

كتاب الديات

بَابُ أَسْنَانِ الْإِبِلِ الْمُغْلَظَةِ

وَالْعَمْدِ وَكَيْفِ يُشَبِّهُ الْعَمْدُ الْخَطَأَ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «أَخْبَرَنَا ابْنُ عُيَيْنَةَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ زَيْدِ بْنِ جُدْعَانَ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ رَبِيعَةَ عَنِ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ «أَلَا إِنَّ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ الْخَطَأَ بِالسَّوْطِ وَالْعَصَا مِائَةَ مِنَ الْإِبِلِ مُغْلَظَةً مِنْهَا أَرْبَعُونَ خَلْقَةً فِي بَطُونِهَا أَوْلَادُهَا» (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ: فَهَذَا خَطَأٌ فِي الْقَتْلِ وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فِي الضَّرْبِ».

قال الماوردي: والأصل في وجوب الدية الكتاب والسنة.

فأما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢] فنص على دية أجمل بيانها حتى أخذ من السنة الذي قدمه الشافعي بإسناده عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «أَلَا إِنَّ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ الْخَطَأِ بِالسَّوْطِ وَالْعَصَا مِائَةَ مِنَ الْإِبِلِ مُغْلَظَةً مِنْهَا أَرْبَعُونَ خَلْفَةً فِي بَطُونِهَا أَوْلَادُهَا».

فإذا ثبت وجوب الدية بالكتاب والسنة فالقتل ينقسم ثلاثة أقسام:

قسم يكون عمداً محضاً.

وقسم يكون خطأً محضاً.

وقسم يكون عمد الخطأ يأخذ من العمد شبيهاً ومن الخطأ شبيهاً.

فأما العمد المحض: فهو أن يكون عامداً في فعله بما يقتل مثله قاصداً لقتله، وذلك أن يضربه بسيف أو ما يقتل مثله من المثقل عامداً في الفعل قاصداً للنفس.

وأما الخطأ المحض: فهو أن لا يعمد الفعل ولا يقصد النفس، وذلك بأن يرمي هدفاً أو صيداً أو يلقي حجراً فيعترضه إنسان فتصيبه الرمية فيموت منها فيكون مخطئاً في الفعل والقصد.

وأما عمد الخطأ: فهو أن يكون عامداً في الفعل غير قاصداً للقتل وذلك بأن يعمد ضربه بما لا يقتل في الأغلب وإن جاز أن يقتل كالسوط والعصا وما توسط من المثقل الذي يجوز أن يقتل ويجوز أن لا يقتل، فيأخذ شبيهاً من العمد لعمده للفعل،

ويأخذ شبهاً من الخطأ لعدم قصده للقتل فسمي عمد الخطأ، لوجود صفة العمد في الفعل وصفة الخطأ في عدم القصد، فصار العمد ما كان عامداً في فعله وقصده، والخطأ ما كان مخطئاً في فعله وقصده، وعمد الخطأ ما كان عامداً في فعله خاطئاً في قصده، ووافق أبو حنيفة على عمد الخطأ، وخالف فيه مالك: وقال: لا أعرف عمد الخطأ وليس القتل إلا عمداً أو خطأ، وليس بينهما ثالث، كما قال: لا أعرف الخنثى وما هو إلا ذكر أو أنثى استدلالاً باستحالة اجتماع الضدين في حالة، لأن الخطأ ضد العمد فاستحال أن يجتمعا، كما استحال أن يكون قائماً قاعداً، ومتحركاً ساكناً، ونائماً مستيقظاً، قال: ولذلك ذكر الله تعالى في كتابه حكم العمد المحض وحكم الخطأ المحض ولم يذكر حكم عمد الخطأ لاستحالته.

ودليلنا السنة المعمول بها، ثم الإجماع المنعقد بعدها ثم الاعتبار الموجب لمقتضاها.

فأما السنة فما قدمه المزني ورواه الشافعي عن سفيان بن عيينة عن علي بن زيد ابن جدعان عن القاسم بن ربيعة عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: **أَلَا إِنَّ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ الْخَطَأِ بِالسَّوِطِ وَالْعَصَا مِائَةَ مِنَ الْإِبِلِ مُغْلَظَةً، مِنْهَا أَرْبَعُونَ خَلْفَةً فِي بَطُونِهَا أَوْ لَادُهَا**» فدل على مالك من ثلاثة أوجه:

أحدها: وصفه بالعمد الخطأ، ومالك ينكرها.

والثاني: إيجاب الدية فيه، ومالك يوجب القود.

والثالث: أنه قدر الدية بمائة من الإبل، ومالك يوجب ما تراضيا به كالأثمان.

فإن قيل: فهذا الحديث لا يصح الاحتجاج به من وجهين:

أحدهما: أن علي بن زيد بن جدعان ضعيف لا يؤخذ بحديثه.

والثاني: أن القاسم بن ربيعة لم يلق ابن عمر فكان الحديث منقطعاً.

قيل أما الوجه الأول في ضعف علي بن زيد فغير مسلم بل هو ثقة قد نقل عنه سفيان وغيره^(١).

وأما الوجه الثاني في انقطاعه فليس يمتنع أن يكون القاسم بن ربيعة قد لقي ابن عمر، وعلى أنه قد روي من طريق أبي داود عن القاسم بن ربيعة عن عقبة بن أوس.

(١) أكثر ما أخذ عليه رفع الأحاديث التي يرويها على تشيع فيه وقد أخرج له مسلم في الصحيح والبخاري في الأدب والأربعة وغيرهما انظر التاريخ الكبير للبخاري ٢٧٥/٣/٢ التهذيب ٣٢٢/٧.

فصار من هذا الوجه متصلاً، ويحتمل أن يكون قد رواه عن ابن عمر تارة وعن عقبة بن أوس أخرى.

وأما الإجماع فهو مروى عن عمر، وعثمان، وعلي، وابن مسعود، وزيد بن ثابت، والمغيرة بن شعبة رضي الله تعالى عنهم أنهم اتفقوا على عمد الخطأ وإن اختلفوا في بعض أحكامه، ولم يعرف لهم في الصحابة مخالف فصار إجماعاً وأما الاعتبار: فهو أن العمد المحض لما جمع صفتين من اعتماد الفعل وقصد النفس وسلب الخطأ المحض الصفتين وجب أن تكون ما وجد فيه إحدى الصفتين وهو اعتماد الفعل وسلب الأخرى وهو قصد النفس أن يجري عليه حكم العمد من وجه وهو تغليظ الدية لاعتماد الفعل وحكم الخطأ من وجه وهو سقوط القود، لأنه خاطيء في النفس فصار من هذا الوجه عمد الخطأ ولا يكون ذلك جميعاً بين ضدين ممتنعين، لأنه ليس يجمع بينهما في حكم واحد فيمتنعان.

فصل: فإذا تقرر ثبوت حكم العمد الخطأ فالدية تنقسم ثلاثة أقسام اعتباراً بأقسام القتل.

أحدها: دية العمد المحض، وهي مختصة بثلاثة أحكام:

أحدها: تغليظها على ما سذكره.

والثاني: تعجيلها.

والثالث: وجوبها في مال الجاني.

والقسم الثاني: دية الخطأ وهي مختصة بثلاثة أحكام تخالف تلك الأحكام:

أحدها: أن تكون مخففة.

والثاني: أن تكون مؤجلة.

والثالث: أن تكون على العاقلة.

والقسم الثالث: دية العمد الخطأ وهي مختصة بثلاثة أحكام:

أحدها: مأخوذ من أحكام العمد المحض وهو تغليظها.

والثاني والثالث: مأخوذان من أحكام الخطأ المحض وهو تأجيلها ووجوبها على العاقلة.

مسألة: قَالَ الْمَرْزُوقِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَاحتَجَّ الشَّافِعِيُّ بِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ وَعَطَاءِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنََّّهُمَا قَالَا فِي تَغْلِيظِ الْإِبِلِ أَرْبَعُونَ خِلْفَةً وَثَلَاثُونَ حِقَّةً وَثَلَاثُونَ

جَذَعَةٌ (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ: وَالْخِلْفَةُ الْحَامِلُ وَقُلْ مَا تَحْمِلُ إِلَّا نِثْيَةً فَصَاعِدًا فَإِنَّهُ نَاقَةٌ مِنْ إِبِلِ الْعَاقِلَةِ حَمَلَتْ فِيهَا خِلْفَةً تُجْزَى فِي الدِّيَةِ مَا لَمْ تَكُنْ مَعِيَّةً.

قال الماوردي: تنليظ الدية في الإبل يكون بزيادة السن والصفة مع اتفاق القدر، وتغليظها في الدراهم والدنانير يكون بزيادة العين مع اتفاق الصفة.

فأما الدية من الإبل فهي مائة بعير لا يختلف قدرها بالتغليظ والتخفيف، واختلف في تغليظها بالسن والصفة فذهب الشافعي إلى أنها أثلاث: ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفه، والخلفات الحوامل التي في بطونها أولادها، وهل ما تحمل إلا نثية.

وهو في الصحابة قول: عمر، وعثمان، وعلي، وزيد، وابن عباس، والمغيرة.

وفي التابعين قول عطاء، ومجاهد، وسعيد بن المسيب، والقاسم بن محمد، وعروة بن الزبير.

وفي الفقهاء قول مالك، وربيعة بن عبد الرحمن، وأهل الحرمين، ومحمد بن الحسن.

وقال أبو حنيفة: تغليظها أن تكون أربعاً خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة، ولم يوجب الخلفات، فخالف في السن والصفة وبه قال سفيان الثوري وأبو يوسف، استدلالاً بأن بدل النفس لا يستحق فيه الحوامل كالخطأ، لأن الحوامل لا تستحق في الزكاة فلم تستحق في الدية كالزائد على الثنايا، ولأن الحمل صفة مجهولة فلم يستحق ثبوتها في الذمة كالمسعر.

ودليلنا قول النبي ﷺ: «أَلَا إِنَّ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ الْخَطَأِ بِالسَّوْطِ وَالْعَصَا مِائَةً مِنْ إِبِلٍ مُغْلَظَةٍ مِنْهَا أَرْبَعُونَ خِلْفَةً فِي بَطُونِهَا أَوْلَادُهَا».

وقد روي أنه قال على درج الكعبة ليعم بيانه فلم يجز خلافه ولا دفعه بالتأول.

فإن قيل: فإذا عولتم على هذا النص في الخلفات الأربعين فبأي دليل أوجبتم ثلاثين حقة وثلاثين جذعة؟ قيل: لأمرين:

أحدهما: قول عمر ومن تابعه من الصحابة والتابعين.

والثاني: أنه لما نص على الخلفات لتغليظها علم أن الباقي دونها ودون الثنايا هي الجذاع، ودون الجذاع الحقائق، فلم يقتصر بالباقي على سن واحدة، لأنه خلاف للإجماع، فجعلناه من سنين متوالين، فلذلك أوجبنا ثلاثين جذعة، وثلاثين حقة على أنه قد روى محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن

جده قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ قَتَلَ مُتَعَمِّدًا دَفَعَ إِلَى أَوْلِيَاءِ الْمَقْتُولِ فَإِنْ شَاءُوا قَتَلُوا وَإِنْ شَاءُوا أَخَذُوا الدِّيَّةَ وَهِيَ ثَلَاثُونَ حِقَّةً وَثَلَاثُونَ جَذَعَةً وَأَرْبَعُونَ خَلْفَةً وَمَا صَوْلَحُوا عَلَيْهِ فَهُوَ لَهُمْ»^(١)، ولأنه لما كان تغليظ الدية ضد تخفيفها اقتضى أن يكون أدنى ما في المغلظة من الأسنان هو أعلى أسنان المخففة لأجل العلتين، فوجب بأن يكون المستحق فيها الجذاع والحقاق دون بنات لبون وبنات مخاض، وهذا يمنع من قياسهم على الخطأ، ويمنع قياسهم على الزكاة أنه لما وجب في الدية الثنايا وإن لم تجب في الزكاة، وما ذكره من الجهل بالحمل فغير صحيح، لأن للحمل أمارات تدل عليه له أحكام تتوجه إليه ولا يمتنع أن يثبت في الذمة منها ما يثبت فيها من غير الدية كما ثبت فيها الجذاع والثنايا كالمطلقة من غير نعت ولا صفة.

فصل: فإذا ثبت تغليظها في الإبل بما وصفنا فقد اختلف قول الشافعي: هل يعتبر في الحوامل السن أم لا؟ على قولين:

أحدهما: أنه لا يعتبر فيها السن، وأي ناقة حملت من ثنية أو ما دونها لزم أخذها في تغليظ الدية، لقول النبي ﷺ: «مِنْهَا أَرْبَعُونَ خَلْفَةً فِي بُطُونِهَا أَوْلَادُهَا».

والقول الثاني: أنه يعتبر فيها السن أن تكون ثنية فما فوقها، ولا يقبل ما دون هذا السن من الحوامل، لرواية عقبة بن أوس أن النبي ﷺ قال: «مِنْهَا أَرْبَعُونَ خَلْفَةً فِي بُطُونِهَا أَوْلَادُهَا مَا بَيْنَ الثَّنِيَةِ إِلَى بَازِلِ عَامِهَا»^(٢).

فأما تغليظها في الذهب والورق فيكون زيادة ثلثها على ما سنذكره.

فصل: وإذا قد تقرر صفة الدية المغلظة فهي تتغلظ في العمد المحض إذا سقط فيه القود وتكون في مال الجاني حالة، وتتغلظ في عمد الخطأ وتكون على العاقلة مؤجلة، ولا يجب فيه القود، وأوجب مالك فيه القود وجعلها ابن شبرمة في مال الجاني دون عاقلته.

والدليل عليها ما رواه عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ قَتَلَ فِي عَمِيَةٍ أَوْ رَمِيًا بِحَجَرٍ أَوْ ضَرْبًا بِعَصَا أَوْ سَوْطٍ فَعَلَيْهِ عَقْلُ الْخَطَا وَمَنْ قَتَلَ عَمْدًا فَهُوَ قَوْدٌ لَا يَحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ قَاتِلِهِ فَمَنْ حَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ قَاتِلِهِ فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ لَا يُقْبَلُ اللَّهُ مِنْهُ صَرْفٌ وَلَا عَدْلٌ»^(٣).

(١) أخرجه الترمذي ١٣٨٧ وأحمد ١٨٣/٢ وابن ماجه ٢٦٢٦؛ والدارقطني ١٧٧/٣، والبيهقي ٥٣/٨.

(١) أحمد في المسند ٤١٢/٥ والنسائي ٤١/٨ واللفظ له.

(٢) الدارقطني ٩٥/٣ وأخرجه أبو داود (٤٥٣٩) والنسائي ٣٩/٨، والطبراني في الكبير ٦/١١ و٥٢ وانظر نصب الراية ٣٢٨/٤، ٣٣٢ وانظر الشافعي في المسند (١٤٥٥) والمجمع ٢٨٦/٦.

وروى سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «عَقْلُ شِبْهِ الْعَمْدِ مُغْلَظٌ مِثْلُ الْعَمْدِ وَلَا يُقْتَلُ صَاحِبُهُ»^(١).

ذكرهما الدارقطني في «سننه» فسقط بهما قول مالك وابن شبرمة.

فصل: فإذا صح ما ذكرناه فدية العمد المحض مغلظة بأربعة أشياء، بالسن، والصفة، والتعجيل، والمحل، فتكون في مال الجاني دون عاقلته، ودية الخطأ المحض مخففة بأربعة أشياء بالسن، والصفة، والتأجيل، والمحل، فتكون على عاقلته دون، ودية عمد الخطأ مغلظة بشيئين الصفة والسن، ومخففة بشيئين التأجيل والمحل، لأنه لما كان عامداً في فعله بخلاف الخطأ ومخطئاً في قصده بخلاف العمد توسط فيها بين حكم الخطأ والعمد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكَذَلِكَ لَوْ ضَرَبَهُ بِعَمُودٍ خَفِيفٍ أَوْ بِحَجَرٍ لَا يَشْدَخُ أَوْ بِحَدِّ سَيْفٍ لَمْ يَجْرَحْ أَوْ أَلْقَاهُ فِي بَحْرِ قُرْبِ الْبَرِّ وَهُوَ يُحْسِنُ الْعَوْمَ أَوْ مَاءِ الْأَغْلَبِ أَنَّهُ لَا يَمُوتُ مِنْ مِثْلِهِ فَمَاتَ فَلَا قَوْدَ وَفِيهِ الدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ وَكَذَلِكَ الْجِرَاحُ».

قال الماوردي: قصد الشافعي بهذا بيان عمد الخطأ بأن يكون عامداً في فعله خاطئاً في قصده وجملته أن آلة القتل على ضربين محدد، ومثقل:

فأما المحدد من الحديد إذا ضرب بحده أو برمته فهو عمد محض، لأنه لما كان لا يضرب بحده إلا لقصد القتل صار عامداً في فعله وقصده، فصار عمداً محضاً وأما المثقل فينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يقتل ولا يسلم منه مضروبه كالحجر العظيم والخشبة الكبيرة إذا ضربه بهما فهذا كالمحدد في أنه عمد محض، لأنه لا يقصد به الضرب إلا للقتل فصار عامداً في الفعل والقصد.

والقسم الثاني: ما كان خفيفاً لا يقتل مثله من ضرب به كالنواة من الحجارة والقلم من الخشب فهذا هدر لا يضمن.

والقسم الثالث: ما كان متوسطاً من الحجر والخشب يجوز أن يقتل ويجوز أن لا يقتل فإذا قتل فهو عمد الخطأ، لأنه عامد في فعله خاطيء في قصده.

وأما إن ألقاه في بحر بقرب البر وهو يحسن العوم فهو على ثلاثة أقسام: أحدها: أن يكون مما لا يسلم من مثله لعظم موجه وقلة خلاص من يلقي في مثله، فهذا قاتل عمد يجب عليه القود له مدة في فعله وقصده.

والقسم الثاني: أن يكون مما لا يموت فيه من يحسن العوم فلا شيء فيه.

(١) أخرجه الدارقطني ٩٥/٣، وأبو داود (٤٥٦٥) وأحمد ١٨٣/٢ والبيهقي ٧١/٨ وانظر نصب الراية ٣٣٢/٤.

والقسم الثالث: ما جاز أن يموت منه وجاز أن يسلم، فهذا من عمد الخطأ، لعمده في فعله وخطئه في قصده.

وأما شجاج الرأس إذا كان بالمثل فهو على ضربين:

أحدهما: [أن يكون مثله يشج في الأغلب، فإذا ضربه به فأوضحه كانت موضحة عمد يجب فيها القود، لأنه عامد في فعله وقصده.

والثاني^(١): أن يكون مثله يجوز أن يشج ويجوز أن لا يشج، فإذا أوضحه فهو موضحة عمد الخطأ فيها الدية دون القود.

فأما الضرب الثالث الذي قسمناه في النفس وهو أن لا يقتل مثله في الأغلب فيقترب به الموت فيستحيل الشجاج أن يكون ما لا يشج مثله فيقترب به الشجاج، لأن الموت قد يكون بالطبع وبالأسباب الخفية من أمراض وأعراض، فجاز أن يقترب بالضرب وإن لم يحدث عنه، والشجاج لا تحدث بالطبع ولا بالأسباب الخفية فلم يكن حدوثه إلا من الضرب، وقد يكون الحجر عمداً محضاً في الشجاج، لأن مثله يوضح الرأس لا محالة ويكون ذلك الحجر عمداً الخطأ في النفس، فإن كان في النفس، لأن مثله يجوز أن يقتل ويجوز أن لا يقتل فلا يجب به القود في النفس، وإن كان في شجاج الموضحة وجب به القود فيصير الفرق بين النفس وما دونها من وجهين:

أحدهما: أنه قد يكون الفعل في النفس هدرأً ولا يكون الشجاج هدرأً.

والثاني: أنه قد يكون المثل في النفس عمد الخطأ وفي الشجاج عمداً محضاً ثم يكون تغليظ الدية فيهما دون النفس من الأطراف والجراح لتغليظها في النفس على ما سنذكره.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكَذَلِكَ التَّغْلِيظُ فِي النَّفْسِ وَالْجِرَاحِ فِي الشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْبَلَدِ الْحَرَامِ وَذِي الرَّحِمِ وَرُؤْيٍ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَضَى فِي دِيَةِ امْرَأَةٍ وَطُنْتُ بِمَكَّةَ بِدِيَةِ وَتُلْتُ (قال) وَهَكَذَا أُسْنَانُ دِيَةِ الْعَمْدِ حَالَةً فِي مَالِهِ إِذَا زَالَ عَنْهُ الْقِصَاصُ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ: إِذَا كَانَتِ الْمُغْلَظَةُ أَعْلَى سِنًا مِنْ سِنِّ الْخَطَا لِلتَّغْلِيظِ فَالْعَامِدُ أَحَقُّ بِالتَّغْلِيظِ إِذَا صَارَتْ عَلَيْهِ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

(١) ما بين المعكوفين سقط في ب.

قال الماوردي: اعلم أن الدية على ثلاثة أقسام:

أحدها: دية العمد المحض، وهي مغلظة تجب على الجاني حالة.

والثاني: دية العمد الخطأ وهي مغلظة تجب مؤجلة على العاقلة، فتساوي الديتان في التغليظ، ويختلفان في التأجيل والتحمل، فتكون في العمد المحض حالة في مال الجاني، وفي عمد الخطأ مؤجلة على عاقلته، لأنه لما كان عمد الخطأ أخف من العمد المحض وقد ساواه في تغليظ الدية لعمده في الفعل خالفه في التأجيل والمحل لخطئه في القصد.

والقسم الثالث: دية الخطأ المحض فهي مخففة على ما سنذكره من صفة التخفيف تتحملها العاقلة مؤجلة في ثلاثة سنين ولا تتغلظ إلا في ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون قتل الخطأ في الحرم.

والثاني: أن يكون في الأشهر الحرم.

والثالث: أن يكون على ذي الرحم المحرم فتكون مغلظة في الخطأ المحض كما تتغلظ دية العمد المحض ودية العمد الخطأ، فيصير تغليظ الدية في خمسة أحوال:

في العمد المحض، وفي العمد الخطأ، وفي الخطأ المحض، وفي الحرم، وفي الأشهر الحرم، وعلى ذي الرحم المحرم.

وقال أبو حنيفة: لا تتغلظ دية الخطأ المحض بالحرم ولا بالأشهر الحرم ولا على ذي الرحم.

وبه قال مالك والنخعي، والشعبي، استدلالاً برواية ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال: «دِيَةُ الْخَطَا أَخْمَاسٌ»^(١) ولم يفرق، ولأن ما وجب بقتل الخطأ لم يتغلظ بالزمان والمكان كالكفارة، ولأن قتل الخطأ أخف من قتل العمد، فلما لم يكن للحرم والرحم والأشهر الحرم زيادة تأثير في قتل العمد فأولى أن لا يكون لها زيادة تأثير في قتل الخطأ، ولأن لحرم المدينة حرمة كما لحرم مكة حرمة، ولشهر رمضان حرمة كما للأشهر الحرم حرمة، ولشرف النسب حرمة كما للرحم حرمة، ثم لم يتغلظ الدية بحرمة المدينة وحرمة شهر رمضان وحرمة شرف النسب كذلك لا تتغلظ بحرمة الحرم، وحرمة الأشهر الحرم، وحرمة الرحم، لأن القتل كالزنا لوجوب القتل به تارة وما دونه أخرى، فلما لم يتغلظ حكم الزنا بالمكان والزمان والرحم لم يتغلظ حكم القتل، ولأنه لو تغلظ حكم القتل بكل واحد من هذه الثلاثة لوجب إذا جمعها أن يضاعف التغليظ

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ١٣٣/٩.

بها وفي إجماعهم على سقوط هذا دليل على سقوط ذلك، ولأن الأموال تضمن كالنفوس، والعبد يضمن بالقتل كالحر، ولم يتغلظ ضمان الأموال وقتل العبد بهذه الثلاثة كذلك لا يتغلظ بها ضمان النفوس في الأحرار.

ودليلنا عليه انعقاد الإجماع به.

روي ذلك عن عمر، وعثمان، وابن عباس.

فأما عمر فروى ليث عن مجاهد عن عمر بن الخطاب أنه قال: من قتل في الحرم، أو قتل في الأشهر الحرم، أو قتل ذا رحم فعليه دية وثلاث^(١).

وأما عثمان فروى ابن أبي نجيح عن أبيه أن عثمان قضى في دية امرأة قتلت بمكة ستة آلاف درهم وألفي درهم تغليظاً لأجل الحرم^(٢).

وفي رواية الشافعي أنه قضى في دية امرأة ديس في الطواف بالبيت فهلكت بشمانية آلاف درهم.

وأما ابن عباس فروى نافع بن جبير أن رجلاً قتل في الشهر الحرام في الحرم فقال ابن عباس: الدية اثنا عشر ألفاً وأربعة آلاف تغليظاً، لأجل الحرم، وأربعة آلاف للشهر الحرام^(٣).

وليس لقول لهؤلاء الصحابة رضي الله عنهم مع انتشاره عنهم لأن فيهم إمامين مخالف فثبت أنه إجماع لا يجوز خلافه.

فإن قيل يجوز أن يكون التغليظ الذي أجمعوا عليه هو في العمد المحض أو في عمد الخطأ فلا يكون فيه دليل على تغليظه بهذه الأسباب الثلاثة في الخطأ فعنه جوابان:

أحدهما: أنهم قد نصوا على تغليظها بهذه الأسباب، ولو كانت في عمد الخطأ لما تغلظت بها.

والثاني: أنه حكم نقل مع سبب فاقتضى أن يكون محمولاً عليه، كما نقل عن النبي ﷺ أنه «سهى» فسجد فكان محمولاً على سجوده لأجل السهو، ولأنه لما كانت هذه الأسباب الثلاثة مخصوصة بتغليظ الحرمة في القتل جاز أن يتغلظ بها حكم القتل.

(١) منقطع رواه البيهقي ٧١/٨.

(٢) الشافعي والبيهقي ٧١/٨.

(٣) البيهقي ٧١/٨.

أما الحرم فلقول الله تعالى: ﴿وَلَا تُقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يُقَاتِلُوكُمْ فِيهِ﴾ [البقرة: ١٩١].

ولرواية أبي سعيد المقبري عن أبي شريح الكعبي أن رسول الله ﷺ حرم مكة، فمن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسفك فيها دمًا، ولا يعضدن فيها شجرة، فإن رخص مترخص فقال إنها أحلت لرسول الله ﷺ فإن الله أحلها لي ساعة، ثم هي حرام إلى أن تقوم الساعة ولأنه لما تغلظ بالحرم حرمة الصيد كان أولى أن تغلظ به نفوس الآدميين.

وأما الأشهر الحرم فلقول الله تعالى: ﴿إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ فَلَا تَغْلِبُوا فِيهِنَّ أَنْفُسُكُمْ﴾ [التوبة: ٣٦].

وقال تعالى: ﴿يَسْتَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ﴾ [البقرة: ٢١٧]. وقد قال القتال فيها محرماً في صدر الإسلام لعظم حرمتها، وأما ذو الرحم فلقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَصِلُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ وَيَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ﴾ [الرعد: ٢١] فقليل هي الرحم أمر الله بوصلها ويخشون ربهم في قطعها، ويخافون سوء الحساب في المعاقبة عليها، ولأن رسول الله ﷺ منع أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة من قتل أبيه يوم بدر، وقال: «دعه يلي قتله غيرك» حتى قتله حمزة بن عبد المطلب، ومنع أبا بكر من قتل ابنه عبد الرحمن يوم أحد، وإذا كانت هذه الثلاثة مخصوصة بزيادة الحرمة وعظم المأثم في القتل جاز أن يختص بتغليظ الدية كالعمد وعمد الخطأ.

ويدل عليه من طريق القياس: أنه قتل في الحرم فكان العمد والخطأ في قدر غرمه سواء كقتل الصيد.

وأما الجواب عن عموم جواب ابن مسعود فتخصيصه بدليلنا.

وأما قياسهم على الكفارة، فالجواب عنه أنها لما لم تغلظ بالعمد لم تغلظ بهذه الأسباب، والدية لما تغلظت بالعمد تغلظت بهذه الأسباب.

وأما قياسهم على العمد فالمعنى فيه أنه قد استوفى غاية التغليظ فلم يبق للتغليظ تأثير والخطأ بخلافه.

وأما اعتبارهم حرم مكة بحرم المدينة فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من غلظ الدية فيها كتغليظها بمكة من قوله في القديم «إن صيدها مضمون» فعلى هذا يسقط الاستدلال.

وقال الأكثرون: لا تتغلظ الدية فيها وإن تغلظت بحرم مكة، لأن حرم مكة أغلظ حرمة لاختصاصه بنسكي الحج والعمرة، وتحريم الدخول إليه إلا بإحرام، فلذلك تغلظت الدية فيه بخلاف المدينة، وهكذا اختلف أصحابنا في تغليظ الدية بالقتل في الإحرام على هذين الوجهين.

وأما اعتبارهم الأشهر الحرم بشهر رمضان فغير صحيح، لأن حرمة شر رمضان مختصة بالعبادة دون القتل، وحرمة الأشهر الحرم مختصة بالقتل فلذلك تغلظت الدية بالأشهر الحرم ولم تغلظ بشهر رمضان.

وأما اعتبارهم ذا الرحم بذى النسب فلا يصح، لأن حرمة الرحم أقوى لاختصاصها بالتوارث والنفقة.

وأما اعتبار القتل بالزنا، فالفرق بينهما: أن الزنا لما لم يختلف حكمه باختلاف الأعيان لم يختلف المكان والزمان، ولما اختلف حكم القتل باختلاف الأعيان جاز أن يختلف بالمكان والزمان.

وأما اعتبارهم نفوس الأحرار بنفوس العبيد والأموال.

فالفرق بينهما: أنه لما لم يختلف في نفوس العبيد والأموال غرم العمد والخطأ لم يختلف بالزمان والمكان، ولما اختلف في نفوس الأحرار غرم العمد والخطأ اختلف بالزمان والمكان والله أعلم.

فصل: فأما استيفاء القصاص والحدود في الحرم فيجوز أن يقتص في الحرم من القاتل في الحل والحرم، وكذلك إقامة الحدود.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن يقتص من القاتل في الحل إذا لجأ إلى الحرم، ويلجأ إلى الخروج منه بالهجر وترك المباينة والمشاركة معه حتى يخرج فيقتص منه في الحل، استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ لَلَّذِي بِبَكَّةَ مُبَارَكًا وَهُدًى لِّلْعَالَمِينَ فِيهِ آيَاتٌ بَيِّنَاتٌ مَّقَامُ إِبْرَاهِيمَ وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا﴾ [آل عمران: ٩٦].

وقوله تعالى: ﴿أَوْ لَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا آمِنًا وَيَتَخَفَتِ النَّاسُ مِنْ حَوْلِهِمْ﴾ [العنكبوت: ٦٧] فوجب بهاتين الآيتين أن يكون داخله آمناً، وليس قتله فيه آمناً.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «أَغَتَى النَّاسُ عَلَى اللَّهِ الْقَاتِلُ غَيْرَ قَاتِلِهِ وَالضَّارِبُ غَيْرَ ضَارِبِهِ وَالْقَاتِلُ فِي الْحَرَمِ، وَالْقَاتِلُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ»^(١).

وقوله: «الْقَاتِلُ فِي الْحَرَمِ»: يعني قوداً وقصاصاً، لأن ابتداء القاتل داخل في قوله: «القاتل غير قاتله» ولأن حرمة الحرم منتشرة عن حرمة الكعبة فلما لم يجز قتله في الكعبة لم يجز قتله فيما انتشرت حرمتها إليه من جميع الحرم، ولأن حرمة الآدميين أغلظ من حرمة الصيد، فلما حرم قتل الصيد إذا ألجأ إلى الحرم كان قتل الآدمي أشد تحريماً.

ودليلنا عموم الظواهر من الكتاب والسنة في القصاص وإن لم يقترب بها تخصيص الحل من الحرم، ولأن كل قصاص جاز استيفاؤه في الحل جاز استيفاؤه في الحرم كالقاتل في الحرم ولأن كل قصاص استوفى من جانبه في الحرم استوفى منه إذا لجأ إلى الحرم كالأطراف، لأن أبا حنيفة وافق عليها، ولأن كل موضع كان محلاً للقصاص إذا جنى فيه كان محلاً له وإن جنى في غيره كالحل، ولأن النص وارد بتحريم الهجر وإباحة البيع قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] وقال رسول الله ﷺ: «لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ أَنْ يَهْجُرَ أَخَاهُ فَوْقَ ثَلَاثٍ» فأمر أبو حنيفة بهجره وهو محظور، ومنع من بيعه وهو مباح، وآخر الاقتصاص منه وهو واجب، فصار في الكل مخالفاً للنص.

فأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا﴾ [آل عمران: ٩٦] فهو أنه محمول على البيت لقوله تعالى: ﴿إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ لَلَّذِي بِبَكَّةَ مُبَارَكًا﴾ [آل عمران: ٩٦].

فإن قيل: فالمراد به الحرم، . لأنه قال: ﴿فِيهِ آيَاتٌ بَيِّنَاتٌ مَقَامُ إِبْرَاهِيمَ﴾ [آل عمران: ٩٦] ومقامه خارج البيت لا فيه فعنه جوابان:

أحدهما: أن مقام إبراهيم حجر منقول لا يستقر مكانه، فيجوز أن يكون في وقت وضع الحجر في البيت ثم أخرج منه.

والثاني: أنه محمول على أنه في مقام إبراهيم آيات بينات.

وأما قوله تعالى: ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا آمِنًا﴾ [العنكبوت: ٦٧] فهو دليلنا لأن مقتضى الأمن أن لا يؤخر فيه الحقوق ويعجل استيفاؤها لأهلها، وإذا أخرت صارت مضاعفة فخرج الحرم عن أن يكون آمناً.

وأما الجواب عن الخبر وقوله «الْقَاتِلُ فِي الْحَرَمِ» فمحمول على ابتداء القتل ظمناً بغير حق دون القصاص لأمرين:

أحدهما: أن لقتل القصاص أسماء هو أخص إطلاقه على غيره.

والثاني: أنه جعله من أعتى الناس وليس المقتص من أعتى الناس، لأنه مستوف

لحقه ومستوفي الحق لا يكون عاتياً، وإنما العاتي المبتدئ ولئن كان داخلاً في قوله: «من قتل غير قاتله» فأعيد ذكر قتله في الحرم تغليظاً وتأكيذاً كما قال تعالى: ﴿حَافِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوُسْطَى﴾ [البقرة: ٢٣٨] وأما جمعه بين الكعبة والحرم فقد أجمعنا على الفرق بينهما لأنه يقتص منه في الحرم إذا قتل فيه فجاز أن يقتص منه فيه إذا لجأ إليه، ولا يقتص منه في الكعبة إذا قتل فيها، فلم يقتص منه فيها إذا لجأ إليها، وما ذكروه من الصيد وتغليظ حرمة الآدمي عليه فاسد بالإحرام، لأنه يمنع من قتل الصيد ولا يمنع من القصاص مع تغليظ حرمة الآدمي على الصيد كذلك حال الإحرام والله أعلم.

بَابُ أَسْنَانِ الْخَطَا وَتَقْوِيمِهَا وَدِيَاتِ النَّفُوسِ وَالْجِرَاحِ وَغَيْرِهَا

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾ فَأَبَانَ عَلَى لِسَانِ نَبِيِّهِ ﷺ أَنَّ الدِّيَّةَ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ وَرُوي عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ قَالَ إِنَّهُمْ كَانُوا يَقُولُونَ دِيَّةُ الْخَطَا مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ عِشْرُونَ ابْنَةَ مَخَاضٍ وَعِشْرُونَ بَنَاتِ لَبُونٍ وَعِشْرُونَ ابْنِ لَبُونٍ وَعِشْرُونَ حِقَّةً وَعِشْرُونَ جَذْعَةً (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ: فِيهِذَا نَأْخُذُ».

قال الماوردي: أما الدية من الإبل فمائة بعير في العمد، والخطأ، وفي عمد الخطأ، قضى بها رسول الله ﷺ بياناً لقول الله تعالى: ﴿وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢] وكان أول من قضى بها في الجاهلية على ما حكاه ابن قتيبة في كتاب «المعارف» أبو سارة العدواني الذي كان يفيض بالناس من مزدلفة.

وقيل: إن عبد المطلب أول من سنها فجاء الشرع بها واستقر الحكم عليها إلا أن دية العمد مغلظة على الجاني وقد ذكرنا تغليظها، ودية الخطأ مخففة على العاقلة، واختلف أهل العلم في صفة تخفيفها، فقالت طائفة: تكون أرباعاً، واختلف من قال بهذا في صفة أرباعها فحكى عن الحسن البصري أنها خمس وعشرون ابنة مخاض، وخمس وعشرون ابنة لبون، وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة.

وبه قال علي بن أبي طالب عليه السلام وحكي عن عثمان بن عفان، وزيد بن ثابت رضي الله عنهما أنها عشرون ابنة مخاض وعشرون ابن لبون، وثلاثون ابنة لبون، وثلاثون حقة، وذهب الجمهور إلى أنها أخماس لرواية ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «دِيَةُ الْخَطَا أَخْمَاسٌ» واختلف من قال بهذا في صفة أخماسها: فذهب الشافعي أنها عشرون ابنة مخاض وعشرون ابنة لبون، وعشرون ابن لبون، وعشرون حقة، وعشرون جذعة.

وبه قال من الصحابة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه .

ومن التابعين عمر بن عبد العزيز وسليمان بن يسار، والزهري ومن الفقهاء مالك وربيعه والليث بن سعد والثوري .

وقال أبو حنيفة: بمثل ذلك إلا في ابن اللبون فإنه جعل مكانه عشرين ابن مخاض.

وبه قال النخعي وأحمد وإسحاق وأضافوه إلى ابن مسعود استدلالاً برواية عبد الرحمن بن سليمان عن الحجاج بن أرطاة عن زيد بن جبير عن خشف بن مالك الطائي عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «دِيَةُ الْخَطَا مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ عِشْرُونَ جَذَعَةً وَعِشْرُونَ حِقَّةً، وَعِشْرُونَ بَنَاتِ لَبُونٍ، وَعِشْرُونَ بَنَاتِ مَخَاضٍ، وَعِشْرُونَ ابْنِ مَخَاضٍ»^(١).

ولأن بنت اللبون سن يجب دونها في الديات سن فوجب أن لا يجب ذكر من هذا السن كالجداع والحقاق، ولأن موضوع دية الخطأ على التخفيف لتحمل العاقلة لها فكان إيجاب بني المخاض أقرب إلى التخفيف من بني اللبون.

ودليلنا ما رواه قتادة عن لاحق بن حميد عن أبي عبيدة عن أبيه عبد الله بن مسعود أنه قال: دية الخطأ أخماس عشرون جذعة، وعشرون حقة، وعشرون بنات لبون، وعشرون بنو لبون ذكر، وعشرون بنات مخاض، هذا موقف عليه^(٢).

وقد روى إسماعيل بن عياش عن الحجاج بن أرطاة عن زيد بن جبير عن خشف ابن مالك عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قضى في دِيَةِ الْخَطَا أَخْمَاساً: خمساً جذاع، وخمساً حقاق، وخمساً بنات لبون، وخمساً بنات مخاض، وخمساً بني لبون ذكر.

وهذه الرواية أثبت من رواية عبد الرحمن بن سليمان وأشبه بما رواه عن ابن مسعود ابنه أبو عبيدة وعلقمة وهو لا يفتي بخلاف ما يروي ثم يدل عليه ما حكاه الشافعي عن سليمان بن يسار من إجماع الصحابة أنهم كانوا يقولون: دية الخطأ مائة من الإبل: عشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون ابن لبون، وعشرون حقة، وعشرون جذعة، وسليمان تابعي وإشارته إلى من تقدمه محمول على الصحابة فصار ذلك إجماعاً نقله عنهم.

ومن طريق القياس: أن كل ما لا يجب في الزكاة لا يجب في دية الخطأ كالثنايا والفصال، ولأن ما استحق من الإبل مواساة لم يجب فيه بنو المخاض كالزكاة، ولأن بنات المخاض أحد طرفي الزكاة فلم يجب ذكورها في الدية كالجداع في الطرف الأعلى.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١٢٨/٩ وأبو داود ٦٨٠/٤ حديث (٤٥٤٥) والترمذي ١٠/٤ (١٣٨٦) والنسائي ٤٣/٨ وابن ماجه (٨٧٩/٢) حديث (٢٦٣١) والدارقطني ١٧٥/٣ (٢٦٧) والبيهقي ٧٥/٨.

(٢) ابن أبي شيبة ١٣٣/٩.

فأما الجواب عن حديثهم مع ضعف الحجاج بن أرطاة وأن خشف بن مالك مجهول لم يرو عنه إلا زيد بن جبير فهو أن ما روينا عنه من خلافه وأنه وافق فيه الجماعة من إبدال بني اللبون مكان بني المخاض أولى.

وأما قياسهم على الجذاع والحقاق فالمعنى فيه: أنه مال أقيم في الزكاة الذكر منها مقام سن دونها فلذلك لم تجب في الدية، وبنو اللبون بخلافها.

وأما قولهم إنها موضوعة على التخفيف، فإذا تخففت من وجه لم يجب تخفيفها من كل وجه، لأننا نوجب فيها مع التخفيف ما نوجه في المغلظة من الجذاع والحقاق والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا يُكَلَّفُ أَحَدٌ مِنَ الْعَاقِلَةِ غَيْرَ إِبِلِهِ وَلَا يَقْبَلُ مِنْهُ دُونَهَا فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِبَلَدِهِ إِبِلٌ كَلَّفَ إِلَى أَقْرَبِ الْبُلْدَانِ إِلَيْهِ».

قال الماوردي: قد مضى الكلام في مقادير الدية من الإبل وأسنانها في العمد والخطأ ونقلها نصاً، فأما أنواعها فلم يرد فيه نص، لأنها موكولة إلى العرف اعتباراً بنظائرها في الشرع، فتؤخذ الدية من إبل العاقلة في الخطأ وإبل القاتل في العمد، فإن كانت إبله عراباً أخذت عراباً، وإن كانت بخاتي أخذت بختاً، وإن كانت عراباً مهرية أخذت مهرية، وإن كانت محتدبة أخذت محتدبة، تؤخذ من جنس ماله ونوعه كالزكاة وسواء كانت إبله خير الأنواع أو أدونها، فإن عدل عن إبله إلى ما هو أعلى قبل منه، وإن عدل إلى ما هو أدون لم يقبل كالزكاة، وإن طولب بما هو أعلى لم يجب عليه، وإن طولب بما هو أدون كان مخيراً فيه، فإن لم يكن له إبل كلف الغالب من إبل البلد، فإن لم تكن لبلده إبل كلف الأغلب من إبل أقرب البلاد إليه كما قيل في زكاة الفطر، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ كَانَتْ إِبِلُ الْعَاقِلَةِ مُخْتَلِفَةً أَدَّى كُلُّ رَجُلٍ مِنْهُمْ مِنْ إِبِلِهِ».

قال الماوردي: واختلاف إبل العاقلة على ضربين:

أحدهما: أن يكون لكل واحد منهم نوع من الإبل؛ فيؤخذ من كل واحد منهم من النوع الذي في ملكه ولا يكلف أحدهم إبل غيره، كما لو كانت إبل جميعهم نوعاً واحداً.

والضرب الثاني: أن تكون إبل الواحد منهم مختلفة الأنواع، فإن أراد أن يعطى من كل نوع منها جاز، وإن أراد أن يعطى من أحد أنواعها، فإن كان هو الأغلب من

إبله جاز، سواء كان أعلى أو أدنى، وإن لم يكن أغلب إبله، فإن كان من أعلاها جاز قبوله، وإن كان من أدناها قبل من العاقلة في الخطأ، ولم يقبل من الجاني في العمد، لأنها تؤخذ من العاقلة مواساة ومن الجاني استحقاقاً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ كَانَتْ عِجَافاً أَوْ جُزْئاً قِلَ إِنْ أُدِيتْ صَحَاحاً جَبِرَ عَلَى قَبُولِهَا».

قال الماوردي: المستحق في إبل الدية ما كان سليماً من العيوب لأمرين: أحدهما: أنه يدل عن النفس فأشبهه سائر الأعواض.

والثاني: أنه ثابت في الذمة فأشبهه زكاة الفطر والنفقات، فإذا كانت إبل العاقلة كلها مراضاة أو عجافاً أو جربى لم يأخذ منها مراضاً ولا عجافاً وأن أخذناها في الزكاة إذا لم يكن في ماله غيرها للفرق بينهما في الوجهين المتقدمين، وأخذنا مثل إبله سليمة من العيوب ولا يعدل إلى الغالب من إبل بلده، لأن النوع معتبر بماله وإن منع العيب أخذه، فصار أصلاً معتبراً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَعْوَزَتِ الْإِبِلُ فَقِيمَتُهَا دَنَانِيرُ أَوْ دَرَاهِمُ كَمَا قَوْمُهَا عَمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: وَالْعِلْمُ مُحِيطٌ بِأَنَّهُ لَمْ يَقُومْهَا إِلَّا قِيمَةً يَوْمُهَا فَإِذَا قَوْمُهَا كَذَلِكَ فَاتَّبَاعُهُ أَنْ يَقُومَ مَتَى وَجِبَتْ وَلَعَلَّهُ أَنْ لَا يَكُونَ قَوْمُهَا إِلَّا فِي حِينٍ وَبَلَدٍ أَعْوَزَتْ فِيهِ أَوْ يَتَرَضَى الْجَانِي وَالْوَلِيُّ فَيَذُلُّ عَلَى تَقْوِيمِهِ لِلْإِعْوَازِ قَوْلُهُ لَا يُكَلَّفُ أَغْرَابِيُّ الذَّهَبِ وَلَا الْوَرِقَ لِأَنَّهُ يَجِدُ الْإِبِلَ وَأَخَذَهُ ذَلِكَ مِنَ الْقَرَوِيِّ لِإِعْوَازِ الْإِبِلِ فِيمَا أَرَى وَاللَّهُ أَعْلَمُ. وَلَوْ جَازَ أَنْ يَقُومَ بِغَيْرِ الدَّرَاهِمِ وَالْدَنَانِيرِ جَعَلْنَا عَلَى أَهْلِ الْخَيْلِ الْخَيْلَ وَعَلَى أَهْلِ الطَّعَامِ الطَّعَامَ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَوْلُهُ الْقَدِيمُ عَلَى أَهْلِ الذَّهَبِ أَلْفَ دِينَارٍ وَعَلَى أَهْلِ الْوَرِقِ اثْنَا عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَرُجُوعُهُ عَنِ الْقَدِيمِ رَغْبَةً عَنْهُ إِلَى الْجَدِيدِ وَهُوَ بِالسَّنَةِ أَشْبَهُ».

قال الماوردي: أما الدية من الإبل فمقدرة بمائة بعير وردت بها السنة، وانعقد عليها الإجماع، فإذا وجدت لم يجز العدول عنها على مذهب الشافعي في القديم والجديد، فإن أعوزت إما بعدمها وإما بوجودها بأكثر من ثمن مثلها عدل عنها إلى الدنانير والدرهم التي هي أثمان وقيم دون غيرها من العروض والسلع، ثم اختلف في كيفية العدول عن الإبل إليها على قولين:

أحدهما: وبه قال في القديم، أنها تعتبر من الدنانير والدرهم عند إعواز الإبل

بدلاً من النفس، ولا تكون بدلاً من الإبل، فتكون الدية من الذهب ألف دينار، ومن الورق اثني عشر ألف درهم، فتصير الدية على قوله في القديم ثلاثة أصول مقدرة بالشرع دون التقويم.

والقول الثاني: وبه قال في الجديد أن إعواز الإبل يوجب العدول إلى قيمتها بالدنانير والدراهم ما بلغت بحسب اختلافها في البلدان والأزمان، فتكون الدنانير والدراهم بدلاً من الإبل لا من النفس ولا تكون للدية أصلاً واحداً وهو الإبل.

وقال أبو حنيفة: للدية ثلاثة أصول: مائة بعير أو ألف دينار، أو عشرة آلاف درهم، يكون الجاني فيها مخيراً في دفع أيهما شاء فخالههم الشافعي في القديم في شيئين:

أحدهما: أنه خير بين الإبل وغيرها، والشافعي لا يخير فيها مع إمكانها.

والثاني: أنه قدرها بالورق عشرة آلاف درهم، والشافعي قدرها اثني عشر ألفاً ووافقه أن الثلاثة بدل من النفس، فأما على قول الشافعي في الجديد فقد خالفه أبو حنيفة في ثلاثة أشياء:

أحدها: التخيير، فإنه جعله مخيراً بين الإبل وغيرها والشافعي لا يخيروه.

والثاني: في البدل، فإنه جعل الدراهم والدنانير بدلاً من النفس، والشافعي في الجديد يجعلها بدلاً من الإبل.

والثالث: في التقدير، لأنه يقدر الدراهم والدنانير، والشافعي في الجديد لا يقدرها، لأنه يجعلها قيمة تقل وتكثر.

وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن وأحمد بن حنبل الدية على أهل الإبل مائة بعير، وعلى أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل الغنم ألف شاة، وعلى أهل الحلل مائتا حلة، فجعلوا للدية ستة أصول، ونحن نبدأ بتوجيه قول الشافعي ثم نعدل إلى خلاف أبي حنيفة.

ووجه قول الشافعي في القديم ما رواه عمرو بن دينار عن عكرمة عن ابن عباس أن رجلاً من بني عدى قتل فجعل النبي ﷺ ديته اثني عشر ألف درهم.

وروى الزهري عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده عمرو بن حزم أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن «أن الرجل يقتل بالمرأة، وعلى أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق اثني عشر ألف درهم».

وإذا صح هذان الحديثان فالذهب والورق أصلان مقدران كالإبل، ولأن ما استحق في الدية أصلاً مقدراً كالإبل.

ووجه قوله في الجديده ما رواه سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ كان يَقُومُ دِيَةَ الْخَطَا عَلَى أَهْلِ الْقُرَى أَرْبَعَمِائَةِ دِينَارٍ أَوْ عَدْلُهَا مِنَ الْوَرَقِ وَيُقَوِّمُهَا عَلَى أَثْمَانِ الْإِبِلِ، فَإِذَا قُلْتُ الْإِبِلَ رَفَعَ فِي قِيَمَتِهَا، وَإِذَا هَانَتْ بِرَخْصٍ... مِنْهَا نَقَصَ فَبَلَغَتْ الدِّيَةَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ [ما بين أربعمائة دينار إلى ثمانمائة دينار] ^(١) أَوْ عَدْلُهَا... ^(٢).

وروي أن أبا بكر رضي الله عنه قوم لما كثر المال وغلت الإبل مائة من الإبل من ستمائة دينار إلى ثمانمائة دينار، حكاه أبو إسحاق في «شرحه».

وروى سفيان بن الحسين عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال: كانت قيمة الدية على عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينار، وكانت كذلك حتى استخلف عمر فغلت الإبل، فصعد المنبر فخطب وقال: ألا إن الإبل قد غَلَتْ فَقَضَى يَعْنِي فِي الدِّيَةِ عَلَى أَهْلِ الذَّهَبِ بِأَلْفِ دِينَارٍ، وَعَلَى أَهْلِ الْوَرَقِ اثْنَيْ عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ ^(٣).

لأن الإبل إذا كانت هي المستحقة وجب أن يكون العدول عنها عند إعوازاها إلى قيمتها اعتباراً بسائر الحقوق وبالحرية المقدرة بالذهب إذا عدل عنه رجع إلى قيمته فهذا توجيه القولين.

فصل: مع أبي حنيفة لا يعدل عن إبل الدية إذا وجدت، وخير أبو حنيفة بين الإبل وبين الدراهم والدنانير استدلالاً بأن رسول الله ﷺ قضى بجمعيتها فدل على التخيير فيها ولأن العاقلة تتحملها مواساة مكان التخيير فيها أرفق ككفارة اليمين، ولأن الدراهم والدنانير أصول الأموال فلم يجز أن تجعل فرعاً للإبل.

ودليلنا قول رسول الله ﷺ «أَلَا إِنَّ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ الْخَطَا بِالسَّوْطِ وَالْعَصَا مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ مُغْلَظَةٌ مِنْهَا أَرْبَعُونَ خِلْفَةً فِي بَطُونِهَا أَوْلَادُهَا» فاقتضى أن تكون الإبل أصلاً لا يعدل عنها إلا بعد العدم.

وزوي عن النبي ﷺ أنه قال: «أَكْرِمُوا الْإِبِلَ فَإِنَّ فِيهَا رَقُوءَ الدَّمِ» فخصها بهذه الصفة، لأنها تبذل في الدية فيعفى بها عن القود فدل على اختصاصها بالحكم.

(١) في ب أربعمائة درهم أو ثمانمائة درهم.

(٢) أحمد في المسند ٢/٢٢٤؛ أبو داود (٤٥٦٤) والنسائي ٨/٤٢؛ ابن ماجه ٢/٨٧٨ (٢٦٣٠).

(٣) أبو داود ٤/٦٧٩ (٤٥٤٢).

وروى عطاء قال: كانت الدية بالإبل حتى قومها عمر بن الخطاب، قال الشافعي: «ما قومها إلا قيمة يومها» وإذا كان العدول عنها قيمة لها لم تستحق القيم إلا بعد العدم، لأن ما استحقه الآدميون من حقوق الأموال إذا تعينت لم يدخلها تخيير كسائر الحقوق، وليس لما احتيج به من قضاء النبي ﷺ بجميعها وجه لاحتمال قضائه بذلك مع الإعواز والعدم، ولا توجب المواساة بها التخيير فيها كما لا يخير بين ما سوى الدنانير والدراهم وبين غيرها من العروض والسلع وكذلك قوله «أنها أرفق».

فصل: قدر أبو حنيفة الدية من الورق عشرة آلاف درهم، وعند الشافعي أنها إذا تقدرت كانت اثني عشر ألف درهم، فقوّم الشافعي كل دينار باثني عشر درهماً، وقومه أبو حنيفة بعشرة دراهم استدلالاً بقضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الدية بعشرة آلاف درهم ويقول علي بن أبي طالب عليه السلام: «وددت أن لي بكل عشرة منكم واحداً من بني فراس بن غنم» صرف الدينار بالدراهم، فدل على أن قيمة الدينار عشرة دراهم، ولأن الشرع قد قدر في الزكاة والسرقة كل دينار في مقابلة عشرة دراهم، أما الزكاة فلأن نصاب الذهب عشرون مثقالاً ونصاب الورق مائتا درهم.

وأما السرقة فما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الْقَطْعُ فِي دِينَارٍ أَوْ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ».

ودليلنا ما روي سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ جعل الدية اثني عشر ألف درهم [وحدث عمرو بن حزم أن النبي ﷺ جعل الدية اثني عشر ألف درهم]^(١)، ولأنه قول سبعة من الصحابة أنهم حكموا في الدية باثني عشر ألف درهم منهم الأئمة الأربعة، وابن عباس، وأنس بن مالك، وأبو هريرة رضوان الله عليهم، ولم يظهر مخالف فكان إجماعاً لا يسوغ خلافه.

فإن قيل: فقد روي عن عمر أنه قضى في الدية بعشرة آلاف درهم قيل المشهور عنه ما روينا وقد رواه عمرو بن شعيب وحضر السيرة فيه فكان أثبت نقلاً وأصح عملاً، ولو تعارضت عنه الروايتان كان خارجاً من خلافهم ووافقهم، ولكان قول من عداهم إجماعاً منعقداً.

فإن قيل فتحمل الاثني عشر ألفاً على وزن ستة، والعشرة آلاف على وزن سبعة، فيكون وفاقاً في القدر وإن كان خلافاً في العدد.

قيل: ليس تعرف دراهم الإسلام إلا وزان سبعة، ولو جاز لكم أن تتأولوه على هذا لجاز لنا أن نقابلكم بمثله فتأول من روى عشرة آلاف درم على أنها وزن ثمانية، ومن روى اثني عشر ألف على أنها وزن سبعة.

(١) ما بين المعكوفين قط في ب.

وقولهم: إن الدينار موضوع في الشرع على مقابلة عشرة دراهم في الزكاة والسرقه فليست الزكاة أصلاً للدية، لأن نصاب الإبل فيها خمس، ونصاب الذهب عشرون مثقالاً، يكون البعير الواحد في مقابلة أربعة دنانير، والدية من الإبل مائة بعير تقتضي على اعتبار الزكاة أن تكون الدية من الذهب أربعمائة دينار، وهذا مدفوع بالإجماع، فكذاك اعتبار نصاب الورق بنصاب الذهب.

وأما السرقه فالحديث فيها مدفوع والنقل مردود فيما ورد فيه فكيف يجعل أصلاً لغيره وقد روينا أنه قال: «القطع في ربع دينار، أو ثلاثة دراهم» فأما المزني فإنه قال: ورجوعه عن القديم رغبة عنه إلى الجديد وهو أشبه بالسنة يحتمل وجهين: أحدهما: أن يكون القديم أشبه بالسنة فيكون اختياراً له.

والثاني: يحتمل أن يكون الجديد أشبه بالسنة فيكون اختياراً له والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَفِي الْمَوْضُحَةِ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ وَهِيَ الَّتِي تَبْرُزُ الْعَظْمَ حَتَّى يَقْرَعَ بِالْمِرْوَدِ لَأَنَّهَا عَلَى الْأَسْمَاءِ صَغُرَتْ أَوْ كَبُرَتْ شَانَتْ أَوْ لَمْ تَشْنِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن شجاج الرأس إحدى عشرة شجة في قول الأكثرين منها ستة قبل الموضحة وأربعة بعدها، وهي أربع عشرة شجة في قول آخرين منها ثمانية قبل الموضحة، وخمس بعدها، فأولها الحارصة، ثم الدامية، ثم الدامغة، ثم الباضعة، ثم المتلاحمة، وقد يسميها أهل المدينة البازلة، ومنهم من يجعل بين الموضحة والهاشمة شجة زائدة وهي المفرشة، ثم المنقلة ثم المأمومة، ثم الدامغة، وكان ابن سريج لا يجعل بعد المأمومة شيئاً، ولا يستحق فيما قبل الموضحة وبعدها قصاص.

فأما الدية المقدرة فلا تجب فيما قبل الموضحة، ويجب فيها وفيما بعدها فتصير شجاج الرأس منقسمة ثلاثة أقسام:

أحدها: ما لا يجب فيه قصاص ولا دية مقدرة وهو [ما قبل الموضحة].

والثاني: ما يجب فيه الدية المقدرة ولا يجب فيه القصاص وهو ما بعد الموضحة.

والثالث: ما يجب فيه القصاص ويجب فيه الدية المقدرة وهو^(١) الموضحة،

(١) ما بين المعكوفين سقط في ب.

ودية الموضحة مقدرة بخمس من الإبل، لرواية عمرو بن حزم أن في كتاب رسول الله ﷺ إلى أهل اليمن «وفي الموضحة خمس من الإبل» ورواه معاذ بن جبل عن رسول الله ﷺ لفظاً سمعه منه .

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «في الموضحة خمس خمس»^(١) وإذا كان هذا ثابتاً ففي الموضحة خمس من الإبل، سواء كانت في الرأس أو في الوجه ولا تجب فيها إذا كانت في غيرها من البدن إلا أرش على ما سنذكره، ففرق الشافعي بين موضحة الرأس والوجه وبين موضحة الجسد، وسوى بين موضحة الرأس والوجه في كل واحدة منهما خمس من الإبل، وفرق سعيد بن المسيب بينهما فأوجب في موضحة الرأس خمساً من الإبل، وفي موضحة الوجه عشراً، وفرق مالك بينهما فأوجب في موضحة الرأس خمساً وأوجب في موضحة الأنف خمساً، وما قدمناه من عموم الأخبار دليل عليها.

فصل: فأما صفة الموضحة فقد قدمناه في حكم القصاص منها وهو ما أوضح عن العظم وأبرزه حتى يقرع بالمرود وإن كان العظم غير مشاهد بالدم الذي يستره أو وصل المرود إليه، قال الشافعي: «وهي على الأسماء صغرت أو كبرت» وهذا صحيح، وفيها إذا صغرت فكانت كالمحيط أو كبرت فأخذت جميع الرأس خمس من الإبل، لأنها على الأسماء فاستوى حكم صغيرها وكبيرها كالأطراف التي تتساوى فيها الديات ولا تختلف بالصغر والكبر، وسواء كانت الموضحة في مقدم الرأس أو مؤخره، وسواء كانت في جهة الوجه أو في لحيته وذقنه، سترها الشعر أو لم يسترها، قال الشافعي: «شانت أو لم تشن» هذا مذهبه أن فيها خمساً من الإبل فيما شان أو لم يشن، قلّ الشين أو كثر، وحكى عنه أنه قال في موضع آخر: إن موضحة العجبة إذا كثر شينها في الوجه أن فيها أكثر الأمرين من ديتها أو أرش شينها، فاختلف أصحابنا على وجهين:

أحدهما: أن خرّجوا زيادة الشين في الرأس والوجه على قولين.

والوجه الثاني: أنه لا يلزمه في شين الرأس إلا ديتها، ويلزمه في شين الوجه أكثر الأمرين من أرشها أو ديتها، لأن شينها في الوجه أقبح، وهي من العين والخوف عليها أقرن.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ وَسَطَهَا مَا لَمْ يَنْخَرَقَ فِيهَا

(١) أخرجه أبو داود (٤٥٦٦) والترمذي (١٣٩٠) والنسائي ٥٧/٨ وابن ماجه (٢٦٥٥)؛ وأحمد ١٧٨/٢؛ والبيهقي ٧٨٥/٨ والمجمع ٢٩٦/٦.

موضحتان فَإِنْ قَالَ شَقَّقْتُهَا مِنْ رَأْسِي وَقَالَ الْجَانِي بَلْ تَأَكَّلْتُ مِنْ جَنَائِي فَقَوْلُ قَوْلِ
الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ مَعَ يَمِينِهِ لَأَنْتَهُمَا وَجَبَتْ لَهُ فَلَا يُنْطَلُهُمَا إِلَّا إِفْرَارُهُ أَوْ بَيِّنَةُ عَلَيْهِ.

قال الماوردي: إذا كان في وسط الموضحة حاجز بين طرفها لم يخل ذلك
الحاجز من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون جلدة الرأس وما تحتها من اللحم، فيكون هذا الحاجز فصلاً
بينهما فتصير موضحتين، ويلزمه فيهما ديتان، سواء صغر الحاجز ودق أو كبر وغلظ.

والقسم الثاني: أن يكون الحاجز بينهما لحماً بعد انقطاع الجلد عنه فصار به ما
بقي من اللحم بعد انقطاع الجلد حارصة أو متلاحمة فهي موضحة واحدة وليس عليه
أكثر من ديتها، سواء قل اللحم أو كثر، انكشف عند الاندمال أو لم ينكشف، وهكذا
لو كان ذلك في طرفي الموضحة مع إيضاح وسطها لم يلزمه إلا ديتها، ودخل حكومة
الحارصة والمتلاحمة والسمحاق فيها، نصّ عليه الشافعي، لأنه لو أوضح ما لم
يوضحه منها لم يلزمه أكثر من ديتها فبأن لا يلزمه إذا لم يوضحه أولى.

والقسم الثالث: أن يكون الحاجز بينهما هو الجلد بعد انخراق ما تحته من اللحم
حتى وضع به العظم فصارت موضحتين في الظاهر وواحدة في الباطن ففيه وجهان:

أحدهما: أنهما موضحتان اعتباراً بالظاهر في الانفصال.

والثاني: أنها موضحة واحدة اعتباراً بالباطن في الاتصال.

فصل: فإذا ثبت ما ذكرنا من حكم الموضحتين بالحاجز بينهما من قليل وكثير
فانخرق الحاجز بينهما حتى اتصلت الموضحتان فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تنخرق بالسراية التي تآكل بها الحاجز حتى انخرق فتكون موضحة
واحدة، لأن ما حدث عن الجناية من سرائة كان مضافاً إليها والجاني مأخوذ بها.

والضرب الثاني: أن ينخرق الحاجز بقطع قاطع فلا يخلو حال قاطعه من ثلاثة
أقسام:

أحدها: أن يكون هو الجاني يعود فيقطعه فتكون موضحة واحدة، لأن أفعال
الجاني يبني بعضها على بعض ألا ترى أنه لو قطع يديه ورجليه ثم عاد فقتله لم يلزمه
إلا دية واحدة ولو قتله غيره لزمه ديتان في اليدين والرجلين.

والقسم الثاني: أن يقطعه المجني عليه فيلزم الجاني موضحتان، لأن فعل
المجني عليه لا يبني على فعل الجاني كما لو قطع الجاني يديه ورجليه وقتل المجني
عليه نفسه كان على الجاني ديتان في اليدين والرجلين.

والقسم الثالث: أن يقطعه حتى ينخرق بجنايته الحاجز الذي بينهما فتكون ثلاث مواضع يلزم الأول منها موضحتان، ويلزم الثاني موضحة واحدة، لأن فعل أحدهما لا يبني على فعل الآخر، وفعل كل واحد منهما مضمون، كما لو قطع الأول يديه ورجليه وقتله الثاني، كان على الأول ديتان في اليدين والرجلين، وعلى الثاني دية النفس، فلو اختلفا بعد زوال الحاجز الذي بينهما فقال الجاني: أنا قطعت أو انخرق بالسراية فليس عليّ إلا موضحة واحدة، وقال المجني عليه: أنا قطعت أو قطعه أجنبي فعليك موضحتان فالقول قول المجني عليه مع يمينه إذا عدم الجاني البينة، لأننا على يقين من استحقاق الموضحتين بابتداء الجناية وفي شك من سقوط إحداها، فاعتبر حكم اليقين دون الشك، كما لو قطع يديه ورجليه ثم مات المجني عليه فاختلف الجاني والولي، فقال الولي: مات من غير جنايتك فعليك ديتان، وقال الجاني: مات من جنايتي فعلي دية واحدة وأمكن ما قاله كل واحد منهما فالقول قول الولي مع يمينه، وله ديتان لوجوبهما بابتداء الجناية.

فصل: وإذا شجّه موضحة أخذت مقدم رأسه وأعلى جبهته فصار بها موضحاً لرأسه وجبهته ففيه وجهان:

أحدهما: أنهما موضحتان ويلزمه ديتاهما، لأنهما على عضوين فانفرد كل واحد منهما بحكمه.

والوجه الثاني: أنها موضحة واحدة لاتصال بعضها ببعض فلم ينفصل حكمهما بالمحل، ولو شجّه موضحة أخذت مؤخر رأسه وأعلى قفاه فصار بها موضحاً لرأسه وقفاه لزمه دية الموضحة في رأسه وحكومة الموضحة في قفاه وجهاً واحداً، لأنهما عضوان ولموضحتهما حكمان، لأن في موضحة الرأس دية وفي موضحة القفا حكومة فلم يتداخل مع اختلاف حكمهما ومحلها، ولو شجّه موضحة في طرفيها ما دون الموضحة تداخلاً ولزمه دية الموضحة وإن كان ما دونها مخالفاً لحكمها لو انفرد، لأن الأغلب من حال الموضحة أن يندرج طرفاها حتى يوضح وسطها فألحق الطرفان بالوسط في العضو الواحد وهي متصلة فهي موضحتان يلزمه أرشهما وجهاً واحداً، لأن محلها مختلف وأرشهما مختلف، لأن في مواضع الجسد حكومة تختلف أرشها باختلاف الشين فلم يتداخل بعضها في بعض مع اختلاف المحل والأرش.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فِي الْهَاشِمَةِ عَشْرٌ مِنَ الْإِبِلِ وَهِيَ الَّتِي تَوْضَحُ وَتُهَشِّمُ».

قال الماوردي: أما الهاشمة فهي التي أوضحت عن العظم وهشمتها حتى كسرتها

وفيها عشر من الإبل وهو قول أبي حنيفة وجمهور الفقهاء .

وقال مالك ، وطائفة من أهل المدينة : فيها دية الموضحة وحكومة في الهشم غير مقدرة ، لأن رسول الله ﷺ قدر دية الموضحة بخمس ودية المنقلة بخمس عشرة ، وأغفل الهاشمة ، فوجب أن تكون المقدرة فيها ما قدره دون ما أغفله .

ودليلنا : أن زيد بن ثابت ثابت قدر الهاشمة عشراً من الإبل وليس يعرف له مخالف فكان إجماعاً ، ولأنه لما كانت الموضحة ذات وصف واحد وفيها خمس من الإبل وكانت المنقلة ذات ثلاثة أوصاف إيضاح ، وهشم ، وتنقيل ، وفيها خمس عشرة وجب إذا كانت الهاشمة ذات وصفين أن تكون ديتها بين المنزلتين فيكون فيها عشر من الإبل كالذي قلناه في نفقة الموسر أنها «مدان» ونفقة المعسر أنها «مد» ، فأوجبنا نفقة المتوسط مداً ونصفاً ، لأنه بين المنزلتين ، ولأن كسر العظم بالهشم ملحق بكسر ما تقدرت ديته من السن وفيه خمس من الإبل ، فكذلك في الهشم ، فصار مع الموضحة عشراً .

فصل: فإذا ثبت أن في الهاشمة عشراً من الإبل فلو هشم ولم يوضح ففيه خمس من الإبل ، وأوجب بعض أصحابنا في الهاشمة إذا انفرد حكومة كهشم أعضاء البدن ، وهذا فاسد ، لأنها لما لم تقدر موضحة الخد وهاشمته لم يتقدر انفراد هشمه ولما تقدرت موضحة الرأس وهاشمته تقدر انفراد هشمه ، وهذا الهشم مما لا يرى فلا يثبت حكمه إلا بإقرار الجاني أو شهادة عدلين من الطب يشهدان باختيار الشجة أن فيها هشماً يقطعان به ، فلو أوضح وهشم فأراد المجني عليه أن يقتصر من الموضحة في العمد حكم له بالقصاص وأغرم دية الهشم خمساً من الإبل ، ولو شجه هاشمتين عليهما موضحة واحدة كانتا هاشمتين وعليه ديتاهما ، لأنه زاد إيضاح ما لا هشم تحته ، ولو أوضحه موضحتين تحتها هاشمة واحدة كانت موضحتين ، لأنه قد زاده هشم ما لا إيضاح عليه .

فإن قيل : فهذا هشم في الباطن دون الظاهر فهلا كان على وجهين كالموضحة في الباطن دون الظاهر ؟

قيل : الفرق بينهما امتزاج اللحم بالجلد في الموضحة ، وانفصال العظم عن اللحم والجلد في الهاشمة .

فصل: وقد ذكرنا أنه قد جعل بين الموضحة والهاشمة شجة تسمى المفرشة وهي الموضحة إذا اقترن بها صداع ، فينظر في الصداع الحادث عنها ، فإن انقطع ولم يدم فلا شيء فيه سوى دية الموضحة ، كما لو ضربه فألمه وإن استدام الصداع على الأبد ولم يسكن كان فيه مع دية الموضحة حكومة لا تبلغ زيادة الهاشمة ، لأنه بالاستدامة قد صار

كالجرح الثابت، فإن كان يضرب في زمان ويسكن في زمان نظر، فإن علم أن عود الصداق من الموضحة كان فيه حكومة، وإن علم أنه من غيرها فلا حكومة فيه [ولا فيما تقدمه، لأنه لم يدم، وإن شك فيه فلا حكومة فيه] ^(١) لأنها لا تجب بالشك.

فصل: وإذا شجه فهشم مقدم رأسه وأعلى جبهته فصار هاشماً لرأسه وجبهته كان على وجهين كما قلنا في الموضحة:

أحدهما: تكون هاشمتين، لأنها على عضوين:

والثاني: تكون هاشمة واحدة لاتصال بعضها ببعض، ولو شجه فأوضح رأسه وهشم جبهته، أو هشم رأسه وأوضح جبهته كان مأخوذاً بديه موضحة في إحداها وبهاشمة في الأخرى، لأن محلها مختلف وديتها مختلفة فلم يتداخل مع اختلاف المحل والديه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي الْمُنْقَلَةِ خَمْسَ عَشْرَةَ مِنَ الْإِبِلِ وَهِيَ الَّتِي تَكْسِرُ عَظْمَ الرَّأْسِ حَتَّى يَتَشَطَّى فَيَنْقَلُ مِنْ عِظَامِهِ لِيَلْتَمَّ».

قال الماوردي: أما الْمُنْقَلَةُ فهي التي تهشم العظم حتى يتشظى فينتقل حتى يلتئم.

قال الشافعي: تسمى المنقولة أيضاً، وفيها خمس عشرة من الإبل، وقد انعقد عليه الإجماع، لرواية عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ «فِي الْمُنْقَلَةِ خَمْسُ عَشْرَةَ مِنَ الْإِبِلِ» ^(٢).

وروى عمرو بن حزم أن في كتاب رسول الله ﷺ إلى أهل اليمن: «في الموضحة خمس وفي المنقولة خمس عشرة، وفي المأمومة ثلث الدية» فلو أراد القصاص من الموضحة سقط بالقصاص ديتها وهي خمس، ووجب الباقي من ديتها وذلك عشر من الإبل في الهشم والتنقيل، ولو شجه منقولة لا إيضاح عليها لزمه كمال ديتها بخلاف الهاشمة إذا لم يكن عليها إيضاح، لأن المنقولة لا بد من إيضاحها لتثقل العظم الذي فيها فصار الإيضاح عائداً إلى جانبها فلزمه جميع ديتها، والهاشمة لا تفتقر إلى إيضاح فلم يلزمه إلا قدر ما جنى فيها، وإذا شجه في رأسه شجة متصلة كان بعضها موضحة وبعضها هاشمة وبعضها منقولة كان جميعها منقولة لا يؤخذ أكثر من ديتها، لأنها غاية

(١) ما بين المعكوفين سقط في ب.

(٢) أخرجه الدارمي ١٩٣/٢ والبيهقي ٨٢/٨ وعبد الرزاق في المصنف (١٧٣٦٧) وانظر المجمع (٢٩٦/٦).

جنايته التي تدرج حالاً بعد حال، وسواء في دية المنقلة أن يتشظى عظمها فلا يعاد أو يتشظى فيعاد بعينه أو بغيره أن في جميعها خمس عشرة من الإبل، كما يجب في ذلك في صغير الموضحة وكبرها، وإذا انتقلت الشجة في موضعين من رأسه وقد اتصل إيضاها كانت منقلتين كما قلنا في الهاشمتين لما قدمناه من الفرق، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَذَلِكَ كُلُّهُ فِي الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ وَاللِّحْيِ الْأَسْفَلِ».

قال الماوردي: يعني تقدير دية الموضحة بخمس والهاشمة بعشر، والمنقلة بخمس عشرة إنما يكون في الرأس والوجه واللحي الأسفل، فأما في الجسد وما قارب الرأس من العنق فلا يتقدر فيه دية الموضحة ولا دية الهاشمة، ولا دية المنقلة ويجب فيها حكومة الا يبلغ بأرشف موضحةا خمساً ولا بأرشف هاشمتها عشرأ، ولا بأرشف منقلتها خمس عشرة للفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أنها على الرأس أخوف.

والثاني: أن شينها فيه أقبح، ويتغلظ هذه الشجاج في الرأس بالعمد، ويتخفف بالخطأ، ولا تتغلظ في الجسد بعمد ولا خطأ، لأن التغلظ يختص بالمقدر من الديات ولا يدخل فيها ما لا يتقدر من أروش الجنايات، فيتغلظ خمس الموضحة بالأثلاث، فيكون فيها خلفتان، وجذعة ونصف، وحقه ونصف، فتخفف فيها بالأخماس فيكون فيها جذعة وحقه، وبنت لبون، وابن لبون، وبنت مخاض، وتتغلظ غير الهاشمة بالأثلاث فيكون فيها أربع خلفات، وثلاث جذاع وثلاث حقاق، ويتخفف بالأخماس فيكون فيها جذعتان، وحققتان، وبنتا لبون، وابنا لبون، وبنتا مخاض، ويتغلظ في خمس عشرة في المنقلة بالأثلاث فيكون فيها ست خلفات، وأربع حقاق ونصف، وأربع جذاع ونصف، ويتخفف فيها بالأخماس فيكون فيها ثلاثة جذاع، وثلاث حقاق، وثلاث بنات لبون، وثلاثة بني لبون، وثلاث بنات مخاض، وعلى غير هذا فيما زاد ونقص فيما يقدر من ديات الأعضاء والأطراف.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي الْمَأْمُومَةِ ثُلُثُ النَّفْسِ وَهِيَ الَّتِي تَخْرُقُ إِلَى جِلْدِ الدَّمَاعِ».

قال الماوردي: أما المأمومة فهي الواصلة إلى أم الرأس، وأم الرأس هي الغشاوة المحيطة بمخ الدماغ وتسمى الأمة.

وأما الدامغة فهي التي خرقت غشاوة الدماغ حتى وصلت إلى مخه، وفيها جميعاً ثلث الدية لا تفضل دية الدامغة على دية المأمومة، وإن كنت أرى أن يجب تفضيلها

بزيادة حكومة في خرق غشاوة الدماغ، لأنه وصف زائد على صفة المأمومة وإن لم يحك عن الشافعي.

والدليل على أن المأمومة ثلث الدية حديثان:

أحدهما: حديث عمر بن الخطاب أن رسول الله ﷺ قال: في «الآمة ثلث الدية».

والآخر: حديث عمرو بن حزم أن رسول الله ﷺ قال في كتابه إلى أهل اليمن: «وفي المأمومة ثلث الدية» ولأنها واصله إلى جوف فأشبهت الجائفة، فلو أراد المجني عليه أن يقتص من الإيضاح سقط من ديتها إذا اقتص دية الموضحة خمس من الإبل وأخذ بالباقي منها وهو ثمانية وعشرون بغيراً وثلث، فلو شجه رجل موضحة وهشمه ثان بعد الإيضاح ونقله ثالث بعد الهشم وأمه رابع بعد التنكيل كان على الأول دية الموضحة خمس من الإبل وعلى الثاني ما زاد عليها من دية الهاشمة وهي خمس من الإبل، وعلى الثالث ما زاد عليها من دية المنقلة وهي خمس من الإبل، وعلى الرابع ما زاد عليها من دية المأمومة وهي ثمانية عشر بغيراً وثلث، فإن أريد القصاص اقتص من الأول الموضح دون من عداه، وأخذ من كل واحد منهم ما يلزمه من دية جنايته، ولو جرحه في وجته من وجهه جراحة حرقت الجلد واللحم وهشمت العظم وتنقل العظم إلى أن وصلت إلى الأم أو كانت في إحدى الحصتين فخرقت كذلك حتى وصلت إلى الفم ففيها قولان حكاهما أبو حامد المروزي في «جامعه».

أحدهما: أنها مأمومة يجب فيها ثلث الدية، ويكون وصولها إلى الفم كوصولها إلى الدماغ لأنها عملت عمل المأمومة.

والقول الثاني: أنه يجب فيها دية منتقلة وزيادة حكومة في وصولها إلى الفم لا يبلغ بها دية المأمومة، لأن وصول المأمومة إلى الدماغ أخوف على النفس من وصولها إلى الفم فلم يبلغ بدية ما قل خوفه دية ما هو أخوف.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَمْ أَغْلَمْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ حَكَمَ فِيمَا دُونَ الْمُوضَّحَةِ بِشَيْءٍ فَنِيمَا دُونَهَا حُكُومَةٌ لَا يَبْلُغُ بِهَا قَدْرُ مُوضَّحَةٍ وَإِنْ كَانَ الشَّيْنُ أَكْثَرَ».

قال الماوردي: قد ذكرنا شجاج الرأس قبل الموضحة وأنها ست. الحارصة: وهي التي تشق الجلد، ثم الدامية، وهي التي يدمى بها موضع الشق.

ثم الدامغة، وهي التي يدمغ منها الدم.

ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم فتشقه.

ثم المتلاحمة وهي التي تمور في اللحم حتى تنزل فيه وقد تسمى البازلة، ومنهم

كتاب الديات/ باب أسنان الخطأ وتقويمها... الخ
من جعل البازلة شجة زائدة بين الباضعة والمتلاحمة فيجعل ما قبل الموضحة سبعاً.

ثم السمحاق وهي التي تمر جميع اللحم حتى تصل إلى سمحاق الرأس وهي جلدة تغشى عظم الدماغ، ويسمى أهل المدينة الملطاة، ومنهم من جعلها بين المتلاحمة والسمحاق فيجعل شجاج ما قبل الموضحة ثمانياً، ولا أعرف لهذه الملطاة حداً يزيد على المتلاحمة وتنقص عن السمحاق فيصر وسطاً بينهما، وليس في جميع هذه الشجاج التي قبل الموضحة أرش مقدر بالنص، وأول الشجاج التي ورد النص بتقدير أرشها الموضحة لانتهائها إلى حد مقدر فصار أرشها مقدراً كالأطراف، وإذا لم يتقدر أرش ما قبل الموضحة نصاً فقد اختلف أصحابنا فيه على ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو الظاهر من نصوص الشافعي، وقول جمهور أصحابه: أن فيها حكومة يختلف قدرها باختلاف شينها تتقدر بالاجتهاد ولا يصير ما قدره الاجتهاد فيها مقدراً معتبراً في غيرها، لجواز زيادة الشين ونقصانه، فإذا أفضى الاجتهاد في حكومة أرشها إلى مقدار ينقص من دية الموضحة على ما سنصفه من صفة الاجتهاد أوجبنا جميعه، وإن زاد على دية الموضحة أو ساواها لم يحكم بجميعه ونقص من دية الموضحة بحسب ما يؤديه الاجتهاد إليه، لأن شينها لو كان في موضحة لم يزد على ديتها، فإذا كان فيما دون الموضحة وجب أن ينقص من ديتها.

فإن قيل: فقد يجب فيما دون النفس أكثر من الدية وإن لم يجب في النفس إلا الدية فهلا وجب فيما دون الموضحة بحسب الشين أكثر مما يجب في الموضحة.

قيل: لأن ما دون الموضحة بعض الموضحة وبعضها لا يكافئها وليست الأطراف بعض النفس، لأن النفس لا تتبع بعض فجاز أن يجب فيها أكثر مما يجب في النفس.

والوجه الثاني: وهو محكى عن أبي العباس بن سريج أن أروشها مقدرة بالاجتهاد كما تقدرت الموضحة وما فوقها بالنص ولا يمتنع إثبات المقادير اجتهاداً كما تقدر القلتان بخمسائة رطل اجتهاداً، فجعل في الحارصة بغيراً واحداً، وجعل في الدامية والدامغة بغيرين، وجعل في الباضعة، والبازلة، والمتلاحمة ثلاثة أبعرة، وجعل في الملطاة، والسمحاق أربعة أبعرة، لأنها أقرب الشجاج من الموضحة، فكان أرشها أقرب الأروش إلى دية الموضحة، ولما كانت الحارصة أول الشجاج كان فيها أول ما في الموضحة وكان فيما بين الطرفين ما يقتضيه قرينة من أحدهما فلذلك رتبته في التقدير على ما ذكره، وهذا وإن كان مستقراً بالظاهر فاسد من وجهين:

أحدهما: أن ما دخله الاجتهاد بحسب الزيادة والنقصان كان حكمه موقوفاً عليه.

والثاني: أنه لو جاز أن يستقر الاجتهاد فيه بمقدار محدود لا يزداد عليه ولا ينقص

منه لكان اجتهد الصحابة رضي الله عنهم فيه أمضى وتقديرهم له ألزم، وقد روى سعيد ابن المسيب عن عمر وعثمان أنهما قضيا في الملقطة والسحق بنصف ما في الموضحة.

والوجه الثالث: حكاه أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة عن الشافعي أن يعتبر قدر ما انتهت إليه في اللحم من مقدار ما بلغته الموضحة حتى وصلت إلى العظم إذا أمكن، فإذا عرف مقداره من ربع أو ثلث أو نصف كان فيه بقدر ذلك من دية الموضحة، فإن علم أنه النصف وشك في الزيادة اعتبر شكه بتقويم الحكومة، فإن زاد على النصف وبلغ الثلثين زال حكم الشك في الزيادة بإثباتها وحكم بها، ولزم ثلثا دية الموضحة، وإن بلغت النصف زال حكم الشك في الزيادة بإسقاطها وحكم بنصف الدية، وإن نقصت عن النصف بطل حكم النقصان والزيادة وثبت حكم النصف، فإن لم يعلم مقدار ذلك من الموضحة عدل حينئذ إلى الحكومة التي يتقدر الأرض فيها بالتقويم على ما سنذكره، ولهذا الوجه وجه إن لم يدفعه أصل وذلك أن مقدار الحكومة معتبر بشيئين: الضرر والشين، وهما لا يتقدران بمقدار المور في اللحم.

وحكي عن الشعبي أنه قال: ليس فيما دون الموضحة أرش، وليس على الجاني إلا أجرة الطبيب لعدم النص فيه، وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن المنصوص عليه أصل للمسكوت عنه.

والثاني: أنه قد أوجب أجرة الطبيب ولم يرد بها شرع، وأسقط أرش الدم وقد ورد به شرع، والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي كُلِّ جُرْحٍ مَا عَدَا الرَّأْسَ وَالْوَجْهَ حُكُومَةٌ إِلَّا الْجَائِفَةُ فِيهَا ثُلُثُ النَّفْسِ وَهِيَ الَّتِي تَخْرُقُ إِلَى الْجَوْفِ مِنْ بَطْنٍ أَوْ ظَهْرٍ أَوْ صَدْرٍ أَوْ ثَغْرَةٍ نَخَرٍ فِيهَا جَائِفَةٌ».

قال الماوردي: وإذا قد مضى الكلام في شجاج الرأس والوجه فسنذكر ما عداه من جراح البدن وينقسم أربعة أقسام:

أحدها: ما يجب فيه القصاص وتتقدر فيه الدية وهو الأطراف.

والقسم الثاني: ما لا يجب فيه القصاص ولا تتقدر فيه الدية، وهو ما دون الموضحة أو فوقها ودون الجائفة.

والقسم الثالث: ما يجب فيه القصاص ولا يتقدر فيه الدية وهو الموضحة، يجب فيها القصاص في البدن كالرأس، ولا تتقدر فيها الدية، وإن تقدرت في الرأس ويجب فيها حكومة

والفرق فيها بين الرأس والجسد من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الرأس لاشتماله على حواس السمع والبصر والشم والذوق.

والثاني: أن الجناية عليه أخوف.

والثالث: أن شينها فيه أقبح.

والقسم الرابع: ما تتقدر فيه الدية ولا يجب فيه القصاص وهو الجائفة، والجائفة وصول الجرح إلى الجوف من بطن أو ظهر أو ثغرة نحر تحرق به غطاء الجوف حتى يصل إليه سواء كان بحديد أو بغيره من المحدد، وفيها ثلث الدية، صغرت أو كبرت، لرواية عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن النبي ﷺ [قال: «في الجائفة ثلث الدية وفي المأمومة ثلث الدية»].

وروى عمرو بن حزم أن النبي ﷺ [١] كتب إلى أهل اليمن «وفي الجائفة ثلث الدية» ولأنها واصله إلى غاية مخوفة فأشبهت المأمومة، ولا قصاص فيها، لتعذر المماثلة بنفوذ الحديد إلى ما لا يرى انتهاؤه، فإن أجافه حتى لذع الحديد كبده أو طحاله لزمث ثلث الدية في الجائفة وحكومة في لذع الحديد الكبد والطحال.

ولو أجافه فكسر أحد أضلاعه لزمه دية الجائفة، وتكون حكومة الضلع معتبرة بنفوذ الجائفة، فإن نفذت من غير ضلع لزمه حكومة الضلع، وإن لم تنفذ إلا بكسر الضلع دخلت حكومته في دية الجائفة، وإذا أشرط بطنه بسكين ثم أجافه في آخر الشرطة كان عليه في الجائفة ديته وفي الشرطة حكومتها، لأن الشرطة في غير محل الجائفة متميزة عنها فتميزت بحكمها كما قلنا إذا أوضح مؤخر رأسه وأعلى قفاه، ولو جرحه بخنجر له طرفان فأجافه في موضعين وبينهما حاجز كانت جائفتين وعليه ثلثا الدية، فإن خرقه الجاني أو تآكل صارت جائفة واحدة، ولو خرقه أجنبي كانت ثلاث جوائف، ولو خرقه المجروح كانت جائفتين كما قلنا في الموضحتين.

فصل: وإذا أدخل في حلقة خشبة أو حديدة حتى وصلت إلى الجوف أو أدخلها

(١) ما بين المعكوفين سقط في ب.

في سبيله حتى بلغت الجوف لم تكن جائفة ولا شيء عليه، لأنه ما خرق بها حاجز، فإن خدش بها ما حيالها من داخل الجوف لزمته حكومته، وعزر في الحالين أدباً وإن لم يعزر الجاني إذا أغرم الدية، لأنه قد انتهك منه بإيلاجها ما لم يقابله غرم، فإن خرق بوصول الخشبة إلى الجوف حاجز من غشاوة المعدة أو الحشوة ففي إجراء حكم الجائفة وجهان:

أحدهما: يجري عليه حكم الجائفة ويلزمه ثلث دية، لأنه قد خرق حاجزاً في الجوف فأشبهه حاجز البطن.

والوجه الثاني: لا يجري عليه حكم الجائفة ويلزمه حكومة لبقاء البطن الذي هو حاجز على جميع الجوف، وهذان الوجهان بناء على اختلاف الوجهين في الحاجز بين الموضحين إذا انخرق باطنه من اللحم وهي ظاهرة من الجلد هل يجري عليه حكم الموضحة في الجميع أم لا؟ على وجهين.

فصل: ولو أولج خشبة في فرج عذراء خرق بها حاجز بكارتها عذر ولم يحد، إلا أن يظاً فيحد، ويلزمه مهر المثل إن أكرهها، ولا تلزمه دية الجائفة بخرق حاجز البكارة، لأنها في مسلك الخرق، وأما الحكومة فإن كانت بغير وطء لزمه حكومة بكارتها، لأنها بجناية منه وإن كانت بوطء لم يلزمه، لأنه لا يخلو في وطئه من إكراه أو مطاوعة، فإن أكره دخل أرش الحكومة في المهر، لأنه يلزمه مهر مثلها من الأبكار، وإن طاوعته كانت بالمطاوعة كالمبرئة من الأرش، لأن المطاوعة إذن، وإذا عصر بطنه وداسه حتى خرج الطعام من فمه أو النجو من دبره فلا غرم عليه، ويعزر أدباً، فإن زال بالدوس أحد أعضاء الجوف عن محله حتى تياسر الكبد أو تيامن الطحال، لأن الكبد متيامن والطحال متياسر، فعليه الحكومة إن بقي على حاله، ولا شيء عليه إن عاد إلى محله.

فصل: فإذا جرحه جائفة ثم جاء آخر فأولج في الجائفة سكيناً، فلا يخلو حال الثاني بعد الأول من أحد أربعة أقسام:

أحدها: أن لا يؤثر في سعتها ولا في عمقها فلا شيء عليه، لأنه ما جرح، ويعزر أدباً للأذى.

والقسم الثاني: أن يؤثر في سعتها ولا يؤثر في عمقها، فعليه في زيادة سعتها إذا كان ظاهراً أو باطناً دية جائفة، لأنه قد أجافه، وإن اتصلت بجائفة غيره، فإن اتسعت في الظاهر دون الباطن أو في الباطن دون الظاهر فعليه حكومة، لأنه جرح لم يستكمل جائفة.

والقسم الثالث: أن يؤثر في عمقها ولا يؤثر في سعتها فيلذع بعض أعضاء الجوف من كبد أو طحال فعليه في لذع ذلك وجرحه حكومة.

والقسم الرابع: أن يؤثر في سعتها ويؤثر في عمقها، فيلزمه دية جائفة في زيادة سعتها، وحكومة في جراحه عمقها، فإن قطع بها معاً، أو حشوته صار موجاً قاتلاً يلزمه القود في النفس أو جميع الدية، ويكون الأول جارحاً جائفاً يلزمه ثلث الدية، ولو جرح الثاني المعاء والحشوة ولم يقطعه صار الثاني والأول قاتلين وعليهما القود في النفس أو الدية بينهما بالسوية لحدوث التلف بسراية جنايتهما.

فصل: وإذا خاط المجروح جائفة ففتقها آخر حتى عادت جائفة لم يخل حالها بعد الخياطة من أحد أربعة أقسام:

أحدهما: أن يفتقها قبل التحام ظاهرها وباطنها فلا شيء عليه في الجائفة، ويعزر أدباً للأذى، ويغرم قيمة الخيط وأجرة مثل الخياطة.

والقسم الثاني: أن يفتقها بعد التحام ظاهرها وباطنها، فقد صار جائفاً وعليه دية الجائفة وإن كانت في محل جائفة متقدمة، لأنها قد صارت بعد الاندمال كحالها قبل الجناية، كما لو أوضح رأسه فاندمل، ثم عاد فأوضحه في موضع الاندمال لزمه دية موضحة ثانية ويغرم قيمة الخيط، ولا يغرم أجرة المثل لدخول أجرة فتقها في دية جائفتها بخلافه لو لم يغرم ديتها.

والقسم الثالث: أن يلتحم باطنها ولا يلتحم ظاهرها، فيلزمه حكومة في فتح ما التحم من باطنها، ويغرم قيمة الخيط وأجرة مثل الخياطة، لأنه ما التزم في محله غرمًا سواء.

والقسم الرابع: أن يلتحم ظاهرها ولا يلتحم باطنها، فتلزمه حكومة في فتح ما التحم من ظاهرها، ويغرم قيمة الخيط، ولا يغرم أجرة الخياطة، لدخوله في حكومة محله.

فصل: وإذا جرحه نافذة، والنافذة: أن يجرحه بسهم أو سنان فيدخل في ظهره ويخرج من بطنه، أو يدخل في بطنه ويخرج من ظهره، أو ينفذ من أحد خصره إلى الآخر فمذهب الشافعي وما عليه جمهور أصحابه أن النافذة جائفتان، ويلزمه فيهما ثلثا الدية، وقال أبو حنيفة: تلزمه دية جائفة في الوصول إلى الجوف، وحكومة في النفوذ منه، وبه قال بعض أصحابنا، لأن الجائفة ما وصلت إلى الجوف، والنافذة خارجة منه فكانت أقل من الجائفة، وهذا خطأ، لما روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قضى على رجل رمى رجلاً بسهم فأنفذه بثلثي الدية، ولم يظهر له مخالف فكان إجماعاً، ولأن ما

حرق حجاب الجوف كان جائفة كالداخلة، فإن قطع سهم النافذة بنفوذه في الجوف بعض حشوته كان عليه مع دية الجائفتين حكومة فيما قطع من حشوته.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي الْأُذُنَيْنِ الدِّيَةُ».

قال الماوردي: وقال مالك: فيهما حكومة لاختصاصهما بالجمال دون المنفعة فكانا كاليدنين الشلاوين، وهذا فاسد، لرواية عمرو بن حزم أن النبي ﷺ قال في كتابه إلى أهل اليمن: «وَفِي الْأُذُنَيْنِ الدِّيَةُ» ولأنهما عضوان يجتمع فيهما منفعة وجمال فوجب أن تكمل فيهما الدية كاليدنين والرجلين، فإن قيل: المنفعة فيهما مفقودة.

قيل إن منفعتهما موجودة، لأن الله تعالى ما خلق الأعضاء عبثاً ولا قدرها إلا لحكمة ومنفعة، ومنفعة الأذن جمع الصوت حتى يلج إليها فيصل إلى السمع، وهذا أكبر المنافع.

فصل: فإذا ثبت وجوب الدية فيهما فتكمل الدية إذا استوصلنا، صغرت الأذنان أو كبرت، والمثقوبة وذات الخرم مساوية لغير ذات الثقب والخرم إذا لم يذهب شيء من الأذن بالثقب والخرم، فإن أذهب شيئاً منها سقط من ديتها بقدر الذهاب، وإذا قطع إحدى الأذنين كان فيها نصف الدية يمينى كانت أو يسرى كاليدنين، فإن قطع بعض أذنه كان عليه من ديتها بقسط ما قطع منها من ربع أو ثلث أو نصف، سواء قطع من أعلى أو أسفل، ولا اعتبار بزيادة الجمال والمنفعة في أحد النصفين كما تستوي ديات الأصابع والأسنان مع اختلاف منافعهما، وسواء قطع أذن سميع أو أصم، لأن محل السمع في الصماخ لا في الأذن، لبقاء السمع بعد قطعهما، وخالف حلول البصر في العين وحلول حركة الكلام في اللسان.

فصل: وإذا جنى على أذنيه فاستحشفتا وصار بهما من اليبس وعدم الألم ما باليدنين من الشلل ففيه قولان:

أحدهما: عليه الدية كاملة كما يلزمه في شلل اليدنين الدية.

والقول الثاني: عليه حكومة، لبقاء منافعهما بعد الشلل والاستحشاف وعدم منافع اليد بالشلل سواء، فلو قطعت الأذن بعد استحشافها كان على قولين:

أحدهما: فيهما حكومة إذا قيل في استحشافهما الدية كاليد الشلاء إذا قطعت.

والقول الثاني: فيها الدية إذا قيل في الاستحشاف حكومة، ولا يجتمع فيها ديتان أحدهما بالاستحشاف، والأخرى بالقطع، ولا حكومتان ويجتمع فيهما دية وحكومة، فإن أوجب الدية في الاستحشاف كانت الحكومة في القطع وإن أوجب الحكومة في الاستحشاف كانت الدية في القطع.

وذهب بعض أصحابنا إلى أنه لا يجب في الحاليين إلا حكومة إحداهما بالاستحشاف والأخرى بالقطع، تستوفي بالحكومة جميع الدية لا يجوز نقصانها، ويجوز زيادتها، وهذا فاسد، لأنه لا بد أن يجري على إحدى الحكومتين حكم الجناية على الصحة، وذلك موجب لكمال الدية.

فأما إذا جنى على أذنه فاسود لونها [ففيها حكومة كما لو جنى على يده] لأن سواد اللون في الأبيض شين، وكذلك بياض اللون في الأسود شين، والحكومة في الحاليين واجبة وإن كانت المنافع باقية.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي السَّمْعِ الدِّيَةُ وَيَتَغَفَّلُ وَيُصَابُ بِهِ فَإِنْ أَجَابَ عُرِفَ أَنَّهُ يَسْمَعُ وَلَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ قَوْلُهُ، وَإِنْ لَمْ يُجِبْ عِنْدَ غَفَلَتِهِ وَلَمْ يَفْرَغْ إِذَا صِيحَ بِهِ حَلَفَ لَقَدْ ذَهَبَ سَمْعُهُ وَأَخَذَ الدِّيَةَ».

قال الماوردي: إذا جنى عليه فأذهب سمعه إما بفعل باشر به جسده أو بإحداث صوت هائل خرق العادة حتى ذهب به السمع، وإن لم تكن معه مباشرة فالدية في الحاليين واجبة لأن الصوت الهائل وإن لم تكن معه مباشرة قد يؤثر في ذهاب السمع ما تؤثره المباشرة.

والدليل على وجوب الدية الكاملة في ذهاب السمع رواية معاذ بن جبل أن النبي ﷺ قال: «وَفِي السَّمْعِ الدِّيَةُ»^(١).

وروي أن رجلاً رمى رأس رجل بحجر في زمان عمر فأذهب سمعه وعقله ولسانه وذكره، فقاضى عليه عمر بأربع ديات، ولأن السمع من أشرف الحواس فأشبهه حاسة البصر، [واختلف في أيهما أفضل؟ فقال قوم: حاسة البصر]^(٢) أفضل؛ لأن به تدرك الأعمال، وقال آخرون: حاسة السمع أفضل، لأن به يدرك الفهم، وقد ذكرهما الله تعالى في كتابه فقرنه بذهاب البصر، لأن بذهاب البصر فقد النظر وبذهاب السمع فقد العقل، فقال تعالى في البصر: «وَمِنْهُمْ مَنْ يَنْظُرُ إِلَيْكَ أَفَأَنْتَ تَهْدِي الْعُمْى وَلَوْ كَانُوا لَا يُبْصِرُونَ» [يونس: ٤٣] وقال في السمع: «وَمِنْهُمْ مَنْ يَسْتَمِعُونَ إِلَيْكَ أَفَأَنْتَ تُسْمِعُ الصُّمَّ وَلَوْ كَانُوا لَا يَفْقَهُونَ» [يونس: ٤٢].

فصل: والسمع لا يرى فيرى ذهابه، فلم يكن للبيئة فيه مدخل مع التنازع، ولكن

(١) ضعيف أخرجه البيهقي.

(٢) ما بين المعكوفين سقط في ب.

له أمارات تدل عليه يعلم بها وجوده من عدمه، فإذا ادعى المجني عليه ذهاب سمعه فللجاني حالتان: تصديق، وتكذيب.

فإن صدقه على ذهاب سمعه لم يحتج إلى الاستظهار بالأمارات، وسأل عنه عدول الطب هل يجوز أن يعود أم لا؟ فإن نفوا عوده حكم له بالدية دون القصاص لتعذر استيفائه وإن جوزوا عوده إلى مدة قدروها وجب الانتظار بالدية إلى انقضاء تلك المدة، فإن عاد السمع فيها سقطت الدية، وإن لم يعد حتى انقضت استقر بها ذهاب السمع، واستحق بها دفع الدية، وإن كذب الجاني على ذهاب السمع اعتبر صدق المجني عليه، لتعذر البينة فيه بالأمارات الدالة عليه، وذلك بأن يتغفل ثم يصاح به بأزعج صوت وأهوله يتضمن إنذار أو تحذير، فإن أزعج به والتفت لأجله، أو أجاب عنه دل على بقاء سمعه، فصار الظاهر مع الجاني، فيكون القول فيه قول الجاني مع يمينه بالله أن سمعه لباق ما ذهب من جنائته، ولو اقتصر في يمينه على أنه باقي السمع أجزاء، ولو اقتصر على أن سمعه ما ذهب بجنائته لم يجزه، لأن الحلف على ذهاب السمع وبقائه لا ذهابه بجنائية غيره، وإنما حلف الجاني مع ظهور الأمانة في جنيته لجواز أن يكون إزعاج المجني عليه بالصوت بالاتفاق، وإن كان المجني عليه عند سماع الأصوات المزعجة في أوقات غفلاته غير منزعج بها دل ذلك على ذهاب سمعه، فصار الظاهر معه، فيكون القول قوله مع يمينه في ذهاب سمعه من جنائته، فإن لم يقل من جنائته لم يحكم له بالدية لجواز ذهابه بغير جنائته، ولزمه اليمين مع وجود الأمارات في جنيته لجواز أن يتصنع لها بذهابه وجَلَدِه، ولا يقتصر بهذه الأصوات المزعجة على مرة واحدة لجواز التصنع، ويكون ذلك من جهات وفي أوقات الخلوات حتى يتحقق زوال السمع بها، فإن الطمع يظهر منها فيزول معه التصنع.

فصل: وإذا ادعى المجني عليه صمم إحدى أذنيه سدت سميته بما يمنع وصول الصوت فيها، وأطلقت ذات الجنائية، وأزعج في غفلاته بالأصوات الهائلة، فإن انزعج بها كان سمعه باقياً بظاهر الأمانة، فيكون القول في بقائه قول الجاني مع يمينه، [فإن لم ينزعج بها كان سمعه ذاهباً بظاهر الأمانة، فيكون القول في ذهابه قول المجني عليه مع يمينه]^(١) ويكون على الجاني نصف الدية، لأنه قد أذهب بضمها نصف منفعة، فإن قيل: فقد تسمع الأخرى ما كان يدركه بها.

قيل: لا يمنع ذلك من الاستحقاق للدية وإن كان الإدراك باقياً، كما لو أذهب ضوء إحدى عينيه لزمه ديتهما وإن كان يدرك بالباقية ما كان يدركه بهما.

(١) سقط في ب.

فصل: ولو ادعى المجني عليه وقرأ في إحدى أذنيه ذهب به بعض سمعها اعتبر ما ذهب من قدر سمعها تصم ذات الجنابة وسدها وإطلاق السليمة، وأن ينادى من بعد فإذا سمع الصوت بعد المنادي حتى ينتهي إلى أقصر غاية يسمع صوته فيها، ثم صمت السميعة وفتحت ذات الجنابة، ونودي من ذلك المكان بمثل ذلك الصوت، فإن سمعه كان سمعها باقياً بحاله، وإن لم يسمعه قرب المنادي منه حتى ينتهي إلى حيث يسمع صوته، ويعتبر ما بين المسافتين بعد أن يفعل ذلك دفعاً يزول معها التصنع ويتفق فيها النداء، فإن اختلف عمل على أقل الوجوب، فإن كان بين مسافتي السميعة وذات الوقر النصف كان عليه ربع الدية، لأنه قد أذهب ربع سمعه، وإن كان الثلث كان عليه سدس الدية.

فصل: فإن ادعى المجني عليه وقرأ في أذنيه معاً ذهب به بعض سمعه منها، فإن كان يعلم مدى سماعه قبل وقت الجنابة، اعتبر مدى سماعه بعد الجنابة، واستحق من دية السمع بقدر ما بين المسافتين من ربع أو ثلث أو نصف وإن لم يعلم مدى سماعه في حال الصحة فلا سبيل إلى تحقيق المستحق من الدية ويعطى في الذهاب منه حكومة يقدرها الحاكم باجتهاده.

فلو قال المجني عليه: أنا أعرف قدر ما ذهب من سمعي، وهو النصف، أحلف على دعواه وحكم بقوله، لأنه لا يوصل إلى معرفته إلا من جهته فقبل قوله فيه مع يمينه، كما يقبل قول المرأة في حيضها.

ولو ادعى الجاني عود السمع بعد ذهابه وأنكر المجني عليه عوده كان القول قوله مع يمينه، وهو على حقه من الدية، فإن مات قبل اليمين فلا يمين له على الورثة إن لم يدع علمهم، وإن ادّعاؤه أحلفهم بالله ما يعلمون سمع بعد ذهاب سمعه.

فصل: وإذا قطع أذنيه فذهب بقطعهما سمعه لزمته ديتان:

إحداهما: في الأذنين.

والأخرى: في السمع، لأنها جنابة على محلين فصارت كالجنابة على عضوين، وخالف قلع العين إذا ذهب ضوؤها فلم تلزمه إلا دية واحدة، لأن محل الضوء في العين، ومحل السمع في غير الأذن، ولذلك كملت الدية في أذن الأصم والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي ذَهَابِ الْعَقْلِ الدِّيَةُ».

قال الماوردي: إذا جنى عليه فأذهب عقله ضمنه بالدية دون القود، وإنما سقط القود فيه لأمرين:

أحدهما: اختلاف الناس في محله، فمن طائفة تقول محله الدماغ.

وأخرى تقول محله القلب.

وأخرى تقول مشترك فيهما، وإن كان الأصح من أقاويلهم أن محله القلب لقول الله تعالى: ﴿فَتَكُونُ لَهُمْ قُلُوبٌ يَعْقِلُونَ بِهَا﴾ [الحج: ٤٦] ولأنه نوع من العلوم.

والثاني: تعذر استيفائه، لأنه يذهب يسير الجناية ولا يذهب بكثيرها، فأما الدية فواجبة فيه على كمالها لرواية عمرو بن حزم أن النبي ﷺ قال في كتابه إلى اليمن «فِي الْعَقْلِ الدِّيَةُ»^(١).

وروى جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ قال: «فِي الْعَقْلِ الدِّيَةُ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ»^(٢).

وقضى عمر رضي الله عنه في المشجوج رأسه حين ذهب بها سمعه وعقله ولسانه وذكره بأربع ديات^(٣)، ولأن العقل أشرف من حواس الجسد كلها لامتياز به من الحيوان البهيم، وفرقه به بين الخير والشر، وتوصله به إلى اختلاف المنافع ووقع المضار، وتعلق التكليف به، فكان أحق بكمال الدية من جميع الحواس مع تأثير ذهابه فيها وفقد أكثر منافعها.

فصل: إذا ثبت وجوب الدية بذهاب العقل فإنما يستحق في العقل الغريزي الذي يتعلق به التكليف، وهو العلم بالمدركات الضرورية، فأما العقل المكتسب الذي هو حسن التقدير وإصابة التدبير ومعرفة حقائق الأمور فلا دية فيه مع بقاء العقل الغريزي، وفيه حكومة، [لما أحدث من الدهش بعد التيقظ، والاسترسال بعد التحفظ، والغفلة بعد الفطنة يعتبر بحكومته]^(٤) قدر ما حدث من ضرره، ولا يبلغ به كمال الدية، لأنه تابع للعقل الغريزي، ولا يتبعض العقل الغريزي في ذاته، لأنه محدود بما لا يتجزأ فلا يصح أن يذهب بعضه ويبقى بعضه، ولكن قد يتبعض زمانه فيعقل يوماً ويُجَنُّ يوماً، فإن تبعض زمانه بالجناية فكان يوماً ويوماً لزم الجاني عليه نصف الدية، وإن كان يعقل في يوم ويُجَنُّ في يومين لزمه ثلثاً ديته.

فصل: وأما الجناية التي يزول بها العقل فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون عن مباشرة.

والثاني: عن غير مباشرة.

(١) ليس في نسخة عمرو بن حزم كما في التلخيص ٢٩/٤ وهو من حديث معاذ كما في السنن الكبرى للبيهقي ٨٥/٨.

(٢) أخرجه أبو داود ٤٥٤٤ والبيهقي ٨٧/٨ وإسناده ضعيف وله شاهد من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٣) أخرجه البيهقي ٨٦/٨ وانظر تلخيص الحبير ٣٥/٤.

(٤) ما بين المعكوفين سقط في ب.

فأما ما كان عن مباشرة فكضربة سيف أو رمية بحجر أو قرعة بعصى، إما على رأسه أو ما قرب من قلبه، فإذا ذهب بها العقل كان عن جنائته، سواء أثر ذلك في جسده أو لم يؤثر، وكذلك لو لطمه بيده، أو ركله برجله حتى أزعجه بركلته أو لطمته التي يقول علماء الطب: إن مثلها يذهب العقل كان ذاهباً عن جنائته ومأخوذاً بديته، وأما ما كان عن غير مباشرة فكالإشارة إليه بسيف أو تقريب سبع أو إيداء أفعى فيذعر منه فيزول عقله به فيعتبر حاله فإن كان طفلاً أو مضعوفاً مذعوراً فذلك مزيل لعقل مثله فيؤخذ بديته [وإن كان قوى النفس ثابت الجأش فعقل مثله لا يزول بهذا التفريع فلا دية فيه، وهكذا إن زعق عليه بصوت مهول فزال عقله كان معتبراً بحاله في قوة جأشه أو ذعره، فلا تلزمه الدية في ذي الجأش وتلزمه في المذعور، فأما إن أخبره مصيبة حزن لها فزال عقله أو أخبره بمسرة فرح بها فزال عقله لحدوث زواله عن فرح وحزن أحدثه الله تعالى فيه.

فصل: وإذا زال عقله بجناية مباشرة فلم يخل حالها من أن يوجب غرمًا سوى دية العقل أو لا يوجب، فإن لم يوجب سوى دية العقل غرمًا كاللطمه واللكمة وما لا يؤثر من الخشب والمثقل في الجسد غير الألم فتستقر بها دية العقل، ويكون ما عداها من ألم الضرب هدرًا، وهل يعزر به أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يعزر لإيجابه دية العقل، وغرمها أغلظ من التعزير.

والوجه الثاني: يعزر، لأن غرم الدية في غير محل الألم، فوجب أن لا يخلو من تعزير إذا خلا من غرم.

وإن أوجبَت الجناية غرمًا سوى دية العقل من مقدر أو غير مقدر ففيه قولان:

أحدهما: وبه قال في القديم وهو مذهب أبي حنيفة: أنه إن كان ما وجب بالجناية أقل من دية العقل كالמושحة والمأمومة، أو قطع إحدى الأذنين دخل ذلك في دية العقل ولم يجب عليه أكثر منها، وإن كان موجباً من الدية، لقطع الأذنين وجذع الأنف، دخلت فيه دية العقل وأخذ بدية الأذنين والأنف ليكون الأقل داخلًا في الأكثر، استدلالاً بأن زوال العقل مسقط للتكليف فأشبه الموت.

والقول الثاني: قاله في الجديد وهو الأصح: أن دية العقل لا تسقط بما عداها، ولا يسقط بها ما عداها، سواء كان ما وجب بالجناية أقل من دية العقل كاللطمه والمأمومة، فيجب عليه ثلث الدية في المأمومة وجميع الدية في العقل، أو كان ما وجب بالجناية أكثر من دية العقل كالأذنين والأنف، فيجب عليه ثلاث ديات واحدة في العقل، وثانية في الأذنين، وثالثة في الأنف، لرواية أبي المهلب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه

قضى على رجل رمى رجلاً بخنجر في رأسه فأذهب عقله وسمعه ولسانه وذكره بأربع ديات، ولأن ما اختلف محله لا يتداخل فيما دون النفس كالأطراف، ولأن العقل عرض يختص بمحل مخصوص فلم يتداخل فيه أرش الجنايات كالسمع والبصر.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي الْعَيْنَيْنِ الدِّيَّةُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لرواية علي عن النبي ﷺ قال: «فِي الْعَيْنَيْنِ الدِّيَّةُ» ولأنهما من أعظم الجوارح نفعا وأجل الجوارح قدراً، فكانا بإيجاب الدية أحق، وسواء في ذلك الصغيرة والكبيرة، والحادة والكليلة، والصحيحة والعليلة، والعمشاء والعشواء، والحولاء، إذا كان الباطن سليماً، كما لا تختلف ديات الأطراف مع اختلاف أوصافهما، وفي إحدى العينين نصف الدية، لرواية عمرو بن حزم أن النبي ﷺ قال في كتابه إلى أهل اليمن «وَفِي الْعَيْنَيْنِ خَمْسُونَ مِنَ الْإِبِلِ» قال الشافعي: «أراد العين الواحدة».

وروى معاذ بن جبل أن النبي ﷺ قال: «وَفِي إِحْدَى الْعَيْنَيْنِ نِصْفُ الدِّيَّةِ» ولأن كل دية وجبت في عضوين وجب نصفها في أحد العضوين كاليدين والرجلين، ولا فضل ليمنى على يسرى، ولا لصحيحة على مريضة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي ذَهَابِ بَصَرِهِمَا الدِّيَّةُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا جنى على عينيه فأذهب بصرهما مع بقاء الحدة وجبت عليه الدية، لرواية معاذ أن النبي ﷺ قال: «وَفِي الْبَصَرِ الدِّيَّةُ» ولأن منفعة العين بناظرها كما قال الشاعر:

وَمَا أَنْتَفَاعُ أَحْيِ الدُّنْيَا بِمُقْلَتِهِ إِذَا اسْتَوَتْ عِنْدَهُ الْأَنْوَارُ وَالظُّلُمُ

وإذا سلبها منفعتها كملت عليه ديتها كالشلل في اليدين والرجلين، فإن عاد بعد ذهاب البصر فقلع العين فعليه حكومة، كما لو أشل يده فغرم ديتها ثم عاد بعد الشلل فقطعها لزمه حكومتها، ولو قطعها ابتداء لم تلزمه إلا ديتها، وقد قدمنا الفرق بين قطع الأذنين فيذهب بما السمع فتلزمه ديتان، وبين قلع العينين فيذهب بهما البصر فيلزمه دية واحدة بأن محل السمع في غير الأذنين فلم تسقط إحداهما بالأخرى، ومحل البصر في العين، ويلحق بالأذنين ذهاب الشم بجذع الأنف فتلزمه ديتان، ويلحق بالعين ذهاب الكلام بقطع اللسان فتلزمه دية واحدة.

فصل: فإذا ثبت أن في ذهاب البصر الدية نظر: فإن محق ذهاب البصر كان المحق من شواهد ذهابه الذي يقطع التنازع فيه، كما لو استأصل عينه ففقاها، وهو ما

كتاب الديات/ باب أسنان الخطأ وتقويمها... الخ
يؤس من عوده فتقضي فيه بالقود في العمد والدية في الخطأ وإن كانت العين ظاهرة لم
تمحقها الجنائية، فقد يجوز أن يذهب بصرها مع بقائها على صورتها فيوقف علماء
الطب عليها فلا يخلو حالهم فيها من أحد أمرين:

إما أن يكون عندهم منها علم أو لا يكون فإن لم يكن عندهم منها علم لإشكالها
وتجوزهم أن يكون بصرها ذاهباً وبقياً عملنا على قول المجني عليه دون الجاني، لأن
ذهاب بصرها لا يعلم إلا من جهته، فجعل القول فيها قوله مع يمينه بعد الاستظهار
عليه إذا كان بالغاً عاقلاً بأن يستقبل في أوقات غفلاته بما يزجج البصير رؤيته، ويشار
إلى عينه بما يتوقاه البصير بإغماضها ويؤمر بالمشي في طريق الخطائر والآبار ومعه من
يحوله منها وهو لا يشعر، فإذا دلت أحواله بأن لا يطبق طرفه بالإشارة إليه ولا يتوقى
بثراً إن كانت بين يديه صار ذلك من شواهد صدقه، فيحلف مع ذلك لجواز تصنعه فيه،
ونقضي له بعد يمينه بالقود في العمد والدية في الخطأ، وإن كان يطبق طرفه عند
الإشارة ويتوقى بثراً إن كانت ويعدل عن حائط إن لقيه صارت شواهد هذا الظاهر منافية
لدعواه، فانتقل الظاهر إلى جنبه الجاني، فكان القول قوله مع يمينه بالله إن بصره لباقي
لم يذهب، لجواز أن يكون تحرز المجني عليه بالاتفاق، فاستظهر له باليمين، فإن كان
المجني عليه صغيراً أو مجنوناً لم يرجع إلى قولهما ولم يقبل دعواهما، لأنه لا حكم
لهما، ووقف أمرهما إلى وقت البلوغ والإفاقة بعد حبس الجاني ليرجع إلى قولهما إذا
بلغ الصبي وأفاق المجنون أو يموتان فيقوم مقامهما فيما يدعيانه من ذهاب البصر
وإحلافهما عليه إن كان معهما ظاهر يدل عليه والله أعلم.

فصل: وإن كان عند علماء الطب من حال العين فلا يخلو علمهم بها من أحد
أربعة أقسام:

أحدها: أن يشهد عدولهم ببقاء بصرها في الحال وفي ثاني الحال.

والثاني: أن يشهدوا ببقائه في الحال وجواز ذهابه في ثاني حال.

والثالث: أن يشهدوا بذهابه في الحال وفي ثاني حال.

والرابع: أن يشهدوا بذهابه في الحال وجواز عوده في ثاني حال.

فأما القسم الأول: إذا شهدوا ببقاء البصر في الحال وما بعدها حكم بشهادة عدلين
منهم، فبرئ الجاني من القود والدية، ونظر في الجنائية فإن كان لها [أثر] يوجب
حكومة غرمها ولم يعزر، وإن لم يكن لها أثر عزر أدباً ولم يغرم.

وأما القسم الثاني: إذا شهدوا ببقاء بصره في حال وجواز ذهابه في ثاني حال لم

يخل حال تجويزهم لذهابه من أن يقدروه بمدة أو لا يقدروه فإن قدروه بمدة فقالوا: يجوز أن يذهب سنة ولا يجوز أن يذهب بعدها، فإن ذهب فيها وإلا فقد سلم منها عمل على شهادتهم، ووقف المجني عليه سنة فإن ذهب بصره فيها كان الجاني مأخوذاً بالقود في العمد والدية في الخطأ، وإن ذهب بصره بعدها فلا شيء على الجاني، ويؤخذ بالحكومة إذا كان لجنايته أثر، ولا يعزر ولا حكومة إن لم يكن لها أثر ويعزر، فعلى هذا لو جنى على عينه آخر فقأها قبل ذهاب بصره كان الثاني هو المأخوذ فيها بالقود والدية دون الأول، سواء فقأها قبل السنة أو بعدها، لأنه جنى والبصر باق.

وأما القسم الثالث: إذا شهدوا بذهاب بصره في الحال وما بعدها فيحكم له بالقود في العبد إذا شهد من عدولهم رجلان، وبالدية في الخطأ إذا شهد منهم رجل وامرأتان، فلو عاد بصر المجني عليه بعد أن قضى له بالدية أو القود فالمذهب أن لا درك عليه بعودها فيما قضى له من قودها أو ديتها، لأن عودها بها من عطايا الله تعالى وهباته، وللشافعي في سن المثغور إذا قلعت واقتص منها أو أخذ ديتها ثم عادت فيثبت قولان:

أحدهما: يلزمه رد ديتها، فعلى هذا اختلف أصحابنا في تخريجه في العين إذا عاد بصرها هل يلزمه رد ديتها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يلزمه ردها إذا عاد بصرها كما يلزمه ردها في السن.

والوجه الثاني: لا يلزمه رد الدية بعود البصر، ويلزمه ردها بعود السن.

والفرق بينهما أن عود السن معهود في جنسه وعود البصر غير معهود في جنسه فاختلفا في الرد لاختلافهما في معهود العود، وعلى هذا لو اقتص من بصر الجاني فعاد بصره بعد القصاص لم يؤخذ بذهابه ثانية على الصحيح من المذهب، وهل يؤخذ به على القول المخرج في السن أم لا؟ على الوجهين المذكورين لا يؤخذ به في أحدهما ويؤخذ به في الوجه الآخر ويقتص منه ثانية، فإن عاد بعدها اقتص منه أبداً حتى يذهب فلا يعود.

والقسم الرابع: إذا شهدوا بذهاب بصره في الحال وجواز عوده في ثاني حال فلا يخلو حالهم فيه من أن يقدروا زمان عوده أو لا يقدروا، فإن لم يقدروا وقالوا: يجوز أن يعود على الأبد إلى وقت الموت من غير تحديد ولا إياس لم توجب هذه الشهادة توقفاً عن القصاص أو الدية، وأخذ الجاني بهما في الحال، لأن استحقاقه مانع من تعليقه بشرط يفضي ثبوته إلى سقوطه.

وإن قدروا المدة وقالوا: يجوز أن يعود إلى سنة [إن كان من ظلمة غطت الباطن ولا يجوز أن يعود بعدها، لأنه من ذهاب الباطن حبس الجاني، ووقف البصر إلى

سنه^(١)، فإن عاد فيها برىء الجاني من القود والدية، وكان مأخوذاً بحكومة الجنائية إن أثمرت، ولم يعزر، وإن لم تؤثر عَزَّر ولم يغرم، وإن لم يعد في السنة حتى انقضت أخذ الجاني بالقود في العمد والدية في الخطأ، فعلى هذا لو جنى عليه قبل انقضاء السنة آخر ففقاً عينه فدية البصر والقود فيه على الأول دون الثاني، لأنه ذهب بجنائية الأول ولم يعد عند جنائية الثاني، فلو اختلف الأول والثاني فقال الأول: عاد البصر قبل جنائتك فأنت المأخوذ بالقود فيه أو الدية دوني.

وقال الثاني: بل كان البصر عند جنائتي على ذهابه فأنت المأخوذ فيه بالقود أو الدية دوني، فالقول قول الثاني مع يمينه دون الأول، لأننا على يقين من ذهابه وفي شك من عوده.

فإن ادعى علم المجني عليه لم يخل حاله إن أجاب من أحد أمرين: إما أن يصدق الأول أو الثاني، فإن صدق الثاني أن بصره لم يعد حلف للأول وإن طلب يمينه، وقضى عليه بالقود أو الدية.

وإن صدق الأول أن بصره عاد قبل جنائية الثاني برىء الأول من القود والدية بتصديقه، ولم يقبل قوله على الثاني، وصارت عينه هدرًا، لأنه قد استأنف بتصديق الأول دعوى على الثاني، وشهادة للأول فلم تقبل دعواه على الثاني، ولم يستمع شهادته للأول لما فيها من اجتلاب النفع، ولو لم يجن عليه ثان ولكن مات قبل انقضاء السنة كان الجاني مأخوذاً بالقود والدية، لأنه أذهب بصرًا لم يعد، وفي سن من لم يشغل إذا قلعت فقد عودها إلى مدة مات قبلها قولان:

أحدهما: لا يجب فيه الدية، لأن الظاهر عودها في المدة لو عاش إليها، فعلى هذا القول اختلف أصحابنا في تخريجه في العين على وجهين:

أحدهما: يجيء تخريج قول ثان في العين أنه لا يلزمه القود ولا الدية وتلزمه حكومة كموته في مدة السن.

والوجه الثاني: لا يجيء تخريج هذا القول في العين وإن خرج في السن، لما قدمنا من الفرق بين السن والعين، فلو اختلف الجاني ووليه بعد موته.

فقال الجاني: عاد بصره قبل الموت.

وقال الولي: لم يعد.

(١) ما بين المعكوفين سقط في ب.

فالقول قول الولي مع يمينه أن بصره لم يعد، ويكون الجاني مأخوذاً بالقود أو الدية، فإن نكل الولي حلف الجاني وبرىء منهما، ولو لم يذهب بصر المجني عليه في حال الجناية وذهب بعدها نظر، فإن كان لم يزل عليل العين أو شديد الألم إلى أن ذهب بصره فالظاهر ذهابه من الجناية فيكون الجاني مأخوذاً بالقود فيه أو الدية كالمجروح إذا لم يزل صبيهاً حتى مات.

وإن برأت عينه وزال ألمها ثم ذهب بصرها كان ذاهباً من غير الجناية في الظاهر، فلا يلزمه قود ولا دية، وللمجني عليه الإحلاف بالله لقد ذهب البصر من غير جناية إن ادعى ذهابه منها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ نَقَصَتْ إِحْدَاهُمَا عَنِ الْأُخْرَى اخْتَبَرَتْهُ بِأَنْ أَعْصَبَ عَيْنَهُ الْعَلِيلَةَ وَأَطْلَقَ الصَّحِيحَةَ وَأَنْصَبَ لَهُ شَخْصاً عَلَى رُبُوءٍ أَوْ مُسْتَوًى فَإِذَا أَثْبَتَهُ بَعْدَهُ حَتَّى يَنْتَهِيَ بَصَرُهَا ثُمَّ أُذِرَ بَيْنَهُمَا وَأُعْطِيَهِ عَلَى قَدَرِ مَا نَقَصَتْ عَنْ الصَّحِيحَةِ».

قال الماوردي: وصورتها: أن يجني على إحدى عينيه فيذهب ببعض بصرها، فيمكن أن يختبر قدر الذاهب منها بما وصفه الشافعي من تعصيب عينه العليلة وإطلاق الصحيحة، ونصب شخص له من بعد على ربوة مرتفعة أو في أرض مستوية، فإذا رأى الشخص بُوعَدَ منه حتى ينتهي إلى أبعد مدى رؤيته الذي لا يراه بعدها، واختبر صدقه في مدى الرؤية بالصحيحة بأن يعاد الشخص من جهات شتى، ولو ضم إلى الشخص بعد مدى رؤيته شخص آخر يختبر به صدقه وهو لا يعلم به كان أحوط، لأن قصده بُعد مدى البصر بالعين الصحيحة، فإذا أوثق بما قاله من هذا الاختبار الذي لم يختلف مدى البصر فيه باختلاف الجهات واختلاف الأشخاص مسح قدر المسافة، فإذا كانت ألف ذراع علم أنه قدر مدى بصره مع الصحيحة، وإن اختلف عمل على الأقل احتياطاً ثم أطلقت العليلة الصحيحة، [فإن رأى الشخص من مداه علم أنه لم يذهب من بصر العليلة شيء، وإن لم يره قرب منه حتى ينتهي إلى حد يراه، وغرض في هذا تقليل مدى بصره بالعليلة كما أن غرضه تبعيداً^(١) مدى بصره بالصحيحة ليكون نقصان ما بين البصرين أكثر فيكون أكثر فيما تستحقه من الدية، فيستظهر عليه بإعادة الشخص من جهات، ويحتسب بأكثر مما قاله من مدى بصره بالعليلة كما احتسب بأقل ما قاله من مدى بصره بالصحيحة حتى يكون أقل لما يستحقه ليشك فيما زاد عليه بالتصنع له،

(١) ما بين المعكوفين سقط في ب.

وينظر قدر مسافة العليلة، فإن كان خمسمائة ذراع من ألف كان الذهاب من بصرها النصف، فيؤخذ بربع الدية، لأنه نصف دية إحدى العينين، وإن كان مائة ذراع من ألف كان الذهاب من بصرها تسعة أعشار، فيؤخذ بتسعة أعشار نصف الدية، وعلى هذه العبرة فيما زاد ونقص، فإن سأل الجاني إحلافه على ما ذكره من المسافة أحلف له، ولا قصاص في هذا، لأن الاستيفاء لقدر ما ذهب من البصر من غير زيادة ولا نقصان غير ممكن فسقط القصاص فيه.

فصل: ولو جنى على عينيه فأذهب بعض بصرهما فيعتذر في الحال اعتبار ما ذهب منهما بالجنائية، لأن النقصان في العينين معاً، فإن كان قد عرف مدى بصره قبل الجنائية اعتبر مدى بصره بعدها، ولزمه من الدية بقدر ما بين المسافتين، وإن لم يعلم ذلك قبل الجنائية لم يعلم بعدها قدر الذهاب منها، فيلزمه حكومة بمقدورها الحاكم باجتهاده.

فصل: ولو كان في عينه قبل الجنائية عليها بياض لم يخل حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن لا يؤثر في البصر، ويرى مع البياض ما كان يراه قبله، ففي بصره إذا ذهب بالجنائية الدية تامة، ولا يكون للبياض تأثير في الدية، كما لم يكن له تأثير في البصر، وسواء كان يشق عليه النظر أو لا يشق، لأنه يدرك مع المشقة ما كان يدركه بغير مشقة.

والقسم الثاني: أن يكون البياض قد منعه من النظر حتى صار لا يبصر من قرب ولا بُعد، فيكون بالجنائية عليه كالبصر الذهاب لا تجب فيه إلا حكومة، وإن كان بصره باقياً تحت البياض، لأنه لا يبصر به كما لا يبصر بالذهاب من أصله، وليس ما يرجى من زوال البياض بالعلاج فيعود البصر بمانع من أن يجري عليه في الحال حكم الذهاب البصر، وإنما يفترقان في قدر الحكومة فتكون حكومة ذات البياض أكثر لبقاء البصر تحته.

والقسم الثالث: أن يكون البياض قد أذهب بعض بصره وبقي بعضه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون قد غشى جميع الناظر، وهو رقيق فصار مبصراً أقل من بصره قبل البياض، فيعتذر في هذا معرفة منه بالبياض إلا أن يكون قد عرف مدى بصره قبل البياض فيعرف ما بقي منه بعده أو يكون ذلك في إحدى عينيه وقد اعتبر ذلك بالعين الصحيحة فيلزمه من الدية بقسطه، وإن لم يعرف ففيه حكومة.

والضرب الثاني: أن يكون البياض قد غشى بعض الناظر فلا يبصر بما غشاه

كتاب الديات/ باب أسنان الخطأ وتقويمها... الخ ٢٥٥
ويبصر بما عداه فيلزم الجاني عليها إذا ذهب بصرها ما كان باقياً منها من نصف أو ثلث
أو ربع إذا عرف ذلك، وخير من أهل العلم بالبصر.

فصل: وإذا ضرب عينه فأشخصها لم يخل حالها بعد الشخوص من ثلاثة أقسام:
أحدها: أن يكون بصرها باقياً بحاله فيلزمه في إشخاصها حكومة يتقدر بقبح
الإشخاص، ولا قصاص فيه لتعذره، ولا شيء عليه في البصر لبقائه.

والقسم الثاني: أن يذهب بصرها، فيلزمه جميع ديتها، ويجوز أن يقتص منه في
ذهاب البصر دون الإشخاص، لأن القود فيه غير ممكن.

والقسم الثالث: أن يذهب بعض بصرها فيلزمه أكثر الأمرين من دية الذهاب من
بصرها أو حكومة إشخاصها، ولا يجمع عليه بينهما، لاجتماع محلها، ويكون أقلهما
داخلاً في الأكثر، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ جَنَيْتُ عَلَيْهِ وَهُوَ ذَاهِبُ الْبَصَرِ
فَعَلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ كَانَ يُبْصِرُ».

قال الماوردي: قد مضت هذه المسألة، وذكرنا حكم الأعضاء الظاهرة إذا
اختلف الجاني والمجني عليه في سلامتها وعطبها، والعين من جملة الأعضاء الظاهرة،
فإذا فقاً رجلٌ عينَ رجلٍ واختلَفَ الفاقىء والمفقوء.

فقال الفاقىء: فقأتها وبصرها ذاهب.

وقال المفقوء: بل كان سليماً، فلا يخلو حال الفاقىء من أن يعترف له بتقدم
السلامة أو لا يعترف، فإن لم يعترف له بها وقال: خُلِقَتْ ذَاهِبُ الْبَصَرِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ
يَمِينِهِ، لِأَنَّ الْمَفْقُوءَ يُمْكِنُهُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى سَلَامَةِ بَصَرِهِ، وَإِنْ اعْتَرَفَ لَهُ بِالسَّلَامَةِ
الْمُتَقَدِّمَةِ وَادْعَى ذَهَابَ بَصَرِهِ قَبْلَ جَنَايَتِهِ فَفِيهِ قَوْلَانِ:

أحدهما: أن القول قول الفاقىء مع يمينه، لأن الأصل عدم القود وبراءة الذمة
حتى يقيم المفقوء البينة على سلامته عند الجناية.

والقول الثاني: أن القول قول المفقوء مع يمينه، لأن الأصل بقاؤه على سلامته
حتى يقيم الفاقىء البينة على ذهاب بصر، وأصل هذين القولين اختلاف قوليه في
الملفوف إذا قطع، وقال الجاني: قطعتة وكان ميتاً.

وقال أولياؤه كان حياً.

أو هدم على جماعة بيتاً وقال: هدمته عليهم وكانوا موتى، وقال أولياؤهم: كانوا
أحياء ففيها قولان:

أحدهما: أن القول قول الجاني مع يمينه، لأن الأصل عدم القود وبراءة الذمة.

والثاني: أن القول قول الأولياء مع أيمانهم، لأن الأصل بقاء الحياة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيَسْعُهَا أَنْ تَشْهَدَ إِذَا رَأَتْهُ يَتَّبِعُ الشَّخْصَ بَصَرُهُ وَيَطْرُقُ عَنْهُ وَيَتَوَقَّاهُ وَكَذَلِكَ الْمَعْرِفَةُ بِإِنْسَاطِ الْيَدِ وَالذِّكْرُ وَانْقِبَاضِهِمَا، وَكَذَلِكَ الْمَعْتَوَةُ وَالصَّبِيُّ وَمَتَى عَلِمَ أَنَّهُ صَحِيحٌ فَهُوَ عَلَى الصَّحَّةِ حَتَّى يُعْلَمَ غَيْرُهَا».

قال الماوردي: وأصل الشهادة أنها لا تصح إلا بأقصى جهات العلم بها، فإذا شهدوا بسلامة البصر وإن كان مما لا يشاهد فقد يقترن بالشهادة من أمارات العلم به ما لا يعترضه شك، وهو أن يراه يتبع الشخص ويسلك المعاطف ويتوقى الآبار، ويقرأ الكتب، ويتطرق عينه عن الأذى، فيعلم بهذه الأمارات والدلائل علماً لا يدخله شك أنه يبصر، فجاز أن يشهد له بسلامة بصره، وهكذا في سلامة اليدين والرجلين إذا رآه يمشي على قدميه، ويقبض أصابع رجليه، ويعمل بيديه قبضاً وبسطاً، ورفعاً ووضعاً، علم بذلك سلامتها من شلل، فجاز أن يشهد له بالصحة، وهكذا الذكر وهو من الأعضاء يجوز إذا رآه ينقبض وينبسط أن يشهد له بالسلامة من الشلل، وذلك بأن يشاهده في إحدى ثلاثة أحوال:

إما حال الصغر قبل تغليظ عورته.

أو يشاهده في الكبر بالاتفاق من غير تعمد لمشاهدته.

أو يكون طبيياً قد دعت الضرورة إلى مشاهدته، فأما إن تعمد في الكبر للنظر بغير ضرورة فقد فسق، ولا يقبل للفاسق شهادة، وكذلك الشهادة للصبي والمعتوه بسلامة أعضائه، لأنه يستبدل عليها بحركات طبعه.

قال الشافعي: «ومتى علم أنه صحيح فهو على الصحة» وشهد له شاهدان بها نظرت شهادتهما، فإن شهدا له بالصحة عند الجناية حكم بها، ولم يستحلف المجني عليه معها، لأن البينة تغني عن اليمين فيما تضمنته، وإن شهدا بالسلامة قبل الجناية ففي سماعها والحكم بها قولان من اختلاف قوله فيمن علم بتقدم سلامتها هل يحكم فيها عند الجناية بقوله أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا يحكم بقوله، فعلى هذا لا تسمع الشهادة له بتقدم سلامته.

والقول الثاني: يحكم له بقوله، فعلى هذا تسمع الشهادة له بتقدم سلامته، ثم يستحلف معها على أنه لم يزل على السلامة إلى حين جنائته.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي الْجُفُونِ إِذَا اسْتَوْصَلَتِ الدِّيَةُ وَفِي كُلِّ

وَاحِدٍ مِنْهُمَا رُبُعُ الدِّيةِ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ تَمَامِ خَلْقَتِهِ وَمَا يَأْلَمُ بِقَطْعِهِ».

قال الماوردي: أما جُفُونُ العينين فهي أربعة تحيط بالعينين من أعلى وأسفل، وتحفظهما من الأذى، وتجلب إليهما النوم، ويكمل بهن جمال الوجه والعين، وفيها إذا استوصلت الدية تامة.

وقال مالك: فيها حكومة، لأن مقادير الديات موقوف على النص وليس فيها نص، ولأنها تبع للعينين فلم تجب فيها الدية الواجبة في العينين، لأن حكم التبع أخف من حكم المتبوع.

ودليلنا ما رواه بعض أصحابنا أن النبي ﷺ قال في كتاب عمرو بن حزم «وَفِي الْجُفُونِ إِذَا اسْتَوْصَلَتِ الدِّيةُ» وليس بمشهور عند أصحاب الحديث، ولأنها من تمام الخلقة فيها منفعة وجمال تألم بقطعها ويخاف على النفس من سراية الجناية عليها، فوجب أن تكمل الدية فيها كسائر الأعضاء ولا يمتنع، وإن كانت تبعاً أن تساوى متبوعاً في الدية إذا اختصت بزيادة جمال ومنفعة كالأنف في الشم، والأذنين في السمع، فإذا ثبت أن فيها الدية فسواء استوصلت من صغير أو كبير أو بصير، لأن للضرير بها منفعة وجمالاً وإن كانت منفعة البصر بها أعم.

فأما القود فإن أمكن فيها ولم يتعد ضرره إلى العينين وجب وإن لم يمكن سقط، فإن قلع جفنأ واحداً ففيه ربع الدية، لأن كل ذي عدد من الأعضاء إذا كملت فيه الدية تقسّطت على عددها كاليدين في تقسيط ديتها على الأصابع، وتقسط دية الإصبع على الأنامل، وسواء كان الجفن أعلى أو أسفل، وفي الجفنين نصف الدية، وفي ثلاثة جفون ثلاثة أرباع الدية، فلو جنى على عينيه فقطع جفونهما وأذهب بصرهما لزمته ديتان.

إحداهما: في الجفون.

والأخرى: في العينين، كما لو قطع أذنيه وأذهب سمعه.

فصل: فأما أهذاب العينين وأشفارهما من الشعر النابت في أجفانهما ففيهما من المنفعة ذبها عن البصر، ومن الجمال حسن المنظر، وفيها إذا انتفت فلم تعد حكومة. وقال أبو حنيفة: فيها الدية.

وليس بصحيح، لأن الدية تجب في قطع ما يخاف من سرايته ويؤلم في إباتته، وهذا معدوم في الأهذاب وموجود في الجفون، فلذلك وجب في الأجفان دية، وفي الأهذاب حكومة، فإن نتف أهذابه فعاد نباتها دون ما كانت ففيها من الحكومة أقل مما فيها لو لم تعد، فإن عاد نباتها إلى ما كانت عليه ففيها وجهان:

أحدهما: لا شيء فيها لعدم التأثير ويعزر لأجل الأذى.

والثاني: فيها حكومة دون حكومتها لو عاد نباتها خفيفاً، فإن استأصل أجفانه مع أهدابها فعليه دية الجفون تدخل فيها حكومة الأهداب، وحكى أبو حامد الإسفراييني رحمه الله وجهاً آخر أنه يجمع عليه بين دية الجفون وحكومة الأهداب، وهذا لا وجه له، لأن الجفون محل الأهداب فلم ينفرد بالحكومة فيها كالأصابع مع الكف.

فصل: فأما شعر الحاجبين فيختصان بالجمال دون المنفعة، فإن نتفه حتى ذهب ولم يعد ففيه حكومة.

وقال أبو حنيفة: فيه دية، لأنه يوجبها في أربعة شعور: شعر الرأس، واللحية، والحاجبين، وأهداب العينين، إلا أن يكون عبداً فيجب فيه ما نقص من قيمته، وقد تقدم الكلام.

فلو عاد شعر الحاجبين بعد نتفه فعلى ما ذكرنا من الوجهين، فلو كشط جلدة الحاجبين ولم يستخلف، كان عليه حكومة بحسب الشين هي أكثر من حكومة الشعر، فإن أوضح محلها كان عليه دية موضحتين، وهل يدخل فيهما حكومة الشين أم لا؟ على وجهين ذكرنا نظيرهما من قبل.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي الْأَنْفِ إِذَا أَوْعَبَ مَارِنَهُ جَذْعاً الدِّيةُ».

قال الماوردي: وفي الأنف الدية، لما روى ابن طاوس عن أبيه أنه كان عنده كتاب من رسول الله ﷺ «وَفِي الْأَنْفِ إِذَا أَوْعَبَ مَارِنُهُ جَذْعاً الدِّيةُ» فأورد الشافعي رحمه الله ذلك بلفظ رسول الله ﷺ إذا أمكن، فإن لم يمكن فبالفاظ الصحابة، فإن لم يجد فبالفاظ التابعين، وكثيراً ما يوردها بلفظ عطاء بن أبي رباح.

وروى عمرو بن حزم عن النبي ﷺ أنه قال: في كتابه إلى اليمن: «وَفِي الْأَنْفِ إِذَا أَوْعَبَ جَذْعاً مائةً مِنَ الْإِبِلِ» لأن الأنف عضو فيه منفعة وجمال تألم بقطعه، وربما سرت الجنابة عليه إلى نفسه فوجب أن يكمل فيه الدية كاللسان والذكر، ومارن الأنف هو ما لان من الحاجز بين المنخرين المتصل بقصبة الأنف.

والقصبة هي العظم المنتهي إلى الجبهة، وكمال الدية فيه يجب باستيعاب المارن مع المنخرين، وسواء في ذلك الأنف الأتني والأفطس والأحجر، والأخنس، وأنف الأشم والأخشم فإن قطع أرنبة الأنف وتجزأ فيه من الدية بحسابه وقسطه، وإن لم يتجزأ ففيه حكومة، ولو قطع أحد المنخرين وبقي المنخر الآخر مع المارن ففيما يلزمه من الدية وجهان حكاهما أبو حامد الإسفراييني:

أحدهما: عليه نصف الدية، وحكاه عن أبي إسحاق المروزي، لأنه قد أذهب نصف منفعته.

والوجه الثاني: عليه ثلث الدية تقسيطاً على المنخرين والمارن الذي يشتمل الأنف عليها، فكان في كل واحد منهما ثلث الدية، ويلزمه على هذا في قطع المارن مع بقاء المنخرين ثلث الدية، ولو شق المارن ولم يقطعه ففيه حكومة، اندمل أو لم يندمل، غير أنها في المندمل أقل وفي غير المندمل، أكثر، فإن خرم أحد منخره فإن لم يذهب منه بالخرم شيء ويجزأ ففيه من الدية بقسطه، وإن لم يتجزأ ففيه حكومة بحسب الشين لا تبلغ بها ثلث الدية في أحد الوجهين، ونصفها في الوجه الثاني، بحسب اختلاف الوجهين في قطع أحد المنخرين، لأن قطعه أكثر من خرمه، فإن استوعب قطع الأنف من أصل المارن فأوضح عظم القصبة فعليه مع دية الأنف دية موضحة، ولو هشمه لزمه دية هاشمة، ولو نقله لزمه دية منقلة، ولو أجاف ما تحته لزمه دية مأمومة، لوصله إلى جوف الرأس، وحكى أبو حامد المروزي في «جامعه» قولاً ثانياً: أنه يلزمه فيه دية مأمومة ويلزمه حكومة هي أكثر من دية منقلة، فإن استوعب عظم القصبة كلها لزمه مع دية الأنف حكومة القصبة لا يبلغ بها دية الأنف، لأنها تبع له، وخرج هذا التعليل أبو علي بن أبي هريرة قولاً ثانياً في قصبة الأنف إذا قطعت مع الأنف قولاً ثانياً أنه لا يجب فيها إلا دية بناء على اختلاف قولي الشافعي في قطع الحلمة مع الثديين، وقطع الحشفة مع بعض الذكر، وليس هذا التحريم بصحيح، لأمرين:

أحدهما: أن محل الحلمة في الثدي ومحل الحشفة على الذكر، وليس محل الأنف على القصبة وإن اتصل بها فاختلفاً.

والثاني: أنه لما وجب في إيضاح المارن دية موضحة كان التزام الغرم في قطع أصلها أحق.

فصل: ولو جنى على أنفه فاستحشف وبس ففيه قولان كالأذنين إذا استحشفتا:

أحدهما: عليه الدية تامة كاليدين إذا شلتا.

والقول الثاني: عليه حكومة، لبقاء نفعه مع ذهاب جماله بخلاف شلل اليد الذي قد فات به الجمال والمنفعة، وعلى هذا لو جدد أنفاً مستحشفاً، كان فيما يلزمه قولان:

أحدهما: حكومة إذا قيل في استحشافه دية.

والثاني: دية إذا قيل في استحشافه حكومة، ولو جنى على أنفه فاعوج لزمته

حكومة، فإن جبر حتى عاد مستقيماً كانت حكومته أقل، وإن بقي على عوجه كانت حكومته أكثر بحسب شينه.

فصل: ولو جدع أنفه فأعاده بحرارة دمه حتى التحم نُظِرَ فإن لم يكن عند الجنابة قد بان وانفصل ففيه حكومة كالجراحة المندملة، وإن بان وانفصل ففيه الدية كاملة، لأنه لا يقر على تركه، ويؤخذ في حق الله تعالى بقطعه، لأنه صار بالانفصال ميتاً نجساً، ولو ألصقه المقتص منه حتى التحم أخذ بقطعه وإزالته، فإن كان إلصاقه قبل انفصاله كان مأخوذاً بقطعه في حق المجني عليه، وإن كان بعد انفصاله كان مأخوذاً بقطعه في حق الله تعالى.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي ذَهَابِ الشَّمِّ الدِّيَةُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وقد حكى بعض الرواة عن عمرو بن حزم أن النبي ﷺ قال في كتابه إلى اليمن: «وَفِي الشَّمِّ الدِّيَةُ»، ولأن الشم من الحواس النافعة فأشبهه حاسة السمع والبصر، وهو من الأمور المغيبة التي لا ترى ولا تعلم إلا من صاحبها، فإن ادعى المجني عليه ذهاب شمه وأنكره الجاني وادعى بقاءه كان القول فيه قول المجني عليه، لأن ذهابه لا يعرف إلا من جهته لكن يستظهر عليه بغاية ما يمكن في اختيار صدقه بأن يثار عليه في أوقات غفلاته الروائح الطيبة والمنتنة مرة بعد أخرى فإن كان لا يرتاح إلى الروائح الطيبة ولا يظهر منه كراهة للروائح المنتنة دل ذلك على صدقه، فكان القول فيه قوله مع يمينه، لإمكان تصنعه، وإن وجد منه الارتياح للروائح الطيبة والكراهة للروائح المنتنة، صار الظاهر بها في جنة الجاني فأحلف على بقاء شمه، ولا شيء عليه فلو أحلف المجني عليه على ذهاب شمه ثم غطى أنفه عند رائحة منتنة فادعى الجاني أنه غطاه لبقاء شمه.

وقال المجني عليه: بل غطيته لحاجة أو عادة كان القول فيه قول المجني عليه دون الجاني، ويحكم له بالدية لاحتمال ما قاله.

فصل: ولو ذهب شمه وقضى له بالدية ثم عاد شمه لزمه رد الدية، وعلم أن ذهاب شمه كان لحائل دونه، ولا حكومة له في المدة التي لم يشم فيها، لبقاء شمه إلا أن يكون بعد عوده أضعف منه قيل ذهابه، لأنه كان يشم من قريب وبعيد فصار يشم من قريب، ولا يشم من البعيد، أو كان يشم الروائح القوية والضعيفة فصار يشم الروائح القوية دون الضعيفة، فإن علم قدر الذاهب منه ولا أحسبه يعلم كان فيه من الدية بقسط الذاهب، فإن لم يحلم ففيه حكومة.

ولو كان في أصل خلقته يشم شماً ضعيفاً وذلك بأن يشم من قريب أو القوي من

الروائح دون الضعيف فجنى عليه فأذهب شمه صار لا يشم قوياً ولا ضعيفاً من قريب ولا بعيد ففيه وجهان محتملان:

أحدهما: فيه الدية كاملة، لأن الحواس تختلف بالقوة والضعف كالأعضاء التي لا تختلف الدية باختلاف قوتها وضعفها.

والوجه الثاني: أن الموجود كان فيه بعض الشم فلم يلزم في إذهابه إلا بعض الدية، بخلاف ضعف الأعضاء الذي يوجد جنس المنافع فيها.

فعلى هذا إن علم قدر ما كان ذاهباً من شمه ففيه من الدية بقسطه، وإن لم يعلم ففيه حكومة يجتهد الحاكم فيها رأيه.

فصل: ولو جدد أنفه فذهب منه شمه لزمه ديتان، إحداهما في جدد الأنف، والأخرى في ذهاب الشم، لاختلافهما في المحل كالأذنين والسمع، وخالف ذهاب البصر مع العينين، وذهاب الكلام مع اللسان، لاجتماعهما في المحل.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي الشَّفَتَيْنِ الدِّيَةُ إِذَا اسْتُوعِبَتَا وَفِي كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لرواية عمرو بن حزم أن رسول الله ﷺ قال في كتابه إلى اليمن «وَفِي الشَّفَتَيْنِ الدِّيَةُ» وهو قول أبي بكر وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ولأنهما عضوان من أصل الخلقة فيهما منفعة وجمال، يألم بقطعهما ويخاف من سرايتهما فأشبهها اليدين والرجلين، وسواء في ذلك الغليظتان والدقيقتان، والطويلتان والقصيرتان، من ناطق أو أخرس، ذي أسنان وغير أسنان، وفي إحدى الشفتين نصف الدية، ولا فضل للعليا على السفلى، وحكى عن زيد بن ثابت أن في السفلى ثلثي الدية، وفي العليا ثلثها، لأن السفلى أنفع من العليا، لحركتها ودورانها، وحفظ الطعام والشراب بها، وما فيها من حروف الكلام الشفوية، وهذا يفسد من وجهين:

أحدهما: أن لكل واحدة منهما منفعة ليست للأخرى فصارتا متساويتين.

والثاني: لأن تفاضل المنافع في الأعضاء المتجانسة لا يوجب تفاضلها في الديات كالأصابع والأسنان، فإن قطع النصف من إحدى الشفتين كان عليه ربع الدية، وإن قطع أكثر أو أقل كان عليه من الدية بحسب ما قطع.

فصل: ولو جنى عليهما فاستحشفتا ويستا حتى لم يتحركا ولم يألما فعليه الدية كاملة قولاً واحداً، بخلاف الأنف إذا استحشفه أن عليه حكومة في أحد القولين، لأن منفعة الأنف باقية ومنفعة الشفة ذاهبة، وإن تقلصتا بالجناية حتى صار كاشر الأسنان

نُظِرَ فَإِنْ انبسطا فذلك نقص في المنفعة تجب فيه حكومة، وإن لم تنبسط بالمد فهو ذهاب جميع المنفعة فتكمل فيهما الدية، ولو تقلص بعضها ولم ينبسط بالمد ففيه من الدية بحساب ما تقلص، ولو جنى عليها فاسترختا حتى لا ينفصلا عن الأسنان إذا كثر أو ضحك ففيهما الدية كاملة، نص عليه الشافعي، وفيه عندي نظر، لبقاء منفعتهما بحفظ الأسنان وما يدخل الفم من طعام وشراب، فاقضى لأجل ذلك أن تجب فيه حكومة بخلاف تقلصهما المذهب لجميع منافعهما، ولو شق الشفة فلم يندمل حتى صار كالأعلم إن كان الشق في العليا وكالأقلع إن كان الشق في السفلى، ففيه حكومة بحسب الشين لا يبلغ بها إحدى الشفتين، وإن اندملت ففيه حكومة إن تقل عن حكومة ما لم يندمل، وتقل إن اندملت ملتئمة وتكثر إن اندملت غير ملتئمة ولو قطع شقة مشقوقة لزمه جميع ديتها إن لم يذب الشق شيئاً من منافعها، ويقسطه إن أذهب معلوم القدر من منافعها، وحكومة تقل عن ديتها إن لم يعلم قدر الذهاب من منافعها.

فصل: وحد الشفتين ما وصفه الشافعي في كتاب «الأم» أنه ما زایل جلد الذقن والخدين من الأعلى والأسفل مستديراً بالفم كله مما ارتفع عن الأسنان واللثة.

قال الشافعي: «وفي جناية العمد عليهما القود».

وقال أبو حامد الإسفراييني: لا قود فيهما، لأنه قطع لحم من لحم فصار كقطع بضعة من لحمة.

وهذا خطأ، وما قاله الشافعي من وجوب القود أصح، لأنه محدود وإن كان لحماً متصلاً بلحم فشابه المحدود بالمنفصل وخالف البضعة من اللحم التي ليس لها حد ولا مفصل.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي اللِّسَانِ الدِّيَّةُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لرواية عمرو بن حزم أن رسول الله ﷺ قال في كتابه إلى اليمن «وَفِي اللِّسَانِ الدِّيَّةُ» ولأنه قول أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ولا مخالف لهم، ولأنه عضو من تمام الخلقة فيه جمال ومنفعة يألم بقطعه، وربما سرى إلى نفسه فوجب أن تكمل فيه الدية كسائر الأعضاء، فأما جمال اللسان فقد روى ابن عباس أنه قال يا رسول الله فيم الجمال؟ قال: «فِي اللِّسَانِ»^(١)

وروي عنه ﷺ أنه قال: «الْمَرْءُ مَخْبُوءٌ تَحْتَ لِسَانِهِ»^(٢).

(١) أخرجه الحاكم ٣/ ٣٣٠ من روايه أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين عن أبيه عن العباس بإسناده حسن مرسل.

(٢) وورد المرء بأصغرية أي بلسانه وقلبه ذكره السيوطي في مختصر النهاية.

وأما منفعة اللسان فالمعتمد منها ثلاثة أشياء :

أحدها : الكلام الذي يعبر به عما في نفسه ويتوصل به إلى إرادته ولأهل التأويل في قوله تعالى : ﴿ خَلَقَ الْإِنْسَانَ عَلَّمَهُ الْبَيَانَ ﴾ [الرحمن : ٢، ٣] تأويلان :

أحدهما : الخط .

والثاني : الكلام .

والثاني : من منافع اللسان حاسة ذوقه الذي يدرك به ملاذ طعامه وشرابه ، ويعرف به فرق ما بين الحلو والحامض ، والمرّ والعذب .

والثالث : الاعتماد عليه في أكل الطعام ومضغه وإدارته في لهواته حتى يستكمل طحنه في الأضراس ويدفع بقاياه من الأشداق .

وهذه الثلاثة من أجلّ المنافع التي لا يتوصل بغير اللسان إليها ، فكان من أجلّ الأعضاء نفعاً ، فإذا ثبت أن في اللسان الدية ففيه الدية كاملة إذا كان ناطقاً سليماً ، ولا فرق بين لسان الصغير والكبير ، والمتكلم بالعربية والأعجمية ، والفصيح والألكن ، والثقيل والعجل .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : « وَإِنْ خَرَسَ فِيهِ الدِّيَّةُ » .

قال الماوردي : وهذا صحيح ، إذا جنى على لسانه فأذهب كلامه حتى خرس ولم يتكلم بحرف فعليه الدية كاملة ، لأنه قد سلبه أعظم منفعه ذهابه ، لأن محل من اللسان محل ذهاب البصر من العين ، ولو جنى عليه فأذهب حاسة ذوقه وسلمه لذة طعامه حتى لم يفرق بين طعم الحلو والحامض فليس للشافعي فيه نص ، والذي يقتضيه مذهبه أن يكون فيه الدية كاملة ، لأن الذوق أحد الحواس المختصة بعضو خاص فأشبهه حاسة السمع والشم ، والذوق أنفع من الشم وأكد ، فكان بكمال الدية أحق .

فإن جمع في الجناية على لسانه بين ذهاب كلامه وذهاب ذوقه كان عليه ديتان ، في كل واحد منهما دية ، وقد يصح بقاء الذوق مع قطع اللسان ، لأن حاسة الذوق تدرك بعصب اللسان ، فإذا بقي من عصبه في أصله بقية كان الذوق بها باقياً فلذلك لم يتحتم قطعه إلا بذهاب كلامه ، فإن اقترن بقطعه استئصال العصب حتى ذهب ذوقه وجبت عليه حينئذ ديتان ، وإذا وجب بما ذكرت أن يلزم في ذهابه الذوق الدية وأنه يجوز أن يبقى مع قطع اللسان وتذهب مع بقاء اللسان إذا ذهب حس العصب تعلق بكمال الدية بذهاب جميع الذوق ، فلا يفرق بين مذاق الطعوم المختلفة ، فعلى هذا لو نقص ذوقه بالجناية فنقصانه ضربان :

أحدهما: أن يكون نقصان ضعيف، وهو أن يدرك الفرق ما بين الحلو والحامض ولا يدرك حقيقة الحلو وحقيقة الحامض، فذا ناقص المذاق ولا ينحصر قدر نقصانه فينقسط عليه الدية، فوجب أن تلزمه حكومة تختلف باختلاف النقصان في القود والضعف.

والضرب الثاني: أن يذهب بها بعض ذوقه مع بقاء بعضه فيصير مدركاً طعم الحامض دون الحلو وطعم المر دون العذب، فيلزمه من الدية بنقسط ما أذهب من مذاقه، وعدد المذاق خمسة، ربما فرعها أهل الطب إلى ثمانية على أصولهم لا نعتبرها في الأحكام، لدخول بعضها في بعض كالحرافة مع المرارة، والخمسة المعبرة الحلو، والحامض، والمر، والعذب والمالح فتكون دية الذوق مقسطة على هذه الخمسة، فإن أذهب واحد منها وجب عليه خمس الدية، وفي الاثنين خمساها، ولا يفضل بعضها على بعض كما تقسط دية الكلام على أعداد حروفه.

فصل: فإن ادعى المجني عليه ذهاب ذوقه وأنكره الجاني فهو من الباطن الذي لا يعرف إلا من جهته كالشم والسمع، فيكون القول فيه قول المجني عليه مع يمينه بعد الاستظهار عليه في غفلاته بأن يمزج بحلو طعامه مرأً وبعذبه ملحاً وهو لا يعلم فإن استمر على تناولها ولم توجد منه أمارات كراحتها دلً على صدقه، وأحلف على ذهاب ذوقه، وإن كرهها وظهرت منه أمارات كراحتها صار الظاهر عليه لا معه، فيصير القول قول الجاني مع يمينه على بقاء ذوقه كما قلنا في ذهاب الشم والسمع والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ ذَهَبَ بَعْضُ كَلَامِهِ اغْتَبِرَ عَلَيْهِ بِحُرُوفِ الْمُعْجَمِ ثُمَّ كَانَ مَا ذَهَبَ مِنْ عَدَدِ الْحُرُوفِ بِحِسَابِهِ».

قال الماوردي: وهو كما قال: إذا ذهب بالجنانية على اللسان بعض كلامه اعتبر قدر الذاهب منه بعدد حروف المعجم التي عليها بناء جميع الكلام، وهي تسعة وعشرون حرفاً إن كان عربي اللسان، وإن كان أعجمي اللسان اعتبر عدد حروف كلامه، فإن حروف اللغات مختلفة الأعداد والأنواع، فالضاد مختصة بالعربية، وبعضها مختص بالأعجمية، وبعضها مشترك بين اللغات كلها، وبعض اللغات يكون حروف الكلام، فيها أحد وعشرون حرفاً وبعضها ستة وعشرون حرفاً، وبعضها أحد وثلاثين حرفاً، فيعتبر قدر ما ذهب من الكلام بقدر حروف اللغة التي يتكلم بها المجني عليه، فإذا كان عربي اللسان يقسط على تسعة وعشرين حرفاً، ومنهم من عدّها ثمانية وعشرون حرفاً وأسقط حرفاً لا لدخوله في الألف واللام، وسواء في ذلك حروف الحلق والشفة، هذا ظاهر مذهب الشافعي وقول جمهور أصحابه، وقال أبو سعيد الإصطخري وأبو علي بن أبي هريرة يكون ما ذهب من الكلام معتبراً بعدد حروف

اللسان، ويسقط منها حروف الحلق والشفة وهي عشرة أحرف، ستة منها حلقية وهي همزة الألف، والحاء، والخاء، والعين، والعين، والهاء.

وأربعة منها شفوية وهي الباء، والفاء، والميم، والواو.

ويبقى من حروف الكلام ما يختص باللسان وهو تسعة عشر حرفاً تنسقط عليها ما ذهب من الكلام، فإن ذهب منه حرف كان عليه جزءاً من تسعة وعشرين جزءاً من الدية وهذا فاسد من ثلاثة أوجه:

أحدهما: أن هذه وإن كان مخارجها في الحلق فالشفة واللسان معبر عنها وناطق بها، ولذلك لم يتلفظ الأخرس بها.

والثاني: أنه يقتضي غير قولهما أن لا يلزم بالجناية على لسانه ضمان ما ذهب من حروف الحلق والشفة، ويكون ضمانه مختصاً بما ذهب من حروف اللسان وهي تسعة عشر، ويكون ضمان الحروف الحلقية والشفوية ساقطاً عنه، لأنه لم يجزء على محله قاله^(١) لم يقله غيرهما، وإن لم يقوله فسد تعليلهما.

والثالث: يلزمهما في الحروف الشفوية أن يضمنا إذا جنى على شفته، فإن قاله ركبا الباب، وإن لم يقوله فسد التعليل وصح ما رأيناه من اعتبار جميعها باللسان المفصح عنها والمترجم لها، فإن أذهب بحرف واحد منها كان عليه جزءاً من تسعة وعشرين جزءاً من الدية، وإن أذهب بعشرة أحرف كان عليه عشرة أجزاء من تسعة وعشرين، وعلى قياس هذا فيما زاد ونقص، وسواء في ذلك ما خف على اللسان وقل هجاؤه أو ثقل على اللسان وكثر هجاؤه لا يفضل بعضها على بعض، وتكون الدية مقسطة على أعداد جميعها.

فصل: فإذا أردت أن تعتبر كل حرف منها في بقائه وذهابه، لم تعتبر مفردات الحروف، لأن للحرف الواحد يجمع في الهجاء حروفاً، لكن تعتبره بكلمة يكون الحرف من جملتها إما في أولها أو في وسطها أو في آخرها، ولو اعتبرته في الأول والوسط والآخر كان أحوط، فإذا أردت اعتباره في أول الكلمة وكان المعتبر هو الألف أمرته أن يقول: أحمد وأسهل وأبصر وأبعد، ليكون بعد الألف حروف متغايرة يزول بها الاشتباه، فإن لم يسلم له الألف في هذه الأسماء والأفعال كانت ذاهبة، وإن سلمت كانت باقية.

وإذا أردت اعتبار الباء أمرته أن يقول: بركة وباباً وبعداً، ثم على هذه العبرة من جميع الحروف، فإن ثقل عليه الحرف ثم يأتي به سليماً عد في السليم دون الذاهب، وإن قلبه بلثغة صارت في لسانه عد في الذاهب دون السليم، لأن الألف يبدل الحروف

باعتبارها فصار حرف اللثغة ذاهباً، وكذلك لو صار به أرت، لأن ما خفي بالрте معدوداً في الذهاب دون السليم، لأن الأرت يأتي من الكلمة بعضها ويسقط بعضها ولو صار أرد يردد الكلمة مراراً أو أفاءاً يكرر الفاء مراراً، أو تمتاماً يكرر التاء مراراً، عد ذلك منه في السليم دون الذهاب، لأن الحرف منه سليم، وإن تكرر ففيه حكومة، لأن فيه مع بقائه نقصاً، ولو كان الباقي من حروف كلامه بعد الذهاب منه لا يفهم معناه لم يضمه الجاني، للعلم بأن بعض الحروف لا يقوم مقام جميعها فلم يلزم إلا ضمان الذهاب منها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأِنْ قَطَعَ رُبْعُ اللِّسَانِ فَذَهَبَ بِأَقْلٍ مِنْ رُبْعِ الْكَلَامِ قُرْبُ الدِّيَةِ وَإِنْ ذَهَبَ نِصْفُ الْكَلَامِ فَنِصْفُ الدِّيَةِ».

قال الماوردي: إذا قطع بعض لسانه فذهب بعض كلامه كان عليه أكثر الأمرين مما قطع من اللسان أو ذهب من الكلام، فإن قطع نصف لسانه [فذهب نصف كلامه فقد استويا وعليه نصف الدية، وإن قطع ربع لسانه فذهب نصف كلامه كان عليه نصف الدية اعتباراً بما ذهب من الكلام دون اللسان، لأنه أكثر، وإن قطع نصف لسانه فذهب ربع كلامه كان عليه نصف الدية]^(١) اعتباراً بما قطع من اللسان، لأنه أكثر، وعلى هذه العبرة فيما زاد أو نقص، واختلف أصحابنا في العلة التي لأجلها اعتبر وجوب أكثر الأمرين على وجهين:

أحدهما: وهو تعليل أبي كُتَيْبٍ وظاهر تعليل الشافعي في الأم: أن منفعة العضو إذا ضمنت بديته اعتبر فيها الأكثر من ذهاب المنفعة أو ذهاب العضو.

ألا ترى أنه لو قطع الخنصر من أصابع اليد فشل جميعها لزمه دية جميعها، لذهاب جميع منافعها، ولو لم يشل باقيةا لزمه دية الإصبع وهو خمس دية اليد، لأنه أخذ خمس اليد وإذا كان الذهاب بها أقل من خمس المنفعة، كذلك فيما ذهب من اللسان والكلام.

والوجه الثاني: وهو تعليل أبي إسحاق المروزي أن قطع ربع اللسان إذا ذهب نصف الكلام دليل على شلل ربع اللسان في الباقي منه، فيلزمه نصف دية، ربعها بالقطع، وربعها بالشلل، وفائدة هذا الاختلاف في التعليل مؤثر في فرعين:

أحدهما: أنه يقطع ربع لسانه فيذهب نصف كلامه فيلزمه نصف الدية، ثم يأتي آخر فيقطع باقي لسانه فعلى التعليل الأول تلزمه ثلاثة أرباع الدية، لأنه قطع ثلاثة أرباع

(١) ما بين المعكوفين سقط في ب.

كتاب الديات/ باب أسنان الخطأ وتقويمها... الخ
اللسان، وعلى التعليل الثاني يلزمه نصف الدية في نصف اللسان، وحكومة في ربه،
لأن نصفه سليم ورهه أشل.

والفرع الثاني: أن يقطع نصف لسانه فيذهب ربع كلامه، فيلزمه نصف الدية [ثم
يأتي آخر فيقطع باقي لسانه، فعلى التعليل الأول في اعتبار الأغلط تلزمه ثلاثة أرباع
الدية لأنه أذهب ثلاثة أرباع كلامه، وعلى التعليل الثاني في اعتبار الأجزاء تلزمه نصف
الدية]^(١) لأنه قطع نصف لسانه.

فصل: فإن أخذ دية ما ذهب من كلامه ثم نطق به عد ذلك رد دية ما أخذه، ولو
عاد بعضه رد دية ما عاد واستحق دية ما لم يعد، ولو أخذ دية ما ذهب من كلامه ثم
ذهب بعد ذلك حروف آخر من كلامه فإن كان قبل اندمال لسانه وسكون ألمه ضمنها،
وإن كان بعد الاندمال وسكون الألم لم يضمن إلا ما تقدم.

فصل: وإذا خلق للسانه طرفان فقطع أحدهما فلا يخلو حاله بعد قطعه من أن
ينطق بجميع كلامه أو لا ينطق، فإن نطق بجميعه لم يخل حال الطرف المقطوع من أن
يكون مساوياً للطرف الثاني في تخريجه من أصل اللسان أو يكون خارجاً عنه، فإن
ساواه لزمه فيه من الدية بقسط المقطوع من قدر اللسان.

ولو قطع الطرفين معاً لزمه من الدية بقسطهما من جميع السان، وإن كان الطرف
المقطوع خارجاً عن الاستقامة في اللسان فهو طرف زائد يلزمه في قطعه حكومة لا تبلغ
قسطه من الدية لو كان من أصل اللسان، ولو قطع الطرفين معاً لزمه في الزائد حكومة،
وفي طرف الأصل قسطه من الدية، ولو قطع جميع اللسان من أصله لزمه دية اللسان
وحكومة في الطرف الزائد، وإن ذهب مع قطع هذا الطرف الزائد شيء من كلامه لزمه
أكثر الأمرين من دية الذاهب من كلامه أو المقطوع من لسانه.

فصل: ولو قطع باطن لسانه لزمه قسطه من الدية، فإن أذهب بشيء من كلامه
لزمه أكثر الأمرين، ولا قود فيه، لتعذره، ولا قود في ذهاب الكلام أيضاً إذا أذهب مع
بقاء اللسان، فعلى هذا لو قطع نصف لسانه فذهب به نصف كلامه قطع نصف لسان
الجاني؛ لأن في جميع اللسان وفي بعضه قود، فإن ذهب بالقود نصف كلامه كان وفاء
جنايته، وإن ذهب بربع كلامه لزمه مع القود دية ربع الكلام، ولو ذهب بقطعه ثلاثة
أرباع كلامه، فقد وفى المستحق بجنايته، وكان الزائد فيما ذهب من كلامه هدرأ،
لحدوثه عن قود مستحق، فأما قطع اللهاة ففيه القود إن أمكن، وفيه حكومة لا تتقدر
بقسط من دية اللهاة عن الأعضاء التي قدرت فيها الديات.

(١) ما بين المعكوفين سقط في ب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي لِسَانِ الصَّبِيِّ إِذَا حَرَكَهُ بِبُكَاءٍ أَوْ بَشْيَةٍ يُغَيِّرُ اللَّسَانَ الدِّيَّةُ».

قال الماوردي: وجملة ذلك أن لسان الصبي الطفل يعجز عن الكلام لضعف الصغر كما تعجز أعضاؤه عن استيفاء الحركة، فيلزم في لسانه إذا كان معروف السلامة جميع الدية مثل ما يلزم في لسان الناطق الكبير، كما يلزم في رجله جميع الدية إذا عرفت سلامتهما وإن كان ينهض للمشي بهما، وإذا كان كذلك فأول ما يظهر من الطفل حرف الحلق في البكاء، ثم حروف الشفة في بابا وماما، ثم حروف اللسان إذا تكلم، وبعض ذلك يتلو بعضاً، فإذا عرف منه أحد هذه الثلاثة في زمانه دل على سلامة لسانه فكملت فيه الدية وإن لم يستكمل الكلام، لأنه يكمل في غالب العرف إذا بلغ زمان الكمال، وإن لم يظهر منه في أوقات هذه الحروف ما يدل على سلامة لسانه كان ظاهره دليلاً على خرسه، فيلزمه فيه حكومة، ولو قطعه ساعة ولادته قبل أوقات حركات لسانه صار لسانه وإن كان من الأعضاء الظاهرة من الكبير جارياً مجرى الأعضاء الباطنة فيكون على قولين:

أحدهما: يحمل على الصحة، لتعذر البينة فيه اعتباراً بالأغلب من أحوال السلامة، وتكمل فيه الدية.

والقول الثاني: أنه يحمل على عدم الصحة، لأن لا يقضي بالإلزام مع إمكان الإسقاط اعتباراً ببراءة الدمة، وتجب فيه حكومة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي لِسَانِ الْأَخْرَسِ حُكُومَةٌ».

قال الماوردي: وإنما لم يجب في لسان الأخرس الدية، لأنه قد سلب الكلام الذي هو الأخص الأغلب من منافع اللسان وإن بقي بالخرس بعض منفعه وهو الذوق وتصرفه في مضغ الطعام فلم تبلغ دية لسان كامل المنافع.

فإن قيل: فمثله لسان الصبي فهلا كان فيه أيضاً حكومة؟

قيل: لأن لسان الصبي سليم الكلام، وإن لم يظهر في زمانه، وهذا معدوم الكلام، لأنه مفقود في زمانه فافتقراً، فلو كان اللسان مسلوب الذوق لا يحس به طعوم المأكولات والمشروبات وهو ناطق سليم الكلام لم تكمل فيه الدية، وكان فيه حكومة كالأخرس، وإن لم يذكره الشافعي بناء على ما قدمناه في الجناية عليه إذا أذهبت بذوقه أن فيه الدية، وحكومة المسلوب الذوق أقل من حكومة المسلوب الكلام، لأن نقص الكلام أظهر، والحاجة إليه أدعى، ولو ابتدأ بالجناية على لسان ناطق فأخرسه، وضمن بالخرس دية، ثم عاد هو فقطع لسانه لزمه حكومة، لأنه قطع بعد الجناية الأولى لسان

أخرس، كما لو أشل يده بجناية ثم قطعها بعد الشلل لزمته دية في الشلل وحكومة في القطع بعده.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ قَالَ لَمْ أَكُنْ أَبْكُمْ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْجَانِي مَعَ يَمِينِهِ فَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ نَاطِقٌ فَهُوَ نَاطِقٌ حَتَّى يُعْلَمَ خِلَافَ ذَلِكَ».

قال الماوردي: وهذا من جملة ما مضى إذا اختلفا بعد قطع اللسان في سلامته وخرسه فادعى الجاني أنه كان أخرس وادعى المجني عليه أنه كان ناطقاً فاللسان من الأعضاء الظاهرة في الكبير، لأنه يقدر على إقامة البينة بنطقه وسلامته، فيكون القول فيه قول الجاني مع يمينه إن لم يعترف له بتقدم السلامة، لأن الأصل براءة ذمته من قود وعقل، فإن اعترف له بتقدم السلامة وادعى زوالها قبل جنائته فهو على قولين كمن قطع ملفوفاً في ثوب وادعى أنه كان ميتاً فيه قولان، كذلك هاهنا.

فإن قيل: فكيف يصح من المقطوع اللسان أن يقول لم أكن أبكم وهو لا يقدر بعد قطعه على القول.

قيل: معناه أنه أشار بالعين فعبر عن الإشارة بالقول كما قال الشاعر:

وَقَالَتْ لَهُ الْعَيْنَانِ سَمِعَاً وَطَاعَةً
وَحِذْرُنَا كَالذُّرِّ لَمَّا يُثْقَبُ
فعبر عن إشارة العينين بالقول.

فصل: وإذا قطع لسانه فأخذ بالقود أو الدية ثم ثبت لسان المجني عليه فهو مبني على سن المثغور إذا نبت بعد أخذ ديتها، وفيها قولان:

أحدهما: أنها عطية من الله لا يسترجع بها ما أخذه من ديتها، فعلى هذا أولى في اللسان أن يكون عطيته مستجدة لا يسترجع بعد نباته بما أخذه من ديته.

والقول الثاني: أن هذه السن الثابتة خلف من السن الذاهبة دل على بقاء أصلها، فيسترجع منه بعد نباتها ما أخذه من ديتها، فعلى هذا هل يكون حكم اللسان إذا نبت كذلك أم لا؟ على وجهين ذكرناهما في عود ضوء العين بعد ذهابه، ولكن لو جنى على لسانه فخرس وغرم ديته ثم عاد فنطق رد ما أخذه من الدية قولاً واحداً، بخلاف اللسان إذا نبت.

والفرق بينهما أن ذهاب اللسان مستحق وأن النابت غيره وذهاب الكلام مظنون، فدل النطق على بقاءه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي السِّنِّ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ إِذَا كَانَ قَدْ أَثَغَرَ».

قال الماوردي: في كل سن من أسنان المثغور خمس من الإبل، لرواية عمرو بن حزم عن رسول الله ﷺ أنه قال في كتابه إلى اليمن: «وفي السن خمس من الإبل» وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال: «وفي الأسنان خمس خمس» فإذا ثبت هذا النص في وجوب خمس من الإبل في كل سن، فإنما هي من أسنان المثغور التي لا تعود في الأغلب بعد القلع، وسواء كانت صغاراً أو كباراً، طوالاً أو قصاراً، كما تساوى ديات الأطراف مع الصغر والكبر، والطول والقصر، وسواء كانت بيضاء ملاحاً أو سوداء قباحاً كان ذلك من أصل المخلقة أو طارئاً عليها، باقية المنافع، لأن القلع قد أبطل منافعها وكانت كاملة وازداد محلها بالقلع قبحاً فصار مذهباً لنفعها وجمالها، فلذلك كمل ديتها، فإن قلعتها من أصلها مع نسخها الداخل في لحم اللثة الممسك لها بمرباط العصب ففيها ديتها خمس من الإبل، ولا يلزمه في قلعتها مع نسخها المغيب حكومة زائدة، لأن السِّنَّ تابع لما ظهر كتبع الكف للأصابع، وإن قلع ما ظهر من السن وخرج عن لحم اللثة وبقي السِّنَّ المغيب جرى مجرى قطع الأصابع من الكف، فإن عاد أو غيره فقلع السِّنَّ المغيب ففيه حكومة، كما لو عاد بعد قطع الأصابع فقطع الكف لزمه حكومة، ولو كسر بعض سنه لزمه من الدية بقسطه وهو مقدر من الظاهر البارز عن لحم اللثة دون السِّنَّ المغيب فيها، لأن الدية تكمل بقلع ما ظهر فكان الكسر معتبراً بالظاهر دون الباطن، فلو تقلص عمود اللثة حتى ظهر من السِّنَّ المغيب في اللثة ما لم يكن ظاهراً كان المكسور من السن معتبراً بما كان بارزاً منها قلوصل العمور عنها، ولا يعتبر بما ظهر بعده قلوصله وإذا كان كذلك واعتبر المكسور منها فإن كان النصف لزمه نصف ديتها، وإن كان أقل أو أكثر فبحسب من ديتها، وسواء كان المكسور من طولها أو عرضها، فلو قلع آخر بقيتها مع نسخها بعد أن كسر الأول نصف ظاهرها لزم الثاني نصف ديتها، لأنه قلع نصفها الباقي، وهل تلزمه حكومة بقلع نسخها المعيب أم لا؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يلزمه حكومة في النسخ، لأنه تبع للمضمون بالمقدر كما لا حكومة فيه إذا قلع مع جميع السن.

والوجه الثاني: وهو المنصوص من مذهب الشافعي أن عليه فيه حكومة، لأن السِّنَّ تابع لجميع السن فصار أكثر من التابع لنصفه فلزمته لهذه الزيادة حكومة.

والوجه الثالث: وهو قول أبي حامد الإسفراييني أن الأول إن كان قد كسر نصفه عوضاً لزم الثاني في سنخه حكومة، لزيادته على سنخ ما قلعه، وإن كان الأول قد

كسره طولاً لم يلزم الثاني حكومة في السنخ، لأنه سنخ للبقية التي قلعتها.

فصل: وإذا قلع سنّاً قد حصل فيها شق أو ثقب أو أكلة، فإن لم يذهب من أجزائها بذلك شيء فعليه جميع ديتها، كاليد المريضة إذا قطعها وإن ذهب بالثقب والتآكل بعض أجزائها أسقط من دية السن قدر الذاهب منها، ولزمه باقي ديتها، وإن كانت أسنانه قد تصدعت وتحركت حتى ربطها بالذهب أو لم يربطها فقلعتها الجاني نظر فإن كانت منافعها باقية مع حركتها في المضغ وحفظ الطعام والريق ففيها الدية تامة، وإن ذهبت منافعها كلها ففيها حكومة، وإن نقصت منافعها فذهب بعضها وبقي بعضها ففيها قولان نص عليهما في كتاب «الأم»:

أحدهما: فيها الدية تامة، لأن منافع الأسنان مختلفة بالزيادة والنقصان.

والقول الثاني: فيها حكومة، لقصورها عما اختص بها من منافعها.

وجهل قدر الناقص فوجب فيها حكومة.

فإن اختلفا فادعى الجاني ذهاب منافعها وادعى المجني عليه بقائها فالقول قول المجني عليه مع يمينه، لأن بقاء منافعها لا يعلم إلا من جهته، وله ديتها تامة، ولو كانت السن كاملة المنافع فجنى عليها حتى تصدعت وتحركت وهي باقية في موضعها نُظِرَ فإن ذهب بالجناية جميع منافعها حتى صار لا يقدر على المضغ بها ففيها ديتها تامة، وإن ذهب منها نصف منافعها ففيها قولان:

أحدهما: عليه ديتها تامة، لأنه قد يكون المسلوب من منافعها مساوياً لمنافع غيرها.

والقول الثاني: فيها حكومة، لأن منفعة كل شيء معتبرة بها، ولو قيل: بوجه ثالث أنه إن أذهب أكثر منافعها كملت ديتها، وإن ذهب أقلها ففيها حكومة اعتباراً بالأغلب كان له وجه، فإن اختلفا فالقول قول المجني عليه مع يمينه، لأن ذهاب منافعها لا يعلم إلا من جهته.

فصل: ولو اختلف نبات أسنانه فكان بعضها طويلاً وبعضها قصاراً فدياتها متساوية مع اختلافهما في الطول والقصر، فإن كسر بعض الطويلة حتى عادل ما جاوزها من القصار لزمه من ديتها بقدر ما كسر منها، وإن زادت منافعها بكسر الزيادة عن نظائرها، وكذلك لو كسر بعض القصيرة حتى كان ما كسر منها معتبر بها لا بما جاوزها من الطول، فلو كان المكسور نصفها وهو من الطويلة ربعها لزمه نصف ديتها، ولو جنى على سن فخرجت عن حد صاحبها حتى برزت عما جاورها فإن ذهبت منافعها مع البروز تمت ديتها، وإن بقيت منافعها ففيها حكومة لقبح بروزها.

فصل: وإذا كانت إحدى رباعيته أقصر من الأخرى في أصل خلقتها خالفت قصر الثنية عن الرباعية، لأن السن معتبرة بأختها لكونها شبه لها في الاسم والمحل، ولا تعتبر بغيرها، فإذا نقصت إحدى الرباعيتين عن الأخرى علم أنها رباعية ناقصة، فإذا قلعت وعرف قدر نقصانها وجب فيها من دية السن بقدر ما بقي منها وسقط منها قدر ما نقص، ولو ذهب حدة الأسنان حتى كلت بمرور الزمان كان فيها الدية تامة، لأن كلالها مع بقائها على الصحة يجري مجرى ضعيف الأعضاء، ولو حالت حتى ذهب منها بمرور الزمان بعض أضرارها سقط من ديتها بقسط ما ذهب منها ووجب في قلعتها ما بقي من ديتها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ لَمْ يُتَغَرَّ أَنْتَظَرِ بِهِ فَإِنْ لَمْ تَتَّبَثْ ثُمَّ عَقَلَهَا وَإِنْ نَبَتْ فَلَا عَقْلَ لَهَا».

قال الماوردي: وهو كما قال، إذا قلع سن صبي لم يشغر فلا قود في الحال ولا دية، لأن المعهود من أسنان اللبن أنها تعود بعد السقوط فلم تصر مساوية لسن المثغور التي لا تعود وقد يجوز أن لا تعود سن اللبن إذا قلعت، وإن كان نادراً، كما يجوز أن تعود سن المثغور إذا قلعت وإن كان عودها نادراً.

ووجب أن يعتبر في كل واحد منهما حكم الأغلب دون النادر، وهو أن سن اللبن تعود سن المثغور لا تعود، فلذلك وجب الانتظار بسن اللبن حال عودها وإن جاز أن لا تعود، ولم ينتظر بسن المثغور حال عودها وإن جاز أن تعود، فإذا كان كذلك لم تخل سن الصبي إذا قلعت من أن يعود نباتها أو لا يعود فإن لم يعد نباتها بعد نبات أخواتها وقال أهل العلم: قد تجاوزت مدة نباتها وجب فيها القصاص، وكمال الدية، وكانت في حكم سن المثغور، لأنها سن لم تعد بعد القلع، وإن عاد نباتها فعلى ضربين:

أحدهما: أن يعود مساوية لأخواتها في المقدار والمكان فلا دية فيها ولا قود، فأما الحكومة فإن كان قد جرح محل المقلوعة حتى أدماه لزمته حكومة جرحه، وإن لم يجرحه ففي حكومة المقلوعة وجهان:

أحدهما: لا حكومة فيها، لأنها تسقط لو لم تعلق.

والوجه الثاني: فيها حكومة، لأنه قد أفقده منفعتها.

ولو قيل بوجه ثالث: إنه إن قلعتها في زمان سقوطها فلا حكومة فيها، وإن قلعتها قبل زمانها ففيها حكومة كان مذهباً، لأنها قبل زمان السقوط نافعة وفي زمانه مسلوقة المنفعة.

والضرب الثاني: أن يعود نباتها مخالفاً لنبات أخواتها وهو أن يقاس الشنية بالثنية، والرابعة بالرباعية، والناوب بالناوب، ولا يقاس ثنية برباعية، ولا ناوب، ويقاس سفلى بسفلى، ولا يقاس عليا بسفلى، وإذا كان كذلك لم يخل حال اختلافهما من أربعة أقسام:

أحدها: أن يختلف في المقدار، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تعود أطول من أختها فلا شيء عليه في زيادة طولها وإن شان أو ضر، لأن الزيادة لا تكون من جنانية، لأن الجنانية نقص لا زيادة، وكذلك نبت معها سن زائدة.

والثاني: أن تعود أقصر من أختها فعليه من ديتها بقدر ما نقص من نباتها، لحدوثه في الأغلب عن جنانيته.

والقسم الثاني: أن يختلف في المحل فنثيت هذه العائدة خارجة عن صف أخواتها أو داخلية، أو راكبة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تذهب منافعها بخروجها عن محلها لخلوه وانكشافه ففيها الدية تامة.

والثاني: أن تكون منافعها باقية، لأنها قد سدت محلها وقامت مقام أختها، فلا دية فيها، لكمال منافعها، وفيها حكومة لقبح بروزها عن محلها.

والقسم الثالث: أن يختلفا في المنفعة، فتكون أقل من منفعة أختها مع نباتها في محلها ففيها قولان:

أحدهما: فيها الدية تامة.

والثاني: فيها حكومة، ولو قيل: تكمل ديتها إن ذهب أكثر منافعها، وحكومة إن ذهب أقلها كان [مذهباً].

والقسم الرابع: أن يختلف في اللون فتغير لونها مع بياض غيرها، فإن تغير بصفرة كان^(١) فيها حكومة، وإن تغير بخضرة كانت حكومتها أكثر من حكومة الصفرة، وإن تغير بسواد فصارت سوداً فالصحيح من مذهب الشافعي أن فيها حكومة هي أزيد من حكومة الصفرة والخضرة، لأن شين السواد أقبح، وخرج قول آخر أن فيها ديتها تامة، وسنذكر ذلك في السن إذا اسودت بجنانيته.

(١) سقط في ب.

فصل: فإن مات الصبي قبل أن يبلغ زمان نباتها ففيها قولان:

أحدهما: فيها الدية تامة، لأنه قلع سنًا لم تعد.

والقول الثاني: فيها حكومة، لأن الظاهر عودها لو بلغ زمان نباتها.

ولو مات بعد أن طلع بعضها، وبقي بعضها فهو على القولين يجب فيها على أحدهما قسط ما تأخر طلوعه من الدية، وحكومة في القول الثاني هي أقل من حكومة ما لم يعد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالضُّرْسُ سِنٌَّ وَإِنْ سُمِّيَ ضِرْسًا كَمَا أَنَّ الثَّنِيَّةَ سِنٌَّ وَإِنْ سُمِّيَتْ ثَنِيَّةً وَكَذَا أَنَّ اسْمَ الْإِنْبَاهِ غَيْرُ اسْمِ الْخِنْصَرِ وَكِلَاهُمَا أَضْبِعٌ وَعَقْلٌ كُلُّ أَضْبِعٍ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، ديات الأسنان متساوية مع اختلاف أسمائها ومنافعها، وفي كل سن منها خمس من الإبل، تستوي فيه الثنية والضرس والناجب والناجز، وحكى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه جعل فيما ظهر من أسنان الفم بالكلام والأكل خمساً من الإبل في كل سن، وجعل فيما غاب من الأضراس بعيرين في كل ضرس، وقيل بعيراً، لأن مقادير الأسنان تشارك مواخيرها في المنفعة وتختص بالجمال، فيفضل بين دياتها، واختلف عنه في مفاضلة ديات الأصابع، فروي عنه أنه فاضل بينهما كالأسنان، وروي أنه سوى بينهما وإن فاضل بين الأسنان، واختلف عنه هل يرجع عن هذا التفاضل أم لا؟ فحكى قوم أنه يرجع عنه، وحكى آخرون أنه لم يرجع، وقد أخذ بما قاله عمر رضي الله عنه قوم من شواذ الفقهاء لقضائه بذلك في إمامته وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: عموم النص من قول النبي ﷺ «فِي كُلِّ سِنٍَّ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ» وهو اسم يعم كل سن، ولأن اختلاف المنافع غير معتبر فيما تقدرت دياته من وجهين: أحدهما: أن منافع الميامن من الأعضاء أكثر من منافع مياسرهما مع تساوي دياتها.

والثاني: أن منافعها تختلف بالصغر والكبر، والقوة والضعف، ودياتها مع اختلاف منافعها سواء، كذلك الأسنان، وعلى أن لكل سن منفعة ليست لغيره فلم تقم منفعة الثنية مقام منفعة الضرس.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ ثَبَتَتْ سِنٌَّ رَجُلٍ قُلِعَتْ بَعْدَ أَخْذِهِ أَرْضَهَا قَالَ فِي مَوْضِعٍ يَرُدُّ مَا أَخَذَ وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ لَا يَرُدُّ شَيْئاً (قال المزني) رَحِمَهُ

اللَّهُ هَذَا أَقْيَسُ فِي مَعْنَاهُ عِنْدِي لِأَنَّهُ لَمْ يَنْتَظِرْ بِسِنَّ الرَّجُلِ كَمَا انْتَهَرَ بِسِنَّ مَنْ لَمْ يُغْزِرْ هَلْ تَنْبُتُ أَمْ لَا؟ فَدَلَّ ذَلِكَ عِنْدِي مِنْ قَوْلِهِ إِنَّ عَقْلَهَا أَوْ الْقَوْدَ مِنْهَا قَدْ تَمَّ، وَلَوْلَا ذَلِكَ لَأَنْتَظَرَ كَمَا انْتَهَرَ بِسِنَّ مَنْ لَمْ يُغْزِرْ وَقِيَاسًا عَلَى قَوْلِهِ وَلَوْ قُطِعَ لِسَانُهُ فَأَخَذَ أَرْشَهُ ثُمَّ نَبَتَ صَحِيحًا لَمْ يَرُدَّ شَيْئًا وَلَوْ قُطِعَتْهُ آخَرُ فَفِيهِ الْأَرْشُ تَامًا وَمِنْ أَصْلِ قَوْلِهِ أَنَّ الْحُكْمَ عَلَى الْأَسْمَاءِ (قال المزمي) وَكَذَلِكَ السِّنُّ فِي الْقِيَاسِ نَبَتَتْ أَوْ لَمْ تَنْبُتْ سَوَاءٌ إِلَّا أَنْ تَكُونَ فِي الصَّغِيرِ إِذَا نَبَتَتْ لَمْ يَكُنْ لَهَا عَقْلٌ أَضَلَّ فَيَتْرَكُ لَهُ الْقِيَاسَ.

قال الماوردي: وقد تقدمت هذه المسألة وقلنا: إن سن المثغور إذا قلعت لم ينتظر عودها، وقضى له بقودها. أو ديتها، لأنها لا تعود في الأغلب بخلاف الصغير الذي تعود سنه في الأغلب.

فلو عادت سن المثغور بعد أخذ ديتها ففي وجوب ردها قولان:

أحدهما: يجب ردها كالصغير، إذا عادت سنه فعلى هذا هل يبقى منها شيء للألم وسيلان الدم أم لا؟ على وجهين حكاهما ابن أبي هريرة:

أحدهما: يرد الكل ولا يبقى شيء منها وهو الظاهر من كلام الشافعي هاهنا.

والوجه الثاني: يبقى منها قدر حكومة الألم وسيلان الدم ويرد ما سواه.

والقول الثاني: اختاره المزمي أن المثغور لا يرد ما أخذه من الدية لقود سنه، لأمرين ذكرهما المزمي:

أحدهما: أنه لما لم ينتظر بالدية عود سنه لم يلزمه ردها بعوده.

أحدهما: أن دية اللسان لما لم يلزم ردها بعد نباته لم يلزم رد دية السن بعد عوده، وكلا الأمرين معلول،

أما الأول في ترك الانتظار فلأن المعتبر في الجنائيات الأغلب من أحوالهما دون النادر، والأغلب من سن المثغور أن لا تعود، ومن سن الصغير أن تعود فانتظر بالصغير ولم ينتظر بالمثغور، وأما نبات اللسان فهو أكثر ندوراً وأبعد وجوداً.

قال أبو علي بن أبي هريرة: وقد كنا ننكر على المزمي حتى وجدنا في زماننا رجلاً من أولاد الخلفاء قطع لسانه فنبت فعلمنا أن مثله قد يكون، وإذا كان كذلك فالحكم في نبات اللسان محمول على عود اللسان.

فإن قيل: إن عود السن لا يوجب رد ديتها فأولى أن يكون نبات اللسان لا يوجب

رد ديته .

وإن قيل: إن عود السن يوجب رد ديته فقد اختلف أصحابنا في عود اللسان هل يوجب رد ديته أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: يوجب نبات اللسان رد ديته كما أوجب عود السن رد ديتها، فسوى بينهما وأسقط استدلال المزني، فعلى هذا يستبقى قدر الحكومة في قطع الأول وجهاً واحداً ورد ما زاد عليها.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: لا ترد دية اللسان وإن رد دية السن، والفرق بينهما أن في جنس السن ما يعود في الغالب فألحق به النادر، وليس في جنس اللسان ما يعود فصار جميعه نادراً، ولذلك وقف سن الصغير دون الكبير، ولم يوقف لسان الصغير والكبير فافترقا والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَالْأَسْنَانُ الْعُلْيَا فِي عَظْمِ الرَّأْسِ وَالشُّفْلَى فِي اللَّحْيَيْنِ مُلْتَصِقَتَيْنِ فَبَيْنَ اللَّحْيَيْنِ الدِّيَةُ وَفِي كُلِّ سِنٍّ مِنْ أَسْنَانِهَا خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ».

قال الماوردي: أما أسنان الفم فأعلاها في عظم الرأس وأسفلها في اللحيين، واللحيان يجتمع مقدمهما في الذقن ومؤخرهما في الأذن، فإن قلع الأسنان مع بقاء اللحيين كان في كل سن منها خمس من الإبل إذا لم ترد على العشرين سنّاً، ويستكمل في العشرين دية كاملة، وإن زادت على العشرين وبلغت اثنين وثلاثين سنّاً وهي غاية الأسنان المعهودة فإن قلعها واحداً بعد واحد كان في كل واحد منها خمس من الإبل، فيجتمع في جميعها مائة وستون بعيراً، وإن قلع جميعها دفعة واحدة ففيه وجهان:

أحدهما: يجب فيها كمال الدية ولا يزداد عليها، لأن ما يجانس في البدن من ذوات الأعداد لم تجب فيه أكثر من الدية كسائر الأعضاء والأطراف.

والوجه الثاني: أنه يجب في كل سن منهما خمس، وإن زادت على دية النفس، لأن لكل سن منها حكمها، وليست بعضها تبعاً لبعض، وكما لو قلعها متفرقاً، فأما اللحيان إذا قلعهما فلا يخلو أن يكون عليهما أسنان أو لا يكون، فإن لم يكن عليها أسنان إما في طفل لم تطلع أسنانه أو في شيخ قد سقطت أسنانه ففيها الدية، لما فيها من كثرة الجمال وعظم المنفعة، وأن ذهابها أخوف على النفس وأسلم للمنافع من الأذن، فكان بإيجاب الدية أولى، فإن قلع أحد اللحيين وتماسك الآخر كان عليه نصف الدية، لأنها لما كملت فيها نصف في أحدهما كاليدين.

فأما القود فإن أمكن فيهما أو في أحدهما وجب، وإن تعذر سقط، وإن كان في

كتاب الديات/ باب أسنان الخطأ وتقويمها... الخ .
 اللحيين أسنان فمعلوم أنها لا تنبت مع قلعها فعليه دية اللحيين وديات الأسنان، ولا تدخل دياتها في دية اللحيين .

فإن قيل : فهلا دخلت ديتها في دية اللحيين لحلولها فيها كما دخلت دية الأصابع في دية اليد .

قيل : الفرق بينهما من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن اسم اليد ينطلق على الكف والأصابع ولا ينطلق اسم اللحيين على الأسنان ولا اسم الأسنان على اللحيين .

والثاني : أن اللحيين قد يتكامل خلقهما مع عدم الأسنان في الصغير ويبقيان على كمالهما بعد ذهاب الأسنان من الكبير، ولا يكمل خلق اليد إلا مع أصابعها، ولا تكون كاملة بعد ذهابها .

والثالث : أن للحيين منافع غير حفظ الأسنان، وللأسنان منافع غير منافع اللحيين، فانفرد كل واحد منهما بحكمة وليس كذلك في منافع الكف، لأنه يحفظ الأصابع، فإذا زالت بطلت منافعها فصارت تبعاً لهما فلو جنى على لحييه فيستا حتى لم ينفثا ولم ينطبقا ضمنهما بالدية كاليد إذا شلت، ولا يضمن دية الأسنان وإن ذهبت منافعها، لأنه لم يجن عليها، وإنما وقف نفعها بذهاب منافع غيرها، نص عليه الشافعي في كتاب «الأم» فلو أعوج اللحيان لجنايته وجب عليه حكومة بحسب شينه وضرره، ولا يبلغ بها الدية إذا كانا ينطبقان ويفتتحان .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «وَلَوْ ضَرَبَهَا فَاسْوَدَّتْ فَبَيْنَهَا حُكُومَةٌ» (وقال) فِي كِتَابِ عَقْلِهَا ثُمَّ عَقَلَهَا (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ : الْحُكُومَةُ أُولَى لِأَنَّ مَنَفْعَتَهَا بِالْقَطْعِ وَالْمَضْغِ وَرَدَّ الرِّيقِ وَسَدُّ مَوْضِعِهَا قَائِمَةٌ كَمَا لَوْ اسْوَدَّ بَيَاضُ الْعَيْنِ لَمْ يَكُنْ فِيهَا إِلَّا حُكُومَةٌ لِأَنَّ مَنَفْعَتَهَا بِالنَّظَرِ قَائِمَةٌ» .

قال الماوردي : أما إذا ضرب سنه فاصفرت أو اخضرت ففيها حكومة إذا لم يذهب شيء من منافعها، وحكومة الخضرة أكثر من حكومة الصفرة، لأنها أقبح، فأما إن ضربها فاسودت فقد قال الشافعي هاهنا، فيها حكومة كما لو اصفرت أو اخضرت، وقال في كتاب العقل ثم عقلها فاختلف أصحابنا فكان المزني والمتقدمون منهم يخرجون ذلك على اختلاف قولين :

أحدهما : فيها حكومة واختاره المزني، لبقاء منافعها بعد سوادها، كما لو جنى على عينه فاسود بياضها لبقاء نظرها بعد سواد البياض .

والقول الثاني: فيها الدية تامة، لذهاب جمالها بالسواد، وذهب جمهور أصحابنا ومتأخروهم إلى أن ذلك على اختلاف حالين وليس على اختلاف قولين، والمواضع الذي أوجب فيها حكومة إذا كانت باقية المنافع والمواضع الذي أوجب فيها الدية إذا ذهبت منافعها، وهذا أشبه، لأنه قد بقي بعد اسودادها أكثر جمالها وهو سر موضعها فلم يجز أن يجب فيها مع بقاء أكثر جمالها وجميع منافعها دية.

فلو قلع سنًا سوداء سئل عنها أهل العلم بها فإن قالوا: اسودادها من غذاء أو طول مكث كملت فيها الدية.

وإن قالوا: من مرض كان في كمال ديتها قولان على اختلافهما في السن إذا ذهب بعض منافعها والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَفِي الْيَدَيْنِ الدِّيَةُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وهو نص السنة، وروى معاذ بن جبل أن

النبي ﷺ قال: «وَفِي الْيَدَيْنِ الدِّيَةُ» ولأنهما من أعظم الأعضاء نفعاً في البطش والعمل، وفي إحدى اليدين نصف الدية لرواية عمرو بن حزم أن النبي ﷺ قال في كتابه إلى اليمن «وَفِي الْيَدِ خَمْسُونَ مِنَ الْإِبِلِ» وإذا كان كذلك فاليد التي تكمل فيها الدية أن تقطع من مفصل الكف، فإن قطعها من الذراع أو العضد وجب في الكف دية وفيما زاد من الذراع حكومة، فإن زاد إلى العضد كانت الحكومة فيه أكثر، وقال سفيان الثوري: إن قطعها من المرفق فليس عليه إلا دية، وإن زاد على المرفق ففي الزيادة حكومة، لأن حكم اليد يستوعبها إلى الذراع ويفارقها بعده كالوضوء.

وقال أبو عبيد بن حريويه من أصحابنا: الاسم يتناولها إلى المنكب، وليس عليه إذا استوعب قطعها إلى المنكب إلا الدية دون الحكومة، لأن عمار بن ياسر تيمم حين أطلق ذكر اليد في التيمم إلى المناكب تعويلاً على مطلق الاسم حتى قال له النبي ﷺ «إِنَّمَا يَكْفِيكَ ضَرْبَةٌ لَوْجْهَكَ وَضَرْبَةٌ لِدِرَاعِكَ» وكلا المذهبين خطأ لقول الله تعالى «إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ» [المائدة: ٦] فلو اقتضى إطلاق اليد إلى المرفق لاقتصر على الإطلاق ولما قيدها بالمرفق، فبطل قول سفيان، ولما جعل المرفق غاية دل على أن حد اليد ما دون الغاية فبطل به قول أبي عبيد، ولأن الله تعالى قال: «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» [المائدة: ٣٨] وقطع رسول الله ﷺ يده من مفصل الكف دل على أنها هي اليد لغة وشرعاً، ولأن الدية تكمل في الرجل إذا قطعت من مفصل القدم؛ لأنها تقطع منه في السرقة، كذلك اليد لما قطعت في السرقة من الكف وجب أن يختص بكمال الدية.

فصل: فإن قطع أصابع الكف كملت فيها دية الكف، لأن ما أبقاه منها بعد قطع الأصابع مسلوب المنفعة، وتكون دية اليد مقسطة على أعداد الأصابع بالسوية، فيجب في كل إصبع عشر من الإبل، لأنها في المعهود تقسّطت عليها خمسون فكان قسط كل إصبع منها عشر، ولا يفضل إبهام على خنصر.

وحكي عن عمر رضي الله عنه أنه فاضل بين ديات الأصابع في إحدى الروايتين عنه فجعل في الخنصر ستاً، وفي البنصر تسعاً، وفي الوسطى عشراً، وفي السبابة عشراً، وفي الإبهام ثلاثة عشر، فقسط الخمسين على الأصابع الكف هذا التقسيط المختلف اعتباراً باختلاف المنافع، ولأن البنصر وراء الخلاف وهو ما روي عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «وَفِي الْيَدَيْنِ الدِّيَةُ وَفِي الرَّجْلَيْنِ الدِّيَةُ وَفِي كُلِّ أَصْبَعٍ مِمَّا هُنَالِكَ عَشْرٌ مِنَ الْإِبِلِ».

وروي أوس بن مسروق عن أبي موسى الأشعري عن النبي ﷺ أنه قال: «وَالْأَصَابِعُ سَوَاءٌ» قال شعبة: قلت لغالب التمار حين روى ذلك عن أوس بن مسروق: عشراً عشراً؟ قال: نعم.

وروي يزيد النحوي عن عكرمة عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ «الْأَصَابِعُ سَوَاءٌ وَالْأَسْنَانُ سَوَاءٌ»^(١) وهذه نصوص لا يجوز خلافها، ولأنه لو جاز أن يفاضل بينهما لتفاضل المنفعة لكان ذلك في أصابع الرجلين، ولفضلت اليمنى على اليسرى، والقوية على الضعيفة، والكبيرة على الصغيرة، ولم يقل بذلك أحد اعتباراً بمطلق الاسم كذلك في الأصابع.

فصل: ولو جنى على يده فشلت كملت ديتها، وإن كانت باقية بعد الشلل، لذهاب منافعها، كما لو جنى على عينه فذهب بصرها، فإن شلت إصبع منها ففيها ديتها، فإن قطعت بعد الشلل كان فيها حكومة لا تبلغ دية السليمة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي الرَّجْلَيْنِ الدِّيَةُ وَفِي كُلِّ أَصْبَعٍ مِمَّا هُنَالِكَ عَشْرٌ مِنَ الْإِبِلِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «فِي الرَّجْلَيْنِ الدِّيَةُ [وَفِي كُلِّ أَصْبَعٍ مِمَّا هُنَالِكَ عَشْرٌ مِنَ الْإِبِلِ]».

(١) أحمد في المسند ٢٨٩/١ والترمذي ٢٦١/١؛ وابن الجارود (٧٨٠) وأبو داود (٤٥٦١).

ولرواية معاذ بن جبل أن النبي ﷺ قال: «وَفِي الرَّجُلَيْنِ الدِّيَّةُ»^(١) ولأن الرجلين من أعظم الأعضاء نفعاً، لأن عليها يسعى، وبها يتصرف، وفي إحدى الرجلين نصف الدية، لرواية عمرو بن حزم عن النبي ﷺ أنه قال في كتابه إلى اليمين «وَفِي الرَّجُلِ خَمْسُونَ مِنَ الْإِبِلِ» ولأنها واحد من عضوين كاليدين، ولا فضل ليمنى على يسرى، وفي كل إصبع من أصابعها عشر من الإبل كأصابع اليدين، ولا يفضل إبهام على خنصر، فإن شلت كان فيها ديتها كالمقطوعة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي كُلِّ أُنْمَلَةٍ ثُلُثُ عَقْلِ أَصْبَعٍ إِلَّا أُنْمَلَةَ الْإِبْهَامِ فَإِنَّهَا مِفْصَلَانِ فَبِئْسَ أُنْمَلَةٍ الْإِبْهَامُ نِصْفُ عَقْلِ الْأَصْبَعِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لما قسط رسول الله ﷺ دية الكف على أعداد أصابعها وجب أن يقسط دية الإصبع على أعداد أناملها، وفي كل إصبع ثلاث أنامل، فيكون في كل أنملة ثلث دية إصبع ثلاثة أبعرة وثلث، إلا الإبهام فإن فيها أنملتين فيجب في كل أنملة منها نصف دية إصبع خمسة أبعرة.

وقال مالك: أنملة الإبهام كغيرها يجب فيها ثلث دية إصبع، لأنها ثلاث أنامل أحدها باطنة.

وهذا فاسد، لأن لجميع الأصابع أنامل باطنة، وإنما يقسط ديتها على ما ظهر من أناملها، والظاهر من الإبهام أنملتان ومن غيرها ثلاث أنامل، فلو خلق لرجل في إبهامه ثلاث أنامل وجب في كل أنملة منها ثلث دية الإصبع، ولو خلق في غيرها أربع أنامل كان في كل أنملة منها ربع دية الإصبع، ولو خلقت له خمس أنامل كان في كل أنملة منها خمس ديتها، تقسيطاً لدية الأصابع على أعداد أناملها، وكذلك لو نقصت فكانت أنملتين كان في إحدهما نصف ديتها.

فإن قيل: فلم قسطنم دية الإصبع على ما زاد من أناملها ونقص ولم تفعلوا مثل ذلك في الأصابع إذا زادت ونقصت وجعلتم في الإصبع الزائدة حكومة ولم يقسطوا دية الكف على ما بقي من الأصابع بعد الإصبع الناقصة؟

قيل الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أنه لما اختلفت الأنامل في أصل الخلقة المعهودة بالزيادة والنقصان كان كذلك في الخلقة النادرة، ولما لم يختلف الأصابع في أصل الخلقة المعهودة، فارقها حكم الخلقة النادرة.

والثاني: أن الزائدة من الأصابع متميزة ومن الأنامل غير متميزة فلذلك ما اشتركت الأنامل وتفردت الأصابع.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَيُّهَا شُلَّ تَمَّ عَقْلُهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح بشلل الأنامل موجب لديتها كشلل الأصابع، وليس يشل بعض الأنامل إلا في أعاليها، ولا يصح أن تشل أنملة وسطي مع سلامة العليا، وفي الأنامل القود، على ما مضى فإن قطع بعض أنملة لم يجب فيها قود لأنها من غير مفصل، فإن تقدر المقطوع منها لزم فيه من ديتها بقدر المقطوع منها، وإن لم يتقدر فيه حكومة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ قُطِعَتْ مِنَ الذَّرَاعِ فِيهِ الْكَفُّ نِصْفُ الدِّيَةِ وَفِيمَا زَادَ حُكُومَةٌ وَمَا زَادَ عَلَى الْقَدَمِ حُكُومَةٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وقد مضى وذكرنا أن دية اليد ينتهي كمالها إلى مفصل الكوع الذي بين الكف والذراع، فإن انتهى القطع إلى الذراع كان في الكف ديتها وفي الزيادة حكومة تقل بقله ما قطعه من الذراع وتزيد بزيادته، فإن قطعها من المرفق كانت الحكومة أزيد، ويجب فيه القود، ولا يجب فيه إذا قطع من دون المرفق اعتباراً بالمفصل، فإن قطع من المنكب حتى استوعب بالقطع الذراع مع العضد وجب فيه القود إذا كان من مفصل، ولا يجب في الزيادة على الكف إلا حكومة هي أقل من دية الكف، لأن الزيادة عليها أصل لها يتبعها في حكمها، وكذلك دية الرجل ينتهي كمالها إلى قطع القدم من مفصل الكعب، فإن زاد بقطعها من الساق ففي الزيادة حكومة، فإن قطعها من مفصل الركبة كانت الحكومة أكثر، وفيها القود، فإن قطعها من نصف الفخذ كانت الحكومة أكثر ولا قود، فإن قطعها من أصل الورك كانت الحكومة أكثر وفيه القود، ولا يبلغ بالحكومة دية القدم كما ذكرنا في اليد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي قَدَمِ الْأَعْرَجِ وَيَدِ الْأَعْمَى إِذَا كَانَتَا سَالِمَتَيْنِ الدِّيَةُ».

قال الماوردي: أما العرج في الرجل فقد يكون تارة من قصور أحد الساقين عن الأخرى، ويكون تارة من تشنج عصب أحد الساقين، فتصير إحدى الرجلين أقصر من الأخرى، فيعرج إذا مشى بالميل على القصرى، وفيها الدية كاملة، لأن القدم سليمة والنقص في غيرها، كما يكمل في ذكر العينين الدية، وأذن الأعمى، لأن النقص في غيره، وأما يد الأعمى فقد ذهب قوم إلى العسم قصر العضد أو الذراع، فتصير إحدى

اليدن أطول من الأخرى، وذهب آخرون إلى أنه اعوجاج الرسغ إلى أن يخرج زند الذراع عن كوع الكف وأيهما كان فالدية في كف الأعسم كاملة، لأن العسم نقص في غير الكف فساوت غيرها.

فصل: ولو خلع كفه من الزند حتى اعوجت لم يجب فيه القود، لتعذره فيه حكومة، فإن جبرت فعادت بالجبر إلى استقامها قلّت الحكومة فيها، وإن لم تعد إلى الاستقامة كثرت حكومتها، فإن قال الجاني: أنا أعيد خلعه وأجبرها لتعود إلى استقامتها منع من ذلك، لأنه ابتداء جناية منه، فإن فعل وخلعه فعادت بعد الجبر مستقيمة لم يسقط عنه ما وجب من الحكومة المتقدمة، ولزمته حكومة ثانية في الخلع الثاني، غير أن الحكومة الأولى أكثر، لأنها عادت معوجة، والحكومة الثانية أقل، لأنها عادت مستقيمة، وهكذا لو كسر ذراعه من العظم حتى انقصف وتشظى فان جبرت وعادت إلى حالها ففيها حكومة بقدر الألم والشين، وإن عادت بعد الجبر ناقصة البطش زيدت الحكومة في ذهاب البطش، فإن ذهب جميع بطشها كملت ديتها كالشلل، وكذلك مثله إذا كان في خلع القدم وكسر الساق وبالله التوفيق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ خُلِّقَتْ لِرَجُلٍ كَفَانٍ فِي ذِرَاعٍ إِحْدَاهُمَا فَوْقَ الْأُخْرَى فَكَانَ يَبْطِشُ بِالسُّفْلَى وَلَا يَبْطِشُ بِالْعُلْيَا فَالسُّفْلَى هِيَ الْكَفُّ الَّتِي فِيهَا الْقَوْدُ وَالْعُلْيَا زَائِدَةٌ وَفِيهَا حُكُومَةٌ وَكَذَلِكَ قَدَمَانِ فِي سَاقٍ فَإِنْ اسْتَوَتَا فَهُمَا نَاقِصَتَانِ فَإِنْ قُطِعَتْ إِحْدَاهُمَا فَفِيهَا حُكُومَةٌ لَا تُجَاوِزُ نِصْفَ دِيَّةٍ قَدَمٍ وَإِنْ قُطِعَتَا مَعًا فَفِيهِمَا دِيَّةٌ قَدَمٍ وَيُجَاوِزُ بِهَا دِيَّةٌ قَدَمٍ وَإِنْ قُطِعَتْ إِحْدَاهُمَا فَفِيهَا حُكُومَةٌ فَإِنْ عَمِلَتِ الْأُخْرَى لَمَّا انْفَرَدَتْ ثُمَّ عَادَ فَقَطَعَهَا وَهِيَ سَالِمَةٌ يَمْشِي عَلَيْهَا فَفِيهَا الْقِصَاصُ مَعَ حُكُومَةِ الْأُولَى».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا خلق لرجل كفان في ذراع أو ذراعان في عضد، أو عضدان في منكب فلا يخلو حاله فيها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن لا يبطش بهما ولا بواحدة منهما فهما يد ناقصة لا قود فيهما، ولا في واحدة منهما ولا دية فيهما ولا في واحدة منهما، لأن عدم البطش قد أذهب بمنافعهما، وذهب المنافع يمنع من القود والدية كالشلل، وفيهما حكومة لا يبلغ بها دية يد باطشة، وفي إحداهما حكومة على النصف من حكومتهما إلا أن تكون إحداهما أزيد شيناً فيزداد في حكومتها، فلو بطشت الباقية منهما بعد المقطوعة علم أنها هي اليد من أصل الخلقة فيجب فيها القود إن قطعت وكمال الدية.

فصل: والقسم الثاني: أن يبطش بأحدهما ولا يبطش بالأخرى، فالباطشة هي اليد وفيها القود أو الدية، وغير الباطشة هي الزائدة لا قود فيها ولا دية، وفيها حكومة،

وسواء كانت الباطشة في استواء الذراع أو منحرفة عنه، لأننا نستدل على الأصل بمنافعه كما نستدل على الخنثى المشكل ببوله، فإن قطعت الزائدة فصارت الباطشة غير باطشة لزم ديتها كاملة مع حكومة الزائدة، ويقوم ذهاب بطشها مقام الشلل، ولو قطعت الباطشة فحكم فيها بالقود أو كمال الدية ثم صارت غير الباطشة باطشة وجب فيها كمال الدية إن قطعت، لأنها يد باطشة، ويجيء في رد ما أخذه من الأول من كمال الدية وجهان مخرجان من اختلاف قوله في المثغور إذا أخذ دية سنه فعاتد:

أحدهما: لا يرد من كمال ديتها شيئاً وتكون هذه قوة أحدثها الله تعالى به.

والثاني: يرد ما زاد على قدر حكومتها من كمال الدية، لأن البطش قد انتقل إلى الباقية فلم يسلبه الأول بطشه وبقاء البطش يمنع من كمال الدية.

فصل: والقسم الثالث: أن يكون باطشاً بهما جميعاً فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون بطشه بإحدهما أكثر من الأخرى، فأكثرهما بطشاً هي الأصل يجب فيها القود أو كمال الدية وأقلهما بطشاً هي الزائدة لا قود فيها وفيها حكومة، كما يستدل في إشكال الخنثى بقوة بوله.

والضرب الثاني: أن يستوى بطشه بهما فيسقط الاستدلال بالبطش لتكافئه ويعدل إلى غيره، كما إذا سقط الاستدلال في الخنثى بالبول عند التساوي عدل إلى غيره من الأمارات، وإذا كان كذلك لم يخل حالهما من أن يستويا في القدر أو يختلفا، فإن اختلفا فكانت إحدى الكفين أكبر من الأخرى فالكبيرة هي الأصل تكمل فيها الدية، والصغيرة هي الزائدة يجب فيها حكومة، فإن استويا في القدر ولم تزد إحدهما على الأخرى فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون إحدى الكفين في استواء الذراع والأخرى عادلة عنه، فتكون التي في استواء الذراع هي الأصل تكمل فيها الدية والخارجة عن استوائه زائدة يجب فيها حكومة.

والضرب الثاني: أن يستويا في مخرج الذراع، فإن كانت إحدهما كاملة الأصابع والأخرى ناقصة فذات الكمال هي الأصل وذات النقص هي الزائدة، ولو كانت إحدهما كاملة الأصابع والأخرى زائدة الأصابع لم يكن في الزيادة مع الكمال دليل، وإن كان في الكمال مع النقصان دليل؛ لأن الزيادة نقص فلم يستدل بها على أصل، فإذا عدت الأمارات الدالة على تميز الأصل من الزيادة واعتدلت في الكفين معاً فهما يدان زائدتان إن قطعهما قاطع كان عليه القود وحكومة في الزيادة، وإن قطع إحدهما فلا قود عليه لعدم المماثلة، وعليه نصف دية يد وزيادة حكومة، لأنها نصف يد زائدة،

فإن قطع إصبعاً من إحداهما فعليه نصف دية إصبع وزيادة حكومة، لأنها نصف إصبع زائدة، وإن قطع أنملة إصبع من إحداهما فعليه نصف دية أنملة وزيادة حكومة، لأنها نصف أنملة زائدة، فأما القود في ذلك فيسقط إلا أن يقطع إصبعين متماثلين من الكفين قبل أن يقطع إبهام كل واحدة من الكفين فيقتص من إبهامه ويؤخذ منه حكومة في الزيادة، كما يقتص من كفه إذا قطع الكفين ويؤخذ منه حكومة في الزيادة، ولو قطع من إحداهما إبهاماً ومن الأخرى خنصرًا فلا قود عليه في الإبهام ولا في الخنصر، لنقص كل واحد منهما، ويؤخذ منه دية إصبع وزيادة حكومة، لأنها إصبع زائدة.

فصل: ولو خلق له قدمان في ساق، أو ساقان في فخذ، أو فخذان في ورك، فحكم ذلك جارٍ مجرى الكفين في تكافؤ اعتبار المشي بهما، فإن كان لا يمشي بهما فهما رجل ناقصة لا قود فيها ولا دية، وفيها حكومة، وإن كان يمشي بواحدة منهما دون الأخرى فالتى يمشي بها هي القدم يجب فيها القود أو الدية، والأخرى زائدة لا قود فيها ولا دية، وفيها حكومة، فإن كانت إحداهما طويلة والأخرى قصيرة وهو يمشي على الطويلة دون القصيرة لزيادتها فقطعت الطويلة فصار يمشي على القصيرة ففي القصيرة بعد الطويلة دية كاملة، وفي قطع الطويلة ما قدمناه من الوجهين، وإن كان يمشي على كلا القدمين فهو كبطشه بالكفين في اعتبار الكبر والصغر، ثم اعتبار الاستواء والعرج فإن حصل التساوي فيهما من كل وجه فهما رجلان زائدتان يجب فيهما القود وزيادة حكومة والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي الْإِلَيْتَيْنِ الدِّيَّةُ وَهُمَا مَا أَشْرَفَ عَلَى الظَّهْرِ مِنَ الْمَأْكُمَتَيْنِ إِلَى مَا أَشْرَفَ عَلَى اسْتِوَاءِ الْفَخْذَيْنِ وَسَوَاءٌ قُطِعَتَا مِنْ رَجُلٍ أَوْ امْرَأَةٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، في الإليتين الدية من الرجل والمرأة، لأنهما عضوان فيهما جمال ومنفعة، لأنهما رباط لمفصل الورك وبهما يستقر الجلوس فكملت الدية فيهما كاليدين والرجلين، وسواء ذلك من الصغير والكبير، ومن كان أرسخ الإلية معروقا، أو لحيم الإلية غليظها، ففيهما القصاص إذا استوعبهما من الحد الذي بينه الشافعي، وأسقط المزنّي القصاص فيهما، لأنهما لحم متصل بلحم كقطع لحم بعض الفخذ، وليس كذلك لأن حدّهما يمنع من تجاوزهما، فإن تعذر القصاص سقط ووجبت الدية، فإن قطع إحدى الإليتين فنصف الدية كقطع إحدى الرجلين، ولو قطع بعض إحداهما وعلم قدر المقطوع منها ففيه من الدية بحسابه، فإن جهل ففيه حكومة، ولو قطعهما حتى أبقاها على جلد لم تنفصل، وأعيدتا فالتحمتا كان فيهما حكومة

كتاب الديات/ باب أسنان الخطأ وتقويمها... الخ
كالجراح المندمل، ولو ثبتت الإلتيان بعد قطعهما لم يرد المأخوذ من ديتهما، وقد
خرَج في ردها قول آخر كاللسان إذا نبت.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكُلُّ مَا قُلْتُ فِيهِمَا الدِّيَّةُ فِي إِيحَاةِهِمَا
نِصْفُ الدِّيَّةِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن النص وارد به، والإجماع منعقد عليه،
والاعتبار موجب له، فإن وجبت في ثلاثة كالأنامل كان في كل واحدة منهما الثلث،
وإن وجبت في أربعة كالجفون كان في كل واحد منهما ربع الدية، وإن وجبت في
خمس كالأصابع كان في كل واحد منهما الخمس، ثم على هذا القياس، لأن ما قابل
الجملة تقسّطت أجزاؤه على أجزائها كالأثمان.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا تُفْضَلُ يُمْنَى عَلَى يُسْرَى».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن مطلق الاسم يتناولهما، والنفع والجمال
مشترك بينهما، ولئن تفاضلا في المنفعة فليس ذلك بموجب لتفاضل الدية، كما لا
تفضل يد الكاتب والصانع على يد من ليس بكاتب ولا صانع، وكما لا يفضل يد الكبير
القوي على يد الصغير الضعيف، وعلى أن لمياسر الأعضاء نفعاً ربما لم يكن لميامنها.
فإن قيل: فإذا تساويا في حكم الدية فهلا تساويا في القود فجاز أخذ اليمنى
باليسرى؛

قيل: القود يعتبر فيه مع التساوي في الحكم التساوي في المحل وهما وإن
اشتركا في الحكم فقد اختلفا في المحل فكذلك لو استويا في الدية واختلفا في القود
وكما لا تفضل اليمنى على اليسرى وإن اختلفتا في القود كذلك لا تفضل العليا على
السفلى في الأنامل والأسنان وإن اختلفا في القود.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا عَيْنُ أَغَوْرَ عَلَى عَيْنٍ لَيْسَ بِأَغَوْرَ وَلَا
يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ فِيهَا دِيَّةٌ تَامَةٌ وَإِنَّمَا قَضَى النَّبِيُّ ﷺ فِي الْعَيْنَيْنِ الدِّيَّةَ وَعَيْنُ الْأَغَوْرِ كَيْدُ
الْأَفْطَحِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا فقت عين الأغور ففيها دية عين واحدة وهي
نصف الدية كعين من ليس بأغور وهو قول جمهور الفقهاء.

وقال مالك: فيها جميع الدية وهو قول الزهري والليث بن سعد وأحمد
وإسحاق، احتجاجاً بأنه قول الأئمة وإجماع أهل المدينة.

روي عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم أنهم أوجبوا في عين الأعور الدية^(١) وأن علي بن أبي طالب عليه السلام خيره إذا كان للجاني عينان أن يقتص من إحداهما ويأخذ نصف الدية، وبين أن يعدل عن القصاص ويأخذ جميع الدية، وليس يعرف لقولهم مع انتشاره مخالف فكان إجماعاً.

ولأن الأعور يدرك بعينه جميع ما يدركه ذو العينين، فإذا قلع عينه فقد أذهب بصره كاملاً فوجب أن يلزم فيه دية كاملة، وخالف يد الأقطع، لأنه لا يعمل بها ما كان يعمل بهما، ولذلك جاز في الكفارة عتق العوراء ولم يجز عتق القطعاء، ولأن ضوء العينين يحول فينتقل من إحدى العينين إلى الأخرى، ألا ترى أن من أراد تحديد نظره في رمي أو ثقب أغمض إحدى عينيه ليقوي ضوء الأخرى فيدرك بها نظراً لما يدرك مع فتح أختها، وإذا كان كذلك علم أن ضوء الذاهبة انتقل إلى الباقية فلزم فيها جميع الدية، ودليلنا رواية عمرو بن حزم أن النبي ﷺ قال: «فِي الْعَيْنِ خَمْسُونَ مِنَ الْإِبِلِ» ولم يفرق بين الأعور وغيره فكان على عمومته، وقول الصحابة يدفع بعموم السنة، ولأنها عين واحدة فلم تكمل فيها دية العينين كعين ذي العينين.

ولأن كل واحد من عضوين إذا وجب فيهما نصف الدية مع بقاء نظيره وجب فيه ذلك النصف مع عدم نظيره كيد الأقطع.

ولأنه لو قامت عين الأعور مقام عينين لوجب أن يقتص بها من عيني الجاني لقيامها مقام عينيه، ولوجب إذا قلع عين الأعور إحدى عينين أن لا يقتص منه كما لا يقتص من عينين بعين، وفي الإجماع على خلاف هذا دليل على فساد ما قالوه.

ولأنه لو وجب في عين الأعور كمال الدية لوجب على من قلع عيني رجل واحدة بعد الأخرى أن تلزمه دية ونصف، لأنه قد جعله بقلع الأولى أعور فلزمه بها نصف الدية ويقلع الأخرى بعد العور جميع الدية ولم يقل به أحد، فدلّ على فساد ما اعتبروه.

فأما الجواب عن احتجاجهم بالإجماع فمن وجهين:

أحدهما: أنه قد خالف فيه عائشة وزيد بن ثابت وعبد الله بن مغفل فلم يكن إجماعاً.

والثاني: أنه قد روي عن علي عليه السلام أنه رجع عما قالوا وخالفهم،

وأما قولهم أنه يدرك بالباقية ما كان يدركه بهما فعنه جوابان:

أحدهما: دفع هذه الدعوى، لأن الأعور لا يرى البعيد كروية ذي العينين وقد يكون بينهما ضعف المسافة فلم يسلم ما ادعوه.

والثاني: أنه لو أوجب هذا كمال الدية في العين الباقية لوجب مثله فيمن بقي سمعه من إحدى أذنيه أن يلزم في ذهابه من الأذن الأخرى كمال الدية كما قاله يزيد بن أبي زياد، لأنه يسمع بهما ما كان يسمع بهما، ولم يقل بذلك في سمع الأذنين، فكذلك في ضوء العينين.

وأما قولهم: إن ضوء العين ينتقل من الذاهبة إلى الباقية ففاسد، لأنه لو كان كذلك لكان من قلع واحدة من عينين أن لا يلزمه ديتها، لأن ضوءها قد انتقل إلى الأخرى فصار كالجاني على عين لا ضوء لها، فلم يلزمه أكثر من حكومتها، وهذا مدفوع بالإجماع فدلّ على أن الضوء غير منتقل، وإنما يغمض الرامي إحدى عينيه، وكذلك الناظر في ثقب حتى لا ينتشر ضوء العينين ويقتصر على إحداهما ليستقيم تراجع السهم والثقب ولا يختلف السمّت باختلاف النظيرين.

وأما فرقهم بين العوراء والقطعاء لفرق ما بينهما في الكفارة فقد كان الأوزاعي يسوي بينهما في كمال الدية ويقول: إن من قطعت يده في الجهاد كان في الباقية إذا قطعت جميع الدية ونحن نسوي بينهما في أن كل واحدة منهما نصف الدية وأنت تخالف بينهما لافتراقهما في الكفارة، وليس ذلك بصحيح، لأن من قطعت خنصر أصابعه يجزىء في الكفارة، ولا يدل على أن من قطع الكف بعد ذهاب خنصرها يلزمه جميع ديتها لإجزائها في الكفارة، كذلك عين الأعور.

فصل: وإذا قلع الأعور عين بصير ذي عينين كان للبصير أن يقتص من الأعور، فإن عفا عنه كان له على الأعور نصف الدية.

وقال مالك: له أن يقتص من الأعور، فإن عفا عنه وجب له على الأعور بعينه الواحدة جميع الدية، لأنه قد عفا له عن جميع بصره، وهذا خطأ، لأن العفو عن القصاص يوجب دية العضو المجني عليه، لا دية المقتص منه، ألا ترى أن رجلاً لو قطع يد امرأة كان لها عليه أن تقتص من يده، فإن عفت عن القصاص كان لها دية يدها لا دية يد الرجل، كذلك وجوب القصاص على الأعور، وهكذا لو قطع عبد يد حر فعفا الحر عن القصاص كان له دية يد الحر لا دية يد العبد، لأن في العينين دية واحدة، وما قاله مالك يفضي إلى إيجاب ديتين، لأنه إذا قلع إحدى عينيه أعور أوجب عليه دية ثم يصير بعد قلعها أعور، فيوجب فيها إذا قلعت دية ثانية، وما أفضى إلى هذا كان مطرحاً والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ كَسَرَ صُلْبُهُ فَلَمْ يُطِقِ الْمَشْيَ فَفِيهِ الدِّيَّةُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأنه قد أذهب جماله بكسر صلبه وأبطل تصرفه بذهاب مشيه فكملت فيه الدية، فإن كسر صلبه ولم يذهب مشيه وصار يمشي كالراعي وجب فيه حكومة، لذهاب الجمال مع بقاء المنفعة، ولو صار بعد كسر صلبه منتصب الظهر لكن ذهب مشيه فعليه الدية تامة، لذهاب المنفعتين مع بقاء الجمال، كما لو ضرب يده فشلت، فلو صار ضعيف المشي لا يقدر على السعي ولا على السرعة ففيه حكومة، لأنه قد أذهب من مشيه مالا ينحصر، ولو انحصر لوجب فيه من الدية بقسطها، ولو صار لا يقدر على المشي إلا معتمداً على عصا كانت عليه حكومة هي أكثر من حكومته لو مشى بغير عصا، وكلما أوجبناه في ذلك من الدية أو الحكومة فإنما نوجه بعد استقرار الجناية بالتوقف عن الحكم بها حتى ينظر ما ينتهي إليه أمرها، فلو حكم له بالدية لذهاب مشيه ثم صار يمشي من بعد استرجع منه ما أخذه من الدية إلا قدر حكومة الألم والشين، فإن اقترن بكسر الصلب وذهاب المشي شلل القدمين لزمته ديتان، إحداهما في ذهاب المشي، والأخرى في شلل الرجلين.

فإن قيل: فهلا وجبت دية الرجلين بذهاب المشي وإن لم يصرف فيهما شلل، لأنه قد أبطل نفعهما.

قيل: لأن منفعة الرجلين باقية في انقباضهما وبسطهما لا تذهب إلا بالشلل، وإنما ذهب المشي لنقص في غيرهما، فلذلك لم تجب ديتها إلا بشللها.

فصل: ولو كسر صلبه فعجز عن الجماع فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون عجزه عنه لضعف حركته مع بقاء منيه وانتشار ذكره ففيه حكومة، لأنه قد يقدر على الإنزال باستدخال ذكره.

والضرب الثاني: أن يكون عجزه عن الجماع لذهاب منيه وعدم انتشار ذكره ففيه الدية كاملة، لأنه قد أذهب منفعة الصلب بذهاب المنى، فإن أنكر الجاني ما ادعاه نظر فإن اقترنت بدعواه علامة تدل عليه جعل القول قوله مع يمينه في ذهابه؛ لأنه لا يعلم إلا من جهته، وإن لم يقترن به علامة سُئِلَ عنه أهل العلم به، فإن قالوا: لا يذهب منه الجماع حلف الجاني ولم يلزم الدية، وإن قالوا: يجوز أن يذهب منه الجماع حلف المجني عليه واستحق الدية، ولو كسر صلبه فأذهب مشيه وجماعه معاً ففيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمه إلا دية واحدة، لأنهما منفعة عضو واحد، حكاه أبو حامد الإسفراييني.

والوجه الثاني: تلزمه ديتان وهو الظاهر من مذهب الشافعي، لأنهما منفعتان في محلين فلزمت فيهما ديتان، وإن كانت الجناية على محل واحد، كما لو قطع أذنه فذهب سمعه، أو جدد أنفه فذهب شمه.

فصل: ولو جنى عليه فالتوت عنقه وانعطف وجهه فصار كالملتفت وجهه وجبت فيه حكومة بحسب الشين والألم لا تبلغ بها الدية، لبقاء بعض المنافع، ولو كان وجهه بعد الجناية على استقامته لكنه لا يقدر على الالتفات به كانت فيه حكومة وهي أقل من حكومة انعطافه، لأن شينه أقل، فإن ذهب بها بعض كلامه لزمه مع حكومة الوجه دية ما ذهب من الكلام، فإن أذهب جميع كلامه بالتواء عنقه كملت دية الكلام وزيد في حكومة الالتواء، فإن كان لا يقدر على مضغ الطعام إلا بشدة ضم إلى ذلك حكومة في نقصان المضغ، فإن كان لا يقدر على المضغ ولا يصل الطعام إلى جوفه إلا بالوجور زيد في حكومته، فإن كان لا ينسأغ الطعام ولا يصل إلى جوفه بوجور ولا غيره قيل: هذا لا يعيش ويتنظر به فإن مات وجبت ديته.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَدِيَةُ الْمَرْأَةِ وَجِرَاحُهَا عَلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ الرَّجُلِ فِيمَا قَلَّ أَوْ كَثُرَ».

قال الماوردي: دية المرأة في نفسها على النصف من دية الرجل وهو قول الجمهور، وقال الأصم وابن علية ديتها كدية الرجل لأمرين:

أحدهما: أن تساويهما في القصاص يوجب تساويهما في الدية.

والثاني: أن استواء الغرة في الجنين الذكر والأنثى يوجب تساوي الدية في الرجل والمرأة، لأن الغرة أحد الديتين.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور رواية معاذ بن جبل وعمرو بن حزم أن النبي ﷺ قال: «وَدِيَةُ الْمَرْأَةِ عَلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ الرَّجُلِ»^(١) وهذا نص، ولأنه قول عمر وعلي وابن عباس وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وليس بعرف لهم مخالف فصار إجماعاً، ولأن الدية مال والقصاص حد، والمرأة تساوي الرجل في الحدود فساوته في القصاص، ولا تساويه في الميراث وتكون على النصف منه فلم تساوه في الدية،

(١) ضعيف وقال الحافظ ليس في كتاب عمرو بن حزم إنما هي من حديث معاذ عند البيهقي ٨/ ٩٥، ٩٦ وقال: إسناده لا يثبت.

وكانت على النصف منها وفيه انفصال.

فأما الجنين فلأن اشتباه حاله في الحياة والموت والذكورية والأنوثة أوجبت حسم الاختلاف بإيجاب الغرة مع اختلاف أحواله فلم يجز أن يقاس عليه ما زال عنه الاشتباه والحسم فيه التنازع.

فصل: فإذا ثبت أن ديتها في النفس على النصف من دية الرجل فقد اختلف الفقهاء في دية أطرافها وجراحها على النصف من دية الرجل فيما قلّ أو كثر.

وبه قال علي بن أبي طالب عليه السلام وهو قول أبي حنيفة في أهل الكوفة، وعبيد الله بن الحسن العنبري في أهل البصرة، والليث بن سعد في أهل مصر.

وقال ابن مسعود وشريح: المرأة تعاقل الرجل إلى نصف عشر ديته أي تساويه في الدية إلى نصف عشرها وهو دية السن والموضحة ثم تكون على النصف من الرجل فيما زاد عليه.

وقال زيد بن ثابت، وسليمان بن يسار: تعاقل الرجل إلى دية المنقّلة وذلك عشر الدية ونصف عشرها ثم تكون على النصف فيما زاد.

وقال مالك: تعاقله إلى ثلث الدية أرش المأمومة والجائفة ثم تكون على النصف منه فيما زاد.

وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

ومن التابعين سعيد بن المسيب والزهري.

ومن الفقهاء أحمد وإسحاق وقد ذكره الشافعي في القديم فمن أصحابه من جعله مذهباً له في القديم ومن أصحابنا من جعله حكاية عن مذهب غيره.

قال ربعة [ابن أبي عبد الرحمن سألت سعيد بن المسيب كم في إصبع المرأة؟ قال: عشر، قلت: ففي إصبعين؟ قال: عشرون]^(١).

قلت: ففي ثلاث؟ قال: ثلاثون، قلت ففي أربع؟ قال: عشرون فقلت له: لما عظمت مصيبتها قل عقلها، قال: هكذا السنة يا بن أخي.

واستدل من ذهب إلى هذا برواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «الْمَرْأَةُ تُعَاقَلُ الرَّجُلَ إِلَى ثُلُثِ دِيَّتِهَا»^(٢) ولعل سعيد بن المسيب أشار

(١) ما بين المعكوفين سقط في ب.

(٢) ضعيف أخرجه النسائي ٤٤/٨.

بقوله هكذا السنة إلى هذه الرواية، ولأن المرأة لما ساوت الرجل في الميراث إلى المقدر بالثلث وهو ميراث ولد الأم الذي يستوي فيه الذكر والإناث وكانت على النصف من الرجل فيما زاد على الثلث وجب أن تساويه في الدية إلى الثلث وتكون على النصف فيما زاد.

ودليلنا هو أن نقص الأنوثة لما منع من مساواة الرجل في دية النفس كان أولى أن يمنع من مساواته فيما دونها من ديات الأطراف والجراح، لأن دية النفس أغلظ اعتباراً بالمسلم مع الكافر، ولأنه لما كان القصاص فيما دون النفس معتبراً بالقصاص في النفس وجب أن تكون الدية فيما دون النفس معتبرة بدية النفس وهي فيه على النصف فكذا في ما دونها.

وأما الجواب عن حديث عمرو بن شعيب فلم يسنده، لأن جده محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص لا صحبة له، وإنما يكون مسنداً إذا رواه عن جده عبد الله بن عمرو، ولأنه هو الصحابي، وقد قال الشافعي: «لم أجد له نفاذاً» يعني طريقاً لصحبته.

وأما الميراث فقد تكون فيه على النصف من الرجل فيما نقص من الثلث عند مقاسمة الإخوة، وإنما ساوت ولد الأم، لأن الإدلاء فيه بالرحم الذي يوجب تساوي الذكور والإناث فيه كفرض الأبوين، فإن تكن العلة فيه تقديره بالثلث فلم يجز أن يحصل اختلاف والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي تَدْيِيهَا دِيَّتُهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن في الثديين جمالاً ومنفعة فصارا في الدية كاليدنين، وسواء كانا كبيرين أو صغيرين، من كبيرة أو صغيرة، نزل فيهما لبن أو لم ينزل، فإن قطعهما وأجاف ما تحتهما كان عليه الدية فيهما وأرشد جائفتين تحتهما، ولو ضربهما فاستحشفتا ويبسا حتى صارا لا يألمان فهذا شلل، وفيها الدية كاملة؛ لأنه قد أبطل منافعهما وإن بقي الجمال فيهما، كما لو أشل يده، ولو ضربهما فذهبا مع بقاء الألم فيهما ففيهما حكومة، ولو ضربها فذهب لبنهما فقد يجوز أن يكون ذهابه من الضرب ويجوز أن يكون من غيره فيُسأل أهل العلم به فإن قالوا: إنه من الضرب كان فيه حكومة، وإن قالوا: من غيره فلا شيء عليه فيه، ولو قطع إحدى الثديين كان فيه نصف الدية كإحدى اليدين، وكذلك لو ضربه فشل.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي حَلَمَتَيْهَا دِيَّتُهَا لِأَنَّ فِيهِمَا مَنْفَعَةً

الرَّضَاعِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن جمال الثدي ومنفعته بالحلمة كما أن منفعة

اليد بالأصابع، فإذا قطع الحلمتين كان فيهما الدية كاملة كما تكمل الدية بقطع الأصابع، فإن عاد أو غيره فقطع ما بقي من الثديين بعد قطع الحلمتين كان في بقيتهما حكومة كما يجب في قطع الكف بعد قطع أصابعها حكومة، وكذلك إذا استحشفت الحلمتان بجنايته كملت ديتهما لذهاب منافعهما، فإن قطع إحدى الحلمتين أو أحشفهما كان فيها نصف الدية، ولو قطع بعض أجزائها كان فيه من الدية بقسطه، وهل يعتبر قسط المقطوع من نفس الحلمة أو من جميع الثدي على قولين من اختلاف قوله في قطع بعض حشفة الذكر هل يعتبر قسطه من الحشفة أو من جميع الذكر؟ على قولين نذكرهما من بعد، لأن محل الحلمة من الثدي محل الحشفة من الذكر.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَيْسَ ذَلِكَ فِي الرَّجُلِ فَفِيهِمَا مِنَ الرَّجُلِ حُكُومَةٌ».

قال الماوردي: أما ثدي الرجل فهو أقل منفعة وجمالاً من ثدي المرأة وإن لم يخل من منفعة وجمال وفي قطعهما منه قولان:

أحدهما: وهو المنصوص عليه في هذا الموضع فيهما حكومة، لأن كمال منفعتهما بالرضاع وذلك مختص بالمرأة دون الرجل، فوجب فيهما من الرجل حكومة، ومن المرأة دية.

والقول الثاني: قاله في كتاب الديات: فيهما الدية كاملة، لكمال نفعهما في الجنس، وإن كان أقل من نفعهما في غير الجنس، ولو قطعهما وأجاف موضعهما فعليه في إحدى القولين حكومة في الثديين ودية جافتين.

وفي القول الثاني: دية كاملة في الثديين ودية جافتين، ولو قطع حلمتي ثديه كان على قولين:

أحدهما: فيهما حكومة دون حكومة الثديين.

والثاني: فيما دية كاملة كدية اليدين، وفي قطع إحداهما نصف الواجب في قطعهما من حكومة أو دية.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي إِسْكُتَيْهَا وَهُمَا شَفْرَاهَا إِذَا أَوْعَبَتْ دَيْتُهَا وَالرَّقَنَاءُ الَّتِي لَا تُؤْتَى وَغَيْرُهَا سَوَاءٌ».

قال الماوردي: أما الإسكتان وهما الشفران فهما ما غطى الفرج وانضم عليه من جانبيه كالشفتين في غطاء الفم، والجفون في غطاء العينين، وفيهما الدية كاملة إذا قطعاً من الجانبين؛ لما فيهما من كمال المنفعة كالشفتين، فإن كان القاطع لهما امرأة

وجب عليها القصاص إن أمكن، وقال المزني: لا قصاص مع المكنة، لأنه قطع لحم من لحم، وليس كذلك؛ لأن أحدهما في الخلقة يجري عليهما حكم المفصل في القصاص، وسواء قطعاً من بكر أو ثيب، صغيرة أو كبيرة، يطاق جماعها أو لا يطاق، من رتق أو قرن، لأن الرتق والقرن عيب في الفرج مع سلامة الإسكتين فجرياً في كمال الدية مجرى شفتي الأخرس وأدنى الأصم وأنف الأخشم، ولو ضرب إسكتيها فشلا كملت ديتها ولا قصاص فيهما كاليد إذا شلت، وهو بخلاف الأذن إذا استحشفت في أحد القولين، لأن شللها قد أذهب من منافعهما ما لم يذهب استحشاف الأذن، ولو قطع إحدى الإسكتين كان فيه نصف الدية كما لو قطع إحدى الشفتين.

فأما الركب فهو بمنزلة العانة من الرجل، وفي قطعه من المرأة حكومة لا يبلغ بهما الدية، فإن قطعه مع الشفرين فعليه دية في الشفرين وحكومة في الركب، والمخفوضة وغيرها سواء، والخفض قطع جلدة نابتة في أعلى الفرج مثل عرف الديك وهي التي ورد الشرع بأخذها من النساء كالختان في الرجال، ولا شيء فيها إن قطعت بجناية من دية ولا حكومة لورود الشرع بأخذها تعبدًا، وإن كان يأخذها متعدياً إلا أن تسري فيضمن أرش سرايتها لتعديه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَفْضَى ثِيْبًا كَانَ عَلَيْهِ دِيَّتُهَا وَمَهْرُ مِثْلِهَا بِوَطْئِهِ إِيَّاهَا».

قال الماوردي: أما إفضاء المرأة فقد اختلف أصحابنا فيه فذهب أبو علي بن أبي هريرة وجمهور المصريين إلى أنه هتك الحاجز الذي بين سبيل الفرجين القبل والدبر، وذهب أبو حامد الإسفراييني وجمهور البغداديين إلى أنه هتك الحاجز الذي في الفرج بين مدخل الذكر ومخرج البول، وهذا قول أبي حنيفة، والأول أظهر، لأن خرق الحاجز الذي في القبل بين مدخل الذكر ومخرج البول، وهذا قول أبي حنيفة، والأول أظهر، لأن خرق الحاجز الذي في القبل بين مدخل الذكر ومخرج البول هو استهلاك لبعض منافعه وليس في أعضاء الجسد ما تكمل الدية في بعض منافعه، وإذا خرق ما بين السبيلين كان استهلاكاً لجميع المنافع فكان بكمال الدية أحق.

فإن قيل بهذا أنه خرق ما بين السبيلين كان على خرق الحاجز الذي في القبل حكومة.

وإن قيل: إنه خرق حاجز القبل كان خرق ما بين السبيلين أولى بوجوب الدية، فإذا ثبت هذا فالإفضاء مضمون بالدية الكاملة وإن كان البول معه مستمسكاً، فإن استرسل البول ولم يستمسك وجب مع دية الإفضاء حكومة في استرسال البول.

وقال أبو حنيفة: إن استرسل البول بالإفشاء ففيه الدية التامة وحدها من غير حكومة، وإن استمسك البول ففي الإفشاء ثلث الدية، واستدل على أنه لا حكومة عليه مع استرسال البول بأن ما ضمن إتلافه بالدية دخل غرم منافعه في ديته، كما لو قطع لسانه فأذهب كلامه، أو فقأ عينه فأذهب بصره، واستدل على أن فيه مع استمسك البول ثلث الدية بأنه ليس هتك هذا الحاجز بأعظم من حاجز الجائفة، فلما وجبت في الجائفة ثلث الدية كان أولى أن لا يجب في الإفشاء أكثر من ثلث الدية، وتقدر بثلث الدية، لأنهما معاً هتك حاجز في جوف.

والدليل على أن في استرسال البول حكومة زائدة على دية الإفشاء أنه لما جاز أن يستمسك البول مع وجود الإفشاء وجاز أن يسترسل علم أنه في غير محل الإفشاء فصار من منافع غيره، فوجب أن يكون أرشه زائداً على أرش الإفشاء، كما لو قطع أذنه فأذهب سمعه أو جدع أنفه فأذهب شمه لزمه غرمها، وخالف ذهاب الكلام بقطع اللسان وذهاب البصر بفقء العين لاختصاصهما بمحل الجناية إذ ليس يصح أن يتكلم مع قطع لسانه ولا يبصر مع فقء عينه، فلذلك لم يضمها بزيادة على أرش الجناية.

والدليل على أن في الإفشاء دية كاملة أن الأعضاء الباطنة في الجسد أخوف على النفس من الأعضاء الظاهرة فكانت بكمال الدية أحق، وهذا الحاجز من تمام الخلقة ومخصوص بمنفعة لا توجد في غيره، لامتياز الحيض ومخرج الولد عن مخرج البول، لأن الحيض والولد يخرجان من مدخل الذكر، فإذا انخرق الحاجز بالإفشاء زال بالجنابة عليه ما لا يقوم غيره مقامه فأشبه الأعضاء المفردة من اللسان والأنف، ولأن الإفشاء يقطع التناسل، لأن النطفة لا تستقر في محل العلوق لامتزاجها بالبول فجرى مجرى قطع الذكر والأنثيين وفي ذلك كمال الدية، فكذلك الإفشاء.

فأما الاستشهاد بالجائفة فغير صحيح، لأن دية الجائفة الثلث لاندمالها، ولو لم تندمل لأفضت إلى النفس فكملة فيها الدية، والإفشاء غير مندمل فكملة فيه الدية ولو اندمل لما كملت فيه الدية ولوجب فيه حكومة فافترقا.

فصل: فإذا ثبت ما ذكرنا من حكم الإفشاء فلا يخلو من أن يكون بوطء أو بغير وطء، فإن كان بغير وطء وهو نادر لم يخل من أن يندمل أو لا يندمل، فإن اندمل ففيه حكومة، وإن لم يندمل ففيه الدية، فإن اقترن به استرسال البول ففيه مع الدية حكومة، فإن اقترن بالإفشاء ذهاب العذرة من البكر وجب فيه مع دية الإفشاء حكومة العذرة على غير الزوج ولم يجب فيه على الزوج حكومة، لأنه مستحق لإزالتها باستمتاعه فاستوى الزوج وغيره في دية الإفشاء وحكومة استرسال البول، ولم يكن لهذا الإفشاء تأثير في وجوب المهر على الأجنبي، ولا في كماله على الزوج، لخلوه من وطء وإن

كان هذا الإفضاء بوطء وهو الأغلب لم يخل حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون من زوج في نكاح.

والثاني: أن يكون من وطء شبهة.

والثالث: أن يكون من زنا.

فأما القسم الأول وهو أن يكون من زوج في عقد نكاح فعليه دية الإفضاء وكمال المهر، وقال أبو حنيفة: إفضاؤها غير مضمون على الزوج، وليس عليه أكثر المهر، استدلالاً بأن ما استبيح من الوطء لم يضمن به ما حدث من استهلاك كزوال العذرة، ولأن الفعل المباح لا تضمن سرايته كالقطع في السرقة.

ودليلنا: هو أنها جناية قد يتجرد الوطء عنها فلم يدخل أرشها في حكمه كالوطء بشبهة لا يسقط بالمهر فيه دية الإفضاء، ولأنهما حقان مختلفان وجبا بسببين مختلفين، لأنه مهر مستحق بالتقاء الختانين ودية مستحقة بالإفضاء فجاز اجتماعهما كالجزاء والقيمة في قتل العبد المملوك، ولأن الجنایات إذا ضمنها غير الزوج ضمنها الزوج كقطع الأعضاء، ولا يدخل عليه العذرة، لأنها من الزوج مستحقة، وبهذا فرقنا بينهما وأما استدلاله بحدوث سرايته عن فعل مباح فليس ما أدى إلى الإفضاء مباحاً، وجرى مجرى ضرب الزوجة يستباح منه ما لم يؤد إلى التلف ولا يستباح ما أدى إليه، وهو يضمن في الضرب ما أدى إلى التلف فوجب أن يضمن بالوطء ما أدى إلى الإفضاء.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن يكون الإفضاء من وطء شبهة، فيلزم الواطء بالشبهة مهر المثل بالوطء، ودية الإفضاء، ولا يسقط أحدهما بالآخر.

وقال أبو حنيفة: يلزمه دية الإفضاء ويسقط بها المهر استدلالاً بأن ضمان العضو بالإتلاف يدخل فيه ضمان المنفعة كما يضمن يده إذا قطعها بما يضمنها به لو أشلها.

ودليلنا قول النبي ﷺ «فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا» فكان على عمومه، ولأنها جناية قد تنفك عن وطء فوجب أن لا يدخل المهر في أرشها، كما لو قطع أحد أعضائها، ولأنهما حقان مختلفان وجبا بسببين مختلفين فلم يتداخل كالقيمة والجزاء، وهذا يمنع من جمعهم بين قطع اليد وشللها.

فإذا ثبت الجمع بين مهر المثل ودية الإفضاء لم يخل حال المفوضة من أن تكون بكرًا أو ثيبًا، فإن كانت ثيبًا التزم مفضيها ثلاثة أحكام، مهر مثلها، ودية إفضائها، وحكومة استرسال بولها، وإن كانت بكرًا التزم الأحكام الثلاثة، وهل يلتزم معها أرش بكارتها أو تكون داخلا في دية إفضائها؟ على وجهين:

أحدهما: يلزمه أرش البكارة، لأنه يلزمه وإن لم يفضها فكان لزومه مع إفضاؤها أولى.

والوجه الثاني: لا يلزمه مع دية الإفضاء أرش البكارة، ويكون داخلاً في الدية، لأنها جناية واحدة فوجب أن يدخل حكم ابتدائها في انتهائها كدخول أرش الموضحة في دية المأمومة، وقول الشافعي: «لو أفضى ثيباً كان عليه ديتها» ليس بشرط، لأن إفضاء البكر والثيب في الدية سواء.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يكون الإفضاء من وطء زنا فلا يخلو حال الموطوءة من أن تكون مطاوعة أو مكرهة، فإن كانت مطاوعة فليس لها مهر ولا أرش البكارة، لأنها مبيحة له بالمطاوعة ولها دية الإفضاء، لأنه قد يتجرد عن الوطء بخلاف الافتضاض وذهاب العذرة فصارت بالمطاوعة غير مبيحة للإفضاء وإن أباحت ذهاب العذرة وعليها الحد، وإن كانت مكرهة وجب لها مهر ودية الإفضاء، وفي وجوب أرش البكارة وجهان على ما مضى من وطء الشبهة يجب في أحدهما ولا يجب في الآخر، وعليه حد الزنا دونها.

وقال أبو حنيفة: يسقط عنه المهر مع وجوب الحد عليه ولا يسقط مهرها عند الشافعي بسقوط الحد عنها وقد مضى الكلام فيها.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من حكم الإفضاء ووجوب الدية الكاملة فيه مع ما يقترب به من الأروش الزائدة في استرسال البول وذهاب العذرة فقد ينقسم الإفضاء ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يجري عليه حكم العمد المحض، وهو أن تكون الموطوءة صغيرة والواطئ كبير الذكر يعلم أن وطء مثله يفضيها فهو عامد في الإفضاء [فيلزمه دية مغلظة حالة في مالها، وإن أفضى الإفضاء إلى تلفها كان عليه القود، ودخلت دية الإفضاء^(١) في دية النفس، وكذلك أرش البكارة، ولا يدخل فيه مهر المثل].

والقسم الثاني: ما يجري عليه حكم عمد الخطأ وهو أن يكون وطء مثله لمثلها يجوز أن يفضيها ويجوز أن لا يفضيها، فيلزمه دية الإفضاء مغلظة على عاقلته، ولا قود عليه في النفس إن انتهى الإفضاء إلى النفس.

والقسم الثالث: ما يجري عليه حكم الخطأ المحض، وهو أن يكون وطء مثله مفضياً للصغيرة وغير مفضٍ للكبيرة، فيطأ الصغيرة وهو يظنها الكبيرة فيفضيها فيكون إفضاؤها خطأ محضاً، فتكون الدية فيه مخففة على عاقلته دونه، ولا قود في النفس إن انتهى الإفضاء إلى التلف، وتجب فيه الكفارة مع الدية، لأن الإفضاء صار قتلاً والله أعلم.

(١) ما بين المعكوفين سقط في ب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي الْعَيْنِ الْقَائِمَةِ وَالْيَدِ وَالرَّجْلِ الشَّلَاءُ حُكُومَةٌ».

قال الماوردي: أما العين القائمة فهي التي قد ذهب بصرها وهي صورة الصحيحة فذهب نفعها وبقي جمالها، ففيها إذا قلعت حكومة لأجل الألم وما أذهب من جمالها.

وحكي عن أبي بكر الصديق رضوان الله عليه أنه أوجب فيها ثلث الدية وحكي عن زيد بن ثابت أنه أوجب فيهما مائة دينار، وهذا فيها على وجه الحكومة إن تقدرت باجتهاد أبي بكر ثلث الدية، وباجتهاد زيد مائة دينار، وقد يجوز أن تتقدر باجتهاد من بعدهما من الحكام بهذا المقدار وبأقل منه وبأكثر، بحسب اختلافه في الشين والقبج والألم، لأن الاجتهاد في الحكومات لا يجعلها محدودة في جميع الجنائيات، وكذلك اليد الشلاء التي لا تألم، والرجل الشلاء إذا قطعها لا دية فيها، لذهاب منفعتها، لأن منفعة اليد البطش، ومنفعة الرجل المشي، وقد ذهب بطش اليد ومشى الرجل بشللهمما وبقي الجمال فيهما، فسقطت الدية لذهاب المنفعة، ووجبت الحكومة لأجل الجمال.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلِسَانِ الْأَخْرَسِ».

قال الماوردي: يعني أن فيه حكومة إذا قطع؛ لأن ذهاب الكلام قد سلبه المنفعة فصار كالعين القائمة، فاقتضى لهذا التعليل أن تجب في قطعه حكومة كما يجب في العين القائمة، وهذا القول على الإطلاق ليس بصحيح عندي، لأن مقصود اللسان أفعال:

أحدها: الكلام، والثاني: الذوق، ويقترن بهما ثالث يكون اللسان عوناً فيه وهو إدارة الطعام به في الفم [للمضغ، فإن كان ذوق الأخرس بعد قطع لسانه باقياً ففيه حكومة كما أطلقه الشافعي، ولأنه ما سلبه القطع أحد النفعين المقصودين، وإنما سلبه أقل منافعه وهو إدارة الطعام به في فمه]^(١) وإن ذهب ذوق الأخرس بقطع لسانه ففيه الدية كاملة، لما قدمناه من وجوب الدية في ذهاب الذوق، ولأنه أحد الحواس كالشم بل هو أنفع فيكون الإطلاق محمولاً على هذا التفصيل والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَذَكَرَ الْأَشْلَ فَيَكُونُ مُنْبَسِطاً لَا يَنْقَبِضُ أَوْ مُنْقَبِضاً لَا يَنْبَسِطُ».

قال الماوردي: أما الذكر السليم من شلل ففيه الدية تامة، لرواية عمرو بن حزم أن النبي ﷺ قال في كتابه إلى اليمن «وَفِي الذَّكَرِ الدِّيَةُ».

وروي عن النبي ﷺ أنه قضى في الأُدافِ الدية، قال قطرب: الأُدافِ الذكر، ولأنه من آلة التناسل وذلك من أعظم المنافع، ولأنه أحد منافذ الجسد فأشبهه الأنف، ولا فرق بين ذكر الصبي والرجل والشيخ الهرم والعين الذي لا يأتي النساء، لأن العنة عيب في غير الذكر، لأن الشهوة في القلب والمني في الصلب، فإن كانت العنة من قلة الشهوة فمحلها في القلب، وإن كانت من قلة الماء فمحلها في الصلب، والذكر ليس بمحل لواحد منهما فكان سليماً من العين كسلامته من غير العين، وكانت الدية في قطعه منهما على سواء، فإن قطع حشفة الذكر حتى استوعبها مع بقاء القضيب ففيها الدية، لأن نفع الذكر بحشفته كما تكمل دية الكف بقطع الأصابع، فإن قطع بعض الحشفة كان عليه من الدية بقسطها، وهل يتقسط على الحشفة وحدها أم على جميع الذكر؟ على قولين:

أحدهما: تتقسط على الحشفة، لأن الدية تكمل بقطعها، فتقسط عليها أعضائها، فيلزمه في نصف الحشفة نصف الدية، وإن كان أقل من نصف الذكر.

والقول الثاني: أنه تتقسط دية المقطوع من الحشفة على جميع الذكر، لأنه الأصل المقصود بكمال الدية فكانت أعضائه مقسطة عليه، فعلى هذا إن كان المقطوع من نصف الحشفة هو سدس الذكر لزمه سدس الدية، وكذلك حكم الحلمة من الثدي إذا قطع بعضها كان على هذين القولين.

فصل: فأما الأنثيان وهما الخصيتان ففيهما الدية، لأنهما من تمام الخلقة وهما محل التناسل، لانعقاد مني الصلب في يسراهما إذا نزل إليها فصار لقاحاً فيهما، ولأن الحياة محلها، ولذلك كان عصر الأنثيين مفضياً إلى التلف، ولا فرق في الأنثيين بين قطعهما من كبير أو صغير، عنين وغير عنين، سواء كان باقي الذكر أو مجبواً، لأن جب الذكر نقص في غيره، وأوجب مالك في أنثي المجهوب الذكر حكومة، لأن جب الذكر قد أثر في نقص الأنثيين بعدم النسل، وهذا فاسد بما قدمناه من أنه نقص في غيره فلم يؤثر فيه مع سلامته، وفي إحدى الأنثيين نصف الدية، ولا فضل ليسرى على يمنى.

وحكي عن سعيد بن المسيب أنه أوجب في البيضة اليسرى ثلثي الدية، وفي اليمنى ثلثها، لأن محل المنى في اليسرى، ومحل الشعر في اليمنى، وهذا قول فاسد، لأن كل عضوين كملت فيهما الدية تنصفت في كل واحد منهما على سواء، وإن اختلفت منافعهما كاليدنين، وعلى أن ما ذكره من لقاح اليسرى مظنون بذكره الطب،

وقد حكى عن عمرو بن شعيب أنه قال: عجبت من يفضل البيضة اليسرى على اليمنى؛ لأن النسل منها، كان لنا غنم فخصيناها من الجانب الأيسر فكن يلقحن، فإن قطع الذكر مع الأنثيين لزمه ديتان إحداهما في الذكر والأخرى في الأنثيين سواء قطعهما معاً أو قطع إحداهما بعد الأخرى، سواء قدم قطع الذكر أو قطع الأنثيين.

وقال مالك: إن قطعهما معاً ففيه الدية وحكومة، وإن قطع الذكر ثم الأنثيين وجب دية في الأنثيين وحكومة في الذكر.

وقال أبو حنيفة: إن قطعهما معاً أو قطع الذكر ثم الأنثيين فعليه ديتان كما قلنا، وإن قطع الأنثيين أولاً ثم الذكر فعليه دية في الأنثيين وحكومة في الذكر كما قال مالك.

وهذا خطأ؛ لأن كل ما كملت فيه الدية إذا انفرد لم تنقص ديته إذا اقترن بغيره كاليدنين مع الرجلين، أو قطع الأذنين مع ذهاب السمع.

وعلى قول أبي حنيفة: إن كل عضوين كملت ديتاهما إذا اجتمعا كملت ديتاهما إذا افترقا كما لو قدم قطع الذكر، وهكذا لو وجأ ذكره حتى استحشف ووجأ أنثيه حتى استحشفتا وجب في كل واحد منهما دية كاملة، لأنه قد أذهبت منافعهما بالاستحشاف والشلل.

فصل: فأما إذا قطع ذكر أشل ينقبض فلا ينبسط، أو ينبسط فلا ينقبض فهي مسألة الكتاب، وفيه حكومة كقطع اليد الشلاء، لأن شلل الذكر قد أبطل منفعه.

فإن قيل: فمنفعه باقية، لأنه مخرج البول وخروجه من الأشل كخروجه من غير الأشل فوجب أن لا تكمل فيه الدية.

قيل: مخرج البول منه هو أقل منفعه، لأن البول يخرج مع قطعه وقد فات بقطعه أكثرها فلم يلزم فيه إلا حكومة، وهكذا لو قطع خصيتين مستحشتين كان فيهما حكومة لذهاب منافعهما بالاستحشاف.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي الْأَذْنَيْنِ الْمُسْتَحْشِفَتَيْنِ بِهِمَا مِنَ الْاسْتِحْشَافِ مَا بِالْيَدِ مِنَ الشَّلَلِ وَذَلِكَ أَنَّ تُحْرَكَ فَلَا تَتَحَرَّكَ أَوْ تُغْمَزَا بِمَا يُؤْلَمُ فَلَا تَأْلَمَا».

قال الماوردي: اعلم أن شلل الأعضاء على ضربين:

أحدهما: ما يسلبها جميع المنفعة ولا يبقى فيها إلا الجمال وحده على نقص فيه كشلل اليدين والرجلين، لأنه قد أذهب منافعهما وبقي بعض جمالهما، لأنه ليس جمال

السليمة كجمال الشلاء ففيهما إذا شلت بجنايته الدية، لذهاب المنفعة، ولو قطعهما بعد الشلل كان فيهما حكومة لذهاب الجمال.

والضرب الثاني: ما يبقى بعد الشلل الجمال والمنفعة على نقص فيهما كاستحشاف الأذنين والأنف، لأن الأذنين بعد استحشافهما تجمع الصوت، والأنف بعد استحشافه يجذب الروائح المشمومة ففيهما إذا جنى عليهما فاستحشفنا قولان:

أحدهما: الدية كاملة كغيرها من الأعضاء إذا شلت.

والثاني: حكومة لبقاء الجمال والمنفعة، ولو قطعهما بعد الاستحشاف كان على قولين أيضاً:

أحدهما: فيهما الدية إذا قيل في استحشافهما حكومة.

والقول الثاني: فيهما حكومة إذا قيل في استحشافهما الدية.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكُلُّ جُرْحٍ لَيْسَ فِيهِ أَرُشٌ مَعْلُومٌ حَكُومَةٌ».

قال الماوردي: هذا صحيح، وهو ما دون الموضحة في شجاج الرأس وما دون الجائفة في جراح الجسد ففيها حكومة تتقدر بالاجتهاد بحسب الألم والشين لا يبلغ بما في شجاج الرأس دية الموضحة، ولا مما في جراح البدن دية الجائفة، لأن الموضحة أغلظ مما تقدمها والجائفة أجوف مما دونها فلم يجوز أن يبلغ بالأقل دية الأكثر.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي شَعْرِ الرَّأْسِ وَالْحَاجِبَيْنِ وَاللَّحْيَةِ وَأَهْدَابِ الْعَيْنَيْنِ فِي كُلِّ ذَلِكَ حَكُومَةٌ».

قال الماوردي: وهذا قاله ردأ على أبي حنيفة، لأنه أوجب في كل واحد من هذه الشعور الأربعة الدية تامة، وأوجب الشافعي في جميعها حكومة تتقدر بحسب الشين، ولم يوجب فيها الدية؛ لأمرين:

أحدهما: أن الدية تجب فيما يكون له مع الجمال منفعة، وهذا مسلوب المنفعة فلم تجب فيه الدية.

والثاني: أن الدية تجب فيما يؤلم قطعه ويخاف سرايته، وقد عدم في الشعر الألم والسراية فلم يجب فيه دية، وإذا كان كذلك لم يخل حال الشعر المأخوذ من الجسد من ثلاثة أقسام:

أحدها: ما لا يحدث أخذه شيئاً في جميع الناس وذلك مثل شعر الإبط والعانة فلا شيء فيه، سواء عاد أو لم يعد، إلا أن يحدث في الجلد أثراً فيلزم في أثر الجلد حكومة دون الشعر المأخوذ منه، وقد خرج بعض أصحابنا فيه وجهاً ثانياً أن فيه إذا لم يعد حكومة وإن كان ذهابها أجمل، لأن الشافعي قد أوجب في لحية المرأة إذا نتفت فلم تعد حكومة، وإن كان ذهابها أجمل بالمرأة من بقائها وهما في المعنى سواء.

والقسم الثاني: ما يحدث أخذه شيئاً في جميع الناس كحجر اللحية والحاجبين وأهداب العينين ففيه إذا لم يعد حكومة، وإن عاد مثل نباته قبل أخذه ففيه وجهان: أحدهما: لا شيء فيه.

والثاني: فيه حكومة هي دون حكومة ما لم يعد، وقد لوح الشافعي إلى الوجهين معاً، فلو خرج على قولين كان محتملاً، فلو نبت بعضه ولم ينبت بعضه لزمته حكومة ما لم ينبت، وفي حكومة ما نبت وجهان على ما مضى.

والقسم الثالث: ما يحدث أخذه شيئاً في بعض الناس، ولا يحدث شيئاً في بعضهم وهو شعر الرأس والشارب، يحدث شيئاً فيمن لم تجر عاداته بحلق رأسه وحف شاربه، ولا يحدث شيئاً فيمن جرت عاداته بذلك، فإن أخذه من لا يشينه أخذه فلا شيء عليه إن عاد، وإن لم يعد فهل فيه حكومة هي أقل من حكومة الشعر أم لا؟ على وجهين، وإن أخذه ممن يشينه أخذه ففيه إن لم يعد حكومة وهي أكثر من حكومته فيمن لا يشينه أخذه، وإن عاد ففيه ما قدمناه من الوجهين.

فأما القصاص في نف الشعر فلا يجب لاختلاف الناس في كثافته وخفته، وطوله وقصره، وشينه وجماله، وذهابه ونباته.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَعْنَى الْحُكُومَةِ أَنْ يُقَوِّمَ الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ كَمَ يُسَوِّي أَنْ لَوْ كَانَ عَبْدًا غَيْرَ مُجْنِيٍّ عَلَيْهِ ثُمَّ يُقَوِّمَ مَجْنِيًّا عَلَيْهِ فَيَنْظُرُ كَمَ بَيْنَ الْقِيَمَتَيْنِ فَإِنْ كَانَ الْعُشْرَ فَفِيهِ عُشْرُ الدِّيَةِ أَوْ الْخُمْسَ فَعَلَيْهِ خُمْسُ الدِّيَةِ».

قال الماوردي: وجملة الأروش في الجنایات ضربان:

أحدهما: ما ورد الشرع بتقديره فينطلق عليه اسم الدية واسم الأروش إلا دية النفس فلا ينطلق عليها اسم الأروش، لأن الأروش لتلافي خلل ولم يبق مع تلف النفس ما يتلافى فلم تسم ديتها أروشاً، فكل شيء تقدرت ديته بالشرع زال الاجتهاد فيه، وسأوى حكم مع قلة الشين وكثرته، فما تقدرت أروشه بالدية الكاملة كالأنف واللسان والذكر ففيه من العبد جميع قيمته، وما تقدر أروشه بنصف الدية كإحدى العينين وإحدى اليدين والرجلين ففيه من العبد نصف قيمته، وما تقدر أروشه بعشر الدية كالإصبع ففيه

من العبد عشر قيمته، وكذلك فيما زاد ونقص، فيصير الحر أصلاً للعبد في المقدر.

والضرب الثاني: ما لم يرد الشرع بتقدير أرشه فالواجب فيه حكومة يختلف باختلاف الشين، لا تتقدر إلا باجتهد الحاكم، ولذلك سميت حكومة لاستقرارها بالحكم، فإن اجتهد فيها من ليس بحاكم ملزم لم يستقر تقديره، لأنه لا ينفذ حكمه، ثم إذا تقدرت باجتهد الحاكم في واحد لم يصير ذلك حكماً مقدراً في كل أحد؛ للأميرين:

أحدهما: لقصور مرتبة الاجتهاد [عن النص، فصار الاجتهاد خصوصاً والنص عموماً].

والثاني: لاعتبار الشين في [الاجتهاد]^(١) وحذفه من النص، وإذا كان كذلك فمعرفة الحكومة أن يقوم المجني عليه لو كان عبداً لا جناية به، فإذا قيل: مائة دينار قوم وبه هذه الجناية، وإذا قيل: تسعون ديناراً علم أن نقص الجناية عشرة من مائة هي عشرها معتبر من دية نفس الحر فيكون أرشها عشر الدية، ولو نقص بعد الجناية عشرون من مائة هي خمسها كان أرشها خمس الدية، وكذلك فيما زاد ونقص، ولو كان المجني عليه عبداً كان الناقص من قيمته هو أرش حكومته، فيصير العبد أصلاً للحر في الحكومة، والحر أصلاً للعبد في التقدير، وكان بعض أصحابنا يجعل نقص الجناية معتبراً من دية العضو المجني عليه لا من دية النفس، فإن كان على يد وهو العشر وأوجب عشر دية اليد، وإن كان على إصبع أوجب عشر دية الإصبع، وإن كان على الرأس فيما دون الموضحة أوجب عشر دية الموضحة، وإن كان على الجسد فيما دون الجائفة أوجب عشر دية الجائفة ولم يعتبره من دية النفس حذراً من أن يبلغ أرش الحكومة دية ذلك العضو أو زيادة عليه، وهذا الاعتبار فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه لما كان التقويم للنفس دون العضو وجب أن يكون النقص معتبراً من دية النفس دون العضو.

والثاني: أنه قد تقارب^(١) جناية الحكومة جناية المقدر كالسمحاق مع الموضحة، فلو اعتبر النقص من دية الموضحة لبعد ما بين الأرشين مع قرب ما بين الجنائيتين، فإن قيل: فإذا اعتبرتموه من دية النفس ربما ساواه وزاد عليه.

قيل: يختبر زمن هذه المساواة والزيادة حدّ فيها والنقصان فيها على ما سنذكره، فلا توجب زيادة ولا مساواة.

(١) ما بين المعكوفين سقط في ب.

(١) في ب تفارق.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من اختيار الحكومة فلا يخلو حال الجناية ذات الحكومة من أحد أمرين: إما أن يكون لها تأثير في نقصان القيمة أو لا يكون، فإن كان لها تأثير في النقصان وهو العشر الموجب لعشر الدية نظرت، فإن كان أقل من دية العضو المجني عليه كالجناية على إحدى العينين يقدر أرش الحكومة بعشر الدية، فيجب بها عشر الدية، وإن كان مساوياً لدية العضو المجني عليه كالجناية على الإصبع لم توجب فيه حكومتها عشر الدية، لأن لا يساوي أرش حكومتها دية قطعها، ونقصت من عشر الدية التي هي دية الإصبع ما يقتضيه الاجتهاد بحسب كثرة الشين وقلته، ولو كانت على الرأس وهي دون الموضحة وكان نقصها عشر القيمة لم توجب بها عشر الدية، لأنه أكثر من دية الموضحة ونقصت من دية الموضحة بحسب الشين، ولا يجوز أن يجعل النقصان ناقصاً حقه أو أقله ما يجوز أن يكون ثمناً لبيع أو صداقاً لزوجة، وإن لم يكن للجناية تأثير في نقصان القيمة وذلك من وجوه، إما بأن لا يكون للجراح بعد اندمالها تأثير، أو يكون كقطع إصبع زائدة أو قلع سن شاغبة أو تنف لحية امرأة فقد أذهبت الجناية شيئاً وأحدثت جمالاً ففيها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج: أنه لا أرش لها وتكون هدرًا، لأنها لم تحدث نقصاً، وقد أشار الشافعي إلى هذا في اللطمة توجب الحكومة إن أثرت في تغيير البشرة وتكون هدرًا إن لم تؤثر.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أنها تضمن ولا تكون هدرًا، لاستهلاك بعض الخلقة التي توجب ضمان جملتها ضمان أجزائها، وقد أشار الشافعي إلى هذا في لحية المرأة إذا تنفت أنها توجب حكومة دون حكومة لحية الرجل، وإن لم يحدث تنفها في المرأة شيئاً، فعلى هذا إن كان عدم التأثير في جرح قد اندمل لم يبق له بعد الاندمال أثر اعتبرت نقصان أثره قبل الاندمال وبعد انقطاع دمه، فإن لم يكن له تأثير اعتبرت نقصانه عند سيلان دمه فنجد له في نقصان القيمة أثراً، وكذلك في اعتبار قطع الإصبع الزائدة يعتبر وقت سيلان الدم وإن كان قلع سن شاغبة فهي وإن شانت فقد كانت مقوية لما وراءها من سن الأصل فصارت بعد قلعها أضعف فيعتبر نقصان تأثير قوة تلك السن وضعفها، وإن كانت في تنف لحية امرأة فهو يحدث في المرأة زيادة وفي الرجل نقصاناً، فسقطت الزيادة الحادثة في المرأة من النقصان الحادث في الرجل، وينظر الباقي بعده فيعتبره من ديتها، فإن لم يبق بعد إسقاط الزيادة شيء من النقصان أوجب حينئذ ما قل مما يجوز أن يكون ثمناً أو صداقاً والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَا كُسِرَ مِنْ سِنٍّ أَوْ قُطِعَ مِنْ شَيْءٍ لَهُ أَرَشٌ مَعْلُومٌ فَعَلَى حِسَابِ مَا ذَهَبَ مِنْهُ».

قال الماوردي: وقد مضت هذه المسألة وذكرنا أن ما تقدرت فيه الدية من الأعضاء والأسنان كان في أبعاضها إذا عرف مقداره منها قسطه من ديتها، لأن ما قابل جملة تقسط على أجزائها كالأثمان، فيكون في نصف السن نصف دية السن، وفي نصف الأذن نصف دية الأذن، وكذلك فيما زاد ونقص، فإن جهل قدر الذهاب من الباقي تقدر تقسيط الدية عليه فوجبت فيه حكومة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فِي التَّرْوَةِ جَمَلٌ وَفِي الضَّلْعِ جَمَلٌ وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ يُشَبِّهُ مَا حَكَى عَنْ عُمَرَ فِيمَا وَصَفَتْ حُكُومَةً لَا تَوْقِيتَ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ كَمَا يُؤَوَّلُ قَوْلُ زَيْدٍ فِي الْعَيْنِ الْقَائِمَةِ مِائَةً دِينَارٍ أَنَّ ذَلِكَ عَلَى مَعْنَى الْحُكُومَةِ لَا تَوْقِيتَ وَقَدْ قَطَعَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِهَذَا الْمَعْنَى فَقَالَ فِي كُلِّ عَظْمٍ كُسِرَ سِوَى السِّنِّ حُكُومَةً فَإِذَا جُبِرَ مُسْتَقِيمًا فَفِيهِ حُكُومَةٌ بِقَدْرِ الْأَلَمِ وَالشَّيْنِ وَإِنْ جُبِرَ مَعِيًّا بَعَجَزَ أَوْ عَرَجَ أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ زِيدَ فِي حُكُومَتِهِ بِقَدْرِ شَيْنِهِ وَضَرِّهِ وَالْمِ لَ يَبْلُغَ بِهِ دِيَّةُ الْعَظْمِ لَوْ قُطِعَ».

قال الماوردي: نقل المزني عن الشافعي أنه قال: في الترقوة جمل إذا كسرت، وفي الضلع جمل إذا كسر، وهذا قاله في القديم، ونقل عنه في الجديد أن فيهما حكومة، فاختلف أصحابنا فكان المزني وطائفة من المتقدمين يخرجون ذلك على قولين:

أحدهما: أن الجمل منهما تقدير يقطع الاجتهاد فيه ويمنع من الزيادة عليه والنقصان منه؛ لأن عمر رضي الله عنه حكم فيهما بالجمل، ومذهب الشافعي أن قول الصحابي إذا انتشر ولم يظهر له مخالف وجب العمل به، وإن لم ينتشر فعلى قولين، وهذا قول قد انتشر فكان العمل به واجباً.

والقول الثاني: أن فيه حكومة، لأن مقادير الديات تؤخذ عن نص أو قياس، وليس فيه نص عن الرسول ﷺ ولا أصل يقاس عليه وجوب الجمل فيه، وقال أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وأكثر المتأخرين: إنه ليس ذلك على قولين، ومذهبه فيه وجوب الحكومة، وإنما ذكر فيهما الجمل تبركاً بقول عمر، وأثبتته على قدر الحكومة أنها لا تبلغ دية السن، وأن ما نفذ من الاجتهاد فيه بهذا القدر كان ما تعقبه عن الاجتهاد مقارناً له، فإن زاد عليه فيصير وإن نقص عنه فيصير، ولا يصير حداً لا يتجاوز.

فأما العين القائمة فلا تتقدر رقبتها فصارت يد بمائة دينار قولاً واحداً، لأن أبا

بكر رضي الله عنه قد خالفه فأوجب فيها ثلث الدية، فتعارض قولاهما ولزمت الحكومة، وخالف الترقوة والضلع الذي لم يظهر فيه مخالف لعمرو، ولو قدره عمر بالجمل تقديرًا عامًا في جميع الناس ما جاز خلافه، لأنه صار إجماعاً، ولكنه قضى به في رجل بعينه انتهت حكومته إليه، وجاز أن يؤديه اجتهاده في غيره إلى أقل منه أو أكثر بحسب الشين، فلذلك لم يصر حداً، وخالف حكم الصحابة في جزاء الصيد الذي يكون اجتهادهم فيه متبوعاً، لأنه على العموم دون الخصوص.

فصل: فإذا ثبت في الترقوة والضلع حكومة فإن انجبر مستقيماً قلت حكومته، وإن انجبر معوجاً كانت حكومته أكثر، وإن كان مع اعوجاجه قد صار ذا عقدة كانت حكومته أكثر، لأن زيادة الشين في الحكومات معتبرة، وكذلك إذا كسر سائر عظام الجسد سوى الأسنان ففيه حكومة بقدر ضرره وشينه لا يبلغ دية ذلك العضو إلا أن يشل، فلو ضرب عظمه حتى تشظى لم يجب فيه دية مُنْقَلَة ولا هاشمة كما لا تجب في موضحة الجسد دية الموضحة في الرأس، وكانت الحكومة [فيه بقدر ألمه وضرره وشينه، فلو أنفذ عظمه وأخرج مخه كانت الحكومة] ^(١) أكثر، لأن الضرر أعظم والخوف أكثر، ولو سلخ جلده فضرره أعظم وخوفه أكثر، وفيه حكومة لا تبلغ دية النفس، ويعتبر اندماله، فإن عاد جلده كانت حكومته أقل منها إذا لم يعده ولو لطمه فإن أثر في جلده أثراً بقي شينه ففيه حكومة، وإن لم يبق له أثر فلا شيء فيه ويعزر اللاطم أدباً، فصار تقدير هذا الشرح أنه متى بقي للجناية أثر شين في الجرح، أو في كسر العظم، أو في اللطم وجبت فيه حكومة، وإن لم يبق من ذلك أثر شين في كسر العظم وفي جرح الجسد وفي اللطم وجب في كسر العظم حكومة ولم تجب في اللطمة حكومة، وفي وجوب الحكومة في الجرح وجهان، لأن العظم وإن انجبر مستقيماً فهو بعد الجبر أضعف منه قبله، فلذلك وجبت فيه الحكومة واللطمة لم تؤثر في الجسد شيئاً ولا ضعفاً فلذلك لم يجب فيها حكومة.

فأما الجرح فمتردد بين هذين فلذلك كان على وجهين:

أحدهما: فيه حكومة، لأنه قد أسال دماً وأحدث نقصاً كالعظم إذا انجبر مستقيماً.

والثاني: لا حكومة فيه، لأنه ما أحدث شيئاً ولا ضعفاً كاللطمة إذا لم تحدث أثراً والله أعلم.

(١) ما بين المعكوفين سقط في ب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ جَرَحَهُ فَشَانَ وَجْهَهُ أَوْ رَأْسَهُ شَيْنًا يَبْقَى فَإِنْ كَانَ الشَّيْنُ أَكْثَرَ مِنَ الْجُرْحِ أَخَذَ بِالشَّيْنِ وَإِنْ كَانَ الْجُرْحُ أَكْثَرَ مِنَ الشَّيْنِ أَخَذَ بِالْجُرْحِ وَلَمْ يَزِدْ لِلشَّيْنِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن شجاج الرأس والوجه تتقدر دياتها في الموضحة وما فوقها من الهاشمة والمنقلة والمأمومة وإن لم تتقدر دياتها في الجسد تغليظاً لحكم الرأس على حكم الجسد، فاقضى ذلك فيما لا تتقدر دياته من شجاج الرأس والوجه فيما دون الموضحة من الحارصة والدامية والدامعة والباضعة والمُتَلَحِّمَةُ والسُمحاق أن تكون حكوماتها في الرأس أغلظ من حكوماتها في الجسد، وإذا كان كذلك وجب في الرأس أن يعتبر فيها أغلظ الأمرين.

قال الشافعي في تفصيله الذي قدمه من الشين أو الجراح فاختلف أصحابنا في تأويله على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وجمهور البصريين: أنه أراد أكثر الحكومتين من حال الشين بعد اندماله في الانتهاء، أو قال: الجرح عند سيلان دمه في الابتداء فأيهما كان أكثر فهو القدر المستحق تغليظ لشجاج الرأس على شجاج البدن في غير المقدر كما تغلظ في المقدر.

والوجه الثاني: وهو قول أبي حامد الإسفراييني وطائفة من البغداديين أن مراد الشافعي بأكثر الحكومتين أن يعتبر قدرها في العمق من قدر الموضحة، فإن كان نصفها اعتبر قدر شينها بعد الاندمال، فإن نقصت عن نصف الموضحة أوجبت نصف الموضحة وهو الجرح، لأنه أغلظ من قدر الشين وإن كان قدر شينها زائداً على نصف الموضحة. وبلغ ثلاثة أرباعها أوجبت حكومة الشين وهو ثلاثة أرباع الموضحة، لأنه أغلظ.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «إِنْ كَانَ الشَّيْنُ أَكْثَرَ مِنْ مُوضِحَةٍ نَقَصَتْ مِنَ الْمَوْضِحَةِ شَيْئًا مَا كَانَ الشَّيْنُ لَأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ مُوضِحَةً مَعَهَا شَيْنٌ لَمْ أَرِدْ عَلَى مُوضِحَةٍ فَإِذَا كَانَ الشَّيْنُ مَعَهَا وَهُوَ أَقَلُّ مِنَ مُوضِحَةٍ لَمْ يَجْزُ أَنْ يَبْلُغَ بِهِ مُوضِحَةٌ وَفِي الْجِرَاحِ عَلَى قَدْرِ دِيَاتِهِمْ وَالْمَرْءُ مِنْهُمْ وَجِرَاحُهَا عَلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ الرَّجُلِ فِيمَا قَلَّ أَوْ كَثُرَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن ما نقص عن المقدر لم يجز أن يجب فيه ما يجب في المقدر، لأنه يقضي إلى تفاضل الجنائيات وتساوي الديات، وهذا ممتنع.

فإن قيل: فليس يمتنع هذا لأنكم توجبون في قطع الأصابع ما توجبونه في جميع الكف وهو أقل؟

قيل: لأن منفعة الكف ذاهبة بقطع الأصابع فلذلك وجب فيها ما يجب في جميع الكف، وخالف ذلك في مسألتنا فعلى هذا لا يجوز أن يجب فيما دون الموضحة، إن كثر شينها دية الموضحة ووجب أن ينقص منها ما يؤدي إليه الاجتهاد، وكذلك لا يبلغ بالحكومة على الكف دية الكف، ولا بالحكومة على الإصبع دية الإصبع، ولا بالحكومة على الأنملة دية الأنملة، وهو معنى قول الشافعي في الجراح: «على قدر دياتهم» يعني وفي الجراح على الأعضاء على قدر دياتها لا يبلغ بحكومتها قدر ديتها، وتأوله بعض أصحابنا أنه يعتبر نقص الحكومة من دية العضو لا من دية النفس، وهو قول من قدمنا مذهبه في اعتبار الحكومة، وقد أبطلناه بما ذكرناه.

ثم قال الشافعي: «والمرأة منهم وجراحها على النصف من دية الرجل فيما قل أو كثر».

يعني أن دية شجاج المرأة وجراحها وأطرافها على النصف من دية الرجل، لأن ديتها نصف دية الرجل، فيجب في موضحتها بغيران ونصف، وفي هاشمتها خمس، فأما حكومتها فهي معتبرة من ديتها، وديتها على النصف، فأغنى ذلك عن تنصيف الحكومة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَفِي الْجِرَاحِ فِي غَيْرِ الْوَجْهِ وَالرَّأْسِ بِقَدْرِ الشَّيْنِ الْبَاقِي بَعْدَ التَّثَامَةِ لَا يَبْلُغُ بِهَا الدِّيَّةُ إِنْ كَانَ حُرًّا وَلَا ثَمَنُهُ إِنْ كَانَ عَبْدًا وَلَا أَنَّهُ لَيْسَ فِي الْجَسَدِ قَدْرٌ مَعْلُومٌ سِوَى الْجَائِفَةِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن ما اقتضاه التعليل المتقدم من تغليظ شجاج الرأس، والوجه على جراح الجسد يوجب اعتبار حكوماتها بحال الشين بعد الاندمال، ولا يعتبر فيها أغلظ الأمرين، وإذا كان كذلك لم يخل حال الجراح في الجسد من أن تكون على عضو أو في البدن، فإن كانت على عضو اعتبر في حكومتها حال الشين بعد الاندمال، فقوم سليماً وشائناً، ووجب بقسط ما بينهما من دية الحر وقيمة العبد إلا أن تزيد على دية العضو فينقص منها قدر ما يؤدي الاجتهاد إليه، وإن كانت على البدن كالظهر والبطن والصدر ففيه وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر من منصوص الشافعي: أنه يعتبر حكومة الشين ما لم تبلغ دية النفس، فإن بلغها نقص منها ولا اعتبار بدية الجائفة.

والوجه الثاني: أنه يعتبر حكومة الشين ما لم تبلغ دية الجائفة، فإذا بلغها نقص

فيها ما يؤدي الاجتهاد إليه، لأنها المقدر في جراح الجسد فأشبهت الموضحة في شجاج الرأس، وقد يمكن أن يفضل بين الموضحة مع ما تقدمها وبين الجائفة مع غيرها أن ما تقدم الموضحة بعض الموضحة فلم يبلغ ديتها، وغير الجائفة قد لا يكون بعضها لما فيه من كسر عظم وإتلاف لحم، فجاز أن تزيد حكومتها على ديتها وهو الأصح، فإن لم يكن للشين بعد اندماله أثر ولا للحكومة فيه قدر ففيه وجهان ذكرناهما من قبل:

[أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج، تكون هدرًا.

والثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي: يعتبر ما قبل الاندمال^(١) ولا يقدر مع حال الألم وإراقة الدم، فيعتبر ما قبل الاندمال حالاً قبل حال حتى يبلغ إلى وقت الجرح وسيلان الدم للضرورة، كما يلزم في حمل الأمة إذا أعتق بوطء شبهة أن يعتبر قيمته بعد ظهوره لما تقدرت قيمته عند علوقه والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَدِيَّةُ النَّصْرَانِيِّ وَالْيَهُودِيِّ ثُلُثُ الدِّيَةِ وَاخْتَجَّ فِي ذَلِكَ بِعُمَرَ وَعُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا».

قال الماوردي: اختلف الفقهاء في دية اليهودي والنصراني من أهل الذمة والمعاهدين على أربعة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب أبي حنيفة: أنها كدية المسلم سواء.

وبه قال من الصحابة ابن مسعود.

ومن التابعين الزهري.

ومن الفقهاء الثوري وأبو يوسف ومحمد.

والثاني: وهو مذهب مالك أنها نصف دية المسلم، وبه قال عمر بن عبد العزيز وعروة بن الزبير.

والثالث: وهو مذهب أحمد بن حنبل: إن قتل عمداً فمثل دية المسلم كقول أبي حنيفة، وإن قتل خطأ فنصف دية المسلم كقول مالك.

والرابع: وهو مذهب الشافعي: أن ديته ثلث دية المسلم في العمد والخطأ.

وبه قال من الصحابة عمر وعثمان رضي الله عنهما.

(١) ما بين المعكوفين سقط في ب.

ومن التابعين سعيد بن المسيب وعطاء، ومن الفقهاء أبو ثور وإسحاق بن راهوية، واستدل أبو حنيفة على أن دية مثل دية المسلم بقول الله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢] ثم قال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢] فلما أطلق ذكر الدية فيها دل على تساويهما، وبرواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «دِيَةُ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ مِثْلُ نِصْفِ دِيَةِ الْمُسْلِمِ»^(١) وهذا نص.

وروى مقسم عن ابن عباس أن عمرو بن أمية الضمري قتل كافرين لهما أمان ولم يعلم بأمانهما فوداهما رسول الله ﷺ من عنده بدية حرين مسلمين.

ولأنه حر محقوق الدم على التأبيد فوجب أن تكون دية كاملة كالمسلم، ولأن الحر مضمون بالدية والعبد يضمن بالقيمة، فلما كملت قيمة العبد مسلماً كان أو كافراً وجب أن تكمل دية الحر مسلماً كان أو كافراً، ولأن القتل موجب للدية والكفارة، فلما تماثلت الكفارة في قتل المسلم والكافر وجب أن يتماثل الدية في قتل المسلم والكافر، ولأن الكفر فسق، والفسق لا تأثير له في الدية فكذلك الكفر، ولأن الدية قد أوجبت حقن دمه وحفظ ماله، فلما تساوى بها المسلم في ضمان ماله ساواه، في ضمان نفسه، وأما مالك فدليلة ما رواه محمد بن إسحاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «دية المعاهد نصف دية المسلم» ذكره أبو داود وقال أحمد بن حنبل ليس في الأخبار أصح من هذا وروى سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قضى أن عقل أهل الكتابين نصف عقل المسلم^(٢) وهم اليهود والنصارى، ذكره رجاء بن المُرَجَّى الحافظ، ولأن النقص نوعان أنوثية وكفر، فلما أوجب نقص الأنوثية إسقاط نصف الدية كذلك نقص الكفر.

ودلينا قول النبي ﷺ «الْمُسْلِمُونَ تَكَافَأُوا دِمَائُهُمْ» فدل على أن دماء الكفار لا تكافئهم.

وروى ابن المنذر في كتابه أن النبي ﷺ قال في كتاب عمرو بن حزم: «وَفِي النَّفْسِ الْمُؤْمِنَةِ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ» فجعل الإيمان شرطاً في كمال الدية، فوجب أن لا تكمل بعده.

وروى موسى بن عقبة عن إسحاق بن يحيى عن عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ

(١) أخرجه أحمد ٨٠/٢ وأبو داود (٤٥٤٢، ٤٥٨٣) النسائي ٢٤٨/٢ الترمذي؛ وابن ماجه ٢٦٤٤ البيهقي ١٠١/٨ والطيليسي ١٠١/٨.

(٢) تقدم رواه الشافعي (١٤٧٢) والبيهقي (١٠٠/٨) من قول ابن المسيب عن عمر رضي الله عنه وفي سماعه منه مقال.

قضى أن دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم، وهذا نص ذكره أبو إسحاق المروزي في شرحه.

فإن قيل: حديث من روى كمال الدية أزيد والأخذ بالزيادة أولى.

فالجواب عنه أن خبرنا أزيد لفظاً فكان أولى من خبرهم، وإن كان أزيدهما لأن الأحكام مستنبطة من الألفاظ.

فإن قيل: يحمل على أنه قضى في السنة الأولى ثلث الدية لتأجيل دية الخطي في ثلاث سنين، فالجواب عنه أن قضاءه بأن دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم تدل على أن جميع ديته هذا القدر فلم يجز أن يحمل على قدرها وهو بعضها، على أن ثلث الدية عندهم أقل من أربعة آلاف.

فإن قيل: يحمل على أنه قوم إبل الدية بأربعة آلاف درهم قيل: لا يصح من وجهين:

أحدهما: أن القيمة تختلف فلم يجز أن تقدر في عموم الأحوال.

والثاني: إنه قضى بالدرهم ولم يقض بها قيمة على أنا روينا عن عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قضى في دية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم، فبطل هذا التأويل.

ومن القياس: أنه مكلف لا يكمل سهمه من القيمة فوجب أن لا تكمل ديته كالمرأة، ولا ينتقص بالصبي والمجنون، لعدم التكليف، ولأنه لما نقصت دية المرأة المسلمة عن دية الرجل لنقصها بالأنوثة، وجب أن تنقص دية الرجل الكافر عن دية المرأة المسلمة لنقصه بالكفر، لأن الدية موضوعة على التفاضل، ولأنه لما أثر أغلظ الكفر وهو الردة في إسقاط جميع الدية وجب أن يؤثر أخفه في تخفيف الدية، لأن بعض الجملة مؤثر في بعض أحكامها، ولأن اختلاف الأمة في قدر الدية توجب الأخذ بأقلها كاختلاف المقومين يوجب الأخذ بقول أقلهم تقويماً، لأنه اليقين.

فأما الجواب عن استدلالهم بمطلق الدية في الآية فلا يمنع إطلاقها من اختلاف مقاديرها، كما لم يمنع من اختلاف دية الرجل والمرأة ودية الجنين، لأن الدية اسم لما يؤدي من قليل وكثير.

وأما حديث عمرو بن شعيب فقد اختلفت الرواية عنه فتعارضت، ويمكن حملها على أنها مثل دية المسلم في التغليظ والتخفيف والحلول والتأجيل حتى لا يكون نقصان قدرها موجباً لإسقاط حلولها وتغليظها.

وأما الجواب عن حديث عمرو بن أمية فمن وجهين:

أحدهما: أنه لما تبرع رسول الله ﷺ بتحمل الدية عنه جاز أن يتبرع بالزيادة تألفاً لقومهما.

والثاني: يجوز أن يكونا أسلما بعد الجروح وقبل موتهما فأكمل بالإسلام ديتهما.

وأما الجواب عن قياسه على المسلم بعله أنه محقون الدم على التأبيد ففساد بالمرأة والعبد، لا يقتضي حقن دماهما على التأبيد كمال ديتهما، كذلك الذمي، على أن المعنى في المسلم كمال سهمه في الغنيمة.

وأما الجواب عن استدلاله بالعبد في استواء الكفر والإسلام في كمال قيمته فهو أنه لما تساوى فيهما الذكر والأنثى تساوى فيهما المسلم والكافر، ولما اختلف في الدية الذكر والأنثى اختلف فيها المسلم والكافر، وكذلك الجواب عن استدلاله بالكفارة أنه لما لم يمتنع التساوي فيها من اختلاف الذكر والأنثى في الدية كذلك تساوي المسلم والكافر فيها لا يمنع من اختلافهما في الدية.

وأما الجواب عن استدلالهم بالفسق فهو أن الفسق لا يسلبه أحكام الإسلام فساوى في الدية والكفر يسلب أحكام الإسلام فخالف في الدية.

وأما الجواب عن ضمان ماله كالمسلم فهو أنه لما لم يختلف ضمانه في العمد والخطأ في حق الرجل والمرأة لم يختلف في حق المسلم والكافر، ولما اختلف ضمان الدية في حق الرجل والمرأة اختلف في حق المسلم والكافر والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَدِيَّةُ الْمَجُوسِيِّ ثَمَانِمِائَةَ دِرْهَمٍ وَاحْتَجَّ فِي ذَلِكَ بِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ».

قال الماوردي: واحتج في ذلك بعمر بن الخطاب رضي الله عنه اختلف في دية المجوسي فجعلها أبو حنيفة كدية المسلم، وجعلها عمر بن عبد العزيز نصف دية المسلم كاليهودي والنصراني عنده، وهي عند الشافعي ثمان مائة درهم، ثلثا عشر دية المسلم، وتكون من الإبل ستة أبعة وثلثين، ومن الدنانير ستة وستون ديناراً وثلثان، لرواية سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم والمجوسي ثمان مائة درهم^(١).

وروي الزهري عن عمر وعثمان وابن مسعود رضي الله عنهم أن دية المجوسي

ثمان مائة درهم، فكان هذا القول منهم والقضاء به عليهم مع انتشاره في الصحابة إجماعاً لا يسوغ خلافه، ومع أن حكم المجوسي في إقرارهم وأخذ جزيتهم منقول عن عمر ومعمول به إجماعاً فكذلك حكمه فيهم بالدية، ولأنه لما نقصت رتبة المجوسي عن أهل الكتاب في تحريم نسائهم وأكل ذبائحهم نقصت ديتهم عن دياتهم، لأن الديات موضوعة على التفاضل، وإذا نقصت عنهم لم يكن إلا ما قلناه لقضاء الأئمة به.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا لم يخل حال من خالف دين الإسلام من أن يكون له أمان أولاً يكون، فإن كان له أمان لم يخل حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون من أهل الكتاب وهم اليهود والنصارى، فديتهم ثلث دية المسلم، سواء كانوا أصحاب ذمة أو عهد.

والقسم الثاني: أن لا يكونوا أهل كتاب ولكن سن بهم سنة أهل الكتاب في إقرارهم بالجزية وهم المجوسية، فديتهم ثلثا عشر دية المسلم.

والقسم الثالث: أن لا يكونوا أهل كتاب ولا سن بهم سنة أهل كتاب وهم عبدة الأوثان الذين لا يقرون بالجزية ويقرون بالأمان والعهد، فديتهم كدية المجوس ثلثا عشر دية المسلم، لأنها أقل الديات فردوا إليها، وإن كانوا أنقص رتبة من المجوس في أنهم يقرون بالجزية، فأما الصابئون والسامرة فإن أجروا مجرى اليهود والنصارى في إقرارهم بالجزية وأكل ذبائحهم ونكاح نسائهم لموافقهم في أصل معتقدهم كانت ديتهم ثلث دية المسلم، وإن لم يقروا بالجزية لمخالفتهم لليهود والنصارى في أصل معتقدهم فديتهم إذا كان لهم أمان كدية المجوسي ثلثا عشر دية المسلم.

فصل: وأما من لم يكن له أمان ولا عهد فضربان:

أحدهما: من بلغته دعوة الإسلام، فنفسهم مباحة ودمائهم هدر لا تضمن بقود ولا عقل، سواء كانوا أهل كتاب أو لم يكونوا، كذلك دماء المرتدين عن الإسلام.

والضرب الثاني: أن يكونوا ممن لم تبلغه الدعوة، قال الشافعي: «ولا أحسب أحداً لم تبلغه دعوة الإسلام إلا أن يكون قوم وراء الذين يقاتلوننا من الترك والجزر فدمائهم محقونة حتى يدعوا إلى الإسلام فيمتنعوا فإن قتلوا قبل دعائهم إلى الإسلام ضمنت نفوسهم بالدية دون القود.

وقال أبو حنيفة: لا تضمن نفوسهم بقود ولا دية، لأن دماء الكفار على الإباحة إلا من ثبت له عهد أو ذمة، وهذا خطأ، لأن الدماء محقونة إلا من ظهر منه المعاندة،

ولأنه لما حرم قتلهم قبل دعائهم ثبت حقن دمائهم ووجب ضمان نفوسهم كأهل العهد، وهذه مسألة تأتي في كتاب السير مستوفاة، فإذا تقرر ضمان دياتهم ففيها وجهان، لأن الشافعي أطلقها فاختلف أصحابنا فيها من بعده على وجهين:

أحدهما: أنه كدية المسلم، لأنه مولود على الفطرة لم تظهر منه معاندة.

والثاني: أنها كدية المجوس ثلثا عشر دية المسلم، لأنها يقين مع الأصل براءة الذمة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَجَرَّاحُهُمْ عَلَى قَدَرِ دِيَاتِهِمْ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن ما دون النفس معتبر بدية النفس، فيكون في دية اليهودي بعير وثلثان، وفي هاشمته ثلاثة أبعرة وثلث، وفي منقلته خمسة أبعرة، وفي مأمومته أحد عشر بعيراً وتسع، وفي إصبعة ثلاثة أبعرة وثلث، وفي أنملته بعير وتسع، وفي موضحة المجوس ثلث بعير، وفي هاشمته ثلثا بعير، وفي منقلته بعير، وفي إصبعة ثلث بعير، وفي أنملته تسعاً بعير، وعلى قياس هذا فيما زاد ونقص.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالْمَرْأَةُ مِنْهُمْ وَجَرَّاحُهَا عَلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ الرَّجُلِ فِيمَا قَلَّ أَوْ كَثُرَ وَاحْتَجَّ فِي دِيَاتِ أَهْلِ الْكُفْرِ بِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى فَرَّقَ ثُمَّ رَسُولُهُ ﷺ بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْكَافِرِينَ فَجَعَلَ الْكُفَّارَ مَتَى قَدَّرَ عَلَيْهِمُ الْمُؤْمِنُونَ صِنْفاً مِنْهُمْ يَعْْبُدُونَ وَتُؤْخَذُ أَمْوَالُهُمْ لَا يُقْبَلُ مِنْهُمْ غَيْرُ ذَلِكَ وَصِنْفاً يُصْنَعُ ذَلِكَ بِهِمْ إِلَّا أَنْ يُغْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ مَنْ كَانَ خَوَلاً لِلْمُسْلِمِينَ فِي حَالٍ أَوْ خَوَلاً بِكُلِّ حَالٍ إِلَّا أَنْ يُغْطُوا الْجِزْيَةَ كَالْعَبْدِ الْمُخَارِجِ فِي بَعْضِ أَحْوَالِهِ كَفَيْتاً لِلْمُسْلِمِ فِي دَمٍ وَلَا دِيَّةٍ وَلَا يَتْلُغُ بِدِيَةِ كَافِرٍ دِيَّةُ مُؤْمِنٍ إِلَّا مَا لَا خِلَافَ فِيهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأنه لما كانت دية المرأة المسلمة في نفسها وأطرافها وجراحها على النصف من الرجل المسلم كانت دية المرأة الكافرة في نفسها وأطرافها وجراحها على النصف من الرجل الكافر، فيجب في موضحة اليهودية خمسة أسداس بعير، وفي هاشمتها بعير وثلثان، وفي موضحة المجوسية سدس بعير، وفي هاشمتها ثلث بعير، ثم على هذا القياس.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَيَقُولُ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ أَقُولُ جِرَاحُ

الْعَبْدِ مِنْ ثَمَنِهِ كَجِرَاحِ الْحُرِّ مِنْ دِيَّتِهِ فِي كُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ وَفِيمَتُهُ مَا كَانَتْ وَهَذَا يُرَوَى عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا».

قال الماوردي: أما الجناية على نفس العبد فموجبة لقيمته، وهذا متفق عليه، وأما الجناية على ما دون نفسه من أطرافه وجراحه فقد اختلف فيها على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي أنها تكون مقدرة من قيمته كما تكون مقدرة من الحر من ديتة، فيجب في كل واحد من لسانه وأنفه وذكره قيمته وفي إحدى يديه نصف قيمته كما يجب في الحر نصف ديتة، كما يجب في الحر ديتة، ويجب في إصبعه عشر قيمته، وفي أناملته ثلث عشرها، وعلى هذا القياس وهو قول عمر وعلي وسعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وأبي حنيفة.

والمذهب الثاني: ما قاله داود بن علي وأهل الظاهر ومحمد بن الحسن من أصحاب أبي حنيفة الواجب في جميعها ما نقص من قيمته من غير تقدير كالبهائم.

والمذهب الثالث: ما قاله مالك: أن ما لا يبقى له أثر بعد الاندمال من شجاج الرأس ففي مقدر من قيمته كما قلنا، وما يبقى أثره بعد الاندمال كالأطراف ففيه ما نقص من قيمته كأهل الظاهر، واستدل أهل الظاهر بأمرين: أحدهما: أنه مملوك كالبهائم.

والثاني: أنه لا يضمن بالقيمة فأشبهه ضمان الغصب، وفرق مالك بين شجاج رأسه وأطرافه بأنه قول أهل المدينة وهو عنده حجة، وبأنه لما تقدر شجاج الرأس في الحر ولم تقدر جراح جسده تغلظ حكمه على حكمة.

والدليل عليهم أن من ضمنت نفسه بالقود والكفارة ضمنت أطرافه بالمقدر كالحر، وعلى مالك أن من تقدرت شجاجه تقدرت أطرافه كالحر، ولأن ما تقدر في الحر تقدر في العبد كالشجاج، ثم يقال لمالك: العبد متردد بين أصليين: أحدهما: الحر.

والثاني: البهيمة، فإن ألحق بالحر تقدرت أطرافه وشجاجه، وإن ألحق بالبهيمة لم تقدر شجاجه ولا أطرافه، وإلحاقه بالحر أولى من إلحاقه بالبهائم، لما يتوجه إليه من التكليف، ويجب عليه من الحدود، ويلزم في قتله من القود والكفارة، فأما ضمانه باليد إذا يغصب، فإنما لم يضمن بالمقدر، لأنه لا يضمن بالقود والكفارة فأجرى عليه حكم الأموال المحضة، وصار فيها ملحقاً بالبهائم، ويضمن في الجنائيات بالقود والكفارة فالأحق بالأحرار.

فصل: فإذا ثبت تقدير الجنائيات عليه من قيمته كالحر من ديتة فليسيده أن يأخذ أرش الجنائيات عليه كلها، سواء زادت على قدر قيمته أضعافاً أو نقصت، وهو باق على ملكه.

وقال أبو حنيفة: إن وجب فيها جميع قيمته كان بيده بالخيار بين تسليمه إلى الجاني وأخذ قيمته منه أو إمساكه بغير أرش، لأن لا يجمع بين البدل والمبدل، وإن وجب بها نصف قيمته كان سيده بالخيار بين إمساكه وأخذ نصف قيمته وبين تسليمه إلى الجاني وأخذ جميع قيمته، وقد مضى الكلام معه في كتاب الغصب مما أغنى عن إعادته، فأما إذا تبعضت فيه الحرية والعتق فكان نصفه حراً ونصفه عبداً ففي أطرافه نصف ما في أطراف الحر ونصف ما في أطراف العبد، فيجب في يده ربع الدية وربع القيمة، وفي إصبعه نصف عشر الدية ونصف عشر القيمة، وفي أناملته سدس عشر القيمة وسدس عشر الدية، ثم على هذا القياس فيما زاد من الحرية ونقص، فأما ضمان المكاتب فكالعبد وكذلك أم الولد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَتَحْمِيلُ ثَمَنَةِ الْعَاقِلَةِ إِذَا قَتَلَ خَطَأً».

قال الماوردي: أما العبد إذا قتل حراً فالدية في ذمته ومرتهنة رقبته، يباع فيها ويؤدي الدية حالة في العمد والخطأ لا تتحملها العاقلة عنه ولا السيد إلا أن يتطوع باقتدائه منها، فإن عجز ثمنه عن الدية كان الباقي في ذمة العبد يؤديه بعد عتقه ولا يكون على سيده.

فإن قيل: فهلا كان السيد ضامناً لجناية عبده كما يضمن جناية بهيمته.

قيل: لأن جناية البهيمة مضافة إلى مالكها، لأنها مضمونة إذا نسب إلى التفريط في حفظها وجناية العبد مضافة إليه دون سيده، لأن له اختياراً يتصرف به، فلذلك ضمن جناية بهيمته ولم يضمن جناية عبده.

فأما إذا قتل الحر عبداً فإن كان القتل عمداً محضاً فقيمته في مال القاتل حاله، وإن كان خطأ محضاً أو عمد الخطأ ففي قيمته قولان:

أحدهما: أن قيمة نفسه وأروش أطرافه على عاقلة الجاني مؤجلة وهو اختيار المزني.

والقول الثاني: أن قيمة نفسه وأروش أطرافه في مال الجاني لا تحمله العاقلة في مال القاتل حالة وهو مذهب مالك.

وقال أبو حنيفة: تحمل العاقلة دية نفسه ولا تحمل أروش أطرافه، فإذا قتل تحمله العاقلة.

فدليله أن من وجبت الكفارة في قتله تحملت العاقلة بدل نفسه كالحر، ولأن العبد متردد الحكم بين الحر لكونه مكلفاً وبين البهيمة لأنه مقوم ومبيع فكان إلحاقه بالحر أولى، لما يتوجه إليه من الثواب والعقاب، ولما يجب في قتله من الكفارة

والقود، فوجب إلحاقه بالحر أولى، لما يتوجه إليه من الثواب والعقاب، ولما يجب في قتله من الكفارة والقود، فوجب إلحاقه به في تحمل العاقلة لبدل أطرافه ونفسه.

فإذا قيل: لا تحمله العاقلة فدليله رواية ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «لا تحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اغترافاً» ولأنه مضمون بالقيمة فوجب أن لا تحمله العاقلة كالبهيمة، ولأنه يضمن باليد تارة وبالجنابة أخرى فوجب أن لا تحمل العاقلة ضمانه بالجنابة كما لم تحمل ضمانه باليد كالأموال، ولأنه لما لم تتحمل عنه العاقلة إذا كان قاتلاً لم تتحملة العاقلة إذا كان مقتولاً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي ذَكَرِهِ ثَمَنُهُ وَلَوْ زَادَ الْقَطْعُ فِي ثَمَنِهِ أَضْعَافًا»

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَإِنْ قِيلَ فَإِذَا كُنْتَ تَزْعُمُ أَنَّ ثَمَنَهُ كَثَمَنِ الْبَعِيرِ إِذَا قُتِلَ فَلِمَ لَمْ يُحَكَمْ فِي جُزْجِهِ كَجُزْجِ الْبَعِيرِ وَبَعْضِهِ؟ قُلْتُ قَدْ يَجَامِعُ الْحُرُّ الْبَعِيرَ بِقَتْلِ فَيَكُونُ ثَمَنُهُ مِثْلَ دِيَةِ الْحُرِّ فَهُوَ فِي الْحُرِّ دِيَةٌ وَفِي الْبَعِيرِ قِيمَةٌ وَالْقِيمَةُ دِيَةُ الْعَبْدِ وَقِسْتُهُ بِالْحُرِّ دُونَ الْبَهِيمَةِ بِدَلِيلٍ مِنْ كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى فِي قَتْلِ النَّفْسِ الدِّيَةِ وَتَخْرِيرِ رَقَبَةٍ وَحَكَمْتَ وَحَكَمْنَا فِي الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ وَالْعَبْدِ بِدِيَاتٍ مُخْتَلِفَاتٍ وَجَعَلْنَا فِي كُلِّ نَفْسٍ مِنْهُمْ دِيَةً وَرَقَبَةً وَإِنَّمَا جَعَلَ اللَّهُ فِي النَّفْسِ الرَّقَبَةَ حَيْثُ جَعَلَ الدِّيَةَ وَبَدَلَ الْبَعِيرِ وَالْمَتَاعِ قِيمَةً لَا رَقَبَةَ مَعَهَا فَجَامَعَ الْعَبْدُ الْأَخْرَارَ فِي أَنَّ فِيهِ كَفَّارَةٌ وَفِي أَنَّهُ إِذَا قُتِلَ قُتِلَ وَإِذَا جَرَحَ جُرِحَ فِي قَوْلِنَا وَفِي أَنَّ عَلَيْهِ حَدَّ الْحُرِّ فِي بَعْضِ الْحُدُودِ وَيُصَفِّ حَدَّ الْحُرِّ فِي بَعْضِ الْحُدُودِ وَأَنَّ عَلَيْهِ الْفَرَائِضَ مِنَ الصَّلَاةِ وَالصَّوْمِ وَالتَّعَبُّدِ وَكَانَ آدَمِيًّا كَالْأَخْرَارِ فَكَانَ بِالْأَدَمِيِّينَ أَشْبَهَ فَقَسْتُهُ عَلَيْهِمْ دُونَ الْبَهَائِمِ وَالْمَتَاعِ (قال المزني) وَقَالَ فِي كِتَابِ الدِّيَاتِ وَالْجَنَايَاتِ لَا تُحْمَلُهُ الْعَاقِلَةُ كَمَا لَا تُعْرَمُ قِيمَةُ مَا اسْتَهْلَكَ مِنْ مَالٍ (قال المزني) الْأَوَّلُ بِقَوْلِهِ أَشْبَهُ لَأَنَّهُ شَبَّهُهُ بِالْحُرِّ فِي أَنَّ جِرَاحَهُ مِنْ ثَمَنِهِ كَجِرَاحِ الْحُرِّ مِنْ دِيَتِهِ لَمْ يَخْتَلَفْ ذَلِكَ عِنْدِي مِنْ قَوْلِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأننا قد قررنا أن ما في الحر منه دية كان في العبد منه قيمة، وفي ذكر الحر ديته، فوجب أن يكون في ذكر العبد قيمته.

فإن قيل: فقطعه من الحر نقص فلذلك ضمن بالدية، وقطعه من العبد زيادة لأن ثمنه يزيد بقطعه فلم يضمن بالقيمة قيل: المضمون بالجنابة لا يراعى فيه النقص والزيادة، لأن الأعضاء الزائدة تضمن بالجنابة وإن أحدثت زيادة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَكُلُّ جُنَايَةٍ عَمْدٍ لَا قِصَاصَ فِيهَا فَلَا أَرْضُ فِي مَالِ الْجَانِي».

قال الماوردي: أما جناية الخطأ المحض وعمد الخطأ فتحملها العاقلة، وأما جناية العمد المحض ففي مال الجاني، ولا تتحملها العاقلة، سواء وجب فيها القصاص أو لم يجب كالجائفة والمأومة.

وقال مالك: ما لا يجب فيه القصاص من العمد تتحملة العاقلة كالخطأ، وهذا خطأ لقول النبي ﷺ «لَا تَحْمِلُ الْعَاقِلَةُ عَمْدًا وَلَا عَبْدًا» ولأن ما لم تتحملة العاقلة من العمد إذا وجب فيه القود لم تتحملة، وإن لم يجب فيه القود كجناية الوالد على الولد، ولأن جناية العمد مغلظة وتحمل العاقلة تخفيف فتنافا اجتماعهما، ولأن تحمل العاقلة رفق ومعونة، والعامد معاقب لا يعان ولا يرفق به، والخاطئ معذور، فلذلك خص بالمعونة والرفق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَقِيلَ جُنَايَةُ الصَّبِيِّ وَالْمَعْتُورِ عَمْدًا وَخَطَأً يُحْمَلُهَا الْعَاقِلَةُ وَقِيلَ لَا لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى أَنْ تَحْمِلَ الْعَاقِلَةُ الْخَطَأَ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ فَلَوْ قَضَيْنَا بِهَا إِلَى ثَلَاثِ سِنِينَ خَالَفْنَا دِيَةَ الْعَمْدِ لِأَنَّهَا حَالَةٌ فَلَمْ يُقْضَ عَلَى الْعَاقِلَةِ بِدِيَةِ عَمْدٍ بِحَالٍ (قال المزني) هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ مِنْ قَوْلِهِ».

قال الماوردي: فلا قود عليهما فيه لعدم تكليفهما، وفيه قولان:

أحدهما: أنه يجري عليه حكم الخطأ، وإن كان في صورة العمد وهو قول أبي حنيفة؛ لقول النبي ﷺ «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَخْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفْقِرَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَتَنَبَّهَ» ولأن كل ما سقط فيه القود بكل حال كان في حكم الخطأ كالخطأ.

والقول الثاني: أنه يجري عليه حكم العمد وإن سقط فيه القود، لأن صفة العمد متميزة فكان حكمها متميزاً، ولأن الصبي قد وقع الفرق فيه بين عمد ونسيانه إذا تكلم في الصلاة وأكل في الصيام وتطيب في الحج، فوجب أن يقع الفرق بين عمد وخطئه في القتل، لأن كل من وقع الفرق بين عمد وخطئه في العبادات وقع الفرق بينهما في الجنایات كالبالغ العاقل.

فصل: فإذا صح توجيه القولين قلنا بالأول منهما أن عمدته كالخطأ، فالدية مخففة تجب على عاقلته في ثلاث سنين، لأن العاقلة لا تتحمل إلا مؤجلاً، وإذا قيل بالثاني أن عمدته عمد وإن سقط فيه القود، فالدية مغلظة حاله تجب في ماله دون عاقلته،

ويستوى في ذلك الصبي والمجنون، وسواء كان الصبي مميزاً أو غير مميز.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ صَاحَ بِرَجُلٍ فَسَقَطَ عَنْ حَائِطٍ لَمْ أَرْ عَلَيْهِ شَيْئاً وَلَوْ كَانَ صَبِيّاً أَوْ مَغْتُوهاً فَسَقَطَ مِنْ صَبِيحَتِهِ ضَمِنَ».

قال الماوردي: وهو كما قال، إذا وقف إنسان على شفير بئر أو حافة نهر أو قلة جبل فصاح به صائح فخر ساقطاً ووقع ميتاً لم يخل حال الواقع من أحد أمرين) أحدهما: أن يكون رجلاً، قوي النفس، ثابت الجأش، ثابت الجنان، فلا شيء على الصائح، لأن صبيحته لا تسقط مثل هذا الواقع، فدل ذلك على وقوعه من غير صبيحته.

والضرب الثاني: أن يكون صبيّاً أو مجنوناً أو مريضاً أو مضعوفاً لا يثبت لمثل هذه الصيحة فالصائح ضامن لديمته، لأن صبيحته تسقط مثله من المضعوفين، ولا قود عليه لعدم المباشرة، لكنه إن عمد الصيحة كانت الدية مغلظة، وإن لم يعمد كانت مخففة.

وقال أبو حنيفة: لا يضمن بها الصغير كما لا يضمن بها الكبير القوي، وهذا جمع فاسد، لأن الصيحة تؤثر في الصغير المضعوف، ولا تؤثر في الكبير القوي فافترا في الضمان؛ لأن الجنائيات تختلف باختلاف المجني عليه، ألا ترى أن رجلاً لو لطم صبيّاً فمات ضمنه، ولو لطم رجلاً فمات لم يضمنه، لأن الصبي يموت باللطف والرجل لا يموت بها، فلو اغتفل إنساناً وزجره بصيحة هائلة فزال عقله فقد اختلف أصحابنا فيه فحمله أكثرهم على ما قدمناه من التفسير أنه يضمن بها عقل الصبي والمجنون، ولا يضمن بها عقل الرجل الثابت.

وقال ابن أبي هريرة: يضمن بها عقل الفريقين معاً بخلاف الوقوع، لأن في الوقوع فعلاً للواقع فجاز أن ينسب الوقوع إليه وليس في زوال العقل فعل من الزائل العقل فلم ينسب زواله إلا إلى الصائح المدعر، ولو قذف رجل امرأة بالزنا فماتت لم يضمنها، ولو ألفت جنيئاً ميتاً ضمنه، لأن الجنين يلقي من دعر القذف والمرأة لا تموت منه، قد أرسل عمر إلى امرأة قذفت عنده رسولاً فأرهبها فأجهضت ما في ذات بطنها فحمل عمر عاقلة نفسه دية جنيئها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ طَلَبَ رَجُلًا بِسَيْفٍ فَأَلْقَى بِنَفْسِهِ عَنْ ظَهْرِ بَيْتٍ فَمَاتَ لَمْ يَضْمَنْ وَإِنْ كَانَ أَعْمَى فَوَقَعَ فِي حُفْرَةٍ ضَمِنَتْ عَاقِلَةُ الطَّالِبِ دِيَتَهُ لِأَنَّهُ اضْطَرَّه إِلَى ذَلِكَ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل شهر سيفاً وطلب به إنساناً فهرب منه المطلوب حتى ألقى نفسه من سطح أو جبل أو في بحر أو نار حتى هلك فتنقسم حال الهارب المطلوب ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون بالغاً عاقلاً بصيراً فلا ضمان على طالبه من قود ولا دية،
لأمرين:

أحدهما: أن الطلب سبب والإلقاء مباشرة، وإذا اجتمعا سقط حكم السبب بالمباشرة.

والثاني: أنه وإن ألجأه بالطلب إلى الهرب فلم يلجئه إلى الوقوع؛ لأنه لو أدركه جاز أن يجيء عليه، وجاز أن يكف عنه، فصار ملقي نفسه هو قاتلها دون طالبه، لأنه قد عجل إتيان نفسه بدلاً مما يجوز أن لا يتلف به، فصار كالمجروح إذا ذبح نفسه.

والقسم الثاني: أن يكون المطلوب أعمى فيهرب من الطالب حتى يتردى من سطح أو جبل أو يقع في بئر أو بحر، فإن أعلم بالسطح والجبل والبئر والبحر فألقى نفسه بعد علمه كانت نفسه هدرًا كالبصير، وإن لم يعلم بذلك حتى وقع فمات فعلى طالبه الدية دون القود، لأنه وإن لم يكن مباشراً لإلقاءه فقد ألجأه إليه، والملجىء إلى القتل ضامن كالقاتل، ألا ترى أن الشهود إذا شهدوا عند الحاكم على رجل بما يوجب القتل فقتله ثم بان أنهم شهدوا بزور ضمنوه دون الحاكم؛ لأنهم ألجؤوه إلى قتله فتعلق الحكم بالملجىء دون المباشر.

والقسم الثالث: أن يكون المطلوب صبيّاً أو مجنوناً، ففي ضمان ديتهما على الطالب وجهان مخرجان من اختلاف قول الشافعي في قصدهما للقتل هل يجري عليه حكم العمد أم لا؟

أحدهما: أنه يضمن ديتهما إذا قيل: إنه لا يجري على قصدهما للقتل حكم العمد.

والثاني: لا يضمن ديتهما إذا قيل: إنه يجري على قصدهما للقتل حكم العمد.
مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ عَرَضَ لَهُ فِي طَلَبِهِ سَبْعٌ فَأَكَلَهُ لَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّ الْجَانِي غَيْرُهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح يحتاج إلى تفصيل، فإذا اعترض الهارب المطلوب سبع فافترسه فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يلجئه الطالب إلى موضع السبع فيضمنه بالدية كما لو ألقاه عليه.

والضرب الثاني: أن لا يلجئه إليه وإنما هرب في صحراء وافق سبعاً معترضاً فيها فافتترسه فلا ضمان على الطالب، سواء كان المطلوب بصيراً أو ضريراً، صغيراً أو كبيراً، لأنه غير مباشر ولا ملجئ.

فإن قيل: فلو ألقاه في بحر فالتقمه الحوت ضمنه فهلا قلتم إذا اعترضه السبع ضمنه؟

قيل: لأنه بإلقائه في البحر مباشر فجاز أن يضمن ما حدث بإلقائه، لأنه صار ملجئاً وفي الهرب منه غير مباشر فلم يضمن ما حدث بالهرب إذا لم يقترب به إلقاء، ولو انخسف من تحت الهارب سقّف فخر منه ميتاً ففي ضمان الطالب له وجهان: أحدهما: لا يضمنه كالسبع إذا اعترضه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي حامد الإسفراييني يضمنه لأنه ملجئ إلى ما لا يمكن الاحتراز منه.

فصل: ولو رماه من شاهق فاستقبله آخر بسيفه من تحته فقدّه نصفين فهذا على ضريين:

أحدهما: أن يكون الشاهق مما يجوز أن يسلم الواقع منه فضمنه على القاطع دون الملقى؛ لأن القاطع موح والملقى جارح.

والضرب الثاني: أن يكون الشاهق مما لا يجوز أن يسلم الواقع منه ففي ضمانه ثلاثة أوجه:

أحدها: على الملقى ضمانه، لأنه قد صار بإلقائه كالموجي فيضمنه بالقود لمباشرة.

والوجه الثاني: أن ضمانه بالقود أو الدية على القاطع دون الملقى، لأنه قد سبقه إلى مباشرة موحيه.

والوجه الثالث: أنهما يضمنانه جميعاً بالقود أو الدية، لأنهما قد صارا كالشريكين في توحيته والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيُقَالُ لِسَيِّدٍ أُمِّ الْوَلَدِ إِذَا جَنَتْ أَفْهَهَا بِالْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهَا أَوْ جَنَاتِهَا ثُمَّ هَكَذَا كُلَّمَا جَنَتْ (قال المزني) هَذَا أَوْلَى بِقَوْلِهِ مِنْ أَحَدٍ قَوْلَيْهِ وَهُوَ أَنَّ السَّيِّدَ إِذَا غُرِّمَ قِيَمَتُهَا ثُمَّ جَنَتْ شَرَكَ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ الثَّانِي الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ الْأَوَّلَ (قال المزني) فَهَذَا عِنْدِي لَيْسَ بِشَيْءٍ لِأَنَّ الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ الْأَوَّلَ قَدْ مَلَكَ الْأَرْضَ

بِالْجَنَائِيَةِ فَكَيْفَ تَجْنِي أُمَّهُ غَيْرَهُ وَيَكُونُ بَعْضُ الْغُرْمِ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: إذا جنت أم الولد وجب على سيدها أن يفديها وهو قول الجمهور، إلا أن أبا ثور وداود شذا عن الجماعة وأوجبا أرش جنايتها في ذمتها تؤديه بعد عتقها، لقول الله تعالى ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [فاطر: ١٨] ولأنها إن جرت مجرى الإماء لم يلزم السيد الفداء، وإن جرت مجرى الأحرار فأولى أن لا يلزمه، فلما حرم بيعها صارت كالأحرار في تعلق الجناية بذمتها، وهذا خطأ؛ لأن من جرى عليه حكم الرق تعلقت جنايته برقبته، وأم الولد قد حرم بيعها بسبب من جهته فصار كمنعه من بيع عبده وأمته يصير بالمنع ضامناً لجنايته، وكذلك المنع من بيع أم الولد، ولأنه قد صار مستهلكاً لثمنها بالإيلاء كما يصير مستهلكاً لثمن عبده بالقتل، ولو قتل عبده بعد جنايته ضمنها، كذلك إذا جنت أمته بعد إيلادها ضمن جنايتها وفي هذا انفصال.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من ضمان السيد لجنايتها فإن كانت عمداً اقتصر منها لتعلق القصاص ببدنها، وإن كانت خطأ أو عمداً عفى عن القصاص فيه، فعلى السيد أن يفديها بأقل الأمرين من قيمتها أو أرش جنايته، فإن كان أرش جنايتها أقل ضمن أرش الجناية، لأنه لا يستحق المجني عليه أكثر منها، وإن كان أرش جنايتها أكثر من قيمتها لم يضمن إلا قدر قيمتها، لأنه يمنع الإيلاد كالمستهلك لها فلا يلزمه أكثر من القيمة كما لو قتل عبده بعد جنايته لم يضمن إلا قدر قيمته.

فإن قيل: أفليس لو منع من بيع عبده الجاني ضمن جميع الجناية في أحد القولين فهلا كان في أم الولد كذلك؟

قيل: لأنه في المنع من بيع العبد مفوت لرغبة راغب يجوز أن يشتريه بأكثر من قيمته لو مكن من بيعه فجاز أن يضمن جميع جنايته، وليست أم الولد بمثابته لعدم هذه الرغبة التي لا يجوز الإجابة إليها فافترقا.

فصل: فإذا غرم في جنايتها أقل الأمرين ثم جنت بعده على آخر نظر فيما غرمه السيد للأول من أقل الأمرين، فإن كان هو أرش الجناية، لأن قيمتها ألف وأرش جنايتها خمسمائة لزم السيد أن يغرم للثاني أرش جنايته إذا كان بقدر الباقي من قيمتها، وهو أن يكون أرشها خمسمائة فما دون، وإن كان ما غرمه للأول من أقل الأمرين هو جميع قيمتها وهي ألف، فإذا جنت على الثاني ففيها قولان:

أحدهما: وهو اختيار المزني: يضمنها كضمان الأول بأقل الأمرين من قيمتها أو أرش جنايتها ويعلم للأول ما أخذه من أرش الجناية عليه لأمرين:

أحدهما: أنها قد عادت بعد الفداء إلى معناها الأول فوجب أن يضمنها كضمانه

للاول، كما لو غرم قيمة عبده في جنايته للمنع من بيعه ثم جنى ثانية فمنع من بيعه غرم قيمته ثانية.

والثاني: أن الأول قد ملك أرش جنايته والجاني على الثاني غيره، فلم يلزمه أن يضمن جناية غيره، وليس بجان ولا من عاقلة الجاني، فعلى هذا يضمنها السيد في كل جناية تجددت منها ولو كانت مائة جناية بأقل الأمرين من قيمتها أو أرش جنايتها.

والقول الثاني: وهو مذهب أبي حنيفة: أن السيد لا يلزمه ضمان الجناية الثانية، ويرجع الثاني على الأول فيشاركه في القيمة، وإنما كان هكذا لأمرين:

أحدهما: أنه بالإيلاد مستهلك، والمستهلك لا يلزمه أكثر من قيمة واحدة.

والثاني: أنه لما لم يلزمه إذا تقدمت الجناية على الغرم أكثر من قيمتها كذلك لا يلزمه فيما حدث بعد غرمه أكثر من قيمتها وقد غرمها، وخالف المانع من بيع غيره، لأن أم الولد مستهلكة والممنوع من بيعه غير مستهلك ولا يمتنع أن يرجع الثاني على الأول وإن لم يكن جانباً ولا عاقلة، كما لو مات رجل في بئر تعدى حفرها ضمن في تركته فأتلف فيها بعد موته وإن لم يكن الورثة جناة ولا عاقلة، فلو كانت قيمة ما تلف فيها ألف وجميع التركة ألف فاستوعبها المجني عليه ثم تلف فيها ما قيمته ألف ثانية رجع الثاني على الأول فشاركه في الألف التي أخذها، وإن لم يكن جانباً ولا عاقلة، كذلك في جناية أم الولد، فعلى هذا لو غرم قيمتها للأول وهي ألف ثم جنت ثانية بعد الأول لم يخل حال الجنيتين من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتساويا في أرشها، فيكون أرش الأولى ألفاً وأرش الثانية ألفاً، فيرجع الثاني على الأول بنصف الألف ويتساويان فيها لتساوي جنايتهما.

والقسم الثاني: أن تكون أرش الجناية الثانية أقل من أرش الجناية الأولى، لأن أرش الأولى ألفان وأرش الثانية ألف، فيرجع الثاني على الأول بثلث الألف، لأن أرشه ثلث الأرشين.

والقسم الثالث: أن يكون أرش الجناية الثانية أكثر من الجناية الأولى، لأن أرش الأولى ألف وأرش الثانية ألفان، فيرجع الثاني على الأول بثلثي الألف، لأن أرشه ثلثا الأرشين لتكون القيمة في الأحوال الثلاث مقسطة على قدر الأروش، وهكذا لوجبت على ثالث بعد اشتراك الأولين في القيمة رجع الثالث على كل واحد من الاثنين بقسط جنايته مما أخذه كل واحد من الأولين، ثم كذلك على رابع وخامس، وبالله التوفيق.

التقاء الفارسين والسفينتين

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا اصْطَدَمَ الرَّائِبَانِ عَلَى أَيْ دَابَّةٍ كَانَتَا فَمَاتَا مَعًا فَعَلَى عَاقِلَةٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ دِيَةِ صَاحِبِهِ لِأَنَّهُ مَاتَ مِنْ صَدْمَتِهِ وَصَدْمَةُ صَاحِبِهِ كَمَا لَوْ جَرَحَ نَفْسَهُ وَجَرَحَهُ صَاحِبُهُ فَمَاتَ وَإِنْ مَاتَتِ الدَّابَّتَانِ فِي مَالٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ قِيَمَةِ دَابَّةٍ صَاحِبِهِ».

قال الماوردي: إذا اصطدم الفارسان فماتا وماتت دابتهما وجب على كل واحد منهما نصف دية صاحبه ونصف قيمة دابته، ويكون النصف الثاني هدرًا، وبه قال مالك.

وقال أبو حنيفة: يجب على كل واحد منهما جميع دية صاحبه وجميع قيمة دابته، ولا يكون شيء منها هدرًا، وهو قول أبي يوسف ومحمد وأحمد وإسحاق استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أن موت كل واحد منهما منسوب إلى فعل صاحبه فوجب أن يضمن جميع ديته، كما لو جلس إنسان في طريق ضيقة فعثر به سائر فوقع عليه فماتا جميعاً كان على عاقلة السائر جميع دية الجالس، وعلى عاقلة الجالس جميع دية السائر، ولا يكون شيء من ديتهما هدرًا، كذلك اصطدام الفارسين.

والثاني: أن حدوث التلف إذا كان بفعله وبفعل صاحبه سقط اعتبار فعله في تعيينه وكان جميعه مضافاً إلى فعل صاحبه وهو المأخوذ بجميع ديته، كما لو تعدى رجل بحفر بئر فسقط فيها سائر فمات ضمن الحافر جميع دية السائر وإن كان الوقوع فيها بحفر الحافر ومشى السائر، كذلك في اصطدام الفارسين.

ودليلنا: ما روي عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه أنه قال: «إذا اصطدم الفارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه»، ولم يظهر له مخالف، فإن كان هذا منتشرًا فهو إجماع، وإن لم ينتشر فهو حجة عند أبي حنيفة وعلى قول الشافعي في القديم، ولأن موت كل واحد منهما كان بفعل اشتراكا فيه، لأنه مات بصدمته وصدمة صاحبه فوجب أن يضمن ما اختص بفعله ولا يضمن ما اختص بفعل

صاحبه، وعلى هذا شواهد الأصول كلها ألا ترى لو أن رجلاً جرح رجلاً ثم جرح المجروح نفسه ومات كان نصف ديته هدرًا، لأنها في مقابلة جراحته لنفسه ونصفها على جرحه؛ لأن التلف كان يجرح اشتراكاً فيه، وهكذا لو جذبا حجر منجنيق فعاد الحجر عليهما فقتلهما كان على عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه ونصفها الباقي هدرًا لاشتراكهما في الفعل الذي كان به تلفهما، وهكذا لو اصطدم رجلان معهما إناءان فانكسر الإناءان بصدمتهما ضمن كل واحد منهما نصف قيمة إناء صاحبه، وكان نصفه الباقي هدرًا، وإذا كانت الأصول تشهد بصحة ما ذكرناه دلّ على صحته، وبطلان ما عداه.

فأما استدلالهم بالسائر إذا عثر بالجالس فماتا فإنما ضمن كل واحد منهما جميع دية صاحبه، لأنهما لم يشتركا في فعل التلف، لأن السائر تلف بعثرته بالجالس فضمن الجالس جميع ديته، والجالس تلف بوقوع السائر عليه، فضمن السائر جميع ديته وليس كذلك اصطدام الفارسين، لاشتراكهما في فعل التلف.

وأما استدلالهم بالوقوع في البئر فالجواب عنه أن الحافر لها ملجئ للوقوع فيها مسقط اعتبار فعل الملجأ وصار الجميع مضافاً إلى فعل الملجئ، ففارق من هذا الوجه ما ذكرناه، كشاهدي الزور بالقتل يؤخذان به دون الحاكم لإلجائهما له إلى القتل.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا فلا فرق بين الراكبين أن يستويا في القوة أو يختلفا فيكون أحدهما كبيراً والآخر صغيراً، أو يكون أحدهما صحيحاً والآخر مريضاً، ولا فرق في المركوبين بين أن يتمائلا أو يختلفا فيكون أحدهما على فرس والآخر على حمار، أو يكون أحدهما على فيل والآخر على كبش، ولا فرق بين أن يكونا راكبين أو راجلين، أو أحدهما راكباً والآخر ماشياً راجلاً، ولا فرق بين أن يصطدما مستقبلين أو مستدبرين، أو أحدهما مستقبلًا والآخر مستديرًا، ولا فرق بين أن يكونا بصيرين أو أعميين، أو يكون أحدهما بصيراً والآخر أعمى، وإن اختلفا في صفة الضمان دون أصله، لأن الأعمى خاطئ وقد يكون البصير عامداً، ولا فرق بين أن يقعا مستقبلين على ظهورهما أو مكبوبين على وجوههما، أو يكون أحدهما مستلقياً على ظهره والآخر مكبوباً على وجهه.

وقال المزني: إن كانا مستقبلين أو مكبوبين فهما سواء، وإن كان أحدهما مستلقياً على ظهره والآخر مكبوباً على وجهه فدية المستلقي كلها على المكبوب، ودية المكبوب هدر، لأن المكبوب دافع والمستلقي مدفوع، وهذا اعتبار فاسد، لأن الاستلقاء قد يحتمل أن يكون لتقدم الوقوع والانكباب لتأخر الوقوع، ويحتمل أن يكون الاستلقاء في الوقوع لشدة صدمته كما يرفع الحجر من الحائط لشدة رميته فلم يسلم ما اعتل به.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من صفة الاصطدام وحكمه، في ضمان النصف وسقوط النصف هدرأ فضمان الدابتين يستوي فيه العمد والخطأ، لأنه ضمان مال، ويفترق في النفوس ضمان العمد والخطأ، وإذا كان كذلك صح في الاصطدام الخطأ المحض، وتكون الدية فيه على العاقلة مخففة، وصح فيه عمد الخطأ وتكون الدية فيه على العاقلة مغلظة، واختلف أصحابنا هل يصح فيه العمد المحض الموجب للقود؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: يصح فيه العمد المحض الموجب للقود، لأن الاصطدام قاتل، وتكون الدية فيه حالة في مال الصادم دون عاقلته.

والوجه الثاني: وهو قول أبي حامد الإسفراييني: أنه لا يصح فيه العمد المحض، لأنه قد يجوز أن يقتل ويجوز أن لا يقتل، وتكون الدية فيه مغلظة على عاقلة الصادم.

وصفة الخطأ المحض أن يكونا أعميين أو بصيرين مستديرين.

وصفة عمد الخطأ أن يكونا بصيرين مستقبلين.

وصفة العمد المحض أن يكونا مستقبلين يقصدان القتل، فإن كان أحدهما مستقبلاً والآخر مستديراً كان المستدير خاطئاً والمستقبل عامداً، فإن قصد القتل فهو عمد محض، وإن لم يقصده فهو عمد الخطأ، وحكمه ما قد مضى.

فصل: وإذا كان كذلك لم يخل حال الراكبين من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكونا حرين.

والثاني: أن يكونا مملوكين.

والثالث: أن يكون أحدهما حراً والآخر مملوكاً.

فإن كانا حرين فلا يخلو حالهما من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكونا بالغين.

والثاني: أن يكونا صغيرين.

والثالث: أن يكون أحدهما بالغ والآخر صغير.

فإن كانا بالغين عاقلين فلهما خمسة أحوال:

أحدها: أن يموت الراكبان والدابتان، فيكون في مال كل واحد منهما نصف قيمة

دابة صاحبه، ولا تحملها العاقلة لاختصاص العاقلة بحمل ديات آدميين دون البهائم فيتقاص المصطدمان بما لزم كل واحد منهما لصاحبه من قيمة نصف دابته، ويتراجعان فضلاً إن كان فيه، ويجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه مخففة إن كان خطأ محضاً، ومغلظة إن كان عمداً شبه الخطأ، ولا قصاص من العاقلتين فيما تحملاه من ديتهما إلا أن يكون عاقلتهما ورثتهما فيتقاصان ذلك، لأنه حق لهما وعليهما.

والحال الثانية: أن يموت الراكبان دون الدابتين، فيلزم عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه ولا يتقاضانها إلا أن تكون العاقلتان وارثي المصطدمين.

والحال الثالثة: أن تموت الدابتان دون المصطدمين، فيلزم كل واحد منهما نصف قيمة دابة صاحبه في ماله ويتقاضانها.

والحال الرابعة: أن يموت أحدهما ودابته دون الآخر ودون دابته، فيضمن الحي نصف قيمة الدابة الميتة، وتضمن عاقلته نصف دية الميت.

والحال الخامسة: أن يموت أحدهما دون دابته وتموت دابة الآخر دونه، فيكون نصف دية الميت على عاقلة الحي، ونصف قيمة دابة الحي في مال الميت، ولا يتقاضان قيمة الدابة من الدية وإن كانت العاقلة وارثة، لأن الحي لا يورث، ويجيء فيها حال سادسة وسابعة قد بان حكمهما بما ذكرناه، فإن كانا صغيرين وقد ماتا ودابتاهما فلهما ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يركبا بأنفسهما.

والثاني: أن يركبهما وليهما.

والثالث: أن يركبهما أجنبي لا ولاية له عليهما.

فإن ركبا بأنفسهما فحكمهما في الضمان كحكم البالغ، يضمن عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر، ويضمن في ماله نصف قيمة دابته، وإن أركبهما وليهما فالضمان في أموال الصغيرين وعلى عواقلهما دون الوليين، لأن للولي أن يقوم في تأديب الصغيرين بالارتياض للركوب ولا يكون به متعدياً. فإن أركبهما أجنبي لا ولاية له عليهما ضمن مركب كل واحد منهما نصف دية من أركبه ونصف دية الآخر ونصف قيمة دابته ونصف قيمة دابة الآخر، ولا يسقط شيء من دية أحدهما ولا من قيمة دابته، لأنه قد تعدى بإركابه فضمن جنايته وضمن الجناية عليه.

وإن كان أحدهما صغيراً والآخر كبيراً كان ما اختص بالصغير مضموناً على ما ذكرناه إذا كانا صغيرين، وما اختص بالكبير مضموناً على ما ذكرناه إذا كانا كبيرين، وهكذا لو كان المصطدمان امرأتين حاملين فألقت كل واحدة منهما جنيناً ميتاً لم ينهدر

شيء من دية الجنين، وكان على عاقلة كل واحدة منهما نصف دية جنينها، ونصف دية جنين صاحبتهما، لأن جنينها تلف بصدمتها وصدمة الأخرى، وجنينها مضمون عليها بالجناية لو انفردت باستهلاكه، فكذلك تضمنه إذا شاركت فيه غيرها، ولا قصاص هاهنا في الديتين بحال وإن كانا ورثة الجنين، لأن من وجبت له غير من وجبت عليه.

فصل: وإن كان المصطدمان عبيدين فماتا صار دمهما هدرًا، وسقطت قيمة كل واحد منهما، لأن كل واحد منهما سقطت نصف قيمته بصدمته ووجب نصفها في رقبة الآخر لصدمته، وسواء ماتا معاً، أو مات أحدهما بعد الآخر إذا لم يمكن بيع المتأخر منهما قبل موته، وإن كان أحد المصطدمين حرًا، والآخر عبدًا لم ينهدر من دم كل واحد منهما إلا النصف المختص بفعله، لأن العبد إذا مات وجب على الحر نصف قيمته، فانتقل العبد بعد موته إلى نصف قيمته فلم يبطل محل جنايته فوجب فيه نصف دية الحر، وأن تكون نصف قيمة العبد على قولين:

أحدهما: في مال الجاني.

والثاني: على عاقلته.

فإن قيل: إن نصف قيمة العبد في مال الجاني لا تتحملة عاقلته فقد وجب في مال الحر نصف قيمة العبد، ووجب نصف دية الحر في المستحق من نصف قيمة العبد فصار من وجب عليه نصف القيمة هو الذي وجب له نصف الدية فيكون ذلك قصاصاً، ولا يخلو ذلك من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يتساوى نصف قيمة العبد ونصف دية الحر فيقع الوفاء بالقصاص.

والثاني: أن يكون نصف قيمة العبد أكثر من نصف دية الحر، فيرجع سيد العبد في تركة الحر بالفاضل من نصف قيمة عبده.

والثالث: أن يكون نصف دية الحر أكثر من نصف قيمة العبد، فيكون الفاضل من نصف الدية هدرًا لبطلان محله.

وإن قيل: إن نصف قيمة العبد على عاقلة الحر فإن كان عاقلة الحر هم ورثته فقد وجب عليهم نصف قيمة العبد ووجب لهم نصف دية الحر، فيكون ذلك قصاصاً، فإن فضل للسيد من نصف قيمة العبد فضل أخذه من العاقلة، وإن فضل من نصف الدية فضل كان هدرًا، وإن لم يكن العاقلة ورثة الحر وكان ورثة غيرهم وجب على العاقلة لسيد العبد نصف قيمته، ووجب لورثة الحر في المستوفى من قيمة العبد نصف دية، ولا يكون قصاصاً، لأن من وجب له غير من وجب عليه، فإن استوى نصف قيمة العبد ونصف دية الحر ففي كيفية القبض والأداء وجهان محتملان:

أحدهما: يستوفي سيد العبد عن عاقلة الحر نصف القيمة ويؤديه إلى ورثة الحر في نصف الدية ليقبضها بحق ملكه ويدفعها بحق التزامه.

والوجه الثاني: أن ينتقل الحق إلى ورثة الحر، وليس لسيد العبد أن يقبضه، لأنه مستحق، وربما تلف بين قبضه وإقباضه فتلف على مستحقه، فصار ما استحقه السيد من نصف القيمة منتقلاً إلى ورثة الحر بما استحقوه من نصف الدية وإن كان نصف قيمة العبد أكثر من نصف الدية أخذ سيده الفاضل من نصف قيمته بعد أن يستوفي ورثة الحر نصف ديته، وإن كان نصف الدية أكثر من نصف قيمة العبد كان الفاضل ونصف الدية هدرًا، وبالله التوفيق.

فصل: إذا جذب رجلان ثوباً بينهما فتخرق، فإن كان الثوب لهما فعلى كل واحد منهما لصاحبه ربع أرض خرقه، لأنه يملك نصف الثوب، وخرقه بفعله وفعل شريكه مسقطاً ما قابل فعله، ووجب له ما قابل فعل شريكه فيتقاضان ذلك، لأن كل واحد منهما يجب عليه مثل ما يجب له، وإن كان الثوب لأحدهما كان نصف أرضه هدرًا، لأنه مقابل لفعل مالكة، ونصف الأرض على الذي لا ملك له فيه، وإن كان الثوب لغيرهما كان على كل واحد منهما نصف أرضه لمالكة.

فصل: وإذا اصطدم رجلان بإنائين فيهما طعام فانكسر الإناءان واختلط الطعامان ضمن كل واحد منهما لصاحبه نصف قيمة إنائه، وكان نصفه الباقي هدرًا، وأما الطعامان فضربان:

أحدهما: أن يمكن تمييز أحدهما عن الآخر بعد اختلاطه كالسويق والسكر الصحيح، فيميز كل واحد منهما طعامه من طعام صاحبه، فإن احتاج تمييزهما إلى أجرة صانع كانت بينهما، فإن كان لتمييزهما بعد اختلاطهما نقصان في قيمتهما رجع كل واحد منهما على صاحبه بنصف أرض نقصان طعامه.

والضرب الثاني: أن لا يمكن تمييزهما بعد اختلاطهما كالسويق والعسل، فيقوم كل واحد من الطعامين على انفراده، ثم يقومان بعد الاختلاط، فإن لم يكن فيهما نقصان فلا غرم وصارا شريكين فيه بتقدير الثمنين، كأن قيمة السويق خمسة دراهم وقيمة العسل عشرة دراهم فيكون صاحب السويق شريكاً فيه بالثلث، وصاحب العسل شريكاً فيه بالثلثين، فإن باعاه اقتسما ثمنه على قدر شركتهما، وإن أراد قسمه بينهما جبراً لم يجز، لأن كل واحد منهما معاوض عن سويق بعسل، وذلك بيع لا يدخله الإيجاب وإن أراد قسمة عن تراضٍ ففي جوازه قولان:

أحدهما: يجوز إذا قيل: إن القسمة بيع بدخول التفاضل فيه، وإن نقص

باختلاطهما ضمن كل واحد منهما لصاحبه نصف أرش الناقص من طعامه، وتقاضا، ثم كانا في الشركة على ما ذكرناه وبالله التوفيق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكَذَلِكَ لَوْ رَمَوْا بِالْمَنْجَنِيقِ مَعًا فَرَجَعَ الْحَجَرُ عَلَيْهِمْ فَقُتِلَ أَحَدُهُمْ فَتَرَفَّعَ حِصَّتُهُ مِنْ جَنَائِتِهِ وَيُغْرَمُ عَاقِلَةُ الْبَاقِينَ بَاقِي دِيَّتِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا جذب جماعة حجر منجنيق فأصابوا به رجلاً فقتلوه فهو على ضربين:

أحدهما: أن يقتلوا به رجلاً من غيرهم، فضمان نفسه على جميعهم، ولهم في إصابته ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقصدوا بحجر المنجنيق هدم جدار فيعترضه فيصيبه فهذا خطأ محض، تجب الدية على عواقلهم مخففة بينهم بالسوية، فإن كانوا عشرة تحمل عاقلة كل واحد منهم عشر دية.

والحال الثانية: أن يقصدوا قتله بعينه فينفقوا على اعتماده، فهؤلاء عمد على جميعهم القود.

فإن قال بعضهم: عمدت، وقال بعضهم: لم أعمد اقتص من العامد، ولزم من أنكر العمد دية الخطأ في ماله بعد إحلافه، ولا تتحملها العاقلة عنه، لأنه اعتراف إلا أن يصدقوه فيتحملوا عنه.

والحال الثالثة: أن يقصدوا بحجر المنجنيق رمي جماعة ليقتلوا به أحدهم لا بعينه فهذه هي القتلة العمياء تكون عمد الخطأ، لأنهم عمدوا الفعل فأخطأوا في تعيين النفس فلا قود فيه، وتجب الدية على عواقلهم مغلظة.

روى عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ قَتَلَ فِي عَمِيَاءٍ رَمِيًّا بِحَجَرٍ أَوْ ضَرْبًا بِعَصَا فَعَلَيْهِ عَقْلُ الْخَطَا، وَمَنْ قَتَلَ اغْتِبَاطًا فَهُوَ قَوْدٌ لَا يُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ قَاتِلِهِ فَمَنْ حَالَ بَيْنَهُمَا فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ، لَا يُقْبَلُ مِنْهُ صَرْفٌ وَلَا عَدْلٌ».

فالعمياء أن يرمي جماعة فيصيب أحدهم لا بعينه، والاعتباط: أن يرمي أحدهم بعينه، فإذا ثبت أن ديته على عواقل الجماعة فإنما يجب على عاقلة من جذب في الرمي دون من وضع الحجر في كفة المنجنيق، ودون من يصيب المنجنيق، لأن وقوع الحجر كان من الجذب، فافتضى أن تجب الدية على من تولاه، ووضع الحجر يجري مجرى وضع السهم في وتر القوس، فإن تولى الرمي غيره كان الضمان على الرامي دون واضع

السهم، وناصب المنجنيق يجري مجرى صانع القوس، وأجراه بعض أصحابنا مجرى الممسك مع الذابح وبأنه أجرى فلا ضمان عليه.

فصل: والضرب الثاني: أن يعود حجر المنجنيق على جاذبيه فيقتل أحدهم وهي مسألة الكتاب، فيكون قتله بجذبه وجذب الجماعة، فإذا كانوا عشرة سقط من دية عشرها، لأنه في مقابلة جذبه، ووجب تسعة أعشارها على عاقل التسعة الباقين، تتحمل عاقلة كل واحد منهم عشرها، ولو عاد حجر المنجنيق على اثنين من عشرة فقتلها سقط من دية واحد منهم عشرها المقابل لجذبه، ووجب لكل واحد منهما على عاقلة الآخر عشر دية، لأنه أحد قتلته، ووجب لكل واحد منهما على عاقلة كل واحد من الثمانية الباقين عشر دية، فيتحمل كل واحد من الثمانية عشري ديتين، لأنه قاتل الاثنين، ويتحمل كل واحد من القاتلين عشر دية واحدة، لأنه قاتل لواحد وعلى هذا القياس لو قتل ثلاثة فأكثر، فإن عاد الحجر على جميع العشرة فقتلهم سقط العشر من دية كل واحد منهم لمقابلتها بجذبه، فوجب على عاقلة كل واحد منهم تسعة أعشار تسع ديات، لو ارث كل قاتل منهما تسع.

وهكذا لو جذب جماعة حائطاً أو نخلة فتلف أحدهم أو جميعهم كان كوقوع حجر المنجنيق على أحدهم أو على جميعهم في أن يسقط من دية كل واحد منهم ما قابل فعله، ويجب على الباقين باقي دية.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا وَاقِفًا فَصَدَمَهُ الْآخَرُ فَمَاتَا فَالْصَّدَامُ هَذَرٌ وَدِيَّةُ صَاحِبِهِ عَلَى عَاقِلَةِ الصَّادِمِ».

قال الماوردي: لأن الصادم تفرد بالجناية على نفسه وعلى الواقف المصدوم، وسواء كان الوقوف في ملك الواقف أو في غير ملكه أو في طريق سابل، لأن من وقف في غير ملكه لا يستوجب القتل، فأما إن كان أحدهما جالساً أو نائماً في طريق سابل فعثر به الآخر فماتاً معاً فدية الجالس على عاقلة العاثر، وأما دية العاثر فقد قال في القديم: إنها على عاقلة الجالس أو النائم.

وقال في الجديد: دية العاثر هدر، فاختلف أصحابنا فخرجه بعضهم على قولين:

أحدهما: وهو في القديم أن دية العاثر على عاقلة الجالس كلها، ودية الجالس على عاقلة العاثر كلها، لأن كل واحد منهما مات بفعل انفرد به الآخر، ولم يقع فيه اشتراك، فالجالس مات بسقوط العاثر، والعاثر مات بجلوس الجالس، ويكون الفرق بين الجالس والقائم أن القيام في الطرقات لا يستغنى عنه، ولا يجد الناس بداً منه، وخالف الجلوس والنوم فيها، لأن مواضع النوم والجلوس في غير المسالك المطروقة.

والقول الثاني: وهو الجديد: أن حكم الواقف والجالس واحد، وأن دية العاثر هدر ودية الجالس على عاقلة العاثر، لأن عرف الناس جار بجلوسهم في الطرقات كما تقفون فيها.

وقال آخرون من أصحابنا: ليس اختلاف نصه في القديم [والجديد على اختلاف قولين، وإنما هو على اختلاف حالين، فالقديم^(١) الذي أوجب فيه دية العاثر على الجالس إذا جلس في طريق ضيقة يؤدي بجلوسه المارة، ولو كان بدل جلوسه فيه قائماً وقيامه مضر بالمارة كان في حكم الجالس، فيضمن دية العاثر، والجديد الذي أسقط فيه دية العاثر إذا كان الجالس قد جلس في طريق واسعة لا يضر جلوسه بالمارة؛ لأن الناس لا يجدون من الجلوس في الطرقات الواسعة بدءاً، وكذلك لو كان نائماً؛ لأن محل النوم والجلوس يتقاربان، وإذا انهدرت دية العاثر بالنائم والجالس كان أولى أن ينهدر بالواقف.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا اضْطَدَمَتِ السَّفِينَتَانِ وَتَكَسَّرَتَا أَوْ إِحْدَاهُمَا فَمَاتَ مَنْ فِيهِمَا فَلَا يَجُوزُ فِيهَا إِلَّا وَاحِدٌ مِنْ قَوْلَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنْ يَضْمَنَ الْقَائِمُ بِهِمَا فِي تِلْكَ الْحَالِ نِصْفَ كُلِّ مَا أَصَابَتْ سَفِينَتُهُ لِغَيْرِهِ أَوْ لَا يَضْمَنُ بِحَالٍ إِلَّا أَنْ يَقْدَرَ عَلَى تَضْرِيْفِهَا بِنَفْسِهِ وَبِمَنْ يُطِيعُهُ فَأَمَّا إِذَا غَلَبَتْهُ فَلَا يَضْمَنُ فِي قَوْلٍ مَنْ قَالَ بِهِذَا الْقَوْلُ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الَّذِي يُصَرِّفُهَا أَنَّهَا غَلَبَتْهُ بِرِيحٍ أَوْ مَوْجٍ وَإِذَا ضَمِنَ غَيْرَ النَّفْسِ فِي مَالِهِ ضَمِنَتْ النَّفْسُ عَاقِلَتَهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَبْدًا فَيَكُونُ ذَلِكَ فِي عُنُقِهِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَدْ قَالَ فِي كِتَابِهِ الْإِجَارَاتِ لَا ضَمَانَ إِلَّا أَنْ يُمَكِّنَ صَرَفُهَا».

قال الماوردي: وصورتها في سفيتين سائرتين اصطدمتا فتكسرتا وغرقتا، وهلك من فيهما من الناس، وتلف ما فيها من الأموال، فلهما حالتان:

إحداهما: أن يكون منهما تفريط.

والثاني: أن لا يكون منهما تفريط.

فإن كان ملاح كل واحدة من السفيتين المدبر لسيرها مفرطاً وتفريطه قد يكون من وجوه منها: أن يقصر في آلتها، أو يقلل من أجزائها، أو يزيد في حملها، أو يسيرها في شدة ريح لا يسار في مثلها، أو يغفل عنها في وقت ضبطها، فهذا كله وما شاكلة تفريط يجب به الضمان، وإذا وجب الضمان بالتفريط تعلق بفصلين:

(١) ما بين المعكوفين سقط في ب.

أحدهما: بالنفوس .

والثاني: بالأموال .

فأما النفوس فإن عمد الملاحان للصدم والتغريق لتزاع أو شحناء فهما قاتلان عمداً لمن في السفينتين من النفوس، فيجب على كل واحد منهما القود لمن في سفينته وسفينة صاحبه، فيقتل أحدهم بالقرعة، ويؤخذ في ماله نصف ديات الباقيين، ويؤخذ النصف الآخر من مال الملاح الآخر .

وإن لم يعمد الاصطدام فلا قود على عاقلة كل واحد منهما نصف ديات ركاب سفينته وركاب السفينة الأخرى، فتكون دية كل واحد من ركاب السفينتين على عاقلة كل واحد من الملاحين، لأن الجناية منهما، إلا أن يكون الملاحان عبيدين فيكون الديات في رقبتهما، فإن هلك الملاحان مع الركاب وكانا عبيدين كانت نفوس الركاب هدرأً، لتلف محل جنايتهما، وإن كانا حرين تحملت عاقلة [كل واحد منهما نصف دية كل واحد من الركاب، فتكون عاقلة]^(١) هذا نصف الدية، وعلى عاقلة الآخر نصفها الآخر، ويتحمل عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر، ويكون نصفها الباقي هدرأً، لأنه في مقابلة جناية نفسه .

وأما الأموال فلا يخلو إما أن تكون لهما أو لغيرهما .

فإن كانت لغيرهما ضمن كل واحد من الملاحين في ماله نصف قيمة المتاع الذي في سفينته، ونصف قيمة المتاع الذي في سفينة الآخر، وضمن الملاح الآخر النصف الآخر .

وإن كان المتاع لهما ضمن كل واحد منهما نصف قيمة متاع صاحبه لجنايته على مال غيره، وكان النصف الباقي هدرأً، لأنه من جنايته على مال نفسه .

وأما السفينتان فإن كانتا لغيرهما ضمن كل واحد منهما نصف قيمة سفينته وسفينة صاحبه، وإن كانتا لهما ضمن كل واحد منهما نصف سفينة صاحبه وكان نصف سفينته هدرأً كما قلنا في الأموال .

فصل: وإن كان الملاحان غير مفرطين لقيام كل واحد منهما بما يحتاج إليه من آلة وأعوان وحمل سفينته ما نقله وتسيرها في وقت العادة، فهاجت ريح عاصفة لم يقدروا معها على ضبط السفينتين حتى غرقتا وما فيهما من النفوس والأموال، ففي وجوب الضمان قولان نص عليهما فيما نقله المزني في هذا الموضع :

(١) ما بين المعكوفين سقط في ب .

أحدهما: عليه الضمان، ونص عليه في «الإملاء».

والقول الثاني: لا ضمان، ونص عليه في الإجازات، فإذا قيل: بوجوب الضمان فدليله أنه لما كان اصطدام الفارسين موجباً للضمان وإن عجزا عن ضبط الفرسين وجب أن يضمن الملاحان وإن عجزا عن ضبط السفينتين، فعلى هذا يكون ضمان النفوس والأموال على ما مضى من التفريط إلا في القود بأنه لا يجب بخروجه عن حكم الغير، ويكون ديات النفوس مخففة على العاقلة، لأنه خطأ محض.

وإذا قيل: بسقوط الضمان فدليله أن ما خرج عن التعدي والتفريط في الأمانات لم يضمن بالحوادث الطارئة كالودائع، ولأن التلف لو كان بصاعقة لم يضمن كذلك بالريح العارضة، وخالف اصطدام الفارسين، لأن عنان الدابة بيد راكبها تتصرف على اختياره، فإن قهرته فلتفريطه في آلة ضبطها [والريح العارضة لا يقدر على دفعها ولا يجد سبيلاً إلى ضبطها]^(١) فافترقا، فعلى هذا تكون النفوس هدرًا.

فأما السفن فإن كانت ملكاً أو مستأجرة لم يضمن، وإن كانت مستعارة ضمن كل واحد منهما من الملاحين جميع قيمة سفينته التي استعارها، لأن العارية مضمونة في الأصل بعدوان وغير عدوان.

وأما الأموال فإن كان معها أربابها لم يضمنها الملاحان، وإن لم يكن معها أربابها لم يضمن إن كان منفرداً كالأجير المنفرد، وفي ضمانه إن كان مشتركاً قولان كالأجير المشترك:

أحدهما: يضمن إذا قيل إن الأجير المشترك ضامن.

والثاني: لا يضمن إذا قيل إن الأجير المشترك ليس بضامن، فإن كان أحد الملاحين منفرداً والآخر مشتركاً فلا ضمان على المنفرد، وفي ضمان المشترك قولان، ولو فرط أحد الملاحين ولم يفرط الآخر كان المفرط ضامناً، وفي ضمان من لم يفرط قولان، فإن غرقت إحدى السفينتين ولم تغرق الأخرى كان الحكم في ضمان التي غرقت كالحكم في ضمانها لو غرقا معاً، وإذا كان في السفينة مالکها وملاحها فإن كان مالکها هو المرامي لها والمدبر لسيرها كان الضمان إن وجب على المالك دون الملاح، وإن كان الملاح هو المدبر لسيرها دون المالك فالضمان واجب على الملاح دون المالك.

فلو اختلف في التفريط الملاح والركاب فادعاه الركاب وأنكره الملاح فالقول فيه قول الملاح مع يمينه، لأنه على أصل الأمانة إلا أن يجب عليه الضمان مع عدم التفريط فلا يكون لهذا الاختلاف تأثير إلا فيما وقع الفرق في صفة ضمانه بين التفريط وغيره.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا صُدِمَتْ سَفِينَتُهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُعْهَدَ بِهَا الصَّدْمُ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئاً مِمَّا فِي سَفِينَتِهِ بِحَالٍ لِأَنَّ الَّذِينَ دَخَلُوا غَيْرَ مُتَعَدِّ عَلَيْهِمْ وَلَا عَلَى أَمْوَالِهِمْ».

قال الماوردي: اختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها مصورة في اصطدام السفينتين السائرتين إذا لم يكن منهما تفريط فلا ضمان على واحد منهما في أصح القولين، ويكون هذا بقية المسألة الماضية، وهذا تأويل أبي علي بن أبي هريرة وطائفة.

والوجه الثاني: أنها مصورة في سفينة مرساة إلى شاطئ نهر أو ساحل بحر قد أحكمت ربطها وألقيت أناجرها فعصفت ريح قطعت ربطها وقلعت أناجرها حتى هلكت ومن فيها فلا ضمان هاهنا على ملاحها قولاً واحداً، لأنه لا فعل له فيها عند غرقها، وخالف حال السائرة التي هي مدبرة بفعله، وربما خفي فيه وجه تقصيره، حكاه أبو القاسم الصيمري.

والوجه الثالث: أنها مصورة في سفينة مرساة إلى الشط محكمة الربط وأخرى سائرة عصفت بها الريح فألقتها على الواقعة حتى غرقها فلا ضمان على صاحب الواقعة، وفي وجوب الضمان على صاحب السائرة إن لم يفرط قولان حكاهما أبو حامد الإسفراييني.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا عَرَضَ لَهُمْ مَا يَخَافُونَ بِهِ التَّلَفَ عَلَيْهَا وَعَلَى مَنْ فِيهَا فَأَلْقَى أَحَدُهُمْ بَعْضَ مَا فِيهَا رَجَاءً أَنْ تَخِفَ فَتَسْلَمَ فَإِنْ كَانَ مَالُهُ فَلَا شَيْءَ عَلَى غَيْرِهِ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالُوا لَهُ أَلْقِ مَتَاعَكَ فَإِنْ كَانَ لِغَيْرِهِ ضَمِنَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا خاف ركبان السفينة من غرقها لثقل ما فيها وعصوف الريح بها فألقى رجل بعض متاعها لتخف فتسلم فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يلقى متاع نفسه.

والثاني: أن يلقى متاع غيره.

فإن ألقى متاع غيره كان متعدياً بإلقائه، سواء كان الملقى صاحب السفينة أو غيره، وعليه ضمانه، سواء نجت السفينة أو هلكت، منعه المالك من إلقائه أو لم يمنعه، لأن إمساكه عن منعه لا يبرئه من ضمانه، كما لو قتل له قتيلاً أو قطع منه عضواً، ولا يجب على ركبان السفينة من ضمانه شيء وإن كان سبباً لسلامتهم، فلو

كانوا قد أمروه بإلقائه لم يضمنوا، لأن الملقى لا يستبيح الإلقاء بأمرهم، فصار وجود أمرهم وعدمه سواء.

فإن قيل: فهلا سقط ضمان هذا المال لما في استهلاكه من خلاص النفوس كالفحل إذا صال فقتل لم يضمن.

قيل: لأن خوف الفحل لمعنى فيه فسقط ضمانه، وخوف الغرق لمعنى في غير المالك فلزم ضمانه، كما لو اضطر إلى أكل طعام غيره ضمنه، فإن ألقى متاع نفسه فعلى ضريين:

أحدهما: بأمرهم.

والثاني: بغير أمرهم.

فإن ألقاه بغير أمرهم كان محتسباً في إلقائه لما يرجى من نجاته ونجاتهم، وليس له الرجوع بقيمته على أحد منهم، وإن كان ألقاه سبباً لنجاتهم؛ لأنه تطوع بإلقائه، وإن ألقاه بأمرهم فعلى ضريين:

أحدهما: أن يضمنوا له قيمته.

والثاني: أن لا يضمنوها.

فإن لم يضمنوها بل قالوا ألق متاعك فألقاه فلا غرم له عليهم وإن أمروه به، وحكى عن مالك أن عليهم ضمانه وغرمه؛ لأن الأمر كالفاعل، ولما في ذلك من عموم الصالح وهذا فاسد؛ لأمرين:

أحدهما: أنهم لو أمروه باستهلاكه في غير البحر لم يضمنوه فكذلك في البحر.

والثاني: أنهم لو أمروه بعق عبده أو بطلاق زوجته لم يضمنوا كذلك بإلقاء ماله وإن ضمنوه له فقالوا له ألق متاعك وعلينا ضمانه فألقاه لزمهم ضمانه، وهو قول الجمهور، وقال أبو ثور: لا يلزمهم ضمانه، لأنه ضمان ما لم يجب، كما لو قال له: قد ضمنت لك ما تداين به فلاناً لم يلزمه ضمان ما دايته به، لتقدم ضمانه على الوجوب، وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن أحكام الضرورات وعموم المصالح أوسع من أحكام العقود الخاصة في الاختيار.

والثاني: أنه لو قال له: اعتق عبدك عني وعلي ضمانه لزمه الضمان لعتقه كذلك في مسألتنا، فأما ضمان ما لم يجب فقد اختلف أصحابنا فيه هاهنا على وجهين:

أحدهما: أنه ليس بضمان، وإنما هو استدعاء للاستهلاك بشرط الغرم؛ لأن

الضمان ما كان الضامن فيه فرعاً للمضمون عنه وهذا غير موجود هاهنا .

والوجه الثاني : أنه ضمان وإن انعقد قبل الوجوب بخلاف المداينة .

والفرق بينهما أن ضمان المتاع بعد إلقائه لا يصح فصح ضمانه قبل إلقائه ، وضمان المداينة بعد استحقاقها يصح فلا يصح ضمانها قبل الاستحقاق ، ويشهد له من الأصول أن بيع الثمر لما صح بعد خلقها لم يجز بيعها قبل خلقها ، ومنافع الدار المستأجرة لما لم تصح المعاوضة عليها بعد حدوثها صح قبل حدوثها ، كذلك ما ذكرناه من الضمان .

فأما إذا قال له وقد أُمِنُوا الغرق : ألقى متاعك في البحر وعليّ ضمانه ، فألقاه ففي لزوم هذا الضمان وجهان :

أحدهما : وهو قول أبي حامد الإسفراييني : لا يلزمه لعدم الضرورة وارتفاع الأغراض الصحيحة .

والوجه الثاني : يلزمه ضمان بشرط الضمان عند الاستهلاك ، والأول أشبه والثاني أقيس .

فأما أخذ الرهن في هذا الضمان فلا يصح لأمرين :

أحدهما : لعقده قبل وجوب الحق .

والثاني : للجهل بمقدار القيمة وأجازه بعض أصحابنا كالضمان وليس بصحيح ؛

لأن حكم الضمان أوسع من حكم الرهن ؛ لأن ضمان الدرك يجوز أخذ الرهن عليه .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «وَلَوْ قَالَ لِصَاحِبِهِ أَلْقِهِ عَلَى أَنْ أَضْمَنَهُ أَنَا وَرُكْبَانُ السَّفِينَةِ ضَمَنَهُ دُونَهُمْ إِلَّا أَنْ يَتَطَوَّعُوا (قال المزني) هَذَا عِنْدِي غَلَطٌ غَيْرُ مُشْكِلٍ وَقِيَاسٌ مَغْنَاهُ أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ بِحِصَّتِهِ فَلَا يَلْزَمُهُ مَا لَمْ يَضْمَنْ وَلَا يَضْمَنْ أَصْحَابُهُ مَا أَرَادَ أَنْ يَضْمَنَهُمْ إِيَّاهُ» .

قال الماوردي : وصورتها : أن يلقي متاعه في البحر بشرط الضمان ، فلا يخلو أن يضمنه جميعهم أو أحدهم ، فإن ضمنوه جميعاً فعلى ضربين :

أحدهما : أن يشتركوا فيه فيقولوا : ألقه وعلينا ضمانه ، فيكون الضمان مقسماً بين جميعهم على أعدادهم ، فإن كانوا عشرة ضمن كل واحد منهم عشر قيمته .

والضرب الثاني : أن ينفردوا فيه فيقولوا : ألقه وعلى كل واحد منا ضمانه ، فيلزم كل واحد منهم ضمان جميع قيمته ، وإن ضمنه أحدهم لم يخل من أن يضمنه عن نفسه

أو عن جماعتهم، فإن ضمنه عن نفسه اختص بضمانه وغرمه، وإن عاد نفعه على جميعهم، وإن ضمنه عنه وعنهم لم يخل أن يكون بأمرهم أو غير أمرهم، فإن كان بأمرهم كان ضمانه عنه وعنهم لازماً لجميعهم، وإن كان على وجه الاشتراك كان متقسماً على أعدادهم، وإن كان على وجه الانفراد لزم جميع الضمان لكل واحد منهم، وإن ضمن عنه وعنهم بغير أمرهم لم يلزمهم ضمانه عنهم، لأن الضمان لا يلزم إلا بقول أو فعل ولم يوجد منهم أحدهما، وأما الضامن فيلزمه ضمان نفسه، وقدر ما يلزمه من الضمان معتبر بلفظه وله فيه ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعبر عنه بلفظ الانفراد فيقول: ألقه وعلى كل واحد منا ضمانه فعليه ضمان جميعه بلفظه وله فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أن يعبر عنه.

والحال الثانية: أن يعبر عنه بلفظ الاشتراك فيقول: ألقه وعلى جماعتنا ضمانه، فعليه من الضمان بقسطه من عددهم.

والحال الثالثة: أن يعبر عنه بلفظ مطلق فيقول: ألقه على أن أضمنه أنا وركبان السفينة، فهي مسألة الكتاب قال الشافعي: «ضمنه دونهم» فاختلف أصحابنا في مطلق هذا الضمان هل يقتضي حمله على الانفراد أو الاشتراك؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يكون محمولاً على الاشتراك فلا يلزمه منه إلا بحصته، ويكون تأويل قول الشافعي «ضمنه دونهم» محمولاً على أصل الضمان دون قدره، ويكون المزني موافقاً للشافعي^(١) في حكم الضمان ومخطئاً عليه في تأويل سلامه.

والوجه الثاني: أنه محمول على ضمان الانفراد، ويلزمه ضمان جميع القيمة، ويكون قول الشافعي: «ضمنه دونهم» محمولاً على ضمان جميعه، ويكون المزني مخالفاً للشافعي في الحكم مصيباً في تأويل كلامه، ووجدت لبعض أصحابنا وجهاً ثالثاً أنه إن كان عند ضمانه عنه وعنهم ضمن أن يستخلص ذلك من أموالهم لزمه ضمان جميعه، وإن لم يضمن استخلاصه من أموالهم لم يضمن إلا قدر حصته، وأشار إلى هذا الوجه أبو حامد الإسفراييني، واستشهد عليه بقول الشافعي في الخلع: ولو قال اخلع زوجتك على ألف أصبحها لك من مالها لزمه ضمانها، ولو قال: على ألف في مالها لم يلزمه ضمانها

(١) ما بين المعكوفين سقط في ب.

فصل: ولو ابتدأ صاحب المتاع فقال لركبان السفينة: ألقى متاعي وعلى كل واحد منكم ضمانه.

فقالوا جميعهم: نعم، أو قالوا: افعل فهما سواء، وعلى كل واحد منهم ضمان جميع قيمته.

ولو قال أحدهم: نعم أو افعل وأمسك الباقيون لزمه الضمان دونهم.

ولو كان صاحب المتاع قال لهم: ألقى متاعي وعليكم ضمانه.

فقالوا جميعاً: نعم لزم كل واحد من الضمان بقدر حصته، لأن هذا ضمان اشتراك والأول ضمان انفراد، ولو أجابه أحدهم ضمن وحده قدر حصته.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ خَرَقَ السَّفِينَةَ فَغَرَقَ أَهْلُهَا ضَمِنَ مَا فِيهَا وَضَمِنَ دِيَاتِ رُكْبَانِهَا عَاقِلَتُهُ وَسَوَاءٌ مَنْ خَرَقَ ذَلِكَ مِنْهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وله إذا خرقها ثلاثة أحوال يستوي ضمان الأموال في جميعها ويختلف فيها ضمان النفوس:

أحدها: أن يكون خرقه لها عمداً محضاً.

والثاني: أن يكون خطأ محضاً.

والثالث: أن يكون عمد الخطأ، فإن كان عمد الخطأ فهو أن يعمد خرقها وفتحها لغير إصلاح لها ولا لسد موضع فيها، فلا يخلو حال الخرق من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون واسعاً لا يجوز أن تسلم السفينة من مثله فهذا قاتل عمداً، وعليه القود إن سلم منها، وإن غرق معها ففي ماله ديات من غرق فيها مع قيمة الأموال التالفة فيها.

والقسم الثاني: أن يكون الخرق مما يجوز أن تسلم السفينة مع مثله ويجوز أن تغرق منه فهذا عمد الخطأ لعمده في الفعل وخطئه في القصد، فتكون ديات النفوس مغلظة على عاقلته وضمان الأموال مع الكفارات في ماله، ولا قود عليه.

والقسم الثالث: أن يكون الخرق مما لا يغرق من مثله فيتسع ويغرق فهذا خطأ محض، تكون ديات النفوس مخففة على عاقلته، وضمان الأموال مع الكفارات في ماله، فهذا حكم خرقه إذا كان عامداً في فعله.

وأما الحال الثانية: وهو أن يكون الخرق منه خطأ محضاً، فهو أن يسقط من يده حجر فيفتحها فيغرق، فتكون ديات النفوس مخففة على عاقلته، وضمان الأموال مع

الكفارات في ماله، يستوي فيه الحكم على اختلاف حال الخرق في صغره وكبره.

وأما الحال الثالثة وهو أن يكون الخرق منه عمد الخطأ فهو أن يعمد فتحها لعمل عيب فيها فتغرق، أو يدق فيها مسمار فينشق اللوح وتغرق، فتكون ديات النفوس مغلظة على عاقلته، وضمان الأموال مع الكفارات في ماله، ولو دق جانباً منها لعمل فانفتح الجانب الآخر لم يكن عن قصده.

فصل: وإذا دفع الرجل ولده إلى سابح ليعلمه السباحة فغرق فللولد حالتان:

إحدهما: أن يكون صغيراً غير بالغ، فتجب ديته على عاقلة السابح مغلظة كالمعلم إذا ضرب صبيّاً فمات، لأن له أن يحطه في الماء على شرط السلامة، فإذا أفضى إلى التلف كان منسوباً إلى تقصيره فضمن، كما يكون للمعلم ضرب الصبي للتأديب على شرط السلامة فإذا أفضى إلى التلف صار منسوباً إلى التعدي فضمن.

والحال الثانية: أن يكون الولد بالغاً فلا ضمان على السابح، لأن حفظه في الماء إذا كان بالغاً وتجنبه فيه من الغرق متوجه إليه لا إلى السابح، فصار التفريط منه لا من غيره فلم يضمن ديته.

فصل: وإذا ربط رجل يدي رجل ورجليه وألقاه على ساحل بحر فزاد الماء فغرقه فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون زيادة الماء مألوفة في أوقات راتبة كالمد والجزر بالبصرة، فهذا قاتل عمداً وعليه القود؛ لأنه فاسد لتغريقه.

والضرب الثاني: أن تكون الزيادة غير مألوفة فلا قود فيه، وهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون الأغلب من حال الماء أن يزيد وإن جاز أن لا يزيد، فيكون ذلك منه عمد الخطأ تجب الدية فيه مغلظة على عاقلته.

والضرب الثاني: أن يكون الأغلب من حال الماء أن لا يزيد وإن جاز أن يزيد، فيكون هذا خطأ محضاً تجب فيه الدية مخففة على العاقلة.

ولو ربط يديه ورجليه وألقاه في صحراء فأكله السبع فلا قود عليه، لأن المتلف غيره، ثم ينظر فإن كانت الصحراء مسبعة فهو عمد الخطأ تجب فيه الدية مغلظة على عاقلته، وإن كانت غير مسبعة فهو خطأ محض تجب فيه الدية مخففة.

فصل: وإذا تجارح رجلان وادعى كل واحد منهما أنه جرح صاحبه دفعاً عن نفسه والآخر منكر فالقول قول كل واحد منهما في إنكار الطلب وعليه القود، فإن نكل عن يمين الطلب حلف كل واحد منهما على أنه مطلوب ولا قود ولا أورش والله أعلم.

بَابُ مَنْ الْعَاقِلَةُ الَّتِي تَغْرَمُ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «لَمْ أَغْلَمْ مُخَالِفًا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بِالْدِّيَةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ».

قال الماوردي: أما العاقلة فهم ضمناء الدية ومتحملوها من عصابات القتال، واختلف في تسميتهم عاقلة على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن العقل اسم للدية كما قال النبي ﷺ «ثُمَّ أَنْتُمْ يَا خُرَاعَةُ قَدْ قَتَلْتُمْ هَذَا الْقَتِيلَ مِنْ هَذَا وَآنَا وَاللَّهِ عَاقِلُهُ» أي يتحمل عقله وهو الدية.

والوجه الثاني: أنهم سموا عاقلة، لأنهم يقودون إبل الدية فيعقلونها على باب المقتول.

والوجه الثالث: أنهم سموا عاقلة، لأنهم يعقلون القتال أي يمنعون عنه، والمنع العقل، ولذلك سمي العقل في الناس عقلاً، لأنه يمنع من القبائح.

فصل: لا خلاف أن دية العمد لا تحملها العاقلة، سواء وجب فيها القود أو لم يجب كجناية الوالد على الولد وما لا قصاص فيه من الجائفة وسائر الجراح، وتكون الدية حالة في مال الجاني.

وقال أبو حنيفة: ما لا قصاص فيه من العمد تجب الدية فيه على الجاني مؤجلة كالخطأ، وهذا خطأ لأمر:

أحدها: أن سقوط القود في العمد لا يوجب تأجيل ديته كسقوطه بالعفو.

والثاني: أن غرم المتلف إذا لم يدخله التحمل حل كالأموال.

والثالث: أنه لما لم يتعجل دية الخطأ باختلاف أحواله لم تتأجل دية العمد باختلاف أحواله.

فصل: فأما دية الخطأ المحض وعمد الخطأ فالذي عليه جمهور الأمة من المتقدمين والمتأخرين أنها واجبة على العاقلة تتحملها عن القتال، وشذ منهم الأصم، وابن علي وطائفة من الخوارج فأوجبوها على القتال دون العاقلة كالعمد، احتجاجاً

بقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [فاطر: ١٨] وقوله تعالى: ﴿لِتُجْزَى كُلُّ نَفْسٍ بِمَا تَسْعَى﴾ [طه: ١٥] وقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدرثر: ٣٨] أي مأخوذة.

وبما روي أن الحسحاس بن عمرو العنبري قدم على رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، الرجل من قومي يجني أفواخذ به فقال له النبي ﷺ: «مَنْ هَذَا مِنْكَ» وكان معه ابنه فقال: ابني أشهد به أي أعلمه قطعاً وليس بمستلحق فقال: «إِنَّهُ لَا يَجْنِي عَلَيْكَ وَلَا تَجْنِي عَلَيْهِ»^(١) ولم يرد بذلك فعل الجنائية، لأنه قد يجني كل واحد منهما على صاحبه، وإنما أراد به أن لا يؤاخذ بجنائتك ولا تؤاخذ بجنائته.

وروى أبياد بن لقيط عن أبي رمنة قال: أتيت النبي ﷺ مع أبي فرأى التي في ظهره فقال له أبي: دعني أعالجها فإني طيب، فقال: «أنت رفيق والله الطيب»، من هذا معك؟ فقال: ابني أشهد به فقال: «أما إنه لا يجني عليك ولا تجني عليه»^(٢).

وروى الحكم عن مسروق عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: أَلَا لَا تَرْجِعُوا بَعْدِي كُفَّاراً يَضْرِبُ بَفْضِكُمْ رِقَابَ بَعْضٍ، لَا يُؤْخَذُ الْأَبُ بِجَرِيرَةِ ابْنِهِ» وهذا نص.

قالوا: ولأنه لما لم يتحمل العاقلة قيم الأموال لم يتحمل دية النفوس، ولأن العاقلة لو تحملت دية الخطأ لتحملت دية العمد، ولأن الدية عقوبة فلم تتحملها العاقلة كالقود، ولأن لقتل الخطأ موجبين: الدية والكفارة، فلما لم تتحمل العاقلة الكفارة لم تتحمل الدية.

والدليل على أن العاقلة تتحمل الدية قول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢] وتحمل العاقلة من جملة البر والتقوى فدخل في عموم الآية، وروي سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قضى رسول الله ﷺ في جنين امرأة من بني لحيان سقط ميتاً بغرة عبد أو أمة ثم إن المرأة التي قضى عليها بالغرة توفيت فقضى رسول الله ﷺ أن ميراثها لبنيتها وزوجها وأن العقل على عصبتها.

وروى أبو سلمة عن أبي هريرة قال: اقتتل امرأتان من بني هذيل، فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها، فاخصموا إلى رسول الله ﷺ فقضى أن دية جنينها غرة عبد أو وليدة، وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثتها ولدها ومن

(١) انظر التلخيص ٣١/٤.

(٢) أخرجه النسائي في القسامة باب ٤٢ والشافعي ١٩٨ وأحمد ٢/٢٢٧٢٢٢٦.

معه، فقال حمل بن مالك النابغة الهذلي، يا رسول الله، كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل ومثل ذلك بطل، فقال رسول الله ﷺ: «إِنَّ هَذَا مِنْ إِخْوَانِ الْكُفَّانِ مِنْ أَجْلِ مَسْجَعِهِ الَّذِي سَجَعَهُ».

وروى الشعبي عن جابر أن امرأتي من هذيل قتلت إحداهما الأخرى ولكل واحدة منهما زوج وولد، فجعل رسول الله ﷺ دية المقتولة على عاقلة القاتلة وروى أبو عازب عن أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ أنه قال: «القوم بالسيف والخطأ على العاقلة».

وروي أن النبي ﷺ ميز بين معاقل قريش والأنصار فجعل معاقل قريش فيهم، ومعاقل الأنصار في بني ساعدة.

وروى حماد عن إبراهيم أن علياً والزبير اختصما إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنهم في موالي صفية بنت عبد المطلب لأن الزبير ابنها وعلي ابن أخيها، فقضى للزبير بالميراث وعلى علي بالعقل.

ولأن إجماع الصحابة انعقد في قصة عمر بن الخطاب حين أنفذ رسوله إلى امرأة في قذف بلغه عنها فأجهضت ذات بطنها، فسأل عثمان وعبد الرحمن فقالا: لا شيء عليك إنما أنت معلم، وسأل علياً فقال: إن كانا اجتهدا فقد أخطأ وإن كانا ما اجتهدا فقد غشيا عليك الدية، فقال عمر: عزمت عليك لا تبرح حتى تضربها على قومك يعني قريشاً لأنهم عاقلته، فقضى بها عليهم فتحملوها عنه، ولم يخالفه منهم ولا من جميع الأمة أحد مع انتشار القضية، وظهورها في الكافة، فثبت أنه إجماع لا يسوغ خلافه ولأن اختصاص العاقلة بالاسم موجب لاختصاصهم بالحكم، وفقد الحكم يوجب زوال الاسم، ولأن العقل في كلامهم المنع، وقد كانت العرب في الجاهلية يمنعون عن القاتل بأسيافهم، فلما منعهم الإسلام من السيف عوض منه منعهم منه بأموالهم؛ ولذلك انطلق اسم العاقلة عليهم، ولأن النفوس مغلظة على الأموال، وقتل الخطأ يكثر بين الناس، وفي إيجاب الدية على القاتل في ماله أحد أمرين إما استئصال ماله إن كان واحداً وقل أن يتسع لتحمل الدية مال الواحد، وإما إهدار الدم إن كان معدماً، وفي تحمل العاقلة عنه مواساة تفضي إلى حفظ الدماء واستبقاء الأحوال، وهذا أدعى إلى المصلحة وأبعث على التعاطف، ولأنه لما تحمل بالنسب بعض حقوق الله تعالى في الأموال وهو زكاة الفطر جاز أن يتحمل بعض حقوق الآدميين في الأموال وهو ذيات الخطأ، فأما الجواب عن الآية فحقيقة الوزر الإثم، وهو لا يتحمل، وكذلك ظاهر الآيتين محمول على أحد أمرين: إما المأثم وإما أحكام عمده.

وأما قوله في الخبرين أنه لا يجني عليك ولا تجني عليه فعنه جوابان:

كتاب الديات/ باب من العاقلة التي تغرم —————
أحدهما: أن الأبناء والآباء لا يتحملون العقل وإنما يتحملة من عداهم من
العصبات.

والثاني: أنه يحمل على العمد الذي لا يتحمل عن القاتل ولا يؤاخذ به غيره،
وكذلك الجواب عن قوله: «لا يؤخذ الأب بجريرة ابنه ولا الابن بجريرة أبيه».
وأما جمعهم بين الأموال والنفوس فغير صحيح، لتغليظ النفوس على الأموال،
ولذلك دخلت القسامة في النفوس ولم تدخل في الأموال.

وأما العمد فلأنه عن معصية يستحق فيها القود، والعاصي لا يعان ولا يواسى،
والقود لا يدخله تحمل ولا نيابة.

وأما الكفارة فمن حقوق الله تعالى التي تتعلق بالمال تارة وبالصيام تارة، ولا
يصح فيها عفو فلم يدخلها مواساة، وخالفها الدية في هذه الأحكام مخالفتها في
التحمل والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا اخْتِلَافَ بَيْنَ أَحَدٍ عِلْمُهُ فِي أَنَّ
النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بِهَا فِي ثَلَاثِ سِنِينَ».

قال الماوردي: ذهب قوم إلى أن العاقلة تتحمل الدية حالة يؤدونها معجلة
كديات العمد وقيم المتلفات.

وحكي عن ربيعة بن أبي ربيعة بن أبي عبد الرحمن أنها مؤجلة في خمس سنين،
لأن دية الخطأ أخماس، وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة ومالك، وما عليه الجمهور
أنها مؤجلة في ثلاث سنين.

قال الشافعي: «لا اختلاف بين أحد علمته أن رسول الله ﷺ، قضى بها في ثلاث
سنين فأضافه إلى النبي ﷺ وجعل نقله كالإجماع، فاختلف أصحابنا فيما أراه الشافعي
بهذا القضاء، لأن أصحاب الحديث اعترضوا على الشافعي فيه وقالوا: ما صح عن
النبي ﷺ في هذا شيء فكيف قال هذا.

وقال ابن المنذر: لا أعرف هذا عن النبي ﷺ.

وسئل أحمد بن حنبل عن هذا فقال: لا أعرف فيه شيئاً، فقليل له: إن أبا عبد الله
قد رواه عن النبي ﷺ فقال: لعل أبا عبد الله سمعه من ذلك المدني فإنه كان حسن الظن
فيه يعني إبراهيم بن يحيى الهجري. ولأصحابنا عنه جوابان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وطائفة أن مراد الشافعي بقضائه تأجيل
الدية في ثلاث سنين، وأنه مروى لكنه مرسل، فلذلك لم يذكر إسناده.

والثاني: أن مراده القضاء بأصل الدية وهو متفق عليه.

فأما تأجيلها في ثلاث سنين فهو مروى عن الصحابة، روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنها جعلتا دية الخطأ على العاقلة في ثلاث سنين، ولأن العاقلة تتحمل دية الخطأ مواساة، وما كان طريق المواساة كان الأجل فيه معتبراً كالزكاة، ولما خرجت عن عرف الزكاة في القدر زاد حكمها في الأجل، فاعتبر في عدد السنين أكثر القليل وأقل الكثير فكان ثلاث سنين، وبهذا خالف العبد وقيم المتلفات، لأنه لا مواساة فيهما، ولا اعتبار بما قاله ربعة أنها مؤجلة في خمس سنين، لأن دية الخطأ أخماس، لأن عمد الخطأ أثلاث والأجل فيهما سواء.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا مُخَالَفًا فِي أَنَّ الْعَاقِلَةَ الْعَصَبَةُ وَهُمْ الْقَرَابَةُ مِنْ قَبْلِ الْأَبِّ وَقَضَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَلَى عَلِيٍّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ بِأَنْ يَغْفَلَ عَنْ مَوَالِي صَفِيَّةَ بِنْتِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ وَقَضَى لِلزُّبَيْرِ بِمِيرَاثِهِمْ لِأَنَّهُ ابْنُهَا».

قال الماوردي: العاقلة هم العصابات سوى الوالدين من الآباء والمولودين من الأبناء كالإخوة وبنينهم والأعمام وبنينهم، وأعمام الآباء والأجداد وبنينهم.

وقال مالك وأبو خنيفة: يتحملها الآباء والأبناء وهم من العاقلة كسائر العصابات استدلالاً بأنهم عصبة فأشبهوا في العقل سائر العصابات وهم أولى، لأن تعصيبهم أقوى، ولأن النصرة لهم ألزم فكانوا أحق بتحمل الغرم.

ودليلاً قول رسول الله ﷺ في حديث الحسحاس بن خباب وأبي رمثة في الابن «أَنَّهُ لَا يَجْنِي عَلَيْكَ وَلَا تَجْنِي عَلَيْهِ» وحديث ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «لَا يُؤْخَذُ الْأَبُ بِجَرِيرَةِ ابْنِهِ وَلَا الْإِبْنُ بِجَرِيرَةِ أَبِيهِ».

وهذه الأحاديث نصوص مع حديث أبي هريرة، ولأن عمر رضي الله عنه قضى في موالى صفية للزبير بالميراث وعلى عليّ بالعقل، وهو إجماع، ولأن كل من لا يحمل العقل مع وجود أهل الديوان لم يحمله مع عدمهم كالصغير والمعتوه، ولأن كل من لزمه تحمل النفقة عنه في ماله لم يلزمه تحمل العقل عنه كالزوج.

وقياسهم على البعضية منتقض بالصغير والمعتوه، ثم المعنى في الفرضية عدم الولادة والبعضية، واعتبارهم بالنصرة فهو شرط وليست بعلة، ويفسد بالزوج والجار.

فصل: وإذا كان للقاتلة خطأ ابن هو ابن عمها لم يعقل عنها بالتعصيب تغلياً لحكم البنوة، وجاز أن يزوجه بالتعصيب تغلياً لحكمه على البنوة، والفرق بينهما أن خروج الأبناء من العقل وإن كانوا عصبة لاختصاصهم بتحمل النفقة وهو يتحملها

كتاب الديات/ باب من العاقلة التي تغرم — هاهنا، وإن كان ابن عم فلم يجمع بين تحملها وتحمل العقل، وخالف ولاية التزويج الذي قد وجدت فيه مع البنوة شروط العصابات، والله أعلم بالصواب.

فصل: وإذا ثبت أن العاقلة من عدا الآباء والأبناء من العصابات لم يتحمل القاتل معهم من الدية شيئاً، واختصوا بتحملها عنه دونه.

وقال أبو حنيفة: يشاركهم في تحمل الدية ويكون فيها كأحدهم، استدلالاً بما روي أن سلمة بن نعيم قتل مسلماً ظنه كافراً فقال له عمر: ديتك عليك وعلى قومك، ولم يظهر له مخالف.

ولأن تحمل الدية عن القاتل مواساة له وتخفيف عنه فلم يجز أن يتحمل عنه ما لا يتحملة عن نفسه كالنفقة، ولأن تحملها عنه نصرة له وهو أحق بنصرة نفسه من غيره.

ودليلنا حديث جابر أن النبي ﷺ جعل دية المقتولة على عاقلة القاتلة فكان الظاهر أن جعل جميعها على العاقلة، ولأن تحمل المواساة يوجب استيعاب ما وقعت به المواساة كالنفقة وزكاة الفطر، وفيه انفصال عما استدلوا به من المواساة، ولأنه لما تفرد القاتل بدية العمد وجب أن تتفرد العاقلة بدية الخطأ، لأن الدية مستحقة في جهة واحدة، وحديث عمر محمول على أنه جعلها عليه وجوباً وعلى قومه تحملاً.

وأما النصرة فلا اعتبار بها، لأن الزوج ينصر زوجته ولا يعقل عنها، وعلى أن العاقلة قد كفوه النصرة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَمَعْرِفَةُ الْعَاقِلَةِ أَنَّ يَنْظُرَ إِلَى إِخْوَتِهِ لِأَبْنَيْهِ فَيَحْمِلُهُمْ مَا يُحْمَلُ الْعَاقِلَةُ فَإِنْ لَمْ يَحْتَمِلُوهَا دُفِعَتْ إِلَى بَنِي جَدِّهِ فَإِنْ لَمْ يَحْتَمِلُوهَا دُفِعَتْ إِلَى بَنِي جَدِّ أَبِيهِ ثُمَّ هَكَذَا لَا يَدْفَعُ إِلَى بَنِي أَبِي حَتَّى يَعْجِزَ مَنْ هُوَ أَقْرَبُ مِنْهُمْ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن تفرد الأقارب بها دون الأبعد إجحاف فخرج عن المواساة، وأخذها من كل قريب وبعيد يفضي إلى دخول جميع بني آدم فيها فوجب أن يراعي في تحملها الأقرب فالأقرب كال ميراث.

وقال أبو حنيفة: يستوي فيها القريب والبعيد ويشتركون في تحملها على سواء استدلالاً بأن النبي ﷺ قضى بدية المقتول على عاقلة القاتلة، وأن عمر بن الخطاب قال لعلي رضي الله عنهما في دية الجنين الذي أجهضته المرأة الموهوبة: «عزمت عليك لتَقْسَمَنَّاهُ عَلَى قَوْمِكَ» ولم يفرق بين القريب والبعيد.

وهذا فاسد، لأن كل حكم تعلق بالتعصيب وجب أن يعتبر فيه الترتيب كال ميراث وولاية النكاح، ولأن الأقرب أخص بالنصرة من الأبعد، فكان أحق بالعقل منه.

فأما الخبر والأثر فالمراد بهما بيان محل العقل أنهم العصابات ثم تقف التعيين على ما يوجهه الترتيب، فإذا ثبت هذا فأول العصابات درجة في تحمل الدية الإخوة، وقدر ما يتحملة الموسر منهم في كل سنة نصف دينار، والمتوسط ربع دينار على ما سنذكره، ويخرج من الإخوة من كان لأم، ويتحملها منهم من كان لأب وأم، أو لأب، فإن اجتمعوا فهل يقدم الإخوة للأب والأم في تحملها على الإخوة للأب؟ على قولين: كما قيل في ولاية النكاح، فإذا أمكن أن يتحملها الإخوة، لأن العقل خمسة دنانير والإخوة عشرة ضربت عليهم ولم يعدل إلى غيرهم وإن قصروا عنها، لأن العقل خمسة والإخوة خمسة ضم إليهم بنو الإخوة، فإن كانوا خمسة صاروا مع الإخوة عشرة يتحملون العقل الذي هو خمسة دنانير فلا يضم إليهم غيرهم، وإن كان بنو الإخوة أقل من خمسة ضمنا إليهم بنوهم حتى يستكملوا عشرة فيتحملون عقل الخمسة، ولا تتعداهم إلى غيرهم، فإن زاد العقل على الخمسة ضمنا إلى الإخوة وبنوهم الأعمام، فإن تحملوه لم يعدل إلى غيرهم، وإن عجزوا عنه ضمنا إليهم بنوهم، ثم كذلك أعمام الأب وبنوهم وأعمام الجد وبنوهم حتى يستوعبوا جميع القبيلة التي هو إليها منسوب وبها مشهور، ولا يقتصر على النسب الأدنى دون الأبعد، لأن النبي ﷺ جعل معاقل قريش منهم، فإذا كان القاتل من بني هاشم جعلنا الدية عليهم، فإن عجزوا عنها دخل فيها بنو عبد مناف، فإن عجزوا عنها دخل فيها بنو قصي، فإن عجزوا عنها دخل فيها بنو كلاب، ثم كذلك بنو أب بعد أب حتى تستوعب جميع قريش، ولا يعدل بعد قريش إلى غيرهم من العرب لتمييزهم بأنسابهم، فإن قصروا عنهما عدلنا إلى الموالي المعتقين لقول النبي ﷺ: «مَوَالِي الْقَوْمِ مِنْهُمْ» فإن عجزوا عنها كان ما عجزوا عنه في بيت المال، لأن جميع المسلمين عاقلة لقول النبي ﷺ: «الْمُسْلِمُونَ تَكَافَأَ دِمَاؤُهُمْ وَهُمْ يَدُّ عَلَى مَنْ سِوَاهُمْ».

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمِنْ فِي الدِّيَّانِ وَمَنْ لَيْسَ فِيهِ مِنْهُمْ سِوَاءُ قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى الْعَاقِلَةِ وَلَا دِيَّانٍ فِي حَيَاتِهِ وَلَا فِي حَيَاةِ أَبِي بَكْرٍ وَلَا صَدْرٍ مِنْ وَلَايَةِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ».

قال الماوردي: وهذا قاله الشافعي رداً على أبي حنيفة، لأنه أوجبها على من شاركه في ديوانه تدفع من أعطياتهم، سواء كانوا عصابة أو لم يكونوا، فإن لم يكن له ديوان قسمت حينئذ على عصبته احتجاجاً بأن عمر بن الخطاب دون الدواوين وجعل العقل على أهل الديوان من أعطياتهم، ولأن أهل الديوان بالنصرة أحق فكانوا يتحمل العقل أحق، وذهب الشافعي إلى أنها على العصابة، سواء كان في الديوان أو لم يكن،

كتاب الديات/ باب من العاقلة التي تغرم —————
وسواء كانت عصيته معه في الديوان أو لم تكن؛ لأن النبي ﷺ قضى بدية المقتولة على عاقلة القاتلة ولم يكن على عهده ديوان.

وكذلك قضى أبو بكر رضي الله عنه بالدية على العاقلة ولم يكن في خلافته ديوان، وكذلك في صدر من أيام عمر إلى أن أحدث الديوان في آخر أيامه لتمييز القبائل وترتيب الناس في العطاء، فلم يجز العدول به عما كان في أيام رسول الله ﷺ إلى غيره من أمر حدث بعده، لأنه يكون نسخاً، والنسخ مرتفع بعد موت الرسول ﷺ، ولأن كل حكم تعلق بالتعصيب مع عدم الديوان، تعلق به مع وجود الديوان كالميراث وولاية النكاح، ولأنها جناية يتحمل عقلها فوجب أن يختص بها العصبات كالذي لا ديوان له ولأن كل سبب لا يستحق به الميراث لم يتحمل به العقل كالجوار ولأن عدم العقل في مقابلة غنم الميراث ليكون غانماً وغارماً ولا يجتمع هذا إلا في العصبات، ولذلك انتقل عنهم العقل إذا عدموا إلى بيت المال لانتقال ميراثه إليه، ولا يعقل بيت المال عن الكافر، لأن ماله يصير إليه فيثاً لا ميراثاً وفيما ذكرنا انفصال وبالله التوفيق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا أَعْلَمُ مُخَالِفًا أَنَّ الصَّبِيَّ وَالْمَرْأَةَ لَا يَحْمِلَانِ مِنْهَا شَيْئًا وَإِنْ كَانَا مُوسِرَيْنِ وَكَذَلِكَ الْمَعْتُوهُ عِنْدِي».

قال الماوردي: وهو كما قال، لا يعقل من العصبات إلا الرجال العقلاء الأحرار دون النساء والصبيان والمجانين والعبيد، لأمرين:
أحدهما: أنها مختصة بأهل النصرة من العصبات.

والثاني: أن تحمل العقل في الإسلام بدل من المنع بالسيف في الجاهلية، وذلك مختص بالرجال العقلاء الأحرار.

فإن قيل: فسهم ذوي القربى مستحق بالنصرة ولذلك ضم رسول الله ﷺ بني المطلب إلى بني هاشم وقال: «لأنهم ما افترقوا في جاهلية ولا إسلام»، ثم سوى فيه بين الرجال والنساء والصبيان فهلا كان العقل بمثابته، وإن كان مستحقاً بالنصرة؟

قيل: لأن سهم ذوي القربى مستحق بالقرابة وإن أثرت في النصرة فلذلك كان للذكر فيها مثل حظ الأنثيين، فلذلك أجرى عليهما حكم الموارث وخالفت العقل الذي هو مقصور على التعصيب والنصرة.

فصل: فإذا تقرر هذا فلا فرق في العاقلة بين المقاتلة وغير المقاتلة، لأن جميعهم من بين ناصر بيد أو لسان، فأما الشيوخ والمرضى فمن كان منهم باقي المنة ولم ينته إلى عجز الهرم والإياس بالمرض تحملوا العقل، فقد تحمل عمار بن ياسر العقل وهو شيخ كبير يحارب في محفّة، فأما من انتهت به السن إلى عجز الهرم وانتهى به المرض

إلى الزمانة حتى لم يبق فيهما نهضة ولا يقدران على الحضور في جمع ففيهم وجهان مخرجان من اختلاف قولي إلسافعي فيهم: هل يقتلون إذا أسروا في الشرك؟ فإن قيل: يقتلون عقلوا، وإن قيل: لا يقتلون لم يعقلوا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيُؤَدِّي الْعَاقِلَةُ الدِّيَّةَ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ حِينَ يَمُوتُ الْقَتِيلُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، الدية تجب على العاقلة بموت القاتل، وهو أول أجلها، سواء حكم بها الحاكم عليهم أو لم يحكم.

وقال أبو حنيفة: لا تجب الدية على العاقلة إلا بحكم الحاكم، فإذا حكم بها عليهم فهو أول وقت الأجل، احتجاجاً بأن تحمل العقل يختلف فيه فلم يستقر وجوبه إلا بحكم، ولم يتأجل إلا بعد الحكم كالعنة.

ودليلنا: هو أن كل ما وجب بسبب تعلق وجوبه بوجود السبب كالأثمان في المبيع تجب بوجود المبيع وهو أول أجل المؤجل، ولأنها مواساة يعتبر فيها الحول فلم يقف ابتداءها على الحكم كالزكاة، ولأن من لزمته الدية مؤجلة لم يقف وجوبها وابتداءها على الحكم كالمقر بقتل الخطأ.

فأما الاحتجاج بالاختلاف فيه فخطأ، لأن تحمل الدية نص، وفي النص على الأجل ما قدمناه من الوجهين، والاختلاف فيهما شاذ حدث بعد تقدم الإجماع فكان مطرحاً.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا الدية من أن تكون مستحقة في نفس أو فيما سوى النفس فإن كانت في نفس فأول أجلها موت القاتل وهو وقت الجنابة، سواء كان القتل بتجوية أو سرابة، لأن دية النفس لا تجب إلا بعد تلفها، ثم لا يخلو حال الدية من ثلاثة أضرب:

أحدهما: أن تكون كاملة.

والثاني: أن تكون ناقصة.

والثالث: أن تكون زائدة.

فإن كانت كاملة فهي دية الرجل الحر المسلم، فتجب على العاقلة في ثلاثة سنين، يؤدي بعد انقضاء السنة الأولى ثلثها، وبعد انقضاء الثانية ثلث ثانٍ، وبعد انقضاء السنة الثالثة الثلث الباقي، وإن كانت الدية ناقصة كدية المرأة والذمي ففيها وجهان:

أحدهما: أن العاقلة بتحملها في ثلاثة سنين، لأنها دية نفس، فيؤدى في انقضاء كل سنة ثلثها.

والوجه الثاني: أنها تؤدى في كل سنة منها ثلث دية الرجل الحر المسلم، فإن كانت دية ذمي فهي ثلث دية المسلم، فتؤدى العاقلة بعد انقضاء السنة جميعها، لأنه القدر الذي تؤديه من دية المسلم، وإن كانت دية امرأة فهي نصف دية الرجل، فيؤدى بعد انقضاء السنة الأولى ثلثها وهو ثلث دية الرجل، ويؤدى بعد انقضاء السنة الثانية ثلثها الباقي وهو سدس دية الرجل، وإن كانت الدية زائدة كقيمة العبد إذا زادت على دية الحر.

وقيل: إن قيمة العبد تحملها العاقلة ففيها وجهان:

أحدهما: أنها تقسم على ثلاث سنين، يؤدي عند انقضاء كل سنة ثلثها، وإن كان أكثر من ثلث دية الحر، لأنها دية نفس إذا قيل: إنها إن نقصت كانت تؤدى على ثلاث سنين.

والوجه الثاني أنها تؤدى منها عند انقضاء كل سنة قدر الثلث من دية الحر إذا قيل نقصت كانت مؤداة في أقل من ثلاث سنين، فعلى هذا إن كانت قيمته دية وثلثا أداها في أربع سنين في كل سنة ربعها، وإن كانت دية وثلثين أداها في خمس سنين، في كل سنة خمسها، فهذا حكم ديات النفوس.

فأما ديات ما سوى النفس من الجراح والأطراف فعلى ضربين:

أحدهما: أن تندمل كقطع اليد إذا اندملت أو الموضحة إذا اندملت، فديتها واجبة بابتداء الجناية لاستقرار الوجوب بالاندمال، فيكون أول الأجل من وقت الجناية لا من وقت الاندمال لتقدم الوجوب بالجناية دون الاندمال، فلو اندملت بعد انقضاء الأجل استحق تعجيلها حيثنذ كالثمن المؤجل إذا حلّ عند القبض.

والضرب الثاني: أن تسري الجناية عن محلها إلى عضو آخر كقطع الأصبع إذا سرى إلى الكف، فالدية وجبت بعد استقرار السراية كما تجب دية النفس بعد الموت، فيكون ابتداء الأجل بعد اندمال السراية، ولا اعتداد بما مضى من المدة بعد الجناية وقبل اندمال السراية، فإذا تقرر حكم هذين الضربين فيما سوى النفس في ابتداء وقت التأجيل فأرشد الجناية على أربعة أضرب:

أحدها: أن تكون في ثلث النفس فما دون كالجائفة وما دونها، فتؤديه العاقلة في سنة واحدة إذا انقضت ولو كان ديناراً واحداً.

والضرب الثاني: أن تزيد على الثلث ولا تزيد على الثلثين، فتؤديه في سنتين بعد انفصال السنة الأولى وثلث الدية، وبعد انفصال السنة الثانية ما بقي منها، فإن كان سدس الدية، لأن جميع الأرش كان نصف الدية في إحدى اليدين أدته في السنة الثانية، وإن كان ثلث الدية، لأنهما جائفتان أدته في السنة الثانية.

والضرب الثالث: أن تزيد على ثلثي الدية ولا تزيد على جميع الدية كدية اليدين، فتؤديه في ثلاث سنين عند انقضاء كل سنة ثلث دية على ما قدمناه.

والضرب الرابع: أن يزيد على دية النفس مثل قطع اليدين والرجلين فنوجب ديتين إحداهما في اليدين، والأخرى في الرجلين فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يستحقا لنفسين، فعلى العاقلة أن تؤدي في كل سنة ثلث كل واحدة من الديتين، فتصير في كل سنة مؤدية فثلثي الدية لانفراد كل جناية بحكمها.

والضرب الثاني: أن يستحقها نفس واحدة فتحمل العاقلة الديتين في ست سنين، تؤدي في كل سنة منها ثلث دية، لأنها جناية واحدة لا تتحمل العاقلة فيها أكثر من ثلث دية النفس والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا يَقُومُ نَجْمٌ مِنَ الدِّيَةِ إِلَّا بَعْدَ حُلُولِهِ فَإِنْ أَعْسَرَ بِهِ أَوْ مَطَّلَ حَتَّى يَجِدَ الْإِبِلَ بَطُلْتَ الْقِيَمَةُ وَكَانَتْ عَلَيْهِ الْإِبِلُ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن الدية هي الإبل لا يعدل عنها مع وجودها، فإن أعوزت عدل عنها إلى الدراهم والدنانير، وهي على قوله في القديم مقدرة بالشرع، فيكون من الدراهم اثني عشر ألف درهم ومن الدنانير ألف دينار، وعلى قوله في الجديد تقدر بقيمة وقتها دراهم أو دنانير، وعلى هذا موضوع هذه المسألة، ووقت قيمتها عند انقضاء الحول الذي يستحق فيه الأداء، ولا اعتبار بقيمتها وقت القتل، لأن قيمة ما في الدية معتبر بوقت الأداء، كالطعام المغصوب إذا أعوز مثله اعتبرت قيمته وقت الأداء لا وقت الغصب، فإذا حال الحول الثاني اعتبرت عنده قيمة النجم الثاني، فإذا حال الحول الثالث اعتبرت عنده قيمة النجم الثالث، سواء انقضت قيم النجوم الثلاث في الأحوال الثلاثة أو اختلفت ولو أعوزت في نجم ووجدت في نجم أخذت في النجم الذي وجدت، وأخذ قيمتها من النجم الذي أعوزت، فلو قومت في حول أعوزت فيه ووجدت فيه نظر وجودها، فإن كان بعد أخذ قيمتها أجزأت القيمة ولم يرجع إلى الإبل، وإن كان وجودها قبل أخذ القيمة بطلت القيمة وأخذ الإبل كالطعام

كتاب الديات/ باب من العاقلة التي تغرم
المغضوب إذا قوم مثله عند إعوازه ثم وجد بعد القيمة يرجع بالطعام إن لم تقبض
القيمة، ولا يرجع به إن قبضها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا يَحْمِلُهَا فَقِيرٌ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، دية العاقلة تستحق على الموسر والمتوسط، ولا
تجب على الفقير المعسر، لأنها مواساة فأشبهت نفقات الأقارب، ولأن المقصود بها
إزالة الضرر عن القاتل فلم يجز أن يدخل بها الضرر على المتحمل العاقل، وخالفت
دية العمد التي يؤخذ بها الغني والفقير لاستحقاق العمد بمباشرته واستحقاق الخطأ
بمواساته.

فأما الجزية ففي أخذها من الفقير قولان:

أحدهما: لا تؤخذ منه كالعاقلة.

والثاني: تؤخذ منه الجزية وإن لم تؤخذ الدية من فقراء العاقلة للفرق بينهما بأن
الجزية موضوعة لحقن الدم وإقراره في دار الإسلام فصارت عوضاً، وتحمل الدية
مواساة محضة والفقير يقسط المواساة ولا يسقط المعاوضة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ قَضَى بِهَا فَأَيَّسَرَ الْفَقِيرُ قَبْلَ أَنْ يَحْلَ نَجْمٌ مِنْهَا أَوْ افْتَقَرَ غَنِيٌّ فَإِنَّمَا أَنْظَرُ إِلَى الْمُسِيرِ يَوْمَ يَحْلُ نَجْمٌ مِنْهَا».

قال الماوردي: اعلم أن ما يستحق بالحول ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما كان الحول فيه مضروباً للوجوب وهو حول الزكاة.

والثاني: ما كان الحول فيه مضروباً للأداء مع تقدم الوجوب وهو حول العاقلة.

والثالث: ما اختلف فيه هل هو مضروب للوجوب أو للأداء على وجهين، وهو
حول الجزية.

فإذا تقرر هذا فالفقير والغني في العاقلة معتبر عند انقضاء الحول وقت الأداء ولا
يعتبر في أوله وقت الوجوب، فإن قيل: فالاعتبار بوقت وجوبه أولى من الاعتبار بوقت
أدائه كالجزية.

قيل: لأن الجزية معينة فاعتبر بها وقت وجوبها، والدية تجب بالقتل على
الإطلاق ولا يتعين إلا عند الاستحقاق، ألا ترى لو مات أحد العاقلة قبل الحول لم
تؤخذ من تركته، ولو تعين استحقاقها لأخذت، فإذا تقرر اعتبار الغني والفقير عند
حلول الحول فمن كان منهم عند الحلول غنياً وجبت عليه، وإن كان فقيراً في أوله،
ومن كان منهم عند الحول فقيراً لم تجب عليه وإن كان غنياً في أوله، فلو حال الحول

على غنى فلم يؤدها حتى افتقرت كانت ديناً عليه، ولم تسقط عنه بفقره، لأنها تعينت عليه وقت غناه، وينظر بها إلى ميسرته، ولو حال الحول على فقير فلم يستوف حتى استغنى لم يجب عليه بغناه، لأنه تعين سقوطها عنه وقت فقره.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمِنْ غَرَمٍ فِي نَجْمٍ ثُمَّ أُغْسِرَ فِي النَّجْمِ الْآخِرِ تَرْكٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن الغنى والفقر معتبر في كل حول فلم يتعين في الحول إلا النجم الذي يستحق فيه، فمن كان غنياً في الأحوال الثلاثة تحمل العقل في جميعها، ومن كان منهم فقيراً في الأحوال الثلاث سقط عنه العقل في جميعها، ومن كان غنياً في بعضها ومفتقراً في بعضها وجب عليه العقل في حول غناه وسقط عنه في حول فقره، فلو ادعى فقراً بعد الغنى أحلف ولم يكلف البيعة على فقره، لأنها لا تجب عليه إلا مع العلم بغناه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ مَاتَ بَعْدَ حُلُولِ النَّجْمِ مُوسِراً أُخِذَ مِنْ مَالِهِ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا مات من العاقلة موسراً بعد الحلول وقبل الأداء لم يسقط عنه العقل بموته.

وقال أبو حنيفة: يسقط عنه بالموت استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أنها مواساة فأشبهت نفقات الأقارب.

والثاني: أنها صلة وإرفاق فأشبهت الهبات قبل القبض، وهذا خطأ: لأمرين:

أحدهما: أن حقوق الأموال إذا استقر استحقاقها في الحياة لم يسقط بالوفاة كالديون.

والثاني: أنه لما لم يكن للورثة أن يمنعوا من الوصايا وهي تطوع، كان أولى أن لا يمنعوا من العقل وهو واجب.

والثالث: أنه لما لم تسقط بالموت دية العمد لم تسقط به دية الخطأ.

فأما نفقات الأقارب فإنما وجبت لحفظ النفس، وقد وجد ذلك فيما مضى فسقط معنى الوجوب، ودية القتل وجبت لإتلاف النفس وقد استقر وجوبه فلم تسقط بمضي زمانه، وأما الهبة فليس كتحميل العقل عنه، لأنها تؤخذ جبراً والهبة تبذل تطوعاً فافترقا.

فصل: فإذا ثبت أنها لا تسقط بالموت قدمت على الوصايا والمواريث، وتؤدي وإن استوعبت جميع التركة، فإن عجز صاحب التركة عنها وعن ديون الميت قسمت على قدر الحقوق، وكان باقي العقل ديناً يؤدي على الميت، ولا يرجع به على الباقيين من العاقلة لوجوبه على غيرهم، ولو امتنعت العاقلة من بذل الدية ولم يوصل إليها منهم إلا بحربهم جاز أن يحاربوا عليها كما يحارب الممتنعون من الحقوق الواجبة، فإن وجدت لهم أموال بيعت عليهم ولم يحاربوا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَمْ أَغْلَمْ مُخَالَفًا فِي أَنْ لَا يَحْمِلَ أَحَدٌ مِنْهُمْ إِلَّا قَلِيلاً وَأَرَى عَلَى مَذَاهِبِهِمْ أَنْ يَحْمِلَ مِنْ كَثَرِ مَالِهِ نِصْفَ دِينَارٍ وَمَنْ كَانَ دُونَهُ رُبْعَ دِينَارٍ لَا يُزَادُ عَلَى هَذَا وَلَا يُنْقُصُ مِنْهُ وَعَلَى قَدَرِ ذَلِكَ مِنَ الْإِبْلِ حَتَّى يَشْتَرِكَ التَّفَرُّ فِي الْبَعِيرِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن العقل يحمله من العاقلة الأغنياء والمتوسطون دون الفقراء، فوجب أن يفرق بين الغني والمتوسط فيه.

وقال أبو حنيفة: لا فرق بينهما في قدر ما يتحملة كل واحد منهما اعتباراً بركة الفطر والكفارات التي يستوي فيها المكثر والمتوسط، وهذا ليس صحيح، لقول الله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ [الطلاق: ٧] وقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾ [البقرة: ٢٣٦] ولأنهما مواساة فوجب أن يقع الفرق فيهما بين المقل والمكثر كالنفقات، ولم يسلم ما استدل به من زكاة الفطر والكفارات لاختلاف حكم المقل والمكثر فيها.

فصل: فإذا ثبت الفرق فيها بين المقل والمكثر فالذي يتحملة الغني المكثر منها نصف دينار والذي يتحملة المقل المتوسط ربع دينار.

وقال أبو حنيفة: الذي يتحملة كل واحد من الغني والمتوسط من ثلاثة دراهم إلى أربعة دراهم، لا يزداد عليها ولا ينقص منها.

وقال أحمد بن حنبل: يتحملون ما يطيقون بحسب كثرة أموالهم وقتلها من غير أن تتقدر بشرع، واستدل أبو حنيفة بأن فرض الزكاة أوكد من تحمل العقل، وأقل ما يجب في زكاة المال خمسة دراهم من مائتي درهم، فوجب أن يكون ما يلزم في العقل أقل منها فكان أربعة دراهم أو ثلاثة، واستدل أحمد بقول الله تعالى ﴿وَعَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

ودليلنا هو أن ما أوجبه الشرع من حقوق المواساة كان مقدراً كالزكوات والنفقات فبطل به قول أحمد، ولكن في تقديره طريقان:

أحدهما: أن يبدأ بتقدير الأقل، ويجعله أصلاً للأكثر.

والثاني: أن يبدأ بتقدير الأكثر ويجعله أصلاً للأقل.

فإن بدأت بتقدير الأقل في حق المتوسط فهو ما خرج عن حد التافه، لأنه لو اقتصر على التافه جاز الاقتصار على القيروط والحبة وذلك مما لا يفي بالدية وينهدر به الدم، وحد التافه ما لم يقطع فيه اليد، لقول عائشة رضي الله عنها لم تكن اليد تقطع على عبد رسول الله ﷺ في الشيء التافه، وقد قال النبي ﷺ: «الْقَطْعُ فِي رُبْعِ دِينَارٍ» فوجب أن يلزم المقل ما خرج عن حد التافه وهو ربع دينار، وإذا لزم المقل ربع دينار وجب أن يضاعف في حق المكثّر فيلزمه نصف دينار، كما يلزم الموسر في النفقة مثلاً نفقة المعسر، وإن بدأت بتقدير الأكثر في حق المكثّر فهو أن أول ما يواسي به الغني في زكاته نصف دينار من عشرين ديناراً، فحمل الغني نصف دينار، لأن الزيادة عليه تؤول إلى الإجحاف، ولا يقف على مقدار، وإذا لزم الغني نصف دينار وجب أن يقتصر من المقل على نصفه كما أن نفقة المعسر نصف نفقة الموسر، وفي هذا التقدير دليل وانفصال.

فصل: فإذا ثبت تقديره بنصف دينار في حق المكثّر وربع دينار في حق المقل فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: وهو قول أكثرهم: أن هذا قدر ما يؤخذ في السنة الواحدة، فيكون في السنين الثلاث على المكثّر دينار ونصف من جميع الدية، وعلى المقل ثلاثة أرباع الدينار من جميع الدية.

والوجه الثاني: وهو قول أقلهم: أن هذا قدر ما يؤخذ من جميع الدية في السنين الثلاث، فيصير المأخوذ من المكثّر في كل سنة منها سدس دينار، والمأخوذ من المقل في كل سنة نصف سدس دينار، والأول أشبه، لأن لكل سنة حكمها، فإذا ثبت هذا لم يجز العدول عن الإبل مع وجودها، ومعلوم أن قيمة تعيين إبل الدية أكثر من نصف دينار، ولا يمكن أن تتجزأ فينفرد كل واحد منهم بجزء قيمته نصف دينار، فوجب أن يشترك في أداء البعير الواحد العدد الذي يكون قسط الواحد من ثمنه نصف دينار إن كان مكثراً، وربع دينار إن كان مقلّاً، وهذا عدد لا يمكن حصره، لأن البعير قد تزيد قيمته في حال وثقل في أخرى، وإن أعوزت الإبل عدل إلى الدنانير، إما مقدرة بألف دينار على قوله في القديم، أو بقيمة مائة بعير على قوله في الجديد، يحمل المكثّر منها

نصف دينار والمقل ربع دينار، وإن عدل عنه إعواز الإبل إلى الدراهم فإن قدرت باثني عشر ألف درهم على قوله في القديم تحمل المكثّر منها ستة دراهم والمقل ثلاثة دراهم، لأن الدينار فيها مقابلاً لاثني عشر درهماً، وإن قدرت بقيمة مائة بعير ففيه وجهان محتملان:

أحدهما: أن يتحمل المكثّر منها ستة دراهم والمقل ثلاثة دراهم على ما ذكرنا لو قدرت بالدراهم اعتباراً بقيمة الدينار على عهد رسول الله ﷺ.

والوجه الثاني: أنه لما عدل بالإبل إلى قيمة الوقت وجب أن يعدل بالدينار إلى قيمة الوقت، فيتحمل المكثّر من الدراهم قيمة نصف دينار بسعر وقيمة، والمقل قيمة ربع دينار، لأن الدينار في وقتها أكثر قيمة منه في وقت الرسول ﷺ.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيَحْمِلُ كُلُّ مَا كَثُرَ وَقَلَّ مِنْ قَتْلِ أَوْ جُرْحٍ مِنْ حُرٍّ وَعَبْدٍ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا حَمَلَهَا الْأَكْثَرُ دَلَّ عَلَى تَحْمِيلِهَا الْأَيْسَرَ».

قال الماوردي: اختلف الفقهاء فيما تحمله العاقلة من الدية على خمسة مذاهب:

فقال الشافعي: يحمل كل ما كثر وقل من قتل وجرح.

وقال قتادة: تحمل دية النفس في القتل ولا تحمل ما دون النفس ويتحمله

الجاني.

وقال مالك وأحمد بن حنبل تحمل ثلث الدية فصاعداً ويتحمل الجاني ما دون

الثلث.

وقال الزهري: يتحمل العاقلة ما زاد على الثلث ويتحمل الجاني الثلث فما دون.

وقال أبو حنيفة: يتحمل العاقلة نصف عشر الدية فما زاد، ويتحمل الجاني ما دون ذلك واستدل قتادة بأن حرمة النفس أغلظ لاختصاصها بالكفارة والقسامة فاختصت بتحمل العاقلة.

واستدل مالك وأحمد بأن العاقل مواسي يتحمل ما أجحف تحصيناً للدماء، وما دون الثلث غير مجحف فلم يتحمله.

واستدل الزهري بقول النبي ﷺ «الْثُلُثُ كَثِيرٌ» فصار مضافاً إلى ما زاد عليه في تحمل العاقلة له.

واستدل أبو حنيفة على تحمل نصف العشر بأمرين:

أحدهما: أن تحمل العاقلة لما عدل فيه عن القياس إلى الشرع وجب أن يختص

بأقل ما ورد به الشرع، وأقله أرش الموضحة، والغرة في الجنين، وهي مقدرة بمثل أرش الموضحة خمس من الإبل أو خمسين دينار أو ستمائة درهم وذلك نصف عشر الدية فكان هذا أصلاً في أقل ما تحمله العاقلة وكان ما دونه محمولاً على موجب القياس.

والثاني: أن ما دون الموضحة لما لم يجب فيه قصاص ولا أرش مقدر جرى مجرى الأموال فوجب أن لا تتحملة العاقلة كما لا تتحمل الأموال.

والدليل على جميعهم في تحمل الأكثر والأقل بيّنه النص وهو أن رسول الله ﷺ لما حمل العاقلة جميع الدية وهي أثقل، فيه به على تحمل ما هو أقل، ولو نص على الأقل لما نبه على حكم الأثقل، وفي إلزام الجمع بين النصين خروج عن موضوع الشرع.

ثم نحرر هذا الأصل قياساً فنقول: إنه أرش خطأ على نفس فجاز أن يتحملة العاقلة قياساً على دية النفس مع قتادة، وعلى ثلث الدية مع مالك، وعلى نصف عشرها مع أبي حنيفة، ولأنه لما تحمل الجاني قليل الدية وكثيرها في العمد وجب أن تحمل العاقلة قليلها وكثيرها في الخطأ، ويتحرر منه قياسان:

أحدهما: أن من تحمل كثير الدية تحمل قليلها كالجاني.

والثاني: كل قدر تحمله الجاني جاز أن يتحملة العاقلة كالكثير، ولأن الجماعة لو اشتركوا في جناية قدرها الثلث عند مالك ونصف العشر عند أبي حنيفة تحملت عاقلة كل واحد منهم ما لزمه لجنايته، وهو أقل من ثلث الدية ومن نصف عشرها، فكذلك إذا انفرد بالتزام هذا القدر، ويتحرر منه قياسان:

أحدهما: أن من تحمل كثير الدية تحمل قليلها كالجاني.

والثاني: كل قدر يتحملة الجاني جاز أن تتحملة العاقلة كالكثير، ولأن الجماعة لو اشتركوا في جناية قدرها الثلث عند مالك ونصف العشر عند أبي حنيفة تحملت عاقلة كل واحد منهم ما لزمه لجنايته وهو أقل من ثلث الدية ومن نصف عشرها، فكذلك إذا انفرد بالتزام هذا القدر ويتحرر منه قياسان:

أحدهما: أن ما تحمّلته العاقلة في الاشتراك جاز أن يتحمله في الانفراد كالكثير.

والثاني: أن ما تحمّلته العاقلة من الكثير جاز أن تتحمله من القليل كالاشتراك، وما قاله قتادة من تغليظ حرمة النفس فحرماتها لأجل حرمة الإنسان، وحرمة الإنسان عامة في نفسه وأطرافه، فوجب أن يستويا في حكم الغرم ومحلّه، وما قاله مالك من أن الثلث قليل لا يجحف فقد قال النبي ﷺ «الْثُلُثُ كَثِيرٌ» فصار ضد قوله ثم قد يجحف

الثالث وأقل منه بالجاني إذا انفرد بغرمه لا سيما إذا كان مقللاً، وما قاله أبو حنيفة من ورود الشرع فيه فلا يمنع ذلك من وجوب الأرش وإن لم يرد فيه شرع لم يمنع من تحمل العقل، وإن لم يرد فيه شرع، وما قاله من إجزائه في سقوط القصاص وتقدير الأرش مجرى الأموال فمنتقض بالأنملة يجب فيها القصاص ويتقدر أرشها بثالث العشر ولا تتحملها العاقلة عنده، وقد لا يجب القصاص فيما زاد على نصف العشر ولا يتقدر أرشه وتحمله العاقلة فبطل ما اعتد به ولم يبق إلا حفظ الدماء بالتزام العاقلة لأروشها وهذا يصح قليلها وكثيرها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ كَانَ الْأَرَشُ ثُلُثَ الدِّيَةِ أَذْنُهُ فِي مُضِيِّ سَنَةٍ مِنْ يَوْمِ جُرْحِ الْمَجْرُوحِ فَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ فَالزِّيَادَةُ فِي مُضِيِّ السَّنَةِ الثَّانِيَةِ فَإِنْ زَادَ عَلَى الثُّلُثَيْنِ فَفِي مُضِيِّ السَّنَةِ الثَّالِثَةِ وَهَذَا مَعْنَى السَّنَةِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا وجب ثلث الدية من جرح أو طرف أذته العاقلة في سنة واحدة لأنها تلتزم في جميع الدية أداء ثلثها في كل سنة، وإن وجب ثلث الدية في نفس كدية اليهودي والنصراني ففيه وجهان على ما مضى: أحدهما: تؤديه العاقلة في سنة واحدة اعتباراً ببدء الجرح.

والوجه الثاني: أن تؤديه في ثلاث سنين اعتباراً ببدء النفس، وكذلك نصف العشر في دية الجنين يكون على هذين الوجهين؛ لأنها دية نفس.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا تَحْمِلُ الْعَاقِلَةُ مَا جَنَى الرَّجُلُ عَلَى نَفْسِهِ».

قال الماوردي: إما إذا جنى على نفسه عمداً فقطع يده أو قتل نفسه إما لغيب أو حمية، وإما من سفه وجهالة، فجنايته هدر لا يؤاخذ بها إن كان حياً، ولا يؤخذ بها وارثه إن كان ميتاً، وعليه الكفارة في ماله، فيكون نفسه مضمونة عليه بالكفارة، وغير مضمونة عليه بالدية، لأن الدية من حقوقه فسقط عنه، والكفارة من حقوق الله تعالى فوجبت عليه كما لو قتل عبده سقطت عنه القيمة لأنها له ووجبت عليه الكفارة لأنها لله تعالى.

فصل: فأما إذا جنى على نفسه خطأ فقطع يده بانقلاب سيفه عليه أو قتل نفسه بعود سهمه إليه فجنايته هدر كالعمد في قول أكثر الفقهاء، وعاقلته براء من ديته.

وقال الأوزاعي وأحمد وإسحاق: تتحمل عاقلته ما جناه على نفسه يؤدونه إليه إن كانت على طرف، والورثة إن كانت على نفس، استدلالاً بما روي أن رجلاً ركب دابة

له وضربها بخشبة كانت يده فطارت منها شظية ففقت عينه فذكر ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: يده يد رجل من المسلمين وجعل الدية على عصبتة.

ودليلنا ما روي أن عامر بن الأكوع اعوج سيفه في قتال المشركين فقتل نفسه فقال أصحاب رسول الله ﷺ قد أبطل جهاده فقال رسول الله ﷺ: «مَا أَبْطَلَ جِهَادَهُ» وَلَمْ يُنْقَلْ أَنَّهُ قُضِيَ بِالْدِيَةِ فِي مَالِهِ وَلَا عَاقَلَتْهُ، وَهَذَا وَإِنْ كَانَ فِي الْعَمْدِ فِيهِ دَلِيلٌ عَلَى الْخَطَا.

ويدل عليه ما روي أن عوف بن مالك الأشجعي ضرب مشركاً بالسيف فرجع السيف إليه فقتله فامتنع أصحاب رسول الله ﷺ من الصلاة عليه وقالوا قد أبطل جهاده: فقال رسول الله ﷺ «مَاتَ مُجَاهِدًا شَهِيدًا» فدلّ الظاهر على أن هذا جميع حكمه، ولو وجبت الدية لأبانها، لأنه لا يؤخر بيان الأحكام عن أوقاتها، ولأن جناية العمد أغلظ من جناية الخطأ، فلما أهدر عمدته كان خطأه أهدر، ولأنه يواسى بدية الخطأ تخفيفاً عنه، وهو لا يلزمه بقتل نفسه ما تتحمله العاقلة تخفيفاً عنه، فصار هدرأً وجرى مجرى استهلاكه مال نفسه لا يرجع ببذله على غيره، فأما قضاء عمر فهو قول واحد من الصحابة والقياس بخلافه فكان أولى منه والله أعلم.

بَابُ عَقْلِ الْمَوَالِي

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا يَغْفِلُ الْمَوَالِي الْمُعْتَقُونَ عَنْ رَجُلٍ مِنَ الْمَوَالِي الْمُعْتَقِينَ وَلَهُ قَرَابَةٌ تَحْمِلُ الْعَقْلَ فَإِنْ عَجَزَتْ عَنْ بَعْضِ حَمَلِ الْمَوَالِي الْمُعْتَقُونَ الْبَاقِي وَإِنْ عَجَزُوا عَنْ بَعْضٍ وَلَهُمْ عَوَاقِلُ عَقَلَتْهُ عَوَاقِلُهُمْ فَإِنْ عَجَزُوا وَلَا عَوَاقِلَ لَهُمْ عَقَلَ مَا بَقِيَ جَمَاعَةُ الْمُسْلِمِينَ».

قال الماوردي: العقل يتحمل بالولاء كما يتحمل بالنسب لقول النبي ﷺ: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النَّسَبِ».

ولأنه لما استحق الميراث بالولاء كاستحقاقه بالنسب وجب أن يتحمل به العقل كما يتحمل بالنسب، وإذا كان كذلك فالمناسبون من العصابات مقدمون في العقل على الموالي كما يتقدمون عليهم في الميراث، ويقدم أيضاً العصابات على الموالي في العقل والميراث كما يقدم أقرب العصابات على أبعدهم، فإذا وجد في أقرب العصابات من يتحمل العقل وقف تحملها عليهم، وخرج من التحمل البعداء من العصابات وشاركوا فيها الأقارب وخرج منها والموالي، وإن عجز الأقربون عنها تحملها البعداء والموالي من العصابات وشاركوا فيها الأقارب وخرج منها الموالي إذا تحملها جميع العصابات، وإن عجز جميعهم عنها شركهم فيها الموالي وكانوا أسوة العصابات في تحملها، فإن عجز عنها العصابات والموالي شركهم فيها عصابات الموالي ثم موالى المولى، فإن عجزوا أو عدموا تحمل بيت مال المسلمين ما عجزوا عنه من بقية العقل أو من جميعه إذا عدموا؛ لأن ولاء الدين يجمع عاقلة المسلمين فكان عقل جنائته عليهم في بيت مالهم عند عدم عصيته كما ورثوه، وصار ميراثه لبيت مالهم عند عدم عصيته، فإن لم يكن في بيت مال المسلمين مال كانت الدية أو ما بقي منها ديناً، وفي محله قولان مبنيان على اختلاف قول الشافعي في دية الخطأ هل كان ابتداء وجوبها على الجاني ثم تحملتها العاقلة عنه أو وجبت ابتداء على العاقلة.

فأحد القولين: أنها وجبت ابتداء على الجاني ثم تحملتها العاقلة لوجوبها بالقتل وتحملها بالمواساة، فعلى هذا تؤخذ من القاتل لعدم من يتحملها عنه فإن أعسر بها كانت ديناً عليه.

والقول الثاني : أنها وجبت ابتداء على العاقلة، لأنها لو وجبت على غيرهم لما انتقلت إليهم إلا بعقد أو التزام وهي تلزمهم من غير عقد ولا التزام، فعلى هذا تكون ديناً في بيت المال ولا يرجع بها على الجاني وإن كان موسراً بها لوجوبها على غيره.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «(قال) وَلَا أُحْمَلُ الْمَوَالِي مِنْ أَسْفَلَ عَقْلاً حَتَّى لَا أَجِدَ نَسَباً وَلَا مَوَالِي مِنْ أَعْلَى ثُمَّ يَحْمِلُونَهُ لَا أَنَّهُمْ وَرَثَتُهُ وَلَكِنْ يَغْفُلُونَ عَنْهُ كَمَا يَغْفُلُ عَنْهُمْ».

قال الماوردي: اعلم أن الموالى ضربان:

مولى من أعلى وهو السيد المعتقد.

ومولى من أسفل وهو العبد المعتقد.

فأما المولى الأعلى فيعقل عن المولى الأسفل ويرثه وحكم عقله ما قدمناه.

وأما المولى الأسفل فلا يرث المولى الأعلى، وفي عقله عنه قولان:

أحدهما: لا يعقل عنه كما لا يرثه.

وبه قال أبو حنيفة؛ لأن العصباء ورثوا فعقلوا، وهذا لا يرث فلم يعقل، لأن غرم العقل مقابلاً لغنم الميراث.

والقول الثاني: أن المولى الأسفل يعقل كما يعقل المولى الأعلى لأمرين:

أحدهما: أنه لما عقل الأعلى عن الأسفل وجب أن يعقل الأسفل عن الأعلى.

والثاني: أنه لما عقل الأعلى مع إنعامه كان عقل الأسفل مع الإنعام عليه أولى، فعلى هذا يقدم المولى الأعلى في العقل بميراثه، فإن عجز شرکه المولى الأسفل ويكون الأسفل مع الأعلى جارياً مجرى الأعلى مع العصباء والله أعلم.

بَابُ أَيْنَ تَكُونُ الْعَاقِلَةُ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «إِذَا جَنَى رَجُلٌ جَنَائَةً بِمَكَّةَ وَعَاقِلَتُهُ بِالشَّامِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ خَبَرٌ مَضَى يَلْزَمُ بِهِ خِلَافُ الْقِيَاسِ فَالْقِيَاسُ أَنْ يَكْتَبَ حَاكِمُ مَكَّةَ إِلَى حَاكِمِ الشَّامِ يَأْخُذُ عَاقِلَتَهُ بِالْعَقْلِ وَقَدْ قِيلَ يَحْمِلُهُ عَاقِلَةُ الرَّجُلِ بِلَدِهِ ثُمَّ أَقْرَبُ الْعَوَاقِلِ بِهِمْ وَلَا يُنْتَظَرُ بِالْعَقْلِ غَائِبٌ وَإِنْ اخْتَمَلَ بَعْضُهُمُ الْعَقْلَ وَهُمْ حُضُورٌ فَقَدْ قِيلَ يَأْخُذُ الْوَالِي مِنْ بَعْضِهِمْ دُونَ بَعْضٍ لِأَنَّ الْعَقْلَ لَزِمَ الْكُلَّ (قال) وَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَقْضِيَ عَلَيْهِمْ حَتَّى يَسْتَوْوُوا فِيهِ».

قال الماوردي: اعلم أنه لا يخلو عاقلة الجاني خطأ من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكونوا حضروا مع الجاني في بلده.

والثاني: أن يكونوا غائبين عن الجاني في غير بلده.

والثالث: أن يكون بعضهم حاضراً في بلد الجاني وبعضهم غائباً عن بلده.

فأما الحال الأولى أن يكونوا كلهم حاضرين في بلد الجاني فهم على ضربين:

أحدهما: أن يتساووا في الدرج.

والثاني: أن يتفاضلوا في الدرج وكان بعضهم أقرب من بعض بديء بالأقرب فالأقرب نسباً، فيقدم الإخوة وبنوهم على الأعمام وبنينهم، فإن تحملها الأقربون خرج منها الأبعدون، وإن عجزوا عنها شركهم من بعدهم من الأبعد درجة بعد درجة حتى يستوفى، فإن عجز عنها بعداؤهم شركهم مواليتهم، ثم عصبات مواليتهم، ثم بيت المال، فإن استوفوا في الدرج ولم يتفاضلوا لم يخلوا قسم الدية فيهم من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون موافقة لعددهم لا تزيد عليهم ولا تنقص عنهم فتفرض على جميعهم ولا يخص بها بعضهم دون بعض بحسب أحوالهم من إكثار وإقلال.

والقسم الثاني: أن تزيد على عددهم كأنهم يتحملون نصفها ويعجزون عن

باقيةا، فتفض على ما احتملوا منها، وينقل ما عجزوا عنه إلى الموالي، فإن لم يكونوا فإلى بيت المال.

والقسم الثالث: أن تنقص الدية عن عددهم ويمكن أن تنقص على بعضهم، لأنها تنقسط على مائة رجل وهم مائتان ففيه قولان:

أحدهما: أنها تقضى على جميعهم ولو تحمل كل واحد منهم قيراطاً، ولا يخص بها بعضهم لاستواء جميعهم فيها.

والقول الثاني: أنها تقضى على بعضهم دون جميعهم ويخص بها منهم العدد الذي يوافق تحملها، ويكون من استغنى عنه خارجاً منها، ويكون الحاكم مخيراً في فضها على من شاء منهم، لأنها تؤخذ بواجب وتترك بعفو، والأولى أن يفضها على من كان أسرع إجابة إليها، وإنما خص بها بعضهم؛ لأنه لما تقدر ما يتحملة كل واحد منهم لم يجز الزيادة عليه لم يجز النقصان منه، ونقل المزمي عن الشافعي تعليل هذا القول في أخذها من بعضهم دون بعض، لأن العقل لزم الكل، واختلف أصحابنا فيما نقله من هذا التعليل هل وهم فيه أو سلم؟ على وجهين:

أحدهما: أنه وهم فيه وهو تعليل القول الأول، وهذا قول أبي حامد المروزي.

والوجه الثاني: أنه سلم فيه، ومن قال بهذا اختلفوا هل حصل في النقل عنه سهو أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنه ما حصل فيه سهو، وهو تعليل صحيح، لهذا القول أنه يؤخذ من بعضهم دون بعض، لأن العقل لزم الكل، فإذا أخذ من بعضهم لم يخرج من جملة من لزمه من العقل فجاز الاقتصار عليه لدخوله في اللزوم.

والوجه الثاني: قد حصل في النقل عنه سهو، ومن قال بهذا اختلفوا في المحذوف بالسهو على وجهين:

أحدهما: أن الذي نقله المزمي لا يأخذها من بعضهم دون بعض، لأن العقل لزم الكل، ويكون ذلك إشارة إلى القول الأول فسها الناقل عنه فحذف «لا» فصار القول الثاني.

والوجه الثاني: أن الذي نقله المزمي يأخذها من بعضهم دون بعض، لأن العقل لزم الكل وهو تعليل للقول الثاني إن لم يلزم الكل إذا أخذها من البعض فسها الناقل عنه في حذف الألف التي أسقطها من «لا أن» حين نقل لأن.

فصل: وأما الحال الثانية: وهو أن يكون جميع عاقلته غيباً عن بلده كأنه جنى بمكة وعاقلته الشام، فعلى حاكم مكة أن يكتب إلى حاكم بالشام حتى يفضها على

عاقلته بالشام، ولحاكم مكة فيما يكتاب حاكم الشام حالتان:

إحدهما: وهو أقل ما يجزىء: أن يكتب به أن يقول: ثبت عندي أن فلاناً قتل فلاناً خطأ مضموناً، فيذكر القاتل باسمه ونسبه وقبيلته، ويذكر المقتول باسمه ونسبه وإسلامه وحرية، لاختلاف الدية بالإسلام والحرية، ولا يلزمه أن يذكر قبيلة المقتول وإن لزمه أن يذكر قبيلة القاتل لتوجيه الحكم على قبيلة القاتل دون المقتول، فيكون حاكم مكة ناقلاً لثبوت القتل المضمون من القاتل للمقتول، ويختص حاكم الشام بالحكم فيحكم بوجوب الدية على العاقلة، ويحكم بفضها عليهم بحسب أحوالهم، ويحكم باستيفائها منهم عند حلولها عليهم.

والحال الثانية: أن يكتب حاكم مكة بثبوت قتل الخطأ ويحكم بالدية فيه على عاقلة القاتل وهم بنو فلان إشارة إلى قتلهم.

فإن قيل: فكيف نقضي عليهم وهم غير حضور ولا معينين؟

قيل: لأن حكمه على عموم القبيلة لا على أعيان كل واحد من أهلها لتوجه الحكم إلى عمومهم دون أعيانهم، فيحتاج حاكم الشام أن يحكم بفضها عليهم بحسب أحوالهم ويحكم باستيفائها منهم، وقد تقدم من حاكم مكة الحكم بوجوبها عليهم، ولا يسع حاكم مكة أن يزيد على هذا في فضها واستيفائها؛ لأن أعيان من تقضى عليه وتستوفى منه لا يعرف إلا عند الحلول والاستيفاء لتغير الأحوال في الإيسار والإعسار، ولكن يسعه أن يقول: وحكمت على كل موسر منهم بنصف دينار وعلى كل مقل بربر دينار، فيقطع اجتهاد حاكم الشام في التقدير، ولو لم يحكم بهذا كان التقدير موقوفاً على حاكم الشام ليحكم فيه برأيه.

فصل: وأما الحال الثالثة: وهو أن يكون بعض عاقلته حضوراً بمكة وبعضهم غيباً بالشام فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون الأقربون نسباً حضوراً بمكة والأبعدون نسباً غيباً بالشام فيفضها حاكم مكة على الأقربين بمكة، فإن احتملوا خرج منها الأبعدون بالشام لاختصاص من حضر بقرب الدار وقرب النسب، فإن عجزوا عنها كتب حاكم مكة بالباقي منها إلى حاكم الشام حتى يستوفيه من الأبعد.

والقسم الثاني: أن يكون الأبعدون نسباً حضوراً بمكة والأقربون نسباً غيباً بالشام ففيها قولان:

أحدهما: أنها تقضي على الأقربين نسباً بالشام لاختصاصها بالنسب الذي يستحق

به الميراث، والميراث مستحق بقرب النسب لا بقرب الدار، كذلك تحمل العقل، فعلى هذا يكتب بها حاكم مكة إلى حاكم الشام فإن وفوا بها وإلا فض حاكم مكة باقيها على من بعد نسبه من الحضور.

والقول الثاني: أنها تفض على الحاضرين بمكة وإن كانوا أبعد نسباً؛ لأن محل العقل معتبر بالنصرة والذب عن القاتل، ومن قربت داره أخص بالنصرة مع بعد نسبه ممن بعدت داره مع قرب نسبه فوجب أن يكون أخص بتحمل العقل فيفضها حاكم مكة عليهم، فإن وفوا بها خرج منها من بالشام من الأقارب، فإن عجزوا عنها فض باقيها على من بالشام منهم، وكتب به بحاكم مكة إلى حاكم الشام ليستوفيه ولو كان بعض الغائبين أقرب داراً من بعض مضى باقيها على أقربهم داراً مثل أن يكون بعضهم بالمدينة وبعضهم بالشام فيختص بتحمل باقيها أهل المدينة، لأنها أقرب إلى مكة من الشام.

والقسم الثالث: أن يتساوى أنساب من حضر بمكة ومن غاب بالشام فيكونوا كلهم أقارب أو أباعد، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تستوعب الدية جميعهم فتفض على من حضر وغاب حتى تستوفي جميعها.

والضرب الثاني: أن يكتفي بأحد الفريقين من الحضور أو الغيب ففيها ثلاثة أقاويل:

أحدها: أنها تفض على الحاضرين والغائبين جميعاً اعتباراً بالتساوي في النسب.

والقول الثاني: أنها تفض على الحاضرين دون الغائبين [إذا قيل: إن بعد الدار أولى في الإسقاط.

والقول الثالث: أن الحاكم بالخيار في أن يفضها على الحاضرين دون الغائبين أو أن يفضها على الغائبين دون الحاضرين^(١) أو أن يفضها على بعض الحاضرين وبعض الغائبين إذا قيل: إن بعد الدار لا يؤثر وإن العدد إذا زاد فض على البعض والله أعلم.

(١) ما بين المعكوفين سقط في ب.

بَابُ عَقْلِ الْخُلَفَاءِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا يَغْفِلُ الْخَلِيفُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَضَى بِذَلِكَ خَبَرٌ وَلَا الْعَدِيدُ وَلَا يَغْفِلُ عَنْهُ وَلَا يَرِثُ وَلَا يُورَثُ إِنَّمَا يَغْفِلُ بِالنَّسَبِ أَوْ الْوَلَاءِ الَّذِي كَالنَّسَبِ وَمِيرَاثُ الْخَلِيفِ وَالْعَقْلُ عَنْهُ مَنْسُوخٌ وَإِنَّمَا يَنْبُتُ مِنَ الْخَلِيفِ أَنْ تَكُونَ الدَّعْوَةُ وَالْيَدُ وَاحِدَةً لَا غَيْرَ ذَلِكَ».

قال الماوردي: قد كان التوارث والعقل معتبراً في الجاهلية بخمسة أشياء: بالنسب، والولاء، والحلف، والعديد، والموالة.

فأما النسب، والولاء: فقد استقر الإسلام على استحقاق الميراث وتحمل العقل بهما.

وأما الحلف: فهو أن تتحالف القبيلتان عند استطالة أعدائها على التناصر والتظافر لمتزج أنسابهم ويكونوا يداً على من سواهم فيتوارثون ويتعاقلون، أو يتحالف الرجلان على ذلك فيصيرا كالمتناسبين في التناصر والتوارث والعقل، وقد كان رسول الله ﷺ في حلف المطيبين حين اجتمعت عليه قبائل قريش في دار عبد الله بن جدعان قبل الإسلام على نصره المظلوم، وإغاثة الملهوف، ومعونة الحجيج، وقال ﷺ: «أَنَا مِنْ حَلْفِ الْمُطِيبِينَ، وَمَا زَادَهُ الْإِسْلَامُ إِلَّا شِدَّةً وَمَا يَسْرُنِي بِحِلْهِ حُمْرُ النَّعَمِ».

وفيه توارث المسلمون بالحلف في صدر الإسلام، وتأوله بعض العلماء في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتَوْهُمْ نَصِيْبَهُمْ﴾ [النساء: ٣٣] ثم نسخ التوارث بالحلف بقوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٥].

فأما تحمل العقل بالحلف فالذي عليه الشافعي رضي الله عنه وأبو حنيفة وجمهور الفقهاء أن الحلفاء يتعاقلون إلا أن يكونوا متناسبين فيتعاقلون [بالنسب دون الحلف].

وحكي عن مالك بن أنس ومحمد بن الحسن أن الحلفاء يتعاقلون^(١) بالحلف وإن لم يتناسبوا استدلالاً بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ثُمَّ أَنْتُمْ يَا خِرَاعَةُ قَدْ قَتَلْتُمْ

(١) ما بين المعكوفين سقط في ب.

هَذَا الْقَتِيلَ مِنْ هُذَيْلٍ وَأَنَا وَاللَّهُ عَاقِلُهُ» وإنما قال ذلك لأن خزاعة وبنى كعب كانوا حلفاء رسول الله ﷺ وحلفاء بني هاشم فتحمل العقل عنهم بالحلف مع التباعد في النسب.

والدليل عليهم قوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٥] فكان على عمومهم في اختصاصهم بأحكام النسب.

وروي أن علي بن أبي طالب عليه السلام أراد أن يحالف رجلاً فنهاه رسول الله ﷺ عن ذلك وقال: «لَا حِلْفَ فِي الْإِسْلَامِ» أي لا حكم له، لأن الحلف إن كان على معصية كان باطلاً، وإن كان على طاعة فدين الإسلام يوجبها فلم يكن للحلف تأثير، ولأن عقود المناكح أوكد من الحلف، ثم لا توجب تحمل العقل، فكان الحلف أولى أن لا يوجبه، وأما تحمل رسول الله ﷺ عقل خزاعة فعنه ثلاثة أجوبة:

أحدها: أنه تحمل عقلهم تفضلاً لا وجوباً.

والثاني: يجوز أن يكون تحمله عنهم حين كان المسلمون في صدر الإسلام يتوارثون بالحلف.

والثالث: أن معنى قوله: «وَأَنَا وَاللَّهُ عَاقِلُهُ» أي أحكم بعقله.

وأما العديد: فهو أن القبيلة القليلة العدد تعد نفسها عند ضعفها عن المحاماة في جملة قبيلة كثيرة العدد قوية الشوكة ليكونوا منهم في التناصر والتظافر ولا يتميزون عنهم في سلم ولا حرب، أو ينافر الرجل الواحد قومه فيخرج نفسه منهم وينضم إلى غيرهم ويعد نفسه منهم فهذا أضعف الحلف، لأن في الحلف أيماناً ملتزمة وعقوداً محكمة وهذا استجارة وغوث فلم يتوارث به المسلمون مع توارثهم بالحلف فكان أولى أن لا يوجب تحمل العقل، ولا أعرف قائلاً بوجوب عقله.

وأما الموالة، فهو أن يتعاقد الرجلان لا يعرف نسبهما على أن يمتزجا في النسب والنصرة ليعقل كل واحد منهما عن صاحبه [وويرثه]، فهذا عقد فاسد على مذهب الشافعي، وأكثر الفقهاء لا يوجب توارثاً، ولا عقلاً، وأجازه أبو حنيفة وقال: لا يرث واحد منهما صاحبه^(١) إلا أن يعقل عنه، فإذا عقل عنه توارثا، والكلام فيه مذكور في التوارث بالولاء وبالله التوفيق.

(١) ما بين المعكوفين سقط في ب.

بَابُ عَقْلِ مَنْ لَا يُعْرِفُ نَسَبَهُ وَعَقْلِ أَهْلِ الذَّمِّ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «إِذَا كَانَ الْجَانِي نُوبِيًّا فَلَا عَقْلَ عَلَى أَحَدٍ مِنَ الثُّوبَةِ حَتَّى يَكُونُوا يُثْبِتُونَ أَنْسَابَهُمْ إِنْ بَاتَ أَهْلُ الْإِسْلَامِ وَكَذَلِكَ كُلُّ رَجُلٍ مِنْ قَبِيلَةٍ أَعْجَمِيَّةٍ أَوْ الْقَبِطِ أَوْ غَيْرِهِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَا يُعْلَمُ فَعَلَى الْمُسْلِمِينَ لِمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ مِنْ وَلَايَةِ الَّذِينَ وَإِنَّهُمْ يَأْخُذُونَ مَالَهُ إِذَا مَاتَ».

قال الماوردي: وهذا قاله الشافعي رداً على بعض أهل العراق حيث زعم أن النوبي إذا جنى عقلت عنه الثوبة، وكذلك الزنجي وسائر الأجناس يعقل عنهم من حضرهم من أجناسهم لأمرين:

أحدهما: أن نسبهم واحد.

والثاني: أنهم يتناصرون بالجنس كما تتناصر العرب بالأنساب، وهذا فاسد، والجنس لا يوجب تحمل العقل إلا أن يثبتوا أنسابهم ويتحققوا من أقاربهم فيها وأباعدهم، وإنما كان كذلك لأمرين:

أحدهما: أن العقل تابع للميراث والجنس لا يوجب التوارث فكذلك لا يوجب تحمل العقل.

والثاني: قد يجمعهم اتفاق البلدان واتفاق الصنائع كما يجمعهم اتفاق الأجناس، فلو جاز أن تعقل الثوبة عن النوبي لجاز أن يعقل أهل مكة عن المكي وأهل البصري عن البصري، وكذلك أهل الصنائع، وهذا مدفوع بالإجماع فوجب أن يكون الجنس مدفوعاً بالحجاج، وهكذا العجم لا يعقل بعضهم عن بعض إلا بالأنساب المعروفة، وكذلك اللقيط الذي لا يعرف له نسب ولا يعقل عنه ملتقطه ولا القبيلة التي نبذ فيها والتقط منها، وهكذا لو جنى رجل قرشي لا يعرف من أي قریش هو لم تعقل عنه قریش كلها حتى يعرف من أي قبيلة هو من قریش، لأن أباعد قریش إنما يعقلون عنه عند عجز أقربهم نسباً إليه، فإذا لم يعرف أقربهم إليه للجهل بنسبه فيهم سقط تحمل عقله عنهم وصاروا جميع هؤلاء ممن لا عواقل لهم بالأنساب فيعقل عنهم جماعة المسلمين من بيت

مالهم كما يكون ميراثه لو مات لهم لما يجمعهم من ولاية الدين، كما يعقل عنه مواليه لما يجمعهم من ولاية الولاء.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَنْ ائْتَسَبَ إِلَى نَسَبٍ فَهُوَ مِنْهُ إِلَّا أَنْ تَثُبَّتْ بَيِّنَةٌ بِخِلَافِ ذَلِكَ وَلَا يُدْفَعُ نَسَبٌ بِالسَّمَاعِ».

قال الماوردي: اختلف أصحابنا في تأويل هذه المسألة على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي حامد الاسفراييني وطائفة أنها محمولة على دعوى النسب الخاص وهو الواحد يدعي أباً فيقول: أنا ابن فلان، فإن اعترف له بالأبوة ثبت نسبه أو يدعي الواحد ابناً فيقول: هذا ابني، فإن اعترف له بالبنة ثبت نسبه وصار جميع من ناسبهما عواقل لكل واحد منهما، فإذا ادعاه رجل أقر أنه ولده لم يقبل دعواه بعد لحوقه بالأول إلا ببينة تشهد له أنه ولد على فراشه فيلحق به، لأن لحوق البينة بالفراش أقوى من لحوقه بمجرد الدعوى، ولو شهدت البينة له بأنه ابنه ولم يشهد له بالفراش لم يحكم له بنسبه وكان لاحقاً بالأول، سواء صدقه الولد أو لم يصدقه؛ لأن لحوقه بالأول يمنع من نفيه عنه إلا بما هو أقوى منه وليس في هذه البينة زيادة قوة إلا أن تشهد بالفراش وإلا فشهادتها منسوبة إلى السماع، وقد قال الشافعي: «لا يدفع نسب بالسماع» فهذا حكم تأويلها على الوجه الأول.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة وأكثر أصحابنا أنها محمولة على دعوى النسب العام: وهو أن يدعي الرجل أنه من قریش وقریش تسمع دعواه ولا تنكره، أو يدعي أنه من بني هاشم وبنو هاشم يسمعون ولا ينكرونه فيحكم بنسبه فيهم بإقرارهم على دعوى نسبهم وبمثل هذا تثبت أكثر الأنساب العامة، فإن تجرد من أنكر نسبه ونفاه عنهم، وقال: لست منهم لم يقبل نفيه له، ولو شهد أنه ليس منهم؛ لأن الشهادة على مجرد النفي لا تصح.

وقال مالك: إذا شاع هذا القول وذاع حكمت به ونفيته عنهم، وهذا خطأ؛ لأن انتشار القول محكوم به في ثبوت الأنساب غير محكوم به في نفيها، لأن القول المنتشر في الأنساب كالبينة، والبينة تسمع من النسب ولا تسمع على مجرد النفي فكذلك شائع الخبر، ويكون على لحوقه بهم حتى تشهد بيئته على أنه من غيرهم ولد على فراش أحدهم، ولا تقبل شهادتهم بالسماع أنه من غيرهم بعد لحوقه بهم، وهو معنى قول الشافعي: «ولا يدفع نسب بالسماع» والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا حَكَمْنَا عَلَى أَهْلِ الْعَهْدِ أَلَزَمْنَا عَوَاقِلَهُمُ الَّذِينَ تَجْرِي أَحْكَامُنَا عَلَيْهِمْ فَإِنْ كَانُوا أَهْلَ حَرْبٍ لَا يَجْرِي حَكَمُنَا عَلَيْهِمْ أَلَزَمْنَا

الْجَانِي ذَلِكَ وَلَا يَقْضِي عَلَى أَهْلِ دِينِهِ إِذَا لَمْ يَكُونُوا عَصَبَةً لَّأَنَّهُمْ لَا يَرِثُونَهُ وَلَا عَلَى الْمُسْلِمِينَ لِقَطْعِ الْوِلَايَةِ بَيْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَا يَأْخُذُونَ مَالَهُ عَلَى الْمِيرَاثِ إِنَّمَا يَأْخُذُونَهُ فَيْثَا.

قال الماوردي: إذا جنى الذمي في دار الإسلام جناية خطأ فله حالتان:

أحدهما: أن تكون له عاقلة من مناسبيه.

والثاني: أن لا يكون له عاقلة مناسبون، فإن كان له عاقلة من ذوي نسبه لم يخلو حالهم من أحد أمرين: إما أن يكونوا مسلمين أو غير مسلمين، فإن كانوا مسلمين لم يعقلوا عنه كما لم يرثوه، لأن اختلاف الدين قاطع للموالة بينهم، وإن كانوا كفاراً غير مسلمين فسواء اتفقت دياتهم فكان القاتل وعاقلته يهوداً كلهم أو اختلفت أديانهم فكان القاتل يهودياً وعاقلته نصارى؛ لأن الكفر كله ملة واحدة، ولا يخلو حالهم من أحد أمرين:

إما أن تجري عليهم أحكامنا أو لا تجري عليهم، فإن لم تجر عليهم أحكامنا لمقامهم في دار الحرب كان الجاني كمن لا عاقلة له على ما سنذكره لانقطاع الموالة بين أهل الذمة وأهل الحرب، واختلافهم في التناصر، وظهور ما بينهم من التقاطع والتدابير، ولهذا المعنى لم يتوارثوا؛ فكذلك لأجله لم يعقلوا، وإن جرت أحكامنا على عاقلة لكونهم من أهل ذمة حكمنا عليهم بالعقل.

وقال أبو حنيفة: لا يعقلون عنه إن شاركوه في النسب ووافقوه في الذمية احتجاجاً بأنهم مهجورون بالذمة ولا يتناصرون فيها فبطل التعاقل بينهم لذهاب التناصر منهم، وهذا خطأ لأن ثبوت الأنساب التي يتوارثون بها توجب تحمل العقل بها كالمسلمين وهم لا يتناصرون على الباطل ويتناصرون على الحق كذلك المسلمون.

فصل: وإن لم يكن للذمي عاقلة مناسبون وجبت الدية في ماله ولم يعقل عنه.

وقال بعض العلماء: يعقل عنه أهل جزيته الذين في كورته لأنهم شاركوه في ذمته وجزيته كما يتحمل المسلمون عن المسلم، وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن المسلمين قد جمعهم الحق فصحت موالاتهم عليه، وهؤلاء جمعهم الباطل فبطلت موالاتهم فيه.

والثاني: أن المسلم لا يعقل عنه أعيان الأجانب فكان أولى أن لا يعقلوا عن الذمي، فإن قيل: فهلا كانت جنايته في بيت مال المسلمين، لأن ميراثه يصير إلى بيت مالهم؟ قيل: إنما صار ميراثه إلى بيت المال فيثأ ولم يصر إليه إراثاً، فلذلك لم يعقل عنه وعقل عن المسلم؛ لأن ماله صار إليه إراثاً.

فصل: وإذا استرسل سهم اليهودي خطأ على رجل ثم أسلم اليهودي قبل وصول السهم ثم وصل فقتل لم يعقل عنه عصباته من اليهود لوصول السهم بعد إسلامه، ولم يعقل عنه عصبته من المسلمين ليهوديته عند إرساله، وتحمل الدية في ماله، ولو قطع يهودي يد رجل ثم أسلم ومات المقطوع عقلت عنه عصبته من اليهود دون المسلمين؛ ولحدوث الجناية في يهوديته وإن استقرت بعد إسلامه، ولذلك سقط عنه القود بإسلامه، وخالف القطع إرسال السهم لوجود الجناية مع القطع وحدوثها بعد إرسال السهم، وهكذا لو كان القاطع مسلماً فارتد عن الإسلام ومات المقطوع عقل عنه عصباته من المسلمين لإسلامه عند جنايته، والله أعلم.

بَابُ وَضْعِ الْحَجَرِ حَيْثُ لَا يَجُوزُ وَضْعُهُ وَحَفْرِ الْبُئْرِ وَمِثْلِ الْحَائِطِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ وَضَعَ حَجَرًا فِي أَرْضٍ لَا يَمْلِكُهَا
وَأَخْرَجَ حَدِيدَةً فَتَعَقَّلَ رَجُلٌ بِالْحَجَرِ فَوَقَعَ عَلَى الْحَدِيدَةِ فَمَاتَ فَعَلَى وَاضِعِ الْحَجَرِ لِأَنَّهُ
كَالدَّافِعِ لَهُ».

قال الماوردي: وأصل هذا الباب أن القتل إن حدث عن سبب محظور كان
مضموناً، وإن حدث عن سبب مباح كان هدرًا، فإذا وضع رجل حجرًا في أرض لا
يملكها إما في طريق سابل أو في ملك غيره فوضعه محظور، فإن عثر به إنسان فمات
كان واضع الحجر ضامنًا لديته لحظر السبب المؤدي إلى قتله، والقتل يضمن بالسبب
كما يضمن بالمباشرة، ولو دفعه رجل على هذا الحجر فمات كانت ديته على الدافع له
لا على واضع الحجر، لأن المباشرة أقوى من السبب، فإذا اجتمع غلب حكم
المباشرة على السبب، ولو كان صاحب الحجر وضعه في ملكه أو في ملك غيره بإذنه
فعثر به إنسان فمات فلا ضمان عليه، ودية العاثر هدر، سواء كان بصيرًا أو ضريبًا،
دخل بإذن أو غير إذن، لإباحة السبب المؤدي إلى قتله.

فإذا تقررت هذه المقدمة فصورة المسألة: في رجل وضع حجرًا في أرض لا
يملكها، ووضع آخر حديدية بقربه في الأرض التي لا يملكها، فعثر رجل بالحجر فوق
على الحديدية فمات فضمن ديته على واضع الحجر دون واضع الحديدية، لأن وقوعه
على الحديدية بعثرة الحجر فصار واضعه كالدافع له فوجب أن يكون ضامنًا لديته كما لو
دفعه عليها.

وقال أبو الفياض من أصحابنا البصريين: إن كانت الحديدية سكينًا قاطعة
فالضمان على واضعها دون واضع الحجر، وإن كانت غير قاطعة فالضمان على واضع
الحجر، لأن السكين القاطعة موجبة والحجر غير موج.

وهكذا قال في رجل دفع رجلًا على سكين في يد قصاب فانذبح بها أن ديته على
القصاب دون الدافع، وهذا القول معلول؛ لأن الدفع مباشرة يضمن بها المدفوع، سواء
ألقاه على موج أو غير موج، ولو عثر بالحديدية فوق على الحجر فمات كان ضمانه

على واضع الحديدية دون واضع الحجر، لأنه قد صار صاحب الحديدية كالدافع له، ولو كان صاحب الحجر غير متعد بوضعه وصاحب الحديدية متعدياً فعثر رجل بالحجر فوقع على الحديدية فمات ضمنه واضع الحديدية دون واضع الحجر، لأن وضع الحجر مباح، فصارت الجناية منسوبة إلى واضع الحديدية لتعديده، وبطل التعليل بالدفع الملغي لخروجه عن التعدي والحظر، وهكذا لو برزت نبكة من الأرض فعثر بها هذا المار فسقط على الحديدية الموضوعة بغير حق فمات ضمن واضعها ديته، لأن بروز النبكة التي عثر بها لا توجب الضمان فأوجه وضع الحجر.

فصل: ولو أخرج طيناً من داره لهدم أو بناء ليستعمله حالاً بعد حال فعثر به بعض المارة فسقط ميتاً نظراً: فإن كان الطريق ضيقاً أو الطين كثيراً فهو متعد بوضعه، فيه فيكون ضامناً لديته، وإن كان الطريق واسعاً والطين قليلاً وقد عدل به عن مسلك المارة إلى فناء داره لم يضمن، لأنه غير متعد به ولا يجد الناس من مثله بدأ.

وقال بعض أصحابنا: يضمن لأنه مباح بشرط السلامة، فإذا أفضى إلى التلف ضمن كتأديب المعلم، وهذا فاسد، لما فيه من التسوية بين المباح والمحظور مع وضوح الفرق بينهما.

فصل: ولو رش ماء في طريق سابل فزلق فيه بعض المارة فسقط ميتاً ضمن ديته لحدوثه عن سبب محظور، وهكذا لو ألقى في الطريق قشور بطيخ أو فاكهة قد أكلها فزلق بها إنسان فمات ضمنه لما ذكرنا، ولو بالت دابته في الطريق فزلق إنسان فمات فإن لم يكن معها لم يضمن، كما لو رمحت برجلها وليس صاحبها معها لم يضمن؛ لقول النبي ﷺ: «جُرْحُ الْعَجَمَاءِ جَبَارٌ» يعني: البهيمة، وإن كان صاحبها حين بالت معها ضمن ما تلف بزلق بولها، سواء كان راكباً أو قائداً أو سائقاً، لأن يده عليها فجري بولها الذي في الطريق مجرى بوله الذي يلزمه ضمان ما تلف به.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ حَفَرَ فِي صَخْرَاءٍ أَوْ طَرِيقٍ وَاسِعٍ مُحْتَمِلٍ فَمَاتَ بِهِ إِنْسَانٌ».

قال الماوردي: وتفصيل هذا أنه إذا حفر بئراً لم يخل حاله في حفرها من أحد أربعة أقسام:

أحدها: أن يحفرها في ملكه.

والثاني: أن يحفرها في ملك غيره.

والثالث: أن يحفرها في الموات.

والرابع : أن يحفرها في طريق سابل .

فأما القسم الأول وهو أن يحفرها في ملكه فهو مباح ، ولا ضمان عليه فيما سقط فيها من بهيمة ، أو إنسان ، بصير أو ضرير سواء كان الدخول بأمر أو غير أمر إذا كانت ظاهرة ، ولكن لو حفر بئراً في ممر داره وغطاها عن الأبصار ودخل إليها من سقط فيها فمات فلا يخلو حال الداخل من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يدخلها بغير أمر فهو متعد بالدخول ونفسه هدر .

والحال الثانية : أن يكرهه الحافر على الدخول ، فيضمن ديته لتعديه بإكراهه على الدخول .

والحال الثالثة : أن يدخلها مختاراً بإذن الحافر ، فإن أعلمه بها فلا ضمان عليه ، وإن لم يعلمه بها وهو بصير ولها آثار تدل عليها فلا ضمان عليه ، وإن لم تكن لها آثار أو كان لها آثار والداخل أعمى ففي وجوب الضمان قولان :

أحدهما : وهو الأظهر ، المنصوص عليه أنه لا ضمان عليه ، وتكون نفس الواقع فيها هدراً ، لأنه دخل باختيار والحفر مباح .

والقول الثاني : يضمن الحافر دية الواقع تخريباً من أحد قوله فيمن سم طعاماً وأذن في أكله .

فصل : وأما القسم الثاني وهو أن يحفر بئراً في ملك غيره فهو على ضربين :

أحدهما : أن يحفرها المالك فلا ضمان فيما سقط فيها على الحافر ولا على المالك ، لأن كل واحد منهما غير متعد ، ويخرج الحافر بالإذن من عواقب الحفر .

والضرب الثاني : أن يحفرها بغير إذن مالكها فالحافر متعد بحفرها وهو الضامن لما تلف فيها من إنسان أو بهيمة ، سواء قدر المالك على سدها أو لم يقدر لخروجه عن عدوان الحفر ، فإن أراد الحافر أن يطمئنها ليبراً من ضمانها أخذ المالك بتمكينه من طمئنها ليبراً من ضمان ما سقط فيها ، فإن أبرأه المالك من الضمان ففيه وجهان :

أحدهما : أنها براءة باطلة لتقدمها على الوجوب ، فعلى هذا يؤخذ بتمكين الحافر من طمئنها .

والوجه الثاني : يبرأ ويكون الإبراء جارياً ومجرى الإذن بالحفر ، فعلى هذا يمنع الحافر من طمئنها .

فصل : وأما القسم الثالث ، وهو أن يحفرها في الموات : فهذا على ضربين :

أحدهما: أن يحفرها لنفسه لئلا يملكها فيمكن، ويصير مالكا لها بالإحياء، وسواء أذن فيه الإمام أو لم يأذن، لأن إحياء الموات لا يفتقر إلى إذن، ولا يضمن ما سقط فيها كما لا يضمنه فيما حفره في ملكه؛ لأنه في الحالين مالك.

والضرب الثاني: أن يحفرها لينتفع هو والسابلة بمائها ولا يملكها فينظر، فإن أذن له الإمام في حفرها فلا ضمان عليه فيما سقط فيها لقيام الإمام بعموم المصالح وإذنه حكم بالإبراء، وإن لم يأذن له الإمام في حفرها ففي ضمانه قولان:

أحدهما: وبه قال في القديم - عليه الضمان، وجعل إذن الإمام شرطاً في الجواز، لأنه أحق بالنظر في عموم المصالح من الحافر.

والقول الثاني: وبه قال في الجديد: أنه لا ضمان عليه في المباح، لأن المباح لا يفتقر إلى إذن الإمام والمحذور لا يستباح ببيئته.

فصل: وأما القسم الرابع وهو أن يحفرها في طريق سابل: فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يضر حفرها بالمارة فيصير متعدياً ويلزمه ضمان ما سقط فيها، سواء أذن له الإمام أو لم يأذن، لأن إذن الإمام لا يبيح المحظورات.

والضرب الثاني: أن لا تضر بالمارة؛ لسعة الطريق وانحراف البئر عن جادة المارة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يحفرها لئلا يملكها فهذا محذور؛ لأنه لا يجوز أن يملك طريق السابلة فيلزمه ضمان ما سقط فيها.

والضرب الثاني: أن يحفرها للارتفاق لا للتملك، فإن لم يحكم رأسها وتركها مفتوحة ضمن ما سقط فيها، وإن أحكم رأسها واستأذن فيها الإمام لم يضمن، وإن لم يستأذنه فيها ففي وجوب ضمانه ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قياس قوله في القديم يضمن، لأنه جعل إذن الإمام شرطاً في عموم المصالح.

والوجه الثاني: لا يضمن للارتفاق الذي لا يجد الناس منه بداً.

والوجه الثالث: أنه إن حفرها لارتفاق كافة المسلمين بها.

إما لشربهم منها.

وإما لفيض مياه الأمطار إليها فلا ضمان عليه، وإن حفرها ليختص بالارتفاق بها لحشر داره أو لماء مطرها فعليه الضمان؛ لأن عموم المصالح أوسع حكماً من

خصوصها، وفي قول النبي ﷺ «الْبِئْرُ جَبَارٌ وَالْمَعْدَنُ جَبَارٌ» [وفيه] تأويلان:

أحدهما: المراد به الأجبر في حفر البئر والمعدن إذا تلف كان هدرًا.

والثاني: أن ما سقط فيها بعد الحفر هدر، ولا يمتنع أن يحمل على عموم الأمرين فيما استبيح فعله وإن أريد به أحدهما لاشتراكهما في المعنى.

فصل: ويتفرع على ما ذكرناه إن بنى مسجداً في طريق سابل، فإن كان مضرًا بالمارة لضيق الطريق أو سعة المسجد كان ضامناً لما تلف به من المارة وإن لم يضر بهم، فإن كان قد بناه بإذن الإمام لم يضمن، وإن بناه بغير إذنه ففي ضمانه وجهان: لأنه من عموم المصالح، ولو علق قنديلاً في مسجد فسقط على إنسان فقتله أو فرش فيه بارية أو حصيراً فعثر به داخل إليه فخر ميتاً فقد كان أبو حامد الاسفراييني يجزئ مجرى بناء المسجد إن كان بإذن الإمام لم يضمن، وإن كان بغير إذنه فعلى وجهين، وخالفه سائر أصحابنا وقالوا: لا يضمن وجهاً واحداً، سواء أذن فيه الإمام أو لم يأذن، وهو الصحيح لكثرة في العرف، وإن أذن الإمام فيه شق.

فصل: وإذا استقر حفر البئر بحق فوق فيها واقع ووقع فوقه آخر وحدث من ذلك موت فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يقع الثاني خلف الأول من غير جذب ولا دفع، فإن مات الأول فديته هدر، لأنه لا صنع لغيره في موته، وإن ماتا جميعاً وجبت دية الأول على الثاني، وكانت دية الثاني هدرًا لما ذكرنا، روى علي بن رباح اللخمي أن بصيراً كان يقود أعمى فوقاً في بئر ووقع الأعمى فوق البصير فقتله ف قضى عمر بعقل البصير على الأعمى فكان الأعمى ينشد في الموسم ويقول:

يَا أَيُّهَا النَّاسُ لَقِيتُ مُنْكَرًا هَلْ يَغْلُ الْأَعْمَى الصَّحِيحُ الْمُبْصِرُ^(١)
خَرًّا مَعًا كِلَاهُمَا تَكْثُرَا

والضرب الثاني: أن يجذب الأول الثاني فيقع عليه، فإن مات الأول كانت ديته هدرًا، وإن مات الثاني كانت ديته كلها على الأول بخلاف الضرب الأول، لأن الجاذب هو القاتل والأول جاذب والثاني مجذوب، فصار الأول ضامناً غير مضمون، والثاني مضموناً غير ضامن، فعلى هذا لو وقع الأول ثم وقع عليه الثاني ثم وقع عليهما ثالثاً، فإن كان وقوعهم من غير جذب ولا دفع فدية الأول على الثاني والثالث؛ لأنه

(١) الدارقطني ٩٨/٣ والبيهقي ١١٢/٨ وفيه انقطاع التلخيص ٣٧/٤.

مات بوقوعهما عليه فاشتركا في ديته لاشتراكهما في تلفه، ودية الثاني على الثالث؛ لأنه انفرد بالوقوع عليه فانفرد بديته، ودية الثالث هدر؛ لأنه تلف من وقوعه، وإن جذب بعضهم بعضاً فجذب الأول الثاني وجذب الثاني الثالث فإذا ماتوا جميعاً كان موت الأول والثاني بفعل قد اشتركا فيه، وموت الثالث بفعل لم يشاركهما فيه، لأن موت الأول كان بجذبه للثاني وبجذب الثاني للثالث وموت الثاني بجذب الأول وبجذب الثاني للثالث فصار الأول والثاني مشتركين في قتل أنفسهما يجب عليهما حكم المصطدمين، وكان النصف من دية كل واحد منهما هدرأ؛ لأنه في مقابلة فعله والنصف الآخر على عاقلة صاحبه، فيكون على عاقلة الأول نصف دية الثاني وباقيها هدر، وعلى عاقلة الثاني نصف دية الأول وباقيها هدر، فأما الثالث فهو مجذوب وليس بجاذب، فتكون جميع ديته مضمونة؛ لأنه مجذوب ولا يضمن دية غيره، لأنه ليس بجاذب وفيمن يضمن ديته وجهان:

أحدهما: يضمها الثاني دون الأول، لأن الثاني هو المباشر بجذبه.

والوجه الثاني: يضمها الثاني والأول بينهما بالسواء، لأن الأول لما جذب الثاني وجذب الثاني الثالث صارا مشتركين في جذب الثالث فلذلك اشتركا في ضمان ديته، وعلى هذا لو جذب الأول ثانياً وجذب الثاني ثالثاً وجذب الثالث رابعاً وماتوا فسقط الثلث من دية الأول هدرأ، ويجب ثلثاها على الثاني والثالث؛ لأنه مات بجذبه للثاني وبجذب الثاني للثالث وبجذب الثالث للرابع، فكان موته بفعله وفعل الثاني وفعل الثالث وليس للرابع فعل؛ لأنه مجذوب وليس بجاذب فكان ثلث ديته هدرأ؛ لأنه في مقابلة فعله وثلثها على عاقلة الثاني، وثلثها على عاقلة الثالث، وهكذا الحكم في الثاني يكون ثلث ديته هدرأ، وثلثاها^(١) على عاقلة الأول [وثلثها على عاقلة الثالث]^(٢) لأنه مات بجذب الأول له وبجذبه للثالث وبجذب الثالث الرابع فصار الأول والثاني والثالث مشتركين في قتل الثالث، فسقط ثلث الدية، لأنها في مقابلة فعله ووجب ثلثاها على الأول والثالث، وأما دية الثالث ففي قدر ما يهدر منها ويضمن وجهان:

أحدهما: يهدر نصف ديته ويجب نصفها على الثاني؛ لأنه مات بجذب الثاني وبجذبه للرابع فصار مشاركاً للثاني في قتل نفسه فسقطت نصف ديته، لأنه في مقابلة قتله، ووجب نصفها على الثاني وخرج منها الأول، لأنه باشر جذبه.

والوجه الثاني: أنه ينهدر من ديته ثلثها ويجب ثلثاها على الأول والثاني، لأن

(١) في ب ولكثاها.

(٢) سقط في بي.

الأول لما جذب الثاني صار مشاركاً له في جذب الثالث، ولما جذب الثالث الرابع صار مشاركاً للأول والثاني في قتل نفسه وهم ثلاثة، فسقط من دية ثلثها، لأنه في مقابلة فعله، ووجب ثلثها على الأول والثاني، وأما دية الرابع فجميعها واجبة لا ينهدر منها شيء؛ لأنه مجذوب وليس بجاذب ومقتول وليس بقاتل، وفيمن تجب عليه دية وجهان:

أحدهما: تجب على الثالث وحده، لأنه باشر جذبه.

والوجه الثاني: أنها تجب على الأول والثاني والثالث أثلاثاً، لأن كل واحد منهما جاذب لمن بعده فصاروا مشتركين في جذب الرابع فاشتركوا في تحمل دية الله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَوْ مَالٌ حَائِطٌ مِنْ دَارِهِ فَوَقَعَ عَلَى إِنْسَانٍ فَمَاتَ فَلَا شَيْءَ فِيهِ وَإِنْ أَشْهَدَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ وَضَعَهُ فِي مِلْكِهِ وَالْمِئْلُ حَادِثٌ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ وَقَدْ أَسَاءَ بِتَرْكِهِ وَمَا وَضَعَهُ فِي مِلْكِهِ فَمَاتَ بِهِ إِنْسَانٌ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ (قال المزني) وَإِنْ تَقَدَّمَ إِلَيْهِ الْوَالِي فِيهِ أَوْ غَيْرِهِ فَلَمْ يَهْدِمْهُ حَتَّى وَقَعَ عَلَى إِنْسَانٍ فَكَتَلَهُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ عِنْدِي فِي قِيَاسِ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ».

قال الماوردي: وصورتها: في حائط سقط من دار رجل فأتلف نفوساً وأموالاً فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون الحائط منتصباً فيسقط عن انتصابه.

والثاني: أن يبنيه المالك مائلاً فيسقط لإمالته.

والثالث: أن يبنيه منتصباً ثم يميل ثم يسقط لميله.

فأما القسم الأول وهو أن يكون منتصباً فيسقط عن انتصابه من غير ميل مستقر فيه فلا ضمان عليه فيما تلف به، سواء كان سقوطه إلى داره أو دار جاره أو إلى الطريق السابل؛ لأنه لم يكن منه عدوان يوجب الضمان، وسواء كان في الحائط شق بالطول أو بالعرض وقال ابن أبي ليلى: إن كان شق الحائط طويلاً لم يضمن، وإن كان شقه عرضاً ضمن؛ لأن شق العرض مؤذن بالسقوط فصار بتركه مفرطاً، وشق الطول غير مؤذن بالسقوط فلم يصّر بتركه مفرطاً، وقد قال الله تعالى فيما حكاه عن موسى والخضر عليهما السلام ﴿فَوَجَدَا فِيهِمَا جِدَاراً يُرِيدُ أَنْ يَنْقُضَ فَأَقَامَهُ﴾ [الكهف: ٧٧] ومعنى ينقض: أي يسقط، فلو لا ما في تركه من التفريط لما أقامه ولي الله الخضر، ولأقره على حاله لمالكه، وهذا الذي قاله ابن أبي ليلى فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه قد يسقط بشق الطول ويبقى مع شق العرض.

والثاني: أنه ليس شقه عوضاً بأكثر من تشريح آلة الحائط وتعيينها من غير بناء،

وهو لو فعل ذلك فسقط لم يضمن فكان أولى إذا بناه فانشق عرضاً أن لا يضمن، فأما الآية فعنها جوابان:

أحدهما: أن الخضر إما نبي مبعوث أو ولي مخصوص على حسب الاختلاف في نبوته قد اطلع على مصالح البواطن على ما خالف ظواهرها ولذلك أنكرها موسى عليه، ولو ساغ في الظاهر ما فعله الخضر لم ينكره موسى فكان في إنكار موسى في الظاهر لنا دليل، وإن كان في فعل الخضر لابن أبي ليلى في الباطن دليل، والحكم في الشرع معتبر بالظاهر دون الباطن فكان دليلنا من الآية أحج.

والثاني: أنه قد قرأ عكرمة: «جداراً يريد أن ينقاض» والفرق بين ينقض وينقاض أن ينقض يسقط، وينقاض ينشق طولاً، وانشقاق الطول عند ابن أبي ليلى غير مضمون، ولعل عكرمة تحرز بهذه القراءة من مثل قول ابن أبي ليلى.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن يبينه مائلاً فيسقط لإمالته فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يجعل إمالة بنائه إلى ملكه فلا يضمن ما تلف به إذا سقط، لأن له أن يفعل بملكه في ملكه ما شاء من مخوف أو غير مخوف كحفر بئر، وارتباط سبع، أو تأجيج نار، وسواء علم من سقط عليه بميل الحائط أو لم يعلم، أنذرهم به أو لم ينذرهم، لأنهم أقاموا تحته باختيارهم، فلو ربط أحدهم تحته فلم يقدر على الانصراف عنه حتى سقط عليه نظر: فإن لم يكن الحائط منذراً بالسقوط لم يضمنه، وإن كان منذراً بالسقوط ضمنه، لأنه مخوف إذا أنذر وغير مخوف إذا لم ينذر.

والضرب الثاني: أن يجعل إمالة بنائه إلى غير ملكه إما إلى طريق سابل، وإما إلى ملك مجاور، فيكون بإمالة بنائه متعدداً لتصرفه في هواء لا يملكه، لأنه إن أماله إلى ملك غيره تعدى عليه، وإن أماله إلى الطريق لم يستحق منه إلا ما لا ضرر فيه كالجناح فضمن ما تلف بسقوطه من نفوس وأموال.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يبينه منتصباً فيميل ثم يسقط بعد ميله فهي مسألة الكتاب فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يميل إلى داره فلا يضمن ما تلفه به بسقوطه، لأنه لا يضمن إذا بناه مائلاً فكان أولى أن لا يضمن إذا مال.

والضرب الثاني: أن يميل إلى غير ملك، إما إلى دار جاره، وإما إلى طريق

كتاب الديات/ باب وضع الحجر حيث لا يجوز وضعه ————— ٣٧٩
سابل، فقد أرسل الشافعي جوابه في سقوط الضمان وقال: لا شيء عليه، وعلل بأن
الميل حادث من غير فعله، واختلف أصحابنا في إطلاق هذا الجواب هل هو محمول
على ميله إلى غير ملكه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول المزمي وأبي سعيد الإصطخري، وأبي علي الطبري، وأبي
حامد الاسفراييني، أنه محمول على ميله إلى غير ملكه، وأنه لا ضمان عليه فيما تلف
بسقوطه لأمرين:

أحدهما: أن أصله في ملكه وميله ليس من فعله، فصار كما لو مال فسقط لوقته
وهذا غير مضمون فكذلك إذا ثبت مائلاً ثم سقط.

والثاني: أن طيران الشرر من أجيج النار أخطر وضرره أعم وأكثر، ثم ثبت أنه لو
أجيج في داره ناراً طار شررها لم يضمن ما تلف بها لحدوثه عن سبب مباح، فوجب إذا
بنى حائطاً فمال أن لا يضمن ما تلف به، وسقوط الضمان في الحائط أولى؛ لأنه لا
يقدر على التحرز من ميله ويقدر على التحرز من شرر النار.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة أن جواب
الشافعي في سقوط الضمان محمول على ميله إلى ملكه، فأما ميله إلى غير ملكه
فموجب للضمان، وهذا أصح الوجهين عندي وإن كان الأول أشبه بإطلاق جواب
الشافعي وإنما وجب به الضمان لأمرين:

أحدهما: أنه يؤخذ بإزالة ميله إذا مال بنفسه كما يؤخذ بإزالته إذا بناه مائلاً،
فصار بتركه على ميله مفراطاً وبينائه مائلاً متعدياً، وهو يضمن بالتفريط كما يضمن
بالتعدي فوجب أن يستويا في لزوم الضمان.

والثاني: أنه لو أشرع جناحاً من داره أقر عليه وضمن ما تلف به وهو لا يقر على
ميل الحائط فكان أولى أن يضمن ما تلف به.

فصل: فإذا تقرر توجيه الوجهين لم يعتبر في واحد منها إنكار الوالي والإشهاد
عليه، وإن قيل بسقوط الضمان لم يجب بإنكار الوالي والإشهاد عليه، وإن قيل
بوجوب الضمان لم يسقط إمساك الوالي وترك الإشهاد عليه.

وقال أبو حنيفة: إن أنكره الوالي أو كان ميله إلى الطريق أو الجار وإن كان ميله
إلى داره وأشهد عليه ضمن، وإن لم ينكره ولم يشهد عليه لم يضمن فصار مخالفاً
كلا الوجهين احتجاجاً بأمرين:

أحدهما: أنه يصير بتركه بعد الإنكار والمطالبة متعدياً فلزمه الضمان لتعديه،
وهو قبل الإنذار غير متعد فلم يلزمه الضمان لعدم التعدي.

والثاني: أنه لما وقع الفرق في تلف الوديعة بين أن تكون بعد طلبها فيضمن، وبين أن يكون قبل طلبها فلا يضمن، وجب أن يقع الفرق في ميل الحائط بين أن يكون سقوطه بعد مطالبته فيضمن وبين أن يكون قبل مطالبته لا يضمن؛ لأن يده على حائط قد استحق عليه رفعه كما يد المودع على مال قد استحق عليه رده، فوجب أن يستويا في الفرق بين المطالبة والإمساك.

ودليلاً شيثان:

أحدهما: أن لا يخلو ميل الحائط من أن يكون موجباً للضمان فلا يسقط بترك الإنكار، كما لو حفر بئراً في غير ملكه، أو يكون غير موجب للضمان فلا يجب الإنكار كما لو حفر بئراً في ملكه، فلم يبق للإنكار تأثير في سقوط ما وجب ولا في وجوب ما سقط.

والثاني: أنه لا يخلو إما أن يكون الإنكار مستحقاً فلا يسقط حكمه بعدمه كالمنكرات، أو يكون غير مستحق فلا يثبت حكمه بوجوده كالمباحات، فلم يبق للإنكار تأثير في إباحة محظور ولا في حظر مباح، وبه يقع الانفصال عما احتج به من تعديه بعد الإنكار وعدمه قبله، واحتجاجة بالوديعة لا يصح، لأن المودع نائب عن غيره فجاز أن يتعلق ضمانها بطلبه، وليس صاحب الحائط المائل نائباً فيه عن غيره فلم يتعلق ضمانه بإنكاره وطلبه.

فصل: فإذا ثبت أن الاعتبار بالإنكار والإشهاد في وجوب الضمان لا في سقوطه

فلا فرق في تلف من علم بميله أو لم يعلم، قدر على الاحتراز منه أو لم يقدر، في أن سقوط الضمان على الوجه الأول في الأحوال كلها وإن وجب الضمان على الوجه الثاني ففي الأحوال كلها يختلف بها حكم ما سقط من آتته في الطريق إذا عثر بها مار فتلف، فإن قيل إن سقوطه غير موجب للضمان على الوجه الأول لم يلزمه ضمان من عثر بآتته إذا كان عثاره قبل القدرة على نقلها، ويضمنه إن كان بعد القدرة عليه، وإن قيل إن سقوطه موجب للضمان ضمن من عثر بآتته، سواء كان عثاره قبل القدرة على النقل أو بعده، لأن سقوطه غير منسوب إلى التعدي على الوجه الأول ومنسوب إليه على الوجه الثاني.

فصل: وإذا كان حائط بين دارين مشترك بين جارين فخيف سقوطه فطالب

أحدهما صاحبه بهدمه فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون قائماً على انتصابه، فليس لواحد منهما مطالبة الآخر بهدمه، ويكون مقرأً على استداده وإن خافاه حتى يتفقا على هدمه، فإن أراد أحدهما أن ينفرد بهدمه والتزام مؤنته نظر فيه، فإن كانت قيمته قائماً مستهدماً أكثر من قيمته نقصاً

مهدوماً لم يكن له التفرد بهدمه، وإن كانت قيمة نقضه وآلته مثل قيمته قائماً أو أكثر سئل عنه أهل المصر من يعرف الأبنية فإن قالوا: إن سقوطه يتعجل ولا يثبت على انتصابه كان له أن يفرد بهدمه لحسم ضرره، وإن قالوا: إنه قد يلبث على انتصابه ولا يتعجل سقوطه لم يكن له أن يفرد بهدمه.

والضرب الثاني: أن يميل إلى أحد الدارين فللذي مال إلى داره أن يأخذ شريكه بهدمه، وله أن امتنع أن يفرد بهدمه لحصوله فيما قد اختص بملكه من هواء داره، وليس للذي لم يمل إليه أن يأخذ شريكه بهدمه، ولا له أيضاً أن يفرد بهدمه والتزام مؤونته، لأنه قد أمن ميله إلى غير ملكه أن يسقط إلى داره.

فصل: وإذا أشرع من داره جناحاً على طريق نافذة جاز إذا لم يضر بمار ولا مجتاز، وكذلك إذا أراد إخراج سياطاً يمدّه على عرض الطريق مكن إن لم يضر ومنع إن أضر، فاختلف أصحابنا في حد ضرره، فقال أبو عبيد بن حرويه ما ناله رمح الفارس مضر، وما لم ينله رمحه غير مضر.

وقال جمهور أصحابنا: إن ما لا يناله أشرف الجمال إذا كان عليها أعلى العماريات فهو غير مضر وما يناله ذلك فهو مضر، وهذا الحد عندي على الإطلاق غير صحيح، بل يجب أن يكون معتبراً بأحوال البلاد، فما كان منها تسلكه جمال العماريات [كان هذا حد ضرره، وما كان منها لا تسلكه جمال العماريات وتسلكه الأجمال]^(١) كان الجمل بحمله حد ضرره، وما كان منها لا تسلكه الجمال وتسلكه الخيل بفرسانها كان أشرف الفرسان على أشرف الخيل حد ضرره، وما كان منها لا تسلكه الخيل ولا الركاب كجزائر في البحر وقرى في البطائح كان أطول الرجال بأعلى حمل على رأسه هو حد ضرره؛ لأن عرف كل بلد أولى أن يكون معتبراً من عرف ما عداه، إذا كان غير موجود فيه وإذا كان غير مضر أقر ولم يكن لأحد أن يعترض عليه ولا يمنعه منه.

وقال أبو حنيفة: يقر على ما لا يضر إذا لم يعترض عليه أحد من المسلمين، فإن اعترض عليه أحدهم منع منه وأخذ بقلعه احتجاجاً بأنه لما منع من بناء دكة في عرصة الطريق منع من إشراع جناح في هوائه، وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه مر بدار العباس بن عبد المطلب فقطر عليه من ميزابها ماء فأمر بقلعه، فخرج العباس وقال: قلعت ميزاباً نصبه رسول الله ﷺ بيده؟ فقال عمر: والله لا صعد من يعيد هذا الميزاب إلا على ظهري

(١) ما بين المعكوفين سقط في ب.

فصعد العباس على ظهره حتى أعاد الميزاب إلى موضعه^(١) فدل ما كان من رسول الله ﷺ في نصبه ومن عمر في إعادته ومن الصحابة في إقرارهم عليه على أنه شرع منقول وفعل متبوع.

والثاني: مشاهدة رسول الله ﷺ إلى ما وطئه من البلاد وفيها الأجنحة والميازيب فما أنكرها وأقر أهلها عليها، وجرى خلفاؤه وصحابته رضي الله عنهم على عادته في إقرارها بعد موته، وقد سلكوا من البلاد أكثر مما سلك، وشاهدوا من اختلاف أحوالها أكثر مما شاهد، فلم يوجد أحد عارض فيه أحد، فدل على انعقاد الإجماع فيه وزوال الخلاف عنه، وخالفت الأجنحة الدكاك، لأن الدكاك مضرة بالمجتازين مضيقة لطرفاتهم وليس في الأجنحة مضرة ولا تضيق.

فصل: فإذا ثبت جواز فعله وجواز إقراره فسقط على مار فقتله ضمن ديته وإن كان مباحاً؛ لأنه مباح بشرط السلامة كتعزيز الإمام وضرب الزوجة، وأما الميزاب إذا سقط فأتلف ماراً ففي ضمانه قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم: لا يضمن، لأنه مما لا يوجد منه بُد فصار مضطراً إليه وغير مضطر إلى الجناح فافترقا.

والقول الثاني: وهو الجديد: أنه يكون مضموناً يلزمه ما تلف به كالجناح، لأنه قد كان يقدر على إجراء مائه إلى بئر يحفرها في داره فيكون غير مضطر إليه كما هو غير مضطر إلى الجناح، فإذا وجب عليه الضمان فيما تلف بالجناح والميزاب نظر فيما وقع به التلف، فإن كان خارجاً عن داره ضمن به جميع الدية، وإن كان بعضه خارجاً وبعضه في حائطه فسقط جميعه فقتل ففي قدر ما يضمنه من ديته ثلاثة أقاويل حكاهما أبو حامد المروزي في جامعه:

أحدهما: يضمن جميع ديته، لأن الداخل في الحائط من الخشب جذبه الخارج منه فضمن به جميع ديته.

والقول الثاني: يضمن به نصف ديته، لأن ما في الحائط منه موضوع في ملكه والخارج منه مختص بالضمان، فصار التلف من جنسين مباح ومحظور فضمن نصف الدية.

والقول الثالث: أنه يضمن من الدية بقسط الخارج من الخشبة.

مثاله: أن يكون طول الخشبة خمسة أذرع، فإن كان الخارج منها ثلاثة أذرع ضمن ثلاثة أخماس ديته، وإن كان الخارج أربعة أذرع ضمن أربعة أخماس ديته يقسط على قدر الداخل والخارج.

(١) البيهقي في السنن الكبرى ٦٦/٦ في الصلح.

وقال الشافعي: «ولا أبالي أي طرفيه أصابه؛ لأنها قتلت بثقلها».

فصل: وإذا وضع الرجل على حائطه جرة ماء فسقطت على مار في الطريق فقتلته لم يضمن ديته، لأنه وضعها في ملكه، ولو نام على طرف سطحه فانقلب إلى الطريق فسقط على مار فقتله نظر في سبب سقوطه، فإن كان بفسخ من الحائط انهار من تحته فلا ضمان عليه، وإن كان لثقله في نومه فعليه الضمان؛ لأنه سقط بفعله، وسقط في الأول بغير فعله، وكلما أوجبنا عليه في هذه المسائل كلها من ضمان النفس فدياتها على عاقلته؛ لأنه خطأ عمد فيه وعليه مع ضمان الدية الكفارة في ماله والله أعلم.

بَابُ دِيَةِ الْجَنِينِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فِي الْجَنِينِ الْمُسْلِمِ بِأَبَوَيْهِ أَوْ بِأَحَدِهِمَا غُرَّةٌ».

قال الماوردي: وهو كما قال، والأصل فيه ما رواه أبو سلمة عن أبي هريرة قال: قضى رسول الله ﷺ في الحمل بغرة عبد أو أمة، فقال حمل بن مالك بن النابغة يا رسول الله: كيف ندي من لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل فمثل ذلك يُطْلُ فقال رسول الله ﷺ «إِنَّ هَذَا لَيَقُولُ قَوْلَ شَاعِرٍ فِيهِ غُرَّةٌ عَبْدٌ أَوْ أُمَةٌ»^(١) وروي عن الزبير عن مسور بن مخزومة قال: استشار عمر في إملاص المرأة يعني الحامل يضرب بطنها فيسقط فقام المغيرة بن شعبة فقال: سمعت رسول الله ﷺ قضى فيه بغرة عبد أو أمة فقال: اثنتي بمن يشهد [معك، قال فشهد معه محمد بن مسلمة، وقال أبو عبيد: إملاصها ما أزلفته بالقرب]^(٢) من الولادة.

وروى الشافعي عن سفيان عن عمرو بن دينار عن طاوس أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال أذكر الله امرأ سمع من رسول الله ﷺ في الجنين شيئاً إلا قاله، فقام حمل بن مالك بن النابغة فقال: كنت بين جاريتين لي فضربت إحداهما الأخرى بسطح فألقت جنيناً ميتاً، فقضى فيه رسول الله ﷺ بغرة عبد أو أمة، فقال عمر: كدنا والله نقضي فيه بآرائنا، قال أبو عبيد: المسطح خشب الخباء.

وقال النضر بن شميل: هو الخشبة التي ترفق بها العجين إذا حلج ليخبز؛ ويسمى المولدودون الصولج، فدل ما روينا على أن في الجنين غرة عبد أو أمة، فإن قيل فقد روي في حديث أبي سلمة عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «فيه غرة عبد أو أمة أو فرس أو بغل» فكيف اقتصرتم على غرة عبد أو أمة دون الفرس والبغل؟ قيل: لأنها رواية تفرد بها عيسى بن يونس عن محمد بن عمر عن أبي سلمة وقد

(١) أخرجه مسلم ٣/١٣٠٩، ١٣١٠ (٣٦/١٦٨١).

(٢) سقط في ب.

وهم فيها عيسى بن يونس والذي رواه الزهري عن أبي سلمة وعن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أثبت، وناقلوه أضبط، وليس في روايتهم «فرس ولا بغل»، ولو صحت الرواية لجاز حملها على أن الفرس والبغل جعلاً بدلاً من العبد والأمة.

فصل: فإذا ثبت وجوب الغرة فيه فتكمل الغرة إذا كان كاملاً بالإسلام والحرية، لأن الغرة أكمل ديات الجنين فوجبت في أكملهم وصفاً، ويجب فيه الكفارة، لأنها دية نفس، وتكون الغرة على العاقلة لانتفاء العمد عنه بعدم مباشرته للجناية فلا يكون إلا خطأ محضاً، أو عمد خطأ، والكفارة في مال الجاني، فلو ألفت من الضرب جنينين لزمته غرمان وكفارتان، ولو ألفت ثلاثة أجنة لزمه ثلاث غرر وثلاث كفارات، ولو ضربها ثلاثة فألفت جنيناً واحداً لزمهم غرة واحدة وثلاث كفارات، وهذا كله إذا ألقته ميتاً يختص بالغرة فيه ذكراً كان أو أنثى، فأما إن ألقته حياً وجب فيه ديته، وديته إن كان ذكراً فمائة من الإبل، وإن كان أنثى فخمسون من الإبل، فيستوي في سقوطه ميتاً حكم الذكر والأنثى، ويفترق في سقوطه حياً حكم الذكر والأنثى، وسمي جنيناً لأنه قد أجنه بطن أمه أي ستره، ولذلك يقال أجنه الليل إذا ستره قال الله تعالى: ﴿وَإِذْ أَنْتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ﴾ [النجم: ٣٢].

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَقْلُ مَا يَكُونُ بِهِ جَنِيناً أَنْ يُفَارِقَ الْمُضْغَةَ وَالْعَلَقَةَ حَتَّى يَتَبَيَّنَ مِنْهُ شَيْءٌ مِنْ خَلْقِ آدَمِيٍّ إِضْبَعٌ أَوْ ظُفْرٌ أَوْ عَيْنٌ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ».

قال الماوردي: اختلف الفقهاء في حد الجنين الذي تجب فيه الغرة على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو قول الشعبي ومالك والحسن بن صالح: أن في أقل الحبل غرة.
والثاني: وهو قول أبي حنيفة: أن فيه ما لم بين خلقه حكومة، فإذا بان خلقه ففيه غرة.

والثالث: وهو قول الشافعي: أنه لا شيء فيه إذا لم بين خلقه، فإذا بان خلقه على ما سَنَصَفَه ففيه غرة فصار الخلاف فيما لم بين خلقه، فعند مالك فيه غرة، وعند أبي حنيفة فيه حكومة، وعند الشافعي لا شيء فيه.

واستدل مالك على وجوب الغرة فيه: بأنه لما لم يقع الفرق في الولد الحي بين صغير وكبير في وجوب الدية وجب أن لا يقع الفرق في الحمل بين مبادئه وكماله في وجوب الغرة.

واستدل أبو حنيفة بأنه لما وجب في الجنين دون ما في الولد الحي ولم يكن

هدراً وجب أن يكون فيما دون الجنين أقل مما في الجنين ولا يكون هدراً، واستدل الشافعي على أن لا شيء فيه بأمرين:

أحدهما: أن وجوب الغرم لثبوت الحرمة وليس له قبل بيان خلقه حرمة فكان هذا كالنطفة.

والثاني: أن حياة الإنسان بين حالتين بين مبادئ خلقه وبين غايته بعد موته، فلما كان في آخر حالتيه بعد الموت هدراً وجب أن يكون في الأولى من حالتيه قبل بيان الخلق هدراً، وفي هذين دليل وانفصال.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فالذي يتعلق بالجنين ثلاثة أحكام:

أحدها: وجوب الغرة.

والثاني: أن تصير به الأمة أم ولد.

والثالث: أن تنقضي به العدة، وإذا كان كذلك فقد وصف الله تعالى حال الإنسان في مبادئ خلقه إلى استكمالها فقال تعالى ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ﴾ [المؤمنون: ١٢].

وفيه قولان:

أحدهما: أن آدم وحده استل من طين وهو المخصوص بخلقه منه قاله قتادة.

والثاني: أنه أراد كل إنسان؛ لأنه يرجع إلى آدم الذي خلق من سلالة من طين قاله مجاهد.

وفي السلالة تأويلان:

أحدهما: أنها الصفوة.

والثاني: أنها القليل الذي ينسل.

ثم ذكر حالة ثانية في الوليد فقال تعالى ﴿ثُمَّ خَلَقْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ﴾ [المؤمنون: ١٣] يعني به ذرية آدم المخلوقين من تناسل الرجال والنساء، لأنه خلق من طين ولم يخلق من نطفة التناسل، والنطفة هي ماء الذكر الذي يعلق منه الولد وهو أول خلق الإنسان.

وقوله تعالى: ﴿فِي قَرَارٍ مَكِينٍ﴾ يعني به الرحم لاستقراره فيه، فصارت النطفة في أول مبادئ خلقه كالغرس، والرحم في إنشائه كالأرض.

ثم ذكر حالة ثالثة هي للولد ثانية فقال تعالى: ﴿ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً﴾ [المؤمنون: ١٤] والعلقة هي الدم الطري الذي انتقلت النطفة إليه حتى صارت علقه، وسميت علقه لأنها أول أحوال العلوق، والعلقة في حكم النطفة في أنه لم يستقر لها حرمة ولم يتعلق بها شيء من الأحكام الثلاثة بإجماع الفقهاء فلا تجب فيها غرة، ولا تصير بها أم ولد، ولا تنقضي بها العدة.

ثم ذكر حالة رابعة هي للولد ثالثة فقال تعالى: ﴿فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً﴾ [المؤمنون: ١٤] والمضغة اللحم، وهو أول أحوال الجسم، سميت مضغة، لأنها بقدر ما يمضغ من اللحم، وهو الذي تقدم فيه الخلاف فأوجب فيه مالك غرة، وأوجب فيه أبو حنيفة حكومة، ولم يوجب فيه الشافعي شيئاً، ولا تصير به على قوله أم ولد وفي انقضاء العدة به قولان:

أحدهما: تنقضي به العدة لما فيه من استبراء الرحم.

والثاني: لا تنقضي به العدة كما لا تصير به أم ولد ولا تجب فيه الغرة.

ثم ذكر حالة خامسة وهي للولد رابعة قال تعالى: ﴿فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَماً فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا﴾ [المؤمنون: ١٤] فاحتمل خلق العظم واللحم على وجهين: أحدهما: أن يكونا في حالة واحدة قد خلق عظاماً كساه لحماً.

والثاني: أن يكون في حالتين خلق في إحداهما عظاماً ثم كساه بعد استكمال العظم لحماً فيكون اللحم حالة سادسة هي للولد خامسة.

ثم ذكر حالة سابعة هي للولد سادسة فقال تعالى: ﴿ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ﴾ [المؤمنون: ١٤] وفيه تأويلان:

أحدهما: أنه نفخ الروح فيه، قاله ابن عباس.

والثاني: أنه تميز ذكر أو أنثى قاله الحسن، ومحصل هذه الأحوال يرجع إلى ثلاثة أقسام: مضغة وما قبلها وما بعدها.

فأما المضغة وما قبلها فقد ذكرناه، وقلنا: إن ما قبل المضغة لا يتعلق به شيء من الأحكام الثلاثة، وإن المضغة لا يتعلق بها ما سوى الغرة وفي العدة قولان:

وأما ما بعد المضغة فتتنقضي به العدة وما وجبت فيه الغرة من ذلك صارت به أم ولد، والغرة فيه تختلف بحسب اختلاف أحواله بعد المضغة وله بعدها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن لا يبين فيه صورة ولا تخطيط الصور فلا تجب فيه الغرة.

والحال الثانية: أن يبين فيه إما صورة جميع الأعضاء وإما صورة بعضها كعين أو إصبع أو ظفر فتجب فيه الغرة لبيان خلقه، سواء كانت الصورة ظاهرة للأبصار أو كانت خفية تظهر بوضعه في الماء الحار.

والحالة الثالثة: أن يبين فيه التخطيط ولا يبين فيه الصورة فيتخطط ولا يتصور، ففي وجوب الغرة فيه وجهان:

أحدهما: لا تجب فيه الغرة لعدم التصوير.

والوجه الثاني: تجب فيه الغرة، لأن التخطيط مبادئ التصوير.

فصل: وإذا أُلقت غشاوة أو جلدة شقت فوجد فيها جنينان ففيهما غرتان وكفارتان، ولو أُلقت جسداً عليه رأسان ففيه غرة واحدة فكذلك لو أُلقت رأساً ففيه غرة واحدة لجواز أن يكونا على جسد واحد، ولو أُلقت جسدين ففيه غرة واحدة لجواز أن يكون عليهما رأس واحدة، ولو أُلقت رأسين وجسدين ففيهما غرتان لانتفاء الاحتمال.

فصل: وإذا أُلقت عضواً من جسد خرج باقيه حياً فله حالتان:

إحدهما: أن يموت بعد حياته ففيه دية كاملة يدخل فيها أرش العضو المنفصل عنه قبل ظهوره.

والحال الثانية: أن يبقى على حياته فالعضو المنفصل عنه قبل إلقائه إن كان يداً فمعتبر باختيار أهل العلم بحاله من ثقات الطب والقوالب، فإن دلت شواهد حاله على انفصاله بعد استقرار الحياة فيه ففيه نصف الدية اعتباراً بحال الحي، وإن دلت على انفصاله قبل استقرار حياته ففيه نصف الغرة اعتباراً بحال الجنين.

فصل: وإذا ضربها فتحرك جوفها ثم خمد فلا شيء فيه، وأوجب فيه الزهري غرة، لأن خموده بعد الحركة دليل على تلفه بعد الوجود، وهذا خطأ، لأن الحركة يحتمل أن تكون منه، ويحتمل أن تكون لريح انفشت، وهكذا لو تحرك جوفها بعد الموت مع ظهور حملها ثم خمد يحتمل الأمرين فصار ما لم يظهر منه شيء مشكوكاً فيه، والغرم لا يجب بالشك.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِذَا أَلْقَتْهُ مَيِّتًا فَسَوَاءٌ كَانَ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى (قال المزمعي) هَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ أُمَّتَهُ إِذَا أَلْقَتْ مِنْهُ دَمًا أَنْ لَا تَكُونَ بِهِ أُمٌّ وَلَدٍ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْهُ هَهُنَا وَلَدًا وَقَدْ جَعَلَهُ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَكَانِ وَلَدًا وَهَذَا عِنْدِي أَوَّلَى مِنْ ذَلِكَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لا فرق في الجنين بين أن يكون ذكراً أو أنثى في وجوب الغرة فيه، وقيمتها خمس من الإبل على ما سنذكره، ومن الورق إذا قدرت دية النفس ورقاً ستمائة درهم، ومن العين خمسون ديناراً، وذلك عشر دية أمه.

وفرق أبو حنيفة في الجنين بين الذكر والأنثى، فأوجب فيه إن كان ذكراً نصف عشر ديته لو كان حياً، وإن كان أنثى عشر ديتها لو كانت حية، وهذا وإن كان موافقاً في الحكم فهو مخالف في العلة، وخلافه وإن لم يؤثر في الجنين الحر كان مؤثراً في الجنين المملوك.

والدليل على التسوية بين الذكر والأنثى رواية أبي هريرة أن رسول الله ﷺ «قضى في الجنين بغرة عبد أو أمة» ولم يسأل أذكر هو أو أنثى، ولو افترقا لسأل ولنقل فدل على استوائهما، لأن حال الجنين في الأغلب مشتبهة وفي الحي ظاهرة فسوى بينهما في الجنين حسماً للاختلاف، وفرق بينهما في الحي لزوال الاشتباه كما قدر لبن التصرية بصاع من تمر قطعاً للتنازع وحسماً للاختلاف.

فصل: فعلى هذا لو ألفت من الضرب ذكراً وأنثى أحدهما ميت والآخر حي ثم مات نظر فإن كان الميت هو الذكر والحي هو الأنثى فعلى الضارب غرة في الجنين ونصف الدية الكاملة في الحي، فإن كان الميت هو الأنثى والحي هو الذكر فعليه غرة في الميت ودية كاملة في الحي، فإن اختلف الضارب والمضروبة في الحي منها، فقاتل المضروبة هو الذكر، وقال الضارب: هو الأنثى فالقول قول الضارب مع يمينه لبراءة ذمته حتى يشهد للمضروبة أربع نسوة عدول أن الحي منها هو الذكر فيحكم به والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكَذَلِكَ إِنْ أَلْقَتْهُ مِنَ الضَّرْبِ بَعْدَ مَوْتِهَا فَفِيهِ غُرَّةٌ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا ضربها فماتت وألقت جنيناً ميتاً فعليه ديتها وغرة في جنينها، سواء ألقته قبل موتها أو بعده.

وقال مالك وأبو حنيفة: تجب فيه الغرة إن ألقته قبل موتها ولا يجب فيه شيء إن ألقته بعد موتها، إلا أن تلقى حياً فيموت فتجب فيه ديته احتجاجاً بأمرين:

أحدهما: أن انفصاله ميت بعد موتها موجب لسقوط غرمه كما لو ديس بطنها بعد الموت فألقت جنيناً ميتاً لم يضمن إجماعاً وهو بدياسها بعد الموت مخصوص بالجناية وقتله غير مخصوص بها فكان بسقوط الغرم أحق.

والثاني: أن الجنين بمنزلة أعضائها لأمرين:

أحدهما: اتباعه لها في العتق والبيع كالأعضاء.

والثاني: أنه لا يفرد بغسل ولا صلاة كما لا تفرد به الأعضاء، فلما كانت أروش أعضائها داخلية في ديتها وجب أن تكون غرة جنينها داخلية في ديتها.

ودليلنا حديث أبي هريرة قال: اقتتل امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فأصاب بطنها فقتلتها فأسقطت جنيناً، ف قضى رسول الله ﷺ بعقلها على عاقلة القاتلة، وفي جنينها غرة عبد أو أمة.

والظاهر من هذا النقل أن إلقاء الجنين كان بعد موت، ولو احتمل الأمرين كان في إمساك النبي ﷺ عن السؤال عنه دليل على استواء الحكم في الحالين، ولو سأل لنقل.

ومن القياس: أن كل جنانية ضمن بها الجنين إذا سقط في الحياة وجب أن يضمن بها الجنين إذا سقط بعد الوفاة كالذي سقط حياً ثم مات؛ ولأن الجنين ضمان النفوس دون الأعضاء لأمرين:

أحدهما: أن ديته موروثة ولو كان كأعضائها لوجب ديتها لها.

والثاني: أنه خارج من دية نفسها ولو كان كأعضائها لدخل في ديتها، وإذا اختص بضمان النفوس اعتبر بنفسه لا بغيره فاستوى حكم إلقائه في الموت وبعده.

فأما الجواب عن احتجاجهم بإلقائه إذا ديست بعد موتها فمن وجهين:

أحدهما: أنه لا يمتنع أن يجب فيه الغرة، لأن الأصل فيه بقاء الحياة إلى أن يتحقق الموت فيسقط به الإجماع.

والثاني: وإن سقطت فيه الغرة فلأن الظاهر من موته بموت أمه والمديسة غير مضمونة فلم يضمن جنينها [والمضروبة مضمونة فضمن جنينها] (١).

وأما الجواب عن احتجاجهم بأنه كأعضائها فقد منعنا منه بما قدمناه.

فأما اتباعه لها في العتق والمبيع فلا يمتنع أن يتميز عنها، وإن تبعها كما يتبعها في الإسلام بعد الولادة ولا يتبعها في الردة بعد الولادة.

وأما الغسل والصلاة فهو يغسل وليس في إسقاط الصلاة ما يمنع من انفراده بنفسه كما لا يغسل الشهيد والذمي.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «تَوَرَّثَ كَمَا لَوْ خَرَجَ حَيًّا فَمَاتَ لِأَنَّهُ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ دُونَ أُمِّهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، غرة الجنين موروثه عنه ولا تختص الأم باستحقاقها.

وبه قال أبو حنيفة ومالك.

وقال الليث بن سعد: تكون لأمه ولا تورث عنه كأعضائها، وفيما قدمناه من تمييزه عنها وضمانه كالنفوس دليل عليه.

وقال ربيعة تكون غرة الجنين لأبويه خاصة دون غيرهما من ورثته، وجعله كالبعض منهما لخلقه من مائهما، وهذا فاسد، فالمقتول بعد حياته وإن كان موروثاً لم يخل حال إلقائه من أن يكون قبل موت الأم أو بعده، فإن كان قبل موت الأم فلها ميراثها منه، وإن كان بعد موت الأم فلا ميراث لها منه لاستحقاق الغرة بعد إلقائه، ولا يحجب بالجنين أحد من الورثة، لأنه لم يثبت له حكم الحياة فيكون لأمه إن ورثته ثلث الغرة ولأبيه إن كان حياً باقيها أو لغيره من ورثته إن كان ميتاً، ولو ألقته حياً بعد موتها ثم مات ورثها ولم ترثه، فإن أشكل إلقاؤه في حياتها وبعد موتها قطع التوارث بينهما كالغرقى.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَعَلَيْهِ عِتْقُ رَقَبَةٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: يجب الكفارة في الجنين.

وقال أبو حنيفة لا كفارة فيه احتجاجاً بأمرين:

أحدهما: أن النبي ﷺ قضى فيه بالغرة ولم يقض فيه بالكفارة، ولو وجبت لأبائها وقضى بها، ولو قضى بها لنقل.

والثاني: لأنه من الأم بمنزلة أعضائها التي لا يجب فيها كفارة، فكذلك جنينها، ودليلنا أنها نفس آدمي ضمنت بالجناية فوجب أن تضمن بالكفارة كالحي، ولأن الكفارة أخص وجوباً بالقتل من الدية، لأن السيد يجب عليه بقتل عبده الكفارة ولا تجب عليه القيمة ومن رمى دار الحرب بسهم فقتل به مسلماً وجبت عليه الكفارة ولم تجب عليه الدية فلما وجب في الجنين الدية فأولى أن تجب فيه الكفارة.

فأما الاستدلال بالخبر فإنما كف عن بيان الكفارة فيه لأن الله تعالى قد بينها في قوله «وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ» [النساء: ٩٢] كما بين الدية في قوله ﷺ «فمن قتل بعده قتيلاً فأهله بين خيرتين إن أحبو قتلوا، وإن أحبوا أخذوا

العقل»، ولم يبين الكفارة تعويلاً على إثباتها في هذه الآية، وأما استدلالهم بأنه كأعضائها فقد أجبنا عنه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا شَيْءَ لَهَا فِي الْأُمِّ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

لا شيء لأم الجنين في ألم الضرب إذا لم يبين له أثر في بدنها كاللطمه والرفسة لا توجب غرماً في رجل ولا امرأة، فأما إجهاضها عند إلقائه ففيه قولان حكاهما أبو حامد المروزي في جامعه:

أحدهما: لا شيء لها فيه أيضاً لألم الضرب، لأنه نوع من الألم.

والقول الثاني: لها فيه حكومة، لأنه كالجرح في الفرج عند خروج الجنين منه فضمن بالحكومة، فلو أقرت بذلك أثر الضرب في بدنها ضمن حكومة الضرب وحكومة الإجهاض.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَمَنْ وَجَبَتْ لَهُ الْغُرَّةُ أَنْ لَا يَقْبَلَهَا دُونَ سَبْعِ سِنِينَ أَوْ ثَمَانِ سِنِينَ لِأَنَّهَا لَا تَسْتَعْنِي بِنَفْسِهَا دُونَ هَذَيْنِ السَّنَتَيْنِ وَلَا يُفَرِّقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ أُمِّهَا فِي الْبَيْعِ إِلَّا فِي هَذَيْنِ السَّنَتَيْنِ فَأَعْلَى».

قال الماوردي: أما الغرة في اللغة فتستعمل على وجهين:

أحدهما: في أول الشيء ومنه قيل لأول الشهر غرته.

والثاني: في جيد الشيء وخياره ومنه قيل فلان غرة قومه إذا كان أسراهم، وقد أطلق رسول الله ﷺ الغرة في دية الجنين فوجب أن يكون إطلاقها محمولاً على أول الشيء وخيار الجنس، لأنه ليس أحدهما بأولى أن يكون مراداً من الآخر فحمل عليهما معاً، وإذا وجب الجمع بينهما كان أول الجنس إذا خرج عن الجيد مردوداً والجيد إذا خرج عن أول السن مردوداً، فإذا اجتمعا معاً في السن والجودة كان اجتماعهما مراداً، وإذا كان كذلك فإن للغرة أول وغاية، فأما أوله فسبع سنين أو ثمان؛ لأمرين:

أحدهما: أن النبي ﷺ جعلها حداً لتعليمه الطهارة والصلاة فقال: «علموهم

الطهارة والصلاة وهم أبناء سبع».

والثاني: أنه يستقل فيها بنفسه؛ ولذلك خير فيها بين أبويه وفرق بينه وبين أمه

فلا يقبل من الغرة في الجنين ما لها دون سبع سنين؛ لأنه لعدم النفع فيه ليس بغرة وإن كان بأول الشيء من الغرة.

وأما غاية سن الغرة فمعتبر بشرطين.

أحدهما: أكمل ما يكون نفعاً.

والثاني: أزيد ما يكون ثمناً وهي قبل العشرين أزيد ثمناً وأقل نفعاً، وبعد العشرين أكمل نفعاً وأقل ثمناً، فاقضى أن تكون العشرون سنة حداً للغاية؛ لأنها أقرب سن إلى الجمع بين زيادة الثمن وكمال المنفعة فلا يقبل فيما جاوزها ويقبل فيما دونها ويستوي فيها الغلام والجارية، وفرق بعض أصحابنا في غاية السن بين الغلام والجارية فجعل الغاية في سن الغلام خمس عشرة سنة وهي حال البلوغ، والغاية في سن الجارية عشرين سنة، لأن ثمن الغلام بعد البلوغ ينقص وثمان الجارية إلى العشرين، يزيد وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: لما لم يختلفا في أول السن وجب أن لا يختلفا في آخره.

والثاني: أن نقصان ثمنه مقابل لزيادة نفعه فتعارضاً وتساوا فيهما الجارية والغلام، لأن تأثير السن في الجارية أكثر من تأثيره في الغلام.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَقْبَلَهَا مَعِيَّةً وَلَا خَصِيًّا لِأَنَّهُ نَاقِصٌ عَنِ الْغُرَّةِ وَإِنْ زَادَ ثَمَنُهَا بِالْخِصَاءِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، يعتبر في الغرة السلامة من العيوب كلها وإن لم يعتبر في الكفارة من العيوب إلا ما أضر بالعمل فيها للفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الرقبة في الكفارة مطلقة فجاز أن يلحقها بعض العيوب وفي الغرة مقيدة بما يقتضي السلامة من جميع العيوب، ولذلك جاز في الكفارة من نقص السن ما لم يجز في الغرة.

والثاني: أن الكفارة حق لله تعالى تقع فيه المباشرة والغرم عوض لآدمي يعتبر فيه السلامة كما يعتبر السلامة من العيوب في إبل الدية.

فأما الخصي والمجبوب فلا يؤخذ في الغرة، لأنه وإن كان أزيد ثمناً فإنه أقل نفعاً، ويجزىء في الغرة ذات الصنعة وغيرها، لأن الصنعة زيادة على كمال الخلقة فلم يعتبر فيها كما لم يعتبر فيها الاكتساب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَقِيمَتُهَا إِذَا كَانَ الْجَنِينُ حُرًّا مُسْلِمًا نِصْفُ عَشْرِ دِيَّةٍ مُسْلِمٍ».

قال الماوردي: اعلم أن إطلاق الغرة لا ينفي عنها جهالة الأوصاف فاحتج إلى تقديرها بما ينفي الجهالة عنها لتساوي جميع الديات في الصفة فعدل إلى وصفها

بالقيمة، لأنها أنفى للجهالة فقومت بنصف عشر الدية خمس من الإبل، أو ستمائة درهم أو خمسين ديناراً مع وصفها بما قدمنا من السن والسلامة من العيوب فلا يقبل منه الغرة في الجنين الحر المسلم إلا بهذه القيمة، وإنما كان كذلك لأمرين: أثر، ومعنى.

فأما الأثر فهو ما روي عن عمر وعلي وزيد رضي الله عنهم أنهم قدروها بهذا القدر الذي لم يخالفوا فيه فكان إجماعاً.

وأما المعنى: فهو أنه لما كان الجنين على أقل أحوال الإنسان اعتبر فيه أقل ما قدره الشرع من الديات وهو دية الموضحة، ودية السن المقدرة بخمس من الإبل هي نصف عشر دية النفس فجعل أقل الديات قدراً حداً لأقل النفوس حالاً.

فصل: فإذا ثبت تقديرها بنصف عشر الدية فقد اختلف أصحابنا فيما يقوم به على وجهين:

أحدهما: وهو قول البصريين أنها تقوم بالإبل؛ لأن الإبل أصل الدية، فإن كانت الجناية على الجنين خطأ محضاً فهي مقدرة بخمس من الإبل أخماس: جذعة، وحققة، وبنت لبون، وبنت مخاض، وابن لبون، وإن كانت عمد الخطأ فهي مقدرة بخمس من الإبل أثلاث [جذعة، وخلفتان ونصف، وحققة ونصف]^(١) وليس يمكن أن تقوم الغرة بالإبل، لأنها ليست من جنس القيم فوجب أن يقوم الخمس من الإبل الأخماس في الخطأ والأثلاث في عمد الخطأ بالورق، لأنها أصل القيم، فإن بلغت قيمتها في التغليظ ألف درهم وفي التخفيف سبعمائة درهم أخذنا منه غرة عبد أو أمة قيمتها في جناية الخطأ المحض سبعمائة درهم، وقيمتها في جناية عمد الخطأ ألف درهم.

والوجه الثاني: وهو قول جمهور البغداديين أننا نقدرها بالورق المقدرة بالشرع دون الإبل، لأن الإبل ليست من أجناس القيم ولا هي مأخوذة فتكون عين المستحق، وإذا قومت بالإبل احتيج إلى تقويم الإبل فوجب أن يعدل في تقويم الغرة إلى ما هو أصل في القيم وهي الورق، فعلى هذا تقوم الغرة في الخطأ المحض بستمائة درهم ويزاد عليها في عمد الخطأ ثلثها، فتقوم فيه بثمان مائة درهم، وعلى هذا يكون التفريع.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَ نَصْرَانِيًّا أَوْ مَجُوسِيًّا فَنِصْفُ عَشْرِ

(١) في ب حقتان، وجذعة ونصف، وحققة ونصف.

دِيَّةُ نَصْرَانِيٍّ أَوْ مَجُوسِيٍّ وَإِنْ كَانَتْ أَثَمُهُ مَجُوسِيَّةً وَأَبُوهُ نَصْرَانِيًّا أَوْ أَثَمُهُ نَصْرَانِيَّةً وَأَبُوهُ مَجُوسِيًّا فَدِيَّةُ الْجَنِينِ فِي أَكْثَرِ أَبْوَابِهِ نِصْفُ عَشْرِ دِيَّةِ نَصْرَانِيٍّ».

قال الماوردي: وجملة ذلك أنه إذا كان في الجنين الناقص نصف عشر الدية الناقصة والكامل ماكمل بالحرية والإسلام وقد مضى، والناقص ما نقص بكفر أو رق، فإذا جرى على الجنين حكم الكفر لكفر أبويه لم يخل حال أبويه من أن تتفق ديتهما أو تختلف، فإن اتفقت دياتهما فكانا نصرانيين أو يهوديين أو مجوسيين فدية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم فتكون قيمة الغرة في الجنين اليهودي والنصراني على مذهب البصريين بعيراً وثلثين أخماساً في الخطأ المحض، وأثلاثاً في عمد الخطأ؛ وعلى مذهب البغداديين قيمتها مائتا درهم عشر دية المسلم، فتكون قيمة الغرة في الجنين المجوسي على مذهب البصريين ثلث بعير، وعلى مذهب البغداديين أربعين درهماً، والغرة بهذه القيمة معوزة فوجب أن يكون هذا القدر هو المستحق فيها.

فصل: وإن اختلفت دية أبويه فكان أحدهما نصرانياً والآخر مجوسياً، فمذهب الشافعي أنه يعتبر بأغلظ أبويه دية وهو النصراني أبا كان أو أمّاً، فتجب فيه الغرة الواجبة في الجنين النصراني لأمرين:

أحدهما: أن موضوع الدية على التغليظ فوجب أن يكون معتبراً بأغلظهما دية كما لو كان أحد أبويه مسلماً، والآخر كافراً اعتبر فيه دية المسلم دون الكافر تغليظاً، وكما يعتبر في الصيد المتولد من بين مأكول وغير مأكول أغلظ حاله في إيجاب الجزاء وتحريم الأكل.

والثاني: أن كمال الدية أصل في ضمان النفوس فلم ينقص منها إلا المتحقق دون المشتبه والمتحقق من النقصان هو حال أغلظهما دية، لأن ما دونه محتمل مشتبه، فلذلك وجب أن يعتبر بالأغلظ الأعلى دون الأقل الأدنى، واعتباره عندي بأقلها دية أولى وأشبه بالأصول لأربعة أمور:

أحدها: أن الأصل فيمن لم تتحقق حياته سقوط الغرم إلا ما خصه الشرع من حال الجنين فلم يوجب فيه إلا ما تحققناه وهو الأقل دون ما شككنا فيه من الأكثر، ولذلك اعتبرت قيمة الغرة بأقل الديات دون أكثرها.

والثاني: أن الأصل براءة الذمة فلم توجب فيها إلا ما تحققناه.

والثالث: أن الأصل في الكفر الإباحة إلا ما حظرته الذمة فلم يعلق بالحظر إلا ما تحققناه.

والرابع: أنه قد تقابل فيه إيجاب وإسقاط، فوجب أن يغلب حكم الإسقاط على

الإيجاب حكماً كما تسقط الزكاة فيما تولد من بين غنم وظباء تغلياً للإسقاط على الإيجاب والانفصال عما توجه به قول الشافعي ظاهر إذا حقق والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ جَنَى عَلَى أُمَةٍ حَامِلٍ فَلَمْ تُلَقِ جَنِينَهَا حَتَّى عُتِقَتْ أَوْ عَلَى ذِمَّةٍ فَلَمْ تُلَقِ جَنِينَهَا حَتَّى أَسْلَمَتْ فَفِيهِ غُرَّةٌ لَأَنَّهُ جَنَى عَلَيْهَا وَهِيَ مَمْنُوعَةٌ».

قال الماوردي: أما جنين الأمة فقد يكون تارة حراً إن كان من سيدها ومملوكاً إن كان من زوج أو زنا، فإن كان حراً ففيه غرة كاملة، سواء ألقته وهي على رقها أو بعد عتقها، وإن كان مملوكاً ففيه عشر قيمة أمة، وخالفت فيه أبو حنيفة وقد ذكره الشافعي في الباب الذي يليه ونحن نستوفي الكلام فيه، فإن أعتقت الأمة بعد إلقاء جنينها لم يؤثر عتقها فيه ووجب فيه عشر قيمتها، وإن أعتقت بعد ضربها وقبل إلقائه عتق بعثتها تبعاً، لأن حمل الحرة حر، ووجب فيه غرة كاملة، سواء كان أكثر من عشر قيمة الأم أو أقل كالحرة إذا أعتق بعد الجنابة عليه ثم مات وجب فيه دية حر، سواء كانت أكثر من قيمته أو أقل، وللسيد من الغرة أقل الأمرين من قيمة الغرة أو عشر قيمة الأم كما كان له من دية العبد إذا أعتقه بعد الجنابة وقبل موته أقل الأمرين من قيمته أو ديته، فإن كانت الغرة أقلهما أخذها السيد كلها بحق ملكه، وإن كان عشر قيمة الأم أقل أخذ من قيمة الغرة عشر قيمة الأم وكان باقيها لورثة الجنين.

فصل: وأما جنين الذمية فإن كان أبوه مسلماً فالجنين مسلماً في الحكم وفيه غرة كاملة وإن كان ذمياً فالجنين ذمي في الحكم، وفيه ما قدمناه في جنين أهل الذمة، فإن أسلمت الذمية أو زوجها بعد إلقاء جنينها لم يؤثر إسلام واحد منهما في الجنين لتقدمه على الإسلام، ووجب فيه ما يجب في الجنين الذمي، وكان ذلك موروثاً بينهما يشترك فيه المسلم والكافر، لأنه موروث في الكفر قبل حدوث الإسلام، وإن أسلمت بعد ضربها وقبل إلقائه أو أسلم زوجها دونها صار الجنين مسلماً بإسلام كل واحد من أبويه، فيجب فيه إذا ألقته بعد الإسلام غرة كاملة دية جنين مسلم؛ لأن الجنابة ما استقرت فيه إلا بعد ثبوت إسلامه، كما لو أسلم المجني عليه بعد الجنابة ثم مات وجبت فيه دية مسلم لاستقرارها فيه بعد إسلامه وتكون هذه الغرة الواجبة فيه موروثة للمسلم من أبويه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فِي كِتَابِ الدِّيَّاتِ وَالْجَنَائِيَّاتِ وَلَا أَعْرِفُ أَنَّ يَدْفَعَ لِلْغُرَّةِ قِيمَةً إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِمَوْضِعٍ لَا تُوجَدُ فِيهِ (قال المزني) هَذَا مَعْنَى أَصْلِهِ فِي الدِّيَّةِ أَنَّهَا الْإِبْلُ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بِهَا فَإِنْ لَمْ تُوجَدُ فَقِيمَتُهَا فَكَذَلِكَ الْغُرَّةُ إِنْ لَمْ تُوجَدُ فَقِيمَتُهَا».

قال الماوردي: أما إذا كانت الغرة موجودة فلا يجوز العدول عنها إلى الإبل ولا ورق ولا ذهب، سواء قيل في دية النفس إنه مخير بين الإبل والورق والذهب على قوله في القديم، أو قيل لا يؤخذ فيها إلا الإبل مع وجودها على قوله في الجديد، وإنما كان كذلك للفرق بينهما شرعاً في أن النص لم يرد في الجنين إلا بالغرة وإنما عدل إلى قيمتها بالاختلاف نفيّاً للجهالة عنها، والنص وارد في دية النفس بالإبل والورق والذهب فافترقا، فإن عدت الغرة دعت الضرورة إلى العدول إلى قيمتها كالطعام المغصوب الذي يستحق مثله، فإن عدم المثل عدل إلى قيمته، وفي المعدول إليه من القيمة وجهان بناء على اختلاف الوجهين فيما يقوم به الغرة مع وجودها:

أحدهما: وهو قول البغداديين: يعدل عند عدمها إلى الورق إذا قيل إنها تقوم بالورق، فعلى هذا تؤخذ عنها في الخطأ المحض ستمائة درهم وفي عمد الخطأ ثمانمائة درهم.

والثاني: وهو قول البصريين: يعدل عن الغرة عند عدمها إلى الإبل إذا قيل تقوم بقيمة خمس من الإبل، فعلى هذا يؤخذ في الخطأ المحض خمس من الإبل أخماساً، وفي عمد الخطأ خمس من الإبل أثلاثاً، فإن أعوزت الإبل صار كإعوازها في دية النفس، فهل يعدل إلى قيمتها ما بلغت، أو إلى المقدّر فيها من الورق والذهب على ما مضى من القولين؟ القديم منها يعدل إلى المقدّر فيجب عنها ستمائة درهم أو خمسون ديناراً يزداد عليها في التغليظ ثلثها، وعلى قوله في الجديد يعدل عنها إلى قيمة خمس من الإبل ما بلغت قيمتها من ورق أو ذهب والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيُغْرُمُهَا مَنْ يَغْرُمُ دِيَّةَ الْخَطَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن العمد المحض في الجناية على الجنين يمتنع لامتناع مباشرته لها، وكانت من بين خطئ محض تتخفف فيه الغرة كما تتخفف ديات الخطأ وبين عمد الخطأ تتغلظ فيه الغرة كما تتغلظ ديات عمد الخطأ، وإذا كان كذلك وجبت الغرة على العاقلة في حالي تخفيفها وتغلظها وأوجبها مالك في مال الجاني بناء على أصله في أن العاقلة لا تتحمل عنده إلا ما زاد على ثلث الدية، والدليل عليه مع ما تقدم من دليل الأصل أن النبي ﷺ قضى بالغرة في الجنين على العاقلة، فقالوا: كيف ندي من لا ضرب ولا أكل ولا صاح ولا استهل، ومثل ذلك بطل، وفي مدة ما تؤديها العاقلة وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: تؤديها في ثلاث سنين، لأنها دية نفس فشابهت كمال الدية.

والوجه الثاني: تؤديها في سنة واحدة، لأن قسط العاقلة في كل سنة من دية النفس ثلثها، والغرة أقل من الثلث فكان أولى أن تؤدى في سنة واحدة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ قَامَتِ الْبَيِّنَةُ أَنَّهَا لَمْ تَزَلْ ضَمِيمَةً مِنَ الضَّرْبَةِ حَتَّى طَرَحَتْهُ لِرَمِّهِ وَإِنْ لَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ حَلَفَ الْجَانِي وَبَرَى».

قال الماوردي: وجملة حال المرأة في ضمان جنينها ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تدعي على رجل أنه ضرب بطنها حتى ألفت جنيناً ميتاً فينكر الجاني الضرب، فالقول قوله مع يمينه لبراءة ذمته إلا أن تأتي بينة تشهد عليه بضربها فيحكم بها، ويلزمه دية جنينها، وبينتها عليه شاهدان أو شاهد وامرأتان، ولا يقبل منها شهادة النساء المنفردات.

والقسم الثاني: أن يعترف بضربها وينكر أنه جنينها ويدعي أنها التقتته فالقول قوله مع يمينه لبراءة ذمته إلا أن تقيم بينة على إسقاطه وبينتها شاهدان أو شاهد وامرأتان، أو أربع نسوة عدول، لأنها بينة على ولادة، فإن شهدت البينة أنها أسقطت هذا الجنين الميت يعينه حكم لها بإسقاطه وديته، وإن شهدوا أنها ألفت جنيناً ولم يعينوه في الجنين الذي أحضرته فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يشهدوا لها بموت الذي ألقته وإن لم يعينوه فيحكم لها بالدية، لأنهم قد شهدوا لها بجنين مضمون وتعيينه لا يفيد.

والضرب الثاني: أن لا يشهدوا بموته فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون لمدة لا يعيش لمثلها فيحكم لها بديته.

والضرب الثاني: أني يكون لمدة يجوز أن يعيش لمثلها لم يقبل قولها في موته، لأن الذي أحضرته ميتاً لم يشهدوا لها بإسقاطه والذي شهدوا بإسقاطه لم يشهدوا لها بموته.

والقسم الثاني: أن يعترف بضربها وإسقاط جنينها فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تلقيه عقيب ضربها، فالظاهر أنها ألقته ميتاً من ضربة وإن جاز أن تلقيه من غيره فعليه دية الجنين، فإن ادعى أنها ألقته من غير الضرب من طلق أو شرب دواء كان القول قولها مع يمينها، لأن الظاهر معها.

والضرب الثاني: أن تلقيه بعد زمان طويل من ضربها، فإن لم تزل ضنية مريضة من وقت الضرب إلى وقت الإسقاط فالظاهر من إلقائه ميتاً أنه من الضرب، فتجب ديته

على الضارب فإن ادعى عليها إسقاطه من غيرها أحلفها وضمن ديته، فإن سكن ألمها بعد الضرب وألقت بعد زوال الألم فالظاهر أنها ألقت من غير الضرب فلا تلزمه ديته، فإن أدعت أنها ألقت من ضربه أحلفته، وليس يحتاج في هذه الأحوال كلها عند التنازع إلى بيينة، لأن البيينة تشهد بالظاهر وحكم الظاهر معروف، ولكن لو أدعت بعد تطاول المدة أنها ألقت من ضربه وأنكرها، فإن قامت البيينة على أنها لم تزل ضنية مريضة حتى ألقت كان القول قولها، فإن أنكر أن يكون من ضربه أحلفها، وإن لم تقم البيينة بمرضها فالقول قوله ولها إخلافه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ صَرَخَ الْجَنِينُ أَوْ تَحَرَّكَ وَلَمْ يَصْرُخْ ثُمَّ مَاتَ مَكَانَهُ فِدْيَتُهُ تَامَّةٌ وَإِنْ لَمْ يَمُتْ مَكَانَهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْجَانِي وَعَاقِلَتِهِ إِنَّهُ مَاتَ مِنْ غَيْرِ جَنَائَةٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا ألقت من الضرب جنيناً حياً ثم مات ففيه الدية كاملة، إن كان ذكراً فمائة من الإبل، وإن كان أنثى فخمسون من الإبل، وحياته تعلم بالاستهلاك تارة، وبالحركة القوية أخرى، والاستهلاك هو الصياح والبكاء، وفي معناه العطاس والأنين.

وأما الحركة القوية فمثل ارتضاعه، ورفع يده، وحطها، ومد رجله، وقبضها، وانقلابه من جنب إلى جنب إلى ما جرى هذا المجرى من الحركات التي لا تكون إلا في حي.

فأما الاختلاج والحركة الضعيفة فلا تدل على الحياة، لأن لحم الذبيحة قد يختلج ولا يدل على بقاء الحياة، وإنما تثبت حياته بأحد أمرين: استهلاك، أو حركة قوية.

وبه قال أبو حنيفة وأكثر الفقهاء.

وقال مالك تثبت حياته بالاستهلاك ولا تثبت بالحركة.

وبه قال سعيد ابن المسيب والحسن وابن سيرين، واختلفوا في العطاس هل يكون استهلاكاً؟ فأثبت بعضهم ونفاه آخرون، واستدلوا على أن ما عدا الاستهلاك لا تثبت به الحياة بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إِذَا اسْتَهْلَلَ الْمَوْلُودُ صَلَّيْ عَلَيْهِ وَوُزِّتْ»^(١) فخص الاستهلاك بحكم الحياة فدل على أنه لا يثبت بغيره.

(١) أخرجه ابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (١٢٢٣) وابن ماجه (٢٧٥٠) والدارمي ٣٩٢/٢ والبيهقي ٨/٤ وانظر نصب الراية ٢/٢٧٨.

ولأنه لما استوى حكم قليل الاستهلال وكثيره في ثبوت الحياة وجب أن يستوي حكم قليل الحركة وكثيرها في عدم الحياة.

ودليلنا: هو أن ما دل على حياة الكبير دل على حياة الصغير كالاستهلال، ولأن من دل الاستهلال على حياته دلت الحركة على حياته كالكبير.

فأما الخبر ففيه نص على الاستهلال وتنبيه على الحركة، وأما قليل الحركة فما خرج عن حد الاختلاج دل على الحياة من قليل كثير، وما كان اختلاجاً فليس بحركة فقد استوى حكم الحركة في قليلها وكثيرها.

فصل: فإذا ثبت أن حكم الاستهلال والحركة في ثبوت الحياة سواء فمتى كان الاستهلال بعد انفصاله من أنه ثبتت حياته، وإن استهل قبل انفصاله عند خروج بعضه منها وبقاء بعضه معها ثم انفصل منها لم يثبت له حكم الحياة ولم تكمل ديته.

وبه قال أبو حنيفة: وقال أبو يوسف، ومحمد، وزفر والحسن بن صالح: إن علمت حياته عند خروج أكثره ثبت له حكم الحياة في الميراث وكمال الدية، وإن كان عند خروج أقله لم يثبت اعتباراً بالأغلب، وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أنه إن جرى على ما قبل الانفصال حكم الحياة وجب أن يستوي حكم أقله وأكثره في ثبوتها للعلم بها، وإن لم يجر حكمها على القليل لم يجر على أكثره للاتصال وعدم الانفصال، ولأنه لما استوى خروج أقله وأكثره في بقاء العدة وجب أن يستويا في الميراث وكمال الدية.

فصل: فإذا صح ما ذكرنا وثبتت حياته بعد انفصاله باستهلال أو حركة ثم مات فلا يخلو حال موته من أحد أمرين:

إما أن يكون عقيب سقوطه، أو متأخراً عنه، فإن مات عقيب سقوطه فالظاهر من موته أنه كان من ضرب أمه، لأنه لما تعلق بالضرب حكم إسقاطه تعلق به حكم موته إلا أن تحدث عليه بعد سقوطه جنائية فيصير موته منسوباً إلى الجنائية الحادثة دون الضرب المتقدم، مثل أن تنقلب عليه أمه بعد إلقائه فيصير موته بانقلاب أمه عليه فتجب ديته عليها وتحملها عاقلتها إن لم تعتمد ذلك، ولا ترثه، لأنها صارت قاتلة، وعليها الكفارة، ولو عصرت برحمها عند خروجه ثم مات بعد انفصاله لم تضمنه وكانت ديته على الضارب، لأن عصرة الرحم قل ما يخلو منها مولود ووالدة.

ولو جرحه جراح بعد سقوطه كانت ديته على جراحه دون ضارب أمه.

فإن قيل فهلا كان كالجارحين بضمانه معاً؟

قيل: لأن جناية الضارب سبب وجناية الجارح مباشرة واجتماعهما يوجب تعليق الحكم بالمباشرة دون السبب، فلو اختلف ضارب الأم ووارث الجنين في موته بعد سقوطه فادعى الوارث موته بالضرب المتقدم وادعى الضارب موته بجناية حدثت فالقول قول الوارث مع يمينه، والضارب ضامن لديته، لأننا على يقين من ضربه وفي شك من جناية غيره، فلو أقام الضارب البينة أنه مات بجناية غيره برىء من ديته بالبينة ولم يحكم بها على الجاني، لأن الوارث مبرىء للجاني ومكذب للبينة بمطالبة الضارب، فهذا حكمه إذا مات عقيب سقوطه.

فصل: فأما إذا تأخر فمات بعد يوم فما زاد نظر في حاله مدة حياته، فإن لم يزل فيها ضمناً مريضاً حتى مات فالظاهر من موته أنه بضربه فعليه الغرة.

والضرب الثاني: أن يكون مدة حياته ساكناً سليماً فالظاهر من موته أنه من غير الضرب المتقدم، لأنه قد يموت من غير ضرب فلا شيء على الضارب، فإن ادعى الوارث عليه موته من ضربه أحلفه وبرىء بعد يمينه، ولو اشتبهت حاله مدة حياته هل كان فيها ضمناً مريضاً وساكناً سليماً سئل عنه أهل الخبرة من قوابل النساء، لأنهن بعن المولود أخبر من الرجال، فإن شهدن بمرضه ضمن الضارب ديته، وإن شهدن بصحته لم يضمنها.

قال الربيع: وفيه قول آخر أنه لا تقبل فيه إلا شهادة الرجال، لأنه قد تعرفه منهم من يعرفه، فمن أصحابنا من أثبتة قولاً للشافعي ومنهم من أنكره ونسبه إلى الربيع، فلو ادعى الوارث مرضه في مدة حياته ليكون الضارب ضامناً لديته وادعى الضارب أنه كان صحيحاً فيها ليبراً من ديته فالقول قول الضارب مع يمينه، لأن الأصل براءة ذمته ولا ضمان عليه إلا أن يقيم الوارث البينة بمرضه فيحكم بعد إقامتها بمرضه، ويصير القول قول الوارث مع يمينه أنه مات من الضرب، ويضمن الضارب ديته، ويجوز أن يشهد بمرضه النساء المنفردات على الظاهر من مذهب الشافعي؛ لأنها حالة يشهدها النساء وهن بمرض المولود أعرف من الرجال، وفيه تخريج قول آخر للربيع أنه لا يسمع فيه إلا شهادة الرجال، إما حكاية عن الشافعي أو تخريجاً عن نفسه على ما قدمناه.

فصل: ولو اختلفا في استهلال المولود فادعاه الوارث وأنكره الضارب جاز أن يقبل فيه شهادة النساء المنفردات كما تقبل في الولادة، لأنها حال لا يكاد يحضرها الرجال.

فإن شهدن باستهلاله وحياته قضى على الضارب بديته تتحملها عنه العاقلة، مائة من الإبل إن كان ذكراً أو خمسون من الإبل إن كان أنثى، فلو أقام الضارب البينة أنه سقط ميتاً ولم يستهل حكم ببينة الاستهلال، لأنها تثبت ما نفاه غيرها، وقد يجوز أن

يقف على الاستهلال بعض الحاضرين دون بعض فغلب حكم الإثبات على النفي، وإن عدت البيئة لم يخل حال الضارب وعاقلته عند التناكر من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن ينكر الضارب والعاقلة معاً حياة الجنين ويدعوا أنه سقط ميتاً وقد ادعى الوارث حياته فالقول قول الضارب وعاقلته مع أيمانهم أنه سقط ميتاً؛ لأن الأصل براءة الذمة وأنه لم يستقر للجنين حكم الحياة، فإذا حلفوا وجبت الغرة دون الدية.

والقسم الثاني: أن يعترف العاقلة بحياة الجنين وينكرها الضارب، فتتحمل العاقلة دية كاملة، ولا يمين على الضارب، لأن وجوب الدية على العاقلة المعترفة بها.

والقسم الثالث: أن يعترف الضارب بحياة الجنين وتنكرها العاقلة فلا تلزم العاقلة ما اعترف به الجاني لما قدمناه من قول النبي ﷺ «لَا تَحْمِلُ الْعَاقِلَةُ عَمْدًا وَلَا عَبْدًا وَلَا صُلْحًا وَلَا اغْتِرَافًا» وإذا كان كذلك توجهت اليمين علة العاقلة يستحقها الضارب دون وارث الجنين لأنه يصل إلى الدية من الضارب، وإنما سقط بإنكارهم تحملها من الضارب فلذلك كان هو المستحق لإحلاف العاقلة دون الوارث، فإذا حلفوا وجبت عليهم الغرة، وقيمتها خمس من الإبل هي نصف عشر دية الذكر وعشر دية الأنثى، وتحمل الضارب باقي الدية، فإن كان الجنين ذكراً لزمه تسعة أعشار ديته ونصف عشرها، وهو خمسة وتسعون بغيراً وإن كان أنثى لزمه تسعة أعشار ديتها وهو خمسة وأربعون بغيراً وعلى قياس هذا ما عداه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ خَرَجَ حَيًّا لَأَقْلَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَكَانَ فِي حَالٍ لَمْ يَتِمَّ لِمِثْلِهِ حَيَاةٌ قَطُّ فَفِيهِ الدِّيَّةُ تَامَةً وَإِنْ كَانَ فِي حَالٍ تَتِمُّ فِيهِ لِأَحَدٍ مِنَ الْأَجْتَةِ حَيَاةٌ فَفِيهِ الدِّيَّةُ (قال المزني) هَذَا سَقَطُ مِنَ الْكَاتِبِ عِنْدِي إِذَا أُوجِبَ الدِّيَّةُ لِأَنَّهُ بِحَالٍ تَتِمُّ لِمِثْلِهِ الْحَيَاةُ أَنْ تَسْقُطَ إِذَا كَانَ بِحَالٍ لَا تَتِمُّ لِمِثْلِهِ حَيَاةٌ . »

قال الماوردي: وصورتها في امرأة ألفت من الضرب جنيئاً متحركاً فحركته ضربان: حركة اختلاج، وحركة حياة، فحركة الاختلاج لا تجري عليها أحكام الحياة، وتجب فيه الغرة دون الدية، وحركة الحياة تجري عليها أحكام الحياة، ويجب فيها الدية.

والفرق بين حركة الاختلاج، وحركة الحياة، أن حركة الاختلاج سريعة تتكرر كالرعدة في اليد، وتكون في أعضاء الحركة وغيرها.

وحركة الحياة بطيئة لا يسرع تكرارها وتختص بأعضاء الحركة دون غيرها، فإذا كان في الجنين حركة حياة كملت فيه دية الحي، وجرى عليه في الميراث حكم الحياة،

سواء ألقته لسته أشهر فصاعداً في زمان لا تتم حياة مثله .

فأما المزني فإنه اعترض في هذه المسألة ونسب الكاتب إلى الغلط، وقال إذا أوجب الشافعي فيه الدية إذا كان في حال تتم لمثله حياة اقتضى أن لا تجب فيه الدية إن كان في حال لا تتم لمثله حياة، وليس يخلو اعتراضه هذا من أحد أمرين: إما أن يكون مقصوراً على تغليب الكاتب وسهوه في النقل وأن الشافعي قد أفصح بذلك في كثير من كتبه، وليس بمنكر. أن يذكر قسمين ويوجب عنهما بجواب واحد لاشتراكهما في معناه.

وإما أن يكون معترضاً بذلك في الجواب ويرى أنه إذا لم تتم لمثله حياة لم تجب فيه الدية فهو خطأ منه فيما خالف فيه مذهب صاحبه من وجهين:

أحدهما: أنه استوى في الكبير حال ما تطول حياته بالصحة وحال من أشفا على الموت بالمرض في وجوب الدية والقود لاختصاصه بإفاته حياة محفوظة الحرمه في قليل الزمان وكثيره وجب أن يستوى حال الجنين فيمن تتم حياته أو لا تتم في وجوب الدية، لأنه قد أفات حياة وجب حفظ حرمتها في قليل الزمان وكثيره.

والثاني: أن وجوب الغرة في الجنين إنما كانت لأنه لم يعلم حياته عند الجناية وجاز أن يكون ميتاً قبلها، وإذا سقط حياً تحققنا وجوب عند الجناية فاستوى حكم قليلها وكثيرها.

مسألة: قَالَ الْمَزْنِي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَقَدْ قَالَ لَوْ كَانَ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَقَتَلَهُ رَجُلٌ عَمْدًا فَأَرَادَ وَرَثَتُهُ الْقَوْدَ فَإِنْ كَانَ مِثْلُهُ يَعِيشُ الْيَوْمَ أَوْ الْيَوْمَيْنِ فَفِيهِ الْقَوْدُ ثُمَّ سَكَتَ (قال المزني) كَأَنَّهُ يَقُولُ إِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ فَهُوَ فِي مَعْنَى الْمَذْبُوحِ يَقْطَعُ بِأَثْنَيْنِ أَوْ الْمَجْرُوحِ تَخْرُجُ مِنْهُ حَشَوَتُهُ فَتُضْرَبُ عَنْقُهُ فَلَا قَوْدَ عَلَى الثَّانِي وَلَا دِيَّةَ وَفِي هَذَا عِنْدِي دَلِيلٌ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

قال الماوردي: وهذه مسألة أوردها المزني احتجاجاً لنفسه وهي حجاج عليه؛ لأن الشافعي قد أوجب القود والدية في المقتول لأقل من ستة أشهر إذا كانت فيه حياة قوية وإن لم تتم ولم يدم؛ لأنه لا يجوز أن يعيش في جاري العادة لأقل من ستة أشهر فبطل به ما ظنه المزني من غلط الناقل وما ذهب إليه من مخالفة الشافعي، ثم نشرح المذهب فيها فنقول:

لا تخلوا حياة الملقى لأقل من ستة أشهر من أن تكون قوية أو ضعيفة، فإن كانت قوية يعيش منها اليوم واليومين فحكمه حكم غيره من الأحياء: إن قتله القاتل عمداً فعليه القود، وإن قتله خطأ فعليه الدية، وإذا ضمنه الثاني بقود أو دية سقط ضمانه عن

الضارب فلم يلزمه فيه غرة ولا دية، وكان مختصاً بضرب الأم وإجهاضها فلا يلزمه أرش ضربها إلا أن تؤثر في جسدها، وفي وجوب الحكومة عليه في إجهاضها قولان تقدماً.

فإن كانت حياة الجنين ضعيفة لا يعيش بها أكثر من ساعة أو بعضها فهو في حكم التالف بالضرب المتقدم دون القتل الحادث، فتكون ديته على الضارب، ولا يلزمه فيه قود بحال، ولا شيء على قاتله، ويكون في حكم من قطع مذبوحاً باثنين أو ضرب عنق مبقر البطن فخرج الحشوة، فيكون الأول قاتله دون الثاني، فيعزر ولا يلزمه غرم ولا كفارة، فلو وقع التنازع في حياته عنه قتل الثاني هل كانت قوية يضمنها الثاني أو ضعيفة يضمنها الأول؟ فالقول فيه قول الثاني مع يمينه، والضمان على الأول دونه، لأننا على يقين من ضمان الأول بالضرب وفي شك من ضربان الثاني بالقتل، ولأن الأصل ضعف الحياة حتى يعلم قوتها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ ضَرَبَهَا فَأَلْقَتْ يَدًا وَمَاتَتْ ضَمِنَ الْأُمُّ وَالْجَنِينُ لِأَنِّي قَدْ عَلِمْتُ أَنَّهُ قَدْ جَنَى عَلَى الْجَنِينِ».

قال الماوردي: إذا ألقت من الضربة يداً وماتت ضَمِنَ الأم والجنين، ضمن دية نفسها، وغرة جنينها، وإن لم تلقه، لأن إلقاء يده دليل على أن في بطنها جنيناً؛ لأن اليد لا تخلق على انفراد حتى تكون من جسد، فلو ألقت بعد اليد جنيناً نظر فيه، فإن لم تكن له يد فتلك اليد منه فتجب فيه غرة واحدة، لأنه جنين واحد إن كان الجنين كامل اليدين فتلك اليد من جنين آخر فيلزمه غرمان وكفارتان، لأنهما جنيتان.

فإن قيل: فيجوز أن تكون تلك اليد يداً زائدة قيل محل الأعضاء الزائدة مخالف لمحل الأعضاء التي من أصل الخلقة، فإن كان لها في الجنين أثر الزيادة فليس فيه إلا غرة واحدة وإن لم تكن فيه أثر الزيادة ففيه غرمان، وإن احتمل الأمرين ففيه غرة واحدة، لأنها يقين، ثم ينظر في إلقاء اليد، فإن ألقتها قبل موتها ورثت من الغرة، وإن ألقتها بعد موتها لم ترث منها، ولو ألقت اليد قبل موتها والجنين بعد موتها، فإن كانت اليدين من الجنين ففيه غرة واحدة ترث منها، وإن كانت من غيره ففيها غرتان ترث من الأولى ولا ترث من الثانية.

فصل: ولو عاشت المضروبة بعدم إلقاء اليد ولم تلق بعد اليد جنيناً لم يضمن الضارب إلا يد جنين بنصف الغرة؛ لأن يد الحي مضمونة بنصف ديته فضمنت يد الجنين بنصف غرته، ولا يضمن باقي الجنين، لأننا لم نتحقق تلفه.

فصل: وإذا اصطدمت امرأتان حاملتان فماتتا وألقت كل واحدة منهما جنيناً ميتاً

فموت كل واحدة منهما وإلقاء جنينها هو بصدمتها وصدمة صاحبها، فعلى كل واحدة منهما نصف دية صاحبها ونصفها الباقي هدر، لأنه في مقابلة جنايتها على نفسها، فأما جنيناهما فجنين كل واحدة منهما مضمون على أمه وعلى صاحبها، فيلزم كل واحدة منهما نصف غرة في جنينها ونصف غرة في جنين صاحبها، فتصير كل واحدة منهما ملتزمة لغرة كاملة، ولا ينهدر شيء من غرة الجنين وإن انهدر النصف من دية الأمين، يجب عليها ثمانى كفارات، لأنهما قد اشتركا في قتل أربعة فلزم عن كل واحدة منهم كفارتان لاشتراك اثنين فيه .

فصل: وإذا طفرت الحامل فألقت جنيناً ميتاً فإن لم تخرج الطفرة عن عادة مثلها من الحوامل ولا كان مثلها مسقطاً للأجنة لم تضمنه، وإن خرجت عن عادة مثلها وكانت الأجنة تسقط بمثل طفرتها ضمنته بالغرة والكفارة، ولم ترث من الغرة، لأنها قاتلة، وهكذا لو شربت الحامل دواء فأسقطت جنيناً ميتاً روعي حال الدواء فإن زعم علماء الطب أن مثله قد يسقط الأجنة ضمننت جنينها، وإن قالوا: مثله لا يسقط الأجنة لم تضمنه، وإن أشكل وجوزوه ضمنته، لأن الظاهر من سقوطه أنه من حدوث شربه، ولو امتنعت الحامل من الطعام والشراب حتى ألقت جنينها وكانت الأجنة تسقط من جوع الأم وعطشها نظر، فإن دعتها الضرورة إلى الجوع والعطش للإعواز والعدم فلا ضمان عليها، وإن لم تدعها ضرورة إليه ضمنته، ولو جاعت وعطشت في صوم فرض أو تطوع ضمننت، لأنها مع الخوف على حملها مأمورة بالإفطار منهيّة من الصيام والله أعلم بالصواب .

بَابُ جَنِينِ الْأَمَةِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي جَنِينِ الْأَمَةِ عَشْرُ قِيَمَةٍ أُمُّهُ يَوْمَ جَنَى عَلَيْهَا ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى وَهُوَ قَوْلُ الْمَدَنِيِّينَ (قَالَ الْمَزْنِي) الْقِيَاسُ عَلَى أَصْلِهِ عَشْرُ قِيَمَةٍ أُمُّهُ يَوْمَ تُلْقِيهِ لِأَنَّهُ قَالَ لَوْ ضَرَبَهَا أُمَةٌ فَالْقَتَ جَنِينًا مَيِّتًا ثُمَّ أُعْتِقَتْ فَالْقَتَ جَنِينًا آخَرَ فَعَلَيْهِ عَشْرُ قِيَمَةٍ أُمُّهُ لِسَيِّدِهَا وَفِي الْآخِرِ مَا فِي جَنِينِ حُرَّةٍ لِأُمِّهِ وَلِوَرَثَتِهِ (قَالَ الشَّافِعِيُّ) قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ لِلْمَدَنِيِّينَ أَرَأَيْتُمْ لَوْ كَانَ حَيًّا أَلَيْسَ فِيهِ قِيَمَتُهُ وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ عَشْرِ ثَمَنِ أُمِّهِ وَلَوْ كَانَ مَيِّتًا فَعُشْرُ أُمِّهِ فَقَدْ أَغْرَمْتُمْ فِيهِ مَيِّتًا أَكْثَرَ مِمَّا أَغْرَمْتُمْ فِيهِ حَيًّا (قَالَ الشَّافِعِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ فَقُلْتُ لَهُ أَلَيْسَ أَصْلُكَ جَنِينُ الْحُرَّةِ الَّتِي قَضَى فِيهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَلَمْ يَذْكُرْ عَنْهُ أَنَّهُ سَأَلَ أَذْكَرَ هُوَ أَمْ أُنْثَى؟ قَالَ بَلَى قُلْتُ فَجَعَلْتُ وَجَعَلْنَا فِيهِ خَمْسًا مِنَ الْإِبِلِ أَوْ خَمْسِينَ دِينَارًا إِذَا لَمْ يَكُنْ غُرَّةً قَالَ بَلَى قُلْتُ فَلَوْ خَرَجَا حَيِّينَ ذَكَرًا وَأُنْثَى فَمَاتَا؟ قَالَ فِي الذَّكَرِ مِائَةٌ وَفِي الْأُنْثَى خَمْسُونَ قُلْتُ فَإِذَا زَعَمْتَ أَنَّ حُكْمَهُمَا فِي أَنْفُسِهِمَا مُخْتَلِفَانِ فَلَمْ سَوِّتَ بَيْنَ حُكْمِهِمَا مَيِّتَيْنِ أَمَّا يَدُلُّكَ هَذَا أَنَّ حُكْمَهُمَا مَيِّتَيْنِ حُكْمٌ غَيْرُهُمَا ثُمَّ قَسَتْ عَلَى ذَلِكَ جَنِينِ الْأَمَةِ فَقُلْتُ إِنْ كَانَ ذَكَرًا فَنِصْفُ عَشْرِ قِيَمَتِهِ لَوْ كَانَ حَيًّا وَإِنْ كَانَ أُنْثَى فَعُشْرُ قِيَمَتِهَا لَوْ كَانَتْ حَيَّةً أَلَيْسَ قَدْ جَعَلْتَ عَقْلَ الْأُنْثَى مِنْ أَصْلِ عَقْلِهَا فِي الْحَيَاةِ وَضَعْفَ عَقْلِ الرَّجُلِ مِنْ أَصْلِ عَقْلِهِ فِي الْحَيَاةِ لَا أَغْلَمُكَ إِلَّا نَكَسْتَ الْقِيَاسَ قَالَ فَأَنْتَ قَدْ سَوَّيْتَ بَيْنَهُمَا مِنْ أَجْلِ أَنِّي زَعَمْتُ أَنَّ أَصْلَ حُكْمِهِمَا حُكْمٌ غَيْرُهُمَا لَا حُكْمَ أَنْفُسِهِمَا كَمَا سَوَّيْتَ بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى مِنْ جَنِينِ الْحُرَّةِ فَكَانَ مَخْرُجُ قَوْلِي مُعْتَدِلًا فَكَيْفَ يَكُونُ الْحُكْمُ لِمَنْ لَمْ يَخْرُجْ حَيًّا».

قال الماوردي: في جنين الأمة إذا كان مملوكاً عشر قيمة أمه ذكراً كان أو أنثى، ويكون معتبراً بأمه لا بنفسه.

وقال أبو حنيفة: جنين الأمة معتبر بنفسه يفرق فيه بين الذكر والأنثى، فإن كان ذكراً وجب فيه نصف عشر قيمته، وإن كان أنثى وجب فيها عشر قيمتها.

واستدل على اعتباره بنفسه بأمرين :

أحدهما : أنه لما وقع الفرق في جنين الأمة بين أن يكون مملوكاً أو حراً وفي جنين الكافرة بين أن يكون مسلماً أو كافراً دل على اعتباره بنفسه لا بغيره .

والثاني : أنه من أبويه فلما لم يعتبر بأبيه لم يعتبر بأمه ، وإذا سقط اعتباره بهما وجب اعتباره بنفسه .

واستدل على الفرق بين الذكر والأنثى بأمرين :

أحدهما : أنه لما وقع الفرق في إلقائه حياً بين الذكر والأنثى وجب أن يقع الفرق بينهما في إلقائه ميتاً .

والثاني : أنه موروث واستحقاق التوارث يوجب الفرق بين الذكر والأنثى كالوارث .

والدليل على اعتباره بغيره شيان :

أحدهما : أنه لما اعتبرت قيمة القيمة وليس له قيمة ؛ لأنه إن قوم ميتاً لم تكن للميت قيمة ، وإن قوم حياً لم تكن له حياة فوجب أن يعدل عن تقويمه عند استحالتها إلى تقويم أصله كما يجعل العبد أصلاً للحر في الحكومات ، ويجعل الحر أصلاً للعبد في المقدرات .

والثاني : أنه لو قوم بنفسه لوجب استيفاء قيمته كسائر المتلفات ، ولما لم يستوف قيمته لاعتباره بغيره كان أصل التقويم أولى أن يكون معتبراً بغيره .

والدليل على التسوية بين الذكر والأنثى شيان :

أحدهما : أن حرمة حرّاً أغلظ من حرمة مملوكاً ، فلما استوى الذكر والأنثى في أغلظ حاله حرّاً كان أولى أن يستوي في أخف حاله مملوكاً .

والثاني : أن الفرق بين الذكر والأنثى يوجب تفضيل الذكر على الأنثى كالديات والمواريث وهم لا يفضلونه ، وتفضيل الأنثى على الذكر وإن كان مذهبهم مفضياً إليه مدفوع بالشرع فوجبت التسوية بينهما لامتناع ما عداه .

فأما الجواب عن استدلالهم بوقوع الفرق بين حرّيته ورقه وبين إسلامه وكفره فهو الدليل عليهم ، لأنه لما اعتبر إسلامه وكفره وحرّيته ورقه بغيره لا بنفسه جاز مثله في بدل نفسه .

وأما الجواب عن استدلالهم بأنه لما لم يعتبر بأبيه لم يعتبر بأمه فهو أنه لما كان في الملك تابعاً لأمه دون أبيه وجب في التقويم أن يكون تابعاً لها دونه .

وأما الجواب عن افتراق الأنثى والذكر في الحي فهو زوال الاشتباه في الحياة أوقع الفرق بينهما، بوقوع الاشتباه في الموت أوجب التسوية بينهما كالحر، وهو الجواب عن وقوع الفرق بينهما في الوارث دون الموروث .

فصل: فأما محمد بن الحسن فإنه استدل لنصرة مذهبه وإبطال مذهب مخالفه بأن اعتباره بغيره يفضي إلى تفضيل الميت على الحي، لأنه قد يكون قيمة أمه ألف دينار عشرها مائة دينار، وقيمته في حياته دينار واحد، فيجب فيه مئتي دينار، ويجب فيه حياً دينار واحد، وما أفضى إلى هذا كان باطلاً، لأن الحي مفضل على الميت كالحر فيقال له وقولكم مفض إلى مخالفة الأصول من وجهين :

أحدهما: أنكم فضلتم الأنثى على الذكر لأنكم أوجبتم في الأنثى عشر قيمتها وفي الذكر نصف عشر قيمته، والأصول توجب تفضيل الذكر على الأنثى .

والثاني: أنكم أوجبتم فيمن كثرت قيمته أقل مما أوجبتموه فيمن قلت قيمته فقلتم في الذكر إذا كان قيمته خمسين ديناراً فيه نصف عشرها ديناران ونصف، وفي الأنثى إذا كانت قيمتها أربعين ديناراً فيها عشر أربعة دنانير، والأصول توجب زيادة الغرم عند زيادة القيمة فلم تنكر على نفسها وعلى أصحابك مخالفة أصول الشرع من هذين الوجهين وعدلت إلى إنكار ما لا تمنع منه أصول الشرع عنه اختلاف الجهات عندنا وعندكم فقلنا وقلتم مع اتفاقنا وإياكم على تفضيل الحر على العبد: إن الغاصب لو مات في يد العبد المغصوب وجبت فيه قيمته وإن زاد على دية الحر وإن كان أنقص حالاً من الحر، ثم قلتم وحكم القتل أغلظ أنه لو قتله نقص من قيمته عن دية الحر فأوجبتم فيه غير مقتول أكثر مما أوجبتم فيه مقتولاً ولم تنكروا مثل هذا عند اختلاف الجهتين كذلك لا يمنع مثله في الجنين عند اختلاف الجهتين .

فصل: فإذا ثبت أن في جنين الأمة عشر قيمة أمه فمذهب الشافعي أن الاعتبار بقيمتها يوم ضربها لا يوم إسقاطه وهو قول جمهور أصحابه .

وقال المزني: تعتبر قيمتها يوم إسقاطه وبه قال أبو سعيد الإصطخري احتجاجاً بأمرين :

أحدهما: وهو احتجاج المزني أنه لو ضربها ثم أعتقت وألقت من ضربه جنينين أحدهما قبل العتق والآخر بعده وجب في الجنين الذي ألقته قبل العتق عشر قيمتها، وفي الجنين الذي ألقته بعد العتق غرة فدل على الاعتبار بوقت إلقائه لا وقت الضرب .

والثاني: وهو احتجاج الإصطخري أن الجناية إذا صارت نفساً كان الاعتبار ببدلها وقت استقرارها كالجناية على العبد إذا أعتق وعلى الكافر إذا أسلم.

وهذا خطأ؛ لأن سرية الجناية إذا لم تتغير بحال حادثة كانت معتبرة بوقت الجناية دون استقرار السرية كالعبد إذا جنى عليه ثم سرت إلى نفسه مع بقاء رقه، اعتبرت قيمته وقت الجناية دون استقرارها، ولو تغيرت حاله فأعتق قبل موته اعتبر بها وقت استقرارها، كذلك الجنين إذا لم يتغير حاله اعتبر وقت الجناية، وإن تغيرت اعتبر به وقت الاستقرار وفي هذا دليل وانفصال.

فصل: فإذا تقرر هذا تفرع عليه أن يضرب بطن حامل حربية فتسلم ثم تلقي جنينها ميتاً وتموت بعده، فعلى مذهب الشافعي لا يضمنها ولا يضمن جنينها، اعتباراً بوقت الجناية أنها كانت غير مضمونة، وعلى مذهب المزي يضمن جنينها ولا يضمن نفسها، لأنه يعتبر جنينها بوقت الولادة وقد صارت مضمونة، وتعتبر نفسها بوقت الجناية وقد كانت غير مضمونة، فإن قيل: فكيف يضمن الجناية عند سرايتها في الجنين إذا كانت هدرأ في الابتداء.

قيل: لأن الجناية على الجنين لا تكون إلا بالسرية إليه دون المباشرة فصارت السرية كالمباشرة في غيره وهو مقتضى تعليل المزي وإن كان بعيداً.

ولو ارتدت حامل فضرب بطنها ثم أسلمت فألقت جنيناً ميتاً ثم ماتت ضمن جنينها ولم يضمن نفسها على المذهبين معاً بخلاف الحربية؛ لأن جنين المرتدة مضمون لا يجري عليه حكم الردة بخلاف أمه وجنين الحربية كأمه.

فصل: وإذا ضرب بطن أمة حامل لمملوك فأعتقها السيد ثم ألقى جنيناً ميتاً ففيه على الضارب غرة عبد أو أمة لاستقرار الجناية فيه بعد حرته، وللسيد منها أقلّ الأمرين من عشر قيمة أمه أو من الغرة كما لو أعتق عبده وقد جنى عليه كان للسيد أقلّ الأمرين من قيمته أو ديته، فإن كانت الغرة أقل أخذها ولا شيء لو ارث الجنين وإن كانت عشر قيمتها أقل أخذها من قيمة الغرة، وكان باقي الغرة لو ارث الجنين، فإن لم يكن له وارث مناسب عاد إلى السيد وارثاً بالولاء.

فصل: وإذا وطئ الحر أمة غيره بشبهة [وأنت بولد] كان ولده منها حراً، وعليه قيمته يوم ولد للسيد، ولأنه استهلك رقه عليه بشبهة، فإن ألقته ميتاً فلا شيء على الواطئ تغليبا لاستهلاكه بالموت، فلو ضرب ضارب بطنها فألقت جنيناً ميتاً كان مضموناً على الضارب بغرة عبد أو أمة للواطئ صار مضموناً على الواطئ بعشر قيمة أمه للسيد، أما الغرة فإنما وجبت فيه لأنه حر فكانت لأبيه الواطئ دون السيد، وصار الواطئ مستهلكاً لرقه على السيد، ولولائه لأخذ من الجاني عشر قيمة أمه فضمن

الواطىء. ذلك للسيد، وإن كان كذلك لم تخل الغرة وعشر قيمة أمه من ثلاثة أقسام:
أحدهما: أن يستويا ولا يفضل أحدهما على الآخر فللسيد أن ينفرد بأخذها من
الجاني ولا شيء فيها للواطىء ولا عليه، فإن أراد الواطىء أن يستوفيهما من الجاني
ويعطيها للسيد أو غيره كان ذلك له، لأن الغرة له وعشر القيمة عليه.

والقسم الثاني: أن تكون الغرة أكثر من عشر القيمة فللسيد أن يأخذ منها عشر
القيمة ويأخذ الواطىء فاضلها.

والقسم الثالث: أن يكون عشر القيمة أكثر فللسيد أن يأخذها ويرجع على
الواطىء بالباقي من عشر القيمة.

فصل: وإذا زنا المسلم بحرية كان ولدها منه كافراً، لأنه لم يلحق به في نسبه
فلم يلحق به في دينه، ولو ضرب بطنها فألقت جنيناً ميتاً كان هدرأ لا يضمن كأمه، ولو
وطىء المسلم حربية بشبهة كان ولدها مسلماً؛ لأنه لما لحق به في نسبه لحق به في
ديته، فلو ضرب بطنها فألقت جنيناً ميتاً كان مضموناً على الضارب بغرة الجنين
المسلم، فلو وقع التنازع في جنينها من وطء المسلم هل هو من زنا أو من وطء شبهة
فادعت الأم الحربية أنه من وطء شبهة، فإن أكذبها الضارب وعاقلته، وقالوا هو من زنا
فالقول قولهم مع أيماهم، ولا شيء عليهم، لأن الأصل براءة ذمتهم، فإن صدقها
الضارب وكذبتها عاقلته ضمن الضارب جنينها دون العاقلة، وحلفت العاقلة للضارب
دون الأم فبرئوا من الغرم، وإن صدقها العاقلة وكذبها الضارب ضمننت العاقلة جنينها
ولا يمين على الضارب في إنكاره لتحمل العاقلة عنه.

فصل: وإذا كانت الأمة الحامل مملوكة بين شريكين فأعتق أحدهما حصته منها
وضرب ضارب بطنها فألقت جنيناً ميتاً لم يخل حال الشريك المعتقد من أحد أمرين:
إما أن يكون موسراً أو معسراً، فإن كان معسراً أعتقت حصته منها ومن جنينها،
لأن عتق الأم يسري إلى حملها، وكان الباقي منها ومن جنينها موقوفاً للشريك فيها،
فيعتبر حيثئذ حال الضارب فإنه لا يخلو من أحد ثلاثة أقسام:

إما أن يكون هو المعتقد أو يكون الشريك الذي لم يعتق، أو يكون أجنبياً.
فإن كان الضارب هو الشريك المعتقد ضمن جنينها بنصف عشر قيمة أمه
للشريك؛ لأن نصفه مملوك له وبنصف الغرة لأن نصفه حر، وفي مستحقه قولان،
ووجه ثالث بناء على اختلاف المذهب فيمن عتق بعضه هل يكون موروثاً؟ على قولين
للشافعي:

أحدهما: لا يورث منه كما لا يرث له؛ فعلى هذا يكون لمالك رقه ملكاً لا ميراثاً، فيصير له نصف الغرة مع نصف قيمة الأم وذلك جميع دية جنين نصفه حر ونصفه مملوك.

والقول الثاني: أن يكون موروثاً؛ لأنه لما ملك به كسب نفسه في حياته ملكه وارثه بعد موته فعلى هذا إن كان له وارث مناسب ورث نصف الغرة ولا يرث منها الآخر شيئاً لرق بعضها والمرقوق بعضه لا يرث قولاً واحداً، وإن ورث في أحد القولين وكان نصف عشر القيمة لمالك الرق وإن لم يكن له وارث مناسب، وصار موروثاً بالولاء لم يرثه المعتق؛ لأنه قاتل وانتقل ميراثه إلى عصبه معتقه.

والوجه الثالث: وهو قول أبي سعيد الإصطخري أن ميراثه يكون لبيت المال ولا يكون لمالك رقه ولا لوارثه.

وأما إن كان الضارب هو مالك الرق الذي لم يعتق فلا يضمن ما ملكه من رقه، لأنه لا يضمن ملك نفسه في حقه، وفي ضمان ما عتق منه قولان: أحدهما: لا يضمنه إذا قيل لو ضمنه غيره كان له.

والقول الثاني: يضمنه إذا قيل لو ضمنه غيره كان موروثاً عنه فيكون لعصبته، فإن عدموا فلمعتقه، ويكون لبيت المال على قول الإصطخري، وإن كان الضارب أجنبياً ضمن جميعه بنصف عشر قيمة الأم لأجل نصف المرقوق يكون للشريك المسترق وبنصف الغرة لأجل نصف المعتق، وفي مستحقه ما قدمناه من المذاهب الثلاثة:

أحدها: أن يكون للشريك المسترق إذا قيل إنه غير موروث.

والثاني: يكون للمعتق إذا قيل إنه موروث.

والثالث: يكون لبيت المال، فهذا حكمه إذا كان الشريك المعتق معسراً.

فأما إذا كان الشريك المعتق موسراً قومت عليه حصة شريكه من الأم وهو النصف وعتق جميعها نصفها بالمباشرة ونصفها بالسراية، وسرى عتق المباشرة وعتق السراية إلى عتق جنينها فصارت وجنينها حرين، ومتى يعتق النصف المقوم عليه؟ في ثلاثة أفاويل:

أحدها: بلفظه الذي أعتق به حصته، ويؤدي القيمة بعد عتقه عليه.

والقول الثاني: أنه يعتق عليه باللفظ وأداء القيمة، فإن لم يؤدها لم يعتق.

والقول الثالث: أنه موقوف مراعى، فإن أدى القيمة بان أنه عتق بنفس اللفظ، وإن لم يؤدها بان أنه لم يعتق باللفظ، فعلى هذا لا يخلو حالها في إلقاء جنينها من أن

يكون بعد دفع القيمة أو قبلها، فإن كان بعد دفع القيمة فقد ألقته بعد استقرار عتقها وعتق جنينها، فيكون على الضارب غرة كاملة، فإن كان الضارب هو المعتق غرمها ولم يرث منها، لأنه قاتل وورثت الأم لكمال حريتها وكان ما بقي بعد فرضها لعصبته، فإن لم يكونوا فلعصبة المعتق القاتل، وإن كان الضارب هو الشريك فحكمه وحكم الأجنبي واحد، وعليه الغرة يستحقها ورثة الجنين، يكون لأمه منها ميراث أم والباقي للعصبة، فإن لم يكونوا المعتق له، وإن ألفت جنينها بعد العتق وقبل دفع القيمة.

فإن قيل: إنها قد عتقت بنفس اللفظ، أو قيل إنه موقوف مراعى ودفع القيمة كان الحكم فيه كما لو ألقته بعد دفع القيمة، فيكون على ما مضى.

وإن قيل: إنها لا تعتق إلا بعد أداء القيمة، أو قيل: إنه موقوف مراعى ولم يدفع القيمة كان كما لو كان معسراً ولم يعتق بينها إلا ما عتق فيكون على ما مضى والله أعلم.