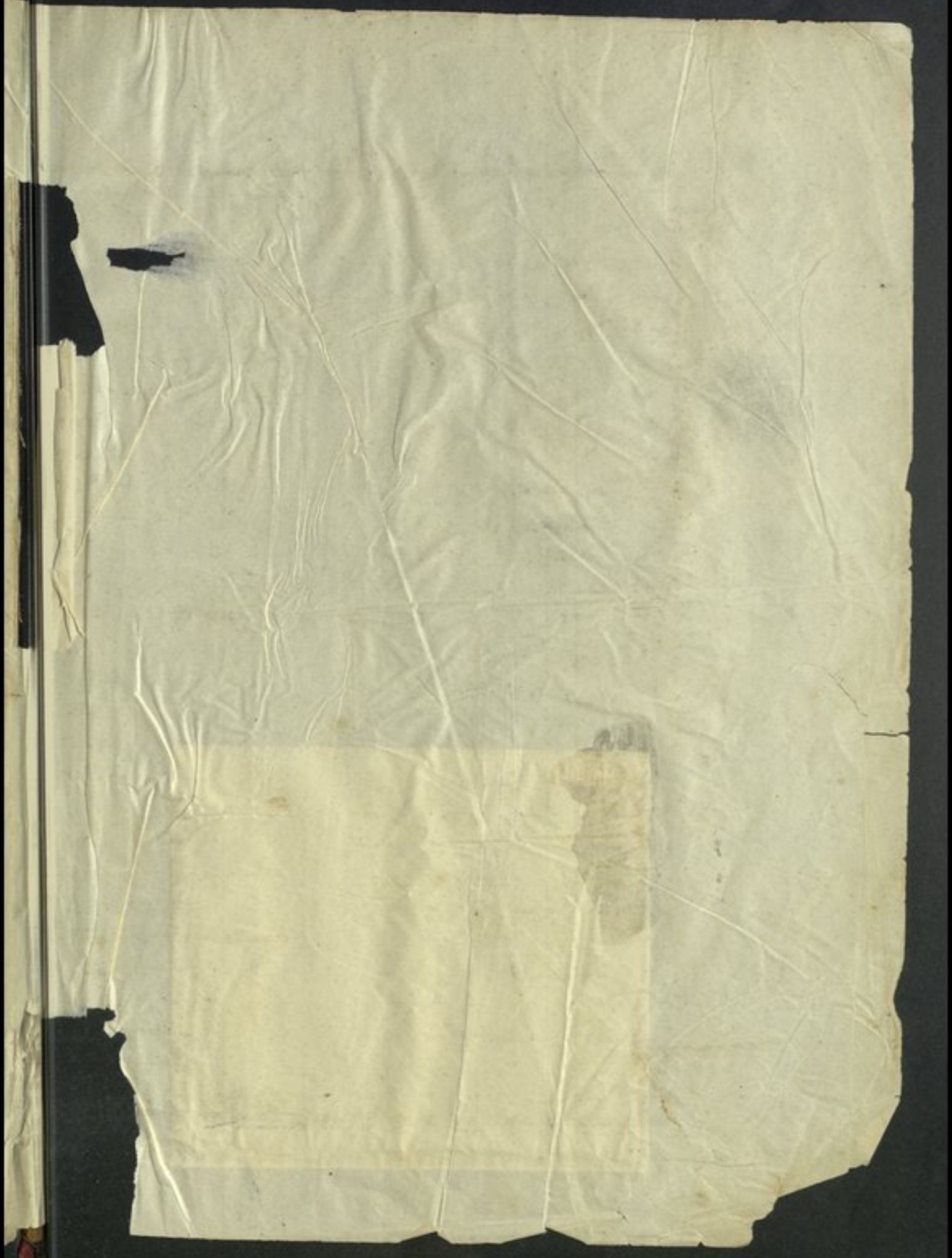
CLOSED
AREA

CA: 349.297
I 131 bdA
v.1
c.1

CLOSED
AREA



فهرسة كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد للشيخ الامام الحجة أبي الوليد سيدى محمد بن احمد بن رشد القرطبي رحمه الله

وقد جاد بطبعه وإشاعته والانفاق عليه قصد العموم نفعه واذاعته سيدنا أمير المومنين، ناصر الملة والدين، الهمام المرتضى، والحسام المنتضى، حسنة الايام، وقرة عين المسلمين والاسلام، فخر العلماء الاعلام، حامل لواء شريعة جده عليه السلام، قطب رحى العلوم، وراقى ذروة مجدها المعلوم: الشهير الاقدام والشجاعة، فى ميادين كماة البلاغة والبراعة، الامام المؤيد بسطوة مولانا القوى الحفيظ، عالم السلاطين وسلطان العلماء، مولانا عبد الحفيظ، حرس الله عنايته، وحفظ مجادته وسعادته، وأدام وجوده، ونصر على الاعداء جنوده، آمين

	صحيفة
كتاب الطهارة من الحدث	٠٤
كتاب الوضوء	٠٤
الباب الاول فما الدليل على وجوبه الخ	٠٤
الباب الثاني وأما معرفة بيان الوضوء الخ	٠٤
المسئلة الاولى من الشروط فى النية	٠٥
المسئلة الثانية من الاحكام فى غسل اليد قبل ادخالها فى الاناء	٠٥
المسئلة الثالثة من الاركان في المضمضة والاستنشاق	٠٥
المسئلة الرابعة من تحديد المحال	٠٦
المسئلة الخامسة من التحديد	٠٦
المسئلة السادسة من التحديد	٠٧
المسئلة السابعة من الاعداد	٠٧
المسئلة الثامنة من تعيين المحال	٠٧
المسئلة التاسعة من الاركان	٠٨
المسئلة العاشرة من الصفات	٠٨
المسئلة الحادى عشرة من الشروط اختلفوا فى ترتيب افعال الوضوء الخ	٠٩
المسئلة الثانى عشرة من الشروط اختلفوا فى الموالات الخ	٠٩
ومما يتعلق بهذا الباب المسح على الخفين	١٠
المسئلة الثالثة وأما نوع محل المسح	١٠
المسئلة الرابعة وأما صفة الخف	١١
المسئلة الخامسة وأما التوقيت	١١
المسئلة السادسة وأما شرط المسح على الخفين	١١
المسئلة السابعة فما نواقض هذه الطهارة	١٢
الباب الثالث فى المياه	١٢
المسئلة الاولى اختلفوا فى الماء اذا خالطته نجاسة الخ	١٣
المسئلة الثانية الماء الذى خالطه زعفران الخ	١٤
المسئلة الثالثة الماء المستعمل فى الطهارة	١٥
المسئلة الرابعة اتفق العلماء على طهارة اسئار المسلمين الخ	١٥
المسئلة الخامسة اختلف العلماء فى اسئار الطهر	١٦
المسئلة السادسة فى الوضوء بنبيذ التمر فى السفر الخ	١٧
الباب الرابع في نواقض الوضوء	١٨
المسئلة الاولى اختلفوا فى انتقاض الوضوء مما يخرج من الجسد الخ	١٨
المسئلة الثانية اختلفوا فى النوم على ثلاثة مذاهب الخ	١٩
المسئلة الثالثة فى الوضوء من اللمس الخ	٢٠
المسئلة الرابعة فى مس الذكر	٢١
المسئلة الخامسة فى الوضوء مما مسته النار	٠٢١
المسئلة السادسة فى الوضوء من الضحك فى الصلاة الخ	٠٢١
المسئلة السابعة فى الوضوء من حمل الميت	٠٢٢
الباب الخامس وهو معرفة الافعال التى تشترط هذه الطهارة فى فعلها الخ	٠٢٢
المسئلة الاولى هل هذه الطهارة شرط فى مس المصحف أم لا	٠٢٢
المسئلة الثانية اختلفوا فى ايجاب الوضوء على الجنب	٠٢٢

المسئلة الثالثة في الوضوء للطواف الخ	٢٣
المسئلة الرابعة في جواز قراءة القرآن لغير المتوضي	٢٣
كتاب الغسل	٢٣
الباب الاول الخ المسئلة الاولى في امرار اليد	
على الجسد الخ	٢٣
المسئلة الثانية في النية	٢٤
المسئلة الثالثة في المضمضة والاستنشاق الخ	٢٤
المسئلة الرابعة في الفور والترتيب	٢٤
الباب الثاني في معرفة النواقض لهذه الطهارة	٢٤
المسئلة الاولى اختلف الصحابة في سبب ايجاب الطهر	٢٥
المسئلة الثانية اختلف العلماء في الصفة المعتبرة	
في خروج المني	٢٥
الباب الثالث في احكام هذين الحدثين أعني الجنابة والحيض	٢٥
المسئلة الاولى في دخول الجنب للمسجد الخ	٢٥
المسئلة الثانية في مس الجنب المصحف	٢٦
المسئلة الثالثة في قراءة القرآن للجنب	٢٦
وأما أحكام الدماء الخارجة من الرحم الخ	٢٦
المسئلة الاولى اختلف العلماء في اكثر ايام الحيض الخ	٢٦
المسئلة الثانية في الحائض التي تنقطع حيضتها	٢٧
المسئلة الثالثة في اقل النفاس	٢٨
المسئلة الرابعة في دم الحامل هو حيض او استحاضة الخ	٢٨
المسئلة الخامسة في الصفرة والكدرة	٢٨
المسئلة السادسة في علامة الطهر	٢٩
المسئلة السابعة في المستحاضة الخ	٢٩
الباب الثالث في احكام الحيض والاستحاضة	٣٠
المسئلة الاولى في مباشرة الحائض الخ	٣٠
المسئلة الثانية في وطء الحائض	٣٠
المسئلة الثالثة في الذي يأتي امرأته وهي حائض الخ	٣١
المسئلة الرابعة في المستحاضة	٣١
المسئلة الخامسة في جواز وطء المستحاضة	٣٣
كتاب التيمم	٣٣
الباب الاول في أن التيمم بدل من الطهارة الخ	٣٤
الباب الثاني فيمن يجوز له التيمم الخ	٣٤
الباب الثالث في معرفة شروطه	٣٥
أما المسئلة الاولى في النية	٣٥
وأما المسئلة الثانية فان مالكا الخ	٣٥
وأما المسئلة الثالثة وهي اشتراط دخول الوقت الخ	٣٥
الباب الرابع المسئلة الاولى اختلف الفقهاء	
في حد الايدي الخ	٣٦
المسئلة الثانية اختلفوا في عدد الضربات على الصعيد	٣٧
المسئلة الثالثة في ايصال التراب الى اعضاء التيمم	٣٧
الباب الخامس فيما تصنع به هذه الطهارة	٣٧
الباب السادس في نواقض التيمم	٣٨
كتاب الطهارة من النجس	٣٩
الباب الاول في معرفة حكمها	٣٩
الباب الثاني في انواع النجاسات	٤٠
المسئلة الاولى في ميتة الحيوان الذي لا دم له الخ	٤٠
المسئلة الثالثة في الانتفاع بجلود الميتة	٤١
المسئلة الرابعة في نجاسة دم الحيوان البري	٤٢
المسئلة الخامسة في نجاسة بول ابن آدم ورجيعه	٤٢
المسئلة السادسة في الاختلاف في قليل النجاسات	٤٣
المسئلة السابعة في الاختلاف في المني الخ	٤٣
الباب الثالث في المحال التي تزال عنها النجاسات	٤٣
الباب الرابع فيما تزال به النجاسات والصفة التي تزال بها	٤٤
الباب السادس في آداب الاستنجاء ودخول الخلاء	٤٦
كتاب الصلاة	٤٦
المسئلة الثانية في عدد الواجب منها الخ	٤٧
المسئلة الرابعة في الواجب على من تركها عمداً	٤٧

المسئلة الاولى فى اول وقت الظهر ٤٨
المسئلة الثانية اختلفوا من صلاة العصر فى موضعين الخ ٤٩
المسئلة الثالثة اختلفوا في وقت المغرب الخ ٥٠
المسئلة الرابعة اختلفوا فى وقت العشاء فى موضعين الخ ٥٠
المسئله الخامسة فى وقت الصبح الخ ٥١
القسم الثاني في اوقات الضرورة الخ ٥١
المسئلة الثانية فى آخر الوقت المشترك بين الظهرين ٥٢
المسئلة الاولى فى الاوقات الثلاث المنهى عن الصلاة فيها ٥٣
المسئلة الثانية فى الصلاة التى لا تجوز في هذه الاوقات ٥٤
الباب الثانى في معرفة الاذان والاقامة ٥٥
القسم الاول في صفة الاذان والخلاف الواقع فيه ٥٥
القسم الثانى في حكم الاذان ٥٦
القسم الثالث فى وقته ٥٦
القسم الرابع في شروطه ٥٦
المسئلة الخامسة في الصلاة بدون قراءة ٥٧
المسئلة السادسة فى منع القراءة فى الركوع والسجود الخ ٦٧
المسئلة السابعة فى وجوب التشهد الخ ٦٧
المسئلة الثامنة في التسليم من الصلاة ٦٨
المسئلة التاسعة في القنوت ٦٨
الفصل الثانى في الاركان ٦٩
المسئلة الاولى في رفع اليدين فى الصلاة ٦٩
المسئلة الثانية فى الاعتدال ٧٠
المسئلة الثالثة في هيئة الجلوس ٧٠
المسئلة الرابعة فى الجلسة الوسطى ٧١
المسئلة الخامسة فى وضع اليدين احداهما على الاخرى في الصلاة الخ ٧١
المسئلة السابعة فى السجود على سبعة اعضاء ٧٢
المسئلة الاولى فى حكم صلاة الجماعة ٧٣
المسئلة الثانية فيمن صلى ودخل المسجد الخ ٧٤
المسئلة الاولى فيمن اولى بالاقامة ٧٥
المسئلة الرابعة فى امامة المرأة ٧٦
الفصل الثالث فى احكام المأموم ومقامه من الامام ٧٧
الفصل الرابع فى معرفة ما يجب على المأموم ان يتبع الامام فيه ٧٨
وأما المسئلة الثانية وهى صلاة القائم خلف القاعد الخ ٧٩
الفصل الخامس فى صفة الاتباع ٨٠
الفصل السادس فيما لا يحمله الامام عن المأموم من الفرائض ٨٠
الفصل السابع إذا طرأ على الامام الحدث فى الصلاة ٨١
الفصل الاول فى وجوب الجمعة ومن تجب عليه ٨١
الفصل الثانى فى شروط الجمعة ٨٢
الفصل الثالث فى الاركان ٨٣
المسئلة الاولى في الخطبة هل هى شرط في صحة الجمعة الخ ٨٤
المسئلة الثانية فى القدر المجزء منها ٨٤
المسئلة الثالثة فى الانصات ٨٤
الفصل الرابع في احكام الجمعة ٨٦
المسئلة الاولى فى ظهر الجمعة ٨٦
الباب الرابع في صلاة السفر ٨٧
الفصل الاول فى القصر ٨٧
الفصل الثانى في الجمع ٨٩
المسئلة الثانية في صورة الجمع ٩٠
المسئلة الثالثة فى الاسباب المبيحة للجمع ٩٠
الباب الخامس فى صلاة الخوف ٩١
الباب السادس فى صلاة المريض ٩٣
الباب الثانى في القضاء ٩٥
المسئلة الاولى فيما اذا ادرك المأموم الامام قبل ان يرفع رأسه من الركوع الخ ٩٧
المسئلة الثانية اذا سهى المأموم عن اتباع الامام

في الركوع الخ	٩٨
المسئلة الثانية من قضاء المسبوق	٩٨
المسئلة الاولى في أن من ادرك ركعة من الجمعة فقد	
ادرك الجمعة الخ	٩٩
الباب الثالث في سجود السهو	١٠٠
كتاب الصلاة الثاني	١٠٥
الباب الاول في الوتر	١٠٥
الباب الثاني في ركعتي الفجر	١٠٧
الباب الثالث في النوافل	١٠٩
الباب السادس في صلاة الكسوف وحكمها ووقتها	
وقراءتها الخ	١١٠
الباب السابع في صلاة الاستسقاء الخ	١١٣
الباب الثامن في صلاة العيدين	١١٤
الباب التاسع في سجود القرآن	١١٧
كتاب احكام الميت وتلقينه وغسله وكيفيته الخ	١١٩
الباب الثالث في الاكفان	١٢٢
الباب الرابع في صفة المشي مع الجنازة	١٢٣
الباب الخامس في الصلاة على الجنازة	١٢٣
المسئلة الثانية في القراءة في الصلاة على الجنازة	١٢٤
المسئلة الخامسة في ترتيب جنائز الرجال والنساء	١٢٥
المسئلة السادسة فيمن فاته بعض التكبير على الجنازة	١٢٥
المسئلة السابعة في الصلاة على القبر لمن فاتته الصلاة	
على الجنازة	١٢٦
الفصل الثاني فيمن يصلي عليه ومن أولى بالتقديم	١٢٦
الفصل الثالث في وقت الصلاة على الجنازة	١٢٨
الفصل الرابع في مواضع الصلاة	١٢٨
الفصل الخامس في شروط الصلاة على الجنازة	١٢٨
الباب السادس في الدفن	١٢٨
كتاب الزكاة	١٢٩
المسئلة الاولى في زكاة الثمار المحبسة اصولها	١٣٠
المسئلة الثانية على من تجب زكاة ما يخرج من الارض	
المستاجرة	١٣٠
المسئلة الثالثة فيمن مات بعد وجوب الزكاة الخ	١٣٢
الجملة الثانية وأما ما تجب فيه الزكاة الخ	١٣٢
الجملة الثالثة وأما معرفة النصاب الخ	١٣٤
أما المسئلة الاولى في نصاب الذهب	١٣٥
وأما المسئلة الثالثة وهي ضم الذهب الى الفضة الخ	١٣٦
الفصل الثاني في نصاب الابل والواجب فيه	١٣٧
الفصل الثالث في نصاب البقر وقدر الواجب في ذلك	١٣٨
الفصل الرابع في نصاب الغنم وقدر الواجب من ذلك	١٣٩
الفصل الخامس في نصاب الحبوب والثمار والقدر	
الواجب من ذلك	١٤٠
الفصل السادس في نصاب العروض	١٤٢
الجملة الرابعة في وقت الزكاة	١٤٣
الجملة الخامسة فيمن تجب له الصدقة	١٤٦
كتاب زكاة الفطر وحكمها ومن تجب عليه	١٤٧
الفصل الرابع في وقت اخراجها	١٤٩
كتاب الصيام	١٥٠
الجملة الثانية في اركانه الثلاثة	١٥٠
الركن الثاني وهو الامساك	١٥٤
الركن الثالث وهو النية	١٥٥
المسئلة الاولى هل يجزئ المريض والمسافر صيامهما	
ان صاما الخ	١٥٦
المسئلة الثالثة هل الفطر الجائز للمسافر هو في سفر	
محدود الخ	١٥٧
المسئلة السادسة هل يجوز للمسافر السفر في رمضان الخ	١٥٨
المسئلة الثالثة في الكفارة	١٦٢
كتاب الصيام الثاني وهو المندوب اليه	١٦٣

كتاب الاعتكاف ١٦٦
كتاب الحج ووجوبه وشروطه ١٦٩
القول فى شروط الاحرام ١٧٢
القول فى ميقات الزمان ١٧٣
القول فيما يمنع الاحرام ١٧٣ القول فى انواع هذه النسك ١٧٦
القول فى المتمتع ١٧٧ القول فى القارن ١٧٨
القول فى الاحرام ١٧٩
القول فى الطواف بالبيت وصفته وشروطه وحكمه الخ ١٨١
القول فى السعى بين الصفا والمروة وحكمه وشروطه وترتيبه ١٨٣
الوقوف بعرفة وحكمه وصفته وشروطه ١٨٤
القول فى افعال المزدلفة ١٨٦
القول فى رمى الجمار ١٨٦ القول فى الاحصار ١٨٨
القول فى احكام جزاء الصيد ١٩٠
القول فى فدية الاذى وحكم الحالق رأسه الخ ١٩٤
القول فى كفارة المتمتع ١٩٦
القول فى الكفارات المسكوت عنها ١٩٩
القول فى الهدي ٢٠٠
كتاب الجهاد ومعرفة اركانه واحكام اموال المحاربين ٢٠٣
الفصل الرابع فى شروط الحرب ٢٠٦
الفصل السادس فى المهادنة ٢٠٦
الفصل الاول فى القسمة ٢٠٨
الفصل الثالث فى التنفيل ٢١١
الفصل الرابع فى اموال المسلمين المستردة من أيدي الكفار ٢١٢
الفصل السادس فى قسمة الفئ ٢١٤
الفصل السابع فى الجزية وحكمها وقدرها وممن تؤخذ وفيما تصرف الخ ٢١٥
كتاب الايمان وضروبها واحكامها وما يرفعها ٢١٧
الفصل الاول فى الاستثناء ٢٢٠
الفصل الثالث متى ترفع الكفارة الحنث وتمحوه ٢٢٤
كتاب النذور وأصنافها وما يلزم منها ٢٢٥
المسئلة الاولى فيمن نذر معصية ٢٢٦
المسئلة الثانية فيمن حرم على نفسه مباحا ٢٢٦
المسئلة الخامسة فيمن نذر أن يجعل ماله كله فى سبيل الله ٢٢٨
كتاب الضحايا وحكمها ومن المخاطب بها ٢٢٩
المسئلة الثانية اجمع العلماء على اجتناب العرجاء ٢٣٠
المسئلة الثالثة فى السن المشترطة ٢٣١
المسئلة الرابعة في عدد ما يجزء من الضحايا ٢٣١
الباب الثالث فى الذبح ووقته ابتداء وانتهاء ٢٣٢
المسئلة الثالثة فى الليالى التى تخلل ايام النحر ٢٣٣
الباب الرابع فى احكام لحوم الضحايا ٢٣٤
كتاب الذبائح ٢٣٤
المسئلة الاولى فى تاثير الذكاة فى الاصناف الخمس الخ ٢٣٤
المسئلة الاولى فى المتخنقة ٢٣٥
المسئلة الثالثة فى تاثير الذكاة فى البهيمة التى أشرفت على الموت ٢٣٦
المسئلة الرابعة فى ان ذكاة الام ذكاة الجنين الخ ٢٣٦
المسئلة الخامسة فى الجراد ٢٣٧
الباب الثانى فى الذكاة ٢٣٧
المسئلة الاولى فى النحر والذبح الخ ٢٣٧
المسئلة الثانية فى صفة الذكاة ٢٣٧
الباب الثالث فيمن تكوز به الذكاة ٢٣٩
الباب الرابع فى شروط الذكاة ٢٣٩
المسئلة الاولى فى حكم التسمية على الذبيحة ٢٣٩
الباب الخامس فيمن تجوز تذكيته ومن لا تجوز ٢٤٠
المسئلة الرابعة فى ذبيحة أهل الكتاب ٢٤١
كتاب الصيد وحكمه ومحله وصفة ذكاته الخ ٢٤٢
كتاب العقيقة وحكمها ومحلها ووقتها الخ ٢٤٧
كتاب الاطعمة والاشربة ٢٤٨
الجملة الاولى فى اغذية الانسان من نبات وحيوان الخ ٢٤٨

المسئلة الاولى في السباع ذوات الاربع الخ	٢٥٠
المسئلة الثانية في ذوات الحافر الانسى	٢٥١
المسئلة الثالثة في الغراب والحداة	٢٥١
مسئلتان في الاتباذ	٢٥٤
الجملة الثانية في استعمال المحرمات حال الاضطرار	٢٥٥
كتاب النكاح	٢٥٥
الموضع الثالث هل يجوز عقد النكاح على الخيار أم لا الخ	٢٥٨
الموضع الاول هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح	٢٥٩
الموضع الثالث في اصناف الولاية	٢٦١
المسئلة الثالثة في غيبة الاب عن ابنته البكر الخ	٢٦٢
الموضع الرابع في عضل الاولياء الخ	٢٦٢
الفصل الثاني في الشهادة	٢٦٣
الفصل الثالث في الصداق	٢٦٤
المسئلة الثانية في قدره	٢٦٤
المسئلة الثالثة في جنسه	٢٦٥
الموضع الثاني والثالث في التقرر والتشطير	٢٦٧
الموضع الرابع في التفويض	٢٦٨
الموضع الخامس في الاصدقة الفاسدة وفيه مسائل	٢٦٩
الموضع السادس في اختلاف الزوجين في الصداق الخ	٢٧٠
الفصل الاول في مانع النسب	٢٧٢
الفصل الثاني في المصاهرة وفيه مسائل أربعة	٢٧٢
الفصل الثالث في مانع الرضاع وفيه مسائل تسعة	٢٧٣
الفصل الرابع في مانع الزنا	٢٧٦
الفصل الخامس في مانع العدد	٢٧٦
الفصل السادس في مانع الجمع	٢٧٧
الفصل السابع في موانع الرق	٢٧٧
الفصل الثامن في مانع الكفر	٢٧٨
الفصل التاسع في مانع الاحرام	٢٧٩
الفصل العاشر في مانع المرض	٢٧٩
الفصل الحادي عشر في مانع العدة	٢٧٩
الفصل الثاني عشر في مانع الزوجية	٢٨٠
الفصل الاول في خيار العيوب وفيه فصول أربعة	٢٨١
الباب الرابع في حقوق الزوجية	٢٨٣
الباب الخامس في الانكحة المنهي عنها والفاسدة وحكمها	٢٨٥
كتاب الطلاق وأنواعه وأركانه الخ	٢٨٦
المسئلة الاولى في حكم الطلاق بلفظ الثلاث	٢٨٧
المسئلة الثانية في طلاق الرق	٢٨٧
المسئلة الثالثة في كون الرق مؤثراً في نقصان عدد الطلاق	٢٨٨
الموضع الثالث فيمن طلق امرأته حائضاً	٢٨٩
الباب الثالث في الخلع وجوازه وشروطه وأنواعه الخ	٢٩٠
الفصل الثالث في ان الخلع طلاق الخ	٢٩١
الفصل الرابع هل يردف على المختلعة طلاق أم لا	٢٩٢
الباب الخامس مما يعد من أنواع الطلاق التمليك	٢٩٢
الفصل الاول في الطلاق بالنية وباللفظ الصريح الخ	٢٩٤
الفصل الثاني في الفاظ الطلاق المقيدة	٢٩٦
الباب الثاني في المطلق الجائز الطلاق الخ	٢٩٧
الباب الثالث فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا	٢٩٩
الجملة الثالثة في الرجعة بعد الطلاق	٣٠٠
الباب الاول في ان الزوج يملك رجعة الزوجة ما لم تنقض عدتها	٣٠١
الباب الثاني في الطلاق البائن	٣٠١
النوع الاول كل زوجة فهي اما حرة أو أمة الخ	٣٠٢
القسم الثاني في احكام العدد	٣٠٥
المسئلة الثالثة في الحوامل التي يتوفى عنهن أزواجهن	٣٠٦
الباب الثاني في المتعة	٣٠٧
باب في بعث الحكمين	٣٠٧
كتاب الايلاء وفيه مسائل عشر	٣٠٨
كتاب الظهار وفيه فصول سبعة	٣١١
كتاب اللعان وفيه فصول خمسة	٣١٧

كتاب الاحداد ٣٢١
كتاب البيوع ٣٢٢
الباب الاول فى الاعيان المحرمة البيع ٣٢٣
الباب الثانى فى بيوع الربا وفيه أربعة فصول ومسائل ٣٢٤
باب فى بيوع الذرائع الربوية وفيه مسائل ٣٣١
الفصل الاول فى بيع ماسوى الطعام قبل القبض ٣٣٣
الباب الثالث وهى البيوع المنهى عنها من قبل الغبن ٣٣٥
القسم الاول وهو بيع الثمار قبل ان تخلق الخ ٣٣٦
الباب الرابع فى بيوع الشروط والثنيا ٣٤٢
الباب الخامس فى البيوع المنهى عنها من أجل الضرر أو الغش ٣٤٥
الباب السادس فى النهى من قبل وقت العبادات ٣٤٧
الباب الاول فى احكام العيوب فى البيع المطلق ٣٤٩
الفصل الرابع ان تغير المبيع عند المشترى الخ ٣٥٣
باب فى طروء النقصان ٣٥٤
الباب الثانى فى بيع البراءة ٣٥٥
الجملة الثانية فى وقت ضمان المبيعات ٣٥٦
القول فى الجوائح وفيه فصول أربعة ٣٥٦
الجملة الثالثة من جمل النظر فى الاحكام ٣٥٨
الجملة الرابعة فى اتفاق المتبائعين على البيع واختلافهما فى الثمن ٥٩
القسم الرابع وهو النظر فى حكم البيع الفاسد ٣٦٠
كتاب الصرف وفيه سبع مسائل ٣٦١
كتاب السلم ومحله وشروطه وفيه مسائل ٣٦٥
كتاب بيع الخيار وفيه مسائل ٣٦٩
كتاب بيع المرابحة ٣٧٢
كتاب بيع العربة ٣٧٣
كتاب الاجارات ٣٧٥
القسم الاول فى جنس الثمن وجنس المنفعة الخ ٣٧٦
واما اجارة المؤذن ٣٧٧
الجملة الاولى متى يلزم المكرى دفع الكراء الخ ٣٨٠
الجملة الثانية وهى النظر فى الاحكام الطوارى ٣٨١
الفصل الثانى وهو النظر فى الضمان ٣٨٢
الفصل الثالث وهو النظر فى الاختلاف ٣٨٣
كتاب الجعل
كتاب القراض ٣٨٤
الباب الاول فى محله ٣٨٥
الباب الثانى فى مسائل الشروط ٣٨٥
القول فى أحكام القراض ٣٨٦
القول فى أحكام الطوارى ٣٨٧
القول فى حكم القراض الفاسد ٣٨٨
كتاب المساقات وجوازها وأحكامها ٣٨٩
كتاب الشركة وفيه مسائل ٣٩٣
كتاب الشفعة ٣٩٦
الركن الاول وهو الشافع ٣٩٦
الركن الثانى وهو المشفوع فيه ٣٩٦
الركن الثالث وأما المشفوع عليه ٣٩٧
الركن الرابع فى الاخذ بالشفعة ٣٩٧
القول فى احكام الشفعة ٤٠٠
كتاب القسمة ٤٠١
الفصل الاول فى قسم الرباع والاصول ٤٠١
الفصل الثانى فى العروض ٤٠٢
الفصل الثالث فى المكيل والموزون ٤٠٣
القول فى قسمة المنافع ٤٠٣
القول فى احكام القسمة
كتاب الرهون ٤٠٤
الركن الاول فى الراهن ٤٠٥
الركن الثانى فى الرهن ٤٠٥
الركن الثالث فى الشئ المرهون فيه ٤٠٥
القول فى الشروط ٤٠٦
القول فى الاحكام ٤٠٦
ومن مسائل هذا الباب الخ ٤٠٧
كتاب الحجر ٤٠٩

الباب الاول أجمع العلماء على وجوب الحجر	٤٠٩	كتاب العتق	٤٥٧
الباب الثانى فى وقت تسريح المحجورين من الحجر	٤٠٩	كتاب الكتابة وأركانها وشروطها وأحكامها	٤٦١
الباب الثالث فيما يجوز من أفعال المحجورين	٤١٠	كتاب التدبير وأركانه وأحكامه	٤٦٨
كتاب التفليس ٤١١ كتاب الصلح	٤١٧	كتاب امهات الاولاد	٤٧٠
كتاب الكفالة ٤١٧ كتاب الحوالة	٤٢٠	كتاب الجنايات	٤٧١
كتاب الوكالة وأركان الوكيل والموكل	٤٢١	كتاب القصاص	٤٧٢
الباب الثانى فى الاحكام	٤٢١	القول فى شروط القاتل	٤٧٢
الباب الثالث فى اختلاف الوكيل مع الموكل	٤٢٢	القول فى الموجب	٤٧٥
كتاب اللقطة وأركانها وأحكامها	٤٢٣	القول فى القصاص	٤٧٧
باب فى اللقيط ٤٢٥ كتاب الوديعة	٤٢٦	كتاب القصاص فى الجوارح	٤٧٧
كتاب العارية ٤٢٧ كتاب الغصب	٤٢٩	القول فى الجارح والمجروح	٤٧٧
كتاب الاستحقاق	٤٣٤	القول فى الجرح	٤٧٨
كتاب الهبات	٤٣٥	كتاب الديات فى النفوس	٤٧٩
القول فى أنواع الهبات	٤٣٧	دية الجنين	٤٧٢
القول فى الاحكام	٤٣٨	كتاب الديات فيما دون النفس	٤٨٤
كتاب الوصايا وأركانها وأحكامها	٤٣٩	القول فى ديات الاعضاء	٤٨٥
القول فى الموصى به	٤٤٠	كتاب القسامة وفيه مسائل	٤٨٨
القول فى لفظ الوصية	٤٤٠	كتاب الحد فى الزنى وفيه مسائل	٤٩١
القول فى الاحكام	٤٤١	كتاب الحد فى القذف	٤٩٥
كتاب الفرائض	٤٤٢	باب فى شرب الخمر	٤٩٧
ميراث الصلب	٤٤٣	كتاب السرقة	٤٩٨
ميراث الزوجات	٤٤٤	كتاب الحرابة وفيه أبواب وفصول	٥٠٢
ميراث الاب والام	٤٤٤	كتاب الاقضية	٥٠٥
ميراث الاخوة للام	٤٤٥	الباب الاول فيمن يجوز قضاؤه	٥٠٥
ميراث الاخوة للاب والام أو للاب	٤٤٥	الفصل الاول فى الشهادة	٥٠٦
ميراث الجد	٤٤٦	الفصل الثانى فى الايمان	٥٠٨
ميراث الجدات	٤٤٨	الفصل الثالث فى ثبوت الحق الخ	٥٠٩
باب فى الحجب	٤٤٩	الفصل الرابع فى الاقرار	٥١١
باب فى الولاء وفيه مسائل	٤٥٤	الباب السادس وأما ما يقضى الخ	٥١٢

CA
349.297
I131bdA
V.1
c.1

الجزء الاول من

كتاب بداية المجتهد. ونهاية المقتصد.

للشيخ الامام الحافظ الناقد البحر الزاخر ابي الوليد محمد بن احمد
ابن الامام الشهير حامل لواء المذهب وحذامه ابي الوليد محمد بن احمد بن
رشد القرطبي رحم الله الجميع بمنه وكرمه آمين

ترجمة المؤلف منقولة من الديباج

محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد الشهير بالحفيد من اهل قرطبة وقاضي الجماعة بها يكنى ابا الوليد روى عن ابيه ابي القاسم استظهر عليه الموطا حفظاً وأخذ الفقه عن ابي القاسم بن بشكوال وابي مروان بن مسرة وابي بكر بن سمحون وابي جعفر بن عبد العزيز وابي عبد الله المازري واخذ علم الطب عن ابي مروان بن جريول وكانت الدراية اغلب عليه من الرواية ودرس الفقه والاصول وعلم الكلام ولمهر بالاندلس منه كمالا وعلماً وفضلا وكان على شرفه اشد الناس تواضعاً واخفضهم جناحا وعنى بالعلم من صغره الى كبره حتى حكي انه لم يدع النظر ولا القراءة منذ عقل الا ليلة وفاة ابيه وليلة بنائه على اهله وأنه سود فيها صنف وقيد والف وهذب واختصر نحو من عشرة آلاف ورقة ومال الى علوم الاوائل وكانت له فيها الامامة دون اهل عصره وكان يفزع الى فتياه في الطب كما يفزع الى فتياه في الفقه مع الحظ الوافر من الاعراب والآداب والحكمة حكي عنه انه كان يحفظ شعر المتنبي وحبيب وله تواليف جليلة الفائدة منها كتاب بداية المجتهد. ونهاية المقتصد. في الفقه ذكر فيه اسباب الخلاف وعلل وجوهه فقاد وامتع به ولا يعلم في وقته اتسع منه ولا احسن سياقا وكتاب الكليات في الطب ومختصر المستصفى في الاصول وكتابه في العربية الذي وسمه بالضروري وغير ذلك تنيف على ستين تاليف وحمدت سيرته في القضاء بقرطبة وتأثلت له عند الملوك وجاهة عظيمة ولم يصرفها في ترفيع حال ولا جمع مال انما قصرها على مصالح اهل بلده خاصة ومنافع اهل الاندلس وحدث وسمع منه ابو بكر بن جهور وابو محمد بن حوط الله وابو الحسن سهل بن مالك وغيرهم وتوفي سنة خمس وتسعين وخمسمائة ومولده سنة عشرين وخمسمائة قبل وفات القاضي جده ابي الوليد ابن رشد بشهر

اه

طبع بالمطبعة الموسوية بعابدين العليا المحمية
١٣٢٧

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد النبي الكريم

أما بعد حمد الله بجميع محامده والصلاة على محمد رسوله وآله وأصحابه فان غرضي في هذا الكتاب التنبيه فيه لنفسي على جهة التذكرة من مسائل الاحكام المتفق عليها والمختلف فيها بادلتها والتنبيه على نكت الخلاف فيها ما يجري مجرى الاصول والقواعد لما عسى ان يرد على المجتهد من المسائل المسكوت عنها في الشرع وهذه المسائل في الاكثر هي المسائل المنطوق به في الشرع او يتعلق بالمنطوق به تعلقاً قريباً وهي المسائل التي وقع الاتفاق عليها او اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء الاسلاميين من لدن الصحابة رضي الله عنهم الى ان فشا التقليد وقبل ذلك فليذكر كم اصناف الطرق التي تتلقى منها الاحكام الشرعية وكم أصناف الاحكام الشرعية وكم أصناف الاسباب التي اوجبت الاختلاف باوجز ما يمكننا في ذلك فنقول إن الطرق التي منها تلقيت الاحكام عن النبي عليه السلام بالجنس ثلاثة. إما لفظ. وإما فعل. وإما اقرار. وأما ماسكت عنه الشارع من الاحكام فقال الجمهور ان طريق الوقوف عليه هو القياس وقال اهل الظاهر القياس في الشرع باطل وماسكت عنه الشارع فلا حكم له. وأصناف الالفاظ التي تتلقى منها الاحكام من السمع اربعة ثلاثة متفق عليها ورابع مختلف فيه أما الثلاثة المتفق عليها فلفظ عام يحمل على عمومه او خاص يحمل على خصوصه ولفظ عام يراد به الخصوص ولفظ خاص يراد به العموم وفي هذا يدخل التنبيه بالاعلى على الادنى وبالادنى على الاعلى وهما على التساوي فمثال الاول قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير فان المسلمين اتفقوا على أن التحريم متناول لجميع اصناف الخنازير مالم يكن مما يقال عليه الاسم بالاشتراك مثل خنزير الماء ومثال العام يراد به الخصوص قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها فان المسلمين اتفقوا على انه ليست الزكاة واجبة في جميع انواع الاموال ومثال الخاص يراد به العام قوله تعالى فلا تقل لهما اف وهو من باب التنبيه بالادنى على الاعلى فانه يفهم من هذا تحريم الضرب والشتم وما فوق ذلك وهذه اما ان يأتي المستدعى مما فعله بصيغة الامر واما ان يأتي بصيغة الخبر يراد به الامر وكذلك المستدعي تركه اما ان يأتي بصيغة النهي واما ان يأتي بصيغة الخبر يراد به النهي واذا أتت هذه الالفاظ بهذه الصيغ فهل يحمل استدعاء الفعل منها على اوجوب أو على الندب على ما سيقال في حد الواجب والمندوب اليه أو يتوقف حتى يدل الدليل على احدهما فيه بين العلماء خلاف مذكور في كتب اصول الفقه وكذلك الحال في صيغ النهي هل تدل على الكراهية أو التحريم أو لا تدل على واحد منهما فيه الخلاف المذكور أيضاً والاعيان التي يعلق بها الحكم اما ان يدل عليها بلفظ يدل على معنى واحد فقط وهو الذي يعرف في صناعة اصول الفقه بالنص ولا خلاف في وجوب العمل به واما ان يدل عليها بلفظ يدل على اكثر من معنى واحد وهذان قسمان اما ان تكون دلالته على تلك المعاني بالسواء وهو الذي يعرف في اصول الفقه بالمجمل ولا خلاف في انه لا يوجب حكماً واما ان تكون دلالته على بعض تلك المعاني اكثر من بعض وهذا يسمى

بالاضافة

بالاضافة الى المعانى التى دلالته عليها أكثرى ظاهراً ويسمى بالاضافة الى المعانى التى دلالته عليها فى الاقل محتملا واذا ورد مطلقاً حمل على تلك المعانى التى هو أظهر فيها حتى يقوم الدليل على حمله على المحتمل فيعرض الخلاف للفقهاء فى تاويل الشارع اكثر ذلك من قبل تلاثة معان من قبل الاشتراك فى لفظ العين الذى علق به الحكم ومن قبل الاشتراك فى الالف واللام المقرونة بجنس ذلك العين هل اريد به الكل او البعض ومن قبل الاشتراك الذى فى الفاظ الاوامر والنواهى وأما الطريق الرابع فهو ان يفهم من ايجاب الحكم لشئ ما نفى ذلك الحكم عما عدى ذلك الشئ او من نفى الحكم عن شئ ما ايجابه لما عدى ذلك الشئ الذى نفى عنه وهو الذى يعرف بدليل الخطاب وهو اصل مختلف فيه مثل قوله عليه السلام فى سائمة الغنم الزكاة فان قوماً فهموا منه أن لا زكاة فى غير السائمة وأما القياس الشرعى فهو الحاق الحكم الواجب لشئ ما بالشرع فالشئ المسكوت عنه لشبهه بالشئ الذى اوجب الشرع له ذلك الحكم أو لعلة جامعة بينهما ولذلك كان القياس الشرعي صنفين قياس شبه وقياس علة والفرق بين القياس الشرعي واللفظ الخاص يراد به العام ان القياس يكون على الخاص الذى اريد به الخاص فيلحق به غيره أعنى ان المسكوت عنه يلحق بالمنطوق به من جهة الشبه الذى بينهما لا من جهة دلالة اللفظ لان الحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من جهة تنبيه اللفظ ليس بقياس وانما هو دال دلالة اللفظ وهذان اللفظان يتقاربان جداً لانهما الحاق مسكوت عنه بمنطوق بهوهما يلتبسان على الفقهاء فمثال القياس الحاق شارب الخمر بالقاذف في الحد والصداق بالنصاب فى القطع وأما الحاق الربويات بالمقتات أو بالمكيل أو بالمطعوم فمن باب الخاص اريد به العام فتأمل هذا فان فيه عموماً والجنس الاول هو الذي ينبغي للظاهرية ان تنازع فيه وأما الثانى فليس ينبغي لها ان تنازع فيه لانه من باب السمع والذى يرد ذلك بردتكل كلامه تعالى العزيز وأما الفعل فانه عند الاكثر من الطرق التي تتلقى منها الاحكام الشرعية وقال قوم الافعال ليس تفيد حكماً وليس لها صيغ والذين قالوا انها تتلقى منها الاحكام اختلفوا في نوع الحكم الذى تدل عليه فقال قوم تدل على الوجوب وقال قوم تدل على الندب والمحقق عند المحققين انها ان اتت بيانا لمجمل واجب دلت على الوجوب وان اتت بيانا لمجمل مندوب اليه دلت على الندب وان لم تات بيانا لمجمل فان كانت من جنس القربة دلت على الندب وان كانت من جنس المباحات دلت على الاباحة وأما الاقرار فانه يدل على الجواز فهذه أصناف الطرق التى تتلقى منها الاحكام أو تستنبط والاجماع فهو مستند الى احد هذه الطرق الاربعة الا انه اذا وقع فى واحد منها ولم يكن قطعاً نقل الحكم من غلبة الظن الى القطع وليس الاجماع أصلا مستقلا بذاته من غير استناده الى واحد من هذه الطرق لانه لو كان كذلك لكان يقتضى اثبات شرع زائد بعد النبى صلى الله عليه وسلم اذ كان لا يرجع الى أصل من الاصول المشروعة وأما المعانى المتأدية من هذه الطرق للمكلفين فهى بالجملة اما امر بشئ واما نهى عنه واما مخير فيه والامر ان فهم منه الجزم وتعلق العقاب بتركه سمي واجباً وان فهم منه الثواب على الفعل وانتفا العقاب مع الترك سمى ندباً والنهى أيضاً ان فهم منه الجزم وتعلق العقاب بالفعل سمي محرما محظوراً وان فهم منه الحث على تركه من غير تعلق عقاب بفعله سمى مكروهاً فتكون أصناف الاحكام الشرعية المتلقاة من هذه الطرق خمسة واجب ومندوب ومحظور ومكروه ومخير فيه وهو المباح ❁ وأما اسباب الاختلاف بالجنس فستة أحدها تردد اللفظ بين هذه الطرق الاربع أعنى بين ان يكون اللفظ عاما يراد به الخاص أو خاصاً يراد به العام أو عاما يراد به العام أو خاصاً يراد به الخاص أو يكون دليل خطاب أولا يكون له ❁ والثانى الاشتراك الذى فى الالفاظ وذلك اما فى اللفظ المفرد كلفظ القرء الذى يتطلق على الاطهار وعلى الحيض

وكذلك لفظ الامر هل يحمل على الوجوب أو على الندب ولفظ النهي هل يحمل على التحريم أو الكراهية واما في اللفظ المركب مثل قوله تعالى الا الذين تابوا فانه يحتمل ان يعود على الفاسق فقط ويحتمل ان يعود على الفاسق والشاهد فتكون التوبة رافعة للفسق ومجيزة شهادة القاذف ﴿والثالث اختلاف الاعراب﴾ والرابع تردد اللفظين حمله على الحقيقة أو حمله على نوع من انواع المجاز التي هي اما الحذف واما الزيادة واما التقديم واما التاخير واما تردده على الحقيقة أو الاستعارة ﴿والخامس اطلاق اللفظ تارة وتقييده تارة مثل اطلاق الرقبة في العتق تارة وتقييدها بالايمان تارة ﴿والسادس التعارض في الشيئين في جميع اصناف الالفاظ التي يتلقى منها الشرع الاحكام بعضها مع بعض وكذلك التعارض الذي يأتي في الافعال أو في الاقرارات أو تعارض القياسات انفسها او التعارض الذي يتركب من هذه الاصناف الثلاثة أعني معارضة القول للفعل أو للاقرار أو للقياس ومعارضة الفعل للاقرار أو للقياس ومعارضة الاقرار للقياس قال القاضي رضي الله عنه واذ قد ذكرنا بجملة هذه الاشياء فلنشرع فيما قصدنا له مستعينين بالله ولنبدأ من ذلك بكتب الطهارة على عادتهم

﴿كتاب الطهارة من الحدث﴾

فنقول أنه اتفق المسلمون على أن الطهارة الشرعية طهارتان طهارة من الحدث وطهارة من النجس واتفقوا على أن الطهارة من الحدث ثلاثة أصناف وضوء وغسل وبدل منهما وهو التيمم وذلك اتضح من ذلك آية الوضوء الواردة في ذلك فلنبدأ من ذلك بالقول في الوضوء

﴿كتاب الوضوء﴾

فنقول ان القول المحيط باصول هذه العبادة ينحصر في خمسة ابواب ﴿الباب الاول في الدليل على وجوبها وعلى من تجب ومتى تجب ﴿والثاني في معرفة افعالها ﴿والثالث في معرفة ما به تفعل وهو الماء ﴿والرابع في معرفة نواقضها ﴿والخامس في معرفة الاشياء التي تفعل من أجلها

﴿الباب الاول﴾

فاما الدليل على وجوبها ﴿فالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق الآية فانه اتفق المسلمون على أن امتثال هذا الخطاب واجب على كل من لزمته الصلاة اذا دخل وقتها ﴿وأما السنة فقوله عليه السلام لا يقبل الله صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول وقوله عليه السلام لا يقبل الله صلاة من أحدث حتى يتوضأ وهذان الحديثان ثابتان عند أئمة النقل وأما الاجماع فلانه لم ينقل عن أحد من المسلمين في ذلك خلاف ولو كان هنالك خلاف لنقل ان العادات تقتضي ذلك وأما من تجب عليه فهو البالغ العاقل وذلك أيضا ثابت بالسنة والاجماع أما السنة فقوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاث فذكر الصبي حتى يحتلم والمجنون حتى يفيق وأما الاجماع فانه لم ينقل في ذلك خلاف واختلف الفقهاء هل من شرط وجوبها الاسلام أم لا، هي مسئلة قليلة في الفقه لانها راجعة الى الحكم الاخراوي وأما متى تجب فاذا دخل وقت الصلاة أو اراد الانسان الفعل الذي الوضوء شرط فيه وان لم يكن ذلك متعلقا بوقت أما وجوبه عند دخول وقت الصلاة على المحدث فلا خلاف فيه لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم الى الصلاة الآية فاوجب الوضوء عند القيام الى الصلاة ومن شروط الصلاة دخول الوقت وأما دليل وجوبه عند إرادة الافعال التي هو شرط فيها فيأتي ذلك عند ذكر الاشياء التي يفعل الوضوء من أجلها ولا خلاف الناس في ذلك

﴿الباب الثاني﴾

وأما معرفة بيان الوضوء فالاصل فيه ما ورد من صفته في قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم الى الكعبين وما ورد من ذلك أيضا في صفة وضوء النبي صلى الله عليه وسلم في الآثار الثابتة ويتعلق بذلك مسائل اثنتا عشرة مشهورة مجرى الامهات وهي راجعة الى

معرفة الشروط والاحكام والاركان وصفة الافعال وأعدادها وتعيينها وتحديد محالها وأنواع احكام جميع ذلك

﴿ المسئلة الاولى من الشروط ﴾ اختلف علماء الامصار هل النية شرط في صحة الوضوء أم لا بعد اتفاقهم على اشتراط النية في العبادات لقوله تعالى وما امروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين ولقوله صلى الله عليه وسلم إنما الاعمال بالنيات الحديث المشهور فذهب فريق منهم الى انها شرط وهو مذهب الشافعي ومالك وأحمد وأبي ثور وداود وذهب فريق آخر الى انها ليست بشرط وهو مذهب ابي حنيفة والثوري ٭ وسبب اختلافهم تردد الوضوء بين ان يكون عبادة محضة أعني غير معقولة المعنى وانما يقصد بها القربة فقط كالصلاة وغيرها وبين ان تكون عبادة معقولة المعنى كغسل النجاسة فانهم لا يختلفون أن العبادة المحضة مفتقرة الى النية والعبادة المفهومة المعنى غير مفتقرة الى النية والوضوء فيه شبه من العبادتين ولذلك وقع الخلاف فيه وذلك انه يجمع عبادة ونظافة والفقه ان ينظر بايهما هو اقوى شبهاً فيلحق به ﴿ المسئلة الثانية من الاحكام ﴾ اختلف الفقهاء في غسل اليد قبل ادخالها في اناء الوضوء فذهب قوم الى انه من سنن الوضوء باطلاق وان تيقن طهارة اليد وهو مشهور مذهب مالك وش وقيل انه مستحب للشاك في طهارة يده وهو أيضاً مروى عن مالك وقيل ان غسل اليد واجب على المنتبه من النوم وبه قال داود وأصحابه وفرق قوم بين نوم الليل ونوم النهار فاوجبوا ذلك في نوم الليل ولم يوجبوه في نوم النهار وبه قال احمد فتحصل في ذلك أربعة اقوال قول انه سنة باطلاق وقول انه استحباب للشاك وقول انه واجب على المنتبه من النوم وقول انه واجب على المنتبه من نوم الليل دون نوم النهار ٭ والسبب في اختلافهم في ذلك اختلافهم في مفهوم الثابت من حديث ابي هريرة أنه عليه السلام قال إذا استيقظ احدكم من نومه فليغسل يده قبل ان يدخلها في وضوءه فان احدكم لا يدري اين باتت يده وفي بعض رواياته فليغسلها ثلاثاً فمن لم ير بين الزيادة الواردة في هذا الحديث على ما في آية الوضوء معارضة وبين آية الوضوء حمل لفظ الامر هاهنا على ظاهره من الوجوب وجعل ذلك فرضاً من فروض الوضوء ومن فهم من هؤلاء من لفظ البيات نوم الليل أوجب ذلك من نوم الليل فقط ومن لم يفهم منه ذلك وانما فهم منه النوم فقط أوجب ذلك على كل مستيقظ من النوم نهاراً اوليلا ومن رآ ان بين هذه الزيادة والآية تعارضاً اذ كان ظاهر الآية المقصود منه حصر فروض الوضوء كان وجه الجمع عنده بينهما ان يخرج لفظ الامر عن ظاهره الذي هو الوجوب الى الندب ومن تأكد عنده هذا الندب لمثابرته عليه السلام على ذلك قال انه من جنس السنن ومن لم يتأكد عنده هذا الندب قال ان ذلك من جنس المندوب المستحب وهؤلاء غسل اليد عندهم بهذه الحال اذا تيقن طهارتها أعني من يقول ان ذلك سنة ومن يقول انه ندب ومن لم يفهم من هؤلاء من هذا الحديث علة توجب عنده ان يكون من باب الخاص اريد به العام كان ذلك عنده مندوباً للمستيقظ من النوم فقط ومن فهم منه علة الشك وجعله من باب الخاص اريد به العام كان ذلك عنده للشاك لانه في معنى الناسي والظاهر من هذا الحديث انه لم يقصد به حكم اليد في الوضوء وانما قصد به حكم الماء الذي يتوضأ به اذا كان الماء مشترطاً فيه الطهارة . وأما ما نقل من غسله صلى الله عليه وسلم يديه قبل ادخالهما في الاناء في اكثر احيانه فيحتمل ان يكون من حكم اليد على ان يكون غسلها في الابتدا من افعال الوضوء ويحتمل ان يكون من حكم الماء أعني ان لا يتجس او يقع فيه شك ان قلنا ان الشك مؤثر

﴿ المسئلة الثالثة من الاركان ﴾ اختلفوا في المضمضة والاستنشاق في الوضوء على ثلاثة اقوال قول انهما سنتان في الوضوء وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وقول انهما فرض فيه وبه قال ابن ابي ليلى وجماعة من

أصحاب داود وقول ان الاستشاق فرض والمضمضة سنة وبه قال ابو ثور وابن عبيد وجماعة من اهل الظاهر * وسبب اختلافهم في كونها فرضاً او سنة اختلافهم في السنن الواردة في ذلك هل هي زيادة تقتضي معارضة آية الوضوء أولا تقتضي ذلك فمن رآ أن هذه الزيادة ان حملت على الوجوب اقتضت معارضة الآية اذ المقصود من الآية تفصيل هذا الحكم وتبيينه اخرجها من باب الوجوب الى باب الندب ومن لم ير انها تقتضي معارضة حملها على الظاهر من الوجوب ومن استوت عنده هذه الاقوال والافعال في حملها على الوجوب لم يفرق بين المضمضة والاستشاق ومن كان عنده القول محمولا على الوجوب والفعل محمولا على الندب فرق بين المضمضة والاستشاق وذلك ان المضمضة نقلت من فعله عليه السلام ولم تنقل من امره وأما الاستشاق فمن امره عليه السلام وفعله وهو قوله عليه السلام إذا توضأ احدكم فليجعل في انفه ماء ثم لينثر ومن استجمر فليوتر خرّجه مالك في موطاه والبخاري في صحيحه من حديث ابي هريرة

﴿ المسئلة الرابعة من تحديد المحال ﴾ اتفق العلماء على أن غسل الوجه بالجملة من فرائض الوضوء لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم واختلفوا منه في ثلاثة مواضع في غسل البياض الذي بين العذار والاذن وفي غسل ما انسدل من اللحية وفي تخليل اللحية فالمشهور من مذهب مالك أنه ليس البياض الذي بين العذار والاذن من الوجه وقد قيل في المذهب بالفرق بين الامرد والملتحي فيكون في المذهب في ذلك ثلاثة اقوال وقال ابو حنيفة والشافعي هو من الوجه وأما ما انسدل من اللحية فذهب مالك الى وجوب امرار الماء عليه ولم يوجبه ابو حنيفة ولا الشافعي في أحد قوليه * وسبب اختلافهم في هاتين المسئلتين هو خفاء تناول اسم الوجه لهذين الموضعين أعني هل يتناولهما أو لا يتناولهما وأما تخليل اللحية فذهب مالك أنه ليس واجباً وبه قال ابو حنيفة والشافعي في الوضوء وأوجبه ابن عبد الحكم من أصحاب مالك * وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في صحة الآثار التي ورد فيها الامر بتخليل اللحية والاكثر على أنها غير صحيحة مع أن الآثار الصحاح التي ورد فيها صفة وضوءه عليه السلام ليس في شيء منها التخليل

﴿ المسئلة الخامسة من التحديد ﴾ اتفق العلماء على أن غسل اليدين والذراعين من فروض الوضوء لقوله تعالى وأيديكم الى المرافق واختلفوا في ادخال المرافق فيها فذهب الجمهور مالك والشافعي وأبو حنيفة الى وجوب ادخالهما وذهب بعض أهل الظاهر وبعض متأخري اصحاب مالك والطبري الى انه لا يجب ادخالهما في الغسل * والسبب في اختلافهم في ذلك الاشتراك الذي في حرف الى وفي اسم اليد في كلام العرب وذلك أن حرف الى مرة يدل في كلام العرب على الغاية ومرة تكون بمعنى مع واليد أيضاً في كلام العرب تنطلق على ثلاثة معان على الكف فقط وعلى الكف والذراع وعلى الكف والذراع والعضد فمن جعل الى بمعنى من أو فهم من اليد مجموع الثلاثة الاعضاء أوجب دخولها في الغسل لان الى تكون عنده بمعنى من ومبدأ الشيء من الشيء ومن فهم من الى الغاية ومن اليد ما دون المرفق ولم يكن الحد عنده داخلا في المحدود لم يدخلهما في الغسل وخرج مسلم في صحيحه عن أبي هريرة انه غسل يده اليمنى حتى اشرع في العضد ثم اليسرى كذلك ثم غسل رجله اليمنى حتى أشرع في الساق ثم اليسرى كذلك ثم غسل هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ وهو حجة من اوجب ادخالهما في الغسل لانه اذا تردد اللفظ بين المعنيين على السواء اوجب ان لا يصار الى احد المعنيين الا بدليل وان كانت الى في كلام العرب أظهر في معنى الغاية منها في معنى مع وكذلك اسم اليد أظهر فيما دون العضد منه فيما فوق العضد فقول من لم يدخلهما من جهة الدلالة اللفظية أرجح وقول من ادخلهما من جهة هذا الاثر أبين الا ان يحمل هذا الاثر على الندب والمسئلة محتملة كما ترى وقد قال قوم ان الغاية اذا كانت من جنس ذي الغاية

دخلت فيه وان لم تكن من جنسه لم تدخل فيه ﴿ المسئلة السادسة من التحديد ﴾ اتفق العلماء على أن مسح الرأس من فروض الوضوء واختلفوا في القدر المجزئ منه فذهب مالك الى أن الواجب مسحه كله وذهب الشافعي وبعض أصحاب مالك وابو حنيفة الى أن مسح بعضه هو الفرض ومن اصحاب مالك من حد هذا البعض بالكل ومنهم من حده بالثلثين وأما ابو حنيفة فحده بالربع وحد مسح هذا القدر من اليد الذي يكون به المسح فقال ان مسحه باقل من ثلاثة اصابع لم يجزه وأما الشافعي فلم يحد في الماسح ولا في الممسوح حداً وأصل الاختلاف في هذا الاشتراك الذي في الباء في كلام العرب وذلك انها مرة تكون زائدة مثل قوله تنبت بالدهن على قراءة من قرأ تنبت بضم التاء وكسر الباء من أنبت ومرة تدل على التبعيض مثل قول القائل اخذت بثوبه وبعضده ولا معنى لإنكار هذا في كلام العرب أعني كون الباء للتبعيض وهو قول الكوفيين من النحويين فمن رآها زائدة أوجب مسح الرأس كله ومعنى الزائدة هاهنا كونها مؤكدة ومن رآها مبعضة أوجب مسح بعضه وقد احتج من رجح هذا المفهوم بحديث المغيرة أن النبي عليه السلام توضأ فمسح بناصيته وعلى العمامة خرجه مسلم وان سلمنا أن الباء زائدة بقي هاهنا أيضاً احتمال آخر وهو تقبل الواجب الاخذ بأوائل الاسماء او بأواخرها ﴿ المسئلة السابعة من الاعداد ﴾ اتفق العلماء على أن الواجب من طهارة الاعضاء المغسولة هو مرة مرة اذا اسبغ وان الاثنين والثلاث مندوب اليها والماسح أنه صلى الله عليه وسلم توضأ مرة مرة وتوضأ مرتين مرتين وتوضأ ثلاثا ثلاثا ولان الامر ليس يقتضي الا الفعل مرة أعني الامر الوارد في الغسل في آية الوضوء واختلفوا في تكرير مسح الرأس هل هو فضيلة أم ليس في تكريره فضيلة فذهب الشافعي الى انه من توضأ ثلاثا ثلاثا يمسح رأسه أيضاً ثلاثا واكثر الفقهاء يرون أن المسح لا فضيلة في تكريره * وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في قبول الزيادة الواردة في الحديث الواحد اذا اتت من طريق واحد ولم يروها الاكثر وذلك ان اكثر الاحاديث التي روي فيها انه توضأ ثلاثا ثلاثا من حديث عثمان وغيره لم ينقل فيها الا انه مسح واحدة فقط وفي بعض الروايات عن عثمان انه مسح برأسه ثلاثا وعضد الشافعي وجوب قبول هذه الزيادة بظاهر عموم ما روى انه عليه السلام توضأ مرة مرة ومرتين مرتين وثلاثا ثلاثا وذلك ان المفهوم من عموم هذا اللفظ وان كان من لفظ الصاحب هو حمله على سائر اعضاء الوضوء الا ان هذه الزيادة ليست في الصحيحين فان صحت يجب المصير اليها لان من سكت عن شيء ليس هو بحجة على ما ذكره اكثر العلماء اوجب تجديد الماء لمسح الرأس قياساً على سائر الاعضاء وروى عن ابن الماجشون انه قال اذا نفد الماء مسح رأسه ببلل لحيته وهو اختيار ابن حبيب ومالك وش يستحب في صفة المسح ان يبدأ بمقدم رأسه فيمر يديه الى قفاه ثم يردهما الى حيث بدأ على ما في حديث عبد الله بن زيد الثابت وبعض العلماء يختار ان يبدأ من مؤخر الرأس وذلك ايضاً مروي من صفة وضوءه عليه السلام من حديث الربيع بنت معوذ الا انه لم يثبت في الصحيحين

﴿ المسئلة الثامنة من تعيين المحال ﴾ اختلف العلماء في المسح على العمامة فاجاز ذلك احمد بن حنبل وأبو ثور والقاسم بن سلام وجماعة ومنع من ذلك جماعة منهم مالك والشافعي وأبو حنيفة * وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في وجوب العمل بالاثر الوارد في ذلك من حديث المغيرة وغيره أنه عليه السلام مسح بناصيته وعلى العمامة وقياساً على الخف ولذلك اشترط اكثرهم لبسها على طهارة وهذا الحديث انما رده من رده إما لانه لم يصح عنده واما لان ظاهر الكتاب عارضه عنده أعني الامر فيه بمسح الرأس وإما لانه لم يشتهر العمل به عند من يشترط اشتهار العمل فيما نقل من طريق الاحاد وبخاصة في المدينة على المعلوم من مذهب مالك أعني انه هو الذي يرى اشتهار العمل وهو حديث

خرجه مسلم وقال فيه ابو عمر بن عبد البر انه حديث معلول وفي بعض طرقه انه مسح على العمامة ولم يذكر الناصية ولذلك لم يشترط بعض العلماء في المسح على العمامة المسح على الناصية اذ لا يجتمع الاصل والبدل في فعل واحد

﴿ المسئلة التاسعة من الاركان ﴾ اختلفوا في مسح الاذنين هل هو سنة او فريضة وهل يجدد لهما الماء أم لا فذهب بعض الناس الى انه فريضة وانه يجدد لهما الماء وممن قال بهذا القول جماعة من اصحاب مالك ويتأولون مع هذا انه مذهب مالك لقوله فيهما انهما من الرأس وقال ابو حنيفة واصحابه مسحهما فرض كذلك الا انهما يمسحان مع الرأس بماء واحد وقال الشافعي مسحهما سنة ويجدد لهما الماء وقال بهذا القول جماعة ايضاً من اصحاب مالك ويتأولون ايضاً انه قوله لما روى عنه انه قال حكم مسحهما حكم المضمضة * وأصل اختلافهم في كون مسحهما سنة او فرضاً اختلافهم في الآثار الواردة بذلك أعني مسحه عليه السلام اذنيه هل هي زيادة على ما في الكتاب من مسح الرأس فيكون حكمهما ان يحمل على الندب لمكان التعارض الذي يتخيل بينهما وبين الآية ان حملت على الوجوب ام هي مبنية للمجمل الذي في الكتاب فيكون حكمهما حكم الرأس في الوجوب فمن اوجبها جعلها مبنية لمجمل الكتاب ومن لم يوجبها جعلها زائدة كالمضمضة والآثار الواردة بذلك كثيرة وان كانت لم تثبت في الصحيحين فهي قد اشتهر العمل بها * وأما اختلافهم في تجديد الماء لهما فسببه تردد الاذنين بين ان يكونا عضواً مفرداً وانه من اعضاء الوضوء او يكونا جزءاً من الرأس وقد شذ قوم فذهبوا الى انهما يغسلان مع الوجه وذهب آخرون الى انه يمسح باطنهما مع الرأس ويغسل ظاهرهما مع الوجه وذلك لتردد هذا العضو بين ان يكون جزءاً من الوجه او جزءاً من الراس وهذا معنى له مع اشتهار الآثار في ذلك بالمسح واشتهار العمل به والشافعي يستحب فيهما التكرار كما يستحبه في مسح الراس ﴿ المسئلة العاشرة من الصفات ﴾ اتفق العلماء على ان الرجلين من اعضاء الوضوء واختلفوا في نوع طهارتهما فقال قوم طهارتهما الغسل وهم الجمهور وقال قوم فرضهما المسح وقال قوم بل طهارتهما تجوز بالنوعين الغسل والمسح وان ذلك راجع الى اختيار المكلف * وسبب اختلافهم القراءتان المشهورتان في آية الوضوء أعني قراءة من قرأ وأرجلكم بالنصب عطفاً على المغسول وقراءة من قرأ وأرجلكم بالخفض عطفاً على الممسوح وذلك ان قراءة النصب ظاهرة في الغسل وقراءة الخفض ظاهرة في المسح كظهور تلك في الغسل فمن ذهب الى ان فرضهما واحدة من هاتين الطهارتين على التعيين اما الغسل واما المسح ذهب الى ترجيح ظاهر احدى القراءتين على القراءة الثانية وصرف بالتاويل ظاهر القراءة الثانية الى معنى ظاهر القراءة التي ترجحت عنده ومن اعتقد ان دلالة كل واحدة من القراءتين على ظاهرها على السواء وانه ليست احداهما على ظاهرها ادل من الثانية على ظاهرها أيضاً جعل ذلك من الواجب المخير ككفارة اليمين وغير ذلك وبه قال الطبري وداود وللجمهور تاويلات في قراءة الخفض اجودها ان ذلك عطف على اللفظ لا على المعنى اذ كان ذلك موجوداً في كلام العرب في مثل قول الشاعر (لعب الزمان بها وغيرها بعدي سوافي المور والقطري) بالخفض ولو عطف على المعنى لرفع القطر واما الفريق الثاني وهم الذين أوجبوا المسح فانهم تاولوا قراءة النصب على انها عطف على الموضع كما قال الشاعر (فلسنا بالجبال ولا الحديدا) وقد رجح الجمهور قراءتهم هذه بالثابت عنه عليه السلام اذ قال في قوم لم يستوفوا غسل اقدامهم في الوضوء ويل للاعقاب من النار قالوا فهذا يدل على ان الغسل هو الفرض لان الواجب هو الذي يتعلق بتركه العقاب وهذا ليس فيه حجة لانه انما وقع الوعيد على انهم تركوا اعقابهم دون غسل ولا شك ان من شرع في الغسل ففرضه الغسل في جميع القدم كما ان من شرع في المسح ففرضه المسح عند من يخير بين الامرين وقد يدل على هذا ما جاء في اثر آخر خرجه أيضاً مسلم انه

قال

قال فجعلنا نمسح على ارجلنا فنادى ويل للاعقاب من النار وهذا الاثر وان كانت العادة قد جرت بالاحتجاج به في منع المسح فهو ادل على جواز منه على منعه لان الوعيد انما تعلق فيه بترك التعميم لا بنوع الطهارة بل سكت عن نوعها وذلك دليل على جوازها وجواز المسح هو أيضاً مروى عن بعض الصحابة والتابعين ولكن من طريق المعنى فالغسل اشد مناسبة للقدمين من المسح كما ان المسح اشد مناسبة للرأس من الغسل اذ كانت القدمان لا ينقي دنسهما غالباً إلا بالغسل وينقي دنس الرأس بالمسح وذلك أيضاً غالب والمصالح المعقولة لا يمتنع أن تكون أسبابا للعبادات المفروضة حتى يكون الشرع لاحظ فيها معنيين معنى مصلحيا ومعنى عباديا واعني بالمصلحي ما رجع الى الامور المحسوسة وبالعبادي ما رجع الى زكاة النفس وكذلك اختلفوا في الكعبين هل يدخلان في المسح أو في الغسل عند من أجاز المسح * وأصل اختلافهم الاشتراك الذي في حرف الى أعني في قوله تعالى وأرجلكم الى الكعبين وقد تقدم القول في اشتراك هذا الحرف في قوله تعالى الى المرافق لكن الاشتراك وقع هنالك من جهتين من اشتراك اسم اليد ومن اشتراك حرف الى وهنا من قبل اشتراك حرف الى فقط * وقد اختلفوا في الكعب ما هو وذلك لاشتراك اسم الكعب واختلاف أهل اللغة في دلالته فقيل هما العظمان اللذان عند معقد الشراك وقيل هما العظمان الناتئان في طرف الساق ولا خلاف في ما احسب في دخولهما في الغسل عند من يرى انهما عند معقد الشراك إذ كانا جزءاً من القدم ولذلك قال قوم أنه إذا كان الحد من جنس المحدود دخلت الغاية فيه اعني الشيء الذي يدل عليه حرف الى وإذا لم يكن من جنس المحدود لم يدخل فيه مثل قوله تعالى ثم أتموا الصيام إلى الليل ﴿المسئلة الحادية عشرة من الشروط﴾ اختلفوا في وجوب ترتيب افعال الوضوء على نسق الاية فقال قوم هو سنة وهو الذي حكاه المتأخرون من أصحاب مالك عن المذهب وبه قال أبو حنيفة والثوري وداود وقال قوم هو فريضة وبه قال الشافعي وأحمد وأبو عبيد وهذا كله في ترتيب المفروض مع المفروض واما ترتيب الافعال المفروضة مع الافعال المسنونة فهو عند مالك مستحب وقال ابن حبيب هو سنة * وسبب اختلافهم شيئان أحدهما الاشتراك الذي في واو العطف وذلك أنه قد يعطف بها الاشياء المرتبة بعضها على بعض وقد يعطف بها غير المرتبة وذلك ظاهر من استقراء كلام العرب ولذلك انقسم النحويون فيها قسمين فقال نحاة البصريين ليس يقتضي تسقا ولا ترتيباً وإنما يقتضي الجمع فقط وقال الكوفيون بل تقتضي التسق والترتيب فمن رأى أن الواو في آية الوضوء تقتضي الترتيب قال بايجاب الترتيب ومن رأى انها لا تقتضي الترتيب لم يقل بايجابه * والسبب الثاني اختلافهم في أفعاله عليه السلام هل هي محمولة على الوجوب أو على الندب فمن حملها على الوجوب قال بوجوب الترتيب لانه لم يرو عنه عليه السلام أنه توضأ قط الا مرتباً ومن حملها على الندب قال إن الترتيب سنة ومن فرق بين المسنون والمفروض من الافعال قال ان الترتيب الواجب إنما ينبغي ان يكون في الافعال الواجبة ومن لم يفرق قال إن الشروط الواجبة قد تكون في الافعال التي ليست واجبة ﴿المسئلة الثانية عشرة من الشروط﴾ اختلفوا في الموالاة في أفعال الوضوء فذهب مالك الى أن الموالاة فرض مع الذكر ومع عدم العذر ساقطة مع النسيان ومع الذكر عند العذر ما لم يتفاحش التفاوت وذهب الشافعي وأبو حنيفة الى ان الموالاة ليست من واجبات الوضوء * والسبب في ذلك الاشتراك الذي في الواو أيضاً وذلك انه قد يعطف بها الاشياء المتتابعة المتلاحقة بعضها على بعض وقد يعطف بها الاشياء المتراخية بعضها عن بعض وقد احتج قوم لسقوط الموالات بما ثبت عنه عليه السلام أنه كان يتوضأ في أول طهوره ويؤخر غسل رجليه الى آخر الطهر وقد يدخل الخلاف في هذه المسئلة أيضاً في الاختلاف في حمل الافعال أعني على الوجوب أو على الندب وإنما فرق مالك بين العمد والنسيان لان الناسي الاصل

رواه ابن ماجة والحاكم وصححه

رواه ابو داود وضعفه بانه
بابه انقطاع

فيه في الشرع أنه معفو عنه الى ان يقوم الدليل على غير ذلك لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان وكذلك العذر يظهر من امر الشرع ان له تاثيراً في التخفيف وقد ذهب قوم الى ان التسمية من فروض الوضوء واحتجوا لذلك بالحديث المرفوع وهو قوله عليه السلام لا وضوء لمن لم يسم الله وهذا الحديث لم يصح عند اهل النقل وقد حمله بعضهم على ان المراد به النية وبعضهم حمله على الندب فيما احسب فهذه مشهورات المسائل التي تجري من هذا الباب مجرى الاصول وهي كما قلنا متعلقة اما بصفات افعال هذه الطهارة واما بتحديد مواضعها واما بتعريف شروطها واركانها وسائر ما ذكر * ومما يتعلق بهذا الباب مسح الخفين إذ كان من أفعال الوضوء والكلام المحيط باصوله يتعلق بالنظر في سبع مسائل بالنظر في جوازه وفي تحديد محله وفي تعيين محله وفي صفته أعني صفة المحل وفي توقيته وفي شرطه وفي نواقضه فاما الجواز ففيه ثلاثة أقوال القول المشهور انه جائز على الاطلاق وبه قال جمهور فقهاء الامصار والقول الثاني جوازه في السفر دون الحضر والقول الثالث منع جوازه باطلاق وهو اشذها والاقاويل الثلاثة مروية عن الصدر الاول وعن مالك * والسبب في اختلافهم ما يظن من معارضة آية الوضوء الوارد فيها الامر بغسل الارجل للاثار التي وردت في المسح مع تاخر آية الوضوء وهذا الخلاف كان بين الصحابة في الصدر الاول فكان منهم من يرى ان آية الوضوء ناسخة لتلك الاثار وهو مذهب ابن عباس واحتج القائلون بجوازه بما رواه مسلم انه كان يعجبهم حديث جرير وذلك انه روى انه رأى النبي عليه السلام يمسح على الخفين فقيل له انما كان ذلك قبل نزول المائدة فقال ما اسلمت الا بعد نزول المائدة وقال المتأخرون القائلون بجوازه ليس بين الآية والاثار تعارض لان الامر بالغسل انما هو متوجه الى من لا خف له والرخصة إنما هي للابس الخف وقيل ان تاويل قراءة الارجل بالخفض هو المسح على الخفين واما من فرق بين السفر والحضر فلان اكثر الاثار الصحاح الواردة في مسحه عليه السلام انما كانت في السفر مع ان السفر مشعر بالرخصة والتخفيف والمسح على الخفين هو من باب التخفيف فان نزعه مما يشق على المسافر * واما تحديد المحل فاختلف فيه أيضاً فقهاء الامصار فقال قوم ان الواجب من ذلك مسح أعلى الخف وان مسح الباطن اعني اسفل الخف مستحب ومالك اخذ من رأي هذا والشافعي ومنهم من اوجب مسح ظهورهما وبطونهما وهو مذهب ابن نافع من اصحاب مالك ومنهم من اوجب مسح الظهور فقط ولم يستحب مسح البطون وهو مذهب ابي حنيفة وداود وسفيان وجماعة وشذ اشهب فقال ان الواجب مسح الباطن والاعلى مستحب * وسبب اختلافهم تعارض الاثار الواردة في ذلك وتشبيه المسح بالغسل وذلك أن في ذلك اثرين متعارضين احدهما حديث المغيرة بن شعبة وفيه انه صلى الله عليه وسلم مسح اعلى الخف وباطنه والآخر حديث علي لو كان الدين بالرأي لكان اسفل الخف اولى بالمسح من اعلاه وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على ظاهر خفيه فمن ذهب مذهب الجمع بين الحديثين حمل حديث المغيرة على الاستحباب وحديث علي على الوجوب وهي طريقة حسنة ومن ذهب مذهب الترجيح اخذ اما بحديث علي واما بحديث المغيرة ومن رجح حديث المغيرة على حديث علي رجحه من قبل القياس اعني قياس المسح على الغسل ومن رجح حديث علي رجحه من قبل مخالفته للقياس او من جهة السند والاسعد في هذه المسئلة هو مالك واما من اجاز الاقتصار على مسح الباطن فقط فلا اعلم له حجة لانه لا هذا الاثر اتبع ولا هذا القياس استعمل اعني قياس المسح على الغسل

﴿المسئلة الثالثة﴾

واما نوع محل المسح فان الفقهاء القائلين بالمسح اتفقوا على جواز المسح على الخفين واختلفوا في المسح على الجوربين فاجاز ذلك قوم ومنعه قوم وممن منع ذلك مالك والشافعي وابو حنيفة وممن اجاز ذلك ابو يوسف ومحمد صاحبا

ابي حنيفة وسفيان الثوري *وسبب اختلافهم اختلافهم في صحة الآثار الواردة عنه عليه السلام انه مسح على الجوربين والنعلين واختلافهم ايضاً في هل يقاس على الخف غيره أم هي عبادة لا يقاس عليها ولا يتعدى بها محلها فمن لم يصح عنده الحديث أو لم يبلغه ولم ير القياس على الخف قصر المسح عليه ومن صح عنده الاثر اوجوز القياس على الخف اجاز المسح على الجوربين وهذا الاثر لم يخرجه الشيخان أعني البخاري ومسلماً وصححه الترمذي ولتردد الجوربين المجلدين بين الخف والجورب غير المجلد عن مالك في المسح عليهما روايتان أحداهما بالمنع والاخرى بالجواز ﴿المسئلة الرابعة﴾ وأما صفة الخف فانهم اتفقوا على جواز المسح على الخف الصحيح واختلفوا في المخرق فقال مالك واصحابه يمسح عليه اذا كان الخرق يسيراً وحدد ابو حنيفة بما يكون الظاهر منه اقل من ثلاثة اصابع وقال قوم بجواز المسح على الخف المتخرق مادام يسمى خفاً وان تفاحش خرقه وممن روى عنه ذلك الثوري ومنع الشافعي ان يكون في مقدم الخف خرق يظهر منه القدم ولو كان يسيراً في احد القولين عنه *وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في انتقال الفرض من الغسل الى المسح هل هو لموضع الستر أعني ستر الخف القدمين أم هو لموضع المشقة في نوع الخفين فمن رآه لموضع الستر لم يجز المسح على الخف المتخرق لانه اذا انكشف من القدم شيء انتقل فرضها من المسح الى الغسل ومن رآ ان العلة في ذلك المشقة لم يعتبر الخرق مادام يسمى خفاً وأما التفريق بين الخرق الكثير واليسير فاستحسان ورفع للحرج وقال الثوري كانت خفاف المهاجرين والانصار لا تسلم من الخرق تخفاف الناس فلو كان في ذلك حظر لورد ونقل عنهم {قلت} هذه المسئلة هي مسكوت عنها فلو كان فيها حكم مع عموم الابتلاء به لنبيه صلى الله عليه وسلم وقد قال تعالى لتبين للناس ما نزل اليهم ﴿المسئلة الخامسة﴾ وأما التوقيت فان الفقهاء أيضاً اختلفوا فيه فرآ مالك ان ذلك غير موقت وان لابس الخف يمسح عليهما مالم ينزعهما او تصيبه جنابة وذهب ابو حنيفة والشافعي الى ان ذلك موقت *والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك وذلك انه ورد في ذلك ثلاثة احاديث أحدها حديث علي عن النبي عليه السلام انه قال جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة ايام ولياليهن للمسافر ويوما وليلة للمقيم خرجه مسلم والثاني حديث ابي بن عمارة انه قال يا رسول الله أأمسح على الخف قال نعم قال يوما قال نعم قال ويومين قال نعم وثلاثة قال نعم حتى بلغ سبعاً ثم قال امسح مابدا لك خرجه ابو داود والطحاوي والثالث حديث صفوان بن عسال قال كنا في سفر فامرنا ألا ننزع خفافنا ثلاثة ايام ولياليهن الا من جنابة لكن من نوم أو بول او غائط {قلت} أما حديث علي فصحيح خرجه مسلم وأما حديث ابي بن عمارة فقال فيه ابو عمر بن عبد البر انه حديث لا يثبت وليس له اسناد قائم ولذلك ليس ينبغي أن يعارض به حديث علي وأما حديث صفوان بن عسال فهو وان كان لم يخرجه البخاري ولا مسلم فانه قد صححه قوم من أهل العلم الترمذي وابو محمد بن حزم وهو بظاهره معارض بدليل الخطاب لحديث أبي لحديث علي وقد يحتمل ان يجمع بينهما بأن يقال إن حديث صفوان وحديث علي خرجا مخرج السؤال عن التوقيت وحديث أبي بن عمارة نص في ترك التوقيت لكن حديث ابي لم يثبت بعد فعلى هذا يجب العمل بحديثي علي وصفوان وهو الاظهر الا أن دليل الخطاب فيهما يعارضه القياس وهو كون التوقيت غير مؤثر في نقض الطهارة لان النواقض هي الاحداث ﴿المسئلة السادسة﴾ وأما شرط المسح على الخفين فهو ان تكون الرجلان طاهرتين بطهر الوضوء وذلك شيء مجمع عليه الا خلافا شاذاً وقد روي عن ابن القاسم عن مالك ذكر ما ابن لبابة في المنتخب وانما قال به الاكثر لثبوته في حديث المغيرة وغيره ماذا رادان ينزع الخف عنه فقال عليه السلام دعهما فاني ادخلتهما وهما طاهرتان والمخالف حمل

هذه الطهارة على الطهارة اللغوية ٭ واختلف الفقهاء من هذا الباب فيمن غسل رجليه ولبس خفيه ثم اتم وضوءه هل يمسح عليهما فمن لم ير ان الترتيب واجب ورأى ان الطهارة تصح لكل عضو قبل ان تكمل الطهارة لجميع الاعضاء قال بجواز ذلك ومن رأى ان الترتيب واجب وانه لا تصح طهارة العضو الا بعد طهارة جميع اعضاء الطهارة لم يجز ذلك وبالقول الاول قال ابو حنيفة وبالثاني قال الشافعي ومالك الا ان مالكا لم يمنع ذلك من جهة الترتيب وانما منعه من جهة انه يرى أن الطهارة لا توجد للعضو الا بعد كمال جميع الطهارة وقد قال عليه السلام وهما طاهرتان فاخبر عن الطهارة الشرعية وفي بعض روايات المغيرة اذا ادخلت رجليك في الخف وهما طاهرتان فامسح عليهما وعلى هذه الاصول يتفرع الجواب فيمن لبس احد خفيه بعد ان غسل احدى رجليه وقبل ان يغسل الاخرى فقال مالك لا يمسح على الخفين لانه لابس للخف قبل تمام الطهارة وهو قول الشافعي وأحمد واسحاق وقال ابو حنيفة والثوري والمزني والطبري وداود يجوز له المسح وبه قال جماعة من اصحاب مالك منهم مطرف وغيره وكلهم اجمعوا انه لو نزع الخف الاول بعد غسل الرجل الثانية ثم لبسها جاز له المسح وهل من شرط المسح على الخف الا يكون على خف آخر عن مالك فيه قولان ٭ وسبب الخلاف هل كما تنتقل طهارة القدم الى الخف اذا استتر الخف كذلك تنتقل طهارة الخف الاسفل الواجبة الى الخف الاعلى فمن شبه الطهارة الثانية بالاولى اجاز المسح على الخف الاعلى ومن لم يشبهها بها وظهر له الفرق لم يجز ذلك

﴿ المسئلة السابعة ﴾ فاما نواقض هذه الطهارة فانهم اجمعوا على انها نواقض الوضوء بعينها واختلفوا هل نزع الخف ناقض لهذه الطهارة أم لا فقال قوم ان نزعه وغسل قدميه فطهارته باقية وان لم يغسلهما وصلى اعاد الصلاة بعد غسل قدميه وممن قال بذلك مالك واصحابه والشافعي وابو حنيفة الا ان مالكا رأى انه ان اخر ذلك استانف الوضوء على رأيه في وجوب الموالات على الشرط الذي تقدم وقال قوم طهارته باقية حتى يحدث حدثا ينقض الوضوء وليس عليه غسل وممن قال بهذا القول داود وابن ابي ليلى وقال الحسن بن حي اذا نزع خفيه فقد بطلت طهارته وبكل واحد من هذه الاقوال الثلاثة قالت طائفة من فقهاء التابعين وهذه المسئلة هي مسكوت عنها ٭ وسبب اختلافهم هل المسح على الخفين هو اصل بذاته في الطهارة او بدل من غسل القدمين عند غيبوبتهما في الخفين فان قلنا هو اصل بذاته فالطهارة باقية وان نزع الخفين كمن قطعت رجلاه بعد غسلهما وان قلنا انه بدل فيحتمل ان يقال اذا نزع الخف بطلت الطهارة ان كنا نشترط الفور ويحتمل ان يقال ان غسلهما اجزأت الطهارة اذا لم يشترط الفور وأما اشتراط الفور من حين نزع الخف فضعيف وانما هو شيء يتخيل فهذا ما رأينا ان نثبته في هذا الباب

﴿ الباب الثالث في المياه ﴾

والاصل في وجوب الطهارة بالمياه قوله تعالى وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به وقوله فان لم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وأجمع العلماء على ان جميع انواع المياه طاهرة في نفسها مطهرة الا ماء البحر فان فيه خلافا في الصدر الاول شاذا وهم محجوجون بتناول اسم الماء المطلق له وبالاثر الذي خرجه مالك وهو قوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه الحل ميتته وهو وان كان حديثا مختلفا في صحته فظاهر الشرع يعضده وكذلك اجمعوا على ان كل ما يغير الماء مما لا ينفك عنه غالبا انه لا يسلبه صفة الطهارة والتطهير الا خلافا شاذا روي في الماء الا جن عن ابن سيرين وهو أيضا محجوج بتناول اسم الماء المطلق له واتفقوا على ان الماء الذي غيرته النجاسة إما طعمه او لونه او ريحه او اكثر من واحد من هذه الاوصاف منه انه لا يجوز به الوضوء ولا التطهير ٭ واتفقوا على ان الماء الكثير المستبحر لا تضره النجاسة التي لا تغير احد اوصافه وانه طاهر فهذا ما اجمعوا عليه من هذا الباب ٭ واختلفوا من ذلك في ست مسائل تجري مجرى

القواعد

القواعد والاصول لهذا الباب ﴿المسئلة الاولى﴾ اختلفوا في الماء اذا خالطته نجاسة ولم تغير احد اوصافه فقال قوم هو طاهر سواء كان كثيراً او قليلا وهي احدى الروايات عن مالك وبه قال اهل الظاهر وقال قوم بالفرق بين القليل والكثير فقالوا ان كان قليلا كان نجساً وان كان كثيراً لم يكن نجساً وهؤلاء اختلفوا في الحد بين القليل والكثير فذهب ابو حنيفة الى ان الحد في هذا هو ان يكون الماء من الكثرة بحيث اذا حركه آدمي من احد طرفيه لم تسر الحركة الى الطرف الثاني منه وذهب الشافعي الى ان الحد في ذلك هو قلتان من قلال هجر وذلك نحو من خمس مائة رطل ومنهم من لم يحد في ذلك حداً ولكن قال ان النجاسة تفسد قليل الماء وان لم تغير احد اوصافه وهذا ايضاً مروي عن مالك وقد روي ايضاً ان هذا الماء مكروه فيتحصل عن مالك في الماء اليسير تحله النجاسة اليسيرة ثلاثة اقوال ، قول ان النجاسة تفسده . وقول انها لا تفسده الا ان يتغير احد اوصافه . وقول انه مكروه ، وسبب اختلافهم في ذلك هو تعارض ظواهر الاحاديث الواردة في ذلك وذلك ان حديث ابي هريرة المتقدم وهو قوله عليه السلام اذا استيقظ احدكم من نومه الحديث يفهم من ظاهره ان قليل النجاسة نجس قليل الماء وكذلك ايضاً حديث ابي هريرة الثابت عنه عليه السلام انه قال لا يبولن احدكم في الماء الدائم ثم يغتسل فيه فانه يوهم بظاهره ايضاً ان قليل النجاسة نجس قليل الماء وكذلك ما ورد من النهي عن اغتسال الجنب في الماء الدائم وأما حديث انس الثابت أن اعرابياً قام الى ناحية من المسجد فبال فيها فصاح به الناس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم دعوه فلما فرغ امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذنوب ماء فصب على بوله فظاهره ان قليل النجاسة لا يفسد قليل الماء اذ معلوم ان ذلك الموضع قد طهر من ذلك الذنوب وحديث ابي سعيد الخدري كذلك ايضاً خرّجه ابو داود قال سمعت رسول صلى الله عليه وسلم يقال له انه يستقي من بير بضاعة وهي بير يلقى فيها لحوم الكلاب والمحايض وعذرة الناس فقال النبي عليه السلام ان للماء لا ينجسه شيء فرام العلماء الجمع بين هذه الاحاديث ، واختلفوا في طريق الجمع فاختلفت لذلك مذاهبهم فمن ذهب الى القول بظاهر حديث الاعرابي وحديث ابي سعيد قال ان حديثي ابي هريرة غير معقولي المعنى وامتثال ما تضمناه عبادة لا لان ذلك الماء نجس حتى ان الظاهرية افرطت في ذلك فقالت لو صب البول انسان في ذلك الماء من قدح لما كره الغسل به والوضوء فجمع بينهما على هذا الوجه من قال عند القول ومن كره الماء القليل تحله النجاسة اليسيرة جمع بين الاحاديث فان حمل حديثي ابي هريرة على الكراهية وحمل حديث الاعرابي وحديث ابي سعيد على ظاهرهما أعني على الاجزاء وأما الشافعي وأبو حنيفة فجمعا بين حديثي ابي هريرة وحديث ابي سعيد الخدري بان حملا حديثي ابي هريرة على الماء القليل وحديث ابي سعيد على الماء الكثير وذهب الشافعي الى ان الحد في ذلك الذي يجمع الاحاديث هو ما ورد في حديث عبد الله بن عمر عن ابيه خرّجه ابو داود والترمذي وصححه ابو محمد بن حزم قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الماء وما ينوبه من السباع والدواب فقال ان كان الماء قلتين لم يحمل خبثاً وأما ابو حنيفة فذهب الى ان الحد في ذلك من جهة القياس وذلك انه اعتبر سريان النجاسة في جميع الماء بسريان الحركة فاذا كان الماء بحيث يظن أن النجاسة لا يمكن فيها ان تسري في جميعه فالماء طاهر لكن من ذهب هذين المذهبين لحديث الاعرابي المشهور معارض له ولا بد فلذلك لجأت الشافعية الى ان فرقت بين ورود الماء على النجاسة وورود النجاسة على الماء فقالوا ان ورد عليها الماء كما في حديث الاعرابي لم تنجس وان وردت النجاسة على الماء كما في حديث ابي هريرة نجس ، وقال جمهور الفقهاء هذا تحكم وله اذا تأمل وجه من النظر وذلك انهم انما صاروا الى الاجماع على أن النجاسة اليسيرة لا تؤثر في الماء الكثير اذا كان الماء الكثير بحيث يتوهم أن النجاسة

لاتسري في جميع اجزائه وأنه يستحيل عينها عن الماء الكثير واذا كان ذلك كذلك فلا يبعد أن قدراً تاما من الماء لو حله قدر تام من النجاسة لسرت فيه ولكان نجساً فاذا ورد ذلك الماء على النجاسة جزءاً فجزءاً فمعلوم انه تفنى عين تلك النجاسة وتذهب قبل فناء ذلك الماء وعلى هذا فيكون آخر جزء ورد من ذلك الماء قد طهر المحل لان نسبته الى ما ورد عليه مما بقي من النجاسة نسبة الماء الكثير الى القليل من النجاسة ولذلك كان العلم يقع في هذه الحال بذهاب عين النجاسة أعني في وقوع الجزء الاخير الطاهر على آخر جزء بقي من عين النجاسة ولهذا اجمعوا على أن مقدار ما يتوضأ به يطهر قطرة البول الواقعة في الثوب او البدن * واختلفوا اذا وقعت القطرة من البول في ذلك القدر من الماء واولى المذاهب عندي وأحسنها طريقة في الجمع هو ان يحمل حديث ابي هريرة ومافي معناه على الكراهية وحديث ابي سعيد وأنس على الجواز لان هذا التاويل يبقي مفهوم الاحاديث على ظاهرها أعني حديثي ابي هريرة من أن المقصود بها تاثير النجاسة في الماء وحد الكراهية عندي هو ما تعافه النفس وترى أنه مستخبث وذلك أن ما يعاف الانسان شربه يجب ان يجتنب استعماله في القربة الى الله تعالى وان تعاف ورود على ظاهر بدنه كما يعاف ورود ه على داخله . وأما من احتج بانه لو كان قليل النجاسة نجس قليل الماء لما كان الماء يطهر احداً ابداً اذا كان يجب على هذا ان يكون المنفصل من الماء عن الشيء النجس المقصود تطهيره ابداً نجساً فقول لا معنى له لما بينا من ان نسبة آخر جزء يرد من الماء على آخر جزء بقي من النجاسة في المحل نسبة الماء الكثير الى النجاسة القليلة وان كان يعجب به كثير من المتأخرين فانا نعلم قطعاً ان الماء الكثير يحيل النجاسة ويغلب عينها الى الطهارة ولذلك اجمع العلماء على ان الماء الكثير لا تفسده النجاسة القليلة فاذا تابع الغاسل صب الماء على المكان النجس او العضو النجس فيحيل الماء ضرورة عين النجاسة بكثرته ولا فرق بين الماء الكثير ان يرد على النجاسة الواحدة بعينها دفعة او يرد عليها جزءاً بعد جزء فاذاً هؤلاء انما احتجوا بموضع الاجماع على موضع الخلاف من حيث لم يشعروا بذلك والموضعان في غاية التباين فهذا ما ظهر لنا في هذه المسئلة من سبب اختلاف الناس فيها وترجيح اقوالهم فيها ولوددنا ان لو سلكنا في كل مسئلة هذا المسلك لكن رأينا ان هذا يقتضي طولا وربما عاق الزمان عنه وان الاحوط هو ان نؤم الغرض الاول الذي قصدناه فان يسر الله فيه وكان لنا انفساح من العمر فسيتم هذا الغرض

﴿المسئلة الثانية﴾ الماء الذي خالطه زعفران أو غيره من الاشياء الطاهرة التي تنفك منه غالباً متى غيرت احد اوصافه فانه طاهر عند جميع العلماء غير مطهر عند مالك والشافعي ومطهر عند ابي حنيفة ما لم يكن التغير عن طبخ * وسبب اختلافهم هو خفاء تناول إسم الماء المطلق للماء الذي خالطه امثال هذه الاشياء أعني هل يتناوله اولا يتناوله فمن رأى انه لا يتناوله اسم الماء المطلق وإنما يضاف إلى الشيء الذي خالطه فيقال ماء كذا لا ماء مطلق لم يجز الوضوء به اذ كان الوضوء إنما يكون بالماء المطلق ومن رأى انه يتناوله إسم الماء المطلق اجاز الوضوء ولظهور عدم تناول اسم الماء للماء المطبوخ مع شيء طاهر اتفقوا على أنه لا يجوز الوضوء به وكذلك في مياه النبات المستخرجة منها الا ما في كتاب ابن شعبان من اجازة طهر الجمة بماء الورد والحق ان الاختلاط يختلف بالكثرة والقلة فقد يبلغ من الكثرة الى حد لا يتناوله اسم الماء المطلق مثل ما يقال ماء الغسل وقد لا يبلغ الى ذلك الحد ويخاصة متى تغيرت منه الريح فقط ولذلك لم يعتبر الريح قوم ممن منعوا الماء المضاف وقد قال عليه السلام لام عطية عند أمره اياها بغسل ابنته اغسلنها بماء وسدر واجعلن في الاخيرة كافوراً أو شيئاً من كافور فهذا ماء مختلط ولكنه لم يبلغ من الاختلاط بحيث يسلب عنه اسم الماء المطلق وقد روى عن مالك اعتبار الكثرة في المخالطة والقلة

والفرق بينهما فاجازه مع القلة وان ظهرت الاوصاف ولم يجزه مع الكثرة ﴿المسئلة الثالثة﴾ الماء المستعمل في الطهارة اختلفوا فيه على ثلاثة اقوال فقوم لم يجيزوا الطهارة به على كل حال وهو مذهب الشافعي وابي حنيفة وقوم كرهوه ولم يجيزوا التيمم مع وجوده وهو مذهب مالك واصحابه وقوم لم يروا بينه وبين الماء المطلق فرقا وبه قال ابوثور وداود واصحابه وشذ ابو يوسف فقال انه نجس * وسبب الخلاف في هذا ايضاً ما يظن به من انه ليس يتناوله اسم الماء المطلق حتى ان بعضهم غلا فظن ان اسم الغسالة احق به من اسم الماء وقد ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اصحابه يقتتلون على فضل وضوءه ولابد ان يقع من الماء المستعمل في الاناء الذي يغمس فيه الفضل وبالجملة فهو ماء مطلق لانه في الاغلب ليس ينتهي الى ان يتغير احد اوصافه بدنس الاعضاء التي تغسل به فان انتهى فحكمه حكم الماء الذي تغير احد اوصافه بشئ طاهر وان كان هذا تعافه النفوس اكثر وهذا الحظ من كرهه واما من زعم انه نجس فلا دليل معه ﴿المسئلة الرابعة﴾ اتفق العلماء على طهارة اسئار المسلمين وبهيمة الانعام واختلفوا فيما عدى ذلك اختلافا كثيراً فمنهم من زعم ان كل حيوان طاهر السؤر ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير فقط وهذان القولان مرويان عن مالك ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير والكلب وهو مذهب الشافعي ومنهم من استثنى من ذلك السباع عامة وهو مذهب ابن القاسم ومنهم من ذهب الى ان الاسئار تابعة للحوم فان كانت اللحوم محرمة فالاسئار نجسة وان كانت مكروهة فالاسئار مكروهة وان كانت مباحة فالاسئار طاهرة واما سور المشرك فقيل انه نجس وقيل انه مكروه اذا كان يشرب الخمر وهو مذهب ابن القاسم وكذلك عنده جميع اسئار الحيوانات التي لا تتوقى النجاسة غالبا مثل الدجاج المخلاة والابل الجلالة والكلاب المخلاة * وسبب اختلافهم في ذلك هو ثلاثة اشياء احدها معارضة القياس لظاهر الكتاب والثاني معارضته لظاهر الاثار والثالث معارضة الاثار بعضها بعضاً في ذلك اما القياس فهو انه لما كان الموت من غير ذكاة هو سبب نجاسة عين الحيوان بالشرع وجب ان يكون الحياة هي سبب طهارة عين الحيوان واذا كان ذلك كذلك فكل حي طاهر العين وكل طاهر العين فسؤره طاهر واما ظاهر الكتاب فانه عارض هذا القياس في الخنزير والمشرك وذلك ان الله تعالى يقول في الخنزير فانه رجس وما هو رجس في عينه فهو نجس في عينه ولذلك استثنى قوم من الحيوان الحي الخنزير فقط ومن لم يستثنه حمل قوله رجس على جهة الذم له واما المشرك ففي قوله تعالى انما المشركون نجس فمن حمل هذا ايضاً على ظاهره استثنى من مقتضى ذلك في القياس المشركين ومن اخرجه مخرج الذم لهم طرد قياسه واما الاثار فانها عارضت هذا القياس في الكلب والهر والسباع اما الكلب فحديث ابي هريرة المتفق على صحته وهو قوله عليه السلام اذا ولغ الكلب في اناء احدكم فليرقه وليغسله سبع مرات وفي بعض طرقه اولاهن بالتراب وفي بعض طرقه وعفروا الثامنة بالتراب واما الهر فما رواه قرة عن ابن سيرين عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم طهور الاناء اذا ولغ فيه الهر ان يغسل مرة او مرتين وقرة ثقة عند اهل الحديث واما السباع فحديث ابن عمر المتقدم عن ابيه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الماء وما ينوبه من السباع والدواب فقال ان كان الماء قلتين لم يحمل خبثاً واما تعارض الاثار في هذا الباب فمنها انه روى عنه انه سئل صلى الله عليه وسلم عن الحياض التي بين مكة والمدينة يردها الكلاب والسباع فقال لها ما حملت في بطونها ولكم ما غبر شرابا وطهوراً ونحو هذا حديث عمر الذي رواه مالك في موطاه وهو قوله ياصاحب الحوض لا تخبرنا فانا نرد على السباع وترد علينا وحديث ابي قتادة ايضاً الذي خرجه مالك ان كبشة سكبت له

وضوءاً فجاءت هرة لتشرب فاصغى لها الاناء حتى شربت ثم قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انها ليست بنجس انما هي من الطوافين عليكم او الطوافات فاختلف العلماء في تاويل هذه الاثار ووجه جمعها مع القياس المذكور فذهب مالك في الامر بإراقة سؤر الكلب وغسل الاناء منه الى ان ذلك عبادة غير معللة وان الماء الذي يلغ فيه ليس بنجس ولم يرا راقة ما عدى الماء من الاشياء التي يلغ فيها الكلب في المشهور عنه وذلك كما قلنا لمعارضة ذلك القياس له ولانه ظن ايضاً انه ان فهم منه ان الكلب نجس العين عارضه ظاهر الكتاب وهو قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم يريد انه لو كان نجس العين لنجس الصيد بمماسته وايد هذا التاويل بما جاء في غسله من العدد والنجاسات ليس يشترط في غسلها العدد فقال ان هذا الغسل انما هو عبادة ولم يعرج على سائر تلك الاثار لضعفها عنده واما الشافعي فاستثنى الكلب من الحيوان الحي ورآ ان ظاهر هذا الحديث يوجب نجاسة سؤره وان لعابه هو النجس لا عينه فيما احسب وانه يجب ان يغسل الصيد منه وكذلك استثنى الخنزير لمكان الآية المذكورة واما ابو حنيفة فانه زعم ان المفهوم من هذه الاثار الواردة بنجاسة سؤر السباع والهر والكلب هو من قبل تحريم لحومها وان هذا من باب الخاص اريد به العام فقال الاثار تابعة لمحوم الحيوان واما بعض الناس فاستثنى من ذلك الكلب والهر والسباع على ظاهر الاحاديث الواردة في ذلك واما بعضهم فحكم بطهارة سؤر الكلب والهر فاستثنى من ذلك السباع فقط اما سؤر الكلب فللعدد المشترط في غسله ولمعارضة ظاهر الكتاب له ولمعارضة حديث ابي قتادة له إذ علل عدم نجاسة الهرة من قبل انها من الطوافين والكلب طواف وأما الهرة فصيراً الى ترجيح حديث أبي قتادة على حديث قرة عن ابن سيرين وترجيح حديث ابن عمر على حديث عمرو ما ورد في معناه لمعارضة حديث أبي قتادة له بدليل الخطاب وذلك انه لما علل عدم النجاسة في الهرة بسبب الطواف فهم منه ان ما ليس بطواف وهي السباع فاسئارها محرمة وممن ذهب هذا المذهب ابن القاسم واما أبو حنيفة فقال كما قلنا بنجاسة سؤر الكلب ولم ير العدد في غسله شرطاً في طهارة الاناء الذي ولغ فيه لانه عارض ذلك عنده القياس في غسل النجاسات يعني ان المعتبر فيها انما هو ازالة العين فقط وهذا على عادته في رد اخبار الاحاد لمكان معارضة الاصول اليها ● قال القاضي فاستعمل من هذا الحديث بعضاً ولم يستعمل بعضاً أعني انه استعمل منه ما لم تعارضه عنده الاصول ولم يستعمل ما عارضته منه الاصول وعضد ذلك بانه مذهب أبي هريرة الذي روى الحديث فهذه هي الاشياء التي حركت الفقهاء الى هذا الاختلاف الكثير في هذه المسئلة وقادتهم الى الافتراق فيها والمسئلة اجتهادية محضة يعسر ان يوجد فيها ترجيح ولعل الارجح ان يستثنى من طهارة اسئار الحيوان الكلب والخنزير والمشرك لصحة الاثار الواردة في الكلب ولان ظاهر الكتاب اولى ان يتبع في القول بنجاسة عين الخنزير والمشرك من القياس وكذلك ظاهر الحديث وعليه أكثر الفقهاء اعني على القول بنجاسة سؤر الكلب فان الامر بإراقة ما ولغ فيه الكلب مخيل ومناسب في الشرع لنجاسة الماء الذي ولغ فيه أعني ان المفهوم بالعادة في الشرع من الامر بإراقة الشيء وغسل الاناء منه هو لنجاسة الشيء وما اعترضوا به من أنه لو كان ذلك لنجاسة الاناء لما اشترط فيه العدد فغير نكير ان يكون الشرع يخص نجاسة دون نجاسة بحكم دون حكم تغليظاً لها ● قال القاضي وقد ذهب جدي رحمه الله عليه في كتاب المقدمات إلى أن هذا الحديث معلل معقول المعنى ليس من سبب النجاسة بل من سبب ما يتوقع ان يكون الكلب الذي ولغ في الاناء كلباً فيخاف من ذلك السم قال ولذلك جاء هذا العدد الذي هو السبع في غسله فان هذا العدد قد استعمل في الشرع في مواضع كثيرة في العلاج والمداوات من الامراض وهذا الذي قاله رحمه الله هو وجه حسن على طريقة المالكية

فانه

فانه اذا قلنا إن ذلك الماء غير نجس فالاولى ان يعطف على قوله من أن يقول انه غير معلل وهذا ظاهر بنفسه وقد اعترض عليه فيما بلغني بعض الناس بأن قال ان الكلب لا يقرب الماء في حين كلبه وهذا الذي قاله هو عند استحكام هذه العلة بالكلاب لا في مباديها وفي أول حدوثها فلا معنى لاعتراضهم وأيضاً فانه ليس في الحديث ذكر الماء وانما فيه ذكر الاناء ولعل في سؤره خاصية من هذا الوجه صارة أعني قبل ان يستحكم به الكلب ولا يستكر ورود مثل هذا في الشرع فيكون هذا من باب ما ورد في الذباب إذا وقع في الطعام ان يغمس وتعليل ذلك بان في أحد جناحيه داء وفي الآخر دواء وأما ما قيل في المذهب من ان هذا الكلب هو الكلب المنهي عن اتخاذه أو كلب الحضري فضعيف وبعيد من هذا التعليل إلا أن يقول قائل ان ذلك أعني النهي من باب التحريم في اتخاذه ﴿المسئلة الخامسة﴾ اختلف العلماء في اسئار الطهر على خمسة أقوال فذهب قوم إلى أن اسئار الطهر طاهرة باطلاق وهو مذهب مالك والشافعي وأبي حنيفة وذهب آخرون إلى أنه لا يجوز للرجل أن يتطهر بسؤر المرأة ويجوز للمرأة أن تتطهر بسؤر الرجل وذهب آخرون إلى أنه يجوز للرجل أن يتطهر بسؤر المرأة ما لم تكن المرأة جنباً أو حائضاً وذهب آخرون إلى أنه لا يجوز لواحد منهما أن يتطهر بفضل صاحبه إلا أن يشرعا معاً وقال قوم لا يجوز وان شرعا معاً وهو مذهب أحمد بن حنبل وسبب اختلافهم في هذا اختلاف الآثار وذلك ان في ذلك أربعة آثار أحدها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يغتسل من الجنابة هو وأزواجه من اناء واحد والثاني حديث ميمونة أنه اغتسل من فضلها والثالث حديث الحكم الغفاري ان النبي عليه السلام نهى أن يتوضأ الرجل بفضل المرأة خرّجه أبو داود والترمذي والرابع حديث عبد الله بن سرجس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يغتسل الرجل بفضل المرأة والمرأة بفضل الرجل ولكن يشرعان معاً فذهب العلماء في تاويل هذه الاحاديث مذهبين مذهب الترجيح ومذهب الجمع في بعض والترجيح في بعض اما من رجح حديث اغتسال النبي صلى الله عليه وسلم مع أزواجه من اناء واحد على سائر الاحاديث لانه مما اتفق الصحاح على تخريجه ولم يكن عنده فرق بين أن يغتسلا معاً أو يغتسل كل واحد منهما بفضل صاحبه لان المغتسلين معاً كل واحد منهما مغتسل بفضل صاحبه أو صحح حديث ميمونة مع هذا الحديث ورجحه على حديث الغفاري فقال يطهر الاسئار على الاطلاق وأما من رجح حديث الغفاري على حديث ميمونة وهو مذهب أبي محمد بن حزم وجمع بين حديث الغفاري وحديث اغتسال النبي مع أزواجه من اناء واحد فان فرق بين الاغتسال معاً وبين أن يغتسل أحدهما بفضل الآخر وعمل على هذين الحديثين فقط اجاز للرجل أن يتطهر مع المرأة من اناء واحد ولم يجز ان يتطهر هو من فضل طهرها واجاز ان تتطهر هي من فضل طهره واما من ذهب مذهب الجمع بين الاحاديث كلها ما خلا حديث ميمونة فانه اخذ بحديث عبد الله بن سرجس لانه يمكن ان يجتمع عليه حديث الغفاري وحديث غسل النبي صلى الله عليه وسلم مع ازواجه من اناء واحد ويكون فيه زيادة وهي الاتوضأ المرأة ايضاً بفضل الرجل لكن يعارضه حديث ميمونة وهو حديث خرّجه مسلم لكن قد عله كما قلنا بعض الناس من ان بعض رواته قال فيه كثر طني وأكثر علمي ان ابا الشعثاء حدثني واما من لم يجز لواحد منهما ان يتطهر بفضل صاحبه ولا يشرعان معاً فلعله لم يبلغه من الاحاديث الاحاديث الحكم الغفاري وقوس الرجل على المرأة واما من نهى عن سؤر المرأة الجنب والحائض فقط فليست أعلم له حجة الا انه مروي عن بعض السلف اخبه عن ابن عمر ﴿المسئلة السادسة﴾ صار ابو حنيفة من بين معظم اصحابه وفقهاء الامصار الى اجازة الوضوء بنبيذ التمر في السفر لحديث ابن عباس ان ابن مسعود خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فسأله رسول الله صلى

الله عليه وسلم فقال هل معك من ماء فقال معي نبيذ في اداوتي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اصب فتوضأ به وقال شراب وطهور وحديث ابي رافع مولى ابن عمر عن عبد الله بن مسعود بمثله وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تمرة طيبة وماء طهور زعموا انه منسوب الى الصحابة على وابن عباس وانه لا مخالف لهم من الصحابة فكان كالاجماع عندهم ورد اهل الحديث هذا الخبر ولم يقبلوه لضعف رواته ولانه قد روى من طرق اوثق من هذه الطرق ان ابن مسعود لم يكن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن واحتج الجمهور لرد هذا الحديث بقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً قالوا فلم يجعل هاهنا وسطا بين الماء والصعيد وبقوله عليه السلام الصعيد الطيب وضوء المسلم وان لم يجد الماء عشر حجج واذا وجد الماء فليمسه بشرته ولهم أن يقولوا ان هذا قد اطلق عليه في الحديث اسم الماء والزيادة لا تقتضي نسخاً فيعارضها الكتاب لكن هذا الخلاف لقولهم الزيادة نسخ

﴿الباب الرابع في نواقض الوضوء﴾ والاصل في هذا الباب قوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط أو لامستم النساء وقوله عليه السلام لا يقبل الله صلاة من احدث حتى يتوضأ ﴿واتفقوا من هذا الباب على ان نواقض الوضوء من البول والغائط والريح والمذي والودي لصحة الآثار في ذلك إذا كان خروجها على وجه الصحة ويتعلق بهذا الباب مما اختلفوا فيه سبع مسائل تجري منه مجرى القواعد لهذا الباب ﴿المسئلة الاولى﴾ اختلف علماء الامصار في انتقاض الوضوء مما يخرج من الجسد من النجس على ثلاثة مذاهب فاعتبر قوم في ذلك الخارج وحده من أي موضع خرج وعلى أي جهة خرج وهو أبو حنيفة وأصحابه والثوري وأحمد وجماعة وهم من الصحابة سلف فقالوا كل نجاسة تسيل من الجسد وتخرج منه يجب منها الوضوء كالدم والرعاف الكثير والفصد والحجامة والقيء إلا البلغم عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة انما ذا ملأ الفم فيه الوضوء ولم يعتبر أحد من هؤلاء اليسير من الدم الا مجاهد واعتبر قوم آخرون المخرجين الذكر والدبر فقالوا كل ما خرج من هذين السبيلين فهو ناقض للوضوء من أي شئ خرج من دم أو حصا أو بلغم وعلى أي وجه خرج كان خروجه على سبيل الصحة أو على سبيل المرض وممن قال بهذا القول الشافعي وأصحابه ومحمد بن عبد الحكم من أصحاب مالك واعتبر قوم آخرون الخارج والمخرج وصفة الخروج فقالوا كل ما خرج من السبيلين مما هو معتاد خروجه وهو البول والغائط والمذي والودي والريح إذا كان خروجه على وجه الصحة فهو ينقض الوضوء فلم يروا في الدم والحصاة والدود وضوءاً ولا في السلس وممن قال بهذا القول مالك وجل أصحابه ﴿والسبب في اختلافهم انما اجمع المسلمون على انتقاض الوضوء مما يخرج من السبيلين من غائط وبول وريح ومذي لظاهر الكتاب ولتظاهر الآثار بذلك تطرق الى ذلك ثلاثة احتمالات أحدها ان يكون الحكم انما علق باعيان هذه الاشياء فقط المتفق عليها على ما رآه مالك رحمه الله الاحتمال الثاني ان يكون الحكم انما علق بهذه من جهة انها انجاس خارجة من البدن لكون الوضوء طهارة والطهارة انما يؤثر فيها النجس والاحتمال الثالث ان يكون الحكم ايضاً انما علق بها من جهة انها خارجة من هذين السبيلين فيكون على هذين القولين الاخيرين ورود الامر بالوضوء من تلك الاحداث المجتمع عليها انما هو من باب الخاص اريد به العام ويكون عند مالك واصحابه انما هو من باب الخاص المحمول على خصوصه قال الشافعي وابو حنيفة اتفقا على أن الامر بها هو من باب الخاص اريد به العام واختلفا أي عام هو الذي قصد به فذلك يرجح مذهبه بان الاصل هو ان يحمل الخاص على خصوصه حتى يدل الدليل على غير ذلك والشافعي محتج بان المراد به المخرج لا الخارج

باتفاقهم على ايجاب الوضوء من الريح الذي يخرج من اسفل وعدم ايجاب الوضوء منه اذا خرج من فوق وكلاهما ذات واحدة والفرق بينهما اختلاف المخرجين فكان هذا تنبيهاً على ان الحكم للمخرج وهو ضعيف لان الريحين مختلفان في الصفة والرائحة وابو حنيفة يحتج لان المقصود بذلك هو الخارج النجس لكون النجاسة مؤثرة في الطهارة وهذه الطهارة وان كانت طهارة حكمية فان فيها شبهاً من الطهارة المعنوية أعني طهارة النجس وبحديث ثوبان ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فتوضأ وبما روى عن عمر وابن عمر رضي الله عنهما من ايجابهما الوضوء من الرعاف وبما روى من امره صلى الله عليه وسلم المستحاضة بالوضوء لكل صلاة فكان المفهوم من هذا كله عند ابي حنيفة الخارج النجس وانما اتفق الشافعي وابو حنيفة على ايجاب الوضوء من الاحداث المتفق عليها وان خرجت على جهة المرض لامره صلى الله عليه وسلم بالوضوء عند كل صلاة المستحاضة والاستحاضة مرض وأما مالك فرأى ان المرض له هاهنا تأثير في الرخصة قياساً أيضاً على ما روى أيضاً من أن المستحاضة لم تؤمر الا بالغسل فقط وذلك أن حديث فاطمة بنت ابي حبيش هذا هو متفق على صحته ويختلف في هذه الزيادة فيه أعني الامر بالوضوء لكل صلاة ولكن صححها ابو عمر بن عبد البر وقياساً على من يغلبه الدم من جرح ولا ينقطع مثل ما روى أن عمر رضي الله عنه صلى وجرحه يثعب دماً

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف العلماء في النوم على ثلاثة مذاهب فقوم رأوا انه حدث فاوجبوا من قليله وكثيره الوضوء، وقوم رأوا انه ليس بحدث فلم يوجبوا منه الوضوء الا اذا تيقن بالحدث على مذهب من لا يعتبر الشك واذا شك على مذهب من يعتبر الشك حتى إن بعض السلف كان يوكل بنفسه اذا نام من يتفقد حاله أعني هل يكون منه حدث أم لا وقوم فرقوا بين النوم القليل الخفيف والكثير المستثقل فاوجبوا في الكثير المستثقل الوضوء دون القليل وعلى هذا فقهاء الامصار والجمهور ولما كانت بعض الهيئات يعرض فيها الاستثقال من النوم اكثر من بعض وكذلك خروج الحدث اختلف الفقهاء في ذلك فقال مالك من نام مضطجعاً او ساجداً فعليه الوضوء طويلا كان النوم أو قصيراً ومن نام جالساً فلا وضوء عليه الا ان يطول ذلك به * واختلف القول في مذهبه في راكع فمرة قال حكمه حكم القائم ومرة قال حكمه حكم الساجد. وأما الشافعي فقال على كل نائم كيف ما نام الوضوء الا من نام جالساً. وقال ابو حنيفة وأصحابه لا وضوء الا على من نام مضطجعاً * وأصل اختلافهم في هذه المسئلة اختلاف الآثار الواردة في ذلك وذلك أن هاهنا أحاديث يوجب ظاهرها أنه ليس في النوم وضوء اصلا كحديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل الى ميمونة فنام عندها حتى سمعنا غطيطه ثم صلى ولم يتوضأ وقوله عليه السلام اذا نعس احدكم في الصلاة فليرقد حتى يذهب عنه النوم فانه لعله يذهب ان يستغفر ربه فيسب نفسه وما روى أيضاً أن اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كانوا ينامون في المسجد حتى تخفق رؤوسهم ثم يصلون ولا يتوضئون وكلها آثار ثابتة وهاهنا أيضاً احاديث يوجب ظاهرها أن النوم حدث وأبينها في ذلك حديث صفوان بن عسال وذلك أنه قال كنا في سفر مع النبي صلى الله عليه وسلم فامرنا الا ننزع خفافنا من غائط وبول ونوم ولا ننزعها الا من جنابة فسوى بين البول والغائط والنوم صححه الترمذي ومنها حديث ابي هريرة المتقدم وهو قوله عليه السلام اذا استيقظ أحدكم من النوم فليغسل يده قبل ان يدخلها في وضوءه فان ظاهره أن النوم يوجب الوضوء قليله وكثيره وكذلك يدل ظاهر آية الوضوء عند من كان عنده المعنى في قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة أي اذا قمتم من النوم على ما روى عن زيد بن اسلم وغيره من السلف فلما عارضت ظواهر هذه الآثار ذهب العلماء فيها مذهبين مذهب الترجيح ومذهب الجمع فمن ذهب مذهب الترجيح اما اسقط وجوب

او ضوء من النوم أصلا على ظاهر الاحاديث التي تسقطه واما اوجبه من قليله وكثيره على ظاهر الاحاديث التي توجبه أيضاً أعني على حسب ما ترجح عنده من الاحاديث الموجبة أو من الاحاديث المسقطة ومن ذهب مذهب الجمع حمل الاحاديث الموجبة للوضوء منه على الكثير والمسقطة للوضوء على القليل وهو كما قلنا مذهب الجمهور والجمع أولى من الترجيح ما امكن الجمع عند اكثر الاصوليين اه وأما الشافعي فانما حملها على ان المستثنى من هيئات النائم الجلوس فقط لانه قد صح ذلك عن الصحابة أعني انهم كانوا ينامون جلوساً ولا يتوضئون ويصلون وانما اوجبه أبو حنيفة في النوم في الاضطجاع فقط لان ذلك ورد في حديث مرفوع وهو انه عليه السلام قال انما الوضوء على من نام مضجعاً والرواية بذلك ثابتة عن عمر وأما مالك فلما كان النوم عنده انما ينقض الوضوء من حيث كان غالباً سبباً للحدث راعى فيه ثلاثة أشياء الاستثقال أو الطول او الهيئة فلم يشترط في الهيئة التي يكون منها خروج الحدث غالباً الا الطول ولا الاستثقال واشترط ذلك في الهيئات التي لا يكون خروج الحدث منها غالباً

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ — اختلف العلماء في ايجاب الوضوء من لمس النساء باليد او بغير ذلك من الاعضاء الحساسة فذهب قوم الى أن من لمس امرأته بيده مفضياً اليها ليس بينها وبينه حجاب ولا ستر فعليه الوضوء وكذلك من قبلها لان القبلة عندهم لمس سواء التذ أم لم يلتذ وبهذا القول قال الشافعي وأصحابه الا انه مرة فرق بين اللامس والملموس فاوجب الوضوء على اللامس دون الملموس ومرة سوى بينهما ومرة ايضاً فرق بين ذوات المحارم والزوجة فاوجب الوضوء من لمس الزوجة دون ذوي المحارم ومرة سوى بينهما وذهب آخرون الى ايجاب الوضوء من اللمس اذا اقارنته اللذة أو قصد اللذة في تقسيمهم لهم في ذلك وقسم بحائل او بغير حائل باي عضو اتفق ما عدى القبلة فانهم لم يشترطوا اللذة في ذلك وهو مذهب مالك وجمهور اصحابه وذهب قوم الى ايجاب الوضوء من لمس النساء وهو مذهب أبي حنيفة ولكل سالف من الصحابة بالاشتراط اللذة فاني لا اذكر احداً من الصحابة اشترطها وسبب اختلافهم في هذه المسئلة اشتراك اسم اللمس في كلام العرب فان العرب تطلقه مرة على اللمس الذي هو باليد ومرة تكني به عن الجماع فذهب قوم الى أن اللمس الموجب للطهارة في آية الوضوء هو الجماع في قوله تعالى أو لامستم النساء وذهب آخرون الى أنه اللمس باليد ومن هؤلاء من رآه من باب العام اريد به الخاص فاشترط فيه اللذة ومنهم من رآه من باب العام اريد به العام فلم يشترط اللذة فيه ومن اشترط اللذة فانما دعاه الى ذلك ما عارض عموم الآية من أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يلمس عائشة عند عوده بيده وربما قبلته وخرج أهل الحديث حديث حبيب ابن ابي ثابت عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قبل بعض نسائه ثم خرج الى الصلاة ولم يتوضأ فقلت من هي الا انت فضحكت قال ابو عمر هذا الحديث وهنه الحجازيون وصححه الكوفيون والى تصحيحه مال ابو عمر بن عبد البر قال وروى هذا الحديث أيضاً من طريق معبد بن نباته وقال الشافعي ان ثبت حديث معبد بن نباتة في القبلة لم أر فيها ولا في اللمس وضوءاً وقد احتج من اوجب الوضوء من اللمس باليد بان اللمس ينطلق حقيقة على اللمس باليد وينطلق مجازاً على الجماع وانه اذا تردد اللفظ بين الحقيقة والمجاز فالاولى ان يحمل على الحقيقة حتى يدل الدليل على المجاز ولا أدري لم لا يقولون ان المجاز اذا كثر استعماله كان أدل على المجاز منه على الحقيقة كالحال في اسم الغائط الذي هو أدل على المحدث الذي هو فيه مجاز منه على المطمئن من الارض الذي هو فيه حقيقة والذي اعتقده أن اللمس وان كانت دلالته على المعنيين بالسواء او قريب من السواء انه اظهر عندي في الجماع وان كان مجازاً لان الله تبارك وتعالى قد كنى بالمباشرة واللمس عن الجماع وهو في معنى اللمس وعلى هذا التاويل في الآية يحتج بها في اجازة التيمم للجنب دون

تقدير تقديم فيها ولا تأخير على ما سيأتي لعدم ارتفاع المعارضة التي بين الآثار والآية على التأويل الآخر وأما من فهم من الآية الامرين معاً فضعيف قال العرب اذا خاطبت بالاسم المشترك فانما تقصد بمعنى واحد من المعاني التي يدل عليها الاسم لا جميع المعاني التي يدل عليها وهذا بين بنفسه في كلامهم ﴿ المسئلة الرابعة ﴾ من الذكر اختلف العلماء فيه على ثلاثة مذاهب فمنهم من رأى أن الوضوء فيه كيف مامسه وهو مذهب الشافعي وأصحابه وأحمد وداود ومنهم من لم ير فيه وضوءاً اصلا وهو ابو حنيفة وأصحابه ولكلا الفريقين سلف من الصحابة والتابعين وقوم فرقوا بين ان يمسه بحال او لا يمسه بتلك الحال وهؤلاء افترقوا فيه فرقاً فمنهم من فرق فيه بين ان يتذ او لا يتذ ومنهم من فرق بين ان يمسه بباطن الكف او لا يمسه فاوجبوا الوضوء مع اللذة ولم يوجبوها مع عدمها وكذلك اوجبه قوم مع المس بباطن الكف ولم يوجبه مع المس بظاهرها وهذان الاعتباران مرويان عن اصحاب مالك وكان اعتبار باطن الكف راجع الى اعتبار سبب اللذة وفرق قوم في ذلك بين العمد والنسيان فاوجبوا الوضوء منه مع العمد ولم يوجبوه مع النسيان وهو مروي عن مالك وهو قول داود واصحابه ورأى قوم أن الوضوء من مسه سنة لا واجب قال ابو عمر وهذا الذي استقر من مذهب مالك عند اهل المغرب من اصحابه والرواية عنه فيه مضطربة وسبب اختلافهم في ذلك أن فيه حديثين متعارضين أحدهما الحديث الوارد من طريق بسرة انها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا مس أحدكم ذكره فليتوضأ وهو اشهر الاحاديث الواردة في ايجاب الوضوء من مس الذكر اخرجه مالك في الموطأ وصححه يحيى بن معين وأحمد بن حنبل وضعفه اهل الكوفة وقد روي أيضاً معناه من طريق ام حبيبة وكان احمد بن حنبل يصححه وقد روي ايضاً معناه من طريق ابي هريرة وكان ابن المدني ايضاً يصححه ولم يخرجه البخاري ولا مسلم والحديث الثاني المعارض له حديث طلق بن علي قال قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده رجل كالبدوي فقال يا رسول الله ما ترى في مس الرجل ذكره بعد ان يتوضأ فقال وهل هو الا بضعة منك اخرجه ايضاً ابو داود والترمذي وصححه كثير من اهل العلم الكوفيون وغيرهم فذهب العلماء في تأويل هذه الاحاديث احد مذهبين اما مذهب الترجيح او النسخ وأما مذهب الجمع فمن رجح حديث بسرة اوراه ناسخاً لحديث طلق بن علي قال بايجاب الوضوء من مس ذكره ومن رجح حديث طلق بن علي اسقط وجوب الوضوء من مسه ومن رام ان يجمع بين الحديثين اوجب الوضوء منه في حال او حمل حديث بسرة على الندب وحديث طلق بن علي على نفي الوجوب والاحتجاجات التي يحتج بها كل واحد من الفريقين في ترجيح الحديث الذي رجحه كثيرة يطول ذكرها وهي موجودة في كتبهم ولكن نكتة اختلافهم هو ما اشرنا اليه ﴿ المسئلة الخامسة ﴾ اختلف الصدر الاول في ايجاب الوضوء من اكل ما مسته النار لاختلاف الآثار الواردة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واتفق جمهور فقهاء الامصار بعد الصدر الاول على سقوطه اذ صح عندهم ان عمل الخلفاء الاربعة ولما ورد من حديث جابر انه قال كان آخر الامرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم ترك الوضوء مما مست النار اخرجه ابو داود ولكن ذهب قوم من اهل الحديث احمد واسحاق وطائفة غيرهم أن الوضوء يجب فقط من اكل لحم الجزور لثبوت الحديث الوارد بذلك عنه عليه السلام ﴿ المسئلة السادسة ﴾ شذ ابو حنيفة فاوجب الوضوء من الضحك في الصلاة لمرسل أبي العالية وهو أن قوماً ضحكوا في الصلاة فامرهم النبي صلى الله عليه وسلم باعادة الوضوء والصلاة ورد الجمهور هذا الحديث لكونه مرسلا ولمخالفته للاصول وهو ان يكون شيء ما ينقض الطهارة في الصلاة ولا ينقضها

في غير الصلاة وهو مرسل صحيح ﴿المسئلة السابعة﴾ وقد شذ قوم فاوجبوا الوضوء من حمل الميت وفيه اثر ضعيف من غسل ميتاً فليغتسل ومن حمله فليتوضأ وينبغي ان تعلم ان جمهور العلماء اوجبوا الوضوء من زوال العقل باي نوع كان من قبل اغماء او جنون كان او مسكر وهؤلاء كلهم قاسوه على النوم أعني انهم رأوا انه اذا كان النوم يوجب الوضوء في الحالة التي هو سبب للحدث غالباً وهو الاستثقال فاحرى ان يكون ذهاب العقل سبباً لذلك فهذه هي مسائل هذا الباب المجمع عليها والمشهورات من المختلف فيها وينبغي ان نصير الى الباب الخامس

﴿الباب الخامس﴾ وهو معرفة الافعال التي تشترط هذه الطهارة في فعلها والاصل في هذا الباب قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة الآية وقوله عليه السلام لا يقبل الله صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول فاتفق المسلمون على أن الطهارة شرط من شروط الصلاة لمكان هذا وان كانوا اختلفوا هل هي شرط من شروط الصحة او من شروط الوجوب ولم يختلفوا ان ذلك شرط في جميع الصلوات الا في صلاة الجنازة وفي السجود أعني سجود التلاوة فان فيه خلافاً شاذاً ●والسبب في ذلك الاحتمال العارض في اطلاق اسم الصلاة على الصلاة على الجنائز وعلى السجود فمن ذهب الى ان اسم الصلاة ينطلق على صلاة الجنائز وعلى السجود نفسه وهم الجمهور اشترط هذه الطهارة فيهما ومن ذهب الى انه لا ينطلق عليهما اذ كانت صلاة الجنائز ليس فيها ركوع ولا سجود وكان السجود ايضاً ليس فيه قيام ولا ركوع لم يشترطوا هذه الطهارة فيهما ويتعلق بهذا الباب مع هذه المسئلة اربع مسائل ﴿المسئلة الاولى﴾ هل هذه الطهارة تشترط في مس المصحف أم لا فذهب مالك وابو حنيفة والشافعي الى انها شرط في مس المصحف وذهب اهل الظاهر الى انها ليست بشرط في ذلك ●والسبب في اختلافهم تردد مفهوم قوله تعالى لا يمسه الا المطهرون بين ان يكون المطهرون هم بنو آدم وبين ان يكونوا هم الملائكة وبين ان يكون هذا الخبر مفهومه النهي وبين ان يكون خبراً لا نهياً فمن فهم من المطهرين بني آدم وفهم من الخبر النهي قال لا يجوز ان يمس المصحف الا طاهر ومن فهم منه الخبر فقط وفهم من لفظ المطهرين الملائكة قال انه ليس في الآية دليل على اشتراط هذه الطهارة في مس المصحف واذا لم يكن هنالك دليل لا من كتاب ولا من سنة ثابتة بقي الامر على البراءة الاصلية وهي الاباحة وقد احتج الجمهور لمذهبهم بحديث عمرو بن حزم أن النبي عليه السلام كتب لا يمس القرآن الا طاهر وأحاديث عمرو بن حزم اختلف الناس في وجوب العمل بها لانها مصحفة ورأيت ابن المفوز يصححها اذا رونها الثقات لانها كتاب النبي عليه السلام وكذلك احاديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده واهل الظاهر يردونها ورخص مالك للصبيان في مس المصحف على غير طهر لانهم غير مكلفين

﴿المسئلة الثانية﴾ اختلف الناس في ايجاب الوضوء على الجنب في احوال احدها اذا اراد ان ينام وهو جنب فذهب الجمهور الى استحبابه دون وجوبه وذهب اهل الظاهر الى وجوبه لثبوت ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث عمر انه ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه تصيبه جنابة من الليل فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ واغسل ذكرك ثم نم وهو ايضاً مروي عنه من طريق عائشة وذهب الجمهور الى حمل الامر بذلك على الندب والعدول به عن ظاهره لمكان عدم مناسبته وجوب الطهارة لارادة النوم أعني المناسبة الشرعية وقد احتجوا ايضاً لذلك باحاديث أثبتها حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من الخلاء فأتي بطعام فقالوا الا نأتيك بطهور فقال أأصلي فأتوضأ وفي بعض رواياته فقيل له الا نتوضأ فقال ما اردت الصلاة فأتوضأ والاستدلال بهذا ضعيف فانه من باب مفهوم الخطاب من اضعف انواعه وقد احتجوا بحديث عائشة انه عليه السلام كان ينام وهو جنب لا يمس الماء الا

انه حديث ضعيف وكذلك اختلفوا في وجوب الوضوء على الجنب الذي يريد ان يأكل او يشرب وعلى الذي يريد ان يعاود اهله فقال الجمهور في هذا كله باسقاط الوجوب لعدم مناسبة الطهارة لهذه الاشياء وذلك أن الطهارة انما فرضت في الشرع لاحوال التعظيم كالصلاة وأيضاً فلسكان تعارض الآثار في ذلك وذلك انه روى عنه عليه السلام انه امر الجنب إذا اراد ان يعاود اهله أن يتوضأ وروى عنه انه كان يجامع ثم يعاود ولا يتوضأ وكذلك روى عنه منع الاكل والشرب للجنب حتى يتوضأ وروى عنه اباحة ذلك ﴿ المسئلة الثالثة ﴾ ذهب مالك والشافعي الى اشتراط الوضوء في الطواف وذهب ابو حنيفة الى اسقاطه * وسبب اختلافهم تردد الطواف بين ان يلحق حكمه بحكم الصلاة اولا يلحق وذلك انه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم منع الحائض الطواف كما منعها الصلاة فاشبه الصلاة من هذه الجهة وقد جاء في بعض الآثار تسمية الطواف صلاة وحجة ابي حنيفة أنه ليس كل شيء منعه الحيض في الطهارة شرط في فعله اذا ارتفع الحيض كالصوم عند الجمهور ﴿ المسئلة الرابعة ﴾ ذهب الجمهور الى انه يجوز لغير متوضئ ان يقرأ القرآن ويذكر الله وقال قوم لا يجوز ذلك له الا ان يتوضأ * وسبب الخلاف حديثان متعارضان ثابتان أحدهما حديث ابي جهم قال اقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم من نحو بير جمل فلقيه رجل فسلم عليه فلم يرد عليه حتى اقبل على الجدار فمسح بوجهه ويديه ثم انه رد عليه السلام والحديث الثاني حديث علي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان لا يحجزه عن قراءة القرآن شيء الا الجنابة فصار الجمهور الى أن الحديث الثاني ناسخ للاول وصار من اوجب الوضوء لذكر الله الى ترجيح الحديث الاول ﴿ كتاب الغسل ﴾

والاصل في هذه الطهارة قوله تعالى وان كنتم جنباً فاطهروا والكلام المحيط بقواعدها ينحصر بعد المعرفة بوجوبها وعلى من تجب ومعرفة ما به تغسل وهو الماء المطلق في ثلاثة ابواب. الباب الاول في معرفة الغسل في هذه الطهارة والثاني في معرفة نواقض هذه الطهارة. والباب الثالث في معرفة احكام نواقض هذه الطهارة. فاما على من تجب فعلى كل من لزمته الصلاة ولا خلاف في ذلك وكذلك لا خلاف في وجوبها ودلائل ذلك هي دلائل الوضوء بعينها وقد ذكرناها وكذلك احكام المياه قد تقدم القول فيها ﴿ الباب الاول ﴾ وهذا الباب يتعلق به اربع مسائل * المسئلة الاولى اختلف العلماء هل من شرط هذه الطهارة امرار اليد على جميع الجسد كالحال في طهارة اعضاء الوضوء أم يكفي فيها افاضة الماء على جميع الجسد وان لم يمر يديه على بدنه فاكثر العلماء على أن افاضة الماء كافية في ذلك وذهب مالك وجل اصحابه والمزني من اصحاب الشافعي الى انه ان فات المتطهر موضع واحد من جسده لم يمر يده عليه ان طهره لم يكمل بعد * والسبب في اختلافهم اشتراك اسم الغسل ومعارضة ظاهر الاحاديث الواردة في صفة الغسل لقياس الغسل في ذلك على الوضوء وذلك أن الاحاديث الثابتة التي وردت في صفة غسله عليه السلام من حديث عائشة وميمونة ليس فيها ذكر التدلك وانما فيها افاضة الماء فقط ففي حديث عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اغتسل من الجنابة يبدأ فيغسل يديه ثم يفرغ بيمينه على شماله فيغسل فرجه ثم يتوضأ وضوءه للصلاة ثم يأخذ الماء فيدخل اصابعه في اصول الشعر ثم يصب على رأسه ثلاث غرفات ثم يفيض الماء على جلده كله والصفة الواردة في حديث ميمونة قريبة من هذه الا انها اخر غسل رجليه من اعضاء الوضوء الى آخر الطهر وفي حديث ام سلمة ايضاً وقد سألته عليه السلام هل تنقض ضفر رأسها لغسل الجنابة فقال عليه السلام إنما يكفيك ان تحثي على رأسك الماء ثلاث حثيات ثم تفيض عليك الماء فاذا انت قد طهرت وهو أقوى في اسقاط التدلك من تلك الاحاديث الاخر لانه يمكن هنالك ان يكون الواصف لطهره قد

ترك التدلك واما هاهنا فانما حصر لها شروط الطهارة ولذلك أجمع العلماء على ان صفة الطهارة الواردة من حديث ميمونة وعائشة هي أكمل صفاتها وأن ما ورد في حديث ام سلمة من ذلك فهو من أركانها الواجبة وان الوضوء في أول الطهر ليس من شرط الطهر الا خلافا شاذاً روى عن الشافعي وفيه قوة من جهة ظواهر الاحاديث وفي قول الجمهور قوة من جهة النظر لان الطهارة ظاهر من أمرها انما شرط في صحة الوضوء لا الوضوء شرط في صحتها فهو من باب معارضة القياس لظاهر الحديث وطريقة الشافعي تغليب ظاهر الاحاديث على القياس فذهب قوم كما قلنا إلى ظاهر الاحاديث وغلبوا ذلك على قياسها على الوضوء فلم يوجبوا التدلك وغلب آخرون قياس هذه الطهارة على الوضوء على ظاهر هذه الاحاديث فاوجبوا التدلك كالحال في الوضوء فمن رجح القياس صار الى ايجاب التدلك ومن رجح ظاهر الاحاديث على القياس صار إلى اسقاط التدلك أعني بالقياس قياس الطهر على الوضوء واما الاحتجاج من طريق الاسم ففيه ضعف اذ كان اسم الطهر والغسل ينطلق في كلام العرب على المعنيين جميعاً على حد سواء

﴿المسئلة الثانية﴾ اختلفوا هل من شروط هذه الطهارة النية ام لا كاختلافهم في الوضوء فذهب مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وأصحابه الى ان النية من شروطها وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثوري الى انها تجزئ بغير نية كالحال في الوضوء عندهم * وسبب اختلافهم في الطهر هو بعينه سبب اختلافهم في الوضوء وقد تقدم ذلك

﴿المسئلة الثالثة﴾ اختلفوا في المضمضة والاستنشاق في هذه الطهارة أيضاً كاختلافهم فيهما في الوضوء أعني هل هي واجبة فيها أم لا فذهب قوم الى انها غير واجبة فيها وذهب قوم إلى وجوبها وممن ذهب إلى عدم وجوبها مالك والشافعي وممن ذهب إلى وجوبها أبو حنيفة وأصحابه * وسبب اختلافهم معارضة ظاهر حديث ام سلمة للاحاديث التي نقلت من صفة وضوءه عليه السلام في طهره وذلك ان الاحاديث التي نقلت من صفة وضوءه في الطهر فيها المضمضة والاستنشاق وحديث ام سلمة ليس فيه أمر لا بمضمضة ولا باستنشاق فمن جعل حديث عائشة وميمونة مفسراً لمجمل حديث ام سلمة ولقوله تعالى وإن كنتم جنباً فاطهروا أوجب المضمضة والاستنشاق ومن جعله معارضاً جمع بينهما بان حمل حديثي عائشة وميمونة على الندب وحديث ام سلمة على الوجوب ولهذا السبب بعينه اختلفوا في تخليل الرأس هل هو واجب في هذه الطهارة أم لا ومذهب مالك انه مستحب ومذهب غيره انه واجب وقد عضد مذهبه من أوجب التخليل بما روي عنه عليه السلام انه قال تحت كل شعرة جنابة فانقوا البشر وبلوا الشعر

﴿المسئلة الرابعة﴾ اختلفوا هل من شرط هذه الطهارة الفور والترتيب ام ليسا من شرطها كاختلافهم من ذلك في الوضوء * وسبب اختلافهم في ذلك هل فعله عليه السلام محمول على الوجوب أو على الندب فانه ينقل عنه عليه السلام انه توضأ قط الا مرتباً متوالياً وقد ذهب قوم إلى أن الترتيب في هذه الطهارة ابين منه في الوضوء وذلك بين الرأس وسائر الجسد لقوله عليه السلام في حديث ام سلمة انما يكفيك ان تحثي على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيضي الماء على جسدك وحرف ثم يقتضي الترتيب فلا خلاف بين أهل اللغة

﴿الباب الثاني في معرفة النواقض لهذه الطهارة﴾ والاصل في هذا الباب قوله تعالى وإن كنتم جنباً فاطهروا وقوله ويسئلونك عن المحيض قل هو أذى الاية واتفق العلماء على وجوب هذه الطهارة من حدثين أحدهما خروج المني على وجه الصحة في النوم أو في اليقظة من ذكر كان أو انثى الا ما روي عن النخعي من انه كان لا يرى على المرأة غسلا من الاحتلام وانما اتفق الجمهور على مساواة المرأة في الاحتلام للرجل لحديث ام سلمة

الثابت انها قالت يارسول الله المرأة ترى في المنام مثل مايرى الرجل هل عليها غسل قال نعم اذا رأت الماء واما الحديث الثاني الذي اتفقوا أيضا عليه فهو دم الحيض أعني اذا انقطع وذلك أيضاً لقوله تعالى ويسئلونك عن المحيض الاية ولتعليمه الغسل من الحيض لعائشة وغيرها من النساء واختلفوا في هذا الباب مما يجري مجرى الاصول في مسئلتين مشهورتين ﴿المسئلة الاولى﴾ اختلف الصحابة رضي الله عنهم في سبب ايجاب الطهر من الوطئ فمنهم من رآ الطهر واجباً في التقاء الختانين انزل أو لم ينزل وعليه أكثر فقهاء الامصار مالك وأصحابه والشافعي واصحابه وجماعة من أهل الظاهر وذهب قوم من أهل الظاهر الى ايجاب الطهر مع الانزال فقط * والسبب في اختلافهم في ذلك تعارض الاحاديث في ذلك أنه ورد في ذلك حديثان ثابتان اتفق اهل الصحيح على تخريجهما قال القاضي رضي الله عنه ومتى قلت ثابت فانما اعني به ماخرجه البخاري أو مسلم أو ما اجتمعا عليه أحدهما حديث أبي هريرة عن النبي عليه السلام انه قال اذا قعد بين شعبها الاربع والزق الختان بالختان فقد وجب الغسل والحديث الثاني حديث عثمان انه سئل فقيل له ارأيت الرجل اذا جامع أهله ولم يمن قال عثمان يتوضأ كما يتوضأ للصلاة سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب العلماء في هذين الحديثين مذهبين احدهما مذهب النسخ والثاني مذهب الرجوع الى ماعليه الاتفاق عند التعارض الذي لايمكن الجمع فيه ولا الترجيح فالجمهور راوا أن حديث أبي هريرة ناسخ لحديث عثمان ومن الحجة لهم على ذلك ماروي عن أبي بن كعب انه قال أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انما جعل ذلك رخصة في اول الاسلام ثم امر بالغسل خرجه ابو داود واما من رآ ان التعارض بين هذين الحديثين هو مما لايمكن الجمع فيه بينهما ولا الترجيح فوجب الرجوع عنده الى ما عليه الاتفاق وهو وجوب الماء من الماء وقد رجح الجمهور حديث ابي هريرة من جهة القياس قالوا وذلك انه لما وقع الاجماع ان محاذاة الختانين توجب الحد وجب ان يكون هو الموجب للغسل وحكموا ان هذا القياس ماخوذ عن الخلفاء الاربعة ورجح الجمهور ذلك ايضاً من حديث عائشة لاخبارها ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرجه مسلم

﴿المسئلة الثانية﴾ اختلف العلماء في الصفة المعتبرة في كون خروج المني موجباً للطهر فذهب مالك الى اعتبار اللذة في ذلك وذهب الشافعي الى ان نفس خروجه هو الموجب للطهر سواء خرج بلذة او بغير لذة * وسبب اختلافهم في ذلك هو شيئان احدهما هل اسم الجنب ينطلق على الذي اجنب على الجهة الغير المعتادة ام ليس ينطلق عليه فمن رآ انه انما ينطلق على الذي اجنب على طريق العادة اوجب الطهر في خروجه من غير لذة ومن رآ انه ينطلق على خروج المني كيف ماخرج اوجب منه الطهر وان لم يخرج مع لذة والسبب الثاني تشبيه خروجه بغير لذة بدم الاستحاضة واختلافهم في خروج الدم على جهة الاستحاضة هل يوجب طهراً ام ليس يوجبه فسنذكره في باب الحيض ، ان كان من هذا الباب وفي المذهب في هذا الباب فرع وهو اذا انتقل من اصل مجاريه بلذة ثم خرج في وقت آخر بغير لذة مثل ان يخرج من الجامع بعد ان يتطهر فقيل يعيد الطهر وقيل لايعيد وذلك ان هذا النوع من الخروج تحيته اللذة في بعض نقلته ولم يصحبه في بعض فمن غلب حال اللذة قال يجب الطهر ومن غلب حال عدم اللذة قال لايجب عليه طهر ﴿الباب الثالث في احكام هذين الحدثين اعني الجنابة والحيض﴾ اما احكام الحدث الذي هو الجنابة ففيه ثلاثة مسائل ﴿المسئلة الاولى﴾ اختلف العلماء في دخول المسجد للجنب على ثلاثة اقوال فقوم منعوا ذلك باطلاق وهو مذهب مالك واصحابه وقوم منعوا ذلك الا لعابر فيه لامقيم ومنهم الشافعي وقوم اباحوا ذلك للجميع ومنهم داود واصحابه فيما احسب * وسبب اختلاف الشافعي واهل الظاهر هو

تردد قوله تبارك وتعالى يا ايها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى الآية بين ان يكون فى الآية مجاز حتى يكون هنالك محذوف مقدر وهو موضع الصلاة اى لا تقربوا موضع الصلاة ويكون عابر سبيل استثناء من النهى عن قرب موضع الصلاة وبين الا يكون هنالك محذوف اصلا وتكون الآية على حقيقتها ويكون عابر السبيل هو المسافر الذى عدم الماء وهو جنب فمن رآ ان فى الآية محذوفا اجاز المرور للجنب فى المسجد ومن لم ير ذلك لم يكن عنده فى الآية دليل على منع الجنب الاقامة فى المسجد وامامن منع العبور فى المسجد فلا اعلم له دليلا الا الظاهر ماروى عنه عليه السلام انه قال لا احل المسجد لجنب ولا حائض وهو حديث غير ثابت عند اهل الحديث واختلافهم فى الحائض فى هذا المعنى هو اختلافهم فى الجنب ﴿المسئلة الثانية﴾ مس الجنب المصحف ذهب قوم الى اجازته وذهب الجمهور الى منعه وهم الذين منعوا ان يمسه غير متوضئ * وسبب اختلافهم هو سبب اختلافهم فى منع غير المتوضئ ان يمسه اعنى قوله لا يمسه الا المطهرون وقد ذكرنا سبب الاختلاف فى الآية فيما تقدم وهو بعينه سبب اختلافهم فى منع الحائض مسه ﴿المسئلة الثالثة﴾ قراءة القرآن للجنب اختلف الناس فى ذلك فذهب الجمهور الى منع ذلك وذهب قوم الى اباحة ذلك * والسبب فى ذلك الاحتمال المتطرق الى حديث على انه قال كان عليه السلام لا يمنعه من قراءة القرآن شئ الا الجنابة وذلك ان قوما قالوا ان هذا لا يوجب شيئاً لانه ظن من الراوى ومن اين يعلم احد ان ترك القراءة كان لموضع الجنابة الا لو اخبره بذلك والجمهور راوا انه لم يكن على رضى الله عنه يقول هذا عن توهم ولا ظن وانما قاله عن تحقق وقوم جعلوا الحائض فى هذا الاختلاف بمنزلة الجنب وقوم فرقوا بينهما فاجازوا للحائض القراءة القليلة استحسانا لطول مقامها حائضاً وهو مذهب مالك فهذه هى احكام الجنابة { واما احكام الدماء الخارجة من الرحم } فالكلام المحيط باصولها ينحصر فى ثلاثة ابواب احدها معرفة انواع الدماء الخارجة من الرحم والثانى معرفة العلامات التى تدل على انتقال الطهر الى الحيض والحيض الى الطهر او الاستحاضة والاستحاضة ايضاً الى الطهر والثالث معرفة احكام الحيض والاستحاضة اعنى موانعهما وموجباتهما ونحن نذكر فى كل باب من هذه الابواب الثلاثة من المسائل مايجرى مجرى القواعد والاصول لجميع مافى هذا الباب على ما قصدنا اليه مما اتفقوا عليه واختلفوا فيه ﴿الباب الاول﴾ اتفق المسلمون على ان الدماء التى تخرج من الرحم ثلاثة دم حيض وهو الخارج على جهة الصحة ودم استحاضة وهو الخارج على جهة المرض وانه غير دم الحيض لقوله عليه السلام انما ذلك عرق وليست بالحيضة ودم نفاس وهو الخارج مع الولد ﴿الباب الثانى﴾ اما معرفة علامات انتقال هذه الدماء بعضها الى بعض وانتقال الطهر الى الحيض والحيض الى الطهر فان معرفة ذلك فى الاكثر تبنى على معرفة ايام الدماء المعتادة وايام الاطهار ونحن نذكر منها مايجرى مجرى الاصول وهى تسع مسائل ﴿المسئلة الاولى﴾ اختلف العلماء فى اكثر ايام الحيض واقلها واقل ايام الطهر فروى عن مالك ان اكثر ايام الحيض خمسة عشر يوما وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة اكثره عشرة ايام واما اقل ايام الحيض فلا حد لها عند مالك بل قد تكون الدفعة الواحدة عنده حيضاً الا انه لا تعتد بها فى الاقراء فى الطلاق وقال الشافعى انه يوم وليلة وقال ابو حنيفة اقله ثلاثة ايام واما اقل الطهر فاضطربت فيه الروايات عن مالك فروى عنه عشرة ايام وروى عنه ثمانية ايام وروى خمسة عشر يوما والى هذه الرواية مال البغداديون من اصحابه وبه قال الشافعى وابو حنيفة وقيل سبعة عشر يوما وهو اقصى ما انعقد عليه الاجماع فيما احسب واما اكثر الطهر فليس له عندهم

جدوا اذا كان هذا موضوعا من اقاويلهم فمن كان لاقل الحيض عنده قدر معلوم وجب ان يكون ما كان اقل من ذلك القدر اذا ورد في زمن الحيض عنده استحاضة ومن لم يكن لاقل الحيض عنده قدر محدود وجب ان تكون الدفعة عنده حيضا ومن كان ايضا عنده اكثره محدودا وجب ان يكون ما زاد على ذلك القدر عنده استحاضة ولكن متحصل مذهب مالك في ذلك ان النساء على ضربين مبتدأة ومعتادة فالمبتدأة تترك الصلاة برؤية اول دم تراه الى تمام خمسة عشر يوما فان لم ينقطع صلت وكانت مستحاضة وبه قال الشافعي الا ان مالكا قال تصلي من حين تيقن الاستحاضة وعند الشافعي انها تعيد صلاة ماسلف لها من الايام الا اقل الحيض عنده وهو يوم وليلة وقيل عن مالك بل تعتد ايام لداتها ثم تستظهر بثلاثة ايام فان لم ينقطع الدم فهي مستحاضة واما المعتادة ففيها روايتان عن مالك احداهما بناؤها على عادتها وزيادة ثلاثة ايام مالم تجاوز اكثر مدة الحيض والثانية جلوسها الى انقضاء أكثر مدة الحيض او تعمل على التمييز إن كانت من أهل التمييز وقال الشافعي تعمل على ايام عادتها وهذه الاقاويل كلها مختلف فيها عند الفقهاء في أقل الحيض وأكثره واقل الطهر لامستند لها الا التجربة والعادة وكل إنما قال من ذلك ماظن ان التجربة اوقفت على ذلك ولاختلاف ذلك في النساء عسر ان يعرف بالتجربة حدود هذه الاشياء في أكثر النساء ووقع في ذلك هذا الخلاف الذي ذكرنا وانما اجمعوا بالجملة على ان الدم إذا تمادى أكثر من مدة أكثر الحيض انه استحاضة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت لفاطمة بنت حبيش فاذا اقبلت الحيضة فاتركي الصلاة فاذا ذهبت قدرها فاغسلي عنك الدم وصلي والمتجاوزة لامد أكثر أيام الحيض قد ذهب عنها قدرها ضرورة وإنما صار الشافعي ومالك رحمه الله في المعتادة في احدى الروايتين عنه إلى أنها تبنى على عادتها لحديث ام سلمة الذي رواه في الموطا ان امرأة كانت تهراق الدماء على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستفتت لها ام سلمة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لتنظر الى عدد الليالي والايام التي كانت تحيضهن من الشهر قبل ان يصيبها الذي أصابها فلتترك الصلاة قدر ذلك من الشهر فاذا خلفت ذلك فلتغتسل ثم لتستثفر بثوب ثم لتصل فالحقوا حكم الحائض التي تشك في الاستحاضة بحكم المستحاضة التي تشك في الحيض وإنما رأى أيضا في المبتدأة ان يعتبر ايام لداتها لان ايام لداتها شبيهة بايامها فجعل حكمهما واحدا واما الاستظهار الذي قال به مالك بثلاثة أيام فهو شئ انفرد به مالك وأصحابه رحمهم الله وخالفهم في ذلك جميع فقهاء الامصار ما عدى الاوزاعي اذ لم يكن لذلك ذكر في الاحاديث الثابتة وقد روى في ذلك أثر ضعيف ﴿المسئلة الثانية﴾ ذهب مالك وأصحابه في الحائض التي تنقطع حيضتها وذلك بان تحيض يوما أو يومين وتطهر يوما أو يومين الى أنها تجمع ايام الدم بعضها الى بعض وتلفق ايام الطهر وتغتسل في كل يوم ترى فيه الطهر أول ما تراه وتصلي فانها لاتدري لعل ذلك طهر فاذا اجتمع لها من ايام الدم خمسة عشر يوما فهي مستحاضة وبهذا القول قال الشافعي وروى عن مالك أيضا أنها تلفق ايام الدم وتعتبر بذلك ايام عادتها فان ساوتها استظهرت بثلاثة ايام فان انقطع الدم والا فهي مستحاضة وجعله الايام التي لاترى فيها الدم غير معتبرة في العدد لامعنى له فانه لاتخلوا تلك الايام ان تكون ايام حيض أو ايام طهر فان كانت ايام حيض فيجب ان تلفقها الى ايام الدم وان كانت ايام طهر فليس يجب ان تلفق ايام الدم اذ كان قد تخللها طهر والذي يجئ على اصوله انها ايام حيض لا ايام طهر اذ أقل الطهر عنده محدود وهو أكثر من اليوم واليومين فتدبر هذا فانه بين ان شاء الله تعالى والحق ان دم الحيض ودم النفاس يجري ثم ينقطع يوما ويومين ثم يعود حتى تنقضي ايام الحيض أو ايام النفاس كما تجري ساعة أو ساعتين من النهار ثم تنقطع

﴿المسئلة الثالثة﴾ اختلفوا في أقل النفاس وأكثره فذهب مالك الى أنه لا حد لاقله وبه قال الشافعي وذهب أبو حنيفة وقوم الى أنه محدود فقال أبو حنيفة هو خمسة وعشرون يوما وقال أبو يوسف صاحبه أحد عشر يوما وقال الحسن البصري عشرون يوما وأما أكثره فقال مالك مرة هو ستون يوما ثم رجع عن ذلك فقال يسئل عن ذلك النساء واصحابه ثابتون على القول الاول وبه قال الشافعي واكثر اهل العلم من الصحابة على ان اكثره اربعون يوما وبه قال ابو حنيفة وقد قيل تعتبر المراة في ذلك ايام اشباهها من النساء فاذا جاوزتها فهي مستحاضة وفرق قوم بين ولادة الذكر وولادة الانثى فقالوا للذكر ثلاثون يوما وللانثى اربعون يوما

* وسبب الخلاف عسر الوقوف على ذلك بالتجربة لاختلاف احوال النساء في ذلك ولانه ليس هناك سنة يعمل عليها كالحال في اختلافهم في ايام الحيض والطهر ﴿المسئلة الرابعة﴾ اختلف الفقهاء قديما وحديثا هل الدم الذي ترى الحامل هو حيض ام استحاضة فذهب مالك والشافعي في اصح قوليه وغيرهما الى ان الحامل تحيض وذهب ابو حنيفة واحمد والثوري وغيرهم الى ان الحامل لا تحيض وان الدم الظاهر لها دم فساد وعلة الا ان يصيبها الطلق فانهم اجمعوا على انه دم نفاس وان حكمه حكم الحيض في منعه الصلاة وغير ذلك من احكامه ولمالك واصحابه في معرفة انتقال الحائض الحامل اذا تمادى بها الدم من حكم الحيض الى حكم الاستحاضة اقوال مضطربة واحدها ان حكمها حكم الحائض عندها اعني اما ان تقعد اكثر ايام الحيض ثم هي مستحاضة واما ان تستظهر على ايامها المعتادة بثلاثة ايام مالم يكن مجموع ذلك اكثر من خمسة عشر يوما وقيل انها تقعد حائضا ضعف اكثر ايام الحيض وقيل انها تضعف اكثر ايام الحيض بعدد الشهور التي مرت لها في الشهر الثاني من حملها تضعف ايام اكثر الحيض مرتين وفي الثالث ثلاث مرات وفي الرابع اربع وكذلك ما زادت الاشهر * وسبب اختلافهم في ذلك عسر الوقوف على ذلك بالتجربة واختلاط الامرين فانه مرة يكون الدم الذي تراه الحامل دم حيض وذلك اذا كانت قوة المراة وافرة والجنين صغيرا وبذلك امكن ان يكون حمل على حمل على ما حكاه جقواط وجالينوس وسائر الاطباء ومرة يكون الدم الذي تراه الحامل لضعف الجنين ومرضه التابع لضعفها ومرضها في الاكثر فيكون دم علة ومرض وهو في الاكثر علة ﴿المسئلة الخامسة﴾ اختلف الفقهاء في الصفرة والكدرة هل هي حيض ام لا فرات جماعة انها حيض في ايام الحيض وبه قال الشافعي وابو حنيفة وروى مثل ذلك عن مالك وفي المدونة عنه ان الصفرة والكدرة حيض في ايام الحيض وفي غير ايام الحيض رات ذلك مع الدم او لم تره وقال داود وابو يوسف ان الصفرة والكدرة لا تكونان حيضة الا اثر الدم * والسبب في اختلافهم مخالفة ظاهر حديث ام عطية لحديث عائشة وذلك انه روى عن ام عطية انها قالت كنا لا نعد الصفرة والكدرة بعد الغسل شيئا وروى عن عائشة أن النساء كن يبعثن اليها بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة والكدرة من دم الحيض يسئلنها عن الصلاة فتقول لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء فمن رجح حديث عائشة جعل الصفرة والكدرة حيضا سواء ظهرت في ايام الحيض او في غير ايامه مع الدم او بلا دم فان حكم الشيء الواحد في نفسه ليس يختلف ومن رام الجمع بين الحديثين قال ان حديث ام عطية هو بعد انقطاع الدم وحديث عائشة في اثر انقطاعه او أن حديث عائشة هو في ايام الحيض وحديث ام عطية في غير ايام الحيض وقد ذهب قوم الى ظاهر حديث ام عطية ولم يروا الصفرة ولا الكدرة شيئا لا في ايام حيض ولا في غيرها ولا اثر الدم ولا بعد انقطاعه لقول رسول

الله

الله صلى الله عليه وسلم دم الحيض دم اسود يعرف ولان الصفرة والكدرة ليست بدم وانما هي من سائر الرطوبات التي ترخيها الرحم وهو مذهب ابي محمد بن حزم ﴿ المسئلة السادسة ﴾ اختلف الفقهاء في علامة الطهر فرأى قوم أن علامة الطهر رؤية القصة البيضاء او الجفوف وبه قال ابن حبيب من اصحاب مالك وسواء كانت المرأة ممن عادتها ان تظهر بالقصة البيضاء او بالجفوف أي ذلك رأت ظهرت به وفرق قوم فقالوا ان كانت المرأة ممن ترى القصة البيضاء فلا تطهر حتى تراها وان كانت ممن لا تراها فطهرها الجفوف وذلك في المدونة عن مالك وسبب اختلافهم أن منهم من راعى العادة ومنهم من راعى انقطاع الدم فقط وقيل ان التي عادتها الجفوف تطهر بالقصة البيضاء ولا تطهر التي عادتها القصة البيضاء بالجفوف وقد قيل بعكس هذا وكله لاصحاب مالك ﴿ المسئلة السابعة ﴾ اختلف الفقهاء في المستحاضة اذا تمادى بها الدم متى يكون حكمها حكم الحيض كما اختلفوا في الحائض اذا تمادى بها الدم متى يكون حكمها حكم المستحاضة وقد تقدم ذلك فقال مالك في المستحاضة ابدا حكمها حكم الطاهرة الى ان يتغير الدم الى صفة الحيض وذلك اذا مضى لاستحاضتها من الايام ما هو اكثر من اقل ايام الطهر فحينئذ تكون حائضا أبدا اذا اجتمع لها هذان الشيئان تغير الدم ومرورها في الاستحاضة من الايام ما يمكن ان يكون طهرا والاقصى مستحاضة ابدا وقال ابو حنيفة تقعد ايام عادتها ان كانت لها عادة وان كانت مبتدأة قعدت اكثر الحيض وذلك عشرة عشرة ايام وقال الشافعي تعمل على التمييز ان كانت من اهل التمييز وان كانت من اهل العادة عملت على العادة وان كانت من اهلهما معا فله في ذلك قولان أحدهما تعمل على التمييز والثاني على العادة والسبب في اختلافهم أن في ذلك حديثين مختلفين احدهما حديث عائشة عن فاطمة بنت ابي حبيش أن النبي عليه السلام امرها وكانت مستحاضة ان تدع الصلاة قدر ايامها التي كانت تحيض فيها قبل ان يصيبها الذي اصابها ثم تغتسل وتصلي وفي معناه ايضا حديث ام سلمة المتقدم الذي خرجه مالك والحديث الثاني ما خرجه ابو داود من حديث فاطمة بنت ابي حبيش انها كانت استحيضت فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن دم الحيضة اسود يعرف فاذا كان ذلك فامكثي عن الصلاة واذا كان الآخر فتوضئي وصلي فانما هو عرق وهذا الحديث صححه ابو محمد بن حزم فمن هؤلاء من ذهب مذهب الترجيح ومنهم من ذهب مذهب الجمع فمن ذهب مذهب ترجيح حديث ام سلمة وما ورد في معناه قال باعتبار الايام ومالك رضي الله عنه اعتبر عدد الايام فقط في الحائض التي تشك في الاستحاضة ولم يعتبرها في المستحاضة التي تشك في الحيض أعني لا عددها ولا موضعها من الشهر اذا كان عددها ذلك معلوما والناس مختلفون في المستحاضة التي تشك في الحيض فاعتبر الحكم في الفرع ولم يعتبره في الاصل وهذا غريب فأمله ومن رجح حديث فاطمة بنت ابي حبيش قال باعتبار اللون ومن هؤلاء من راعى مع اعتبار لون الدم مضي ما يمكن ان يكون طهرا من ايام الاستحاضة وهو قول مالك فيما حكاه عبد الوهاب ومنهم من لم يراع ذلك ومن جمع بين الحديثين قال الحديث الواحد هو الذي تعرف عدد ايامها من الشهر وموضعها والثاني الذي لا تعرف عددها ولا موضعها وتعرف لون الدم ومنهم من رأى انها ان لم تكن من اهل التمييز ولا تعرف موضع ايامها من الشهر وتعرف عددها اولا تعرف عددها انها تجري على حديث حمنة بنت جحش صححه الترمذي وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها انما هي ركضة من الشيطان فتحيضي ستة ايام او سبعة ايام في علم الله ثم اغتسلي وساق الحديث بكماله بعد عدد حكم المستحاضة في الطهر فهذه هي مشهورات المسائل التي في هذا الباب وهي بالجملة واقعة في اربعة، واضع احدها معرفة انتقال الطهر الى الحيض والثاني معرفة انتقال الحيض الى الطهر والثالث معرفة انتقال الحيض الى الاستحاضة والرابع معرفة

انتقال الاستحاضة الى الحيض وهو الذي وردت فيه الاحاديث وأما الثلاثة فسكوت عنها أعني عن تحديدها وكذلك الامر في انتقال النفاس الى الاستحاضة ﴿الباب الثالث﴾ وهو معرفة احكام الحيض والاستحاضة والاصل في هذا الباب قوله تعالى ويسئلونك عن المحيض الآية والاحاديث الواردة في ذلك التي سنذكرها. واتفق المسلمون على ان الحيض يمنع اربعة اشياء أحدها فعل الصلاة ووجوبها أعني انه ليس يجب على الحائض قضاؤها بخلاف الصوم. والثاني انه يمنع فعل الصوم لاقضاءه وذلك لحديث عائشة الثابت انها قالت كنا نؤمر بقضاء الصيام ولا نؤمر بقضاء الصلاة وانما قال بوجوب القضاء عليها طائفة من الخوارج. والثالث فيما احسب الطواف لحديث عائشة الثابت حين امرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تفعل كل ما يفعل الحاج غير الا تطوف بالبيت. والرابع الجماع في الفرج لقوله تعالى فاعتزلوا النساء في المحيض الآية *واختلفوا من احكامها في مسائل يذكر منها مشهورانها وهي خمس

﴿المسئلة الاولى﴾ اختلف الفقهاء في مباشرة الحائض ومايستباح منها فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة له منها مافوق الازار فقط وقال سفيان الثوري وداود الظاهري انما يجب عليه ان يجتنب موضع الدم فقط *وسبب اختلافهم ظواهر الاحاديث الواردة في ذلك والاحتمال الذي في مفهوم آية الحيض وذلك انه ورد في الاحاديث الصحاح عن عائشة وميمونة وام سلمة انه عليه السلام كان يامر اذا كانت احداهن حائضاً ان تشد عليها ازارها ثم يباشرها وورد ايضاً من حديث ثابت عن انس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اصنعوا كل شيء بالحائض الا النكاح وذكر ابوداود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها وهي حائض اكشفي عن فخذك قالت فكشفت فوضع خده وصدره على فخذي وحنيت عليه حتى دفئ وكان قد اوجعه البرد وأما الاحتمال الذي في آية الحيض فهو تردد قوله تعالى قل هو اذى فاعتزلوا النساء في المحيض بين ان يحمل على عمومه الا ماخصصه الدليل او ان يكون من باب العام اريد به الخاص بدليل قوله تعالى فيه قل هو اذى والاذى انما يكون في موضع الدم فمن كان المفهوم منه عنده العموم أعني انه اذا كان الواجب عنده ان يحمل هذا القول على عمومه حتى يخصصه الدليل استثنى من ذلك ما فوق الازار بالسنة اذ المشهور جواز تخصيص الكتاب بالسنة عند الاصوليين ومن كان عنده من باب العام اريد به الخاص رجح هذه الآية على الآثار المانعة مما تحت الازار وقوى ذلك عنده الآثار المعارضة للآثار المانعة مما تحت الازار ومن الناس من رام الجمع بين هذه الآثار وبين مفهوم الآية على هذا المعنى الذي نبه عليه الخطاب الوارد فيها وهو كونه اذى فحمل احاديث المنع مما تحت الازار على الكراهية وأحاديث الاباحة ومفهوم الآية على الجواز ورجحوا تاويلهم هذا بانه قد دلت السنة انه ليس من جسم الحائض شيء نجس الا موضع الدم وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل عائشة ان تناوله الخمرة وهي حائض فقالت اني حائض فقال عليه السلام إن حيضتك ليست في يدك وثابت ايضاً من ترجيلها رأسه عليه السلام وهي حائض وقوله عليه السلام ان المومن لا ينجس ﴿المسئلة الثانية﴾ اختلفوا في وطء الحائض في طهرها وقبل الاغتسال فذهب مالك والشافعي والجمهور الى ان ذلك لا يجوز حتى تغتسل وذهب ابو حنيفة واصحابه الى ان ذلك جائز اذا طهرت لاكثر امد الحيض وهو عنده عشرة ايام وذهب الاوزاعي الى أنها ان غسلت فرجها بالماء جاز وطئها اعني كل حائض طهرت متى طهرت وبه قال ابو محمد بن حزم *وسبب اختلافهم الاحتمال الذي في قوله تعالى فاذا تطهرن فاتوهن من حيث امركم الله هل المراد به الطهر الذي هو انقطاع دم الحيض ام الطهر بالماء ثم ان كان الطهر بالماء فهل المراد به طهر جميع الجسد أم طهر الفرج فان الطهر في كلام العرب وعرف الشرع اسم مشترك يقال على هذه

الثلاثة المعاني وقد رجح الجمهور مذهبهم بان صيغة التفعل انما تنطلق على ما يكون من فعل المكلفين لا على ما يكون من فعل غيرهم فيكون قوله تعالى فاذا تطهرن اظهر في معنى الغسل بالماء منه في الطهر الذي هو انقطاع الدم والاظهر يجب المصير اليه حتى يدل الدليل على خلافه ورجح ابو حنيفة مذهبه بان لفظ يفعلن في قوله تعالى حتى يطهرن هو اظهر في الطهر الذي هو انقطاع دم الحيض منه في التطهر بالماء والمسئلة كما ترى محتملة ويجب على من فهم من لفظ الطهر في قوله تعالى حتى يطهرن معنى واحداً من هذه المعاني الثلاثة ان يفهم ذلك المعنى بعينه من قوله تعالى فاذا تطهرن لانه مما ليس يمكن او مما يعسر ان يجمع في الآية بين معنيين من هذه المعاني مختلفين حتى يفهم من لفظة يطهرن النقاء ويفهم من لفظ تطهرن الغسل بالماء على ما جرت به عادة المالكيين في الاحتجاج لمالك فانه ليس من عادة العرب ان يقولوا لا تعط فلانا درهما حتى يدخل الدار فاذا دخل المسجد فاعطه درهما بل انما يقولون واذا دخل الدار فاعطه درهما لان الجملة الثانية هي مؤكدة لمفهوم الجملة الاولى ومن تأول قوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن على انه النقاء وقوله فاذا تطهرن على انه الغسل بالماء فهو بمنزلة من قال لا تعط فلانا درهما حتى يدخل الدار فاذا دخل المسجد فاعطه درهما وذلك غير مفهوم في كلام العرب الا ان يكون هنالك محذوف ويكون تقدير الكلام ولا تقربوهن حتى يطهرن ويتطهرن فاذا تطهرن فاتوهن من حيث امركم الله وفي تقدير هذا الحذف بعد ما ولا دليل عليه الا ان يقول قائل لظهور لفظ التطهر في معنى الاغتسال هو الدليل عليه لكن هذا يعارضه ظهور عدم الحذف في الآية فان الحذف مجاز وحمل الكلام على الحقيقة اظهر من حمله على المجاز وكذلك فرض المجتهد ها هنا اذا انتهى بنظره الى مثل هذا الموضع ان يوازن بين الظاهرين فما ترجح عنده منهما على صاحبه عمل عليه وأعني بالظاهرين ان يقايس بين ظهور لفظ فاذا تطهرن في الاغتسال بالماء وظهور عدم الحذف في الآية ان احب ان يحمل لفظ تطهرن على ظاهره من النقاء فاي الظاهرين كان عنده ارجح عمل عليه أعني اما الا يقدر في الآية حذفاً ويحمل لفظ فاذا تطهرن على النقاء او يقدر في الآية حذفاً ويحمل لفظ فاذا تطهرن على الغسل بالماء او يقايس بين ظهور لفظ فاذا تطهرن في الاغتسال وظهور لفظ يتطهرن في النقاء فاي كان عنده اظهر ايضاً صرف تاويل اللفظ الثاني له وعمل على انهما يدلان في الآية على معنى واحد أعني اما على معنى النقاء واما على معنى الاغتسال بالماء وليس في طباع النظر الفقهي ان ينتهي في هذه الاشياء الى اكثر من هذا فتأمله وفي مثل هذه الحال يسوغ ان يقال كل مجتهد مصيب وأما اعتبار ابي حنيفة اكثر الحيض في هذه المسئلة فضعيف ﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلف الفقهاء في الذي يأتي امرأته وهي حائض فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة يستغفر الله ولا شيء عليه وقال احمد بن حنبل يتصدق بدينار او بنصف دينار وقالت فرقة من اهل الحديث ان وطئ في الدم فعليه دينار وان وطئ في انقطاع الدم فنصف دينار • وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في صحة الاحاديث الواردة في ذلك او وهيها وذلك انه روى عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم في الذي يأتي امرأته وهي حائض انه يتصدق بدينار وروى عنه بنصف دينار وكذلك روى ايضاً في حديث ابن عباس هذا انه ان وطئ في الدم فعليه دينار وان وطئ في انقطاع الدم فنصف دينار وروي في هذا الحديث يتصدق بخمسي دينار وبه قال الاوزاعي فمن صح عنده شيء من هذه الاحاديث صار الى العمل بها ومن لم يصح عنده شيء منها وهم الجمهور عمل على الاصل الذي هو سقوط الحكم حتى يثبت بدليل ﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلف العلماء في المستحاضة فقوم اوجبوا عليها طهراً واحداً فقط وذلك عندما ترى انها قد انقضت حيضتها باحدى تلك العلامات التي تقدمت على حسب مذهب هؤلاء

في تلك العلامات وهؤلاء الذين اوجبوا عليها طهراً واحداً انقسموا قسمين قوم اوجبوا عليها ان تتوضأ لكل صلاة وقوم استحبوا ذلك لها ولم يوجبوه عليها والذين اوجبوا عليها طهراً واحداً فقط هو مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم واكثر فقهاء الامصار واكثر هؤلاء اوجبوا عليها ان تتوضأ لكل صلاة وبعضهم لم يوجب عليها الا استحباباً وهو مذهب مالك وقوم آخرون غير هؤلاء رأوا أن على المستحاضة ان تتطهر لكل صلاة وقوم رأوا أن الواجب ان تؤخر الظهر الى اول العصر ثم تتطهر وتجمع بين الصلاتين وكذلك تؤخر المغرب الى آخر وقتها واول وقت العشاء وتتطهر طهراً ثانياً وتجمع بينهما ثم تتطهر طهراً ثالثاً لصلاة الصبح فاوجبوا عليها ثلاثة اطهار في اليوم والليلة وقوم رأوا أن عليها طهراً واحداً في اليوم والليلة ومن هؤلاء من لم يحد له وقتاً وهو مروى عن علي ومنهم من رأى ان تتطهر من طهر الى طهر فيتحصل في المسئلة بالجملة اربعة اقوال قول انه ليس عليها الا طهر واحد فقط عند انقطاع دم الحيض وقول ان عليها الطهر لكل صلاة وقول ان عليها ثلاثة اطهار في اليوم والليلة وقول ان عليها طهراً واحداً في اليوم والليلة

والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة هو اختلاف ظواهر الاحاديث الواردة في ذلك وذلك ان الوارد في ذلك من الاحاديث المشهورة أربعة احاديث واحد منها متفق على صحته وثلاثة يختلف فيها اما المتفق على صحته فحديث عائشة قالت جاءت فاطمة ابنة أبي حبيش إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله اني امرأة استحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة فقال لها عليه السلام لا إنما ذلك عرق وليست بالحيضة فاذا اقبلت الحيضة فدعي الصلاة واذا ادبرت فاغسلي عنك الدم وصلي وفي بعض روايات هذا الحديث وتوضئي لكل صلاة وهذه الزيادة لم يخرجها البخاري ولا مسلم وخرجها أبو داود وصححها قوم من أهل الحديث والحديث الثاني حديث عائشة عن ام حبيبة بنت جحش امرأة عبد الرحمان بن عوف انها استحاضت فامرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تغتسل لكل صلاة وهذا الحديث هكذا اسنده اسحاق عن الزهري وأما سائر أصحاب الزهري فانما رووا عنه انها استحيضت فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها انما هو عرق وليست بالحيضة وأمرها ان تغتسل وتصلي فكانت تغتسل لكل صلاة على ان ذلك هو الذي فهمت منه لان ذلك منقول من لفظه عليه السلام ومن هذا الطريق خرجه البخاري وأما الثالث فحديث اسماء ابنة عميس أنها قالت يا رسول الله ان فاطمة ابنة ابي حبيش استحيضت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لتغتسل للظهر والعصر غسلا واحداً وللمغرب والعشاء غسلا واحداً وتغتسل للفجر وتتوضأ فيما بين ذلك خرجه أبو داود وصححه أبو محمد بن حزم وأما الرابع فحديث حمنة ابنة جحش وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خيرها بين ان تصلي الصلوات بطهر واحد عندما ترى أنه قد انقطع دم الحيض وبين أن تغتسل في اليوم والليلة ثلاث مرات على حديث أسماء بنت عميس الا ان هنالك ظاهره على الوجوب وهنا على التخيير فلما اختلفت ظواهر هذه الاحاديث ذهب الفقهاء في تأويل هذه الاحاديث أربعة مذاهب مذهب النسخ ومذهب الترجيح ومذهب الجمع ومذهب البناء والفرق بين الجمع والبناء ان الباقي ليس يرى ان هنالك تعارضاً فيجمع بين الحديثين واما الجامع فهو يرى ان هنالك تعارضاً في الظاهر فتأمل هذا فانه فرق بين أما من ذهب مذهب الترجيح فمن أخذ بحديث فاطمة ابنة حبيش لمكان الاتفاق على صحته عمل على ظاهره أعني من انه لم يامرها صلى الله عليه وسلم بغسل لكل صلاة ولا ان تجمع بين الصلوات بغسل واحد ولا بشيء من تلك المذاهب وإلى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة والشافعي وأصحاب هؤلاء وهم الجمهور ومن صحت عنده من هؤلاء الزيادة الواردة فيه وهو الامر بالوضوء لكل صلاة اوجب ذلك عليها ومن لم يصح عنده لم يوجب

ذلك

ذلك عليها واما من ذهب مذهب البناء فقال انه ليس بين حديث فاطمة وحديث ام حبيبة الذي من رواية ابن اسحاق تعارض اصلا وان الذي في حديث ام حبيبة من ذلك زيادة على ما في حديث فاطمة فان حديث فاطمة انما وقع الجواب فيه عن السؤال هل ذلك الدم حيض يمنع الصلاة ام لا فاخبرها عليه السلام انها ليست بحيضة تمنع الصلاة ولم يخبرها فيه لوجوب الطهر اصلا لكل صلاة ولا عند انقطاع دم الحيض وفي حديث ام حبيبة أمرها بشيء واحد وهو التطهر لكل صلاة لكن الجمهور ان يقولوا ان تاخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فلو كان واجبا عليها الطهر لكل صلاة لاخبرها بذلك وبعد أن يدعي مدع انها كانت تعرف ذلك مع انها كانت تجهل الفرق بين الاستحاضة والحيض واما تركه عليه السلام اعلامها بالطهر الواجب عليها عند انقطاع دم الحيض فمضمن في قوله انها ليست بالحيضة لانه كان معلوما من سنته عليه السلام ان انقطاع الحيض يوجب الغسل فاذا انما لم يخبرها بذلك لانها كانت عالمة به وليس الامر كذلك في وجوب الطهر لكل صلاة الا ان يدعى مدع ان هذه الزيادة لم تكن قبل ثابتة وثبتت بعد فيتطرق إلى ذلك المسئلة المشهورة هل الزيادة نسخ أم لا وقد روى في بعض طرق حديث فاطمة أمره عليه السلام لها بالغسل فهذا هو حال من ذهب مذهب الترجيح ومذهب البناء وأما من ذهب مذهب النسخ فقال ان حديث اسماء بنت عميس ناسخ لحديث ام حبيبة واستدل على ذلك بما روى عن عائشة ان سهلة ابنة سهيل استحيضت وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يامرها بالغسل عند كل صلاة فلما جهدها ذلك أمرها أن تجمع بين الظهر والعصر في غسل واحد والمغرب والعشاء في غسل واحد وتغتسل للصبح وأما الذين ذهبوا مذهب الجمع فقالوا ان حديث فاطمة ابنة حبيش محمول على التي تعرف أيام الحيض من ايام الاستحاضة وحديث ام حبيبة محمول على التي لا تعرف ذلك فامرت بالطهر في كل وقت احتياطا للصلاة وذلك ان هذه إذا قامت إلى الصلاة يحتمل ان تكون طهرت فيجب عليها ان تغتسل لكل صلاة وأما حديث اسماء ابنة عميس فمحمول على التي لا يتميز لها أيام الحيض من ايام الاستحاضة الا انه قد ينقطع عنها في أوقات فهذه اذا انقطع عنها الدم وجب عليها أن تغتسل وتصلي بذلك الغسل صلاتين وهنا قوم ذهبوا مذهب التخيير بين حديث ام حبيبة واسماء واحتجوا لذلك بحديث حمنة بنت جحش وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خيرها وهؤلاء منهم من قال ان المخيرة هي التي لا تعرف ايام حيضتها ومنهم من قال بل هي المستحاضة على الاطلاق عارفة كانت أو غير عارفة وهذا هو قول خامس في المسئلة الا ان الذي في حديث حمنة ابنة جحش انما هو التخيير بين أن تصلي الصلاة كلها بطهر واحد وبين ان تطهر في اليوم والليلة ثلاث مرات وأما من ذهب إلى أن الواجب ان تطهر في كل يوم مرة واحدة فلعله انما أوجب ذلك عليها لمكان الشك ولست أعلم في ذلك أثرا

﴿المسئلة الخامسة﴾ اختلف العلماء في جواز وطء المستحاضة على ثلاثة أقوال فقال قوم يجوز وطئها وهو الذي عليه فقهاء الامصار وهو مروي عن ابن عباس وسعيد بن المسيب وجماعة من التابعين وقال قوم ليس يجوز وطئها وهو مروي عن عائشة وبه قال النخعي والحكم وقال قوم لا يأتيها زوجها إلا أن يطول ذلك بها وبهذا القول قال أحمد بن حنبل وسبب اختلافهم هل اباحة الصلاة لها هي رخصة لمكان تاكيد وجوب الصلاة لما اتيح لها الصلاة لان حكمها حكم الطاهر فمن رآى ان ذلك رخصة لم يجز لزوجها ان يطأها ومن رآى ان ذلك لان حكمها حكم الطاهر اباح لها ذلك وهي بالجملة مسئلة مسكوت عنها وأما التفريق بين الطول والاطول فاستحسان

﴿كتاب التيمم﴾ والقول المحيط باصول هذا الكتاب يشتمل بالجملة على سبعة أبواب. الباب الاول في معرفة الطهارة التي هذه الطهارة بدل منها. الثاني في معرفة من تجوز له هذه الطهارة الثالث في معرفة

شروط جواز هذه الطهارة. الرابع في صفة هذه الطهارة. الخامس فيما تصنع به هذه الطهارة. السادس في نواقض هذه الطهارة السابع في الاشياء التي هذه الطهارة شرط في صحتها أو في اباحتها

﴿الباب الاول﴾ اتفق العلماء على أن هذه الطهارة هي بدل من الطهارة الصغرى واختلفوا في الكبرى فروي عن عمر وابن مسعود انهما كالا بر بانها بدل من الكبرى وكان علي وغيره من الصحابة يرون ان التيمم يكون بدلا من الطهارة الكبرى وبه قال عامة الفقهاء والسبب في اختلافهم الاحتمال الوارد في آية التيمم وانهم تصح عندهم الآثار الواردة بالتيمم للجنب اما الاحتمال الوارد في الآية فان قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا يحتمل أن يعود الضمير الذي فيه على المحدث حدثا اصغر فقط ويحتمل ان يعود عليهما معاً لكن من كانت الملامسة عنده في الآية الجماع فالاظهر انه عائد عليهما معاً ومن كانت الملامسة عنده هي اللمس باليد أعني في قوله تعالى أو لامستم النساء فالاظهر انه انما يعود الضمير عنده على المحدث حدثا اصغر فقط اذ كانت الضمائر انما يحمل أبداً عودها على اقرب مذكور الا ان يقدر في الآية تقديماً وتاخيراً حتى يكون تقديرها هكذا يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة أو جاء احد منكم من الغائط أو لامستم النساء فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم إلى الكعبين وإن كنتم جنباً فاطهروا وإن كنتم مرضى أو على سفر فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً ومثل هذا ليس ينبغي ان يصار اليه إلا بدليل فان التقديم والتاخير مجاز وحمل الكلام على الحقيقة اولى من حمله على المجاز وقد يظن ان في الآية نسقاً يقتضي تقديماً وتاخيراً وهو ان حملها على ترتيبها يوجب ان المرض والسفر حدث لكن هذا لا يحتاج اليه اذا قدرت أو هاهنا بمعنى الواو وذلك موجود في كلام العرب في مثل قول الشاعر (وكان سيان الا يسرحوا نعما ويسرحوه بها واغبرت السوح) فانه انما يقال سيان زيد وعمرو وهذا هو آخر الاسباب التي أوجبت الخلاف في هذه المسئلة واما ارتيابهم في الآثار التي وردت في هذا المعنى فمن ما خرجه البخاري ومسلم ان رجلا أتى عمر رضي الله عنه فقال اجنبت فلم اجد الماء فقال لا تصل فقال عمار اما تذكر يا امير المؤمنين اذا نا وأنت في سرية فاجنبنا فلم نجد الماء فاما أنت فلم تصل واما انا فتمعكت في التراب فصليت فقال النبي صلى الله عليه وسلم انما كان يكفيك ان تضرب بيدك ثم تنفخ فيهما ثم تمسح بهما وجهك وكفيك فقال عمر اتق الله يا عمار فقال ان شئت لم احدث به وفي بعض الروايات أنه قال له عمر نوليك ما توليت وخرج مسلم عن شقيق قال كنت جالساً مع عبد الله بن مسعود وأبي موسى فقال أبو موسى يا أبا عبد الرحمن أرأيت لو أن رجلا اجنب فلم يجد الماء شهراً كيف يصنع بالصلاة فقال عبد الله لابي موسى لا يتيمم وان لم يجد الماء شهراً فقال أبو موسى فكيف بهذه الآية في سورة المائدة فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً فقال عبد الله ورخص لهم في هذه الاية لاوشك اذا برد عليهم الماء أن يتيمموا بالصعيد فقال أبو موسى لعبد الله ألم تسمع لقول عمار وذكر له الحديث المتقدم فقال له عبد الله ألم تر عمر لم يقنع بقول عمار لكن الجمهور رأوا ان ذلك قد ثبت من حديث عمار وعمران ابن الحصين خرجهما البخاري وان نسيان عمر ليس مؤثراً في وجوب العمل بحديث عمار وايضاً فانهم استدلوا لجواز التيمم للجنب والحائض بعموم قوله عليه السلام جعلت لي الارض مسجداً وطهوراً واما حديث عمران ابن الحصين فهو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا معتزلا لم يصل مع القوم فقال يا فلان ما يكفيك أن تصلي مع القوم فقال يا رسول الله اصابتني جنابة ولا ماء فقال عليه السلام عليك بالصعيد فانه يكفيك وموضع هذا الاحتمال اختلفوا هل لمن ليس عنده ماء ان يطأ اهله أم لا يطؤها أعني من يجوز له التيمم

﴿الباب الثاني﴾ واما من يجوز له هذه الطهارة فاجمع العلماء انها تجوز لاثنين للمريض وللمسافر اذا عدما الماء واختلفوا في أربع في المريض يجد الماء ويخاف من استعماله

وفى الحاضر بعدم الماء وفى الصحيح المسافر بجد الماء فيمنعه من الوصول اليه خوف وفى الذى يخاف من استعماله من شدة البرد فاما المريض الذى يجد الماء ويخاف من استعماله فقال الجمهور يجوز التيمم له وكذلك الصحيح الذى يخاف الهلاك أو المرض الشديد من برد الماء وكذلك الذى يخاف من الخروج الى الماء الا أن معظمهم أوجب عليه الاعادة إذا وجد الماء وقال عطاء لايتيمم المريض ولاغير المريض إذا وجد الماء. وأما الحاضر الصحيح الذى يعدم الماء فذهب مالك والشافعى إلى جواز التيمم له وقال أبو حنيفة لايجوز التيمم للحاضر الصحيح وان عدم الماء ●وسبب اختلافهم فى هذه المسائل الاربع التى هى قواعد هذا الباب اما فى المريض الذى يخاف من استعمال الماء فهو اختلافهم هل فى الاية محذوف مقدر فى قوله تعالى وإن كنتم مرضى أو على سفر فمن رآ أن فى الآية حذفا وان تقدير الكلام وإن كنتم مرضى لاتقدرون على استعمال الماء وان الضمير فى قوله تعالى فلم تجدوا ماء انما يعود على المسافر فقط أجاز التيمم للمريض الذي يخاف من استعمال الماء ومن رآ أن الضمير فى لم تجدوا ماء يعود على المريض والمسافر معا وأنه ليس فى الآية حذف لم يجز للمريض اذا وجد الماء التيمم ● وأما سبب اختلافهم فى الحاضر الذى يعدم الماء فاحتمال الضمير الذى فى قوله تعالى فلم تجدوا ماء أن يعود على اصناف المحدثين أعنى الحاضرين والمسافرين أو على المسافرين فقط فمن رآه عائداً على جميع اصناف المحدثين اجاز التيمم للحاضرين ومن رآه عائداً على المسافرين فقط أو على المرضى والمسافرين لم يجز التيمم للحاضر الذى عدم الماء ●وأما سبب اختلافهم فى الخائف من الخروج الى الماء فاختلافهم فى قياسه على من عدم الماء وكذلك اختلافهم فى الصحيح يخاف من برد الماء السبب فيه هو اختلافهم فى قياسه على المريض الذى يخاف من استعمال الماء وقد رجح مذهبهم القائلون بجواز التيمم للمريض بحديث جابر فى المجروح الذى اغتسل فمات فاجاز عليه السلام المسح له وقال قتلوه قتلهم الله وكذلك رجحوا أيضاً قياس الصحيح الذى يخاف من برد الماء على المريض بما روى أيضاً فى ذلك عن عمرو بن العاص انه أجنب فى ليلة باردة فتيمم وتلى قول الله تعالى ولاتقتلوا أنفسكم ان الله كان بكم رحيما فذكر ذلك للنبي عليه السلام فلم ينكر

﴿الباب الثالث﴾ وأما معرفة شروط هذه الطهارة فيتعلق بثلاثة مسائل قواعد أحدها هل النية من شرط هذه الطهارة أم لا والثانية هل الطلب شرط فى جواز التيمم عند عدم الماء أم لا والثالثة هل دخول الوقت شرط فى جواز التيمم أم لا ﴿أما المسئلة الاولى﴾ والجمهور على أن النية فيها شرط لكونها عبادة غير معقولة المعنى وشذ زفر فقال ان النية ليست بشرط فيها وأنها لا تحتاج الى نية وقد روى ذلك أيضاً عن الاوزاعي والحسن بن حي وهو ضعيف ﴿وأما المسئلة الثانية﴾ فان مالكا رضى الله عنه اشترط الطلب وكذلك الشافعى ولم يشترطه أبو حنيفة ●وسبب اختلافهم فى هذا هو هل يسمى من لم يجد الماء دون طلب غير واجد للماء أم ليس يسمى غير واجد للماء الا اذا طلب الماء فلم يجده لكن الحق فى هذا أن يعتقد ان المتيقن لعدم الماء اما بطلب متقدم واما بغير ذلك هو عادم للماء واما الظان فليس بعادم للماء ولذلك يضعف القول بتكرر الطلب الذى فى المذهب فى المكان الواحد بعينه ويقوى اشتراطه ابتداً اذا لم يكن هنالك علم قطعى بعدم الماء

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهو اشتراط دخول الوقت فمنهم من اشترطه وهو مذهب الشافعى ومالك ومنهم من لم يشترطه وبه قال أبو حنيفة وأهل الظاهر وابن شعبان من أصحاب مالك ●وسبب اختلافهم هو هل ظاهر مفهوم انه الوضوء يقتضى الايجوز التيمم والوضوء الا عند دخول الوقت لقوله تعالى يأيها الذين آمنوا اذا قمتم الى

الصلاة الآية فاوجب الوضوء والتيمم عند وجوب القيام الى الصلاة وذلك اذا دخل الوقت فوجب لهذا أن يكون حكم الوضوء والتيمم فى هذا حكم الصلاة أعنى أنه كما ان الصلاة من شرط صحتها الوقت كذلك من شرط صحة الوضوء والتيمم الوقت الا أن الشرع خصص الوضوء من ذلك فبقي التيمم على أصله أم ليس يقتضى هذا ظاهر مفهوم الآية وان تقدير قوله تعالى يأيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة أى اذا أردتم القيام الى الصلاة وأيضاً فانه لو لم يكن هنالك محذوف لما كان يفهم من ذلك الا ايجاب الوضوء والتيمم عند وجوب الصلاة فقط لانه لا يجزى ان وقع قبل الوقت الان يقاس على الصلاة فلذلك الاولى ان يقال فى هذا ان سبب الخلاف فيه هو قياس التيمم على الصلاة لكن هذا يضعف قياسه على الوضوء اشبه فتأمل هذه المسئلة فانها ضعيفة أعني من يشترط فى صحته دخول الوقت ويجعله من العبادة الموقتة فان التوقيت فى العبادة لا يكون الا بدليل سمعى وانما يسوغ القول بهذا اذا كان على رجاء من وجود الماء قبل دخول الوقت فيكون هذا ليس من باب ان هذه العبادة موقتة لكن من باب انه ليس يتطلق اسم الغير واجداً للماء الا عند دخول وقت الصلاة لانه لم يدخل وقتها امكن ان يطرأ هو على الماء ولذلك اختلف المذهب متى يتيمم هل فى أول الوقت أو فى وسطه أو فى آخره لكن هاهنا مواضع تعلم قطعاً ان الانسان ليس يطارى على الماء فيها قبل دخول الوقت ولا الماء يطارى عليه وايضاً فان قدرنا طرو الماء فليس يجب عليه الا نقض التيمم فقط لا منع صحته وتقدير الطرو هو ممكن فى الوقت وبعده فلم جعل حكمه قبل الوقت خلاف حكمه فى الوقت اعني انه قبل الوقت يمنع انعقاد التيمم وبعد دخول الوقت لا يعدمه وهذا كله لا ينبغي ان يصار اليه الا بدليل سمعى ويلزم على هذا الا يجوز التيمم الا فى آخر الوقت فتأمله

﴿الباب الرابع﴾ واما صفة هذه الطهارة فيتعلق بها ثلاث مسائل هى قواعد هذا الباب

﴿المسئلة الاولى﴾ اختلف الفقهاء فى حد الايدي التى امر الله بمسحها فى التيمم فى قوله فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه على اربعة اقوال القول الاول ان الحد الواجب فى ذلك هو الحد الواجب بعينه فى الوضوء وهو الى المرافق وهو مشهور المذهب وبه قال فقهاء الامصار والقول الثاني ان الفرض هو مسح الكف فقط وبه قال اهل الظاهر واهل الحديث والقول الثالث الاستحباب الى المرفقين والفرض الكفان وهو مروى عن مالك والقول الرابع ان الفرض الى المناكب وهو شاذ روى عن الزهرى ومحمد بن مسلمة * والسبب فى اختلافهم اشتراك اسم اليد فى لسان العرب وذلك ان اليد فى كلام العرب يقال على ثلاثة معان على الكف فقط وهو اظهرها استعمالا ويقال على الكف والذراع ويقال على الكف والساعد والعضد * والسبب الثانى اختلاف الآثار فى ذلك وذلك ان حديث عمار المشهور فيه من طرقه الثابتة انما يكفيك ان تضرب بيدك ثم تنفخ فيها ثم تمسح بها وجهك وكفيك وورد فى بعض طرقه انه قال له عليه السلام وان تمسح بيدك الى المرفقين وروى ايضاً عن ابن عمر ان النبى عليه السلام قال التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين وروى ايضاً من طريق ابن عباس ومن طريق غيره فذهب الجمهور الى ترجيح هذه الاحاديث على حديث عمار الثابت من جهة عضد القياس لها اعنى من جهة قياس التيمم على الوضوء وهو بعينه حملهم على ان عدلوا بلفظ اسم اليد عن الكف الذى هو فيه اظهر الى الكف والساعد ومن زعم انه يتطلق عليهما بالسواء وانه ليس فى احدهما اظهر منه فى الثانى فقد غلط فان اليد وان كانت اسماً مشتركا فهى فى الكف حقيقة وفيما فوق الكف مجاز وليس كل اسم مشترك هو مجمل وانما المشترك المجمل الذى وضع من اول امره مشتركا وفى هذا قال الفقهاء انه لا يصح الاستدلال به ولذلك ما يقول ان الصواب هو ان يعتقد ان الفرض انما هو الكفان فقط وذلك ان اسم اليد لا يخلوا ان يكون فى الكف

اظهر

اظهر منه في سائر الاجزاء ويكون دلالته على سائر اجزاء الذراع والعضد بالسواء فان كان اظهر فيجب المصير اليه على مايجب المصير الى الاخذ بالظاهر وان لم يكن اظهر فيجب المصير الى الاخذ بالاثر الثابت فاما ان يقلب القياس هاهنا على الاثر فلا معنى له ولا ان نرجح به ايضاً احاديث لم تثبت بعد فالقول في هذه المسئلة مبين من الكتاب والسنة فتأمله واما من ذهب الى الابطة فانما ذهب الى ذلك لانه قد روى في بعض طرق حديث عمار انه قال تيممنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمسحنا بوجوهنا وايدينا الى المناكب ومن ذهب الى ان يحمل تلك الاحاديث على الندب وحديث عمار على الوجوب فهو مذهب حسن اذ كان الجمع اولى من الترجيح عند اهل الكلام الفقهي الا ان هذا انما ينبغي ان يصار اليه ان صحت تلك الاحاديث ﴿المسئلة الثانية﴾ اختلف العلماء في عدد الضربات على الصعيد للتيمم فمنهم من قال واحدة ومنهم من قال اثنتين والذين قالوا اثنتين منهم من قال ضربة الوجه وضربة لليدين وهم الجمهور واذا قلت الجمهور فالفقهاء الثلاثة معدودون فيهم أعني مالكا والشافعي وأبا حنيفة ومنهم من قال ضربتان لكل واحد منهما أعني لليد ضربتان وللوجه ضربتان ﴿والسبب في اختلافهم ان الآية مجملة في ذلك والاحاديث متعارضة وقياس التيمم على الوضوء في جميع أحواله غير متفق عليه والذي في حديث عمار الثابت من ذلك انما هو ضربة واحدة للوجه والكفين معاً لكن هاهنا احاديث فيها ضربتان فرجح الجمهور هذه الاحاديث لمكان قياس التيمم على الوضوء ﴿المسئلة الثالثة﴾ اختلف الشافعي مع مالك وأبي حنيفة وغيرهم في وجوب توصيل التراب إلى اعضاء التيمم فلم يرذلك أبو حنيفة واجبا ولا مالك ورأى ذلك الشافعي واجباً ﴿وسبب اختلافهم الاشتراك الذي في حرف من في قوله تعالى فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه وذلك ان منه قد ترد للتبعيض وقد ترد لتمييز الجنس فمن ذهب الى انها هاهنا للتبعيض أوجب نقل التراب إلى أعضاء التيمم ومن رأى انها لتمييز الجنس قال ليس النقل واجباً والشافعي انما رجح حملها على التبعيض من جهة قياس التيمم على الوضوء لكن يعارضه حديث عمار المتقدم لان فيه انهم ينفخ فيها ويتيمم رسول الله صلى الله عليه وسلم على الحائط وينبغي ان تعلم ان الاختلاف في وجوب الترتيب في التيمم ووجوب الفور فيه هو بعينه اختلافهم وذلك في الوضوء وأسباب الخلاف هنالك هي أسبابه هنا فلا معنى لاعادته ﴿الباب الخامس﴾ فيما تصنع به هذه الطهارة وفيه مسئلة واحدة وذلك انهم اتفقوا على جوازها بتراب الحرث الطيب واختلفوا في جواز فعلها بما عدى التراب من اجزاء الارض المتولد عنها كالحجارة فذهب الشافعي الى أنه لا يجوز التيمم الا بالتراب الخالص وذهب مالك وأصحابه الى أنه يجوز التيمم بكل ما صعد على وجه الارض من اجزائها في المشهور عنه الحصباء والرمل والتراب وزاد أبو حنيفة فقال وبكل مايتولد من الارض من الحجارة مثل النورة والزنيخ والجص والطين والرخام ومنهم من شرط ان يكون التراب على وجه الارض وهم الجمهور وقال أحمد بن حنبل يتيمم بغبار الثوب واليد ﴿والسبب في اختلافهم شيئان أحدهما اشتراك اسم الصعيد في لسان العرب فانه مرة يطلقه على التراب الخالص ومرة يطلقه على جميع اجزاء الارض الطاهرة حتى ان مالكا وأصحابه حملهم دلالة اشتقاق هذا الاسم أعني الصعيد ان يخبروا في احدى الروايات عنهم التيمم على الحشيش وعلى الثلج قالوا لانه قد سمي صعيداً في أصل التسمية أعني من جهة صعوده على الارض وهذا ضعيف والسبب الثاني ان اطلاق اسم الارض في جواز التيمم بها في بعض روايات الحديث المشهور وتقييدها بالتراب في بعضها وهو قوله عليه السلام جعلت لي الارض مسجداً وطهوراً فان في بعض رواياته جعلت لي الارض مسجداً وطهوراً وفي بعضها

جعلت لى الارض مسجداً وجعلت لى تربتها طهوراً وقد اختلف أهل الكلام الفقهي هل يقضى بالمطلق على المقيد أو بالمقيد على المطلق والمشهور عندهم أن يقضى بالمقيد على المطلق وفيه نظر ومذهب أبى محمد بن حزم ان يقضى بالمطلق على المقيد لان المطلق فيه زيادة معنى فمن كان رأيه القضاء بالمقيد على المطلق وحمل اسم الصعيد الطيب على التراب لم يجز التيمم الا بالتراب ومن قضى بالمطلق على المقيد وحمل اسم الصعيد على كل ما على وجه الارض من اجزائها اجاز التيمم بالرمل والحصى واما اجازة التيمم بما يتولد منها فضعيف اذ كان لا يتناوله اسم الصعيد فان اسم دلالة اسم الصعيد ان يدل على ما يدل عليه الارض لا ان يدل على الزرنيخ والنورة ولا على الثلج والحشيش والله الموفق للصواب والاشتراك الذى فى اسم الطيب أيضاً من احد دواعى الخلاف ﴿الباب السادس﴾ واما نواقض هذه الطهارة فانهم اتفقوا على انه ينقضها ماينقض الاصل الذى هو الوضوء أو الطهر واختلفوا من ذلك في مسئلتين احداهما هل ينقضها ارادة صلاة اخرى مفروضة غير المفروضة التى يتيمم لها والمسئلة الثانية هل ينقضها وجود الماء أم لا ﴿اما المسئلة الاولى﴾ فذهب مالك فيها الى ان ارادة الصلاة الثانية تنقض طهارة الاولى ومذهب غيره خلاف ذلك وأصل هذا الخلاف يدور على شيئان أحدهما هل فى قوله تعالى يأيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة محذوف مقدر أعنى اذا قمتم من النوم أو قمتم محدثين أم ليس هنالك محذوف أصلا فمن رأى ان لا محذوف هنالك قال ظاهر الآية وجوب الوضوء أو التيمم عند القيام لكل صلاة لكن خصصت السنة من ذلك الوضوء فبقى التيمم على اصله لكن لا ينبغى ان يحتج بهذا المآل فان مالكا يرى ان فى الآية محذوفاً على ما رواه عن زيد بن اسلم فى موطاه ﴿وأما السبب الثانى فهو تكرار الطلب عند دخول وقت كل صلاة وهذا هو القديم لاصول مالك أعنى ان يحتج له بهذا وقد تقدم القول فى هذه المسئلة ومن لم يتكرر عنده الطلب وقدر فى الآية محذوفا لم ير ارادة الصلاة مما ينقض التيمم ﴿وأما المسئلة الثانية﴾ فان الجمهور ذهبوا الى ان وجود الماء ينقضها وذهب قوم الى ان الناقض لها هو الحدث وأصل هذا الخلاف هل وجود الماء يرفع استصحاب الطهارة التى كانت بالتراب او يرفع ابتداء الطهارة بمن رآ انه انما يرفع ابتداء الطهارة به قال لا ينقضه الا الحدث ومن رآ انه يرفع استصحاب الطهارة قال انه ينقضها فان حد الناقض هو الرافع للاستصحاب وقد احتج الجمهور لمذهبهم بالحديث الثابت وهو قوله عليه السلام جعلت لى الارض مسجداً وطهوراً ما لم يجد الماء والحديث محتمل فانه يمكن ان يقال ان قوله عليه السلام ما لم يجد الماء يمكن ان يفهم منه فاذا وجد الماء انقطعت هذه الطهارة وارتفعت ويمكن ان يفهم منه فاذا وجد الماء لم تصح ابتداء هذه الطهارة والاقوى فى عضد الجمهور هو حديث ابى سعيد الخدرى وفيه انه عليه السلام قال فاذا وجدت الماء فامسه جلدك فان الامر محمول عند جمهور المتكلمين على الفور وان كان ايضاً قد يتطرق اليه الاحتمال المتقدم فتأمل هذا. وقد حمل الشافعي تسليمه ان وجود الماء يرفع هذه الطهارة ان قال ان التيمم ليس رافعاً للحدث أى ليس مفيداً للمتيمم الطهارة الرافعة للحدث وانما هو مبيح للصلاة فتطمع بقاء الحدث وهذا لا معنى له فان الله قد سماه طهارة وقد ذهب قوم من اصحاب مالك هذا المذهب فقالوا ان التيمم لا يرفع الحدث لانه لو رفعه لم ينقضه الا الحدث والجواب أن هذه الطهارة وجود الماء في حقها هو حدث خاص بها على القول بان الماء ينقضها. واتفق القائلون بان وجود الماء ينقضها على انه ينقضها قبل الشروع فى الصلاة وبعد الصلاة. واختلفوا هل ينقضها طروه فى الصلاة فذهب مالك والشافعي وداود الى انه لا ينقض الطهارة في الصلاة وذهب ابو حنيفة واحمد وغيرهما الى انه ينقض الطهارة في الصلاة

وهم احفظ للاصل لانه امر غير مناسب للشرع ان يوجد شئ واحد لا ينقض الطهارة في الصلاة ولا ينقضها في غير الصلاة ويمثل هذا شنعوا على مذهب ابي حنيفة فيما يراه من أن الضحك في الصلاة ينقض الوضوء مع انه مستند في ذلك الى الاثر فتأمل هذه المسئلة فانها بينة ولا حجة في الظواهر التي يرام الاحتجاج لهذا المذهب من قوله تعالى ولا تبطلوا اعمالكم فان هذا لم تبطل الصلاة بارادته وانما ابطلها طرو الماء كما لو احدث

﴿الباب السابع﴾ واتفق الجمهور على أن الافعال التي هي الطهارة شرط في صحتها هي الافعال التي الوضوء شرط في صحتها من الصلاة ومس المصحف وغير ذلك. واختلفوا هل يستباح بها اكثر من صلاة واحدة فقط فمشهور مذهب مالك انه لا يستباح بها صلاتان مفروضتان ابدا. واختلف قوله في الصلاتين المقضيتين والمشهور عنه انه اذا كانت احدى الصلاتين فرضا والاخرى نفلا انه ان قدم الفرض جمع بينهما وان قدم النفل لم يجمع بينهما وذهب ابو حنيفة الى انه يجوز الجمع بين صلوات مفروضة بتيمم واحد واصل هذا الخلاف هل هو التيمم يجب لكل صلاة ام لا امامن قبل ظاهر الآية كما تقدم وامامن وجوب تكرر الطلب وامامن كليهما

﴿كتاب الطهارة من النجس﴾ والقول المحيط باصول هذه الطهارة وقواعدها ينحصر في ستة ابواب. الباب الاول في معرفة حكم هذه الطهارة أعني في الوجوب او في الندب امامطلقاً وامامن جهة انها مشترطة في الصلاة. الباب الثاني في معرفة انواع النجاسات. الباب الثالث في معرفة المحال التي يجب ازالتها عنها. الباب الرابع في معرفة الشئ الذي به تزال. الباب الخامس في صفة ازالتها في محل محل. الباب السادس في آداب الاحداث

﴿الباب الاول﴾ والاصل في هذا الباب امامن الكتاب فقوله تعالى وثيابك فطهر وامامن السنة فآثار كثيرة ثابتة منها قوله عليه السلام من توضأ فليستنثر ومن استجمر فليوتر ومنها امره صلى الله عليه وسلم بغسل دم الحيض من الثوب وامره بصب ذنوب من ماء على بول الاعرابي وقوله عليه السلام في صاحبي القبر انهما ليعذبان وما يعذبان في كبير اما احدهما فكان لا يستتر من البول واتفق العلماء لمكان هذه المسموعات على ان ازالة النجاسة مامور بها في الشرع. واختلفوا هل ذلك على الوجوب او على الندب المذكور وهو الذي يعبر عنه بالسنة فقال قوم ان ازالة النجاسات واجبة وبه قال ابو حنيفة والشافعي وقال قوم ازالتها سنة مؤكدة وليست بفرض وقال قوم هي فرض مع الذكر ساقطة مع النسيان وكلا هذين القولين عن مالك واصحابه وسبب اختلافهم في هذه المسئلة راجع الى ثلاثة اشياء أحدها اختلافهم في قوله تبارك وتعالى وثيابك فطهر هل ذلك محمول على الحقيقة او محمول على المجاز. والسبب الثاني تعارض ظواهر الاثر في وجوب ذلك. والسبب الثالث اختلافهم في الامر والنهي الوارد لعلة معقولة المعنى هل تلك العلة المفهومة من ذلك الامر او النهي قرينة تنقل الامر من الوجوب الى الندب والنهي من الحظر الى الكراهة ام ليست قرينة وانه لا فرق في ذلك بين العبادة المعقولة وغير المعقولة وانما صار الى الفرق في ذلك لان الاحكام المعقولة المعاني في الشرع اكثرها هي من باب محاسن الاخلاق او من باب المصالح وهذه في الاكثر هي مندوب اليها فمن حمل قوله تعالى وثيابك فطهر على الثياب المحسوسة قال الطهارة من النجاسة واجبة ومن حملها على الكناية عن طهارة القلب لم ير فيها حجة. وأما الآثار المتعارضة في ذلك فمنها حديث صاحبي القبر المشهور وقوله فيها صلى الله عليه وسلم انهما ليعذبان وما يعذبان في كبير اما احدهما فكان لا يستتر من بوله فظاهر هذا الحديث يقتضي الوجوب لان العذاب لا يتعلق الا بالواجب وأما المعارض في ذلك فما ثبت عنه عليه السلام من انه رمي عليه وهو في الصلاة سلا

جزور بالدم والفرث فلم يقطع الصلاة وظاهر هذا انه لو كانت ازالة النجاسة واجبة كوجوب الطهارة من الحدث لقطع الصلاة ومنها ما روى أن النبي عليه السلام كان في صلاة من الصلوات يصلي في نعليه فطرح نعليه فطرح الناس لطرحه نعالهم فانكر ذلك عليهم عليه السلام وقال انما خلعتها لأن جبريل اخبرني ان فيها قذراً فظاهر هذا انه لو كانت واجبة لما بنى على ما مضى من الصلاة فمن ذهب في هذه الآثار مذهب ترجيح الظواهر قال اما بالوجوب ان رجح ظاهر حديث الوجوب او بالندب ان رجح ظاهر حديثي الندب أعني الحديثين اللذين يقتضيان ان ازالتها من باب الندب المؤكد وهو ذهب مذهب الجمع فمنهم من قال هي فرض مع الذكر والقدرة ساقطة مع النسيان وعدم القدرة ومنهم من قال هي فرض مطلقاً وليست من شرط صحة الصلاة وهو قول رابع في المسئلة وهو ضعيف لان النجاسة انما تزال في الصلاة وكذلك من فرق بين العبادة المعقولة المعنى وبين الغير معقولته أعني انه جعل الغير معقولة أكد في باب الوجوب فرق بين الامر الوارد في الطهارة من الحدث وبين الامر الوارد بالطهارة من النجس لان الطهارة من النجس معلوم أن المقصود بها النظافة وذلك من محاسن الاخلاق وأما الطهارة من الحدث فغير معقولة المعنى مع ما اقترن بذلك من صلاتهم في النعال مع انها لا تسلم من بواطنها النجاسات غالباً وما اجمعوا عليه من العفو عن اليسير في بعض النجاسات

﴿الباب الثاني﴾ وأما انواع النجاسات فان العلماء اتفقوا من اعيانها على اربعة ميتة الحيوان ذي الدم الذي ليس بمائي وعلى لحم الخنزير بأي سبب اتفق ان يذهب حياته وعلى الدم نفسه من الحيوان الذي انفصل من الحي او الميت اذا كان مسفوحا أعني كثيراً وعلى بول ابن آدم ورجيعه وأكثرهم على نجاسة الخمر وفي ذلك خلاف عن بعض المحدثين واختلفوا في غير ذلك والقواعد من ذلك سبع مسائل

﴿المسئلة الاولى﴾ اختلفوا في ميتة الحيوان الذي لا دم له وفي ميتة الحيوان البحري فذهب قوم الى ان ميتة ما لا دم له طاهرة وكذلك ميتة البحر وهو مذهب مالك واصحابه وذهب قوم الى التسوية بين ميتة ذوات الدم التي لا دم لها في النجاسة واستثنوا من ذلك ميتة البحر وهو مذهب الشافعي الا ما وقع الاتفاق على انه ليس بميتة مثل دود الخل وما يتولد في المطعومات وسوى قوم بين ميتة البر والبحر واستثنوا ميتة ما لا دم له وهو مذهب ابي حنيفة وسبب اختلافهم في مفهوم قوله تعالى حرمت عليكم الميتة وذلك انهم فيما احسب اتفقوا انه من باب العام اريد به الخاص واختلفوا أي خاص اريد به فمنهم من استثنى من ذلك ميتة البحر وما لا دم له ومنهم من استثنى من ذلك ميتة البحر فقط ومنهم من استثنى من ذلك ميتة ما لا دم له فقط وسبب اختلافهم في هذه المستثنات هو سبب اختلافهم في الدليل المخصوص اما من استثنى من ذلك ما لا دم له فحجته مفهوم الآثار الثابت عنه عليه السلام من امره بقتل الذباب اذا وقع في الطعام قالوا فهذا يدل على طهارة الذباب وليس لذلك علة الا انه غير ذي دم وأما الشافعي فعنده ان هذا خاص بالذباب لقوله عليه السلام فان في احدى جناحيه داء وفي الاخرى دواء ومن الشافعي هذا المفهوم من الحديث بان ظاهر الكتاب يقتضي ان الميتة والدم نوعان من انواع المحرمات احدهما تعمل فيه التذكية وهي الميتة وذلك في الحيوان المباح الاكل باتفاق والدم لا تعمل فيه التذكية فحكمهما يفترقان فكيف يجوز ان يجمع بينهما حتى يقال ان الدم هو سبب تحريم الميتة وهذا قوي كما ترى فانه لو كان الدم هو السبب في تحريم الميتة لما كان يرتفع الحرمية عن الحيوان بالذكاة وليقا حرمية الدم الذي لم ينفصل بعد عن المذكاة وكانت الحلية انما توجد بعد انفصال الدم عنه لانه اذا ارتفع السبب ارتفع المسبب الذي يقتضيه ضرورة لانه ان وجد السبب والمسبب غير موجود فليس له هو سبباً ومثال ذلك انه اذا ارتفع التحريم عن عصير العنب

وجب ضرورة ان يرتفع الاسكار ان كنا نعتقد ان الاسكار هو سبب التحريم وأما من استثنى من ذلك ميتة البحر فانه ذهب الى الاثر الثابت في ذلك من حديث جابر وفيه انهم اكلوا من الحوت الذي رماه البحر اياما وتزودوا منه وانهم اخبروا بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسن فعلهم وسؤالهم هل بقي منه شئ وهو دليل على انه لم يجوز ذلك لهم لمكان ضرورة خروج الزاد عنهم . واحتجوا ايضاً بقوله عليه السلام هو الطهور ماؤه الحل ميتته وأما ابو حنيفة فرجح عموم الآية على هذا الاثر اما لان الآية مقطوع بها والاثر مظنون واما لانه رآ ان ذلك رخصة لهم أعني حديث جابر اولانه احتمل عنده ان يكون الحوت مات بسبب وهو رمي البحر به الى الساحل لان الميتة هو ما مات من تلقاء نفسه من غير سبب من خارج ولاختلافهم في هذا ايضاً سبب آخر وهو احتمال عودة الضمير في قوله تعالى وطعامه متاعا لكم وللسيارة أعني ان يعود على البحر او على الصيد نفسه فمن اعاده على البحر قال طعامه هو الطافي ومن اعاده على الصيد قال هو الذي احل فقط من صيد البحر مع أن الكوفيين ايضاً تمسكوا في ذلك بأثر ورد فيه تحريم الطافي من السمك وهو عندهم ضعيف

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وكما اختلفوا في انواع الميتات كذلك اختلفوا في اجزاء ما اتفقوا عليه انه ميته وذلك انهم اتفقوا على ان اللحم من اجزاء الميتة ميتة . واختلفوا في العظام والشعر فذهب الشافعي الى أن العظم والشعر ميتة وذهب ابو حنيفة الى انهما ليسا بميتة وذهب مالك للفرق بين الشعر والعظم فقال ان العظم ميتة وليس الشعر ميتة * وسبب اختلافهم هو اختلافهم فيما ينطلق عليه اسم الحياة من افعال الاعضاء فمن رآ ان النمو والتغذي هو من افعال الحياة قال ان الشعر والعظام اذا فقدت النمو والتغذي فهي ميتة ومن رآ انه لا ينطلق اسم الحياة الا على الحس قال إن الشعر والعظام ليست بميتة لانها لا حس لها ومن فرق بينهما اوجب للعظام الحس ولم يوجب للشعر وفي حس العظام اختلال والامر فيه مختلف بين الاطباء ومما يدل على أن التغذي والنمو ليست هي الحياة التي يطلق على عدمها اسم الميتة ان الجميع قد اتفقوا على أن ما قطع من البهيمة وهي حية انه ميتة لورود ذلك في الحديث وهو قوله عليه السلام ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة واتفقوا على أن الشعر اذا قطع من الحي أنه طاهر ولو انطلق اسم الميتة على من فقد التغذي والنمو لقيل في النبات المقلوع انه ميتة وذلك أن النبات فيه التغذي والنمو وللشافعي ان يقول إن التغذي الذي ينطلق على عدمه اسم الموت هو التغذي الموجود في الحساس

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلفوا في الانتفاع بجلود الميتة فذهب قوم الى أن الانتفاع بجلودها مطلقاً دبغت اولم تدبغ وذهب قوم الى خلاف هذا وهو الا ينتفع بها اصلا وان دبغت وذهب قوم الى الفرق بين ان تدبغ وان لا تدبغ ورأوا أن الدباغ مطهر لها وهو مذهب الشافعي وابي حنيفة وعن مالك في ذلك روايتان إحداهما مثل قول الشافعي والثانية أن الدباغ لا يطهره ولكنه يستعمل في اليابسات والذين ذهبوا الى أن الدباغ مطهر اتفقوا على انه مطهر لما تعمل فيه الذكاة من الحيوان أعني المباح الاكل واختلفوا فيما لا تعمل فيه الذكاة فذهب الشافعي الى انه مطهر لما تعمل فيه الذكاة فقط وانه بدل منها في افادة الطهارة وذهب ابو حنيفة الى ان الدباغ في جميع ميتات الحيوان ما عدى الخنزير وقال داود تطهر حتى جلد الخنزير * وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك وذلك انه ورد في حديث ميمونة اباحة الانتفاع بها مطلقاً وذلك ان فيه انه مر بميتة فقال عليه السلام هلا انتفعتم بجلدها وفي حديث ابن عكيم منع الانتفاع بها مطلقاً وذلك ان فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب قال وذلك قبل موته بيام وفي بعضها الامر بالانتفاع بها بعد الدباغ والمنع قبل الدباغ والثابت في هذا الباب هو حديث

ابن عباس أنه عليه السلام قال اذا دبغ الاهاب فقد طهر فلما كان اختلاف هذه الآثار اختلف الناس في تأويلها فذهب قوم مذهب الجمع على حديث ابن عباس أعني انهم فرقوا في الانتفاع بها بين المدبوغ وغير المدبوغ وذهب قوم مذهب النسخ فاخذوا بحديث ابن عكيم لقوله فيه قبل موته بعام وذهب قوم مذهب الترجيح لحديث ميمونة ورأوا انه يتضمن زيادة على ما في حديث ابن عباس وان تحريم الانتفاع ليس يخرج من حديث ابن عباس قبل الدباغ لان الانتفاع غير الطهارة أعني كل طاهر ينتفع به وليس يلزم عكس هذا المعنى أعني أن كل ما ينتفع به هو طاهر

﴿المسئلة الرابعة﴾ اتفق العلماء على أن دم الحيوان البري نجس واختلفوا في دم السمك وكذلك اختلفوا في الدم القليل من دم الحيوان غير البحري فقال قوم دم السمك طاهر وهو احد قولي مالك ومذهب الشافعي وقال قوم هو نجس على اصل الدماء وهو قول مالك في المدونة وكذلك قال قوم ان قليل الدماء معفو عنه وقال قوم بل القليل منها والكثير حكمه واحد والاول عليه الجمهور والسبب في اختلافهم في دم السمك هو اختلافهم في ميتته فمن جعل ميتته داخلة تحت عموم التحريم جعل دمه كذلك ومن اخرج ميتته اخرج دمه قياساً على الميتة وفي ذلك الرضيف وهو قوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان الجراد والحوت والكبد والطحال. وأما اختلافهم في كثير الدم وقليله فسببه اختلافهم في القضاء بالمقيد على المطلق او بالمطلق على المقيد وذلك انه ورد تحريم الدم مطلقاً في قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وورد مقيداً في قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الى محرماً الى قوله اودماً مسفوحا او لحم خنزير فمن قضى بالمقيد على المطلق وهم الجمهور قال المسفوح هو النجس المحرم فقط ومن قضى بالمطلق على المقيد لان فيه زيادة قال المسفوح وهو الكثير وغير المسفوح وهو القليل كل ذلك حرام وايد هذا بان كل ما هو نجس لعينه فلا يتبعض ﴿المسئلة الخامسة﴾ اتفق العلماء على نجاسة بول ابن آدم ورجيعه الا بول الصبي الرضيع. واختلفوا فيما سواه من الحيوان فذهب الشافعي وابو حنيفة الى انها كلها نجسة وذهب قوم الى طهارتها باطلاق أعني فضلتي سائر الحيوان البول والرجيع وقال قوم ابوالها وارواثها تابعة للحومها فما كان منها لحومها محرمة فابوالها نجسة محرمة وما كان منها لحومها ماكولة فابوالها وارواثها طاهرة ماعدى التي تاكل النجاسة وما كان منها مكروهاً فابوالها وارواثها مكروهة وبهذا قال مالك كما قال أبو حنيفة بذلك في الاشاره وسبب اختلافهم شيئان. احدهما اختلافهم في مفهوم الاباحة الواردة للصلاة في مرابض الغنم واباحته عليه السلام للعرنيين شرب ابوال الابل والبانها وفي مفهوم النهي عن الصلاة في اعطان الابل. والسبب الثاني اختلافهم في قياس سائر الحيوان في ذلك على الانسان فمن قاس سائر الحيوان على الانسان ورآه من باب قياس الاولى والاحري ولم يفهم من اباحة الصلاة في مرابض الغنم طهارة ارواثها وابوالها جعل ذلك عبادة ومن فهم من النهي عن الصلاة في اعطان الابل النجاسة وجعل اباحته للعرنيين البان الابل وابوالها لمكان المداواة على اصله في اجازة ذلك قال كل رجيع وبول فهو نجس ومن فهم من حديث اباحة الصلاة في مرابض الغنم طهارة ارواثها وابوالها وكذلك من حديث العرنيين وجعل النهي عن الصلاة في اعطان الابل عبادة او لمعنى غير معنى النجاسة وكان الفرق عنده بين الانسان وبهيمة الانعام ان فضلتي الانسان مستقذرة بالطبع وفضلتي بهيمة الانعام ليست كذلك جعل الفضلات تابعة للحوم والله أعلم ومن قاس على بهيمة الانعام غيرها جعل الفضلات كلها ماعدى فضلتي الانسان غير نجسة ولا محرمة والمسئلة محتملة ولولا انه لا يجوز احداث قول لم يتقدم اليه احد في المشهور وان كانت مسئلة فيها خلاف لقيل انما يتبين منها ويستقذر بخلاف ما لا يتبين ولا يستقذر وبخاصة

ما كان منها رائحته حسنة لاتفاقهم على اباحة العنبر وهو عند اكثر الناس فضلة من فضلات حيوان في البحر وكذلك المسك وهو فضلة دم الحيوان الذي يوجد المسك فيه فيما يذكر ﴿المسئلة السادسة﴾ اختلف الناس في قليل النجاسات على ثلاثة اقوال فقوم رأوا قليلها وكثيرها سواء وممن قال بهذا القول الشافعي وقوم رأوا أن قليل النجاسات معفو عنه وحدوه بقدر الدرهم البغلي وممن قال بهذا القول ابوحنيفة وشذ محمد بن الحسن فقال ان كانت النجاسة ربع الثوب فما دونه جازت به الصلاة وقال فريق ثالث قليل النجاسات وكثيرها سواء الا الدم على ما تقدم وهو مذهب مالك وعنه في دم الحيض روايتان والاشهر مساواته لسائر الدماء ﴿وسبب اختلافهم اختلافهم في قياس قليل النجاسة على الرخصة الواردة في الاستجمار للعلم بان النجاسة هناك باقية فمن اجاز القياس على ذلك استجاز قليل النجاسة ولذلك حدوه بالدرهم قياساً على قدر المخرج ومن رأى ان تلك رخصة والرخص لايقاس عليها منع ذلك وأما سبب استثناء مالك من ذلك الدماء فقد تقدم وتحصيل مذهب ابي حنيفة ان النجاسات عنده تنقسم الى مغلظة ومخففة وان المغلظة هي التي يعفى منها عن قدر الدرهم والمخففة هي التي يعفى منها عن ربع الثوب والمخففة عندهم هي مثل اروات الدواب وما لاينفك منه الطرق غالباً وتقسيمهم اياها الى مغلظة ومخففة حسن جداً ﴿المسئلة السابعة﴾ اختلفوا في المني هل هو نجس أم لا فذهبت طائفة منهم مالك وأبوحنيفة الى انه نجس وذهبت طائفة الى انه طاهر وبهذا قال الشافعي واحمد وداود ﴿وسبب اختلافهم فيه شيئان. احدهما اضطراب الرواية في حديث عائشة وذلك في ان في بعضها كنت اغسل ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم من المني فخرج للصلاة وأن فيه لبقع الماء وفي بعضها كنت افركه من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي بعضها فيصلي فيه فخرج هذا الزيادة مسلم والسبب الثاني تردد المني بين ان يشبه بالاحداث الخارجة من البدن وبين أن يشبه بخروج الفضلات الطاهرة كاللبن وغيره فمن جمع الاحاديث كلها بان حمل الغسل على باب النظافة واستدل من الفرك على الطهارة على اصله في أن الفرك لايطهر نجاسة وقاسه على اللبن وغيره من الفضلات الشريفة لمن يره نجساً ومن رجح حديث الغسل على الفرك وفهم منه النجاسة وكان بالاحداث عنده اشبه منه بما ليس بحدث قال انه نجس وكذلك ايضاً من اعتقد أن النجاسة تزول بالفرك قال الفرك يدل على نجاسته كما يدل الغسل وهو مذهب ابي حنيفة وعلى هذا فلاحجة لاولئك في قولها فيصلي فيه بل فيه حجة لابي حنيفة في أن النجاسة تزال بغير الماء وهو خلاف قول المالكية ﴿الباب الثالث﴾ وأما المحال التي تزال عنها النجاسات فثلاثة ولا خلاف في ذلك. احدها الابدان ثم الثياب ثم المساجد ومواضع الصلاة وانما اتفق العلماء على هذه الثلاثة لانها منطوق بها في الكتاب والسنة. أما الثياب ففي قوله تعالى وثيابك فطهر على مذهب من حملها على الحقيقة وفي الثياب من امر عليه السلام بغسل الثوب من دم الحيض وصبه الماء على بول الصبي الذي بال عليه وأما المساجد فلامره عليه السلام بصب ذنوب من ماء على بول الاعرابي الذي بال في المسجد وكذلك ثبت عنه عليه السلام انه امر بغسل المذي من البدن وغسل النجاسات من المخرجين واختلف الفقهاء هل يغسل الذكر كله من المذي أم لا لقوله عليه السلام في حديث علي المشهور وقد سئل عن المذي فقال يغسل ذكره ويتوضأ ﴿وسبب الخلاف فيه هو هل اواجب هو الاخذ بأوائل الاسماء او باواخرها فمن رأى انه بأواخرها أعني باكثر ماينطلق عليه الاسم قال يغسل الذكر كله ومن رأى الاخذ بأقل ماينطلق عليه قال انما يغسل موضع الاذى فقط وقياساً على البول والمذي

﴿ الباب الرابع ﴾ وأما الشيء الذي بزال فان المسلمين اتفقوا على أن الماء الطاهر المطهر يزيلها من هذه الثلاثة المحال واتفقوا ايضاً على أن الحجارة تزيلها من المخرجين واختلفوا فيما سوى ذلك من المائعات والجامدات التي تزيلها فذهب قوم الى ان ما كان طاهراً يزيل عين النجاسة مائعاً كان او جامداً في أي موضع كانت وبه قال ابو حنيفة وأصحابه وقال قوم لا تزال النجاسة بما سوى الماء الا في الاستجمار فقط المتفق عليه وبه قال مالك والشافعي واختلفوا ايضاً في ازالتها في الاستجمار بالعظم والروث فمنع ذلك قوم واجازوه بغير ذلك مما ينقي واستثنى مالك من ذلك ما هو مطعوم ذو حرمة كالخبز وقد قيل ما في استعماله سرف كالذهب والياقوت وقسوم قصروا الانقاء على الاحجار فقط وهو مذهب اهل الظاهر وقوم اجازوا الاستنجاء بالعظم دون الروث وان كان مكروهاً عندهم وشذ الطبري فاجاز الاستجمار بكل طاهر ونجس * وسبب اختلافهم في ازالة النجاسة بما عدى الماء فيما عدى المخرجين هو هل المقصود بازالة النجاسة بالماء هو ائتلاف عينها فقط فتسوى في ذلك مع الماء كل ما يتلف عينها أم للماء في ذلك مزيد خصوص ليس لغير الماء فمن لم يظهر عنده للماء مزيد خصوص قال بازالتها بسائر المائعات والجامدات الطاهرة وأيد هذا المفهوم بالاتفاق على ازالتها من المخرجين بغير الماء وبما ورد من حديث اسماء انها قالت أتى امرأة اطيل ذيلي وامشي في المكان القذر فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم يطهره ما بعده وكذلك بالآثار التي خرج ابو داود في هذا مثل قوله عليه السلام اذا وطئ احدكم الاذى بنعليه فان التراب له طهور الى غير ذلك مما روى في هذا المعنى ومن رأى أن للماء في ذلك مزيد خصوص منع ذلك الا في موضع الرخصة فقط وهي المخرجان ولما طالبت الحنفية الشافعية بذلك الخصوص المزيد الذي للماء لجئوا في ذلك الى انها عبادة اذ لم يقدروا بان يعطوا في ذلك سبباً معقولا حتى انهم سلموا ان الماء لا يزيل النجاسة بمعنى معقول وانما ازالته بمعنى شرعي حكمي وطال الخطب والجدال بينهم هل ازالة النجاسة بالماء عبادة او معنى معقول خلافاً عن سلف واضطرت الشافعية الى ان تثبت ان في الماء قوة شرعية في رفع احكام النجاسات ليست في غيره وان استوى مع سائر الاشياء في ازالة العين وأن المقصود انما هو ازالة ذلك الحكم الذي اختص به الماء لا ذهاب عين النجاسة بل قد يذهب العين ويبقى الحكم فباعدوا المقصد وقد كانوا اتفقوا قبل مع الحنفيين ان طهارة النجاسة ليست طهارة حكمية أعني شرعية ولذلك لم تحتج الى نية ولو راموا الانفصال عنهم فاذا نوى أن للماء قوة ازالة للانجاس والادناس وقلعها من الثياب والابدان ليست لغيره ولذلك اعتمده الناس في تنظيف الابدان والثياب لكان قولا جيداً وغير بعيد بل لعله واجب ان يعتقد أن الشرع انما اعتمد في كل موضع غسل النجاسات بالماء لهذه الخاصية التي في الماء ولو كانوا قالوا هذا لقد كانوا قد قالوا في ذلك قولا هو ادخل في مذهب الفقه الجاري على المعاني وانما يلجأ الفقيه الى ان يقول عبادة اذا ضاق عليه المسلك مع الخصم فتأمل ذلك فانه بين من امرهم في اكثر المواضع وأما اختلافهم في الروث فسببه اختلافهم في المفهوم من النهي الوارد في ذلك عنه عليه السلام أعني امره عليه السلام أن لا يستنجي بعظم ولا روث فمن دل عنده النهي على فساده لم يجز ذلك ومن لم ير ذلك اذكانت النجاسة معنى معقولا حمل ذلك على الكراهية ولم يعده الى ابطال الاستنجاء بذلك ومن فرق بين العظام والروث فلان الروث نجس عنده ﴿ الباب الخامس ﴾ وأما الصفة التي بها تزول فاتفق العلماء على انها غسل ومسح ونضح لورود ذلك في الشرع وثبوته في الآثار واتفقوا على أن الغسل عام لجميع انواع النجاسات ولجميع محال النجاسات وأن المسح بالاحجار يجوز في المخرجين ويجوز في الخفين وفي النعلين من العشب اليابس وكذلك

ذيل المرأة الطويل اتفقوا على أن طهارته هي على ظاهر حديث ام سلمة من العشب اليابس واختلفوا من ذلك في ثلاثة مواضع هي اصول هذا الباب أحدها في النضح لاي نجاسة هو. والثاني في المسح لاى محل هو ولاى نجاسة هو بعد ان اتفقوا على ما ذكرنا. والثالث اشتراط العدد في الغسل والمسح أما النضح فان قوما قالوا هذا خاص بازالة بول الطفل الذي لم ياكل الطعام وقوم فرقوا بين بول الذكر في ذلك والانثى فقالوا ينضح بول الذكر ويغسل بول الانثى وقوم قالوا الغسل طهارة مايتفق نجاسته والنضح طهارة ماشك فيه وهو مذهب مالك بن انس رضى الله عنه *وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الاحاديث في ذلك أعنى اختلافهم في مفهومها وذلك أن ههنا حديثين ثابتين في النضح أحدهما حديث عائشة أن النبي عليه السلام كان يوتى بالصبيان فيبرك عليهم ويحنكهم فاتى بصبي فبال عليه فدعا بماء فاتبعه بوله ولم يغسله وفي بعض رواياته فنضحه ولم يغسله خرّجه البخاري والآخر حديث انس المشهور حين وصف صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيته قال فقمت الى حصير لنا قد اسود من طول مالبس فنضحته بالماء فمن الناس من صار الى العمل بمقتضى حديث عائشة وقال هذا خاص ببول الصبي واستثناه من سائر البول ومن الناس من رجح الآثار الواردة في الغسل على هذا الحديث وهو مذهب مالك ولم ير النضح الا الذي في حديث انس وهو الثوب المشكوك فيه على ظاهر مفهومه وأما الذي فرق في ذلك بين بول الذكر والانثى فانه اعتمد على ما رواه ابو داود عن ابي السمح من قوله عليه السلام يغسل بول الجارية ويرش بول الصبي وأما من لم يفرق فانما اعتمد قياس الانثى على الذكر الذي ورد فيه الحديث الثابت وأما المسح فان قوماً اجازوه في أي محل كانت النجاسة اذا اذهب عينها على مذهب ابي حنيفة وكذلك الفرك على قياس من يرى ان كل ما ازال العين فقد طهر وقوم لم يجيزوه في المتفق عليه وهو المخرج وفي ذيل المرأة وفي الخف وذلك من العشب اليابس لان الاذى غير اليابس وهو مذهب مالك وهؤلاء لم يعدوا المسح الى غير المواضع التي جاءت في الشرع وأما الفريق الآخر فانهم عدوه *والسبب في اختلافهم في ذلك هل ما ورد من ذلك رخصة او حكم فمن قال رخصة لم يعدها الى غيرها أعنى لم يقس عليها ومن قال هو حكم من احكام ازالة النجاسة كحكم الغسل عداه. وأما اختلافهم في العدد فان قوماً اشترطوا الانقاء فقط في الغسل والمسح وقوماً اشترطوا العدد في الاستجمار وفي الغسل والذين اشترطوه في الغسل منهم من اقتصر على المحل الذي ورد فيه العدد في الغسل بطريق السمع ومنهم من عداه إلى سائر النجاسات اما من لم يشترط العدد لا في غسل ولا في مسح فمنهم مالك وأبو حنيفة واما من اشترط في الاستجمار العدد أعنى ثلاثة احجار لا أقل من ذلك فمنهم الشافعي وأهل الظاهر واما من اشترط العدد في الغسل واقتصر به على محله الذي ورد فيه وهو غسل الاناء سبعا من ولوغ الكلب فالشافعي ومن قال بقوله واما من عداه واشترط السبع في غسل النجاسات فلغلبة ظني أن أحمد بن حنبل منهم وأبو حنيفة يشترط الثلاثة في ازالة النجاسة الغير محسوسة العين أعنى الحكمية *وسبب اختلافهم في هذا تعارض المفهوم من هذه العبادة لظاهر اللفظ في الاحاديث التي ذكر فيها العدد وذلك أن من كان المفهوم عنده من الامر بازالة النجاسة ازالة عينها لم يشترط العدد أصلا وجعل العدد الوارد من ذلك في الاستجمار في حديث سلمان الثابت الذي فيه الامر الا يستنجي باقل من ثلاثة احجار على سبيل الاستحباب حتى يجمع بين المفهوم من الشرع والمسموع من هذه الاحاديث وجعل العدد المشترط في غسل الاناء من ولوغ الكلب عبادة لا النجاسة كما تقدم من مذهب مالك وأما من صار إلى ظواهر هذه الآثار واستثناها من المفهوم فاقتصر بالعدد على هذه الحال التي ورد العدد فيها واما من رجح الظاهر على المفهوم فانه عدى ذلك الى سائر النجاسات وأما

حجة أبي حنيفة في الثلاثة فلقوله عليه السلام إذا استيقظ أحدكم من النوم فليغسل يده ثلاثا قبل ان يدخلها في انائه

﴿الباب السادس﴾ واما آداب الاستنجاء ودخول الخلاء فاكثرها محمولة عند الفقهاء على الندب وهي معلومة من السنة كالبعد في المذهب إذا أراد الحاجة وترك الكلام عليها والنهي عن الاستنجاء باليمين والا بعض ذكره بعينه وغير ذلك مما ورد في الآثار وانما اختلفوا من ذلك في مسئلة واحدة مشهورة وهي استقبال القبلة للغائط والبول واستدبارها فان للعلماء فيها ثلاثة أقوال قول انه لا يجوز ان تستقبل القبلة لغائط ولا بول أصلا ولا في موضع من المواضع وقول ان ذلك يجوز باطلاق وقول انه يجوز في المباني والمدن ولا يجوز ذلك في الصحراء وفي غير المباني والمدن هو السبب في اختلافهم هذا حديثان متعارضان ثابتان أحدهما حديث أبي ايوب الانصاري أنه قال عليه السلام اذا أتيتم الغائط فلا تستقبلوا القبلة ولا تستدبروها ولكن شرقوا أو غربوا والحديث الثاني حديث عبد الله بن عمر أنه قال ارتقيت على ظهر بيت أختي حصة فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قاعداً لحاجته على لبنتين مستقبل الشام مستدبر القبلة فذهب الناس في هذين الحديثين ثلاثة مذاهب أحدها مذهب الجمع والثاني مذهب الترجيح والثالث مذهب الرجوع الى البراءة الاصلية اذا وقع التعارض وأعني بالبراءة الاصلية عدم الحكم فمن ذهب مذهب الجمع حمل حديث أبي أيوب الانصاري على الصحاري وحيث لا سترة وحمل حديث ابن عمر على السترة وهو مذهب مالك ومن ذهب مذهب الترجيح رجح حديث أبي أيوب لانه اذا تعارض حديثان أحدهما فيه شرع موضوع والاخر موافق للاصل الذي هو عدم الحكم ولم يعلم المتقدم منها من المتأخر وجب ان يصار إلى الحديث المثبت للشرع لانه قد وجب العمل بنقله من طريق العدول وتركه الذي ورد أيضاً من طريق العدول يمكن ان يكون ذلك قبل شرع ذلك الحكم ويمكن ان يكون بعده فلم يجز ان يترك شرعا وجب العمل به بظن لم نؤمر ان يوجب النسخ به الا لو نقل انه كان بعد فان الظنون التي تستند اليها الاحكام محدودة بالشرع أعني التي توجب رفعها أو ايجابها وليست هي أي ظن اتفق ولذلك ما يقولون ان العمل لم يجب بالظن وانما وجب بالاصل المقطوع به يريدون بذلك الشرع المقطوع به الذي أوجب العمل بذلك النوع من الظن وهذه الطريقة التي قلناها هي طريقة أبي محمد بن حزم الاندلسي وهي طريقة جيدة بينة على اصول أهل الكلام الفقهي وهو راجع الى انه لا يرتفع بالشك ما ثبت بالدليل الشرعي واما من ذهب مذهب الرجوع الى الاصل عند التعارض فهو مبني على ان الشك يسقط الحكم ويرفعه وانه كلا حكم وهو مذهب داود الظاهري ولكن خالفه أبو محمد بن حزم في هذا الاصل مع أنه من أصحابه قال القاضي فهذا هو الذي رأينا ان نثبته في هذا الكتاب من المسائل التي ظننا انها تجري مجرى الاصول وهي التي نطق بها في الشرع أكثر ذلك أعني اذا كثرها يتعلق بالمنطوق بها اما تعلقا قريباً او قريباً من القريب وان تذكرنا لشيء من هذا الجنس ابتناء في هذا الباب واكثر ما عولت فيما نقلته من نسبة هذه المذاهب الى اربابها هو كتاب الاستذكار

وانا قد ابحت لمن وقع من ذلك على وهم لي ان يصلحه والله المعين والموفق

﴿كتاب الصلاة﴾

بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما

والصلاة تنقسم اولا وبالجملة الى فرض وندب . والقول المحيط بأصول هذه العبادة ينحصر بالجملة في أربعة اجناس أعني أربع جمل . الجملة الاولى في معرفة الوجوب وما يتعلق به والجملة الثانية في معرفة شروطها الثلاث أعني شروط الوجوب وشروط الصحة وشروط التمام والكمال . الجملة الثالثة في معرفة ما تشتمل عليه من افعال وأقوال وهي

الاركان. الجملة الرابعة في قضائها ومعرفة اصلاح مايقع فيها من الخلل وجبره لانه قضاء ما اذ كان استدراكا لما فات

﴿الجملة الاولى﴾ وهذه الجملة فيها أربع مسائل هي في معنى اصول هذا الباب المسئلة الاولى في بيان وجوبها. الثانية في بيان عدد الواجبات منها. الثالثة في بيان على من يجب الرابعة ما الواجب على من تركها متعمداً

﴿المسئلة الاولى﴾ اما وجوبها فبين من الكتاب والسنة والاجماع وشهرة ذلك تغني عن تكلف القول فيه ﴿المسئلة الثانية﴾ واما عدد الواجب منها ففيه قولان أحدهما قول مالك والشافعي والاكثر وهو ان الواجب هي الخمس صلوات فقط لاغير والثاني قول أبي حنيفة وأصحابه وهو ان الوتر واجب مع الخمس واختلافهم هل يسمى ماثبت بالسنة واجباً اوفرضاً لامعنى له *وسبب اختلافهم الاحاديث المتعارضة اما الاحاديث التي مفهومها وجوب الخمس فقط بل هي نص في ذلك فمشهورة وثابتة ومن ابينها في ذلك ما ورد في حديث الاسراء المشهور انه لما بلغ الفرض الى خمس قال له موسى ارجع الى ربك فان امتك لاتطيق ذلك قال فراجعته فقال تعالى هي خمس وهي خمسون لايبدل القول لدي وحديث الاعرابي المشهور الذي سأل النبي عليه السلام عن الاسلام فقال له خمس صلوات في اليوم والليلة قال هل علي غيرها قال لا الا ان تطوع واما الاحاديث التي مفهومها وجوب الوتر فمنها حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان الله قد زادكم صلاة وهي الوتر فحافظوا عليها وحديث خارجة بن حذافة قال خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان الله أمركم بصلاة هي خير لكم من حمر النعم وهي الوتر وجعلها لكم فيما بين صلاة العشاء الى طلوع الفجر وحديث بريدة الاسلمي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الوتر حق فمن لم يوتر فليس منا فمن رآى ان الزيادة هي نسخ ولم تقو عنده هذه الاحاديث قوة تبلغ بها ان تكون ناسخة لتلك الاحاديث الثابتة المشهورة رجح تلك الاحاديث وايضاً فهي ثابت من قوله تعالى في حديث الاسراء انه لايبدل القول لديه وظاهره انه لايزاد فيها ولاينقص منها وان كان هو في النقصان اظهر والخبر ليس يدخله النسخ ومن بلغت عنده قوة هذه الاخبار التي اقتضت الزيادة على الخمس الى رتبة توجب العمل أوجب المصير الى هذه الزيادة لا سيما ان كان ممن يرى ان الزيادة لاتوجب نسخاً لكن ليس هذا من رأي ابي حنيفة ﴿المسئلة الثالثة﴾ واما على من تجب فعلى المسلم البالغ ولاخلاف في ذلك ﴿المسئلة الرابعة﴾ واما ما الواجب على من تركها عمداً أوامر بها فابى ان يصليها لاجحوداً لفرضها فان قوما قالوا يقتل وقوما قالوا يعزر ويحبس والذين قالوا يقتل منهم من اوجب قتله كفراً وهو مذهب احمد واسحاق وابن المبارك ومنهم من اوجبه حداً وهو مذهب مالك والشافعي وابو حنيفة واصحابه واهل الظاهر ممن رآى حبسه وتعزيره حتى يصلي *والسبب في هذا الاختلاف اختلاف الآثار وذلك انه ثبت عنه عليه السلام انه قال لايحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث كفر بعد ايمان اوزنا بعد احصان او قتل نفس بغير نفس وروى عنه عليه السلام من حديث بريدة قال العهد الذي بيننا وبينهم الصلاة فمن تركها فقد كفر وحديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليس بين العبد وبين الكفر او قال الشرك الا ترك الصلاة فمن فهم من الكفر هاهنا الكفر الحقيقي جعل هذا الحديث كانه تفسير لقوله عليه السلام كفر بعد ايمان ومن فهم هاهنا التغليظ والتوبيخ اي ان فعاله فعال كافر وانه في صورة كافر كما قال لايزني المومن حين يزني وهو مومن ولايسرق السارق حين يسرق وهو مومن لم ير قتله كفراً واما من قال يقتل حداً فضعيف ولا مستند له الا قياس شبه ضعيف ان امكن وهو تشبيه الصلاة بالقتل في كون الصلاة رأس المامورات والقتل رأس المنهيات وعلى الجملة فاسم الكفر انما ينطلق بالحقيقة على التكذيب وترك الصلاة

معلوم أنه ليس يكذب الا ان يتركها معتقداً لتركها هكذا فنحن اذا بين احدامرين اما ان اردنا ان نفهم من الحديث الكفر الحقيقي يجب علينا ان نتأول انه اراد عليه السلام من ترك الصلاة معتقداً تركها فقد كفر واما ان نحمل اسم الكفر على غير موضوعه الاول وذلك على احد معنيين اما على أن حكمه حكم الكافر أعني في القتل وسائر احكام الكفار وان لم يكن مكذبا واما على أن افعاله افعال كافر على جهة التغليظ والردع له أي ان فاعل هذا يشبه الكافر في الافعال اذ كان الكافر لا يصلي كما قال عليه السلام لا يزني المومن حين يزني وهو مومن وحمله على أن حكمه حكم الكافر في احكامه لا يجب المصير اليه الا بدليل لانه حكم لم يثبت بعد في الشرع من طريق يجب المصير اليه فقد يجب اذا لم يدل عندنا على الكفر الحقيقي الذي هو التكذيب ان يدل على المعنى المجازي لا على معنى يوجب حكماً لم يثبت بعد في الشرع بل يثبت ضده وهو انه لا يحل دمه إذ هو خارج عن الثلاث الذين نص عليهم الشرع فتأمل هذا فانه بين والله اعلم أعني انه يجب علينا احدامرين اما ان نقدر في الكلام محذوفا ان اردنا حمله على المعنى الشرعي المفهوم من اسم الكفر واما أن يحمله على المعنى المستعار واما حمله على ان حكمه حكم الكافر في جميع احكامه مع انه مومن فشيء مفارق للاصول مع ان الحديث نص في حصن من يجب قتله كفراً وحداً ولذلك صار هذا القول مضاهياً لقول من يكفر بالذنوب ﴿الجملة الثانية في الشروط﴾ وهذه الجملة فيها ثمانية ابواب .الباب الاول في معرفة الاوقات .الثاني في معرفة الاذان والاقامة .الثالث في معرفة القبلة .الرابع في ستر العورة واللباس في الصلاة .الخامس في اشتراط الطهارة من النجس في الصلاة .السادس في تعيين المواضع التي يصلى فيها من المواضع التي لا يصلى فيها .السابع في معرفة الشروط التي هي شرط في صحة الصلاة .الثامن في معرفة النية وكيفية اشتراطها في الصلاة

﴿الباب الاول﴾ وهذا الباب ينقسم اولا الى فصلين .الاول في معرفة الاوقات المامور بها .الثاني في معرفة الاوقات المنهي عنها الفصل الاول وهذا الفصل ينقسم الى قسمين ايضاً القسم الاول في الاوقات الموسعة والمختارة والثاني في اوقات اهل الضرورة ﴿القسم الاول﴾ من الفصل الاول من الباب الاول من الجملة الثانية والاصل في هذا الباب قوله تعالى إن الصلاة كانت على المومنين كتابا موقوتا واتفق المسلمون على ان الصلوات الخمس اوقاتا خمساً هي شرط في صحة الصلاة وان منها اوقات فضيلة واوقات توسعة واختلفوا في حدود اوقات التوسعة والفصل وفيه خمس مسائل ﴿المسئلة الاولى﴾ اتفقوا على ان اول وقت الظهر الذي لا يجوز قبله هو الزوال الا خلافا شاذاً روى عن ابن عباس والاماروى من الخلاف في صلاة الجمعة على ما سياتي واختلفوا منها في موضعين في آخر وقتها الموسع وفي وقتها المرغب فيه فاما آخر وقتها الموسع فقال مالك والشافعي وابو ثور وداود هو ان يكون ظل كل شيء مثله وقال ابو حنيفة آخر الوقت ان يكون ظل كل شيء مثليه في احدى الروايتين عنه وهو عنده اول وقت العصر وقد روى عنه ان آخر وقت الظهر هو المثل واول وقت العصر المثلان وان ما بين المثل والمثلين ليس يصلح لصلاة الظهر ولا لصلاة العصر وبه قال صاحبه ابو يوسف ومحمد وسبب الخلاف في ذلك اختلاف الاحاديث وذلك انه ورد في امامة جبريل انه صلى بالنبي صلى الله عليه وسلم الظهر في اليوم الاول حين زالت الشمس وفي اليوم الثاني حين كان ظل كل شيء مثله ثم قال الوقت ما بين هذين وروى عنه قال صلى الله عليه وسلم انما بقاؤكم فيما سلف قبلكم من الامم كما بين صلاة العصر إلى غروب الشمس اوتي اهل التوراة التوراة فعملوا حتى اذا انتصف النهار ثم عجزوا فاعطوا قيراطاً قيراطاً ثم اوتي اهل الانجيل الانجيل فعملوا الى صلاة العصر ثم عجزوا فاعطوا قيراطاً قيراطاً

ثم اوتينا القرآن من قبلنا فعملنا الى غروب الشمس فاعطينا قراطين قراطين فقال اهل الكتاب اى ربنا اعطيت هؤلاء قراطين قراطين واعطيتنا قراطا قراطا ونحن كنا أكثر عملا قال الله تعالى هل ظلمتكم من اجركم من شئ قالوا لا قال فهو فضلى اوتيه من اشاء فذهب مالك والشافعى إلى حديث امامة جبريل وذهب أبو حنيفة الى مفهوم ظاهر هذا وهو انه إذا كان من العصر الى الغروب اقصر من أول الظهر إلى العصر على مفهوم هذا الحديث فواجب ان يكون أول العصر أكثر من قامة وان يكون هذا هو آخر وقت الظهر قال أبو محمد بن حزم وليس كما ظنوا وقد امتحن الامر فوجدت القامة تنتهي من النهار الى تسع ساعات وكسر قال القاضى انا الشاك في الكسر واظنه قال وثلث وحجة من قال بايصال الوقتين أعني اتصالا لا يفصل غير منقسم قوله عليه السلام لا يخرج وقت صلاة حتى يدخل وقت اخرى وهو حديث ثابت وأما وقتها المرغب فيه والمختار فذهب مالك إلى أنه للمنفرد أول الوقت ويستحب تاخيرها عن أول الوقت قليلا في مساجد الجماعات وقال الشافعي أول الوقت أفضل الا في شدة الحر وروى مثل ذلك عن مالك وقالت طائفة أول الوقت أفضل باطلاق للمنفرد والجماعة وفى الحر والبرد وإنما اختلفوا فى ذلك لاختلاف الاحاديث وذلك ان فى ذلك حديثين ثابتين أحدهما قوله عليه السلام اذا اشتد الحر فابردوا عن الصلاة فان شدة الحر من فيح جهنم والثانى ان النبى عليه السلام كان يصلي الظهر بالهاجرة وفى حديث خباب انهم شكوا اليه حر الرمضاء فلم يشكهم خرجه مسلم قال زهير راوى الحديث قلت لابي اسحاق شيخه افى الظهر قال نعم قلت افى تعجيلها قال نعم فرجح قوم حديث الابراد إذ هو نص وتأولوا هذه الاحاديث اذ ليست بنص وقوم رجحوا هذه الاحاديث لعموم ما روى من قوله عليه السلام وقد سئل أى الاعمال أفضل قال الصلاة لاول ميقاتها والحديث متفق عليه وهذه الزيادة فيه أعني لاول ميقاتها مختلف فيها

﴿ المسئلة الثانية ﴾

اختلفوا من صلاة العصر فى موضعين أحدهما في اشتراك اول وقتها مع آخر وقت صلاة الظهر والثاني في آخر وقتها فاما اختلافهم في الاشتراك فانه اتفق مالك والشافعى وداود وجماعة على ان أول وقت العصر هو بعينه آخر وقت الظهر وذلك إذا صار ظل كل شئ مثله الا ان مالكا يرى ان آخر وقت الظهر وأول وقت العصر هو وقت مشترك للصلاتين معا أعنى بقدر ما يصلى فيه أربع ركعات وأما الشافعى وأبو ثور وداود فآخر وقت الظهر عندهم هو الان الذى هو أول وقت العصر وهو زمان غير منقسم وقال أبو حنيفة كما قلنا أول وقت العصر ان يصير ظل كل شئ مثليه وقد تقدم سبب اختلاف أبي حنيفة معهم فى ذلك وأما سبب اختلاف مالك مع الشافعى ومن قال بقوله فى هذه فمعارضة حديث جبريل فى هذا المعنى لحديث عبد الله بن عمر وذلك انه جاء فى امامة جبريل انه صلى بالنبي عليه السلام الظهر فى اليوم الثاني فى الوقت الذى صلى فيه العصر فى اليوم الاول وفى حديث ابن عمر أنه قال عليه السلام وقت الظهر مالم يحضر وقت العصر خرجه مسلم فمن رجح حديث جبريل جعل الوقت مشتركا ومن رجح حديث عبد الله بجعل بينهما اشتراكا وحديث جبريل امكن ان يصرف الى حديث عبد الله من حديث عبد الله إلى حديث جبريل لانه يحتمل ان يكون الراوي يجوز فى ذلك القرب ما بين الوقتين وحديث امامة جبريل صححه الترمذى وحديث ابن عمر خرجه مسلم وأما اختلافهم في آخر وقت العصر فعن مالك فى ذلك روايتان احداهما ان آخر وقتها ان يصير ظل كل شئ مثليه وبه قال الشافعى والثانية ان آخر وقتها مالم تصفر الشمس وهذا قول أحمد بن حنبل وقال أهل الظاهر آخر وقتها قبل غروب الشمس بركعة والسبب فى اختلافهم ان فى ذلك ثلاثة احاديث متعارضة الظاهر أحدها حديث عبد الله بن

عمر خرجه مسلم وفيه فاذا صليتم العصر فانه وقت الى ان تصفر الشمس وفي بعض رواياته وقت العصر مالم تصفر الشمس والثاني حديث ابن عباس في امامة جبريل وفيه أنه صلى به العصر في اليوم الثاني حين كان ظل كل شيء مثليه والثالث حديث أبي هريرة المشهور من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادرك العصر ومن ادرك ركعة من الصبح قبل ان تطلع الشمس فقد ادرك الصبح فمن صار الى ترجيح حديث امامة جبريل جعل آخر وقتها المختار المثلين ومن صار الى ترجيح حديث ابن عمر جعل آخر وقتها المختار اصفرار الشمس ومن صار الى ترجيح حديث أبي هريرة قال وقت العصر الى ان يبقى منها ركعة قبل غروب الشمس وهم أهل الظاهر كما قلنا واما الجمهور فسلكوا في حديث أبي هريرة وحديث ابن عمر مع حديث ابن عباس اذا كان معارضاً لهما كل التعارض مسلك الجمع لان حديثي ابن عباس وابن عمر تتقارب الحدود المذكورة فيهما ولذلك قال مالك مرة بهذا ومرة بذلك وأما الذي في حديث أبي هريرة فبعيد منهما ومتفاوت فقالوا حديث أبي هريرة انما خرج مخرج أهل الاعذار

﴿المسئلة الثالثة﴾ اختلفوا في المغرب هل لها وقت موسع كسائر الصلوات أم لا فذهب قوم الى ان وقتها واحد غير موسع وهذا هو اشهر الروايات عن مالك وعن الشافعي وذهب قوم الى أن وقتها موسع وهو ما بين غروب الشمس الى غروب الشفق وبه قال ابو حنيفة وأحمد وابو ثور وداود وتدروى هذا القول عن مالك والشافعي ●وسبب اختلافهم في ذلك معارضة حديث امامة جبريل في ذلك لحديث عبدالله بن عمر وذلك ان في حديث امامة جبريل انه صلى المغرب في اليومين في وقت واحد وفي حديث عبدالله ووقت صلاة المغرب مالم يغب الشفق فمن رجح حديث امامة جبريل جعل لها وقتاً واحداً ومن رجح حديث عبدالله جعل لها وقتاً موسعاً وحديث عبدالله خرجه مسلم ولم يخرج الشيخان حديث امامة جبريل أعني حديث ابن عباس الذي فيه انه صلى النبي عليه السلام عشر صلوات مفسرة الاوقات ثم قال له الوقت ما بين هذين والذي في حديث عبدالله من ذلك هو موجود ايضاً في حديث بريدة الاسلمي خرجه مسلم وهو اصل في هذا الباب قالوا وحديث بريدة اولى لانه كان بالمدينة عند سؤال السائل له عن اوقات الصلوات وحديث جبريل كان في اول الفرض بمكة

﴿المسئلة الرابعة﴾ اختلفوا من وقت العشاء الآخرة في موضعين أحدهما في اوله والثاني في آخره اما اوله فذهب مالك والشافعي وجماعة الى انه مغيب الحمرة وذهب ابو حنيفة الى انه مغيب البياض الذي يكون بعد الحمرة ●وسبب اختلافهم في هذه المسئلة اشتراك اسم الشفق في لسان العرب فانه كما أن الفجر فجران كذلك الشفق شفقان احمر وابيض ومغيب الشفق الابيض يلزم ان يكون بعده من اول الليل وذلك انه لا خلاف بينهم انه قد ثبت في حديث بريدة وحديث امامة جبريل انه صلى العشاء في اليوم الاول حين غاب الشفق وقد رجح الجمهور مذهبهم بما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي العشاء عند مغيب القمر في الليلة الثالثة ورجح ابو حنيفة مذهبهم بما ورد في تأخير العشاء واستحباب تأخيره وقوله لولا ان اشق على امتي لاخرت هذه الصلاة الى نصف الليل وأما آخر وقتها فاختلفوا فيه على ثلاثة اقوال. قول انه ثلث الليل وقول انه نصف الليل وقول انه الى طلوع الفجر والاول أعني ثلث الليل قال الشافعي وابو حنيفة وهو المشهور من مذهب مالك وروى عن مالك القول الثاني أعني نصف الليل. وأما الثالث فقول داود ●وسبب الخلاف في ذلك تعارض الآثار في حديث امامة جبريل انه صلاها بالنبي عليه السلام في اليوم الثاني ثلث الليل وفي حديث انس انه قال اخر النبي صلى الله عليه وسلم صلاة العشاء الى نصف الليل خرجه البخاري وروى ايضاً من حديث ابي سعيد الخدري وابي هريرة

عن النبي عليه السلام انه قال لولا ان اشق على امتي لاخرت العشاء الى نصف الليل وفي حديث ابي قتادة ليس التفريط في النوم انما التفريط ان تؤخر الصلاة حتى يدخل وقت الاخرى فمن ذهب مذهب الترجيح لحديث امامة جبريل قال ثلث الليل ومن ذهب مذهب الترجيح لحديث انس قال شطر الليل وأما اهل الظاهر فاعتمدوا حديث ابي قتادة وقالوا هو عام وهو متأخر عن حديث امامة جبريل فهو ناسخ ولو لم يكن ناسخا لكان تعارض الآثار يسقط حكمها فيجب ان يصار الى استصحاب حال الاجماع وقد اتفقوا على أن الوقت يخرج بعد طلوع الفجر . واختلفوا فيما قبل فاثار وينا عن ابن عباس ان الوقت عنده الى طلوع الفجر فوجب ان يستصحب حكم الوقت الا حيث وقع الاتفاق على خروجه واحسب ان به قال ابو حنيفة ﴿ المسئلة الخامسة ﴾

واتفقوا على أن اول وقت الصبح طلوع الفجر الصادق وآخره طلوع الشمس الا ماروى عن ابن القاسم وعن بعض اصحاب الشافعي من ان آخر وقتها الاسفار واختلفوا في وقتها المختار فذهب الكوفيون وابو حنيفة واصحابه والثوري واكثر العراقيين الى ان الاسفار بها افضل وذهب مالك والشافعي واصحابه واحمد بن حنبل وابو ثور وداود الى ان التغليس بها افضل * وسبب اختلافهم اختلافهم في طريقة جمع الاحاديث المختلفة الظواهر في ذلك وذلك انه ورد عنه عليه السلام من طريق رافع بن خديج انه قال اسفروا بالصبح فكلما اسفرتم فهو اعظم للاجر وروي عنه عليه السلام انه قال وقد سئل أي الاعمال افضل قال الصلاة لاول ميقاتها وثبت عنه عليه السلام انه كان يصلي الصبح فينصرف النساء متلففات بمروطهن مايعرفن من الغلس وظاهر الحديث انه كان عمله في الاغلب فمن قال ان حديث رافع خاص وقوله الصلاة لاول ميقاتها عام والمشهور ان الخاص يقضي على العام اذ هو استثنى من هذا العموم صلاة الصبح وجعل حديث عائشة محمولا على الجواز وانه انما تضمن الاخبار بوقوع ذلك منه لابانه كان ذلك غالب احواله صلى الله عليه وسلم قال الاسفار افضل من التغليس ومن رجح حديث العموم لموافقة حديث عائشة له ولانه نص في ذلك او ظاهر وحديث رافع بن خديج محتمل لانه يمكن ان يريد بذلك تبين الفجر وتحققه فلا يكون بينه وبين حديث عائشة ولا العموم الوارد في ذلك تعارض قال افضل الوقت اوله وأما من ذهب الى ان آخر وقتها الاسفار فانه تاول الحديث في ذلك انه لاهل الضرورات أعني قوله عليه السلام من ادرك ركعة من الصبح قبل ان تطلع الشمس فقد ادرك الصبح وهذا شبيه بما فعله الجمهور في العصر والعجب انهم عدلوا عن ذلك في هذا ووافقوا اهل الظاهر ولذلك لاهل الظاهر ان يطالبوهم بالفرق بين ذلك ﴿ القسم الثاني من الفصل الاول من الباب الاول ﴾

فاما اوقات الضرورة والعذر فاثبتها كافتنا فقهاء الامصار ونفاها اهل الظاهر وقد تقدم سبب اختلافهم في ذلك واختلف هؤلاء الذين اثبتوها في ثلاثة مواضع . أحدها لاي الصلوات توجد هذه الاوقات ولايها لا . والثاني في حدود هذه الاوقات . الثالث في من هم اهل العذر الذين رخص لهم في هذه الاوقات وفي احكامهم في ذلك أعني من وجوب الصلاة ومن سقوطها ﴿ المسئلة الاولى ﴾ اتفق مالك والشافعي على أن هذا الوقت هو لاربع صلوات للظهر والعصر مشتركا بينهما والمغرب والعشاء كذلك وانما اختلفوا في جهة اشتراكهما على ما سيأتي بعد وخالفهم ابو حنيفة فقال ان هذا الوقت انما هو للعصر فقط وانه ليس هاهنا وقت مشترك * وسبب اختلافهم في ذلك هو اختلافهم في جواز الجمع بين الصلاتين في السفر في وقت احداهما على ما سيأتي بعد فمن تمسك بالنص الوارد في صلاة العصر أعني الكائن من قوله عليه السلام من ادرك ركعة من صلاة العصر قبل مغيب الشمس فقد ادرك العصر وفهم من هذا

الرخصة ولم يجز الاشتراك في الجمع لقوله عليه السلام لا يفوت وقت صلاة حتى يدخل وقت الاخرى ولما سنذكره بعد في باب الجمع من حجج الفريقين قال انا لا يكون هذا الوقت الا لصلاة العصر فقط ومن اجاز الاشتراك في الجمع في السفر قاس عليه اهل الضرورات لان المسافر ايضاً صاحب ضرورة وعذر فجعل هذا الوقت مشتركا للظهر والعصر والمغرب والعشاء ﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف مالك والشافعي في آخر الوقت المشترك لهما فقال مالك هو للظهر والعصر من بعد الزوال بمقدار اربع ركعات للظهر للحاضر وركعتان للمسافر الى ان يبتدئ للنهار مقدار اربع ركعات للحاضر او ركعتين للمسافر فجعل الوقت الخاص للظهر انما هو اما مقدار اربع ركعات للحاضر بعد الزوال واما ركعتان للمسافر وجعل الوقت الخاص بالعصر اما اربع ركعات قبل المغيب للحاضر واما اثنان للمسافر أعني انه من ادرك الوقت الخاص فقط لم تلزمه الا الصلاة الخاصة بذلك الوقت ان كان ممن لم تلزمه الصلاة قبل ذلك الوقت ومن ادرك اكثر من ذلك ادرك الصلاتين معاً او حكم ذلك الوقت وجعل آخر الوقت الخاص لصلاة العصر مقدار ركعة قبل الغروب وكذلك فعل في اشتراك المغرب والعشاء الا ان الوقت الخاص مرة جعله للمغرب فقال هو مقدار ثلاث ركعات قبل ان يطلع الفجر ومرة جعله للصلاة الاخيرة كما فعل في العصر فقال هو مقدار اربع ركعات وهو القياس وجعل آخر هذا الوقت مقدار ركعة قبل طلوع الفجر وأما الشافعي فجعل حدود اواخر هذه الاوقات المشتركة حداً واحداً وهو ادراك ركعة قبل غروب الشمس وذلك للظهر والعصر معاً ومقدار ركعة ايضاً قبل انصداع الفجر وذلك للمغرب والعشاء معاً وقد قيل عنه بمقدار تكبيرة أعني انه من ادرك تكبيرة قبل غروب الشمس فقد لزمته صلاة الظهر والعصر معاً وأما ابو حنيفة فوافق مالكا في أن آخر وقت العصر مقدار ركعة لاهل الضرورات عنده قبل الغروب ولم يوافق في الاشتراك والاختصاص وسبب اختلافهم أعني مالكا والشافعي هل القول باشتراك الوقت للصلاتين معاً يقتضي ان لهما وقتين وقت خاص بهما ووقت مشترك ام انما يقتضي أن لهما وقتاً مشتركا فقط وحجة الشافعي أن الجمع اتفاق على الاشتراك فقط لاعلى وقت خاص وأما مالك فقاس الاشتراك عنده في وقت الضرورة على الاشتراك عنده في وقت التوسعة أعني انه لما كان لوقت الظهر والعصر الموسع وقتان وقت مشترك ووقت خاص وجب ان يكون الامر كذلك في اوقات الضرورة والشافعي لا يوافقه على اشتراك الظهر والعصر في وقت التوسعة لخلافهما في هذه المسئلة انما يبنى والله اعلم على اختلافهم في تلك الاولى فتأمله فانه بين والله اعلم

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ وأما هذه الاوقات أعني اوقات الضرورة فاتفقوا على انها الاربع للحائض تطهر في هذه الاوقات او تحيض في هذه الاوقات وهي لم تصل والمسافر يذكر الصلاة في هذه الاوقات وهو حاضر او الحاضر يذكرها فيها وهو مسافر والصبي يبلغ فيها والكافر يسلم واختلفوا في المغمى عليه فقال مالك والشافعي هو كالحائض من اهل هذه الاوقات لانه لا يقضي عندهم الصلاة التي ذهب وقتها وعند ابي حنيفة انه يقضي الصلاة فيما دون الخمس فاذا افاق عنده من اغمائه متى ما افاق قضى الصلاة وعند الآخر انه اذا افاق في اوقات الضرورة لزمته الصلاة التي افاق في وقتها واذا لم يفق فيها لم تلزمه الصلاة وسنأتي مسئلة المغمى عليه فيما بعد. واتفقوا على أن المرأة اذا طهرت في هذه الاوقات انما تجب عليها الصلاة التي طهرت في وقتها فان طهرت عند مالك وقد بقي من النهار اربع ركعات لغروب الشمس الى ركعة فالعصر فقط لازمة لها وان بقي خمس ركعات فالصلاتان معاً وعند الشافعي ان بقي ركعة للغروب فالصلاتان معاً كافتا او تكبيرة على القول الثاني له وكذلك الامر عند مالك في المسافر الذي يحضر في هذه الاوقات او الحاضر

حيض وكذلك الكافر يسلم في هذه الاوقات أعني انه تلزمهم الصلاة وكذلك الصبي يبلغ والسبب في ان جعل مالك الركعة جزءاً لاخر الوقت وجعل الشافعي جزء الركعة حداً مثل التكبيرة منها ان قوله عليه السلام من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادرك العصر هو عند مالك من باب التنبيه بالاقل على الاكثر وعند الشافعي من باب التنبيه بالاكثر على الاقل وأيد هذا بما روى من ادرك سجدة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادرك العصر فانه فهم من السجدة ها هنا جزءاً من الركعة وذلك على قوله الذي قال فيه من ادرك منهم تكبيرة قبل الغروب او الطلوع فقد ادرك الوقت ومالك يرى أن الحائض انما تقتدي بهذا الوقت بعد الفراغ من طهرها وكذلك الصبي يبلغ وأما الكافر يسلم فيمتد له بوقت الاسلام دون الفراغ من الطهر وفيه خلاف والمغمى عند مالك كالحائض وعند عبد الملك كالكافر يسلم ومالك يرى أن الحائض اذا حاضت في هذه الاوقات وهي لم تصل بعد أن القضاء ساقط عنها والشافعي يرى أن القضاء واجب عليها وهو لازم لمن يرى أن الصلاة تجب بدخول اول الوقت لانها اذا حاضت وقد مضى من الوقت ما يمكن ان تقع فيه الصلاة فقد وجبت عليها الصلاة الا ان يقال ان الصلاة انما تجب بآخر الوقت وهو مذهب ابي حنيفة لا مذهب مالك فهذا كما ترى لازم لقول ابي حنيفة أعني جارياً على اصوله لا على اصول قول مالك

﴿ الفصل الثاني من الباب الاول في الاوقات المنهي عن الصلاة فيها ﴾

وهذه الاوقات اختلف العلماء منها في موضعين أحدهما في عددها والثاني في الصلوات التي يتعلق النهي عن فعلها فيها

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اتفق العلماء على أن ثلاثة من الاوقات منهي عن الصلاة فيها وهي وقت طلوع الشمس ووقت غروبها ومن لدن تصلي صلاة الصبح حتى تطلع الشمس ، واختلفوا في وقتين في وقت الزوال وفي الصلاة بعد العصر فذهب مالك وأصحابه الى ان الاوقات المنهي عنها هي اربعة الطلوع والغروب وبعد الصبح وبعد العصر واجاز الصلاة عند الزوال وذهب الشافعي الى ان هذه الاوقات الخمسة كلها منهي عنها الا وقت الزوال يوم الجمعة فانه اجاز فيه الصلاة واستثنى قوم من ذلك الصلاة بعد العصر * وسبب الخلاف في ذلك احد شيئين اما معارضة اثر لاثر واما معارضة الاثر للعمل عند من راعى العمل أعني عمل اهل المدينة وهو مالك بن انس فحيث ورد النهي ولم يكن هناك معارض لا من قول ولا من عمل افتوا عليه وحيث ورد المعارض اختلفوا أما اختلافهم في وقت الزوال فلمعارضة العمل فيه للاثر وذلك انه ثبت من حديث عقبة بن عامر الجهني انه قال ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهانا ان نصلي فيها وان نقبر فيها موتانا حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل وحين تضيف الشمس للغروب خرجه مسلم وحديث ابي عبد الله الصنابحي في معناه ولكنه منقطع خرجه مالك في موطاه فمن الناس من ذهب الى منع الصلاة في هذه الاوقات الثلاثة كلها ومن الناس من استثنى من ذلك وقت الزوال اما بإطلاق وهو مالك واما في يوم الجمعة فقط وهو الشافعي اما مالك فلان العمل عنده بالمدينة لما وجده على الوقتين فقط ولم يجده على الوقت الثالث أعني الزوال اباح الصلاة فيه واعتقد أن ذلك النهي منسوخ بالعمل وأما من لم ير العمل ناسخاً فيرى على اصله في النسخ وقد تكلمنا في العمل وقوته في كتابنا في الكلام الفقهي وهو الذي يدعى باصول الفقه وأما الشافعي فلما صح عنده ما روى ابن شهاب عن ثعلبة بن ابي مالك القرظي انهم كانوا في زمن عمر بن الخطاب يصلون يوم الجمعة حتى يخرج عمر ومعلوم أن خروج عمر كان بعد الزوال على ما صح ذلك من حديث الطنفسة التي كانت تطرح الى جدار المسجد الغربي فاذا غشي الطنفسة كلها ظل الجدار خرج عمر بن الخطاب مع ما

رواه ايضاً عن ابي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة نصف النهار حتى تزول الشمس الا يوم الجمعة استثنى من ذلك النهي يوم الجمعة وقوى هذا الاثر عنده العمل في ايام عمر بذلك وان كان الاثر عنده ضعيفاً وأما من رجح الاثر الثابت في ذلك فبقي على اصله في النهي وأما اختلافهم في الصلاة بعد صلاة العصر فسببه تعارض الآثار الثابتة في ذلك وذلك ان في ذلك حديثين متعارضين أحدهما حديث ابي هريرة المتفق على صحته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس وعن الصلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس والثاني حديث عائشة قالت ماترك رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاتين في بيتي قط سراً ولا علانية ركعتين قبل الفجر وركعتين بعد العصر فمن رجح حديث ابي هريرة قال بالمنع ومن رجح حديث عائشة اورآه ناسخاً لانه العمل الذي مات عليه صلى الله عليه وسلم قال بالجواز وحديث ام سلمة يعارض حديث عائشة وفيه انها رأت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي ركعتين بعد العصر فسألته عن ذلك فقال انه اتاني ناس من عبد القيس فشغلوني عن الركعتين اللتين بعد الظهر وهما هاتان

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف العلماء في الصلاة التي لاتجوز في هذه الاوقات فذهب ابوحنيفة واصحابه الى انه لاتجوز في هذه الاوقات صلاة باطلاق لافريضة مقضية ولاسنة ولا نافلة الا عصر يومه قالوا فانه يجوز ان يقضيه عند غروب الشمس اذا نسيه . واتفق مالك والشافعي انه يقضى الصلوات المفروضة في هذه الاوقات وذهب الشافعي الى ان الصلوات التي لاتجوز مع هذه الاوقات هي النوافل فقط التي تفعل لغير سبب وأن السنن مثل صلاة الجنازة تجوز في هذه الاوقات ووافقه مالك في ذلك بعد العصر وبعد الصبح أعني في السنن وخالفه في التي تفعل لسبب مثل ركعتي المسجد فان الشافعي يجيز هذين الركعتين بعد العصر وبعد الصبح ولايجيز ذلك مالك واختلف قول مالك في جواز السنن عند الطلوع والغروب وقال الثوري في الصلوات التي لاتجوز في هذه الاوقات هي ماعدى الفرض ولم يفرق سنة من نفل فيتحصل في ذلك ثلاثة اقوال . قول هي الصلوات باطلاق وقول انها ماعدى المفروض سواء كانت سنة او نفلا . وقول انها النفل دون السنن وعلى الرواية التي منع مالك فيها صلاة الجنائز عند الغروب قول رابع وهو انها النفل فقط بعد الصبح والعصر والنفل والسنن معاً عند الطلوع والغروب * وسبب الخلاف في ذلك اختلافهم في الجمع من العمومات المتعارضة في ذلك أعني الواردة في السنة وأي يخص باي وذلك ان عموم قوله عليه السلام اذا نسي احدكم الصلاة فليصلها اذا ذكرها يقتضي استغراق جميع الاوقات وقوله في احاديث النهي في هذه الاوقات نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة فيها يقتضي ايضاً عموم اجناس الصلوات أعني المفروضات والسنن والنوافل فمتى حملنا الحديثين على العموم في ذلك وقع بينهما تعارض هو من جنس التعارض الذي يقع بين العام والخاص اما في الزمان واما في اسم الصلاة فمن ذهب الى الاستثناء في الزمان أعني استثناء الخاص من العام منع الصلوات باطلاق في تلك الساعات ومن ذهب الى استثناء الصلاة المفروضة المنصوص عليها بالقضاء من عموم اسم الصلاة المنهي عنها اجاز ما عدى الفرض في تلك الاوقات وقد رجح مالك مذهبه من استثنى الصلوات المفروضة من عموم اسم الصلاة بما ورد من قوله عليه السلام من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادرك العصر ولذلك استثنى الكوفيون عصر اليوم من الصلوات المفروضة لكن قد كان يجب عليهم أن يستثنوا من ذلك صلاة الصبح ايضاً للنص الوارد فيها ولا يردوا ذلك برأيهم من أن المدرك لركعة قبل الطلوع يخرج للوقت المحظور والمدرك لركعة قبل الغروب يخرج للوقت المباح وأما الكوفيون فلهم ان يقولوا ان هذا الحديث

ليس يدل على استثناء الصلوات المفروضة من عموم اسم الصلاة التي تعلق النهي به في تلك الاوقات لان عصر اليوم ليس في معنى سائر الصلوات المفروضة وكذلك كان لهم ان يقولوا في الصبح لو سلموا انه يقضى في الوقت المنهي عنه فاذا الخلاف بينهم آئل الى ان المستثنى الذي ورد به اللفظ هل هو من باب الخاص اريد به الخاص او من باب الخاص اريد به العام وذلك أن من رآ ان المفهوم من ذلك هي صلاة العصر والصبح فقط المنصوص عليهما فهو عنده من باب الخاص اريد به الخاص ومن رآ ان المفهوم من ذلك ليس هو صلاة العصر فقط ولا الصبح بل جميع الصلوات المفروضة فهو عنده من باب الخاص اريد به العام واذا كان ذلك كذلك فليس هاهنا دليل قاطع على أن الصلوات المفروضة هي المستثناة من اسم الصلاة الفائتة كما انه ليس هاهنا دليل اصلا لاقاطع ولا غير قاطع على استثناء الزمان الخاص الوارد في احاديث النهي من الزمان العام الوارد في احاديث الامر دون استثناء الصلاة الخاصة المنطوق بها في احاديث الامر من الصلاة العامية المنطوق بها في احاديث النهي وهذا بين فانه اذا تعارض حديثان في كل واحد منهما عام وخاص لم يجب ان يصار الى تغليب احدهما الا بدليل أعني استثناء خاص هذا من عام ذلك او خاص ذلك من عام هذا وذلك بين والله اعلم

﴿الباب الثاني في معرفة الاذان والاقامة﴾ وهذا الباب ينقسم ايضاً الى فصلين. الاول في الاذان، والثاني في الاقامة

﴿الفصل الاول﴾ وهذا الفصل يحصر فيه الكلام في خمسة اقسام، الاول في صفته، والثاني في حكمه. الثالث في وقته، الرابع في شروطه. الخامس فيما يقوله السامع له

﴿القسم الاول من الفصل الاول من الباب الثاني في صفة الاذان﴾ اختلف العلماء في الاذان على اربع صفات مشهورة. احداها تثنية التكبير فيه وتربيع الشهادتين وباقيه مثنى وهو مذهب اهل المدينة مالك وغيره واختار المتأخرون من اصحاب مالك الترجيع وهو ان يثني الشهادتين اولا خفياً ثم يثنيهما مرة ثانية مرفوع الصوت. والصفة الثانية اذان المكيين وبه قال الشافعي وهو تربيع التكبير الاول والشهادتين وتثنية باقي الاذان. والصفة الثالثة اذان الكوفيين وهو تربيع التكبير الاول وتثنية باقي الاذان وبه قال ابو حنيفة. والصفة الرابعة اذان البصريين وهو تربيع التكبير الاول وتثليث الشهادتين وحي على الصلاة وحي على الفلاح يبدأ باشهد ان لا اله الا الله حتى يصل حي على الفلاح ثم يعيد كذلك مرة ثانية أعني الاربع كلمات سبعاً ثم يعيدهن ثالثة وبه قال الحسن البصري وابن سيرين. والسبب في اختلاف كل واحد من هؤلاء الاربع فرق اختلاف الآثار في ذلك واختلاف اتصال العمل عند كل واحد منهم وذلك ان المدنيين يحتجون لمذهبهم بالعمل المتصل بذلك في المدينة والمكيون كذلك ايضاً يحتجون بالعمل المتصل عندهم بذلك وكذلك الكوفيون والبصريون ولكل واحد منهم آثار تشهد لقوله اما تثنية التكبير في اوله على مذهب اهل الحجاز فروي من طرق صحاح عن ابي محذورة وعبد الله بن زيد الانصاري وتربيعه ايضاً مروي عن ابي محذورة من طرق اخر وعن عبد الله بن زيد قال الشافعي وهي زيادات يجب قبولها مع اتصال العمل بذلك بمكة وأما الترجيع الذي اختاره المتأخرون من اصحاب مالك فروى من طريق ابي قدامة قال ابو عمر وابو قدامة عندهم ضعيف وأما الكوفيون فبحديث ابي ليلى وفيه أن عبد الله بن زيد رآ في المنام رجلا قام على حدم حائط وعليه بردان اخضران فاذن مثنى واقام مثنى وانما اخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام بلال فاذن مثنى واقام مثنى والذي خرجه البخاري في هذا الباب انما هو من حديث انس فقط وهو أن بلالا امر ان يشفع الاذان ويوتر الاقامة الا قد قامت الصلاة فانه يثنيها وخرج مسلم عن ابي محذورة على صفة اذان الحجازيين ولما كان هذا التعارض

الذي ورد في الاذان رأى احمد بن حنبل وداود ان هذه الصفات المختلفة انما وردت على التخيير لا على ايجاب واحدة منها وأن الانسان مخير فيها واختلفوا في قول المؤذن في صلاة الصبح الصلاة خير من النوم هل يقال فيها ام لا فذهب الجمهور الى انه يقال ذلك فيها وقال آخرون انه لا يقال لانه ليس من الاذان المسنون وبه قال الشافعي ● وسبب اختلافهم اختلافهم هل قيل ذلك في زمان النبي او انما قيل في زمان عمر

﴿القسم الثاني من الفصل الاول من الباب الثاني﴾ واختلف العلماء في حكم الاذان هل هو واجب او سنة مؤكدة وان كان واجباً فهل هو من فروض الاعيان او من فروض الكفاية فقيل عن مالك ان الاذان هو فرض على مساجد الجماعات وقيل سنة مؤكدة ولم يره على المنفرد لا فرضاً ولا سنة وقال بعض اهل الظاهر هو واجب على الاعيان وقال بعضهم على الجماعة كانت في سفر او في حضر وقال بعضهم في السفر واتفق الشافعي وأبو حنيفة على انه سنة للمنفرد والجماعة الا انه اكد في حق الجماعة قال ابو عمر واتفق الكل على انه سنة مؤكدة او فرض على المصر لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا سمع النداء لم يغر واذا سمعه اغار ● والسبب في اختلافهم معارضة المفهوم من ذلك لظواهر الآثار وذلك انه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمالك بن الحويرث واصاحبه اذا كنتما في سفر فاذنا واقيما وليؤمكما اكبركما وكذلك ماروي من اتصال عمله به صلى الله عليه وسلم في الجماعة فمن فهم من هذا الوجوب مطلقاً قال انه فرض على الاعيان او على الجماعة وهو الذي حكاه ابن المفلس عن داود ومن فهم منه الدعاء إلى الاجتماع للصلاة قال انه سنة المساجد أو فرض في المواضع التي يجتمع اليها الجماعة فسبب الخلاف هو تردده بين ان يكون قولا من اقاويل الصلاة المختصة بها أو يكون المقصود به هو الاجتماع

﴿القسم الثالث من الفصل الاول﴾ واما وقت الاذان فاتفق الجميع على انه لا يؤذن للصلاة قبل وقتها ماعدى الصبح فانهم اختلفوا فيها فذهب مالك والشافعي إلى أنه يجوز ان يؤذن لها قبل الفجر ومنع ذلك أبو حنيفة وقال قوم لا بد للصبح اذا اذن لها قبل الفجر من اذان بعد الفجر لان الواجب عندهم هو الاذان بعد الفجر وقال أبو محمد بن حزم لا بد لها من اذان بعد الوقت وان اذن قبل الوقت جاز إذا كان بينهما زمان يسير قدرما يهبط الاول ويصعد الثاني ● والسبب في اختلافهم انه ورد في ذلك حديثان متعارضان احدهما الحديث المشهور الثابت وهو قوله عليه السلام ان بلالا ينادي بليل فكلوا واشربوا حتى ينادي ابن ام مكتوم وكان ابن ام مكتوم رجلا اعمى لا ينادي حتى يقال له اصبحت اصبحت والثاني ماروى عن ابن عمر ان بلالا اذن قبل طلوع الفجر فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان يرجع فينادي الا ان العبد قد نام وحديث الحجازيين اثبت وحديث الكوفيين أيضاً خرجه أبو داود وصححه كثير من أهل العلم فذهب الناس في هذين الحديثين اما مذهب الجمع واما مذهب الترجيح فاما من ذهب مذهب الترجيح فالحجازيون فانهم قالوا حديث بلال اثبت والمصير اليه أوجب وأما من ذهب مذهب الجمع فالكوفيون وذلك انهم قالوا يحتمل ان يكون نداء بلال في وقت يشك فيه في طلوع الفجر لانه كان في بصره ضعف ويكون نداء ابن ام مكتوم في وقت يتيقن فيه طلوع الفجر ويدل على ذلك ماروى عن عائشة انها قالت لم يكن بين اذانهما الا قدر مايهبط هذا ويصعد هذا وأما من قال انه يجمع بينهما أعني أن يؤذن قبل الفجر ويعيده فعلى ظاهر ماروى من ذلك في صلاة الصبح خاصة أعني انه كان يؤذن لها في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مؤذنان بلال وابن ام مكتوم

﴿القسم الرابع من الفصل الاول﴾ في الشروط وفي هذا القسم مسائل ثمانيه

احداها

احداها هل من شروط من اذن ان يكون هو الذى يقيم أم لا والثانية هل من شرط الاذان أن لا يتكلم في اثنائه أم لا والثالثة هل من شرطه ان يكون على طهارة أم لا والرابعة هل من شرطه أن يكون متوجهاً إلى القبلة أم لا الخامسة هل من شرطه أن يكون قائماً أم لا والسادسة هل يكره اذان الراكب أم ليس يكره السابعة هل من شروطه البلوغ أم لا والثامنة هل من شرطه الاياخذ على الاذان أجراً أم يجوز له ان ياخذه فاما اختلافهم في الرجلين يؤذن أحدهما ويقيم الاخر فكجواز فقهاء الامصار على اجازة ذلك وذهب بعضهم إلى أن ذلك لا يجوز ٭ والسبب فى ذلك أنه ورد فى هذا حديثان متعارضان أحدهما حديث الصدابي قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما كان اوان الصبح أمرنى فاذنت ثم قام إلى الصلاة فجاء بلال ليقيم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اخا صدا اذن ومن اذن فهو يقيم والحديث الثاني ما روى ان عبد الله بن زيد حين ارى الاذان أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بلالا فاذن ثم أمر عبد الله فاقام فمن ذهب مذهب النسخ قال حديث عبد الله بن زيد متقدم وحديث الصدابي متأخر ومن ذهب مذهب الترجيح قال حديث عبد الله بن زيد أثبت لان حديث الصدابي انفرد به عبد الرحمان بن زياد الافريقى وليس بحجة عندهم وأما اختلافهم فى الاجرة على الاذان فلمكان اختلافهم فى تصحيح الخبر الوارد فى ذلك أعنى حديث عثمان بن أبي العاصى أنه قال ان من آخر ماعهد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اتخذ مؤذنا لا ياخذ على اذانه اجراً ومن منعه قاس الاذان في ذلك على الصلاة وأما سائر الشروط الاخر فسبب الخلاف فيها هو قياسها على الصلاة فمن قاسها على الصلاة أوجب تلك الشروط الموجودة فى الصلاة ومن لم يقسها لم يوجب ذلك قال أبو عمر بن عبد البر قد روينا عن أبي وائل بن حجر قال حق وسنة مسنونة الا يؤذن إلا وهو قائم ولا يؤذن إلا على طهر قال وأبو وائل هو من الصحابة وقوله سنة يدخل فى المسند وهو أولى من القياس قال القاضى وقد خرج الترمذى عن أبي هريرة أنه عليه السلام قال لا يؤذن الا متوضئ

﴿القسم الخامس﴾ اختلف العلماء فيما يقوله السامع للمؤذن فذهب قوم الى أنه يقول مايقول المؤذن كلمة بكلمة الى آخر النداء وذهب آخرون الى أنه يقول مثل ما يقول المؤذن الا اذا قال حي على الصلاة حي على الفلاح فانه يقول لا حول ولا قوة الا بالله ٭ والسبب فى الاختلاف في ذلك تعارض الآثار وذلك أنه قد روى من حديث أبي سعيد الخدرى أنه عليه السلام قال اذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول وجاء من طريق عمر بن الخطاب وحديث معاوية أن السامع يقول عند حي على الصلاة حي على الفلاح لا حول ولا قوة الا بالله فمن ذهب مذهب الترجيح أخذ بعموم حديث أبي سعيد الخدرى ومن بنى العام فى ذلك على الخاص جمع بين الحديثين وهو مذهب مالك بن انس

﴿الفصل الثاني﴾ من الباب الثاني من الجملة الثانية في الاقامة واختلفوا في الاقامة في موضعين فى حكمها وفى صفتها أما حكمها فانها عند فقهاء الامصار في حق الاعيان والجماعات سنة مؤكدة أكثر من الاذان وهى عند أهل الظاهر فرض ولا ادرى هل هى فرض عندهم على الاطلاق أو فرض من فروض الصلاة والفرق بينهما ان على القول الاول لا تبطل الصلاة بتركها وعلى الثاني تبطل وقال ابن كنانة من أصحاب مالك من تركها عامداً بطلت صلاته ٭ وسبب هذا الاختلاف هل هى من الافعال التى وردت بيانا لمجمل الامر بالصلاة فيحمل على الوجوب لقوله عليه السلام صلوا كما رأيتمونى اصلى أم هى من الافعال التى تحمل على الندب وظاهر حديث مالك بن الحويرث يوجب كونها فرضاً إما فى الجماعة وإما على المنفرد وأما صفة الاقامة فانها عند مالك والشافعى أما التكبير الذى فى أولها فمثنى وأما مابعد ذلك فمرة واحدة الا قوله قد

قامت الصلاة فانها عند مالك مرة واحدة وعند الشافعي مرتين وأما الحنفية فان الاقامة عندهم مثنى مثنى وخير أحمد ابن حنبل بين الافراد والتثنية على رأيه في التخيير في النداء * وسبب الاختلاف تعارض حديث أنس في هذا المعنى وحديث أبي ليلى المتقدم وذلك أن في حديث أنس الثابت أمر بلال ان يشفع الاذان ويفرد الاقامة الا قد قامت الصلاة وفي حديث أبي ليلى أنه عليه السلام أمر بلالا فاذن مثنى واقام مثنى والجمهور أنه ليس على النساء اذان ولا اقامة وقال مالك ان اقمن فحسن وقال الشافعي ان اذن وأقمن حسن وقال اسحاق ان عليهن الاذان والاقامة وروى عن عائشة انها كانت تؤذن وتقيم فيما ذكره ابن المنذر والخلاف آئل الى هل تؤم المراة اولا تؤم وقيل الاصل انها في معنى الرجل في كل عبادة الا ان يقوم الدليل على تخصيصها ام في بعضها هي كذلك وفي بعضها يطلب الدليل ﴿الباب الثالث من الجملة الثانية في القبلة﴾ واتفق المسلمون على ان التوجه نحو البيت شرط من شروط صحة الصلاة لقوله تعالى ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام اما اذا ابصر البيت فالفرض عندهم هو التوجه الى عين البيت ولا خلاف في ذلك واما اذا غابت الكعبة عن الابصار فاختلفوا من ذلك في موضعين احدهما هل الفرض هو العين او الجهة والثاني هل فرضه الاصابة او الاجتهاد اعني اصابة الجهة او العين عند من اوجب العين فذهب قوم الى ان الفرض هو العين وذهب آخرون الى انه الجهة * والسبب في اختلافهم هل في قوله تعالى فول وجهك شطر المسجد الحرام لم محذوف حتى يكون تقديره ومن حيث خرجت فول وجهك جهة شطر المسجد الحرام ام ليس هاهنا محذوف اصلا وان الكلام على حقيقته فمن قدر هنالك محذوفا قال الفرض الجهة ومن لم يقدر هنالك محذوفا قال الفرض العين والواجب حمل الكلام على الحقيقة حتى يدل الدليل على حمله على المجاز وقد يقال ان الدليل على تقدير هذا المحذوف قوله عليه السلام ما بين المشرق والمغرب قبلة اذا توجه نحو البيت قالوا واتفاق المسلمين على الصف الطويل خارج الكعبة يدل على ان الفرض ليس هو العين اعني اذا لم تكن الكعبة مبصرة والذي اقول انه لو كان واجباً قصد العين لكان حرجا وقد قال تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج فان اصابة العين شيء لا يدرك الا بتعريب وتساع بطريق الهندسة واستعمال الارصاد في ذلك فكيف بغير ذلك من طرق الاجتهاد ونحن لم نكلف الاجتهاد فيه بطريق الهندسة المبني على الارصاد المستنبط منها طول البلاد وعرضها ﴿واما المسئلة الثانية﴾ وهي هل فرض المجتهد في القبلة الاصابة او الاجتهاد فقط حتى تكون اذا قلنا ان فرضه الاصابة متى يتبين له انه اخطأ اعاد الصلاة ومتى قلنا ان فرضه الاجتهاد لم يجب ان يعيد اذا تبين له الخطا وقد كان صلى قبل باجتهاده اما الشافعي فزعم ان فرضه الاصابة وانه اذا تبين له انه اخطأ اعاد ابداً وقال قوم لا يعيد وقد مضت صلاته ما لم يتعمد او صلى بغير اجتهاد وبه قال مالك وابو حنيفة الا ان مالكا استحب له الاعادة في الوقت * وسبب الخلاف في ذلك معارضة الاثر للقياس مع الاختلاف ايضاً في تصحيح الاثر الوارد في ذلك اما القياس فهو تشبيه الجهة بالوقت اعني بوقت الصلاة وذلك انهم اجمعوا على ان الفرض فيه هو الاصابة وانه ان انكشف للمكلف انه صلى قبل الوقت اعاد ابداً الا خلافا شاذاً في ذلك عن ابن عباس وعن الشعبي وما روى عن مالك من ان المسافر اذا جهل فصلى العشاء قبل غيبوبة الشفق انه قد مضت صلاته ووجه الشبه بينهما ان هذا ميقات وقت وهذا ميقات جهة واما الاثر فحديث عامر بن ربيعة قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في ليلة ظلماء في سفر فخفيت علينا القبلة فصلى كل واحد منا الى وجهه وعلمنا فلما اصبحنا فاذا نحن

قد صلينا الى غير القبلة فسألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مضت صلاتكم ونزلت ولله المشرق والمغرب فاينما تولوا فثم وجه الله وعلى هذا فتكون هذه الآية محكمة ويكون فيمن صلى فانكشف له انه صلى لغير القبلة والجمهور على انها منسوخة بقوله تعالى ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام فمن لم يصح عنده هذا الاثر قاس ميقات الجهة على ميقات الزمان ومن ذهب مذهب الاثر لم تبطل صلاته وفي هذا الباب مسئلة مشهورة وهي جواز الصلاة في داخل الكعبة وقد اختلفوا في ذلك فمنهم من منعه على الاطلاق ومنهم من اجازه على الاطلاق ومنهم من فرق بين النفل والفرض ﴿وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك والاحتمال المتطرق لمن استقبل أحد حيطانها من داخل هل يسمى مستقبلا للبيت كما يسمى من استقبله من خارج أم لا اما الاثر فانه ورد في ذلك حديثان متعارضان كلاهما ثابت أحدهما حديث ابن عباس قال لما دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيت دعا في نواحيه كلها ولم يصل حتى خرج فلما خرج ركع ركعتين في قبل الكعبة وقال هذه القبلة والثاني حديث عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة هو واسامة بن زيد وعثمان بن طلحة وبلال بن رباح فاغلقها عليه ومكث فيها فسألت بلالا حين خرج ماذا صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جعل عمودا عن يساره وعمودا عن يمينه وثلاثة اعمدة وراءه ثم صلى فمن ذهب مذهب الترجيح أو النسخ قال اما يمنع الصلاة مطلقا ان رجح حديث ابن عباس واما يجيزها مطلقا ان رجح حديث ابن عمر ومن ذهب مذهب الجمع بينهما حمل حديث ابن عباس على الفرض وحديث ابن عمر على النفل والجمع بينهما فيه عسر فان الركعتين اللتين صلاهما عليه السلام خارج الكعبة وقال هذه القبلة هي نفل ومن ذهب مذهب سقوط الاثر عند التعارض فان كان ممن يقول باستصحاب حكم الاجماع والاتفاق لم يجز الصلاة داخل البيت أصلا وان كان ممن لا يرى استصحاب حكم الاجماع عاد النظر في انطلاق اسم المستقبل للبيت على من صلى داخل الكعبة فمن جوزه اجاز الصلاة ومن لم يجوزه وهو الاظهر لم يجز الصلاة في البيت واتفق العلماء باجمعهم على استحباب السترة بين المصلي والقبلة اذا صلى منفردا كان أو اماما وذلك لقوله عليه السلام اذا وضع أحدكم بين يديه مثل مؤخرة الرجل فليصل واختلفوا في الخط اذا لم يجد سترة فقال الجمهور ليس عليه ان يخط وقال أحمد بن حنبل يخط خطا بين يديه ﴿وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح الاثر الوارد في الخط والاثر رواه أبو هريرة انه عليه السلام قال اذا صلى أحدكم فليجعل تلقاء وجهه شيئا فان لم يكن فلينصب عصا فان لم تكن معه عصا فليخط خطا ولا يضره من مر بين يديه خرجه أبو داود وكان احمد بن حنبل يصححه والشافعي لا يصححه وقد روى انه صلى الله عليه وسلم صلى لغير سترة والحديث الثابت انه كان يخرج له العنزة فهذه جملة قواعد هذا الباب وهي اربع مسائل

﴿الباب الرابع﴾

من الجملة الثانية وهذا الباب ينقسم الى فصلين احدهما في ستر العورة والثاني فيما يجزي من اللباس في الصلاة

﴿الفصل الاول﴾

واتفق العلماء على ان ستر العورة فرض باطلاق واختلفوا هل هو شرط من شروط صحة الصلاة ام لا وكذلك اختلفوا في حد العورة من الرجل والمرأة وظاهر مذهب مالك انها من سنن الصلاة وذهب ابو حنيفة والشافعي الى انها من فروض الصلاة ﴿وسبب الخلاف في ذلك تعارض الآثار واختلافهم في مفهوم قوله تعالى يا بني آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد هل الامر بذلك على الوجوب او على الندب فمن حمله على الوجوب قال المراد بستر العورة واحتج لذلك بان سبب نزول هذه الآية كان ان المرأة كانت تطوف بالبيت عريانة وتقول (اليوم يبدو بعضه او كله ﴿وما بدا منه فلا احله) فنزلت

هذه الآية وامر رسول الله صلى الله عليه وسلم الا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان ومن حمله على الندب قال المراد بذلك الزينة الظاهرة من الرداء وغير ذلك من الملابس التي هي زينة واحتج لذلك بما جاء في الحديث من انه كان رجال يصلون مع النبي عليه السلام عاقدي ازرهم على اعناقهم كهيئة الصبيان ويقال للنساء لا ترفعن رؤوسكن حتى يستوي الرجال جلوساً قالوا ولذلك من لم يجد ما يستر عورته لم يختلف فيه انه يصلي واختلف فيمن عدم الطهارة هل يصلي ام لا يصلي ﴿واما المسئلة الثانية﴾ وهو حد العورة من الرجال فذهب مالك والشافعي الى ان حد العورة منهما بين السرة الى الركبة وكذلك قال ابو حنيفة وقال قوم العورة هما السوءتان فقط من الرجل *وسبب الخلاف في ذلك اثران متعارضان كلاهما ثابت احدهما حديث جرهد ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الفخذ عورة والثاني حديث انس ان النبي صلى الله عليه وسلم حسر عن فخذه وهو جالس مع اصحابه قال البخاري وحديث انس اسند وحديث جرهد احوط وقد قال بعضهم العورة الدبر والفرج والفخذ ﴿واما المسئلة الثالثة﴾ وهي حد العورة في المرأة فاكثر العلماء على ان بدنها كله عورة ماخلا الوجه والكفين وذهب ابو حنيفة الى ان قدميها ليست بعورة وذهب ابو بكر بن عبد الرحمان واحمد الى ان المرأة كلها عورة *وسبب الخلاف في ذلك احتمال قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها هل هذا المستثنى المقصود منه اعضاء محدودة ام انما المقصود به مالا يملك ظهوره فمن ذهب الى ان المقصود من ذلك مالا يملك ظهوره عند الحركة قال بدنها كله عورة حتى ظفرها واحتج لذلك بعموم قوله تعالى يا ايها النبي قل لازواجك وبناتك ونساء المؤمنين الآية ومن رأى ان المقصود من ذلك ما جرت به العادة بانه لا يستر وهو الوجه والكفان ذهب الى انهما ليسا بعورة واحتج لذلك بان المرأة ليس تستر وجهها في الحج

﴿الفصل الثاني﴾ من الباب الرابع فيما يجزى من اللباس في الصلاة واما اللباس فالاصل فيه قوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد والنهي الوارد عن هيئات بعض الملابس في الصلاة وذلك انهم اتفقوا فيما احسب على ان الهيئات من اللباس التي نهي عن الصلاة فيها مثل اشتمال الصماء وهو ان يجتبي الرجل في ثوب واحد ليس على عاتقه منه شيء وان يجتبي الرجل في ثوب واحد ليس على فرجه منه شيء وسائر ما ورد من ذلك ان ذلك كله سد ذريعة الا تنكشف عورته ولا اعلم ان احداً قال لا تجوز صلاة على احدى هذه الهيئات ان لم تنكشف عورته وقد كان على اصول اهل الظاهر يجب ذلك واتفقوا على انه يجزى الرجل من اللباس في الصلاة الثوب الواحد لقول النبي صلى الله عليه وسلم وقد سئل ايصلي الرجل في الثوب الواحد فقال اولكلكم ثوبان واختلفوا في الرجل يصلي مكشوف الظهر والبطن فالجمهور على جواز صلاته لكون الظهر والبطن من الرجل ليس بعورة وشذ قوم فقالوا لا تجوز صلاته لنهيه صلى الله عليه وسلم ان يصلي الرجل في الثوب الواحد ليس على عاتقه منه شيء وتمسك بوجوب قوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد واتفق الجمهور على ان اللباس المجزى للمرأة في الصلاة هو درع وخمار لما روى عن ام سلمة انها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ماذا تصلي فيه المرأة فقال في الخمار والدرع السابغ اذا غيبت ظهور قدميها ولما روى ايضاً عن عائشة عن النبي عليه السلام انه قال لا يقبل الله صلاة حائض الا بخمار وهو مروي عن عائشة وميمونة وام سلمة انهم كانوا يفتون بذلك وكل هؤلاء يقولون انها ان صلت مكشوفة اعادت في الوقت وبعده الا مالكا فانه قال انها تعيد في الوقت فقط والجمهور على ان

الخادم لها ان تصلي بكشوفة الراس والقدمين وكان الحسن البصري يوجب عليها الخمار واستحبه عطاء ● وسبب الخلاف الخطاب المتوجه الى الجنس الواحد هل يتناول الاحرار والعبيد ام الاحرار فقط دون العبيد واختلفوا في صلاة الرجل في ثوب الحرير فقال قوم تجوز صلاته فيه وقال قوم لاتجوز وقوم استحبوا له الاعادة في الوقت ● وسبب اختلافهم في ذلك هل الشيء المنهي عنه مطلقاً اجتنابه شرط في صحة الصلاة ام لا فمن ذهب الى انه شرط قال ان الصلاة لاتجوز به ومن ذهب الى انه يكون بلباسه مأثوماً والصلاة جائزة قال ليس شرطاً في صحة الصلاة كالطهارة التي هي شرط وهذه المسئلة هي من نوع الصلاة في الدار المغصوبة والخلاف فيها مشهور

﴿الباب الخامس﴾ واما الطهارة من النجس فمن قال انها سنة مؤكدة فيبعد ان يقول انها فرض في الصلاة اي من شروط صحتها واما من قال انها فرض باطلاق فيجوز ان يقول انها فرض في الصلاة ويجوز ان لايقول ذلك وحكى عبد الوهاب عن المذهب في ذلك قولين احدهما ان ازالة النجاسة شرط في صحة الصلاة في حال القدرة والذكر والقول الآخر انها ليست شرطاً والذي حكاه من انها شرط لا يخرج على مشهور المذهب من ان غسل النجاسة سنة مؤكدة وانما يخرج على القول بانها فرض مع الذكر والقدرة وقد مضت هذه المسئلة في كتاب الطهارة وعرف هنالك اسباب الخلاف فيها وانما الذي يتعلق به هاهنا الكلام من ذلك هل ماهو فرض مطلق مما يقع في الصلاة يجب ان يكون فرضاً في الصلاة ام لا والحق ان الشيء المأمور به على الاطلاق لايجب ان يكون شرطاً في صحة شيء ما آخر مأمور به وان وقع فيه لامر آخر وكذلك الامر في الشيء المنهي عنه على الاطلاق لايجب ان يكون شرطاً في صحة شيء ما لامر آخر

﴿الباب السادس﴾ واما المواضع التي يصلى فيها فان من الناس من اجاز الصلاة في كل موضع لا تكون فيه نجاسة ومنهم من استثنى من ذلك سبعة مواضع المزبلة والمجزرة والمقبرة وقارعة الطريق والحمام ومعاطن الابل وفوق ظهر بيت الله ومنهم من استثنى من ذلك المقبرة فقط ومنهم من استثنى المقبرة والحمام ومنهم من كره الصلاة في هذه المواضع المنهي عنها ولم يبطلها وهو احد ما روى عن مالك وقد روى عنه الجواز وهذه رواية ابن القاسم ● وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الآثار في هذا الباب وذلك ان هاهنا حديثين متفق على صحتهما وحديثين مختلف فيهما فاما المتفق عليهما فقوله عليه السلام اعطيت خمساً لم يعطهن احد قبلي وذكر فيها وجعلت لي الارض مسجداً وطهوراً فاين ما ادركتني الصلاة صليت وقوله عليه السلام اجعلوا من صلاتكم في بيوتكم ولا تتخذوها قبوراً واما الغير المتفق عليهما فاحدهما ماروى انه عليه السلام نهى ان يصلى في سبعة مواطن في المزبلة والمجزرة وقارعة الطريق وفي الحمام وفي معاطن الابل وفوق ظهر بيت الله خرجه الترمذي والثاني ما روى انه قال عليه السلام صلوا في مرابض الغنم ولا تصلوا في اعطان الابل فذهب الناس في هذه الاحاديث ثلاثة مذاهب احدها مذهب الترجيح والنسخ والثاني مذهب البناء اعني بناء الخاص على العام والثالث مذهب الجمع فاما من ذهب مذهب الترجيح والنسخ فاخذ بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام جعلت لي الارض مسجداً وطهوراً وقال هذا ناسخ لغيره لان هذه هي فضائل له عليه السلام وذلك مما لا يجوز نسخها واما من ذهب مذهب بناء الخاص على العام فقال حديث الاباحة عام وحديث النهي خاص فيجب ان يبنى الخاص على العام فمن هؤلاء من استثنى السبعة مواضع ومنهم من استثنى الحمام والمقبرة قال هذا هو الثابت عنه عليه السلام لانه قد روى ايضاً النهي عنهما مفردين ومنهم من استثنى المقبرة فقط للحديث المتقدم واما من ذهب مذهب الجمع ولم يستثن خاصاً من عام فقال احاديث النهي محمولة على

الكراهية والاول على الجواز واختلفوا في الصلاة في البيع والكنايس فكرهها قوم واجازها قوم وفرق قوم بين ان يكون فيها صور اولا يكون وهو مذهب ابن عباس لقول عمر لا تدخل كنايسهم من اجل التماثيل والملة فيمن كرهها لامن اجل التصاوير حملها على النجاسة . واتفقوا على الصلاة على الارض واختلفوا في الصلاة على الطنافس وغير ذلك مما يقعد عليه على الارض والجمهور على اباحة السجود على الحصير وما يشبه مما ينبته الارض والكراهية بعد ذلك وهو مذهب مالك بن انس

﴿ الباب السابع ﴾

وأما الشروط المشترطة في الصلاة فاتفق المسلمون على أن منها قولا ومنها فعلا ومنها الافعال فجميع الافعال المباحة التي ليست من افعال الصلاة الاقتل العقرب والحية في الصلاة فانهم اختلفوا في ذلك لمعارضة الاثر في ذلك للقياس واتفقوا فيما احسب على جواز الفعل الخفيف وأما الاقوال فهي ايضاً الاقوال التي ليست من اقاويل الصلاة وهذه ايضاً لم يختلفوا انها تفسد الصلاة عمداً لقوله تعالى وقوموا لله قانتين ولما ورد من قوله عليه السلام ان الله يحدث من امره ما يشاء ومما احدث الا تكلموا في الصلاة وهو حديث ابن مسعود وحديث زيد بن ارقم انه قال كنا نتكلم في الصلاة حتى نزلت وقوموا لله قانتين فامرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام وحديث معوية بن الحكم السلمي سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان صلاتنا لا يصلح فيها شئ من كلام الناس انما هو التسبيح والتهليل والتحميد وقراءة القرآن الا انهم اختلفوا من ذلك في موضعين أحدهما اذا تكلم ساهياً والاخر اذا تكلم عامداً لاصلاح الصلاة وشذ الاوزاعي فقال من تكلم في الصلاة لاحياء نفس اولامر كبير فانه يبني والمشهور من مذهب مالك أن التكلم عمداً على جهة الاصلاح لا يفسدها وقال الشافعي يفسدها التكلم كيف كان الامع النسيان وقال ابو حنيفة يفسدها التكلم كيف كان والسبب في اختلافهم تعارض ظواهر الاثر في ذلك وذلك ان الاحاديث المتقدمة تقتضي تحريم الكلام على العموم وحديث ابي هريرة المشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من اثنتين فقال له ذواليدين اقصرت الصلاة أم نسيت يارسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اصدق ذواليدين فقالوا نعم فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى ركعتين اخريين ثم سلم ظاهره أن النبي صلى الله عليه وسلم تكلم والناس معه وانهم بنوا بعد التكلم ولم يقطع ذلك التكلم صلاتهم فمن اخذ بهذا الظاهر ورأى أن هذا شئ يخص الكلام لاصلاح الصلاة استثنى هذا من ذلك العموم وهو مذهب مالك بن انس ومن ذهب الى انه ليس في الحديث دليل على انهم تكلموا عمداً في الصلاة وانما يظهر منهم انهم تكلموا وهم يظنون ان الصلاة قد قصرت وتكلم النبي عليه السلام وهو يظن أن الصلاة قد تمت ولم يصح عنده أن الناس قد تكلموا بعد قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قصرت الصلاة وما نسيت قال ان المفهوم من الحديث انما هو اجازة الكلام لغير العامل فاذا السبب في اختلاف مالك والشافعي في المستثنى من ذلك العموم هو اختلافهم في مفهوم هذا الحديث مع أن الشافعي اعتمد ايضاً في ذلك اصلا عاما وهو قوله عليه السلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان وأما ابو حنيفة فحمل احاديث النهي على عمومها ورأى انها ناسخة لحديث ذي اليدين وانه متقدم عليها

﴿ الباب الثامن ﴾

واما النية فاتفق العلماء على كونها شرطاً في صحة الصلاة لكون الصلاة هي رأس العبادات التي وردت في الشرع لغير مصلحة معقولة أعني من المصالح المحسوسة واختلفوا هل من شرط نية المأموم ان يوافق نية الامام في تعيين الصلاة وفي الوجوب حتى لا يجوز ان يصلي المأموم ظهراً بامام يصلي عصراً ولا يجوز ان يصلي الامام ظهراً يكون في حقه نفلا وفي حق المأموم فرضاً فذهب مالك وابو حنيفة الى انه يجب

ان

ان يوافق نية المأموم نية الامام . ذهب الشافعي الى انه ليس بواجب . والسبب في اختلافهم معارضة مفهوم قوله عليه السلام انما جعل الامام ليؤتم به لما جاء في حديث معاذ من انه كان يصلي مع النبي عليه السلام ثم يصلي بقومه فمن رأى ذلك خاصاً لمعاذ وأن عموم قوله عليه السلام انما جعل الامام ليؤتم به يتناول النية اشترط موافقة نية الامام للمأموم ومن رأى أن الاباحة لمعاذ في ذلك هي اباحة لغيره من سائر المكلفين وهو الاصل قال لا يخلوا الامر في ذلك الحديث الثاني من احد امرين إما ان يكون ذلك العموم الذي فيه لا يتناول النية لان ظاهره انما هو في الافعال فلا يكون بهذا الوجه معارضاً لحديث معاذ وإما ان يكون يتناولها فيكون حديث معاذ قد خصص ذلك العموم وفي النية مسائل ليس لها تعلق بالمنطوق به من الشرع رأينا تركها اذ كان غرضنا على القصد الاول انما هو الكلام في المسائل التي تتعلق بالمنطوق به من الشرع

﴿ الجملة الثالثة من كتاب الصلاة وهو معرفة ما تشتمل عليه من الاقوال والافعال وهي الاركان ﴾

والصلوات المفروضة تختلف في هذين بالزيادة والنقصان اما من قبل الانفراد والجماعة واما من قبل الزمان مثل مخالفة ظهر الجمعة لظهر سائر الايام واما من قبل الحضر والسفر واما من قبل الامن والخوف واما من قبل الصحة والمرض فاذا اريد ان يكون القول في هذه صناعياً وجارياً على نظام فيجب ان يقال اولا فيما تشترك فيه هذه كلها ثم يقال فيما يخص واحدة واحدة منها ويقال في واحدة واحدة منها وهو الاسهل وان كان هذا النوع من التعليم يعرض منه تكرار ما وهو الذي سلكه الفقهاء ونحن نتبعهم في ذلك فنجعل هذه الجملة منقسمة الى ستة ابواب . الباب الاول في صلاة المنفرد الحاضر الامن الصحيح . الباب الثاني في صلاة الجماعة أعني في احكام الامام والمأموم في الصلاة . الباب الثالث في صلاة الجمعة . الباب الرابع في صلاة السفر . الباب الخامس في صلاة الخوف . الباب السادس في صلاة المريض

﴿ الباب الاول ﴾ وهذا الباب فيه فصلان . الفصل الاول في اقوال الصلاة . والفصل الثاني في افعال الصلاة

﴿ الفصل الاول ﴾ وفي هذا الفصل من قواعد المسائل تسع مسائل

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلف العلماء في التكبير على ثلاثة مذاهب فقوم قالوا ان التكبير كله واجب في الصلاة وقوم قالوا انه كله ليس بواجب وهو شاذ وقوم اوجبوا تكبيرة الاحرام فقط وهم الجمهور . وسبب اختلاف من اوجبه كله ومن اوجب منه تكبيرة الاحرام فقط معارضة ما نقل من قوله لما نقل من فعله عليه السلام فاما ما نقل من قوله فحديث ابي هريرة المشهور أن النبي عليه السلام قال للرجل الذي علمه الصلاة اذا اردت الصلاة فاسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة ثم كبر ثم اقرأ ففهوم هذا هو أن التكبيرة الاولى هي الفرض فقط ولو كان ما عدى ذلك من التكبير فرضاً لذكره له كما ذكر سائر فروض الصلاة وأما ما نقل من فعله فمنها حديث ابي هريرة انه كان يصلي فيكبر كلما خفض ورفع ثم يقول اني لاشبهكم صلاة برسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها حديث مطرف بن عبد الله ابن الشخير قال صليت انا وعمران بن الحصين خلف علي بن ابي طالب رضي الله عنه فكان اذا سجد كبر واذا رفع رأسه من الركوع كبر فلما قضى صلاته وانصرفنا اخذ عمران بيدي فقال اذكرني هذا صلاة محمد صلى الله عليه وسلم فالقائلون بايجابه تمسكوا بهذا العمل المنقول في هذه الاحاديث وقالوا الاصل ان تكون كل افعاله التي اتت بيانا لواجب محمولة على الوجوب كما قال صلى الله عليه وسلم صلوا كما رأيتموني اصلي وخذوا عني مناسككم وقالت الفرقة الاولى ما في هذه الآثار يدل على أن العمل عند الصحابة انما كان على اتمام التكبير ولذلك كان ابو هريرة يقول

اني لاشبهكم بصلاة رسول صلى الله عليه وسلم وقال عمران اذكرني هذا بصلاته صلاة محمد . وأما من جعل التكبير كله نفلا فضعيف ولعله قاسه على سائر الاذكار التي في الصلاة مما ليست بواجب اذ قاس تكبيرة الاحرام على سائر التكبيرات قال ابو عمر بن عبد البر ومما يؤيد مذهب الجمهور مارواه شعبة بن الحجاج عن الحسن بن عمران عن عبد الله بن عبد الرحمان بن أبزا عن ابيه قال صليت مع النبي صلى الله عليه وسلم فلم يتم التكبير وصليت مع عمر بن عبد العزيز فلم يتم التكبير وما رواه احمد بن حنبل عن عمر رضي الله عنه انه كان لايكبر اذا صلى وحده وكان هؤلاء رأوا أن التكبير انما هو لمكان اشعار الامام للمأمومين بقيامه وقعوده ويشبه ان يكون الى هذا ذهب من رآه كله نفلا

﴿ المسئلة الثانية ﴾ قال مالك لايجزى من لفظ التكبير الا الله اكبر وقال الشافعي الله اكبر والله الاكبر اللفظان كلاهما يجزى وقال ابو حنيفة يجزى من لفظ التكبير كل لفظ في معناه مثل الله الاعظم والله الاجل ﴿ وسبب اختلافهم هل اللفظ هو المتعبد به في الافتتاح او المعنى وقد استدل المالكيون والشافعيون بقوله عليه السلام مفتاح الصلاة الطهور وتحريمها التكبير وتحليها التسليم قالوا والالف واللام هاهنا للحصر والحصر يدل على أن الحكم خاص بالمنطوق به وأنه لايجوز غيره وليس يوافقهم ابو حنيفة على هذا الاصل فان هذا المفهوم هو عنده من من باب دليل الخطاب وهو ان يحكم للمسكوت عنه بضد حكم المنطوق به ودليل الخطاب عند ابي حنيفة غير معمول به

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ ذهب قوم الى أن التوجيه في الصلاة واجب وهو ان يقول بعد التكبير اما وجهت وجهي للذي فطر السماوات والارض وهو مذهب الشافعي واما ان يسبح وهو مذهب ابي حنيفة واما ان يجمع بينهما وهو مذهب ابي يوسف صاحبه وقال مالك ليس التوجيه بواجب في الصلاة ولا سنة ﴿ وسبب الاختلاف معارضة الآثار الواردة بالتوجيه للعمل عند مالك او الاختلاف في صحة الآثار الواردة بذلك قال القاضي قد ثبت في الصحيحين عن ابي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسكت بين التكبير والقراءة اسكاتة قال فقلت يارسول الله بابي انت وامي اسكاتك بين التكبير والقراءة ماتقول قال اقول اللهم باعد بيني وبين خطاياي كما باعدت بين المشرق والمغرب اللهم نقني من الخطايا كما ينقى الثوب الابيض من الدنس اللهم اغسل خطاياي بالماء والثلج والبرد وقد ذهب قوم الى سكتات كثيرة في الصلاة منها حين يكبر وحين يفرغ من قراءة ام القرآن واذا فرغ من القراءة قبل الركوع وممن قال بهذا القول الشافعي وابو ثور والاوزاعي وأنكر ذلك مالك وأصحابه وأبو حنيفة وأصحابه ﴿ وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث ابي هريرة انه قد كانت له عليه السلام سكتات في صلاته حين يكبر ويفتتح الصلاة وحين يقرأ فاتحة الكتاب واذا فرغ من القراءة قبل الركوع ﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلفوا في قراءة بسم الله الرحمان الرحيم في افتتاح القراءة في الصلاة فمنع ذلك مالك في الصلاة المكتوبة جهراً كانت او سراً لافي استفتاح ام القرآن ولا في غيرها من السور واجاز ذلك في النافلة وقال ابو حنيفة والثوري واحمد يقرؤها مع ام القرآن في كل ركعة سراً وقال الشافعي يقرؤها ولابد في الجهر جهراً وفي السر سراً وهي عنده آية من فاتحة الكتاب وبه قال احمد وابو ثور وابو عبيد واختلف قول الشافعي هل هي آية من كل سورة أم انما هي آية من سورة النمل فقط ومن فاتحة الكتاب فروى عنه القولان جميعاً ﴿ وسبب الخلاف في هذا آئل الى شيئين أحدهما اختلاف الآثار في هذا الباب . والثاني اختلافهم هل بسم الله الرحمان الرحيم آية من فاتحة الكتاب ام لا فاما الآثار التي احتج بها من اسقط ذلك فمنها حديث ابن مغفل قال سمعني ابي وانا اقرأ بسم الله الرحمان الرحيم فقال يابني اياك والحدث فاني صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر فلم اسمع

رجلا منهم يقوله قال ابو عمر بن عبد البر بن مغفل رجل مجهول ومنها ما رواه مالك من حديث انس انه قال قمت وراء ابي بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم فكلهم كان لا يقرأ بسم الله اذا افتتحوا الصلاة قال ابو عمر وفى بعض الروايات انه قام خلف النبى عليه السلام فكان لا يقرأ بسم الله الرحمان الرحيم قال ابو عمر الا أن اهل الحديث قالوا فى حديث انس هذا ان النقل فيه مضطرب اضطرابا لا يقوم به حجة وذلك ان مرة روى عنه مرفوعا الى النبى صلى الله عليه وسلم ومرة لم يرفع ومنهم من يذكر عثمان ومنهم من لا يذكره ومنهم من يقول فكانوا يقرءون بسم الله الرحمان الرحيم ومنهم من يقول فكانوا لا يقرءون بسم الله الرحمان الرحيم ومنهم من يقول فكانوا لا يجهرون ببسم الله الرحمان الرحيم فلما الاحاديث المعارضة لهذا فمنها حديث نعيم بن عبد الله المجمر قال صليت خلف ابى هريرة فقرأ بسم الله الرحمان الرحيم قبل ام القرآن وقبل السورة وكبر فى الخفض والرفع وقال انا اشبهكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها حديث ابن عباس أن النبى عليه السلام كان يجهر ببسم الله الرحمان الرحيم ومنها حديث ام سلمة انها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ بسم الله الرحمان الرحيم الحمد لله رب العالمين فاختلاف هذه الآثار احدما اوجب اختلافهم فى قراءة بسم الله الرحمان الرحيم فى الصلاة والسبب الثانى كما قلنا هو هل بسم الله الرحمان آية من ام الكتاب وحدها او من كل سورة ام ليست آية لا من ام الكتاب ولا من كل سورة فمن رآنها آية من ام الكتاب اوجب قراءتها بوجوب قراءة ام الكتاب عنده فى الصلاة ومن رآنها آية من اول كل سورة وجب عنده ان يقرأها مع السورة وهذه المسئلة قد كثر الاختلاف فيها والمسئلة محتملة ولكن من العجب ما وقع فى هذه المسئلة انهم يقولون ومما اختلف فيه هل بسم الله الرحمان الرحيم آية من القرآن فى غير سورة النمل أم انما هى آية من القرآن فى سورة النمل فقط ويحكون على جهة الرد على الشافعى انها وكانت من القرآن فى غير سورة النمل لبينه رسول الله صلى الله عليه وسلم لان القرآن نقل تواترا هذا الذى قاله القاضى فى الرد على الشافعى وظن انه قاطع وأما ابو حامد فانتصر لهذا بان قال انه ايضا لو كانت من غير القرآن لوجب على رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبين ذلك وهذا كله تخبيط وشئ غير مفهوم فانه كيف يجوز فى الآية الواحدة بعينها ان يقال فيها انها من القرآن فى موضع وأنها ليست من القرآن فى موضع آخر بل يقول ان بسم الله الرحمان الرحيم قد ثبت انها من القرآن حيث ما ذكرت وأنها آية من سورة النمل وهل هى آية من سورة ام القرآن ومن كل سورة يستفتح بها مختلف فيه والمسئلة محتملة وذلك انها فى سائر السور فاتحة وهى جزء من سورة النمل فتأمل هذا فانه بين والله اعلم

﴿المسئلة الخامسة﴾ اتفق العلماء على انه لا تجوز صلاة بغير قراءة لا عمدا ولا سهوا الا شئ روى عن عمر رضى الله عنه انه صلى فنسى القراءة فقيل له فى ذلك فقال كيف كان الركوع والسجود فقيل حسن فقال لا بأس اذا وهو حديث غريب عندهم ادخله مالك فى موطاه فى بعض الروايات والا شئ روى عن ابن عباس انه لا يقرأ فى صلاة السر وانه قال قرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم فى صلوات وسكت فقرأ فيما قرأ وسكت فيما سكت وسئل هل فى الظهر والعصر قراءة فقال لا واخذ الجمهور بحديث خباب انه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ فى الظهر والعصر قيل فبأى شئ كنتم تعرفون ذلك قال باضطراب لحيته وتعلق الكوفيون بحديث ابن عباس فى ترك وجوب القراءة فى اركعتين الاخيرتين من الصلاة لاستواء صلاة الجهر والسر فى سكوت النبى صلى الله عليه وسلم فى هاتين الركعتين واختلفوا فى القراءة الواجبة فى الصلاة فرأ بعضهم أن الواجب من ذلك ام القرآن لمن حفظها وأن ما عداها ليس فيه توقيت ومن هؤلاء من اوجبها فى كل ركعة ومنهم من اوجبها فى اكثر الصلاة

ومنهم من اوجبها فى نصف الصلاة ومنهم من اوجبها فى ركعة من الصلاة وبالاول قال الشافعى وهى اشهر الروايات عن مالك وقد روى عنه انه ان قرأها فى ركعتين من الرباعية اجزأه وأما من رآ انها تجزى فى ركعة فمنهم الحسن البصري وكثير من فقهاء البصرة وأما ابو حنيفة فالواجب عنده انما هو قراءة القرآن أى آية اتفقت ان قرأ وحد اصحابه فى ذلك ثلاث آيات قصار او آية طويلة مثل آية الدين وهذا فى اركعتين الاولتين وأما فى الاخيرتين فيستحب عنده التسبيح فيهما دون القراءة وبه قال الكوفيون والجمهور يستحبون القراءة فيها كلها والسبب فى هذا الاختلاف تعارض الآثار فى هذا الباب ومعارضة ظاهر الكتاب للاثر اما الآثار المعارضة فى ذلك فاحدها حديث ابي هريرة الثابت أن رجلا دخل المسجد فصلى ثم جاء فسلم على النبى عليه السلام فرد عليه النبى صلى الله عليه وسلم وقال ارجع فصل فانك لم تصل فصلى ثم جاء فامره بالرجوع فعل ذلك ثلاث مرات فقال والذى بعثك بالحق ما احسن غيره فقال عليه السلام اذا قمت الى الصلاة فاسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ثم اركع حتى تطمئن راكعاً ثم ارفع حتى تعتدل قائماً ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً ثم ارفع حتى تطمئن جالساً ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً ثم ارفع حتى تستوى قائماً ثم افعل ذلك فى صلاتك كلها وأما المعارض لهذا فحديثان ثابتان متفق عليهما أحدهما حديث عبادة بن الصامت انه عليه السلام قال لاصلاة لمن لم يقرأ فاتحة الكتاب وحديث ابى هريرة ايضاً أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من صلى صلاة لم يقرأ فيها بام القرآن فهى خداج فهى خداج ثلاثا وحديث ابى هريرة المتقدم ظاهره انه يجزى من القراءة فى الصلاة ما تيسر من القرآن وحديث عبادة وحديث ابى هريرة الثانى يقتضى أن ام القرآن شرط فى الصلاة وظاهر قوله تعالى فاقرءوا ما تيسر منه يعضد حديث ابي هريرة المتقدم والعلماء المختلفون فى هذه المسئلة اما ان يكونوا ذهبوا فى تاويل هذه الاحاديث مذهب الجمع واما ان يكونوا ذهبوا مذهب الترجيح وعلى كلا القولين يتصور هذا المعنى وذلك انه من ذهب مذهب من اوجب قراءة ما تيسر من القرآن له ان يقول هذا ارجح لان ظاهر الكتاب يوافقه وله ان يقول على طريق الجمع انه يمكن ان يكون حديث عبادة المقصود به نفى الكمال لا نفى الاجزاء وحديث ابي هريرة المقصود منه الاعلام بالمجزى من القراءة اذ كان المقصود منه تعليم فرائض الصلاة ولاولئك ايضاً ان يذهبوا هذين المذهبين بان يقولوا هذه الاحاديث اوضح لانها اكثر وايضاً فان حديث ابى هريرة المشهور يعضده وهو الحديث الذى فيه يقول الله قسمت الصلاة بينى وبين عبدى نصفين فنصفها لى ونصفها لعبدى ولعبدى ما سأل يقول العبد الحمد لله رب العالمين يقول الله حمدنى عبدى الحديث ولهم ان يقولوا ايضاً ان قوله عليه السلام ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن مبهم والاحاديث الاخر معينة والمعين يقضى على المبهم وهذا فيه عسر فان معنى حرف ما هاهنا انما هو معنى اي شئ تيسر وانما يسوغ هذا ان دلت ما فى كلام العرب على ما يدل عليه لام العهد فكان يكون تقدير الكلام اقرأ الذى تيسر معك من القرآن ويكون المفهوم منه ام الكتاب اذ كانت الالف واللام فى الذي تدل على العهد فينبغى ان يتأمل هذا فى كلام العرب فان وجدت العرب تفعل هذا أعنى تجوز فى موطن ما فتدل ما على شئ معين فيسوغ عند التاويل والا فلا وجه له فالمسئلة كما ترى محتملة وانما كان يرتفع الاحتمال لو ثبت النسخ وأما اختلاف من اوجب ام الكتاب فى الصلاة فى كل ركعة او فى بعض الصلاة فسببه احتمال عودة الضمير الذى فى قوله عليه السلام لم يقرأ فيها بام القرآن على كل اجزاء الصلاة او على بعضها وذلك ان من قرأ فى الكل منها او فى الجزء أعنى فى ركعة او ركعتين لم يدخل تحت قوله عليه السلام لم يقرأ فيها وهذا الاحتمال

بعينه هو الذى اصار ابا حنيفة الى ان يترك القراءة ايضاً في بعض الصلاة أعنى في الركعتين الاخرتين واختار مالك ان يقرأ في الركعتين الاوليين من الرباعية بالحمد وسورة وفي الاخرتين بالحمد فقط واختار الشافعى ان يقرأ فى الاربع من الظهر بالحمد وسورة الا أن السورة التى يقرأ فى الاوليين تكون اطول فذهب مالك الى حديث ابى قتادة الثابت انه عليه السلام كان يقرأ فى الاوليين من الظهر والعصر بفاتحة الكتاب وسورة وفي الاخرتين منها بفاتحة الكتاب فقط وذهب الشافعى الى ظاهر حديث ابي سعيد الثابت ايضاً انه كان يقرأ فى الركعتين الاوليين من الظهر قدر ثلاثين آية وفى الاخريين قدر خمس عشرة آية ولم يختلفوا فى العصر لاتفاق الحديثين فيها وذلك ان فى حديث ابى سعيد هذا الذى كان يقرأ فى الاوليين من العصر قدر خمس عشرة آية وفى الاخريين قدر النصف من ذلك

﴿المسئلة السادسة﴾ اتفق الجمهور على منع قراءة القرآن فى الركوع والسجود لحديث على فى ذلك قال نهاني جبريل صلى الله عليه ان اقرأ القرآن راكعاً وساجداً قال الطبرى وهو حديث صحيح وبه اخذ فقهاء الامصار وصار قوم من التابعين الى جواز ذلك وهو مذهب البخارى لانه لم يصح الحديث عنده والله اعلم واختلفوا هل فى الركوع او السجود قول محدود يقوله المصلى فقال مالك ليس فى ذلك قول محدود وذهب الشافعى وابو حنيفة واحمد وجماعة غيرهم الى ان المصلى يقول فى ركوعه سبحان ربى العظيم ثلاثا وفى السجود سبحان ربى الاعلى ثلاثا على ماجاء فى حديث عقبة بن عامر وقال الثورى وأحب الى ان يقولها الامام خمساً فى صلاته حتى يدرك الذى خلفه ثلاث تسبيحات *والسبب فى هذا الاختلاف معارضة حديث ابن عباس فى هذا الباب لحديث عقبة بن عامر وذلك ان فى حديث ابن عباس انه عليه السلام قال الا واني نهيت ان اقرأ القرآن راكعاً او ساجداً فاما الركوع فعظموا فيه الرب وأما السجود فاجتهدوا فيه في الدعاء فقمن ان يستجاب لكم وفى حديث عقبة بن عامر انه قال لما نزلت فسبح باسم ربك العظيم قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم اجعلوها فى ركوعكم ولما نزلت سبح اسم ربك الاعلى قال اجعلوها فى سجودكم وكذلك اختلفوا فى الدعاء فى الركوع بعد اتفاقهم على جواز الثناء على الله فكره ذلك مالك لحديث على انه قال عليه السلام أما الركوع فعظموا فيه الرب وأما السجود فاجتهدوا فيه فى الدعاء وقالت طائفة يجوز الدعاء فى الركوع واحتجوا باحاديث جاء فيها انه عليه السلام دعا فى الركوع وهو مذهب البخاري واحتج بحديث عائشة قالت كان النبي عليه السلام يقول فى ركوعه وسجوده سبحانك اللهم ربنا وبحمدك اللهم اغفر لى وأبو حنيفة لايجيز الدعاء فى الصلاة بغير الفاظ القرآن ومالك والشافعى يجيزان ذلك والسبب فى ذلك هل هو كلام ام لا

﴿المسئلة السابعة﴾ اختلفوا فى وجوب التشهد وفى المختار منه فذهب مالك وابو حنيفة وجماعة الى أن التشهد ليس بواجب وذهبت طائفة الى وجوبه وبه قال الشافعي وأحمد وداود *وسبب اختلافهم معارضة القياس لظاهر الاثر وذلك أن القياس يقتضى الحاقه بسائر الاركان التى ليست بواجبة فى الصلاة لاتفاقهم على وجوب القرآن وأن التشهد ليس بقرآن فيجب وحديث ابن عباس انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلم السورة من القرآن يقتضى وجوبه مع أن الاصل عند هؤلاء ان افعاله واقواله فى الصلاة يجب ان تكون محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على خلاف ذلك والاصل عند غيرهم على خلاف هذا وهو أن ما ثبت وجوبه فى الصلاة مما اتفق عليه او صرح بوجوبه فلا يجب ان يلحق به الا ما صرح به ونص عليه فهما كما ترى اصلان متعارضان وأما المختار من التشهد فان مالكا رحمه الله اختار تشهد عمر رضى الله عنه الذى كان يعلم الناس

على المنبر وهو التحيات لله الزاكيات لله السلام عليك ايها النبيّ ورحمة الله تعالى وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد ان لا اله الا الله وحده لا شريك له وأشهد ان محمداً عبده ورسوله واختار اهل الكوفة ابو حنيفة وغيره تشهد عبد الله بن مسعود قال ابو عمر وبه قال احمد واكثر اهل الحديث لثبوت نقله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك ايها النبيّ ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد ان لا اله الا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله واختار الشافعي واصحابه تشهد عبد الله ابن عباس الذي رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن فكان يقول التحيات المباركات الصلوات الطيبات فالسلام عليك أيها النبيّ ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد ان لا اله الا الله وأن محمداً رسول الله ﷺ وسبب اختلافهم اختلاف ظنونهم في الارجح منها فمن غلب على ظنه رجحان حديث ما من هذه الاحاديث الثلاثة مال اليه وقد ذهب كثير من الفقهاء الى ان هذا كله على التخيير كالاذان والتكبير على الجنائز وفي العيدين وفي غير ذلك مما تواتر نقله وهو الصواب والله اعلم وقد اشترط الشافعي السلام على النبي صلى الله عليه وسلم في التشهد وقال انها فرض لقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليما ذهب الى ان هذا التسليم هو التسليم من الصلاة وذهب الجمهور الى انه التسليم الذي يوتى به عقب الصلاة عليه وذهب قوم من اهل الظاهر الى انه واجب ان يتعوذ المتشهد من الاربع التي جاءت في الحديث من عذاب القبر ومن عذاب جهنم ومن فتنة المسيح الدجال ومن فتنة المحيا والممات لانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتعوذ منها في آخر تشهده وفي بعض طرقه اذا فرغ احدكم من التشهد الاخير فليتعوذ من اربع الحديث خرّجه مسلم

﴿ المسألة الثامنة ﴾ اختلفوا في التسليم من الصلاة فقال الجمهور بوجوبه وقال ابو حنيفة واصحابه ليس بواجب والذين اوجبوه منهم من قال الواجب على المنفرد والامام تسليمة واحدة ومنهم من قال اثنتان فذهب الجمهور مذهب ظاهر حديث علي وهو قوله عليه السلام فيه وتحليلها التسليم ومن ذهب الى أن الواجب من ذلك تسليمتان فلما ثبت من انه عليه السلام كان يسلم تسليمتين وذلك عند من حمل فعله على الوجوب واختار مالك للمأموم تسليمتين وللامام واحدة وقد قيل عثمان للمأموم يسلم ثلاثا الواحدة للتحليل والثانية للامام والثالثة لمن هو عن يمينه وأما ابو حنيفة فذهب الى ما رواه عبد الرحمان بن زياد الافريقي أن عبد الرحمان بن رافع وبكر بن سوادة حدثاه عن عبد الله بن عمرو بن العاصي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا جلس الرجل في آخر صلاته فاحدث قبل ان يسلم فقد تمت صلاته قال ابو عمر بن عبد البر حديث علي المتقدم اثبت عند اهل النقل لان حديث عبد الله بن عمرو بن العاصي انفرد به الافريقي وهو عند اهل النقل ضعيف قال القاضي ان كان اثبت من طريق النقل فانه محتمل من طريق اللفظ وذلك انه ليس يدل على ان الخروج من الصلاة لا يكون بغير التسليم الا بضرب من دليل الخطاب وهو مفهوم ضعيف عند الاكثر ولكن للجمهور ان يقولوا ان الالف واللام التي للحصر اقوى من دليل الخطاب في كون حكم المسكوت عنه بضد حكم المنطوق به

﴿ المسألة التاسعة ﴾ اختلفوا في القنوت فذهب مالك الى أن القنوت في صلاة الصبح مستحب وذهب الشافعي الى انه سنة وذهب ابو حنيفة الى انه لا يجوز القنوت في صلاة الصبح وان القنوت انما موضعه الوتر وقال قوم بل يقنت في كل صلاة وقال قوم لا قنوت الا في رمضان وقال قوم بل في النصف

الآخير منه وقال قوم بل في النصف الاول ٭ والسبب في ذلك اختلاف الآثار المنقولة في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم وقياس بعض الصلوات في ذلك على بعض أعني التي قنت فيها على التي لم يقنت فيها قال أبو عمر ابن عبد البر والقنوت بلعن الكفرة في رمضان مستفيض في الصدر الاول اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم في دعائه على رعل وذكوان والكفر الذين قتلوا أصحاب بير معونة وقال الليث بن سعد ماقنت منذ اربعين عاما أو خمسة واربعين عاما الاورآء امامي قنت قال الليث واحتج في ذلك بالحديث الذي جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قنت شهرا أو اربعين يدعوا لقوم ويدعوا على آخرين حتى أنزل الله تبارك وتعالى عليه معاتباً ليس لك من الامر شئ أو يتوب عليهم أو يعذبهم فانهم ظالمون فترك رسول الله صلى الله عليه وسلم القنوت فما قنت بعدها حتى لقي الله قال فنذ حملت هذا الحديث لم اقنت وهو مذهب يحيى بن يحيى قال القاضي ولقد حدثني الاشياخ انه كان العمل عليه بمسجده عندنا بقرطبة وانما استمر الي زماننا أو قريب من زماننا وخرج مسلم عن أبي هريرة أن النبي عليه السلام قنت في صلاة الصبح ثم بلغنا انه ترك ذلك لما نزل ليس لك من الامر شئ أو يتوب وخرج عن أبي هريرة انه قنت في الظهر والعشاء الاخيرة وصلاة الصبح وخرج عنه عليه السلام أنه قنت شهراً في صلاة الصبح يدعوا على بني عصية واختلفوا فيما يقنت به فاستحب مالك القنوت باللهم نستعينك ونستغفرك ونستهديك ونؤمن بك ونخنع لك ونخلع ونترك من يكفرك اللهم إياك نعبد ولك نصلي ونسجد واليك نسعى ونحفد نرجوا رحمتك ونخاف عذابك إن عذابك بالكافرين ملحق ويسميها أهل العراق السورتين ويروى أنها في مصحف أبي بن كعب وقال الشافعي واسحاق بل يقنت باللهم اهدنا فيمن هديت وعافنا فيمن عافيت وقنا شر ماقضيت انك تقضي ولا يقضى عليك تباركت ربنا وتعاليت وهذا يروى به الحسن بن علي من طرق ثابتة ان النبي عليه السلام علمه هذا الدعاء يقنت به في الصلاة وقال عبد الله بن داود من لم يقنت بالسورتين فلا يصلي خلفه وقال قوم ليس في القنوت شئ موقوت

﴿الفصل الثاني﴾ في الافعال التي هي اركان وفي هذا الفصل من قواعد المسائل ثماني مسائل

﴿المسئلة الاولى﴾ اختلف العلماء في رفع اليدين في الصلاة في ثلاثة مواضع أحدها في حكمه والثاني في المواضع التي يرفع فيها من الصلاة والثالث الى أين ينتهي رفعها فاما الحكم فذهب الجمهور إلى انه سنة في الصلاة وذهب داود وجماعة من أصحابه إلى ان ذلك فرض وهؤلاء انقسموا اقساما فمنهم من أوجب ذلك في تكبيرة الاحرام فقط ومنهم من أوجب ذلك في الاستفتاح وعند الركوع أعني عند الانحطاط فيه وعند الارتفاع منه ومنهم من أوجب ذلك في هذين الموضعين وعند السجود وذلك بحسب اختلافهم في المواضع التي يرفع فيها ٭ وسبب اختلافهم معارضة ظاهر حديث أبي هريرة الذي فيه تعليم فرائض الصلاة بفعله عليه السلام وذلك ان حديث أبي هريرة قائما فيه انه قال له وكبر ولم يأمره برفع يديه وثبت عنه عليه السلام من حديث ابن عمر وغيره انه كان يرفع يديه اذا افتتح الصلاة وأما اختلافهم في المواضع التي ترفع فيها فذهب أهل الكوفة أبو حنيفة وسفيان الثوري وسائر فقهائهم إلى أنه لا يرفع المصلي يديه إلا عند تكبيرة الاحرام فقط وهي رواية ابن القاسم عن مالك وذهب الشافعي وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور وجمهور أهل الحديث وأهل العلم إلى الرفع عند تكبيرة الاحرام وعند الركوع وعند الرفع من الركوع وهو مروي عن مالك الا انه عند اولئك فرض وعند مالك سنة وذهب بعض أهل الحديث الى رفعهما عند السجود وعند الرفع منه ٭ والسبب في هذا الاختلاف كله اختلاف الآثار الواردة في ذلك ومخالفة العمل بالمدينة

لبعضها وذلك ان في ذلك احاديث أحدها حديث عبد الله بن مسعود وحديث البراء بن عازب انه كان عليه السلام يرفع يديه عند الاحرام مرة واحدة لا يزيد عليها والحديث الثاني حديث ابن عمر عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه وإذا رفع رأسه من الركوع رفعهما أيضاً كذلك وقال سمع الله لمن حمده ربنا لك الحمد وكان لا يفعل ذلك في السجود وهو حديث متفق على صحته وزعموا انه روى ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة عشر رجلا من أصحابه والحديث الثالث حديث وائل بن حجر وفيه زيادة على ما في حديث عبد الله بن عمر أنه كان يرفع يديه عند السجود فمن حمل الرفع هاهنا على أنه ندب أو فريضة فمنهم من اقتصر به على الاحرام فقط ترجيحاً لحديث عبد الله بن مسعود وحديث البراء بن عازب وهو مذهب مالك لموافقة العمل به ومنهم من رجح حديث عبد الله بن عمر فرأى الرفع في الموضعين أعني في الركوع وفي الافتتاح لشهرته واتفق الجميع عليه ومن كان رأيه من هؤلاء ان الرفع فريضة حمل ذلك على الفريضة ومن كان من رأيه حمله على الندب حمل ذلك على الندب ومنهم من ذهب مذهب الجمع وقال انه يجب ان تجمع هذه الزيادة بعضها الى بعض على ما في حديث وائل بن حجر فاذا العلماء ذهبوا في هذه الآثار مذهبين اما مذهب الترجيح واما مذهب الجمع والسبب في اختلافهم في حمل رفع اليدين في الصلاة هل هو على الندب أو على الفرض هو السبب الذي قلناه قبل من ان بعض الناس يرى ان الاصل في أفعاله صلى الله عليه وسلم أن تحمل على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك ومنهم من يرى ان الاصل الايزاد فيما صح بدليل واضح من قول ثابت أو اجماع انه من فرائض الصلاة الا بدليل واضح وقد تقدم هذا من قولنا ولا معنى لتكرير الشيء الواحد مرات كثيرة وأما الحد الذي يرفع اليه اليدان فذهب بعضهم الى أنه المنكبان وبه قال مالك والشافعي وجماعة وذهب بعضهم الى رفعهما الى الاذنين وبه قال أبو حنيفة وذهب بعضهم الى رفعهما الى الصدر وكل ذلك مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم الا ان الثابت مافي ذلك انه كان يرفعهما حذو منكبيه وعليه الجمهور والرفع الى الاذنين ثابت من الرفع الى الصدر وأشهر ﴿المسئلة الثانية﴾ ذهب أبو حنيفة الى أن الاعتدال من الركوع وفي الركوع غير واجب وقال الشافعي هو واجب واختلف أصحاب مالك هل ظاهر مذهبه يقتضي ان يكون سنة أو واجباً اذ لم ينقل عنه نص في ذلك والسبب في اختلافهم هل الواجب الاخذ ببعض ما ينطلق عليه الاسم أم بكل ذلك الشيء الذي ينطلق عليه الاسم فمن كان الواجب عنده الاخذ ببعض ما ينطلق عليه الاسم لم يشترط الاعتدال في الركوع ومن كان الواجب عنده الاخذ بالكل اشترط الاعتدال وقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في الحديث المتقدم للرجل الذي علمه فروض الصلاة اركع حتى تطمئن راكعاً وارفع حتى تطمئن رافعاً فالواجب اعتقاد كونه فرضاً وعلى هذا الحديث عول كل من رأى ان الاصل الا تحمل افعاله عليه السلام في سائر افعال الصلاة مما لم ينص عليها في هذا الحديث على الوجوب حتى يدل الدليل على ذلك ومن قبل هذا لم يروا رفع اليدين فرضاً ولا ما عدا تكبيرة الاحرام والقراءة من الاقاويل التي في الصلاة فتأمل هذا فانه أصل مناقض للاصل الاول وهو سبب الخلاف في أكثر هذه المسائل

﴿المسئلة الثالثة﴾ اختلف الفقهاء في هيئة الجلوس فقال مالك وأصحابه يفضي باليته الى الارض وينصب رجله اليمنى ويثني اليسرى وجلوس المرأة عنده كجلوس الرجل وقال أبو حنيفة وأصحابه ينصب الرجل اليمنى ويقعد على اليسرى وفرق الشافعي بين الجلسة الوسطى والاخيرة فقال في الوسطى مثل قول أبي حنيفة وفي الاخيرة

يمثل قول مالك * وسبب اختلافهم في ذلك تعارض الآثار وذلك ان في ذلك ثلاثة آثار أحدها وهو ثابت باتفاق حديث أبي حميد الساعدي الوارد في وصف صلاته عليه السلام وفيه واذا جلس في الركعتين جلس على رجله اليسرى ونصب اليمنى واذا جلس في الركعة الاخيرة قدم رجله اليسرى ونصب الاخرى وقعد على مقعدته والثاني حديث وائل ابن حجر وفيه أنه كان اذا قعد في الصلاة نصب اليمنى وقعد اليسرى والثالث ما رواه مالك عن عبد الله بن عمر انه قال انما سنة الصلاة ان تنصب رجلك اليمنى وتثني اليسرى وهو مدخل في المسند لقوله فيه انما سنة الصلاة وفي روايته عن القاسم بن محمد انه راهم في الجلوس التشهد فنصب رجله اليمنى وثنى اليسرى وجلس على وركه الايسر ولم يجلس على قدمه ثم قال ان أبي عبد الله بن عمر وحدثني ان أباه كان يفعل ذلك فذهب مالك مذهب الترجيح لهذا الحديث وذهب أبو حنيفة مذهب الترجيح لحديث وائل وذهب الشافعي مذهب الجمع على حديث أبي حميد وذهب الطبري مذهب التخيير وقال هذه الهيئات كلها جائزة وحسن فعلها لثبوتها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو قول حسن قال الافعال المختلفة أولى ان تحمل على التخيير منها على التعارض وانما يتصور التعارض أكثر ذلك في الفعل مع القول أو في القول مع القول ﴿المسئلة الرابعة﴾ اختلف العلماء في الجلسة الوسطى والاخيرة فذهب الاكثر في الوسطى الى أنها سنة وليست بفرض وشذ قوم فقالوا انها فرض وكذلك ذهب الجمهور في الجلسة الاخيرة الى أنها فرض وشذ قوم فقالوا انها ليست بفرض * والسبب في اختلافهم هو تعارض مفهوم الاحاديث وقياس احدى الجلستين على الثانية وذلك ان في حديث أبي هريرة المتقدم اجلس حتى تطمئن جالساً فوجب الجلوس على ظاهر هذا الحديث في الصلاة كلها فمن أخذ بهذا قال ان الجلوس كله فرض ولما جاء في حديث ابن بحينة الثابت أنه عليه السلام اسقط الجلسة الوسطى ولم يجبرها وسجد لها وثبت عنه أنه أسقط ركعتين فجبرها وكذلك ركعة فهم الفقهاء من هذا الفرق بين حكم الجلسة الوسطى وحكم الركعة وكانت عندهم الركعة فرضاً باجماع فوجب الا تكون الجلسة الوسطى فرضاً وهذا هو الذي اوجب ان فرق الفقهاء بين الجلستين ورأوا ان سجود السهو انما يكون للسنن دون الفروض ومن رآها فرض قال السجود للجلسة الوسطى شئ يخصها دون سائر الفرائض وليس في ذلك دليل على انها ليست بفرض وامامن ذهب الى انهما كلاهما سنة فقاس الجلسة الاخيرة على الوسطى بعد ان اعتقد في الوسطى بالدليل الذي اعتقده الجمهور وانها سنة فاذا السبب في اختلافهم هو في الحقيقة آئل الى معارضة الاستدلال لظاهر القول او ظاهر الفعل فان من الناس ايضاً من اعتقد ان الجلستين كليهما فرض من جهة ان افعاله عليه السلام عنده الاصل فيها ان تكون في الصلاة محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك على ما تقدم فاذن الاصلان جميعاً يقتضيان بما هنا ان الجلوس الاخير فرض ولذلك عليه اكثر الجمهور من غير ان يكون له معارض الا القياس واعني بالاصلين القول والعمل ولذلك اضعف الاقاويل من رآ ان الجلستين سنة والله اعلم وثبت عنه عليه السلام انه كان يضع كفه اليمنى على ركبته اليمنى وكفه اليسرى على ركبته اليسرى ويشير باصبعه واتفق العلماء على ان هذه الهيئة من هيئة الجلوس المستحسنة في الصلاة واختلفوا في تحريك الاصابع لاختلاف الاثر في ذلك والثابت انه كان يشير فقط ﴿المسئلة الخامسة﴾ اختلف العلماء في وضع اليدين احداهما على الاخرى في الصلاة فكره ذلك مالك في الفرض واجازه في النفل ورآ قوم ان هذا الفعل من سنن الصلاة وهم الجمهور * والسبب في اختلافهم انه قد جاءت آثار ثابتة نقلت فيها آثار صفة صلاته عليه السلام ولم ينقل فيها انه كان

يضع يده اليمنى على اليسرى وثبت ايضاً ان الناس كانوا يؤمرون بذلك وورد ذلك ايضاً من صفة صلاته عليه السلام في حديث ابي حميد فرآ قوم ان الآثار التي اثبتت ذلك اقتضت زيادة على الآثار التي لم تنقل فيها هذه الزيادة وان الزيادة يجب ان يصار اليها ورآ قوم ان الاوجب المصير الى الآثار التي ليس فيها هذه الزيادة لانها اكثر وتكون هذه ليست مناسبة لافعال الصلاة وانما هي من باب الاستعانة وكذلك اجازها مالك في النفل ولم يجزها في الفرض وقد يظهر من امرها انها هيئة تقتضي الخضوع وهو الاولى بها ﴿المسئلة السادسة﴾ اختار قوم اذا كان الرجل في وتر في صلاته الا ينهض حتى يستوي قاعداً واختار آخرون ان ينهض من سجوده نفسه وبالاول قال الشافعي وجماعة وبالثاني قال مالك وجماعة ●وسبب الخلاف ان في ذلك حديثين مختلفين احدهما حديث مالك بن الحويرث الثابت انه رآ رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي فاذا كان في وتر من صلاته لم ينهض حتى يستوي قاعداً وفي حديث ابي حميد في صفة صلاته عليه السلام انه لما رفع رأسه من السجدة الثانية من الركعة الاولى قام ولم يتورك فاخذ بالحديث الاول الشافعي واخذ بالثاني مالك وكذلك اختلفوا اذا سجد هل يضع يديه قبل ركبتيه او ركبتيه قبل يديه ومذهب مالك وضع الركبتين قبل اليدين ●وسبب ذلك ان في حديث ابن حجر قال رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه واذا نهض رفع يديه قبل ركبتيه وعن ابي هريرة ان النبي عليه السلام قال اذا سجد احدكم فلا يبرك كما يبرك البعير وليضع يديه قبل ركبتيه وكان عبد الله بن عمر يضع يديه قبل ركبتيه وقال بعض اهل الحديث حديث وائل بن حجر اثبت من حديث ابي هريرة ﴿المسئلة السابعة﴾ اتفق العلماء على ان السجود يكون على سبعة اعضاء الوجه واليدين والركبتين واطراف القدمين لقوله عليه السلام امرت ان اسجد على سبعة اعضاء واختلفوا فيمن سجد على وجهه ونقصه السجود على عضو من تلك الاعضاء هل تبطل صلاته ام لا فقال قوم لا تبطل صلاته لان اسم السجود انما يتناول الوجه فقط وقال قوم تبطل ان لم يسجد على السبعة الاعضاء للحديث الثابت ولم يختلفوا ان من سجد على جبهته وانفه فقد سجد على وجهه ● واختلفوا فيمن سجد على احدهما فقال مالك ان سجد على جبهته دون انفه جاز وان سجد على انفه دون جبهته لم يجز وقال ابو حنيفة بل يجوز ذلك وقال الشافعي لا يجوز الا ان يسجد عليهما جميعاً ●وسبب اختلافهم هل الواجب هو امتثال بعض ما ينطلق عليه الاسم ام كله وذلك ان في حديث النبي عليه السلام الثابت عن ابن عباس امرت ان اسجد على سبعة اعضاء فذكر منها الوجه فمن رآ ان الواجب هو بعض ما ينطلق عليه الاسم قال ان سجد على الجبهة او الانف اجزا ومن رآ ان اسم السجود يتناول من سجد على الجبهة ولا يتناول من سجد على الانف اجاز السجود على الجبهة دون الانف وهذا كانه تحديد للبعض الذي امتثاله هو الواجب مما ينطلق عليه الاسم وكان هذا على مذهب من يفرق بين ابعاض الشيء فرآ ان بعضها يقوم في امتثاله مقام الوجوب وبعضها لا يقوم مقامه فتأمل هذا فانه اصل في هذا الباب والاجاز لقائل ان يقول انه ان مس من انفه الارض مثقال خردلة ثم سجوده وامامن رآ ان الواجب هو امتثال كل ما ينطلق عليه الاسم فالواجب عنده ان يسجد على الجبهة والانف والشافعي يقول ان هذا الاحتمال الذي من قبل اللفظ قد ازاله فعله عليه السلام وبينه فانه كان يسجد على الانف والجبهة لما جاء من انه انصرف من صلاة من الصلوات وعلى جبهته وانفه اثر الطين والماء فوجب ان يكون فعله مفسراً للحديث المجمل قال ابو عمر بن عبد البر وقد ذكر جماعة من الحفاظ حديث ابن عباس فذكروا فيه الانف والجبهة قال القاضي ابو الوليد وذكر بعضهم الجبهة فقط وكلا الروايتين في كتاب مسلم وذلك حجة

لمسالك واختلفوا ايضاً هل من شرط السجود ان تكون يد الساجد بارزة وموضوعة على الذي يوضع عليه الوجه ام ليس ذلك من شرطه فقال مالك ذلك من شرط السجود احدبه شرط تمامه وقالت جماعة ليس ذلك من شرط السجود ومن هذا الباب اختلافهم في السجود على طاقات العمامة فالناس فيه ثلاثة مذاهب قول بالمنع وقول بالجواز وقول بالفرق بين ان يسجد على طاقات يسيرة من العمامة وكثيرة وقول بالفرق بين ان يمس من جبته الارض شيء او لا يمس منها شيء وهذا الاختلاف كله موجود في المذهب وعند فقهاء الامصار وفي البخاري كانوا يسجدون على القلانس والعمائم واحتج من لم ير ابراز اليدين في السجود بقول ابن عباس امر النبي صلى الله عليه وسلم ان نسجد على سبعة اعضاء ولا نكفت ثوبا ولا شعراً وقياساً على الركبتين وعلى الصلاة في الحفين ويمكن ان يحتج بهذا العموم في السجود على العمامة ﴿المسئلة الثامنة﴾ اتفق العلماء على كراهية الاقعاء في الصلاة لما جاء في الحديث من النهي ان يقعي الرجل في صلاته كما يقعي الكلب الا انهم اختلفوا فيما يدل عليه الاسم فمنهم من رأى ان الاقعاء المنهي عنه هو جلوس الرجل على اليته في الصلاة ناصباً فخذيه مثل اقعاء الكلب والسبع ولا خلاف بينهم ان هذه الهيئة ليست من هيئات الصلاة وقوم راوا ان معنى الاقعاء الذي نهي عنه هو ان يجعل اليته على عقبيه بين السجدتين وان يجلس على صدور قدميه وهو مذهب مالك وقد روي عن ابي عمر انه ذكر انه انما كان يفعل ذلك لانه كان يشتكي قدميه واما ابن عباس فكان يقول الاقعاء على القدمين في السجود على هذه الصفة هو سنة بينكم خرجه مسلم * وسبب اختلافهم هو تردد اسم الاقعاء المنهي عنه في الصلاة بين ان يدل على المعنى اللغوي او يدل على معنى شرعي اعني على هيئة خصها الشرع بهذا الاسم فمن رأى انه يدل على المعنى اللغوي قال هو اقعاء الكلب ومن رأى انه يدل على معنى شرعي قال انما اريد بذلك احد هيئات الصلاة المنهية عنها ولما ثبت عن ابن عمر ان قعود الرجل على صدور قدميه ليس من سنة الصلاة سبق الى اعتقاده ان هذه الهيئة هي التي اريد بالاقعاء المنهي عنه وهذا ضعيف فان الاسماء التي لم تثبت لها معان شرعية يجب ان تحمل على المعنى اللغوي حتى يثبت لها معنى شرعي بخلاف الامر في الاسماء التي ثبت لها معان شرعية أعني أنه يجب ان يحمل على المعاني الشرعية حتى يدل الدليل على المعنى اللغوي مع انه قد عارض حديث ابن عمر في ذلك حديث ابن عباس

﴿الباب الثاني من الجملة الثالثة﴾ وهذا الباب الكلام المحيط بقواعده فيه فصول سبعة احدها معرفة حكم صلاة الجماعة والثاني في معرفة شروط الامامة ومن اولى بالتقديم واحكام الامام الخاصة بها الثالث في مقام المأموم من الامام والاحكام الخاصة بالمأمومين الرابع في معرفة ما يتبع فيه المأموم الامام مما ليس يتبعه الخامس في صفة الاتباع السادس فيما يحمله الامام على المأمومين السابع في الاشياء التي اذا فسدت لها صلاة الامام يعدى افساد الى المأمومين ﴿والفصل الاول﴾ وفي هذا الفصل مسئلتين احداها هل صلاة الجماعة واجبة على من سمع النداء ام ليست فواجبة ﴿المسئلة الثانية﴾ اذا دخل الرجل المسجد وقد صلى هل يجب عليه ان يصلي مع الجماعة الصلاة التي قد صلاها ام لا ﴿اما المسئلة الاولى﴾ فان العلماء اختلفوا فيها فذهب الجمهور الى أنها سنة أو فرض على الكفاية فذهبت الظاهرية الى أن صلاة الجماعة فرض متعين على كل مكلف * والسبب في اختلافهم تعارض مفهومات الآثار في ذلك وذلك ان ظاهر قوله عليه السلام صلاة الجماعة تفضل صلاة الفذ بخمس وعشرين درجة أو بسبع وعشرين درجة يعطي ان الصلاة في الجماعة من جنس المندوب اليه وكلها كمال زائد الصلاة على الواجبة فكأنه قال عليه السلام صلاة الجماعة اكمل من صلاة المنفرد والكمال انما هو شيء زائد على الاجزاء

وحديث الاعمى المشهور حين استاذنه في التخلف عن صلاة الجماعة لانه لا قائد له فرخص له في ذلك ثم قال له عليه السلام اتسمع النداء قال نعم قال لا أجد لك رخصة هو كالنص في وجوبها مع عدم العذر خرجه مسلم ومما يقوى هذا حديث أبي هريرة المتفق على صحته وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال والذي نفسي بيده لقد هممت ان آمر بحطب فيحطب ثم آمر بالصلاة فيؤذن لها ثم آمر رجلا فيؤم الناس ثم اخالف الى رجال فاحرق عليهم بيوتهم والذي نفسي بيده لو يعلم أحدهم انه يجد عظماً سميناً او مرماتين حسنتين لشهد العشاء وحديث ابن مسعود وقد قال فيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم علمنا سنن الهدى وان من سنن الهدى الصلاة في المسجد الذي يؤذن فيه وفي بعض رواياته ولو تركتم سنة نبيكم لضللتم فسلك كل واحد من هذين الفريقين مسلك الجمع فتاويل حديث مخالفة وصرفه الى ظاهر الحديث الذي تمسك به فاما اهل الظاهر فانهم قالوا ان المفاضلة لا تمتنع ان تقع في الواجبات انفسها اى ان صلاة الجماعة في حق من فرضه صلاة الجماعة تفضل صلاة المنفرد في حق من سقط عنه وجوب صلاة الجماعة لمكان العذر بتلك الدرجات المذكورة قالوا وعلى هذا فلا تعارض بين الحديثين واحتجوا لذلك بقوله عليه السلام صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم واما اولئك فزعموا انه يمكن ان يحمل حديث الاعمى على نداء يوم الجمعة اذ ذلك هو النداء الذي يجب على من سمعه الاتيان اليه باتفاق وهذا فيه بعد والله اعلم لان نص الحديث هو ان ابا هريرة قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل اعمى فقال يارسول الله انه ليس لي قائد يقودني الى المسجد فسأل رسول الله ان يرخص له فيصلي في بيته فرخص له فلما ولى دعاه فقال هل تسمع النداء بالصلاة فقال نعم قال فاجب وظاهر هذا يبعد ان يفهم منه نداء الجمعة مع ان الاتيان الى صلاة الجمعة واجب على من كان في المصر وان لم يسمع النداء ولا اعرف في ذلك خلافا وعارض هذا الحديث ايضاً حديث عتبان بن مالك المذكور في الموطا وفيه ان عتبان بن مالك كان يؤم وهو اعمى وانه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه تكون الظلمة والمطر والسيل وانا رجل ضرير البصر فصل يارسول الله في بيتي مكانا اتخذه مصلى فجاءه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اين تحب ان اصلي فاشار له الى مكان من البيت فصلى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿واما المسئلة الثانية﴾ فان الذي دخل المسجد وقد صلى لا يخلوا من احد وجهين اما ان يكون صلى منفرداً واما ان يكون صلى في جماعة فان كان صلى منفرداً فقال قوم يعيد معهم كل الصلوات الا المغرب فقط وممن قال بهذا القول مالك وأصحابه وقال أبو حنيفة يعيد الصلوات كلها الا المغرب والعصر وقال الاوزاعي الا المغرب والصبح وقال أبو ثور الا العصر والفجر وقال الشافعي يعيد الصلوات كلها واما اتفقوا على ايجاب اعادة الصلاة عليه بالجملة لحديث بسر بن محجن عن ابيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين دخل المسجد ولم يصل معه مالك لم تصل مع الناس الست برجل مسلم فقال بلى يارسول الله ولكني صليت في اهلي فقال عليه السلام اذا جئت فصل مع الناس وان كنت قد صليت فاختلف الناس لاحتمال تخصيص هذا العموم بالقياس أو بالدليل فمن حمله على عمومه أوجب عليه اعادة الصلوات كلها وهو مذهب الشافعي وأما من استثنى من ذلك صلاة المغرب فقط فانه خصص العموم بقياس الشبه وهو مالك رحمه الله وذلك انه زعم ان صلاة المغرب هي وتر فلو اعيدت لاشبهت صلاة الشفع التي ليست بوتر لانها كانت تكون بمجموع ذلك ست ركعات فكانها كانت تنتقل من جنسها الى جنس صلاة اخرى وذلك مبطل لها وهذا القياس فيه ضعف لان السلام قد فصل بين الاوتار والتمسك بالعموم اقوى من الاستثناء بهذا النوع من القياس واقوى من هذا ما قاله الكوفيون

من

من انه اذا اعادها يكون قد اوتر مرتين وقد جاء في الاثر لا وتران في ليلة واما ابو حنيفة فانه قال ان الصلاة الثانية تكون له نفلا فان اعاد العصر يكون قد تنفل بعد العصر وقد جاء النهي عن ذلك مخصص العصر بهذا القياس والمغرب بانها وتر والوتر لا يعاد وهذا قياس جيد ان سلم لهم الشافعي ان الصلاة الاخيرة لهم نفل واما من فرق بين العصر والصبح في ذلك فلانهم تختلف الآثار في النهي عن الصلاة بعد الصبح واختلفت في الصلاة بعد العصر كما تقدم وهو قول الاوزاعي واما اذا صلى في جماعة فهل يعيد في جماعة اخرى فاكثر الفقهاء على انه لا يعيد مالك وابو حنيفة وقال بعضهم بل يعيد وممن قال بهذا القول احمد وداود واهل الظاهر ٭ والسبب في اختلافهم تعارض مفهوم الآثار في ذلك وذلك انه ورد عنه عليه السلام انه قال لا تصلى صلاة في يوم مرتين وروي عنه انه امر الذين صلوا في جماعة ان يعيدوا مع الجماعة الثانية وايضاً فان ظاهر حديث بسر يوجب الاعادة على كل مصل اذا جاء المسجد فان قوته قوة العموم والاكثر على انه اذا ورد العام على سبب خاص لا يقتصر به على سببه وصلاة معاذ مع النبي عليه السلام ثم كان يؤم قومه في تلك الصلاة فيه دليل على جواز اعادة الصلاة في الجماعة فذهب الناس في هذه الآثار مذهب الجمع ومذهب الترجيح اما من ذهب مذهب الترجيح فانه اخذ بعموم قوله عليه السلام لا تصلى صلاة واحدة في يوم مرتين ولم يستثن من ذلك الا صلاة المنفرد فقط لوقوع الاتفاق عليها واما من ذهب مذهب الجمع فقالوا ان معنى قوله عليه السلام لا تصلي صلاة في يوم مرتين انما ذلك ان لا يصلي الرجل الصلاة الواحدة بعينها مرتين يعتقد في كل واحدة منهما انها فرض بل يعتقد في الثانية انها زائدة على الفرض ولكنه مامور بها وقال قوم بل معنى هذه الحديث انما هو للمنفرد اعني ان لا يصلي الرجل المنفرد صلاة واحدة بعينها مرتين ﴿الفصل الثاني﴾

وفي هذا الفصل مسائل ﴿المسئلة الاولى﴾ اختلفوا في من اولى بالامامة فقال مالك يؤم القوم افقههم لا اقرؤهم وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة والثوري واحمد يؤم القوم اقرؤهم ٭ والسبب في هذا الاختلاف اختلافهم في مفهوم قوله عليه السلام يؤم القوم اقرؤهم لكتاب الله فان كانوا في القراءة سواء فاعلمهم بالسنة فان كانوا في السنة سواء فاقدمهم هجرة فان كانوا في الهجرة سواء فاقدمهم اسلاما ولا يؤم الرجل الرجل في سلطانه ولا يقعد في بيته على تكرمته الا باذنه وهو حديث متفق على صحته لكن اختلف العلماء في مفهومه فمنهم من حمله على ظاهره وهو ابو حنيفة ومنهم من فهم من الاقرإ هاهنا الافقه لانه زعم ان الحاجة الى الافقه في الامامة امس من الحاجة الى القراءة وايضاً فان الاقرأ من الصحابة كان هو الافقه ضرورة وذلك بخلاف ما عليه الناس اليوم ﴿المسئلة الثانية﴾ اختلف الناس في امامة الصبي الذي لم يبلغ الحلم اذا كان قارياً فاجاز ذلك قوم لحديث عمرو بن سلمة انه كان يؤم قومه وهو صبي ومنع ذلك قوم مطلقاً واجازه قوم في النفل ولم يجيزوه في الفريضة وهو مروي عن مالك ٭ وسبب الخلاف في ذلك هل يؤم احد في صلاة غير واجبة عليه من وجبت عليه وذلك لاختلاف نية الامام والمأموم ﴿المسئلة الثالثة﴾ اختلفوا في امامة الفاسق فردها قوم باطلاق واجازها قوم باطلاق وفرق قوم بين ان يكون فسقه مقطوعا به او غير مقطوع به فقالوا ان كان فسقه مقطوعا به اعاد الصلاة المصلي وراءه أبداً وان كان مظنونا استحب له الاعادة في الوقت وهذا الذي اختاره الابهري تاولا على المذهب ومنهم من فرق ان يكون فسقه بتاويل او يكون بغير تاويل مثل الذي يشرب النبيذ ويتأول اقوال اهل العراق فاجازوا الصلاة وراء المتأول ولم يجيزوها وراء غير المتأول ٭ وسبب اختلافهم في هذا انه شيء

مسكوت عنه في الشرع والقياس فيه متعارض فمن رآى ان الفاسق لما كان لا يبطل صحة الصلاة ولم يكن يحتاج المأموم من امامه الاصحة صلاته فقط على قول من يرى ان الامام يحمل على المأموم اجاز امامة الفاسق ومن قاس الامامة على الشهادة وانهم الفاسق ان يكون يصلي صلاة فاسدة كما انهم في الشهادة ان يكذب لم يجز امامته ولذلك فرق قوم بين ان يكون فسقه بتاويل او بغير تاويل والى قريب من هذا يرجع من فرق بين ان يكون فسقه مقطوعا به لانه اذا كان مقطوعا به فكانه غير معذور في تاويله وقد رام اهل الظاهر ان يجيزوا امامة الفاسق بعموم قوله عليه السلام يؤم القوم اقرؤهم قالوا فلم يستثن من ذلك فاسقاً من غير فاسق والاحتجاج بالعموم في غير المقصود ضعيف ومنهم من فرق بين ان يكون فسقه في شروط صحة الصلاة او في امور خارجة عن الصلاة بناء على ان الامام انما يشترط فيه وقوع صلاته صحيحة

﴿المسئلة الرابعة﴾ اختلفوا في امامة المرأة فالجمهور على انه لا يجوز ان تؤم الرجال واختلفوا في امامتها النساء فاجاز ذلك الشافعي ومنع ذلك مالك وشذ ابو ثور والطبري فاجاز امامتها على الاطلاق وانما اتفق الجمهور على منعها ان تؤم الرجال لانه لو كان جائزاً لنقل ذلك عن الصدر الاول ولانه ايضاً لما كانت سنتهن في الصلاة التأخير عن الرجال علم انه ليس يجوز لهن التقدم عليهم لقوله عليه السلام اخروهن حيث اخرهن الله ولذلك اجاز بعضهم امامتها النساء اذ كن متساويات في المرتبة في الصلاة مع انه ايضاً نقل ذلك عن بعض الصدر الاول ومن اجاز امامتها فانما ذهب الى ما رواه ابو داود من حديث ام ورقة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يجوز لها في بيتها وجعل لها مؤذناً يؤذن لها وأمرها أن تؤم أهل دارها وفي هذا الباب مسائل كثيرة أعني من اختلافهم في الصفات المشترطة في الامام تركنا ذكرها لكونها مسكوتاً عنها في الشرع قال القاضي وقصدنا في هذا الكتاب انما هو ذكر المسائل المسموعة أو ما له تعلق قريب بالمسموع واما احكام الامام الخاصة به فان في ذلك أربعة مسائل متعلقة بالسمع احداها هل يؤمن الامام اذا فرغ من قراءة القرآن أم المأموم هو الذي يؤمن فقط والثانية متى يكبر تكبيرة الاحرام والثالثة اذا ارتج عليه هل يفتح عليه أم لا والرابعة هل يجوز أن يكون موضعه أرفع من موضع المأمومين فاما هل يؤمن الامام اذا فرغ من قراءة ام الكتاب فان مالكا ذهب في رواية ابن القاسم عنه والمصريين انه لا يؤمن وذهب جمهور الفقهاء الى انه يؤمن كالمأموم سواء وهي رواية المدنيين عن مالك ● وسبب اختلافهم ان في ذلك حديثين متعارضين الظاهر أحدهما حديث أبي هريرة المتفق عليه في الصحيح أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا امن الامام فأمنوا والحديث الثاني ما خرجه مالك عن أبي هريرة أيضاً أنه قال عليه السلام اذا قال الامام غير المغضوب عليهم ولا الضالين فقولوا آمين فاما الحديث الاول فهو نص في تأمين الامام وأما الحديث الثاني فيستدل منه على ان الامام لا يؤمن وذلك انه لو كان يؤمن لما امر المأموم بالتأمين عند الفراغ من ام الكتاب قبل اربؤمن الامام لان الامام كما قال عليه السلام انما جعل الامام ليؤتم به الا ان يخص هذا من اقوال الامام أعني أن يكون للمأموم ان يؤمن معه وقبله فلا يكون فيه دليل على حكم الامام في التأمين ويكون انما تضمن حكم المأموم فقط لكن الذي يظهر ان مالكا ذهب مذهب الترجيح للحديث الذي رواه لكون السامع هو المؤمن لا القاري وذهب الجمهور لترجيح الحديث الاول لكونه نصاً ولانه ليس فيه شيء من حكم الامام وانما الخلاف بينه وبين الحديث الآخر في موضع تامين المأموم فقط لا في هل يؤمن الامام أو لا يؤمن فتامل هذا ويمكن أيضاً أن يتاول الحديث الاول بان يقال ان معنى قوله فاذا امن فامنوا أي فاذا بلغ موضع التأمين وقد قيل ان التأمين

هو الدعاء وهذا عدول عن الظاهر لشيء غير مفهوم من الحديث الا بقياس أعني أن يفهم من قوله فاذا قال غير المغضوب عليهم ولا الضالين فأمنوا انه لا يؤمن الامام وامامتي يكبر الامام فان قوماً قالوا لا يكبر الا بعد تمام الاقامة واستواء الصفوف وهو مذهب مالك والشافعي وجماعة وقوم قالوا ان موضع التكبير هو قبل ان يتم الاقامة واستحسنوا تكبيره عند قول المؤذن قد قامت الصلاة وهو مذهب ابي حنيفة والثوري وزفر * وسبب الخلاف في ذلك تعارض ظاهر حديث انس وحديث بلال أما حديث انس فقال اقبل علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل ان يكبر في الصلاة فقال أقيموا صفوفكم وتراصوا فاني اراكم من وراء ظهري وظاهر هذا ان الكلام منه كان بعد الفراغ من الاقامة مثل ما روي عن عمر انه كان اذا تمت الاقامة واستوت الصفوف حينئذ يكبر وأما حديث بلال فانه روي انه كان يقيم للنبي صلى الله عليه وسلم فكان يقول له يا رسول الله لا تسبقني بآمين خرجه الطحاوي قالوا فهذا يدل على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يكبر والاقامة لم تتم وأما اختلافهم في الفتح على الامام اذا ارتج عليه فان مالكاً والشافعي وأكثر العلماء اجازوا الفتح عليه ومنع ذلك الكوفيون * وسبب الخلاف في ذلك اختلاف الآثار وذلك انه روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تردد في آية فلما انصرف قال ابن ابي لم يكن في القوم أي يريد الفتح عليه وروي عنه عليه السلام انه قال لا يفتح على الامام والخلاف في ذلك في الصدر الاول والمنع مشهور عن علي والجواز عن ابن عمر مشهور وأما موضع الامام فان قوماً اجازوا ان يكون ارفع من موضع المأمومين وقوم منعوا ذلك وقوم استحبوا من ذلك اليسير وهو مذهب مالك * وسبب الخلاف في ذلك حديثان متعارضان أحدهما الحديث الثابت انه عليه السلام اتى الناس على المنبر ليعلمهم الصلاة وانه كان اذا اراد ان يسجد نزل من على المنبر والثاني ما رواه ابو داود ان حذيفة امّ الناس على دكان فاخذ ابن مسعود بقميصه فجذبه فلما فرغ من صلاته قال ألم تعلم انهم كانوا ينهون عن ذلك او ينهى عن ذلك وقد اختلفوا هل يجب على الامام ان ينوي الامامة ام لا فذهب قوم الى انه ليس ذلك بواجب عليه لحديث ابن عباس انه قام الى جنب رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد دخوله في الصلاة ورأى قوم أن هذا محتمل وانه لا بد من ذلك اذا كان يحمل بعض افعال الصلاة عن المأمومين وهذا على مذهب من يرى أن الامام يحمل فرضاً او نفلاً عن المأمومين

﴿ الفصل الثالث ﴾ في مقام المأموم من الامام واحكام المأموم الخاصة به وفي هذا الباب خمس مسائل

﴿ المسئلة الاولى ﴾ جمهور العلماء على أن سنة الواحد المنفرد ان يقوم عن يمين الامام لثبوت ذلك من حديث ابن عباس وغيره وانهم ان كانوا ثلاثة سوى الامام قاموا وراءه واختلفوا اذا كانا اثنين سوى الامام فذهب مالك والشافعي الى انهما يقومان خلف الامام وقال ابو حنيفة واصحابه والكوفيون بل يقوم الامام بينهما * والسبب في اختلافهم أن في ذلك حديثين متعارضين أحدهما حديث جابر بن عبد الله قال قمت عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخذ بيدي فادارني حتى أقامني عن يمينه ثم جاء جبار بن صخر فتوضأ ثم جاء فقام عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخذ بايدينا جميعاً فدفعنا حتى قمنا خلفه والحديث الثاني حديث ابن مسعود انه صلى بعلقمة والاسود فقام وسطهما واسنده الى النبي صلى الله عليه وسلم قال ابو عمر اختلف رواة هذا الحديث فبعضهم اوقفه وبعضهم اسنده والصحيح انه موقوف واما ان سنة المرأة ان تقف خلف الرجل او الرجال ان كان هنالك رجل سوى الامام او خلف الامام ان كانت وحدها فلا اعلم في ذلك خلافاً لثبوت ذلك من حديث انس الذي خرجه البخاري أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى به وبامه وخالته قال فاقامني عن يمينه واقام المرأتين خلفنا والذي

خرّجه عنه ايضاً مالك انه قال فصففت انا واليتيم وراءه عليه السلام والعجوز من وراءنا وسنة الواحد عند الجمهور ان يقف عن يمين الامام لحديث ابن عباس حين بات عند ميمونة وقال قوم بل عن يساره

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اجتمع العلماء على أن الصف الاول مرغب فيه وكذلك تراص الصفوف وتسويتها لثبوت الامر بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا اذا صلى انسان خلف الصف وحده فالجمهور على أن صلاته تجزى وقال احمد وابو ثور وجماعة صلاته فاسدة ● وسبب اختلافهم اختلافهم فى تصحيح حديث وابصة ومخالفة العمل له وحديث وابصة هو انه قال عليه السلام لا صلاة لقائم خلف الصف وكان الشافعى يرى أن هذا يعارضه قيام العجوز وحدها خلف الصف فى حديث انس وكان احمد يقول ليس فى ذلك حجة لان سنة النساء هى القيام خلف الرجال وكان احمد كأنه يصحح حديث وابصة وقال غيره هو مضطرب الاسناد لا تقوم به حجة واحتج الجمهور بحديث ابى بكرة انه ركع دون الصف فلم يامره رسول الله صلى الله عليه وسلم باعادة وقال له زادك الله حرصا ولا تعد ولو حمل هذا على الندب لم يكن تعارض أعنى بين حديث وابصة وحديث ابى بكرة

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلف الصدر الاول فى الرجل يريد الصلاة فيسمع الاقامة هل يسرع المشى الى المسجد ام لا مخافة ان يفوته جزء من الصلاة فروى عن عمر و بن عمر وابن مسعود انهم كانوا يسرعون المشى اذا سمعوا الاقامة وروى عن زيد بن ثابت وابى ذر وغيرهم من الصحابة انهم كانوا لا يرون السعى بل ان تؤتى الصلاة بوقار وسكينة وبهذا القول قال فقهاء الامصار لحديث ابى هريرة الثابت اذا أتوب بالصلاة فلا تاتوها وأنتم تسعون وأتوها وعليكم السكينة ويشبه ان يكون سبب الخلاف فى ذلك انه لم يبلغهم هذا الحديث او رأوا أن الكتاب يعارضه لقوله تعالى فاستبقوا الخيرات وقوله والسابقون السابقون اولئك المقربون وقوله سارعوا الى مغفرة من ربكم وبالجملة فاصول الشرع تشهد بالمبادرة الى الخير لكن اذا صح الحديث وجب ان يستثنى الصلاة من بين سائر اعمال القرب

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ متى يستحب ان يقام الى الصلاة فبعض استحسن البدء فى اول الاقامة على الاصل فى الترغيب فى المسارعة وبعض عند قوله قد قامت الصلاة وبعضهم عند حى على الفلاح وبعضهم قال حتى يروا الامام وبعضهم لم يجد فى ذلك حداً كمالك رضى الله عنه فانه وكل ذلك الى قدر طاقة الناس وليس فى هذا شرع مسموع الا حديث ابى قتادة انه قال عليه السلام اذا اقيمت الصلاة فلا تقوموا حتى تروني فان صح هذا وجب العمل به والا فالمسئلة باقية على اصلها المعفو عنه أعنى انه ليس فيها شرع وانه متى قام كل حسن

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ ذهب مالك وكثير من العلماء الى أن الداخل وراء الامام اذا خاف فوات الركعة بان يرفع الامام رأسه منها ان تمادى حتى يصل الى الصف الاول انه له ان يركع دون الصف الاول ثم يدب راكعاً وكره ذلك الشافعى وفرق ابو حنيفة بين الجماعة والواحد فكرهه للواحد وأجازه للجماعة وماذهب اليه مالك مروى عن زيد بن ثابت وابن مسعود ● وسبب اختلافهم اختلافهم فى تصحيح حديث ابى بكرة وهو انه دخل المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بالناس وهم ركوع فركع ثم مشى الى الصف فلما انصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من الساعى قال ابو بكرة انا قال زادك الله حرصاً ولا تعد

﴿ الفصل الرابع فى معرفة ما يجب على المأموم أن يتبع فيه الامام ﴾

وأجمع العلماء على انه يجب على المأموم ان يتبع الامام فى جميع اقواله وافعاله الا فى قوله سمع الله لمن حمده وفى جلوسه

اذا صلى جالساً لمرض عنده من اجاز امامة الجالس ﴿وأما اختلافهم في قوله سمع الله لمن حمده فان طائفة ذهبت الى
ان الامام يقول اذا رفع رأسه من الركوع سمع الله لمن حمده فقط ويقول المأموم ربنا ولك الحمد فقط وممن قال
بهذا القول مالك وابو حنيفة وغيرهما وذهبت طائفة اخرى ان الامام والمأموم يقولان جميعاً سمع الله لمن حمده
ربنا ولك الحمد وان المأموم يتبع فيهما معاً الامام كسائر التكبير سواء وقد روي عن ابي حنيفة ان المنفرد والامام يقولهما
جميعاً ولا خلاف في المنفرد أعني انه يقولهما جميعاً ﴿وسبب الاختلاف في ذلك حديثان متعارضان . احدهما حديث انس
ان النبي عليه السلام قال انما جعل الامام ليؤتم به فاذا ركع فاركعوا واذا رفع فارفعوا واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا
ولك الحمد والحديث الثاني حديث عمر انه صلى الله عليه وسلم كان اذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه واذا رفع
رأسه من الركوع رفعهما كذلك ايضاً وقال سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد فمن وجمع مفهوم حديث انس قال
لا يقول المأموم سمع الله من حمده ولا الامام ربنا ولك الحمد وهو من باب دليل الخطاب لانه جعل حكم المسكوت عنه
بخلاف حكم المنطوق به ومن رجح حديث ابن عمر قال يقول الامام ربنا ولك الحمد ويجب على المأموم ان يتبع الامام
في قوله سمع الله لمن حمده لعموم قوله انما جعل الامام ليؤتم به ومن جمع من الحديثين فرق في ذلك بين الامام والمأموم والحق في
ذلك ان حديث انس يقتضي بدليل الخطاب ان الامام لا يقول ربنا ولك الحمد وان المأموم لا يقول سمع الله لمن حمده وحديث
ابن عمر يقتضي نصاً ان الامام يقول ربنا ولك الحمد فلا يجب ان يترك النص بدليل الخطاب فان النص اقوى من دليل الخطاب
وحديث انس يقتضي بعمومه أن المأموم يقول سمع الله لمن حمده بعموم قوله انما جعل الامام ليؤتم به وبدليل خطابه ان لا يقولها
فوجب ان يرجح بين العموم ودليل الخطاب ولا خلاف أن العموم اقوى من دليل الخطاب لكن العموم يختلف
ايضاً في القوة والضعف ولذلك ليس ببعيد ان يكون بعض ادلة الخطاب اقوى من بعض ادلة العموم فالمسئلة لعمري
اجتهادية أعني في المأموم ﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهي صلاة القائم خلف القاعد فان تحصيل القول فيها
أن العلماء اتفقوا على انه ليس للصحيح ان يصلي فرضاً قاعداً اذا كان منفرداً او اماما لقوله تعالى وقوموا لله قانتين
واختلفوا اذا كان المأموم صحيحاً فصلى خلف امام مريض يصلي قاعداً على ثلاثة اقوال احدها ان المأموم يصلي
خلفه وممن قال بهذا القول احمد واسحاق والقول الثاني انهم يصلون خلفه قياماً قال ابو عمر ابن عبد البر وعلى هذا جماعة
فقهاء الامصار الشافعي وأصحابه وابو حنيفة واصحابه واهل الظاهر وابو ثور وغيرهم وزاد هؤلاء فقالوا يصلون وراءه
قياماً وان كان لا يقوى على الركوع والسجود بل يومي ايماء وروى ابن القاسم انه لا تجوز امامة القاعد وانه ان صلوا
خلفه قياماً او قعوداً بطلت صلاتهم وقد روى عن مالك انهم يعيدون الصلاة في الوقت وهذا انما بني على الكراهة
لا على المنع والاول هو المشهور عنه ﴿وسبب الاختلاف تعارض الاثر في ذلك ومعارضة العمل للاثر أعني عمل اهل
المدينة عند مالك وذلك ان في ذلك حديثين متعارضين أحدهما حديث انس وهو قوله عليه السلام واذا صلى قاعداً
فصلوا قعوداً وحديث عائشة في معناه وهو انه صلى الله عليه وسلم وهو شاك جالساً وصلى وراءه قوم قياماً فاشار اليهم
ان اجلسوا فلما انصرف قال انما جعل الامام ليؤتم به فاذا ركع فاركعوا واذا رفع فارفعوا واذا صلى جالساً فصلوا
جلوساً والحديث الثاني حديث عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج في موضعه الذي توفي منه فاتي المسجد
فوجد ابا بكر وهو قائم يصلي بالناس فاستاخر ابو بكر فاشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ان كما انت فجلس رسول
الله صلى الله عليه وسلم الى جنب ابي بكر فكان ابو بكر يصلي بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان الناس يصلون

بصلاة ابي بكر فذهب الناس في هذين الحديثين مذهب النسخ ومذهب الترجيح فاما من ذهب مذهب النسخ فانهم قالوا ان ظاهر حديث عائشة وهو أن النبي عليه السلام كان يؤم الناس وان ابا بكر كان مأموماً لانه لا يجوز ان يكون امامان في صلاة واحدة وان الناس كانوا قياماً وأن النبي عليه السلام كان جالساً فوجب ان يكون هذا من فعله عليه السلام اذ كان آخر فعليه ناسخاً لقوله وفعله المتقدم وأما من ذهب مذهب الترجيح فانهم رجحوا حديث انس بان قالوا ان الحديث قد اضطربت الرواية عن عائشة فيه فيمن كان الامام هل رسول الله او ابا بكر وأما مالك فليس له مستند من السماع لان كلا الحديثين اتفقا على جواز امامة القاعد وانما اختلفا في قيام المأموم او قعوده حتى انه لقد قال ابو محمد بن حزم انه ليس في حديث عائشة ان الناس صلوا لا قياماً ولا قعوداً وليس يجب ان يترك المنصوص عليه لشئ لم ينص عليه قال ابو عمر وقد ذكر ابو المصعب في مختصره عن مالك انه قال لا يؤم الناس احد قاعداً فان امهم قاعداً فسدت صلاتهم وصلاته لان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يؤمن احد بعدي قاعداً قال ابو عمر وهذا حديث لا يصح عند اهل العلم بالحديث لانه يرويه جابر الجعفي مرسلا وليس بحجة فيما اسند فكيف فيما ارسل وقد روى ابن القاسم عن مالك انه كان يحتج بما رواه ربيعة بن ابي عبد الرحمان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج وهو مريض فكان ابو بكر هو الامام وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بصلاة ابي بكر وقال ما مات نبي حتى يؤمه رجل من امته وهذا ليس فيه حجة الا ان يتوهم انه انما بأبي بكر لانه لا تجوز صلاة الامام القاعد وهذا ظن لا يجب ان يترك له النص مع ضعف هذا الحديث

﴿ الفصل الخامس في صفة الاتباع ﴾

وفيه مسئلتان أحدهما في وقت تكبيرة الاحرام للمأموم والثانية في حكم من رفع رأسه قبل الامام أما اختلافهم في وقت تكبير المأموم فان مالكا استحسن ان يكبر بعد فراغ الامام من تكبيرة الاحرام قال وان كبر معه اجزأه وقد قيل انه لا يجزئه وأما ان كبر قبله فلا يجزئه وقال ابو حنيفة وغيره يكبر مع تكبيرة الامام فان فرغ قبله لم يجزه وأما الشافعي فعنه في ذلك روايتان إحداهما مثل قول مالك وهو الاشهر والثانية ان المأموم ان كبر قبل الامام اجزأه وسبب الخلاف ان في ذلك حديثين متعارضين أحدهما قوله عليه السلام فاذا كبر فكبروا والثاني ما روى انه عليه السلام كبر في صلاة من الصلوات ثم اشار اليهم ان امكثوا فذهب ثم رجع وعلى رأسه اثر الماء فظاهر هذا ان تكبيره وقع بعد تكبيرهم لانه لم يك له تكبيرا ولا لمكان عدم الطهارة وهو ايضاً مبني على اصله في أن صلاة الامام غير مرتبطة بصلاة المأموم والحديث ليس فيه ذكر هل استأنفوا التكبير او لم يستأنفوه فليس ينبغي ان يحمل على احدهما الا بتوقيف والاصل هو الاتباع وذلك لا يكون الا بعد ان يقوم الامام اما بالتكبير واما بافتتاحه وأما من رفع رأسه قبل الامام فان الجمهور يرون انه اساء ولكن صلاته جائزة وانه يجب عليه ان يرجع فيتبع الامام وذهب قوم الى ان صلاته تبطل للوعيد الذي جاء في ذلك وهو قوله عليه السلام أما يخاف الذي يرفع رأسه قبل الامام ان يحول الله رأسه رأس حمار

﴿ الفصل السادس ﴾ واتفقوا على انه لا يحمل الامام عن المأموم شيئاً من فرائض الصلاة ماعدى القراءة فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة اقوال . احدها ان المأموم يقرأ مع الامام فيما اسر فيه ولا يقرأ معه فيما جهر به والثاني انه لا يقرأ معه اصلا والثالث انه يقرأ فيما اسر ام الكتاب وغيرها وفيما جهر ام الكتاب فقط وبعضهم فرق في الجهر بين ان يسمع قراءة الامام او لا يسمع فاوجب عليه القراءة اذا لم يسمع ونهاه عنها اذا سمع وبالاول قال مالك الا انه يستحسن له القراءة فيما اسر فيه الامام وبالثاني قال ابو حنيفة وبالثالث قال الشافعي والتفرقة

بين ان يسمع او لا يسمع هو قول احمد بن حنبل ﴿وسبب﴾ في اختلافهم اختلاف الاحاديث في هذا الباب وبناء بعضها على بعض وذلك ان في ذلك اربعة احاديث احدها قوله عليه السلام لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وما ورد من الاحاديث في هذا المعنى مما قدمنا ذكره في باب وجوب القراءة والثاني ما روى مالك عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من صلاة جهر فيها بالقراءة فقال هل قرأ معي منكم احد آنفا فقال رجل نعم انا يا رسول الله فقال رسول الله اني اقول مالي انازع القرآن فانتهى الناس عن القراءة فيما جهر فيه رسول الله عليه وسلم والثالث حديث عبادة بن الصامت قال صلى بنا رسول الله صلاة الغداة فثقلت عليه القراءة فلما انصرف قال اني لاراكم تقرءون وراء امامكم قلنا نعم قال فلا تفعلوا الا بام القرآن قال ابو عمر وحديث عبادة بن الصامت هذا من رواية مكحول وغيره متصل السند صحيح والحديث الرابع حديث جابر عن النبي عليه السلام قال من كان له امام فقراءته له قراءة وفي هذا ايضا حديث خامس صححه احمد بن حنبل وهو ما روى انه قال عليه السلام اذا قرأ الامام فانصتوا فاختلف الناس في وجه جمع هذه الاحاديث فمن الناس من استثنى من النهي عن القراءة فيما جهر فيه الامام قراءة ام القرآن فقط على حديث عبادة بن الصامت ومنهم من استثنى من عموم قوله عليه السلام لا صلاة الا بفاتحة الكتاب المأموم فقط في صلاة الجهر لمكان النهي الوارد عن القراءة فيما جهر فيه الامام في حديث ابي هريرة وأكد ذلك بظاهر قوله تعالى وإذا قرأ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون قالوا وهذا انما ورد في الصلاة ومنهم من استثنى القراءة الواجبة على المصلي المأموم فقط سرا كانت الصلاة او جهرا وجعل الوجوب الوارد في القراءة في حق الامام والمنفرد فقط مصيرا الى حديث جابر وهو مذهب ابي حنيفة فصار عنده حديث جابر مخصصا لقوله عليه السلام واقرأ ما تيسر معك فقط لانه لا يرى وجوب قراءة ام القرآن في الصلاة وانما يرى وجوب القراءة مطلقا على ما تقدم وحديث جابر لم يروه مرفوعا الا جابر الجعفي ولا حجة في شيء مما ينفرد به قال ابو عمر وهو حديث لا يصح الامر فوعا على جابر ﴿الفصل السابع﴾ واتفقوا على انه اذا طرأ عليه الحدث في الصلاة فقطع ان صلاة المأمومين ليست تفسد واختلفوا اذا صلى بهم وهو جنب وعلموا بذلك بعد الصلاة فقال قوم صلاتهم صحيحة وقال قوم صلاتهم فاسدة وفرق قوم بين ان يكون الامام عالما بجنابته او ناسيا لها فقالوا ان كان عالما فسدت صلاتهم وان كان ناسيا لم تفسد صلاتهم وبالاول قال الشافعي وبالثاني قال ابو حنيفة وبالثالث قال مالك ﴿وسبب﴾ اختلافهم هل صحة انعقاد صلاة المأموم مرتبطة بصحة صلاة الامام او ليست مرتبطة فمن لم يرها مرتبطة قال صلاتهم جائزة ومن رآها مرتبطة قال صلاتهم فاسدة ومن فرق بين السهو والعمد قصر الى ظاهر الاثر المتقدم وهو انه عليه السلام كبر في صلاة من الصلوات ثم اشار اليهم ان امكثوا ثم انصرف وعلى جسمه اثر الماء فان ظاهر هذا انهم بنوا على صلاتهم والشافعي يرى انه لو كانت الصلاة مرتبطة للزم ان يبتدءوا الصلاة مرة ثانية

﴿الباب الثالث من الجملة الثالثة﴾ والكلام المحيط بقواعد هذا الباب منحصر في اربعة فصول. الفصل الاول في وجوب الجمعة وعلى من تجب. الثاني في شروط الجمعة. الثالث في اركان الجمعة. الرابع في احكام الجمعة ﴿الفصل الاول في وجوب الجمعة ومن تجب عليه﴾ أما وجوب صلاة الجمعة على الاعيان فهو الذي عليه الجمهور لكونها بدلا من واجب وهو الظهر وانظاهر قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع والامر على الوجوب ولقوله عليه السلام لينتهين اقوام عن ودعهم

الجمعة او ليختمن الله على قلوبهم وذهب قوم الى انها من فروض الكفايات وعن مالك رواية شاذة انها سنة ● والسبب في هذا الاختلاف تشبيهها بصلاة العيد لقوله عليه السلام ان هذا يوم جعله الله عيداً وأما على من تجب فعلى من وجدت فيه شروط وجوب الصلاة المتقدمة ووجد فيه زائداً اليها اربعة شروط اثنان باتفاق واثنان مختلف فيهما أما المتفق عليهما فالذكورة والصحة فلا تجب على امرأة ولا على مريض باتفاق ولكن ان حضروا كانوا من اهل الجمعة، وأما المختلف فيهما فهما المسافر والعبد فالجمهور على انه لا تجب عليهما الجمعة وداود وأصحابه على انه تجب عليهما الجمعة ● وسبب اختلافهم اختلافهم في صحة الاثر الوارد في ذلك وهو قوله عليه السلام الجمعة حق واجب على كل مسلم في جماعة الا اربعة عبد مملوك او امرأة او صبي او مريض وفي اخرى الا خمسة وفيه او مسافر والحديث لم يصح عند اكثر العلماء ﴿ الفصل الثاني في شروط الجمعة ﴾ وأما شروط الجمعة فاتفقوا على انها شروط الصلاة المفروضة بعينها أعني الثمانية المتقدمة ما عدى الوقت والاذان فانهم اختلفوا فيهما وكذلك اختلفوا في شروطها المختصة بها أما الوقت فان الجمهور على أن وقتها وقت الظهر بعينه أعني وقت الزوال وانه لا يجوز قبل الزوال وذهب قوم الى انه يجوز ان يصلى قبل الزوال وهو قول احمد بن حنبل ● والسبب في هذا الاختلاف الاختلاف في مفهوم الآثار الواردة في تعجيل الجمعة مثل ما خرّجه البخاري عن سهل بن سعد انه قال ما كنا نتغدى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نقيل الا بعد الجمعة ومثل ما روى انهم كانوا يصلون وينصرفون وما للجدر اظلال فمن فهم من هذه الآثار الصلاة قبل الزوال اجاز ذلك ومن لم يفهم منها الا التبكير فقط لم يجز ذلك ليلا يتعارض الاصول في هذا الباب وذلك انه قد ثبت من حديث انس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي الجمعة حين تميل الشمس وايضاً فانها لما كانت بدلا من الظهر وجب ان يكون وقتها وقت الظهر فوجب من طريق الجمع بين هذه الآثار ان تحمل تلك على التبكير اذ ليست نصاً في الصلاة قبل الزوال وهو الذي عليه الجمهور وأما الاذان فان جمهور الفقهاء اتفقوا على أن وقته هو إذا جلس الامام على المنبر واختلفوا هل يؤذن بين يدي الامام مؤذن واحد فقط او اكثر من واحد فذهب بعضهم الى انه انما يؤذن بين يدي الامام مؤذن واحد فقط وهو الذي يحرم به البيع والشراء وقال آخرون بل يؤذن اثنان فقط وقال قوم بل انما يؤذن ثلاثة ● والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك وذلك انه روي البخاري عن السائب بن يزيد انه قال كان النداء يوم الجمعة اذا جلس الامام على المنبر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر فلما كان زمان عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث على الزوراء وروي ايضاً عن السائب بن يزيد انه قال لم يكن يوم الجمعة لرسول الله صلى الله عليه وسلم الا مؤذن واحد وروى ايضاً عن سعيد بن المسيب انه قال كان الاذان يوم الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر اذانا واحداً حين يخرج الامام فلما كان زمان عثمان كثر الناس فزاد الاذان الاول ليتهيأ الناس للجمعة وروى ابن حبيب أن المؤذنين كانوا يوم الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة فذهب قوم الى ظاهر ما رواه البخاري وقال يؤذن يوم الجمعة مؤذنان وذهب آخرون الى ان المؤذن واحد فقالوا ان معنى قوله فلما كان زمان عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث أن النداء الثاني هو الاقامة وأخذ آخرون بما رواه ابن حبيب واحاديث ابن حبيب عند اهل الصنعة ولا سيما فيما انفرد به ﴿ وأما شروط الوجوب والصحة المختصة بيوم الجمعة ﴾

فاتفق الكل على أن من شرطها الجماعة واختلفوا في مقدار الجماعة فمنهم من قال واحد مع الامام وهو الطبري

ومنهم من قال اثنان سوى الامام ومنهم من قال ثلاثة دون الامام وهو قول ابى حنيفة ومنهم من اشترط اربعين وهو قول الشافعى واحمد وقال قوم ثلاثين ومنهم من لم يشترط عدداً ولكن رآه يجوز بما دون الاربعين ولا يجوز بالثلاثة والاربعة وهو مذهب مالك وحدهم بانهم الذين يمكن ان تتقوى بهم قرية ﴿وسبب اختلافهم فى هذا اختلافهم فى اقل ماينطلق عليه اسم الجمع هل ذلك ثلاثة او اربعة او اثنان وهل الامام داخل فيهم ام ليس بداخل فيهم وهل الجمع المشترط فى هذه الصلاة هو اقل ماينطلق عليه اسم الجمع او ماينطلق عليه اسم الجمع فى غالب الاحوال وذلك هو اكثر من الثلاثة والاربعة فمن ذهب الى ان الشرط فى ذلك هو اقل ماينطلق عليه اسم الجمع وكان عنده ان اقل ماينطلق عليه اسم الجمع اثنان فان كان ممن يعد الامام فى الجمع المشترط فى ذلك قال تقوم الجمعة باثنين الامام واحد ثان وان كان ممن لا يرى ان يعد الامام فى الجمع قال اثنان سوى الامام ومن كان ايضاً عنده ان اقل الجمع ثلاثة فان كان لا يعد الامام فى جملتهم قال بثلاثة سوى الامام وان كان ممن يعد الامام فى جملتهم وافق قول من قال اقل الجمع اثنان ولم يعد الامام فى جملتهم وأما من راعى ما ينطلق عليه فى الاكثر والعرف المستعمل اسم الجمع قال لا ينعقد بالاثنين ولا بالاربعة ولم يحد فى ذلك حداً ولما كان من شرط الجمعة الاستيطان عنده حد هذا الجمع بالقدر من الناس الذى يمكنهم ان يسكنوا على حده من الناس وهو مالك رحمه الله وأما من اشترط الاربعين فصيراً الى ما روى ان هذا العدد كان فى اول جمعة سليت بالناس فهذا هو احد شروط صلاة الجمعة أعنى شروط الوجوب وشروط الصحة فان من الشروط ما هى شروط وجوب فقط ومنها ما يجمع الامرين جميعاً أعنى انها شروط وجوب وشروط صحة وأما الشرط الثانى وهو الاستيطان فان فقهاء الامصار اتفقوا عليه لاتفاقهم على أن الجمعة لا تجب على مسافر وخالف فى ذلك اهل الظاهر لايجابهم الجمعة على المسافر واشترط ابو حنيفة المصر والسلطان مع هذا ولم يشترط العدد ﴿وسبب اختلافهم فى هذا الباب هو الاحتمال المنطوق الى الاحوال الرائبة التى اقترنت بهذه الصلاة عند فعله اياها صلى الله عليه وسلم هل هى شرط فى صحتها او وجوبها ام ليست بشرط وذلك انه لم يصلها صلى الله عليه وسلم الا فى جماعة ومصر ومسجد جامع فمن رآى أن اقتران هذه الاشياء بصلاته مما يوجب كونها شرطاً فى صلاة الجمعة اشترطها ومن رآى بعضها دون بعض اشترط ذلك البعض دون غيره كاشتراط مالك المسجد وتركه اشتراط المصر والسلطان ومن هذا الموضع اختلفوا فى مسائل كثيرة من هذا الباب مثل اختلافهم هل تقام جمعتان فى مصر واحد او لا تقام ﴿والسبب فى اختلافهم فى اشتراط الاحوال والافعال المقترنة بها هو كون بعض تلك الاحوال أشد مناسبة لافعال الصلاة من بعض ولذلك اتفقوا على اشتراط الجماعة اذ كان معلوماً من الشرع انها حال من الاحوال الموجودة فى الصلاة ولم ير مالك المصر ولا السلطان شرطاً فى ذلك لكونه غير مناسب لاحوال الصلاة ورآى المسجد شرطاً لكونه اقرب مناسبة حتى لقد اختلف المتأخرون من اصحابه هل من شرط المسجد السقف ام لا وهل من شرطه ان تكون الجمعة راتبة فيه ام لا وهذا كله لعله تعمق فى هذا الباب ودين الله يسر ولقائل ان يقول انه لو كانت شروطاً فى صحة الصلاة لما جاز ان يسكت عنها عليه السلام ولا ان يترك بيانها لقوله تعالى لتبين للناس ما نزل اليهم ولقوله تعالى ولتبين لهم الذى اختلفوا فيه والله المرشد للصواب

﴿الفصل الثالث فى الاركان﴾

اتفق المسلمون على انها خطبة وركعتان بعد الخطبة واختلفوا من ذلك فى اربع مسائل هى قواعد هذا الباب

﴿المسئلة الاولى﴾

فى الخطبة هل هى شرط فى صحة

الصلاة وركن من اركانها امّا فذهب الجمهور الى انها شرط وركن وقال اقوام إنها ليست بفرض وجمهور اصحاب مالك على انها فرض الا ابن الماجشون ● وسبب اختلافهم هو الاصل المتقدم من احتمال كل ما اقترن بهذه الصلاة ان يكون من شروطها اولا يكون فمن رآ ان الخطبة حال من الاحوال المختصة بهذه الصلاة وبخاصة اذا توهم انها عوض من اركعتين اللتين نقصت من هذه الصلاة قال انها ركن من اركان هذه الصلاة وشرط في صحتها ومن رآ أن المقصود منها هو الموعظة المقصودة من سائر الخطب رآ انها ليست شرطاً من شروط الصلاة وانما وقع الخلاف في هذه الخطبة هل هي فرض امّا لكونها راتبة من سائر الخطب وقد احتج قوم لوجوبها بقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وقالوا هو الخطبة ﴿المسئلة الثانية﴾ واختلف الذين قالوا بوجوبها في القدر المجزي منها فقال ابن القاسم هو اقل ما ينطلق اسم خطبة في كلام العرب من الكلام المؤلف المبتدإ بحمد الله وقال الشافعي اقل ما يجزي من ذلك خطبتان اثنتان يكون في كل واحدة منهما قائماً يفصل احداهما من الاخرى بجلسة خفيفة يحمد الله في كل واحدة منهما في اولها ويصلي على النبي ويوصي بتقوى الله ويقرأ شيئاً من القرآن في الاولى ويدعو في الاخرة ● والسبب في اختلافهم هو هل يجزي من ذلك اقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوي او الاسم الشرعي فمن رآ أن المجزي اقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوي لم يشترط فيها شيئاً من الاقوال التي نقلت عنه صلى الله عليه وسلم فيها ومن رآ أن المجزي من ذلك اقل ما ينطلق عليه الاسم الشرعي اشترط فيها اصول الاقوال التي نقلت من خطبه صلى الله عليه وسلم أعني الاقوال الراتبة الغير مبتدلة ● والسبب في هذا الاختلاف أن الخطبة التي نقلت عنه فيها اقوال راتبة وغير راتبة فمن اعتبر الاقوال الغير راتبة وغلب حكمها قال يكفي من ذلك اقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوي أعني اسم خطبة عند العرب ومن اعتبر الاقوال الراتبة وغلب حكمها قال لا يجزي من ذلك الا اقل ما ينطلق عليه اسم الخطبة في عرف الشرع واستعماله وليس من شرط الخطبة عند مالك الجلوس وهو شرط كما قلنا عند الشافعي وذلك انه من اعتبر المعنى المعقول منه من كونه استراحة للخطيب لم يجعله شرطاً ومن جعل ذلك عبادة جعله شرطاً ﴿المسئلة الثالثة﴾ اختلفوا في الانصات يوم الجمعة والامام يخطب على ثلاثة اقوال فمنهم من رآ أن الانصات واجب على كل حال وانه حكم لازم من احكام الخطبة وهم الجمهور مالك والشافعي وابو حنيفة واحمد بن حنبل وجميع فقهاء الامصار وهؤلاء انقسموا ثلاثة اقسام فبعضهم اجاز التشميت ورد السلام في وقت الخطبة وبه قال الثوري والاوزاعي وغيرهم وبعضهم لم يجز رد السلام ولا التشميت وبعض فرق بين السلام والتشميت فقالوا يرد السلام ولا يشمت والقول الثاني مقابل القول الاول وهو أن الكلام في حال الخطبة جائز الا في حين قراءة القرآن فيها وهو مروي عن الشعبي وسعيد بن جبير وابراهيم النخعي والقول الثالث الفرق بين أن يسمع الخطبة او لا يسمعها فان سمعها انصت وان لم يسمع جاز له ان يسبح او يتكلم في مسئلة من العلم وبه قال احمد وعطاء وجماعة والجمهور على انه ان تكلم لم تفسد صلاته وروي عن ابن وهب انه قال من لغا فصلاته ظهر اربع واتما صار الجمهور لوجوب الانصات لحديث ابي هريرة أن النبي عليه السلام قال اذا قلت لصاحبك انصت والامام يخطب فقد لغوت وأما من لم يوجبه فلا اعلم لهم شبهة الا ان يكونوا يرون أن هذا الامر قد عارضه دليل الخطاب في قوله تعالى وإذا قرأ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون أي أن ما عدى القرآن فليس يجب له الانصات وهذا فيه ضعف والله اعلم والاشبه ان يكون الحديث لم يبلغهم ● وأما اختلافهم في رد السلام وتشميت العاطس فالسبب فيه تعارض عموم

الامر

الامر بذلك لعموم الامر بالانصات واحتمال ان يكون كل واحد منهما مستثنى من صاحبه فمن استثنى من عموم الامر بالصمت يوم الجمعة الامر بالسلام والتشميت اجازهما ومن استثنى من عموم الامر برد السلام والتشميت الامر بالصمت في حين الخطبة لم يجز ذلك ومن فرق فانه استثنى رد السلام من النهى عن التكلم فى الخطبة واستثنى من عموم الامر بالتشميت وقت الخطبة واما ذهب واحد من هؤلاء الى واحد من هذه المستثنيات مما غلب على ظنه من قوة العموم فى احدها وضعفه في الاخر وذلك ان الامر بالصمت هو عام فى الكلام خاص فى الوقت والامر برد السلام والتشميت هو عام فى الوقت خاص فى الكلام فمن استثنى الزمان الخاص من الكلام العام اجاز رد السلام والتشميت فى وقت الخطبة ومن استثنى الكلام الخاص من النهى عن الكلام العام اجاز ذلك والصواب الابصار لاستثناء احد العمومين باحد الخصوصين الا بدليل فان عسر ذلك فبالنظر فى ترجيح العمومات والخصوصات وترجيح تاكيد الاوامر بها والقول فى تفصيل ذلك يطول ولكن معرفة ذلك بايجاز انه ان كانت الاوامر قوتها واحدة والعمومات والخصوصات قوتها واحدة ولم يكن هنالك دليل على أى يستثنى من أى وقع التمانع ضرورة وهذا يقل وجوده وان لم يكن فوجه الترجيح فى العمومات والخصوصات الواقعة فى امثال هذه المواضع هو النظر الى جميع اقسام النسب الواقعة بين الخصوصين والعمومين وهى عمومان فى مرتبة واحدة من القوة وخصوصان فى مرتبة واحدة من القوة فهذا لا يصار لاستثناء أحدها إلا بدليل الثانى مقابل هذا وهو خصوص فى نهاية القوة وعموم فى نهاية الضعف فهذا يجب ان يصار اليه ولا بد أعنى أن يستثنى من العموم الخصوص الثالث خصوصان فى مرتبة واحدة واحد العمومين اضعف من الثانى فهذا ينبغى أن يخصص فيه العموم الضعيف الرابع عمومان فى مرتبة واحدة واحد الخصوصين أقوى من الثانى فهذا يجب ان يكون الحكم فيه للخصوص القوى وهذا كله اذا تساوت الاوامر فيها فى مفهوم التاكيد فان اختلفت حدث من ذلك تراكيب مختلفة ووجبت المقايسة أيضاً بين قوة الالفاظ وقوة الاوامر ولعسر انضباط هذه الاشياء قيل ان كل مجتهد مصيب أو أقل ذلك غير مأثوم

﴿المسئلة الرابعة﴾ اختلفوا فيمن جاء يوم الجمعة والامام على المنبر هل يركع أم لا فذهب بعض إلى أنه لا يركع وهو مذهب مالك وذهب بعضهم إلى أنه يركع ◉ والسبب فى اختلافهم معارضة القياس بعموم الاثر وذلك ان عموم قوله عليه السلام إذا جاء احدكم المسجد فليركع ركعتين يوجب ان يركع الداخل فى المسجد يوم الجمعة وإن كان الامام يخطب والامر بالانصات الى الخطيب يوجب دليله الا يشتغل بشئ مما يشغل عن الانصات وان كان عبادة ويؤيد عموم هذا الامر ما ثبت من قوله عليه السلام إذا جاء احدكم المسجد والامام يخطب فليركع ركعتين خفيفتين خرجه مسلم فى بعض رواياته وأكثر رواياته أن النبى عليه السلام أمر الرجل الداخل ان يركع ولم يقل إذا جاء احدكم الحديث فيتطرق إلى هذا الخلاف فى هل تقبل زيادة الراوى الواحد إذا خالفه أصحابه عن الشيخ الاول الذى اجتمعوا فى الرواية عنه أم لا فان صحت الزيادة ووجب العمل بها فانها نص فى موضع الخلاف والنص لا يجب ان يعارض بالقياس لكن يشبه ان يكون الذى راعى مالك فى هذا هو العمل

﴿المسئلة الخامسة﴾ أكثر الفقهاء على ان من سنة القراءة فى صلاة الجمعة قراءة سورة الجمعة فى الركعة الاولى لما تكرر ذلك من فعله عليه السلام وذلك أنه خرج مسلم عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقرا فى الركعة الاولى بالجمعة وفى الثانية بإذا جاءك المنافقون وروى مالك ان الضحاك بن قيس سأل النعمان بن بشير ماذا كان يقرا به رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم

الجمعة على أثر سورة الجمعة فان كان يقرأ بهل أتاك الغاشية واستحب مالك العمل على هذا الحديث وان قرأ عنده بسبح اسم ربك الاعلى كان حسناً لانه مروي عن عمر بن عبد العزيز وأما أبو حنيفة فلم يوقف فيها شيئاً * والسبب في اختلافهم معارضة حال الفعل للقياس وذلك ان القياس موجب الا يكون لها سورة راتبة كالحال في سائر الصلوات ودليل الفعل يقتضي ان يكون لها سورة قال القاضي خرج مسلم عن النعمان بن بشير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في العيدين وفي الجمعة بسبح اسم ربك الاعلى وهل أتاك حديث الغاشية قال فاذا اجتمع العيد والجمعة في يوم واحد قرأ بهما في الصلاتين وهذا يدل على أنه ليس هنالك سورة راتبة او ان الجمعة ليس كان يقرأ بها دائماً

﴿الفصل الرابع في أحكام الجمعة﴾ وفي هذا الباب أربع مسائل الاولى في حكم ظهر الجمعة . الثانية على من تجب ممن خارج المصر . الثالثة في وقت الرواح المرغب فيه الى الجمعة . الرابعة في جواز البيع يوم الجمعة بعد النداء ﴿المسئلة الاولى﴾ اختلفوا في ظهر الجمعة فذهب الجمهور الى انه سنة وذهب أهل الظاهر الى انه فرض ولا خلاف فيما أعلم أنه ليس شرطاً في صحة الصلاة * والسبب في اختلافهم تعارض الآثار وذلك ان في هذا الباب حديث أبي سعيد الخدري وهو قوله عليه السلام طهر يوم الجمعة واجب على كل محتلم كطهر الجنابة وفيه حديث عائشة قالت كان الناس عمال أنفسهم يروحون الى الجمعة بهيئتهم فقيل لو اغتسلتم والاول صحيح باتفاق والثاني خرجه أبو داود ومسلم وظاهر حديث أبي سعيد يقتضي وجوب الغسل وظاهر حديث عائشة ان ذلك كان لموضع النظافة وانه ليس عبادة وقد روى من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فالغسل افضل وهو نص في سقوط فريضته الا انه حديث ضعيف واما وجوب الجمعة على من خارج المصر فان قوماً قالوا لا تجب على من خارج المصر وقوم قالوا بل تجب وهؤلاء اختلفوا اختلافا كثيراً فمنهم من قال من كان بينه وبين الجمعة مسيرة يوم وجب عليه الاتيان اليها وهو شاذ ومنهم من قال يجب عليه الاتيان اليها على ثلاثة اميال ومنهم من قال يجب عليه الاتيان من حيث يسمع النداء في الاغلب وذلك من ثلاثة اميال من موضع النداء وهذان القولان عن مالك وهذه المسئلة ثبتت في شروط الوجوب

* وسبب اختلافهم في هذا الباب اختلاف الآثار وذلك انه ورد أن الناس كانوا يأتون الجمعة من العوالي في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وذلك ثلاثة اميال من المدينة وروى أبو داود أن النبي عليه السلام قال الجمعة على من سمع النداء وروى الجمعة على من آواه الليل إلى أهله وهو أثر ضعيف وأما اختلافهم في الساعات التي وردت في فضل الرواح وهو قوله عليه السلام من راح في الساعة الاولى فكأنما قرب بدنة ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشاً ومن راح في الساعة الرابعة فكأنما قرب دجاجة ومن راح في الساعة الخامسة فكأنما قرب بيضة فان الشافعي وجماعة من العلماء اعتقدوا ان هذه الساعات هي ساعات النهار فندبوا الى الرواح من أول النهار وذهب مالك الى انها اجزاء ساعة واحدة بعد الزوال وقال قوم هي اجزاء ساعة قبل الزوال وهو الاظهر لوجوب السعي بعد الزوال الا على مذهب من يرى ان الواجب يدخله الفضيلة وأما اختلافهم في البيع والشراء وقت النداء فان قوما قالوا يفسخ البيع اذا وقع وقت النداء وقوما قالوا لا يفسخ * وسبب اختلافهم هل النهي عن الشيء الذي أصله مباح اذا تقيد النهي بصفة يعود بفساد المنهي عنه أم لا

وآداب الجمعة ثلاث الطيب والسواك والباس الحسن ولا خلاف فيه لورود الآثار بذلك

﴿الباب الرابع في صلاة السفر﴾ وهذا الباب فيه فصلان .الفصل الاول في القصر
الفصل الثاني في الجمع ﴿الفصل الاول﴾ في القصر والسفر له تاثير في القصر باتفاق وفي
الجمع باختلاف اما القصر فانه اتفق العلماء على جواز قصر الصلاة للمسافر الاقول شاذ وهو قول عائشة وهو أن
القصر لايجوز الالمخائف لقوله تعالى ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا وقالوا ان النبي عليه السلام انما قصر لانه
كان خائفاً واختلفوا من ذلك في خمسة مواضع أحدها في حكم القصر والثاني في المسافة التي يجب فيها القصر والثالث
في السفر الذي يجب فيه القصر والرابع في المواضع الذي يبدا منه المسافر بالتقصير والخامس في مقدار الزمان الذي
يجوز للمسافر فيه اذا أقام في موضع ان يقصر الصلاة فاما حكم القصر فانهم اختلفوا فيه على أربعة أقوال فمنهم من
رآ أن القصر هو فرض المسافر المتعين عليه ومنهم من رآ ان القصر والاتمام كلاهما فرض مخير له كالخيار في واجب
الكفارة ومنهم من رآ ان القصر سنة ومنهم من رآ انه رخصة وان الاتمام أفضل وبالقول الاول قال أبو حنيفة
وأصحابه والكوفيون بأسرهم أعني انه فرض متعين وبالثاني قال بعض أصحاب الشافعي وبالثالث أعني انه سنة قال مالك
في اشهر الروايات عنه وبالرابع أعني أنه رخصة قال الشافعي في اشهر الروايات عنه وهو المتصور عند أصحابه والسبب
في اختلافهم معارضة المعنى المعقول لصيغة اللفظ المنقول ومعارضة دليل الفعل أيضاً للمعنى المعقول ولصيغة
اللفظ المنقول وذلك ان المفهوم من قصر الصلاة للمسافر انما هو الرخصة لموضع المشقة كما رخص له في الفطر
وفي اشياء كثيرة ويؤيد هذا حديث يعلى بن امية قال قلت لعمر انما قال الله ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا يريد
في قصر الصلات في السفر فقال عمر عجبت مما عجبت منه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سألتني عنه فقال
صدقة تصدق الله بها فاقبلوا صدقته فمفهوم هذا الرخصة وحديث أبي قلابة عن رجل من بني عامر أتى النبي صلى الله
عليه وسلم فقال له النبي ان الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة وهو في الصحيح وهذا كله يدل على التخفيف
والرخصة ورفع الحرج لان القصر هو الواجب ولانه سنة وأما الاثر الذي يعارض بصيغة المعنى المعقول ومفهوم
هذه الاثار فحديث عائشة الثابت باتفاق قالت فرضت الصلاة ركعتين ركعتين فاقرت صلاة السفر وزيد في صلاة
الحضر واما دليل الفعل الذي يعارض المعنى المعقول ومفهوم الاثر المنقول فانه ماثقل عنه عليه السلام من قصر الصلاة في كل
اسفاره وأنه لم يصح عنه عليه السلام انه اتم الصلاة قط فمن ذهب الى أنه سنة أو واجب مخير فانما حمله على ذلك انه لم
يصح عنده ان النبي عليه السلام اتم الصلاة وماهذا شأنه فقد يجب ان يكون أحد الواجبين أعني اما واجباً مخيراً واما
ان يكون سنة واما ان يكون فرضاً معيناً لكن كونه فرضاً معيناً يعارضه المعنى المعقول وكونه رخصة يعارضه
اللفظ المنقول فوجب ان يكون واجباً مخيراً أو سنة وكان هذا نوعا من طريق الجمع وقد اعتلوا بحديث عائشة المشهور
عنها من أنها كانت تتم وروي عطاء عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتم الصلاة في السفر ويقصر ويصوم ويفطر
ويؤخر الظهر ويعجل العصر ويؤخر المغرب ويعجل العشاء ومما يعارضه أيضاً حديث أنس وأبي نجيح المكي
قال اصطحب أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم فكان بعضهم يتم وبعضهم يقصر وبعضهم يصوم وبعضهم يفطر فلا يعيب
هؤلاء على هؤلاء ولا هؤلاء على هؤلاء ولم يختلف في اتمام الصلاة عن عثمان وعائشة فهذا هو اختلافهم في الموضع
الاول وأما اختلافهم في الموضع الثاني وهي المسافة التي يجوز فيها القصر فان العلماء اختلفوا في ذلك أيضاً اختلافاً
كثيراً فذهب مالك والشافعي وأحمد وجماعة كثيرة الى أن الصلاة تقصر في أربعة برد وذلك مسيرة يوم بالسير

الوسط وقال أبو حنيفة وأصحابه والكوفيون أقل ما تقصر فيه الصلاة ثلاثة ايام وان القصر انما هو لمن صار من افق الى افق وقال أهل الظاهر القصر في كل سفر قريباً كان أو بعيداً * والسبب في اختلافهم معارضة المعنى المعقول من ذلك اللفظ وذلك ان المعقول من تأثير السفر في القصر انه لمكان المشقة الموجودة فيه بمثل تأثيره في الصوم واذا كان الامر على ذلك فيجب القصر حيث المشقة وأما من لا يراعي في ذلك الا اللفظ فقط فقالوا قد قال النبي عليه السلام ان الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة فكل ما انطلق عليه اسم مسافر جاز له القصر والفطر وايدوا ذلك بما رواه مسلم عن عمر بن الخطاب أن النبي عليه السلام كان يقصر في نحو السبعة عشر ميلا وذهب قوم الى خامس كما قلنا وهو ان القصر لا يجوز الا للخائف لقوله تعالى ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا وقد قيل انه مذهب عائشة وقالوا ان النبي انما قصر لانه كان خائفاً واما اختلاف اولئك الذين اعتبروا المشقة فسببه اختلاف الصحابة في ذلك وذلك ان مذهب الاربعة يرد مروى عن ابن عمر وابن عباس رواه مالك ومذهب الثلاثة أيام مروى أيضاً عن ابن مسعود وعثمان وغيرهم واما الموضع الثالث وهو اختلافهم في نوع السفر الذي تقصر فيه الصلاة فرأى بعضهم ان ذلك مقصور على السفر المتقرب به كالحج والعمرة والجهاد وممن قال بهذا القول احمد ومنهم من اجازه في السفر المباح دون سفر المعصية وبهذا القول قال مالك والشافعي ومنهم من اجازه في كل سفر قربة كان أو مباحا أو معصية وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور * والسبب في اختلافهم معارضة المعنى المعقول أو ظاهر اللفظ لدليل الفعل وذلك ان من اعتبر المشقة أو ظاهر لفظ السفر لم يفرق بين سفر وسفر وأما من اعتبر دليل الفعل قال انه لا يجوز الا في السفر المتقرب به لان النبي عليه السلام لم يقصر قط الا في سفر متقرب به واما من فرق بين المباح والمعصية فعلى جهة التغليظ والاصل فيه هل تجوز الرخص للعصاة أم لا وهذه مسئلة عارض فيها اللفظ للمعنى فاختلف الناس فيها لذلك واما الموضع الرابع وهو اختلافهم في الموضع الذي منه يبدأ المسافر بقصر الصلاة فان مالكا قال في الموطا لا يقصر الصلاة الذي يريد السفر حتى يخرج من بيوت القرية ولا يتم حتى يدخل اول بيوتها وقد روى عنه انه لا يقصر اذا كانت قرية جامعة حتى يكون منها نحو ثلاثة اميال وذلك عنده اقصر ما تجب فيه الجمعة على من كان خارج المصر في احدى الروايتين عنه وبالقول الاول قال الجمهور * والسبب في هذا الاختلاف معارضة مفهوم الاسم لدليل الفعل وذلك انه اذا شرع في السفر فقد انطلق عليه اسم مسافر فمن راعى مفهوم الاسم قال اذا خرج من بيوت القرية قصر ومن راعى دليل الفعل اعني فعله عليه السلام قال لا يقصر الا اذا خرج من بيوت القرية بثلاثة اميال لما صح من حديث انس قال قال النبي صلى الله عليه وسلم اذا خرج مسيرة ثلاثة ايام أو ثلاثة فراسخ شعبة الشاك صلى ركعتين واما اختلافهم في الزمان الذي يجوز للمسافر اذا اقام فيه في بلدان يقصر فاختلاف كثير حكى فيه ابو عمر نحوا من احد عشر قولا الا ان الاشهر منها هو ما عليه فقهاء الامصار ولهم في ذلك ثلاثة اقوال احدها مذهب مالك والشافعي انه اذا ازمع المسافر على اقامة اربعة ايام اتم والثاني مذهب ابي حنيفة وسفيان الثوري انه اذا ازمع اقامة خمسة عشر يوما اتم والثالث مذهب احمد وداود انه اذا ازمع على اكثر من اربعة ايام اتم * وسبب الخلاف انه امر مسكوت عنه في الشرع والقياس على التحديد ضعيف عند الجميع ولذلك رام هؤلاء كلهم ان يستدلوا لمذهبهم من الاحوال التي نقلت عنه عليه السلام انه اقام فيها مقصراً او انه جعل لها حكم المسافر فالفريق الاول احتجوا لمذهبهم بما روى انه عليه السلام اقام بمكة ثلاثا يقصر في عمرته وهذا ليس فيه حجة على انه النهاية للتقصير وانما

فيه حجة على انه يقصر في الصلاة فادونها والفريق الثاني احتجوا لمذهبهم بما روى أنه اقام بمكة عام الفتح مقصراً وذلك نحو أمن خمسة عشر يوماً في بعض الروايات وقد روى سبعة عشر يوماً وثمانية عشر يوماً وتسعة عشر يوماً رواه البخاري عن ابن عباس وبكل قال فريق والفريق الثالث احتجوا بمقامه في حجه بمكة مقصراً اربعة ايام وقد احتجت المالكية لمذهبها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للمهاجر مقام ثلاثة أيام بمكة بعد قضاء نسكه فدل هذا عندهم على ان اقامة ثلاثة أيام ليست تسلب عن المقيم فيها اسم السفر وهي النكتة التي ذهب الجميع اليها ورأوا استنباطها من فعله عليه السلام أعني متى يرتفع عنه بقصد الاقامة اسم السفر ولذلك اتفقوا على انه ان كانت الاقامة مدة لا يرتفع فيها عنه اسم السفر بحسب رأي واحد منهم في تلك المدة وعافه عائق عن السفر انه يقصر ابداً وان أقام ماشاء الله ومن راعى الزمان الاقل من مقامه تأول مقامه في الزمان الاكثر مما ادعاه خصمه على هذه الجهة فقالت المالكية مثلا ان الخمسة عشر يوما التي اقامها عليه السلام عام الفتح انما اقامها وهو ابد ينوي انه لا يقيم أربعة أيام وهذا بعينه يلزمهم في الزمان الذي حدوه والاشبه بالمجتهد في هذا ان يسلك أحد امرين اما ان يجعل الحكم لاكثر الزمان الذي روي عنه عليه السلام انه اقام فيه مقصراً ويجعل ذلك حداً من جهة ان الاصل هو الاتمام موجب الامداد على هذا الزمان الا بدليل او يقول ان الاصل في هذا هو اقل الزمان الذي وقع عليه الاجماع وما ورد من أنه عليه السلام اقام مقصراً اكثر من ذلك الزمان فيحتمل ان يكون اقامه لانه جائز للمسافر ويحتمل ان يكون اقامه بنية الزمان الذي يجوز اقامته فيه مقصراً باتفاق معرض له ان اقام اكثر من ذلك واذا كان الاحتمال وجب التمسك بالاصل واقل ما قيل في ذلك يوم وليلة وهو قول ربيعة ابن ابي عبد الرحمان وروى عن الحسن البصري ان المسافر يقصر ابداً الا ان يقدم مصراً من الامصار وهذا بناء على ان اسم السفر واقع عليه حتى يقدم مصراً من الامصار فهذه امهات المسائل التي تتعلق بالقصر

﴿الفصل الثاني في الجمع﴾

واما الجمع فانه يتعلق بمسائل ثلاثة .احدها جوازه .والثانية في صفة الجمع. والثالثة في مبيحات الجمع .اما جوازه فانهم اجمعوا على ان الجمع بين الظهر والعصر في وقت الظهر بعرفة سنة وبين المغرب والعشاء بالمزدلفة أيضاً في وقت العشاء سنة أيضاً واختلفوا في الجمع في غير هذين المكانين فاجازه الجمهور على اختلاف بينهم في المواضع التي يجوز فيها من التي لا يجوز ومنعه ابو حنيفة وأصحابه باطلاق *وسبب اختلافهم اختلافهم في تأويل الآثار التي رويت في الجمع والاستدلال منها على جواز الجمع لانها كلها افعال وليست اقوالا والافعال يتطرق الاحتمال اليها كثيراً اكثر من تطرقه الى اللفظ وثانياً اختلافهم أيضاً في تصحيح بعضها وثالثا اختلافهم أيضاً في اجازة القياس في ذلك فهي ثلاثة اسباب كما ترى اما الآثار التي اختلفوا في تأويلها فمنها حديث أنس الثابت باتفاق خرجه البخاري ومسلم قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ارتحل قبل ان تزيغ الشمس أخر الظهر الى وقت العصر ثم نزل فجمع بينهما فان زاغت الشمس قبل ان يرتحل صلى الظهر ثم ركب ومنها حديث ابن عمر خرجه الشيخان أيضاً قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا عجل به السير في السفر يؤخر المغرب حتى يجمع بينها وبين العشاء والحديث الثالث حديث ابن عباس خرجه مالك ومسلم قال صلى الله عليه وسلم الظهر والعصر جميعاً والمغرب والعشاء جميعاً في غير خوف ولا سفر فذهب القائلون بجواز الجمع في تأويل هذه الاحاديث الى انه أخر الظهر الى وقت العصر المختص بها وجمع بينهما وذهب الكوفيون الى انه انما اوقع صلاة الظهر في آخر وقتها وصلاة العصر في أول وقتها على ما جاء

فى حديث امامة جبريل قالوا وعلى هذا يصح حمل حديث ابن عباس لانه قد انعقد الاجماع انه لا يجوز هذا فى الحضر لغير عذر أعنى ان تصلى الصلاتان معاً فى وقت احداهما واحتجوا لتاويلهم أيضاً بحديث ابن مسعود قال والذى لااله غيره ماصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة قط الا فى وقتها الا صلاتين جمع بين الظهر والعصر بعرفة وبين المغرب والعشاء بجمع قالوا وأيضاً فهذه الآثار محتملة ان تكون على ما تاولناه نحن اوتاولتموه انتم وقد صح توقيت الصلاة وتبيانها فى الاوقات فلا يجوز ان تنتقل عن اصل ثابت بامر محتمل واما الاثر الذي اختلفوا في تصحيحه فارواه مالك من حديث معاذ بن جبل انهم خرجوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام تبوك فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء قال فاخر الصلاة يوما ثم خرج فصلى الظهر والعصر جميعاً ثم دخل ثم خرج فصلى المغرب والعشاء جميعاً وهذا الحديث لو صح لكان أظهر من تلك الاحاديث فى اجازة الجمع لان ظاهره انه قدم العشاء الى وقت المغرب وان كان لهم ان يقولوا انه اخر المغرب الى وقتها وصلى العشاء فى اول وقتها لانه ليس فى الحديث امر مقطوع به على ذلك بل لفظ الراوى محتمل واما اختلافهم فى اجازة القياس فى ذلك فهو ان يلحق سائر الصلوات فى السفر بصلاة عرفة والمزدلفة أعنى ان يجاز الجمع قياساً على تلك فيقال مثلا صلاة وجبت فى سفر فجاز ان يجمع اصله جمع الناس بعرفة والمزدلفة وهو مذهب سالم بن عبد الله أعني جواز هذا القياس لكن القياس فى العبادات يضعف فهذه هى اسباب الخلاف الواقع فى جواز الجمع

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهي صورة الجمع فاختلف فيه أيضاً القائلون بالجمع أعنى فى السفر فمنهم من رآ ان الاختيار ان تؤخر الصلاة الاولى وتصلى مع الثانية وان جمعا معاً فى أول وقت الاولى جاز وهى احدى الروايتين عن مالك ومنهم من سوى بين الامرين أعني ان يقدم الاخرة الى وقت الاولى او بعكس الامر وهو مذهب الشافعي وهي رواية اهل المدينة عن مالك والاولى رواية ابن القاسم عنه وانما كان الاختيار عند مالك هذا النوع من الجمع لانه الثابت من حديث أنس ومن سوى بينهما فمصيراً الى انه لا يرجح بالعدالة أعنى انه لا يفضل عدالة عدالة فى وجوب العمل بها ومعني هذا انه اذا صح حديث معاذ وجب العمل به كما وجب بحديث انس اذا كان رواة الحديثين عدولا وان كان رواة احد الحديثين اعدل ﴿واما المسئلة الثالثة﴾ وهى الاسباب المبيحة للجمع فاتفق القائلون بجواز الجمع على ان السفر منها واختلفوا فى الجمع فى الحضر وفى شروط السفر المبيح له وذلك ان السفر منهم من جعله سبباً مبيحاً للجمع اى سفر كان وباي صفة كان ومنهم من اشترط فيها ضربا من السير ونوعا من انواع السفر فاما الذى اشترط فيه ضربا من السير فهو مالك فى رواية ابن القاسم عنه وذلك انه قال لا يجمع المسافر الا ان يجد به السير ومنهم من لم يشترط ذلك وهو الشافعي وهى احدى الروايتين عن مالك ومن ذهب هذا المذهب فانما راعى قول ابن عمر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا عجل به السير الحديث ومن لم يذهب هذا المذهب فانما راعى ظاهر حديث انس وغيره وكذلك اختلفوا كما قلنا فى نوع السفر الذى يجوز فيه الجمع فمنهم من قال هو سفر القربة كالحج والغزو وهو ظاهر رواية ابن القاسم ومنهم من قال هو السفر المباح دون سفر المعصية وهو قول الشافعي وظاهر رواية المدنيين عن مالك *والسبب فى اختلافهم فى هذا هو السبب فى اختلافهم فى السفر الذى تقصر فيه الصلاة وان كان هنالك التعميم لان القصر نقل قولا وفعلا والجمع انما نقل فعلا فقط فمن اقتصر به على نوع السفر الذى جمع فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجزه فى غيره ومن فهم منه الرخصة للمسافر عداه الى غيره من الاسفار واما الجمع فى الحضر لغير عذر

فان مالكا واكثر الفقهاء لايجيزونه واجاز ذلك جماعة من أهل الظاهر واشهب من اصحاب مالك * وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم حديث ابن عباس فمنهم من تاوله على انه كان فى مطر كما قال مالك ومنهم من اخذ بعمومه مطلقاً وقد خرج مسلم زيادة فى حديثه وهو قوله عليه السلام فى غير خوف ولا سفر ولا مطر وبهذا تمسك أهل الظاهر وأما الجمع فى الحضر لعذر المطر فاجازه الشافعي ليلا كان أو نهاراً ومنعه مالك فى النهار واجازه فى الليل واجازه ايضاً فى الليل فى الطين دون المطر فى الليل وقد عذل الشافعى مالكا فى تفريقه من صلاة النهار فى ذلك وصلاة الليل لانه روى الحديث وتاوله اعنى خصص عمومه من جهة القياس وذلك انه قال فى قول ابن عباس جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء فى غير خوف ولا سفر اى ذلك كان فى مطر قال فلم ياخذ بعموم الحديث ولا بتأويله اعني تخصيصه بل رد بعضه وتاول بعضه وذلك شئ لا يجوز باجماع وذلك انه لم ياخذ بقوله فيه جمع بين الظهر والعصر واخذ بقوله والمغرب والعشاء وتاوله واحسب ان مالكا رحمه الله انما رد بعض هذا الحديث لانه عارضه العمل فاخذ منه بالبعض الذي لم يعارضه العمل وهو الجمع فى الحضر بين المغرب والعشاء على ما روى ان ابن عمر كان اذا جمع الامراء بين المغرب والعشاء جمع معهم لكن النظر فى هذا الاصل الذى هو العمل كيف يكون دليلا شرعياً فيه نظر فان متقدمى شيوخ المالكية كانوا يقولون انه من باب الاجماع وذلك لاوجه له فان اجماع البعض لايحتج به وكان متأخروهم يقولون انه من باب نقل التواتر ويحتجون فى ذلك بالصاع وغيره مما نقله أهل المدينة خلفاً عن سلف والعمل انما هو فعل والفعل لايفيد التواتر الا ان يقترن بالقول فان التواتر طريقه الخبر لا العمل وبان جعل الافعال تفيد التواتر عسير بل لعله ممنوع والاشبه عندى ان يكون من باب عموم البلوى الذى يذهب اليه ابو حنيفة وذلك انه لا يجوز ان يكون امثال هذه السنن مع تكررها وتكرر وقوع اسبابها غير منسوخة ويذهب العمل بها على اهل المدينة الذين تلقوا العمل بالسنن خلفاً عن سلف وهو اقوي من عموم البلوى الذي يذهب اليه ابو حنيفة لان اهل المدينة احرى الا يذهب ذلك عليهم من غيرهم من الناس الذين يعتبرهم ابو حنيفة فى طريق النقل وبالجملة العمل لايشك انه قرينة اذا اقترنت بالشئ المنقول ان وافقته افادت به غلبة ظن وان خالفته افادت به ضعف ظن فاما هل تبلغ هذه القرينة مبلغا ترد بها اخبار الاحاد الثابتة فليه نظر وعسى انها تبلغ فى بعض ولا تبلغ فى بعض لتفاضل الاشياء فى شدة عموم البلوى بها وذلك انه كلما كانت السنة الحاجة اليها امس وهى كثيرة التكرار على المكلفين كان نقلها من طريق الاحاد من غير ان ينتشر قولا او عملا فيه ضعف وذلك انه يوجب ذلك أحد امرين اما انها منسوخة واما ان النقل فيه اختلال وقد بين ذلك المتكلمون كابى المعالى وغيره واما الجمع فى الحضر للمريض فان مالكا اباحه له اذا خاف ان يغمى عليه او كان به بطن ومنع ذلك الشافعى * والسبب فى اختلافهم هو اختلافهم فى تعدى علة الجمع فى السفر اعنى المشقة فمن طرد العلة رآ ان هذا من باب الاولى والاحرى وذلك ان المشقة على المريض فى افراد الصلوات اشد منها على المسافر ومن لم يعد هذه العلة وجعلها كما يقولون قاصرة اى خاصة بذلك الحكم دون غيره لم يجز ذلك

﴿الباب الخامس من الجملة الثالثة وهو القول فى صلاة الخوف﴾

اختلف العلماء فى جواز صلاة الخوف بعد النبى عليه السلام وفى صفتها فاكثر العلماء على ان صلاة الخوف جائزة لعموم قوله تعالى واذا ضربتم فى الارض فليس عليكم جناح ان تقصروا الآية ولما ثبت ذلك من فعله عليه السلام وعمل الائمة والخلفاء بعده بذلك وشذ ابو يوسف من اصحاب ابى حنيفة فقال لاتصلى صلاة الخوف بعد النبى

صلى الله عليه وسلم بامام واحد وانما تصلى بعده بامامين يصلى واحد منهما بطائفة ركعتين ثم يصلى الاخر بطائفة اخرى وهى الحارسة ركعتين ايضاً وتحرس التى قد صلت * والسبب فى اختلافهم هل صلاة النبى باصحابه صلاة الخوف هى عبادة او هى لمكان فضل النبى صلى الله عليه وسلم فمن رآ انها عبادة لم ير انها خاصة بالنبى عليه السلام ومن رآها لمكان فضل النبى عليه السلام رآها خاصة بالنبى عليه السلام والا فقد كان ممكن ان يقسم الناس على امامين وانما كان ضرورة اجتماعهم على امام واحد خاصة من خواص النبى عليه السلام ويايد عنده هذا التاويل بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى واذا كنت فيهم فاقمت لهم الصلاة الآية ومفهوم الخطاب انه اذا لم يكن فيهم فالحكم غير هذا الحكم وقد ذهبت طائفة من فقهاء الشام الى ان صلاة الخوف تؤخر عن وقت الخوف الى وقت الامن كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الخندق والجمهور على ان ذلك الفعل يوم الخندق كان قبل نزول صلاة الخوف وانه منسوخ بها واما صفة صلاة الخوف فان العلماء اختلفوا فيها اختلافا كثيراً لاختلاف الاثار فى هذا الباب اعنى المنقولة من فعله صلى الله عليه وسلم فى صلاة الخوف والمشهور من ذلك سبع صفات فمن ذلك ماخرجه مالك ومسلم من حديث صالح بن خوات عمن صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم ذات الرقاع صلاة الخوف ان طائفة صفت معه وصفت طائفة وجاه العدو فصلى بالتى معه ركعة ثم ثبت قائماً واتموا لانفسهم ثم انصرفوا وجاه العدو وجاءت الطائفة الاخرى فصلى بهم الركعة التى بقيت من صلاتهم ثم ثبت جالساً واتموا لانفسهم ثم سلم بهم وبهذا الحديث قال الشافعى وروى مالك هذا الحديث بعينه عن القاسم بن محمد عن صالح بن خوات موقوفا كمثل حديث يزيد بن رومان انما قضى الركعة بالطائفة الثانية سلم ولم ينتظرهم حتى يفرغوا من الصلاة واختار مالك هذه الصفة فالشافعى آثر المسند على الموقوف ومالك آثر الموقوف لانه اشبه بالاصول اعنى الا يجلس الامام حتى تفرغ الطائفة الثانية من صلاتها لان الامام متبوع لا متبع وغير مختلف عليه والصفة الثالثة ماورد فى حديث ابى عبيدة بن عبد الله بن مسعود عن ابيه رواه الثورى وجماعة وخرجه ابوداود قال صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف بطائفة وطائفة مستقبلوا العدو فصلى بالذين معه ركعة وسجدتين وانصرفوا ولم يسلموا فوقفوا بازاه العدو ثم جاه الاخرون فقاموا معه فصلى بهم ركعة ثم سلم فقام هؤلاء فصلوا لانفسهم ركعة ثم سلموا وذهبوا فقاموا مقام اولئك مستقبلى العدو ورجع اولئك الى مراتبهم فصلوا لانفسهم ركعة ثم سلموا وبهذه الصفة قال ابو حنيفة واصحابه ماخلى ابا يوسف على ما تقدم والصفة الرابعة انوادة فى حديث ابن عياش الزرقى قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بعسفان وعلى المشركين خالد بن الوليد فصلينا الظهر فقال المشركون لقد اصبنا غفلة لو كنا حملنا عليهم وهم فى الصلاة فانزل الله آية القصر بين الظهر والعصر فلما حضرت العصر قام رسول الله صلى الله عليه وسلم مستقبل القبلة والمشركون امامه فصلى خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم صف واحد وصف بعد ذلك صف آخر فركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعاً ثم سجد وسجد الصف الذى يليه وقام الاخر يحرسونهم فلما صلى هؤلاء سجدتين وقاموا سجد الاخرون الذين كانوا خلفه ثم تاخر الصف الذى يليه الى مقام الاخرين وتقدم الصف الاخر الى مقام الصف الاول ثم ركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعاً ثم سجد وسجد الصف الذى يليه وقام الاخرون يحرسونهم فلما جلس رسول الله صلى الله عليه وسلم والصف الذى يليه سجد الاخرون ثم جلسوا جميعاً فسلم بهم جميعاً وهذه الصلاة صلاها بعسفان وصلاها يوم بنى سليم قال ابو داود وروى هذا عن جابر وعن ابن عباس وعن مجاهد وعن ابى

موسى وعن هشام بن عروة عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال وهو قول الثوري وهو احوطها يريد انه ليس في هذه الصفة كبير علم مخالف لافعال الصلاة المعروفة وقال بهذه الصفة جملة من اصحاب مالك واصحاب الشافعي وخرجها مسلم عن جابر وقال جابر كما يصنع حرسكم هؤلاء بامرائكم. والصفة الخامسة الواردة في حديث حذيفة قال ثعلبة بن زهدم قال كنا مع سعيد بن العاصي بطبرستان فقام فقال ايكم صلى مع رسول الله صلى الله عليه صلاة الخوف قال حذيفة انا فصلى بهؤلاء ركعة وبهؤلاء ركعة ولم يقضوا شيئاً وهذا مخالف للاصل مخالفة كثيرة وخرج ايضاً عن ابن عباس في معناه انه قال الصلاة على لسان نبيكم في الحضر اربعاً وفي السفر ركعتين وفي الخوف ركعة واجاز هذه الصفة الثوري. والصفة السادسة الواردة في حديث ابي بكرة وحديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه صلى بكل طائفة من الطائفتين ركعتين ركعتين وهكذا يفتي الحسن وفيه دليل على اختلاف نية الامام والمأموم لكونه متحاملهم متصرون خرجه مسلم عن جابر. والصفة السابعة الواردة في حديث ابن عمر عن النبي عليه السلام انه كان اذا سئل عن صلاة الخوف قال يتقدم الامام وطائفة من الناس فيصلي بهم ركعة وتكون طائفة منهم بينه وبين العدو لم يصلوا فاذا صلى الذين معه ركعة استاخروا مكان الذين لم يصلوا ولا يسلمون ويتقدم الذين لم يصلوا فيصلون معه ركعة ثم ينصرف الامام وقد صلى ركعتين تتقدم كل واحدة من الطائفتين فيصلون لانفسهم ركعة ركعة بعد ان ينصرف الامام فيكون كل واحدة من الطائفتين قد صلوا ركعتين فان كان خوف اشد من ذلك صلوا رجالا قياماً على اقدامهم او ركبانا مستقبلي القبلة او غير مستقبليها وممن قال بهذه الصفة اشهب عن مالك وجماعة وقال ابو عمر الحجة لمن قال بحديث ابن عمر هذا انه ورد بنقل الائمة اهل المدينة وهم الحجة في النقل على من خالفهم وهم ايضاً مع هذا اشبه بالاصول لان الطائفة الاولى والثانية لم يقضوا الركعة الابعد خروج رسول الله صلى الله عليه وسلم من الصلاة وهو المعروف من سنة القضاء المجتمع عليها في سائر الصلوات واكثر العلماء على ما جاء في هذا الحديث من انه اذا اشتد الخوف جاز ان يصلوا مستقبلي القبلة وغير مستقبليها وايماء من غير ركوع ولا سجود وخالف في ذلك ابو حنيفة فقال لا يصلي الخائف الا الى القبلة ولا يصلي احد في حال المسايفة * وسبب الخلاف في ذلك مخالفة هذا الفعل للاصول وقدر آ قوم أن هذه الصفات كلها جائزة وان المكلف ان يصلي ايتهما احب وقد قيل ان هذا الاختلاف انما كان بحسب اختلاف المواطن.

﴿ الباب السادس من الجملة الثالثة في صلاة المريض ﴾ وأجمع العلماء على أن المريض مخاطب بأداء الصلاة وانه يسقط عنه فرض القيام اذا لم يستطعه ويصلي جالساً وكذلك يسقط عنه فرض الركوع والسجود اذا لم يستطعهما او احدهما ويومي مكانهما واختلفوا فيمن له ان يصلي جالساً وفي هيئة الجلوس وفي هيئة الذي لا يقدر على الجلوس ولا على القيام فأما من له ان يصلي جالساً فان قوماً قالوا هذا الذي لا يستطيع القيام اصلا وقوم قالوا هو الذي يشق عليه القيام من المرض وهو مذهب مالك * وسبب اختلافهم هو هل يسقط فرض القيام مع المشقة او مع عدم القدرة وليس في ذلك نص وأما صفة الجلوس فان قوماً قالوا يجلس متربعاً أعني الجلوس الذي هو بدل من القيام وكره ابن مسعود الجلوس متربعاً فمن ذهب الى التربيع فلا فرق بينه وبين جلوس التشهد ومن كرهه فلانه ليس من جلوس الصلاة وأما صفة صلاة الذي لا يقدر على القيام ولا على الجلوس فان قوماً قالوا يصلي مضطجعاً وقوم قالوا يصلي كيف ما تيسر له وقوم قالوا يصلي مستقبلا رجلاه الى الكعبة وقوم قالوا ان لم يستطع الجلوس صلى على جنبه

فان لم يستطع على جنبه صلى مستلقياً ورجلاه الى القبلة على قدر طاقته وهو الذى اختاره ابن المنذر

﴿ الجملة الرابعة ﴾ وهذه تشتمل من افعال الصلاة على التى ليست اداء وهذه هى إما اعادة وإما قضاء وإما جبر لما زاد او نقص بالسجود ففى هذه الجملة اذاً ثلاثة ابواب .الباب الاول فى الاعادة .الباب الثانى في القضاء .الباب الثالث في الاجبار الذى يكون بالسجود ﴿ الباب الاول ﴾ وهذا الباب الكلام فيه فى الاسباب التى تقتضى الاعادة وهى مفسدات الصلاة واتفقوا على أن من صلى بغير طهارة انه يجب عليه الاعادة عمداً كان او نسيانا وكذلك من صلى لغير القبلة عمداً كان ذلك او نسيانا وبالجملة فكل من اخل شرطاً من شروط صحة الصلاة وجبت عليه الاعادة وانما يختلفون من اجل اختلافهم في الشروط المصححة وهاهنا مسائل تتعلق بهذا الباب خارجة عما ذكر من فروض الصلاة اختلفوا فيها فمنها انهم اتفقوا على أن الحدث يقطع الصلاة واختلفوا هل تقتضى الاعادة من اولها اذا كان قد ذهب منها ركعة او ركعتان قبل طرو الحدث ام تبنى على ما قد مضى من الصلاة فذهب الجمهور الى انه لا يبنى لا في حدث ولا في غيره مما يقطع الصلاة الا فى الرعاف فقط ومنهم من رآ انه لا يبنى لا فى الحدث ولا في الرعاف وهو الشافعى وذهب الكوفيون الى انه يبنى فى الاحداث كلها • وسبب اختلافهم انه لم يرد فى جواز ذلك اثر عن النبي عليه السلام وانما صح عن ابن عمر انه رعف في الصلاة فبنا ولم يتوضأ فمن رآ أن هذا الفعل من الصحابى يجرى مجرى التوقيت اذ ليس يمكن ان يفعل مثل هذا بقياس اجاز هذا الفعل ومن كان عنده من هؤلاء أن الرعاف ليس بحدث اجاز البناء في الرعاف فقط ولم يعده لغيره وهو مذهب مالك ومن كان عنده انه حدث اجاز البناء فى سائر الاحداث قياساً على الرعاف ومن رآ أن مثل هذا لا يجب ان يصار اليه الا بتوقيف من النبى عليه السلام إذ قد انعقد الاجماع أن المصلى اذا انصرف الى غير القبلة انه قد خرج من الصلاة وكذلك إذا فعل فيها فعلا كثيراً لم يبن إذ رعف ﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف العلماء هل يقطع الصلاة مرور شئ بين يدى المصلى اذا صلى لغير سترة او مر بينه وبين السترة فذهب الجمهور الى انه لا يقطع الصلاة شئ وانه ليس عليه اعادة وذهبت طائفة الى انه يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب الاسود • وسبب هذا الخلاف معارضة القول للفعل وذلك انه خرج مسلم عن ابى ذر انه عليه السلام قال يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب الاسود وخرج مسلم والبخارى عن عائشة انها قالت لقد رأيتنى بين يدى رسول الله صلى الله عليه معترضة كاعتراض الجنازة وهو يصلي وروى مثل قول الجمهور عن على وعن ابي ولا خلاف بينهم فى كراهية المرور بين يدى المنفرد والامام اذا صلى لغير سترة او مر بينه وبين السترة ولم يروا باساً ان يمر خلف السترة وكذلك لم يروا باساً ان يمر بين يدى المأموم لثبوت حديث ابن عباس وغيره قال اقبلت راكباً على اتان وانا يومئذ قد ناهزت الاحتلام ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بالناس فمررت بين يدى بعض الصفوف فنزلت وارسلت الاتان ترتع ودخلت فى الصف فلم ينكر ذلك على احد وهذا عندهم يجرى مجرى المسند وفيه نظر وانما اتفق الجمهور على كراهية المرور بين يدى المصلي لما جاء فيه من الوعيد فى ذلك ولقوله عليه السلام فيه فليقاتله فانما هو شيطان ﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلفوا في النفخ في الصلاة على ثلاثة اقوال فقوم كرهوه ولم يروا الاعادة على من فعله وقوم اوجبوا الاعادة على من نفخ وقوم فرقوا بين ان يسمع او لا يسمع • وسبب اختلافهم تردد النفخ بين ان يكون كلاماً او لا يكون كلاماً ﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اتفقوا على أن الضحك يقطع الصلاة واختلفوا فى التبسم • وسبب اختلافهم تردد التبسم بين ان يلحق بالضحك او

لا يلحق به ﴿ المسئلة الخامسة ﴾ اختلفوا في صلاة الحاقن فاكثر العلماء يكرهون ان يصلي الرجل وهو حاقن لما روى من حديث زيد بن ارقم قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول إذا اراد احدكم الغائط فليبدأ به قبل الصلاة ولما روى عن عائشة عن النبي عليه السلام انه قال لا يصلي احدكم بحضرة الطعام ولا وهو يدافعه الاخبثان يعني الغائط والبول ولما ورد من النهي عن ذلك عن عمر ايضاً وذهب قوم الى أن صلاته فاسدة وانه يعيد وروى ابن القاسم عن مالك ما يدل على أن صلاة الحاقن فاسدة وذلك انه روى عنه انه امر بالاعادة في الوقت وبعد الوقت * والسبب في اختلافهم اختلافهم في النهي هل يدل على فساد المنهي عنه ام ليس يدل على فساده وانما يدل على تأثيم من فعله فقط اذا كان اصل الفعل الذي تعلق النهي به واجباً او جائزاً وقد تمسك القائلون بفساد صلاته بحديث رواه الشاميون منهم من يجعله عن ثوبان ومنهم من يجعله عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لمؤمن ان يصلي وهو حقن جداً قال ابو عمر بن عبد البر هو حديث ضعيف السند لا حجة فيه

﴿ المسئلة السادسة ﴾ اختلفوا في رد سلام المصلي عن من سلم عليه فرخصت فيه طائفة منهم سعيد بن المسيب والحسن بن ابي الحسن البصري وقتادة ومنع ذلك قوم بالقول واجازوا الرد بالاشارة وهو مذهب مالك والشافعي ومنع آخرون رده بالقول والاشارة وهو مذهب النعمان واجاز قوم الرد في نفسه وقوم قالوا يرد اذا فرغ من الصلاة * والسبب في اختلافهم هل رد السلام من نوع التكلم في الصلاة المنهي عنه ام لا فمن رآ انه من نوع الكلام المنهي عنه وخصص الامر برد السلام في قوله تعالى وإذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها الآية باحاديث النهي عن الكلام في الصلاة قال لا يجوز الرد في الصلاة ومن رآ انه ليس داخلا في الكلام المنهي عنه او خصص احاديث النهي بالامر برد السلام اجازه في الصلاة قال ابو بكر بن المنذر ومن قال لا يرد ولا يشير فقد خالف السنة فانه قد اخبر صهيب أن النبي عليه السلام رد على الذين سلموا عليه وهو في الصلاة باشارة

﴿ الباب الثاني في القضاء ﴾

والكلام في هذا الباب على من يجب القضاء وفي صفة انواع القضاء وفي شروطه فاما على من يجب القضاء فاتفق المسلمون على انه يجب على الناسي والنائم واختلفوا في العامد والمغمى عليه وانما اتفق المسلمون على وجوب القضاء على الناسي والنائم لثبوت قوله عليه السلام وفعله وأعني بقوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاث فذكر النائم وقوله اذا نام احدكم عن الصلاة او نسيها فليصلها اذا ذكرها وما روي انه نام عن الصلاة حتى خرج وقتها فقضاها وأما تاركها عمداً حتى يخرج الوقت فان الجمهور على انه آثم وأن القضاء عليه واجب وذهب بعض اهل الظاهر الى انه لا يقضي وانه آثم واحد من ذهب الى ذلك ابو محمد بن حزم * وسبب اختلافهم اختلافهم في شيئين احدهما في جواز القياس في الشرع والثاني في قياس العامد على الناسي اذا سلم جواز القياس فمن رآ انه اذا وجب القضاء على الناسي الذي قد عذره الشرع في اشياء كثيرة فالمتعمد احرى ان يجب عليه لانه غير معذور اوجب القضاء عليه ومن رآ أن الناسي والعامد ضدان والاضداد لا يقاس بعضها على بعض إذ احكامها مختلفة وانما تقاس الاشباه لم يجز قياس العامد على الناسي والحق في هذا انه اذا جعل الوجوب من باب التغليظ كان القياس سائغاً واما ان جعل من باب الرفق بالناسي والعذر له والا يفوته ذلك الخير فالعامد في هذا ضد الناسي والقياس غير سائغ لان الناسي معذور والعامد غير معذور والاصل أن القضاء لا يجب بامر الاداء وانما يجب بامر مجدد على ما قال المتكلمون لان القاضي قد فاته احد شروط التمكن من وقوع الفعل على

محته وهو الوقت اذ كان شرطاً من شروط الصحة والتاخير عن الوقت فى قياس التقديم عليه لكن قد ورد الاثر بالناسى والنائم وتردد العامد بين ان يكون شبيهاً او غير شبيه والله الموفق للحق وأما المغمى عليه فان قوماً اسقطوا عنه القضاء فياذهب وقته وقوم اوجبوا عليه القضاء ومن هؤلاء من اشترط القضاء فى عدد معلوم وقالوا يقضى فى الخمس فمادونها *والسبب فى اختلافهم تردده بين النائم والمجنون فمن شبهه بالنائم اوجب عليه القضاء ومن شبهه بالمجنون اسقط عنه الوجوب وأما صفة القضاء فان القضاء نوعان قضاء لجملة الصلاة وقضاء لبعضها أما قضاء الجملة فالنظر فيه فى صفة القضاء وشروطه ووقته فاما صفة القضاء فهى بعينها صفة الاداء اذا كانت الصلاتان فى صفة واحدة من الفرضية وأما اذا كانت فى احوال مختلفة مثل ان يذكر صلاة حضرية فى سفر او صلاة سفرية فى حضر فاختلفوا فى ذلك على ثلاثة اقوال ،فقوم قالوا انما يقضى مثل الذى عليه ولم يراعوا الوقت الحاضر وهو مذهب مالك وأصحابه وقوم قالوا انما يقضى ابداً اربعاً سفرية كانت المنسية اوحضرية فعلى رأى هؤلاء ان ذكر فى السفر حضرية صلاها حضرية وإن ذكر فى الحضر سفرية صلاها حضرية وهو مذهب الشافعى وقال قوم انما يقضى ابداً فرض الحال التى هو فيها فيقضى الحضرية فى السفر سفرية والسفرية فى الحضر حضرية فمن شبه القضاء بالاداء راعى الحال الحاضرة وجعل الحكم لها قياساً على المريض يتذكر صلاة نسيها فى الصحة او الصحيح يتذكر صلاة نسيها فى المرض أعنى أن فرضه هو فرض الصلاة فى الحال الحاضرة ومن شبه القضاء بالديون اوجب للمقضية صفة المنسية وأما من اوجب ان يقضى ابداً حضرية فراعى الصفة فى احدهما والحال فى الاخرى أعنى انه اذا ذكر الحضرية فى السفر راعى صفة المقضية وإذا ذكر السفرية فى الحضر راعى الحال وذلك اضطراب جار على غير قياس الا ان يذهب مذهب الاحتياط وذلك يتصور فيمن يرى القصر رخصة *وأما شروط القضاء ووقته فان من شروطه الذى اختلفوا فيه الترتيب وذلك أنهم اختلفوا فى وجوب الترتيب فى قضاء المنسيات أعنى وجوب ترتيب المنسيات مع الصلاة الحاضرة الوقت وترتيب المنسيات بعضها مع بعض اذا كانت اكثر من صلاة واحدة فذهب مالك إلى ان الترتيب واجب فيها فى الخمس صلوات فمادونها وانه يبدأ بالمنسية وإن فات وقت الحاضرة حتى انه قال إن ذكر المنسية وهو فى الحاضرة فسدت الحاضرة عليه ويمثل ذلك قال ابو حنيفة والثورى الا انهم رأوا الترتيب واجباً مع اتساع وقت الحاضرة واتفق هؤلاء على سقوط وجوب الترتيب مع النسيان وقال الشافعى لايجب الترتيب وان فعل ذلك اذا كان فى الوقت متسع فحسن يعنى فى وقت الحاضرة *والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب واختلافهم فى تشبيه القضاء بالاداء فاما الآثار فانه ورد فى ذلك حديثان متعارضان أحدهما ماروى عنه عليه السلام انه قال من نسى صلاة وهو مع الامام فى اخرى فليصل مع الامام فاذا فرغ من صلاته فليعد الصلاة التى نسى ثم ليعد الصلاة التى صلى مع الامام وأصحاب الشافعى يضعفون هذا الحديث ويصححون حديث ابن عباس أن النبى عليه السلام قال اذا نسى احدكم صلاة فذكرها وهو فى صلاة مكتوبة فليتم التى هو فيها فاذا فرغ منها قضى التى نسى والحديث الصحيح فى هذا الباب هو ما تقدم من قوله عليه السلام اذا نام احدكم عن الصلاة او نسيها الحديث .وأما اختلافهم فى جهة تشبيه القضاء بالاداء فان من رأى أن الترتيب فى الاداء انما لزم من اجل ان اوقاتها المختصة بصلاة منها هى مرتبة فى نفسها اذ كان الزمان لايقبل الا مرتباً لم يلحق بها القضاء لانه ليس للقضاء وقت مخصوص ومن رأى أن الترتيب فى الصلوات المودأة هو فى الفعل وان كان الزمان واحداً مثل الجمع بين الصلاتين فى وقت إحداها شبه القضاء بالاداء وقد رأت المالكية

ان توجب الترتيب للمقضية من جهة الوقت لامن جهة الفعل لقوله عليه السلام فليصلها اذا ذكرها قالوا فوقت المنسية هو وقت الذكر ولذلك وجب ان تفسد عليه الصلاة التي هو فيها في ذلك الوقت وهذا لا معنى له لانه ان كان وقت الذكر وقتاً للمنسية فهو بعينه ايضاً وقت للحاضرة او وقت للمنسيات اذا كانت اكثر من صلاة واحدة واذا كان الوقت واحداً فلم يبق ان يكون الفساد الواقع فيها الامن قبل الترتيب بينها كالترتيب الذي يوجد في اجزاء الصلاة الواحدة فانه ليس احدى الصلاتين احق بالوقت من صاحبتها اذ كان وقتاً لكليهما الان يقوم دليل الترتيب وليس هاهنا عندي شيء يمكن ان يجعل اصلا في هذا الباب لترتيب المنسيات الا الجمع عند من سلمه فان الصلوات المؤداة اوقاتها مختلفة والترتيب في القضاء انما يتصور في الوقت الواحد بعينه للصلاتين معاً فافهم هذا فان فيه خصوصاً وأظن مالكا رحمه الله انما قاس ذلك على الجمع وانما صار الجميع الى استحسان الترتيب في المنسيات إذ لم يحف فوات الحاضرة لصلاته عليه السلام الصلوات الخمس يوم الخندق مرتباً وقد احتج بهذا من اوجب القضاء على العامد ولا معنى لهذا فان هذا منسوخ وايضاً فانه كان تركا لعذر وأما التحديد في الخمس فما دونها فليس له وجه الا ان يقال إنه اجماع فهذا حكم القضاء الذي يكون في فوات جملة الصلاة وأما القضاء الذي يكون في فوات بعض الصلوات فمنه ما يكون سببه النسيان ومنه ما يكون سببه سبق الامام للمأموم أعني ان يفوت المأموم بعض صلاة الامام فاما اذا فات المأموم بعض الصلاة فان فيه مسائل ثلاثا قواعد أحدها متى تفوت الركعة والثانية هل اتيانه بما فاته بعد سلام الامام اداء او قضاء والثالثة متى يلزمه حكم صلاة الامام ومتى لا يلزمه ذلك اما متى تفوته الركعة فان في ذلك مسئلتين احداهما اذا دخل والامام قد اهوى الى الركوع، والثانية إذا كان مع الامام في الصلاة فمنها ان يتبعه في الركوع او منعه عن ذلك ما وقع من زحام او غيره ﴿أما المسئلة الاولى﴾ فان فيها ثلاثة اقوال أحدها وهو الذي عليه الجمهور انه اذا ادرك الامام قبل ان يرفع رأسه من الركوع وبركع معه فهو مدرك للركعة وليس عليه قضاؤها وهؤلاء اختلفوا هل من شرط هذا الداخل ان يكبر تكبيرتين تكبيرة للاحرام وتكبيرة للركوع او يجزيه تكبيرة الركوع وان كانت تجزيه فهل من شرطها ان ينوى بها تكبيرة الاحرام أم ليس ذلك من شرطها فقال بعضهم بل تكبيرة واحدة تجزيه اذا نوى بها تكبيرة الافتتاح وهو مذهب مالك والشافعي والاختيار عندهم تكبيرتان وقال قوم لابد من تكبيرتين وقال قوم تجزى واحدة وان لم ينو بها تكبيرة الافتتاح والقول الثاني انه اذا ركع الامام فقد فاتته الركعة وانه لا يدركها ما لم يدركه قائماً وهو منسوب الى ابي هريرة والقول الثالث انه اذا انتهى الى الصف الاخر وقد رفع الامام رأسه ولم يرفع بعضهم فادرك ذلك انه يجزيه لان بعضهم ائمة لبعض وبه قال الشعبي وسبب هذا الاختلاف تردد اسم الركعة بين ان يدل على الفعل نفسه الذي هو الانحناء فقط او على الانحناء والوقوف معاً وذلك انه قال عليه السلام من ادرك من الصلاة ركعة فقد ادرك الصلاة قال ابن المنذر ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن كان اسم الركعة ينطلق عنده على القيام والانحناء معاً قال إذا فاته قيام الامام فقد فاتته الركعة ومن كان اسم الركعة ينطلق عنده على الانحناء نفسه جعل ادراك الانحناء ادراكا للركعة والاشتراك الذي عرض لهذا الاسم انما هو من قبل تردده بين المعنى اللغوي والمعنى الشرعي وذلك أن اسم الركعة ينطلق لغة على الانحناء وينطلق شرعا على القيام والركوع والسجود فمن رأى أن اسم الركعة ينطلق في قوله عليه السلام من ادرك ركعة على الركعة الشرعية ولم يذهب مذهب الاخر ببعض ما دل عليه الاسماء قال لابد ان يدرك مع الامام الثلاثة الاحوال أعني القيام والانحناء

والسجود ويحتمل ان يكون من ذهب الى اعتبار الانحناء فقط ان يكون اعتبر اكثر ما يدل عليه الاسم هاهنا لان من ادرك الانحناء فقد ادرك منها جزءين ومن فاته الانحناء انما ادرك منها جزءاً واحداً فقط فعلى هذا يكون الخلاف آئلا الى اختلافهم في الاخذ ببعض دلالة الاسماء او بكلها فالخلاف يتصور فيها من الوجهين جميعاً وأما من اعتبر ركوع من في الصف من المأمومين فلان الركعة من الصلاة قد تضاف الى الامام فقط وقد تضاف الى الامام والمأمومين فسبب الاختلاف هو الاحتمال في هذه الاضافة أعني قوله عليه السلام من ادرك ركعة من الصلاة وما عليه الجمهور اظهر ٭ وأما اختلافهم في هل تجزيه تكبيرة واحدة او تكبيرتان أعني المأموم اذا دخل في الصلاة والامام راكع فسببه هل من شرط تكبيرة الاحرام ان يوتى بها واقفاً ام لا فمن رآ أن من شرطها الموضع الذي تفعل فيه تعلقاً بالفعل أعني فعله عليه السلام وكان يرى أن التكبير كله فرض قال لابد من تكبيرتين ومن رآ انه ليس من شرطها الموضع تعلقاً بعموم قوله عليه السلام وتحريمها التكبير وكان عنده أن تكبيرة الاحرام هي فقط الفرض قال يجزيه ان يأتي بها وحدها وأما من اجاز ان يأتي بتكبيرة واحدة وإن لم ينوبها تكبيرة الاحرام فقيل يبني على مذهب من يرى أن تكبيرة الاحرام ليست بفرض وقيل انما يبنى على مذهب من يجوز تاخير نية الصلاة عن تكبيرة الاحرام لانه ليس معنى ان ينوى تكبيرة الاحرام الا مقارنة النية للدخول في الصلاة لأن تكبيرة الإحرام لها وصفان النية المقارنة والاولية أعني وقوعها في اول الصلاة فمن اشترط الوصفين قال لابد من النية المقارنة ومن اكتفى بالصفة الواحدة اكتفى بتكبيرة واحدة وان لم تقارنها النية ﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي اذا سهى عن اتباع الامام في الركوع حتى سجد الامام فان قوماً قالوا اذا فاته ادراك الركوع معه فقد فاتته الركعة ووجب عليه قضاؤها وقوم قالوا يعتد بالركعة اذا امكنه ان يتم من الركوع قبل ان يقوم الامام الى الركعة الثانية وقوم قالوا يتبعه ويعتد بالركعة ما لم يرفع الامام رأسه من الانحناء في الركعة الثانية وهذا الاختلاف موجود لاصحاب مالك وفيه تفصيل واختلاف بينهم بين ان يكون عن نسيان او ان يكون عن زحام وبين ان يكون في جمعة او في غير جمعة وبين اعتبار ان يكون المأموم عرض له هذا في الركعة الاولى او في الركعة الثانية وليس قصدنا تفصيل المذهب ولا تخريجه وانما الغرض الاشارة الى قواعد المسائل واصولها فنقول إن سبب الاختلاف في هذه المسئلة هو هل من شرط فعل المأموم ان يقارن فعل الامام او ليس من شرطه ذلك وهل هذا الشرط هو في جميع اجزاء الركعة الثلاثة أعني القيام والانحناء والسجود أم انما هو شرط في بعضها ومتى يكون اذا لم يقارن فعله فعل الامام اختلاف عليه أعني ان يفعل هو فعلا والامام فعلا ثانياً فمن رآ انه شرط في كل جزء من اجزاء الركعة الواحدة أعني ان يقارن فعل المأموم فعل الامام والا كان اختلافاً عليه وقد قال عليه السلام فلا تختلفوا عليه قال ومتى لم يدرك معه من الركوع ولو جزءاً يسيراً لم يعتد بالركعة ومن اعتبره في بعضها قال هو مدرك للركعة اذا ادرك فعل الركعة قبل ان يقوم الى الركعة الثانية وليس ذلك اختلافاً عليه فاذا قام الى الركعة الثانية فان اتبعه فقد اختلف عليه في الركعة الاولى وأما من قال إنه يتبعه ما لم ينحن في الركعة الثانية فانه رآ انه ليس من شرط فعل المأموم ان يقارن بعضه بعض فعل الامام ولا كله وانما من شرطه ان يكون بعده فقط وانما اتفقوا على أنه اذا قام من الانحناء في الركعة الثانية انه لا يعتد بتلك الركعة ان اتبعه فيها لانه يكون في حكم الاولى والامام في حكم الثانية وذلك غاية الاختلاف عليه

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ من المسائل الثلاثة الاول التي هي اصول هذا الباب وهل اتيان

المأموم بما فاته من الصلاة مع الامام اداء اوقضاء فان فى ذلك ثلاثة مذاهب قوم قالوا إنما يأتى له بعد سلام الامام هو قضاء وأن ما ادرك ليس هو اول صلاته وقوم قالوا ان الذى يأتي به بعد سلام الامام هو اداء وأن ما ادرك هو اول صلاته وقوم فرقوا بين الاقوال والافعال فقالوا يقضى فى الاقوال يبنون فى القراءة ويبنى فى الافعال يبنون الاداء فمن ادرك ركعة من صلاة المغرب على المذهب الاول أعنى مذهب القضاء فاذا سلم الامام الى ركعتين يقرأ فيهما بام القرآن وسورة من غير ان يجلس بينهما وعلى المذهب الثانى أعنى على البناء قام الى ركعة واحدة يقرأ فيها بام القرآن وسورة ويجلس ثم يقوم الى ركعة يقرأ فيها بام القرآن فقط وعلى المذهب الثالث يقوم الى ركعة فيقرأ فيها بام القرآن وسورة ثم يجلس ثم يقوم إلى ركعة ثانية يقرأ فيها ايضاً بام القرآن وسورة وقد نسبت الاقاويل الثلاثة الى المذهب والصحيح عن مالك انه يقضى فى الاقوال ويبنى فى الافعال لانه لم يختلف قوله فى المغرب انه اذا ادرك منها ركعة انه يقوم الى الركعة الثانية ثم يجلس ولا اختلف فى قوله انه يقضى بام القرآن وسورة *وسبب اختلافهم انه ورد فى بعض رواية الحديث المشهور فما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاتموا والاتمام يقتضى ان يكون ما ادرك هو اول صلاته وفى بعض رواياته فما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا والقضاء يوجب أن ما ادرك هو آخر صلاته فمن أذهب مذهب الاتمام قال ما ادرك هو اول صلاته ومن ذهب مذهب القضاء قال ما ادرك هو آخر صلاته ومن ذهب مذهب الجمع جعل القضاء فى الاقوال والاداء فى الافعال وهو ضعيف أعنى ان يكون بعض الصلاة اداء وبعضها قضاء واتفاقهم على وجوب الترتيب فى اجزاء الصلاة وعلى أن موضع تكبيرة الاحرام هو افتتاح الصلاة فيه دليل واضح على أن ما ادرك هو اول صلاته لكن تختلف نية المأموم والامام فى الترتيب فتأمل هذا ويشبه ان يكون هذا هو احدما راعاه من قال ما ادرك فهي آخر صلاته

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾

من المسائل الاول وهو متى يلزم المأموم حكم صلاة الامام فى الاتباع فان فيه مسائل .إحداها متى يكون مدركا لصلاة الجمعة .والثانية متى يكون مدركا معه لحكم سجود السهو أعنى سهو الامام .والثالثة متى يلزم المسافر وراء امام يتم الاتمام اذا ادرك من صلاة الامام بعضها

﴿ فاما المسئلة الاولى ﴾

فان قوماً قالوا اذا ادرك ركعة من الجمعة فقد ادرك الجمعة ويقضى ركعة ثانية وهو مذهب مالك والشافعى فان ادرك اقل صلى ظهراً اربعاً وقوم قالوا بل يقضى ركعتين ادرك منها ما ادرك وهو مذهب ابى حنيفة *وسبب الخلاف فى هذا هو ما يظن من التعارض بين عموم قوله عليه السلام ما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاتموا وبين مفهوم قوله عليه السلام من ادرك ركعة من الصلاة فقد ادرك الصلاة فانه من صار الى عموم قوله عليه السلام وما فاتكم فاتموا اوجب ان يقضى ركعتين وان ادرك منها اقل من ركعتين ومن كان المحذوف عنده فى قوله عليه السلام فقد ادرك الصلاة أى فقد ادرك حكم الصلاة قال دليل الخطاب يقتضى أن من ادرك اقل من ركعة فلم يدرك حكم الصلاة والمحذوف فى هذا القول محتمل فانه يمكن ان يراد به فضل الصلاة ويمكن ان يراد به وقت الصلاة ويمكن ان يراد به حكم الصلاة ولعله ليس هذا المجاز فى احدها اظهر منه فى الثانى فان كان الامر كذلك كان من باب المجمل الذى لا يقتضى حكماً وكان الاخر بالعموم اولى وان سلمنا انه اظهر فى احد هذه المحذوفات وهو مثلا الحكم على قول من يرى ذلك لم يكن هذا الظاهر معارضاً للعموم الا من باب دليل الخطاب والعموم أقوى من دليل الخطاب عند الجميع ولا سيما الدليل المبنى على المحتمل او الظاهر وأما من يرى إن قوله عليه السلام فقد ادرك الصلاة انه يتضمن جميع هذه المحذوفات

فضعيف وغير معلوم من لغة العرب الان يتقرر أن هنالك اصطلاحا عربياً اوشرعياً .وأما مسئلة اتباع المأموم للامام في السجود أعني في سجود السهو فان قوماً اعتبروا في ذلك الركعة أعني ان يدرك من الصلاة معه ركعة وقوم لم يعتبروا في ذلك فمن لم يعتبر ذلك فصيراً الى عموم قوله عليه السلام انما جعل الامام ليؤتم به ومن اعتبر ذلك فصيراً الى مفهوم قوله عليه السلام فقد ادرك الصلاة ولذلك ما اختلفوا في المسئلة الثالثة فقال قوم إن المسافر اذا ادرك من صلاة الامام الحاضر اقل من ركعة لم يتم واذا ادرك ركعة لزمه الاتمام فهذا حكم القضاء الذي يكون لبعض الصلاة من قبل سبق الامام له وأما حكم القضاء لبعض الصلاة الذي يكون للامام والمنفرد من قبل النسيان فانهم اتفقوا على أن ما كان منها ركناً فهو يقضي أعني فريضة وانه ليس يجزي منه الا الاتيان به وفيه مسائل اختلفوا فيها بعضهم اوجب فيها القضاء وبعضهم اوجب فيها الاعادة مثل من نسي اربع سجدات من اربع ركعات سجدة من كل ركعة فان قوماً قالوا يصلح الرابعة بان يسجد لها ويبطل ما قبلها من الركعات ثم يأتي بها وهو قول مالك وقوم قالوا تبطل الصلاة بأسرها ويلزمه الاعادة وهي إحدى الروايتين عن احمد بن حنبل وقوم قالوا يأتي باربع سجدات متوالية وتكمل بها صلاته وبه قال ابو حنيفة والثوري والاوزاعي وقوم قالوا يصلح الرابعة ويعتد بسجدتين وهو مذهب الشافعي ٭ وسبب الخلاف في هذا مراعاة الترتيب فمن راعاه في الركعات والسجدات ابطل الصلاة ومن راعاه في السجدات ابطل الركعات ماعدى الاخيرة قياساً على قضاء ماتات المأموم من صلاة الامام ومن لم يراع الترتيب اجاز سجودها معاً في ركعة واحدة لاسيما اذا اعتقد أن الترتيب ليس هو واجباً في الفعل المكرر في ركعة أعني السجود وذلك لان كل ركعة تشتمل على قيام وانحناء وسجود والسجود مكرر فزعم اصحاب ابي حنيفة أن السجود لما كان مكرراً لم يجب ان يراعي فيه التكرير في الترتيب ومن هذا الجنس اختلاف اصحاب مالك فيمن نسي قراءة ام القرآن من الركعة الاولى فقيل لا يعتد بالركعة وقضيها وقيل يعيد الصلاة وقيل يسجد للسهو وصلاته تامة وفروع هذا الباب كثيرة وكلها غير منطوق به وليس قصدنا هاهنا الا ما يجري مجرى الاصول

﴿ الباب الثالث من الجملة الرابعة في سجود السهو ﴾ والسجود المتقول في الشريعة في احد موضعين اما عند الزيادة او النقصان اللذين يقعان في افعال الصلاة واقوالها من قبل النسيان لا من قبل العمد وأما عند الشك في افعال الصلاة فاما السجود الذي يكون من قبل النسيان لا من قبل الشك فالكلام فيه يحصر في ستة فصول .الفصل الاول في معرفة حكم السجود .الثاني في معرفة مواضعه من الصلاة .الثالث في معرفة الجنس من التي يسجد لها .الرابع في صفة سجود السهو .الخامس في معرفة من يجب عليه سجود السهو .السادس بماذا يتبين المأموم الامام الساهي على سهو

﴿ الفصل الاول ﴾ اختلفوا في سجود السهو هل هو فرض اوسنة فذهب الشافعي الى انه سنة وذهب ابو حنيفة الى انه فرض لكن من شرط صحة الصلاة وفرق مالك بين السجود للسهو في الافعال وبين السجود للسهو في الاقوال وبين الزيادة والنقصان فقال سجود السهو الذي يكون للافعال الناقصة واجب وهو عنده من شروط صحة الصلاة هذا في المشهور وعنه ان سجود السهو للنقصان واجب وسجود الزيادة مندوب ٭ والسبب في اختلافهم اختلافهم في حمل افعاله عليه السلام في ذلك على الوجوب او على الندب فاما ابو حنيفة فحمل افعاله عليه السلام في السجود على الواجب اذ كان هو الاصل عندهم اذ جاء بيانا لواجب كما قال عليه السلام صلوا كما رأيتموني اصلي وأما الشافعي

فجعل افعاله فى ذلك على الندب وأخرجها عن الاصل بالقياس وذلك انه لما كان السجود عند الجمهور ليس بنوب عن فرض وانما ينوب عن ندب رأى ان البدل عما ليس بواجب ليس هو بواجب واما مالك فتاكدت عنده الافعال اكثر من الاقوال لكونها من صلب الصلاة اكثر من الاقوال أعنى ان الفروض التى هى افعال هى اكثر من فروض الاقوال فكانه رآ ان الافعال اكثر من الاقوال وان كان ليس ينوب سجود السهو الا عما كان منها ليس بفرض وتفرقته أيضاً بين سجود النقصان والزيادة على الرواية الثانية لكون سجود النقصان شرع بدلا مما سقط من اجزاء الصلاة وسجود الزيادة كانه استغفار لابدل

﴿ الفصل الثاني ﴾

اختلفوا فى مواضع سجود السهو على ستة أقوال فذهبت الشافعية الى ان سجود السهو موضعه ابدا قبل السلام وذهبت الحنفية الى ان موضعه ابدا بعد السلام وفرقت المالكية فقالت ان كان السهو لنقصان كان قبل السلام وان كان لزيادة كان بعد السلام وقال أحمد بن حنبل يسجد قبل السلام فى المواضع التى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل السلام ويسجد بعد السلام فى المواضع التى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد السلام فما كان من سجوده فى غير تلك المواضع يسجده ابدا قبل السلام وقال أهل الظاهر لايسجد للسهو الا فى المواضع الخمسة التى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقط وغير ذلك ان كان فرضاً اتى به وان كان ندبا فليس عليه شئ

والسبب فى اختلافهم انه عليه السلام ثبت عنه انه سجد قبل السلام وسجد بعد السلام وذلك انه ثبت من حديث ابن بحينة انه قال صلى لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين ثم قام فلم يجلس فقام الناس معه فلما قضى صلاته سجد سجدتين وهو جالس وثبت أيضاً انه سجد بعد السلام فى حديث ذى اليدين المتقدم اذ سلم من اثنين فذهب الذين جوزوا القياس فى سجود السهو أعنى الذين رأوا تعدية الحكم فى المواضع التى سجد فيها عليه السلام الى اشباهها فى هذه الآثار الصحيحة ثلاثة مذاهب أحدها مذهب الترجيح والثانى مذهب الجمع والثالث الجمع بين الجمع والترجيح فمن رجح حديث ابن بحينة قال السجود قبل السلام واحتج لذلك بحديث أبي سعيد الخدرى الثابت انه عليه السلام قال اذا شك أحدكم فى صلاته فلم يدر كم صلى اثلاثا ام أربعاً فليصل ركعة ويسجد سجدتين وهو جالس قبل التسليم فان كانت الركعة التى صلاها خامسة شبهها بهاتين السجدتين وان كانت رابعة فالسجدتان ترغيم للشيطان قالوا ففيه السجود للزيادة قبل السلام لانها ممكنة الوقوع خامسة واحتجوا لذلك أيضاً بما روى ابن هشام انه قال كان آخر الامرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم السجود قبل السلام واما من رجح حديث ذى اليدين فقال السجود بعد السلام واحتجوا لترجيح هذا الحديث بان حديث ابن بحينة قد عارضه حديث المغيرة بن شعبة انه عليه السلام قام من اثنتين ولم يجلس ثم سجد بعد السلام قال أبو عمر ليس مثله فى النقل فيعارض بمثله واحتجوا أيضاً لذلك بحديث ابن مسعود الثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى خمساً ساهياً وسجد لسهوه بعد السلام واما من ذهب مذهب الجمع فانهم قالوا ان هذه الاحاديث لا تتناقض وذلك ان السجود فيها بعد السلام انما هو فى الزيادة والسجود قبل السلام فى النقصان فوجب ان يكون حكم السجود فى سائر المواضع كما هو فى هذا الموضع قالوا وهو اولى من حمل الاحاديث على التعارض واما من ذهب مذهب الجمع والترجيح فقال يسجد فى المواضع التى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم على النحو الذى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فان ذلك هو حكم تلك المواضع واما المواضع التى لم يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه

وسلم فالحكم فيها السجود قبل السلام فكانه قاس على المواضع التي سجد فيها عليه السلام قبل السلام ولم يقس على المواضع التي سجد فيها بعد السلام وأبقى سجود المواضع التي سجد فيها على ما سجد فيها من جهة أنه ابقى حكم هذه المواضع على ما وردت عليه وجعلها متغايرة الاحكام هو ضرب من الجمع ورفع للتعارض بين مفهومها ومن جهة انه عدى مفهوم بعضها دون بعض والحق به المسكوت عنه فذلك ضرب من الترجيح أعني انه قاس على السجود الذي قبل السلام ولم يقس على الذي بعده واما من لم يفهم من هذه الافعال حكماً خارجا عنها وقصر حكمها على أنفسها وهم أهل الظاهر فاقتصروا بالسجود على هذه المواضع فقط وأما احمد بن حنبل فجاء نظره مختلطاً من نظر اهل الظاهر ونظر أهل القياس وذلك انه اقتصر بالسجود كما قلنا بعد السلام على المواضع التي ورد فيها الاثر ولم يعده وعدي السجود الذي ورد في المواضع التي قبل السلام ولكل واحد من هؤلاء ادلة يرجح بها مذهبه من جهة القياس أعني لاصحاب القياس وليس قصدنا في هذا الكتاب ذكر الخلاف الذي يوجبه القياس كما ليس قصدنا ذكر المسائل المسكوت عنها في الشرع الا في الاقل وذلك اما من حيث هي مشهورة واصل لغيرها واما من حيث هي كثيرة الوقوع والمواضع الجمة التي سها فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدها انه قام من اثنتين على ما جاء في حديث ابن بحينة والثاني انه سلم من اثنتين على ما جاء في حديث ذي اليدين والثالث انه صلى خمساً على ما في حديث ابن عمر خرجه مسلم والبخاري والرابع انه سلم من ثلاث على ما في حديث عمر ان بن الحصين والخامس السجود عن الشك على ما جاء في حديث أبي سعيد الخدري وسيأتي بعد واختلفوا لما ذا يجب سجود السهو فقيل يجب للزيادة والنقصان وهو الاشهر وقيل للسهو نفسه وبه قال أهل الظاهر والشافعي

﴿الفصل الثالث﴾ فاما الاقوال والافعال التي يسجد لها فان القائلين بسجود السهو لكل نقصان أو زيادة وقعت في الصلاة على طريق السهو اتفقوا على ان السجود يكون عن سنن الصلاة دون الفرائض ودون الرغائب فالرغائب لا شيء عندهم فيها أعني اذا سها عنها في الصلاة ما لم يكن اكثر من رغيبة واحدة مثل ما يرى مالك انه لا يجب سجود من نسيان تكبيرة واحدة ويجب من أكثر من واحدة واما الفرائض فلا يجزى عنها الا الاتيان بها وجبرها اذا كان السهو عنها مما لا يوجب اعادة الصلاة باسرها على ما تقدم فيما يوجب الاعادة وما يوجب القضاء أعني على من ترك بعض اركان الصلاة وأما سجود السهو للزيادة فانه يقع عند الزيادة في الفرائض والسنن جميعاً فهذه الجملة لا اختلاف بينهم فيها وانما يختلفون من قبل اختلافهم فيما منها فرض او ليس بفرض وفيما هو منها سنة اوليس بسنة اوفيما هو منها سنة او رغيبة مثال ذلك ان عند مالك ليس يسجد لترك القنوت لانه عنده مستحب ويسجد له عند الشافعي لانه عنده سنة ولن يخفى عليك هذا مما تقدم القول فيه من اختلافهم بين ماهو سنة اوفريضة اورغيبة وعند مالك وأصحابه سجود السهو للزيادة اليسيرة في الصلاة وان كانت من غير جنس الصلاة وينبغي ان تعلم ان السنة والرغيبة هي عندهم من باب الندب وانما يختلفان عندهم بالاقل والاكثر أعني في تاكيد الامر بها وذلك راجع الى قراين أحوال تلك العبادة ولذلك يكثر اختلافهم في هذا الجنس كثيراً حتى ان بعضهم يرى ان في بعض السنن ما اذا تركت عمداً ان كانت فعلا اوفعلت عمداً ان كانت تركا ان حكمها حكم الواجب أعني في تعلق الاثم بها وهذا موجود كثيراً لاصحاب مالك وكذلك تجدهم قد اتفقوا ما خلى أهل الظاهر على ان تارك السنن المتكررة بالجملة اثم مثل لو ترك انسان الوتر أو ركعتي الفجر دائما

لكان مفسقاً آثما فكان العبادات بحسب هذا النظر منها ما هي فرض بعينها وجنسها مثل الصلوات الخمس ومنها ماهي سنة بعينها فرض بجنسها مثل الوتر وركعتي الفجر وما اشبه ذلك من السنن وكذلك قد تكون عند بعضهم الرغائب رغائب بعينها سنن بجنسها مثل ماحكيناه عن مالك من ايجاب السجود لاكثر من تكبيرة واحدة أعني للسهو عنها ولا يكون فيما أحسب عند هؤلاء سنة بعينها وجنسها وأما أهل الظاهر فالسنن عندهم هي سنن بعينها لقوله عليه السلام للاعرابي الذي سأله عن فروض الاسلام افلح ان صدق دخل الجنة ان صدق وذاك بعد ان قال له والله لا ازيد على هذا ولا انقص منه يعني الفرائض وقد تقدم هذا الحديث واتفقوا من هذا الباب على سجود السهو لترك الجلسة الوسطى واختلفوا فيها هل هي فرض أو سنة وكذلك اختلفوا هل يرجع الامام اذا سبح به اليها اوليس يرجع وان رجع فمتى يرجع فقال الجمهور يرجع مالم يستو قائما وقال قوم يرجع مالم تعقد الركعة الثالثة وقال قوم لايرجع ان فارق الارض قيد شبر واذا رجع عند الذين لا يرون رجوعه فالجمهور على ان صلاته جائزة وقال قوم تبطل صلاته

﴿الفصل الرابع﴾ واما صفة سجود السهو فانهم اختلفوا في ذلك فرأى مالك ان حكم سجدتي السهو اذا كانت بعد السلام ان يتشهد فيها ويسلم منها وبه قال أبو حنيفة لان السجود كله عنده بعد السلام واذا كانت قبل السلام ان يتشهد لها فقط وان السلام من الصلاة هو سلام منها وبه قال الشافعي اذا كان السجود كله عنده قبل السلام وقد روى عن مالك انه لا يتشهد للتي قبل السلام وبه قال جماعة قال أبو عمر اما السلام من التي بعد السلام فثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم وأما التشهد فلا احفظه من وجه ثابت * وسبب هذا الاختلاف هو اختلافهم في تصحيح ماورد من ذلك في حديث ابن مسعود أعني من انه عليه السلام تشهد ثم سلم وتشبيه سجدتي السهو بالسجدتين الاخريين من الصلاة فمن شبهها لم يوجب لها التشهد وبخاصة اذا كانت في نفس الصلاة وقال أبو بكر بن المنذر اختلف العلماء في هذه المسئلة على ستة اقوال فقالت طائفة لاتشهد فيها ولا تسليم وبه قال أنس بن مالك والحسن وعطاء وقال قوم مقابل هذا وهو ان فيها تشهداً وتسليما وقال قوم فيها تشهد فقط دون تسليم وبه قال الحكم وحماد والنخعي وقال قوم مقابل هذا وهو ان فيها تسليما وليس فيها تشهد وهو قول ابن سيرين والقول الخامس ان شاء تشهد وسلم وان شاء لم يفعل روى ذلك عن عطاء والسادس قول أحمد بن حنبل انه ان سجد بعد السلام تشهد وان تشهد قبل السلام لم يتشهد وهو الذي حكيناه نحن عن مالك قال أبو بكر قد ثبت انه كبر فيها اربع تكبيرات وانه سلم وفي ثبوت تشهده فيها نظر

﴿الفصل الخامس﴾ اتفقوا على ان سجود السهو من سنة المنفرد والامام واختلفوا في المأموم يسهو وراء الامام هل عليه سجود أم لا فذهب الجمهور الى أن الامام يحمل عنه السهو وشذ مكحول فالزمه السجود في خاصة نفسه * وسبب اختلافهم اختلافهم فيما يحمل الامام من الاركان عن المأموم وما لا يحمله واتفقوا على ان الامام اذا سها ان المأموم يتبعه في سجود السهو وان لم يتبعه في سهوه واختلفوا متى يسجد المأموم اذا قام مع الامام بعض الصلاة وعلى الامام سجود سهو فقال قوم يسجد مع الامام ثم يقوم لقضاء ما عليه وسواء كان سجوده قبل السلام أو بعده وبه قال عطاء والحسن والنخعي والشعبي وأحمد وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال قوم يقضي ثم يسجد وبه قال ابن سيرين واسحاق وقال قوم اذا سجد قبل التسليم سجدها معه وان سجد بعد التسليم سجدها بعد ان يقضي وبه قال مالك والليث والاوزاعي وقال قوم يسجدها مع الامام ثم يسجدها ثانية بعد

القضاء وبه قال الشافعي *وسبب اختلافهم أي أولى واخلق ان يتبعه في السجود مصاحباً له أو في آخر صلاته فكانهم اتفقوا على ان الاتباع واجب لقوله عليه السلام انما جعل الامام ليؤتم به واختلفوا هل موضعها للمأموم هو موضع السجود أعني في آخر الصلاة أو موضعها هو وقت سجود الامام فمن أثر مقارنة فعله لفعل الامام على موضع السجود ورآ ذلك شرطاً في الاتباع أعني ان يكون فعلهما واحداً حقاً قال يسجد مع الامام وان لم يات بها في موضع السجود ومن اثر موضع السجود قال يؤخرها الى آخر الصلاة ومن أوجب عليه الامرين أوجب عليه السجود مرتين وهو ضعيف

﴿الفصل السادس﴾

واتفقوا على ان السنة لمن سها في صلاته ان يسبح له وذلك للرجل لما ثبت عنه عليه السلام انه قال مالي أراكم اكثرتم من التصفيق من نابه شيء في صلاته فليسبح فانه اذا سبح التفت اليه وانما التصفيق للنساء واختلفوا في النساء فقال مالك وجماعة ان التسبيح للرجال والنساء وقال الشافعي وجماعة للرجال التسبيح وللنساء التصفيق *والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه السلام وانما التصفيق للنساء فمن ذهب الى معنى ذلك ان التصفيق هو حكم النساء في السهو وهو الظاهر قال النساء يصفقن ولا يسبحن ومن فهم من ذلك الذم للتصفيق قال الرجال والنساء في التسبيح سواء وفيه ضعف لانه خروج عن الظاهر بغير دليل الا ان يقاس المرأة في ذلك على الرجل والمرأة كثيراً ما يخالف حكمها في الصلاة حكم الرجل ولذلك يضعف القياس وأما سجود السهو الذي هو لموضع الشك فان الفقهاء اختلفوا فيمن شك في صلاته فلم يدر كم صلى اواحدة أو اثنتين أو ثلاثاً أو أربعاً على ثلاثة مذاهب فقال قوم يبني على اليقين وهو الاقل ولا يجزيه التحري ويسجد سجدتي السهو وهو قول مالك والشافعي وداود وقال أبو حنيفة ان كان أول أمره فسدت صلاته وان تكرر ذلك منه تحرى وعمل على غلبة الظن ثم يسجد سجدتين بعد السلام وقالت طائفة انه ليس عليه اذا شك لا رجوع الى يقين ولا تحر وانما عليه السجود فقط اذا شك *والسبب في اختلافهم تعارض ظواهر الآثار الواردة في هذا الباب وذلك ان في هذا الباب ثلاثة آثار أحدها حديث البناء على اليقين وهو حديث أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى اثلاثاً أم اربعاً فليطرح الشك وليبن على ما استيقن ثم يسجد سجدتين قبل ان يسلم فان كان صلى خمساً شفعن له صلاته وان كان صلى اتماما لاربع كانتا ترغيما للشيطان خرجه مسلم والثاني حديث ابن مسعود ان النبي عليه السلام قال اذا سها أحدكم في صلاته فليتحر وليسجد سجدتين وفي رواية اخرى عنه فلينظر احرى ذلك الى الصواب ثم ليسلم ثم ليسجد سجدتي السهو وينشهد ويسلم والثالث حديث أبي هريرة خرجه مالك والبخاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان أحدكم اذا قام يصلي جاءه الشيطان فلبس عليه حتى لا يدري كم صلى فاذا وجد ذلك أحدكم فليسجد سجدتين وهو جالس وفي هذا المعنى أيضاً حديث عبد الله بن جعفر خرجه أبو داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من شك في صلاته فليسجد سجدتين بعدما يسلم فذهب الناس في هذه الاحاديث مذهب الجمع ومذهب الترجيح والذين ذهبوا مذهب الترجيح منهم من لم يلتفت الى المعارض ومنهم من رام تاويل المعارض وصرفه الى الذي رجح ومنهم من جمع الامرين أعني جمع بعضها ورجح بعضها وأول غير المرجح الى معنى المرجح ومنهم من جمع بين بعضها واسقط حكم البعض فاما من ذهب مذهب الجمع في بعض والترجيح في بعض مع تاويل غير المرجح الى المرجح فمالك بن أنس فانه حمل حديث أبي سعيد الخدري على الذي لم يستنكحه الشك وحمل حديث أبي هريرة على الذي يغلب عليه الشك

ويستنكحه وذلك من باب الجمع وتاول حديث ابن مسعود على ان المراد بالتحرى مثالث هو الرجوع الى اليقين ماثبت على مذهبه الاحاديث كلها واما من ذهب مذهب الجمع بين بعضها واسقاط البعض وهو الترجيح وغير تاويل المرجح عليه فابو حنيفة فانه قال ان حديث ابي سعيد انما هو حكم من لم يكن عنده ظن غالب يعمل عليه وحديث ابن مسعود على الذى عنده ظن غالب واسقط حكم حديث أبي هريرة وذلك انه قال ما فى حديث ابى سعيد وابن مسعود زيادة والزيادة يجب قبولها والاخذ بها وهذا أيضاً كانه ضرب من الجمع واما الذى رجح بعضها واسقط حكم البعض فالذين قالوا انما عليه السجود فقط وذلك ان هؤلاء رجحوا حديث أبى هريرة واسقطوا حديث أبى سعيد وابن مسعود ولذلك كان اضعف الاقوال فهذا ما رأينا ان نثبته في هذا القسم من قسمى كتاب الصلاة وهو القول فى الصلاة المفروضة فلنصر بعد الى القول في القسم الثانى من الصلاة الشرعية وهى السلوات التى ليست فروض عين ﴿كتاب الصلاة الثاني﴾ ولان الصلاة التى ليست بمفروضة على الاعيان منها ماهى سنة ومنها ماهى نفل ومنها ماهى فرض على الكفاية وكانت هذه الاحكام منها هو متفق عليه ومنها ماهو مختلف فيه رأينا ان نفرد القول فى واحدة واحدة من هذه الصلاة وهى بالجملة عشر ركعتا الفجر والوتر والنفل وركعتا دخول المسجد والقيام فى رمضان والكسوف والاستسقاء والعيدان وسجود القرآن فانه صلاة ما يشتمل هذا الكتاب على عشرة أبواب والصلاة على الميت نذكرها على حدة فى باب احكام الميت على ما جرت به عادة الفقهاء وهو الذى يترجمونه بكتاب الجنائز ﴿الباب الاول﴾ القول فى الوتر واختلفوا فى الوتر في خمسة مواضع منها في حكمه ومنها فى صفته ومنها فى وقته ومنها فى القنوت فيه ومنها فى صلاته على الراحلة اما حكمه فقد تقدم القول فيه عند بيان عدد الصلوات المفروضة واما صفته فان مالكا رحمه الله استحب أن يوتر بثلاث يفصل بينها بسلام وقال أبو حنيفة الوتر ثلاث ركعات من غير ان يفصل بينها بسلام وقال الشافعى الوتر ركعة واحدة ولكل قول من هذه الاقاويل سلف من الصحابة والتابعين والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه ثبت عنه عليه السلام من حديث عائشة أنه كان يصلى من الليل إحدى عشرة ركعة يوتر منها بواحدة وثبت عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صلاة الليل مثنى مثنى فاذا رأيت ان الصبح يدركك فاوتر بواحدة وخرج مسلم عن عائشة أنه عليه السلام كان يصلى ثلاث عشرة ركعة ويوتر من ذلك بخمس لايجلس فى شئ إلا في آخرها وخرج أبو داود عن أبي أيوب الانصارى أنه عليه السلام قال الوتر حق على كل مسلم فمن احب ان يوتر بخمس فليفعل ومن احب ان يوتر بثلاث فليفعل ومن احب أن يوتر بواحدة فليفعل وخرج أبو داود انه كان يوتر بسبع وتسع وخمس وخرج عن عبد الله بن قيس قال قلت لعائشة بكم كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر قالت كان يوتر باربع وثلاث وست وثلاث وثمان وثلاث وعشر وثلاث ولم يكن يوتر باقص من سبع ولا باكثر من ثلاث عشرة وحديث ابن عمر عن النبى عليه السلام أنه قال المغرب وتر صلاة النهار فذهب العلماء فى هذه الاحاديث مذهب الترجيح فمن ذهب إلى أن الوتر ركعة واحدة فصيراً إلى قوله عليه السلام فاذا خشيت الصبح فاوتر بواحدة والى حديث عائشة انه كان يوتر بواحدة ومن ذهب الى ان الوتر ثلاث من غير ان يفصل بينها وقصر حكم الوتر على الثلاث فقط فليس يصح له ان يحتج بشئ مما فى هذا الباب لانها كلها تقتضى التخيير ما عدى حديث ابن عمر أنه قال عليه السلام المغرب وتر صلاة النهار فان لابى حنيفة ان يقول انه إذا شبه شئ بشئ

وجعل حكمهما واحداً كان المشبه به احرى ان يكون بتلك الصفة ولما شبهت المغرب بوتر صلاة الليل وكانت ثلاثا وجب ان يكون وتر صلاة الليل ثلاثا وأما مالك فانه تمسك في هذا الباب بانه عليه السلام لم يوتر قط الا في آثر شفع فرآ ان ذلك من سنة الوتر وان اقل ذلك ركعتان فالوتر عنده على الحقيقة اما ان يكون ركعة واحدة ولكن من شرطها ان يتقدمها شفع واما ان يرى ان الوتر المأمور به هو يشتمل على شفع ووتر فانه إذا زيد على الشفع وتر صار الكل وتراً ويشهد لهذا المذهب حديث عبد الله بن قيس المتقدم فانه سمي الوتر فيه العدد المركب من شفع ووتر ويشهد لاعتقاده ان الوتر هو اركعة الواحدة انه كان يقول كيف يوتر بواحدة ليس قبلها شئ وأي شئ يوتر له وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم توتر له ما قد صلى فان ظاهر هذا القول انه كان يرى ان الوتر الشرعي هو العدد الوتر بنفسه أعني الغير مركب من الشفع والوتر وذلك ان هذا هو وتر لغيره وهذا التاويل عليه أولى والحق في هذا ان ظاهر هذه الاحاديث تقتضي التخيير في صفة الوتر من الواحدة الى التسع على ماروي ذلك من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم والنظر انما هو في هل من شرط الوتر ان يتقدمه شفع منفصل أم ليس ذلك من شرطه فيشبه ان يقال ذلك من شرطه لانها كذا كان وتر رسول الله صلى الله عليه وسلم ويشبه ان يقال ليس ذلك من شرطه لان مسلماً قد خرج انه عليه السلام كان إذا انتهى الى الوتر ايقظ عائشة فاوترت وظاهر امانها كانت توتر دون ان تقدم على وترها شفعاً وأيضاً فانه قد خرج من طريق عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوتر بتسع ركعات يجلس في الثامنة والتاسعة ولا يسلم إلا في التاسعة ثم يصلي ركعتين وهو جالس فتلك احدى عشرة ركعة فلما أسن وأخذ اللحم اوتر بسبع ركعات لم يجلس إلا في السادسة والسابعة ولم يسلم إلا في السابعة ثم يصلي ركعتين وهو جالس فتلك تسع ركعات وهذا الحديث الوتر فيه متقدم على الشفع ففيه حجة على انه ليس من شرط الوتر ان يتقدمه شفع وان الوتر ينطلق على الثلاث ومن الحجة في ذلك ماروى أبو داود عن أبي بن كعب قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر بسبح اسم ربك الاعلى وقل يا أيها الكافرون وقل هو الله أحد وعن عائشة مثله وقالت في الثالثة بقل هو الله احد والمعوذتين واما وقته فان العلماء اتفقوا على ان وقته من بعد صلاة العشاء الى طلوع الفجر لورود ذلك من طرق شتى عنه عليه السلام ومن اثبت ما في ذلك ماخرجه مسلم عن أبي بصرة العرفي ان اباسعيد أخبرهم أنهم سألوا النبي صلى الله عليه وسلم عن الوتر فقال اوتر قبل الصبح واختلفوا في جواز صلاته بعد الفجر فقوم منعوا ذلك وقوم اجازوه مالم يصل الصبح وبالقول الاول قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة وسفيان الثوري والثاني قال مالك والشافعي وأحمد وسبب اختلافهم معارضة عمل الصحابة في ذلك للآثار وذلك ان ظاهر الآثار الواردة في ذلك الا يجوز ان يصلي بعد الصبح كحديث أبي بصرة المتقدم وحديث أن حذافة العدوي نص في هذا خرجه أبو داود وفيه وجعلها لكم ما بين صلاة العشاء إلى أن يطلع الفجر ولا خلاف بين أهل الاصول ان ما بعد الى بخلاف ما قبلها اذا كانت غاية وان هذا وان كان من باب دليل الخطاب فهو من انواعه المتفق عليها مثل قوله وأتموا الصيام إلى الليل وقوله إلى المرفقين لا خلاف بين العلماء ان ما بعد الغاية بخلاف الغاية واما العمل المخالف في ذلك للآثار فانه روى عن ابن مسعود وعبادة بن الصامت وحذيفة وأبي الدرداء وعائشة انهم كانوا يوترون بعد الفجر وقبل صلاة الصبح ولم يروعن غيرهم من الصحابة خلاف هذا وقد رأ قوم ان مثل هذا هو داخل في باب الاجماع ولا معنى لهذا فانه ليس ينسب الى ساكت قول قائل أعني انه ليس ينسب الى الاجماع من لم يعرف له

قول

قول فى المسئلة واما هذه المسئلة فكيف يصح ان يقال انه لم يرو فى ذلك خلاف عن الصحابة وأي خلاف اعظم من خلاف الصحابة الذين رأوا هذه الاحاديث أعنى خلافهم لهؤلاء الذين اجازوا صلاة الوتر بعد الفجر والذى عندى فى هذا ان هذا من فعلهم ليس مخالفاً للآثار الواردة فى ذلك أعنى فى اجازتهم الوتر بعد الفجر بل اجازتهم ذلك هو من باب القضاء لا من باب الاداء وانما يكون قولهم خلاف الآثار لو جعلوا صلاتها بعد الفجر من باب الاداء فتأمل هذا وانما يتطرق الخلاف لهذه المسئلة من باب اختلافهم فى هل القضاء فى العبادة الموقتة يحتاج إلى أمر جديد أم لا أعنى غير امر الاداء وهذا التاويل بهم ليق فان اكثر ما نقل عنهم هذا المذهب من انهم ابصروا يقضون الوتر قبل الصلاة وبعد الفجر وان كان الذى نقل عن ابن مسعود فى ذلك قول أعنى أنه كان يقول ان وقت الوتر من بعد العشاء الاخرة الى صلاة الصبح فليس يجب لمكان هذا ان يظن بجميع من ذكرناه من الصحابة انه يذهب هذا المذهب من قبل انه ابصر يصلي الوتر بعد الفجر فينبغى ان تتأمل صفة النقل فى ذلك عنهم وقد حكي ابن المنذر فى وقت الوتر عن الناس خمسة أقوال منها القولان المشهوران اللذان ذكرتهما والقول الثالث انه يصلي الوتر وان صلى الصبح وهو قول طاووس والرابع انه يصليها وإن طلعت الشمس وبه قال أبو ثور والاوزاعى والخامس انه يوتر من الليلة القابلة وهو قول سعيد بن جبير وهذا الاختلاف انما سببه اختلافهم فى ما كيده وقربه من درجة الفرض فمن رآه اقرب اوجب القضاء فى زمان ابعد من الزمان المختص به ومن رآه ابعد اوجب القضاء فى زمان أقرب ومن رآه سنة كاثر السنن ضعف عنده القضاء اذا القضاء انما يجب فى الواجبات وعلى هذا يجيء اختلافهم فى قضاء صلاة العيد لمن فاتته وينبغى الا يفرق فى هذا بين الندب والواجب أعني ان من رآ ان القضاء فى الواجب يكون بامر متجدد ان يعتقد مثل ذلك فى الندب ومن رآ انه يجب بالامر الاول ان يعتقد مثل ذلك فى الندب وأما اختلافهم فى القنوت فيه فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى انه يقنت فيه ومنعه مالك واجازه الشافعى فى احد قوليه فى النصف الاخر من رمضان واجازه قوم فى النصف الاول من رمضان وقوم فى رمضان كله والسبب فى اختلافهم فى ذلك اختلاف الآثار وذلك أنه روى عنه صلى الله عليه وسلم القنوت مطلقاً وروى عنه القنوت شهراً وروى عنه ان آخر امره لم يكن يقنت فى شئ من الصلاة وانه نهى عن ذلك وقد تقدمت المسئلة هذه واما صلاة الوتر على الراحلة حيث توجهت به فان الجمهور على جواز ذلك لثبوت ذلك من فعله عليه السلام أعنى انه كان يوتر على الراحلة وهو مما يعتمدونه فى الحجة على انها ليست بفرض اذ كان قد صح عنه عليه السلام انه كان يتنفل على الراحلة ولم يصح عنه أنه صلى قط مفروضة على الراحلة واما الحنفية فلمكان اتفاقهم معهم على هذه المقدمة وهو ان كل صلاة مفروضة لا تصلى على الراحلة واعتقادهم ان الوتر فرض وجب عندهم من ذلك الا تصلى على الراحلة ردوا الخبر بالقياس وذلك ضعيف وذهب أكثر العلماء إلى أن المرء اذا اوتر ثم نام فقام يتنفل انه لا يوتر ثانية لقوله عليه السلام لا وتران فى ليلة خرج ذلك أبو داود وذهب بعضهم الى انه يشفع الوتر الاول بان يضيف اليه ركعة ثانية ويوتر اخرى بعد التنفل شفعاً وهى المسئلة التى يعرفونها بنقض الوتر وفيه ضعف من جهتين أحدهما ان الوتر ليس ينقلب الى النفل بشفيعه والثانى ان التنفل بواحدة غير معروف من الشرع وتجويز هذا ولا تجويزه هو سبب الخلاف فى ذلك فمن راعي من الوتر المعنى المعقول وهو ضد الشفع قال ينقلب شفعاً اذا اضيف اليه ركعة ثانية ومن راعي منه المعنى الشرعى قال ليس ينقلب شفعاً لان الشفع نفل والوتر سنة مؤكدة او واجبة

واتفقوا على ان ركعتى الفجر سنة لمعاهدته عليه السلام على فعلها اكثر منه على سائر النوافل ولترغيبه فيها ولانه قضاها بعد طلوع الشمس حين نام عن الصلاة واختلفوا من ذلك فى مسائل احداها فى المستحب من القراءة فيهما فعند مالك المستحب ان يقرا فيهما بام القرآن فقط وقال الشافعى لابأس ان يقرا فيهما بام القرآن مع سورة قصيرة وقال ابو حنيفة لاتوقيف فيهما فى القراءة يستحب وانه يجوز ان يقرا فيهما المره حزبه من الليل • والسبب في اختلافهم اختلاف قراءته عليه السلام فى هذه الصلاة واختلافهم فى تعيين القراءة في الصلاة وذلك انه روى عنه عليه السلام انه كان يخفف ركعتى الفجر على ما روته عائشة قالت حتى انى اقول اقرا فيهما بام القرآن ام لا فظاهر هذا انه كان يقرا فيها بام القرآن فقط وروى عنه من طريق ابى هريرة خرجه ابوداود انه كان يقرا فيهما بقل هو الله احد وقل يا أيها الكافرون فمن ذهب مذهب حديث عائشة اختار قراءة ام القرآن فقط ومن ذهب مذهب الحديث الثانى اختار ام القرآن وسورة قصيرة ومن كان على اصله فى انه لاتتعين القراءة فى الصلاة لقوله تعالى فاقرؤا ماتيسر منه قال يقرا فيهما ما احب والثانية في صفة القراءة المستحبة فيهما فذهب مالك والشافعى واكثر العلماء الى ان المستحب فيهما هو الاسرار وذهب قوم الى ان المستحب فيهما هو الجهر وخير قوم فى ذلك بين الاسرار والجهر • والسبب فى ذلك تعارض مفهوم الآثار وذلك ان حديث عائشة المتقدم المفهوم من ظاهره انه عليه السلام يقرا فيهما سراً ولولا ذلك لم تشك عائشة هل قرا فيهما بام القرآن ام لا وظاهر ماروى ابو هريرة انه كان يقرا فيهما بقل يا ايها الكافرون وقل هو الله احد ان قراءته عليه السلام فيهما كانت جهراً ولولا ذلك ماعلم ابو هريرة ماكان يقرا فيهما فمن ذهب مذهب الترجيح بين هذين الاثرين قال اما باختيار الجهر ان رجح حديث ابى هريرة واما باختيار الاسرار ان رجح حديث عائشة ومن ذهب مذهب الجمع قال بالتخيير والثالثة فى الذى لم يصل ركعتى الفجر وادرك الامام فى الصلاة اودخل المسجد ليصليها فاقيمت الصلاة فقال مالك اذا كان قد دخل المسجد فاقيمت الصلاة فليدخل مع الامام فى الصلاة ولا يركعهما فى المسجد والامام يصلى الفرض وان كان لم يدخل المسجد فان لم يخف ان يفوته الامام بركعة فليركعهما خارج المسجد وان خاف فوات الركعة فليدخل مع الامام ثم يصليها اذا طلعت الشمس ووافق ابو حنيفة مالكا فى الفرق بين ان يدخل المسجد اولا يدخله وخالفه فى الحد فى ذلك فقال يركعهما خارج المسجد ما ظن انه يدرك ركعة من الصبح مع الامام وقال الشافعي اذا اقيمت الصلاة المكتوبة فلا يركعهما اصلا لاداخل المسجد ولا خارجه وحكى ابن المنذر ان قوما جوزوا ركوعهما فى المسجد والامام يصلى وهو شاذ • والسبب فى اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه السلام اذا اقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة فمن حمل هذا على عمومه لم يجز صلاة ركعتى الفجر اذا اقيمت الصلاة المكتوبة لاخارج المسجد ولا داخله ومن قصره على المسجد فقط اجاز ذلك خارج المسجد ما لم تفته الفريضة اولم يفته منها جزء ومن ذهب مذهب العموم فالعلة عنده فى النهى انما هو الاشتغال بالنفل عن الفريضة ومن قصر ذلك على المسجد فالعلة عنده انما هو ان تكون صلاتان معاً في موضع واحد لمكان الاختلاف على الامام كما روي عن ابى سلمة بن ابى عبد الرحمان انه قال سمع قوم الاقامة فقاموا يصلون فخرج عليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اصلاتان معاً اصلاتان معاً قال وذلك فى صلاة الصبح والركعتين اللتين قبل الصبح وانما اختلف مالك وابو حنيفة فى القدر الذى يراعى من فوات صلاة الفريضة من قبل اختلافهم فى القدر الذى به يفوت فضل صلاة الجماعة للمشتغل بركعتى الفجر اذ كان فضل صلاة الجماعة عندهم افضل من ركعتى الفجر فمن رآ ان

يفوات

يفوات ركعة منها يفوته فضل صلاة الجماعة قال يتشاغل بها مالم تفته ركعة من الصلاة المفروضة ومن رآ انه يدرك الفضل اذا ادرك ركعة من الصلاة لقوله عليه السلام من ادرك ركعة من الصلاة فقد ادرك الصلاة اى قد ادرك فضلها وحمل ذلك على عمومه فى ترك ذلك قصداً اوبغير اختيار قال يتشاغل بها ما ظن انه يدرك ركعة منها ومال الى انما يحمل هذا الحديث والله اعلم على من فاتته الصلاة دون قصد منه لفواتها ولذلك رآ انه اذا فاتته منها ركعة فقد فاته فضلها واما من اجاز ركعتى الفجر فى المسجد والصلاة تقام ﴿فالسبب فى ذلك احد امرين اما انه لم يصح عنده هذا الاثر او لم يبلغه قال ابوبكر بن المنذر هو اثر ثابت اعنى قوله عليه السلام اذا اقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة وكذلك صححه ابوعمر بن عبد البر واجازة ذلك تروى عن ابن مسعود والرابعة فى وقت قضائها اذا فاتت حتى صلى الصبح فان طائفة قالت يقضيها بعد صلاة الصبح وبه قال عطاء وابن جريج وقال قوم يقضيها بعد طلوع الشمس ومن هؤلاء من جعل لهاهذا الوقت غير متسع ومنهم من جعله لها متسعاً فقال يقضيها من لدن طلوع الشمس الى وقت الزوال ولايقضيها بعد الزوال وهؤلاء الذين قالوا بالقضاء منهم من استحب ذلك ومنهم من خير فيه والاصل فى قضائها صلاته لها عليه السلام بعد طلوع الشمس حين نام عن الصلاة

﴿ الباب الثالث فى النوافل ﴾ واختلفوا فى النوافل هل تثنى او تربع او تثلث فقال مالك والشافعى صلاة التطوع بالليل والنهار مثنى مثنى يسلم فى كل ركعتين وقال ابوحنيفة ان شاء ثنى اوثلث اوربع او سدس اوثمن دون ان يفصل بينهما بسلام وفرق قوم بين صلاة الليل وصلاة النهار فقالوا صلاة الليل مثنى مثنى وصلاة النهار اربع ﴿والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار الواردة فى هذا الباب وذلك انه ورد فى هذا الباب من حديث ابن عمر ان رجلا سأل النبى عليه السلام عن صلاة الليل فقال صلاة الليل مثنى مثنى فاذا خشى احدكم الصبح صلى ركعة واحدة توتر له ماقد صلى وثبت عنه عليه السلام انه كان يصلى قبل الظهر ركعتين وبعدها ركعتين وبعد المغرب ركعتين وبعد الجمعة ركعتين وقبل العصر ركعتين فمن اخذ بهذين الحديثين قال صلاة الليل مثنى مثنى وثبت ايضاً من حديث عائشة انها قالت وقد وصفت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى اربعاً فلا تسئل عن حسنهن وطولهن ثم يصلى اربعاً فلا تسئل عن حسنهن وطولهن ثم يصلى ثلاثا قالت فقلت يارسول الله أتنام قبل ان توتر قال ياعائشة إن عينى تنامان ولاينام قلبى وثبت عنه ايضاً من طريق ابى هريرة أنه قال عليه السلام من كان يصلى بعد الجمعة فليصل اربعاً وروى الاسود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى من الليل تسع ركعات فلما اسن صلى سبع ركعات فمن اخذ ايضاً بظاهر هذه الاحاديث جوز التنفل بالاربع والثلاث دون ان يفصل بينهما بسلام والجمهور على انه لايتنفل بواحدة وأحسب ان فيه خلافا شاذاً

﴿ الباب الرابع ﴾ فى ركعتى دخول المسجد والجمهور على أن ركعتى دخول المسجد مندوب اليها من غير ايجاب وذهب اهل الظاهر الى وجوبها ﴿وسبب الخلاف فى ذلك هل الامر فى قوله عليه السلام إذا جاء احدكم المسجد فليركع ركعتين محمول على الندب اوعلى الوجوب فان الحديث متفق على صحته فمن تمسك فى ذلك بما اتفق عليه الجمهور من أن الاصل هو حمل الاوامر المطلقة على الوجوب حتى يدل الدليل على الندب ومن لم يعتقد عنده دليل ينقل الحكم من الوجوب الى الندب قال الركعتان واجبتان ومن اعتقد عنده دليل على حمل الاوامر هاهنا على الندب اوكان الاصل عنده فى الاوامر ان تحمل على الندب حتى يدل الدليل على الوجوب

فان هذا قد قال به قوم قال الركعتان غير واجبتين لكن الجمهور انما ذهبوا الى حمل الامر هاهنا على الندب لمكان التعارض الذي بينه وبين الاحاديث التي تقتضي بظاهرها او بنصها ان لا صلاة مفروضة الا الصلوات الخمس التي ذكرناها في صدر هذا الكتاب مثل حديث الاعرابي وغيره وذلك انه ان حمل الامر هاهنا على الوجوب لزم ان تكون المفروضات اكثر من خمس ولمن اوجبها ان الوجوب هاهنا انما هو متعلق بدخول المسجد لا مطلقاً كالامر بالصلوات المفروضة وللفقهاء ان تقييد وجوبها بالمكان شبيه بتقييد وجوبها بالزمان ولاهل الظاهر ان المكان المخصوص ليس من شرط صحة الصلاة والزمان من شرط صحة الصلاة المفروضة * واختلف العلماء من هذا الباب فيمن جاء المسجد وقد ركع ركعتي الفجر في بيته هل يركع عند دخوله المسجد ام لا فقال الشافعي يركع وهي رواية اشهب عن مالك وقال ابو حنيفة لا يركع وهي رواية ابن القاسم عن مالك * وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله عليه السلام إذا جاء احدكم المسجد فليركع ركعتين قوله عليه السلام لا صلاة بعد الفجر الا ركعتي الصبح فهاهنا عمومان وخصوصان ، أحدهما في الزمان ، والاخر في الصلاة وذلك أن حديث الامر بالصلاة عند دخول المسجد عام في الزمان خاص في الصلاة والنهي عن الصلاة بعد الفجر الا ركعتا الصبح خاص في الزمان عام في الصلاة فمن استثنى خاص الصلاة من عامها رأى الركوع بعد ركعتي الفجر ومن استثنى خاص الزمان من عامه لم يوجب ذلك وقد قلنا ان مثل هذا التعارض اذا وقع فليس يجب ان يصار الى احد التخصيصين الا بدليل وحديث النهي لا يعارض به حديث الامر الثابت والله اعلم فان ثبت الحديث وجب طلب الدليل من موضع آخر

﴿ الباب الخامس ﴾

وأجمعوا على أن قيام شهر رمضان مرغب فيه اكثر من سائر الاشهر لقوله عليه السلام من قام رمضان ايماناً واحتساباً غفر له ما تقدم من ذنبه وان التراويح التي جمع عليها عمر بن الخطاب الناس مرغب فيها وان كان اختلفوا أي افضل أهي او الصلاة آخر الليل أعني التي كانت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن الجمهور على أن الصلاة آخر الليل افضل لقوله عليه السلام أفضل الصلاة صلاتكم في بيوتكم الا المكتوبة ولقول عمر فيها والتي تنامون عنها افضل ، واختلفوا في المختار من عدد الركعات التي يقوم بها الناس في رمضان فاختار ابو حنيفة والشافعي واحمد وداود القيام بعشرين ركعة سوى الوتر وذكر ابن القاسم عن مالك أنه كان يستحسن ستاً وثلاثين ركعة والوتر ثلاث * وسبب اختلافهم اختلاف النقل في ذلك وذلك أن مالكا روى عن يزيد بن رومان قال كان الناس يقومون في زمان عمر بن الخطاب بثلاث وعشرين ركعة وخرج ابن ابي شيبة عن داود بن قيس قال ادركت الناس بالمدينة في زمان عمر بن عبد العزيز وأبان بن عثمان يصلون ستاً وثلاثين ركعة ويوترون بثلاث وذكر ابن القاسم عن مالك انه الامر القديم يعني القيام بست وثلاثين ركعة

﴿ الباب السادس في صلاة الكسوف ﴾

اتفقوا على أن صلاة كسوف الشمس سنة وأنها في جماعة ، واختلفوا في صفتها وفي صفة القراءة فيها وفي الاوقات التي تجوز فيها وهل من شروطها الخطبة ام لا وهل كسوف القمر في ذلك ككسوف الشمس ففي ذلك خمس مسائل اصول في هذا الباب

﴿ المسئلة الاولى ﴾

ذهب مالك والشافعي وجمهور اهل الحجاز وأحمد أن صلاة الكسوف ركعتان في كل ركعة ركعتان وذهب ابو حنيفة والكوفيون الى أن صلاة الكسوف ركعتان على هيئة صلاة العيد والجمعة * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار الواردة في هذا الباب ومخالفة القياس لبعضها وذلك انه ثبت من حديث عائشة انها قالت خسفت الشمس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى بالناس فقام

فاطال القيام ثم ركع فاطال الركوع ثم قام فاطال القيام وهو دون القيام الاول ثم ركع فاطال الركوع وهو دون الركوع الاول ثم رفع فسجد ثم فعل فى الركعة الاخرة مثل ذلك ثم انصرف وقد تجلت الشمس ولما ثبت ايضاً من هذه الصفة فى حديث ابن عباس أعنى من ركوعين فى ركعة قال ابو عمر هذان الحديثان من اصح ماروى فى هذا الباب فمن اخذ بهذين الحديثين ورجحهما على غيرهما من قبل النقل قال صلاة الكسوف ركعتان فى ركعة وورد ايضاً من حديث ابى بكرة وسمرة بن جندب وعبدالله بن عمر والنعمان بن بشير انه صلى فى الكسوف ركعتين كصلاة العيد قال ابو عمر بن عبد البر وهى كلها آثار مشهورة صحاح ومن احسنها حديث ابى قلابة عن النعمان بن بشير قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الكسوف نحو صلاتكم يركع ويسجد ركعتين ركعتين ويسئل الله حتى تجلت الشمس فمن رجح هذه الآثار لكثرتها وموافقتها للقياس أعنى موافقتها لسائر الصلوات قال صلاة الكسوف ركعتان . قال القاضى خرج مسلم حديث سمرة قال ابو عمر وبالجملة فانما صار كل فريق منهم الى ما روى عن سلفه ولذلك رأى بعض اهل العلم أن هذا كله على التخيير وممن قال بذلك الطبرى . قال القاضى وهو الاولى فان الجمع اولى من الترجيح قال ابو عمر وقد روى فى صلاة الكسوف عشر ركعات فى ركعتين وثمان ركعات فى ركعتين وست ركعات فى ركعتين واربع ركعات فى ركعتين لكن من طريق ضعيف . قال ابو بكر بن المنذر وقال اسحق بن راهويه كل ما ورد من ذلك فمؤتلف غير مختلف لان الاعتبار فى ذلك لتجلى الكسوف فالزيادة فى الركوع انما تقع بحسب اختلاف التجلى فى الكسوفات التى صلى فيها وروى عن العلاء بن زياد انه كان يرى أن المصلى ينظر الى الشمس إذا رفع رأسه من الركوع فان كانت قد تجلت سجد واضاف اليها ركعة ثانية وان كانت لم تجل ركع فى الركعة الواحدة ركعة ثانية ثم نظر الى الشمس فان كانت تجلت سجد واضاف اليها ثانية وان كانت لم تجل ركع ثالثة فى الركعة الاولى هكذا حتى تجلى وكان اسحاق بن راهويه يقول لايتعدى بذلك اربع ركعات فى ركعة لانه لم يثبت عن النبى عليه السلام أكثر من ذلك وقال ابو بكر بن المنذر وكان بعض اصحابنا يقول الاختيار فى صلاة الكسوف ثابت والخيار فى ذلك للمصلى ان شاء فى كل ركعة ركوعين وان شاء ثلاثة وان شاء اربعة ولم يصح عنده ذلك قال وهذا يدل على أن النبى عليه السلام صلى فى كسوفات كثيرة قال القاضى هذا الذى ذكره هو الذى خرجه مسلم ولا ادرى كيف قال ابو عمر فيها انها وردت من طرق ضعيفة وأما عشر ركعات فى ركعتين فانما خرجه ابو داود فقط

﴿ المسئلة الثانية ﴾ واختلفوا فى القراءة فيها فذهب مالك والشافعى الى أن القراءة فيها سر وقال ابو يوسف ومحمد بن الحسن واحمد واسحاق وابن راهوية يجهر بالقراءة فيها ﴿ والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى ذلك بمفهومها وبصيغها وذلك أن مفهوم حديث ابن عباس الثابت انه قرأ سراً لقوله فيه عنه عليه السلام فقام قياماً نحواً من سورة البقرة وقد روى هذا المعنى نصاً عنه انه قال قمت الى جنب رسول الله صلى الله عليه وسلم فما سمعت منه حرفاً وقد روى ايضاً من طريق ابن اسحاق عن عائشة فى صلاة الكسوف انها قالت تحديت قراءته فخررت انه قرأ سورة البقرة فمن رجح هذه الاحاديث قال القراءة فيها سر ولمكان ماجاء فى هذه الآثار استحب مالك والشافعى ان يقرأ فى الاولى البقرة وفى الثانية آل عمران وفى الثالثة بقدر مائة وخمسين آية من البقرة وفى الرابعة بقدر خمسين آية من البقرة وفى كل واحدة ام القرآن ورجحوا ايضاً مذهبهم هذا بما روى عنه عليه السلام انه قال صلاة النهار عجما ووردت هاهنا ايضاً احاديث مخالفة لهذه فمنها انه روى انه عليه السلام قرأ فى احدى الركعتين من

صلاة الكسوف بالجهر ومفهوم هذا انه جهر وكان احمد واسحاق يحتجان لهذا المذهب بحديث سفيان بن الحسن عن الزهري عن عروة عن عائشة أن النبي عليه السلام جهر بالقراءة في كسوف الشمس قال ابو عمر سفيان بن الحسن ليس بالقوي وقال وقد تابعه على ذلك عن الزهري عبد الرحمان بن سليمان بن كثير وكلهم ليس في الحديث الزهري مع أن حديث بن اسحاق المتقدم عن عائشة يعارضه واحتج هؤلاء ايضاً لمذهبهم بالقياس الشبهي فقالوا صلاة سنة تفعل في جماعة نهاراً فوجب ان تجهر فيها اصله العيدان والاستسقاء وخبر في ذلك كله الطبري وهي طريقة الجمع وقد قلنا انها اولى من طريقة الترجيح اذا امكنت ولا خلاف في هذا اعلمه بين الاصوليين

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ واختلفوا في الوقت الذي تصلى فيه فقال الشافعي تصلى في جميع الاوقات المنهي عن الصلاة فيها وغير المنهي وقال ابو حنيفة لا يصلي لها في الاوقات المنهي عن الصلاة فيها واما مالك فروى عنه ابن وهب أنه قال لا يصلى لكسوف الشمس الا في الوقت الذي تجوز فيه النافلة وروى ابن القاسم أن سنتها ان تصلى ضحى الى الزوال * وسبب اختلافهم في هذه المسئلة اختلافهم في جنس الصلاة التي لا تصلى في الاوقات المنهي عنها فمن رأى أن تلك الاوقات تختص بجميع اجناس الصلاة لم يجز فيها صلاة كسوف ولا غيرها ومن رأى ان تلك الاحاديث تختص بالنوافل وكانت الصلاة عنده في الكسوف سنة اجاز ذلك ومن رأى ايضاً انها من النفل لم يجزها في اوقات النهي وأما رواية ابن القاسم عن مالك فليس لها وجه الا تشبيهها بصلاة العيد

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ واختلفوا ايضاً هل من شرطها الخطبة بعد الصلاة فذهب الشافعي إلى أن ذلك من شرطها وذهب مالك وأبو حنيفة الى انه لا خطبة في صلاة الكسوف * والسبب في اختلافهم اختلافهم في العلة التي من اجلها خطب رسول الله الناس لما انصرف من صلاة الكسوف على ما في حديث عائشة وذلك انها روت انه لما انصرف من الصلاة وقد تجلت الشمس حمد الله وأثنى عليه ثم قال إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت احد ولا لحياته الحديث فزعم الشافعي انه انما خطب لان من سنة هذه الصلاة الخطبة كالحال في صلاة العيدين والاستسقاء وزعم بعض من قال يقول اولئك ان خطبة النبي عليه السلام انما كانت يومئذ لان الناس زعموا أن الشمس انما كسفت لموت ابراهيم ابنه عليه السلام

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ واختلفوا في كسوف القمر فذهب الشافعي الى انه يصلى له في جماعة وعلى نحو ما يصلى في كسوف الشمس وبه قال احمد وداود وجماعة وذهب مالك وأبو حنيفة إلى انه لا يصلى له في جماعة واستحبوا ان يصلي الناس له افذاذاً ركعتين كسائر الصلوات النافلة * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه السلام إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت احد ولا لحياته فاذا رأيتموها فادعوا الله وصلوا حتى يكشف ما بكم وتصدقوا خرجه البخاري ومسلم فمن فهم هاهنا من الامر بالصلاة فيهما معنى واحداً وهي الصفة التي فعلها في كسوف الشمس رأى الصلاة فيها في جماعة ومن فهم من ذلك معنى مختلفاً لانه لم يروعنه عليه السلام أنه صلى في كسوف القمر مع كثرة دوران قال المفهوم من ذلك اقل ما ينطلق عليه اسم صلاة في الشرع وهي النافلة فذاً وكان قائل هذا القول يرى أن الاصل هو ان يحمل اسم الصلاة في الشرع اذا ورد الامر بها على اقل ما ينطلق عليه هذا الاسم في الشرع إلا ان يدل الدليل على غير ذلك فلما دل فعله عليه السلام في كسوف الشمس على غير ذلك نفى المفهوم في كسوف القمر على اصله والشافعي يحمل فعله في كسوف الشمس بيانا لمجمل ما امر به من الصلاة فيهما فوجب الوقوف عند ذلك وزعم ابو عمر بن عبد

البر انه روى عن ابن عباس وعثمان انهما صليا في القمر في جماعة ركعتين في كل ركعة ركوعان مثل قول الشافعي وقد استحب قوم الصلاة للزلزلة والريح والظلمة وغير ذلك من الآيات قياساً على كسوف القمر والشمس لنصه عليه السلام على العلة في ذلك وهو كونها آية وهو من اقوى اجناس القياس عندهم لانه قياس العلة التي نص عليها الكن لم ير هذا مالك ولا الشافعي ولا الجماعة من اهل العلم وقال ابو حنيفة ان صلى للزلزلة فقد احسن والا فلا حرج وروى عن ابن عباس انه صلى لها مثل صلاة الكسوف

﴿ الباب السابع في صلاة الاستسقاء ﴾

أجمع العلماء على أن الخروج الى الاستسقاء والبروز عن المصر والدعاء إلى الله تعالى والتضرع اليه في نزول المطر سنة سنها رسول الله صلى الله عليه واختلفوا في الصلاة في الاستسقاء فالجمهور على أن ذلك من سنة الخروج الى الاستسقاء إلا ابا حنيفة فانه قال ليس من سنة الصلاة ﴿ وسبب الخلاف انه ورد في بعض الآثار انه استسقى وصلى وفي بعضها لم يذكر فيها صلاة ومن اشهر ما ورد في انه صلى وبه اخذ الجمهور حديث عبادة بن تميم عن عمه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج بالناس يستسقي فصلى بهم ركعتين جهر فيهما بالقراءة ورفع يديه حذو منكبيه وحول رداءه واستقبل القبلة واستسقى خرجه البخاري ومسلم واما الاحاديث التي ذكر فيها الاستسقاء وليس فيها ذكر للصلاة فمنها حديث انس بن مالك خرجه مسلم انه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله هلكت المواشي وتقطعت السبل فادع الله فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فمطرنا من الجمعة الى الجمعة ومنها حديث عبد الله بن زيد المازني وفيه انه قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستسقى وحول رداءه حين استقبل القبلة ولم يذكر فيه صلاة وزعم القائلون بظاهر هذا الاثر أن ذلك مروي عن عمر بن الخطاب أعني انه خرج الى المصلى فاستسقى ولم يصل والحجة للجمهور انه من لم يذكر شيئاً فليس هو بحجة على من ذكره والذي يدل عليه اختلاف الآثار في ذلك ليس عند شيء اكثر من أن الصلاة ليس من شرط صحة الاستسقاء إذ قد ثبت أنه عليه السلام قد استسقى على المنبر لانها ليس من سنته كما ذهب اليه ابو حنيفة وأجمع القائلون بان الصلاة من سنتها على أن الخطبة أيضاً من سنتها لورود ذلك في الاثر قال ابن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الاستسقاء وخطب واختلفوا هل هي قبل الصلاة او بعدها لاختلاف الآثار في ذلك فرأت قوم انها بعد الصلاة قياساً على صلاة العيدين وبه قال الشافعي ومالك وقال الليث بن سعد الخطبة قبل الصلاة قال ابن المنذر قد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه استسقى فخطب قبل الصلاة وروى عن عمر بن الخطاب مثل ذلك وبه اخذ. قال القاضي وقد خرج ذلك ابو داود من طرق ومن ذكر الخطبة فانما ذكرها في علمي قبل الصلاة واتفقوا على أن القراءة فيها جهراً واختلفوا هل يكبر فيها كما يكبر في العيدين فذهب مالك الى انه يكبر فيها كما يكبر في سائر الصلوات وذهب الشافعي إلى انه يكبر فيها كما يكبر في العيدين ﴿ وسبب الخلاف اختلافهم في قياسها على صلاة العيدين وقد احتج الشافعي لمذهبه في ذلك بما روى عن ابن عباس أن رسول الله عليه وسلم صلى فيها ركعتين كما يصلى في العيدين واتفقوا على أن من سنتها ان يستقبل الامام القبلة واقفاً ويدعوا ويحول رداءه رافعاً يديه على ما جاء في الآثار واختلفوا في كيفية ذلك ومتى يفعل ذلك فاما كيف ذلك فالجمهور على انه يجعل ما على يمينه على شماله وما على شماله على يمينه وقال الشافعي بل يجعل اعلاه اسفله وما على يمينه منه على يساره وما على يساره على يمينه ﴿ وسبب الاختلاف اختلاف الآثار في ذلك وذلك أنه جاء في حديث عبد الله بن زيد أنه صلى الله عليه وسلم خرج الى المصلى يستسقي فاستقبل القبلة وقلب رداءه وصلى

ركعتين في بعض رواياته قلت اجعل الشمال على اليمين واليمين على الشمال أم جعل اعلاه اسفله قال بل جعل الشمال على اليمين واليمين على الشمال وجاء ايضاً في حديث عبدالله هذا انه قال استسقى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه خميصة له سوداء فاراد ان ياخذ باسفلها فيجعله اعلاها فاثقلت عليه فقلبها على عاتقه وأما متى يفعل الامام ذلك فان مالكا والشافعي قال يفعل ذلك عند الفراغ من الخطبة وقال ابو يوسف يحول رداءه اذا مضى صدر من الخطبة وروى ذلك ايضاً عن مالك وكلهم يقول انه إذا حول الامام رداءه قائماً حول الناس ارديتهم جلوساً لقوله عليه السلام إنما جعل الامام ليؤتم به إلا محمد بن الحسن والليث بن سعد وبعض اصحاب مالك فان الناس عندهم لا يحولون ارديتهم بتحويل الامام لانه لم ينقل ذلك في صلاته عليه السلام بهم وجماعة العلماء على أن الخروج لها وقتا الخروج الى صلاة العيدين إلا ابا بكر بن محمد بن عمر بن حزم فانه قال إن الخروج اليها عند الزوال وروى ابوداود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى الاستسقاء حين بدا حاجب الشمس

﴿ الباب الثامن في صلاة العيدين ﴾ أجمع العلماء على استحسان الغسل لصلاة العيدين وأن هذين الصلاتين بلا اذان ولا اقامة لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ما احدث من ذلك معاوية في اصح الاقاويل قاله ابو عمر وكذلك اجمعوا على أن السنة فيها تقديم الصلاة على الخطبة لثبوت ذلك ايضاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ماروي عن عثمان بن عفان انه اخر الصلاة وقدم الخطبة لئلا يفترق الناس قبل الخطبة وأجمعوا ايضاً على انه لا توقيت في القراءة في العيدين وأكثرهم استحب ان يقرأ في الاولى بسبح وفي الثانية بالغاشية لتواتر ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واستحب الشافعي القراءة فيهما بقاف والقرآن المجيد واقتربت الساعة لثبوت ذلك عنه عليه السلام واختلفوا من ذلك في مسائل أشهرها اختلافهم في التكبير وذلك انه حكي في ذلك ابوبكر بن المنذر نحواً من اثني عشر قولاً إلا انا نذكر من ذلك المشهور الذي يستند الى صحابي او سماع (فقول) ذهب مالك الى أن التكبير في الاولى من ركعتي العيدين سبع مع تكبيرة الاحرام قبل القراءة وفي الثانية ست مع تكبيرة القيام من السجود وقال الشافعي في الاولى ثمانية وفي الثانية ست مع تكبيرة القيام من السجود وقال ابوحنيفة يكبر في الاولى ثلاثا بعد تكبيرة الاحرام يرفع يديه فيها ثم يقرأ ام القرآن وسورة ثم يكبر راكعاً ولا يرفع يديه فاذا قام الى الثانية كبر ولم يرفع يديه وقرأ فاتحة الكتاب وسورة ثم كبر ثلاث تكبيرات يرفع فيها يديه ثم يكبر للركوع ولا يرفع فيها يديه وقال قوم تسع في كل ركعة وهو مروي عن ابن عباس والمغيرة بن شعبة وأنس بن مالك وسعيد بن المسيب وبه قال النخعي وسبب اختلافهم اختلاف الآثار المنقولة في ذلك عن الصحابة فذهب مالك رحمه الله الى ما رواه عن ابن عمر انه قال شهدت الاضحى والفطر مع ابي هريرة فكبر في الاولى سبع تكبيرات قبل القراءة وفي الاخرة خمساً قبل القراءة ولان العمل عنده بالمدينة كان على هذا وبهذا الاثر بعينه أخذ الشافعي إلا انه تاول في السبع انه ليس فيها تكبيرة الاحرام كما ليس في الخمس تكبيرة القيام ويشبه ان يكون مالك انما اصاره ان يعد تكبيرة الاحرام في السبع ويعد تكبيرة القيام زائداً على الخمس المروية ان العمل الفاه على ذلك فكانه عنده وجه من الجمع بين الاثر والعمل وقد خرج ابوداود معنى حديث ابي هريرة مرفوعاً عن عائشة وعن عمرو بن العاص وروى أنه سئل ابوموسى الاشعري وحذيفة بن اليمان كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبر في الاضحى والفطر فقال ابوموسى كان يكبر اربعاً على الجنائز فقال حذيفة صدق فقال ابوموسى كذلك كنت اكبر في البصرة حين كنت

عليهم

عليهم وقال قوم بهذا وأما ابو حنيفة وسائر الكوفيين فانهم اعتمدوا في ذلك عن ابن مسعود وذلك انه ثبت عنه انه كان يعلمهم صلاة العيدين على الصفة المتقدمة وانما صار الجميع الى الاخذ باقاويل الصحابة في هذه المسئلة لانه لم يثبت فيها عن النبي عليه السلام شئ ومعلوم أن فعل الصحابة في ذلك هو توقيف إذ لا مدخل للقياس في ذلك وكذلك اختلفوا في رفع اليدين عند كل تكبيرة فمنهم من رآذلك وهو مذهب الشافعي ومنهم من لم ير ذلك فمع الافي الاستفتاح فقط ومنهم من خير واختلفوا فيمن تجب عليه صلاة العيد أعني وجوب السنة فقالت طائفة يصليها الحاضر والمسافر وبه قال الشافعي والحسن البصري وكذلك قال الشافعي انه يصليها اهل البوادي ومن لا يجمع حتى المرأة في بيتها وقال ابو حنيفة وأصحابه انما تجب صلاة الجمعة والعيدين على اهل الامصار والمدائن وروى عن علي أنه قال لا جمعة ولا تشريق الا في مصر جامع وروى عن الزهري انه قال لا صلاة فطر ولا اضحى على مسافر * والسبب في هذا الاختلاف اختلافهم في قياسها على الجمعة فمن قاسها على الجمعة كان مذهبه فيها على مذهبه في الجمعة ومن لم يقسها رآ ان الاصل هو أن كل مكلف مخاطب بها حتى يثبت استثناؤه من الخطاب ، قال القاضي قد مرقت السنة بين الحكم للنساء في العيدين والجمعة وذلك انه ثبت انه عليه السلام امر النساء بالخروج للعيدين ولم يامر بذلك في الجمعة وكذلك اختلفوا في الموضع الذي يجب منه المجيء اليها كاختلافهم في صلاة الجمعة من ثلاثة الاميال الي مسيرة اليوم التام واتفقوا على أن وقتها من شروق الشمس الى الزوال واختلفوا فيمن لم يتهم علم بانه العيد الا بعد الزوال فقالت طائفة ليس عليهم ان يصلوا يومهم ولا من الغد وبه قال مالك والشافعي وابو ثور وقال آخرون يخرجون الى الصلاة في غداة ثاني العيد وبه قال الاوزاعي وأحمد واسحاق قال ابو بكر بن المنذر وبه نقول لحديث ورد عن النبي عليه السلام انه امرهم ان يفطروا فاذا اصبحوا ان يعودوا الى مصلاهم . قال القاضي خرجه ابو داود الا انه عن صحابي مجهول ولكن الاصل فيهم رضي الله عنهم حملهم على العدالة واختلفوا اذا اجتمع في يوم واحد عيد وجمعة هل يجزي العيد عن الجمعة فقال قوم يجزي العيد عن الجمعة وليس عليه في ذلك اليوم الا العصر فقط وبه قال عطاء وروى ذلك عن ابن الزبير وعلي وقال قوم هذه رخصة لاهل البوادي الذين يردون الامصار للعيد والجمعة خاصة كما روى عن عثمان أنه خطب في يوم عيد وجمعة فقال من احب من اهل العالية ان ينتظر الجمعة فلينتظر ومن احب ان يرجع فليرجع رواه مالك في الموطا وروى نحوه عن عمر بن عبد العزيز وبه قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة اذا اجتمع عيد وجمعة فالمكلف مخاطب بهما جميعاً العيد على أنه سنة والجمعة على انها فرض ولا ينوب احدهما عن الاخر وهذا هو الاصل الا ان يثبت في ذلك شرع يجب المصير اليه ومن تمسك بقول عثمان فلانه رآ أن مثل هذا ليس هو بالرأي وانما هو توقيف وليس هو بخارج عن الاصول كل الخروج واما اسقاط فرض الظهر والجمعة التي هي بدله لمكان صلاة العيد فخارج عن الاصول جداً إلا ان يثبت في ذلك شرع يجب المصير اليه واختلفوا فيمن فوته صلاة العيد مع الامام فقال قوم يصلي اربعاً وبه قال احمد والثوري وهو مروي عن ابن مسعود وقال قوم بل يقضيها على صفة صلاة الامام ركعتين يكبر فيهما نحو تكبيره ويجهر كجهره وبه قال الشافعي وابو ثور وقال قوم بل ركعتين فقط لا يجهر فيهما ولا يكبر تكبيرة العيد وقال قوم ان صلى الامام في المصلى صلى ركعتين وان صلى في غير المصلى صلى اربع ركعات وقال قوم لا قضاء عليه اصلا وهو قول مالك وأصحابه وحكي ابن المنذر عنه مثل قول الشافعي فمن قال اربعاً شبهها بصلاة الجمعة وهو تشبيه ضعيف ومن قال ركعتين كصلاتها الامام قصيراً الى أن الاصل هو أن القضاء يجب ان يكون على صفة الاداء ومن منع القضاء

فلانه رآ انها صلاة من شرطها الجماعة والامام كالجمعة فلم يجب قضاؤها ركعتين ولا اربعاً اذ ليست هي بدل من شئ وهذان القولان هما اللذان يتردد فيهما النظر أعني قول الشافعي وقول مالك وأما سائر الاقاويل في ذلك فضعيف لامعنى له لان صلاة الجمعة بدل من الظهر وهذه ليست بدلا من شئ فكيف يجب ان تقاس احداهما على الاخرى في القضاء وعلى الحقيقة فليس من فاتته الجمعة فصلاته للظهر قضاء بل هي اداء لانه اذا فاته البدل وجبت هي والله الموفق للصواب واختلفوا في التنفل قبل صلاة العيد وبعدها فالجمهور على أنه لايتنفل لاقبلها ولا بعدها وهو مروي عن علي بن ابي طالب وابن مسعود وحذيفة وجابر وبه قال احمد وقيل يتنفل قبلها وبعدها وهو مذهب انس وعروة وبه قال الشافعي وفيه قول ثالث وهو ان يتنفل بعدها ولا يتنفل قبلها وقال به الثوري والاوزاعي وابو حنيفة وهو مروي ايضاً عن ابن مسعود وفرق قوم بين ان تكون الصلاة في المصلى او في المسجد وهو مشهور مذهب مالك ﴿وسبب اختلافهم انه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج يوم فطر او يوم اضحى فصلى ركعتين لم يصل قبلهما ولا بعدها وقال عليه السلام إذا جاء احدكم المسجد فليركع ركعتين وتردد ايضاً من حيث هي مشروعة بين ان يكون حكمها في استحباب التنفل قبلها وبعدها حكم المكتوبة اولا يكون ذلك حكمها فمن رآ أن ترك الصلاة قبلها وبعدها هو من باب ترك الصلاة قبل السنن وبعدها ولم ينطلق اسم المسجد عنده على المصلى لم يستحب تنفلا لاقبلها ولا بعدها ولذلك تردد المذهب في الصلاة قبلها اذا صليت في المسجد لكون دليل الفعل معارضاً في ذلك القول أعني انه من حيث هو داخل في مسجد يستحب له الركوع ومن حيث هو مصلى صلاة العيد يستحب له الا يركع تشبهاً بفعله عليه السلام ومن رآ أن ذلك من باب الرخصة ورآ أن اسم المسجد ينطلق على المصلى ندب الى التنفل قبلها ومن شبهها بالصلاة المفروضة استحب التنفل قبلها وبعدها كافلنا ورآ قوم أن التنفل قبلها وبعدها من باب المباح الجائز لامن باب المندوب ولا من باب المكروه وهو اقل اشتباهاً ان لم يتناول اسم المسجد المصلى واختلفوا في وقت التكبير في عيد الفطر بعد ان اجمع على استحبابه الجمهور لقوله تعالى ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ماهداكم فقال جمهور العلماء يكبر عند الغدو الى الصلاة وهو مذهب ابن عمر وجماعة من الصحابة والتابعين وبه قال مالك وأحمد وإسحاق وأبو ثور وقال قوم يكبر من ليلة الفطر اذا رأوا الهلال حتى يغدوا الى المصلى وحتى يخرج الامام وكذلك في ليلة الاضحى عندهم ان لم يكن حاجا وروي عن ابن عباس انكار التكبير جهة الا اذا كبر الامام واتفقوا ايضاً على التكبير في ادبار الصلوات ايام الحج واختلفوا في توقيت ذلك اختلافاً كثيراً فقال قوم يكبر من صلاة الصبح يوم عرفة الى العصر من آخر ايام التشريق وبه قال سفيان واحمد وابو ثور وقيل يكبر من صلاة الظهر من يوم النحر الى صلاة الصبح من آخر ايام التشريق وهو قول مالك والشافعي وقال الزهري مضت السنة ان يكبر الامام في الامصار دبر صلاة الظهر من يوم النحر الى العصر من آخر ايام التشريق وبالجملة فالخلاف في ذلك كثير حكى ابن المنذر فيها عشرة اقوال ﴿وسبب اختلافهم في ذلك هو انه نقلت بالعمل وليس نقل في ذلك قول محدود فلما اختلفت الصحابة في ذلك اختلف من بعدهم والاصل في هذا الباب قوله تعالى واذكروا الله في ايام معدودات وهذا الخطاب وان كان المقصود به اولا اهل الحج فان الجمهور رأوا انه يعم اهل الحج وغيرهم وتلقى ذلك بالعمل وان كان اختلفوا في التوقيت في ذلك ولعل التوقيت في ذلك على التخيير لانهم كلهم اجمعوا على التوقيت واختلفوا فيه وقال قوم التكبير دبر الصلوات في هذه الايام انما هو لمن صلى في جماعة وكذلك اختلفوا في صفة التكبير في هذه الايام فقال مالك والشافعي يكبر ثلاثا الله

اكبر الله اكبر الله اكبر وقيل يزيد بعد هذا لا اله الا الله وحده لا شريك له الملك وله الحمد وهو على كل شئ قدير وروى عن ابن عباس انه يقول الله اكبر كبيراً ثلاث مرات ثم يقول الرابعة ولله الحمد وقالت جماعة ليس فيه شئ موقت *والسبب في هذا الاختلاف عدم التحديد في ذلك في الشرع مع فهمهم من الشرع في ذلك التوقيت أعني فهم الاكثر وهذا هو السبب في اختلافهم في توقيت زمان التكبير أعني فهم التوقيت مع عدم النص في ذلك وأجمعوا على انه يستحب ان يفطر في عيد الفطر قبل الغدو الى المصلى والا يفطر يوم الاضحى الا بعد الانصراف من الصلاة وانه يستحب ان يرجع على غير الطريق التي مشى عليها لثبوت ذلك من فعله عليه السلام

﴿الباب التاسع في سجود القرآن﴾ والكلام في هذا الباب ينحصر في خمسة فصول في حكم السجود وفي عدد السجدات التي هي عزائم أعني التي يسجد لها وفي الاوقات التي يسجد لها . وعلى من يجب السجود . وفي صفة السجود فاما حكم سجود التلاوة فان ابا حنيفة واصحابه قالوا هو واجب وقال مالك والشافعي هو مسنون وليس بواجب *وسبب الخلاف اختلافهم في مفهوم الاوامر بالسجود والاخبار التي معناها معنى الاوامر بالسجود مثل قوله تعالى اذا تتلى عليهم آيات الرحمان خروا سجداً وبكياً هل هي محمولة على الوجوب او على الندب فابو حنيفة حملها على ظاهرها من الوجوب ومالك والشافعي اتبعا في مفهومها الصحابة اذ كانوا هم افقه بفهم الاوامر الشرعية وذلك انه لما ثبت ان عمر بن الخطاب قرأ السجدة يوم الجمعة فنزل وسجد وسجد الناس معه فلما كان في الجمعة الثانية وقرأها تهيأ الناس للسجود فقال على رسلكم ان الله لم يكتبها علينا الا ان نشاء قالوا وهذا بمحضر الصحابة فلم ينقل عن احد منهم خلاف وعم افهم بمعزى الشرع وهذا انما يحتج به من يرى قول الصحابي اذا لم يكن له مخالف حجة وقد احتج اصحاب الشافعي في ذلك بحديث زيد بن ثابت انه قال كنت اقرأ القرآن على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقرأت سورة الحج فلم يسجد ولم نسجد وكذلك أيضاً يحتج لهؤلاء بما روى عنه عليه السلام انه لم يسجد في المفصل وبما روى انه سجد فيها لان وجه الجمع بين ذلك يقتضي الا يكون السجود واجباً وذلك بان يكون كل واحد منهم حدث بما رآه من قال انه سجد ومن قال انه لم يسجد واما أبو حنيفة فتمسك في ذلك بان الاصل هو حمل الاوامر على الوجوب او الاخبار التي تنزل منزلة الاوامر وقد قال أبو المعالي ان احتجاج أبي حنيفة بالاوامر الواردة بالسجود في ذلك لا معنى له بان ايجاب السجود مطلقاً ليس يقتضي وجوبه مقيداً وهو عند القراءة أعني قراءة آية السجود قال ولو كان الامر كما زعم أبو حنيفة لكانت الصلاة تجب عند قراءة الآية التي فيها الامر بالصلاة وإذا لم يجب ذلك فليس يجب السجود عند قراءة الآية التي فيها الامر بالسجود من الامر بالسجود ولابي حنيفة ان يقول قد اجمع المسلمون على ان الاخبار الواردة في السجود عند تلاوة القرآن هي بمعنى الامر وذلك في اكثر المواضع واذا كان ذلك كذلك فقد ورد الامر بالسجود مقيداً بالتلاوة أعني عند التلاوة وورد الامر به مطلقاً فوجب حمل المطلق على المقيد وليس الامر في ذلك بالسجود كالامر بالصلاة فان الصلاة قيد وجوبها بقيود أخر وأيضاً فان النبي عليه السلام قد سجد فيها فبين لنا بذلك معنى الامر بالسجود الوارد فيها أعني انه عند التلاوة فوجب ان يحمل مقتضى الامر في الوجوب عليه واما عدد عزائم سجود القرآن فان مالكا قال في الموطا الامر عندنا ان عزائم سجود القرآن احدى عشرة سجدة ليس في المفصل منها شئ وقال أصحابه أولها خاتمة الاعراف وثانيها في الرعد عند قوله تعالى بالغدو والاصال وثالثها في النحل عند قوله تعالى ويفعلون ما يؤمرون ورابعها في

بنى اسرائيل عند قوله ويزيدهم خشوعا وخامسها فى مريم عند قوله تعالى خروا سجداً وبكياً وسادسها الاولى من الحج عند قوله تعالى إن الله يفعل مايشاء وسابعها في الفرقان عند قوله وزادهم نفوراً وثامنها فى النمل رب العرش العظيم وتاسعها في الم تنزيل وهم لايستكبرون وعاشرها في ص عند قوله تعالى وخر راكعاً وأناب والحادية عشرة في حم تنزيل عند قوله تعالى إن كنتم إياه تعبدون وقيل عند قوله وهم لا يسئمون وقال الشافعى أربع عشرة سجدة ثلاث منها فى المفصل فى الانشقاق وفي النجم وفي اقرأ باسم ربك ولم ير فى ص سجدة لانها عنده من باب الشكر وقال أحمد هى خمس عشرة سجدة اثبت فيها الثانية من الحج وسجدة ص وقال أبوحنيفة هى احدى عشرة سجدة قال الطحاوى وهى كل سجدة جاءت بلفظ الخبر *والسبب في اختلافهم اختلافهم فى المذاهب التى اعتمدوها فى تصحيح عددها وذلك ان منهم من اعتمد عمل أهل المدينة ومنهم من اعتمد القياس ومنهم من اعتمد السماع اما الذين اعتمدوا العمل فمالك وأصحابه وأما الذين اعتمدوا القياس فابوحنيفة وأصحابه وذلك انهم قالوا وجدنا السجدات التى اجمع عليها جاءت بصيغة الخبر وهى سجدة الاعراف والنحل والرعد والاسراء ومريم واول الحج والفرقان والنمل والم تنزيل فوجب ان يلحق بها سائر السجدات التى جاءت بصيغة الخبر وهى التى فى ص وفى الانشقاق ويسقط ثلاثة جاءت بلفظ الامر وهى التى فى والنجم وفي الثانية من الحج وفي اقرأ باسم ربك واما الذين اعتمدوا السماع فانهم ساروا الى ما ثبت عنه عليه السلام من سجوده فى الانشقاق وفى اقرأ باسم ربك وفى والنجم خرج ذلك مسلم وقال الأثرم سئل احمد كم في الحج من سجدة قال سجدتان وصحح حديث عقبة بن عامر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال في الحج سجدتان وهو قول عمر وعلى قال القاضى خرجه ابو داود واما الشافعى فانما صار الى اسقاط سجدة ص لما رواه ابو داود عن ابى سعيد الخدرى ان النبى عليه السلام قرا وهو على المنبر آية السجود من سورة ص فنزل وسجد فلما كان يوم آخر قراها فتهيأ الناس للسجود فقال انما هى توبة نبى ولكن رايتكم تشيرون للسجود فنزلت فسجدت وفى هذا ضرب من الحجة لابي حنيفة فى قوله بوجوب السجود لانه علل ترك السجود فى هذه السجدة بعلة انتفت فى غيرها من السجدات فوجب ان يكون حكم التى انتفت عنها العلة بخلاف التى ثبت لها العلة وهو نحو من الاستدلال وفيه اختلاف لانه من باب تجويز دليل الخطاب وقد احتج بعض من لم ير السجود فى المفصل بحديث عكرمة عن ابن عباس خرجه ابوداود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسجد فى شئ من المفصل منذ هاجر الى المدينة قال ابو عمر وهو منكر لان ابا هريرة الذى روى سجوده فى المفصل لم يصحبه عليه السلام الا بالمدينة وقد روى الثقات عنه انه سجد عليه السلام فى والنجم واما وقت السجود فانهم اختلفوا فيه فمنع قوم السجود في الاوقات المنهى عن الصلاة فيها وهو مذهب ابي حنيفة على اصله فى منع الصلوات المفروضة فى هذه الاوقات ومنع مالك ايضاً ذلك فى الموطا لانها عنده في النفل والنفل ممنوع فى هذه الاوقات عنده وروى ابن القاسم عنه انه سجد فيها بعد العصر مالم تصفر الشمس او تتغير وكذلك بعد الصبح وبه قال الشافعى وهذا بناء على انها سنة وان السنن تصلى فى هذه الاوقات ما لم تدن الشمس من الغروب او الطلوع واما على من يجب بتوجه حكمها فاجمعوا على انه يتوجه على القارى فى صلاة كان او فى غير صلاة واختلفوا فى السامع هل عليه سجود ام لا فقال ابوحنيفة عليه السجود ولم يفرق بين الرجل والمراة وقال مالك يسجد السامع بشرطين احدهما اذا كان قصد ليسمع القرآن والآخر ان يكون القارى يسجد وهو مع هذا ممن يصح ان يكون اماما للسامع وروى ابن القاسم عن مالك انه يسجد السامع وان كان القارى ممن لا يصح

للامامة اذا جلس اليه ولما صفة السجود فان جمهور الفقهاء قالوا اذا سجد القارئ كبر اذا خفض واذا رفع واختلف قول مالك في ذلك اذا كان في غير صلاة واما اذا كان في الصلاة فانه يكبر قولا واحداً

بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على محمد وآله

﴿كتاب احكام الميت﴾

والكلام في هذا الكتاب وهي حقوق الاموات على الاحياء ينقسم الى ست جمل. الجملة الاولى فيما يستحب ان يفعل به عند الاحتضار وبعده. الثانية في غسله. الثالثة في تكفينه الرابعة في حمله واتباعه. الخامسة في الصلاة عليه. السادسة في دفنه

﴿الباب الاول﴾

ويستحب ان يلقن الميت عند الموت شهادة ان لا اله الا الله لقوله عليه السلام لقنوا موتاكم شهادة لا اله الا الله وقوله من كان آخر قوله لا اله الا الله دخل الجنة واختلفوا في استحباب توجيهه الى القبلة فرآى ذلك قوم ولم يره آخرون وروى عن مالك انه قال في التوجيه ماهو من الامر القديم وروى عن سعيد بن المسيب انه انكر ذلك ولم يرو ذلك عن احد من الصحابة ولا من التابعين اعني الامر بالتوجيه فاذا قضى الميت نحبه عليه ويستحب تعجيل دفنه لورود الآثار بذلك الا الغريق فانه يستحب في المذهب تاخير دفنه مخافة ان يكون الماء قد غمره فلم تتبين حياته قال القاضي واذا قيل هذا في الغريق فهو اولى في كثير من المرضى مثل الذين تصيبهم انطباق العروق وغير ذلك مما هو معروف عند الاطباء حتى لقد قال الاطباء ان المسكتين لا ينبغي ان يدفنوا الا بعد ثلاث

﴿الباب الثاني في غسل الميت﴾

ويتعلق بهذا الباب فصول اربعة منها في حكم الغسل ومنها فيمن يجب غسله من الموتى ومن يجوز ان يغسل وما حكم الغاسل ومنها في صفة الغسل

﴿الفصل الاول﴾

فاما حكم الغسل فانه قيل فيه انه فرض على الكفاية وقيل سنة على الكفاية والقولان كلاهما في المذهب والسبب في ذلك انه نقل بالعمل لا بالقول والعمل ليس له صيغة يفهم الوجوب اولا يفهمه وقد احتج عبد الوهاب لوجوبه بقوله عليه السلام في ابنته اغسلنها ثلاثا او خمساً وبقوله في المحرم اغسلوه فمن رآى ان هذا القول خرج مخرج تعليم لصفة الغسل لا مخرج الامر به لم يقل بوجوبه ومن رآى انه يتضمن الامر والصفة قال بوجوبه

﴿الفصل الثاني﴾

واما الاموات الذين يجب غسلهم فانهم اتفقوا من ذلك على غسل الميت المسلم الذي لم يقتل في معترك حرب الكفار واختلفوا في غسل الشهيد وفي الصلاة عليه وفي غسل المشرك فاما الشهيد اعني الذي قتله في المعترك المشركون فان الجمهور على ترك غسله لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امر بقتلى احد فدفنوا بثيابهم ولم يصل عليهم وكان الحسن وسعيد بن المسيب يقولان يغسل كل مسلم فان كل ميت يجنب ولعلهم كانوا يرون ما فعل بقتلى احد كان لموضع الضرورة اعني المشقة في غسلهم وقال بقولهم من فقهاء الامصار عبيد الله بن الحسن العنبري وسئل ابو عمر فيما حكى ابن المنذر عن غسل الشهيد فقال قد غسل عمر وكفن وحنط وصلى عليه وكان شهيداً برحمة الله واختلف الذين اتفقوا على ان الشهيد في حرب المشركين لا يغسل في الشهداء من اهل الفصوص او عند اهل الشرك فقال الاوزاعي واحمد وجماعة حكمهم حكم من قتله اهل الشرك وقال مالك والشافعي يغسل وسبب اختلافهم هو هل الموجوب لرفع حكم الغسل هي الشهادة مطلقاً او الشهادة على يدي الكفار فمن رآى ان سبب ذلك هي الشهادة مطلقاً قال لا يغسل كل من نص عليه النبي عليه السلام انه شهيد ممن قتل ومن رآى ان سبب ذلك هي الشهادة من الكفار قصر ذلك عليهم واما غسل المسلم الكافر فكان مالك يقول لا يغسل المسلم والده الكافر ولا يقبره الا ان يخاف ضياعه

فيواريه وقال الشافعي لايأس بغسل المسلم قرابته من المشركين ودفنهم وبه قال ابو ثور وابو حنيفة واصحابه قال ابو بكر بن المنذر ليس في غسل الميت المشرك سنة تتبع وقد روى ان النبي عليه السلام امر بغسل عمه لما مات ٭وسبب الخلاف هل الغسل من باب العبادة اومن باب النظافة فان كان عبادة لم يجز غسل الكافر وان كانت نظافة جاز غسله

﴿الفصل الثالث﴾ واما من يجوز ان يغسل الميت فانهم اتفقوا على ان الرجال يغسلون الرجال والنساء يغسلون النساء واختلفوا في المرأة تموت مع الرجال او الرجل يموت مع النساء مالم يكونا زوجين على ثلاثة اقوال فقال قوم يغسل كل واحد منهما صاحبه من فوق الثياب وقال قوم ييمم كل واحد منهما صاحبه وبه قال الشافعي وابو حنيفة وجمهور العلماء وقال قوم لايغسل واحد منهما صاحبه ولا ييممه وبه قال الليث بن سعد بل يدفن من غير غسل ٭ وسبب اختلافهم هو الترجيح بين تغليب النهي على الامر او الامر على النهي وذلك ان الغسل مامور به ونظر الرجل الى بدن المرأة والمرأة الى بدن الرجل منهي عنه فمن غلب النهي تغليباً مطلقاً أعني لمس الميت على الحي في كون طهارة الثوب له بدلا من طهارة الماء عند تعذرها قال لا يغسل واحد منهما صاحبه ولاييممه ومن غلب الامر على النهي قال يغسل كل واحد منهما صاحبه أعني غلب الامر على النهي تغليباً مطلقاً ومن ذهب الى التيمم فلانه رآ انه لا يلحق الامر والنهي في ذلك تعارض وذلك ان النظر الى مواضع التيمم يجوز لكلي الصنفين ولذلك رآ مالك ان ييمم الرجل المرأة في يديها ووجهها فقط لكون ذلك منها ليسا بعورة وان ييمم الرجل المرفقين لانه ليس من الرجل عورة الا من السرة الى الركبة على مذهبه فكان الضرورة التي نقلت الميت من الغسل الى التيمم عند من قال به هي تعارض الامر والنهي فكانه شبه هذه الضرورة بالضرورة التي يجوز معها للحي التيمم وهو تشبيه فيه بعد ولكن عليه الجمهور فاما مالك فاختلف قوله في هذه المسئلة فرة قال ييمم كل واحد منهما صاحبه قولا مطلقاً ومرة فرق في ذلك بين ذوي المحارم وغيرهم ومرة فرق في ذوي المحارم بين الرجال والنساء فيتحصل عنه ان له في ذوي المحارم ثلاثة اقوال اشهرها انه يغسل كل واحد منهما صاحبه على الثياب والثاني انه لا يغسل احدهما صاحبه لكن ييممه مثل قول الجمهور في غير ذوي المحارم والثالث الفرق بين الرجل والنساء اعني تغسل المرأة الرجل ولايغسل الرجل المرأة فسبب المنع ان كل واحد منهما لايحل له ان ينظر الى موضع الغسل من صاحبه كالاجانب سواء ٭وسبب الاباحة انه موضع ضرورة وهم اعذر في ذلك من الاجنبي ٭وسبب الفرق ان نظر الرجال الى النساء اغلظ من نظر النساء الى الرجال بدليل ان النساء محجبن عن نظر الرجال اليهن ولم يحجب الرجال عن النساء واجمعوا من هذا الباب على جواز غسل المرأة زوجها واختلفوا في جواز غسله اياها فالجمهور على جواز ذلك وقال ابو حنيفة لا يجوز غسل الرجل زوجته ٭ وسبب اختلافهم هو تشبيه الموت بالطلاق فمن شبهه بالطلاق قال لايحل ان ينظر اليها بعد الموت ومن لم يشبهه بالطلاق وهم الجمهور قال ان ما يحل له من النظر اليها قبل الموت يحل له بعد الموت واعتمد ابو حنيفة ان يشبه الموت بالطلاق لانه رآ انه اذا ماتت احدى الاختين حل له نكاح الاخرى كالحال فيها اذا طلقت وهذا فيه بعد فان علة منع الجمع مرتفعة بين الحي والميت ولذلك حلت الا ان يقال ان علة منع الجمع غير معقولة وان منع الجمع بين الاختين عبادة محضة غير معقولة المعنى فيقوي حينئذ مذهب ابي حنيفة وكذلك اجمعوا على ان المطلقة البتوتة لا تغسل زوجها واختلفوا في الرجعية فروى عن مالك انها تغسله وبه قال ابو حنيفة واصحابه وقال ابن القاسم لاتغسله وان كان الطلاق رجعياً وهو قياس قول

مالك لانه ليس يجوز عنده ان يراها ولو به قال الشافعي * وسبب اختلافهم هو هل يحل للزوج ان ينظر الى الرجعية اولا ينظر اليها واما حكم الغاسل فانهم اختلفوا فيما يجب عليه فقال قوم من غسل ميتاً وجب عليه الغسل وقال قوم لا غسل عليه * وسبب اختلافهم معارضة حديث أبي هريرة لحديث اسماء وذلك ان ابا هريرة روى عن النبي عليه السلام انه قال من غسل ميتاً فليغتسل ومن حمله فليتوضا خرجه أبو داود واما حديث اسماء فانها لما غسلت ابا بكر رضي الله عنه خرجت فسألت من حضرها من المهاجرين والانصار وقالت اني صائمة وان هذا يوم شديد البرد فهل علي من غسل قالوا لا وحديث اسماء في هذا صحيح واما حديث أبي هريرة فهو عند أكثر أهل العلم فيما حكى ابو عمر غير صحيح لكن حديث اسماء ليس فيه في الحقيقة معارضة له فان من انكر الشيء يحتمل ان يكون ذلك لانه لم تبلغه السنة في ذلك الشيء وسؤال اسماء والله أعلم يدل على الخلاف في ذلك في الصدر الاول ولهذا كان قال الشافعي رضي الله عنه على عادته في الاحتياط والالتفات الى الاثر لا غسل على من غسل الميت الا ان يثبت حديث أبي هريرة

﴿الفصل الرابع في صفة الغسل﴾ وفي هذا الفصل مسائل احداها هل ينزع على الميت قميصه اذا غسل ام يغسل في قميصه اختلفوا في ذلك فقال مالك اذا غسل الميت نزع ثيابه وستر عورته وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي يغسل في قميصه * وسبب اختلافهم تردد غسله عليه السلام في قميصه بين ان يكون خاصاً به وبين ان يكون سنة فمن رآه خاص به وانه لا يحرم من النظر الى الميت الا ما يحرم منه وهو حي قال يغسل عريانا الا عورته فقط التي يحرم النظر اليها في حال الحياة ومن رآه ان ذلك سنة يستند الى باب الاجماع أو الى الامر الالهي لانه روى في الحديث انهم سمعوا صوتا يقول لهم لا تنزعوا القميص وقد القى عليهم النوم قال الافضل ان يغسل الميت في قميصه

﴿المسألة الثانية﴾ قال أبو حنيفة لا يوضا الميت وقال الشافعي يوضا وقال مالك ان وضئ فحسن * وسبب الخلاف في ذلك معارضة القياس للاثر وذلك ان القياس يقتضي الا وضوء على الميت لان الوضوء طهارة مفروضة لموضع العبادة واذا اسقطت العبادة عن الميت سقط شرطها الذي هو الوضوء ولولا ان الغسل ورد في الاثار لما وجب غسله وظاهر حديث ام عطية الثابت ان الوضوء شرط في غسل الميت لان فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في غسل ابنته ابدان بميامنها ومواضع الوضوء منها وهذه الزيادة ثابتة خرجها البخاري ومسلم ولذلك ليس يجب ان تعارض بالروايات التي فيها الغسل مطلقاً لان المقيد يقضي على المطلق اذ فيه زيادة على ما يراه كثير من الناس ويشبه أيضاً ان يكون من اسباب الخلاف في ذلك معارضة المطلق للمقيد وذلك انه وردت آثار كثيرة فيها الامر بالغسل مطلقاً من غير ذكر وضوء فيها ولا رجحوا الاطلاق على التقييد لمعارضة القياس له في هذا الموضع والشافعي جرى على الاصل من حمل المطلق على المقيد

﴿المسألة الثالثة﴾ اختلفوا في التوقيت في الغسل فمنهم من اوجبه ومنهم من استحبه واستحبه والذين اوجبوا التوقيت منهم من اوجب الوتر اي وتر كان وبه قال ابن سيرين ومنهم من اوجب الثلاثة فقط وهو ابو حنيفة ومنهم من حد اقل الوتر في ذلك فقال لا ينقص عن الثلاثة ولم يحد الاكثر وهو الشافعي ومنهم من حد الاكثر في ذلك فقال لا يجاوز به السبعة وهو أحد بن حنبل وممن قال باستحباب الوتر ولم يحد فيه حداً مالك بن أنس وأصحابه * وسبب الخلاف بين من شرط التوقيت ومن لم يشترطه بل استحبه معارضة القياس للاثر وذلك ان ظاهر حديث ام عطية يقتضي التوقيت لان فيه اغسلنها ثلاثا اوخمساً او اكثر من ذلك ان رأيتن وفي بعض رواياته اوسبعاً واما قياس الميت على الحي في الطهارة فيقتضي

الاتوقيت فيها كما ليس في طهارة الحي توقيت فمن رجح الاثر على النظر قال بالتوقيت ومن رآ الجمع بين الاثر والنظر حمل التوقيت على الاستحباب وأما الذين اختلفوا في التوقيت *فسبب اختلافهم اختلاف الفاظ الروايات في ذلك عن ام عطية فاما الشافعي فانه رآ ان لا ينقص عن اقل من ثلاثة لانه اقل وترنطق به في حديث ابي عطية ورآ ان ما فوق ذلك مباح لقوله عليه السلام او اكثر من ذلك ان رأيتن واما أحمد فاخذ باكثر وترنطق به في بعض روايات الحديث وهو قوله عليه السلام اوسبعاً وأما أبو حنيفة فصار في قصره الوتر على الثلاث لما روى ان محمد بن سيرين كان يأخذ الغسل عن ام عطية ثلاثا يغسل بالسدر مرتين والثالثة بالماء والكافور وأيضاً فان الوتر الشرعي عنه انما ينطلق على الثلاث فقط وكان مالك يستحب ان يغسل في الاول بالماء القراح وفي الثانية بالسدر والماء وفي الثالثة بالماء والكافور واختلفوا اذا خرج من بطنه حدث هل يعاد غسله ام لا فقيل لا يعاد وبه قال مالك وقيل يعاد والذين رأوا انه يعاد اختلفوا في العدد الذي تجب به الاعادة ان تكرر خروج الحدث فقيل يعاد الغسل عليه واحدة وبه قال الشافعي وقيل يعاد ثلاثا وقيل يعاد سبعاً واجمعوا على انه لا يزاد على السبع شيء واختلفوا في تقليم اظفار الميت والاخذ من شعره فقال قوم يوخذ منه وقال قوم لا تقلم اظفاره ولا يوخذ من شعره وليس فيه أثر *واما سبب الخلاف في ذلك الخلاف الواقع في ذلك في الصدر الاول ويشبه ان يكون سبب الخلاف في ذلك قياس الميت على الحي فمن قاسه اوجب تقليم الاظفار وحلق العانة لانها من سنة الحي باتفاق وكذلك اختلفوا في عصر بطنه قبل ان يغسل فمنهم من رآ ذلك ومنهم من لم يره فمن رآه رأى ان فيه ضربا من الاستنقاء من الحدث عند ابتدا الطهارة وهو مطلوب من الميت كما هو من الحي ومن لم ير ذلك رآ انه من باب تكليف ما لم يشرع وان الحي في ذلك بخلاف الميت

﴿الباب الثالث في الاكفان﴾ والاصل في هذا الباب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كفن في ثلاثة اثواب بيض سحولية ليس فيها قميص ولا عمامة وخرج ابو داود عن ليلى قابلة الثقفية قالت كنت فيمن غسل ام كلثوم بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان أول من أعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم الجندم الدرع ثم الخمار ثم الملحفة ثم ادرجت بعد في الثوب الاخر قالت ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس عند الباب معها كفنها يناولناها ثوبا ثوبا فمن العلماء من اخذ بظاهر هذين الاثرين فقال يكفن الرجل في ثلاثة اثواب والمرأة في خمسة اثواب وبه قال الشافعي وأحمد وجماعة وقال ابو حنيفة اقل ما تكفن فيه المرأة ثلاثة أثواب والسنة خمسة اثواب وأقل ما يكفن فيه الرجل ثوبان والسنة فيه ثلاثة اثواب ورآ مالك انه لا حد في ذلك وانه يجزئ ثوب واحد فيهما الا انه يستحب الوتر الموتر *وسبب اختلافهم في التوقيت اختلافهم في مفهوم هذين الاثرين فمن فهم منهما الاباحة لم يقل بتوقيت الا انه استحب الوتر لاتفاقهما في الوتر ولم يفرق في ذلك بين المرأة والرجل وكانه فهم منهما الاباحة الا في التوقيت فانه فهم منه شرعا لمناسبته للشرع ومن فهم من العدد انه شرع لا اباحة قال بالتوقيت اما على جهة الوجوب واما على جهة الاستحباب وكله واسع ان شاء الله وليس فيه شرع محدود ولعله تكلف شرع فيما ليس فيه شرع وقد كفن مصعب بن عمير يوم احد بنمرة فكانوا اذا غطوا بها رأسه خرجت رجلاه واذا غطوا بها رجليه خرج رأسه فقال رسول الله صلى الله عليه غطوا بها رأسه واجعلوا على رجليه من الاذخر واتفقوا على ان الميت يغطى رأسه ويطيب الا المحرم اذا مات في احرامه فانهم اختلفوا فيه فقال مالك وأبو حنيفة المحرم بمنزلة غير المحرم وقال الشافعي لا يغطى رأس المحرم اذا مات ولا يمس طيباً *وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فاما الخصوص فهو حديث ابن عباس قال اتى النبي

صلى الله عليه وسلم برجل وقصته راحلته فمات وهو محرم فقال كفنوه في ثوبين واغسلوه بماء وسدر ولا تخمروا رأسه ولاتقربوه طيباً فانه يبعث يوم القيامة يلبي واما المعسوم فهو ماورد من الامر بالغسل مطلقاً فمن خص من الاموات المحرم بهذا الحديث كتخصيص الشهداء بقتلى أحد جعل الحكم منه عليه السلام على الواحد حكماً على الجميع وقال لا يغطى رأس المحرم ولايمس طيباً ومن ذهب مذهب الجمع لامذهب الاستثناء والتخصيص قال حديث الاعرابي خاص به لا يعدى الى غيره ﴿الباب الرابع في صفة المشى مع الجنازة﴾ واختلفوا في سنة المشى مع الجنازة فذهب أهل المدينة الى ان من سنتها المشى امامها وقال الكوفيون أبو حنيفة وأصحابه وسائرهم ان المشى خلفها أفضل *وسبب اختلافهم اختلاف الآثار التي روى كل واحد من الفريقين عن سلفه وعمل به فروى مالك عن النبي عليه السلام مرسلا المشى امام الجنازة وعن أبي بكر وعمر وبه قال الشافعي وأخذ أهل الكوفة بما رووا عن علي بن ابي طالب من طريق عبدالرحمان بن أبي أبذا قال كنت امشى مع علي في جنازة وهو آخذ بيدي وهو يمشي خلفها وابو بكر وعمر يمشيان امامها فقلت له في ذلك فقال ان فضل الماشي خلفها على الماشي امامها كفضل صلاة المكتوبة على صلاة النافلة وانهما ليعلمان ذلك ولكنهما سهلا ان يسهلان على الناس وروى عنه رضى الله عنه انه قال قدمها بين يديك واجعلها نصب عينيك فانما هي موعظة وتذكرة وعبرة وبما روى أيضاً عن ابن مسعود انه كان يقول سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن السير على الجنازة فقال الجنازة متبوعة وليست بتابعة وليس معها من يقدمها وحديث المغيرة بن شعبة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الراكب يسير امام الجنازة والماشي خلفها وامامها وعن يمينها ويسارها قريباً منها وحديث أبي هريرة أيضاً في هذا المعنى قال امشوا خلف الجنازة وهذه الاحاديث صار اليها الكوفيون وهي احاديث يصححونها ويضعفها غيرهم واكثر العلماء على ان القيام الى الجنازة منسوخ بما روى مالك من حديث علي بن ابي طالب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقوم في الجنائز ثم جلس وذهب قوم الى وجوب القيام وتمسكوا في ذلك بما روى في ذلك من أمره صلى الله عليه وسلم بالقيام لها كحديث عامر بن ربيعة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا رأيتم الجنائز فقوموا اليها حتى تخلفكم او توضع واختلف الذين رأوا ان القيام منسوخ في القيام على القبر في وقت الدفن فبعضهم رآه لم يدخل تحت النهي وبعضهم رآه داخل تحت النهي على ظاهر اللفظ ومن اخرجه من ذلك احتج بفعل علي في ذلك وذلك انه روى النسخ وقام على قبر ابن المكفف فقيل له الا تجلس يا امير المومنين فقال قليل لاخينا قيامنا على قبره ﴿الباب الخامس في الصلاة على الجنازة﴾ وهذه الجملة يتعلق بها بعد معرفة وجوبها فصول *أحدها في صفة صلاة الجنازة .والثاني على من يصلى ومن اولى بالصلاة .والثالث في وقت هذه الصلاة .والرابع في موضع هذه الصلاة :والخامس في شروط هذه الصلاة ﴿الفصل الاول﴾ فاما صفة الصلاة فانها يتعلق بها مسائل المسئلة الاولى اختلفوا في عدد التكبير في الصدر الاول اختلافا كثيراً من ثلاث الى سبع اعني الصحابة رضى الله عنهم ولكن فقهاء الامصار على ان التكبير في الجنازة اربع الا ابن ابي ليلى وجابر بن زيد فانهما كانا يقولان انها خمس *وسبب الاختلاف اختلاف الآثار في ذلك وذلك انه روى من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نعى النجاشي في اليوم الذي مات فيه وخرج بهم الى المصلى وصف بهم وكبر اربع تكبيرات وهو حديث متفق على صحته ولذلك اخذ به جمهور فقهاء الامصار وجاء في هذا المعنى أيضاً من انه

عليه السلام صلى على قبر مسكينة فكبر عليها أربعاً وروى مسلم أيضاً عن عبد الرحمان بن ابي ليلى قال كان زيد بن ارقم يكبر على الجنائز اربعاً وانه كبر على جنازة خمساً فسألناه فقال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبرها وروى عن أبي خيثمة عن ابيه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يكبر على الجنائز اربعاً وخمساً وستاً وسبعاً وثمانياً حتى مات النجاشي فصف الناس وراءه وكبر أربعاً ثم ثبت صلى الله عليه وسلم على اربع حتى توفاه الله وهذا فيه حجة لائمة الجمهور واجمع العلماء على رفع اليدين في اول التكبير على الجنازة واختلفوا في سائر التكبير فقال قوم يرفع وقال قوم لا يرفع وروى الترمذي عن أبي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر في جنازة فرفع يديه في اول التكبير ووضع يده اليمنى على اليسرى فمن ذهب الى ظاهر هذا الاثر وكان مذهبه في الصلاة انه لا يرفع الا في اول التكبير قال ارفع في اول التكبير ومن قال يرفع في كل تكبير شبه التكبير الثاني بالاول لانه كله يفعل في حال القيام والاستواء ﴿المسئلة الثانية﴾ اختلف الناس في القراءة في صلاة الجنازة فقال مالك وابو حنيفة ليس فيها قراءة انما هو الدعاء وقال مالك قراءة فاتحة الكتاب فيها ليس بمعمول به في بلدنا بحال قال وانما يحمد الله ويثني عليه بعد التكبيرة الاولى ثم يكبر الثانية فيصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ثم يكبر الثالثة فيشفع للميت ثم يكبر الرابعة ويسلم وقال الشافعي يقرا بعد التكبيرة الاولى بفاتحة الكتاب ثم يفعل في سائر التكبيرات مثل ذلك وبه قال احمد وداود *وسبب اختلافهم معارضة العمل للاثر وهل يتناول ايضاً اسم الصلاة صلاة الجنائز ام لا اما العمل فهو الذي حكاه مالك عن بلده واما الاثر فما رواه البخاري عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال صليت خلف ابن عباس على جنازة فقرا بفاتحة الكتاب فقال لتعلموا انها السنة فمن ذهب الى ترجيح هذا الاثر على العمل وكان اسم الصلاة يتناول عنده صلاة الجنازة وقد قال صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بفاتحة الكتاب راى قراءة فاتحة الكتاب فيها ويمكن ان يحتج لمذهب مالك بظواهر الآثار التي نقل فيها دعاؤه عليه السلام على الجنائز ولم ينقل فيها انه قرا وعلى هذا فتكون تلك الآثار كانها معارضة لحديث ابن عباس ومخصصة لقوله لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وذكر الطحاوي عن ابن شهاب عن ابي امامة بن سهل بن حنيف قال وكان من كبراء الصحابة وعلمائهم وابناء الذين شهدوا بدراً ان رجلا من اصحاب النبي عليه السلام اخبره ان السنة في الصلاة على الجنائز ان يكبر الامام ثم يقرا فاتحة الكتاب سراً في نفسه ثم يخلص الدعاء في التكبيرات الثلاث قال ابن شهاب فذكرت الذي اخبر به ابو امامة من ذلك لمحمد بن سويد الفهري فقال وانا سمعت الضحاك بن قيس يحدث عن حبيب بن مسلمة في الصلاة على الجنائز بمثل ما حدثك به ابو امامة

﴿المسئلة الثالثة﴾ واختلفوا في التسليم من الجنازة هل هو واحد او اثنان فالجمهور على انه واحد وقالت طائفة وابو حنيفة يسلم تسليمتين واختاره المزني من اصحاب الشافعي وهو احد قولي الشافعي *وسبب اختلافهم اختلافهم في التسليم من الصلاة وقياس صلاة الجنائز على الصلاة المفروضة فمن كانت عنده التسليمة واحدة في الصلاة المكتوبة وقاس صلاة الجنازة عليها قال بواحدة ومن كانت عنده تسليمتين في الصلاة المفروضة قال هنا بتسليمتين ان كانت عنده تلك سنة فهذه سنة وان كانت فرضاً فهذه فرض وكذلك اختلف المذهب هل يجهر فيها او لا يجهر بالسلام ﴿المسئلة الرابعة﴾ واختلفوا أين يقوم الامام من الجنازة فقال جملة من العلماء يقوم في وسطها ذكراً كان او انثى وقال قوم آخرون يقوم من الانثى وسطها ومن الذكر عند رأسه ومنهم

من

من قال يقوم من الذكر والانثى عند صدرهما وهو قول ابن القاسم وقول ابي حنيفة وليس عند مالك والشافعي في ذلك حد وقال قوم يقوم منهما ان شاء *والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه خرج البخاري ومسلم من حديث سمرة بن جندب قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم على ام كعب وهي نفساء فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم للصلاة على وسطها وخرج ابو داود من حديث همام بن غالب قال صليت مع انس بن مالك على جنازة رجل فقام حيال رأسه ثم جاء والجنازة امرأة فقالوا يا اباحمزة صل عليها فقام حيال وسط السرير فقال العلاء بن زياد هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على الجنائز كبر اربعاً وقام على جنازة المرأة مقامك منها وعلى الرجل مقامك منه قال نعم فاختلف الناس في المفهوم من هذه الافعال فمنهم من رأى أن قيامه عليه السلام في هذه المواضع المختلفة يدل على الاباحة وعلى عدم التحديد ومنهم من رأى أن قيامه على احد هذه الاوضاع انه شرع وانه يدل على التحديد وهؤلاء انقسموا قسمين فمنهم من اخذ بحديث سمرة بن جندب للاتفاق على صحته فقال المرأة في ذلك والرجل سواء لان الاصل أن حكمهما واحد إلا ان يثبت في ذلك فارق شرعي ومنهم من صحح حديث ابي غالب وقال فيه زيادة على حديث سمرة بن جندب فيجب المصير اليها وليس بينهما تعارض اصلا وأما مذهب ابن القاسم وأبي حنيفة فلا اعلم له من جهة السمع في ذلك مستنداً الا ما روى عن ابن مسعود من ذلك

المسألة الخامسة ﴿ واختلفوا في ترتيب جنائز الرجال والنساء اذا جتمعوا عند الصلاة فقال الاكثر يجعل الرجال مما يلي الامام والنساء مما يلي القبلة وقال قوم بخلاف هذا أي النساء مما يلي الامام والرجال مما يلي القبلة وفيه قول ثالث انه يصلي على كل على حدة الرجال مفردون والنساء مفردون *وسبب الخلاف ما يغلب على الظن باعتبار احوال الشرع من انه يجب ان يكون في ذلك شرع محدود مع انه لم يرد في ذلك شرع يجب الوقوف عنده ولذلك رأى كثير من الناس انه ليس في امثال هذه المواضع شرع اصلا وانه لو كان فيها شرع لبين للناس وانما ذهب الاكثر لما فقلناه من تقديم الرجال على النساء لما رواه مالك في الموطا من أن عثمان بن عفان وعبد الله بن عمر وأبا هريرة كانوا يصلون على الجنائز بالمدينة الرجال والنساء معاً فيجعلون الرجال مما يلي الامام ويجعلون النساء مما يلي القبلة وذكر عبد الرزاق عن ابن جريج عن نافع عن ابن عمر انه صلى كذلك على جنازة فيها ابن عباس وأبو هريرة وأبو سعيد الخدري وأبو قتادة والامام يومئذ سعيد بن العاصي فسألهم عن ذلك اوامر من رأيهم فقالوا هي السنة وهذا يدخل في المسند عندهم ويشبه ان يكون من قال بتقديم الرجال شبههم امام الامام بحالهم خلف الامام في الصلاة ولقوله عليه السلام أخروهن حيث أخرهن الله وأما من قال بتقديم النساء على الرجال فيشبه ان يكون اعتقد أن الاول هو المقدم ولم يجعل التقديم بالقرب من الامام وأما من فرق فاحتياطاً من ان لا يجوز ممنوعاً لانه لم ترده سنة بجواز الجمع يحتمل ان يكون على اصل الاباحة ويحتمل ان يكون ممنوعاً بالشرع واذا وجد الاحتمال وجب التوقف اذا وجد اليه سبيلا

المسألة السادسة ﴿ واختلفوا في الذي يفوته بعض التكبير على الجنازة في مواضع منها هل يدخل بتكبير اما لا ومنها هل يقضي ما فاته اما لا وان قضى فهل يدعو بين التكبير اما لا فروى اشهب عن مالك انه يكبر اول دخوله وهو احد قولي الشافعي وقال ابو حنيفة ينتظر حتى يكبر الامام وحينئذ يكبر وهي رواية ابن القاسم عن مالك والقياس التكبير قياساً على من دخل في المفروضة واتفق مالك وابو حنيفة والشافعي على انه يقضي ما فاته من التكبير الا أن ابا حنيفة يرى ان يدعو بين التكبير المقضي ومالك والشافعي يريان ان يقضيه سراً وانما

اتفقوا على القضاء اعموم قوله عليه السلام ماادركتم فصلوا وماقاتكم فاتموا فمن رآ أن هذا العموم يتناول التكبير والدعاء قال يقضي التكبير وماقاته من الدعاء ومن اخرج الدعاء من ذلك اذكان غير موقت قال يقضي التكبير فقط اذكان هو الموقت فكان تخصيص الدعاء من ذلك العموم هو من باب تخصيص العام بالقياس فابو حنيفة اخذ بالعموم وهؤلاء بالخصوص ﴿ المسئلة السابعة ﴾ واختلفوا في الصلاة على القبر لمن فاتته الصلاة على الجنازة فقال مالك لايصلى على القبر وقال ابو حنيفة لايصلى على القبر الا الولى فقط اذا فاتته الصلاة على الجنازة وكان الذى صلى عليها غير وليها وقال الشافعي واحمد وداود وجماعة يصلى على القبر من فاتته الصلاة على الجنازة واتفق القائلون باجازة الصلاة على القبر ان من شرط ذلك حدوث الدفن وهؤلاء اختلفوا في هذه المدة واكثرها شهر *وسبب اختلافهم معارضة العمل للاثر اما مخالفة العمل فان ابن القاسم قال قلت لمالك فالحديث الذى جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم انه صلى على قبر امرأة قال قد جاء هذا الحديث وليس عليه العمل والصلاة على القبر ثابتة باتفاق من اصحاب الحديث قال احمد بن حنبل رويت الصلاة على القبر عن النبى عليه السلام من طرق ستة كلها حسان وزاد بعض المحدثين ثلاثة طرق فذلك تسعة وأما البخارى ومسلم فرويا ذلك من طريق ابى هريرة وأما مالك فخرجه مرسلا عن ابى امامة بن سهل وقد روى ابن وهب عن مالك مثل قول الشافعي وأما ابو حنيفة فانه جرى في ذلك على عادته فيما احسب أعنى من رد اخبار الاحاد التى تعم بها البلوى اذا لم تنتشر ولا انتشر العمل بها وذلك أن عدم الانتشار إذا كان خبراً شأنه الانتشار قرينة توهن الخبر وتخرجه من غلبة الظن تصرفه الى الشك فيه اوالى غلبة الظن بكذبه اونسخه قال القاضي وقد تكلمنا فيما سلف من كتابنا هذا في وجه الاستدلال بالعمل وفي هذا النوع من الاستدلال الذى يسميه الحنفية عموم البلوى وقلنا انها من جنس واحد

﴿ الفصل الثانى فيمن يصلى عليه ومن أولى بالتقديم ﴾ وأجمع اكثر اهل العلم على اجازة الصلاة على كل من قال لا إله إلا الله وفي ذلك آثاره قال عليه السلام انه قال صلوا على من قال لا اله إلا الله وسواء كان من اهل الكبائر اومن اهل البدع إلا أن مالكا كره لاهل الفضل الصلاة على اهل البدع ولم ير ان يصلى الامام على من قتله حداً ،واختلفوا فيمن قتل نفسه فرآ قوم انه لايصلى عليه وأجاز آخرون الصلاة عليه ومن العلماء من لم يجز الصلاة على اهل الكبائر ولا على اهل البغى والبدع *والسبب في اختلافهم في الصلاة اما في اهل البدع فلاختلافهم في تكفيرهم ببدعهم فمن كفرهم بالتاويل البعيد لم يجز الصلاة عليهم ومن لم يكفرهم اذ كان الكفر عنده انما هو تكذيب الرسل لا تاويل اقواله عليه السلام قال الصلاة عليهم جائزة وانما اجمع المسلمون على ترك الصلاة على المنافقين مع تلفظهم بالشهادة لقوله تعالى ولا تصل على أحد منهم مات ابداً ولا تقم على قبره الآية وأما اختلافهم في اهل الكبائر فليس يمكن ان يكون له سبب الا من جهة اختلافهم في القول بالتكفير بالذنوب لكن ليس هذا مذهب اهل السنة فلذلك ليس ينبغي ان يمتنع الفقهاء الصلاة على اهل الكبائر وأما كراهية مالك الصلاة على اهل البدع فذلك لمكان الزجر والعقوبة لهم وانما لم ير مالك صلاة الامام على من قتله حداً لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يصل على ماعز ولم ينه عن الصلاة عليه خرّجه أبو داود وانما اختلفوا في الصلاة على من قتل نفسه لحديث جابر بن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ابى ان يصلى على رجل قتل نفسه فمن صحح هذا الاثر قال لايصلى على قاتل نفسه ومن لم يصححه رآ أن حكمه حكم المسلمين وان كان من اهل النار كما ورد به الاثر لكن ليس هو من المخلدين لكونه

من

من اهل الايمان وقد قال عليه السلام حكاية عن ربه أخرجوا من النار من في قلبه مثقال حبة من الايمان ثم اختلفوا ايضاً في الصلاة على الشهداء المقتولين في المعركة فقال مالك والشافعي لا يصلى على الشهيد المقتول في المعركة ولا يغسل وقال ابو حنيفة يصلى عليه ولا يغسل *وسبب اختلافهم اختلاف الآثار الواردة في ذلك وذلك انه خرج ابو داود من طريق جابر انه صلى الله عليه وسلم امر بشهداء احد فدفنوا بثيابهم ولم يصل عليهم ولم يغسلوا وروى من طريق ابن عباس مسنداً أنه عليه السلام صلى على قتلى احد وعلى حمزة ولم يغسل ولم يحم وروى ايضاً ذلك مرسلا من حديث ابي مالك الغفاري وكذلك روى ايضاً أن اعرابياً جاءه سهم فوقع في حلقه فمات فصلى النبي صلى الله عليه وسلم عليه وقال إن هذا عبدك خرج مجاهداً في سبيلك فقتل شهيداً وأنا شهيد عليه وكلا الفريقين يرجح الاحاديث التي اخذ بها وكانت الشافعية تعتل بحديث ابن عباس هذا وتقول يرويه ابن ابي الزناد وكان قد احتل آخر عمره وقد كان شعبة يطعن فيه وأما المراسيل فليست عندهم بحجة واختلفوا في يصلى على الطفل فقال مالك لا يصلى على الطفل حتى يستهل صارخا وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة يصلى عليه اذا نفخ فيه الروح وذلك انه اذا كان له في بطن امه اربعة اشهر فاكثر وبه قال ابن ابي ليلى *وسبب اختلافهم في ذلك معارضة المطلق للمقيد وذلك انه روى الترمذي عن جابر بن عبدالله عن النبي عليه السلام انه قال الطفل لا يصلى عليه ولا يرث ولا يورث حتى يستهل صارخا وروى عن النبي عليه السلام من حديث المغيرة بن شعبة انه قال الطفل يصلى عليه فمن ذهب مذهب حديث جابر قال ذلك عام وهذا مفسر فالواجب ان يحمل ذلك العموم على هذا التفسير فيكون معنى حديث المغيرة أن الطفل يصلى عليه إذا استهل صارخا ومن ذهب مذهب حديث المغيرة قال معلوم أن المعتبر في الصلاة هو حكم الاسلام والحياة والطفل اذا تحرك فهو حي وحكمه حكم المسلمين وكل مسلم حي اذا مات صلى عليه فرجحوا هذا العموم على ذلك الخصوص لموضع موافقة القياس له ومن الناس من شذ وقال لا يصلى على الاطفال اصلا وروى ابو داود أن النبي عليه السلام لم يصل على ابنه ابراهيم وهو ابن ثمانية اشهر وروى فيه انه صلى عليه وهو ابن سبعين ليلة واختلفوا في الصلاة على الاطفال المسبيين فذهب مالك في رواية البصريين عنه أن الطفل من اولاد الحربيين لا يصلى عليه حتى يعقل الاسلام سواء سبي مع ابويه او لم يسب معهما وأن حكمه حكم ابويه إلا ان يسلم الاب فهو تابع له دون الام ووافقه الشافعي على هذا إلا انه ان اسلم احد ابويه فهو عنده تابع لمن اسلم منهما الا للاب وحده وعلى ما ذهب اليه مالك وقال ابو حنيفة يصلى على الاطفال المسبيين وحكمهم حكم من سباهم وقال الاوزاعي اذا ملكهم المسلمون صلى عليهم يعني اذا بيعوا في السبي قال وبهذا جرى العمل في الثغر وبه القضا فيه وأجمعوا على انه اذا كانوا مع آبائهم ولم يملكهم مسلم ولا اسلم احد ابويهم ان حكمهم حكم آبائهم *والسبب في اختلافهم اختلافهم في اطفال المشركين هل هم من اهل الجنة او من اهل النار وذلك انه جاء في بعض الآثار انهم من آبائهم أي ان حكمهم حكم آبائهم ودليل قوله عليه السلام كل مولود يولد على الفطرة ان حكمهم حكم المومنين وأما من اولى بالتقديم للصلاة على الجنازة فقيل الولي وقيل الوالي فمن قال الوالي شبهه بصلاة الجمعة من حيث هي صلاة جماعة ومن قال الولي شبهها بسائر الحقوق التي الولي بها احق مثل مواراته ودفنه وأكثر اهل العلم على أن الوالي بها احق قال ابو بكر ابن المنذر وقدم الحسين بن علي سعيد بن العاصي وهو والي المدينة ليصلي على الحسن بن علي وقال لولا انها سنة ما تقدمت قال ابو بكر وبه اقول وأكثر العلماء على انه لا يصلى الاعلى الحاضر وقال بعضهم يصلى على الغائب لحديث النجاشي والجمهور على أن

ذلك خاص بالنجاشي وحده . واختلفوا هل يصلى على بعض الجسد والجمهور على انه يصلى على اكثره لتناول اسم الميت له ومن قال انه يصلى على اقله قال لان حرمة البعض كحرمة الكل لاسيما ان كان ذلك البعض محل الحياة وكان ممن يجيز الصلاة على الغائب

﴿ الفصل الثالث في وقت الصلاة على الجنازة ﴾

واختلفوا في الوقت الذي تجوز فيه الصلاة على الجنازة فقال قوم لا يصلى عليها في الاوقات الثلاثة التي ورد النهي عن الصلاة فيها وهي وقت الغروب والطلوع وزوال الشمس على ظاهر حديث عقبة بن عامر ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهانا ان نصلي فيها وان نقبر موتانا الحديث وقال قوم لا يصلى في الغروب والطلوع فقط ويصلي بعد العصر ما لم تصفر الشمس وبعد الصبح ما لم يكن الاسفار وقال قوم لا يصلى على الجنازة في الاوقات الخمسة التي ورد النهي عن الصلاة فيها وبه قال عطاء والنخعي وغيرهم وهو قياس قول ابي حنيفة وقال الشافعي يصلى على الجنازة في كل وقت لان النهي عنده انما هو خارج عن النوافل لا على السنن على ما تقدم

﴿ الفصل الرابع في مواضع الصلاة ﴾

واختلفوا في الصلاة على الجنازة في المسجد فاجازها اكثر العلماء وكرهه بعضهم منهم ابو حنيفة وبعض اصحاب مالك وقد روي كراهية ذلك عن مالك وتحقيقه إذا كانت الجنازة خارج المسجد والناس في المسجد * وسبب الخلاف في ذلك حديث عائشة وحديث ابي هريرة أما حديث عائشة فما رواه مالك من أنها امرت ان يمر عليها بسعد بن ابي وقاص في المسجد حين مات لتدعو له فانكر الناس عليها ذلك فقالت عائشة ما اسرع ما نسي الناس ما صلى رسول الله عليه وسلم على سهيل بن بيضاء الا في المسجد وأما حديث ابي هريرة فهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من صلى على جنازة في المسجد فلا شيء له وحديث عائشة ثابت وحديث أبي هريرة غير ثابت او غير متفق على ثبوته لكن انكار الصحابة على عائشة يدل على اشتهار العمل بخلاف ذلك عندهم ويشهد لذلك بروره صلى عليه وسلم للمصلى لصلاته على النجاشي وقد زعم بعضهم أن سبب المنع في ذلك هو أن ميت بني آدم ميتة وفيه ضعف لان حكم الميتة شرعي ولا يثبت لابن آدم حكم الميتة الا بدليل وكره بعضهم الصلاة على الجنائز في المقابر للنهي الوارد عن الصلاة فيها وأجازها الاكثر لعموم قوله عليه السلام جعلت لي الارض مسجداً وطهوراً

﴿ الفصل الخامس في شروط الصلاة على الجنازة ﴾

واتفق الاكثر على أن من شرطها الطهارة كما اتفق جميعهم على أن من شرطها القبلة واختلفوا في جواز التيمم لها اذا خيف فواتها فقال قوم يتيمم ويصلي لها اذا خاف الفوات وبه قال ابو حنيفة وسفيان والاوزاعي وجماعة وقال مالك والشافعي وأحمد لا يصلى عليها بتيمم * وسبب اختلافهم قياسها في ذلك على الصلاة المفروضة فمن شبهها بها اجاز التيمم أعني من شبه ذهاب الوقت بفوات الصلاة على الجنازة ومن لم يشبهها بها لم يجز التيمم لانها عنده من فروض الكفاية او من سنن الكفاية على اختلافهم في ذلك وشذ قوم فقالوا يجوز ان يصلى على الجنازة بغير طهارة وهو قول الشعبي وهؤلاء ظنوا أن اسم الصلاة لا يتناول صلاة الجنازة وانما يتناولها اسم الدعاء إذ كان ليس فيها ركوع ولا سجود

﴿ الباب السادس في الدفن ﴾

وأجمعوا على وجوب الدفن والاصل فيه قوله تعالى ألم نجعل الارض كفاتا احياء وأمواتاً وقوله فبعث الله غراباً يبحث في الارض وكره مالك والشافعي تجصيص القبور وأجاز ذلك أبو حنيفة وكذلك كره قوم القعود عليها وقوم اجازوا ذلك وتأولوا النهي عن ذلك انما القعود عليها

لحاجة الانسان والآثار الواردة في النهي عن ذلك منها حديث جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تجصيص القبور والكتاب عليها والجلوس عليها والبناء عليها ومنها حديث عمرو بن حزم قال رآني رسول الله صلى الله عليه وسلم على قبر فقال انزل عن القبر لا تؤذي صاحب القبر ولا يؤذيك واحتج من اجاز القعود على القبر بما روي عن زيد بن ثابت انه قال انما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجلوس على القبور لحدث غائط او بول قالوا ويؤيد ذلك ماروى عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من على قبر يبول اليه او يتغوط فكانما جلس على جمرة نار والى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة والشافعي

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما

﴿ كتاب الزكاة ﴾

والكلام المحيط بهذه العبادة بعد معرفة وجوبها ينحصر في خمس جمل الجملة الاولى في معرفة من تجب عليه . الثانية في معرفة ما تجب فيه من الاموال . الثالثة في معرفة كم تجب ومن كم تجب . الرابعة في معرفة متى تجب ومتى لا تجب . الخامسة معرفة لمن تجب وكم يجب له فاما معرفة وجوبها فمعلوم من الكتاب والسنة والاجماع ولا خلاف في ذلك

﴿ الجملة الاولى ﴾

وأما على من تجب فانهم اتفقوا انها على كل مسلم حر بالغ عاقل مالك للنصاب ملكا تاما واختلفوا في وجوبها على اليتيم والمجنون والعبيد واهل الذمة والناقص الملك مثل الذي عليه الدين اوله الدين ومثال المال المحبس الاصل فاما الصغار فان قوما قالوا تجب الزكاة في اموالهم وبه قال علي وابن عمر وجابر وعائشة من الصحابة ومالك والشافعي والثوري وأحمد وإسحاق وأبو ثور وغيرهم من فقهاء الامصار وقال قوم ليس في مال اليتيم صدقة اصلا وبه قال النخعي والحسن وسعيد بن جبير من التابعين وفرق قوم بين ما تخرج الارض وبين ما لا تخرجه فقالوا عليه الزكاة فيما تخرجه الارض وليس عليه زكاة فيما عدى ذلك من الماشية والناض والعروض وغير ذلك وهو ابو حنيفة وأصحابه وفرق آخرون بين الناض وغيره فقالوا عليه الزكاة إلا في الناض *وسبب اختلافهم في ايجاب الزكاة عليه اولا ايجابها هو اختلافهم في مفهوم الزكاة الشرعية هل هي عبادة كالصلاة والصيام أم هي حق واجب للفقراء على الاغنياء فمن قال انها عبادة اشترط فيها البلوغ ومن قال انها حق واجب للفقراء والمساكين في اموال الاغنياء لم يعتبر في ذلك بلوغا من غيره وأما من فرق بين ما تخرجه الارض اولا تخرجه وبين الخفي والظاهر فلا اعلم له مستندا في هذا الوقت وأما اهل الذمة فان الاكثر على ان لا زكاة على جميعهم الا ماروت طائفة من تضعيف الزكاة على نصارى بني تغلب أعني ان يوخذ منهم مثلا ما يوخذ من المسلمين في كل شيء وممن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة وأحمد والثوري وليس عن مالك في ذلك قول وانما صار هؤلاء لهذا لانه ثبت انه فعل عمر بن الخطاب بهم وكانهم رأوا أن مثل هذا هو توقيف ولكن الاصول تعارضه وأما العبيد فان الناس فيهم على ثلاثة مذاهب فقوم قالوا لا زكاة في اموالهم اصلا وهو قول ابن عمر وجابر من الصحابة ومالك وأحمد وأبي عبيد من الفقهاء وقال آخرون بل زكاة مال العبد على سيده وبه قال الشافعي فيما حكاه ابن المنذر والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وأوجبت طائفة اخرى على العبد في ماله الزكاة وهو مروي عن ابن عمر من الصحابة وبه قال عطاء من التابعين وأبو ثور من الفقهاء وأهل الظاهر او بعضهم وجمهور من قال لا زكاة في مال العبد هم على ان لا زكاة في مال المكاتب حتى يعتق وقال ابو ثور في مال المكاتب الزكاة *وسبب اختلافهم في زكاة مال العبد اختلافهم في هل يملك العبد ملكا تاما او غير تام فمن رأى انه لا يملك ملكا تاما وأن السيد هو المالك اذ كان لا يخلو مال

من مالك قال الزكاة على السيد ومن رآ أنه لاواحد منهما يملكه ملكا تاماً لاالسيد اذ كانت يد العبد هي التي عليه لايد السيد ولاالعبد ايضاً لان للسيد انتزاعه منه قال لازكاة في ماله اصلا ومن رآ أن اليد على المال توجب الزكاة فيه لمكان تصرفها فيه تشبيهاً بتصرف يد الحر قال الزكاة عليه لاسيما من كان عنده أن الخطاب العام يتناول الاحرار والعبيد وأن الزكاة عبادة تتعلق بالمكلف لتصرف اليد في المال وأما المالكون الذين عليهم الديون التي تستغرق اموالهم اوتستغرق ماتجب فيه الزكاة من اموالهم وبايديهم اموال تجب فيها الزكاة فانهم اختلفوا في ذلك فقال قوم لازكاة في مال حباً كان اوغيره حتى تخرج منه الديون فان بقي ماتجب فيه الزكاة زكى والافلا وبه قال الثوري وأبو نور وابن المبارك وجماعة وقال أبو حنيفة وأصحابه الدين لايمنع زكاة الحبوب ويمنع ماسواها وقال مالك الدين يمنع زكاة الناض فقط الاان يكون له عروض فيها وفاء من دينه فانه لايمنع وقال قوم بمقابل القول الاول وهو أن الدين لايمنع زكاة اصلا * والسبب في اختلافهم اختلافهم هل الزكاة عبادة اوحق مرتب في المال للمساكين فمن رآ أنها حق لهم قال لازكاة في مال من عليه الدين لان حق صاحب الدين متقدم بالزمان على حق المساكين وهو في الحقيقة مال صاحب الدين لاالذي المال بيده ومن قال هي عبادة قال تجب على من بيده مال لان ذلك هو شرط التكليف وعلامته المقتضية الوجوب على المكلف سواء كان عليه دين اولم يكن وأيضاً فانه قد تعارض هنالك حقان حق لله وحق للادمي وحق الله احق ان يقضى والاشبه بغرض الشرع اسقاط الزكاة عن المديان لقوله عليه السلام فيها صدقة توخذ من اغنيائهم وترد على فقرائهم والمدين ليس بغني وأما من فرق بين الحبوب وغير الحبوب وبين الناض وغير الناض فلا اعلم له شبهة بينة وقد كان ابو عبيد يقول إنه ان كان لايعلم ان عليه ديناً لايقوله لم يصدق وان علم ان عليه ديناً لم يوخذ منه وهذا ليس خلافا لمن يقول باسقاط الدين الزكاة وانما هو خلاف لمن يقول يصدق في الدين كما يصدق في المال وأما المال الذي هو في الذمة أعني في ذمة الغير وليس هو بيد المالك وهو الدين فانهم اختلفوا فيه ايضاً فقوم قالوا لازكاة فيه وان قبض حتى يستكمل شرط الزكاة عند القابض له وهو الحول وهو احد قولي الشافعي وبه قال الليث او هو قياس قوله وقوم قالوا اذا قبضه زكاه لما مضى من السنين وقال مالك يزكيه لحول واحد وان اقام عند المديان سنين اذا كان اصله عن عوض وأما اذا كان عن غير عوض مثل الميراث فانه يستقبل به الحول وفي المذهب تفصيل في ذلك * ومن هذا الباب اختلافهم في زكاة الثمار المجبة الاصول وفي زكاة الارض المستاجرة على من تجب زكاة مايخرج منها هل على صاحب الارض اوصاحب الزرع ومن ذلك اختلافهم في ارض الخراج اذا انتقلت من اهل الخراج الى المسلمين وهم اهل العشر وفي ارض العشر وهي ارض المسلمين اذا انتقلت الى الخراج أعني اهل الذمة وذلك انه يشبه ان يكون سبب الخلاف في هذا كله أنها املاك ناقصة

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾

وهي زكاة الثمار المجبة الاصول فان مالكا والشافعي كانا يوجبان فيها الزكاة وكان مكحول وطاوس يقولان لازكاة فيها وفرق قوم بين ان تكون مجبة على المساكين وبين ان تكون على قوم باعيانهم فاوجبوا فيها الصدقة اذا كانت على قوم باعيانهم ولم يوجبوا فيها الصدقة اذا كانت على المساكين ولامعنى لمن اوجبها على المساكين لانه يجتمع في ذلك شيئان اثنان أحدهما انها ملك ناقص والثانية انها على قوم غير معينين من الصنف الذين تصرف اليهم الصدقة لامن الذين تجب عليهم

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾

وهي الارض المستاجرة على من تجب زكاة ماتخرجه فان قوماً قالوا الزكاة على صاحب الزرع وبه قال مالك والشافعي والثوري وابن المبارك وأبو نور وجماعة

وقال

وقال ابو حنيفة وأصحابه الزكاة على رب الارض وليس على المستاجر منه شئ * والسبب فى اختلافهم هل العشر حق الارض اوحق الزرع اوحق مجموعهما الاانه لم يقل احد انه حق لمجموعهما وهو فى الحقيقة حق مجموعهما فلما كان عندهم انه حق لاحد الامرين اختلفوا فى ايهما هو اولى ان ينسب الى الموضع الذى فيه الانفاق وهو كون الزرع والارض لمالك واحد فذهب الجمهور الى انه الشئ الذى تجب فيه الزكاة وهو الحب وذهب أبو حنيفة الى انه للشئ الذى هو اصل الوجوب وهو الارض وأما اختلافهم فى ارض الخراج اذا انتقلت الى المسلمين هل فيها عشر مع الخراج أم ليس فيها عشر فان الجمهور على أن فيها العشر أعنى الزكاة وقال ابو حنيفة وأصحابه ليس فيها عشر * وسبب اختلافهم كما قلنا هل الزكاة حق الارض اوحق الحب فان قلنا انه حق الارض لم يجتمع فيها حقان وهما العشر والخراج وان قلنا الزكاة حق الحب كان الخراج حق الارض والزكاة حق الحب وانما يجيء هذا الخلاف فيها لانها ملك ناقص كما قلنا ولذلك اختلف العلماء فى جواز بيع ارض الخراج وأما اذا انتقلت ارض العشر الى الذمى يزرعها فان الجمهور على انه ليس فيها شئ وقال النعمان اذا اشترى الذمى ارض عشر تحولت ارض خراج فكانه رآى أن العشر هو حق ارض المسلمين والخراج هو حق ارض الذميين لكن كان يجب على هذا الاصل اذا انتقلت ارض الخراج الى المسلمين ان تعود ارض عشر كما أن عنده اذا انتقلت ارض العشر الى الذمي عادت ارض خراج ويتعلق بالمالك مسائل اليق المواضع بذكرها هو هذا الباب ، أحدها اذا اخرج المر الزكاة فضاعت ، والثانية اذا امكن اخراجها فهلك بعض المال قبل الاخراج ، والثالثة اذا مات وعليه زكاة ، والرابعة اذا باع الزرع اوالثمر وقد وجبت فيه الزكاة على من الزكاة وكذلك اذا وهبه

﴿ فاما المسئلة الاولى ﴾

وهي إذا اخرج الزكاة فضاعت فان قوماً قالوا تجزى عنه وقوم قالوا هو لها ضامن حتى يضعها ، وضعها وقوم فرقوا بين ان يخرجها بعد ان امكنه اخراجها وبين ان يخرجها اول زمان الوجوب والامكان فقال بعضهم ان اخرجها بعد ايام من الامكان والوجوب ضمن وان اخرجها فى اول الوجوب ولم يقع منه تفريط لم يضمن وهو مشهور مذهب مالك وقوم قالوا ان فرط ضمن وان لم يفرط زكى ما بقى وبه قال ابو ثور والشافعى وقال قوم بل يعد الذاهب من الجميع ويبقى المساكين ورب المال شريكين فى الباقى بقدر حظهما من حظ رب المال مثل الشريكين يذهب بعض المال المشترك بينهما ويبقيان شريكين على تلك النسبة فى الباقى فيتحصل فى المسئلة خمسة اقوال . قول انه لا يضمن باطلاق . وقول انه يضمن باطلاق . وقول ان فرط ضمن وان لم يفرط لم يضمن ، وقول ان فرط ضمن وان لم يفرط زكى ما بقي . والقول الخامس يكونان شريكين فى الباقي

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ اذا ذهب بعض المال بعد الوجوب وقبل تمكن اخراج الزكاة فقوم قالوا يزكي ما بقي وقوم قالوا حال المساكين وحال رب المال حال الشريكين يضيع بعض مالهما * والسبب فى اختلافهم تشبيه الزكاة بالدين أعنى ان يتعلق الحق فيها بالذمة لا بعين المال او تشبيهها بالحقوق التى تتعلق بعين المال لا بذمة الذى يده على المال كالامناء وغيرهم فمن شبه مالكى الزكاة بالامناء قال اذا اخرج فهلك المخرج فلا شئ عليه ومن شبههم بالغرماء قال يضمنون ومن فرق بين التفريط اولا تفريط الحقهم بالامناء من جميع الوجوه اذ كان الامين يضمن اذا فرط وأما من قال اذا لم يفرط زكى ما بقى فانه شبه من هلك بعض ماله بعد الاخراج بمن ذهب بعض ماله قبل وجوب الزكاة فيه كما انه اذا وجبت الزكاة عليه فانما يزكى الموجود فقط كذلك هذا انما يزكى الموجود من ماله فقط * وسبب الاختلاف هو تردد شبه المالك بين الغريم والامين والشريك ومن هلك بعض ماله

قبل الوجوب وأما اذا وجبت الزكاة وتمكن الاخراج فلم يخرج حتى ذهب بعض المال فانهم متفقون فيما احسب انه ضامن الافي الماشية عند من رآ أن وجوبها انما يتم بشرط خروج الساعي مع الحول وهو مذهب مالك

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهي إذا مات بعد وجوب الزكاة عليه فان قوماً قالوا يخرج من رأس ماله وبه قال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وقوم قالوا إن اوصى بها اخرجت عنه من الثلث والا فلا شئ عليه ومن هؤلاء من قال يبدأ بها ان ضاق الثلث ومنهم من قال لا يبدأ بها وعن مالك القولان جميعاً ولكن المشهور انها بمنزلة الوصية وأما اختلافهم في المال يباع بعد وجوب الصدقة فيه فان قوماً قالوا ياخذ المصدق الزكاة من المال نفسه ويرجع المشتري بقيمته على البائع وبه قال ابو ثور وقال قوم البيع مفسوخ وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة المشتري بالخيار بين انفاذ البيع ورده والعشر ماخوذ من الثمرة او من الحب الذي وجبت فيه الزكاة وقال مالك الزكاة على البائع * وسبب اختلافهم تشبيه بيع مال الزكاة بتفويته واتلاف عينه فمن شبهه بذلك قال الزكاة مترتبة في ذمة المتلف والمفوت ومن قال البيع ليس باتلاف لعين المال ولا تفويت له وانما هو بمنزلة من باع ماليس له قال الزكاة في عين المال ثم هل البيع مفسوخ او غير مفسوخ نظر آخر يذكر في باب البيوع ان شاء الله تعالى * ومن هذا النوع هو اختلافهم في زكاة المال الموهوب وفي بعض هذه المسائل التي ذكرنا تفصيل في المذهب لم نر ان نتعرض له اذ كان ذلك غير موافق لغرضنا مع انه يعسر فيها اعطاء اسباب تلك الفروق لانها اكثرها استحسانية مثل تفصيلهم الديون التي تزكى من التي لا تزكى والديون المسقطة للزكاة من التي لا تسقطها فهذا ما رأينا ان نذكر في هذه الجملة وهي معرفة من تجب عليه الزكاة وشروط الملك التي تجب به وأحكام من تجب عليه ومقدبق من احكامه حكم مشهور وهو ماذا حكم من منع الزكاة ولم يجحد وجوبها فذهب ابو بكر رضي الله عنه الى أن حكمه حكم المرتد وبذلك حكم في مانعي الزكاة من العرب وذلك انه قاتلهم وسبا ذريتهم وخالفه في ذلك عمر رضي الله عنه واطلق من كان استرق منهم وبقول عمر قال الجمهور وذهبت طائفة الى تكفير من منع فريضة من الفرائض وان لم يجحد وجوبها * وسبب اختلافهم هل اسم الايمان الذي هو ضد الكفر ينطلق على الاعتقاد دون العمل فقط او من شرطه وجود العمل معه فمنهم من رآ أن من شرطه وجود العمل معه ومنهم من لم يشترط ذلك حتى لو لم يلفظ بالشهادة اذا صدق بها فحكمه حكم المومن عند الله والجمهور وهم اهل السنة على انه ليس يشترط فيه أعني في اعتقاد الايمان الذي ضده الكفر من الاعمال الا التلفظ بالشهادة فقط لقوله صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله إلا الله ويومنوا بي فاشترط مع العلم القول وهو عمل من الاعمال فمن شبه سائر الافعال الواجبة بالقول قال جميع الاعمال المفروضة شرط في العلم الذي هو الايمان ومن شبه القول بسائر الاعمال التي اتفق الجمهور على انها ليست شرطاً في العلم الذي هو الايمان قال التصديق فقط هو شرط الايمان وبه يكون حكمه عند الله تعالى حكم المومن والقولان شاذان واستثناء التلفظ بالشهادتين من سائر الاعمال هو الذي عليه الجمهور

﴿ الجملة الثانية ﴾

وأما ما تجب فيه الزكاة من الاموال فانهم اتفقوا منها على اشياء واختلفوا في اشياء أما ما اتفقوا عليه فصنفان من المعدن الذهب والفضة اللتين ليستا بحلي وثلاثة اصناف من الحيوان الابل والبقر والغنم وصنفان من الحبوب الحنطة والشعير وصنفان من الثمر التمر والزبيب وفي الزيت خلاف شاذ . واختلفوا اما من الذهب ففي الحلي فقط وذلك انه ذهب فقهاء الحجاز مالك والليث والشافعي الى انه لا زكاة فيه اذا اريد للزينة واللباس وقال

ابو حنيفة وأصحابه فيه الزكاة * والسبب في اختلافهم تردد شبهه بين العروض وبين التبر والفضة اللتين المقصود منهما المعاملة في جميع الاشياء فمن شبهه بالعروض التي المقصود منها الشافع اولا قال ليس فيه زكاة ومن شبهه بالتبر والفضة التي المقصود منها المعاملة بها اولا قال فيه الزكاة ولاختلافهم أيضاً سبب آخر وهو اختلاف الآثار في ذلك وذلك في انه روى جابر عن النبي عليه السلام انه قال ليس في الحلي زكاة وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان امرأة اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعها ابنة لها وفي يد ابنتها مسكتان من ذهب فقال لها اتودين زكاة هذا قالت لا قال ايسرك ان يسورك الله بهما يوم القيامة سوارين من نار فخلعتهما والقتهما الى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت هما لله ولرسوله والاثران ضعيفان وبخاصة حديث جابر ولكون السبب الا مالك لاختلافهم تردد الحلي المتخذ للباس بين التبر والفضة اللذين المقصود منها اولا المعاملة لا الانتفاع وبين العروض التي المقصود منها بالوضع الاول خلاف المقصود من التبر والفضة اعني الانتفاع بها لا المعاملة واعني بالمعاملة كونها ثمناً واختلف قول مالك في الحلي المتخذ للكراء فمرة شبهه بالحلي المتخذ للباس ومرة شبهه بالتبر المتخذ للمعاملة * واما ما اختلفوا فيه من الحيوان فمنه ما اختلفوا في نوعه ومنه ما اختلفوا في صنفه اما ما اختلفوا في نوعه فالخيل وذلك ان الجمهور على ان لا زكاة في الخيل فذهب أبو حنيفة الى انها اذا كانت سائمة وقصد بها النسل ان فيها الزكاة أعني اذا كانت ذكراناً واناثاً * والسبب في اختلافهم معارضة القياس للفظ ومايظن من معارضة اللفظ للفظ فيها اما اللفظ الذي يقتضي الزكاة فيها فقوله عليه السلام ليس على المسلم في عبده ولا فرسه صدقة واما القياس الذي عارض هذا العموم فهو ان الخيل السائمة حيوان مقصود بها النماء والنسل فاشبه الابل والبقر واما اللفظ الذي يظن انه معارض لذلك العموم فهو قوله عليه السلام وقد ذكر الخيل ولم ينس حق الله في رقابها ولا ظهورها فذهب ابو حنيفة الى ان حق الله هو الزكاة وذلك في السائمة منها قال القاضي وان يكون هذا اللفظ مجملا احرى منه ان يكون عاماً فيحتج به في الزكاة وخالف اباحنيفة في هذه المسئلة صاحباه ابو يوسف ومحمد وصح عن عمر رضي الله عنه انه قال كان ياخذ منها الصدقة فقيل انه كان باختيار منهم * واما اختلافهم في صنفه فهي السائمة من الابل والبقر والغنم من غير السائمة منها فان قوما اوجبوا الزكاة في هذه الاصناف الثلاثة سائمة كانت او غير سائمة وبه قال الليث ومالك وقال سائر فقهاء الامصار لا زكاة في غير السائمة من هذه الثلاثة الانواع * وسبب اختلافهم معارضة المطلق للمقيد ومعارضة القياس لعموم اللفظ اما المطلق فقوله عليه السلام في أربعين شاة شاة واما المقيد فقوله عليه السلام في سائمة الغنم الزكاة فمن غلب المطلق على المقيد قال الزكاة في السائمة وغير السائمة ومن غلب المقيد قال الزكاة في السائمة منها فقط ويشبه ان يقال ان من سبب الخلاف في ذلك أيضاً معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك ان دليل الخطاب في قوله عليه السلام في سائمة الغنم الزكاة يقتضي الزكاة في غير السائمة وعموم قوله عليه السلام في اربعين شاة شاة يقتضي ان السائمة في هذا بمنزلة غير السائمة لكن العموم اقوى من دليل الخطاب كما ان تغليب المقيد على المطلق اشهر من تغليب المطلق على المقيد وذهب ابو محمد بن حزم الى ان المطلق يقضى على المقيد وان في الغنم سائمة وغير سائمة الزكاة وكذلك في الابل لقوله عليه السلام ليس فيما دون خمس ذود من الابل صدقة وان البقر لما لم يثبت فيها اثر وجب ان تمسك فيها بالاجماع وهو ان الزكاة في السائمة منها فقط فتكون التفرقة بين البقر وغيرها قول ثالث واما القياس المعارض لعموم قوله عليه السلام فيها في اربعين شاة شاة فهو ان السائمة هي التي المقصود منها النماء والربح وهو الموجود فيها أكثر

ذلك والزكاة انما هي فضلة الاموال والفضلة انما توجد أكثر ذلك في الاموال السائمة ولذلك اشترط فيها الحول فمن خصص بهذا القياس ذلك العموم لم يوجب الزكاة في غير السائمة ومن لم يخصص ذلك ورأى ان العموم أقوى اوجب ذلك في الصنفين جميعاً فهذا هو ما اختلفوا فيه من الحيوان التي تجب فيه الزكاة واجمعوا على انه ليس فيما يخرج من الحيوان زكاة الا العسل فانهم اختلفوا فيه فالجمهور على انه لازكاة فيه وقال قوم فيه الزكاة • وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح الاثر الوارد في ذلك وهو قوله عليه السلام في كل عشرة ازق زق خرجه الترمذي وغيره واما ما اختلفوا فيه من النبات بعد اتفاقهم على الاصناف الاربعة التي ذكرناها فهو جنس النبات الذي تجب فيها الزكاة فمنهم من لم ير الزكاة الا في تلك الاربع فقط وبه قال ابن ابي ليلى وسفيان الثوري وابن المبارك ومنهم من قال الزكاة في جميع المدخر المقتات من النبات وهو قول مالك والشافعي ومنهم من قال الزكاة في كل ما تخرجه الارض ما عدى الحشيش والحطب والقصب وهو ابو حنيفة • وسبب الخلاف اما بين من قصر الزكاة على الاصناف المجمع عليها وبين من عداها الى المدخر المقتات فهو اختلافهم في تعلق الزكاة بهذه الاصناف الاربعة هل هو لعينها اولعلة فيها وهي الاقتيات فمن قال لعينها قصر الوجوب عليها ومن قال لعلة الاقتيات عدى الوجوب لجميع المقتات • وسبب الخلاف بين من قصر الوجوب على المقتات وبين من عداه الى جميع ما تخرجه الارض الا ما وقع عليه الاجماع من الحشيش والحطب والقصب هو معارضة القياس لعموم اللفظ اما اللفظ الذي يقتضي العموم فهو قوله عليه السلام فيما سقت السماء العشر وفيما سقي بالنضح نصف العشر وما بمعنى الذي والذي من الفاظ العموم وقوله تعالى وهو الذي انشأ جنات معروشات الآية الى قوله وآتوا حقه يوم حصاده وأما القياس فهو ان الزكاة انما المقصود منها سد الخلة وذلك لا يكون غالباً الا فيما هو قوت فمن خصص العموم بهذا القياس اسقط الزكاة مما عدى المقتات ومن غلب العموم اوجبها فيما عدى ذلك الا ما اخرجه الاجماع والذين اتفقوا على المقتات اختلفوا في اشياء من قبل اختلافهم فيها هل هي مقتاتة ام ليست بمقتاتة وهل يقاس على ما اتفق عليه اوليس يقاس مثل اختلاف مالك والشافعي في الزيتون فان مالكا ذهب الى وجوب الزكاة فيه ومنع ذلك الشافعي في قوله الاخير بمصر • وسبب اختلافهم هل هو قوت ام ليس بقوت ومن هذا الباب اختلاف أصحاب مالك في ايجاب الزكاة في التين اولا ايجابها وذهب بعضهم الى ان الزكاة تجب في الثمار دون الحضر وهو قول ابن حبيب لقوله سبحانه وهو الذي أنشأ جنات معروشات وغير معروشات الآية ومن فرق في الآية بين الثمار والزيتون فلا وجه لقوله الا وجه ضعيف واتفقوا على الا زكاة في العروض التي لم يقصد بها التجارة واختلفوا في ايجاب الزكاة فيما اتخذ منها للتجارة فذهب فقهاء الامصار الى وجوب ذلك ومنع ذلك أهل الظاهر • والسبب في اختلافهم اختلافهم في وجوب الزكاة بالقياس واختلافهم في تصحيح حديث سمرة بن جندب انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا ان نخرج الزكاة مما نعده للبيع وفيما روى عنه عليه السلام انه قال ادّ زكاة البر واما القياس الذي اعتمده الجمهور فهو ان العروض المتخذة للتجارة مال مقصود به التنمية فاشبه الاجناس الثلاثة التي فيها الزكاة باتفاق اعني الحرث والماشية والذهب والفضة وزعم الطحاوي ان زكاة العروض ثابتة عن عمر وابن عمر ولا مخالف لهم من الصحابة وبعضهم يرى ان مثل هذا هو اجماع من الصحابة أعني اذا نقل عن واحد منهم قول ولم ينقل عن غيره خلافه وفيه ضعف

﴿الجملة الثالثة﴾

واما معرفة النصاب في واحد واحد من هذه الاموال المزكاة وهو المقدار الذي فيه تجب الزكاة فيما له منها نصاب ومعرفة الواجب من ذلك أعني في

عينه

عينه وقدره فانا نذكر من ذلك ما اتفقوا عليه واختلفوا فيه في جنس جنس من هذه الاجناس المتفق عليها والمختلف فيها عند الذين اتفقوا عليه ونجعل الكلام في ذلك في فصول . الفصل الاول في الذهب والفضة . الثاني في الابل . الثالث في الغنم . الرابع في البقر . الخامس في النبات . السادس في العروض

﴿الفصل الاول﴾

اما المقدار الذي يجب فيه الزكاة من الفضة فانهم اتفقوا على انه خمس اواق لقوله عليه السلام الثابت ليس فيما دون خمس اواق من الورق صدقة ماعدي المعدن من الفضة فانهم اختلفوا في اشتراط النصاب منه وفي المقدار الواجب فيه والاوقية عندهم أربعون درهما كيلا واما القدر الواجب فيه فانهم اتفقوا على ان الواجب في ذلك هو ربع العشر أعني في الفضة والذهب معا اذا لم يكونا خرجا من معدن واختلفوا من هذا الباب في مواضع خمسة أحدها في نصاب الذهب والثاني هل فيهما اوقاص ام لا أعني هل فوق النصاب قدر لا تزيد الزكاة بزيادته والثالث هل يضم بعضها الى بعض في الزكاة فيعدان كصنف واحد أعني عند اقامة النصاب أم هما صنفان مختلفان والرابع هل من شرط النصاب ان يكون له واحداً لاثنين الخامس في اعتبار نصاب المعدن وحوله وقدر الواجب فيه

﴿أما المسئلة الاولى﴾ وهي اختلافهم في نصاب الذهب فان أكثر العلماء على ان الزكاة تجب في عشرين ديناراً وزنا كما تجب في مائتي درهم هذا مذهب مالك والشافعي وأبي حنيفة وأصحابهم وأحمد وجماعة فقهاء الامصار وقالت طائفة منهم الحسن بن ابي الحسن البصري وأكثر أصحاب داود بن علي ليس في الذهب شيء حتى يبلغ أربعين ديناراً ففيها ربع عشرها دينار واحد وقالت طائفة ثالثة ليس في الذهب زكاة حتى يبلغ صرفها مائتي درهم أو قيمتها فاذا بلغت ففيها ربع عشرها كان وزن ذلك من الذهب عشرين ديناراً أو أقل أو أكثر هذا فيما كان منها دون الاربعين ديناراً فاذا بلغت أربعين ديناراً كان الاعتبار بها نفسها لا بالدراهم لا صرفا ولا قيمة * وسبب اختلافهم في نصاب الذهب انه لم يثبت في ذلك شيء عن النبي صلى الله عليه وسلم كما ثبت ذلك في نصاب الفضة وما روى الحسن بن عمارة من حديث علي انه عليه السلام قال هاتوا زكاة الذهب من كل عشرين ديناراً نصف دينار فليس عند الاكثر مما يجب العمل به لانفراد الحسن بن عمارة به فمن لم يصح عنده هذا الحديث اعتمد في ذلك على الاجماع وهو اتفاقهم على وجوبها في الاربعين واما مالك فاعتمد في ذلك على العمل ولذلك قال في الموطا السنة التي لا اختلاف فيها عندنا ان الزكاة تجب في عشرين ديناراً كما تجب في مائتي درهم واما الذين جعلوا الزكاة فيما دون الاربعين تبعاً للدراهم فانهما كان عندهم من جنس واحد جعلوا الفضة هي الاصل اذ كان النص قد ثبت فيها وجعلوا الذهب تابعاً لها في القيمة لا في الوزن وذلك فيما دون موضع الاجماع ولما قيل أيضاً ان الرقة اسم يتناول الذهب والفضة وجاء في بعض الآثار ليس فيما دون خمس اواق من الرقة صدقة

﴿المسئلة الثانية﴾ واما اختلافهم فيما زاد على النصاب فيها فان الجمهور قالوا ان ما زاد على مائتي درهم من الوزن ففيه بحساب ذلك أعني ربع العشر وممن قال بهذا القول مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة وأحمد بن حنبل وجماعة وقالت طائفة من أهل العلم أكثرهم أهل العراق لا شيء فيما زاد على المائتي درهم حتى تبلغ الزيادة أربعين درهما فاذا بلغتها كان فيها ربع عشرها وذلك درهم وبهذا القول قال أبو حنيفة وزفر وطائفة من أصحابهما * وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث الحسن بن عمارة ومعارضة دليل الخطاب له وتردده بين اصلين في هذا الباب مختلفين في هذا الحكم وهي الماشية والحبوب اما حديث الحسن بن عمارة فانه رواه عن أبي اسحاق عن عاصم بن ضمرة عن علي عن النبي الله صلى الله

عليه وسلم قال قد عفوت عن صدقة الخيل والرقيق فهاتوا من الرقة ربع العشر من كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين ديناراً نصف دينار وليس في مائتي درهم شئ حتى يحول عليها الحول ففيها خمسة دراهم فازاد ففي كل أربعين درهما درهم وفي كل أربعة دنانير تزيد على العشرين ديناراً درهم حتى تبلغ أربعين ديناراً ففي كل اربعين دينار وفي كل اربعة وعشرين نصف دينار ودرهم واما دليل الخطاب المعارض لقوله عليه السلام ليس فيما دون خمس اواق من الورق صدقة ومفهومه ان فيما زاد على ذلك الصدقة قل او كثر واما ترددها بين الاصلين اللذين هما الماشية والحبوب فان النص على الاوقاص ورد في الماشية واجمعوا على انه لا اوقاص في الحبوب فمن شبه الفضة والذهب بالماشية قال فيهما الاوقاص ومن شبههما بالحبوب قال لا وقص

﴿واما المسئلة الثالثة﴾ وهي ضم الذهب الى الفضة في الزكاة فان عند مالك وابي حنيفة وجماعة انها تضم الدراهم الى الدنانير فاذا كمل من مجموعهما نصاب وجبت فيه الزكاة وقال الشافعي وابو ثور وداود لا يضم ذهب الي فضة ولا فضة الى ذهب * وسبب اختلافهم هل كل واحد منهما يجب فيه الزكاة لعينه او لسبب يعمهما وهو كونهما كما يقول الفقهاء رؤوس الاموال وقيم المتلفات فمن رآ ان المعتبر في كل واحد منهما هو عينه ولذلك اختلف النصاب فيهما قال هما جنسان لا يضم احدهما الى الثاني كالحال في البقر والغنم ومن رآ ان المعتبر فيهما هو ذلك الامر الجامع الذي قلناه اوجب ضم بعضهما الي بعض ويشبه ان يكون الاظهر اختلاف الاحكام حيث تختلف الاسماء وتختلف الموجودات انفسها وان كان قد يوهم ان ايجادها اتفاق المنافع وهو الذي اعتمده مالك رحمه الله في هذا الباب وفي باب الربا والذين اجازوا ضمهما اختلفوا في صفة الضم فرآ مالك ضمهما بصرف محدود وذلك بان ينزل الدينار بعشرة دراهم على ما كانت عليه قديما فمن كانت عنده عشرة دنانير ومائة درهم وجبت عليه فيهما الزكاة عنده وجاز ان يخرج من الواحد عن الاخر وقال من هؤلاء آخرون تضم بالقيمة في وقت الزكاة فمن كانت عنده مثلا مائة درهم وتسعة مثاقيل فيها مائة درهم وجبت عليه فيهما الزكاة او من كانت عنده مائة درهم تساوي احد عشر مثقالا وتسعة مثاقيل وجبت عليه ايضاً فيهما الزكاة وممن قال بهذا القول ابو حنيفة وبمثل هذا القول قال الثوري الا انه يراعي الاحوط للمساكين في الضم اعني القيمة او الصرف المحدود ومنهم من قال يضم الاقل منهما الى الاكثر ولا يضم الاكثر الى الاقل وقال آخرون تضم الدنانير بقيمتها ابدا كانت الدنانير اقل من الدراهم او اكثر ولا تضم الدراهم الى الدنانير لان الدراهم اصل والدنانير فرع اذ كان لم يثبت في الدنانير حديث ولا اجماع حتى تبلغ اربعين وقال بعضهم اذا كان عنده نصاب من احدهما ضم اليه قليل الآخر وكثيره ولم ير الضم في تكميل النصاب اذا لم يكن في واحد منهما نصاب بل في مجموعهما * وسبب هذا الارتباك ما راموه من ان يجعلوا من شيئين نصابهما مختلف في الوزن نصابا واحداً وهذا كله لا معنى له ولعل من رام ضم احدهما الى الآخر فقد احدث حكماً في الشرع حيث لا حكم لانه قد قال بنصاب ليس هو بنصاب ذهب ولا فضة ويستحيل في عادة التكليف والامر بالبيان ان يكون في امثال هذه الاشياء المحتملة حكم مخصوص فيسكت عنه الشارع حتى يكون سكوته سبباً لان يعرض فيه من الاختلاف ما مقداره هذا المقدار والشارع انما بعث صلى الله عليه وسلم لرفع الاختلاف

﴿واما المسئلة الرابعة﴾ فان عند مالك وابي حنيفة ان الشريكين ليس يجب على احدهما زكاة حتى يكون لكل واحد منهما نصاب وعند الشافعي ان المال المشترك حكمه حكم مال رجل واحد * وسبب اختلافهم الاجمال الذي في قوله عليه السلام ليس فيما دون خمس اواق من

الورق صدقة فان هذا القدر يمكن ان يفهم منه انه انما يخصه هذا الحكم اذا كان لمالك وحده فقط ويمكن ان يفهم منه انه يخصه هذا الحكم كان لمالك واحد او أكثر من مالك واحد إلا أنه لما كان مفهوم اشتراط النصاب إنما هو الرفق فواجب ان يكون النصاب من شرطه ان يكون لمالك واحد وهو الاظهر والله أعلم والشافعي كانه شبه الشركة بالخلطة ولكن تاثير الخلطة في الزكاة غير متفق عليه على ما سياتي بعد ﴿وأما المسئلة الخامسة﴾ وهي اختلافهم في اعتبار النصاب في المعدن وقدر الواجب فيه فان مالكا والشافعي راعيا النصاب في المعدن وإنما الخلاف بينهما ان مالكا لم يشترط الحول واشترطه الشافعي على ما سنقول بعد في الجملة الرابعة وكذلك لم يختلف قولهما ان الواجب فيما يخرج منه هو ربع العشر واما أبو حنيفة فلم ير فيه نصابا ولا حولا وقال الواجب هو الخمس * وسبب الخلاف في ذلك هل اسم الركاز يتناول المعدن أم لا يتناوله لانه قال عليه السلام وفي الركاز الخمس وروى اشهب عن مالك ان المعدن الذي يوجد بغير عمل انه ركاز وفيه الخمس * فسبب اختلافهم في هذا هو اختلافهم في دلالة اللفظ وهو أحد أسباب الاختلافات العامة التي ذكرناها ﴿الفصل الثاني في نصاب الابل والواجب فيه﴾ وأجمع المسلمون على ان في كل خمس من الابل شاة الى أربع وعشرين فاذا كانت خمساً وعشرين ففيها ابنة مخاض إلى خمس وثلاثين فان لم تكن ابنة مخاض فابن لبون ذكر فاذا كانت ستاً وثلاثين ففيها بنت لبون الى خمس وأربعين فاذا كانت ستاً وأربعين ففيها حقة إلى ستين فاذا كانت واحداً وستين ففيها جذعة إلى خمس وسبعين فاذا كانت ستاً وسبعين ففيها ابنتا لبون إلى تسعين فاذا كانت واحداً وتسعين ففيها حقتان إلى عشرين ومائة ثبوت هذا كله في كتاب الصدقة الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمل به بعده أبو بكر وعمر واختلفوا منها في مواضع منها في زاد على العشرين والمائة ومنها إذا عدم السن الواجبة عليه ووجد السن الذي فوقه أو الذي تحته ما حكمه ومنها هل تجب الزكاة في صغار الابل وإن وجبت فما الواجب ﴿فاما المسئلة الاولى﴾ وهي اختلافهم فيما زاد على المائة وعشرين فان مالكا قال إذا زادت على عشرين ومائة واحدة فالمصدق بالخيار إن شاء أخذ ثلاث بنات لبون وان شاء أخذ حقتين إلى أن تبلغ ثلاثين ومائة فيكون فيها حقة وابنتا لبون وقال ابن القاسم من اصحابه بل يأخذ ثلاث بنات لبون من غير خيار الى ان تبلغ ثمانين ومائة فتكون فيها حقة وابنتا لبون وبهذا القول قال الشافعي وقال عبد المالك بن الماجشون من أصحاب مالك بل يأخذ الساعي حقتين فقط من غير خيار إلى أن يبلغ مائة وثلاثين وقال الكوفيون أبو حنيفة وأصحابه والثوري إذا زادت على عشرين ومائة عادت الفريضة على أولها ومعنى عودها ان يكون عندهم في كل خمس ذود شاة فاذا كانت الابل مائة وخمسة وعشرين كان فيها حقتان وشاة الحقتان للمائة والعشرين والشاة للخمس فاذا بلغت ثلاثين ومائة ففيها حقتان وشاتان فاذا كانت خمساً وثلاثين ففيها حقتان وثلاث شياة إلى أربعين ومائة ففيها حقتان وأربع شياة إلى خمس وأربعين ومائة فاذا بلغتها ففيها حقتان وابنة مخاض الحقتان للمائة والعشرين وابنة المخاض للخمس وعشرين كما كانت في الفرض الاول إلى خمسين ومائة فاذا بلغتها ففيها ثلاث حقاق فاذا زادت على الخمسين ومائة استقبل بها الفريضة الاولى إلى أن يبلغ مائتين فيكون فيها أربع حقاق ثم يستقبل بها الفريضة وأما ما عدى الكوفيين من الفقهاء فانهم اتفقوا على أن ما زاد على المائة والثلاثين ففي كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة * وسبب اختلافهم في عودة الفرض اولا عودته اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه ثبت في كتاب الصدقة أنه قال عليه السلام فما زاد

على العشرين ومائة ففي كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة وروى من طريق أبي بكر بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده عن النبي عليه السلام انه كتب كتاب الصدقة وفيه إذا زادت الابل على مائة وعشرين استوفت الفريضة فذهب الجمهور إلى ترجيح الحديث الاول إذ هو ثابت وذهب الكوفيون إلى ترجيح حديث عمرو بن حزم لانه ثبت عندهم هذا من قول علي وابن مسعود قالوا ولا يصح ان يكون مثل هذا إلا توقيفاً إذ كان مثل هذا لا يقال بالقياس *وأما سبب اختلاف مالك وأصحابه والشافعي فيما زاد على المائة وعشرين إلى الثلاثين فلانهم يستقيم لهم حساب الاربعينيات ولا الخمسينيات فمن رأى انما بين المائة وعشرين إلى أن يستقيم الحساب وقص قال ليس فيما زاد على ظاهر الحديث الثابت شيء ظاهر حتى يبلغ مائة وثلاثين وهو ظاهر الحديث وأما الشافعي وابن القاسم فانما ذهبا الى أن فيها ثلاث بنات لبون لانه قد روى عن ابن شهاب في كتاب الصدقة أنها اذا بلغت احدى وعشرين ومائة ففيها ثلاث بنات لبون فاذا بلغت ثلاثين ومائة ففيها بنتا لبون وحقة *فسبب اختلاف ابن الماجشون وابن القاسم هو معارضة ظاهر الاثر الثابت للتفسير الذي في هذا الحديث فان الماجشون رجح ظاهر الاثر للاتفاق على ثبوته وابن القاسم والشافعي حملوا المفسر على المجمل وأما تخيير مالك الساعي فكانه جمع بين الاثرين والله أعلم ﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهو اذا عدم السن الواجب من الابل الواجبة وعنده السن الذي فوق هذا السن أو تحته فان مالكا قال يكلف شراء ذلك السن وقال قوم بل يعطي السن الذي عنده وزيادة عشرين درهما ان كان السن الذي عنده احط اوثانين وان كان اعلى دفع اليه المصدق عشرين درهما اوثانين وهذا ثابت في كتاب الصدقة فلا معنى للمنازعة فيه ولعل مالكا لم يبلغه هذا الحديث وبهذا الحديث قال الشافعي وأبو ثور وقال أبو حنيفة الواجب عليه القيمة على أصله في اخراج القيم في الزكاة وقال قوم بل يعطي السن الذي عنده وما بينهما من القيمة ﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهي هل تجب في صغار الابل ان وجبت فما ذا يكلف فان قوما قالوا تجب فيها الزكاة وقوم قالوا لا تجب *وسبب اختلافهم هل يتناول اسم الجنس الصغار أو لا يتناولها والذين قالوا لا تجب فيها زكاة هو أبو حنيفة وجماعة من أهل الكوفة وقد احتجوا بحديث سويد بن غفلة أنه قال أنا مصدق النبي عليه السلام فاتيته فجاست اليه فسمعته يقول ان في عهدي الا آخذ من راضع لبن ولا اجمع بين مفترق ولا افرق بين مجتمع قال وأتاه رجل بناقة كوماء قاني ان يأخذها والذين أوجبوا الزكاة فيها منهم من قال يكلف شراء السن الواجبة عليه ومنهم من قال يأخذ منها وهو الاقيس ونحو هذا الاختلاف اختلفوا في صغار البقر وسخال الغنم ﴿الفصل الثالث في نصاب البقر وقدر الواجب في ذلك﴾ جمهور العلماء على ان في ثلاثين من البقر تبيعاً وفي أربعين مسنة وقالت طائفة في كل عشر من البقر شاة الى ثلاثين ففيها تبيع وقيل اذا بلغت خمساً وعشرين ففيها بقرة الى خمس وسبعين ففيها بقرتان اذا جاوزت ذلك فاذا بلغت مائة وعشرين ففي كل أربعين بقرة وهذا عن سعيد ابن المسيب واختلف فقهاء الامصار فيما بين الاربعين والستين فذهب مالك والشافعي وأحمد والثوري وجماعة ان لا شيء فيما زاد على الاربعين حتى تبلغ ستين فاذا بلغت ستين ففيها تبيعان الى سبعين ففيها مسنة وتبيع الى ثمانين ففيها مسنتان الى تسعين ففيها ثلاثة تبيع الى مائة ففيها تبيعان ومسنة ثم هكذا ما زاد ففي كل ثلاثين تبيع وفي كل أربعين مسنة *وسبب اختلافهم في النصاب ان حديث معاذ غير

معاذ

معاذ هذا انه توقف في الاوقاص وقال حتى اسئل فيها النبي عليه السلام فلما قدم عليه وجده قد توفى صلى الله عليه وسلم فلم يرد في ذلك نص طلب حكمه من طريق القياس فمن قاسها على الابل والغنم لم ير في الاوقاص شيئاً ومن قال ان الاصل ان في الاوقاص الزكاة الا ما استثناه الدليل من ذلك وجب ان لا يكون عنده في البقر وقص اذ لا دليل هنالك من اجماع ولا غيره

﴿الفصل الرابع في نصاب الغنم وقدر الواجب من ذلك﴾

واجمعوا من هذا الباب على ان في سائمة الغنم اذا بلغت أربعين شاة شاة الى عشرين ومائة فاذا زادت على العشرين ومائة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت على المائتين فثلاث شياة الى ثلاثمائة فاذا زادت على الثلاث مائة ففي كل مائة شاة وذلك عند الجمهور الا الحسن بن صالح فانه قال اذا كانت الغنم ثلاثمائة شاة وشاة واحدة ان فيها أربع شياة واذا كانت أربع مائة شاة وشاة ففيها خمس شياة وروى قوله هذا عن منصور عن ابراهيم والآثار الثابتة المرفوعة في كتاب الصدقة على ما قال الجمهور واتفقوا على ان المعز تضم مع الغنم واختلفوا في أي صنف منها ياخذ المصدق فقال مالك ياخذ من الاكثر عدداً فان استوت خير الساعي وقال أبو حنيفة بل الساعي يخير اذا اختلفت الاصناف وقال الشافعي ياخذ الوسط من الاصناف المختلفة لقول عمر رضي الله عنه تعد عليهم بالسخلة يحملها الراعي ولا ياخذ الاكولة ولا الربي ولا الماخض ولا فحل الغنم وياخذ الجذعة والثنية وذلك عدل بين خيار المال ووسطه وكذلك اتفق جماعة فقهاء الامصار على انه لا يوخذ في الصدقة تيس ولا هرمة ولا ذات عور لثبوت ذلك في كتاب الصدقة الا ان يرى المصدق ان ذلك خير للمساكين واختلفوا في العميا وذات العلة هل تعد على صاحب المال ام لا فرأى مالك والشافعي ان تعد وروي عن أبي حنيفة انها لا تعد • وسبب اختلافهم هل مطلق الاسم يتناول الاصحاء والمرضى أم لا يتناولهما واختلفوا من هذا الباب في نسل الامهات هل تعد مع الامهات فيكمل النصاب بها اذا لم تبلغ نصابا فقال مالك يعد بها وقال الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور لا يعتد بالسخال الا أن تكون الامهات نصابا • وسبب اختلافهم احتمال قول عمر رضي الله عنه اذا مر ان تعد عليهم بالسخال ولا يوخذ منها شيء فان قوما فهموا من هذا اذا كانت الامهات نصابا وقوم فهموا هذا مطلقاً واحسب ان أهل الظاهر لا يوجبون في السخال شيئاً ولا يعدون بها لا كانت الامهات نصابا ولا لم تكن لان اسم الجنس لا ينطلق عليها عندهم وأكثر الفقهاء على ان للخلطة تاثيراً في قدر الواجب من الزكاة واختلف القائلون بذلك هل لها تاثير في قدر النصاب أم لا وأما أبو حنيفة وأصحابه فلم يروا للخلطة تاثيراً لا في قدر الواجب ولا في قدر النصاب وتفسير ذلك ان مالكا والشافعي وأكثر فقهاء الامصار اتفقوا على ان الخلطاء يزكون زكاة المالك الواحد واختلفوا من ذلك في موضعين أحدهما في نصاب الخلطاء هل يعد نصاب مالك واحد سواء كان لكل واحد منهم نصاب أو لم يكن أم انما يزكون زكاة الرجل الواحد اذا كان لكل واحد منهم نصاب والثاني في صفة الخلطة التي لها تاثير في ذلك واما اختلافهم أولا في هل للخلطة تاثير في النصاب وفي الواجب او ليس لها تاثير • فسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم ما ثبت في كتاب الصدقة من قوله عليه السلام لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة وما كان من خليطين فانهما يتراجعان بالسوية فان كل واحد من الفريقين أنزل مفهوم هذا الحديث على اعتقاده وذلك ان الذين رأوا للخلطة تاثيراً ما في النصاب والقدر الواجب أو في القدر الواجب فقط قالوا ان قوله عليه السلام وما كان من خلطين فانهما يتراجعان بالسوية وقوله لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع يدل دلالة واضحة ان ملك الخليطين كملك رجل واحد فان هذا الاثر مخصص لقوله عليه

السلام ليس فيادون خمس ذود من الابل صدقة أما فى الزكاة عند مالك وأصحابه أعني فى قدر الواجب وأما فى الزكاة والنصاب معاً عند الشافعى وأصحابه وأما الذين لم يقولوا بالخلطة فقالوا ان الشريكين قد يقال لهما خليطان ويحتمل ان يكون قوله عليه السلام لايجمع بين مفترق ولايفرق بين مجتمع انما هو نهى للساعاة ان يقسم ملك الرجل الواحد قسمة توجب عليه كثرة الصدقة مثل رجل يكون له مائة وعشرون شاة فيقسم عليه الى اربعين ثلاث مرات او يجمع ملك رجل واحد الى ملك رجل آخر حيث يوجب اجتماع كثرة الصدقة قالوا واذا كان هذا الاحتمال فى هذا الحديث وجب التخصص به الاصول الثابتة المجتمع عليها اعنى ان النصاب والحق الواجب فى الزكاة يعتبر بمالك الرجل الواحد واما الذين قالوا بالخلطة فقالوا ان لفظ الخلطة هو اظهر فى الخلطة نفسها منه فى الشركة واذا كان ذلك كذلك فقوله عليه السلام فيهما انهما يتراجعان بالسوية مما يدل على ان الحق الواجب عليهما حكمه حكم رجل واحد وان قوله عليه السلام انهما يتراجعان بالسوية يدل على ان الخليطين ليسا بشريكين لان الشريكين ليس يتصور بينهما تراجع اذ المأخوذ هو من مال الشركة فمن اقتصر على هذا المفهوم ولم يقس عليه النصاب قال الخليطان انما يزكيان زكاة الرجل الواحد اذا كان لكل واحد منهما نصاب ومن جعل حكم النصاب تابعاً لحكم الحق الواجب قال نصابهما نصاب الرجل الواحد كما ان زكاتهما زكاة الرجل الواحد وكل واحد من هؤلاء انزل قوله عليه السلام لايجمع بين مفترق ولايفرق بين مجتمع على ماذهب اليه فاما مالك رحمه الله فانه قال معنى قوله لا يفرق بين مجتمع ان لخليطين يكون لكل واحد منهما مائة شاة وشاة فتكون عليهما فيها ثلاث شياة فاذا افترقا كان على كل واحد منهما شاة ومعنى قوله ولايجمع بين مفترق ان يكون النفر الثلاث لكل واحد منهم اربعون شاة فاذا جمعوها كان عليهم شاة واحد فعلى مذهبه النهي انما هو متوجه نحو الخلطاء الذين لكل واحد منهم نصاب واما الشافعى فقال معنى قوله ولايفرق بين مجتمع ان يكون رجلان لهما اربعون شاة فاذا فرقا غنمهما لم يجب عليهما فيها زكاة اذ كان نصاب الخلطاء عنده نصاب ملك واحد فى الحكم واما القائلون بالخلطة فانهم اختلفوا فيما هى الخلطة المؤثرة فى الزكاة فاما الشافعى فقال ان من شرط الخلطة ان تختلط ماشيتهما وتراحا لواحد ومحابا لواحد وتسرحا لواحد وتسقيا معاً فهو لهما مخالطة ولا فرق عنده بالجملة بين الخلطة والشركة ولذلك لايعتبر كمال النصاب لكل واحد من الشريكين كما تقدم واما مالك فالخليطان عنده ما اشتركا فى الدلو والحوض والمراح والراعى والفحل واختلف اصحابه فى مراعاة بعض هذه الاوصاف اوجميعها

* وسبب اختلافهم اشتراط اسم الخلطة ولذلك لم يرقوم تأثير الخلطة فى الزكاة وهو مذهب ابى محمد بن حزم الاندلسى

﴿الفصل الخامس فى نصاب الحبوب والثمار والقدر الواجب فى ذلك﴾ واجمعوا على ان الواجب فى الحبوب اماما سقى بالسماء فالعشر واما ماسقى بالنضح فنصف العشر لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم واما النصاب فانهم اختلفوا فى وجوبه فى هذا الجنس من مال الزكاة فصار الجمهور الى ايجاب النصاب فيه وهو خمسة اوسق والوسق ستون صاعا باجماع والصاع اربعة امداد بمد النبى عليه السلام والجمهور على ان مده رطل وثلث وزيادة يسيرة بالبغدادى واليه رجع ابو يوسف حين ناظره مالك على مذهب اهل العراق لشهادة اهل المدينة بذلك وكان ابو حنيفة يقول فى المد انه رطلان وفى الصاع انه ثمانية ارطال وقال ابو حنيفة ليس فى الحبوب والثمار نصاب

* وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص أما العموم فقوله عليه السلام فيما سقت السماء العشر وفيما سقى بالنضح نصف العشر وأما الخصوص فقوله عليه السلام ليس فيادون خمسة اوسق صدقة والحديثان ثابتان فمن رأى ان

الخصوص

الخصوص بنى على العموم فال لابد من النصاب وهو المشهور ومن رآ أن العموم والخصوص متعارضان اذا جهل المتقدم فيهما والمتأخر اذ كان قد ينسخ بالخصوص العموم عنده وينسخ العموم بالخصوص اذ كل ماوجب العمل به جاز نسخه والنسخ قد يكون للبعض وقد يكون للكل ومن رجح العموم قال لانصاب ولكن حمل الجمهور عندى الخصوص على العموم هو من باب ترجيح الخصوص على العموم في الجزئي الذى تعارضا فيه فان العموم فيه ظاهر والخصوص فيه نص فتأمل هذا فانه السبب الذى صير الجمهور الى ان يقولوا بنى العام على الخاص وعلى الحقيقة فليس بنيانا فان التعارض بينهما موجود الا ان يكون الخصوص متصلا بالعموم فيكون استثناء واحتجاج ابى حنيفة فى النصاب بهذا العموم فيه ضعف فان الحديث انما خرج مخرج تبيين القدر الواجب منه واختلفوا من هذا الباب فى النصاب في ثلاث مسائل . المسئلة الاولى فى ضم الحبوب بعضها الى بعض فى النصاب . الثانية فى جواز تقدير النصاب فى العنب والتمر بالخرص . الثالثة هل يحسب على الرجل ما يأكله من ثمره وزرعه قبل الحصاد والجذاذ فى النصاب امر لا

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ فانهم أجمعوا على أن الصنف الواحد من الحبوب والثمر يجمع جيده الى رديه وتوخذ الزكاة عن جميعه بحسب قدر كل واحد منهما أعنى من الجيد والردى فان كان الثمر اصنافاً اخذ من وسطه واختلفوا فى ضم القطانى بعضها الى بعض وفى ضم الحنطة والشعير والسلت فقال مالك القطنية كلها صنف واحد والحنطة والشعير والسلت أيضاً وقال الشافعى وأبو حنيفة وأحمد وجماعة القطانى كلها اصناف كثيرة بحسب اسمائها ولا يضم منها شئ الى غيره فى حساب النصاب وكذلك الشعير والسلت والحنطة عندهم اصناف ثلاثة لا يضم واحد منها الى الاخر تكميل النصاب * وسبب الخلاف هل المراعاة فى الصنف الواحد هو اتفاق المنافع او اتفاق الاسماء فمن قال اتفاق الاسماء قال كلما اختلف اسماؤها فهى اصناف كثيرة ومن قال اتفاق المنافع قال كلما اتفقت منافعها فهى صنف واحد وان اختلفت اسماؤها فكل واحد منهما يروم ان يقرر قاعدته باستقراء الشرع أعنى أن أحدهما يحتج لمذهبه بالاشياء التى اعتبر الشرع فيها الاسماء والاخر بالاشياء التى اعتبر الشرع فيها المنافع ويشبه ان يكون شهادة الشرع للاسماء فى الزكاة اكثر من شهادته للمنافع وان كان كلا الاعتبارين موجود فى الشرع والله اعلم ﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهى تقدير النصاب بالخرص واعتباره بدون الكيل فان جمهور العلماء على اجازة الخرص فى النخيل والاعناب حين يبدو صلاحها الضرورة ان يخلى بينها وبين اهلها ياكلونها رطباً وقال داود لا خرص الا فى النخيل فقط وقال ابو حنيفة وصاحباه الخرص باطل وعلى رب المال ان يؤدى عشر ما تحصل بيده زاد على الخرص او نقص منه * والسبب فى اختلافهم فى جواز الخرص معارضة الاصول للاثر الوارد فى ذلك أما الاثر الوارد فى ذلك وهو الذي تمسك به الجمهور فهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يرسل عبد الله بن رواحة وغيره الى خيبر فيخرص عليهم النخل فاما الاصول التى تعارضه فلانه من باب المزابنة المنهى عنها وهو بيع الثمر فى رءوس النخل بالثمر كيلا ولانه ايضاً من باب بيع الرطب بالتمر نسيئة فيدخله المنع من التفاضل ومن النسيئة وكلاهما من اصول الربا فلما رآ الكوفيون هذا مع أن الخرص الذى كان يخرص على اهل خيبر لم يكن للزكاة اذ كانوا ليسوا باهل زكاة قالوا يحتمل ان يكون تخميناً ليعلم ما بايدي كل قوم من الثمار قال القاضى اما بحسب خبر مالك فالظاهر انه كان فى القسمة لما روى أن عبد الله بن رواحة كان اذا فرغ من الخرص قال ان شئتم فلكم وان شئتم فلى أعنى فى قسمة الثمار لا فى قسمة الحب واما بحسب حديث عائشة

الذى رواه ابوداود فانما الخرص لموضع النصيب الواجب عليهم فى ذلك والحديث هو انها قالت وهى تذكر شأن خيبر كان النبى صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة الى يهود خيبر فيخرص عليهم النخل حين يطيب قبل ان يوكل منه وخرص الثمار لم يخرجه الشيخان وكيف ما كان فالخرص مستثنى من تلك الاصول هذا إن ثبت انه كان منه عليه السلام حكماً منه على المسلمين فان الحكم لو ثبت على اهل الذمة ليس يجب ان يكون حكماً على المسلمين الا بدليل والله اعلم ولو صح حديث عتاب بن اسيد لكان جواز الخرص بيناً والله اعلم وحديث عتاب بن اسيد هو انه قال امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اخرص العنب واخذ زكاته زبيباً كما يوخذ زكاة النخل تمراً وحديث عتاب بن اسيد طعن فيه لان راويه عنه هو سعيد بن المسيب وهو لم يسمع منه ولذلك لم يجز داود خرص العنب واختلف من اوجب الزكاة فى الزيتون فى جواز خرصه ● والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى قياسه فى ذلك على النخل والعنب والمخرج عند الجميع من النخل فى الزكاة هو التمر لا الرطب وكذلك الزبيب من العنب لا العنب نفسه وكذلك عند القائلين بوجوب الزكاة فى الزيتون هو الزيت لا الحب قياساً على التمر والزبيب وقال مالك فى العنب لا الذى يتزبب والزيتون الذي لا ينعصر أرى ان يوخذ منه حباً

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ فان مالكا وأبا حنيفة قالا يحسب على الرجل ما اكل من ثمره وزرعه قبل الحصاد فى النصاب وقال الشافعى لا يحسب عليه ويترك الخارص لرب المال ما ياكل هو واهله ● والسبب فى اختلافهم ما يعارض الاثار فى ذلك من الكتاب والقياس أما السنة فى ذلك فما رواه سهل بن ابى حثمة أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث اباحثمة خارصاً فجاء رجل فقال يارسول الله أن اباحثمة قد زاد على فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن ابن عمك يزعم انك زدت عليه فقال يارسول الله اقد تركت له قدر عرية اهله ومايطعمه المساكين وماتسقطه الريح فقال قد زادك ابن عمك وانصفك وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا خرصتم فدعوا الثلث فان لم تدعوا الثلث فدعوا الربع وروى عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال خففوا فى الخرص فان فى المال العرية والاكلة والوصية والعامل والنوائب وما وجب فى الثمر من الحق وأما الكتاب المعارض لهذه الاثار والقياس فقوله تعالى كلوا من ثمره اذا اثمر وآتوا حقه يوم حصاده وأما القياس فلانه مال فوجبت فيه الزكاة اصله سائر الاموال فهذه هى المسائل المشهورة التى تتعلق بقدر الواجب فى الزكاة والواجب منه فى هذه الاجناس الثلاثة التى الزكاة مخرجة من اعيانها لم يختلفوا انها اذا خرجت من الاعيان انفسها انها مجزية واختلفوا هل يجوز فيها ان يخرج بدل العين القيمة اولا يجوز فقال مالك والشافعى لا يجوز اخراج القيم فى الزكوات بدل المنصوص عليه فى الزكوات وقال ابوحنيفة يجوز سواء قدر على المنصوص عليه اولم يقدر ● وسبب اختلافهم هل الزكاة عبادة او حق واجب للمساكين فمن قال انها عبادة قال ان اخرج من غير تلك الاعيان لم يجز لانه اذا اتى بالعبادة على غير الجهة المامور بها فهى فاسدة ومن قال هى حق للمساكين فلا فرق بين القيمة والعين عنده وقد قالت الشافعية لنا ان نقول وان سلمنا انها حق للمساكين أن الشارع انما علق الحق بالعين قصداً منه لتشريك الفقراء مع الاغنياء فى اعيان الاموال والحنفية تقول انما خصت بالذكر اعيان الاموال تسهيلا على ارباب الاموال لان كل ذى مال انما يسهل عليه الاخراج من نوع المال الذى بين يديه ولذلك جاء فى بعض الاثر انه جعل فى الدية على اهل الحلل حللا على ما ياتي فى كتاب الحدود

﴿ الفصل السادس فى نصاب العروض ﴾

والنصاب فى العروض على مذهب القائلين بذلك انما هو فيما اتخذ منها للبيع خاصة على ما يقدر قبل والنصاب فيها على مذهبهم هو النصاب فى العين اذ كانت هذه هى قيم المتلفات ورءوس الاموال وكذلك الحول فى العروض عند الذين اوجبوا الزكاة فى العروض فان مالكا قال اذا باع العروض زكاة سنة واحدة كالحال فى الدين وذلك عنده فى التأخر الذى تضبط له اوقات شراء عروضه وأما الذين لا يضبط لهم وقت ما يبيعونه ولا يشترونه وهم الذين يخصون باسم المدير فحكم هؤلاء عند مالك اذا حال عليهم الحول من يوم ابتداء تجارتهم ان يقوم ما بيده من العروض ثم يضم الى ذلك ما بيده من العين وما له من الدين الذى يرتجى قبضه ان لم يكن عليه دين مثله وذلك بخلاف قوله فى دين غير المدير فاذا بلغ ما اجتمع عنده من ذلك نصابا ادى زكاته وسواء نض له فى عامه شئ من العين او لم ينض بلغ نصابا او لم يبلغ نصابا وهذه رواية ابن المواز عن مالك وروى ابن القاسم عنه اذا لم يكن له ناض وكان تجر بالعروض لم يكن عليه فى العروض شئ فمنهم من لم يشترط وجود الناض عنده ومنهم من شرطه والذى شرطه منهم من اعتبر فيه النصاب ومنهم من لم يعتبر ذلك وقال المزنى زكاة العروض تكون من اعيانها لا من اثمانها وقال الجمهور الشافعى وأبو حنيفة واحمد والثورى والاوزاعى وغيرهم المدير وغير المدير حكمه واحد وانه من اشترى عرضا للتجارة فحال عليه الحول قوم وزكاه وقال قوم يزكى ثمنه الذى ابتاعه به لا قيمته وانما يوجب الجبور على المدير شيئا لان الحول انما يشترط فى عين المال لا فى نوعه وأما مالك فشبه النوع هاهنا بالعين ليسقط الزكاة رأسا عن المدير وهذا هو بان يكون شرعا زائدا اشبه منه بان يكون شرعا مستنبطا من شرع ثابت ومثل هذا هو الذى يعرفونه بالقياس المرسل وهو الذى لا يستند الى اصل منصوص عليه فى الشرع الا ما يفعل من المصلحة الشرعية فيه ومالك رحمه الله يعتبر المصالح وان لم يستند الى اصول منصوص عليها

﴿ الجملة الرابعة فى وقت الزكاة ﴾

وأما وقت الزكاة فان جمهور الفقهاء يشترطون فى وجوب الزكاة فى الذهب والفضة والماشية الحول لثبوت ذلك عن الخلفاء الاربعة ولانتشاره فى الصحابة رضى الله عنهم ولانتشار العمل به ولاعتقادهم أن مثل هذا الانتشار من غير خلاف لا يجوز ان يكون الا عن توقيف وقد روى مرفوعا من حديث ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول وهذا مجمع عليه عند فقهاء الامصار وليس فيه فى الصدر الاول خلاف الا ما روى عن ابن عباس ومعاوية • وسبب الاختلاف انه لم يرد فى ذلك حديث ثابت واختلفوا من هذا الباب فى مسائل ثمانية مشهورة . إحداها هل يشترط الحول فى المعدن اذا قلنا ان الواجب فيه ربع العشر . الثانية فى اعتبار حول ربح المال . الثالثة حول الفوائد الواردة على مال تجب فيه الزكاة . الرابعة فى اعتبار حول الدين اذا قلنا إن فيه الزكاة . الخامسة فى اعتبار حول العروض اذا قلنا ان فيها الزكاة . السادسة فى حول فائدة الماشية . السابعة فى حول نسل الغنم اذا قلنا انها تضم الى الامهات اما على رأى من يشترط ان تكون الامهات نصابا وهو الشافعى وأبو حنيفة واما على مذهب من لا يشترط ذلك وهو مذهب مالك . والثامنة فى جواز اخراج الزكاة قبل الحول

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ وهى المعدن فان الشافعى راعى فيه الحول مع النصاب وأما مالك فراعى فيه النصاب دون الحول • وسبب اختلافهم تردد شبهه بين ما تخرجه الارض مما تجب فيه الزكاة وبين التبر والفضة المفتنين فمن شبهه بما تخرجه الارض لم يعتبر الحول فيه ومن شبهه بالتبر والفضة المفتنين اوجب الحول وتشبيهه بالتبر والفضة ابين والله اعلم

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما اعتبار حول ربح المال فانهم اختلفوا

فيه على ثلاثة اقوال فرأى الشافعي ان قوله يعتبر من يوم استفيد سواء كان الاصل نصابا اولم يكن وهو مروى عن عمر بن عبد العزيز انه كتب الا تعرض لارباح التجار حتى يحول عليها الحول وقال مالك حول الربح هو حول الاصل أي اذا كمل للاصول حول زكى الربح معه سواء كان الاصل نصابا او اقل من نصاب اذا بلغ الاصل مع ربحه نصابا قال ابو عبيد ولم يتابعه عليه أحد من الفقهاء الا اصحابه وفرق قوم بين ان يكون رأس المال الحائل عليه الحول نصابا اولا يكون فقالوا ان كان نصابا زكى الربح مع رأس ماله وان لم يك نصابا لم يزك وممن قال بهذا القول الاوزاعي وأبو ثور وأبو حنيفة ● وسبب اختلافهم تردد الربح بين ان يكون حكمه حكم المال المستفاد او حكم الاصل فمن شبهه بالمال المستفاد ابتداء قال يستقبل به الحول ومن شبهه بالاصل وهو رأس المال قال حكمه حكم رأس المال الا ان من شروط هذا التشبيه ان يكون رأس المال قد وجبت فيه الزكاة وذلك لا يكون الا اذا كان نصابا ولذلك يضعف قياس الربح على الاصل في مذهب مالك ويشبه ان يكون الذي اعتمده مالك رضي الله عنه في ذلك هو تشبيه ربح المال بنسل الغنم لكن نسل الغنم مختلف ايضا فيه وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهي حول الفوائد فانهم اجمعوا على أن المال اذا كان اقل من نصاب واستفيد اليه مال من غير ربحه من مجموعهما نصاب انه يستقبل به الحول من يوم كمل ، واختلفوا اذا استفاد مالا وعنده نصاب مال آخر قد حال عليه الحول فقال مالك يزكي المستفاد ان كان نصابا لحوله ولا يضم الى المال الذي وجبت فيه الزكاة وبهذا القول في الفوائد قال الشافعي وقال ابو حنيفة وأصحابه والثوري الفوائد كلها تزكى بحول الاصل اذا كان الاصل نصابا وكذلك الربح عندهم ● وسبب اختلافهم هل حكمه حكم المال الوارد عليه أم حكمه حكم مال لم يرد على مال آخر فمن قال حكمه حكم مال لم يرد على مال آخر أعني مالا فيه زكاة قال لا زكاة في الفائدة ومن جعل حكمه حكم الوارد عليه وأنه مال واحد قال اذا كان في الوارد عليه الزكاة بكونه نصابا اعتبر حوله بحول المال الوارد عليه وعموم قوله عليه السلام لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول يقتضي الايضاف مال الى مال الا بدليل وكان أبا حنيفة اعتمد في هذا قياس الناض على الماشية ومن اصله الذي يعتمده في هذا الباب أنه ليس من شرط الحول ان يوجد المال نصابا في جميع اجزائه بل ان يوجد نصابا في طرفيه فقط وبعضا منه في كله فعنده انه اذا كان مال في اول الحول نصابا ثم هلك بعضه فصار اقل من نصاب ثم استفاد مالا في آخر الحول صار به نصابا انه تجب فيه الزكاة وهذا عنده موجود في هذا المال لانه لم يستكمل الحول وهو في جميع اجزائه مال واحد بعينه بل زاد ولكن النقي في طرفي الحول نصابا والظاهر أن الحول الذي اشترط في المال انما هو في مال معين لا يزيد ولا ينقص لا بربح ولا بفائدة ولا بغير ذلك اذ كان المقصود بالحول هو كون المال فضلة مستغنى عنه وذلك أن ما بقي حولا عند المالك لم يتغير عنده فليس به حاجة اليه فجعل فيه الزكاة فان الزكاة انما هي في فضول الاموال وأما من رأى ان اشتراط الحول في المال انما سببه النماء فواجب عليه ان يقول تضم الفوائد فضلا عن الارباح الى الاصول وان يعتبر النصاب في طرفي الحول فتأمل هذا فانه بين والله اعلم ولذلك رأى مالك أن من كان عنده في اول الحول ماشية تجب فيها الزكاة ثم باعها وابدلها في آخر الحول بماشية من نوعها انما تجب فيها الزكاة فكأنه اعتبر ايضا طرفي الحول على مذهب ابي حنيفة وأخذ ايضا ما اعتمد ابو حنيفة في قائدة الناض القياس على قائدة الماشية على ما قلناه

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وأما اعتبار حول الدين اذا قلنا ان فيه الزكاة فان قوما قالوا يعتبر

ذلك

ذلك فيه من اول ما كان ديناً يزكيه لعينة ذلك ان كان حولا فحول وان كان احوالا فاحوال أعني انه ان كان حولا تجب فيه زكاة واحدة وان كان احوالا وجبت فيه الزكاة لعدة تلك الاحوال وقوم قالوا يزكيه لعام واحد وان اقام الدين احوالا عند الذي عنده الدين وقوم قالوا يستقبل به الحول وأما من قال يستقبل بالدين الحول من يوم قبض فلم يقل بايجاب الزكاة في الدين ومن قال فيه الزكاة بعدد الاحوال التي اقام فصيراً الى تشبيه الدين بالمال الحاضر وأما من قال الزكاة فيه لحول واحد وان اقام احوالا فلا اعرف له مستنداً في وقتي هذا لانه لا يخلو ما دام ديناً ان يقول ان فيه زكاة او لا يقول ذلك فان لم يكن فيه زكاة فلا كلام بل يستانف به وان كان فيه زكاة فلا يخلوا ان يشترط فيها الحول اولا يشترط ذلك فان اشترطنا وجب ان يعتبر عدد الاحوال الا ان يقول كلما انقضى حول لم يمكن من اداءه سقط عنه ذلك الحق اللازم في ذلك الحول فان الزكاة وجبت بشرطين حضور عين المال وحلول الحول فلم يبق الا حق العام الاخير وهذا يشبهه مالك بالعروض التي للتجارة فانها لا تجب عنده فيها زكاة الا اذا باعها وان اقامت عنده احوالا كثيرة وفيه شبه تاما بالماشية التي لا يأتي الساعي اعواما اليها ثم يأتي فيجدها قد نقصت فانه يزكي على مذهب مالك الذي وجد فقط لانه لما زال عليها الحول فيما تقدم ولم يتمكن من اخراج الزكاة اذ كان مجيء الساعي شرطاً عنده في اخراجها مع حلول الحول سقط عنه حق ذلك الحول الحاضر وحوسب به في الاعوام السالفة كان الواجب فيها اقل او اكثر اذا كانت مما تجب فيه الزكاة وهو شيء يجري على غير قياس وانما اعتبر مالك فيه العمل وأما الشافعي فيراه ضامناً لانه ليس مجيء الساعي شرطاً عنده في الوجوب وعلى هذا كل من رآه لا يجوز ان يخرج زكاة ماله الا بان يدفعها الى الامام فعدم الامام او عدم الامام العادل ان كان ممن شرط العدالة في ذلك انما هلك بعد انقضاء الحول وقبل التمكن من دفعها الى الامام فلا شيء عليه ومال تنقسم عنده زكاة الديون لهذه الاحوال الثلاثة أعني أن من الديون عنده ما يزكى لعام واحد فقط مثل ديون التجارة ومنها ما يستقبل بها الحول مثل ديون المواريث والثالث دين المدير ونحن نميل قوله في الديون ليس بغرضنا

﴿ الخامسة ﴾ وهي حول العروض وقد تقدم القول فيها عند القول في نصاب العروض

﴿ وأما المسئلة السادسة ﴾ وهي فوائد الماشية فان مذهب مالك فيها بخلاف مذهبه في فوائد الناض وذلك انه يبني الفائدة على الاصل اذا كان الاصل نصابا كما يفعل أبو حنيفة في فائدة الدراهم وفي فائدة الماشية فابو حنيفة مذهبه في الفوائد حكم واحد أعني انها تبنى على الاصل اذا كانت نصابا كانت فائدة غنم او فائدة ناض والارباح عنده والنسل كالفوائد وأما مالك فالربح والنسل عنده حكمهما واحد ويفرق بين فوائد الناض وفوائد الماشية وأما الشافعي فالارباح والفوائد عنده حكمهما واحد باعتبار حولهما بأنفسهما وفوائد الماشية ونسلهما واحد ايضاً باعتبار حولهما بالاصل اذا كان نصابا فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة وكانه انما فرق مالك بين الماشية والناض اتباعا لعمر والا فالقياس فيهما واحد أعني ان الربح شبيه بالنسل والفائدة بالفائدة وحديث عمر هذا هو انما امر ان يعد عليهم بالسخال ولا ياخذ منها شيئاً وقد تقدم الحديث في باب النصاب

﴿ المسئلة السابعة ﴾ وهي اعتبار حول نسل النعم فان مالكا قال حول النسل هو حول الامهات كانت الامهات نصابا او لم تكن كما قال في ربح الناض وقال الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور لا يكون حول النسل حول الامهات الا ان تكون الامهات نصابا * وسبب اختلافهم هو بعينه سبب اختلافهم في ربح المال

﴿ وأما المسئلة الثامنة ﴾ وهي جواز اخراج الزكاة قبل الحول فان مالكا منع ذلك وجوزه ابو حنيفة والشافعي * وسبب الخلاف هل هي عبادة اوحق واجب للمساكين فمن قال عبادة وشبهها بالصلاة لم يجز اخراجها قبل الوقت ومن شبهها بالحقوق الواجبة المؤجلة اجاز اخراجها قبل الاجل على جهة التطوع وقد احتج الشافعي برأيه بحديث علي أن النبي عليه السلام استسلف صدقة العباس قبل محلها

﴿ الجملة الخامسة فيمن تجب له الصدقة ﴾ والكلام في هذا الباب في ثلاثة فصول .الاول في عدد الاصناف الذين تجب لهم .الثاني في صفتهم التي تقتضي ذلك .الثالث كم يجب لهم

﴿ الفصل الاول ﴾ فاما عددهم فهم الثمانية التي نص الله عليهم في قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين الآية واختلفوا من العدد في مسئلتين إحداها هل يجوز ان تصرف جميع الصدقة الى صنف واحد من هؤلاء الاصناف امهم شركاء في الصدقة لايجوز ان يخص منهم صنف دون صنف فذهب مالك وأبو حنيفة الى انه يجوز للامام ان يصرفها في صنف واحد او اكثر من صنف واحد اذا رأى ذلك بحسب الحاجة وقال الشافعي لايجوز ذلك بل يقسم على الاصناف الثمانية كما سمي الله تعالى * وسبب اختلافهم معارضة اللفظ للمعنى فان اللفظ يقتضي القسمة بين جميعهم والمعنى يقتضي ان يؤثر بها اهل الحاجة اذ كان المقصود به سد الخلة فكان تعديدهم في الآية عند هؤلاء انما ورد لتمييز الجنس أعني اهل الصدقات لاتشريكهم في الصدقة فالاول اظهر من جهة اللفظ وهذا اظهر من جهة المعنى ومن الحجة للشافعي مارواه أبوداود عن الصداي أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم ان يعطيه من الصدقة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الله لم يرض بحكم نبي ولاغيره في الصدقات حتى حكم فيها فجزأها ثمانية اجزاء فان كنت من تلك الاجزاء اعطيتك حقك ﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فهل المؤلفة قلوبهم حقهم باق الى اليوم أم لا فقال مالك لامؤلفة اليوم وقال الشافعي وأبو حنيفة بل حق المؤلفة باق الى اليوم اذا رأى الامام ذلك وهم الذين يتألفهم الامام على الاسلام * وسبب اختلافهم هل ذلك خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم او عام له ولسائر الامة والاظهر انه عام له وهل يجوز ذلك للامام في كل احواله او في حال دون حال أعني في حال الضعف لافي حال القوة ولذلك قال مالك لاحاجة الى المؤلفة الان لقوة الاسلام وهذا كما قلنا التفات منه الى المصالح

﴿ الفصل الثاني ﴾ وأما صفاتهم التي يستوجبون بها الصدقة ويمنعون منها باضدادها فاحدها الفقر الذي هو ضد الغنا لقوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين واختلفوا في الغنى الذي تجوز له الصدقة من الذي لاتجوز ومامقدار الغنى المحرم للصدقة فاما الغنى الذي لاتجوز له الصدقة فان الجمهور على انه لاتجوز الصدقة للاغنياء باجمعهم الا للخمسة التي نص عليهم النبي عليه السلام في قوله لاتحل الصدقة لغني الا لخمسة لغاز في سبيل الله او لعامل عليها اولغارم اولرجل له جار مسكين فتصدق على المسكين فاهدى المسكين للغني وروى عن ابن القاسم انه لايجوز اخذ الصدقة لغني اصلا مجاهداً كان عاملا والذين اجازوها للعامل وان كان غنياً اجازوها للقضاة ومن في معناهم ممن المنفعة بهم عامة للمسلمين ومن لم يجز ذلك فقياس ذلك عنده هو الاتجوز لغني اصلا * وسبب اختلافهم هو هل العلة في ايجاب الصدقة للاصناف المذكورين هو الحاجة فقط او الحاجة والمنفعة العامة فمن اعتبر ذلك باهل الحاجة المنصوص عليهم في الآية قال الحاجة فقط ومن قال الحاجة والمنفعة العامة توجب اخذ الصدقة اعتبر المنفعة للعامل والحاجة بسائر الاصناف المنصوص عليهم وأما حد الغنى الذي يمنع من الصدقة فذهب الشافعي الى

أن المانع من الصدقة هو اقل ما ينطلق عليه الاسم وذهب أبو حنيفة الى أن الغنى هو ملك النصاب لانهم الذين سماهم النبي عليه السلام اغنياء لقوله في حديث معاذ له فاخبرهم أن الله فرض عليهم صدقة توخذ من اغنيائهم وترد على فقرائهم واذا كان الاغنياء هم الذين هم اهل النصاب وجب ان يكون الفقراء ضدهم وقال مالك ليس في ذلك حد انما هو راجع الى الاجتهاد * وسبب اختلافهم هو الغنى المانع هو معنى شرعي أم معنى لغوي فمن قال معنى شرعي قال وجود النصاب هو الغنى ومن قال معنى لغوي اعتبر في ذلك اقل ما ينطلق عليه الاسم فمن رآ أن اقل ما ينطلق عليه الاسم هو محدود في كل وقت وفي كل شخص جعل حده هذا ومن رآ انه غير محدود وان ذلك يختلف باختلاف الحالات الحاجات والاشخاص والامكنة والازمنة وغير ذلك قال هو غير محدود وأن ذلك راجع الى الاجتهاد وقد روى أبو داود في حديث الغنى الذي يمنع الصدقة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ملك خمسين درهماً وفي آخر آخر انه ملك اوقية وهي اربعون درهماً وأحسب ان قوماً قالوا بهذه الآثار في حد الغنى واختلفوا من هذا الباب في صفة الفقير والمسكين والفصل الذي بينهما فقال قوم الفقير احسن حالا من المسكين وبه قال البغداديون من اصحاب مالك وقال آخرون المسكين احسن حالا من الفقير وبه قال ابو حنيفة واصحابه والشافعي في احد قوليه وفي قوله الثاني انهما اسمان دالان على معنى واحد وإلى هذا ذهب ابن القاسم وهذا النظر هو لغوي ان لم تكن له دلالة شرعية والاشبه عند استقراء اللغة ان يكونا اسمين دالين على معنى واحد يختلف بالاقل والاكثر في كل واحد منهما لا أن هذا راتب من احدهما على قدر غير القدر الذي الاخر راتب عليه واختلفوا في قوله تعالى وفي الرقاب فقال مالك هم العبيد يبتاعهم الامام ويكون ولاءهم للمسلمين وقال الشافعي وأبو حنيفة هم المكاتبون وابن السبيل هو عندهم المسافر في طاعة يفقد زاده فلا يجد ما ينفقه وبعضهم يشترط فيه ان يكون ابن السبيل جار الصدقة وأما في سبيل الله فقال مالك سبيل الله مواضع الجهاد والرباط وبه قال أبو حنيفة وقال غيره الحجاج والعمار وقال الشافعي هو الغازي جار الصدقة وانما اشترط جار الصدقة لان عند اكثرهم أنه لا يجوز تنقيل الصدقة من بلد الى بلد الا من ضرورة

﴿ الفصل الثالث ﴾ وأما قدر ما يعطى من ذلك أما الغارم فيقدر عليه اذا كان دينه في طاعة وفي غير سرف بل في امر ضروري وكذلك ابن السبيل يعطى ما يحمله الى بلده ويشبه ان يكون ما يحمله الى مغزاه عند من جعل أن السبيل الغازي واختلفوا في مقدار ما يعطى المسكين الواحد من الصدقة فلم يحد مالك في ذلك حداً وصرفه الى الاجتهاد وبه قال الشافعي قال وسواء كان ما يعطى من ذلك نصابا او اقل من نصاب وكره ابو حنيفة ان يعطى احد من المساكين مقدار نصاب من الصدقة وقال الثوري لا يعطى احد اكثر من خمسين درهما وقال الليث يعطى يبتاع به خادماً اذا كان ذا عيال وكانت الزكاة كثيرة وكان اكثرهم مجمعون على انه لا يجب ان يعطى عطية يصيرها من الغنى في مرتبة من لا تجوز له الصدقة لان ما حصل له من ذلك المال فوق القدر الذي هو به من اهل الصدقة صار في اول مراتب الغنى فهو حرام عليه وانما اختلفوا في ذلك لاختلافهم في هذا القدر فهذه المسئلة كانها مبنية على معرفة اول مراتب الغنى وأما العامل عليها فلا خلاف عند الفقهاء انه انما ياخذ بقدر عمله فهذا ما رأينا ان نثبته في هذا الكتاب وان نذكر شيئاً مما يشاكل غرضنا الحقناه به ان شاء الله تعالى

﴿ كتاب زكاة الفطر ﴾ والكلام في هذه الزكاة يتعلق بفصول أحدها في معرفة حكمها والثاني في معرفة من تجب عليه والثالث كم تجب عليه ومما تجب عليه والرابع متى تجب عليه والخامس من تجوز له

﴿ الفصل الاول ﴾ فامازكاة الفطر فان الجمهور على انها فرض وذهب بعض المتأخرين من اصحاب مالك الى انها سنة وبه قال اهل العراق وقال قوم هي منسوخة بالزكاة ٭ وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك وذلك انه ثبت من حديث عبدالله بن عمر انه قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على الناس من رمضان صاعا من تمر اوصاعا من شعير على كل حر اوعبد ذكر اوانثى من المسلمين وظاهر هذا يقتضي الوجوب على مذهب من يقلد الصاحب في فهم الوجوب اوالندب من امره عليه السلام اذا لم يجدنا لفظة وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في حديث الاعرابي المشهور وذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم الزكاة قال هل على غيرها قال لا الا ان تطوع فذهب الجمهور الى أن هذه الزكاة داخلة تحت الزكاة المفروضة وذهب الغير الى انها غير داخلة واحتجوا في ذلك بما روى عن قيس بن سعد بن عبادة أنه قال كان رسول صلى الله عليه وسلم يامرنا بها قبل نزول الزكاة فلما نزلت آية الزكاة لم نؤمر بها ولم ننه عنها ونحن نفعله ﴿ الفصل الثاني ﴾ فيمن تجب عليه وعمن تجب واجمعوا على أن المسلمين مخاطبون بها ذكرانا كانوا او اناثا صغاراً اوكباراً عبيداً او احراراً لحديث ابن عمر المتقدم الا ما شذ فيه الليث فقال ليس على اهل العمود زكاة الفطر وانما هي على اهل القرى ولا حجة له وما شذ ايضاً من قول من لم يوجبها على اليتيم وأما عمن تجب فانهم اتفقوا على انها تجب على المرء في نفسه وأنها زكاة بدن لا زكاة مال وأنها تجب في ولده الصغار عليه اذا لم يكن لهم مال وكذلك في عبيده اذا لم يكن لهم مال واختلفوا فيما سوي ذلك وتلخيص مذهب مالك في ذلك انها تلزم الرجل عمن الزمه الشرع النفقة عليه ووافقه في ذلك الشافعي وانما يختلفان من قبل اختلافهم فيمن تلزم المرء نفقته اذا كان معسراً ومن ليس تلزمه وخالفه أبو حنيفة في الزوجة وقال تؤدى عن نفسها وخالفهم ابو ثور في العبد اذا كان له مال فقال اذا كان له مال زكى عن نفسه ولم يزك عنه سيده وبه قال اهل الظاهر والجمهور على انه لا تجب على المرء في اولاده الصغار اذا كان لهم مال زكاة فطر وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ومالك وقال الحسن هي على الاب وان اعطاها من مال الابن فهو ضامن وليس من شرط هذه الزكاة الغنى عند كثرهم ولا نصاب بل ان يكون فضلا عن قوته وقوت عياله وقال ابو حنيفة واصحابه لا تجب على من تجوز له الصدقة لانه لا يجتمع ان تجوز له وان تجب عليه وذلك بين والله اعلم وانما اتفق الجمهور على أن هذه الزكاة ليست بلازمة لمكلف مكلف في ذاته فقط كالحال في سائر العبادات بل ومن قبل غيره لايجابها على الصغير والعبيد فمن فهم من هذا أن علة الحكم الولاية قال الولي يلزمه اخراج الصدقة على كل من يليه ومن فهم من هذه النفقة قال المنفق يجب ان يخرج الزكاة عن كل من ينفق عليه بالشرع وانما عرض هذا الاختلاف لانه اتفق في الصغير والعبد وهما اللذان نبها على أن هذه الزكاة ليست معلقة بذات المكلف فقط بل ومن قبل غيره ان وجدت الولاية فيها ووجوب النفقة فذهب مالك إلى أن العلة في ذلك وجوب النفقة وذهب أبو حنيفة الى أن العلة في ذلك الولاية ولذلك اختلفوا في الزوجة وقد روى مرفوعا أدّوا زكاة الفطر عن كل من تمونون ولكنه غير مشهور ، واختلفوا من العبيد في مسائل . أحدها كما قلنا وجوب زكاته على السيد إذا كان له مال وذلك مبني على انه يملك اولا يملك . والثانية في العبد الكافر هل يؤدى عنه زكاته أم لا فقال مالك والشافعي وأحمد ليس على السيد في العبد الكافر زكاة وقال الكوفيون عليه الزكاة فيه ٭ والسبب في اختلافهم اختلافهم في الزيادة الواردة في ذلك في حديث ابن عمر وهو قوله من المسلمين فانه قد خولف فيها نافع فكون ابن عمر ايضاً الذي هو

راوى الحديث من مذهبه اخراج الزكاة عن العبد الكفار والخلاف ايضاً سبب آخر وهو كون الزكاة الواجبة على السيد في العبد هل هي لكان أن العبد مكلف او امال فمن قال لكان المكلف اشترط الاسلام ومن قال لكان انه مال لم يشترطه قالوا ويدل على ذلك اجماع العلماء على أن العبد اذا اعتق ولم يخرج عنه مولاه زكاة الفطر انه لا يلزمه اخراجها عن نفسه بخلاف الكفارات ؛ والثالثة في المكاتب فان مالكا وأشهب قالا يؤدى عنه سيده زكاة الفطر وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد لا زكاة عليه فيه ● والسبب في اختلافهم تردد المكاتب بين الحر والعبد . والرابعة في عبد التجارة ذهب مالك والشافعي وأحمد الى أن على السيد فيهم زكاة الفطر وقال أبو حنيفة وغيره ليس في عبد التجارة صدقة ● وسبب الخلاف معارضة القياس للعموم وذلك أن عموم اسم العبد يقتضي وجوب الزكاة في عبد التجارة وغيرهم وعند أبي حنيفة أن هذا العموم مخصص بالقياس وذلك هو اجتماع زكاتين في مال واحد وكذلك اختلفوا في عبد العبد وفروع هذا الباب كثيرة

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما مما تجب فان قوماً ذهبوا الى انها تجب اما من البر او من التمر او الشعير او الزبيب او الاقط وأن ذلك على التخيير للذى تجب عليه وقوم ذهبوا الى أن الواجب عليه هو غالب قوت البلد او قوت المكلف اذا لم يقدر على قوت البلد وهو الذى حكاه عبد الوهاب عن المذهب ● والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم حديث ابى سعيد الخدرى انه قال كنا نخرج زكاة الفطر في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام او صاعا من شعير او صاعا من اقط او صاعا من تمر فمن فهم من هذا الحديث التخيير قال أى اخرج من هذه اجزأه ومن فهم منه أن اختلاف المخرج ليس سببه الاباحة وإنما سببه اعتبار قوت المخرج او قوت غالب البلد قال بالقول الثانى وأما كم يجب فان العلماء اتفقوا على انه لا يؤدى في زكاة الفطر من التمر والشعير اقل من صاع لثبوت ذلك في حديث ابن عمر واختلفوا في قدر ما يؤدى من القمح فقال مالك والشافعي لا يجزى منه اقل من صاع وقال أبو حنيفة وأصحابه يجزى من البر نصف صاع والسبب في اختلافهم تعارض الآثار وذلك أنه جاء في حديث ابي سعيد الخدرى انه قال كنا نخرج زكاة الفطر في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام او صاعا من شعير او صاعا من اقط او صاعا من تمر او صاعا من زبيب وظاهره انه اراد بالطعام القمح وروى الزهرى ايضاً عن ابى صعير عن ابيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في صدقة الفطر صاعاً من بر بين اثنين او صاعاً من شعير او تمر عن كل واحد خرّجه أبو داود وروى عن ابن المسيب انه قال كانت صدقة الفطر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف صاع من حنطة او صاعاً من شعير او صاعاً من تمر فمن اخذ بهذه الاحاديث قال نصف صاع من البر ومن اخذ بظاهر حديث ابى سعيد وقاس البر في ذلك على الشعير سوى بينهما في الوجوب

﴿ الفصل الرابع ﴾

وأما متى يجب اخراج زكاة الفطر فانهم اتفقوا على انها تجب في آخر رمضان لحديث ابن عمر فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر من رمضان . واختلفوا في تحديد الوقت فقال مالك في رواية ابن القاسم عنه تجب بطلوع الفجر من يوم الفطر وروي عنه اشهب انها تجب بغروب الشمس من آخر يوم من رمضان وبالأول قال ابو حنيفة وبالثاني قال الشافعي ● وسبب اختلافهم هل هي عبادة متعلقة بيوم العيد او بخروج شهر رمضان لان لية العيد ليست من شهر رمضان وفائدة هذا الاختلاف في المولود يولد قبل الفجر من يوم العيد وبعد مغيب الشمس هل تجب عليه أم لا تجب

﴿ الفصل الخامس ﴾

وأما لمن تصرف فاجمعوا على انها تصرف لفقراء المسلمين لقوله عليه السلام

اغنوهم عن السؤال فى هذا اليوم واختلفوا هل تجوز لفقراء الذمة والجمهور على أنها لا تجوز لهم وقال أبو حنيفة تجوز لهم * وسبب اختلافهم هل سبب جوازها هو الفقر فقط او الفقر والاسلام معاً فمن قال الفقر والاسلام لم يجزها للذميين ومن قال الفقر فقط اجازها لهم واشترط قوم فى اهل الذمة الذين تجوز لهم ان يكونوا رهبانا وأجمع المسلمون على أن زكاة الاموال لا تجوز لاهل الذمة لقوله عليه السلام صدقة توخذ من اغنيائهم وترد على فقرائهم

بسم الله الرحمان الرحيم صلى الله على محمد وآله وسلم تسليما

﴿كتاب الصيام﴾ وهذا الكتاب ينقسم اولا قسمين أحدهما فى الصوم الواجب والآخر فى المندوب اليه والنظر فى الصوم الواجب ينقسم الى قسمين أحدها فى الصوم والآخر فى الفطر اما القسم الاول وهو الصيام فانه ينقسم أولا الى جملتين احداها معرفة أنواع الصيام الواجب والآخر معرفة أركانه واما القسم الذى يتضمن النظر فى الفطر فانه ينقسم الى معرفة المفطرات والى معرفة المفطرين واحكامهم فلنبدا بالقسم الاول من هذا الكتاب وبالجملة الاولى منه وهى معرفة أنواع الصيام فنقول ان الصوم الشرعى منه واجب ومنه مندوب اليه والواجب ثلاثة اقسام منه ما يجب للزمان نفسه وهو صوم شهر رمضان بعينه ومنه ما يجب لعلة وهو صيام الكفارات ومنه ما يجب بايجاب الانسان ذلك على نفسه وهو صيام النذر والذى يتضمن هذا الكتاب القول فيه من انواع هذه الواجبات هو صوم شهر رمضان فقط واما صوم الكفارات فيذكر عند ذكر المواضع التى تجب منها الكفارة وكذلك صوم النذر يذكر فى كتاب النذر فاما صوم شهر رمضان فهو واجب بالكتاب والسنة والاجماع فاما الكتاب فقوله تعالى كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون وأما السنة فى قوله عليه السلام بنى الاسلام على خمس وذكر فيها الصوم وقوله للاعرابى وصيام شهر رمضان قال هل على غيرها قال لا الا ان تطوع واما الاجماع فانه لم ينقل الينا خلاف عن أحد من الامة فى ذلك واما على من يجب وجوبا غير مخير فهو البالغ العاقل الحاضر الصحيح اذا لم تكن فيه الصفة المانعة من الصوم وهى الحيض للنساء هذا الخلاف فيه لقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه ﴿الجملة الثانية فى الاركان﴾ والاركان ثلاثة اثنان متفق عليهما وهو الزمان والامساك عن المفطرات والثالث مختلف فيه وهو النية فاما الركن الاول الذي هو الزمان فانه ينقسم الى قسمين أحدهما زمان الوجوب وهو شهر رمضان والآخر زمان الامساك عن المفطرات وهو أيام هذا الشهر دون الليالى ويتعلق بكل واحد من هذين الزمانين مسائل قواعد اختلفوا فيها فلنبدا بما يتعلق من ذلك بزمان الوجوب واول ذلك فى تحديد طرفى هذا الزمان وثانيا فى معرفة الطريق التى بها يتوصل الى معرفة العلامة المحدودة له فى حق شخص شخص وافق افق فاما طرفا هذا الزمان فان العلماء اجمعوا على ان الشهر العربى يكون تسعاً وعشرين ويكون ثلاثين وعلى ان الاعتبار فى تحديد شهر رمضان انما هو الرؤية لقوله عليه السلام صوموا لرؤية وافطروا لرؤية وعنى بالرؤية أول ظهور القمر بعد السواد واختلفوا فى الحكم اذا غم الشهر ولم تمكن الرؤية وفى وقت الرؤية المعتبر فاما اختلافهم اذا غم الهلال فان الجمهور يرون ان الحكم فى ذلك ان تكمل العدة ثلاثين فان كان الذى غم هلال أول الشهر عد الشهر الذى قبله ثلاثون يوما وكان أول رمضان الحادى والثلاثين وان كان الذى غم هلال آخر الشهر صام الناس ثلاثين يوما وذهب ابن عمر الى انه ان كان المغمى عليه هلال أول الشهر صبح اليوم الثانى وهو الذى يعرف بيوم الشك وروى عن بعض السلف انه اذا اغمى

الهلال رجع الى الحساب بسير القمر والشمس وهو مذهب مطرف بن الشخير وهو من كبار التابعين وحكى ابن شريح عن الشافعي انه قال من كان مذهبه الاستدلال بالنجوم ومنازل القمر ثم تبين له من جهة الاستدلال ان الهلال مرئي وقد غم فانه ان يعتقد الصوم ويجزيه * وسبب اختلافهم الاجمال الذي في قوله صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤية وافطروا لرؤية فان غم عليكم فاقدروا له فذهب الجمهور الى ان تاويله اكملوا العدة ثلاثين ومنهم من رآى ممتي التقدير له هو عدة بالحساب ومنهم من رآى معنى ذلك ان يصبح المرء صائما وهو مذهب ابن عمر كما ذكرنا وفيه بعد في اللفظ وانما صار الجمهور الى هذا التاويل لحديث ابن عباس الثابت انه قال عليه السلام فان غم عليكم فاكملوا العدة ثلاثين وذلك مجمل وهذا مفسر فوجب ان يحمل المجمل على المفسر وهي طريقة لاخلاف فيها بين الاصوليين فانه ليس عندهم بين المجمل والمفسر تعارض اصلا فمذهب الجمهور في هذا ارجح والله أعلم وأما اختلافهم في اعتبار وقت الرؤية فانهم اتفقوا على انه اذا رآى من العشي ان الشهر من اليوم الثاني واختلفوا اذا رآى في سائر اوقات النهار اعني أول ما يرى فذهب الجمهور ان القمر في أول وقت يرى من النهار انه لليوم المستقبل لحكم رؤيته بالعشي وبهذا القول قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وجمهور أصحابهم وقال أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة والثوري وابن حبيب من أصحاب مالك إذا رئي الهلال قبل الزوال فهو لليلة الماضية وان رئي بعد الزوال فهو للآتية * وسبب اختلافهم ترك اعتبار التجربة فيما سبيله التجربة والرجوع الى الاخبار في ذلك وليس في ذلك اثر عن النبي عليه السلام يرجع اليه لكن روي عن عمر رضي الله عنه أثران أحدهما عام والاخر مفسر فذهب قوم إلى العام وذهب قوم إلى المفسر فاما العام فهو ما رواه الاعمش عن أبي وائل شقيق بن سلمة قال انا كتاب عمر ونحن نخالطين ان الاهلة بعضها أكبر من بعض فاذا رأيتم الهلال نهاراً فلا تفطروا حتى يشهد رجلان انهما رأياه بالامس وأما الخاص فما روى الثوري عنه انه بلغ عمر بن الخطاب ان قوما رأوا الهلال بعد الزوال فافطروا فكتب اليهم يلومهم وقال إذا رأيتم الهلال نهاراً قبل الزوال فافطروا وإذا رأيتموه بعد الزوال فلا تفطروا قال القاضي الذي يقتضي القياس والتجربة ان القمر لا يرى والشمس بعد لم تغب إلا وهو بعيد منها لانه حينئذ يكون أكبر من قوس الرؤية وإن كان مختلف في الكبر والصغر فبعيد والله أعلم ان يبلغ من الكبر ان يرى والشمس بعد لم تغب ولكن المعتمد في ذلك التجربة كما قلنا ولا فرق في ذلك قبل الزوال ولا بعده وانما المعتبر في ذلك مغيب الشمس أو لا مغيبها * واما اختلافهم في حصول العلم بالرؤية فان له طريقين أحدهما الحس والاخر الخبر فاما طريق الحس فان العلماء أجمعوا على ان من أبصر هلال الصوم وحده ان عليه أن يصوم الا عطاء ابن أبي رباح فانه قال لا يصوم إلا برؤية غيره معه واختلفوا هل يفطر برؤيته وحده فذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد إلى أنه لا يفطر وقال الشافعي يفطر وبه قال أبو ثور وهذا لا معنى له فان النبي عليه السلام قد أوجب الصوم والفطر للرؤية والرؤية إنما تكون بالحس ولولا الاجماع على الصيام بالخبر عن الرؤية لبعد وجوب الصيام بالخبر لظاهر هذا الحديث وانما فرق من فرق بين هلال الصوم والفطر لمكان سد الذريعة الايدعي الفساق انهم رأوا الهلال فيفطرون وهم بعد لم يروه ولذلك قال الشافعي ان خاف التهمة امسك عن الاكل والشرب واعتقد الفطر وشذ مالك فقال من افطر وقد رآى الهلال وحده فعليه القضاء والكفارة وقال أبو حنيفة عليه القضاء فقط واما طريق الخبر فانهم اختلفوا في عدد المخبرين الذين يجب قبول خبرهم عن الرؤية وفي صفتهم فاما مالك فقال انه لا يجوز ان يصام ولا يفطر باقل من شهادة رجلين عدلين وقال الشافعي في رواية المدني انه

يصام بشهادة رجل واحد على الرؤية ولا يفطر باقل من شهادة رجلين وقال أبو حنيفة إن كانت السماء مغيمة قبل واحد وإن كانت صاحية بمصر كبير لم تقبل إلا شهادة الجم الغفير وروى عنه انه قبل شهادة عدلين إذا كانت السماء مصحية وقد روى عن مالك أنه لا تقبل شهادة الشاهدين إلا إذا كانت السماء مغيمة وأجمعوا على أنه لا يقبل في الفطر إلا إثنان الا ابثور فانه لم يفرق في ذلك بين الصوم والفطر كما فرق الشافعي ﴿ وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وتردد الخبر في ذلك بين ان يكون من باب الشهادة او من باب العمل بالاحاديث التي لا يشترط فيها العدد اما الآثار فمن ذلك ما خرجه ابوداود عن عبد الرحمان بن زيد بن الخطاب انه خطب الناس في اليوم الذي يشك فيه فقال اني جالست اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وسائلتهم وانهم حدثوني ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صوموا لرؤية وافطروا لرؤية فان غم عليكم فأتموا ثلاثين فان شهد شاهدان فصوموا وافطروا ومنها حديث ابن عباس انه قال جاء اعرابي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال ابصرت الهلال الليلة فقال اتشهد ان لا اله الا الله وان محمداً عبده ورسوله قال نعم قال يا بلال اذن في الناس فليصوموا غداً خرجه الترمذي قال وفي اسناده خلاف لانه رواه جماعة مرسلا ومنها حديث ربعي بن خراش خرجه ابوداود عن ربعي بن خراش عن رجل من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الناس في آخر يوم من رمضان فقام اعرابيان فشهدا عند النبي صلى الله عليه وسلم لاهل الهلال امس عشية فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم الناس ان يفطروا وان يعودوا الى المصلى. فذهب الناس في هذه الآثار مذهب الترجيح ومذهب الجمع فالشافعي جمع بين حديث ابن عباس وحديث ربعي بن خراش على ظاهرها فأوجب الصوم بشهادة واحد والفطر باثنين ومالك رجح حديث عبد الرحمان بن زيد لكان القياس اعني تشبيه ذلك بالشهادة في الحقوق ويشبه ان يكون ابو ثور لم ير تعارضاً بين حديث ابن عباس وحديث ربعي بن خراش وذلك ان الذي في حديث ربعي بن خراش انه قضى بشهادة اثنين وفي حديث ابن عباس انه قضى بشهادة واحد وذلك مما يدل على جواز الامرين جميعاً لان ذلك تعارض ولان القضاء الاول مختص بالصوم والثاني بالفطر فان القول بهذا انما ينبني على توهم التعارض وكذلك يشبه الا ان يكون تعارض بين حديث عبد الرحمان بن زيد وبين حديث ابن عباس الا بدليل الخطاب وهو ضعيف اذا عارضه النص فقد قوى ان قول ابي ثور على شذوذه هو ابين مع ان تشبيه الراوي بالراوي هو امثل من تشبيهه بالشاهد لان الشهادة اما ان يقول ان اشتراط العدد فيها عبادة غير معللة فلا يجوز ان يقاس عليها واما ان يقول ان اشتراط العدد فيها هو لموضع التنازع الذي في الحقوق والشبهة التي تعرض من قبل قول احد الخصمين فاشترط فيها العدد وليكون الظن اغلب والميل الى حجة احد الخصمين اقوى ولم يتعد بذلك الاثنين لئلا يفسد قيام الشهادة فتبطل الحقوق وليس في رؤية القمر شبهة من مخالف يوجب الاستظهار بالعدد ويشبه ان يكون الشافعي انما فرق بين هلال الفطر وهلال الصوم للتهمة التي تعرض للناس في هلال الفطر ولا تعرض في هلال الصوم ومذهب ابي بكر بن المنذر هو مذهب ابي ثور واحسبه هو مذهب اهل الظاهر وقد احتج ابو بكر بن المنذر لهذا الحديث بانعقاد الاجماع على وجوب الفطر والامساك عن الاكل بقول واحد فوجب ان يكون الامر كذلك في دخول الشهر وخروجه اذ كلاهما علامة تفصل زمان الفطر من زمان الصوم وإذا قلنا ان الرؤية تثبت بالخبر في حق من لم يره فهل يتعدى ذلك من بلد الى بلد اعني هل يجب على اهل بلد ما اذا لم يروه ان يأخذوا في ذلك برؤية بلد آخر ام لكل بلد رؤيته فيه خلاف فاما مالك فان ابن القاسم والمصريين رووا عنه انه اذا ثبت عند

اهل

اهل بلد ان اهل بلد آخر راوا الهلال ان عليهم قضاء ذلك اليوم الذى افطروه وصامه غيرهم وبه قال الشافعى واحمد وروى المدنيون عن مالك ان الرؤية لا تلزم بالخبر عند غير اهل البلد الذى وقعت فيه الرؤية الا ان يكون الامام يحمل الناس على ذلك وبه قال ابن الماجشون والمغيرة من اصحاب مالك واجمعوا انه لا يراعى ذلك فى البلدان النائية كالاندلس والحجاز * والسبب فى هذا الخلاف تعارض الاثر والنظر اما النظر فهو ان البلاد اذا لم تختلف مطالعها كل الاختلاف فيجب ان يحمل بعضها على بعض لانها فى قياس الافق الواحد واما اذا اختلفت اختلافاً كثيراً فليس يجب ان يحمل بعضها على بعض واما الاثر فما رواه مسلم عن كريب ان ام الفضل بنت الحرث بعثته الى معاوية بالشام فقال قدمت الشام فقضيت حاجتها واستهل على رمضان وانا بالشام فرايت الهلال ليلة الجمعة ثم قدمت المدينة فى آخر الشهر فسألنى عبدالله بن عباس ثم ذكر الهلال فقال متى رايتم الهلال فقلت رايته ليلة الجمعة فقال انت رايته فقلت نعم ورآه الناس وصاموا وصام معاوية قال لاكنا رايناه ليلة السبت فلا نزال نصوم حتى نكمل ثلاثين يوماً او نراه فقلت الا تكتفى برؤية معاوية فقال لا هكذا امرنا النبى عليه السلام فظاهر هذا الاثر يقتضى ان لكل بلد رؤيته قرب او بعد والنظر يعطى الفرق بين البلاد النائية والقريبة وبخاصة ما كان نايه فى الطول والعرض كثيراً واذا بلغ الخبر مبلغ التواتر لم يحتج فيه الى شهادة فهذه هى المسائل التى تتعلق بزمان الوجوب واما التى تتعلق بزمان الامساك فانهم اتفقوا على ان آخره غيوبة الشمس لقوله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل واختلفوا فى اوله فقال الجمهور هو طلوع الفجر الثانى المستطير الابيض لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اعنى حده بالمستطير ولظاهر قوله تعالى حتى يتبين لكم الخيط الابيض الاية وشذت فرقة فقالوا هو الفجر الاحمر الذى يكون بعد الابيض وهو نظير الشفق الاحمر وهو مروى عن حذيفة وابن مسعود * وسبب هذا الخلاف هو اختلاف الاثار فى ذلك واشتراك اسم الفجر اعنى انه يقال على الابيض والاحمر وأما الاثار التى احتجوا بها فمنها حديث زر عن حذيفة قال يتحدث مع النبى صلى الله عليه وسلم ونحن أثناء ان أقول هو النهار الا ان الشمس لم تطلع وخرج أبو داود عن قيس بن طلق عن أبيه انه عليه السلام قال كلوا واشربوا ولا يهمزنكم الساطع المصعد فكلوا واشربوا حتى يعترض لكم الاحمر قال أبو داود هذا ما تفرد به اهل اليمامة وهذا شذوذ فان قوله تعالى حتى يتبين لكم الخيط الابيض نص فى ذلك او كالنص والذين رأوا انه الفجر الابيض المستطير وهم الجمهور والمعتمد اختلفوا فى الحد المحرم للاكل فقال قوم هو طلوع الفجر نفسه وقال قوم هو تبينه عند الناظر اليه ومن لم يتبينه فالاكل مباح له حتى يتبينه وان كان قد طلع وفائدة الفرق انه اذا انكشف انه ما ظن من انه لم يطلع كان قد طلع ممن كان الحد عنده هو الطلوع نفسه أوجب عليه القضاء ومن قال هو العلم الحاصل بعلم يوجب عليه قضاء وسبب الاختلاف فى ذلك الاحتمال الذى فى قوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر هل على الامساك بالتبيين نفسه أو بالشئ المتبين لان العرب تجوز فتستعمل لاحق الشئ بدل الشئ على وجه الاستعارة فكانه قال تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود لانه اذا تبين فى نفسه تبين لنا فاذا اضافة التبيين لنا هى التى أوقعت الخلاف لانه قد يتبين فى نفسه ويتعذر او لا يتبين لنا وظاهر اللفظ يوجب تعلق الامساك بالعلم والقياس يوجب تعلقه بالطلوع نفسه أعنى قياساً على الغروب وعلى سائر حدود الاوقات الشرعية كالزوال وغيره فان الاعتبار فى جميعها فى الشرع هو بالامر نفسه لا بالعلم المتعلق به والمشهور عن مالك وعليه الجمهور ان الاكل يجوز ان يتصل بالطلوع وقيل بل يجب الامساك قبل الطلوع والحجة للقول الاول ما فى كتاب البخارى انه

في بعض رواياته قال النبي صلى الله عليه وسلم وكلوا واشربوا حتى ينادي ابن ام مكتوم فانه لا ينادي حتى يطلع الفجر وهو نص في موضع الخلاف وكالنص والموافق لظاهر قوله تعالى وكلوا واشربوا الآية ومن ذهب الى انه يجب الامساك قبل الفجر بحر يا على الاحتياط وسداً للذريعة وهو اردع والاول اقيس والله أعلم

﴿الركن الثاني وهو الامساك﴾ واجمعوا على انه يجب على الصائم الامساك زمان الصوم عن المطعوم والمشروب والجماع لقوله تعالى فالان باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر واختلفوا من ذلك في مسائل منها مسكوت عنها ومنها منطوق بها اما المسكوت عنها احداها فيما يرد الجوف كما ليس بمغذ وفيما يرد الجوف من غير منفذ الطعام والشراب مثل الحقنة وفيما يرد باطن سائر الاعضاء ولا يرد الجوف مثل ان يرد الدماغ ولا يرد المعدة * وسبب اختلافهم في هذه هو قياس المغذى على غير المغذى وذلك ان المطوق به انما هو المغذى فمن رأى ان المقصود بالصوم معنى معقول لم يلحق المغذى بغير المغذى ومن رأى انها عبادة غير معقولة وان المقصود منها انما هو الامساك فقط عما يرد الجوف سوى بين المغذى وغير المغذى وتحصيل مذهب مالك انه يجب الامساك عن ما يصل الى الحلق من أي المنافذ وصل مغذيا كان أو غير مغذ وأما ما عدى المأكول والمشروب من المفطرات فكلهم يقولون ان من قبل فامنى فقد افطر وان امذي فلم يفطر الا مالك واختلفوا في القبلة للصائم فمنهم من اجازها ومنهم من كرهها للشاب واجازها للشيخ ومنهم من كرهها على الاطلاق فمن رخص فيها فلما روى من حديث عائشة وام سلمة أن النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ومن كرهها فلما يدعوا اليه من الوقاع وشذ قوم فقالوا القبلة تفطر واحتجوا لذلك بما روى عن ميمونة بنت سعد قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال افطرا جميعاً خرج هذا الاثر الطحاوي ولكن ضعفه واما ما يقع من هذه من قبل القبلة ومن قبل النسيان فالكلام فيه عند الكلام في المفطرات واحكامها واما اختلفوا فيه مما هو منطوق به بالحجامة والقيء اما الحجامة فان فيها ثلاثة مذاهب قوم قالوا انها تفطر وان الامساك عنها واجب وبه قال أحمد وداود والاوزاعي واسحاق بن راهويه وقوم قالوا انها مكروهة للصائم وليست تفطر وبه قال مالك والشافعي والثوري وقوم قالوا انها غير مكروهة ولا مفطرة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه * وسبب اختلافهم تعارض الآثار الواردة في ذلك وذلك انه ورد في ذلك حديثان أحدهما ما روى من طريق ثوبان ومن طريق رافع بن خديج أنه عليه السلام قال افطر الحاجم والمحجوم وحديث ثوبان هذا كان يصححه أحمد والحديث الثاني حديث عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم وحديث ابن عباس بهذا صحيح فذهب العلماء في هذين الحديثين ثلاثة مذاهب أحدها مذهب الترجيح والثاني مذهب الجمع والثالث مذهب الاسقاط عند التعارض والرجوع الى البراءة الاصلية اذا لم يعلم الناسخ من المنسوخ فمن ذهب مذهب الترجيح قال بحديث ثوبان وذلك ان هذا موجب حكماً وحديث ابن عباس رافعه والموجب مرجح عند كثير من العلماء على الرافع لان الحكم اذا ثبت بطريق يوجب العمل لم يرتفع الا بطريق يوجب العمل برفعه وحديث ثوبان قد وجب العمل به وحديث ابن عباس يحتمل ان يكون ناسخاً ويحتمل ان يكون منسوخا وذلك شك والشك لا يوجب عملا ولا يرفع العلم الموجب للعمل وهذا على طريقة من لا يرى الشك مؤثراً في العلم ومن رام الجمع بينهما حمل حديث النهي على الكراهية وحديث الاحتجام على رفع الحظر ومن اسقطهما للتعارض قال باباحة الاحتجام للصائم واما القيء فان جمهور الفقهاء على ان من ذرعه القيء فليس بمفطر الا ربيعة فانه قال انه مفطر وجمهورهم

أيضاً على ان من استقاء فقاء فانه مفطر الاطاوس * وسبب اختلافهم مايتوهم من التعارض بين الاحاديث الواردة في هذه المسئلة واختلافهم أيضاً في تصحيحها وذلك انه ورد في هذا الباب حديثان أحدهما حديث أبي الدرداء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فافطر قال معدان فلقيت ثوبان في مسجد دمشق فقلت له ان أبا الدرداء حدثني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فافطر فقال صدق انا صببت له وضوءه وحديث ثوبان هذا صححه الترمذي والآخر حديث أبي هريرة خرجه الترمذي وأبوداود أيضاً أن النبي عليه السلام قال من ذرعه القيء وهو صائم فليس عليه قضاء وان استقاء فعليه القضاء وروى موقوفا على ابن عمر فمن لم يصح عنده الاثران كلاهما قال ليس فيه فطر أصلا ومن أخذ بظاهر حديث ثوبان ورجحه على حديث أبي هريرة أوجب الفطر من القيء باطلاق ولم يفرق بين ان يستقيء اولا يستقيء ومن جمع بين الحديثين وقال حديث ثوبان مجمل وحديث أبي هريرة مفسر والواجب حمل المجمل على المفسر فرق بين القيء والاستقاءة وهو الذي عليه الجمهور

﴿الركن الثالث وهو النية﴾

والنظر في النية في مواضع منها هل هي شرط في صحة هذه العبادة أم ليست بشرط وان كانت شرطاً فما الذي يجزى من تعيينها وهل يجب تحديدها في كل يوم من ايام رمضان ام يكفي في ذلك النية الواقعة في اليوم الاول وإذا اوقعها المكلف فأي وقت اذا وقعت فيه صح الصوم وإذا لم تقع فيه بطل الصوم وهل رفض النية يوجب الفطر وان لم يفطر وكل هذه المطالب قد اختلف الفقهاء فيها اما كون النية شرطاً في صحة الصيام فانه قول الجمهور وشذ زفر فقال لا يحتاج رمضان الى نية الا ان يكون الذي يدركه صيام شهر رمضان مريضاً او مسافراً فيريد الصوم * والسبب في اختلافهم الاحتمال المتطرق الى الصوم هل هو عبادة معقولة المعنى او غير معقولة المعنى فمن رآ انها غير معقولة المعنى اوجب النية ومن رآ انها معقولة المعنى قال قد حصل المعنى اذا صام وان لم ينو لكن تخصيص رفد رمضان بذلك من بين انواع الصوم فيه ضعف وكانه لما رآ ان ايام رمضان لا يجوز فيها الفطر رآ ان كل صوم يقع فيها ينقلب صوما شرعياً وان هذا شيء يخص هذه الايام واما اختلافهم في تعيين النية المجزية في ذلك فان مالكا قال لابد في ذلك من تعيين صوم رمضان ولا يكفيه اعتقاد الصوم مطلقاً ولا اعتقاد صوم معين غير صوم رمضان وقال ابو حنيفة ان اعتقد مطلق الصوم اجزاه وكذلك ان نوى فيه صيام غير رمضان اجزاه وانقلب الى صيام رمضان الا ان يكون مسافراً فانه اذا نوى المسافر عنده في رمضان صيام غير رمضان كان ما نوى لانه لم يجب عليه صوم رمضان وجوبا معيناً ولم يفرق صاحباه بين المسافر والحاضر وقالا كل صوم نوى في رمضان انقلب الى رمضان * وسبب اختلافهم هل الكافي في تعيين النية في هذه العبادة هو تعيين جنس العبادة او تعيين شخصها وذلك ان كلى الامرين موجود في الشرع مثال ذلك ان النية في الوضوء يكفي منها اعتقاد رفع الحدث لاي شيء كان من العبادات التي الوضوء شرط في صحتها وليس يختص عبادة عبادة بوضوء وضوء واما الصلاة فلابد فيها من تعيين شخص العبادة فلابد من تعيين الصلاة ان عصراً فعصراً وان ظهراً فظهراً وهذا كله على المشهور عند العلماء فتردد الصوم عند هؤلاء بين هذين الجنسين فمن الحقه بالجنس الواحد قال يكفي في ذلك اعتقاد الصوم فقط ومن الحقه بالجنس الثاني اشترط تعيين الصوم واختلافهم ايضاً في اذا نوى في ايام رمضان صوما آخر هل ينقلب او لا ينقلب سببه ايضاً ان من العبادة عندهم ما ينقلب من قبل ان الوقت الذي توقع فيه مختص بالعبادة التي تنقلب اليه ومنها ما ليس ينقلب اما التي لا تنقلب فاكثرها واما التي تنقلب باتفاق فالحج وذلك انهم قالوا اذا ابتدأ الحج تطوعا من وجب عليه الحج انقلب التطوع الى الفرض ولم يقولوا ذلك في الصلاة ولا في غيرها فمن شبه الصوم

بالحج قال ينقلب ومن شبهه بغيره من العبادات قال لا ينقلب واما اختلافهم في وقت النية فان مالكا رأى انه لا يجزى الصيام الا بنية قبل الفجر وذلك في جميع انواع الصوم وقال الشافعي تجزى النية بعد الفجر في النافلة ولا يجزى في الفروض وقال ابو حنيفة تجزى النية بعد الفجر في الصيام المتعلق وجوبه بوقت معين مثل رمضان والنذر ايام محدودة وكذلك في النافلة ولا يجزى في الواجب في الذمة * والسبب في اختلافهم تعارض الاثر في ذلك اما الآثار المتعارضة في ذلك فاحدها ما خرجه البخاري عن حفصة انه قال عليه السلام من لم يبيت الصيام من الليل فلا صيام له ورواه مالك موقوفا قال ابو عمر حديث حفصة في اسناده اضطراب والثاني ما رواه مسلم عن عائشة قالت قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم يا عائشة هل عندكم شيء قالت يا رسول الله ما عندنا شيء قال فاني صائم والحديث معاوية انه قال على المنبر يا أهل المدينة اين علماؤكم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اليوم هذا يوم عاشوراء ولم يكتب عليكم صيامه وانا صائم فمن شاء منكم فليصم ومن شاء فليفطر فمن ذهب مذهب الترجيح اخذ بحديث حفصة ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين النفل والفرض اعني حمل حديث حفصة على الفرض وحديث عائشة ومعاوية على النفل وانما فرق ابو حنيفة بين الواجب المعين والواجب في الذمة لان الواجب المعين له وقت مخصوص يقوم مقام النية في التعيين والذي في الذمة ليس له وقت مخصوص فوجب ان التعيين بالنية وجمهور الفقهاء على انه ليس الطهارة من الجنابة شرطا في صحة الصوم لما ثبت من حديث عائشة وام سلمة زوجي النبي صلى الله عليه وسلم انهما قالتا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصبح جنبا من جماع غير احتلام في رمضان ثم يصوم ومن الحجة لهم الاجماع على ان الاحتلام بالنهار لا يفسد الصوم وروى عن ابراهيم النخعي وعروة بن الزبير وطاوس انه ان تعمد ذلك افسد صومه * وسبب اختلافهم ما روى عن ابي هريرة انه كان يقول من اصبح جنبا في رمضان افطر وروى عنه انه قال ما انا قلته محمد صلى الله عليه وسلم قاله ورب الكعبة وذهب ابن الماجشون من اصحاب مالك ان الحائض اذا طهرت قبل الفجر فاخرت الغسل ان يومها يوم فطر واقاويل هؤلاء شاذة ومردودة بالسنن المشهورة الثابتة

﴿القسم الثاني من الصوم المفروض﴾ وهو الكلام في الفطر واحكامه والمفطرون في الشرع على ثلاثة اقسام صنف يجوز له الفطر والصوم باجماع وصنف يجب عليه الفطر على اختلاف في ذلك بين المسلمين وصنف لا يجوز له الفطر وكل واحد من هؤلاء تتعلق به احكام اما الذين يجوز لهم الامر ان فالمريض باتفاق والمسافر باختلاف والحامل والمرضع والشيخ الكبير وهذا التقسيم كله مجمع عليه فاما المسافر فالنظر فيه في مواضع منها هل ان صام اجزاه صومه ام ليس يجزيه فهل الافضل له الصوم او الفطر او هو مخير بينهما وهل الفطر الجائز له هو في سفر محدود ام في كل ما ينطلق عليه اسم السفر في وضع اللغة ومتى يفطر المسافر ومتى يمسك وهل اذا مر ببعض الشهر له ان ينشئ السفر ام لا ثم اذا افطر ما حكمه واما المريض فالنظر فيه ايضا في تحديد المرض الذي يجوز له فيه الفطر وفي حكم الفطر ﴿اما المسئلة الاولى﴾ وهي ان صام المريض والمسافر هل يجزيه صومه عن فرضه ام لا فانهم اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور الى انه ان صام وقع صيامه واجزاه وذهب اهل الظاهر الى انه لا يجزيه وان فرضه هو ايام اخر * والسبب في اختلافهم تردد قوله تعالى فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر بين ان يحمل على الحقيقة فلا يكون هنالك محذوف اصلا او يحمل على المجاز فيكون التقدير فافطر فعدة من ايام اخر وهذا الحذف في الكلام هو الذي يعرفه اهل صناعة الكلام بلحن الخطاب فمن حمل

الآية على الحقيقة ولم يحملها على المجاز قال ان فرض المسافر عدة من ايام اخر لقوله تعالى فعدة من ايام اخر ومن قدر فافطر قال انما فرضه عدة من ايام اخر اذا افطر وكلى الفريقين يرجح تاويله بالآثار الشاهدة لكلى المفهومين وان كان الاصل هو ان يحمل الشئ على الحقيقة حتى يدل الدليل على حمله على المجاز أما الجمهور فيحتجون لمذهبهم بما ثبت من حديث انس قال سافرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى رمضان فلم يعب الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم ومما ثبت عنه ايضاً انه قال كان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يسافرون فيصوم بعضهم ويفطر بعضهم وأما اهل الظاهر يحتجون لمذهبهم بما ثبت عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى مكة عام الفتح فى رمضان فصام حتى بلغ الكديد ثم افطر فافطر الناس وكانوا ياخذون بالاحدث فالاحدث من امر رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا وهذا يدل على نسخ الصوم قال ابو عمر والحجة على اهل الظاهر اجماعهم على أن المريض اذا صام اجزأه صومه ﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾

وهى هل الصوم افضل او الفطر اذا قلنا انهما اهل الفطر على مذهب الجمهور فانهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة مذاهب فبعضهم رأى الصوم افضل وممن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة وبعضهم رأى أن الفطر افضل وممن قال بهذا القول احمد وجماعة وبعضهم رأى أن ذلك على التخيير وانه ليس احدهما افضل * والسبب فى اختلافهم معارضة المفهوم من ذلك لظاهر بعض المنقول ومعارضة المنقول بعضه لبعض وذلك أن المعنى المعقول من اجازة الفطر للصائم انما هو الرخصة له لمكان رفع المشقة عنه وما كان رخصة فالافضل تركه الرخصة ويشهد لهذا حديث حمزة بن عمرو الاسلمى خرجه مسلم انه قال يارسول الله أجدنى قوة على الصيام فى السفر فهل على من جناح فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هى رخصة من الله فمن اخذ بها فحسن ومن احب ان يصوم فلا جناح عليه وأما ما ورد من قوله عليه السلام ليس من البر ان تصوم فى السفر ومن أن آخر فعله عليه السلام كان الفطر فيوهم أن الفطر افضل لكن الفطر لما كان ليس حكماً وانما هو من فعل المباح عسر على الجمهور ان يضعوا المباح افضل من الحكم وأما من خير فى ذلك فلمكان حديث عائشة قالت سأل حمزة بن عمرو الاسلمى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصيام فى السفر فقال إن شئت فصم وإن شئت فافطر خرجه مسلم ﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾

وهى هل الفطر الجائز للمسافر هو فى سفر محدود او فى سفر غير محدود فان العلماء اختلفوا فيها فذهب الجمهور الى انه انما يفطر فى السفر الذى تقصر فيه الصلاة وذلك على حسب اختلافهم فى هذه المسئلة وذهب قوم الى انه يفطر فى كل ما ينطلق عليه اسم سفر وهم اهل الظاهر * والسبب فى اختلافهم معارضة ظاهر اللفظ للمعنى وذلك أن ظاهر اللفظ ان كل من ينطلق عليه اسم مسافر فهو ان يفطر لقوله تعالى فمن كان منكم مريضاً او على سفر فعدة من ايام اخر وأما المعنى المعقول من اجازة الفطر فى السفر فهو المشقة ولما كانت لا توجد فى كل سفر وجب ان يجوز الفطر فى السفر الذى فيه المشقة ولما كان الصحابة كانهم مجمعون على الحد فى ذلك وجب ان يقاس ذلك على الحد فى تقصير الصلاة وأما المرض الذى يجوز فيه الفطر فانهم اختلفوا فيه ايضاً فذهب قوم الى انه المرض الذى يلحق من الصوم فيه مشقة وضرر وبه قال مالك وذهب قوم الى انه المرض الغالب وبه قال احمد وقال قوم اذا انطلق عليه اسم المريض افطر * وسبب اختلافهم هو بعينه سبب اختلافهم فى حد السفر ﴿ وأما المسئلة الخامسة ﴾

وهى متى يفطر المسافر ومتى يمسك فان قوماً قالوا يفطر يومه الذى خرج فيه مسافراً وبه قال الشعبى والحسن واحمد وقال

طائفة لايفطر يومه ذلك وبه قال فقهاء الامصار واستحب جماعة العلماء لمن علم انه يدخل المدينة اول يومه ذلك ان يدخل صائماً وبعضهم في ذلك اكثر تشديداً من بعض وكلهم لم يوجبوا على من دخل مفطراً كفارة واختلفوا فيمن دخل وقد ذهب بعض النهار فذهب مالك والشافعي الى انه يتمادى على فطره وقال ابو حنيفة وأصحابه يكف عن الاكل وكذلك الحائض عنده تطهر تكف عن الاكل * والسبب في اختلافهم في الوقت الذي يفطر فيه المسافر هو معارضة الاثر للنظر أما الاثر فانه ثبت من حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صام حتى بلغ الكديد ثم افطر وافطر الناس معه وظاهر هذا انه افطر بعد ان بيت الصوم وأما الناس فلاشك انهم افطروا بعد تبييتهم الصوم وفي هذا المعنى ايضاً حديث جابر بن عبدالله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الفتح الى مكة فصار حتى بلغ كراع الغميم وصام الناس ثم دعا بقدح من ماء فرفعه حتى نظر الناس اليه ثم شرب فقيل له بعد ذلك ان بعض الناس قد صام فقال اولئك العصاة اولئك العصاة وخرج ابوداود عن ابي نضرة الغفاري انه لما تجاوز البيوت دعا بالسفرة قال جعفر راوي الحديث فقلت الست توم البيوت فقال أترغب عن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال جعفر فاكل وأما النظر فلما كان المسافر لايجوز له الا ان يبيت الصوم ليلة سفره لم يجز له ان يبطل صومه وقد بيته لقوله تعالى ولاتبطلوا اعمالكم وأما اختلافهم في امساك الداخل في اثناء النهار عن الاكل او لاامساكه * فالسبب فيه اختلافهم في تشبيه من يطرأ عليه في يوم شك افطر فيه الثبوت انه من رمضان فمن شبهه به قال يمسك عن الاكل ومن لم يشبهه به قال لايمسك عن الاكل لان الاول اكل لموضع الجهل وهذا اكل لسبب مبيح اوموجب للاكل والحنفية تقول كلاهما سببان موجبان للامساك عن الاكل بعد اباحة الاكل

﴿ وأما المسئلة السادسة ﴾ وهي هل يجوز للصائم بعض رمضان ان ينشئ سفراً ثم لايصوم فيه فان الجمهور على انه يجوز ذلك له وروي عن بعضهم وهو عبيدة السلماني وسويد بن غفلة وابن حجلة انه ان سافر فيه صام ولم يجيزوا له الفطر * والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وذلك انه يحتمل ان يفهم منه أن من شهد بعض الشهر فالواجب عليه ان يصومه كله ويحتمل ان يفهم منه أن من شهد ان الواجب ان يصوم ذلك البعض الذي شهده وذلك انه لما كان المفهوم باتفاق أن من شهده كله فهو يصومه كله كان من شهد بعضه فهو يصوم بعضه ويؤيد تاويل الجمهور إنشاء رسول الله صلى الله عليه وسلم السفر في رمضان وأما حكم المسافر اذا افطر فهو القضاء باتفاق وكذلك المريض لقوله تعالى فعدة من ايام اخر ماعدى المريض بالمغماء او جنون فانهم اختلفوا في وجوب القضاء عليه وفقهاء الامصار على وجوبه على المغمى عليه واختلفوا في المجنون ومذهب مالك وجوب القضاء عليه وفيه ضعف لقوله عليه السلام وعن المجنون حتى يفيق والذين اوجبوا عليهما القضاء اختلفوا في كون الاغماء والجنون مفسد للصوم فقوم قالوا انه مفسد وقوم قالوا ليس بمفسد وقوم فرقوا بين ان يكون اغمي عليه بعد الفجر او قبل الفجر وقوم قالوا ان اغمي عليه بعد مضي اكثر النهار اجزأه وان اغمي عليه في اول النهار قضى وهو مذهب مالك وهذا كله فيه ضعف فان الاغماء والجنون صفة يرتفع بها التكليف وبخاصة الجنون واذا ارتفع التكليف لم يوصف بفطر ولاصائم فكيف يقال في الصفة التي ترفع التكليف انها مبطلة للصوم الا كما يقال في الميت او فيمن لايصح منه العمل انه قد بطل صومه وعمله ويتعلق بقضاء المسافر والمريض مسائل منها هل يقضيان ما عليهما متتابعاً ام لا ومنها ماذا عليهما اذا اخر القضاء بغير عذر الى ان يدخل رمضان آخر ومنها اذا ماتا ولم يقضيا هل يصوم عنهما

وليهما

وليهما اوليس يصوم ﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ فان بعضهم اوجب ان يكون القضاء متتابعاً على صفة الاداء وبعضهم لم يوجب ذلك وهؤلاء منهم من خير ومنهم من استحب التتابع والجماعة على ترك ايجاب التتابع * وسبب اختلافهم تعارض ظواهر اللفظ والقياس وذلك أن القياس يقتضي ان يكون الاداء على صفة القضاء اصل ذلك الصلاة والحج وأما ظاهر قوله تعالى فعدة من ايام اخر فانما يقتضى ايجاب العدد فقط لا ايجاب التتابع وروى عن عائشة انها قالت نزلت فعدة من ايام اخر متتابعات فسقطا متتابعات وأما اذا اخر القضاء حتى دخل رمضان آخر فقال قوم يجب عليه بعد صيام الرمضان الداخل القضاء والكفارة وبه قال مالك والشافعي وأحمد وقال قوم لا كفارة عليه وبه قال الحسن البصرى وابراهيم النخعي * وسبب اختلافهم هل تقاس الكفارات بعضها على بعض أم لا فمن لم يجز القياس في الكفارات قال انما عليه القضاء فقط ومن اجاز القياس في الكفارات قال عليه كفارة قياساً على من افطر متعمداً لان كليهما مستهين بحرمة الصوم أما هذا فيترك القضاء زمان القضاء وأما ذلك فبالاكل في يوم لا يجوز فيه الاكل وانما كان يكون القياس مستنداً لو ثبت أن للقضاء زماناً محدوداً بنص من الشارع لان ازمنة الاداء هي المحدودة في الشرع وقد شذ قوم فقالوا اذا اتصل مرض المريض حتى يدخل رمضان آخر انه لا قضاء عليه وهذا مخالف للنص وأما اذا مات وعليه صوم فان قوماً قالوا لا يصوم احد عن احد وقوم قالوا يصوم عنه وليه والذين لم يوجبوا الصوم قال يطعم عنه وليه وبه قال الشافعي وقال بعضهم لا صيام ولا اطعام الا ان يوصي به وهو قول مالك وقال أبو حنيفة يصوم قالوا ان لم يستطع اطعم وفرق قوم بين النذر والصيام المفروض فقالوا يصوم عنه وليه في النذر ولا يصوم في الصيام المفروض * والسبب في اختلافهم معارضة القياس للاثر وذلك انه ثبت عنه من حديث عائشة انه قال عليه السلام من مات وعليه صيام صام عنه وليه خرجه مسلم وثبت عنه ايضاً من حديث ابن عباس انه قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله ان امي ماتت وعليها صوم شهر أفأقضيه عنها فقال لو كان على امك دين أكنت قاضيه عنها قال نعم قال فدين الله احق بالقضاء فمن رأى أن الاصول تعارضه وذلك انه كما انه لا يصلي احد عن احد ولا يتوضأ احد عن احد كذلك لا يصوم احد عن احد قال لا صيام على الولي ومن اخذ بالنص في ذلك قال بايجاب الصيام عليه ومن لم ياخذ بالنص في ذلك قصر الوجوب على النذر ومن قاس رمضان عليه قال يصوم عنه في رمضان وأما من اوجب الاطعام فصيراً الى قراءة من قرأ وعلى الذين يطوقونه فدية الآية ومن خير في ذلك فجمعا بين الآية والاثر فهذه هي احكام المسافر والمريض من الصنف الذين يجوز لهم الفطر والصوم وأما باقي هذا الصنف وهو المرضع والحامل والشيخ الكبير فانه فيه مسئلتين مشهورتين إحداهما الحامل والمرضع اذا افطرتا ماذا عليهما وهذه المسئلة للعلماء فيها اربعة مذاهب . أحدها انهما يطعمان ولا قضاء عليهما وهو مروى عن ابن عمر وابن عباس . والقول الثاني انهما يقضيان فقط ولا اطعام عليهما وهو مقابل الاول وبه قال ابو حنيفة وأصحابه وأبو عبيد وأبو ثور . والثالث انهما يقضيان ويطعمان وبه قال الشافعي . والقول الرابع ان الحامل تقضي ولا تطعم والمرضع تقضي وتطعم * وسبب اختلافهم تردد شبههما بين الذي يجهده الصوم وبين المريض فمن شبههما بالمريض قال عليهما القضاء فقط ومن شبههما بالذي يجهده الصوم قال عليهما الاطعام فقط بدليل قراءة من قرأ وعلى الذين يطوقونه فدية طعام مساكين الآية وأما من جمع عليهما الامرين فيشبه ان يكون رآ فيهما من كل واحد شبهاً فقال عليهما القضاء من جهة ما فيهما من شبه المريض وعليهما الفدية من جهة ما فيهما من شبه الذين يجهدهم

الصيام ويشبه ان يكون شبيهما بالمفطر الصحيح لكن يضعف هذا فان الصحيح لا يباح له الفطر ومن فرق بين الحامل والمرضع الحق الحامل بالمريض وابقى حكم المرضع مجموعا من حكم المريض وحكم الذي يجهده الصوم اوشبهها بالصحيح ومن افرد لهما احدا الحكمين اولى والله اعلم ممن جمع كما أن من افردهما بالقضاء اولى ممن افردهما بالاطعام فقط لكون القراءة غير متواترة فتأمل هذا فانه بين وأما الشيخ الكبير والعجوز اللذان لا يقدران على الصيام فانهم اجمعوا على أن لهما ان يفطرا واختلفوا فيما عليهما اذا افطرا فقال قوم عليهما وقال قوم ليس عليهما اطعام وبالاول قال الشافعي وأبو حنيفة وبالثاني قال مالك الا انه استحبه وأكثر من رآ الاطعام عليهما يقول مداً عن كل يوم وقيل ان حفن حفنات كما كان انس يصنع اجزأه ● وسبب اختلافهم اختلافهم في القراءة التي ذكرنا أعني قراءة من قرأ وعلى الذين يطوقونه فمن اوجب العمل بالقراءة التي لم تثبت في المصحف اذا وردت من طريق الاحاد العدول قال الشيخ منهم ومن لم يوجب بها عملا جعل حكمه حكم المريض الذي يتمادى به المرض حتى يموت فهذه هي احكام الصنف من الناس الذين يجوز لهم الفطر أعني احكامهم المشهورة التي اكثرها منطوق به اولها تعلق بالمنطوق به في الصنف الذي يجوز له الفطر وأما النظر في احكام الصنف الذي لا يجوز له الفطر اذا افطر فان النظر في ذلك يتوجه الى مايفطر بجماع والى مايفطر بغير جماع والى مايفطر بامر متفق عليه والى مايفطر بامر مختلف فيه أعني بشبهة اوبغير شبهة وكل واحد من هذين إما ان يكون على طريق السهو اوطريق العمد اوطريق الاختيار او طريق الاكراه أما من افطر بجماع متعمداً في رمضان فان الجمهور على أن الواجب عليه القضاء والكفارة لما ثبت من حديث ابي هريرة انه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلكت يارسول الله قال وما اهلكك قال وقعت على امرأتي في رمضان قال هل تجد ما تعتق به رقبة قال لا قال فهل تستطيع ان تصوم شهرين متتابعين قال لا قال فهل تجد ما تطعم به ستين مسكيناً قال لا ثم جلس فاتي النبي صلى الله عليه وسلم بعرق فيه تمر فقال تصدق بهذا فقال أعلى افقر مني فما بين لابتيها اهل بيت احوج اليه منا فقال فضحك النبي صلى الله عليه وسلم حتى بدت انيابه ثم قال اذهب فاطعمه اهلك واختلفوا من ذلك في مواضع .منها هل الافطار متعمداً بالاكل والشرب حكمه حكم الافطار بالجماع في القضاء والكفارة أم لا .ومنها اذا جامع ساهياً ماذا عليه .ومنها ماذا على المرأة اذا لم تكن مكرهة .ومنها هل الكفارة الواجبة فيه مترتبة اوعلى التخيير .ومنها كم المقدار الذي يجب ان يعطى كل مسكين اذا كفر بالاطعام .ومنها هل الكفارة متكررة بتكرر الجماع ام لا .ومنها اذا لزمه الاطعام وكان معسراً هل يلزمه الاطعام اذا أثرى ام لا .وشذ قوم فلم يوجبوا على المفطر عمداً بالجماع الا القضاء فقط إما لانه لم يبلغهم هذا الحديث وإما لانه لم يكن الامر عزيمة في هذا الحديث لانه لو كان عزيمة لوجب اذا لم يستطع على الاعتاق اوالاطعام ان يصوم ولابد اذا كان صحيحاً على ظاهر الحديث وايضاً لو كان عزيمة لاعلمه عليه السلام انه اذا صح انه يجب عليه الصيام ان لو كان مريضاً وكذلك شذ قوم ايضاً فقالوا ليس عليه الا الكفارة فقط اذ ليس في الحديث ذكر القضاء والقضاء الواجب بالكتاب انما هو لمن افطر ممن يجوز له الفطر اوممن لا يجوز له الصوم على الاختلاف الذي قررناه قبل في ذلك فاما من افطر متعمداً فليس في ايجاب القضاء عليه نص فيلحق في قضاء المتعمد الخلاف الذي لحق في قضاء تارك الصلاة عمداً حتى خرج وقتها الا أن الخلاف في هاتين المسئلتين شاذ وأما الخلاف المشهور فهو في المسائل التي عددناها قبل

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ وهي هل تجب الكفارة بالافطار بالاكل والشرب متعمداً فان

مالكا وأصحابه وأباحنيفة وأصحابه والثورى وجماعة ذهبوا الى أن من افطر متعمداً باكل اوشرب أن عليه القضاء والكفارة المذكورة في هذا الحديث وذهب الشافعى واحمد واهل الظاهر الى ان الكفارة انما تلزم فى الافطار من الجماع فقط * والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى جواز قياس المفطر بالاكل والشرب على المفطر بالجماع فمن رآ أن شبههما فيه واحد وهو انتهاك حرمة الصوم جعل حكمهما واحداً ومن رآ انهما وان كانت الكفارة عقابا لانتهاك الحرمة فانها اشد مناسبة للجماع منها لغيره وذلك ان العقاب المقصود به الردع والعقاب الاكبر قد يوضع لما اليه النفس اميل وهو لها اغلب من الجنايات وان كانت الجناية متقاربة اذ كان المقصود من ذلك التزام الناس الشرائع وان يكونوا اخياراً عدولا كما قال تعالى كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون قال هذه الكفارة للمغلظة خاصة بالجماع وهذا اذا كان ممن يرى القياس واما من لا يرى القياس فامره بين انه ليس يعدى حكم الجماع الى الاكل والشرب واما ما روي مالك فى الموطا ان رجلا افطر فى رمضان فامره النبي عليه السلام بالكفارة المذكورة فليس بحجة لان قول الراوى فافطر هو مجمل والمجمل ليس له عموم فيوخذ به لكن هذا قول على أن الراوى كان يرى أن الكفارة كانت لموضع الافطار ولولا ذلك لما عبر بهذا اللفظ ولذكر النوع من الفطر الذي افطر به ﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهو اذا جامع ناسياً لصومه فان الشافعى وأباحنيفة يقولان لا قضاء عليه ولا كفارة وقال مالك عليه القضاء دون الكفارة وقال أحمد وأهل الظاهر عليه القضاء والكفارة * وسبب اختلافهم فى قضاء الناسى معارضة ظاهر الاثر فى ذلك للقياس أما القياس فهو تشبيه ناسى الصوم بناسى الصلاة فمن شبهه بناسى الصلاة اوجب عليه القضاء كوجوبه بالنص على ناسى الصلاة وأما الاثر المعارض بظاهره لهذا القياس فهو ما خرّجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من نسى وهو صائم فاكل اوشرب فليتم صومه فانما اطعمه الله وسقاه وهذا الاثر يشهد له عموم قوله عليه السلام رفع عن امتى الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه ومن هذا الباب اختلافهم فيمن ظن أن الشمس قد غربت فافطر ثم ظهرت الشمس بعد ذلك هل عليه قضاء ام لا وذلك أن هذا مخطئ والمخطئ والناسى حكمهما واحد فكيف ما قلنا فتاثير النسيان فى اسقاط القضاء بين والله اعلم وذلك انا ان قلنا ان الاصل هو الا يلزم الناسى قضاء حتى يدل الدليل على الزامه وجب ان يكون النسيان لا يوجب القضاء فى الصوم اذ لا دليل هاهنا على ذلك بخلاف الامر فى الصلاة وان قلنا ان الاصل هو ايجاب القضاء حتى يدل الدليل على رفعه عن الناسى فقد دل الدليل فى حديث أبي هريرة على رفعه عن الناسى اللهم الا ان يقول قائل ان الدليل الذي استثنى ناسى الصوم من ناسى سائر العبادات التى رفع عن تاركها الحرج بالنص هو قياس الصوم على الصلاة لكن ايجاب القضاء بالقياس فيه ضعف وانما القضاء عند الاكثر واجب بامر متجدد وأما من اوجب القضاء والكفارة على الجامع ناسياً فضعيف فان تاثير النسيان فى اسقاط العقوبات بين فى الشرع والكفارة من انواع العقوبات وانما اصارهم الى ذلك اخذهم بمجمل الصفة المنقولة فى الحديث أعنى من انه لم يذكر فيه انه فعل ذلك عمداً ولا نسيانا لكن من اوجب الكفارة على قاتل الصيد نسيانا لم يحفظ اصله فى هذا مع أن النص انما جاء فى المتعمد وقد كان يجب على اهل الظاهر ان ياخذوا بالمتفق عليه وهو ايجاب الكفارة على العامد الى ان يدل الدليل على ايجابها على الناسى او ياخذوا بعموم قوله عليه السلام رفع عن امتى الخطا والنسيان حتى يدل الدليل على التخصيص ولكن كلا الفريقين لم يلزم اصله وليس فى مجمل ما نقل من

حديث الاعرابي حجة ومن قال من اهل الاصول ان ترك التفصيل في اختلاف الاحوال من الشارع بمنزلة العموم في الاقوال فضعيف فان الشارع لم يحكم قط الا على مفصل وانما الاجمال في حقنا

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهو اختلافهم في وجوب الكفارة على المرأة إذا طاوعته على الجماع فان ابا حنيفة واصحابه ومالكا واصحابه اوجبوا عليها الكفارة وقال الشافعي وداود لا كفارة عليها • وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الاثر للقياس وذلك انه عليه السلام لم يامر المرأة في الحديث بكفارة والقياس انها مثل الرجل اذ كان كلاهما مكلفاً ﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وهي هل هذه الكفارة مرتبة ككفارة الظهار او على التخيير وأعني بالترتيب الا ينتقل المكلف الى واحد من الواجبات المخيرة الا بعد العجز عن الذي قبله وبالتخيير ان يفعل منها ماشاء ابتداء من غير عجز عن الاخر فانهم ايضاً اختلفوا في ذلك فقال الشافعي وابو حنيفة والثوري وسائر الكوفيين هي مرتبة فالعتق اولا فان لم يجد فالصيام فان لم يستطع فالاطعام وقال مالك هي على التخيير وروى عنه ابن القاسم مع ذلك انه يستحب الاطعام اكثر من العتق ومن الصيام • وسبب اختلافهم في وجوب الترتيب تعارض ظواهر الاثار في ذلك والاقيسة وذلك ان ظاهر حديث الاعرابي المتقدم يوجب انها على الترتيب اذ سأله النبي عليه السلام عن الاستطاعة عليها مرتباً وظاهر ما رواه مالك من ان رجلا افطر في رمضان فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يعتق رقبة او يصوم شهرين متتابعين او يطعم ستين مسكيناً انها على التخيير اذ انما يقتضي في لسان العرب التخيير وان كان ذلك من لفظ الراوي الصاحب اذ كانوا هم اقعد بمفهوم الاحوال ودلالات الاقوال واما الاقيسة المعارضة في ذلك فتشبيهها تارة بكفارة الظهار وتارة بكفارة اليمين لكنها اشبه بكفارة الظهار منها بكفارة اليمين واخذ الترتيب من حكاية لفظ الراوي وأما استحباب مالك الابتداء بالاطعام فخالف لظواهر الاثار وانما ذهب الى هذا من طريق القياس لانه رأى الصيام قد وقع بدله الاطعام في مواضع شتى من الشرع وانه مناسب له اكثر من غيره بدليل قراءة من قرأ وعلى الذين يطوقونه فدية طعام مساكين ولذلك استحب هو وجماعة من العلماء لمن مات وعليه صوم ان يكفر بالاطعام عنه وهذا كله من باب ترجيح القياس الذي تشهد له الاصول على الاثر الذي لا تشهد له الاصول ﴿ وأما المسئلة الخامسة ﴾ وهو اختلافهم في مقدار الاطعام فان مالكا والشافعي واصحابهما قالوا يطعم لكل مسكين مداً بمد النبي صلى الله عليه وسلم وقال ابو حنيفة وأصحابه لا يجزى اقل من مدين بمد النبي صلى الله عليه وسلم وذلك نصف صاع لكل مسكين • وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر أما القياس فتشبيه هذه الفدية بفدية الاذى المنصوص عليها وأما الاثر فما روى في بعض طرق حديث الكفارة أن الفرق كان فيه خمسة عشر صاعا لكن ليس بدل كونه فيه خمسة عشر صاعا على الواجب من ذلك لكل مسكين الا دلالة ضعيفة وانما يدل على ان بدل الصيام في هذه الكفارة هو هذا القدر

﴿ وأما المسئلة السادسة ﴾ وهي تكرر الكفارة بتكرر الافطار فانهم اجمعوا على ان من وطئ في رمضان ثم كفر ثم وطئ في يوم آخر ان عليه كفارة اخرى واجمعوا على انه من وطئ مراراً في يوم واحد انه ليس عليه الا كفارة واحدة واختلفوا فيمن وطئ في يوم من رمضان ولم يكفر حتى وطئ في يوم ثان فقال مالك والشافعي وجماعة عليه لكل يوم كفارة وقال ابو حنيفة واصحابه عليه كفارة واحدة ما لم يكفر عن الجماع الاول • والسبب في اختلافهم تشبيه الكفارات بالحدود فمن شبهها بالحدود قال كفارة واحدة تجزى في ذلك عن

افعال كثيرة كما يلزم الزاني جلد واحد وان زنى الف مرة اذا لم يحد لواحد منها ومن لم يشبهها بالحدود جعل لكل واحد من الايام حكماً منفرداً بنفسه في هتك الصوم فيه اوجب في كل يوم كفارة قالوا والفرق بينهما أن الكفارة فيها نوع من القربة والحدود زجر محض

﴿ وأما المسألة السابعة ﴾

وهي هل يجب عليه الاطعام اذا ايسر وكان معسراً في وقت الوجوب فان الاوزاعي قال لا شيء عليه ان كان معسراً وأما الشافعي فتردد في ذلك * والسبب في اختلافهم في ذلك انه حكم مسكوت عنه فيحتمل ان يشبه بالديون فيعود الوجوب عليه في وقت الايسار ويحتمل ان يقال لو كان ذلك واجباً عليه لبينه له عليه السلام فهذا حكم من افطر متعمداً في رمضان مما اجمع على انه مفطر وأما من افطر مما هو مختلف فيه فان بعض من اوجب فيه القطر اوجب فيه القضاء والكفارة وبعضهم اوجب فيه القضاء فقط مثل من رأى أن القطر من الحجامة ومن الاستقاء ومن بلع الحصاة ومثل المسافر يفطر اول يوم يخرج عند من يرى انه ليس له ان يفطر في ذلك اليوم فان مالكا اوجب فيه القضاء والكفارة وخالفه في ذلك سائر فقهاء الامصار وجمهور اصحابه وأما من اوجب القضاء والكفارة من الاستقاء فابو ثور والاوزاعي وسائر من يرى ان الاستقاء مفطر لا يوجبون الا القضاء فقط والذي اوجب القضاء والكفارة في الاحتجام من القائلين بان الحجامة تفطر هو عطاء وحده * وسبب هذا الخلاف ان المفطر بشيء فيه اختلاف فيه شبه من غير المفطر ومن المفطر فمن غلب احد الشبهين اوجب له ذلك الحكم وهذان الشبهان الموجودان فيهما اللذان اوجبا فيه الخلاف أعني هل هو مفطر او غير مفطر ولكون الافطار شبهة لا يوجب الكفارة عند الجمهور وانما يوجب القضاء فقط نزع ابو حنيفة الى انه من افطر متعمداً للفطر ثم طرأ عليه في ذلك اليوم سبب مبيح للفطر انه لا كفارة عليه كالمرأة تفطر عمداً ثم تحيض باقي النهار وكالصحيح يفطر عمداً ثم يمرض والحاضر يفطر ثم يسافر فمن اعتبر الامر في نفسه أعني انه مفطر في يوم جازله الافطار فيه لم يوجب عليهم كفارة وذلك ان كل واحد من هؤلاء قد كشف له الغيب انه افطر في يوم جازله الافطار فيه ومن اعتبر الاستهانة بالشرع اوجب عليه الكفارة لانه حين افطر لم يكن عنده علم بالاباحة وهو مذهب مالك والشافعي ومن هذا الباب ايجاب مالك القضاء فقط على من اكل وهو شاك في الفجر وايجابه القضاء والكفارة على من اكل وهو شاك في الغروب على ما تقدم من الفرق بينهما واتفق الجمهور على انه ليس في الفطر عمداً في قضاء رمضان كفارة لانه ليس له حرمة زمان الاداء أعني رمضان الا قتادة فانه اوجب عليه القضاء والكفارة وروي عن ابن القاسم وابن وهب أن عليه يومين قياساً على الحج الفاسد وأجمعوا على أن من سنن الصوم تاخير السحور وتعجيل الفطر لقوله عليه السلام لا يزال الناس بخير ما عجلوا الفطر واخروا السحور وقال تسحروا فان في السحور بركة وقال عليه السلام فصل ما بين صيامنا وصيام اهل الكتاب اكلة السحر وكذلك جمهورهم على ان من سنن الصوم ومرغباته كف اللسان عن الرفث والخنا لقوله عليه السلام انما الصوم جنة فاذا اصبح احدكم صائماً فلا يرفث ولا يجهل فان امرؤ شاتمه فليقل اني صائم وذهب اهل الظاهر الى ان الرفث يفطر وهو شاذ فهذه مشهورات ما يتعلق بالصوم المفروض من المسائل وبقي القول في الصوم المندوب اليه وهو القسم الثاني من هذا الكتاب

بسم الله الرحمان الرحيم

﴿ كتاب الصيام الثاني وهو المندوب اليه ﴾

والنظر في الصيام المندوب اليه هو في تلك الاركان

الثلاثة وفي حكم الافطار فيه فاما الايام التي يقع فيها الصوم المندوب اليه وهو الركن الاول فانها على ثلاثة اقسام ايام مرغب فيها وايام منهى عنها وايام مسكوت عنها ومن هذه ما هو مختلف فيه ومنها ما هو متفق عليه أما المرغب فيه المتفق عليه فصيام يوم عاشوراء وأما المختلف فيه فصيام يوم عرفة وست من شوال والغرر من كل شهر وهي الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر أما صيام يوم عاشوراء فلانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صامه وأمر بصيامه وقال فيه من كان اصبح صائماً فليتم صومه ومن كان اصبح مفطراً فليتم بقية يومه واختلفوا فيه هل هو التاسع او العاشر * والسبب في ذلك اختلاف الآثار خرج مسلم عن ابن عباس قال اذا رأيت هلال المحرم فاعدد وأصبح يوم التاسع صائماً قلت هكذا كان محمد صلى الله عليه وسلم يصومه قال نعم وروي انه حين صام رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عاشوراء وامر بصيامه قالوا يا رسول الله انه يوم يعظمه اليهود والنصارى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا كان العام المقبل ان شاء الله صمنا اليوم التاسع قال فلم يات العام المقبل حتى توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأما اختلافهم في يوم عرفة فلان النبي عليه السلام افطر يوم عرفة وقال فيه صيام يوم عرفة يكفر السنة الماضية والآتية ولذلك اختلف الناس في ذلك واختار الشافعي الفطر فيه للحاج وصيامه لغير الحاج جمعاً بين الاثرين وخرّج ابو داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن صيام يوم عرفة بعرفة وأما الست من شوال فانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من صام رمضان ثم اتبعه ستاً من شوال كان كصيام الدهر الا ان مالكا كره ذلك إما مخافة ان يلحق الناس برمضان ما ليس من رمضان وإما لانه لعلهم لم يبلغه الحديث او لم يصح عنده وهو الاظهر وكذلك كره مالك تحري صيام الغرر مع ما جاء فيها من الاثر مخافة ان يظن الجهال بها انها واجبة وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصوم من كل شهر ثلاثة ايام غير معينة وانه قال لعبد الله بن عمرو بن العاصي لما اكثر الصيام أما يكفيك من كل شهر ثلاثة ايام قال فقلت يا رسول الله إني اطيق اكثر من ذلك قال خمساً قلت يا رسول الله إني اطيق اكثر من ذلك قال سبعاً قلت يا رسول الله إني اطيق اكثر من ذلك قال تسعاً قلت يا رسول الله إني اطيق اكثر من ذلك قال احد عشر قلت يا رسول الله إني اطيق اكثر من ذلك فقال عليه السلام لا صوم فوق صيام داود شطر الدهر صيام يوم وافطار يوم وخرّج ابو داود انه كان يصوم يوم الاثنين ويوم الخميس وثبت انه لم يستتم قط شهراً بالصيام غير رمضان وان اكثر صيامه كان في شعبان وأما الايام المنهى عنها فمنها ايضاً متفق عليها ومنها مختلف فيها أما المتفق عليها فيوم الفطر ويوم الاضحى لثبوت النهي عن صيامهما وأما المختلف فيها فايام التشريق ويوم الشك ويوم الجمعة ويوم السبت والنصف الاخر من شعبان وصيام الدهر أما ايام التشريق فان اهل الظاهر لم يجيزوا الصوم فيها وقوم اجازوا ذلك فيها وقوم كرهوه وبه قال مالك الا انه اجاز صيامها لمن وجب عليه الصوم في الحج وهو المتمتع وهذه الايام هي الثلاثة الايام التي بعد يوم النحر * والسبب في اختلافهم تردد قوله عليه السلام فيها انها ايام اكل وشرب بين ان يحمل على الوجوب او على الندب فمن حمله على الوجوب قال الصوم يحرم ومن حمله على الندب قال الصوم مكروه ويشبه ان يكون من حمله على الندب انما صار الى ذلك وغلبه على الاصل الذي هو حمله على الوجوب لانه رآه ان حمله على الوجوب عارضه حديث ابي سعيد الخدري الثابت بدليل الخطاب وهو انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يصح الصيام في يومين يوم الفطر من رمضان ويوم النحر فدليل الخطاب يقتضي ان ما عدى هذين اليومين يصح الصيام فيه والا كان تخصيصهما عبثاً لا فائدة فيه وأما يوم

الجمعة فان قوماً لم يكرهوا صيامه ومن هؤلاء مالك واصحابه وجماعة وقوم كرهوا صيامه الا ان يصام قبله او بعده
*والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك فمنها حديث ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصوم ثلاثة ايام
من كل شهر قال وما رأيته يفطر يوم الجمعة وهو حديث صحيح ومنها حديث جابر ان سائلا سأل جابراً اسمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان يعود يوم الجمعة يصوم قال نعم ورب هذا البيت خرجه مسلم ومنها حديث أبي
هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يصوم أحدكم يوم الجمعة إلا ان يصوم قبله او يصوم بعده خرجه أيضاً
مسلم فمن أخذ بظاهر حديث ابن مسعود اجاز صيام يوم الجمعة مطلقاً ومن أخذ بظاهر حديث جابر كرهه مطلقاً
ومن أخذ بحديث أبي هريرة جمع بين الحديثين أعني حديث جابر وحديث ابن مسعود واما يوم الشك فان جمهور
العلماء على النهي عن صيام يوم الشك على انه من رمضان لظواهر الاحاديث التي يوجب مفهومها تعلق الصوم
بالرؤية او بكمال العدد إلا ما حكياه عن ابن عمر واختلفوا في نحرى صيامه تطوعا فمنهم من كرهه على ظاهر حديث
عمار من صام يوم الشك فقد عصا أبا القاسم ومن اجازه فلانه قد روى انه عليه السلام صام شعبان كله ولما قد روى من
انه عليه السلام قال لا تتقدموا رمضان بيوم ولا بيومين إلا ان يوافق ذلك صوما كان يصومه أحدكم فليصمه وكان الليث
بن سعد يقول انه ان صامه على انه من رمضان ثم جاء الثبت انه من رمضان اجزاه وهذا دليل على ان النية تقع بعد الفجر
في التحول من نية التطوع الى نية الفرض واما يوم السبت *فالسبب في اختلافهم فيه اختلافهم في تصحيح ما روى من
انه عليه السلام قال لا تصوموا يوم السبت إلا فيما افترض عليكم خرجه أبو داود قالوا والحديث منسوخ نسخه حديث
جويرية بنت الحرث أن النبي عليه السلام دخل عليها يوم الجمعة وهي صائمة فقال صمت امس فقالت لا فقال تريدين
ان تصومي غداً قالت لا قال فافطري واما صيام الدهر فانه قد ثبت النهي عن ذلك لكن مالك لم ير بذلك باساً وعسى
رأى النهي في ذلك إنما هو من باب خوف الضعف والمرض وأما صيام النصف الآخر من شعبان فان قوما كرهوه
وقوما اجازوه فمن كرهوه فلما روى من انه عليه السلام قال لا صوم بعد النصف من شعبان حتى رمضان ومن اجازه
فلما روى عن ام سلمة قالت ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صام شهرين متتابعين الا شعبان ورمضان ولما
روى عن ابن عمر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرن شعبان برمضان وهذه الآثار خرجها الطحاوي وأما
الركن الثاني وهو النية فلا أعلم ان احداً لم يشترط النية في صوم التطوع وإنما اختلفوا في وقت النية على ما تقدم واما
الركن الثالث وهو الامساك عن المفطرات فهو بعينه الامساك الواجب في الصوم المفروض والاختلاف الذي هنالك
لاحق هاهنا واما حكم الافطار في التطوع فانهم اجمعوا على انه ليس على من دخل في صيام تطوع فقطعه لعذر قضاء
واختلفوا إذا قطعه لغير عذر عامداً فاوجب مالك وأبو حنيفة عليه القضاء وقال الشافعي وجماعة ليس عليه قضاء
*والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك وذلك ان مالكاً روى ان حفصة وعائشة زوجي النبي عليه السلام
أصبحتا صائمتين متطوعتين فاهدى لهما طعام فافطرتا عليه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقضيا يوما مكانه وعارض
هذا حديث ام هانى قالت لما كان يوم الفتح فتح مكة جاءت فاطمة فجلست عن يسار رسول الله صلى الله عليه
وسلم وام هانى عن يمينه قالت فجاءت الوليدة بإناء فيه شراب فناولته فشرب منه ثم ناوله ام هانى فشربت منه قال يا رسول
الله لقد افطرت وكنت صائمة فقال لها عليه السلام اكنت تقضين شيئاً قالت لا قال فلا يضرك إن كان تطوعا
واحتج الشافعي في هذا المعنى بحديث عائشة انها قالت دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت انا خبأ لك خبا

فقال اما انى كنت اريد الصيام ولكن قربة وحديث عائشة وحفصة غير مسند ولا اختلافهم أيضاً في هذه المسئلة سبب آخر وهو تردد الصوم التطوع بين قياسه على صلاة التطوع أو على حج التطوع وذلك انهم اجمعوا على ان من دخل فى الحج والعمرة متطوعا يخرج منها ان عليه القضاء وأجمعوا على ان من خرج من صلاة التطوع فليس عليه قضاء فيما علمت وزعم من قاس الصوم على الصلاة انه اشبه بالصلاة منه بالحج لان الحج له حكم خاص فى هذا المعنى وهو انه يلزم المفسد له المسير فيه إلى آخره وإذا افطر في التطوع ناسياً فالجمهور على انلا قضاء عليه وقال ابن علية عليه القضاء قياساً على الحج ولعل مالكا حمل حديث ام هانى على النسيان وحديث ام هانى خرجه أبو داود وكذلك خرج حديث عائشة تقريب من اللفظ الذى ذكرناه وخرج حديث عائشة وحفصة بعينه

بسم الله الرحمان الرحيم

﴿كتاب الاعتكاف﴾ والاعتكاف مندوب اليه بالشرع واجب بالنذر ولا خلاف فى ذلك الاما روى عن مالك انه كره الدخول فيه مخافة الايوفي شرطه وهو في رمضان اكثر منه فى غيره وبخاصة فى العشر الاواخر منه إذ كان ذلك هو آخر اعتكافه صلى الله عليه وسلم وهو بالجملة يشتمل على عمل مخصوص فى موضع مخصوص وفى زمان مخصوص بشروط مخصوصة وتروك مخصوصة فاما العمل الذى يخصه فقيه قولان قيل انه الصلاة وذكر الله وقراءة القرآن لا غير ذلك من اعمال البر والقرب وهو مذهب ابن القاسم وقيل جميع اعمال القرب والبر المختصة بالآخرة وهو مذهب ابن وهب فعلى هذا المذهب يشهد الجنائز ويعود المرضى ويدرس العلم وعلى المذهب الاول لا وهذا هو مذهب الثورى والاول هو مذهب الشافعي وأبي حنيفة *وسبب اختلافهم ان ذلك شئ مسكوت عنه أعنى أنه ليس فيه حد مشروع بالقول فمن فهم من الاعتكاف حبس النفس على الافعال المختصة بالمساجد قال لا يجوز للمعتكف الا الصلاة والقراءة ومن فهم منه حبس النفس على القرب الاخراوية كلها اجازله غير ذلك مما ذكرناه وروى عن على رضى الله عنه أنه قال من اعتكف لا يرفث ولا يساب وليشهد الجمعة والجنازة ويوصى أهله إذا كانت له حاجة وهو قائم ولا يجلس ذكره عبد الرزاق وروي عن عائشة خلاف هذا وهو ان السنة للمعتكف الا يشهد جنازة ولا يعود مريضاً وهذا أيضاً أحد ما أوجب الاختلاف فى هذا المعنى وأما المواضع التى فيها يكون الاعتكاف فانهم اختلفوا فيها فقال قوم لا اعتكاف إلا فى المساجد الثلاثة بيت الله الحرام وبيت المقدس ومسجد النبى عليه السلام وبه قال حذيفة وسعيد بن المسيب وقال آخرون الاعتكاف عام فى كل مسجد وبه قال الشافعى وابو حنيفة والثورى وهو مشهور مذهب مالك وقال آخرون لا اعتكاف إلا فى مسجد فيه جمعة وهى رواية ابن عبد الحكم عن مالك وأجمع الكل على ان من شرط الاعتكاف المسجد إلا ما ذهب اليه ابن لبابة من انه يصح في غير مسجد وان مباشرة النساء إنما حرمت على المعتكف اذا اعتكف فى المسجد والا ما ذهب اليه أبو حنيفة من ان المرأة انما تعتكف في مسجد بيتها *وسبب اختلافهم فى اشتراط المسجد أو ترك اشتراطه هو الاحتمال الذى فى قوله تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد بين ان يكون له دليل خطاب أم لا يكون له فمن قال له دليل خطاب قال لا اعتكاف الا فى مسجد وان من شرط الاعتكاف ترك المباشرة ومن قال ليس له دليل خطاب قال المفهوم منه ان الاعتكاف جائز فى غير المسجد وانه لا يمنع المباشرة لان قائلا لو قال لا تعط فلانا شيئاً اذا كان داخلا فى الدار لكان مفهوم دليل الخطاب يوجب ان يعطيه اذ كان خارج الدار ولكن هو قول شاذ والجمهور على ان المكوف انما

اضيف الى المساجد لانها من شرطه * وأما سبب اختلافهم في تخصيص بعض المساجد او تعميمها فمعارضة العموم للقياس المخصص له فمن رجح العموم قال في كل مسجد على ظاهر الآية ومن اقدح له تخصيص بعض المساجد من ذلك العموم بقياس اشترط ان يكون مسجداً فيه جمعة ليلا ينقطع عمل المعتكف بالخروج الى الجمعة او مسجد تشد اليه المطى مثل مسجد النبي صلى الله عليه وسلم الذي وقع فيه اعتكافه ولم يقس سائر المساجد عليه اذ كانت غير مساوية له في الحرمة * وأما سبب اختلافهم في اعتكاف المرأة فمعارضة القياس أيضاً للاثر وذلك انه ثبت ان حفصة وعائشة وزينب أزواج النبي صلى الله عليه وسلم استاذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاعتكاف في المسجد فاذن لهن حين ضربن اخبيتهن فيه فكان هذا الاثر دليلا على جواز اعتكاف المرأة في المسجد واما القياس المعارض لهذا فهو قياس الاعتكاف على الصلاة وذلك انه لما كانت صلاة المرأة في بيتها أفضل منها في المسجد على ما جاء الخبر وجب ان يكون الاعتكاف في بيتها أفضل قالوا وانما يجوز للمرأة ان تعتكف في المسجد مع زوجها فقط على نحو ما جاء في الاثر من اعتكاف ازواجه عليه السلام معه كما تسافر معه ولا تسافر مفردة وكانه نحو من الجمع بين القياس والاثر واما زمان الاعتكاف فليس لاكثره عندهم حد واجب وان كان كلهم يختار العشر الاواخر من رمضان بل يجوز الدهر كله اما مطلقاً عند من لا يرى الصوم من شروطه واما عدى الايام التي لا يجوز صومها عند من يرى الصوم من شروطه واما اقله فانهم اختلفوا فيه وكذلك اختلفوا في الوقت الذي يدخل فيه المعتكف لاعتكافه وفي الوقت الذي يخرج فيه منه اما اقل زمان الاعتكاف فعند الشافعي وابي حنيفة واكثر الفقهاء انه لا حد له واختلف عن مالك في ذلك فقيل ثلاثة ايام وقيل يوم وليلة وقال ابن القاسم عنه اقله عشرة ايام وعند البغداديين من اصحابه ان العشرة استحباب وان اقله يوم وليلة * والسبب في اختلافهم معارضة القياس للاثر اما القياس فانه من اعتقد ان من شرطه الصوم قال لا يجوز اعتكاف ليلة واذا لم يجز اعتكافه ليلة فلا اقل من يوم وليلة اذ انعقاد صوم النهار انما يكون بالليل واما الاثر المعارض فما خرجه البخاري من ان عمر رضي الله عنه نذر ان يعتكف ليلة فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يفي بنذره ولا معنى للنظر مع الثابت من هذا الاثر واما اختلافهم في الوقت الذي يدخل فيه المعتكف الى اعتكافه اذا نذر اياما معدودة او يوما واحداً فان مالكا والشافعي وابا حنيفة اتفقوا على انه من نذر اعتكاف شهر انه يدخل المسجد قبل غروب الشمس واما من نذر ان يعتكف يوما فان الشافعي قال من اراد ان يعتكف يوما واحداً دخل قبل طلوع الفجر وخرج بعد غروبها واما مالك فقوله في اليوم والشهر واحد بعينه وقال زفر والليث يدخل قبل طلوع الفجر واليوم والشهر عندهما سواء وفرق ابو ثور بين نذر الليالي والايام فقال اذا نذر ان يعتكف عشرة ايام دخل قبل طلوع الفجر واذا نذر عشر ليال دخل قبل غروبها وقال الاوزاعي يدخل في اعتكافه بعد صلاة الصبح * والسبب في اختلافهم معارضة الاقيسة بعضها بعضاً ومعارضة الاثر لجميعها وذلك انه من رآ ان اول الشهر ليلة واعتبر الليالي قال يدخل قبل مغيب الشمس ومن لم يعتبر الليالي قال يدخل قبل الفجر ومن رآ ان اسم اليوم يقع على الليل والنهار معاً اوجب ان نذر يوما ان يدخل قبل غروب الشمس ومن رآ انه انما ينطلق على النهار اوجب الدخول قبل طلوع الفجر ومن رآ ان اسم اليوم خاص بالنهار واسم الليل بالليل فرق بين ان ينذر اياماً اوليالي والحق ان اسم اليوم في كلام العرب قد يقال على النهار مفرداً وقد يقال على الليل والنهار معاً لكن يشبه ان يكون دلالته الاولي انما هي على النهار ودلالته على الليل بطريق اللزوم واما الاثر المخالف لهذي الاقيسة كلها فهو ما خرجه البخاري وغيره من اهل

الصحيح عن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتكف في كل رمضان واذا صلى الغداة دخل مكانه الذي كان يعتكف فيه واما وقت خروجه فان مالكاً رأى ان يخرج المعتكف العشر الاواخر من رمضان من المسجد الى صلاة العيد على جهة الاستحباب وانه ان خرج بعد غروب الشمس اجزاه وقال الشافعي وابو حنيفة بل يخرج بعد غروب الشمس وقال سحنون وابن الماجشون ان رجع الى بيته قبل صلاة العيد فسد اعتكافه ﴿ وسبب الاختلاف هل الليلة الباقية هي من حكم العشر ام لا واما شروطه فثلاث النية والصيام وترك مباشرة النساء اما النية فلا اعلم فيها اختلافا واما الصيام فانهم اختلفوا فيه فذهب مالك وابو حنيفة وجماعة الى انه لا اعتكاف الا بالصوم وقال الشافعي الاعتكاف جائز بغير صوم وبقول مالك قال من الصحابة ابن عمر وابن عباس على خلاف عنه في ذلك وبقول الشافعي قال علي وابن مسعود ﴿ والسبب في اختلافهم ان اعتكاف رسول الله صلى الله عليه وسلم انما وقع في رمضان فمن رأى ان الصوم المقترن باعتكافه هو شرط في الاعتكاف وان لم يكن الصوم للاعتكاف نفسه قال لا بد من الصوم مع الاعتكاف ومن رأى انه انما اتفق ذلك اتفاقاً لا على ان ذلك كان مقصوداً له عليه السلام في الاعتكاف قال ليس الصوم من شرطه ولذلك ايضاً سبب آخر وهو اقتران مع الصوم في آية واحدة وقد احتج الشافعي بحديث عمر المتقدم وهو انه امره عليه السلام ان يعتكف ليلة والليل ليس بمحل للصيام واحتجت المالكية بما روى عبد الرحمان ابن اسحاق عن عروة عن عائشة انها قالت السنة للمعتكف الا يعود مريضاً ولا يشهد جنازة ولا يمس امرأة ولا يباشرها ولا يخرج الا لما لا بد له منه ولا اعتكاف الا بصوم ولا اعتكاف الا في مسجد جامع قال ابو عمر بن عبد البر لم يقل احد في حديث عائشة هذا السنة الا عبد الرحمان بن اسحاق ولا يصح هذا الكلام عندهم الا من قول الزهري وان كان الامر هكذا بطل ان يجرى مجرى المسند واما الشرط الثالث وهي المباشرة فانهم اجمعوا على ان المعتكف اذا جامع عامداً بطل اعتكافه الا ما روى عن ابن لبابة في غير المسجد واختلفوا فيه اذا جامع ناسياً واختلفوا أيضاً في فساد الاعتكاف بما دون الجماع من القبلة واللمس فرأى مالك ان جميع ذلك يفسد الاعتكاف وقال ابو حنيفة ليس في المباشرة فساد الا ان ينزل وللشافعي قولان احدهما مثل قول مالك والثاني مثل قول ابي حنيفة ﴿ وسبب اختلافهم هل الاسم المتردد بين الحقيقة والمجاز له عموم ام لا وهو احد انواع الاسم المشترك فمن ذهب الى ان له عموماً قال ان المباشرة في قوله تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد ينطلق على الجماع وعلى ما دونه ومن لم ير له عموماً وهو الاشهر الاكثر قال يدل اما على الجماع واما على ما دون الجماع فاذا قلنا انه يدل على الجماع باجماع بطل ان يدل على غير الجماع لان الاسم الواحد لا يدل على الحقيقة والمجاز معاً ومن اجرى الانزال بمنزلة الوقاع فلانه في معناه ومن خالف فلانه لا ينطلق عليه الاسم حقيقة واختلفوا فيما يجب على المجامع فقال الجمهور لا شيء عليه وقال قوم عليه كفارة فبعضهم قال كفارة المجامع في رمضان وبه قال الحسن وقال قوم يتصدق بدينارين وبه قال مجاهد وقال قوم يعتق رقبة فان لم يجد اهدى بدنة فان لم يجد تصدق بعشرين صاعا من تمر واصل الخلاف هل يجوز القياس في الكفارة ام لا والاظهر انه لا يجوز واختلفوا في مطلق النذر بالاعتكاف هل من شرطه التتابع ام لا فقال مالك وابو حنيفة ذلك من شرطه وقال الشافعي ليس من شرطه ذلك ﴿ والسبب في اختلافهم قياسه على نذر الصوم المطلق واما موانع الاعتكاف فاتفقوا على انها ما عدى الافعال التي هي اعمال المعتكف وانه لا يجوز للمعتكف الخروج من المسجد الا لحاجة الانسان او ما هو في معناها مما تدعوا اليه الضرورة لما ثبت من حديث عائشة انها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اعتكف

يدني الى رأسه وهو في المسجد بارجله وكان لا يدخل البيت الا لحاجة الانسان واختلفوا اذا خرج لغير حاجة متى ينقطع اعتكافه فقال الشافعي ينقض اعتكافه عند أول خروجه وبعضهم رخص في الساعة وبعضهم في اليوم واختلفوا هل له ان يدخل بيتاً غير بيت مسجده فرخص فيه بعضهم وهم الاكثر مالك والشافعي وأبو حنيفة ورآه بعضهم ان ذلك يبطل اعتكافه واجاز مالك له البيع والشراء وان يلي عقد النكاح وخالفه غيره في ذلك * وسبب اختلافهم انه ليس في ذلك حد منصوص عليه الا الاجتهاد وتشبيه ما لم يتفقوا عليه واختلفوا أيضاً هل للمعتكف ان يشترط فعل شيء مما يمنعه الاعتكاف فينفعه شرطه في الاباحة أو ليس ينفعه ذلك مثل ان يشترط شهود جنازة أو غير ذلك فاكثر الفقهاء على ان شرطه لا ينفعه وانه ان فعل بطل اعتكافه وقال الشافعي ينفعه شرطه * والسبب في اختلافهم تشبيههم الاعتكاف بالحج في ان كليهما عبادة مانعة لكثير من المباحات والاشتراط في الحج انما صار اليه من رآه لحديث ضباعة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها اهلي بالحج واشترطي ان محلي حيث حبستني لكن هذا الاصل مختلف فيه في الحج بالقياس عليه ضعيف عند الخصم المخالف له واختلفوا اذا اشترط التتابع في النذر وكان التتابع لازماً فعلق النذر عند من يرى ذلك ما هي الاشياء التي اذا قطعت الاعتكاف اوجبت الاستيناف او البناء مثل المرض فان منهم من قال اذا قطع المرض الاعتكاف بناه المعتكف وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي ومنهم من قال يستانف الاعتكاف وهو قول الثوري ولا خلاف فيما احسب عندهم ان الحائض تبني واختلفوا هل يخرج من المسجد أم ليس يخرج وكذلك اختلفوا إذا حن المعتكف أو اغمي عليه هل يبني أو ليس يبني بل يستقبل * والسبب في اختلافهم في هذا الباب انه ليس في هذه الاشياء شيء محدود من قبل السمع فيقع التنازع من قبل تشبيههم ما اتفقوا عليه بما اختلفوا فيه أعني بما اتفقوا عليه في هذه العبادة أو في العبادات التي من شرطها التتابع مثل صوم الظهار وغيره والجمهور على ان اعتكاف المتطوع إذا قطع لغير عذر انه يجب فيه القضاء لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أراد أن يعتكف العشر الاواخر من رمضان فلم يعتكف فاعتكف عشراً من شوال واما الواجب بالنذر فلا خلاف في قضائه فيما احسب والجمهور على أن من أتى كبيرة انقطع اعتكافه فهذا جملة ما رأينا ان نثبته في اصول هذا الباب وقواعده والله الموفق والمعين

بسم الله الرحمان الرحيم

وصلى الله على محمد وآله وسلم تسليما

كتاب الحج

والنظر في هذا الكتاب في ثلاثة اجناس . الجنس الاول يشتمل على الاشياء التي تجري من هذه العبادة مجرى المقدمات التي تجب معرفتها لعمل هذه العبادة . الجنس الثاني في الاشياء التي تجري منها مجرى الاركان وهي الامور المعمولة انفسها والاشياء المتروكة . الجنس الثالث في الاشياء التي يجري منها مجرى الامور اللاحقة وهي احكام الافعال وذلك ان كل عبادة فانها توجد مشتملة على هذه الثلاثة الاجناس

الجنس الاول

وهذا الجنس يشتمل على شيئين على معرفة الوجوب وشروطه وعلى من يجب ومتى يجب فاما وجوبه فلا خلاف فيه لقوله سبحانه ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وأما شروط الوجوب فان الشروط قسمان شروط صحة وشروط وجوب فاما شروط الصحة فلا خلاف بينهم ان من شروطه الاسلام اذ لا يصح حج من ليس بمسلم واختلفوا في صحة وقوعه من الصبي فذهب مالك والشافعي الى جواز ذلك ومنع منه أبو حنيفة * وسبب الخلاف معارضة الاثر في ذلك للاصول وذلك ان من اجاز ذلك أخذ فيه بحديث ابن عباس المشهور خرجه البخاري ومسلم وفيه ان امرأة رفعت اليه عليه السلام صبياً فقالت الهذا حج قال نعم ولك أجر ومن

منع ذلك تمسك بان الاصل هو العبادة لاتصح من غير عاقل وكذلك اختلف أصحاب مالك فى صحة وقوعها من العقل الرضيع وينبغى الايختلف فى صحة وقوعه ممن يصح وقوع الصلاة منه وهو كما قال عليه السلام من السبع إلى العشر واما شروط الوجوب فيشترط فيها الاسلام على القول بان الكفار مخاطبون بشرائع الاسلام ولا خلاف فى اشتراط الاستطاعة فى ذلك لقوله تعالى من استطاع اليه سبيلا وإن كان فى تفصيل ذلك اختلاف وهى بالجملة تتصور على نوعين مباشرة ونيابة فاما المباشرة فلاخلاف عندهم ان من شرطها الاستطاعة بالبدن والمال مع الامن واختلفوا فى تفصيل الاستطاعة بالبدن والمال فقال الشافعى وأبو حنيفة وأحمد وهو قول ابن عباس وعمر بن الخطاب ان من شرط ذلك الزاد والراحلة وقال مالك من استطاع المشى فليس وجود الراحلة من شرط الوجوب فى حقه بل يجب عليه الحج وكذلك ليس الزاد عنده من شرط الاستطاعة إذا كان ممن يمكنه الاكتساب فى طريقه ولو بالسؤال

*والسبب فى هذا الخلاف معارضة الاثر الوارد فى تفسير الاستطاعة لعموم لفظها وذلك انه ورد أثر عنه عليه السلام انه سئل ما الاستطاعة فقال الزاد والراحلة فحمل أبو حنيفة والشافعى ذلك على كل مكلف وحمله مالك على من لا يستطيع المشى ولا له قوة على الاكتساب فى طريقه وإنما اعتقد الشافعى هذا الرأى لان من مذهبه إذا ورد الكتاب مجملا فوردت السنة بتفسير ذلك المجمل انه ليس ينبغى العدول عن ذلك التفسير واما وجوبه باستطاعة النيابة مع العجز عن المباشرة فعند مالك وأبى حنيفة انه لا تلزم النيابة اذا استطيعت مع العجز عن المباشرة وعند الشافعى انها تلزم فيلزم على مذهبه الذى عنده مال يقدر ان يحج به عنه غيره اذا لم يقدر هو ببدنه ان يحج عنه غيره بماله وان وجد من يحج عنه بماله وبدنه من اخ او قريب سقط ذلك عنه وهى المسئلة التى يعرفونها بالمعضوب وهو الذى لا يثبت على الراحلة وكذلك عنده الذى يأتيه الموت ولم يحج يلزم ورثته عنده ان يخرجوا من ماله بما يحج به عنه

*وسبب الخلاف فى هذا معارضة القياس للاثر وذلك ان القياس يقتضى ان العبادات لا ينوب فيها احد عن أحد فانه لا يصلى أحد عن أحد باتفاق ولا يزكى أحد عن أحد واما الاثر المعارض لهذا فحديث ابن عباس المشهور خرجه الشيخان وفيه ان امرأة من خثعم قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله فريضة الله فى الحج على عباده ادركت أبى شيخا كبيرا لا يستطيع ان يثبت على الراحلة أفاحج عنه قال نعم وذلك فى حجة الوداع فهذا فى الحى وأما فى الميت فحديث ابن عباس أيضا خرجه البخارى قال جاءت امرأة من جهينة الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان امى نذرت الحج فماتت أفاحج عنها قال حجى عنها أرايت لو كان عليها دين اكنت قاضيته دين الله أحق بالقضاء ولا خلاف بين المسلمين انه يقع عن الغير تطوعا وانما الخلاف فى وقوعه فرضا واختلفوا من هذا الباب فى الذى يحج عن غيره سواء كان حيا أو ميتا هل من شرطه ان يكون قد حج عن نفسه املا فذهب بعضهم الى ان ذلك ليس من شرطه وان كان قد ادى الفرض عن نفسه فذلك أفضل وبه قال مالك فيمن يحج عن الميت لان الحج عنده عن الحى لا يقع وذهب آخرون الى ان من شرطه ان يكون قد قضى فريضة نفسه وبه قال الشافعى وغيره انه ان حج عن غيره من لم يقض فرض نفسه انقلب الى فرض نفسه وعمدة هؤلاء حديث ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول لبيك عن شبرمة قال ومن شبرمة فقال اخ لى او قال قريب لى قال الحججت عن نفسك قال لا قال فحج عن نفسك ثم حج عن شبرمة والطائفة الاولى علت هذا الحديث بانه قد روى موقوفا عن ابن عباس واختلفوا من هذا الباب فى الرجل يواجر نفسه فى الحج فكره ذلك مالك والشافعى وقالا ان وقع ذلك جاز ولم يجز ذلك أبو حنيفة وعمدته انه

قربة الى الله عز وجل فلا تجوز الاجارة عليه وعمدة الطائفة الاولى اجماعهم على جواز الاجارة فى كتب المصاحف وبناء المساجد وهى قربة والاجارة فى الحج عندمالك نوعان أحدهما الذى يسميه أصحابه على البلاغ وهو الذى يواجر نفسه على ما يبلغه من الزاد والراحلة فان نقص ما أخذه عن البلاغ وفاه ما يبلغه وان فضل عن ذلك شئ رده والثانى على سنة الاجارة ان نقص شئ وفاه من عنده وان فضل شئ فله والجمهور على ان العبد لا يلزمه الحج حتى يعتق واوجبه عليه بعض أهل الظاهر فهذه معرفة على من تجب هذه الفريضة ومن تقع وأما متى يجب فانهم اختلفوا هل هى على الفور او على التراخي والقولان متاولان على مالك وأصحابه والظاهر عند المتأخرين من أصحابه انها على التراخي وبالقول انها على الفور قال البغداديون من اصحابه واختلف فى ذلك قول أبى حنيفة وأصحابه والمختار عندهم انه على الفور وقال الشافعى هو على التوسعة وعمدة من قال هو على التوسعة ان الحج فرض قبل حج النبى صلى الله عليه وسلم بسنين فلو كان على الفور لما اخره النبى عليه السلام ولو اخره لعذر لبينه وحجة الفريق الثانى انه لما كان مختصا بوقت كان الاصل تاثيم تاركه حتى يذهب الوقت اصله وقت الصلاة والفرق عند الفريق الثانى بينه وبين الامر بالصلاة انه لا يتكرر وجوبه بتكرار الوقت والصلاة يتكرر وجوبها بتكرار الوقت وبالجملة فمن شبه اول وقت من اوقات الحج الطارية على المكلف المستطيع باول الوقت من الصلاة قال هو على التراخي ومن شبهه باخر الوقت من الصلاة قال هو على الفور ووجه شبهه بآخر الوقت انه يقتضى بدخول وقت لا يجوز فيه فعله كما يقتضى وقت الصلاة بدخول وقت ليس يكون فيه المصلى مؤديا ويحتج هؤلاء بالغرر الذى يلحق المكلف بتأخيره الى عام آخر بما يغلب على الظن من امكان وقوع الموت فى مدة من عام ويرون انه بخلاف تاخير الصلاة من اول الوقت الى آخره لان الغالب انه لا يموت احد فى مقدار ذلك الزمان الا نادرا وربما قالوا ان التاخير فى الصلاة يكون مع مصاحبة الوقت الذى يؤدى فيه الصلاة والتأخير هاهنا يكون مع دخول وقت لا تصح فيه العبادة فهو ليس يشبه فى هذا الامر المطلق وذلك ان الامر المطلق عند من يقول انه على التراخي ليس يؤدى التراخي فيه الى دخول وقت لا يصح فيه وقوع المامور به كما يؤدى التراخي فى الحج اذا دخل وقته فاخره المكلف الى قابل فليس الاختلاف فى هذه المسئلة من باب اختلافهم فى مطلق الامر هل هو على الفور او على التراخى كما قد يظن واختلفوا من هذا الباب هل من شرط وجوب الحج على المراة ان يكون معها زوج او ذو محرم منها يطاوعها على الخروج معها الى السفر للحج فقال مالك والشافعى ليس من شرط الوجوب ذلك وتخرج المراة إلى الحج اذا وجدت رفقة مامونة وقال ابو حنيفة وأحمد وجماعة وجود ذى المحرم ومطاوعته شرط فى الوجوب

● وسبب الخلاف معارضة الامر بالحج والسفر اليه للنهى عن سفر المراة ثلاثا الا مع ذى محرم وذلك انه ثبت عنه عليه السلام من حديث أبى سعيد الخدرى وأبى هريرة وابن عباس وابن عمر انه قال عليه السلام لا يحل لامراة تومن بالله واليوم الاخر ان تسافر الا مع ذى محرم فمن غلب عموم الامر قال تسافر للحج وان لم يكن معها ذو محرم ومن خصص العموم بهذا الحديث او راى انه من باب تفسير الاستطاعة قال لا تسافر للحج الا مع ذى محرم فقد قلنا فى وجوب هذا النسك الذى هو الحج وباى شئ يجب وعلى من يجب ومتى يجب وقد بقى من هذا الباب القول فى حكم النسك الذى هو العمرة فان قوما قالوا انه واجب وبه قال الشافعى واحمد وأبو ثور وابو عبيد والثورى والاوزاعى وهو قول ابن عباس من الصحابة وابن عمر وجماعة من التابعين وقال مالك وجماعة هى سنة وقال ابو حنيفة هى تطوع وبه قال ابو ثور وداود فمن أوجبها احتج بقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله وبآثار مروية منها ما روى عن ابن عمر عن ابيه قال دخل اعرابى حسن الوجه ابيض

الثياب على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما الاسلام يارسول الله فقال ان تشهد ان لا اله الا الله وأن محمداً رسول الله وتقيم الصلاة وتؤتى الزكاة وتصوم شهر رمضان وتحج وتعتمر وتغتسل من الجنابة وذكر عبد الرزاق قال أخبرنا معمر عن قتادة انه كان يحدث أنه لم تزل لله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم باثنين حجة اوعمرة فمن قضاهما فقد قضى الفريضة وروى عن زيد بن ثابت عنه عليه السلام أنه قال الحج والعمرة فريضتان لايضرك بايهما بدأت وروى عن ابن عباس العمرة واجبة وبعضهم يرفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم وأما حجة الفريق الثاني وهم الذين يرون انها ليست واجبة فالاحاديث المشهورة الثابتة الواردة فى تعديد فرائض الاسلام من غير ان يذكر منها العمرة مثل حديث ابن عمر بنى الاسلام على خمس فذكر الحج مفرداً ومثل حديث السائل عن الاسلام فان فى بعض طرقه وان يحج البيت وربما قالوا ان الامر بالاتمام ليس يقتضى الوجوب لان هذا يخص السنن والفرائض أعنى اذا شرع فيها أن تتم ولا تقطع * واحتج هؤلاء أيضاً بآثار أعنى من قال انها سنة منها حديث الحجاج ابن ارطاة عن محمد ابن المنكدر عن جابر ابن عبد الله قال سأل رجل النبي صلى الله عليه وسلم عن العمرة أواجبة هى قال لا ولان تعتمر خير لك قال ابن عمر وليس هو حجة فيما انفرد به وربما احتج من قال انها تطوع بما روي عن أبي صالح الحنفي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحج واجب والعمرة تطوع وهو حديث منقطع فسبب الخلاف فى هذا هو تعارض الآثار فى هذا الباب وتردد الامر بالتمام بين أن يقتضى الوجوب أم لا يقتضيه

﴿ القول فى الجنس الثاني وهو تعريف أفعال هذه العبادة فى نوع نوع منها والتروك المشترطة فيها ﴾

وهذه العبادة كما قلنا صنفان حج وعمرة والحج ثلاثة أصناف افراد وتمتع وقران وهى كلها تشتمل على أفعال محدودة فى أمكنة محدودة واوقات محدودة ومنها فرض ومنها غير فرض وعلى تروك تشترط فى تلك الافعال ولكل هذه أحكام محدودة اما عند الاحلال بها واما عند الطوارئ المانعة منها فهذا الجنس ينقسم أولا الى القول فى الافعال والى القول فى التروك * وأما الجنس الثالث فهو الذى يتضمن القول فى الاحكام فلنبدأ بالافعال وهذه منها ما تشترك فيه هذه الاربعة الانواع من النسك أعنى أصناف الحج الثلاث والعمرة ومنها ما يختص بواحد واحد منها فلنبدأ من القول فيها بالمشترك ثم نصير الى مايخص واحداً واحداً منها فنقول ان الحج والعمرة اول أفعالهما الفعل الذى يسمى الاحرام

﴿ القول فى شروط الاحرام ﴾

والاحرام شروطه الاول المكان والزمان أما المكان فهو الذى يسمى مواقيت الحج فلنبدأ بهذا فنقول ان العلماء بالجملة مجمعون على أن المواقيت التى منها يكون الاحرام أما لاهل المدينة فذو الحليفة وأما لاهل الشام فالجحفة ولاهل نجد قرن ولاهل اليمن يلملم لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه سلم من حديث ابن عمر وغيره * واختلفوا فى ميقات أهل العراق فقال جمهور فقهاء الامصار ميقاتهم من ذات عرق * وقال الشافعى والثورى ان اهلوا من العقيق كان أحب * واختلفوا فيمن اقته لهم فقالت طائفة عمر ابن الخطاب وقالت طائفة بل رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الذى اقت لاهل العراق ذات عرق والعقيق وروى ذلك من حديث جابر وابن عباس وعائشة وجمهور العلماء على ان من يخطئ هذه وقصده الاحرام فلم يحرم الا بعدها ان عليه دما وهؤلاء منهم من قال ان رجع الى الميقات فاحرم منه سقط عنه الدم ومنهم من قال لا يسقط عنه الدم وان رجع وبه قال مالك وقال قوم ليس عليه دم وقال آخرون

ان لم يرجع الى الميقات فسد حجه وانه يرجع الى الميقات فيهل منه بعمرة وهذا يذكر في الاحكام وجمهور العلماء على ان من كان منزله دون هذه الميقات احرامه من منزله واختلفوا هل الافضل احرام الحاج منهن او من منزله اذا كان منزله خارجا منهن فقال قوم الافضل له من منزله والاحرام منها رخصة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجماعة وقال مالك واسحاق وأحمد احرامه من المواقيت افضل وعمدة هؤلاء الاحاديث المتقدمة واتباع السنة التي سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم فهي افضل وعمدة الطائفة الاخرى ان الصحابة قد احرمت من قبل الميقات ابن عباس وابن عمر وابن مسعود وغيرهم قالوا وهم اعرف بالسنة واصول اهل الظاهر تقتضي الا يجوز الاحرام الا من الميقات الا ان يصح اجماع على خلافه واختلفوا فيمن ترك الاحرام من ميقاته واحرم من ميقات آخر غير ميقاته مثل ان يترك اهل المدينة الاحرام من ذي الحليفة ويحرموا من الجحفة فقال قوم عليه دم وممن قال به مالك وبعض اصحابه وقال ابو حنيفة ليس عليه شيء وسبب الخلاف هل هو من النسك الذي يجب في تركه الدم ام لا ولا خلاف انه يلزم الاحرام من مر بهذه المواقيت ممن اراد الحج او العمرة واما من لم يردهما ومر بهما فقال قوم كل من مر بهما يلزمه الاحرام الا من يكثر تردده مثل الحطابين وشبههم وبه قال مالك وقال قوم لا يلزم الاحرام بها الا لمريد الحج او العمرة وهذا كله لمن ليس من اهل مكة واما اهل مكة فانهم يحرمون بالحج او بالعمرة يخرجون الى الحل ولا بد وامامن يحرم بالحج اهل مكة فقيل اذا رأوا الهلال وقيل اذا اذا خرج الناس الى منى فهذا هو ميقات المكان المشترط لانواع هذه العبادة

﴿القول في ميقات الزمان﴾ واما ميقات الزمان فهو محدود ايضا في انواع الحج الثلاث وهو شوال وذو القعدة وتسع من ذي الحجة باتفاق وقال مالك الثلاثة الاشهر كلها محل للحج وقال الشافعي الشهران وتسع عشر من ذي الحجة وقال ابو حنيفة تسع عشر فقط ودليل قول مالك عموم قوله سبحانه الحج اشهر معلومات فوجب ان يطلق على جميع ايام ذي الحجة اصلها انطلاقه على جميع ايام شوال وذي القعدة ودليل الفريق الثاني انقضاء الاحرام قبل تمام الشهر الثالث بانقضاء افعاله الواجبة وفائدة الخلاف تاخر طواف الافاضة الى آخر الشهر وان احرم بالحج قبل اشهر الحج كرهه مالك ولكن صح احرامه عنده وقال غيره لا يصح احرامه وقال الشافعي ينعقد احرامه احرام عمرة فمن شبهه بوقت الصلاة قال لا يقع قبل الوقت ومن اعتمد عموم قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله قال متى احرم انعقد احرامه لانه مامور بالاتمام وربما شبهوا الحج في هذا المعنى بالعمرة وشبهوا ميقات الزمان بميقات العمرة فاما مذهب الشافعي فهو مبني على ان من التزم عبادة في وقت تظيرتها انقلبت الى النظير مثل ان يصوم نذرا في ايام رمضان وهذا الاصل فيه اختلاف في المذهب واما العمرة فان العلماء اتفقوا على جوازها في كل اوقات السنة لانها كانت في الجاهلية لا تصنع في ايام الحج وهو معنى قوله عليه السلام دخلت العمرة في الحج الى يوم القيامة وقال ابو حنيفة تجوز في كل السنة الا يوم عرفة ويوم النحر وايام التشريق فانها تكره واختلفوا في تكريرها في السنة الواحدة مرارا فكان مالك يستحب عمرة في كل سنة ويكره وقوع عمرتين عنده وثلاثا في السنة الواحدة وقال الشافعي وابو حنيفة لا كراهية في ذلك فهذا هو القول في شروط الاحرام الزمانية والمكانية وينبغي بعد ذلك ان نصير الى القول في الاحرام وقبل ذلك ينبغي ان نقول في تروكه ثم نقول بعد ذلك في الافعال الخاصة بالمحرم الى حين احلاله وهي افعال الحج كلها وتروكه ثم نقول في احكام الاحلال بالتروك والافعال ولنبدا بالتروك

﴿القول في التروك وهو ما يمنع الاحرام من الامور المباحة الحلال﴾

والاصل فى هذا الباب ماثبت من حديث مالك عن نافع عن عبدالله بن عمر أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم مايلبس المحرم من الثياب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتلبسوا القميص ولا العمائم ولا السراويلات ولا البرانس ولا الخفاف الا احد لايجد نعلين فيلبس خفين وليقطعهما اسفل من الكعبين ولا تلبسوا من الثياب شيئاً مسه الزعفران ولا الورس فاتفق العلماء على بعض الاحكام الواردة فى هذا الحديث واختلفوا فى بعضها فما اتفقوا عليه انه لايلبس المحرم شيئاً ولاسيما مما ذكر فى هذا الحديث ولاما كان فى معناه من مخيط الثياب وأن هذا مخصوص بالرجال أعنى تحريم لبس المخيط وانه لاباس للمرأة تلبس القميص والدرع والسراويل والخفاف والجند واختلفوا فيمن لم يجد غير السراويل هل له لباسها فقال مالك وابوحنيفة لايجوز له لباس السراويل وان لبسها افتدى وقال الشافعى والثورى وأحمد وابوثور وداود لاشئ عليه اذا لم يجد ازاراً وعمدة مذهب مالك ظاهر حديث ابن عمر المتقدم قال ولو كان فى ذلك رخصة لاستثناها رسول الله صلى الله عليه وسلم كما استثنى فى لبس الخفين وعمدة الطائفة الثانية حديث عمرو بن دينار عن جابر وابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول السراويل لمن لم يجد الازار والخف لمن لم يجد النعلين وجمهور العلماء على اجازة لباس الخفين مقطوعين لمن لم يجد النعلين وقال احمد جائز لمن لم يجد النعلين ان يلبس الخفين غير مقطوعين اخذاً بمطلق حديث ابن عباس وقال عطاء فى قطعهما فساد والله لايحب الفساد واختلفوا فيمن لبسهما مقطوعين مع وجود النعلين فقال مالك عليه الفدية وبه قال ابوثور وقال ابوحنيفة لافدية عليه والقولان عن الشافعى وسنذكر هذا فى الاحكام وأجمع العلماء على ان المحرم لايلبس الثوب المصبوغ بالورس والزعفران لقوله عليه السلام فى حديث ابن عمر لاتلبسوا من الثياب شيئاً مسه الزعفران ولا الورس واختلفوا فى المعصفر فقال مالك ليس به باس فانه ليس بطيب وقال ابو حنيفة والثورى هو طيب وفيه الفدية وحجة ابى حنيفة ماخرجه مالك عن على أن النبى عليه السلام نهى عن لبس المشبع وعن لبس المعصفر وأجمعوا على أن احرام المرأة فى وجهها وانها ان تغطى رأسها وتستر شعرها وانها ان تسدل ثوبها على وجهها من فوق رأسها سدلاً خفيفاً تستر به من نظر الرجال اليها كنحو ماروي عن عائشة انها قالت كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن محرمون فاذا مر بنا ركب سدلنا على وجوهنا الثوب من قبل رءوسنا واذا جاوز الركب رفعنا ومع يات تغطية وجوههن الا ماروى مالك عن فاطمة بنت المنذر انها قالت كنا نخمر وجوهنا ونحن محرمات مع اسماء بنت ابى بكر الصديق واختلفوا فى تخمير المحرم وجهه بعد اجماعهم على انه يخمر رأسه فروى مالك عن ابن عمر ان مافوق الذقن من الرأس لايخمره المحرم واليه ذهب مالك وروى عنه انه ان فعل ذلك ولم ينزعه مكانه افتدى وقال الشافعى والثوري واحمد وداود وابوثور يخمر المحرم وجهه الى الحاجبين وروى من الصحابة عن عثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس وسعد بن ابى وقاص واختلفوا فى لبس القفازين للمرأة فقال مالك ان لبست المرأة القفازين افتدت ورخص فيه الثورى وهو مروى عن عائشة والحجة لمالك ماخرجه ابوداود عن النبى عليه السلام انه نهى عن النقاب والقفازين وبعض الرواة يرويه مرفوعا عن ابن عمر وصححه بعض رواة الحديث أعنى رفعه الى النبى عليه السلام فهذا هو مشهور اختلافهم واتفاقهم فى اللباس واصل الخلاف فى هذا كله اختلافهم فى قياس بعض المسكوت عنه على المنطوق به واحتمال اللفظ المنطوق به وثبوته اولا ثبوته وأما الشئ الثاني من التروكات فهو الطيب وذلك أن العلماء اجمعوا على ان الطيب كله يحرم على المحرم بالحج والعمرة فى حال احرامه واختلفوا فى جوازه للمحرم عند

الاحرام قبل ان يحرم لما يبقى من أثره عليه بعد الاحرام فكرهه قوم واجازه آخرون وممن كرهه مالك ورواه عن عمر بن الخطاب وهو قول عثمان وابن عمر وجماعة من التابعين وممن اجازه ابو حنيفة والشافعي والثوري واحمد وداود والحجة لمالك رحمه الله من جهة الاثر حديث صفوان بن يعلى ثبت في الصحاح وفيه أن رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم بحجة مضمخة بطيب فقال يارسول الله كيف ترى في رجل احرم في عمرة في حجة بعدما تضمخ بطيب فانزل الوحي على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما افاق قال اين السائل عن العمرة آنفاً فالتمس الرجل فاتى به فقال عليه السلام أما الطيب الذي بك فاغسله ثلاث مرات وأما الجبة فانزعها ثم اصنع ماشئت في عمرتك كما تصنع في حجتك اختصرت الحديث وفقهه هو الذي ذكرت وعمدة الفريق الثاني ماروا مالك عن عائشة انها قالت كنت اطيب رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل ان يحرم ولحله قبل ان يطوف بالبيت واعتل الفريق الاول بما روى عن عائشة انها قالت وقد بلغها انكار ابن عمر تطيب المحرم قبل احرامه يرحم الله ابا عبد الرحمن طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم فطاف على نسائه ثم اصبح محرماً قالوا واذا طاف على نسائه اغتسل فانما يبقى عليه اثر ريح الطيب لا حرمة نفسه قالوا ولما كان الاجماع قد انعقد على ان كل مالا يجوز للمحرم ابتداؤه وهو محرم مثل لبس الثياب وقتل الصيد لا يجوز له استصحابه وهو محرم فوجب ان يكون الطيب كذلك * فسبب الخلاف تعارض الآثار في هذا الحكم وأما المنهي الثالث فهو مجامعة النساء وذلك انه اجمع المسلمون على ان وطء النساء على الحاج حرام من حين يحرم لقوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج وأما الممنوع الرابع وهو القاء التفث وازالة الشعر وقتل القمل ولكن اتفقوا على انه يجوز له غسل رأسه من الجنابة واختلفوا في كراهية غسله من غير الجنابة فقال الجمهور لا بأس بغسله رأسه وقال مالك بكراهية ذلك وعمدته ان عبد الله بن عمر كان لا يغسل رأسه وهو محرم الا من الاحتلام وعمدة الجمهور ماروى مالك عن عبد الله بن حنين وابن عباس والمسور بن مخرمة اختلفا بالابواء فقال عبد الله يغسل المحرم رأسه وقال المسور لا يغسل المحرم رأسه قال فارسلني عبد الله بن عباس الى ابي ايوب الانصاري قال فوجدته يغتسل بين القرنين وهو مستتر بثوب فسلمت عليه فقال من هذا فقلت عبد الله بن حنين ارسلني اليك عبد الله بن عباس أسئلك كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغسل رأسه وهو محرم فوضع ابو ايوب يده على الثوب فنطأطأ حتى بدا لي رأسه ثم قال لانسان اصبب فصب على رأسه ثم حرك رأسه بيديه فاقبل بهما وادبر ثم قال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل وكان عمر يغسل رأسه وهو محرم ويقول مايزيده الماء الا شعثاً رواه مالك في الموطا وحمل مالك حديث ابي ايوب على غسل الجنابة والحجة له اجماعهم على أن المحرم ممنوع من قتل القمل ونتف الشعر والقاء التفث وهو الوسخ والغاسل رأسه هو اما ان يفعل هذه كلها او بعضها واتفقوا على منع غسله رأسه بالخطمي وقال مالك وابو حنيفة ان فعل ذلك افتدى وقال ابو ثور وغيره لا شئ عليه واختلفوا في الحمام فكان مالك يكره ذلك ويرى ان على من دخله الفدية وقال ابو حنيفة والشافعي والثوري وداود لا بأس بذلك وروى عن ابن عباس دخول الحمام وهو محرم من طريقين والاحسن ان يكره دخوله لان المحرم منهي عن القاء التفث وأما المحظور الخامس فهو الاصطياد وذلك ايضاً مجمع عليه لقوله سبحانه وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرماً وقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم واجمعوا على انه لا يجوز له صيده ولا اكل ماصاد هو منه واختلفوا اذا صاده حلال هل يجوز للمحرم اكله على ثلاثة اقوال قول انه يجوز له اكله على الاطلاق

وبه قال ابو حنيفة وهو قول عمر بن الخطاب والزبير وقال قوم هو محرم عليه على كل حال وهو قول ابن عباس وعلى وعمر وبه قال الثوري وقال مالك مالم يصد من اجل المحرم او من اجل قوم غير محرمين فهو حلال وما صيد من اجل محرم فهو حرام على المحرم * وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك فاحدها ما خرّجه مالك من حديث ابي قتادة انه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى اذا كانوا ببعض طريق مكة تخلف مع اصحاب له محرمين وهو غير محرم فرأى حماراً وحشياً فاستوى على فرسه فسأل اصحابه ان يناولوه سوطه فابوا عليه فسألهم رمحه فابوا عليه فاخذه ثم شد على الحمار فقتله فاكل منه بعض اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بعضهم فلما ادركوا رسول الله صلى الله عليه وسلم سألوه عن ذلك فقال انما هي طعمة اطعمكم الله والحديث الثاني حديث طلحة بن عبيد الله ذكر النسائي أن عبد الرحمان التيمي قال كنا مع طلحة بن عبيد الله ونحن محرمون فاهدي له ظبي وهو راقد فاكل بعضنا فاستيقظ طلحة فوافق هذا اكله وقال اكلناه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وللاختلاف سبب آخر وهو هل يتعلق النهي عن الاكل بشرط القتل او يتعلق بكل واحد منهما على الانفراد فمن اخذ بحديث ابي قتادة قال ان النهي انما يتعلق بالاكل مع القتل ومن اخذ بحديث طلحة قال النهي يتعلق بكل واحد منهما على انفراده فمن ذهب في هذه الاحاديث مذهب الترجيح قال إما بحديث ابي قتادة وإما بحديث ابن عباس ومن جمع بين الاحاديث قال بالقول الثالث قالوا والجمع اولى واكدوا ذلك بما روى عن جابر عن النبي عليه السلام انه قال صيد البر حلال لكم حديث ابن عباس خرّجه ايضاً مالك انما هدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حمار وحش او لحم حمار وحشي بالابواء ويردان فرده عليه وقال لم يرده عليك الا انا حرم وجاء ايضاً في معنى حديث طلحة وانتم حرم مالم يصيدوه او يصاد لكم واختلفوا في المضطر هل يأكل الميتة او يصيد في الحرم فقال مالك وابو حنيفة والثوري وزفر وجماعة اذا اضطر اكل الميتة ولحم الخنزير دون الصيد وقال ابو يوسف يصيد ويأكل وعليه الجزاء والاول احسن للذريعة وقول ابي يوسف اقيس لان تلك محرمة لعينها والصيد محرم لغرض من الاغراض وما حرم لعلة اخف مما حرم لعينه وما هو محرم لعينه اغلظ والثاني اقيس فهذه الجملة اتفق المسلمون على انها من محظورات الاحرام واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك والشافعي والليث والاوزاعي لا ينكح المحرم ولا ينكح فان نكح فالنكاح باطل وهو قول عمر وعلي بن ابي طالب وابن عمر وزيد بن ثابت وقال ابو حنيفة والثوري لا باس بان ينكح المحرم وان ينكح * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك فاحدها ما رواه مالك من حديث عثمان بن عفان انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب والحديث المعارض لهذا حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نكح ميمونة وهو محرم خرّجه اهل الصحيح الا انه عارضته آثار كثيرة عن ميمونة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال رويت عنها من طرق شتى عن ابي رافع وعن سليمان بن يسار وهو مولاها وعن زيد بن الاصم ويمكن الجمع بين الحديثين بان يحمل الواحد على الكراهية والثاني على الجواز فهذه هي مشهورات ما يحرم على المحرم وأما ما يحل فسنذكره عند ذكرنا افعال الحج وذلك أن المعتمر يحل اذا طاف وسعى وحلق واختلفوا في الحاج على ما سيأتي بعد واذ قد قلنا في ترك المحرم فلنقل في افعاله

﴿ القـــــول في انواع هذا النسك ﴾ والمحرمون إما محرم بعمرة مفردة او محرم بحج مفرد او جامع بين الحج والعمرة وهذان ضربان إما متمتع وإما قارن فينبغي اولا ان نجرد اصناف هذه المناسك

الثلاث ثم تقول مايفعل المحرم فى كلها ومايخص واحداً واحداً منها ان كان هنالك مايخص وكذلك تفعل فيما بعد الاحرام من افعال الحج ﴿ القـــــول في شرح انواع هذه الثلاث ﴾

فنقول ان الافراد هومايتعرى عن صفات التمتع والقران فلذلك يجب ان نبدأ اولا بصفة التمتع ثم نردف ذلك بصفة القران ﴿ القـــــول فى المتمتع ﴾ فنقول ان العلماء اتفقوا على ان هذا النوع من النسك الذى هوالمعنى بقوله سبحانه فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى هوان يهل الرجل بالعمرة فى اشهر الحج من الميقات وذلك اذا كان مسكنه خارجا عن الحرم ثم يأتي حتى يصل البيت فيطوف بعمرته ويسعى ويحلق فى تلك الاشهر بعينها ثم يحل بمكة ثم ينشئ الحج فى ذلك العام بعينه وفى تلك الاشهر من غير ان ينصرف الى بلده الا ماروى عن الحسن انه كان يقول هومتمتع وان عاد الى بلده ولم يحج أى عليه هدى المتمتع المنصوص عليه فى قوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى لانه كان يقول عمرة فى اشهر الحج متعة وقال طاوس من اعتمر فى غير اشهر الحج ثم اقام حتى يحج وحج من عامه انه متمتع واتفق العلماء على أن من لم يكن حاضراً فى المسجد الحرام فهومتمتع واختلفوا فى المكى هل يقع منه التمتع ام لا يقع والذين قالوا انه يقع منه اتفقوا على انه ليس عليه دم لقوله تعالى ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد واختلفوا فيمن هوحاضر بالمسجد الحرام ممن ليس هو فقال مالك حاضروا المسجد الحرام هم اهل مكة وذى طوى وما كان مثل ذلك من مكة وقال ابو حنيفة هم اهل المواقيت فمن دونهم الى مكة وقال الشافعى يقصر من كان بينه وبين مكة ليلتان وهو اكمل المواقيت وقال اهل الظاهر من كان ساكن الحرم وقال الثورى هم اهل مكة فقط وابوحنيفة يقول ان حاضري المسجد الحرام لايقع منهم التمتع وكره ذلك مالك ● وسبب الاختلاف اختلاف مايدل عليه اسم حاضرى المسجد الحرام بالاقل والاكثر ولذلك لايشك ان اهل مكة هم من حاضري المسجد الحرام كما لايشك ان من خارج المواقيت ليس منهم فهذا هو نوع التمتع المشهور ومعنى التمتع تمتع بحله بين النسكين ويسقط السفر عنه مرة ثانية الى النسك الثانى الذى هوالحج وهما نوعان من التمتع اختلف العلماء فيهما أحدهما فسخ الحج فى عمرة وهوتحويل السنة من الاحرام بالحج الى العمرة فجمهور العلماء يكرهون ذلك من الصدر الاول وفقهاء الامصار وذهب ابن عباس الى جواز ذلك وبه قال احمد وداود وكلهم متفقون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم امر اصحابه عام حج بفسخ الحج فى العمرة وهو قوله عليه السلام لواستقبلت من امرى ما استدبرت لماسقت الهدى ولجعلتها عمرة وامره لمن لم يسق الهدى من اصحابه ان يفسخ احلاله فى العمرة وبهذا تمسك اهل الظاهر والجمهور رأوا ذلك من باب الخصوص لاصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم واحتجوا بما روى عن ربيعة بن ابى عبد الرحمان عن الحارث بن بلال بن الحارث المدني عن ابيه قال قلت يارسول الله افسخ لنا خاصة ام لمن بعدنا قال لنا خاصة وهذا لم يصح عند اهل الظاهر صحة تعارض بها العمل المتقدم وروى عن عمر انه قال متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم انا انهى عنهما واعاقب عليهما متعة النساء ومتعة الحج وروى عن عثمان انه قال متعة الحج كانت لنا وليست لكم وقال ابو ذر ما كان لاحد بعدنا ان يحرم بالحج ثم يفسخه فى عمرة هذا كله مع ظاهر قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله والظاهر يدل على ان الاصل اتباع فعل الصحابة حتى يدل دليل من كتاب الله اوسنة ثابتة على انه خاص فسبب الاختلاف هل فعل الصحابة محمول على العموم اوعلى الخصوص وأما النوع الثانى من التمتع فهوما كان يذهب اليه ابن الزبير أن التمتع

الذى ذكر مالك هو تمتع المحصر بمرض اوعدو وذلك اذاخرج الرجل حاجا فحبسه عدو اوامر تعذر به عليه الحج حتى يذهب ايام الحج فيأتى البيت فيطوف ويسعى بين الصفا والمروة ويحل ثم يتمتع محله الى العام المقبل ثم يحج ويهدى وعلى هذا القول ليس يكون التمتع المشهور اجماعا وشذ طاوس ايضاً فقال ان المكى اذا تمتع من بلد غير مكة كان عليه الهدى واختلف العلماء فيمن انشأ عمرة فى غير اشهر الحج ثم عملها فى اشهر الحج ثم حج من عامه ذلك فقال مالك عمرته فى الشهر الذى حل فيه فان كان حل فى اشهر الحج فهو متمتع وان كان حل فى غير اشهر الحج فليس بمتمتع وبقريب منه قال ابوحنيفة والشافعى والثورى الاأن الثورى اشترط ان يوقع طوافه كله فى شوال وبه قال الشافعى وقال ابوحنيفة ان طاف ثلاثة اشواط فى رمضان واربعة فى شوال كان متمتعاً وان كان عكس ذلك لم يكن متمتعاً أعنى ان يكون طاف اربعة اشواط فى رمضان وثلاثة فى شوال وقال ابو ثور اذا دخل فى العمرة فى غير اشهر الحج فسواء طاف لها فى اشهر الحج وفى غير اشهر الحج لايكون متمتعاً * وسبب الاختلاف هل يكون متمتعاً بايقاع احرام العمرة فى اشهر الحج فقط ام بايقاع الطواف معه ثم ان كان بايقاع الطواف معه فهل بايقاعه كله ام اكثره فابو ثور يقول لايكون متمتعاً الا بايقاع الاحرام فى اشهر الحج لان بالاحرام تنعقد العمرة والشافعى يقول الطواف هو اعظم اركانها فوجب ان يكون به متمتعاً فالجمهور على أن من اوقع بعضها فى اشهر الحج كمن اوقعها كلها وشروط التمتع عند مالك ستة .أحدها ان يجمع بين العمرة والحج فى شهر واحد .والثانى ان يكون ذلك فى عام واحد .والثالث ان يفعل شيئاً من العمرة فى اشهر الحج .والرابع ان يقدم العمرة على الحج .والخامس ان ينشئ الحج بعد الفراغ من العمرة واحلاله منها .والسادس ان يكون وطنه غير مكة فهذه هى صورة التمتع والاختلاف المشهور فيه والاتفاق

﴿ القول فى القارن ﴾

وأما القران فهو ان يهل بالنسكين معاً او يهل بالعمرة فى اشهر الحج ثم يردف ذلك بالحج قبل ان يحل من العمرة واختلف اصحاب مالك فى الوقت الذى يكون ذلك له فيه فقيل ذلك له مالم يشرع فى الطواف ولو شوطاً واحداً وقيل مالم يطف ويركع ويكره بعد الطواف وقبل الركوع فان فعل لزمه وقيل له ذلك مابقى عليه شئ من عمل العمرة من طواف اوسعى ماخلا انهم اتفقوا على انه اذا اهل بالحج ولم يبق عليه من افعال العمرة الا الحلاق فانه ليس بقارن والقارن الذى يلزمه هدى المتمتع هو عند الجمهور من غير حاضرى المسجد الحرام الا ابن الماجشون من اصحاب مالك فان القارن من اهل مكة عنده عليه الهدى وأما الافراد فهو ماترى من هذه الصفات وهو الا يكون متمتعاً ولا قارناً بل ان يهل بالحج فقط وقد اختلف العلماء أى افضل هل الافراد او القران او التمتع * والسبب فى اختلافهم اختلافهم فيما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم من ذلك وذلك انه روى عنه عليه السلام انه كان مفرداً وروى انه تمتع وروى عنه انه كان قارناً فاختار مالك الافراد واعتمد فى ذلك على ماروى عن عائشة انها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فمنا من اهل بعمرة ومنا من اهل بحج وعمرة واهل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحج ورواه عن عائشة من طرق قال ابو عمر بن عبد البر وروى الافراد عن النبى صلى الله عليه وسلم عن جابر بن عبد الله من طرق شتى متواترة صحاح وهو قول ابى بكر وعمر وعثمان وعائشة وجابر والذين رأوا أن النبى صلى الله عليه وسلم كان متمتعاً احتجوا بما رواه الليث عن عقيل عن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر قال تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عام حجة الوداع بالعمرة الى

الحج وأهدى وساق الهدى معه من ذى الحليفة وهو مذهب عبدالله بن عمر وابن عباس وابن الزبير واختلف عن عائشة فى التمتع والافراد واعتمد من رأى أنه عليه السلام كان قارنا احاديث كثيرة منها حديث ابن عباس عن عمر بن الخطاب قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول وهو بوادى العقيق أتانى الليلة آت من ربى فقال اهل فى هذا الوادى المبارك وقال عمرة فى حجة خرّجه البخارى وحديث مروان بن الحكم قال شهدت عثمان وعليا بينما عن المتعة وان يجمع بينهما فلما رآ ذلك على اهل بهما لبيك بعمرة وحجة وقال ما كنت لادع سنة رسول الله عليه وسلم لقول احد خرّجه البخارى وحديث انس خرّجه البخارى أيضاً قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لبيك عمرة وحجة وحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فاهللنا بعمرة ثم قال رسول الله من كان معه هدى فليهل بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعاً واحتجوا فقالوا ومعلوم انه كان معه صلى الله عليه وسلم هدى ويبعد ان يامر بالقران من معه هدى ويكون معه الهدى اولا يكون قارنا وحديث مالك ايضاً عن نافع عن ابن عمر عن حفصة عن النبى عليه السلام انه قال انى قلدت هدى ولبدت رأسى فلا احل حتى انحر هدى وقال احمد لا اشك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قارنا والتمتع احب الى واحتج فى اختياره التمتع بقوله عليه السلام لو استقبلت من امرى ما استدبرت ماسقت الهدي ولجعلتها عمرة واحتج من طريق المعنى من رآ أن الافراد افضل ان التمتع والقران رخصة ولذلك وجب فيهما الدم واذ قلنا فى وجوب هذا النسك وعلى من يجب وما شروط وجوبه ومتى يجب وفى أي وقت يجب ومن أى مكان يجب وقلنا بعد ذلك فيما يجتنبه المحرم بما هو محرم ثم قلنا ايضاً فى انواع هذا النسك يجب ان نقول فى اول افعال الحاج او المعتمر وهو الاحرام ﴿ القـــــول فى الاحرام ﴾

واتفق جمهور العلماء على أن الغسل للاهلال سنة وانه من افعال المحرم حتى قال ابن نوار ان هذا الغسل للاهلال عند مالك اوكد من غسل الجمعة وقال اهل الظاهر هو واجب وقال ابو حنيفة والثورى يجزى منه الوضوء وحجة اهل الظاهر مرسل مالك من حديث اسماء بنت عميس انها ولدت محمد بن ابي بكر بالبيداء فذكر ذلك ابو بكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مرها فلتغتسل ثم لتهل والامر عندهم على الوجوب وعمدة الجمهور ان الاصل هو براءة الذمة حتى يثبت الوجوب بامر لا مدفع فيه وكان عبدالله بن عمر يغتسل لاحرامه قبل ان يحرم ولدخوله مكة ولوقوفه عشية يوم عرفة ومالك يرى هذه الاغتسالات الثلاث من افعال المحرم واتفقوا على أن الاحرام لا يكون الا بنية واختلفوا هل تجزى النية فيه من غير التلبية فعند مالك والشافعى تجزى النية من غير التلبية وقال ابو حنيفة التلبية فى الحج كالتكبيرة فى الاحرام بالصلاة الا انه يجزى عنده كل لفظ يقوم مقام التلبية كما يجزى عنده فى افتتاح الصلاة كل لفظ يقوم مقام التكبير وهو كل مايدل على التعظيم واتفق العلماء على أن لفظ تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم لبيك لبيك لاشريك لك ان الحمد والنعمة لك والملك لاشريك لك وهى من رواية مالك عن نافع عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم وهو اصح سنده واختلفوا فى هل هى واجبة بهذا اللفظ أم لا فقال اهل الظاهر هى واجبة بهذا اللفظ ولا خلاف عند الجمهور فى استحباب هذا اللفظ وانما اختلفوا فى الزيادة عليه او فى تبديله واوجب اهل الظاهر رفع الصوت بالتلبية وهو مستحب عند الجمهور لما روا ومالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اتانى جبريل فامرنى ان آمر اصحابى ومن معى ان يرفعوا اصواتهم بالتلبية وبالاهلال وأجمع اهل

العلم على أن تلبية المرأة فيما حكاه ابو عمر هو ان تسمع نفسها بالقول وقال مالك لا يرفع المحرم صوته في مساجد الجماعة بل يكفيه ان يسمع من يليه الا في المسجد الحرام ومسجد منى فانه يرفع صوته فيهما واستحب الجمهور رفع الصوت عند التقاء الرفاق وعند الاهلال على شرف من الارض وقال ابو حازم كان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبلغون الروحاء حتى تبح حلوقهم وكان مالك لا يرى التلبية من اركان الحج ويرى على تاركها دماً وكان غيره يراها من اركانه وحجة من رآها واجبة أن افعاله صلى الله عليه وسلم اذا اتت بيانا لواجب انها محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك لقوله عليه السلام خذوا عني مناسككم وبهذا يحتج من اوجب لفظه فيها فقط ومن لم يرو وجوب لفظه فاعتمد في ذلك ماروى من حديث جابر قال اهل رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر التلبية التي في حديث ابن عمر وقال في حديثه والناس يزيدون على ذلك لبيك ذا المعارج ونحوه من الكلام والنبي يسمع ولا يقول شيئاً وماروي عن ابن عمر انه كان يزيد في التلبية وعن عمر بن الخطاب وعن أنس وغيره واستحب العلماء ان يكون ابتداء المحرم بالتلبية باثر صلاة يصليها وكان مالك يستحب ذلك باثر نافلة لما روى من مرسله عن هشام بن عروة عن ابيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي في مسجد ذي الحليفة ركعتين فاذا استوت به راحلته اهل واختلفت الآثار في الموضع الذي اخرج منه رسول الله صلى الله عليه وسلم بحجته من افطار ذي الحليفة فقال قوم من مسجد ذي الحليفة بعد ان صلى فيه وقال آخرون انما احرم حين اطل على البيداء وقال قوم انما اهل حين استوت به راحلته وسئل ابن عباس عن اختلافهم في ذلك فقال كل حدث لا عن اول اهلاله عليه السلام بل عن اول اهلال سمعه وذلك ان الناس يأتون متسابقين فعلى هذا لا يكون في هذا اختلاف ويكون الاهلال اثر الصلاة وأجمع فقهاء الامصار على ان المكي لا يلزمه الاهلال حتى اذا خرج الى منى ليتصل له عمل الحج وعمدتهم ما رواه مالك عن ابن جريج انه قال لعبد الله بن عمر رأيتك تفعل هنا أربعاً لم ار احداً يفعلها فذكرها ورأيتك اذا كنت بمكة اهل الناس اذا رأوا الهلال ولم تهل انت الى يوم التروية فاجابه ابن عمر اما الهلال فاني لم ار رسول الله صلى الله عليه وسلم يهل حتى تنبعث به راحلته يريد حتى يتصل له عمل الحج وروي مالك ان عمر بن الخطاب كان يأمر من اهل بمكة ان يهلوا اذا رأوا الهلال ولا خلاف عندهم ان المكي لا يهل الا من جوف مكة اذا كان حاجاً واما اذا كان معتمراً فانهم اجمعوا على انه يلزمه ان يخرج الى الحل ثم يحرم منه ليجمع بين الحل والحرم كما يجمع الحاج أعني لانه يخرج الى عرفة وهو حل وبالجملة فاتفقوا على انها سنة المعتمر واختلفوا ان لم يفعل فقال قوم يجزيه وعليه دم وبه قال ابو حنيفة وابن القاسم وقال آخرون لا يجزيه وهو قول الثوري واشهب ومتى يقطع المحرم التلبية اختلفوا في ذلك فروى مالك ان علياً بن أبي طالب رضي الله عنه كان يقطع التلبية اذا زاغت الشمس من يوم عرفة وقال مالك وذلك الامر الذي لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا وقال ابن شهاب كانت الائمة أبو بكر وعمر وعثمان وعلي يقطعون التلبية عند زوال الشمس من يوم عرفة قال ابو عمر بن عبد البر واختلف في ذلك عن عثمان وعائشة وقال جمهور فقهاء الامصار واهل الحديث ابو حنيفة والشافعي والثوري وأحمد واسحاق وابو ثور وداود وابن ابي ليلى وأبو عبيد والطبري والحسن بن حي ان المحرم لا يقطع التلبية حتى يرمي جمرة العقبة لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة الا انهم اختلفوا متى يقطعها فقال قوم اذا رماها باسرها لما روى عن ابن عباس ان الفضل بن عباس انه كان رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم وانه لبى حتى رمى جمرة العقبة وقطع التلبية في آخر حصاة وقال قوم بل يقطعها في اول جمرة يلقيها روى ذلك عن ابن مسعود وروي في وقت قطع التلبية اقاويل غير هذه الا ان هذين القولين هما

المشهوران واختلفوا في وقت قطع التلبية بالعمرة فقال مالك يقطع التلبية اذا انتهى الى الحرم وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي اذا افتتح الطواف وسلف مالك في ذلك ابن عمر وعمرة وعمدة الشافعي ان التلبية معناها اجابة الى الطواف بالبيت فلا تنقطع حتى يشرع في العمل * وسبب الخلاف معارضة القياس لفعل بعض الصحابة وجمهور العلماء كما قلنا متفقون على ان ادخال المحرم الحج على العمرة ويختلفون في ادخال العمرة على الحج وقال ابو ثور لا يدخل حج على عمرة ولا عمرة على حج كما لا يدخل صلاة على صلاة فهذه هي افعال المحرم بما هو محرم وهو اول افعال الحج واما الفعل الذي بعد هذا فهو الطواف عند دخول مكة فلنقل في الطواف

﴿القول في الطواف بالبيت﴾ والكلام في الطواف في صفته وشروطه وحكمه في الوجوب او الندب وفي اعداده

﴿القول في الصفة﴾ والجمهور مجمعون على ان صفة كل طواف واجباً كان او غير واجب ان يبتدي من الحجر الاسود فان استطاع ان يقبله قبله او يلمسه بيده ويقبله ان امكنه ثم يجعل البيت على يساره ويمضي على يمينه فيطوف سبعة اشواط يرمل في الثلاثة الاشواط الاول ثم يمشي في الاربعة وذلك في طواف القدوم على مكة وذلك للحاج والمعتمر دون المتمتع وانه لا رمل على النساء ويستلم الركن اليماني وهو الذي على قطر الركن الاسود لثبوت هذه الصفة من فعله صلى الله عليه وسلم واختلفوا في حكم الرمل في الثلاثة الاشواط الاول للقادم هل هو سنة او فضيلة فقال ابن عباس هو سنة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة واسحاق وأحمد وابو ثور واختلف قول مالك في ذلك وأصحابه والفرق بين القولين ان من جعله سنة اوجب في تركه الدم ومن لم يجعله سنة لم يوجب في تركه شيئاً واحتج من لم ير الرمل سنة بحديث ابن الطفيل عن ابن عباس قال قلت لابن عباس زعم قومك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين طاف بالبيت رمل وان ذلك سنة فقال صدقوا وكذبوا قال قلت ما صدقوا وما كذبوا قال صدقوا رمل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين طاف بالبيت وكذبوا ليس بسنة ان قريشاً من الحديبية قالوا انه وباصحابه مزالا وقعدوا على قعيقعان ينظرون إلى النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال لاصحابه ارملوا اروهم ان بكم قوة فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يرمل من الحجر الاسود الى اليماني فاذا توارى عنهم مشى وحجة الجمهور حديث جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل الثلاثة الاشواط في حجة الوداع ومشى أربعاً وهو حديث ثابت من رواية مالك وغيره قالوا وقد اختلف على ابي الطفيل عن ابن عباس فروى عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل من الحجر الاسود الى الحجر الاسود وذلك بخلاف الرواية الاولى وعلى اصول الظاهرية يجب الرمل لقوله خذوا عني مناسككم وهو قولهم او قول بعضهم الان فيما اظن واجمعوا على انه لا رمل على من احرم بالحج من مكة من غير اهلها وهم المتمتعون لانهم قد رملوا في حين دخولهم حين طافوا للقدوم واختلفوا في اهل مكة هل عليهم اذا حجوا رمل ام لا فقال الشافعي كل طواف قبل عرفة مما يوصل بينه وبين السعي فانه يرمل فيه وكان مالك يستحب ذلك وكان ابن عمر لا يرى عليهم رملا اذا طافوا بالبيت على ما روى عنه مالك * وسبب الخلاف هل الرمل كان لعلة او لغير علة وهل هو مختص بالمسافر ام لا وذلك انه كان عليه السلام حين رمل وارد أعلى مكة واتفقوا على ان من سنة العراقي استلام الركنين الاسود واليماني للرجال دون النساء واختلفوا هل تستلم الاركان كلها ام لا فذهب الجمهور الى انه انما تستلم الركنان فقط لحديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يستلم الا

الركنين فقط واحتج من رآى استلام جميعها بما روي عن جابر قال كنا نرى اذا طفنا ان نستلم الاركان كلها وكان بعض السلف لايجب ان يستلم الركنين الاقى الوتر من الاشواط وكذلك اجمعوا على ان تقبيل الحجر الاسود خاصة من سنن الطواف ان قدر وان لم يقدر على الدخول اليه قبل يده وذلك لحديث عمر بن الخطاب الذى رواه مالك انه قال وهو يطوف بالبيت حين بلغ الحجر الاسود انما انت حجر ولولا انى رأيت رسول الله قبلك ماقبلتك ثم قبله واجمعوا على ان من سنة الطواف ركعتين بعد انقضاء الطواف وجمهورهم على انه يأتى بها الطائف عند انقضاء كل اسبوع ان طاف اكثر من اسبوع واحدوا جاز بعض السلف ان لايفرق بين الاسابيع والايفصل بينها بركوع ثم يركع لكل اسبوع ركعتين وهو مروي عن عائشة انها كانت لا تفرق بين ثلاثة الاسابيع ثم تركع ست ركعات وحجة الجمهور ان رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت سبعاً وصلى خلف المقام ركعتين وقال خذوا عنى مناسككم وحجة من اجاز الجمع انه قال المقصود انما هو ركعتان لكل اسبوع والطواف ليس له وقت معلوم ولا الركعتان المسنونتان بعده فجاز الجمع بين اكثر من ركعتين لاكثر من اسبوعين وانما استحب من يرى ان يفرق بين الثلاثة اسابيع لان رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف الى الركعتين بعد وتر من طوافه ومن طاف اسابيع غير وتر ثم عاد اليها لم ينصرف عن وتر من طوافه

﴿القـــــول فى شروطه﴾ واما شروطه فان منها حد موضعه وجمهور العلماء على ان الحجر من البيت وان من طاف بالبيت لزمه ادخال الحجر فيه وانه شرط فى صحة طواف الافاضة وقال ابو حنيفة واصحابه هو سنة وحجة الجمهور ما رواه مالك عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لولا حدثان قومك بالكفر لهدمت الكعبة ولصيرتها على قواعد ابراهيم فانهم تركوا منها سبعة اذرع من الحجر ضاقت بهم النفقة والخشب وهو قول ابن عباس فكان يحتج بقوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ثم يقول طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم من وراء الحجر وحجة ابى حنيفة ظاهر الآية واما وقت جواز فانهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة أقوال أحدها إجازة الطواف بعد الصبح والعصر ومنعه وقت الطلوع والغروب وهو مذهب عمر بن الخطاب وأبى سعيد الخدري وبه قال مالك وأصحابه وجماعة والقول الثانى كراهيته بعد الصبح والعصر ومنعه عند الطلوع والغروب وبه قال سعيد بن جبير ومجاهد وجماعة والقول الثالث إباحة ذلك في هذه الاوقات كلها وبه قال الشافعى وجماعة وأصول ادلتهم راجعة إلى منع الصلاة في هذه الاوقات أو إباحتها أما وقت الطلوع والغروب فالآثار متفقة على منع الصلاة فيها والطواف هل هو ملحق بالصلاة فى ذلك الخلاف ومما احتجت به الشافعية بحديث جبير بن مطعم أن النبى عليه السلام قال يابنى عبد مناف أو يابنى عبد المطلب إن وليتم من هذا الامر شيئاً فلا تمنعوا أحداً طاف بهذا البيت أن يصلى فيه أي ساعة شاء من ليل أو نهار رواه الشافعى وغيره عن ابن عيينة بسنده إلى جبير بن مطعم واختلفوا فى جواز الطواف بغير طهارة مع اجماعهم على ان من سنته الطهارة فقال مالك والشافعى لايجزى طواف بغير طهارة لاعمداً ولاسهواً وقال أبو حنيفة يجزى ويستحب له الاعادة وعليه دم وقال أبو ثور إذا طاف على غير وضوء أجزأه طوافه ان كان لايعلم ولا يجزيه ان كان يعلم والشافعى يشترط طهارة ثوب الطائف كاشتراط ذلك للمصلى وعمدة من شرط الطهارة فى الطواف قوله صلى الله عليه وسلم للحائض وهى اسماء بنت عميس أصنعى ما يصنع الحاج غير الا تطوفي بالبيت وهو حديث صحيح وقد يحتجون أيضاً بما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال الطواف بالبيت صلاة الا أن الله احل فيها النطق فلا ينطق الا بخير وعمدة من اجاز الطواف بغير طهارة اجماع العلماء على جواز السعي بين الصفا والمروة من

غير طهارة وانه ليس كل عبادة يشترط فيها الطهر من الحيض من شرطها الطهر من الحدث أصله الصوم

﴿القـــــول في أعداده وأحكامه﴾ واما اعداده فان العلماء اجمعوا على ان الطواف ثلاثة أنواع طواف القدوم على مكة وطواف الافاضة بعد رمى جمرة العقبة يوم النحر وطواف الوداع واجمعوا على ان الواجب منها الذى يفوت الحج بفواته هو طواف الافاضة وانه المعنى بقوله تعالى ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق وانه لا يجزى عنه دم وجمهورهم على أنه لا يجزى طواف القدوم على مكة عن طواف الافاضة اذا نسى طواف الافاضة لكونه مثل يوم النحر وقالت طائفة من أصحاب مالك ان طواف القدوم يجزى عن طواف الافاضة كانهم رأوا ان الواجب انما هو طواف واحد وجمهور العلماء على ان طواف الوداع يجزى عن طواف الافاضة ان لم يكن طاف طواف الافاضة لانه طواف بالبيت معمول في وقت طواف الوجوب الذى هو طواف الافاضة بخلاف طواف القدوم الذى هو قبل وقت طواف الافاضة وأجمعوا فيما حكاه أبو عمر بن عبد البر ان طواف القدوم والوداع من سنة الحاج الاطائف فوات الحج فانه يجزى عنه طواف الافاضة واستحب جماعة من العلماء لمن عرض له هذا ان يدخل في الاشواط الثلاثة من طواف الافاضة على سنة طواف القدوم من الرمل واجمعوا على ان المكي ليس عليه الا طواف الافاضة كما اجمعوا على انه ليس على المعتمر الا طواف القدوم واجمعوا ان من تمتع بالعمرة الى الحج ان عليه طوافين طوافا للعمرة لحله منها وطوافا للحج يوم النحر على ما فى حديث عائشة المشهور واما المفرد للحج فليس عليه الا طواف واحد كما قلنا يوم النحر واختلفوا فى القارن فقال مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور يجزى القارن طواف واحد وسعى واحد وهو مذهب عبد الله بن عمر وجابر وعمدتهم حديث عائشة المتقدم وقال الثورى والاوزاعي وأبو حنيفة وابن أبي ليلى على القارن طوافان وسعيان ورووا هذا عن على وابن مسعود لانهما نسكان من شرط كل واحد منهما اذا انفرد طوافه وسعيه فوجب ان يكون الامر كذلك اذا اجتمعا فهذا هو القول فى وجوب هذا الفعل وصفته وشروطه وعدده والذى يتلو هذا الفعل من أفعال الحج أعنى طواف القدوم هو السعى بين الصفا والمروة وهو الفعل الثالث للاحرام فلنقل فيها

﴿القـــــول فى السعى بين الصفا والمروة﴾ والقول فى السعى فى حكمه وفى صفته وفى شروطه وفى ترتيبه ﴿القـــــول فى حكمه﴾ اما حكمه فقال مالك والشافعى هو واجب وان لم يسع كان عليه حج قابل وبه قال أحمد واسحاق وقال الكوفيون هو سنة واذا رجع الى بلاده ولم يسع كان عليه دم وقال بعضهم هو تطوع ولا شئ على تاركه فعمدة من أوجبه ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسعى ويقول أسعوا فان الله كتب عليكم السعى روى هذا الحديث الشافعى عن عبد الله بن المؤمل وأيضا فان الاصل ان أفعاله عليه السلام في هذه العبادة محمولة على الوجوب الا ما اخرجه الدليل من سماع أو اجماع أو قياس عند أصحاب القياس وعمدة من لم يوجبه قوله تعالى ان الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما قالوا ان معناه ان لا يطوف وهى قراءة ابن مسعود وكما قال سبحانه يبين الله لكم أن تضلوا معناه أي لا تضلوا وضعفوا حديث ابن المؤمل وقالت عائشة الآية على ظاهرها وانما نزلت فى الانصار فخرجوا ان يسعوا بين الصفا والمروة على ما كانوا يسعون عليه فى الجاهلية لانه كان موضع ذبائح المشركين وقد قيل انهم كانوا لا يسعون بين الصفا والمروة تعظيما لبعض الاصنام فسألوا عن ذلك فنزلت هذه الآية مبيحة لهم وانما صار الجمهور الى أنها من افعال الحج لانها صفة فعله صلى الله عليه وسلم تواترت بذلك الآثار اعنى وصل السعى بالطواف ﴿القـــــول في صفته﴾ واما صفته فان جمهور العلماء على ان

من سنة السعي بين الصفا والمروة ان يحدر الراقي على الصفا بعد الفراغ من الدعاء فيمشي على حيلته حتى يبلغ بطن المسيل فيرمل فيه حتى يقطعه الى مايلي المروة فاذا قطع ذلك وجاوزه مشى على سجيته حتى يأتي المروة فرقي عليها حتى يبدو له البيت ثم يقول عليها نحو أيما قاله من الدعاء والتكبير على الصفا وان وقف اسفل المروة اجزأه عند جميعهم ثم ينزل عن المروة فيمشي على سجيته حتى ينتهي الى بطن المسيل فاذا انتهى اليه رمل حتى يقطعه الى الجانب الذي يلي الصفا يفعل ذلك سبع مرات يبدأ في كل ذلك بالصفا ويختم بالمروة فان بدأ بالمروة قبل الصفا الغى ذلك الشوط لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم نبدأ بما بدأ الله به يريد قوله تعالى إن الصفا والمروة من شعائر الله وقال عطاء ان جهل فبدأ بالمروة اجزأه عنه وأجمعوا على انه ليس في وقت السعي قول محدود فانه موضع دعاء وثبت من حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا وقف على الصفا يكبر ثلاثا ويقول لا إله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شئ قدير يصنع ذلك ثلاث مرات ويدعو ويصنع على المروة مثل ذلك ﴿القول في شروطه﴾ وأما شروطه فانهم اتفقوا على ان من شرطه الطهارة من الحيض كالطواف سواء لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عائشة افعلي كل ما يفعل الحاج غير الا تطوفي بالبيت ولا تسعي بين الصفا والمروة انفرد بهذه الزيادة يحيى عن مالك دون من روى عنه هذا الحديث ولا خلاف بينهم ان الطهارة ليست من شرطه الا الحسن فانه شبهه بالطواف ﴿القول في ترتيبه﴾ وأما ترتيبه فان جمهور العلماء اتفقوا على أن السعي انما يكون بعد الطواف وان من سعى قبل ان يطوف بالبيت يرجع فيطوف وان خرج عن مكة فان جهل ذلك حتى اصاب النساء في العمرة او في الحج كان عليه حج قابل والهدى او عمرة اخرى وقال الثوري ان فعل ذلك فلا شئ عليه وقال ابو حنيفة اذا خرج من مكة فليس عليه ان يعود وعليه دم فهذا هو القول في حكم السعي وصفته وشروطه المشهورة وترتيبه وأما الفعل الذي يلي هذا الفعل للحاج فهو الخروج يوم التروية الى منى والمبيت بها ليلة عرفة واتفقوا على أن الامام يصلي بالناس بمنى يوم التروية الظهر والعصر والمغرب والعشاء بها مقصورة الا انهم اجمعوا على ان هذا الفعل ليس شرطا في صحة الحاج لمن ضاق عليه الوقت ثم اذا كان يوم عرفة مشى الامام مع الناس من منى الى عرفة ووقفوا بها

﴿الوقوف بعرفة﴾ والقول في هذا الفعل ينحصر في معرفة حكمه وفي صفته وفي شروطه أما حكم الوقوف بعرفة فانهم اجمعوا على انه ركن من اركان الحج وان من فاته فعليه حج قابل والهدى في قول اكثرهم لقوله عليه السلام الحج عرفة وأما صفته فهو ان يصل الامام الى عرفة يوم عرفة قبل الزوال فاذا زالت الشمس خطب الناس ثم جمع بين الظهر والعصر في اول وقت الظهر ثم وقف حتى تغيب الشمس وانما اتفقوا على هذا لان هذه الصفة هي التي جمع عليها من فعله صلى الله عليه وسلم ولا خلاف بينهم ان اقامة الحج هي للسلطان الاعظم او لمن يقيمه السلطان الاعظم لذلك وانه يصلي وراءه برا كان السلطان او فاجرا او مبتدعا وان السنة في ذلك ان يأتي المسجد بعرفة يوم عرفة مع الناس فاذا زالت الشمس خطب الناس كما قلنا وجمع بين الظهر والعصر واختلفوا في وقت اذان المؤذن بعرفة للظهر والعصر فقال مالك يخطب الامام حتى يمضي صدرا من خطبته او بعضها ثم يؤذن المؤذن وهو يخطب وقال الشافعي يؤذن إذا أخذ الامام في الخطبة الثانية وقال أبو حنيفة اذا صعد الامام المنبر أمر المؤذن بالاذان فاذن كالحال في الجمعة فاذا فرغ المؤذن قام الامام يخطب ثم نزل ويقيم المؤذن الصلاة وبه قال أبو ثور تشبيها بالجمعة وقد

حكى ابن نافع عن مالك انه قال الاذان بعرفة بعد جلوس الامام للخطبة وفي حديث جابر ان النبي صلى الله وسلم لما زاغت الشمس أمر بالقصوى فرحلت له واتي بطن الوادى فخطب الناس ثم اذن بلال ثم اقام فصلى الظهر ثم اقام فصلى العصر ولم يصل بينهما شيئاً ثم راح الى الموقف واختلفوا هل يجمع بين هاتين الصلاتين باذانين واقامتين اوباذان واحد واقامتين فقال مالك يجمع بينهما باذانين واقامتين وقال الشافعي وأبو حنيفة والثورى وأبوثور وجماعة يجمع بينهما باذان واحد واقامتين وروى عن مالك مثل قولهم وروى عن أحمد انه يجمع بينهما باقامتين والحجة للشافعي حديث جابر الطويل في صفة حجه عليه السلام وفيه انه صلى الظهر باذان واحد واقامتين كما قلنا وقول مالك مروى عن ابن مسعود وحجته ان الاصل وهو ان تفرد كل صلاة باذان واقامة ولاخلاف بين العلماء ان الامام لو لم يخطب يوم عرفة قبل الظهر ان صلاته جائزة بخلاف الجمعة وكذلك اجمعوا ان القراءة في هذه الصلاة سر وانها مقصورة اذا كان الامام مسافراً واختلفوا اذا كان الامام مكياً هل يقصر بمنى الصلاة يوم التروية وبعرفة يوم عرفة وبالمزدلفة ليلة النحر ان كان من احد هذه المواضع فقال مالك والاوزاعي وجماعة سنة هذه المواضع التقصير سواء كان من اهلها اولم يكن وقال الثورى وابوحنيفة والشافعي وابوثور وداود ولايجوز ان يقصر من كان من اهل تلك المواضع وحجة مالك انهم لم يروا ان احداً اتم الصلاة معه صلى الله عليه وسلم اعنى بعد سلامه منها وحجة الفريق الثاني البقاء على الاصل المعروف ان القصر لا يجوز الا للمسافر حتى يدل الدليل على التخصيص واختلف العلماء في وجوب الجمعة بعرفة ومنى فقال مالك لاتجب الجمعة بعرفة ولابمنى ايام الحج لالاهل مكة ولالغيرهم الا ان يكون الامام من اهل عرفة وقال الشافعي مثل ذلك الا انه يشترط في وجوب الجمعة ان يكون هنالك من اهل عرفة اربعون رجلا على مذهبه في اشتراط هذا العدد في الجمعة وقال ابو حنيفة اذا كان امير الحج ممن لا يقصر الصلاة بمنى ولا بعرفة صلى بهم فيها الجمعة اذا صادفها وقال احمد اذا كان والي مكة يجمع بهم وبه قال ابوثور ﴿واما شروطه﴾ فهو الوقوف بعرفة بعد الصلاة وذلك انه لم يختلف العلماء ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعدما صلى الظهر والعصر بعرفة ارتفع فوقف بجبالها داعياً الى الله تعالى ووقف معه كل من حضر الى غروب الشمس وانه لما استيقن غروبها وبازله ذلك دفع منها الى المزدلفة ولاخلاف بينهم ان هذا هو سنة الوقوف بعرفة واجمعوا على ان من وقف بعرفة قبل الزوال وافاض منها قبل الزوال انه لايعتد بوقوفه ذلك وانه ان لم يرجع فيقف بعد الزوال اويقف من ليلته تلك قبل طلوع الفجر فقد فاته الحج وروى عن عبد الله بن معمر الديلي قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحج عرفات فمن ادرك عرفة قبل ان يطلع الفجر فقد ادرك وهو حديث انفرد به هذا الرجل من الصحابة الا انه مجمع عليه واختلفوا فيمن وقف بعرفة بعد الزوال ثم دفع منها قبل غروب الشمس فقال مالك عليه حج قابل الا ان يدفع قبل الفجر وان دفع منها قبل الامام وبعد الغيبوبة اجزأه وبالجملة فشرط صحة الوقوف عنده هو ان يقف ليلا وقال جمهور العلماء من وقف بعرفة بعد الزوال فحجه تام وان دفع قبل الغروب الا انهم اختلفوا في وجوب الدم عليه وعمدة الجمهور حديث عروة بن مضرس وهو حديث مجمع على صحته قال اتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بجمع فقلت له هل لى من حج فقال من صلى هذه الصلاة معنا ووقف هذا الموقف حتى نفيض وأفاض قبل ذلك من عرفات ليلا ونهاراً فقد تم حجه وقضى تفثه وأجمعوا على ان المراد بقوله في هذا الحديث نهاراً انه بعد الزوال ومن اشترط الليل احتج بوقوفه بعرفة صلى الله عليه وسلم حين غربت الشمس لكن للجمهور ان يقولوا ان وقوفه بعرفة الى

المغيب قدنا حديث عروة بن مضرس انه على جهة الافضل اذ كان مخيراً بين ذلك وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم من طرق انه قال عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرفة والمزدلفة كلها موقف الا بطن محسر ومنى كلها موقف وفجاج مكة منحر ومبيت واختلف العلماء في من وقف من عرفة بعرنه فقيل حجه تام وعليه دم وبه قال مالك وقال الشافعي لا حج له وعمدة من ابطل الحج النهي الوارد عن ذلك في الحديث وعمدة من لم يبطله ان الاصل ان الوقوف بكل عرفة جائز الا ما قام عليه الدليل قالوا ولم يات هذا الحديث من وجه تلزم به الحجة والخروج عن الاصل فهذا هو القول في السنن التي في يوم عرفة واما الفعل الذي يلي الوقوف بعرفة من افعال الحج فهو النهوض الى المزدلفة بعد غيبة الشمس وما يفعل بها فلنقل فيه ﴿القـــــول في افعال المزدلفة﴾ والقول الجلي أيضاً في هذا الموضع ينحصر في معرفة حكمه وفي صفته وفي وقته فاما كون هذا الفعل من اركان الحج فالاصل فيه قوله سبحانه فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم واجمعوا على ان من بات بالمزدلفة ليلة النحر وجمع فيها بين المغرب والعشاء مع الامام ووقف بعد صلاة الصبح الى الاسفار بعد الوقوف بعرفة ان حجه تام وذلك انها الصفة التي فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا هل الوقوف بها بعد صلاة الصبح والمبيت بها من سنن الحج او من فروضه فقال الاوزاعي وجماعة من التابعين هو من فروض الحج ومن فاته كان عليه حج قابل والهدى وفقهاء الامصار يرون انه ليس من فروض الحج وان من فاته الوقوف بالمزدلفة والمبيت بها فعليه دم وقال الشافعي ان دفع منها الى بعد نصف الليل الاول ولم يصل بها فعليه دم وعمدة الجمهور ما صح عنه انه صلى الله عليه وسلم قدم ضعفة اهله ليلا فلم يشاهدوا معه صلاة الصبح بها وعمدة الفريق الاول قوله صلى الله عليه وسلم في حديث عروة بن المضرس وهو حديث متفق على صحته من ادرك معنا هذه الصلاة يعني صلاة الصبح بجمع وكان قد اتى قبل ذلك عرفات ليلا او نهاراً فقد تم حجه وقضى تفثه وقوله تعالى فاذا افضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم ومن حجة الفريق الاول ان المسلمين قد اجمعوا على ترك الاخذ بجميع ما في هذا الحديث وذلك انا نكرههم على ان من وقف بالمزدلفة ليلا ودفع منها الى قبل الصبح ان حجه تام وكذلك من بات فيها ونام عن الصلاة وكذلك اجمعوا على انه لو وقف بالمزدلفة ولم يذكر الله ان حجه تام وفي ذلك أيضاً ما يضعف احتجاجهم بظاهر الآية والمزدلفة وجمع هما اسمان لهذا الموضع وسنة الحج فيها كما قلنا ان يبيت الناس بها ويجمعون بين المغرب والعشاء في أول وقت العشاء ويغلسوا بالصبح فيها ﴿القـــــول في رمي الجمار﴾ واما الفعل الذي بعد هذا فهو رمي الجمار وذلك ان المسلمين اتفقوا على أن النبي صلى الله عليه وسلم وقف بالمشعر الحرام وهي المزدلفة بعدما صلى الفجر ثم دفع منها قبل طلوع الشمس الى منى وانه في هذا اليوم وهو يوم النحر رمى جمرة العقبة من بعد طلوع الشمس وأجمع المسلمون ان من رماها في هذا اليوم في ذلك الوقت أعني بعد طلوع الشمس الى زوالها فقد رماها في وقتها وأجمعوا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يرم يوم النحر من الجمرات غيرها واختلفوا فيمن رمى جمرة العقبة قبل طلوع الفجر فقال مالك لم يبلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لاحد ان يرمي قبل طلوع الفجر ولا يجوز ذلك فان رماها قبل الفجر اعادها وبه قال أبو حنيفة وسفيان وأحمد وقال الشافعي لا باس به وان كان المستحب هو بعد طلوع الشمس فحجة من منع ذلك فعله صلى الله عليه وسلم مع قوله خذوا عني مناسككم وما روى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم معه أهله وقال لا ترموا الجمرة حتى

تطلع الشمس وعمدة من جوز رميها قبل الفجر حديث ام سلمة خرجه أبو داود وغيره وهو ان عائشة قالت أرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم لام سلمة يوم النحر فرمت الجمرة قبل الفجر ومضت ماقاضت وكان ذلك اليوم الذي يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم عندها وحديث اسماء انها رمت الجمرة بليل وقالت انا كنا نصنعه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأجمع العلماء ان الوقت المستحب لرمي جمرة العقبة هو من لدن طلوع الشمس إلى وقت الزوال وانه ان رماها قبل غروب الشمس من يوم النحر أجزأ عنه ولاشئ عليه إلا مالكا فانه قال استحب له ان يريق دما واختلفوا فيمن لم يرمها حتى غابت الشمس فرماها من الليل او من الغد فقال مالك عليه دم وقال أبو حنيفة ان رماها من الليل فلاشئ عليه وان اخرها الى الغد فعليه دم وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي لاشئ عليه إن أخرها إلى الليل أو إلى الغد وحجتهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لرعاة الابل في مثل ذلك أعني ان يرموا ليلا وفي حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له السائل يارسول الله رميت بعدما أمسيت قال له لاحرج وعمدة مالك ان ذلك الوقت المتفق عليه الذي رمى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم هو السنة ومن خالف سنة من سنن الحج فعليه دم على ما روى عن ابن عباس وأخذ به الجمهور وقال مالك ومعنى الرخصة للرعاة انما ذلك إذا مضى يوم النحر ورموا جمرة العقبة ثم كان اليوم الثالث وهو أول ايام النفر فرخص لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يرموا في ذلك اليوم له وليوم الذي بعده فان نفروا فقد فرغوا وان أقاموا إلى الغد رموا مع الناس يوم النفر الاخير ونفروا ومعنى الرخصة للرعاة عند جماعة العلماء هو جمع يومين في يوم واحد إلا أن مالكا انما يجمع عنده ما وجب مثل ان يجمع في الثالث فيرمي عن الثاني والثالث لانه لا يقضي عنده الا ما وجب ورخص كثير من العلماء في جمع يومين في يوم سواء تقدم ذلك اليوم الذي اضيف الى غيره أو تاخر ولم يشبهوه بالقضاء وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمى في حجته الجمرة يوم النحر ثم نحر بدنة ثم حلق رأسه ثم طاف طواف الافاضة وأجمع العلماء على ان هذا سنة الحج واختلفوا فيمن قدم من هذه ما اخره النبي عليه السلام او بالعكس فقال مالك من حلق قبل ان يرمي جمرة العقبة فعليه الفدية وقال الشافعي وأحمد وداود وأبو نور لاشئ عليه وعمدتهم ماروا مالك من حديث عبد الله بن عمر انه قال وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم للناس بمنى والناس يسئلونه فجاءه رجل فقال يارسول الله لم أشعر فحلقت قبل ان انحر فقال عليه السلام انحر ولاحرج ثم جاءه آخر فقال يارسول لم أشعر فنحرت قبل ان ارمي فقال عليه السلام أرم ولاحرج قال فما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ عن شئ قدم او اخر الا قال افعل ولا حرج وروى هذا من طريق ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم وعمدة مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم على من حلق قبل محله من ضرورة بالفدية فكيف من غير ضرورة مع ان الحديث لم يذكر فيه حلق الرأس قبل رمي الجمار وعند مالك ان من حلق قبل ان يذبح فلاشئ عليه وكذلك ان ذبح قبل ان يرمي وقال أبو حنيفة ان حلق قبل ان ينحر او يرمي فعليه دم وان كان قارنا فعليه دمان وقال زفر عليه ثلاثة دماء دم للقران ودمان للحلق قبل النحر وقبل الرمي وأجمعوا على ان من نحر قبل ان يرمي فلاشئ عليه لانه منصوص عليه الا ماروى عن ابن عباس انه كان يقول من قدم من حجه شيئا او أخره فليهرق دما وانه من قدم الافاضة قبل الرمي والحلق انه يلزمه اعادة الطواف وقال الشافعي ومن تابعه لااعادة عليه وقال الاوزاعي اذا طاف للافاضة قبل ان يرمي جمرة العقبة ثم واقع أهله أراق دما واتفقوا على ان جملة مايرميه الحاج سبعون حصاة منها في يوم النحر جمرة العقبة

يسبع وان رمى هذه الجمرة من حيث تيسر من العقبة من اسفلها اومن اعلاها اومن وسطها كل ذلك واسع والموضع المختار منها بطن الوادى داخل لماجاء في حديث ابن مسعود انه استبطن الوادى ثم قال من هاهنا والذى لااله غيره رأيت الذى أنزلت عليه سورة البقرة يرمى وأجمعوا على انه يعيد ارمى اذا لم تقع الحصاة فى العقبة وانه يرمى فى كل يوم من ايام التشريق ثلاث جمار بواحد وعشرين حصاة كل جمرة منها بسبع وانه يجوز ان يرمى منها يومين وينفر فى الثالث لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلااثم عليه وقدرها عندهم ان يكون فى مثل حصا الخذف لماروى من حديث جابر وابن عباس وغيرهم أن النبى عليه السلام رمى الجمار بمثل حصى الخذف والسنة عندهم في رمى الجمرات كل يوم من أيام التشريق ان يرمى الجمرة الاولى فيقف عندها ويدعوا وكذلك الثانية ويطيل المقام ثم يرمى الثالثة ولا يقف لماروى في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يفعل ذلك فى رميه والتكبير عندهم عند رمى كل جمرة حسن لانه يروى عنه عليه السلام وأجمعوا على أن من سنة رمى الجمار الثلاث فى ايام التشريق ان يكون ذلك بعد الزوال واختلفوا اذا رماها قبل الزوال فى أيام التشريق فقال جمهور العلماء من رماها قبل الزوال اعاد رميها بعد الزوال وروى عن أبي جعفر محمد بن على أنه قال رمى الجمار من طلوع الشمس الى غروبها وأجمعوا على ان من لم يرم الجمار أيام التشريق حتى تغيب الشمس من آخرها انه لا يرميها بعد واختلفوا فى الواجب من الكفارة فقال مالك ان من ترك رمى الجمار كلها أو بعضها أو واحدة منها فعليه دم وقال أبو حنيفة ان ترك كلها كان عليه دم وان ترك جمرة واحدة فصاعداً كان عليه لكل جمرة اطعام مسكين نصف صاع حنطة الى ان يبلغ دماً بترك الجميع الاجمرة العقبة فمن تركها فعليه دم وقال الشافعي عليه فى الحصاة مد من طعام وفي حصاتين مدان وفى ثلاث دم وقال الثوري مثله الاانه قال في الرابعة الدم ورخصت طائفة من التابعين فى الحصاة الواحدة ولم يروا فيها شيئاً والحجة لهم حديث سعد بن ابي وقاص قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجته فبعضنا يقول رميت بسبع وبعضنا يقول رميت بست فلم يعب بعضنا على بعض وقال اهل الظاهر لاشئ فى ذلك والجمهور على ان جمرة العقبة ليست من اركان الحج وقال عبد المالك من أصحاب مالك هى من اركان الحج والتحلل تحللان تحلل اكبر وهو طواف الافاضة وتحلل اصغر وهو رمى جمرة العقبة وسنذكر مافى هذا من اختلاف فهذه هى جملة افعال الحج من حين الاحرام الى أن يحل

﴿القـــــول فى الجنس الثالث﴾ وهو الذى يتضمن القول في الاحكام وقد نتى القول في حكم الاختلالات التى تقع فى الحج وأعظمها فى حكم من شرع في الحج فمنعه مرض أو بعدو أوفاته وقت الفعل الذى هو شرط فى صحة الحج اوافسد حجه باتيانه بعض المحظورات المفسدة للحج اوللافعال التى هى تروك او افعال فلنبتدئ من هذه بما هو نص فى الشريعة وهو حكم المحصر وحكم قاتل الصيد وحكم الحالق راسه قبل محل الحلق والقائه النفث قبل ان يحل وقد يدخل فى هذا الباب حكم المتمتع وحكم القارن على القول بان وجوب الهدى فى هذه هو لسكان الرخصة ﴿القـــــول فى الاحصار﴾ واما الاحصار فالاصل فيه قوله سبحانه فان احصرتم فما استيسر من الهدى الى قوله فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي فنقول اختلف العلماء فى هذه الآية اختلافا كثيراً وهو السبب فى اختلافهم فى حكم المحصر بمرض اوبعدو فاول اختلافهم فى هذه الآية هل المحصر هاهنا هو المحصر بالعدو اوالمحصر بالمرض فقال قوم المحصر هاهنا هو المحصر بالعدو وقال آخرون بل المحصر هاهنا هو المحصر بالمرض فامامن قال ان المحصر هاهنا هو المحصر بالعدو فاحتجوا

بقوله

بقوله تعالى بعد ذلك فمن كان منكم مريضاً او به اذى من رأسه قالوا فلو كان المحصر هو المحصر بمرض لما كان لذكر المرض بعد ذلك فائدة واحتجوا ايضاً بقوله سبحانه فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج وهذه حجة ظاهرة ومن قال ان الآية انما وردت في المحصر بالمرض فانه زعم ان المحصر هو من احصر ولا يقال احصر في العدو وانما يقال حصره العدو واحصره المرض قالوا وانما ذكر المرض بعد ذلك لان المرض صنفان صنف محصر وصنف غير محصر وقالوا معنى قوله فاذا امنتم معناه من المرض وأما الفريق الاول فقالوا عكس هذا وهو ان افعل ابداً وفعل في الشيء الواحد انما يأتي لمعنيين اما فعل فاذا اوقع بغيره فعلا من الافعال واما افعل فاذا عرضه لوقوع ذلك الفعل به يقال قتله اذا فعل به فعل القتل واقتله اذا عرضه للقتل واذا كان هذا هكذا فاحصر احق بالعدو وحصر احق بالمرض لان العدو انما عرض للاحصار والمرض فهو فاعل الاحصار وقالوا لا يطلق الامر الا في ارتفاع الخوف من العدو وان قيل في المرض فباستعارة ولا يصار الى الاستعارة الا لامر يوجب الخروج عن الحقيقة وكذلك ذكر حكم المريض بعد الحصر الظاهر منه ان المحصر غير المريض وهذا هو مذهب الشافعي والمذهب الثاني مذهب مالك وأبي حنيفة وقال قوم بل المحصر هاهنا الممنوع من الحج باي نوع امتنع اما بمرض او بعدو او بخطإ في العدد او بغير ذلك وجمهور العلماء على أن المحصر عن الحج ضربان إما محصر بمرض وإما محصر بعدو فاما المحصر بالعدو فاتفق الجمهور على انه يحل من عمرته او حجه حيث احصر وقال الثوري والحسن بن صالح لا يحل الا في يوم النحر والذين قالوا يحلل حيث احصر اختلفوا في ايجاب الهدى عليه وفي موضع نحره اذا قيل بوجوبه وفي اعادة ما حصر عنه من حج او عمرة فذهب مالك الى انه لا يجب عليه هدى وانه ان كان معه هدى نحره حيث حل وذهب الشافعي الى ايجاب الهدى عليه وبه قال اشهب واشترط ابو حنيفة ذبحه في الحرم وقال الشافعي حيث ما حل وأما الاعادة فان مالكا يرى الاعادة عليه وقال قوم عليه الاعادة وذهب ابو حنيفة الى انه ان كان احرم بالحج فعليه حجة وعمرة وان كان قارناً فعليه حج وعمرتان وان كان معتمراً قضى عمرته وليس عليه عند ابي حنيفة ومحمد بن الحسن تقصير واختار ابو يوسف تقصيره وعمدة مالك في ان لا اعادة عليه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حل هو واصحابه بالحديبية فنحروا الهدى وحلقوا رؤوسهم وحلوا من كل شيء قبل ان يطوفوا بالبيت وقبل ان يصل اليه الهدى ثم لم يعلم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امر احداً من الصحابة ولا ممن كان معه ان يقضي شيئاً ولا ان يعود لشيء وعمدة من اوجب عليه الاعادة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتمر في العام المقبل من عام الحديبية قضاء لتلك العمرة ولذلك ما قيل لها عمرة القضاء واجماعهم ايضاً على ان المحصر بمرض اوما شبهه عليه القضاء * فسبب الخلاف هو هل قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم اولم يقض وهل يثبت القضاء بالقياس ام لا وذلك ان جمهور العلماء على ان القضاء يجب بامر ثان غير امر الاداء وأما من اوجب عليه الهدي فبناء على ان الآية وردت في المحصر بالعدو او على انها عامة لان الهدى فيها نص وقد احتج هؤلاء بحر النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه الهدى عام الحديبية حين احصروا واجاب الفريق الاخران ذلك الهدى لم يكن هدى يحل وانما كان هديا سيق ابتداء وحجة هؤلاء ان الاصل هو ان لا هدى عليه الا ان يقوم الدليل عليه وأما اختلافهم في مكان الهدى عند من اوجبه والاصل فيه اختلافهم في موضع نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم هديه عام الحديبية فقال ابن اسحاق نحره في الحرم وقال غيره انما نحره في الحل واحتج بقوله تعالى

هم الذين كفروا وصدوكم عن المسجد الحرام والهدى معكوفاً ان يبلغ محله وانما ذهب ابو حنيفة الى ان من احصر عن الحج ان عليه حجاً وعمرة لان المحصر قد فسخ الحج فى عمرته ولم يتم واحد منهما فهذا هو حكم المحصر بعدو عند الفقهاء وأما المحصر بمرض فان مذهب الشافعى واهل الحجاز انه لا يحله الا الطواف بالبيت والسعى ما بين الصفا والمروة وانه بالجملة يتحلل بعمرة لانه اذا فاته الحج بطول مرضه انقلب عمرة وهو مذهب ابن عمر وعائشة وابن عباس وخالف فى ذلك اهل العراق فقالوا يحل مكانه وحكمه حكم المحصر بعدو أعنى ان يرسل هديه ويقدر يوم نحره ويحل فى تلك اليوم وبه قال ابن مسعود واحتجوا بحديث الحجاج بن عمرو الانصارى قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من كسر او عرج فقد حل وعليه حجة اخرى وباجماعهم على أن المحصر بعدو ليس من شرط احلاله الطواف بالبيت والجمهور على أن المحصر بمرض عليه الهدى وقال ابو نور وداود لا هدى عليه اعتماداً على ظاهر حكم هذا المحصر وعلى ان الآية الواردة فى المحصر هو حصر العدو وأجمعوا على ايجاب القضاء عليه وكل من فاته الحج بخطا من العدد فى الايام او بخفاء الهلال عليه او غير ذلك من الاعذار فحكمه حكم المحصر بمرض عند مالك وقال ابو حنيفة من فاته الحج بعذر غير المرض يحل بعمرة ولا هدى عليه وعليه اعادة الحج والمكى المحصر بمرض عند مالك كغير المكى يحل بعمرة وعليه الهدى واعادة الحج وقال الزهرى لابد ان يقف بعمرة وان نعش نعشاً واصل مذهب مالك ان المحصر بمرض ان بقى على احرامه الى العام المقبل حتى يحج حجة القضاء فلا هدى عليه فان تحلل بعمرة فعليه هدى المحصر لانه حلق رأسه قبل ان ينحر فى حجة القضاء وكل من تأول قوله سبحانه فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج انه خطاب للمحصر وجب عليه ان يعتقد على ظاهر الآية أن عليه هديين هديا لحلقه عند التحلل قبل نحره فى حجة القضاء وهديا لتمتعه بالعمرة الى الحج وان حل فى اشهر الحج من العمرة وجب عليه هدى ثالث وهو هدى المتمتع الذى هو احد انواع نسك الحج وأما مالك رحمه الله فكان يتأول لمكان هذا أن المحصر انما عليه هدى واحد وكان يقول إن الهدى الذى فى قوله سبحانه فان احصرتم فما استيسر من الهدى هو بعينه الهدى الذى فى قوله فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى وفيه بعد فى التاويل والاظهر ان قوله سبحانه فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج انه فى غير المحصر بل هو فى التمتع الحقيقى فكانه قال فاذا لم تكونوا خائفين لكن تمتعتم بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى ويدل على هذا التاويل قوله سبحانه ذلك لمن لم يكن اهله حاضرى المسجد الحرام والمحصر يستوى فيه حاضر المسجد الحرام وغيره باجماع وقد قلنا فى احكام المحصر الذى نص الله عليه فلنقل فى احكام القاتل للصيد

﴿ القـــــول فى احكام جزاء الصيد ﴾ فنقول ان المسلمين اجمعوا على أن قوله يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة او كفارة طعام مساكين او عدل ذلك صياماً يعنى آية محكمة . واختلفوا فى تفاصيل احكامها وفيما يقاس على مفهومها مما لا يقاس عليه فمنها انهم اختلفوا هل الواجب فى قتل الصيد قيمته او مثله فذهب الجمهور الى ان الواجب المثل وذهب ابو حنيفة الى انه مخير بين القيمة أعنى قيمة الصيد وبين ان يشترى بها المثل ومنها انهم اختلفوا فى استيناف الحكم على قاتل الصيد فيما حكم فيه السلف من الصحابة مثل حكمهم ان من قتل نعامة فعليه بدنة تشبيهاً بها ومن قتل غزالا فعليه شاة ومن قتل بقرة وحشية فعليه انسية فقال مالك يستانف فى كل ما وقع من ذلك الحكم به

وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي ان اجتزأ بحكم الصحابة مما حكموا فيه جاز ومنها هل الآية على التخيير او على الترتيب فقال مالك هي على التخيير وبه قال ابو حنيفة يريد ان الحكمين يخيران الذي عليه الجزاء وقال زفر هي على الترتيب واختلفوا هل يقوم الصيد او المثل اذا اختار الاطعام ان وجب على القول بالوجوب فيشتري بقيمته طعاماً فقال مالك يقوم الصيد وقال الشافعي يقوم المثل ولم يختلفوا في تقدير الصيام بالطعام بالجملة وان كانوا اختلفوا في التفصيل فقال مالك يصوم لكل مد يوماً وهو الذي يطعم عندهم كل مسكين وبه قال الشافعي واهل الحجاز وقال اهل الكوفة يصوم لكل مدين يوماً وهو القدر الذي يطعم كل مسكين عندهم واختلفوا في قتل الصيد خطأ هل فيه جزاء ام لا فالجمهور على أن فيه الجزاء وقال اهل الظاهر لا جزاء عليه .واختلفوا في الجماعة يشتركون في قتل الصيد فقال مالك اذا قتل جماعة محرمون صيداً فعلى كل واحد منهم جزاء كامل وبه قال الثوري وجماعة وقال الشافعي عليهم جزاء واحد وفرق ابو حنيفة بين المحرمين يقتلون الصيد وبين المحلين يقتلونه في الحرم فقال على كل واحد من المحرمين جزاء وعلى المحلين جزاء واحد واختلفوا هل يكون احد الحكمين قاتل الصيد فذهب مالك الى انه لا يجوز وقال الشافعي يجوز واختلف اصحاب ابي حنيفة على القولين جميعاً .واختلفوا في موضع الاطعام فقال مالك في الموضع الذي اصاب فيه الصيد ان كان ثم طعام والا في اقرب المواضع الى ذلك الموضع وقال ابو حنيفة حيث ما اطعم وقال الشافعي لا يطعم الا مساكين مكة وأجمع العلماء على أن المحرم اذا قتل الصيد ان عليه الجزاء للنص في ذلك واختلفوا في الحلال يقتل الصيد في الحرم فقال جمهور فقهاء الامصار عليه الجزاء وقال داود واصحابه لا جزاء عليه ولم يختلف المسلمون في تحريم قتل الصيد في الحرم وانما اختلفوا في الكفارة وذلك لقوله سبحانه اولم يروا انا جعلنا حرماً آمناً وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الله حرم مكة يوم خلق السماوات وجمهور فقهاء الامصار على أن المحرم اذا قتل الصيد واكله انه ليس عليه الا كفارة واحدة وروى عن عطاء وطائفة ان فيه كفارتين فهذه هي مشهورات المسائل المتعلقة بهذه الآية وأما الاسباب التي دعتهم الى هذا الاختلاف فنحن نشير الى طرف منها ﴿ فقـــــول ﴾ أما من اشترط في وجوب الجزاء ان يكون القتل عمداً فحجته ان اشتراط ذلك نص في الآية وأيضاً فان العمد هو الموجب للعقاب والكفارات عقاب تما وأما من اوجب الجزاء مع النسيان فلا حجة له الا ان يشبه الجزاء عند اتلاف الصيد باتلاف الاموال فان الاموال عند الجمهور تضمن خطأ ونسيانا لكن يعارض هذا القياس اشتراط العمد في وجوب الجزاء فقد اجاب بعضهم عن هذا أي العمد انما اشترط لمكان تعلق العقاب المنصوص عليه في قوله ذلك ليذوق وبال امره وذلك لا معنى له لان الوبال المذوق هو في انعدامه فسواء قتله مخطأ اومتعمداً قد ذاق الوبال ولا خلاف أن الناسي غير معاقب واكثر ما تلزم هذه الحجة لمن كان من اصله أن الكفارات لا تثبت بالقياس فانه لا دليل لمن اثبتها على الناسي الا القياس • وأما اختلافهم في المثل هل هو الشبيه او في القيمة فان سبب الاختلاف أن المثل يقال على الذي هو مثل وعلى الذي هو مثل في القيمة لكن حجة من رأى أن الشبيه اقوى من جهة دلالة اللفظ ان انطلاق لفظ المثل على الشبيه في لسان العرب اظهر وأشهر منه على المثل في القيمة لكن لمن حمل ها هنا المثل على القيمة دلائل حركته الى اعتقاد ذلك .أحدها أن المثل الذي هو العدل هو منصوص عليه في الاطعام والصيام وايضاً فان المثل اذا حمل ها هنا على التعديل كان عاماً في جميع الصيد فان من الصيد ما لا يلفى له شبيه وأيضاً فان المثل فيما لا يوجد له شبيه هو التعديل وليس يوجد للحيوان المصيد في الحقيقة شبيه إلا من جنسه وقد نص ان المثل

الواجب فيه هو من غير جنسه فوجب ان يكون مثلا في التعديل والقيمة وايضاً فان الحكم في الشبيه قد فرغ منه فاما الحكم بالتعديل فهو شئ يختلف باختلاف الاوقات ولذلك هو كل وقت يحتاج الى الحاكمين المنصوص عليهما وعلى هذا يأتي التقدير في الآية بمثابه فكانه قال ومن قتله منكم متعمداً فعليه قيمة ما قتل من النعم او عدل القيمة طعاماً او عدل ذلك صياماً وأما اختلافهم هل المقدر هو الصيد او مثله من النعم اذا قدر بالطعام فمن قال المقدر هو الصيد قال لانه الذي لما لم يوجد مثله رجع الى تقديره بالطعام ومن قال ان المقدر هو الواجب من النعم قال لان الشئ انما تقدر قيمته اذا عدم بتقدير مثله أعني شبيهه وأما من قال إن الآية على التخيير فانه التفت الى حرف او اذ كان مقتضاها في لسان العرب التخيير وأما من نظر الى ترتيب الكفارات في ذلك فشبهها بالكفارات التي فيها الترتيب باتفاق وهي كفارة الظهار والقتل وأما اختلافهم في هل يستانف الحكم في الصيد الواحد الذي قد وقع الحكم فيه من الصحابة فالسبب في اختلافهم هو هل الحكم شرعي غير معقول المعنى أم هذا معقول المعنى فمن قال هو معقول المعنى قال ما قد حكم فيه فليس يوجد شئ اشبه به منه مثل النعامة فانه لا يوجد اشبه بها من البدنة فلا معنى لاعادة الحكم ومن قال هو عبادة قال يعاد ولابد منه وبه قال مالك وأما اختلافهم في الجماعة يشتركون في قتل الصيد الواحد فسببه هل الجزاء موجبه هو التعدي فقط او التعدي على جملة الصيد فمن قال عليهم جزاء واحد وهذه المسئلة شبيهة بالقصاص في النصاب في السرقة وفي القصاص في الاعضاء وفي الانفس وستأتي في مواضعها من هذا الكتاب ان شاء الله ، وتفريق ابي حنيفة بين المحرمين وبين غير المحرمين القاتلين في الحرم على جهة التغليظ على المحرمين ومن اوجب على كل واحد من الجماعة جزاء فانما نظر الى سد الذرائع فانه لو سقط عنهم الجزاء جملة لكان من اراد ان يصيد في الحرم صاد في جماعة واذا قلنا إن الجزاء هو كفارة للاثم فيشبه انه لا يتبعض اثم قتل الصيد بالاشتراك فيه فيجب الا يتبعض الجزاء يجب على كل واحد كفارة وأما اختلافهم في هل يكون احد الحكمين قاتل الصيد ، فالسبب فيه معارضة مفهوم الظاهر لمفهوم المعنى الاصلي في الشرع وذلك انهم لم يشترطوا في الحكمين الا العدالة يجب على ظاهر هذا ان يجوز الحكم ممن يوجد فيه هذا الشرط سواء كان قاتل الصيد او غير قاتل وأما مفهوم المعنى الاصلي في الشرع فهو أن المحكوم عليه لا يكون حاكماً على نفسه وأما اختلافهم في الموضع فشبيه الاطلاق أعني انه لم يشترط فيه موضع فمن شبهه بالزكاة في انه حق للمساكين فقال لا ينقل من موضعه وأما من رأى ان المقصود بذلك انما هو الرفق بمساكين مكة قال لا يطعم الا مساكين مكة ومن اعتمد ظاهر الاطلاق قال يطعم حيث شاء وأما اختلافهم في الحلال يقتل الصيد في الحرم هل عليه كفارة ام لا فسببه هل يقاس في الكفارات عند من يقول بالقياس او هل القياس اصل من اصول الشرع عند الذين يختلفون فيه فاهل الظاهر ينفون قياس قتل الصيد في الحرم على المحرم لمنعهم القياس في الشرع ويجيء على اصل ابي حنيفة ان يمنعه كمنعه القياس في الكفارات ولا خلاف بينهم في تعلق الاثم به لقوله سبحانه اولم يروا انا جعلنا حرماً آمناً ويتخطف الناس من حولهم وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله حرم مكة يوم خلق السماوات والارض وأما اختلافهم فيمن قتله ثم اكله هل عليه جزاء واحد ام جزاآن فسببه هل اكله تعد آن عليه سوى تعدي القتل ام لا وان كان تعديا فهل هو مساو للتعدي الاول ام لا وذلك انهم اتفقوا على انه ان اكل اثم ولما كان النظر في كفارة الجزاء يشتمل على اربعة اركان معرفة الواجب في ذلك ومعرفة من تجب عليه ومعرفة الفعل الذي لاجله يجب ومعرفة محل الوجوب وكان قد تقدم الكلام في اكثر هذه الاجناس وبقي من ذلك امران أحدهما اختلاف

في

في بعض الواجبات من الامثال في بعض المصيدات . والثاني ماهو صيد مما ليس بصيد يجب أن ينظر فيما بقي علينا من ذلك * فمن اصول هذا الباب مارى عن عمر بن الخطاب انه قضى في الضبع بكبش وفي الغزال بعنز وفي الارنب بعناق وفي اليربوع بجفرة واليربوع دويبة لها اربع قوائم وذنب تجر كانجرير الشاة وهي من ذوات الكروش والعنز عند اهل العلم من المعز ماقد ولد او ولد مثله والجفرة والعناق من المعز فالجفرة ما اكل واستغنى عن الرضاع والعناق قيل فوق الجفرة وقيل دونها وخالف مالك هذا الحديث فقال في الارنب واليربوع لايقومان الا بما يجوز هديا وانجية وذلك الجذع فما فوقه من الضأن والثني فما فوقه من الابل والبقر وحجة مالك قوله تعالى هديا بالغ الكعبة ولم يختلفوا ان من جعل على نفسه هديا انه لايجزيه اقل من الجذع فما فوقه من الضأن والثني مما سواه وفي صغار الصيد عند مالك مثل ما في كباره وقال الشافعي يفدى صغار الصيد بالمثل من صغار النعم وكبار الصيد بالكبار منها بالكفارات وهو مروى عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وحجته انها حقيقة المثل فعنده في النعامة الكبيرة بدنة وفي الصغيرة فصيل وأبو حنيفة على اصله في القيمة واختلفوا من هذا الباب في حمام مكة وغيرها فقال مالك في حمام مكة شاة وفي حمام الحل حكومة واختلف قول ابن القاسم في حمام الحرم غير مكة فقال مالك مرة شاة كحمام مكة ومرة قال حكومة كحمام الحل وقال الشافعي في كل حمام شاة وفي حمام سوى الحرم قيمته وقال داود كل شيء لامثل له من الصيد فلا جزاء فيه الا الحمام فان فيه شاة ولعله ظن ذلك اجماعا فانه روى عن عمر بن الخطاب ولا مخالف له من الصحابة وروى عن عطاء انه قال في كل شيء من الطير شاة واختلفوا من هذا الباب في بيض النعامة فقال مالك أرى في بيض النعامة عشر ثمن البدنة وابو حنيفة على اصله في القيمة ووافقه الشافعي في هذه المسئلة وبه قال ابو ثور وقال ابو حنيفة ان كان فيها فرخ ميت فعليه الجزاء أعني جزاء النعامة واشترط ابو ثور في ذلك ان يخرج حيا ثم يموت وروي عن علي انه قضى في بيض النعامة بان يرسل الفحل على الابل فاذا بين لقاحها سميت ما اصيب من البيض فقال بهذا هدى ثم ليس عليك ضمان ما فسد من الحمل وقال عطاء من كانت له ابل فالفول قول علي والافقى كل بيضة درهمان قال ابو عمر وقد روى عن ابن عباس عن كعب بن عجرة عن النبي عليه السلام في بيض النعامة يصيبه المحرم ثمنه من وجه ليس بالقوي وروى عن ابن مسعود ان فيه القيمة قال وفيه اثر ضعيف واكثر العلماء على أن الجراد من صيد البر يجب على المحرم فيه الجزاء واختلفوا في الواجب من ذلك فقال عمر رضي الله عنه قبضة من طعام وبه قال مالك وقال ابو حنيفة واصحابه تمرة خير من جرادة وقال الشافعي في الجزاء قيمته وبه قال ابو ثور الا انه قال كل ما يصدق به من حفنة طعام او تمرة فهو له قيمة روى عن ابن عباس ان فيها تمرة مثل قول ابي حنيفة وقال ربيعة فيها صاع من طعام وهو شاذ وقد روى عن ابن عمر ان فيها شويهة وهو ايضا شاذ فهذه هي مشهورات ما اتفقوا على الجزاء فيه ، واختلفوا فيما الجزاء فيه . وأما اختلافهم فيما هو صيد مما ليس بصيد وفيما هو من صيد البحر مما ليس منه فانهم اتفقوا على أن صيد البر محرم على المحرم الا الخمس فواسق المنصوص عليها . واختلفوا فيما يلحق بها مما ليس يلحق وكذلك اتفقوا على أن صيد البحر حلال كله للمحرم ، واختلفوا فيما هو من صيد البحر مما ليس منه وهذا كله لقوله تعالى احل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما ونحن نذكر مشهور ما اتفقوا عليه من هذين الجنسين وما اختلفوا فيه ﴿ فقـــول ﴾ ثلاث من حديث ابن عمر وغيره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال خمس من الدواب ليس على المحرم جناح في قتلهن الغراب

والحدأة والعقرب والغارة والكلب العقور . واتفق العلماء على القول بهذا الحديث وجمهورهم على القول باباحة قتل ما تضمنه لكونه ليس بصيد وان كان بعضهم اشترط فى ذلك اوصافاً ما . واختلفوا هل هذا من باب الخاص اريد به الخاص اومن باب الخاص اريد به العام والذين قالوا هو من باب الخاص اريد به العام اختلفوا فى أى عام اريد بذلك فقال مالك الكلب العقور الوارد فى الحديث اشارة الى كل سبع عاد وأن ما ليس بعاد من السباع فليس للمحرم قتله ولم يرقتل صغارها التى لا تعدوا ولا ما كان منها ايضاً لا يعدوا ولا خلاف بينهم فى قتل الحية والافعى والاسود مروى عن النبى عليه السلام من حديث ابى سعيد الخدرى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تقتل الافعى والاسود وقال مالك لا أرى قتل الوزغ والاخبار بقتلها متواترة لكن مطلقاً لا فى الحرم ولذلك توقف فيها مالك فى الحرم وقال ابو حنيفة لا يقتل من الكلاب العقورة الا الكلب الانسى والذيب وشذت طائفة فقالت لا يقتل الا الغراب الابقع وقال الشافعى كل محرم الاكل فهو فى معنى الخمس وعمدة الشافعى انها انما حرم على المحرم ما احل للحلال وأن المباحة الاكل لا يجوز قتلها باجماع لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البهائم وأما أبو حنيفة فلم يفهم من اسم الكلب الانسى فقط بل من معناه كل ذيب وحشى . واختلفوا فى الزنبور فبعضهم شبهه بالعقرب وبعضهم رآ انه اضعف نكاية من العقرب وبالجملة فالمنصوص عليها يتضمن انواعها من الفساد فمن رآ انه من باب الخاص اريد به العام الحق بواحد واحد منها ما يشبهه ان كان له شبه ومن لم يرذلك قصر النهى على المنطوق به وشذت طائفة فقالت لا يقتل الا الغراب الابقع فخصصت عموم الاسم الوارد فى الحديث الثابت لما روى عن عائشة انه عليه السلام قال خمس يقتلن فى الحرم فذكر فيهن الغراب الابقع وشذ النخعى فمنع المحرم قتل الصيد المحرم الا الغارة . وأما اختلافهم فيما هو من صيد البحر مما ليس هو منه فانهم اتفقوا على أن السمك من صيد البحر واختلفوا فيما عدى السمك وذلك بناء منهم على ما كان منه يحتاج الى ذكاة ان كان حلالا على ما هو منه حلال مما ليس بحلال وذلك انهم اتفقوا على أن من كان منه يحتاج الى ذكاة فليس من صيد البحر وأكثر من ذلك ما كان محرماً ولا خلاف بين من يحل جميع ما فى البحر فى أن صيده حلال وإنما اختلف هؤلاء فيما كان من الحيوان يعيش فى البر وفى الماء باى الحكمين يلحق وقياس قول اكثر العلماء انه يلحق بالذى عيشه فيه غالباً وهو حيث يولد والجمهور على أن طير الماء محكوم له بحكم حيوان البر وروى عن عطاء انه قال فى طير الماء حيث يكون اغلب عيشه يحكم له بحكمه . واختلفوا فى ثبات الحرم هل فيه جزاء ام لا فقال مالك لا جزاء فيه وإنما فيه الاثم فقط للنهى الوارد فى ذلك وقال الشافعى فيه الجزاء فى الدوحة بقرة وفيما دونها شاة وقال أبو حنيفة كل ما كان من غرس الانسان فلا شئ فيه وكل ما كان ثابتاً بطبعه ففيه قيمة * وسبب الخلاف هل يقاس النبات فى هذا على الحيوان لاجتماعهما فى النهى عن ذلك فى قوله عليه السلام لا ينفر صيدها ولا يعضد شجرها فهذا هو القول فى مشهور مسائل هذا الجنس فانتقل فى حكم الحالق رأسه قبل محل الحلق ﴿ القـــــول فى فدية الاذى وحكم الحالق رأسه قبل محل الحلق ﴾

وأما فدية الاذى فمجمع ايضاً عليها لورود الكتاب بذلك والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى فمن كان منكم مريضا او به اذى من رأسه ففدية من صيام او صدقة او نسك . وأما السنة فحديث كعب بن عجرة الثابت انه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرماً فاذاه القمل فى رأسه فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يحلق رأسه وقال له صم ثلاثة ايام او اطعم ستة مساكين مدين لكل انسان او انسك بشاة أى ذلك فعلت اجزأ عنك والكلام فى هذه الآية

على

على من تجب الفدية وعلى من لا تجب وإذا وجبت فما هي الفدية الواجبة وفي أي شئ تجب الفدية ولمن تجب ومتى تجب وأين تجب . فاما على من تجب الفدية فان العلماء اجمعوا على انها واجبة على كل من اماط الاذى من ضرورة لورود النص بذلك واختلفوا فيمن اماطه من غير ضرورة فقال مالك عليه الفدية المنصوص عليها وقال الشافعي وأبو حنيفة ان حلق دون ضرورة فانما عليه دم فقط واختلفوا هل من شرط من وجبت عليه الفدية باماطة الاذى ان يكون متعمداً او الناسي في ذلك والمتعمد سواء فقال مالك العامد في ذلك والناسي واحد وهو قول ابي حنيفة والثوري والليث وقال الشافعي في احد قوليه وأهل الظاهر لا فدية على الناسي فمن اشترط في وجوب الفدية الضرورة فدليله النص ومن اوجب ذلك على غير المضطر فحجته انه اذا وجبت على المضطر فهي على غير المضطر اوجب ومن فرق بين العامد والناسي فلتفريق الشرع في ذلك بينهما في مواضع كثيرة ولعموم قوله تعالى وليس عليكم جناح فيما اخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم ولعموم قوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان ومن لم يفرق بينهما فقياساً على كثير من العبادات التي لم يفرق الشرع فيها بين الخطا والنسيان . وأما ما يجب في فدية الاذى فان العلماء اجمعوا على انها ثلاث خصال على التخيير الصيام والاطعام والنسك لقوله تعالى ففدية من صيام او صدقة او نسك والجمهور على أن الاطعام هو لستة مساكين وأن النسك اقله شاة وروى عن الحسن وعكرمة ونافع انهم قالوا الاطعام لعشرة مساكين والصيام عشرة ايام ودليل الجمهور حديث كعب بن عجرة الثابت . وأما من قال الصيام عشرة ايام فقياساً على صيام التمتع وتسوية الصيام مع الاطعام ولما ورد ايضاً في جزاء الصيد في قوله سبحانه او عدل ذلك صياماً ، وأما كم يطعم لكل مسكين من المساكين الستة التي ورد فيهم النص فان الفقهاء اختلفوا في ذلك لاختلاف الآثار في الاطعام في الكفارات فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة واصحابهم الاطعام في ذلك مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم لكل مسكين وروى عن الثوري انه قال من البر نصف صاع ومن التمر والزبيب والشعير صاع وروى ايضاً عن ابي حنيفة مثله وهو اصله في الكفارات . وأما ما تجب فيه الفدية فاتفقوا على انها تجب على من حلق رأسه لضرورة مرض او حيوان يوذيه في رأسه قال ابن عباس المرض ان يكون برأسه قروح والاذى القمل وغيره وقال عطاء المرض الصداع والاذى القمل وغيره والجمهور على ان كل ما منعه المحرم من لباس الثياب المخيطة وحلق الرأس وقص الاظفار انما اذا استباحه فعليه الفدية أي دم على اختلاف بينهم في ذلك او اطعام ولم يفرقوا بين الضرر وغيره في هذه الاشياء وكذلك استعمال الطيب وقال قوم ليس في قص الاظفار شئ وقال قوم فيه دم وحكى ابن المنذر ان منع المحرم قص الاظفار اجماع واختلفوا فيمن اخذ بعض اظفاره فقال الشافعي وأبو ثور ان اخذ ظفراً واحداً اطعم مسكيناً واحداً ، وان اخذ ظفرين اطعم مسكينين وإن اخذ ثلاثا فعليه دم في مقام واحد وقال ابو حنيفة في احد اقواله لا شئ عليه حتى يقصها كلها وقال ابو محمد بن حزم يقص المحرم اظفاره وشاربه وهو شذوذ وعنده الا فدية الا من حلق الرأس فقط للعذر الذي ورد فيه النص وأجمعوا على منع حلق شعر الرأس . واختلفوا في حلق الشعر من سائر الجسد فالجمهور على أن فيه الفدية وقال داود لا فدية فيه واختلفوا فيمن نتف من رأسه الشعرة والشعرتين او من لحيته فقال مالك ليس على من نتف الشعر اليسير شئ الا ان يكون اماط به اذى فعليه الفدية وقال الحسن في الشعرة مد وفي الشعرتين مدين وفي الثلاثة دم وبه قال الشافعي وابو ثور وقال عبد الملك صاحب مالك فيما قل من الشعر اطعام وفيما كثر فدية فمن فهم منع المحرم حلق الشعر انه عبادة

سوى بين القليل والكثير ومن فهم من ذلك منع النظافة والدين والاستراحة التي في حلقه فرق بين القليل والكثير لان القليل ليس في ازالته زوال اذى أما موضع الفدية فاختلفوا فيه فقال مالك يفعل من ذلك ماشاء أين شاء بمكة وبغيرها وان شاء ببلده وسواء عنده في ذلك ذبح النسك والاطعام والصيام وهو قول مجاهد والذي عند مالك ها هنا هو نسك وليس بهدى فان الهدى لايكون الا بمكة اوبمنى وقال ابو حنيفة والشافعي الدم والاطعام لايجزيان الا بمكة والصوم حيث شاء وقال ابن عباس ما كان من دم فبمكة وما كان من اطعام وصيام فحيث شاء وعن ابي حنيفة مثله ولم يختلف قول الشافعي ان دم الاطعام لايجزى الا مساكين الحرم ٭ وسبب الخلاف استعمال قياس دم النسك على الهدى فمن قاسه على الهدى اوجب فيه شروط الهدى من الذبح في المكان المخصوص به وفي مساكين الحرم وان كان مالك يري ان الهدى يجوز اطعامه لغير مساكين الحرم والذي يجمع النسك والهدى هو ان المقصود بهما منفعة المساكين المجاورين لبيت الله والمخالف يقول ان الشرع لما فرق بين اسمهما فسمى احدهما نسكا وسمى الاخر هديا وجب ان يكون حكمهما مختلفاً ، وأما الوقت فالجمهور على أن هذه الكفارة لاتكون الا بعد اماطة الاذى ولا يبعد ان يدخله الخلاف قياساً على كفارة الايمان فهذا هو القول في كفارة اماطة الاذى . واختلفوا في حلق الرأس هل هو من مناسك الحج او هو مما يتحلل به منه ولاخلاف بين الجمهور في انه من اعمال الحج وأن الحلاق افضل من التقصير لما ثبت من حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين يارسول الله قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين يارسول الله قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين يارسول الله قال والمقصرين وأجمع العلماء على أن النساء لايحلقن وان سنتهن التقصير واختلفوا هل هو نسك يجب على الحاج والمعتمر اولا فقال مالك الحلاق نسك للحاج والمعتمر وهو افضل من التقصير ويجب على كل من فاته الحج واحصر بعدو اومرض اوبعذر وهو قول جماعة الفقهاء الا في المحصر بعدو فان ابا حنيفة قال ليس عليه حلاق ولاتقصير وبالجملة فمن جعل الحلاق اوالتقصير نسكا اوجب في تركه الدم ومن لم يجعله من النسك لم يوجب فيه شيئاً

﴿ القـــــول في كفارة المتمتع ﴾ وأما كفارة المتمتع التي نص الله عليها في قوله سبحانه فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى الآية فانه لاخلاف في وجوبها وانما الخلاف في المتمتع من هو وقد تقدم ما في ذلك من الخلاف والقول في هذه الكفارة ايضاً يرجع الى تلك الاجناس بعينها على من تجب وما الواجب فيها ومتى تجب ولمن تجب وفي أي مكان تجب . فاما على من تجب فعلى المتمتع باتفاق وقد تقدم الخلاف في المتمتع من هو وأما اختلافهم في الواجب فان الجمهور من العلماء على ان ما استيسر من الهدى هو شاة واحتج مالك في ان اسم الهدى قد ينطلق على الشاة في قوله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة ومعلوم بالاجماع انه قد يجب في جزاء الصيد شاة وذهب ابن عمر الى ان اسم الهدى لاينطلق الا على الابل والبقر وأن معنى قوله تعالى فما استيسر من الهدى أي بقرة ادون من بقرة وبدنة ادون من بدنة وأجمعوا ان هذه الكفارة على الترتيب وان من لم يجد الهدي فعليه الصيام . واختلفوا في حد الزمان الذي ينتقل بانقضائه فرضه من الهدى الى الصيام فقال مالك اذا شرع في الصوم فقد انتقل في واجبه الى الصوم وان وجد الهدى في اثناء الصوم وقال ابو حنيفة ان وجد الهدى في صوم الثلاثة الايام لزمه وان وجده في صوم السبعة لم يلزمه وهذه المسئلة نظير مسئلة من طلع عليه الماء في الصلاة وهو متيمم ٭ وسبب الخلاف هو هل ماهو شرط في ابتداء العبادة هو شرط في استمرارها وإنما فرق

ابوحنيفة بين الثلاثة والسبعة لان الثلاثة الايام هي عنده بدل من الهدى والسبعة ليست ببدل وأجمعوا على انه اذا صام الثلاثة الايام في العشر الاول من ذى الحجة انه قد أتى بها في محلها لقوله سبحانه فصيام ثلاثة ايام في الحج ولا خلاف ان العشر الاول من ايام الحج واختلفوا في من صامها في ايام عمل العمرة قبل ان يهل بها في الحج او صامها في ايام منى فاجاز مالك صيامها في أيام منى ومنعه أبو حنيفة وقال اذا فاتته الايام الاول وجب الهدى في ذمته ومنعه مالك قبل الشروع في عمل الحج وأجازه أبو حنيفة ﴿وسبب الخلاف هل ينطلق اسم الحج على هذه الايام المختلف فيها أم لا وان انطلق فهل من شرط الكفارة الاتجزى الا بعد وقوع موجبها فمن قال لاتجزى كفارة الا بعد وقوع موجبها قال لايجزى الصوم الا بعد الشروع في الحج ومن قاسها على كفارة الايمان قال يجزى واتفقوا أنه اذا صام السبعة الايام في أهله أجزاه واختلفوا اذا صامها في الطريق فقال مالك يجزى الصوم وقال الشافعي لايجزى ﴿وسبب الخلاف الاحتمال الذي في قوله سبحانه اذا رجعتم فان اسم الراجع ينطلق على من فرغ من الرجوع وعلى من هو في الرجوع نفسه فهذه هي الكفارة التي تثبت بالسمع وهي من المتفق عليها ولا خلاف ان من فاته الحج بعد ان شرع فيه اما بفوات ركن من اركانه واما من قبل غلطه في الزمان أو من قبل جهله أو نسيانه أو اتيانه في الحج فعلا مفسدا له فان عليه القضاء اذا كان حجا واجبا وهل عليه هدى مع القضاء اختلفوا فيه وان كان تطوعا فهل عليه قضاء أم لا الخلاف في ذلك كله لكن الجمهور على أن عليه الهدى لكون النقصان الداخل عليه مشعرا بوجوب الهدى وشذ قوم فقالوا لاهدى اصلا ولاقضاء الا ان يكون في حج واجب ومما يخص الحج الفاسد عند الجمهور دون سائر العبادات انه يمضي فيه المفسد له ولا يقطعه وعليه دم وشذ قوم فقالوا هو كسائر العبادات وعمدة الجمهور ظاهر قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله فالجمهور عمموا والمخالفون خصصوا قياسا على غيرها من العبادات اذا وردت عليها المفسدات واتفقوا على ان المفسد للحج اما من الافعال المامور بها فترك الاركان التي هي شرط في صحته على اختلافهم فيما هو ركن مما ليس بركن واما من الفروج المنهى عنها فالجماع وان كان اختلفوا في الوقت الذى اذا وقع فيه الجماع كان مفسدا للحج فاما اجماعهم على افساد الجماع للحج فلقوله سبحانه فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولافسوق ولا جدال في الحج واتفقوا على ان من وطئ قبل الوقوف بعرفة فقد افسد حجه وكذلك من وطئ من المعتمرين قبل ان يطوف ويسعى واختلفوا في فساد الحج بالوطء بعد الوقوف بعرفة وقبل رمي جمرة العقبة وبعد رمي الجمرة وقبل طواف الافاضة الذى هو الواجب فقال مالك والشافعي من وطئ قبل رمي جمرة العقبة فقد فسد حجه وعليه الهدى والقضاء وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري عليه الهدى بدنة وحجه تام وقد روى مثل هذا عن مالك وقال مالك من وطئ بعد رمي جمرة العقبة وقبل طواف الافاضة فحجه تام ويقول مالك في ان الوطء قبل طواف الافاضة لايفسد الحج قال الجمهور يلزمه عندهم الهدى وقالت طائفة من وطئ قبل طواف الافاضة فسد حجه وهو قول ابن عمر ﴿وسبب الخلاف ان للحج تحللا يشبه السلام في الصلاة وهو التحلل الاكبر وهو الافاضة وتحللا أصغر وهل يشترط في إباحة الجماع التحللان أو أحدهما ولاخلاف بينهم ان التحلل الاصغر الذى هو رمي الجمرة يوم النحر انه يحل به الحاج من كل شئ حرم عليه بالحج الا النساء والطيب والصيد فانهم اختلفوا فيه والمشهور عن مالك انه يحل له كل شئ إلا النساء والطيب وقيل عنه إلا النساء والطيب والصيد لان الظاهر من قوله وإذا حللتم فاسطادوا انه التحلل الاكبر واتفقوا أيضا على ان المعتمر يحل من عمرته إذا طاف بالبيت وسعى بين الصفا

والمروة وان لم يكن حلق ولا قصر لثبوت الاثار في ذلك الاخلافا شاذاً وروى عن ابن عباس انه يحل بالطواف وقال أبو حنيفة لا يحل إلا بعد الحلاق وان جامع قبله أفسدت عمرته واختلفوا في صفة الجماع الذي يفسد الحج وفي مقدماته فالجمهور على ان التقاء الختانين يفسد الحج ويحتمل من يشترط في وجوب الطهر الانزال مع التقاء الختانين ان يشترطه في الحج واختلفوا في إنزال الماء في ما دون الفرج فقال أبو حنيفة لا يفسد الحج إلا الانزال في الفرج وقال الشافعي ما يوجب الحد يفسد الحج وقال مالك الانزال نفسه يفسد الحج وكذلك مقدماته من المباشرة والقبلة واستحب الشافعي فيمن جامع دون الفرج ان يهدي واختلفوا فيمن وطئ مراراً فقال مالك ليس عليه إلا هدى واحد وقال أبو حنيفة ان كرر الوطء في مجلس واحد كان عليه هدي واحد وإن كرره في مجالس كان عليه لكل وطء هدى وقال محمد بن الحسن يجزيه هدى واحد وان كرر الوطء ما لم يهد لوطئه الاول وعن الشافعي الثلاثة الاقوال الا ان الاشهر عنه مثل قول مالك واختلفوا فيمن وطئ ناسياً فسوى مالك في ذلك بين العمد والنسيان وقال الشافعي في الجديد لا كفارة عليه واختلفوا هل على المرأة هدى فقال مالك ان طاوعته فعليها هدى وان اكرهها فعليه هديان وقال الشافعي ليس عليه إلا هدى واحد كقوله في الجامع في رمضان وجمهور العلماء على انهما اذا حجا من قابل تفرقا أعني الرجل والمرأة وقيل لا يفترقان والقول بان لا يفترقان مروى عن بعض الصحابة والتابعين وبه قال أبو حنيفة واختلف قول مالك والشافعي من ان يفترقان فقال الشافعي يفترقان من حيث افسدا الحج وقال مالك يفترقان من حيث احرما الا ان يكونا احرما قبل الميقات فمن أخرهما بالافتراق فسداً للذريعة وعقوبة ومن لم يؤخرهما فجريا على الاصل وانه لا يثبت حكم في هذا الباب الا بسماع واختلفوا في الهدى الواجب في الجماع ما هو فقال مالك وأبو حنيفة هو شاة وقال الشافعي لا تجزي الا بدنة وان لم يجد قومت البدنة دراهم وقومت الدراهم طعاماً فان لم يجد صام عن كل مد يوماً قال والاطعام والهدى لا يجزي الا بمكة أو بمنى والصوم حيث شاء وقال مالك كل نقص دخل الاحرام من وطئ أو حلق شعرا واحصار فان صاحبه ان لم يجد الهدى صام ثلاثة ايام في الحج وسبعة اذا رجع ولا يدخل الاطعام فيه فمالك شبه الدم اللازم هاهنا بدم المتمتع والشافعي شبهه بالدم الواجب في الفدية والاطعام عند مالك لا يكون الا في كفارة الصيد وكفارة ازالة الاذى والشافعي يرى ان الصيام والاطعام قد وقعا بدل الدم في الموضعين ولم يقع بدلهما الا في موضع واحد فقاس المسكوت عنه على المنطوق به في الاطعام اولا فهذا ما يخص الفساد بالجماع واما الفساد بفوت الوقت وهو ان يفوته الوقوف بعرفة يوم عرفة فان العلماء أجمعوا ان من هذه صفته لا يخرج من احرامه الا بالطواف بالبيت والسعي بين الصفا والمروة أعني انه يحل ولا بد بعمرة وان عليه حج قابل واختلفوا هل عليه هدي أم لا فقال مالك والشافعي وأحمد والثوري وابو ثور عليه الهدى وعمدتهم اجماعهم على ان من حبسه مرض حتى فاته الحج ان عليه الهدى وقال أبو حنيفة يحلل بعمرة ويحج من قابل ولا هدى عليه وحجة الكوفيين ان الاصل في الهدى انما هو بدل من القضاء فاذا كان القضاء فلا هدى الا ما خصصه الاجماع واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة فيمن فاته الحج وكان قارنا هل يقضي حجاً مفرداً او مقرونا بعمرة فذهب مالك والشافعي الى انه يقضي قارنا لانه يقضي مثل الذي عليه وقال ابو حنيفة ليس عليه الا الافراد لانه قد طاف لعمرته فليس يقضي الا ما فاته وجمهور العلماء على ان من فاته الحج انه لا يقيم على احرامه ذلك الى عام آخر وهذا هو الاختيار عند مالك لانه اجاز ذلك ليسقط عنه الهدى ولا يحتاج ان يحلل بعمرة وأصل اختلافهم في هذه المسئلة اختلافهم فيمن احرم

بالحج في غير اشهر الحج فمن لم يجعله محرما لم يجز للذي فاته الحج ان يبقي محرما الى عام آخر ومن اجاز الاحرام في غير ايام الحج اجازله البقاء محرما قال القاضي فقد قلنا في الكفارات الواجبة بالنص في الحج وفي صفة القضاء في الحج الثابت الفائت والفاسد وفي صفة احلال من فاته الحج وقلنا قبل ذلك في الكفارات المنصوص عليها وما الحق الفقهاء بذلك من كفارة المفسد حجه وبقي ان نقول في الكفارات التي اختلفوا فيها في ترك نسك نسك منها من مناسك الحج مما لم ينص عليه ﴿القول في الكفارات المسكوت عنها﴾ فنقول ان الجمهور اتفقوا على ان النسك ضربان نسك هو سنة مؤكدة ونسك هو مرغب فيه فالذي هو سنة يجب على تاركه الدم لانه حج ناقص اصله المتمتع والقارن وروى عن ابن عباس انه قال من فاته من نسكه شيء فعليه دم واما الذي هو نفل فلم يروا فيه دما ولكنهم اختلفوا اختلافا كثيراً في ترك نسك نسك هل فيه دم ام لا وذلك لاختلافهم فيه هل هو سنة او نفل واما ما كان فرضاً فلا خلاف عندهم انه لا يجبر بالدم وانما يختلفون في الفعل الواحد نفسه من قبل اختلافهم هل هو فرض ام لا واما اهل الظاهر فانهم لا يرون دما الا حيث ورد النص لتركهم القياس وبخاصة في العبادات وكذلك اتفقوا على ان ما كان من التروك مسنونا ففعل فيه فدية الاذى وما كان مرغباً فيه فليس فيه شيء واختلفوا في ترك فعل فعل لاختلافهم هل هو سنة ام لا واهل الظاهر لا يوجبون الفدية الا في المنصوص عليه ونحن نذكر المشهور من اختلاف الفقهاء في ترك نسك نسك اعني في وجوب الدم اولا وجوبه من اول المناسك الى آخرها وكذلك في فعل محظور محظور فاول ما اختلفوا فيه من المناسك من جاوز الميقات فلم يحرم هل عليه دم فقال قوم لا دم عليه وقال قوم عليه الدم وان رجع وهو قول مالك وابن المبارك وروى عن الثوري وقال قوم ان رجع اليه فليس عليه دم وان لم يرجع فعليه دم وهو قول الشافعي وابي يوسف ومحمد ومشهور قول الثوري وقال ابو حنيفة ان رجع ملبياً فلا دم عليه وان رجع غير ملب كان عليه الدم وقال قوم هو فرض ولا يجبره بالدم واختلفوا فيمن غسل رأسه بالخطمي فقال مالك وابو حنيفة يفتدي وقال الثوري وغيره لا شيء عليه ورأى مالك ان في الحمام الفدية واباحه الاكثرون وروى عن ابن عباس من طريق ثابت دخوله والجمهور على انه يفتدي من لبس من المحرمين ما نهي عن لباسه واختلفوا اذا لبس السراويل لعدمه الازار هل يفتدي ام لا فقال مالك وابو حنيفة يفتدي وقال الثوري واحمد وابو ثور وداود لا شيء عليه اذا لم يجد ازاراً وعمدة من منع النهي المطلق وعمدة من لم ير فيه فدية حديث عمرو بن دينار عن جابر وابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول السراويل لمن لم يجد الازار والخف لمن لم يجد النعلين واختلفوا فيمن لبس الخفين مقطوعين مع وجود النعلين فقال مالك عليه الفدية وقال ابو حنيفة لا فدية عليه والقولان عن الشافعي واختلفوا في لبس المرأة القفازين هل فيه فدية ام لا وقد ذكرنا كثيراً من هذه الاحكام في باب الاحرام وكذلك اختلفوا فيمن ترك التلبية هل عليه دم ام لا وقد تقدم واتفقوا على ان من نكس الطواف او نسي شوطاً من اشواطه انه يعيده مادام بمكة واختلفوا اذا بلغ الى اهله فقال قوم منهم ابو حنيفة يجزيه الدم وقال قوم بل يعيد ويجبر ما نقصه ولا يجزيه الدم وكذلك اختلفوا في وجوب الدم على من ترك الرمل في الثلاثة الاشواط وبالوجوب قال ابن عباس والشافعي وابو حنيفة واحمد وابو ثور واختلف في ذلك قول مالك واصحابه والخلاف في هذه الاشياء كلها مبناه على انه هل هو سنة ام لا وقد تقدم القول في ذلك وتقبيل الحجر او تقبيل يده اذا لم يصل الحجر عند كل من لم يوجب الدم قياساً على المتمتع اذا تركه فيه دم وكذلك اختلفوا فيمن نسي ركعتي الطواف حتى رجع الى بلده هل عليه

دم لم لا فقال مالك عليه دم وقال الثوري يركبهما مادام في الحرم وقال الشافعي وأبو حنيفة يركبهما حيث شاء والذين قالوا في طواف الوداع انه ليس بفرض اختلفوا فيمن تركه ولم يتمكن له العودة اليه هل عليه دم لم لا فقال مالك ليس عليه شئ الا ان يكون قريباً فيعود وقال ابو حنيفة والثوري عليه دم ان لم يعد وانما يرجع عندهم مالم يبلغ المواقيت وحجة من لم ير ه سنة مؤكدة سقوطه عن المكي والحائض وعند ابي حنيفة انه اذا لم يدخل الحجر في الطواف اعاد مالم يخرج من مكة فان خرج فعليه دم واختلفوا هل من شرط صحة الطواف المشي فيه مع القدرة عليه فقال مالك هو من شرطه كالقيام في الصلاة فان عجز كان كصلاة القاعد ويعيد عنده ابداً الا اذا رجع الى بلده فان عليه دماً وقال الشافعي الركوب في الطواف جائز لان النبي صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت راكباً من غير مرض ولكنه أحب ان يتشرف الناس اليه ومن لم ير السعي واجباً فعليه فيه دم اذا انصرف الى بلده ومن رآه تطوعا لم يوجب فيه شيئاً وقد تقدم اختلافهم أيضاً فيمن قدم السعي على الطواف هل فيه دم اذا لم يعد حتى يخرج من مكة أم ليس فيه دم واختلفوا في وجوب الدم على من دفع من عرفة قبل الغروب فقال الشافعي وأحمد ان عاد فدفع بعد غروب الشمس فلا دم عليه وان لم يرجع حتى طلع الفجر وجب عليه الدم وقال أبو حنيفة والثوري عليه الدم رجع اولم يرجع وقد تقدم هذا واختلفوا فيمن وقف من عرفة بعرفة فقال الشافعي لا حج له وقال مالك عليه دم ﴿وسبب الاختلاف هل النهي على الوقوف بها من باب الحظر أو من باب الكراهية وقد ذكرنا في باب أفعال الحج الى انقضائها كثيراً من اختلافهم فيما في تركه دم وما ليس فيه دم وان كان الترتيب يقتضي ذكره في هذا الموضع والاسهل ذكره هنالك قال القاضي فقد قلنا في وجوب هذه العبادة وعلى من تجب وشروط وجوبها ومتى تجب وهي التي تجري مجرى المقدمات لمعرفة هذه العبادة وقلنا بعد ذلك في زمان هذه العبادة ومكانها ومحظوراتها وما اشتملت عليه أيضاً من الافعال في مكان مكان من اماكنها وزمان زمان من ازمنتها الجزئية الى انقضاء زمانها ثم قلنا في احكام التحلل الواقع الواقع في هذه العبادة وما يقبل من ذلك الاصلاح بالكفارات وما لا يقبل الاصلاح بل يوجب الاعادة وقلنا أيضاً في حكم الاعادة بحسب موجباتها وفي هذا الباب يدخل من شرع فيها محصر بمرض او عدو أو غير ذلك والذي بقي من أفعال هذه العبادة هو القول في الهدي وذلك ان هذا النوع من العبادات هو جزء من هذه العبادة وهو مما ينبغي ان يفرد بالنظر فلنقل فيه

﴿القول في الهدي﴾

فنقول ان النظر في الهدي يشتمل على معرفة وجوبه وعلى معرفة جنسه وعلى معرفة سنه وكيفية سوقه ومن أين يساق والى اين ينتهي بسوقه وهو موضع نحره وحكم لحمه بعد النحر فنقول انهم قد اجمعوا على ان الهدي المسوق في هذه العبادة منه واجب ومنه تطوع فالواجب منه ماهو واجب بالنذر ومنه ماهو واجب في بعض انواع هذه العبادة ومنه ما هو واجب لانه كفارة فاما ماهو واجب في بعض انواع هذه العبادة فهو هدي المتمتع باتفاق وهدي القارن باختلاف واما الذي هو كفارة فهدي القضاء على مذهب من يشترط فيه الهدي وهدي كفارة الصيد وهدي القاء الاذى والتفث وما اشبه ذلك من الهدي الذي قاسه الفقهاء في الاخلال بنسك نسك منها على المنصوص عليه فاما جنس الهدي فان العلماء متفقون على انه لا يكون الهدي الا من الازواج الثمانية التي نص الله عليها وان الافضل في الهدايا هي الابل ثم البقر ثم الغنم ثم المعز وانما اختلفوا في الضحايا واما الاسنان فانهم اجمعوا ان الثني فما فوقه يجزي منها وانه لا يجزي الجذع من المعز في الضحايا والهدايا لقوله عليه السلام لابي بردة يجزي عنك ولا يجزي عن احد بعدك واختلفوا في الجذع من الضان

فاكثر اهل العلم يقولون بجوازه في الهدايا والضحايا وكان ابن عمر يقول لايجزى في الهدايا الاالثنى من كل جنس ولاخلاف في ان الاغلى ثمنا من الهدايا أفضل وكان الزبير يقول لبنيه يابني لايهدين أحدكم لله من الهدى شيئاً يستحي ان يهديه لكريمه فان الله اكرم الكرماء واحق من اختير له وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم في الرقاب وقد قيل له ايها أفضل فقال اغلاها ثمناً وانفسها عند اهلها وليس في عدد الهدي حد معلوم وكان هدى رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة واما كيفية سوق الهدى فهو التقليد والاشعار بانه هدى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الحديبية فلما كان بذى الحليفة قلد الهدى واشعره واحرم واذا كان الهدى من الابل والبقر فلاخلاف انه يقلد نعلا او نعلين اوما اشبه ذلك لمن لم يجد النعال واختلفوا في تقليد الغنم فقال مالك وأبو حنيفة لاتقلد الغنم وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وداود تقلد لحديث الاعمش عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم اهدي الى البيت مرة غنما فقلده واستحبوا توجيهه الى القبلة في حين تقليده واستحب مالك الاشعار من الجانب الايسر لما رواه عن نافع عن ابن عمر واستحب الشافعي وأحمد وابو ثور الاشعار من الجانب الايمن لحديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى الظهر بذى الحليفة ثم دعا ببدنة فاشعرها من صفحة سنامها الايمن ثم سلت الدم عنها وقلدها بنعلين واما من اين يساق الهدى فان مالكا يرى ان من سنته ان يساق من الحل ولذلك ذهب الى ان من اشترى الهدى بمكة ولم يدخله من الحل ان عليه ان يقفه بعرفة وان لم يفعل فعليه البدل واما ان كان ادخله من الحل فيستحب له ان يقفه بعرفة وهو قول ابن عمر وبه قال الليث وقال الشافعي والثوري وأبو ثور وقوف الهدى بعرفة سنة ولاهدى لمن لم يقفه كان داخلا من الحل اولم يكن وقال ابو حنيفة ليس توقيف الهدى بعرفة من الحج وحجة مالك في ادخال الهدى من الحل الى الحرم ان النبي عليه السلام كذلك فعل وقال خذوا عني مناسككم وقال الشافعي التعريف سنة مثل التقليد وقال ابو حنيفة ليس التعريف بسنة وانما فعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لان مسكنه كان خارج الحرم وروى عن عائشة التخيير في تعريف الهدي اولا تعريفه واما محله فهو البيت العتيق كما قال تعالى ثم محلها الى البيت العتيق وقال هديا بالغ الكعبة وأجمع العلماء على ان الكعبة لايجوز لاحد فيها ذبح وكذلك المسجد الحرام وان المعنى في قوله هديا بالغ الكعبة انما انما اراد به النحر بمكة احسانا منه لمساكنهم وفقرائهم وكان مالك يقول انما المعنى في قوله هديا بالغ الكعبة مكة وكان لايجيز لمن نحر هديه في الحرم الا ان ينحره بمكة وقال الشافعي وابو حنيفة انه ان نحره في غير مكة من الحرم اجزأه وقال الطبري يجوز نحر الهدى حيث شاء المهدى الا هدى القران وجزاء الصيد فانهما لاينحران الا بالحرم وبالجملة فالنحر بمنى اجماع من العلماء وفي العمرة بمكة الا ما اختلفوا فيه من نحر المحصر وعند مالك ان نحر للحج بمكة وللعمرة بمنى اجزا وحجة مالك في انه لا يجوز النحر بالحرم الا بمكة قوله صلى الله عليه وسلم وكل محاج مكة وطرقها منحر واستثنى مالك من ذلك هدى الفدية فاجاز ذبحه بغير مكة واما متى ينحر فان مالكا قال ان ذبح هدى المتمتع اوالمتطوع قبل يوم النحر لم يجزه وجوزه ابو حنيفة في التطوع وقال الشافعي يجوز في كليهما قبل يوم النحر ولاخلاف عند الجمهور ان ما عدل من الهدى بالصيام انه يجوز حيث شاء لانه لامنفعة في ذلك لالاهل الحرم ولالاهل مكة وانما اختلفوا في الصدقة المعدولة عن الهدى فجمهور العلماء على انها لمساكين مكة والحرم لانها بدل من جزاء الصيد الذي هو لهم وقال مالك الاطعام كالصيام يجوز بغير مكة واما صفة النحر فالجمهور مجمعون على ان التسمية مستحبة فيها لانها ذكاة ومنهم من استحب مع التسمية التكبير ويستحب للمهدى ان يلي نحر هديه

بيده وان استخلف جاز وكذلك فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في هديه ومن سنتها ان تنحر قياما لقوله سبحانه فاذكروا اسم الله عليها صواف وقد تكلم في صفة النحر في كتاب الذبائح واما ما يجوز لصاحب الهدى من الانتفاع به وبلحمه فان في ذلك مسائل مشهورة احدها هل يجوز له ركوب الهدى الواجب او التطوع فذهب اهل الظاهر الى ان ركوبه جائز من ضرورة ومن غير ضرورة وبعضهم أوجب ذلك وكره جمهور فقهاء الامصار ركوبها من غير ضرورة والحجة للجمهور ماخرجه أبو داود عن جابر وقد سئل عن ركوب الهدى فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اركبها بالمعروف اذا الجئت اليها حتى تجد ظهراً ومن طريق المعنى ان الانتفاع بما قصد به القربة إلى الله تعالى منعه مفهوم من الشريعة وحجة أهل الظاهر ما رواه مالك عن أبي الزناد عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها فقال يا رسول الله انها هدى فقال أركبها وذلك في الثانية وفي الثالثة وأجمعوا ان هدى التطوع إذا بلغ محله انه يأكل منه صاحبه كسائر الناس وانه إذا عطب قبل أن يبلغ محله خلى بينه وبين الناس ولم يأكل منه وزاد داود ولا يطعم منه شيئاً أهل رفقته لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث بالهدى مع ناجية الاسلمي وقال له ان عطب فانحر ثم اصبغ نعليه في دمه وخل بينه وبين الناس وروى عن ابن عباس هذا الحديث فزاد فيه ولا تأكل منه أنت ولا أهل رفقتك وقال بهذه الزيادة داود وأبو ثور واختلفوا فيما يجب على من أكل منه فقال مالك إن أكل منه وجب عليه بدله وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وابن حبيب من أصحاب مالك عليه قيمة ما أكل أو أمر بأكله طعاماً يتصدق به وروى ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين وما عطب في الحرم قبل أن يصل مكة فهل بلغ محله أم لا فيه الخلاف مبني على الخلاف المتقدم هل المحل هو مكة أو الحرم وأما الهدى الواجب اذا عطب قبل محله فان اصاحبه ان يأكل منه لان عليه بدله ومنهم من أجاز له بيع لحمه وان يستعين به في البدل وكره ذلك مالك واختلفوا في الاكل من الهدى الواجب اذا بلغ محله فقال الشافعي لا يوكل من الهدى الواجب كله ولحمه كله المساكين وكذلك حله ان كان محللا والنعل الذي قلده وقال مالك يوكل من كل الهدى الواجب الاجزاء الصيد ونذر المساكين وفدية الاذى وقال أبو حنيفة لا يوكل من الهدى الواجب الا هدى المتعة وهدى القران وعمدة الشافعي تشبيه جميع أصناف الهدى الواجب بالكفارة واما من فرق فلانه يظهر في الهدى معنيان أحدهما انه عبادة مبتدأة والثاني انه كفارة وأحد المعنيين في بعضها اظهر فمن غلب شبهه بالعبادة على شبهه بالكفارة في نوع نوع من أنواع الهدى كهدى القران وهدى المتمتع وبخاصة عند من يقول ان التمتع والقران أفضل لم يشترط الاياكل لان هذا الهدى عنده هو فضيلة لا كفارة تدفع العقوبة ومن غلب شبهه بالكفارة قال لا يأكل فاتفاقهم على انه لا يأكل صاحب الكفارة من الكفارة ولما كان هدى جزاء الصيد وفدية الاذى ظاهر من أمرهما انهما كفارة لم تختلف هؤلاء الفقهاء في انه لا يأكل منها قال القاضي فقد قلنا في حكم الهدى وفي جنسه وفي سنه وكيفية سوقه وشروط صحته من المكان والزمان وصفة نحره وحكم الانتفاع به وذلك ما قصدناه والله الموفق للصواب وتمام القول في هذا يحسب ترتيبنا ثم القول في هذا الكتاب بحسب غرضنا ولله الشكر والحمد كثيراً على ما وفق وهدي ومن به من التمام والكمال وكان الفراغ منه يوم الاربعاء التاسع من جمادى الاولى الذي من عام اربعة وثمانين وخمس مائة وهو جزء من كتاب المجتهد الذي وضعته منذ ازيد من عشرين عاماً او نحوها والحمد لله رب العالمين

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿كتاب الجهاد﴾

والقول المحيط باصول هذا الباب ينحصر في جملتين. الجملة الاولى في معرفة اركان الحرب. الثانية في احكام أموال المحاربين إذا تملكها المسلمون ﴿الجملة الاولى﴾ وفي هذه الجملة فصول سبعة أحدها معرفة حكم هذه الوظيفة ولمن تلزم. والثاني معرفة الذين يحاربون. والثالث معرفة مايجوز من الكفاية في صنف صنف من أصناف أهل الحرب مما لا يجوز. والرابع معرفة جواز شروط الحرب. والخامس معرفة العدد الذين لا يجوز الفرار عنهم. والسادس هل تجوز المهادنة. والسابع لماذا يحاربون ﴿الفصل الاول﴾ فاما حكم هذه الوظيفة فاجمع العلماء على انها فرض على الكفاية لا فرض عين الا عبيد الله بن الحسن فانه قال انها تطوع وإنما صار الجمهور لكونه فرضاً انه تعالى كتب عليكم القتال وهو كره لكم الآية واما كونه فرضاً على الكفاية أعني اذا قام به البعض سقط عن البعض فلقوله تعالى وما كان المؤمنون لينفروا كافة الآية وقوله وكلاً وعد الله الحسنى ولم يخرج قط رسول الله صلى الله عليه وسلم للغزو الا وترك بعض الناس فاذا اجتمعت هذه اقتضى ذلك كون هذه الوظيفة فرضاً على الكفاية واما على من يجب فهم الرجال الاحرار البالغون الذين يجدون بما يغزون الاصحاء لا المرضى ولا الزمناء وذلك لا خلاف فيه لقوله تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج وقوله ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج الآية واما كون هذه الفريضة تختص بالاحرار فلا أعلم فيها خلافا وعامة العلماء متفقون على ان من شرط هذه الفريضة اذن الابوين فيها الا ان تكون عليه فرض عين مثل الا يكون هنالك من يقوم بالفرض الا بقيام الجميع به والاصل في هذا ماثبت ان رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم اني اريد الجهاد قال أحي والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد واختلفوا في اذن الابوين المشركين وكذلك اختلفوا في اذن الغريم اذا كان عليه دين لقوله عليه السلام وقد سأله الرجل ايكفر الله عني خطاياي ان مت صابراً محتسبا في سبيل الله قال نعم الا الدين كذلك قال لي جبريل آنفاً والجمهور على جواز ذلك وبخاصة اذا تخلف وفاء من دينه ﴿الفصل الثاني﴾ فاما الذين يحاربون فاتفقوا على انهم جميع المشركين لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله الا ما روى عن مالك انه قال لا يجوز ابتداء الحبشة بالحرب ولا الترك لما روى أنه عليه السلام قال ذروا الحبشة ماوذرتكم وقد سئل مالك عن صحة هذا الاثر فلم يعترف بذلك لكن قال لم يزل الناس يغامون غزوهم ﴿الفصل الثالث﴾ واما مايجوز من الكفاية في العدو فان الكفاية لا تخلوا ان تكون في الاموال او في النفوس أو في الرقاب اعني الاستعباد والتملك فاما الكفاية التي هي الاستعباد فهي جائزة بطريق الاجماع في جميع انواع المشركين اعني ذكرانهم وانثاهم شيوخهم وصبيانهم صغارهم وكبارهم الا الرهبان فان قوماً راوا ان يتركوا ولا يوسروا بل يتركوا دون ان يعرض اليهم لا بقتل ولا باستعباد لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم فذرهم وماحسبوا انفسهم اليه اتباعا لفعل ابي بكر واكثر العلماء على ان الامام مخير في الاسارى في خصال منها ان يمن عليهم ومنها ان يستعبدهم ومنها ان يقتلهم ومنها ان يأخذ منهم الفداء ومنها ان يضرب عليهم الجزية وقال قوم لا يجوز قتل الاسير وحكى الحسن بن محمد التميمي انه اجماع الصحابة

• والسبب في اختلافهم تعارض الآية في هذا المعنى وتعارض الافعال ومعارضة ظاهر الكتاب لفعله عليه السلام وذلك ان ظاهر قوله تعالى فاذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب الآية انه ليس للامام بعد الاسراء الا المن او الفداء وقوله تعالى ما كان لنبيء ان يكون له اسرى حتى يثخن في الارض الآية والسبب الذي نزلت فيه من اساري بدر يدل على ان القتل افضل من الاستعباد وأما هو عليه السلام فقد قتل الاساري في غير ما موطن وقد من واستعبد النساء وقد حكى ابو عبيد انه لم يستعبد احرار ذكور العرب وأجمعت الصحابة بعده على استعباد اهل الكتاب ذكرانهم واناثهم فمن رأى أن الآية الخاصة بفعل الاساري ناسخة لفعله قال لا يقتل الاسير ومن رأى أن الآية ليس فيها ذكر لقتل الاسير ولا المقصود منها حصر ما يفعل بالاساري بل فعله عليه السلام هو حكم زائد على ما في الآية ويحط العتب الذي وقع في ترك قتل اساري بدر قال بجواز قتل الاسير والقتل انما يجوز اذا لم يكن يوجد بعد تامين وهذا ما لا خلاف فيه بين المسلمين وانما اختلفوا فيمن يجوز تامينه ممن لا يجوز واتفقوا على جواز تامين الامام وجمهور العلماء على جواز امان الرجل الحر المسلم الا ما كان ابن الماجشون يرى انه موقوف على اذن الامام واختلفوا في امان العبد وامان المرأة فالجمهور على جوازه وكان ابن الماجشون وسحنون يقولان امان المرأة موقوف على اذن الامام وقال ابو حنيفة لا يجوز امان العبد الا ان يقاتل • والسبب في اختلافهم معارضة العموم للقياس أما العموم فقوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم وهم يد على من سواهم هذا يوجب امان العبد بعمومه وأما القياس المعارض له فهو ان الامان من شرطه الكمال والعبد ناقص بالعبودية فوجب ان يكون للعبودية تاثير في اسقاطه قياساً على تاثيرها في اسقاط كثير من الاحكام الشرعية وان تخصص ذلك العموم بهذا القياس وأما اختلافهم في امان المرأة فسبب اختلافهم في مفهوم قوله عليه السلام قد اجزنا من اجزت يا ام هاني وقياس المرأة في ذلك على الرجل وذلك أن من فهم من قوله عليه السلام قد اجزنا من اجزت يا ام هاني اجازة امانها لاصحته في نفسه وانه لولا اجازته لذلك لم يؤثر قال لا امان للمرأة الا ان يجيزه الامام ومن فهم من ذلك ان امضاء امانها كان من جهة انه قد كان انعقد واثر لا من جهة ان اجازته هي التي صححت عنده قال امان المرأة جائز وكذلك من قاسها على الرجل ولم ير بينهما فرقاً في ذلك اجاز امانها ومن رأى انها ناقصة عن الرجل لم يجز امانها وكيف ما كان فالامان غير مؤثر في الاستعباد وانما يؤثر في القتل وقد يمكن ان يدخل الاختلاف في هذا من قبل اختلافهم في الفاظ جموع المذكر هل يتناول النساء ام لا أعني بحسب العرف الشرعي وأما النكاية التي تكون في النفوس فهي القتل ولا خلاف بين المسلمين انه يجوز في الحرب قتل المشركين الذكران البالغين المقاتلين وأما القتل بعد الاسر ففيه الخلاف الذي ذكرنا وكذلك لا خلاف بينهم في انه لا يجوز قتل صبيانهم ولا قتل نسائهم ما لم تقاتل المرأة والصبي فاذا قاتلت المرأة استبيح دمها وذلك لما ثبت انه عليه السلام نهى عن قتل النساء والولدان وقال في امرأة مقتولة ما كانت هذه لتقاتل واختلفوا في اهل الصوامع المنقطعين عن الناس والعميان والزمناء والشيوخ الذين لا يقاتلون والمعتوه والحراث والعسيف فقال مالك لا يقتل الاعمى ولا المعتوه ولا اصحاب الصوامع ويترك لهم من اموالهم بقدر ما يعيشون به وكذلك لا يقتل الشيخ الفاني عنده وبه قال ابو حنيفة وأصحابه وقال الثوري والاوزاعي لا يقتل الشيوخ فقط وقال الاوزاعي لا يقتل الحراث وقال الشافعي في الاصح عنه يقتل جميع هذه الاصناف • والسبب في اختلافهم معارضة بعض الآثار بخصوصها لعموم الكتاب ولعموم قوله عليه السلام الثابت امرت ان اقاتل الناس

حتى يقولوا لا إله الا الله الحديث وذلك ان قوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم يقتضى قتل كل مشرك راهباً كان او غيره وكذلك قوله عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لااله الاالله وأما الآثار التى وردت باستبقاء هذه الاصناف فمنها ما رواه داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث جيوشه قال لاتقتلوا اصحاب الصوامع . ومنها ايضاً ماروى عن انس بن مالك عن النبى عليه السلام قال لاتقتلوا شيخاً فانياً ولاطفلا صغيراً ولا امرأة ولاتغلوا خرّجه ابو داود ومن ذلك ايضاً ماروى مالك عن ابى بكر انه قال ستجدون قوماً زعموا انهم حبسوا انفسهم لله فدعهم وما حبسوا انفسهم اليه وفيه ولاتقتلن امرأة ولاصبياً ولا كبيراً هرماً ويشبه ان يكون السبب الامالك في الاختلاف فى هذه المسئلة معارضة قوله تعالى وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم ولاتعتدوا ان الله لايحب المعتدين لقوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الآية فمن رآ ان هذه ناسخة لقوله تعالى وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم لان القتال اولا انما ابيح لمن يقاتل قال الآية على عمومها ومن رآ أن قوله تعالى وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم هى محكمة وانها تتناول هؤلاء الاصناف الذين لايقاتلون استثناها من عموم تلك وقد احتج الشافعى بحديث سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم وكان العلة الموجبة للقتل عنده انما هى الكفر فوجب ان تطرد هذه العلة فى جميع الكفار وأما من ذهب الى انه لايقتل الحراث فانه احتج فى ذلك بما روى عن زيد بن وهب قال اتانا كتاب عمر رضى الله عنه وفيه لاتغلوا ولاتغدروا ولاتقتلوا وليداً واتقوا الله فى الفلاحين وجاء فى حديث رباح بن ربيعة النهى عن قتل العسيف المشرك وذلك انه قال خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزوة غزاها فمر برباح وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على امرأة مقتولة فوقف رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها ثم قال ماكانت هذه لتقاتل ثم نظر فى وجوه القوم فقال لاحدهم الحق بخالد بن الوليد فلايقتلن ذرية ولاعسيفاً ولا امرأة ● والسبب الموجب بالجملة لاختلافهم اختلافهم فى العلة الموجبة للقتل فمن زعم ان العلة الموجبة لذلك هى الكفر لم يستثن احداً من المشركين ومن زعم ان العلة فى ذلك اطاقة القتال نهى عن قتل النساء مع انهن كفاراً استثنى من لم يطق القتال ومن لم ينصب نفسه اليه كالفلاح والعسيف وصح النهى عن المثلة واتفق المسلمون على جواز قتلهم بالسلاح واختلفوا فى تحريقهم بالنار فكرهه قوم تحريقهم بالنار ورميهم بها وهو قول عمر ويروى عن مالك وأجاز ذلك عن سفيان الثورى وقال بعضهم ان ابتداء العدو بذلك جاز والافلا ● والسبب فى اختلافهم معارضة العموم للخصوص أما العموم فقوله فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولم يستثن قتلا من قتل وأما الخصوص فما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى رجل ان قدرتم عليه فاقتلوه ولاتحرقوه بالنار فانه لايعذب بالنار الا رب النار واتفق عوام الفقهاء على جواز رمى الحصون بالمجانيق سواء كان فيها نساء وذرية اولم يكن لما جاء ان النبى عليه السلام نصب المنجنيق على اهل الطائف واما اذا كان الحصن فيه اسارى من المسلمين واطفال من المسلمين فقالت طائفة يكف عن رميهم بالمنجنيق وبه قال الاوزاعى وقال الليث ذلك جائز ومعتمد من لم يجزه قوله تعالى لو تزيلوا لعذبنا الذين كفروا منهم عذاباً اليماً الآية وأما من اجاز ذلك فكأنه نظر الى المصلحة فهذا هو مقدار النكاية التى يجوز ان يبلغ بهم فى نفوسهم ورقابهم وأما النكاية التى تجوز فى اموالهم وذلك فى المبانى والحيوان والنبات فانهم اختلفوا فى ذلك فاجاز مالك قطع الشجر والثمار

وتخريب العامر ولم يجز قتل المواشي ولا تحريق النخل وكره الاوزاعي قطع الشجر المثمر وتخريب العامر كنيسة كان او غير ذلك وقال الشافعي تحرق البيوت والشجر اذا كانت لهم معاقل وكره تخريب البيوت وقطع الشجر اذا لم يكن لهم معاقل • والسبب في اختلافهم مخالفة فعل ابي بكر في ذلك لفعله عليه السلام وذلك انه ثبت انه عليه السلام حرق نخل بني النضير وثبت عن ابي بكر انه قال لاتقطعن شجراً ولاتخربن عامراً فمن ظن ان فعل ابي بكر هذا انما كان لمكان علمه بنسخ ذلك الفعل منه صلى الله عليه وسلم اذ لايجوز على ابي بكر ان يخالفه مع علمه بفعله اورآ ان ذلك كان خاصاً ببني النضير لغزوهم قال بقول ابي بكر ومن اعتمد فعله عليه السلام ولم ير قول احد ولا فعله حجة عليه قال بتحريق الشجر وانما فرق مالك بين الحيوان والشجر لان قتل الحيوان مثلة وقد نهي عن المثلة ولم يات عنه عليه السلام انه قتل حيواناً فهذا هو معرفة السكاية التي يجوز ان يبلغ من الكفار في نفوسهم واموالهم ﴿ الفصل الرابع ﴾ فاما شرط الحرب فهو بلوغ الدعوة باتفاق أعني انه لايجوز حرابتهم حتى يكونوا قد بلغتهم الدعوة وذلك شئ مجتمع عليه من المسلمين لقوله تعالى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا وأما هل يجب تكرار الدعوة عند تكرر الحرب فانهم اختلفوا في ذلك فمنهم من اوجبها ومنهم من استحبها ومنهم من لم يوجبها ولا استحبها • والسبب في اختلافهم معارضة القول للفعل وذلك انه ثبت انه عليه السلام كان اذا بعث سرية قال لاميرها اذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى ثلاث خصال او خلال فايتهن ما اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم الى الاسلام فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين واعلمهم ان فعلوا ذلك ان لهم ماللمهاجرين وان عليهم ماعلى المهاجرين فان ابوا واختاروا دارهم فاعلمهم انهم يكونون كاعراب المسلمين يجرى عليهم حكم الله الذي يجرى على المومنين ولا يكون لهم في الفئ والغنيمة نصيب الا ان يجاهدوا مع المسلمين فان هم ابوا فادعهم الى اعطاء الجزية فان اجابوا فاقبل منهم وكف عنهم فان ابوا فاستعن بالله وقاتلهم وثبت من فعله عليه السلام انه كان يبيت العدو ويغير عليهم مع الغدوات فمن الناس ممن ذهب وهم الجمهور الى ان فعله ناسخ لقوله وان ذلك انما كان في اول الاسلام قبل ان تنتشر الدعوة بدليل دعوتهم فيه الى الهجرة ومن الناس من رجح القول على الفعل وذلك بان حمل الفعل على الخصوص ومن استحسن الدعاء فهو وجه من الجمع ﴿ الفصل الخامس ﴾ وأما معرفة العدد الذين لايجوز الفرار عنهم فهم الضعف وذلك مجمع عليه لقوله تعالى الان خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفاً الآية وذهب ابن الماجشون ورواه عن مالك ان الضعف انما يعتبر في القوة لا في العدد وانه يجوز ان يفر الواحد عن واحد اذا كان اعتق جواداً منه واجود سلاحاً وأشد قوة ﴿ الفصل السادس ﴾ فاما هل تجوز المهادنة فان قوماً اجازوها ابتداء من غير سبب اذا رآ ذلك الامام مصلحة للمسلمين وقوم لم يجيزوها الا لمكان الضرورة الداعية لاهل الاسلام من قلة او غير ذلك إما بشئ ياخذونه منهم لا على حكم الجزية اذ كانت الجزية انما شرطها ان توخذ منهم وهم بحيث تنفذ عليهم احكام المسلمين وإما بلاشئ ياخذونه منهم وكان الاوزاعي يجيز ان يصالح الامام الكفار على شئ يدفعه المسلمون الى الكفار اذا دعت الى ذلك ضرورة قلة اوغير ذلك من الضرورات وقال الشافعي لايعطي المسلمون الكفار شيئاً الا ان يخافوا ان يصطلموا لكثرة العدو وقلتهم او لحلة نزلت بهم وممن قال باجازة الصلح اذا رآ الامام ذلك مصلحة مالك والشافعي وأبو حنيفة الا ان الشافعي لايجوز عنده الصلح لاكثر من مدة التي صالح عليها رسول الله

صلى الله عليه وسلم الكفار عام الحديبية * وسبب اختلافهم فى جواز الصلح من غير ضرورة معارضة ظاهر قوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الاخر لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله فمن رأى أن آى الامر بالقتال حتى يسلموا او يعطوا الجزية ناسخة لاية الصلح قال لا يجوز الصلح الا من ضرورة ومن رأى أن آية الصلح مخصصة لتلك قال الصلح جائز اذا رأى ذلك الامام وعضد تاويله بفعله ذلك صلى الله عليه وسلم وذلك أن صلحه صلى الله عليه وسلم عام الحديبية لم يكن لموضع الضرورة وأما الشافعى فلما كان الاصل عنده الامر بالقتال حتى يسلموا او يعطوا الجزية وكان هذا مخصصاً عنده بفعله عليه السلام عام الحديبية لم ير ان يزاد على المدة التى صالح عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد اختلف فى هذه المدة فقيل كانت اربع سنين وقيل ثلاثا وقيل عشر سنين وبذلك قال الشافعى وأما من اجاز ان يصالح المسلمون المشركين بان يعطوا لهم المسلمون شيئاً اذا دعت الى ذلك ضرورة فتة اوغيرها قصيراً الى ما روى انه كان عليه السلام قد هم ان يعطى بعض ثمر المدينة لبعض الكفار الذين كانوا فى جملة الاحزاب لتخييبهم فلم يوافقوا على القدر الذى كان سمح له به من ثمر المدينة حتى اغناه الله بنصره وأما من لم يجز ذلك الا ان يخاف المسلمون ان يصطلموا فقياساً على اجماعهم على جواز فداء اسارى المسلمين لان المسلمين اذا صاروا فى هذا الحد فهم بمنزلة الاسارى

﴿ الفصل السابع ﴾ فاما لماذا يحاربون فاتفق المسلمون على ان المقصود بالمحاربة لاهل الكتاب ماعدى اهل الكتاب من قريش ونصارى العرب هو احد امرين إما الدخول فى الاسلام وإما اعطاء الجزية لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الاخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وكذلك اتفق عامة الفقهاء على اخذها من المجوس لقوله صلى الله عليه وسلم سنوا بهم سنة اهل الكتاب واختلفوا فيما سوى اهل الكتاب من المشركين هل تقبل منهم الجزية ام لا فقال قوم توخذ الجزية من كل مشرك وبه قال مالك وقوم استثنوا من ذلك مشركى العرب وقال الشافعى وابو ثور وجماعة لا توخذ الا من اهل الكتاب والمجوس * والسبب فى اختلافهم معارضة العموم للخصوص أما العموم فقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله وقوله عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فاذا قالوها عصموا منى دماءهم واموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله وأما الخصوص فقوله لامراء السرايا الذين كان يبعثهم الى مشركى العرب ومعلوم انهم كانوا غير اهل كتاب فاذا لقيت عدوك فادعهم الى ثلاث خصال فذكر الجزية فيها وقد تقدم الحديث فمن رأى أن العموم اذا تاخر عن الخصوص فهو ناسخ له قال لا تقبل الجزية من مشرك ماعدا اهل الكتاب لان الآى الامر بقتالهم على العموم هى متاخرة عن ذلك الحديث وذلك ان الامر بقتال المشركين عامة هو فى سورة براءة وذلك عام الفتح وذلك الحديث انما هو قبل الفتح بدليل دعائهم فيه للهجرة ومن رأى ان العموم يبنى على الخصوص تقدم او تاخر او جهل التقدم والتاخر بينهما قال تقبل الجزية من جميع المشركين وأما تخصيص اهل الكتاب من سائر المشركين فخرج من ذلك العموم باتفاق بخصوص قوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وسياتى القول فى الجزية واحكامها فى الجملة الثانية من هذا الكتاب فهذه هى اركان الحرب ومما يتعلق بهذه الجملة من المسائل المشهورة النهى عن السفر بالقرآن الى ارض العدو وعامة الفقهاء على أن ذلك غير جائز لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ابو حنيفة

يجوز ذلك اذا كان في العساكر المأمونة * والسبب في اختلافهم هل النهي عام اريد به العام او عام اريد به الخاص

﴿ الجملة الثانية ﴾ والقول المحيط باصول هذه الجملة ينحصر ايضاً في سبعة فصول . الاول في حكم الخمس ، الثاني في حكم الاربعة الاخماس ، الثالث في حكم الانفال . الرابع في حكم ما وجد من اموال المسلمين عند الكفار . الخامس في حكم الارضين ، السادس في حكم الفيء : السابع في احكام الجزية والمال الذي يوخذ منهم على طريق الصلح

﴿ الفصل الاول ﴾ واتفق المسلمون على أن الغنيمة التي توخذ قسرا من ايدي الروم ماعدى الارضين ان خمسها للامام واربعة اخماسها للذين غنموها لقوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول الآية واختلفوا في الخمس على اربعة مذاهب مشهورة . أحدها أن الخمس يقسم على خمسة اقسام على نص الآية وبه قال الشافعي . والقول الثاني انه يقسم على اربعة اخماس وأن قوله تعالى فأن لله خمسه هو افتتاح كلام وليس هو قسماً خامساً . والقول الثالث انه يقسم اليوم ثلاثة اقسام وأن سهم النبي وذوي القربى سقطا بموت النبي صلى الله عليه وسلم . والقول الرابع أن الخمس بمنزلة الفيء يعطى منه الغني والفقير وهو قول مالك وعامة الفقهاء والذين قالوا يقسم اربعة اخماس او خمسة اختلفوا فيما يفعل بسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وسهم القرابة بعد موته فقال قوم يرد على سائر الاصناف الذين لهم الخمس وقال قوم بل يرد على باقي الجيش وقال قوم بل سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للامام وسهم ذوي القربى لقرابة الامام وقال قوم بل يجعلان في السلاح والعدة واختلفوا في القرابة من هم فقال قوم بنو هاشم فقط وقال قوم بنو عبد المطلب وبنو هاشم * وسبب اختلافهم في هل الخمس يقصر على الاصناف المذكورين ام يعدى لغيرهم هو هل ذكر تلك الاصناف في الآية المقصود منها تعيين الخمس لهم ام قصد التنبيه بهم على غيرهم فيكون ذلك من باب الخاص اريد به العام فمن رآه من باب الخاص اريد به الخاص قال لا يتعدى بالخمس تلك الاصناف المنصوص عليها وهو الذي عليه الجمهور ومن رآه من باب الخاص اريد به العام قال يجوز للامام ان يصرفها فيما يراه صلاحا للمسلمين واحتج من رآى أن سهم النبي صلى الله عليه وسلم للامام بعده بما روى عنه عليه السلام انه قال اذا اطعم الله نبياً طعمة فهو للخليفة بعده وأما من صرفه على الاصناف الباقين او على الغانمين فتشبيهاً بالصنف المحبس عليهم وأما من قال القرابة هم بنو هاشم وبنو المطلب فانه احتج بحديث جبير بن مطعم قال قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى لبني هاشم وبني المطلب من الخمس قال وإنما بنو هاشم وبنو المطلب صنفاً واحداً ومن قال بنو هاشم فلانهم الذين لا يحل لهم الصدقة واختلف العلماء في سهم النبي صلى الله عليه وسلم من الخمس فقال قوم الخمس فقط ولا خلاف عندهم في وجوب الخمس له غاب عن القسمة او حضرها وقال قوم بل الخمس والصفي وهو سهم مشهور له صلى الله عليه وسلم وهو شيء كان يصطفيه من رأس الغنيمة فرس او امة او عبد وروى أن صفية كانت من الصفي وأجمعوا على أن الصفي ليس لاحد من بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا بالاثر فانه قال يجري مجرى سهم النبي صلى الله عليه وسلم

﴿ الفصل الثاني ﴾ وأجمع جمهور العلماء على ان اربعة اخماس الغنيمة للغانمين اذا خرجوا باذن الامام واختلفوا في الخارجين بغير اذن الامام وفيمن يجب له سهمه من الغنيمة ومتى يجب وكم يجب وفيما يجوز له من الغنيمة قبل القسم فالجمهور على ان اربعة اخماس الغنيمة للذين غنموها خرجوا باذن الامام او بغير ذلك لعموم قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء الآية وقال قوم اذا خرجت السرية او الرجل الواحد بغير اذن الامام

فكل ما ساق نفل يأخذه الامام وقال قوم بل يأخذه كله الغانم فالجمهور تمسكوا بظاهر الآية وهؤلاء كأنهم اعتمدوا صورة الفعل الواقع من ذلك في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك أن جميع السرايا انما كانت تخرج عن اذنه عليه السلام فكأنهم رأوا أن اذن الامام شرط في ذلك وهو ضعيف وأما من له السهم من الغنيمة فانهم اتفقوا على الذكران الاحرار البالغين واختلفوا في اسهادهم أعني في النساء والعبيد ومن لم يبلغ من الرجال ممن قارب البلوغ وقال قوم ليس للعبيد ولا للنساء حظ من الغنيمة ولكن يرضخ لهم وبه قال مالك وقال قوم لا يرضخ ولا لهم حظ الغانمين وقال قوم بل لهم حظ واحد من الغانمين وهو قول الاوزاعي وكذلك اختلفوا في الصبي المراهق فمنهم من قال يقسم له وهو مذهب الشافعي ومنهم من اشترط في ذلك ان يطيق القتال وهو مذهب مالك ومنهم من قال يرضخ له * وسبب اختلافهم في العبيد هو هل عموم الخطاب يتناول الاحرار والعبيد معاً ام الاحرار فقط دون العبيد وأيضاً فعمل الصحابة معارض لعموم الآية وذلك انه انتشر فيهم رضي الله عنهم أن الغلمان لا سهم لهم وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وابن عباس ذكره ابن ابي شيبة من طرق عنهما قال ابو عمر بن عبد البر اصح ما روى من ذلك عن عمر ما رواه سفيان بن عيينة عن عمرو ابن دينار عن ابن شهاب عن مالك بن اوس بن الحدثان قال قال عمر ليس احد الا وله في هذا المال حق الا ما ملكت ايمانكم وانما صار الجمهور الى ان المرأة لا يقسم لها ويرضخ بحديث ام عطية الثابت قالت كنا نغزوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فنداوي الجرحى ونمرض المرضى وكان يرضخ لنا من الغنيمة * وسبب اختلافهم هو اختلافهم في تشبيه المرأة بالرجل في كونها اذا غزت لها تاثير في الحرب ام لا فانهم اتفقوا على أن النساء مباح لهن الغزو فمن شبههن بالرجال اوجب لهن نصيباً في الغنيمة ومن رآهن ناقصات عن الرجال في هذا المعنى اما لم يوجب لهن شيئاً واما اوجب لهن دون حظ الغانمين وهو الارضاخ والاولى اتباع الاثر وزعم الاوزاعي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اسهم للنساء بخيبر وكذلك اختلفوا في التجار والاجراء هل يسهم لهم ام لا فقال مالك لا يسهم لهم الا ان يقاتلوا وقال قوم بل يسهم لهم اذا شهدوا القتال * وسبب اختلافهم هو تخصيص عموم قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شئ فأن الله خصه بالقياس الذي يوجب الفرق بين هؤلاء وسائر الغانمين وذلك ان من رآى ان التجار والاجراء حكمهم خلاف حكم سائر المجاهدين لانهم لم يقصدوا القتال وانما قصدوا اما التجارة واما الاجارة استثناهم من ذلك العموم ومن رآى ان العموم اقوى من هذا القياس اجرى العموم على ظاهره ومن حجة من استثناهم ما خرجه عبد الرزاق ان عبد الرحمان بن عوف قال لرجل من فقراء المهاجرين ان يخرج معهم فقال نعم فوعده فلما حضر الخروج دعاه فابا ان يخرج معه واعتذر له بامر عياله واهله فاعطاه عبد الرحمان ثلاثة دنانير على ان يخرج معه فلما هزموا العدو سأل الرجل عبد الرحمان نصيبه من المغنم فقال عبد الرحمان ما أذكر امرك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تلك الثلاثة دنانير حظك ونصيبك من غزوة في امر دنياك وآخرته وخرج مثله ابو داود عن يعلى بن منبه ومن اجاز له القسم شبهه بالجعائل ايضاً وهو ان يعين اهل الديوان بعضهم بعضاً اعني يعين القاعد منهم للغازي وقد اختلف العلماء في الجعائل فاجازها مالك ومنعها غيره ومنهم من اجاز ذلك من السلطان فقط واذا كانت ضرورة وبه قال ابو حنيفة والشافعي وأما الشرط الذي يجب به للمجاهد السهم من الغنيمة فان الاكثر على انه اذا شهد القتال اوجب له السهم وان لم يقاتل وانه اذا جاء بعد القتال فليس له سهم في الغنيمة وبهذا قال الجمهور وقال قوم اذا لحقهم قبل ان يخرجوا الى دار

الاسلام وجب له حظه من الغنيمة ان اشتغل فى شئ من اسبابها وهو قول ابى حنيفة • والسبب فى اختلافهم سببان القياس والاثر أما القياس فهو هل يلحق تاثير الغازى فى الحفظ بتاثيره فى الاخذ وذلك ان الذى شهد القتال له تاثير فى الاخذ أعنى فى اخذ الغنيمة وبذلك استحق السهم والذى جاء قبل ان يصلوا الى بلاد المسلمين له تاثير فى الحفظ فمن شبه التاثير فى الحفظ بالتاثير فى الاخذ قال يجب له السهم وان لم يحضر القتال ومن رآ ان الحفظ اضعف لم يوجب له وأما الاثر فان فى ذلك اثرين متعارضين أحدهما ماروى عن ابى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث ابان بن سعيد على سرية من المدينة قبل نجد فقدم ابان واصحابه على النبى صلى الله عليه وسلم بخيبر بعد ما فتحوها فقال ابان اقسم لنا يا رسول الله فلم يقسم له رسول الله صلى الله عليه وسلم منها والاثر الثانى ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم بدر ان عثمان انطلق فى حاجة الله وحاجة رسوله فضرب له رسول الله صلى الله عليه وسلم بسهم ولم يضرب لاحد غاب عنها قالوا فوجب له السهم لان اشتغاله كان بسبب الامام قال ابو بكر بن المنذر وثبت أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال الغنيمة لمن شهد الوقيعة وأما السرايا التى تخرج من العساكر فتغنم فالجمهور على ان اهل العسكر يشاركونهم فيما غنموا وان لم يشهدوا الغنيمة ولا القتال وذلك لقوله عليه السلام وبرد سراياهم على قعدهم خرّجه ابو داود ولان لهم تاثيراً ايضاً فى اخذ الغنيمة وقال الحسن البصرى اذا خرجت السرية باذن الامام من عسكره خمسها وما بقى فلاهل السرية وان خرجوا بغير اذنه خمسها وكان ما بقى بين اهل الجيش كله وقال النخعى الامام بالخيار ان شاء خمس ما ترد السرية وان شاء نفله كله • والسبب ايضاً فى هذا الاختلاف هو تشبيه تاثير العسكر فى غنيمة السرية بتاثير من حضر القتال بها وهم اهل السرية فاذن الغنيمة انما تجب عند الجمهور للمجاهد باحد شرطين اما ان يكون ممن حضر القتال واما ان يكون ردءاً لمن حضر القتال وأما كم يجب للمقاتل فانهم اختلفوا فى الفارس فقال الجمهور للفارس ثلاثة اسهم سهم له وسهمان لفرسه وقال أبو حنيفة للفارس سهمان سهم لفرسه وسهم له • والسبب فى اختلافهم اختلاف الاثار ومعارضة القياس للاثر وذلك ان ابا داود خرج عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم اسهم لرجل وفرسه ثلاثة اسهم سهمان للفرس وسهم لراكبه وخرج ايضاً عن مجمع بن حارثة الانصارى مثل قول ابى حنيفة وأما القياس المعارض لظاهر حديث ابن عمر فهو ان يكون سهم الفرس اكبر من سهم الانسان هذا الذى اعتمد ابو حنيفة فى ترجيح الحديث الموافق لهذا القياس على الحديث المخالف له وهذا القياس ليس بشئ لان سهم الفرس انما استحقه الانسان الذى هو الفارس بالفرس وغير بعيد ان يكون تاثير الفارس بالفرس فى الحرب ثلاثة اضعاف تاثير الراجل بل لعله واجب مع أن حديث ابن عمر اثبت وأما ما يجوز للمجاهد ان ياخذ من الغنيمة قبل القسم فان المسلمين اتفقوا على تحريم الغلول لما ثبت فى ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل قوله عليه السلام ادوا الخائط والمخيط فان الغلول عار وشنار على اهله يوم القيامة الى غير ذلك من الاثار الواردة فى هذا الباب واختلفوا فى اباحة الطعام للغزاة ما داموا فى ارض الغزو فاباح ذلك الجمهور ومنع من ذلك قوم وهو مذهب ابن شهاب • والسبب فى اختلافهم معارضة الاثار التى جاءت فى تحريم الغلول للاثار الواردة فى اباحة اكل الطعام من حديث ابن عمر وابن المغفل وحديث ابن ابى اوفى فمن خصص احاديث تحريم الغلول بهذه اجاز اكل الطعام للغزاة ومن رجح احاديث تحريم الغلول على هذا لم يجز ذلك وحديث ابن مغفل هو قال اصبت جراب شحم يوم خيبر فقلت لا اعطى منه شيئاً فالتفت فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم فتبسم خرّجه البخارى ومسلم وحديث ابن ابى اوفى قال كنا نصيب فى مغازينا العسل والعنب

قاتله ولا تدفعه أخرجه ايضاً البخاري واختلفوا في عقوبة الغال فقال قوم يحرق رحله وقال بعضهم ليس له عقاب الا التعزير • وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث صالح بن محمد بن زائدة عن سالم عن ابن عمر انه قال عليه السلام قال من غل فاحرقوا متاعه

﴿ الفصل الثالث ﴾ وأما تنفيل الامام من الغنيمة لمن شاء أعني أن يزيده على نصيبه فان العلماء اتفقوا على جواز ذلك واختلفوا من أي شيء يكون النفل وفي مقداره وهل يجوز الوعد به قبل الحرب وهل يجب السلب للقاتل ام ليس يجب الا ان ينفله له الامام فهذه اربع مسائل هي قواعد هذا الفصل

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ فان قوماً قالوا النفل يكون من الخمس الواجب لبيت مال المسلمين وبه قال مالك وقال قوم بل النفل انما يكون من خمس الخمس وهو حظ الامام فقط وهو الذي اختاره الشافعي وقال قوم بل النفل من جملة الغنيمة وبه قال احمد ابو عبيد ومن هؤلاء من اجاز تنفيل جميع الغنيمة • والسبب في اختلافهم هو هل بين الآيتين الواردتين في المغانم تعارض امرها على التخيير أعني قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء الآية وقوله تعالى يسئلونك عن الانفال الآية فمن رأى أن قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه ناسخة لقوله تعالى يسئلونك عن الانفال قال لا نفل الا من الخمس او من خمس الخمس ومن رأى أن الآيتين لا معارضة بينهما وانهما على التخيير أعني ان للامام ان ينفل من رأس الغنيمة من شاء وله الا ينفل بان يعطي جميع اربع الغنيمة للغانمين قال بجواز النفل من رأس الغنيمة ولاختلافهم ايضاً سبب آخر وهو اختلاف الآثار في هذا الباب وفي ذلك آثار أحدها ما روى مالك عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية فيها عبدالله بن عمر قبل نجد فغنموا ابلا كثيرة فكان سهمانهم اثني عشر بعيراً ونفلوا بعيراً بعيراً وهذا يدل على أن النفل كان بعد القسمة من الخمس والثاني حديث حبيب بن مسلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينفل الربع السرايا بعد الخمس في البداءة وينفلهم الثلث بعد الخمس في الرجعة يعني في بداءة غزوه عليه السلام وفي انصرافه

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي ما مقدار ما للامام ان ينفل من ذلك عند الذين اجازوا النفل من رأس الغنيمة فان قوماً قالوا لا يجوز ان ينفل اكثر من الثلث او الربع على حديث حبيب بن مسلمة وقال قوم ان نفل الامام السرية جميع ما غنمت جاز مصيراً الى ان آية الانفال غير منسوخة بل محكمة وانها على عمومها غير مخصصة ومن رأى انها مخصصة هذا الاثر قال لا يجوز ان ينفل اكثر من الربع او الثلث

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهي هل يجوز الوعد بالتنفيل قبل الحرب ام ليس يجوز ذلك فانهم اختلفوا فيه فكره ذلك مالك واجازته جماعة • وسبب اختلافهم معارضة مفهوم مقصد الغزو لظاهر الاثر وذلك ان الغزو انما يقصد به وجه الله العظيم ولتكون كلمة الله هي العليا فاذا وعد الامام بالنفل قبل الحرب خيف ان يسفك الغزاة دماءهم في حق غير الله وأما الاثر الذي يقتضي ظاهره جواز الوعد بالنفل فهو حديث حبيب بن مسلمة أن النبي عليه السلام كان ينفل في الغزو السرايا الخارجة من العسكر الربع وفي القفول الثلث ومعلوم أن المقصود من هذا انما هو التنشيط على الحرب

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وهي هل يجب سلب المقتول للقاتل او ليس يجب الا ان ينفله له الامام فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك لا يستحق القاتل سلب المقتول الا ان ينفله له الامام على جهة الاجتهاد وذلك بعد الحرب وبه قال ابو حنيفة والثوري وقال

الشافعي واحمد وابوثور واسحاق وجماعة السلف هوواجب للقاتل قال ذلك الامام اولم يقله ومن هؤلاء من جعل السلب له على كل حال ولم يشترط في ذلك شرطاً ومنهم من قال لايكون له السلب الااذا قتله مقبلا غير مدبر وبه قال الشافعي ومنهم من قال انما يكون السلب للقاتل اذا كان القتل قبل معمعة الحرب او بعدها وأما ان قتله في حين المعمعة فليس له سلب وبه قال الاوزاعي وقال قوم ان اشكثر الامام السلب جاز ان يخمسه • وسبب اختلافهم هو احتمال قوله عليه السلام يوم حنين بعدما برد القتال من قتل قتيلا فله سلبه ان يكون ذلك منه عليه السلام على جهة النفل اوعلى جهة الاستحقاق للقاتل ومالك رحمه الله قوى عنده انه على جهة النفل من قبل انه لم يثبت عنده انه قال ذلك عليه السلام ولاقضى به الا ايام حنين ولمعارضة آية الغنيمة له ان حمل ذلك على الاستحقاق أعني قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شئ الآية فانها نص في الآية على أن الخمس لله علم أن الاربعة الاخماس واجبة للغانمين كما انها نص على الثلث للام في المواريث علم أن الثلثين للاب قال ابو عمر وهذا القول محفوظ عنه صلى الله عليه وسلم في حنين وفي بدر وروى عن عمر بن الخطاب انه قال كنا لانخمس السلب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وخرّج ابوداود عن عوف بن مالك الاشجعي وخالد بن الوليد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل وخرّج ابن ابي شيبة عن انس بن مالك ان البراء بن مالك حمل على مرزبان يوم الدارة فطعنه طعنة دق قربوس سرجه فقتله فبلغ سلبه ثلاثين الفاً فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فقال لابي طلحة انا كنا لانخمس السلب وان سلب البراء قد بلغ مالا كثيراً ولاارانى الاخمسه قال قال ابن سيرين حدثني انس بن مالك انه اول سلب خمس في الاسلام وبهذا تمسك من فرق بين السلب القليل والكثير واختلفوا في السلب الواجب ما هو فقال قوم له جميع ماوجد على المقتول واستثنى قوم من ذلك الذهب والفضة

﴿ الفصل الرابع ﴾ وأما اموال المسلمين التي تسترد من ايدى الكفار فانهم اختلفوا في ذلك على اربعة اقوال مشهورة ، أحدها ان ما استرد المسلمون من ايدى الكفار من اموال المسلمين فهو لاربابها من المسلمين وليس للغزاة المستردين لذلك منها شئ وممن قال بهذا القول الشافعي واصحابه وابو ثور والقول الثاني انما استرد المسلمون من ذلك هو غنيمة الجيش ليس لصاحبه منه شئ وهذا القول قاله الزهري وعمرو بن دينار وهو مروى عن على بن ابي طالب . والقول الثالث ان ماوجد من اموال المسلمين قبل القسم فصاحبه احق به بلاثمن وماوجد من ذلك بعد القسم فصاحبه احق به بالقيمة وهؤلاء اقسموا قسمين فبعضهم رآ هذا الرأى في كل ما استرده المسلمون من ايدى الكفار باي وجه صار ذلك الى ايدى الكفار وفي أي موضع صار وممن قال بهذا القول مالك والثوري وجماعة وهو مروى عن عمر بن الخطاب وبعضهم فرق بين ما صار من ذلك الى ايدى الكفار غلبة وحازوه حتى اوصلوه الى دار المشركين وبين ما اخذ منهم قبل ان يحوزوه ويبلغوا به دار الشرك فقالوا ماحازوه فحكمه ان الفاء صاحبه قبل القسم فهوله وان الفاء بعد القسم فهو احق به بالثمن قالوا وأما من لم يحزه العدو بان يبلغوا دارهم به فصاحبه احق به قبل القسم وبعده وهذا هو القول الرابع واختلافهم راجع الى اختلافهم في هل يملك الكفار على المسلمين اموالهم اذا غلبوهم عليها ام ليس يملكونها • وسبب اختلافهم في هذه المسئلة تعارض الآثار في هذا الباب والقياس وذلك ان حديث عمران بن حصين يدل على أن المشركين ليس يملكون على المسلمين شيئاً وهو قال اغار المشركون على سرح المدينة وأخذوا العضباء ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم

وامرأة من المسلمين فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد ناموا فجعلت لا تضع يدها على بعير الا رغا حتى اتت العضباء فاتت ناقة ذلولا فركبتها ثم توجهت قبل المدينة ونذرت لئن نجاها الله لتنحرنها فلما قدمت المدينة عرفت الناقة فاتوا بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته المرأة بنذرها فقال بئس ما جزيتها لا نذر فيما لا يملك ابن آدم ولا نذر في معصية وكذلك يدل ظاهر حديث ابن عمر على مثل هذا وهو انه اغار له فرس فاخذها العدو وظهر عليه المسلمون فردت عليه في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهما حديثان ثابتان واما الاثر الذي يدل على ملك الكفار على المسلمين فقوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من منزل يعني انه باع دورا كانت له بمكة بعد هجرته منها عليه السلام الى المدينة واما القياس فان من شبه الاموال بالرقاب قال الكفار كما لا يملكون رقابهم فكذلك لا يملكون أموالهم كمال الباغي مع العادل أعني انه لا يملك عليهم الامرين جميعا ومن قال يملكون قال من ليس يملك فهو ضامن للشيء ان فات عينه والكفار قد أجمعوا على انهم غير ضامنين لاموال المسلمين فلزم عن ذلك أن الكفار ليسوا بغير مالكين للاموال فهم مالكون اذ لو كانوا غير مالكين لضمنوا وأما من فرق بين الحكم قبل القسم وبعده وبين ما أخذه المشركون بغلبة أو بغير غلبة بان صار اليهم من تلقائه مثل العبد الابق والفرس الشارد فليس له حظ من النظر وذلك انه ليس يجد وسطا بين ان يقول اما أن يملك المشرك على المسلم شيئا أو لا يملكه الا أن يثبت في ذلك دليل سمعي لكن أصحاب هذا المذهب انما صاروا اليه لحديث الحسن بن عمارة عن عبد المالك بن ميسرة عن طاوس عن ابن عباس أن رجلا وجد بعيرا له كان المشركون قد أصابوه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أصبته قبل أن يقسم فهو لك وان أصبته بعد القسم أخذته بالقيمة لكن الحسن بن عمارة مجتمع على ضعفه وترك الاحتجاج به عند اهل الحديث والذي عول عليه مالك فيما احسب من ذلك هو قضاء عمر بذلك ولكن ليس يجعل له اخذه بالثمن بعد القسم على ظاهر حديثه واستثناء ابي حنيفة ام الولد والمدبر من سائر الاموال لا معنى له وذلك انه يرى ان الكفار يملكون على المسلمين سائر الاموال ماعدى هذين وكذلك قول مالك في ام الولد انه اذا اصابها مولاها بعد القسم ان على الامام ان يغديها فان لم يفعل خير سيدها على فدائها فان لم يكن له مال اعطيت له واتبعه الذي خرجت في نصيبه بقيمتها دينا متى أيسر هو قول ايضا ليس له حظ من النظر لانه ان لم يملكها الكفار فقد يجب ان يأخذها بغير ثمن وان ملكوها فلا سبيل له عليها وايضا فانه لا فرق بينها وبين سائر الاموال الا ان يثبت في ذلك سماع ومن هذا الاصل اعني من اختلافهم هل يملك المشرك مال المسلم او لا يملك اختلف الفقهاء في الكافر يسلم وبيده مال مسلم هل يصح له ام لا فقال مالك وابو حنيفة يصح له وقال الشافعي على اصله لا يصح له واختلف مالك وابو حنيفة اذا دخل مسلم الى الكفار على جهة التلصص واخذ مما في ايديهم مال مسلم فقال ابو حنيفة هو اولى به وان اراده صاحبه اخذه بالثمن وقال مالك هو لصاحبه فلم يجر على أصله ومن هذا الباب اختلافهم في الحربي يسلم ويهاجر ويترك في دار الحرب ولده وزوجه وماله هل يكون لما ترك حرمة مال المسلم وزوجه وذريته فلا يجوز تملكهم للمسلمين ان غلبوا على ذلك أم ليس لما ترك حرمة فمنهم من قال لكل ما ترك حرمة الاسلام ومنهم من قال ليس له حرمة ومنهم من فرق بين المال والزوجة والولد فقال ليس للمال حرمة وللولد والزوجة حرمة وهذا جار على غير قياس وهو قول مالك والاصل ان المبيح للمال هو الكفر وان العاصم له هو الاسلام كما قال عليه السلام فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم فمن زعم ان ها هنا مبيحا للمال غير الكفر من تملك عدو او غيره فعليه الدليل وليس ها هنا دليل تعارض به هذه القاعدة والله أعلم

الفصل الخامس

واختلفوا فيما افتتح المسلمون من الارض عنوة

فقال مالك لاتقسم الارض وتكون وقفاً يصرف خراجها فى مصالح المسلمين من ارزاق المقاتلة وبناء القناطير والمساجد وغيرذلك من سبيل الخير الا ان يرى الامام فى وقت من الاوقات ان المصلحة تقتضى القسمة فان له ان يقسم الارض وقال الشافعي الارضون المفتتحة تقسم كما تقسم الغنائم يعنى خمسة اقسام وقال أبوحنيفة الامام مخير بين ان يقسمها على المسلمين او يضرب على اهلها الكفار فيها الخراج ويقرها بايديهم ﴿وسبب اختلافهم مايظن من التعارض بين آية سورة الانفال وآية سورة الحشر وذلك ان آية الانفال تقتضى بظاهرها ان كل ماغنم يخمس وهو قوله عليه السلام واعلموا انما غنمتم وقوله تعالى فى آية الحشر والذين جاءوا من بعدهم عطفاً على ذكر الذين اوجب لهم الفئ يمكن ان يفهم منه ان جميع الناس الحاضرين والاتين شركاء في الفئ كما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال فى قوله تعالى والذين جاءوا من بعدهم ما ارى هذه الآية الا قد عمت الخلق حتى الداعى بكذا اوكلاما هذا معناه ولذلك لم تقسم الارض التى افتتحت فى ايامه عنوة من ارض العراق ومصر فمن رآ ان الآيتين متواردتان على معنى واحد وان آية الحشر مخصصة لآية الانفال استثنى من ذلك الارض ومن رآ ان الايتين ليستا متواردتين على معنى واحد بل رآ ان آية الانفال فى الغنيمة وآية الحشر فى الفئ على ما هو الظاهر من ذلك قال تخمس الارض ولابد ولا سيما انه قد ثبت انه عليه السلام قسم خيبر بين الغزاة قالوا فالواجب ان تقسم الارض لعموم الكتاب وفعله عليه السلام الذى يجرى مجرى البيان للمجمل فضلا عن العام واما ابوحنيفة فانما ذهب الى التخيير بين القسمة وبين ان يقر الكفار فيها على خراج يودونه لانه زعم انه قد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعطى خيبر بالشطر ثم ارسل ابن رواحة فقاسمهم قالوا فظهر من هذا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن قسم جميعها ولكنه قسم طائفة من الارض وترك طائفة لم يقسمها قالوا فبان بهذا ان الامام بالخيار بين القسمة والاقرار بايديهم وهو الذى فعل عمر رضى الله عنه وان اسلموا بعد الغلبة عليهم كان مخيراً بين المن عليهم اوقسمتها على ما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بمكة اعنى من المن وهذا انما يصح على راى من رآ انها افتتحها عنوة فان الناس اختلفوا فى ذلك وان كان الاصح انه افتتحها عنوة لانه الذى خرجه مسلم وينبغى ان تعلم ان قول من قال ان آية الفئ وآية الغنيمة محمولتان على الخيار وان آية الفئ ناسخة لآية الغنيمة او مخصصة لها انه قول ضعيف جداً الا ان يكون اسم الفئ والغنيمة يدلان على معنى واحد فان كان ذلك فالآيتان متعارضتان لان آية الانفال توجب التخميس وآية الحشر توجب القسمة دون التخميس فوجب ان تكون احداها ناسخة للاخرى او يكون الامام مخيراً بين التخميس وترك التخميس وذلك فى جميع الاموال المغنومة وذكر بعض أهل العلم انه مذهب لبعض الناس واظنه حكاه على المذهب ويجب على مذهب من يريد ان يستنبط من الجميع بينهما ترك قسمة الارض وقسمة ماعدى الارض ان تكون كل واحدة من الآيتين مخصصة بعض مافى الاخرى او ناسخة له حتى تكون آية الانفال خصصت من عموم آية الحشر ماعدى الارضين فاوجبت فيها الخمس وآية الحشر خصصت من آية الانفال الارض فلم يوجب فيها خمساً وهذه الدعوى لاتصح الا بدليل مع ان الظاهر من آية الحشر انها تضمنت القول فى نوع من الاموال مخالف الحكم للنوع الذى تضمنته آية الانفال وذلك ان قوله تعالى فما اوجفتم عليه من خيل ولاركاب هو تنبيه على العلة التى من اجلها لم يوجب حق للجيش خاصة دون الناس والقسمة بخلاف ذلك اذ كانت توخذ بالايجاف

﴿ الفصل السادس فى قسمة الفئ ﴾

واما الفئ عند الجمهور فهو كل ماصار للمسلمين من الكفار من قبل الرعب والخوف من غير ان يوجف عليه بخيل او

رجل واختلف الناس في الجهة التي يصرف اليها فقال قوم ان الفيء لجميع المسلمين الفقير والغني وان الامام يعطي منه للمقاتلة وللحكام وللولاة وينفق منه في النوائب التي تنوب المسلمين كبناء القناطر واصلاح المساجد وغير ذلك ولا خمس في شيء منه وبه قال الجمهور وهو الثابت عن ابي بكر وعمر وقال الشافعي بل فيه الخمس والخمس مقسوم على الاصناف الذين ذكروا في آية الغنائم وهم الاصناف الذين ذكروا في الخمس بعينه من الغنيمة وان الباقي هو الذي هو مصروف الى اجتهاد الامام ينفق منه على نفسه وعلى عياله ومن رآ واحسب ان قوما قالوا ان الفيء غير مخمس ولكن يقسم على الاصناف الخمسة الذين يقسم عليهم الخمس وهو أحد أقوال الشافعي فيما احسب *وسبب اختلاف من رآ انه يقسم جميعه على الاصناف الخمسة او هو مصروف الى اجتهاد الامام هو سبب اختلافهم في قسمة الخمس من الغنيمة وقد تقدم ذلك أعني ان من جعل ذكر الاصناف في الآية تنبيهاً على المستحقين له قال هو لهذه الاصناف المذكورين ومن فوقهم ومن جعل ذكر الاصناف تعديداً للذين يستوجبون هذا المال قال لا يتعدى بهم هؤلاء الاصناف أعني انه جعله من باب الخصوص لا من باب التنبيه واما تخميس الفيء فلم يقل به أحد قبل الشافعي وانما حمله على هذا القول انه رآ الفيء قد قسم في الآية على عدد الاصناف الذين قسم عليهم الخمس فاعتقد لذلك ان فيه الخمس لانه ظن ان هذه القسمة مختصة بالخمس وليس ذلك بظاهر بل الظاهر ان هذه القسمة تخص جميع الفيء لاجزء منه وهو الذي ذهب اليه فيما احسب قوم وخرج مسلم عن عمر قال كانت أموال بني النضير مما افاء الله على رسوله مما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب فكانت للنبي صلى الله عليه وسلم خالصة فكان ينفق منها على أهله نفقة سنة وما بقي يجعله في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله وهذا يدل على مذهب مالك

﴿ الفصل السابع في الجزية ﴾ والكلام المحيط باصول هذا الفصل منحصر في ست مسائل .المسئلة الاولى ممن يجوز أخذ الجزية .الثانية على أي الاصناف منهم تجب الجزية .الثالثة كم يجب .الرابعة متى تجب ومتى تسقط .الخامسة كم اصناف الجزية .السادسة فيما ذا يصرف مال الجزية ﴿ المسئلة الاولى ﴾ فاما من يجوز اخذ الجزية منه فان العلماء مجمعون على انه يجوز أخذها من اهل الكتاب العجم ومن المجوس كما تقدم واختلفوا في أخذها ممن لا كتاب له وفيمن هو من أهل الكتاب من العرب بعد اتفاقهم فيما حكى بعضهم انها لا تؤخذ من قرشي كتابي وقد تقدمت هذه المسئلة ﴿ واما المسئلة الثانية ﴾ وهي اي الاصناف من الناس تجب عليهم فانهم اتفقوا على انها انما تجب بثلاثة اوصاف الذكورية والبلوغ والحرية وانها لا تجب على النساء ولا على الصبيان إذ كانت إنما هي عوض من القتل والقتل إنما هو متوجه بالامر نحو الرجال البالغين اذ قد نهي عن قتال النساء والصبيان وكذلك أجمعوا انها لا تجب على العبيد واختلفوا في أصناف من هؤلاء منها في المجنون وفي المقعد ومنها في الشيخ ومنها في أهل الصوامع ومنها في الفقير هل يتبع بها دينا متى ايسر أم لا وكل هذه مسائل اجتهادية ليس فيها توقيت شرعي *وسبب اختلافهم مبني على هل يقتلون أم لا أعني هؤلاء الاصناف ﴿ واما المسئلة الثالثة ﴾ وهي كم الواجب فانهم اختلفوا في ذلك فرآ مالك ان القدر الواجب في ذلك هو ما فرضه عمر رضي الله عنه وذلك على أهل الذهب أربعة دنانير وعلى أهل الورق أربعون درهما ومع ذلك ارزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام لا يزاد على ذلك ولا ينقص منه وقال الشافعي اقله محدود وهو دينار وأكثره غير محدود وذلك بحسب ما يصالحون عليه وقال قوم لا توقيت في ذلك وذلك مصروف إلى اجتهاد الامام وبه قال الثوري وقال أبو حنيفة وأصحابه الجزية اثنا عشر درهما

وأربعة وعشرون درهما وثمانية وأربعون لا ينقص الفقير من اثنى عشر درهما ولا يزاد الغنى على ثمانية وأربعين درهما والوسط أربعة وعشرون درهما وقال أحمد دينار أو عدله معافر لا يزاد عليه ولا ينقص منه * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معاذاً إلى اليمن وأمره ان يأخذ من كل حالم ديناراً أو عدله معافر وهي ثياب باليمن ونبت عن عمر انه ضرب الجزية على أهل الذهب اربعة دنانير وعلى اهل الورق اربعين درهما مع ذلك ارزاق المسلمين وضيافة ثلاثة ايام وروى عنه ايضاً انه بعث عثمان بن حنيف فوضع الجزية على اهل السواد ثمانية واربعين واربعة وعشرين واثنا عشر فمن حمل هذه الاحاديث كلها على التخيير وتمسك في ذلك بعموم ما ينطلق عليه اسم جزية إذ ليس في توقيت ذلك حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم متفق على صحته وإنما ورد الكتاب في ذلك عاما قل لاحد في ذلك وهو الاظهر والله اعلم ومن جمع بين حديث معاذ والثابت عن عمر قال اقله محدود ولاحد لاكثره ومن رجح اخذ حديث عمر قال اما باربعين درهما واربعة دنانير واما بثمانية واربعين درهما واربعة وعشرين واثنى عشر على ما تقدم ومن رجح حديث معاذ لانه مرفوع قال دينار فقط او عدله معافر لا يزاد على ذلك ولا ينقص منه

﴿واما المسئلة الرابعة﴾ وهي متى تجب الجزية فانهم اتفقوا على انها لا تجب الا بعد الحول وانها تسقط عنه اذا اسلم قبل انقضاء الحول واختلفوا اذا اسلم بعد ما يحول عليه الحول هل تؤخذ منه جزية للحول الماضي بأسره او لما مضى منه فقال قوم اذا اسلم فلا جزية عليه بعد انقضاء الحول كان اسلامه او قبل انقضائه وبهذا القول قال الجمهور وقالت طائفة ان اسلم بعد الحول وجبت عليه الجزية وان اسلم قبل حلول الحول لم تجب عليه وانهم اتفقوا على انه لا تجب عليه بعد انقضاء الحول لان الحول شرط في وجوبها فاذا وجد الرافع لها وهو الاسلام قبل تقرر الوجوب اعني قبل وجود شرط الوجوب لم تجب وانما اختلفوا بعد انقضاء الحول لانها قد وجبت فمن رآ ان الاسلام يهدم هذا الواجب في الكفر كما يهدم كثيراً من الواجبات قال تسقط عنه وان كان اسلامه بعد الحول ومن رآ انه لا يهدم الاسلام هذا الواجب كما لا يهدم كثيراً من الحقوق المرتبة مثل الديون وغير ذلك قال لا تسقط بعد انقضاء الحول * فسبب اختلافهم هو هل الاسلام يهدم الجزية الواجبة او لا يهدمها

﴿واما المسئلة الخامسة﴾ وهي كم اصناف الجزية فان الجزية عندهم ثلاثة اصناف جزية عنوية وهي هذه التي تكلمنا فيها اعني التي تفرض على الحربيين بعد غلبتهم وجزية صلحية وهي التي يتبرعون بها ليكف عنهم وهذه ليس فيها توقيت لا في الواجب ولا فيمن يجب عليه ولا متى يجب عليه وانما ذلك كله راجع الى الاتفاق الواقع في ذلك بين المسلمين واهل الصلح الا ان يقول قائل انه ان كان قبول الجزية الصلحية واجباً على المسلمين فقد يجب ان يكون هاهنا قدر ما اذا اعطاه من انفسهم الكفار وجب على المسلمين قبول ذلك منهم فيكون اقلها محدوداً او اكثرها غير محدود واما الجزية الثالثة فهي العشرية وذلك ان جمهور العلماء على انه ليس على اهل الذمة عشر ولا زكاة اصلا في اموالهم الا ما روى عن طائفة منهم انهم ضاعفوا الصدقة على نصارى بني تغلب اعني انهم اوجبوا اعطاء ضعف ما على المسلمين من الصدقة في شيء شيء من الاشياء التي تلزم فيها المسلمين الصدقة وممن قال بهذا القول الشافعي وابو حنيفة واحمد والثوري وهو فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه بهم وليس يحفظ عن مالك في ذلك نص فيما حكوا وقد تقدم ذلك في كتاب الزكاة واختلفوا هل يجب العشر عليهم في الاموال التي يتجرون بها الى بلاد المسلمين بنفس التجارة او الاذن إن كانوا حربيين أم لا تجب إلا بالشرط فرآ مالك وكثير من العلماء ان تجار أهل

الذمة الذين لزمتهم بالاقرار في بلدهم الجزية تجب ان يوخذ منهم مما يجلبونه من بلد الى بلد العشر إلا ما يسوقون الى المدينة خاصة فيوخذ منهم فيه نصف العشر ووافقه أبو حنيفة في وجوبه بالاذن في التجارة أو بالتجارة نفسها وخالفه في القدر فقال الواجب عليهم نصف العشر ومالك لم يشترط عليهم في العشر الواجب عنده نصابا ولا حولا وأما أبو حنيفة فاشترط في وجوب نصف العشر عليهم الحول والنصاب وهو نصاب المسلمين نفسه المذكور في كتاب الزكاة وقال الشافعي ليس يجب عليهم عشر أصلا ولا نصف عشر في نفس التجارة ولا في ذلك شيء محدود الا ما اصطلح عليه أو اشترط فعلى هذا تكون الجزية العشرية من نوع الجزية الصلحية وعلى مذهب مالك وأبي حنيفة يكون جنساً ثالثاً من الجزية غير الصلحية والتي على الرقاب • وسبب اختلافهم انه لم يات في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة يرجع اليها وانما ثبت أن عمر بن الخطاب فعل ذلك بهم فمن رآ ان فعل عمر هذا انما فعله بامر كان عنده في ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجب أن يكون ذلك سنتهم ومن رآ ان فعله هذا كان على وجه الشرط اذ لو كان على غير ذلك لكره قال ليس ذلك بسنة لازمة لهم الا بالشرط وحكي أبو عبيد في كتاب الاموال عن رجل من أصحاب النبي عليه السلام لا اذكر اسمه الآن انه قيل له لم كنتم تاخذون العشر من مشركي العرب فقال لانهم كانوا ياخذون منا العشر اذا دخلنا اليهم قال الشافعي وأقل ما يجب ان يشارطوا عليه هو ما فرضه عمر رضي الله عنه وان شوارطوا على أكثر فحسن قال وحكم الحربي إذا دخل بامان حكم الذمي

﴿ وأما المسئلة السادسة ﴾ وهي فيما تصرف الجزية فانهم اتفقوا على انها مشتركة لمصالح المسلمين من غير تحديد كالحال في الفيء عنده من رآ انه مصروف الى اجتهاد الامام حتى لقد رآ كثير من الناس ان اسم الفيء إنما ينطلق على الجزية في آية الفيء واذا كان الامر هكذا فالاموال الاسلامية ثلاثة أصناف صدقة وفيء وغنيمة وهذا القدر كاف في تحصيل قواعد هذا الكتاب والله الموفق للصواب

﴿كتاب الايمان﴾

وهذا الكتاب ينقسم أولا الى جملتين . الجملة الاولى في معرفة ضروب الايمان وأحكامها . والجملة الثانية في معرفة الاشياء الرافعة للايمان اللازمة واحكامها ﴿ الجملة الاولى ﴾ وهذه الجملة فيها ثلاثة فصول الفصل الاول في معرفة الايمان المباحة وتمييزها من غير المباحة . الثاني في معرفة الايمان اللغوية والمنعقدة . الثالث في معرفة الايمان التي ترفعها الكفارة والتي لا ترفعها ﴿ الفصل الاول ﴾ واتفق الجمهور على ان الاشياء منها ما يجوز في الشرع ان يقسم به ومنها ما لا يجوز ان يقسم به واختلفوا أي الاشياء هي الاشياء التي بهذه الصفة فقال قوم ان الحلف المباح في الشرع هو الحلف بالله وان الحالف بغير الله عاص وقال قوم بل يجوز الحلف بكل معظم بالشرع والذين قالوا ان الايمان المباحة هي الايمان بالله اتفقوا على اباحة الايمان التي باسمائه واختلفوا في الايمان التي بصفاته وأفعاله • وسبب اختلافهم في الحلف بغير الله هي الاشياء المعظمة بالشرع معارضة ظاهر الكتاب في ذلك للاثر وذلك أن الله قد اقسم في الكتاب باشياء كثيرة مثل قوله والسماء والطارق وقوله والنجم اذا هوى الى غير ذلك من الاقسام الواردة في القرآن وثبت ان النبي عليه السلام قال ان الله ينهاكم ان تحلفوا بآبائكم من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت فمن جمع بين الاثر والكتاب بان قال ان الاشياء الواردة في الكتاب المقسوم بها فيها محذوف وهو الله تبارك وتعالى وان التقدير ورب النجم ورب السماء قال الايمان المباحة هي الحلف بالله فقط

ومن جمع بينهما بان قال المقصود بالحديث انما هو ان الايعظم من لم يعظم الشرع بدليل قوله فيه ان الله ينهاكم ان تحلفوا بآبائكم وان هذا من باب الخاص اريد به العام اجاز الحلف بكل معظم فى الشرع فاذا سبب اختلافهم هو اختلافهم فى بناء الاى والحديث واما من منع الحلف بصفات الله وبافعاله فضعيف * فسبب اختلافهم هو هل يقتضى بالحديث على ما جاء من تعليق الحكم فيه بالاسم فقط او تعدى الى الصفات والافعال لكن تعليق الحكم فى الحديث بالاسم فقط جمود كثير وهو اشبه بمذهب اهل الظاهر وان كان مرويا فى المذهب حكاه اللخمي عن محمد بن المواز وشذت فرقة فمنعت اليمين بالله عزوجل والحديث نص فى مخالفة هذا المذهب ﴿الفصل الثانى﴾

واتفقوا أيضاً على ان الايمان منها لغو ومنها منعقدة لقوله تعالى لايواخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان واختلفوا فيما هى اللغو فذهب مالك وأبو حنيفة الى انها اليمين على الشئ يظن الرجل انه على يقين منه فيخرج الشئ على خلاف ماحلف عليه وقال الشافعي لغو اليمين مالم تنعقد عليه النية مثل ماجرت به العادة من قول الرجل فى اثناء المخاطبة لا والله لا بالله مما يجرى على الالسنة بالعادة من غير ان يعتقد لزومه وهذا القول رواه مالك فى الموطا عن عائشة والقول الاول مروى عن الحسن بن أبى الحسن وقتادة ومجاهد وابراهيم النخعي وفيه قول ثالث وهو ان يحلف الرجل وهو غضبان وبه قال اسماعيل القاضى من أصحاب مالك وفيه قول رابع وهو الحلف على المعصية وروى عن ابن عباس وفيه قول خامس وهو ان يحلف الرجل على ان لا ياكل شيئاً مباحا له بالشرع * والسبب فى اختلافهم فى ذلك هو الاشتراك الذى فى اسم اللغو وذلك ان اللغو قد يكون الكلام الباطل مثل قوله تعالى والغوا فيه لعلكم تغلبون وقد يكون الكلام الذى لاتنعقد عليه نية المتكلم به ويدل على ان اللغو فى الآية هو هذا ان هذه اليمين هى ضد اليمين المنعقدة وهى المؤكدة فوجب أن يكون الحكم المضاد للشئ المضاد والذين قالوا ان اللغو هو الحلف فى اغلاق أو الحلف على مالا يوجب الشرع فيه شيئاً بحسب مايعتقد فى ذلك قوم فانما ذهبوا الى ان اللغو هاهنا يدل على معنى عرفى فى الشرع وهى الايمان التى بين الشرع فى مواضع اخر سقوط حكمها مثل ما روى أنه لاطلاق فى اغلاق وما أشبه ذلك لكن الاظهر هما القولان الاولان أعنى قول مالك والشافعي

﴿الفصل الثالث﴾ وفى هذا الفصل أربع مسائل ﴿المسئلة الاولى﴾

اختلفوا فى الايمان بالله المنعقدة هل يرفع جميعها الكفارة سواء كان حالفا على شئ ماض انه كان فلم يكن وهى التى تعرف باليمين الغموس وذلك اذا تعمد الكذب أو على شئ مستقبل انه يكون من قبل الحالف أو من قبل من هو بسببه فلم يكن فقال الجمهور ليس فى اليمين الغموس كفارة وانما الكفارة فى الايمان التى تكون فى المستقبل اذا خالف اليمين الحالف وممن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل وقال الشافعى وجماعة يجب فيها الكفارة أى تسقط الكفارة الاثم فيها كما تسقطه فى غير الغموس * وسبب اختلافهم معارضة عموم الكتاب للاثر وذلك أن قوله تعالى ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية توجب ان يكون فى اليمين الغموس كفارة لكونها من الايمان المنعقدة وقوله عليه السلام من اقتطع حق أمرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار يوجب ان اليمين الغموس ليس فيها كفارة ولكن للشافعى ان يستثنى من الايمان الغموسة مالا يقتطع بها حق الغير وهو الذى ورد فيه النص أو يقول ان الايمان التى يقتطع بها حق الغير قد جمعت الظلم والحنث فوجب الا تكون الكفارة تهدم الامرين جميعاً أو ليس يمكن فيها ان تهدم الحنث دون الظلم لان رفع الحنث بالكفارة

انما هو من باب التوبة وليس يتبعض التوبة في الذنب الواحد بعينه فان تاب ورد المظلمة وكفر سقط عنه جميع الاثم

﴿المسئلة الثانية﴾ واختلف العلماء فيمن قال انا كافر بالله أو مشرك بالله أو يهودي أو نصراني ان فعلت كذا ثم فعل ذلك هل عليه كفارة أم لا فقال مالك والشافعي ليس عليه كفارة ولا هذه يمين وقال أبو حنيفة هي يمين وعليه فيها الكفارة اذا خالف اليمين وهو قول أحمد بن حنبل أيضاً ● وسبب اختلافهم هو اختلافهم في هل تجوز اليمين بكل ما له حرمة أم ليس يجوز الا بالله فقط ثم ان وقعت فهل تنعقد أم لا فمن رأى ان الايمان المنعقدة أعني التي هي بصيغ القسم انما هي الايمان الواقعة بالله عز وجل وباسمائه قال لا كفارة فيها اذ ليست بيمين ومن رأى ان الايمان تنعقد بكل ما عظم الشرع حرمته قال فيها الكفارة لان الحلف بالتعظيم كالحلف بترك التعظيم وذلك أنه كما يجب التعظيم يجب الايترك التعظيم فكما ان من حلف بوجوب حق الله عليه لزمه كذلك من حلف بترك وجوبه لزمه

﴿المسئلة الثالثة﴾ واتفق الجمهور في الايمان التي ليست اقساما بشيء وانما تخرج مخرج الالزام الواقع بشرط من الشروط مثل ان يقول القائل فان فعلت كذا فعلي مشي الى بيت الله أو ان فعلت كذا وكذا فغلامي حر أو امرأتي طالق انها تلزم في القرب وفيما اذا التزمه الانسان لزمه بالشرع مثل الطلاق والعتق واختلفوا هل فيها كفارة أم لا فذهب مالك الى أن لا كفارة فيها وانه ان لم يفعل ما حلف عليه أثم ولابد وذهب الشافعي وأحمد وأبو عبيد وغيرهم ان هذا الجنس من الايمان فيها الكفارة الا الطلاق والعتق وقال أبو ثور يكفر من حلف بالعتق وقول الشافعي مروي عن عائشة ● وسبب اختلافهم هل هي يمين أو نذر فمن قال انها يمين أوجب فيها الكفارة لدخولها تحت عموم قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية ومن قال انها من جنس النذر أي من جنس الاشياء التي نص الشرع على انه اذا التزمها الانسان لزمته قال لا كفارة فيها لكن يعسر هذا على المالكية تسميتهم اياها ايمانا لكن لعلهم انما سموها ايمانا على طريق التجوز والتوسع والحق انه ليس يجب ان يسمى بحسب الدلالة اللغوية ايمانا فان الايمان في لغة العرب انها صيغ مخصوصة وانما يقع اليمين بالاشياء التي تعظم وليست صيغة الشرط هي صيغة اليمين فما هل تسمى ايمانا بالعرف الشرعي وهل حكمها حكم الايمان فيه نظر وذلك انه قد ثبت أنه عليه السلام قال كفارة النذر كفارة يمين وقال تعالى لم تحرم ما أحل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم فظاهر هذا انه قد سمي بالشرع القول الذي مخرجه مخرج الشرط أو مخرج الالزام دون شرط ولا يمين يميناً فيجب ان يحمل على ذلك جميع الاقاويل التي تجري هذا المجرى الا ما خصصه الاجماع من ذلك مثل الطلاق فظاهر الحديث يعطي ان النذر ليس بيمين وان حكمه حكم اليمين وذهب داود وأهل الظاهر الى أنه ليس يلزم مثل هذه الاقاويل أعني الخارجة مخرج الشرط الا ما التزمه الاجماع من ذلك وذلك انها ليست بنذور فيلزم فيها النذور ولا بايمان فترفعها الكفارة فلم يوجبوا على من قال ان فعلت كذا وكذا فعلي المشي الى بيت الله مشيا ولا كفارة بخلاف ما لو قال علي المشي الى بيت الله لان هذا نذر باتفاق وقد قال عليه السلام من نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر ان يعصيه فلا يعصيه ● فسبب هذا الخلاف في هذه الاقاويل التي تخرج مخرج الشرط هو هل هي ايمان أو نذر أو ليست ايمانا ولا نذراً فتأمل هذا فانه بين ان شاء الله تعالى

﴿المسئلة الرابعة﴾ اختلفوا في قول القائل أقسم أو أشهد ان كان كذا وكذا هل هو يمين أم لا على ثلاثة أقوال فقيل انه ليس بيمين وهو احد قولي الشافعي وقيل انها ايمان ضد القول الاول وبه قال أبو حنيفة وقيل ان اراد الله بها فهو يمين وان لم يرد الله بها فليست

يمين وهو مذهب مالك * وسبب اختلافهم هو هل المراعي اعتبار صيغة اللفظ او اعتبار مفهومه بالعادة او اعتبار النية فمن اعتبر صيغة اللفظ قال ليست بيمين اذ لم يكن هنالك نطق بمحسوم به ومن اعتبر صيغة اللفظ بالعادة قال هي يمين وفي اللفظ محذوف ولابد والله أعلم ومن لم يعتبر هذين الامرين واعتبر النية اذ كان اللفظ صالحا للامرين فرق في ذلك كما تقدم ﴿ الجملة الثانية ﴾ وهذه الجملة تنقسم اولا قسمين . القسم الاول النظر في الاستثناء ، والثاني النظر في الكفارات ﴿ القسم الاول ﴾ وفي هذا القسم فصلان . الفصل الاول في شروط الاستثناء المؤثر في اليمين . الفصل الثاني في تعريف الايمان التي يؤثر فيها الاستثناء من التي لا يؤثر ﴿ الفصل الاول ﴾ وأجمعوا على أن الاستثناء بالجملة له تاثير في حل الايمان واختلفوا في شروط الاستثناء الذي يجب له هذا الحكم بعد ان أجمعوا على انه إذا اجتمع في الاستثناء ثلاثة شروط ان يكون متناسقا مع اليمين وملفوظا به ومقصودا من أول اليمين انه لا ينعقد معه اليمين واختلفوا في هذه الثلاثة مواضع أعني إذا فرق الاستثناء من اليمين أو نواه ولم ينطق به أو حدثت له نية الاستثناء بعد اليمين وإن أتى به متناسقا مع اليمين ﴿ فاما المسئلة الاولى ﴾ وهي اشتراط اتصاله بالقسم فان قوما اشترطوا ذلك فيه وهو مذهب مالك وقال الشافعي لا باس بينهما بالسكتة الخفيفة كسكتة الرجل للتذكر أو للتنفس أو لانقطاع الصوت وقال قوم من التابعين يجوز للحالف الاستثناء ما لم يقم من مجلسه وكان ابن عباس يرى ان له الاستثناء أبدا على ما ذكر عنه فيما ذكر وإنما اتفق الجميع على ان استثناء مشيئة الله في الامر المحلوف على فعله ان كان فعلا أو على تركه ان كان تركا رافع لليمين لان الاستثناء هو رفع للزوم اليمين قال أبو بكر بن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث وانما اختلفوا هل يؤثر في اليمين اذا لم توصل بها أو لا يؤثر لاختلافهم هل الاستثناء حال للانعقاد أم هو مانع له فاذا قلنا انه مانع للانعقاد لا حال له اشترط ان يكون متصلا باليمين واذا قلنا انه حال لم يلزم فيه ذلك والذين اتفقوا على الاتصال اختلفوا هل هو حال بالقرب أو بالبعد على ما حكينا وقد احتج من راى انه حال بالقرب بما رواه سعد عن سماك بن حرب عن عكرمة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم والله لاغزون قريشا قالها ثلاث مرات ثم سكت ثم قال ان شاء الله فدل هذا ان الاستثناء حال لليمين لا مانع لها من الانعقاد قالوا ومن الدليل على انه حال بالقرب انه لو كان حالا بالبعد على ما رواه ابن عباس لكان الاستثناء يغني عن الكفارة والذي قالوا بين واما اشتراط النطق باللسان فانما اختلف فيه فقيل لابد فيه من اشتراط اللفظ اي لفظ كان من الفاظ الاستثناء وسواء كان بالفاظ الاستثناء او تخصيص العموم او بتقييد المطلق هذا هو المشهور وقيل انما ينفع الاستثناء بالنية بغير لفظ في حرف الا فقط اي بما يدل عليه لفظ الا وليس ينفع ذلك فيما سواه من الحروف وهذه التفرقة ضعيفة * والسبب في هذا الاختلاف هو هل تلزم العقود اللازمة بالنية فقط دون اللفظ او باللفظ والنية معا مثل الطلاق والعتق واليمين وغير ذلك ﴿ واما المسئلة الثانية ﴾ وهي هل تنفع النية الحادثة في الاستثناء بعد انقضاء اليمين فقيل ايضا في المذهب انها تنفع اذا حدثت متصلة باليمين وقيل بل اذا حدثت قبل ان يتم النطق باليمين وقيل بل الاستثناء على ضربين استثناء من عدد واستثناء من عموم بتخصيص او من مطلق بتقييد فالاستثناء من العدد لا ينفع فيه الا حدوث النية قبل النطق باليمين والاستثناء من العموم ينفع فيه حدوث النية بعد اليمين اذا وصل الاستثناء نطقا باليمين * وسبب اختلافهم هل الاستثناء مانع للعقد او حال له فان قلنا انه مانع فلابد من

اشتراط حدوث النية في اول اليمين وان قلنا انه حال لم يلزم ذلك وقد انكر عبد الوهاب ان يشترط حدوث النية في اول اليمين للاتفاق زعم على ان الاستثناء حال لليمين كالكفارة سواء ﴿الفصل الثاني من القسم الاول﴾ وقد اختلفوا في الايمان التي يؤثر فيها استثناء مشيئة الله من التي لا يؤثر فيها فقال مالك واصحابه لا تؤثر المشيئة الا في الايمان التي تكفر وهي اليمين بالله تعالى عندهم او النذر المطلق على ما سيأتي وأما الطلاق والعتاق فلا يخلوا ان تعلق الاستثناء في ذلك بمجرد الطلاق او العتق فقط مثل ان يقول هي طالق ان شاء الله او عتيق ان شاء الله وهذه ليست عندهم يميناً وإما ان يعلق الطلاق بشرط من الشروط مثل ان يقول ان كان كذا فهي طالق ان شاء الله او ان كان كذا فهو عتيق ان شاء الله ﴿فاما القسم الاول﴾ فلا خلاف في المذهب أن المشية غير مؤثرة فيه ﴿وأما القسم الثاني﴾ وهو اليمين بالطلاق ففي المذهب فيه قولان اصحهما انه اذا صرف الاستثناء الى الشرط صح الذي علق به الطلاق وان صرفه الى نفس الطلاق لم يصح وقال ابو حنيفة والشافعي الاستثناء يؤثر في ذلك كله سواء قرنه بالقول الذي مخرجه مخرج الشرط او بالفعل الذي مخرجه مخرج الجزء • وسبب الخلاف ما قلناه من ان الاستثناء هل هو حال او مانع فاذا قلنا مانع وقرن بلفظ مجرد الطلاق فلا تاثير له فيه اذ قد وقع الطلاق أعني اذا قال الرجل لزوجته هي طالق ان شاء الله لان المانع انما يقوم لما لم يقع وهو المستقبل وإن قلنا انه حال للعقود وجب ان يكون له تاثير في الطلاق وإن كان قد وقع فتأمل هذا فانه بين ولا معنى لقول المالكية أن الاستثناء في هذا مستحيل لان الطلاق قد وقع الا ان يعتقدوا ان الاستثناء هو مانع لا حال فتأمل هذا فانه ظاهر ان شاء الله

﴿القسم الثاني من الجملة الثانية﴾ وهذا القسم فيه فصول ثلاثة قواعد . الفصل الاول في موجب الحنث وشروطه وأحكامه . الفصل الثاني في رافع الحنث وهي الكفارات . الفصل الثالث متى ترفع وكم ترفع ﴿الفصل الاول﴾ واتفقوا على أن موجب الحنث هو المخالفة لما انعقدت عليه اليمين وذلك اما فعل ما حلف على الا يفعله واما ترك ما حلف على فعله اذا علم انه قد تراخي عن فعل ما حلف على فعله الى وقت ليس يمكنه فيه فعله وذلك في اليمين بالترك المطلق مثل ان يحلف لتاكلن هذا الرغيف فيا كله غيره او الى وقت هو غير الوقت الذي اشترط في وجود الفعل عنه وذلك في الفعل المشترط فعله في زمان محدود مثل ان يقول والله لافعلن اليوم كذا وكذا فانه اذا انقضى النهار ولم يفعل حنث ضرورة واختلفوا من ذلك في اربعة مواضع . أحدها اذا اتى بالمخالف ناسياً او مكرهاً . والثاني هل يتعلق موجب اليمين باقل ما ينطلق عليه الاسم او بجميعه . والموضع الثالث هل يتعلق اليمين بالمعنى المساوي لصيغة اللفظ او بمفهومه المخصص للصيغة او المعمم لها . والموضع الرابع هل اليمين على نية الحالف او المستحلف ﴿فاما المسئلة الاولى﴾ فان مالكا يرى الساهي والمكره بمنزلة العامد والشافعي يرى الحنث على الساهي ولا على المكره • وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان ولم يفرق بين عامد وناس لعموم قوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه فان هذين العمومين يمكن ان يخصص كل واحد منهما بصاحبه وأما الموضع الثاني فمثل ان يحلف الا يفعل شيئاً ففعل بعضه او انه يفعل شيئاً فلم يفعل بعضه فعند مالك انه اذا حلف لتاكلن هذا الرغيف فاكل بعضه لا يبر الا باكله كله واذا قال لا اكل هذا الرغيف انه يحنث ان اكل بعضه وعند الشافعي وابي حنيفة انه لا يحنث في الوجهين جميعاً حملا على الاخف باكثر ما يدل عليه الاسم وأما تفريق مالك بين الفعل والترك فلم يجر في ذلك على اصل واحد لانه

اخذ في الترك باقل ما يدل عليه الاسم وأخذ في الفعل بجميع مايدل عليه الاسم وكانه ذهب الى الاحتياط

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ فمثل ان يحلف على شئ بعينه يفهم منه القصد الى معنى اعم من ذلك الشئ الذي لفظ به اواخص او يحلف على شئ وينوى به معنى اعم او اخص او يكون للشئ الذى حلف عليه اسمان احدهما لغوى والاخر عرفى وأحدهما اخص من الآخر وأما اذا حلف على شئ بعينه فانه لايبحث عند الشافعي وأبي حنيفة الا بالمخالفة الواقعة فى ذلك الشئ بعينه الذى وقع عليه الحلف وان كان المفهوم منه معنى اعم او اخص من قبل الدلالة العرفية وكذلك ايضاً فيما احسب لايعتبرون النية المخالفة للفظ وإنما يعتبرون مجرد الالفاظ فقط وأما مالك فان المشهور من مذهبه ان المعتبر اولا عنده فى الايمان التى لايقضى على حالفها بموجبها هو النية فان عدمت فقرينة الحال فان عدمت فعرف اللفظ فان عدم فدلالة اللغة وقيل لايراعى الا النية اوظاهر اللفظ اللغوى فقط وقيل يراعى النية وبساط الحال ولا يراعي العرف وأما الايمان التى يقضى بها على صاحبها فانه ان جاء الحالف مستفتياً كان حكمه حكم اليمين التى لايقضى بها على صاحبها من مراعاة هذه الاشياء فيها على هذا الترتيب وان كان مما يقضى بها عليه لم يراع فيها الا اللفظ الا ان يشهد لما يدعي من النية المخالفة لظاهر اللفظ قرينة الحال اوالعرف

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ فانهم اتفقوا على أن اليمين على نية المستحلف فى الدعاوى واختلفوا فى غير ذلك مثل الايمان على المواعد فقال قوم على نية الحالف وقال قوم على نية المستحلف وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اليمين على نية المستحلف وقال عليه السلام يمينك على ما يصدقك عليه صاحبك خرج هذين الحديثين مسلم ومن قال اليمين على نية الحالف فانما اعتبر المعنى القائم بالنفس من اليمين لاظاهر اللفظ وفى هذا الباب فروع كثيرة لكن هذه المسائل الاربع هى اصول هذا الباب اذيكاد ان يكون جميع الاختلاف الواقع فى هذا الباب راجعاً الى الاختلاف فى هذه وذلك فى الاكثر مثل اختلافهم فيمن حلف الا ياكل رءوساً فاكل رءوس حيتان هل يحنث ام لا فمن راعي العرف قال لايحنث ومن راعى دلالة اللغة قال يحنث ومثل اختلافهم فيمن حلف ان لا ياكل لحماً فاكل شحماً فمن اعتبر دلالة اللفظ الحقيقى قال لايحنث ومن رآ ان اسم الشئ قد يتطلق على ما يتولد منه قال يحنث وبالجملة فاختلافهم فى المسائل الفروعية التى فى هذا الباب هى راجعة الى اختلافهم فى هذه المسائل التى ذكرنا وراجعة الى اختلافهم فى دلالات الالفاظ التى يحلف بها وذلك أن منها ماهى مجملة ومنها ماهى ظاهرة ومنها ماهى نصوص

﴿ الفصل الثانى ﴾ واتفقوا على ان الكفارة فى الايمان هى الاربعة الانواع التى ذكر الله فى كتابه فى قوله تعالى فكفارته الآية وجمهورهم على أن الحالف اذا حنث مخيرين الثلاثة منها أعنى الاطعام اوالكسوة اوالعتق وانه لايجوز له الصيام الا اذا عجز عن هذه الثلاثة لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام الا ماروى عن ابن عمر انه كان اذا غلظ اليمين اعتق اوكسا واذا لم يغلظها اطعم فاختلفوا من ذلك فى سبعة مسائل مشهورة

﴿ المسئلة الاولى ﴾ فى مقدار الاطعام لكل واحد من العشرة مساكين الثانية فى جنس الكسوة اذا اختار الكسوة وعددها الثالثة فى اشتراط التتابع فى صيام الثلاثة الايام اولا اشتراطه الرابعة فى اشتراط العدد فى المساكين الخامسة فى اشتراط الاسلام فيهم والحرية السادسة فى اشتراط السلامة فى الرقبة المعتقة من العيوب السابعة فى اشتراط الايمان فيها

﴿ المسئلة الاولى ﴾

أما مقدار الاطعام فقال مالك والشافعى واهل المدينة يعطى لكل مسكين مد من حنطة بمد النبى صلى الله عليه وسلم

الاان مالكا قال المد خاص باهل المدينة فقط لضيق معايشهم وأما سائر المدن فيعطون الوسط من نفقتهم وقال ابن القاسم يجزى المد فى كل مدينة مثل قول الشافعى وقال ابو حنيفة واصحابه يعطيهم نصف صاع من حنطة او صاعا من شعير او تمر قال فان غداهم وعشاهم اجزأه • والسبب فى اختلافهم فى ذلك اختلافهم فى تاويل قوله تعالى من اوسط ما تطعمون اهليكم هل المراد بذلك اكلة واحدة او قوت اليوم وهو غداء وعشاء فمن قال اكلة واحدة قال انه وسط فى الشبع ومن قال غداء وعشاء قال نصف صاع ولاختلافهم ايضاً سبب آخر وهو تردد هذه الكفارة بين كفارة الفطر متعمداً فى رمضان وبين كفارة الاذى فمن شبهها بكفارة الفطر قال مد واحد ومن شبهها بكفارة الاذى قال نصف صاع واختلفوا هل يكون مع الخبز فى ذلك ادام ام لا فان كان مما هو الوسط فيه فقيل يجزى الخبز قفاراً وقال ابن حبيب لا يجزى وقيل الوسط من الادام الزيت وقيل اللبن والسمن والتمر واختلف اصحاب مالك من الاهل الذين اضاف اليهم الوسط من الطعام فى قوله تعالى من اوسط ما تطعمون اهليكم فقال اهل المكفر وعلى هذا تخرج الوسط من الشئ الذى منه يعيش ان قطنية فقطنية وان حنطة فحنطة وقيل بل هم اهل البلد الذى هو فيه وعلى هذا فالمعتبر فى اللازم له هو الوسط من عيش اهل البلد لا من عيشه أعنى الغالب وعلى هذين القولين يحمل قدر الوسط من الاطعام أعنى الوسط من قدر ما يطعم اهله او الوسط من قدر ما يطعم اهل البلد اياهم إلا فى المدينة خاصة

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهى الجائزى من الكسوة فان مالكا رأى ان الجائزى فى ذلك هو ان يكسى ما يجزى فيه الصلاة فان كسا الرجل كساء ثوبا وإن كسا النساء كساهن درعا وخمارا وقال الشافعى وأبو حنيفة يجزي فى ذلك اقل ما ينطلق عليه الاسم ازار او قميص او سراويل او عمامة وقال ابو يوسف لا تجزى العمامة ولا السراويل • وسبب اختلافهم هل الواجب الاخذ باقل دلالة الاسم اللغوى او المعنى الشرعي

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهى اختلافهم فى اشتراط تتابع الايام الثلاثة فى الصيام فان مالكا والشافعى لم يشترطا فى ذلك وجوب التتابع وإن كانا استحباه واشترط ذلك ابو حنيفة • وسبب اختلافهم فى ذلك شيئان : أحدهما هل يجوز العمل بالقراءة التى ليست فى المصحف وذلك ان فى قراءة عبدالله بن مسعود فصيام ثلاثة ايام متتابعات . والسبب الثانى اختلافهم هل يحمل الامر بمطلق الصوم على التتابع ام ليس يحمل إذ كان الاصل فى الصيام الواجب بالشرع انما هو التتابع

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وهى اشتراط العدد فى المساكين فان مالكا والشافعى قالا لا يجزيه الا ان يطعم عشرة مساكين وقال ابو حنيفة ان اطعم مسكيناً واحداً عشرة ايام اجزأه • والسبب فى اختلافهم هل الكفارة حق واجب للعدد المذكور او حق واجب على المكفر فقدر بالعدد المذكور فان قلنا انه حق واجب للعدد كالوصية فلابد من اشتراط العدد وإن قلنا حق واجب على المكفر لكنه قدر بالعدد اجزأ من ذلك اطعام مسكين واحد على عدد المذكورين والمسئلة محتملة

﴿ وأما المسئلة الخامسة ﴾ وهى اشتراط الاسلام والحرية فى المساكين فان مالكا والشافعى اشترطاها ولم يشترط ذلك ابو حنيفة • وسبب اختلافهم هل استيجاب الصدقة هو بالفقر فقط او بالاسلام إذ كان السمع قد نابا انما يثاب بالصدقة على الفقير الغير مسلم فمن شبه الكفارة بالزكاة الواجبة للمسلمين اشترط الاسلام فى المساكين الذين تجب لهم هذه الكفارة ومن شبهها بالصدقات التى تكون عن تطوع اجاز ان يكونوا غير مسلمين • وأما سبب اختلافهم فى العبيد هل يتصور فيهم وجود الفقر ام لا إذ كانوا مكفيين من

سادتهم في غالب الاحوال اوممن يجب ان يكفوا فمن راعى وجود الفقر فقط قال العبيد والاحرار سواء اذ قد يوجد من العبيد من يجوعه سيده ومن راعى وجوب الحق له على الغير بالحكم قال العبيد يجب على السيد القيام بهم ويقضى بذلك عليه وان كان معسراً قضى عليه بيعه فليس يحتاجون الى المؤنة بالكفارات وما جرى مجراها من الصدقات ﴿ وأما المسئلة السادسة ﴾ وهى هل من شرط الرقبة ان تكون سليمة من العيوب فان فقهاء الامصار شرطوا ذلك اعنى العيوب المؤثرة فى الايمان وقال اهل الظاهر ليس ذلك من شرطها • وسبب اختلافهم هل الواجب الاخذ بأقل مايدل عليه الاسم اوباتم مايدل عليه

﴿ وأما المسئلة السابعة ﴾ وهى اشتراط الايمان في الرقبة ايضاً فان مالكا والشافعى اشترطا ذلك وأجاز ابوحنيفة ان تكون الرقبة غير مومنة • وسبب اختلافهم هوهل يحمل المطلق على المقيد فى الاشياء التى تتفق فى الاحكام وتختلف فى الاسباب لحكم حال هذه الكفارات مع كفارة الظهار فمن قال يحمل المطلق على المقيد في ذلك قال باشتراط الايمان فى ذلك حملا على اشتراط ذلك فى كفارة الظهار فى قوله تعالى فتحرير رقبة مومنة ومن قال لايحمل وجب عنده ان يبقى موجب اللفظ على اطلاقه

﴿ الفصل الثالث ﴾ وأما متى ترفع الكفارة الحنث وتمحوه فانهم اختلفوا فى ذلك فقال الشافعى إذا كفر بعد الحنث اوقبله فقد ارتفع الاثم وقال ابوحنيفة لايرتفع الحنث الا بالتكفير الذي يكون بعد الحنث لاقبل وروى عن مالك فى ذلك القولان جميعاً • وسبب اختلافهم شيئان . أحدهما اختلاف الرواية في قوله عليه السلام من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليات الذى هوخير وليكفر عن يمينه فان قوما رأووه هكذا وقوم رووه فليكفر عن يمينه وليات الذي هوخير وظاهر هذه الرواية أن الكفارة تجوز قبل الحنث وظاهر الثانية انها بعد الحنث • والسبب الثانى اختلافهم فى هل يجزى تقديم الحق الواجب قبل وقت وجوبه لانه من الظاهر أن الكفارة انما تجب بعد الحنث كالزكاة بعد الحول ولقائل ان يقول ان الكفارة إنما تجب بارادة الحنث والعزم عليه كالحال فى كفارة الظهار فلايدخله الخلاف من هذه الجهة وكان سبب الخلاف من طريق المعنى هو هل الكفارة رافعة للحنث اذا وقع اومانعة له فمن قال مانعة اجاز تقديمها على الحنث ومن قال رافعة لم يجزها الا بعد وقوعه وأما تعدد الكفارات بتعدد الايمان فانهم اتفقوا فيما علمت أن من حلف على امور شتى بيمين واحدة ان كفارته كفارة يمين واحدة وكذلك فيما احسب لاخلاف بينهم انه اذا حلف بايمان شتى على شئ واحد ان الكفارات الواجبة فى ذلك بعدد الايمان كالحالف اذا حلف بايمان شتى على اشياء شتى واختلفوا إذا حلف على شئ واحد بمينه مراراً كثيرة فقال قوم فى ذلك كفارة يمين واحدة وقال قوم فى كل يمين كفارة الان يزيد التاكيد وهو قول مالك وقال قوم فيها كفارة واحدة الان يزيد التغليظ • وسبب اختلافهم هل الموجب للتعدد هو تعدد الايمان بالجنس او بالعدد فمن قال اختلافها بالعدد قال لكل يمين كفارة اذا كرر ومن قال اختلافها بالجنس قال فى هذه المسئلة يمين واحدة واختلفوا اذا حلف فى يمين واحدة باكثر من صفتين من صفات الله تعالى هل تتعدد الكفارات بتعدد الصفات التى تضمنت اليمين ام فى ذلك كفارة واحدة فقال مالك الكفارة فى هذه اليمين متعددة بتعدد الصفات فمن حلف بالسميع العليم الحكيم كان عليه ثلاث كفارات عنده وقال قوم ان اراد الكلام الاول وجاء بذلك على انه قول واحد فكفارة واحدة اذ كانت يميناً واحدة والسبب فى اختلافهم هل مراعاة الوحدة اوالكثرة فى اليمين هوراجع الى صيغة القول اوالى

تعدد الاشياء التي يشتمل عليها القول الذي مخرجه مخرج يمين فمن اعتبر الصيغة قال كفارة واحدة ومن اعتبر عدد ما تضمنته صيغة القول من الاشياء التي يمكن ان يقسم بكل واحد منها على انفراده قال الكفارة متعددة بتعددها وهذا القدر كاف في قواعد هذا الكتاب وسبب الاختلاف والله المعين برحمته

﴿ كتاب النذور ﴾

وهذا الكتاب فيه ثلاثة فصول ، الفصل الاول في اصناف النذور . الفصل الثاني فيما يلزم من النذور وما لا يلزم وجهة احكامها ، الثالث في معرفة الشيء الذي يلزم عنها واحكامها

﴿ الفصل الاول ﴾

والنذور تنقسم اولا قسمين قسم من جهة الاشياء التي تنذر وقسم من جهة اللفظ فاما من جهة اللفظ فانه ضربان مطلق وهو المخرج مخرج الخبر ومقيد وهو المخرج مخرج الشرط والمطلق على ضربين مصرح فيه بالشيء المنذور به وغير مصرح فالاول مثل قول القائل لله علي نذر ان احج والثاني مثل قوله لله علي نذر دون ان يصرح بمخرج النذر والاول ربما صرح فيه بلفظ النذر وربما لم يصرح فيه به مثل ان يقول لله علي ان احج وأما المقيد المخرج مخرج الشرط فكقول القائل ان كان كذا فعلي لله نذر كذا وان افعل كذا وهذا ربما علقه بفعل من افعال الله مثل ان يقول ان شفى الله مريضي فعلي نذر كذا وكذا وربما علقه بفعل نفسه مثل ان يقول ان فعلت كذا فعلي نذر كذا وهذا هو الذي يسميه الفقهاء ايمانا وقد تقدم من قولنا انها ليست بايمان فهذه هي اصناف النذر من جهة الصيغ وأما اصنافه من جهة الاشياء التي من جنس المعاني المنذور بها فانها تنقسم الى اربعة اقسام نذر باشياء من جنس القرب ونذر باشياء من جنس المعاصي ونذر باشياء من جنس المكروهات ونذر باشياء من جنس المباحات وهذه الاربعة تنقسم قسمين نذر بتركها ونذر بفعلها

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما ما يلزم من هذه النذور وما لا يلزم فانهم اتفقوا على لزوم النذر المطلق في القرب الا ما حكي عن بعض اصحاب الشافعي ان النذر المطلق لا يجوز وانما اتفقوا على لزوم النذر المطلق اذا كان على وجه الرضا لا على وجه التحارج وصرح فيه بلفظ النذر لا إذا لم يصرح وسواء كان النذر مصرحا فيه بالشيء المنذور او كان غير مصرح وكذلك اجمعوا على لزوم النذر الذي مخرجه مخرج الشرط اذا كان نذرا بقربة وانما صاروا لوجوب النذر لعموم قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود ولان الله تعالى قد مدح به فقال يوفون بالنذر واخبر بوقوع العقاب بناقضه فقال ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله الآية الى قوله بما كانوا يكذبون * والسبب في اختلافهم في التصريح بلفظ النذر في النذر المطلق هو اختلافهم في هل يجب النذر بالنية واللفظ معا او بالنية فقط فمن قال بهما معا إذا قال لله علي كذا وكذا ولم يقل نذرا لم يلزمه شيء لانه اخبار بوجوب شيء لم يوجبه الله عليه الا ان يصرح بجهة الوجوب ومن قال ليس من شرطه اللفظ قال ينعقد النذر وان لم يصرح بلفظه وهو مذهب مالك أعني انه اذا لم يصرح بلفظ النذر انه يلزم وان كان من مذهبه ان النذر لا يلزم الا بالنية واللفظ لكن رأى ان حذف لفظ النذر من القول غير معتبر اذ كان المقصود بالاقاويل التي مخرجها مخرج النذر وان لم يصرح فيها بلفظ النذر وهذا مذهب الجمهور والاول مذهب سعيد بن المسيب ويشبه ان يكون من لم يلزم النذور المطلق انما فعل ذلك من قبل انه حمل الامر بالوفاء على الندب وكذلك من اشترط فيه الرضا فانما اشترطه لان القربة انما تكون على جهة الرضا لا على جهة اللجاج وهو مذهب الشافعي وأما مالك فالنذر عنده لازم له على أي جهة وقع فهذا ما اختلفوا في لزومه من جهة اللفظ وأما ما اختلفوا في لزومه من جهة الاشياء المنذور

بها فان فيه من المسائل الاصول اثنتان ﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلفوا فيمن نذر معصية فقال مالك والشافعي وجمهور العلماء ليس يلزمه في ذلك شئ وقال ابو حنيفة وسفيان والكوفيون بل هو لازم واللازم عندهم فيه هو كفارة يمين لافعل المعصية * وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الآثار في هذا الباب وذلك انه روى في هذا الباب حديثان . أحدهما حديث عائشة عن النبي عليه السلام انه قال من نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر ان يعصي الله فلا يعصه فظاهر هذا انه لا يلزم النذر بالعصيان . والحديث الثاني حديث عمران بن حصين وحديث ابي هريرة الثابت عن النبي عليه السلام انه قال لانذر في معصية الله وكفارته كفارة يمين وهذا نص في معنى اللزوم فمن جمع بينهما في هذا قال الحديث الاول تضمن الاعلام بان المعصية لاتلزم وهذا الثاني تضمن لزوم الكفارة فمن رجح ظاهر حديث عائشة اذ لم يصح عنده حديث عمران وأبي هريرة قال ليس يلزم في المعصية شئ ومن ذهب مذهب الجمع بين الحديثين اوجب في ذلك كفارة يمين قال ابو عمر بن عبد البر ضعف اهل الحديث حديث عمران وأبي هريرة قالوا لان حديث ابي هريرة يدور على سليمان بن ارقم وهو متروك الحديث وحديث عمران بن الحصين يدور على زهير بن محمد عن ابيه وأبوه مجهول لم يروعنه غير ابنه وزهير ايضاً عنده مناكير ولكنه خرّجه مسلم من طريق عقبة بن عامر وقد جرت عادة المالكية ان يحتجوا لمالك في هذه المسئلة بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا قائماً في الشمس فقال ما بال هذا قالوا نذر ان لايتكلم ولا يستظل ولا يجلس ويصوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مروه فليتكلم وليجلس وليتم صيامه قالوا فامره ان يتم ما كان طاعة لله ويترك ما كان معصية وليس بالظاهر ان ترك الكلام معصية وقد اخبر الله تعالى انه نذر مريم وكذلك يشبه ان يكون القيام في الشمس ليس بمعصية الا ما يتعلق بذلك من جهة اتعاب النفس فان قيل فيه معصية فبالقياس لا بالنص فالاصل فيه انه من المباحات ﴿ المسئلة الثانية ﴾ واختلفوا فيمن حرم على نفسه شيئاً من المباحات فقال مالك لايلزم ماعدا الزوجة وقال اهل الظاهر ليس في ذلك شئ وقال ابو حنيفة في ذلك كفارة يمين * وسبب اختلافهم معارضة مفهوم النظر لظاهر قوله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما احل الله لك تبتغي مرضات ازواجك وذلك أن النذر ليس هو اعتقاد خلاف الحكم الشرعي أعني من تحريم محلل او تحليل محرم وذلك أن التصرف في هذا انما هو للشارع فوجب ان يكون لمكان هذا المفهوم ان من حرم على نفسه شيئاً اباحه الله له بالشرع انه لايلزمه كما لايلزم ان نذر تحليل شئ حرمه الشرع وظاهر قوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم اثر العتب على التحريم يوجب ان تكون الكفارة تحل هذا العقد وإذا كان ذلك كذلك فهو غير لازم والفرقة الاولى تأولت التحريم المذكور في الآية انه كان العقد بيمين وقد اختلف في الشئ الذي نزلت فيه هذه الآية وفي كتاب مسلم ان ذلك كان في شربة عسل وفيه عن ابن عباس انه قال اذا حرم الرجل عليه امرأته فهو يمين يكفرها وقال لقد كان لكم في رسول الله اسوة حسنة ﴿ الفصل الثالث ﴾ وأما اختلافهم فيما ذا يلزم في نذر من النذور واحكام ذلك فان فيه اختلافا كثيراً لكن نشير نحن من ذلك الى مشهورات المسائل في ذلك وهي التي تتعلق اكثر ذلك بالنطق الشرعي على عادتنا في هذا الكتاب وفي ذلك مسائل خمس

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلفوا في الواجب في النذر المطلق الذي ليس يعين فيه الناذر شيئاً سوى ان يقول لله علي نذر فقال كثير من العلماء في ذلك كفارة يمين لاغير وقال قوم بل فيه كفارة الظهار وقال

قوم اقل ما ينطلق عليه الاسم من القرب صيام يوم او صلاة ركعتين وإنما صار الجمهور لوجوب كفارة اليمين فيه للثابت من حديث عقبة بن عامر انه قال عليه السلام قال كفارة النذر كفارة يمين خرّجه مسلم وأما من قال صيام يوم اوصلاة ركعتين فانما ذهب مذهب من يرى ان المجزى اقل ما ينطلق عليه الاسم وصلاة ركعتين او صيام يوم اقل ماينطلق عليه اسم النذر وأما من قال فيه كفارة الظهار فخارج عن القياس والسماع

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اتفقوا على لزوم النذر بالمشي الى بيت الله أعني اذا نذر المشي راجلا واختلفوا إذا عجز في بعض الطريق فقال قوم لاشئ عليه وقال قوم عليه واختلفوا بماذا عليه على ثلاثة اقوال فذهب اهل المدينة إلى أن عليه ان يمشي مرة اخرى من حيث عجز وان شاء ركب وأجزأه وعليه دم وهذا مروى عن علي وقال اهل مكة عليه هدى دون اعادة مشي وقال مالك عليه الامران جميعاً يعني انه يرجع فيمشي من حيث وجب وعليه هدى والهدى عنده بدنة اوبقرة اوشاة ان لم يجد بقرة اوبدنة * وسبب اختلافهم منازعة الاصول لهذه المسئلة ومخالفة الاثر لها وذلك أن من شبه العاجز اذا مشى مرة ثانية بالمتمتع والقارن من اجل ان القارن فعل ما كان عليه في سفرين في سفر واحد وهذا فعل ما كان عليه في سفر واحد في سفرين قال يجب عليه هدى القارن اوالمتمتع بسائر الافعال التي تنوب عنها في الحج اراقة الدم قال فيه دم ومن اخذ بالآثار الواردة في هذا الباب قال اذا عجز فلاشئ عليها قال ابو عمر والسنن الواردة الثابتة في هذا الباب دليل على طرح المشقة وهو كما قال واحدها حديث عقبة بن عامر الجهني قال نذرت اختي ان تمشي الى بيت الله عز وجل فامرتني ان استفتي لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستفتيت لها النبي صلى الله عليه وسلم فقال لتمش ولتركب خرجه مسلم وحديث انس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم راى رجلا يهادى بين ابنتيه فسألوه عنه فقالوا نذر ان يمشي فقال عليه السلام ان الله لغني عن تعذيب هذا نفسه وأمره ان يركب وهذا ايضاً ثابت

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلفوا بعد اتفاقهم على لزوم المشي في حج اوعمرة فيمن نذر ان يمشي الى مسجد النبي صلى الله عليه وسلم أوالى بيت المقدس يريد بذلك الصلاة فيهما فقال مالك والشافعي يلزمه المشي وقال ابو حنيفة لايلزمه شئ وحيث صلى اجزأه وكذلك عنده ان نذر الصلاة في المسجد الحرام وإنما وجب عنده المشي بالنذر إلى المسجد الحرام لمكان الحج والعمرة وقال ابو يوسف صاحبه من نذر ان يصلي في بيت المقدس اوفي مسجد النبي عليه السلام لزمه وان صلى في البيت الحرام اجزأه عن ذلك وأكثر الناس على أن النذر لما سوى هذه المساجد الثلاثة لايلزم لقوله عليه السلام لا تسرج المطي الا لثلاث فذكر المسجد الحرام ومسجده وبيت المقدس وذهب بعض الناس الى أن النذر الى المساجد التي يرجى فيها فضل زائد واجب واحتج في ذلك بفتوى ابن عباس لولد المرأة التي نذرت ان تمشي الى مسجد قباء اذا ثانت ان تمشي عنها * وسبب اختلافهم في النذر الى ما عدا المسجد الحرام اختلافهم في المعنى الذي اليه تسرج المطي الى هذه الثلاثة مساجد هل ذلك لموضع الصلاة الفرض أعني فيما عدا البيت الحرام اولموضع صلاة النفل فمن قال لموضع صلاة الفرض وكان الفرض عنده لاينذر إذ كان واجباً بالشرع قال النذر بالمشي الى هذين المسجدين غير لازم ومن كان عنده أن النذر قد يكون في الواجب اوانه ايضاً قد يقصد هذان المسجدان لموضع صلاة النفل لقوله عليه السلام صلاة في مسجدي هذا افضل من الف صلاة فيما سواه الا المسجد الحرام واسم الصلاة يشمل الفرض والنفل قال هو واجب لكن أبو حنيفة حمل هذا الحديث

على الفرض مصيراً الى الجمع بينه وبين قوله عليه السلام صلاة احدكم في بيته افضل من صلاته في مسجدي هذا الا المكتوبة والاوقع التضاد بين هذين الحديثين وهذه المسئلة هي ان تكون من الباب الثاني احق ان تكون من هذا الباب ﴿ المسئلة الرابعة ﴾ واختلفوا في الواجب على من نذر ان ينحر ابنه في مقام ابراهيم فقال مالك ينحر جزوراً فداءه وقال أبو حنيفة ينحر شاة وهو ايضاً مروى عن ابن عباس وقال بعضهم بل ينحر مائة من الابل وقال بعضهم يهدي دينه وروى ذلك عن علي وقال بعضهم بل يحج به وبه قال الليث وقال ابو يوسف والشافعي لاشئ عليه لانه نذر في معصية ولا نذر في معصية * وسبب اختلافهم قضية ابراهيم عليه السلام أعني هل ماتقرب به ابراهيم هو لازم للمسلمين أم ليس بلازم فمن رآ أن ذلك شرع خص به ابراهيم قال لايلزم النذر ومن رآ انه لازم لنا قال النذر لازم والخلاف في هل يلزمنا شرع من قبلنا مشهور لكن يتطرق الى هذا خلاف آخر وهو أن الظاهر من هذا الفعل انه كان خاصاً بابراهيم ولم يكن شرعا لاهل زمانه وعلى هذا فليس ينبغي ان يختلف هل هو شرع لنا ام ليس بشرع والذين قالوا انه شرع انما اختلفوا في الواجب في ذلك من قبل اختلافهم ايضاً في هل يحمل الواجب في ذلك على الواجب على ابراهيم أم يحمل على غير ذلك من القرب الاسلامية وذلك اما صدقة بدينه واما حج به واما هدى بدنة وأما الذين قالوا مائة من الابل فذهبوا الى حديث عبد المطلب

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ واتفقوا على أن من نذر ان يجعل ماله كله في سبيل الله او في سبيل من سبل البر انه يلزمه وانه ليس ترفعه الكفارة وذلك اذا كان نذراً على جهة الخبر لا على جهة الشرط وهو الذي يسمونه يميناً واختلفوا فيمن نذر ذلك على جهة الشرط مثل ان يقول مالي للهاكين ان فعلت كذا ففعله فقال قوم ذلك لازم كالنذر على جهة الخبر ولا كفارة فيه وهو مذهب مالك في النذور التي صيغها هذه الصيغة أعني انه لا كفارة فيه وقال قوم الواجب في ذلك كفارة يمين فقط وهو مذهب الشافعي في النذور التي مخرجها مخرج الشرط لانه الحقها بحكم الايمان وأما مالك فالحقها بحكم النذور على ماتقدم من قولنا في كتاب الايمان والذين اعتقدوا وجوب اخراج ماله في الموضع الذي اعتقدوه اختلفوا في الواجب عليه فقال مالك يخرج ثلث ماله فقط وقال قوم بل يجب عليه اخراج جميع ماله وبه قال ابراهيم النخعي وزفر وقال ابو حنيفة يخرج جميع الاموال التي تجب الزكاة فيها وقال بعضهم ان اخرج مثل زكاة ماله اجزاه وفي المسئلة قول خامس وهو ان كان المال كثيراً اخرج خمسه وإن كان وسطاً اخرج سبعه وإن كان يسيراً اخرج عشره وحد هؤلاء الكثير بالبين والوسط بالمتلبس والقليل بخمس مائة وذلك مروي عن قتادة * والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة أعني من قال المال كله او ثلثه معارضة الاصل في هذا الباب للاثر وذلك أن ما جاء في حديث ابي لبابة بن عبد المنذر حين تاب الله عليه وأراد ان يتصدق بجميع ماله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يجزيك من ذلك الثلث هو نص في مذهب مالك وأما الاصل فيوجب ان اللازم له إنما هو جميع ماله حملا على سائر النذر أعني انه يجب الوفاء به على الوجه الذي قصده لكن الواجب هو استثناء هذه المسئلة من هذه القاعدة اذ قد استثناها النص الا أن مالكا لم يلزم في هذه المسئلة اصله وذلك انه قال ان حلف او نذر شيئاً معيناً لزمه وان كان كل ماله وكذلك يلزم عنده ان عين جزءاً من ماله وهو اكثر من الثلث وهذا مخالف لنص ما رواه في حديث ابي لبابة وفي قول رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي جاء بمثل بيضة من ذهب فقال اصبت هذا من معدن فخذها فهي صدقة ما املك غيرها فاعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم جاءه

عن يمينه ثم عن يساره ثم من خلفه فاخذها رسول الله صلى الله عليه وسلم فحذفه بها فلو اصابه بها لاوجعه وقال عليه السلام يأتي احدكم بما يملك فيقول هذه صدقة ثم يقعد يتكفف الناس خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وهذا نص في انه لا يلزم المال المعين إذا تصدق به وكان جميع ماله ولعل مالك لم تصح عنده هذه الآثار واما سائر الاقاويل التي قيلت في هذه المسئلة فضعاف وبخاصة من حد في ذلك غير اثنات وهذا القدر كاف في اصول هذا الكتاب

﴿ كتاب الضحايا ﴾ وهذا الكتاب في اصوله أربعة أبواب . الباب الاول في حكم الضحايا ومن المخاطب بها . الباب الثاني في أنواع الضحايا وصفاتها واسنانها وعددها . الباب الثالث في احكام الذبح الباب الرابع في احكام لحوم الضحايا

﴿ الباب الاول ﴾ اختلف العلماء في الاضحية هل هي واجبة أم هي سنة فذهب مالك والشافعي الى انها من السنن المؤكدة ورخص مالك للحاج في تركها بمنى ولم يفرق الشافعي في ذلك بين الحاج وغيره وقال أبو حنيفة الضحية واجبة على المقيمين في الامصار الموسرين ولا تجب على المسافرين وخالفه صاحباه أبو يوسف ومحمد فقالا انها ليست بواجبة وروى عن مالك مثل قول أبي حنيفة • وسبب اختلافهم شيئان أحدهما هل فعله عليه السلام في ذلك محمول على الوجوب أو على الندب وذلك انه لم يترك صلى الله عليه وسلم الضحية قط فيما روى عنه حتى في السفر على ما جاء في حديث ثوبان قال ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم اضحيته ثم قال أبو ثوبان أصلح لحم هذه الضحية قال فلم ازل اطعمه منها حتى قدم المدينة والسبب الثاني اختلافهم في مفهوم الاحاديث الواردة في احكام الضحايا وذلك انه ثبت عنه عليه السلام من حديث ام سلمة انه قال اذا دخل العشر فاراد أحدكم ان يضحي فلا يأخذن من شعره شيئاً ولا من اظفاره قالوا فقوله اذا أراد أحدكم ان يضحي فيه دليل على ان الضحية ليست بواجبة ولما أمر عليه السلام لابي بردة باعادة اضحيته اذ ذبح قبل الصلاة فهم قوم من ذلك الوجوب ومذهب ابن عباس الاوجوب قال عكرمه بعثني ابن عباس بدرهمين اشتري بهما له لحماً وقال من لقيت فقل له هذه نحية ابن عباس وروى عن بلال انه ضحى بديك وكل حديث ليس بوارد في الغرض الذي يحتج به فيه فالاحتجاج به ضعيف واختلفوا هل يلزم الذي يريد التضحية ان يأخذ في العشر الاول من شعره وأظفاره والحديث بذلك ثابت

﴿ الباب الثاني ﴾ وفي هذا الباب أربع مسائل مشهورة احداها في تمييز الجنس . والثانية في تمييز الصفات . والثالثة في معرفة السن . والرابعة في العدد

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اجمع العلماء على جواز الضحايا من جميع بهيمة الانعام واختلفوا في الافضل من ذلك فذهب مالك الى ان الافضل في الضحايا الكباش ثم البقر ثم الابل بعكس الامر عنده في الهدايا وقد قيل عنه الابل ثم البقر ثم الكباش وذهب الشافعي الى عكس ما ذهب اليه مالك في الضحايا الابل ثم البقر ثم الكباش وبه قال اشهب وابن شعبان • وسبب اختلافهم معارضة القياس لدليل الفعل وذلك انه لم يرو عنه عليه السلام انه ضحى الا بكبش فكان ذلك دليلا على ان الكباش في الضحايا أفضل وذلك فياذكر بعض الناس وفي البخاري عن ابن عمر مايدل على خلاف ذلك وهو انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يذبح وينحر بالمصلى واما القياس فلان الضحايا قربة بحيوان فوجب ان يكون الافضل فيها الافضل في الهدايا وقد احتج الشافعي لمذهبه بعموم قوله عليه السلام من راح في الساعة الاولى فكانما قرب بدنة ومن راح في الساعة الثانية فكانما قرب بقرة ومن راح في الساعة الثالثة فكانما قرب كبشاً الحديث فكان الواجب حمل هذا على جميع القرب بالحيوان والمالك يحمله على الهدايا فقط ليلا يعارض الفعل

القول وهو الاولى وقد يمكن ان يكون لاختلافهم سبب آخر وهو هل الذبح العظيم الذى فدى به ابراهيم سنة باقية الى اليوم وانها الاضحية وان ذلك معنى قوله وتركنا عليه فى الآخرين فمن ذهب الى هذا قال الكباش افضل ومن رآ ان ذلك ليست سنة باقية لم يكن عنده دليل على ان الكباش افضل مع انه قد ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بالامرين جميعاً واذا كان ذلك كذلك فالواجب المصير الى قول الشافعى وكلهم مجمعون على انه لا تجوز الضحية بغير بهيمة الانعام الا ما حكى عن الحسن بن صالح انه قال تجوز التضحية ببقرة الوحش عن سبعة والظبي عن واحد ﴿ المسئلة الثانية ﴾ اجمع العلماء على اجتناب العرجاء البين عرجها فى الضحايا والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى مصيراً لحديث البراء بن عازب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل ماذا يتقى من الضحايا فاشار بيده وقال اربع وكان البراء يشير بيده ويقول يدى اقصر من يد رسول الله صلى الله عليه وسلم العرجاء البين عرجها والعوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى وكذلك اجمعوا على ان ما كان من هذه الاربع خفيفاً فلا تاثير له فى منع الاجزاء واختلفوا فى موضعين احدهما فيما كان من العيوب اشد من هذه المنصوص عليها مثل العمى وكسر الساق والثانى فيما كان مساويا لها فى افادة النقص وشينها اعنى ما كان من العيوب فى الاذن والعين والذنب والضرس وغير ذلك من الاعضاء ولم يكن يسيراً فاما الموضع الاول فان الجمهور على ان ما كان اشد من هذه العيوب المنصوص عليها فهى احرى ان تمنع الاجزاء وذهب اهل الظاهر الى انه لا تمنع الاجزاء ولا تجنب بالجملة اكثر من هذه العيوب التى وقع النص عليها ● وسبب اختلافهم هل هذا اللفظ الوارد هو خاص اريد به الخصوص او خاص اريد به العموم فمن قال اريد به الخصوص ولذلك اخبر بالعدد قال لا يمنع الاجزاء الا هذه الاربعة فقط ومن قال هو خاص اريد به العموم وذلك من النوع الذى يقع فيه التنبيه بالادنى على الاعلى قال ما هو اشد من المنصوص عليها فهو احرى الا يجزى واما الموضع الثانى اعنى ما كان من العيوب فى سائر الاعضاء مفيداً للنقص على نحو افادة هذه العيوب المنصوص عليها له فانهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة اقوال احدها انها تمنع الاجزاء كمنع المنصوص عليها وهو المعروف من مذهب مالك فى الكتب المشهورة والقول الثانى انها لا تمنع الاجزاء وان كان يستحب اجتنابها وبه قال ابن القصار وابن الجلاب وجماعة من البغداديين من اصحاب مالك والقول الثالث انها لا تمنع الاجزاء ولا يستحب تجنبها وهو قول اهل الظاهر ● وسبب اختلافهم شيئان احدهما اختلافهم فى مفهوم الحديث المتقدم والثانى تعارض الآثار فى هذا الباب اما الحديث المتقدم فمن رآه من باب الخاص اريد به الخاص قال لا يمنع ما سوى الاربع مما هو مساو لها او اكثر منها واما من رآه من باب الخاص اريد به العام وهم الفقهاء فمن كان عنده انه من باب التنبيه بالادنى على الاعلى فقط لا من باب التنبيه بالمساوى على المساوى قال يلحق بهذه الاربع ما كان اشد منها ولا يلحق بها ما كان مساويا لها فى منع الاجزاء الاعلى وجه الاستحباب ومن كان عنده انه من باب التنبيه على الامرين جميعاً اعني على ما هو اشد من المنطوق به او مساو له قال تمنع العيوب الشبيهة بالمنصوص عليها الاجزاء كما يمنعه العيوب التى هى اكبر منها فهذا هو احد اسباب الخلاف فى هذه المسئلة وهو من قبل تردد اللفظ بين ان يفهم منه المعنى الخاص او المعنى العام ثم ان من فهم منه العام فاى عام هو هل الذى هو اكثر من ذلك او الذى هو اكثر والمساوى معاً على المشهور من مذهب مالك ● واما السبب الثانى فانه ورد فى هذا الباب من الاحاديث الحسان حديثان متعارضان فذكر النسائى عن ابى بردة انه قال يا رسول الله اكره النقص يكون فى القرن والاذن فقال له النبى صلى الله عليه وسلم ما كرهته فدعه ولا تحرمه على

غيرك وذكر على بن ابى طالب قال امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والاذن ولا يضحى بشرقاء ولا خرقاء ولا مدابرة ولا بتراء والشرقاء المشقوقة الاذن والخرقاء المثقوبة الاذن والمدابرة التى قطع من جنبتى اذنها من خلف فمن رجح حديث ابى بردة قال لا يتقى الا العيوب الاربع اوماهو اشد منها ومن جمع بين الحديثين بان حمل حديث ابى بردة على اليسير الذى هو غير بين وحديث على على الكثير الذى هو بين الحق بحكم المنصوص عليها ما هو مساويا لها ولذلك جرى اصحاب هذا المذهب الى التحديد فيما يمنع الاجزاء مما يذهب من هذه الاعضاء فاعتبر بعضهم ذهاب الثلث من الاذن والذنب وبعضهم اعتبر الاكثر وكذلك الامر فى ذهاب الاسنان واطباء الثدى واما القرن فان مالكا قال ليس ذهاب جزء منه عيباً الا ان يكون يدمى فانه عنده من باب المرض ولا خلاف فى ان المرض البين يمنع الاجزاء وخرج ابوداود ان النبى عليه السلام نهى عن اعضب الاذن والقرن واختلفوا فى الصكا وهى التى خلقت بلا اذنين فذهب مالك والشافعى الى انها لا تجوز وذهب ابو حنيفة الى انه اذا كان خلقة جاز كالاجم ولم يختلف الجمهور ان قطع الاذن كلها او اكثره عيب وكل هذا الاختلاف راجع الى ما قدمنا واختلفوا فى الابتر فقوم اجازوه لحديث جابر الجعفى عن محمد بن قرظة عن ابى سعيد الخدرى انه قال اشتريت كبشاً لاضحى به فاكل الذيب ذنبه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ضح به وجابر عند اكثر المحدثين لا يحتج به وقوم ايضاً منعوه لحديث على المتقدم ﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهى معرفة السن المشترطة فى الضحايا فانهم اجمعوا على انه لا يجوز الجذع من المعز بل الثنى فما فوقه لقوله عليه السلام لابى بردة لما امره بالاعادة يجزيك ولا يجزى جذع عن احد غيرك واختلفوا فى الجذع من الضأن فالجمهور على جوازه وقال قوم بل الثنى من الضأن • وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فالخصوص هو حديث جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تذبحوا الا مسنة الا ان يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن خرجه مسلم والعموم هو ما جاء فى حديث ابى بردة بن دينار خرجه من قوله عليه السلام ولا تجزى جذعة عن احد بعدك فمن رجح هذا العموم على الخصوص وهو مذهب ابى محمد بن حزم فى هذه المسئلة لانه زعم ان ابا الزبير مدلس عند المحدثين والمدلس عندهم هو من ليس بحجة العنعنة من قوله بحرى السند ليسامحه فى ذلك وحديث ابى بردة لا مطعن فيه واما من ذهب الى بناء الخاص على العام على ما هو المشهور عند جمهور الاصوليين فانه استثنى من ذلك العموم جذع الضأن المنصوص عليها وهو الاولى وقد صحح هذا الحديث ابوبكر بن صفور وخطا ابو محمد بن حزم فيما نسب الى ابى الزبير فى غالب ظنى فى قوله رد فيه على ابن حزم ﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وهى عدد ما يجزى من الضحايا عن المضحين فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك يجوز ان يذبح الرجل الكبش او البقرة او البدنة مضحياً عن نفسه وعن اهل بيته الذين تلزمه نفقتهم بالشرع وكذلك عنده الهدايا واجاز الشافعى وابو حنيفة وجماعة ان ينحر الرجل البدنة عن سبع وكذلك البقرة مضحياً او مهديا واجمعوا على ان الكبش لا يجزى الا عن واحد الا ما رواه مالك من انه يجزى ان يذبحه الرجل عن نفسه وعن اهل بيته لا على جهة الشركة بل اذا اشتراه مفرداً وذلك لما روى عن عائشة انها قالت كنا بمنى فدخل علينا بلحم بقر فقلنا ما هو فقالوا ضحى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ازواجه وخالفه فى ذلك أبو حنيفة والثورى على وجه الكراهة لا على وجه عدم الاجزاء • وسبب اختلافهم معارضة الاصل فى ذلك للقياس المبنى على الاثر الوارد فى الهدايا وذلك ان الاصل هو الا يجزى الا واحد عن واحد ولذلك اتفقوا على

منع الاشتراك في الضأن وانما قلنا ان الاصل هو الايجزى الا واحد عن واحد لان الامر بالتضحية لا يتبعض اذ كان من كان له شرك في ضحية ليس ينطلق عليه اسم مضح الا ان قام الدليل الشرعي على ذلك واما الاثر الذي اتبنى عليه القياس المعارض لهذا الاصل فيارووى عن جابر انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنة عن سبع وفي بعض روايات الحديث سن رسول الله صلي الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة فقاس الشافعي وابو حنيفة الضحايا في ذلك على الهدايا واما مالك فرجح الاصل على القياس المبني على هذا الاثر لانه اعتل لحديث جابر بان ذلك كان حين صد المشركون رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيت وهدى المحصر بعد وليس هو عنده واجبا وانما هو تطوع وهدى التطوع يجوز عنده فيه الاشتراك ولا يجوز الاشتراك في الهدى الواجب لكن على القول بان الضحايا غير واجبة فقد يمكن قياسها على هذا الهدى وروى عنه ابن القاسم انه لا يجوز الاشتراك لا في هدى تطوع ولا في هدى وجوب وهذا كانه رد للحديث لمكان مخالفته للاصل في ذلك واجمعوا على انه لا يجوز ان يشترك في النسك اكثر من سبعة وان كان قد روى من حديث رافع بن خديج ومن طريق ابن عباس وغيره البدنة عن عشرة وقال الطحاوي واجماعهم على انه لا يجوز ان يشترك في النسك اكثر من سبعة دليل على ان الآثار في ذلك غير صحيحة وانما صار مالك لجواز تشريك الرجل اهل بيته في اضحيته اوهديه لما رواه عن ابن شهاب انه قال ما نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اهل بيته الا بدنة واحدة او بقرة واحدة وانما خولف مالك في الضحايا في هذا المعنى أعني في التشريك لان الاجماع انعقد على منع التشريك فيه في الاجانب فوجب ان يكون الاقارب في ذلك في قياس الاجانب وانما فرق مالك في ذلك بين الاجانب والاقارب لقياسه الضحايا على الهدايا وفي الحديث الذي احتج به اعني حديث ابن شهاب فاختلافهم في هذه المسئلة اذا راجع الى تعارض الاقيسة في هذا الباب أعني اما الحاق الاقارب بالاجانب واما قياس الضحايا على الهدايا

﴿ الباب الثالث ﴾

ويتعلق بالذبح المختص بالضحايا النظر في الوقت والذبح اما الوقت فانهم اختلفوا فيه في ثلاثة مواضع في ابتدائه وفي انتهائه وفي الليل المتحلل له فاما في ابتدائه فانهم اتفقوا على ان الذبح قبل الصلاة لا يجوز لثبوت قوله عليه السلام من ذبح قبل الصلاة فانما هي شاة لحم وامره بالاعادة لمن ذبح قبل الصلاة وقوله اول ما نبدأ به في يومنا هذا هو ان نصلي ثم نحر الى غير ذلك من الآثار الثابتة التي في هذا المعنى واختلفوا في من ذبح قبل ذبح الامام وبعد الصلاة فذهب مالك الى انه لا يجوز لاحد ذبح اضحيته قبل ذبح الامام وقال ابو حنيفة والثوري يجوز الذبح بعد الصلاة وقبل ذبح الامام * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه جاء في بعضها ان النبي عليه السلام امر لمن ذبح قبل الصلاة ان يعيد الذبح وفي بعضها انه امر لمن ذبح قبل ذبحه ان يعيد خرج هذا الحديث الذي فيه هذا المعنى مسلم فمن جعل ذلك موطنين اشترط ذبح الامام في جواز الذبح ومن جعل ذلك موطنا واحدا قال انما يعتبر في اجزاء الذبح الصلاة فقط وقد اختلفت الرواية في حديث ابي بردة بن دينار وذلك انه في بعض رواياته انه ذبح قبل الصلاة فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يعيد الذبح وفي بعضها انه ذبح قبل ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم فامره بالاعادة واذا كان ذلك كذلك فحمل قول الراوي انه ذبح قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم وقول الآخر ذبح قبل الصلاة على موطن واحد اولى وذلك ان من ذبح قبل الصلاة فقد ذبح قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجب ان يكون المؤثر في عدم الاجزاء انما هو الذبح قبل الصلاة كما جاء في الآثار الثابتة في ذلك من حديث انس وغيره ان من ذبح قبل الصلاة فليعد وذلك ان تاصيل هذا الحكم منه صلى الله

عليه

عليه وسلم يدل بمفهوم الخطاب دلالة قوية ان الذبح بعد الصلاة يجزى لانه لو كان هنالك شرط آخر مما يتعلق باجزاء الذبح لم يسكت عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم مع ان فرضه التبيين ونص حديث أنس هذا قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم النحر من كان ذبح قبل الصلاة فليعد واختلفوا من هذا الباب في فرع مسكوت عنه وهو متى يذبح من ليس له إمام من أهل القرى فقال مالك يحرون ذبح اقرب الائمة اليهم وقال الشافعي يحرون قدر الصلاة والخطبة ويذبحون وقال أبو حنيفة من ذبح من هؤلاء بعد الفجر اجزأه وقال قوم بعد طلوع الشمس وكذلك اختلف أصحاب مالك في فرع آخر وهو إذا لم يذبح الامام في المصلى فقال قوم يجزى ذبحه بعد انصرافه وقال قوم ليس يجب ذلك وأما آخر زمان الذبح فان مالكا قال آخره اليوم الثالث من ايام النحر وذلك غيب الشمس فالذبح عنده هو في الايام المعلومات يوم النحر ويومان بعده وبه قال أبو حنيفة وأحمد وجماعة وقال الشافعي والاوزاعي الاضحى اربعة ايام يوم النحر وثلاثة ايام بعده وروى عن جماعة انهم قالوا الاضحى يوم واحد وهو يوم النحر خاصة وقد قيل الذبح الى آخر يوم من ذي الحجة وهو شاذ لا دليل عليه وكل هذه الاقاويل مروية عن السلف * وسبب اختلافهم شيئان أحدهما اختلافهم في الايام المعلومات ما هي في قوله تعالى ليشهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله في ايام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الانعام فقيل يوم النحر ويومان بعده وهو المشهور وقيل العشر الاول من ذي الحجة * والسبب الثاني معارضة دليل الخطاب في هذه الآية لحديث جبير بن مطعم وذلك انه ورد فيه عنه عليه السلام انه قال كل عرفة منحر وكل ايام التشريق ذبح فمن قال في الايام المعلومات انها يوم النحر ويومان بعده في هذه الآية ورجح دليل الخطاب فيها على الحديث المذكور قال لا نحر الا في هذه الايام ومن رأى الجمع بين الحديث والآية وقال لا معارضة بينهما اذ الحديث اقتضى حكماً زائداً على ما في الآية مع ان الآية ليس المقصود منها تحديد ايام الذبح والحديث المقصود منه ذلك قال يجوز الذبح في اليوم الرابع اذ كان باتفاق من ايام التشريق ولا خلاف بينهم ان الايام المعدودات هي ايام التشريق وانها ثلاثة بعد يوم النحر الا ما روى عن سعيد بن جبير انه قال يوم النحر من ايام التشريق وانما اختلفوا في الايام المعلومات على القولين المتقدمين وامن قال يوم النحر فقط فبناء على ان المعلومات هي العشر الاول قال واذا كان الاجماع قد انعقد انه لا يجوز الذبح منها الا في اليوم العاشر وهي محل الذبح المنصوص عليها فواجب ان يكون الذبح انما هو يوم النحر فقط ﴿ واما المسئلة الثالثة ﴾ وهي اختلافهم في الليالي التي تخلل ايام النحر فذهب مالك في المشهور عنه الى انه لا يجوز الذبح في ليالي ايام التشريق ولا النحر وذهب الشافعي وجماعة الى جواز ذلك * وسبب اختلافهم الاشتراك الذي في اسم اليوم وذلك ان مرة يطلقه العرب على النهار والليلة مثل قوله تعالى فمتعوا في داركم ثلاثة ايام ومرة يطلقه على الايام دون الليالي مثل قوله تعالى سخرها عليهم سبع ليال وثمانية ايام حسوما فمن جعل اسم اليوم يتناول الليل مع النهار في قوله تعالى ليذكروا اسم الله في ايام معلومات قال يجوز الذبح بالليل والنهار في هذه الايام ومن قال ليس يتناول اسم اليوم الليل في هذه الآية قال لا يجوز الذبح ولا النحر بالليل والنظر هل اسم اليوم اظهر في احدهما من الثاني ويشبه ان يقال انه اظهر في النهار منه في الليل لكن ان سلمنا ان دلالته في الآية هي على النهار فقط لم يمتنع الذبح بالليل الا بنحو ضعيف من ايجاب دليل الخطاب وهو تعليق ضد الحكم بضد مفهوم الاسم وهذا النوع من انواع دليل الخطاب هو من اضعفها حتى انهم قالوا ما قال به احد من المتكلمين الا الدقاق فقط الا ان يقول قائل ان الاصل

هو الحظر في الذبح وقد ثبت جوازه بالنهار فعلى من جوزه بالليل الدليل واما الذبح فان العلماء استحبوا ان يكون المضحى هو الذى يلى ذبح اضحيته بيده واتفقوا على انه يجوز ان يوكل غيره على الذبح واختلفوا هل تجوز الضحية ان ذبحها غيره بغير اذنه فقيل لا تجوز وقيل بالفرق بين ان يكون صديقا او ولداً اواجنبياً اعنى انه يجوز ان كان صديقا او ولداً ولم يختلف المذهب فيما احسب انه ان كان اجنبياً انها لا تجوز

﴿ الباب الرابع فى أحكام لحوم الضحايا ﴾ واتفقوا على ان المضحى مامور ان ياكل من لحم اضحيته وينصدق لقوله تعالى فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير وقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر ولقوله صلى الله عليه وسلم في الضحايا كلوا وتصدقوا وادخروا واختلف مذهب مالك هل يومر بالاكل والصدقة معاً ام هو مخير بين ان يفعل احد الامرين فقال مالك ليس له ان يفعل احد الامرين اعنى ان ياكل الكل او يتصدق بالكل وقال ابن المواز له ان يفعل احد الامرين واستحب كثير من العلماء ان يقسمها ثلاثا ثلثا للادخار وثلثا للصدقة وثلثاً للاكل لقوله عليه السلام فكلوا وتصدقوا وادخروا وقال عبد الوهاب فى الاكل انه ليس بواجب فى المذهب خلافا لقوم اوجبوا ذلك واظن اهل الظاهر يوجبون تجزية لحوم الضحايا الى الاقسام الثلاثة التى يتضمنها الحديث والعلماء متفقون فيما علمت انه لا يجوز بيع لحمها واختلفوا فى جلدها وشعرها وماعدا ذلك مما ينتفع به منها فقال الجمهور لا يجوز بيعه وقال ابو حنيفة يجوز بيعه بغير الدراهم والدنانير اى بالعروض وقال عطاء يجوز بكل شئ دراهم ودنانير وغير ذلك وانما فرق ابو حنيفة بين الدراهم وغيرها لانه رآ ان المعاوضة بالعروض هى من باب الانتفاع لاجماعهم على انه يجوز ان ينتفع به وهذا القدر كاف فى قواعد هذا الكتاب والحمد لله

﴿ كتاب الذبائح ﴾

والقول المحيط بقواعد هذا الكتاب ينحصر فى اربعة ابواب . الباب الاول فى معرفة محل الذبح والنحر وهو المذبوح او المنحور . الباب الثانى فى معرفة الذبح والنحر . الباب الثالث فى معرفة الآلة التى بها يكون الذبح والنحر . الباب الرابع في معرفة شروط الذكاة . الباب الخامس في معرفة الذابح والناحر ، والاصول هى الاربعة والشروط يمكن ان يدخل في الاربعة الابواب ، والاسهل فى التعليم ان يجعل بابا على حدته

﴿ الباب الاول ﴾ وصفة الحيوان فى اشتراط الذكاة فى اكله على قسمين حيوان لا يحل الا بذكاة وحيوان يحل بغير ذكاة ومن هذه مما اتفقوا عليه ومنها ما اختلفوا فيه واتفقوا على ان الحيوان الذى يعمل فيه الذبح هو الحيوان البرى ذو الدم الذى ليس بمحرم ولا منفوذ المقاتل ولا ميئوس منه بوقذ او نطح او تردٍ او افتراس سبع او مرض وان الحيوان البحرى ليس يحتاج الى ذكاة واختلفوا فى الحيوان الذى ليس بدمى مما يجوز اكله مثل الجراد وغيره هل له ذكاة ام لا وفى الحيوان الدمي الذى يكون تارة فى البحر وتارة فى البر مثل السحالفات وغيره واختلفوا في تاثير الذكاة فى الاصناف التى نص عليها فى آية التحريم وفى تاثير الذكاة فيما لا يحل اكله اعنى فى تحليل الانتفاع بجلودها وسلب النجاسة عنها ففى هذا الباب اذا ست مسائل اصول ﴿ المسئلة الاولى ﴾ فى تاثير الذكاة فى الاصناف الاربعة او الخمسة التى نص عليها فى الآية اذا ادركت حية المسئلة الثانية فى تاثير الذكاة فى الحيوان المحرم الاكل المسئلة الثالثة فى تاثير الذكاة فى المريضة المسئلة الرابعة فى هل ذكاة الجنين ذكاة امه ام لا المسئلة الخامسة هل للجراد ذكاة ام لا المسئلة السادسة هل للحيوان الذى يأوى فى البر تارة وفى البحر تارة ذكاة

اما لا ﴿المسئلة الاولى﴾ اما المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما اكل السبع فانهم اتفقوا فيما اعلم انه اذا لم يبلغ الخنق منها اوالوقوذ منها الى حالة لايرجى فيها ان الذكاة عاملة فيها اعني انه اذا غلب على الظن انها تعيش وذلك بان لايصاب لها مقتل واختلفوا اذا غلب على الظن انها من ذلك باصابة مقتل او غيره فقال قوم تعمل الذكاة فيها وهو مذهب ابي حنيفة والمشهور من قول الشافعي وهو قول الزهري وابن عباس وقال قوم لاتعمل الذكاة فيها وعن مالك في ذلك الوجهان ولكن الاشهر انها لاتعمل في الميئوس منها وبعضهم تاول في المذهب الميئوسة منها على ضربين ميئوسة مشكوك فيها وميئوسة مقطوع بموتها وهي المتفوذة المقاتل على اختلاف بينهم ايضاً في المقاتل قال فاما الميئوسة المشكوك فيها ففي المذهب فيها روايتان مشهورتان واما المتفوذة المقاتل فلا خلاف في المذهب المنقول ان الذكاة لاتعمل فيها وان كان يخرج فيها الجواز على وجه ضعيف ● وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى إلا ما ذكيتم هل هو استثناء متصل فيخرج من الجنس بعض مايتناوله اللفظ وهو المتخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع على عادة الاستثناء المتصل أم هو استثناء منفصل لاتاثير له في الجملة المتقدمة اذ كان هذا أيضاً شان الاستثناء المنقطع في كلام العرب فمن قال انه متصل قال الذكاة تعمل في هذه الاصناف الخمسة واما من قال الاستثناء منفصل فانه قال لا تعمل الذكاة فيها وقد احتج من قال ان الاستثناء متصل باجماعهم على ان الذكاة تعمل في المرجو منها قال فهذا يدل على ان الاستثناء له تاثير فيها فهو متصل وقد احتج أيضاً من راى انه منفصل بان التحريم لم يتعلق باعيان هذه الاصناف الخمسة وهي حية وإنما يتعلق بها بعد الموت واذا كان ذلك كذلك فالاستثناء منقطع وذلك ان معنى قوله تعالى حرمت عليكم الميتة إنما هو لحم الميتة وكذلك لحم الموقوذة والمتردية والنطيحة وسائرها أي لحم الميتة بهذه الاسباب سوى التي تموت من تلقاء نفسها وهي التي تسمي ميتة أكثر ذلك في كلام العرب أو بالحقيقة قالوا فلما علم ان المقصود لم يكن تعليق التحريم باعيان هذه وهي حية وإنما علق بها بعد الموت لان لحم الحيوان يحرم في حال الحياة بدليل اشتراط الذكاة فيها وبدليل قوله عليه السلام ماقطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة وجب ان يكون قوله إلا ما ذكيتم استثناء منفصلا لكن الحق في ذلك ان كيف ما كان الامر في الاستثناء فواجب ان تكون الذكاة تعمل فيها وذلك انه ان علقنا التحريم بهذه الاصناف في الآية بعد الموت وجب ان تدخل في التذكية من جهة ما هي حية الاصناف الخمسة وغيرها لانها مادامت حية مساوية لغيرها في ذلك من الحيوان أعني انها تقبل الحياة من قبل التذكية التي الموت منها هو سبب الحياة وان قلنا ان الاستثناء متصل فالاخفاء يوجب ذلك ويحتمل ان يقال ان عموم التحريم يمكن ان يفهم منه تناول اعيان هذه الخمسة بعد الموت وقبله كالحال في الخنزير والتي لا تعمل فيه الذكاة فيكون الاستثناء على هذا رافعاً لتحريم اعيانها بالتنصيص على عمل الذكاة فيها وإذا كان ذلك كذلك لم يلزم ما اعترض به ذلك المعترض من الاستدلال على كون الاستثناء منفصلا واما من فرق بين المتفوذة المقاتل والمشكوك فيها فيحتمل ان يقال ان مذهبه ان الاستثناء منفصل وانما جاز تاثير الذكاة في المرجوة بالاجماع قاس المشكوك على المرجوة ويحتمل أن يقال ان الاستثناء متصل ولكن استثناء هذا الصنف من الموقوذة بالقياس وذلك ان الذكاة انما تجب ان تعمل في حين يقطع انها سبب الموت فاما اذا شك هل كان موجب الموت الذكاة أو الوقذ أو النطح أو سائرها فلا يجب أن تعمل في ذلك وهذه هي حال المتفوذة المقاتل وله ان يقول ان المتفوذة المقاتل في حكم الميتة والذكاة من

شرطها أن ترفع الحياة الثابتة لا الحياة الذاهبة ﴿ المسألة الثانية ﴾ وأما هل تعمل الذكاة في الحيوانات المحرمات الاكل حتى تطهر بذلك جلودها فانهم أيضاً اختلفوا في ذلك فقال مالك الذكاة تعمل في السباع وغيرها ماعدى الخنزير وبه قال أبو حنيفة الا أنه اختلف المذهب في كون السباع فيه محرمة أو مكروهة على ماسياتي في كتاب الاطعمة والاشربة وقال الشافعي الذكاة تعمل في كل حيوان محرم الاكل فيجوز بيع جميع اجزائه والانتفاع بها ما عدى اللحم • وسبب الخلاف هل جميع أجزاء الحيوان تابعة للحم في الحلية والحرمية أم ليست بتابعة للحم فمن قال انها تابعة للحم قال اذا لم تعمل الذكاة في اللحم لم تعمل فيما سواه ومن رأى أنها ليست بتابعة قال وان لم تعمل في اللحم فانها تعمل في سائر اجزاء الحيوان لان الاصل انها تعمل في جميع الاجزاء فاذا ارتفع بالدليل المحرم للحم عملها في اللحم بقي عملها في سائر الاجزاء الا أن يدل الدليل على ارتفاعه

﴿ المسألة الثالثة ﴾ واختلفوا في تاثير الذكاة في البهيمة التي أشرفت على الموت من شدة المرض بعد اتفاقهم على عمل الذكاة في التي لم تشرف على الموت فالجمهور على أن الذكاة تعمل فيها وهو المشهور عن مالك وروي عنه أن الذكاة لا تعمل فيها • وسبب الخلاف معارضة القياس للاثر فاما الاثر فهو ماروى ان امة لكعب بن مالك كانت ترعى غنما بسلع فاصيبت شاة منها فادركتها فذكتها بحجر فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كلوها خرجه البخاري ومسلم وأما القياس فلان المعلوم من الذكاة انها انما تفعل في الحي وهذه في حكم الميت وكل من أجاز ذبحها فانهم اتفقوا على أنه لا تعمل الذكاة فيها الا اذا كان فيها دليل على الحياة واختلفوا فيما هو الدليل المعتبر في ذلك فبعضهم اعتبر الحركة وبعضهم لم يعتبرها والاول مذهب أبي هريرة والثاني مذهب زيد بن ثابت وبعضهم اعتبر فيها ثلاث حركات اطراف العين وتحريك الذنب والركض بالرجل وهو مذهب سعيد بن المسيب وزيد بن أسلم وهو الذي اختاره محمد بن المواز وبعضهم شرط مع هذه التنفس وهو مذهب ابن حبيب

﴿ المسألة الرابعة ﴾ واختلفوا هل تعمل ذكاة الام في جنينها أم ليس تعمل فيه وانما هو ميتة أعني اذا خرج منها بعد ذبح الام فذهب جمهور العلماء الى أن ذكاة الام ذكاة لجنينها وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة ان خرج حياً ذبح وأكل وان خرج ميتاً فهو ميتة والذين قالوا ان ذكاة الام ذكاة له بعضهم اشترط في ذلك تمام خلقه ونبات شعره وبه قال مالك وبعضهم لم يشترط ذلك وبه قال الشافعي • وسبب اختلافهم اختلافهم في صحة الاثر المروى في ذلك من حديث أبي سعيد الخدري مع مخالفته للاصول وحديث أبي سعيد هو قال سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البقرة أو الناقة أو الشاة ينحرها أحدنا فنجد في بطنها جنيناً اما كلما أم نلقيه فقال كلوه ان شئتم فان ذكاته ذكاة امه وخرج مثله الترمذي وأبو داود عن جابر واختلفوا في تصحيح هذا الاثر فلم يصححه بعضهم وصححه بعضهم وآخر من صححه الترمذي وأما مخالفته الاصل في هذا الباب للاثر فهو ان الجنين اذا كان حياً ثم مات بموت امه فانما يموت خنقاً فهو من المنخنقة التي ورد النص بتحريمها والى تحريمه ذهب أبو محمد بن حزم ولم يرض سند الحديث وأما اختلاف القائلين بحليته في اشتراطهم نبات الشعر فيه أولا اشتراطه • فالسبب فيه معارضة العموم للقياس وذلك ان عموم قوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة امه يقتضي الا يقع هنالك تفصيل وكونه محلا للذكاة يقتضي ان يشترط فيه الحياة قياساً على الاشياء التي تعمل فيها التذكية والحياة لا توجد فيه الا اذا نبت شعره وتم خلقه ويعضد هذا القياس ان هذا الشرط مروي عن ابن عمر وعن جماعة من الصحابة وروى معمر عن

الزهري عن عبد الله بن كعب بن مالك قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون اذا اشعر الجنين فذكاته ذكاة امه وروى ابن المبارك عن ابن ابي ليلى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكاة الجنين ذكاة امه أشعر او لم يشعر إلا أن ابن ابي ليلى سيء الحفظ عندهم والقياس يقتضي ان تكون ذكاته في ذكاة امه من قبل انه جزء منها وإذا كان ذلك كذلك فلا معنى لاشتراط الحياة فيه فيضعف ان يخصص العموم الوارد في ذلك بالقياس الذي تقدم ذكره عن اصحاب مالك ﴿المسئلة الخامسة﴾ واختلفوا في الجراد فقال مالك لا يؤكل من غير ذكاة وذكاته عنده هو ان يقتل إما بقطع رأسه او بغير ذلك وقال عامة الفقهاء يجوز اكل ميتته وبه قال مطرف وذكاة ما ليس بذي دم عند مالك كذكاة الجراد * وسبب اختلافهم في ميتة الجراد هو هل يتناوله اسم الميتة ام لا في قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والخلاف سبب آخر وهو هل جسد حوت او حيوان بري

﴿المسئلة السادسة﴾ واختلفوا في الذي في البر والبحر هل يحتاج إلى ذكاة ام لا فغلب قوم فيه حكم البر وغلب آخرون حكم البحر واعتبر آخرون حيث يكون عيشه ومتصرفه منهما غالباً

﴿الباب الثاني في الذكاة﴾ وفي قواعد هذا الباب مسئلتان ﴿المسئلة الاولى﴾ في انواع الذكاة المختصة بصنف صنف من بهيمة الانعام . الثانية في صفة الذكاة

﴿المسئلة الاولى﴾ واتفقوا على أن الذكاة في بهيمة الانعام نحر وذبح وأن من سنة الغنم والطير الذبح وأن من سنة الابل النحر وأن البقر يجوز فيها الذبح والنحر واختلفوا هل يجوز النحر في الغنم والطير والذبح في الابل فذهب مالك الى انه لا يجوز النحر في الغنم والطير ولا الذبح في الابل وذلك في غير موضع الضرورة وقال قوم يجوز جميع ذلك من غير كراهة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجماعة العلماء وقال اشهب ان نحر ما يذبح او ذبح ما ينحر اكل ولكنه يكره وفرق ابن بكير بين الغنم والابل فقال يؤكل البعير بالذبح ولا يؤكل الشاة بالنحر ولم يختلفوا في جواز ذلك في موضع الضرورة * وسبب اختلافهم معارضة الفعل للعموم فاما العموم فقوله عليه السلام ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا وأما الفعل فانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر الابل والبقر وذبح الغنم وانما اتفقوا على جواز ذبح البقر لقوله تعالى إن الله يأمركم ان تذبحوا بقرة وعلى ذبح الغنم لقوله تعالى في الكبش وفديناه بذبح عظيم ﴿المسئلة الثانية﴾ وأما صفة الذكاة فانهم اتفقوا على أن الذبح الذي يقطع فيه الودجان والمرئ والحلقوم مبيح للاكل واختلفوا من ذلك في مواضع . أحدها هل الواجب قطع الاربعة كلها او بعضها وهل الواجب في المقطوع منها قطع الكل او الاكثر وهل من شرط القطع الا تقع الجوزة الى جهة البدن بل الى جهة الرأس وهل ان قطعها من جهة العنق جازا كلها ام لا وهل ان تمادى في قطع هذه حتى قطع النخاع جاز ذلك ام لا وهل من شرط الذكاة الا يرفع يده حتى يتم الذكاة ام لا فهذه ست مسائل في عدد المقطوع وفي مقداره وفي موضعه وفي نهاية القطع وفي جهته أعني من قدام او خلف وفي صفته

﴿أما المسئلة الاولى﴾ فان المشهور عن مالك في ذلك هو قطع الودجين والحلقوم وانه لا يجزي اقل من ذلك وقيل عنه بل الاربعة وقيل بل الودجين فقط ولم يختلف المذهب في ان الشرط في قطع الودجين هو استيفاؤهما واختلف في قطع الحلقوم على القول بوجوبه فقيل كله وقيل اكثره وأما ابو حنيفة فقال الواجب في التذكية هو قطع ثلاثة غير معينة من الاربعة إما الحلقوم والودجان وإما المرئ والحلقوم واحد الودجين او المرئ

والودجان وقال الشافعي الواجب قطع المرى والحلقوم فقط وقال محمد بن الحسن الواجب قطع اكثر كل واحد من الاربعة • وسبب اختلافهم انهم يات في ذلك شرط منقول وإنما جاء في ذلك اثران . أحدهما يقتضي انهار الدم فقط . والاخر يقتضي قطع الاوداج مع انهار الدم ففي حديث رافع بن جريج انه قال عليه السلام ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل وهو حديث متفق على صحته وروى عن ابي امامة عن النبي صلى عليه الله وسلم انه قال فرى الاوداج فكلوا مالم يكن رض ناب اوظفر فظاهر الحديث الاول يقتضي قطع بعض الاوداج فقط لان انهار الدم يكون بذلك وفي الثاني قطع جميع الاوداج فالحديثان والله اعلم متفقان على قطع الودجين اما احدهما او البعض من كليهما اومن واحد منهما ولذلك وجه الجمع بين الحديثين ان يفهم من لام التعريف في قوله عليه السلام مافري الاوداج البعض لاالكل اذكانت لام التعريف في كلام العرب قدتدل على البعض وأما من اشترط قطع الحلقوم والمرى فليس له حجة من السماع وأكثر من ذلك من اشترط المرى والحلقوم دون الودجين ولهذا ذهب قوم الى ان الواجب هو قطع ماوقع الاجماع على جوازه لان الذكاة لما كانت شرطاً في التحليل ولم يكن في ذلك نص فيما يجزي وجب ان يكون الواجب في ذلك ماوقع الاجماع على جوازه الاان يقوم الدليل على جواز الاستثناء من ذلك وهو ضعيف لان ما وقع الاجماع على اجزائه ليس يلزم ان يكون شرطاً في الصحة

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ في موضع القطع وهي ان لم يقطع الجوزة في نصفها وخرجت الى جهة البدن فاختلف فيه في المذهب فقال مالك وابن القاسم لايوكل وقال اشهب وابن عبد الحكم وابن وهب توكل • وسبب الخلاف هل قطع الحلقوم شرط في الذكاة اوليس بشرط فمن قال انه شرط قال لابد ان تقطع الجوزة لانه اذا قطع فوق الجوزة فقد خرج الحلقوم سليما ومن قال انه ليس بشرط قال ان قطع فوق الجوزة جاز

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وهي ان قطع اعضاء الذكاة من ناحية العنق فان المذهب لايختلف انه لايجوز وهو مذهب سعيد بن المسيب وابن شهاب وغيرهم وقال ذلك الشافعي وابو حنيفة واسحاق وابو ثور وروى ذلك عن ابن عمر وعلي وعمران بن الحصين • وسبب اختلافهم هل يعمل الذكاة في المنفوذة المقاتل ام لا تعمل وذلك ان القاطع لاعضاء الذكاة من القفا لايصل اليها بالقطع الابعد قطع النخاع وهو مقتل من المقاتل فترد الذكاة على حيوان قد اصيب مقتله وقد تقدم سبب الخلاف في هذه المسئلة

﴿ وأما المسئلة الخامسة ﴾ وهي أن يتمادى الذابح بالذبح حتى يقطع النخاع فان مالكا كره ذلك اذا تمادى في القطع ولم ينو قطع النخاع من اول الامر لانه ان نوى ذلك فكانه نوى التذكية على غير الصفة الجائزة وقال مطرف وابن الماجشون لاتوكل ان قطعها متعمداً دون جهل وتوكل ان قطعها ساهياً اوجاهلا

﴿ وأما المسئلة السادسة ﴾ وهي هل من شرط الذكاة ان تكون في فور واحد فان المذهب لايختلف ان ذلك من شرط الذكاة وأنه اذا رفع يده قبل تمام الذبح ثم اعادها وقد تباعد ذلك ان تلك الذكاة لاتجوز واختلفوا اذا اعاد يده بفور ذلك وبالقرب فقال ابن حبيب ان اعاد يده بالفور اكلت وقال سحنون لاتوكل وقيل ان رفعها لمكان الاختبار هل تمت الذكاة ام لا فاعادها على الفور ان تبين له انها لم تتم اكلت وهو احد ماتؤول على سحنون وقد تؤول قوله على الكراهة قال ابو الحسن اللخمي ولو قيل عكس هذا لكان اجود أعني أنه اذا رفع يده وهو يظن انه قد اتم الذكاة فتبين له غير ذلك فاعادها انها توكل لان الاول وقع عن شك وهذا عن اعتقاد ظنه يقيناً

وهذا

وهذا مبنى على أن من شرط الذكاة قطع كل اعضاء الذكاة فاذا رفع يده قبل ان تتم كانت منفوذة المقاتل غير مذكاة فلا تؤثر فيها العودة لانها بمنزلة ذكاة طرأت على المنفوذة المقاتل

﴿ الباب الثالث فيما تكون به الذكاة ﴾ أجمع العلماء على أن كل ما انهر الدم وفرى الاوداج من حديد اوصخر اوعود اوقصيب أن الذكية به جائزة واختلفوا فى ثلاثة فى السن والظفر والعظم فمن الناس من اجاز الذكية بالعظم ومنعها بالسن والظفر والذين منعوها بالسن والظفر منهم من فرق بين ان يكونا منزوعين اولا يكونا منزوعين فاجاز الذكية بهما إذا كانا منزوعين ولم يجزها إذا كانا متصلين ومنهم من قال إن الذكاة بالسن والعظم مكروهة غير ممنوعة ولا خلاف فى المذهب أن الذكاة بالعظم جائزة اذا انهر الدم واختلف فى السن والظفر فيه على الاقاويل الثلاثة أعنى بالمنع مطلقاً والفرق فيهما بين الانفصال والاتصال وبالكراهية لا بالمنع

* وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم النهى الوارد فى قوله عليه السلام فى حديث رافع بن خديج وفيه قال يارسول الله انا لاقوا العدو غدا وليس معنا مدى فنذبح بالقصيب فقال عليه السلام ما انهر الدم وذكر اسم الله فكل ليس السن والظفر وساحدثكم عنه أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة فمن الناس من فهم منه أن ذلك لمكان أن هذه الاشياء ليس فى طبعها ان تنهر الدم غالباً ومنهم من فهم ذلك انه شرع غير معلل والذين فهموا منه أنه شرع غير معلل منهم من اعتقد أن النهى فى ذلك يدل على فساد المنهى عنه ومنهم من اعتقد انه لا يدل على فساد المنهى عنه ومنهم من اعتقد أن النهى فى ذلك على وجه الكراهة لا على وجه الحظر فمن فهم أن المعنى فى ذلك انه لا ينهر الدم غالباً قال اذا وجد منهما ما ينهر الدم جاز ولذلك رآ بعضهم ان يكونا منفصلين اذ كان انهار الدم منهما اذ كانا بهذه الصفة امكن وهو مذهب ابى حنيفة ومن رآ أن النهى عنهما هو مشروع غير معلل وأنه يدل على فساد المنهى عنه قال ان ذبح بهما لم تقع الذكية وان انهر الدم ومن رآ أنه لا يدل على فساد المنهى عنه قال إن فعل وانهر الدم اثم وحلت الذبيحة ومن رآ أن النهى على وجه الكراهية كره ذلك ولم يحرمه ولا معنى لقول من فرق بين العظم والسن فانه عليه السلام قد حلل المنع فى السن بانه عظم ولا يختلف المذهب انه يكره غير الحديد من المحدودات مع وجود الحديد لقوله عليه السلام إن الله كتب الاحسان على كل مسلم فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فاحسنوا الذبح وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته خرجه مسلم

﴿ الباب الرابع فى شروط الذكاة ﴾

وفى هذا الباب ثلاث مسائل . المسئلة الاولى فى اشتراط التسمية . الثانية فى اشتراط البسملة ، الثالثة فى اشتراط النية

﴿ المسئلة الاولى ﴾ واختلفوا فى حكم التسمية على الذبيحة على ثلاثة اقوال فقيل هى فرض على الاطلاق وقيل بل هى فرض مع الذكر ساقطة مع النسيان وقيل بل هى سنة مؤكدة وبالقول الاول قال اهل الظاهر وابن عمر والشعبى وابن سيرين وبالقول الثانى قال مالك وابو حنيفة والثورى وبالقول الثالث قال الشافعى وأصحابه وهو مروى عن ابن عباس وأبى هريرة * وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب فى ذلك للاثر فاما الكتاب فقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق وأما السنة المعارضة لهذه الآية فما رواه مالك عن هشام عن ابيه أنه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل يارسول الله إن ناساً من البادية يأتوننا بلحمان ولا ندري اسموا الله عليها أم لا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم سموا الله عليها ثم كلوها فذهب مالك الى أن الآية ناسخة لهذا الحديث وتأول أن هذا الحديث كان فى اول الاسلام ولم ير ذلك الشافعى لان هذا الحديث

ظاهره انه كان بالمدينة وآية التسمية مكية فذهب الشافعي لمكان هذا مذهب الجمع بان حمل الامر بالتسمية على الندب وأما من اشترط الذكر في الوجوب فصيراً الى قوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه ﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما استقبال القبلة بالذبيحة فان قوماً استحبوا ذلك وقوماً اجازوا ذلك وقوماً اوجبوه وقوماً كرهوا الا يستقبل بها القبلة والكراهية والمنع موجودان في المذهب وهي مسئلة مسكوت عنها والاصل فيها الاباحة إلا ان يدل الدليل على اشتراط ذلك وليس في الشرع شئ يصلح ان يكون اصلا يقاس عليه هذه المسئلة الا ان يستعمل فيها قياس مرسل وهو القياس الذي لا يستند إلى اصل مخصوص عند من اجازه اوقياس شبه بعيد وذلك أن القبلة هي جهة معظمة وهذه عبادة فوجب ان يشترط فيها الجهة لكن هذا ضعيف لانه ليس كل عبادة تشترط فيها الجهة ماعدا الصلاة وقياس الذبح على الصلاة بعيد وكذلك قياسه على استقبال القبلة بالميت ﴿ المسئلة الثالثة ﴾ وأما اشتراط النية فيها فقيل في المذهب بوجوب ذلك ولا اذكر فيها خارج المذهب في هذا الوقت خلافا في ذلك ويشبه ان يكون في ذلك قولان قول بالوجوب وقول بترك الوجوب فمن اوجب قال عبادة لاشتراط الصفة فيها والعدد فوجب ان يكون من شرطها النية ومن لم يوجبها قال فعل معقول يحصل عنه فوات النفس الذي هو المقصود منه فوجب الا تشترط فيها النية كما يحصل عن غسل النجاسة ازالة عينها ﴿ الباب الخامس فيمن تجوز تذكيته ومن لا تجوز ﴾

والمذكور في الشرع ثلاثة اصناف صنف اتفق على جواز تذكيته وصنف اتفق على منع ذكاته وصنف اختلف فيه فاما الصنف الذي اتفق على ذكاته فمن جمع خمسة شروط الاسلام والذكورية والبلوغ والعقل وترك تضييع الصلاة وأما الذي اتفق على منع تذكيته فالمشركون عبدة الاصنام لقوله تعالى وما ذبح على النصب ولقوله وما اهل به لغير الله وأما الذين اختلف فيهم فاصناف كثيرة لكن المشهور منها عشرة اهل الكتاب والمجوس والصابون والمرأة والصبي والمجنون والسكران والذي يضيع الصلاة والسارق والغاصب فاما اهل الكتاب فالعلماء مجمعون على جواز ذبائحهم لقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم ومختلفون في التفصيل فاتفقوا على انهم إذا لم يكونوا من نصارى بني تغلب ولا مرتدين وذبحوا لانفسهم وعلم انهم سموا الله تعالى على ذبيحتهم وكانت الذبيحة مما لم تحرم عليهم في التوراة ولا حرموها هم على انفسهم انه يجوز منها ماعدى الشحم واختلفوا في هذه الشروط أعني اذا ذبحوا لمسلم باستنابته اوكانوا من نصارى بني تغلب اومرتدين وإذا لم يعلم انهم سموا الله اوجهل مقصود ذبحهم اوعلم انهم سموا غير الله مما يذبحونه لكنائسهم واعيادهم اوكانت الذبيحة مما حرمت عليهم بالتوراة كقوله تعالى كل ذي ظفر اوكانت مما حرموها على انفسهم مثل الذبائح التي تكون عند اليهود فاسدة من قبل خلقة الدابة وكذلك اختلفوا في الشحوم فاما اذا ذبحوا باستنابة مسلم فقيل في المذهب عن مالك يجوز وقيل لا يجوز * وسبب الاختلاف هل من شرط ذبح المسلم اعتقاد تحليل الذبيحة على الشروط الاسلامية في ذلك ام لا فمن رأى أن النية شرط في الذبيحة قال لا تحل ذبيحة الكتابي لمسلم لانه لا يصح منه وجود هذه النية ومن رأى أن ذلك ليس بشرط وغلب على عموم الكتاب أعني قوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم قال يجوز وكذلك من اعتقد أن نية المستنيب تجزي وهو اصل قول ابن وهب ﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي ذبائح نصارى بني تغلب والمرتدين فان الجمهور على أن ذبائح النصارى من العرب حكمها حكم ذبائح اهل الكتاب وهو قول ابن عباس ومنهم من لم يجز ذبائحهم وهو

احد قولى الشافعى وهو مروى عن على رضى الله عنه * وسبب الخلاف هل يتناول العرب المتنصرين او المتهودين اسم الذين اوتوا الكتاب كما يتناول ذلك الاسم المختصة بالكتاب وهم بنو اسرائيل والروم وأما المرتد فان الجمهور على أن ذبيحته لا توكل وقال إسحاق ذبيحته جائزة وقال الثورى مكروهة * وسبب الخلاف هل المرتد لا يتناوله اسم اهل الكتاب إذ كان ليس له حرمة اهل الكتاب او يتناوله

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وهى إذا لم يعلم أن اهل الكتاب سموا الله على الذبيحة فقال الجمهور توكل وهو مروى عن على وليس اذكر فيه فى هذا الوقت خلافاً ويتطرق اليه الاحتمال بان يقال ان الاصل هو الا يوكل من تذكيتهم الا ما كان على شروط الاسلام فاذا قيل على هذا أن التسمية من شرط التذكية وجب الا توكل ذبائحهم بالشك فى ذلك وأما اذا علم انهم ذبحوا ذلك لاعيادهم او كنايسهم فان من العلماء من كرهه وهو قول مالك ومنهم من اباحه وهو قول اشهب ومنهم من حرمه وهو الشافعى * وسبب اختلافهم تعارض عموم الكتاب فى هذا الباب وذلك أن قوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم يحتمل ان يكون مخصصاً لقوله تعالى وما اهل به لغير الله ويحتمل ان يكون قوله تعالى وما اهل به لغير الله مخصصاً لقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم إذ كان كل واحد منهما يصح ان يستثنى من الاخر فمن جعل قوله تعالى وما اهل به لغير الله مخصصاً لقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم قال لا يجوز ما اهل به لكنايس والاعياد ومن عكس الامر قال يجوز وأما اذا كانت الذبيحة مما حرمت عليهم فقيل يجوز وقيل لا يجوز وقيل بالفرق بين ان تكون محرمة عليهم بالتوراة او من قبل انفسهم أعنى بإباحة ما ذبحوا مما حرموا على انفسهم ومنع ما حرم الله عليهم وقيل يكره ولا يمنع والاقاويل الاربعة موجودة فى المذهب المنع عن ابن القاسم والاباحة عن ابن وهب وابن عبد الحكم والتفرقة عن اشهب واصل الاختلاف معارضة عموم الآية لاشتراط نية الذكاة أعنى اعتقاد تحليل الذبيحة بالتذكية فمن قال ذلك شرط فى التذكية قال لا تجوز هذه الذبائح لانهم لا يعتقدون تحليلها بالتذكية ومن قال ليس بشرط فيهم وتمسك بعموم الآية المحللة قال تجوز هذه الذبائح وهذا بعينه هو سبب اختلافهم فى اكل الشحوم من ذبائحهم ولم يخالف فى ذلك احد غير مالك وأصحابه فمنهم من قال إن الشحوم محرمة وهو قول اشهب ومنهم من قال مكروهة والقولان عن مالك ومنهم من قال مباحة ويدخل فى الشحوم سبب آخر من اسباب الخلاف سوى معارضة العموم لاشتراط اعتقاد تحليل الذبيحة بالذكاة وهو هل تبعض التذكية او لا تبعض فمن قال تبعض قال لا توكل الشحوم ومن قال لا تبعض قال يوكل الشحم ويدل على تحليل شحوم ذبائحهم حديث عبد الله بن مغفل إذ اصاب جراب الشحم يوم خيبر وقد تقدم فى كتاب الجهاد ومن فرق بين ما حرم عليهم من ذلك فى اصل شرعهم وبين ما حرموا على انفسهم قال ما حرم عليهم هو امر حق فلا تعمل فيه الذكاة وما حرموا على انفسهم هو امر باطل فتعمل فيه التذكية قال القاضى والحق ان ما حرم عليهم او حرموا على انفسهم هو فى وقت شريعة الاسلام امر باطل إذ كانت ناسخة لجميع الشرائع فحكم الابراهيمى اعتقادهم فى ذلك ولا يشترط أيضاً ان يكون اعتقادهم فى تحليل الذبائح اعتقاد المسلمين ولا اعتقاد شريعتهم لانه لو اشترط ذلك لما جاز اكل ذبائحهم بوجه من الوجوه لكون اعتقاد شريعتهم فى ذلك منسوخ واعتقاد شريعتنا لا يصح منهم وإنما هذا حكم خصهم الله تعالى به فذبائحهم والله اعلم جائزة لنا على الاطلاق وإلا ارتفع حكم آية التحليل جملة فتأمل هذا فانه بين والله اعلم وأما المجوس فان الجمهور على انه لا تجوز ذبائحهم لانهم مشركون وتمسك قوم فى اجازتها بعموم

قوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب وأما الصابون فالاختلاف فيهم من قبل اختلافهم في هل هم من اهل الكتاب ام ليسوا من اهل الكتاب وأما المرأة والصبي فان الجمهور على أن ذبائحهم جائزة غير مكروهة وهو مذهب مالك وكره ذلك ابو المصعب • والسبب في اختلافهم نقصان المرأة والصبي وإنما لم يختلف الجمهور في المرأة لحديث معاذ بن سعد أن جارية لكعب بن مالك كانت ترعى بسلع فاصيبت شاة فادركتها فذكتها بحجر فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لاباس بها فكلوها وهو حديث صحيح وأما المجنون والسكران فان مالكا لم يجز ذبيحتهما وأجاز ذلك الشافعي و •وسبب الخلاف اشتراط النية في الذكاة فمن اشترط النية منع ذلك اذ لا يصح من المجنون ولا من السكران وبخاصة الملتخ وأما جواز تذكية السارق والغاصب فان الجمهور على جواز ذلك ومنهم من منع من ذلك ورآنها ميتة وبه قال داود وإسحاق بن راهوية • وسبب اختلافهم هل النهي يدل على فساد المنهي عنه فمن قال يدل قال السارق منهي عن ذكاتها وتناولها وتملكها فاذا ذكاها فسدت التذكية ومن قال لا يدل الا اذا كان المنهي عنه شرطاً من شروط ذلك الفعل قال تذكيتهم جائزة لانه ليس صحة الملك شرطاً من شروط التذكية وفي موطا ابن وهب أنه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها فلم ير بها باساً وقد جاء اباحة ذلك مع الكراهية فيما روى عن النبي عليه السلام في الشاة التي ذبحت بغير إذن ربها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اطعموها الاساري وهذا القدر كاف في اصول هذا الكتاب

﴿ كتاب الصيد ﴾

وهذا الكتاب في اصوله ايضاً اربعة ابواب . الباب الاول في حكم الصيد وفي محل الصيد ، الثاني فيما به يكون الصيد . الثالث في صفة ذكاة الصيد والشرائط المشترطة في عمل الذكاة في الصيد . الرابع فيمن يجوز صيده

﴿ الباب الاول ﴾

فاما حكم الصيد فالجمهور على انه مباح لقوله تعالى احل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرماً ثم قال وإذا حللتم فاصطادوا واتفق العلماء على أن الامر بالصيد في هذه الآية بعد النهي يدل على الاباحة كما اتفقوا على ذلك في قوله تعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله أعني أن المقصود به الاباحة لوقوع الامر به بعد النهي وإن كان اختلفوا هل الامر بعد النهي يقتضي الاباحة اولا يقتضيه وانما يقتضي على اصله الوجوب وكره مالك الصيد الذي يقصد به السرف والمتأخرين من اصحابه فيه تفصيل محصول قولهم فيه أن منه ما هو في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم حرام وفي حق بعضهم مندوب وفي حق بعضهم مكروه وهذا النظر في الشرع تعامل في القياس ويعد عن الاصول المنطوق بها في الشرع فليس يليق بكتابنا هذا اذ كان قصدنا فيه انما هو ذكر المنطوق به من الشرع اوما كان قريباً من المنطوق به وأما محل الصيد فانهم اجمعوا على أن محله من الحيوان البحري هو السمك واصنافه ومن الحيوان البري الحلال الاكل الغير متأنس واختلفوا فيما استوحش من الحيوان المتأنس فلم يقدر على اخذه ولا ذبحه او نحره فقال مالك لا يوكل الا ان يخر من ذلك ماذكاته النحر ويذبح ماذكاته الذبح او يفعل به احدهما ان كان مما يجوز فيه الامران جميعاً وقال أبو حنيفة والشافعي اذا لم يقدر على ذكاة البعير الشارد فانه يقتل كالصيد • وسبب اختلافهم معارضة الاصل في ذلك للخبر وذلك أن الاصل في هذا الباب هو أن الحيوان الانسي لا يوكل الا بالذبح او النحر وأن الوحشي يوكل بالعقر وأما الخبر المعارض لهذه الاصول فحديث رافع بن خديج وفيه قال قدمنا بعير وكان في القوم خيل يسيرة فطلبوه فاعياهم فاهوى اليه رجل بسهم فحبسه الله تعالى به فقال النبي عليه السلام إن لهذه

البهائم اوابد كاوابد الوحوش فماند عليكم فاصنعوا به هكذا والقول بهذا الحديث اولى لصحته لانه لاينبغي ان يكون هذا مستثنى من ذلك الاصل مع أن لقائل ان يقول انه جار مجرى الاصل في هذا الباب وذلك أن العلة في كون العقر ذكاة في بعض الحيوان ليس شيئاً اكثر من عدم القدرة عليه لانه وحشي فقط فاذا وجد هذا المعنى من الانسي جاز ان يكون ذكاته ذكاة الوحشي فيتفق القياس والسماع

﴿ الباب الثاني فيما به يكون الصيد ﴾

والاصل في هذا الباب آيتان وحديثان الآية الاولى قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله ايديكم ورماحكم . والثانية قوله تعالى قل احل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين الآية . وأما الحديثان فأحدهما حديث عدي بن حاتم وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له اذا ارسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله عليها فكل مما امسكن عليك وإن اكل الكلب فلا تاكل فاني اخاف ان يكون انما امسك على نفسه وإن خالطها كلاب غيرها فلا تاكل وإنما سميت على كلبك ولم تسم على غيره وسأله عن المعراض فقال اذا اصاب بعرضه فلا تاكل فانه وقيذ وهذا الحديث هو اصل في اكثر ما في هذا الكتاب . والحديث الثاني حديث ابي ثعلبة الخشني وفيه من قوله عليه السلام ما اصبت بقوسك فسم الله ثم كل وما صدت بكلبك المعلم فاذكر اسم الله ثم كل وما صدت بكلبك الذي ليس بمعلم ادركت ذكاته فكل وهذان الحديثان اتفق اهل الصحيح على اخراجهما والآلات التي يصاد بها منها ما اتفقوا عليها بالجملة ومنها ما اختلفوا فيها وفي صفاتها وهي ثلاث حيوان جارح ومحدد ومثقل فاما المحدد فاتفقوا عليه كالرماح والسيوف والسهام للنص عليها في الكتاب والسنة وكذلك ما جرى مجراها مما يعقر ما عدا الاشياء التي اختلفوا في عملها في ذكاة الحيوان الانسي وهي السن والظفر والعظم وقد تقدم اختلافهم في ذلك فلا معنى لاعادته وأما المثقل فاختلفوا في الصيد به مثل الصيد بالمعراض والحجر فمن العلماء من لم يجز ذلك الا ما ادرك ذكاته ومنهم من اجازه على الاطلاق ومنهم من فرق بين ما قتله المعراض او الحجر بثقله او بحده اذا خرق جسد الصيد فاجازه اذا خرق ولم يجزه اذا لم يخرق وبهذا القول قال مشاهير فقهاء الامصار الشافعي ومالك وأبو حنيفة واحمد والثوري وغيرهم وهو راجع الى انه لاذكاة الا بحدد ● وسبب اختلافهم معارضة الاصول في هذا الباب بعضها بعضاً ومعارضة الاثر لها وذلك أن من الاصول في هذا الباب ان الوقيذ محرم بالكتاب والاجماع ومن اصوله ان العقر ذكاة للصيد فمن رآ ان المقتل المعراض وقيذ منعه على الاطلاق ومن رآه عقراً مختصاً بالصيد وأن الوقذ غير معتبر فيه اجازه على الاطلاق ومن فرق بين ما خرق من ذلك او لم يخرق فصيراً الى حديث عدي بن حاتم المتقدم وهو الصواب وأما الحيوان الجارح فالاتفاق والاختلاف فيه منه متعلق بالنوع والشرط ومنه ما يتعلق بالشرط فاما النوع الذي اتفقوا عليه وهو الكلاب ما عدى الكلب الاسود فانه كرهه قوم منهم الحسن البصري وابراهيم النخعي وقتادة وقال احمد ما اعرف احداً يرخص فيه اذا كان بهيما وبه قال اسحاق وأما الجمهور فعلى اجازة صيده اذا كان معلماً ● وسبب اختلافهم معارضة القياس للعموم وذلك ان عموم قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين يقتضي تسوية جميع الكلاب في ذلك وأمره عليه السلام بقتل الكلب الاسود البهيم يقتضي في ذلك القياس الايجوز اصطياده على رأي من رآ أن النهي يدل على فساد المنهي عنه وأما الذي اختلفوا فيه من انواع الجوارح فيما عدى الكلب ومن جوارح الطيور وحيواناتها السباعية فمنهم من اجاز جميعها اذا علمت حتى السنور كما قال ابن

شعبان وهو مذهب مالك وأصحابه وبه قال فقهاء الامصار وهو مروى عن ابن عباس أعنى أن ما قبل التعليم من جميع الجوارح فهذا له الذكاة للصيد وقال قوم لا اصطياد بجارح ماعدا الكلب لاباز ولاصقر ولاغير ذلك الا ما ادرك ذكاته وهو قول مجاهد واستثنى بعضهم من الطيور الجارحة البازي فقط فقال يجوز صيده وحده • وسبب اختلافهم فى هذا الباب شيئان أحدهما قياس سائر الجوارح على الكلاب وذلك انه قد يظن أن النص انما ورد في الكتاب أعنى قوله تعالى وماعلمتم من الجوارح مكلبين الا ان يتناول ان لفظة مكلبين مشتقة من كلب الجارح لامن لفظ الكلب ويدل على هذا عموم اسم الجوارح الذى فى الآية فعلى هذا يكون سبب الاختلاف الاشتراك الذى فى لفظة مكلبين والسبب الثاني هل من شرط الامساك الامساك على صاحبه ام لا وان كان من شرطه فهل يوجد فى غير الكلب اولا يوجد فمن قال لا يقاس سائر الجوارح على الكلاب وأن لفظة مكلبين هي مشتقة من اسم الكلب لامن اسم الكلب اوانه لا يوجد الامساك الا فى الكلب أعنى على صاحبه وأن ذلك شرط قال لا يصاد الا بجارح سوى الكلب ومن قاس على الكلب سائر الجوارح ولم يشترط فى الامساك الامساك على صاحبه قال يجوز صيد سائر الجوارح إذا قبلت التعليم وأما من استثنى من ذلك البازى فقط فصيراً الى ما روى عن عدى بن حاتم انه قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البازى فقال ما امسك عليك فكل خرّجه الترمذى فهذه هى اسباب اتفاقهم واختلافهم فى انواع الجوارح وأما الشروط المشترطة فى الجوارح فان منها ما اتفقوا عليها وهو التعليم بالجملة لقوله تعالى وماعلمتم من الجوارح مكلبين وقوله عليه السلام إذا ارسلت كلبك المعلم واختلفوا فى صفة التعليم وشروطه فقال قوم التعليم ثلاثة اصناف ؛ أحدها ان تدعوا الجارح فيجيب . والثانى ان تشليه فينشلى . والثالث ان تزجره فيزدجر ولا خلاف بينهم فى اشتراط هذه الثلاثة في الكلب وانما اختلفوا فى اشتراط الازجار فى سائر الجوارح واختلفوا ايضاً فى هل من شرطها الا ياكل الجارح فمنهم من اشترطه على الاطلاق ومنهم من اشترطه فى الكلب فقط وقول مالك ان هذه الشروط الثلاثة شرط في الكلاب وغيرها وقال ابن حبيب من اصحابه ليس يشترط الازجار فيما ليس يقبل ذلك من الجوارح مثل البزاة والصقور وهو مذهب مالك أعنى انه ليس من شرط الجارح لا كلب ولا غيره الا ياكل واشترطه بعضهم فى الكلب ولم يشترطه فيما عداه من جوارح الطيور ومنهم من اشترطه كما قلنا فى الكل والجمهور على جواز اكل صيد البازى والصقر وان اكل لان تضريته انما تكون بالاكل والخلاف فى هذا الباب راجع الى موضعين . أحدهما هل من شرط التعليم ان ينزجر اذا زجر . والثاني هل من شرطه الا ياكل • وسبب الخلاف فى اشتراط الاكل او عدمه شيئان . أحدهما اختلاف الآثار فى ذلك ، والثانى هل إذا اكل فهو ممسك ام لا فأما الآثار فمنها حديث عدى بن حاتم المتقدم وفيه فان اكل فلا تاكل فانى اخاف ان يكون انما امسك على نفسه والحديث المعارض لهذا حديث أبى ثعلبة الخشنى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل قلت وان اكل منه يارسول الله قال وان اكل فمن جمع بين الحديثين بان حمل حديث عدى بن حاتم على الندب وهذا على الجواز قال ليس من شرطه الا ياكل ومن رجح حديث عدى بن حاتم اذ هو حديث متفق عليه وحديث ابي ثعلبة مختلف فيه ولذلك لم يخرّجه الشيخان البخارى ومسلم ومن قال شرط الامساك الا ياكل بدليل الحديث المذكور قال ان اكل الصيد لم يؤكل وبه قال الشافعى وأبو حنيفة وأحمد وإسحاق والثورى وهو قول ابن عباس ورخص فى اكل ما اكل الكلب كما قلنا مالك وسعيد بن مالك

وابن عمر وسليمان وقالت المالكية المتأخرة انه ليس الاكل يدل على انه امسك لسيده ولا الامساك لسيده بشرط في الذكاة لان نية الكلب غير معلومة وقد يمسك لسيده ثم يبدو له فيمسك لنفسه وهذا الذي قالوه مخالف للنص في الحديث وخلاف ظاهر الكتاب وهو قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم وللامساك على سيد الكلب طريق تعرف به وهو العادة ولذلك قال عليه السلام فان اكل فلا تاكل فاني اخاف ان يكون انما امسك على نفسه واما اختلافهم في الازدجار فليس له سبب الا اختلافهم في قياس سائر الجوارح في ذلك على الكلب لان الكلب الذي لا يزدجر لا يسمي معلماً باتفاق فاما سائر الجوارح اذا لم تنزجر هل يسمى معلماً أم لا ففيه التردد وهو سبب الخلاف

الباب الثالث في معرفة الذكاة المختصة بالصيد وشروطها

واتفقوا على ان الذكاة المختصة بالصيد هي العقر واختلفوا في شروطها اختلافا كثيراً واذا اعتبرت اصولها التي هي اسباب الاختلاف سوى الشروط المشترطة في الالة وفي الصائد وجدتها ثمانية شروط اثنان يشتركان في الذكاتين اعني ذكاة المصيد وغير المصيد وهي النية والتسمية وستة تختص بهذه الذكاة احدها انها ان لم تكن الالة او الجارح او الذي اصاب الصيد قد انفذ مقاتله فانه يجب ان يذكى بذكاة الحيوان الانسي اذا قدر عليه قبل ان يموت مما اصابه من الجارح او من الضرب واما ان كان قد انفذ مقاتله فليس يجب ذلك وان كان قد يستحب والثاني ان يكون الفعل الذي اصيب به الصيد مبداه من الصائد لا من غيره اعني لا من الالة كالحال في الحبالة ولا من الجارح كالحال فيما يصيب الكلب الذي ينشلى من ذاته والثالث الا يشاركه في العقر من ليس عقره ذكاة والرابع الا يشك في عين الصيد الذي اصابه وذلك عند غيبته عن عينه والخامس الا يكون الصيد مقدوراً عليه في وقت الارسال عليه والسادس الا يكون موته من رعب من الجارح او بصدمة منه فهذه هي اصول الشروط التي من قبل اشتراطها اولا اشتراطها عرض الخلاف بين الفقهاء وربما اتفقوا على وجوب بعض هذه الشروط ويختلفون في وجودها في نازلة نازلة كاتفاق المالكية على ان من شرط الفعل ان يكون مبدأه من الصائد واختلافهم اذا فلت الجارح من يده او خرج بنفسه ثم اغراه هل يجوز ذلك الصيد ام لا لتردد هذه الحال بين ان يوجد لها هذا الشرط او لا يوجد كاتفاق ابي حنيفة ومالك على ان من شرطه اذا ادرك غير منفوذ المقاتل ان يذكى اذا قدر عليه قبل ان يموت واختلافهم بين ان يخلصه حياً فيموت في يده قبل ان يتمكن من ذكاته فان ابا حنيفة منع هذا وأجازه مالك ورواه مثل الاول أعني اذا لم يقدر على تخليصه من الجارح حتى مات لتردد هذه الحال بين ان يقال ادركه غير منفوذ المقاتل او في غير الجارح فاشبه المفرط او لم يشبهه فلم يقع منه تفريط واذ كانت هذه الشروط هي اصول الشروط المشترطة في الصيد مع سائر الشروط المذكورة في الالة والصائد نفسه على ما ينبغي ان يجب ان نذكر منها ما اتفقوا منه عليه وما اختلفوا فيه ﴿واسباب الخلاف في ذلك وما يتفرع عنها من مشهور مسائلهم فنقول اما التسمية والنية فقد تقدم الخلاف فيهما وسببه في كتاب الذبائح ومن قبل اشتراط النية في الذكاة لم يجز عنده من اشتراطها اذا ارسل الجارح على صيد واخذ آخر ذكاة ذلك الصيد الذي لم يرسل عليه وبه قال مالك وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور ذلك جائز وبوكل ومن قبل هذا ايضاً اختلف اصحاب مالك في الارسال على صيد غير مرءي كالذي يرسل على ما في غيضة او من وراء اكمة ولا يدري هل هنالك شيء ام لا لان القصد في هذا يشوبه شيء من الجهل واما الشرط الاول الخاص بذكاة الصيد من الشروط الستة التي ذكرناها وهو ان عقد الجارح له اذا لم ينفذ مقاتله انما تكون ذكاة

اذلم يدركه المرسل حياً فباشتراطه قال جمهور العلماء لما جاء في حديث عدى بن حاتم فى بعض رواياته انه قال عليه السلام وان ادركته حياً فاذبحه وكان النخعى يقول اذا ادركته حياً ولم يكن معك حديدة فارسل عليه الكلاب حتى تقتله وبه قال الحسن البصرى مصيراً لعموم قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم ومن قبل هذا الشرط قال مالك لايتوانا المرسل فى طلب الصيد فان توانا فادركه ميتاً فان كان منفوذ المقاتل بسهم حل اكله والالم يحل من اجل انه لوم يتواني لكان يمكن ان يدركه حياً غير منفوذ المقاتل واما الشرط الثاني وهو ان يكون الفعل مبداه من القابض ويكون متصلا حتى يصيب الصيد فمن قبل اختلافهم فيه اختلفوا فيما تصيبه الحبالة والشبكة اذا انفذت المقاتل بمحدد فيها فمنع ذلك مالك والشافعى والجمهور ورخص فيه الحسن البصرى ومن هذا الاصل لم يجز مالك الصيد الذى ارسل عليه الجارح فتشاغل بشئ آخر ثم عاد اليه من قبل نفسه واما الشرط الثالث وهو الا يشاركه فى العقر من ليس عقره ذكاته فهو شرط مجمع عليه فيما اذكر لانه لايدرى من قتله واما الشرط الرابع وهو الا يشك فى عين الصيد ولا فى قتل جارحه له فمن قبل ذلك اختلفوا فى اكل الصيد اذا غاب مصرعه فقال مالك مرة لا باس باكل الصيد اذا غاب عنك مصرعه اذا وجدت به اثراً من كلبك او كان بسهمك مالم يبت فاذا بات فانى اكرهه وبالكراهية قال الثورى وقال عبد الوهاب اذا بات الصيد من الجارح لم يوكل وفى السهم خلاف وقال ابن الماجشون يوكل فيهما جميعاً اذا وجد منفوذ المقاتل وقال مالك فى المدونة لايوكل فيهما جميعاً اذا بات وان وجد منفوذ المقاتل وقال الشافعي القياس الا تاكله اذا غاب عنك مصرعه وقال ابوحنيفة اذا توارى الصيد والكلب في طلبه فوجده المرسل مقتولا جاز اكله مالم يترك الكلب الطلب فان تركه كرهنا اكله ● وسبب اختلافهم شيئان احدهما الشك العارض فى عين الصيد او فى ذكاته والسبب الثانى اختلاف الآثار فى هذا الباب فروى مسلم والنسائى والترمذى وابوداود عن ابى ثعلبة عن النبى عليه السلام فى الذى يدرك صيده بعد ثلاث فقال كل مالم ينتن وروى مسلم عن ابى ثعلبة أيضاً عن النبي عليه السلام قال اذا رميت سهمك فغاب عنك مصرعه فكل مالم يبت وفى حديث عدى بن حاتم انه قال عليه السلام اذا وجدت سهمك فيه ولم تجد فيه اثر سبع وعلمت ان سهمك قتله فكل ومن هذا الباب اختلافهم فى الصيد يصاب بالسهم او يصيبه الجارح فيسقط فى ماء او يتردى من مكان عال فقال مالك لا يوكل لانه لايدرى من اى الامرين مات الآن يكون السهم قد انفذ مقاتله ولا يشك ان منه مات وبه قال الجمهور وقال ابوحنيفة لايوكل ان وقع فى ماء منفوذ المقاتل ويوكل ان تردى وقال عطاء لايوكل اصلا اذا اصيبت المقاتل وقع فى ماء او تردى من موضع عال لامكان ان يكون زهوق نفسه من قبل التردى او من الماء قبل زهوقها من قبل انفاذ المقاتل واما موته من صدم الجارح له فان ابن القاسم منعه قياساً على المقتل واجازه اشهب لعموم قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم ولم يختلف المذهب ان ما مات من خوف الجارح انه غير ذكى واما كونه فى حين الارسال غير مقدور عليه فانه شرط فيما علمت متفق عليه وذلك يوجد اذا كان الصيد مقدوراً على اخذه باليد دون خوف او عذر اما من قبل انه قد تشب فى شئ او تعلق بشئ او رماه احد فكسر جناحه او ساقه وفي هذا الباب فروع كثيرة من قبل تردد بعض الاحوال بين ان يوصف فيها الصيد بانه مقدور عليه او غير مقدور عليه مثل ان تضطره الكلاب فيقع فى حفرة فقيل فى المذهب يوكل وقيل لا يوكل واختلفوا فى صفة العقر اذا ضرب الصيد فأبين منه عضو فقال قوم يوكل الصيد دون ما بان منه وقال قوم يوكلان جميعاً وفرق قوم بين ان يكون ذلك

العضو مقتلا اوغير مقتل فقالوا ان كان مقتلا اكلا جميعاً وان كان غير مقتل اكل الصيد ولم يوكل العضو وهو معنى قول مالك والي هذا يرجع خلافهم في ان يكون القطع بنصفين او يكون احدهما اكثر من الثاني ٭ وسبب اختلافهم معارضة قوله عليه السلام ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة لعموم قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم ولعموم قوله تعالى تناله ايديكم ورماحكم فمن غلب حكم الصيد وهو العقر مطلقاً قال يوكل الصيد والعضو المقطوع من الصيد وحمل الحديث على الانسي ومن حمله على الوحشي والانسي معاً واستثنى من ذلك العموم بالحديث العضو المقطوع فقال يوكل الصيد دون العضو البائن ومن اعتبر في ذلك الحياة المستقرة اعني في قوله وهي حية فرق بين ان يكون العضو مقتلا اوغير مقتل

﴿ الباب الرابع في شروط القانص ﴾

وشروط القانص هي شروط الذبائح نفسه وقد تقدم ذلك في كتاب الذبائح المتفق عليها والمختلف فيها ويخص الاصطياد في البر شرط زائد وهو الا يكون محرماً ولا خلاف في ذلك لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرماً فان اصطاد محرم فهل يحل ذلك الصيد للحلال ام هو ميتة لا يحل لاحد اصلا اختلف الفقهاء فذهب مالك الى انه ميتة وذهب الشافعي وابو حنيفة وابو ثور الى انه يجوز لغير المحرم اكله ٭ وسبب اختلافهم هو الاصل المشهور وهو هل النهي يعود بفساد المنهي ام لا وذلك بمنزلة ذبح السارق والغاصب واختلفوا من هذا الباب في كلب المجوس المعلم فقال مالك الاصطياد به جائز فان المعتبر الصائد لا الآلة وبه قال الشافعي وابو حنيفة وغيرهم وكرهه جابر بن عبد الله والحسن وعطاء ومجاهد والثوري لان الخطاب في قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين متوجه نحو المومنين وهذا كاف بحسب المقصود من هذا الكتاب

﴿ كتاب العقيقة ﴾

والقول المحيط باصول هذا الكتاب ينحصر في ستة ابواب . الاول في معرفة حكمها . الثاني في معرفة محلها . الثالث في معرفة من يعق عنه وكم يعق . الرابع في معرفة وقت هذا النسك . الخامس من هذا النسك وصفته . السادس حكم لحمها وسائر اجزائها فاما حكمها فذهبت طائفة منهم الظاهرية الى انها واجبة وذهب الجمهور الى انها سنة وذهب ابو حنيفة الى انها ليست فرضاً ولا سنة وقد قيل ان تحصيل مذهبه انها عنده تطوع ٭ وسبب اختلافهم تعارض مفهوم الآثار في هذا الباب وذلك ان ظاهر حديث سمرة وهو قول النبي عليه السلام قال كل غلام مرتهن بعقيقته يذبح عنه يوم سابعه ويماط عنه الاذى يقتضي الوجوب وظاهر قوله عليه السلام وقد سئل عن العقيقة فقال لا احب العقوق ومن ولد له ولد فاحب ان ينسك عن ولده فليفعل يقتضي الندب او الاباحة فمن فهم منه الندب قال العقيقة سنة ومن فهم الاباحة قال ليست بسنة ولا فرض وخرج الحديثين ابو داود ومن اخذ بحديث سمرة اوجبها واما محلها فان جمهور العلماء على انه لا يجوز في العقيقة الا ما يجوز في الضحايا من الازواج الثمانية واما مالك فاختار فيها الضأن على مذهبه في الضحايا واختلف قوله هل يجزي فيها الابل والبقر اولا يجزي وسائر الفقهاء على اصلهم فان الابل افضل من البقر والبقر افضل من الغنم ٭ وسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب والقياس اما الاثر فحديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عق عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً وقوله عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان خرجهما ابو داود واما القياس فلانها نسك فوجب ان يكون الاعظم فيها افضل قياسا على الهدايا واما من يعق عنه فان جمهورهم على انه يعق عن الذكر والانثى الصغيرين فقط وشذ الحسن فقال لا يعق عن الجارية واجاز بعضهم ان يعق عن الكبير ودليل الجمهور على تعلقها بالصغير قوله عليه السلام يوم سابعه ودليل من خالف ماروى عن انس ان النبي عليه السلام عق عن

نفسه بعد مابعث بالنبوة ودليلهم أيضاً على تعلقها بالانثى قوله عليه السلام عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان ودليل من اقتصر بها على الذكر قوله عليه السلام كل غلام مرتهن بعقيقته واما العدد فان الفقهاء اختلفوا أيضاً في ذلك فقال مالك يعق عن الذكر والانثى بشاة شاة وقال الشافعي وأبو ثور وداود وأحمد يعق عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب فمنها حديث ام كرز الكعبية خرجه أبو داود قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في العقيقة شاتان مكافئتان وعن الجارية شاة والمكافئتان المماثلتان وهذا يقتضي الفرق في ذلك بين الذكر والانثى وما روى انه عق عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً يقتضي الاستواء بينهما واما وقت هذا النسك فان جمهور العلماء على انه يوم سابع للمولود ومالك لايعد في الاسبوع اليوم الذي ولد فيه ان ولد نهاراً وعبد الملك بن الماجشون يحتسب به وقال ابن القاسم في العتبية ان عق ليلا لم يجزه واختلف أصحاب مالك في مبدا وقت الاجزاء فقيل وقت الضحايا أعني نحي وقيل بعد الفجر قياساً على قول مالك في الهدايا ولاشك ان من اجاز الضحايا ليلا اجاز هنه ليلا وقد قيل يجوز في السابع الثاني والثالث واما سن هذا النسك وصفته فسن الضحايا وصفتها الجائزة أعني انه يتقى فيها من العيوب مايتقي في الضحايا ولا أعلم في هذا خلافا في المذهب ولا خارجا منه واما حكم لحمها وجلدها وسائر اجزائها فحكم لحم الضحايا في الاكل والصدقة ومنع البيع وجميع العلماء على انه كان يدمى رأس الطفل في الجاهلية بدمها وانه نسخ في الاسلام وذلك لحديث بريدة الاسلمي قال كنا في الجاهلية اذا ولد لاحدنا غلام ذبح شاة ولطخ رأسه بدمها فلما جاء الاسلام كنا نذبح ونحلق رأسه ونلطخه بزعفران وشذ الحسن وقتادة فقالا يمس رأس الصبي بقطنة قد غمست في الدم واستحب كسر عظامها لما كانوا في الجاهلية يقطعونها من المفاصل واختلف في حلاق رأس المولود يوم السابع والصدقة بوزن شعره فضة فقيل هو مستحب وقيل هو غير مستحب والقولان عن مالك والاستحباب أجود وهو قول ابن حبيب لما رواه مالك في الموطا ان فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حلقت شعر الحسن والحسين وزينب وام كلثوم وتصدقت بزنة ذلك فضة

﴿ كتاب الاطعمة والاشربة ﴾

والكلام في أصو هذا الكتاب يتعلق بجملتين الجملة الاولى نذكر فيها المحرمات في حال الاختيار الجملة الثانية نذكر فيها احوالها في حال الاضطرار

﴿ الجملة الاولى ﴾

والاغذية الانسانية نبات وحيوان فاما الحيوان الذي يغتذى به فمنه حلال في الشرع ومنه حرام وهذا منه يرى ومنه بحرى والمحرمة منها ما تكون محرمة لعينها ومنها ما تكون لسبب وارد عليها وكل هذه منها ما اتفقوا عليه ومنها ما اختلفوا فيه فاما المحرمة لسبب وارد عليها فهي بالجملة تسعة الميتة والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع وكل ما نقصه شرط من شروط التذكية من الحيوان الذي التذكية شرط في اكله والجلالة والطعام الحلال يخالطه نجس فاما الميتة فاتفق العلماء على تحريم ميتة البر واختلفوا في ميتة البحر على ثلاثة أقوال فقال قوم هي حلال باطلاق وقال قوم هي حرام باطلاق وقال قوم ماطفا من السمك حرام وماجزر عنه البحر فهو حلال * وسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب ومعارضة عموم الكتاب لبعضها معارضة كلية وموافقته لبعضها موافقة جزئية ومعارضة بعضها لبعض معارضة جزئية فاما العموم فهو قوله حرمت عليكم الميتة واما الآثار المعارضة لهذا العموم معارضة كلية فحديثان الواحد متفق عليه والآخر مختلف فيه اما المتفق عليه فحديث جابر وفيه ان اصحاب رسول الله

صلى الله عليه وسلم وجدوا حوتا يسمى العنبر او دابة قد جزر عنه البحر فاكلوا منه بضعة وعشرين يوما أو شهرا ثم قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبروه فقال هل معكم من لحمه شئ فارسلوا منه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاكله وهذا انما يعارض الكتاب معارضة كلية بمفهومه لا بلفظه وأما الحديث الثاني المختلف فيه فما رواه مالك عن أبي هريرة أنه سئل عن ماء البحر فقال هو الطهور ماؤه الحل ميتته واما الحديث الموافق للعموم موافقة جزئية فما روى اسماعيل بن امية عن ابي الزبير عن جابر عن النبي عليه السلام قال ما القى البحر أو جزر عنه فكلوه وما طفا فلا تاكلوه وهو حديث أضعف عندهم من حديث مالك

* وسبب ضعف حديث مالك أن في رواته من لا يعرف وانه ورد من طريق واحد قال أبو عمر بن عبد البر بل رواته معروفون وقد ورد من طرق وسبب ضعفه حديث جابر ان الثقاة اوقفوه على جابر فمن رجح حديث جابر هذا على حديث ابي هريرة لشهادة عموم الكتاب له لم يستثن من ذلك الا ما جزر عنه البحر اذ لم يرد في ذلك تعارض ومن رجح حديث أبي هريرة قال بالاباحة مطلقا وأما من قال بالمنع مطلقا فنصيرا الى ترجيح عموم الكتاب وبالاباحة مطلقا قال مالك والشافعي وبالمنع مطلقا قال ابو حنيفة وقال قوم غير هؤلاء بالفرق وأما الخمسة التي ذكر الله مع الميتة فلا خلاف ان حكمها عندهم حكم الميتة وأما الجلالة وهي التي تاكل النجاسة فاختلفوا في اكلها * وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر أما الاثر فما روى انه عليه السلام نهى عن لحوم الجلالة والبانها خرجه ابو داود عن ابن عمر وأما القياس المعارض لهذا فهو ان ما يرد جوف الحيوان ينقلب الى لحم ذلك الحيوان وسائر أجزائه فاذا قلنا ان لحم ذلك الحيوان حلال وجب أيكون لما ينقلب من ذلك حكم ما ينقلب اليه وهو اللحم كما لو انقلب ترابا أو كانقلاب الدم لحما والشافعي يحرم الجلالة ومالك يكرهها واما النجاسة تخالط الحلال فالاصل فيه الحديث المشهور من حديث أبي هريرة وميمونة أنه سئل عليه السلام عن الفارة تقع في السمن فقال ان كان جامدا فاطرحوها وما حولها وكلوا الباقي وان كان ذائبا فاريقوه أو لا تقربوه وللعلماء في النجاسة تخالط المطعومات الحلال مذهبان أحدهما من يعتبر في التحريم المخالطة فقط وان لم يتغير للطعام لون ولا رائحة ولا طعم من قبل النجاسة التي خالطته وهو المشهور والذي عليه الجمهور والثاني مذهب من يعتبر في ذلك التغير وهو قول أهل الظاهر ورواية عن مالك * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم الحديث وذلك أن منهم من جعله من باب الخاص اريد به الخاص وهم أهل الظاهر فقالوا هذا الحديث يمر على ظاهره وسائر الاشياء يعتبر فيها تغيرها بالنجاسة أو لا تغيرها بها ومنهم من جعله من باب الخاص اريد به العام وهم الجمهور فقالوا المفهوم منه ان بنفس مخالطة النجس يتنجس الحلال الا انه لم يتعال لهم الفرق بين ان يكون جامدا أو ذائبا لوجود المخالطة في هاتين الحالتين وان كانت في احدى الحالتين اكثر أعني في حالة الذوبان ويجب على هذا أن يفرق بين المخالطة القليلة والكثيرة فلما لم يفرقوا بينهما فكانهم اقتصروا من بعض الحديث على ظاهره ومن بعضه على القياس عليه ولذلك أقرته الظاهرية كله على ظاهره وأما المحرمات لعينها فمنها ما اتفقوا ايضا عليه ومنها ما اختلفوا فيه فاما المتفق منها عليه فاتفق المسلمون منها على اثنين لحم الخنزير والدم فاما الخنزير فاتفقوا على تحريم شحمه ولحمه وجلده واختلفوا في الانتفاع بشعره وفي طهارة جلده مدبوغا وغير مدبوغ وقد تقدم ذلك في كتاب الطهارة وأما الدم فاتفقوا على تحريم المسفوح منه من الحيوان المذكى واختلفوا في غير المسفوح منه وكذلك

اختلفوا في دم الحوت فمنهم من رآه نجساً ومنهم من لم يره نجساً والاختلاف في هذا كله موجود في مذهب مالك وخارج عنه * وسبب اختلافهم في غير المسفوح معارضة الاطلاق للتقييد وذلك أن قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم يقتضي تحريم مسفوح الدم وغيره وقوله تعالى أو دما مسفوحا يقتضي بحسب دليل الخطاب تحريم المسفوح فقط فمن رد المطلق الى المقيد اشترط في التحريم السفح ومن رآى ان الاطلاق يقتضي حكما زائداً على التقييد وان معارضة المقيد للمطلق انما هو من باب دليل الخطاب والمطلق عام والعام أقوى من دليل الخطاب قضى بالمطلق على المقيد وقال يحرم قليل الدم وكثيره والسفح المشترط في حلية الدم انما هو في دم الحيوان المذكى أعني انه الذي يسيل عند التذكية من الحيوان الحلال الاكل واما كل دم يسيل من الحيوان الحي فقليله وكثيره حرام وكذلك الدم من الحيوان المحرم الاكل وان ذكي فقليله وكثيره حرام ولا خلاف في هذا * واما سبب اختلافهم في دم الحوت فمعارضة العموم للقياس أما العموم فقوله تعالى والدم وأما القياس فما يمكن أن يتوهم من كون الدم تابعاً في التحريم لميتة الحيوان أعني ان ما حرم ميتته حرم دمه وما حل ميتته حل دمه ولذلك رآى مالك ان ما لا دم له فليس بميتة قال القاضي وقد تكلمنا في هذه المسئلة في كتاب الطهارة وبذكر الفقهاء حديثاً في هذا مخصصاً لعموم الدم وهو قوله عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان وهذا الحديث في غالب ظني ليس هو في الكتب المشهورة من كتب الحديث وأما المحرمات منها المختلف فيها فاربعة : أحدها لحوم السباع من الطير ومن ذوات الاربع ، والثاني ذوات الحافر الانسية . والثالث لحوم الحيوان المامور بقتله في الحرم : والرابع لحوم الحيوانات التي تعافها النفوس وتستخبثها بالطبع وحكى أبو حامد عن الشافعي أنه يحرم لحم الحيوان المنهي عن اكله قال كالخطاف والنحل فيكون هذا جنساً خامساً من المختلف فيه

﴿ فاما المسئلة الاولى ﴾

وهي السباع ذوات الاربع فروى ابن القاسم عن مالك انها مكروهة وعلى هذا القول جمهور أصحابه وهو المنصور عندهم وذكر مالك في الموطا ما دليله انها عنده محرمة وذلك أنه قال بعقب حديث ابي هريرة عن النبي عليه السلام انه قال اكل كل ذي ناب من السباع حرام وعلى ذلك الامر عندنا والى تحريمها ذهب الشافعي واشهب واصحاب مالك وابو حنيفة الا انهم اختلفوا في جنس السباع المحرمة فقال ابو حنيفة كل ما اكل اللحم فهو سبع حتى الفيل والضبع والربوع عنده من السباع وكذلك الستور وقال الشافعي يوكل الضبع والثعلب وانما السباع المحرمة التي تعدو على الناس كالاسد والنمر والذيب وكلا القولين في المذهب وجمهورهم على ان القرد لا يوكل ولا ينتفع به وعند الشافعي أيضا أن الكلب حرام لا ينتفع به لانه فهم من النهي عن سؤره نجاسة عينه * وسبب اختلافهم في تحريم لحوم السباع من ذوات الاربع معارضة الكتاب للاثار وذلك ان ظاهر قوله قل لا اجد فيما اوحي الى محرما على طاعم يطعمه الاية أن ما عدا المذكور في هذه الاية حلال وظاهر حديث ابي ثعلبة الخشني أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اكل كل ذي ناب من السباع ان السباع محرمة هكذا رواه البخاري ومسلم واما مالك فما رواه في هذا المعنى من طريق أبي هريرة هو ابين في المعارضة وهو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اكل كل ذي ناب من السباع حرام وذلك ان الحديث الاول قد يمكن الجمع بينه وبين الاية بان يحمل النهي المذكور فيه على الكراهية وأما حديث أبي هريرة فليس يمكن الجمع بينه وبين الاية الا ان يعتقد انه ناسخ للاية عند من رآى ان الزيادة نسخ وان القرآن ينسخ بالسنة المتواترة فمن جمع بين حديث ابي

ثعلبة والآية تحمل لحوم السباع على الكراهية ومن رأى ان حديث ابي هريرة يتضمن زيادة على ما في الآية حرم لحوم السباع ومن اعتقد ان الضبع والثعلب محرمان فاستدلالا بعموم الشرع لفظ السباع ومن خصص من ذلك العادية فنصيرا لما روى عبد الرحمان بن عمار قال سألت جابر بن عبد الله عن الضبع آكلها قال نعم قلت أصيد هي قال نعم سمعت ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وهذا الحديث وان كان انفرد به عبد الرحمان فهو ثقة عند جماعة أيمة الحديث ولما ثبت من اقراره عليه السلام على اكل الضب بين يديه واما سباع الطير فالجمهور على انها حلال لمكان الآية المتكررة وحرمها قوم لما جاء في حديث ابن عباس انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اكل كل ذي ناب من السباع وكل مخلب من الطير الا ان هذا الحديث لم يخرجه الشيخان واتما ذكره ابو داود ﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهي اختلافهم في ذوات الحافر الانسي اعني الخيل والبغال والحمير فان جمهور العلماء على تحريم لحوم الحمر الانسية الا ما روى عن ابن عباس وعائشة انهما كانا يبيحانها وعن مالك انه كان يكرهها ورواية ثانية مثل قول الجمهور وكذلك الجمهور على تحريم البغال وقوم كرهوها ولم يحرموها وهو مروى عن مالك واما الخيل فذهب مالك وابو حنيفة وجماعة الى انها محرمة وذهب الشافعي وابو يوسف ومحمد وجماعة الى اباحتها * والسبب في اختلافهم في الحمر الانسية معارضة الآية المذكورة للاحاديث الثابتة في ذلك من حديث جابر وغيره قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحوم الخيل فمن جمع بين الآية وهذا الحديث حملها على الكراهية ومن رأى النسخ قال بتحريم الحمر او قال بالزيادة دون ان يوجب عنده نسخا وقد احتج من لم ير تحريمها بما روى عن ابي اسحاق الشيباني عن ابن ابي اوفى قال اصبنا حمراً مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وطبخناها فنادى منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اكفوا القدور بما فيها قال ابن اسحاق ذلك لسعد بن حبر فقال انما نهى عنها لانها كانت تاكل الجثة وأما اختلافهم في البغال فسببه معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة وقوله مع ذلك في الانعام لتركبوا منها ومنها تاكلون للآية الحاصرة للمحرمات لانه يدل مفهوم الخطاب فيها ان المباح في البغال إنما هو الركوب مع قياس البغل ايضاً على الحمار * وأما سبب اختلافهم في الخيل فمعارضة دليل الخطاب في هذه الآية لحديث جابر ومعارضة قياس الفرس على البغل والحمار له لكن اباحة لحم الخيل نص في حديث جابر فلا ينبغي ان يعارض بقياس ولا بدليل خطاب

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهي اختلافهم في الحيوان المامور بقتله في الحرم وهي الخمس المنصوص عليها الغراب والحدأة والعقرب والفارة والكلب العقور فان قوماً فهموا من الامر بالقتل لها مع النهي عن قتل البهائم المباحة الاكل وأن العلة في ذلك هو كونها محرمة وهو مذهب الشافعي وقوماً فهموا من ذلك معنى التعدي لا معنى التحريم وهو مذهب مالك وابي حنيفة وجمهور اصحابهما وأما الجنس الرابع وهو الذي تستخبثه النفوس كالحشرات والضفادع والسراطانات والسلحفيات وما في معناها فان الشافعي حرمها وأباحها الغير ومنهم من كرهها فقط * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم ما ينطلق عليه اسم الخبائث في قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث فمن رأى انها المحرمات بنص الشرع لم يحرم من ذلك ما تستخبثه النفوس مما لم يرد فيه نص ومن رأى ان الخبائث هي ما تستخبثه النفوس قال هي محرمة وأما ما حكاه ابو حامد عن الشافعي في تحريمه الحيوان المنهي عن قتله كالخطاف زعم

والتحليل فانى لست ادرى ان وقعت الآثار الواردة فى ذلك واعلها فى غير الكتب المشهورة عندنا وأما الحيوان البحرى فان العلماء اجمعوا على تحليل ما لم يكن منه موافقاً بالاسم لحيوان في البر محرم فقال مالك لابأس باكل جميع حيوان البحر الا انه كره خنزير الماء وقال انتم تسمونه خنزيراً وبه قال ابن ابي ليلى والاوزاعى وجماهير وجمهور العلماء الآن منهم من يشترط فى غير السمك التذكية وقد تقدم ذلك وقال الليث بن سعد اما انسان الماء وخنزير الماء فلا يوكلان على شئ من الحالات * وسبب اختلافهم هو هل يتناول لغة او شرعا اسم الخنزير والانسان خنزير الماء وانسانه وعلى هذا يجب ان يتطرق الكلام الى كل حيوان فى البحر مشارك بالاسم فى اللغة او فى العرف لحيوان محرم فى البر مثل الكلب عند من يرى تحريمه والنظر فى هذه المسئلة يرجع الى امرين . أحدهما هل هذه الاسماء لغوية ، والثاني هل للاسم المشترك عموم ام ليس له فان انسان الماء وخنزيره يقالان مع خنزير البر وانسانه باشتراك الاسم فمن سلم أن هذه الاسماء لغوية ورأى أن للاسم المشترك عموماً لزمه ان يقول بتحريمها ولذلك توقف مالك فى ذلك وقال انتم تسمونه خنزيراً فهذه حال الحيوان المحرم الاكل فى الشرع والحيوان المباح الاكل وأما النبات البرى هو غذا فكله حلال الا الخمر وسائر الانبذة المتخذة من العصارات التى تخمر ومن العسل نفسه أما الخمر فانهم اتفقوا على تحريم قليلها وكثيرها التى هى من عصير العنب وأما الانبذة فانهم اختلفوا فى القليل منها الذى لا يسكر وأجمعوا على أن السكر منها حرام فقال جمهور فقهاء الحجاز وجمهور المحدثين قليل الانبذة وكثيرها المسكرة حرام وقال العراقيون ابراهيم النخعى من التابعين وسفيان الثورى وابن ابى ليلى وشريك وابن شبرمة وابو حنيفة وسائر فقهاء الكوفيين واكثر علماء البصريين أن المحرم من سائر الانبذة المسكرة هو السكر نفسه لا العين * وسبب اختلافهم تعارض الآثار والاقيسة فى هذا الباب فللحجازيين فى تثبيت مذهبهم طريقتان ، الطريقة الاولى الآثار الواردة فى ذلك ، والطريقة الثانية تسمية الانبذة باجمعها خمراً فمن اشهر الآثار التى تمسك بها اهل الحجاز ما رواه مالك عن ابن شهاب عن ابى سلمة بن عبد الرحمان عن عائشة انها قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البتع وعن نبيذ العسل فقال كل شراب اسكر فهو حرام خرجه البخارى وقال يحيى بن معين هذا اصح حديث روى عن النبي عليه السلام فى تحريم السكر ومنها ايضاً ما خرجه مسلم عن ابن عمر أن النبى عليه السلام قال كل مسكر خمر وكل خمر حرام فهذان حديثان صحيحان أما الاول فاتفق الكل عليه . وأما الثانى فانفرد بتصحيحه مسلم وخرج الترمذى وأبو داود والنسائى عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما اسكر كثيره فقليله حرام وهو نص فى موضع الخلاف وأما الاستدلال الثاني من أن الانبذة كلها تسمى خمراً فلهم فى ذلك طريقتان . إحداهما من جهة اثبات الاسماء بطريق الاشتقاق ، والثاني من جهة السماع فاما التى من جهة الاشتقاق فانهم قالوا انه معلوم عند اهل اللغة أن الخمر إنما سميت خمراً لمخامرتها العقل فوجب لذلك ان ينطلق اسم الخمر لغة على كل مخامر العقل وهذه الطريقة من اثبات الاسماء فيها اختلاف بين الاصوليين وهى غير مرضية عند الخراسانيين وأما الطريقة الثانية التى من جهة السماع فانهم قالوا انه وان لم يسلم لنا ان الانبذة تسمى فى اللغة خمراً فانها تسمى خمراً شرعا واحتجوا فى ذلك بحديث ابن عمر المتقدم ويعارضه ايضاً عن ابى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة ومارواه ايضاً عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان من العنب خمراً وان من العسل خمراً ومن الزبيب خمراً ومن الحنطة خمراً وأنا انهاكم عن كل مسكر فهذه هى عمدة الحجازيين

فى تحريم الانبذة وأما الكوفيون فانهم تمسكوا لمذهبهم بظاهر قوله تعالى ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكراً ورزقاً حسناً وبآثار رووها فى هذا الباب وبالقياس المعنوى أما احتجاجهم بالآية فانهم قالوا السكر هو المسكر ولو كان محرم العين لما سماه الله رزقاً حسناً وأما الآثار التى اعتمدوها فى هذا الباب فمن اشهرها عندهم حديث ابى عون الثقفى عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس عن النبى عليه السلام قال حرمة الخمر لعينها والسكر من غيرها قالوا وهذا نص لا يحتمل التاويل ودفعه أهل الحجاز لان بعض رواته روى والمسكر من غيرها ومنها حديث شريك عن سماك بن حرب باسناده عن ابى بردة بن دينار قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إنى كنت نهيتكم عن الشراب فى الاوعية فاشربوا فيما بدا لكم ولا تسكروا خرجها الطحاوى ورووا عن ابن مسعود انه قال شهدت تحريم النبيذ كما شهدتم ثم شهدت تحليله فحفظت ونسيتم ورووا عن ابى موسى قال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا ومعاذاً الى اليمن فقلنا يا رسول الله إنا بها شرابين يصنعان من البر والشعير أحدهما يقال له المزر والآخر يقال له البتع فما نشرب فقال عليه السلام اشربا ولا تسكرا خرجه الطحاوى ايضاً الى غير ذلك من الآثار التى ذكروها فى هذا الباب وأما احتجاجهم من جهة النظر فانهم قالوا قد نص القرآن أن علة التحريم فى الخمر انما هى الصد عن ذكر الله ووقوع العداوة والبغضاء كما قال تعالى إنما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة وهذه العلة توجد فى القدر المسكر لا فيما دون ذلك فوجب ان يكون ذلك القدر هو الحرام الا ما انعقد عليه الاجماع من تحريم قليل الخمر وكثيرها قالوا وهذا النوع من القياس يلحق بالنص وهو القياس الذى ينبه الشرع على العلة فيه وقال المتأخرون من اهل النظر حجة الحجازيين من طريق السمع اقوى وحجة العراقيين من طريق القياس اظهر وإذا كان هذا كما قالوا فيرجع الخلاف الى اختلافهم فى تغليب الاثر على القياس او تغليب القياس على الاثر اذا تعارضا وهى مسئلة مختلف فيها لكن الحق أن الاثر اذا كان نصاً ثابتاً فالواجب ان يغلب على القياس وأما إذا كان ظاهر اللفظ محتملا للتاويل فهنا يتردد النظر هل يجمع بينهما بان يتاول اللفظ او يغلب ظاهر اللفظ على مقتضى القياس وذلك مختلف بحسب قوة لفظ من الالفاظ الظاهرة وقوة قياس من القياسات التى تقابلها ولا يدرك الفرق بينهما إلا بالذوق العقلى كما يدرك الموزون من الكلام من غير الموزون وربما كان الذوقان على التساوى ولذلك كثر الاختلاف فى هذا النوع حتى قال كثير من الناس كل مجتهد مصيب قال القاضى والذى يظهر لى والله اعلم أن قوله عليه السلام كل مسكر حرام وإن كان يحتمل ان يراد به القدر المسكر لا الجنس المسكر فان ظهوره فى تعليق التحريم بالجنس اغلب على الظن من تعليقه بالقدر لامكان معارضة ذلك القياس له على ما تاوله الكوفيون فانه لا يبعد ان يحرم الشارع قليل المسكر وكثيره سدا لذريعة وتغليظاً مع أن الضرر انما يوجد فى الكثير وقد ثبت من حال الشرع بالاجماع انه اعتبر فى الخمر الجنس دون القدر فوجب كلما وجدت فيه علة الخمر ان يلحق بالخمر وان يكون على من زعم وجود الفرق اقامة الدليل على ذلك هذا ان لم يسلموا لناصحة قوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام فانهم ان سلموه لم يجدوا عنه انفكاكاً فانه نص فى موضع الخلاف ولا يصح ان تعاض النصوص بالمقاييس وأيضاً فان الشرع قد اخبر أن فى الخمر مضرة ومنفعة فقال تعالى قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وكان القياس اذا قصد الجمع بين انتفاء المضرة ووجود المنفعة ان يحرم كثيرها ويحلل قليلها فلما غلب الشرع حكم المضرة على المنفعة فى الخمر ومنع القليل منها والكثير وجب ان يكون الامر

كذلك في كل مايوجد فيه علة تحريم الخمر إلا ان يثبت في ذلك فارق شرعي واتفقوا على أن الانتباذ حلال مالم تحدث فيه الشدة المطربة الخمرية لقوله عليه السلام فانتبذوا وكل مسكر حرام ولما ثبت عنه عليه السلام انه كان ينتبذ وانه كان يريقه في اليوم الثاني اوالثالث واختلفوا من ذلك في مسئلتين . إحداهما في الاواني التي ينتبذ فيها ، والثانية في انتباذ شيئين مثل البسر والرطب والتمر والزبيب ﴿ فاما المسئلة الاولى ﴾ فانهم اجمعوا على جواز الانتباذ في الاسقية واختلفوا فيماسواها فروى ابن القاسم عن مالك انه كره الانتباذ في الدباء والمزفت ولم يكره غيرذلك وكره الثوري الانتباذ في الدباء والحنتم والنقير والمزفت وقال أبو حنيفة واصحابه لاباس بالانتباذ في جميع الظروف والاواني ٭ وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه ورد من طريق ابن عباس النهي عن الانتباذ في الاربع التي كرهها الثوري وهو حديث ثابت وروى مالك عن ابن عمر في الموطأ ان النبي عليه السلام نهى عن الانتباذ في الدباء والمزفت وجاء في حديث جابر عن النبي عليه السلام من طريق شريك عن سماك انه قال كنت نهيتكم ان تنبذوا في الدباء والحنتم والنقير والمزفت فانتبذوا ولا احل مسكراً وحديث ابي سعيد الخدري الذي رواه مالك في الموطا وهو انه عليه السلام قال كنت نهيتكم عن الانتباذ فانتبذوا وكل مسكر حرام فمن رأى أن النهي المتقدم الذي نسخ انما كان نهياً عن الانتباذ في هذه الاواني اذا لم يعلم هاهنا نهي متقدم غيرذلك قال يجوز الانتباذ في كل شئ ومن قال ان النهي المتقدم الذي نسخ انما كان نهياً عن الانتباذ مطلقاً قال نفى النهي عن الانتباذ في هذه الاواني فمن اعتمد في ذلك حديث ابن عمر قال بالآيتين المذكورتين فيه ومن اعتمد في ذلك حديث ابن عباس قال بالاربعة لانه يتضمن مزيداً والمعارضة بينه وبين حديث ابن عمر انما هي من باب دليل الخطاب وفي كتاب مسلم النهي عن الانتباذ في الحنتم وفيه انه رخص لهم فيه إذا كان غير مزفت

﴿ واما المسئلة الثانية ﴾ وهي انتباذ الخليطين فان الجمهور قالوا بتحريم الخليطين من الاشياء التي من شأنها ان تقبل الانتباذ وقال قوم بل الانتباذ مكروه وقال قوم هو مباح وقال قوم كل خليطين فهما حرام وان لم يكونا مما يقبلان الانتباذ فيما احسب الان ٭ والسبب في اختلافهم ترددهم في هل النهي الوارد في ذلك هو على الكراهة اوعلى الحظر واذا قلنا انه على الحظر فهل يدل على فساد المنهي عنه امْ لا وذلك انه ثبت عنه عليه السلام انه نهى عن ان يخلط التمر والزبيب والزهو والرطب والبسر والزبيب وفي بعضها انه قال عليه السلام لاتنبذوا الزهو والزبيب جميعاً ولا التمر والزبيب جميعاً وانتبذوا كل واحد منهما على حدة فيخرج في ذلك بحسب التاويل الاقاويل الثلاثة قول بتحريمه وقول بتحليله مع الاثم في الانتباذ وقول بكراهية ذلك واما من قال انه مباح فلعله اعتمد في ذلك عموم الامر بالانتباذ في حديث ابي سعيد الخدري واما من منع كل خليطين فاما ان يكون ذهب الى ان علة المنع هو الاختلاط لما يحدث عن الاختلاط من الشدة في النبيذ واما ان يكون قد تمسك بعموم ماورد انه نهى عن الخليطين واجمعوا على ان الخمر اذا تخللت من ذاتها جاز اكلها واختلفوا اذا قصد تخليلها على ثلاثة اقوال التحريم والكراهية والاباحة ٭ وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر واختلافهم في مفهوم الاثر وذلك ان ابا داود خرج من حديث انس بن مالك ان ابا طلحة سأل النبي عليه السلام عن ايتام ورثوا خمراً فقال اهرقها قال افلا اجعلها خلا قال لا فمن فهم من المنع سد ذريعة حمل ذلك على الكراهية ومن فهم النهي لغير علة قال بالتحريم ويخرج على هذا الاتحريم ايضاً على مذهب من يرى ان النهي لايعود بفساد المنهي والقياس المعارض لحمل الحل على التحريم انه قد علم من

ضرورة الشرع ان الاحكام المختلفة انما هي للذوات المختلفة وذات الخمر غير ذات الخل والخل باجماع حلال فاذا انتقلت ذات الخمر الى ذات الخل وجب ان يكون حلالا كيف ما انتقل

﴿ الجملة الثانية في استعمال المحرمات في حال الاضطرار ﴾

والاصل في هذا الباب قوله تعالى وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه والنظر في هذا الباب في السبب المحال وفي جنس الشيء المحلل وفي مقداره فاما السبب فهو ضرورة التغذي اعني اذا لم يجد شيئاً حلالا يتغذى به وهو لا خلاف فيه واما السبب الثاني طلب البرء وهذا المختلف فيه فمن اجازه احتج باباحة النبي عليه السلام الحدي لعبد الرحمان بن عوف لمكان حكة به ومن منعه فلقوله عليه السلام ان الله لم يجعل شفاء امتي فيما حرم عليها واما جنس الشيء المستباح فهو كل شيء محرم مثل الميتة وغيرها والاختلاف في الخمر عندهم هو من قبل التداوي بها لا من قبل استعمالها في التغذي ولذلك اجازوا للعطشان ان يشربها ان كان منها روى وللشرق ان يزيل شرقه بها واما مقدار ما يأكل من الميتة وغيرها فان مالكا قال حد ذلك الشبع والتزود منها حتى يجد غيرها وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يأكل منها الا ما يمسك الرمق وبه قال بعض اصحاب مالك ● وسبب الاختلاف هل المباح له في حال الاضطرار هو جميعها او ما يمسك الرمق فقط والظاهر انه جميعها لقوله تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد واتفق مالك والشافعي على انه لا يحل للمضطر اكل الميتة اذا كان عاصياً بسفره لقوله تعالى غير باغ ولا عاد وذهب غيره الى جواز ذلك

﴿ انتهى كتاب الاطعمة والاشربة ﴾

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

﴿ كتاب النكاح ﴾

وأصول هذا الكتاب تحصر في خمسة ابواب . الباب الاول في مقدمات النكاح . الباب الثاني في موجبات صحة النكاح . الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح . الباب الرابع في حقوق الزوجية . الباب الخامس في الانكحة المنهي عنها والفاسدة

﴿ الباب الاول ﴾ وفي هذا الباب اربع مسائل في حكم النكاح وفي حكم خطبة النكاح وفي الخطبة على الخطبة وفي النظر الى المخطوبة قبل التزويج . فاما حكم النكاح . فقال قوم هو مندوب اليه وهم الجمهور . وقال اهل الظاهر هو واجب . وقالت المتأخرة من المالكية هو في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم مندوب اليه وفي حق بعضهم مباح وذلك عندهم بحسب ما يخاف على نفسه من العنت ● وسبب اختلافهم هل تحمل صيغة الامر به في قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وفي قوله عليه السلام تناكحوا فاني مكاثر بكم الامم وما اشبه ذلك من الاخبار الواردة في ذلك على الوجوب ام على الندب ام على الاباحة فاما من قال انه في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم مندوب اليه وفي حق بعضهم مباح فهو التفات الى المصلحة وهذا النوع من القياس هو الذي يسمى المرسل وهو الذي ليس له اصل معين يستند اليه وقد انكره كثير من العلماء والظاهر من مذهب مالك القول به ﴿ واما خطبة النكاح ﴾ المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال الجمهور انها ليست واجبة وقال داود هي واجبة ● وسبب الخلاف هل يحمل فعله في ذلك عليه السلام على الوجوب او على الندب فاما الخطبة على الخطبة فان النهي في ذلك ثابت عن النبي عليه السلام

واختلفوا هل يدل ذلك على فساد المنهى عنه اولا يدل وان كان يدل فى اى حالة يدل. فقال داود يفسخ وقال الشافعى وابو حنيفة لايفسخ وعن مالك القولان جميعاً وذلك وهو انه يفسخ قبل الدخول ولايفسخ بعده وقال ابن القاسم انما منع النهى اذا خطب رجل على خطبة رجل صالح واما ان كان الاول غير صالح والثانى صالح جاز واما الوقت عند الاكثر فهو اذا ركن بعضهم الى بعض لاقى اول الخطبة بدليل حديث فاطمة بنت قيس حيث جاءت الى النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت له ان اباجهم بن حذيفة ومعاوية بن ابى سفيان خطباها فقال اما ابو جهم فرجل لايرفع عصاه عن النساء واما معاوية فصعلوك لامال له ولكن انكحى اسامة واما النظر الى المرأة عند الخطبة فاجاز ذلك مالك الى الوجه والكفين فقط واجاز ذلك غيره الى جميع البدن عدى السوءتين ومنع ذلك قوم على الاطلاق واجاز ابوحنيفة النظر الى القدمين مع الوجه والكفين * والسبب فى اختلافهم انه ورد الامر بالنظر اليهن مطلقاً وورد بالمنع مطلقاً وورد مقيداً أعنى بالوجه والكفين على ما قاله كثير من العلماء فى قوله تعالى ولايبدين زينتهن إلا ما ظهر منها انه الوجه والكفان وقياساً على جواز كشفها فى الحج عند الاكثر ومن منع تمسك بالاصل وهو تحريم النظر الى النساء ﴿ الباب الثانى فى موجبات صحة النكاح ﴾ وهذا الباب ينقسم الى ثلاثة اركان . الركن الاول فى معرفة كيفية هذا العقد . الركن الثانى فى معرفة محل هذا العقد . الثالث فى معرفة شروط هذا العقد ﴿ الركن الاول ﴾ فى الكيفية والنظر فى هذا الركن فى مواضع فى كيفية الاذن المنعقد به ومن المعتبر رضاه فى لزوم هذا العقد وهل يجوز عقده على الخيار ام لا يجوز وهل ان تراخى القبول من احد المتعاقدين لزم ذلك العقد ام من شرط ذلك الفور

﴿ الموضع الاول ﴾ الاذن فى النكاح على ضربين فهو واقع فى حق الرجال والثيب من النساء بالالفاظ وهو فى حق الابكار المستاذنات واقع بالسكوت اعنى الرضا وأما الرد فباللفظ ولا خلاف فى هذه الجملة الا ما حكى عن أصحاب الشافعى ان اذن البكر اذا كان المنكح غير أب ولا جد بالنطق وانما صار الجمهور الى ان اذنها بالصمت للثابت من قوله عليه السلام الايم احق بنفسها من وليها والبكر تستامر فى نفسها واذنها صماتها واتفقوا على ان انعقاد النكاح بلفظ النكاح ممن اذنه اللفظ وكذلك بلفظ التزويج * واختلفوا فى انعقاده بلفظ الهبة او بلفظ البيع او بلفظ الصدقة فاجازه قوم وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعى لا ينعقد الا بلفظ النكاح او التزويج * وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به أم ليس من صحته اعتبار اللفظ فمن الحقه بالعقود التى يعتبر فيها الامران قال لا نكاح منعقد الا بلفظ النكاح أو التزويج ومن قال ان اللفظ ليس من شرطه اعتبار انما ليس من شرطه اللفظ أجاز النكاح بأى لفظ اتفق اذا فهم المعنى الشرعى من ذلك أعنى انه اذا كان بينه وبين المعنى الشرعى مشاركة ﴿ الموضع الثانى ﴾ واما من المعتبر قبوله فى صحة هذا العقد فانه يوجد فى الشرع على ضربين احدهما يعتبر فيه رضى المتناكحين انفسهما أعنى الزوج والزوجة اما مع الولى واما دونه على مذهب من لا يشترط الولى فى رضى المرأة المالكة امر نفسها والثانى يعتبر فيه رضى الاولياء فقط وفى كل واحد من هذين الضربين مسائل اتفقوا عليها ومسائل اختلفوا فيها ونحن نذكر منها قواعدها واصولها فنقول أما الرجال البالغون الاحرار المالكون لامر انفسهم فانهم اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم فى صحة النكاح * واختلفوا هل يجبر العبد على النكاح سيده والوصى محجوره البالغ أم ليس يجبره فقال مالك

يجبر السيد عبده على النكاح وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي لا يجبره * والسبب في اختلافهم هل النكاح من حقوق السيد ام ليس من حقوقه وكذلك اختلفوا في جبر الوصي محجوره والخلاف في ذلك موجود في المذهب * وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح المنظور له ام ليست بمصلحة وانما طريقه الملاد وعلى القول بان النكاح واجب ينبغي الا يتوقف في ذلك واما النساء اللائي يعتبر رضاهن في النكاح فاتفقوا على اعتبار رضى الثيب البالغ لقوله عليه السلام والثيب تعرب عن نفسها الا ما حكي عن الحسن البصري واختلفوا في البكر البالغ وفي الثيب الغير البالغ مالم يكن ظهر منها الفساد فاما البكر البالغ فقال مالك والشافعي وابن أبي ليلى للاب فقط ان يجبرها على النكاح وقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وأبو ثور وجماعة لابد من اعتبار رضاها ووافقهم مالك في البكر المعنسة على أحد القولين عنه * وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب في هذا العموم وذلك ان ما روى عنه عليه السلام من قوله لا تنكح اليتيمة الا باذنها وقوله تستامر اليتيمة في نفسها خرجه ابو داود والمفهوم منه بدليل الخطاب ان ذات الاب بخلاف اليتيمة وقوله عليه السلام في حديث ابن عباس المشهور والبكر تستامر يوجب بعمومه استيمار كل بكر والعموم أقوى من دليل الخطاب مع أنه خرج مسلم في حديث ابن عباس زيادة وهو أنه قال عليه السلام والبكر يستاذنها أبوها وهو نص في موضع الخلاف واما الثيب الغير البالغ فان مالكا وأبا حنيفة قال يجبرها الاب على النكاح وقال الشافعي لا يجبرها وقال المتأخرون ان في المذهب فيها ثلاثة أقوال قول ان الاب يجبرها مالم تبلغ بعد الطلاق وهو قول أشهب وقول انه يجبرها وإن بلغت وهو قول سحنون وقول انه لا يجبرها وإن لم تبلغ وهو قول أبي تمام والذي حكيناه عن مالك هو الذي حكاه أهل مسائل الخلاف كابن القصار وغيره عنه * وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك ان قوله عليه السلام تستامر اليتيمة في نفسها ولا تنكح اليتيمة إلا باذنها يفهم منه ان ذات الاب لا تستامر الا ما أجمع عليه الجمهور من استيمار الثيب البالغ وعموم قوله عليه السلام الثيب أحق بنفسها من وليها يتناول البالغ وغير البالغ وكذلك قوله لا تنكح الايم حتى تستامر ولا تنكح حتى تستاذن يدل بعمومه على ما قاله الشافعي ولاختلافهم في هاتين المسئلتين سبب آخر وهو استنباط القياس من موضع الاجماع وذلك انهم لما أجمعوا على ان الاب يجبر البكر غير البالغ وانه لا يجبر الثيب البالغ الا خلافا شاذا فيهما جميعا كما قلنا اختلفوا في موجب الاجبار هل هو البكارة او الصغر فمن قال الصغر قال لا يجبر البكر البالغ ومن قال البكارة قال تجبر البكر البالغ ولا تجبر الثيب الصغيرة ومن قال كل واحد منهما يوجب الاجبار اذا انفرد قال يجبر البكر البالغ والثيب الغير بالغ والتعليل الاول تعليل ابي حنيفة والثاني تعليل الشافعي والثالث تعليل مالك والاصول أكثر شهادة لتعليل ابي حنيفة واختلفوا في الثيوبة التي ترفع الاجبار وتوجب التطلق بالرضى اوالرد فذهب مالك وابو حنيفة الى انها الثيوبة التي تكون بنكاح صحيح اوشبهة نكاح اوملك وانها لا تكون بزنا ولا بغصب وقال الشافعي كل ثيوبة ترفع الاجبار * وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم بقوله عليه السلام الثيب احق بنفسها من وليها بالثيوبة الشرعية ام بالثيوبة اللغوية واتفقوا على ان الاب يجبر ابنه الصغير على النكاح وكذلك ابنته الصغيرة البكر ولا يستامرها لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضى الله عنها بنت ست اوسبع وبنى بها بنت تسع بانكاح ابي بكر ابيها رضى الله عنه الا ماروي من الخلاف عن ابن شبرمة واختلفوا من ذلك في مسئلتين احداهما هل تزوج الصغيرة غير الاب والثانية هل يزوج الصغير غير الاب فاما هل تزوج الصغيرة غير الاب ام لا فقال الشافعي يزوجها الجد ابو الاب والاب فقط وقال

مالك لايزوجها الاالاب فقط اومن جعل الاب له ذلك اذا عين الزوج الا ان يخاف عليها الضيعة والفساد وقال ابوحنيفة يزوج الصغيرة كل من له عليها ولاية من اب وقريب وغير ذلك ولها الخيار اذا بلغت • وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك ان قوله عليه السلام والبكر تستامر واذنها صماتها يقتضى العموم فى كل بكر الاذات الاب التى خصصها الاجماع الا الخلاف الذى ذكرناه وكون سائر الاولياء معلوم منهم النظر والمصلحة لوليتهم يوجب ان يلحقوا بالاب فى هذا المعنى فمنهم من الحق به جميع الاولياء ومنهم من الحق به الجد فقط لانه فى معنى الاب اذ كان ابا اعلى وهو الشافعي ومن قصر ذلك على الاب رآ انما للاب فى ذلك غير موجود لغيره اما من قبل ان الشرع خصه بذلك واما من قبل انما يوجد فيه من الرأفة والرحمة لايوجد فى غيره وهو الذى ذهب اليه مالك رضي الله عنه وماذهب اليه اظهر والله أعلم الا ان يكون هنالك ضرورة وقد احتجت الحنفية بجواز انكاح الصغار غير الاباء بقوله تعالى فان خفتم الا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ماطاب لكم من النساء قال واليتيم لاينطلق الا على غير البالغة والفريق الثاني قالوا ان اسم اليتيم قد ينطلق على البالغة بدليل قوله عليه السلام تستامر اليتيمة والمستامرة هي من اهل الاذن وهى البالغ فيكون لاختلافهم سبب آخر وهو اشتراك اسم اليتيم وقد احتج أيضاً من لم يجز نكاح غير الاب بها بقوله عليه السلام تستامر اليتيمة فى نفسها قالوا والصغيرة ليست من أهل الاستيمار باتفاق فوجب المنع ولاولئك ان يقولوا ان هذا حكم اليتيمة التى هى من اهل الاستيمار واما الصغيرة فسكوت عنها واما هل يزوج الولى غير الاب الصغير فان مالكاً اجازه للوصى وابا حنيفة اجازه للاولياء الا ان ابا حنيفة اوجب الخيار له اذا بلغ ولم يوجب ذلك مالك وقال الشافعي ليس لغير الاب انكاحه • وسبب اختلافهم قياس غير الاب فى ذلك على الاب فمن رآ ان الاجتهاد الموجود فيه الذى جاز للاب به ان يزوج الصغير من ولده لايوجد فى غير الاب لم يجز ذلك ومن رآ انه يوجد فيه اجاز ذلك ومن فرق بين الصغير فى ذلك والصغيرة فلان الرجل يملك الطلاق اذا بلغ ولا تملكه المرأة ولذلك جعل ابو حنيفة لهما الخيار اذا بلغا

﴿ وأما الموضع الثالث ﴾ وهو هل يجوز عقد النكاح على الخيار فان الجمهور على انه لا يجوز وقال أبو ثور يجوز • والسبب فى اختلافهم تردد النكاح بين البيوع التى لا يجوز فيها الخيار والبيوع التى يجوز فيها الخيار أو يقول ان الاصل فى العقود ان لا خيار إلا ما وقع عليه النص وعلى المثبت للخيار الدليل أو نقول ان اصل منع الخيار فى البيوع هو الغرر والانكحة لاغرر فيها لان المقصود بها المكارمة لا المكايسة ولان الحاجة الى الخيار والروية فى النكاح أشد منه فى البيوع واما تراخي القبول من أحد الطرفين عن العقد فاجازه مالك من ذلك التراخي اليسير ومنعه قوم وأجازه قوم وذلك مثل ان ينكح الولى امرأة بغير اذنها فيبلغها النكاح فتجيزه ومن منعه مطلقاً الشافعي ومن أجازه مطلقاً أبو حنيفة وأصحابه والتفرقة بين الامر الطويل والقصير لمالك • وسبب الخلاف هل من شرط الانعقاد وجود القبول من المتعاقدين فى وقت واحد معاً أم ليس ذلك من شرطه ومثل هذا الخلاف عرض فى البيع

﴿ الركن الثاني فى شروط العقد ﴾ وفيه ثلاثة فصول الفصل الاول فى الاولياء . الثاني فى الشهود . الثالث فى الصداق

﴿ الفصل الاول ﴾ والنظر فى الاولياء فى مواضع أربعة الاول فى اشتراط الولاية فى صحة النكاح الموضع الثاني فى صفة الولى الثالث فى أصناف الاولياء وترتيبهم فى الولاية وما يتعلق بذلك . الرابع فى عضل الاولياء من يلونهم وحكم الاختلاف الواقع بين الولى

والمولى عليه ﴿الموضع الاول﴾ اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط فذهب مالك إلى أنه لايكون نكاح إلا بولى وانها شرط فى الصحة فى رواية أشهب عنه وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة وزفر والشعبي والزهرى إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولى وكان كفؤا جاز وفرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولى فى البكر وعدم اشتراطه فى الثيب ويخرج على رواية ابن القاسم عن مالك فى الولاية قول رابع ان اشتراطها سنة لا فرض وذلك انه روى عنه انه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولى وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة ان تستخلف رجلا من الناس انكاحها وكان يستحب ان تقدم الثيب وليها ليعقد عليها فكانه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك أعنى أنهم يقولون انها من شروط الصحة لا من شروط التمام * وسبب اختلافهم انه لم تات آية ولا سنة هى ظاهرة فى اشتراط الولاية فى النكاح فضلا عن ان يكون فى ذلك نص بل الآيات والسنن التى جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هى كلها محتملة وكذلك الآيات والسنن التى يحتج بها من يشترط اسقاطها هى أيضا محتملة فى ذلك والاحاديث مع كونها محتملة فى الفاظها مختلف فى صحتها الاحديث ابن عباس وإن كان المسقط لها ليس عليه دليل لان الاصل براءة الذمة ونحن نورد مشهور ما احتج به الفريقان ونبين وجه الاحتمال فى ذلك فمن أظهر ما يحتج به من الكتاب من اشترط الولاية قوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن قالوا وهذا خطاب للاولياء ولولم يكن لهم حق فى الولاية لما نهوا عن العضل وقوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يومنوا قالوا وهذا خطاب للاولياء أيضا ومن أشهر ما احتج به هؤلاء من الاحاديث ما رواه الزهرى عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات وإن دخل بها فلها المهر بما أصاب منها فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له خرجه الترمذى وقال فيه حديث حسن واما ما احتج به من لم يشترط الولاية من الكتاب والسنة فقوله تعالى فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف قالوا وهذا دليل على جواز تصرفها فى العقد على نفسها قالوا وقد أضاف اليهن فى غير ما آية من الكتاب الفعل فقال ان ينكحن أزواجهن وقال حتى تنكح زوجا غيره واما من السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته وهو قوله عليه السلام الايم احق بنفسها من وليها والبكر تستامر فى نفسها واذنها صماتها وبهذا الحديث احتج داود فى الفرق عنده بين الثيب والبكر فى هذا المعنى فهذا مشهور ما احتج به الفريقان من السماع فاما قوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن فليس فيه أكثر من نهى قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النكاح وليس نهيهم عن العضل مما يفهم منه اشتراط اذنهم فى صحة العقد لا حقيقة ولا مجازا أعنى بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة أو النص بل قد يمكن ان يفهم منه ضد هذا وهو ان الاولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم وكذلك قوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يومنوا هو ان يكون خطابا لاولى الامر من المسلمين أو لجميع المسلمين احرى منه ان يكون خطابا للاولياء وبالجملة فهو متردد بين ان يكون خطابا للاولياء اولاولى الامر فان قيل ان هذا عام والعام يشمل دون الامر والاولياء قيل ان هذا الخطاب إنما هو خطاب بالمنع والمنع بالشرع فيستوى فيه الاولياء وغيرهم وكون الولى مامورا بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة فى الاذن أصله الاجنبى ولو قلنا انه خطاب للاولياء يوجب اشتراط اذنهم فى صحة النكاح لكان مجملا لا يصح به عمل لانه ليس فيها ذكر أصناف الاولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم والبيان لا يجوز تاخيره عن وقت الحاجة ولو كان فى هذا كله شرع معروف لنقل تواترا أو قريبا من التواتر لان هذا

تمانهم بالبلوى ومعلوم انه كان في المدينة من لا ولي له ولم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم انه كان يعقد أنكحتهم ولا ينصب لذلك من يعقدها وأيضاً فان المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية وإنما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات وهذا ظاهر والله أعلم وأما حديث عائشة فهو حديث مختلف في وجوب العمل به والاظهر انما لا يتفق على صحته انه ليس يجب العمل به وأيضاً فان سلمنا صحة الحديث فليس فيه الا اشتراط اذن الولي لمن لها ولي أعني المولى عليها وان سلمنا انه عام في كل امرأة فليس فيه ان المرأة لا تعقد على نفسها أعني الا تكون هي التي تلي العقد بل الاظهر منه انه اذا اذن الولي لها جاز ان تعقد على نفسها دون ان تشترط في صحة النكاح اشهاد الولي معها واما ما احتج به الفريق الآخر من قوله تعالى فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن من معروف فان المفهوم منه انتهى عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون أوليائهن وليس هاهنا شيء يمكن ان تستبد به المرأة دون الولي الا عقد النكاح فظاهر هذه الآية والله أعلم ان لها ان تعقد النكاح وللاولياء افسخ اذا لم يكن بالمعروف وهو الظاهر من الشرع وان يحتج ببعض ظاهر الآية على رأيهم ولا يحتج ببعضها فيه ضعف واما اضافة النكاح اليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد لكن الاصل هو الاختصاص الا ان يقوم الدليل على خلاف ذلك وأما حديث ابن عباس فهو لعمري ظاهر في الفرق بين الثيب والبكر لانه اذا كان كل واحد منهما يستاذن ويتولى العقد عليهما الولي فما ذا لیت شعري تكون الايم أحق بنفسها من وليها ويحتمل ان تكون التفرقة بينهما في السكوت والنطق فقط ويكون السكوت كافياً في العقد والاحتجاج بقوله تعالى فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف هو أظهر في ان المرأة تلي العقد من الاحتجاج بقوله ولا تنكحوا المشركين حتى يومنوا على ان الولي هو الذي يلي العقد وقد ضعفت الحنفية حديث عائشة وذلك انه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن الزهري وحكى ابن علية عن ابن جريج انه سأل الزهري عنه فلم يعرفه قالوا والدليل على ذلك ان الزهري لم يكن يشترط الولاية ولا الولاية من مذهب عائشة وقد احتجوا أيضاً بحديث ابن عباس انه قال لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل ولكنه مختلف في رفعه وكذلك اختلفوا أيضاً في صحة الحديث الوارد في نكاح النبي عليه السلام امسلمة وأمره لابنها ان ينكحها اياه واما احتجاج الفريقين من جهة المعاني فمحتمل وذلك انه يمكن ان يقال ان الرشد اذا وجد في المرأة كتفى به في عقد النكاح كما يكتفى به في التصرف في المال ويشبهه ان يقال ان المرأة مائلة بالطبع الى الرجال اكثر من ميلها الى تبذير الاموال فاحتاط الشرع بان جعلها محجورة في هذا المعنى على التابيد مع ان ما يلحقها من العار في القاء نفسها في غير موضع كفاءة يتطرق الى اوليائها لكن يكفي في ذلك ان يكون للاولياء الفسخ او الحسبة والمسئلة محتملة كما ترى لكن الذي يغلب على الظن انه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الاولياء وأصنافهم ومراتبهم فان تأخر البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فاذا كان لا يجوز عليه عليه السلام تاخير البيان عن وقت الحاجة وكان عموم البلوى في هذه المسئلة يقتضي ان ينقل اشتراط الولاية عنه صلى الله عليه وسلم تواتراً او قريباً من التواتر ثم لم ينقل فقد يجب ان يعتقد احد امرين اما انه ليست الولاية شرطاً في صحة النكاح وانما للاولياء الحسبة في ذلك وأما ان كانت شرطاً فليس من صحتها تميز صفات الولي واصنافهم ومراتبهم ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولي الابعد مع وجود الاقرب ﴿ الموضع الثاني ﴾

وأما النظر في الصفات الموجبة الولاية والسالبة لها فانهم اتفقوا على أن من شرط الولاية الاسلام والبلوغ والذكورية وأن سوالبها اضداد هذه أعني الكفر والصغر والانوثة . واختلفوا في ثلاثة في العبد والفاسق والسفيه فاما العبد

فالاكثر

قالا كثر على منع ولايته وجوزها ابو حنيفة وأما الرشد فالمشهور فى المذهب أعنى عند اكثر اصحاب مالك ان ذلك ليس من شرطها أعنى الولاية وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعى ذلك من شرطها وقد روى عن مالك مثل قول الشافعى وبقول الشافعي قال اشهب وابو المصعب * وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال فمن رآ انه قد يوجد الرشد في هذه الولاية مع عدمه فى المال قال ليس من شرطه ان يكون رشيداً فى المال ومن رآ أن ذلك ممتنع الوجود قال لابد من الرشد فى المال وهما فسمان كما ترى أعنى أن الرشد فى المال غير الرشد فى اختيار الكفاءة لها وأما العدالة فانما اختلفوا فيها من جهة انها نظر الغير أعنى هذه الولاية فلا يومن مع عدم العدالة الا بخيار لها الكفاءة وقد يمكن ان يقال إن الحالة التى بها يختار الاولياء لولايتهم الكفؤ غير حالة العدالة وهى خوف لحوق العار بهم وهذه هى موجودة بالطبع وتلك العدالة الاخرى مكتسبة ولنقص العبد يدخل الخلاف فى ولايته كما يدخل فى شهادته

﴿ الموضع الثالث ﴾ وأما اصناف الولاية عند القائلين بها فهى نسب وسلطان ومولي اعلى واسفل وبمجرد الاسلام عند مالك صفة تقتضى الولاية على الدنية واختلفوا فى الوصى فقال مالك يكون الوصى ولياً ومنع ذلك الشافعى * وسبب اختلافهم هل صفة الولاية مما يمكن ان يستناب فيها ام ليس يمكن ذلك ولهذا السبب بعينه اختلفوا فى الوكالة فى النكاح لكن الجمهور على جوازها الا ابا ثور ولا فرق بين الوكالة والايصاء لان الوصى وكيل بعد الموت والوكالة تنقطع بالموت واختلفوا فى ترتيب الولاية من النسب فعند مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب الا الابن فمن كان اقرب عصبة كان احق بالولاية والابناء عنده اولى وان سفلوا ثم الابناء ثم الاخوة للاب والام ثم للاب ثم بنوا الاخوة للاب والام ثم للاب فقط ثم بنوا الاخوة للاب وان علوا ثم الجد وقال المغيرة الجد وأبوه اولى من الاخ وابنه ليس من اصل ثم العمومة على ترتيب الاخوة وإن سفلوا ثم المولى ثم السلطان والمولى الاعلى عنده احق من الاسفل والوصى عنده اولي من ولى النسب أعنى وصى الاب واختلف اصحابه فيمن اولى وصى الاب او ولى النسب فقال ابن القاسم الوصى اولى مثل قول مالك وقال ابن الماجشون وابن عبد الحكم الولى اولى وخالف الشافعى مالكا فى ولاية البنوة فلم يجزها اصلا وفى تقديم الاخوة على الجد فقال لاولاية للابن وروى عن مالك أن الاب اولى من الابن وهو احسن وقال ايضاً الجد اولى من الاخ وبه قال المغيرة والشافعي اعتبار التعصيب أعنى أن الولد ليس من عصبتها لحديث عمر لا تنكح المرأة الا باذن وليها أوذى الرأى من اهلها او السلطان ولم يعتبره مالك فى الابن لحديث ام سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم امرابنها ان يزوجها اياه ولانهم اتفقوا أعنى مالكا والشافعى على أن الابن يرث الولاء اواجب اللام والولاء عندهم للعصبة * وسبب اختلافهم فى الجد هو اختلافهم فيمن هو اقرب هل الجد او الاخ ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة ؛ احدها اذا زوج الابعد مع حضور الاقرب، والثانية اذا غاب الاقرب هل تنتقل الولاية الى الابعد او الى السلطان ، والثالثة اذا غاب الاب عن ابنته البكر هل تنتقل الولاية او لا تنتقل

﴿ فاما المسألة الاولى ﴾ فاختلف فيها قول مالك فمرة قال ان زوج الابعد مع حضور الاقرب فالنكاح مفسوخ ومرة قال النكاح جائز ومرة قال للاقرب ان يجيز او يفسخ وهذا الخلاف كله عنده فيما عدا الاب فى ابنته البكر والوصى فى محجورته فانه لا يختلف قوله ان النكاح فى هذين مفسوخ أعنى تزويج غير الاب البنت البكر مع حضور الاب او غير اوصى المحجورة مع حضور الوصى وقال الشافعى لا يعقد احد مع

حضور الاب لافي بكر ولافي ثيب • وسبب هذا الاختلاف هوهل الترتيب حكم شرعي أعني ثابتاً بالشرع في الولاية امليس بحكم شرعي وانكان حكماً فهل ذلك حق من حقوق الولي الاقرب امذلك حق من حقوق الله فمن لم ير الترتيب حكماً شرعياً قال يجوز نكاح الابعد مع حضور الاقرب ومن رآ انه حكم شرعي ورآ انه حق للولي قال النكاح منعقد فان اجازه الولي جاز وان لم يجزه انفسخ ومن رآ انه حق لله قال النكاح غير منعقد وقد انكر قوم هذا المعنى في المذهب أعني ان يكون النكاح منفسخاً غير منعقد

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فان مالكا يقول اذا غاب الولي الاقرب انتقلت الولاية الى الابعد وقال الشافعي تنتقل الى السلطان • وسبب اختلافهم هل الغيبة في ذلك بمنزلة الموت املا وذلك انه لاخلاف عندهم في انتقالها في الموت ﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهي غيبة الاب عن ابنته البكر فان في المذهب فيها تفصيلا واختلافاً وذلك راجع الى بعد المكان وطول الغيبة اوقربه والجهل بمكانه او العلم به وحاجة البنت الى النكاح إما لعدم النفقة وإما لما يخاف عليها من عدم الصون وإما الامرين جميعاً فاتفق المذهب على انه اذا كانت الغيبة بعيدة اوكان الاب مجهول الموضع اواسيراً وكانت في صون ونحت نفقة انها ان لم تدع على التزويج لاتزوج وان دعت فتزوج عند الاسر وعند الجهل بمكانه واختلفوا هل تزوج مع العلم بمكانه املا اذا كان بعيداً فقيل تزوج وهو قول مالك وقيل لاتزوج وهو قول عبد الملك وابن وهب وأما ان عدمت النفقة اوكانت في غير صون فانها تزوج ايضاً في هذه الاحوال الثلاثة أعني في الغيبة البعيدة وفي الاسر والجهل بمكانه وكذلك ان اجتمع الامران فاذا كانت في غير صون تزوج وان لم تدع الى ذلك ولم يختلفوا فيما احسب انها لاتزوج في الغيبة القريبة المعلومة لمكان امكان مخاطبته وليس يبعد بحسب النظر المصلحي الذي انبنى عليه هذا النظر ان يقال ان ضاق الوقت وخشي السلطان عليها الفساد زوجت وان كان الموضع قريباً واذا قلنا انه تجوز ولاية الابعد مع حضور الاقرب فان جعلت امرأة امرها الى وليين فزوجها كل واحد منهما فانه لايخلوا ان يكون تقدم احدهما في العقد على الاخر اويكونا عقداً معاً ثم لايخلوا ذلك من ان يعلم المتقدم اولايعلم فاما اذا علم المتقدم منهما فاجمعوا على انها للاول اذا لم يدخل بها واحد منهما . واختلفوا اذا دخل الثاني فقال قوم هي للاول وقال قوم هي للثاني وهو قول مالك وابن القاسم وبالاول قال الشافعي وابن عبد الحكم وأما ان انكحاها معاً فلاخلاف في فسخ النكاح فيما اعرف • وسبب الخلاف في اعتبار الدخول اولا اعتباره معارضة العموم للقياس وذلك انه قد روى انه عليه السلام قال ايما امرأة انكحها وليان فهي للاول منهما فعموم هذا الحديث يقتضي انها للاول دخل بها الثاني او لم يدخل ومن اعتبر الدخول فتشبيهاً بفوات السلعة في البيع المكروه وهو ضعيف واما ان لم يعلم الاول فان الجمهور على الفسخ وقال مالك يفسخ ما لم يدخل احدهما وقال شريح تخير فايهما اختارت كان هو الزوج وهو شاذ وقد روي عن عمر بن عبد العزيز

﴿ الموضع الرابع في عضل الاولياء ﴾ واتفقوا على انه ليس للولي ان يعضل وليته اذا دعت الى كفء وبصداق مثلها وانها ترفع امرها الى السلطان فيزوجها ماعدا الاب فانه اختلف فيه المذهب . واختلفوا بعد هذا الاتفاق فيما هي الكفاءة المعتبرة في ذلك وهل صداق المثل منها املا وكذلك اتفقوا على أن للمرأة ان تمنع نفسها من انكاح من له من الاولياء جبرها اذا لم تكن فيها الكفاءة موجودة كالاب في ابنته البكر أما غير البالغ باتفاق اوالبالغ والثيب الصغيرة باختلاف على ما تقدم وكذلك الوصي في محجوره على القول بالجبر . فاما الكفاءة

فانهم

فانهم اتفقوا على أن الدين معتبر في ذلك الا ماروى عن محمد بن الحسن من اسقاط اعتبار الدين ولم يخالف المذهب أن البكر اذا زوجها الاب من شارب الخمر وبالجملة من فاسق أن لها ان تمتنع نفسها من النكاح وينظر الحاكم في ذلك فيفرق بينهما وكذلك ان زوجها ممن له حرام او ممن هو كثير الحلف بالطلاق . واختلفوا في النسب هل هو من الكفاءة ام لا وفي الحرية وفي اليسار وفي الصحة من العيوب فالمشهور عن مالك انه يجوز نكاح الموالي من العرب وانه احتج لذلك بقوله تعالى إن أكرمكم عند الله اتقاكم وقال سفيان الثوري وأحمد لا تزوج العربية من مولى وقال ابو حنيفة واصحابه لا تزوج قرشية الا من قرشي ولا عربية الا من عربي ٭ والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه السلام تنكح المرأة لدينها وجمالها ومالها وحسبها فاظفر بذات الدين تربت يمينك فمنهم من رأى ان الدين هو المعتبر فقط لقوله عليه السلام فعليك بذات الدين تربت يمينك ومنهم من رأى أن الحسب في ذلك هو بمعنى الدين وكذلك المال وأنه لا يخرج من ذلك الا ما اخرجه الاجماع وهو كون الحسن ليس من الكفاءة وكل من يقول برد النكاح من العيوب يجعل الصحة منها من الكفاءة وعلى هذا فيكون الحسن يعتبر لجهة ما ولم يختلف المذهب ايضاً أن الفقر مما يوجب فسخ انكاح الاب ابنته البكر أعني اذا كان فقيراً غير قادر على النفقة عليها فالمال عنده من الكفاءة ولم يرد ذلك ابو حنيفة وأما الحرية فلم يختلف المذهب انه من الكفاءة لكون السنة الثابتة تخيير الامة اذا اعتقت وأما مهر المثل فان مالكا والشافعي يريان انه ليس من الكفاءة وأن للاب ان ينكح ابنته بأقل من صداق المثل أعني البكر وأن البنت الرشيدة اذا رضيت بما لم يكن للاولياء مقال وقال ابو حنيفة مهر المثل من الكفاءة ٭ وسبب اختلافهم أما في الاب فلاختلافهم هل له ان يضع من صداق ابنته البكر شيئاً ام لا . وأما في الثيب فلاختلافهم هل ترتفع عنها الولاية في مقدار الصداق اذا كانت رشيدة كما يرتفع في سائر تصرفاتها المالية ام ليس ترتفع الولاية عن مقدار الصداق اذا كانت لا يرتفع عنها في التصرف في النكاح والصداق من اسبابه وقد كان هذا القول اخلق بمن يشترط الولاية ممن لم يشترطها لكن أتى الامر بالعكس ويتعلق باحكام الولاية مسئلة مشهورة وهي هل يجوز للولي ان ينكح وليته من نفسه ام لا يجوز ذلك فمنع ذلك الشافعي قياساً على الحاكم والشاهد أعني انه لا يحكم لنفسه ولا يشهد لنفسه وأجاز ذلك مالك ولا اعلم لمالك حجة في ذلك الا ما روى من انه عليه السلام تزوج ام سلمة بغير ولي لان ابنها كان صغيراً وثابت انه عليه السلام اعتق صفية فجعل صداقها عتقها والاصل عند الشافعي في انكحة النبي عليه السلام انها على الخصوص حتى يدل الدليل على العموم لكثرة خصوصيته في هذا المعنى صلى الله عليه وسلم ولكن تردد قوله في الامام الاعظم

﴿ الفصل الثاني في الشهادة ﴾

واتفق ابو حنيفة والشافعي ومالك على أن الشهادة من شرط النكاح واختلفوا هل هو شرط تمام يومر به عند الدخول او شرط صحة يومر به عند العقد واتفقوا على انه لا يجوز نكاح السر واختلفوا اذا اشهد شاهدان ووصيا بالكتمان هل هو سر او ليس بسر فقال مالك هو سر ويفسخ وقال ابو حنيفة والشافعي ليس بسر ٭ وسبب اختلافهم هل الشهادة في ذلك حكم شرعي ام انما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف او الانكار فمن قال حكم شرعي قال هي شرط من شروط الصحة ومن قال توثق قال من شروط التمام والاصل في هذا ما روى عن ابن عباس لا نكاح الا بشاهدي عدل او ولي مرشد ولا مخالف له من الصحابة وكثير من الناس رأى هذا داخلا في باب الاجماع وهو ضعيف وهذا الحديث قد روى مرفوعا ذكره الدار قطني وذكر أن في سنده مجاهيل وابو حنيفة يبطل النكاح

عنده بشهادة فاسقين لان المقصود عنده بالشهادة هو الاعلان فقط والشافعي يرى أن الشهادة تتضمن المعنيين أعني الاعلان والقبول ولذلك اشترط فيها العدالة وأما مالك فليس يتضمن عنده الاعلان اذا وصى الشاهدان بالكتمان • وسبب اختلافهم هل ماتقع فيه الشهادة ينطلق عليه اسم السر امْلا والاصل في اشتراط الاعلان قول النبي عليه السلام اعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدفوف خرّجه ابوداود وقال عمر فيه هذا نكاح السر ولو تقدمت فيه لرجمت وقال ابو ثور وجماعة ليس الشهود من شرط النكاح لاشرط صحة ولاشرط تمام وفصل ذلك الحسن بن علي روى عنه انه تزوج بغير شهادة ثم اعلن بالنكاح

﴿ الفصل الثالث في الصداق ﴾

والنظر في الصداق في ستة مواضع ، الاول في حكمه وصفات اركانه . الموضع الثاني في تقرر جميعه للزوجة . الموضع الثالث في تشطيره . الموضع الرابع في التفويض وحكمه . الموضع الخامس الاصدقة الفاسدة وحكمها . الموضع السادس في اختلاف الزوجين في الصداق

﴿ الموضع الاول ﴾

وهذا الموضع فيه اربع مسائل : الاولى في حكمه . الثانية في قدره . الثالثة في جنسه ووصفه . الرابعة في تاجيله

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اما حكمه فانهم اتفقوا على انه شرط من شروط الصحة وأنه لايجوز التواطؤا على تركه لقوله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة وقوله تعالى فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن اجورهن

﴿ المسئلة الثانية ﴾ واما قدره فانهم اتفقوا على أنه ليس لاكثره حد • واختلفوا في أقله فقال الشافعي واحمد واسحاق وأبو ثور وفقهاء المدينة من التابعين ليس لاقله حد وكل ما جاز أن يكون ثمنا وقيمة لشئ جاز ان يكون صداقا وبه قال ابن وهب من اصحاب مالك وقال طائفة يوجب تحديد أقله وهؤلاء اختلفوا فالمشهور في ذلك مذهبان احدهما مذهب مالك واصحابه والثاني مذهب ابي حنيفة واصحابه فاما مالك فقال أقله ربع دينار من الذهب او ثلاثة دراهم كيلا من فضة او ماساوى الدراهم الثلاثة أعني دراهم الكيل فقط في المشهور او قيل او مايساوي احدهما وقال ابو حنيفة عشرة دراهم اقله وقيل خمسة دراهم وقيل اربعون درهما • وسبب اختلافهم في التقدير سببان احدهما تردده بين أن يكون عوضاً من الاعواض يعتبر فيه التراضي بالقليل كان اوبالكثير كالحال في البيوعات وبين ان تكون عبادة فيكون موقتاً وذلك انه من جهة انه يملك به على المرأة منافعها على الدوام يشبه العوض ومن جهة انه لايجوز التراضي على اسقاطه يشبه العبادة • والسبب الثاني معارضة هذا القياس المقتضي التحديد لمفهوم الاثر الذي لا يقتضي التحديد أما القياس الذي يقتضي التحديد فهو كما قلنا انه عبادة والعبادات موقتة وأما الاثر الذي يقتضي مفهومه عدم التحديد فحديث سهل بن سعد الساعدي المتفق على صحته وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت يارسول الله اني قد وهبت نفسي لك فقامت قياماً طويلا فقام رجل فقال يارسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك من شئ تصدقها اياه فقال ما عندي الا ازاري فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اعطيتها اياه جلست لاازار لك فالتمس شيئاً فقال لااجد شيئاً فقال عليه السلام التمس ولو خاتماً من حديد فالتمس فلم يجد شيئاً فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك شئ من القرآن قال نعم سورة كذا وسورة كذا السور سماها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد انكحتكها بما معك من القرآن قالوا فقوله عليه السلام التمس ولو خاتماً من حديد دليل على أنه لاقدر لاقله لانه لوكان له قدر لبينه اذ لايجوز تاخير البيان عن وقت الحاجة وهذا استدلال

بين كما ترى مع أن القياس الذى اعتمد القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته وذلك انه انما بنى على مقدمتين . احداهما أن الصداق عبادة : والثانية أن العبادة موقتة وفى كليهما نزاع للخصم وذلك انه قد يلقى فى الشرع من العبادات ما ليست موقتة بل الواجب فيها هو اقل ما ينطلق عليه الاسم وايضاً فانه ليس فيه شبه العبادات خالصاً وانما صار المرجحون لهذا القياس على مفهوم الاثر لاحتمال ان يكون ذلك الاثر خاصاً بذلك الرجل لقوله فيه قد انكحتكها بما معك من القرآن وهذا خلاف الاصول وان كان قد جاء فى بعض رواياته انه قال قم فعلمها لما ذكر انه معه من القرآن فقام فعلمها فجاء نكاحا باجارة لكن لما التمسوا اصلا يقيسون عليه قدر الصداق لم يجدوا شيئاً اقرب شبهاً به من نصاب القطع على بعد ما بينهما وذلك ان القياس الذى استعملوه فى ذلك هو انهم قالوا عضو مستباح بمال فوجب ان يكون مقدراً اصله القطع وضعف هذا القياس هو من قبل ان الاستباحة فيها هى مقولة باشتراك الاسم وذلك ان القطع عند الوطء وايضاً فان القطع استباحة على جهة العقوبة والاذى وبعض خفة وهذا استباحة على جهة اللذة والمودة ومن شأن قياس الشبه على ضعفه ان يكون الذى به تشابه الفرع والاصل شيئاً واحداً لا باللفظ بل بالمعنى وان يكون الحكم انما وجد للاصل من جهة الشبه وهذا كله معدوم فى هذا القياس ومع هذا فانه من الشبه الذى لم ينبه عليه اللفظ وهذا النوع من القياس مردود عند المحققين لكن لم يستعملوا هذا القياس فى اثبات التحديد المقابل لمفهوم الحديث اذ هو فى غاية الضعف وانما استعملوه فى تعيين قدر التحديد واما القياس الذى استعملوه فى معارضة مفهوم الحديث فهو أقوى من هذا ويشبه لعدم التحديد ما خرجه الترمذى ان امرأة تزوجت على نعلين فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ملكت من نفسك ومالك بنعلين فقالت نعم فجوز نكاحها وقال فيه هو حديث حسن صحيح

* ولما اتفق القائلون بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة اختلفوا فى ذلك بحسب اختلافهم فى نصاب السرقة فقال مالك هو ربع دينار او ثلاثة دراهم لانه النصاب فى السرقة عنده وقال ابو حنيفة هو عشرة دراهم لانه النصاب فى السرقة عنده وقال ابن شبرمة هو خمسة دراهم لانه النصاب عنده ايضاً فى السرقة . وقد احتجت الحنفية لكون الصداق محدداً بهذا القدر بحديث يروونه عن جابر عن النبى عليه السلام انه قال لا مهر باقل من عشرة دراهم ولو كان هذا ثابتا لكان رافعا لموضع الخلاف لانه كان يجب لموضع هذا الحديث ان يحمل حديث سهل بن سعد على الخصوص لكن حديث جابر هذا ضعيف عند اهل الحديث فانه يرويه قالوا ميسر بن عبيد عن الحجاج بن ارطاة عن عطاء عن جابر وميسر والحجاج ضعيفان وعطاء ايضاً لم يلق جابراً ولذلك لا يمكن ان يقال ان هذا الحديث معارض لحديث سهل بن سعد

﴿المسئلة الثالثة﴾ اما جنسه فكل ما جاز أن يملك وان يكون عوضاً واختلفوا من ذلك فى مكانين فى النكاح بالاجارة وفى جعل عتق امته صداقها * أما النكاح على الاجارة ففى المذهب فيه ثلاثة أقوال قول بالاجازة وقول بالمنع وقول بالكراهة والمشهور عن مالك الكراهة ولذلك رآ فسخه قبل الدخول وأجازه من اصحابه اصبغ وسحنون وهو قول الشافعى ومنعه ابن القاسم وأبو حنيفة الا فى العبد فان أبا حنيفة أجازه * وسبب اختلافهم سببان أحدهما هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتفاعه ام الامر بالعكس فمن قال هو لازم اجازه لقوله تعالى انى اريد ان انكحك احدى ابنتى هاتين على أن تاجرنى ثمانى حجج الاية ومن قال ليس بلازم قال لا يجوز النكاح بالاجارة * والسبب الثانى هل يجوز ان يقاس النكاح فى ذلك على الاجارة وذلك أن الاجارة هى مستثناة من بيوع الغرر المجهول ولذلك خالف فيها الاصم وابن علية وذلك

أن اصل العامل انما هو على عين معروفة ثابتة فى عين معروفة ثابتة والاجارة هى عين ثابتة فى مقابلتها حركات وأفعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب الاجرة على المستاجر وأما كون العتق صداقاً فانه منعه فقهاء الامصار ما عدا داود وأحمد • وسبب اختلافهم معارضة الاثر الوارد فى ذلك للاصول أعنى ماثبت من انه عليه السلام أعتق صفية وجعل عتقها صداقها مع احتمال ان يكون هذا خاصاً به عليه السلام لكثرة اختصاصه فى هذا الباب ووجه مفارقته للاصول أن العتق ازالة ملك والازالة لاتتضمن استباحة الشئ بوجه آخر لانها اذا اعتقت ملكت نفسها فكيف يلزمها النكاح ولذلك قال الشافعى انها ان كرهت زواجه غرمت له قيمتها لانه رأى أنها قد اتلفت عليه قيمتها اذ كان انما أتلفها بشرط الاستمتاع بها وهذا كله لايعارض به فعله عليه السلام ولو كان غير جائز لغيره لبينه عليه السلام والاصل أن افعاله لازمة لنا الا ماقام الدليل على خصوصيته • وأما صفة الصداق فانهم اتفقوا على انعقاد النكاح على العرض المعين الموصوف اعني المنضبط جنسه وقدره بالوصف واختلفوا فى العرض الغير موصوف ولامعين مثل ان يقول أنكحتكها على عبد او خادم من غير ان يصف ذلك وصفاً يضبط قيمته فقال مالك وأبوحنيفة يجوز وقال الشافعى لايجوز واذا وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسط مما سمى وقال أبوحنيفة يجبر على القيمة • وسبب اختلافهم هل يجرى النكاح فى ذلك مجرى البيع من القصد فى النشاح او ليس يبلغ ذلك المبلغ بل القصد منه اكثر ذلك المكارمة فمن قال يجرى فى النشاح مجرى البيع قال كما لايجوز البيع على شئ غير موصوف كذلك لايجوز فى النكاح ومن قال ليس يجري مجراه اذ المقصود منه انما هو المكارمة قال يجوز وأما التاجيل فان قوماً لم يجيزوه اصلا وقوم اجازوه واستحبوا ان يقدم شيئاً منه اذا أراد الدخول وهو مذهب مالك والذين أجازوا التاجيل منهم من لم يجزه الا لزمن محدود وقدر هذا البعد وهو مذهب مالك ومنهم من اجازه لموت او فراق وهو مذهب الاوزاعى • وسبب اختلافهم هل يشبه النكاح البيع فى التاجيل اولايشبهه فمن قال يشبهه لم يجز التاجيل لموت اوفراق ومن قال لايشبهه أجاز ذلك ومن منع التاجيل فلكونه عبادة

﴿الموضع الثانى فى النظر فى التقرر﴾ واتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول اوالموت أما وجوبه كله بالدخول فلقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطاراً فلاتاخذوا منه شيئاً الاية • وأما وجوبه بالموت فلا أعلم الان فيه دليلا مسموعا الا انعقاد الاجماع على ذلك واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول المسيس ام ليس ذلك من شرطه بل يجب بالدخول والخلوة وهو الذى يعنون بارخاء الستور فقال مالك والشافعى وداود لايجب بارخاء الستور الا نصف المهر مالم يكن المسيس وقال ابو حنيفة يجب المهر بالخلوة نفسها الا أن يكون محرماً اومريضاً اوصائما فى رمضان اوكانت المرأة حائضاً وقال ابن ابى ليلى يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط فى ذلك شيئا • وسبب اختلافهم فى ذلك معارضة حكم الصحابة فى ذلك لظاهر الكتاب وذلك أنه نص تبارك وتعالى في المدخول بها المنكوحة انه ليس يجوز ان يوخذ من صداقها شئ فى قوله تعالى وكيف تاخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض ونص في المطلقة قبل المسيس ان لها نصف الصداق فقال تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم وهذا نص كما ترى فى حكم كل واحدة من هاتين الحالتين أعنى قبل المسيس

وبعد المسيس ولا وسط بينهما فوجب بهذا ايجابا ظاهراً ان الصداق لايجب الا بالمسيس والمسيس هاهنا الظاهر من امره انه الجماع وقد يحتمل ان يحمل على اصله في اللغة وهو المس ولعل هذا هو الذى تأولت الصحابة ولذلك قال مالك فى العنين الموجل انه قد وجب لها الصداق عليه اذا وقع الطلاق لطول مقامه معها فجعل لما دون الجماع تاثيراً فى ايجاب الصداق واما الاحكام الواردة فى ذلك عن الصحابة فهو ان من اغلق بابا او ارخى ستراً فقد وجب عليه الصداق لم يختلف عليهم فى ذلك فيما حكوا واختلفوا من هذا الباب فى فرع وهو اذا اختلفا فى المسيس اعنى القائلين باشتراط المسيس وذلك مثل ان تدعي هي المسيس وينكر هو فالمشهور عن مالك أن القول قولها وقيل ان كان دخول بناء صدقت وان كان دخول زيارة لم تصدق وقيل ان كانت بكراً نظر اليها النساء فيتحصل فيها فى المذهب ثلاثة اقوال وقال الشافعي وأهل الظاهر القول قوله وذلك لانه مدعي عليه ومالك ليس يعتبر فى وجوب اليمين على المدعي عليه من جهة ماهو مدعى عليه بل من جهة ماهو اقوى شبهة فى الاكثر ولذلك يجعل القول فى مواضع كثيرة قول المدعي اذا كان أقوى شبهة وهذا الخلاف يرجع الى هل ايجاب اليمين على المدعى عليه معلل او غير معلل وكذلك القول فى وجوب البينة على المدعي وسيأتى هذا فى مكانه

﴿الموضع الثالث فى التشطير﴾ واتفقوا اتفاقا مجملا انه اذا طلق قبل الدخول وقد فرض صداقا انه يرجع عليها بنصف الصداق لقوله تعالى فنصف مافرضتم الاية . والنظر فى التشطير فى اصول ثلاثة في محله من الانكحة وفى موجبه من انواع الطلاق اعني الواقع قبل الدخول وفى حكم مايعرض له من التغييرات قبل الطلاق اما محله من النكاح عند مالك فهو النكاح الصحيح اعنى ان يكون يقع الطلاق الذى قبل الدخول في النكاح الصحيح واما النكاح الفاسد فان لم تكن الفرقة فيه فسخا او طلق قبل الفسخ فى ذلك قولان وأما موجب التشطير فهو الطلاق الذي يكون باختيار من الزوج لاباختيار منها مثل الطلاق الذى يكون من قبل قيامها بعيب يوجد فيه واختلفوا من هذا الباب فى الذى يكون سببه قيامها عليه بالصداق او النفقة مع عسره ولا فرق بينه وبين القيام بالعيب وأما الفسوخ التى ليست طلاقا فلا خلاف انها ليست توجب التشطير اذا كان فيها الفسخ من قبل العقد اومن قبل الصداق وبالجملة من قبل عدم موجبات الصحة وليس لهما فى ذلك اختيار اصلا واما الفسوخ الطارئة على العقد الصحيح مثل الردة والرضاع فان لم يكن لاحدهما فيه اختيار اوكان لها دونه لم يوجب التشطير وان كان له فيه اختيار مثل الردة اوجب التشطير والذى يقتضيه مذهب اهل الظاهر ان كل طلاق قبل البناء فواجب ان يكون فيه التنصيف سواء كان من سببها اوسببه وانما كان فسخاً ولم يكن طلاقا فلا تنصيف فيه * وسبب الخلاف هل هذه السنة معقولة المعنى ام ليست بمعقولة فمن قال انها معقولة المعنى وانه انما وجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها لمكان الجبر على رد سلعتها واخذ الثمن كالحال فى المشترى فلما فارق النكاح فى هذا المعنى البيع جعل لها هذا عوضاً من ذلك الحق قال اذا كان الطلاق من سببها لم يكن لها شئ لانها اسقطت ما كان لها من جبره على دفع الثمن وقبض السلعة ومن قال انها سنة غير معقولة واتبع ظاهر اللفظ قال يلزم التشطير فى كل طلاق كان من سببه اوسببها فاما حكم مايعرض للصداق من التغييرات قبل الطلاق فان ذلك لايخلوا ان يكون من قبلها اومن الله فما كان من قبل الله فلايخلوا من اربعة اوجه اما ان يكون تلفاً للكل واما ان يكون نقصاً واما ان يكون زيادة واما ان يكون زيادة ونقصانا معاً وما كان من قبلها فلايخلوا ان يكون تصرفها فيه بتفويت مثل البيع والعتق والهبة

اويكون تصرفها فيه في منافعها الخاصة بها اوفيما تجهز به الى زوجها فعند مالك انهما في التلف وفي الزيادة وفي النقصان شريكان وعند الشافعي انه يرجع في النقصان والتلف عليها بالنصف ولا يرجع بنصف الزيادة ٭ وسبب اختلافهم هل تملك المرأة الصداق قبل الدخول او الملوت ملكا مستقراً او لا تملكه فمن قال انها لا تملكه ملكا مستقراً قال هما فيه شريكان مالم تتعد فتدخله في منافعها ومن قال تملكه ملكا مستقراً والتشطير حق واجب تعين عليها عند الطلاق وبعد استقرار الملك اوجب الرجوع عليها بجميع ماذهب عندها ولم يختلفوا انها اذا صرفته في منافعها ضامنة للنصف : واختلفوا اذا اشترت بما يصلحها للجهاز مما جرت به العادة هل يرجع عليها بنصف ما اشترته اوبنصف الصداق الذي هو الثمن فقال مالك يرجع عليها بنصف ما اشترته وقال ابو حنيفة والشافعي يرجع عليها بنصف الثمن الذي هو الصداق . واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور متعلق بالسماع وهو هل للاب ان يعفو عن نصف الصداق في ابنته البكر أعني اذا طلقت قبل الدخول وللسيد في امته فقال مالك ذلك له وقال ابو حنيفة والشافعي ليس ذلك له ٭ وسبب اختلافهم هو الاحتمال الذي في قوله تعالى إلا ان يعفون اويعفوا الذي بيده عقدة النكاح وذلك في لفظة يعفوا فانها تقال في كلام العرب مرة بمعنى تسقط ومرة بمعنى تهب وفي قوله الذي بيده عقدة النكاح على من يعود هذا الضمير هل على الولي اوعلى الزوج فمن قال على الزوج جعل يعفوا بمعنى تهب ومن قال على الولي جعل يعفوا بمعنى تسقط وشذ قوم فقالوا لكل ولي ان يعفوا عن نصف الصداق الواجب للمرأة ويشبه ان يكون هذان الاحتمالان الذي في الآية على السواء لكن من جعله الزوج لم يوجب حكماً زائداً في الآية أي شرعا زائداً لان جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع ومن جعله الولي إما الاب وإما غيره فقد زاد شرعا فلذلك يجب عليه ان يأتي بدليل يبين به أن الآية اظهر في الولي منها في الزوج وذلك شئ يعسر والجمهور على أن المرأة الصغيرة والمحجورة ليس لها ان تهب من صداقها النصف الواجب لها وشذ قوم فقالوا يجوز ان تهب مصيراً لعموم قوله تعالى إلا ان يعفون ٭ واختلفوا من هذا الباب في المرأة إذا وهبت صداقها لزوجها ثم طلقت قبل الدخول فقال مالك ليس يرجع عليها بشئ وقال الشافعي يرجع عليها بنصف الصداق ٭ وسبب الخلاف هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو في عين الصداق اوفي ذمة المرأة فمن قال في عين الصداق قال لا يرجع عليها بشئ لانه قد قبض الصداق كله ومن قال هو في ذمة المرأة قال يرجع وإن وهبته له كما لو وهبت له غير ذلك من مالها وفرق ابو حنيفة في هذه المسئلة بين القبض ولا قبض فقال ان قبضت فله النصف وإن لم تقبض حتى وهبت فليس له شئ كأنه رآى ان الحق في العين مالم يقبض فاذا قبضت صار في الذمة

﴿ الموضع الرابع في التفويض ﴾ وأجمعوا على أن نكاح التفويض جائز وهو ان يعقد النكاح دون صداق لقوله تعالى لاجناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن اوتفرضوا لهن فريضة . واختلفوا من ذلك في موضعين ، أحدهما اذا طلبت الزوجة فرض الصداق واختلف في القدر . والموضع الثاني اذا مات الزوج ولم يفرض هل لها صداق ام لا ﴿ فاما المسئلة الاولى ﴾ وهي اذا قامت المرأة تطلب ان يفرض لها مهراً فقالت طائفة يفرض لها مهر مثلها وليس للزوج في ذلك خيار فان طلق بعد الحكم فمن هؤلاء من قال لها نصف الصداق ومنهم من قال ليس لها شئ لان اصل الفرض لم يكن في عقدة النكاح وهو قول ابي حنيفة واصحابه وقال مالك واصحابه الزوج بين خيارات ثلاث اما ان يطلق ولا يفرض واما ان يفرض ماتطلبه المرأة ويوما

ان يفرض صداق المثل ويلزمها هو سبب اختلافهم أعني بين من يوجب مهر المثل من غير خيار للزوج اذا طلقها بعد طلبها الفرض ومن لا يوجه اختلافهم في مفهوم قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن اوتفرضوا لهن فريضة هل هذا محمول على العموم في سقوط الصداق سواء كان سبب الطلاق اختلافهم في فرض الصداق اولم يكن الطلاق سببه الخلاف في ذلك وأيضاً فهل يفهم من رفع الجناح عن ذلك سقوط المهر في كل حال اولا يفهم ذلك فيه احتمال وان كان الاظهر سقوطه في كل حال لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ولاخلاف اعلمه في انه اذا طلق ابتداء انه ليس عليه شيء وقد كان يجب على من اوجب لها المتعة مع شطر الصداق اذا طلق قبل الدخول في نكاح غير التفويض واوجب لها مهر المثل في نكاح التفويض ان يوجب لها مع المتعة فيه شطر مهر المثل لان الآية لم تتعرض بمفهومها لاسقاط الصداق في نكاح التفويض وانما تعرضت لاباحة الطلاق قبل الفرض فان كان يوجب نكاح التفويض مهر المثل اذا طلب فواجب ان يشترط اذا وقع الطلاق كما يشترط في المسمى ولهذا قال مالك انه ليس يلزم فيه مهر المثل مع خيار الزوج ﴿ وأما المسألة الثانية ﴾

وهي اذا مات الزوج قبل تسمية الصداق وقبل الدخول بها فان مالكا واصحابه والاوزاعي قالوا ليس لها صداق ولها المتعة والميراث وقال ابو حنيفة لها صداق المثل والميراث وبه قال احمد وداود وعن الشافعي القولان جميعاً الا ان المنصور عند اصحابه هو مثل قول مالك ● وسبب اختلافهم معارضة القياس الاثر أما الاثر فهو ما روى عن ابن مسعود انه سئل عن هذه المسألة فقال اقول فيها برأيي فان كان صواباً فمن الله وان كان خطأ فمني اراها صداق امرأة من نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن يسار الاشجعي فقال اشهد لقضيت فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع بنت واشق خرجه ابو داود والنسائي والترمذي وصححه وأما القياس المعارض لهذا هو أن الصداق عوض فلما لم يقبض المعوض لم يجب العوض قياساً على البيع وقال المزني عن الشافعي في هذه المسألة ان ثبت حديث بروع فلا حجة في قول احد مع السنة والذي قاله هو الصواب والله اعلم

﴿ الموضع الخامس في الاصدقة الفاسدة ﴾ والصداق يفسد اما لعينه واما لصفة فيه من جهل او غرر فالذي يفسد لعينه مثل الخمر والخنزير ومالا يجوز ان يتملك والذي يفسد من قبل الغرر والجهل فالاصل فيه تشبيهه بالبيوع وفي ذلك خمس مسائل مشهورة ﴿ المسألة الاولى ﴾

اذا كان الصداق خمراً او خنزيراً او ثمرة لم يبد صلاحها او بعيراً شارداً فقال أبو حنيفة العقد صحيح اذا وقع وفيه مهر المثل وعن مالك في ذلك روايتان . احداهما فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده وهو قول ابي عبيد . والثانية انه ان دخل ثبت ولها صداق المثل ● وسبب اختلافهم هل حكم النكاح في ذلك حكم البيع ام ليس كذلك فمن قال حكمه حكم البيع قال يفسد النكاح بفساد الصداق كما يفسد البيع بفساد الثمن ومن قال ليس من شرط صحة عقد النكاح صحة الصداق بدليل أن ذكر الصداق ليس شرطاً في صحة العقد قال يمضي النكاح ويصح بصداق المثل والفرق بين الدخول وعدمه ضعيف والذي تقتضيه اصول مالك ان يفرق بين الصداق المحرم العين وبين المحرم لصفة فيه قياساً على البيع ولست اذكر الآن فيه نصاً ﴿ المسألة الثانية ﴾

واختلفوا اذا اقترن بالمهر بيع مثل ان يدفع اليه عبد او يدفع الف درهم عن الصداق وعن ثمن العبد ولا يسمي الثمن من الصداق فمنعه مالك وابن القاسم وبه قال أبو ثور واجازه اشهب وهو قول ابي حنيفة وفرق عبدالله فقال ان كان

الباقي بعد البيع ربع دينار فصاعداً بامر لايشك فيه جاز واختلف فيه قول الشافعي فرة قال ذلك جائز ومرة قال فيه مهر المثل * وسبب اختلافهم هل النكاح في ذلك شبيه بالبيع ام ليس بشبيه فمن شبهه في ذلك بالبيع منعه ومن جوز في النكاح من الجهل مالايجوز في البيع قال يجوز

﴿ المسئلة الثالثة ﴾

واختلف العلماء فيمن نكح امرأة واشترط عليه في صداقها حبا يجيء به الاب على ثلاثة اقوال فقال ابو حنيفة واصحابه الشرط لازم والصداق صحيح وقال الشافعي المهر فاسد ولها صداق المثل وقال مالك اذا كان الشرط عند النكاح فهو لابنه وان كان بعد النكاح فهو له * وسبب اختلافهم تشبيه النكاح في ذلك بالبيع فمن شبهه بالوكيل ببيع السلعة ويشترط لنفسه حبا قال لايجوز النكاح كما لايجوز البيع ومن جعل النكاح في ذلك مخالفاً للبيع قال يجوز وأما تفريق مالك فلانه اتهمه اذا كان الشرط في عقد النكاح ان يكون ذلك الذي اشترطه لنفسه نقصانا من صداق مثلها ولم يتهمه اذا كان بعد انعقاد النكاح والاتفاق عن الصداق وقول مالك هو قول عمر بن عبد العزيز والثوري وابي عبيد وخرج النسائي وابو داود وعبد الرزاق عن عمر وبن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت على حباء قبل عصمة النكاح فهو لها وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن اعطيه واحق ما اكرم الرجل عليه ابنته واخته وحديث عمر وبن شعيب مختلف فيه من قبل انه صحفه ولكنه نص في قول مالك وقال ابو عمر بن عبد البر اذا رواته الثقات وجب العمل به

﴿ المسئلة الرابعة ﴾

واختلفوا في الصداق يستحق او يوجد به عيب فقال الجمهور النكاح ثابت واختلفوا هل يرجع بالقيمة او بالمثل او بمهر المثل واختلف في ذلك قول الشافعي فقال مرة بالقيمة وقال مرة بمهر المثل وكذلك اختلف المذهب في ذلك فقيل يرجع بالقيمة وقيل يرجع بالمثل قال ابو الحسن اللخمي ولو قيل يرجع بالاقل من القيمة او صداق المثل لكان ذلك وجهاً وتذكر سحنون فقال النكاح فاسد ومبنى الخلاف هل يشبه النكاح في ذلك البيع اولا يشبهه فمن شبهه قال ينفسخ ومن لم يشبهه قال لا ينفسخ

﴿ المسئلة الخامسة ﴾

واختلفوا في الرجل ينكح المرأة على ان الصداق الف ان لم يكن له زوجة وان كانت له زوجة فالصداق الفان فقال الجمهور بجوازه واختلفوا في الواجب في ذلك فقال قوم الشرط جائز ولها من الصداق بحسب ما اشترط وقالت طائفة لها مهر المثل وهو قول الشافعي وبه قال ابو ثور الا انه قال ان طلقها قبل الدخول لم يكن لها الا المتعة وقال ابو حنيفة ان كانت له امرأة فلها الف درهم وان لم تكن له امرأة فلها مهر مثلها ما لم يكن اكثر من الالفين او اقل من الالف ويخرج في هذا قول ان النكاح مفسوخ لكان القدر ولست اذكر الان نصاً فيها في المذهب فهذه مشهور مسائلهم في هذا الباب وفروعه كثيرة واختلفوا فيما يعتبر به فهو المثل اذا قضي به في هذه المواضع وما اشبهها فقال مالك يعتبر في جمالها ونصابها وما لها وقال الشافعي يعتبر بنساء عصبتها فقط وقال ابو حنيفة يعتبر في ذلك نساء قرابتها من العصبة وغيرهم ومبنى الخلاف هل المماثلة في المنصب فقط او في المنصب والمال والجمال لقوله عليه السلام تنكح المرأة لدينها وجمالها وحسبها الحديث

﴿ الموضع السادس في اختلاف الزوجين في الصداق ﴾

واختلافهم لايخلوا ان يكون في القبض او في القدر او في الجنس او في الوقت اعني وقت الوجوب فاما إذا اختلفا في القدر فقالت المرأة مثلا بمائتين وقال الزوج بمائة فان الفقهاء اختلفوا في ذلك اختلافا كثيراً فقال مالك انه ان كان الاختلاف قبل الدخول وأتى الزوج بما يشبه والمرأة بما تشبه انهما يتحالفان ويتفاسخان وان حلف

احدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف وان نكلا جميعاً كان بمنزلة اذا حلفا جميعاً ومن اتى بما يشبه منهما كان القول قوله وان كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج وقالت طائفة القول قول الزوج مع يمينه وبه قال ابو ثور وابن ابي ليلى وابن شبرمة وجماعة وقالت طائفة القول قول الزوجة الى مهر مثلها وقول الزوج فيما زاد على مهر مثلها وقالت طائفة إذا اختلفا بحالها ورجع الى مهر المثل ولم ير الفسخ كمالك وهو مذهب الشافعي والثوري وجماعة وقد قيل انها ترد إلى صداق المثل دون يمين مالم يكن صداق المثل اكثر مما ادعت واقل مما ادعى هو واختلافهم مبني على اختلافهم في مفهوم قوله عليه السلام البينة عن من ادعي واليمين على من انكر هل ذلك معلل او غير معلل فمن قال معلل قال يحالف ابداً اقواهما شبهة فان استويا تحالفا وتفاسخا ومن قال غير معلل قال يحالف الزوج لانها تقر له بالنكاح وجنس الصداق وتدعى عليه قدراً زائداً فهو مدعي عليه وقيل ايضاً يتحالفان ابداً لان كل واحد منهما مدعي عليه وذلك عند من لم ير اع الاشياء والخلاف في ذلك في المذهب ومن قال القول قولها الى مهر المثل والقول قوله فيما زاد على مهر المثل رآ انهما لا يستويان ابداً في الدعوى بل يكون احدهما ولا بد اقوى شبهة وذلك انه لا يخلوا دعواها من ان يكون فيما يعادل صداق مثلها فصاعدا فيكون القول قولها او يكون فيما فوق ذلك فيكون القول قوله * وسبب اختلاف مالك والشافعي في التفاسخ بعد التحالف وارجوع الى صداق المثل هو هل يشبه النكاح بالبيع في ذلك ام ليس يشبهه به فمن قال يشبه به قال بالتفاسخ ومن قال لا يشبهه لان الصداق ليس من شرط صحة العقد قال بصداق المثل بعد التحالف وكذلك من زعم من اصحاب مالك انه لا يجوز لهم بعد التحالف ان يتراضيا على شيء ولا ان يرجع احدهما الى قول الآخر ويرضى به فهو في غاية الضعف ومن ذهب الى هذا فانما يشبه بالامان وهو تشبيه ضعيف مع ان وجود هذا الحكم للعان مختلف فيه واما اذا اختلفا في القبض فقالت الزوجة لم اقبض وقال الزوج قد قبضت فقال الجمهور والقول قول المرأة الشافعي والثوري وأحمد وابو ثور وقال مالك القول قولها قبل الدخول والقول قوله بعد الدخول وقال بعض أصحابه انما قال ذلك مالك لان العرف بالمدينة كان عندهم لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق فان كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها ابداً والقول بان القول قولها ابداً احسن لانها مدعى عليها ولكن مالك راعي قوة الشبهة التي له اذا دخل بها الزوج واختلف أصحاب مالك اذا طال الدخول هل يكون القول قوله بيمين أو بغير يمين وبيمين أحسن وأما اذا اختلفا في جنس الصداق فقال هو مثلا زوجتك على هذا العبد وقالت هي زوجتك على هذا الثوب فالمشهور في المذهب انهما يتحالفان ويتفاسخان ان كان الاختلاف قبل البناء وان كان بعد البناء ثبت وكان لها صداق المثل مالم يكن أكثر مما ادعت أو أقل مما اعترف به وقال ابن القصار يتحالفان قبل الدخول والقول قول الزوج بعد الدخول وقال اصبغ القول قول الزوج ان كان يشبه سواء اشبه قولها او لم يشبه فان لم يشبه قول الزوج فان كان قولها مشبها كان القول قولها وان لم يكن قولها مشبها تحالفا وكان لها صداق المثل وقول الشافعي في هذه المسئلة مثل قوله عند اختلافهم في القدر أعني يتحالفان ويتراجعان الى مهر المثل * وسبب قول الفقهاء بالتفاسخ في البيع سنعرف اصله في كتاب البيوع ان شاء الله وأما اختلافهم في الوقت فانه يتصور في الكالئ والذي يجيء على اصل قول مالك فيه في المشهور عنه ان القول في الاجل قول الغارم قياساً على البيع وفيه خلاف ويتصور أيضاً متى يجب هل قبل الدخول أو بعده فمن شبه النكاح بالبيوع قال لا يجب الا بعد الدخول قياساً على البيع اذ لا يجب الثمن على المشتري الا بعد قبض السلعة ومن رآ ان الصداق عادة تشترط في الحلية قال يجب قبل الدخول ولذلك

استحب مالك ان يقوم الزوج قبل الدخول شيئاً من الصداق

﴿الركن الثالث في معرفة محل العقد﴾ وكل امرأة فانها تحل في الشرع بوجهين اما بنكاح او بملك يمين والموانع الشرعية بالجملة تنقسم أولا الى قسمين موانع مؤبدة والموانع المؤبدة تنقسم الى متفق عليها ومختلف فيها فالمتفق عليها ثلاث نسب وصهر ورضاع والمختلف فيها الزنا واللعان والغير مؤبدة تنقسم الى تسعة أحدها مانع العدد . والثاني مانع الجمع . والثالث مانع الرق . والرابع مانع الكفر . والخامس مانع الاحرام والسادس مانع المرض . والسابع مانع العدة على اختلاف في عدم تأبيده . والثامن مانع التطليق ثلاثا للمطلق والتاسع مانع الزوجية . فالموانع الشرعية بالجملة أربعة عشر مانعاً ففي هذا الباب أربعة عشر فصلا

﴿الفصل الاول في مانع النسب﴾ واتفقوا على ان النساء اللائي يحرمن من قبل النسب السبع المذكورات في القرآن الامهات والبنات والاخوات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت واتفقوا على ان الام هاهنا اسم لكل انثى لها عليك ولادة من جهة الام أو من جهة الاب والبنت اسم لكل انثى لك عليها ولادة من قبل الابن اومن قبل البنت اومباشرة واما الاخت فهو اسم لكل انثى شاركتك في احد اصليك او مجموعيهما اعني الاب او الام اوكليهما والعمة اسم لكل انثى هي اخت لابيك اولكل ذكر له عليك ولادة واما الخالة فهو اسم لاخت امك او اخت كل انثى لها عليك ولادة وبنات الاخ اسم لكل انثى لاخيك عليها ولادة من قبل امها اومن قبل ابيها اومباشرة وبنات الاخت اسم لكل انثى لاختك عليها ولادة مباشرة اومن قبل امها اومن قبل ابيها فهؤلاء الاعيان السبع محرمات ولا خلاف اعلمه في هذه الجملة والاصل فيها قوله تعالى حرمت عليكم الى آخر الاية وأجمعوا على أن النسب الذي يحرم الوطء بنكاح يحرم الوطء بملك اليمين

﴿الفصل الثاني في المصاهرة﴾ واما المحرمات بالمصاهرة فانهن اربع زوجات الاباء والاصل فيه قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء الاية وزوجات الابناء والاصل في ذلك ايضاً قوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وامهات النساء ايضاً والاصل في ذلك قوله تعالى وامهات نسائكم وبنات الزوجات والاصل فيه قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فهؤلاء الاربع اتفق المسلمون على تحريم اثنين منهن بنفس العقد وهو تحريم زوجات الاباء والابناء وواحدة بالدخول وهي ابنة الزوجة واختلفوا منها في موضعين احدهما هل من شرطها ان تكون في حجر الزوج والثانية هل تحرم بالمباشرة للام للذة او بالوطء واما ام الزوجة فانهم اختلفوا هل تحرم بالوطء او بالعقد على البنت فقط واختلفوا ايضاً من هذا الباب في مسئلة رابعة وهي هل يوجب الزنا من هذا التحريم ما يوجبه النكاح الصحيح او النكاح يشبهه فهنا اربع مسائل

﴿المسئلة الاولى﴾ وهي هل من شرط تحريم بنت الزوجة ان تكون في حجر الزوج ام ليس ذلك من شرطه فان الجمهور على ان ذلك ليس من شرط التحريم وقال داود ذلك من شرطه . ومبنى الخلاف هل قوله تعالى اللاتي في حجوركم وصف له تاثير في الحرمية اوليس له تاثير وانما خرج مخرج الموجود الاكثر فمن قال خرج مخرج الموجود الاكثر وليس هو شرطاً في الربائب اذ لا فرق في ذلك بين التي في حجره والتي ليست في حجره قال تحرم الربيبة باطلاق ومن جعله شرطا غير معقول المعنى قال لا تحرم الا اذا كانت في حجره

﴿المسئلة الثانية﴾ وأما هل تحرم البنت بمباشرة الام فقط اوبالوطء فانهم اتفقوا على ان حرمتها بالوطء واختلفوا فيما دون الوطء

من اللمس والنظر الى الفرج لشهوة او لغير شهوة هل ذلك يحرم ام لا فقال مالك والثوري وابو حنيفة والاوزاعي والليث بن سعد ان اللمس لشهوة يحرم بالام وهو احد قولي الشافعي وقال داود والمزني لايحرمها الا الوطء وهو احد قولي الشافعي المختار عنده والنظر عند مالك كاللمس اذا كان نظر تلذذ الى أي عضو كان وفيه عنه خلاف ووافقه أبو حنيفة في النظر الى الفرج فقط وحمل الثوري النظر محمل اللمس ولم يشترط اللذة وخالفهم في ذلك ابن ابي ليلى والشافعي في احد قوليه فلم يوجب في النظر شيئاً واوجب في اللمس ، ومبنى الخلاف هل المفهوم من اشتراط الدخول في قوله تعالى اللاتي دخلتم بهن الوطء او التلذذ بها دون الوطء فان كان التلذذ فهل يدخل فيه النظر ام لا ﴿المسئلة الثالثة﴾ واما الام فذهب الجمهور من كافة فقهاء الامصار الى انها تحرم بالعقد على البنت دخل بها او لم يدخل وذهب قوم الى ان الام لاتحرم الا بالدخول على البنت كالحال في البنت أعني أنها لاتحرم الا بالدخول على الام وهو مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما من طرق ضعيفة ومبنى الخلاف هل الشرط في قوله تعالى اللاتي دخلتم بهن يعود الى اقرب مذكور وهم الربائب فقط او الى الربائب والامهات المذكورات قبل الربائب في قوله تعالى وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فانه يحتمل ان يكون قوله اللاتي دخلتم بهن يعود على الامهات والبنات ويحتمل ان يعود الى اقرب مذكور وهم البنات ومن الحجة للجمهور ماروى المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده أن النبي عليه السلام قال ايما رجل نكح امرأة فدخل بها او لم يدخل فلاتحل له امها ﴿وأما المسئلة الرابعة﴾ فاختلفوا في الزنا هل يوجب من التحريم في هؤلاء ما يوجب الوطء في نكاح صحيح او شبهه أعني الذي يدرأ فيه الحد فقال الشافعي الزنا بالمرأة لايحرم نكاح امها ولا ابنتها ولا نكاح أبي الزاني لها ولا ابنه وقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي يحرم الزنا مايحرم النكاح وأما مالك ففي الموطاء عنه مثل قول الشافعي انه لايحرم وروى عنه ابن القاسم مثل قول ابي حنيفة انه يحرم وقال سحنون اصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيها ويذهبون الى مافي الموطا وقد روى عن الليث ان الوطء بشبهة لايحرم وهو شاذ • وسبب الخلاف الاشتراك في اسم النكاح أعني في دلالته على المعنى الشرعي واللغوي فمن راعى الدلالة اللغوية في قوله تعالى ولاتنكحوا ما نكح آباؤكم قال يحرم الزنا ومن راعى الدلالة الشرعية قال لايحرم الزنا ومن علل هذا الحكم بالحرمية التي بين الام والبنت وبين الاب والابن قال يحرم الزنا ايضاً ومن شبهه بالنسب قال لايحرم لاجماع الاكثر على أن النسب لايلحق بالزنا . واتفقوا فيما حكى ابن المنذر على ان الوطء بملك اليمين يحرم منه مايحرم الوطء بالنكاح • واختلفوا في تاثير المباشرة في ملك اليمين كما اختلفوا في النكاح

﴿الفصل الثالث في مانع الرضاع﴾ واتفقوا على أن الرضاع بالجملة يحرم منه مايحرم من النسب أعني أن المرضعة تنزل منزلة الام تحرم على المرضع هي وكل من يحرم على الابن من قبل ام النسب • واختلفوا من ذلك في مسائل كثيرة القواعد منها تسع • احداها في مقدار المحرم من اللبن • والثانية في سن الرضاع • والثالثة في حال المرضع في ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع المحرم وقتاً خاصاً • والرابعة هل يعتبر فيه وصوله برضاع والتقام الثدي اولا يعتبر • والخامسة هل يعتبر فيه المخالطة ام لايعتبر • والسادسة هل يعتبر فيه الوصول من الحلق اولا يعتبر • والسابعة هل ينزل صاحب اللبن أعني الزوج من المرضع منزلة اب وهو الذي يسمونه لبن الفحل أم ليس ينزل منه بمنزلة اب • والثامنة الشهادة على الرضاع • والتاسعة صفة المرضعة ﴿المسئلة الاولى﴾

اما مقدار المحرم من اللبن فان قوما قالوا فيه بعدم التحديد وهو مذهب مالك واصحابه وروى عن علي وابن مسعود وهو قول ابن عمر وابن عباس وهؤلاء يحرم عندهم أي قدر كان وبه قال ابو حنيفة واصحابه والثوري والاوزاعي وقالت طائفة بتحديد القدر المحرم وهؤلاء انقسموا ثلاث فرق فقالت طائفة لا تحرم المصة ولا المصتان وتحرم الثلاث رضعات فما فوقها وبه قال ابو عبيد وأبو ثور وقالت طائفة المحرم خمس رضعات وبه قال الشافعي وقالت طائفة عشر رضعات ● والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة معارضة عموم الكتاب للاحاديث الواردة في التحديد ومعارضة الاحاديث في ذلك بعضها بعضا فاما عموم الكتاب فقوله تعالى وامهاتكم اللاتي أرضعنكم الاية وهذا يقتضي ما ينطلق عليه اسم الارضاع والاحاديث المتعارضة في ذلك راجعة الى حديثين في المعني. أحدهما حديث عائشة وما في معناه انه قال عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان او الرضعة او الرضعتان خرجه مسلم من طريق عائشة ومن طريق ام الفضل ومن طريق ثالث وفيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان . والحديث الثاني حديث سهلة في سالم انه قال لها النبي صلى الله عليه وسلم ارضعيه خمس رضعات وحديث عائشة في هذا المعنى ايضاً قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ من القرآن فمن رجح ظاهر القرآن على هذه الاحاديث قال تحرم المصة والمصتان ومن جعل الاحاديث مفسرة للاية وجمع بينها وبين الاية ورجح مفهوم دليل الخطاب في قوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان على مفهوم دليل الخطاب في حديث سالم قال الثلاثة فما فوقها هي التي تحرم وذلك أن دليل الخطاب في قوله لا تحرم المصة ولا المصتان يقتضي أن ما فوقها يحرم ودليل الخطاب في قوله أرضعيه خمس رضعات يقتضي أن ما دونها لا تحرم والنظر في ترجيح احد دليلي الخطاب

﴿المسئلة الثانية﴾ واتفقوا على أن الرضاع يحرم في الحولين واختلفوا في رضاع الكبير فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وكافة الفقهاء لا يحرم رضاع الكبير وذهب داود وأهل الظاهر الى انه يحرم وهو مذهب عائشة ومذهب الجمهور هو مذهب ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وابن عباس وسائر أزواج النبي عليه السلام ● وسبب اختلافهم تعارض الاثار في ذلك وذلك انه ورد في ذلك حديثان. أحدهما حديث سالم وقد تقدم . والثاني حديث عائشة خرجه البخاري ومسلم قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندي رجل فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب في وجهه فقلت يا رسول الله انه أخي من الرضاعة فقال عليه السلام انظرن من اخوانكن من الرضاعة فان الرضاعة من المجاعة فمن ذهب الى ترجيح هذا الحديث قال لا يحرم اللبن الذي لا يقوم للمرضع مقام الغذاء الا أن حديث سالم نازلة في عين وكان سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم يرون ذلك رخصة لسالم ومن رجح حديث سالم وعلل حديث عائشة لانها لم تكن تعمل به قال يحرم رضاع الكبير

﴿المسئلة الثالثة﴾ واختلفوا اذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين وفطم ثم ارضعته امرأة فقال مالك لا يحرم ذلك الرضاع وقال ابو حنيفة والشافعي تنتشر الحرمة به ● وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه السلام فانما الرضاعة من المجاعة فانه يحتمل ان يريد بذلك الرضاع الذي يكون في سن المجاعة كيف ما كان الطفل وهو سن الرضاع ويحتمل ان يريد اذا كان الطفل غير مفطوم فان فطم في بعض الحولين لم يكن رضاع من المجاعة فالاختلاف آئل الى أن الرضاع الذي سببه المجاعة والافتقار الى اللبن هل يعتبر فيه الافتقار الطبيعي الاطفال وهو الافتقار الذي سببه سن الرضاع او افتقار المرضع نفسه وهو الذي يرتفع بالفطم ولكنه موجود بالطبع والقائلون

بتاثير الارضاع في مدة الرضاع سواء من اشترط منهم القطام اولم يشترطه اختلفوا في هذه المدة فقال هذم المدة حولان فقط وبه قال زفر واستحسن مالك التحريم في الزيادة اليسيرة على العامين وفي قول الشهر عنه وفي قول عنه الى ثلاثة اشهر وقال ابو حنيفة حولان وستة شهور * وسبب اختلافهم مايظن من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة المتقدم وذلك أن قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين يوهم أنما زاد على هذين الحولين ليس هو رضاع من مجاعة اللبن وقوله عليه السلام إنما الرضاعة من المجاعة يقتضي عمومه انما دام الطفل غذاؤه اللبن ان ذلك الرضاع محرم ﴿ المسئلة الرابعة ﴾ وأما هل يحرم الوجور والسعوط وبالجملة ما يصل الى الحلق من غير رضاع فان مالكا قال يحرم الوجور والسعوط وقال عطاء وداود لايحرم * وسبب اختلافهم هل المعتبر وصول اللبن كيف ماوصل الى الجوف اووصوله على الجهة المعتادة فمن راعى وصوله على الجهة المعتادة وهو الذي ينطلق عليه اسم الرضاع قال لايحرم الوجور ولا السعوط ومن راعى وصول اللبن الى الجوف كيف ماوصل قال يحرم ﴿ المسئلة الخامسة ﴾ وأما هل من شرط اللبن المحرم اذا وصل الى الحلق ان يكون غير مخالط لغيره فانهم اختلفوا في ذلك ايضاً فقال ابن القاسم اذا استهلك اللبن في ماء اوغيره ثم سقيه الطفل لم تقع الحرمة وبه قال ابو حنيفة واصحابه وقال الشافعي وابن حبيب ومطرف وابن الماجشون من اصحاب مالك تقع به الحرمة بمنزلة مالو انفرد اللبن اوكان مختلطاً لم تذهب عينه * وسبب اختلافهم هل يبقى للبن حكم الحرمية اذا اختلط بغيره ام لايبقى به حكمها كالحال في النجاسة اذا خالطت الحلال الطاهر والاصل المعتبر في ذلك انطلاق اسم اللبن عليه كالماء هل يطهر اذا خالطه شئ طاهر ﴿ المسئلة السادسة ﴾ وأما هل يعتبر فيه الوصول الى الحلق اولا يعتبر فانه يشبه ان يكون هذا هو سبب اختلافهم في السعوط باللبن والحقنة به ويشبه ان يكون اختلافهم في ذلك لموضع الشك هل يصل اللبن من هذه الاعضاء اولا يصل ﴿ المسئلة السابعة ﴾

وأما هل يصير الرجل الذي له اللبن أعني زوج المرأة اباً للرضع حتى يحرم بينهما ومن قبلهما مايحرم من الاباء والابناء الذين من النسب وهي التي يسمونها لبن الفحل فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وابو حنيفة والشافعي واحمد والاوزاعي والثوري لبن الفحل يحرم وقالت طائفة لايحرم لبن الفحل وبالاول قال علي وابن عباس وبالقول الثاني قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر * وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب لحديث عائشة المشهور أعني آية الرضاع وحديث عائشة هو قالت جاء افلح اخو ابي القعيس يستاذن على بعد ان ارسل الحجاب فابيت ان اذن له وسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انه عمك فاذني له فقلت يارسول الله انما ارضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل فقال انه عمك فليلج عليك خرجه البخاري ومسلم ومالك فمن رآى أن ما في هذا الحديث شرع زائد على مافي الكتاب وهو قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وعلى قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاعة مايحرم من الولادة قال لبن الفحل محرم ومن رآ أن آية الرضاع وقوله يحرم من الرضاعة مايحرم من الولادة انما ورد على جهة التاصيل لحكم الرضاع اذ لايجوز تاخير البيان عن وقت الحاجة قال ذلك في الحديث ان عمل بمقتضاه اوجب ان يكون ناسخاً لهذه الاصول لان الزيادة المغيرة للحكم ناسخة مع أن عائشة لم يكن مذهبها التحريم بلبن الفحل وهي الراوية للحديث ويصعب رد الاصول المنتشرة التي يقصد بها التاصيل والبيان عند وقت الحاجة بالاحاديث النادرة وبخاصة التي تكون في عين ولذلك قال عمر رضي الله عنه في حديث فاطمة بنت قيس لاندع كتاب الله لحديث امرأة

﴿ المسألة الثامنة ﴾ وأما الشهادة على الرضاع فان قوماً قالوا لاتقبل فيه الا شهادة امرأتين وقوم قالوا لاتقبل فيه الا شهادة اربع وبه قال الشافعي وعطاء وقوم قالوا تقبل فيه شهادة امرأة واحدة والذين قالوا تقبل فيه شهادة امرأتين منهم من اشترط في ذلك فشوقولهما بذلك قبل الشهادة وهو مذهب مالك وابن القاسم ومنهم من لم يشترطه وهو قول مطرف وابن الماجشون والذين اجازوا ايضاً شهادة امرأة واحدة منهم من لم يشترط فشوقولهما قبل الشهادة وهو مذهب ابي حنيفة ومنهم من اشترط ذلك وهي رواية عن مالك وقد روى عنه انه لايجوز فيه شهادة اقل من اثنين * والسبب في اختلافهم امامين الاربع من اثنتين فاختلافهم في شهادة النساء هل عديل كل رجل هو امرأتان فما ليس يمكن فيه شهادة الرجل اويكفي في ذلك امرأتان وستأتي هذه المسألة في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى وأما اختلافهم في قبول شهادة المرأة الواحدة فمخالفة الاثر الوارد في ذلك للاصل المجمع عليه أعني انه لايقبل من الرجال اقل من اثنين وأن حال النساء في ذلك اما ان يكون اضعف من حال الرجال واما ان يكون اخوالهم في ذلك مساوية لرجال والاجماع منعقد على انه لايقضي بشهادة واحدة والامر الوارد في ذلك هو حديث عقبة بن الحارث قال يارسول الله إني تزوجت امرأة فاتت امرأة فقالت قد ارضعتكما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل دعها عنك وحمل بعضهم هذا الحديث على الندب جمعاً بينه وبين الاصول وهو اشبه وهي رواية عن مالك ﴿ المسألة التاسعة ﴾

وأما صفة المرضعة فانهم اتفقوا على انه يحرم لبن كل امرأة بالغ وغير بالغ واليائسة من المحيض كان له زوج اولم يكن حاملا كانت اوغير حامل وشذ بعضهم فاوجب حرمة لبن الرجل وهذا غير موجود فضلا عن ان يكون له حكم شرعي وان وجد فليس لبناً الا بالاشتراك الاسم واختلفوا من هذا الباب في لبن الميتة * وسبب الخلاف هل يتناولها العموم اولا يتناولها ولا بن للعينة ان وجد لها الا بالاشتراك الاسم ويكاد ان يكون مسألة غير واقعة فلا يكون لها وجود الا في القول ﴿ الفصل الرابع في مانع الزنا ﴾ واختلفوا في زواج الزانية فاجازها الجمهور ومنعها قوم * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى والزانية لاينكحها الا زان اومشرك وحرم ذلك على المومنين هل خرج مخرج الذم اومخرج التحريم وهل الاشارة في قوله وحرم ذلك على المومنين الى الزنا اوالى النكاح وانما صار الجمهور لحمل الآية على الذم لا على التحريم لما جاء في الحديث أن رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم في زوجته انها لاترد يد لامس فقال له النبي عليه السلام طلقها فقال له اني احبها فقال له فامسكها وقال قوم ايضاً ان الزنا يفسخ النكاح بناء على هذا الاصل وبه قال الحسن وأما زواج الملاعنة من زوجها الملاعن فسنذكرها في كتاب اللعان ﴿ الفصل الخامس في مانع العدد ﴾

واتفق المسلمون على جواز نكاح اربعة من النساء معاً وذلك للاحرار من الرجال واختلفوا في موضعين في العبيد وفيما فوق الاربع أما العبيد فقال مالك في المشهور عنه يجوز له ان ينكح اربعاً وبه قال اهل الظاهر وقال أبو حنيفة والشافعي لايجوز له الجمع الا بين اثنين فقط * وسبب اختلافهم هل العبودية لها تاثير في اسقاط هذا العدد كما لها تاثير في اسقاط نصف الحد الواجب على الحر في الزنا عنه وكذلك في الطلاق عند من رآه ذلك وذلك أن المسلمين اتفقوا على تنصيف حده في الزنا أعني أن حده نصف حد الحر واختلفوا في غير ذلك وأما ما فوق الاربع فان الجمهور على انه لايجوز الخامسة لقوله تعالى فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ولما روي عنه عليه السلام انه

قال لغيلان لما اسلم وتحته عشر نسوة امسك اربعاً وفارق سائرهن وقال فرقة يجوز تسع ويشبه ان يكون من اجاز التسع ذهب مذهب الجمع في الآية المذكورة أعني جمع الاعداد في قوله تعالى مثنى وثلاث ورباع

﴿ الفصل السادس في مانع الجمع ﴾ واتفقوا على انه لايجمع بين الاختين بعقد نكاح لقوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين . واختلفوا في الجمع بينهما بملك اليمين والفقهاء على منعه وذهبت طائفة الى اباحة ذلك * وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين لعموم الاستثناء في آخر الاية وهو قوله تعالى الا ماملكت ايمانكم وذلك أن هذا الاستثناء يحتمل ان يعود لاقرب مذكور ويحتمل ان يعود لجميع ما تضمنته الآية من التحريم الا ما وقع الاجماع على انه لا تاثير له فيه فيخرج من عموم قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين ملك اليمين ويحتمل ان لايعود الا الى اقرب مذكور فيبقى قوله وأن تجمعوا بين الاختين على عمومه ولاسيما ان علتنا ذلك بعلة الاخوة او بسبب موجود فيهما واختلف الذين قالوا بالمنع في ملك اليمين اذا كانت احداهما بنكاح والاخرى بملك يمين فمنعه مالك وأبو حنيفة واجازه الشافعي وكذلك اتفقوا فيما اعلم على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لثبوت ذلك عنه عليه السلام من حديث ابي هريرة وتواتر عنه عليه السلام من انه قال عليه السلام لاتجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها واتفقوا على ان العمة هاهنا هي كل انثى هي اخت لذكر له عليك ولادة اما بنفسه واما بواسطة ذكر آخر وان الخالة هي كل انثى هي اخت لكل انثى لها عليك ولادة اما بنفسها واما بتوسط انثى غيرها وهن الحرات من قبل الام واختلفوا هل هذا من باب الخاص اريد به الخاص ام هو من باب الخاص اريد به العام والذين قالوا هو من باب الخاص اريد به العام اختلفوا اي عام هو المقصود به فقال قوم وهم الاكثر وعليه الجمهور من فقهاء الامصار هو خاص اريد به الخصوص فقط وان التحريم لا يتعدى الى غير من نص عليه وقال قوم هو خاص والمراد به العموم وهو الجمع بين كل امرأتين بينهما رحم محرمة او غير محرمة فلايجوز الجمع عند هؤلاء بين ابنتي عم او عمة ولا بين ابنتي خال او خالة ولا بين المرأة وبنت عمها او بنت عمتها ولا بينها وبين بنت خالتها وقال قوم انما يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة أعني لو كان احدهما ذكراً والاخرى انثى لم يجز لهما ان يتناكحا ومن هؤلاء من اشترط في هذا المعنى ان يعتبر هذا من الطرفين جميعاً اعني اذا جعل كل واحد منهما ذكراً والاخر انثى فلم يجز لهما ان يتناكحا فهؤلاء لايحل الجمع بينهما واما ان جعل في احد الطرفين ذكر يحرم التزويج ولم يحرم من الطرف الآخر فان الجمع يجوز كالحال في الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها فانه ان وضعنا البنت ذكراً لم يحل نكاح المرأة منه لانها زوج ابيه وان جعلنا المرأة ذكراً حل لها نكاح ابنة الزوج لانها لم تكن ابنة لاحتى وهذا القانون هو الذي اختاره اصحاب مالك واولئك يمنعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها

﴿ الفصل السابع في موانع الرق ﴾ واتفقوا على انه يجوز للعبد ان ينكح الامة وللحرة ان تنكح العبد اذا رضيت بذلك هي واولياؤها واختلفوا في نكاح الحر الامة فقال قوم يجوز باطلاق وهو المشهور من مذهب ابن القاسم وقال قوم لايجوز الا بشرطين عدم الطول وخوف العنت وهو المشهور من مذهب مالك وهو مذهب ابي حنيفة والشافعي * والسبب في اختلافهم معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح الآية لعموم قوله وأنكحوا الايامى منكم والصالحين الآية وذلك ان مفهوم دليل الخطاب في قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا الآية يقتضي انه لا يحل نكاح الامة الا بشرطين احدهما

عدم الطول الى الحرة والثانى خوف العنت وقوله تعالى وانكحوا الايامى منكم يقتضى بعمومه انكاحهن من حر او عبد واحداً كان الحر اوغير واحد خائفاً للعنت اوغير خائف لكن دليل الخطاب اقوى هاهنا والله أعلم من العموم لان هذا العموم لم يعرض فيه الى صفات الزوج المشترطة فى نكاح الاماء وإنما المقصود به الامر بانكاحهن والا يجبرن على النكاح وهو أيضاً محمول على الندب عند الجمهور مع ما فى ذلك من ارقاق الرجل ولده واختلفوا من هذا الباب فى فرعين مشهورين أعنى الذين لم يجيزوا النكاح إلا بالشرطين المنصوص عليهما أحدهما إذا كانت تحته حرة هل هى طول اوليست بطول فقال ابوحنيفة هى طول وقال غيره ليست بطول وعن مالك فى ذلك القولان والمسئلة الثانية هل يجوز لمن وجد فيه هذان الشرطان نكاح اكثر من امة واحدة ثلاث او اربع اوثنتان فمن قال إذا كانت تحته حرة فليس يخاف العنت لانه غير عزب قال اذا كانت تحته حرة لم يجز له نكاح الامة ومن قال خوف العنت انما يعتبر باطلاق سواء كان عزبا اومتأهلا لانه قد لا تكون الزوجة الاولى مانعة من العنت وهؤلاء يقدر على حرة تمنعه من العنت فله ان ينكح امة لان حاله مع هذه الحرة فى خوف العنت كحاله قبلها وبخاصة اذا ختى العنت من الامة التى يريد نكاحها وهذا بعينه هو السبب فى اختلافهم هل تنكح امة ثانية على الامة الاولى اولا ينكحها وذلك ان من اعتبر خوف العنت مع كونه عزبا اذا كان الخوف على العزب اكثر قال لا ينكح اكثر من امة واحدة ومن اعتبره مطلقاً قال ينكح اكثر من امة واحدة وكذلك يقول انه ينكح على الحرة واعتباره مطلقاً فيه نظر واذا قلنا ان له ان يتزوج على الحرة امة فتزوجها بغير اذنها فهل لها الخيار فى البقاء معه اوفى فسخ النكاح اختلف فى ذلك قول مالك واختلفوا اذا وجد طولا بحرة هل يفارق الامة أم لا ولم يختلفوا انه اذا ارتفع عنه خوف العنت انه لا يفارقها أعنى اصحاب مالك واتفقوا من هذا الباب على انه لا يجوز ان تنكح المرأة من ملكته وانها اذا ملكت زوجها انفسخ النكاح ﴿ الفصل الثامن فى مانع الكفر ﴾ واتفقوا على انه لا يجوز للمسلم ان ينكح الوثنية لقوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر واختلفوا فى نكاحها بالملك واتفقوا على انه يجوز ان ينكح الكتابية الحرة الا ما روى فى ذلك عن ابن عمر واختلفوا فى احلال الكتابية الامة بالنكاح واتفقوا على احلالها بملك اليمين ٥ والسبب فى اختلافهم فى نكاح الوثنيات بملك اليمين معارضة عموم قوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر وعموم قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يومن لعموم قوله والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم وهو المسبيات وظاهر هذا يقتضى العموم سواء كانت مشركة اوكتابية والجمهور على منعها وبالجواز قال طاوس ومجاهد ومن الحجة لهم ماروى من نكاح المسبيات فى غزوة اوطاس اذا ستاذنوه فى العزل فاذن لهم وانما صار الجمهور لجواز نكاح الكتابيات الاحرار بالعقد لان الاصل بناء الخصوص على العموم أعنى ان قوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب هو خصوص وقوله ولا تنكحوا المشركات حتى يومن هو عموم فاستثنى الجمهور الخصوص من العموم ومن ذهب الى تحريم ذلك جعل العام ناسخاً للخاص وهو مذهب بعض الفقهاء وانما اختلفوا فى احلال الامة الكتابية بالنكاح لمعارضة العموم فى ذلك القياس وذلك ان قياسها على الحرة يقتضى اباحة تزويجها وباقى العموم اذا استثنى منه الحرة تعارض ذلك لانه يوجب تحريمها على قول من يرى ان العموم اذا خصص بقى الباقى على عمومه فمن خصص العموم الباقى بالقياس أولم ير الباقى من العموم المخصص عموما قال يجوز نكاح الامة الكتابية ومن رجح باقى العموم بعد التخصيص على القياس قال لا يجوز نكاح

الكتابية وهنا أيضاً سبب آخر لاختلافهم وهو معارضة دليل الخطاب للقياس وذلك ان قوله تعالى من فتياتكم المؤمنات يوجب الايجوز نكاح الامة الغير مؤمنة بدليل الخطاب وقياسها على الحرة يوجب ذلك وانما اتفقوا على احلالها بملك اليمين لعموم قوله تعالى الا ما ملكت ايمانكم ولاجماعهم على ان السبي يحل المسبية الغير متزوجة وانما اختلفوا في المتزوجة هل يهدم السبي نكاحها وان هدم فمتى يهدم فقال قوم ان سبيا معاً اعني الزوج والزوجة انفسخ نكاحهما وان سبي أحدهما قبل الآخر انفسخ النكاح وبه قال أبو حنيفة وقال قوم بل السبي يهدم سبيا معا او سبي أحدهما قبل الآخر وبه قال الشافعي وعن مالك قولان أحدهما ان السبي لا يهدم النكاح أصلا والثاني انه يهدم باطلاق مثل قول الشافعي * والسبب في اختلافهم هل يهدم أولا يهدم هو تردد المسترقين الذين آمنوا من القتل بين نساء الذميين أهل العهد وبين الكافرة التي لا زوج لها أو المستأجرة من كافر وما فرق أبي حنيفة بين أن يسبيا معاً وبين ان يسبي أحدهما فلان المؤثر عنده في الاحلال هو اختلاف الدارين هما لا الرق والمؤثر في الاحلال عند غيره هو الرق وانما النظر هل هو الرق مع الزوجية أو مع عدم الزوجية والاشبه الا يكون للزوجية هاهنا حرمة لان محل الرق وهو الكفر هو سبب الاحلال واما تشبيههما بالذمية فبعيد لان الذمي انما اعطى الجزية بشرط ان يقر على دينه فضلا على نكاحه

﴿ الفصل التاسع في مانع الاحرام ﴾

واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك والشافعي والليث والاوزاعي وأحمد لا ينكح المحرم ولا ينكح فان نكح فالنكاح باطل وهو قول عمر بن الخطاب وعلي وابن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو حنيفة لا باس بذلك * وسبب اختلافهم تعارض النقل في هذا الباب فمنها حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نكح ميمونة وهو محرم وهو حديث ثابت النقل خرجه أهل الصحيح وعارضه احاديث كثيرة عن ميمونة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال قال ابو عمر رويت عنها من طرق شتى من طريق ابي رافع ومن طريق سليمان بن يسار وهو مولاها وعن يزيد بن الاصم وروى مالك ايضاً من حديث عثمان بن عفان مع هذا انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب فمن رجح هذه الاحاديث على حديث ابن عباس قال لا ينكح المحرم ولا ينكح ومن رجح حديث ابن عباس اوجمع بينه وبين حديث ابن عثمان بان حمل النهي الوارد في ذلك على الكراهية قال ينكح وينكح وهذا راجع الى تعارض الفعل والقول والوجه الجمع او تغليب القول

﴿ الفصل العاشر في مانع المرض ﴾

واختلفوا في نكاح المريض فقال أبو حنيفة والشافعي يجوز وقال مالك في المشهور عنه انه لا يجوز ويخرج ذلك من قوله انه يفرق بينهما وان صح ويخرج من قوله أيضاً انه لا يفرق بينهما ان التفرق مستحب غير واجب * وسبب اختلافهم تردد النكاح بين البيع وبين الهبة وذلك أنه لا تجوز هبة المريض الا من الثلث ويجوز بيعه ولاختلافهم ايضاً سبب آخر وهو هل يتهم على ضرار الورثة بادخال وارث زائد او لا يتهم

﴿ الفصل الحادي عشر في مانع العدة ﴾

واتفقوا على أن النكاح لا يجوز في العدة كانت عدة حيض او عدة حمل او عدة أشهر . واختلفوا في من تزوج امرأة في عدتها ودخل بها فقال مالك والاوزاعي والليث يفرق بينهما ولا تحل له أبداً . وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري يفرق بينهما واذا انقضت العدة بينهما فلا باس في تزويجه اياها مرة ثانية * وسبب اختلافهم هل قول الصاحب حجة ام ليس بحجة وذلك أن مالكا روي عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار ان عمر بن الخطاب فرق بين طليحة الاسدية وبين

زوجها راشد اتفق لما تزوجها في العدة من زوج ثان وقال أيما امرأة نكحت في عدتها فان كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الاول ثم كان الاخر خاطباً من الخطاب وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الاول ثم اعتدت من الاخر ثم لايجتمعان ابدا قال سعيد ولها مهرها بما استحل منها وربما عضدوا هذا القياس بقياس شبه ضعيف مختلف فى أصله وهو أنه ادخل فى النسب شبهة فاشبه الملاعن وروى عن على وابن مسعود مخالفة عمر في هذا والاصل انها لاتحرم الا أن يقوم على ذلك دليل من كتاب اوسنة اواجماع من الامة وفى بعض الروايات ان عمر كان قضى بتحريمها وكون المهر في بيت المال فلما بلغ ذلك عليا انكره فرجع عن ذلك عمر وجعل الصداق على الزوج ولم يقض بتحريمها عليه رواه الثورى عن اشعث عن الشعبى عن مسروق واما من قال بتحريمها بالعقد فهو ضعيف وأجمعوا على أنه لا توطأ حامل مسبية حتى تضع لتواتر الاخبار بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .واختلفوا ان وطء هل تعتق عليه اولاتعتق والجمهور على انه لاتعتق * وسبب اختلافهم هل ماؤه مؤثر في خلقته اوغير مؤثر فان قلنا انه مؤثر كان له ايا ما بجهة ما وان قلنا انه ليس بمؤثر لم يكن ذلك وروى عن النبى عليه السلام انه قال كيف يستعبده وقد غذاه في سمعه وبصره واما النظر فى مانع التطليق ثلاثا فسيأتى في كتاب الطلاق

﴿ الفصل الثانى عشر فى مانع الزوجية ﴾

وأما مانع الزوجية فانهم اتفقوا أن الزوجية بين المسلمين مانعة وبين الذميين واختلفوا فى المسبية على ما تقدم واختلفوا ايضاً فى الامة اذا بيعت هل يكون بيعها طلاقا فالجمهور على انه ليس بطلاق وقال قوم هو طلاق وهو مروى عن ابن عباس وجابر وابن مسعود وابى بن كعب * وسبب اختلافهم معارضة مفهوم حديث بريرة لعموم قوله تعالى الاماملكت ايمانكم وذلك أن قوله تعالى الاماملكت ايمانكم يقتضى المسبيات وغيرهن وتخيير بريرة يوجب الان يكون بيعها طلاقا لما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد العتق ولكان نفس شراء عائشة لها طلاقا من زوجها والحجة للجمهور ماخرجه ابن ابي شيبة عن ابي سعيد الخدرى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين سرية فاصابوا حيا من العرب يوم اوطاس فهزموهم وقتلوهم واصابوالهم نساء لهن ازواج وكان ناس من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تأثموا من غشيانهن من ازواجهن فانزل الله عز وجل والمحصنات من النساء الا ماملكت ايمانكم وهذه المسئلة هي اليق بكتاب الطلاق فهذه هي جملة الاشياء المصححة للانكحة فى الاسلام وهى كما قلنا راجعه الى ثلاثة اجناس صفة العاقد والمعقود عليها وصفة العقد وصفة الشروط في العقد واما الانكحة التي انعقدت قبل الاسلام ثم طرأ عليها الاسلام فانهم اتفقوا على أن الاسلام اذا كان منهما معا اعنى من الزوج والزوجة وقد كان انعقد النكاح على من يصح ابتداء العقد عليها في الاسلام ان الاسلام يصحح ذلك واختلفوا في موضعين احدهما اذا انعقد النكاح على اكثر من اربع اوعلى من لايجوز الجمع بينهما في الاسلام والموضع الثانى اذا اسلم احدهما قبل الاخر

﴿ فاما المسئلة الاولى ﴾ وهي اذا اسلم الكافر وعنده اكثر من اربع نسوة او اسلم وعنده اختان فان مالكا قال يختار منهن أربعا ومن الاختين واحدة ايتهما شاء وبه قال الشافعى واحمد وداود وقال ابوحنيفة والثورى وابن ابي ليلى يختار الاوائل منهن في العقد فان تزوجهن في عقد واحد فرق بينه وبينهن وقال ابن الماجشون من اصحاب مالك اذا اسلم وعنده اختان فارقهما جميعا ثم استانف نكاح ايتهما شاء ولم يقل بذلك احد من اصحاب مالك غيره * وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر

وذلك انه ورد في ذلك أثران احدهما مرسل مالك ان غيلان بن سلامة الثقفي أسلم وعنده عشر نسوة أسلمن معه فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يختار منهن اربعاً. والحديث الثاني حديث قيس بن الحارث انه اسلم على الاختين فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اختر ايتهما شئت واما القياس المخالف لهذا الاثر فتشبيه العقد على الاواخر قبل الاسلام بالعقد عليهن بعد الاسلام اعني انه كما أن العقد عليهن فاسد في الاسلام كذلك قبل الاسلام وفيه ضعف واما اذا أسلم احدهما قبل الاخر وهي المسئلة الثانية ثم أسلم الاخر فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وابو حنيفة والشافعي انه اذا اسلمت المرأة قبله فانه ان اسلم في عدتها كان أحق بها وان اسلم هو وهي كتابية فنكاحها ثابت لما ورد في ذلك من حديث صفوان بن امية وذلك ان زوجه ابنة الوليد بن المغيرة أسلمت قبله ثم أسلم هو فاقره رسول الله صلى الله عليه وسلم على نكاحه قالوا وكان بين اسلام صفوان وبين اسلام امرأته نحو من شهر قال ابن شهاب ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوجها كافر متم بدار الكفر الا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها الا ان يقدم زوجها مهاجرا قبل ان تنقضي عدتها واما اذا اسلم الزوج قبل اسلام المرأة فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك اذا اسلم الزوج قبل المرأة وقعت الفرقة اذا عرض عليها الاسلام فابت وقال الشافعي سواء اسلم الرجل قبل المرأة او المرأة قبل الرجل اذا وقع اسلام المتأخر في العدة ثبت النكاح • وسبب اختلافهم معارضة العموم الاثر والقياس وذلك أن عموم قوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر يقتضي المفارقة على الفور واما الاثر المعارض لمقتضى هذا العموم فما روى من أن أبا سفيان بن حرب اسلم قبل هند بنت عتبة امرأته وكان اسلامه بمر الظهران ثم رجع الى مكة وهند بها كافرة فاخذت بلحيته وقالت اقتلوا الشيخ الضال ثم اسلمت بعده بايام فاستقرا على نكاحهما. وأما القياس المعارض للاثر فلانه يظهر انه لا فرق بين ان تسلم هي قبله او هو قبلها فان كانت العدة معتبرة في اسلامها قبل فقد يجب ان تعتبر في اسلامه أيضاً قبل

﴿ الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح ﴾ وموجبات الخيار أربعة. العيوب والاعسار بالصداق او بالنفقة والكسوة. والثالث الفقد اعني فقد الزوج. والرابع العتق للامة المزوجة فيعقد في هذا الباب اربعة فصول ﴿ الفصل الاول في خيار العيوب ﴾ اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين وذلك في موضعين ؛ احدهما هل يرد بالعيوب او لا يرد . والموضع الثاني اذا قلنا انه يرد فمن ايها يرد وماحكم ذلك • فاما الموضع الاول فان مالكا والشافعي واصحابهما قالوا العيوب توجب الخيار في الرد او الامساك وقال اهل الظاهر لا يوجب العيب خيار الرد والامساك وهو قول عمر بن عبد العزيز • وسبب اختلافهم شيئان ؛ أحدهما هل قول الصاحب حجة والاخر قياس النكاح في ذلك على البيع فاما قول الصاحب الوارد في ذلك فهو ما روى عن عمر بن الخطاب انه قال ايما رجل تزوج امرأة وبها جنون او جذام او برص وفي بعض الروايات او قرن فلها صداقها كاملا وذلك غرم لزوجها على وليها وأما القياس على البيع فان القائلين بوجوب الخيار للعيب في النكاح قالوا النكاح في ذلك شبيه بالبيع وقال المخالفون لهم ليس شبيهاً بالبيع لاجماع المسلمين على انه لا يرد النكاح بكل عيب يرد به البيع . وأما الموضع الثاني في الرد بالعيوب فانهم اختلفوا في اي العيوب يرد بها وفي ايها لا يرد وفي حكم الرد فاتفق مالك والشافعي على أن الرد يكون من اربعة عيوب الجنون والجذام والبرص وداء الفرج الذي يمنع وطء اما قرن او رتق في المرأة او عنة في الرجل او خصاء : واختلف اصحاب مالك في اربع

فى السواد والقرع وبخر الفرج وبخر الانف فقيل ترديها وقيل لاترد وقال أبوحنيفة واصحابه والثورى لاترد المرأة فى النكاح الا بعيبين فقط القرن والرتق فاما احكام الرد فان القائلين بالرد اتفقوا على أن الزوج اذا علم بالعيب قبل الدخول طاق ولاشئ عليه واختلفوا ان علم بعد الدخول والمسيس فقال مالك ان كان وليها الذي زوجها ممن يظن به لقربه منها انه علم بالعيب مثل الاب والاخ فهو نادر يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشئ وان كان بعيداً رجع الزوج على المرأة بالصداق كله الاربع دينار فقط وقال الشافعى ان دخل لزمه الصداق كله بالمسيس * وسبب اختلافهم تردد تشبيه النكاح بالبيع او بالنكاح الفاسد الذى وقع فيه المسيس أعنى اتفاقهم على وجوب المهر فى الانكحة الفاسدة بنفس المسيس لقوله عليه السلام أيما امرأة نكحت بغير اذن سيدها فنكاحها باطل لها المهر بما استحل منها فكان موضع الخلاف تردد هذا الفسخ بين حكم الرد بالعيب فى البيوع وبين حكم الانكحة المفسوخة أعنى بعد الدخول واتفق الذين قالوا بفسخ نكاح العنين انه لايفسخ حتى يؤجل سنة يخلى بينه وبينها بغير عائق . واختلف اصحاب مالك فى العلة التى من اجلها قصر الرد على هذه العيوب الاربعة فقيل لان ذلك شرع غير معلل وقيل لان ذلك مما يخفى ومحل سائر العيوب على انها مما لاتخفى وقيل لانها تخاف سرايتها الى الابناء وعلى هذا التعليل يرد السواد والقرع وعلى الاول يرد بكل عيب اذا علم انه مما خفى على الزوج

﴿ الفصل الثاني فى خيار الاعسار بالصداق والنفقة ﴾ واختلفوا فى الاعسار بالصداق فكان الشافعى يقول يخير اذا لم يدخل بها وبه قال مالك . واختلف اصحابه فى قدر التلوم له فقيل ليس له فى ذلك حد وقيل سنة وقيل سنتين وقال ابوحنيفة هو غريم من الغرماء لايفرق بينهما ويوخذ بالنفقة ولها ان تمنع نفسها حتى يعطيها المهر * وسبب اختلافهم تغليب شبه النكاح فى ذلك بالبيع او تغليب الضرر اللاحق للمرأة فى ذلك من عدم الوطء تشبيهاً بالايلاء والعنة وأما الاعسار بالنفقة فقال مالك والشافعى وأحمد وابوثور وابوعبيد وجماعة يفرق بينهما وهو مروى عن ابى هريرة وسعيد بن المسيب وقال ابوحنيفة والثورى لايفرق بينهما وبه قال اهل الظاهر * وسبب اختلافهم فى تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة لان الجمهور على القول بالتطليق على العنين حتى لقد قال ابن المنذر انه اجماع وربما قالوا النفقة فى مقابلة الاستمتاع بدليل أن الناشز لانفقة لها عند الجمهور فاذا لم يجد النفقة سقط الاستمتاع فوجب الخيار وأما من لايرى القياس فانهم قالوا قد ثبتت العصمة بالاجماع فلا تحل الا باجماع او بدليل من كتاب الله او سنة فسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس

﴿ الفصل الثالث فى خيار الفقد ﴾ واختلفوا فى المفقود الذى تجهل حياته اوموته فى ارض الاسلام فقال مالك يضرب لامرأته اجل اربع سنين من يوم ترفع امرها الى الحاكم فاذا انتهى الكشف عن حياته او موته فجهل ذلك ضرب لها الحاكم الاجل فاذا انتهى اعتدت عدة الوفاة اربعة اشهر وعشراً وحلت قال وأما ماله فلا يورث حتى يأتى عليه من الزمان مايعلم أن المفقود لايعيش الى مثله غالباً فقيل سبعون وقيل ثمانون وقيل تسعون وقيل مائة فيمن غاب وهو دون هذه الاسنان وروى هذا القول عن عمر بن الخطاب وهو مروى ايضاً عن عثمان وبه قال الليث وقال الشافعى وابوحنيفة والثورى لاتحل امرأة المفقود حتى يصح موته وقولهم مروى عن على وابن مسعود * والسبب فى اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس وذلك أن استصحاب الحال يوجب الا تحل عصمته الا بموجب اوطلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك . وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته

بالايلاء والعنة فيكون لها الخيار كما يكون في هذين والمفقودون عند المحصلين من اصحاب مالك اربعة مفقود في ارض الاسلام وقع الخلاف فيه ومفقود في ارض الحرب ومفقود في حروب الاسلام أعني فيما بينهم ومفقود في حروب الكفار والخلاف عن مالك وعن اصحابه في الثلاثة الاصناف من المفقودين كثير . فاما المفقود في بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الاسير لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يصح موته ماخلا اشهب فانه حكم له بحكم المفقود في ارض المسلمين . وأما المفقود في حروب المسلمين فقال ان حكمه حكم المقتول دون تلوم وقيل يتلوم له بحسب بعد الموضع الذي كانت فيه المعركة وقربه واقصى الاجل في ذلك سنة . وأما المفقود في حروب الكفار ففيه في المذهب اربعة اقوال قيل حكمه حكم الاسير وقيل حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة الا ان يكون بموضع لا يخفى امره فيحكم له بحكم المفقود في حروب المسلمين وفتنهم . والقول الثالث ان حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين . والرابع حكمه حكم المقتول في زوجته وحكم المفقود في ارض المسلمين في ماله أعني بعمر وحينئذ يورث وعدم الاقاويل كلها مبناها على تجويز النظر بحسب الاصلح في الشرع وهو الذي يعرف بالقياس المرسل وبين العلماء فيه اختلاف أعني بين القائلين بالقياس

﴿ الفصل الرابع في خيار العتق ﴾ واتفقوا على أن الامة اذا عتقت تحت عبد ان لها الخيار . واختلفوا اذا عتقت تحت الحر هل لها خيار ام لا فقال مالك والشافعي واهل المدينة والاوزاعي واحمد والليث لا خيار لها وقال ابو حنيفة والثوري لها الخيار حراً كان او عبداً . وسبب اختلافهم تعارض النقل في حديث بريرة واحتمال العلة الموجبة للخيار ان يكون الجبر الذي كان في انكاحها باطلاق اذا كانت امة او الجبر على تزويجها من عبد فمن قال العلة الجبر على النكاح باطلاق قال تخير تحت الحر والعبد ومن قال الجبر على تزويج العبد فقط قال تخير تحت العبد فقط . وأما اختلاف النقل فانه روى عن ابن عباس ان زوج بريرة كان عبداً اسود وروى عن عائشة ان زوجها كان حراً وكلا النقلين ثابت عند اصحاب الحديث . واختلفوا ايضاً في الوقت الذي يكون لها الخيار فيه فقال مالك والشافعي يكون لها الخيار مالم يمسها وقال ابو حنيفة خيارها على المجلس وقال الاوزاعي انما يسقط خيارها بالمسيس إذا علمت ان المسيس يسقط خيارها

﴿ الباب الرابع في حقوق الزوجية ﴾ واتفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف الآية ولما ثبت من قوله عليه السلام ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولقوله لهند خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف . فاما النفقة فاتفقوا على وجوبها واختلفوا في اربعة مواضع في وقت وجوبها ومقدارها ومن تجب وعلى من تجب . فاما وقت وجوبها فان مالكا قال لا تجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها او يدعي الى الدخول بها وهي ممن توطأ وهو بالغ وقال ابو حنيفة والشافعي يلزم غير البالغ النفقة اذا كانت هي بالغاً واما اذا كان هو بالغاً والزوجة صغيرة فللشافعي قولان . أحدهما مثل قول مالك . والقول الثاني انها النفقة باطلاق . وسبب اختلافهم هل النفقة لمكان الاستمتاع او لمكان انها محبوسة على الزوج كالغائب والمريض . واما مقدار النفقة فذهب مالك الى انها غير مقدرة بالشرع وان ذلك راجع الى مايقتضيه حال الزوج وحال الزوجة وأن ذلك يختلف بحسب اختلاف الامكنة والازمنة والاحوال وبه قال ابو حنيفة وذهب الشافعي الى أنها مقدرة فعلى الموسر مدان وعلى الاوسط مد ونصف وعلى المعسر مد . وسبب اختلافهم تردد حمل النفقة في هذا الباب على الاطعام في الكفارة أو على الكسوة وذلك انهم اتفقوا ان الكسوة غير محدودة

وان الاطعام محدود واختلفوا من هذا الباب فى هل يجب على الزوج نفقة خادم الزوجة وان وجبت فكم يجب والجمهور على أن على الزوج النفقة على خادم الزوجة اذا كانت ممن لا تخدم نفسها وقيل بل على الزوجة خدمة البيت واختلف الذين أوجبوا النفقة على خادم الزوجة على كم تجب نفقته فقالت طائفة ينفق على خادم واحدة وقيل على خادمين اذا كانت المرأة ممن لا تخدمها الاخادمان وبه قال مالك وأبو ثور وليت أعرف دليلا شرعياً لايجاب النفقة على الخادم الاتشبيه الاخدام بالاسكان فانهم اتفقوا على ان الاسكان على الزوج للنص الوارد فى وجوبه للعلاقة الرحمية واما لمن تجب النفقة فانهم اتفقوا على انها تجب للحر الغير ناشز واختلفوا فى الناشز والامة فاما الناشز فالجمهور على انها لاتجب لها نفقة وشذ قوم فقالوا تجب لها النفقة * وسبب الخلاف معارضة العموم للمفهوم وذلك ان عموم قوله عليه السلام ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف يقتضى ان الناشز وغير الناشز فى ذلك سواء والمفهوم من أن النفقة هى فى مقابلة الاستمتاع يوجب الانفقة للناشز وأما الامة فاختلف فيها أصحاب مالك اختلافا كثيراً فقيل لها النفقة كالحرة وهو المشهور وقيل لا نفقة لها وقيل أيضاً ان كانت تأتيه فلها النفقة وان كان يأتيها فلا نفقة لها وقيل لها النفقة فى الوقت الذى تأتيه وقيل ان كان الزوج حراً فعليه النفقة وان كان عبداً فلا نفقة عليه * وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك ان العموم يقتضى لها وجوب النفقة والقياس يقتضى الانفقة لها الا على سيدها الذى يستخدمها أو تكون النفقة بينهما لان كل واحد منهما ينتفع بها ضربا من الانتفاع ولذلك قال قوم عليه النفقة فى اليوم الذى تأتيه وقال ابن حبيب يحكم على مولى الامة المزوجة ان يأتى زوجها فى كل أربعة أيام واما على من تجب فاتفقوا أيضاً انها تجب على الزوج الحر الحاضر واختلفوا فى العبد والغائب فاما العبد فقال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم ان على العبد نفقة زوجته وقال أبو المصعب من أصحاب مالك لانفقة عليه * وسبب الخلاف معارضة العموم لكون العبد محجوراً عليه فى ماله واما الغائب فالجمهور على وجوب النفقة عليه وقال أبو حنيفة لاتجب الا بايجاب السلطان وانما اختلفوا فيمن القول قوله اذا اختلفوا فى الانفاق وسيأتى ذلك فى كتاب الاحكام ان شاء الله وكذلك اتفقوا على أن من حقوق الزوجات العدل بينهن فى القسم لما ثبت من قسمه صلى الله عليه وسلم بين أزواجه ولقوله عليه السلام اذا كانت لرجل امرأتان فمال الى احداهما جاء يوم القيامة واحد شقيه مائل ولما ثبت أنه عليه السلام كان اذا أراد السفر اقرع بينهن واختلفوا فى مقام الزوج عند البكر والثيب وهل يحتسب به أولا يحتسب اذا كانت له زوجة اخرى فقال مالك والشافعى وأصحابهم يقيم عند البكر سبعاً وعند الثيب ثلاثا ولا يحتسب ان كان له امرأة اخرى بأيام التى تزوج وقال أبو حنيفة الاقامة عندهن سواء بكراً كانت أو ثيباً ويحتسب بالاقامة عندها ان كانت له زوجة اخرى * وسبب اختلافهم معارضة حديث أنس لحديث أم سلمة وحديث أنس هو ان النبى عليه السلام كان اذا تزوج البكر اقام عندها سبعاً واذا تزوج الثيب اقام عندها ثلاثا وحديث ام سلمة هو ان النبى عليه السلام تزوجها فاصبحت عنده فقال ليس بك على أهلك هوان ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن وان شئت ثلثت ودرت وحديث ام سلمة هو مدنى متفق عليه خرجه مالك والبخارى ومسلم وحديث أنس حديث بصرى خرجه أبو داود فصار اهل المدينة الى ما خرجه اهل البصرة وصار اهل الكوفة الى ما خرجه اهل المدينة واختلف اصحاب مالك فى هل مقامه عند البكر سبعاً وعند الثيب ثلاثا واجب او مستحب فقال ابن القاسم هو واجب وقال ابن عبد الحكيم مستحب * وسبب الخلاف حمل فعله عليه السلام على الندب أو على الوجوب واما حقوق الزوج على الزوجة بارضاع

وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك وذلك ان قوماً اوجبوا عليها الرضاع على الاطلاق وقوم لم يوجبوا ذلك عليها باطلاق وقوم اوجبوا ذلك على الدنية ولم يوجبوا ذلك على الشريفة إلا أن يكون العلق لا يقبل الا ثديها وهو مشهور قول مالك * وسبب اختلافهم هل آية الرضاع متضمنة حكم الرضاع اعني ايجابه او متضمنة امره فقط فمن قال امره قال لا يجب عليها الرضاع اذ لا دليل هنا على الوجوب ومن قال يتضمن الامر بالرضاع ايجابه وانها من الاخبار التي مفهومها مفهوم الامر قال يجب عليها الارضاع واما من فرق بين الدنية والشريفة فاعتبر في ذلك العرف والعادة واما المطلقة فالارضاع عليها الا ان لا يقبل ثدي غيرها فعليها الارضاع وعلى الزوج اجر الرضاع هذا اجماع لقوله سبحانه فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن

﴿ الباب الخامس في الانكحة المنهي عنها بالشرع والانكحة الفاسدة وحكمها ﴾

والانكحة التي ورد النهي فيها مصرحا اربعة نكاح الشغار ونكاح المتعة والخطبة على خطبة اخيه ونكاح المحلل فاما نكاح الشغار فانهم اتفقوا على ان صفته هو ان ينكح الرجل وليته رجلا آخر على ان ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما الا بضع هذه ببضع الاخرى واتفقوا على انه نكاح غير جائز لثبوت النهي عنه * واختلفوا اذا وقع هل يصحح بمهر المثل ام لا فقال مالك لا يصحح ويفسخ ابداً قبل الدخول وبعده وبه قال الشافعي الا انه قال ان سمى لاحدهما صداقاً او لهما معاً فالنكاح ثابت بمهر المثل والمهر الذي سمياه فاسد وقال ابو حنيفة نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل وبه قال الليث واحمد واسحاق وابو ثور والطبري * وسبب اختلافهم هل النهي المطلق يقتضي فساد المنهي عنه مطلقا او غير مطلق فان قلنا غير مطلق لزم الفسخ على الاطلاق وان قلنا لعلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر او على خنزير وقد اجمعوا على ان النكاح المنعقد على الخمر والخنزير لا يفسخ اذا فات بالدخول ويكون فيه مهر المثل وكان مالكاً رضي الله عنه يرى ان الصداق وان لم يكن من شرط صحة العقد ففساد العقد هاهنا من قبل فساد الصداق مخصوص لتعلق النهي به اورأى ان النهي انما يتعلق بنفس تعيين العقد والنهي يدل على فساد المنهي عنه ﴿ واما نكاح المتعة ﴾ فانه تواترت الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحريمه الا انها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم ففي بعض الروايات انه حرمها يوم خيبر وفي بعضها يوم الفتح وفي بعضها في غزوة تبوك وفي بعضها في حجة الوداع وفي بعضها في عمرة القضاء وفي بعضها عام اوطاس واكثر الصحابة وجميع فقهاء الامصار على تحريمها واشتهر عن ابن عباس تحليلها وتبع ابن عباس على القول بها اصحابه من اهل مكة واهل اليمن وروى ان ابن عباس كان يحتج لذلك بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن اجورهن فريضة ولا جناح عليكم وفي حرف عنه الى اجل مسمى وروى عنه انه قال ما كانت المتعة الا رحمة من الله عزوجل رحم بها أمة محمد ولولا نهي محمد عنها ما اضطر الى الزنا الا شقي وهذا الذي روى عن ابن عباس رواه عنه ابن جريج وعمر وبن دينار وعن عطاء قال سمعت جابر بن عبد الله يقول تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر ونصفاً من خلافة عمر ثم نهى عنها عمر الناس

﴿ واما اختلافهم في النكاح التي تقطع فيه الخطبة على خطبة غيره ﴾ فقد تقدم ان فيه ثلاثة اقوال قول بالفسخ وقول بعدم الفسخ وفرق بين ان ترد الخطبة على خطبة الغير بعد اركون والقرب من التمام او لا ترد وهو مذهب مالك واما نكاح المحلل اعني الذي يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا فان مالكاً قال

هو نكاح مفسوخ وقال ابو حنيفة والشافعي هو نكاح صحيح • وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه السلام لعن الله المحلل فمن فهم من اللام من التاثيم فقط قال النكاح صحيح ومن فهم من التاثيم فساد العقد تشبيهاً بالنهي الذي يدل على فساد المنهي عنه قال النكاح فاسد فهذه هي الانكحة الفاسدة بالنهي واما الانكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فانها تفسد اما باسقاط شرط من شروط صحة النكاح او لتغيير حكم واجب بالشرع من احكامه مما هو عن الله عز وجل واما بزيادة تعود الى ابطال شرط من شروط الصحة واما الزيادات التي تعرض من هذا المعنى فانها لا تفسد النكاح باتفاق وانما اختلف العلماء في لزوم الشروط التي بهذه الصفة او لا زومها مثل ان يشترط عليه الا يتزوج عليها او لا يتسرى او لا ينقلها من بلدها فقال مالك ان اشترط ذلك لم يلزمه الا يكون في ذلك يمين بعتق او طلاق فان ذلك يلزمه الا أن يطلق او يعتق من اقسم عليه فلا يلزم الشرط الاول ايضاً وكذلك قال الشافعي وأبو حنيفة وقال الاوزاعي وابن شبرمة لها شرطها وعليه الوفاء وقال ابن شهاب كان من ادركت من العلماء يقضون بها وقول الجماعة مروي عن علي وقول الاوزاعي مروي عن عمر • وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فاما العموم فحديث عائشة أن النبي عليه السلام خطب الناس فقال في خطبته كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط وأما الخصوص فحديث عقبة بن عامر عن النبي عليه السلام انه قال احق الشروط ان يوفى به ما استحللتم به الفروج والحديثان الصحيحان خرجهما البخاري ومسلم الا أن المشهور عند الاصوليين القضاء بالخصوص على العموم وهو لزوم الشروط وهو ظاهر ما وقع في العتبية وان كان المشهور خلاف ذلك وأما الشروط المقيدة بوضع من الصداق فانه قد اختلف فيها المذهب اختلافاً كثيراً اعني في لزومها او عدم لزومها وليس كتابنا هذا موضوع على الفروع

﴿واما حكم الانكحة الفاسدة اذا وقعت﴾

فنهى ما اتفقوا على فسخه قبل الدخول وبعده وهو ما كان منها فاسداً باسقاط شرط متفق على وجوب صحة النكاح بوجوده مثل ان ينكح محرمة العين ومنها ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم في ضعف علة الفساد وقوتها ولماذا يرجع من الاخلال بشروط الصحة ومالك في هذا الجنس وذلك في الاكثر يفسخه قبل الدخول ويثبته بعده والاصل عنده فيه الافسخ ولكنه يحتاط بمنزلة ما يرى في كثير من البيع الفاسد انه يفوت بحوالة الاسواق وغير ذلك ويشبه أن تكون هذه عنده هي الانكحة المكروهة والافلا وجه للفرق بين الدخول وعدم الدخول والاضطراب في المذهب في هذا الباب كثير وكان هذا راجع عنده الى قوة دليل الفسخ وضعفه فمتى كان الدليل عنده قويا فسخ قبله وبعده ومتى كان ضعيفا فسخ قبل ولم يفسخ بعد وسواء كان الدليل القوي متفقاً عليه او مختلفا فيه ومن قبل هذا ايضا اختلف المذهب في وقوع الميراث في الانكحة الفاسدة اذا وقع الموت قبل الفسخ وكذلك وقوع الطلاق فيه فمرة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ومرة اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول أو عدمه وقد نرى أن نقطع هاهنا القول في هذا الكتاب فان ما ذكرنا منه فيه كفاية بحسب غرضنا المقصود

﴿كتاب الطلاق﴾

والكلام في هذا الباب ينحصر في اربع جمل • الجملة الاولى في أنواع الطلاق • الجملة الثانية في اركان الطلاق • الجملة الثالثة في الرجعة • الجملة الرابعة في احكام المطلقات

﴿الجملة الاولى﴾

وفي هذه الجملة خمسة ابواب • الباب الاول في معرفة الطلاق البائن والرجعي • الثاني في معرفة الطلاق السني من البدعي • الباب الثالث في الخلع

واتفقوا على أن الطلاق نوعان بائن ورجعى وأن الرجعى هو الذى يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وأن من شرطه ان يكون فى مدخول بها وانما اتفقوا على هذا لقوله تعالى يا أيها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة الى قوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك امراً وللحديث الثابت ايضا من حديث ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم امره ان يراجع زوجته لما طلقها حائضا ولا خلاف فى هذا. واما الطلاق البائن فانهم اتفقوا على ان البينونة انما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول ومن قبل عدد التطليقات ومن قبل العوض فى الخلع على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق او فسخ على ماسيأتي بعد واتفقوا على ان العدد الذى يوجب البينونة فى طلاق الحر ثلاث تطليقات اذا وقعت مفترقات لقوله تعالى الطلاق مرتان الاية واختلفوا اذا وقعت ثلاثا فى اللفظ دون الفعل وكذلك اتفق الجمهور على ان الرق مؤثر فى اسقاط اعداد الطلاق وان الذى يوجب البينونة فى الرق اثنتان واختلفوا هل هذا معتبر برق الزوج او برق الزوجة ام برق من رق منهما ففى هذا الباب اذن ثلاث مسائل

﴿المسئلة الاولى﴾ جمهور فقهاء الامصار على أن الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثة وقال اهل الظاهر وجماعة حكمه حكم الواحدة ولا تاثير للفظ فى ذلك وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى الطلاق مرتان الى قوله فى الثالثة فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة لا مطلق ثلاث. واحتجوا ايضاً بما اخرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فامضاه عليهم عمر واحتجوا ايضاً بما رواه ابن اسحاق عن عكرمة عن ابن عباس قال طلق ركانة زوجه ثلاثا فى مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديداً فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها قال طلقتها ثلاثا فى مجلس واحد قال انما تلك طلقة واحدة فارتجعها وقد احتج من انتصر لقول الجمهور بان حديث ابن عباس الواقع فى الصحيحين انما رواه عنه من اصحابه طاوس وان جلة اصحابه رووا عنه لزوم الثلاث منهم سعيد بن جبير ومجاهد وعطاء وعمرو بن دينار وجماعة غيرهم وان حديث ابن اسحاق وهم وانما روى الثقات انه طلق ركانة زوجه البتة لا ثلاثاً ● وسبب الخلاف هل الحكم الذى جعله الشرع من البينونة للطلقة الثالثة يقع بالزام المكلف نفسه هذا الحكم فى طلقة واحدة ام ليس يقع ولا يلزم من ذلك الا ما الزم الشرع فمن شبه الطلاق بالافعال التى يشترط فى صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيوع قال لا يلزم ومن شبهه بالنذور والايمان التى ما التزم العبد منها لزمه على أى صفة كان ألزم الطلاق كيف ما ألزمه المطلق نفسه وكان الجمهور غلبوا حكم التغليظ فى الطلاق سداً للذريعة ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود فى ذلك اعني فى قوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك امراً ﴿المسئلة الثانية﴾ واما اختلافهم فى اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق فمنهم من قال المعتبر فيه الرجال فاذا كان الزوج عبداً كان طلاقه البائن الطلقة الثانية سواء كانت الزوجة حرة اوامة وبهذا قال مالك والشافعى ومن الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس وان كان اختلف عنه فى ذلك لكن الاشهر عنه هو هذا القول ومنهم من قال ان الاعتبار فى ذلك هو بالنساء فاذا كانت الزوجة امة كان طلاقها البائن الطلقة الثانية سواء كان الزوج عبداً اوحرا وممن قال بهذا القول من الصحابة على وابن مسعود ومن فقهاء الامصار ابو حنيفة وغيره وفى المسئلة قول اشذ من هذين وهو ان الطلاق يعتبر برق من رق

منهما قال ذلك عثمان البتي وغيره وروى عن ابن عمر * وسبب هذا الاختلاف هل المؤثر في هذا هو رق المرأة او رق الرجل فمن قال التاثير في هذا لمن بيده الطلاق قال يعتبر بالرجال ومن قال التاثير في هذا للذي يقع عليه الطلاق قال هو حكم من احكام المطلقة فشبهوها بالعدة وقد اجمعوا على أن العدة بالنساء اي نقصانها تابع لرق النساء واحتج الفريق الاول بما روى عن ابن عباس مرفوعا الى النبي عليه السلام انه قال الطلاق بالرجال والعدة بالنساء الا انه حديث لم يثبت في الصحاح واما من اعتبر من رق منهما فانه جعل سبب ذلك هو الرق مطلقا ولم يجعل سبب ذلك لا الذكورية ولا الانوثية مع الرق ﴿ المسئلة الثالثة ﴾ واما كون الرق مؤثرا في نقصان عدد الطلاق فانه حكى قوم اجماعا وابو محمد بن حزم وجماعة من اهل الظاهر مخالفون فيه ويرون أن الحر والعبد في هذا سواء * وسبب الخلاف معارضة الظاهر في هذا القياس وذلك ان الجمهور صاروا الى هذا لما كان قياس طلاق العبد والامة على حدودها وقد اجمعوا على كون الرق مؤثراً في نقصان الحد واما اهل الظاهر فلما كان الاصل عندهم أن حكم العبد في التكاليف حكم الحر الا ما اخرجه الدليل والدليل عندهم هو نص او ظاهر من الكتاب او السنة ولم يكن هنا دليل مسموع صحيح وجب ان يبقى العبد على اصله ويشبه ان يكون قياس الطلاق على الحد غير سديد لان المقصود بنقصان الحد رخصة للعبد لمكان نقصه وان الفاحشة ليست تقبح منه قبحها من الحر واما نقصان الطلاق فهو من باب التغليظ لان وقوع التحريم على الانسان بتطليقتين اغلظ من وقوعه بثلاث لما عسى ان يقع في ذلك من الندم والشرع انما سلك في ذلك سبيل الوسط وذلك انه لو كانت الرجعة دائمة بين الزوجة لعنت المرأة وشقيت ولو كانت البينونة واقعة في الطلقة الواحدة لبنت الزوج من قبل الندم وكان ذلك عسراً عليه فجمع الله بهذه الشريعة بين المصلحتين ولذلك ما نرى والله اعلم أن من الزم الطلاق الثلاث في واحدة فقد رفع الحكمة الموجودة في هذه السنة المشروعة ﴿ الباب الثاني ﴾ أجمع العلماء على أن المطلق للسنة في المدخول بها هو الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة وأن المطلق في الحيض او الطهر الذي مسها فيه غير مطلق للسنة وانما اجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر انه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التي امر الله ان تطلق لها النساء . واختلفوا من هذا الباب في ثلاثة مواضع . الموضع الاول هل من شرطه الا يتبعها طلاقاً في العدة . والثاني هل المطلق ثلاثا أعني بلفظ الثلاث مطلق للسنة ام لا ، والثالث في حكم من طلق في وقت الحيض ﴿ أما الموضع الاول ﴾ فانه اختلف فيه مالك وابو حنيفة ومن تبعهما فقال مالك من شرطها الا يتبعها في العدة طلاقاً آخر وقال ابو حنيفة ان طلقها عند كل طهر طلقة واحدة كان مطلقاً للسنة * وسبب هذا الاختلاف هل من شرط هذا الطلاق ان يكون في حال الزوجية بعد رجعة ام ليس من شرطه فمن قال هو من شرطه قال لا يتبعها فيه طلاقاً ومن قال ليس من شرطه اتبعها الطلاق ولا خلاف بينهم في وقوع الطلاق المتبع ﴿ وأما الموضع الثاني ﴾ فان مالكا ذهب الى ان المطلق ثلاثا بلفظ واحد مطلق لغير سنة وذهب الشافعي الى انه مطلق للسنة * وسبب الخلاف معارضة اقراره عليه السلام للمطلق بين يديه ثلاثا في لفظة واحدة على حكم الطلقة الثانية للكتاب والحديث الذي احتج به الشافعي هو ما ثبت من أن العجلاني طلق زوجه ثلاثا بحضرة رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الفراغ من الملاعنة قال فلو كان بدعة لما اقره رسول الله صلى الله عليه

وسلم

وسلم وأما مالك فلما رأى أن المطلق بلفظ الثلاث رافع للرخصة التي جعلها الله في العدد قال فيه انه ليس للسنة واعتذر اصحابه عن الحديث بان المتلاعنين عنده قد وقعت الفرقة بينهما من قبل التلاعن نفسه فوقع الطلاق على غير محله فلم ينصف لا بسنة ولا ببدعة وقول مالك والله اعلم اظهر هاهنا من قول الشافعي

﴿ وأما الموضع الثالث ﴾ في حكم من طلق في وقت الحيض فان الناس اختلفوا من ذلك في مواضع منها ان الجمهور قالوا يمضي طلاقه وقالت فرقة لا ينفذ ولا يقع والذين قالوا ينفذ قالوا يؤمر بالرجعة وهؤلاء افترقوا فرقتين فقوم رأوا ان ذلك واجب وانه يجبر على ذلك وبه قال مالك وأصحابه وقالت فرقة بل يندب الى ذلك ولا يجبر وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد والذين أوجبوا الاجبار اختلفوا في الزمان الذي يقع فيه الاجبار فقال مالك وأكثر أصحابه ابن القاسم وغيره يجبر ما لم تنقض عدتها وقال أشهب لا يجبر الا في الحيضة الاولى والذين قالوا بالامر بالرجعة اختلفوا متى يوقع الطلاق بعد الرجعة ان شاء فقوم اشترطوا في الرجعة ان يمسكها حتى تطهر من تلك الحيضة ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء طلقها وان شاء امسكها وبه قال مالك والشافعي وجماعة وقوم قالوا بل يراجعها فاذا طهرت من تلك الحيضة التي طلقها فيها فان شاء امسك وان شاء طلق وبه قال أبو حنيفة والكوفيون وكل من اشترط في طلاق السنة ان يطلقها في طهر لم يمسها فيه لم يرالامر بالرجعة اذا طلقها في طهر مسها فيه فهنا اذاً أربع مسائل أحدها هل يقع هذا الطلاق أم لا والثانية ان وقع فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط والثالثة متى يوقع الطلاق بعد الاجبار أو الندب والرابعة متى ينقطع الاجبار ﴿ اما المسئلة الاولى ﴾ فان الجمهور انما صاروا الى ان الطلاق ان وقع في الحيض اعتد به وكان طلاقاً لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر مره فليراجعها قالوا والرجعة لا تكون الا بعد طلاق وروى الشافعي عن مسلم بن خالد عن ابن جريج انهم ارسلوا الى نافع يسئلونه هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وروى انه كان الذي يفتي به عمر واما من لم ير هذا الطلاق واقعاً فانه اعتمد عموم قوله صلى الله عليه وسلم كل فعل او عمل ليس عليه امرنا فهو رد وقالوا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برده يشعر بعدم نفوذه ووقوعه وبالجملة فسبب الاختلاف هل الشروط التي اشترطها الشرع في الطلاق التي هي شروط صحة واجزاء لم شروط كمال وتمام فمن قال شروط اجزاء قال لا يقع الطلاق الذي عدم هذه الصفة ومن قال شروط كمال وتمام قال يقع ويندب الى أن يقع كاملا ولذلك من قال بوقوع الطلاق وجبره على الرجعة فقد تناقض فتدبر ذلك ﴿ واما المسئلة الثانية ﴾ وهي هل يجبر على الرجعة اولا يجبر فمن اعتمد ظاهر الامر وهو الوجوب على ما هو عليه عند الجمهور قال يجبر ومن لحظ هذا المعنى الذي قلناه من كون الطلاق واقعاً قال هذا الامر هو على الندب ﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهي متى يوقع الطلاق بعد الاجبار فان من اشترط في ذلك ان يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فانما صار لذلك لانه المنصوص عليه في حديث ابن عمر المتقدم قالوا والمعنى في ذلك لتصح الرجعة بالوطء في الطهر الذي بعد الحيض لانه لو طلقها في الطهر الذي بعد الحيضة لم يمكن عليها من الطلاق الآخر عدة لانه كان يكون كالمطلق قبل الدخول وبالجملة فقالوا ان من شرط الرجعة وجود زمان يصح فيه الوطء وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنة ان يطلقها في طهر لم يطلق في الحيضة التي قبله وهو أحد الشروط المشترطة عند مالك في طلاق السنة فيما ذكره عبد الوهاب وأما الذين لم يشترطوا ذلك فانهم صاروا الى ما روى يونس بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين ومن

تابعهم عن ابن عمر في هذا الحديث انه قال يراجعها فاذا طهرت طلقها ان شاء وقالوا المعنى في ذلك انه انما امر بالرجوع عقوبة له لانه طلق في زمان كره له فيه الطلاق فاذا ذهب ذلك الزمان وقع فيه الطلاق على وجه غير مكروه • فسبب خلافهم تعارض الآثار في هذه المسئلة وتعارض مفهوم العلة ﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وهي متى يجبر فانا ذهب مالك الى انه يجبر على رجعتها طول زمان العدة لانه الزمان الذي له فيه ارتجاعها وأما أشهب فانما صار في هذا الى ظاهر الحديث لان فيه مره فليراجعها حتى تطهر فدل ذلك على ان المراجعة كانت في الحيضة وأيضاً فانه قال انما امر بمراجعتها ليلا تطول عليها العدة فانه اذا وقع الطلاق في الحيضة لم تعتد بها اجماع فان قلنا انه يراجعها في غير الحيضة كان ذلك عليها اطول وعلى هذا التعليل فينبغي ان يجوز ايقاع الطلاق في الطهر الذي بعد الحيضة • فسبب الاختلاف هو سبب اختلافهم في علة الامر بالرد ﴿ الباب الثالث في الخلع ﴾ واسم الخلع والفدية والصلح والمبارات كلها تؤول الى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها الا ان اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاها والصلح ببعضه والفدية باكثره والمبارات باسقاطها عنه حقاً لها عليه على ما زعم الفقهاء والكلام ينحصر في اصول هذا النوع من الفراق في أربعة فصول في جواز وقوعه أولا ثم ثانياً في شروط وقوعه أعني جواز وقوعه ثم ثالثاً في نوعه أعني هل هو طلاق أو فسخ ثم رابعاً فيما يلحقه من الاحكام ﴿ الفصل الاول ﴾ فاما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء والاصل في ذلك الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به وأما السنة فحديث ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس لا عيب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر بعد الدخول في الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقبل الحديقة وطلقها طلقة واحدة خرجه بهذا اللفظ البخاري وأبو داود والنسائي وهو حديث متفق على صحته وشذ أبو بكر بن عبد الله المزني عن الجمهور فقال لا يحل للزوج ان يأخذ من زوجته شيئاً واستدل على ذلك بانه زعم ان قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به منسوخ بقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً الآية والجمهور على ان معنى ذلك بغير رضاها وامابرضاها فجائز • فسبب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومه أو تخصيصه ﴿ الفصل الثاني ﴾ فاما شروط جوازه فمنها ما يرجع الى القدر الذي يجوز فيه ومنها ما يرجع الى صفة الشيء الذي يجوز به ومنها ما يرجع الى الحال التي يجوز فيها ومنها ما يرجع الى صفة من يجوز له الخلع من النساء او من اوليائهن ممن لا تملك امرها ففي هذا الفصل اربع مسائل

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اما مقدار ما يجوز ان تختلع به فان مالكا والشافعي وجماعة قالوا جائز ان تختلع المرأة باكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها اذا كان النشوز من قبلها وبمثله وباقل منه وقال قائلون ليس له أن يأخذ أكثر مما اعطاها على ظاهر حديث ثابت فمن شبهه بسائر الاعواض في المعاملات رأى ان القدر فيه راجع الى الرضى ومن اخذ بظاهر الحديث لم يجز اكثر من ذلك وكانه رآه من باب اخذ المال بغير حق

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما صفة العوض فان الشافعي وأبا حنيفة يشترطان فيه ان يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجود ومالك يجيز فيه المجهول الوجود والقدر والمعدوم مثل الآبق والشارد والثمرة التي لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف وحكي عن أبي حنيفة جواز الغرر ومنع المعدوم • وسبب الخلاف تردد

العوض هاهنا بين العوض في البيوع او الاشياء الموهوبة والموصى بها فمن شبهها بالبيوع اشترط فيه ما يشترط فى البيوع وفى اعواض البيوع ومن شبهه بالهبات لم يشترط ذلك واختلفوا اذا وقع الخلع بما لا يحل كالخمر والخنزير هل يجب لها عوض أم لا بعد اتفاقهم على ان الطلاق يقع فقال مالك لا تستحق عوضاً وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى يجب لها مهر المثل ﴿ المسئلة الثالثة ﴾ واما ما يرجع الى الحال التى يجوز فيها الخلع من التى لا يجوز فان الجمهور على ان الخلع جائز مع التراضى اذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه اضراره بها والاصل فى ذلك قوله تعالى ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا ان يأتين بفاحشة مبينة وقوله تعالى فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به وشذ ابو قلابة والحسن البصرى فقالا لا يحل للرجل الخلع عليها حتى يشاهدها تزني وحملوا الفاحشة فى الآية على الزنا وقال داود لا يجوز الا بشرط الخوف الا يقيما حدود الله على ظاهر الآية وشذ النعمان فقال يجوز الخلع مع الاضرار والفقه ان الفداء انما جعل للمرأة فى مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق فانما جعل الطلاق بيد الرجل اذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة اذا فركت الرجل فيتحصل فى الخلع خمسة أقوال قول انه لا يجوز اصلا وقول انه يجوز على كل حال اى مع الضرر وقول انه لا يجوز الا مع مشاهدة الزنا وقول مع خوف الا يقيما حدود الله وقول انه يجوز فى كل حال الا مع الضرر وهو المشهور ﴿ المسئلة الرابعة ﴾ واما من يجوز له الخلع ممن لا يجوز فانه لا خلاف عند الجمهور ان الرشيدة تخالع عن نفسها وان الامة لا تخالع عن نفسها الا برضى سيدها وكذلك السفيهة مع وليها عند من يرى الحجر وقال مالك يخالع الاب على ابنته الصغيرة كما ينكحها وكذلك على ابنه الصغير لانه عنده يطلق عليه والخلاف فى الابن الصغير قال الشافعى وأبو حنيفة لا يجوز لانه لا يطلق عليه عندهم والله أعلم وخلع المريضة يجوز عند مالك اذا كان بقدر ميراثه منها وروى ابن نافع عن مالك انه يجوز خلعها بالثلث كله وقال الشافعى لو اختلعت بقدر مهر مثلها جاز وكان من رأس المال وان زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث واما المهملة التى لا وصى لها ولا أب فقال ابن القاسم يجوز خلعها اذا كان خلع مثلها والجمهور على انه يجوز خلع المالكة لنفسها وشذ الحسن وابن سيرين فقالا لا يجوز الخلع الا باذن السلطان

﴿ الفصل الثالث ﴾ واما نوع الخلع فجمهور العلماء على انه طلاق وبه قال مالك وابو حنيفة سوى بين الطلاق والفسخ وقال الشافعى هو فسخ وبه قال أحمد وداود ومن الصحابة ابن عباس وقد روى عن الشافعى انه كناية فان اراد به الطلاق كان طلاقا والا كان فسخا وقد قيل عنه فى قوله الجديد انه طلاق وفائدة الفرق هل يعتد به فى التطليقات أم لا وجمهور من رآه طلاقا يجعله بائناً لانه لو كان للزوج فى العدة منه الرجعة عليها لم يكن لافتدائها معنى وقال أبو ثور ان لم يكن بلفظ الطلاق لم يكن له عليها رجعة وان كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة احتج من جعله طلاقاً بان الفسوخ انما هى التى تقتضي الفرقة البائنة للزوج فى الفراق مما ليس يرجع الى اختياره وهذا راجع الى الاختيار فليس بفسخ واحتج من لم يره طلاقاً بان الله تبارك وتعالى ذكر فى كتابه الطلاق فقال الطلاق مرتان ثم ذكر الافتداء ثم قال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فلو كان الافتداء طلاقاً لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه الا بعد زوج هو الطلاق الرابع وعند هؤلاء ان الفسوخ تقع بالتراضى قياساً على فسوخ البيع أعنى الاقالة وعند المخالف ان الآية انما تضمنت حكم الافتداء على انه شئ يلحق جميع أنواع الطلاق لانه شئ غير الطلاق ﴿ سبب الخلاف هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة

الطلاق الى نوع فرقة الفسخ أم ليس بخروجها ﴿ الفصل الرابع ﴾ واما لو اختلعته فروع كثيرة لكن نذكر منها ماشهر فيها هل يرتدف على المختلعة طلاق أم لا فقال مالك لا يرتدف الا ان كان الكلام متصلا وقال الشافعي لا يرتدف وإن كان الكلام متصلا وقال أبو حنيفة يرتدف ولم يفرق بين الفور والتراخي ﴿ وسبب الخلاف أن العدة عند الفريق الاول من احكام الطلاق وعند أبي حنيفة من أحكام النكاح ولذلك لا يجوز عنده ان ينكح مع المبتوتة اختها فمن رآها من احكام النكاح ارتدف الطلاق عنده ومن لم يرذلك لم يرتدف ومنها ان جمهور العلماء اجمعوا على انه لا رجعة للزوج على المختلعة في العدة الا ما روى عن سعيد بن المسيب وابن شهاب انهما قالا ان رد ما اخذ منها في العدة اشهد على رجعتها والفرق الذي ذكرناه عن ابي ثور بين ان يكون بلفظ الطلاق اولا يكون ومنها ان الجمهور اجمعوا على ان له ان يتزوجها برضاها في عدتها وقالت فرقة من المتأخرين لا يتزوجها هو ولا غيره في العدة ﴿ وسبب اختلافهم هل المنع من النكاح في العدة عبادة اوليست بعبادة بل معقل واختلفوا في عدة المختلعة وسياتي بعد واختلفوا اذا اختلف الزوج والزوجة في مقدار العدد الذي وقع به الخلع فقال مالك القول قوله ان لم يكن هنالك بينة وقال الشافعي يتحالفان ويكون عليها مهر المثل شبه الشافعي اختلافهما باختلاف المتبايعين وقال مالك هي مدعي عليها وهو مدع ومسائل هذا الباب كثيرة وليس مما يليق بقصدنا

﴿ الباب الرابع ﴾ واختلف قول مالك رحمه الله في الفرق بين الفسخ الذي لا يعتد به في التطليقات الثلاث وبين الطلاق الذي يعتد به في الثلاث الى قولين احدهما ان النكاح ان كان فيه خلاف خارج عن مذهبه أعني في جوازه وكان الخلاف مشهوراً فالفرقة عنده فيه طلاق مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها والمحرم فهذه على هذه الرواية هي طلاق لا فسخ والقول الثاني ان الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للتفرق فان كان غير راجع الى الزوجين مما لو اراد الاقامة على الزوجية لم يصح كان فسخاً مثل نكاح المحرمة بالرضاع او النكاح في العدة وإن كان مما لهما ان يقيما عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقا

﴿ الباب الخامس ﴾ ومما يعد من انواع الطلاق مما يرى ان له احكاما خاصة التمليك والتخيير والتمليك عن مالك في المشهور غير التخيير وذلك ان التمليك هو عنده تمليك المراة ايقاع الطلاق فهو يحتمل الثلاث فما فوقها ولذلك له ان يناكرها عنده فيما فوق الواحدة والخيار بخلاف ذلك لانه يقتضي ايقاع طلاق تنقطع معه العصمة الا ان يكون تخييراً مقيداً مثل ان يقول لها اختاري نفسك او اختاري تطليقة او تطليقتين فهي الخيار المطلق عند مالك ليس لها الا ان تختار زوجها او تبين منه بالثلاث وان اختارت واحدة لم يكن لها ذلك والمملكة فلا يبطل تمليكها عنده ان لم يوقع الطلاق حتى يطول الامر بها على احدى الروايتين او يتفرقا من المجلس والرواية الثانية انه يبقى لها التمليك الى أن ترد او تطلق والفرق عند مالك بين التمليك وتوكيله اياها على تطليق نفسها ان في التوكيل له ان يعزلها قبل ان تطلق وليس له ذلك في التمليك وقال الشافعي اختاري وامرك بيدك سواء ولا يكون ذلك طلاقاً الا ان ينويه وان نواه فهو ما اراد ان واحدة فواحدة وان ثلاثا فثلاث فهو عنده ان يناكرها في الطلاق نفسه وفي العدد في الخيار او التمليك وهي عنده ان طلقت نفسها رجعية وكذلك هي عند مالك في التمليك وقال ابو حنيفة واصحابه الخيار ليس بطلاق فان طلقت نفسها في التمليك واحدة فهي بائنة وقال الثوري الخيار والتمليك واحد لا فرق بينهما وقد قيل القول قولها في اعداد الطلاق في

التمليك وليس للزوج مناكرتها وهذا القول مروى عن علي وابن المسيب وبه قال الزهري وعطاء وقد قيل انه ليس للمرأة في التمليك الا ان تطلق نفسها تطليقة واحدة وذلك مروى عن ابن عباس وعمر رضي الله عنهما روى انه جاء ابن مسعود رجل فقال كان بيني وبين امرأتي بعض ما يكون بين الناس فقالت لو أن الذي بيدك من امري بيدي لعلمت كيف اصنع قال فان الذي بيدي من امرك بيدك قالت فانت طالق ثلاثا قال ارأيتها واحدة وانت احق بها ما دامت في عدتها وسألتني امير المؤمنين عمر ثم لفيه فقص عليه القصة فقال صنع الله بالرجال وفعل يعمدون الى ما جعل الله في ايديهم فيجعلونه بايدي النساء بفيها التراب ماذا قالت فيها قال قالت ارأيتها واحدة وهو احق بها قال وانا ارى ذاك ولو رأيت غير ذلك علمت انك لم تصب وقد قيل ليس التمليك بشيء لان ما جعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز ان يرجع الى يد المرأة بجعل جاعل وكذلك التخيير وهو قول ابي محمد بن حزم وقول مالك في المملكة ان لها الخيار في الطلاق او البقاء على العصمة ما دامت في المجلس وهو قول الشافعي وابي حنيفة والاوزاعي وجماعة فقهاء الامصار وعند الشافعي أن التمليك اذا اراد به الطلاق كالوكالة وله ان يرجع في ذلك متى احب ذلك ما لم يوقع الطلاق وانما صار الجمهور للقضاء بالتمليك او التخيير وجعل ذلك لقضاء لما ثبت من تخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يكن طلاقا لكن اهل الظاهر يرون ان معنى ذلك انهن لو اخترن انفسهن طلقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم لانهن كن يطلقن بنفس اختيار الطلاق وانما صار جمهور الفقهاء الى ان التخيير والتمليك واحد في الحكم لان من عرف دلالة اللغة ان من ملك انشأ امرأ من الامور ان شاء ان يفعله او لا يفعله فانه قد خيره وأما مالك فيرى ان قوله لها اختاري او اختاري نفسك انه ظاهر بعرف الشرع في معنى البينونة بتخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه لان المفهوم منه انما كان البينونة واختار آ مالك انه لا يقبل قول الزوج في التمليك اذا لم يرده طلاقا اذا زعم ذلك لانه لفظ ظاهر في معنى جعل الطلاق بيدها وأما الشافعي فلم يكن اللفظ عنده نصا اعتبر فيه النية فسبب الخلاف هل يغلب ظاهر اللفظ او دعوى النية وكذلك فعل في التخيير وانما اتفقوا على انه مناكرتها في العدد أعني في لفظ التمليك لانه لا يدل عليه دلالة محتملة فضلا عن ظاهر موانما رآ مالك والشافعي انه اذا طلقت نفسها فتمليكه اياها طلقة واحدة انها تكون رجعية لان الطلاق انما يحمل على العرف الشرعي وهو طلاق السنة واختار آ أبو حنيفة انها بائنة لانها اذا كان له عليها رجعة لم يكن لما طلبت من التمليك فائدة والمقصد هو من ذلك وأما من رآ ان لها ان تطلق نفسها في التمليث ثلاثا وانه ليس للزوج مناكرتها في ذلك فلان معنى التمليك عنده انما هو تصيير جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيد المرأة فهي مخيرة فيما توقعه من اعداد الطلاق وأما من جعل التمليك طلقة واحدة فقط والتخيير فانما ذهب الى انه اقل ما يتطلق عليه الاسم واحتياطا للرجال لان العلة جعل الطلاق بايدي الرجال دون النساء هو لنقصان عقلهن وغلبة الشهوة عليهن مع سوء المعاشرة وجمهور العلماء على ان المرأة اذا اختارت زوجها انه ليس بطلاق لقول عائشة المتقدم وروى عن الحسن البصري انها اذا اختارت زوجها فواحدة واذا اختارت نفسها فثلاث فيتحصل في هذه المسئلة الخلاف في ثمانية مواضع . أحدها انه لا يقع بواحد منهما طلاق . والثاني انه تقع بينهما فرقة . والثالث الفرق بين التخيير والتمليك فيما يملك به المرأة أعني ان تملك بالتخيير البتونة وبالتمليك دونها واذا قلنا بالبتونة البتونة فقيل تملك واحدة وقيل تملك الثلاث واذا قلنا انها تملك واحدة فقيل رجعية وقيل بائنة واما حكم الالفاظ التي تجيب

بها المرأة في التخيير والتمليك فهي ترجع الى حكم الالفاظ التي يقع بها الطلاق في كونها صريحة في الطلاق او كناية او محتملة وسيأتي تفصيل ذلك عند التكلم في الفاظ الطلاق ﴿الجملة الثانية﴾

وفي هذه الجملة ثلاث ابواب . الباب الاول في الفاظ الطلاق وشروطه : الباب الثاني في تفصيل من يجوز طلاقه ممن لا يجوز . الثالث في تفصيل من يقع عليها الطلاق من النساء ممن لا يقع

﴿الباب الاول﴾ وهذا الباب فيه فصلان ، الفصل الاول في انواع الفاظ الطلاق المطلقة . الفصل الثاني في انواع الفاظ الطلاق المقيدة ﴿الفصل الاول﴾

أجمع المسلمون على ان الطلاق يقع اذا كان بنية وبلفظ صريح واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذي ليس بصريح او بالنية دون اللفظ او باللفظ دون النية فمن اشترط النية واللفظ الصريح فاتباعا لظاهر الشرع وكذلك من اقام الظاهر مقام الصريح ومن شبهه بالعقد في النذر وفي اليمين أوقعه بالنية فقط ومن اعمل التهمة أوقعه باللفظ فقط واتفق الجمهور على ان الفاظ الطلاق المطلقة صنفان صريح وكناية واختلفوا في تفصيل الصريح من الكناية وفي احكامها ومايلزم فيها ونحن فانما قصدنا من ذلك ذكر المشهور ومايجري مجرى الاصول فقال مالك واصحابه الصريح هو لفظ الطلاق فقط وما عدا ذلك كناية وهي عنده على ضربين ظاهرة ومحتملة وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي الفاظ الطلاق الصريحة ثلاث الطلاق والفراق والسراح وهي المذكورة في القرآن وقال بعض اهل الظاهر لا يقع طلاق الا بهذه الثلاث فهذا هو اختلافهم في صريح الطلاق من غير صريحه وانما اتفقوا على ان لفظ الطلاق صريح لان دلالته على هذا المعنى الشرعي دلالة وضعية بالشرع فصار اصلا في هذا الباب واما الفاظ الفراق والسراح فهي مترددة بين ان يكون للشرع فيها تصرف اعني ان تدل بعرف الشرع على المعنى الذي يدل عليه الطلاق او هي باقية على دلالتها اللغوية فاذا استعملت في هذا المعنى اعني في معنى الطلاق كانت مجازاً اذ هذا هو معنى الكناية اعني اللفظ الذي يكون مجازاً في دلالته وانما ذهب من ذهب الى انه لا يقع الطلاق الا بهذه الالفاظ الثلاثة لان الشرع انما ورد بهذه الالفاظ الثلاثة وهي عبادة ومن شرطها اللفظ فوجب ان يقتصر بها على اللفظ الشرعي الوارد فيها ، فاما اختلافهم في احكام صريح الفاظ الطلاق ففيه مسئلتان مشهورتان . إحداهما اتفق مالك والشافعي وابو حنيفة عليها . والثانية اختلفوا فيها فاما التي اتفقوا عليها فان مالكا والشافعي وابا حنيفة قالوا لا يقبل قول المطلق اذا نطق بالفاظ الطلاق انه لم يرد به طلاقاً اذا قال لزوجته انت طالق وكذلك السراح والفراق عند الشافعي واستثنت المالكية بان قالت الا ان تقترن بالحالة او بالمرأة قرينة تدل على صدق دعواه مثل ان تسئله ان يطلقها من وثاق هي فيه وشبهه فيقول لها انت طالق وفقه المسئلة عند الشافعي وأبي حنيفة ان الطلاق لا يحتاج عندهم الى نية واما مالك فالمشهور عنه ان الطلاق عنده يحتاج الى النية لكن لم ينوه هاهنا لموضع التهم ومن رأيه الحكم بالتهم سداً للذرائع وذلك مما خالفه فيه الشافعي وأبو حنيفة فيجب على رأي من يشترط النية في الفاظ الطلاق ولا يحكم بالتهم ان يصدقه فيما ادعى

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ فهي اختلافهم فيمن قال لزوجته انت طالق وادعى انه اراد بذلك اكثر من واحدة او اثنتين وإما ثلاثا فقال مالك هو ما نوى وقد لزمه وبه قال الشافعي الا ان يعيد فيقول طلقة واحدة وهذا القول هو المختار عند اصحابه وأما ابو حنيفة فقال لا يقع ثلاث بلفظ الطلاق لان العدد لا يتضمنه لفظ الافراد لا كناية ولا تصريحاً ، وسبب اختلافهم هل يقع الطلاق بالنية دون اللفظ او بالنية مع اللفظ المحتمل فمن قال بالنية

اوجب الثلاث وكذلك من قال بالنية واللفظ المحتمل ورأى ان لفظ الطلاق يحتمل العدد ومن رأى انه لايحتمل العدد وانه لابد من اشتراط اللفظ في الطلاق مع النية قال لايجب العدد وان نواه وهذه المسئلة اختلفوا فيها وهي من مسائل شروط الفاظ الطلاق أعني اشتراط النية مع اللفظ اوبانفراد احدهما فالمشهور عن مالك أن الطلاق لايقع الا باللفظ والنية وبه قال ابوحنيفة وقد روى عنه انه يقع باللفظ دون النية وعند الشافعي ان لفظ الطلاق الصريح لايحتاج الى نية فمن اكتفى بالنية احتج بقوله صلى الله عليه وسلم انما الاعمال بالنيات ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان وماحدثت به انفسها والنية دون قول حديث نفس قال وليس يلزم من اشترط النية في العمل في الحديث المتقدم ان تكون النية كافية بنفسها واختلف المذهب هل يقع بلفظ الطلاق في المدخول بها طلاقاً بائناً اذا قصد ذلك المطلق ولم يكن هنالك عوض فقيل يقع وقيل لايقع وهذه المسئلة هي من مسائل احكام صريح الفاظ الطلاق وأما الفاظ الطلاق التي ليست بصريح فمنها ماهي كناية ظاهرة عند مالك ومنها ماهي كناية محتملة ومذهب مالك انه اذا ادعى في الكناية الظاهرة انه لم يرد طلاقاً لم يقبل قوله الا ان يكون هنالك قرينة تدل على ذلك كرأيه في الصريح وكذلك لايقبل عنده مايدعيه من دون الثلاث في الكنايات الظاهرة وذلك في المدخول بها الا ان يكون قال ذلك في الخلع وأما غير المدخول بها فيصدق في الكناية الظاهرة فيما دون الثلاث لان طلاق غير المدخول بها بائن وهذه هي مثل قولهم حبلك على غاربك ومثل البتة ومثل قولهم انت خلية وبرية . وأما مذهب الشافعي في الكنايات الظاهرة فانه يرجع في ذلك الى مانواه فان كان نوى طلاقاً كان طلاقاً وان كان نوى ثلاثا كان ثلاثا او واحدة كان واحدة ويصدق في ذلك وقول ابي حنيفة في ذلك مثل قول الشافعي الا انه اذا نوى على اصله واحدة او اثنتين وقع عنده طلقة واحدة بائنة وان اقترنت به قرينة تدل على الطلاق وزعم انهم ينوونه ولم يصدق وذلك اذا كان عنده في مذاكرته الطلاق وأبو حنيفة يطلق بالكنايات كلها اذا اقترنت بها هذه القرينة الا أربع . حبلك على غاربك . واعتدي . واستبرئي . ونقني لانها عنده من المحتملة غير الظاهرة واما ألفاظ الطلاق المحتملة غير الظاهرة فعند مالك انه يعتبر فيها نيته كالحال عند الشافعي في الكناية الظاهرة وخالفه في ذلك جمهور العلماء فقالوا ليس فيها شئ وان نوى طلاقا فيتحصل في الكنايات الظاهرة ثلاثة أقوال قول انه يصدق باطلاق وهو قول الشافعي وقول انه لا يصدق باطلاق الا ان يكون هنالك قرينة وهو قول مالك وقول انه يصدق الا ان يكون في مذاكرة الطلاق وهو قول أبي حنيفة وفي المذهب خلاف في مسائل يتردد حملها بين الظاهر والمحتمل وبين قوتها وضعفها في الدلالة على صفة البينونة فوقع فيها الاختلاف وهي راجعة الى هذه الاصول وانما صار مالك الى انه لايقبل قوله في الكنايات الظاهرة انه لم يرد به طلاقا لان العرف اللغوي والشرعي شاهد عليه وذلك أن هذه الالفاظ انما تلفظ بها الناس غالباً والمراد بها الطلاق الا أن يكون هنالك قرينة تدل على خلاف ذلك وانما صار الى انه لايقبل قوله فيما يدعيه دون الثلاث لان الظاهر من هذه الالفاظ هو البينونة والبينونة لاتقع الا خلعاً عنده في المشهور او ثلاثا واذ لم تقع خلعا لانه ليس هناك عوض فبقي ان يكون ثلاثا وذلك في المدخول بها ويخرج على القول في المذهب بان البائن تقع من دون عوض ودون عدد ان يصدق في ذلك وتكون واحدة بائنة وحجة الشافعي انه اذا وقع الاجماع على انه يقبل قوله فيما دون الثلاث في صريح ألفاظ الطلاق كان أحري ان يقبل قوله في كنايته لان دلالة الصريح أقوى من دلالة الكناية ويشبه أن تقول المالكية ان لفظ الطلاق وان كان صريحاً في الطلاق فليس بصريح في العدد ومن الحجة

للشافعي حديث ركانة المتقدم وهو مذهب عمر وفي جلسك على غاربك وانما صار الشافعي الى أن الطلاق في الكنايات الظاهرة اذا نوى مادون الثلاث يكون رجعيا لحديث ركانة المتقدم وصار ابو حنيفة الى انه يكون بائنا لانه المقصود بقطع العصمة ولم يجعله ثلاثا لان الثلاث معنى زائد على البينونة عنده * فسبب اختلافهم هل يقدم عرف اللفظ على النية اوالنية على عرف اللفظ واذا غلبنا عرف اللفظ فهل يقتضي البينونة فقط اوالعدد فمن قدم النية لم يقض عليه بعرف اللفظ ومن قدم العرف الظاهر لم يلتفت الى النية ومما اختلف فيه الصدر الاول وفقهاء الامصار من هذا الباب أعني من جنس المسائل الداخلة في هذا الباب لفظ التحريم اعني من قال لزوجه انت علي حرام وذلك أن مالكا قال يحمل في المدخول بها على البت أي الثلاث وينوى في غير المدخول بها وذلك على قياس قوله المتقدم في الكنايات الظاهرة وهو قول ابن أبي ليلى وزيد بن ثابت وعلي من الصحابة وبه قال اصحابه الا ابن الماجشون فانه قال لاينوى في غير المدخول بها وتكون ثلاثا فهذا هو احد الاقوال في هذه المسئلة والقول الثاني انه ان نوى بذلك ثلاثا فهي ثلاث وان نوى واحدة فهي واحدة بائنة وان نوى يمينا فهو يمين يكفرها وان لم ينو به طلاقا ولا يمينا فليس بشئ هي كلمة وقال بهذا القول الثوري. والقول الثالث انه يكون ايضا ماتوى بها ان نوى واحدة فواحدة او ثلاثا فثلاث وان لم ينو شيئا فهو يمين يكفرها وهذا القول قاله الاوزاعي: والقول الرابع انه ينوى فيها في الموضعين في ارادة الطلاق وفي عدده فما نوى كان ماتوى فان نوى واحدة كان رجعيا وان اراد تحريمها بغير طلاق فعليه كفارة يمين وهو قول الشافعي. والقول الخامس انه ينوى ايضا في الطلاق وفي العدد فان نوى واحدة كانت بائنة فان لم ينو طلاقا كانت يمينا وهو مسول فان نوى الكذب فليس بشئ وهذا القول قاله أبو حنيفة واصحابه. والقول السادس انها يمين يكفرها مايكفر اليمين الا أن بعض هؤلاء قال يمين مغلظة وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين وقال ابن عباس وقد سئل عنها لقد كان لكم في رسول الله اسوة حسنة خرجه البخاري ومسلم ذهب الى الاحتجاج بقوله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتغي الاية. والقول السابع ان تحريم المرأة كتحريم الماء وليس فيه كفارة ولا طلاق لقوله تعالى لاتحرموا طيبات ما احل الله لكم وهو قول مسروق والاجدع وأبي سلمة بن ابي عبد الرحمان والشعبي وغيرهم ومن قال فيها انها غير مغلظة بعضهم اوجب فيها الواجب في الظهار وبعضهم اوجب فيها عتق رقبة * وسبب الاختلاف هل هو يمين اوكناية او ليست بيمين ولا كناية فهذه اصول مايقع من الاختلاف في ألفاظ الطلاق

﴿ الفصل الثاني في ألفاظ الطلاق المقيدة ﴾ والطلاق المقيد لايخلوا من قسمين اما تقييد اشتراط او تقييد استثناء، والتقييد المشترط لايخلوا ان يعلق بمشيئة من له اختيار اوبوقوع فعل من الافعال المستقبلة اوبخروج شئ مجهول العلم الى الوجود على مايدعيه المعلق للطلاق به مما لايتوصل الى علمه الا بعد خروجه الى الحس اوالى الوجود اوبما لاسبيل الى الوقوف عليه بما هو ممكن ان يكون اولا يكون. فاما تعليق الطلاق بالمشيئة فانه لايخلو ان يعلقه بمشيئة الله اوبمشيئة مخلوق فاذا علقه بمشيئة الله وسواء علقه على جهة الشرط مثل أن يقول انت طالق ان شاء الله اوعلى جهة الاستثناء مثل ان يقول انت طالق الا أن يشاء الله فان مالكا قال لايؤثر الاستثناء في الطلاق شيئا وهو واقع ولابد وقال ابو حنيفة والشافعي اذا استثنى المطلق مشيئة الله لم يقع الطلاق * وسبب الخلاف هل يتعلق الاستثناء بالافعال الحاضرة الواقعة كتعلقه بالافعال المستقبلة اولايتعلق وذلك ان الطلاق هو فعل حاضر فمن قال لايتعلق به قال لايؤثر الاستثناء ولا اشتراط المشيئة

في الطلاق ومن قال يتعلق به قال يؤثر فيه. واما ان علق الطلاق بمشيئة من تصح مشيئته ويتوصل الى علمها فلا خلاف في مذهب مالك ان الطلاق يقف على اختيار الذي علق الطلاق بمشيئته وأما تعليق الطلاق بمشيئة من لا مشيئة له ففيه خلاف في المذهب قيل يلزمه الطلاق وقيل لا يلزمه والصبي والمجنون داخلان في هذا المعنى فمن شبهه بطلاق الهزل وكان الطلاق بالهزل عنده يقع قال يقع هذا الطلاق ومن اعتبر وجود الشرط قال لا يقع لان الشرط قد عدم هاهنا واما تعليق الطلاق بالافعال المستقبلة فان الافعال التي يعلق بها توجد على ثلاثة اضرب أحدها ما يمكن ان يقع اولا يقع على السواء كدخول الدار وقدوم زيد فهذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف. واما ما لابد من وقوعه كطلوع الشمس غدا فهذا يقع ناجزاً عند مالك ويقف وقوعه عند الشافعي وابي حنيفة على وجود الشرط فمن شبهه بالشرط الممكن الوقوع قال لا يقع الا بوقوع الشرط ومن شبه الوطء الواقع في الاجل بنكاح المتعة لكونه وطئاً مستباحا الى أجل قال يقع الطلاق. والثالث هو بحسب العادة منه وقوع الشرط وقد لا يقع كتعلق الطلاق بوضع الحمل ومجيء الحيض والطهر ففي ذلك روايتان عن مالك. احداهما وقوع الطلاق ناجزا. والثانية وقوعه على وجود شرطه وهو الذي بقي على مذهب أبي حنيفة والشافعي والقول بانجاز الطلاق في هذا ضعيف لانه مشبه عنده بما يقع ولا بد والخلاف فيه قوي وأما تعليق الطلاق بالشرط المجهول الوجود فان كان لا سبيل الى علمه مثل ان يقول ان كان خلق الله اليوم في بحر القلزوم حوتاً بصفة كذا فانت طالق فلا خلاف اعلمه في المذهب ان الطلاق يقع في هذا واما ان علقه بشيء يمكن ان يعلم بخروجه الى الوجود مثل ان يقول ان ولدت انثى فانت طالق فان الطلاق يتوقف على خروج ذلك الشيء الى الوجود. واما ان حلف بالطلاق انها ولدت انثى فانت الطلاق في الحين يقع عنده وان ولدت انثى وكان هذا من باب التغليظ والقياس يوجب أن يوقف الطلاق على خروج ذلك الشيء او ضده ومن قول مالك انه اذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ان يفعل فعلا من الافعال انه لا يحنث حتى يفعل ذلك الفعل واذا اوجب الطلاق على نفسه بشرط ترك فعل من الافعال فانه على الحنث حتى يفعل ويوقف عنده عن وطء زوجته فان امتنع عن ذلك الفعل اكثر من مدة أجل الايلاء ضرب له أجل الايلاء ولكن لا يقع عنده حتى يفوت الفعل ان كان مما يقع فوته ومن العلماء من يرى أنه على البر حتى يفوت الفعل وان كان مما لا يفوت كان على البر حتى يفوت ● ومن هذا الباب اختلافهم في تبعيض المطلقة او تبعيض الطلاق وإرداف الطلاق على الطلاق ● فاما مسئلة تبعيض المطلقة فان مالكا قال اذا قال يدك او رجلك او شعرك طالق طلقت عليه وقال أبو حنيفة لا تطلق الا بذكر عضو يعبر به عن جملة البدن كالرأس والقلب والفرج وكذلك تطلق عنده اذا طلق الجزء منها مثل الثلث او الربع وقال داود لا تطلق وكذلك اذا قال عند مالك طلقتك نصف تطليقة طلقت لان هذا كله عنده لا يتبعض وعند المخالف اذا تبعض لم يقع وأما اذا قال لغير المدخول بها انت طالق انت طالق انت طالق معا فانه يكون ثلاثاً عنده مالك وقال أبو حنيفة والشافعي يقع واحدة فمن شبه تكرار اللفظ بلفظه في العدد اعني بقوله طلقتك ثلاثاً قال يقع الطلاق ثلاثا ومن رأى أنه باللفظة الواحدة فقد بانت منه قال لا يقع عليها الثاني والثالث ولا خلاف بين المسلمين في ارتداده في الطلاق الرجعي وأما الطلاق المقيد بالاستثناء فانما يتصور في العدد فقط فاذا طلق اعداداً من الطلاق فلا يخلوا من ثلاثة احوال اما ان يستثني ذلك العدد بعينه مثل ان يقول انت طالق ثلاثاً الا ثلاثاً او اثنتين الا اثنتين واما ان يستثني ماهو اقل واذا استثنى ماهو اقل فاما أن يستثني ماهو اقل مما هو

اكثر واما ان يستثنى ماهو اكثر مما هو أقل فاذا استثنى الاقل من الاكثر فلاخلاف اعلمه ان الاستثناء يصح ويسقط المستثنى مثل أن يقول أنت طالق ثلاثاً الا واحدة . واما ان استثنى الاكثر من الاقل فيتوجه فيه قولان احدهما أن الاستثناء لايصح وهو مبنى على من منع أن يستثنى الاكثر من الاقل والاخر ان الاستثناء يصح وهو قول مالك واما اذا استثنى ذلك العدد بعينه مثل ان يقول أنت طالق ثلاثاً الا ثلاثاً فان مالكا قال يقع الطلاق لانه انهمه على أنه رجوع منه وأما اذا لم يقل بالنهمة وكان قصده بذلك استحالة وقوع الطلاق فلا طلاق عليه كما لو قال أنت طالق لاطالق معا فان وقوع الشئ مع ضده مستحيل وشذ ابو محمد بن حزم فقال لايقع طلاق بصفة لم تقع بعد ولا بفعل لم يقع لان الطلاق لايقع في وقت وقوعه الا بايقاع من يطلق في ذلك الوقت ولادليل من كتاب ولاسنة ولااجماع على وقوع طلاق في وقت لم يوقعه فيه المطلق وان ما ألزم نفسه ايتاعه فيه فان قلنا بالزوم لزم ان يوقف عند ذلك من توقع هذا قياس قوله عندى وحجته وان كنت لست اذكر في هذا الوقت احتجاجه في ذلك

﴿الباب الثاني في المطلق الجائز الطلاق﴾ واتفقوا على أنه الزوج العاقل البالغ الحر غير المكره واختلفوا في طلاق المكره والسكران وطلاق المريض وطلاق المقارب للبلوغ واتفقوا على انه يقع طلاق المريض ان صح واختلفوا هل ترثه ان مات املا فاما طلاق المكره فانه غير واقع عند مالك والشافعي وأحمد وداود وجماعة وبه قال عبد الرحمان بن عمر وابن الزبير وعمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب وابن عباس وفرق أصحاب الشافعي بين أن ينوى الطلاق اولاينوى شيئاً فان نوى الطلاق فمنهم قولان اصحهما لزومه وان لم ينو فقولان اصحهما أنه لايلزم وقال ابو حنيفة وأصحابه هو واقع وكذلك عتقه دون بيعه ففرقوا بين البيع والطلاق والعتق ● وسبب الخلاف هل المطلق من قبل الاكراه مختار ام ليس بمختار لانه ليس يكره على اللفظ اذ كان انما لفظ انما يقع على اختياره والمكره على الحقيقة هو الذى لم يكن له اختيار في ايقاع الشئ اصلا وكل واحد من الفريقين يحتج بقوله عليه السلام رفع عن امتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولكن الاظهر ان المكره على الطلاق وان كان موقعاً للفظ باختياره انه يتطلق عليه في الشرع اسم المكره لقوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان وانما فرق أبو حنيفة بين البيع والطلاق لان الطلاق مغلظ فيه ولذلك استوى جده وهزله واما طلاق الصبى فان المشهور عن مالك انه لايلزمه حتى يبلغ وقال في مختص مالبس بالمختص انه يلزمه اذا ناهز الاحتلام وبه قال احمد بن حنبل اذا هو اطاق صيام رمضان وقال عطاء اذا بلغ اثنتى عشرة سنة جاز طلاقه وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه واما طلاق السكران فالجمهور من الفقهاء على وقوعه وقال قوم لايقع منهم المزنى وبعض اصحاب ابى حنيفة ● والسبب في اختلافهم هل حكمه حكم المجنون ام بينهما فرق ومن قال هو والمجنون سواء اذ كان كلاهما فاقد للعقل ومن شرط التكليف العقل قال لايقع ومن قال الفرق بينهما أن السكران أدخل الفساد على عقله بارادته والمجنون بخلاف ذلك ألزم السكران الطلاق وذلك من باب التغليظ عليه واختلف الفقهاء فيما يلزم السكران بالجملة من الاحكام وما لايلزمه فقال مالك يلزمه الطلاق والعتق والقود من الجراح والقتل ولم يلزمه النكاح ولا البيع وألزمه ابو حنيفة كل شئ وقال الليث كل ماجاء من منطق السكران فموضوع عنه ولايلزمه طلاق ولاعتق ولانكاح ولابيع ولاحد في قذف وكل ما جنته جوارحه فلازم له فيحد في الشرب والقتل والزنا والسرقة وثبت عن عثمان بن عفان رضى الله عنه انه كان لايرى طلاق السكران وزعم بعض أهل العلم انه لا مخالف لعثمان في ذلك من الصحابة وقول من قال ان كل طلاق جائز الاطلاق المعتوه ليس

نصا فى الزام الكران الطلاق لان الكران معتوه مات وبه قال داود وأبو ثور واسحاق وجماعة من التابعين أعنى أن طلاقه ليس يلزم وعن الشافعى القولان فى ذلك واختار اكثر اصحابه قوله الموافق للجمهور واختار المزنى من اصحابه ان طلاقه غير واقع واما المريض الذى يطلق طلاقا بتاتا ويموت من مرضه فان مالكا وجماعة يقول ترثه زوجته والشافعى وجماعة لا يورثها والذين قالوا بتوريثها انقسموا ثلاث فرق ففرقة قالت لها الميراث مادامت فى العدة وممن قال بذلك ابو حنيفة وأصحابه والثورى وقال قوم لها الميراث ما لم تتزوج وممن قال بهذا أحمد وابن ابى ليلى وقال قوم بل ترث كانت فى العدة او لم تكن تزوجت او لم تتزوج وهو مذهب مالك والليث * وسبب الخلاف اختلافهم فى وجوب العمل بسد الذرائع وذلك أنه لما كان المريض يتهم فى أن يكون انما طلق فى مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث فمن قال بسد الذرائع اوجب ميراثها ومن لم يقل بسد الذرائع ولحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثا وذلك ان هذه الطائفة تقول ان كان الطلاق قد وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه لانهم قالوا انه لا يرثها ان مات وان كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع احكامها ولا بد لخصومهم من احد الجوابين لا بد يسير أن يقال ان فى الشرع نوعا من الطلاق توجد له بعض احكام الطلاق وبعض أحكام الزوجية وأعسر من ذلك القول بالفرق بين ان يصح اولا يصح لان هذا يكون طلاقا موقوف الحكم الى ان يصح اولا يصح وهذا كله مما يعسر القول به فى الشرع ولكن انما انس القائلين به انه فتوى عثمان وعمر حتى زعمت المالكية انه اجماع الصحابة ولا معنى لقولهم فان الخلاف فيه عن ابن الزبير مشهور وأما من راى انها ترث فى العدة فلان العدة عنده من بعض احكام الزجية وكانه شبهها بالمطلقة الرجعية وروى هذا القول عن عمر وعن عائشة واما من اشترط فى توريثها مالم تتزوج فانه لحظ فى ذلك اجماع المسلمين على ان المراة الواحدة لا ترث زوجين ولكون التهمة هى العلة عند الذين اوجبوا الميراث واختلفوا اذا طلبت هى الطلاق او ملكها امرها الزوج فطلقت نفسها فقال ابو حنيفة لا ترث اصلا وفرق الاوزاعى بين التمليك والطلاق فقال ليس لها الميراث فى التمليك ولها فى الطلاق وسوى مالك فى ذلك كله حتى لقد قال ان ماتت لا يرثها وترثه هى ان مات وهذا مخالف للاصول جدا

الباب الثالث فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق

واما من يقع طلاقه من النساء فانهم اتفقوا على ان الطلاق يقع على النساء اللاتى فى عصمة ازواجهن او قبل ان ينقضى عددهن فى الطلاق الرجعى وانه لا يقع على الاجنبيات اعنى الطلاق المطلق واما تعليق الطلاق على الاجنبيات بشرط التزويج مثل ان يقول ان نكحت فلانة فهى طالق فان للعلماء فى ذلك ثلاثة مذاهب قول ان الطلاق لا يتعلق باجنبية اصلا عم المطلق اوخص وهو قول الشافعى وأحمد وداود وجماعة وقول انه يتعلق بشرط التزويج عم المطلق جميع النساء اوخصص وهو قول أبى حنيفة وجماعة وقول انه ان عم جميع النساء لم يلزمه وان خصص لزمه وهو قول مالك واصحابه أعنى مثل ان يقول كل امراة أتزوجها من بنى فلان اومن بلد كذا فهى طالق وكذلك فى وقت كذا فان هؤلاء يطلقن عند مالك اذا تزوجن * وسبب الخلاف هل من شرط وقوع الطلاق وجود الملك متقدما بالزمان على الطلاق ام ليس ذلك من شرطه فمن قال هو من شرطه قال لا يتعلق الطلاق بالاجنبية ومن قال ليس من شرطه الا وجود الملك فقط قال يقع بالاجنبية واما الفرق بين التعميم والتخصيص باستحسان مبنى على المصلحة وذلك انه اذا عم فاوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلا الى النكاح الحلال فكان ذلك عنتا به وحرجا وكانه من باب نذر المعصية واما اذا خصص

فليس الامر كذلك اذا ألزمناه الطلاق واحتج الشافعي بحديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاطلاق الا من بعد نكاح وفي رواية اخرى لاطلاق فيما لايملك ولاعتق فيما لايملك وثبت ذلك عن علي ومعاذ وجابر بن عبد الله وابن عباس وعائشة وروى مثل قول أبي حنيفة عن عمرو ابن مسعود وضعف قوم الرواية بذلك عن عمر رضي الله عنهم

﴿الجملة الثالثة في الرجعة بعد الطلاق﴾

ولما كان الطلاق على ضربين بائن ورجعي وكانت احكام الرجعة بعد الطلاق البائن غير احكام الرجعة بعد الطلاق الرجعي وجب أن يكون في هذا الجنس بابان. الباب الاول في احكام الرجعة في الطلاق الرجعي. الباب الثاني في احكام الارتجاع في الطلاق البائن

﴿الباب الاول﴾

وأجمع المسلمون على أن الزوج يملك رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي مادامت في العدة من غير اعتبار رضاها لقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن في ذلك وان من شرط هذا الطلاق تقدم المسيس له واتفقوا على انها تكون بالقول والاشهاد واختلفوا هل الاشهاد شرط في صحتها ام ليس بشرط وكذلك اختلفوا هل تصح الرجعة بالوطء فاما الاشهاد فذهب مالك الى انه مستحب وذهب الشافعي الى انه واجب * وسبب الخلاف معارضة القياس للظاهر وذلك ان ظاهر قوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم يقتضي الوجوب وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التي يقبضها الانسان يقتضي الا يجب الاشهاد فكان الجمع بين القياس والآية حمل الآية على الندب. وأما اختلافهم فيما تكون به الرجعة فان قوماً قالوا لا تكون الرجعة الا بالقول فقط وبه قال الشافعي وقوم قالوا تكون رجعتها بالوطء وهؤلاء انقسموا قسمين فقال قوم لا تصح الرجعة بالوطء الا اذا نوى بذلك الرجعة لان الفعل عندهم بمنزلة القول مع النية وهو قول مالك وأما ابو حنيفة فاجاز الرجعة بالوطء اذا نوى بذلك الرجعة دون النية فاما الشافعي فقاس الرجعة على النكاح وقال قد امر الله بالاشهاد ولا يكون الاشهاد الا على القول وأما سبب الاختلاف بين مالك وابي حنيفة فان ابا حنيفة يرى ان الرجعة محللة بالوطء عنده قياساً على المولى منها وعلى المظاهرة ولان الملك لم ينفصل عنده ولذلك كان التوارث بينهما وعند مالك ان الوطء ارجعية حرام حتى يراجعها فلا يدعنده من النية فهذا هو اختلافهم في شروط صحة الرجعة واختلفوا في مقدار ما يجوز للزوج ان يطلع عليه من المطلقة الرجعية مادامت في العدة فقال مالك لا يخلوا معها ولا يدخل عليها الا باذنها ولا ينظر الى شعرها ولا باس ان يأكل معها اذا كان معها غيرها وحكى ابن القاسم انه رجع عن اباحة الاكل معها وقال ابو حنيفة لا باس ان تتزين الرجعية لزوجها وتتطيب له وتتشوف وتبدي البنان والكحل وبه قال الثوري وابو يوسف والاوزاعي وكلهم قالوا لا يدخل عليها الا ان تعلم بدخوله بقول او حركة من تخنع او خفق نعل. واختلفوا من هذا الباب في الرجل يطلق زوجته طلقة رجعية وهو غائب ثم يراجعها فيبلغها الطلاق ولا تبلغها الرجعة فتزوج اذا انقضت عدتها فذهب مالك الى انها للذي عقد عليها النكاح دخل بها او لم يدخل هذا قوله في الموطا وبه قال الاوزاعي والليث وروى عنه ابن القاسم انه رجع عن القول الاول وانه قال الاول اولى بها الا ان يدخل الثاني وبالقول الاول قال المدنيون من اصحابه ولم يرجع عنه لانه اثبته في موطاه الى يوم مات وهو يقرأ عليه وهو قول عمر بن الخطاب ورواه عنه مالك في الموطا وأما الشافعي والكوفيون ابو حنيفة وغيرهم فقالوا زوجها الاول الذي ارتجعها احق بها دخل بها الثاني او لم يدخل وبه قال ابو داود وابو ثور وهو مروي عن علي وهو الاثبت وقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال في هذه المسئلة ان لزوج الذي ارتجعها مخيرين ان تكون

امرأته

امرأته او ان يرجع عليها بما كان اصدقها وحجة مالك في الرواية الاولى ما رواه ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد ابن المسيب انه قال مضت السنة في الذي يطلق امرأته ثم يراجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل فتنكح زوجاً غيره انه ليس له من امرها شئ ولكنها لمن تزوجها وقد قيل ان هذا الحديث انما يروى عن ابن شهاب فقط وحجة الفريق الاول أن العلماء قد اجمعوا على أن الرجعة صحيحة وإن لم تعلم بها المرأة بدليل انهم قد اجمعوا على أن الاول احق بها قبل ان تتزوج وإذا كانت الرجعة صحيحة كان زواج الثاني فاسداً فان نكاح الغير لا تاثير له في ابطال الرجعة لاقبل الدخول ولا بعد الدخول وهو الاظهر ان شاء الله ويشهد لهذا ما خرجه الترمذي عن سمرة بن جندب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما امرأة تزوجها اثنان فهي للاول منهما ومن باع بيعاً من رجلين فهو للاول منهما ﴿ الباب الثاني ﴾ والطلاق البائن اما بما دون الثلاث فذلك يقع في غير المدخول بها بلا خلاف وفي المختلعة باختلاف وهل يقع ايضاً دون عوض فيه خلاف وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق حكم ابتداء النكاح أعني في اشتراط الصداق والولي والرضا الا انه لا يعتبر فيه انقضاء العدة عند الجمهور وشذ قوم فقالوا المختلعة لا يتزوجها زوجها في العدة ولا غيره وهؤلاء كلهم رأوا منع النكاح في العدة عبادة وأما البائنة بالثلاث فان العلماء كلهم على ان المطلقة ثلاثاً لا تحل لزوجها الاول الا بعد الوطء لحديث رفاعة بن سموال انه طلق امرأته تميمة بنت وهب في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثاً فنكحت عبد الرحمان بن الزبير فاعترض عنها فلم يستطع ان يمسها ففارقها فاراد رفاعة زوجها الاول ان ينكحها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عن تزويجها وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة وشذ سعيد بن المسيب فقال انه جائز ان ترجع الى زوجها الاول بنفس العقد لعموم قوله تعالى حتى تنكح زوجاً غيره والنكاح ينطلق على العقد وكلهم قال التقاء الختانين يحلها الا الحسن البصري فقال لا تحل الا بوطء بانزال وجمهور العلماء على أن الوطء الذي يوجب الحد ويفسد الصوم والحج ويحل المطلقة ويحصن الزوجين ويوجب الصداق هو التقاء الختانين وقال مالك وابن القاسم لا يحل المطلقة الا الوطء المباح الذي يكون في العقد الصحيح في غير صوم او حج او حيض او اعتكاف ولا يحل الذمية عندهما وطء زوج ذمي لمسلم ولا وطء من لم يكن بالغاً وخالفهما في ذلك كله الشافعي وأبو حنيفة والثوري والاوزاعي فقالوا يحل الوطء وان وقع في عقد فاسد ووقت غير مباح وكذلك وطء المراهق عندهم يحل ويحل وطء الذمي للذمية المسلم وكذلك المجنون عندهم والخصي الذي بقي له ما يغيب في الفرج ● والخلاف في هذا كله آئل الى هل يتناول اسم النكاح اصناف اوطء الناقص ام لا يتناوله . واختلفوا من هذا الباب في نكاح المحلل أعني اذا تزوجها على شرط ان يحللها لزوجها الاول فقال مالك النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده والشرط فاسد لا تحل به ولا يعتبر في ذلك عنده ارادة المرأة التحليل وانما يعتبر عنده ارادة الرجل وقال الشافعي وابو حنيفة النكاح جائز ولا تؤثر النية في ذلك وبه قال داود وجماعة وقالوا هو محلل للزوج المطلق ثلاثاً وقال بعضهم النكاح جائز والشرط باطل أي ليس يحللها وهو قول ابن ابي ليلى وروى عن الثوري واستدل مالك واصحابه بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث علي بن ابي طالب وابن مسعود وأبي هريرة وعقبة بن عامر انه قال صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له فلعنه اياه كلعنه آكل الربا وشارب الخمر وذلك يدل على النهي والنهي يدل على فساد المنهي عنه واسم النكاح الشرعي لا ينطلق على النكاح المنهي عنه وأما الفريق الآخر فتعلق بعموم قوله تعالى حتى تنكح زوجاً غيره وهذا

ناكح وقالوا وليس في تحريم قصد التحليل مايدل على ان عدمه شرط في صحة النكاح كما انه ليس النهى عن الصلاة في الدار المغصوبة مما يدل على أن من شرط صحة الصلاة صحة ملك البقعة اوالاذن من مالكها في ذلك قالوا واذا لم يدل النهى على فساد عقد النكاح فاحرى الايدل على بطلان التحليل وإنما لم يعتبر مالك قصد المرأة لانه اذا لم يوافقها على قصدها لم يكن لقصدها معنى مع ان الطلاق ليس بيدها واختلفوا في هل يهدم الزوج ما دون الثلاث فقال ابو حنيفة يهدم وقال مالك والشافعي لايهدم أعني اذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الاول ثم راجعها هل يعتد بالطلاق الاول ام لا فمن رآ ان هذا شئ يخص الثالثة بالشرع قال لايهدم ما دون الثالثة عنده ومن رآ انه اذا هدم الثالثة فهو احرى ان يهدم ما دونها قال يهدم ما دون الثلاث والله اعلم

﴿ الجملة الرابعة ﴾ وهذه الجملة فيها بابان . الاول في العدة . الثاني في المتعة

﴿ الباب الاول ﴾ والنظر في هذا الباب في فصلين . الفصل الاول في عدة ازوجات . الفصل الثاني في عدة ملك اليمين

﴿ الفصل الاول ﴾ والنظر في عدة الزجات ينقسم الى نوعين . أحدهما في معرفة العدة . والثاني في معرفة احكام العدة

﴿ النوع الاول ﴾

وكل زوجة فهي إما حرة وإما امة وكل واحدة من هاتين اذا طلقت فلا يخلوا ان تكون مدخولا بها او غير مدخول بها فاما غير المدخول بها فلا عدة عليها باجماع لقوله تعالى فمالكم عليهن من عدة تعتدونها وأما المدخول بها لا يخلوا ان تكون من ذوات الحيض او من غير ذوات الحيض وغير ذوات الحيض إما صغار وإما يائسات وذوات الحيض إما حوامل وإما جاريات على عادتهن في الحيض واما مرتفعات الحيض واما مستحاضات والمرتفعات الحيض في سن الحيض اما مرتابات بالحمل اى بحمل في البطن وإما غير مرتابات وغير مرتابات وغير المرتابات اما معروفات سبب انقطاع الحيض من رضاع اومرض واما غير معروفات فاما ذوات الحيض الاحرار الجاريات في حيضهن على المعتاد فعدتهن ثلاثة قروء والحوامل منهن عدتهن وضع حملهن واليائسات منهن عدتهن ثلاثة اشهر ولاخلاف في هذا لانه منصوص عليه في قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء الآية وفي قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم الآية واختلفوا من هذه الآية في الاقراء ماهي فقال قوم هي الاطهار أعني الازمنة التي بين الدمين وقال قوم هي الدم نفسه وممن قال ان الاقراء هي الاطهار امامن فقهاء الامصار فمالك والشافعي وجمهور اهل المدينة وابوثور وجماعة واما من الصحابة فابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة وممن قال ان الاقراء هي الحيض امامن فقهاء الامصار فابوحنيفة والثوري والاوزاعي وابن ابي ليلى وجماعة واما من الصحابة فعلي وعمر بن الخطاب وابن مسعود وابوموسى الاشعري وحكى الاثرم عن احمد انه قال الاكابر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون الاقراء هي الحيض وحكى أيضاً عن الشعبي انه قول احد عشر او اثنى عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم واما احمد بن حنبل فاختلفت الرواية عنه فروى عنه انه كان يقول انها الاطهار على قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة ثم توقفت الآن من اجل قول علي وابن مسعود هو انها الحيض والفرق بين المذهبين هو ان من رآ انها الاطهار انها إذا دخلت الرجعية عنده في الحيضة الثالثة لم يكن للزوج عليها رجعة وحلت للازواج ومن رآ انها الحيض لم تحل عنده حتى تنقضي الحيضة الثالثة ● وسبب الخلاف اشتراك اسم القرء فانه يقال في كلام العرب على حد سواء على الدم وعلى الاطهار وقد رام كلا الفريقين ان يدل على ان اسم القرء

فى الآية ظاهر في المعنى الذى يراه فالذين قالوا انها الاطهار قالوا ان هذا الجمع خاص بالقرء الذى هو الطهر وذلك ان القرء الذى هو الحيض يجمع على اقراء لا على قروء وحكوا ذلك عن ابن الانبارى وأيضاً فانهم قالوا ان الحيضة مؤنثة والطهر مذكر فلو كان القرء الذى يراد به الحيض لما أنث فى جمعه الهاء لان الهاء لا تثبت فى جمع المؤنث فيما دون العشرة وقالوا ايضاً ان الاشتقاق يدل على ذلك لان القرء مشتق من قرئت الماء في الحوض اى جمعته فزمان اجتماع الدم هو زمان الطهر فهذا هو اقوى ما تمسك به الفريق الاول من ظاهر الآية واما ما تمسك به الفريق الثانى من ظاهر الآية فانهم قالوا ان قوله تعالى ثلاثة قروء ظاهر في تمام كل قرء منها لانه ليس يتطلق اسم القرء على بعضه الا مجوزاً واذا وضعت الاقراء بانها هى الاطهار امكن ان تكون العدة عندهم بقرءين وبعض قرء لانها عندهم تعتد بالطهر الذى تطلق فيه وان مضى اكثره واذا كان ذلك كذلك فلا يتطلق عليها اسم الثلاثة الا مجوزاً واسم الثلاثة ظاهر فى كمال كل قرء منها وذلك لا يتفق الا بان تكون الاقراء هى الحيض لان الاجماع منعقد على انها ان طلقت فى حيضة انها لا تعتد بها والكل واحد من الفريقين احتجاجات متساوية من جهة لفظ القرء والذى رضيه الحذاق ان الآية محتجة فى ذلك وان الدليل ينبغى ان يطلب من جهة اخرى فمن اقوى ما تمسك به من رأى ان الاقراء هى الاطهار حديث ابن عمر المتقدم وقوله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم يطلقها إن شاء قبل ان يمسها فتلك العدة التى امر الله ان يطلق لها النساء قالوا واجماعهم على ان طلاق السنة لا يكون الا فى طهر لم يمس فيه وقوله عليه السلام فتلك العدة التى امر الله ان يطلق لها النساء دليل واضح على ان العدة هى الاطهار لكى يكون الطلاق متصل بالعدة ويمكن ان يتناول قوله فتلك العدة اى فتلك مدة استقبال العدة ليلا يتبعض القرء بالطلاق في الحيض واقوى ما تمسك به الفريق الثانى ان العدة انما شرعت لبراءة الرحم وبراءتها انما تكون بالحيض لا بالاطهار ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض عنها بالايام فالحيض هو سبب العدة بالاقراء فوجب ان تكون الاقراء هى الحيض واحتج من قال الاقراء هى الاطهار بان قال المعتبر فى براءة الرحم هو النقلة من الطهر الى الحيض لا انقضاء الحيض فلا معنى لاعتبار الحيضة الاخيرة واذا كان ذلك فالثلاث المعتبر فيهن التمام اعنى المشترط هى الاطهار التى بين الحيضتين ولكلا الفريقين احتجاجات طويلة ومذهب الحنفية اظهر من جهة المعنى وحجتهم من جهة المسموع متساوية او قريب من متساوية ويختلف القائلون ان العدة هى الاطهار انها تنقضى بدخولها فى الحيضة الثالثة واختلف الذين قالوا انها الحيض فقيل تنقضى بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة وبه قال الاوزاعى وقيل حين تغتسل من الحيضة الثالثة وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعلى وابن مسعود ومن الفقهاء الثورى واسحاق بن عبيد وقيل حتى يمضى وقت الصلاة التى طهرت فى وقتها وقيل ان للزوج عليها الرجعة وان فرطت فى الغسل عشرين سنة حكى هذا عن شريك وقد قيل تنقضى بدخولها فى الحيضة الثالثة وهو ايضاً شاذ فهذه هى حال الحائض التى تحيض واما التى تطلق فلا تحيض وهى فى سن الحيض وليس هناك ريبة حمل ولا سبب من رضاع ولا مرض فانها تنتظر عند مالك تسعة اشهر فان لم تحض فيهن اعتدت بثلاثة اشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الثلاثة الاشهر اعتبرت الحيض واستقبلت انتظاره فان مر بها تسعة اشهر قبل ان تحيض الثانية اعتدت ثلاثة اشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الثلاثة الاشهر من العام الثانى انتظرت الحيضة الثالثة فان مر بها تسعة اشهر قبل ان تحيض اعتدت ثلاثة اشهر فان حاضت الثالثة فى الثلاثة الاشهر كانت قد استكملت عدة الحيض وتمت عدتها ولزوجها عليها الرجعة ما لم تحل

واختلف عن مالك من متى تعتد بالتسعة اشهر فقيل من يوم طلقت وهو قوله في الموطا وروى ابن القاسم سنة من يوم رجعتها حيضتها وقال ابو حنيفة والشافعي والجمهور في التي ترتفع حيضتها وهي لا تيئس منها في المناقف انها تبقى ابدا تنتظر حتى تدخل في السن الذي تيئس فيه من المحيض وحينئذ تعتد بالاشهر او تحيض قبل ذلك وقول مالك مروى عن عمر بن الخطاب وابن عباس وقول الجمهور قول ابن مسعود وزيد وعمدة مالك من طريق المعنى هو ان المقصود بالعدة انما هو ما يقع به براءة الرحم ظناً غالباً بدليل انه قد تحيض الحامل واذا كان ذلك كذلك فمدة الحمل كافية في العلم ببراءة الرحم بل هي قاطعة على ذلك ثم تعتد ثلاثة اشهر عدة الياسة فان حاضت قبل تمام السنة حكم لها بحكم ذوات الحيض واحتسبت بذلك القرء ثم تنتظر القرء الثاني او السنة الى ان تمضى لها ثلاثة اقراء واما الجمهور فصاروا الى ظاهر قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر والتي هي من اهل الحيض ليست بياسة وهذا الرأى فيه عسر وحرج ولو قيل انها تعتد ثلاثة اشهر لكان جيداً اذ افهم من الياسة التي لا تقطع بانقطاع حيضتها وكان قوله ان ارتبتم راجع الى الحكم لا الى الحيض على ما تأوله مالك عليه فكان مالك لم يطابق مذهبه تاويله الآية فانه فهم من الياسة هنا من تقطع على انها ليست من اهل الحيض وهذا لا يكون الا من قبل السن ولذلك جعل قوله ان ارتبتم راجعاً الى الحكم لا الى الحيض اى ان شككتم في حكمهن ثم قال في التي تبقى تسعة اشهر لا تحيض وهي في سن من تحيض انها تعتد بالاشهر واما اسماعيل وابن بكير من اصحابه فذهبوا الى ان الريبة هاهنا هي في الحيض وان اليائس في كلام العرب هو ما لم يحكم عليه بما يئس منه بالقطع فطابقوا بتاويل الآية مذهبهم الذي هو مذهب مالك ونعم ما فعلوا لانه ان فهم هاهنا من اليائس القطع فقد يجب ان تنتظر الدم وتعتد به حتى يكون في هذا السن اعني سن اليائس وان فهم من اليائس ما لا يقطع بذلك فقد يجب ان تعتد التي انقطع دمها عن العادة وهي في سن من تحيض بالاشهر وهو قياس قول اهل الظاهر لان الياسة في الطرفين ليس هي عندهم من اهل العدة لا بالاقراء ولا بالشهور واما الفرق في ذلك بين ما قبل التسعة وما بعدها فاستحسان واما التي ارتفعت حيضتها لسبب معلوم مثل رضاع او مرض فان المشهور عند مالك انها تنتظر الحيض قصر الزمان ام طال وقد قيل ان المريضة مثل التي ترتفع حيضتها لغير سبب واما المستحاضة فعدتها عند مالك سنة اذا لم تميز بين الدمين فان ميزت بين الدمين فعنه روايتان احداهما ان عدتها السنة والاخرى انها تعمل على التمييز فتعتد بالاقراء وقال ابو حنيفة عدتها الاقراء ان تميزت لها وان لم تميز لها فثلاثة اشهر وقال الشافعي عدتها بالتمييز اذا انفصل عنها الدم فيكون الاحمر القاني من الحيضة ويكون الاصفر من ايام الطهر فان طبق عليها الدم اعتدت بعدد ايام حيضتها في سنها وانما ذهب مالك الى بقاء السنة لانه جعلها مثل التي لا تحيض وهي من اهل الحيض والشافعي انما ذهب في المعرفة ايامها انها تعمل على معرفتها قياساً على الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة اتركي الصلاة ايام اقرائك فاذا ذهب عنك قدرها فاغسلي الدم وانما اعتبر التمييز من اعتبره لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت حبيش اذا كان دم الحيض فانه دم اسود يعرف فاذا كان ذلك فامسكي عن الصلاة فاذا كان الآخر فتوضئي وصلي فانما هو عرق خرجه ابو داود وانما ذهب من ذهب الى عدتها اذا اختلط عليها الدم بالشهور لانه معلوم في الاغلب ان في كل شهر تحيض وقد جعل الله العدة بالشهور عند ارتفاع الحيض وخفاؤه كارتفاعه واما المستراية اعني التي تجد حسا في بطنها تظن به انه

حمل فانها تمكث اكثر مدة الحمل وقد اختلف فيه فقيل في المذهب أربع سنين وقيل خمس سنين وقال اهل الظاهر تسعة اشهر ولا خلاف ان انقضاء عدة الحوامل لوضع حملهن اعني المطلقات لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن واما الزوجات غير الحرائر فانهن ينقسمن ايضاً بتلك الاقسام بعينها اعني حيضاً ويائسات ومستحاضات ومرتفعات الحيض من غير يائسات . فاما الحيض التي ياتيهن حيضهن فالجمهور على ان عدتهن حيضتان وذهب داود واهل الظاهر الى أن عدتها ثلاث حيض كالحرة وبه قال ابن سيرين فأهل الظاهر اعتمدوا عموم قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وهي ممن ينطلق عليها اسم المطلقة واعتمد الجمهور تخصيص هذا العموم بقياس الشبه وذلك انهم شبهوا الحيض بالطلاق والحد اعني كونه منتصفا مع الرق وانما جعلوها حيضتين لان الحيضة الواحدة لا تتبعض واما الامة المطلقة اليائسة من الحيض او الصغيرة فان مالكا واكثر اهل المدينة قالوا عدتها ثلاثة اشهر وقال الشافعي وابو حنيفة والثوري وابو ثور وجماعة عدتها شهر ونصف شهر نصف عدة الحرة وهو القياس اذا قلنا بتخصيص العموم فكان مالكا اضطرب قوله مرة اخذ بالعموم وذلك في اليائسات ومرة اخذ بالقياس وذلك في ذوات الحيض والقياس في ذلك واحد وأما التي ترتفع حيضتها من غير سبب فالقول فيها هو القول في الحرة والخلاف في ذلك وكذلك المستحاضة واتفقوا على أن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها واختلفوا فيمن راجع امرأته في العدة من الطلاق الرجعي ثم ارتجعها ففارقها قبل أن يمسها هل تستانف عدة ام لا فقال جمهور فقهاء الامصار تستانف العدة وقالت فرقة تبقى في عدتها من طلاقها الاول وهو أحد قولي الشافعي وقال داود ليس عليها أن تتم عدتها ولا عدة مستانفة وبالجملة فمذهب مالك ان كل رجعة تهدم العدة وان لم يكن مسيس ماخلا رجعة المولي وقال الشافعي اذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء ثبتت على عدتها الاولى وقول الشافعي أظهر وكذلك عند مالك رجعة المعسر بالنفقة تقف صحتها عنده على الانفاق فان انفق صحت الرجعة وهدمت العدة ان كان طلاقا وان لم ينفق بقيت على عدتها الاولى واذا تزوجت ثانيا في العدة فعن مالك في ذلك روايتان احداهما تداخل العدتين والاخرى نفيه فوجه الاولى اعتبار براءة الرحم لان ذلك حاصل مع التداخل ووجه الثانية كون العدة عبادة فوجب أن تتعدد بتعدد الوطء الذي له حرمة واذا عتقت الامة في عدة الطلاق مضت على عدة الامة عند مالك ولم تنتقل الى عدة الحرة وقال أبو حنيفة تنتقل في الطلاق الرجعي دون البائن وقال الشافعي تنتقل في الوجهين معا ٭ وسبب الخلاف هل العدة من احكام الزوجية ام من احكام انفصالها فمن قال من احكام الزوجية قال لا تنتقل عدتها ومن قال من احكام انفصال الزوجية قال تنتقل كما لو اعتقت وهي زوجة ثم طلقت وأما من فرق بين البائن والرجعي فبين وذلك أن الرجعي فيه شبه من احكام العصمة ولذلك وقع فيه الميراث باتفاق اذا مات وهي في عدة من طلاق رجعي وانها تنتقل الى عدة الموت فهذا هو القسم الاول من قسمي النظر في العدة

﴿القسم الثاني﴾ وأما النظر في احكام العدد فانهم اتفقوا على أن للمعتدة الرجعية النفقة والسكنى وكذلك الحامل لقوله تعالى في الرجعيات اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم الاية ولقوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن واختلفوا في سكنى المبتوتة ونفقتها اذا لم تكن حاملا على ثلاثة أقوال احدها أن لها السكنى والنفقة وهو قول الكوفيين والقول الثاني أنه لا سكنى لها ولا نفقة وهو قول احمد وداود وأبي ثور واسحاق وجماعة والثالث أن لها السكنى ولا نفقة لها وهو قول مالك والشافعي وجماعة ٭ وسبب اختلافهم اختلاف الرواية

في حديث فاطمة بنت قيس ومعارضة ظاهر الكتاب له فاستدل من لم يوجب لها نفقة ولا سكنى بما روى في حديث فاطمة بنت قيس انها قالت طلقني زوجي ثلاثا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة خرجه مسلم وفي بعض الروايات أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انما السكنى والنفقة لمن لزوجها عليها الرجعة وهذا القول مروي عن علي وابن عباس وجابر بن عبد الله وأما الذين أوجبوا لها السكنى دون النفقة فانهم احتجوا بما رواه مالك في موطاه من حديث فاطمة المذكورة وفيه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعتد في بيت ابن ام مكتوم ولم يذكر فيها اسقاط السكنى فبقي على عمومه في قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وعللوا أمره عليه السلام لها بان تعتد في بيت ابن ام مكتوم بانه كان في لسانها بذاء وأما الذين اوجبوا له السكنى والنفقة فصاروا الى وجوب السكنى لها بعموم قوله اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وصاروا الى وجوب النفقة لها لكون النفقة تابعة لوجوب الاسكان في الرجعية وفي الحامل وفي نفس الزوجية وبالجملة فحيث ما وجب السكنى في الشرع وجبت النفقة وروى عن عمر انه قال في حديث فاطمة هذا لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا وسنته لقول امرأة يريد قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم الآية ولان المعروف من سنته عليه السلام انه أوجب النفقة حيث يجب السكنى فلذلك الاولى في هذه المسئلة اما ان يقال ان لها الامرين جميعاً مصيراً الى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة واما أن يخصص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور واما التفريق بين ايجاب النفقة والسكنى فعسير ووجه عسره ضعف دليله وينبغي ان تعلم أن المسلمين اتفقوا على أن العدة تكون في ثلاثة أشياء في طلاق او موت او اختيار الامة نفسها اذا أعتقت واختلفوا فيها في الفسوخ والجمهور على وجوبها ولما كان الكلام في العدة يتعلق فيه أحكام عدة الموت رأينا أن نذكرها هاهنا فنقول ان المسلمين اتفقوا على أن عدة الحرة من زوجها الحر أربعة أشهر وعشر لقوله تعالى يتربصن بانفسهن أربعة أشهر وعشراً واختلفوا في عدة الحامل وفي عدة الامة اذا لم تأتها حيضتها في الاربعة الاشهر وعشر ماذا حكمها فذهب مالك الى أن من شرط تمام هذه العدة أن تحيض حيضة واحدة في هذه المدة فان لم تحض فهي عنده مستراية فتمكث مدة الحمل وقيل عنه انها قد لا تحيض وقد لا تكون مستراية وذلك اذا كانت عادتها في الحيض اكثر من مدة العدة وهذا انما غير موجود اعني من تكون عادتها أن تحيض اكثر من اربعة أشهر الى اكثر من اربعة اشهر واما نادر واختلف عنه فيمن هذه حالها من النساء اذا وجدت فقيل تنتظر حتى تحيض وروى عنه ابن القاسم تتزوج اذا انقضت عدة الوفاة ولم يظهر بها حمل وعلى هذا جمهور فقهاء الامصار أبي حنيفة والشافعي والثوري

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي الحامل التي يتوفى عنها زوجها فقال الجمهور وجميع فقهاء الامصار عدتها أن تضع حملها مصيراً الى عموم قوله تعالى واولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن وان كانت الاية في الطلاق وأخذاً ايضاً بحديث ام سلمة ان سبيعة الاسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وفيه فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها قد حللت فانكحي من شئت وروى مالك عن ابن عباس أن عدتها آخر الاجلين يريد أنها تعتد بابعد الاجلين اما الحمل واما انقضاء العدة عدة للوت وروي مثل ذلك عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه والحجة لهم ان ذلك هو الذي يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل وآية الوفاة وأما الامة المتوفى عنها من تحل له فانها لا تخلوا ان تكون زوجة او ملك يمين اوام ولد او غير ام ولد فاما الزوجة فقال الجمهور ان عدتها نصف عدة الحرة فاسوا

ذلك على العدة وقال أهل الظاهر بل عدتها عدة الحرة وكذلك عندهم عدة الطلاق مصيراً الى التعميم واما ام الولد فقال مالك والشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة عدتها حيضة وبه قال ابن عمر وقال مالك وان كانت ممن لا تحيض اعتدت ثلاثة اشهر ولها السكنى وقال أبو حنيفة واصحابه والثوري عدتها ثلاث حيض وهو قول علي وابن مسعود وقال قوم عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها وقال قوم عدتها عدة الحرة أربعة اشهر وعشراً وحجة مالك انها ليست زوجة فتعتد عدة الوفاة ولا مطلقة فتعتد ثلاث حيض فلم يبق الا استبراء رحمها وذلك يكون بحيضة تشبيهاً بالامة يموت عنها سيدها وذلك مالا خلاف فيه وحجة ابي حنيفة ان العدة انما وجبت عليها وهي حرة وليست بزوجة فتعتد عدة الوفاة ولا بامة فتعتد عدة امة فوجب أن تستبرئ رحمها بعدة الاحرار واما الذين اوجبوا لها عدة الوفاة فاحتجوا بحديث روى عن عمرو بن العاصي قال لا تلبسوا علينا سنة نبينا عدة ام الولد اذا توفي عنها سيدها اربعة اشهر وعشر وضعف احمد هذا الحديث ولم يأخذ به وأما من اوجب عليها نصف عدة الحرة فتشبيهاً بالزوجة الامة * فسبب الخلاف انها مسكوت عنها وهي مترددة الشبه بين الامة والحرة وأما من شبهها بالزوجة الامة فضعيف وأضعف منه من شبهها بعدة الحرة المطلقة وهو مذهب ابي حنيفة

﴿ الباب الثاني في المتعة ﴾ والجمهور على أن المتعة ليست واجبة في كل مطلقة وقال قوم من اهل الظاهر هي واجبة في كل مطلقة وقال قوم هي مندوب اليها وليست واجبة وبه قال مالك والذين قالوا بوجوبها في بعض المطلقات اختلفوا في ذلك فقال أبو حنيفة هي واجبة على من طلق قبل الدخول ولم يفرض لها صداقاً مسمى وقال الشافعي هي واجبة لكل مطلقة اذا كان الفراق من قبله الا التي سمى لها وطلقت قبل الدخول وعلى هذا جمهور العلماء . واحتج ابو حنيفة بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا فاشترط المتعة مع عدم المسيس وقال تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم فعلم انه لا متعة لها مع التسمية والطلاق قبل المسيس لانه اذا لم يجب لها الصداق فاحرى ان لا تجب لها المتعة وهذا لعمري محال لانه حيث لم يجب لها صداق اقيمت المتعة مقامه وحيث ردت من يدها نصف الصداق لم يجب لها شيء وأما الشافعي فيحمل الاوامر الواردة بالمتعة في قوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره على العموم في كل مطلقة الا التي سمي لها وطلقت قبل الدخول وأما اهل الظاهر فحملوا الامر على العموم والجمهور على ان المختلعة لا متعة لها لكونها معطية من يدها كالحال في التي طلقت قبل الدخول وبعد فرض الصداق واهل الظاهر يقولون هو شرع فتاخذ وتعطى . وأما مالك فانما حمل الامر بالمتعة على الندب لقوله تعالى في آخر الآية حقاً على المحسنين أي على المتفضلين المجملين وما كان من باب الاجمال والاحسان فليس بواجب ، واختلفوا في المطلقة المعتدة هل عليها احداد فقال مالك ليس عليها احداد

﴿ باب في بعث الحكمين ﴾

اتفق العلماء على جواز بعث الحكمين اذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت احوالهما في التشاجر أعني المحق من المبطل لقوله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من اهله وحكماً من اهلها الآية وأجمعوا على ان الحكمين لا يكونان الا من اهل الزوجين . أحدهما من قبل الزوج . والآخر من قبل المرأة الا ان لا يوجد في اهلها من يصلح لذلك فيرسل من غيرها وأجمعوا على ان الحكمين اذا اختلفا لم ينفذ قولهما وأجمعوا على ان قولهما في الجمع

بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين . واختلفوا فى تفريق الحكمين بينهما اذا اتفقا على ذلك هل يحتاج الى اذن من الزوج اولا يحتاج الى ذلك فقال مالك واصحابه يجوز قولهما فى الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا اذن منهما فى ذلك وقال الشافعى وابوحنيفة واصحابهما ليس لهما ان يفرقا الا ان يجعل الزوج اليهما التفريق وحجة مالك ماروى من ذلك عن على بن ابى طالب انه قال فى الحكمين اليهما التفرقة بين الزوجين والجمع وحجة الشافعى وابى حنيفة ان الاصل ان الطلاق ليس بيد احد سوى الزوج او من يوكله الزوج واختلف اصحاب مالك فى الحكمين يطلقان ثلاثا فقال ابن القاسم تكون واحدة وقال اشهب والمغيرة تكون ثلاثا ان طلقاها ثلاثا والاصل ان الطلاق بيد الرجل الا ان يقوم دليل على غير ذلك وقد احتج الشافعى وابوحنيفة بما روى فى حديث على هذا انه قال للحكمين هل تدريان ما عليكما ان رأيتما ان تجمعا جمعتما وان رأيتما ان تفرقا فرقتما فقالت المرأة رضيت بكتاب الله وبما فيه لى وعلى فقال الرجل اما الفرقة فلا فقال على لا والله لا تنقلب حتى تقر بمثل ما اقرت به المرأة قال فاعتبر فى ذلك اذنه ومالك يشبه الحكمين بالسلطان والسلطان يطلق بالضرر عند مالك اذا تبين

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الايلاء ﴾

والاصل فى هذا الباب قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر والايلاء هو ان يحلف الرجل الا يطأ زوجته اما مدة هى اكثر من اربعة اشهر او اربعة اشهر او بطلاق على الاختلاف المذكور فى ذلك فيما بعد . واختلف فقهاء الامصار فى الايلاء فى مواضع فمنها هل تطلق المرأة بانقضاء الاربعة الاشهر المضروبة بالنص للمولى امانما تطلق بان توقف بعد الاربعة الاشهر فاما فاء واما طلق ومنها هل الايلاء يكون بكل يمين امبالايمان المباحة فى الشرع فقط ومنها ان امسك عن الوطء بغير يمين هل يكون مولياً املا ومنها هل المولى هو الذى قيد يمينه بمدة من اربعة اشهر فقط او اكثر من ذلك او المولى هو الذى لم يقيد يمينه بمدة اصلا ومنها هل طلاق الايلاء بائن او رجعى ومنها ان ابى الطلاق والفيء هل يطلق القاضى عليه املا ومنها هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها من غير ايلاء حادث فى الزواج الثانى ومنها هل من شرط رجعة المولى ان يطأها فى العدة املا . ومنها هل ايلاء العبد حكمه ان يكون مثل ايلاء الحر املا ومنها هل اذا طلقها بعد انقضاء مدة الايلاء تلزمها عدة املا فهذه هى مسائل الخلاف المشهورة فى الايلاء بين فقهاء الامصار التى تتنزل من هذا الباب منزلة الاصول ونحن نذكر خلافهم فى مسئلة مسئلة منها وعيون ادلتهم واسباب خلافهم على ما قصدنا

﴿ المسئلة الاولى ﴾

أما اختلافهم هل تطلق بانقضاء الاربعة الاشهر نفسها املا تطلق وانما الحكم ان يوقف فاما فاء واما طلق فان مالكا والشافعى واحمد وابا ثور وداود والليث ذهبوا الى انه يوقف بعد انقضاء الاربعة الاشهر فاما فاء واما طلق وهو قول على وابن عمر وان كان قد روى عنهما غير ذلك لكن الصحيح هو هذا وذهب ابو حنيفة واصحابه والثورى وبالجملة الكوفيون الى ان الطلاق يقع بانقضاء الاربعة الاشهر الا ان يفىء فيها وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين * وسبب الخلاف هل قوله تعالى فان فاءوا فان الله غفور رحيم أى فان فاءوا قبل انقضاء الاربعة الاشهر او بعدها فمن فهم منه قبل انقضائها قال يقع الطلاق ومعنى العزم عنده فى قوله تعالى وان عزموا الطلاق فان الله سمع عليم

الايفيء حتى تنقضي المدة فمن فهم من اشتراط الفيئة اشتراطها بعد انقضاء المدة قال معنى قوله وان عزموا الطلاق أي بالتلفظ فان الله سميع عليم والمالكية في الآية اربعة ادلة . احدها انه جعل مدة التربص حقاً للزوج دون الزوجة فاشبهت مدة الاجل في الديون المؤجلة . الدليل الثاني ان الله تعالى اضاف الطلاق الى فعله وعندهم ليس تقع من فعله الا المحزوماً اعني ليس ينسب اليه على مذهب الحنفية الا المحزوماً وليس يصار الى المجاز عن الظاهر الا بدليل . الدليل الثالث قوله تعالى وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم قالوا فهذا يقتضي وقوع الطلاق على وجه يسمع وهو وقوعه بالتلفظ لا بانقضاء المدة . الرابع ان الفاء في قوله تعالى فان فاءو فان الله غفور رحيم قالوا فان فاء ظاهر في معنى التعقيب فدل ذلك على ان الفيئة بعد المدة وربما شبهوا هذه المدة بمدة العنة وأما أبو حنيفة فانه اعتمد في ذلك تشبيه هذه المدة بالمدة الرجعية اذ كانت العدة انما شرعت ليلا يقع منه ندم وبالجملة فشبهوا الايلاء بالطلاق الرجعي وشبهوا المدة بالعدة وهو شبه قوي وقد روى ذلك عن ابن عباس

﴿ المسئلة الثانية ﴾

وأما اختلافهم في اليمين التي يكون بها الايلاء فان مالكا قال يقع الايلاء بكل يمين وقال الشافعي لا يقع الا بالايمان المباحة في الشرع وهي اليمين بالله او بصفة من صفاته فمالك اعتمد العموم أعني عموم قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر والشافعي يشبه الايلاء بيمين الكفارة وذلك ان كلا اليمينين ترتب عليهما حكم شرعي فوجب ان تكون اليمين التي ترتب عليها حكم الايلاء هي اليمين التي ترتب عليها الحكم الذي هو الكفارة

﴿ المسئلة الثالثة ﴾

وأما الحوق حكم الايلاء للزوج اذا ترك الوطء بغير يمين فان الجمهور على انه لا يلزمه حكم الايلاء بغير يمين ومالك يلزمه وذلك اذا قصد الاضرار بترك الوطء وان لم يحلف على ذلك فالجمهور اعتمدوا الظاهر ومالك اعتمد المعنى لان الحكم انما لزمه باعتقاده ترك الوطء وسواء شذ ذلك الاعتقاد بيمين او بغير يمين لان الضرر يوجد في الحالتين جميعاً

﴿ المسئلة الرابعة ﴾

وأما اختلافهم في مدة الايلاء فان مالكا ومن قال بقوله يرى ان مدة الايلاء يجب ان تكون اكثر من اربعة اشهر اذ كان الفيء عنده انما هو بعد الاربعة الاشهر وأما أبو حنيفة فان مدة الايلاء عنده هي الاربعة الاشهر فقط اذ كان الفيء عنده انما هو فيها وذهب الحسن وابن أبي ليلى الى انه اذا حلف وقتاً ما وان كان أقل من اربعة اشهر كان مولياً يضرب له الاجل الى انقضاء الاربعة الاشهر من وقت اليمين وروي عن ابن عباس ان المولي هو من حلف ألا يصيب امرأته على التابيد . والسبب في اختلافهم في المدة اطلاق الاية فاختلافهم في وقت الفيء وفي صفة اليمين ومدته هو كون الاية عامة في هذه المعاني او مجملة وكذلك اختلافهم في صفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق على ما سيأتي بعد وأما ماسوى ذلك فسبب اختلافهم فيه هو سبب السكوت عنها وهذه هي اركان الايلاء أعني معرفة نوع اليمين ووقت الفيء والمدة وصفة المولى والمولي منها ونوع الطلاق الواقع

﴿ المسئلة الخامسة ﴾

فاما الطلاق الذي يقع بالايلاء فعند مالك والشافعي انه رجعي لان الاصل ان كل طلاق وقع بالشرع انه يجب ان يحمل على انه رجعي الى ان يدل الدليل على انه بائن وقال ابو حنيفة وابو ثور هو بائن قالوا وذلك انه ان كان رجعياً لم يزل الضرر عنها بذلك لانه يجبرها على الرجعة . فسبب الاختلاف معارضة المصلحة المقصودة بالايلاء للاصل المعروف في الطلاق فمن غلب الاصل قال رجعي ومن غلب المصلحة قال بائن

﴿ المسئلة السادسة ﴾

واما هل يطلق القاضي اذا ابى الفيء او الطلاق

اويحبس حتى يطلق فان مالكا قال يطلق القاضي عليه وقال اهل الظاهر يحبس حتى يطلقها بنفسه * وسبب الخلاف معارضة الاصل المعروف في الطلاق للمصلحة فمن راعي الاصل المعروف في الطلاق قال لايقع طلاق الامن الزوج ومن راعي الضرر الداخل من ذلك على النساء قال يطلق السلطان وهو نظر الى المصلحة العامة وهذا هو الذي يعرف بالقياس المرسل والمنقول عن مالك العمل به وكثير من الفقهاء بابى ذلك

﴿ المسئلة السابعة ﴾ واما هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها فان مالكا يقول اذا راجعها فلم يطأها تكرر الايلاء عليه وهذا عنده في الطلاق الرجعي والبائن وقال أبو حنيفة الطلاق البائن يسقط الايلاء وهو أحد قولي الشافعي وهذا القول هو الذي اختاره المزني وجماعة العلماء على ان الايلاء لايتكرر بعد الطلاق الا باعادة اليمين * والسبب في اختلافهم معارضة المصلحة لظاهر شرط الايلاء وذلك انه لا إيلاء في الشرع الا بحيث يكون يمين في ذلك النكاح بنفسه لافي نكاح آخر ولكن ان راعينا هذا وجد الضرر المقصود ازالته بحكم الايلاء ولذلك رأى مالك انه يحكم بحكم الايلاء بغير يمين إذا وجد معنى الايلاء

﴿ المسئلة الثامنة ﴾ واما هل تلزم الزوجة المولى منها عدة أو ليس تلزمها فان الجمهور على ان العدة تلزمها وقال جابر بن زيد لاتلزمها عدة إذا كانت قد حاضت في مدة الاربعة اشهر ثلاث حيض وقال بقوله طائفة وهو مروى عن ابن عباس وحجته ان العدة انما وضعت لبراءة الرحم وهذه قد حصلت لها البراءة وحجة الجمهور انها مطلقة فوجب ان تعتد كسائر المطلقات * وسبب الخلاف ان العدة جمعت عبادة ومصلحة فمن لحظ جانب المصلحة لم ير عليها عدة ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدة

﴿ المسئلة التاسعة ﴾ واما إيلاء العبد فان مالكا قال ايلاء العبد شهران على النصف من ايلاء الحر قياساً على حدوده وطلاقه وقال الشافعي وأهل الظاهر ايلاؤه مثل ايلاء الحر أربعة أشهر تمسكا بالعموم والظاهر ان تعلق الايمان بالحر والعبد سواء والايلاء يمين وقياساً أيضاً على مدة العنين وقال أبو حنيفة النقص الداخل على الايلاء معتبر بالنساء لا بالرجال كالعدة فان كانت المرأة حرة كان الايلاء ايلاء الحر وان كان الزوج عبداً وان كانت امة فعلى النصف وقياس الايلاء على الحر غير جيد وذلك ان العبد انما كان حده أقل من حد الحر لان الفاحشة منه أقل قبحاً ومن الحر أعظم قبحاً ومدة الايلاء انما ضربت جمعاً بين التوسعة على الزوج وبين ازالة الضرر عن الزوجة فاذا فرضنا مدة اقصر من هذه كان أضيق على الزوج وانفى للضرر عن الزوجة والحر أحق بالتوسعة ونفي الضرر عنه فلذلك كان يجب على هذا القياس الاينقص من الايلاء الا اذا كان الزوج عبداً والزوجة حرة فقط وهذا لم يقل به أحد فالواجب التسوية والذين قالوا بتاثير الرق في مدة الايلاء اختلفوا في زوال الرق بعد الايلاء هل ينتقل الى ايلاء الاحرار أم لا فقال مالك لاينتقل من ايلاء العبيد الى ايلاء الاحرار وقال أبو حنيفة ينتقل فعنده ان الامة اذا عتقت وقد آلى زوجها منها انتقلت الى ايلاء الاحرار وقال ابن القاسم الصغيرة التي لايجامع مثلها لا ايلاء عليها فان وقع وتمادى حسبت الاربعة الاشهر من يوم بلغت وانما قال ذلك لانه لاضرر عليها في ترك الجماع وقال أيضاً لاايلاء على خصي ولا على من لا يقدر على الجماع

﴿ المسئلة العاشرة ﴾ وأما هل من شرط رجعة المولى ان يطأ في العدة أم لا فان الجمهور ذهبوا الى ان ذلك ليس من شرطها واما مالك فانه اذا لم يطأ فيها من غير عذر مرض أو ما أشبه ذلك فلا رجعة عنده

له عليها وتبقى على عدتها ولا سبيل له اليها اذا انقضت العدة وحجة الجمهور انه لا يخلوا ان يكون الايلاء يعود برجعتها في العدة أولا يعود فان عاد لم يعتبر واستوتف الايلاء من وقت الرجعة أعني بحسب مدة الايلاء من وقت الرجعة وان لم يعد الايلاء لم يعتبر أصلا الاعلى مذهب من يرى ان الايلاء يكون بغير يمين وكيف ما كان فلابد من اعتبار الاربعة الاشهر من وقت الرجعة واما مالك فانه قال كل رجعة من الطلاق كان لرفع ضرر فان صحة الرجعة معتبرة فيه بزوال ذلك الضرر وأصله المعسر بالنفقة اذا طلق عليه ثم ارتجع فان رجعته تعتبر بصحتها بيساره ● فسبب الخلاف قياس الشبه وذلك ان من شبه الرجعة بابتداء النكاح أوجب فيها تجدد الايلاء ومن شبه هذه الرجعة برجعة المطلق لضرر لم يرتفع منه ذلك الضرر قال يبقى على الاصل

﴿ كتاب الظهار ﴾

والاصل في الظهار الكتاب والسنة فاما الكتاب فقوله تعالى والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة الآية وأما السنة فحديث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر مني زوجي اوس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكوا اليه ورسول الله يجادلني فيه ويقول اتقي الله فانه ابن عمك فما خرجت حتى أنزل الله قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله والله يسمع تحاوركما الآيات فقال ليعتق رقبة قالت لا يجد قال فيصوم شهرين متتابعين قالت يارسول الله انه شيخ كبير مابه من صيام قال فليطعم ستين مسكيناً قالت ماعنده من شئ يتصدق به قال فاني سأعينه بعرق من تمر قالت وأنا اعينه بعرق آخر قال لقد احسنت اذهبي فاطعمي عنه ستين مسكيناً خرجه أبوداود وحديث سلمة بن صخر البياضي عن النبي صلى الله عليه وسلم والكلام في اصول الظهار ينحصر في سبعة فصول منها في الفاظ الظهار ومنها في شرط وجوب الكفارة فيه ومنها فيمن يصح فيه الظهار ومنها فيما يحرم على المظاهر ومنها هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح ومنها هل الايلاء عليه ومنها القول في احكام كفارة الظهار

﴿ الفصل الاول ﴾

واتفق الفقهاء على ان الرجل اذا قال لزوجته أنت على كظهر امي انه ظهار واختلفوا اذا ذكر عضوا غير الظهر اوذكر ظهر من تحرم عليه من المحرمات النكاح على التابيد غير الام فقال مالك هو ظهار وقال جماعة من العلماء لايكون ظهاراً الا بلفظ الظهر والام وقال أبو حنيفة يكون بكل عضو يحرم النظر اليه ● وسبب اختلافهم معارضة المعنى للظاهر وذلك ان معنى التحريم تستوى فيه الام وغيرها من المحرمات والظهر وغيره من الاعضاء وأما الظاهر من الشرع فانه يقتضي الا يسمى ظهاراً الا ما ذكر فيه لفظ الظهر والام واما اذا قال هي علي كامي ولم يذكر الظهر فقال أبوحنيفة والشافعي ينوى في ذلك لانه قد يريد بذلك الاجلال لها وعظم منزلتها عنده وقال مالك هو ظهار واما من شبه زوجته باجنبية لاتحرم عليه على التابيد فانه ظهار عند مالك وعند ابن الماجشون ليس بظهار ● وسبب الخلاف هل تشبيه الزوجة بمحرمة غير مؤبدة التحريم كتشبيهها بمؤبدة التحريم

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما شروط وجوب الكفارة فان الجمهور على انها لاتجب دون العود وشذ مجاهد وطاوس فقالا تجب دون العود ودليل الجمهور قوله تعالى والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة وهو نص في معنى وجوب تعلق الكفارة بالعود وأيضاً فمن طريق القياس فان الظهار يشبه الكفارة في اليمين فكما ان الكفارة انما تلزم بالمخالفة أو بارادة المخالفة كذلك الامر في الظهار وحجة مجاهد وطاوس انه معنى يوجب الكفارة العليا فوجب ان يوجبها بنفسه لا بمعنى زائد تشبيهاً بكفارة القتل والفطر وأيضاً فانهم قالوا انه كان طلاق الجاهلية فنسخ تحريمه بالكفارة وهو معنى قوله

ومعنى قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا والعود عندهم هو العود في الاسلام فاما القائلون باشتراط العود في ايجاب الكفارة فانهم اختلفوا فيه ماهو فمن مالك في ذلك ثلاث روايات ، إحداهن ان العود هو ان يعزم على امساكها والوطء معاً . والثانية ان يعزم على وطئها فقط وهي الرواية الصحيحة المشهورة عند اصحابه وبه قال أبو حنيفة واحمد . والرواية الثالثة ان العود هو نفس الوطء وهي اضعف الروايات عند اصحابه وقال الشافعي العود هو الامساك نفسه قال ومن مضى له زمان يمكنه ان يطلق فيه ولم يطلق ثبت انه عائد ولزمته الكفارة لان اقامته زمانا يمكنه ان يطلق فيه من غير ان يطلق يقوم مقام ارادة الامساك منه او هو دليل ذلك وقال داود واهل الظاهر العود هو ان يكرر لفظ الظهار ثانية ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه فدليل الرواية المشهورة لمالك تبنى على اصلين . أحدهما ان المفهوم من الظهار هو ان وجوب الكفارة فيه انما يكون بارادته العودة الى ماحرم على نفسه بالظهار وهو الوطء واذا كان ذلك كذلك وجب ان تكون العودة هي اما الوطء نفسه واما العزم عليه وارادته . والاصل الثاني انه ليس يمكن ان يكون العود نفسه هو الوطء لقوله تعالى في الآية فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ولذلك كان الوطء محرماً حتى يكفر قالوا ولو كان العود نفسه الامساك لكان الظهار نفسه يحرم الامساك فكان الظهار يكون طلاقاً وبالجملة فالمعول عندهم في هذه المسئلة هو الطريق الذي يعرفه الفقهاء بطريق السبر والتقسيم وذلك ان معنى العود لا يخلوا ان يكون تكرار اللفظ على ما يراه داود او الوطء نفسه او الامساك نفسه او ارادة الوطء ولا يكون تكرارا للفظ لان ذلك تاكيد والتاكيد لا يوجب الكفارة ولا يكون ارادة الامساك للوطء فان الامساك موجود بعد فقد بقي ان يكون ارادة الوطء وان كان ارادة الامساك للوطء فقد اراد الوطء فثبت ان العود هو الوطء ومعتمد الشافعية ان يكون ارادة الوطء او الامساك بجرى ارادة الوطء ان الامساك يلزم عنه الوطء فجعلوا لازم الشيء مشبهاً بالشيء وجعلوا حكمهما واحداً وهو قريب من الرواية الثانية وربما استدلت الشافعية على ان ارادة الامساك هو السبب في وجوب الكفارة ان الكفارة ترتفع بارتفاع الامساك وذلك اذا طلق اثر الظهار ولهذا احتاط مالك في الرواية الثانية فجعل العودة هو ارادة الامرين جميعاً اعني الوطء والامساك واما ان يكون العود الوطء فضعيف ومخالف للنص والمعتمد فيها تشبيه الظهار باليمين أي كما أن كفارة اليمين انما تجب بالحنث كذلك الامر هاهنا وهو قياس شبه عارضه النص وأما داود فانه تعلق بظاهر اللفظ في قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا وذلك يقتضي الرجوع الى القول نفسه وعند ابي حنيفة انه العود في الاسلام الى ما تقدم من ظهارهم في الجاهلية وعند مالك والشافعي ان معنى في الآية ثم يعودون فيما قالوا ٭ وسبب الخلاف بالجملة انما هو مخالفة الظاهر للمفهوم فمن اعتمد المفهوم جعل العودة ارادة الوطء او الامساك وتأول معنى اللام في قوله ثم يعودون لما قالوا بمعنى الفاء وأما من اعتمد الظاهر فانه جعل العودة تكريرا للفظ وأن العودة الثانية انما هي ثانية للاولى التي كانت منهم في الجاهلية ومن تأول احد هذين قال اشبه له ان يعتقد ان بنفس الظهار تجب الكفارة كما اعتقد ذلك مجاهد الا ان يقدر في الآية محذوفاً وهو ارادة الامساك فهنا اذاً ثلاثة مذاهب . اما ان تكون العودة هي تكرار اللفظ . واما ان تكون ارادة الامساك . واما ان تكون العودة هي التي في الاسلام وهذان ينقسمان قسمين أعني الاول والثالث . أحدهما ان يقدر في الآية محذوفاً وهو ارادة الامساك فيشترط هذه الارادة في وجوب الكفارة . واما الا يقدر فيهما محذوفاً فتجب الكفارة بنفس الظهار . واختلفوا من هذا الباب في فروع وهو هل اذا طلق قبل ارادة الامساك

اوماتت بعد زوجته هل تكون عليه كفارة ام لا فجمهور العلماء على الا كفارة عليه الا ان يطلق بعد ارادة العودة او بعد الامساك بزمان طويل على ما يراه الشافعي وحكى عن عثمان البتي ان عليه الكفارة بعد الطلاق وانها اذا ماتت قبل ارادة العودة لم يكن له سبيل الى ميراثها الا بعد الكفارة وهذا شذوذ مخالف للنص والله اعلم

﴿ الفصل الثالث ﴾ واتفقوا على لزوم الظهار من الزوجة التي في العصمة ، واختلفوا في الظهار من الامة ومن التي في غير العصمة وكذلك اختلفوا في ظهار المرأة من الرجل فاما الظهار من الامة فقال مالك والثوري وجماعة الظهار منها لازم كالظهار من الزوجة الحرة وكذلك المدبرة وام الولد وقال الشافعي وأبو حنيفة واحمد وابو ثور لا ظهار من امة وقال الاوزاعي ان كان يطأ امته فهو منها مظاهر وان لم يطأها فهي يمين وفيها كفارة يمين وقال عطاء هو مظاهر لكن عليه نصف كفارة فدليل من اوقع ظهار الامة عموم قوله تعالى والذين يظهرون من نسائهم والامام من النساء وحجة من لم يجعله ظهاراً انهم قد اجمعوا ان النساء في قوله تعالى للذين يولون من نسائهم تربص اربعة اشهر هن ذوات الازواج فكذلك اسم النساء في آية الظهار ٥ فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه للعموم اعني تشبيه الظهار بالايلاء وعموم لفظ النساء اعني ان عموم اللفظ يقتضي دخول الاماء في الظهار وتشبيهه بالايلاء يقتضي خروجهن من الظهار واما هل من شرط الظهار كون المظاهر منها في العصمة ام لا فذهب مالك ان ذلك ليس من شرطه وان من عين امرأة ما بعينها وظاهر منها بشرط التزويج كان مظاهراً منها وكذلك ان لم يعين وقال كل امرأة اتزوجها فهي مني كظهر امي وذلك بخلاف الطلاق ويقول مالك في الظهار قال ابو حنيفة والثوري والاوزاعي وقال قائلون لا يلزم الظهار الا فيما يملك الرجل وممن قال بهذا القول الشافعي وابو ثور وداود وفرق قوم فقالوا ان اطلق لم يلزمه ظهار وهو ان يقول كل امرأة اتزوجها فهي مني كظهر امي فان قيد لزمه وهو ان يقول ان تزوجت فلانة او سمى قرية او قبيلة وقائل هذا القول هو ابن ابي ليلى والحسن بن حي ٥ ودليل الفريق الاول قوله تعالى اوفوا بالعقود ولانه عقد على شرط الملك فاشبه اذا ملك والمؤمنون عند شروطهم وهو قول عمر واما حجة الشافعي فحديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا طلاق الا فيما يملك ولا عتق الا فيما يملك ولا بيع الا فيما يملك ولا وفاء بنذر الا فيما يملك خرجه ابو داود والترمذي والظهار شبيه بالطلاق وهو قول ابن عباس واما الذين فرقوا بين التعميم والتعيين فانهم رأوا ان التعميم في الظهار من باب الحرج وقد قال تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج واختلفوا ايضا من هذا الباب في هل تظاهر المرأة من الرجل فمن العلماء في ذلك ثلاثة اقوال ، اشهرها انه لا يكون منها ظهار وهو قول مالك والشافعي ، والثاني ان عليها كفارة يمين ، والثالث ان عليها كفارة الظهار ومعتمد الجمهور تشبيه الظهار بالطلاق ومن الزم المرأة الظهار فتشبيهاً للظهار بالايلاء ومن فرق فلانه رآه اقل اللازم لها في ذلك هو كفارة يمين وهو ضعيف ٥ وسبب الخلاف تعارض الاشباه في هذا المعنى

﴿ الفصل الرابع ﴾

واتفقوا على ان المظاهر يحرم عليه الوطء واختلفوا فيما دونه من ملامسة ووطء في غير الفرج ونظر الى لذة فذهب مالك الى انه يحرم الجماع وجميع انواع الاستمتاع مما دون الجماع من الوطء فيما دون الفرج واللمس والتقبيل والنظر لذة ما عدا وجهها وكفيها وبدنها من سائر بدنها ومحاسنها وبه قال ابو حنيفة الا انه انما كره النظر للفرج فقط وقال الشافعي انما يحرم الظهار الوطء في الفرج فقط المجمع عليه لا ما عدا ذلك وبه قال الثوري واحمد وجماعة

ودليل قول مالك قوله تعالى من قبل ان يتماسا وظاهر لفظ التماس يقتضى المباشرة فما فوقها ولانه ايضاً لفظ حرمت به عليه فشبه لفظ الطلاق ودليل قول الشافعى ان المباشرة كناية هاهنا عن الجماع بدليل اجماعهم على ان الوطء محرم عليه واذا دلت على الجماع لم تدل على ما فوق الجماع لانها اما ان تدل على ما فوق الجماع واما ان تدل على الجماع وهى الدلالة المجازية لكن قد اتفقوا على انها دالة على الجماع فانتفت الدلالة المجازية اذ لا يدل لفظ واحد دلالتين حقيقة ومجازاً قالت الذين يرون ان اللفظ المشترك له عموم لا يبعد ان يكون اللفظ الواحد عندهم يتضمن المعنيين جميعاً أعنى الحقيقة والمجاز وان كان لم تجر به عادة للعرب ولذلك القول به فى غاية من الضعف ولو علم ان للشرع فيه تصرفاً لجاز وايضاً فان الظهار مشبه عندهم بالايلاء فوجب ان يختص بالفرج

﴿ الفصل الخامس ﴾ وأما تكرر الظهار بعد الطلاق أعنى اذا طلقها بعد الظهار قبل ان يكفر ثم راجعها هل يتكرر عليه الظهار فلا يحل له المسيس حتى يكفر فيه خلاف قال مالك ان طلقها دون الثلاث ثم راجعها فى العدة او بعدها فعليه الكفارة وقال الشافعى ان راجعها فى العدة فعليه الكفارة وان راجعها فى غير العدة فلا كفارة عليه وعنه قول آخر مثل قول مالك وقال محمد بن الحسن الظهار راجع عليها نكحها بعد الثلاث او بعد واحدة وهذه المسئلة شبيهة بمن يحلف بالطلاق ثم يطلق ثم يراجع هل تبقى تلك اليمين عليه ام لا • وسبب الخلاف هل الطلاق يرفع جميع احكام الزوجية ويهدمها او لا يهدمها فمنهم من رأى ان البائن الذى هو الثلاث يهدم وان ما دون الثلاث لا يهدم ومنهم من رأى ان الطلاق كله غير هادم واحسب ان من الظاهرية من يرى انه كله هادم

﴿ الفصل السادس ﴾ وأما هل يدخل الايلاء على الظهار اذا كان مضاراً وذلك بالا يكفر مع قدرته على الكفارة فان فيه ايضاً اختلافاً فابو حنيفة والشافعى يقولان لا يتداخل الحكمان لان حكم الظهار خلاف حكم الايلاء وسواء كان عندهم مضاراً او لم يكن وبه قال الاوزاعى واحمد وجماعة وقال مالك يدخل الايلاء على الظهار بشرط ان يكون مضاراً وقال الثورى يدخل الايلاء على الظهار وتبين منه بانقضاء الاربعة الاشهر من غير اعتبار المضارة ففيه ثلاثة اقوال قول انه يدخل باطلاق وقول انه لا يدخل باطلاق وقول انه يدخل مع المضارة ولا يدخل مع عدمها • وسبب الخلاف مراعاة المعنى واعتبار الظاهر فمن اعتبر الظاهر قال لا يتداخلان ومن اعتبر المعنى قال يتداخلان اذا كان القصد الضرر

﴿ الفصل السابع ﴾

والنظر فى كفارة الظهار فى اشياء . منها فى عدد انواع الكفارة وترتيبها وشروط نوع نوع منها أعنى الشروط المصححة ومتى تجب كفارة واحدة ومتى تجب اكثر من واحدة فاما انواعها فانهم اجمعوا على انها ثلاثة انواع اعتاق رقبة او صيام شهرين او اطعام ستين مسكيناً وانها على الترتيب فالاعتاق اولا فان لم يكن فالصيام فان لم يكن فالاطعام هذا فى الحر واختلفوا فى العبد هل يكفر بالعتق او الاطعام بعد اتفاقهم ان الذى يبدأ به الصيام أعنى اذا عجز عن الصيام فاجاز للعبد العتق ان اذن له سيده ابو ثور وداود وأبا ذلك سائر العلماء وأما الاطعام فاجازه له مالك ان اطعم باذن سيده ولم يجز ذلك ابو حنيفة والشافعى ومبنى الخلاف فى هذه المسئلة هل يملك العبد او لا يملك . وأما اختلافهم فى الشروط المصححة فمنها اختلافهم اذا وطء فى صيام الشهرين هل عليه استيناف الصيام ام لا فقال مالك وابو حنيفة يستانف الصيام الا ان لابى حنيفة شرط فى ذلك العمد ولم يفرق مالك بين العمد فى ذلك والنسيان وقال الشافعى لا يستانف على حال • وسبب الخلاف انشبيه كفارة الظهار بكفارة اليمين والشرط الذى ورد فى كفارة الظهار

أعنى

أعنى ان تكون قبل المسيس فمن اعتبر هذا الشرط قال يستانف الصوم ومن شبهه بكفارة اليمين قال لايستانف لان الكفارة فى اليمين ترفع الحنث بعد وقوعه باتفاق ومنها هل من شرط الرقبة ان تكون مومنة ام لا فذهب مالك والشافعى الى ان ذلك شرط فى الاجزاء وقال ابو حنيفة يجزى فى ذلك رقبة الكافر ولايجزى عندهم اعتاق الوثنية والمرتدة دليل الفريق الاول انما اعتاق على وجه القربة فوجب ان تكون مسلمة اصله الاعتاق فى كفارة القتل وربما قالوا ان هذا ليس من باب القياس وانما هو من باب حمل المطلق على المقيد وذلك انه قيد الرقبة بالايمان فى كفارة القتل واطلقها فى كفارة الظهار فيجب صرف المطلق الى المقيد وهذا النوع من حمل المطلق على المقيد ففيه خلاف والحنفية لايجيزونه وذلك ان الاسباب فى القضيتين مختلفة واما حجة ابى حنيفة فهو ظاهر العموم ولامعارضة عنده بين المطلق والمقيد فوجب عنده ان يحمل كل على لفظه . ومنها اختلافهم هل من شرط الرقبة ان تكون سالمة من العيوب ام لا ثم ان كانت سليمة فمن اى العيوب تشترط سلامتها فالذى عليه الجمهور ان للعيوب تاثيراً فى منع اجزاء العتق وذهب قوم الى ان ليس لها تاثيراً فى ذلك وحجة الجمهور تشبيهها بالاضاحى والهدايا لكون القربة تجمعها وحجة الفريق الثانى اطلاق اللفظ فى الآية * فسبب الخلاف معارضة الظاهر لقياس الشبه والذين قالوا ان للعيوب تاثيراً فى منع الاجزاء اختلفوا فى عيب عيب مما يعتبر فى الاجزاء او عدمه اما العمى وقطع اليدين او الرجلين فلا خلاف عندهم فى انه مانع للاجزاء واختلفوا فيما دون ذلك فهل يجوز اقطع اليد الواحدة اجازه ابو حنيفة ومنعه مالك والشافعى . واما العور فقال مالك لايجزى وقال عبد الملك يجزى واما الاقطع الاذنين فقال مالك لايجزى وقال اصحاب الشافعى يجزى واما الاصم فاختلف فيه فى مذهب مالك فقيل يجزى وقيل لايجزى . واما الاخرس فلايجزى عند مالك وعن الشافعى فى ذلك قولان اما المجنون فلايجزى اما الخصى فقال ابن القاسم لايعجبنى الخصى وقال غيره لايجزى وقال الشافعى يجزى واعتاق الصغير جائز فى قول عامة فقهاء الامصار وحكى عن بعض المتقدمين منعه والعرج الخفيف فى المذهب يجزى واما البين العرج فلا * والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى قدر النقص المؤثر فى القربة وليس له اصل فى الشرع الا الضحايا وكذلك لايجزى فى المذهب ما فيه شركة او طرف حرية كالكتابة والتدبير لقوله تعالى فتحرير رقبة مومنة والتحرير هو ابتداء الاعتاق واذا كان فيه عقد من عقود الحرية كالكتابة كان تجييزاً لا اعتاقاً وكذلك الشركة لان بعض الرقبة ليس برقبة وقال ابو حنيفة ان كان المكاتب ادى شيئاً من مال الكتابة لم يجز وان كان لم يؤد جاز واختلفوا هل يجزيه عتق مدبره فقال مالك لايجزيه تشبيهاً بالكتابة لانه عقد ليس له حله وقال الشافعى يجزيه ولايجزى عند مالك اعتاق ام ولده ولا المعتق الى اجل مسمى . واما عتق ام الولد فلان عقدها آكد من عقد الكتابة والتدبير بدليل انهما قد يطرأ عليهما الفسخ اما فى الكتابة فمن العجز عن اداء النجوم واما فى التدبير فاذا ضاق عنه الثلث واما العتق الى اجل فانه عقد عتق لاسبيل الى حله . واختلف مالك والشافعى مع ابى حنيفة فى اجزاء عتق من يعتق عليه بالنسب فقال مالك والشافعى لايجزى عنه وقال ابو حنيفة اذا نوى به عتقه عن ظهار اجزأ فابو حنيفة شبهه بالرقبة التى لايجب عتقها وذلك ان كل واحدة من الرقبتين غير واجب عليه شراؤها وبذل القيمة فيها على وجه العتق فاذا نوى بذلك التكفير جاز والمالكية والشافعية رأت انه اذا اشترى من يعتق عليه عتق عليه من غير قصد الى اعتاقه فلايجزيه فابو حنيفة اقام القصد للشراء مقام العتق وهؤلاء قالوا لابد ان يكون قاصداً للعتق نفسه فكلاهما يسمى معتقاً باختياره ولكن احدهما معتق بالاختيار الاول والاخر معتق بلازم الاختيار فكانه معتق

على القصد الثاني ومشتمل على القصد الاول والاخر بالعكس واختلف مالك والشافعي فيمن اعتق نصفي عبدين فقال مالك لايجوز ذلك وقال الشافعي يجوز لانه في معنى الواحد ومالك تمسك بظاهر دلالة اللفظ فهذا ما اختلفوا فيه من شروط الرقبة المعتقة واما شروط الاطعام فانهم اختلفوا من ذلك في القدر الذي يجزى لمسكين مسكين من الستين مسكيناً الذين وقع عليهم النص فمن مالك في ذلك روايتان اشهرهما ان ذلك مد بمد هشام لكل واحد وذلك مداد بمد النبي صلى الله عليه وسلم وقد قيل هو اقل وقد قيل هو مد وثلث واما الرواية الثانية فمداً مداً لكل مسكين بمد النبي صلى الله عليه وسلم وبه قال الشافعي فوجه الرواية الاولى اعتبار الشبع غالباً اعني الغداء والعشاء ووجه هذه الرواية الثانية اعتبار هذه الكفارة بكفارة اليمين فهذا هو اختلافهم في شروط الصحة في الواجبات في هذه الكفارة واما اختلافهم في مواضع تعددها ومواضع اتحادها فانها اذا ظاهر بكلمة واحدة من نسوة اكثر من واحدة هل يجزى في ذلك كفارة واحدة ام يكون عدد الكفارات على عدد النسوة فعند مالك انه يجزى في ذلك كفارة واحدة وعند الشافعي وابي حنيفة ان فيها من الكفارات بعدد المظاهر منهن ان اثنتين فاثنتين وان ثلاثا فثلاثا وان اكثر فاكثر فمن شبهه بالطلاق اوجب في كل واحدة كفارة ومن شبهه بالايلاء اوجب فيه وهو بالايلاء أشبه ومنها اذا تظاهر من امرأته في مجالس شتى هل عليه كفارة واحدة او على عدد المواضع التي ظاهر فيها فقال مالك ليس عليه الا كفارة واحدة الا أن يظاهر ثم يكفر ثم يظاهر فعليه كفارة ثانية وبه قال الاوزاعي واحمد واسحاق وقال ابو حنيفة والشافعي لكل ظهار كفارة واما اذا كان ذلك في مجلس واحد فلا خلاف عند مالك ان في ذلك كفارة واحدة وعند أبي حنيفة ان ذلك راجع الى نيته فان قصد التاكيد كانت الكفارة واحدة وان اراد استيناف الظهار كان ما اراد ولزمه من الكفارات على عدد الظهار وقال يحيى بن سعيد تلزم الكفارة على عدد الظهار سواء كان في مجلس واحد او في مجالس شتى والسبب في هذا الاختلاف أن الظهار الواحد بالحقيقة هو الذي يكون بلفظ واحد من امرأة واحدة في وقت واحد والمتعدد بالاخلاف هو الذي يكون بلفظين من امرأتين في وقتين فان كرر اللفظ من امرأة واحدة فهل يوجب تعدد اللفظ تعدد الظهار ام لا يوجب ذلك فيه تعدد او كذلك ان كان اللفظ واحداً والمظاهر منها اكثر من واحدة وذلك ان هذه بمنزلة المتوسطات بين ذينك الطرفين فمن غلب عليه شبه الطرف الواحد أوجب له حكمه ومن غلب عليه شبه الطرف الثاني أوجب له حكمه ومنها اذا ظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر هل عليه كفارة واحدة ام لا فاكثر فقهاء الامصار مالك والشافعي وأبو حنيفة والثوري والاوزاعي واحمد واسحاق وابو ثور وداود والطبري وابو عبيد ان في ذلك كفارة واحدة والحجة لهم حديث سلمة بن صخر البياضي انه ظاهر من امرأته في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وقع بامرأته قبل أن يكفر فاتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فأمره أن يكفر تكفيراً واحداً وقال قوم عليه كفارتان كفارة العزم على الوطء وكفارة الوطء لانه وطئ وطئاً محرماً وهو مروي عن عمرو بن العاص وقبيصة بن ذويب وسعيد بن جبير وابن شهاب وقد قيل انه لا يلزمه شيء لا عن العود ولا عن الوطء لان الله تعالى اشترط صحة الكفارة قبل المسيس فاذا مس فقد خرج وقتها فلا تجب الا بامر مجدد وذلك معدوم في مسئلتنا وفيه شذوذ وقال أبو محمد بن حزم من كان فرضه الاطعام فليس يحرم عليه المسيس قبل الاطعام وانما يحرم المسيس على من كان فرضه العتق او الصيام

﴿كتاب اللعان﴾

والقول فيه يشتمل على خمسة فصول بعد القول بوجوبه * الفصل الاول في انواع الدعاوى الموجبة له وشروطها * الفصل الثاني في صفات المتلاعنين * الثالث في صفة اللعان * الرابع في حكم تكول احدهما اورجوعه * الخامس في الاحكام اللازمة لتمام اللعان * فأما الاصل في وجوب اللعان اما من الكتاب فقوله تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم الآية واما من السنة فما رواه مالك وغيره من مخرجي الصحيح من حديث عويمر العجلاني اذ جاء الى عاصم بن عدي العجلاني رجل من قومه فقال له ياعاصم ارأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا اقتله فتقتلونه ام كيف يفعل سل لي ياعاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم الى اهله جاء عويمر فقال ياعاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تأتني بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسئلة التي سألت عنها فقال والله لاأنتهي حتى أسئله عنها فأقبل عويمر حتى اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يارسول الله ارأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا اقتله فتقتلونه ام كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نزل فيك وفي صاحبتك قرآن فاذهب فأت بها قال سهل فتلاعنا وانا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر كذبت عليها يارسول الله ان امسكتها فطلقها ثلاثا قبل ان يامره بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فكانت تلك سنة المتلاعنين وايضاً من طريق المعنى لما كان الفراش موجباً للحوق النسب كان بالناس ضرورة الى طريق ينفونه به اذا تحققوا فساده وتلك الطريق هي اللعان فاللعان حكم ثابت بالكتاب والسنة والقياس والاجماع اذ لا خلاف في ذلك اعلمه فهذا هو القول في اثبات حكمه

﴿الفصل الاول﴾

واما صور الدعاوى التي يجب بها اللعان فهي اولا صورتان احداهما دعوى الزنا والثانية نفي الحمل ودعوى الزنا لايخلوا ان تكون مشاهدة اعلى ان يدعي انه شاهدها تزني كما يشهد الشاهد على الزنا اوتكون دعوى مطلقة واذا نفى الحمل فلا يخلوا ان ينفيه ايضا نفياً مطلقاً اويزعم انه لم يقربها بعد استبرائها فهذه اربعة احوال بسائط وسائر الدعاوى تتركب عن هذه مثل ان يرميها بالزنا وينفي الحمل اويثبت الحمل ويرميها بالزنا . فأما وجوب اللعان بالقذف الزنا اذا ادعى الرؤية فلا خلاف فيه قال المالكية اذا زعم انه لم يطأها بعد واما وجوب اللعان بمجرد القذف فالجمهور على جوازه الشافعي وابوحنيفة والثوري واحمد وداود وغيرهم واما المشهور عن مالك فانه لايجوز اللعان عنده بمجرد القذف وقد قال ابن القاسم ايضا انه يجوز وهي ايضا رواية عن مالك وحجة الجمهور عموم قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم الآية ولم يخص في الزنا صفة دون صفة كما قال في ايجاب حد القذف وحجة مالك ظواهر الاحاديث الواردة في ذلك منها قوله في حديث سعد ارأيت لو ان رجلا وجد مع امرته رجلا وحديث ابن عباس وفيه فجاء رسول الله صلى الله عليه فقال والله يارسول الله لقد رأيت بعيني وسمعت باذني فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ماجاء به واشتد عليه فنزلت والذين يرمون أزواجهم الآية وايضا فان الدعوى تجب ان تكون بينة كالشهادة وفي هذا الباب فرع اختلف فيه قول مالك وهو اذا ظهر بها حمل بعد اللعان فعن مالك في ذلك روايتان احداهما سقوط الحمل عنه والاخرى لحوقه به واتفقوا فيما احسب أن من شرط الدعوى الموجبة اللعان برؤية الزنا ان تكون في العصمة واختلفوا فيمن قذف زوجته بدعوى الزنا ثم طلقها ثلاثا هل يكون بينهما لعان ام لا فقال مالك والشافعي والاوزاعي وجماعة

بينهما لعان وقال أبو حنيفة لا لعان بينهما الا ان ينفي ولداً ولاحد وقال مكحول والحكم وقتادة يحد ولا يلاعن واما ان نفي الحمل فانه كما قلنا على وجهين احدهما ان يدعي انه استبرأها ولم يطأها بعد الاستبراء وهذا مالا خلاف فيه واختلف قول مالك في الاستبراء فقال مرة ثلاث حيض وقال مرة حيضة واما نفيه مطلقاً فالمشهور عن مالك انه لا يجب بذلك لعان وخالفه في هذا الشافعي وأحمد وداود وقالوا لا معنى لهذا لان المرأة قد تحمل مع رؤية الدم وحكي عبد الوهاب عن اصحاب الشافعي انه لا يجوز نفي الحمل مطلقاً من غير قذف واختلفوا من هذا الباب في فرع وهو وقت نفي الحمل فقال الجمهور ينفيه وهي حامل وشرط مالك انه متى لم ينفه وهو حمل لم يجب له ان ينفيه بعد الولادة بلعان وقال الشافعي اذا علم الزوج بالحمل فأمكنه الحاكم من اللعان فلم يلاعن لم يكن له ان ينفيه بعد الولادة وقال ابو حنيفة لا ينفي الولد حتى تضع وحجة مالك ومن قال بقوله الآثار المتواترة من حديث ابن عباس وابن مسعود وانس وسهل بن سعد ان النبي عليه السلام حين حكم باللعان بين المتلاعنين قال ان جاءت به على صفة كذا فما اراه الا قد صدق عليها قالوا وهذا يدل على انها كانت حاملا في وقت اللعان وحجة ابي حنيفة ان الحمل قد ينفش ويضمحل فلا وجه للعان الا على يقين ومن حجة الجمهور ان الشرع قد علق بظهور الحمل احكاماً كثيرة كالنفقة والعدة ومنع الوطء فوجب ان يكون قياس اللعان كذلك وعند ابي حنيفة انه يلاعن وان لم ينف الحمل الا وقت الولادة وكذلك ما قرب من الولادة ولم يوقت في ذلك وقتاً ووقت اصحابه ابو يوسف ومحمد فقالا له ان ينفيه ما بين اربعين ليلة من وقت الولادة والذين اوجبوا اللعان في وقت الحمل اتفقوا على ان له نفيه في وقت العصمة واختلفوا في نفيه بعد الطلاق فذهب مالك الى ان له ذلك في جميع المدة التي يلحق الولد فيها بالفراش وذلك هو اقصى زمان الحمل عنده وذلك نحو من اربع سنين عنده او خمس سنين وكذلك عنده حكم نفي الولد بعد الطلاق اذا لم يزل منكراً له وقريب من هذا المعنى قال الشافعي وقال قوم ليس له ان ينفي الحمل الا في العدة فقط وان نفاه في غير العدة حد وألحق به الولد فالحكم يجب به عند الجمهور الى انقضاء أطول مدة الحمل على اختلافهم في ذلك فان الظاهرية ترى ان اقصر مدة الحمل التي يجب بها الحكم هو المعتاد من ذلك وهي التسعة اشهر وما قاربها ولا اختلاف بينهم انه يجب الحكم به في مدة العصمة فما زاد على اقصر مدة الحمل وهي الستة اشهر اعني ان يولد المولود لستة أشهر من وقت الدخول او امكانه لا من وقت العقد وشذ ابو حنيفة فقال من وقت العقد وان علم ان الدخول غير ممكن حتى انه ان تزوج عندنا رجل بالمغرب الاقصى امرأة بالمشرق الاقصى فجاءت بولد لراس ستة اشهر من وقت العقد انه يلحق به الا ان ينفيه باللعان وهو في هذه المسئلة ظاهري محض لانه انما اعتمد في ذلك عموم قوله عليه السلام الولد للفراش وهذه المرأة قد صارت فراشاً له بالعقد فكأنه رأى ان هذه عبادة غير معللة وهذا شيء ضعيف واختلف قول مالك من هذا الباب في فرع وهو انه اذا ادعى انها زنت واعترف بالحمل فعنه في ذلك ثلاث روايات احداها انه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن والثانية انه يلاعن وينفي الولد والثالثة انه يلحق به الولد ويلاعن ليدرأ الحد عن نفسه وسبب الخلاف هل يلتفت الى اتيانه مع موجب نفيه وهو دعواه الزنا واختلفوا ايضاً من هذا الباب في فرع وهو اذا اقام الشهود على الزنا هل له ان يلاعن ام لا فقال ابو حنيفة وداود لا يلاعن لان اللعان انما جعل عوض الشهود لقوله تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم الاية وقال مالك والشافعي يلاعن لان الشهود لا تاثير لهم في دفع الفراش

﴿الفصل الثاني﴾

واما صفة المتلاعنين فان قوماً قالوا

يجوز اللعان بين كل زوجين حرين كانا أو عبدين أو احدهما حر والاخر عبد محدودين كانا أو عديمين أو احدهما مسلمين كانا أو كان الزوج مسلما والزوجة كتابية ولا لعان بين كافرين الا ان يترافعا الينا وبمن قال بهذا القول مالك والشافعي وقال ابو حنيفة واصحابه لا لعان الا من مسلمين حرين عدلين ولا جملة فاللعان عندهم انما يجوز لمن كان من اهل الشهادة وحجة أصحاب القول الاول عموم قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم ولم يشترط في ذلك شرطاً ومعتمد الحنفية ان اللعان شهادة فيشترط فيها ما يشترط في الشهادة اذ قد سماهم الله شهداء لقوله فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله ويقولون انه لا يجب لعان الاعين من يجب عليه الحد في القذف الواقع بينهما وقد اتفقوا على ان العبد لا يحد بقذفه وكذلك الكافر فشبهوا من يجب عليه اللعان بمن يجب في قذفه الحد اذ كان اللعان انما وضع لدرء الحد مع نفي النسب وربما احتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا لعان بين أربعة العبدين والكافرين والجمهور يرون اليمين وان كان يسمى شهادة فان أحداً لا يشهد لنفسه واما ان الشهادة قد يعبر عنها باليمين فذلك بين في قوله تعالى اذا جاءك المنافقون قالوا الآية ثم قال اتخذوا أيمانهم جنة وأجمعوا على جواز لعان الاعمى واختلفوا في الاخرس فقال مالك والشافعي يلاعن الاخرس اذا فهم عنه وقال أبو حنيفة لا يلاعن لانه ليس من أهل الشهادة وأجمعوا على أن من شرطه العقل والبلوغ

﴿ الفصل الثالث ﴾ فاما صفة اللعان فانها زيدت عند جمهور العلماء وليس بينهم في ذلك كبير خلاف وذلك على ظاهر ما تقتضيه الفاظ الآية فيحلف الزوج أربع شهادات بالله لقد رأيتها تزني وان ذلك الحمل ليس مني ويقول في الخامسة لعنت الله عليه ان كان من الكاذبين ثم تشهد هي أربع شهادات ينقيض ما شهد هو به ثم تخمس بالغضب هذا كله متفق عليه واختلف الناس هل يجوز ان يبدل مكان اللعنة الغضب ومكان الغضب اللعنة ومكان اشهد اقسم ومكان قوله بالله غيره من اسمائه والجمهور على انه لا يجوز من ذلك الا ما نص عليه من هذه الالفاظ أصله عدد الشهادات وأجمعوا على ان من شرط صحته أن يكون بحكم حاكم ﴿ الفصل الرابع ﴾ فاما اذا نكل الزوج فقال الجمهور انه يحد وقال أبو حنيفة انه لا يحد ويحبس . وحجة الجمهور عموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية وهذا عام في الاجنبي والزوج وقد جعل اللعان للزوج مقام الشهود فوجب اذا نكل ان يكون بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود أعني انه يحد وما جاء أيضاً من حديث ابن عمر وغيره في قصة العجلاني من قوله عليه السلام ان قتلت قتلت وان نطقت جلدت وان سكت سكت على غيظ واحتج الفريق الثاني بان آية اللعان لم تتضمن ايجاب الحد عليه عند النكول والتعريض لايجاب زيادة في النص والزيادة عندهم نسخ والنسخ لا يجوز بالقياس ولا باخبار الاحاد قالوا وأيضاً لو وجب الحد لم يسقطه اللعان ولا كان له تاثير في اسقاطه لان اللعان يمين فلم يسقط به الحد عن الاجنبي فكذلك الزوج والحق ان اللعان يمين مخصوصة فوجب أن يكون لها حكم مخصوص وقد نص على المرأة ان اليمين يدرأ عنها العذاب فالكلام فيما هو العذاب الذي يندرئ عنها باليمين والاشتراك الذي في اسم العذاب اختلفوا أيضاً في الواجب عليها اذا نكلت فقال الشافعي ومالك وأحمد والجمهور انها تحد وحدها الرجم ان كان دخل بها ووجدت فيها شروط الاحصان وان لم يكن دخل بها فالجلد وقال أبو حنيفة اذا نكلت وجب عليها الحبس حتى يلاعن وحجته قوله عليه السلام لا يحل دم امرء مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان أو كفر بعد ايمان أو قتل نفس بغير نفس وأيضاً فان سفك الدم بالنكول حكم تدرؤه الاصول فانه اذا كان كثير من الفقهاء لا يوجبون غرم

المال بالنكول فكم بالحرى الايجب بذلك سفك الدماء وبالجملة فقاعدة الدماء مبناها في الشرع على أنها لا تراق الا بالبينة العادلة أو بالاعتراف ومن الواجب الاتخصص هذه القاعدة بالاسم المشترك فابو حنيفة في هذه المسئلة أولى بالصواب ان شاء الله وقد اعترف أبو المعالي في كتابه في البرهان بقوة أبي حنيفة في هذه المسئلة وهو شافعي واتفقوا على انه اذا اكذب نفسه حد والحق به الولد ان كان نفي ولداً واختلفوا هل له ان يراجعها بعد اتفاق جمهورهم على ان الفرقة تجب باللعان اما بنفسه واما بحكم حاكم على ما قوله بعد فقال مالك والشافعي والثوري وداود وأحمد وجمهور فقهاء الامصار انهما لا يجتمعان أبداً وان كذب نفسه وقال أبو حنيفة وجماعة اذا اكذب نفسه جلد الحد وكان خاطباً من الخطاب وقد قال قوم يرد اليه امرأته وحجة الفريق الاول قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها ولم يستثن فاطلق التحريم وحجة الفريق الثاني انه اذا أكذب نفسه فقد بطل حكم اللعان فكما يلحق به الولد كذلك ترد المرأة عليه وذلك ان السبب الموجب للتحريم انما هو الجهل بتعيين صدق أحدهما مع القطع بان احدهما كاذب فاذا انكشف ارتفع التحريم

﴿ الفصل الخامس ﴾

فاما موجبات اللعان فان العلماء اختلفوا من ذلك في مسائل منها هل تجب الفرقة أم لا وان وجبت فمتى تجب وهل يجب بنفس اللعان أم بحكم حاكم واذا وقعت فهل هي طلاق أو فسخ فذهب الجمهور الى أن الفرقة تقع باللعان لما اشتهر في ذلك من أحاديث اللعان من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وقال ابن شهاب فيما رواه مالك عنه فكانت تلك سنة المتلاعنين ولقوله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها وقال عثمان البتي وطائفة من أهل البصرة لا يعقب اللعان فرقة واحتجوا بان ذلك حكم لم تتضمنه آية اللعان ولا هو صريح في الاحاديث لان في الحديث المشهور انه طلقها بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليه وأيضاً فان اللعان انما هو شرع لدرء حد القذف فلم يوجب تحريماً تشبيهاً بالبينة وحجة الجمهور انه قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض والتهاتر وابطال حدود الله ما أوجب الا يجتمعا بعدها أبداً وذلك ان الزوجية مبناها على المودة والرحمة وهؤلاء قد عدموا ذلك كل العدم ولا أقل من أن تكون عقوبتهما الفرقة وبالجملة فالقبح الذي بينهما غاية القبح واما متى تقع الفرقة فقال مالك والليث وجماعة انها تقع اذا فرغا جميعاً من اللعان وقال الشافعي اذا أكمل الزوج لعانه وقعت الفرقة وقال أبو حنيفة ولا تقع الا بحكم حاكم وبه قال الثوري وأحمد وحجة مالك على الشافعي حديث ابن عمر قال فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين وقال حسابكما على الله أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها وما روى انه لم يفرق بينهما الا بعد تمام اللعان وحجة الشافعي ان لعانها انما درأ به الحد عن نفسها فقط ولعان الرجل هو المؤثر في نفي السبب فوجب ان كان اللعان تاثير في الفرقة ان يكون لعان الرجل تشبيهاً بالطلاق وحجتهما جميعاً على أبي حنيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم أخبرها بوقوع الفرقة عند وقوع اللعان منهما فدل ذلك على ان اللعان هو سبب الفرقة وأما أبو حنيفة فيرى ان الفراق انما نفذ بينهما بحكمه وأمره صلى الله عليه وسلم بذلك حين قال لا سبيل لك عليها فرأ ان حكمه شرط في وقوع الفرقة كما ان حكمه شرط في صحة اللعان

• فسبب الخلاف بين من رأ انه تقع به فرقة وبين من لم ير ذلك ان تفريق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ليس هو بيناً في الحديث المشهور لانه بادر بنفسه فطلق قبل ان يخبره بوجوب الفرقة والاصل الافرقة الا بطلاق وانه ليس في الشرع تحريم يتأبد أعني متفقاً عليه فمن غلب هذا الاصل على المفهوم لاحتماله نفي وجوب الفرقة قال بايجابها • وأما سبب اختلاف من اشترط حكم الحاكم أو لم يشترطه فتردد هذا الحكم بين ان يغلب عليه شبه الاحكام التي تشترط في

تحتها حكم الحاكم او التي لايشترط ذلك فيها واما المسئلة الرابعة وهي اذا قلنا ان الفرقة تقع فهل ذلك فسخ او طلاق فان القائلين بالفرقة اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي هو فسخ وقال ابو حنيفة هو طلاق بائن وحجة مالك تأبيد التحريم به فاشبه ذات المحرم واما ابو حنيفة فشبهها بالطلاق قياساً على فرقة العنين اذا كانت عنده بحكم حاكم

﴿ كتاب الاحداد ﴾

اجمع المسلمون على ان الاحداد واجب على النساء الحرائر والمسلمات في عدة الوفاة الا الحسن وحده واختلفوا فيما سوي ذلك من الزوجات وفيما سوى عدة الوفاة وفيما تمتنع الحاد منه مما لاتمتنع فقال مالك الاحداد على المسلمة والكتابية والصغيرة والكبيرة واما الامة يموت عنها سيدها سواء كانت ام ولد اولم تكن فلا احداد عليها عند وبه قال فقهاء الامصار وخالف قول مالك المشهور في الكتابية ابن نافع واشهب ورواه عن مالك وبه قال الشافعي اعني انه لا احداد على الكتابية وقال ابو حنيفة ليس على الصغيرة ولا على الكتابية احداد وقال قوم ليس على الامة المزوجة احداد وقد حكي ذلك عن ابي حنيفة فهذا هو اختلافهم المشهور فيمن عليه احداد من أصناف الزوجات ممن ليس عليه احداد وأما اختلافهم من قبل العدد فان مالكا قال لاحداد الا في عدة الوفاة وقال أبو حنيفة والثوري الاحداد في العدة من الطلاق البائن واجب واما الشافعي فاستحسنه للمطلقة ولم يوجبه . واما الفصل الثالث وهو ما تمتنع الحاد منه مما لاتمتنع عنه فانها تمتنع عند الفقهاء بالجملة من الزينة الداعية الرجال الى النساء وذلك كالحلي والكحل الا ما لم تكن فيه زينة ولباس الثياب المصبوغة الا السواد فانه لم يكره مالك لها لبس السواد ورخص كلهم في الكحل عند الضرورة فبعضهم اشترط منه ما لم يكن فيه زينة وبعضهم لم يشترطه وبعضهم اشترط جعله بالليل دون النهار وبالجملة فاقاويل الفقهاء فيما تجتنب الحاد متقاربة وذلك ما يحرك الرجال بالجملة اليهن وانما صار الجمهور لايجاب الاحداد في الجملة لثبوت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فمنها حديث ام سلمة زوج النبي عليه السلام ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ان ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينيها افنكتحلها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لامرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لها لاثم قال انما هي اربعة اشهر وعشر وقد كانت احداكن ترمي بالبعرة على رأس الحول وقال أبو محمد فعلى هذا الحديث يجب التعويل على القول بايجاب الاحداد واما حديث ام حبيبة حين دعت بالطيب فمسحت به عارضيها ثم قالت والله مالي به من حاجة غير اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لايحل لامرأة مومنة تومن بالله واليوم الاخر تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج اربعة اشهر وعشراً فليس فيه حجة لانه استثناء من حظر فهو يقتضي الاباحة دون الايجاب وكذلك حديث زينب بنت جحش قال القاضي وفي الامر اذا ورد بعد الحظر خلاف بين المتكلمين اعني هل يقتضي الوجوب أو الاباحة * وسبب الخلاف بين من أوجبه على المسلمة دون الكافرة ان من رآ ان الاحداد عبادة لم يلزمه الكافرة ومن رآ انه معنى معقول وهو تشوف الرجال اليها وهي الى الرجال سوى بين الكافرة والمسلمة ومن راعي تشوف الرجال دون تشوف النساء فرق بين الصغيرة والكبيرة اذا كانت الصغيرة لاتشوف الرجال اليها ومن حجة من أوجبه على المسلمات دون الكافرات قوله عليه السلام لايحل لامرأة تومن بالله واليوم الاخر ان تحدالا على زوج قال وشرطه الايمان في الاحداد يقتضي انه عبادة وأما من فرق بين الامة والحرة وكذلك الكتابية فلانه زعم ان عدة الوفاة اوجبت شيئين باتفاق احداهما الاحداد والثاني ترك الخروج فلما سقط ترك الخروج عن الامة

يتبدلها والحاجة الى استخدامها سقط عنها منع الزينة وأما اختلافهم في الكتابية من قبل تردد ها بين الحرة والامة وأما الامة بملك اليمين وام الولد فانما صار الجمهور إلى إسقاط الاحداد عنها لقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الاخر ان تحد إلا على زوج فلم يدليل الخطاب ان من عداذات الزوج لا يجب عليها احداد ومن أوجبه على المتوفى عنها زوجها دون المطلقة فتعلق بالظاهر المنطوق به ومن الحق المطلقات بهن فمن طريق المعنى وذلك انه يظهر من معنى الاحداد ان المقصود به الا تتشوف اليها الرجال في العدة ولا تتشوف هي اليهم وذلك سد ذريعة لمكان حفظ الانسان

كمـــــل كتاب الطلاق والحمد لله على آلائه والشكر على نعمه

يتلوه كتاب البيوع ان شاء الله

﴿ كتـــــاب البيوع ﴾

الكلام في البيوع ينحصر في خمس جمل في معرفة انواعها وفي معرفة شروط الصحة في واحد واحد منها وفي معرفة شروط الفساد وفي معرفة احكام البيوع الصحيحة وفي معرفة احكام البيوع الفاسدة فنحن نذكر انواع البيوع المطلقة ثم نذكر شروط الفساد والصحة في واحد واحد منها واحكام بيوع الصحة واحكام البيوع الفاسدة ولما كانت اسباب الفساد والصحة في البيوع منها عامة لجميع انواع البيوع اولا كثرها ومنها خاصة وكذلك الامر في احكام الصحة والفساد اقتضى النظر الصناعي ان نذكر المشترك من هذه الاصناف الاربعة أعني العام من اسباب الفساد واسباب الصحة واحكام الصحة واحكام الفساد لجميع البيوع ثم نذكر الخاص من هذه الاربعة بواحد واحد من البيوع فينقسم هذا الكتاب باضطرار الى ستة اجزاء . الجزء الاول تعرف فيه أنواع البيوع المطلقة . الثاني تعرف فيه أسباب الفساد العامة في البيوع المطلقة ايضاً اعني في كلها او اكثرها اذ كانت اعرف من اسباب الصحة . الثالث تعرف فيه اسباب الصحة في البيوع المطلقة ايضاً . الرابع نذكر فيه احكام البيوع الصحيحة اعني الاحكام المشتركة لكل البيوع الصحيحة اولا كثرها . الخامس نذكر فيه احكام البيوع الفاسدة المشتركة اعني اذا وقعت : السادس نذكر فيه نوعا نوعا من البيوع بما يخصه من الصحة والفساد واحكامها

﴿ الجـــــزء الاول ﴾ ان كل معاملة وجدت بين اثنين فلا يخلوا أن تكون عيناً بعين او عيناً بشيء في الذمة او ذمة بذمة وكل واحد من هذه الثلاث اما نسيئة واما ناجز وكل واحد من هذه ايضاً اما ناجز من الطرفين واما نسيئة من الطرفين واما ناجز من الطرف الواحد نسيئة من الطرف الاخر فتكون انواع البيوع تسعة فاما النسيئة من الطرفين فلا يجوز باجماع لا في العين ولا في الذمة لانه الدين بالدين المنهى عنه وأسماء هذه البيوع منها ما يكون من قبل صفة العقد ومنها ما يكون من قبل صفة العين المبيعة وذلك انها اذا كانت عيناً بعين فلا يخلوا ان تكون ثمناً بثمن او ثمناً بثمن فان كانت ثمناً بثمن سمي صرفا وان كانت ثمناً بثمن سمي بيعاً مطلقاً وكذلك مثمونا بمثمون على الشروط التي تقال بعد وان كان عينا بذمة سمي سلما وان كان على الخيار سمي بيع خيار وان كان على المرابحة سمي بيع مرابحة وان كان على المزايدة سمي بيع مزايدة

﴿ الجزء الثاني ﴾ واذا اعتبرت الاسباب التي من قبلها ورد النهي الشرعي في البيوع وهي اسباب الفساد العامة وجدت اربعة احدها تحريم عين المبيع . والثاني الربا . والثالث الغرر . والرابع الشروط التي

تؤول الى احد هاذين او لمجموعهما وهذه الاربعة هي بالحقيقة اصول الفساد وذلك ان النهي انما يعلق فيها بالبيع من جهة ماهو بيع لا لامر من خارج واما التي ورد النهي فيها لاسباب من خارج فمنها الغش ومنها الضرر ومنها لمكان الوقت المستحق بما هو اهم منه ومنها لانها محرمة البيع ففي هذا الجزء ابواب

﴿ الباب الاول في الاعيان المحرمة البيع ﴾

وهذه نجاسات وغير نجاسات فاما بيع النجاسات فالاصل في تحريمها حديث جابر ثبت في الصحيحين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يارسول الله ارايت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويستصبح بها فقال لعن الله اليهود حرمت الشحوم عليهم فباعوها واكلوا اثمانها وقال في الخمر ان الذي حرم شربها حرم بيعها والنجاسات على ضربين ضرب اتفق المسلمون على تحريم بيعها وهي الخمر وانها نجسة الا خلافا شاذاً في الخمر اعني في كونها نجسة والميتة بجميع اجزائها التي تقبل الحياة وكذلك الخنزير بجميع اجزائه التي تقبل الحياة واختلف في الانتفاع بشعره فاجازه ابن القاسم ومنعه أصبغ

﴿ واما القسم الثاني ﴾ وهي النجاسات التي تدعوا الضرورة الى استعمالها كالرجيع والزبل الذي يخذ في البساتين فاختلف في بيعها في المذهب فقيل بمنعها مطلقاً وقيل باجازتها مطلقاً وقيل بالفرق بين العذرة والزبل اعني اباحة الزبل ومنع العذرة واختلفوا فيما يخذ من انياب الفيل لاختلافهم هل هو نجس ام لا فمن رآه ناب جعله ميتة ومن رأى انه قرن ممكوس جعل حكمه حكم القرن والخلاف فيه في المذهب. وأما ماحرم بيعه مما ليس بنجس او مختلف في نجاسته فمنها الكلب والسنور اما الكلب فاختلفوا في بيعه فقال الشافعي لايجوز بيع الكلب أصلا وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وفرق اصحاب مالك بين كلب الماشية والزرع الماذون في اتخاذه وبين ما لايجوز اتخاذه فاتفقوا على أن مالايجوز اتخاذه لايجوز بيعه للانتفاع به وامساكه فاما من اراده للاكل فاختلفوا فيه فمن اجاز اكله اجاز بيعه ومن لم يجزه على رواية ابن حبيب لم يجز بيعه. واختلفوا أيضاً في الماذون في اتخاذه فقيل هو حرام وقيل مكروه فاما الشافعي فعمدته شيئان احدهما ثبوت النهي الوارد عن ثمن الكلب عن النبي صلى الله عليه وسلم والثاني أن الكلب عنده نجس العين كالخنزير وقد ذكرنا دليله في ذلك في كتاب الطهارة واما من اجازه فعمدته أنه طاهر العين غير محرم الاكل فجاز بيعه كالاشياء الطاهرة العين وقد تقدم ايضا في كتاب الطهارة استدلال من رأى انه طاهر العين وفي كتاب الاطعمة استدلال من رأى انه حلال ومن فرق أيضاً فعمدته أنه غير مباح الاكل لامباح الانتفاع به الا ماستثناه الحديث من كلب الماشية او كلب الزرع وما في معناه وروي أحاديث غير مشهورة اقترن فيها بالنهي عن ثمن الكلب استثناء اثمان الكلاب المباحة الاتخاذ واما النهي عن ثمن السنور فثابت ولكن الجمهور على اباحته لانه طاهر العين مباح المنافع * فسبب اختلافهم في الكلاب تعارض الادلة ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الزيت النجس وما ضارعه بعد اتفاقهم على تحريم اكله فقال مالك لايجوز بيع الزيت النجس وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجوز اذا بين وبه قال ابن وهب من اصحاب مالك وحجة من حرمه حديث جابر المتقدم أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول ان الله ورسوله حرما الخمر والميتة والخنزير وعمدة من أجازه انه اذا كان في الشيء اكثر من منفعة واحدة وحرم منه واحدة من تلك المنافع انه ليس يلزمه ان يحرم منه سائر المنافع ولاسيما اذا كانت الحاجة الى المنفعة غير المحرمة كالحاجة الى المحرمة فاذا كان الاصل هذا يخرج منه الخمر والميتة والخنزير ويبقى سائر محرمات

الاكل على الاباحة أعني انه ان كان فيها منافع سوى الاكل فبيعت لهذا جاز وروروا عن علي وابن عباس وابن عمر انهم أجازوا بيع الزيت النجس ليستصبح به وفي مذهب مالك جواز الاستصباح به وعمل الصابون مع تحريم بيعه وأجاز ذلك الشافعي أيضاً مع تحريم ثمنه وهذا كله ضعيف وقد قيل ان في المذهب رواية اخرى تمنع الاستصباح به وهو ألزم للاصل أعني لتحريم البيع واختلف ايضاً في المذهب في غسله وطبخه هل هو مؤثر في عين النجاسة ومزيل لها على قولين احدهما جواز ذلك والاخر منعه وهما مبنيان على أن الزيت اذا خالطته النجاسة هل نجاسته نجاسة عين او نجاسة مجاورة فمن رآه نجاسة مجاورة طهره عنده الغسل والطبخ ومن رآه نجاسة عين لم يطهره عنده الطبخ والغسل ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في جواز بيع لبن الادمية اذا حلب فمالك والشافعي يجوزانه وأبو حنيفة لايجوزه وعمدة من اجاز بيعه انه لبن ابيح شربه فابيح بيعه قياساً على لبن سائر الانعام وأبو حنيفة يرى أن تحليله انما هو لمكان ضرورة الطفل اليه وأنه في الاصل محرم اذ لم ابن آدم محرم والاصل عندهم ان الالبان تابعة للحوم فقالوا في قياسهم هكذا الانسان حيوان لا يؤكل لحمه فيجب بيع لبنه أصله لبن الخنزير والانان • فسبب اختلافهم في هذا الباب تعارض أقيسة الشبه وفروع هذا الباب كثيرة وانما نذكر من المسائل في كل باب المشهور ليجرى ذلك مجرى الاصول

﴿الباب الثاني في بيوع الربا﴾

واتفق العلماء على أن الربا يوجد في شيئين في البيع وفيما تقرر في الذمة من بيع اوسلف اوغير ذلك فاما الربا فيما تقرر في الذمة فهو صنفان صنف متفق عليه وهو ربا الجاهلية الذي نهى عنه وذلك أنهم كانوا يسافون بالزيادة وينظرون فكانوا يقولون انظرني أزدك وهذا هو الذي عناه عليه السلام بقوله في حجة الوداع ألا وان ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب والثاني ضع وتعجل وهو مختلف فيه وسنذكره بعد وأما الربا في البيع فان العلماء أجمعوا على أنه صنفان نسيئة وتفاضل الا ماروى عن ابن عباس من انكاره الربا في التفاضل لما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لا ربا الا في النسيئة وانما صار جمهور الفقهاء الى أن الربا في هذين النوعين ثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم والكلام في الربا ينحصر في أربعة فصول • الفصل الاول في معرفة الاشياء التي لا يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء وتبيين علة ذلك • الثاني في معرفة الاشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء • الثالث في معرفة ما يجوز فيه الامران جميعا • الرابع في معرفة ما يعد صنفاً واحداً مما لا يعد صنفاً واحداً

﴿الفصل الاول﴾

فنقول أجمع العلماء على أن التفاضل والنساء مما لا يجوز واحد منها في الصنف الواحد من الاصناف التي نص عليها في حديث عبادة بن الصامت الا ماحكي عن ابن عباس وحديث عبادة هو قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح الا سواء بسواء عيناً بعين فمن زاد أو ازداد فقد أربى فهذا الحديث نص في منع التفاضل في الصنف الواحد من هذه الاعيان واما منع النسيئة فيها فثابت من غير ما حديث أشهرها حديث عمر بن الخطاب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء فتضمن حديث عبادة منع التفاضل في الصنف الواحد وتضمن أيضاً حديث عمر منع النساء في الصنفين من هذه واباحة التفاضل وذلك في بعض الروايات الصحيحة وذلك أن فيها بعد ذكره منع التفاضل في تلك الستة وبيعوا الذهب بالورق كيف شئتم يداً بيد والبر بالشعير كيف شئتم

يداً بيد وهذا كله متفق عليه من الفقهاء الا البر بالشعير واختلفوا فيما سوى هذه الستة المنصوص عليها فقال قوم منهم أهل الظاهر انما يمتنع التفاضل في صنف صنف من هذه الاصناف الستة فقط وأن ماعداها لا يمتنع في الصنف الواحد منها التفاضل وقال هؤلاء أيضاً ان النساء ممتنع في هذه الستة فقط اتفقت الاصناف او اختلفت وهذا امر متفق عليه أعني امتناع النساء فيها مع اختلاف الاصناف الاماحكي عن ابن علية انه قال اذا اختلف الصنفان جاز التفاضل والنسيئة ماعدي الذهب والفضة فهؤلاء جعلوا النهي المتعلق باعيان هذه الستة من باب الخاص اريد به الخاص وأما الجمهور من فقهاء الامصار فانهم اتفقوا على انه من باب الخاص اريد به العام واختلفوا في المعنى العام الذي وقع التنبيه عليه بهذه الاصناف أعني في مفهوم علة التفاضل ومنع النساء فيها فالذي استقر عليه حذاق المالكية ان سبب منع التفاضل اما في الاربعة فالصنف الواحد من المدخر المقتات وقد قيل الصنف الواحد المدخر وان لم يكن مقتاتا ومن شرط الادخار عندهم ان يكون في الاكثر وقال بعض أصحابه الربا في الصنف المدخر وان كان نادر الادخار وأما العلة عندهم في منع التفاضل في الذهب والفضة فهو الصنف الواحد أيضاً مع كونهما رؤوساً للاثمان وقيماً للمتلفات وهذه العلة هي التي تعرف عندهم بالقاصرة لانها ليست موجودة عندهم في غير الذهب والفضة وأما علة منع النساء عند المالكية في الاربعة المنصوص عليها فهو الطعم والادخار دون اتفاق الصنف ولذلك اذا اختلفت أصنافها جاز عندهم التفاضل دون النسيئة ولذلك يجوز التفاضل عندهم في المطعومات التي ليست مدخرة أعني في الصنف الواحد منها ولا يجوز النساء أما جواز التفاضل فلكونها ليست مدخرة وقد قيل ان الادخار شرط في تحريم التفاضل في الصنف الواحد واما منع النساء فيها فلكونها مطعومة مدخرة وقد قلنا ان الطعم باطلاق علة لمنع النساء في المطعومات وأما الشافعية فعلة منع التفاضل عندهم في هذه الاربعة هو العلم فقط مع اتفاق الصنف الواحد وأما علة النساء فالطعم دون اعتبار الصنف مثل قول مالك واما الحنفية فعلة منع التفاضل عندهم في هذه الستة واحدة وهو الكيل او الوزن مع اتفاق الصنف وعلة النساء فيها اختلاف الصنف ماعدا النحاس والذهب فان الاجماع انعقد على انه يجوز فيها النساء ووافق الشافعي مالكاً في علة منع التفاضل والنساء في الذهب والفضة اعني ان كونهما رؤوساً للاثمان وقيماً للمتلفات هو عندهم علة منع النسيئة اذا اختلف الصنف فاذا اتفقا منع التفاضل والحنفية تعتبر في المكيل قدراً يتأتى فيه الكيل وسيأتي احكام الدنانير والدراهم بما يخصها في كتاب الصرف واما هاهنا فالمقصود هو تبيين مذاهب الفقهاء في علل الربا المطلق في هذه الاشياء وذكر عمدة دليل كل فريق منهم فنقول ان الذين قصروا صنفي الربا على هذه الاصناف الستة فهم احد صنفين اما قوم نفوا القياس في الشرع أعني استنباط العلل من الالفاظ وهم الظاهرية وأما قوم نفوا قياس الشبه وذلك ان جميع من الحق المسكوت هاهنا بالمنطوق به فانما الحقه بقياس الشبه لا بقياس العلة الاماحكي عن ابن الماجشون انما اعتبر في ذلك المالية وقال علة منع الربا انما هي حياطة الاموال يريد منع الغبن وأما القاضي ابو بكر الباقلاني فلما كان قياس الشبه عنده ضعيفاً وكان قياس المعنى عنده اقوى منه اعتبر في هذا الموضع قياس المعنى اذلم يتأت له قياس علة فالحق الزبيب فقط بهذه الاصناف الاربعة لانه زعم انه في معنى التمر والكل واحد من هؤلاء أعني من القائسين دليل في استنباط الشبه الذي اعتبره في الحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من هذه الاربعة أما الشافعية فانهم قالوا في تثبيت علتهم الشبهية ان الحكم إذا علق باسم مشتق دل على ان ذلك المعنى الذي اشتق منه الاسم هو علة الحكم مثل قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما فلما علق الحكم بالاسم المشتق وهو السارق علم ان الحكم متعلق بنفس السرقة

قالوا واذا كان هذا هكذا وكان قد جاء من حديث سعيد بن عبدالله انه قال كنت اسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الطعام بالطعام مثلا بمثل فمن البين ان الطعم هو الذى علق به الحكم وأما المالكية فانها زادت على الطعم اما صفة واحدة وهو الادخار على ما فى الموطا واما صفتين وهو الادخار والاقتيات على ما اختاره البغداديون وتمسك فى استنباط هذه العلة فانه لو كان المقصود الطعم وحده لاكتفى بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد من تلك الاربعة الاصناف المذكورة فلما ذكر منها عدداً علم انه قصد بكل واحد منها التنبيه على ما فى معناه وهى كلها يجمعها الاقتيات والادخار اما البر والشعير فنبه بهما على اصناف الحبوب المدخرة ونبه بالتمر على جميع انواع الحلاوات المدخرة كالسكر والعسل والزبيب ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لاصلاح الطعام وايضاً فانهم قالوا لما كان معقول المعنى فى الربا انما هو الايغبن بعض الناس بعضاً وان تحفظ اموالهم فواجب ان يكون ذلك فى اصول المعايش وهى الاقوات وأما الحنفية فعمدتهم فى اعتبار المكيل والموزون انه صلى الله عليه وسلم لما علق التحليل باتفاق الصنف واتفاق القدر وعلق التحريم باتفاق الصنف واختلاف القدر فى قوله صلى الله عليه وسلم لما مله بخيبر من حديث ابى سعيد وغيره الا كيلا بكيل يداً بيد رأوا ان التقدير أعنى الكيل او الوزن هو المؤثر فى الحكم كتأثير الصنف وربما احتجوا باحاديث ليست مشهورة فيها تنبيه قوى على اعتبار الكيل او الوزن منها انهم رووا فى بعض الاحاديث المتضمنة المسميات المنصوص عليها فى حديث عبادة زيادة وهى وكذلك مايكال ويوزن وفى بعضها وكذلك المكيال والميزان هذا نص لو صحت الاحاديث ولكن اذا تؤمل الامر من طريق المعنى ظهر والله اعلم ان علتهم اولى العلل وذلك انه يظهر من الشرع ان المقصود بتحريم الربا انما هو لمكان الغبن الكثير الذى فيه وان العدل فى المعاملات انما هو مقاربة التساوى ولذلك لما عسر ادراك التساوي فى الاشياء المختلفة الذوات جعل الدينار والدرهم لتقويمها أعنى تقديرها ولما كانت الاشياء المختلفة الذوات أعنى غير الموزونة والمكيلة العدل فيها انما هو فى وجود النسبة أعنى ان تكون نسبة قيمة احد الشيئين الى جنسه نسبة قيمة الشئ الاخر الى جنسه مثال ذلك ان العدل اذا باع انسان فرساً بثياب هو ان تكون نسبة قيمة ذلك الفرس الى الافراس هى نسبة قيمة ذلك الثوب الى الثياب فان كان ذلك الفرس قيمته خمسون فيجب ان تكون تلك الثياب قيمتها خمسون فليكن مثلا الذى يساوى هذا القدر عددها هو عشرة اثواب فاذاً اختلاف هذه المبيعات بعضها ببعض فى العدد واجب فى المعاملة العدلة أعنى ان يكون عديل فرس عشرة اثواب فى المثل . وأما الاشياء المكيلة والموزونة فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف وكانت منافعها متقاربة ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها صنف ان يستبدله بذلك الصنف بعينه الا على جهة السرف كان العدل فى هذه انما هو بوجود التساوى فى الكيل او الوزن اذ كانت لا تتفاوت فى المنافع وأيضاً فان منع التفاضل فى هذه الاشياء يوجب الايقاع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة والتعامل انما يضطر اليه فى المنافع المختلفة فاذا منع التفاضل فى هذه الاشياء اعنى المكيلة والموزونة علتان . إحداهما وجود العدل فيها . والثانى منع المعاملة اذ كانت المعاملة بها من باب السرف . وأما الدينار والدرهم فعلة المنع فيها اظهر اذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح وانما المقصود بها تقدير الاشياء التى لها منافع ضرورية وروى مالك عن سعيد بن المسيب انه كان يعتبر فى علة الربا فى هذه الاصناف الكيل والطعم وهو معنى جيد لكون الطعم ضروريا فى اقوات الناس فانه يشبه ان يكون حفظ العين وحفظ السرف فيما هو قوت اهم منه فيما ليس هو قوتاً وقد روى عن بعض التابعين انه

اعتبر

اعتبر في اربا الاجناس التي تجب فيها الزكاة وعن بعضهم الانتفاع مطلقاً أعني المالية وهو مذهب ابن الماجشون

الفصل الثاني

فيجب من هذا ان تكون علة امتناع النسيئة في الربويات هي الطعم عند مالك والشافعي . واما في غير الربويات مما ليس بمطعوم فالعلة منع النسيئة فيه عند مالك هو الصنف الواحد المتفق المنافع مع التفاضل وليس عند الشافعي نسيئة في غير الربويات وأما أبو حنيفة فعلة منع النساء عنده هو الكيل في الربويات وفي غير الربويات الصنف الواحد متفاضلا كان او غير متفاضل وقد يظهر من ابن القاسم عن مالك انه يمنع النسيئة في هذه لانه عنده من باب السلف الذي يجر منفعة

الفصل الثالث

وأما مايجوز فيه الامران جميعاً أعني التفاضل والنساء فما لم يكن طعاماً ربويا عند الشافعي وأما عند مالك فما لم يكن ربويا ولا كان صنفاً واحداً متماثلا او صنفاً واحداً باطلاق على مذهب ابي حنيفة ومالك يعتبر في الصنف المؤثر في التفاضل في الربويات وفي النساء في غير الربويات اتفاق المنافع واختلافها فاذا اختلفت جعلها صنفين وان كان الاسم واحداً وأبو حنيفة يعتبر الاسم وكذلك الشافعي وان كان الشافعي ليس الصنف عنده مؤثراً الا في الربويات فقط أعني انه يمنع التفاضل فيه وليس هو عنده علة للنساء اصلا فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة في هذه الفصول الثلاث فاما الاشياء التي لاتجوز فيها النسيئة فانها قسمان منها مالايجوز فيها التفاضل وقد تقدم ذكرها ومنها مايجوز فيها التفاضل فاما الاشياء التي لايجوز فيها التفاضل فعلة امتناع النسيئة فيها هو الطعم عند مالك وعند الشافعي الطعم فقط وعند ابي حنيفة الكيل والوزن فاذا اقترن بالطعم اتفاق الصنف حرم التفاضل عند الشافعي واذا اقترن وصف ثالث وهو الادخار حرم التفاضل عند مالك واذا اختلف الصنف جاز التفاضل وحرمت النسيئة وأما الاشياء التي ليس يحرم التفاضل فيها عند مالك فانها صنفان اما مطعومات واما غير مطعومة فاما المطعومة فالنساء عنده لايجوز فيها وعلة المنع الطعم . وأما غير المطعومة فانه لايجوز فيها النساء عنده فيما اتفقت منافعه مع التفاضل فلايجوز عنده شاة واحدة بشاتين الى اجل الا ان تكون احداهما حلوبة والاخرى اكولة هذا هو المشهور منه وقد قيل انه يعتبر اتفاق المنافع دون التفاضل فعلى هذا لا يجوز عنده شاة حلوبة بشاة حلوبة الى اجل فاما اذا اختلفت المنافع فالتفاضل والنسيئة عنده جائزان وان كان الصنف واحداً وقيل يعتبر اتفاق الاسماء مع اتفاق المنافع والاشهر انه لايعتبر وقد قيل يعتبر . وأما ابو حنيفة فالمعتبر عنده في منع النساء ماعدي التي لايجوز عنده فيها التفاضل هو اتفاق الصنف اتفقت المنافع او اختلفت فلا يجوز عنده شاة بشاة ولا بشاتين نسيئة وان اختلفت منافعها وأما الشافعي فكل مالايجوز التفاضل عنده في الصنف الواحد يجوز فيه النساء فيجيز شاة بشاتين نسيئة ونقداً وكذلك شاة بشاة ودليل الشافعي حديث عمرو بن العاصي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم امره ان يأخذ في قلايص الصدقة البعير بالبعيرين الى الصدقة قالوا فهذا التفاضل في الجنس الواحد مع النساء وأما الحنفية فاحتجت بحديث الحسن عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان قالوا وهذا يدل على تاثير الجنس على الانفراد في النسيئة وأما مالك فعمدته في مراعاة منع النساء عند اتفاق الاغراض سد الذريعة وذلك انه لافائدة في ذلك الا أن يكون من باب السلف يجر نفعاً وهو يحرم وقد قيل عنه انه اصل بنفسه وقد قيل عن الكوفيين انه لايجوز بيع الحيوان بالحيوان نسيئة اختلف الجنس او اتفق على ظاهر حديث سمرة فكان الشافعي ذهب مذهب الترجيح لحديث عمرو بن العاصي والحنفية لحديث سمرة مع التاويل له

لان ظاهره يقتضى الا يجوز الحيوان بالحيوان نسيئة اتفق الجنس او اختلف وكان مالك ذهب مذهب الجميع فحمل حديث سمرة على اتفاق الاغراض وحديث عمرو بن العاصى على اختلافها وسماع سمرة من الحسن مختلف فيه ولكن صححه الترمذى ويشهد لمالك مارواه الترمذى عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيوان اثنان بواحد لايصلح نساء ولابأس به يداً بيد وقال ابن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى عبداً بعبدين اسودين واشترى جارية بسبعة ارؤس وعلى هذا الحديث يكون بيع الحيوان بالحيوان يشبه ان يكون اصلا بنفسه لامن قبل سد ذريعة واختلفوا فيما لايجوز بيعه نساء هل من شرطه التقابض فى المجلس قبل الافتراق فى سائر الربويات بعد اتفاقهم فى اشتراط ذلك فى المصارفة لقوله عليه السلام لاتبيعوا منها غائباً بناجز فمن شرط فيها التقابض فى المجلس شبهها بالصرف ومن لم يشترط ذلك قال ان القبض قبل التفرق ليس شرطاً فى البيوع الا ماقام الدليل عليه ولما قام الدليل على الصرف فقط بقيت سائر الربويات على الاصل

﴿ الفصل الرابع ﴾ واختلفوا من هذا الباب فيما يعد صنفاً واحداً وهو المؤثر فى التفاضل مما لا يعد صنفاً واحداً فى مسائل كثيرة لكن نذكر منها اشهرها وكذلك اختلفوا فى صفات الصنف الواحد المؤثر فى التفاضل هل من شرطه الايختلف بالجودة والرداءة ولا باليبس والرطوبة فاما اختلافهم فيما يعد صنفاً واحداً مما لايعد صنفاً واحداً فمن ذلك القمح والشعير صار قوم الى انهما صنف واحد وصار آخرون الى انهما صنفان فبالاول قال مالك والاوزاعى وحكاه مالك فى الموطا عن سعيد بن المسيب وبالثانى قال الشافعى وابو حنيفة ومحمد بن الحسن السماع والقياس اما السماع فقوله صلى الله عليه وسلم لاتبيعوا البر بالبر والشعير بالشعير الا مثلا بمثل فجعلهما صنفين وايضا فان فى بعض طرق حديث عبادة بن الصامت وبيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم والبر بالشعير كيف شئتم والملح بالتمر كيف شئتم يداً بيد ذكره عبد الرزاق ووكيع عن الثورى وصحح هذه الزيادة الترمذى واما القياس فلانهما شيئان اختلفت اسماؤهما ومنافعهما فوجب ان يكونا صنفين اصله الفضة والذهب وسائر الاشياء المختلفة فى الاسم والمنفعة واما عمدة مالك فانه عمل سلفه بالمدينة واما اصحابه فاعتمدوا فى ذلك ايضاً السماع والقياس اما السماع فماروى أن النبى عليه السلام قال الطعام بالطعام مثلا بمثل فقالوا اسم الطعام يتناول البر والشعير وهذا ضعيف فان هذا عام تفسره الاحاديث الصحيحة واما من طريق القياس فانهم عددوا كثيراً من اتفاقهما فى المنافع والمتفقة المنافع لايجوز التفاضل فيها باتفاق والسلت عند مالك والشعير صنف واحد واما القطنية فانها عنده صنف واحد فى الزكاة وعنه فى البيوع روايتان احداهما انها صنف واحد والاخرى انها اصناف * وسبب الخلاف تعارض اتفاق المنافع فيها واختلافها فمن غلب الاتفاق قال صنف واحد ومن غلب الاختلاف قال صنفان او اصناف والارز والدخن والجاورس عنده صنف واحد

﴿ مسئلة ﴾ واختلفوا من هذا الباب فى الصنف الواحد من اللحم الذى لايجوز فيه التفاضل فقال مالك اللحوم ثلاثة اصناف فلحم ذوات الاربع صنف ولحم ذوات الماء صنف ولحم ذوات الماء صنف ولحم الطير كله صنف واحد ايضاً وهذه الثلاثة الاصناف مختلفه يجوز فيها التفاضل وقال أبو حنيفة كل واحد من هذه هو انواع كثيرة والتفاضل فيه جائز الا فى النوع الواحد بعينه وللشافعى قولان احدهما مثل قول ابى حنيفة والاخر ان جميعها صنف واحد وابو حنيفة يجيز لحم الغنم بالبقر متفاضلا ومالك لايجيزه والشافعى لايجيز بيع لحم الطير بالحم الغنم متفاضلا ومالك يجيزه وعند الشافعى قوله عليه السلام الطعام بالطعام مثلا بمثل ولانها اذا فارقتها الحياة زالت

الصفات التي كانت به مختلف ويتناولها اسم اللحم تناولا واحداً وعمدة المالكية ان هذه اجناس مختلفة فوجب ان تكون لحومها مختلفاً والحنفية تعتبر الاختلاف الذي في الجنس الواحد من هذه وتقول ان الاختلاف الذي بين الانواع التي في الحيوان أعني في الجنس الواحد منه كالمك قلت الطائر هو وزان الاختلاف الذي بين التمر والبر والشعير وبالجملة فكل طائفة تدعي انوازن الاختلاف الذي بين الاشياء المنصوص عليها هو الاختلاف الذي تراه في اللحم والحنفية اقوى من جهة المعنى لان تحريم التفاضل انما هو عند اتفاق المنفعة ﴿ مسئلة ﴾

واختلفوا من هذا الباب في بيع الحيوان بالميت على ثلاثة اقوال . قول انه لا يجوز باطلاق وهو قول الشافعي والليث وقول انه يجوز في الاجناس المختلفة التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز ذلك في المتفقة أعني الربوية لمكان الجهل الذي فيها من طريق التفاضل وذلك في التي المقصود منها الاكل وهو قول مالك فلا يجوز شاة مذبوحة بشاة تراد للاكل وذلك عنده في الحيوان المأكول حتى انه لا يجيز الحي بالحي اذا كان المقصود الاكل من احدهما فهي عنده من هذا الباب أعني ان امتناع ذلك عنده من جهة الربا والمزابنة وقول ثالث انه يجوز مطلقاً وبه قال ابو حنيفة

• وسبب الخلاف معارضة الاصول في هذا الباب لمرسل سعيد بن المسيب وذلك ان مالكا روى عن زيد بن اسلم عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم فمن لم تقدح عنده معارضة هذا الحديث لاصل من اصول البيوع التي توجب التحريم قال به ومن رآ ان الاصول معارضة له وجب عليه احد امرين اما ان يغلب الحديث فيجعله اصلا زائداً بنفسه او يرده لمكان معارضة الاصول له فالشافعي غلب الحديث وابو حنيفة غلب الاصول ومالك رده الى اصوله في البيوع فجعل البيع فيه من باب الربا أعني بيع الشيء الربوي باصله مثل بيع الزيت بالزيتون وسيأتي الكلام على هذا الاصل فانه الذي يعرفه الفقهاء بالمزابنة وهي داخلة في الربا بجهة وفي الغرر بجهة وذلك انها ممنوعة في الربويات من جهة الربا والغرر وفي غير الربويات من جهة الغرر فقط الذي سببه الجهل بالخارج عن الاصول ﴿ مسئلة ﴾ ومن هذا الباب اختلافهم في بيع

الدقيق بالحنطة مثلا مثل فالاشهر عن مالك جوازه وهو قول مالك في موطاه وروى عنه انه لا يجوز وهو قول الشافعي وابي حنيفة وابن الماجشون من اصحاب مالك . وقال بعض اصحاب مالك ليس هو اختلافاً من قوله وانما رواية المنع اذا كان اعتبار المثلية بالكيل لان الطعام اذا صار دقيقاً اختلف كيله ورواية الجواز اذا كان الاعتبار بالوزن . وأما ابو حنيفة فالمنع عنده في ذلك من قبل ان احدهما مكيل والآخر موزون ومالك يعتبر الكيل او الوزن فيما جرت العادة ان يكال او يوزن والعدد فيما لا يكال ولا يوزن . واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما اصله منع الربا فيه مثل الخبز بالخبز فقال ابو حنيفة لا بأس ببيع ذلك متفاضلا ومتماثلا لانه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذي فيه الربا وقال الشافعي لا يجوز متماثلا فضلا عن متفاضل لانه قد غيرته الصنعة تغيراً جهلت به مقاديره التي تعتبر فيها المماثلة ؛ وأما مالك فالاشهر في الخبز عنده انه يجوز متماثلا وقد قيل فيه انه يجوز فيه التفاضل والتساوي وأما العجين بالعجين فجائز عنده مع المماثلة • وسبب الخلاف هل الصنعة تنقله من جنس الربويات او ليس تنقله وان لم تنقله فهل تمكن المماثلة فيه او لا تمكن فقال ابو حنيفة تنقله وقال مالك والشافعي لا تنقله ، واختلفوا في امكان المماثلة فيهما فكان مالك يجيز اعتبار المماثلة في الخبز واللحم بالتقدير والحزر فضلا عن الوزن . وأما اذا كان احد الربويين لم تدخله صنعة والآخر قد دخلته الصنعة فان مالكا يرى في كثير منها ان الصنعة تنقله من

الجنس أعني من ان يكونا جنساً واحداً فيجيز فيها التفاضل وفي بعضها ليس يرى ذلك وتفصيل مذهبه في ذلك عسير الانفصال فاللحم المشوى والمطبوخ عنده من جنس واحد والحنطة المقلوة عنده وغير المقلوة جنسان وقد رام اصحابه التفصيل في ذلك والظاهر من مذهبه انه ليس في ذلك قانون من قوله حتى يحصر فيه اقواله فيها وقد رام حصرها الباجي في المنتقى وكذلك ايضاً يعسر حصر المنافع التي توجب عنده الاتفاق في شيء شيء من الاجناس التي يقع بها التعامل وتميزها من التي لا توجب ذلك أعني في الحيوان والعروض والنبات * وسبب العسر ان الانسان اذا سئل عن اشياء متشابهة في اوقات مختلفة ولم يكن عنده قانون يعمل عليه في تمييزها الا ما يعطيه بادي النظر في الحال جاوب فيها بجوابات مختلفة فاذا جاء من بعده احد فرام ان يجري تلك الاجوبة على قانون واحد واصل واحد عسر ذلك عليه وانت تتبين ذلك من كتبهم فهذه هي امهات هذا الباب .

﴿ فصل ﴾ وأما اختلافهم في بيع الربوي الرطب بجنسه من اليابس مع وجود التماثل في القدر والتاجز فان السبب في ذلك ما روى مالك عن سعد بن ابي وقاص انه قال سمعت رسول الله صلى الله صلى الله عليه وسلم يسئل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب اذا جف فقالوا نعم فنهى عن ذلك فأخذ به اكثر العلماء وقال لا يجوز بيع التمر بالرطب على حال مالك والشافعي وغيرهما وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وخالفه في ذلك صاحباه محمد بن الحسن وابو يوسف وقال الطحاوي بقول ابي حنيفة * وسبب الخلاف معارضة ظاهر حديث عبادة وغيره له واختلافهم في تصحيحه وذلك ان حديث عبادة اشترط في الجواز فقط المماثلة والمساواة وهذا يقتضي بظاهره حال العقد لا حال المآل فمن غلب ظواهر احاديث الربويات رد هذا الحديث ومن جعل هذا الحديث أصلا بنفسه قال هو امر زائد ومفسر لاحاديث الربويات والحديث ايضا اختلف الناس في تصحيحه ولم يخرجه الشيخان قال الطحاوي خولف فيه عبد الله فرواه يحيى بن كثير عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وقال ان الذي يروي عنه هذا الحديث عن سعد بن ابي وقاص هو مجهول لكن جمهور الفقهاء صاروا الى العمل به وقال مالك في موطاه قياساً به على تعليل الحكم في هذا الحديث وكذلك كل رطب بيابس من نوعه حرام يعني منع المماثلة كالمعجين بالدقيق واللحم اليابس بالرطب وهو احد قسمي المزابنة عند مالك المنهي عنها عنده والعرية عنده مستثناة من هذا الاصل وكذلك عند الشافعي والمزابنة عند ابي حنيفة المنهي عنها هو بيع التمر على الارض بالتمر في رؤوس النخيل لموضع الجهل بالمقدار الذي بينهما أعني بوجود التساوي وطرد الشافعي هذه العلة في الشيئين الرطبين فلم يجز بيع الرطب بالرطب ولا المعجين بالمعجين مع التماثل لانه زعم أن التفاضل يوجد بينهما عند الجفاف وخالفه في ذلك جل من قال بهذا الحديث واما اختلافهم في بيع الجيد بالردي في الاصناف الربوية فذلك يتصور بأن يباع منها صنف واحد وسط في الجودة بصنفين احدهما أجود من ذلك الصنف والاخر أردى مثل ان يبيع مدين من تمر وسط بمدين من تمر احدهما أعلى من الوسط والاخر أدون منه فان مالكا يرد هذا لانه يتهمه أن يكون انما قصد ان يدفع مدين من الوسط في مد من الطيب فجعل معه الردي ذريعة الى تحليل ما لا يجب من ذلك ووافقه الشافعي في هذا ولكن التحريم عنده ليس هو فيما أحسب لهذه التهمة لانه لا يعمل التهم ولكن يشبه أن يعتبر التفاضل في الصفة وذلك انه متى لم تكن زيادة الطيب على الوسط مثل نقصان الردي عن الوسط والا فليس هناك مساواة في الصفة ومن هذا الباب اختلافهم في جواز بيع صنف من الربويات بصنف مثله وعرض او دنانير او دراهم

اذا كان الصنف الذى يجعل معه العرض اقل من ذلك الصنف المفرد او يكون مع كل واحد منهما عرض والصنفان مختلفان فى القدر فالاول مثل ان يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودرهم والثانى مثل ان يبيع كيلين من التمر وثوب بثلاثة اكيال من التمر ودرهم فقال مالك والشافعي والليث ان ذلك لايجوز وقال أبو حنيفة والكوفيون ان ذلك جائز * فسبب الخلاف هل مايقابل العرض من الجنس الربوى ينبغى أن يكون مساويا له فى القيمة او يكفى في ذلك رضا البائع فمن قال الاعتبار بمساواته في القيمة قال لايجوز لامكان الجهل بذلك لانه اذا لم يكن العرض مساويا لفضل أحد الربويين على الثانى كان التفاضل ضرورة مثال ذلك انه اذا باع كيلين من تمر بكيل وثوب فقد يجب ان تكون قيمة الثوب تساوى الكيل والاوقع التفاضل ضرورة واما أبو حنيفة فيكتفى فى ذلك بان يرضى به المتبايعان ومالك يعتبر أيضاً في هذا سد الذريعة لانه انما جعل حاصل ذلك ذريعة الى بيع الصنف الواحد متفاضلا فهذه مشهورات مسائلهم فى هذا الجنس

﴿ باب فى بيوع الذرائع الربوية ﴾

وهاهنا شئ يعرض للمتبائعين اذا أقال احدهما الاخر زيادة اونقصان والمتبايعين اذا اشترى أحدهما من صاحبه الشئ الذي باعه بزيادة اونقصان وهو أن يتصور بينهما من غير قصد الى ذلك تبايع ربوي مثل ان يبيع انسان من انسان سلعة بعشرة دنانير نقداً ثم يشتريها منه بعشرين الى أجل فاذا اضيفت البيعة الثانية الي الاولى استقر الامر على أن احدهما دفع عشرة دنانير فى عشرين الى اجل وهذا هو الذى يعرف ببيوع الاجال فنذكر من ذلك مسئلة في الاقالة ومسئلة من بيوع الاجال اذ كان هذا الكتاب ليس المقصود به التفريع وانما المقصود فيه تحصيل الاصول

﴿ مسئلة ﴾

لم يختلفوا أن من باع شيئاً ما كان قلت عبداً بمائة دينار مثلا الى اجل ثم ندم البائع فسأل المبتاع ان يصرف اليه مبيعه ويدفع اليه عشرة دنانير مثلا نقداً اوالى أجل ان ذلك يجوز وأنه لاباس بذلك وأن الاقالة عندهم اذا دخلتها الزيادة والنقصان هى بيع مستانف ولاحرج فى أن يبيع الانسان الشئ بثمن ثم يشتريه بأكثر منه لانه فى هذه المسئلة اشترى منه البائع الاول العبد الذى باعه بالمائة التى وجبت له وبالعشرة مثاقيل التى زادها نقداً اوالى اجل وكذلك لاخلاف بينهم لو كان البيع بمائة دينار الى اجل والعشرة مثاقيل نقداً اوالى اجل واما ان ندم المشترى فى هذه المسئلة وسأل الاقالة على ان يعطى البائع العشرة المثاقيل نقداً اوالى اجل ابعد من الاجل الذي وجبت فيه المائة فهنا اختلفوا فقال مالك لايجوز وقال الشافعي يجوز ووجه ما كره من ذلك مالك ان ذلك ذريعة الى قصد بيع الذهب بالذهب الى اجل والى بيع ذهب وعرض بذهب لان المشترى دفع العشرة مثاقيل والعبد فى المائة دينار التى عليه وايضاً فدخله بيع وسلف كان المشترى باعه العبد بستين وأسلفه عشرة الى الاجل الذى يجب عليه فيقبضها من نفسه لنفسه وأما الشافعي فهذا كله عنده جائز لانه شراء مستانف ولا فرق عنده بين هذه المسئلة وبين ان تكون لرجل على رجل مائة دينار مؤجلة فيشترى منه غلاماً بالستين ديناراً التى عليه ويتعجل له عشرة دنانير وذلك جائز باجماع قال وحمل الناس على انهم لايجوز واما ان كان البيع الاول نقداً فلا خلاف فى جواز ذلك لانه ليس يدخله بيع ذهب بذهب نسيئة الا ان مالكا كره ذلك لمن هو من اهل العينة أعنى الذى يداين الناس لانه عنده ذريعة لسلف فى اكثر منه يتوصلان اليه بما اظهرا من البيع من غير ان تكون له حقيقة واما البيوع التى يعرفونها ببيوع الاجال فهى ان يبيع الرجل سلعة بثمن الى أجل ثم يشتريها بثمن آخر الى أجل آخر أو نقداً وهذه تسع مسائل اذا لم تكن هناك زيادة عرض اختلف منها فى مسئلتين واتفق فى الباقى وذلك انه من باع شيئاً الى أجل ثم

اشتراه فاما ان يشتريه الى ذلك الاجل بعينه او قبله او بعده وفى كل واحد من هذه الثلاثة اما أن يشتريه بمثل الثمن الذى باعه به منه واما باقل واما باكثر يختلف من ذلك فى اثنين وهو ان يشتريها قبل الاجل نقدا باقل من الثمن والى ابعد من ذلك الاجل باكثر من ذلك الثمن فعند مالك وجمهور اهل المدينة ان ذلك لايجوز وقال الشافعى وداود وابو ثور يجوز فمن منعه فوجه منعه اعتبار البيع الثانى بالبيع الاول فانهم ان يكون انما قصد دفع دنانير فى اكثر منها الى اجل وهو ربا انتهى عنه فزورا لذلك هذه الصورة ليتصلا بها الى الحرام مثل ان يقول قائل لاخر اسلفنى عشرة دنانير الى شهر واوداليك عشرين دينارا فيقول هذا لايجوز ولكن ابتع منك هذا الحمار بعشرين الى شهر ثم اشتريه منك بعشرة نقداً واما فى الوجوه الباقية فليس يتهم فيها لانه ان اعطى اكثر من الثمن فى أقل من ذلك الاجل لم يتهم وكذلك ان اشتراها باقل من ذلك الثمن الى ابعد من ذلك الاجل ومن الحجة لمن رأى هذا الرأى حديث أبى العالية عن عائشة أنها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت ام ولد لزيد بن أرقم يا أم المومنين انى بعت من زيد عبداً الى العطاء بثمان مائة فاحتاج الى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الاجل بست مائة فقالت عائشة بئس ما شريت وبئس ما اشتريت أبلغى زيداً انه قد ابطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب قالت ارأيت ان تركت واخذت الست مائة دينار قالت نعم فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وقال الشافعى واصحابه لايثبت حديث عائشة وأيضاً فان زيدا قد خالفها واذا اختلفت الصحابة فمذهبنا القياس وروى مثل قول الشافعى عن ابن عمر واما اذا حدث بالمبيع نقص عند المشترى الاول فان الثورى وجماعة من الكوفيين أجازوا لبائعه بالنظرة ان يشتريه نقدا باقل من ذلك الثمن وعن مالك فى ذلك روايتان والصور التى يعتبرها مالك فى الذرائع فى هذه البيوع هى ان يتذرع منها الى انظرنى ازدك او الى بيع ما لايجوز متفاضلا او بيع ما لايجوز نساء او الى بيع وسلف او الى ذهب وعرض بذهب او الى وضع وتعجل او بيع الطعام قبل ان يستوفى او بيع وصرف فان هذه هى اصول الربا ومن هذا الباب اختلافهم فيمن باع طعاماً بطعام قبل ان يقبضه فمنعه مالك وابو حنيفة وجماعة وأجازه الشافعى والثورى والاوزاعى وجماعة وحجة من كرهه انه شبيه بيع الطعام بالطعام نساء ومن اجازه لم ير ذلك فيه اعتبارا بترك القصد الى ذلك ومن ذلك اختلافهم فيمن اشترى طعاما بثمن الى أجل معلوم فلما حل الاجل لم يكن عند البائع طعام يدفعه اليه فاشترى من المشترى طعاما بثمن يدفعه اليه مكان طعامه الذى وجب له فاجاز ذلك الشافعى وقال لا فرق بين ان يشترى الطعام من غير المشترى الذى وجب له عليه أو من المشترى نفسه ومنع من ذلك مالك ورآه من الذريعة إلى بيع الطعام قبل ان يستوفى لانه رد اليه الطعام الذى كان ترتب فى ذمته فيكون قد باعه منه قبل ان يستوفيه وصورة الذريعة فى ذلك ان يشترى رجل من آخر طعاما إلى أجل معلوم فاذا حل الاجل قال الذى عليه الطعام ليس عندى طعام ولكن اشترى منك الطعام الذى وجب لك على فقال هذا لايصح لانه بيع الطعام قبل ان يستوفى فتقول له فبع طعاما منى وارده على فيعرض من ذلك ما ذكرناه اعنى ان يرد عليه ذلك الطعام الذى اخذ منه ويبقى الثمن المدفوع انما هو ثمن الطعام الذى هو فى ذمته وأما الشافعى فلا يعتبر التهم كما قلنا وانما يراعى ما يحل ويحرم من البيوع ما اشترطا وذكراه بالسنتهما وظهر من فعلهما لاجماع العلماء على أنه إذا قال ابيعك هذه الدراهم بدراهم مثلها وانظرك بها حولا أو شهراً انه لا يجوز ولو قال له اسلفنى دراهم وامهلنى بها حولا أو شهراً جاز فليس بينهما الا اختلاف لفظ البيع وقصده ولفظ القرض وقصده ولما كانت اصول الربا كما قلنا خمسة النظرة ازدك والتفاضل والنساء وضع وتعجل وبيع الطعام قبل قبضه

فانه يظن انه من هذا الباب إذ فاعل ذلك يدفع دنانير ويأخذ أكثر منها من غير تكلف فعل ولا ضمان يتعلق بذمته فينبغي ان نذكر هاهنا هذين الاصلين اما ضع وتعجل فاجازه ابن عباس من الصحابة وزفر من فقهاء الامصار ومنعه جماعة منهم ابن عمر من الصحابة ومالك وأبو حنيفة والثوري وجماعة من فقهاء الامصار واختلف قول الشافعي في ذلك فاجاز مالك وجمهور من ينكر ضع وتعجل ان يتعجل الرجل في دينه المؤجل عوضاً يأخذه وإن كانت قيمته أقل من دينه وعمدة من لم يجز ضع وتعجل انه شبيه بالزيادة مع النظرة المجتمع على تحريمها ووجه شبهه بها انه جعل للزمان مقداراً من الثمن بدلا منه في الموضعين جميعاً وذلك انه لما زاد له في الزمان زاده عرضه ثمناً ولما حطه الزمان حطه عنه في مقابلته ثمناً وعمدة من أجازه ماروى عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم لما امر باخراج بني النضير جاءه ناس منهم فقالوا يانبي الله انك أمرت باخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ضعوا وتعجلوا * فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه لهذا الحديث واما بيع الطعام قبل قبضه فان العلماء مجمعون على منع ذلك إلا ما يحكى عن عثمان البتي وإنما أجمع العلماء على ذلك لثبوت النهي عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه واختلف من هذه المسئلة في ثلاثة مواضع أحدها فيما يشترط فيه القبض من المبيعات والثاني في الاستفادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط والثالث في الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلا وجزافا ففيه ثلاثة فصول

﴿ الفصل الاول ﴾ واما بيع ماسوى الطعام قبل القبض فلا خلاف في مذهب مالك في اجازته واما الطعام الربوي فلا خلاف في مذهبه ان القبض شرط في بيعه واما غير الربوي من الطعام فعنه في ذلك روايتان إحداهما المنع وهي الاشهر وبها قال أحمد وأبو ثور الا انهما اشترطا مع الطعام الكيل والوزن والرواية الاخرى الجواز وأما أبو حنيفة فالقبض عنده شرط في كل مبيع ماعدا المبيعات التي لا تنقل ولا تحول وهي الدور والعقار وأما الشافعي فان القبض عنده شرط في كل مبيع وبه قال الثوري وهو مروي عن جابر بن عبد الله وابن عباس وقال أبو عبيد وإسحاق كل شيء لا يكال ولا يوزن فلا بأس ببيعه قبل قبضه فاشترط هؤلاء القبض في المكيل والموزون وبه قال ابن حبيب وعبد العزيز بن أبي سلمة وربيعة وزاد هؤلاء مع الكيل والوزن المعدود فيتحصل في اشتراط القبض سبعة أقوال ، الاول في الطعام الربوي فقط والثاني في الطعام باطلاق ، الثالث في الطعام المكيل والموزون ، الرابع في كل شيء يثقل ، الخامس في كل شيء ، السادس في المكيل والموزون ، السابع في المكيل والموزون والمعدود * اما عمدة مالك في منعه ماعدا المنصوص عليه فدليل الخطاب في الحديث المتقدم واما عمدة الشافعي في تعميمها ذلك في كل بيع فعموم قوله عليه السلام لا يحل بيع وسلف ولا ربح مالم يضمن ولا بيع ما ليس عندك وهذا من باب بيع مالم يضمن وهذا مبني على مذهبه من ان القبض شرط في دخول المبيع في ضمان المشتري واحتج أيضاً بحديث حكيم بن حزام قال قلت يارسول الله اني اشتري بيوعا فما يحل لي منها وما يحرم فقال يابن أخي إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه قال أبو عمر وحديث حكيم بن حزام رواه يحيى بن أبي كثير عن يوسف بن باهك ابن عبد الله بن عصمة حدثه ان حكيم بن حزام قال ويوسف بن باهك وعبد الله بن عصمة لا أعرف لهما جرحة الا أنه لم يروعنهما الا رجل واحد فقط وذلك في الحقيقة ليس بجرحة وان كرهه جماعة من المحدثين ومن

طريق المعنى ان بيع مالم يقبض يتطرق منه الى الربا وانما استثنى أبو حنيفة مايحول وينقل عنده مما لا ينقل لان ما ينقل القبض عنده فيه هي التخلية واما من اعتبر الكيل والوزن فلاتفاقهم ان المكيل والموزون لايخرج من ضمان البائع الى ضمان المشتري الا بالكيل أو الوزن وقد نهى عن بيع مالم يضمن

﴿ الفصل الثاني ﴾ واما ما يعتبر ذلك فيه مما لا يعتبر فان العقود تنقسم أولا الى قسمين قسم يكون بمعاوضة وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات والذي يكون بمعاوضة ينقسم ثلاثة أقسام أحدها يختص بقصد المغابنة والمكايسة وهي البيوع والاجارات والمهور والصلح والمال المضمون بالتعدي وغيره والقسم الثاني لايختص بقصد المغابنة وانما يكون على جهة الرفق وهو القرض والقسم الثالث فهو ما يصح ان يقع على الوجهين جميعاً أعني على قصد المغابنة وعلى قصد الرفق كالشركة والاقالة والتولية وتحصيل أقوال العلماء في هذه الاقسام اما ما كان بيعاً وبعوض فلا خلاف في اشتراط القبض فيه وذلك في الشيء الذي يشترط فيه القبض واحد واحد من العلماء واما ما كان خالصاً للرفق أعني القرض فلا خلاف أيضاً ان القبض ليس شرطا في بيعه أعني انه يجوز للرجل ان يبيع القرض قبل ان يقبضه واستثنى أبو حنيفة مما يكون بعوض المهر والخلع فقال يجوز بيعهما قبل القبض وأما العقود التي تتردد بين قصد الرفق والمغابنة وهي التولية والشركة والاقالة فاذا وقعت على وجه الرفق من غير ان تكون الاقالة أو التولية بزيادة أو نقصان فلا خلاف أعلمه في المذهب ان ذلك جائز قبل القبض وبعده وقال أبو حنيفة والشافعي لا تجوز الشركة ولا التولية قبل القبض وتجوز الاقالة عندهما لانها قبل القبض فسخ بيع لا بيع فعمدة من اشترط القبض في جميع المعاوضات انها في معنى البيع المنهي عنه وانما استثنى مالك من ذلك التولية والاقالة والشركة للاثر والمعنى أما الاثر فما رواه من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه الا ما كان من شركة أو تولية أو اقالة واما من طريق المعنى فان هذه انما يراد بها الرفق لا المغابنة اذا لم يدخلها زيادة ولا نقصان وانما استثنى من ذلك أبو حنيفة الصداق والخلع والجعل لان العوض في ذلك ليس بينا اذا لم يكن عيناً

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما اشتراط القبض فيما يبيع من الطعام جزافاً فان مالكا رخص فيه وأجازه وبه قال الاوزاعي ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعي وحجتهما عموم الحديث المتضمن للنهي عن بيع الطعام قبل قبضه لان الذريعة موجودة في الجزاف وغير الجزاف ومن الحجة لهما ماروى عن ابن عمر أنه قال كنا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام جزافاً فبعث الينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه الى مكان سواه قبل ان نبيعه قال ابن عمر وان كان مالك لم يرو عن نافع في هذا الحديث ذكر الجزاف فقد رواته جماعة وجوده عبيد الله بن عمر وغيره وهو مقدم في حفظ حديث نافع وعمدة المالكية ان الجزاف ليس فيه حق توفية فهو عندهم من ضمان المشتري بنفس العقد وهذا من باب تخصيص العموم بالقياس المظنون العلة وقد يدخل في هذا الباب اجماع العلماء على منع بيع الرجل شيئاً لا يملكه وهو المسمى عينة عند من يرى نقله من باب الذريعة الى الربا وأما من رآه من جهة انه قد لا يمكنه نقله فهو داخل في بيوع الغرر وصورة التذرع منه الى الربا المنهي عنه ان يقول رجل لرجل أعطني عشرة دنانير على ان ادفع لك الى مدة كذا ضعفها فيقول له هذا لا يصلح ولكن ابع مني سلعة كذا السلعة يسميها ليست عنده بهذا العدد ثم يعمد هو فيشتري تلك السلعة فيقبضها له بعد ان كمل البيع بينهما وتلك السلعة قيمتها قريباً مما كان

سأله

سأله ان يعطيه من الدراهم قرضاً فيرد عليه صنفها وفى المذهب فى هذا تفصيل ليس هذا موضع ذكره ولا خلاف فى هذه الصورة التى ذكرنا انها غير جائزة فى المذهب أعنى اذا تقارا على الثمن الذى يأخذ به السلعة قبل شرائها وأما الدين بالدين فاجمع المسلمون على منعه واختلفوا فى مسائل هل هى منه ام ليست منه مثل ما كان ابن القاسم لايجيز ان يأخذ الرجل من غريمه فى دين له عليه تمر أقد بداصلاحه ولاسكنى دار ولاجارية تتواضع ويراه من باب الدين بالدين وكان اشهب يجيز ذلك ويقول ليس هذا من باب الدين بالدين وانما الدين بالدين ما لم يشرع فى اخذ شئ منه وهوالقياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعى وابى حنيفة وانما اجازه مالك من هذا الباب وخالفه فيه جمهور العلماء ماقاله فى المدونة من ان الناس كانوا يبيعون اللحم بسعر معلوم والثمن الى العطاء فياخذ المبتاع كل يوم وزنا معلوماً قال ولم ير الناس بذلك باساً وكذلك كل ما يبتاع فى الاسواق وروى ابن القاسم ان ذلك لايجوز الا فيما خشى عليه الفساد من الفواكه اذا اخذ جميعه وأما القمح وشبهه فلا فهذه هى اصول هذا الباب وهذا الباب كله انما حرم فى الشرع لمكان الغبن الذى يكون طوعا عن علم

﴿ الباب الثالث ﴾ وهى البيوع المنهى عنها من قبل الغبن الذى سببه الغرر والغرر يوجد فى المبيعات من جهة الجهل على اوجه اما من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه اوتعيين العقد اومن جهة الجهل بوصف الثمن والمثمون المبيع اوبقدره اوباجله ان كان هنالك اجل واما من جهة الجهل بوجوده اوتعذر القدرة عليه وهذا راجع الى تعذر التسليم واما من جهة الجهل بسلامته أعنى بقاءه وهاهنا بيوع تجمع اكثر هذا وبعضها ومن البيوع التى توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيوع منطوق بها وبيوع مسكوت عنها والمنطوق به اكثر متفق عليه وانما يختلف فى شرح اسمائها والمسكوت عنه مختلف فيه ونحن نذكر اولا المنطوق به فى الشرع ومايتعلق به من الفقه ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت عنه ماشهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار ليكون كالقانون فى نفس الفقه أعنى فى رد الفروع الى الاصول . فاما المنطوق به فى الشرع . فمنه نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة . ومنها نهيه عن بيع ما لم يخلق وعن بيع الثمار حتى تزهى وعن بيع الملامسة والمنابذة وعن بيع الحصاة . ومنها نهيه عن المعاومة وعن بيعتين فى بيعة وعن بيع وشرط وعن بيع وسلف وعن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود ونهيه عن المضامين والملاقيح أما بيع الملامسة فكانت صورته فى الجاهلية ان يلمس الرجل الثوب ولا ينشره او يبتاعه ليلا ولا يعلم مافيه وهذا مجمع على تحريمه * وسبب تحريمه الجهل بالصفة واما بيع المنابذة فكان ان ينبذ كل واحد من المتبايعين الى صاحبه فى الثوب من غير ان يعين ان هذا بهذا بل كانوا يجعلون ذلك راجعاً الى الاتفاق . وأما بيع الحصاة فكانت صورته عندهم ان يقول المشترى اى ثوب وقعت عليه الحصاة التى ارمى بها فهو لى وقيل ايضاً انهم كانوا يقولون اذا وقعت الحصاة من يدى فقد وجب البيع وهذا قمار . وأما بيع حبل الحبلة ففيه تاويلان . أحدهما انها كانت بيوعا يؤجلونها الى ان تنتج الناقة ما فى بطنها ثم ينتج ما فى بطنها والغرر من جهة الاجل فى هذا بين وقيل انما هو بيع جنين جنين الناقة وهذا من باب النهى عن بيع المضامين والملاقيح والمضامين هى ما فى بطون الحوامل والملاقيح مافى ظهور الفحول فهذه كلها بيوع جاهلية متفق على تحريمها وهى محرمة من تلك الاوجه التى ذكرناها واما بيع الثمار فانه ثبت عنه عليه السلام انه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى تزهى ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر نحن منها عيونها وذلك ان بيع الثمار لايخلوا ان تكون قبل ان تخلق او بعد ان

تخلق ثم اذا خلقت لايخلوا ان تكون بعد الصرام اوقبله ثم اذا كان قبل الصرام فلايخلوا ان تكون قبل ان تزهي اوبعد ان تزهي وكل واحد من هذين لايخلوا ان يكون بيعاً مطلقاً او بشرط التبقية اوبشرط القطع

﴿ أما القسم الاول وهو بيع الثمار قبل ان تخلق ﴾

فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك لانه من باب النهي عن بيع مالم يخلق ومن باب بيع السنين والمعاومة وقد روى عنه عليه السلام انه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعاومة وهي بيع الشجر اعواماً الاما روى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير انهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين وأما بيعها بعد الصرام فلاخلاف في جوازه وأما بيعها بعد ان خلقت فاكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذي نذكره الاما روى عن ابي سلمة بن عبد الرحمان وعن عكرمة انه لايجوز الا بعد الصرام فاذا قلنا بقول الجمهور انه يجوز قبل الصرام فلايخلوا ان تكون بعد ان تزهي اوقبل ان تزهي وقد قلنا ان ذلك لايخلوا ان يكون بيعاً مطلقاً اوبيعاً بشرط القطع اوبشرط التبقية فاما بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلاخلاف في جوازه الاما روى عن الثوري وابن ابي ليلى من منع ذلك وهي رواية ضعيفة وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف في انه لا يجوز الا ما ذكره النخعي من جوازه تخريجاً على المذهب واما بيعها قبل الزهو مطلقاً فاختلف في ذلك فقهاء الامصار فجمهورهم على انه لايجوز مالك والشافعي واحمد واسحاق والليث والثوري وغيرهم وقال ابو حنيفة يجوز ذلك الا انه يلزم المشتري عنده فيه القطع لا من جهة ما هو بيع ما لم يزه بل من جهة ان ذلك شرط عنده في بيع الثمر على ماسيأتي بعد اما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقا قبل الزهو فالحديث الثابت عن ابن عمر ان رسول الله صلي الله عليه وسلم نهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهي البائع والمشتري فعلم ان ما بعد الغاية بخلاف ما قبل الغاية وان هذا النهي يتناول البيع المطلق بشرط التبقية ولما ظهر للجمهور ان المعنى في هذا خوف ما يصيب الثمار من الجائحة غالبا قبل ان تزهي لقوله عليه السلام في حديث انس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو ارايت ان منع الله الثمرة فبم ياخذ احدكم مال اخيه لم يحمل العلماء النهي في هذا على الاطلاق اعني النهي عن البيع قبل الازهاء بل رات ان معنى النهي هو بيعه بشرط التبقية الى الازهاء فأجازوا بيعها قبل الازهاء بشرط القطع واختلفوا اذا ورد البيع مطلقاً في هذه الحال هل يحمل على القطع وهو الجائز او على التبقية الممنوعة فمن حمل الاطلاق على التبقية اوراى ان النهي يتناوله بعمومه قال لايجوز ومن حمله على القطع قال يجوز والمشهور عن مالك ان الاطلاق محمول على التبقية وقد قيل عنه انه محمول على القطع واما الكوفيون فحجتهم في بيع الثمار مطلقاً قبل ان تزهي حديث ابن عمر الثابت ان رسول الله صلي الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد ابرت فثمرتها للبائع الا ان يشترطها المبتاع قالوا فلما جاز ان يشترطه المبتاع جاز بيعه مفرداً وحملوا الحديث الوارد بالنهي عن بيع الثمار قبل ان تزهي على الندب واحتجوا لذلك بما روي عن زيد بن ثابت قال كان الناس في عهد رسول الله صلي الله عليه وسلم يتبايعون الثمار قبل ان يبدو صلاحها فاذا جد الناس وحضر تقاضيهم قال المبتاع اصاب الثمر الزمان اصابه مراض اصابه قشام ومراض لعاهات يذكرونها فلما كثرت خصومتهم عند النبي قال كالمشورة يشير بها عليهم لاتبيعوا الثمر حتى يبدوا صلاحها وربما قالوا ان المعنى الذي دل عليه الحديث في قوله حتى يبدو اصلاحه هو ظهور الثمرة بدليل قوله عليه السلام ارايت ان منع الله الثمرة فبم ياخذ احدكم مال اخيه وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ولم يكن يري رأى ابي حنيفة في ان من ضرورة بيع الثمار القطع ان يجيز بيع الثمر قبل بدو صلاحها على شرط التبقية

فالجمهور

فالجمهور يجعلون جواز بيع الثمار بالشرط قبل الازهاء على الخصوص أعني اذا بيع الثمر مع الاصل وأما شراء الثمر مطلقاً بعد الزهو فلا خلاف فيه والاطلاق فيه عند جمهور فقهاء الامصار يقتضي التبقية بدليل قوله عليه السلام ارايت ان منع الله الثمرة الحديث ووجه الدليل منه ان الجوائح انما تطرأ في الاكثر على الثمار قبل بدو الصلاح وأما بعد بدو الصلاح فلا يظهر الا قليلة ولو لم يجب في المبيع بشرط التبقية لم يكن هنالك جائحة تتوقع وكان هذا الشرط باطلا وأما الحنفية فلا يجوز عندهم بيع الثمر بشرط التبقية والاطلاق عندهم كما قلنا محمول على القطع وهو خلاف مفهوم الحديث وحجتهم ان نفس بيع الشيء يقتضي تسليمه والالحقه الغرر ولذلك لم يجز ان تباع الاعيان الى اجل والجمهور على ان بيع الثمار مستثنى من بيع الاعيان الى اجل لكون الثمر ليس يمكن ان يبيس كله دفعة فالكوفيون خالفوا الجمهور في بيع الثمار في موضعين . أحدهما في جواز بيعها قبل ان تزهي . والثاني في منع تبقيتها بالشرط بعد الازهاء او بمطلق العقد وخلافهم في الموضع الاول اقوى من خلافهم في الموضع الثاني أعني في شرط القطع وان ازهى وانما كان خلافهم في الموضع الاول اقرب لانه من باب الجمع بين حديثي ابن عمر المتقدمين ولان ذلك ايضاً مروي عن عمر بن الخطاب وابن الزبير واما بدو الصلاح الذي جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع بعده فهو ان يصفر فيه البسر ويسود فيه العنب ان كان مما يسود وبالجملة ان تظهر في الثمر صفة الطيب هذا هو قول جماعة فقهاء الامصار لما رواه مالك عن حميد عن انس انه صلى الله عليه وسلم سئل عن قوله حتى يزهي فقال حتى يحمر وروى عنه عليه السلام انه نهى عن بيع العنب حتى يسود والحب حتى يشتد وكان زيد بن ثابت في رواية مالك عنه لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا وذلك لاثنتي عشرة ليلة خلت من ايار وهو مابه وهو قول ابن عمر ايضاً سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهات فقال عبد الله بن عمر ذلك وقت طلوع الثريا وروى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا طلع النجم صباحا رفعت العاهات عن أهل البلد وروى ابن القاسم عن مالك انه لا بأس ان يباع الحائط وان لم يزه اذا ازهي ماحوله من الحيطان اذا كان الزمان قد امنت فيه العاهة يريد والله اعلم طلوع الثريا الان المشهور عنه انه لا يباع حائط حتى يبدو فيه الزهو وقد قيل انه لا يعتبر مع الازهاء طلوع الثريا فالمحصل في بدو الصلاح للعلماء ثلاثة اقوال قول انه الازهاء وهو المشهور وقول انه طلوع الثريا وان لم يكن في الحائط في حين البيع ازهاء وقول الامران جميعاً وعلى المشهور من اعتبار الازهاء يقول مالك انه اذا كان في الحائط الواحد بعينه اجناس من الثمر مختلفة الطيب لم يبع كل صنف منها الا بظهور الطيب فيه وخالفه في ذلك الليث ﴿ وأما الانواع المتقاربة الطيب ﴾ فيجوز عنده بيع بعضها بطيب البعض وبدو الصلاح المعتبر عن مالك في الصنف الواحد من الثمر هو وجود الازهاء في بعضه لا في كله اذا لم يكن ذلك الازهاء مبكراً في بعضه تبكيراً يراخي عنه البعض بل اذا كان متناسباً لان الوقت الذي تنجو الثمرة فيه في الغالب من العاهات هو اذا بدأ الطيب في الثمرة ابتداء متناسقاً غير منقطع وعند مالك انه اذا بدأ الطيب في نخلة بستان جاز بيعه وبيع البساتين المجاورة له اذا كان نخل البساتين من جنس واحد . وقال الشافعي لا يجوز الا بيع نخل البستان الذي يظهر فيه الطيب فقط ومالك اعتبر الوقت الذي تومن فيه العاهة اذا كان الوقت واحداً للنوع الواحد والشافعي اعتبر نقصان خلقة الثمر وذلك انه اذا لم يطب كان من بيع ما لم يخلق وذلك ان صفة الطيب فيه وهي المشتراة لم تخلق بعد لكن هذا كما قال لا يشترط في كل ثمرة بل في بعض ثمرة جنة واحدة وهذا لم يقل به احد فهذا هو مشهور ما اختلفوا فيه من بيع الثمار ومن المسموع الذي اختلفوا فيه من هذا الباب ماجاء

عنه عليه السلام من النهي عن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود وذلك أن العلماء اتفقوا على انه لا يجوز بيع الحنطة في سنبلها دون السنبل لانه بيع ما لم تعلم صفته ولا كثرته واختلفوا في بيع السنبل نفسه مع الحب فجوز ذلك جمهور العلماء مالك وابو حنيفة واهل المدينة واهل الكوفة وقال الشافعي لا يجوز بيع السنبل نفسه وان اشتد لانه من باب الغرر قياساً على بيعه مخلوطاً بتبنه بعد الدرس وحجة الجمهور شيئان الاثر والقياس . أما الاثر فما روى عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخيل حتى تزهى وعن السنبل حتى يبيض وتامن العاهة نهى البائع والمشتري وهي زيادة على ما رواه مالك من هذا الحديث والزيادة اذا كانت من الثقة مقبولة وروى عن الشافعي انه لما وصلته هذه الزيادة رجع عن قوله وذلك انه لا يصح عنده قياس مع وجود الحديث . وأما بيع السنبل اذا افرك ولم يشتد فلا يجوز عند مالك الا على القطع . وأما بيع السنبل غير محصود فقيل عن مالك يجوز وقيل لا يجوز الا اذا كان في حزمه وأما بيعه في تبنه بعد الدرس فلا يجوز بلا خلاف فيما احسب هذا اذا كان جزافاً فاما ان كان مكيلا فجائز عند مالك ولا اعرف فيه قولا لغيره واختلف الذين اجازوا بيع السنبل اذا طاب على من يكون حصاده ودرسه فقال الكوفيون على البائع حتى يعمله جالما للمشتري وقال غيرهم هو على المشتري ومن هذا الباب ما ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة وذلك من حديث ابن عمر وحديث ابن مسعود وابي هريرة قال ابو عمر وكلها من نقل العدول فاتفق الفقهاء على القول بموجب هذا الحديث عموماً واختلفوا في التفصيل أعني في الصورة التي ينطلق عليها هذا الاسم من التي لا ينطلق عليها . واتفقوا ايضاً على بعضها وذلك يتصور على وجوه ثلاثة . أحدها اما في مثمونين بثمنين او مثمون واحد بثمنين او مثمونين بثمن واحد على احد البيعين فدلزم اما في مثمونين بثمنين فان ذلك يتصور على وجهين . أحدهما ان يقول له ابيعك هذه السلعة بثمن كذا على ان تبيعني هذه الدار بثمن كذا : والثاني ان يقول له ابيعك هذه السلعة بدينار او هذه الاخرى بدينارين وأما بيع مثمون واحد بثمنين فان ذلك يتصور ايضاً على وجهين : أحدهما ان يكون احد الثمن نقداً والاخر نسيئة مثل ان يقول له ابيعك هذا الثوب نقداً بعشرة او الى اجل بعشرين . والوجه الثاني ان يقول له ابيعك هذا الثوب نقداً بثمن كذا على ان اشتريه منك الى اجل كذا بثمن كذا واما مثمونان بثمن واحد فمثل ان يقول ابيعك هذه الدار بكذا على ان تبيعني هذا الغلام بكذا فنص الشافعي على انه لا يجوز لان الثمن في كليهما يكون مجهولا لانه لو افرد المبيعين لم يتفقا في كل واحد منهما على الثمن الذي اتفقا عليه في المبيعين في عقد واحد وأصل الشافعي في رد بيعتين في بيعة انما هو جهل الثمن او المثمون . وأما الوجه الثاني وهو ان يقول ابيعك هذه السلعة بدينار او هذه الاخرى بدينارين على أن البيع قد لزم في احدهما فلا يجوز عند الجميع وسواء كان النقد واحداً او مختلفاً وخالف عبد العزيز بن ابي سلمة في ذلك فاجازه اذا كان النقد واحداً او مختلفاً وعلة منعه عند الجميع الجهل وعند مالك من باب سد الذرائع لانه ممكن ان يختار في نفسه احد الثوبين فيكون قد باع ثوبا ودينارا بثوب ودينار وذلك لا يجوز على اصل مالك . وأما الوجه الثالث وهو ان يقول له ابيعك هذا الثوب نقداً بكذا او نسيئة بكذا فهذا اذا كان البيع فيه واجباً فلا خلاف في انه لا يجوز وأما اذا لم يكن البيع لازماً في احدهما فاجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعي لانهما افترقا على ثمن غير معلوم وجعله مالك من باب الخيار لانه اذا كان عنده على الخيار لم يتصور فيه ندم يوجب تحويل احد الثمنين في الاخر وهذا عند مالك هو المانع فعلة

امتناع هذا الوجه الثالث عند الشافعي وابي حنيفة من جهة جهل الثمن فهو عندهما من بيوع الغرر الذي نهي عنها وعلة امتناعه عندمالك سدالذريعة الموجبة للربا لامكان ان يكون الذي له الخيار قداختار اولا انفاذ العقد باحدالثمنين المؤجل اوالمعجل ثم بداله ولم يظهر ذلك فيكون قدترك احد الثمنين للثمن الثاني فكانه باع احد الثمنين بالثاني فيدخله ثمن بثمن نسيئة اونسيئة ومتفاضلا وهذا كله اذا كان الثمن نقداً وان كان الثمن غير نقد بل طعاماً دخله وجه آخر وهوبيع الطعام بالطعام متفاضلا وأما اذاقال اشترى منك هذا الثوب نقداً بكذا على ان تبيعه مني الى اجل فهوعندهم لايجوز باجماع لانه من باب العينة وهوبيع الرجل ماليس عنده ويدخله ايضاً علة جهل الثمن وأما اذا قال له ابيعك احدهذين الثوبين بدينار وقدلزمه احدهما ايهما اختار وافترقا قبل الخيار فان كان الثوبان من صنفين وهما مما يجوز ان يسلم احدهما في الثاني فانه لاخلاف بين مالك والشافعي في انه لايجوز وقال عبدالعزيز بن ابي سلمة انه يجوز وعلة المنع الجهل والغرر . وأما ان كانا من صنف واحد فيجوز عند مالك ولايجوز عند ابي حنيفة والشافعي . وأما مالك فانه اجازه لانه يجيز الخيار بعدعقد المبيع في الاصناف المستوية لقلة الغرر عنده في ذلك وأما من لايجيزه فيعتبره بالغرر الذي لايجوز لانهما افترقا على بيع غير معلوم وبالجملة فالفقهاء متفقون على ان الغرر الكثير في المبيعات لايجوز وأن القليل يجوز ويختلفون في اشياء من انواع الغرر فبعضهم يلحقها بالغرر الكثير وبعضهم يلحقها بالغرر القليل المباح لترددها بين القليل والكثير فاذا قلنا بالجواز على مذهب مالك فقبض الثوب من المشترى على ان يختار فهلك احدهما اواصابه عيب ممن يصيبه ذلك فقيل تكون المصيبة بينهما وقيل بل يضمنه كله المشترى الا ان تقوم البينة على هلاكه وقيل فرق في ذلك بين الثياب ومايغاب عليه وبين مالايغاب عليه كالعبيد يضمن فيما يغاب عليه ولا يضمن فيما لايغاب عليه وأما هل يلزمه اخذ الباقي قيل يلزم وقيل لا يلزم وهذا يذكر في احكام البيوع وينبغي ان نعلم ان المسائل الداخلة في هذا المعنى هي اما عند فقهاء الامصار من باب الغرر . وأما عند مالك فمنها ما يكون عنده من باب ذرائع الربا ومنها ما يكون من باب الغرر فهذه هي المسائل التي تتعلق بالمنطوق به في هذا الباب وأما نهيه عن بيع الثنيا وعن بيع وشرط فهو وان كان سببه الغرر فلانه يذكرها في المبيعات الفاسدة من قبل الشروط

﴿ فصل ﴾

وأما المسائل المسكوت عنها في هذا الباب المختلف فيها بين فقهاء الامصار فكثيرة لكن نذكر منها اشهرها ليكون كالقانون للمجتهد النظار

﴿ مسئلة ﴾ المبيعات على نوعين مبيع حاضر مرئي فهذا لا خلاف في بيعه ومبيع غائب اومتعذر الرؤية فهنا اختلف العلماء فقال قوم بيع الغائب لايجوز بحال من الاحوال لاوصف ولا لم يوصف وهذا اشهر قولي الشافعي وهوالمتصور عند اصحابه اعني ان بيع الغائب على الصفة لايجوز وقال مالك واكثر اهل المدينة يجوز بيع الغائب على الصفة اذا كانت غيبته مما يومن ان تتغير فيه قبل القبض صفته وقال ابوحنيفة يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ثم له اذا رآها الخيار فان شاء اخذ البيع وان شاء رده وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وان جاء على الصفة وعند مالك انه اذا جاء على الصفة فهو لازم وعند الشافعي لاينعقد البيع اصلا في الموضعين وقدقيل في المذهب يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية وقع ذلك في المدونة وانكره عبد الوهاب وقال هو مخالف لاصولنا ٥ وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هوجهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير ام ليس بمؤثر وانه من الغرر

اليسير المعفوعنه فالشافعي رآه من الغرر الكثير ومالك رآه من الغرر اليسير واما أبو حنيفة فانه رأى انه اذا كان خيار الرؤية انه لاغرر هناك وان لم تكن له رؤية واما مالك فرأى ان الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر فى العقاد البيع ولا خلاف عند مالك ان الصفة انما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع اولمكان المشقة التي فى نشره ومايخاف ان يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ولهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ولم يجز عنده بيع الساج في جرابه ولا الثوب المطوى فى طيه حتى ينشر او ينظر الى مافى اجوافها واحتج ابو حنيفة بما روى عن ابن المسيب انه قال قال اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وددنا ان عثمان بن عفان وعبد الرحمان بن عوف تبايعا حتي نعلم ايهما اعظم جدا فى التجارة فاشترى عبد الرحمان من عثمان بن عفان فرسا بارض له اخرى باربعين ألفا اواربعة آلاف فذكر تمام الخبر وفيه بيع الغائب مطلقاً ولابد عند ابى حنيفة من اشتراط الجنس ويدخل البيع على الصفة اوعلى خيار الرؤية من جهة ماهو غائب غرر آخر وهو هل هو موجود وقت العقد اومعدوم ولذلك اشترطوا فيه ان يكون قريب الغيبة الا ان يكون مامونا كالمقار ومن هاهنا أجاز مالك بيع الشئ برؤية متقدمة اعنى اذا كان من القرب بحيث يومن ان تتغير فيه فاعلمه

﴿ مسئلة ﴾ واجمعوا على انه لايجوز بيع الاعيان الى اجل وان من شرطها تسليم المبيع الى المبتاع بأثر عقد الصفقة الا ان مالكا وربيعة وطائفة من اهل المدينة اجازوا بيع الجارية الرفيعة على شرط المواضعة ولم يجيزوا فيها النقد كما لم يجزه مالك في بيع الغائب وانما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين ومن عدم التسليم ويشبه ان يكون بيع الدين بالدين من هذا الباب اعنى لما يتعلق بالغرر من عدم التسليم من الطرفين لا من باب الربا وقد تكلمنا فى علة الدين بالدين ومن هذا الباب ما كان يرى ابن القاسم انه لايجوز ان يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه ثمراً قد بدا صلاحه ويراه من باب الدين بالدين وكان أشهب يجيز ذلك ويقول انما الدين بالدين ما لم يشرع فى قبض شئ منه أعنى أنه كان يرى أن قبض الاوائل من الاثمان يقوم مقام قبض الاواخر وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعي وابى حنيفة

﴿ مسئلة ﴾ أجمع فقهاء الامصار على بيع الثمر الذى يثمر بطناً واحداً يطيب بعضه وان لم تطب جملته معا واختلفوا فيما يثمر بطونا مختلفة وتحصيل مذهب مالك فى ذلك أن البطون المختلفة لاتخلوا أن تتصل اولاتتصل وان لم تتصل لم يكن بيع مالم يخلق منها داخلا فيما خلق كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير ثم ان اتصلت فلا يخلوا أن تتميز البطون أولاتتميز فمثال المتميز جز الفصيل الذى يجز مدة بعد مدة ومثال غير المتميز المباطخ والمقاثى والباذنجان والفرع فى الذى يتميز عنه وينفصل روايتان احداهما الجواز والاخري المنع وفي الذي ينفصل ولايتميز قول واحد وهو الجواز وخالفه الكوفيون وأحمد واسحاق والشافعي في هذا كله فقالوا لا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر وحجة مالك فيما لايتميز انه لايمكن حبس أوله على آخره فجاز أن يباع مالم يخلق منها مع ماخلق وبدا صلاحه أصله جواز بيع مالم يطب من الثمر مع ماطاب لان الغرر فى الصفة شبيهة بالغرر فى عين الشئ وكان رآى ان الرخصة هاهنا يجب أن تقاس على الرخصة في بيع الثمار أعنى ماطاب مع مالم يطب لموضع الضرورة والاصل عنده أن من الغرر مايجوز لموضع الضرورة ولذلك منع على احدى الروايتين عنده بيع الفصيل بطنا اكثر من واحد لانه لاضرورة هنالك اذا كان متميزاً وأما وجه الجواز فى الفصيل فتشبيهاً له بما لايتميز وهو ضعيف واما الجمهور فان هذا كله عندهم من بيع مالم يخلق ومن باب النهي عن بيع الثمار معاومة والفت والجزر والكرنب جائز عند مالك بيعه اذا بدا صلاحه وهو استحقاقه الاكل ولم يجزه الشافعي الا

مقلوعا لانه من باب بيع الغيب. ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والباقلاء في قشره أجازه مالك ومنعه الشافعي والسبب في اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر في البيوع أم ليس من المؤثر وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين وأن غير المؤثر هو اليسير او الذي تدعوا اليه الضرورة أو ماجمع الامرين ومن هذا الباب بيع السمك في الغدير أو البركة اختلفوا فيه ايضاً فقال أبو حنيفة يجوز ومنعه مالك والشافعي فيما أحسب وهو الذي تقتضي اصوله ومن ذلك بيع الآبق أجازه قوم باطلاق ومنعه قوم باطلاق ومنهم الشافعي وقال مالك اذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع والمشتري جاز وأخذه اشترط ان يكون معلوم الاباق ويتواضعان الثمن اعني انه لايقبضه البائع حتى يقبضه المشتري لانه يتردد عند العقد بين بيع وسلف وهذا اصل من اصوله يمنع به التقد في بيع المواضعة وفي بيع الغائب غير الممامون وفيما كان من هذا الجنس وممن قال بجواز بيع الآبق والبعير الشارد عثمان البتي والحجة للشافعي حديث مهر بن حوشب عن ابي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء العبد الآبق وعن شراء مافي بطون الانعام حتى تضع وعن شراء ما في ضروعها وعن شراء الغنائم حتى تقسم وأجاز مالك بيع لبن الغنم أياماً معدودة اذا كان مايحلب منها معروفا في العادة ولم يجز ذلك في الشاة الواحدة وقال سائر الفقهاء لايجوز ذلك الا بكيل معلوم بعد الحلب ومن هذا الباب منع مالك بيع اللحم في جلده ومن هذا الباب بيع المريض أجازه مالك الا أن يكون ميئوسا منه ومنعه الشافعي وابو حنيفة وهي رواية اخرى عنه ومن هذا الباب بيع تراب المعدن والصواغين فاجاز مالك بيع تراب المعدن بنقد يخالفه او بعرض ولم يجز بيع تراب الصاغة ومنع الشافعي البيع في الامرين جميعاً وأجازه قوم في الامرين جميعاً وبه قال الحسن البصري فهذه هي البيوع التي يختلف فيها اكثر ذلك من قبل الجهل بالكيفية واما اعتبار الكمية فانهم اتفقوا على أنه لايجوز أن يباع شئ من المكيل او الموزون أو المعدود او الممسوح الا أن يكون معلوم القدر عند البائع والمشتري واتفقوا على ان العلم الذي يكون بهذه الاشياء من قبل الكيل المعلوم او الصنوج المعلومة مؤثر في صحة البيع في كل ما كان معلوم الكيل والوزن عند البائع والمشتري من جميع الاشياء المكيلة والموزونة والمعدودة والممسوحة وأن العلم بمقادير هذه الاشياء التي تكون من قبل الحزر والتخمين وهو الذي يسمونه الجزاف يجوز في أشياء ويمنع في اشياء وأصل مذهب مالك في ذلك انه يجوز في كل ما المقصود منه الكثرة لا آحاده وهو عنده على أصناف منها ما أصله الكيل ويجوز جزافا وهي المكيلات والموزونات ومنها ما أصله الجزاف ويكون مكيلا وهي الممسوحات كالارضين والثياب ومنها ما لايجوز فيها التقدير أصلا بالكيل والوزن بل انما يجوز فيها العدد فقط ولايجوز بيعها جزافا وهي كما قلنا التي المقصود منها آحاد اعيانها وعند مالك ان التبر والفضة الغير مسكوكين يجوز بيعهما جزافا ولايجوز ذلك في الدراهم والدنانير وقال ابو حنيفة والشافعي يجوز ويكره ويجوز عند مالك ان تباع الصبرة المجهولة على الكيل أي كل كيل منها بكذا فما كان فيها من الاكيال وقع من ذلك القيمة بعد كيلها والعلم بمبلغها وقال أبو حنيفة لايلزم الا في كيل واحد وهو الذي سماه ويجوز هذا البيع عند مالك في العبيد والثياب وفي الطعام ومنعه ابو حنيفة في الثياب والعبيد ومنع ذلك غيره في الكل فيما أحسب للجهل بمبلغ الثمن ويجوز عند مالك ان يصدق المشتري البائع في كيله اذا لم يكن البيع نسيئة لانه يتهمه أن يكون صدقه لينظره بالثمن وعند غيره لايجوز ذلك حتى يكتاله المشتري لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان واجازه قوم على الاطلاق وممن منعه ابو حنيفة والشافعي واحمد وممن اجازه باطلاق عطاء بن ابي رباح وابن مليكة ولايجوز عند مالك ان يعلم البائع الكيل ويبيع المكيل جزافا ممن يجهل الكيل

ولايجوز عند الشافعي وأبي حنيفة والمزابنة انتهى عنها هي عند مالك من هذا الباب وهي بيع مجهول الكمية بمجهول الكمية وذلك اما في الربويات فلموضع التفاضل واما في غير الربويات فلعدم تحقيق القدر

﴿ الباب الرابع في بيوع الشروط والثنيا ﴾

وهذه البيوع الفاسد الذي يكون فيها هو راجع الى الفساد الذي يكون من قبل الغرر ولكل لما تضمنها النص وجب ان يكون قسما من أقسام البيوع الفاسدة على حدة والاصل في اختلاف الناس في هذا الباب ثلاثة أحاديث أحدها حديث جابر قال ابتاع مني رسول الله صلى الله عليه وسلم بعيراً وشرط ظهره الى المدينة وهذا الحديث في الصحيح والحديث الثاني حديث بريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط والحديث متفق على صحته والثالث حديث جابر قال نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة والثنيا ورخص في العرايا وهو أيضاً في الصحيح خرجه مسلم ومن هذا الباب ماروى عن أبي حنيفة انه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط فاختلف العلماء لتعارض هذه الاحاديث في بيع وشرط فقال قوم البيع فاسد والشرط فاسد وممن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة وقال قوم البيع جائز والشرط جائز وممن قال بهذا القول ابن أبي شبرمة وقال قوم البيع جائز والشرط باطل وممن قال بهذا القول ابن أبي ليلى وقال أحمد البيع جائز مع شرط واحد وامامع شرطين فلافمن ابطل البيع والشرط أخذ بعموم نهيه عن بيع وشرط ولعموم نهيه عن الثنيا ومن أجازهما جميعاً أخذ بحديث جابر الذي ذكر فيه البيع والشرط ومن اجاز البيع وابطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة ومن لم يجز الشرطين واجاز الواحد احتج بحديث عمرو بن العاصي خرجه أبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لايحل سلف وبيع ولايجوز شرطان في بيع ولاربح مالم يضمن ولا بيع ما ليس هو عندك واما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة اقسام شروط تبطل هي والبيع معاً وشروط تجوز هي والبيع معاً وشروط تبطل ويثبت البيع وقد يظن ان عنده قسما رابعاً وهو ان من الشروط ما ان تمسك المشترط بشرطه بطل البيع وان تركه جاز البيع واعطاه فروق بينة في مذهبه بين هذه الاصناف الاربعة عسير وقد رام ذلك كثير من الفقهاء وانما هي راجعة الى كثرة مايتضمن الشروط من صنف الفساد الذي يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر والى قلته والى التوسط بين ذلك اوالى ما تعمد نقصا في الملك فما كان دخول هذه الاشياء فيه كثيراً من قبل الشرط ابطله وابطل الشرط وما كان قليلا اجازه واجاز الشرط فيها وما كان متوسطاً ابطل الشرط واجاز البيع ويرى اصحابه ان مذهبه هو اولى المذاهب اذ مذهبه تجتمع الاحاديث كلها والجمع عندهم احسن من الترجيح والمتأخرون من اصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة واحد من له ذلك جدي والمازري والباجي وتفصيله في ذلك ان قال ان الشرط في المبيع يقع على ضربين اولين احدهما ان يشترطه بعد انقضاء الملك مثل من يبيع الامة او العبد ويشترط انه متى عتق كان له ولاؤه دون المشتري فمثل هذا قالوا يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة والقسم الثاني ان يشترط عليه شرطاً يقع في مدة الملك وهذا قالوا ينقسم الى ثلاثة أقسام اما ان يشترط في المبيع منفعة لنفسه واما ان يشترط على المشتري منعاً من تصرف عام او خاص واما ان يشترط ايقاع معنى في المبيع وهذا ايضاً ينقسم الى قسمين احدهما ان يكون معنى من معاني البر والثاني ان يكون معنى ليس فيه من البر شئ فاما اذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في اصل المبيع مثل ان يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر وقيل

السنة فذلك جائز على حديث جابر واما ان يشترط منعاً من تصرف خاص اوعام فذلك لايجوز لانه من الثنيا مثل ان يبيع الامة على ان لا يطأها اولا يبيعها واما ان يشترط معنى من معاني البر مثل العتق فان كان اشترط تعجيله جاز عنده وان تاخر لم يجز لعظم الغرر فيه ويقول مالك في اجازة البيع بشرط العتق المعجل قال الشافعي على ان من قوله منع بيع وشرط وحديث جابر عنده مضطرب اللفظ لان في بعض رواياته انه باعه واشترط ظهره الى المدينة وفي بعضها انه اعاره ظهره الى المدينة ومالك رآ هذا من باب الغرر اليسير فأجازه في المدة القليلة ولم يجزه في الكثيرة واما أبو حنيفة فعلى اصله في منع ذلك واما ان اشترط معنى في المبيع ليس ببر مثل الا يبيعها فذلك لا يجوز عند مالك وقيل عنه البيع مفسوخ وقيل بل يبطل الشرط فقط واما من قال له البائع متى جئتك بالثمن رددت علي المبيع فانه لا يجوز عند مالك لانه يكون متردداً بين البيع والسلف ان جاء بالثمن كان سلفا وان لم يجئ كان بيعاً واختلف في المذهب هل يجوز ذلك في الاقالة أم لا فمن رآ ان الاقالة بيع فسخها عنده ما فسخ سائر البيوع ومن رآ انها فسخ فرق بينها وبين البيوع واختلف أيضاً فيمن باع شيئاً بشرط الا يبيعه حتى ينتصف من الثمن فقيل عن مالك يجوز ذلك لان حكمه حكم الرهن ولا فرق في ذلك بين ان يكون الرهن هو المبيع أو غيره وقيل عن ابن القاسم لا يجوز ذلك لانه شرط يمنع المبتاع التصرف في المبيع المدة البعيدة التي لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها فوجب ان يمنع صحة البيع ولذلك قال ابن المواز انه جائز في الامد القصير ومن المسموع في هذا الباب نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف اتفق الفقهاء على انه من البيوع الفاسدة واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض فمنعه أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء واجازه مالك وأصحابه الا محمد بن عبد الحكم وقد روي عن مالك مثل قول الجمهور وحجة الجمهور ان النهي يتضمن فساد المنهي عنه مع ان الثمن يكون في المبيع مجهولا لاقتران السلف به وقد روي ان محمدا بن أحمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسئلة اسماعيل بن اسحاق المالكي فقال له ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاما بمائة دينار وزق خمر فلما عقد البيع قال انا ادع الزق قال وهذا البيع مفسوخ عند العلماء باجماع فاجاب اسماعيل عن هذا بجواب لا تقوم به حجة وهو ان قال له الفرق بينهما ان مشترط السلف هو مخير في تركه اوعدم تركه وليس كذلك مسئلة زق الخمر وهذا الجواب هو نفس الشيء الذي طولب فيه بالفرق وذلك انه يقال له لما كان هنا مخيراً ولم يكن هناك مخيراً في ان يترك الزق ويصح البيع والاشبه ان يقال ان التحريم هاهنا لم يكن لشيء محرم بعينه وهو السلف لان السلف مباح وانما وقع التحريم من أجل الاقتران اعني اقتران البيع به وكذلك البيع في نفسه جائز وانما امتنع من قبل اقتران الشرط به وهناك انما امتنع البيع من اجل اقتران شيء محرم لعينه به لانه شيء محرم من من قبل الشرط ونكتة المسئلة هل اذا لحق الفساد بالبيع من قبل الشرط يرتفع الفساد اذا ارتفع الشرط ام لا يرتفع كما لا يرتفع الفساد اللاحق للبيع الحلال من اجل اقتران المحرم العين به وهذا ايضاً ينبني على اصل آخر هو هل هذا الفساد حكمي او معقول فان قلنا حكمي لم يرتفع بارتفاع الشرط وان قلنا معقول ارتفع بارتفاع الشرط فمالك رآه معقولا والجمهور راوه غير معقول والفساد الذي يوجد في بيوع الربا والغرر هو اكثر ذلك حكمي ولذلك ليس ينعقد عندهم اصلا وان ترك الربا بعد البيع او ارتفع الغرر واختلفوا في حكمه اذا وقع على ما يأتي في احكام البيوع الفاسدة ومن هذا الباب بيع العربان فجمهور علماء الامصار على انه غير جائز وحكي عن قوم من التابعين انهم اجازوه منهم مجاهد وابن سيرين ونافع بن الحرث وزيد بن أسلم وصورته ان يشتري الرجل شيئاً فيدفع الى المبتاع من ثمن

ذلك المبيع شيئاً على انه ان نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة وان لم ينفذ ترك المشترى ذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالبه به وإنما صار الجمهور الى منعه لانه من باب الغرر والمخاطرة واكل المال بغير عوض وكان زيد يقول اجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال اهل الحديث ذلك غير معروف عن رسول الله صلى عليه وسلم وفى الاستثناء مسائل مشهورة من هذا الباب اختلف الفقهاء فيها أعنى هل تدخل تحت النهى عن الثنيا ام ليس تدخل فمن ذلك ان بيع الرجل حاملا ويستثنى ما في بطنها فجمهور فقهاء الامصار مالك وأبو حنيفة والشافعى والثورى على انه لا يجوز وقال احمد وابو ثور وداود ذلك جائز وهو مروى عن ابن عمر

* وسبب الخلاف هل المستثنى مبيع مع ما استثنى منه ام ليس بمبيع وانما هو باق على ملك البائع فمن قال مبيع قال لا يجوز وهو من الثنيا المنهي عنها لما فيها من الجهل بصفته وقلة الثقة بسلامة خروجه ومن قال هو باق على ملك البائع اجاز ذلك وتحصيل مذهب مالك فيمن باع حيوانا واستثنى بعضه ان ذلك البعض لا يخلوا ان يكون شائعاً او معيناً او مقدراً فان كان شائعاً فلا خلاف فى جوازه مثل ان يبيع عبداً الا ربعه واما ان كان معيناً فلا يخلوا ان يكون مغيباً مثل الجنين او يكون غير مغيب فان كان مغيباً فلا يجوز وان كان غير مغيب كالرأس واليد والرجل فلا يخلوا الحيوان ان يكون مما يستباح ذبحه او لا يكون فان كان مما لا يستباح ذبحه فانه لا يجوز لانه لا يجوز ان يبيع احد غلاماً ويستثنى رجله لان حقه غير متميز ولا متبعض وذلك مما لا خلاف فيه وان كان الحيوان مما يستباح ذبحه فان باعه واستثنى منه عضواً له قيمة بشرط الذبح ففى المذهب فيه قولان احدهما انه لا يجوز وهو المشهور والثانى يجوز وهو قول ابن حبيب جوز بيع الشاة مع استثناء القوائم والراس وأما اذا لم يكن للمستثنى قيمة فلا خلاف في جوازه في المذهب ووجه قول مالك انه ان كان استثناؤه بجلده فما تحت الجلد مغيب وان كان لم يستثنه بجلده فانه لا يدرى باى صفة يخرج له بعد كشط الجلد عنه ووجه قول ابن حبيب انه استثنى عضواً معيناً معلوماً فلم يضره ما عليه من الجلد اصله شراء الحب فى سنبله والجوز فى قشره واما ان كان المستثنى من الحيوان بشرط الذبح اما عرفاً واما ملفوظاً به جزءاً مقدراً مثل ارطال من جزور فعن مالك فى ذلك روايتان احداهما المنع وهى رواية ابن وهب والثانية الاجازة فى الارطال اليسيرة فقط وهى رواية ابن القاسم واجمعوا من هذا الباب على جواز بيع الرجل ثمر حائطه واستثناء نخلات معينات منه قياساً على جواز شرائها : واتفقوا على انه لا يجوز ان يستثنى من حائطه عدة نخلات غير معينات الا تعيين المشترى لها بعد البيع لانه بيع مالم يره المتبايعان واختلفوا في الرجل يبيع الحائط ويستثنى منه عدة نخلات بعد البيع فمنعه الجمهور لمكان اختلاف صفة النخيل وروى عن مالك اجازته ومنع ابن القاسم قوله فى النخلات واجازه فى استثناء الغنم وكذلك اختلف قول مالك وابن القاسم فى شراء نخلات معدودة من حائطه على ان يعينها بعد الشراء المشترى فاجازه مالك ومنعه ابن القاسم وكذلك اختلفوا اذا استثنى البائع مكيلة من حائط قال ابو عمر بن عبد البر فمنع ذلك فقهاء الامصار الذين تدور الفتوى عليهم والفت الكتب على مذاهبهم لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الثنيا فى البيع لانه استثناء مكيل من جزاف . وأما مالك وسلفه من اهل المدينة فانهم اجازوا ذلك فيما دون الثلث ومنعوه فيما فوقه وحملوا النهى عن الثنيا على ما فوق الثلث وشبهوا بيع ما عدا المستثنى ببيع الصبرة التى لا يعلم مبلغ كيلها فتباع جزافاً ويستثنى منها كيل ما وهذا الاصل ايضاً مختلف فيه أعنى اذا استثنى منها كيل معلوم واختلف العلماء من هذا الباب فى بيع

واجارة معاً في عقد واحد فاجازه مالك واصحابه ولم يجزه الكوفيون ولا الشافعي لان الثمن يرون انه يكون حينئذ مجهولا ومالك يقول اذا كانت الاجارة معلومة لم يكن الثمن مجهولا وربما رآه الذين منعوه من باب بيعتين في بيعة وأجمعوا على أنه لايجوز السلف والبيع كما قلنا واختلف قول مالك في اجازة السلف والشركة مرة اجاز ذلك ومرة منعه وهذه كلها اختلف العلماء فيها لاختلافها بالاقل والاكثر في وجود علل المنع فيها المنصوص عليها فمن قويت عنده علة المنع في مسئلة منها منعها ومن لم تقو عنده اجازها وذلك راجع الى ذوق المجتهد لان هذه المواد يتجاذب القول فيها الى الضدين على السواء عند النظر فيها ولعل في أمثال هذه المواد يكون القول بتصويب كل مجتهد صوابا ولهذا ذهب بعض العلماء في أمثال هذه المسائل الى التخيير

الباب الخامس في البيوع المنهي عنها من اجل الضرر أو الغش

والمسموع من هذا الباب ماثبت من نهيه صلى الله عليه وسلم عن ان يبيع الرجل على بيع اخيه وعن ان يسوم أحد على سوم اخيه ونهيه عن تلقي الركبان ونهيه عن ان يبيع حاضر لباد ونهيه عن النجش وقد اختلف العلماء في تفصيل معاني هذه الآثار اختلافاً ليس بمتباعد فقال مالك معنى قوله عليه السلام لايبع بعضكم على بيع بعض ومعنى نهيه عن ان يسوم احد على سوم اخيه واحد وهي في الحالة التي اذا ركن البائع فيها الى المبتاع ولم يبق بينهما الا شئ يسير مثل اختيار الذهب أو اشتراط العيوب او البراءة منها ومثل تفسير مالك فسر أبو حنيفة هذا الحديث وقال الثوري معنى لايبع بعضكم على بيع بعض ألا يطرأ رجل آخر على المتبايعين فيقول عندي خير من هذه السلعة ولم يحد وقتا ركون ولا غيره وقال الشافعي معنى ذلك اذا تم البيع باللسان ولم يفترقا فاتى أحد يعرض عليه سلعة لعلها خير منها وهذا منه بناء على مذهبه في أن البيع انما يلزم بالافتراق فهو ومالك متفقان على أن النهي انما يتناول حالة قرب لزوم البيع ومختلفان في هذه الحالة ماهي لاختلافها فيما به يكون اللزوم في البيع على ماستذكره بعد وفقهاء الامصار على أن هذا البيع يكره وان وقع مضى لانه سوم على بيع لم يتم وقال داود واصحابه ان وقع فسخ في أي حالة وقع تمسكا بالعموم وروى عن مالك وعن بعض أصحابه فسخه مالم يفت وأنكر ابن الماجشون ذلك في البيع فقال وانما قال بذلك مالك في النكاح وقد تقدم ذلك واختلفوا في دخول الذمي في النهي عن سوم أحد على سوم غيره فقال الجمهور لافرق في ذلك بين الذمي وغيره وقال الاوزاعي لاباس بالسوم على سوم الذمي لانه ليس باخي المسلم وقد قال صلى الله عليه وسلم لايسم أحد على سوم اخيه ومن هاهنا منع قوم بيع المزايدة وان كان الجمهور على جوازه ٭ وسبب الخلاف بينهم هل يحمل هذا النهي على الكراهة او على الحظر ثم اذا حمل على الحظر فهل يحمل على جميع الاحوال أو في حالة دون حالة

فصل

واما نهيه عن تلقي الركبان للبيع فاختلفوا في مفهوم النهي ماهو فرأى مالك ان المقصود بذلك أهل الاسواق ليلا ينفرد المتلقي برخص السلعة دون اهل الاسواق ورأى انه لايجوز ان يشتري احد سلعة حتى تدخل السوق هذا اذا كان التلقي قريباً فان كان بعيدا فلا باس به وحد القرب في المذهب نحو من ستة اميال ورأى انه اذا وقع جاز ولكن يشرك المشتري اهل الاسواق في تلك السلعة التي من شأنها ان يكون ذلك سوقها واما الشافعي فقال ان المقصود بالنهي انما هو لاجل البائع ليلا يغبنه المتلقي لان البائع يجهل سعر البلد وكان يقول اذا وقع قرب السلعة بالخيار ان شاء انفذ البيع اورده ومذهب الشافعي هو نص في حديث ابي هريرة الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال عليه السلام لاتتلقوا الجلب فمن تلقى منه شيئاً فاشتراه فصاحبه بالخيار اذا اتى السوق خرجه مسلم وغيره

﴿ فصل ﴾ وامانهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للبادى فاختلف العلماء فى معنى ذلك فقال قوم لايبيع اهل الحضر لاهل البادية قولا واحدا واختلف عنه فى شراء الحضرى للبدوى مرة اجازه وبه قال ابن حبيب ومرة منعه واهل الحضر عنده هم الامصار وقد قيل عنه انه لايجوز ان يبيع اهل القرى لاهل العمود المنتقلين ومثل قول مالك قال الشافعى والاوزاعى وقال ابو حنيفة واصحابه لاباس ان يبيع الحاضر للبادى ويخبره بالسعر وكرهه مالك اعنى ان يخبر الحضرى البادى بالسعر واجازه الاوزاعى والذين منعوه اتفقوا على أن القصد بهذا النهى هو ارتفاق اهل الحضر لان الاشياء عند اهل البادية ايسر من اهل الحضرة وهى عندهم أرخص بل اكثر مايكون مجانا عندهم اى بغير ثمن فكانهم راوا انه يكره ان ينصح الحضرى للبدوى وهذا مناقض لقوله عليه السلام الدين النصيحة وبهذا تمسك فى جوازه ابو حنيفة وحجة الجمهور حديث جابر خرجه مسلم وابو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لايبيع حاضر لباد ذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض وهذه الزيادة انفرد بها أبو داود فيما احسب والاشبه ان يكون من باب غبن البدوى لانه يرد والسعر مجهول عنده الا ان تثبت هذه الزيادة ويكون على هذا معنى الحديث معنى النهى عن تلقى الركبان على ما تأوله الشافعى وجاء فى الحديث الثابت واختلفوا اذا وقع فقال الشافعى اذا وقع فقد تم وجاز البيع لقوله عليه السلام دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض واختلف فى هذا المعنى اصحاب مالك فقال بعضهم يفسخ وقال بعضهم لايفسخ ﴿ فصل ﴾ واما نهيه عليه السلام عن النجش فاتفق العلماء على منع ذلك وأن النجش هو ان يزيد أحد فى سلعة وليس فى نفسه شراؤها يريد بذلك ان ينفع البائع ويضر المشترى واختلفوا اذا وقع هذا البيع فقال اهل الظاهر هو فاسد وقال مالك هو كالعيب والمشترى بالخيار ان شاء ان يرد وان شاء ان يمسك أمسك وقال أبو حنيفة والشافعى ان وقع أثم وجاز البيع • وسبب الخلاف هل يتضمن النهى فساد المنهى وان كان النهى ليس فى نفس الشئ بل من خارج فمن قال يتضمن فسخ البيع لم يجزه ومن قال ليس يتضمن اجازه والجمهور على أن النهى اذا ورد لمعنى فى المنهى عنه انه يتضمن الفساد مثل النهى عن الربا والغرر واذا ورد الامر من خارج لم يتضمن الفساد ويشبه ان يدخل فى هذا الباب نهيه عليه السلام عن بيع الماء لقوله عليه السلام فى بعض الفاظه انه نهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلا وقال أبو بكر ابن المنذر ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الماء ونهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلا وقال لايمنع رهو بير ولا بيع ماء واختلف العلماء فى تاويل هذا النهى فحمله جماعة من العلماء على عمومه فقالوا لايحل بيع الماء بحال كان من بير اوغدير اوعين فى ارض مملكة اوغير مملكة غير انه ان كان متملكا كان احق بمقدار حاجته منه وبه قال يحيى ابن يحيى قال اربع لااوى ان يمنعن الماء والنار والحطب والكلا وبعضهم خصص هذه الاحاديث لمعارضة الاصول لها وهو انه لايحل مال احد الا بطيب نفس منه كما قال عليه السلام والعقد عليه الاجماع والذين خصصوا هذا المعنى اختلفوا فى جهة تخصيصه فقال قوم معنى ذلك ان البير يكون بين الشريكين يسقى هذا يوماً وهذا يوماً فيروى زرع احدهما فى بعض يومه ولا يروى فى اليوم الذى لشريكه زرعه فيجب عليه الا يمنع شريكه من الماء بقية ذلك اليوم وقال بعضهم انما تاويل ذلك فى الذى يزرع على ماله فتنهار بيره وجاره فضل ماء انه ليس لجاره ان يمنعه فضل ماله الى ان يصلح بيره والتاويلان قريبان ووجه التاويلين انهم حملوا المطلق فى هذين الحديثين على المقيد وذلك انه نهى عن بيع الماء مطلقاً ثم نهى عن منع فضل الماء فحملوا المطلق فى هذا الحديث على المقيد وقالوا الفضل هو الممنوع فى الحديثين واما مالك فاصل مذهبه ان الماء متى كان فى ارض

متملكة منعه فهو لصاحب الارض له بيعه ومنعه الا ان يرد عليه قوم لا ثمن معهم ويخاف عليهم الهلاك وحمل الحديث على آبار الصحراء التي تحفر في الارضين الغير متملكة قرآ ان صاحبها أعنى الذى حفرها اولى بها فاذا روت ماشيته ترك الفضل للناس وكانه رآ ان البير لا تملك بالاحياء ومن هذا الباب التفرقة بين الوالدة وولدها وذلك انهم اتفقوا على منع التفرقة في المبيع بين الام وولدها لثبوت قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة واختلفوا من ذلك في موضعين في وقت جواز التفرقة وفي حكم البيع اذا وقع فاما حكم البيع فقال مالك يفسخ وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يفسخ وانم البائع والمشترى ٭ وسبب الخلاف هل النهى يقتضى فساد المنهى اذا كان لعلة من خارج واما الوقت الذى ينتقل فيه المنع الى الجواز فقال مالك حد ذلك الاثمار وقال الشافعي حد ذلك سبع سنين أو ثمان وقال الاوزاعي حده فوق عشرة سنين وذلك انه اذا نفع نفسه واستغنى في حيائه عن امه ويلحق بهذا الباب اذا وقع في البيع غبن لا يتغابن الناس بمثله هل يفسخ البيع أم لا فالمشهور في المذهب الا يفسخ وقال عبد الوهاب اذا كان فوق الثلث ردوحكاه عن بعض أصحاب مالك وجعله عليه السلام الخيار لصاحب الجلب اذا تلقي خارج للمصر دليل على اعتبار الغبن وكذلك ما جعل لمتقدين حبان من الخيار ثلاثا لما ذكر له انه يغبن في البيوع ورآ قوم من السلف الاول ان حكم الوالد في ذلك حكم الوالدة وقوم رأوا ذلك في الاخوة

﴿ الباب السادس في النهى من قبل وقت العبادات ﴾

وذلك انما ورد في الشرع في وقت وجوب السعى الى الجمعة فقط لقوله تعالى إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع وهذا أمر مجمع عليه فيما احسب أعنى منع البيع عند الاذان الذى يكون بعد الزوال والامام على المنبر واختلفوا في حكمه إذا وقع هل يفسخ أولا يفسخ فان فسخ فعلى من يفسخ وهل يلحق سائر العقود في هذا المعنى بالبيع أم لا يلحق فالمشهور عن مالك انه يفسخ وقد قيل لا يفسخ وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة ٭ وسبب الخلاف كما قلنا غير ما مرة هل النهى الوارد لسبب من خارج يقتضى فساد المنهى عنه أو لا يقتضيه واما على من يفسخ فعند مالك على من تجب عليه الجمعة لا على من لا تجب عليه وأما أهل الظاهر فمقتضى اصولهم ان يفسخ على كل بائع واما سائر العقود فيحتمل ان تلحق بالبيوع لان فيها المعنى الذى في البيع من الشغل به عن السعى الى الجمعة ويحتمل الا يلحق به لانها تقع في هذا الوقت نادرا بخلاف البيوع وأما سائر الصلوات فيمكن ان تلحق بالجمعة على جهة الندب لمرتقب الوقت فاذا فات فعلى جهة الحظر وان كان لم يقل به أحد في مبلغ علمى ولذلك مدح الله تارك البيوع لمكان الصلاة فقال تعالى رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله واقام الصلاة وايتاء الزكاة واذ قد اثبتت اسباب الفساد العامة للبيوع فلنقصر الى ذكر الاسباب والشروط المصححة له وهو القسم الثانى من النظر العام في البيوع

﴿ القسم الثاني ﴾ والاسباب والشروط المصححة للبيع هى بالجملة ضد الاسباب المفسدة له وهي منحصرة في ثلاثة اجناس النظر . الاول في العقد . والثاني في المعقود عليه . والثالث في العاقدين ففي هذا القسم ثلاثة أبواب

﴿ الباب الاول في العقد ﴾ والعقد لا يصح الا بالفاظ البيع والشراء التي صيغتها ماضية مثل ان يقول البائع قد بعت منك ويقول المشترى قد اشتريت منك واذا قال له بعني سلعتك بكذا وكذا فقال قد بعتها فعند مالك ان البيع قد وقع وقد لزم المستفهم الان يأتي في ذلك بعذر وعند الشافعي انه لا يتم البيع حتى يقول المشترى قد اشتريت وكذلك اذا قال المشترى للبائع بكم تبيع سلعتك فيقول المشترى بكذا وكذا فقال قد

اشتريت منك اختلف هل يلزم البيع أم لا حتى يقول قد بعتها منك وعند الشافعي انه يقع البيع بالالفاظ الصريحة وبالكناية ولا اذكر لمالك في ذلك قولا ولا يكفي عند الشافعي المعاطاة دون قول ولا خلاف فيما احسب ان الايجاب والقبول المؤثرين في اللزوم لابتراخي أحدهما عن الثاني حتى يفترق المجلس أعني انه متى قال البائع قد بعت سلعتي بكذا وكذا فسكت المشتري ولم يقبل البيع حتى افترقا ثم أتى بعد ذلك فقال قد قبلت انه لا يلزم ذلك البائع واختلفوا متى يكون اللزوم فقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما وطائفة من أهل المدينة ان البيع يلزم في المجلس بالقول وان لم يفترقا وقال الشافعي وأحمد واسحاق وأبو ثور وداود وابن عمر من الصحابة رضي الله عنهم البيع لازم بالافتراق من المجلس وانهما متى لم يفترقا فليس يلزم البيع ولا ينعقد وهو قول ابن ابي ذيب في طائفة من أهل المدينة وابن المبارك وسوار القاضي وشريح القاضي وجماعة من التابعين وغيرهم ، وهو مروي عن ابن عمر وابي برزة الاسلمي من الصحابة ولا مخالف لهما من الصحابة وعمدة المشترطين لخيار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه مالم يفترقا الا بيع الخيار وفي بعض روايات هذا الحديث الا ان يقول أحدهما لصاحبه اختر وهذا حديث اسناده عند الجميع من اوثق الاسانيد واصحها حتى لقد زعم ابو محمد ان مثل هذا الاسناد يوقع العلم وان كان من طريق الاحاد واما المخالفون فقد اضطربوا بهم وجه الدليل لمذهبهم في رد العمل بهذا الحديث فالذي اعتمد عليه مالك رحمه الله في رد العمل به انه يخالف عمل أهل المدينة عليه مع انه قد عارضه عنده ما رواه من منقطع حديث ابن مسعود انه قال ايما بيعين تبايعا فالقول قول البائع أو يترادان فكأنه حمل هذا على عمومه وذلك يقتضي ان يكون في المجلس وبعد المجلس ولو كان المجلس شرطاً في انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه الى تبيين حكم الاختلاف في المجلس لان البيع يعدم ينعقد ولا لزوم بل بعد الافتراق من المجلس وهذا الحديث منقطع ولا يعارض به الاول وبخاصة انه لا يعارضه الا مع توهم العموم فيه والاولى ان يبنى هذا على ذلك وهذا الحديث لم يخرجه أحد مسنداً فيما احسب فهذا هو الذي اعتمده مالك رحمه الله في ترك العمل بهذا الحديث واما أصحاب مالك فاعتمدوا في ذلك على ظواهر سمعية وعلى القياس فمن اظهر الظواهر في ذلك قوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود والعقد هو الايجاب والقبول والامر على الوجوب وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد لان له عندهم ان يرجع في البيع بعد ما انعقد مالم يفترقا واما القياس فانهم قالوا عقد معاوضة فلم يكن خيار المجلس فيه أصله سائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح على دم العمد فلما قيل لهم ان الظواهر التي يحتجون بها يخصصها الحديث المذكور فلم يبق لكم في مقابلة الحديث الا القياس فيلزمكم على هذا ان تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الاثر وذلك مذهب مدخول عند المالكية وان كان قد روى عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول أبي حنيفة فاجابوا عن ذلك بان هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب وانما هو من باب تاويله وصرفه عن ظاهره قالوا وتاويل الظاهر بالقياس متفق عليه عند الاصوليين قالوا ولنا فيه تاويلان أحدهما ان المتبايعين في الحديث المذكور هما المتساومان اللذان لم ينعقد بينهما البيع فقيل لهم انه يكون الحديث على هذا لا فائدة فيه لانه معلوم من دين الامة انهما بالخيار اذا لم يقع بينهما عقد بالقول واما التاويل الاخر فقالوا ان التفرق هاهنا انما هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالابدان كما قال الله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته والاعتراض على هذا ان هذا مجاز لا حقيقة والحقيقة هي التفرق بالابدان ووجه الترجيح ان بقاس بين ظاهر هذا اللفظ فيغلب الاقوى والحكمة

في ذلك

في ذلك هي موضع التدبر فهذه هي اصول الركن الاول الذي هو العقد

﴿ واما الركن الثاني ﴾ الذي هو المعقود عليه فانه يشترط فيه سلامته من الغرر والربا وقد تقدم المختلف في هذه من المتفق عليه واسباب الاختلاف في ذلك فلا معنى لتكراره والغرر يتقى عن الشيء بان يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم القدر مقدوراً على تسليمه وذلك في الطرفين الثمن والثمون معلوم الاجل أيضاً ان كان بيعاً مؤجلا ﴿ واما الركن الثالث ﴾ وهما العاقدان فانه يشترط فيهما ان يكونا مالكين تامي الملك أو وكيلين تامي الوكالة بالغين وان يكونا مع هذا غير محجور عليهما أو على أحدهما اما لحق أنفسهما كالسفيه عند من يرى التحجير عليه أو لحق الغير كالعبد الا ان يكون العبد مأذوناً له في التجارة واختلفوا من هذا في بيع الفضول هل ينعقد أم لا وصورته ان يبيع الرجل مال غيره بشرط ان يرضى به صاحب المال بعد البيع وان لم يرض فسخ وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير اذنه على انه ان رضي المشترى صح الشراء والا لم يصح فمنعه الشافعي في الوجهين جميعاً واجازه مالك في الوجهين جميعاً وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء فقال يجوز في البيع ولا يجوز في الشراء وعمدة المالكية ماروى ان النبي صلى الله عليه وسلم دفع الى عروة البارقي ديناراً وقال اشتر لنا من هذا الجلب شاة فقال فاشتريت شاتين بدينار وبعت احدي الشاتين بدينار وجئت بالشاة والدينار فقلت يارسول الله هذه شاتكم ودينارك فقال اللهم بارك له في صفقة يمينه ووجه الاستدلال منه أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يامره في الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع فصار ذلك حجة على ابي حنيفة في صحة الشراء للغير وعلى الشافعي في الامرين جميعاً وعمدة الشافعي النهي الوارد عن بيع الرجل مالبس عنده والمالكية تحمله على بيعه لنفسه لا للغير قالوا والدليل على ذلك ان النهي انما ورد في حكيم بن حزام وقضيته مشهورة وذلك انه كان يبيع لنفسه مالبس عنده ٭ وسبب الخلاف المسئلة المشهورة هل اذا ورد النهي على سبب حمل على سببه او يعم فهذه هي اصول هذا القسم وبالجملة فالنظر في هذا القسم هو منطوط بالقوة في الجزء الاول ولكن النظر الصناعي الفقهي يقتضي ان يفرد بالتكلم فيه واذ قد تكلمنا في هذا الجزء بحسب غرضنا فلنصر الى القسم الثالث وهو القول في الاحكام العامة في البيوع الصحيحة

﴿ القسم الثالث القول في الاحكام العامة للبيوع الصحيحة ﴾ وهذا القسم تحصر اصوله التي لها تعلق قريب بالمسموع في اربع جمل : الجملة الاولى في احكام وجود العيب في المبيعات . والجملة الثانية في الضمان في المبيعات متى ينتقل من ملك البائع الي ملك المشترى . والثالثة في معرفة الاشياء التي تتبع المبيع بما هي موجودة فيه في حين البيع التي لا تتبعه . والرابعة في اختلاف المتبايعين وان كان الاليق به كتاب الاقضية وكذلك ايضاً من ابواب احكام البيوع الاستحقاق وكذلك الشفعة هي ايضاً من الاحكام الطارئة عليه لكن جرت العادة ان يفرد لها كتاب

﴿ الجملة الاولى ﴾ وهذه الجملة فيها بابان . الباب الاول في احكام وجود العيوب في البيع المطلق . والباب الثاني في احكامها في البيع بشرط البراءة

﴿ الباب الاول في احكام العيوب في البيع المطلق ﴾ والاصل في وجوب الرد بالعيب قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وحديث المصراة المشهور ولما كان القائم بالعيب لا يخلوا ان يقوم في عقد يوجب الرد او يقوم في عقد لا يوجب ذلك ثم اذا قام في عقد يوجب الرد فلا يخلوا ايضاً ان يقوم بعيب يوجب حكماً او لا

يوجبه ثم ان قام بعيب يوجب حكماً فلا يخلوا المبيع ايضاً ان يكون قد حدث فيه تغير بعد البيع اولا يكون فان كان لم يحدث فاحكمه وان كان حدث فيه فكم اصناف التغيرات وماحكمها كانت الفصول المحيطة باصول هذا الباب خمسة : الفصل الاول في معرفة العقود التي يجب فيها بوجود العيب حكم من التي لا يجب ذلك فيها . الثاني في معرفة العيوب التي توجب الحكم وماشرطها الموجب للحكم فيها . الثالث في معرفة حكم العيب الموجب اذا كان المبيع لم يتغير . الرابع في معرفة اصناف التغيرات الحادثة عند المشتري وحكمها . الخامس في القضاء في هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين وان كان الحق بكتاب الاقضية

﴿ الفصل الاول من الباب الاول ﴾

أما العقود التي يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف فهي العقود التي المقصود منها المعاوضة كما أن العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف ايضاً في انه لا تاثير للعيب فيها كالهبات لغير الثواب والصدقة وأما ما بين هذين الصنفين من العقود أعني ماجمع قصد المكارمة والمعاوضة مثل هبة الثواب فالاظهر في المذهب ان الحكم فيها بوجود العيب وقد قيل يحكم به اذا كان العيب مفسداً

﴿ الفصل الثاني ﴾

وفي هذا الفصل نظران . أحدهما في العيوب التي توجب الحكم . والنظر الثاني في الشرط الموجب له

﴿ النظر الاول ﴾

فاما العيوب التي توجب الحكم . فمنها عيوب في النفس . ومنها عيوب في البدن وهذه منها ماهي عيوب بان تشترط اضدادها في المبيع وهي التي تسمى عيوبا من قبل الشرط ، ومنها ماهي عيوب توجب الحكم وان لم يشترط وجود اضدادها في المبيع وهذه هي التي فقدها نقص في أصل الخلقة ، وأما العيوب الاخر فهي التي اضدادها كمالات وليس فقدها نقصاً مثل الصنائع واكثر ما يوجد هذا الصنف في احوال النفس وقد يوجد في احوال الجسم والعيوب الجسمانية منها ماهي في اجسام ذوات الانفس ومنها ماهي في غير ذوات الانفس والعيوب التي لها تاثير في العقد هي عند الجميع ماانقص عن الخلقة الطبيعية اوعن الخلق الشرعي نقصانا له تاثير في ثمن المبيع وذلك يختلف بحسب اختلاف الازمان والعوائد والاشخاص فربما كان النقص في الخلقة فضيلة في الشرع كالخفاض في الاماء والختان في العبيد ولتقارب هذه المعاني في شيء شيء مما يتعامل الناس به وقع الخلاف بين الفقهاء في ذلك ونحن نذكر من هذه المسائل ما اشتهر الخلاف فيه بين الفقهاء ليكون مايحصل من ذلك في نفس الفقيه يعود كالقانون والدستور الذي يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصاً عن تقدمه اوفيما لم يقف على نص فيه لغيره فمن ذلك وجود الزنا في العبيد اختلف العلماء فيه فقال مالك والشافعي هو عيب وقال أبو حنيفة ليس بعيب وهو نقص في الخلق الشرعي الذي هو العفة والزوج عند مالك عيب وهو من العيوب المانعة من الاستعمال وكذلك الدين وذلك أن العيب بالجملة هو ما عاق فعل النفس اوفعل الجسم وهذا العائق قد يكون في الشيء وقد يكون من خارج وقال الشافعي ليس الدين ولا الزوج بعيب فيما احسب والحمل في الرائعة عيب عند مالك وفي كونه عيباً في الوحش خلاف في المذهب والتصرية عند مالك والشافعي عيب وهو حقن اللبن في الثدي اياماً حتى يوهم ذلك أن الحيوان ذو لبن غزير وحجتهم حديث المصراة المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تصروا الابل والبقر فمن فعل ذلك فهو بخير النظرين ان شاء امسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر قالوا فاثبت له الخيار بالرد مع التصرية وذلك دال على كونه عيباً مؤثراً قالوا وايضاً فانه مدلس فاشبه التدليس بسائر العيوب وقال ابو حنيفة واصحابه ليست التصرية عيباً للاتفاق على أن الانسان اذا اشترى شاة فحرج لبنها قليلا ان ذلك ليس بعيب قالوا وحديث المصراة يجب الا يوجب عملا لمفارقته

الاصول وذلك انه مفارق الاصول من وجوه . فمنها انه معارض لقوله عليه السلام الخراج بالضمان وهو اصل متفق عليه ومنها ان فيه معارضة مبيع بيع طعام بطعام نسيئة وذلك لايجوز باتفاق . ومنها أن الاصل فى المتلفات انما القيم واما المثل واعطاء صاع من تمر فى لبن ليس قيمة ولا امثلا . ومنها بيع الطعام المجهول أى الجزاف بالمكيل المعلوم لان اللبن الذى داس به البائع غير معلوم القدر وأيضاً فانه يقل ويكثر والعوض هاهنا محدود ولكن الواجب ان يستثنى هذا من هذه الاصول كلها لموضع صحة الحديث وهذا كله ليس من هذا الباب وانما هو حكم خاص ولكن اطردا به القول فلنرجع الى حيث كنا . فنقول انه لاخلاف عندهم فى العور والعمى وقطع اليد والرجل انها عيوب مؤثرة وكذلك المرض فى اى عضو كان اوكان فى جملة البدن والثيب فى المذهب عيب فى الرائعة وقيل لاباس بالبيع منه فيها وكذلك الاستحاضة عيب فى الرقيق والوحش وكذلك ارتفاع الحيض عيب فى المشهور من المذهب والزعر عيب وامراض الحواس والاعضاء كلها عيب باتفاق وبالجملة فاصل المذهب ان كل ما اثر فى القيمة أعنى نقص منها فهو عيب والبول فى الفراش عيب وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة ترد الجارية به ولا يرد العبد به والتأنيث فى الذكر والتذكير فى الانثى عيب هذا كله فى المذهب الا ما ذكرنا فيه الاختلاف

﴿ النظر الثانى ﴾ وأما شرط العيب الموجب للحكم به فهو ان يكون حادثا قبل امد التبايع باتفاق او فى العهدة عند من يقول بها فيجب هاهنا ان نذكر اختلاف الفقهاء فى العهدة . فنقول انفرد مالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الامصار وسلفه فى ذلك اهل المدينة الفقهاء السبعة وغيرهم ومعنى العهدة أن كل عيب حدث فيها عند المشترى فهو من البائع وهى عند القائلين بها عهدتان عهدة الثلاثة الايام وذلك من جميع العيوب الحادثة فيها عند المشترى وعهدة السنة وهى من العيوب الثلاثة الجذام والبرص والجنون فما حدث فى السنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشترى على الاصل وعهدة الثلاث عند المالكية بالجملة بمنزلة ايام الخيار وايام الاستبراء والنفقة فيهما والضمان من البائع . وأما عهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشترى الا من الادواء الثلاثة وهذه العهدة عند مالك فى الرقيق وهى ايضاً واقعة فى اصناف البيوع فى كل ما القصد منه المماكسة والمحاكرة وكان بيعاً لا فى الذمة هذا ما لاخلاف فيه فى المذهب واختلف فى غير ذلك وعهدة السنة تحسب عنده بعد عهدة الثلاث فى الاشهر من المذهب وزمان المواضعة يتداخل مع عهدة الثلاث ان كان زمان المواضعة اطول من عهدة الثلاث وعهدة السنة لا تتداخل مع عهدة الاستبراء هذا هو الظاهر من المذهب وفيه اختلاف وقال الفقهاء السبعة لا يتداخل منها عهدة مع ثانية فعهدة الاستبراء اولا ثم عهدة الثلاث ثم عهدة السنة واختلف أيضاً عن مالك هل تلزم العهدة فى كل البلاد من غير ان يحمل اهلها عليها فروى عنه الوجهان فاذا قيل لايلزم اهل هذه البلاد الا ان يكونوا قد حملوا على ذلك فهل يجب ان يحمل عليها اهل كل بلد ام لا فيه قولان فى المذهب ولايلزم النقد فى عهدة الثلاث وان اشترط ويلزم فى عهدة السنة والعلة فى ذلك انه لم يكمل تسليم المبيع فيها للبائع قياساً على بيع الخيار لتردد النقد فيها بين السلف والبيع فهذه كلها مشهورات أحكام العهدة فى مذهب مالك وهى كلها فروع مبنية على صحة العهدة فلنرجع الى تقرير حجج المثبتين لها والمبطلين اما عمدة مالك رحمه الله فى العهدة وحجته التى عول عليها فهى عمل اهل المدينة واما اصحابه المتأخرون فانهم احتجوا بما رواه الحسن عن عقبة بن عامر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال عهدة الرقيق ثلاثة ايام وروى ايضاً لا عهدة بعد اربع وروى

هذا الحديث أيضاً الحسن عن سمرة ابن جندب الفزاري رضي الله عنه وكلا الحديثين عند اهل العلم معلول فانهم اختلفوا في سماع الحسن عن سمرة وان كان الترمذي قد صححه وأما سائر فقهاء الامصار فلم يصح عندهم في العهدة أثر ورأوا أنها ولو صحت مخالفة للاصول وذلك ان المسلمين مجمعون على أن كل مصيبة تنزل بالمبيع قبل قبضه فهي من المشتري فالتخصيص لمثل هذا الاصل المتقرر انما يكون بسماع ثابت ولهذا ضعف عند مالك في احد الروايتين عنه ان يقضى بها في كل بلد الا ان يكون ذلك عرفاً في البلد او يشترط وبخاصة عهدة السنة فانه لم يات في ذلك اثر وروى الشافعي عن ابن جريج قال سألت ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث فقال ما علمت فيها امراً سالفاً واذ قد تقرر القول في تمييز العيوب التي توجب حكماً من التي لا توجبه وتقرر الشرط في ذلك وهو ان يكون العيب حادثاً قبل البيع او في العهدة عند من يرى العهدة فلنصر الى ما بقي

﴿الفصل الثالث﴾

واذا وجدت العيوب فان لم يتغير المبيع بشيء من العيوب عند المشتري فلا يخلوا ان يكون في عقار او عروض او في حيوان فان كان في حيوان فلا خلاف ان المشتري مخير بين ان يرد المبيع ويأخذ ثمنه او يمسك ولا شيء له وأما ان كان في عقار فمالك يفرق في ذلك بين العيب اليسير والكثير فيقول ان كان العيب يسيراً لم يجب الرد ووجبت قيمة العيب وهو الارش وان كان كثيراً وجب الرد هذا هو الموجود المشهور في كتب اصحابه ولم يفصل البغداديون هذا التفصيل واما العروض فالمشهور في المذهب انها ليست في هذا الحكم بمنزلة الاصول وقد قيل انها بمنزلة الاصول في المذهب وهذا الذي كان يختاره الفقيه ابو بكر ابن زرق شيخ جدي رحمة الله عليهما وكان يقول انه لا فرق في هذا المعنى بين الاصول والعروض وهذا الذي قاله يلزم من يفرق بين العيب الكثير والقليل في الاصول اعني ان يفرق في ذلك أيضاً في العروض والاصل ان كل ما حط القيمة أنه يجب به الرد وهو الذي عليه فقهاء الامصار ولذلك لم يعول البغداديون فيما أحسب على التفرقة التي قلت في الاصول ولم يختلف قولهم في الحيوان أنه لا فرق فيه بين العيب القليل والكثير

﴿فصل﴾

واذ قد قلنا ان المشتري مخير بين ان يرد المبيع ويأخذ ثمنه او يمسك ولا شيء له فان اتفقا على ان يمسك المشتري سلعته ويعطيه البائع قيمة العيب قائمة فقهاء الامصار يجيزون ذلك الا ابن جريج من اصحاب الشافعي فانه قال ليس لهما ذلك لانه خيار في مال فلم يكن له اسقاطه بعوض كخيار الشفعة قال القاضي عبد الوهاب وهذا غلط لان ذلك حق للمشتري فله ان يستوفيه أعني أن يرد ويرجع بالثمن وله ان يعاوض على تركه وما ذكره من خيار الشفعة فانه شاهد لنا فان له عندنا تركه الى عوض يأخذه وهذا لا خلاف فيه وفي هذا الباب فرعان مشهوران من قبل التبعيض احدهما هل اذا اشترى المشتري انواعاً من المبيعات في صفقة واحدة فوجد أحدها معيباً فهل يرجع بالجميع او بالذي وجد فيه العيب فقال قوم ليس له ان يرد الجميع او يمسك وبه قال ابو ثور والاوزاعي الا ان يكون قد سمى مالكل واحد من تلك الانواع من القيمة فان هذا مما لا خلاف فيه انه يرد المبيع بعينه فقط وانما الخلاف اذا لم يسم وقال قوم يرد المعيب بحصته من الثمن وذلك بالتقدير وممن قال بهذا القول سفيان الثوري وغيره وروى عن الشافعي القولان معاً وفرق مالك فقال ينظر في المعيب فان كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع وان لم يكن وجه الصفقة رده بقيمته وفرق ابو حنيفة تفريقاً آخر وقال ان وجد العيب قبل القبض رد الجميع وان وجده بعد القبض رد المعيب بحصته من الثمن ففي هذه اربعة اقوال فحجة من منع التبعيض في الرد ان المردود يرجع فيه بقيمة لم يتفق عليها المشتري والبائع وكذلك الذي يبقى انما يبقى بقيمة لم يتفقا عليها ويمكن انه لو بعضت السلعة لم يشتر البعض بالقيمة التي اقيم بها واما حجة من رأى الرد في البعض المعيب ولابد فلانه

موضع ضرورة فاقيم فيه التقويم والتقدير مقام الرضا قياساً على ان ما فات في البيع فليس فيه الا القيمة واما تفريق مالك بين ما هو وجه الصفقة او غير وجهها فاستحسان منه لانه رأى ان ذلك العيب اذا لم يكن مقصوداً في المبيع فليس كبير ضرر في الايوافق الثمن الذي اقيم به اراده المشتري او البائع واما عند ما يكون مقصوداً او جل المبيع فيعظم الضرر في ذلك واختلف عنه هل يعتبر تاثير العيب في قيمة الجميع او في قيمة العيب خاصة واما تفريق ابي حنيفة بين ان يقبض او لا يقبض فان القبض عنده شرط من شروط تمام البيع وما لم يقبض المبيع فضمانه عنده من البائع وحكم الاستحقاق في هذه المسئلة حكم الرد بالعيب ﴿ واما المسئلة الثانية ﴾ فانهم اختلفوا ايضاً في رجلين يتباعان شيئاً واحداً في صفقة واحدة فيجدان به عيباً فيريد احدهما الرجوع وياتي الاخر فقال الشافعي لمن اراد الرد ان يرد وهي رواية ابن القاسم عن مالك وقيل ليس له ان يرد فمن اوجب الرد شبهه بالصفقتين المتفرقتين لانه قد اجتمع فيها عاقدان ومن لم يوجبه شبهه بالصفقة الواحدة اذا اراد المشتري فيها تبعيض رد المبيع بالعيب

﴿ الفصل الرابع ﴾ واما ان تغير المبيع عند المشتري ولم يعلم بالعيب الا بعد تغير المبيع عنده فالحكم في ذلك يختلف عند فقهاء الامصار بحسب التغير فاما ان تغير بموت او فساد او عتق ففقهاء الامصار على انه فوت ويرجع المشتري على البائع بقيمة العيب وقال عطاء بن ابي رباح لا يرجع في الموت والفلس بشيء وكذلك عندهم حكم من اشترى جارية فأولدها وكذلك التدبير عندهم وهو القياس في الكتابة واما تغيره بالبيع فانهم اختلفوا فيه فقال ابو حنيفة والشافعي اذا باعه لم يرجع بشيء وكذلك قال الليث واما مالك فله في البيع تفصيل وذلك أنه لا يخلو أن يبيعه من بائعه منه او من غير بائعه ولا يخلو ايضاً ان يبيعه بمثل الثمن او اقل او اكثر فان باعه من بائعه منه بمثل الثمن فلا رجوع له بالعيب وان باعه منه باقل من الثمن رجع عليه بقيمة العيب وان باعه باكثر من الثمن نظر فان كان البائع الاول مدلساً أي عالماً بالعيب لم يرجع الاول على الثاني بشيء وان لم يكن مدلساً رجع الاول على الثاني في الثمن والثاني على الاول أيضاً ويتفاسخ البيعان ويعود المبيع الى ملك الاول فان باعه من غير بائعه منه فقال ابن القاسم لا رجوع له بقيمة العيب مثل قول ابي حنيفة والشافعي وقال ابن عبد الحكم له الرجوع بقيمة العيب وقال أشهب يرجع بالاقل من قيمة العيب او قيمة الثمن هذا اذا باعه باقل مما اشتراه وعلى هذا لا رجوع اذا باعه بمثل الثمن او اكثر وبه قال عثمان البتي ووجه قول ابن القاسم والشافعي وابي حنيفة انه اذا فات بالبيع فقد اخذ عوضاً فيه من غير ان يعتبر تاثير العيب في ذلك العوض الذي هو الثمن ولذلك متى قام عليه المشتري منه بعيب رجع هو على البائع الاول بلا خلاف ووجه القول الثاني تشبيهه البيع بالعتق ووجه قول اشهب وعثمان انه لو كان عنده المبيع لم يكن له الا الامساك او الرد للجميع فاذا باعه فقد اخذ عوض ذلك الثمن فليس له الا ما نقص الا ان يكون اكثر من قيمة العيب وقال مالك ان وهب او تصدق رجع بقيمة العيب وقال ابو حنيفة لا يرجع لان هبته او صدقته تفويت لذلك بغير عوض ورضي منه بذلك طائعاً للاجر فيكون رضاه باسقاط حق العيب اولى وأحرى بذلك واما مالك فقاس الهبة على العتق وقد كان القياس الا يرجع في شيء من ذلك اذا فات ولم يمكنه الرد لان اجماعهم على انه اذا كان في يديه فليس يجب له الا الرد او الامساك دليل على انه ليس للعيب تاثير في اسقاط شيء من الثمن وانما له تاثير في فسخ البيع فقط واما العقود التي يتعاقبها الاسترجاع كالرهن والاجارة فاختلف في ذلك اصحاب مالك فقال ابن القاسم لا يمنع ذلك من الرد بالعيب اذا رجع اليه المبيع وقال أشهب اذا لم يمكن زمان خروجه عن يده زماناً بعيداً

كان له الرد بالعيب وقول ابن القاسم اولى والهبة للثواب عند مالك كالبيع في انها فوت فهذه هي الاحوال التي تطرأ على المبيع من العقود الحادثة فيها واحكامها

﴿ باب في طروء النقصان ﴾ وأما ان طرأ على المبيع نقص فلا يخلوا ان يكون النقص في قيمته او في البدن او في النفس فاما نقصان القيمة لاختلاف الاسواق فغير مؤثر في الرد بالعيب باجماع : وأما النقصان الحادث في البدن فان كان يسيراً غير مؤثر في القيمة فلا تاثير له في الرد بالعيب وحكمه حكم الذي لم يحدث وهذا نص مذهب مالك وغيره ، وأما النقص الحادث في البدن المؤثر في القيمة فاختلف الفقهاء فيه على ثلاثة اقوال . أحدها انه ليس له ان يرجع الا بقيمة العيب فقط وليس له غير ذلك اذا ابى البائع من الرد وبه قال الشافعي في قوله الجديد وابو حنيفة وقال الثوري ليس له الا ان يرد ويرد مقدار العيب الذي حدث عنده وهو قول الشافعي الاول والقول الثالث قول مالك ان المشتري بالخيار بين ان يمسك ويرد ويضع عنه البائع من الثمن قدر العيب او يرده على البائع ويعطيه ثمن العيب الذي حدث عنده وانه اذا اختلف البائع والمشتري فقال البائع للمشتري انا اقبض المبيع وتعطي انت قيمة العيب الذي حدث عندك وقال المشتري بل انا امسك المبيع وتعطي انت قيمة العيب الذي حدث عندك فالقول قول المشتري والخيار له وقد قيل في المذهب القول قول البائع وهذا انما يصح على قول من يرى انه ليس للمشتري الا ان يمسك او يرد وما نقص عنده وشذ ابو محمد بن حزم فقال له ان يرد ولا شيء عليه . وأما حجة من قال انه ليس للمشتري الا ان يرد ويرد قيمة العيب او يمسك فلانه قد اجمعوا على انه اذا لم يحدث بالمبيع عيب عند المشتري فليس له الا الرد فوجب استصحاب حال هذا الحكم وان حدث عند المشتري عيب مع اعطائه قيمة العيب الذي حدث عنده وأما من رأى انه لا يرد المبيع بشيء وانما له قيمة العيب الذي كان عند البائع قياساً على العتق والموت لكون هذا الاصل غير مجمع عليه وقد خالف فيه عطاء . وأما مالك فلما تعارض عنده حق البائع وحق المشتري غلب المشتري وجعل له الخيار لان البائع لا يخلوا من احد امرين اما ان يكون مفرطاً في ان لم يستعلم العيب ويعلم به المشتري او يكون علمه فدلس به على المشتري وعند مالك انه اذا صح انه دلس بالعيب وجب عليه الرد من غير ان يدفع اليه المشتري قيمة العيب الذي حدث عنده فان مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع بخلاف الذي لم يثبت انه دلس فيه وأما حجة ابي محمد فلانه امر حدث من عندانه كالو حدث في ملك البائع فان الرد بالعيب دال على أن البيع لم ينعقد في نفسه وانما انعقد في الظاهر وايضاً فلا كتاب ولا سنة يوجب على مكلف غرم ما لم يكن له تاثير في نقصه الا ان يكون على جهة التغليظ عند من ضمن الغاصب ما نقص عنده امر من الله فهذا حكم العيوب الحادثة في البدن وأما العيوب التي في النفس كالاباق والسرقة فقد قيل في المذهب انها تفيت الرد كعيوب الابدان وقيل لا ولا خلاف ان العيب الحادث عند المشتري انه اذا ارتفع بعد حدوثه انه لا تاثير له في الرد الا ان لا ومن عاقبته . واختلفوا من هذا الباب في المشتري يطأ الجارية فقال قوم اذا وطيء فليس له الرد وله الرجوع بقيمة العيب وسواء كانت بكراً او ثيباً وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي يرد قيمة الوطء في البكر ولا يردها في الثيب وقال قوم بل يردها ويرد مهر مثلها وبه قال ابن ابي شبرمة وابن ابي ليلى وقال سفيان الثوري ان كانت ثيباً رد نصف العشر من ثمنها وان كانت بكراً رد العشر من ثمنها وقال مالك ليس عليه في وطء الثيب شيء لانه غلة وجبت له بالضمان وأما البكر فهو عيب يثبت عنده المشتري الخيار على ما سلف من رأيه وقد روى مثل هذا القول عن الشافعي وقال عثمان البتي الوطء معتبر في العرف في ذلك

النوع من الرقيق فان كان له اثر في القيمة رد البائع ما نقص وان لم يكن له اثر لم يلزمه شئ فهذا هو حكم النقصان الحادث في المبيعات . وأما الزيادة الحادثة في المبيع أعني المتولدة المنفصلة منه فاختلف العلماء فيها فذهب الشافعي الى انها غير مؤثرة في الرد وانها للمشترى لعموم قوله عليه السلام الخراج بالضمان وأما مالك فاستثنى من ذلك الولد فقال يرد للبائع وليس للمشترى الا الرد للزائد مع الاصل او الامساك وقال ابو حنيفة الزوائد كلها تمنع الرد وتوجب ارش العيب الا اللبن والكسب وحجته أنما تولد عن المبيع داخل في العقد فلما لم يكن رده ورد ما تولد عنه كان ذلك فوتاً يقتضي ارش العيب الا ما نصه الشرع من الخراج والغلة . وأما الزيادة الحادثة في نفس المبيع الغير المنفصلة عنه فانها ان كانت مثل الصبغ في الثوب والرقم في الثوب فانها توجب الخيار في المذهب اما في الامساك والرجوع بقيمة العيب واما في الرد وكونه شريكا مع البائع بقيمة الزيادة . وأما النماء في البدن مثل السمن فقد قيل في المذهب يثبت به الخيار للمشترى وقيل لا يثبت وكذلك النقص الذي هو الهزال فهذا هو القول في حكم التغيير

﴿ الفصل الخامس ﴾ وأما صفة الحكم في القضاء بهذه الاحكام فانه اذا تقار البائع والمشترى على حالة من هذه الاحوال المذكورة هاهنا وجب الحكم الخاص بتلك الحال فان انكر البائع دعوى القائم فلا يخلوا ان ينكر وجود العيب او ينكر حدوثه عنده فان انكر وجود العيب بالمبيع فان كان العيب يستوى في ادراكه جميع الناس كفى في ذلك شاهدان عدلان ممن اتفق من الناس وان كان مما يختص بعلمه اهل صناعة ما شهد به اهل تلك الصناعة فقيل في المذهب عدلان وقيل لا يشترط في ذلك العدالة ولا العدد ولا الاسلام وكذلك الحال ان اختلفوا في كونه مؤثراً في القيمة وفي كونه ايضاً قبل امد التبايع او بعده فان لم يكن للمشترى بينة حلف البائع انه ما حدث عنده وان لم تكن له بينة على وجود العيب بالمبيع لم يجب له يمين على البائع وأما اذا وجب الارش فوجه الحكم في ذلك ان يقوم الشئ سليما ويقوم معيباً ورد المشترى ما بين ذلك فان وجب الخيار قوم ثلاث تقويمات تقويم وهو سليم وتقوم بالعيب الحادث عند البائع وتقويم بالعيب الحادث عند المشترى فيرد البائع من الثمن ويسقطه عنه ما قدر ما نقص به القيمة المعيبة عن القيمة السليمة وان ابى المشترى الرد واجب الامساك رد البائع من الثمن ما بين القيمة الصحيحة والمبيعة عنده

﴿ الباب الثاني في بيع البراءة ﴾ اختلف العلماء في جواز هذا البيع وصورته ان يشترط المشترى على البائع التزام كل عيب يجده في المبيع على العموم فقال أبو حنيفة يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع او لم يعلمه سماه او لم يسمه ابصره او لم يبصره وبه قال ابو ثور وقال الشافعي في اشهر قوليه وهو المتصور عند اصحابه لا يبرأ البائع الا من عيب بريه للمشترى وبه قال الثوري وأما مالك فالاشهر عنه أن البراءة جائزة مما لم يعلم البائع من العيوب وذلك في الرقيق خاصة الا البراءة من الحمل في الجواري الرائعات فانه لا يجوز عنده لعظم الغرر فيه ويجوز في الوخش وعنه في رواية ثانية انه يجوز في الرقيق والحيوان ورواية ثالثة مثل قول الشافعي وقد روى عنه أن بيع البراءة انما يصح من السلطان فقط وقيل في بيع السلطان وبيع المواريث وذلك من غير ان يشترطوا البراءة وحجة من رأى القول بالبراءة على الاطلاق أن القيام بالعيب حق من حقوق المشتري قبل البائع فاذا اسقطه سقط اصله سائر الحقوق الواجبة وحجة من لم يجزه على الاطلاق أن ذلك من باب الغرر فيما لم يعلمه البائع ومن باب الغبن والغش فيما علمه ولذلك اشترط جهل البائع مالك وبالجملة فعمدة مالك ما روامن

الموطا أن عبد الله بن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم وباعه على البراءة فقال الذي ابتاعه لعبدالله بن عمر بالغلام داء لم تسمه فاختصما الى عثمان فقال الرجل باعني عبداً وبه داء لم يسمه لي وقال عبد الله بعته بالبراءة فقضى عثمان على عبدالله ان يحلف لقد باع العبد وما به داء يعلمه فابى عبدالله ان يحلف وارتجع العبد وروى أيضاً أن زيد بن ثابت كان يجيز بيع البراءة وانما خص مالك بذلك الرقيق لكون عيوبهم في الاكثر خافية وبالجملة خيار الرد بالعيب حق ثابت للمشتري ولما كان ذلك يختلف اختلافاً كثيراً كاختلاف المبيعات في صفاتها وجب اذا اتفقا على الجهل به الايجوز امضاه اذا اتفقا على جهل صفة المبيع المؤثرة في الثمن ولذلك حكى ابن القاسم في المدونة عن مالك أن آخر قوليه كان انكار بيع البراءة الا فيما خفف فيه السلطان وفي قضاء الديون خاصة وذهب المغيرة من اصحاب مالك الى أن البراءة انما تجوز فيما كان من العيوب لا يتجاوز فيها ثلث المبيع والبراءة بالجملة انما تلزم عند القائلين بها بالشرط أعني اذا اشترطها الابيع السلطان والمواريث عند مالك فالكلام بالجملة في بيع البراءة هو في جوازه وفي شرط جوازه وفيما يجوز من العقود والمبيعات والعيوب ومن يجوز بالشرط او مطلقاً وهذه كلها قد تقدمت بالقوة في قولنا فاعلمه

﴿ الجملة الثانية في وقت ضمان المبيعات ﴾

واختلفوا في الوقت الذي يضمن فيه المشتري المبيع الى تكون خسارته ان هلك منه فقال ابو حنيفة والشافعي لا يضمن المشتري الا بعد القبض وأما مالك فله في ذلك تفصيل وذلك أن المبيعات عنده في هذا الباب ثلاثة اقسام بيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن او كيل وعدد وبيع ليس فيه حق توفية وهو الجزاف او ما لا يوزن ولا يكال ولا يعد فما كان فيه حق توفية فلا يضمن المشتري الا بعد القبض وأما ما ليس فيه حق توفية وهو حاضر فلا خلاف في المذهب ان ضمانه من المشتري وان لم يقبضه واما المبيع الغائب فعن مالك في ذلك ثلاث روايات أشهرها ان الضمان من البائع الا ان يشترطه على المبتاع والثانية انه من المبتاع الا ان يشترطه على البائع والثالثة الفرق بين ما ليس هو يعيا دون البقاء الى وقت الاقتضاء كالحيوان والمأكولات وبين ما هو مأمون البقاء والخلاف في هذه المسئلة مبني على هل القبض شرط من شروط العقد أو حكم من أحكام العقد والعقد لازم دون القبض فمن قال القبض من شروط صحة العقد أوجب ما وكيف ما شئت ان تعبر عن هذا المعنى كان الضمان عنده من البائع حتى يقبضه المشتري ومن قال هو حكم لازم من أحكام المبيع والبيع قد انعقد ولزم قال بالعقد يدخل في ضمان المشتري وتفريق مالك بين الغائب والحاضر والذي فيه حق توفية والذي ليس فيه حق توفية استحسان ومعنى الاستحسان في أكثر الاحوال هو الالتفات الى المصلحة والعدل وذهب أهل الظاهر الى ان بالعقد يدخل في ضمان المشتري فيما أحسب وعمدة من رأى ذلك اتفاقهم على ان الخراج قبل القبض للمشتري وقد قال عليه السلام الخراج بالضمان وعمدة المخالف حديث عتاب بن أسيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه الى مكة قال له انهم عن بيع ما لم يقبضوا وربح ما لم يضمنوا وقد تكلمنا في شرط القبض في المبيع فيما سلف ولا خلاف بين العلماء أنه من ضمان المشتري بعد القبض الا في العهدة والجوائح واذ قد ذكرنا العهدة فينبغي ان نذكر هاهنا الجوائح

﴿ القول في الجوائح ﴾

اختلف العلماء في وضع الجوائح في الثمار فقال بالقضاء بها مالك وأصحابه ومنهم أبو حنيفة والثوري والشافعي في قوله الجديد والليث فعمدة من قال بوضعها حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع ثمراً فاصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه شيئاً على ماذا يأخذ أحدكم مال

أخيه خرجه مسلم عن جابر وما روى عنه انه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح فعمدة من اجاز الجوائح حديث جابر هذا ان وقياس الشبه ايضاً وذلك انهم قالوا انه مبيع بقى على البائع فيه حق توفية بدليل ما عليه من سقيه الى ان يكمل فوجب ان يكون ضمانه منه اصله سائر المبيعات التى بقى فيها حق توفية والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع ان هذا بيع وقع فى الشرع والمبيع لم يكمل بعد فكانه مستثنى من النهى عن بيع مالم يخلق فوجب ان يكون فى ضمانه مخالفاً لسائر المبيعات واما عمدة من لم يقل بالقضاء بها فتشبيه هذا البيع بسائر المبيعات وان التخلية فى هذا المبيع هو القبض وقد اتفقوا على ان ضمان المبيعات بعد القبض من المشترى ومن طريق السماء ايضاً حديث ابى سعيد الخدرى قال اجيح رجل فى ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا ماوجدتم وليس لكم الا ذلك قالوا فلم يحكم بالجائحة فسبب الخلاف فى هذه المسئلة هو تعارض الاثار فيها وتعارض مقاييس الشبه وقد راى كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذى هو الاصل عنده بالتاويل فقال من منع الجائحة يشبه ان يكون الامر بها انما ورد من قبل النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها قالوا ويشهد لذلك انه لما كثر شكر اهم بالجوائح امروا الا يبيعوا الثمر الا بعد ان يبدو صلاحه وذلك فى حديث زيد بن ثابت المشهور وقال من اجازها فى حديث أبى سعيد يمكن ان يكون البائع عديما فلم يقض عليه بجائحة أو ان يكون المقدار الذى اصيب من الثمر مقداراً لا يلزم فيه جائحة أو ان يكون اصيب فى غير الوقت الذى تجب فيه الجائحة مثل ان يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب واما الشافعى فروى حديث جابر عن سليمان بن عتيق عن جابر وكان يضعفه ويقول انه اضطرب فى ذكر وضع الجوائح فيه ولكنه قال ان ثبت الحديث وجب وضعها فى القليل والكثير ولا خلاف بينهم فى القضاء بالجائحة بالعطش وقد جعل القائلون بها اتفاقهم فى هذا حجة على اثباتها والكلام فى اصول الجوائح على مذهب مالك ينحصر فى أربعة فصول . الاول فى معرفة الاسباب الفاعلة للجوائح ، والثانى فى محل الجوائح من المبيعات الثالث فى مقدار مايوضع منه فيها الرابع فى الوقت الذى توضع فيه

﴿ الفصل الاول ﴾ واما اسباب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط وضده والغرق فلا خلاف فى المذهب انه جائحة وأما العطش كما قلنا فلا خلاف بين الجميع انه جائحة واما ما أصاب من صنع الادميين فبعض رآه من أصحاب مالك جائحة وبعض لم يره جائحة والذين رأوه جائحة انقسموا قسمين فبعضهم رآه جائحة ما كان غالباً كالجيش ولم ير ما كان منه بمنافسة جائحة مثل السرقة وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الادميين جائحة باى وجه كان فمن جعلها فى الامور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه السلام أرأيت ان منع الله الثمرة ومن جعلها فى أفعال الادميين شبهها بالامور السماوية ومن استثنى الغرق قال يمكن ان يحفظ منه

﴿ الفصل الثانى ﴾ ومحل الجوائح هى الثمار والبقول فاما الثمار فلا خلاف فيها فى المذاهب وأما البقول ففيها خلاف والاشهر فيها الجائحة واكثر اختلفوا فى البقول لاختلافهم فى تشبيهها بالاصل الذى هو الثمر

﴿ الفصل الثالث ﴾ وأما المقدار التى تجب فيه الجائحة اما فى الثمار فالثلث واما فى البقول ففيل فى القليل والكثير وقيل فى الثلث وان القاسم يعتبر تلك الثمر بالكيل والشهب يعتبر الثلث فى القيمة فاذا ذهب من الثمر عند الشهب مافيمته الثلث من الكيل وضع عنه الثلث من الثمن وسواء كان ثلثاً فى الكيل أولم يكن واما ابن القاسم فانما اذا ذهب من الثمن الثلث من الكيل فان كان نوعا واحداً ليس تختلف قيمة

بطونه حط عنه من الثمن الثلث وان كان الثمر أنواعا كثيرة مختلفة القيم أو كان بطونا مختلفة القيم أيضاً اعتبر قيمة ذلك الثلث الذاهب من قيمة الجميع فما كان قدره حط بذلك القدر من الثمن ففي موضع يعتبر المكيلة فقط حيث تستوى القيمة في اجزاء الثمرة وبطونها وفي موضع يعتبر الامرين جميعاً حيث تختلف القيمة والمالكية يحتجون في مصيرهم الى التقدير في وضع الجوائح فان كان الحديث الوارد فيها مطلقاً بان القليل في هذا معلوم من حكم العادة انه يخالف الكثير اذ كان معلوما ان القليل يذهب من كل ثمر فكان المشترى دخل على هذا الشرط بالعادة وان لم يدخل بالنطق وأيضاً فان الجائحة التي علق الحكم بها تقتضي الفرق بين القليل والكثير قالوا واذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه الثلث اذ قد اعتبره الشرع في مواضع كثيرة وان كان المذهب يضطرب في هذا الاصل فمرة يجعل الثلث من حيز الكثير كجعله اياه هاهنا ومرة يجعله في حيز القليل ولم يضطرب في انه الفرق بين القليل والكثير والمقدورات يعسر اثباتها بالقياس عند جمهور الفقهاء ولذلك قال الشافعي لو قلت بالجائحة لقلت فيها بالقليل والكثير وكون الثلث فرقا بين القليل والكثير هو نص في الوصية في قوله عليه السلام الثلث والثلث كثير

﴿ الفصل الرابع ﴾ واما زمان القضاء بالجائحة فاتفق المذهب على وجوبها في الزمان الذي يحتاج فيه الى تبقية الثمر على رؤوس الشجر حتى يستوفي طيبه واختلفوا اذا ابقاه المشترى في الثمار ليبيعه على انتظارة وشيئاً شيئاً فقيل فيه الجائحة تشبيهاً بالزمان المتفق عليه وقيل ليس فيه جائحة تفريقاً بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه وذلك ان هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة ويخالفه من جهة فمن غلب الاتفاق أوجب فيه الجائحة ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة أعني ان من رآ ان النظارة مطلوبة بالشراء كالطيب مطلوب قال بوجوب الجائحة فيه ومن لم ير الامر فيهما واحداً قال ليس فيه جائحة ومن هاهنا اختلفوا في وجوب الجوائح في البقول

﴿ الجملة الثالثة من جمل النظر في الاحكام ﴾

وهو في تابعات المبيعات ومن مسائل هذا الباب المشهورة اثنتان الاولى بيع النخل وفيها الثمر متى يتبع بيع الاصل ومتى لا يتبعه فجمهور الفقهاء على ان من باع نخلا فيها ثمر قبل ان يؤبر فان الثمر للمشترى واذا كان البيع بعد الابار فالثمر للبائع الا ان يشترطه والثمار كلها في هذا المعنى في معنى النخيل وهذا كله لثبوت حديث ان عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد ابرت فثمرها للبائع الا ان يشترطه المبتاع قالوا فلما حكم صلى الله عليه وسلم بالثمر للبائع بعد الابار علمنا بدليل الخطاب انها للمشترى قبل الابار بلا شرط وقال أبو حنيفة وأصحابه هي للبائع قبل الابار وبعده ولم يجعل المفهوم هاهنا من باب دليل الخطاب بل من باب مفهوم الاحرى والاولى قالوا وذلك انه اذا وجبت للبائع بعد الابار فهي احري ان تجب له قبل الابار وشبهوا خروج الثمر بالولادة قالوا وكما ان من باع أمة لها ولد فولدها للبائع الا أن يشترطه المبتاع كذلك الامر في الثمر وقال ابن أبي ليلى سواء أبر او لم يؤبر اذا بيع الاصل فهو للمشترى اشترطها أو لم يشترطها فرد الحديث بالقياس لانه رآ ان الثمر جزء من المبيع ولا معنى لهذا القول الا ان كان لم يثبت عنده الحديث واما ابو حنيفة فلم يرد الحديث وانما خالف مفهوم الدليل فيه ● فاذا سبب الخلاف في هذه المسئلة بين ابي حنيفة والشافعي ومالك ومن قال بقولهم معارضة دليل الخطاب لدليل مفهوم الاحرى والاولى وهو الذي يسمى فحوى الخطاب لكنه هاهنا ضعيف وان كان في الاصل أقوى من دليل الخطاب . وأما سبب مخالفة ابن أبي ليلى لهم فمعارضة القياس للسماع وهو كما قلنا ضعيف والابار عند العلماء ان يجعل

طلع ذكور النخل فى طلع اناثها وفى سائر الشجر ان نور وتعقد والتذكير فى شجر التين التى تذكر فى المذهب فى معنى الابار وابار الزرع مختلف فيه فى المذهب فروى ابن القاسم عن مالك ان ابار ه ان يفرك قياساً على سائر الثمر وهل الموجب لهذا الحكم هو الابار اووقت الابار قبل الوقت وقبل الابار وعلى هذا مبنى الاختلاف اذا ابر بعض النخل ولم يؤبر البعض هل يتبع مالم يؤبر ما أبر اولا يتبعه واتفقوا فيما أحسبه على انه اذا بيع ثمر وقد دخل وقت الابار فلم يؤبر ان حكمه حكم المؤبر ﴿المسئلة الثانية﴾ وهى اختلافهم فى بيع مال العبد وذلك أنهم اختلفوا فى مال العبد هل يتبعه فى البيع والعتق على ثلاثة اقوال احدها ان ماله فى البيع والعتق لسيده وكذلك فى المكاتب وبه قال الشافعى والكوفيون والثانى أن ماله تبع له فى البيع والعتق وهو قول داود وابى ثور والثالث انه تبع له فى العتق لا فى البيع الا أن يشترطه المشترى وبه قال مالك والحديث فحجة من رأى ان ماله فى البيع لسيده الا ان يشترطه المبتاع حديث ابن عمر المشهور عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من باع عبداً وله مال فماله الذى باعه الا ان يشترطه المبتاع ومن جعله لسيده فى العتق قياساً على البيع وحجة من رأى انه تبع للعبد فى كل حال انبنت على كون العبد مالكا عندهم وهى مسئلة اختلف العلماء فيها اختلافاً كثيراً اعنى هل يملك العبد اولا يملك ويشبه ان يكون هؤلاء انما غلبوا القياس على السماع لان حديث ابن عمر هو حديث خالف فيه نافع سالما لان نافعاً رواه عن ابن عمر عن عمر وسالم رواه عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم واما مالك فغلب القياس فى العتق والسماع فى البيع وقال مالك فى الموطا الامر المجتمع عليه عندنا ان المبتاع اذا اشترط مال العبد فهو له نقداكان اوعرضاً اودَيناً وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من اعتق غلاماً فماله له الا ان يستثنيه سيده ويجوز عند مالك ان يشترى العبد وماله بدراهم وان كان مال العبد دراهم اوفيه دراهم وخالفه أبو حنيفة والشافعى اذا كان مال العبد نقداً وقالوا العبد وماله بمنزلة من باع شيئين لايجوز فيهما الا مايجوز فى سائر البيوع واختلف اصحاب مالك فى اشتراط المشترى لبعض مال العبد فى صفقة البيع فقال ابن القاسم لايجوز وقال أشهب جائز ان يشترط بعضه وفرق بعضهم فقال ان كان ما اشترى به العبد عيناً وفى مال العبد عين لم يجز ذلك لانه يدخله دراهم بعرض ودراهم وان كان ما اشترى به عروضاً او لم يكن فى مال العبد دراهم جاز ووجه قول ابن القاسم انه لايجوز ان يشترط بعضه تشبيهاً بثمر النخل بعد الابار ووجه قول اشهب تشبيه الجزء بالكل وفى هذا الباب مسائل مسكوت عنها كثيرة ليست مما قصدناه ومن مشهور مسائلهم فى هذا الباب الزيادة والنقصان اللذان يقعان فى الثمن الذى انعقد عليه البيع بعد البيع مما يرضى به المتبايعان اعنى ان يزيد المشترى البائع بعد البيع على الثمن الذى انعقد عليه البيع اويحط منه البائع هل يتبع حكم الثمن ام لا وفائدة الفرق ان من قال هى من الثمن اوجب ردها فى الاستحقاق وفى الرد بالعيب وما اشبه ذلك وايضاً من جعلها فى حكم الثمن الاول ان كانت فاسدة فسد البيع ومن لم يجعلها من الثمن أعنى الزيادة لم يوجب شيئاً من هذا فذهب أبو حنيفة الى انها من الثمن الا انه قال لاتثبت الزيادة فى حق الشفيع ولا فى بيع المرابحة بل الحكم للثمن الاول وبه قال مالك وقال الشافعى لاتلحق الزيادة والنقصان بالثمن أصلا وهو فى حكم الهبة واستدل من ألحق الزيادة بالثمن بقوله عز وجل ولاجناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة قالوا واذا لحقت الزيادة فى الصداق بالصداق لحقت فى البيع بالثمن واحتج الفريق الثانى باتفاقهم على أنها لاتلحق فى الشفعة وبالجملة من رأى أن العقد الاول قد تقرر قال الزيادة هبة ومن رأى أنها فسخ للعقد الاول وعقد ثان عدها من الثمن

واذا اتفق المتبايعان على البيع واختلفا فى مقدار الثمن ولم تكن هناك بينة فقهاء الامصار متفقون على انهما يتحالفان ويتفاسخان بالجملة ومختلفون فى التفصيل أعنى فى الوقت الذى يحكم فيه بالايمان والتفاسخ فقال أبو حنيفة وجماعة انهما يتحالفان ويتفاسخان مالم يفت عين السلعة وان فاتت فالقول قول المشترى مع يمينه وقال الشافعي ومحمد بن الحسن صاحب أبى حنيفة وأشهب صاحب مالك يتحالفان في كل وقت واما مالك فعنه روايتان احداهما انهما يتحالفان ويتفاسخان قبل القبض وبعده القول قول المشترى والرواية الثانية مثل قول أبى حنيفة وهى رواية ابن القاسم والثانية رواية اشهب والفوت عنده يكون بتغير الاسواق وبزيادة المبيع ونقصانه وقال داود وأبو ثور القول قول المشتري على كل حال وكذلك قال زفر الا أن يكونا اختلفا فى جنس الثمن فحينئذ يكون التفاسخ عندهم والتحالف ولا خلاف انهم اذا اختلفوا فى جنس الثمن او المثمون ان الواجب هو التحالف والتفاسخ وانما صار فقهاء الامصار الى القول على الجملة بالتحالف والتفاسخ عند الاختلاف فى عدد الثمن لحديث ابن مسعود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ايما يتبعين تبايعا فالقول قول البائع اويترادان فمن حمل هذا الحديث على وجوب التفاسخ وعمومه قال يتحالفان في كل حال ويتفاسخان والعلة فى ذلك عنده ان كل واحد منهما مدع ومدعي عليه واما من رأى أن الحديث انما يجب ان يحمل على الحالة التي يجب ان يتساوي فيها دعوى البائع والمشترى قال اذا قبض السلعة او فاتت فقد صار القبض شاهداً للمشترى وشبهة لصدقه واليمين انما يجب على اقوى المتداعيين شبهة وهذا هو اصل مالك في الايمان ولذلك يوجب فى مواضع اليمين على المدعى وفى مواضع على المدعى عليه وذلك انه لم يجب اليمين بالنص على المدعي عليه عنده من حيث هو مدعى عليه وانما وجبت عليه من حيث هو فى الاكثر اقوى شبهة فاذا كان المدعى فى مواطن اقوى شبهة وجب ان يكون اليمين فى حيزه وأما من رآ القول قول المشترى فانه رآ أن البائع مقر للمشتري بالشراء اومدعى عليه عدداً مافى الثمن واما داود ومن قال بقوله فردوا حديث ابن مسعود لانه منقطع ولذلك لم يخرجه الشيخان البخارى ومسلم وانما خرجه مالك وعن مالك اذا تكالم المتبايعان عن الايمان روايتان احداهما التفاسخ والثانية ان القول قول البائع وكذلك من يبدأ باليمين فى المذهب فيه خلاف فالاشهر البائع على ما في الحديث وهل اذا وقع التفاسخ يجوز لاحدهما ان يختار قول صاحبه فيه خلاف في المذهب

القسم الرابع من النظر المشترك في البيوع

وهو النظر فى حكم البيع الفاسد اذا وقع فقول اتفق العلماء على ان البيوع الفاسدة اذا وقعت ولم تفت باحداث عقد فيها اونماء اونقصان اوحوالة سوق ان حكمها الرد أعنى ان يرد البائع الثمن والمشترى المثمون واختلفوا اذا قبضت وتصرف فيها بعتق اوهبة اوبيع اورهن اوغير ذلك من سائر التصرفات هل ذلك فوت يوجب القيمة وكذلك اذا تلفت اونقصت فقال الشافعي ليس ذلك كله فوتا ولا شبهة ملك في البيع الفاسد وان الواجب الرد وقال مالك كل ذلك فوت يوجب القيمة الا ما روى عنه ابن وهب في الربا انه ليس بفوت وعلى ذلك قال أبو حنيفة والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم الى محرمة والى مكروهة فاما المحرمة فانها اذا فاتت بنت بالقيمة واما المكروهة فانها اذا فاتت صحت عنده وربما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده فى ذلك فالشافعية تشبه المبيع الفاسد لمكان الربا والغرر بالفاسد لمكان تحريم عينه كبيع الخمر والخنزير فليس عندها فيه فوت ومالك يرى ان النهى فى هذه الامور انما هو لمكان عدم العدل فيها أعنى بيوع الربا والغرر فاذا فاتت السلعة فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة

لانه قد تقبض السلعة وهي تساوي الفاً وترد وهي تساوي خمس مائة او بالعكس ولذلك يرى مالك حوالة الاسواق فوتاً في البيع الفاسد ومالك يرى في البيع والسلف انه اذا فات وكان البائع هو المسلف رد المشترى القيمة مالم تكن ازيد من الثمن لان المشترى قد رفع له في الثمن لمكان السلف فليس من العدل ان يرد اكثر من ذلك وان كان المشترى هو الذي اسلف البائع فقد حط البائع عنه من الثمن لمكان السلف فاذا وجبت على المشترى القيمة ردها مالم تكن أقل من الثمن لان هذه البيوع انما وقع المنع فيها لمكان ما جعل فيها من العوض مقابل السلف الذي هو موضوع لعون الناس بعضهم لبعض ومالك في هذه المسئلة افقه من الجميع واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض أعني شرط السلف هل يصح البيع أم لا فقال أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء البيع مفسوخ وقال مالك وأصحابه البيع غير مفسوخ الا ابن عبد الحكم قال البيع مفسوخ وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور وحجة الجمهور أن النهي يتضمن فساد المنهي فاذا انعقد البيع فاسداً لم يصححه بعد رفع الشرط الذي من قبله وقع الفساد كما ان رفع السبب المفسد في المحسوسات بعد فساد الشيء ليس يقتضي عودة الشيء الى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود فاعلمه وروى أن محمد بن احمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسئلة اسماعيل بن اسحاق المالكي فقال له ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاماً بمائة دينار وزق خمر فلما انعقد البيع بينهما قال انا ادع الزق وهذا البيع مفسوخ عند العلماء باجماع فوجب ان يكون بيع السلف كذلك فجاوب عن ذلك بجواب لا تقوم به حجة وقد تقدم القول في ذلك واذ قد انقضى القول في اصول البيوع الفاسدة وأصول البيوع الصحيحة وفي اصول احكام البيوع الصحيحة واصول احكام الفاسدة المشتركة العامة لجميع البيوع او لكثير منها فلنصر الى ما يخص واحداً واحداً من هذه الاربعة الاجناس وذلك بان نذكر منها ما يجري مجرى الاصول

﴿ كتاب الصرف ﴾ ولما كان يخص هذا البيع شرطان . أحدهما عدم النسيئة وهو الفور . والاخر عدم التفاضل وهو اشتراط المثلية كان النظر في هذا الكتاب ينحصر في خمسة اجناس . الاول في معرفة ما هو نسيئة مما ليس بنسيئة . الثاني في معرفة ما هو مماثل مما ليس بمماثل اذ هذان المعنيان ينقسمان بفصول كثيرة فيعرض هنالك الخلاف . الثالث فيما وقع أيضاً من هذا البيع لصورة مختلفة فيه هل هو ذريعة الى احد هذين أعني الزيادة والنسيئة او كليهما عند من قال بالذرائع وهو مالك وأصحابه وهذا ينقسم أيضاً الى نوعين كانقسام اصله . الخامس في خصائص احكام هذا البيع من جهة ما يعتبر فيه هذان الشرطان أعني عدم النساء والتفاضل او كليهما وذلك انه يخالف هذا البيع البيوع لمكان هذين الشرطين فيه في احكام كثيرة وأنت اذا تأملت الكتب الموضوعة في فروع الكتاب الذي يرسمونه بكتاب الصرف وجدتها كلها راجعة الى هذه الاجناس الخمسة اوالى ما تركب منها ماعدى المسائل التي يدخلون في الكتاب الواحد بينه مما ليس هو من ذلك الكتاب مثل ادخال المالكية في كتاب الصرف مسائل كثيرة هي من باب الاقتضاء في السلف لكن لما كان الفاسد منها يؤول الى احد هذين الاصلين أعني الى صرف بنسيئة او بتفاضل ادخلوها في هذا الكتاب مثل مسائلهم في اقتضاء الفائقة والمجموعة والفرادى بعضها من بعض لكن لما كان قصدنا انما هو ذكر المسائل التي هي منطوق بها في الشرع او قريب من المنطوق بها رأينا ان نذكر في هذا الكتاب سبع مسائل مشهورة تجري مجرى الاصول لما يطرأ على المجتهد من مسائل هذا الباب فان هذا الكتاب انما وضعناه ليبلغ به المجتهد في هذه الصناعة رتبة الاجتهاد اذا حصل ما يجب له

ان يحصل قبله من القدر الكافي له في علم النحو واللغة وصناعة اصول الفقه وكفى من ذلك ما هو مساو لحجم هذا الكتاب اوائل وبهذه الرتبة يسمى فقيهاً لايحفظ مسائل الفقه ولو بلغت في العدد اقصى مايمكن ان يحفظه انسان كما نجد متفقهة زماننا يظنون ان الافقه هو الذي حفظ مسائل اكثر وهو لاغرض لهم شبيه مايعرض لمن ظن أن الخفاف هو الذي عنده خفاف كثيرة لا الذي يقدر على عملها وهو بين ان الذي عنده خفاف كثيرة سيأتيه انسان بقدم لايجد في خفافه مايصلح بقدمه فيحتاج الى صانع الخفاف ضرورة وهو الذي يصنع لكل قدم خفاً يوافقه فهذا هو مثال اكثر المتفقهة في هذا الوقت وإذ قد خرجنا عما كنا بسبيله فلنرجع الى حيث كنا من ذكر المسائل التي وعدنا بها

﴿ المسئلة الاولى ﴾ أجمع العلماء على أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لايجوز الا مثلا بمثل يداً بيد الا ماروى عن ابن عباس ومن تبعه من المكيين فانهم اجازوا بيعه متفاضلا ومنعوه نسيئة فقط وانما صار ابن عباس لذلك لماروى عن اسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لاربا الا في النسيئة وهو حديث صحيح فاخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث فلم يجعل الربا الا في النسيئة وأما الجمهور فصاروا الى ماروى مالك عن نافع عن ابي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لاتبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولاتشفوا بعضها على بعض ولاتبيعوا الفضة بالفضة الا مثلا بمثل ولاتشفوا بعضها على بعض ولاتبيعوا منها شيئاً غائباً بناجز وهو من اصح ما روى في هذا الباب وحديث عبادة ابن الصامت حديث صحيح أيضاً في هذا الباب فصار الجمهور الى هذه الاحاديث اذ كانت نصاً في ذلك . وأما حديث ابن عباس فانه ليس بنص في ذلك لانه روى فيه لفظتان . أحدهما أنه قال انما الربا في النسيئة وهذا ليس يفهم منه اجازة التفاضل الا من باب دليل الخطاب وهو ضعيف ولاسيما اذا عارضه النص . وأما اللفظ الاخر وهو لاربا الا في النسيئة فهو اقوى من هذا اللفظ لان ظاهره يقتضي أن ماعدا النسيئة فليس بربا لكن يحتمل ان يريد بقوله لاربا الا في النسيئة من جهة انه الواقع في الاكثر واذا كان هذا محتملا والاول نص وجب تاويله على الجهة التي يصح الجمع بينهما وأجمع الجمهور على أن مسكوكه وتبره ومصوغه سواء في منع بيع بعضه ببعض متفاضلا لعموم الاحاديث المتقدمة في ذلك الا معاوية فانه كان يجيز التفاضل بين التبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة والاما روى عن مالك انه سئل عن الرجل يأتي دار الصرف بورقه فيعطيهم اجرة الصرف ويأخذ منهم دنانير ودراهم وزن ورقه اودراهمه فقال اذا كان ذلك لضرورة خروج الرفقة ونحو ذلك فارجو الا يكون باساً وبه قال ابن القاسم من اصحابه وأنكر ذلك ابن وهب من اصحابه وعيسى بن دينار وجمهور العلماء وأجاز مالك بدل الدينار الناقص بالموازن والدينارين على اختلاف بين اصحابه في العدد الذي يجوز فيه ذلك من الذي لايجوز على جهة المعروف

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف العلماء في السيف والمصحف المحلى يباع بالفضة وفيه حلية فضة اوبالذهب وفيه حلية ذهب فقال الشافعي لا يجوز ذلك لجهل المماثلة المشترطة في بيع الفضة بالفضة في ذلك والذهب بالذهب وقال مالك ان كان قيمة مافيه من الذهب او الفضة الثلث فاقل جاز بيعه أعني بالفضة ان كانت حليته فضة اوبالذهب ان كانت حليته ذهباً والا لم يجز وكانه رآى أنه اذا كانت الفضة قليلة لم تكن مقصودة في البيع وصارت كانها هبة وقال ابو حنيفة واصحابه لاباس ببيع السيف المحلى بالفضة اذا كانت الفضة اكثر من الفضة التي في السيف وكذلك الامر في بيع السيف المحلى بالذهب لانهم رأوا أن الفضة التي فيه اوالذهب يقابل مثله من الذهب اوالفضة المشتراة به وبقي الفضل قيمة السيف وحجة الشافعي عموم الاحاديث والنص الوارد في ذلك

من حديث فضالة بن عبد الله الانصارى أنه قال أتي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بخيبر بقلادة فيها ذهب وخرز وهى من المغانم تباع فامر رسول الله صلي الله عليه وسلم بالذهب الذى في القلادة ينزع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب وزنا بوزن خرجه مسلم وأما معاوية كما قلنا فاجاز ذلك على الاطلاق وقد انكره عليه ابو سعيد وقال لا اسكن في ارض انت فيها لما رواه من الحديث

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اتفق العلماء على أن من شرط الصرف ان يقع ناجزاً . واختلفوا في الزمان الذى يحد هذا المعنى فقال ابو حنيفة والشافعى الصرف يقع ناجزاً ما لم يفترق المتصارفان تعجل او تاخر القبض وقال مالك ان تاخر القبض فى المجلس بطل الصرف وان لم يفترقا حتي كره المواعدة فيه ٭ وسبب الخلاف ترددهم في مفهوم قوله عليه السلام الاهاء وهاء وذلك أن هذا يختلف بالاقل والاكثر فمن رآ أن هذا اللفظ صالح لمن يفترق من المجلس أعنى انه يطلق عليه انه باع هاء وهاء قال لا يجوز التاخير فى المجلس ومن رآ أن اللفظ لا يصح الا اذا وقع القبض من المتصارفين على الفور قال ان تاخر القبض عن العقد فى المجلس بطل الصرف ولاتفاقهم على هذا المعنى لم يجز عندهم فى الصرف حوالة ولا حمالة ولا خيار الا ما حكى عن ابى ثور أنه اجاز فيه الخيار واختلف في المذهب فى التاخير الذي يغلب عليه المتصارفان او أحدهما فمرة قيل فيه انه مثل الذى يقع بالاختيار ومرة قيل انه ليس كذلك فى تفاصيل لهم فى ذلك ليس قصدنا ذكرها فى هذا الكتاب

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلف العلماء فيمن اصطرف دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفاً فاراد رده فقال مالك ينتقض الصرف وان كانت دنانير كثيرة انتقض منها دينار للدرهم فما فوقه الى صرف دينار فان زاد درهم على دينار انتقض منها دينار آخر وهكذا مابينه وبين ان ينتهى الى صرف دينار قل وان رضى بالدرهم الزائف لم يبطل من الصرف شئ وقال ابو حنيفة لا يبطل الصرف بالدرهم الزائف ويجوز تبديله الا ان تكون الزيوف نصف الدراهم او اكثر فان ردها بطل الصرف فى المردود وقال الثورى اذا رد الزيوف كان مخيراً ان شاء ابدلها او يكون شريكا له بقدر ذلك فى الدنانير أعنى لصاحب الدنانير وقال احمد لا يبطل الصرف بالرد قليلا كان او كثيراً وابن وهب من اصحاب مالك يجيز البدل فى الصرف وهو مبني على أن الغاية على النظرة في الصرف ليس لها تاثير ولا سيما فى البعض وهو احسن وعن الشافعى فى بطلان الصرف بالزيوف قولان فيتحصل لفقهاء الامصار فى هذه المسئلة اربعة اقوال . قول بابطال الصرف مطلقاً عند الرد . وقول باثبات الصرف ووجوب البدل . وقول بالفرق بين القليل والكثير . وقول بالتخيير بين بدل الزائف او يكون شريكا له ٭ وسبب الخلاف فى هذا كله هل الغاية على التاخير فى الصرف مؤثرة فيه او غير مؤثرة وان كانت مؤثرة فهل هى مؤثرة فى القليل او فى الكثير وأما وجود النقصان فان المذهب اضطرب فيه فمرة قال فيه انه ان رضى بالنقصان جاز الصرف وان طلب البدل انتقض الصرف قياساً على الزيوف ومرة قال يبطل الصرف وان رضى به وهو ضعيف واختلفوا أيضاً اذا قبض بعض الصرف وتاخر بعضه أعنى هل يبطل الصرف المنعقد على التناجز فقط فقيل يبطل الصرف كله وبه قال الشافعى وقيل يبطل منه المتاخر فقط وبه قال أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف والقولان فى المذهب ومبني الخلاف الخلاف فى الصفقة الواحدة يخالطها حرام وحلال هل تبطل الصفقة كلها او الحرام منها فقط

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ أجمع العلماء على ان المراطلة جائزة فى الذهب بالذهب وفي الفضة بالفضة وان اختلف العدد لاتفاق الوزن وذلك إذا كانت صفة الذهبين واحدة

واختلفوا في المراطلة في موضعين أحدهما ان تختلف صفة الذهبين والثاني ان ينقص أحد الذهبين عن الاخر فيريد الاخر ان يزيد بذلك عرضاً أو دراهم إن كانت المراطلة بذهب او ذهباً ان كانت المراطلة بدراهم فذهب مالك اما في الموضع الاول وهو ان يختلف جنس المراطل بهما في الجودة والرداءة بان يراطل احدهما بنصف من الذهب واحد واخرج الاخر ذهبين احدهما اجود من ذلك الصنف الواحد والاخر اردى فان ذلك عنده لايجوز وان كان الصنف الواحد من الذهبين اعني الذي اخرجه وحده اجود من الذهبين المختلفين الذين اخرجهما الاخر او اردى منهما معاً او مثل احدهما واجود من الثاني جازت المراطلة عنده وقال الشافعي اذا اختلف الذهبان فلايجوز ذلك وقال ابو حنيفة وجميع الكوفيين والبصريين يجوز جميع ذلك وعمدة مذهب مالك في منعه ذلك الايهام وهو مصير الى القول بسد الذرائع وذلك انه يتهم ان يكون المراطل انما قصد بذلك بيع الذهبين متفاضلا فكانه اعطى جزءاً من الوسط باكثر منه من الاردى وباقل منه من الاعلى فيتذرع من ذلك الى بيع الذهب بالذهب متفاضلا مثال ذلك ان انساناً قال لاخر خذ مني خمسة وعشرين مثقالا وسطاً بعشرين من الاعلى فقال لا يجوز هذا ولكن اعطيك عشرين من الاعلى وعشرة ادنى من ذهبك وتعطيني انت ثلاثين من الوسط فتكون العشرة الادنى يقابلها خمسة من ذهبك ويقابل العشرين من ذهبي الوسط العشرين من ذهبك الاعلى وعمدة الشافعي اعتبار التفاضل الموجود في القيمة وعمدة أبي حنيفة اعتبار وجود الوزن من الذهبين ورد القول بسد الذرائع وكمثل اختلافهم في المصارفة التي تكون بالمراطلة اختلفوا في هذا الموضع في المدافرة التي تكون بالعدد أعني اذا اختلفت جودة الذهبين او الاذهاب وأما اختلافهم إذا نقصت المراطلة فاراد أحدهما ان يزيد شيئاً آخر مما فيه الربا أو مما لاربا فيه فقريب من هذا الاختلاف مثل ان يراطل أحدهما صاحبه ذهب بذهب فينقص أحد الذهبين عن الاخر فيريد الذي نقص ذهبه ان يعطي عوض الناقص دراهم أو عرضاً فقال مالك والشافعي والليث ان ذلك لايجوز والمراطلة فاسدة وأجاز ذلك كله أبو حنيفة والكوفيون وعمدة الحنفية تقدير وجود المماثلة من الذهبين وبقاء الفضل مقابل للعرض وعمدة مالك التهمة في ان يقصد بذلك بيع الذهب بالذهب متفاضلا وعمدة الشافعي عدم المماثلة بالكيل أو الوزن أو العدد الذي بالفضل ومثل هذا يختلفون اذا كانت المصارفة بالعدد

﴿ المسئلة السادسة ﴾

واختلفوا في ارجلين يكون لاحدهما على صاحبه دنانير وللاخر عليه دراهم هل يجوز ان يتصارفاها وهي في الذمة فقال مالك ذلك جائز اذا كانا يدخلا معاً وقال أبو حنيفة يجوز في الحال وفي غير الحال وقال الشافعي والليث لايجوز ذلك حلا أو لم يحلا وحجة من لم يجزه انه غائب بغائب واذا لم يجز غائب بناجز كان احرى الا يجوز غائب بغائب واما مالك فاقام حلول الاجلين في ذلك مقام الناجز بالناجز وانما اشترط ان يكونا حالين معاً ليلا يكون ذلك من بيع الدين بالدين وبقول الشافعي قال ابن وهب وابن كنانة من أصحاب مالك وقريب من هذا اختلافهم في جواز الصرف على ما ليس عندهما اذا دفعهما احدهما الى صاحبه قبل الافتراق مثل ان يستقرضاه في المجلس فتقابضاه قبل الافتراق فاجاز ذلك الشافعي وابو حنيفة وكرهه ابن القاسم من الطرفين واستخفه من الطرف الواحد اعني اذا كان احدهما هو المستقرض فقط وقال زفر لايجوز ذلك الا ان يكون من طرف واحد ومن هذا الباب اختلافهم في الرجل يكون له على الرجل دراهم الى اجل هل يأخذ فيها اذا حل الاجل ذهباً او بالعكس فذهب مالك الى جواز ذلك اذا كان القبض قبل الافتراق وبه قال ابو حنيفة الا انه اجاز ذلك وان لم يحل الاجل ولم يجز ذلك جماعة من العلماء سواء كان

الاجل حالا اولم يكن وهو قول ابن عباس وابن مسعود وحجة من اجاز ذلك حديث ابن عمر قال كنت ابيع الابل بالبقيع ابيع بالدنانير واخذ الدراهم وابيع بالدراهم واخذ الدنانير فسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا باس بذلك اذا كان بسعر يومه خرجه ابوداود وحجة من لم يجزه ماجاء في حديث ابي سعيد وغيره ولا تبيعوا منها غائباً بناجز

﴿ المسئلة السابعة ﴾ اختلف في البيع والصرف في مذهب مالك فقال انه لا يجوز الا ان يكون احدهما الاكثر والاخر تبع لصاحبه وسواء كان الصرف في دينار واحد او في دنانير وقيل ان كان الصرف في دينار واحد جاز كيف ما وقع وان كان في اكثر اعتبر كون احدهما تابعاً للاخر في الجواز فان كانا معاً مقصودين لم يجز واجاز اشهب الصرف والبيع وهو اجود لانه ليس في ذلك ما يؤدي الى ربا ولا الى غرر

﴿ كتاب السلم ﴾

وفي هذا الكتاب ثلاثة ابواب الباب الاول في محله وشروطه . الباب الثاني فيما يجوز ان يقتضى من المسلم اليه بدل ما انعقد عليه السلم وما يعرض في ذلك من الاقالة والتعجيل والتاخير . الباب الثالث في اختلافهما في السلم

﴿ الباب الاول ﴾ اما محله فانهم أجمعوا على جوازه في كل ما يكال ويوزن لما ثبت من حديث ابن عباس المشهور قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلمون في الثمر السنتين والثلاث فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سلف فليسلف في ثمن معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم واتفقوا على امتناعه فيما لا يثبت في الذمة وهي الدور والعقار واما سائر ذلك من العروض والحيوان فاختلفوا فيها فمنع ذلك داود وطائفة من اهل الظاهر مصيراً الى ظاهر هذا الحديث والجمهور على انه جائز في العروض التي تنضبط بالصفة والعدد واختلفوا من ذلك فيما ينضبط مما لا ينضبط بالصفة فمن ذلك الحيوان والرقيق فذهب مالك والشافعي والاوزاعي والليث الى ان السلم فيهما جائز وهو قول ابن عمر من الصحابة وقال ابو حنيفة والثوري واهل العراق لا يجوز السلم في الحيوان وهو قول ابن مسعود وعن عمر في ذلك قولان وعمدة اهل العراق في ذلك ما روى عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف في الحيوان وهذا الحديث ضعيف عند الفريق الاول وربما احتجوا ايضاً بنهيه عليه السلام عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وعمدة من اجاز السلم في الحيوان ما روى عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امر ان يجهز جيشاً فنفدت الابل فامره ان ياخذ على فلاص الصدقة فاخذ البعير بالبعيرين الى اجل الصدقة وحديث ابي رافع ايضاً ان النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكراً قالوا وهذا كله يدل على ثبوته في الذمة ❊ فسبب اختلافهم شيئان احدهما تعارض الاثار في هذا المعنى والثاني تردد الحيوان بين ان ينضبط بالصفة ولا ينضبط فمن نظر الى تباين الحيوان في الخلق والصفات وبخاصة صفات النفس قال لا تنضبط ومن نظر الى تشابهها قال ينضبط ومنها اختلافهم في البيض والدر وغير ذلك فلم يجز أبو حنيفة السلم في البيض واجازه مالك بالعدد وكذلك في اللحم اجازه مالك والشافعي ومنعه ابو حنيفة وكذلك السلم في الرءوس والاكارع اجازه مالك ومنعه ابو حنيفة واختلف في ذلك قول الشافعي وكذلك السلم في الدر والفصوص اجازه مالك ومنعه الشافعي وقصدنا من هذه المسائل انما هو الاصول الضابطة للشريعة لا احصاء الفروع لان ذلك غير منحصر ﴿ واما شروطه ﴾ فمنها مجمع عليها ومنها مختلف فيها فاما المجمع عليها فهي ستة منها ان يكون الثمن والثمنون مما يجوز فيه النساء وامتناعه فيما لا يجوز فيه النساء وذلك هو اما اتفاق المتابع على ما يراه مالك رحمه الله واما اتفاق الجنس على ما يراه ابو حنيفة واما اعتبار الطعم على ما يراه

الشافعي في علة الثمن ومنها ان يكون مقدراً اما بالكيل او بالوزن او العدد ان كان مما شأنه ان يلحقه التقدير او منضبط بالصفة ان كان مما المقصود منه الصفة ومنها ان يكون موجوداً عند حلول الاجل ومنها ان يكون الثمن غير مؤجل اجلا بعيداً ليلا يكون من باب الكالئ بالكالئ هذا في الجملة واختلفوا في اشتراط اليومين والثلاثة في تاخير نقد الثمن بعد اتفاقهم على انه لا يجوز في المدة الكثيرة ولا مطلقاً فاجاز مالك اشتراط تاخير اليومين والثلاثة وكذلك اجاز تاخيره بلا شرط وذهب ابو حنيفة والشافعي الى ان من شرطه التقابض في المجلس كالصرف فهذه ستة متفق عليها واختلفوا في اربعة احدها الاجل هل هو شرط فيه ام لا والثاني هل من شرطه ان يكون جنس المسلم فيه موجوداً في حل عقد السلم ام لا والثالث اشتراط مكان دفع السلم فيه والرابع ان يكون الثمن مقدراً اما مكيلا واما موزوناً واما معدوداً والا يكون جزافاً فاما الاجل فان أبا حنيفة هو عنده شرط صحة بلا خلاف عنه في ذلك واما مالك فالظاهر من مذهبه والمشهور عنه انه من شرط السلم وقد قيل انه متخرج من بعض الروايات عنه جواز السلم الحال وأما النخعي فانه فصل الامر في ذلك فقال ان السلم في المذهب يكون على ضربين سلم حال وهو الذي يكون من شأنه بيع تلك السلعة وسلم مؤجل وهو الذي يكون ممن ليس من شأنه بيع تلك السلعة وعمدة من اشترط الاجل شيئان ظاهر حديث ابن عباس والثاني انه اذا لم يشترط فيه الاجل كان من باب بيع ما ليس عند البائع المنهي عنه وعمدة الشافعي انه اذا جاز مع الاجل فهو حالا أجوز لانه أقل غرراً وربما استدلت الشافعية بما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى جملا من اعرابي بوسق تمر فلما دخل البيت لم يجد التمر فاستقرض النبي صلى الله عليه وسلم تمراً وأعطاه اياه قالوا فهذا هو شراء حال بتمر في الذمة والمالكية من طريق المعنى ان السلم انما جوز لموضع الارتفاق ولان المسلف يرغب في تقديم الثمن لاسترخاص المسلم فيه والمسلم اليه يرغب فيه لموضع النسيئة واذا لم يشترط الاجل زال هذا المعنى واختلفوا في الاجل في موضعين أحدهما هل يقدر بغير الايام والشهور مثل الجذاذ والقطاف والحصاد والموسم والثاني في مقداره من الايام وتحصيل مذهب مالك في مقداره من الايام ان المسلم فيه على ضربين ضرب يقتضي ببلد المسلم فيه وضرب يقتضى بغير البلد الذي وقع فيه السلم فان اقتضاه في البلد المسلم فيه فقال ابن القاسم ان المعتبر في ذلك اجل تختلف فيه الاسواق وذلك خمسة عشر يوماً او نحوها وروى ابن وهب عن مالك انه يجوز اليومين والثلاثة وقال ابن عبد الحكم لا باس به الى اليوم الواحد واما ما يقتضى ببلد آخر فان الاجل عندهم فيه هو قطع المسافة التي بين البلدين قلت او كثرت وقال ابو حنيفة لا يكون اقل من ثلاثة ايام فمن جعل الاجل شرطاً غير معلل اشترط منه اقل ما ينطلق عليه الاسم ومن جعله شرطاً معللا باختلاف الاسواق اشترط من الايام ما تختلف فيه الاسواق غالباً واما الاجل الى الجذاذ والحصاد وما اشبه ذلك فأجازه مالك ومنعه ابو حنيفة والشافعي فمن رآى ان الاختلاف الذي يكون في امثال هذه الآجال يسير جاز ذلك اذ الغرر اليسير معفو عنه في الشرع وشبهه بالاختلاف الذي يكون في الشهور من قبل الزيادة والنقصان ومن رآى انه كثير وانما كثر من الاختلاف الذي يكون من قبل نقصان الشهور وكاملها لم يجزه واما اختلافهم في هل من شرط السلم ان يكون جنس المسلم فيه موجوداً في حين عقد السلم فان مالكا والشافعي واحمد واسحاق وابا ثور لم يشترطوا ذلك وقالوا يجوز السلم في غير وقت ابانه وقال أبو حنيفة واصحابه والثوري والاوزاعي لا يجوز السلم الا في ابان الشيء المسلم فيه فحجة من لم يشترط الابان ما ورد في حديث ابن عباس ان الناس كانوا يسلمون في الثمر السنتين والثلاث فاقر ذلك ولم ينهوا عنه وعمدة الحنفية ما روى من حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تسلموا في

النخل حتى يبدو صلاحها وكانهم رأوا ان الغرر يكون فيه اكثر اذا لم يكن موجوداً في حال العقد وكانه يشبه بيع مالم يخلق اكثر وان كان ذلك معيناً وهذا في الذمة وبهذا فارق السلم بيع مالم يخلق

﴿وأما الشرط الثالث﴾ وهو مكان القبض فان ابا حنيفة اشترطه تشبيهاً بالزمان ولم يشترطه غيره وهم الاكثر وقال القاضي ابو محمد الافضل اشتراطه وقال ابن المواز ليس يحتاج الى ذلك

﴿واما الشرط الرابع﴾ وهو ان يكون الثمن مقدراً مكيلا او موزونا او معدودا او مذروعا لاجزافاً فاشترط ذلك ابو حنيفة ولم يشترطه الشافعي ولاصحابا ابي حنيفة ابو يوسف ومحمد قالوا وليس يحفظ عن مالك في ذلك نص الا انه يجوز عنده بيع الجزاف الافيما يعظم الغرر فيه على ماتقدم من مذهبه وينبغي ان تعلم ان التقدير في السلم يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل وبالذرع فيما يمكن فيه الذرع وبالعدد فيما يمكن فيه العدد وان لم يمكن فيه احد هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس ان كان انواعا مختلفة او مع تركه ان كان نوعا واحداً ولم يختلفوا ان السلم لايكون الافي الذمة وانه لايكون الافي معين واجاز مالك السلم في قرية معينة اذا كانت مامونة وكانه رآها مثل الذمة

﴿الباب الثاني﴾ وفي هذا الباب فروع كثيرة لكن نذكر منها المشهور

﴿مسئلة﴾ اختلف العلماء فيمن اسلم في شئ من الثمر فلما حل الاجل تعذر تسليمه حتى عدم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه فقال الجمهور اذا وقع ذلك كان المسلم بالخيار بين ان ياخذ الثمن او يصبر الى العام القابل وبه قال الشافعي وابو حنيفة وابن القاسم وحجتهم أن العقد وقع على موصوف في الذمة فهو باق على أصله وليس من شرط جوازه ان يكون من ثمار هذه السنة وانما هو شئ شرطه المسلم فهو في ذلك بالخيار وقال اشهب من اصحاب مالك ينفسخ السلم ضرورة ولايجوز التاخير وكانه رآه من باب الكالئ بالكالئ وقال سحنون ليس له اخذ الثمن وانما له ان يصبر الى القابل واضطرب قول مالك في هذا والمعتمد عليه في هذه المسئلة مارواه أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم وهو الذي اختاره ابو بكر الطرطوشي والكالئ بالكالئ المنهي عنه انما هو المقصود لا الذي يدخل اضطراراً

﴿مسئلة﴾ اختلف العلماء في بيع المسلم فيه اذا حان الاجل من المسلم اليه قبل قبضه فمن العلماء من لم يجز ذلك اصلا وهم القائلون بان كل شئ لايجوز بيعه قبل قبضه وبه قال أبو حنيفة واحمد واسحاق وتمسك أحمد واسحاق في منع هذا بحديث عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اسلم في شئ فلا يصرفه في غيره وأما مالك فانه منع شراء المسلم المسلم فيه قبل قبضه في موضعين احدهما اذا كان المسلم فيه طعاماً وذلك بناء على مذهبه في أن الذي يشترط في بيعه القبض هو الطعام على ماجاء عليه النص في الحديث والثاني اذا لم يكن المسلم فيه طعاماً فأخذ عوضه المسلم ما لايجوز ان يسلم فيه راس ماله مثل ان يكون المسلم فيه عرضاً والثمن عرضاً مخالفاً له فياخذ المسلم من المسلم اليه اذا حان الاجل شيئا من جنس ذلك العرض الذي هو الثمن وذلك ان هذا يدخله اما سلف وزيادة ان كان العرض الماخوذ اكثر من راس مال السلم واما ضمان وسلف ان كان مثله او اقل وكذلك ان كان راس مال السلم طعاما لم يجز ان ياخذ فيه طعاماً آخر اكثر منه لامن جنسه ولامن غير جنسه فان كان مثل طعامه في الجنس والكيل والصفة فيما حكاه عبد الوهاب جاز لانه يحمله على العروض وكذلك يجوز عنده ان ياخذ من الطعام المسلم فيه طعاماً من صفته وان كان اقل

جودة لانه عنده من باب البدل في الدنانير والاحسن مثل ان يكون له عليه قمح فياخذ بمكيلته شعيرا وهذا كله من شرطه عند مالك الا يتأخر القبض لانه يدخله الدين بالدين وان كان رأس مال السلم عينا واخذ المسلم فيه عيناً من جنسه جاز ما لم يكن اكثر منه ولم يتهمه على بيع العين بالعين نسيئة اذا كان مثله او أقل وان اخذ دراهم في دنانير لم يتهمه على الصرف المتأخر وكذلك ان اخذ فيه دنانير من غير صنف الدنانير التي هي رأس مال السلم وأما بيع السلم من غير المسلم اليه فيجوز بكل شئ يجوز به التبايع مالم يكن طعاماً لانه يدخله بيع الطعام قبل قبضه واما الاقالة فمن شرطها عند مالك الا يدخلها زيادة ولا نقصان فان دخلها زيادة أو نقصان كان بيعاً من البيوع ودخلها ما يدخل البيوع أعني انه تفسد عنده بما تفسد به بيوع الاجال مثل ان يتذرع الى بيع وسلف اوالى ضع وتعجل اوالى بيع السلم بما لا يجوز بيعه مثال ذلك في دخول بيع وسلف به اذا حل الاجل فأقاله على ان اخذ البعض وأقال من البعض فانه لا يجوز عنده فانه يدخله التذرع الى بيع وسلف وذلك جائز عند الشافعي وابي حنيفة لانهما لا يقولان بتحريم بيوع الذرائع

﴿مسئلة﴾ اختلف العلماء في الشراء برأس مال السلم من المسلم اليه شيئاً بعد الاقالة بما لا يجوز قبل الاقالة فمن العلماء من لم يجزه اصلا ورأى أن الاقالة ذريعة الى أن يجوز من ذلك ما لا يجوز وبه قال أبو حنيفة واصحابه ومالك واصحابه الا أن عند أبي حنيفة لا يجوز على الاطلاق اذ كان لا يجوز عنده بيع المسلم فيه قبل القبض على الاطلاق ومالك يمنع ذلك في المواضع التي يمنع بيع المسلم فيه قبل القبض على ما فصلناه قبل هذا من مذهبه ومن العلماء من اجازه وبه قال الشافعي والثوري وحجتهم ان الاقالة قد ملك رأس ماله فاذا ملكه جاز له ان يشتري به ما احب والظن الردي بالمسلمين غير جائز قالوا واما حديث ابي سعيد فانه انما وقع النهي فيه قبل الاقالة

﴿مسئلة﴾ اختلفوا اذا ندم المبتاع في السلم فقال للبائع أقلني وأنظرك بالثمن الذي دفعت اليك فقال مالك وطائفة ذلك لا يجوز وقال قوم يجوز واعتل مالك في ذلك مخافة أن يكون المشتري لما حل له الطعام على البائع اخره عنه على أن يقيله فكان ذلك من باب بيع الطعام الى أجل قبل ان يستوفى وقوم اعتلوا لمنع ذلك بأنه من باب فسخ الدين بالدين والذين رأوه جائزاً رأوا انه من باب المعروف والاحسان الذي امر الله تعالى به قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أقال مسلماً صفقته أقال الله عثرته يوم القيامة ومن أنظر معسراً اظله الله في ظله يوم لا ظل الا ظله

﴿مسئلة﴾ أجمع العلماء على انه اذا كان لرجل على رجل دراهم اودنانير الى اجل فدفعها اليه عند محل الاجل وبعده ان يلزمه اخذها واختلفوا في العروض المؤجلة من السلم وغيره فقال مالك والجمهور ان اتى بها قبل محل الاجل لم يلزم اخذها وقال الشافعي ان كان مما لا يتغير ولا يقصد به النظارة لزمه اخذه كالنحاس والحديد وان كان مما يقصد به النظارة كالفواكه لم يلزمه وأما اذا اتى به بعد محل الاجل فاختلف في ذلك اصحاب مالك فروى عنه انه يلزمه قبضه مثل ان يسلم في فاكهة الشتاء فيأتي بها في الصيف فقال ابن وهب وجماعة لا يلزمه ذلك وحجة الجمهور في انه لا يلزمه قبض العروض قبل محل الاجل من قبل انه من ضمانه الى الوقت المضروب الذي قصده وله عليه من المؤونة في ذلك وليس كذلك الدنانير والدراهم اذ لا مؤونة فيها ومن لم يلزمه بعد الاجل فحجته انه رأى ان المقصود من العروض انما كان وقت الاجل لا غيره وأما من أجاز ذلك في الوجهين أعني بعد الاجل او قبله فشبهه بالدنانير والدراهم

﴿مسئلة﴾ اختلف العلماء فيمن اسلم الى آخر او باع منه طعاماً على

مكيلة ما فاخبر البائع او المسلم اليه المشتري بكيل الطعام هل للمشتري ان يقبضه منه دون ان يكيله وأن يعول في ذلك على تصديقه فقال مالك ذلك جائز في السلم وفي البيع بشرط النقد والا خيف ان يكون من باب الربا كانه انما صدقه في الكيل لمكان انه انظره بالثمن وقال ابو حنيفة والشافعي والثوري والاوزاعي والليث لايجوز ذلك حتى يكيله البائع للمشتري مرة ثانية بعد ان كاله لنفسه بحضرة البائع وحجتهم انه لما كان ليس للمشتري ان يبيعه الا بعد ان يكيله لم يكن له ان يقبضه الا بعد ان يكيله البائع له لانه لما كان من شرط البيع الكيل فكذلك القبض واحتجوا بما جاء في الحديث انه عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري واختلفوا اذا هلك الطعام في يد المشتري قبل الكيل فاختلفا في الكيل فقال الشافعي القول قول المشتري وبه قال ابو ثور وقال مالك القول قول البائع لانه قد صدقه المشتري عند قبضه اياه وهذا مبني عنده على أن البيع يجوز بنفس تصديقه

الباب الثالث في اختلاف المتبائعين في السلم

والمتبائعان في السلم اما أن يختلفا في قدر الثمن او المثمون واما في جنسهما واما في الاجل واما في مكان قبض السلم فاما اختلافهم في قدر المسلم فيه فالقول فيه قول المسلم اليه ان اتى بما يشبه والا فالقول ايضاً قول المسلم ان اتى ايضا بما يشبه فان اتيا بما لا يشبه فالقياس أن يتحالفا ويتفاسخا واما اختلافهم في جنس المسلم فيه فالحكم في ذلك التحالف والتفاسخ مثل ان يقول احدهم سلمت في تمر ويقول الاخر في قمح فان كان في حلوله فالقول قول المسلم اليه وان كان في قدره فالقول أيضاً قول المسلم اليه الا أن يأتي بما لا يشبه مثل ان يدعي المسلم وقت ابان المسلم فيه ويدعي المسلم اليه غير ذلك الوقت فالقول قول المسلم واما اختلافهم في موضع القبض فالمشهور ان من ادعى موضع عقد السلم فالقول قوله وان لم يدعه واحد منهما فالقول قول المسلم اليه وخالف سحنون في الوجه الاول فقال القول قول المسلم اليه وان ادعى القبض في موضع العقد وخالف أبو الفرج في الموضع الثاني فقال اذا لم يدع واحد منهما موضع العقد تحالفا وتفاسخا واما اختلافهم في الثمن فحكمه حكم اختلاف المتبائعين قبل القبض وقد تقدم ذلك

كتاب بيع الخيار

والنظر في اصول هذا الباب اما اولا فهل يجوز ام لا وان جاز فكم مدة الخيار وهل يشترط النقد فيه ام لا ومن ضمان المبيع في مدة الخيار وهل يورث الخيار ام لا ومن يصح خياره ممن لا يصح وما يكون من الافعال خياراً كالقول اما جواز الخيار فعليه الجمهور الا الثوري وابن أبي شبرمة وطائفة من اهل الظاهر وعمدة الجمهور حديث حبان بن منقذ وفيه ولك الخيار ثلاثا وما روى في حديث ابن عمر البيعان بالخيار ما لم يفترقا الا بيع الخيار وعمدة من منعه انه غرر وأن الاصل هو اللزوم في البيع الا ان يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله او سنة ثابتة او اجماع قالوا وحديث حبان اما انه ليس بصحيح واما انه خاص لما شكي اليه صلى الله عليه وسلم انه يخدع في البيوع قالوا واما حديث ابن عمر وقوله فيه الا بيع الخيار فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ وهو ما ورد فيه من لفظ آخر وهو ان يقول احدهما لصاحبه اختر واما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه فرأى مالك ان ذلك ليس له قدر محدود في نفسه وانه انما يتقدر بتقدر الحاجة الى اختلاف المبيعات وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات فقال مثل اليوم واليومين في اختيار الثوب والجمعة والخمسة الايام في اختيار الجارية والشهر ونحوه في اختيار الدار وبالجملة فلا يجوز عنده الاجل الطويل الذي فيه فضل عن اختيار المبيع وقال الشافعي وأبو حنيفة أجل الخيار ثلاثة ايام لا يجوز اكثر من ذلك وقال احمد

وابو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز الخيار لاى مدة اشترطت وبه قال داود واختلفوا فى الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة فقال الثوري و الحسن بن حى وجماعة بجواز اشتراط الخيار مطلقاً ويكون له الخيار ابدا وقال مالك يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله وقال أبو حنيفة والشافعى لايجوز بحال الخيار المطلق ويفسد البيع واختلف أبو حنيفة والشافعى ان وقع الخيار فى الثلاثة الايام زمن الخيار المطلق فقال ابو حنيفة ان وقع في الثلاثة الايام جاز وان مضت الثلاثة فسد البيع وقال الشافعى بل هو فاسد على كل حال فهذه هى اقاويل فقهاء الامصار فى مدة الخيار وهى هل يجوز مطلقاً اومقيدا وان جاز مقيداً فكم مقداره وان لم يجز مطلقاً فهل من شرط ذلك ألايقع الخيار فى الثلاث ام لايجوز بحال وان وقع فى الثلاث فاما أدلتهم فان عمدة من لم يجز الخيار هو ماقلناه واما عمدة من لم يجز الخيار الاثلاثا فهو ان الاصل هو ألايجوز الخيار فلايجوز منه الاماورد فيه النص فى حديث منقذ بن حبان اوحبان بن منقذ وذلك كسائر الرخص المستثناة من الاصول مثل استثناء العرايا من المزابنة وغير ذلك قالوا وقد جاء تحديد الخيار بالثلاث فى حديث المصراة وهو قوله من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام واما حديث منقذ فاشبه طرقه المتصلة مارواه محمد بن اسحاق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمنقذ وكان يخدع في البيع اذا بعت فقل لاخلابة وانت بالخيار ثلاثا واما عمدة اصحاب مالك فهو ان المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع واذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدوداً بزمان إمكان اختيار البيع وذلك يختلف بحسب مبيع مبيع فكان النص انما ورد عندهم تنبيها على هذا المعنى وهو عندهم من باب الخاص اريد به العام وعند الطائفة الاولى من باب الخاص اريد به الخاص وأما اشتراط النقد فانه لايجوز عند مالك وجميع أصحابه لتردده عندهم بين السلف والبيع وفيه ضعف. وأما من ضمان المبيع في مدة الخيار فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك واصحابه والليث والاوزاعي مصيبته من البائع والمشترى أمين وسواء كان الخيار لهما اولاحدهما وقد قيل في المذهب انه ان كان هلك بيد البائع فلا خلاف فى ضمانه اياه وان كان هلك بيد المشترى فالحكم كالحكم في الرهن والعارية ان كان مما يغاب عليه فضمانه منه وان كان مما لايغاب عليه فضمانه من البائع وقال ابو حنيفة ان كان شرط الخيار لكليهما أوللبائع وحده فضمانه من البائع والمبيع على ملكه واما ان كان شرطه المشترى وحده فقد خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشترى وبقى معلقاً حتى ينقضى الخيار وقد قيل عنه ان على المشترى الثمن وهذا يدل على انه قد دخل عنده فى ملك المشترى وللشافعى قولان أشهرهما أن الضمان من المشترى لايهما كان الخيار فعمدة من رآ أن الضمان من البائع على كل حال انه عقد غير لازم فلم ينتقل الملك عن البائع كما لو قال بعتك ولم يقل المشترى قبلت وعمدة من رآ انه من المشترى تشبيهه بالبيع اللازم وهو ضعيف لقياسه موضع الخلاف على موضع الاتفاق وأما من جعل الضمان لمشترط الخيار اذا شرطه احدهما ولم يشترطه الثانى فلانه ان كان البائع هو المشترط فالخيار له إبقاء المبيع على ملكه وان كان المشترى هو المشترط له فقط فقد صرفه البائع عن ملكه وأباه فوجب ان يدخل في ملك المشترى ومن قال يخرج من ملك البائع ولا يدخل فى ملك المشترى واذا كان المشترى هو الذى شرطه فقط قال فقد خرج عن ملك البائع لانه لم يشترط خياراً ولم يلزم ان يدخل فى ملك المشتري لانه شرط الخيار في رد الاخر له ولكن هذا القول يمانع الحكم فانه لابد ان تكون مصيبته من احدهما والخلاف آئل الى هل الخيار مشترط لايقاع الفسخ فى البيع اولتتميم البيع فاذا قلنا بفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع وان قلنا في تتميمه فهو فى ضمانه

﴿وأما المسئلة الخامسة﴾

وهي هل يورث خيار المبيع أم لا فان مالكا والشافعي واصحابهما قالوا يورث وانه اذا مات صاحب الخيار فلورثته من الخيار مثل ما كان له وقال أبو حنيفة واصحابه يبطل الخيار بموت من له الخيار ويتم البيع وهكذا عنده خيار الشفعة وخيار قبول الوصية وخيار الاقالة وسلم لهم ابو حنيفة خيار الرد بالعيب اعني أنه قال يورث وكذلك خيار استحقاق الغنيمة قبل القسم وخيار القصص وخيار الرهن وسلم لهم مالك خيار رد الاب ما وهبه لابنه اعني أنه لم ير لورثة الميت من الخيار في رد ما وهبه لابنه ما جعل له الشرع من ذلك أعني للاب وكذلك خيار الكتابة والطلاق واللعان ومعنى خيار الطلاق ان يقول الرجل لرجل آخر طلق امرأتي متى شئت فيموت الرجل المجعول له الخيار فان ورثته لا ينتزلون منزلته عند مالك وسلم الشافعي ما سلمت المالكية للحنفية من هذه الخيارات وسلم زائداً خيار الاقالة والقبول فقال لا يورثان وعمدة المالكية والشافعية ان الاصل هو ان تورث الحقوق والاموال الا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال وعمدة الحنفية ان الاصل هو ان يورث المال دون الحقوق الا ما قام دليله من الحق الحقوق بالاموال فموضع الخلاف هل الاصل هو ورث الحقوق كالاموال أم لا وكل واحد من الفريقين يشبه من هذا ما لم يسلمه له خصمه منها بما يسلمه منها له ويحتج على خصمه فالمالكية والشافعية تحتج على أبي حنيفة بتسليمه وراثة خيار الرد بالعيب ويشبه سائر الخيارات التي تورثها هي به والحنفية تحتج أيضاً على المالكية والشافعية بما تمنع من ذلك وكل واحد منهم يروم ان يعطي فارقا فيما يختلف فيه قوله ومشابها فيما يتفق فيه قوله ويروم في قول خصمه بالضد اعني ان يعطي فارقا فيما يضمه الخصم متفقاً ويعطي اتفاقا فيما يضمه الخصم متبايناً مثل ما تقول المالكية انما قلنا ان خيار الاب في رد هبته لا يورث لان ذلك خيار راجع الى صفة في الاب لا توجد في غيره وهي الابوة فوجب الا تورث لانها صفة في العقد وهذا هو * سبب اختلافهم في خيار خيار اعني انه من انقدح له في شئ منها انه صفة للعقد ورثه ومن انقدح له انه صفة خاصة بذي الخيار لم يورثه

﴿ واما المسئلة السادسة ﴾ وهي من يصح خياره فانهم اتفقوا على صحة خيار المتبايعين واختلفوا في اشتراط خيار الاجنبي فقال مالك يجوز ذلك والبيع صحيح وقال الشافعي في احد قوليه لا يجوز الا ان يوكله الذي جعل له الخيار ولا يجوز الخيار عنده على هذا القول لغير العاقد وهو قول احمد وللشافعي قول آخر مثل قول مالك وبقول مالك قال ابو حنيفة واتفق المذهب على ان الخيار للاجنبي اذا جعله له المتبايعان وان قوله لازم لهما واختلف المذهب اذا جعله احدهما فاختلف البائع ومن جعل له البائع الخيار او المشتري ومن جعل له المشتري الخيار فقيل القول في الامضاء والرد قول الاجنبي سواء اشترط خياره البائع أو المشتري وقال عكس هذا القول من جعل خياره هنا كالمشورة وقيل بالفرق بين البائع والمشتري اي ان القول في الامضاء والرد قول البائع دون الاجنبي وقول الاجنبي دون المشتري ان كان المشتري هو مشترط الخيار وقيل القول قول من اراد منهما الامضاء وان اراد البائع الامضاء واراد الاجنبي الذي اشترط البائع خياره الرد ووافقه المشتري فالقول قول البائع في الامضاء وان اراد البائع الرد واراد الاجنبي الامضاء ووافقه المشتري فالقول قول المشتري وكذلك ان اشترط الخيار للاجنبي المشتري فالقول فيهما قول من اراد الامضاء وكذلك الحال في المشتري وقيل بالفرق في هذا بين البائع والمشتري أي ان اشترطه البائع بالقول قول من اراد الامضاء منهما وان اشترطه المشتري بالقول قول الاجنبي وهو ظاهرها في المدونة وهذا كله ضعيف واختلفوا فيمن اشترط من الخيار مالا يجوز مثل ان يشترط اجلا مجهولا او خياراً فوق الثلاث عند من لا

يجوز الخيار فوق الثلاث أوخيار رجل بيد الموضع بعينه أعنى اجنبياً فقال مالك والشافعى لايصح البيع وإن اسقط الشرط الفاسد وقال أبوحنيفة يصح البيع مع اسقاط الشرط الفاسد فاصل الخلاف هل الفساد الواقع فى البيع من قبل الشرط يتعدى الى العقد أم لا يتعدى وإنما هو في الشرط فقط فمن قال يتعدى أبطل البيع وان اسقطه ومن قال لا يتعدى قال البيع يصح اذا اسقط الشرط الفاسد لانه يبقى العقد صحيحاً

﴿ كتاب بيع المرابحة ﴾

أجمع جمهور العلماء على ان البيع صنفان مساومة ومرابحة وان المرابحة هى ان يذكر البائع للمشترى الثمن الذى اشترى به السلعة ويشترط عليه ربحاً ما للدينار أوالدرهم واختلفوا من ذلك بالجملة فى موضعين أحدهما فيما للبائع ان يعده من رأس مال السلعة مما انفق على السلعة بعد الشراء مما ليس له ان يعده من رأس المال ، والموضع الثانى اذا كذب البائع للمشترى فاخبر انه اشتراه باكثر مما اشترى السلعة به اووهم فاخبر باقل مما اشترى به السلعة ثم ظهر له انه اشتراها باكثر ففى هذا الكتاب بحسب اختلاف فقهاء الامصار بابان . الباب الاول فيما يعد من رأس المال مما لا يعد وفى صفة رأس المال الذى يجوز ان يبنى عليه الربح ؛ الثانى فى حكم ماوقع من الزيادة أو النقصان فى خبر البائع بالثمن

﴿ الباب الاول ﴾

فاما ما يعد في الثمن مما لا يعد فان تحصيل مذهب مالك فى ذلك انما ينوب البائع على السلعة زائداً على الثمن ينقسم ثلاثة أقسام قسم يعد فى أصل الثمن ويكون له حظ من الربح وقسم يعد فى أصل الثمن ولايكون له حظ من الربح وقسم لايعد فى أصل الثمن ولايكون له حظ من الربح فاما الذى يحسبه فى رأس المال ويجعل له حظاً من الربح فهو ما كان مؤثراً فى عين السلعة مثل الخياطة والصبغ وأما الذى يحسبه فى رأس المال ولايجعل له حظاً من الربح فما لايؤثر فى عين السلعة مما لايمكن البائع ان يتولاه بنفسه كحمل المتاع من بلد الى بلد وكذا البيوت التى توضع فيها واما مالايحتسب فيه في الامرين جميعاً مما ليس له تاثير فى عين السلعة مما يمكن ان يتولاه صاحب السلعة بنفسه كالسمسرة والطى والشد وقال ابوحنيفة بل يجعل على ثمن السلعة كل ما نابه عليها وقال ابوثور لايجوز المرابحة الا بالثمن الذى اشترى به السلعة فقط الا ان يفصل ويفسخ عنده ان وقع قال لانه كذب لانه يقول له ثمن سلعتى بكذا وكذا وليس الامر كذلك وهو عنده من باب الغش واما صفة رأس الثمن الذى يجوز ان يخبر به فان مالكا والليث قالا فيمن اشترى سلعة بدنانير والصرف يوم اشتراها صرف معلوم ثم باعها بدراهم والصرف قد تغير الى زيادة انه ليس له ان يعلم يوم باعها بالدنانير التى اشتراها لانه من باب الكذب والخيانة وكذلك ان اشتراها بدراهم ثم باعها بدنانير وقد تغير الصرف واختلف اصحاب مالك من هذا الباب فيمن ابتاع سلعة بعروض هل يجوز له ان يبيعها مرابحة أم لا يجوز فاذا قلنا بالجواز فهل يجوز بقيمة العرض أوبالعرض نفسه فقال ابن القاسم يجوز له بيعها على ما اشتراه به من العروض ولايجوز على القيمة وقال اشهب لايجوز لمن اشترى سلعة بشئ من العروض ان يبيعها مرابحة لانه يطالبه بعرض على صفة عرضه وفي الغالب ليس يكون عنده فهو من باب بيع ماليس عنده واختلف مالك وابوحنيفة فيمن اشترى سلعة بدنانير فاخذ فى الدنانير عروضاً اودراهم هل يجوز له بيعها مرابحة دون ان يعلم بما نقد ام لايجوز فقال مالك لايجوز الا ان يعلم ما نقد وقال ابوحنيفة يجوز ان يبيعها منه مرابحة على الدنانير التى ابتاع بها السلعة دون العروض التى اعطى فيها أوالدراهم وقال مالك ايضاً فيمن اشترى سلعة باجل فباعها مرابحة انه لا يجوز حتى يعلم بالاجل وقال الشافعي ان وقع كان للمشترى مثل اجله وقال ابوثور هو كالعيب وله الرد به وفي هذا الباب فى المذهب فروع كثيرة ليست مما قصدناه

﴿ الباب الثاني ﴾ واختلفوا فيمن ابتاع سلعة مرابحة على ثمن ذكره ثم ظهر بعد ذلك اما باقراره واما ببينة ان الثمن كان اقل والسلعة قائمة فقال مالك وجماعة المشترى بالخيار اما ان ياخذ بالثمن الذى صح او يترك اذا لم يلزمه البائع اخذها بالثمن الذى صح وان الزمه لزمه وقال أبو حنيفة وزفر بل المشترى بالخيار على الاطلاق ولا يلزمه الاخذ بالثمن الذى ان الزمه البائع لزمه وقال الثورى وابن أبى ليلى وأحمد وجماعة بل يبقى البيع لازما لهما بعد حط الزيادة وعن الشافعي القولان القول بالخيار مطلقاً والقول باللزوم بعد الحط فحجة من أوجب البيع بعد الحط ان المشترى انما ارتجه على ما ابتاع به السلعة لا غير ذلك فلما ظهر خلاف ما قال وجب ان يرجع الى الذي ظهر كما لو اخذه بكيل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل انه يلزمه توفية ذلك الكيل وحجة من رآى ان الخيار مطلقا تشبيه الكذب فى هذه المسئلة بالعيب أعنى انه كما يوجب العيب الخيار كذلك يوجب الكذب واما اذا فاتت السلعة فقال الشافعى يحط مقدار ما زاد من الثمن وما وجب له من الربح وقال مالك ان كانت قيمتها يوم القبض أو يوم البيع على خلاف عنه فى ذلك مثل ما وزن المبتاع أو أقل فلا يرجع عليه المشترى بشئ وان كانت القيمة أقل خير البائع بين رده للمشترى القيمة أو رده الثمن أو امضاءه السلعة بالثمن الذى صح واما اذا باع الرجل سلعته مرابحة ثم أقام البينة ان ثمنها أكثر مما ذكره وانه وهم فى ذلك وهي قائمة فقال الشافعى لا يسمع من تلك البينة لانه كذبها وقال مالك يسمع منها ويجبر المبتاع على ذلك الثمن وهذا بعيد لانه بيع آخر وقال مالك فى هذه المسئلة اذا فاتت السلعة ان المبتاع مخير بين ان يعطى قيمة السلعة يوم قبضها أو ان ياخذها بالثمن الذي صح فهذه هى مشهورات مسائلهم فى هذا الباب ومعرفة أحكام هذا البيع تبنى فى مذهب مالك على معرفة أحكام ثلاث مسائل وما تركب منها حكم مسئلة الكذب وحكم مسئلة الغش وحكم مسئلة وجوب العيب فاما حكم الكذب فقد تقدم واما حكم الرد بالعيب فهو حكمه فى البيع المطلق واما حكم الغش عنده فهو تخيير البائع مطلقاً وليس للبائع ان يلزمه البيع وان حط عنه مقدار الغش كما له ذلك فى مسئلة الكذب هذا عند ابن القاسم وأما عند اشهب فان الغش عنده ينقسم قسمين قسم مؤثر في الثمن وقسم غير مؤثر فاما غير المؤثر فلا حكم عنده فيه وأما المؤثر فحكمه عنده حكم الكذب وأما التى تتركب فهي أربع مسائل كذب وغش وكذب وتدليس وغش وتدليس بعيب وكذب وغش وتدليس بعيب واصل مذهب ابن القاسم فيها انه ياخذ بالذى بقى حكمه ان كان فات بحكم احدها او بالذى هو ارجح له ان لم يفت حكم أحدها اما على التخيير حيث يمكن التخيير او الجمع حيث يمكن الجمع وتفصيل هذا لائق بكتب الفروع أعنى مذهب ابن القاسم وغيره

﴿ كتاب بيع العرية ﴾ اختلف الفقهاء في معنى العرية والرخصة التي اتت فيها السنة فحكى القاضى ابو محمد عبد الوهاب المالكى أن العرية فى مذهب مالك هى ان يهب الرجل ثمرة نخلة او نخلات من حائطه لرجل بعينه فيجوز للمعرى شراؤها من المعرى له بخرصها تمراً على شروط اربعة . أحدها ان تزهى : والثانى ان تكون خمسة اوسق فادون فان زادت فلا يجوز : والثالث ان يعطيه التمر الذي يشتريها به عند الجذاذ فان اعطاه نقداً لم يجز : والرابع ان يكون التمر من صنف ثمر العرية ونوعها فهلي مذهب مالك الرخصة فى العرية انما هى فى حق المعرى فقط والرخصة فيها انما هى استثناؤها من المزابنة وهى بيع الرطب بالتمر الجاف الذى ورد النهى عنه ومن صنف الربا أيضاً أعنى التفاضل والنساء وذلك انه بيع ثمر معلوم الكيل بثمر معلوم بالتخمين وهو الخرص فيدخله بيع الجنس الواحد متفاضلا وهو أيضاً ثمر بثمر الى اجل فهذا هو من مذهب مالك فما هي العرية وما هى الرخصة فيها ولمن

الرخصة فيها ؛ وأما الشافعي فمعنى الرخصة الواردة عنده فيها ليست للمعرى خاصة وانما هي لكل احد من الناس اراد ان يشتري هذا القدر من الثمر أعني الخمسة أوسق اوما دون ذلك بثمر مثلها وروى أن الرخصة فيها انما هي معلقة بهذا القدر من الثمر لضرورة الناس ان ياكلوا رطباً وذلك لمن ليس عنده رطب ولا تمر يشتري به الرطب والشافعي يشترط في اعطاء الثمر الذي تباع به العرية ان يكون نقداً ويقول ان تفرقا قبل القبض فسد البيع والعرية جائزة عند مالك في كل مايبس ويدخر وهي عند الشافعي في الثمر والعنب فقط ولا خلاف في جوازها فيما دون الخمسة الاوسق عند مالك والشافعي وعنهما الخلاف اذا كانت خمسة اوسق فروى الجواز عنهما والمنع والاشهر عند مالك الجواز فالشافعي يخالف مالكا في العرية في اربعة مواضع . أحدها في سبب الرخصة كما قلنا : والثاني أن العرية التي رخص فيها ليست هبة وانما سميت هبة على التجوز . والثالث في اشتراط النقد عند البيع ، والرابع في محلها فهي عنده كما قلنا في الثمر والعنب فقط وعند مالك في كل مايدخر ويبس وأما احمد بن حنبل فيوافق مالكا في أن العرية عنده هي الهبة ويخالفه في أن الرخصة انما هي عنده فيها للموهوب له أعني المعرى له لا للمعرى وذلك انه يري ان له ان يبيعها ممن شاء بهذه الصفة لا من المعرى خاصة كما ذهب اليه مالك وأما ابو حنيفة فيوافق مالكا في أن العرية هي الهبة ويخالفه في صفة الرخصة وذلك أن الرخصة عنده فيها ليست هي من باب استثنائها من المزابنة ولا هي في الجملة في البيع وانما الرخصة عنده فيها من باب رجوع الواهب في هبته اذ كان الموهوب له لم يقبضها وليست عنده ببيع وانما هي رجوع في الهبة على صفة مخصوصة وهو ان يعطي بدلها تمراً بخرصها وعمدة مذهب مالك في العرية انها بالصفة التي ذكر سنتها المشهورة عندهم بالمدينة قالوا واصل هذا أن الرجل كان يهب النخلات من حائطه فيشق عليه دخول الموهوب له عليه فابيح له ان يشتريها بخرصها تمراً عند الجذاذ ومن الحجة له في أن الرخصة انما هي للمعرى حديث سهل بن ابي خيثمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع الثمر بالرطب الا انه رخص في العرية ان تباع بخرصها ياكلها اهلها رطباً قالوا فقوله ياكلها رطباً دليل على أن ذلك خاص بمعريها لانهم في ظاهر هذا القول اهلها ويمكن ان يقال ان اهلها هم الذين اشتروها كائناً من كان لكن قوله رطباً هو تعليل لايناسب المعرى وعلى مذهب الشافعي هو مناسب وهم الذين ليس عندهم رطب ولا تمر يشترونها به ولذلك كانت الحجة للشافعي واما ان العرية عنده هي الهبة فالدليل على ذلك من اللغة فان اهل اللغة قالوا العرية هي الهبة واختلف في تسميتها بذلك فقيل لانها عريت من الثمن وقيل انها ماخوذة من عروت الرجل اعروه اذا سألته ومنه قوله تعالي وأطعموا القانع والمعتر وانما اشترط مالك نقد الثمن عند الجذاذ أعني تاخيره الى ذلك الوقت لانه ثمر ورد الشرع برخصه فكان من سنته ان يتأجل الى الجذاذ اصلها الزكاة وفيه ضعف لانه مصادمة بالقياس لاصل السنة وعنده انه اذا تطوع بعد تمام العقد بتعجيل الثمر جاز . وأما اشتراطه جوازها في الخمسة الاوسق او فيما دونها فلما رواه عن ابي هريرة أن رسول الله صلي الله عليه وسلم ارخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة اوسق اوفي خمسة اوسق وانما كان عن مالك في الخمس الاوسق روايتان الشك الواقع في هذا الحديث من الراوي وأما اشتراطه ان يكون من ذلك الصنف بعينه اذا يبس فلما روى عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لصاحب العرية ان يبيعها بخرصها تمراً خرّجه مسلم وأما الشافعي فعمدته حديث رافع بن جريج وسهل بن ابي خيثمة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن المزابنة الثمر بالثمر الا اصحاب العرايا فانه اذن لهم فيه وقوله فيها ياكلها اهلها رطباً والعرية عندهم هي اسم لما دون

الخمسة

الخمسة الاوسق من التمر وذلك انه لما كان العرف عندهم ان يهب الرجل في الغالب من نخلاته هذا القدر فسادوه خص هذا القدر الذى جاءت فيه الرخصة باسم الهبة لموافقته فى القدر للهبة وقد احتج لمذهبه بما رواه باسناد منقطع عن محمود بن لبيد انه قال لرجل من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إما زيد بن ثابت وإما غيره ما عرايانا كم هذه قال فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الرطب اتى وليس بايديهم نقد يبتاعون به الرطب فيأكلونه مع الناس وعندهم فضل من قوتهم من التمر فرخص لهم ان يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذى بايديهم يأكلونها رطباً وانما لم يجز تأخير نقد التمر لانه بيع الطعام بالطعام نسيئة وأما احمد فحجته ظاهر الاحاديث المتقدمة انه رخص فى العرايا ولم يخص المعرى من غيره وأما ابو حنيفة فلما لم يجز عنده المزابنة وكانت ان جعلت بيعاً نوعا من المزابنة رآ ان انصرافها الى المعرى ليس هو من باب البيع وانما هو من باب رجوع الواهب فيما وهب باعطاء خرصها تمراً وتسميتها اياها بيعاً عنده مجاز وقد التفت الى هذا المعنى مالك فى بعض الروايات عنه فلم يجز بيعها بالدراهم ولا بشئ من الاشياء سوى الخرص وان كان المشهور عنه جواز ذلك وقد قيل ان قول ابى حنيفة هذا هو من باب تغليب القياس على الحديث وذلك انه خالف الاحاديث فى مواضع ، منها انها سماها بيعاً وقد نص الشارع على تسميتها بيعاً . ومنها انها جاءت فى الحديث انه نهى عن المزابنة ورخص فى العرايا وعلى مذهبه لا تكون العرية استثناء من المزابنة لان المزابنة هى فى البيع والعجب منه انه سهل عليه ان يستثنيها من النهى عن الرجوع فى الهبة التى لم يقع فيها استثناء بنص الشرع وعسر عليه ان يستثنيها مما استثناه منه الشارع وهى المزابنة

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الاجارات

والنظر فى هذا الكتاب شبيه بالنظر فى البيوع أعنى ان اصوله تنحصر بالنظر فى انواعها وفى شروط الصحة فيها والفساد وفى احكامها وذلك فى نوع نوع منها أعنى فيما يخص نوعا نوعا منها وفيما يعم اكثر من واحد منها فهذا الكتاب ينقسم اولا الى قسمين . القسم الاول فى انواعها وشروط الصحة والفساد . والثانى فى معرفة احكام الاجارات وهذا كله بعد قيام الدليل على جوازها فلنذكر اولا ما فى ذلك من الخلاف ثم نصير الى ذكر ما فى دينك القسمين من المسائل المشهورة اذ كان قصدنا انما هو ذكر المسائل التى تجرى من هذه الاشياء مجرى الامهات وهى التى اشتهر فيها الخلاف بين فقهاء الامصار { فقـــــــول } إن الاجارة جائزة عند جميع فقهاء الامصار والصدر الاول وحكى عن الاصم وابن علية منعها ودليل الجمهور قوله تعالى إنى اريد ان انكحك احدى ابنتى هاتين الآية وقوله فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن ومن السنة الثابتة ما خرّجه البخارى عن عائشة قالت استاجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبوبكر رجلا من بنى الديل هاديا خريتاً وهو على دين كفار قريش فدفعا اليه راحلتيهما ووعداه غار ثور بعد ثلاث ليال براحلتيهما وحديث جابر انه باع من النبى صلى الله عليه وسلم بعيراً وشرط ظهره الى المدينة وما جاز استيفاؤه بالشرط جاز استيفاؤه بالاجر وشبهة من منع ذلك أن المعاوضات انما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال فى الاعيان المحسوسة والمانع فى الاجارات فى وقت العقد معدومة فكان ذلك غرراً ومن بيع ما لم يخلق ونحن نقول انها وان كانت معدومة فى حال العقد فهى مستوفاة فى الغالب والشرع انما لحظ من هذه المنافع ما يستوفى

فى الغالب اويكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء

وهذا القسم النظر فيه فى جنس الثمن وجنس المنفعة التى يكون الثمن مقابلا له وصفتها . وأما الثمن فينبغى ان يكون مما يجوز بيعه وقد تقدم ذلك فى باب البيوع . وأما المنفعة فينبغى ان تكون من جنس مالم ينه الشرع عنه وفى كل هذه مسائل اتفقوا عليها واختلفوا فيها فما اجتمعوا على ابطال اجارته كل منفعة كانت لشئ محرم العين وكذلك كل منفعة كانت محرمة بالشرع مثل اجر النوائح واجر المغنيات وكذلك كل منفعة كانت فرض عين على الانسان بالشرع مثل الصلاة وغيرها واتفقوا على اجارة الدور والدواب والثياب على الاقمال المباحة وكذلك الثياب والبسط واختلفوا فى اجارة الارضين وفى اجارة المياه وفى اجارة المؤذن وفى الاجارة على تعليم القرآن وفى اجارة نزو الفحول . فاما كراء الارضين فاختلفوا فيها اختلافا كثيراً فقوم لم يجيزوا ذلك بتة وهم الاقل وبه قال طاووس وأبو بكر بن عبد الرحمان وقال الجمهور بجواز ذلك واختلف هؤلاء فيما يجوز به كراؤها فقال قوم لايجوز كراؤها الا بالدراهم والدنانير فقط وهو مذهب ربيعة وسعيد بن المسيب وقال قوم يجوز كراء الارض بكل شئ ما عدى الطعام وسواء كان ذلك بالطعام الخارج منها اولم يكن وماعدا مايثبت فيها كان طعاماً اوغيره والى هذا ذهب مالك وأكثر اصحابه وقال آخرون يجوز كراء الارض مما عدا الطعام فقط وقال آخرون يجوز كراء الارض بكل العروض والطعام وغير ذلك مالم يكن يجزء مما يخرج منها من الطعام وممن قال بهذا القول سالم بن عبد الله وغيره من المتقدمين وهو قول الشافعي وظاهر قول مالك فى الموطا وقال قوم يجوز كراؤها بكل شئ ويجزء مما يخرج منها وبه قال احمد والثورى والليث وأبو يوسف ومحمد صاحبا ابي حنيفة وابن ابي ليلى والاوزاعي وجماعة وعمدة من لم يجز كراءها بحال ماروا مالك بسنده عن رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع قالوا وهذا عام وهؤلاء لم يلتفتوا الى ما روى مالك من تخصيص الراوى له حين روى عنه قال حنظلة فسألت رافع بن خديج عن كرائها بالذهب والورق فقال لاباس به وروى هذا عن رافع وابن عمر واخذ بعمومه وكان ابن عمر قبل يكرى ارضه فترك ذلك وهذا بناء على رأى من يرى انه لايخصص العموم بقول الراوى وروي عن رافع بن خديج عن ابيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اجارة الارضين قال أبو عمر بن عبد البر واحتجوا أيضاً بحديث ضمرة عن ابن شوذب عن مطرف عن عطاء عن جابر قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال من كانت له ارض فليزرعها اوليزرعها ولايواجرها فهذه هى جملة الاحاديث التى تمسك بها من لم يجز كراء الارض وقالوا أيضاً من جهة المعنى انه لم يجز كراؤها لما فى ذلك من الغرر لانه ممكن ان يصيب الزرع جائحة من ثار اوقحط او غرق فيكون قد ازمه كراؤها من غير ان ينتفع من ذلك بشئ * قال القاضى ويشبه ان يقال فى هذا ان المعنى فى ذلك قصد الرفق بالناس لكثرة وجود الارض كما نهى عن بيع الماء ووجه الشبه بينهما انهما اصلا الخلقة . وأما عمدة من لم يجز كراءها الا بالدراهم والدنانير فحديث طارق بن عبد الرحمان عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال انما يزرع ثلاثة رجل له ارض فيزرعها ورجل منح ارضاً فهو يزرع ما منح ورجل اكترى بذهب او فضة قالوا فلا يجوز ان يتعدى مافى هذا الحديث والاحاديث الاخر مطلقة وهذا مقيد ومن الواجب حمل المطلق على المقيد وعمدة من اجاز كراءها بكل شئ ما عدا الطعام وسواء كان الطعام مدخراً اولم يكن حديث يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار عن رافع بن خديج قال قال رسول الله صلى

الله

الله عليه وسلم من كانت له ارض فليزرعها اوليزرعها اخاه ولايكرها بثلث ولا ربع ولا بطعام معين قالوا وهذا هو معنى المخابرة التي نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها وذكروا حديث سعيد بن المسيب مرفوعا وفيه والمحاقلة استكراء الارض بالحنطة قالوا وأيضاً فانه من باب بيع الطعام بالطعام نسيئة وعمدة من لم يجز كراءها بالطعام ولا بشئ مما يخرج منها أما بالطعام فحجته حجة من لم يجز كراءها بالطعام وأما حجته على منع كرائها مما نبت فهو ماورد من نهيه صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قالوا وهي كراء الارض بما يخرج منها وهذا قول مالك وكل اصحابه وعمدة من اجاز كراءها بجميع العروض والطعام وغير ذلك مما يخرج منها انه كراء منفعة معلومة بشئ معلوم فجاز قياساً على اجارة سائر المنافع وكان هؤلاء ضعفوا احاديث رافع روى عن سالم بن عبد الله وغيره في حديث رافع انهم قالوا اكثر رافع قالوا وقد جاء في بعض الروايات عنه مايجب ان يحمل عليها سائرها قال كنا اكثر اهل المدينة حقلا قال وكان احدنا يكري ارضه ويقول هذه القطعة لي وهذه لك وربما اخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم خرجه البخاري وأما من لم يجز كراءها بما يخرج منها فعمدته النظر والاثر أما الاثر فما ورد من النهي عن المخابرة وما ورد من حديث بن خديج عن ظهير بن رافع قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن امر كان بنا رفقاً فقلت ماقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو حق قال دعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ماتصنعون بحقلكم قلنا نواجر على الربع وعلى الاوسق من التمر والشعير فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتفعلوا ازرعوها اوازرعوها اوامسكوها وهذا الحديث اتفق على تصحيحه الامامان البخاري ومسلم . وأما من أجاز كراءها بما يخرج منها فعمدته حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على ان يعملوها من اموالهم على نصف ماتخرجه الارض والثمرة قالوا وهذا الحديث اولى من احاديث رافع لانها مضطربة المتون وإن صحت أحاديث رافع حملناها على الكراهية لا على الحظر بدليل ما خرجه البخاري ومسلم عن ابن عباس أنه قال ان النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال ان يمنح أحدكم اخاه يكن خيراً له من ان يأخذ منه شيئاً قالوا وقسم معاذ بن جبل اليمن حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم يخابرون فاقرهم ﴿ وأما اجارة المؤذن ﴾ فان قوماً لم يروا في ذلك باساً وقوماً كرهوا ذلك والذين كرهوا ذلك وحرموه احتجوا بما روى عن عثمان بن أبي العاصي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ مؤذنا لا يأخذ على اذانه اجراً والذين اباحوه قاسوه على الافعال غير الواجبة وهذا هو سبب الاختلاف أعني هل هو واجب أم ليس بواجب وأما الاستيجار على تعليم القرآن فقد اختلفوا فيه أيضاً وكرهه قوم وأجازه آخرون والذين اباحوه قاسوه على سائر الافعال واحتجوا بما روى عن خارجة بن الصلت عن عمه قال أقبلنا من عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فاتينا على حي من أحياء العرب فقالوا انكم جئتم من عند هذا الرجل فهل عندكم دواء اورقية فان عندنا معتوهاً في القيود فقلنا لهم نعم فجاءوا به فجعلت اقرأ عليه بفاتحة الكتاب ثلاثة ايام غدوة وعشية أجمع بزاقي ثم أتفل عليه فكانما انشط من عقال فاعطوني جعلا فقلت لا حتى اسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته فقال كل فلعمري لمن أكل برقية باطلا فلقد اكلت برقية حقاً وبما روى عن ابي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا في غزاة فمروا بحي من احياء العرب فقالوا هل عندكم من راق فان سيد الحي قد لدغ او قد عرض له قال فرقى رجل بفاتحة الكتاب فبرئ فاعطى قطيعاً من الغنم فابى ان

يقبلها فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بم رقيته قال بفاتحة الكتاب قال وما يدريك انها رقية قال ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوها واضربوا لى معكم فيها بسهم وأن الذين كرهوا الجعل على تعليم القرآن وقالوا هو من باب الجعل على تعليم الصلاة قالوا ولم يكن الجعل المذكور في الاجارة على تعليم القرآن وانما كان على الرقى وسواء كان الرقي بالقرآن اوغيره الاستيجار عليه عندنا جائز كالعلاجات قالوا وليس واجباً على الناس واما تعليم القرآن فهو واجب على الناس . وأما اجارة الفحول من الابل والبقر والدواب فاجاز مالك ان يكرى الرجل فحله على ان ينزوا كواما معلومة ولم يجز ذلك ابوحنيفة ولاالشافعى وحجة من لم يجز ذلك ما جاء من النهى عن عسيب الفحل ومن اجازه شبهه بسائر المنافع وهذا ضعيف لانه تغليب القياس على السماع واستيجار الكلب هو أيضاً من هذا الباب وهو لايجوز عند الشافعى ولاعند مالك والشافعى يشترط فى جواز استيجار المنفعة ان تكون متقومة على انفرادها فلايجيز استيجار قفاحة للشم ولاطعام ليزين الحانوت اذهذه المنافع ليس لها قيم على انفرادها فهو لايجوز عند مالك ولاعند الشافعي ومن هذا الباب اختلاف المذهب في اجارة الدراهم والدنانير وبالجملة كل مالا يعرف بعينه فقال ابن القاسم لايصح اجارة هذا الجنس وهو قرض قال ابو بكر الابهرى وعنده يزعم أن ذلك يصح ويلزم الاجرة فيه وانما منع من منع اجارتها لانه لم يتصور فيها منفعة الا باتلاف عينها ومن اجاز اجارتها تصور فيها منفعة مثل ان يتجمل بها او يتكثر او غير ذلك مما يمكن ان يتصور فى هذا الباب فهذه هي مشهورات مسائل الخلاف المتعلقة بجنس المنفعة وأما مسائل الخلاف المتعلقة بجنس الثمن فهى مسائل الخلاف المتعلقة بما يجوز ان يكون ثمناً فى المبيعات وبما لايجوز ومما ورد النهي فيه من هذا الباب ماروى أنه صلى الله عليه وسلم نهي عن عسيب الفحل وعن كسب الحجام وعن قفيز الطحان قال الطحاوى ومعنى نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان هو ما كانوا يفعلونه فى الجاهلية من دفع القمح الى الطحان بجزء من الدقيق الذى يطحنه قالوا وهذا لايجوز عندنا وهو استيجار من المستاجر بعين ليس عنده ولاهي من الاشياء التى تكون ديوناً على الذمم ووافقه الشافعى على هذا وقال اصحابه لو استاجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخالة اوبصاع من الدقيق فسد لنهيه صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهذا على مذهب مالك جائز لانه استاجره على جزء من الطعام معلوم واجرة الطحان ذلك الجزء وهو معلوم ايضاً وأما كسب الحجام فذهب قوم الى تحريمه وخالفهم فى ذلك آخرون فقالوا كسبه رديء يكره للرجل وقال آخرون بل هو مباح ٥ والسبب فى اختلافهم تعارض الآثار فى هذا الباب فمن رآ أنه حرام احتج بما روى عن ابى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من السحت كسب الحجام وبما روى عن انس ابن مالك قال حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم كسب الحجام وروى عن عون بن أبى جحيفة قال اشترى أبى حجاماً فكسر محاجمه فقلت له يا أبت لم كسرتها فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي عن ثمن الدم وأما من رآ اباحة ذلك فاحتج بما روي عن ابن عباس قال احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم واعطى الحجام اجره قالوا ولوكان حراماً لم يعطه وحديث جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا أباطيبة فحجمه فسأله كم ضريبتك فقال ثلاثة آصع فوضع عنه صاعا وعنه أيضاً انه امر للحجام بصاع وامر مواليه ان يجمعوا عنه واما الذين قالو بكراهيته فاحتجوا بما روى ان رافعة بن رافع او رافع بن رفاعة جاء الى مجلس الانصار فقال انهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كسب الحجام وأمرنا ان نطعمه ناضحنا وبما روى عن رجل من بنى حارثة كان له حجام وسأل

رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فنهاه ثم عاد فنهاه ثم عاد فنهاه فلم يزل يراجعه حتى قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اعاف كسبه ناضحك وأطعمه رقيقك ﴿ومن هذا الباب ايضاً﴾ اختلافهم في اجارة دار بسكنى دار اخرى فأجاز ذلك مالك ومنعه ابو حنيفة ولعله رآها من باب الدين بالدين وهذا ضعيف فهذه مشهورات مسائلهم فيما يتعلق بجنس الثمن وبجنس المنفعة واما ما يتلق باوصافها فذكر ايضاً المشهور منها فمن ذلك ان جمهور فقهاء الامصار مالك وابوحنيفة والشافعي اتفقوا بالجملة ان من شرط الاجارة ان يكون الثمن معلوماً والمنفعة معلومة القدر وذلك اما بغايتها مثل خياطة الثوب وعمل الباب واما بضرب الاجل اذا لم تكن لها غاية مثل خدمة الاجير وذلك اما بالزمان ان كان عملا واستيفاء منفعة متصلة الوجود مثل كراء الدور والحوانيت واما بالمكان ان كان مشياً مثل كراء الرواحل وذهب اهل الظاهر وطائفة من السلف الاول الى جواز اجارات المجهولات مثل ان يعطى الرجل حماره لمن يسقي عليه او يحتطب عليه بنصف مايعود عليه وعمدة الجمهور ان الاجارة بيع فامتنع فيها من الجهل لمكان الغبن ما امتنع في المبيعات واحتج الفريق الثاني بقياس الاجارة على القراض والمساقات والجمهور على ان القراض والمساقات مستثنيان بالسنة فلا يقاس عليهما لخروجهما عن الاصول واتفق مالك والشافعي على انهما اذا ضربا للمنفعة التي ليس لها غاية امداً من الزمان محدوداً وحددوا ايضاً اول ذلك الامد وكان اوله عقب العقد ان ذلك جائز واختلفوا اذا لم يحددوا اول الزمان او حددوه ولم يكن عقب العقد فقال مالك يجوز اذا حدد الزمان ولم يحدد اوله مثل ان يقول له استاجرت منك هذه الدار سنة بكذا اوشهراً بكذا ولايذكر اول ذلك الشهر ولا اول تلك السنة وقال الشافعي لايجوز ويكون اول الوقت عند مالك وقت عقد لاجارة فمنعه الشافعي لانه غرر واجازه مالك لانه معلوم بالعادة وكذلك لم يجز الشافعي اذا كان أول العقد متراخيا عن العقد واجازه مالك واختلف قول اصحابه في استيجار الارض غير المأمونة التغيير فيما بعد من الزمان وكذلك اختلف مالك والشافعي في مقدار الزمان الذي تقدر به هذه المنافع فمالك يجيز ذلك السنين الكثيرة مثل ان يكري الدار لعشرة أعوام او اكثر مما لاتتغير الدار في مثله وقال الشافعي لايجوز ذلك لاكثر من عام واحد واختلف قول ابن القاسم وابن الماجشون في أرض المطر وارض السقي بالعيون وأرض السقي بالآبار والانهار فأجاز ابن القاسم فيها الكراء السنين الكثيرة وفصل ابن الماجشون فقال لايجوز الكراء في أرض المطر الا لعام واحد واما ارض السقي بالعيون فلايجوز كراؤها الاثلاثة اعوام واربعة واما ارض الآبار والانهار فلا يجوز الا لعشرة اعوام فقط فالاختلاف هاهنا في ثلاثة مواضع في تحديد أول المدة وفي طولها وفي بعدها من وقت العقد وكذلك اختلف مالك والشافعي اذا لم يحدد المدة وحدد القدر الذي يجب لاقل المدة مثل ان يقول اكتري منك هذه الدار الشهر بكذا ولا يضربان لذلك امداً معلوماً فقال الشافعي لايجوز وقال مالك واصحابه يجوز على قياس ابيعك من هذه الصبرة بحساب القفيز بدرهم وهذا لا يجوز غيره ٭ وسبب الخلاف اعتبار الجهل الواقع في هذه الاشياء هل هو من الغرر المعفوعنه اوالمنهي عنه ومن هذا الباب اختلافهم في البيع والاجارة اجازه مالك ومنعه الشافعي وابوحنيفة ولم يجز مالك ان يقترن بالبيع الا الاجارة فقط ومن هذا الباب اختلافهم في اجارة المشاع فقال مالك والشافعي هي جائزة وقال أبو حنيفة لاتجوز لان عنده ان الانتفاع بها مع الاشاعة متعذر وعند مالك والشافعي ان الانتفاع بها ممكن مع شريكه كانتفاع المكري بها مع شريكه أعني رب المال ومن هذا الباب استيجار الاجير

بطعامه وكسوته وكذلك الظئر فمنع الشافعي ذلك على الاطلاق واجاز مالك ذلك على الاطلاق أعني في كل اجير وأجاز ذلك ابو حنيفة في الظئر فقط * وسبب الخلاف هل هي اجارة مجهولة ام ليست مجهولة فهذه هي شرائط الاجارة الراجعة الى الثمن والمثمون واما انواع الاجارة فان العلماء على أن الاجارة على ضربين اجارة منافع اعيان محسوسة واجارة منافع في الذمة قياساً على البيع والذي في الذمة من شرطه الوصف والذي في العين من شرطه الرؤية او الصفة عنده كالحال في المبيعات ومن شرط الصفة عنده ذكر الجنس والنوع وذلك في الشيء الذي تستوفى منافعه وفي الشيء الذي تستوفى به منافعه فلابد من وصف المركوب مثلا والحمل الذي تستوفى به منفعة المركوب وعند مالك ان الراكب لايحتاج ان يوصف وعند الشافعي يحتاج الى الوصف وعند ابن القاسم انه اذا استاجر الراعي على غنم باعيانها ان من شرط صحة البيع اشتراط الخلف وعند غيره تلزم الجملة بغير شرط ومن شرط اجارة الذمة ان يعجل النقد عند مالك ليخرج من الدين بالدين كما أن من شرط اجارة الارض غير المامونة السقى عنده الا ان يشترط فيها النقد الابعد اري واختلفوا في الكراء هل يدخل في انواعه الخيار ام لا فقال مالك يجوز الخيار في الصنفين من الكراء المضمون والمعين وقال الشافعي لايجوز فهذه هي المشهورات من المسائل الواقعة في هذا القسم الاول من هذا الكتاب وهو الذي يشتمل على النظر في محال هذا العقد واوصافه وانواعه وهي الاشياء التي تجري من هذا العقد مجرى الاركان وبها يوصف العقد اذا كان على الشروط الشرعية بالصحة وبالفساد اذا لم يكن على ذلك وبقي النظر في الجزء الثاني وهو احكام هذا العقد

الجزء الثاني من هذا الكتاب وهو النظر في احكام الاجارات

واحكام الاجارات كثيرة ولكنها بالجملة تحصر في جملتين * الجملة الاولى في موجبات هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طارئ عليه * الجملة الثانية في احكام الطوارئ وهذه الجملة تنقسم في الاشهر الى معرفة موجبات الضمان وعدمه ومعرفة وجوب الفسخ وعدمه ومعرفة حكم الاختلاف

الجملة الاولى

ومن مشهورات هذا الباب متى يلزم المكترى دفع الكراء اذا اطلق العقد ولم يشترط قبض الثمن فعند مالك وابي حنيفة ان الثمن انما يلزم جزءاً فجزءا بحسب مايقبض من المنافع الا ان يشترط ذلك او يكون هنالك مايوجب التقديم مثل ان يكون عوضاً معيناً او يكون كراء في الذمة وقال الشافعي يجب عليه الثمن بنفس العقد فمالك رأى أن الثمن انما يستحق منه بقدر مايقبض من العوض والشافعي كأنه رآ أن ياخذه من باب الدين بالدين ومن ذلك اختلافهم فيمن اكترى دابة اوداراً وما اشبه ذلك هل له ان يكرى ذلك باكثر مما اكتراه فاجازه مالك والشافعي وجماعة قياساً على البيع ومنع ذلك ابو حنيفة واصحابه وعمدتهم انه من باب ربح مالم يضمن لان ضمان الاصل هو من ربه أعني من المكري وأيضاً فانه من باب بيع مالم يقبض وأجاز ذلك بعض العلماء اذا احدث فيها عملا ومن لم يكره ذلك اذا وقع بهذه الصفة سفيان الثوري والجمهور رأوا ان الاجارة في هذا شبيه بالبيع ومنها ان يكرى الدار من الذي اكراها منه فقال مالك يجوز وقال أبو حنيفة لايجوز وكأنه رآ انه اذا كان التفاضل بينهما في الكراء فهو من باب أكل المال بالباطل ومنها اذا أكترى أرضاً ليزرعها حنطة فاراد أن يزرعها شعيراً أو ماضرره مثل ضرر الحنطة أو دونه فقال مالك له ذلك وقال داود ليس ذلك له ومنها اختلافهم في كنس مراحيض الدور المكتراة فالمشهور عن ابن القاسم انه على أرباب الدور وروى عنه انه على المكتري وبه قال الشافعي واستثنى ابن القاسم

من هذه الفنادق التي تدخلها قوم وتخرج قوم فقال الكنائس في هذه على رب الدار ومنها اختلاف أصحاب مالك في الانهدام اليسير من الدار هل يلزم رب الدار اصلاحه أم ليس يلزم ويحط عنه من الكراء ذلك القدر فقال ابن القاسم لا يلزمه وقال غيره من أصحابه يلزمه وفروع هذا الباب كثيرة وليس قصدنا التفريع في هذا الكتاب

﴿ الجملة الثانية وهي النظر في الاحكام الطوارئ ﴾ الفصل الاول منه وهو النظر في الفسوخ فنقول ان الفقهاء اختلفوا في عقد الاجارة فذهب الجمهور الى انه عقد لازم وحكي عن قوم انه عقد جائز تشبيهاً بالجعل والشركة والدين قالوا انه عقد لازم اختلفوا فيما ينفسخ به فذهب جماعة فقهاء الامصار مالك والشافعي وسفيان الثوري وأبو ثور وغيرهم الى انه لا ينفسخ الا بما ينفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة وقال أبو حنيفة وأصحابه بجواز فسخ عقد الاجارة للعذر الطارئ على المستاجر مثل ان يكري دكانا يتجر فيه فيحترق متاعه أو يسرق وعمدة الجمهور قوله تعالى أوفوا بالعقود لان الكراء عقد على منافع فاشبه النكاح ولانه عقد على معاوضة فلم ينفسخ أصله البيع وعمدة أبي حنيفة انه شبه ذهاب ما به تستوفى المنفعة بذهاب العين التي فيها المنفعة وقد اختلف قول مالك اذا كان الكراء في غير مخصوص على استيفاء منفعة من جنس مخصوص فقال عبد الوهاب الظاهر من مذهب أصحابنا ان محل استيفاء المنافع لا يتعين في الاجارة وانه وان عين فذلك كالوصف لا ينفسخ بتلفه أو ذهابه بخلاف العين المستاجرة اذا تلفت قال وذلك مثل ان يستاجر على رعاية غنم باعيانها أو خياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فلا ينفسخ العقد وعلى المستاجر ان يأتي بغنم مثلها ليرعاها أو قميص مثله ليخيطه قال وقد قيل انها تتعين بالتعيين فينفسخ العقد بتلف المحل وقال بعض المتأخرين ان ذلك ليس اختلافا في المذهب وانما ذلك على قسمين أحدهما ان يكون المحل المعين لاستيفاء المنافع مما تقصد عينه أو مما لا تقصد عينه فان كان مما تقصد عينه انفسخت الاجارة كالظئر اذا مات الطفل وان كان مما لا تقصد عينه لم تنفسخ كالاجارة على رعاية الغنم باعيانها أو بيع طعام في حانوت وما أشبه ذلك واشتراط ابن القاسم في المدونة أنه اذا استاجر على غنم باعيانها فانه لا يجوز الا أن يشترط الخلف هو التفات منه الى أنها تنفسخ بذهاب محل استيفاء المعين لكن لما رآ التلف سابقاً الى الفسخ رآ انه من باب الغرر فلم يجز الكراء عليها الا باشتراط الخلف ومن نحو هذا اختلافهم في هل ينفسخ الكراء بموت أحد المتعاقدين أعني المكري أو المكتري فقال مالك والشافعي وأحمد واسحاق وأبو ثور لا ينفسخ ويورث عقد الكراء وقال أبو حنيفة والثوري والليث ينفسخ وعمدة من لم يقل بالفسخ انه عقد معاوضة فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين أصله البيع وعمدة الحنفية ان الموت نقلة لاصل الرقبة المكتراة من ملك الى ملك فوجب ان يبطل أصله البيع في العين المستاجرة مدة طويلة أعني انه لا يجوز فلما كان لا يجتمع العقدان معاً غلب هاهنا انتقال الملك والابقي الملك ليس له وارث وذلك خلاف الاجماع وربما شبهوا الاجارة بالنكاح اذ كان كلاهما استيفاء منافع والنكاح يبطل بالموت وهو بعيد وربما احتجوا على المالكية فقط بان الاجرة تتعذهم تستحق جزءاً جزءاً بقدر ما يقبض من المنفعة قالوا واذا كان هذا هكذا فان مات المالك وبقيت الاجارة فان المستاجر يستوفي في ملك الوارث حقاً بموجب عقد في غير ملك العاقد وذلك لا يصح وان مات المستاجر فتكون الاجرة مستحقة عليه بعد موته والميت لا يثبت عليه دين باجماع بعد موته وأما الشافعية فلا يلزمهم هذا لان استيفاء الاجرة يجب عندهم بنفس العقد على ما سلف من ذلك وعند مالك ان ارض المطر اذا اكريت فمنع القحط من زراعتها

اوزرعها فلم ينبت الزرع لمكان القحط ان الكراء ينفسخ وكذلك اذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة فلم يمكن المكترى من ان يزرعها وسائر الجوائح التي تصيب الزرع لا يحط عنه من الكراء شيء وعنده ان الكراء الذى يتعلق بوقت ما انه ان كان ذلك الوقت مقصوداً مثل كراء الرواحل في ايام الحج فغاب المكري عن ذلك الوقت انه ينفسخ الكراء واما إن لم يكن الوقت مقصوداً فانه لا ينفسخ هذا كله عنده في الكراء الذى يكون فى الاعيان فاما الكراء الذى يكون فى الذمة فانه لا ينفسخ عنده بذهاب العين التى قبض المستاجر ليستوفي منها المنفعة إذ كان لم ينعقد الكراء على عين بعينها وانما انعقد على موصوف فى الذمة وفروع هذا الباب هى أيضاً كثيرة واصوله هى هذه التي ذكرناها

﴿ الفصل الثانى وهو النظر فى الضمان ﴾

والضمان عند الفقهاء على وجهين بالتعدى أو لمكان المصلحة وحفظ الاموال فاما بالتعدى فيجب على المكري باتفاق والخلاف انما هو فى نوع التعدى الذى يوجب ذلك أو لا يوجبه وفى قدره فمن ذلك اختلاف العلماء فى القضاء فيمن اكترى دابة الى موضع ما فتعدى بها الى موضع زائد على الموضع الذى انعقد عليه الكراء فقال الشافعي وأحمد عليه الكراء الذى التزمه الى المسافة المشترطة ومثل كراء المسافة التى تعدى فيها وقال مالك رب الدابة بالخيار فى ان ياخذ كراء دابته فى المسافة التى تعدي فيها أو يضمن له قيمة الدابة وقال أبو حنيفة لا كراء عليه فى المسافة المتعداة ولا خلاف انها ان تلفت في المسافة المتعداة انه ضامن لها فعمدة الشافعى انه تعدى على المنفعة فلزمه اجرة المثل أصله المتعدى على سائر المنافع وأما مالك فكانه لما حبس الدابة عن اسواقها رآ انه قد تعدى عليها فيها نفسها فشبهه بالغاصب وفيه ضعف وأما مذهب أبي حنيفة فبعيد جداً عما تقتضيه الاصول الشرعية والاقرب الى الاصول فى هذه المسئلة هو قول الشافعي وعند مالك ان عثار الدابة لو كانت عثوراً تعد من صاحب الدابة يضمن بها الحمل وكذلك ان كانت الحبال رثة ومسائل هذا الباب كثيرة وأما الذين اختلفوا فى ضمانهم من غير تعد الامن جهة المصلحة فهم الصناع ولا خلاف عندهم ان الاجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استوجر عليه الا أن يتعدى ما عدى حامل الطعام والطحان فان مالكا ضمنه ما هلك عنده الا ان تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه وأما تضمين الصناع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة اليهم فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف يضمنون ما هلك عندهم وقال أبو حنيفة لا يضمن من عمل بغير اجر ولا الخاص ويضمن المشترك ومن عمل باجر وللشافعي قولان فى المشترك والخاص عندهم هو الذى يعمل في منزل المستاجر وقيل هو الذى لم ينتصب للناس وهو مذهب مالك فى الخاص وهو عنده غير ضامن وتحصيل مذهب مالك على هذا ان الصانع المشترك يضمن وسواء عمل باجر او بغير اجر ويتضمن الصناع قال على وعمر وان كان قد اختلف عن على فى ذلك وعمدة من لم ير الضمان عليهم انه شبه الصانع بالمودع عنده والشريك والوكيل واجير الغنم ومن ضمنه فلا دليل له الا النظر الى المصلحة وسد الذريعة واما من فرق بين ان يعملوا باجر اولا يعملوا فلان العامل بغير اجر انما قبض المعمول لمنفعة صاحبه فقط فاشبه المودع واذا قبضها باجر فالمنفعة لكليهما فغلبت منفعة القابض اصله القرض والعارية عند الشافعي وكذلك ايضاً من لم ينصب نفسه لم يكن فى تضمينه شد ذريعة والاجير عند مالك كما قلنا لا يضمن الا أنه استحسن تضمين حامل القوت وما يجرى مجراه وكذلك الطحان وما عدى غيرهم فلا يضمن الا بالتعدى وصاحب الحمام لا يضمن عنده هذا هو المشهور عنه وقد قيل يضمن وشذ اشهب فضمن الصناع ما قامت البينة على هلاكه عندهم من غير تعد منهم ولا تفريط وهو شذوذ

ولاخلاف أن الصناع لايضمنون مالم يقبضوا في منازلهم واختلف اصحاب مالك اذا قامت البينة على هلاك المصنوع وسقط الضمان عنهم هل تجب لهم الاجرة ام لا اذا كان هلاكه بعد اتمام الصنعة او بعد تمام بعضها فقال ابن القاسم لا اجرة لهم وقال ابن المواز لهم الاجرة ووجه ماقال ابن المواز ان المصيبة اذا نزلت بالمستاجر فوجب ان لا يمضى عمل الصانع باطلا ووجه ابن القاسم ان الاجرة انما استوجبت في مقابلة العمل فاشبه ذلك اذا هلك بتفريط من الاجير وقول المواز اقيس وقول ابن القاسم اكثر نظراً الى المصلحة لانه رآ ان يشتركوا في المصيبة ومن هذا الباب اختلافهم في ضمان صاحب السفينة فقال مالك لاضمان عليه وقال ابو حنيفة عليه الضمان الامن الموج واصل مذهب مالك ان الصناع يضمنون كل ما اتى على ايديهم من حرق او كسر في المصنوع او قطع اذا عمله في حانوته وان كان صاحبه قاعداً معه الا فيما كان فيه تعزير من الاعمال مثل ثقب الجوهر ونقش النصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران والطبيب يموت العليل من معالجته وكذلك البيطار الا ان يعلم انه تعدى فيضمن حينئذ واما الطبيب وما اشبهه اذا اخطأ في فعله وكان من اهل المعرفة فلاشئ عليه في النفس والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفيما دون الثلث وان لم يكن من اهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية قيل في ماله وقيل على العاقلة

﴿ الفصل الثالث ﴾ وهو النظر في الاختلاف وفي هذا الباب أيضاً مسائل : فمنها انهم اختلفوا اذا اختلف الصانع ورب المصنوع في صفة الصنعة فقال أبو حنيفة القول قول رب المصنوع وقال مالك وابن ابي ليلى القول قول الصانع ● وسبب الخلاف من المدعى منهما على صاحبه ومن المدعى عليه : ومنها اذا ادعى الصناع ردما استصنعوا فيه وأنكر ذلك الدافع فالقول عند مالك قول الدافع وعلى الصناع البينة لانهم كانوا ضامنين لما في أيديهم وقال ابن الماجشون القول قول الصناع ان كان ما دفع اليهم دفع بغير بينة وان كان دفع اليهم ببينة فلا يبرءون الا ببينة واذا اختلف الصانع ورب المتاع في دفع الاجرة فالمشهور في المذهب أن القول قول الصانع مع يمينه ان قام بحدثان ذلك وان تطاول فالقول قول رب المصنوع وكذلك اذا اختلف المكرى والمكترى وقيل بل القول قول الصانع وقول المكرى وان طال وهو الاصل واذا اختلف المكري والمكترى اوالاجير والمستاجر في مدة الزمان الذي وقع فيه استيفاء المنفعة اذا اتفقا على أن المنفعة لم تستوف في جميع الزمان المضروب في ذلك فالمشهور في المذهب أن القول قول المكترى والمستاجر لانه الغارم والاصول على أن القول قول الغارم وقال ابن الماجشون القول قول المكرى والمستاجر اذا كانت العين المستوفاة منها المنافع في قبضه مثل الدار وما اشبه ذلك وأما مالم يكن في قبضه مثل الاجير فالقول قول الاجير ومن مسائل المذهب المشهورة في هذا الباب اختلاف المتكاريين في الدواب وفي الرواحل وذلك أن اختلافهما لايخلوا ان يكون في قدر المسافة اونوعها او قدر الكراء اونوعه فان كان اختلافهما في نوع المسافة اوفي نوع الكراء فالتحالف والتفاسخ كاختلاف المتبايعين في نوع الثمن قال ابن القاسم انفقد اولم ينعقد وقال غيره القول قول رب الدابة اذا انعقد وكان يشبه ماقال وان كان اختلافهما في قدر المسافة فان كان قبل الركوب اوبعد ركوب يسير فالتحالف والتفاسخ وان كان بعد ركوب كثير او بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة فالقول قول رب الدابة في المسافة ان انتقد وكان يشبه ماقال وان لم ينتقد واشبه قوله تحالفا وتفاسخ الكراء على اعظم المسافتين فما جعل منه للمسافة التي ادعاها رب الدابة اعطيه وكذلك ان انتقد ولم يشبه قوله وان اختلفا في الثمن واتفقا على المسافة فالقول قول المكترى نقد اولم ينقد لانه مدعي عليه وان اختلفا في الامرين جميعاً

في المسافة والثمن مثل ان يقول رب الدابة بقرطبة اكتريت منك الى قرمونة بدينارين ويقول المكترى بل بدينار الى اشبيلية فان كان أيضاً قبل الركوب اوبعد ركوب لاضرر عليهما في الرجوع تحالفا وتفاسخا وان كان بعد سير كثير اوبلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة فان كان لم ينقد المكترى شيئاً كان القول قول رب الدابة في المسافة والقول قول المكترى في الثمن ويغرم من الثمن مايجب له من قرطبة الى قرمونة على أنه لوكان الكراء به الى اشبيلية وذلك انه اشبه قول المكتري وان لم يشبه ماقال وأشبه ماقال رب الدابة غرم دينارين وان كان المكترى نقد الثمن الذى يدعي انه للمسافة الكبرى واشبه قول رب الدابة كان القول قول رب الدابة في المسافة ويبقى له ذلك الثمن الذى قبضه لايرجع عليه بشئ منه اذهو مدعى عليه في بعضه وهو يقول بل هو لى وزيادة فيقبل قوله فيه لانه قبضه ولايقبل قوله في الزيادة ويسقط عنه مالم يقرب به من المسافة اشبه ماقال اولم يشبه الا أنه اذالم يشبه قسم الكراء الذى اقربه المكترى على المسافة كلها فياخذ رب الدابة من ذلك ما ناب المسافة التى ادعاها وهذا القدر كاف في هذا الباب

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الجعل

والجعل هو الاجارة على منفعة مظنون حصولها مثل مشارطة الطبيب على البرء والمعلم على الحذاق والناشد على وجود العبد الابق وقد اختلف العلماء في جوازه فقال مالك يجوز ذلك في اليسير بشرطين . أحدهما الايضرب لذلك اجلا ، والثاني ان يكون الثمن معلوماً وقال ابوحنيفة لايجوز والشافعي القولان وعمدة من اجازه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم واجماع الجمهور على جوازه في الاباق والسؤال وماجاء في الاثر من اخذ الثمن على الرقية بام القرآن وقد تقدم ذلك وعمدة من منعه الغرر الذى فيه قياساً على سائر الاجارات ولاخلاف في مذهب مالك أن الجعل لايستحق شئ منه الا بتمام العمل وأنه ليس بعقد لازم واختلف مالك واصحابه من هذا الباب في كراء السفينة هل هو جعل اواجارة فقال مالك ليس لصاحبها كراء الا بعد البلوغ وهو قول ابن القاسم ذهابا الى ان حكمها حكم الجعل وقال ابن نافع من اصحابه له قدر مابلغ من المسافة فاجرى حكمه مجرى الكراء وقال اصبغ ان لجج فهو جعل وان لم يلجج فهو اجارة له بحسب الموضع الذى وصل اليه والنظر في هذا الباب في جوازه ومحله وشروطه واحكامه ومحله هو ما كان من الافعال لاينتفع الجاعل بجزء منه لانه اذا انتفع الجاعل بجزء مما عمل الملتزم للجعل ولم يات بالمنفعة التى انعقد الجعل عليها وقلنا على حكم الجعل أنه اذا لم يات بالمنفعة التى انعقد الجعل عليها لم يكن له شئ فقد انتفع الجاعل بعمل المجعول من غير ان يعوضه من عمله باجر وذلك ظلم ولذلك يختلف الفقهاء في كثير من المسائل هل هو جعل اواجارة مثل مسئلة السفينة المتقدمة اوهل هي مما يجوز فيها الجعل او لا يجوز مثل اختلافهم في المجاعلة على حفر الابار وقالوا في المغارسة انها تشبه الجعل من جهة والبيع من جهة وهي عند مالك ان يعطى الرجل ارضه لرجل على ان يغرس فيه عدداً من الثمار معلوماً فاذا استحق الثمر كان للغارس جزء من الارض متفق عليه

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب القراض

ولاخلاف بين المسلمين في جواز القراض وأنه مما كان في الجاهلية فاقره الاسلام وأجمعوا على أن صفته ان يعطي الرجل الرجل المال على ان يتجر به على جزء معلوم ياخذه العامل من ربح المال أي جزء كان مما يتفقان عليه ثلثاً او ربعاً او نصفاً وأن هذا مستثنى من الاجارة المجهولة وأن الرخصة في ذلك انما هي لموضع الرفق بالناس وأنه لاضمان على العامل فيما تلف من رأس المال اذا لم يتعد وان كان اختلفوا فيما هو تعد مما ليس بتعد وكذلك أجمعوا بالجملة على انه لايقترن بهشرط يزيد في مجهلة الربح اوفي الغرر الذي فيه وان كان اختلفوا فيما يقتضي ذلك من الشروط مما لايقتضي وكذلك اتفقوا على أنه يجوز بالدنانير والدراهم واختلفوا في غير ذلك وبالجملة فالنظر فيه في صفته وفي محله وفي شروطه وفي احكامه ونحن نذكر في باب باب من هذه الثلاثة الابواب مشهورات مسائلهم

﴿ الباب الاول في محله ﴾ أما صفته فقد تقدمت وأنهم اجمعوا عليها : وأما محله فانهم أجمعوا على انه جائز بالدنانير والدراهم واختلفوا في العروض فجمهور فقهاء الامصار على انه لايجوز القراض بالعروض وجوزه ابن ابي ليلى وحجة الجمهور ان رأس المال اذا كان عروضاً كان غرراً لانه يقبض العرض وهو يساوي قيمة ويرده وهو يساوي قيمة غيرها فيكون رأس المال والربح مجهولا وأما ان كان رأس المال مابه يباع العروض فان مالكا منعه والشافعي ايضاً وأجازه أبوحنيفة وعمدة مالك انه قارضه على ما بيعت به السلعة وعلى بيع السلعة نفسها فكانه قراض ومنفعة معان مايبيع بالسلعة مجهول فكانه انما قارضه على رأس مال مجهول ويشبه ان يكون أيضاً انما منع المقارضة على قيم العروض لمكان مايتكلف المقارض في ذلك من البيع وحينئذ ينض رأس مال القراض وكذلك ان اعطاه العرض بالثمن الذي اشتراه به ولكنه اقرب الوجوه الى الجواز ولعل هذا هو الذي جوزه ابن ابي ليلى بل هو الظاهر من قولهم فانهم حكوا عنه انه يجوز ان يعطي الرجل ثوبا يبيعه فما كان فيه من ربح فهو بينهما وهذا انما هو على ان يجعلا اصل المال الذي اشتري بالثوب ويشبه أيضاً ان جعل رأس المال الثمن ان يتهم المقارض في تصديقه رب المال بحرصه على اخذ القراض منه واختلف قول مالك في القراض بالنقد من الذهب والفضة فروى عنه اشهب منع ذلك وروى ابن القاسم جوازه ومنعه في المصوغ وبالمنع في ذلك قال الشافعي والكوفي فمن منع القراض بالنقد شبهها بالعروض ومن اجازه شبهها بالدراهم والدنانير لقلة اختلاف اسواقها واختلف ايضاً اصحاب مالك في القراض بالفلوس فمنعه ابن القاسم واجازه اشهب وبه قال محمد بن الحسن وجمهور العلماء مالك والشافعي وأبوحنيفة على انه اذا كان لرجل على رجل دين لم يجز ان يعطيه له قراضاً قبل ان يقبضه اما العلة عند مالك مخافة ان يكون اعسر بماله فهو يريد ان يؤخره عنه على ان يزيد فيه فيكون ربا المنهي عنه واما العلة عند الشافعي وابي حنيفة فان مافي الذمة لايحول ويعود أمانة واختلفوا في من امر رجلا ان يقبض ديناً له على رجل آخر ويعمل فيه على جهة القراض فلم يجز ذلك مالك واصحابه لانه رآه ازداد على العامل كلفة وهو ما كلفه من قبضه وهذا على اصله ان من اشترط منفعة زائدة في القراض انه فاسد وأجاز ذلك الشافعي والكوفي قالوا لانه وكله على القبض لانه جعل القبض شرطاً في المقارضة فهذا هو القول في محله واما صفته فهي الصفة التي قدمناها

﴿ الباب الثاني في مسائل الشروط ﴾

وجملة ما لايجوز من الشروط عند الجميع هي ما أدى عندهم الى غرر او الى مجهلة زائدة ولاخلاف بين العلماء انه اذا اشترط احدهما لنفسه من الربح شيئا زائداً غيرما انعقد عليه القراض ان ذلك لايجوز لانه يصير ذلك الذي

انعقد عليه القراض مجهولا وهذا هو الاصل عند مالك فى الا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولاسلف ولا عمل ولامرفق يشترطه احدهما لصاحبه مع نفسه فهذه جملة ما اتفقوا عليه وان كانوا قد اختلفوا فى التفصيل فمن ذلك اختلافهم اذا شرط العامل الربح كله له فقال مالك يجوز وقال الشافعى لايجوز وقال ابوحنيفة هو قرض لاقراض فمالك رآه احسان من رب المال وتطوع اذ كان يجوز له ان ياخذ منه الجزء القليل من المال الكثير والشافعى رآه غرر لانه ان كان خسران فعلى رب المال وبهذا يفارق القرض وان كان ربح فليس لرب المال فيه شئ ومنها اذا شرط رب المال الضمان على العامل فقال مالك لايجوز القراض وهو فاسد وبه قال الشافعى وقال ابوحنيفة واصحابه القراض جائز والشرط باطل وعمدة مالك ان اشتراط الضمان زيادة غرر فى القراض فقد رأما ابوحنيفة فشبهه بالشرط الفاسد فى البيع على رأيه ان البيع جائز والشرط باطل اعتماداً على حديث بريرة المتقدم واختلفوا فى المقارض يشترط رب المال عليه خصوص التصرف مثل ان يشترط عليه تعيين جنس ما من السلع او تعيين جنس ما من البيع او تعيين موضع ما للتجارة او تعيين صنف ما من الناس يتجر معهم فقال مالك والشافعى فى اشتراط جنس من السلع لايجوز ذلك الا ان يكون ذلك الجنس من السلع لايختلف وقتاً ما من اوقات السنة وقال ابوحنيفة يلزمه ما اشترط عليه وان تصرف فى غير ما اشترط عليه ضمن فمالك والشافعى رأيا ان هذا الاشتراط من باب التضييق على المقارض فيعظم الغرر بذلك وأبوحنيفة استخف الغرر الموجود فى ذلك كما لو اشترط عليه الا يشترى جنساً ما من السلع لكان على شرطه فى ذلك باجماع ولايجوز القراض المؤجل عند الجمهور واجازه ابوحنيفة الا ان يتفاسخا فمن لم يجزه رآ ان فى ذلك تضييقاً على العامل يدخل عليه مزيد غرر لانه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الاجل الى بيعها فيلحقه فى ذلك ضرر ومن اجاز الاجل شبه القراض بالاجارة ومن هذا الباب اختلافهم فى جواز اشتراط رب المال زكاة الربح على العامل فى حصته من الربح فقال مالك فى الموطا لايجوز ورواه عنه اشهب وقال ابن القاسم ذلك جائز ورواه عن مالك وبقول مالك قال الشافعى وحجة من لم يجزه انه تعود حصة العامل ورب المال مجهولة لانه لايدرى كم يكون المال فى حين وجوب الزكاة فيه وتشبيها باشتراط زكاة اصل المال عليه أعنى على العامل فانه لايجوز باتفاق وحجة ابن القاسم انه يرجع الى جزء معلوم النسبة وان لم يكن معلوم القدر لان الزكاة معلومة النسبة من المال المزكى فكانه اشترط عليه فى الربح الثلث الاربع العشر او النصف الاربع العشر او الربع الاربع العشر وذلك جائز وليس مثل اشتراطه زكاة راس المال لان ذلك معلوم القدر معلوم النسبة فكان ممكنا ان يحيط بالربح فيبقى عمل المقارض باطلا وهل يجوز ان يشترط ذلك المقارض على رب المال فى المذهب فيه قولان قيل بالفرق بين العامل ورب المال فقيل يجوز ان يشترطه العامل على رب المال ولايجوز ان يشترطه رب المال على العامل وقيل عكس هذا واختلفوا فى اشتراط العامل على رب المال غلاما بعينه على ان يكون للغلام نصيباً من المال فأجازه مالك والشافعى وابو حنيفة وقال اشهب من اصحاب مالك لايجوز ذلك فمن أجاز ذلك شبهه بالرجل يقارض الرجلين ومن لم يجز ذلك رآ انها زيادة ازدادها العامل على رب المال فأما ان اشترط العامل غلامه فقال الثورى لايجوز والغلام فيما عمل اجرة المثل وذلك ان حظ العامل يكون عنده مجهولا

﴿القول فى احكام القراض﴾

والاحكام منها ماهى أحكام القراض الصحيح ومنها ماهى احكام القراض الفاسد وأحكام القراض الصحيح منها ماهى من موجبات العقد أعنى أنها تابعة

لموجب العقد ومختلف فيها هل هي تابعة اوغير تابعة ومنها أحكام طوارئ تطرأ على العقد مما لم تكن موجبة من نفس العقد مثل التعدي والاختلاف وغير ذلك ونحن نذكر من هذه الاوصاف ما اشتهر عند فقهاء الامصار ونبدأ من ذلك بموجبات العقد فنقول انه أجمع العلماء على ان اللزوم ليس من موجبات عقد القراض وأن لكل واحد منهما فسخه مالم يشرع العامل في القراض واختلفوا اذا شرع العامل فقال مالك هو لازم وهو عقد يورث فان مات وكان للمقارض بنون أمناء كانوا في القراض مثل أبيهم وان لم يكونوا أمناء كان لهم ان يأتوا بأمين وقال الشافعي وابوحنيفة لكل واحد منهم الفسخ اذا شاء وليس هو عقد يورث تلك الذمة بعد الشروع في العمل لما فيه من ضرر ورآه من العقود الموروثة والفرقة الثانية شبهت الشروع في العمل بما بعد الشروع في العمل ولا خلاف بينهم أن المقارض انما يأخذ حظه من الربح بعد أن ينض جميع رأس المال وانه ان خسر ثم تجر ثم ربح جبر الخسران من الربح واختلفوا في الرجل يدفع الى رجل مالا قراضاً فيهلك بعضه قبل أن يعمل فيه ثم يعمل فيه فيربح فيريد المقارض ان يجعل رأس المال بقية المال بعد الذي هلك هل له ذلك ام لا فقال مالك وجمهور العلماء ان صدقه رب المال او دفع رجل مالا قراضاً لرجل فهلك منه جزء قبل ان يعمل فأخبره بذلك فصدقه ثم قال له يكون الباقي عندك قراضاً على الشرط المتقدم لم يجز حتى يفاصله ويقبض ماله وينقطع القراض الاول وقال ابن حبيب من اصحاب مالك انه يلزمه في ذلك القول ويكون الباقي قراضاً وهذه المسئلة هي من احكام الطوارئ ولكن ذكرناها هنا لتعلقها بوقت وجوب القسمة وهي من احكام العقد واختلفوا هل للعامل نفقته من المال المقارض عليه ام لا على ثلاثة أقوال فقال الشافعي في أشهر اقواله لا نفقة له اصلا الا ان يأذن له رب المال وقال قوم له نفقته وبه قال ابراهيم النخعي والحسن وهو أحد ما روي عن الشافعي وقال آخرون له النفقة في السفر من طعامه وكسوته وليس له شئ في الحضر وبه قال مالك وابوحنيفة والثوري وجمهور العلماء الا أن مالكا قال اذا كان المال يحمل ذلك وقال الثوري ينفق ذاهباً ولا ينفق راجعاً وقال الليث ينفق في المصر ولا يتعشى وروي عن الشافعي أن له نفقته في المرض والمشهور عنه مثل قول الجمهور الا نفقة له في المرض وحجة من لم يجزه ان ذلك زيادة منفعة في القراض فلم يجز اصله المنافع وحجة من اجازه ان عليه العمل في الصدر الاول ومن اجازه في الحضر شبهه بالسفر واجمع علماء الامصار على انه لا يجوز للعامل ان يأخذ نصيبه من الربح الا بحضرة رب المال وان حضور رب المال شرط في قسمة المال واخذ العامل حصته وانه ليس يكفي في ذلك ان يقسمه بحضور بينة ولا غيرها

﴿القول في احكام الطوارئ﴾

واختلفوا اذا اخذ المقارض حصته من غير حضور رب المال ثم ضاع المال او بعضه فقال مالك ان اذن له رب المال في ذلك فالعامل مصدق فيما ادعاه من الضياع وقال الشافعي وأبوحنيفة والثوري ما اخذ العامل يرده ويجبر به راس المال ثم يقتسمان فضلا ان كان هنالك. واختلفوا اذا هلك مال القراض بعد ان اشترى العامل بسلعة ما وقبل ان ينقده البائع فقال مالك البيع لازم للعامل ورب المال مخير ان شاء دفع قيمة السلعة مرة ثانية ثم تكون بينهما على ما شرطا من المقارضة وان شاء تبرأ عنها وقال ابوحنيفة بل يلزم ذلك الشراء رب المال شبهه بالوكيل الا انه قال يكون راس المال في ذلك القراض الثمنين ولا يقتسمان الربح الا بعد حصوله عيناً اعني ثمن تلك السلعة التي تلفت اولا والثمن الثاني الذي لزمه بعد ذلك واختلفوا في بيع العامل من رب المال بعض سلع القراض فكره ذلك مالك واجازه ابوحنيفة على الاطلاق واجازه الشافعي بشرط ان يكونا قد تبايعا بما لا يتغابن الناس بمثله ووجه ما كره

من ذلك مالك ان يكون يرخص له في السلعة من اجل ماقارضه فكان رب المال اخذ من العامل منفعة سوى الربح الذي اشترط عليه ولا اعرف اختلافاً بين فقهاء الامصار انه ان تكارى العامل على السلع الى بلد فاستغرق الكراء قيم السلع وفضل عليه فضلة انها على العامل لا على رب المال لان رب المال انما دفع ماله اليه ليتجر به فما كان من خسران في المال فعليه وكذلك مازاد على المال واستغرقه واختلفوا في العامل يستدين مالا فيتجر به مع مال القراض فقال مالك ذلك لايجوز وقال الشافعي وأبوحنيفة ذلك جائز ويكون الربح بينهما على شرطهما وحجة مالك انه كما لايجوز ان يستدين على المقارضة كذلك لايجوز ان ياخذ ديناً فيها واختلفوا هل للعامل ان يبيع بالدين اذا لم يامره به رب المال فقال مالك ليس له ذلك فان فعل ضمن وبه قال الشافعي وقال ابوحنيفة له ذلك والجميع متفقون على أن العامل انما يجب له ان يتصرف في عقد القراض مما يتصرف فيه الناس غالباً في اكثر الاحوال فمن رآ أن التصرف بالدين خارج عما يتصرف فيه الناس في الاغلب لم يجزه ومن رآ أنه مما يتصرف فيه الناس اجازه واختلف مالك والشافعي وأبوحنيفة والليث في العامل يخلط ماله بمال القراض من غير اذن رب المال فقال هؤلاء كلهم ماعدى مالكا هو تعد ويضمن وقال مالك ليس بتعد ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الامصار أنه ان دفع العامل رأس مال القراض الى مقارض آخر انه ضامن ان كان خسران وان كان ربح فذلك على شرطه ثم يكون للذي عمل شرطه على الذي دفع اليه فيوفيه حظه مما بقي من المال وقال المزني عن الشافعي ليس له الا اجرة مثله لانه عمل على فساد

﴿ القـــــــول في حكم القراض الفاسد ﴾

واتفقوا على أن حكم القراض الفاسد فسخه ورد المال الى صاحبه مالم يفت بالعمل واختلفوا اذا فات بالعمل ما يكون للعامل فيه في واجب عمله على اقوال . أحدها انه يرد جميعه الى قراض مثله وهي رواية ابن الماجشون عن مالك وهو قوله وقول اشهب . والثاني انه يرد جميعه الى اجارة مثله وبه قال الشافعي وابوحنيفة وعبدالعزيز بن ابي سلمة من اصحاب مالك وحكى عبدالوهاب انها رواية عن مالك . والثالث انه يرد الى قراض مثله مالم يكن اكثر مما سماه واكماله الاقل مما سمى او من قراض مثله ان كان رب المال هو مشترط الشرط على المقارض اوالاكثر من قراض مثله او من الجزء الذي سمي له ان كان المقارض هو مشترط الشرط الذي يقتضي الزيادة التي من قبلها فسد القراض وهذا القول يخرج رواية عن مالك . والرابع انه يرد الى قراض مثله في كل منفعة اشترطها احد المتقارضين على صاحبه في المال مما ليس ينفرد احدهما بها عن صاحبه والى اجارة مثله في كل منفعة اشترطها احد المتقارضين خالصة لمشترطها مما ليست في المال وفي كل قراض فاسد من قبل الغرر والجهل وهو قول مطرف وابن نافع وابن عبد الحكم وأصبغ واختاره ابن حبيب وأما ابن القاسم فاختلف قوله في القراضات الفاسدة فبعضها وهو الاكثر قال ان فيها اجرة المثل وفي بعضها قال فيها قراض المثل فاختلف الناس في تاويل قوله فمنهم من حمل اختلاف قوله فيها على الفرق الذي ذهب اليه ابن عبد الحكم ومطرف وهو اختيار ابن حبيب واختيار جدي رحمة الله عليه ومنهم من لم يعلل قوله وقال ان مذهبه ان كل قراض فاسد ففيه اجرة المثل الا تلك التي نص فيها قراض المثل وهي سبعة القراض بالعروض والقراض بالضمان والقراض الى اجل والقراض المبهم واذا قال له اعمل على أن لك في المال شركا واذا اختلف المتقارضان واتيا بمالا يشبه فحلفا على دعواهما واذا دفع اليه المال على ان لا يشتري به الا بالدين فاشترى بالنقد اوعلى الا يشتري الا سلعة كذا وكذا والسلعة غير موجودة فاشترى غيرما امر به وهذه المسائل يجب ان ترد

الى علة واحدة والافهو اختلاف من قول ابن القاسم وحكى عبد الوهاب عن ابن القاسم انه فصل فقال ان كان الفساد من جهة العقد ردالى قراض المثل وان كان من جهة زيادة ازدادها احدهما على الاخر ردالى اجرة المثل والاشبه ان يكون الامر فى هذا بالعكس والفرق بين الاجرة وقراض المثل ان الاجرة تتعلق بذمة رب المال سواء كان في المال ربح اولم يكن وقراض المثل هو على سنة القراض ان كان فيه ربح كان للعامل منه والافلاشئ له

﴿ فى اختلاف المتقارضين ﴾ واختلف الفقهاء اذا اختلف العامل ورب المال فى تسمية الجزء الذى تقارضا عليه فقال مالك القول قول العامل لانه عنده مؤتمن وكذلك الامر عنده فى جميع دعاويه اذا اتى بما يشبه وقال الليث يحمل على قراض مثله وبه قال مالك اذا أتى بما لا يشبه وقال ابو حنيفة واصحابه القول قول رب المال وبه قال الثورى وقال الشافعي يتحالفان ويتفاسخان ويكون له اجرة مثله • وسبب اختلاف مالك وابى حنيفة اختلافهم فى سبب ورود النص بوجوب اليمين على المدعي عليه هل ذلك لانه مدعي عليه اولانه فى الاغلب أقوى شبهة فمن قال لانه مدعى عليه قال القول قول رب المال ومن قال لانه أقواهما شبهة فى الاغلب قال القول قول العامل لانه عنده مؤتمن وأما الشافعي فقاس اختلافهما على اختلاف المتبايعين فى ثمن السلعة وهذا كاف فى هذا الباب

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب المساقات ﴾

القول فى المساقات اما اولا ففى جوازها والثاني فى معرفة الفساد والصحة فيها والثالث فى احكامها

﴿ القول فى جواز المساقات ﴾ فاما جوازها فعليه جمهور العلماء مالك والشافعى والثورى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا ابى حنيفة واحمد وداود وهى عندهم مستثناة بالسنة من بيع مالم يخلق من الاجارة المجهولة وقال أبو حنيفة لاتجوز المساقات اصلا وعمدة الجمهور فى إجازتها حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى يهود خيبر نخل خيبر وارضها على أن يعملوها من اموالهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر تمرها خرجه البخاري ومسلم وفى بعض رواياته أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ماتخرجه الارض والثمرة ومارواه مالك ايضاً من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر أقركم على ما اقركم الله على ان الثمر بيننا وبينكم قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم ثم يقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلى وكذلك مرسله أيضاً عن سليمان بن يسار فى معناه وأما ابو حنيفة ومن قال بقوله فعمدتهم مخالفة هذا الاثر للاصول مع انه حكم مع اليهود واليهود يحتمل ان يكون اقرهم على انهم عبيد ويحتمل ان يكون اقرهم على انهم ذمة الا انا اذا انزلنا انهم ذمة كان مخالفاً للاصول لانه بيع مالم يخلق وأيضاً فانه من المزابنة وهو بيع الثمر بالثمر متفاضلا لان القسمة بالخرص بيع بالخرص واستدلوا على مخالفته للاصول بما روى فى حديث عبد الله بن رواحة انه كان يقول لهم عند الخرص ان شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين وان شئتم فلى واضمن نصيبكم وهذا حرام باجماع وربما قالوا ان النهى الوارد عن المخابرة هو ماكان من هذا الفعل بخيبر والجمهور يرون ان المخابرة هى كراء الارض ببعض مايخرج منها قالوا ومما

يدل على نسخ هذا الحديث او أنه خاص باليهود ماورد من حديث رافع وغيره من النهى عن كراء الارض بما يخرج منها لان المساقاة تقتضى جواز ذلك وهو خاص أيضاً فى بعض روايات احاديث المساقاة ولهذا المعنى لم يقل بهذه الزيادة مالك ولا الشافعي أعنى بما جاء من انه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما تخرجه الارض والثمرة وهى زيادة صحيحة وقال بها اهل الظاهر

﴿ القـــــول فى صحة المساقاة ﴾

والنظر فى الصحة راجع الى النظر فى اركانه وفى وقتها وفى شروطها المشترطة فى اركانها واركانها اربعة المحل المخصوص بها والجزء الذى تنعقد عليه وصفة العمل الذى تنعقد عليه والمدة التي تجوز فيها وتنعقد عليها

﴿ الركن الاول فى محـل المساقاة ﴾ واختلفوا فى محل المساقاة فقال داود لاتكون المساقاة الا فى النخل فقط وقال الشافعى فى النخل والكرم فقط وقال مالك يجوز فى كل اصل ثابت كالرمان والتين والزيتون وما اشبه ذلك من غير ضرورة ويكون فى الاصول غير الثابتة كالمقاثى والبطيخ مع عجز صاحبها عنها وكذلك الزرع ولاتجوز فى شئ من البقول عند الجميع الا ابن دينار فانه اجازها فيه اذا نبتت قبل ان تستقل فعمدة من قصره على النخل أنها رخصة فوجب الاينعدي بها محلها الذى جاءت فيه السنة . وأما مالك فرأ أنها رخصة يقدح فيها سبب عام فوجب تعدية ذلك الى الغير وقد يقاس على الرخص عند قوم اذا فهم هنالك اسباب أعم من الاشياء التى علقت الرخص بالنص بها وقوم منعوا القياس على الرخص وأما داود فهو يتسع القياس على الجملة فالمساقاة على اصوله مطردة : وأما الشافعى فانما اجازها فى الكرم من قبل ان الحكم فى المساقاة هو بالخرص وقد جاء فى حديث عتاب بن اسيد الحكم بالخرص فى النخل والكرم وان كان ذلك فى الزكاة فكأنه قاس المساقاة فى ذلك على الزكاة والحديث الذى ورد عن عتاب بن اسيد هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثه وأمره ان يخرص العنب وتؤدى زكاته زبيباً كما تؤدى زكاة النخل تمراً ودفع داود حديث عتاب بن اسيد لانه مرسل ولانه انفرد به عبد الرحمان بن اسحاق وليس بالقوى . واختلفوا اذا كان مع النخل ارض بيضاء او مع الثمار هل يجوز ان تساقى الارض مع النخل بجزء من النخل او بجزء من النخل وبجزء مما يخرج من الارض فذهب الى جواز ذلك طائفة وبه قال صاحبا ابي حنيفة والليث واحمد والثورى وابن ابي ليلى وجماعة وقال الشافعي واهل الظاهر لاتجوز المساقاة الا فى الثمر فقط واما مالك فقال اذا كانت الارض تبعاً للثمر وكان الثمر اكثر ذلك فلا باس بدخولها فى المساقاة اشترط جزءاً خارجا منها اولم يشترطه وحد ذلك الجزء بان يكون الثلث فما دونه اعني ان يكون مقدار كراء الارض الثلث من الثمر فما دونه ولم يجز ان يشترط رب الارض ان يزرع البياض لنفسه لانها زيادة ازدادها عليه وقال الشافعى ذلك جائز وحجة من اجاز المساقاة عليهما جميعاً اعني على الارض بجزء مما يخرج منها حديث ابن عمر المتقدم وحجة من لم يجز ذلك ماروى من النهى عن كراء الارض بما يخرج منها فى حديث رافع بن خديج وقد تقدم ذلك وقال احمد بن حنبل احاديث رافع مضطربة الالفاظ وحديث ابن عمر اصح واما تحديد مالك ذلك بالثلث فضعيف وهو استحسان مبني على غير الاصول لان الاصول تقتضى انه لايفرق بين الجائز من غير الجائز بالقليل والكثير من الجنس الواحد ومنها اختلافهم فى المساقاة فى البقل فاجازها مالك والشافعى واصحابه ومحمد بن الحسن وقال الليث لا تجوز المساقاة فى البقل وانما اجازها الجمهور لان العامل وان كان ليس عليه فيها سقى فيبقى عليه اعمال آخر مثل الابار وغير ذلك واما الليث فيرى ان السقى بالماء هو الفعل الذى ينعقد عليه المساقاة ولمكانه وردت الرخصة فيها

﴿ الركن الثاني ﴾ واما الركن الذي هو العمل فان العلماء بالجملة اجمعوا على ان الذي يجب على العامل هو السقي والابار واختلفوا في الجذاذ على من هو وفي سد الحظار وتنقية العين والسانية اما مالك فقال في الموطا السنة في المساقاة التي تجوز لرب الحائط ان يشترطه سد الحظار وخم العين وشرب الشراب وابار النخل وقطع الجريد وجذ الثمر هذا واشباهه هو على العامل وهذا الكلام يحتمل ان يفهم منه دخول هذه في المساقاة بالشرط ويمكن ان يفهم منه دخولها فيها بنفس العقد وقال الشافعي ليس عليه سد الحظار لانه ليس من جنس مايؤثر في زيادة الثمرة مثل الابار والسقي وقال محمد بن الحسن ليس عليه تنقية السواقي والانهار واما الجذاذ فقال مالك والشافعي هو على العامل الا ان مالكا قال ان اشترطه العامل على رب المال جاز وقال الشافعي لا يجوز شرطه وتنفسخ المساقاة ان وقع وقال محمد بن الحسن الجذاذ بينهما بنصفين وقال المحصلون من اصحاب مالك ان العمل في الحائط على وجهين عمل ليس له تاثير في اصلاح الثمر وعمل له تاثير في اصلاحها والذي له تاثير في اصلاحها منه مايتأبد ويبقي بعد الثمر ومنه مالا يبقى بعد الثمر فاما الذي ليس له تاثير في اصلاح الثمر فلا يدخل في المساقات لا بنفس العقد ولا بالشرط الا الشيء اليسير منه واما ما له تاثير في اصلاح الثمر ويبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط في المساقاة لا بنفس العقد مثل انشاء حفر بير أو انشاء ظفيرة للماء أو انشاء غرس أو انشاء بيت يجنى فيه الثمر واما له تاثير في اصلاح الثمر ولا يتأبد فهو لازم بنفس العقد وذلك مثل الحفر والسقي وزبر الكرم وتقليم الشجر والتذكير والجذاذ وما اشبه ذلك وأجمعوا على ان ما كان في الحائط من الدواب والعبيد انه ليس من حق العامل واختلفوا في شرط العامل ذلك على المساقي فقال مالك يجوز ذلك فيما كان منها في الحائط قبل المساقاة واما ان اشترط فيها ما لم يكن في الحائط فلا يجوز وقال الشافعي لا باس بذلك وان لم يكن في الحائط وبه قال ابن نافع من أصحاب مالك وقال محمد بن الحسن لا يجوز ان يشترطه العامل على رب المال ولو اشترطه رب المال على العامل جاز ذلك ووجه كراهيته ذلك ما يلحق في ذلك من الجهل بنصيب رب المال ومن أجازه رآ ان ذلك تافه ويسير ولتردد الحكم بين هذين الاصلين استحسن مالك ذلك في الرقيق الذي يكون في الحائط في وقت المساقاة ومنعه في غيرهم لان اشتراط المنفعة في ذلك اظهر وانما فرق محمد بن الحسن لان اشتراطهما على العامل هو من جنس ما وجب عليه من المساقاة وهو العمل بيده واتفق القائلون بالمساقاة على انه ان كانت النفقة كلها على رب الحائط وليس على العامل الا ما يعمل بيده ان ذلك لا يجوز لانها اجارة بما لم يخلق فهذه هي صفات هذا الركن والشروط الجائزة فيه من غير الجائزة

﴿ الركن الثالث ﴾ وأجمعوا على أن المساقاة تجوز بكل ما اتفقا عليه من اجزاء الثمر فاجاز مالك ان تكون الثمرة كلها للعامل كالفعل في القراض وقد قيل ان ذلك منحة لا مساقاة وقيل لا يجوز واتفقوا على انه لا يجوز فيها اشتراط منفعة زائدة مثل ان يشترط أحدهما على صاحبه زيادة دراهم أو دنانير ولا شيئاً من الاشياء الخارجة عن المساقاة الا الشيء اليسير عند مالك مثل سد الحظار واصلاح الظفيرة وهي مجتمع الماء ولا يجوز عند مالك ان يساقي على حائطين أحدهما على جزء والآخر على جزء آخر واحتج بفعله عليه السلام في خيبر وذلك انما ساقى على حوائط مختلفة بجزء واحد وفيه خلاف وأكثر العلماء على ان القسمة بين العامل والمساقي في الثمر لا تكون الا بالكيل وكذلك في الشركة وانها لا تجوز بالخرص وأجاز قوم قسمتها بالخرص واختلف في ذلك أصحاب مالك واختلفت الرواية عنه فقيل يجوز وقيل لا يجوز من الثمار في الربوية ويجوز في غير ذلك وقيل يجوز

باطلاق اذا اختلفت حاجة الشريكين وحجة الجمهور ان ذلك يدخله الفساد من جهة المزابنة ويدخله بيع الرطب بالتمر وبيع الطعام بالطعام نسيئة وحجة من أجاز قسمتها بالخرص تشبيهها بالعرية وبالخرص في الزكاة وفيه ضعف وأقوى ما اعتمدوا عليه في ذلك ماجاء من الخرص في مساقاة خيبر من مرسل سعيد بن المسيب وعطاء بن يسار

﴿ الركن الرابع ﴾ وأما اشتراط الوقت في المساقاة فهو صنفان وقت هو مشترط في جواز المساقاة ووقت هو شرط في صحة العقد وهو المجدد لمدتها فاما الوقت المشترط في جواز عقدها فانهم اتفقوا على انها تجوز قبل بدو الصلاح واختلفوا في جواز ذلك بعد بدو الصلاح فذهب الجمهور من القائلين بالمساقاة الى أنه لا يجوز بعد الصلاح وقال سحنون من أصحاب مالك لا بأس بذلك واختلف قول الشافعي في ذلك فمرة قال لا يجوز ومرة قال يجوز وقد قيل عنه انها لا تجوز اذا خلق الثمر وعمدة الجمهور ان مساقاة مابدا صلاحه من الثمر ليس فيه عمل ولا الضرورة الداعية الى المساقاة اذ كان يجوز بيعه في ذلك الوقت قالوا وانما هي اجارة ان وقعت وحجة من اجازها انه اذا جازت قبل ان تخلق الثمر فهي بعد بدو الصلاح اجوز ومن هنا لم تجز عندهم مساقاة البقول لانه يجوز بيعها أعني عند الجمهور وأما الوقت الذي هو الشرط في مدة المساقاة فان الجمهور على أنه لا يجوز ان يكون مجهولا أعني مدة غير موقتة وأجاز طائفة ان يكون الى مدة غير موقتة منهم أهل الظاهر وعمدة الجمهور مايدخل في ذلك من الغرر قياساً على الاجارة وعمدة أهل الظاهر ماوقع في مرسل مالك من قوله صلى الله عليه وسلم أقركم على ما أقركم الله وكره مالك المساقاة فيما طال من السنين وانقضاء السنين فيها هو بالحذ لا بالاهلة وأما هل اللفظ شرط في هذا العقد فاختلفوا في ذلك فذهب ابن القاسم الى أن من شرط صحتها الا تنعقد الا بلفظ المساقاة وانه ليس تنعقد بلفظ الاجارة وبه قال الشافعي وقال غيرهم تنعقد بلفظ الاجارة وهو قياس قول سحنون

﴿ القول في احكام الصحة ﴾ والمساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لا بالعمل بخلاف القراض عنده الذي ينعقد بالعمل لا باللفظ وهو عند مالك عقد موروث ولورثة المساقي أن يأتوا امينين يعمل وان لم يكونوا امناء وعليه العمل ان أبى الورثة من تركته وقال الشافعي اذا لم يكن له تركة سلم الى الورثة رب المال اجرة ماعمل وفسد العقد وان كانت له تركة لزمته المساقاة وقال الشافعي تنفسخ المساقاة بالعجز ولم يفصل وقال مالك اذا عجز وقد دخل بيع الثمر لم يكن له ان يساقي غيره ووجب عليه ان يستاجر من يعمل وان لم يكن له شيء استوجر من حظه من الثمر واذا كان العامل لصاً أو ظالماً لم ينفسخ العقد بذلك عند مالك وحكي عن الشافعي انه قال يلزمه ان يقيم غيره للعمل وقال الشافعي اذا هرب العامل قبل تمام العمل استاجر القاضي عليه من يعمل عمله ويجوز عند مالك ان يشترط كل واحد منهما على صاحبه الزكاة بخلاف القراض ونصابهما عنده نصاب الرجل الواحد بخلاف قوله في الشركاء واذا اختلف رب المال والعامل في مقدار ماوقعت عليه المساقاة من الثمن فقال مالك القول قول العامل مع يمينه اذا أتى بما يشبه وقال الشافعي يتحالفان ويتفاسخان ويكون للعامل الاجرة شبيه بالبيع وأوجب مالك اليمين في حق العامل لانه مؤتمن ومن اصله ان اليمين تجب على اقوى المتداعيين شبهة وفروع هذا الباب كثيرة لكن التي اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء هي هذه التي ذكرناها

﴿ احكام المساقاة الفاسدة ﴾ واتفقوا على ان المساقاة اذا وقعت على غير الوجه الذي جوزها الشرع انها تنفسخ ما لم تفت بالعمل واختلفوا اذا فاتت بالعمل ماذا يجب فيها فقيل انها ترد الى اجارة المثل في كل نوع من انواع الفساد وهو قياس

قول الشافعي وقياس احدى الروايتين عن مالك وقيل انها ترد الى مساقاة المثل باطلاق وهو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك واما ابن القاسم فقال في بعضها ترد الى مساقاة مثلها وفي بعضها الى اجارة المثل واختلف القابسي عنه في ذلك فقيل في مذهبه انها ترد الى اجارة المثل الا في اربع مسائل فانها ترد الى مساقاة مثلها ؛ إحداها المساقاة في حائط فيه ثمر قد اطعم . والثانية اذا اشترط المساقي على رب المال ان يعمل معه . والثالثة المساقاة مع البيع في صفقة واحدة : والرابعة اذا ساقاه في حائط سنة على الثلث وسنة على النصف وقيل ان الاصل عنده في ذلك أن المساقاة اذا لحقها الفساد من قبل مادخلها من الاجارة الفاسدة او من بيع الثمر من قبل ان يبدو صلاحه وذلك مما يشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة ردفيها الى اجرة المثل مثل ان يساقيه على ان يزيد احدهما صاحبه دنانير اودراهم وذلك أن هذه الزيادة ان كانت من رب الحائط كانت اجارة فاسدة وان كانت من العامل كانت بيع الثمر قبل ان يخلق وأما فساده من قبل الغرر مثل المساقاة على حوائط مختلفة فيرد الى مساقاة المثل وهذا كله استحسان جار على غير قياس وفي المسئلة قول رابع وهو أنه يرد الى مساقاة مثله مالم يكن اكثر من الجزء الذي شرط عليه ان كان الشرط للساقي او اقل ان كان الشرط للعامل وهذا كاف بحسب غرضنا

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الشركة ﴾

والنظر في الشركة في انواعها وفي اركانها الموجبة للصحة وفي الاحكام ونحن نذكر من هذه الابواب ما اتفقوا عليه وما اشتهر الخلاف فيه بينهم على ما قصدناه في هذا الكتاب والشركة بالجملة عند فقهاء الامصار على اربعة انواع . شركة العنان . وشركة الابدان : وشركة المفاوضة . وشركة الوجوه واحدة منها متفق عليها وهي شركة العنان وان كان بعضهم لم يعرف هذا اللفظ وان كانوا اختلفوا في بعض شروطها على ما سيأتي بعد والثلاثة مختلف فيها ومختلف في بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها

﴿ القول في شركة العنان ﴾

واركان هذه الشركة ثلاثة . الاول محلها من الاموال . والثاني في معرفة قدر الربح من قدر المال المشترك فيه . والثالث في معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال

﴿ الركن الاول ﴾

وأما محل الشركة فمنه ما اتفقوا عليه ومنه ما اختلفوا فيه فاتفق المسلمون على أن الشركة تجوز في الصنف الواحد من العين أعني الدنانير والدراهم وان كانت في الحقيقة بيعاً لاتقع فيه مناجزة ومن شرط البيع في الذهب وفي الدراهم المناجزة لكن الاجماع خصص هذا المعنى في الشركة وكذلك اتفقوا فيما اعلم على الشركة يكونان بصفة واحدة واختلفوا في الشركة بالعرضين المختلفين وبالعينين المختلفة مثل الشركة بالدنانير من احدهما والدراهم من الاخر وبالطعام الربوي اذا كان صنفاً واحداً فهاهنا ثلاث مسائل

﴿ المسئلة الاولى ﴾

فاما اذا اشتركا في صنفين من العروض او في عروض ودراهم او دنانير فاجاز ذلك ابن القاسم وهو مذهب مالك وقد قيل عنه أنه كره ذلك وسبب الكراهية اجتماع الشركة فيها والبيع وذلك ان يكون العرضان مختلفين كان كل واحد منهما باع جزءاً من عرضه بجزء من العرض الاخر ومالك يعتبر في العروض اذا وقعت فيها الشركة القيم والشافعي يقول لاتنعقد الشركة الا على اثمان العروض وحكى ابوحامد أن ظاهر مذهب الشافعي يشير الى

أن الشركة مثل القراض لا تجوز الا بالدراهم والدنانير قال والقياس ان الاشاعة فيها تقوم مقام الخلط

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما ان كان الصنفان مما لا يجوز فيهما النساء مثل الشركة بالدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الاخر او بالطعامين المختلفين فاختلف فى ذلك قول مالك فاجازه مرة ومنعه مرة وذلك لما يدخل الشركة بالدراهم من عند أحدهما والدنانير من عند الاخر من الشركة والصرف معاً وعدم التاجز والصرف معاً وعدم التاجز ولما يدخل الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التاجز وبالمنع قال ابن القاسم ومن لم يعتبر هذه العلل اجازها ﴿ المسئلة الثالثة ﴾ وأما الشركة بالطعام من صنف واحد فاجازها ابن القاسم قياساً على اجماعهم على جوازها في الصنف الواحد من الذهب او الفضة ومنعها مالك فى احد قوليه وهو المشهور بعدم المتاجزة التى يدخل فيه اذا رأت أن الاصل هو الايقاس على موضع الرخصة بالاجماع وقد قيل ان وجه كراهية مالك لذلك أن الشركة تفتقر الى الاستواء في القيمة والبيع يفتقر الى الاستواء فى الكيل فافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد الى استواء القيمة والكيل وذلك لا يكاد يوجد فكره مالك ذلك فهذا هو اختلافهم فى جنس محل الشركة واختلفوا هل من شرط مال الشركة ان يختلط او لا يختلط فقال مالك ان من شرط مالى الشركة ان يختلطا اما حساً واما حكماً مثل ان يكونا فى صندوق واحد وايديهما مطلقة عليهما وقال الشافعى لا تصح الشركة حتى يخلطا مالهما خلطاً لا يتميز بمال احدهما من مال الاخر وقال ابو حنيفة تصح الشركة وان كان مال كل واحد منهما بيده فابو حنيفة اكتفى فى انعقاد الشركة بالقول ومالك اشترط الى ذلك الاشتراط فى التصرف فى المال والشافعى اشترط الى هذين الاختلاط والفقه ان بالاختلاط يكون عمل الشريكين افضل وأتم لان النصح يوجد منه لشريكه كما يوجد لنفسه فهذا هو القول فى هذا الركن وفى شروطه

﴿ فاما الركن الثانى ﴾ وهو وجه اقسامهما الربح فانهم اتفقوا على أنه اذا كان الربح تابعاً لرؤوس الاموال أعنى ان كان اصل مالى الشركة متساويين كان الربح بينهما بنصفين واختلفوا هل يجوز ان يختلف رؤوس اموالهما ويستويان في الربح فقال مالك والشافعى ذلك لا يجوز وقال أهل العراق يجوز ذلك وعمدة من منع ذلك تشبيه الربح بالخسران فكما لو اشترط أحدهما جزءاً من الخسران لم يجز كذلك اذا اشترط جزءاً من الربح خارجا عن ماله وربما شبهوا الربح بمنفعة العقار الذى بين الشريكين أعنى ان المنفعة بينهما تكون على نسبة اصل الشركة وعمدة أهل العراق تشبيه الشركة بالقراض وذلك انهما جاز فى القراض ان يكون للعامل من الربح ما اصطلحا عليه والعامل ليس يجعل مقابله الا عملا فقط كان فى الشركة احرى ان يجعل للعمل جزءاً من المال اذ كانت الشركة مالا من كل واحد منهما وعملا فيكون ذلك الجزء من الربح مقابلا لفضل عمله على عمل صاحبه فان الناس يتفاوتون فى العمل كما يتفاوتون فى غير ذلك ﴿ وأما الركن الثالث ﴾ الذى هو العمل فانه تابع كما قلنا عند مالك للمال فلا يعتبر بنفسه وهو عند ابى حنيفة يعتبر مع المال وأظن ان من العلماء من لا يجيز الشركة الا ان يكون مالاهما متساويين التفاتا الى العمل فانهم يرون أن العمل فى الغالب مستويا فاذا لم يكن المال بينهما على التساوى كان هنالك غبن على أحدهما فى العمل ولهذا قال ابن المنذر أجمع العلماء على جواز الشركة التى يخرج فيها كل واحد من الشريكين مالا مثل صاحبه من نوعه أعنى دراهم او دنانير ثم يخلطانهما حتى يصيرا مالا واحداً لا يتميز على ان يبيعا ويشتريا ما رأيا من انواع التجارة وعلى ان ما كان من فضل فهو بينهما

بنصفين

بنصفين وما كان من خسارة فهو كذلك وذلك اذا باع كل واحد منهما بحضرة صاحبه واشتراطه هذا الشرط يدل على ان فيه خلافا والمشهور عند الجمهور انه ليس من شرط الشركاء ان يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه

﴿ القـــــول فى شركة المفاوضة ﴾ واختلفوا في شركة المفاوضة فاتفق مالك وابو حنيفة بالجملة على جوازها وان كان اختلفوا في بعض شروطها وقال الشافعى لا يجوز ومعنى شركة المفاوضة ان يفوض كل واحد من الشريكين الى صاحبه التصرف فى ماله مع غيبته وحضوره وذلك واقع عندهم فى جميع انواع المتملكات وعمدة الشافعى ان اسم الشركة انما ينطلق على اختلاط الاموال فان الارباح فروع ولا يجوز ان تكون الفروع مشتركة الا باشتراك اصولها وأما اذا اشترط كل واحد منهما ربحاً لصاحبه فى ملك نفسه فذلك من الغرر ومما لا يجوز وهذه صفة شركة المفاوضة وأما مالك فيرى أن كل واحد منهما قد باع جزءاً من ماله بجزء من مال شريكه ثم وكل كل واحد منهما صاحبه على النظر فى الجزء الذى بقى فى يديه والشافعي يرى أن الشركة ليست هي بيعاً ووكالة وأما أبو حنيفة فهو هاهنا على اصله فى انه لا يراعي فى شركة العنان الا النقد فقط وأما ما يختلف فيه مالك وأبو حنيفة من شروط هذه الشركة فان ابا حنيفة يرى أن من شرط المفاوضة التساوى فى رؤوس الاموال وقال مالك ليس من شرطها ذلك تشبيهاً بشركة العنان وقال ابو حنيفة لا يكون لاحدهما شئ الا ان يدخل فى الشركة وعمدتهم أن اسم المفاوضة يقتضى هذين الامرين أعنى تساوى المالين وتعميم ملكهما

﴿ القـــــول في شركة الابدان ﴾ وشركة الابدان بالجملة عند ابي حنيفة والمالكية جائزة ومنع منها الشافعى وعمدة الشافعي أن الشركة انما تختص بالاموال لا بالاعمال لان ذلك لا ينضبط فهو غرر عندهم اذ كان عمل كل واحد منهما مجهولا عند صاحبه وعمدة المالكية اشتراك الغانمين فى الغنيمة وهم انما استحقوا ذلك بالعمل وما روى من ان ابن مسعود شارك سعداً يوم بدر فأصاب سعد فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئاً فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم عليهما وايضاً فان المضاربة انما تنعقد على العمل فجاز ان تنعقد عليه الشركة والشافعى ان المفاوضة خارجة عن الاصول فلا يقاس عليها وكذلك يشبه ان يكون حكم الغنيمة خارجاً عن الشركة ومن شرطها عند مالك اتفاق الصنعتين والمكان وقال ابو حنيفة يجوز مع اختلاف الصنعتين فيشترك عنده الدباغ والقصار ولا يشتركان عند مالك وعمدة مالك زيادة الغرر التى تكون عند اختلاف الصنعتين او اختلاف المكان وعمدة ابي حنيفة جواز الشركة على العمل

﴿ القول فى شركة الوجوه ﴾ وشركة الوجوه عند مالك والشافعى باطلة وقال ابو حنيفة هى جائزة وهذه الشركة هى الشركة على الذمم من غير صنعة ولا مال وعمدة مالك والشافعى ان الشركة انما تتعلق على المال او على العمل وكلاهما معدومان فى هذه المسئلة مع ما فى ذلك من الغرر لان كل واحد منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص وابو حنيفة يعتمد انه عمل من الاعمال فجاز ان تنعقد عليه الشركة

﴿ القول فى احكام الشركة الصحيحة ﴾ وهى من العقود الجائزة لا من العقود اللازمة اى لاحد الشريكين ان ينفصل من الشركة متى شاء وهى عقد غير موروث ونفقتهما وكسوتهما من مال الشركة اذا تقاربا فى العيال ولم يخرجا عن نفقة مثلهما ويجوز لاحد الشريكين ان يبضع وان يقارض وان يودع اذا دعت الى ذلك ضرورة ولا يجوز له ان يهب شيئاً من مال الشركة ولا ان يتصرف فيه الا تصرفاً يرى انه نظر

لهما واما من قصر في شيء او تعدى فهو ضامن مثل ان يدفع مالا من التجارة فلا يشهد وينكره القابض فانه يضمن لانه قصر اذ لم يشهد وله ان يقبل الثمن المعيب في الشراء واقرار احد الشريكين في مال لمن يتهم عليه لا يجوز وتجوز اقالته وتوليته ولا يضمن احد الشريكين ماذهب من مال التجارة باتفاق ولا يجوز لشريك المفاوض ان يقارض غيره الا باذن شريكه وينزل كل واحد منهما منزلة صاحبه فيما له وفيما عليه في مال التجارة وفروع هذا الباب كثيرة

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿كتاب الشفعة﴾

والنظر في الشفعة اولا في قسمين * القسم الاول في تصحيح هذا الحكم وفي اركانه * القسم الثاني في احكامه

﴿القسم الاول﴾

فاما وجوب الحكم بالشفعة فالمسلمون متفقون عليه لما ورد في ذلك من الاحاديث الثابتة الا ما يتأمل على من لا يرى بيع الشقص المشاع واركانها اربعة * في الشافع * والمشفوع عليه * والمشفوع فيه * وصفة الاخذ بالشفعة

﴿الركن الاول﴾

وهو الشافع ذهب مالك والشافعي واهل المدينة الى ان لا شفعة الا للشريك مالم يقاسم وقال اهل العراق الشفعة مرتبة فاولى الناس بالشفعة الشريك الذي لم يقاسم ثم الشريك المقاسم اذا بقيت في الطرق او في الصحن شركة ثم الجار الملاصق وقال اهل المدينة لا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم وعمدة اهل المدينة مرسل مالك عن ابي شهاب عن ابي سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة وحديث جابر ايضا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة خرجه مسلم والترمذي وابو داود وكان احمد بن حنبل يقول حديث معمر عن الزهري عن ابي سلمة بن عبد الرحمن عن مالك أصح ما روي في الشفعة وكان ابن معين يقول مرسل مالك أحب الي اذ كان مالك انما رواه عن ابن شهاب موقوفا وقد جعل قوم هذا الاختلاف على ابن شهاب في اسناده توهينا له وقد روي عن مالك في غير الموطا عن ابن شهاب عن ابي هريرة ووجه استدلالهم من هذا الاثر ماذكر فيه من انه اذا وقعت الحدود فلا شفعة وذلك انه اذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم فهي أحرى ألا تكون واجبة للجار وأيضا فان الشريك المقاسم هو جار اذا قاسم وعمدة اهل العراق حديث ابن رافع عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الجار احق بصقبه وهو حديث متفق عليه وخرج الترمذي وابو داود عنه عليه السلام انه قال جار الدار احق بدار الجار وصححه الترمذي ومن طريق المعنى لهم أيضا انه لما كانت الشفعة انما المقصود منها دفع الضرر الداخل من الشركة وكان هذا المعنى موجودا في الجار وجب ان يلحق به ولاهل المدينة أن يقولوا وجود الضرر في الشركة أعظم منه في الجوار وبالجملة فعمدة المالكية ان الاصول تقتضي ألا يخرج ملك احد من يده الا برضاه وأن من اشترى شيئا فلا يخرج من يده الا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص وقد تعارضت الآثار في هذا الباب فوجب أن يرجع ما شهدت له الاصول ولكلا القولين سلف متقدم لاهل العراق من التابعين ولاهل المدينة من الصحابة

﴿الركن الثاني﴾

وهو المشفوع فيه اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبة في الدور والعقار والارضين كلها واختلفوا فيما سوى ذلك فتحصيل مذهب مالك انها في ثلاثة انواع أحدها مقصود

وهو العقار من الدور والحوانيت والبساتين والثاني مايتعلق بالعقار فما هو ثابت لاينقل ولايحول وذلك كالبير ومحال النخل مادام الاصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه وهو ان يكون الاصل الذى هو الارض مشاعا بينه وبين شريكه غير مقسوم والثالث ما تعلق بهذه كالثمار وفيها عنه خلاف وكذلك كراء الارض للزرع وكتابة المكاتب واختلف عنه فى الشفعة فى الحمام والرحا واما ماعدى هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده وكذلك لاشفعة عنده فى الطريق ولا فى عرصة الدار واختلف عنه فى اكرية الدور وفى المساقات وفى الدين هل يكون الذى عليه الدين احق به وكذلك الذى عليه الكتابة وبه قال عمر بن عبد العزيز وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى الدين وبه قال اشهب من اصحاب مالك وقال ابن القاسم لاشفعة فى الدين ولم يختلفا فى ايجابها فى الكتابة لحرمة العتق وفقهاء الامصار على الاشفعة الا فى العقار فقط وحكى عن قوم ان الشفعة فى كل شئ ماعدى المكيل والموزون ولم يجز ابو حنيفة الشفعة فى البير والنخل وأجازها فى العرصة والطريق ووافق الشافعي مالكا فى العرصة وفى الطريق وفى البير وخالفاه جميعاً فى الثمار وعمدة الجمهور فى قصر الشفعة على العقار ماورد فى الحديث الثابت من قوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فكانه قال الشفعة فيما تمكن فيه القسمة مادام لم يقسم وهذا استدلال بدليل الخطاب وقد اجمع عليه فى هذا الموضع فقهاء الامصار مع اختلافهم فى صحة الاستدلال به وأما عمدة من اجازها فى كل شئ فما خرجه الترمذى عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشريك شفيع والشفعة فى كل شئ ولان معنى ضرر الشركة والجوار موجود فى كل شئ وان كان فى العقار أظهر ولما لحظ هذا مالك أجرى مايتبع العقار مجرى العقار فاستدل أبو حنيفة على منع الشفعة فى البير بما روى لاشفعة فى بير ومالك حمل هذا الاثر على آبار الصحارى التى تعمل فى الارض الموات لا التى تكون فى ارض متملكة

﴿ الركن الثالث ﴾

وأما المشفوع عليه فانهم اتفقوا على أن من انتقل اليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم او من جار عند من يرى الشفعة للجار واختلفوا فيمن انتقل اليه الملك بغير شراء فالمشهور عن مالك ان الشفعة انما تجب اذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع والصلح والمهر وارش الجنايات وغير ذلك وبه قال الشافعى وعنه رواية ثانية انها تجب بكل ملك انتقل بعوض او بغير عوض كالهبة لغير الثواب والصدقة ماعدى الميراث فانه لاشفعة عند الجميع فيه باتفاق واما الحنفية فالشفعة عندهم فى المبيع فقط وعمدة الحنفية ظاهر الاحاديث وذلك ان مفهومها يقتضى انها فى المبيعات بل ذلك نص فيها لان فى بعضها فلا يبع حتى يستاذن شريكه واما المالكية فرأت ان كل ما انتقل بعوض فهو فى معنى البيع ووجه الرواية الثانية أنها اعتبرت الضرر فقط وأما الهبة للثواب فلا شفعة فيها عند ابى حنيفة ولا الشافعي اما أبو حنيفة فلان الشفعة عنده فى المبيع فقط واما الشافعي فلان هبة الثواب عنده باطل وأما مالك فلا خلاف عنده وعند اصحابه فى أن الشفعة فيها واجبة واتفق العلماء على أن المبيع الذى بالخيار انه اذا كان الخيار فيه للبائع ان الشفعة لاتجب حتى يجب البيع واختلفوا اذا كان الخيار للمشترى فقال الشافعى والكوفيون الشفعة واجبة عليه لان البائع قد صرم الشقص عن ملكه وأبانه منه وقيل ان الشفعة غير واجبة عليه لانه غير ضامن وبه قال جماعة من اصحاب مالك واختلف فى الشفعة فى المساقاة وهى نبيذ ليل أرض بارض فعن مالك فى ذلك ثلاث روايات الجواز والمنع والثالث أن تكون المناقلة بين الاشراك أو الاجانب فلم يرها فى الاشراك ورآها فى الاجانب

﴿ الركن الرابع فى الاخذ بالشفعة ﴾

والنظر فى هذا الركن بماذا ياخذ الشفيع وكم ياخذ ومتى ياخذ فاما بماذا ياخذ فانهم اتفقوا على أنه اذا باخذ فى البيع بالثمن ان كان مالا واختلفوا اذا كان البيع الى أجل هل ياخذه الشفيع بالثمن الى ذلك الاجل أو ياخذ المبيع بالثمن حالا أو هو مخير فقال مالك ياخذه بذلك الاجل اذا كان ملياً أو يأتى بضامن ملى وقال الشافعى الشفيع مخير فان عجل تعجلت الشفعة والا تتأخر الى وقت الاجل وهو نحو قول الكوفيين وقال الثورى لاياخذها الا بالنقد لانها قد دخلت فى ضمان الاول قال ومنا من يقول تبقى فى يد الذى باعها فاذا بلغ الاجل أخذها الشفيع والذين رأوا الشفعة فى سائر المعاوضات مما ليس بيع فالمعلوم عنهم انه ياخذ الشفعة بقيمة الشقص ان كان العوض مما ليس يتقدر مثل أن يكون معطى فى خلع واما ان يكون معطى فى شئ يتقدر ولم يكن دنانير ولا دراهم ولا بالجملة مكيلا ولا موزونا فانه ياخذه بقيمة ذلك الشئ الذى دفع الشقص فيه وان كان ذلك الشئ محدود القدر بالشرع أخذ ذلك الشقص بذلك العدد مثل أن يدفع الشقص فى موضحة وجبت عليه أو منقلة فانه ياخذه بدية الموضحة أو المنقلة وأما كم ياخذ فان الشفيع لايخلوا أن يكون واحداً أو أكثر والمشفوع عليه أيضاً لايخلوا أن يكون واحداً أو أكثر فاما ان كان الشفيع واحداً والمشفوع عليه واحداً فلا خلاف فى ان الواجب على الشفيع أن ياخذ الكل أو يدع وأما اذا كان المشفوع عليه واحداً والشفعاء أكثر من واحد فانهم اختلفوا من ذلك فى موضعين أحدهما فى كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم والثانى اذا اختلفت أسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضاً عن الشفعة أم لا مثل أن يكون بعضهم شركاء فى المال الذى ورثوه لانهم أهل سهم واحد وبعضهم لانهم عصبة ﴿ فاما المسئلة الاولى ﴾ وهى كيفية توزيع المشفوع فيه فان مالكا والشافعى وجمهور أهل المدينة يقولون ان المشفوع فيه يقتسمونه بينهم على قدر حصصهم فمن كان نصيبه من أصل المال الثلث مثلا أخذ من الشقص بثلث الثمن ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع وقال الكوفيون هى على عدد الرؤوس على السواء وسواء فى ذلك الشريك ذو الحظ الاكبر وذو الحظ الاصغر وعمدة المدنيين أن الشفعة حق يستفاد وجوبه بالملك المتقدم فوجب ان يتوزع على مقدار الاصل اصله الاكرية فى المستاجرات المشتركة والربح فى شركة الاموال وأيضاً فان الشفعة انما هى لازالة الضرر والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء لانه انما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته فوجب ان يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة وعمدة الحنفية ان وجوب الشفعة انما يلزم بنفس الملك فيستوى فى ذلك أهل الحظوظ المختلفة لاستوائهم فى نفس الملك وربما شبهوا ذلك بالشركاء فى العبد يعتق بعضهم نصيبه أنه يقوم على المعتقين على السوية أعنى حظ من لم يعتق ﴿ واما المسئلة الثانية ﴾ فان الفقهاء اختلفوا فى دخول الاشتراك الذين هم عصبة فى الشفعة مع الاشراك الذين شركتهم من قبل السهم فقال مالك اهل السهم الواحد احق بالشفعة اذا باع احدهم من الاشتراك معهم فى المال من قبل التعصيب وانه لايدخل ذوو العصبة فى الشفعة على أهل السهام المقدرة ويدخل ذو السهام على ذوى التعصيب مثل ان يموت ميت فيترك عقارا ترثه عنه بنتان وابنا عم ثم تبيع البنت الواحدة حظها فان البنت الثانية عند مالك هى التى تشفع فى ذلك الحظ الذى باعته اختها فقط دون ابنى العم وان باع أحد ابنى العم نصيبه يشفع فيه البنات وابن العم الثانى وبهذا القول قال ابن القاسم وقال أهل الكوفة لايدخل ذو السهام على العصبات ولا العصبات على ذوى الاسهام ويتشافع أهل السهم الواحد فيما بينهم خاصة وبه قال أشهب وقال الشافعى فى أحد قوليه يدخل ذو السهام على العصبات والعصبات على ذوى السهام وهو الذى اختاره المزنى وبه قال المغيرة من أصحاب مالك وعمدة مذهب الشافعى عموم قضائه صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء ولم

يفصل ذوى سهم من عصبة ومن خصص ذوى السهام من العصبات فلانه رآ ان الشركة مختلفة الاسباب أعنى بين ذوي السهام وبين العصبات فشبه الشركات المختلفة الاسباب بالشركات المختلفة من قبل محالها الذى هو المال بالقسمة بالاموالدومن ادخل ذوى السهام على العصبة ولم يدخل العصبة على ذوى السهام فهو استحسان على غير قياس ووجه الاستحسان انه رآ ان ذوى السهام اقعد من العصبة واما اذا كان المشفوع عليهما اثنين فاكثر فاراد الشفيع ان يشفع على احدهما دون الثانى فقال ابن القاسم اما ان ياخذ الكل اويدع وقال ابو حنيفة واصحابه والشافعى له ان يشفع على ايهما احب وبه قال اشهب فاما اذا باع رجلان شقصاً من رجل فاراد الشفيع ان يشفع على احدهما دون الثاني فان ابا حنيفة منع ذلك وجوزه الشافعى واما اذا كان الشافعون اكثر من واحد اعنى الاشراك فاراد بعضهم ان يشفع وسلم له الباقى في البيوع فالجمهور على ان للمشترى ان يقول للشريك اما ان تشفع في الجميع او تترك وانه ليس له ان يشفع بحسب حظه الان يوافقه المشترى على ذلك وانه ليس له ان يبعض الشفعة على المشترى ان لم يرض بتبعيضها وقال اصبغ من اصحاب مالك ان كان ترك بعضهم الاخذ بالشفعة رفقاً للمشترى لم يكن للشفيع الا ان ياخذ حصته فقط ولا خلاف في مذهب مالك انه اذا كان بعض الشفعاء غائباً وبعضهم حاضراً فاراد الحاضر ان ياخذ حصته فقط انه ليس له ذلك الان ياخذ الكل اويدع فاذا قدم الغائب فان شاء اخذ وان شاء ترك واتفقوا على ان الاخذ بالشفعة واجب اذا كانت الشركة قبل البيع وفي حال البيع واختلفوا اذا لم تكن موجودة اوكانت ثابتة بعد البيع فاما المسئلة الاولى وهى اذا لم يكن شريكا في حال البيع وذلك يتصور بان يكون يتراخي عن الاخذ بالشفعة بسبب من الاسباب التي لا يقطع له الاخذ بالشفعة حتى يبيع الحظ الذى كان به شريكا فروى اشهب ان قول مالك اختلف في ذلك فمرة قال له الاخذ بالشفعة ومرة قال ليس له ذلك واختار اشهب انه لا شفعة له وهو قياس قول الشافعى والكوفيين لان المقصود بالشفعة انما هو ازالة الضرر من جهة الشركة وهذا ليس بشريك وقال ابن القاسم له الشفعة اذا كان قيامه في اثره لانه يرى ان الحق الذى وجب له لم يرتفع ببيعه حظه ﴿واما المسئلة الثالثة﴾ فصورتها ان يستحق انسان شقصاً في ارض قد بيع منها قبل وقت الاستحقاق شقص ما هل له ان ياخذ بالشفعة ام لا فقال قوم له ذلك لانه وجبت له الشفعة بتقدم شركته قبل البيع ولا فرق في ذلك كان يده عليه او لم تكن وقال قوم لا تجب له الشفعة لانه انما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق قالوا الا ترى انه لا ياخذ الغلة من المشترى فاما مالك فقال ان طال الزمان فلا شفعة وان لم يطل فله الشفعة وهو استحسان واما متى ياخذ وهو له الشفعة فان الذى له الشفعة رجلان حاضر اوغائب فاما الغائب فاجمع العلماء على ان الغائب على شفعته مالم يعلم ببيع شريكه واختلفوا اذا علم وهو غائب فقال قوم تسقط شفعته وقال قوم لا تسقط وهو مذهب مالك والحجة له ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث جابر انه قال الجار احق بصقبه اوقال بشفعته ينتظر بها اذا كان غائباً وايضاً فان الغائب في الاكثر معوق عن الاخذ بالشفعة فوجب عذره وعمدة الفريق الثانى ان سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاه باسقاطها واما الحاضر فان الفقهاء اختلفوا في وقت وجوب الشفعة له فقال الشافعي وابو حنيفة هى واجبة له على الفور بشرط العلم وامكان الطلب فان علم وأمكن الطلب ولم يطلب بطلت شفعته الا ان ابا حنيفة قال ان اشهد بالاخذ لم تبطل وان تراخي واما مالك فليست عنده على الفور بل وقت وجوبها متسع واختلف قوله في هذا الوقت هل هو محدود ام لا فمرة قال هو غير محدود وانها لا تنقطع ابداً الا ان يحدث المبتاع بناء او تغييراً كثيراً بمعرفته وهو حاضر عالم ساكت ومرة حدد

هذا الوقت فروى عنه السنة وهو الاشهر وقيل اكثر من سنة وقد قيل عنه ان الحصة الاعوام لاتقطع فيها الشفعة واحتج الشافعي بما روى انه عليه السلام قال الشفعة كحل العقال وقد روى عن الشافعي ان أمدها ثلاثة أيام وأما من لم يسقط الشفعة بالسكوت واعتمد على السكوت لايبطل حق امرئ مسلم مالم يظهر من قرائن أحواله مايدل على اسقاطه وكان هذا أشبه باصول الشافعي لان عنده انه ليس يجب ان ينسب الى ساكت قول قائل وان اقترنت به أحوال تدل على رضاه ولكنه فيما احسب اعتمد الاثر فهذا هو القول في اركان الشفعة وشروطها المصححة لها وبقي القول في الاحكام ﴿القسم الثاني﴾

﴿القول في احكام الشفعة﴾ وهذه الاحكام كثيرة ولكن نذكر منها ما اشتهر فيه الخلاف بين فقهاء الامصار فمن ذلك اختلافهم في ميراث حق الشفعة فذهب الكوفيون الى انه لايورث كما انه لايباع وذهب مالك والشافعي واهل الحجاز الى انها موروثة قياساً على الاموال وقد تقدم سبب الخلاف في هذه المسائل في مسئلة الرد بالعيب ومنها اختلافهم في عهدة الشفيع هل هي على المشترى أو على البائع فقال مالك والشافعي هي على المشترى وقال ابن أبي ليلى هي على البائع وقال مالك ان الشفعة انما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشترى وصحته فوجب ان تكون عليه العهدة وعمدة الفريق الآخر ان الشفعة انما وجبت للشريك بنفس البيع فطروها على البيع فسخ له وعقد لها وأجمعوا على ان الاقالة لاتبطل الشفعة من رأى أنها بيع ومن رأى أنها فسخ اعني الاقالة واختلف أصحاب مالك على من عهدة الشفيع في الاقالة فقال ابن القاسم على المشترى وقال اشهب هو مخير ومنها اختلافهم اذا أحدث المشترى بناء او غرساً او مايشبهه في الشقص قبل قيام الشفيع ثم قام الشفيع يطلب شفعته فقال مالك لاشفعة الا ان يعطي المشترى قيمة مابنى وماغرس وقال الشافعي وأبو حنيفة هو متعد وللشفيع ان يعطيه قيمة بنائه مقلوعا او ياخذه بنقضه ٥ والسبب في اختلافهم تردد تصرف المشفوع عليه العالم بوجوب الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب وتصرف المشترى الذي يطرا عليه الاستحقاق وقد بنى في الارض وغرس وذلك انه وسط بينهما فمن غلب عليه شبه الاستحقاق لم يكن له ان ياخذ القيمة ومن غلب عليه شبه التعدي قال له ان ياخذه بنقضه او يعطيه قيمته منقوضاً ومنها اختلافهم اذا اختلف المشترى والشفيع في مبلغ الثمن فقال المشترى اشتريت الشقص بكذا وقال الشفيع بل اشتريته بأقل ولم يكن لواحد منهما بينة فقال جمهور الفقهاء القول قول المشترى لان الشفيع مدع والمشفوع عليه مدعى عليه وخالف في ذلك بعض التابعين فقالوا القول قول الشفيع لان المشترى قد أقر له بوجوب الشفعة وادعي عليه مقداراً من الثمن لم يعترف له به واما اصحاب مالك فاختلفوا في هذه المسئلة فقال ابن القاسم القول قول المشتري اذا اتى بما يشبه باليمين فان اتى بما لا يشبه فالقول قول الشفيع وقال أشهب اذا اتى بما يشبه فالقول قول المشترى بلا يمين وفيما لا يشبه باليمين وحكي عن مالك انه قال اذا كان المشترى ذا سلطان يعلم بالعادة انه يزيد في الثمن قبل قول المشترى بغير يمين وقيل اذا أتى المشترى بما لايشبه رد الشفيع الى القيمة وكذلك فيما أحسب اذا اتى كل واحد منهما بما لايشبه واختلفوا اذا اتى كل واحد منهما ببينة وتساوت في العدالة فقال ابن القاسم يسقطان معاً ويرجع الى الاصل من أن القول قول المشترى مع يمينه وقال أشهب البينة بينة المشترى لانها زادت علما

بسم الله

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿كتاب القسمة﴾

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى واذا حضر القسمة اولوا القربى وقوله مما قل منه او كثر نصيباً مفروضاً وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما دار قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وايما دار ادركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام * والنظر في هذا الكتاب . في القاسم . والمقسوم عليه ، والقسمة * والنظر في القسمة في ابواب * الباب الاول في انواع القسمة * الثاني في تعيين محل نوع نوع من انواعها اعني مايقبل القسمة وما لايقبلها وصفة القسمة فيها وشروطها اعني فيما يقبل القسمة * الثالث في معرفة احكامها

﴿الباب الاول﴾

والنظر في القسمة ينقسم اولا الى قسمين * قسمة رقاب الاموال * والثاني منافع الرقاب

﴿القسم الاول من هذا الباب﴾

فاما قسمة الرقاب التي لاتكال ولاتوزن فتقسم بالجملة الى ثلاثة اقسام * قسمة قرعة وتعديل * وقسمة مراضاة بعد تعديل * وقسمة مراضاة بغير تقويم ولاتعديل واما مايكال اويوزن فبالكيل والوزن

﴿القسم الثاني﴾

واما الرقاب فانها تنقسم الى ثلاثة اقسام * ما لاينقل ولايحول وهي الرباع والاصول * ومايقل ويحول وهذان قسمان اما غير مكيل ولا موزون وهو الحيوان والعروض واما مكيل او موزون ففي هذا الباب ثلاثة فصول . الاول في الرباع : والثاني في العروض : والثالث في المكيل والموزون

﴿الفصل الاول﴾

فاما الرباع والاصول فيجوز ان تقسم بالتراضي وبالسهمة اذا عدلت بالقيمة اتفق أهل العلم على ذلك اتفاقاً مجملا وان كانوا اختلفوا في محل ذلك وشروطه والقسمة لاتخلوا ان تكون في محل واحد او في محال كثيرة فاذا كانت في محل واحد فلا خلاف في جوازها اذا انقسمت الى اجزاء متساوية بالصفة ولم تنقص منفعة الاجزاء بالانقسام ويجبر الشركاء على ذلك وأما اذا انقسمت الى ما لامنفعة فيه فاختلف في ذلك مالك واصحابه فقال مالك انها تقسم بينهم اذا دعى أحدهم لذلك ولو لم يصر لواحد منهم الامالا منفعة فيه مثل قدر القدم وبه قال ابن كنانة من اصحابه فقط وهو قول ابي حنيفة والشافعي وعمدتهم في ذلك قوله تعالى مما قل منه او كثر نصيباً مفروضاً وقال ابن القاسم لايقسم الاان يصير لكل واحد في حظه مايتنفع به من غير مضرة داخلة عليه في الانتفاع من قبل القسمة وان كان لايراعى في ذلك نقصان الثمن وقال ابن الماجشون يقسم اذا صار لكل واحد منهم مايتنفع به وان كان من غير جنس المنفعة التي كانت في الاشتراك اوكانت اقل وقال مطرف من اصحابه ان لم يصر في حظ كل واحد مايتنفع به لم يقسم وان صار في حظ بعضهم ما يتنفع به وفي حظ بعضهم مالايتنفع به قسم وجبروا على ذلك سواء دعا الى ذلك صاحب النصيب القليل أوالكثير وقيل يجبر ان دعا صاحب النصيب القليل ولايجبر ان دعا صاحب النصيب الكثير وقيل بعكس هذا وهو ضعيف واختلفوا من هذا الباب فيما اذا قسم انتقلت منفعته الى منفعة اخرى مثل الحمام فقال مالك يقسم اذا طلب ذلك احد الشريكين وبه قال اشهب وقال ابن القاسم لايقسم وهو قول الشافعي فعمدة من منع القسمة قوله صلى الله عليه وسلم لاضرر ولاضرار وعمدة من رآ القسمة قوله تعالى مما قل منه او كثر نصيباً مفروضاً ومن الحجة لمن لم ير القسمة حديث جابر عن أبيه لاتعضية على أهل الميراث الا ماحمل القسم والتعضية التفرقة يقول لاقسمة بينهم واما اذا كانت الرباع اكثر من واحد فانها لاتخلوا ايضاً ان تكون من نوع واحد اومختلفة الانواع فاذا كانت متفقة

الانواع فان فقهاء الامصار فى ذلك مختلفون فقال مالك اذا كانت متفقة الانواع قسمت بالتقويم والتعديل والسهمة وقال ابو حنيفة والشافعى بل يقسم كل عقار على حدته فعمدة مالك انه أقل للضرر الداخل على الشركاء من القسمة وعمدة الفريق الثانى ان كل عقار تعينه بنفسه لانه تتعلق به الشفعة واختلف اصحاب مالك اذا اختلفت الانواع المتفقة فى النفاق وان تباعدت مواضعها على ثلاثة اقوال واما اذا كانت الرباع مختلفة مثل ان يكون منها دور ومنها حوائط ومنها ارض فلاخلاف انه لايجمع فى القسمة بالسهمة ومن شرط قسمة الحوائط المثمرة ألا تقسم مع الثمرة اذا بدا صلاحها باتفاق فى المذهب لانه يكون بيع الطعام بالطعام على رؤوس الثمر وذلك مزابنة واما قسمتها قبل بدو الصلاح ففيه اختلاف بين اصحاب مالك اما ابن القاسم فلا يجيز ذلك قبل الابار بحال من الاحوال ويعلل لذلك لانه يؤدى الى بيع طعام بطعام متفاضلا ولذلك زعم انه لم يجز مالك شراء الثمر الذى لم يطب بالطعام لانسيئة ولا نقدا واما ان كان بعد الابار فانه لايجوز عنده الا بشرط ان يشترط احدهما على الاخر ان ماوقع هذا الثمر فى نصيبه فهو داخل فى القسمة وما لم يدخل فى نصيبه فهم فيه على الشركة والعلة فى ذلك عنده انه يجوز اشتراط المشترى الثمر بعد الابار ولا يجوز قبل الابار فكان احدهما اشترى حظ صاحبه من جميع الثمرات التى وقعت له فى القسمة بحظه من الثمرات التى وقعت لشريكه واشترط الثمر وصفة القسم بالقرعة ان تقسم الفريضة وتحقق وتضرب وان كان فى سهامها كسر الى ان يصح السهام ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراسانها ثم يعدل على اقل السهام بالقيمة فربما عدل جزء من موضع ثلاثة اجزاء من موضع آخر على قيم الارضين ومواضعها فاذا قسمت على هذه الصفات وعدلت كتبت فى بطائق اسماء الاشراك واسماء الجهات فمن خرج اسمه فى جهة اخذ منها وقيل يرمى بالاسماء فى الجهات فمن خرج اسمه فى جهة اخذ منها فان كان اكثر من ذلك السهم ضوعف له حتى يتم حظه فهذه هى حال قرعة السهم فى الرقاب والسهمة انما جعلها الفقهاء فى القسمة تطييباً لنفوس المتقاسمين وهى موجودة فى الشرع فى مواضع منها قوله تعالى فساهم فكان من المدحضين وقوله وما كنت لديهم اذ يلقون اقلامهم ايهم يكفل مريم ومن ذلك الاثر الثابت الذى جاء فيه ان رجلا اعتق ستة اعبد عند موته فاسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق ثلث ذلك الرقيق واما القسمة بالتراضى سواء كانت بعد تعديل وتقويم او بغير تقويم وتعديل فتجوز فى الرقاب المتفقة والمختلفة لانها بيع من البيوع وانما يحرم فيها مايحرم فى البيوع

﴿ الفصل الثانى فى العروض ﴾ واما الحيوان والعروض فاتفق الفقهاء على انه لا يجوز قسمة واحد منهما للفساد الداخل فى ذلك واختلفوا إذا تشاح الشريكان فى العين الواحدة منهما ولم يتراضيا بالانتفاع بها على الشياع واراد احدهما ان يبيع صاحبه معه فقال مالك واصحابه يجبر على ذلك فان اراد احدهما ان ياخذه بالقيمة التى اعطى فيها اخذه وقال اهل الظاهر لايجبر لان الاصول تقتضى الايخرج ملك احد عن يده الابدليل من كتاب اوسنة اواجماع وحجة مالك ان فى ترك الاجبار ضرراً وهذا من باب القياس المرسل وقد قلنا فى غير ما موضع انه ليس يقول به احد من فقهاء الامصار الامالك ولكنه كالضرورى فى بعض الاشياء واما اذا كانت العروض اكثر من جنس واحد فاتفق العلماء على قسمتها على التراضى واختلفوا فى قسمتها بالتعديل والسهمة فاجازها مالك واصحابه فى الصنف الواحد ومنع من ذلك عبد العزيز بن أبى سلمة وابن الماجشون واختلف اصحاب مالك فى تمييز الصنف الواحد الذى تجوز فيه السهمة من التى لا تجوز فاعتبره أشهب بما لا يجوز تسليم بعضه فى

بعض واما ابن القاسم فاضطرب قرة أجاز القسم بالسهمة فيما يجوز تسليم بعضه في بعض فجعل القسمة اخف من البيع ومرة منع القسمة فيما منع فيه البيع وقد قيل ان مذهبه ان القسمة في ذلك اخف وان مسائله التي يظن من قبلها ان القسمة عنده اشد من البيع تقبل التاويل على أصله الثاني وذهب ابن حبيب الى انه يجمع في القسمة ما تقارب من الصنفين مثل الخز والحرير والقطن والكتان وأجاز اشهب جمع صنفين في القسمة بالسهمة مع التراضي وذلك ضعيف لان الغرر لا يجوز بالتراضي

﴿ الفصل الثالث ﴾ فاما المكيل والموزون فلا تجوز فيه القرعة باتفاق الاماحكى اللخمي والمكيل أيضاً لا يخلوا ان يكون صبرة واحدة او صبرتين فزائداً فان كان صنفاً واحداً فلا يخلوا ان يكون قسمة على الاعتدال بالكيل أو الوزن إذا دعا إلى ذلك أحد الشريكين ولا خلاف في جواز قسمته على التراضي على التفضيل البين كان ذلك من الربوى أو من غير الربوى أعنى الذى لا يجوز فيه التفاضل ويجوز ذلك بالمكيل المعلوم والمجهول ولا يجوز قسمته جزافا بغير كيل ولا وزن واما ان كانت قسمته تحريا فقيل لا يجوز في المكيل ويجوز في الموزون ويدخل في ذلك من الخلاف ما يدخل في جواز بيعه تحريا واما ان لم يكن ذلك من صبرة واحدة وكانا صنفين فان كان ذلك مما لا يجوز فيه التفاضل فلا تجوز قسمتها على جهة الجمع إلا بالكيل المعلوم فيما يكال وبالوزن بالصنجة المعروفة فيما يوزن لانه اذا كان بمكيال مجهول لم يدر كم يحصل فيه من الصنف الواحد اذا كانا مختلفين من الكيل المعلوم وهذا كله على مذهب مالك لان أصل مذهبه ان يحرم التفاضل في الصنفين اذا تقاربت منافعهما مثل القمح والشعير وأما ان كان مما يجوز فيه التفاضل فيجوز قسمته على الاعتدال والتفاضل البين المعروف بالمكيال المعروف أو الصنجة المعروفة أعني على جهة الجمع وان كانا صنفين وهذا الجواز كله في المذهب على جهة الرضا واما في واجب الحكم فلا تقسم كل صبرة الا على حدة واذا قسمت كل صبرة على حدة جازت قسمتها بالمكيال المعلوم والمجهول فهذا كله هو حكم القسمة التي تكون في الرقاب

﴿ القول في القسم الثاني وهو قسمة المنافع ﴾

فاما قسمة المنافع فانها لا تجوز بالسهمة على مذهب ابن القاسم ولا يجبر عليها من اباها ولا تكون القرعة على قسمة المنافع وذهب أبو حنيفة وأصحابه الى أنه يجبر على قسمة المنافع وقسمة المنافع هي عند الجميع بالمهايأة وذلك اما بالازمان واما بالاعيان واما قسمة المنافع فهو ان ينتفع كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه واما قسم الاعيان بان يقسما الرقاب على ان ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة والرقاب باقية على أصل الشركة وفي المذهب في قسمة المنافع بالزمان اختلاف في تحديد المدة التي تجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون بعض للاغتلال أو الانتفاع مثل استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الارض وذلك أيضاً فيما ينقل ويحول اولا ينقل ولا يحول فاما فيما ينقل ويحول فلا يجوز عند مالك وأصحابه في المدة الكثيرة ويجوز في المدة اليسيرة وذلك في الاغتلال والانتفاع واما فيما لا ينقل ولا يحول فيجوز في المدة البعيدة والاجل البعيد وذلك في الاغتلال والانتفاع واختلفوا في المدة اليسيرة فيما ينقل ويحول في الاغتلال فقيل اليوم الواحد ونحوه وقيل لا يجوز ذلك في الدابة والعبد واما الاستخدام فقيل يجوز في مثل الخمسة الايام وقيل في الشهر وأكثر من الشهر قليلا واما التهايؤ في الاعيان بان يستعمل هذا داراً مدة من الزمان وهذا داراً تلك المدة بعينها فقيل يجوز في سكنى الدار وزراعة الارضين ولا يجوز ذلك في الغلة والكراء الا في الزمان اليسير وقيل يجوز على قياس التهايؤ بالازمان وكذلك القول في

استخدام العبد والدواب يجرى القول فيه على الاختلاف فى قسمتها بالزمال فهذا هو القول فى أنواع القسمة فى الرقاب وفى المنافع وفى الشروط المصححة والمفسدة وبقى من هذا الكتاب القول فى الاحكام

﴿ القـــول فى الاحكام ﴾ والقسمة من العقود اللازمة لايجوز المتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها الا بالطوارئ عليها والطوارئ ثلاثة غبن أو وجود عيب أو استحقاق فاما الغبن فلا يوجب الفسخ الا فى قسمة القرعة باتفاق فى المذهب الاعلى قياس من يرى له تاثيراً فى البيع فيلزم على مذهبه أن يؤثر فى القسمة واما الرد بالعيب فانه لا يخلوا على مذهب ابن القاسم ان يجد العيب فى جل نصيبه أو فى أقله فان وجده فى جل نصيبه فانه لا يخلوا أن يكون النصيب الذي حصل لشريكه قد فات أو لم يفت فان كان قد فات رد الواجد للعيب نصيبه على الشركة وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه وان كان لم يفت انفسخت القسمة وعادت الشركة الى أصلها وان كان العيب فى أقل ذلك رد ذلك الاقل على أصل الشركة فقط سواء فات نصيب صاحبه أو لم يفت ورجع على شريكه بنصف قيمة تلك الزيادة ولا يرجع فى شئ مما فى يديه وان كان قائماً بالعيب وقال أشهب والذى يفيت الرد قد تقدم فى كتاب البيوع وقال عبد العزيز بن الماجشون وجود العيب يفسخ القسمة التى بالقرعة ولا يفسخ التي بالتراضى لان التى بالتراضى هى بيع واما التى بالقرعة فهى تمييز حق واذا فسخت بالغبن وجب ان تفسخ بالرد بالعيب وحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب ان كان المستحق كثيراً وحظ الشريك لم يفت رجع معه شريكا فيما فى يديه وان كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة ما فى يديه وان كان يسيراً رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشئ وقال محمد اذا استحق ما فى يد احدهما بطلت القسمة فى قسمة القرعة لانه قد تبين ان القسمة لم تقع على عدل كقول ابن الماجشون فى العيب واما اذا طرأ على المال حق فيه مثل طوارئ الدين على التركة بعد القسمة أو طرو الوصية أو طرو وارث فان أصحاب مالك اختلفوا فى ذلك فاما ان طرأ الدين قيل فى المشهور فى المذهب وهو قول ابن القاسم ان القسمة تنتقض الا ان يتفق الورثة على ان يعطوا الدين من عندهم وسواء كانت حظوظهم باقية بايديهم أو لم تكن هلكت بامر من السماء أو لم تهلك وقد قيل أيضاً ان القسمة انما تنتقض بيد من بقى فى يده حظه ولم تهلك بامر من السماء واما من هلك حظه بامر من السماء فلا يرجع عليه بشئ من الدين ولا يرجع هو على الورثة بما بقى بايديهم بعد اداء الدين وقيل بل تنتقض القسمة ولا بد لحق الله تعالى لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين وقيل بل تنتقض الا فى حق من اعطى منه ما ينوبه من الدين وهكذا الحكم فى طرو الموصى له على الورثة واما طرو الوارث على الشركة بعد القسمة وقبل ان يفوت حظ كل واحد منهم فلا تنتقض القسمة واخذ من كل واحد حظه ان كان ذلك مكيلا او موزونا وان كان حيوانا او عروضاً انتقضت القسمة وهل يضمن كل واحد منهم ما تلف فى يده بغير سبب منه فقيل يضمن وقيل لا يضمن

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الرهون ﴾

والاصل فى هذا الكتاب قوله تعالى ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة والنظر فى هذا الكتاب فى الاركان وفى الشروط وفى الاحكام والاركان هى النظر فى الراهن والمرهون والمرتهن والشئ الذى فيه الرهن وصفة عقد الرهن

﴿ الركن الاول ﴾ فاما الراهن فلاخلاف أن من صفته ان يكون غير محجور عليه من اهل السداد والوصي يرهن لمن يلي النظر عليه اذا كان ذلك سداداً ودعت اليه الضرورة عند مالك وقال الشافعي يرهن لمصلحة ظاهرة ويرهن المكاتب قال سحنون فان ارتهن في مال اسلفه لم يجز وبه قال الشافعي واتفق مالك والشافعي على أن المفلس لايجوز رهنه وقال ابوحنيفة يجوز واختلف قول مالك في الذي احاط الدين بماله هل يجوز رهنه أعني هل يلزم أم لا يلزم فالمشهور عنه أنه يجوز أعني قبل ان يفلس واختلاف آئل الى هل المفلس محجور عليه أم لا وكل من صح ان يكون راهناً صح ان يكون مرتهناً ﴿ الركن الثاني ﴾ وهو الرهن وقالت الشافعية يصح بثلاثة شروط . الاول ان يكون عيناً فانه لايجوز ان يرهن الدين : الثاني الا يمتنع انتزاع يد الراهن المرتهن عليه كالمصحف ومالك يجيز رهن المصحف ولايقرأ فيه المرتهن والخلاف مبني على البيع . الثالث ان تكون العين قابلة للبيع عند حلول الاجل ويجوز عند مالك ان يرتهن مالا يحل بيعه في وقت الارتهان كالزرع والثمر لم يبد صلاحه ولايباع عنده في اداء الدين الا اذا بدا صلاحه وان حل اجل الدين وعن الشافعي قولان في رهن الثمر الذي لم يبد صلاحه ويباع عنده عند حلول الدين على شرط القطع قال ابو حامد والاصح جوازه ويجوز عند مالك رهن مالم يتعين كالدنانير والدراهم اذا طبع عليها وليس من شرط الرهن ان يكون ملكا للراهن لاعند مالك ولاعند الشافعي بل قد يجوز عندهما ان يكون مستعاراً : واتفقوا على أن من شرطه ان يكون اقراره في يد المرتهن من قبل الراهن . واختلفوا اذا كان قبض المرتهن له بغصب ثم اقره المغصوب منه في يده رهناً فقال مالك يصح ان ينقل الشيء المغصوب من ضمان الغصب الى ضمان الرهن فيجعل المغصوب منه الشيء المغصوب رهناً في يد الغاصب قبل قبضه منه وقال الشافعي لايجوز بل يبقى على ضمان الغصب الان يقبضه واختلفوا في رهن المشاع فمنعه ابوحنيفة وأجازه مالك والشافعي . والسبب في الخلاف هل تمكن حيازة المشاع ام لا تمكن ﴿ الركن الثالث ﴾ وهو الشيء المرهون فيه وأصل مذهب مالك في هذا أنه يجوز ان يوخذ الرهن في جميع الاثمان الواقعة في جميع البيوعات الا الصرف ورأس المال في السلم المتعلق بالذمة وذلك لان الصرف من شرطه القابض فلايجوز فيه عقدة الرهن وكذلك رأس مال السلم وان كان عنده دون الصرف في هذا المعنى وقال قوم من اهل الظاهر لايجوز اخذ الرهن الا في السلم خاصة أعني في المسلم فيه وهؤلاء ذهبوا الى ذلك لكون آية الرهن واردة في الدين في المبيعات وهو السلم عندهم فكانهم جعلوا هذا شرطاً من شروط صحة الرهن لانه قال في اول الآية يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه ثم قال وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة فعلى مذهب مالك يجوز اخذ الرهن في السلم وفي القرض وفي الغصب وفي قيم المتلفات وفي ارواش الجنايات في الاموال وفي الجراح العمد الذي لاقود فيه كالمأمومة والجائفة وأما قتل العمد والجراح التي يقاد منها فيتخرج في جواز اخذ الرهن في الدية فيها اذا عفى الولي قولان . أحدهما أن ذلك يجوز وذلك على القول بان الولي مخير في العمد بين الدية والقود . والقول الثاني أن ذلك لايجوز وذلك أيضاً مبني على أن ليس للولي الا القود فقط اذا ابى الجاني من اعطاء الدية ويجوز في قتل الخطا اخذ الرهن ممن يتعين من العاقلة وذلك بعد الحول ويجوز في العارية التي تضمن ولا يجوز فيما لا يضمن ويجوز اخذه في الاجارات ويجوز في الحمل بعد الميل ولايجوز فيه ويجوز الرهن في المهر ولايجوز في الحدود ولا في القصاص ولا في الكتابة وبالجملة

فيالا تصح فيه الكفالة وقالت الشافعية المرهون فيه له شرائط ثلاث . أحدها ان يكون ديناً فانه لايرهن في عين . والثاني ان يكون واجباً فانه لايرهن قبل الوجوب مثل ان يسترهنه بما يستقرضه ويجوز ذلك عند مالك . والثالث الايكون لزومه متوقعاً ان يجب والايجب كالرهن في الكتابة وهذا المذهب قريب من مذهب مالك

﴿ القـــــول في الشروط ﴾ وأما شروط الرهن فالشروط المنطوق بها في الشرع ضربان شروط صحة وشروط فساد. فاما شروط الصحة المنطوق بها في الرهن أعني في كونه رهناً فشرطان . أحدهما متفق عليه بالجملة ومختلف في الجهة التي هو بها شرط وهو القبض . والثاني مختلف في اشتراطه فاما القبض فاتفقوا بالجملة على أنه شرط في الرهن لقوله تعالى فرهان مقبوضة واختلفوا هل هو شرط تمام او شرط صحة وفائدة الفرق أن من قال شرط صحة قال مالم يقع القبض لم يلزم الرهن الراهن ومن قال شرط تمام قال يلزم بالعقد ويجبر الراهن على الاقباض الاان يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن اويمرض اويموت فذهب مالك الى أنه من شروط التمام وذهب أبوحنيفة والشافعي وأهل الظاهر الى انه من شروط الصحة وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول وعمدة الغير قوله تعالى فرهان مقبوضة وقال بعض أهل الظاهر لايجوز الرهن الاان لايكون هنالك كاتب لقوله تعالى ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة ولا يجوز أهل الظاهر ان يوضع الرهن على يدي عدل وعند مالك أن من شرط صحة الرهن استدامة القبض وأنه متى عاد الى يد الراهن باذن المرتهن بعارية او وديعة اوغير ذلك فقد خرج من اللزوم وقال الشافعي ليس استدامة القبض من شرط الصحة فمالك عمم الشرط على ظاهره فالزم من قوله تعالى فرهان مقبوضة وجود القبض واستدامته والشافعي يقول اذا وجد القبض فقد صح الرهن وانعقد فلا يحل ذلك اعارته ولا غير ذلك من التصرف فيه كالحال في البيع وقد كان الاولى بمن يشترط القبض في صحة العقد ان يشترط الاستدامة ومن لم يشترطه في الصحة الا يشترط الاستدامة واتفقوا على جوازه في السفر واختلفوا في الحضر فذهب الجمهور الى جوازه وقال أهل الظاهر ومجاهد لايجوز في الحضر لظاهر قوله تعالى وإن كنتم على سفر الآية وتمسك الجمهور بما ورد من أنه صلى الله عليه وسلم رهن في الحضر والقول في استنباط منع الرهن في الحضر من الآية هو من باب دليل الخطاب . وأما الشرط المحرم الممنوع بالنص فهو ان يرهن الرجل رهناً على أنه ان جاء بحقه عند اجله والا فالرهن له فاتفقوا على أن هذا الشرط يوجب الفسخ وأنه معنى قوله عليه السلام لا يغلق الرهن

﴿ القـــــول في الجزء الثالث من هذا الكتاب وهو القول في الاحكام ﴾

وهذا الجزء ينقسم الى معرفة مالراهن من الحقوق في الرهن وماعليه والى معرفة مالمرتهن في الرهن وما عليه والى معرفة اختلافهما في ذلك وذلك اما من نفس العقد واما لامور طارئة على الرهن ونحن نذكر من ذلك ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار والاتفاق اما حق المرتهن في الرهن فهو ان يمسكه حتى يؤدي الراهن ما عليه فان لم يات به عند الاجل كان له ان يرفعه الى السلطان فيبيع عليه الرهن وينصفه منه ان لم يجبه الراهن الى البيع وكذلك ان كان غائباً وان وكل الراهن المرتهن على بيع الرهن عند حلول الاجل جاز وكرهه مالك الاان يرفع الامر الى السلطان والرهن عند الجمهور يتعلق بجملة الحق المرهون فيه وببعضه أعني انه اذا رهنه في عددما فادى منه بعضه فان الرهن باسره يبقى بعد بيد المرتهن حتى يستوفي حقه وقال قوم بل يبقى من الرهن بيد

المرتهن بقدر ما بقى من الحق وحجة الجمهور أنه محبوس بحق فوجب ان يكون محبوساً بكل جزء منه اصله حبس التركة على الورثة حتى يؤدوا الدين الذى على الميت وحجة الفريق الثانى أن جميعه محبوس بجميعه فوجب ان يكون ابعاضه محبوسة بابعاضه اصله الكفالة ﴿ومن مسائل هذا الباب المشهورة﴾ اختلافهم فى نماء الرهن المنفصل مثل الثمرة فى الشجر المرهون ومثل الغلة ومثل الولد هل يدخل فى الرهن أم لا فذهب قوم الى أن نماء الرهن المنفصل لايدخل شئ منه فى الرهن أعنى الذى يحدث منه فى يد المرتهن وممن قال بهذا القول الشافعى وذهب آخرون الى أن جميع ذلك يدخل فى الرهن وممن قال بهذا القول أبو حنيفة والثورى وفرق مالك فقال ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته فانه داخل فى الرهن كولد الجارية مع الجارية وأما ما لم يكن على خلقته فانه لايدخل فى الرهن كان متولداً عنه كثمر النخل اوغير متولد ككراء الدار وخراج الغلام وعمدة من رآى أن نماء الرهن وغلته للراهن قوله عليه السلام الرهن محلوب ومركوب قالوا ووجه الدليل من ذلك أنه لم يرد بقوله مركوب ومحلوب أى يركبه الراهن ويحلبه لانه كان يكون غير مقبوض وذلك مناقض لكونه رهناً فان الرهن من شرطه القبض قالوا ولايصح أيضاً ان يكون معناه أن المرتهن يحلبه ويركبه فلم يبق الا أن تكون المعنى فى ذلك ان اجرة ظهره لربه ونفقته عليه واستدلوا ايضاً بعموم قوله عليه السلام الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه قالوا ولانه نماء زائد على ما رضيه رهناً فوجب ألايكون له الا بشرط زائد وعمدة ابى حنيفة ان الفروع تابعة للاصول فوجب لها حكم الاصل ولذلك حكم الولد تابع لحكم امه فى التدبير والكتابة واما مالك فاحتج بأن الولد حكمه حكم امه فى البيع اى هو تابع لها وفرق بين الثمر والولد فى ذلك بالسنة المفرقة فى ذلك وذلك أن الثمر لايتبع بيع الاصل الا بالشرط وولد الجارية يتبع بغير شرط والجمهور على أن ليس للمرتهن أن ينتفع بشئ من الرهن وقال قوم اذا كان الرهن حيواناً فللمرتهن ان يحلبه ويركبه بقدر مايعلفه ويتفق عليه وهو قول احمد واسحاق واحتجوا بما رواه أبو هريرة عن النبى عليه السلام انه قال الرهن محلوب ومركوب ومن هذا الباب اختلافهم فى الرهن يهلك عند المرتهن ممن ضمانه فقال قوم الرهن أمانة وهو من الراهن والقول قول المرتهن مع يمينه أنه مافرط فيه وما جنى عليه وممن قال بهذا القول الشافعى وأحمد وأبو ثور وجمهور أهل الحديث وقال قوم الرهن من المرتهن ومصيبته منه وممن قال بهذا القول ابو حنيفة وجمهور الكوفيين والذين قالوا بالضمان انقسموا قسمين فمنهم من رآى ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته اوقيمة الدين وبه قال ابو حنيفة وسفيان وجماعة ومنهم من قال هو مضمون بقيمته قلت اوكثرت وانه ان فضل للراهن شئ فوق دينه اخذه من المرتهن وبه قال على بن أبى طالب وعطاء واسحاق وفرق قوم بين مالايغاب عليه مثل الحيوان والعقار مما لايخفى هلاكه وبين مايغاب عليه من العروض فقالوا هو ضامن فيما يغاب عليه ومؤتمن فيما لايغاب عليه وممن قال بهذا القول مالك والاوزاعى وعثمان البتى الا أن مالكا يقول اذا شهد الشهود بهلاك مايغاب عليه من غير تضييع ولا تفريط فانه لايضمن وقال الاوزاعى وعثمان البتى بل يضمن على كل حال قامت بينة اولم تقم ويقول مالك ابن القاسم ويقول عثمان والاوزاعى قال أشهب وعمدة من جعله امانة غير مضمون حديث سعيد بن المسيب عن ابى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لايغلق الرهن وهو ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه أى له غلته وخراجه وعليه فكاكه ومصيبته منه قالوا وقد رضى الراهن امانته فأشبه المودع عنده وقال المزنى من اصحاب الشافعى محتجاً له قد قال

مالك ومن تابعه ان الحيوان وما ظهر هلاكه أمانة فوجب ان يكون كله كذلك وقد قال أبو حنيفة ان مازاد من قيمة الرهن على قيمة الدين فهو امانة فوجب ان يكون كله امانة ومعنى قوله عليه السلام عند مالك ومن قال بقوله وعليه غرمه اى نفقته قالوا وذلك معنى قوله عليه السلام الرهن مركوب ومحلوب اى اجرة ظهره لربه ونفقته عليه وأما ابو حنيفة وأصحابه فتأولوا قوله عليه السلام له غنمه وعليه غرمه ان غنمه ما فضل منه على الدين وغرمه ما نقص وعمدة من رآه مضمونا من المرتهن انه عين تعلق بها حق الاستيفاء ابتداء فوجب ان يسقط بتلفه اصله تلف المبيع عند البائع اذا امسكه حتى يستوفى الثمن وهذا متفق عليه من الجمهور وان كان عند مالك كالرهن وربما احتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم ان رجلا ارتهن فرساً من رجل فنفق فى يده فقال عليه السلام للمرتهن ذهب حقك واما تفريق مالك بين مايغاب عليه وبين ما لايغاب عليه فهو استحسان ومعنى ذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه ولاتلحق فيما لايغاب عليه وقد اختلفوا فى معنى الاستحسان الذى يذهب اليه مالك كثيراً فضعفه قوم وقالوا إنه مثل استحسان ابى حنيفة وحدوا الاستحسان بأنه قول بغير دليل ومعنى الاستحسان عند مالك هو جمع بين الأدلة المتعارضة واذا كان ذلك كذلك فليس هو قول بغير دليل والجمهور على انه لايجوز للراهن بيع الرهن ولاهبته وأنه ان باعه فللمرتهن الاجازة اوالفسخ قال مالك وان زعم ان اجازته ليتعجل حقه حلف على ذلك وكان له وقال قوم يجوز بيعه واذا كان الرهن غلاماً اوامة فأعتقها الراهن فعند مالك انه ان كان الراهن موسراً جاز عتقه وعجل للمرتهن حقه وان كان معسراً بيعت وقضى الحق من ثمنها وعند الشافعى ثلاثة اقوال الرد والاجازة والثالث مثل قول مالك وأما اختلاف الراهن والمرتهن فى قدر الحق الذى به وجب الرهن فان الفقهاء اختلفوا فى ذلك فقال مالك القول قول المرتهن فيما ذكره من قدر الحق مالم تكن قيمة الرهن اقل من ذلك فما زاد على قيمة الرهن فالقول قول الراهن وقال الشافعى وابو حنيفة والثورى وجمهور فقهاء الامصار القول فى قدر الحق قول الراهن وعمدة الجمهور ان الراهن مدعى عليه والمرتهن مدع فوجب أن تكون اليمين على الراهن على ظاهر السنة المشهورة وعمدة مالك هاهنا ان المرتهن وان كان مدعياً فله هاهنا شبهة بنقل اليمين الى خبره وهو كون الرهن شاهداً له ومن اصوله ان يحلف أقوى المتداعيين شبهة وهذا لايلزم عند الجمهور لانه قد يرهن الراهن الشئ وقيمته أكثر من المرهون فيه واما اذا تلف الرهن واختلفوا فى صفته فالقول هاهنا عند مالك قول المرتهن لانه مدعى عليه وهو مقر ببعض ما ادعى عليه وهذا على اصوله فان المرتهن ايضاً هو الضامن فيما يغاب عليه واما على اصول الشافعى فلا يتصور على المرتهن يمين الا أن يناكره الراهن فى تلافه واما عند أبى حنيفة فالقول قول المرتهن فى قيمة الرهن وليس يحتاج الى صفة لان عند مالك يحلف على الصفة وتقوم تلك الصفة واذا اختلفوا فى الامرين جميعاً أعنى فى صفة الرهن وفى مقدار الرهن كان القول قول المرتهن فى صفة الرهن وفى الحق ما كانت قيمته الصفة التى حلف عليها شاهدة له وفيه ضعف وهل يشهد الحق لقيمة الرهن اذا اتفقا فى الحق واختلفا فى قيمة الرهن فى المذهب فيه قولان والاقيس الشهادة لانه اذا شهد الرهن للدين شهد الدين للرهن وفروع هذا الباب كثيرة وفيما ذكرناه كفاية فى غرضنا

بسم الله

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الحجر

والنظر في هذا الباب في ثلاثة أبواب * الباب الاول في اصناف المحجورين * الثاني متى يخرجون من الحجر ومن يحجر عليهم وبأي شروط يخرجون * الثالث في معرفة احكام افعالهم في الرد والاجازة

الباب الاول

أجمع العلماء على وجوب الحجر على الايتام الذين لم يبلغوا الحلم لقوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح الاية واختلفوا في الحجر على العقلاء الكبار اذا ظهر منهم تبذير لاموالهم فذهب مالك والشافعي وأهل المدينة وكثير من اهل العراق الى جواز ابتداء الحجر عليهم بحكم الحاكم وذلك اذا ثبت عنده سفههم وأعذر اليهم فلم يكن عندهم مدفع وهو رأي ابن عباس وابن الزبير وذهب ابو حنيفة وجماعة من اهل العراق الى انه لا يبتدا الحجر على الكبار وهو قول ابراهيم وابن سيرين وهؤلاء انقسموا قسمين فمنهم من قال الحجر لا يجوز عليهم بعد البلوغ بحال وان ظهر منهم التبذير ومنهم من قال ان استصحبوا التبذير من الصغر يستمر الحجر عليهم وان ظهر منهم رشد بعد البلوغ ثم ظهر منهم سفه فهؤلاء لا يبدأ بالحجر عليهم وأبو حنيفة يحد في ارتفاع الحجر وان ظهر سفهه خمسة وعشرين عاماً وعمدة من اوجب على الكبار ابتداء الحجر أن الحجر على الصغار انما وجب لمعنى التبذير الذي يوجد فيهم غالباً فوجب ان يجب الحجر على من وجد فيه هذا المعنى وان لم يكن صغيراً قالوا ولذلك اشترط في رفع الحجر عنهم مع ارتفاع الصغر إيناس الرشد قال الله تعالى فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم فدل هذا على أن السبب المقتضي للحجر هو السفه وعمدة الحنفية حديث حبان بن منقذ اذ ذكر فيه لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه يخدع في البيوع فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار ثلاثا ولم يحجر عليه وربما قالوا الصغر هو المؤثر في منع التصرف بالمال بدليل تاثيره في اسقاط التكليف وانما اعتبر الصغر لانه الذي يوجد فيه السفه غالباً كما يوجد فيه نقص العقل غالباً ولذلك جعل البلوغ علامة وجوب التكليف وعلامة الرشد اذ كان يوجدان فيه غالباً أعني العقل والرشد وكما لم يعتبر النادر في التكليف اعني أن يكون قبل البلوغ عاقلا فيكلف كذلك لم يعتبر النادر في السفه وهو أن يكون بعد البلوغ سفيهاً فيحجر عليه كما لم يعتبر كونه قبل البلوغ رشيداً قالوا وقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم الاية ليس فيها اكثر من منعهم من اموالهم وذلك لا يوجب فسخ بيوعهم وابطالها والمحجورون عند مالك ستة الصغير والسفيه والعبد والمفلس والمريض والزوجة وسياتي ذكر كل واحد منهم في بابه

الباب الثاني

والنظر في هذا الباب في موضعين في وقت خروج الصغار من الحجر ووقت خروج السفهاء فنقول ان الصغار بالجملة صنفان ذكور وإناث وكل واحد من هؤلاء إما ذو اب وإما ذو وصي واما مهمل وهم الذين يبلغون ولا وصي لهم ولا أب فاما الذكور والصغار ذو الاباء فاتفقوا على أنهم لا يخرجون من الحجر الا ببلوغ بين التكليف وإيناس الرشد منهم وان كانوا قد اختلفوا في الرشد ما هو وذلك لقوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم واختلفوا في الاناث فذهب الجمهور الى أن حكمهن في ذلك حكم الذكور أعني بلوغ المحيض وايناس الرشد وقال مالك هي في ولاية ابيها في المشهور عنه حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويونس رشدها وروى عنه مثل قول الجمهور ولاصحاب مالك في هذا اقوال غير هذه قيل انها في ولاية ابيها حتى

تمر بها سنة بعد دخول زوجها بها وقيل حتى تمر بها عامان وقيل حتى تمر بها سبعة اعوام وحجة مالك أن ايناس الرشد لايتصور من المرأة الا بعد اختبار الرجال وأما اقاويل اصحابه فضعيفة مخالفة للنص والقياس أما مخالفتها للنص فانهم لم يشترطوا الرشد وأما مخالفتها للقياس فلان الرشد ممكن تصوره منها قبل هذه المدة المحدودة وإذا قلنا على قول مالك لايحل على قول الجمهور أن الاعتبار في الذكور ذوى الاباء البلوغ وايناس الرشد فاختلف قول مالك اذا بلغ ولم يعلم سفهه من رشده وكان مجهول الحال فقيل عنه انه محمول على السفه حتى يتبين رشده وهو المشهور وقيل عنه انه محمول على الرشد حتى يتبين سفهه فاما ذو الاوصياء فلايخرجون من الولاية في المشهور عن مالك الا باطلاق وصية له من الحجر أي يقول فيه انه رشيد ان كان مقدماً من قبل الاب بلاخلاف او باذن القاضي مع الوصي ان كان مقدماً من غير الاب على اختلاف في ذلك وقد قيل في وصي الاب انه لايقبل قوله في أنه رشيد الا حتى يعلم رشده وقد قيل ان حاله مع الوصي كحاله مع الاب يخرجه من الحجر اذا آنس منه الرشد وان لم يخرجه وصيه بالاشهاد وان المجهول للحال في هذا حكمه حكم المجهول الحال ذى الاب وأما ابن القاسم فمذهبه ان الولاية غير معتبر ثبوتها اذا علم الرشد ولاسقوطها اذا علم السفه وهي رواية عن مالك وذلك من قوله في اليتيم لا في البكر والفرق بين المذهبين أن من يعتبر الولاية يقول افعاله كلها مردودة وان ظهر رشده حتى يخرج من الولاية وهو قول ضعيف فان المؤثر هو الرشد لاحكم الحاكم . وأما اختلافهم في الرشد ماهو فان مالكا يرى أن الرشد هو تسيير المال واصلاحه فقط والشافعي يشترط مع هذا صلاح الدين * وسبب اختلافهم هل ينطلق اسم الرشد على غير صالح الدين وحال البكر مع الوصي كحال الذكر لايخرج من الولاية الا بالاخراج مالم تعنس على اختلاف في ذلك وقيل حالها مع الوصي كحالها مع الاب وهو قول ابن الماجشون ولم يختلف قولهم انه لايعتبر فيها الرشد كاختلافهم في اليتيم وأما المهمل من الذكور فان المشهور أن افعاله جائزة اذا بلغ الحلم كان سفيهاً متصل السفه او غير متصل السفه معلناً به او غير معلن وأما ابن القاسم فيعتبر نفس فعله اذا وقع فان كان رشداً جاز والا رده فأما اليتيمة التي لاأب لها ولا وصي فان فيها في المذهب قولين . أحدهما أن افعالها جائزة اذا بلغت المحيض . والثاني أن افعالها مردودة مالم تعنس وهو المشهور

﴿الباب الثالث﴾

والنظر في هذا الباب في شيئين. أحدهما مايجوز لصنف صنف من المحجورين من الافعال واذا فعلوا فكيف حكم افعالهم في الرد والاجازة وكذلك افعال المهملين وهم الذين بلغوا الحلم من غير اب ولا وصي وهؤلاء كما قلنا اما صغار واما كبار متصلوا الحجر من الصغر وامامبتدا حجرهم فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا المحيض من النساء فلاخلاف في المذهب في أنه لايجوز له في ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق وان أذن له الاب في ذلك او الوصي فان اخرج من يده شيئاً بغير عوض كان موقوفاً على نظر وليه ان كان له ولي فان رآه رشداً اجازه والا أبطله وإن لم يكن له ولي قدم له ولي ينظر في ذلك وان عمل في ذلك حتى يلي امره كان النظر اليه في الاجازة او الرد واختلف اذا كان فعله سداداً ونظراً فيما كان يلزم الولي ان يفعله هل له ان ينقضه اذا آل الامر الى خلاف بحوالة الاسواق او نماء فيما باعه او نقصان فيما ابتاعه فالمشهور ان ذلك له وقيل ان ذلك ليس له ويلزم الصغير ما افسد في ماله مما لم يؤتمن عليه واختلف فيما افسد وكسر مما أؤتمن عليه ولايلزمه بعد بلوغه ورشده عتق ماحانث بحريته في صغره وحنث به في صغره واختلف فيما حنث فيه في كبره وحلف به في صغره فالمشهور أنه لايلزمه وقال ابن كنانة يلزمه ولايلزمه فيما ادعي عليه بينة

واختلف

واختلف اذا كان له شاهد واحد هل يحلف معه فالمشهور انه لا يحلف وروي عن مالك والليث أنه يحلف وحال البكر ذات الاب والوصي كالذكر مالم تعنس على مذهب من يعتبر تعنيسها فأما السفيه البالغ فجمهور العلماء على أن المحجور اذا طلق زوجته او خالعها مضى طلاقه وخلعه الا ابن ابي ليلى وأبا يوسف وخالف ابن ابي ليلى في العتق فقال انه ينفذ وقال الجمهور انه لا ينفذ وأما وصيته فلا اعلم خلافاً في نفوذها ولا تلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ولا شئ من المعروف الا ان يعتق ام ولده فيلزمه عتقها وهذا كله في المذهب وهل يتبعها ما لها فيه خلاف قيل يتبع وقيل لا يتبع وقيل بالفرق بين القليل والكثير وأما ما يفعله بعوض فهو أيضاً موقوف على نظر وليه ان كان له ولي فان لم يكن له ولي قدم له ولي فان رد بيعه الولي وكان قد اتلف الثمن لم يتبع من ذلك بشئ وكذلك ان اتلف عين المبيع وأما احكام افعال المحجورين اوالمهملين على مذهب مالك فانها تنقسم الى اربعة احوال . فمنهم من تكون افعاله كلها مردودة وان كان فيها ما هو رشد . ومنهم ضد هذا وهو ان تكون افعاله كلها محمولة على الرشد وان ظهر فيها ما هو سفه . ومنهم من تكون افعاله كلها محمولة على السفه مالم يتبين رشده وعكس هذ ايضاً وهو ان تكون افعاله كلها محمولة على الرشد حتى يتبين سفهه فأما الذي يحكم له بالسفه وان ظهر رشده فهو الصغير الذي لم يبلغ والبكر ذات الاب والوصي مالم تعنس على مذهب من يعتبر التعنيس واختلف في حده اختلافاً كثيراً من دون الثلاثين الى الستين والذي يحكم له بحكم الرشد وان علم سفهه . فمنها السفيه اذا لم تثبت عليه ولاية من قبل ابيه ولا من قبل السلطان على مشهور مذهب مالك خلافاً لابن القاسم الذي يعتبر نفس الرشد لا نفس الولاية والبكر اليتيمة المهملة على مذهب سحنون وأما الذي يحكم عليه بحكم السفه مالم يظهر رشده فالابن بعد بلوغه في حياة ابيه على المشهور في المذهب وحال البكر ذات الاب التي لا وصي لها اذا تزوجت ودخل بها زوجها مالم يظهر رشدها وما لم تبلغ الحد المعتبر في ذلك من السنين عند من يعتبر ذلك وكذلك اليتيمة التي لا وصي لها على مذهب من يرى أن افعالها مردودة وأما الحال التي يحكم فيها بحكم الرشد حتى يتبين السفه فمنها حال البكر المعنس عند من يعتبر التعنيس او التي دخل بها زوجها ومضى لدخوله الحد المعتبر من السنين عند من يعتبر الحد وكذلك حال الابن ذي الاب اذا بلغ وجهات حاله على احدى الروايتين والابنة البكر بعد بلوغها على الرواية التي لا يعتبر فيها دخولها مع زوجها فهذه هي جمل ما في هذا الكتاب والفروع كثيرة

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب التفليس

والنظر في هذا الكتاب فيما هو الفلس وفي احكام المفلس { فقول } إن الافلاس في الشرع يطلق على معنيين . أحدهما ان يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وفاء بديونه . والثاني الا يكون له مال معلوم اصلا وفي كلا القسمين قد اختلف العلماء في احكامها فاما الحالة الاولى وهي اذا ظهر عند الحاكم من فلسه ما ذكرنا فاختلف العلماء في ذلك هل للحاكم ان يحجر عليه التصرف في ماله من مال حتى يبيعه عليه ويقسمه على الغرماء على نسبة ديونهم أم ليس له ذلك بل يحبسه حتى يدفع اليهم جميع ماله على أي نسبة انفقت او لمن اتفق منهم وهذا الخلاف بعينه يتصور فيمن كان له مال وفي بدينه فابى ان ينصف غرماءه هل يبيع عليه الحاكم فيقسمه عليهم أم يحبسه حتى يعطيهم

بيده ما عليه فالجمهور يقولون بيع الحاكم ماله عليه فيتصدق منه غرماءه او غريمه ان كان ملياً او يحكم عليه بالافلاس ان لم يف ماله بديونه ويحجر عليه التصرف فيه وبه قال مالك والشافعي وبالقول الآخر قال أبو حنيفة وجماعة من اهل العراق وحجة مالك والشافعي حديث معاذ بن جبل أنه كثر دينه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يزد غرماءه على ان جعله لهم من ماله وحديث أبي سعيد الخدري ان رجلا اصيب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمر ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء بدينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك وحديث عمر في القضاء على الرجل المفلس في حبسه وقوله فيه أما بعد ايها الناس فان الاسيفع اسيفع جهينة رضي من دينه وامانته بان يقال سبق الحاج وانه ادان معرضاً فاصبح قد رين عليه فمن كان له عليه دين فليأتنا وايضاً من طريق المعنى فانه اذا كان المريض محجوراً عليه لمكان ورثته فاحرى ان يكون للدين محجوراً عليه لمكان الغرماء وهذا القول هو الاظهر لانه اعدل والله أعلم واما حجج الفريق الثاني الذين قالوا بالحبس حتى يعطي ماعليه أو يموت محبوساً فيبيع القاضي حينئذ عليه ماله ويقسمه على الغرماء فمنها حديث جابر بن عبد الله حين استشهد أبوه باحد وعليه دين فلما طلبه الغرماء قال جابر فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فكلمته فسألهم ان يقبلوا مني حائطي ويحللوا ابي فابوا فلم يعطهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حائطي قال ولكن سأغدو عليك قال فغدا علينا حين أصبح فطاف بالنخل فدعا في ثمرها بالبركة قال فجددتها فقضيت منها حقوقهم وبقي من ثمرها بقية وبما روى أيضاً انه مات اسدين الحضير وعليه عشرة آلاف درهم فدعا عمر ابن الخطاب غرماءه فقبلهم ارضه أربع سنين بما لهم عليه قالوا فهذه الآثار كلها ليس فيها انه بيع فيها أصل في دين قالوا ويدل على حبسه قوله صلى الله عليه وسلم لي الواجد يحل عرضه وعقوبته قالوا والعقوبة هي حبسه وربما شبهوا استحقاق اصول المقار عليه باستحقاق اجارته واذا قلنا ان المفلس محجور عليه فالنظر فيما يحجر عليه وباي دين تكون المحاصة في ماله وفي اي شيء من ماله تكون المحاصة وكيف تكون قاما المفلس فله حالان حال في وقت الفلس قبل الحجر عليه وحال بعد الحجر قاما قبل الحجر فلا يجوز له اتلاف شيء من ماله عند مالك بغير عوض اذا كان مما لا يلزمه ومما تجري العادة بفعله وانما اشترط اذا كان مما لا يلزمه لان له ان يفعل ما يلزمه بالشرع وان لم يكن بعوض كنفقته على الاباء المعسرين او الابناء وانما قيل مما تجر العادة بفعله لان له اتلاف اليسير من ماله بغير عوض كالاضحية والنفقة في العيد والصدقة اليسيرة وكذلك تراعي العادة في انفاقه في عوض كالزوج والنفقة على الزوجة ويجوز بيعه وابتياعه ما لم تكن فيه محاباة وكذلك يجوز اقراره بالدين لمن لا يتهم عليه واختلف قول مالك في قضاء بعض غرمائه دون بعض وفي رهنه واما جمهور من قال بالحجر على المفلس فقالوا هو قبل الحكم كاثر الناس وانما ذهب الجمهور لهذا لان الاصل هو جواز الافعال حتى يقع الحجر ومالك كأنه اعتبر المعنى نفسه وهو احاطة الدين بماله لكن لم يعتبره في كل حال لانه يجوز بيعه وشراؤه اذا لم يكن فيه محاباة ولا يجوزه للمحجور عليه واما حاله بعد التفليس فلا يجوز له فيها عند مالك بيع ولا شراء ولا أخذ ولا عطاء ولا يجوز اقراره بدين في ذمته لقريب ولا بعيد قيل الآن لا يكون لواحد منهم بينة وقيل يجوز لمن يعلم منه اليه تقاض واختلف في اقراره بمال معين مثل القراض والوديعة على ثلاثة أقوال في المذهب بالجواز والمنع والثالث بالفرق بين ان يكون على أصل القراض أو الوديعة بينة اولا تكون

فقيل

فقيل ان كانت صدق وان لم تكن لم يصدق واختلفوا من هذا الباب في ديون المفلس المؤجلة هل يحل بالتفليس ام لا فذهب مالك الى أن التفليس في ذلك كالموت وذهب غيره الي خلاف ذلك وجمهور العلماء على ان الديون تحل بالموت قال ابن شهاب مضت السنة بان دينه قد حل حين مات وحجتهم ان الله تبارك وتعالى لم يبح التوارث الا بعد قضاء الدين فالورثة في ذلك بين أحد أمرين اما الا يريدوا ان يوخروا حقوقهم في المواريث الى محل اجل الدين فيلزم ان يجعل الدين حالا واما ان يرضوا بتاخير ميراثهم حتى يحل الديون فتكون الديون حينئذ مضمونة في التركة خاصة لا في ذممهم بخلاف ما كان عليه الدين قبل الموت لانه كان في ذمة الميت وذلك يحس في حق ذي الدين ولذلك رآ بعضهم انه ان رضي الغرماء بجعله في ذممهم ابقيت الديون الى أجلها وممن قال بهذا القول ابن سيرين واختاره أبو عبيد من فقهاء الامصار لكن لا يشبه المفلس في هذا المعنى الموت كل الشبه وان كانت كلا الذمتين قد خربت ذمته فان ذمة المفلس يرجي الملا لها بخلاف ذمة الميت واما النظر فيما يرجع به أصحاب الديون من مال المفلس فان ذلك يرجع الى الجنس والقدر اما ما كان قد ذهب عين العوض الذي استوجب من قبله الغريم على المفلس فان دينه في ذمة المفلس واما اذا كان عين العوض باقيا بعينه لم يفت الا انه لم يقبض ثمنه فاختلف في ذلك فقهاء الامصار على أربعة أقوال الاول ان صاحب السلعة أحق بها على كل حال الان يتركها ويختار المحاصة وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور والقول الثاني ينظر الى قيمة السلعة يوم الحكم بالتفليس فان كانت أقل من الثمن خير صاحب السلعة بين ان ياخذها أو يحاص الغرماء وان كانت أكثر أو مساوية للثمن أخذها بعينها وبه قال مالك وأصحابه والقول الثالث تقوم السلعة يوم التفليس فان كانت قيمتها مساوية للثمن أو أقل منه قضى له بها أعني للبائع وان كانت أكثر دفع اليه مقدار ثمنه ويتحاصون في الباقي وبهذا القول قال جماعة من أهل الاثر والقول الرابع انها سوة الغرماء فيها على كل حال وهو قول أبي حنيفة وأهل الكوفة والاصل في هذه المسئلة ماثبت من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فادرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره وهذا الحديث خرجه مالك والبخاري ومسلم والفاظهم متقاربة وهذا اللفظ لمالك فمن هؤلاء من حمله على عمومه وهو الفريق الاول ومنهم من خصصه بالقياس وقالوا ان معقوله انما هو الرفق بصاحب السلعة لكون سلعته باقية وأكثر ما في ذلك ان ياخذ الثمن الذي باعها به فاما ان يعطى في هذه الحال الذي اشترك فيها مع الغرماء اكثر من ثمنها فذلك مخالف لاصول الشرع وبخاصة اذا كان للغرماء اخذها بالثمن كما قال مالك واما اهل الكوفة فردوا هذا الحديث بجملته لمخالفته للاصول المتواترة على طريقتهم في رد خبر الواحد اذا خالف الاصول المتواترة لكون خبر الواحد مظنون والاصل بقسمته مقطوع بها كما قال عمر في حديث فاطمة بنت قيس ما كنا لندع كتاب الله وسنة نبينا لحديث امراة ورووا عن علي انه قضى بالسلعة للمفلس وهو رأي ابن سيرين وابراهيم من التابعين وربما احتجوا بان حديث ابي هريرة مختلف فيه وذلك ان الزهري روى عن ابي بكر بن عبد الرحمان عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل غاب او افلس فوجد بعض غرمائه ماله بعينه فهو اسوة الغرماء وهذا الحديث اولى لانه موافق للاصول الثابتة قالوا وللجمع بين الحديثين وجه وهو حمل ذلك الحديث على الوديعة والعارية الا ان الجمهور دفعوا هذا التاويل بما ورد في لفظ حديث ابي هريرة في بعض الروايات من ذكر البيع وهذا كله عند الجميع بعد قبض المشتري السلعة فاما قبل القبض فالعلماء متفقون اهل الحجاز واهل العراق ان صاحب السلعة احق بها لانها في ضمانه واختلف القائلون بهذا الحديث اذا

قبض البائع بعض الثمن فقال مالك ان شاء ان يرد ما قبض ويأخذ السلعة كلها وان شاء حاص الغرماء فيما بقي من سلعته وقال الشافعي بل يأخذ ما بقي من سلعته بما بقي من الثمن وقالت جماعة من اهل العلم داود واسحاق واحمد ان قبض من الثمن شيئاً فهو اسوة الغرماء وحجتهم ماروى مالك عن ابن شهاب عن ابي بكر بن عبد الرحمان ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل باع متاعا فافلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه شيئاً فوجده بعينه فهو احق به وان مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع اسوة الغرماء وهو حديث وان ارسله مالك فقد اسنده عبد الرزاق وقد روى من طريق الزهري عن ابي هريرة فيه زيادة بيان وهو قوله فيه فان كان قبض من ثمنه شيئاً فهو اسوة الغرماء ذكره ابو عبيد في كتابه في الفقه وخرجه وحجة الشافعي ان كل السلعة او بعضها في الحكم واحد ولم يختلفوا انه اذا فوت المشتري بعضها ان البائع احق بالمقدار الذي ادرك من سلعته الاعطاء فانه قال اذا فوت المشتري بعضها كان البائع اسوة الغرماء واختلف الشافعي ومالك في الموت هل حكمه حكم الفلس ام لا فقال مالك هو في الموت اسوة الغرماء بخلاف الفلس وقال الشافعي الامر في ذلك واحد وعمدة مالك ماروى عن ابن شهاب عن ابي بكر وهو نص في ذلك وايضاً من جهة النظر ان فرقا بين الذمة في الفلس والموت وذلك ان الفلس يمكن ان تشترى حاله فيقبعه غرماؤه بما بقي عليه وذلك غير متصور في الموت واما الشافعي فعمدته ما رواه ابن ابي ذيب بسنده عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما رجل مات او افلس فصاحب المتاع احق به فسوى في هذه الرواية بين الموت والفلس قال وحديث ابن ابي ذيب اولى من حديث ابن شهاب لان حديث ابن شهاب مرسل وهذا مسند ومن طريق المعنى فهو مال لا تصرف فيه لمالكه الا بعد اداء ما عليه فاشبه مال المفلس وقياس مالك أقوى من قياس الشافعي وترجيح حديثه على حديث ابن أبي ذيب من جهة ان موافقة القياس له أقوى وذلك انما وافق من الاحاديث المتعارضة قياس المعنى فهو أقوى مما وافقه قياس الشبه أعني ان القياس الموافق لحديث الشافعي هو قياس شبه والموافق لحديث مالك قياس معنى ومرسل مالك خرجه عبد الرزاق

* فسبب الخلاف تعارض الآثار في هذا المعنى والمقاييس وأيضاً فان الاصل يشهد لقول مالك في الموت أعني ان من باع شيئاً فليس يرجع اليه فمالك رحمه الله أقوى في هذه المسئلة والشافعي انما ضعف عنده فيها قول مالك لما روى من المسند والمرسل عنده لا يجب العمل به واختلف مالك والشافعي فيمن وجد سلعته بعينها عند المفلس وقد احدث زيادة مثل ان تكون ارضاً يغرسها او عرصة يبنيها فقال مالك العمل الزائد فيها هو فوت ويرجع صاحب السلعة شريك الغرماء وقال الشافعي بل يخير البائع بين ان يعطي قيمة ما أحدث المشتري في سلعته ويأخذها أو ان يأخذ أصل السلعة ويحاص الغرماء في الزيادة وما يكون فوتاً مما لا يكون فوتاً في مذهب مالك منصوص في كتبه المشهورة وتحصيل مذهب مالك فيما يكون الغريم به أحق من سائر الغرماء في الموت والفلس او في الفلس دون الموت أن الاشياء المبيعة بالدين تنقسم في التفليس ثلاثة اقسام عرض يتعين وعين اختلف فيه هل يتعين فيه أم لا وعمل لا يتعين فاما العرض فان كان في يد بائعه لم يسلمه حتى أفلس المشتري فهو أحق به في الموت والفلس وهذا ما لا خلاف فيه وان كان قد دفعه الى المشتري ثم أفلس وهو قائم بيده فهو أحق به من الغرماء في الفلس دون الموت ولهم عنده ان يأخذوا سلعته بالثمن وقال الشافعي ليس لهم وقال اشهب لا ياخذونها الا بزيادة يحطونها عن المفلس وقال ابن الماجشون ان شاءوا كان الثمن من اموالهم او من مال الغريم وقال ابن كنانة بل يكون من اموالهم

وأما

وأما العين فهو احق بها فى الموت ايضاً والفلس ما كان بيده واختلف اذا دفعه الى بائعه فيه ففلس او مات وهو قائم بيده يعرف بعينه فقيل انه أحق به كالعروض في الفلس دون الموت وهو قول ابن القاسم وقيل انه لاسبيل له عليه وهو اسوة الغرماء وهو قول أشهب والقولان جاريان على الاختلاف فى تعيين العين وأما ان لم يعرف بعينه فهو اسوة الغرماء فى الموت والفلس وأما تعمل الذى لايتعين فان افلس المستاجر قبل أن يستوفى عمل الاجير كان الاجير أحق بما عمله فى الموت والفلس جميعاً كالسلعة اذا كانت بيد البائع فى وقت الفلس وان كان فلسه بعد ان استوفى عمل الاجير فالاجير اسوة الغرماء باجرته التى شارطه عليها فى الفلس والموت جميعاً على أظهر الاقوال الا ان تكون بيده السلعة التى استوجر على عملها فيكون أحق بذلك في الموت والفلس جميعا لانه كالرهن بيده فان اسلمه كان اسوة الغرماء بعمله الا ان يكون له فيه شئ اخرجه فيكون احق به في الفلس دون الموت وكذلك الامر عنده فى فلس مكترى الدواب ان استكرى أحق بما عليه من المتاع فى الموت والفلس جميعاً وكذلك مكترى السفينة وهذا كله شبهه مالك بالرهن وبالجملة فلا خلاف فى مذهبه أن البائع أحق بما في يديه فى الموت والفلس وأحق بسلعته القائمة الخارجة عن يده فى الفلس دون الموت وانه اسوة الغرماء فى سلعته اذا فاتت وعندما يشبه حال الاجير عند أصحاب مالك وبالجملة البائع منفعة بالبائع الرقبة فمرة يشبهون المنفعة التي عمل بالسلعة التى لم يقبضها المشترى فيقولون هو أحق بها فى الموت والفلس ومرة يشبهونه بالتى خرجت من يده ولم يفت فيقولون هو احق بها فى الفلس دون الموت ومرة يشبهون ذلك بالفوت الذى فاتت فيه فيقولون هو اسوة الغرماء ومثال ذلك اختلافهم فيمن استوجر على سقى حائط فسقاه حتى أثمر الحائط ثم افلس المستاجر فانهم قالوا فيه الثلاثة الاقوال وتشبيه بيع المنافع فى هذا الباب ببيع الرقاب هو شئ فيما أحسب انفرد به مالك دون فقهاء الامصار وهو ضعيف لان قياس الشبه المأخوذ من الموضع المفارق للاصول يضعف ولذلك ضعف عند قوم القياس على موضع الرخص ولكن اقدح هنالك قياس علة فهو أقوى وامل المالكية تدعي وجود هذا المعنى فى هذا القياس لكن هذا كله ليس يليق بهذا المختصر ومن هذا الباب اختلافهم فى العبد المفلس المأذون له فى التجارة هل يتبع بالدين في رقبته أم لا فذهب مالك وأهل الحجاز الى أنه انما يتبع بما فى يده لا فى رقبته ثم ان اعتق اتبع بما بقي عليه وروى أهل العراق أنه يباع وروى قوم ان الغرماء يخيرون بين بيعه وبين ان يسعى فيما بقى عليه من الدين وبه قال شريح وقالت طائفة بل يلزم سيده ما عليه وان لم يشترطه فالذين لم يروا بيع رقبته قالوا انما عامل الناس على ما فى يده فأشبه الحر والذين رأوا بيعه شبهوا ذلك بالجنايات التي يجنى وأما الذين رأوا الرجوع على السيد بما عليه من الدين فانهم شبهوا ماله بمال السيد اذ كان له انتزاعه ● فسبب الخلاف هو تعارض أقيسة الشبه فى هذه المسئلة ومن هذا المعنى اذا أفلس العبد والمولى معاً بأي يبدأ هل بدين العبد ام بدين المولى فالجمهور يقولون بدين العبد لان الذين داينوا العبد انما فعلوا ذلك ثقة بما رأوا عند العبد من المال والذين داينوا المولى لم يعتدوا بمال العبد ومن رأى البدء بالمولى قال لان مال العبد هو فى الحقيقة للمولى ● فسبب الخلاف تردد مال العبد بين ان يكون حكمه حكم مال الاجنبي او حكم مال السيد واما قدر ما يترك للمفلس من ماله فقيل فى المذهب يترك له ما يعيش به هو واهله وولده الصغار الايام وقال فى الواضحة والعتبية الشهر ونحوه ويترك له كسوة مثله وتوقف مالك فى كسوة زوجته اكونها هل تجب لها بعرض مقبوض وهو الانتفاع بها او بغير عوض وقال سحنون لايترك له كسوة زوجته وروى ابن نافع عن مالك انه لا

يترك له الامابواريه وبه قال ابن كنانة واختلفوا فى بيع كتب العلم عليه على قولين وهذا مبنى على كراهية بيع كتب الفقه اولا كراهية ذلك واما معرفة الديون التى يحاص بها من التى لايحاص بها على مذهب مالك فانها تنقسم اولا الى قسمين احدهما ان تكون واجبة عن عوض والثانى ان تكون واجبة من غير عوض فاما الواجبة عن عوض فانها تنقسم الى عوض مقبوض والى عوض غير مقبوض فاما ما كانت عن عوض مقبوض وسواء كانت مالا اوارش جناية فلاخلاف فى المذهب ان محاصة الغرماء بها واجبة وأما ما كان عن عوض غير مقبوض فان ذلك ينقسم خمسة اقسام • احدها الايمكنه دفع العوض بحال كنفقة الزوجات لما يأتى من المدة • والثانى الا يمكنه دفع العوض ولكن يمكنه دفع مايستوفى فيه مثل ان يكترى الرجل الدار بالنقد اويكون العرف فيه النقد ففلس المكترى قبل ان يسكن اوبعد ماسكن بعض السكنى وقبل ان يدفع الكراء • والثالث ان يكون دفع العوض يمكنه ويلزمه كرأس مال السلم اذا افلس المسلم اليه قبل دفع راس المال • والرابع ان يكون يمكنه دفع العوض ولا يلزمه مثل السلعة اذا باعها ففلس المبتاع قبل ان يدفعها اليه البائع • والخامس ألايكون اليه تعجيل دفع العوض مثل ان يسلم الرجل الى الرجل دنانير في عروض الى اجل فيفلس المسلم قبل ان يدفع راس المال وقبل ان يحل اجل السلم فاما الذى لايمكنه دفع العوض بحال فلامحاصة فى ذلك الا فى بعض الزوجات اذا فلس الزوج قبل الدخول واما الذى لا يمكنه دفع العوض ويمكنه دفع مايستوفى منه مثل المكترى يفلس قبل دفع الكراء فقيل للمكرى المحاصة بجميع الثمن واسلام الدار للغرماء وقيل ليس له الا المحاصة بما سكن ويأخذ داره وان كان لم يسكن فليس له الا اخذ داره واما مايمكنه دفع العوض ويلزمه وهو اذا كان العوض عيناً فقيل يحاص به الغرماء فى الواجب له بالعوض ويدفعه فقيل هو احق به وعلى هذا لايلزمه دفع العوض واما مايمكنه دفع العوض ولا يلزمه فهو بالخيار بين المحاصة والامساك وذلك هو اذا كان العوض عيناً واما اذا لم يكن اليه تعجيل العوض مثل ان يفلس المسلم قبل ان يدفع رأس المال وقبل ان يحل اجل السلم فان رضى المسلم اليه ان يعجل العروض ويحاصص الغرماء برأس مال السلم فذلك جائز ان رضى بذلك الغرماء فان ابى ذلك احد الغرماء حاص الغرماء برأس المال الواجب له فيما وجد للغريم من مال وفى العروض التى عليه اذا حلت لانها من مال المفلس وان شاءوا ان يبيعوها بالنقد ويحاصوا فيها كان ذلك لهم وأما ماكان من الحقوق الواجبة عن غير عوض فان ما كان منها غير واجب بالشرع بل بالالتزام كالهبات والصدقات فلامحاصة فيها واما ما كان منها واجباً بالشرع كنفقة الاباء والابناء ففيها قولان احدهما ان المحاصة لاتجب بها وهو قول ابن القاسم والثانى انها تجب بها اذا لزمت بحكم من السلطان وهو قول اشهب واما النظر الخامس وهو معرفة وجه التحاص فان الحكم فى ذلك ان يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء وسواء كان مال الغرماء من جنس واحد اومن اجناس مختلفة اذ كان لايقضى فى الديون الا ماهو من جنس الدين الا أن يتفقوا من ذلك على شئ يجوز واختلفوا من هذا الباب فى فرع طارئ وهو اذا هلك مال المحجور عليه بعد الحجر وقبل قبض الغرماء ممن مصيبته فقال اشهب مصيبته من المفلس وقال ابن الماجشون مصيبته من الغرماء اذا وقفه السلطان وقال ابن القاسم مايحتاج الى بيعه فضمانه من الغريم لانه انما بيع على ملكه ومالا يحتاج الى بيعه فضمانه من الغرماء مثل ان يكون المال عيناً والدين عيناً وكلهم روى قوله عن مالك وفرق أصبغ بين الموت والفلس فقال المصيبة فى الموت من الغرماء وفى الفلس من المفلس فهذا هو القول فى اصول

احكام المفلس الذى له من المال مالا يفى بديونه وأما المفلس الذى لا مال له اصلا فان فقهاء الامصار مجمعون على أن العدم له تاثير في اسقاط الدين الى وقت ميسرته الاماحكى عن عمر بن عبد العزيز انهم ان يواجروه وقال به احمد من فقهاء الامصار وكلهم مجمعون على أن المدين اذا ادعى الفلس ولم يعلم صدقه انه يحبس حتى يتبين صدقه او يقر له بذلك صاحب الدين فاذا كان ذلك خلى سبيله وحكى عن ابي حنيفة ان لغرمائه ان يدوروا معه حيث دار وانما صار الكل الى القول بالحبس فى الديون وان كان لم يات فى ذلك اثر صحيح لان ذلك امر ضرورى فى استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض وهذا دليل على القول بالقياس الذى يقتضى المصلحة وهو الذى يسمي بالقياس المرسل وقد روى أن النبى عليه السلام حبس رجلا فى تهمة خرجه فيما احسب ابو داود والمحجورون عند مالك السفهاء والمفلسون والعبيد والمرضى والزوجة فيما فوق الثلث لانه يرى ان للزوج حقاً فى المال وخالفه فى ذلك الاكثر وهذا القدر كاف بحسب غرضنا فى هذا الكتاب

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الصلح

والاصل فى هذا الكتاب قوله تعالى والصلح خير وماروى عن النبى عليه السلام مرفوعا وموقوفاً على عمر امضاء الصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً احل حراماً او حرم حلالا واتفق المسلمون على جوازه على الاقرار واختلفوا فى جوازه على الانكار فقال مالك وابو حنيفة يجوز على الانكار وقال الشافعي لا يجوز على الانكار لانه من اكل المال بالباطل من غير عوض والمالكية تقول فيه عوض وهو سقوط الخصومة واندفاع اليمين عنه ولا خلاف فى مذهب مالك أن الصلح الذى يقع على الاقرار يراعى فى صحته مايراعى فى البيوع فيفسد بما تفسد به البيوع من انواع الفساد الخاص بالبيوع ويصح بصحته وهذا هو مثل ان يدعي انسان على آخر دراهم فيصالحه عليها بعد الاقرار بدنانير نسيئة وما اشبه هذا من البيوع الفاسدة من قبل الربا والغرر وأما الصلح على الانكار فالمشهور فيه عن مالك واصحابه أنه يراعي فيه من الصحة مايراعي فى البيوع مثل ان يدعي انسان على آخر دراهم فينكر ثم يصالحه عليها بدنانير مؤجلة فهذا لا يجوز عند مالك واصحابه وقال اصبغ هو جائز لان المكروه فيه من الطرف الواحد وهو من جهة الطالب لانه يعترف انه اخذ دنانير نسيئة فى دراهم حلت له وأما الدافع فيقول هى هبة منى وأما ان ارتفع المكروه من الطرفين مثل ان يدعى كل واحد منهما على صاحبه دنانير او دراهم فينكر كل واحد منهما صاحبه ثم يصطلحان على ان يوخر كل واحد منهما صاحبه فيما يدعيه قبله الى اجل فهذا عندهم هو مكروه وأما كراهيته فمخافة ان يكون كل واحد منهما صادقاً فيكون كل واحد منهما قد انظر صاحبه لانظار الآخر اياه فيدخله اسلفنى واسلفك وأما وجه جوازه فلان كل واحد منهما انما يقول ما فعلت انما هو تبرع منى وما كان يجب على شئ وهذا النحو من البيوع قيل انه يجوز اذا وقع وقال ابن الماجشون يفسخ اذا وقع عليه اثر عقده فان طال مضى فالصلح الذى يقع فيه مما لا يجوز فى البيوع هو فى مذهب مالك على ثلاثة اقسام صلح يفسخ باتفاق وصلح يفسخ باختلاف وصلح لا يفسخ باتفاق ان طال وان لم يطل فيه اختلاف

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الكفالة

واختلف العلماء في نوعها وفي وقتها وفي الحكم اللازم عنها وفي شروطها وفي صفة لزومها وفي محلها ولها اسماء كفالة وحمالة وضمانة وزعامة فاما انواعها فنوعان حمالة بالنفس وحمالة بالمال أما الحمالة بالمال فثابتة بالسنة ويجمع عليها من الصدر الاول ومن فقهاء الامصار وحكى عن قوم أنها ليست لازمة تشبيهاً بالعدة وهو شاذ والسنة التي صار اليها الجمهور في ذلك هو قوله عليه السلام الزعيم غارم وأما الحمالة بالنفس وهي التي تعرف بضمان الوجه فجمهور فقهاء الامصار على جواز وقوعها شرعا اذا كانت بسبب المال وحكي عن الشافعي في الجديد أنها لا تجوز وبه قال داود وحجتهما قوله تعالى معاذ الله أن نأخذ الا من وجدنا متاعنا عنده ولانها كفالة بنفس فاشبهت الكفالة في الحدود وحجة من اجازها عموم قوله عليه السلام الزعيم غارم وتعلقوا بان في ذلك مصلحة وأنه مروي عن الصدر الاول وأما الحكم اللازم عنها فجمهور القائلين بحمالة النفس متفقون على أن المتحمل عنه اذا مات لم يلزم الكفيل بالوجه شيء وحكي عن بعضهم لزوم ذلك وفرق ابن القاسم بين ان يموت الرجل حاضراً او غائباً فقال ان مات حاضراً لم يلزم الكفيل شيء وان مات غائباً نظر فان كانت المسافة التي بين البلدين مسافة يمكن الحميل فيها احضاره في الاجل المضروب له في احضاره وذلك نحو اليومين الى الثلاثة فقرط غرم والا لم يغرم واختلفوا اذا غاب المتحمل عنه ما حكم الحميل بالوجه على ثلاثة اقوال . القول الاول أنه يلزمه ان يحضره او يغرم وهو قول مالك وأصحابه واهل المدينة . والقول الثاني أنه يحبس الحميل الى ان يأتي به او يعلم موته وهو قول ابي حنيفة وأهل العراق . والقول الثالث أنه ليس عليه الا ان يأتي به اذا علم موضعه ومعنى ذلك الا يكلف احضاره الا مع العلم بالقدرة على احضاره فان ادعي الطالب لمعرفة موضعه على الحميل وأنكر الحميل كلف الطالب بيان ذلك قالوا ولا يحبس الحميل الا اذا كان المتحمل عنه معلوم الموضع فيكلف حينئذ احضاره وهذا القول حكاه ابو عبيد القاسم بن سلام في كتابه في الفقه عن جماعة من الناس واختاره وعمدة مالك أن المتحمل بالوجه غار لصاحب الحق فوجب عليه الغرم اذا غاب وربما احتج لهم بما روي عن ابن عباس أن رجلا سأل غريمه ان يؤدي اليه ماله او يعطيه حميلا فلم يقدر حتى حاكمه الى النبي عليه السلام فتحمل عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ادى المال اليه قالوا فهذا غرم في الحمالة المطلقة وأما اهل العراق فقالوا انما يجب عليه احضار ما تحمل به وهو النفس فليس يجب ان يعدى ذلك الى المال الا لو شرطه على نفسه وقد قال عليه السلام المؤمنون عند شروطهم فانما عليه ان يحضره او يحبس فيه فكما انه اذا ضمن المال فانما عليه ان يحضر المال او يحبس فيه كذلك الامر في ضمان الوجه وعمدة الفريق الثالث انه انما يلزمه احضاره اذا كان احضاره له ممكن وحينئذ يحبس اذا لم يحضره . وأما اذا علم أن احضاره له غير ممكن فليس يجب عليه احضاره كما انه اذا مات ليس عليه احضاره قالوا ومن ضمن الوجه فاغرم المال فهو احرى ان يكون مغروراً من ان يكون غاراً فأما اذا اشترط الوجه دون المال وصرح بالشرط فقد قال مالك ان المال لا يلزمه ولا خلاف في هذا فيما احسب لانه كان يكون قد التزم ضمنا اشترط فهذا هو حكم ضمان الوجه وأما حكم ضمان المال فان الفقهاء متفقون على انه اذا عدم المضمون او غاب أن الضامن غارم . واختلفوا اذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما موسر فقال الشافعي وابو حنيفة وأصحابهما والثوري والاوزاعي وأحمد وإسحاق للطالب ان يأخذ من شاء الكفيل او المكفول وقال مالك في أحد قوليه ليس له ان يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه وله قول آخر مثل قول الجمهور وقال ابو ثور الحمالة والكفالة واحدة ومن ضمن عن رجل مالا لزمه

ويرى المضمون ولايجوز ان يكون مال واحد على اثنين وبه قال ابن ابي ليلى وابن شبرمة ومن الحجة لمن اقر ان الطالب يجوز لمطالبة الضامن كان المضمون عنه غائباً او حاضراً غنياً اوعديماً حديث قبيصة بن المخارق قال تحملت حمالة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فسألته عنها فقال يخرجها عنك من ابل الصدقة يا قبيصة ان المسئلة لاتحل الا في ثلاث وذكر رجلا يحمل حمالة رجل حتى يؤديها ووجه الدليل من هذا أن النبي عليه السلام اباح المسئلة للمتحمل دون اعتبار حال المتحمل عنه . وأما محل الكفالة فهي الاموال عند جمهور اهل العلم لقوله عليه السلام الزعيم غارم أعني كفالة المال وكفالة الوجه وسواء تعلقت الاموال من قبل اموال او من قبل حدود مثل المال الواجب في قتل الخطا اوالصلح في قتل العمد اوالسرقة التي ليس يتعلق بها قطع وهي مادون النصاب او من غير ذلك وروى عن ابي حنيفة اجازة الكفالة في الحدود والقصاص او في القصاص دون الحدود وهو قول عثمان البتي أعني كفالة النفس وأما وقت وجوب الكفالة بالمال أعني مطالبته بالكفيل فاجمع العلماء على أن ذلك بعد ثبوت الحق على المكفول إما باقرار وإما ببينة وأما وقت وجوب الكفالة بالوجه فاختلفوا هل تلزم قبل اثبات الحق ام لا فقال قوم انها لاتلزم قبل اثبات الحق بوجه من الوجوه وهو قول شريح القاضي والشعبي وبه قال سحنون من اصحاب مالك وقال قوم بل يجب اخذ الكفيل بالوجه على اثبات الحق وهؤلاء اختلفوا متى يلزم ذلك والى كم من المدة يلزم فقال قوم ان اتى بشبهة قوية مثل شاهد واحد لزمه ان يعطي ضامناً بوجهه حتى يلوح حقه والالم يلزمه الكفيل الا ان يذكر بينة حاضرة في المصر فيعطيه حميلا من الخمسة الايام الى الجمعة وهو قول ابن القاسم من أصحاب مالك وقال أهل العراق لا يوخذ عليه حميل قبل ثبوت الحق الاان يدعي بينة حاضرة في المصر نحو قول ابن القاسم الاانهم حددوا ذلك بالثلاثة الايام يقولون انه ان اتى بشبهة لزمه ان يعطيه حميلا حتى يثبت دعواه اويبطل وقد انكروا الفرق في ذلك والفرق بين الذي يدعي البينة الحاضرة والغائبة وقالوا لا يوخذ حميل على أحد ببينة وذلك الى بيان صدق دعواه اوابطالها * وسبب هذا الاختلاف تعارض وجه العدل بين الخصمين في ذلك فانه إذا لم يوخذ عليه ضامن بمجرد الدعوى لم يومن ان يغيب بوجهه فيفت طالبه واذا أخذ عليه لم يومن ان تكون الدعوى باطلة فيفت المطلوب ولهذا فرق من فرق بين دعوي البينة الحاضرة والغائبة وروى عن عراك بن مالك قال أقبل نفر من الاعراب معهم ظهر فصحبهم رجلان فباتا معهم فاصبح القوم وقد فقدوا كذا وكذا من ابلهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحد الرجلين اذهب واطلب وحبس الاخر فجاء بما ذهب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحد الرجلين استغفر لي فقال غفر الله لك قال وانت فغفر الله لك وقتلك في سبيله خرج هذا الحديث أبو عبيد في كتابه في الفقه قال وحمله بعض العلماء على ان ذلك كان من رسول الله حبس قال ولايعجبني ذلك لانه لايجب الحبس بمجرد الدعوي وانما هو عندي من باب الكفالة بالحق الذي لم يجب اذا كانت هنالك شبهة لامكان صحتها لهم فاما اصناف المضمونين فليس يلحق من قبل ذلك اختلاف مشهور الاختلافهم في ضمان الميت اذا كان عليه دين ولم يترك وفاء بدينه فاجازه مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لايجوز واستدل ابو حنيفة من قبل ان الضمان لايتعلق بمعدوم قطعاً وليس كذلك المفلس واستدل من رآى ان الضمان يلزمه بما روي ان النبي عليه السلام انه كان في صدر الاسلام لايصلي على من مات وعليه دين حتى يضمن عنه والجمهور يصح عندهم كفالة المحبوس والغائب ولايصح عند أبي حنيفة واما شروط الكفالة فان ابا حنيفة والشافعي يشترطان في وجوب رجوع الضامن على المضمون بما ادى عنه ان يكون الضمان باذنه

ومالك لايشترط ذلك ولاتجوز عند الشافعي كفالة المجهول ولاالحق الذي لم يجب بعد وكل ذلك لازم وجائز عند مالك وأصحابه واما ما تجوز فيه الحالة بالمال مما لاتجوز فانها تجوز عند مالك بكل مال قائت في الذمة الا الكتابة وما لايجوز فيه التاخير ومايستحق شيئاً فشيئاً مثل النفقات على الازواج وما شاكلها

بسم الله الرحمان الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

باب الحوالة

والحوالة معاملة صحيحة مستثناه من الدين بالدين لقوله عليه السلام مطل الغني ظلم واذا احيل أحدكم على غني فليحتل والنظر في شروطها وفي حكمها فمن الشروط اختلافهم في اعتبار رضى المحال والمحال عليه فمن الناس من اعتبر رضى المحال ولم يعتبر رضي المحال عليه وهو مالك ومن الناس من اعتبر رضاهما معاً ومن الناس من لم يعتبر رضى المحال واعتبر رضى المحال عليه وهو نقيض مذهب مالك وبه قال داود فمن رآها معاملة اعتبر رضى الصنفين ومن انزل المحال عليه من المحال منزلته من المحيل لم يعتبر رضاه معه كما لايعتبره مع المحيل اذا طلب منه حقه ولم يحل عليه أحداً وأما داود فحجته ظاهر قوله عليه السلام واذا احيل أحدكم على ملي فليتبع والامر على الوجوب وبقي المحال عليه على الاصل وهو اشتراط اعتبار رضاه ومن الشروط التي اتفق عليها في الجملة كون ما على المحال عليه مجانساً لما على المحيل قدرا ووصفا الان منهم من أجازها في الذهب والدراهم فقط ومنعها في الطعام والذين منعوها في ذلك رأوا انها من باب بيع الطعام قبل ان يستوفى لانه باع الطعام الذي كان له على غريمه بالطعام الذي كان عليه وذلك قبل ان يستوفيه من غريمه وأجاز ذلك مالك اذا كان الطعامان كلاهما من قرض اذا كان دين المحال حالا وأما ان كان أحدهما من سلم فانه لا يجوز الان يكون الدينان حالان وعند ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك يجوز ذلك اذا كان الدين المحال به حالا ولم يفرق بين ذلك الشافعي لانه كالبيع في ضمان المستقرض وانما رخص مالك في القرض لانه يجوز عنده بيع القرض قبل ان يستوفي وأما أبو حنيفة فاجاز الحوالة بالطعام وشبهها بالدراهم وجعلها خارجة عن الاصول لخروج الحوالة بالدراهم والمسئلة مبنية على ان ما شذ عن الاصول هل يقاس عليه أم لا والمسئلة مشهورة في اصول الفقه وللحوالة عنده مالك ثلاثة شروط أحدها ان يكون دين المحال حالا لانه ان لم يكن حالا كان ديناً بدين والثاني ان يكون الدين الذي يحيله به مثل الذي يحيله عليه في القدر والصفة لانه اذا اختلفا في أحدهما كان بيعاً ولم تكن حوالة فخرج من باب الرخصة الى باب البيع واذا خرج الى باب البيع دخله الدين بالدين والشرط الثالث الا يكون الدين طعاماً من سلم أو أحدهما ولم يحل الدين المستحال به على مذهب ابن القاسم واذا كان الطعامان جميعاً من سلم فلا تجوز الحوالة باحدهما على الاخر حلت الاجال اولم تحل او حل احدهما ولم يحل الاخر لانه يدخله بيع الطعام قبل ان يستوفى كما قلنا لكن اشهب يقول ان استوت رؤوس اموالهما جازت الحوالة وكانت تولية وابن القاسم لايقول ذلك كالحال اذا اختلفت وينزل المحال في الدين الذي احيل عليه منزلة من احاله ومنزلته في الدين الذي احاله به وذلك فيما يريدان ياخذ بدله منه او يبيعه له من غيره اعني انه لا يجوز له من ذلك الا ما يجوز له مع الذي احاله وما يجوز للذي احاله مع الذي احاله عليه ومثال ذلك ان احال بطعام كان له من قرض في طعام من سلم او بطعام من سلم في طعام من قرض لم يجز له ان يبيعه من غيره قبل قبضه منه لانه ان كان احال بطعام كان من قرض في طعام من سلم نزل منزلة المحيل في انه لا يجوز له بيع ما

على غريمه قبل ان يستوفيه لكونه طعاماً من بيع وان كان احتال بطعام من سلم في طعام من قرض نزل من المحال عليه منزلته مع من احاله اعني انه كما انه ما كان يجوز له ان يبيع الطعام الذي كان على غريمه المحيل له قبل ان يستوفيه كذلك لا يجوز ان يبيع الطعام الذي احيل عليه وان كان من قرض وهذا كله مذهب مالك وادلة هذه الفروق ضعيفة واما احكامها فان جمهور العلماء على ان الحوالة ضد الحمالة في انه اذا افلس المحال عليه لم يرجع صاحب الدين على المحيل بشيء قال مالك واصحابه الا ان يكون المحيل غره فاحاله على عديم وقال ابو حنيفة يرجع صاحب الدين على المحيل اذا مات المحال عليه مفلساً او وجد الحوالة وان لم تكن له بينة وبه قال شريح وعثمان البتي وجماعة ٭ وسبب اختلافهم مشابهة الحوالة للحمالة

بسم الله الرحمن الرحيم — صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الوكالة

وفيها ثلاثة ابواب . الباب الاول في اركانها وهي النظر فيما فيه التوكيل وفي الموكل والموكل ٭ والثاني في احكام الوكالة . الثالث في مخالفة الموكل للوكيل

الباب الاول

الركن الاول في الموكل

اتفقوا على وكالة الغائب والمريض والمرأة المالكين لامورهم واختلفوا في وكالة الحاضر الذكر الصحيح فقال مالك تجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكر وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا تجوز وكالة الصحيح الحاضر ولا المرأة الا ان تكون برزة فمن رأى ان الاصل الا ينوب فعل الغير عن فعل الغير الا ما دعت اليه الضرورة والعقد الاجماع عليه قال لا تجوز نيابة من اختلف في نيابته ومن رأى ان الاصل هو الجواز قال الوكالة في كل شيء جائزة الا فيما اجمع على انه لا نصح فيه من العبادات وما جرى مجراها

الركن الثاني في الوكيل

وشروط الوكيل ان يكون ممنوعا بالشرع من تصرفه في الشيء الذي وكل فيه فلا يصح توكيل الصبي ولا المجنون ولا المرأة عند مالك والشافعي على عقد النكاح اما عند الشافعي فلا بمباشرة ولا بواسطة اي فان توكل هي من يلي عقد النكاح ويجوز عند مالك بالواسطة الذكر

الركن الثالث فيما فيه التوكيل

وشرط محل التوكيل ان يكون قابلا للنيابة مثل البيع والحوالة والضمان وسائر العقود والفسوخ والشركة والوكالة المضاربة والمجاعلة والمساقاة والنكاح والطلاق والخلع والصلح ولا تجوز في العبادات البدنية وتجوز في المالية كالزكاة والصدقة والحج وتجوز عند مالك في الخصومة على الاقرار والانكار وقال الشافعي في احد قوليه لا تجوز على الاقرار وشبه ذلك بالشهادة والايمان وتجوز الوكالة على استيفاء العقوبات عند مالك وعند الشافعي مع الحضور قولان والذين قالوا ان الوكالة تجوز على الاقرار اختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة هل يتضمن الاقرار ام لا فقال مالك لا يتضمن وقال أبو حنيفة تتضمن

الركن الرابع

وأما الوكالة فهي عقد يلزم بالايجاب والقبول كسائر العقود وليست هي من العقود اللازمة بل الجائزة على ما قلوه في احكام هذا العقد وهي ضربان عند مالك عامة وخاصة فالعامة هي التي تقع عنده بالتوكيل العام الذي لا يسمى فيه شيء دون شيء وذلك انه ان سمي عنده لم يتسع بالتعميم والتفويض وقال الشافعي لا تجوز الوكالة بالتعميم وهي غرر وانما يجوز منها ما سمي وحدد ونص عليه وهو الاقيس اذا كان الاصل فيه المنع الا ما وقع عليه الاجماع

الباب الثاني في الاحكام

وأما الاحكام فمنها أحكام العقد ومنها أحكام فعل الوكيل فاما هذا العقد فهو كما قلنا عقد غير لازم للوكيل ان يدع الوكالة متى شاء عند الجميع لكن ابو حنيفة يشترط في ذلك حضور الموكل والموكل ان يعزله متي شاء قالوا الا أن تكون وكالة في خصومة وقال اسبغ له ذلك ما لم يشرف على تمام الحكم وليس للوكيل ان يعزل نفسه في الموضع الذى لايجوز ان يعزله الموكل وليس من شروط انعقاد هذا العقد حضور الخصم عند مالك والشافعي وقال ابو حنيفة ذلك من شرطه وكذلك ليس من شرط ثباتها عند الحاكم حضوره عند مالك وقال الشافعي من شرطه . واختلف اصحاب مالك هل تنفسخ الوكالة بموت الموكل على قولين فاذا قلنا تنفسخ بالموت كما تنفسخ بالعزل فمتى يكون الوكيل معزولا والوكالة منفسخة في حق من عامله في المذهب فيه ثلاثة اقوال . انها تنفسخ في حق الجميع بالموت والعزل . والثاني انها تنفسخ في حق كل واحد منهم بالعلم فمن علم انفسخت في حقه ومن لم يعلم لم تنفسخ في حقه . والثالث انها تنفسخ في حق من عامل الوكيل بعلم الوكيل وان لم يعلم هو ولا تنفسخ في حق الوكيل بعلم الذى عامله اذا لم يعلم الوكيل ولكن من دفع اليه شيئاً بعد العلم بعزله ضمنه لانه دفع الى من يعلم انه ليس بوكيل وأما أحكام الوكيل ففيها مسائل مشهورة . احدها اذا وكل على بيع شئ هل يجوز له ان يشتريه لنفسه فقال مالك يجوز وقد قيل عنه لايجوز وقال الشافعي لايجوز وكذلك عند مالك الاب والوصي ومنها اذا وكله في البيع وكالة مطلقة لم يجز له عند مالك ان يبيع الا بثمن مثله نقداً ببلد البلد ولايجوز ان باع نسيئة او بغير نقد البلد او بغير ثمن المثل وكذلك الامر عنده في الشراء وفرق ابو حنيفة بين البيع والشراء المعين فقال يجوز في البيع ان يبيع بغير ثمن المثل وان يبيع نسيئة ولم يجز اذا وكله في شراء عبد بعينه ان يشتريه الا بثمن المثل نقداً ويشبه ان يكون ابو حنيفة انما فرق بين الوكالة على شراء شئ بعينه لان من حجته أنه كما أن الرجل قد يبيع الشئ بأقل من ثمن مثله ونساء لمصلحة يراها في ذلك كله كذلك حكم الوكيل اذ قد انزله منزلته وقول الجمهور أبين وكل مايعتدى فيه الوكيل ضمن عند من يرى أنه تعدى واذا اشترى الوكيل شيئاً واعلم أن الشراء للموكل فالملك ينتقل الى الموكل وقال ابو حنيفة الى الوكيل أولا ثم الى الموكل واذا دفع الوكيل ديناً عن الموكل ولم يشهد فأنكر الذى له الدين القبض ضمن الوكيل

﴿الباب الثالث﴾ واما اختلاف الوكيل مع الموكل وقد يكون في ضياع المال الذى استقر عند الوكيل وقد يكون في دفعه الى الموكل وقد يكون في مقدار الثمن الذى باع به او اشترى اذا أمره بثمن محدود وقد يكون في المثمون وقد يكون في تعيين من امره بالدفع اليه وقد يكون في دعوى التعدى فاذا اختلفا في ضياع المال فقال الوكيل ضاع مني وقال الموكل لم يضع فالقول قول الوكيل ان كان لم يقبضه ببينة فان كان المال قد قبضه الوكيل من غريم الموكل ولم يشهد الغريم على الدفع لم يبرأ الغريم باقرار الوكيل عند مالك وغرم ثانية وهل يرجع الغريم على الوكيل فيه خلاف وان كان قد قبضه ببينة برئ ولم يلزم الوكيل شئ وأما اذا اختلفا في الدفع فقال الوكيل دفعته اليك وقال الموكل لا فقيل القول قول الوكيل وقيل القول قول الموكل وقيل ان تباعد ذلك فالقول قول الوكيل وأما اختلافهم في مقدار الثمن الذى به أمره بالشراء فقال ابن القاسم ان لم تفت السلعة فالقول قول المشترى وان فاتت فالقول قول الوكيل وقيل يتحالفان ويتفاسخ البيع ويتراجعان وان فاتت بالقيمة وان كان اختلافهم في مقدار الثمن الذى امره به في البيع فعند ابن القاسم ان القول فيه قول الموكل لانه جعل دفع الثمن بمنزلة قوات السلعة في الشراء واما اذا اختلفا فيمن امره بالدفع ففي المذهب فيه قولان المشهور أن القول قول المأمور وقيل القول

قول الآمر وأما اذا فعل الوكيل فعلا هو تعد وزعم أن الموكل أمره فالمشهور أن القول قول الموكل وقد قيل ان القول قول الوكيل انه قد أمره لانه قد اتمنه على الفعل

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿كتاب اللقطة﴾

والنظر في اللقطة في جملتين ٭ الجملة الاولى في أركانها ٭ والثانية في أحكامها ﴿الجملة الاولى﴾

والاركان ثلاثة ٭ الالتقاط ٭ والملتقط ٭ واللقطة فاما الالتقاط فاختلف العلماء هل هو افضل ام الترك فقال أبو حنيفة الافضل الالتقاط لانه من الواجب على المسلم أن يحفظ مال أخيه المسلم وبه قال الشافعي وقال مالك وجماعة بكراهية الالتقاط وروى عن ابن عمر وابن عباس وبه قال احمد وذلك لامرين احدهما ماروى انه صلى الله عليه وسلم قال ضالة المومن حرق النار ولما يخاف ايضاً من التقصير في القيام بما يجب لها من التعريف وترك التعدي عليها وتأول الذين رأوا الالتقاط أول الحديث وقالوا اراد بذلك الانتفاع بها لا اخذها للتعريف وقال قوم بل لقطها واجب وقد قيل ان هذا الاختلاف اذا كانت اللقطة بين قوم مامونين والامام عادل قالوا وان كانت اللقطة بين قوم غير مامونين والامام عادل فواجب التقاطها وان كانت بين قوم مامونين والامام جائر فالافضل الا يلتقطها وان كانت بين قوم غير مامونين والامام غير عادل فهو مخير بحسب مايغلب على ظنه من سلامتها اكثر من احد الطرفين وهذا كله ماعدي لقطة الحاج فان العلماء أجمعوا على أنه لا يجوز التقاطها لنهيه عليه السلام عن ذلك ولقطة مكة أيضاً لا يجوز التقاطها الا لمنشد لورود النص في ذلك والمروى في ذلك لفظان احدهما أنه لا ترفع لقطتها الا لمنشد الثاني لا يرفع لقطتها الا منشدا لمعني الواحد انها لا ترفع الا لمن ينشدها والمعنى الثاني لا يلتقطها الا من ينشدها ليعرف الناس وقال مالك يعرف هاتان اللقطتان أبداً ٭ فاما الملتقط فهو كل حر مسلم بالغ لا نهما ولاية واختلف عن الشافعي في جواز التقاط الكافر قال أبو حامد والاصح جواز ذلك في دار الاسلام قال وفي أهلية العبد والفاسق له قولان فوجه المنع عدم أهلية الولاية ووجه الجواز عموم أحاديث اللقطة ٭ واما اللقطة بالجملة فانها كل مال لمسلم معرض للضياع كان ذلك في عامر الارض أو غامرها والجماد والحيوان في ذلك سواء الا الابل باتفاق والاصل في اللقطة حديث يزيد بن خالد الجهني وهو متفق على صحته إنه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والا فشأنك بها قال فضالة الغنم يارسول الله قال هي لك أو لاخيك أو للذيب قال فضالة الابل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتاكل الشجر حتى يلقاها ربها وهذا الحديث يتضمن معرفة مايلتقط مما لا يلتقط ومعرفة حكم مايلتقط كيف يكون في العام وبعده وبما ذا يستحقها مدعيها فاما الابل فاتفقوا على أنها لا تلتقط واتفقوا على الغنم أنها تلتقط وترددوا في البقر والنص عن الشافعي أنها كالابل وعن مالك أنها كالغنم وعنه خلاف ﴿الجملة الثانية﴾

وأما حكم التعريف فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها له بال سنة مالم تكن من الغنم واختلفوا في حكمها بعد السنة فاتفق فقهاء الامصار مالك والثوري والاوزاعي وأبو حنيفة والشافعي وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور اذا انقضت كان له أن يأكلها ان كان فقيراً او يتصدق بها ان كان غنياً فان جاء صاحبها كان مخيراً بين ان يجيز الصدقة فيرجع على ثوابها او يضمنه اياها واختلفوا في الغني هل له ان يأكلها او ينفقها بعد الحول فقال مالك والشافعي له ذلك وقال ابو حنيفة ليس له الا

ان يتصدق بها وروي مثل قوله عن علي وابن عباس وجماعة من التابعين وقال الاوزاعي ان كان مالا كثيراً جعله في بيت المال وروى مثل قول مالك والشافعي عن عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة وكلهم متفقون على أنه ان اكلها ضمنها لصاحبها الا اهل الظاهر واستدل مالك والشافعي بقوله عليه السلام فشأنك بها ولم يفرق بين غني وفقير ومن الحجة لهم ماروا ه البخاري والترمذي عن سويد بن غفلة قال لقيت أوس بن كعب فقال وجدت صرة فيها مائة دينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته ثلاثا فقال احفظ وعاءها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وخرج الترمذي وابو داود فاستنفقها فسبب الخلاف معارضة ظاهر لفظ حديث اللقطة لاصل الشرع وهو انه لايحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه فمن غلب هذا الاصل على ظاهر الحديث وهو قوله بعد التعريف فشأنك بها قال لايجوز فيها تصرف الا بالصدقة فقط على أن يضمن ان لم يجد صاحب اللقطة الصدقة ومن غلب ظاهر الحديث على هذا الاصل ورأى انه مستثنى منه قال تحل له بعد العام وهي مال من ماله لا يضمنها ان جاء صاحبها ومن توسط قال يتصرف بعد العام فيها وان كانت عيناً على جهة الضمان وأما حكم دفع اللقطة لمن ادعاها فاتفقوا على أنها لاتدفع اليه اذا لم يعرف العفاص ولا الوكاء واختلفوا اذا عرف ذلك هل يحتاج مع ذلك الى بينة ام لا فقال مالك يستحق بالعلامة ولايحتاج الى بينة وقال أبو حنيفة والشافعي لايستحق الا ببينة ٭ وسبب الخلاف معارضة الاصل في اشتراط الشهادة في صحة الدعوى لظاهر هذا الحديث فمن غلب الاصل قال لابد من البينة ومن غلب ظاهر الحديث قال لايحتاج الى بينة وانما اشترط الشهادة في ذلك الشافعي وأبو حنيفة لان قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فشأنك بها يحتمل ان يكون انما أمره بمعرفة العفاص والوكاء لئلا تختلط عنده بغيرها ويحتمل ان يكون إنما امره بذلك ليدفعها لصاحبها بالعفاص والوكاء فلما وقع الاحتمال وجب الرجوع الى الاصل فان الاصول لاتعارض بالاحتمالات المخالفة لها الا ان تصح الزيادة التي تذكرها بعد وعند مالك واصحابه ان على صاحب اللقطة ان يصف مع العفاص والوكاء صفة الدنانير والعدد قالوا وذلك موجود في بعض روايات الحديث ولفظه فان جاء صاحبها ووصف عفاصها ووكاءها وعددها فادفعها اليه قالوا ولكن لايضره الجهل بالعدد اذا عرف العفاص والوكاء وكذلك ان زاد فيه واختلفوا ان نقص من العدد على قولين وكذلك اختلفوا اذا جهل الصفة وجاء بالعفاص والوكاء واما اذا غلط فيها فلا شيء له واما اذا عرف احدى العلامتين اللتين وقع النص عليهما وجهل الاخرى فقيل انه لاشيء له الا بمعرفتهما جميعاً وقيل يدفع اليه بعد الاستبراء وقيل ان ادعى الجهالة استبرأ وإن غلط لم تدفع اليه واختلف المذهب اذا أتى بالعلامة المستحقة هل يدفع اليه بيمين او بغير يمين فقال ابن القاسم بغير يمين وقال اشهب بيمين ٭ واما ضالة الغنم فان العلماء اتفقوا على ان لواجد ضالة الغنم في المكان القفر البعيد من العمران انيا كلها لقوله عليه السلام في الشاة هي لك او لاخيك او للذيب واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها ام لا فقال جمهور العلماء انه يضمن قيمتها وقال مالك في اشهر الاقاويل عنه انه لايضمن ٭ وسبب الخلاف معارضة الظاهر كما قلنا للاصل المعلوم من الشريعة الا ان مالكا هاهنا غلب الظاهر فجرى على حكم الظاهر ولم يجز ذلك في التصرف فيها وجب تعريفه بعد العام لقوة اللفظ هاهنا وعنه رواية اخرى انه يضمن وكذلك كل طعام لايبقى اذا خشي عليه التلف ان تركه وتحصيل مذهب مالك عند اصحابه في ذلك انها على ثلاثة أقسام قسم يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف ان تركه كالعين والعروض وقسم لايبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف ان ترك كالشاة في القفر والطعام

الذي

الذى يسرع اليه الفساد وقسم لايخشى عليه التلف فأما القسم الاول وهو مايبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف فانه ينقسم ثلاثة أقسام احدها أن يكون يسيراً لامال له ولاقدر لقيمته ويعلم أن صاحبه لايطلبه لتفاهته فهذا لايعرف عنده وهو لمن وجده والاصل فى ذلك ماروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بتمرة فى الطريق فقال لولا ان تكون من الصدقة لاكلتها ولم يذكر فيها تعريفا وهذا مثل العصا والسوط وان كان أشهب قد استحسن تعريف ذلك، والثانى ان يكون يسيراً الا أن له قدراً ومنفعة فهذا لااختلاف في المذهب فى تعريفه واختلفوا فى قدر مايعرف فقيل سنة وقيل أياماً . واما الثالث فهو ان يكون كثيراً اوله قدر فهذا لااختلاف في وجوب تعريفه حولا وأما القسم الثانى وهو مالايبقى بيد ملتقطه ويخشى عليه التلف فان هذا يأكله كان غنياً اوفقيراً وهل يضمن فيه روايتان كما قلنا الاشهر الاضمان واختلفوا ان وجد مايسرع اليه الفساد فى الحاضرة فقيل لاضمان عليه وقيل عليه الضمان وقيل بالفرق بين أن يتصدق به فلايضمن اويأكله فيضمن، وأما القسم الثالث فهو كالابل اعنى ان الاختيار عنده فيه الترك للنص الوارد فى ذلك فان اخذها وجب تعريفها والاختيار تركها وقيل فى المذهب هو عام فى جميع الازمنة وقيل انما هو فى زمان العدل وأن الافضل فى زمان غير العدل التقاطها وأما ضمانها فى الذى تعرف فيه فان العلماء اتفقوا على ان من التقطها واشهد على التقاطها فهلكت عنده أنه غير ضامن واختلفوا اذا لم يشهد فقال مالك والشافعى وابو يوسف ومحمد بن الحسن لاضمان عليه ان لم يضيع وان لم يشهد وقال ابو حنيفة وزفر يضمنها ان هلكت ولم يشهد استدل مالك والشافعي بأن اللقطة وديعة فلاينقلها ترك الاشهاد من الامانة الى الضمان قالوا وهى وديعة بما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره انه قال ان جاء صاحبها والا فلتكن وديعة عندك واستدل ابو حنيفة وزفر بحديث معروف بن الشخير عن عياض بن حمار قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من التقط لقطة فليشهد ذوى عدل اوذوى عدل عليها ولايكتم ولايغيب فان جاء صاحبها فهو احق بها والا فهو مال الله يؤتيه من يشاء وتحصيل المذهب فى ذلك ان واجد اللقطة عند مالك لايخلوا التقاطه لها من ثلاثة أوجه احدها ان يأخذها على جهة الاغتيال لها: والثانى ان يأخذها على جهة الالتقاط ،والثالث ان يأخذها لاعلى جهة الالتقاط ولا على جهة الاغتيال فان اخذها على جهة الالتقاط فهي أمانة عنده عليه حفظها وتعريفها فان ردها بعد ان التقطها فقال ابن القاسم يضمن وقال اشهب لايضمن اذا ردها فى موضعها فان ردها فى غير موضعها ضمن كالوديعة والقول قوله فى تلفها دون يمين الا ان يتهم واما اذا قبضها مغتالا لها فهو ضامن لها ولكن لايعرف هذا الوجه الا من قبله واما الوجه الثالث فهو مثل ان يجدثويا فيأخذه وهو يظنه لقوم بين يديه ليسئلهم عنه فهذا ان لم يعرفوه ولاادعوه كان له ان يرده حيث وجده ولاضمان عليه باتفاق عند اصحاب مالك وتتعلق بهذا الباب مسئلة اختلف العلماء فيها وهو العبد يستهلك اللقطة فقال مالك انها فى رقبته اما ان يسلمه سيده فيها واما ان يفديه بقيمتها هذا اذا كان استهلاكه قبل الحول فان استهلكها بعد الحول كانت ديناً عليه ولم تكن فى رقبته وقال الشافعى ان علم بذلك السيد فهو الضامن وان لم يعلم بها السيد كانت فى رقبة العبد واختلفوا هل يرجع الملتقط بما انفق على اللقطة على صاحبها ام لا فقال الجمهور ملتقط اللقطة متطوع بحفظها فلايرجع بشئ من ذلك على صاحب اللقطة وقال الكوفيون لايرجع بما انفق الا ان تكون النفقة عن اذن الحاكم وهذه المسئلة هى من احكام الالتقاط وهذا القدر كاف بحسب غرضنا فى هذا الباب

﴿ باب فى اللقيط ﴾

والنظر فى احكام الالتقاط وفى الملتقط واللقيط وفى احكامه وقال الشافعى كل شئ ضائع لاكافل له فالتقاطه من فروض

الكفايات وفي وجوب الاشهاد عليه خيفة الاسترقاق خلاف والخلاف فيه مبني على ان الاختلاف في الاشهاد على اللقطة . واللقيط هو الصبي الصغير غير البالغ وان كان مميزاً ففيه في مذهب الشافعي تردد: والملتقط هو كل حر عدل رشيد وليس العبد والمكاتب بملتقط والكافر ملتقط الكافر دون المسلم لانه لاولاية له عليه ويلتقط المسلم الكافر وينزع من يد الفاسق والمبذر وليس من شرط الملتقط الغنى ولا تلزم نفقة الملتقط على من التقطه وان انفق لم يرجع عليه بشيء واما احكامه فانه يحكم له بحكم الاسلام ان التقطه في دار المسلمين ويحكم للطفل بالاسلام بحكم ابيه عند مالك وعند الشافعي بحكم من اسلم منهما وبه قال ابن وهب من اصحاب مالك وقد اختلف في اللقيط فقيل انه عبد لمن التقطه وقيل انه حر وولاؤه لمن التقطه وقيل انه حر وولاؤه للمسلمين وهو مذهب مالك والذي تشهد له الاصول الا ان يثبت في ذلك اثر يخصص به الاصول مثل قوله عليه السلام ترث المراة ثلاثة لقيطها وعتيقها وولدها الذي لاعنت عليه

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الوديعة

وجل المسائل المشهورة بين فقهاء الامصار في هذا الكتاب هي في احكام الوديعة فمنها انهم اتفقوا على أنها امانة لامضمونة الا ما حكي عن عمر بن الخطاب قال المالكيون والدليل على انها امانة أن الله امر برد الامانات ولم يامر بالاشهاد فوجب ان يصدق المستودع في دعواه رد الوديعة مع يمينه ان كذبه المودع قالوا الا ان يدفعها اليه ببينة فانه لايكون القول قوله قالوا لانه اذا دفعها اليه ببينة فكانه ائتمنه على حفظها ولم يامنه على ردها فيصدق في تلفها ولايصدق على ردها هذا هو المشهور عن مالك واصحابه وقد قيل عن ابن القاسم ان القول قوله وان دفعها اليه ببينة وبه قال الشافعي وابو حنيفة وهو القياس لانه فرق بين التلف ودعوى الرد وبعد ان تنتقض الامانة وهذا فيمن دفع الامانة الى اليد التي دفعتها اليه واما من دفعها الى غير اليد التي دفعتها اليه فعليه ما على ولي اليتيم من الاشهاد عند مالك والاضمن يريد قول الله عزوجل فاذا دفعتم اليهم اموالهم فاشهدوا عليهم فان انكر القابض القبض فلا يصدق المستودع في الدفع عند مالك واصحابه الا ببينة وقد قيل انه يخرج من المذهب انه يصدق في ذلك وسواء عند مالك امر صاحب الوديعة بدفعها الى الذي دفعها اولم يامر وقال ابو حنيفة ان كان ادعى دفعها الى من امره بدفعها فالقول قول المستودع مع يمينه فان اقر المدفوع اليه بالوديعة أعني اذا كان غير المودع وادعى التلف فلا يخلوا ان يكون المستودع دفعها الى امانة وهو وكيل المستودع اوالى ذمة فان كان القابض امينا فاختلف في ذلك قول ابن القاسم فقال مرة يبرأ الدافع بتصديق القابض وتكون المصيبة من الامر الوكيل بالقبض ومرة قال لايبرأ الدافع الا باقامة البينة على الدافع اويأتي القابض بالمال وأما ان دفع الى ذمة مثل ان يقول رجل للذي عنده الوديعة ادفعها الى سلفاً اوتسلفاً في سلعة اوما اشبه ذلك فان كانت الذمة قائمة برئ الدافع في المذهب من غير خلاف وان كانت الذمة خربة فقولان * والسبب في هذا الاختلاف كله أن الامانة تقوى دعوى المدعي حتى يكون القول قوله مع يمينه فمن شبه امانة الذي امره المودع ان يدفعها اليه أعني الوكيل بامانة المودع عنده قال يكون القول قوله في دعواه التلف كدعوى المستودع عنده ومن رآ أن تلك الامانة اضعف قال لايبرأ الدافع بتصديق القابض مع دعوي التلف ومن رآ المامور بمنزلة الامر قال القول قول الدافع للمامور كما كان القول قوله مع الامر وهو

مذهب أبي حنيفة ومن رآه أنه اضعف منه قال الدافع ضامن الا ان يحضر القابض المال واذا اودعها بشرط الضمان فالجمهور على انه لا يضمن وقال الغير يضمن وبالجملة فالفقهاء يرون باجمعهم انه لا ضمان على صاحب الوديعة الا ان يتعدى ويختلفون في اشياء هل هي تعد أم ليس بتعد فمن مسائلهم المشهورة في هذا الباب اذا انفق الوديعة ثم رد مثلها او اخرجها لنفقته ثم ردها فقال مالك يسقط عنه الضمان بحالة مثل اذا ردها وقال ابو حنيفة ان ردها بعينها قبل ان ينفقها لم يضمن وان رد مثلها ضمن وقال عبد الملك والشافعي يضمن في الوجهين جميعاً فمن غلط الامر ضمنه اياها بتحريكها ونية استنفاقها ومن رخص لم يضمنها اذا اعاد مثلها ومنها اختلافهم في السفر بها فقال مالك ليس له ان يسافر بها الا ان تعطى له في سفر وقال أبو حنيفة له ان يسافر بها اذا كان الطريق آمناً ولم ينهه صاحب الوديعة ومنها انه ليس للمودع عنده ان يودع الوديعة غيره من غير عذر فان فعل ضمن وقال أبو حنيفة ان اودعها عند من تلزمه نفقته لم يضمن لانه شبيه باهل بيته وعند مالك ان يستودع ما اودع عند عياله الذين يأمنهم وهم تحت علقه من زوج او ولد او امة او من اشبههم وبالجملة فعند الجميع انه يجب عليه ان يحفظها مما جرت به عادة الناس ان تحفظ اموالهم فما كان بيناً من ذلك أنه حفظ اتفق عليه وما كان غير بين انه حفظ اختلف فيه مثل اختلافهم في المذهب فيمن جعل وديعة في جيبه فذهبت والاشهر انه يضمن وعند ابن وهب ان من اودع وديعة في المسجد فجعلها على نعله فذهبت انه لا ضمان عليه ويختلف في المذهب في ضمانها بالنسيان مثل ان ينساها في موضع او ينسى من دفعها اليه ويدعيها رجلان فقيل يحلفان وتقسم بينهما وقيل انه يضمن لكل واحد منهم واذا اراد السفر فله عند مالك ان يودعها عند ثقة من اهل البلد ولا ضمان عليه قدر على دفعها الى الحاكم او لم يقدر واختلف في ذلك اصحاب الشافعي فمنهم من يقول ان اودعها لغير الحاكم ضمن وقبول الوديعة عند مالك لا يجب في حال ومن العلماء من يرى انه واجب اذا لم يجد المودع من يودعها عنده ولا اجر للمودع عنده على حفظ الوديعة وما يحتاج اليه من مسكن او نفقة فعلى ربها واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور وهو فيمن اودع مالا فتعدى فيه وتجر به فربح فيه هل ذلك الربح حلال له أم لا فقال مالك والليث وابو يوسف وجماعة اذا رد المال طاب له الربح وان كان غاصباً للمال فضلا عن ان يكون مستودعا عنده وقال أبو حنيفة وزفر ومحمد بن الحسن يؤدي الاصل ويتصدق بالربح وقال قوم لرب الوديعة الاصل والربح وقال قوم هو مخير بين الاصل والربح وقال قوم البيع الواقع في تلك التجارة فاسد وهؤلاء هم الذين اوجبوا التصديق بالربح اذا قات فمن اعتبر التصرف قال الربح المتصرف ومن اعتبر الاصل قال الربح لصاحب المال ولذلك لما امر عمر رضي الله عنه ابنيه عبد الله وعبيد الله ان يصرفا المال الذي اسلفهما أبو موسى الاشعري من بيت المال فتجرا فيه فربحا قيل له لو جعلته قراضاً فاجاب الى ذلك لانه قد روى انه قد حصل للعامل جزء ولصاحب المال جزء وان ذلك عدل

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب العارية

والنظر في العارية في اركانها واحكامها واركانها خمسة . الاعارة ، والمعير : والمستعير ، والمعار ، والصيغة : أما الاعارة فهي فعل خير ومندوب اليه وقد شذ فيها قوم من السلف الاول روى عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود أنهما قالا في قوله تعالى ويمنعون الماعون انه متاع البيت الذي يتعاطاه الناس بينهم من القاس والدلو والحبل والقدر

وما اشبه ذلك . وأما المعير فلا يعتبر فيه الا كونه مالكا للعارية اما لرقبتها واما لمنفعتها والاظهر أنها لا تصح من المستعير أعني ان يعيرها . وأما العارية فتكون فى الدور والارضين والحيوان وجميع ما يعرف بعينه اذا كانت منفعته مباحة الاستعمال ولذلك لا يجوز اباحة الجواري للاستمتاع ويكره للاستخدام الا أن يكون ذا محرم . وأما صيغة الاعارة هي كل لفظ يدل على الاذن وهي عقد جائز عند الشافعي وأبي حنيفة أي للمعير ان يسترد عاريته اذا شاء وقال مالك فى المشهور ليس لها استرجاعها قبل الانتفاع وان شرط مدة الزمته تلك المدة وان لم يشترط مدة لزمه من المدة ما يرى الناس انه مدة لمثل تلك العارية * وسبب الخلاف ما يوجد فيها من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة وأما الاحكام فكثيرة وأشهرها هل هي مضمونة او امانة فمنهم من قال انها مضمونة وان قامت البينة على تلفها وهو قول اشهب والشافعي واحد قولي مالك ومنهم من قال نقيض هذا وهو انها ليست مضمونة اصلا وهو قول ابي حنيفة ومنهم من قال يضمن فيما يغاب عليه اذا لم يكن على التلف بينة ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ولا فيما قامت البينة على تلفه وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم وأكثر اصحابه * وسبب الخلاف تعارض الآثار فى ذلك وذلك انه ورد فى الحديث الثابت أنه قال عليه السلام لصفوان بن امية بل عارية مضمونة مؤداة وفى بعضها بل عارية مؤداة وروي عنه أنه قال ليس على المستعير ضمان فمن رجح واخذ بهذا اسقط الضمان عنه ومن اخذ بحديث صفوان بن امية الزمه الضمان ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب فحمل هذا الضمان على ما يغاب عليه والحديث الآخر على ما لا يغاب عليه الا أن هذا الحديث الذى ليس على المستعير ضمان غير مشهور وحديث صفوان صحيح ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة ومن فرق قال الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع والعارية لمنفعة القابض واتفقوا فى الاجارة على انها غير مضمونة أعني الشافعي وأبا حنيفة ومالكا ويلزم الشافعي اذا سلم انه لا ضمان عليه فى الاجارة الا ان يكون ضمان فى العارية ان سلم أن سبب الضمان هو الانتفاع لانه اذا لم يضمن حيث قبض لمنفعتهما فاحرى الا يضمن حيث قبض لمنفعته اذ كانت منفعة الدافع مؤثرة فى اسقاط الضمان واختلفوا اذا شرط الضمان فقال قوم يضمن وقال قوم لا يضمن والشرط باطل ويحيى على قول مالك اذا اشترط الضمان فى الموضع الذى يجب فيه عليه الضمان ان يلزم اجارة المثل فى استعماله العارية لان الشرط يخرج العارية عن حكم العارية الى باب الاجارة الفاسدة اذ كان صاحبها لم يرض ان يعيرها الا بان يخرجها فى ضمانه فهو عوض مجهول فيجب ان يرد الى معلوم واختلف عن مالك والشافعي اذا غرس المستعير وبنى ثم انقضت المدة التي استعار اليها فقال مالك المالك بالخيار ان شاء أخذ المستعير بقلع غراسته وبنائه وان شاء اعطاه قيمته مقلوعا اذا كان لعمله قيمة بعد القلع وسواء عند مالك انقضت المدة المحدودة بالشرط او بالعرف او العادة وقال الشافعي اذا لم يشترط عليه القلع فليس له مطالبته بالقلع بل يخير المعير بان يبقيه باجر يعطيه او ينقض بارش او تمليك يبدل فيهما اراد المعير اجبر عليه المستعير فان ابى كلف تفريغ الملك وفى جواز بيعه للنقض عنده خلاف لانه معرض للنقض فرأى الشافعي ان اخذه المستعير بالقلع دون ارش هو ظلم ورأى مالك ان عليه اخلاء المحل وان العرف فى ذلك ينزل منزلة الشروط وعند مالك انه ان استعمل العارية استعمالا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال واختلفوا من هذا الباب فى الرجل يسئل جاره ان يعيره جداره ليغرز فيه خشبة لمنفعته ولا تضر صاحب الجدار وبالجملة فى كل ما ينتفع به المستعير ولا ضرر على المعير فيه فقال مالك وابو حنيفة لا يقضى عليه به اذ العارية لا يقضى بها وقال

الشافعي

الشافعي واحمد وابو ثور وداود وجماعة اهل الحديث يقضي بذلك وحجتهم ماخرجه مالك عن ابن شهاب عن الاعرج عن ابي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع احدكم جاره ان يغرز خشبة في جداره ثم يقول ابو هريرة مالي اراكم عنها معرضين والله لارمين بها بين اكتافكم واحتجوا ايضاً بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب ان الضحاك بن قيس ساق خليجاً له من العريض فاراد ان يمر به في ارض محمد بن مسلمة فابى محمد فقال له الضحاك انت تمنعني وهو لك منفعة تسقي منه اولا وآخراً ولا يضرك فابى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعى عمر محمد بن مسلمة فامره ان يخلي سبيله قال محمد لا فقال عمر لا تمنع اخاك ما ينفعه ولا يضرك فقال محمد لا فقال عمر والله ليمرن به ولو على بطنك فامره عمر ان يمر به ففعل الضحاك وكذلك حديث عمرو بن يحيى المازني عن ابيه انه قال كان في حائط جدي ربيع لعبد الرحمان بن عوف فاراد ان يحوله الى ناحية من الحائط فمنعه صاحب الحائط فكلم عمر بن الخطاب فقضى لعبد الرحمان بن عوف بتحويله وقد عذل الشافعي مالكا لادخاله هذه الاحاديث في موطاه وتركه الاخذ بها وعمدة مالك وابي حنيفة قوله عليه السلام لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه وعند الغير ان عمومه هذا مخصص بهذه الاحاديث وبخاصة حديث ابي هريرة وعند مالك انها محمولة على الندب وانه اذا امكن ان تكون مخصصة وان تكون على الندب فحملها على الندب اولى لان بناء العام على الخاص انما يجب اذا لم يكن بينهما جمع ووقع التعارض وروى اصبغ عن ابن القاسم انه لا يوخذ بقضاء عمر على محمد بن مسلمة في الخليج ويوخذ بقضائه لعبد الرحمان بن عوف في تحويل الربيع وذلك انه رآ ان تحويل الربيع ايسر من ان يمر عليه بطريق من لم يكن قبل وهذا القدر كاف بحسب غرضنا

بسم الله الرحمان الرحيم — صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الغصب

وفيه بابان . الاول في الضمان وفيه ثلاثة اركان الاول الموجب للضمان . والثاني ما فيه الضمان . والثالث الواجب واما الباب الثاني فهو في الطوارئ على المغصوب

الباب الاول

الركن الاول

واما الموجب للضمان فهو اما المباشرة لاخذ المال المغصوب او لاتلافه واما المباشرة للسبب المتلف واما اثبات اليد عليه واختلفوا في السبب الذي يحصل بمباشرته الضمان اذا تناول التلف بواسطة سبب آخر هل يحصل به ضمان املا وذلك مثل ان يفتح قفصاً فيه طائر فيطير بعد الفتح فقال مالك يضمنه هاجه على الطيران أو لم يهجه وقال أبو حنيفة لا يضمن على حال وفرق الشافعي بين ان يهيجه على الطيران أو لم يهيجه فقال يضمن ان هاجه ولا يضمن ان لم يهجه ومن هذا من حفر بئراً فسقط فيه شيء فهلك فمالك والشافعي يقولان ان حفره بحيث ان يكون حفره تعدياً ضمن ما تلف فيه والا لم يضمن ويجيء على أصل أبي حنيفة انه لا يضمن في مسئلة الطائر وهل يشترط في المباشرة العمد او لا يشترط فالاشهر ان الاموال تضمن عمداً وخطأً وان كانوا قد اختلفوا في مسائل جزئية من هذا الباب وهل يشترط فيه ان يكون مختاراً فالمعلوم عن الشافعي انه يشترط ان يكون مختاراً ولذلك رآ على المكره الضمان أعني المكره على الاتلاف

الركن الثاني

واما ما يجب فيه الضمان فهو كل مال اتلفت عينه او تلفت عند الغاصب عينه بامر من السماء أو سلطت اليد عليه وتملك وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار فقال الجمهور انها تضمن بالغصب أعني انها

انانهدمت الدار ضمن قيمتها وقال أبوحنيفة لايضمن ٭وسبب اختلافهم هوهل كون يد الغاصب على العقار مثل كونيده على مايتقل ويحول فمن جعل حكم ذلك واحداً قال بالضمان ومن لم يجعل حكم ذلك واحداً قال لا ضمان

﴿ الركن الثالث ﴾

وهو الواجب في الغصب والواجب على الغاصب انكان المال قائماً عنده بعينه لم تدخله زيادة ولانقصان ان يرده بعينه وهذا لا خلاف فيه فاذا ذهبت عينه فانهم اتفقوا على أنه اذا كان مكيلاً أو موزوناً ان على الغاصب المثل أعنى مثل ما استهلك صفة ووزناً واختلفوا فى العروض فقال مالك لايقضى في العروض من الحيوان وغيره الا بالقيمة يوم استهلك وقال الشافعى وأبوحنيفة وداود الواجب فى ذلك المثل ولاتلزم القيمة الا عند عدم المثل وعمدة مالك حديث أبي هريرة المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم من اعتق شقصا له في عبد قوم عليه الباقي قيمة العدل الحديث ووجه الدليل منه انه لم يلزمه المثل والزمه القيمة وعمدة الطائفة الثانية قوله تعالى فجزاء مثل ماقتل من النعم ولان منفعة الشئ قد تكون هى المقصودة عند المتعدي عليه ومن الحجة لهم ماخرجه أبوداود من حديث انس وغيره ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه فأرسلت احدي امهات المومنين جارية بقصعة لها فيها طعام قال فضربت بيدها فكسرت القصعة فأخذ النبي صلى الله عليه وسلم الكسرتين فضم احداها الي الاخرى وجعل فيها جميع الطعام ويقول غارت امكم كلوا كلوا حتي جاءت قصعتها التى فى بيتها وحبس رسول الله صلى الله عليه وسلم القصعة حتى فرغوا فدفع الصحفة الصحيحة الى الرسول وحبس المكسورة فى بيته وفى حديث آخر أن عائشة كانت هى التي غارت وكسرت الاناء وأنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما كفارة ماصنعت قال اناء مثل إناء وطعام مثل طعام

﴿ الباب الثاني في الطوارئ ﴾

والطوارئ على المغصوب إما بزيادة وإما بنقصان وهذان اما من قبل المخلوق وإما من قبل الخالق واما النقصان الذى يكون بأمر من السماء فانه ليس له الا ان ياخذه ناقصاً او يضمنه قيمته يوم الغصب وقيل ان له ان ياخذ ويضمن الغاصب قيمة العيب واما ان كان النقص بجناية الغاصب فالمغصوب مخير في المذهب بين ان يضمنه القيمة يوم الغصب او ياخذه وماتقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم وعند سحنون ماتقصته الجناية يوم الغصب وذهب اشهب الى انه مخير بين ان يضمنه القيمة أو ياخذه ناقصاً ولاشئ له فى الجناية كالذي يصاب بأمر من السماء واليه ذهب ابن المواز ٭والسبب في هذا الاختلاف ان من جعل المغصوب مضموناً على الغاصب بالقيمة يوم الغصب جعل ماحدث فيه من نماء اونقصان كانه حدث فى ملك صحيح فاوجب له الغلة ولم يوجب عليه فى النقصان شيئاً سواء كان من سببه أو من عند الله وهو قياس قول أبي حنيفة وبالجملة فقياس قول من يضمنه قيمته يوم الغصب فقط ومن جعل المغصوب مضموناً على الغاصب بقيمته فى كل اوان كانت يده عليه اخذه بارفع القيم واوجب عليه رد الغلة وضمان النقصان سواء كان من فعله أو من عند الله وهو قول الشافعى أوقياس قوله ومن فرق بين الجناية التى تكون من الغاصب وبين الجناية التى تكون بأمر من السماء وهو مشهور مذهب مالك وابن القاسم فعمدته قياس الشبه لانه رآ ان جناية الغاصب على الشئ الذى غصبه هو غصب ثان متكرر منه كالو جنى عليه وهو فى ملك صاحبه فهذا هو نكتة الاختلاف فى هذا الباب فقف عليه واما ان كانت الجناية عند الغاصب من غير فعل الغاصب فالمغصوب مخير بين ان يضمن الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب الجاني وبين ان يترك الغاصب ويتبع الجانى

بحكم الجنايات فهذا حكم الجنايات على العين فى يد الغاصب وأما الجناية على العين من غير ان يغصبها غاصب فانها تنقسم عند مالك الى قسمين جناية تبطل يسيراً من المنفعة والمقصود من الشئ باق فهذا يجب فيه ما نقص يوم الجناية وذلك بان يقوم صحيحاً ويقوم بالجناية فيعطى ما بين القيمتين وأما ان كانت الجناية مما تبطل العرض المقصود فان صاحبه يكون مخيراً ان شاء اسلمه للجانى وأخذ قيمته وان شاء اخذ قيمة الجناية وقال الشافعى وابو حنيفة ليس له الا قيمة الجناية * وسبب الاختلاف الالتفات الى الحمل على الغاصب وتشبيه اتلاف اكثر المنفعة باتلاف العين وأما النماء فانه على قسمين . أحدهما ان يكون بفعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعيب يذهب . والثانى ان يكون مما احدثه الغاصب فاما الاول فانه ليس بفوت وأما النماء بما احدثه الغاصب فى الشئ المغصوب فانه ينقسم فيما رواه ابن القاسم عن مالك الى قسمين . أحدهما ان يكون قد جعل فيه من ماله ماله عين قائمة كالصبغ فى الثوب والنقض فى البناء وما اشبه ذلك . والثانى الا يكون قد جعل فيه من ماله سوى العمل كالخياطة والنسج وطحن الحنطة والخشبة يعمل منها توابيت فاما الوجه الاول وهو ان يجعل فيه من ماله ماله عين قائمة فانه ينقسم الى قسمين . أحدهما ان يكون ذلك الشئ مما يمكنه اعادته على حاله كالبقعة يبنيها وما اشبه ذلك . والثانى الا يقدر على اعادته كالثوب يصبغه والسويق يلته فاما الوجه الاول فللمغصوب منه مخير بين ان يامر الغاصب باعادة البقعة على حالها وازالة ماله فيها مما جعله من نقض او غيره وبين ان يعطى الغاصب قيمة ماله فيها من النقض مقلوعا بعد حط اجر القلع وهذا اذا كان الغاصب ممن لا يتولى ذلك بنفسه ولا بغيره وانما يستاجر عليه وقيل انه لا يحط من ذلك اجر القلع هذا ان كانت له قيمة وأما ان لم تكن له قيمة لم يكن للغاصب على المغصوب فيه شئ لان من حق المغصوب ان يعيد له الغاصب ما غصب منه على هيئته فان لم يطالبه بذلك لم يكن له مقال وأما الوجه الثانى فهو فيه مخير بين ان يدفع قيمة الصبغ وما اشبهه ويأخذ ثوبه وبين ان يضمنه قيمة الثوب يوم غصبه الا فى السويق الذى يلته فى السمن وما اشبه ذلك من الطعام فلا يخير فيه لما يدخله من الربا ويكون ذلك فوتا يلزم الغاصب فيه المثل او القيمة فيما لا مثل له وأما الوجه الثانى من التقسيم الاول وهو الا يكون اخراج الغاصب فيما احدثه فى الشئ المغصوب سوى العمل فان ذلك ايضاً ينقسم قسمين . أحدهما ان يكون ذلك يسيراً لا ينتقل به الشئ عن اسمه بمنزلة الخياطة فى الثوب او الرقوله : والثانى ان يكون العمل كثيراً ينتقل به الشئ المغصوب عن اسمه كالخشبة يعمل منها تابوتا والقمح يطحنه والغزل ينسجه والفضة يصوغها حلياً او دراهم فأما الوجه الاول فلا حق فيه للغاصب ويأخذ المغصوب منه الشئ المغصوب معمولا وأما الوجه الثانى فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشئ المغصوب يوم غصبه او مثله فى ماله مثل هذا تفصيل مذهب ابن القاسم فى هذا المعنى وأشهب يجعل ذلك كله للمغصوب اصله مسئلة البنيان فيقول انه لا حق للغاصب فيما لا يقدر على اخذه من الصبغ والرقو والنسج والدباغ والطحين وقد روى عن ابن عباس أن الصبغ تفويت يلزم الغاصب فيه القيمة يوم الغصب وقد قيل انهما يكونان شريكين هذا بقيمة الصبغ وهذا بقيمة الثوب ان ابى رب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ وان ابى الغاصب ان يدفع قيمة الثوب وهذا القول انكره ابن القاسم فى المدونة فى كتاب اللقطة وقال ان الشركة لا تكون الا فيما كان يوجه شبهة حاية وقول الشافعى فى الصبغ مثل قول ابن القاسم الا أنه يجيز الشركة بينهما ويقول انه يومر الغاصب بقلع الصبغ ان امكنه وان نقص الثوب ويضمن للمغصوب مقدار النقصان واصول الشرع تقتضى ألا يستحل مال الغاصب من اجل غصبه وسواء كان منفعة او عيناً الا ان يحتج محتج بقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق

لكن هذا مجمل ومفهومه الاول انه ليس له منفعة متولدة بين ماله وبين الشئ الذى غصبه اعنى ماله المتعلق بالمغصوب فهذا هو حكم الواجب فى عين المغصوب تغير اولم يتغير واما حكم غلته فاختلف فى ذلك فى المذهب على قولين احدهما ان حكم الغلة حكم الشئ المغصوب، والثانى ان حكمها بخلاف الشئ المغصوب فمن ذهب الى أن حكمها حكم الشئ المغصوب وبه قال اشهب من اصحاب مالك يقول انما تلزمه الغلة يوم قبضها او اكثر ما انتهت اليه قيمتها على قول من يرى أن الغاصب يلزمه ارفع القيم من يوم غصبها لا قيمة الشئ المغصوب يوم الغصب وأما الذين ذهبوا الى ان حكم الغلة بخلاف حكم الشئ المغصوب فاختلفوا فى حكمها اختلافا كثيراً بعد اتفاقهم على أنها إن تلفت بينة انه لا ضمان على الغاصب وأنه ان ادعى تلفها لم يصدق وان كان مما لا يغاب عليه وتحصيل مذهب هؤلاء فى حكم الغلل هو أن الغلل تنقسم الى ثلاثة أقسام. احدها غلة متولدة عن الشئ المغصوب على نوعه وخلقته وهو الولد وغلة متولدة عن الشئ لا على صورته وهو مثل الثمر ولبن الماشية وجبنها وصوفها وغلل غير متولدة بل هى منافع وهى الاكرية والخراجات وما أشبه ذلك فأما ما كان على خلقته وصورته فلا خلاف أعلمه ان الغاصب يرده كالولد مع الام المغصوبة وان كان ولد الغاصب وانما اختلفوا فى ذلك اذا ماتت الام فقال هو مخير بين الولد وقيمة الام وقال الشافعى بل يرد الولد وقيمة الام وهو القياس وأما ان كان متولداً على غير خلقة الاصل وصورته ففيه قولان احدهما أن للغاصب ذلك المتولد والثانى انه يلزمه رده مع الشئ المغصوب ان كان قائما او قيمتها إن ادعى تلفها ولم يعرف ذلك الا من قوله فان تلف الشئ المغصوب كان مخيراً بين ان يضمنه بقيمته ولا شئ له فى الغلة وبين أن يأخذه بالغلة ولا شئ له من القيمة وأما ما كان غير متولد فاختلفوا فيه على خمسة أقوال. احدها انه لا يلزمه رده جملة من غير تفصيل. والثانى أنه يلزمه رده من غير تفصيل ايضاً. والثالث أنه يلزمه الردان اكرى ولا يلزمه الردان انتفع او عطل. والرابع يلزمه ان اكرى او انتفع ولا يلزمه ان عطل. والخامس الفرق بين الحيوان والاصول أعنى انه يرد قيمة منافع الاصول ولا يرد قيمة منافع الحيوان وهذا كله فيما اغتل من العين المغصوبة مع عينها وقيامها واما ما اغتل منها بتصريفها وتحويل عينها كالدنانير فيغتصبها فيتجر بها فيربح فالغلة له قولا واحداً فى المذهب وقال قوم الربح للمغصوب وهذا أيضاً اذا قصد غصب الاصل وأما اذا قصد غصب الغلة دون الاصل فهو ضامن للغلة باطلاق ولا خلاف فى ذلك سواء عطل او انتفع او اكرى كان مما يزال به اويما لا يزال به وقال ابو حنيفة انه من تعدى على دابة رجل فركبها او حمل عليها فلا كراء عليه فى ركوبه اياها ولا فى حمله لانه ضامن لها ان تلفت فى تعديه وهذا قوله فى كل ما ينقل ويحول فانه لما رآ أنه قد ضمنه بالتعدى وصار فى ذمته جازت له المنفعة كما تقول المالكية فيما تجر به من المال المغصوب وان كان الفرق بينهما أن الذى تجر به تحولت عينه وهذا لم تحول عينه * وسبب اختلافهم فى هل يرد الغاصب الغلة او لا يردها اختلافهم فى تعميم قوله عليه السلام الخراج بالضمان وقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق وذلك ان قوله عليه السلام هذا خرج على سبب وهو فى غلام قيم فيه بعيب فاراد الذى صرف عليه ان يرد المشترى غلته واذا خرج العام على سبب هل يقصر على سببه ام يحمل على عمومه فيه خلاف بين فقهاء الامصار مشهور فمن قصر هاهنا على الحكم على سببه قال انما تجب الغلة من قبل الضمان فيما صار الى الانسان بشبهة مثل ان يشترى شيئاً فيستغله فيستحق منه واما ما صار اليه بغير وجه شبهة فلا تجوز له الغلة لانه ظالم وليس لعرق ظالم حق فعمم هذا الحديث فى الاصل والغلة أعنى عموم هذا الحديث وخصص الثانى واما من عكس الامر فعمم قوله عليه السلام الخراج بالضمان على اكثر

من

من السبب الذى خرج عليه وخصص قوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق بان جعل ذلك في الرقبة دون الغلة قال لايرد الغلة الغاصب واما من المعنى كما تقدم من قولنا فالقياس ان تجرى المنافع والاعيان المتولدة مجرى واحد وأن يعتبر التضمين اولايعتبر واما سائر الاقاويل التى بين هذين فهي استحسان واجمع العلماء على ان من اغترس نخلا اوشجراً وبالجملة نباتا فى غير ارضه انه يومر بالقلع لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من احيا ارضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق والعرق الظالم عندهم هوما اغترس فى ارض الغير وروى ابوداود فى هذا الحديث زيادة قال عروة ولقد حدثنى الذى حدثنى هذا الحديث ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم غرس احدهما نخلا فى ارض الاخر فقضى لصاحب الارض بارضه وامر صاحب النخل ان يخرج نخله منها قال فلقد رأيتها وانها لتضرب اصولها حتى اخرجت منها بالفؤوس وانها لنخل عم الاماروى فى المشهور عن مالك ان من زرع زرعاً فى أرض غيره وفات أوان زراعته لم يكن لصاحب الارض أن يقلع زرعه وكان على الزراع كراء الارض وقد روى عنه مايشبه قياس قول الجمهور وعلى قوله ان كل مالاينفع الغاصب به اذا قلعه وأزاله انه للمغصوب يكون الزرع على هذا للزراع وفرق قوم بين الزرع والنهار فقالوا الزارع فى أرض غيره له نفقته وزريعته وهو قول كثير من اهل المدينة وبه قال أبو عبيد وروى آخر عن رافع بن خديج انه قال عليه السلام من زرع فى أرض قوم بغير اذنهم فله نفقته وليس له من الزرع شئ واختلف العلماء في القضاء فيما أفسدته المواشي والدواب على اربعة أقوال. أحدها أن كل دابة مرسلة فصاحبها ضامن لما أفسدته .والثاني الاضمان عليه.والثالث أن الضمان على أرباب البهائم بالليل ولاضمان عليهم فيما أفسدته بالنهار.والرابع وجوب الضمان فى غير المنفلت ولاضمان فى المنفلت وممن قال يضمن بالليل ولايضمن بالنهار مالك.والشافعي لاضمان عليهم أصلا قال أبو حنيفة وأصحابه وبالضمان باطلاق قال الليث الا ان الليث قال لايضمن اكثر من قيمة الماشية والقول الرابع مروى عن عمر رضى الله عنه فعمدة مالك والشافعي في هذا الباب شيئان. أحدهما قوله تعالى وداود وسليمان اذيحكمان فى الحرث اذنفشت فيه غنم القوم والنفش عند أهل اللغة لايكون الا بالليل وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى انا مخاطبون بشرع من قبلنا والثانى مرسله عن ابن شهاب ان ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فافسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان على اهل الحوائط بالنهار حفظها وانما افسدته المواشي بالليل ضامن على أهلها اى مضمون وعمدة ابى حنيفة قوله عليه السلام العجما جرحها جبار وقال الطحاوى وتحقيق مذهب ابى حنيفة انه لايضمن اذا ارسلها محفوظة فاما اذا لم يرسلها محفوظة فيضمن والمالكية تقول من شرط قولنا ان تكون الغنم فى المسرح واما اذا كانت فى ارض مزرعة لامسرح فيها فهم يضمنون ليلا ونهاراً وعمدة من رآ الضمان فيما افسدت ليلا ونهارا شهادة الاصول له وذلك انه تعد من المرسل والاصول على ان على المتعدى الضمان ووجه من فرق بين المنفلت وغير المنفلت بين فان المنفلت لايمكن * فسبب الخلاف فى هذا الباب معارضة الاصل للسمع ومعارضة السماع بعضه لبعض اعنى ان الاصل يعارض جرح العجما جبار ويعارض أيضاً التفرقة التى فى حديث البراء وكذلك التفرقة التي فى حديث البراء تعارض أيضاً قوله جرح العجما جبار ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم فى حكم مايصاب من اعضاء الحيوان فروى عن عمر بن الخطاب انه قضى فى عين الدابة بربع ثمنها وكتب الى شريح فأمره بذلك وبه قال الكوفيون وقضى به عمر بن عبد العزيز وقال الشافعي ومالك يلزم فيها اصيب من البهيمة ماقص فى ثمنها قياساً على التعدى فى الاموال

والكوفيون اعتمدوا في ذلك على قول عمر رضي الله عنه وقالوا اذا قال الصاحب قولا ولا مخالف له من الصحابة وقوله مع هذا مخالف للقياس وجب العمل به لانه يعلم انه انما صار الى القول به من جهة التوقيف فسبب الخلاف اذاً معارضة القياس لقول الصاحب ومن هذا الباب اختلافهم في الجمل الصؤول وما أشبهه يخاف الرجل على نفسه فيقتله هل يجب عليه غرمه ام لا فقال مالك والشافعي لاغرم عليه اذا بان أنه خافه على نفسه وقال أبو حنيفة والثوري يضمن قيمته على كل حال وعمدة من لم ير الضمان القياس على من قصد رجلا فأراد قتله فدافع المقصود عن نفسه فقتل في المدافعة القاصد المتعدي أنه ليس عليه قود واذا كان ذلك في النفس كان في المال احرى لان النفس اعظم حرمة من المال وقياساً ايضاً على إهدار دم الصيد الحرمي اذا صال وبه تمسك حذاق اصحاب الشافعي وعمدة أبي حنيفة ان الاموال تضمن بالضرورة اليها اصله المضطر الى طعام الغير ولا حرمة للغير من جهة ماهو ذو نفس ومن هذا الباب اختلافهم في المكرهة على الزنا هل على مكرهها مع الحد صداق ام لا فقال مالك والشافعي والليث عليه الصداق والحد جميعاً وقال ابو حنيفة والثوري عليه الحد ولا صداق عليه وهو قول ابن شبرمة وعمدة مالك أنه وجب عليه حقان حق لله وحق للادمي فلم يسقط أحدهما الاخر اصله السرقة التي يجب بها عندهم غرم المال والقطع وأما من لم يوجب الصداق فتعلق في ذلك بمعنيين احدهما انه اذا اجتمع حقان حق لله وحق للمخلوق سقط حق المخلوق لحق الله وهذا على رأي الكوفيين في انه لايجمع على السارق غرم وقطع والمعنى الثاني أن الصداق ليس مقابل البضع وانما هو عبادة اذ كان النكاح شرعياً واذا كان ذلك كذلك فلا صداق في النكاح الذي على غير الشرع ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب من غصب اسطوانة فبنى عليها بناء يساوي قائماً اضعاف قيمة الاسطوانة فقال مالك والشافعي يحكم على الغاصب بالهدم وياخذ المغصوب منه اسطوانته وقال أبو حنيفة تفوت بالقيمة كقول مالك فيمن غير المغصوب بصناعة لها قيمة كثيرة وعند الشافعي لايفوت المغصوب بشيء من الزيادة وهاهنا انقضى هذا الكتاب

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الاستحقاق ﴾

وجل النظر في هذا الكتاب هو في احكام الاستحقاق وتحصيل اصول احكام هذا الكتاب ان الشيء المستحق من يد انسان بما تثبت به الاشياء في الشرع لمستحقها اذا صار الى ذلك الانسان الذي استحق من يده الشيء المستحق بشراء انه لايخلو من أن يستحق من ذلك الشيء أقله او كله او وجه ثم اذا استحق منه كله او وجه فلايخلوا ان يكون قد تغير عند الذي هو بيده بزيادة او نقصان او يكون لم يتغير ثم لايخلوا ايضاً ان يكون المستحق منه قد اشتراه بثمن او مثمون فاما ان كان استحق منه أقله فانه انما يرجع عند مالك على الذي اشتراه منه بقيمة ما استحق من يده وليس له أن يرجع بالجميع واما ان استحق كله أو وجه فان كان لم يتغير اخذه المستحق ورجع المستحق من يده على الذي اشتراه منه بثمن ما اشتراه منه ان كان اشتراه بثمن وان كان اشتراه بالمثمون رجع بالمثمون بعينه ان كان لم يتغير فان تغير تغيراً يوجب اختلاف قيمته رجع بقيمته يوم الشراء وان كان المال المستحق قد بيع فان للمستحق ان يمضي البيع ويأخذ الثمن او ياخذه بعينه فهذا حكم المستحق والمستحق من يده مالم يتغير الشيء المستحق فان تغير الشيء المستحق فلا يخلوا ان يتغير بزيادة او نقصان واما ان كان تغير بزيادة فلايخلوا ان يتغير بزيادة من قبل الذي استحق من يده الشيء

او بزيادة من ذات الشئ فأما الزيادة من ذات الشئ فياخذها المستحق مثل ان تسمن الجارية او يكبر الغلام وأما الزيادة من قبل المستحق منه فمثل ان يشتري الدار فيبني فيها فتستحق من يده فانه مخيرين أن يدفع قيمة الزيادة ويأخذ ما استحقه اوبين ان يدفع اليه المستحق من يده قيمة ما استحق اويكونا شريكين هذا بقدر قيمة ما استحق من يده وهذا بقدر قيمة مابنى اوما غرس وهو قضاء عمر بن الخطاب واما ان كانت الزيادة ولادة من قبل المستحق منه مثل ان يشترى أمة فيولدها ثم تستحق منه اويزوجها على أنها حرة فتخرج امة فانهم اتفقوا على أن المستحق ليس له ان ياخذ أعيان الولد واختلفوا فى اخذ قيمتهم وأما الام فقيل ياخذها بعينها وقيل ياخذ قيمتها وأما ان كان الولد بنكاح فاستحقت بعبودية فلاخلاف أن لسيدها ان ياخذها ويرجع الزوج بالصداق على من غره واذا ألزمناه قيمة الولد لم يرجع بذلك على من غره لان الغرور لم يتعلق بالولد واما غلة الشئ المستحق فانه اذا كان ضامناً بشبهة ملك فلاخلاف أن الغلة للمستحق منه واعنى بالضمان انها تكون من خسارته اذا هلكت عنده واما اذا كان غير ضامن مثل ان يكون وارثا فيطرأ عليه وارث آخر فيستحق بعض ما فى يده فانه يرد الغلة واما ان كان غير ضامن الا انه ادعى فى ذلك ثمناً مثل العبد يستحق بحرية فانه وان هلك عنده يرجع بالثمن ففيه قولان انه لايضمن اذا لم يجد على من يرجع ويضمن اذا وجد على من يرجع واما من اى وقت تصح الغلة للمستحق فقيل يوم الحكم وقيل من يوم ثبوت الحق وقيل من يوم توقيفه واذا قلنا ان الغلة تجب للمستحق فى احد هذه الاوقات الثلاثة فاذا كانت اصولا فيها ثمر فأدرك هذا الوقت الثمر ولم يقطف بعد فقيل انها للمستحق مالم تقطف وقيل مالم تيبس وقيل مالم يطب ويرجع عليه بما سقى وعالج المستحق من يديه وهذا إن كان اشترى الاصول قبل الابار واما ان كان اشتراها بعد الابار فالثمرة للمستحق عند ابن القاسم ان جذت ويرجع بالسقى والعلاج وقال اشهب هى للمستحق مالم تجذ والارض اذا استحقت فالكراء انما هو للمستحق ان وقع الاستحقاق فى إبان زريعة الارض واما اذا خرج الابان فقد وجب كراء الارض للمستحق منه واما ان كان تغير بنقصان فان كان من غير سبب المستحق من يديه فلاشئ على المستحق من يديه واما ان كان اخذ له ثمنا مثل ان يهدم الدار فيبيع نقضها ثم يستحقها من يده رجل آخر فانه يرجع عليه بثمن ماباع من النقض قال القاضى ولم اجد فى هذا الباب خلافاً يعتمد عليه فيما نقلته فيه من مذهب مالك واصحابه وهى اصولهم فى هذا الباب ولكن يجئ على اصول الغير انه اذا كان المستحق مشترى بعرض وكان العرض قد ذهب ان يرجع المستحق من يده بعرض مثله لابقيمته وهم الذين يرون فى جميع المتلفات المثل وكذلك يجئ على اصول الغير ان يرجع على المشترى اذا استحق منه قليل اوكثير لانه لم يدخل على الباقى ولا انعقد عليه بيع ولاوقع به تراض كمل كتاب الاستحقاق بحمد الله

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الهبات

والنظر فى الهبة فى اركانها وفى شروطها وفى انواعها وفى احكامها ونحن فانما نذكر من هذه الاجناس مافيها من المسائل المشهورة ﴿ فقـــــول ﴾ أما الاركان فهى ثلاثة الواهب والموهوب له والهبة أما الواهب فانهم اتفقوا على انه يجوز هبته اذا كان مالكا للموهوب صحيح الملك وذلك اذا كان فى حال الصحة وحال اطلاق اليد . واختلفوا فى حال المرض وفى حال السفه والفلس أما المريض فقال الجمهور انها فى ثلثه تشبيهاً بالوصية أعنى الهبة التامة

بشروطها وقالت طائفة من السلف وجماعة اهل الظاهر انهبته تخرج من رأس ماله اذامات ولاخلاف بينهم أنه اذاصح من مرضه أن الهبة صحيحة وعمدة الجمهور حديث عمران بن حصين عن النبي عليه السلام في الذي اعتق ستة اعبد عند موته فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعتق ثلثهم وارق الباقي وعمدة اهل الظاهر استصحاب الحال أعني حال الاجماع وذلك أنهم لما اتفقوا على جواز هبته في الصحة وجب استصحاب حكم الاجماع في المرض الاأن يدل دليل من كتاب او سنة بينة والحديث عندهم محمول على الوصية والامراض التي يحجر فيها عند الجمهور هي الامراض المخوفة وكذلك عند مالك الحالات المخوفة مثل الكون بين الصفين وقرب الحامل من الوضع وراكب البحر المرتج وفيه اختلاف وأما الامراض المزمنة فليس عندهم فيها تحجير وقد تقدم هذا في كتاب الحجر وأما السفهاء والمفلسون فلاخلاف عند من يقول بالحجر عليهم انهبتهم غير ماضية وأما الموهوب فكل شئ صح ملكه . واتفقوا على أن للانسان ان يهب جميع ماله للاجنبي . واختلفوا في تفضيل الرجل بعض ولده على بعض في الهبة اوفي هبة جميع ماله لبعضهم دون بعض فقال جمهور فقهاء الامصار بكراهية ذلك له ولكن اذاوقع عندهم جاز وقال اهل الظاهر لايجوز التفضيل فضلا عن ان يهب بعضهم جميع ماله وقال مالك يجوز التفضيل ولا يجوز ان يهب بعضهم جميع المال دون بعض ودليل اهل الظاهر حديث النعمان بن بشير وهو حديث متفق على صحته وان كان قد اختلف في الفاظه والحديث أنه قال ان اباه بشيراً اتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني نحلت ابني هذا غلاماً كان لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اكل ولدك نحلته مثل هذا قال لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فارجعه واتفق مالك والبخاري ومسلم على هذا اللفظ قالوا والاجماع يقتضي بطلان الهبة وفي بعض الفاظ روايات هذا الحديث أنه قال عليه السلام هذا جور وعمدة الجمهور أن الاجماع منعقد على أن للرجل ان يهب في صحته جميع ماله للاجانب دون اولاده فاذا كان ذلك للاجنبي فهو للولد احرى واحتجوا بحديث أبي بكر المشهور أنه كان نحل عائشة جذاذ عشرين وسقاً من مال الغابة فلما حضرته الوفاة قال والله يابنية مامن الناس أحد احب الي غنا بعدي منك ولا اعز على فقرا بعدي منك واني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً فلو كنت جذذتيه واحتزتيه كان لك وانما هو اليوم مال وارث قالوا وذلك الحديث المراد به الندب والدليل على ذلك أن في بعض رواياته الست تريد ان يكونوا لك في البر واللطف سواء قال نعم قال فاشهد على هذا غيري واما مالك فانه رآ أن النهي عن ان يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو احرى ان يحمل على الوجوب فاوجب عنده مفهوم هذا الحديث النهي عن ان يخص الرجل بعض اولاده بجميع ماله فسبب الخلاف في هذه المسئلة معارضة القياس للفظ النهي الوارد وذلك أن النهي يقتضي عند الاكثر بصيغته التحريم كما يقتضي الامر الوجوب فمن ذهب الى الجمع بين السماع والقياس حمل الحديث على الندب اوخصصه في بعض الصور كما فعل مالك ولاخلاف عند القائلين بالقياس أنه يجوز تخصيص عموم السنة بالقياس وكذلك العدول بها عن ظاهرها أعني ان يعدل بلفظ النهي عن مفهوم الحظر الى مفهوم الكراهية . وأما اهل الظاهر فلم يجز عندهم القياس في الشرع اعتمدوا ظاهر الحديث وقالوا بتحريم التفضيل في الهبة : واختلفوا من هذا الباب في جواز هبة المشاع غير المقسوم فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور تصح وقال أبو حنيفة لاتصح وعمدة الجماعة أن القبض فيها يصح كالقبض في البيع وعمدة ابي حنيفة أن القبض فيها لا يصح الا مفرزة كالرهن ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود

وبالجملة كل مالا يصح بيعه فى الشرع من جهة الغرر وقال الشافعى ماجاز بيعه جازت هبته كالدين وما لم يجز بيعه لم يجز هبته وكل مالا يصح قبضه عند الشافعى لا تصح هبته كالدين والرهن وأما الهبة فلابد من الايجاب فيها والقبول عند الجميع ومن شرط الموهوب له ان يكون ممن يصح قبوله وقبضه وأما الشروط فاشهرها القبض أعنى ان العلماء اختلفوا هل القبض شرط فى صحة العقد أم لا فاتفق الثورى والشافعى وابو حنيفة ان من شرط صحة الهبة القبض وانه اذا لم يقبض لم يلزم الواهب وقال مالك ينعقد بالقول ويجبر على القبض كالبيع سواء فان تانى الموهوب له على طلب القبض حتى افلس الواهب او مرض بطلت الهبة ولهذا باع تفصيل ان علم فتوانى لم يكن له الا الثمن وان قام فى الفور كان له الموهوب قال القبض عنده فى الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة وهو عند الشافعى وابى حنيفة من شروط الصحة وقال أحمد وأبو ثور تصح الهبة بالعقد وليس القبض من شروطها اصلا لا من شرط تمام ولا من شرط صحة وهو قول اهل الظاهر وقد روى عن احمد بن حنبل ان القبض من شروطها فى المكيل والموزون فعمدة من لم يشترط القبض فى الهبة تشبيهاً بالبيع وأن الاصل فى العقود الا قبض مشترطاً فى صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض وعمدة من اشترط القبض ان ذلك مروى عن ابى بكر رضى الله عنه فى حديث هبته لعائشة المتقدم وهو نص فى اشتراط القبض فى صحة الهبة وما روى مالك عن عمر أيضاً أنه قال مابال رجال ينحلون ابناءهم نحلا ثم يمسكونها فان مات ابن احدهم قال مالى بيدى لم اعطه احداً وان مات قال هو لابنى قد كنت اعطيته اياه فمن نحل نحلا فلم يحزها الذى نحلها للمنحول له وابقاها حتى تكون ان مات لورثته فهى باطلة وهو قول على قالوا وهو اجماع من الصحابة لانه لم ينقل عنهم فى ذلك خلاف . وأما مالك فاعتمد الامرين جميعاً أعنى القياس وما روى عن الصحابة وجمع بينهما فمن حيث هى عقد من العقود لم يكن عنده شرط من شروط صحتها القبض ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التى ذكرها عمر جعل القبض فيها من شرط التمام ومن حق الموهوب له وأنه ان تراخى حتى يفوت القبض بمرض او افلاس على الواهب سقط حقه وجمهور فقهاء الامصار على أن الاب يحوز لابنه الصغير الذى فى ولاية نظره وللكبير السفيه ماوهبه له كما يجوز لهما ماوهبه غيره لهم وأنه يكفى فى الحيازة له اشهاد بالهبة والاعلان بذلك وذلك كله فيما عدى الذهب والفضة وفيما لا يتعين والاصل فى ذلك عندهم ماروا مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال من نحل ابنا له صغيراً لم يبلغ ان يحوز نحلته فاعلن ذلك واشهد عليه فهى جائزة وان وليها وقال مالك واصحابه لابد من الحيازة فى المسكون والملبوس فان كانت داراً سكن فيها خرج منها وكذلك الملبوس ان لبسه بطلت الهبة وقالوا فى سائر العروض بمثل قول الفقهاء أعنى انه يكفى فى ذلك اعلانه واشهاده وأما الذهب والورق فاختلفت الرواية فيه عن مالك فروى عنه أنه لا يجوز الا ان يخرجه الاب عن يده الى يد غيره وروى عنه أنه يجوز اذا جعلها فى ظرف اوناء وختم عليها بخاتم واشهد على ذلك الشهود ولا خلاف بين اصحاب مالك ان الوصى يقوم فى ذلك مقام الاب واختلفوا فى الام فقال ابن القاسم لا تقوم مقام الاب ورواه عن مالك وقال غيره من اصحابه تقوم وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعى الجد بمنزلة الاب والجدة عندابن وهب ام الام تقوم مقام الام والام عنده تقوم مقام الاب

﴿ القـــــول فى انواع الهبات ﴾

والهبة منها ماهى هبة عين ومنها ماهى هبة منفعة وهبة العين منها مايقصد بها الثواب ومنها ما لا يقصد بها الثواب والتى يقصد بها الثواب منها مايقصد بها وجه الله ومنها مايقصد به وجه المخلوق فأما الهبة لغير الثواب فلا خلاف

في جوازها وإنما اختلفوا في احكامها وأماهية الثواب فاختلفوا فيها فأجازها مالك وابوحنيفة ومنعها الشافعي وبه قال داود وأبو ثور * وسبب الخلاف هل هي بيع مجهول الثمن اوليس بيعاً مجهول الثمن فمن رآه بيعاً مجهول الثمن قال هو من بيوع الغرر التي لاتجوز ومن لم يراها بيع مجهول قال يجوز وكان مالكا جعل العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها ولذلك اختلف القول عندهم اذالم يرض الواهب بالثواب ما الحكم فقيل تلزمه الهبة اذا اعطاه الموهوب القيمة وقيل لاتلزمه الا ان يرضيه وهو قول عمر على ما سيأتي بعد فاذا اشترط فيه الرضا فليس هنالك بيع انعقد والاول هو المشهور عن مالك وأما اذا الزم القيمة فهنالك بيع انعقد وانما يحمل مالك الهبة على الثواب إذا اختلفوا في ذلك وخصوصا إذادلت قرينة الحال على ذلك مثل ان يهب الفقير للغني اولمن يرى انه انما قصد بذلك الثواب واماهبات المنافع فمنها ماهي مؤجلة وهذه تسمي عارية ومنحة وما اشبه ذلك ومنها ما يشترط فيها مابقيت حياة الموهوب له وهذه تسمى العمرى مثل ان يهب رجل رجلا سكنى دار حياته وهذه اختلف العلماء فيها على ثلاثة أقوال أحدها انهاهبة مبتوتة أي انها هبة للرقبة وبه قال الشافعي وأبوحنيفة والثوري وأحمد وجماعة والقول الثاني انه ليس للمعمر فيها الاان المنفعة فاذامات عادت الرقبه للمعمر أوإلى ورثته وبه قال مالك وأصحابه وعنده انه ان ذكر العقب عادت اذا انقطع العقب الى المعمر أو إلى ورثته والقول الثالث انه اذا قال هي عمرى لك ولعقبك كانت الرقبة ملكا للمعمر فاذالم يذكر العقب عادت الرقبة بموت المعمر للمعمر أو لورثته وبه قال داود وأبوثور * وسبب الخلاف في هذا الباب اختلاف الآثار ومعارضة الشرط والعمل للاثر اما الاثر ففي ذلك حديثان أحدهما متفق على صحته وهو ما رواه مالك عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل اعمر عمرى له ولعقبه فانها للذي يعطاها لاترجع الي الذي اعطاها أبداً لانه اعطى عطاء وقعت فيه المواريث والحديث الثاني حديث أبي الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يامعشر الانصار امسكوا عليكم أموالكم ولاتعمروها فمن اعمر شيئاً حياته فهوله حياته ومماته وقد روى عن جابر بلفظ آخر لا تعمروا ولاترقبوا فمن اعمر شيئاً أو ارقبه فهو لورثته فحديث أبي الزبير عن جابر مخالف لشرط المعمر وحديث مالك عنه مخالف أيضاً لشرط المعمر الاانه يخيل انه أقل في المخالفة وذلك ان ذكر العقب يوهم تبتيت العطية فمن غلب الحديث على الشرط قال بحديث أبي الزبير عن جابر وحديث مالك عن جابر ومن غلب الشرط قال بقول مالك واما من قال ان العمرى تعود الي المعمر انلم يذكر العقب ولا تعود ان ذكر فانه اخذ بظاهر الحديث وأما حديث أبي الزبير عن جابر فمختلف فيه أعني رواية أبي الزبير عن جابر وأما اذا أتى بلفظ الاسكان فقال اسكنتك هذه الدار حياتك فالجمهور على ان الاسكان عندهم أو الاخدام بخلاف العمرى وان لفظ بالعقب فسوي مالك بين التعمير والاسكان وكان الحسن وعطاء وقتادة يسوون بين السكنى والتعمير في انها لاتنصرف الى المسكن أبداً على قول الجمهور في العمري والحق ان الاسكان والتعمير معنى المفهوم منها واحد وانه يجب ان يكون الحكم اذا صرح بالعقب مخالفاً له اذالم يصرح بذكر العقب على ما ذهب اليه أهل الظاهر

القـــول في الاحكام

ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب جواز الاعتصار في الهبة وهو الرجوع فيها فذهب مالك وجمهور علماء المدينة ان للاب ان يعتصر ماوهبه لابنه مالم يتزوج الابن أولم يستحدث دينا وبالجملة مالم يترتب عليه حق للغير وان للام أيضاً ان تعتصر ماوهبت ان كان الاب حياً وقد روى عن مالك انها لاتعتصر وقال أحمد وأهل الظاهر لايجوز لاحد

ان يعتصر ماوهبه وقال أبو حنيفة يجوز لكل أحد ان يعتصر ماوهبه الاماوهب لذى رحم محرمة عليه وأجمعوا على ان الهبة التي يراد بها الصدقة أي وجه الله انه لايجوز لاحد الرجوع فيها ٭ وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض الآثار فمن لم ير الاعتصار اصلا احتج بعموم الحديث الثابت وهو قوله عليه السلام العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه ومن استثنى الابوين احتج بحديث طاوس انه قال عليه السلام لايحل لواهب ان يرجع في هبته الا الوالد وقاس الام على الوالد وقال الشافعي لو اتصل حديث طاوس لقلت به وقال غيره قد اتصل من طريق حسين المعلم وهو ثقة واما من أجاز الاعتصار الا لذوى الرحم المحرمة فاحتج بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على جهة صدقة فانه لايرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه انما اراد الثواب بها فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها قالوا وأيضاً فان الاصل ان من وهب شيئاً عن غير عوض انه لا يقضى عليه به كما لو وعد الا ما اتفقوا عليه من الهبة على وجه الصدقة وجمهور العلماء على ان من تصدق على ابنه فمات الابن بعد ان حازها فانه يرثها وفي مرسلات مالك ان رجلا انصاريا من الخزرج تصدق على ابويه بصدقة فهلكا فورث ابنهما المال وهو نخل فسأل عن ذلك النبي عليه السلام فقال قد اجرت في صدقتك وخذها بميراثك وخرج ابوداود عن عبد الله بن بريدة عن ابيه عن امراة اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت كنت قد تصدقت على امى بوليدة وانها ماتت وتركت تلك الوليدة فقال صلى الله عليه وسلم وجب اجرك ورجعت اليك بالميراث وقال اهل الظاهر لايجوز الاعتصار لاحد لعموم قوله عليه السلام لعمر لاتشتره في الفرس الذى تصدق به فان العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه والحديث متفق على صحته ٭ قال القاضي والرجوع في الهبة ليس من محاسن الاخلاق والشارع عليه السلام انما بعث ليتمم محاسن الاخلاق وهذا القدر كاف في هذا الباب

بسم الله الرحمان الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الوصايا

والنظر فيها ينقسم اولا قسمين ٭ القسم الاول النظر في الاركان . والثاني في الاحكام . ونحن قائمانكم من هذه فيما وقع فيها من المسائل المشهورة

القول في الاركان

والاركان اربعة الموصى والموصى له والموصى به والوصية اما الموصى فاتفقوا على انه كل مالك صحيح الملك ويصح عند مالك وصية السفيه والصبي الذى يعقل القرب وقال ابو حنيفة لاتجوز وصية الصبي الذى لم يبلغ وعن الشافعي القولان وكذلك وصية الكافر تصح عندهم اذا لم يوص بمحرم واما الموصى له فانهم اتفقوا على ان الوصية لا تجوز لوارث لقوله عليه السلام لاوصية لوارث واختلفوا هل تجوز لغير القرابة فقال جمهور العلماء انها تجوز لغير الاقربين مع الكراهية وقال الحسن وطاوس ترد الوصية على القرابة وبه قال اسحاق وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى الوصية للوالدين والاقربين والالف واللام تقتضى الحصر واحتج الجمهور بحديث عمر ان ابن الحصين المشهور وهو ان رجلا اعتق ستة اعبد له في مرضه عند موته لامال له غيرهم فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة والعبيد غير القرابة واجمعوا كما قلنا انها لا تجوز لوارث اذا لم يجزها الورثة واختلفوا كما قلنا اذا اجازتها الورثة فقال الجمهور تجوز وقال اهل الظاهر والمزني لاتجوز ٭ وسبب الخلاف هل المنع لعلة الورثة او عبادة فمن

قال عبادة قال لاتجوز وان اجازها الورثة ومن قال بالمنع لحق الورثة اجازها اذا اجازها الورثة وترددهذا الخلاف راجع الى تردد المفهوم من قوله عليه السلام لاوصية لوارث هل هو معقول المعنى ام ليس بمعقول واختلفوا في الوصية للميت فقال قوم تبطل بموت الموصى له وهم الجمهور وقال قوم لاتبطل وفى الوصية تقاتل خطأ وعمداً وفى هذا الباب فرع مشهور وهو اذا ان الورثة للميت هل لهم ان يرجعوا فى ذلك بعد موته فقيل لهم وقيل ليس لهم وقيل بالفرق بين ان يكون الورثة فى عيال الميت اولا يكونوا اعنى انهم ان كانوا فى عياله كان لهم الرجوع والثلاثة الاقوال في المذهب

﴿ القـــول في الموصى به ﴾ والنظر في جنسه وقدره اما جنسه فانهم اتفقوا على جواز الوصية في الرقاب واختلفوا في المنافع فقال جمهور فقهاء الامصار ذلك جائز وقال ابن ابى ليلى وابن شبرمة واهل الظاهر الوصية بالمنافع باطلة وعمدة الجمهور ان المنافع في معنى الاموال وعمدة الطائفة الثانية ان المنافع منتقلة الى ملك الوارث لان الميت لاملك له فلا تصح له وصية بما يوجد في ملك غيره والى هذا القول ذهب ابو عمر بن عبد البر واما القدر فان العلماء اتفقوا على انه لاتجوز الوصية في اكثر من الثلث لمن ترك ورثة واختلفوا فيمن لم يترك ورثة وفى القدر المستحب منها هل هو الثلث اودونه وانما صار الجميع الى ان الوصية لاتجوز فى اكثر من الثلث لمن له وارث بما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم انه عاد سعد بن ابى وقاص فقال له يارسول الله قد بلغ منى الوجع ما ترى وانا ذو مال ولا يرثنى الا ابنة لى افاتصدق بثلثى مالى فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقال له سعد فالشطر قال لا ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك اغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكففون الناس فصار الناس لمكان هذا الحديث الى ان الوصية لاتجوز باكثر من الثلث واختلفوا في المستحب من ذلك فذهب قوم الى انه مادون الثلث لقوله عليه السلام فى هذا الحديث والثلث كثير وقال بهذا كثير من السلف قال قتادة اوصى ابوبكر بالخمس واوصى عمر بالربع والخمس احب الى واما من ذهب الى ان المستحب هو الثلث فانهم اعتمدوا على ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله جعل لكم في الوصية ثلث اموالكم زيادة فى اعمالكم وهذا الحديث ضعيف عند اهل الحديث وثبت عن ابن عباس انه قال لوغض الناس فى الوصية من الثلث الى الربع لكان احب الى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الثلث والثلث كثير واما اختلافهم فى جواز الوصية باكثر من الثلث لمن لاوارث له فان مالكا لايجيز ذلك والاوزاعى . واختلف فيه قول احمد وأجاز ذلك ابو حنيفة واسحاق وهو قول ابن مسعود * وسبب الخلاف هل هذا الحكم خاص بالعلة التى علله بها الشارع ام ليس بخاص وهو الا يترك ورثته عالة يتكففون الناس كما قال عليه السلام لان تذر ورثتك اغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكففون الناس فمن جعل هذا السبب خاصاً وجب ان يرتفع الحكم بارتفاع هذه العلة ومن جعل الحكم عبادة وان كان قد علل بعلة اوجعل جميع المسلمين فى هذا المعنى بمنزلة الورثة قال لاتجوز الوصية باطلاق باكثر من الثلث

﴿ القـــول فى المعنى الذى يدل عليه لفظ الوصية ﴾ والوصية بالجملة هى هبة الرجل ماله لشخص آخر اولاشخاص بعد موته او عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية او لم يصرح به وهذا العقد عندهم هو من العقود الجائزة باتفاق أعنى ان للموصى ان يرجع فيما اوصى به الا المدبر فانهم اختلفوا فيه على ماسيأتي فى كتاب التدبير . وأجمعوا على أنه لايجب للموصى له الا بعد موت الموصى : واختلفوا فى قبول الموصى له هل هو شرط فى صحتها

أم لا فقال مالك قبول الموصى له اياها شرط فى صحة الوصية وروى عن الشافعي انه ليس القبول شرطاً فى صحتها ومالك شبهها بالهبة ﴿ القول فى الاحكام ﴾ وهذه الاحكام منها لفظية ومنها حسابيه ومنها حكمية فمن مسائلهم المشهورة الحكمية اختلافهم فى حكم من اوصى بثلث ماله لرجل وعين ما اوصى له به فى ماله مما هو الثلث فقال الورثة ذلك الذى عين اكثر من الثلث فقال مالك الورثة مخيرون بين ان يعطوه ذلك الذى عينه الموصى او يعطوه الثلث من جميع مال الميت وخالفه فى ذلك ابو حنيفة والشافعى وأبو ثور وأحمد وداود وعمدتهم أن الوصية قد وجبت للموصى له بموت الموصى وقبوله اياها باتفاق فكيف ينقل عن ذلك ما وجب له بغير طيب نفس منه وتغير الوصية وعمدة مالك امكان صدق الورثة فيما ادعوه وما أحسن ما رآ أبو عمر بن عبد البر فى هذه المسئلة وذلك أنه قال اذا ادعى الورثة ذلك كلفوا بيان ما ادعوا فان ثبت ذلك اخذ منه الموصى له قدر الثلث من ذلك الشئ الموصى به وكان شريكا للورثة وان كان الثلث فأقل جبروا على اخراجه واذا لم يختلفوا فى أن ذلك الشئ الموصى به هو فوق الثلث فعند مالك ان الورثة مخيرون بين ان يدفعوا اليه ما وصى له به او يفرجوا له عن جميع ثلث مال الميت اما فى ذلك الشئ بعينه واما فى جميع المال على اختلاف الرواية عن مالك فى ذلك وقال أبو حنيفة والشافعى له ثلث ذلك الدين ويكون بباقيه شريكا للورثة فى جميع ما ترك الميت حتى يستوفى تمام الثلث ● وسبب الخلاف أن الميت لما تعدى فى ان جعل وصيته فى شئ بعينه فهل الاعدل فى حق الورثة ان يخيروا بين امضاء الوصية او يفرجوا له الى غاية ما يجوز للميت ان يخرج عنهم من ماله او يبطل التعدى ويعود ذلك الحق مشتركا وهذا هو الاولى واذا قلنا ان التعدى هو فى التعيين لكونه اكثر من الثلث أعنى ان الواجب ان يسقط التعيين وأما ان يكلف الورثة أن يمضوا التعيين أو يخلوا عن جميع الثلث فهو حمل عليهم ومن هذا الباب اختلافهم فيمن وجبت عليه زكاة فمات ولم يوص بها واذا اوصى بها فهل هى من الثلث أو من رأس المال فقال مالك اذا لم يوص بها لم يلزم الورثة اخراجها وقال الشافعى يلزم الورثة اخراجها من رأس المال واذا وصى بها فعند مالك يلزم الورثة اخراجها وهى عنده من الثلث وهى عند الشافعى فى الوجهين من رأس المال شبهها بالدين لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم فدين الله أحق ان يقضى وكذلك الكفارات الواجبة والحج الواجب عنده ولمالك يجعلها من جنس الوصايا بالتوصية باخراجها بعد الموت ولا خلاف انه لو اخرجها فى الحياة انها من رأس المال ولو كان فى السياق وكان مالكا اتهمه هنا على الورثة أعنى فى توصيته باخراجها قال ولو اجيز هذا لجاز للانسان ان يؤخر جميع زكاته طول عمره حتى اذا دنا من الموت وصى بها فاذا زاحمت الوصايا الزكاة قدمت عند مالك على ما هو اضعف منها وقال أبو حنيفة هى وسائر الوصايا سواء يريد فى المحاصة واتفق مالك وجميع اصحابه على أن الوصايا التى يضيق عنها الثلث اذا كانت مستوية انها تتحاص فى الثلث واذا كان بعضها اهم من بعض قدم الاهم واختلفوا فى الترتيب على ما هو مسطور فى كتبهم ومن مسائلهم الحسابية المشهورة فى هذا الباب اذا اوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلثيه ورد الورثة الزائد فعند مالك والشافعى انهما يقتسمان الثلث بينهما اخماساً وقال أبو حنيفة بل يقتسمان الثلث بالسوية ● وسبب الخلاف هل الزائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به فى القسمة كما يسقط فى نفسه باسقاط الورثة فمن قال يبطل فى نفسه ولا يبطل الاعتبار به فى القسمة اذ كان مشاعا قال يقتسمون المال اخماساً ومن قال يبطل الاعتبار به كما لو كان معيناً قال يقتسمون الباقى على السواء ومن مسائلهم اللفظية فى هذا الباب اذا اوصى بجزء من ماله وله مال يعلم به ومال لا يعلم به فعند مالك ان

الوصية تكون فيما علم به دون ما لم يعلم وعند الشافعي تكون في المالين * وسبب الخلاف هل اسم المال الذي نطق به يتضمن ما علم وما لم يعلم او ما علم فقط والمشهور عن مالك أن المدبر يكون في المالين اذا لم يخرج من المال الذي يعلم وفي هذا الباب فروع كثيرة وكلها راجعة الى هذه الثلاثة الاجناس ولا خلاف بينهم ان للرجل ان يوصي بعد موته باولاده وأن هذا خلافة جزئية كالخلافة العظمي الكلية التي للامام ان يوصي بها

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الفرائض ﴾

والنظر في هذا الكتاب فيمن يرث وفيمن لا يرث ومن يرث هل يرث دائماً او مع وارث دون وارث واذا ورث مع غيره فكم يرث وكذلك اذا ورث وحده كم يرث واذا ورث مع وارث فهل يختلف ذلك بحسب وارث وارث اولا يختلف والتعليم في هذا يمكن على وجوه كثيرة فسلك اكثرهم أهل الفرائض والسبيل الحاضرة في ذلك بان يذكر حكم جنس جنس من اجناس الورثة اذا انفرد ذلك الجنس وحكمه مع سائر الاجناس الباقية مثال ذلك ان ينظر الى الولد اذا انفرد كم ميراثه ثم ينظر حاله مع سائر الاجناس الباقية من الوارثين فاما الاجناس الوارثة فهي ثلاثة ذوو نسب وأصهار وموالي . فأما ذوو النسب فمنها متفق عليها ومنها مختلف فيها . فأما المتفق عليها فهي الفروع أعني الاولاد والاصول أعني الاباء والاجداد ذكوراً كانوا او اناثا وكذلك الفروع المشاركة للميت في الاصل الادنى أعني الاخوة ذكوراً واناثا او المشاركة الادنى او الابعد في اصل واحد وهم الاعمام وبنو الاعمام وذلك الذكور من هؤلاء خاصة فقط وهؤلاء اذا فصلوا كانوا من الرجال عشرة ومن النساء سبعة اما الرجال فالابن وابن الابن وان سفل والاب والجد ابو الاب وان علا والاخ من أي جهة كان أعني للام والاب اولاحدهما وابن الاخ وان سفل والعم وابن العم وان سفل والزوج ومولى النعمة وأما النساء فالابنة وابنة الابن وان سفلت والام والجدة وان علت والاخت والزوجة والمولاة وأما المختلف فيهم فهم ذوو الارحام وهم من لا فرض لهم في كتاب الله ولا هم عصبة وهم بالجملة بنو البنات وبنات الاخوة وبنو الاخوات وبنات الاعمام والعم اخو الاب للام فقط وبنو الاخوة للام والعمات والخالات والاخوال فذهب مالك والشافعي وأكثر فقهاء الامصار وزيد بن ثابت من الصحابة الى أنه لا ميراث لهم وذهب سائر الصحابة وفقهاء العراق والكوفة والبصرة وجماعة من العلماء من سائر الافاق الى توريثهم والذين قالوا بتوريثهم اختلفوا في صفة توريثهم فذهب ابو حنيفة وأصحابه الى توريثهم على ترتيب العصبات وذهب سائر من ورثهم الى التنزيل وهو ان ينزل كل من ادلى منهم بذي سهم او عصبة بمنزلة السبب الذي ادلى به وعمدة مالك ومن قال بقوله ان الفرائض لما كانت لا مجال للقياس فيها كان الاصل الا يثبت فيها شيء الا بكتاب او سنة ثابتة او اجماع وجميع ذلك معدوم في هذه المسئلة وأما الفرقة الثانية فزعموا أن دليلهم على ذلك من الكتاب والسنة والقياس . أما الكتاب فقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض وقوله تعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون واسم القرابة ينطلق على ذوي الارحام ويرى المخالف أن هذه مخصوصة بآيات المواريث . وأما السنة فاحتجوا بما خرجه الترمذي عن عمر بن الخطاب أنه كتب الى ابي عبيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال وارث من

لاوارث له وأما من طريق المعنى فان القدماء من اصحاب ابى حنيفة قالوا ان ذوى الارحام اولى من المسلمين لانهم قد اجتمع لهم سببان القرابة والاسلام فاشبهوا تقديم الاخ الشقيق على الاخ للاب اعنى أن من اجتمع له بيان اولى ممن له سبب واحد وأما ابو زيد ومتأخروا اصحابه فشبهوا الارث بالولاية وقالوا لما كانت ولاية التجهيز والصلاة والدفن للميت عند فقد اصحاب الفروض والعصبات لذوى الارحام وجب ان يكون لهم ولاية الارث والفريق الاول اعتراضات في هذه المقاييس فيها ضعف واذ قد تقرر هذا فلنشرع فى ذكر جنس جنس من اجناس الوارثين ونذكر من ذلك مايجرى مجرى الاصول من المسائل المشهورة المتفق عليها والمختلف فيها

﴿ ميراث الصلب ﴾ وأجمع المسلمون على أن ميراث الولد من والده ووالدتهم ان كانوا ذكوراً واناثا معاً هو أن للذكر منهم مثل حظ الانثيين وأن الابن الواحد اذا انفرد فله جميع المال وأن البنات اذا انفردن فكانت واحدة ان لها النصف وان كن ثلاثا فما فوق ذلك فلهن الثلثان واختلفوا فى الاثنتين فذهب الجمهور الى أن لهما الثلثين وروي عن ابن عباس انه قال للبنتين النصف ٭ والسبب في اختلافهم تردد المفهوم فى قوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك هل حكم الاثنتين المسكوت عنه يلحق بحكم الثلاثة او بحكم الواحدة والاظهر من باب دليل الخطاب انهما لاحقان بحكم الواحدة وقد قيل ان المشهور عن ابن عباس مثل قول الجمهور وقد روى عن ابن عبد الله بن محمد بن عقيل عن حاتم بن عبد الله وعن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم اعطى البنتين الثلثين قال فيما احسب ابو عمر بن عبد البر وعبد الله بن عقيل فقد قبل جماعة من اهل العلم حديثه وخالفهم آخرون وسبب الاتفاق فى هذه الجملة قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين الى قوله وإن كانت واحدة فلها النصف وأجمعوا من هذا الباب على أن بني البنين يقومون مقام البنين عند فقد البنين يرثون كما يرثون ويحجبون كما يحجبون الاشئ روى عن مجاهد انه قال ولد الابن لايحجبون الزوج من النصف الى الربع كما يحجب الولد نفسه ولا الزوجة من الربع الى الثمن ولا الام من الثلث الى السدس وأجمعوا على انه ليس لبنات الابن ميراث مع بنات الصلب اذا استكمل بنات المتوفى الثلثين ٠ واختلفوا اذا كان مع بنات الابن ذكر ابن ابن فى مرتبتهن او ابعد منهن فقال جمهور فقهاء الامصار انه يعصب بنات الابن فيما فضل عن بنات الصلب فيقسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين وبه قال علي رضى الله عنه وزيد بن ثابت من الصحابة وذهب ابو ثور وداود انه اذا استكمل البنات الثلثين أن الباقى لابن الابن دون بنات الابن كن فى مرتبة واحدة مع الذكر او فوقه او دونه وكان ابن مسعود يقول فى هذه للذكر مثل حظ الانثيين الا ان يكون الحاصل للذكر اكثر من السدس فلا يعطى الا السدس وعمدة الجمهور عموم قوله تعالى يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين وأن ولد الولد ولد من طريق المعنى أيضاً لما كان الابن يعصب من فى درجته فى جملة المال فواجب ان يعصب في الفاضل من المال وعمدة داود وابي ثور حديث ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال اقسموا المال بين اهل الفرائض على كتاب الله عز وجل فما ابقت الفرائض فلاول رجل ذكر ومن طريق المعنى ايضاً ان بنت الابن لما لم ترث مفردة من الفاضل عن الثلثين كان احرى الا ترث مع غيرها ٭ وسبب اختلافهم تعارض القياس والنظر في الترجيح وأما قول ابن مسعود فبقى علي اصله فى أن بنات الابن لما كن لايرثن مع عدم الابن اكثر من السدس لم يجب لهن مع الغير اكثر مما وجب لهن مع الانفراد وهى حجة قريبة من حجة داود والجمهور على أن ذكر ولد الابن يعصبهن كان فى درجتهن او اطرف منهن وشذ بعض

المتأخرين فقال لايعصبهن الااذا كان فى مرتبتهن وجمهور العلماء على انه اذا ترك المتوفى بنتاً لصلب وبنت ابن او بنات ابن ليس معهن ذكر ان لبنات الابن السدس تكملة الثلثين وخالفت الشيعة فى ذلك فقالت لا ترث بنت الابن مع البنت شيئاً كالحال فى ابن الابن مع الابن فالاختلاف فى بنات الابن فى موضعين مع بنى الابن ومع البنات فيادون الثلثين وفوق النصف فالمتحصل فيهن اذا كن مع بنى الابن انه قيل يرثن وقيل لا يرثن واذا قيل يرثن فقيل يرثن تعصيباً مطلقاً وقيل يرثن تعصيباً الا ان يكون اكثر من السدس واذا قيل يرثن فقيل ايضاً اذا كان ابن الابن فى درجتهن وقيل كيف ما كان والمتحصل فى وراثتهن مع عدم ابن الابن فيما فضل عن النصف الى تكملة الثلثين قيل يرثن وقيل لا يرثن ﴿ ميراث الزوجات ﴾ وأجمع العلماء على أن ميراث الرجل من امرأته اذا لم تترك ولداً ولا ولد ابن النصف ذكراً كان الولد او انثى الا ما ذكرنا عن مجاهد وانها ان تركت ولداً فلها الربع وأن ميراث المرأة من زوجها اذا لم يترك الزوج ولداً ولا ولد ابن الربع فان ترك ولداً او ولد ابن فالثمن وانه ليس يحجبهن احد عن الميراث ولا ينقصهن الا الولد وهذا لورود النص فى قوله تعالى ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد الآية ﴿ ميراث الاب والام ﴾ وأجمع العلماء على أن الاب اذا انفرد كان له جميع المال وانه اذا انفرد الابوان كان للام الثلث وللاب الباقى لقوله تعالى وورثه ابواه فلامه الثلث : وأجمعوا على ان فرض الابوين من ميراث ابيهما اذا كان للابن ولد او ولد ابن السدسان أعنى ان لكل واحد منهما السدس لقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد والجمهور على أن الولد هو الذكر دون الانثى وخالفهم فى ذلك من شذ وأجمعوا على أن الاب لا ينقص مع ذوى الفرائض من السدس وله ما زاد وأجمعوا من هذا الباب على أن الام يحجبها الاخوة من الثلث الى السدس لقوله تعالى فان كان له إخوة فلامه السدس واختلفوا فى أقل ما يحجب الام عن الثلث إلى السدس من الاخوة فذهب على رضى الله عنه وابن مسعود الى أن الاخوة الحاجبين هما اثنان فصاعداً وبه قال مالك وذهب ابن عباس إلى انهم ثلاثة فصاعداً وأن الاثنين لا يحجبان الام من الثلث الى السدس والخلاف آئل الى أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع فمن قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع ثلاثة قال الاخوة الحاجبون ثلاثة فما فوق ومن قال اثنان قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع فان الاخوة الحاجبون هما اثنان أعنى فى قوله تعالى فان كان له إخوة ولا خلاف أن الذكر والانثى يدخلان تحت اسم الاخوة فى الاية وذلك عند الجمهور وقال بعض المتأخرين لا أنقل الام من الثلث الى السدس بالاخوات المنفردات لانه زعم انه ليس ينطلق عليهن اسم الاخوة إلا أن يكون معهن أخ لموضع تغليب المذكر على المؤنث اذ اسم الاخوة هو جمع أخ والاخ مذكر واختلفوا من هذا الباب فيمن يرث السدس الذى تحجب عنه الام بالاخوة وذلك اذا ترك المتوفى أبوين وإخوة فقال الجمهور السدس للاب مع الاربعة الاسداس وروى عن ابن عباس أن ذلك السدس للاخوة الذين حجبوا وللاب الثلثان لانه ليس فى الاصول من يحجب ولا يأخذ ما حجب الا الاخوة مع الاباء وضعف قوم الاسناد بذلك عن ابن عباس وقول ابن عباس هو القياس واختلفوا من هذا الباب فى التى تعرف بالغراوين وهى فيمن ترك زوجة وابوين او زوجاً وابوين فقال الجمهور فى الاولى للزوجة الربع وللام ثلث ما بقى وهو الربع من راس المال وللاب ما بقى وهو النصف وقالوا فى الثانية للزوج النصف وللام ثلث ما بقى وهو السدس من راس المال وللاب ما بقى وهو السدسان وهو قول زيد والمشهور من قول على رضى الله عنه وقال ابن عباس فى الاولى للزوجة الربع من راس المال وللام الثلث

منه ايضاً لانها ذات فرض وللاب مابقى لانه عاصب وقال ايضاً فى الثانية للزوج النصف وللام الثلث لانها ذات فرض مسمى وللاب مابقى وبه قال شريح القاضى وداود وابن سيرين وجماعة وعمدة الجمهور ان الاب والام لما كانا اذا انفردا بالمال كان للام الثلث وللاب الباقى وجب ان يكون الحال كذلك فيما بقى من المال وكأنهم راوا ان يكون ميراث الام اكثر من ميراث الاب خروجاً عن الاصول وعمدة الفريق الاخر ان الام ذات فرض مسمى والاب عاصب والعاصب ليس له فرض محدود مع ذى الفروض بل يقل ويكثر وماعليه الجمهور من طريق التعليل اظهر وماعليه الفريق الثانى مع عدم التعليل اظهر واعنى بالتعليل هاهنا ان يكون احق سببى الانسان اولى بالايثار اعنى الاب من الام ﴿ ميراث الاخوة للام ﴾ واجمع العلماء على ان الاخوة للام اذا انفرد الواحد منهم ان له السدس ذكراً كان او انثى وانهم ان كانوا اكثر من واحد فهم شركاء فى الثلث على السوية للذكر منهم مثل حظ الانثى سواء واجمعوا على انهم لايرثون مع اربعة وهم الاب والجد ابو الاب وان علا والبنون ذكرانهم واناثهم وبنوا البنين وان سفلوا ذكرانهم واناثهم وهذا كله لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة او امراة وله اخ او اخت الاية وذلك ان الاجماع انعقد على ان المقصود بهذه الاية هم الاخوة للام فقط وقد قرئ وله اخ او اخت من امه وكذلك اجمعوا فيما احسب هاهنا على ان الكلالة هى فقد الاصناف الاربعة التى ذكرنا من النسب اعنى الاباء والاجداد والبنين وبنى البنين ﴿ ميراث الاخوة للاب والام اوللاب ﴾ واجمع العلماء على ان الاخوة للاب والام او للاب فقط يرثون فى الكلالة ايضاً اما الاخت اذا انفردت فان لها النصف وان كانتا اثنتين فلهما الثلثان كالحال فى البنات وانهم ان كانوا ذكوراً واناثاً فللذكر مثل حظ الانثيين كحال البنين مع البنات وهذا لقوله تعالى يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة إلا انهم اختلفوا فى معنى الكلالة هاهنا فى اشياء واتفقوا منها فى اشياء ياتى ذكرها ان شاء الله تعالى فمن ذلك انهم اجمعوا من هذا الباب على ان الاخوة للاب والام ذكرانا كانوا اواناثا انهم لايرثون مع الولد الذكر شيئاً ولامع ولد الولد ولا مع الاب دنياً واختلفوا فيما سوى ذلك فمنها انهم اختلفوا فى ميراث الاخوة للاب والام مع البنت أو البنات فذهب الجمهور الى انهن عصبة يعطون مافضل عن البنات وذهب داود بن على الظاهرى وطائفة الى ان الاخت لاترث مع البنت شيئاً وعمدة الجمهور فى هذا حديث ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال فى ابنة وابنة ابن واخت ان للبنت النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين وماقى فللاخت وأيضاً من جهة النظر لما أجمعوا على توريث الاخوة مع البنات فكذلك الاخوات وعمدة الفريق الاخر ظاهر قوله تعالى ان امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت فلم يجعل للاخت شيئاً الامع عدم الولد والجمهور حملوا اسم الولد هاهنا على الذكور دون الاناث وأجمع العلماء من هذا الباب على ان الاخوة للاب والام يحجبون الاخوة للاب عن الميراث قياساً على بنى الابناء مع بنى الصلب قال أبو عمر وقد روى ذلك فى حديث حسن من رواية الاحاد العدول عن على رضى الله عنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اعيان بنى الام يتوارثون دون بنى البنات وأجمع العلماء على ان الاخوات للاب والام اذا استكملوا الثلثين فانه ليس للاخوات للاب معهن شئ كالحال فى بنات الابن مع بنات الصلب وانه ان كانت الاخت للاب والام واحدة فللاخوات للاب ماكن بقية الثلثين وهو السدس واختلفوا اذا كان مع الاخوات للاب ذكر فقال الجمهور يعصبهن ويقسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين كالحال فى بنات الابن مع بنات الصلب واشترط مالك ان يكون فى درجتهن وقال ابن مسعود اذا استكمل الاخوات الشقائق الثلثين فالباقى

للذكور من الاخوة للاب دون الاناث وبه قال أبو ثور وخالفه داود في هذه المسئلة مع موافقته له في مسئلة بنات الصلب وبني البنين فانهم يستكملن الثلثين فللذكر عنده من بني الاب مثل حظ الانثيين الان يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس كالحال في بنت الصلب مع بني الابن وادلة الفريقين في هذه المسئلة هي تلك الادلة باعيانها وأجمعوا على ان الاخوة للاب يقومون مقام الاخوة للاب والام عند فقدهم كالحال في بني البنين مع البنين وانه اذا كان معهن ذكر عصبهن بان يبدا بمن له فرض مسمى ثم يرثون الباقي للذكر مثل حظ الانثيين كالحال في البنين الا في موضع واحد وهي الفريضة التي تعرف بالمشتركة فان العلماء اختلفوا فيها وهي امرأة توفيت وتركت زوجها وامها واخوتها لامها واخوتها لابيها وامها فكان عمر وعثمان وزيد بن ثابت يعطون الزوج النصف وللام السدس وللاخوة للام الثلث فيستغرقون المال فيقع الاخوة للاب والام بلا شئ فكانوا يشركون الاخوة للاب والام في الثلث مع الاخوة للام يقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وبالتشريك قال من فقهاء الامصار مالك والشافعي والثوري وكان علي رضي الله عنه وابي بن كعب وأبو موسى الاشعري لا يشركون اخوة الاب والام في الثلث مع اخوة الام في هذه الفريضة ولا يوجبون لهم شيئا فيها وقال به من فقهاء الامصار أبو حنيفة وابن أبي ليلى وأحمد وأبو ثور وداود وجماعة وحجة الفريق الاول ان الاخوة للاب والام يشاركون الاخوة في السبب الذي به يستوجبون الارث وهي الام فوجب الا ينفردوا به دونهم لانه اذا اشتركوا في السبب الذي به يرثون وجب ان يشتركوا في الميراث وحجة الفريق الثاني ان الاخوة الشقائق عصبة فلا شئ لهم اذا احاطت فرائض ذوي السهام بالميراث وعندهم اتفاق الجميع على ان من ترك زوجا وأما واخا واحدا لام واخوة شقائق عشرة أو أكثر ان الاخ للام يستحق هاهنا السدس كاملا والسدس الباقي بين الباقين مع انهم مشاركون له في الام ◉ فسبب الاختلاف في أكثر مسائل الفرائض هو تعارض المقاييس واشتراك الالفاظ فيما فيه نص

﴿ ميراث الجـــد ﴾

وأجمع العلماء على ان الاب يحجب الجد وأنه يقوم مقام الاب عند عدم الاب مع البنين وانه عاصب مع ذوي الفرائض واختلفوا هل يقوم مقام الاب في حجب الاخوة الشقائق أو حجب الاخوة للاب فذهب ابن عباس وأبو بكر رضي الله عنهما وجماعة الى أنه يحجبهم وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور والمزني وابن شريح من أصحاب الشافعي وداود وجماعة واتفق علي بن أبي طالب رضي الله عنه وزيد بن ثابت وابن مسعود على توريث الاخوة مع الجد الا أنهم اختلفوا في كيفية ذلك على ما أقوله بعد وعمدة من جعل الجد بمنزلة الاب اتفاقهما في المعنى أعني من قبل ان كليهما أب للميت ومن اتفاقهما في كثير من الاحكام التي أجمعوا على اتفاقهما فيها حتى انه قد روى عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال اما يتقي الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابنا ولا يجعل اب الاب ابا وقد اجمعوا على انه مثله في احكام اخر سوي الفروض منها ان شهادته لحفيده كشهادة الاب وان الجد يعتق على حفيده كما يعتق الاب على الابن وانه لا يقتص له من جد كما لا يقتص له من اب وعمدة من ورث الاخ مع الجد ان الاخ اقرب الى الميت من الجد لان الجد ابو ابي الميت والاخ ابن ابي الميت والابن اقرب من الاب وايضا فانا اجمعوا عليه من ان ابن الاخ يقدم على العم وهو يدلي بالاب والعم يدلي بالجد ◉ فسبب الخلاف تعارض القياس في هذا الباب فان قيل فاي القياسين ارجح بحسب النظر الشرعي قلنا قياس من ساوى بين الاب والجد فان الجد اب في المرتبة الثانية أو الثالثة كما ان ابن الابن ابن في المرتبة الثانية او الثالثة واذا لم يحجب الابن الجد وهو يحجب الاخوة فالجد يجب ان يحجب من يحجب الابن والاخ ليس باصل للميت ولا فرع وانما هو

مشارك له في الاصل والاصل احق بالشئ من المشارك له في الاصل والجد ليس هو اصلا للميت من قبل الاب بل هو اصل اصله والاخ يرث من قبل انه فرع لاصل الميت فالذي هو اصل لاصله اولى من الذي هو فرع لاصله ولذلك لامعنى لمن قال ان الاخ يدلي بالبنوة والجد يدلي بالابوة فان الاخ ليس ابنا للميت وانما هو ابن ابيه والجد ابو الميت والبنوة انما هي اقوى في الميراث من الابوة في الشخص الواحد بعينه اعني المورث واما البنوة التي تكون لاب المورث فليس يلزم ان تكون في حق المورث اقوى من الابوة التي لاب المورث لان الابوة التي لاب المورث هي ابوة ما للمورث اعني بعيدة وليس البنوة التي لاب المورث بنوة ما للمورث لانها قريبة ولا بعيدة فمن قال الاخ احق من الجد لان الاخ يدلي بالشئ الذي من قبله كان الميراث بالبنوة وهو الاب والجد يدلي بالابوة وهو قول غالط مخيل لان الجد اب ما وليس الاخ ابنا ما * واختلف الذين ورثوا الجد مع الاخوة في كيفية ذلك فتحصيل مذهب زيد في ذلك انه لابخلوا ان يكون معه سوى الاخوة ذو فرض مسمى اولا يكون فان لم يكن معه ذو فرض مسمى اعطى الافضل له من اثنين اما ثلث المال واما ان يكون كواحد من الاخوة الذكور وسواء كان الاخوة ذكرانا اواناثا اوالامرين جميعا فهو مع الاخ الواحد يقاسمه المال وكذلك مع الاثنين والثلاثة ومع الاربعة يأخذ الثلث وهو مع الاخت الواحدة الى الاربع يقاسمهن الذكر مثل حظ الانثيين ومع الخمس اخوات له الثلث لانه افضل له من المقاسمة فهذه هي حاله مع الاخوة فقط دون غيرهم واما ان كان معهم ذو فرض مسمى فانه يبدأ باهل الفروض فياخذوا فروضهم فما بقي اعطى الافضل له من ثلاث اما ثلث مابقي بعد حظوظ ذوي الفرائض واما ان يكون بمنزلة ذكر من الاخوة واما ان يعطى السدس من راس المال لاينقص منه ثم مابقي يكون للاخوة للذكر مثل حظ الانثيين الا في الاكدرية على ما سنذكر مذهبه فيها مع سائر مذاهب العلماء واما علي رضي الله عنه فكان يعطي الجد الاحظى له من السدس او المقاسمة وسواء كان مع الجد والاخوة غيرهم من ذوي الفرائض اولم يكن وانما لم ينقصه من السدس شيئا لانهم لما اجمعوا ان الابناء لاينقصونه منه شيئا كان احرى الا ينقصه الاخوة وعمدة قول زيد انه لما كان يحجب الاخوة للام فلم يحجب عن ما يجب لهم وهو الثلث وبقول زيد قال مالك والشافعي والثوري وجماعة وبقول علي رضي الله عنه قال ابو حنيفة واما الفريضة التي تعرف بالاكدرية وهي امراة توفيت وتركت زوجا وأما واختا شقيقة وجدا فان العلماء اختلفوا فيها فكان عمر رضي الله عنه وابن مسعود يعطيان للزوج النصف وللام السدس وللاخت النصف وللجد السدس وذلك على جهة العدل وكان علي بن ابي طالب رضي الله عنه وزيد يقولان للزوج النصف وللام الثلث وللاخت النصف وللجد السدس فريضة الا ان زيدا يجمع سهم الاخت والجد ينقسم ذلك بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وزعم بعضهم أن هذا ليس من قول زيد وضعف الجميع التشريك الذي قال به زيد في هذه الفريضة وقيل إنما سميت الاكدرية لتكدر قول زيد فيها وهذا كله على مذهب من يرى العول وبالعول قال جمهور الصحابة وفقهاء الامصار الا ابن عباس فانه روى عنه انه قال أعال الفرائض عمر بن الخطاب وأيم الله لو قدم من قدم الله وأخر من اخر الله ماعالت فريضة قيل له وأيها قدم الله وأيها أخر الله قال كل فريضة لم يهبطها الله عز وجل عن موجبها الا الى فريضة اخرى فهي ما قدم الله وكل فريضة اذا زالت عن فرضها لم يكن لها الا مابقي فتلك التي أخر الله فالاول مثل الزوجة والام والمتأخر مثل الاخوات والبنات قال فاذا اجتمع الصنفان بدئ من قدم الله فان بقي شئ فلمن اخر الله والا فلا شئ له قيل له فهلا قلت هذا القول لعمر قال هبته وذهب زيد الى

انه اذا كان مع الجد والاخوة الشقائق إخوة الاب ان الاخوة الشقائق يعادون الجد بالاخوة للاب فيمنعونه بهم كثرة الميراث ولا يرثون مع الاخوة الشقائق شيئاً الآن يكون السابق اختاً واحدة فانها تعاد الجد باختها للاب مابينهما وبين ان تستكمل فريضتها وهي النصف وان كان فيما يحاز لها ولاختها لابيها فضل عن نصف رأس المال كله فهو لاختها لابيها للذكر مثل حظ الانثيين فان لم يفضل شئ على النصف فلا ميراث لهم فاما على رضي الله عنه فكان لا يلتفت هنا للاخوة للاب للاجماع على ان الاخوة الشقائق يحجبونهم ولان هذا الفصل أيضاً مخالف الاصول أعني ان يحتسب بمن لا يرث واختلف الصحابة رضي الله عنهم في الفريضة التي تدعي الحرقاء وهي ام واخت وجد على خمسة اقوال فذهب أبو بكر رضي الله عنه وابن عباس الى ان للام الثلث والباقي للجد وحجبوا به الاخت وهذا على رأيهم في اقامة الجد مقام الاب وذهب علي رضي الله عنه الى أن للام الثلث وللاخت النصف ومابقي للجد وذهب عثمان الى ان للام الثلث وللاخت الثلث وللجد الثلث وذهب ابن مسعود الى ان للاخت النصف وللجد الثلث وللام السدس وكان يقول معاذ الله ان افضل اماً على جد وذهب زيد الى ان للام الثلث وما بقي بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين

واجمعوا على ان للجدة ام الام السدس مع عدم الام وأن للجدة أيضاً ام الاب عند فقد الاب السدس فان اجتمعا كان السدس بينهما واختلفوا فيما سوى ذلك فذهب زيد وأهل المدينة الى ان الجدة ام الام يفرض لها السدس فريضة فاذا اجتمعت الجدتان كان السدس بينهما اذا كان قعدودهما سواء او كانت ام الاب أقعد فان كانت ام الام أقعد اي اقرب الى الميت كان لها السدس ولم يكن للجدة ام الام شئ وقد روي عنه ايهما أقعد كان لها السدس وبه قال علي رضي الله عنه ومن فقهاء الامصار ابو حنيفة والثوري وابو ثور وهؤلاء ليس يورثون الاهاتين الجدتين المجتمع على توريثهما وكان الاوزاعي واحمد يورثان ثلاث جدات واحدة من قبل الام واثنتان من قبل الاب ام الاب وام ابي الاب اعني الجد وكان ابن مسعود يورث اربع جدات ام الام وام الاب وام ابي الاب اعني الجد وام ابي الام اعني الجد وبه قال الحسن وابن سيرين وكان ابن مسعود يشرك بين الجدات في السدس دنياهن وقصواهن مالم تكن تحجبها بنتها او بنت بنتها وقد روي عنه انه كان يسقط القصوى بالدنيا اذا كانتا من جهة واحدة وروي عن ابن عباس ان الجدة كالام اذا لم تكن أماً وهو شاذ عند الجمهور ولكن يسقط من القياس فعمدة زيد واهل المدينة والشافعي ومن قال بمذهب زيد ماروا ه مالك انه قال جاءت الجدة الى أبي بكر رضي الله عنه تسئله عن ميراثها فقال أبو بكر مالك في كتاب الله عز وجل شئ وماعلمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً فارجعي حتى اسئل الناس فقال له المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم اعطاها السدس فقال ابو بكر هل معك غيرك فقال محمد بن مسلمة فقال مثل ماقال المغيرة فأنفذه ابو بكر لها ثم جاءت الجدة الاخرى الى عمر بن الخطاب تسئله ميراثها فقال لها مالك في كتاب الله عز وجل شئ وما كان القضاء الذي قضى به الا لغيرك وما انا بزائد في الفرائض ولكنه ذلك السدس فان اجتمعتما فيه فهو لكما وأيتكما انفردت به فهو لها وروى مالك ايضاً انه اتت الجدتان الى ابي بكر فاراد ان يجعل السدس لتي من قبل الام فقال له رجل اما انك تترك التي لو ماتت وهو حي كان اياها يرث فجعل ابو بكر السدس بينهما قالوا فواجب الا يتعدى في هذا هذه السنة واجماع الصحابة واما عمدة من ورث الثلاث جدات فحديث ابن عيينة عن منصور عن ابراهيم ان النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات اثنين من قبل الاب وواحدة من قبل الام واما ابن مسعود فعمدته

القياس في تشبيهها بالجدة للاب لكن الحديث يعارضه واختلف هل يحجب الجدة للاب ابنها وهو الاب فذهب زيد الى انه يحجب وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وداود وقال آخرون ترث الجدة مع ابنها وهو مروى عن عمر وابن مسعود وجماعة من الصحابة وبه قال شريح وعطاء وابن سيرين وأحمد وهو قول الفقهاء المصريين وعمدة من حجب الجدة بابنها ان الجد لما كان محجوبا بالاب وجب ان تكون الجدة اولى بذلك وايضاً فلما كانت ام الام لا ترث باجماع مع الام شيئاً كان كذلك ام الاب مع الاب وعمدة الفريق الثاني ماروى الشعبي عن مسروق عن عبد الله قال أول جدة اعطاها رسول الله صلى الله عليه وسلم سدساً جدة مع ابنها وابنها حي قالوا ومن طريق النظر لما كانت الام وام الام لا يحجبن بالذكور كان كذلك حكم جميع الجدات وينبغي أن يعلم أن مالكا لا يخالف زيداً الا في فريضة واحدة وهي امرأة هلكت وتركت زوجاً واماً وإخوة لام واخوة لاب وام وجداً فقال مالك للزوج النصف وللام السدس وللجد ما بقي وهو الثلث وليس للاخوة الشقائق شيء وقال زيد للزوج النصف وللام السدس وللجد السدس وما بقي للاخوة الشقائق فخالف مالك في هذه المسئلة اصله من ان الجد لا يحجب الاخوة الشقائق ولا الاخوات للاب وحجته أنه لما حجب الاخوة الام عن الثلث الذي كانوا يستحقونه دون الشقائق كان هو أولى به وأما زيد فعلى أصله في أنه لا يحجبهم

﴿ باب في الحجب ﴾

وأجمع العلماء على ان الاخ الشقيق يحجب الاخ للاب وأن الاخ للاب يحجب بني الاخ الشقيق وأن بني الاخ الشقيق يحجبون أبناء الاخ للاب وبنوا الاخ للاب أولى من بني ابن الاخ للاب والام وبنوا الاخ للاب أولى من العم أخي الاب وابن العم أخو الاب الشقيق اولى من ابن العم اخي الاب للاب وكل واحد من هؤلاء يحجبون بنيهم ومن حجب منهم صنفاً فهو يحجب من يحجبه ذلك الصنف وبالجملة اما الاخوة فالاقرب منهم يحجب الابعد فاذا استووا حجب منهم من ادلى بسببين ام واب من ادلى بسبب واحد وهو الاب فقط وكذلك الاعمام الاقرب منهم يحجب الابعد فان استووا حجب من يدلي منهم الى الميت بسببين من يدلي بسبب واحد اعني انه يحجب العم اخو الاب لاب وام العم الذي هو اخو الاب لاب فقط واجمعوا على ان الاخوة الشقائق والاخوة للاب يحجبون الاعمام لان الاخوة بنو المتوفى والاعمام بنو جده والابناء يحجبون بنيهم والاباء اجدادهم والبنون بنوهم يحجبون الاخوة والجد يحجب من فوقه من الاجداد باجماع والاب يحجب الاخوة ويحجب من تحجبه الاخوة والجد يحجب الاعمام باجماع والاخوة للام ويحجب بنو الاخوة الشقائق وبنو الاخوة للاب والبنات وبنات البنين يحجبن الاخوة للام واختلف العلماء فيمن ترك ابني عم احدهما أخ للام فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة والثوري للاخ للام السدس من جهة ما هو أخ لام وهو في باقي المال مع ابن العم الاخر عصبة يقتسمونه بينهم على السواء وهو قول علي رضي الله عنه وزيد وابن عباس وقال قوم المال كله لابن العم الذي هو أخ لام يأخذ سدسه بالاخوة وبقيته بالتعصيب لانه قد أدلى بسببين وممن قال بهذا القول من الصحابة ابن مسعود ومن الفقهاء داود وأبو ثور والطبري وهو قول الحسن وعطاء واختلف العلماء في رد ما بقي من مال الورثة على ذوي الفرائض اذا بقيت من المال فضلة لم تستوفها الفرائض ولم يكن هناك من يعصب فكان زيد لا يقول بالرد ويجعل الفاضل في بيت المال وبه قال مالك والشافعي وقال جل الصحابة بالرد على ذوي الفروض ما عدا الزوج والزوجة وان كانوا اختلفوا في كيفية ذلك وبه قال فقهاء العراق من الكوفيين والبصريين وأجمع هؤلاء الفقهاء على أن الرد يكون لهم بقدر سهامهم فمن كان له نصف اخذ النصف مما بقي وهكذا في جزء جزء

وعمدتهم أن قرابة الدين والنسب أولى من قرابة الدين فقط اى ان هؤلاء اجتمع لهم سببان وللمسلمين سبب واحد وهنا مسائل مشهورة الخلاف بين أهل العلم فيها تعلق بأسباب المواريث يجب ان نذكرها هنا فمنها أنه أجمع المسلمون على ان الكافر لايرث المسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا ولما ثبت من قوله عليه السلام لايرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم واختلفوا فى ميراث المسلم الكافر وفى ميراث المسلم المرتد فذهب جمهور العلماء من الصحابة والتابعين وفقهاء الامصار الى أنه لايرث المسلم الكافر بهذا الاثر الثابت وذهب معاذ بن جبل ومعاوية من الصحابة وسعيد بن المسيب ومسروق من التابعين وجماعة إلى أن المسلم يرث الكافر وشبهوا ذلك بنسائهم فقالوا كما يجوز لنا ان نتكح نساءهم ولايجوز لهان تنكحهم نساءنا كذلك الارث وروووا فى ذلك حديثاً مسنداً قال أبو عمر وليس بالقوى عند الجمهور وشبهوه أيضاً بالقصاص فى الدماء التى لاتتكافأ واما مال المرتد إذا قتل أومات فقال جمهور فقهاء الحجاز هو لجماعة المسلمين ولايرثه قرابته وبه قال مالك والشافعى وهو قول زيد من الصحابة وقال أبو حنيفة والثورى وجمهور الكوفيين وكثير من البصريين ورثته من المسلمين وهو قول ابن مسعود من الصحابة وعلى رضى الله عنهما وعمدة الفريق الاول عموم الحديث وعمدة الحنفية تخصيص العموم بالقياس وقياسهم فى ذلك هو ان قرابته أولى من المسلمين لانهم يدلون بسببين بالاسلام والقرابة والمسلمون بسبب واحد وهو الاسلام وربما اكدوا بما يبقى لماله من حكم الاسلام بدليل انه لايوخذ فى الحال حتى يموت فكانت حياته معتبرة فى بقاء ماله على ملكه وذلك لايكون الا بان يكون لماله حرمة اسلامية ولذلك لم يجز ان يقر على الارتداد بخلاف الكافر وقال الشافعى وغيره يوخذ بقضاء الصلاة اذا تاب من الردة فى ايام الردة والطائفة الاخرى تقول يوقف ماله لان له حرمة اسلامية وانما وقف رجاء ان يعود الى الاسلام وان استيجاب المسلمين لماله ليس على طريق الارث وشذت طائفة فقالت ماله للمسلمين عند ما يرتد واظن ان أشهب ممن يقول بذلك وأجمعوا على توريث أهل الملة الواحدة بعضهم بعضاً واختلفوا فى توريث الملل المختلفة فذهب مالك وجماعة الى ان أهل الملل المختلفة لا يتوارثون كاليهود والنصارى وبه قال أحمد وجماعة وقال الشافعى وأبو حنيفة وأبو ثور والثورى وداود وغيرهم الكفار كلهم يتوارثون وكان شريح وابن أبي ليلى وجماعة يجعلون الملل التى لاتتوارث ثلاثا النصارى واليهود والصابين ملة والمجوس ومن لا كتاب له ملة والاسلام ملة وقد روى عن أبي ليلى مثل قول مالك وعمدة مالك ومن قال بقوله ما روى الثقات عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لايتوارث اهل ملتين وعمدة الشافعية والحنفية قوله عليه السلام لايرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وذلك ان المفهوم من هذا بدليل الخطاب ان المسلم يرث المسلم والكافر يرث الكافر والقول بدليل الخطاب فيه ضعف وخاصة هنا واختلفوا فى توريث الحملاء والحملاء هم الذين يحملون باولادهم من بلاد الشرك الى بلاد الاسلام اعنى انهم يولدون فى بلاد الشرك ثم يخرجون الى بلاد الاسلام وهم يدعون تلك الولادة الموجبة للنسب وذلك على ثلاثة اقوال قول انهم يتوارثون بما يدعون من النسب وهو قول جماعة من التابعين واليه ذهب اسحاق وقول انهم لايتوارثون الا ببينة تشهد على انسابهم وبه قال شريح والحسن وجماعة وقول انهم لايتوارثون اصلا وروى عن عمر الثلاثة الاقوال الا ان الاشهر عنه انه كان لايورث الامن ولد فى بلاد العرب وهو قول عثمان وعمر بن عبد العزيز واما مالك واصحابه فاختلف فى ذلك قولهم فمنهم من ورث الا بورثون الا ببينة وهو قول ابن القاسم ومنهم من ورث الا بورثون اسلاما ولا ببينة العادلة وممن قال بهذا القول من اصحاب مالك عبد الملك بن الماجشون وروى ابن القاسم عن

مالك في اهل حصن نزلوا على حكم الاسلام فشهد بعضهم لبعض انهم يتوارثون وهذا يخرج منه انهم يتوارثون بلا بينة لان مالكا لا يجوز شهادة الكفار بعضهم على بعض قال فاما ان سبوا فلا يقبل قولهم في ذلك ونحو هذا التفصيل قال الكوفيون والشافعي وأحمد وأبو ثور وذلك انهم قالوا ان خرجوا إلى بلاد الاسلام وليس لاحد عليهم يد قبلت دعواهم في انسابهم واما ان ادركهم السبي والرق فلا يقبل قولهم إلا ببينة فتي المسئلة أربعة أقوال اثنان طرفان واثنان مفرقان وجمهور العلماء من فقهاء الامصار ومن الصحابة على وزيد وعمر ان من لا يرث لا يحجب مثل الكافر والمملوك والقاتل عمداً وكان ابن مسعود يحجب بهؤلاء الثلاثة دون ان يورثهم أعني باهل الكتاب وبالعبيد وبالقاتلين عمداً وبه قال داود وأبو ثور وعمدة الجمهور ان الحجب في معنى الارث وانهما متلازمان وحجة الطائفة الثانية ان الحجب لا يرتفع إلا بالموت واختلف العلماء في الذين يفقدون في حرب او غرق أو هدم ولا يدرى من مات منهم قبل صاحبه كيف يتوارثون اذا كانوا أهل ميراث فذهب مالك وأهل المدينة الى أنهم لا يورث بعضهم من بعض وان ميراثهم جميعاً لمن بقي من قرابتهم الوارثين أو لبيت المال إن لم تكن لهم قرابة ترث وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابه فيما حكى عنه الطحاوي وذهب علي وعمر صاحبه رضي الله عنهما وأهل الكوفة وأبو حنيفة فيما ذكر غير الطحاوي عنهم وجمهور البصريين إلى أنهم يتوارثون وصفة توريثهم عندهم انهم يورثون كل واحد من صاحبه في أصل ماله دون ما ورث بعضهم من بعض أعني انه لا يضم الى مال الموروث ما ورث من غيره فيتوارثون الكل على انه مال واحد كالحال في الذين يعلم تقدم موت بعضهم على بعض مثال ذلك زوج وزوجة توفيا في حرب أو غرق أو هدم ولكل واحد منهما الف درهم فيورث الزوج من المرأة خمس مائة درهم وتورث المرأة من الالف التي كانت بيد الزوج دون الخمس المائة التي كانت بيد الزوج ربعها وذلك مائتان وخمسون ومن مسائل هذا الباب اختلاف العلماء في ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا فذهب أهل المدينة وزيد بن ثابت الى أن ولد الملاعنة يورث كما يورث غير ولد الملاعنة وأنه ليس لامه الا الثلث والباقي لبيت المال الا ان يكون له اخوة لام فيكون لهم الثلث أو تكون امه مولاة فيكون باقي المال لمواليها والا فالباقي لبيت مال المسلمين وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه الا أن أبا حنيفة على مذهبه يجعل ذوي الارحام أولى من جماعة المسلمين وعلى قياس أيضاً من يقول بالرد يرد على الام بقية المال وذهب علي وعمر وابن مسعود الى أن عصبته عصبة امه أعني الذين يرثونها وروى عن علي وابن مسعود انهم كانوا لا يجعلون عصبته عصبة امه الا مع فقد الام وكانوا ينزلون الام بمنزلة الاب وبه قال الحسن وابن سيرين والثوري وابن حنبل وجماعة وعمدة الفريق الاول عموم قوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث فقالوا هذه امه وكل ام لها الثلث وعمدة الفريق الثاني ما روى من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه الحق ولد الملاعنة بامه وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال جعل النبي صلى الله عليه وسلم ميراث ابن الملاعنة لامه ولورثته وحديث واثلة بن الاسقع عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المرأة تحوز ثلاثة موال عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه وحديث مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم بمثل ذلك خرج جميع ذلك أبو داود وغيره *قال القاضي هذه الآثار المصير اليها واجب لانها قد خصصت عموم الكتاب والجمهور على ان السنة يخصص بها الكتاب ولعل الفريق الاول لم تبلغهم هذه الاحاديث أو لم تصح عندهم وهذا القول مروي عن ابن عباس وعثمان وهو مشهور في الصدر الاول واشتهاره في الصحابة دليل على صحة هذه الآثار فان هذا ليس يستنبط بالقياس والله اعلم ومن مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث اختلافهم فيمن ترك ابنين واقر احدهم بأخ ثالث وانكر الثاني فقال مالك وابو حنيفة يجب عليه ان يعطيه حقه من الميراث يعني المقر ولا يثبت بقوله نسبه وقال الشافعي لا يثبت النسب ولا يجب على المقر ان يعطيه

من الميراث شيئاً واختلف مالك وابو حنيفة في القدر الذي يجب على الاخ المقر فقال مالك يجب عليه ما كان يجب عليه لو اقر الاخ الثاني وثبت النسب وقال ابو حنيفة يجب عليه ان يعطيه نصف ما بيده وكذلك الحكم عند مالك وابي حنيفة فيمن ترك ابناً واحداً فاقر باخ له آخر اعني انه لا يثبت النسب ويجب الميراث واما الشافعي فعنه في هذه المسئلة قولان احدهما انه لا يثبت النسب ولا يجب الميراث والثاني يثبت النسب ويجب الميراث وهو الذي عليه مناظر الشافعية في المسائل الطبلولية ويجعلها مسئلة عامة وهو ان كل من يجوز المال يثبت النسب باقراره وان كان واحداً اخا او غير ذلك وعمدة الشافعية في المسئلة الاولى وفي احد قوليه في هذه المسئلة اعني القول الغير المشهور ان النسب لا يثبت الا بشاهدي عدل وحيث لا يثبت فلا ميراث لان النسب اصل والميراث فرع واذا لم يوجد الاصل لم يوجد الفرع وعمدة مالك وابي حنيفة ان ثبوت النسب هو حق متعد الى الاخ المنكر فلا يثبت عليه الا بشاهدين عدلين واما حظه من الميراث الذي بيد المقر فاقراره فيه عامل لانه حق اقربه على نفسه والحق ان القضاء عليه لا يصح من الحاكم الا بعد ثبوت النسب وانه لا يجوز له بين الله تعالى وبين نفسه ان يمنع من يعرف انه شريكه في الميراث حظه منه واما عمدة الشافعية في اثباتها النسب باقرار الواحد الذي يجوز الميراث بالسماع والقياس اما السماع فحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة المتفق على صحته قالت كان عتبة بن ابي وقاص عهد الى اخيه سعد بن ابي وقاص ان ابن وليدة زمعة مني فاقبضه اليك فلما كان عام الفتح اخذه سعد ابن ابي وقاص وقال ابن اخي قد كان عهد الي فيه فقام اليه عبد بن زمعة فقال اخي وابن وليدة ابي ولد على فراشه فتساوقاه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد يا رسول الله ابن اخي قد كان عهد الي فيه فقام اليه عبد بن زمعة فقال اخي وابن وليدة ابي ولد على فراشه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد بن زمعة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر ثم قال لسودة بنت زمعة احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة بن ابي وقاص قال فما رآها حتى لقي الله عز وجل فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد بن زمعة باخيه واثبت نسبه باقراره اذ لم يكن هناك وارث منازع له وأما اكثر الفقهاء فقد اشكل عليهم معنى هذا الحديث لخروجه عندهم عن الاصل المجمع عليه في اثبات النسب ولهم في ذلك تأويلات وذلك أن ظاهر هذا الحديث انه اثبت نسبه باقرار اخيه به والاصل الا يثبت نسب الا بشاهدي عدل ولذلك تأول الناس في ذلك تأويلات فقالت طائفة انما اثبت نسبه عليه السلام بقول اخيه لانه يمكن ان يكون قد علم ان تلك الامة كان يطأها زمعة بن قيس وانها كانت فراشاً له قالوا ومما يؤكد ذلك انه كان صهره وسودة بنت زمعة كانت زوجته عليه السلام فيمكن الا يخفى عليه امرها وهذا على القول بان للقاضي ان يقضي بعلمه ولا يليق هذا التاويل بمذهب مالك لانه لا يقضي القاضي عنده بعلمه ويليق بمذهب الشافعي على قوله الاخر أعني الذي لا يثبت فيه النسب والذين قالوا بهذا التاويل قالوا انما امر سودة بالحجبة احتياطاً لشبهة الشبه لا أن ذلك كان واجباً وقال لمكان هذا بعض الشافعية ان للزوج ان يحجب الاخت عن اخيها وقالت طائفة امره بالاحتجاب لسودة دليل على أنه لم يلحق نسبه بقول عتبة ولا بعلمه بالفراش وافترق هؤلاء في تاويل قوله عليه السلام هو لك فقالت طائفة انما اراد هو عبدك اذ كان ابن امة ابيك وهذا غير ظاهر لتعليل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه في ذلك بقوله الولد للفراش وللعاهر الحجر وقال الطحاوي انما اراد بقوله عليه السلام هو لك يا عبد بن زمعة أي يدك عليه بمنزلة ما هو بيدك باللاقط على اللقطة وهذه التاويلات تضعف لتعليله عليه السلام حكمه بان قال الولد للفراش وللعاهر الحجر وأما المعنى الذي

يعتمده الشافعية في هذا المذهب فهو ان اقرار من يحوز الميراث هو اقرار خلافة أي اقرار من حاز خلافة الميت وعند الغير انه اقرار شهادة لا اقرار خلافة يريد ان الاقرار الذي كان للميت انتقل الى هذا الذي حاز ميراثه واتفق الجمهور على أن اولاد الزنا لا يلحقون بآبائهم الا في الجاهلية على ما روى عن عمر بن الخطاب على اختلاف في ذلك بين الصحابة وشذ قوم فقالوا يلتحق ولد الزنا في الاسلام أعني الذي كان عن زنا في الاسلام واتفقوا على أن الولد لا يلحق بالفراش في أقل من ستة اشهر امامن وقت العقد وامامن وقت الدخول وانه يلحق من وقت الدخول الى اقصر زمان الحمل وان كان قد فارقها واعتزلها واختلفوا في اطول زمان الحمل الذي يلحق به ابو الولد الولد فقال مالك خمس سنين وقال بعض اصحابه سبع وقال الشافعي اربع سنين وقال الكوفيون سنتان وقال محمد بن الحكم سنة وقال داود ستة اشهر وهذه المسئلة مرجوع فيها الى العادة والتجربة وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو اقرب الى المعتاد والحكم انما يجب ان يكون بالمعتاد لا بالنادر ولعله ان يكون مستحيلا وذهب مالك والشافعي الى ان من تزوج امرأة ولم يدخل بها او دخل بها بعد الوقت واتت بولد لستة اشهر من وقت العقد لا من وقت الدخول انه لا يلحق به الا اذا اتت به لستة اشهر فاكثر من ذلك من وقت الدخول وقال ابو حنيفة هي فراش له ويلحقه الولد وعمدة مالك انها ليست بفراش الا بامكان الوطء وهو مع الدخول وعمدة ابي حنيفة عموم قوله عليه السلام الولد للفراش وكانه يرى أن هذا العقد بمنزلة تغليب الوطء الحلال على الوطء الحرام في الحاق الولد بالوطء الحلال واختلفوا من هذا الباب في اثبات النسب بالقافة وذلك عندما يطأ رجلان في طهر واحد بملك يمين او بنكاح ويتصور الحكم أيضاً بالقافة في اللقيط الذي يدعيه رجلان او ثلاثة والقافة عند العرب هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه اشخاص الناس فقال بالقافة من فقهاء الامصار مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور والاوزاعي وابا الحكم بالقافة الكوفيون واكثر اهل العراق والحكم عند هؤلاء انه اذا ادعى رجلان ولداً كان الولد بينهما وذلك اذا لم يكن لاحدهما فراش مثل ان يكون لقيطاً او كانت المرأة الواحدة لكل واحد منهما فراشاً مثل الامة او الحرة يطأهما رجلان في طهر واحد وعند الجمهور من القائلين بهذا القول انما يجوز ان يكون عندهم للابن الواحد ابوان فقط وقال محمد صاحب ابي حنيفة يجوز ان يكون ابناً لثلاثة ان ادعوه وهذا كله تخليط وابطال للمعقول والمنقول وعمدة استدلال من قال بالقافة ما رواه مالك عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب كان يلبط اولاد الجاهلية بمن استلاطهم اي بمن ادعاهم في الاسلام فاتى رجلان كلاهما يدعي ولد امرأة فدعا قائفاً فنظر اليه فقال القائف لقد اشتركا فيه فضربه عمر بالدرة ثم دعا المرأة فقال اخبريني بخبرك فقالت كان هذا الاحد الرجلين يأتي في ابل لاهلها فلا يفارقها حتى يظن وتظن انه قد استمر بها حمل ثم انصرف عنها فهريقت عليه دماً ثم خلف هذا عليها يعني الاخر فلا ادري ايهما هو فكبر القائف فقال عمر للغلام والى ايهما شئت قالوا فقضاء عمر بحضرة من الصحابة بالقافة من غير انكار من واحد منهم هو كالاجماع وهذا الحكم عند مالك اذا قضى القافة بالاشتراك ان يوخر الصبي حتى يبلغ ويقال له والى ايهما شئت ولا يلتحق واحد باثنين وبه قال الشافعي وقال أبو ثور يكون ابناً لهما اذا زعم القائف انهما اشتركا فيه وعند مالك انه ليس يكون ابناً للاثنين لقوله تعالى يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وانثى واحتج القائلون بالقافة أيضاً بحديث ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسروراً تبرق اسارير وجهه فقال ألم تسمع ما قال مجزز المدلجي لزيد واسامة ورآ اقدامها فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض قالوا وهذا مروي عن ابن عباس وعن انس بن مالك ولا مخالف لهم من الصحابة وأما الكوفيون فقالوا الاصل الابحكم لاحد المتنازعين في الولد الا ان يكون هناك فراش لقوله عليه

السلام الولد للفراش فاذا عدم الفراش او اشتركا في الفراش كان ذلك بينهما وكانهم رأوا ذلك بنوة شرعية لا طبيعية فانه ليس يلزم من قال انه لا يمكن ان يكون ابن واحد عن ابوين بالعقل الا يجوز وقوع ذلك في الشرع وروى مثل قولهم عن عمر ورواه عبد الرزاق عن علي وقال الشافعي لا يقبل في القافة الا رجلان وعن مالك في ذلك روايتان إحداهما مثل قول الشافعي والثانية انه يقبل قول قائف واحد والقافة في المشهور عن مالك انما يقضى بها في ملك اليمين فقط لا في النكاح وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعي وقال ابو عمر بن عبد البر في هذا حديث حسن مسند أخذ به جماعة من اهل الحديث واهل الظاهر رواه الثوري عن صالح بن حي عن الشعبي عن زيد بن ارقم قال كان علي باليمن فاتي بامرأة وطئها ثلاثة اناس في طهر واحد فسأل كل واحد منهم ان يقر اصاحبه بالولد فابى فاقرع بينهم وقضى بالولد للذي اصابته القرعة وجعل عليه ثلثي الدية فرفع ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فاعجبه وضحك حتى بدت نواجذه وفي هذا القول اخذا الحكم بالقافة والحاق الولد بالقرعة واختلفوا في ميراث القاتل على اربعة اقوال فقال قوم لا يرث القاتل اصلا من قتله وقال آخرون يرث القاتل وهم الاقل وفرق قوم بين الخطا والعمد فقالوا لا يرث في العمد شيئا ويرث في الخطا الا من الدية وهو قول مالك واصحابه وفرق قوم بين ان يكون في العمد قتل بامر واجب او بغير واجب مثل ان يكون من له اقامة الحدود وبالجملة بين ان يكون ممن يتهم او لا يتهم ● وسبب الخلاف معارضة اصل الشرع في هذا المعنى للنظر المصلحي وذلك أن النظر المصلحي يقتضي الا يورث ليلا يتذرع الناس من المواريث الى القتل واتباع الظاهر والتعبد يوجب الا يلتفت الى ذلك فانه لو كان ذلك مما قصد لالتفت اليه الشارع وما كان ربك نسيا كما تقول الظاهرية واختلفوا في الوارث الذي ليس بمسلم يسلم بعد موت مورثه المسلم وقبل قسم الميراث وكذلك ان كان مورثه على غير دين الاسلام فقال الجمهور انما يعتبر في ذلك وقت الموت فان كان اليوم الذي مات فيه المسلم واوثه ليس بمسلم لم يرثه اصلا سواء اسلم قبل قسم الميراث أو بعده وكذلك ان كان مورثه على غير دين الاسلام وكان الوارث يوم مات غير مسلم ورثه ضرورة سواء كان اسلامه قبل القسم او بعده وقالت طائفة منهم الحسن وقتادة وجماعة المعتبر في ذلك يوم القسم وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وعمدة كلا الفريقين قوله صلى الله عليه وسلم أيما دار او ارض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيما دار او ارض ادركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام فمن اعتبر وقت القسمة حكم للمقسوم في ذلك الوقت بحكم الاسلام ومن اعتبر وجوب القسمة حكم في وقت الموت للمقسوم بحكم الاسلام وروى من حديث عطاء أن رجلا اسلم على ميراث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يقسم فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم نصيبه وكذلك الحكم عندهم فيمن اعتق من الورثة بعد الموت وقبل القسم فهذه هي المسائل المشهورة التي تتعلق بهذا الكتاب قال القاضي ولما كان الميراث انما يكون باحد ثلاثة أسباب إما بنسب او صهر أو ولاء وكان قد قيل في الذي يكون بالنسب والصهر فيجب ان نذكرهما هنا الولاء ولمن يجب ومن يحجب فيه ممن لا يحجب وما أحكامه

﴿باب في الولاء﴾ فأما من يجب له الولاء ففيه مسائل مشهورة تجري مجرى الاصول لهذا الباب

﴿المسئلة الاولى﴾ اجمع العلماء على ان من اعتق عبده عن نفسه فان ولاءه له وانه يرثه اذا لم يكن له وارث وانه عطية له اذا كان هنالك ورثة لا يحيطون بالمال فأما كون الولاء للمعتق عن نفسه فلما ثبت من قوله عليه السلام في حديث بريرة إنما الولاء لمن اعتق واختلفوا اذا اعتق عبده عن غيره فقال مالك الولاء للمعتق عنه لا الذي باشر العتق وقال أبو حنيفة والشافعي ان اعتقه عن علم المعتق عنه فالولاء للمعتق عنه وان اعتقه عن غير علمه فالولاء للمباشر للعتق وعمدة

الحنفية والشافعية ظاهر قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق وقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب قالوا فلما لم يجز ان يلتحق نسب بالجد بغير اذنه فكذلك الولاء ومن طريق المعنى فلان عتقه حرية وقعت في ملك المعتق فوجب ان يكون الولاء له اصله اذا اعتقه من نفسه وعمدة مالك انه اذا اعتقه عنه فقد ملكه اياه فأشبه الوكيل ولذلك اتفقوا على انه اذا اذن له المعتق عنه كان ولاؤه للمباشر وعند مالك انه من قال لعبده انت حر لوجه الله وللمسلمين ان الولاء يكون للمسلمين وعندهم يكون للمعتق

﴿المسئلة الثانية﴾ اختلف العلماء فيمن اسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه له فقال مالك والشافعي والثوري وداود وجماعة لا ولاء له وقال ابو حنيفة واصحابه له ولاؤه اذا والاه وذلك ان من مذهبهم أن الرجل ان يوالي رجلا آخر فيرثه ويعقل عنه وأن له ان ينصرف من ولائه الى ولاء غيره مالم يعقل عنه وقال غيره نفس الاسلام على يديه يكون له ولاؤه فعمدة الطائفة الاولى قوله صلى الله عليه وسلم إنما الولاء لمن اعتق وانما هذه هي التي يسمونها الحاصرة وكذلك الالف واللام هي عندهم للحصر ومعنى الحصر هو أن يكون الحكم خاصاً بالمحكوم عليه لا يشاركه فيه غيره أعني الا يكون ولاء بحسب مفهوم هذا القول الا للمعتق فقط المباشر وعمدة الحنفية في إثبات الولاء بالموالات قوله تعالى ولكل جعلنا موالي مما ترك الوالدان والاقربون وقوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم وحجة من قال الولاء يكون بنفس الاسلام فقط حديث تميم الداري قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المشرك يسلم على يدي مسلم فقال هو أحق الناس وأولاهم بحياته ومماته وقضى به عمر بن عبد العزيز وعند الفريق الاول أن قوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم منسوخة بآية المواريث وان ذلك كان في صدر الاسلام وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الولاء ولا هبته لثبوت نهيه عليه السلام عن ذلك الا ولاء السائبة

﴿المسئلة الثالثة﴾ اختلف العلماء اذا قال السيد لعبده أنت سائبة فقال مالك ولاؤه وعقله للمسلمين وجعله بمنزلة من اعتق عن المسلمين الا أن يريد به معنى العتق فقط فيكون ولاؤه له وقال الشافعي وابو حنيفة ولاؤه للمعتق على كل حال وبه قال أحمد وداود وأبو ثور وقالت طائفة له ان يجعل ولاءه حيث شاء وان لم يوال أحداً كان ولاؤه للمسلمين وبه قال الليث والاوزاعي وكان إبراهيم والشعبي يقولان لا بأس ببيع ولاء السائبة وهبته وحجة هؤلاء هي الحجج المتقدمة في المسئلة التي قبلها وأما من اجاز بيعه فلا أعرف له حجة في هذا الوقت

﴿المسئلة الرابعة﴾ اختلف العلماء في ولاء العبد المسلم اذا أعتقه النصراني قبل أن يباع عليه لمن يكون فقال مالك وأصحابه ولاؤه للمسلمين فان اسلم مولاه بعد ذلك لم يعد اليه ولاؤه ولا ميراثه وقال الجمهور ولاؤه لسيده فان اسلم كان له ميراثه وعمدة الجمهور أن الولاء كالنسب وانه اذا اسلم الاب بعد إسلام الابن ان ميراثه فكذلك العبد واما عمدة مالك فعموم قوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فهو يقول انه لما لم يجب له الولاء يوم العتق لم يجب له فيما بعد وأما اذا وجب له يوم العتق ثم طرأ عليه مانع من وجوبه فلم يختلفوا انه اذا ارتفع ذلك المانع أنه يعود الولاء له ولذلك اتفقوا انه اذا اعتق النصراني الذمي عبده النصراني قبل ان يسلم احدهما ثم اسلم العبد ان الولاء يرتفع فان اسلم المولى عاد اليه وان كانوا اختلفوا في الحربي يعتق عبده وهو على دينه ثم يخرجان الينا مسلمين فقال مالك هو مولاه يرثه وقال ابو حنيفة لا ولاء بينهما وللعبد ان يوالي من شاء على مذهبه في الولاء والتحالف وخالف اشهب مالكا فقال اذا اسلم العبد قبل المولى لم يعد الى المولى ولاؤه ابداً وقال ابن القاسم يعود وهو معنى قول مالك لان مالكا يعتبر وقت العتق وهذه المسائل كلها هي مفروضة في القول لا تقع بعد فانه ليس من دين النصاري ان يسترق بعضهم

بعضاً ولا من دين اليهود فيما يعتقدونه في هذا الوقت ويزعمون انه من ملتهم ﴿المسئلة الخامسة﴾

اجمع جمهور العلماء على ان النساء ليس لهن مدخل في ورثة الولاء الا من باشرن عتقه بأنفسهن او ماجر الهن من باشرن عتقه اما بولاء او بنسب مثل معتق معتقها او ابن معتقها ولهن لا يرثن معتق من يرثه الا ما حكي عن شريح وعمدته انه لما كان لها ولاء ما اعتقت بنفسها كان لها ولاء ما اعتقه مورثها قياساً على الرجل وهذا هو الذي يعرفونه بقياس المعنى وهو ارفع مراتب القياس وانما الذي يوهنه الشذوذ وعمدة الجمهور ان الولاء انما وجب للنعمة التي كانت للمعتق على المعتق وهذه النعمة انما توجد فيمن باشر العتق او كان من سبب قوي من اسبابه وهم العصبة قال القاضي واذ قد تقرر من له ولاء ممن ليس له ولاء فبقي النظر في ترتيب اهل الولاء في الولاء فمن اشهر مسائلهم في هذا الباب المسئلة التي يعرفونها بالولاء للكبر مثال ذلك رجل اعتق عبداً ثم مات ذلك الرجل وترك اخوين او ابنين ثم مات احد الاخوين وترك ابناً او احد الابنين فقال الجمهور في هذه المسئلة ان حظ الاخ الميت من الولاء لا يرثه عنه ابنه وهو راجع الى اخيه لانه احق به من ابنه بخلاف الميراث لان الحجب في الميراث يعتبر بالقرب من الميت وهنا بالقرب من المباشر للعتق وهو مروي عن عمر بن الخطاب وعلي وعثمان وابن مسعود وزيد بن ثابت من الصحابة وقال شريح وطائفة من اهل البصرة حق الاخ الميت في هذه المسئلة لبنيه وعمدة هؤلاء تشبيه الولاء بالميراث وعمدة الفريق الاول ان الولاء نسب مبداه من المباشر ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب المسئلة التي تعرف بجر الولاء وصورتها ان يكون عبد لبنون من امة فاعتقت الامة ثم اعتق العبد بعد ذلك فان العلماء اختلفوا لمن يكون ولاء البنين اذا اعتق الاب وذلك انهم اتفقوا على أن ولاءهم بعد عتق الام اذا لم يمس المولود الرق في بطن امه وذلك يكون اذا تزوجها العبد بعد العتق وقبل عتق الاب هو لمولى الام واختلفوا اذا اعتق الاب هل يجر ولاء بنيه لمواليه ام لا فقيل يجر وبه قال علي رضي الله عنه وابن مسعود والزبير وعثمان بن عفان وقال عطاء وعكرمة وابن شهاب وجماعة لا يجر ولاءه وروي عن عمر وقضى به عبد الملك بن مروان لما حدثه به قبيصة بن ذؤيب عن عمر ابن الخطاب وان كان قد روي عن عمر مثل قول الجمهور وعمدة الجمهور ان الولاء مشبه بالنسب والنسب للاب دون الام وعمدة الفريق الثاني أن البنين لما كانوا في الحرية تابعين لامهم كانوا في موجب الحرية تابعين لها وهو الولاء وذهب مالك الى ان الجد يجر ولاء حفدته اذا كان ابوهم عبداً الا ان يعتق الاب وبه قال الشافعي وخالفه في ذلك الكوفيون واعتمدوا في ذلك على ان ولاء الجد انما يثبت لمعتق الجد على البنين من جهة الاب واذا لم يكن للاب ولاء فأحرى الا يكون للجد وعمدة الفريق الثاني ان عبودية الاب هي كونه فوجب ان ينتقل الولاء الى ابي الاب ولا خلاف بين من يقول بان الولاء للعصبة فيما اعلم ان الابناء احق من الآباء وانه لا ينتقل الى العمود الاعلى الا اذا فقد العمود الاسفل بخلاف الميراث لان البنوة عندهم اقوى تعصيباً من الابوة والاب اضعف تعصيباً والاخوة وبنوهم اقعد عند مالك من الجد وعند الشافعي وابي حنيفة الجد اقعد منهم * وسبب الخلاف من اقرب نسباً واقوى تعصيباً وليس يورث بالولاء جزء مفروض وانما يورث تعصيباً فاذا مات المولى الاسفل ولم يكن له ورثة اصلا او كان له ورثة لا يحيطون بالميراث كان عاصبه المولى الاعلى وكذلك يعصب المولى الاعلى كل من للمولى الاعلى عليه ولادة نسب اعني بنيه وبني بنيه وفي هذا الباب مسئلة مشهورة وهي اذا ماتت امرأة مولاها ولها ولد وعصبة لمن ينتقل الولاء فقالت طائفة لعصبتها لانهم الذين يعقلون عنها والولاء للعصبة وهو قول علي بن ابي طالب وقال قوم لابنها وهو قول عمر بن الخطاب وعليه فقهاء الامصار

بسم الله

بسم الله الرحمان الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿كتاب العتق﴾

والنظر في هذا الكتاب فيمن يصح عتقه ومن لا يصح ومن يلزمه ومن لا يلزمه أعني بالشرع وفي الفاظ العتق وفي الايمان به وفي أحكامه وفي الشروط الواقعة فيه ونحن قائمون بذكر من هذه الابواب ما فيها من المسائل المشهورة التي يتعلق اكثرها بالمسموع فاما من يصح عتقه فانهم اجمعوا على انه يصح عتق المالك التام الملك الصحيح الرشيد القوي الجسم الغني غير المديم واختلفوا في عتق من احاط الدين بماله وفي عتق المريض وحكمه فأما من احاط الدين بماله فان العلماء اختلفوا في جواز عتقه فقال اكثر المدينة مالك وغيره لا يجوز ذلك وبه قال الاوزاعي والليث وقال فقهاء العراق ذلك جائز حتى يحجر عليه الحاكم وذلك عند من يرى التحجير منهم وقد تخرج عن مالك في ذلك الجواز قياساً على ما روى عنه في الرهن انه يجوز وان احاط الدين بمال الراهن مالم يحجر عليه الحاكم وعمدة من منع عتقه ان ماله في تلك الحال مستحق للغرماء فليس له أن يخرج منه شيء بغير عوض وهي العلة التي بها يحجر الحاكم عليه التصرف والاحكام يجب ان توجد مع وجود علتها وتحجير الحاكم ليس بعلة وانما هو حكم واجب من موجبات العلة فلا اعتبار بوقوعه وعمدة الفريق الثاني انه قد انعقد الاجماع على أن له ان يطأ جاريته ويحبلها ولا يرد شيئاً مما أنفقه من ماله على نفسه وعياله حتى يضرب الحاكم على يديه فوجب ان يكون حكم تصرفاته هذا الحكم وهذا هو قول الشافعي ولا خلاف عند الجميع أنه لا يجوز ان يعتق غير المحتلم مالم تكن وصية منه وكذلك المحجور ولا يجوز عند العلماء عتقه لشيء من ممالكه الا مالكا واكثر اصحابه فانهم اجازوا عتقه لام ولده وأما المريض فالجمهور على ان عتقه ان صح وقع وان مات كان من الثلث وقال اهل الظاهر هو مثل عتق الصحيح وعمدة الجمهور حديث عمران بن الحصين أن رجلا أعتق ستة أعبد له الحديث على ما تقدم واما من يدخل عليه العتق كرهاً فهم ثلاثة من بعض العتق وهذا متفق عليه في احد قسميه واثنان مختلف فيهما وهما من ملك من يعتق عليه ومن مثل بعبده فاما من بعض العتق فانه ينقسم قسمين احدهما من وقع تبعيض العتق منه وليس له من العبد إلا الجزء المعتق والثاني ان يكون يملك العبد كله ولكن بعض عتقه اختياراً منه فاما العبد بين الرجلين يعتق احدهما حظه منه فان الفقهاء اختلفوا في حكم ذلك فقال مالك والشافعي واحمد بن حنبل إن كان المعتق موسراً قوم عليه نصيب شريكه قيمة العدل فدفع ذلك الى شريكه وعتق الكل عليه وكان ولاؤه له وان كان المعتق معسراً لم يلزمه شيء وبقي المعتق بعضه عبداً واحكامه احكام العبد وقال ابو يوسف ومحمد ان كان معسراً سعى العبد في قيمته للسيد الذي لم يعتق حظه منه وهو حر يوم اعتق حظه منه الاول ويكون ولاؤه للاول وبه قال الاوزاعي وابن ابي شبرمة وابن ابي ليلى وجماعة الكوفيين الا ان أبا شبرمة وابن ابي ليلى جعلا للعبد ان يرجع على المعتق بما سعى فيه متى أيسر وقال أبو حنيفة لشريك الموسر ثلاث خيارات احدها ان يعتق كما أعتق شريكه ويكون الولاء بينهما وهذا لا خلاف فيه بينهم والخيار الثاني ان تقوم عليه حصته والثالث ان يكلف العبد السعي في ذلك ان شاء ويكون الولاء بينهما وللسيد المعتق عبده عنده اذا قوم عليه شريكه نصيبه ان يرجع على العبد فيسعى فيه ويكون الولاء كله للمعتق وعمدة مالك والشافعي حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق وعمدة محمد وابي يوسف صاحبا ابي حنيفة ومن يقول بقولهم حديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اعتق شقصاً له في عبد فخلاصه في ماله ان كان له مال فان لم يكن له مال استسعي العبد غير مشقوق عليه وكلا الحديثين خرجه اهل الصحيح البخاري

ومسلم وغيرهما ولكل طائفة منهم قول في ترجيح حديثه الذي اخذبه فماوهنت به الكوفية حديث ابن عمر أن بعض رواته شك في الزيادة المعارضة فيه لحديث ابي هريرة وهو قوله والافقد عتق منه ماعتق فهل هو من قوله عليه السلام ام من قول نافع وان في الفاظه ايضاً بين رواته اضطراباً وماوهن به المالكيون حديث ابي هريرة انه اختلف اصحاب قتادة فيه على قتادة في ذكر السعاية واما من طريق المعنى فاعتمدت المالكية في ذلك على انه انما لزم السيد التقويم ان كان له مال للضرر الذي ادخله على شريكه والعبد لم يدخل ضرراً فليس يلزمه شئ وعمدة الكوفيين من طريق المعنى ان الحرية حق ما شرعي لايجوز تبعيضه فاذا كان الشريك المعتق موسراً عتق الكل عليه واذا كان معسراً سعي العبد في قيمته وفيه مع هذا رفع الضرر الداخل على الشريك وليس فيه ضرر على العبد وربما أتوا بقياس شبهي وقالوا لما كان العتق يوجد منه في الشرع نوعان نوع يقع بالاختيار وهو إعتاق السيد عبده ابتغاء ثواب الله ونوع يقع بغير اختيار وهو أن يعتق على السيد من لايجوز له بالشريعة ملكه وجب ان يكون العتق بالسعي كذلك فالذي بالاختيار منه هو الكتابة والذي هو داخل بغير اختيار هو السعي واختلف مالك والشافعي في أحد قوليه إذا كان المعتق موسراً هل يعتق عليه نصيب شريكه بالحكم أو بالسراية أعني انه يسري وجوب عتقه عليه بنفس العتق فقالت الشافعية يعتق بالسراية وقالت المالكية بالحكم واحتجت المالكية بانه لوكان واجباً بالسراية لسرى مع العدم واليسر واحتجت الشافعية باللازم عن مفهوم قوله عليه السلام قوم عليه قيمة العدل فقالوا مايجب تقويمه وإنما يجب بعد إتلافه فاذن بنفس العتق أتلف حظ صاحبه فوجب عليه تقويمه في وقت الاتلاف وان لم يحكم عليه بذلك حاكم وهذا بين وقول أبي حنيفة في هذه المسئلة مخالف لظاهر الحديثين وقد روى فيها خلاف شاذ فقيل عن ابن سيرين أنه جعل حصة الشريك في بيت المال وقيل عن ربيعة فيمن اعتق نصيباً له في عبد ان العتق باطل وهذا كله خلاف الاحاديث ولعلهم لم تبلغهم الاحاديث واختلف قول مالك من هذا في فرع وهو اذا كان معسراً فأخر الحكم عليه باسقاط التقويم حتى أيسر فقيل يقوم وقيل لايقوم واتفق القائلون بهذه الآثار على أن من ملك باختياره شقصاً يعتق عليه من عبد أنه يعتق عليه الباقي ان كان موسراً الا اذا ملكه بوجه لااختيار له فيه وهو أن يملكه بميراث فقال قوم يعتق عليه في حال اليسر وقال قوم لايعتق عليه وقال قوم في حال اليسر بالسعاية وقال قوم لا ٭ واذا ملك السيد جميع العبد فأعتق بعضه فجمهور علماء الحجاز والعراق مالك والشافعي والثوري والاوزاعي وأحمد وابن أبي ليلى ومحمد بن الحسن وابو يوسف يقولون يعتق عليه كله وقال أبو حنيفة وأهل الظاهر يعتق منه ذلك القدر الذي عتق ويسعى العبد في الباقي وهو قول طاوس وحماد وعمدة استدلال الجمهور أنه لما ثبتت السنة في إعتاق نصيب الغير على الغير لحرمة العتق كان أحرى ان يجب ذلك عليه في ملكه وعمدة أبي حنيفة أن سبب وجوب العتق على المبعض للعتق هو الضرر الداخل على شريكه فاذا كان ذلك كله ملكا له لم يكن هنالك ضرر ٭ فسبب الاختلاف من طريق المعنى هل علة ذا الحكم حرمة العتق أعني الابقع فيه تبعيض او مضرة الشريك واحتجت الحنفية بما رواه إسماعيل بن امية عن ابيه عن جده أنه أعتق نصف عبده فلم ينكر رسول الله صلى الله عليه وسلم عتقه ومن عمدة الجمهور ماروا النسائي وأبو داود عن ابي المليح عن ابيه أن رجلا من هذيل اعتق شقصاً له من مملوك فذهم النبي عليه السلام عتقه وقال ليس لله شريك وعلى هذا فقد نص على العلة التي تمسك بها الجمهور وصارت علتهم اولى لان العلة المنصوص عليها اولى من المستنبطة ٭ فسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب وتعارض القياس ٭ واما الاعتاق الذي يكون بالمثلة فان العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والليث والاوزاعي من مثل بعبده اعتق عليه وقال ابو حنيفة والشافعي لايعتق عليه وشذ الاوزاعي فقال من مثل بعبد

غيره

غيره اعتق عليه والجمهور على انه يضمن ما نقص من قيمة العبد فمالك ومن قال بقوله اعتمد حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان زنباعاً وجد غلاماً له مع جارية فقطع ذكره وجدع انفه فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ما حملك على ما فعلت فقال فعل كذا وكذا فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهب فأنت حر وعمدة الفريق الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر من لطم مملوكه او ضربه فكفارته عتقه قالوا فلم يلزم العتق في ذلك وانما ندب اليه وفهم من طريق المعنى ان الاصل في الشرع هو انه لا يكره السيد على عتق عبده الا ما خصصه الدليل وأحاديث عمرو بن شعيب مختلف في صحتها فلم يبلغ من القوة ان يخصص بها مثل هذه القاعدة واما هل يعتق على الانسان أحد من قرابته وان عتق فمن يعتق فانهم اختلفوا في ذلك فجمهور العلماء على انه يعتق على الرجل بالقرابة الاداود وأصحابه فانهم لم يروا ان يعتق أحد على أحد من قبل قربى والذين قالوا بالعتق اختلفوا فيمن يعتق ممن لا يعتق بعد اتفاقهم على انه يعتق على الرجل أبوه وولده فقال مالك يعتق على الرجل ثلاثة أحدها اصوله وهم الاباء والاجداد والجدات والامهات وآباؤهم وامهاتهم وبالجملة كل من كان له على الانسان ولادة والثاني فروعه وهم الابناء والبنات وولدهم ما سفلوا او سواء في ذلك ولد البنين وولد البنات وبالجملة كل من للرجل عليه ولادة بغير توسط أو بتوسط ذكر او انثى والثالث الفروع المشاركة له في أصله القريب وهم الاخوة وسواء كانوا لاب وام أو لاب فقط او لام فقط واقتصر من هذا العمود على القريب فقط فلم يوجب عتق بني الاخوة وأما الشافعي فقال مثل قول مالك في العمودين الاعلى والاسفل وخالفه في الاخوة فلم يوجب عتقهم وأما أبو حنيفة فاوجب عتق كل ذي رحم محرم بالنسب كالعم والعمة والخال وبنات الاخ ومن أشبههم ممن هو من الانسان ذو محرم * وسبب اختلاف أهل الظاهر مع الجمهور اختلافهم في مفهوم الحديث الثابت وهو قوله عليه السلام لا يجزي ولد عن والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه خرجه مسلم والترمذي وأبو داود وغيرهم فقال الجمهور يفهم من هذا انه اذا اشتراه وجب عليه عتقه وانه ليس يجب عليه شراؤه وقالت الظاهرية المفهوم من الحديث انه ليس يجب عليه شراؤه ولا عتقه إذا اشتراه قالوا لان اضافة عتقه اليه دليل على صحة ملكه له ولو كان ما قالوا صوابا لكان اللفظ الا ان يشتريه فيعتق عليه وعمدة الحنفية ما رواه قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من ملك ذا رحم محرم فهو حر وكان هذا الحديث لم يصح عند مالك والشافعي وقاس مالك الاخوة على الابناء والاباء ولم يلحقهم بهم الشافعي واعتمد الحديث المتقدم فقط وقاس الابناء على الاباء وقد رامت المالكية ان تحتج لمذهبها بان البنوة صفة هي ضد العبودية وانه ليس يجتمع معها لقوله تعالى وما ينبغي للرحمان ان يتخذ ولداً ان كل من في السماوات والارض الا آتي الرحمان عبداً وهذه العبودية هي معنى غير العبودية التي يحتجون بها فان هذه عبودية معقولة وبنوة معقولة والعبودية التي بين المخلوقين والمولاية هي عبودية بالشرع لا بالطبع أعني بالوضع لا مجال للعقل كما يقولون فيها عندهم وهو احتجاج ضعيف وانما أراد الله تعالى ان البنوة تساوي الابوة في جنس الوجود أو في نوعه أعني ان الموجودين اللذين أحدهما اب والاخر ابن هما متقاربان جزءاً حتى أنهما اما ان يكونا من نوع واحد او من جنس واحد وما دون الله من الموجودات فليس يجتمع معه سبحانه في جنس قريب ولا بعيد بل التفاوت بينهما غاية التفاوت فلم يصح ان يكون في الموجودات التي هاهنا شيء نسبته اليه نسبة الاب الى الابن بل ان نسبته الموجودات اليه نسبة العبد الى السيد كان أقرب الى حقيقة الامر من نسبة الابن الى الاب لان التباعد الذي بين السيد والعبد في المرتبة أشد من التباعد الذي بين الاب والابن وعلى الحقيقة فلا شبه بين النسبتين لكن لما لم يكن في الموجودات نسبة أشد تباعداً من هذه النسبة أعني تباعد طرفيها

في الشرف والحسة صرف المثال بها أعني نسبة العبد للسيد ومن لحظ المحبة التي بين الاب والابن والرحمة والرأفة والشفقة أجاز أن يقول في الناس انهم أبناء الله على ظاهر شريعة عيسى فهذه جملة المسائل المشهورة التي تتعلق بالعتق الذي يدخل على الانسان بغير اختياره وقد اختلفوا من أحكام العتق في مسئلة مشهورة تتعلق بالسماع وذلك ان الفقهاء اختلفوا فيمن اعتق عبيداً له في مرضه أو بعد موته ولا مال له غيرهم فقال مالك والشافعي وأصحابهما وأحمد وجماعة اذا اعتق في مرضه ولا مال له سواهم قسموا ثلاثة اجزاء وعتق منهم جزء بالقرعة بعد موته وكذلك الحكم في الوصية بعتقهم وخالف اشهب واصبغ مالكا في العتق المبتل في المرض فقالا جميعاً انما القرعة في الوصية واما حكم العتق المبتل فهو كحكم المدبر ولا خلاف في مذهب مالك ان المدبرين في كلة واحدة اذا ضاق عنهم الثلث انه يعتق من كل واحد منهم بقدر حظه من الثلث وقال ابو حنيفة واصحابه في العتق المبتل اذا ضاق عنه الثلث انه يعتق من كل واحد منهم ثلثه وقال الغير بل يعتق من الجميع ثلاثة فقوم من هؤلاء اعتبروا في ثلث الجميع القيمة وهو مذهب مالك والشافعي وقوم اعتبروا العدد فعند مالك اذا كانوا ستة أعبد مثلا عتق منهم الثلث بالقيمة كان الحاصل في ذلك اثنين منهم أو أقل او اكثر وذلك ايضاً بالقرعة بعد ان يجبروا على القسمة اثلاثا وقال قوم بل المعتبر العدد فان كانوا ستة عتق منهم اثنان وان كانوا مثلا سبعة عتق منهم اثنان وثلث فعمدة اهل الحجاز ما رواه اهل البصرة عن عمران بن الحصين ان رجلا اعتق ستة مملوكين عند موته ولم يكن له مال غيرهم فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم اثلاثا ثم اقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة خرجه البخاري ومسلم مسنداً وارسله مالك وعمدة الحنفية ما جرت به عادتهم من رد الآثار التي تأتي بطارق الآحاد اذا خالفها الاصول الثابتة بالتواتر وعمدتهم انه قد اوجب السيد لكل واحد منهم العتق تاما فلو كان له مال لنفذ باجماع فاذا لم يكن له مال وجب ان ينفذ لكل واحد منهم بقدر الثلث الجائز فعل السيد فيه وهذا الاصل ليس بيناً من قواعد الشرع في هذا الموضع وذلك انه يمكن ان يقال انه اذا اعتق من كل واحد منهم الثلث دخل الضرر على الورثة والعبيد المعتقين وقد الزم الشرع مبعض العتق ان يتم عليه فلما لم يمكن هاهنا ان يتم عليه جمع في اشخاص باعيانهم لكن متى اعتبرت القيمة في ذلك دون العدد افضت الى هذا الاصل وهو تبعيض العتق فلذلك كان الاولى ان يعتبر العدد وهو ظاهر الحديث وكان الجزء المعتق في كل واحد منهم هو حق لله فوجب ان يجمع في اشخاص باعيانهم اصله حق الناس واختلفوا في مال العبد اذا اعتق لمن يكون فقالت طائفة المال للسيد وقالت طائفة ماله تبع له وبالاول قال ابن مسعود من الصحابة ومن الفقهاء ابو حنيفة والثوري واحمد واسحاق وبالثاني قال ابن عمر وعائشة والحسن وعطاء ومالك واهل المدينة والحجة لهم حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اعتق عبداً فماله له الا ان يشترط السيد ماله واما الفاظ العتق فان منها صريحاً ومنها كناية عند اكثر فقهاء الامصار واما الالفاظ الصريحة فهو ان يقول انت حر او انت عتيق او ما تصرف من هذه فهذه الالفاظ تلزم السيد باجماع من العلماء واما الكناية فهي مثل قول السيد لعبده لا سبيل لي عليك او لا ملك لي عليك فهذه ينوى فيها سيد العبد هل اراد به العتق ام لا عند الجمهور ومما اختلفوا فيه في هذا الباب اذا قال السيد لعبده يا بني او لامته يا بنتي او قال يا ابي او يا امي فقال قوم وهم الجمهور لا عتق يلزمه وقال ابو حنيفة يعتق عليه وشذ زفر فقال لو قال السيد لعبده هذا ابني عتق عليه وان كان العبد له عشرون سنة وللسيد ثلاثون سنة ومن هذا الباب اختلافهم فيمن قال لعبده ما انت الا حر فقال قوم هو ثناء عليه وهم الاكثر وقال قوم هو حر وهو قول الحسن البصري ومن هذا الباب ايضاً من نادى عبداً من عبيده باسمه فاستجاب له عبد آخر فقال له انت حر وقال انما اردت الاول فقيل يعتقان عليه جميعاً وقيل ينوى واتفقوا على ان من اعتق ما في بطن امته فهو حر دون الام واختلفوا

فيمن اعتق امة واستثنى مافي بطنها فقالت طائفة له استثناؤه وقالت طائفة هما حران واختلفوا في سقوط العتق بالمشيئة فقالت طائفة لا استثناء فيه كالطلاق وبه قال مالك وقال قوم يؤثر فيه الاستثناء كقولهم في الطلاق اعني قول القائل لعبده انت حر ان شاء الله وكذلك اختلفوا في وقوع العتق بشرط الملك فقال مالك يقع وقال الشافعي وغيره لا يقع وحجتهم قوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وحجة الفرقة الثانية تشبيههم اياه باليمين والفاظ هذا الباب شبيهة بالفاظ الطلاق وشروطه كشروطه وكذلك الايمان فيه شبيهة بايمان الطلاق واما احكامه فكثيرة منها ان الجمهور على ان الابناء تابعون في العتق والعبودية للام وشذ قوم فقالوا الا ان يكون الاب غريباً ومنها اختلافهم في العتق الى اجل فقال قوم ليس له ان يطأها ان كانت جارية ولا يبيع ولا يهب وبه قال مالك وقال قوم له جميع ذلك وبه قال الاوزاعي والشافعي واتفقوا على جواز اشتراط الخدمة على المعتق مدة معلومة بعد العتق وقبل العتق واختلفوا فيمن قال لعبده ان بعتك فانت حر فقال قوم لا يقع عليه العتق لانه اذا باعه لم يملك عتقه وقال قوم ان باعه يعتق عليه اعني من مال البائع اذا باعه وبه قال مالك والشافعي وبالاول قال ابو حنيفة واصحابه والثوري وفروع هذا الباب كثيرة وفي هذا كفاية

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الكتابة ﴾

والنظر الكلي في الكتابة ينحصر في اركانها وشروطها واحكامها : أما الاركان فثلاثة العقد وشروطه وصفته والعاقد والمعقود عليه وصفاتهما ونحن نذكر المسائل المشهورة لاهل الامصار في جنس جنس من هذه الاجناس

﴿ القول في مسائل العقد ﴾

فمن مسائل هذا الجنس المشهورة اختلافهم في عقد الكتابة هل هو واجب او مندوب اليه فقال فقهاء الامصار انه مندوب وقال اهل الظاهر هو واجب واحتجوا بظاهر قوله تعالى فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً والامر على الوجوب وأما الجمهور فانهم لما رأوا أن الاصل هو الا يجبر احد على عتق مملوكه حملوا هذه الآية على الندب لئلا تكون معارضة لهذا الاصل وأيضاً فانه لما لم يكن للعبد ان يحكم له على سيده بالبيع له وهو خروج رقبته عن ملكه بعوض فاحرى ان يحكم له عليه بخروجه عن عوض هو ملكه وذلك ان كسب العبد هو للسيد وهذه المسئلة هي اقرب ان تكون من احكام العقد من ان تكون من اركانه وهذا العقد بالجملة هو ان يشترى العبد نفسه وماله من سيده بمال يكتسبه العبد فاركان هذا العقد الثمن والمثمون والاجل والالفاظ الدالة على هذا العقد فاما الثمن فانهم اتفقوا على انه يجوز اذا كان معلوماً بالعلم الذي يشترط في البيوع واختلفوا اذا كان في لفظه ابهام ما فقال أبو حنيفة ومالك يجوز ان يكاتب عنده على جارية او عبد من غير ان يصفهما ويكون له الوسط من العبيد وقال الشافعي لا يجوز حتى يصفه فمن اعتبر في هذا طلب المغابنة شبهه بالبيوع ومن رأى ان هذا العقد مقصوده المكارمة وعدم التشاح جوز فيه الغرر اليسير كحال اختلافهم في الصداق ومالك يجيز بين العبد وسيده من جنس الربا ما لا يجوز بين الاجنبي والاجنبي من مثل بيع الطعام قبل قبضه وفسخ الدين في الدين وضع وتعجل ومنع ذلك الشافعي واحمد وعن ابي حنيفة القولان جميعاً وعمدته من اجازه انه ليس بين السيد وعبده ربا لانه وماله له وانما الكتابة سنة على حدتها وأما الاجل فانهم اتفقوا على أنه يجوز ان تكون مؤجلة واختلفوا في هل تجوز حالة وذلك أيضاً بعد اتفاقهم على انها تجوز حالة على مال موجود عند العبد وهي التي يسمونها قطاعة لا كتابة وأما الكتابة فهي التي يشترى العبد فيها ماله ونفسه من سيده بمال يكتسبه فموضع الخلاف انما هو هل يجوز ان يشتري نفسه من سيده بمال حال ليس هو بيده فقال الشافعي هذا الكلام انه ولیس

يلزم السيد منه شئ وقال متأخروا اصحاب مالك قد لزمت الكتابة للسيد ويرفعه السيد الى الحاكم فيحجم عليه للمال بحسب حال العبد وعمدة المالكية أن السيد قد اوجب لعبده الكتابة الا انه اشترط فيها شرطاً يتعذر غالباً فصح العقد وبطل الشرط وعمدة الشافعية أن الشرط الفاسد يعود ببطلان اصل العقد كمن باع جاريته واشترط الا يطأها وذلك انه اذا لم يكن له مال حاضر ادى الى عجزه وذلك ضد مقصود الكتابة وحاصل قول المالكية يرجع الى أن الكتابة من اركانها ان تكون منجمة وانه اذا اشترط فيها ضد هذا الركن بطل الشرط وصح العقد واتفقوا على انه اذا قال السيد لعبده قد كاتبتك على الف درهم فاذا اديتها فانت حر انه اذا اداها حر واختلفوا اذا قال له قد كاتبتك على الف درهم وسكت هل يكون حراً دون ان يقول له فاذا اديتها فانت حر فقال مالك وابو حنيفة هو حر لان اسم الكتابة لفظ شرعي فهو يتضمن جميع احكامه وقال قوم لا يكون حراً حتى يصرح بلفظ الاداء واختلف في ذلك قول الشافعي ومن هذا الباب اختلاف قول ابن القاسم ومالك فيمن قال لعبده انت حر وعليك الف دينار فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك يلزمه وهو حر وقال ابن القاسم هو حر ولا يلزمه وأما ان قال انت حر على ان عليك الف دينار فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك هو حر والمال عليه كغريم من الغرماء وقيل العبد بالخيار فان اختار الحرية لزمه المال ونفذت الحرية والا بقي عبداً وقيل ان قبل كانت كتابة يعتق اذا ادى والقولان لابن القاسم وتجوز الكتابة عند مالك على عمل محدود وتجوز عنده الكتابة المطلقة ويرد ان الى كتابة مثله كالحال في النكاح وتجوز الكتابة عنده على قيمة العبد أعني كتابة مثله في الزمان والثمن ومن هنا قيل انه تجوز عنده الكتابة الحالة واختلف هل من شرط هذا العقد ان يضع السيد من آخر انجم الكتابة شيئاً عن المكاتب لاختلافهم في مفهوم قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم وذلك ان بعضهم رآى ان السادة هم المخاطبون بهذه الآية ورآى بعضهم انهم جماعة المسلمين ندبوا لعون المكاتبين والذين رأوا ذلك اختلفوا هل ذلك على الوجوب او على الندب والذين قالوا بذلك اختلفوا في القدر الواجب فقال بعضهم ما ينطلق عليه اسم شئ وبعضهم حده وأما المكاتب ففيه مسائل . إحداها هل تجوز كتابة المراهق وهل يجمع في الكتابة الواحدة اكثر من عبد واحد وهل تجوز كتابة من يملك في العبد بعضه بغير اذن شريكه وهل تجوز كتابة من لا يقدر على السعي وهل تجوز كتابة من فيه بقية رق وأما كتابة المراهق القوي على السعي الذي لم يبلغ الحلم فاجازها ابو حنيفة ومنعها الشافعي الا للبالغ وعن مالك القولان جميعاً فعمدة من اشترط البلوغ تشبيهها بسائر العقود وعمدة من لم يشترطه انه يجوز بين السيد وعبده ما لا يجوز بين الاجانب وأن المقصود من ذلك انما هو القوة على السعي وذلك موجود في غير البالغ وأما هل يجمع في الكتابة الواحدة اكثر من عبد واحد فان العلماء اختلفوا في ذلك ثم اذا قلنا بالجمع فهل يكون بعضهم حملاء عن بعض بنفس الكتابة حتى لا يعتق واحد منهم الا يعتق جميعهم فيه أيضاً خلاف فما هل يجوز الجمع فان الجمهور على جواز ذلك ومنعه قوم وهو احد قولي الشافعي وأما هل يكون بعضهم حملاء عن بعض فان فيه لمن اجاز الجمع ثلاثة اقوال فقالت طائفة ذلك واجب بمطلق عقد الكتابة أعني حمالة بعضهم عن بعض وبه قال مالك وسفيان وقال آخرون لا يلزمه ذلك بمطلق العقد ويلزم بالشرط وبه قال ابو حنيفة واصحابه وقال الشافعي لا يجوز ذلك لا بالشرط ولا بمطلق العقد ويعتق كل واحد منهم اذا ادى قدر حصته فعمدة من منع الشركة ما في ذلك من الغرر لان قدر ما يلزم واحداً واحداً من ذلك مجهول وعمدة من اجازه أن الغرر اليسير يستخف في الكتابة لانه بين السيد وعبده والعبد وماله اسيده وأما مالك فحجته انه لما كانت الكتابة واحدة وجب ان يكون حكمهم حكم الشخص الواحد وعمدة الشافعية أن حمالة بعضهم عن بعض لا فرق

بينها

بينها وبين حالة الاجنبيين فمن رأى أن حالة الاجنبيين في الكتابة لا تجوز قال لا تجوز في هذا الموضع وانما منعوا حالة الكتابة لانه اذا عجز المكاتب لم يكن للحميل شئ يرجع عليه وهذا كأنه ليس يظهر في حالة العبيد بعضهم عن بعض وانما الذي يظهر في ذلك أن هذا الشرط هو سبب لان يعجز من يقدر على السعي يعجز من لا يقدر عليه فهو غرر خاص بالكتابة الا ان يقال ايضاً ان الجمع يكون سبباً لان يخرج حراً من لا يقدر من نفسه ان يسعى حتى يخرج حراً فهو كما يعود رق من يقدر على السعي كذلك يعود بحرية من لا يقدر على السعى وأما ابو حنيفة فشبهها بحالة الاجنبي مع الاجنبي في الحقوق التي تجوز فيها الحمالة فالزمها بالشرط ولم يلزمها بغير شرط وهو مع هذا ايضاً لا يجيز حالة الكتابة وأما العبدين الشريكين فان العلماء اختلفوا هل لاحدهما ان يكاتب نصيبه دون اذن صاحبه فقال بعضهم ليس له ذلك والكتابة مفسوخة وما قبض منها هي بينهم على قدر حصصهم وقالت طائفة يجوز ان يكاتب الرجل نصيبه من عبده دون نصيب شريكه وفرقت فرقة فقالت يجوز باذن شريكه ولا يجوز بغير اذن شريكه وبالقول الاول قال مالك وبالثاني قال ابن ابي ليلى وأحمد وبالثالث قال ابو حنيفة والشافعي في احد قوليه وله قول آخر مثل قول مالك وعمدة مالك انه لو جاز ذلك لادى الى ان يعتق العبد كله بالتقويم على الذي كاتب حظه منه وذلك لا يجوز الا في تبعيض العتق ومن رأى أن له ان يكاتبه رأى ان عليه ان يتم عتقه اذا ادى الكتابة اذا كان موسراً فاحتجاج مالك هنا هو احتجاج باصل لا يوافقه عليه الخصم لكن ليس يمنع من صحة الاصل ان لا يوافقه عليه الخصم وأما اشتراطا لاذن فضعيف وابو حنيفة يرى في كيفية اداء المال للمكاتب اذا كانت الكتابة عن اذن شريكه ان كل ما ادى للشريك الذي كاتبه يأخذ منه الشريك الثاني نصيبه ويرجع بالباقي على العبد فيسعى له فيه حتى يتم له ما كان كاتبه عليه وهذا فيه بعد عن الاصول وأما هل تجوز مكاتبة من لا يقدر على السعي فلا خلاف فيما اعلم بينهم ان من شرط المكاتب ان يكون قوياً على السعي لقوله تعالى إن علمتم فيهم خيراً وقد اختلف العلماء ما الخير الذي اشترطه الله في المكاتبين في قوله إن علمتم فيهم خيراً فقال الشافعي الاكتساب والامانة وقال بعضهم المال والامانة وقال آخرون الصلاح والدين وأنكر بعض العلماء ان يكاتب من لا حرفة له مخافة السؤال وأجاز ذلك بعضهم لحديث بريرة انها كوتبت على ان تسأل الناس وكره مالك ان تكاتب الامة التي لا اكتساب لها بصناعة مخافة ان يكون ذلك ذريعة الى الزنا وأجاز مالك كتابة المدبرة وكل من فيه بقية رق الام الولد اذ ليس له عند مالك ان يستخدمها

﴿ القول في المكاتب ﴾ وأما المكاتب فاتفقوا على ان من شرطه أن يكون مالكا صحيح الملك غير محجور عليه صحيح الجسم واختلفوا هل للمكاتب أن يكاتب عبده أم لا وسيأتي هذا فيما يجوز من أفعال المكاتب مما لا يجوز ولم يجز مالك أن يكاتب العبد المأذون له في التجارة لان الكتابة عتق ولا يجوز له أن يعتق وكذلك لا تجوز كتابة من أحاط الدين بماله الا ان يجيز الغرماء ذلك اذا كان في ثمن كتابته ان يبعت مثل ثمن رقبته وأما كتابة المريض فانها عنده في الثلث توقف حتى يصح فتجوز او يموت فتكون من الثلث كالعتق سواء وقد قيل ان حابى كان كذلك وان لم يحاب سعى فان ادى وهو في المرض عتق وتجوز عنده كتابة النصراني المسلم ويباع عليه كما يباع عليه العبد المسلم عنده فهذه هي مشهورات المسائل التي تتعلق بالاركان أعني المكاتب والمكاتب والكتابة وأما الاحكام فكثيرة وكذلك الشروط التي تجوز فيها من التي لا تجوز ويشبه أن تكون اجناس الاحكام الاولى في هذا العقد هو أن يقال متى يعتق المكاتب ومتى يعجز فيرق وكيف حاله ان مات قبل أن يعتق او يرق ومن يدخل معه في حال الكتابة ممن لا يدخل وتمييز ما بقي عليه من حجر الرق مما لم يبق عليه فلنبدأ بذكر مسائل الاحكام المشهورة التي في جنس جنس من هذه

الاجناس الخمسة ﴿الجنس الاول﴾ فاما متى يخرج من الرق فانهم اتفقوا على انه يخرج من الرق اذا ادى جميع الكتابة واختلفوا اذا عجز عن البعض وقد ادى البعض فقال الجمهور هو عبد ما بقى عليه من كتابته شئ وانه يرق اذا عجز عن البعض وروى عن السلف المتقدم سوى هذا القول الذى عليه الجمهور أقوال أربعة : أحدها أن المكاتب يعتق بنفس الكتابة . والثانى أنه يعتق منه بقدر ما أدى . والثالث انه يعتق ان أدى النصف فاكثر . والرابع ان أدى الثلث والا فهو عبد وعمدة الجمهور ما خرجه ابو داود عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبى صلى الله عليه وسلم قال أيما عبد كاتب على مائة اوقية فاداها الا عشرة اواقى فهو عبد وايما عبد كاتب على مائة دينار فاداها الا عشرة فهو عبد وعمدة من رآ انه يعتق بنفس عقد الكتابة تشبيهه اياها بالبيع فكان المكاتب اشترى نفسه من سيده فان عجز لم يكن له الا ان يتبعه بالمال كما لو افلس من اشتراه منه الى أجل وقد مات وعمدة من رآ انه يعتق منه بقدر ما أدى ماروا يحيى بن كثير عن عكرمة عن ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم قال يودى المكاتب بقدر ما ادى دية حر وبقدر مارق منه دية عبد خرجه النسائى والخلاف فيه من قبل عكرمة كما ان الخلاف فى احاديث عمرو بن شعيب من قبل انه روى من صحيفة وبهذا القول قال على أعنى بحديث ابن عباس وروى عن عمر بن الخطاب أنه اذا أدى الشطر عتق وكان ابن مسعود يقول اذا أدى الثلث وأقوال الصحابة وان لم تكن حجة فالظاهر أن التقدير اذا صدر منهم انه محمول على ان فى ذلك سنة بلغتهم وفى المسئلة قول خامس اذا أدى الثلاثة الارباع عتق وبقى عديماً فى باقى المال وقد قيل ان أدى القيمة فهو غريم وهو قول عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت والاشهر عن عمر وأم سلمة هو مثل قول الجمهور وقول هؤلاء هو الذى اعتمده فقهاء الامصار وذلك انه صحت الرواية فى ذلك عنهم صحة لاشك فيها روى ذلك مالك فى موطاه وأيضاً فهو احوط لاموال السادات ولان فى المبيعات يرجع فى عين المبيع له اذا أفلس المشترى ﴿الجنس الثانى﴾ وأما متى يرق فانهم اتفقوا على انما يرق اذا عجز اما عن البعض واما عن الكل بحسب ما قدمنا اختلافهم . واختلفوا هل للعبد ان يعجز نفسه اذا شاء من غير سبب ام ليس له ذلك الا بسبب فقال الشافعى الكتابة عقد لازم فى حق العبد وهى فى حق السيد غير لازمة وقال مالك وابو حنيفة الكتابة عقد لازم من الطرفين اى بين العبد والسيد وتحصيل مذهب مالك فى ذلك ان العبد والسيد لا يخلوا أن يتفقا على التعجيز او يختلفا ثم اذا اختلفا فاما ان يريد السيد التعجيز ويأباه العبد او بالعكس أعنى ان يريد به السيد البقاء على الكتابة ويريد العبد التعجيز واما اذا اتفقا على التعجيز فلا يخلوا الامر من قسمين أحدهما ان يكون دخل فى الكتابة ولد اولا يكون فان كان دخل ولد فى الكتابة فلا خلاف عنده انه لايجوز التعجيز وان لم يكن له ولد ففى ذلك روايتان احدهما انه لايجوز اذا كان له مال وبه قال أبو حنيفة والاخرى انه يجوز له ذلك فأما إن طلب العبد التعجيز وابى السيد لم يكن ذلك للعبد ان كان معه مال او كانت له قوة على السعى واما ان اراد السيد التعجيز واباه العبد فانه لايعجزه عنده الا بحكم حاكم وذلك بعد ان يثبت السيد عند الحاكم انه لامال له ولا قدرة على الاداء ونرجع الى عمد أدلتهم فى اصل الخلاف فى المسئلة فعمدة الشافعى ماروى ان بريرة جاءت الى عائشة تقول لها انى اريد ان تشتريني وتعتقنى فقالت لها ان اراد ذلك فجاءت اهلها فباعوها وهى مكاتبة خرجه البخارى وعمدة المالكية تشبيهها الكتابة بالعقود اللازمة ولان حكم العبد فى هذا المعنى يجب ان يكون كحكم السيد وذلك ان العقود من شأنها ان يكون اللزوم فيها او الخيار مستويا فى الطرفين واما ان يكون لازماً من طرف وغير لازم من الطرف الثانى فخارج عن الاصول وعللوا

حديث بريرة بان الذى باع اهلها كانت كتابتها لا رقبتها والحنفية تقول لما كان المغلب فى الكتابة حق العبد وجب ان يكون العقد لازماً في حق الآخر المغلب عليه وهو السيد اصله النكاح لانه غير لازم فى حق الزوج لمكان الطلاق الذى بيده وهو لازم فى حق الزوجة والمالكية تعترض هذا بان تقول انه عقد لازم فيما وقع به العوض اذ كان ليس له ان يسترجع الصداق ﴿الجنس الثالث﴾ وأما حكمه اذا مات قبل ان يؤدى الكتابة فاتفقوا على انه اذا مات دون ولد قبل ان يؤدي من الكتابة شيئاً انه يرق واختلفوا اذا مات عن ولد فقال حكم ولده حكمه فان ترك مالا فيه وفاء للكتابة أدوه وعتقوا وان لم يترك مالا وكانت لهم قوة على السعي بقوا على نجوم ابيهم حتى يعجزوا او يعتقوا وان لم يكن عندهم لا مال ولا قدرة على السعى رقوا وانه ان فضل عن الكتابة شئ من ماله ورثوه على حكم ميراث الاحرار وانه ليس يرثه الا ولده الذين هم فى الكتابة معه دون سواهم من وارثيه ان كان له وارث غير الولد الذى معه فى الكتابة وقال ابو حنيفة انه يرثه بعد اداء كتابته من المال الذى ترك جميع اولاده الذين كاتب عليهم اوولدوا فى الكتابة واولاده الاحرار وسائر ورثته وقال الشافعى لا يرثه بنوه الاحرار ولا الذين كاتب عليهم اوولدوا فى الكتابة وماله لسيده وعلى أولادهم الذين كاتب عليهم ان يسعوا من الكتابة فى مقدار حظوظهم منها وتسقط حصة الاب عنهم وبسقوط حصة الاب عنهم قال ابو حنيفة وسائر الكوفيين والذين قالوا بسقوطها قال بعضهم تعتبر القيمة وهو قول الشافعى وقيل بالثمن وقيل حصته على مقدار الرؤوس وانما قال هؤلاء بسقوط حصة الاب عن الابناء الذين كاتب عليهم لا الذين ولدوا له فى الكتابة لان من ولد له اولاد فى الكتابة فهم تبع لابيهم وعمدة مالك ان المكاتبين كتابة واحدة بعضهم حملاء عن بعض ولذلك من عتق منهم اومات لم تسقط حصته عن الباقى وعمدة الفريق الثانى ان الكتابة لا تضمن وروى مالك عن عبد الملك ابن مران فى موطاه مثل قول الكوفيين ﴿وسبب اختلافهم ماذا يموت عليه المكاتب فعند مالك انه يموت مكاتباً وعند ابى حنيفة انه يموت حرا وعند الشافعى انه يموت عبداً وعلى هذه الاصول بنوا الحكم فيه فعمدة الشافعية ان العبودية والحرية ليس بينهما وسط واذا مات المكاتب فليس حرا بعد لان حريته انما تجب بأداء كتابته وهو لم يؤدها بعد فقد بقى انه مات عبدا لانه لا يصح ان يعتق الميت وعمدة الحنفية ان العتق قد وقع بموته مع وجود المال الذى كاتب عليه لانه ليس له ان يرق نفسه والحرية يجب ان تكون حاصلة له بوجود المال لا بدفعه الى السيد واما مالك فجعل موته على حاله متوسطة بين العبودية والحرية وهى الكتابة فمن حيث لم يورث اولاده الاحرار منه جعل له حكم العبد ومن حيث لم يورث سيده ماله حكم له بحكم الاحرار والمسئلة فى حد الاجتهاد ومما يتعلق بهذا الجنس اختلافهم فى أم ولد المكاتب اذا مات المكاتب وترك بنين لا يقدرون على السعى وارادت الام ان تسعى عليهم فقال مالك لها ذلك وقال الشافعى والكوفيون ليس لها ذلك وعمدتهم ان ام الولد اذا مات المكاتب مال من مال السيد وأما مالك فيرى ان حكم المكاتبة التي لسيدها صائرة اليها والى بنيها ولم يختلف قول مالك ان المكاتب اذا ترك بنين صغاراً لا يستطيعون السعي وترك ام ولد لا تستطيع السعى انها تباع ويؤدى منها بقى الكتابة وعند ابى يوسف ومحمد بن الحسن انه لا يجوز بيع المكاتب لام ولده ويجوز عند ابى حنيفة والشافعى واختلف اصحاب مالك فى ام ولد المكاتب اذا مات المكاتب وترك بنين ووفاء كتابته هل تعتق أم ولده ام لا فقال ابن القاسم اذا كان معها ولد عتقت والا رقت وقال اشهب يعتق على كل حال وعلى اصل الشافعى كل ما ترك المكاتب مال من مال سيده لا ينتفع به البنون فى أداء ما عليهم من كتابتهم كانوا معه فى عقد الكتابة أو كانوا ولدوا فى الكتابة وانما عليهم السعي وعلى أصل أبي حنيفة يكون حراً ولا بد ومذهب ابن القاسم كانه استحسان ﴿الجنس الرابع﴾ وهو النظر

فيمن يدخل معه في عقد الكتابة ومن لا يدخل واتفقوا من هذا الباب على ان ولد المكاتب لا يدخل في كتابة المكاتب الا بالشرط لانه عبد آخر لسيده وكذلك اتفقوا على دخول ماولد له في الكتابة فيها واختلفوا في ام الولد على ماتقدم وكذلك اختلفوا في دخول ماله أيضاً بمطلق العقد فقال مالك يدخل ماله في الكتابة وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يدخل وقال الاوزاعي يدخل بالشرط أعني إذا اشترطه المكاتب وهذه المسئلة مبنية على هل يملك العبد أم لا يملك وعلى هل يتبعه ماله في العتق أم لا وقد تقدم ذلك ﴿الجنس الخامس﴾ وهو النظر فيما يحجر فيه على المكاتب مما لا يحجر وما بقي من أحكام العبد فيه فنقول انه قد اجمع العلماء من هذا الباب على أنه ليس للمكاتب ان يهب من ماله شيئاً له قدر ولا يعتق ولا يتصدق بغير إذن سيده فانه محجور عليه في هذه الامور وأشباهها أعني انه ليس له ان يخرج من يده شيئاً من غير عوض واختلفوا من هذا الباب في فروع منها انه اذا لم يعلم السيد بهبته أو بعتقه الا بعد اداء كتابته فقال مالك وجماعة من العلماء ان ذلك نافذ ومنعه بعضهم وعمدة من منعه ان ذلك وقع في حالة لا يجوز وقوعه فيها فكان فاسداً وعمدة من أجازه ان السبب المانع من ذلك قد ارتفع وهو مخافة ان يعجز العبد ● وسبب اختلافهم هل اذن السيد من شرط لزوم العقد أو من شرط صحته فمن قال من شرط الصحة لم يجزه ومن قال من شرط لزومه قال يجوز اذا عتق لانه وقع عقداً صحيحاً فلما ارتفع الاذن المرتقب فيه صح العقد كالو اذن هذا كله عند من اجاز عتقه اذا اذن السيد فان الناس اختلفوا أيضاً في ذلك بعد اتفاقهم على انه لا يجوز عتقه إذا لم يأذن السيد فقال قوم ذلك جائز وقال قوم لا يجوز وبه قال أبو حنيفة وبالجواز قال مالك وعن الشافعي في ذلك القولان جميعاً والذين أجازوا ذلك اختلفوا في ولاء المعتق لمن يكون فقال مالك إن مات المكاتب قبل ان يعتق كان ولاء عبده لسيده وإن مات وقد عتق المكاتب كان ولاؤه له وقال قوم من هؤلاء بل ولاؤه على كل حال لسيده وعمدة من لم يجز عتق المكاتب ان الولاء يكون للمعتق لقوله عليه السلام انما الولاء لمن اعتق ولا ولاء للمكاتب في حين كتابته فلم يصح عتقه وعمدة من رآ ان الولاء للسيد ان عبد عبده بمنزلة عبده ومن فرق بين ذلك فبوا استحسان ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب ان ينكح أو يسافر بغير اذن سيده فقال جمهورهم ليس له ان ينكح الا باذن سيده وأباح بعضهم النكاح له وأما السفر فاباحه له جمهورهم ومنعه بعضهم وبه قال مالك وأباحه سحنون من أصحاب مالك ولم يجز للسيد ان يشترطه على المكاتب وأجازه ابن القاسم في السفر القريب والعلة في منع النكاح انه يخاف ان يكون ذلك ذريعة الى عجزه والعلة في جواز السفر ان به يقوى على التكسب في اداء كتابته وبالجملة فللعلماء في هذه المسئلة ثلاثة أقوال أحدها ان للمكاتب أن يسافر باذن سيده وبغير اذنه ولا يجوز ان يشترط عليه الا يسافر وبه قال أبو حنيفة والشافعي والقول الثاني انه ليس له أن يسافر الا باذن سيده وبه قال مالك والثالث ان يطلق عقد الكتابة له أن يسافر الا أن يشترط عليه سيده ان لا يسافر وبه قال أحمد والثوري وغيرهما ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب ان يكاتب عبداً له فاجاز ذلك مالك ولم يرد به المحاباة وبه قال أبو حنيفة والثوري وللشافعي قولان أحدهما اثبات الكتابة والاخر ابطالها وعمدة الجماعة انها عقد معاوضة المقصود منه طلب الربح فاشبه سائر العقود المباحة من البيع والشراء وعمدة الشافعية ان الولاء للمكاتب لانه ليس بحر واتفقوا على أنه لا يجوز للسيد انتزاع شيء من ماله ولا الانتفاع منه بشيء واختلفوا في وطء السيد امته المكاتبة فصار الجمهور الى منع ذلك وقال أحمد وداود وسعيد بن المسيب من التابعين ذلك جائز اذا اشترطه عليها وعمدة الجمهور انه وطء تقع الفرقة فيه الى أجل آت فاشبه النكاح الى اجل وعمدة الفريق الثاني تشبيهها بالمدبرة واجمعوا على انها ان عجزت حل وطئها واختلف الذين منعوا ذلك اذا وطئها هل عليه حد أم لا فقال جمهورهم لا حد عليه لانه وطء بشبهة وقال بعضهم عليه الحد واختلفوا في ايجاب الصداق

لها والعلماء فيما اعلم على انه في احكامه الشرعية على حكم العبد مثل الطلاق والشهادة والحدود وغير ذلك مما يختص به العبيد ومن هذا الباب اختلافهم في بيعه فقال الجمهور لا يباع المكاتب الا بشرط ان يبقى على كتابته عند مشتريه وقال بعضهم بيعه جائز ما لم يعد شيئاً من كتابته لان بريرة بيعت ولم تكن ادت من كتابتها شيئاً وقال بعضهم اذا رضي المكاتب بالبيع جاز وهو قول الشافعي لان الكتابة عنده ليست بعقد لازم في حق العبد واحتج بحديث بريرة اذ بيعت وهي مكاتبة وعمدة من لم يجز بيع المكاتب ما في ذلك من نقض العهد وقد أمر الله تعالى بالوفاء به وهذه المسئلة مبنية على هل الكتابة عقد لازم أم لا وكذلك اختلفوا في بيع الكتابة فقال الشافعي وأبو حنيفة لا يجوز ذلك وأجازها مالك ورآ الشفعة فيها للمكاتب ومن أجاز ذلك شبه بيعها ببيع الدين ومن لم يجز ذلك رآه من باب الغرر وكذلك شبه مالك الشفعة فيها بالشفعة في الدين وفي ذلك أثر عن النبي صلى الله عليه وسلم أعني في الشفعة في الدين ومذهب مالك في بيع الكتابة انها ان كانت بذهب انها تجوز بعرض معجل لا مؤجل لما يدخل في ذلك من الدين بالدين وان كانت الكتابة بعرض كان شراؤها بذهب أو فضة معجلين أو بعرض مخالف واذا اعتق فولاؤه للمكاتب لا للمشتري ومن هذا الباب اختلافهم هل للسيد ان يجبر عبده على الكتابة أم لا واما شروط الكتابة فمنها شرعية هي من شروط صحة العقد وقد تقدمت عند ذكر اركان الكتابة ومنها شروط يحسب التراضي وهذه الشروط منها ما يفسد العقد ومنها ما اذا تمسك بها افسدت العقد واذا تركت صح العقد ومنها شروط جائزة غير لازمة ومنها شروط جائزة لازمة وهذه كلها هي مبسوطة في كتب الفروع وليس كتابنا هذا كتاب فروع وانما هو كتاب اصول والشروط التي تفسد العقد بالجملة هي الشروط التي هي ضد شروط الصحة المشروعة في العقد والشروط الجائزة هي التي لا تؤدي الى اخلال بالشروط المصححة للعقد ولا تلازمها فهذا الجملة ليس يختلف الفقهاء فيها وانما يختلفون في الشروط لاختلافهم فيما هو منها شرط من شروط الصحة أو ليس منها وهذا يختلف بحسب القرب والبعد من اخلالها بشروط الصحة ولذلك جعل مالك جنساً ثالثاً من الشروط وهي الشروط التي ان تمسك بها المشترط فسد العقد وان لم يتمسك بها جاز وهذا ينبغي ان تفهمه في سائر العقود الشرعية فمن مسائلهم المشهورة في هذا الباب اذا اشترط في الكتابة شرطاً من خدمة أو سفر أو نحوه وقوي على اداء نجومه قبل محل أجل الكتابة هل يعتق أم لا فقال مالك وجماعة ذلك الشرط باطل ويعتق اذا ادى جميع المال وقالت طائفة لا يعتق حتى يؤدي جميع المال ويأتي بذلك الشرط وهو مروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه اعتق رقيق الامارة وشرط عليهم ان يخدموا الخليفة بعد ثلاث سنين ولم يختلفوا ان العبد اذا اعتقه سيده على ان يخدمه سنين انه لا يتم عتقه الا بخدمته تلك السنين ولذلك القياس قول من قال ان الشرط لازم فهذه المسائل الواقعة المشهورة في اصول هذا الكتاب وهاهنا مسائل تذكر في هذا الكتاب وهي من كتب اخر وذلك انها اذا ذكرت في هذا الكتاب ذكرت على انها فروع تابعة للاصول فيه واذا ذكرت في غيره ذكرت على أنها اصول ولذلك كان الاولى ذكرها في هذا الكتاب فمن ذلك اختلافهم اذا زوج السيد بنته من مكاتبه ثم مات السيد وورثته البنت فقال مالك والشافعي ينفسخ النكاح لانها ملكت جزءاً منه وملك يمين المرأة محرم عليها باجماع وقال أبو حنيفة يصح النكاح لان الذي ورثت انما هو مال في ذمة المكاتب لا رقبة المكاتب وهذه المسئلة هي أحق بكتاب النكاح ومن هذا الباب اختلافهم اذا مات المكاتب وعليه دين وبعض الكتابة هل يحاص سيده الغرماء ام لا فقال الجمهور لا يحاص الغرماء وقال شريح وابن ابي ليلى وجماعة يضرب السيد مع الغرماء وكذلك اختلفوا اذا افلس وعليه دين يغترق ما بيده هل يتعدى ذلك الى رقبته فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة لا سبيل لهم الى رقبته وقال الثوري وأحمد يأخذونه إلا ان يفتكه السيد واتفقوا على انه اذا عجز عن عقل الجنايات انه يشفع فيها الا ان يعقل عنه سيده

والقول في هل يحاص سيد الغرماء اولا يحاص هو من كتاب التفليس والقول في جنايته هو من باب الجنايات ومن مسائل الاقضية التي هي فروع في هذا الباب واصل في باب الاقضية اختلافهم في الحكم عند اختلاف السيد والمكاتب في مال الكتابة فقال مالك وابو حنيفة القول قول المكاتب وقال الشافعي ومحمد وابو يوسف يتحالفان ويتفاسخان قياساً على المتبايعين وفروع هذا الباب كثيرة لكن الذي حضرمنها الآن في الذكر هو ماذكرناه ومن وقعت له من هذا الباب مسائل مشهورة الخلاف بين فقهاء الامصار وهي قريبة من المسموع فينبغي ان تثبت في هذا الموضع اذ كان القصد انما هو اثبات المسائل المشهورة التي وقع الخلاف فيها بين فقهاء الامصار مع المسائل المنطوق بها في الشرع وذلك ان قصدنا في هذا الكتاب كما قلنا غير مرة انما هو ان نثبت المسائل المنطوق بها في الشرع المتفق عليها والمختلف فيها ونذكر من المسائل المسكوت عنها التي شهر الخلاف فيها بين فقهاء الامصار فان معرفة هذين الصنفين من المسائل هي التي تجري للمجتهد مجرى الاصول في المسكوت عنها وفي النوازل التي لم يشتهر الخلاف فيها بين فقهاء الامصار سواء نقل فيها مذهب عن واحد منهم اولم ينقل ويشبه أن يكون من تدرب في هذه المسائل وفهم اصول الاسباب التي اوجبت خلاف الفقهاء فيها ان يقول مايجب في نازلة نازلة من النوازل اعني ان يكون الجواب فيها على مذهب فقيه فقيه من فقهاء الامصار أعني في المسئلة الواحدة بعينها ويعلم حيث خالف ذلك الفقيه اصله وحيث لم يخالف وذلك اذا نقل عنه في ذلك فتوى فاما اذا لم ينقل عنه في ذلك فتوى اولم يبلغ ذلك الناظر في هذه الاصول فيمكنه ان يأتي بالجواب بحسب اصول الفقيه الذي يفتي على مذهبه وبحسب الحق الذي يؤدي اليه اجتهاده ونحن نروم ان شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب أن نضع في مذهب مالك كتاباً جامعاً لاصول مذهبه ومسائله المشهورة التي تجري في مذهبه مجرى الاصول للتفريع عليها وهذا هو الذي عمله ابن القاسم في المدونة فانه جاوب فيما لم يكن عنده فيها قول مالك على قياس ما كان عنده في ذلك الجنس من مسائل مالك التي هي فيها جارية مجرى الاصول لما جبل عليه الناس من الاتباع والتقليد في الاحكام والفتوى بيدان في قوة هذا الكتاب ان يبلغ به الانسان كما قلنا رتبة الاجتهاد اذا تقدم فعلم من اللغة والعربية وعلم من اصول الفقه ما يكفيه في ذلك ولذلك رأينا ان اخص الاسماء بهذا الكتاب ان نسميه كتاب بداية المجتهد وكفاية المقتصد

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب التدبير

والنظر في التدبير في اركانه وفي احكامه أما الاركان فهي اربعة اللفظ والمدبر والمدبر وأما الاحكام فصنفان احكام العقد واحكام المدبر

الركن الاول

فقبول أجمع المسلمون على جواز التدبير وهو ان يقول السيد لعبده انت حر عن دبر مني او يطلق فيقول انت مدبر وهذان هما عندهم لفظا التدبير باتفاق والناس في التدبير والوصية على صنفين منهم من لم يفرق بينهما ومنهم من فرق بين التدبير والوصية بان جعل التدبير لازماً والوصية غير لازمة والذين فرقوا بينهما اختلفوا في مطلق لفظ الحرية بعد الموت هل يتضمن معنى الوصية او حكم التدبير أعني اذا قال انت حر بعد موتي فقال مالك اذا قال وهو صحيح انت حر بعد موتي فالظاهر انه وصية والقول قوله في ذلك ويجوز رجوعه فيها الا ان يريد التدبير وقال ابو حنيفة الظاهر من هذا القول التدبير وليس له ان يرجع فيه وبقول مالك قال ابن القاسم وبقول ابي حنيفة قال اشهب قال الا ان يكون هنالك قرينة تدل على الوصية مثل ان يكون على سفر او يكون مريضاً وما

اشبه ذلك من الاحوال التي جرت العادة ان يكتب الناس فيها وصاياهم فعلى قول من لا يفرق بين الوصية والتدبير وهو الشافعي ومن قال بقوله هذا اللفظ هو من الفاظ صريح التدبير وأما على مذهب من يفرق فهو اما من كنايات التدبير واما ليس من كناياته ولا من صريحه وذلك أن من يحمله على الوصية فليس هو عنده لا من كناياته ولا من صريحه ومن يحمله على التدبير ويتوبه في الوصية فهو عنده من كناياته وأما المدبر فانهم اتفقوا على أن الذي يقبل هذا العقد هو كل عبد صحيح العبودية ليس يعتق على سيده سواء ملك كله او بعضه واختلفوا في حكم من ملك بعضاً مدبرة فقال مالك يجوز ذلك وللذي لم يدبر حظه خياران احدهما ان يتماوما نه فان اشتراه الذي دبره كان مدبرا كله وان لم يشتره انتقض التدبير والخيار الثاني ان يقومه عليه الشريك وقال أبو حنيفة للشريك الذي لم يدبر ثلاث خيارات ان شاء امسك بحصته وان شاء استسعى العبد في قيمة الحصة التي له فيه وان شاء قومها على شريكه ان كان موسراً وان كان معسراً استسعى العبد وقال الشافعي يجوز التدبير ولا يلزم شيء من هذا كله ويبقى العبد المدبر نصفه او ثلثه على ما هو عليه فاذا مات مدبره عتق منه ذلك الجزء ولم يقوم الجزء الباقي منه على السيد على ما يفعل في سنة العتق لان المال قد صار لغيره وهم الورثة وهذه المسئلة هي من الاحكام لا من الاركان أعني احكام المدبر فلنثبت في الاحكام وأما المدبر فاتفقوا على أن من شروطه ان يكون مالكا تام الملك غير محجور عليه سواء كان صحيحاً او مريضاً وأن من شرطه الا يكون ممن احاط الدين بماله لانهم اتفقوا على أن الدين يبطل التدبير واختلفوا في تدبير السفيه فهذه هي اركان هذا الباب وأما احكامه فاصولها راجعة الى اجناس خمسة . أحدها ماذا يخرج المدبر هل من رأس المال او الثلث . والثاني ما يبقى فيه من احكام الرق مما ليس يبقى فيه أعني مادام مدبراً . والثالث ما يتبعه في الحرية مما ليس يتبعه . والرابع مبطلات التدبير الطارئة عليه . والخامس في احكام تبعيض التدبير

﴿ الجنس الاول ﴾ فأما ماذا يخرج المدبر اذا مات المدبر فان العلماء اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور الى انه يخرج من الثلث وقالت طائفة هو من رأس المال معظمهم اهل الظاهر فمن رآه من الثلث شبهه بالوصية لانه حكم يقع بعد الموت وقد روى حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال المدبر من الثلث الا انه اثر ضعيف عند اهل الحديث لانه رواه علي ابن طبيان عن نافع عن عبد الله بن عمر وعلي بن طبيان متروك الحديث عند اهل الحديث ومن رآه من رأس المال شبهه بالشيء يخرجه الانسان من ماله في حياته فشبهه الهبة واختلف القائلون بانه من الثلث في فروع وهو اذا دبر الرجل غلاما له في صحته وأعتق في مرضه الذي مات منه غلاماً آخر فضاق الثلث عن الجمع بينهما فقال مالك يقدم المدبر لانه كان في الصحة وقال الشافعي يقدم المعتق المبتل لانه لا يجوز له رده ومن اصله انه يجوز عنده رد التدبير وهذه المسئلة هي احق بكتاب الوصايا ﴿ وأما الجنس الثاني ﴾ فأشهر مسئلة فيه هي هل للمدبر ان يبيع المدبر أم لا فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة من اهل الكوفة ليس للسيد ان يبيع مدبره وقال الشافعي وأحمد واهل الظاهر وأبو ثور له ان يرجع فيبيع مدبره وقال الاوزاعي لا يباع الا من رجل يريد عتقه واختلف ابو حنيفة ومالك من هذه المسئلة في فروع وهو اذا بيع فاعتقه المشتري فقال مالك ينفذ العتق وقال أبو حنيفة والكوفيون البيع مفسوخ سواء اعتقه المشتري او لم يعتقه وهو اقيس من جهة انه ممنوع عادة فعمدة من اجاز بيعه ما ثبت من حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم باع مدبراً وربما شبهوه بالوصية وأما عمدة المالكية فعموم قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود لانه عتق الى اجل فاشبه ام الولد او اشبه العتق المطلق فكان سبب الاختلاف هاهنا معارضة القياس للنص او العموم للخصوص ولا خلاف بينهم أن المدبر احكامه في حدوده وطلاقه وشهادته وسائر احكامه احكام العبيد واختلفوا من هذا الباب

في جواز وطء المدبرة فجمهور العلماء على جواز وطئها وروى عن ابن شهاب منع ذلك وعن الاوزاعي كراهية ذلك اذا لم يكن وطئها قبل التدبير وعمدة الجمهور تشبيهها بام الولد ومن لم يجز ذلك شبهها بالمعتقة الى اجل ومن منع وطء المعتقة الى اجل شبهها بالمنكحة الى اجل وهي المتعة واتفقوا على أن للسيد في المدبر الخدمة وليس له ان ينتزع ماله منه متى شاء كالحال في العبد قال مالك الا ان يمرض مرضاً مخوفاً فيكره له ذلك

﴿الجنس الثالث﴾

فأما ما يتبعه في التدبير مما لا يتبعه فان من مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في ولد المدبرة الذين تلدهم بعد تدبير سيدها من نكاح اوزنا فقال الجمهور ولدها بعد تدبيرها بمنزلتها يعتقون بعتقها ويرقون برقها وقال الشافعي في قوله المختار عند اصحابه أنهم لا يعتقون بعتقها وأجمعوا على انه اذا اعتقها سيدها في حياته انهم يعتقون بعتقها وعمدة الشافعية انهم اذا لم يعتقوا في العتق المنجز فأحرى ان لا يعتقوا في العتق المؤجل بالشرط واحتج ايضاً باجماعهم على أن الموصى لها بالعتق لا يدخل فيه بنوها والجمهور رأوا ان التدبير حرمة ما فأوجبوا اتباع الولد تشبيهاً بالكتابة وقول الجمهور مروي عن عثمان وابن مسعود وابن عمر وقول الشافعي مروي عن عمر بن عبد العزيز وعطاء بن أبي رباح ومكحول وتحصيل مذهب مالك في هذا ان كل امرأة فولدها تبع لها ان كانت حرة فحر وان كانت مكاتبة فمكاتب وان كانت مدبرة فمدبر او معتقة الى اجل وكذلك ام الولد ولدها بمنزلتها وخالف في ذلك أهل الظاهر وكذلك المعتق بعضه عند مالك وأجمع العلماء على أن كل ولد من تزويج فهو تابع لامه في الرق والحرية وما بينهما من العقود المفضية الى الحرية الا ما اختلفوا فيه من التدبير ومن امة زوجها عربي وأجمعوا على أن كل ولد من ملك يمين انه تابع لابيه ان حراً فحراً وان عبداً فعبداً وان مكاتباً فمكاتباً واختلفوا في المدبر اذا تسرى فولد له فقال مالك حكمه حكم الاب يعني انه مدبر وقال الشافعي وأبو حنيفة ليس بتبعه ولده في التدبير وعمدة مالك الاجماع على أن الولد من ملك اليمين تابع للاب ما عدى المدبر وهو من باب قياس موضع الخلاف على موضع الاجماع وعمدة الشافعية أن ولد المدبر مال من ماله ومال المدبر للسيد انتزاعه منه وليس يسلم له انه مال من ماله ويتبعه في الحرية ماله عند مالك

﴿الجنس الرابع﴾

واما النظر في تبعيض التدبير فقد قلنا فيمن دبر حظاً له في عبده دون ان يدبر شريكه ونقله الى هذا الموضع أولى فلينقل اليه واما من دبر جزء من عبد هو له كله فانه يقضى عليه بتدبير الكل قياساً على من بعض العتق عند مالك

﴿واما الجنس الخامس وهو مبطلات التدبير﴾

فمن هذا الباب اختلافهم في إبطال الدين للتدبير فقال مالك والشافعي الدين يبطله وقال ابو حنيفة ليس يبطله ويسعى في الدين وسواء كان الدين مستغرقاً للقيمة او لبعضها ومن هذا الباب اختلافهم في النصراني يدبر عبداً له نصرانياً فيسلم العبد قبل موت سيده فقال الشافعي يباع عليه ساعة يسلم ويبطل تدبيره وقال مالك يحال بينه وبين سيده ويخارج على سيده النصراني ولا يباع عليه حتى يبين أمر سيده فان مات عتق المدبر ما لم يكن عليه دين يحيط بماله وقال الكوفيون اذا أسلم مدبر النصراني قوم وسعى العبد في قيمته ومدبر الصحة يقدم عند مالك على مدبر المرض اذا ضاق الثلث عنهما

بسم الله الرحمان الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿كتاب امهات الاولاد﴾

واصول هذا الباب النظر هل تباع ام الولد أم لا وان كانت لا تباع فمتى تكون ام ولد ومتى لا تكون ام ولد وما يبقى فيها لسيدها من احكام العبودية ومتى تكون حرة

﴿أما المسئلة الاولى﴾

فان العلماء اختلفوا فيها

سائهم وخلفهم فانها تباع عن عمر رضي الله عنه انه قضى بالاتباع ولها حرة من رأس مال سيدها اذا مات وروى مثل ذلك عن عثمان وهو قول اكثر التابعين وجمهور فقهاء الامصار وكان ابو بكر الصديق وعلي رضوان الله عليهما وابن عباس وابن الزبير وجابر بن عبد الله وابو سعيد الخدري يجيزون بيع ام الولد وبه قالت الظاهرية من فقهاء الامصار وقال جابر وأبو سعيد كنا نبيع امهات الاولاد والنبي عليه السلام فينا لا يرى بذلك باساً واحتجوا بما روى عن جابر انه قال كنا نبيع امهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وصدر من خلافة عمر ثم نهانا عمر عن بيعهن ومما اعتمد عليه أهل الظاهر في هذه المسئلة النوع من الاستدلال الذي يعرف باستصحاب حال الاجماع وذلك أنهم قالوا لما انعقد الاجماع على انها مملوكة قبل الولادة وجب ان تكون كذلك بعد الولادة الى ان يدل الدليل على غير ذلك وقد تبين في كتب الاصول قوة هذا الاستدلال وانه لا يصح عند من يقول بالقياس وانما يكون ذلك دليلا بحسب رأى من ينكر القياس وربما احتج الجمهور عليهم بمثل احتجاجهم وهو الذي يعرفونه بمقابلة الدعوى بالدعوى وذلك انهم يقولون أليس يعرفون ان الاجماع قد انعقد على منع بيعها في حال حملها فاذا كان ذلك وجب ان يستصحب حال هذا الاجماع بعد وضع الحمل الا ان المتأخرين من اهل الظاهر احدثوا في هذا الاصل نقصا وذلك انهم لا يسلمون منع بيعها حاملا ومما اعتمده الجمهور في هذا الباب من الاثر ما روى عنه عليه السلام انه قال في مارية سريته لما ولدت ابراهيم اعتقها ولدها ومن ذلك ايضاً حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ايما امراة ولدت من سيدها فانها حرة اذا مات وكلا الحديثين لا يثبت عند اهل الحديث حكي ذلك ابو عمر بن عبد البر رحمه الله وهو من اهل هذا الشان وربما قالوا ايضاً من طريق المعنى انها قد وجبت لها حرمة وهو اتصال الولد بها وكونه بعضاً منها وحكوا هذا التعليل عن عمر رضي الله عنه حين رآه لا يبعن فقال خالطت لحومنا لحومهن ودماؤنا دماؤهن واما متى تكون ام ولد فانهم اتفقوا على أنها تكون ام ولد اذا ملكها قبل حملها منه واختلفوا اذا ملكها وهي حامل منه او بعد ان ولدت منه فقال مالك لا تكون ام ولد اذا ولدت منه قبل ان يملكها ثم ملكها وولدها وقال أبو حنيفة تكون ام ولد واختلف قول مالك اذا ملكها وهي حامل والقياس أن تكون ام ولد في جميع الاحوال اذ كان ليس من مكارم الاخلاق ان يبيع المرء ام ولده وقد قال عليه السلام بعثت لاتمم مكارم الاخلاق وأما بماذا تكون أم ولد فان مالكا قال كل ما وضعت مما يعلم انه ولد كانت مضغة او علقة وقال الشافعي لا بد ان يؤثر في ذلك شئ مثل الخلقة والتخطيط واختلافهم راجع الى ما ينطلق عليه اسم الولادة او ما يتحقق أنه مولود * وأما ما يبقى فيها من احكام العبودية فانهم اتفقوا على أنها في شهادتها وحدودها ودينها وأرش جراحها كالامة وجمهور من منع بيعها ليس يرون هاهنا سبباً طارئاً عليها يوجب بيعها الا ما روي عن عمر بن الخطاب انها اذا زنت رقت واختلف قول مالك والشافعي هل لسيدها استخدامها طول حياته واغتلاله اياها قال مالك ليس له ذلك وإنما له فيها الوطء فقط وقال الشافعي له ذلك وعمدة مالك انه لما لم يملك رقبتها بالبيع لم يملك استجارتها الا أنه يرى أن اجارة بنيها من غيره جائزة لان حرمتهم عنده أضعف وعمدة الشافعي انعقاد الاجماع على انه يجوز له وطئها * فسبب الخلاف تردد إجارتها بين اصلين احدهما وطئها والثاني بيعها فيجب ان يرجح اقوى الاصلين شبهاً واما متى تكون حرة فانه لا خلاف بينهم ان ان ذلك الوقت هو اذا مات السيد

بسم الله الرحمان الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿كتاب الجنايات﴾

والجنايات التي لها حدود مشروعة اربع جنايات على الابدان والنفوس والاعضاء وهو المسمى قتلا وجرحا وجنايات على الفروج وهو المسمي زنا وسفاحا وجنايات على الاموال وهذه ما كان منها ماخوذاً بحرب سمي حرابة اذا كان بغير تاويل وان كان بتاويل سمي بغياً وماخوذاً على وجه المخافصة من حرز يسمى سرقة وما كان منها بعلو مرتبة وقوة سلطان سمي غصباً وجنايات على الاعراض وهو المسمى قذفا وجنايات بالتعدى على استباحة ماحرمه الشرع من المأكول والمشروب وهذه انما يوجد فيها حد في هذه الشريعة في الخمر فقط وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه فابتدئ منها بالحدود التي في الدماء فنقول ان الواجب في إتلاف النفوس والجوارح هو اما قصاص واما مال وهو الذى يسمي الدية فاذاً النظر اولا في هذا الكتاب ينقسم الى قسمين النظر في القصاص والنظر في الدية والنظر في القصاص ينقسم الى القصاص في النفوس والى القصاص في الجوارح والنظر ايضاً في الديات ينقسم الى النظر في ديات النفوس والى النظر في ديات قطع الجوارح والجراح فينقسم اولا هذا الكتاب الي كتابين اولهما يرسم عليه كتاب القصاص والثاني يرسم عليه كتاب الديات

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿كتاب القصاص﴾

وهذا الكتاب ينقسم الى قسمين الاول النظر في القصاص في النفوس والثاني النظر في القصاص في الجوارح فلنبدأ من القصاص في النفوس

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿كتاب القصاص في النفوس﴾

والنظر اولا في هذا الكتاب ينقسم الى قسمين الى النظر في الموجب أعني الموجب للقصاص والى النظر في الواجب أعني القصاص وفي ابداله ان كان له بدل فلنبدأ اولا بالنظر في الموجب والنظر في الموجب يرجع الى النظر في صفة القتل والقاتل الذى يجب بمجموعهما القصاص فانه ليس أي قاتل اتفق يقتص منه ولا اي قتل اتفق ولا من أي مقتول اتفق بل من قاتل محدود وبقتل محدود ومقتول محدود اذ كان المطلوب في هذا الباب انما هو العدل فلنبدأ من النظر في القاتل ثم في القتل ثم في المقتول

﴿القول في شروط القاتل﴾

فنقول انهم اتفقوا على أن القاتل الذى يقاد منه يشترط فيه باتفاق ان يكون عاقلا بالغاً مختاراً للقتل مباشراً غير مشارك له فيه غيره واختلفوا في المكره والمكره وبالجملة الآمر والمباشر فقال مالك والشافعي والثوري واحمد وابو ثور وجماعة القتل على المباشر دون الآمر ويعاقب الامر وقالت طائفة يقتلان جميعاً وهو اذا لم يكن هنالك اكراه ولا سلطان للآمر على المامور واما اذا كان للامر سلطان على المامور اعني المباشر فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال فقال قوم يقتل الامر دون المامور ويعاقب المامور وبه قال داود وابو حنيفة وهو احد قولي الشافعي وقال قوم يقتل المامور دون الامر وهو احد قولي الشافعي وقال قوم يقتلان جميعاً وبه قال مالك فمن لم يوجب حداً على المامور اعتبر تاثير الاكراه في اسقاط كثير من الواجبات في الشرع لكون المكره يشبه من لا اختيار له ومن رآ عليه القتل غلب عليه حكم الاختيار وذلك ان المكره يشبه من جهة المختار ويشبه من جهة المضطر المغلوب مثل الذى يسقط من علو والذى تحمله الريح من موضع الى موضع ومن رآى قتلهم جميعاً لم يعذر المامور بالاكراه ولا الامر بعدم المباشرة ومن رآ قتل الامر فقط شبه المامور بالالة التي لا تنطق ومن رآ الحد على

غير المباشر اعتمدا انه ليس ينطلق عليه اسم قاتل الا بالاستعارة وقد اعتمدت المالكية في قتل المكره على القتل بالقتل باجماعهم على انه لو أشرف على الهلاك من مخمصة لم يكن له ان يقتل انسانا فيأكله، أما المشارك للقاتل عمداً في القتل فقد يكون القتل عمداً وخطأ وقد يكون القاتل مكلفاً وغير مكلف وسنذكر العمد عند قتل الجماعة بالواحد وأما اذا اشترك في القتل عامد ومخطئ او مكلف وغير مكلف مثل عامد وصبي أو مجنون أو حر وعبد في قتل عمد عند من لا يقيد من الحر بالعبد فان العلماء اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي على العامد القصاص وعلى المخطئ والصبي نصف الدية الا ان مالكا يجعله على العاقلة والشافعي في ماله على ما يأتي وكذلك قالا في الحر والعبد يقتلان العبد عمداً ان العبد يقتل وعلى الحر نصف القيمة وكذلك الحال في المسلم والذمي يقتلان جميعاً وقال ابو حنيفة اذا اشترك من يجب عليه القصاص مع من لا يجب عليه القصاص فلا قصاص على واحد منهما وعليهما الدية وعمدة الحنفية ان هذه شبهة فان القتل لا يتبعض وممكن ان تكون افاتة نفسه من فعل الذي لا قصاص عليه كما كان ذلك ممن عليه القصاص وقد قال عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات وإذا لم يكن الدم وجب حقنه وهو الدية وعمدة الفريق الثاني النظر إلى المصلحة التي تقتضي التغليظ لحوطة الدماء فكان كل واحد منهما انفرد بالقتل فله حكم نفسه ففيه ضعف في القياس واما صفة الذي يجب به القصاص فاتفقوا على أنه العمد وذلك انهم أجمعوا على ان القتل صنفان عمد وخطأ واختلفوا في هل بينهما وسط أم لا وهو الذي يسمونه شبه العمد فقال به جمهور فقهاء الامصار والمشهور عن مالك نفيه إلا في الابن مع أبيه وقد قيل انه يخرج عنه في ذلك رواية اخرى وبأنه قال عمر بن الخطاب وعلي وعثمان وزيد بن ثابت وأبو موسى الاشعري والمغيرة ولا مخالف لهم من الصحابة والذين قالوا به قالوا فيما هو شبه العمد مما ليس بعمد وذلك راجع في الاغلب الى الآلات التي بها يقع القتل والى الاحوال التي كان من أجلها الضرب فقال أبو حنيفة كل ما عدى الحديد من القضب أو النار وما يشبه ذلك فهو شبه العمد وقال أبو يوسف ومحمد شبه العمد ما لا يقتل مثله وقال الشافعي شبه العمد ما كان عمداً في الضرب خطأ في القتل أي ما كان ضربا لم يقصد به القتل فتولد عنه القتل والخطأ ما كان خطأ فيهما جميعاً والعمد ما كان عمداً فيهما جميعاً وهو حسن فعمدة من نفى شبه العمد انه لا واسطة بين الخطإ والعمد أعني بين ان يقصد القتل أو لا يقصده وعمدة من أثبت الوسط ان النيات لا يطلع عليها الا الله تبارك وتعالى وانما الحكم بما ظهر فيمن قصد ضرب آخر بآلة تقتل غالباً كان حكمه كحكم الغالب أعني حكم من قصد القتل فقتل بلا خلاف ومن قصد ضرب رجل بعينه بآلة لا تقتل غالباً كان حكمه متردداً بين العمد والخطإ هذا في حق الآدمي في نفسه عند الله تعالى اما شبه العمد فمن جهة ما قصد ضربه واما شبهه للخطإ فمن جهة انه ضرب بما لا يقصد به القتل وقد روى حديث مرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الا ان قتل الخطإ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا والحجر دية مغلظة مائة من الابل منها أربعون في بطونها أولادها الا أنه حديث مضطرب عند أهل الحديث لا يثبت من جهة الاسناد فيما ذكره أبو عمر بن عبد البر وان كان أبو داود وغيره قد خرجه فهذا النحو من القتل عند من لا يثبته يجب به القصاص وعند من أثبته تجب به الدية ولا خلاف في مذهب مالك ان الضرب يكون على وجه الغضب والثائرة يجب به القصاص واختلف في الذي يكون عمداً على جهة اللعب أو على جهة الادب لمن ابيح له الادب واما الشرط الذي يجب به القصاص في المقتول فهو ان يكون مكافئاً لدم القاتل والذي به تختلف النفوس هو الاسلام والكفر والحرية والعبودية والذكورية والانوثية والواحد والكثير واتفقوا على ان المقتول اذا كان مكافئاً للقاتل في هذه الاربعة انه يجب القصاص واختلفوا في هذه الاربعة اما الحر اذا قتل العبد عمداً فان العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والشافعي والليث وأحمد وابو ثور لا يقتل

الحر بالعبد وقال ابو حنيفة واصحابه يقتل الحر بالعبد الا عبد نفسه وقال قوم يقتل الحر بالعبد سواء كان عبد القاتل او عبد غير القاتل وبه قال النخعي فمن قال لا يقتل الحر بالعبد احتج بدليل الخطاب للمفهوم من قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن قال يقتل الحر بالعبد احتج بقوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم وهم يد على من سواهم * فسبب الخلاف معارضة العموم لدليل الخطاب ومن فرق فضعيف ولا خلاف بينهم ان العبد يقتل بالحر وكذلك الانقص بالاعلى ومن الحجة ايضاً لمن قال يقتل الحر بالعبد ما رواه الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من قتل عبده قتلناه به ومن طريق المعنى قالوا ولما كان قتله محرماً كقتل الحر وجب ان يكون القصاص فيه كالقصاص في الحر واما قتل المؤمن بالكافر الذمي فاختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال فقال قوم لا يقتل مؤمن بكافر وممن قال به الشافعي والثوري واحمد وداود وجماعة وقال قوم يقتل به وممن قال بذلك ابو حنيفة واصحابه وابن ابي ليلى وقال مالك والليث لا يقتل به الا ان يقتله غيلة وقتل الغيلة ان يضجعه فيذبحه وبخاصة على ماله فعمدة الفريق الاول ما روي من حديث علي انه سأله قيس بن عبادة والاشتر هل عهد الله رسول الله صلى الله عليه وسلم عهداً لم يعهده الى الناس قال لا الا ما في كتابي هذا واخرج كتاباً من قراب سيفه فاذا فيه المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم وهم يد على من سواهم الا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده من احدث حدثاً او آوى محدثاً فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين خرجه ابو داود وروى ايضاً عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يقتل مؤمن بكافر واحتجوا في ذلك باجماعهم على انه لا يقتل مسلم بالحربي الذي امن واما اصحاب ابي حنيفة فاعتمدوا في ذلك اثراً منها حديث يرويه ربيعة بن ابي عبد الرحمان عن عبد الرحمان السلماني قال قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلاً من اهل القبلة برجل من اهل الذمة وقال انا احق من وفا بعهده ورووا ذلك عن عمر قالوا وهذا مخصص لعموم قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر اي انه اراد به الكافر الحربي دون الكافر المعاهد وضعف اهل الحديث حديث عبد الرحمان السلماني وما رووا من ذلك واما من طريق القياس فانهم اعتمدوا على اجماع المسلمين في ان يد المسلم تقطع اذا سرق من مال الذمي قالوا فاذا كانت حرمة ماله كحرمة مال المسلم فحرمة دمه كحرمة دمه * فسبب الخلاف تعارض الآثار والقياس واما قتل الجماعة بالواحد فان جمهور فقهاء الامصار قالوا تقتل الجماعة بالواحد منهم مالك وابو حنيفة والشافعي والثوري واحمد وابو ثور وغيرهم سواء كثرت الجماعة او قلت وبه قال عمر حتى روي انه قال لو تمالا عليه اهل صنعاء لقتلتهم جميعاً وقال داود واهل الظاهر لا تقتل الجماعة بالواحد وهو قول ابن الزبير وبه قال الزهري وروى عن جابر وكذلك عند هذه الطائفة لا تقطع ايد بيد أعني اذا اشترك اثنان فما فوق ذلك في قطع يد وقال مالك والشافعي تقطع الايدي باليد وفرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالوا تقتل الانفس بالنفس ولا يقطع بالطرف الا طرف واحد وسيأتي هذا في باب القصاص من الاعضاء فعمدة من قتل بالواحد الجماعة النظر الى المصلحة فانه مفهوم ان القتل انما شرع لنفي القتل كما نبه عليه الكتاب في قوله تعالى ولكم في القصاص حياة يا أولي الالباب واذا كان ذلك كذلك فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس الى القتل بان يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة لكن له معترض ان يقول ان هذا انما كان يلزم لو لم يقتل من الجماعة احد فاما ان قتل منهم واحد وهو الذي من قتله يظن اتلاف النفس غالباً على الظن فليس يلزم ان يبطل الحد حتى يكون سبباً للتسليط على اذهاب النفوس وعمدة من قتل الواحد بالواحد قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين وأما قتل الذكر بالانثى فان ابن المنذر وغيره ممن ذكر الخلاف حكى انه اجماع الا ما حكي عن علي من الصحابة وعن عثمان البتي

انه اذا قتل الرجل بالمرأة كان على اولياء المرأة نصف الدية وحكى القاضى ابو الوليد الباجى في المنتقى عن الحسن البصرى انه لايقتل الذكر بالانثى وحكاه الخطابي فى معالم السنن وهو شاذ ولكن دليله قوى لقوله تعالى والانثى بالانثى وان كان يعارض دليل الخطاب هاهنا العموم الذى فى قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس لكن يدخله ان هذا الخطاب وارد فى غير شريعتنا وهى مسئلة مختلف فيها أعنى هل شرع من قبلنا شرع لنا أم لا والاعتماد فى قتل الرجل بالمرأة هو النظر الى المصلحة العامة واختلفوا من هذا الباب فى الاب والابن فقال مالك لايقاد الاب بالابن الا ان يضجعه فيذبحه فاما ان جذبه بسيف اوعصى فقتله لم يقتل وكذلك الجد عنده مع حفيده وقال ابو حنيفة والشافعى والثورى لايقاد الوالد بولده ولا الجد بحفيده اذا قتله باى وجه كان من اوجه العمد وبه قال جمهور العلماء وعمدتهم حديث ابن عباس ان النبي عليه السلام قال لاتقام الحدود فى المساجد ولايقاد بالولد الوالد وعمدة مالك عموم القصاص بين المسلمين . وسبب اختلافهم ما رووه عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب ان رجلا من بنى مدلج يقال له قتادة جذب ابناً له بالسيف فاصاب ساقه فنزئى في جرحه فمات فقدم سراقة بن جعشم على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فقال له عمر اعدد على مادقديد عشرين ومائة بعير حتى اقدم عليك فلما قدم عليه عمر اخذ من تلك الابل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة ثم قال اين أخوا المقتول فقالها أنا ذا قال خذها فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس لقاتل شئ فان مالكا حمل هذا الحديث على أنه لم يكن عمداً محضاً وأثبت منه شبه العمد فيما بين الابن والاب وأما الجمهور فحملوه على ظاهره من انه عمد لاجماعهم ان من جذب آخر بسيف فقتله فهو عمد وأما مالك فرآى للاب من التسلط على تاديب ابنه ومن المحبة له ان حمل القتل الذى يكون في أمثال هذه الاحوال على أنه ليس بعمد ولم يتهمه اذ كان ليس يقتل غيلة فتمايحمل فاعله على انه قصد القتل من جهة غلبة الظن وقوة التهمة اذ كانت النيات لايطلع عليها الا الله تعالى فمالك لم يتهم الاب حيث اتهم الاجنبى لقوة المحبة التى بين الاب والابن والجمهور راعوا عدم الحد عن الاب لمكان حقه على الابن والذى يجئ على اصول أهل الظاهر أن يقاد فهذا هو القول فى الموجب ﴿وأما القول فى الموجب﴾ فاتفقوا على أن لولى الدم أحد شيئين القصاص اوالعفو إما على الدية وإما على غير الدية واختلفوا هل الانتقال من القصاص الى العفو على أخذ الدية هو حق واجب لولى الدم دون أن يكون فى ذلك خيار للمقتص منه ام لا تثبت الدية الا بتراضى الفريقين أعنى الولى والقاتل وانه اذا لم يرد المقتص منه أن يؤدى الدية لم يكن لولى الدم الا القصاص مطلقاً اوالعفو فقال مالك لايجب للولى الا أن يقتص اويعفو عن غير دية الا ان يرضى المقتص منه باعطاء الدية القاتل وهى رواية ابن القاسم عنه وبه قال ابو حنيفة والثورى والاوزاعى وجماعة وقال الشافعى وأحمد وأبو ثور وداود واكثر فقهاء المدينة من اصحاب مالك وغيره ولى الدم بالخيار ان شاء اقتص وان شاء اخذ الدية رضى القاتل او لم يرض وروى ذلك اشهب عن مالك الا أن المشهور عنه هى الرواية الاولى فعمدة مالك فى الرواية المشهورة حديث أنس بن مالك فى قصة سن الربيع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كتاب الله القصاص فلم يدل الخطاب أنه ليس له الا القصاص وعمدة الفريق الثانى حديث أبى هريرة الثابت من قتل له قتيل فهو بخير النظرين بين ان يأخذ الدية وبين ان يعفوا وهما حديثان متفق على صحتهما لكن الاول ضعيف الدلالة فى انه ليس له الا القصاص والثانى نص فى إزالة الخيار والجمع بينهما يمكن اذا رفع دليل الخطاب من ذلك فان كان الجمع واجباً وممكنا فالمصير الى الحديث الثانى واجب والجمهور على ان الجمع واجب اذا أمكن وانه اولى من الترجيح وايضاً فان الله عز وجل يقول ولاتقتلوا انفسكم واذا عرض على المكلف فداء نفسه بمال فوجب

عليه ان يفديها اصله اذا وجد الطعام في مخمصة بقيمة مثله وعنده بما يشتريه اعني انه يقضي عليه بشرائه فكيف بشراء نفسه ويلزم على هذه الرواية اذا كان للمقتول اولياء صغار وكبار ان يؤخر القتل الى ان يكبر الصغار فيكون لهم الخيار ولاسيما اذا كان الصغار يحجبون الكبار مثل البنين مع الاخوة قال القاضي وقد كانت وقعت هذه المسئلة بقرطبة حياة جدي رحمه الله فأفتى اهل زمانه بالرواية المشهورة وهو الانتظار الصغير فأفتى هو رحمه الله بانتظاره على القياس فشنع اهل زمانه ذلك عليه لما كانوا عليه من شدة التقليد حتى اضطر ان يضع في ذلك قولا ينتصر فيه لهذا المذهب وهو موجود بأيدي الناس والنظر في هذا الباب هو في قسمين في العفو والقصاص والنظر في العفو في شيئين احدهما فيمن له العفو ممن ليس له وترتيب أهل الدم في ذلك وهل يكون له العفو على الدية ام لا وقد تكلمنا في هل له العفو على الدية وأما من لهم العفو بالجملة فهم الذين لهم القيام بالدم والذين لهم القيام بالدم هم العصبة عند مالك وعند غيره كل من يرث وذلك انهم اجمعوا على ان المقتول عمداً اذا كان له بنون بالغون فعفا احدهم ان القصاص قد بطل ووجبت الدية واختلفوا في اختلاف البنات مع البنين في العفو او في القصاص وكذلك الزوجة او الزوج والاخوات فقال مالك ليس للبنات ولا الاخوات قول مع البنين والاخوة في القصاص او ضده ولا يعتبر قولهن مع الرجال وكذلك الامر في الزوجة والزوج وقال ابو حنيفة والثوري وأحمد والشافعي كل وارث يعتبر قوله في إسقاط القصاص وفي اسقاط حظه من الدية وفي الاخذ به قال الشافعي الغائب منهم والحاضر والصغير والكبير سواء وعمدة هؤلاء اعتبارهم الدم بالدية وعمدة الفريق الاول ان الولاية انما هي للذكران دون الاناث واختلف العلماء في المقتول عمدا اذا عفا عن دمه قبل ان يموت هل ذلك جائز على الاولياء وكذلك في المقتول خطأ اذا عفا عن الدية فقال قوم اذا عفا المقتول عن دمه في العمد مضى ذلك وممن قال بذلك مالك وأبو حنيفة والاوزاعي وهذا احد قولي الشافعي وقالت طائفة اخرى لا يلزم عفوه وللاولياء القصاص او العفو وممن قال به أبو ثور وداود وهو قول الشافعي بالعراق وعمدة هذه الطائفة ان الله خير الولي في ثلاث اما العفو وإما القصاص وإما الدية وذلك عام في كل مقتول سواء عفا عن دمه قبل الموت او لم يعف وعمدة الجمهور ان الشيء الذي جعل للولي انما هو حق المقتول فتاب فيه منابه واقيم مقامه فكان المقتول أحق بالخيار من الذي اقيم مقامه بعد موته وقد اجمع العلماء على ان قوله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له أن المراد بالمتصدق هاهنا هو المقتول يتصدق بدمه وانما اختلفوا على من يعود الضمير في قوله فهو كفارة له فقيل على القاتل لمن رآ له توبة وقيل على المقتول من ذنوبه وخطاياه واما اختلافهم في عفو المقتول خطأ عن الدية فقال مالك والشافعي وابو حنيفة وجمهور فقهاء الامصار ان عفوه من ذلك في ثلثه الا ان يجيزه الورثة وقال قوم يجوز في جميع ماله وممن قال به طاوس والحسن وعمدة الجمهور انه واهب مالا له بعد موته فلم يجز الا في الثلث اصله الوصية وعمدة الفرقة الثانية انه اذا كان له ان يعفوا عن الدم فهو احرى ان يعفوا عن المال وهذه المسئلة هي اخص بكتاب الديات واختلف العلماء اذا عفا المجروح عن الجراحات فمات منها هل للاولياء ان يطالبوا بديته ام لا فقال مالك لهم ذلك الا ان يقول عفوت عن الجراحات وعما تؤول اليه وقال ابو يوسف ومحمد اذا عفا عن الجراحة ومات فلا حق لهم والعفو عن الجراحات عفو عن الدم وقال قوم بل تلزمهم الدية اذا عفا عن الجراحات مطلقاً وهؤلاء اختلفوا فمنهم من قال تلزم الجارح الدية كلها واختار المزني من اقوال الشافعي ومنهم من قال يلزم من الدية ما بقي منها بعد إسقاط دية الجرح الذي عفا عنه وهو قول الثوري واما من يرى انه يعفوا عن الدم فليس يتصور معه خلاف في انه لا يسقط ذلك طلب الولي الدية لانه اذا كان عفوه عن

الدم لايسقط حق الولى فأحرى ان يسقط عفوه عن الجرح * واختلفوا فى القاتل عمداً يعفى عنه هل يبقى للسلطان فيه حق ام لا فقال مالك والليث انه يجلد مائة ويسجن سنة وبه قال أهل المدينة وروى ذلك عن عن عمر وقالت طائفة الشافعي واحمد وإسحاق وابوثور لايجب عليه ذلك وقال أبوثور الاان يكون يعرف بالشر فيؤدبه الامام على قدر مايرى ولاعمدة للطائفة الاولى الا ارضعيف وعمدة الطائفة الثانية ظاهر الشرع وأن التحديد فى ذلك لايكون الابتوقيف ولاتوقيف ثابت فى ذلك

﴿ القـــــول فى القصاص ﴾ والنظر فى القصاص هو فى صفة القصاص وممن يكون ومتى يكون فاما صفة القصاص فى النفس فان العلماء اختلفوا فى ذلك فمنهم من قال يقتص من القاتل على الصفة التى قتل فمن قتل تغريقاً قتل تغريقاً ومن قتل بضرب بحجر قتل بمثل ذلك وبه قال مالك والشافعى قالوا الاان يطول تعذيبه بذلك فيكون السيف له اروح واختلف اصحاب مالك فيمن حرق آخر هل يحرق مع موافقتهم لمالك فى ابتداء صورة القتل وكذلك فيمن قتل بالسهم وقال ابو حنيفة واصحابه باى وجه قتله لم يقتل الا بالسيف وعمدتهم ماروى الحسن عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لاقود الا بحديدة وعمدة الفريق الاول حديث انس ان يهوديا رضخ رأس امرأة بحجر فرضخ النبى صلى الله عليه وسلم رأسه بحجر اوقال بين حجرين وقوله كتب عليكم القصاص فى القتلى والقصاص يقتضى المماثلة وأما ممن يكون القصاص فالظاهر انه يكون من ولى الدم وقد قيل انه لايمكن منه لمكان العداوة مخافة ان يجور فيه وأما متى يكون القصاص فبعد ثبوت موجباته والاعذار الى القاتل فى ذلك ان لم يكن مقراً واختلفوا هل من شرط القصاص الايكون الموضع الحرم وأجمعوا على أن الحامل اذا قتلت عمداً انه لايقاد منها حتى تضع حملها كمل كتاب القصاص فى النفس

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب القصاص فى الجوارح ﴾

والجوارح صنفان منها مافيه القصاص اوالدية اوالعفو ومنها مافيه الدية اوالعفو ولنبدأ بما فيه القصاص والنظر ايضاً هاهنا فى شروط الجارح والجرح الذى يجب القصاص والمجروح وفى الحكم الواجب الذى هو القصاص وفى بدله ان كان له بدل

﴿ القـــول فى الجارح ﴾ ويشترط فى الجارح ان يكون مكلفاً كما يشترط ذلك فى القاتل وهو ان يكون بالغاً عاقلا والبلوغ يكون بالاحتلام والسن بلاخلاف وان كان الخلاف فى مقداره فقصاه ثمانية عشر سنة وأقله خمس عشرة سنة وبه قال الشافعي ولاخلاف أن الواحد اذا قطع عضو انسان واحدا قتص منه اذا كان مما فيه القصاص واختلفوا اذا قطعت جماعة عضواً واحداً فقال اهل الظاهر لاتقطع يدان فى يد وقال مالك والشافعى تقطع الايدي باليد الواحدة كما تقتل عندهم الانفس بالنفس الواحدة وفرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالوا الاتقطع اعضاء بعضو وتقتل انفس بنفس وعندهم أن الاطراف تتبعض وازهاق النفس لايتبعض واختلف فى الانبات فقال الشافعى هو بلوغ باطلاق واختلف المذهب فيه فى الحد ودخل هو بلوغ فيها ام لا والاصل فى هذا كله حديث بنى قريظة انه صلى الله عليه وسلم قتل منهم من انبت وجرت عليه المواسى كما ان الاصل فى السن حديث ابن عمر انه عرضه يوم الخندق وهو ابن اربع عشرة سنة فلم يقبله وقبله يوم احد وهو ابن خمسة عشر سنة

﴿ القـــول فى المجروح ﴾ وأما المجروح فانه يشترط فيه ان يكون دمه مكافئاً لدم الجارح والذى يؤثر فى التكافؤ العبودية والكفر أما العبد والحر فانهم اختلفوا فى وقوع القصاص بينهما فى الجرح كاختلافهم فى النفس فمنهم من رأى أنه لايقتص من الحر للعبد ويقتص للحر من العبد كالحال فى النفس ومنهم

من رآه يقتص لكل واحد منهما من كل واحد ولم يفرق بين الجرح والنفس ومنهم من فرق فقال يقتص من الاعلى للادنى في النفس والجرح ومنهم من قال يقتص من النفس دون الجرح وعن مالك الروايتان والصواب كما يقتص من النفس ان يقتص من الجرح فهذه هي حال العبيد مع الاحرار وأما حال العبيد بعضهم مع بعض فان للعلماء فيهم ثلاثة اقوال : أحدها أن القصاص بينهم في النفس ومادونها وهو قول الشافعي وجماعة وهو مروي عن عمر بن الخطاب وهو قول مالك . والقول الثاني انه لا قصاص بينهم لا في النفس ولا في الجرح وانهم كالبهائم وهو قول الحسن وابن شبرمة وجماعة : والثالث أن القصاص بينهم في النفس دون مادونها وبه قال ابو حنيفة والثوري وروى ذلك عن ابن مسعود وعمدة الفريق الاول قوله تعالى والعبد بالعبد وعمدة الحنفية ماروى عن عمران بن الحصين أن عبدا لقوم فقراء قطع اذن عبد لقوم اغنياء فاتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتص منه فهذا هو حكم النفس

﴿ القول في الجرح ﴾

وأما الجرح فانه يشترط فيه ان يكون على وجه العمد أعني الجرح الذي يجب فيه القصاص والجرح لا يخلوا ان يكون يتلف جارحة من جوارح المجروح او لا يتلف فان كان مما لا يتلف جارحة فالعمد فيه هو ان يقصد ضربه على وجه الغضب بما يجرح غالبا وأما ان جرحه على وجه اللعب او بما لا يجرح به غالبا او على وجه الادب فيشبه ان يكون فيه الخلاف الذي يقع في القتل الذي يتولد عن الضرب في اللعب والادب بما لا يقتل غالبا فان ابا حنيفة يعتبر الآلة حتى يقول ان القاتل بالمثقل لا يقتل وهو شذوذ منه أعني بالخلاف هل فيه القصاص او الدية ان كان الجرح مما فيه الدية وأما ان كان الجرح قد اتلف جارحة من جوارح المجروح فمن شرط القصاص فيه العمد ايضا بلا خلاف وفي تمييز العمد منه من غير العمد خلاف اما اذا ضربه على العضو نفسه فقصده ضربه بآلة تقطع العضو غالبا او ضربه على وجه الثائرة فلا خلاف ان فيه القصاص وأما ان ضربه بلطمة او سوط او ما اشبه ذلك مما الظاهر منه انه لم يقصد اتلاف العضو مثل ان يلطمه فيفقأ عينه فالذي عليه الجمهور انه شبه العمد ولا قصاص فيه وفيه الدية مغلظة في ماله وهي رواية العراقيين عن مالك والمشهور في المذهب أن ذلك عمد وفيه القصاص الا في الاب مع ابنه وذهب ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد الى أن شبه العمد انما هو في النفس لا في الجرح وأما ان جرحه فاتلف عضوا على وجه اللعب ففيه قولان . أحدهما وجوب القصاص . والثاني نفيه وما يجب على هذين القولين ففيه القولان قيل الدية مغلظة وقيل دية الخطأ أعني فيما فيه دية وكذلك اذا كان على وجه الادب ففيه الخلاف وأما ما يجب في جراح العمد اذا وقعت على الشروط التي ذكرنا فهو القصاص لقوله تعالى والجروح قصاص وذلك فيما امكن القصاص فيه منها وفيما وجد منه محل القصاص ولم يخش منه تلف النفس وانما صار والهذا لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع القود في المأمومة والمنقلة والجائفة فرآه مالك ومن قال بقوله ان هذا حكم ما كان في معنى هذه من الجراح التي هي متالف مثل كسر عظم الرقبة والصلب والصدر والفخذ وما اشبه ذلك وقد اختلف قول مالك في المنقلة فمرة قال بالقصاص ومرة قال بالدية وكذلك الامر عند مالك فيما لا يمكن فيه التساوي في القصاص مثل الاقتصاص من ذهاب بعض النظر او بعض السمع ويمنع القصاص ايضا عند مالك عدم المثل مثل ان يفقأ اعمى عين بصير واختلفوا من هذا في الاعور يفقأ عين الصحيح عمدا فقال الجمهور ان احب الصحيح ان يستقيد منه فله القود واختلفوا اذا عفا عن القود فقال قوم ان احب فله الدية كاملة الف دينار وهو مذهب مالك وقيل ليس له الا نصف الدية وبه قال الشافعي وهو أيضا منقول عن مالك وبقول الشافعي قال ابن القاسم وبالقول الآخر قال المغيرة من اصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذي بقيت عينه الا القود او ما اصطلحا عليه وقد قيل لا يستقيد من الاعور وعليه الدية كاملة روى هذا عن ابن المسيب وعن عثمان

وعمدة صاحب هذا القول ان عين الاعور بمنزلة عينين فمن فقأها في واحدة فكأنه اقتص من اثنين في واحدة والى نحو هذا ذهب من رأى أنه اذا ترك القود فان له دية كاملة ويلزم حامل هذا القول الا يستفيد ضرورة ومن قال بالقود وجعل الدية نصف الدية فهو احرز لاصله فتأمله فانه بين بنفسه والله أعلم وأما هل المجروح مخير بين القصاص واخذ الدية أم ليس له الا القصاص فقط الا ان يصطلحا على اخذ الدية ففيه القولان عن مالك مثل القولين في القتل وكذلك احد قولي مالك في الاعور يفقأ عين الصحيح أن الصحيح مخير بين ان يفقأ عين الاعور او يأخذ الدية الف دينار او خمس مائة على الاختلاف في ذلك

﴿ وأما متى يستقاد من الجرح ﴾ فعند مالك أنه لا يستقاد من جرح الا بعد اندماله وعند الشافعي على الفور فالشافعي تمسك بالظاهر ومالك رأى ان يعتبر ما يؤول اليه امر الجرح مخافة ان يفضي الى اتلاف النفس واختلف العلماء في المقتص من الجرح بموت المقتص منه من ذلك الجرح فقال مالك والشافعي وابو يوسف ومحمد لا شيء على المقتص وروى عن علي وعمر مثل ذلك وبه قال أحمد وابو ثور وداود وقال ابو حنيفة والثوري وابن ابي ليلى وجماعة اذا مات وجب على عاقلة المقتص الدية وقال بعضهم هي في ماله وقال عثمان البتي يسقط عنه من الدية قدر الجراحة التي اقتص منها وهو قول ابن مسعود فعمدة الفريق الاول اجماعهم على أن السارق اذا مات من قطع يده انه لا شيء على الذي قطع يده وعمدة ابي حنيفة انه قتل خطأ فوجبت فيه الدية ولا يقاد عند مالك في الحر الشديد ولا البرد الشديد ويؤخر ذلك مخافة ان يموت المقاد منه وقد قيل ان المكان شرط في جواز القصاص وهو غير الحرام فهذا هو حكم العمد في الجنايات على النفس وفي الجنايات على اعضاء البدن وينبغي ان نصير الى حكم الخطأ في ذلك ونبتدئ بحكم الخطأ في النفس

﴿ كتاب الديات في النفوس ﴾ والاصل في هذا الباب قوله تعالى ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا والديات تختلف في الشريعة بحسب اختلاف الدماء وبحسب اختلاف الذين تلزمهم الدية وتختلف ايضاً بحسب العمد اذا رضي بها اما الفرقان واما من له القود على ما تقدم من الاختلاف والنظر في الدية هو في موجبها اعني في اي قتل يجب ثم في نوعها وفي قدرها وفي الوقت الذي تجب فيه وعلى من تجب فاما في اي قتل تجب فانهم اتفقوا على انها تجب في قتل الخطأ وفي العمد الذي يكون من غير مكلف مثل المجنون والصبي وفي العمد الذي تكون حرمة المقتول فيه ناقصة عن حرمة القاتل مثل الحر والعبد ومن قتل الخطأ ما اتفقوا على انه خطأ ومنه ما اختلفوا فيه وقد تقدم صدر من ذلك وسيأتي بعد مثل اختلافهم في تضمين الراكب والسائق والقائد وأما قدرها ونوعها فانهم اتفقوا على أن دية الحر المسلم على أهل الابل مائة من الابل وهي في مذهب مالك ثلاث ديات دية الخطأ ودية العمد اذا قبلت ودية شبه العمد وهي عند مالك في الاشهر عنه مثل فعل المدلجي بابنه واما الشافعي فالدية عنده اثنان فقط مخففة ومغلظة فالمخففة دية الخطأ والمغلظة دية العمد ودية شبه العمد وأما ابو حنيفة فالديات عنده اثنان ايضاً دية الخطأ ودية شبه العمد وليس عنده دية في العمد وانما الواجب عنده في العمد ما اصطلحا عليه وهو حال عليه غير مؤجل وهو معنى قول مالك المشهور لانه اذا لم تلزمه الدية عنده الا باصطلاح فلا معنى لتسميتها دية الا ما روي عنه انها تكون مؤجلة كدية الخطأ فهنا يخرج حكمها عن حكم المال المصطلح عليه ودية العمد عنده أرباع خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهو قول ابن شهاب وربيعة والدية المغلظة عنده أثلاثا ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون خلفة وهي الحوامل ولا تكون للمغلظة عنده في المشهور الا في مثل فعل المدلجي بابنه وعند الشافعي انها تكون في شبه العمد أثلاثا ايضاً وروي ذلك ايضاً عن عمر وزيد بن ثابت

وقال ابوثور الدية في العمد اذا عفا ولي الدم اخماساً كدية الخطا واختلفوا في اسنان الابل في دية الخطا فقال مالك والشافعي هي اجناس عشرون ابنة مخاض وعشرون ابنة لبون وعشرون بن لبون ذكر وعشرون حقة وعشرون جذعة وهو مروي عن ابن شهاب وربيعة وبه قال ابوحنيفة واصحابه اعني التخميس الا انهم جعلوا مكان ابن لبون ذكر ابن مخاض ذكر وروي عن ابن مسعود الوجهان جميعاً وروي عن سيدنا علي انه جعلها ارباعا اسقط منها الخمس والعشرين بني لبون واليه ذهب عمر بن عبد العزيز ولا حديث في ذلك مسند فدل على الاباحة والله اعلم كما قال ابو عمر بن عبد البر وخرج البخاري والترمذي عن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في دية الخطا عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض ذكور وعشرون بنات لبون وعشرون جذعة وعشرون حقة واعتل لهذا الحديث ابو عمر بانه روى عن حنيف بن مالك عن ابن مسعود وهو مجهول قال واحب الي في ذلك الرواية عن علي لانه لم يختلف في ذلك عليه كما اختلف على ابن مسعود فهذا هو مشهور اقاويلهم في الدية التي تكون من الابل على اهل الابل واما اهل الذهب والورق فانهم اختلفوا ايضاً فيما يجب من ذلك عليهم فقال مالك على اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الورق اثنا عشر الف درهم وقال اهل العراق على اهل الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعي بمصر لا يوخذ من اهل الذهب ولا من اهل الورق الا قيمة الابل بالغا ما بلغت وقوله بالعراق مثل قول مالك وعمدة مالك تقويم عمر بن الخطاب المائة من الابل على اهل الذهب بالف دينار وعلى اهل الورق باثني عشر الف درهم وعمدة الحنفية ما رووا ايضا عن عمر انه قوم الدينار بعشرة دراهم واجماعهم على تقويم المتقال بها في الزكاة واما الشافعي فيقول ان الاصل في الدية انما هو مائة بعير وعمر انما جعل فيها الف دينار على اهل الذهب واثني عشر الف درهم على اهل الورق لان ذلك كان قيمة الابل من الذهب والورق في زمانه والحجة له ما روى عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده انه قال كانت الديات على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ودية أهل الكتاب على النصف من دية المسلمين قال فكان ذلك حتى استخلف عمر فقام خطيباً فقال ان الابل قد غلت فقرضها عمر على اهل الورق اثني عشر الف درهم وعلى اهل الذهب الف دينار وعلى اهل البقر مائتي بقرة وعلى اهل الشاة الفي شاة وعلى اهل الحلل مائتي حلة وترك دية اهل الذمة لم يرفع فيها شيئاً واحتج بعض الناس لمالك لانه لو كان تقويم عمر بدلا لكان ذلك ديناً بدين لاجماعهم ان الدية في الخطا مؤجلة ثلاث سنين ومالك وابو حنيفة وجماعة متفقون على ان الدية لا توخذ إلا من الابل او الذهب او الورق وقال يوسف ومحمد بن الحسين والفقهاء السبعة المدنيون يوضع على اهل الشاة الفا شاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وهي اهل البرود مائتا حلة وعمدتهم حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده المتقدم وما اسنده أبو بكر بن ابي شيبة عن عطاء ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الدية على الناس في اموالهم ما كانت على اهل الابل مائة بعير وعلى اهل الشاة الفا شاة وعلى اهل البقر مائتا بقرة وعلى اهل البرود مائتا حلة وما روي عن عمر بن عبد العزيز انه كتب الى الاجناد ان الدية كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة بعير قال فان كان الذي أصابه من الاعراب فديته من الابل لا يكلف الاعرابي الذهب ولا الورق فان لم يجد الاعرابي مائة من الابل فعدلها من الشاة الف شاة ولان اهل العراق ايضاً رووا عن عمر مثل حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده نصاً وعمدة الفريق الاول انه لو جاز ان تقوم بالشاة والبقر لجاز ان يقوم بالطعام على أهل الطعام وبالخيل على أهل الخيل وهذا لا يقول به أحد والنظر في الدية كما قلت هو في نوعها وفي مقدارها وعلى من تجب وفيما تجب ومتى تجب. أما نوعها ومقدارها فقد تكلمنا فيه في الذكور الاحرار المسلمين وأما على من تجب فلا خلاف بينهم أن دية الخطا تجب

على العاقلة وأنه حكم مخصوص من عموم قوله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى ومن قوله عليه السلام لابي رمثة لا يجني عليك ولا تجني عليه وأما دية العمد فجمهورهم على أنها ليست على العاقلة لما روى عن ابن عباس ولا مخالف له من الصحابة أنه قال لا تحمل العاقلة عمدا ولا اعترافا ولا صلحا في عمد وجمهورهم على أنها لا تحمل من اصاب نفسه خطأ وشذ الاوزاعي فقال من ذهب يضرب العدو فقتل نفسه فعلى عاقلته الدية وكذلك عندهم في قطع الاعضاء وروى عن عمر أن رجلا فقأ عين نفسه خطأ فقضى له عمر بديتها على عاقلته واختلفوا في دية شبه العمد وفي الدية المغلظة على قولين واختلفوا في دية ما جناه المجنون والصبي على من تجب فقال مالك وابو حنيفة وجماعة انه كله يحمل على العاقلة وقال الشافعي عمد الصبي في ماله * وسبب اختلافهم تردد فعل الصبي بين العامد والمخطئ فمن غلب عليه شبه العمد أوجب الدية في ماله ومن غلب عليه شبه الخطئ أوجبها على العاقلة وكذلك اختلفوا اذا اشترك في القتل عامد وصبي والذين أوجبوا على العامد القصاص وعلى الصبي الدية اختلفوا على من تكون فقال الشافعي على أصله في مال الصبي وقال مالك على العاقلة وأما ابو حنيفة فيرى ألا قصاص بينهما وأما متى تجب فانهم اتفقوا على ان دية الخطا مؤجلة في ثلاث سنين وأما دية العمد فحالة الا ان يصطلحا على التاجيل وأما من هم العاقلة فان جمهور العلماء من أهل الحجاز اتفقوا على ان العاقلة هي القرابة من قبل الاب وهم العصبة دون اهل الديوان وتحمل الموالي العقل عند جمهورهم اذا عجزت عنه العصبة الا داود فانه لم ير الموالي عصبة وليس فيما يجب على واحد واحد منهم حد عند مالك وقال الشافعي على الغني دينار وعلى الفقير نصف دينار وهي عند الشافعي مرتبة على القرابة بحسب قربهم فالاقرب من بني ابيه ثم من بني جده ثم من بني بني ابيه وقال ابو حنيفة واصحابه العاقلة هم اهل ديوانه ان كان من أهل ديوان وعمدة اهل الحجاز انه تعاقل الناس في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي زمان ابي بكر ولم يكن هنالك ديوان وانما كان الديوان في زمان عمر بن الخطاب واعتمد الكوفيون حديث جبير بن مطعم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا حلف في الاسلام وايما حلف كان في الجاهلية فلا يزيده الاسلام الا قوة وبالجملة فتمسكوا في ذلك بنحو تمسكهم في وجوب الولاء للحلفاء واختلفوا في جناية من لا عصبة له ولا موالي وهم السائبة اذا جنوا خطئا هل يكون عليه عقل ام لا وان كان فعلى من يكون فقال من لم يجعل لهم موالي ليس على السائبة عقل وكذلك من لم يجعل العقل على الموالي وهو داود واصحابه وقال من جعل ولاءه لم اعتقه عليه عقله وقال من جعل ولاءه للمسلمين عقله في بيت المال ومن قال ان للسائبة ان يوالي من شاء جعل عقله لمن والاه وكل هذه الاقاويل قد حكيت عن السلف والديات تختلف بحسب اختلاف المودى فيه والمؤثر في نقصان الدية في الانوثة والكفر والعبودية اما دية المرأة فانهم اتفقوا على انها على النصف من دية الرجل في النفس فقط واختلفوا فيما دون النفس من الشجاج والاعضاء على ما سيأتي القول فيه في ديات الجروح والاعضاء واما دية أهل الذمة اذا قتلوا خطأ فان العلماء في ذلك ثلاثة أقوال أحدها ان ديتهم على النصف من دية المسلم ذكرانهم على النصف من ذكران المسلمين ونساؤهم على النصف من نسائهم وبه قال مالك وعمر بن عبد العزيز وعلى هذا تكون دية جراحهم على النصف من دية المسلمين والقول الثاني ان ديتهم ثلث دية المسلم وبه قال الشافعي وهو مروي عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وقال به جماعة من التابعين والقول الثالث ان ديتهم مثل دية المسلمين وبه قال أبو حنيفة والثوري وجماعة وهو مروي عن ابن مسعود وقد روي عن عمر وعثمان وقال به جماعة من التابعين فعمدة الفريق الاول ما روي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال دية الكافر على النصف من دية المسلم وعمدة الحنفية عموم قوله تعالى

وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مومنة ومن السنة ماروواه معمر عن الزهري قال دية اليهودي والنصراني وكل ذمي مثل دية المسلم قال وكانت كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي حتى كان معاوية يجعل في بيت المال نصفها وأعطى اهل المقتول نصفها ثم قضى عمر بن عبد العزيز بنصف الدية وابقى الذي جعله معاوية في بيت المال قال الزهري فلم يقض لي ان اذكر ذلك عمر بن عبد العزيز فاخبره ان الدية قد كانت تامة لاهل الذمة واما اذا قتل العبد خطأ أو عمداً على ما يرى القصاص فيه فقال قوم عليه قيمته بالغة ما بلغت وان زادت على دية الحر وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف وهو قول سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وقال ابو حنيفة ومحمد لا يجاوز بقيمة العبد الدية وقالت طائفة من فقهاء الكوفة فيه الدية ولكن لا يبلغ به دية الحر ينقص منها شيئاً وعمدة الحنفية ان الرق حال نقص فوجب الا تزيد قيمته على دية الحر وعمدة من اوجب فيه الدية ولكن ناقصه عن دية الحر انه مكلف ناقص فوجب ان يكون الحكم ناقصاً عن الحر لكن واحداً بالنوع اصله الحد في الزنا والقذف والخمر والطلاق ولو قيل فيه انها تكون على النصف من دية الحر لكان قولا له وجه أعني في دية الخطا لكن لم يقل به أحد وعمدة مالك انه قال قد اتلف فوجب فيه القيمة أصله سائر الاموال واختلف في الواجب في العبد على من يجب فقال أبو حنيفة هو على عاقلة القاتل وهو الاشهر عن الشافعي وقال مالك هو على القاتل نفسه وعمدة مالك تشبيه العبد بالعروض وعمدة الشافعي قياسه على الحر ﴿ ومما يدخل في هذا الباب ﴾ من أنواع الخطا دية الجنين وذلك لان سقوط الجنين عن الضرب ليس هو عمداً محضاً وإنما هو عمد في امه محضاً فيه والنظر في هذا الباب هو أيضاً في الواجب في ضروب الاجنة وفي صفة الجنين الذي يجب فيها الواجب وعلى من يجب وفي شروط الواجب فاما الاجنة فانهم اتفقوا على أن الواجب في جنين الحرة وجنين الامة من سيدها هو غرة لما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة وغيره ان امرأتين من هذيل رمت احداها الاخرى فطرحت جنينها فقضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو وليدة واتفقوا على ان قيمة الغرة الواجبة في ذلك عبد من رآ ان الغرة في ذلك محدودة بالقيمة وهو مذهب الجمهور وهي نصف عشر دية امه الا من رآ ان الدية الكاملة على أهل الدراهم هي عشرة آلاف درهم قال دية الجنين خمس مائة درهم ومن رآ انها اثنا عشر الف درهم قال ست مائة درهم والذين لم يحدوا في ذلك حداً أو لم يحدوها من جهة القيمة وأجازوا اخراج قيمتها عنها قالوا الواجب في ذلك قيمة الغرة بالغة ما بلغت وقال داود وأهل الظاهر كل ما وقع عليه اسم غرة اجزأ ولا يجزئ عنده القيمة في ذلك فيما احسب واختلفوا في الواجب في جنين الامة وفي جنين الكتابية فذهب مالك والشافعي الى ان في جنين الامة عشر قيمة امه ذكراً كان أو انثى يوم يجنى عليه وفرق قوم بين الذكر والانثى فقال قوم ان كان انثى فيه عشر قيمة امه وان كان ذكراً فعشر قيمته لو كان حياً وبه قال أبو حنيفة ولا خلاف عندهم ان جنين الامة اذا سقط حياً ان فيه قيمته وقال ابو يوسف في جنين الامة اذا سقط ميتاً منها ما نقص من قيمة امه واما جنين الذمية فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة فيه عشر دية امه لكن أبو حنيفة على أصله في ان دية الذمي دية المسلم والشافعي على أصله في ان دية الذمي ثلث دية المسلم ومالك على أصله في ان دية الذمي نصف دية المسلم واما صفة الجنين الذي تجب فيه فانهم اتفقوا على ان من شروطه ان يخرج الجنين ميتاً ولا تموت امه من الضرب واختلفوا اذا ماتت امه من الضرب ثم سقط الجنين ميتاً فقال الشافعي ومالك لا شيء فيه وقال اشهب فيه الغرة وبه قال الليث وربيعة والزهري واختلفوا في هذا الباب في فروع وهي العلامة التي تدل على سقوطه حياً وميتاً فذهب مالك واصحابه الى ان علامة الحياة الاستهلال بالصياح او البكاء وقال الشافعي وابو حنيفة والثوري واكثر الفقهاء كل ما علمت به الحياة في العادة من حركة او عطاس او تنفس

فاحكامه احكام الحي وهو الاظهر واختلفوا من هذا الباب في الخلقة التي توجب الغرة فقال مالك كلما طرحته من مضغة او علقة مما يعلم انه ولد ففيه الغرة وقال الشافعي لاشئ فيه حتى تستبين الخلقة والاجود ان يعتبر نفخ الروح فيه اعني ان يكون تجب فيه الغرة اذا علم ان الحياة قد كانت وجدت فيه واما على من تجب فانهم اختلفوا في ذلك فقالت طائفة منهم مالك والحسن بن حي والحسن البصري هي في مال الجاني وقال آخرون هي على العاقلة وممن قال بذلك الشافعي وابو حنيفة والثوري وجماعة وعمدتهم انها جناية خطإ فوجبت على العاقلة وما روى ايضاً عن جابر بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل في الجنين غرة على عاقلة الضارب وبدا بزوجها وولدها واما مالك فشبهها بدية العمد اذ كان الضرب عمداً واما من تجب فقال مالك والشافعي وابو حنيفة هي لورثة الجنين وحكمها حكم الدية في انها موروثة وقال ربيعة والليث هي للام خاصة وذلك انهم شبهوا جنينها بعضو من اعضائها ومن الواجب الذي اختلفوا فيه في الجنين مع وجوب الغرة وجوب الكفارة فذهب الشافعي الى ان فيه الكفارة واجبة وذهب ابو حنيفة الى انه ليس فيه كفارة واستحسنها مالك ولم يوجبها فاما الشافعي فانه اوجبها لان الكفارة عنده واجبة في العمد والخطإ واما ابو حنيفة فانه غلب عليه حكم العمد والكفارة لا تجب عنده في العمد واما مالك فلما كانت الكفارة لا تجب عنده في العمد وتجب في الخطإ وكان هذا متردداً عنده بين العمد والخطإ استحسن فيه الكفارة ولم يوجبها ومن انواع الخطإ المختلف فيه اختلافهم في تضمين الراكب والسائق والقائد فقال الجمهور هم ضامنون لما اصابت الدابة واحتجوا في ذلك بقضاء عمر على الذي اجرى فرسه فوطء آخر بالعقل وقال اهل الظاهر لا ضمان على احد في جرح العجماء واعتمدوا الاثر الثابت فيه عنه صلى الله عليه وسلم من حديث ابي هريرة انه قال عليه السلام جرح العجماء جبار والبير جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس فحمل الجمهور الحديث على انه اذا لم يكن للدابة راكب ولا سائق ولا قائد لانهم رأوا انه اذا اصابت الدابة احداً وعليها راكب اولها قائد او سائق فان الراكب لها او السائق او القائد هو المسيب ولكن خطأ واختلف الجمهور فيما اصابت الدابة برجلها فقال مالك لاشئ فيه ان لم يفعل صاحب الدابة بالدابة شيئاً يبعثها به على ان ترمح برجلها وقال الشافعي يضمن الراكب ما اصابت بيدها او برجلها وبه قال ابن شبرمة وابن ابي ليلى وسوى بين الضمان برجلها او بغير رجلها وبه قال ابو حنيفة الا انه استثنى الرمحة بالرجل او بالذنب وربما احتج من لم يضمن رجل الدابة بما روى عنه صلى الله عليه وسلم الرجل جبار ولم يصح الحديث عند الشافعي ورده وأقاويل العلماء فيمن حفر بئراً فوقع فيها انسان متقاربة قال مالك ان حفر في موضع جرت العادة الحفر في مثله لم يضمن وان تعدى في الحفر ضمن وقال الليث ان حفر في أرض يملكها لم يضمن وان حفر فيما لا يملك ضمن فمتى ضمن فهو عنده من نوع الخطإ وكذلك اختلفوا في الدابة الموقوفة فقال بعضهم ان اوقفها بحيث يجب له ان يوقفها لم يضمن وان لم يفعل ضمن وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يضمن على كل حال وليس يبرئه ان يربطها بموضع يجوز له ان يربطها فيه كما لا يبرئه ركوبها من ضمان ما اصابته وان كان الركوب مباحا واختلفوا في الفارسين يصطدمان فيموت كل واحد منهما فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة على كل واحد منهما دية الآخر وذلك على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتي على كل واحد منهما نصف دية صاحبه لان كل واحد منهما مات من فعل نفسه وفعل صاحبه واجمعوا على ان الطبيب اذا اخطأ لزمته الدية مثل ان يقطع الحشفة في الختان وما اشبه ذلك لانه في معنى الجاني خطأ وعن مالك رواية انه ليس عليه شئ وذلك عنده اذا كان من اهل الطب ولا خلاف انه اذا لم يكن من اهل الطب انه يضمن لانه متعد وقد روي في ذلك مع الاجماع حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من تطبب ولم يعلم منه قبل ذلك الطب فهو ضامن والدية فيما

أخطاء الطبيب عند الجمهور على العاقلة ومن اهل العلم من جعله في مال الطبيب ولا خلاف انه اذا لم يكن من اهل الطب انها في ماله على ظاهر حديث عمر بن شعيب ولا خلاف بينهم ان الكفارة التي نص الله عليها في قتل الحر خطأ واجبة واختلفوا في قتل العمد هل فيه كفارة وفي قتل العبد خطأ فأوجبها مالك في قتل الحر فقط في الخطأ دون العمد وأوجبها الشافعي في العمد من طريق الاولى والاحرى وعند مالك ان العمد في هذا حكمه حكم الخطأ واختلفوا في تغليظ الدية في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال مالك وأبو حنيفة وابن أبي ليلى لا تغلظ الدية فيهما وقال الشافعي تغلظ فيهما في النفس وفي الجراح وروى عن القاسم بن محمد وابن شهاب وغيرهم انه يزاد فيها مثل ثلثها وروي ذلك عن عمر وكذلك عند الشافعي من قتل ذا رحم محرم عمدة مالك وأبي حنيفة عموم الظاهر في توقيف الديات فمن ادعى ذلك تخصيصا فعليه الدليل مع انهم قد اجمعوا على انه لا تغلظ الكفارة فيمن قتل فيهما وعمدة الشافعي ان ذلك مروي عن عمر وعثمان وابن عباس واذا روى عن الصحابة شيء مخالف للقياس وجب حمله على التوقيف ووجه مخالفته للقياس أن التغليظ فيما وقع خطأ بعيد عن اصول الشرع وللفريق الثاني أن يقول انه قد يتقدح في ذلك قياس لما ثبت في الشرع من تعظيم الحرم واختصاصه بضمان الصيود فيه

﴿كتاب الديات فيما دون النفس﴾

والاشياء التي تجب فيها الدية فيما دون النفس هي شجاج واعضاء فلنبدا بالقول في الشجاج والنظر في هذا الباب في محل الوجوب وشرطه وفي قدره الواجب وعلى من تجب ومتى تجب ولمن تجب فاما محل الوجوب فهي الشجاج او قطع الاعضاء والشجاج عشرة في الفقه والفقهاء وهي الدامية وهي التي تدمي الجلد ثم الخارصة وهي التي تشق الجلد ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم اي تشقه ثم المتلاحمة وهي التي اخذت في اللحم ثم السمحاق وهي التي تبلغ السمحاق وهو الغشاء الرقيق بين اللحم والعظم ويقال لها الملطاء بالمد والقصر ثم الموضحة وهي التي توضح العظم اي تكشفه ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم ثم المنقلة وهي التي يطير العظم منها ثم المأمومة وهي التي تصل ام الدماغ ثم الجائفة وهي التي تصل الى الجوف وأسماء هذه الشجاج مختصة بما وقع بالوجه منها والراس دون سائر البدن واسم الجرح يختص بما وقع في البدن فهذه أسماء هذه الشجاج فأما احكامها اعني الواجب فيها فاتفق العلماء على أن العقل واقع في عمد الموضحة ومادون الموضحة خطأ واتفقوا على أنه ليس فيما دون الموضحة خطأ عقل وانما فيها حكومة قال بعضهم اجرة الطبيب الا ما روى عن عمر وعثمان انهما قضيا في السمحاق بنصف دية الموضحة وروى عن علي انه قضى فيها باربع من الابل وروى عن زيد بن ثابت انه قال في الدامية بعير وفي الباضعة بعيران وفي المتلاحمة ثلاثة أبعرة وفي السمحاق اربعة والجمهور من فقهاء الامصار على ما ذكرنا وذلك ان الاصل في الجراح الحكومة الا ما وقت فيه السنة جدا ومالك يعتبر في إلزام الحكومة فيما دون الموضحة ان تبرأ على شين والغير من فقهاء الامصار يلزم فيها الحكومة برئت على شين او لم تبرأ فهذه هي احكام مادون الموضحة ● فأما الموضحة فجميع الفقهاء على ان فيها اذا كانت خطأ خمسا من الابل وثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في كتابه لعمرو بن حزم ومن حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الموضحة خمس يعني من الابل واختلف العلماء في موضع الموضحة من الجسد بعد اتفاقهم على ما قلنا اعني على وجوب القصاص في العمد ووجوب الدية في الخطأ منها فقال مالك لا تكون الموضحة الا في جهة الراس والجبهة والخدين واللحي الاعلى ولا تكون في اللحي الاسفل لانه في حكم العنق ولا في الانف واما الشافعي وأبو حنيفة فالموضحة عندهما في جميع الوجه والراس والجمهور على انها لا تكون في الجسد وقال الليث وطائفة تكون الموضحة في الجنب وقال الاوزاعي اذا كانت في الجسد كانت على النصف

من ديتها فى الوجه والراس وروى عن عمر انه قال فى موضحة الجسد نصف عشر دية ذلك العضو وغلط بعض العلماء فى موضحة الوجه تبرا على شين فرآ فيها مثل نصف عقلها زائدا على عقلها وروى ذلك مالك عن سليمان بن يسار واضطرب قول مالك فى ذلك فمرة قال بقول سليمان بن يسار ومرة قال لايزاد فيها على عقلها شئ وبه قال الجمهور وقد قيل عن مالك انه قال اذا شانت الوجه كان فيها حكومة من غير توقيف ومعنى الحكومة عند مالك ما نقص من قيمته ان لو كان عبدا واما الهاشمة ففيها عند الجمهور عشر الدية وروى ذلك عن زيد بن ثابت ولا مخالف له من الصحابة وقال بعض العلماء الهاشمة هي المنقلة وشذ واما المنقلة فلا خلاف ان فيها عشر الدية فلا خلاف ان فيها عشر الدية ونصف العشر اذا كانت خطأ فاما اذا كانت عمدا فالجمهور العلماء على ان ليس فيها قود لامكان الخوف وحكي عن ابن الزبير انه أقاد منها ومن المامومة واما الهاشمة فى العمد فروى ابن القاسم عن مالك انه ليس فيها قود ومن اجاز القود من المنقلة كان احرى ان يجيز ذلك من الهاشمة وأما المامومة فلا خلاف انه لا يقاد منها وأن فيها ثلث الدية الا ما حكي عن ابن الزبير وأما الجائفة فاتفقوا على انها من جراح الجسد لا من جراح الراس وانها لا يقاد منها وان فيها ثلث الدية وانها جائفة متى وقعت فى الظهر والبطن واختلفوا اذا وقعت فى غير ذلك من الاعضاء فنفذت الى تجويفه فحكي مالك عن سعيد بن المسيب ان فى كل جراحة نافذة الى تجويف عضو من الاعضاء اى عضو كان ثلث دية ذلك العضو وحكى ابن شهاب انه كان لا يرى ذلك وهو الذي اختاره مالك لان القياس عنده فى هذا لا يسوغ وانما عنده فى ذلك الاجتهاد من غير توقيف واما سعيد فانه قاس ذلك على الجائفة على نحو ما روى عن عمر فى موضحة الجسد واما الجراحات التى تقع فى سائر الجسد فليس فى الخطا منها الا حكومة

﴿ القول فى ديات الاعضاء ﴾ والاصل فيما فيه من الاعضاء اذا قطع خطأ مال محدود وهو الذى يسمى دية وكذلك من الجراحات والنفوس حديث عمرو بن حزم عن ابيه ان فى الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم فى العقول ان فى النفس مائة من الابل وفى الانف اذا استوعب جدعا مائة من الابل وفى المامومة ثلث الدية وفى الجائفة مثلها وفى العين خمسون وفى اليد خمسون وفى الرجل خمسون وفى كل اصبع مما هنالك عشر من الابل السن والموضحة خمس وكل هذا مجمع عليه الا السن والابهام فانهم اختلفوا فيها على ما سنذكره ومنها ما اتفقوا عليه مما لم يذكر هاهنا قياسا على ما ذكر فنقول ان العلماء اجمعوا على أن فى الشفتين الدية كاملة والجمهور على ان فى كل واحدة منهما نصف الدية وروى عن قوم من التابعين ان فى السفلى ثلثي الدية لانها تحبس الطعام والشراب وبالجملة فان حركتها والمنفعة بها اعظم من حركة الشفة العليا وهو مذهب زيد بن ثابت وبالجملة فجماعة العلماء وايمة الفتوى متفقون على ان فى كل زوج من الانسان الدية ما خلى الحاجبين وثدي الرجل واختلفوا فى الاذنين متى تكون فيهما الدية فقال الشافعي وابو حنيفة والثوري والليث اذا اصطلمتا كان فيهما الدية ولم يشترطوا ذهاب السمع بل جعلوا فى ذهاب السمع الدية مفردة واما مالك فالمشهور عنه انه لا تجب فى الاذنين الدية الا اذا ذهب سمعهما فان لم يذهب ففيه حكومة وروى عن ابي بكر انه قضى فى الاذنين بخمس عشرة من الابل وقال انهما لا يضران السمع ويسترهما الشعر والعمامة وروى عن عمر وعلى وزيد انهم قضوا فى الاذن اذا اصطلمت نصف الدية واما الجمهور من العلماء فلا خلاف عندهم ان فى ذهاب السمع الدية واما الحاجبان ففيهما عند مالك والشافعي حكومة وقال ابو حنيفة فيهما الدية وكذلك فى اشفار العين وليس عند مالك فى ذلك الا حكومة وعمدة الحنفية ما روى عن ابن مسعود انه قال فى كل اثنين من الانسان الدية وتشبيههما بما اجمعوا عليه من الاعضاء المثناة وعمدة مالك انه لا مجال فيه للقياس وانما طريقه التوقيف فما لم يثبت من قبل السماع فيه دية فالاصل أن فيه حكومة

وايضا فان الحواجب ليست اعضاء لها منفعة ولا فعل بين اعتى ضروريا فى الخلقة واما الاجفان فقيل فى كل جفن منها ربع الدية وبه قال الشافعى والكوفى لانه لابقاء للعين دون الاجفان وفى الجفنين الاسفلين عند غيرهما الثلث وفى الاعليين الثلثان واجمعوا على ان من اصيب من اطرافه اكثر من دينه ان له ذلك مثل ان تصاب عيناه وانفه فله ديتان واما الانثيان فاجتمعوا ايضا على ان فيهما الدية وقال جميعهم ان فى كل واحدة منهما نصف الدية الا ماروى عن سعيد بن المسيب انه قال فى البيضة اليسرى ثلثا الدية لان الولد يكون منها وفى اليمنى ثلث الدية فهذه مسائل الاعضاء المزدوجة واما المفردة فان جمهورهم على ان فى اللسان خطاء الدية وذلك مروى عن النبى صلى الله عليه وسلم وذلك اذا قطع كله او قطع منه ما يمنع الكلام فان لم يقطع منه ما منع الكلام ففيه حكومة واختلفوا فى القصاص فيه عمدا فمنهم من لم ير فيه قصاصا واوجب الدية وهم مالك والشافعى والكوفى لكن الشافعى يرى الدية فى مال الجانى والكوفى ومالك على العاقلة وقال الليث وغيره فى اللسان عمدا القصاص واما الاتف فاجمعوا على انه اذا اوعب جدعا على أن فيه الدية على ما فى الحديث وسواء عند مالك ذهب الشم اولم يذهب وعند انه اذا ذهب أحدهما ففيه الدية وفى ذهاب احدهما بعد الاخر الدية الكاملة وأجمعوا على أن فى الذكر الصحيح الذى يكون به الوطء الدية كاملة واختلفوا فى ذكر العنين والخصى كما اختلفوا فى لسان الاخرس وفى اليد الشلاء فمنهم من جعل فيها الدية ومنهم من جعل فيها حكومة ومنهم من قال فى ذكر الخصى والعنين ثلث الدية والذى عليه الجمهور ان فيه حكومة وأقل ما تجب فيه الدية عند مالك قطع الحشفة ثم فى باقى الذكر حكومة وأما عين الاعور فللعلماء فيه قولان . أحدهما ان فيه الدية كاملة واليه ذهب مالك وجماعة من اهل المدينة وبه قال الليث وقضى به عمر بن عبد العزيز وهو قول ابن عمر وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى فيها نصف الدية كما فى عين الصحيح وهو مروى عن جماعة من التابعين وعمدة الفريق الاول أن العين الواحدة للاعور بمنزلة العينين جميعا لغير الاعور وعمدة الفريق الثانى حديث عمرو بن حزم أعنى عموم قوله وفى العين نصف الدية وقياسا ايضا على اجماعهم انه ليس على من قطع يد من له يدو احدة الا نصف الدية فسبب اختلافهم فى هذا معارضة العموم للقياس ومعارضة القياس للقياس ومن احسن ما قيل فيمن ضرب عين رجل فاذهب بعض بصرها ماروى من ذلك عن على رضى الله عنه انه امر بالذى اصيب بصره بان عصبت عينه الصحيحة واعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى لم يبصرها فخط عند اول ذلك خطا فى الارض ثم امر بعينه المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة واعطى رجلا البيضة بعينها فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى خفيت عنه فخط ايضا عند اول ما خفيت عنه فى الموضع خطا ثم علم ما بين الخطين من المسافة وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة فاعطاه قدر ذلك من الدية ويختبر صدقه فى مسافة ادراك العين العليلة والصحيحة بان يختبر ذلك منه مرارا شتى فى مواضع مختلفة فان خرجت مسافة تلك المواضع التى ذكر واحدة علمنا انه صادق واختلف العلماء فى الجناية على العين القائمة الشكل التى ذهب بصرها فقال مالك والشافعى وابو حنيفة فيها حكومة وقال زيد بن ثابت فيها عشر الدية مائة دينار وحمل ذلك الشافعى على انه كان ذلك من زيد تقويما لا توقيتا وروى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس انهما قضيا فى العين القائمة الشكل واليد الشلاء والسن السوداء فى كل واحدة منها ثلث الدية وقال مالك تتم دية السن باسودادها ثم فى قلعها بعد اسودادها دية واختلف العلماء فى الاعور يفقأ عين الصحيح عمدا فقال الجمهور ان احب فله القود وان عفا فله الدية قال قوم كاملة وقال قوم نصفها وبه قال الشافعى وابن القاسم وبكلى القولين قال مالك وبالدية كاملة قال المغيرة من اصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذى فقئت عينه الا القود اوما اصطلحوا عليه وعمدة من رآ جميع الدية عليه اذا عفا عن القود انه يجب عليه دية ما ترك له وهى العين العوراء وهى دية

كاملة

كاملة عند كثير من اهل العلم ومذهب عمر وعثمان وابن عمر أن عين الاعور اذا فقئت وجب فيها الف دينار لانها في حقه في معنى العينين كلتيهما الا العين الواحدة فاذا تركها له وجبت عليه ديتها وعمدة اولئك البقاء على الاصل أعني ان في العين الواحدة نصف الدية وعمدة أبي حنيفة أن العمد ليس فيه دية محدودة وهذه المسئلة قد ذكرت في باب القود في الجراح وقال جمهور العلماء وائمة الفتوى مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري وغيرهم ان في كل اصبع عشراً من الابل وأن الاصابع في ذلك سواء وان في كل انملة ثلث العشر الا ما له من الاصابع انملتان كالابهام ففي انملته خمس من الابل وعمدتهم في ذلك ما جاء في حديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وفي كل اصبع مما هنالك عشر من الابل وخرج عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في الاصابع بعشر العشر وهو قول علي وابن مسعود وابن عباس وهي عندهم على اهل الورق بحسب ما يرى واحد واحد منهم في الدية من الورق فهي عند من يرى انها اثنا عشر الف درهم عشرها وعند من يرى انها عشرة آلاف عشرها وروي عن السلف المتقدم اختلاف في عقل الاصابع فروي عن عمر بن الخطاب انه قضى في الابهام والتي تليها بعقل نصف الدية وفي الوسطى بعشر فرائض وفي التي تليها بتسع وفي الخنصر بست وروي عن مجاهد انه قال في الابهام خمسة عشر من الابل وفي التي تليها عشر وفي الوسطى عشر وفي التي تليها ثمان وفي الخنصر سبع وأما الترقوة والضلع ففيهما عند جمهور فقهاء الامصار حكومة وروي عن بعض السلف فيها توقيت وروي عن مالك أن عمر بن الخطاب قضى في الضرس بجمل والضلع بجمل وفي الترقوة بجمل وقال سعيد بن جبير في الترقوة بعيران وقال قتادة اربعة ابعرة وعمدة فقهاء الامصار ان ما لم يثبت فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم توقيف فليس فيه الا حكومة وجمهور فقهاء الامصار على أن في كل سن من اسنان الفم خمساً من الابل وبه قال ابن عباس وروى مالك عن عمر انه قضى في الضرس بجمل وذلك فيما لم يكن منها في مقدم الفم وأما التي في مقدم الفم فلا خلاف أن فيها خمساً من الابل وقال سعيد بن المسيب في الاضراس بعيران وروي عن مالك أن مروان بن الحكم اعترض في ذلك على ابن عباس فقال اتجعل مقدم الاسنان مثل الاضراس فقال ابن عباس لم يعتبر ذلك الا بالاصابع عقلها سواء عمدة الجمهور في ذلك ما ثبت عن النبي عليه السلام انه قال في السن خمس وذلك من حديث عمرو بن حزم عن ابيه عن جده واسم السن ينطلق على التي في مقدم الفم ومؤخره وتشبيهها ايضاً بالاصابع التي استوت ديتها وان اختلفت منافعها وعمدة من خالف بينهما ان الشرع يوجد فيه تفاضل الديات لتفاضل الاعضاء مع انه يشبه ان يكون من صار الى ذلك من الصدر الاول انما صار اليه عن توقيف وجميع هذه الاعضاء التي تثبت الدية فيها خطأ فيها القود في قطع ما قطع وقلع ما قلع واختلفوا في كسر ما كسر منها مثل الساق والذراع هل فيه قود ام لا فذهب مالك واصحابه الى ان القود في كسر جميع العظام الا الفخذ والصلب وقال الشافعي والليث لا قصاص في عظم من العظام يكسر وبه قال أبو حنيفة الا انه استثنى السن وروي عن ابن عباس انه لا قصاص في عظم وكذلك عن عمر قال ابو عمر بن عبد البر ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم اقاد في السن المكسورة من حديث انس قال وقد روي من حديث آخر أن النبي عليه السلام لم يقد من العظم المقطوع في غير المفصل الا انه ليس بالقوي وروى عن مالك أن ابا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أقاد من كسر الفخذ واتفقوا على ان دية المرأة نصف دية الرجل في النفس واختلفوا في ديات الشجاج واعضائها فقال جمهور فقهاء المدينة تساوي المرأة الرجل في عقلها من الشجاج والاعضاء الى ان تبلغ ثلث الدية فاذا بلغت ثلث الدية عادت ديتها الى النصف من دية الرجل أعني دية اعضائها من اعضائه مثال ذلك ان في كل اصبع من اصابعها عشراً من الابل وفي اثنين منها عشرون وفي ثلاثة ثلاثون وفي اربعة عشرون وبه قال مالك واصحابه والليث بن سعد ورواه مالك عن سعيد بن

المسيب وعن عروة بن الزبير وهو قول زيد بن ثابت ومذهب عمر بن عبد العزيز وقالت طائفة بل دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل الى الموضحة ثم تكون ديتها على النصف من دية الرجل وهو الاشهر من قولي ابن مسعود وهو مروى عن عثمان وبه قال شريح وجماعة وقال قوم بل دية المرأة في جراحها واطرافها على النصف من دية الرجل في قليل ذلك وكثيره وهو قول علي رضي الله عنه وروي ذلك عن ابن مسعود الا ان الاشهر عنه هو ماذكرناه اولا وبهذا القول قال ابو حنيفة والشافعي والثوري وعمدة قائل هذا القول أن الاصل هو أن دية المرأة نصف دية الرجل فواجب التمسك بهذا الاصل حتى يأتي دليل من السماع الثابت اذ القياس في الديات لا يجوز وبخاصة لكون القول بالفرق بين القليل والكثير مخالفاً للقياس ولذلك قال ربيعة لسعيد ما يأتي ذكره عنه ولا اعتماد للطائفة الاولى الا مراسل وما روي عن سعيد بن المسيب حين سأله ربيعة بن ابي عبد الرحمان كم في اربع من اصابعها قال عشرون قلت حين عظم جرحها واشتدت بليتها نقص عقلها قال اعراقي انت قلت بل عالم متثبت او جاهل متعلم قال هي السنة وروى أيضاً عن النبي عليه السلام من مرسل عمرو بن شعيب عن ابيه وعكرمة وقدر آخرون أن قول الصحابي اذا خالف القياس وجب العمل به لانه يعلم انهم لم يتركوا القول به الا عن توقيف لكن في هذا ضعف اذا كان يمكن ان يترك القول به اما انه لا يرى القياس او اما لانه عارضه في ذلك قياس ثان أو وقف في ذلك نيره فهذه حال ديات جراح الاحرار والجناية على اعضائهم الذكور منهم والاناث وأما جراح العبيد وقطع اعضائهم فان العلماء اختلفوا فيها على قولين فمنهم من رآى أن في جراحهم وقطع اعضائهم ما نقص من ثمن العبد ومنهم من رآى أن الواجب في ذلك من قيمته قدر ما في ذلك الجرح من ديته فيكون في موضحته نصف عشر قيمته وفي عينه نصف قيمته وبه قال ابو حنيفة والشافعي وهو قول عمر وعلي وقال مالك يعتبر في ذلك كله ما نقص من ثمنه الا موضحته ومنقلته وما مومته ففيها من ثمنه قدر ما فيها في الحر من ديته وعمدة الفريق الاول تشبيهه بالعروض وعمدة الفريق الثاني تشبيهه بالحر اذ هو مسلم ومكلف ولا خلاف بينهم أن دية الخطأ من هذه اذا جاوزت الثلث على العاقلة واختلف فيما دون ذلك فقال مالك وفقهاء المدينة السبعة وجماعة ان العاقلة لا تحمل من ذلك الا الثلث فما زاد وقال أبو حنيفة تحمل من ذلك العشر فما فوقه من الدية الكاملة وقال الثوري وابن شبرمة الموضحة فما زاد على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتي تحمل العاقلة القليل والكثير من دية الخطأ وعمدة الشافعي هي ان الاصل هو أن العاقلة هي التي تحمل دية الخطأ فمن خصص من ذلك شيئاً فعليه الدليل ولا عمدة للفريق المتقدم إلا أن ذلك معمول به ومشهور هنا انقضى هذا الكتاب والحمد لله حق حمده

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب القسامة

اختلف العلماء في القسامة في اربعة مواضع تجري مجرى الاصول لفروع هذا الباب . المسئلة الاولى هل يجب الحكم بالقسامة أم لا : الثانية اذا قلنا بوجوبها هل يجب بها القسم والدية أو رفع مجرد الدعوى : المسئلة الثالثة هل يبدأ بالايمان فيها المدعون او المدعى عليهم وكم عدد الحالفين من الاولياء . المسئلة الرابعة فيما يعدلونا يجب به ان يبدأ المدعون بالايمان

المسئلة الاولى

أما وجوب الحكم بها على الجملة فقال به جمهور فقهاء الامصار مالك والشافعي وأبو حنيفة واحمد وسفيان وداود وأصحابهم وغير ذلك من فقهاء الامصار وقالت طائفة من العلماء سالم بن عبد الله وأبو قلابة وعمر بن عبد العزيز وابن علية لا يجوز الحكم بها عمدة الجمهور ما ثبت عنه عليه السلام من حديث حويصة ومحيصة

وهو حديث متفق على صحته من اهل الحديث الا انهم مختلفون في الفاظه على ما سيأتي بعد وعمدة الفريق الثاني لوجوب الحكم بها أن القسامة مخالفة لاصول الشرع المجمع على صحتها فمنها أن الاصل في الشرع الايحلف أحد الا على ما علم قطعاً او شاهد حساً وإذا كان ذلك كذلك فكيف يقسم اولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل بل قد يكونون في بلد والقتل في بلد آخر ولذلك روى البخاري عن أبي قلابة أن عمر بن عبد العزيز ابرز سريره يوماً للناس ثم اذن لهم فدخلوا عليه فقال ما تقولون في القسامة فاضب القوم وقالوا نقول ان القسامة القود بها حق وقد قاد بها الخلفاء فقال ما تقول يا ابا قلابة ونصبق للناس فقلت يا أمير المومنين عندك اشراف العرب ورؤساء الاجناد أرايت لو أن خمسين رجلا شهدوا على رجل أنه زنا بدمشق ولم يروه اكنت ترجمه قال لا قلت أفرأيت لو ان خمسين رجلا شهدوا عندك على رجل انه سرق بحمص ولم يروه اكنت تقطعه قال لا وفي بعض الروايات قلت فابالهم اذا شهدوا انه قتله بارض كذا وهم عندك اقدت بشهادتهم قال فكتب عمر بن عبد العزيز في القسامة انهم ان اقاموا شاهدي عدل ان فلانا قتله فاندد ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين أقسموا قالوا ومنها ان من الاصول ان الايمان ليس لها تاثير في اشاطة الدماء ومنها ان من الاصول ان البينة على من ادعى واليمين على من انكر ومن حجتهم انهم لم يروا في تلك الاحاديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وانما كانت حكماً جاهلياً فتلطف لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليريهم كيف لا يلزم الحكم بها على اصول الاسلام ولذلك قال لهم ايحلفون خمسين يميناً اعني لولاة الدم وهم الانصار قالوا كيف نحلف ولم نشاهد قال فيحلف لكم اليهود قالوا كيف يقبل ايمان قوم كفار قالوا فلو كانت السنة ان يحلفوا وإن لم يشهدوا لقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم هي السنة قال واذا كانت هذه الآثار غير نص في القضاء بالقسامة والتاويل يتطرق اليها فصرفها بالتاويل الى الاصول أولى واما القائلون بها وبخاصة مالك فرأى ان سنة القسامة سنة منفردة بنفسها مخصصة للاصول كسائر السنن المخصصة وزعم ان العلة في ذلك حوطة الدماء وذلك ان القتل لما كان يكثر وكان يقل قيام الشهادة عليه لكون القاتل انما يجري بالقتل مواضع الخلوات جعلت هذه السنة حفظاً للدماء لكن هذه العلة تدخل عليه في قطاع الطريق والاباق والسراق وذلك ان السارق تعسر الشهادة عليه وكذلك قاطع الطريق فلهذا اجاز مالك شهادة المسلمين على السالبين مع مخالفة ذلك الاصول وذلك ان المسلمين مدعون على سالبهم والله اعلم

المسألة الثانية اختلف العلماء القائلون بالقسامة فيما يجب بها فقال مالك وأحمد يستحق بها الدم في العمد والدية في الخطإ وقال الشافعي والثوري وجماعة تستحق بها الدية فقط وقال بعض الكوفيين لا يستحق بها إلا رفع الدعوى على الاصل في ان اليمين انما تجب على المدعي عليه وقال بعضهم بل يحلف المدعي عليه ويغرم الديه فعلى هذا انما يستحق منها رفع القود فقط فيكون فيما يستحق المقسمون أربعة أقوال فعمدة مالك ومن قال بقوله ما رواه من حديث ابن أبي ليلى عن سهل بن أبي حثمة وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم تحلفون وتستحقون دم صاحبكم وكذلك ما رواه من مرسل بشير بن يسار وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم او قاتلكم واما عمدة من أوجب بها الدية فقط فهو ان الايمان توجد لها تاثير في استحقاق الاموال أعني في الشرع مثل ما ثبت من الحكم في الاموال باليمين والشاهد ومثل ما يجب المال بنكول المدعى عليه او بالنكول وقايها على المدعى عند من يقول بقلب اليمين مع النكول مع ان حديث مالك عن ابن أبي ليلى ضعيف لانه رجل مجهول لم يروه عنه غير مالك وقيل فيه أيضاً انه لم يسمع من سهل وحديث بشير بن يسار قد اختلف في اسناده فارسله مالك واسنده غيره قال القاضي يشبه ان تكون هذه العلة هي السبب في ان لم يخرج البخاري هذين الحديثين واعتضد عندهم القياس في ذلك بما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال لا قود

بالقسامة ولكن يستحق بها الدية واما الذين قالوا انه تستحق بها دفع الدعوى فقط فعمدتهم ان الاصل هو ان الايمان على المدعي عليه والاحاديث التي نذكرها فيما بعد ان شاء الله ﴿المسئلة الثالثة﴾ واختلف القائلون بالقسامة اعني الذين قالوا انها يستوجب بها مال او دم فيمن يبدأ بالايمان بالخمسين على ما ورد في الاثار فقال الشافعي واحمد وداود ابن علي وغيرهم يبدأ المدعون وقال فقهاء الكوفة والبصرة وكثير من اهل المدينة بل يبدأ المدعي عليهم بالايمان وعمدة من بدأ المدعين حديث مالك عن ابن ابي ليلى عن سهل بن ابي حثمة ومرسله عن بشير بن يشار وعمدة من رأى البداية بالمدعى عليهم ما خرجه البخاري عن سعيد بن عبيد الطائي عن بشير بن يشار ان رجلا من الانصار يقال له سهيل بن حثمة وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تأتون بالبينة على من قتله قالوا ما لنا بينة قالوا فيحلفون لكم قالوا ما نرضى بايمان يهود وكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبطل دمه فوداه بمائة بعير من ابل الصدقة قال القاضي وهذا نص في انه لا يستوجب بالايمان الخمسين الا رفع الدعوى فقط واحتجوا ايضا بما خرجه ابو داود ايضا عن ابي سلمة بن ابي عبد الرحمان وسليمان بن يسار عن رجال من كبراء الانصار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود وبدأ بهم ايحلف منكم خمسون رجلا خمسين يمينا فابوا فقال للانصار احلفوا فقالوا انحلف على الغيب يا رسول الله فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية على يهود لانه وجد بين اظهرهم وبهذا تمسك من جعل اليمين في حق المدعى عليهم والزمهم الغرم مع ذلك وهو حديث صحيح الاسناد لانه رواه الثقات عن الزهري عن ابي سلمة وروى الكوفيون ذلك عن عمر اعني انه قضى على المدعي عليهم باليمين والدية وخرج منها ايضا من تبدية اليهود بالايمان عن رافع بن خديج واحتج هؤلاء القوم على مالك بما روى عن ابن شهاب الزهري عن سليمان بن يسار وعراك بن مالك ان عمر بن الخطاب قال للجهني الذي ادعي دم وليه على رجل من بني سعد وكان اجرى فرسه فوطئ على اصبع الجهني فنزى فيها فمات فقال عمر للذي ادعي عليهم اتحلفون بالله خمسين يمينا ما مات منها فابوا ان يحلفوا وتحرجوا فقال للمدعين احلفوا فابوا فقضى عليهم بشطر الدية قالوا واحاديثنا هذه اولى من التي روى فيها تبدية المدعين بالايمان لان الاصل شاهد لاحاديثنا من ان اليمين على المدعى عليه ثابتة ﴿المسئلة الرابعة﴾ وهي موجب القسامة عند القائلين بها اجمع جمهور العلماء القائلون بها انها لا تجب الا بشبهة واختلفوا في الشبهة ما هي فقال الشافعي اذا كانت الشبهة في معنى الشبهة التي قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقسامة وهو ان يوجد قتيل في محلة قوم لا يخالطهم غيرهم وبين اولئك القوم وبين قوم المقتول عداوة كما كانت العداوة بين الانصار واليهود وكانت خيبر دار اليهود مختصة بهم ووجد فيها القتيل من الانصار قال وكذلك لو وجد في ناحية قتيل والى جانبه رجل مختضب بالدم وكذلك لو دخل على نفر بيت فوجد بينهم قتيل وما اشبه هذه الشبه مما يغلب على ظن الحكام ان المدعي محق لقيام تلك الشبهة وقال مالك بنحو من هذا اعني ان القسامة لا تجب الا بلوث والشاهد الواحد عنده اذا كان عدلا لوث باتفاق عند اصحابه واختلفوا اذا لم يكن عدلا وكذلك وافق الشافعي في قرينة الحال المخيلة مثل ان يوجد قتيل متشحطا بدمه وبقربه انسان بيده حديدة مدماة الا ان مالكا يرى ان وجود القتيل في المحلة ليس لوثا وان كانت هنالك عداوة بين القوم الذين منهم القتيل وبين اهل المحلة واذا كان ذلك كذلك لم يبق هاهنا شئ يجب ان يكون اصلا لاشتراط اللوث في وجوبها ولذلك لم يقل بها قوم وقال ابو حنيفة وصاحباه اذا وجد قتيل في محلة قوم وبه اثر وجبت القسامة على اهل المحلة ومن اهل العلم من اوجب القسامة بنفس وجود القتيل في المحلة دون سائر الشرائط التي اشترط الشافعي ودون وجود الاثر بالقتيل الذي اشترطه ابو حنيفة وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود وقال به الزهري وجماعة من التابعين وهو مذهب ابن حزم قال القسامة تجب متى وجد

قيل لا يعرف من قتله ابناء وجد فادعي ولاة الدم على رجل وحلف منهم خمسون رجلا خمسين يمينا فانهم حلفوا على العمد فالقود وان حلفوا على الخطا فالدية وليس يحلف عنده أقل من خمسين رجلا وقال داود لا اقضي بالقسامة الا في مثل السبب الذي قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وانفرد مالك والليث من بين فقهاء الامصار القائلين بالقسامة فجعلا قول المقتول فلان قتلني لوثا يوجب القسامة وقال كل قائل بما غاب على ظنه انه شبهة توجب القسامة ولمكان الشبه رأت المدعين بالايمان من رأى ذلك منهم فان الشبه عند مالك تنقل اليمين من المدعى عليه الى المدعي اذ سبب تعليق الشرع عنده باليمين بالمدعى عليه انما هو لقوة شبهته فيما ينفيه عن نفسه واما القول بان نفس الدعوى شبهة فضعيف ومفارق للاصول والنص لقوله عليه السلام لو يعطى الناس بدعاويهم لادعي قوم دماء قوم واموالهم ولكن اليمين على المدعي عليه وهو حديث ثابت من حديث ابن عباس وخرجه مسلم في صحيحه وما احتجت به المالكية من قصة بقرة بني اسرائيل فضعيف لان التصديق هنالك استزال الفعل الخارق للعادة واختلف الذين أوجبوا القود بالقسامة هل يقتل بها اكثر من واحد فقال مالك لا تكون القسامة الا على واحد وبه قال احمد بن حنبل وقال اشهب يقسم على الجماعة ويقتل منها واحد يعينه الاولياء وهو ضعيف وقال المغيرة المخزومي كل من اقسم عليه قتل وقال مالك والليث إذا شهد اثنان عدلان ان انسانا ضرب آخر وبقي المضروب اياما بعد الضرب ثم مات اقسم اولياء المضروب انه مات من ذلك الضرب وقيد به وهذا كله ضعيف واختلفوا في القسامة في العبد فبعض اثبتها وبه قال أبو حنيفة تشبيها بالحر وبعض نفاها تشبيها بالبهيمة وبها قال مالك والدية عندهم فيها في مال القاتل ولا يحلف فيها اقل من خمسين رجلا خمسين يميناً عند مالك ولا يحلف عنده اقل من اثنين في الدم ويحلف الواحد في الخطا وان نكل عنده احد من ولاة الدم بطل القود وصحت الدية في حق من لم ينكل أعني حقه منها وقال الزهري ان نكل منهم احد بطلت الدية في حق الجميع وفروع هذا الباب كثيرة قال القاضي والقول في القسامة هو داخل فيما تثبت به الدماء وهو في الحقيقة جزء من كتاب القضية ولكن ذكرناه هنا على عادتهم وذلك انه اذا ورد قضاء خاص بجنس من اجناس الاموال الشرعية راوا ان الاولى أن تذكر في ذلك الجنس واما القضاء الذي يعم اكثر من جنس واحد من اجناس الاشياء التي يقع فيها القضاء فيذكرونها في كتاب الاقضية وقد تجدهم يفعلون الامرين جميعاً كما فعل مالك في الموطا فانه ساق فيه الاقضية من كل كتاب

بسم الله الرحمان الرحيم — صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الحد في الزنا

والنظر في اصول هذا الكتاب في حد الزنا وفي اصناف الزناة وفي العقوبات لكل صنف صنف منهم وفيما تثبت به هذه الفاحشة

الباب الاول

فاما الزنا فهو كل وطئ وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين وهذا متفق عليه بالجملة من علماء الاسلام وان كانوا اختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحدود مما ليس بشبهة دارئة وفي ذلك مسائل نذكر منها أشهرها * فمنها الامة يقع عليها الرجل وله فيها شرك فقال مالك يدرأ عنه الحد وان ولدت ألحق الولد به وقومت عليه وبه قال ابو حنيفة وقال بعضهم يعزر وقال أبو ثور عليه الحد كاملا اذا علم الحرمة وحجة الجماعة قوله عليه السلام ادرءوا الحدود بالشبهات والذين درءوا الحدود اختلفوا اهل يلزمه من صداق المثل بقدر نصيبه ام لا يلزم * وسبب الخلاف هل ذلك الذي يملك منها يغلب حكمه على الجزء الذي لا يملك ام حكم الذي لا يملك يغلب على حكم الذي يملك فان حكم ما

مالك الجناية وحكم ما لم يملك الحرمة * ومنها اختلافهم في الرجل المجاهد يطأ جارية من المغنم فقال قوم عليه الحد ودرأ قوم عنه الحد وهو اشبه والسبب في هذه وفي التي قبلها واحد والله اعلم * ومنها ان يحمل رجل لرجل وطء خادمه فقال مالك يدرأ عنه الحد وقال غيره يعزر وقال بعض الناس بل هي هبة مقبوضة والرقبة تابعة للفرج * ومنها الرجل يقع على جارية ابنه او ابنته فقال الجمهور لا حد عليه لقوله عليه السلام لرجل خاطبه انت ومالك لابيك ولقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بالولد ولاجماعهم على انه لا يقطع فيما سرق من مال ولده ولذلك قالوا تقوم عليه حملت ام لم تحمل لانها قد حرمت على ابنه فكانه استهلكها ومن الحجة لهم ايضا اجماعهم على أن الاب لو قتل ابن ابنه لم يكن للابن ان يقتص من ابيه وكذلك كل من كان الابن له ولياً * ومنها الرجل يطأ جارية زوجته اختلف العلماء فيه على أربعة أقوال فقال مالك والجمهور عليه الحد كاملا وقالت طائفة ليس عليه الحد وتقوم عليه فيغرمها لزوجته ان كانت طاوعته وان كان استكرهها قومت عليه وهي حرة وبه قال أحمد واسحاق وهو قول ابن مسعود الاول وهو قول عمر ورواه مالك في الموطا عليه وقال قوم عليه مائة جلدة فقط سواء كان محصنا او ثيباً وقال قوم عليه التعزير فعمدة من اوجب عليه الحد انه وطئ دون ملك تام ولا شركة ملك ولا نكاح فوجب الحد وعمدة من درأ الحد ما ثبت ان رسول الله عليه السلام قضى في رجل وطئ جارية امرأته انه ان كان استكرهها فهي حرة وعليه مثلها لسيدتها وان كانت طاوعته فهي له وعليه لسيدتها مثلها وايضاً فان له شبهة في مالها بدليل قوله عليه السلام تنكح المرأة لثلاث فذكر مالها ويقوي هذا المعنى على أصل من يرى ان المرأة محجور عليها من زوجها فيما فوق الثلث او في الثلث فما فوقه وهو مذهب مالك * ومنها ما يراه أبو حنيفة من درإ الحد عن واطئ المستاجرة والجمهور على خلاف ذلك وقوله في ذلك ضعيف ومرغوب عنه وكانه رآ ان هذه المنفعة اشبهت سائر المنافع التي استاجرها عليها فدخلت الشبهة * ومنها درأ الحد عمن امتنع اختلف فيه ايضاً وبالجملة فالانكحة الفاسدة داخلة في هذا الباب واكثرها عند مالك تدرأ الحد الا ما انعقد منها على شخص مؤبد التحريم بالقرابة مثل الام وما أشبه ذلك مما لا يعذر فيه بالجهل

﴿الباب الثاني﴾ والزناة الذين تختلف فيهم العقوبة باختلافهم اربعة اصناف محصنون ثيب وابكار وأحرار وعبيد وذكور واناث * والحدود الاسلامية ثلاثة رجم وجلد وتغريب فاما الثيب الاحرار المحصنون فان المسلمين أجمعوا على أن حدهم الرجم الا فرقة من اهل الاهواء فانهم رأوا ان حد كل زان الجلد وانما صار الجمهور للرجم لثبوت أحاديث الرجم فخصصوا الكتاب بالسنة أعني قوله تعالى الزانية والزاني الاية واختلفوا في موضعين احدهما هل يجلدون مع الرجم ام لا والموضع الثاني في شروط الاحصان ﴿أما المسئلة الاولى﴾ فان العلماء اختلفوا هل يجلد من وجب عليه الرجم قبل الرجم ام لا فقال الجمهور لا جلد على من وجب عليه الرجم وقال الحسن البصري واسحاق واحمد وداود الزاني المحصن يجلد ثم يرجم عمدة الجمهور ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزاً ورجم امرأة من جهينة ورجم يهوديين وامرأة من عامر من الازد كل ذلك مخرج في الصحاح ولم يرو أنه جلد واحداً منهم ومن جهة المعنى ان الحد الاصغر ينطوي في الحد الاكبر وذلك ان الحد انما وضع للزجر فلا تاثير في الزجر للضرب مع الرجم وعمدة الفريق الثاني عموم قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة فلم يخص محصن من غير محصن واحتجوا ايضاً بحديث علي رضي الله عنه خرجه مسلم وغيره ان علياً رضي الله عنه جلد شراحة الهمدانية يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسوله وحديث عبادة بن الصامت وفيه ان النبي عليه السلام قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة واما الاحصان

فانهم اتفقوا على انه من شرط الرجم واختلفوا في شروطه فقال مالك البلوغ والاسلام والحرية والوطء في عقد صحيح وحالة جائز فيها الوطء والوطء المحظور هو عنده الوطء في الحيض او في الصيام فاذا زنا بعد الوطء الذي هو بهذه الصفة وهو بهذه الصفات فحده عنده الرجم ووافق أبو حنيفة مالكاً في هذه الشروط الا في الوطء المحظور واشترط في الحرية ان تكون من الطرفين أعني ان يكون الزاني والزانية حرين ولم يشترط الاسلام الشافعي وعمدة الشافعي ماوواه مالك عن نافع عن ابن عمر وهو حديث متفق ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية واليهودي الذين زنيا اذ رفع اليه امرهما اليهود والله تعالى يقول وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط وعمدة مالك من طريق المعنى ان الاحصان عنده فضيلة ولا فضيلة مع عدم الاسلام وهذا مبناه على ان الوطء في نكاح صحيح هو مندوب اليه فهذا هو حكم الثيب واما الابكار فان المسلمين أجمعوا على ان حد البكر في الزنا جلد مائة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة واختلفوا في التغريب مع الجلد فقال أبو حنيفة وأصحابه لا تغريب أصلا وقال الشافعي لابد من التغريب مع الجلد لكل زان ذكر كان او انثى حراً كان أو عبداً وقال مالك يغرب الرجل ولا تغرب المرأة وبه قال الاوزاعي ولا تغريب عند مالك على العبيد فعمدة من اوجب التغريب على الاطلاق حديث عبادة بن الصامت المتقدم وفيه البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وكذلك ماخرج اهل الصحاح عن ابي هريرة وزيد بن خالد الجهني انهما قالا ان رجلا من الاعراب اتى النبي عليه السلام قال يارسول الله أنشدك الله الا قضيت لي بكتاب الله فقال الخصم وهو أفقه منه نعم اقض بيننا بكتاب الله وايذن لي ان اتكلم فقال له النبي قل قال ان ابني كان عسيفاً على هذا فزنا بامرأته واني اخبرت أن على ابني الرجم فافتديته بمائة شاة ووليدة فسألت اهل العلم فاخبروني انما على ابني جلد مائة وتغريب عام وان على امرأة هذا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم والذي نفسي بيده لاقضين بينكما بكتاب الله اما الوليدة والغنم فرد عليك وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فغدا عليها انيس فاعترفت فامر النبي عليه السلام بها فرجمت ومن خصص المرأة من هذا العموم فانما خصصه بالقياس لانه رآى ان المرأة تعرض بالغربة لاكثر من الزنا وهذا من القياس المرسل أعني المصلحي الذي كثيراً مايقول به مالك واما عمدة الحنفية فظاهر الكتاب وهو مبني على رأيهم ان الزيادة على النص نسخ وانه ليس ينسخ الكتاب باخبار الاحاد ورووا عن عمر وغيره انه حد ولم يغرب وروى عن الكوفيين عن أبي بكر وعمر انهم غربوا واما حكم العبيد في هذه الفاحشة فان العبيد صنفان ذكور واناث اما الاناث فان العلماء اجمعوا على ان الامة اذا تزوجت وزنت ان حدها خمسون جلدة لقوله تعالى فاذا احصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ماعلى المحصنات من العذاب واختلفوا اذا لم تتزوج فقال جمهور فقهاء الامصار حدها خمسون جلدة وقالت طائفة لا حد عليها وانما عليها تعزير فقط وروى ذلك عن عمر بن الخطاب ◦ والسبب في اختلافهم الاشتراك الذي في اسم الاحصان في قوله تعالى فاذا احصن فمن فهم من الاحصان التزوج وقال بدليل الخطاب قال لا تجلد الغير المتزوجة ومن فهم من الاحصان الاسلام جعله عاما في المتزوجة وغيرها واحتج من لم ير على المتزوجة حداً بحديث ابي هريرة وزيد بن خالد الجهني ان النبي عليه السلام سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن فقال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بظفير واما الذكر من العبيد ففقهاء الامصار على ان حد العبد نصف حد الحر قياساً على الامة وقال اهل الظاهر بل حده مائة جلدة مصيراً الى عموم قوله تعالى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولم يخصص حراً من عبد فهذا هو القول في اصناف المحدودين واصناف المحدودين والشرائط الموجبة للحد في واحد واحد منهم ويتعلق بهذا القول

في كيفية الحدود وفي وقتها فاما كيفيتها فمن مشهور المسائل الواقعة في هذا الجنس اختلافهم في الحفر للمرجوم فقالت طائفة يحفر له وروي ذلك عن علي في شراحة الهمدانية حين امر برجمها وبه قال ابو ثور وفيه فلما كان يوم الجمعة اخرجها فحفر لها حفيرة فادخلت فيها واحدق الناس بها يرمونها فقال ليس هكذا الرجم اني اخاف ان يصيب بعضكم بعضاً ولكن صفوا كما تصفون في الصلاة ثم قال الرجم رجمان رجم سرور رجم علانية فما كان منه باقرار فاول من يرجم الامام ثم الناس وما كان ببينة فاول من يرجم البينة ثم الامام ثم الناس وقال مالك وابو حنيفة لا يحفر للمرجوم وخير في ذلك الشافعي وقيل عنه يحفر للمرأة فقط وعمدتهم ما خرج البخاري ومسلم من حديث جابر قال جابر فرجمناه بالمصلى فلما اذلقته الحجارة فر فادركناه بالحرة فرضخناه وقد روى مسلم انه حفر له في اليوم الرابع حفرة وبالجملة فالاحاديث في ذلك مختلفة قال احمد اكثر الاحاديث على ان لا حفر وقال مالك يضرب في الحدود الظهر وما يقاربه وقال ابو حنيفة والشافعي يضرب سائر الاعضاء ويتقى الفرج والوجه وزاد ابو حنيفة الرأس ويجرد الرجل عند مالك في ضرب الحدود كلها وعند الشافعي وابي حنيفة ما عدى القذف على ما سيأتي بعد ويضرب عند الجمهور قاعداً ولا يقام قائماً خلافاً لمن قال انه يقام لظاهر الآية ويستحب عند الجميع ان يحضر الامام عند اقامة الحدود طائفة من الناس لقوله تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المومنين واختلفوا فيما يدل عليه اسم الطائفة فقال مالك اربعة وقيل ثلاثة وقيل اثنان وقيل سبعة وقيل ما فوقهما واما الوقت فان الجمهور على انه لا يقام في الحر الشديد ولا في البرد ولا يقام على المريض وقال قوم يقام وبه قال احمد واسحاق واحتجا بحديث عمر انه اقام الحد على قدامة وهو مريض * وسبب الخلاف معارضة الظواهر للمفهوم من الحد وهو ان يقام حيث لا يغلب على ظن المقيم له فوات نفس المحدود فمن نظر الى الامر باقامة الحدود مطلقاً من غير استثناء قال يحد المريض ومن نظر الى المفهوم من الحد قال لا يحد المريض حتى يبرأ وكذلك الامر في شدة الحر والبرد

﴿ الباب الثالث وهو معرفة ما تثبت به هذه الفاحشة ﴾

وأجمع العلماء على ان الزنا يثبت بالاقرار وبالشهادة واختلفوا في ثبوته بظهور الحمل في النساء الغير المزوجات اذا ادعين الاستكراه وكذلك اختلفوا في شروط الاقرار وشروط الشهادة فاما الاقرار فانهم اختلفوا فيه في موضعين أحدهما عدد مرات الاقرار الذي يلزم به الحد والموضع الثاني هل من شرطه الا يرجع عن الاقرار حتى يقام عليه الحد اما عدد الاقرار الذي يجب به الحد فان مالكا والشافعي يقولان يكفي في وجوب الحد عليه اعترافه بمرة واحدة وبه قال داود وابو ثور والطبري وجماعة وقال أبو حنيفة وأصحابه وابن ابي ليلى لا يجب الحد الا باقرار اربعة مرة بعد مرة وبه قال احمد وإسحق وزاد ابو حنيفة واصحابه في مجالس متفرقة وعمدة مالك والشافعي ما جاء في حديث ابي هريرة وزيد بن خالد من قوله عليه السلام اغد يا انيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمها ولم يذكر عدداً وعمدة الكوفيين ما ورد من حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبي عليه السلام انه رد ماعزاً حتى اقر اربع مرات ثم امر برجمه وفي غيره من الاحاديث قالوا وما ورد في بعض الروايات انه اقر مرة ومرتين وثلاثا تقصير ومن قصر فليس بحجة على من حفظ

﴿ وأما المسألة الثانية ﴾

وهي من اعترف بالزنا ثم رجع فقال جمهور العلماء يقبل رجوعه الا ابن ابي ليلى وعثمان البتي وفصل مالك فقال ان رجع الى شبهة قبل رجوعه وأما ان رجع الى غير شبهة فمنه في ذلك روايتان إحداهما يقبل وهي الرواية المشهورة والثانية لا يقبل رجوعه وإنما صار الجمهور الى تاثير الرجوع في الاقرار لما ثبت من تقريره صلى الله عليه وسلم ماعزاً وغيره مرة بعد مرة لعله يرجع ولذلك لا يجب على من اوجب

سقوط

سقوط الحد بالرجوع ان يكون التمادي على الاقرار شرطاً من شروط الحد وقد روى من طريق ان ماعزاً لما رجم ومسته الحجارة هرب فاتبعوه فقال لهم ردوني الى رسول الله عليه السلام فقتلوه رجماً وذكر واذلك للنبي عليه السلام فقال هلا تركتموه لعله يتوب فيتوب الله عليه ومن هنا تعلق الشافعي بان التوبة تسقط الحدود والجمهور على خلافه وعلى هذا يكون عدم التوبة شرطاً ثالثاً في وجوب الحد وأما ثبوت الزنا بالشهود فان العلماء اتفقوا على انه يثبت الزنا بالشهود وان العدد المشترط في الشهود اربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء وان من صفتهم ان يكونوا عدولا وان من شرط هذه الشهادة ان تكون بمعاينة فرجه في فرجها وانها تكون بالتصريح لا بالكناية وجمهورهم على ان من شرط هذه الشهادة ان لا تختلف لا في زمان ولا في مكان الا ما حكي عن ابي حنيفة من مسئلة الرويا المشهورة وهو ان يشهد كل واحد من الاربعة انه رآها في ركن من البيت يطؤها غير الركن الذي رآه فيه الاخر وأما اختلافهم في اقامة الحدود بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه فان طائفة اوجبت فيه الحد عاماً ذكره مالك في الموطا من حديث عمر وبه قال مالك الا أن تكون جاءت بأمارة على استكراهها مثل ان تكون بكراً فتأتي وهي تدمى أو تفضح نفسها بأثر الاستكراه وكذلك عنده الامر اذا ادعت الزوجية الا أن تقيم البينة على ذلك ما عدي الطارئة فان ابن القاسم قال اذا ادعت الزوجية وكانت طارئة قبل قولها وقال ابو حنيفة والشافعي لا يقام عليها الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه وكذلك مع دعوى الزوجية وان لم تأت في دعوى الاستكراه بامارة ولا في دعوى الزوجية ببينة لانها بمنزلة من اقر ثم ادعى الاستكراه ومن الحجة لهم ما جاء في حديث شراحة ان عليا رضي الله عنه قال لها استكرهت قالت لا قال فلعل رجلا اتاك في نومك قالوا وروى الاثبات عن عمر أنه قبل قول امرأة ادعت انها ثقيلة النوم وان رجلا طرقها فقضى أمرها ولم تدر من هو بعمد ولا خلاف بين اهل الاسلام أن المستكرهة لا حد عليها وانما اختلفوا في وجوب الصداق لها

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الحد في القذف ﴾

والنظر في هذا الكتاب في القذف والقاذف والمقذوف وفي العقوبة الواجبة فيه وبماذا تثبت والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء الآية فاما القاذف فانهم اتفقوا على أن من شرطه وصفين وهو البلوغ والعقل وسواء كان ذكراً او انثى حراً او عبداً مسلماً او غير مسلم وأما المقذوف فاتفقوا على أن من شرطه ان يجتمع فيه خمسة اوصاف وهي البلوغ والحرية والعفاف والاسلام وان يكون معه آلة الزنا فان انخرم من هذه الاوصاف وصف لم يجب الحد والجمهور بالجملة على اشتراط الحرية في المقذوف ويحتمل ان يدخل في ذلك خلاف ومالك يعتبر في سن المرأة ان تطيق الوطء وأما القذف الذي يجب به الحد فاتفقوا على وجهين أحدهما ان يرمي القاذف المقذوف بالزنا والثاني ان ينفيه عن نسبه اذا كانت امه حرة مسلمة واختلفوا ان كانت كافرة او امة فقال مالك سواء كانت حرة او امة او مسلمة او كافرة يجب الحد وقال ابراهيم النخعي لا حد عليه اذا كانت ام المقذوف امة او كتابية وهو قياس قول الشافعي وابي حنيفة واتفقوا أن القذف اذا كان بهذين المعنيين انه ان كان بلفظ صريح وجب الحد واختلفوا ان كان بتعريض فقال الشافعي وابو حنيفة والثوري وابن ابي ليلى لا حد في التعريض الا ان ابا حنيفة والشافعي يريان فيه التعزير وممن قال بقولهم من الصحابة ابن مسعود وقال مالك واصحابه في التعريض الحد وهي مسئلة وقعت في زمان عمر فشاور عمر فيها الصحابة

فاختلفوا فيها عليه فرآ عمر فيها الحد وعمدة مالك أن الكناية قد تقوم بعرف العادة والاستعمال مقام النص الصريح وان كان اللفظ فيها مستعملا في غير موضعه أعني مقولا بالاستعارة وعمدة الجمهور ان الاحتمال الذي في الاسم المستعار شبهة والحدود تدرأ بالشبهات والحق أن الكناية قد تقوم في مواضع مقام النص وقد تضعف في مواضع وذلك انه اذا لم يكثر الاستعمال لها والذي يندرئ به الحد عن القاذف ان يثبت زنا المقذوف باربعة شهود باجماع والشهود عند مالك اذا كانوا اقل من اربعة قذفة وعند غيره ليسوا بقذفة وإنما اختلف المذهب في الشهود الذين يشهدون على شهود الاصل ● والسبب في اختلافهم هل يشترط في نقل شهادة كل واحد منهم عدد شهود الاصل أم يكفي في ذلك اثنان على الاصل المعتبر فيما سوى القذف اذ كانوا ممن لا يستقل بهم نقل الشهادة من قبل العدد وأما الحد فالنظر فيه في جنسه وتوقيته وسقطه أما جنسه فانهم اتفقوا على انه ثمانون جلدة للقاذف الحر لقوله تعالى ثمانين جلدة واختلفوا في العبد يقذف الحر كم حده فقال الجمهور من فقهاء الامصار حده نصف حد الحر وذلك اربعون جلدة وروى ذلك عن الخلفاء الاربعة وعن ابن عباس وقالت طائفة حده حد الحر وبه قال ابن مسعود من الصحابة وعمر بن عبد العزيز وجماعة من فقهاء الامصار ابو ثور والاوزاعي وداود واصحابه من اهل الظاهر فعمدة الجمهور قياس حده في القذف على حده في الزنا وأما اهل الظاهر فتمسكوا في ذلك بالعموم ولما اجمعوا ايضاً ان حد الكتابي ثمانون فكان العبد احرى بذلك وأما التوقيت فانهم اتفقوا على انه اذا قذف شخصاً واحداً مراراً كثيرة فعليه حد واحد اذا لم يحد لواحد منها وانه ان قذفه فحد ثم قذفه ثانية حد حداً ثانياً واختلفوا اذا قذف جماعة فقالت طائفة ليس عليه الا حد واحد جمعهم في القذف او فرقهم وبه قال مالك وابو حنيفة والثوري واحمد وجماعة وقال قوم بل عليه لكل واحد حد وبه قال الشافعي والليث وجماعة حتى روي عن الحسن بن حي انه قال ان قال انسان من دخل هذه الدار فهو زان جلد الحد لكل من دخلها وقالت طائفة ان جمعهم في كلمة واحدة مثل ان يقول لهم يا زناة حد واحد وان قال لكل واحد منهم يا زان فعليه لكل انسان منهم حد فعمدة من لم يوجب على قاذف الجماعة الا حداً واحداً حديث انس وغيره أن هلال بن امية قذف امرأته بشريك بن سمحاء فرفع ذلك الى النبي عليه السلام فلاعن بينهما ولم يحده لشريك وذلك اجماع من اهل العلم فيمن قذف زوجته برجل وعمدة من رآ أن الحد لكل واحد منهم انه حق للادميين وانه لو عفا بعضهم ولم يعف الكل لم يسقط الحد وأما من فرق بين قذفهم في كلمة واحدة او كلمات او في مجلس واحد او في مجالس فلانه رآ انه واجب ان يتعدد الحد بتعدد القذف لانه اذا اجتمع تعدد المقذوف وتعدد القذف كان اوجب ان يتعدد الحد وأما سقوطه فانهم اختلفوا في سقوطه بعفو القاذف فقال ابو حنيفة والثوري والاوزاعي لا يصح العفو أي لا يسقط الحد وقال الشافعي يصح العفو أي يسقط الحد بلغ الامام او لم يبلغ وقال قوم ان بلغ الامام لم يجز العفو وان لم يبلغه جاز العفو واختلف قول مالك في ذلك فمرة قال بقول الشافعي ومرة قال يجوز اذا لم يبلغ الامام وان بلغ لم يجز الا ان يريد بذلك المقذوف الستر على نفسه وهو المشهور عنه ● والسبب في اختلافهم هل هو حق لله او حق للادميين او حق لكليهما فمن قال حق لله لم يجز العفو كالزنا ومن قال حق للادميين اجاز العفو ومن قال لكليهما وغلب حق الامام اذا وصل اليه قال بالفرق بين ان يصل الامام او لا يصل وقياساً على الاثر الوارد في السرقة وعمدة من رآ انه حق للادميين وهو الاظهر ان المقذوف اذا صدقه فيما قذفه به سقط عنه الحد وأما من يقيم الحد فلا خلاف ان الامام يقيمه في القذف واتفقوا على انه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته ما لم يتب واختلفوا اذا تاب فقال مالك تجوز شهادته وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا تجوز شهادته ابداً ● والسبب في اختلافهم هل الاستثناء يعود الى الجملة

المتقدمة او يعود الى اقرب مذكور وذلك في قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا فمن قال يعود الى اقرب مذكور قال التوبة ترفع الفسق ولا تقبل شهادته ومن رأى الاستثناء يتناول الامرين جميعا قال التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة وكون ارتفاع الفسق مع رد الشهادة امر غير مناسب في الشرع أي خارج عن الاصول لان الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة واتفقوا على أن التوبة لا ترفع الحد ﴿ وأما بما ذا يثبت ﴾ فانهم اتفقوا على انه يثبت بشاهدين عدلين حرين ذكرين واختلف في مذهب مالك هل يثبت بشاهد ويمين وبشهادة النساء وهل تلزم في الدعوى فيه يمين وان نكل فهل يحد بالنكول ويمين المدعي فهذه هي اصول هذا الباب التي تبنى عليه فروعه قال القاضي وان انسأ الله في العمر فسنضع كتابا في الفروع على مذهب مالك بن انس مرتبا ترتيبا صناعيا اذ كان المذهب المعمول به في هذه الجزيرة التي هي جزيرة الاندلس حتى يتكون به القارئ مجتهدا في مذهب مالك لان احصاء جميع الروايات عندي شئ ينقطع العمر دونه

﴿ باب في شرب الخمر ﴾

والكلام في هذه الجناية في الموجب والواجب وبماذا تثبت هذه الجناية فاما الموجب فاتفقوا على انه شرب الخمر دون إكراه قليلها وكثيرها واختلفوا في المسكرات من غيرها فقال اهل الحجاز حكمها حكم الخمر في تحريمها وايجاب الحد على من شربها قليلا كان او كثيرا سكر او لم يسكر وقال اهل العراق المحرم منها هو السكر وهو الذي يوجب الحد وقد ذكرنا عمدة ادلة الفريقين في كتاب الاطعمة والاشربة وأما الواجب فهو الحد والتفسيق الا ان تكون التوبة والتفسيق في شارب الخمر باتفاق وان لم يبلغ حد السكر وفيمن بلغ حد السكر فيما سوى الخمر واختلف الذين رأوا التحريم قليل النبذة في وجوب الحد واكثر هؤلاء على وجوبه الا انهم اختلفوا في مقدار الحد الواجب فقال الجمهور الحد في ذلك ثمانون وقال الشافعي وابو ثور وداود الحد في ذلك اربعون هذا في حد الحر وأما حد العبد فاختلفوا فيه فقال الجمهور هو على النصف من حد اهل الحد وقال اهل الظاهر حد الحر والعبد سواء وهو اربعون وعند الشافعي عشرون وعند من قال ثمانون اربعون فعمدة الجمهور تشاور عمر والصحابة لما كثر في زمانه شرب الخمر واشارة علي عليه بان يجعل الحد ثمانين قياسا على حد الفرية فانه كما قيل عنه رضي الله عنه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعمدة الفريق الثاني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحد في ذلك حدا وانما كان يضرب فيها بين يديه بالنعال ضربا غير محدود وأن ابا بكر رضي الله عنه شاور اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كم بلغ ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم لشراب الخمر فقدروه باربعين وروي عن ابي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر بنعلين اربعين فجعل عمر مكان كل نعل سوطا وروى من طريق آخر عن ابي سعيد الخدري ما هو اثبت من هذا وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر اربعين وروى هذا عن علي عن النبي عليه السلام من طريق اثبت وبه قال الشافعي وأما من يقيم هذا الحد فاتفقوا على أن الامام يقيمه وكذلك الامر في سائر الحدود واختلفوا في اقامة السادات الحدود على عبيدهم فقال مالك يقيم السيد على عبده حد الزنا وحد القذف اذا شهد عنده الشهود ولا يفعل ذلك بعلم نفسه ولا يقطع في السرقة الا الامام وبه قال الليث وقال ابو حنيفة لا يقيم الحدود على العبيد الا الامام وقال الشافعي يقيم السيد على عبده جميع الحدود وهو قول احمد واسحاق وابي ثور فعمدة مالك الحديث المشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن فقال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير وقوله عليه السلام اذا زنت امة احدكم فليجلدها وأما الشافعي فاعتمد مع هذه الاحاديث ما روي عنه صلى الله عليه وسلم من حديث علي انه قال اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم ولانه ايضا مروي عن جماعة من الصحابة ولا مخالف لهم منهم

ابن عمر وابن مسعود وانس وعمدة أبي حنيفة الاجماع على ان الاصل في اقامة الحدود هو السلطان وروى عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وغيرهم انهم قالوا الجمعة والزكاة والفيء والحكم الى السلطان ﴿ فصل ﴾

وأما بماذا يثبت هذا الحد فاتفق العلماء على انه يثبت بالاقرار وبشهادة عدلين واختلفوا في ثبوته بالرائحة فقال مالك واصحابه وجمهور اهل الحجاز يجب الحد بالرائحة اذا شهد بها عند الحاكم شاهدان عدلان وخالفه في ذلك الشافعي وأبو حنيفة وجمهور اهل العراق وطائفة من اهل الحجاز وجمهور علماء البصرة فقالوا لا يثبت الحد بالرائحة فعمدة من اجاز الشهادة على الرائحة تشبيهها بالشهادة على الصوت والخط وعمدة من لم يثبتها اشتباه الروائح والحد يدرأ بالشبهة

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب السرقة ﴾

والنظر في هذا الكتاب في حد السرقة وفي شروط المسروق التي يجب به الحد وفي صفات السارق الذي يجب عليه الحد وفي العقوبة وفيما تثبت به هذه الجناية فاما السرقة فهي اخذ مال الغير مستتراً من غير ان يؤتمن عليه وانما قلنا هذا لانهم اجمعوا انه ليس في الخيانة ولا في الاختلاس قطع الا ايا س بن معاوية فانه اوجب في الخلسة القطع وذلك مروي عن النبي عليه السلام واوجب ايضاً قوم القطع على من استعار حلياً او متاعاً فجحده ملكان حديث المرأة المخزومية المشهور انها كانت تستعير الحلي وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطعها لموضع جحودها وبه قال احمد واسحاق والحديث حديث عائشة قالت كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجحده فأمر النبي عليه السلام بقطع يدها فأتى اسامة اهلها فكلموه فكلم اسامة النبي عليه السلام فقال النبي عليه السلام يا اسامة لا اراك تتكلم في حد من حدود الله ثم قام النبي عليه السلام خطيباً فقال انما اهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعتها ورد الجمهور هذا الحديث لانه مخالف للاصول وذلك ان المعار مأمون وانه لم يأخذ بغير اذن فضلا ان يأخذ من حرز قالوا وفي الحديث حذف وهو انها سرقت مع انها جحدت ويدل على ذلك قوله عليه السلام انما اهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه قالوا وروى هذا الحديث الليث بن سعد عن الزهري باسناده فقال فيه ان المخزومية سرقت قالوا وهذا يدل على انها فعلت الامرين جميعاً الجحد والسرقة وكذلك اجمعوا على انه ليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب قطع الا ان يكون قاطع طريق شاهر السلاح على المسلمين مخيفاً للسبيل فحكمه حكم المحارب على ما سيأتي في حد المحارب واما السارق الذي يجب عليه حد السرقة فانهم اتفقوا على ان من شرطه ان يكون مكلفاً وسواء كان حراً او عبداً ذكراً او انثى او مسلماً او ذمياً الا ما روى في الصدر الاول من الخلاف في قطع يد العبد الآبق اذا سرق وروى ذلك عن ابن عباس وعثمان ومروان وعمر بن عبد العزيز ولم يختلف فيه بعد العصر المتقدم فمن رأى ان الاجماع ينعقد بعد وجوب الخلاف في العصر المتقدم كانت المسئلة عنده قطعية ومن لم ير ذلك تمسك بعموم الامر بالقطع ولا حجة لمن لم ير القطع على العبد الآبق الا تشبيه سقوط الحد عنه بسقوط شطره اعني الحدود التي تتشطر في حق العبيد وهو تشبيه ضعيف واما المسروق فان له شرائط مختلف فيها فمن اشهرها اشتراط النصاب وذلك ان الجمهور على اشتراطه الا ما روى عن الحسن البصري انه قال القطع في قليل المسروق وكثيره لعموم قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما الآية وربما احتجوا بحديث ابي هريرة خرجه البخاري ومسلم عن النبي عليه السلام انه قال لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده وبه قالت الخوارج وطائفة من المتكلمين والذين قالوا باشتراط النصاب في وجوب القطع وهم الجمهور

اختلفوا

اختلفوا في قدره اختلافاً كثيراً الا ان الاختلاف المشهور من ذلك الذي يستند الى ادلة ثابتة وهو قولان ، أحدهما قول فقهاء الحجاز مالك والشافعي وغيرهم . والثاني قول فقهاء العراق أما فقهاء الحجاز فأوجبوا القطع في ثلاثة دراهم من الفضة وربع دينار من الذهب واختلفوا فيما تقوم به سائر الاشياء المسروقة ما عدى الذهب والفضة فقال مالك في المشهور تقوم بالدراهم لا بالربع دينار أعني اذا اختلفت الثلاثة دراهم مع الربع دينار لاختلاف الصرف مثل ان يكون الربع دينار في وقت درهمين ونصفاً وقال الشافعي الاصل في تقويم الاشياء هو الربع دينار وهو الاصل ايضاً للدراهم فلا يقطع عنده في الثلاثة دراهم الا ان تساوي ربع دينار وأما مالك فالدنانير والدراهم عنده كل واحد منهما معتبر بنفسه وقد روى بعض البغداديين عنه انه ينظر في تقويم العروض الى الغالب في نقود اهل ذلك البلد فان كان الغالب الدراهم قومت بالدراهم وان كان الغالب الدنانير قومت بالربع دينار وأظن ان في المذهب من يقول ان الربع دينار يقوم بالثلاثة دراهم وبقول الشافعي في التقويم قال ابو ثور والاوزاعي وداود وبقول مالك المشهور قال احمد اعني بالتقويم بالدراهم واما فقهاء العراق فالنصاب الذي يجب القطع فيه هو عندهم عشرة دراهم لا يجب في اقل منه وقد قال جماعة منهم ابن أبي ليلى وابن شبرمة لا تقطع اليد في اقل من خمسة دراهم وقد قيل في اربعة دراهم وقال عثمان البتي في درهمين فعمدة فقهاء الحجاز ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر ان النبي عليه السلام قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم وحديث عائشة اوقفه مالك واسنده البخاري ومسلم الى النبي عليه السلام انه قال تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً واما عمدة فقهاء العراق فحديث ابن عمر المذكور قالوا ولكن قيمة المجن هو عشرة دراهم وروى ذلك في احاديث قالوا وقد خالف ابن عمر في قيمة المجن من الصحابة كثير ممن رآ القطع في المجن كابن عباس وغيره وقد روى محمد بن اسحاق عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق فيما دون ثمن المجن قال وكان ثمن المجن على عهد النبي عليه السلام عشرة دراهم وروى ذلك محمد بن اسحاق عن ايوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم قالوا واذا وجد الخلاف في ثمن المجن وجب الا تقطع اليد الا بيقين وهذا الذي قالوه هو كلام حسن لولا حديث عائشة وهو الذي اعتمده الشافعي في هذه المسئلة وجعل الاصل هو الربع دينار واما مالك فاعتضد عنده حديث ابن عمر بحديث عثمان الذي رواه وهو انه قطع في ارنجة قومت بثلاثة دراهم والشافعي يعتذر عن حديث عثمان من قبل ان الصرف كان عندهم في ذلك الوقت اثنا عشر درهماً والقطع في ثلاثة دراهم احفظ للاموال والقطع في عشرة دراهم ادخل في باب التجاوز والصفح عن يسير المال وشرف العضو والجمع بين حديث ابن عمر وحديث عائشة وفعل عثمان ممكن على مذهب الشافعي وغير ممكن على مذهب غيره فان كان الجمع اولى من الترجيح فمذهب الشافعي اولى المذاهب فهذا هو احد الشروط المشترطة في القطع واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور وهو اذا سرقت الجماعة ما يجب فيه القطع أعني نصابا دون ان يكون حفظ كل واحد منهم نصابا وذلك بان يخرجوا النصاب من الحرز معاً مثل ان يكون عدلا او صندوقاً يساوي النصاب فقال مالك يقطعون جميعاً وبه قال الشافعي واحمد وابو ثور وقال ابو حنيفة لا قطع عليهم حتى يكون ما اخذه كل واحد منهم نصابا فمن قطع الجميع رآ العقوبة انما تتعلق بقدر مال المسروق أي ان هذا القدر من المال المسروق هو الذي يوجب القطع لحفظ المال قال يقطع ومن رآ ان القطع انما علق بهذا القدر لا بما دونه لمكان حرمة اليد قال لا تقطع ايد كثيرة فيما اوجب الشرع فيه قطع يد واحدة واختلفوا متى يقدر المسروق فقال مالك يوم السرقة وقال أبو حنيفة يوم الحكم عليه بالقطع واما الشرط الثاني في وجوب هذا الحد فهو الحرز وذلك ان جميع فقهاء الامصار الذين تدور عليهم الفتوى واصحابه متفقون على اشتراط الحرز في وجوب القطع وان كان

قد اختلفوا فيما هو حرز مما ليس بحرز والاشبه ان يقال في حد الحرز انه ما شأنه ان يحفظ به الاموال كي يعسر اخذها مثل الاغلاق والحظائر وما اشبه ذلك وفي الفعل الذي اذا فعله السارق انصف بالاخراج من الحرز على ما سنذكره بعد وممن ذهب الى هذا مالك وابو حنيفة والشافعي والثوري وأصحابهم وقال اهل الظاهر وطائفة من اهل الحديث القطع على من سرق النصاب وان سرقه من غير حرز فعمدة الجمهور حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي عليه السلام انه قال لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة جبل فاذا آواه المراح او الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن ومرسل مالك ايضاً عن عبد الله بن عبد الرحمان بن أبي حسين المكي بمعنى حديث عمرو بن شعيب وعمدة أهل الظاهر عموم قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما الاية قالوا فوجب ان تحمل الاية على عمومها الا ما خصصته السنة الثابتة من ذلك وقد خصصته السنة الثابتة المقدار الذي يقطع فيه من الذي لا يقطع وردوا حديث عمرو بن شعيب لموضع الاختلاف الواقع في أحاديث عمرو بن شعيب وقال ابو عمر بن عبد البر احاديث عمرو بن شعيب العمل بها واجب اذا رواها الثقات وأما الحرز عند الذين اوجبوه فانهم اتفقوا منه على أشياء واختلفوا في اشياء مثل اتفاقهم على ان باب البيت وغلقه حرز واختلافهم في الاوعية ومثل اتفاقهم على ان من سرق من بيت دار غير مشتركة السكنى انه لا يقطع حتى يخرج من الدار واختلافهم في الدار المشتركة فقال مالك وكثير ممن اشترط الحرز تقطع يده اذا اخرج من البيت وقال أبو يوسف ومحمد لا قطع عليه إلا اذا اخرج من الدار ومنها اختلافهم في القبر هل هو حرز حتى يجب القطع على النباش او ليس بحرز فقال مالك والشافعي وأحمد وجماعة هو حرز وعلى النباش القطع وبه قال عمر بن عبد العزيز وقال أبو حنيفة لا قطع عليه وكذلك قال سفيان الثوري وروي ذلك عن زيد بن ثابت والحرز عند مالك بالجملة هو كل شيء جرت العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق فيه فرابط الدواب عنده احراز وكذلك الاوعية وما على الانسان من اللباس فالانسان حرز لكل ما عليه او هو عنده واذا توسد النائم شيئاً فهو له حرز على ما جاء في حديث صفوان بن امية وسيأتي بعد وما اخذه من المنتبه فهو اختلاس ولا يقطع عند مالك سارق ما كان على الصبي من الحلي او غيره الا ان يكون معه حافظ يحفظه ومن سرق من الكعبة شيئاً لم يقطع عنده وكذلك من المساجد وقد قيل في المذهب انه ان سرق منها ليلا قطع وفروع هذا الباب كثيرة فيما هو حرز وما ليس بحرز واتفق القائلون بالحرز على ان كل من سعى مخرجاً للشيء من حرزه وجب عليه القطع وسواء كان داخل الحرز او خارجه وإذ ترددت التسمية وقع الخلاف مثل اختلاف المذهب اذا كان سارقان أحدهما داخل البيت والاخر خارجه فقرب أحدهما المتاع المسروق الى ثقب في البيت فتناوله الاخر فقيل القطع على الخارج المتناول له وقيل لا قطع على واحد منهما وقيل القطع على المقرب للمتاع من الثقب والخلاف في هذا كله آئل الى انطلاق اسم المخرج من الحرز عليه اولا انطلاقه فهذا هو القول في الحرز واشتراطه في وجوب القطع ومن رمى بالمسروق من الحرز ثم اخذه خارج الحرز قطع وقد توقف مالك فيه اذا اخذ بعد رميه وقبل ان يخرج وقال ابن القاسم يقطع

فصل

واما جنس المسروق فان العلماء اتفقوا على ان كل متملك غير ناطق يجوز بيعه وأخذ العوض منه فانه يجب في سرقته القطع ما عدا الاشياء الرطبة المأكولة والاشياء التي أصلها مباحة فانهم اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور الى ان القطع في كل متمول يجوز بيعه وأخذ العوض فيه وقال أبو حنيفة لا قطع في الطعام ولا فيما أصله مباح كالصيد والحطب والحشيش فعمدة الجمهور عموم الآية الموجبة للقطع وعموم الآثار الواردة في اشتراط النصاب وعمدة أبي حنيفة في منعه القطع في الطعام الرطب قوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر وذلك ان هذا الحديث روى

هكذا مطلقاً من غير زيادة وعمدته أيضاً في منع القطع فيما أصله مباح الشبهة التي فيه لكل مالك وذلك انهم اتفقوا على ان من شرط المسروق الذي يجب فيه القطع الا يكون للسارق فيه شبهة ملك واختلفوا فيما هو شبهة يدرأ الحد مما ليس بشبهة وهذا هو أيضاً أحد الشروط المشترطة في المسروق هو في ثلاثة مواضع في جنسه وقدره وشروطه وستأتي هذه المسئلة فيما بعد واختلفوا من هذا الباب أعني من النظر في جنس المسروق في المصحف فقال مالك والشافعي يقطع سارقه وقال ابو حنيفة لا يقطع ولعل هذا من أبي حنيفة بناء على انه لا يجوز بيعه أو أن لكل أحد فيه حقاً اذ ليس بمال واختلفوا من هذا الباب فيمن سرق صغيراً مملوكاً أعجمياً ممن لا يفقه ولا يعقل الكلام فقال الجمهور يقطع واما ان كان كبيراً يفقه فقال مالك يقطع وقال أبو حنيفة لا يقطع واختلفوا في الحر الصغير فعند مالك ان سارقه يقطع ولا يقطع عند أبي حنيفة وهو قول ابن الماجشون من أصحاب مالك واتفقوا كما قلنا ان شبهة الملك القوية تدرأ هذا الحد واختلفوا فيما هو شبهة يدرأ من ذلك مما لا يدرأ فمنها العبد يسرق مال سيده فان الجمهور من العلماء على انه لا يقطع وقال أبو ثور يقطع ولم يشترط شرطاً وقال أهل الظاهر يقطع الا ان يأتمنه سيده واشترط مالك في الخادم الذي يجب ان يدرأ عنه الحد ان يكون يلي الخدمة لسيده بنفسه والشافعي مرة اشترط هذا ومرة لم يشترطه ويدرء الحد قال عمر رضي الله عنه وابن مسعود ولا مخالف لهم من الصحابة ومنها أحد الزوجين يسرق من مال الآخر فقال مالك اذا كان كل واحد ينفرد ببيت فيه متاعه فالقطع على من سرق من مال صاحبه وقال الشافعي الاحتياط الاقطع على أحد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال وقد روى عنه مثل قول مالك واختاره المزني ومنها القرابات فذهب مالك فيها الا يقطع الاب فيما سرق من مال الابن فقط لقوله عليه السلام انت ومالك لابيك ويقطع ما سواهم من القرابات وقال الشافعي لا يقطع عمود النسب الاعلى والاسفل يعني الاب والاجداد والابناء وأبناء الابناء وقال ابو حنيفة لا يقطع ذو الرحم المحرمة وقال أبو ثور تقطع يد كل من سرق الا ما خصصه الاجماع ومنها اختلافهم فيمن سرق من المغنم او من بيت المال فقال مالك يقطع وقال عبد الملك من اصحابه لا يقطع فهذا هو القول في الاشياء التي يجب بها ما يجب في هذه الجناية

﴿القـــــول في الواجب﴾ وأما الواجب في هذه الجناية اذا وجدت بالصفات التي ذكرنا أعني الموجودة في السارق وفي الشيء المسروق وفي صفة السرقة فانهم اتفقوا على ان الواجب فيه القطع من حيث هي جناية والغرم اذا لم يجب القطع واختلفوا هل يجمع الغرم مع القطع فقال قوم عليه الغرم مع القطع وبه قال الشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة وقال قوم ليس عليه غرم اذا لم يجد المسروق منه متاعه بعينه وممن قال بهذا القول أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى وجماعة وفرق مالك وأصحابه فقال ان كان موسراً اتبع السارق بقيمة المسروق وان كان معسراً لم يتبع به اذا أثرى واشترط مالك دوام اليسر الى يوم القطع فيما حكى عنه ابن القاسم فعمدة من جمع بين الامرين انها اجتمع في السرقة حقان حق لله وحق للادمي فاقتضى كل حق موجبه وأيضاً فانهم لما أجمعوا على اخذه منه اذا وجد بعينه لزم اذا لم يوجد بعينه عنده أن يكون في ضمانه قياساً على سائر الاموال الواجبة وعمدة الكوفيين حديث عبد الرحمان بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يغرم السارق اذا اقيم عليه الحد وهذا الحديث مضعف عند أهل الحديث قال أبو عمر لانه عندهم مقطوع قال وقد وصله بعضهم وخرجه النسائي والكوفيون يقولون ان اجتماع حقين في حق واحد مخالف للاصول ويقولون ان القطع هو بدل من الغرم ومن هنا يرون انه اذا سرق شيئاً ما فقطع فيه ثم سرق ثانياً انه لا يقطع فيه واما تفرقة مالك فاستحسان على غير قياس وأما القطع فالنظر في محله وفيمن سرق وقد عدم المحل واما محل القطع فهو اليد اليمنى باتفاق من الكوع وهو الذي عليه الجمهور وقال قوم الاصابع فقط فلما اذا سرق من قد قطعت يده اليمنى في السرقة فانهم اختلفوا في ذلك

فقال اهل الحجاز والعراق تقطع رجله اليسرى بعد اليد اليمنى وقال بعض اهل الظاهر وبعض التابعين تقطع اليد اليسرى بعد اليمنى ولا يقطع منه غير ذلك واختلف مالك والشافعي وابو حنيفة بعد اتفاقهم على قطع الرجل اليسرى بعد اليد اليمنى هل يقف القطع ان سرق ثالثة ام لا فقال سفيان وابو حنيفة يقف القطع في الرجل وانما عليه في الثالثة الغرم فقط وقال مالك والشافعي ان سرق ثالثة قطعت يده اليسرى ثم ان سرق رابعة قطعت رجله اليمنى وكلا القولين مروى عن عمر وابي بكر اعني قول مالك وابي حنيفة فعمدة من لم ير الا قطع اليد قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما ولم يذكر الا الرجل الا في المحاربين فقط وعمدة من قطع الرجل بعد اليد ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم اتى بعبد سرق فقطع يده اليمنى ثم الثانية فقطع رجله ثم اتي به في الثالثة فقطع يده اليسرى ثم اتي به في الرابعة فقطع رجله وروى هذا من حديث جابر بن عبد الله وفيه ثم اخذه الخامسة فقتله الا انه منكر عند اهل الحديث ويرده قوله عليه السلام هن فواحش وفيهن عقوبة ولم يذكر قتلا وحديث ابن عباس ان النبي عليه السلام قطع الرجل بعد اليد وعند مالك انه يؤدب في الخامسة فاذا ذهب محل القطع من غير سرقة ان كانت اليد شلاء فقيل في المذهب ينتقل القطع الى اليد اليسرى وقيل الى الرجل واختلف في موضع القطع من القدم فقيل يقطع من المفصل الذي في اصل الساق وقيل يدخل الكعبان في القطع وقيل لا يدخلان وقيل انها تقطع من المفصل الذي في وسط القدم واتفقوا على ان لصاحب السرقة ان يعفو عن السارق ما لم يرفع ذلك الى الامام لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تعافوا الحدود بينكم فما بلغني من حد فقد وجب وقوله عليه السلام لو كانت فاطمة بنت محمد لاقمت عليها الحد وقوله لصفوان هلا كان ذلك قبل ان تاتيني به واختلفوا في السارق يسرق ما يجب فيه القطع فيرفع الى الامام وقد وهبه صاحب السرقة ما سرقه او وهبه له بعد الرفع وقبل القطع فقال مالك والشافعي عليه الحد لانه قد رفع الى الامام وقال ابو حنيفة وطائفة لا حد عليه فعمدة الجمهور حديث مالك عن ابن شهاب عن صفوان بن عبد الله بن صفوان بن امية انه قيل له ان من لم يهاجر هلك فقدم صفوان بن امية من المدينة فنام في المسجد وتوسد رداءه فجاء سارق فأخذ رداءه فأخذ صفوان السارق فجاء به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تقطع يده فقال صفوان لم ارد هذا يا رسول الله هو عليه صدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهلا قبل أن تاتيني به

﴿ القول فيما تثبت به السرقة ﴾ واتفقوا على ان السرقة تثبت بشاهدين عدلين وعلى انها تثبت باقرار الحر واختلفوا في اقرار العبد فقال جمهور فقهاء الامصار اقراره على نفسه موجب لحده وليس يوجب عليه غرماً وقال زفر لا يجب إقرار العبد على نفسه بما يوجب قتله ولا قطع يده لكونه مالا لمولاه وبه قال شريح والشافعي وقتادة وجماعة وان رجع عن الاقرار الى شبهة قبل رجوعه وان رجع الى غير شبهة فعن مالك في ذلك روايتان هكذا حكى البغداديون عن المذهب وللمتأخرين في ذلك تفصيل ليس يليق بهذا الغرض وانما هو لائق بتقريع المذهب

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الحرابة ﴾

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الاية وذلك ان هذه الاية عند الجمهور هي في المحاربين وقال بعض الناس انها نزلت في النفر الذين ارتدوا في زمان النبي عليه السلام واستاقوا الابل فأمر بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقطعت ايديهم وارجلهم وسمرت اعينهم والصحيح انها في المحاربين لقوله تعالى الا الذين تابوا من قبل

ان تقدروا عليهم وليس عدم القدرة عليهم مشترطة فى توبة الكفار فبقى انها فى المحاربين والنظر فى اصول هذا الكتاب ينحصر فى خمسة أجناس • أحدها النظر فى الحرابة • والثانى النظر فى المحارب • والثالث فيما يجب على المحارب • والرابع فى مسقط الواجب عنه وهى التوبة • والخامس بما ذا تثبت هذه الجناية

﴿الباب الاول﴾

فأما الحرابة فاتفقوا على انها إشهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر واختلفوا فيمن حارب داخل المصر فقال مالك داخل المصر وخارجه سواء واشترط الشافعى الشوكة وان كان لم يشترط العدد وانما معنى الشوكة عنده قوة المغالبة ولذلك يشترط فيها البعد عن العمران لان المغالبة انما تتاتى بالبعد من العمران وكذلك يقول الشافعى انه اذا ضعف السلطان ووجدت المغالبة فى المصر كانت محاربة واما غير ذلك فهو عنده اختلاس وقال أبو حنيفة لاتكون محاربة فى المصر

﴿الباب الثانى﴾

فأما المحارب فهو كل من كان دمه محقونا قبل الحرابة وهو المسلم والذمى

﴿الباب الثالث﴾

وأما مايجب على المحارب فاتفقوا على انه يجب عليه حق لله وحق للادميين واتفقوا على ان حق الله هو القتل والصلب وقطع الايدى وقطع الارجل من خلاف والنفى على ما نص الله تعالى فى آية الحرابة واختلفوا فى هذه العقوبات هل هى على التخيير او مرتبة على قدر جناية المحارب فقال مالك ان قتل فلابد من قتله وليس للامام تخيير فى قطعه ولا فى نفيه وانما التخيير فى قتله اوصلبه واما ان اخذ المال ولم يقتل فلاتخيير فى نفيه وانما التخيير فى قتله او صلبه او قطعه من خلاف واما اذا اخاف السبل فقط فالامام عنده مخير فى قتله اوصلبه اوقطعه او نفيه ومعنى التخيير عنده ان الامر راجع فى ذلك الى اجتهاد الامام فان كان المحارب ممن له الرأى والتدبير فوجه الاجتهاد قتله اوصلبه لان القطع لايرفع ضرره وان كان لارأى له وانما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف وان كان ليس فيه شئ من هاتين الصفتين أخذ بأيسر ذلك فيه وهو الضرب والنفى وذهب الشافعى وأبو حنيفة وجماعة من العلماء الى أن هذه العقوبة هى مرتبة على الجنايات المعلوم من الشرع ترتيبها عليه فلايقتل من المحاربين الامن قتل ولايقطع الامن اخذ المال ولاينفى الامن لم ياخذ المال ولاقتل وقال قوم بل الامام مخير فيهم على الاطلاق وسواء قتل اولم يقتل اخذ المال او لم ياخذه • وسبب الخلاف هل حرف أوفى الاية للتخيير اوللتفصيل على حسب جناياتهم ومالك حمل البعض من المحاربين على التفصيل والبعض على التخيير واختلفوا فى معنى قوله اويصلبوا فقال قوم انه يصلب حتى يموت جوعا وقال قوم بل معنى ذلك انه يقتل ويصلب معاً وهؤلاء منهم من قال يقتل اولا ثم يصلب وهو قول أشهب وقيل انه يصلب حياً ثم يقتل فى الخشبة وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون ومن رآ انه يقتل اولا ثم يصلب صلى عليه عنده قبل الصلب ومن رآ أنه يقتل فى الخشبة فقال بعضهم لايصلى عليه تنكيلا له وقيل يصب عليه خلف الخشبة ويصلى عليه وقال سحنون اذا قتل فى الخشبة انزل منها وصلى عليه وهل يعاد الى الخشبة بعد الصلاة فيه قولان عنه وذهب أبو حنيفة واصحابه انه لايبقى على الخشبة اكثر من ثلاثة ايام وأما قوله او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف فمعناه ان تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى ثم ان عاد قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى واختلف اذا لم تكن له اليمنى فقال ابن القاسم تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى وقال اشهب تقطع يده اليسرى ورجله اليسرى واختلف ايضا فى قوله اوينفوا من الارض فقيل ان النفى هو السجن وقيل ان النفى هو ان ينفى من بلد الى بلد فيسجن فيه الى ان تظهر توبته وهو قول ابن القاسم عن مالك ويكون بين البلدين أقل ماتقصر فيه الصلاة والقولان عن مالك وبالاول قال أبو حنيفة وقال ابن الماجشون معنى النفى هو فرارهم من الامام لاقامة الحد عليهم فاما ان ينفى بعد ان يقدر عليه فلا وقال الشافعى اما النفى فغير مقصود ولكن ان هربوا شردناهم فى البلاد بالاتباع وقيل هى عقوبة مقصودة

فقيل على هذا يتبع ويسجن دائما وكلها عن الشافعي وقيل معنى اوينفوا اى من ارض الاسلام الى أرض الحرب فالذى يظهر ان النفى هو تغريبهم عن وطنهم لقوله تعالى ولو انا كتبنا عليهم أن اقتلوا أنفسكم او اخرجوا من دياركم الاية فسوى بين النفى والقتل وهي عقوبة معروفة بالعادة من العقوبات كالضرب والقتل وكل ما يقال فيه سوى هذا فليس معروفاً لا بالعادة ولا بالعرف

﴿الباب الرابع﴾ واما ما يسقط الحق الواجب عليه فان الاصل فيه قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم واختلف من ذلك في اربعة مواضع احدها هل تقبل توبته والثاني ان قبلت فاصفة المحارب الذى تقبل توبته فان لاهل العلم فى ذلك قولين قول انه تقبل توبته وهو أشهر لقوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم وقول انه لا تقبل توبته قال ذلك من قال ان الاية لم تنزل فى المحاربين واما صفة التوبة التى تسقط الحكم فانهم اختلفوا فيها على ثلاثة اقوال احدها ان توبته تكون بوجهين احدهما ان يترك ما هو عليه وان لم يات الامام والثاني أن يلقى سلاحه ويأتى الامام طائعاً وهو مذهب ابن القاسم والقول الثانى أن توبته انما تكون بأن يترك ما هو عليه ويجلس فى موضعه ويظهر لجيرانه وان اتى الامام قبل ان تظهر توبته أقام عليه الحد وهذا هو قول ابن الماجشون والقول الثالث ان توبته انما تكون بالمجئ الى الامام وان ترك ما هو عليه لم يسقط ذلك عنه حكماً من الاحكام ان اخذ قبل ان يأتى الامام وتحصيل ذلك هو ان توبته قيل انها تكون بان يأتى الامام قبل ان يقدر عليه وقيل انها انما تكون اذا ظهرت توبته قبل القدرة فقط وقيل تكون بالامرين جميعا واما صفة المحارب الذى تقبل توبته فانهم اختلفوا فيها ايضاً على ثلاثة أقوال احدها ان يلحق بدار الحرب والثانى ان تكون له فئة والثالث كيف ما كان كانت له فئة او لم تكن لحق بدار الحرب أو لم يلحق واختلف فى المحارب اذا امتنع فأمنه الامام على ان ينزل فقيل له الامان ويسقط عنه حد الحرابة وقيل لا أمان له لانه انما يؤمن المشرك وأما ما تسقط عنه التوبة فاختلفوا فى ذلك على اربعة اقوال احدها أن التوبة إنما تسقط عنه حد الحرابة فقط ويؤخذ بما سوى ذلك من حقوق الله وحقوق الادميين وهو قول مالك والقول الثانى أن التوبة تسقط عنه حد الحرابة وجميع حقوق الله من الزنا والشراب والقطع فى السرقة ويتبع بحقوق الناس من الاموال والدماء الا ان يعفوا أولياء المقتول والثالث أن التوبة ترفع جميع حقوق الله ويؤخذ بالدماء وفى الاموال بما وجد بعينه فى أيديهم ولا تتبع ذممهم والقول الرابع أن التوبة تسقط جميع حقوق الله وحقوق الادميين من مال ودم الا ما كان من الاموال قائم العين بيده

﴿الباب الخامس﴾ واما اذا ثبت هذا الحد فبالاقرار وبالشهادة ومالك يقبل شهادة المسلمين على الذين سلبوهم وقال الشافعى تجوز شهادة أهل الرفقة عليهم اذا لم يدعوا لانفسهم ولا لرفقائهم مالا اخذوه وتثبت عند مالك الحرابة بشهادة السماع

﴿فصل فى حكم المحاربين على التأويل﴾ وأما حكم المحاربين على التاويل فان محاربهم الامام فاذا قدر على واحد منهم لم يقتل الا اذا كانت الحرب قائمة فان مالكا قال ان الامام ان رأى ذلك لما يخاف من عونه لاصحابه على المسلمين واما اذا اسر بعد انقضاء الحرب فان حكمه حكم البدعى الذى لا يدعوا الى بدعته قيل يستتاب فان تاب والا قتل وقيل يستتاب فان لم يتب يؤدب ولا يقتل واكثر أهل البدع انما يكفرون بالمآل واختلف قول مالك فى التكفير بالمآل ومعنى التكفير بالمآل انهم لا يصرحون بقول هو كفر ولكن يصرحون باقوال يلزم عنها الكفر وهم لا يعتقدون ذلك اللزوم واما ما يلزم هؤلاء من الحقوق اذا ظفر بهم فحكمهم اذا تابوا الا يقام عليهم حد الحرابة ولا يؤخذ منهم ما اخذوا من المال الا ان يوجد بيده فيرد الى ربه وانما اختلفوا هل يقتل قصاصا بمن قتل فقيل يقتل وهو قول عطاء واصبغ وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك لا يقتل وبه

قال الجمهور لان كل من قاتل على التاويل فليس بكافر بتة اصله قتال الصحابة وكذلك الكافر بالحقيقة هو المكذب لا المتاول

﴿باب فى حكم المرتد﴾ والمرتد اذا ظفر به قبل ان يحارب فقد اتفقوا على انه يقتل الرجل لقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه واختلفوا فى قتل المرأة وهل تستتاب قبل ان تقتل فقال الجمهور تقتل المرأة وقال أبو حنيفة لا تقتل وشبهها بالكافرة الاصليه والجمهور اعتمدوا العموم الوارد فى ذلك وشذ قوم فقالوا تقتل وان راجعت الاسلام واما الاستتابة فان مالكا شرط فى قتله ذلك على ما رواه عن عمر وقال قوم لا تقبل توبته واما اذا حارب المرتد ثم ظهر عليه فانه يقتل بالحرابة ولا يستتاب كانت حرابته بدار الاسلام أو بعد ان لحق بدار الحرب الا ان يسلم واما اذا اسلم المرتد المحارب بعد ان اخذ وقبل ان يوخذ فانه يختلف فى حكمه فان كانت حرابته فى دار الحرب فهو عند مالك كالحربي يسلم لا تباعة عليه فى شئ مما فعل فى حال ارتداده واما ان كانت حرابته فى دار الاسلام فانه يسقط اسلامه عنه حكم الحرابة خاصة وحكمه فيما جنا حكم المرتد اذا جنا فى رده فى دار الاسلام ثم اسلم وقد اختلف اصحاب مالك فيه فقال حكمه حكم المرتد من اعتبر يوم الجناية وقال حكمه حكم المسلم من اعتبر يوم الحكم وقد اختلف فى هذا الباب فى حكم الساحر فقال مالك يقتل كفرا وقال قوم لا يقتل والاصل ان لا قتل الا مع الكفر

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿كتاب الاقضيـــــة﴾

وأصول هذا الكتاب تحصر فى ستة أبواب احدها فى معرفة من يجوز قضاؤه ● والثاني فى معرفة ما يقضى به ● والثالث فى معرفة ما يقضى فيه ● والرابع فى معرفة من يقضي عليه أوله ● والخامس فى كيفية القضاء ● والسادس في وقت القضاء

﴿البـــــاب الاول﴾ والنظر فى هذا الباب فيمن يجوز قضاؤه وفيما يكون به أفضل فاما الصفات المشترطة فى الجواز فان يكون حرا مسلما بالغا ذكرا عاقلا عدلا وقد قيل فى المذهب ان الفسق يوجب العزل ويمضى ما حكم به واختلفوا فى كونه من اهل الاجتهاد فقال الشافعي يجب ان يكون من اهل الاجتهاد ومثله حكى عبد الوهاب عن المذهب وقال ابو حنيفة يجوز حكم العامى قال القاضى وهو ظاهر ما حكاه جدي رحمة الله عليه فى المقدمات عن المذهب لانه جعل كون الاجتهاد فيه من الصفات المستحبة وكذلك اختلفوا فى اشتراط الذكورة فقال الجمهور هى شرط فى صحة الحكم وقال ابو حنيفة يجوز ان تكون المرأة قاضيا فى الاموال وقال الطبري يجوز ان تكون المرأة حاكما على الاطلاق فى كل شئ قال عبد الوهاب ولا اعلم بينهم اختلافا فى اشتراط الحرية فمن رد قضاء المرأ شبهه بقضاء الامامة الكبرى وقاسها أيضا على العبد لنقصان حرمتها ومن اجاز حكمها فى الاموال فتشبيها بجواز شهادتها فى الاموال ومن رآ حكمها نافذا فى كل شئ قال ان الاصل هو ان كل من يتأتي منه الفصل بين الناس فحكمه جائز الا ما خصصه الاجماع من الامامة الكبرى وأما اشتراط الحرية فلا خلاف فيه ولا خلاف فى مذهب مالك أن السمع والبصر والكلام مشترطة فى استمرار ولايته وليست شرطا فى جواز ولايته وذلك أن من صفات القاضى فى المذهب ما هى شرط فى الجواز فهذا اذا ولى عزل وفسخ جميع ما حكم به ومنها ما هى شرط فى الاستمرار وليست شرطا فى الجواز فهذا اذا ولى القضاء عزل ونفذ ما حكم به الا ان يكون جورا ومن هذا الجنس عندهم هذه الثلاث صفات ومن شرط القضاء عند مالك ان يكون واحدا والشافعى يجيز ان يكون فى المصر قاضيان اثنان اذا رسم لكل واحد منهما ما يحكم فيه وان شرط اتفاقهما فى كل حكم لم يجز وان شرط الاستقلال لكل واحد منهما فوجهان الجواز والمنع قال وإذا تنازع الخصمان فى اختيار احدهما وجب ان يقترع عند ذلك وأما فضائل القضاء

فكثيرة وقد ذكرها الناس في كتبهم وقد اختلفوا في الامي هل يجوز ان يكون قاضياً والاين جوازه لكونه عليه السلام اميا وقال قوم لا يجوز وعن الشافعي القولان جميعاً لانه يحتمل ان يكون ذلك خاصاً به لموضع العجز ولا خلاف في جواز حكم الامام الاعظم وتوليته للقاضي شرط في صحة قضائه لا خلاف اعرف فيه واختلفوا من هذا الباب في نفوذ حكم من رضيه المتداعيان ممن ليس يوال على الاحكام فقال مالك يجوز وقال الشافعي في احد قوليه لا يجوز وقال ابو حنيفة يجوز اذا وافق حكمه حكم قاضي البلد ﴿ الباب الثاني ﴾ واما فيما يحكم فاتفقوا أن القاضي يحكم في كل شئ من الحقوق كان حقاً لله او حقاً للادميين وانه نائب عن الامام الاعظم في هذا المعنى وانه يعقد الانكحة ويقدم الاوصياء وهل يقدم الائمة في المساجد الجامعة فيه خلاف وكذلك هل يستخلف فيه خلاف في المرض والسفر الا ان يوذن له وليس ينظر في الجباة ولا في غير ذلك من الولاة وينظر في التحجير على السفهاء عند من يرى التحجير عليهم ومن فروع هذا الباب هل ما يحكم فيه الحاكم يحله للمحكوم له به وان لم يكن في نفسه حلالا وذلك انهم اجمعوا على أن حكم الحاكم بالظاهر الذي يعتريه لا يحل حراماً ولا يحرم حلالا وذلك في الاموال خاصة لقوله عليه السلام إنما انا بشر وانكم تختصمون الي فلعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من بعض فاقضي له على نحو ما اسمع منه فمن قضيت له بشئ من حق اخيه فلا ياخذ منه شيئاً فانما اقطع له قطعة من النار واختلفوا في حل عصمة النكاح او عقده بالظاهر الذي يظن الحاكم انه حق وليس بحق اذ لا يحل حرام ولا يحرم حلال بظاهر حكم الحاكم دون ان يكون الباطن كذلك هل يحل ذلك أم لا فقال الجمهور الاموال والفروج في ذلك سواء لا يحل حكم الحاكم منها حراماً ولا يحرم حلالا وذلك مثل ان يشهد شاهد زور في امرأة اجنبية انها زوجة لرجل اجنبي ليست له بزوجة فقال الجمهور لا تحل له وان احلها الحاكم بظاهر الحكم وقال ابو حنيفة وجمهور اصحابه تحل له فعمدة الجمهور عموم الحديث المتقدم وشبهة الحنفية ان الحكم بالامان ثابت بالشرع وقد علم أن احد المتلاعنين كاذب واللعان يوجب الفرقة ويحرم المرأة على زوجها الملاعن لها ويحلها لغيره فان كان هو الكاذب فلم تحرم عليه الا بحكم الحاكم وكذلك ان كانت هي الكاذبة لان زناها لا يوجب فرقتها على قول اكثر الفقهاء والجمهور أن الفرقة هاهنا انما وقعت عقوبة لها بان احدهما كاذب ﴿ الباب الثالث فيما يكون به القضاء ﴾ والقضاء يكون باربع بالشهادة وباليمين والنكول وبالاقرار او بما تركب من هذه ففي هذا الباب اربعة فصول ﴿ الفصل الاول في الشهادة ﴾ والنظر في الشهود في ثلاثة اشياء في الصفة والجنس والعدد واما عدد الصفات المعتبرة في قبول الشاهد بالجملة فهي خمسة العدالة والبلوغ والاسلام والحرية ونفي التهمة وهذه منها متفق عليها ومنها مختلف فيها فأما العدالة فان المسلمين اتفقوا على اشتراطها في قبول شهادة الشاهد لقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم واختلفوا فيما هي العدالة فقال الجمهور هي صفة زائدة على الاسلام وهو ان يكون ملتزماً لواجبات الشرع ومستجنباً للمحرمات والمكروهات وقال ابو حنيفة يكفي في العدالة ظاهر الاسلام وان لا تعلم منه جرحة * وسبب الخلاف كما قلنا ترددهم في مفهوم اسم العدالة المقابلة للفسق وذلك انهم اتفقوا على أن شهادة الفاسق لا تقبل لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبإ الآية ولم يختلفوا أن الفاسق تقبل شهادته اذا عرفت توبته الا من كان فسقه من قبل القذف فان ابا حنيفة يقول لا تقبل شهادته وان تاب والجمهور يقولون تقبل * وسبب الخلاف هل يعود الاستثناء في قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً واولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك الى اقرب مذكور اليها وعلى الجملة الا ما خصصه الاجماع وهو أن التوبة لا تسقط عنه الحد وقد تقدم هذا واما البلوغ فانهم اتفقوا على انه يشترط حيث تشترط العدالة واختلفوا في شهادة الصبيان

بعضهم على بعض في الجراح وفي القتل فردها جمهور فقهاء الامصار لما قلناه من وقوع الاجماع على أن من شرط الشهادة العدالة ومن شرط العدالة البلوغ ولذلك ليست في الحقيقة شهادة عند مالك وانما هي قرينة حال ولذلك اشترط فيها ألا يتفرقوا ليلا يجتنبوا واختلف اصحاب مالك هل تجوز اذا كان بينهم كبير ام لا ولم يختلفوا انه يشترط فيها العدة المشترطة في الشهادة واختلفوا هل يشترط فيها الذكورة ام لا واختلفوا ايضاً هل تجوز في القتل الواقع بينهم ولا عمدة لمالك في هذا الا أنه مروى عن ابن الزبير قال الشافعي فاذا احتج محتج بهذا قيل له ان ابن عباس قد ردها والقرآن يدل على بطلانها وقال بقول مالك ابن أبي ليلى وقوم من التابعين وإجازة مالك لذلك هو من باب إجازته قياس المصلحة وأما الاسلام فاتفقوا على أنه شرط في القبول وانه لا تجوز شهادة الكافر الا ما اختلفوا فيه من جواز ذلك في الوصية في السفر لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم او آخران من غيركم الاية فقال ابو حنيفة يجوز ذلك على الشروط التي ذكرها الله وقال مالك والشافعي لا يجوز ذلك ورأوا ان الاية منسوخة وأما الحرية فان جمهور فقهاء الامصار على اشتراطها في قبول الشهادة وقال اهل الظاهر تجوز شهادة العبد لان الاصل انما هو اشتراط العدالة والعبودية ليس لها تاثير في الرد الا ان يثبت ذلك من كتاب الله او سنة او اجماع وكان الجمهور راوا ان العبودية اثر من اثر الكفر فوجب ان يكون لها تاثير في رد الشهادة واما التهمة التي سببها المحبة فان العلماء اجمعوا على انها مؤثرة في إسقاط الشهادة واختلفوا في رد شهادة العدل بالتهمة لموضع المحبة او البغضة التي سببها العداوة الدنيوية فقال بردها فقهاء الامصار الا أنهم اتفقوا في مواضع على إعمال التهمة وفي مواضع على إسقاطها وفي مواضع اختلفوا فيها فأعملها بعضهم واسقطها بعضهم فمما اتفقوا عليه رد شهادة الاب لابنه والابن لابيه وكذلك الام لابنها وابنها لها ومما اختلفوا في تاثير التهمة في شهادتهم شهادة الزوجين احدهما للاخر فان مالكا ردها وابا حنيفة وأجازها الشافعي وابو ثور والحسن وقال ابن ابي ليلى تقبل شهادة الزوج لزوجه ولا تقبل شهادتها له وبه قال النخعي ومما اتفقوا على إسقاط التهمة فيه شهادة الاخ لاخيه ما لم يدفع بذلك عن نفسه عاراً على ما قال مالك وما لم يكن منقطعاً الى اخيه بناله بره وصلته ماعدا الاوزاعي فانه قال لا تجوز ومن هذا الباب اختلافهم في قبول شهادة العدو على عدوه فقال مالك والشافعي لا تقبل وقال ابو حنيفة تقبل فعمدة الجمهور في رد الشهادة بالتهمة ما روي عنه عليه السلام انه قال لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين وما خرجه أبو داود من قوله عليه السلام لا تقبل شهادة بدوي على حضري لفقه شهود البدوي ما يقع في المصر فهذه هي عمدتهم من طريق السماع وأما من طريق المعنى فلموضع التهمة وقد اجمع الجمهور على تاثيرها في الاحكام الشرعية مثل اجماعهم على انه لا يرث القاتل المقتول وعلى توريث المبتوتة في المرض وان كان فيه خلاف وأما الطائفة الثانية وهم شريح وأبو ثور وداود فانهم قالوا تقبل شهادة الاب لابنه فضلا عمن سواه اذ كان الاب عدلا وعمدتهم قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم او الوالدين والاقربين والامر بالشيء يقتضي إجزاءه المامور به الا ما خصصه الاجماع من شهادة المرء لنفسه واما من طريق النظر فان لم يقولوا رد الشهادة بالجملة انما هو لموضع اتهام الكذب وهذه التهمة انما اعتملها الشرع في الفاسق ومنع إعمالها في العادل فلا تجتمع العدالة مع التهمة واما النظر في العدد والجنس فان المسلمين اتفقوا على انه لا يثبت الزنا باقل من اربعة عدول ذكور واتفقوا على انه تثبت جميع الحقوق ماعدا الزنا بشاهدين عدلين ذكرين ما خلا الحسن البصري فانه قال لا تقبل باقل من اربعة شهداء تشبيهاً بالرجم وهذا ضعيف لقوله سبحانه واستشهدوا شهيدين من رجالكم وكل متفق على أن الحكم يجب بالشاهدين من غير يمين المدعي الا ابن ابي ليلى فانه قال لا بد من يمينه واتفقوا على انه تثبت الاموال بشاهد عدل ذكر

وامراتين لقوله تعالى فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء واختلفوا فى قبولهما فى الحدود فالذى عليه الجمهور انه لاتقبل شهادة النساء فى الحدود لامع رجل ولامفردات وقال اهل الظاهر تقبل اذا كان معهن رجل وكان النساء اكثر من واحدة فى كل شئ على ظاهر الاية وقال أبو حنيفة تقبل فى الاموال وفيما عدا الحدود من احكام الابدان مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعتق ولاتقبل عند مالك فى حكم من احكام البدن واختلف أصحاب مالك فى قبولهن فى حقوق الابدان المتعلقة بالمال مثل الوكالات والوصية التى لاتتعلق الا بالمال فقط فقال مالك وابن القاسم وابن وهب يقبل فيه شاهد وامرأتان وقال أشهب وابن الماجشون لايقبل فيه الا رجلان وأما شهادة النساء مفردات اعنى النساء دون الرجال فهى مقبولة عند الجمهور فى حقوق الابدان التى لايطلع عليها الرجال غالباً مثل الولادة والاستهلال وعيوب النساء ولاخلاف فى شئ من هذا الا فى الرضاع فان أبا حنيفة قال لاتقبل فيه شهادتهن الا مع الرجال لانه عنده من حقوق الابدان التى يطلع عليها الرجال والنساء والذين قالوا بجواز شهادتهن مفردات فى هذا الجنس اختلفوا فى العدد المشترط فى ذلك منهن فقال مالك يكفى فى ذلك امرأتان قيل مع انتشار الامر وقيل وان لم ينتشر وقال الشافعى ليس يكفى فى ذلك اقل من اربع لان الله عز وجل قد جعل عديل الشاهد الواحد امراتين واشترط الاثنية وقال قوم لايكتفى فى ذلك بأقل من ثلاث وهو قول لامعنى له وأجاز ابو حنيفة شهادة المراة فيما بين السرة والركبة واحسب ان الظاهرية او بعضهم لايجيزون شهادة النساء مفردات فى كل شئ كما يجيزون شهادتهن مع الرجال فى كل شئ وهو الظاهر واما شهادة المراة الواحدة بالرضاع فانهم ايضاً اختلفوا فيها لقوله عليه السلام فى المراة الواحدة التى شهدت بالرضاع كيف وقد ارضعتكما وهذا ظاهره الانكار ولذلك لم يختلف قول مالك فى انه مكروه

﴿ الفصل الثانى ﴾

واما الايمان فانهم اتفقوا على انها تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه اذا لم تكن للمدعى بينة واختلفوا هل يثبت بها حق للمدعى فقال مالك يثبت بها حق المدعى فى اثبات ما انكره المدعى عليه وإبطال ما ثبت عليه من الحقوق اذا ادعى الذى ثبت عليه إسقاطه فى الموضع الذى يكون المدعى اقوى سبباً وشبهة من المدعى عليه وقال غيره لاتثبت للمدعى باليمين دعوى سواء كانت فى إسقاط حق عن نفسه قد ثبت عليه او اثبات حق انكره فيه خصمه وسبب اختلافهم ترددهم فى مفهوم قوله عليه السلام البينة على من ادعى واليمين على من انكر هل ذلك عام فى كل مدعى عليه ومدع ام انما خص المدعى بالبينة والمدعى عليه باليمين لان المدعى فى الاكثر هو اضعف شبهة من المدعى عليه والمدعى عليه بخلافه فمن قال هذا الحكم عام فى كل مدع ومدعى عليه ولم يرد بهذا العموم خصوصاً قال لايثبت باليمين حق ولايسقط به حق ثبت ومن قال انما خص المدعى عليه بهذا الحكم من جهة ما هو اقوى شبهة قال اذا اتفق ان يكون موضع تكون فيه شبهة المدعى اقوى يكون القول قوله واحتج هؤلاء بالمواضع التى اتفق الجمهور فيها على ان القول فيها قول المدعى مع يمينه مثل دعوى التالف فى الوديعة وغير ذلك ان وجد شئ بهذه الصفة ولاولئك ان يقولوا الاصل ماذكرنا الا ماخصصه الاتفاق وكلهم مجمعون على ان اليمين التى تسقط الدعوى او تثبتها هى اليمين بالله الذى لااله الا هو واقاويل فقهاء الامصار فى صفتها متقاربة وهى عند مالك بالله الذى لااله الا هو لايزيد عليها ويزيد الشافعى الذى يعلم من السر مايعلم من العلانية واما هل تغلظ بالمكان فانهم اختلفوا فى ذلك فذهب مالك الى انها تغلظ بالمكان وذلك فى قدر مخصوص وكذلك الشافعى واختلفوا فى القدر فقال مالك ان من ادعى عليه بثلاثة دراهم فصاعدا وجبت عليه اليمين فى المسجد الجامع فان كان مسجد النبى عليه السلام فلا خلاف انه يحلف على المنبر وان كان فى غيره من المساجد ففى ذلك روايتان احداهما حيث اتفق من المسجد والاخرى عند المنبر وروى عنه ابن القاسم انه يحلف فيما

له بال في الجامع ولم يحدد وقال الشافعي يحلف في المدينة عند المنبر وفي مكة بين الركن والمقام وكذلك عنده في كل بلد يحلف عند المنبر والنصاب عنده في ذلك عشرون ديناراً وقال داود يحلف على المنبر في القليل والكثير وقال ابو حنيفة لا تغلظ اليمين بالمكان * وسبب الخلاف هل التغليظ الوارد في الحالف على منبر النبي صلى الله عليه وسلم يفهم منه وجوب الحلف على المنبر ام لا فمن قال انه يفهم منه ذلك لانه لو لم يفهم منه ذلك لم يكن للتغليظ في ذلك معنى ومن قال للتغليظ معنى غير الحكم بوجوب اليمين على المنبر قال لا يجب الحلف على المنبر والحديث الوارد في التغليظ هو حديث جابر بن عبدالله الانصاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على منبري آثماً تبوأ مقعده من النار واحتج هؤلاء بالعمل فقالوا هو عمل الخلفاء قال الشافعي لم يزل عليه العمل بالمدينة وبمكة قالوا ولو كان التغليظ لا يفهم منه ايجاب اليمين في الموضع المغلظ لم يكن له فائدة الا تجنب اليمين في ذلك الموضع قالوا وكما ان التغليظ الوارد في اليمين مجرداً مثل قوله عليه السلام من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار يفهم منه وجوب القضاء باليمين كذلك التغليظ الوارد في المكان وقال الفريق الاخر لا يفهم من التغليظ باليمين وجوب الحكم باليمين واذا لم يفهم من تغليظ اليمين وجوب الحكم باليمين لم يفهم من تغليظ اليمين بالمكان وجوب اليمين بالمكان وليس فيه اجماع من الصحابة والاختلاف فيه مفهوم من قضية زيد بن ثابت وتغلظ بالمكان عند مالك في القسامة واللعان وكذلك بالزمان لانه قال في اللعان انه يكون بعد صلاة العصر على ما جاء في التغليظ فيمن حلف بعد العصر واما القضاء باليمين مع الشاهد فانهم اختلفوا فيه فقال مالك والشافعي وأحمد وداود وأبو ثور والفقهاء السبعة المدنيون وجماعة يقضى باليمين مع الشاهد في الاموال وقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وجمهور أهل العراق لا يقضى باليمين مع الشاهد في شيء وبه قال الليث من أصحاب مالك * وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض السماع اما القائلون به فانهم تعلقوا في ذلك بآثار كثيرة منها حديث ابن عباس وحديث أبي هريرة وحديث زيد بن ثابت وحديث جابر الاتي الذي خرج مسلم منها حديث ابن عباس ولفظه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد خرجه مسلم ولم يخرجه البخاري واما مالك فانما اعتمد مرسله في ذلك عن جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد لان العمل عنده بالمراسيل واجب وأما السماع المخالف لها فقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء قالوا وهذا يقتضي الحصر فالزيادة عليه نسخ ولا ينسخ القرآن بالسنة الغير متواترة وعند المخالف انه ليس بنسخ بل زيادة لا تغير حكم المزيد وأما من السنة فما خرجه البخاري ومسلم عن الاشعث بن قيس قال كان بيني وبين رجل خصومة في شيء فاختصمنا الى النبي عليه السلام فقال شاهداك او يمينه فقلت اذاً يحلف ولا يبالي فقال النبي صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين يستحق بها مالا وهو فاجر لقي الله وهو عليه غضبان قالوا فهذا منه عليه السلام حصر للحكم ونقض لحجة كل واحد من الخصمين ولا يجوز عليه صلى الله عليه وسلم الا يستوفي اقسام الحجة للمدعي والذين قالوا باليمين مع الشاهد هم على اصلهم في ان اليمين هي حجة أقوى المتداعيين شبهة وقد قويت هاهنا حجة المدعي بالشاهد كما قويت في القسامة وهؤلاء اختلفوا في القضاء باليمين مع المرأتين فقال مالك يجوز لان المرأتين قد اقيمتا مقام الواحد وقال الشافعي لا يجوز له لانه انما اقيمت مقام الواحد مع الشاهد الواحد لا مفردة ولا مع غيره وهل يقضى باليمين في الحدود التي هي حق للناس مثل القذف والجراح فيه قولان في المذهب

﴿ الفصل الثالث ﴾

واما ثبوت الحق على المدعى عليه بنكوله فان الفقهاء ايضاً اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي وفقهاء اهل الحجاز وطائفة من العراقيين اذا نكل المدعي

عليه لم يجب للمدعي شيء بنفس النكول الا ان يحلف المدعي او يكون له شاهد واحد وقال ابو حنيفة واصحابه وجمهور الكوفيين يقضى للمدعي على المدعى عليه بنفس النكول وذلك في المال بعد ان يكرر عليه اليمين ثلاثا وقلب اليمين عند مالك يكون في الموضع الذي يقبل فيه شاهد وامرتان وشاهد ويمين وقلب اليمين عند الشافعي يكون في كل موضع يجب فيه اليمين وقال ابن ابي ليلى أردها في غير التهمة ولا اردها في التهمة وعند مالك في يمين التهمة هل تقلب ام لا قولان فعمدة من رآى ان تقلب اليمين ما رواه مالك من ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رد في القسامة اليمين على اليهود بعد ان بدا بالانصار ومن حجة مالك ان الحقوق عنده انما تثبت بشيئين اما بيمين وشاهد واما بنكول وشاهد واما بنكول ويمين اصل ذلك عنده اشتراط الاثنينية في الشهادة وليس يقضى عند الشافعي بشاهد ونكول وعمدة من قضى بالنكول ان الشهادة لما كانت لاثبات الدعوى واليمين لابطالها وجب ان نكل عن اليمين ان تحق عليه الدعوى قالوا واما نقلها من المدعى عليه الى المدعي فهو خلاف للنص لان اليمين قد نص على انها دلالة المدعى عليه فهذه اصول الحجج التي يقضى بها القاضي ومما اتفقوا عليه في هذا الباب انه يقضى القاضي بوصول كتاب قاض آخر اليه لكن هذا عند الجمهور مع اقتران الشهادة به اعني اذا اشهد القاضي الذي يثبت عنده الحكم شاهدين عدلين ان الحكم ثابت عنده أعني المكتوب في الكتاب الذي ارسله الى القاضي الثاني فشهدا عند القاضي الثاني انه كتابه وانه أشهدهم بتبوئه وقد قيل انه يكتفى فيه بخط القاضي وانه كان به العمل الاول واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة ان اشهدهم على الكتابة ولم يقرأه عليهم فقال مالك يجوز وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يجوز ولا تصح الشهادة واختلفوا في الفاص والوكاء هل يقضى به في اللقطة دون شهادة أم لا بد في ذلك من شهادة فقال مالك يقضى بذلك وقال الشافعي لابد من الشاهدين وكذلك قال أبو حنيفة وقول مالك هو اجرى على نص الاحاديث وقول الغير أجرى على الاصول ومما اختلفوا فيه من هذا الباب قضاء القاضي بعلمه وذلك ان العلماء أجمعوا على ان القاضي يقضى بعلمه في التعديل والتجريح وانه اذا شهد الشهود بضد علمه لم يقض به وانه يقضى بعلمه في اقرار الخصم وانكاره الا مالكا فانه رآى ان يحضر القاضي شاهدين لاقرار الخصم وانكاره وكذلك أجمعوا على انه يقضى بعلمه في تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الاخر إذا لم يكن في ذلك خلاف واختلفوا إذا كان في المسئلة خلاف فقال قوم لا يرد حكمه اذا لم يخرق الاجماع وقال قوم يرد اذا كان شاذا وقال قوم يرد اذا كان حكما بقياس وهنالك سماع من كتاب او سنة يخالف القياس وهو الاعدل إلا ان يكون القياس تشهد له الاصول والكتاب محتمل والسنة غير متواترة وهذا هو الوجه الذي ينبغي ان يحمل عليه من غلب القياس من الفقهاء في موضع من المواضع على الاثر مثل ما ينسب إلى أبي حنيفة باتفاق والى مالك باختلاف واختلفوا هل يقضى بعلمه على أحد دون بينة او اقرار او لا يقضى الا بالدليل والاقرار فقال مالك واكثر اصحابه لا يقضى الا بالبينات او الاقرار وبه قال احمد وشريح وقال الشافعي والكوفي وابو ثور وجماعة للقاضي ان يقضى بعلمه ولكلا الطائفتين سلف من الصحابة والتابعين وكل واحد منهما اعتمد في قوله السماع والنظر اما عمدة الطائفة التي منعت من ذلك فمنها حديث معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث اناسا جهم على صدقة فلاحاه رجل في فريضة فوقع بينهم ما شجاج فاتوا النبي صلى الله عليه وسلم فاخبروه فاعطاهم الارش ثم قال عليه السلام اني خاطب الناس ومخبرهم انكم قد رضيتم ارضيتم قالوا نعم فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فخطب الناس وذكر القصة وقال ارضيتم قالوا لا فهم بهم المهاجرون فنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعطاهم ثم صعد المنبر فخطب ثم قال ارضيتم قالوا نعم قال فهذا بين في انه لم يحكم عليهم بعلمه صلى الله عليه وسلم واما من جهة المعنى فللتهمة اللاحقة في ذلك للقاضي وقد اجمعوا ان للتهمة

تأثيراً في الشرع منها انه لا يرث القاتل عمداً عند الجمهور من قتله ومنها رد هم شهادة الاب لابنه وغير ذلك مما هو معلوم من جمهور الفقهاء واما عمدة من اجاز ذلك اما من طريق السماع لحديث عائشة في قصة هند بنت عتبة بن ربيعة مع زوجها ابي سفيان بن حرب حين قال لها عليه السلام وقد شكت اباسفيان خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف دون ان يسمع قول خصمها واما من طريق المعنى فانه اذا كان له ان يحكم بقول الشاهد الذي هو مظنون في حقه فاحرى ان يحكم بما هو عنده يقين وخصص ابو حنيفة واصحابه ما يحكم فيه الحاكم بعلمه فقالوا لا يقضي بعلمه في الحدود ويقضي في غير ذلك وخصص ايضاً ابو حنيفة العلم الذي يقضي به فقال يقضي بعلمه الذي علمه في القضاء ولا يقضي بما علمه قبل القضاء وروي عن عمر انه قضى بعلمه على ابي سفيان لرجل من بني مخزوم وقال بعض اصحاب مالك يقضي بعلمه في المجلس اعني بما يسمع وان لم يشهد عنده بذلك وهو قول الجمهور كما قلنا وقول المغيرة هو اجرى على الاصول لان الاصل في هذه الشريعة لا يقضي بدليل وان كانت غلبت الظن الواقعة به اقوى من الظن الواقع بصدق الشاهدين

﴿ الفصل الرابع في الاقرار ﴾

واما الاقرار اذا كان بينا فلا خلاف في وجوب الحكم به وانما النظر فيمن يجوز اقراره ممن لا يجوز واذا كان الاقرار محتملا وقع الخلاف اما من يجوز اقراره ممن لا يجوز فقد تقدم واما عدد الاقرارات الموجبة فقد تقدم في باب الحدود ولا خلاف بينهم ان الاقرار مرة واحدة عامل في المال وأما المسائل التي اختلفوا فيها من ذلك فهي من قبل احتمال اللفظ وانت ان احببت ان تقف عليه فمن كتاب الفروع

﴿ الباب الرابع ﴾

واما على من يقضى وان يقضى فان الفقهاء اتفقوا على انه يقضى لمن ليس بتهم عليه واختلفوا في قضائه لمن بتهم عليه فقال مالك لا يجوز قضاؤه على من لا تجوز عليه شهادته وقال قوم يجوز لان القضاء يكون باسباب معلومة وليس كذلك الشهادة واما على من يقضى فانهم اتفقوا على انه يقضى على المسلم الحاضر واختلفوا في الغائب وفي القضاء على اهل الكتاب فاما القضاء على الغائب فان مالكا والشافعي قالا يقضى على الغائب البعيد الغيبة وقال ابو حنيفة لا يقضى على الغائب اصلا وبه قال ابن الماجشون وقد قيل عن مالك لا يقضى في الرباع المستحقة فعمدة من رأى القضاء حديث هند المتقدم ولا حجة فيه لانه لم يكن غائباً عن المصر وعمدة من لم ير القضاء قوله عليه السلام فانما اقضي له بحسب ما اسمع ومما رواه ابو داود وغيره عن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له حين ارسله الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع من الاخر وأما الحكم على الذمي فان في ذلك ثلاثة اقوال أحدها انه يقضى بينهم اذا ترافعوا اليه بحكم المسلمين وهو مذهب ابي حنيفة والثاني انه مخير وبه قال مالك وعن الشافعي القولان والثالث انه واجب على الامام ان يحكم بينهم وان لم يتحاكموا اليه فعمدة من اشترط مجيئهم للحاكم قوله تعالى فان جاءوك فاحكم بينهم او اعرض عنهم وبهذا تمسك من رأى الخيار ومن اوجبه اعتمد قوله تعالى وأن احكم بينهم ورأى ان هذا ناسخ لآية التخيير وأما من رأى وجوب الحكم عليهم وان لم يترافعوا فانه احتج باجماعهم على أن الذمي اذا سرق قطعت يده

﴿ الباب الخامس ﴾

وأما كيف يقضي القاضي فانهم اجمعوا على انه واجب عليه ان يسوي بين الخصمين في المجلس والاسماع من احدهما دون الاخر وان يبدأ بالمدعي فيسئله البينة ان انكر المدعي عليه وان لم يكن له بينة فان كان في مال وجبت اليمين على المدعي عليه باتفاق وان كانت في طلاق او نكاح او قتل وجبت عند الشافعي بمجرد الدعوى وقال مالك لا يجب الا مع شاهد واذا كان في المال فهل يحلفه المدعى عليه بنفس الدعوى ام لا يحلفه حتى يثبت المدعي الخلطة اختلفوا في ذلك فقال جمهو فقهاء الامصار اليمين تلزم المدعى عليه بنفس الدعوى لعموم قوله عليه السلام من حديث ابن عباس البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وقال مالك لا تجب اليمين الا بالخالطة وقال بها السبعة من فقهاء المدينة وعمدة من قال بها النظر الى المصلحة لكيلا

يتطرق الناس بالدعاوى الى تعنيت بعضهم بعضاً واذاية بعضهم بعضاً ومن هنالم ير مالك احلاف المرأة زوجها اذا ادعت عليه الطلاق الا ان يكون معها شاهد وكذلك احلاف العبد سيده في دعوى العتق عليه والمدعي لا تخلوا ان تكون في شيء في الذمة او في شيء بعينه فان كانت في الذمة فادعى المدعى عليه البراءة من تلك الدعوى وان له بينة سمعت منه بينته باتفاق وكذلك ان كان اختلاف في عقد وقع في عين مثل بيع او غير ذلك واما ان كانت الدعوى في عين وهو الذي يسمى استحقاقاً فانهم اختلفوا هل تسمع بينة المدعى عليه فقال ابو حنيفة لا تسمع بينة المدعى عليه الا في النكاح ومالا يتكرر وقال غيره لا تسمع في شيء وقال مالك والشافعي تسمع أعني في ان يشهد للمدعي عليه انه ماله وملك فمعمدة من قال لا تسمع ان الشرع قد جعل البينة في حيز المدعي واليمين في حيز المدعي عليه فوجب الا ينقلب الامر وكان ذلك عندها عبادة ٭ وسبب الخلاف هل تفيد بينة المدعى عليه معنى زائداً على كون الشيء المدعى فيه موجوداً بيده ام ليست تفيد ذلك فمن قال لا تفيد معنى زائداً قال لا معنى لها ومن قال تفيد اعتبرها فاذا قلنا باعتبار بينة المدعى عليه فوقع التعارض بين البينتين ولم نثبت احداها امر آخر زائداً مما لا يمكن ان يتكرر في ملك ذي الملك فالحكم عند مالك ان يقضى باعدل البينتين ولا يعتبر الاكثر وقال ابو حنيفة بينة المدعي اولى على اصله ولا ترجيح عنده بالعدالة كما لا ترجيح عند مالك بالعدد وقال الاوزاعي ترجح بالعدد واذا تساوت في العدالة فذلك عند مالك كلا بينة يحالف المدعى عليه فان نكل حلف المدعي ووجب الحق لان يد المدعى عليه شاهدة له ولذلك جعل دليله اضعف الدليلين أعني اليمين وأما اذا اقر الخصم فان كان المدعي فيه عيناً فلا خلاف انه يدفع الى مدعيه وأما اذا كان مالا في الذمة فانه يكلف المقر غرمه فان ادعى العدم حبسه القاضي عند مالك حتى يتبين عدمه اما بطول السجن او بالبينة ان كان متهما فاذا لاح عسره خلى سبيله لقوله تعالى وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وقال قوم يواجره وبه قال احمد وروى عن عمر بن عبد العزيز وحكي عن ابي حنيفة ان لغرمائه ان يدوروا معه حيث دار ولا خلاف أن اليمين اذا خرجها المدعى عليه ان الحكم يسقط اذا كان التخريج قبل الحكم وان كان بعد الحكم لم ينتقض عند مالك وقال الشافعي ينتقض وأما ان رجعت البينة عن الشهادة فلا يخلوا ان يكون ذلك قبل الحكم او بعده فان كان قبل الحكم فالاكثر ان الحكم لا يثبت وقال بعض الناس يثبت وان كان بعد الحكم فقال مالك يثبت الحكم وقال غيره لا يثبت الحكم وعند مالك ان الشهداء يضمنون ما اتلفوا بشهادتهم فان كان مالا ضمنوه على كل حال قال عبد الملك لا يضمنون في الغلط وقال الشافعي لا يضمنون المال وان كان دما فان ادعوا الغلط ضمنوا الدية وان اقروا افيد منهم على قول اشهب ولم يقتص منهم على قول ابن القاسم

﴿الباب السادس﴾

واما ما يقضي فمنها ما يرجع الى حال القاضي في نفسه ومنها ما يرجع الى وقت انفاذ الحكم وفصله ومنها ما يرجع الى وقت توقيف المدعى فيه وازالة اليد عنه اذا كان عيناً فاما ما يقضي القاضي فاذا لم يكن مشغول النفس لقوله عليه السلام لا يقضي القاضي حين يقضي وهو غضبان ومثل هذا عند مالك ان يكون عطشانا أو جائعا أو خائفا أو غير ذلك من العوارض التي تدوقه عن الفهم لكن اذا قضى في حال من هذه الاحوال بالصواب فاتفقوا فيما اعلم على انه ينفذ حكمه ويحتمل ان يقال لا ينفذ فيما وقع عليه النص وهو الغضبان لان النهي يدل على فساد المنهي عنه واما متى ينفذ الحكم عليه فبعد ضرب الاجل والاعذار اليه ومعنى نفوذ هذا هو ان يحق حجة للمدعي أو يدحضها وهل له ان يسمع حجة بعد الحكم فيه الخلاف من قول مالك والاشهر انه يسمع فيما كان حقا لله مثل الاحباس والعتق ولا يسمع في غير ذلك وقيل لا يسمع بعد نفوذ الحكم وهو الذي يسمى التمجيز قيل لا يسمع منهما جميعا وقيل بالفرق بين المدعي والمدعى عليه وهو اذا اقر بالعجز واما وقت التوقيف فهو عند الثبوت وقبل الاعذار واذا لم يرد الذي استحق الشيء من يده

ان يخاصم فله ان يرجع بثمنه على البائع وان كان يحتاج فى رجوعه به على البائع ان يوقفه عليه فيثبت شراءه منه ان انكره أو يعترف له بان اقر فللمستحق من يده ان ياخذ الشئ من المستحق ويترك قيمته يد المستحق وقال الشافعى يشتريه منه فان عطب فى يد المستحق فهو ضامن له وان عطب فى اثناء الحكم ممن ضمانه اختلف فى ذلك فقيل ان عطب بعد الثبات فضمانه من المستحق وقيل انما يضمن المستحق بعد الحكم واما بعد الثبات وقبل الحكم فهو من المستحق منه قال القاضى رضى الله عنه وينبغى ان تعلم ان الاحكام الشرعية تنقسم قسمين قسم يقضى به الحكام وجل ما ذكرناه فى هذا الكتاب هو داخل فى هذا القسم وقسم لا يقضى به الحكام وهذا اكثره هو داخل فى المندوب اليه وهذا الجنس من الاحكام هو مثل رد السلام وتشميت العاطس وغير ذلك مما يذكره الفقهاء فى اواخر كتبهم التى يعرفونها بالجوامع ونحن فقد رأينا ان نذكر أيضاً من هذا الجنس المشهور منه ان شا الله تعالى وينبغى قبل هذا ان تعلم ان السنن المشروعة العماية المقصود منها هو الفضائل النفسانية فمنها ما يرجع الى تعظيم من يجب تعظيمه وشكر من يجب شكره وفى هذا الجنس تدخل العبادات وهذه هى السنن الكرامية ومنها ما يرجع الى الفضيلة التى تسمى عفة وهذه صنفان السنن الواردة فى المطعم والمشرب والسنن الواردة فى المناكح ومنها ما يرجع الى طلب العدل والكف عن الجور فهذه هى اجناس السنن التى تقتضى العدل فى الاموال والتى تقتضى العدل فى الابدان وفى هذا الجنس يدخل القصاص والحروب والعقوبات لان هذه كلها انما يطلب بها العدل ومنها السنن الواردة فى الاعراض ومنها السنن الواردة فى جميع الاموال وتقويمها وهى التى يقصد بها طلب الفضائل التى تسمى السخاء وتجنب الرذيلة التى تسمى البخل والزكاة تدخل فى هذا الباب من وجه وتدخل أيضاً فى باب الاشتراك فى الاموال وكذلك الامر فى الصدقات ومنها سنن واردة فى الاجتماع الذى هو شرط فى حياة الانسان وحفظ فضائله العمايية والعلمية وهى المعبر عنها بالرياسة ولذلك لزم أيضا ان تكون سنن الائمة والقوام بالدين ومن السنة المهمة فى حين الاجتماع السنن الواردة فى المحبة والبغضة والتعاون على اقامة هذه السنن وهو الذى يسمى النهى عن المنكر والامر بالمعروف وهى المحبة والبغضة اى الدينية التى تكون اما من قبل الاخلال بهذه السنن واما من قبل سوء المعتقدة فى الشريعة واكثر ما يذكر الفقهاء فى الجوامع من كتبهم ما شذ عن الاجناس الاربعة التى هى فضيلة العفة وفضيلة العدل وفضيلة الشجاعة وفضيلة السخاء والعبادة التى هى كالشروط فى تثبيت هذه الفضائل كما كل كتاب الاقضية وبكماله كما جميع الديوان والحمد لله كثيراً على ذلك كما هو اهله

الحمد لله قد تم طبع هذا الكتاب المبارك بحمد الله على يد مصححه العبد الفقير
محمد الامين بن احمد الوقف الشنجيطي غفر الله له ولوالديه والمسلمين

CA:349.297:I31bA:c.1
ابن رشد ،ابو الوليد محمد بن احمد
بداية المجتهد ونهاية المقتصد
AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT LIBRARIES

American University of Beirut

CA
349.297
I 1316A

General Library

