



الجامع الأزهر
كلية الشريعة الإسلامية

مقارنة المذاهب

في الفقه

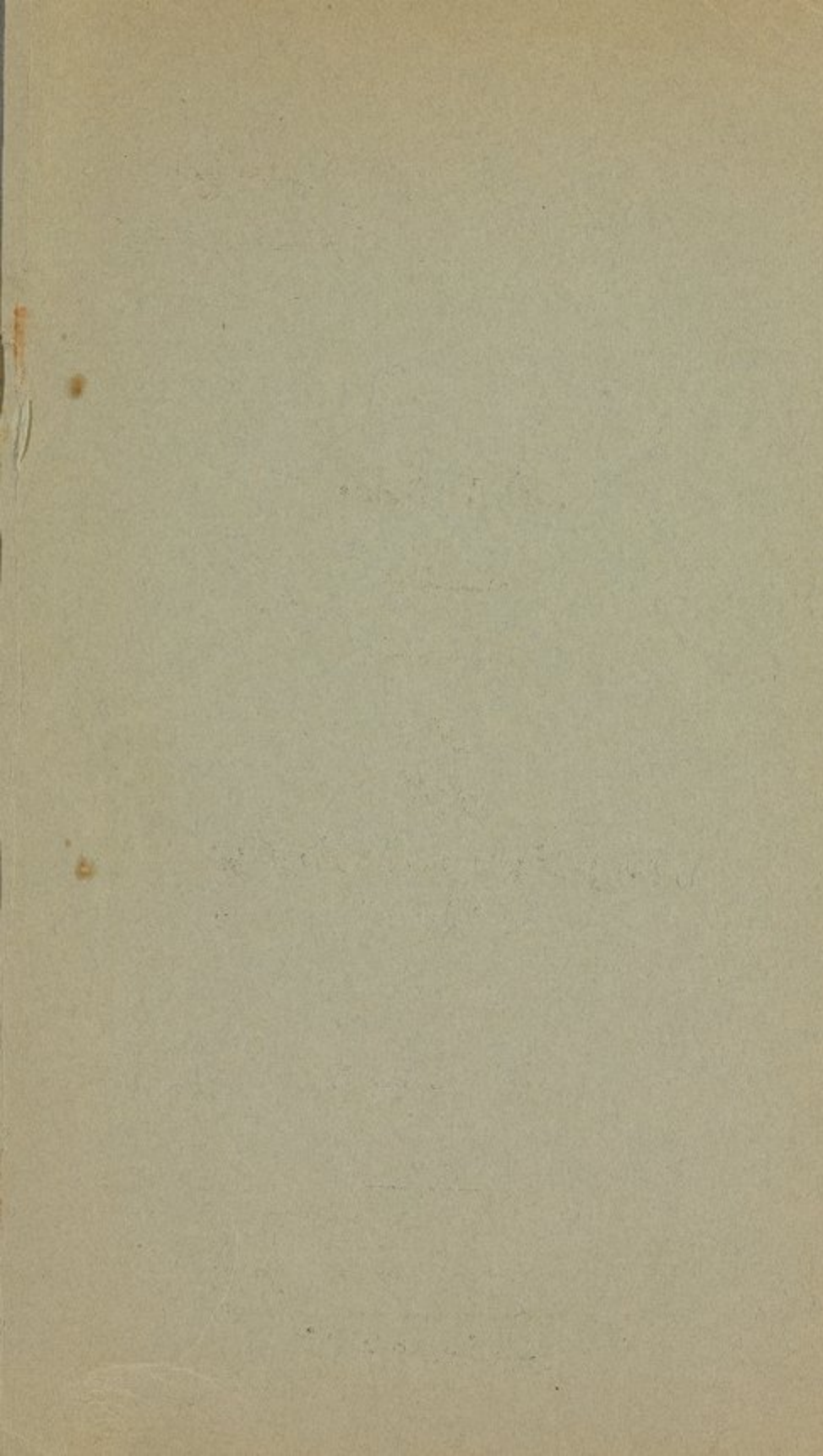
عمل

الاستاذين

الشيخ محمود محمد سلتوت و الشيخ محمد علي السائس
المدرسين في الكلية

سنة ١٣٥٥ هـ ١٩٣٦ م

مطبعة وادبي الملوك
بأول شارع البرموني بالخليج



Princeton University Library



32101 074330869

Shaltut, Mahmūd

الجامع الأزهر

كلية الشريعة الإسلامية

Muqāranat al-madhāhib

مقارنة المذاهب

في الفقه

عمل

الاستاذين

الشيخ محمود محمد بنانوت و الشيخ محمد علي السابن

المدرسين في الكلية

سنة ١٣٥٥ هـ - ١٩٣٦ م

مطبعة وادي الملوك
بأول شارع البرموني بالخليج

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

2274
875154
366
1936

الحمد لله رب العالمين . والصلاة والسلام على سيدنا محمد . بعثه الله بشرع
كافل لسعادة الخلق في الدنيا والآخرة

وبعد فهذا نوع جديد من دراسة الفقه . أساسه أن توضع المسألة ويذكر
حكمها في كل مذهب من المذاهب . ثم تعرض أدلة المذاهب . وجهات النظر
التي كانت منشأ اختلاف الأئمة في الحكم . ثم تناقش الأدلة من جميع الجوانب
المتصلة بأخذ الحكم منها . ثم يتخذ المدرس من نفسه حكماً عدلاً مجرد نفسه
من المذهبية التي ألقها ، لا يبتغي غير الوصول إلى الحق . فيخلص من تلك
المناقشات بالرأى الذي يستقيم لديه دليله . وتتضح وجهته . وإذا كان المدرس
ممن يسايرون العاطفة المذهبية ويخضعون لها فإنه لا يستطيع أن يقف موقف
الحكم العدل من هذه المذاهب . وجدير به الأيمد عينيه إلى هذا النوع من
الدراسة . فقد أجمع العلماء على أن القاضي لا يقضي لمن يبادل عاطفه صداقه
أو قرابة ولا على من بينه وبينه عاطفة بغض أو عداة .

فائدة المقارنة

قد يقال إن هذا النوع من دراسة الفقه ليس له فيما نرى فائدة عملية
لا بالنظر إلى الأفراد في عبادتهم ومعاملاتهم . ولا بالنظر إلى الأمة في الحكم
والتقاضي . أما الأول فلأن العلماء قرروا : أن من قلد مذهباً ليس له أن ينتقل

إلى غيره ، وقد جاء في فروع باب التقرير من كتاب الدر المختار (ارسل
إلى مذهب الشافعي يعزر) وقرروا : أن ليس للانسان إذا قلده مذهباً معيناً
ولا بد أن يقلد - أن يقلد غيره في بعض الوقائع إلا بشروط ، وقرروا : أن
ليس للمتأخر أن يبحث أو يرجع فيما بحثه المتقدم أو رجحه وإنما عليه أن
يتبع ، وإذا كان هذا هو ما قرره العلماء . فالعمل بنتيجة المقارنة قد يلزمه انتقال
المقارن إلى غير مذهبه . أو تقليده لجملة مذاهب في مسائل مختلفة فلا يكون
مقلداً لمذهب معين ، بل قد يلزمه تقليد غير الأئمة الأربعة . ونص العلماء على
أنه لا يجوز تقليد غيرهم لأنهم هم الذين عرفت لنا مذاهبهم ونقلت إلينا نقلاً
يوجب الطمأنينة والثوق بأها مذاهبهم . وقد يلزمه العمل بأراء مختلفة
لأجزاء عبادة واحدة يتكون منها حقيقة لم يقل بها إمام وذلك بأن يظهر
للمقارن رجحان قول الشافعي في مسح الرأس . وقول الحنفي في اللبس :
ورجحان القول بعدم نقض الوضوء بالقهقهة في الصلاة . فهذا الوضوء غير
صحيح على مذهب المالكية لعدم مسح كل الرأس ولا على مذهب الحنفية
لعدم مسح الربع أو للقهقهة . ولا على مذهب الشافعي للبس . فالمقارن أما أن
يعمل بنتيجة بحثه فيصل إلى هذا الوضوء فيكون ملتقاً لحقيقة لم يقل بها أحد
وقد نص العلماء على : أن الحكم الملتق باطل بالاجماع . وإما ألا يعمل بنتيجة
بحثه فلا يصل إلى هذا الوضوء مع اعتقاده صحته فنظل المقارنة بحثاً نظرياً لا يتصل
بفائدة الفقه وهي العمل بالأحكام . هذا بالنظر إلى الأفراد . أما بالنظر إلى
الحكم والتقاضى فلأن القضاة لهم مذاهب معينة وقد نص الفقهاء على أن ليس
للقاضي أن يحكم بخلاف مذهبه . بل ولا بالقول الذي قيل عنه في مذهبه :
لأنه مرجوح . وبذلك لا يستطيع القاضي أن يحكم في حادثة بخلاف مذهبه

الذى ولى به القضاء مها كان مذهبه في نظره من الضعف ومها كان غيره في نظره من القوة . فلا فائدة للمقارنة في هذا الجانب أيضاً .

الجواب - ان هذا الاعتراض مبنى كما ترى على مقالات وضعها المتأخرون حينما تحكمت فيهم روح الخلاف وملكتهم العصبية المذهبية فراحوا يضعون من القوانين ما يمنع الناس من الخروج عن مذاهبهم وانتقلت المذاهب بهذا الوضع عن أن تكون أفهاماً يصح أن تناقش فترد أو تقبل الى التزامات دينية لا يجوز لمن نشأ فيها أن يخالفها أو يعتنق غيرها . وحرموا بذلك النظر في كتاب الله وسنة رسوله . أو حرموا العمل بشرة النظر فيما نشأ عن ذلك أن قترت الهمم ووقف الفقه الاسلامى واشتغل علماء المذاهب بالانتصارات المذهبية واختصار المطولات وشرح المختصرات وهكذا حرم الناس الفقه وحرموا ما - مكة الفقه . وقد وصف الشيخ عز الدين بن عبد السلام موقف هؤلاء المتأخرين فقال (ومن العجب العجيب أن الفقهاء المقلدين يقف أحدهم على ضعف مأخذ امامه بحيث لا يجد لضعفه مدفعاً وهو مع ذلك يقلده فيه ويترك من شهد الكتاب والسنة ويتأولها بالتأويلات البعيدة الباطلة نضالاً عن مقلده) ثم قال لم يزل الناس يسألون من اتفق من العلماء من غير تقييد بمذهب ولا إنكار على أحد من السائلين الى أن ظهرت هذه المذاهب وتمصبوها من المقلدين فان أحدهم يتبع لإمامه مع بعد مذهبه عن الأدلة مقلداً له فيما قال كأنه نبي أرسل وهذا نأى عن الحق وبعد عن الصواب لا يرضى به أحد من ذوي الألباب) وقال الامام أبو شامة (ينبغي لمن اشتغل بالفقه ألا يقتصر على مذهب إمام ويعتقد في كل مسألة صحة ما كان أقرب الى دلالة الكتاب والسنة المحكمة وذلك سهل عليه اذا حصل العلوم المتقدمة

(وسائل الاجتهاد) وليجتنب التعصب والنظر في طرائق الخلاف المتأخرة فانها للزمن مضية ولامنفوه مكدره فقد صحح عن الشافعي أنه نهى عن تقليده وتقليد غيره قال صاحبه المزني في أول مختصره (اختصرت هذا من علم الشافعي ومن معنى قوله لأقربه على من أراد مع اعلاميه نهيه عن تقليده وتقليد غيره لينظر فيه لدينه ويحتاط لنفسه)

ان واجب المسلم اذا تعذر عليه أن ينال الأحكام من أدلتها ان يسأل أهل الذكر وليس عليه أن يلتزم مذهباً معيناً إذ لا واجب إلا ما أوجبه الله ورسوله ولم يوجب الله ولا رسوله على أحد من الناس أن يتمذهب بمذهب رجل من الأمة . قال شارح مسلم الثبوت (فإيجابه تشريع شرع جديد) ثم قال ولك أن تستدل عليه بأن اختلاف العلماء رحمة بالنص وترفيه في حق الخلق . فلو أُلزم العمل بمذهب معين كان هذا نقمة وشدة وأما اشتراطهم في جواز تقليد غير المذهب . عدم تتبع الرخص . فقد قال الكمال فيه . (لا يمنع من تتبع رخص المذاهب مانع شرعي إذ للانسان ان يسلك الأخف عليه إذا كان له إليه سبيل . وقال أيضاً والغالب أن هذه الزامات منهم لكف الناس عن تتبع الرخص وأنا لا أدري ما يمنع هذا من العقل والسمع وكون الانسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ذمه عليه وأما منعهم التقليد اذا أدى الى مجموع لم يقل به أحد . فقد قال الكمال فيه (قول متأخر)

أما القادر على النظر فواجبه أن ينظر وأن يعمل بمقتضى نظره ولا يلزمه تحصيل ما قالوا في شروط الاجتهاد بالنسبة الى جميع أبواب الفقه وأحكامه بل يكفيه للاجتهاد في مسألة أن يحصل وسائل الاجتهاد فيها فقد قرر علماء

الأصول أن الاجتهاد يتجزأ . وإذا جاز تجزى الاجتهاد . فالتخريح والترحيح وهما نوعان منه جائزان

ومما تقدم يتبين أن المقارنة واجبة وأن العمل بشعرتها واجب لا يحول دون ذلك شيء من مقالات المتأخرين التي لم يقدّم دليل على صحتها والمقارنة فوق ذلك سبيل للوقوف على مسالك الأئمة في الاجتهاد . وطريق لمعرفة ما تطمئن النفس اليه من الأحكام .

وقد شعرت حكومتنا المصرية بالحاجة الى العمل بأراء بعض الفقهاء غير الحنفية وتدرجت في الأخذ بها حتى وضع تعديل سنة ١٩٢٩ وتضمن العمل بكثير من غير مذهب الحنفية بل ومن مذاهب لغير الأئمة الأربعة وقد خطا القانون الشرعي بهذا التعديل خطوة واسعة الى الامام وكان قائد هذه الحركة المباركة الاستاذ المصلح الكبير الشيخ المراغي شيخ الأزهر الحالي . وقد وضع لهذا التعديل مذكرة إيضاحية تكلم فيها بعد المقدمة على ستة وعشرين موضوعاً منها التكفير والتأيم في الأحكام الفقهية . والاجتهاد المطلق والمقيد . وقال في آخر كلامه عن الاجتهاد المطلق (وإني مع احترامى لرأى القائلين باستحالة الاجتهاد أخالفهم فى رأيهم وأقول . إن فى علماء المعاهد الدينية فى مصر من توافرت فيهم شروط الاجتهاد (ويحرم عليهم التقليد) وأثبت فيها إمكان الوثوق بنقل غير المذاهب الأربعة كما أثبت صحة قضاء القاضى بغير مذهبه وأنه يتعين عليه ذلك متى نص فى منشور التولية على أنه يعمل به . وبذلك فتح الاستاذ باب الاجتهاد ووجه علماء العصر الى البحث فى الفقه الاسلامى فعادت الى الفقه روح الحياة . وأخذ فى النماء . وقد كان حفظه الله أول من اقترح دراسة المقارنة بين المذاهب فى المعاهد

الدينية . وقد صارت بذلك مادة من مواد الدراسة المقررة على السنة الرابعة في كلية الشريعة الاسلامية

وقد تألفت في هذه الأيام لجنة تحت رياسة فضيلته للنظر في قانون الأحوال الشخصية على ما تقضى به المصلحة من غير تقييد بمذهب من المذاهب الأربعة وقد ألقى فضيلته في أول جلسة من جلساتها كلمة تضمنت لزوم التخير واذم التقليد وارجع اليها ان شئت في صحف ١٥ شوال من سنة ١٣٥٥ هـ

وقد وضعنا هذه مذكرات لموضوعاتها حسب المنهج الجديد الذي وضع للمقارنة في هذا العام سنة ١٣٥٥ هـ ونسأل الله أن يوفق رجال الأزهر لخدمة الدين والرجوع بعلومه الى سيرتها الأولى .

ومن المفيد ونحن على أبواب هذا الفن أن نوجز للطلاب القول في أسباب اختلاف الأئمة ليتبين لهم أنه مامن إمام إلا بذل ما يستطيع من جهد في سبيل الوصول الى الحكم الذي ارآه في المسألة وأنهم مع اختلافهم مجمعون على أن الأصل الذي لا يعدل عنه والذي يقضى على كل ماسواه . هو كتاب الله وسنة رسوله .

أما اختلافهم فنشأ من أسباب وراء هذا نستطيع حصرها فيما يأتي :
أولاً - اختلاف معاني الألفاظ . وهو باب واسع نشأ من غرابة الألفاظ واشتراكها وتردها بين الحقيقة والمجاز . واختلاف العرف في معنى اللفظ .

ثانياً - الرواية . وذلك بأن يصل الحديث الى أحدهم ولا يصل الى غيره . أو يصل من طريق لا تقوم به الحجة بينما يصل الي آخر من طريق صحيح . أو يصل اليهما من طريق واحد ولكن يعتقد أحدهم أن في بعض

رواته ضعفا لا يعتد به غيره ، أو لا يراه مانعا من قبول الرواية . وهذا مبني على الاختلاف في طرق التعديل والتجريح . أو يصل اليهما من طريق متفق عليه غير أن أحدهما يشترط في العمل بمثله شروطا لا يشترطها الآخر وذلك كما في المرسل والمنقطع .

ثالثا — مصادمة الدليل لأصل من الأصول المسلم بها عند أحدهم دون الآخر وذلك كقاعدة العام المخصوص ليس بحجة ، والمفهوم ليس بحجة ، والزيادة على الكتاب نسخ الى غير ذلك من قواعد الأصول المختلف فيها . رابعا — التعارض والترجيح . وهو باب واسع اختلفت فيه الأنظار وكثر فيه الأخذ والرد . وهو يتناول دعوي النسخ والتأويل . ويدخل فيه القرب والبعد والخطأ والصواب

خامسا — القياس . وهو أوسع الابواب اختلاف في شأنه شروطا وعللا . وللعلم شروطا ومسالك . وفي الجميع أنظار مختلفة وآراء متباينة . ولا يكاد الناظر في باب القياس يجد أصلا فيه متفقا عليه بين القائلين بحجتيه خصوصا بعد أن تناوله المتأخرون وأوسعوا فيه من ضروب القول ومناحي التفكير

سادسا — أدلة . اختلفوا في صحة الاعتماد عليها . وذلك كالأستحسان . والمصالح المرسلة . وقول الصحابي والبراءة الأصلية . والاستدلال .

الى جملة هذه الأسباب يرجع اختلاف الأئمة في الأحكام الشرعية . وإن المقارن بين المذاهب في جزئيات المسائل متى أدرك منشأ الخلاف ثم وقف على ماورد في المسألة وعرف دلالة الألفاظ وقدر روح التشريع

وكل هذا قد صار بفضل جهود المتقدمين في اللغة والحديث وأسرار التشريع سهلا ميسورا - متى أدرك هذا فإنه بمعونة الله يصل الى مقارنة مشمرة قد يكون من ورائها تقريب هوة الخلاف أو ترجيح الأقرب الى الحق ونسأل الله أن يعصمنا من الزلل وأن يوفقنا الى ما يحب ويرضى .

فرائض الوضوء

اتفق الأئمة على أن غسل الوجه واليدين والرجلين والمسح بالرأس فرائض لا بد منها في تحقق الوضوء . واختلفوا بعد ذلك في موضعين : الأول في مقدار المفروض من مسح الرأس . والثاني . في فرضية أمور أخرى غير هذه الأربعة .

«الموضع الأول : مقدار المفروض في مسح الرأس»

ذهب المالكية إلى أن المفروض في مسح الرأس هو مسح السكك^{ية} وذهب الشافعية إلى أن المفروض فيه هو مسح البهض ولو شعرة واحدة وقيل لا يجزىء أقل من ثلاث شعرات .

وذهب الحنفية في رواية اعتمدها المتأخرون الى أن المفروض هو مسح الربع . وفي أخرى اعتمدها كثير من المتقدمين الى أنه مقدار ثلاثة أصابع من أصابع اليد .

أما الحنابلة فعندهم روايتان : إحداها وهي أرجح الروايتين . توافق مذهب المالكية والأخرى أن المفروض مقدار الناصية .

الأدلة

استدل المالكية بقوله تعالى « وامسحوا برءوسكم » ووجه الاستدلال

أن الباء فيه إما أن تكون زائدة وإما أن تكون للالصاق . وليس ثمة معنى ثالث يصح حملها عليه . وعلى كلا الاحتمالين فالتركيب يفيد مسح السكك . أما أنه ليس للباء معنى ثالث يصح حملها عليه فلان أقرب ما يتصور فرضه بعد الزيادة والالصاق أن تكون للتبويض ، والتحقيق عند أهل اللغة أن التبويض ليس من معاني الباء . قال ابن برهان : من زعم أن الباء تفيد التبويض فقد جاء أهل اللغة بما لا يعرفونه . وذكر الشوكاني أن سيديويه أنكر أنها للتبويض في خمسة عشر موضعاً من كتابه .

ووجه إفادتها العموم على احتمال الزيادة أن التركيب بدونها واضح في إفادة العموم على نحو ما يفهم من قوله تعالى « فاعسلوا وجوهكم » الخ . فزيادة الباء في هذا التركيب تفيد تقوية العموم المستفاد منه وتدفع توهم أن الشارع كما خفف وظيفة الرأس من غسل إلى مسح - يريد أن يخفف في مقدار المسوح أيضاً .

أما وجه إفادتها العموم على احتمال الالصاق فهو أن الرأس حقيقة في السكك . وإطلاقها على البعض مجاز لا يصار إليه إلا بموجب فيكون المطلوب الصاق المسح بكل الرأس . وهي في ذلك نظير قوله تعالى في التيمم « فامسحوا بوجوهكم » والتعميم فيه واجب باتفاق .

وعلى هذين الاحتمالين تكون الآية ظاهرة في إفادة مسح السكك ولا إجمال فيها حتى تحتاج إلى بيان . قد يقال إن الآية - على احتمال الالصاق ليست ظاهرة في التعميم لأن الالصاق يصدق على البعض كما يصدق على السكك .

والجواب : أن احتمال الزيادة المقتضية وجوب التعميم لا يزال قائماً مع

احتمال هذا الالتصاق وبذلك تكون الآية مجملة يرجع في فهم المراد منها الى بيان الرسول ﷺ . وهنا يقول المالكية . أنه لم يصح عن رسول الله ﷺ في حديث واحد أنه اقتصر على مسح بعض رأسه وبه يثبت أن المراد من الآية مسح جميع الرأس وهو المطلوب

واستدل الشافعية بالآية أيضا . وبيانه أن الباء للالتصاق وهو معنى لا يكاد يفارقها فتكون الآية من قبيل المطلق ويكون المطلوب بها التصاق المسح بالرأس وهو يتحقق بمسح البعض كما يتحقق بمسح الكل شأن المطلق الذي يراد منه تحقيق الماهية في أى فرد من أفرادها

قالوا : ولو سلمنا احتمال زيادة الباء كانت الآية من قبيل المجمل ويرجع في فهم المراد منها الى البيان وقد ثبت أنه ﷺ مسح البعض كما مسح الكل فقد جاء في مسلم من حديث المغيرة بن شعبة أن النبي ﷺ توضأ ومسح على ناصيته وخفيه . وفي رواية « مسح بناصيته وعلى الخفين » وفي رواية ثلاثة « مسح بناصيته وعلى العمامة »

وجاء في رواية أبي داود عن أنس رضى الله عنه قال : رأيت رسول الله ﷺ يتوضأ وعليه عمامة قطرية فأدخل يده تحت العمامة فمسح مقدم رأسه ، وسكت عليه أبو داود .

وجاء في رواية البيهقي عن عطاء « أنه ﷺ توضأ لخسر العمامة ومسح مقدم رأسه » أو قال « ناصيته » وهذا الحديث - وإن كان مرسلا والشافعي لا يعمل بالمراسيل - قد تقوى بالمتصل قبله فصح الاحتجاج به عنده .

فهذه الأحاديث صريحة في جواز الاكتفاء بمسح البعض وعلى هذا يتعين حمل الباء على الالتصاق ويمتنع حملها على الزيادة

واستدل الحنفية بالآية أيضا وقالوا. أن الزيادة خلاف الأصل
فيعين الالتصاق مرادا من الباء ويكون المطلوب الصاق اليد بالرأس لأن
قوله تعالى « وامسحوا » يستدعي مفعولا وهو آلة المسح التي هي اليد
فيكون تقدير الآية وامسحوا أيديكم ملصقة برؤسكم. والقاعدة أن الباء
إذا دخلت على المسح اقتضت استيعاب الآلة كما أنها إذا دخلت على
الآلة اقتضت استيعاب المسح. تقول مسحت رأس اليتيم يدي فيفهم
تعميم الرأس بالمسح. وتقول مسحت يدي برأس اليتيم فيفهم تعميم اليد
بالمسح. والآية من قبيل الثاني فتقتضى تعميم اليد بالمسح. قالوا:
واستيعاب اليد ملصقة بالرأس لا يستغرق غالبا سوى الربع فمعين مراداً
من الآية وهو المطلوب

ولهم أن يسموا احتمال زيادة الباء ويقولوا: إن الآية على هذا
تكون مجملة لأن احتمال الزيادة واحتمال الالتصاق قائمان فيها على السواء
وقد بينت الأحاديث الواردة في الباب أن المطلوب هو الالتصاق وأنه
إلتصاق مخصوص بمقدار الناصية فما فوقها لأنه عليه السلام لم يلتزم مسح
الكل كما لم يمسخ أقل من الناصية أو مقدم الرأس والناصية ومقدم الرأس
كلاهما يساوي الربع فليكن هو المفروض.

* * *

هذه مسالك الأئمة فيما ذهبوا اليه. وللناظر أن يمنع باديء ذي بدء
احتمال زيادة الباء في الآية لأن اللفظ إذا دار بين التأكيدي والتأسيسي كان
التأسيسي خيراً من التأكيدي وبذلك يرجح حمل الآية على الالتصاق والالتصاق
لا يفيد أكثر من نسبة الفعل إلى المفعول: فاما كون الفعل متعلقاً بالكل

أو البعض فلا دلالة عليه . وقول المالكية : إن الرأس حقيقة في الكل مجاز في البعض لا ينفع في أن الالصاق يفيد العموم لأن الكلام إنما هو في الصاق المسح بالرأس ويكفي في صدقه حقيقة مجرد وقوع المسح عليها . وقد قال العلماء لو توقفت المباشرة الحقيقية على مباشرة الفعل لجميع المفعول لقل وجود الحقائق بل يكاد يلحق بالعدم فإنه يلزم أن نحو ضربت زيداً وأبصرت عمراً مجاز لعدم العموم . وتنظيرهم بآية التيمم غير صحيح لأن فعل الرسول ﷺ في التيمم اتصل بياناً بها فصرفها إلى التعميم ولولا البيان لاكتفى فيه بمسح البعض عملاً بالقاعدة المعروفة في الالصاق الفعل بالمفعول . وعلى هذا فلا يكون في الآية إجمال بل تكون من قبيل المطلق الذي يكفي فيه حصوله في فرد من أفراد . ولنا أن نسلم صحة احتمال الزيادة وأنه مساو لاحتمال الالصاق وأن الآية بذلك تكون مجملة يرجع في بيانها إلى فعل الرسول ولكن قولهم إن الرسول ﷺ لم يصح عنه أنه اقتصر على مسح البعض ممنوع فإن الأحاديث التي قدمناها في الاستدلال للشافعية ثابتة وهي صريحة في عدم مسح الكل فلا يثبت مدعاهم من وجوب التعميم .

ويتجه على الحنفية في التوجيه الأول أن القاعدة التي ذكروها من أن الباء إذا دخلت على المسح اقتضت استيعاب الآلة وإذا دخلت على الآلة اقتضت استيعاب المسح لا يعرف لها في اللغة أصل ولا شاهد في الاستعمال لأنك تقول مسحت يدي بالخائط ولا يتوقف صدقه على استيعاب اليد كما تقول مسحت الخائط بيدي ولا يتوقف صدقه أيضاً على استيعاب الخائط ومثل ذلك كثير في الاستعمال الشائع المعروف والحق أن الأمر في مثل هذا يرجع إلى الأغراض والقرائن .

على أن الظاهر من الآية الكريمة أن الفعل فيها منزل منزلة اللازم وليس المفعول مقدر في نظم الكلام ولا يحتاج الى تقديره فيه فليس المطلوب فيها الا ايقاع المسح على الرأس . أما تقدير المفعول وتعيين أنه اليد وأن الكلام يقتضى استيعابها في المسح فلا دلالة في الآية على شيء منه .

ويتجه عليهم في الثاني أن الأحاديث الواردة في الباب على فرض إجمال الآية ترفع ذلك الاجمال الناشئ من احتمال الزيادة المفيد لتعميم الرأس بالمسح واحتمال الالتصاق الذي يفيد أن المطلوب هو مطلق المسح الصادق بالكل وبأى بعض منه وتفيد أن المراد هو مطلق الالتصاق ويقتصر عمل تلك الأحاديث على هذا . وليس لهم أن يقولوا أن الاحاديث قيدت المطلق بفرد معين وهو مقدار الناحية فما فوقه لأن هذا يكون تقييداً للمطلق ومن قواعدهم أن تقييد المطلق نسخ له وهو لا يثبت بخبر الاحاد عندهم . وبهذا يبقى المطلق على إطلاقه ويجزىء أي فرد منه . والتزام النبي ﷺ مسح الناصية فما فوقها لا يمنع جواز الأقل .

لا يقال . إن مسح الأقل لو كان جائزا لفعله النبي ﷺ ولو مرة تعليماً للجواز لأننا نقول . محل ذلك اذا كان الجواز متوقفاً على فعله . فأما إذا كان له دليل غير الفعل فانه يستفاد من ذلك الدليل ولا يتوقف على الفعل فان النبي ﷺ قد واظب على المضمضة والاستنشاق ومع ذلك قال الحنفية بعدم وجوبها أخذاً من أدلة أخرى دالة على جواز الترك وآية مسح الرأس بعد بيانها بالأحاديث صارت مطلقة تفيد الاكتفاء بأى فرد شأن المطلق ويتجه على الشافعية أن التوجيه الذي ذكره - وإن كان وجيهاً قويا

لا يفيد جواز الاكتفاء بمسح شعرة أو ثلاث شعرات فإن مادة المسح تقتضى امرار ما به المسح على الرأس وذلك لا يتحقق بمسح شعرات تعدفان ذلك يكفى فيه وضع جزء يسير من أصبع على الرأس ومثل هذا لا يقال له مسح لغة ولا عرفاً

فالحق أن الآية من قبيل المطلق وأنها لا تدل على أكثر من إيقاع المسح بالرأس وذلك يتحقق بمسح الكل وبمسح أى جزء قل أم أكثر مادام فى دائرة ما يصدق عليه اسم المسح . وان مسح شعرة أو ثلاث شعرات لا يصدق عليه ذلك . والله أعلم

الموضوع الثانى

فى أمور اختلاف الأئمة فى فرضيتها

قال الحنفية ليس للوضوء فرائض غير الاربعة التى صرح بها النظم الكريم وخالفهم فى ذلك الأئمة الثلاثة . فالشافعية زادوا فرضى النية والترتيب والحنابلة زادوا النية والترتيب والموالاته - وزاد المالكية النية والموالاته والتدليك - ومن هذا يعلم أن ثلاثهم اتفقوا على زيادة النية . وأن المالكية انفردوا باثبات فرضية التدليك . وأن الشافعية والحنابلة اتفقوا على إثبات فرضية الترتيب . وأن المالكية والحنابلة اتفقوا على اثبات فرضية الموالاته وسنجعلها على هذا الترتيب فى الأدلة والنظر

النية

للنية معنيان . أولهما قصد الشئ مقترنا بفعله . ثانيهما قصد التقرب وامتنال الأمر . فان فسرت النية بالأول وهو العام . كانت ثمرة الخلاف بين

المثبتين لفرضيتها في الوضوء والنافين لها صحة وضوء الذاهل والملقى في الماء وعدها. أما الفعل الصادر قصدا واختيارا فهو على هذا وضوء شرعي باتفاق الطرفين وإن لم يكن بنية رفع الحدث أو استباحة الصلاة أو ما لا يحل إلا به كالوضوء بقصد التبريد أو التنظيف الذي تجري به عادة الناس لكن المنصوص عليه في كتب الأئمة الثلاثة أن الوضوء بقصد التبريد أو التنظيف ليس وضوءا شرعياً وعلى هذا يكون محل الخلاف بينهم هو المعنى الثاني الخاص .

فغير الحنفية يقولون بفرضية قصد التقرب أو رفع الحدث مثلاً والحنفية يقولون بعدم فرضيته في الوضوء فالمدفوع في الماء والتبريد به متوضئان عندهم خلافاً للأئمة الثلاثة

ومقتضى النظر أن مطلق القصد شرط طبيعي لتحقيق الفعل الاختياري وبعده لا يصدق على الشخص (أنه فعل) فالمدفوع الى الماء ومن صب عليه الماء حتى عمه لا ينسب اليهما الفعل يشهد بذلك اللغة والعرف .

وإذا كان القصد العام شرطاً طبيعياً لتحقيق نسبة الفعل للفاعل فلا معنى للقول بوجوبه أو سنيته . والذي يصحح أن يكون فرضاً أو سنة إنما هو قصد التقرب أو امتثال الأمر وبذلك تنحصر ثمرة الخلاف في التبريد والتنظيف ورشد الى هذا تفسير الحنفية للنية التي جعلوها سنة بقولهم (قصد إزالة الحدث أو إباحة الصلاة وهي فرض عند الشافعي وسنة عندنا) فانه صريح في أن محل الخلاف هو المعنى الخاص ولم نجد منهم من فسر النية في محل النزاع بمجرد القصد حتى تكون حركة الذاهل في الماء وضوءا عندهم إلا أن تفرعاتهم وبعض كلماتهم في الاستدلال صريحة في اعتباره وضوءا . لذا كان محل الخلاف النية بالمعنى الخاص

فغير الحنفية يثبتون فرضيته والحنفية ينفونها . ولا يخفى أن نفي المقيّد
يصدق بنفي القيد فقط وبنفي المقيّد . فما ليس فيه قصد أصلاً . وما قصد
به غير التقرب وضوء عند الحنفية وليس وضوءاً عند غيرهم . هذا وقد
علمت ما يقضى به وجه النظر في محل الخلاف . وهو أن يتوجه النفي إلى
القيد فقط .

الأدلة

استدل الجمهور على فرضية النية في الوضوء بما يأتي :

أولاً - قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المتفق على صحته (إنما الأعمال بالنيات
وإنما لكل امرئ ما نوى) قالوا : إن الوضوء عمل . وقد أفاد الحديث أن
العمل لا يوجد شرعاً إلا بالنية وهو عام لا يختص به بعض دون بعض .
ثانياً - قوله تعالى (وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين) نفي
سبحانه وتعالى أن يكون قد أمرنا بشيء إلا بعبادته مخلصين له الدين الذي
أمرنا به وهو عام يشمل جميع ما أمرنا به . والوضوء مأمور به . فلزم فيه
إخلاص النية لله

ثالثاً - قالوا الوضوء عبادة ذات أركان فوجب فيها النية كالصلاة .

والوضوء طهارة من حدث تستباح بها الصلاة فلا تصح بلا نية كالتميم
رابعاً قوله تعالى في آية الوضوء (فاعسلوا وجوهكم) الآية . فإنه قد أمر به
عند القيام إلى الصلاة . ومثل هذا يدل على طلب الفعل لأجل الشرط
نظيره إذا لقيت العالم فترجل فالمطلوب غسل الاعضاء لأجل الصلاة وهو
معنى النية .

واستدل الحنفية بما يأتي :

أولاً - إن آية الوضوء لم تأمر إلا بغسل الأعضاء الثلاثة والمسح بالرأس . ومقتضى الأمر حصول الاجزاء بفعل المأمور به من غير توقف على شيء آخر . واثبات فرضيتها بحديث الآحاد زيادة على نص الكتاب والزيادة على الكتاب نسخ لا يصح بالآحاد

ثانياً - ان الوضوء طهارة بقاء فلا تشترط لها النية كازالة النجاسة . وأيضاً ان الوضوء شرط للصلاة لا على طريق البدل فلا تجب له نية كستر العورة
ثالثاً من الفروع المتفق عليها أن النية لو انقطع حيزها يحل لزوجها المسلم وطؤها اذا اغتسلت ولو كانت النية فرضاً لما حلت لزوجها . ولا قائل بالفصل بين الغسل والوضوء

هذه هي أدلة الفريقين في المسألة : وقد ناقش كل فريق أدلة الآخر فقبل للجمهور ان الحديث وارد في قبول الأعمال وعدم قبولها ولا دخل له في الصحة وعدمها ويدل عليه قوله : فمن كانت هجرته النخ ولا يلزم من توقف القبول على النية توقف الصحة عليها فكم من عمل صحيح شرعاً غير مقبول . وظاهر أن تحقق الوضوء شرطاً لصحة الصلاة لا يتوقف على أن يكون مقبولاً بل يكفي أن يكون صحيحاً شرعاً

وقيل لهم في آية وما أمروا إلا ليعبدوا النخ على فرض أن العبادة أهم من التوحيد نحن نقول بموجبها إن الوضوء لا يكون عبادة إلا بالنية والاخلاص لله . والوضوء باعتباره شرطاً للصلاة لا يلزم أن يكون عبادة وليس كل مأمور به عبادة . فان المأمور به قسمان : مأمور به لذاته ، كالصلاة

وهذا عبادة لا بد في صحته من النية . ومأمور به لغيره والمطلوب حصوله لا تحصيله شأن الوسائل والشروط . والوضوء من قبيل الثاني لا الأول . على أن الاخلاص المذكور في الآية هو الاخلاص المعتبر في القبول عند الله وليس هو النية المعتبرة شرطا لصحة العمل . فانها توجد بدونها كما في المرائي بوضوئه وصلاته .

وقيل لهم في آية الوضوء أن غاية ما تدل عليه وجوب الوضوء حين تحقق الشرط . أما أن يقصد المتوضى حين الغسل أن وضوءه لأجل الصلاة وأنه امتثال للأمر فلا تدل عليه .

وقيل لهم في القياس الأول لانسلم أن الوضوء من جهة كونه شرطا للصلاة عبادة . نعم قد يكون عبادة وعندئذ لا بد له من النية . وفي القياس الثاني إنه قياس مع الفارق لأن الوضوء بالماء الذي هو مطهر بنفسه أما التيمم فهو بأتراب الملوث بطبعه ولا يكون مطهرا إلا بالنية . ويدل عليه أن التيمم لا يزال الحدث بدليل وجوب الوضوء إذا وجد المتييم ماء . فالتيمم تعبد محض ولا بد في مثله من النية . والوضوء ليس كذلك . على أن هذا القياس فاسد في ذاته . لأن شرط صحة القياس ألا يكون الأصل متأخرا في المشروعية عن الفرع ولا شك أن التيمم متأخر فيها عن الوضوء .

وقيل للحنفية : سلمنا أن آية الوضوء لم تأمر إلا بما ذكر فيها ولا يمكن نمنع قولكم إن مقتضى الأمر حصول الاجزاء بفعل المأمور به بل مقتضى الأمر عند الجميع وجوب المأمور به . وهذا لا يمنع أن الشارع اشترط له شرطا آخر استفيدت من دليله أو من غيره . ألا ترون أن التيمم مأمور

به ومع ذلك لا يجزىء مجرداً عن نية الطهارة أو رفع الحدث . ولا نسلم أن فرضية النية تثبت بمحدث الآحاد وإنما تثبت بعمومات الدين القاضية بالاخلاص في العبادات فليس من قبيل الزيادة على الكتاب بخبر الواحد كما تظنون ولو سلمنا أنه بمحدث الآحاد فكم اثبتت أحاديث الآحاد ما ليس في القرآن . وفرق بين اثبات ما لم يعرض القرآن له بنفي أو اثبات واثبات ما عرض القرآن لنفيه . والممنوع هو الثاني لا الأول وآية الوضوء وان لم تثبت النية فليس فيها ما ينفيها . أما قياسهم على إزالة النجاسة فقياس مع الفارق إذ المقصود في المقيس عليه إزالة امر حسي فيكفي حصوله أما المقصود في الوضوء فإزالة مانعية حكومية شرعية فالتعبد فيها هو الظاهر فتححتاج إلى النية . وبهذا الاعتبار كان قياسه على التيمم أولى من قياسه على إزالة النجاسة . وأما قياسهم الوضوء على ستر العورة فقياس مع الفارق لأن ستر العورة أدب عام يطلب من غير الماء كالمكاف وممن ليس أهلاً للصلاة والعبادة كمنجنون وصبي لا يميز أما الوضوء فشرط خاص بالصلاة وما ألحق بها فيأخذ حكمها . أما حل وطء الذميمة بالغسل المجرد عن النية فضرورة دعت إليها حالة الزواج ولذا لا يعتد بهذا الغسل بعد إسلامها في الصلاة ومثلها . وقد أباح الشارع نكاح الكتاتبية مع العلم بعدم التزامها أحكام الدين وعدم صحة النية منها فدل ذلك على أنه يترخص في النكاح وتوابعه ما لا يترخص في غيره من العبادات . هذا ما ناقش به كل فريق أدلة الآخر والكلام كما ترى سجال وليس من شيء يستدل به أحد الفريقين إلا ويوجه عليه من قبل الآخر نقد أو منع . أما الذي نرى فيتين مما يأتي :
 لاشك أن محل النزاع هو النية بمعنى قصد رفع الحدث لا النية بمعنى اخلاص العمل فانها بهذا المعنى شرط في القبول ولا يلزم من عدمها عدم

النية بالمعنى الأول وبهذا يتضح أن استدلال الأئمة الثلاثة بحديث : إنما الأعمال بالنيات وآية : وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين استدلال في غير محل النزاع وقد سبق بيانه .

ولا شك أن الوضوء مأمور به شرطاً للصلاة . والآية صريحة في طلبه عند إرادتها ومثل هذا التركيب يدل لغة وعرفاً على أن الجزاء مطلوب للشرط كما سبق بيانه . ومقتضى الأمر وجوب المأمور به على الوجه المأمور به وقد علمت دلالة الآية على طاب الوضوء للصلاة . وهو معنى افتراض النية . ومن هذا يتبين أنه لا دخل لحديث الأحاد في إثبات الفرضية حتى يقال لايزاد به على الكتاب .

ولا شك في أن الوضوء كالتييمم كلاهما مأمور به طهارة شرعية ترفع مانعية شرعية حكيمية وتبيح مالا يستباح مع تلك المانعية . وهذه الطهارة محض اعتبار من الشارع لا مدخل للماء ولا للتراب فيه حساً بخفة التعبد فيها ظاهرة ومثلها يحتاج الى النية . وكان من أثر ذلك الاجماع على وجوب النية في التيمم . أما قول الحنفية أن الماء خلق طهوراً فلا يحتاج في تطهيره الأعضاء الى نية فلا يفيد لأن طهورية الماء الواردة في قوله تعالى . وأنزلنا من السماء ماء طهوراً . المراد بها الطهورية الحسية التي هي صفاء الماء ونقاؤه من الشوائب التي تضعف خصائصه . يدل على ذلك سياق الآية وسبقها أنظر قوله تعالى : لنحيي به بلدة ميتاً ونسقيه مما خلقنا أنعاماً وأناسي كثيراً : وبذلك تعلم أن الآية بمنجاة عن الطهورية الشرعية التي كلامنا فيها . على أنه كما ورد أن الماء طهور ورد أن التراب طهور . وكما قال الله في جانب الماء ليطهركم به . قال في جانب التراب ليطهركم به . نعم اعتبر

الشارع الماء أصلا في تلك الطهارة الشرعية لكن ذلك لا يقتضى أن يديها
فرقا من حيث إزالة المانعية التي باعتبارها تجب النية . وأما قول بعض الحنفية
إن النية وجبت في التيمم لتصریح آيته بالقصد ولم يوجد ذلك في آية الوضوء
فقد رده الكمال بأن القصد الذى ينبىء عنه التيمم ليس هو القصد المشروط
في الصحة الذى هو قصد استباحة الصلاة أو ما لا يحل إلا به . والذى في
الآية قصد التراب لاستعماله . ولعلك بعد التأمل فيما سلف يظهر لك رجحان
القول بفرضية النية في الوضوء وأن عموم الماء للأعضاء بدون قصد أصلا
أو بقصد التبريد ليس غسلا للصلاة حتى يؤدى مهمته الشرعية ويحقق المأمور
به كما أمر به

التدليك

عرف المالكية ذلك الذى جعلوه من فرائض الوضوء بقولهم :
امرار اليد على العضو ولو بعد صب الماء قبل جفافه . واستدلوا على فرضيته
بالكتاب والسنة والقياس .

أما الكتاب فقوله تعالى . فاغسلوا . قالوا : ليس الغسل مجرد إصابة
الماء للعضو فان ذلك يتحقق بالغمس وبالصب ولا يقال لو احدث منهما في اللغة
بمجرده لانه غسل . والمعروف في اللغة والعرف أن إصابة الماء لا تكون غسلا
الا اذا صاحبها الامرار بشئ آخر على الجسم ولا نعني بذلك أكثر من هذا
وقوله تعالى في آية الغسل وإن كنتم جنبا فاطهروا . قالوا : الصيغة للمبالغة
والمبالغة انما تكون بالدلك .

أما السنة . فقد ذكر لهم منها أن النبي ﷺ حين علم عائشة الغسل من

الجنابة أمرها بالدلك والتتبع ، ومنها أنه قال : إن تحت كل شعرة جنابة
فأغسلوا الشعر وانقوا البشرة .

أما القياس : ففاسوا تطهارة الحدث على إزالة النجاسة حيث لا تجزىء
الا بالعرك وهو الدلك .

واستدل الجمهور بأنه ليس في آية الوضوء ما يفيد ولا في السنة ما يثبت
أما الآية فلم يذكر فيها سوى الغسل وهو إصابة الماء للمعصوم وأما السنة
فكل من وصف وضوء صلى الله عليه وسلم لم يذكر فيه التدليك والثابت في صفة غسله
عليه الصلاة والسلام مجرد الافاضة نعم كان يتتبع مواضع الشعر ليصل الماء
الى البشرة لا لأن الدلك مفروض . فلعمارة رضي الله عنها في الصحيحين (ثم
أفاض على سائر جسده) وإيمونة فيما رواه الجماعة (ثم أفرغ على جسده)
ولأم سامة فيما رواه الجماعة الا البخاري (إنما يكفيك أن تحشي على رأسك
ثلاث حثيات ثم تفيضين عليك الماء فتطهرين) وهكذا سائر ما روى عنه صلى الله عليه وسلم
عملا وتعلما في الغسل ، وإذا لم يكن التدليك واجبا في الغسل لا يكون واجبا
في الوضوء فالقول بفرصيته قول بلا مستند وزيادة محضة على ما في الكتاب
والسنة فلا يعول عليه ، هذا وقد ناقش الجمهور أدلة المالكية فمنعوا دخول
الدلك في مفهوم الغسل لغة ، ومنعوا دلالة صيغة المبالغة في آية (وإن كنتم
جنبنا فاطهروا) عليه بأنها جاءت في التيمم (ولا يمكن يريد ليظهركم) مع أنه
مسح خفيف بالاجماع ، وقالوا ليس قياس غسل الجنابة على إزالة النجاسة
التي تحتاج إلى ذلك بأولى من قياسه على إزالة النجاسة التي يكفي في إزالتها
صب الماء فقط على أن النجاسة عين يجب إزالتها وليس في جلد المحدث عين
تجب إزالتها فلا يصح هذا القياس .

« * »

هذا والمتبع للاستعمال العربي يجد فرقا كبيرا بين معاني الألفاظ الآتية :

أسال - صب - غمس - غسل . فالإسالة لإرسال الماء على الجسم .
والصب إزاله عليه . والغمس إدخال الجسم فيه . والغسل إمرار اليد أو
نحوها بالماء على الجسم لتنظيفه وإزالة ما به من الأدران . وهذا فرق
لا يمكن إنكاره .

وفي الحديث أن النبي ﷺ أتى بصبي لم يأكل الطعام فبال على ثوبه
فأتبعه الماء ولم يغسله وهو نص في الفرق الذي ذكرنا . ومن هذا يتبين
أن إمرار اليد أو نحوها داخل في مفهوم مادة غسل وقد عبر بها القرآن في
جانب كل من الوضوء والغسل (فاعسلوا وجوهكم . حتى تغتسلوا) فكان مقتضاه
اشتراط إمرار اليد في كل منهما وبه قال مالك رضي الله تعالى عنه غير أن من
وصف غسل النبي ﷺ أو تعلم منه الغسل لم ينقل أنه أمر يده أو نحوها بالماء
على الجسم كله أو أمر بذلك . وإنما نقل أنه كان يغسل أعضاء الوضوء ثم يفيض
الماء على سائر جسده بلفظ الإفاضة أو الإفراغ وكان ذلك دليلا على أن المراد
بمادة غسل في جانب الغسل مجرد الإفاضة . ولعل ذلك لما في التزام الإمرار
بسائر الجسد من الحرج والمشقة ما لا يوجبه الشارع الذي قال في معرض
الطهارة . ما يريد الله ليجمع عليكم من حرج . وبقيت المادة في أعضاء الوضوء
على معناها المعروف وهو إمرار اليد بالماء على العضو نظراً لعدم الحرج في ذلك
وليس الناس بحاجة إلى نقل الدلك عن رسول الله ما داموا مجمعين على أنه
كان يغسل الأعضاء ومن ضرورة الغسل الدلك كما عرفت يرشد إلى ذلك أن

الرواة يذكرون في صفة اغتساله مادة الغسل بالنسبة لأعضاء الوضوء وكلمات
الإفاضة والإفراغ والحشي بالنسبة لسائر الجسد فوقع ذلك بيانا للمراد من المادة
في جانب الإغتسال

ومن هذا يظهر أن مقتضى الدليل فرضية ذلك في الوضوء وفي غسل
أعضائه في الغسل. ولو ذهب إلى ذلك ذاهب لما كان بعيداً. قال الكمال في فتح
التقدير تمليقاً على قول صاحب الهداية (والغسل هو الإسالة)

يفيد أن ذلك ليس من حقيقته خلافاً للمالك فلا يتوقف تحققه عليه.
ومرجعهم فيه قول العرب غسلت المطر الأرض وليس في ذلك إلا الإسالة -
وهو ممنوع بأن وقعها من علو خصوصاً مع الشدة والتكرار ذلك أي ذلك
وهم لا يقولونه إلا إذا نظفت الأرض وهو إنما يكون بذلك. وبأنه غير مناسب
للمعنى المقول من شرعية الغسل وهو تحسين هيئة الأعضاء الظاهرة للقيام
بين يدي الرب سبحانه وتعالى تخفيفاً وإلا فالقياس السكك والناس بين حضري
وقروي خشن الأطراف لايزيل ما استحكم في خشوتها إلا ذلك. فالإسالة
لا تحصل مقصود الشرعية اه

ولعلك تجد في قوله بيانا للحكمة: تحسين هيئة الأعضاء الظاهرة تخفيفاً.
ما يقرب لك وجه التفرقة التي ذكرنا بين أعضاء الوضوء وسائر الجسد من
اعتبار ذلك في الأول دون الثاني

الترتيب

الترتيب هو الإتيان بفرائض الوضوء مرتبة على النحو الذي ذكرت
به في النظم الكريم:

واستدل الشافعية والحنابلة على فرضيته في الوضوء بالكتاب والسنة والقياس . أما الكتاب فأية الوضوء نفسها وذكرها لذلك وجيهين :

الأول - إن أعضاء الوضوء لم تذكر في الآية بترتيب وجودها في الخارج كالرأس واليدين والرجلين . ولا بقاعدة ضم المتجانس بعضها إلى بعض كان يذكر المفصول ثم الممسوح . وإنما وردت على هذا الترتيب الخاص الذي خالف مقتضى الترتيب الخارجى . ومقتضى الظاهر على ما أسلفنا : فورود الآية على هذا الوجه لا بدله من فائدة ، وليس هناك ما يصلح فائدة إلا الدلالة على أنه واجب في الوضوء وإلا لما قطع النظر عن النظر ، وخولف الترتيب الوجودى : وبذلك الوجه تكون الآية ظاهرة في الترتيب .

الثانى - سلمنا أن الآية ليست ظاهرة فيه ولكنها من غير شك تحتمله احتمالاً مساوياً وقد ترجح جانبه بقوله عليه الصلاة والسلام ابدأوا بما بدأ الله به . وهذا أصل عام يعمل به في كل ما أشبهه سببه لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب فيتصل هذا بأية الوضوء بياناً ويدل على وجوب الترتيب فيه .

أما السنة فقد مضى عمل الرسول ﷺ وأصحابه من بعده على التوضؤ بالترتيب المنصوص عليه في الآية وكل من نقل وضوءه ﷺ وصفه مرتباً ولم ينقل في ذلك خلاف لأحد مع كثرة الرواة وكثرة المواطن التي رأوه فيها فلو جاز الوضوء غير مرتب لترك الترتيب في بعض الأوقات ولو مرة تعليماً للجواز كما ترك التكرار في أوقات لذلك

أما القياس فقالوا إنه عبادة تشتمل على أفعال متغايرة يرتبط بعضها ببعض في تحقيق الغرض المقصود منها : فوجب فيها الترتيب كالصلاة والحج

واستدل الحنفية والمالكية بما يأتي

أولاً - عطفت آية الوضوء أعضائه بعضها على بعض بالواو وهي لا تقتضى الترتيب فعلى أي وجه تحققت جملة المطلوب فقد أجزأت وضوءاً شرعياً فالقول بوجوب الترتيب زيادة على النص بغير مستند فلا تقبل

ثانياً - روي البخاري عن عمار بن ياسر أنه رضي الله عنه علمه التيمم فمسح يديه قبل وجهه ولا فرق بين الوضوء والتيمم . وروى عن علي وابن مسعود (ما أبالي بأى أعضائي بدأت) وعن ابن مسعود (لا بأس أن تبدأ برجليك قبل يديك في الوضوء) وعن ابن عباس (أنه رضي الله عنه توضأ فغسل وجهه ثم يديه ثم رجليه ثم مسح رأسه .

ثالثاً - الوضوء طهارة فلا يجب فيها ترتيب كالغسل وكتقديم اليمين على الشمال . وقالوا لو اغتسل المحدث دفعة واحدة ارتفع حدثه . هذا والمعول عليه عندهم في عدم فرضية الترتيب هو البراءة الأصلية وعدم قيام حجة عليه قال ابن نجيم في شرح السكندر (والحاصل أنه لا حاجة الى إقالة الدليل على عدم الاقتراض لأنه الأصل ومدعيه مطالب به)

قيل للشافعية والحنابلة أن فائدة ورود النظم على هذا الترتيب لا يلزم أن تكون هي الدلالة على وجوب الترتيب لم لا يجوز أن تكون هي التنبية على وجوب الاقتصاد في صب الماء على الأرجل نظراً لأنها مظنة الإسراف فلا يفيد وجوب الترتيب .

وقيل لهم إن حديث : ابدأوا بما بدأ الله به حديث آحاد فلا يثبت به الفرض ولا يزداد به على الكتاب . وقيل لهم : إن المواظبة لا تدل على

الوجوب لتحققها في المضمضة والاستنشاق مع قولكم بعدم وجوبهما في الوضوء والدلالة على الجواز تستفاد من عدم الإنكار على من لم يفعل فلا تنوقف إفادة الجواز على تركه صلى الله عليه وسلم . وقيل لهم في القياس قياس في العبادة وهو غير جائز . سامنا ولكننه في إثبات الشرط الشرعي وهو لا يثبت به وقيل للحنفية والمالكية : قرأكم العطف بالواو وهي لا تقتضى الترتيب مسلم عند عدم القرائن الدالة على إرادة الترتيب . والقرائن الدالة عليه كثيرة وهي المواظبة وحديث ابدأوا ومخالفة مقتضى الظاهر في الأسلوب العربي . ومعنى المروى عن علي وابن مسعود عدم الترتيب بين اليمين والشمال ونحن لا نقول به . وثناك لأنهما لم يذكرنا مرتين بل ذكرنا جملة واحدة كالجسم في الغسل فلا يصح القياس عليه . أما رواية ابن مسعود الثانية وحديث ابن عباس فلم يثبت واحد منهما كما نص عليه علماء الرواية والحديث . والفرع الذي ذكرنا غير مسلم . ولو سلم فرفع الحدث الأصغر بالغسل لأنه يرفع الأكبر والأصغر في ضمنه فلم يكن للوضوء فائدة في أصل رفع الحدث

* * *

والذي نراه أن النافين لوجوب الترتيب يشعرون بضعف أدلتهم التي أوردوها على عدم فرضيته فراحوا يقولون لاحاجة الى اقامة الدليل على عدم الافتراض لأنه الأصل ومدعيه مطالب به وهي كلمة حق لأن الوجوب خلاف الأصل ومدعيه مطالب بدليله وقد أتى فعلا بأدلة إن لم تثبت الفرضية فلا أقل من أن تثبت الوجوب الذي يترتب على تركه عند الحنفية لزوم الاعادة أو استقرار كراهة التحريم . وأما الفائدة التي أبدوها للترتيب وهي الاقتصاد في صب الماء ففائدة ليس من شأنها أن تقصد في هذا المقام كيف والاقتصاد

في صب الماء على العموم تكففت به عمومات وخصوصات وهو فوق ذلك ليس من مقومات الوضوء التي سيقت الآية بجوهرها وأسلوبها لافادتها ؛ وقولهم إن حديث (ابدأوا) حديث آحاد فلا تثبت به فرضية مبنى على قولهم الزيادة على الكتاب نسخ وهو غير مسلم . ولو سلم فالحديث متصل بالآية بيانا لارادة أحد الاحتمالين . والثبوت في مثل هذا مضاف الى الميين باتفاق . وقد أخذ المالكية والحنفية بهذا الحديث في باب الحج وقالوا (إن بدأ بالروة لا يحتسب هذا الشوط) واثبتوا به شرطية البداية في واجب السعي بالصفة . وقولهم ان المواظبة لا تدل على الوجوب لتحققها في المضمضة والاستنشاق مع عدم وجوبها لا يسلمه الحنابلة لأنهم يقولون بوجوبها في الوضوء . وللشافعية أن يقولوا أن اسم الوجه لا يتناول الا ما به المواجهة وداخل الفم والأنف ليس منه ، واللفظ في العربية لا يدل عليهما بخلاف الترتيب فان الأسلوب كما ذكرنا يدل عليه . على أن الحق وجوب المضمضة والاستنشاق في الوضوء . قال الشوكاني نقلا عن صاحب الفتح (وذكر ابن المنذر أن الشافعي لم يحتج علي عدم وجوب الاستنشاق مع صحة الأمر به إلا لكونه لا يعلم خلافاً في أن تاركه لا يعيد وهذا دليل فقهي فانه لا يحفظ ذلك عن أحد من الصحابة والتابعين إلا عن عطاء وهكذا ذكر ابن حزم في المحلى) ثم ساق الشوكاني بعد ذلك حديث الأمر بهما والمبالغة فيها إلا في صوم . (قال : قال أبو الحسن بن القطان . فهذا أمر صريح صحيح وانضم اليه مواظبة النبي ﷺ فثبت ذلك عن انبي ﷺ قولاً وفعلاً مع المواظبة) وختم المسألة بقوله : إذا تقرر هذا علمت أن المذهب الحق وجوب المضمضة والاستنشاق والاستنثار ههنا بطل الاستدلال

بهما على أن المواظبة لا تقضى الوجوب . ونقول هنا أيضا . أن النبي ﷺ لم يترك الترتيب في الوضوء قولا ولا فعلا ولم ينقل عن أحد من الصحابة أنهم نكسوا وضوءهم حتى يتوجه اليهم انكار وذلك أنهم ما كانوا يفهمون من أسلوب الآية وفعل الرسول المتكرر الدائم وتعليمه العام إلا لزوم الترتيب في الوضوء ولما لم توجد مواظبة على الترتيب في التيمم فهم أن الترتيب غير مراد في آيته وكان ذلك بيانا فيه يخالف البيان في آية الوضوء . على أن مخالفة الظاهر في الأسلوب غير موجودة في التيمم لأن اليد بعد الوجه في الجسم والوظيفة فيهما واحدة وهي المسح فلم يتحقق الفصل بين المغسول والمسح حتى يلتمس له نكته وتكون النكته الترتيب فظلت الواو على أصلها وعلى ذلك جاء قول الرسول وفعله واستمر الصحابة على ذلك لا يعرفون غير الترتيب في الوضوء ولا يتوضؤون الا مرتين ثم درج المسلمون في جميع العصور على الترتيب ولم يؤثر خلاف ذلك

الموالاة

هي متابعة أفعال الوضوء بحيث لا يقع بينها ما يعد فاصلا في العرف .
استمدل المالكية والحنابلة على فرضيتها بما يأتي :

أولا . ماروى خالد بن معدان عن بعض أزواج النبي ﷺ (أن رسول الله ﷺ رأى رجلا يصلى في ظهر قدمه لمعة قدر الدرهم لم يصبها الماء فأمره النبي ﷺ أن يعيد الوضوء) رواه أحمد وأبو داود وزاد :
والصلاة . قال الأثرم . قلت لأحمد هذا اسناده جيد ؟ قال جيد .

ثانيا : أمر الكتاب بغسل الأعضاء المخصوصة وهو محتمل أن تغسل

متتابعة أو غير متتابعة فجاءت السنة العملية التي لم ينقل عن الرسول خلافها مبينة للتابع وعلى التابع درج الأصحاب ومن بعدهم .

واستدل الآخرون بما رواه جرير بن حازم عن قتادة عن أنس بن مالك أن رجلا جاء إلى النبي ﷺ وقد توضأ وترك على ظهر قدمه مثل موضع الظفر فقال له ﷺ ارجع فاحسن وضوءك رواه أحمد وأبو داود والدارقطني . وقال تفرد به جرير بن حازم عن قتادة وهو ثقة . ووجه الاستدلال أنه لم يأمره إلا بالاحسان وهو يتحقق بغسل ذلك العضو الذي ترك شيء منه . ثم قالوا في حديث المثبتين أن ابن المنذر أعله ببقية بن الوليد لأنه عنعنه وقال (عن بجير) وهو ضعيف إذا عنعن لتدليسه وأن ابن القطان والبيهقي حكما عليه بالارسال لأنه لم يسم فيه الصحابي والاحتجاج به موضع نظر وأن النووي قال : حديث خالد ضعيف الاسناد .

«*»

وأنت بعد أن علمت أن الأثرم سأل أحمد عن اسناده فقال له جيد وأنه قال له إذ قال رجل من التابعين حدثني رجل من أصحاب رسول الله لم يسمه فالحديث صحيح قال نعم . وأن بقية صرح بالتحديث كما هو في المستدرک . وأن ابن حجر أنكر على النووي تضعيف الحديث . لا تشك بعد ذلك كله في صلاحية حديث خالد للاستدلال والبيان . كيف وقد اتصلت به المواظبة فلم يبق سوى قولهم أن الأمر بالاحسان لا يقتضى الأمر بالاعادة ولا شك أن الاعادة مما يتحقق بها الاحسان فليحمل الأمر بالاحسان عليها جمعاً بين الأدلة وعملاً بالاحتياط الواجب في العبادة :

وبعد فاننا لانكاد نفهم أن رجلا يذهب ليتوضأ فيغسل وجهه ثم ينصرف

لحاجة ما ويمضى ماشاء أن يمضى من الزمن ثم يعود فيغسل يديه ثم ينصرف
لأخرى ويمضى فيها ماشاء من الزمن ثم يعود فيمسح برأسه ثم ينصرف ثم
يعود فيغسل رجليه ثم يكون بعد ذلك كله متوضئاً وضوءاً شرعياً بحجة
(أن مرور الزمن ليس من نواقض الوضوء شرعاً) وليس من شك في أن
مثل هذا لا يكون إلا لاعتباط غير مكترث ولو أنه فعل ذلك بأكله وشربه
عد عابثاً هازلاً ولا نكر فعله العقلاء . نعم للعاجز عن الموالاة حكم يخصه
كسائر العاجزين عما كلفهم الله .

قراءة المؤتم

اتفق العلماء على أن الامام لا يحمل عن المأموم شيئاً من فرائض الصلاة
غير القراءة أما القراءة فقد اختلفوا فيها على مذاهب .

ذهب الحنفية الى أن القراءة ساقطة عن المأموم سرية كانت الصلاة
أم جهرية ولو قرأ كره تحريماً . وقال السرخسي تفسد صلاته في قول
عدة من الصحابة . منهم زيد بن ثابت وسعد بن أبي وقاص . ونسب إلى محمد
في شرح الهداية أنه استحسّن للمؤتم أن يقرأ الفاتحة احتياطاً . ولكن قال
صاحب الفتح (والحق أن قول محمد كقولهما) ونقل من كتب محمد ما هو
صريح في منعه من القراءة ثم قال (ولا يخفى أن الاحتياط في عدم القراءة
خلف الامام لأن الاحتياط هو العمل بأقوى الدليلين وليس مقتضى أقواهما
القراءة بل المنع)

وذهب الشافعية إلى وجوب القراءة على المؤتم غير أنه يقرأ الفاتحة
فقط إذا كانت الصلاة جهرية والفاتحة والسورة إذا كانت سرية

وذهب المالكية والحنابلة إلى أن القراءة لا تجب على المؤتم مطلقا .
غير أن المالكية قالوا تندب في السرية وأن جهر فيها الامام . وتكره في
الجهرية وان لم يسمع من الامام
أما الحنابلة فقالوا تسن قراءته في سكتات الامام وفي الحالات التي
لا يسمع فيها الامام لاسراره أو بعده
ويتلخص أن الحنفية ينعون المؤتم من القراءة مطلقا . والشافعية
يوجبونها مطلقا . والحنابلة والمالكية لا يوجبون ولا يمتنعون : بل يستحبها
الحنابلة في السكتات وما ألحق بها سرية كانت الصلاة أم جهرية . ويستحبها
المالكية في السرية فقط

الأدلة

استدل الحنفية بالكتاب والسنة والقياس . أما الكتاب فقوله تعالى
(واذا قرىء القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون) أخرج البيهقي
عن الامام احمد قال : أجمع الناس على أن هذه الآية في الصلاة . وأخرج
عن مجاهد كان صلى الله عليه وسلم يقرأ في الصلاة فسمع قراءة فتى من الانصار . فنزل
(واذا قرىء القرآن الآية)

وعلى فرض أن الآية لم تنزل في الصلاة فالعبرة كما قرر الأصوليون
بعموم اللفظ لا بخصوص السبب . والآية تطلب من المكلفين استماعا وهو
خاص بالجهرية وانصاتا وهو يعم السرية والجهرية فيجب على المخاطبين أن
يستمعوا فيما يجهر به وأن ينصتوا فيما يسر به . وكان مقتضى ذلك أن يكون
الاستماع فرضا تركه حرام . لكن العمومات القاضية بطلب القراءة من

كل مصل جعلت دلالة الآية ظنية مفيدة للوجوب الذي توجب مخالفته
كراهة التحريم

أما السنة ، فمنها ، ما رواه أبو حنيفة عن عبد الله بن شداد عن جابر
رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال . من صلى خلف امام فان قراءة الامام له
قراءة . وهذا عام كما ترى فيشمل الجهرية والسرية ، ويؤيده ما جاء في
احدى رواياته أن رجلاً قرأ خلف رسول الله ﷺ وكان ذلك في الظهر أو
العصر ، فجعل رجل من أصحاب النبي ﷺ ينهاه عن القراءة في الصلاة ،
فلما انصرف أقبل عليه الرجل وقال : أتتهانى عن القراءة خلف رسول الله
ﷺ ، فتنازعا حتى ذكر ذلك للنبي ﷺ فقال ﷺ من صلى خلف امام
الحديث ، فهذه القصة تدل على منع القراءة لأن جواب النبي ﷺ فيها اخرج
تقرير النهي الصحاحى عن القراءة في الصلاة ، وقد كانت الصلاة سرية ،
وإذا تقررت النهي في السرية فمن باب أولى يتقرر في الجهرية ، وهذا الحديث
قد رفعه عدد من المحدثين بطرق صحيحة ورواه احمد عن جابر باسناد قال فيه ،
اسناد صحيح متصل رجاله كلهم ثقات ، ومنها ما روى عن أبى هريرة أن
رسول الله ﷺ قال . انما جعل الامام ليؤتم به فاذا كبر فكبروا واذا قرأ
فأنصتوا ، صححه مسلم

ومنها ما روى عن عمران بن حصين أن النبي ﷺ صلى الظهر فجعل رجل يقرأ
خافه سبوح اسم ربك الأعلى فلما انصرف قال . أيكم قرأ أو أيكم القارى
فقال الرجل . أنا ، فقال . لقد ظننت أن بعضكم خالجنها ، متفق عليه ،
١ سنى خالجنها نازعنيها ، وهذا الكلام يدل على انكار القراءة واذا أنكرت
في الظهر وهو صلاة سرية ففى الجهرية أولى

هذا وقد وردت آثار عن كثير من الصحابة وكلها صريحة في المنع عن القراءة . فمن علي (ليس على الفطرة من قرأ خلف الامام) وعن ابن مسعود - وقد سئل عن القراءة خلف الامام - انه قال . أنصت فان في الصلاة شغلا ويكفيك الامام . وعنه أن من قرأ خلف الامام ملئ فوه ترابا . وعن سعد ابن أبي وقاص . وددت الذي يقرأ خلف الامام في فيه جمرة

وأما القياس فقالوا . لو وجبت على المأموم لما سقطت عن المسبوق كسائر الأركان فقاموا قراءة المؤتم . على قراءة المسبوق في حكم السقوط فتكون غير مشروعة والاشتغال بغير المشروع مكروه

واستدل الشافعية أولاً بقوله تعالى . فاقرءوا ما تيسر منه . وبقوله (صلى الله عليه وسلم) لا صلاة إلا بقراءة . وقوله : لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب . وغير ذلك من العمومات القاضية بفرضية القراءة على كل مصل مأموماً كان أم غيره قالوا . ولا يصح العدول عن مقتضى العام الا لصارف ناهض وليس تمت ما يصلح لذلك فبقيت القراءة فرضاً على الكل . واستدلوا ثانياً بحديث أبي هريرة يرفعه . من صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم الكتاب فهي خداج غير تمام قال الراوى : فقات يا أبا هريرة انى أكون أحياناً وراء الامام ؟ فغمزنى في ذراعى وقال اقرأ بها في نفسك يا فارسى . رواه مسلم وأبو داود . وبحديث عبادة بن الصامت قال . صلى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) الصبح فنقلت عليه القراءة فلما انصرف قال انى أراكم تقرءون وراء إمامكم . قال . قلنا يارسول الله أى والله . قال . لا تفعلوا إلا بأم القرآن فانه لا صلاة لمن لم يقرأ بها . رواه أبو داود والترمذى . فهذه الاحاديث . خاصة بقراءة المأموم وهى صريحة في فرضيتها

ثم قالوا . ان صحت أحاديث الحنفية فهي بهذه الاحاديث محمولة على
غير الفاتحة جمعا بين الأدلة المثبتة للقراءة والنافية لها
واستدلوا ثالثاً . بان القراءة ركن فلا تسقط عن المأموم كسائر
الأركان .

واستدل المالكية والحنابلة على عدم وجوب القراءة في حق المأموم
بما استدل به الحنفية . وقالوا إن غاية ما تدل عليه عدم الوجوب لا النهي
عنها المقتضي للتحريم . واستدلوا أيضاً بما روى عن أبي الدرداء . قال سئل
النبي ﷺ . أفي كل صلاة قراءة ؟ فقال نعم . فقال رجل من الأنصار
وجبت هذه . فقال لي رسول الله وكنتم أقرب القوم اليه ما أرى الامام
إذا أم القوم إلا قد كفاهم . وما روى عن جابر من صلى صلاة لا يقرأ فيها
بأم الكتاب فهي خداج الا أن يكون وراء الامام . والحديثان ظاهران
أيضاً في عدم الوجوب . غير أن المالكية خصوا الامر بالاستماع والانصات
بالصلاة الجهرية وأيدوه بما روى عن أبي هريرة . أن رسول الله ﷺ انصرف
من صلاة جهر فيها بالقراءة . فقال هل قرأ أحد منكم آتفا ؟ فقال رجل
نعم يا رسول الله قال . فاني أقول مالي أنزع القرآن فاتتهى الناس عن القراءة
مع رسول الله ﷺ فيما يجهر فيه من الصلوات بالقراءة حين سمعوا ذلك
من رسول الله ﷺ . رواه أبو داود والنسائي والترمذي وقال حديث
حسن وهذا الحديث صريح في كراهة القراءة للمؤتم حالة الجهر . واستدلوا
على استحباب القراءة في حالة السر بقول النبي ﷺ . إذا أسررت بقراءة
فاقرأوا . رواه الدارقطني وإنما لم يحملوا الأمر في هذا الحديث على الوجوب
جمعا بينه وبين الأدلة القاضية بعدم الوجوب وقد تقدمت . أما الحنابلة فقد

تمسكوا بما تمسك به المالكية في الاستجاب حالة السر وألحقوا بها ما في
معناها من حالات عدم السماع لبعد أو لآفة . أو سكوت الامام : قالوا لأنه
في تلك الأحوال كلها غير سماع للقراءة فلا يحصل له مقصود الاستماع
فأشبهه السرية

قيل للحنفية . في الآية . ليس المقصود من الأمر بالاستماع والانصات
النهي عن القراءة الواجبة في الصلاة . بل المقصود ألا يشتغلوا بما يدل على
الأعراض عن القرآن عند قراءته ، يدل عليه ما جاء في سنن البيهقي عن أبي
هريرة ومعاوية انهما قالوا : كان الناس يتكلمون في الصلاة فنزلت هذه الآية .
ولاشك ان الأمر باستماع القرآن والانصات له انما يتجه لمن لم يكن مشتغلا
بالقرآن قراءة أو استماعا فالآية لا تمنع القراءة لأن القارئ غير معرض حتى
يقال له استمع وأنصت . على ان الظاهر من الآية أنها في الجهرية لأن
مقصود الاستماع لا يتحقق إلا فيها . وأما قول الحنفية ان المطلوب بها أمران
الاستماع وهو خاص بالجهرية والانصات وهو يشمل السرية فهو قول ينبو
عنه الذوق العربي فان الانصات ليس هو مجرد السكوت بل السكوت العميق
يقصد الاحاطة بكل ما يسمع لتدبره وتفهمه وقيل لهم في الأحاديث . بعد
تسليم صحتها ورفعها انها لا تدل على أكثر من عدم الوجوب وهذا لا يستلزم
القول بكراهتها تحريما . على ان ظاهر قوله . وَيَسْمَعُونَ . ظنت أن بعضكم
خالجنيها . انما هو النهي عن الجهر بالقراءة خلف الامام لأن الجهر بها هو
الذي يحقق الحاجة . ولا يلزم من انكار الجهر بالقراءة انكارها . وقيل لهم

في القياس على المسبوق ان سقوط القراءة عن المسبوق لفوات محلها وهو القيام. وهذا غير متحقق في المأموم فلا يصح القياس. أما الآثار التي رووها فعلى فرض صحتها فهي قول صحابي وهو ليس بحجة. على انه لم يسلم واحد منها عند أهل الترجيح.

* * *

وقيل للشافعية في العمومات انها مخصوصة بغير المأموم جمعاً بين الأدلة لاسيما وقد خصصت من قبل بالمسبوق اتفاقاً. على ان صلاة المأموم ليست خالية عن القراءة لأن الشارع أقام قراءة الامام مع استماع المأموم وانصاته مقام قراءة المأموم. وقيل لهم في حديث أبي هريرة انه محمول على غير المأموم كما جاء مصرحاً به في حديث جابر إلا أن يكون وراء الامام. أما قول أبي هريرة: اقرأ بها في نفسك. فقول صحابي. أما حديث عبادة. فقد قال ابن قدامة المقدسي في الشرح الكبير: لم يروه غير ابن أسحق ونافع بن محمود بن الربيع (وابن أسحق مدلس) ونافع أدني حالاً منه. وقيل لهم في القياس ان الاستماع قام بالنص مقام القراءة. فكان القياس في مقابلة النص فلا يسمع.

وقيل للحنابلة. ان الآية على فرض انها في قراءة الصلاة كما قالوا ظاهرة في وجوب الاستماع في الجهرية وهو يناهى القول باستحباب القراءة مطلقاً وقيل المالكية. ان حديث أبي هريرة. ضعيف لجهالة أحد رواه. ابن أكيمة. والذي يمكن الركوز اليه في هذا المقام يتبين مما يأتي:

قد وردت في هذا الباب كما رأيت أحاديث ظاهرها التعارض وقد تناولها

جميعاً التضعيف والتصحيح وما من حديث يحتج به فريق إلا ويغمزه الفريق الآخر على حين يجتهد كل في تصحيح ما تمسك به وقد بلغوا في هذا الباب أن نالوا من ثقة الامام أبي حنيفة . وهو الذي لا ينال في ورعه وتحفظه . وأنا امام معركة التعديل والتجريح وقد وصلت الى هذا الحد لا نستطيع مجارة المتحاربين حتى نسلك سبيل الترجيح بل نعمد الى سبيل الجمع والتوفيق وهو خير وأولى .

لا شك ان الأصل في قراءة الصلاة الفرضية على كل مصل ، وهو ما تقضى به العمومات كتاباً وسنة . كما ان آية (وإذا قرىء القرآن) ظاهرة في وجوب الاستماع على المأموم عند جهر الامام بالقراءة . وقد جاء مؤيداً لهذا الظاهر كثير من الأحاديث وقد مرت بك . وبهذا تخص العمومات الموجبة للقراءة على كل مصل فيخرج منها المأموم في الصلاة الجهرية وتبقى في حق المأموم في السرية على أصلها ، ولا شك ان مقصود الاستماع لا يتأتى مع القراءة فتكون منهياً عنها في حالة الجهر لاختلافها به وهو محمل الأحاديث التي تنهى عن القراءة وراء الامام . أما الأحاديث التي جاء فيها النهي عن القراءة في السرية ، فالمقصود بالنهي عنه فيها الجهر والتشويش . وسياق الأحاديث يرشد الى ذلك .

ومن هذا يظهر لك رجحان القول بوجوب القراءة على المأموم في السرية وما الحق بها . وحرمتها في الجهرية المسموعة وهو مختار الزهري وابن المبارك وقول لمالك واحمد واحق كما نقله صاحب المجموع عن ابن المنذر

قول ابن العربي في تفسيره آية (واذا قرىء القرآن فاستمعوا له

وأنصتوا) : والذي نرجحه وجوب القراءة في الأسرار لعموم الاخبار أما الجهر فلا سبيل الى القراءة فيه لثلاثة أوجه . أحدها أنه عمل أهل المدينة الثاني أنه حكم القرآن . قال الله سبحانه واذا قرىء القرآن فاستمعوا له وأنصتوا وقد عضدته السنة بمحدثين احدهما حديث عمران بن حصين (قد علمت أن بعضكم خالجنيتها . الثاني قوله واذا قرأ فأنصتوا . الثالث في الترجيح . ان القراءة مع جهر الامام لا سبيل اليها فتمت يقرأ ؟ فان قيل يقرأ في سكتة الامام . قلنا السكوت لا يلزم الامام فكيف يركب فرض على ما ليس بفرض لاسيما وقد وجدنا وجهاً للقراءة مع الجهر وهي قراءة القلب بالتدبر والتمكر . وهذا نظام القرآن والحديث وحفظ العبادة ومراعاة السنة . وعمل بالترجيح والله أعلم .

قصر الصلاة في السفر

اتفق الأئمة على أن للمسافر ان يقصر الصلاة الرباعية فيصلبها ركعتين . واختلفوا في حكم ذلك القصر فذهب الحنفية الى انه واجب عينا على المسافر فليس فرضه إلا الركعتين . حتى اذا نوى أربعا ولم يجلس على رأس الركعتين الاولين بطلت صلاته لتركه فرض القعود الأخير . وإذا جلس صح فرضه وكان الركعتان الأخريتان له نافلة . وهو مذهب الهاديوية . وقال الخطابي في معالم السنن : « كان مذهب أكثر علماء السلف وفقهاء الأمصار على أن القصر هو الواجب في السفر . وهو قول علي وعمر وابن عمر وابن عباس وروى عن عمر بن عبد العزيز وقادة والحسن » .

وذهب الأئمة الثلاثة إلى أن القصر ليس بواجب عينا وإنما هو رخصة

فالمكافئ مخير في اسقاط الفرض بين عزيمة الاتمام ورخصة التقصر . غير أنهم اختلفوا في حكم هذه الرخصة .

فقال المالكية : انها سنة مؤكدة يوجب تركها عمداً الاعادة في الوقت . وسهواً سجود السهو .

وقال الحنابلة : انها فضيلة ولا تكره العزيمة . وهو المشهور من مذهب الشافعية إذا كان السفر ثلاثة أيام . وان كان دونها فالاتمام أفضل . قالوا « وذلك للخروج من خلاف أبي حنيفة وموافقيه » .

وإذا كانت العلة في أفضلية الاتمام عند الشافعية فيما إذا كان السفر دون الثلاثة هي الخروج من خلاف العلماء فاصل المذهب أفضلية الرخصة وهو عين مذهب الحنابلة . وسنسير على هذا في الاستدلال ان شاء الله .

الأدلة

استدل الأئمة الثلاثة على أن القصر ليس واجباً عيناً بالكتاب والسنة والقياس . أما الكتاب فقولته تعالى (وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) ووجه الاستدلال أن الله نفي الجناح عنهم في القصر حين السفر ، وهو يدل على مجرد رفع الإثم . قال الشافعي : ولا يستعمل لا جناح إلا في المباح كقوله (ليس عليكم جناح أن تبغوا فضلاً من ربكم) وقوله تعالى (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء) (ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء) (ليس عليكم جناح أن تأكلوا جميعاً أو أشتاتاً) ، وأما قوله : تعالى (إن الصفا

والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه
أن يطوف بهما) فالغرض منه نفي ما كان عليه القوم من التحرج
من السعي لمسكان الاصنام ، وليس إيمان حكم السعي الذي استفيد من دليل
آخر « ٥١ .

وأما السنة فأولا (ماروى عن يعلى بن أمية قال : قلت لعمر بن الخطاب
فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين
كفروا) ، وقد أمن الناس : قال : عجبت مما عجبت منه فسأت
رسول الله ﷺ عن ذلك فقال : (صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته)
رواه الجماعة إلا البخارى . والتعبير عن القصر بأنه صدقة يدل على مكان
الرخصة فيه .

(وثانياً) ماجاء في صحيح مسلم وغيره أن الصحابة كانوا يسافرون مع
رسول الله ﷺ فمنهم القاصر ومنهم المتم ومنهم الصائم ومنهم المنفطر لا يعيب
بعضهم على بعض وهو نص في المطلوب .

(وثالثاً) ماروى عن عائشة رضي الله عنها قالت : خرجت مع
النبي ﷺ في عمرة في رمضان فأفطر وصمت وقصر وأتمت فقلت بأبي
وأمي أفطرت وصمت وقصرت وأتمت فقال أحسنت يا عائشة) رواه
الدارقطنى وقال هذا إسناد حسن

(رابعاً) ماروى عنها أيضاً أن النبي ﷺ (كان يقصر في السفر
ويتم ويفطر ويصوم) رواه الدارقطنى وقال إسناد صحيح

(خامساً) ماروى عن عبد الرحمن بن يزيد قال : صلى بنا عثمان بنى
أربع ركعات فقبل ذلك لعبد الله بن مسعود فاسترجع ثم قال : صليت مع

رسول الله ﷺ بمنى ركعتين ثم صليت مع أبي بكر بمنى ركعتين ثم صليت مع عمر بمنى ركعتين فليت حظي من أربع ركعات ركعتان متقبلتان . قالو : ولو كان القصر واجبا لما وافقوه على تركه

وأما القياس فمن وجهين . أحدهما أن العلماء أجمعوا على صحة اقتداء المسافر بالمقيم وعلى أن فرضه الإتمام حينئذ . فلو كان القصر فرضاً لما تغير بالاعتداء خلف المقيم ، أصله الصبح لما كان ركعتين فرضاً لم يتغير بالاعتداء خلف مصلي الظهر مثلاً

ثانيهما : أنه رخصة أيسح للسفر كالسح والقطر وجميع الرخص وهي مما يجوز تركه باتفاق العلماء فليكن القصر كذلك

أدلة القائلين بوجوب القصر

احتجوا على وجوب القصر بحجج .

الأولى -- ملازمة ﷺ القصر في جميع أسفاره ولم يصح عنه أنه أم

الرباعية في سفر قط

وقد جاء في ذلك حديث ابن عمر قال . صحبت النبي ﷺ وكان

لا يزيد في السفر على ركعتين وأبا بكر وعمر وعثمان كذلك (متفق عليه

الثانية -- (ماروى عن عائشة رضی الله عنها قالت : فرضت الصلاة

ركعتين ثم هاجر فقضت أربعاً وتركت صلاة السفر على الأول) رواه

احمد والبخارى وهو متفق على صحته

الثالثة -- ماروى عن عمر أنه قال « صلاة السفر ركعتان وصلاة

الأضحى ركعتان وصلاة الفطر ركعتان وصلاة الجمعة ركعتان تمام من غير قصر على لسان محمد صلى الله عليه وسلم « رواه أحمد والنسائي وابن ماجه

الرابعة — ماروى عن ابن عمر قال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتانا ونحن ضلال فعلمنا فكان فيما علمنا أن الله عز وجل أمرنا أن نصلى ركعتين في السفر (رواه النسائي

الخامسة — قالوا إن الشفع الثاني لا يقضى ولا يؤتم بتركه باتفاق العلماء وهذا آية النافلة إذ لا يتصور ثبوت الترخص في الترك المطلق مع قيام الفرضية

هذه حجج الفريقين في المسألة

ويتجه على الفريق الأول في الاستدلال بالآية أنها وردت في قصر الصفة في صلاة الخوف لافي قصر العدد في السفر وذلك لما علم من سبق مشروعية قصر العدد على نزول الآية ويرشح حمل القصر في الآية على قصر الصفة قوله تعالى بعدها (وإذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة فنتقم طائفة) الخ فانه ظاهر في بيان كيفية صلاة الخوف خاصة . وقوله تعالى (ان خفتم) يدل على اعتبار الخوف شرطا في القصر ولا شك أن قصر العدد غير خاص بحالة الخوف اتفاقا . فالغاء الشرط والغاء البيان وحمل الآية على قصر العدد مع التعميم في حالتى الأمن والخوف خروج عن الظاهر لا يصار اليه الا بدليل ، نعم فهم بعض الناس أنها في قصر السفر وكان منهم عمر وليكن لما سأل الرسول صلى الله عليه وسلم عن القصر في الامن وأجاب به بأنه صدقة —

علم انه شرع مستقل عن الآية ولذلك قال : صلاة السفر ركعتان الخ .
وقال أمية بن خالد لعبد الله بن عمر : انا نحمد صلاة الخوف في القرآن ولا نجد
صلاة السفر في القرآن ؟ فقال له ابن عمر : يا أخى ان الله بعث محمداً ﷺ
ولا نعلم شيئاً فانما نفعل كما رأينا محمداً ﷺ يفعل

ويتجه عليهم في حديث يعلى بن أمية أن التعبير عن القصر بالصدقة
لا يدل على أن الإتمام هو العزيمة وأن القصر رخصة يجوز تركها لأن
اليسر وعدم الحرج مماروعى في أصل التشريع . وبهذا الاعتبار يصح
التعبير بصدقة عن كثير من المنسوعات الأصلية التي لا يجوز تركها

ويتجه عليهم فيما استدلوا به من فعل الصحابة ما قاله الشوكاني في نيل
الأوطار : إننا لم نجد في صحيح مسلم قوله (فمنهم القاصرون ومنهم المتم) وليس
فيه الأحاديث الصوم والافطار . وإذا ثبت ذلك فليس فيه أن النبي
ﷺ اطاع على ذلك وقرره عليه . وقد نادى أقواله وأفعاله بخلاف
ذلك . وليس ذلك منهم باجماع . معتبر فانه قد تقرر أن اجماع الصحابة
في عصره ﷺ ليس بحجج . على أن الخلاف بينهم في ذلك مشهور
بعد موته . وقد أنكر جماعة منهم على عثمان لما أتم بنى وتأولوا له
تأويلات اه

ويتجه عليهم في حديث عائشة الأولى ان في اسناده العلاء بن زهير عن
عبد الرحمن بن الأسود . والعلاء بن زهير قال فيه ابن حبان : كان يروى
عن الثقات ما لا يشبه حديث الاثبات فبطل الاحتجاج به فيما لا يوافق
الاثبات . وعبد الرحمن بن الأسود اختلف في سماعه منها فقيل دخل عليها
وهو مراهق وقال أبو حاتم أدخل عليها وهو صغير ولم يسمع منها وبذلك

يكون منقطعا . ثم قال صاحب البدر المنير ان في متن الحديث نكارة وهو كون عائشة خرجت معه في رمضان والمشهور انه صلى الله عليه وسلم لم يعتمر الا اربع عمر ليس ممنه شيء في رمضان . وقال ابن حزم هذا حديث لا خير فيه

ومما يدل على بطلان هذا الحديث أن الزهري قال لهشام - لما حدثه عن أبيه عن عائشة بحديث (فرضت الصلاة) - فما شأنها كانت تم الصلاة؟ قال تأولت كما تأول عثمان . فاذا كان النبي حسن فعلها كما جاء في الحديث وأقرها عليه فلا حاجة بها الى التأويل وليس للتأويل حينئذوجه . ولا يصح أن يضاف آتمامها اليه

لهذا كله حكم ابن تيمية بأن الحديث باطل وقال : ما كانت أم المؤمنين لتخالف رسول الله صلى الله عليه وسلم وجميع أصحابه فتصلي خلاف صلاتهم ، كيف وقد صح عنها أن الله فرض الصلاة ركعتين ركعتين ، فلما هاجر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المدينة زيد في صلاة الحضر وأقرت صلاة السفر؟ فكيف يظن بهم - مع ذلك أن تصلي بخلاف صلاة النبي صلى الله عليه وسلم والمسلمين معه اه .

وقال الشوكان ان تلك المطاعن توجب بمجرد سقوط الاستدلال به عند عدم المعارض فكيف وهو معارض بما في الصحيحين وغيرهما من طريق جماعة من الصحابة

ويتجه عليهم في حديثها الثاني أن الرواية المصححة عند الدارقطني هي رواية التاء في (تم) وعلى ذلك تكون هذه الرواية موافقة لحديثها الأول

(أفطرت وصمت) والرد عليهما واحد وهو ما تقدم لابن تيمية ، ومع ذلك فقد استنكرها أحمد . وقال ابن حجر : ان صحتها بعيدة فان عائشة ما كانت تم في زمن الرسول وانما آتت بعده . وقد ذكر عروة انها تأولت ما تأول عثمان كما في الصحيح . فلو كان عندها عن النبي ﷺ رواية لما احتاجت الى التأول ، ثم على فرض صحة آتامها بعده ﷺ فهو حكاية لفعالها خاصة وفعالها على فرض عدم معارضته لقول النبي ﷺ وفعاله لا حجة فيه فكيف اذا عارض الثابت عنه من طريقها وطريق غيرها من الصحابة ؟

ويتجه عليهم في الاستدلال بالمروى عن عثمان أن يتحدث مع ابن مسعود فيما فعله عثمان دليل على انه لم يكن معهوداً عند الأصحاب وقد جاء انكار ابن مسعود بقوله « فليت حظي » الخ مؤيداً لمخالفته المعهود عندهم .

هذا وقد تأول العلماء لعثمان وذكروا الاتمامه تأويلات أحسنها كما قال ابن القيم أنه كان قد تأهل بمنى وقد روى في ذلك أحمد : أنه صلى أربع ركعات بمنى فأنكر الناس عليه فقال : يا أيها الناس إنى تأهلت بمكة منذ قدمت : وإنى سمعت رسول الله ﷺ يقول : من تأهل في بلد فليصل صلاة المقيم . وما يقال من الطعن في هذا الحديث انما يتجه ان صحح على تعيين هذا التأويل بخصوصه .

أما مسألة اقتداء المسافر بالمقيم فقد قال صاحب السراج في مسافر اقتدى بمقيم ولم يجلس الامام المقيم على رأس الركعتين الأولىين ، وتابعه المأموم المسافر : ان صلاة المسافر باطلة ، ووجهه أنه ترك القعود الذي هو فرض عليه . وهو

يدل على أن الفرض في حقه ركعتان فقط ويكون في الآخرين مقتدياً في نقل
بمفترض ولا مانع منه. قلنا أن نلتزم هذا ونمنع اجماع العلماء على أن
فرضه في تلك الحالة أربع ركعات. ويؤيد هذا أن اسحق ابن راهويه أجاز
القصر للمسافر المقتدى بالمقيم. فليس ثمة اجماع فلا يصح استدلالهم به. وهذا
هو اختيارنا في المسألة

أما جمهور الحنفية فيقولون أن فرضه تغير إلى الأربع عملاً بنية
المتابعة وما دام في الوقت فهو في عرصة التغير بطرونية الإقامة، فلم
يتقرر فرضه ركعتين. فنية المتابعة في الوقت مع عدم التقرر المذكور
أثرت في الإتمام حتى لو زالت المتابعة بأن أفسد المسافر صلاته خلف
المقيم فإنه لا يصلّي سوى ركعتين ولا أثر لنية المتابعة. وبما قرروه
ظهر فرق بين المقيس والمقيس عليه. فإن الصبح ليس بعرضية التغير
أصلاً بخلاف المقيس فإنه باتفاق عرضة للتغير بطرونية الإقامة كما قلنا
ولذا كان لا يصح له الاقتداء بالمقيم بعد خروج الوقت لتقرر الركعتين
فقياسهم صلاة المسافر في الوقت على صلاة الصبح قياس مع الفارق.
وواقع ما قررا الحنفية أنه تسليم لحجة الخصم ومحاولة للتخلص منها بما
لا يدفعها فإن نية الإقامة مما يؤثر في السفر باتفاق العلماء ومعقول أن يتأثر
السفر وتغيير أحكامه بنية الإقامة

أما دعوى أن نية المتابعة في الوقت تنهض سبباً للتغير المذكور كنية
الإقامة فدعوى تعوزها الحجة والوجه هو ما اخترناه سابقاً
ويتجه عليهم في قياس القصر في السفر على القصر في الصوم أن
الحنفية لا يرون القصر رخصة إلا مجازاً باعتبار الصورة. وحقيقته

أنه عزيمة شرعت أولا وأقرها الشارع. غاية ما في الأمر أنه لوحظ فيها ابتداء وبقاء التخفيف على المسافر. ومثل هذا لا تنطبق عليه الرخصة الحقيقية المصطلح عليها عند العلماء. فلا يصح قياسها على ما هو رخصة حقيقية شرعت لعذر تخفيفا لحكم آخر دليله لا يزال معمولاً به

هذا ما يتجه على أدلة الأئمة الثلاثة. وقد نوقشت أدلة القائلين

بالوجوب من وجوه

(أولاً) قيل لهم في الأولى: أن مجرد المداومة لا يدل على الوجوب كما ذهب إلى ذلك جمهور علماء الأصول.

(وثانياً) أن حديث عائشة « فرضت الصلاة » الخ غير مرفوع وبأنها لم تشهد زمن فرض الصلاة.

(وثالثاً) في حديث عمر أن عبدالرحمن بن أبي ليلى لم يسمع منه لأن عبدالرحمن - كما في تهذيب الرجال - ولد لست بقين من خلافة عمر.

(ورابعاً) في الحجة الخامسة أن عدم الائتم بالترك لا يدل على عدم الوجوب دليله الزيادة في الصلاة على قراءة آية أو ثلاث آيات وعلى أصل الركوع أو السجود. وصوم المسافر وحج الفقير. فإن ترك واحد منها لا يوجب الائتم مع أنها إذا حصلت كانت فرضاً. فلا يكون عدم التأيم في الترك دليل النافذة.

ويجاب عن المناقشة الأولى بأن مداومة الرسول ﷺ مع عدم وجود دليل يدل على جواز الترك من قول أو إقرار ظاهر في الوجوب وإلا ترك ولو مرة شريعاً للجواز.

وقد نص الأصوليون على أن الفعل إذا كان بياناً لمجمل كان حكمه حكم

المبين وقد جاء قوله عليه الصلاة والسلام « صلوا كما رأيتموني أصلي » بيانا
لمجمل الصلاة في جميع جهاتها ومنها صلاة السفر التي هي موضع النزاع
« وعن المناقشة الثانية » بأن عدد الصلاة مما لا مجال للرأى فيه فغير
المرفوع فيه له حكم الرفع . وعلى تقدير أنها لم تدرك وقت الفرضية فيكون
مرسل صحابي وهو حجة .

(وعن الثالثة) سلمنا أن عبدالرحمن لم يسمع من عمر ونقول . الحديث
رواه أحمد من طريق عبدالرحمن عن كعب بن عجرة عن عمر فقايته أنه
مرسل والمرسل ثقة وقد عضدته الأحاديث الأخرى .

(وعن الرابعة) بأننا لانسلم فرضية الزائد على أصل القراءة
والركوع والسجود . وبذلك قال بعض الحنفية وهو المتفق مع إجماعهم
أن في كل من القراءة والركوع والسجود فرضا وسنة . وإذا جارينا الأكثر
في أن كل ما يقع يكون فرضا فذلك - كما قالوا - لأن الأمر بالقراءة
والركوع والسجود طلب للمطلق وهو يصدق بكل فرد تحقق فيه طال
أم قصر . أما الأمر بالصلاة فهو مقيد بالأربع في حق المقيم وبالركعتين
للمسافر فلا يتناول غير المعين .

وأما الصوم فقد علمت أن دليله لا يزال قائما معمولا به . وأما الحج فلم
يصر فرضا إلا بعد أن تحقق وجوبه بالاستطاعة البدنية حين دخون مكة

بقي أن الأئمة الثلاثة اختلفوا فيما بينهم فذهب المالكية إلى أن القصر
سنة مؤكدة . وذهب أحمد والشافعي إلى الإباحة . وقد حكما معنى الرخصة
وقاسا القصر على غيره من الرخص ولم تثبت عندهما مواظبة الرسول علي

القصر وتأولا حديث (فرضت الصلاة ركعتين) وقد علمت مافى القياس وعلمت أن حديث عائشة في انمام النبي ﷺ لم يصح . ولا وجه لتأولا به حديث (فرضت الصلاة) من أنه محمول على من يريد الاقتصار عليهما .
أوان الفرض فيه بمعنى التقدير

أما المالكية فرأوا أنفسهم أمام المعقول للرخصة وأنه يدل على الاباحة . وأمام مداومة الرسول على القصر مع حديث (فرضت الصلاة) فقالوا إن العمل بمقتضى الرخصة فقط إهمال لمقتضى مداومة والحديث وفي العكس إهمال لمعنى الرخصة . والجمع في مثل هذا واجب فلتحمل المواظبة على السننية ويؤول حديث عائشة . ويظهر عمل الرخصة في نفي الوجوب الصادق بالسننية .

وكانهم رأوه طريقا وسطا بين القول بالوجوب والقول بالاباحة فساكوه وقد علمت أن الرخصة هنا ليست هي الرخصة الحقيقية التي يكون أثرها الاباحة مع جواز الاتيان بالعزيمة فلا ينهض معناها على مراضة المواظبة وحديث الفرضية الذي لا يقبل التأويل

ولعلك تدرك مما سبق المذهب الراجح في هذه المسألة والله يوفقك

الجمع بين الصلاتين

لاخلاف بين الأئمة في أن الجمع بين الظهر والعصر جمع تقديم في وقت الظهر بعرفة وبين المغرب والعشاء جمع تأخير في وقت العشاء بمزدلفة سنة للحاج . وعلى ذلك اقتصر الحنفية ومنعوا الجمع في الوقت بين صلاتين في غير هذين المكانين . وهو قول الحسن والنخعي وغيرهما

أما سائر الأئمة فقد أجازوه في غير المكانين المذكورين على الوجه
الآتي :

فالشافعية يجيزون الجمع بين الظهرين والعشاءين جمع تقديم وتأخير
لمسافر له رخصة القصر . ويجيزون فيها لمقيم جمع التقديم فقط بسبب المطر
الذي يبل الثياب .

والمالكية يجيزونها بسبب السفر ولو قصيرا بعد أن يكون مباحا . ويجيزون
للمقيم أن يجمع جمع تقديم بين الظهرين والعشاءين إذا خاف حصول دوخة
تمنع من أداء الصلاة على وجهها أو إنغماء يمنعه من الصلاة عند دخول وقت
الثانية ويجيزون للمقيم أيضاً جمع التقديم في المسجد بين العشاءين فقط بسبب
المطر الغزير والوحل الكثير مع الظلمة .

والحنابلة يجيزون جمعي التقديم والتأخير في الظهرين والعشاءين للمسافر
سفر قصر وللمريض الذي تلحقه المشقة بترك الجمع والمرضع والمستحاضة
والمعدور والمأجور عن الطهارة لكل صلاة وعن معرفة الوقت ولمن خاف على
نفسه أو ماله أو عرضه . وإن خاف ضررا يلحقه في معيشته بترك الجمع .
ويجيزونها بين العشاءين خاصة بسبب الثلج والجليد والوحل والبرد الشديد
والمطر الذي يبل الثياب .

ولكل مذهب من هذه المذاهب شروط خاصة فيما أجازته من الجمع
تعرف بمراجعة كتبه .

وحكي الشوكاني أن جماعة من العلماء ذهبوا إلى جواز الجمع مطلقا بشرط
الآ يتخذ ذلك خلقا وعادة . قال في فتح الباري وممن قال به ابن سيرين
وربيعة . وأشهب وابن المنذر والقفال الكبير وحكاه الخطابي عن جماعة من

أصحاب الحديث . وحكاه غيره عن غيرهم . ونسبه في المعنى إلى ابن شبرمة أيضاً .

مما تقدم يتبين :

أولاً - ان الأئمة الثلاثة يُرون جواز الجمع لغير الحاج بعرفة ومزدلفة . ويخالفهم في ذلك الحنفية
ثانياً - ان الأئمة الثلاثة يرون جواز الجمع بالسفر غير أن الشافعية والحنابلة يشترطون أن يكون سفر قصر . ولا يشترطه الامام مالك .
ثالثاً - أن الأئمة الثلاثة يرون جواز الجمع بالمطر . غير أن الشافعية والمالكية يخصونه بالتقديم ، ويحجزه الشافعية في الظهرين والعشاءين .
والمالكية في العشاءين فقط ، أما الحنابلة فيحجزونه في العشاءين فقط تقديماً وتأخيراً .

رابعاً - أن المالكية والحنابلة يحجزون الجمع مطلقاً بالمرض . لكن المالكية خصوه بالانماء وما في معناه . وأطلقه الحنابلة . وخالفها الشافعي فلم يحجزه بالمرض مطلقاً .

خامساً - أن الحنابلة انفردوا بجوازه لأصحاب الأعذار وللخائف ومن اليها . وبذلك كان مذهب الحنابلة أوسع المذاهب الأربعة في مسألة الجمع . وكان مذهب الحنفية أضيقها وبينهما الشافعية والمالكية . والمالكية أقرب إلى الحنابلة . والشافعية أقرب إلى الحنفية .

الأدلة

استدل الحنفية . أولاً - بأن الأحاديث الواردة بتعيين الأوقات ثبتت

بالتواتر أو الشهرة فلا يجوز تركها غير دليل يساويها .

ثانياً - بما روى أبو داود عن ابن عمر أنه قال . ما جمع رسول الله ﷺ بين المغرب والعشاء قط في السفر إلا مرة واحدة . وبما روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه : والذي لا إله غيره ما صلى رسول الله ﷺ صلاة قط إلا لوقتها إلا صلاتين جمع بين الظهر والعصر بعرفة . وبين المغرب والعشاء بجمع . رواه البخارى ومسلم .

ثالثاً - بأن تقديم الصلاة عن وقتها . فعل لها قبل تحقق شرط الانعقاد وسبب الوجوب وهو الوقت فلا تنمقد وتكون باطلة وتأخيرها حتى يخرج وقتها ويدخل وقت الثانية تفريط - وقد قال عليه الصلاة والسلام ليس في النوم تفريط إنما التفريط في اليقظة رواه مسلم . وقال أبو جعفر الطحاوى قال ذلك وهو مسافر فدل على أن مناط التفريط وعدمه اليقظة والنوم ولا دخل فيهما للإقامة والسفر . فاستوى المسافر والمقيم . وبذلك علم أن تأخير الصلاة عن وقتها تفريط ما لم يكن عن نوم لا غير وهذا كالقاعدة العامة تشمل غير الصبح كما تشمل الصبح الذى وردت فيه . والذي لا يجمع مع غيره

الجمع بالسفر عند الثلاثة

استدل الثلاثة على جواز الجمع بالسفر أولاً بما روى عن أنس قال كان رسول الله ﷺ إذا رحل قبل أن تزنغ الشمس أخر الظهر إلى وقت العصر ثم نزل يجمع بينهما فان زاعت قبل أن يرتحل صلى الظهر ثم ركب . متفق عليه وفي رواية لمسلم كان إذا أراد أن يجمع بين الصلاتين في السفر يؤخر

الظهر حتى يدخل أول وقت العصر ثم يجمع بينهما
وثانيا - بما روى عن معاذ أن النبي ﷺ كان في غزوة تبوك إذا ارتحل
قبل أن تزيع الشمس صلى الظهر والعصر جماعة ثم سار . وكان إذا ارتحل
قبل المغرب أخر المغرب حتى يصلها مع العشاء . وإذا ارتحل بعد المغرب
عجل العشاء فصلاها مع المغرب رواه أحمد وأبو داود والترمذي
وثالثا - ما روى عن ابن عمر أنه استغث على بعض أهله فجذب به السير
فأخر المغرب حتى غاب الشفق ثم نزل فجمع بينهما . ثم أخبرهم أن رسول
الله ﷺ كان يفعل ذلك إذا جده به السير رواه الترمذي بهذا اللفظ وصححه
ومعناه لسائر الجماعة إلا ابن ماجه

رابعا - ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم
كان في السفر إذا زاعت الشمس في منزله جمع بين الظهر والعصر قبل أن يركب
فاذا لم تزغ له في منزله سار حتى إذا حانت العصر نزل فجمع بين الظهر والعصر
وإذا حانت له المغرب في منزله جمع بينهما وبين العشاء . وإذا لم تكن في منزله
ركب حتى إذا كانت العشاء نزل فجمع بينهما رواه أحمد والشافعي في مسنده
بنحوه وقال . فيه : وإذا سارت قبل أن تزول الشمس أخر الظهر حتى يجمع
بينها وبين العصر في وقت العصر

قالوا : هذه أخبار صحيحة وردت بجمعه ﷺ في السفر . وهي
نصوص لا يتطرق إليها تأويل فوجب الأخذ بها وكأها صريحة ومتفقة على
ثبوت جمع التأخير (أي فعل الأولى في وقت الثانية) . وحديثا معاذ وابن عباس
صريحان في ثبوت جمع التقديم (أي فعل الثانية في وقت الأولى) وكما استدل
الإمامة بالأحاديث المتقدمة . استدلوا أيضا بالاستنباط من صورة الجمع المتفق

عليه . فقالوا من الواضح أن الجمع بعرفة والمزدلفة سببه احتياج الحجاج اليه
لاشتغالهم بالناسك وهذا المني موجود في كل الاسفار لتحقق الاشتغال
فيها . ولم نعهد في الشرع أن لخصوص النسك دخلا في ثبوت الترخص .
واما الذي عهدناه ثبوت الترخص في الاسفار المباحة كالمصر والنظر لمكان
المشقة . فليثبت الجمع في صورة النزاع لتحقق علته .

الجمع بالمطر

استدل الثلاثة على جواز الجمع بالمطر . أولا . بما روى عن ابن عباس
رضي الله عنهما أن النبي ﷺ صلى الظهر والعصر والمغرب والعشاء جميعا من
غير خوف ولا سفر . ثانيا بما روى يحيى بن واضح عن موسى بن عقبة عن
نافع عن ابن عمر . أن النبي ﷺ جمع في المدينة بين الظهر والعصر في المطر
ثالثا - بما رواه الاثرم في سننه عن أبي سلمة بن عبد الرحمن . أنه
قال من السنة إذا كان يوم مطير أن يجمع بين المغرب والعشاء وفي البخاري
باسناده ان النبي ﷺ جمع بين المغرب والعشاء في ليلة مطيرة وبهذه الاحاديث
تبين أن الجمع الوارد في حديث ابن عباس كان لسبب المطر . ولذلك قال مالك
بعد روايته . أرى ذلك في المطر

الجمع بالمرض

استدل الحنابلة على جواز الجمع بالمرض بما روى ابن عباس . قال جمع
رسول الله ﷺ من غير خوف ولا مطر . وفي رواية من غير خوف ولا سفر
وبجموع الروايتين يتبين أنه جمع لغير واحد من ثلاثة - الخوف والمطر
والسفر - قالوا واجمع العلماء على انه لا يجوز الجمع لغير عذر فوجب أن يكون

الجمع هنا المرض إذ لا عذر غيره وراء الثلاثة .

أما المالكية فقد جعلوا المريض قسمين قسم لا يجوز له الجمع . وهو الذي يثبت له الترخيص في الكيفية . وقسم أباحوا له الجمع وهو الذي يعتاد نوبة انغماء أو دوخة في وقت تمنعه من إداء الصلاة على وجهها فأبأ حواله جمع التقديم صوتاً للصلاة .

وبهذا يتبين أنهم حكموا في إباحة الجمع بالمرض مجرد المعنى المعقول ولم يعتمدوا على حديث ابن عباس .

الجمع بغير الثلاثة

قد علمت أن الحنابلة قد توسعوا في إباحة الجمع فأجازوه بأسباب غير السفر والمطر والمرض كالاتحاضة وغيرها من الأعذار . وقد استندوا في الاستحاضة إلى قول النبي ﷺ لحنمة بنت جحش حين استفتته في الاستحاضة (وإن قويت على أن تؤخرى الظهر وتعجلي العصر فتتسبين ثم تصابن الظهر والعصر جميعاً ثم تؤخرى المغرب وتعجلي العشاء . ثم تغتسلين وتجمعين بين الصلاتين فافعلي رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه .

قالوا : ويقاس عليها صاحب السلس ، ثم حكموا في الباقي سبب الرخصة وهو الحرج والمشقة في النفس أو في المال

الجمع للحاجة

استدل القائلون بجواز الجمع للحاجة ولغير الأسباب المتقدمة بحديث ابن عباس أن النبي ﷺ صلى بالمدينة سبعاً وثمانياً . الظهر والعصر والمغرب

والعشاء . متفق عليه وفي لفظ للجماعة إلا البخاري وابن ماجه جمع بين الظهر
والعصر والمغرب والعشاء بالمدينة من غير خوف ولا مطر قيل لابن عباس
ما أراد بذلك قال : أراد ألا يخرج أمته

قال في فتح الباري . واستدل لهم بما وقع للنسائي من طريق عمرو بن
هرم عن أبي الشعثاء أن ابن عباس صلى بالبصرة الأولى والعصر ليس بينهما شيء
فعل ذلك من شغل وفيه رفعه الى النبي ﷺ وقد كان شغل ابن عباس بالخطبة
على مافي رواية مسلم من طريق عبدالله بن شقيق واخرج الطبراني مثله عن
ابن عباس مرفوعا وفيه صنعت هذا لثلاث تخرج أمتي قالوا : واردة دفع الحرج
تفدح في حمل الجمع على الصوري لأن القصد اليه لا يخلو عن حرج . وقالوا
أيضا إذا كان المعنى في الجمع بعرفة هو التفرغ للدعاء وسماع الخطبة فلا يبعد أن
يعتبر هذا سببا لمشروعية الجمع عند كل حاجة الا ان يصير ذلك خلقا وعادة .

هذه أدلة المذاهب في مسألة الجمع وللناظر في أدلة المجيزين مسالك
أحدهما من جهة الرواية والآخر من جهة الدلالة . أما الاول فيتجه على
الاستدلال بحديث معاذ انه من رواية قتيبة تفرد به وقال ابو سعيد بن يونس
لم يحدث بهذا الحديث الاقتيبة ويقال انه غلط فيه وقال ابو داود انه حديث
منكر وليس في جمع التقديم حديث قائم . وقال صاحب البدر المنيران الحفاظ
في هذا الحديث خمسة أقوال أحدها انه حسن غريب . قاله الترمذي . ثانيها
انه محفوظ صحيح قاله ابن حبان . ثالثها انه منكر قاله ابو داود . رابعها انه
منقطع قاله ابن حزم خامسها . انه موضوع قاله الحاكم والمعروف عند أهل
العلم في حديث معاذ انه عن طريق أبي الزبير عن أبي الطفيل عن معاذ وليس
فيه جمع التقديم . وأمام هذا الاختلاف لا ينهض الحديث حجة في جواز جمع

التقديم ولا في معارضة أحاديث المانعين التي لا خلاف لأحد في صحتها بل
التي قد بلغت حد الشهرة وتآمتها الأمة بالقبول والروايات الأخرى التي رواها
ابن القيم تعصيها لهذا الحديث لا تخلو من ضعف عند أهل العلم . فان من
رواة بعضها . حسين بن عبدالله بن عبيد الله وقد قال فيه أبو حاتم . أنه
ضعيف لا يحتج بأحاديثه . وضمفه أيضا ابن معين . وقال أحمد أن له أشياء
منكرة وقال النسائي إنه متروك الحديث . وقال فيه ابن حبان : كان يقلب
الأحاديث ويرفع المراسيل . وكفي هذا علة

ومتي كانت الروايات المذكورة بهذه المثابة . فلا تنهض على تقوية
هذا الحديث حتى يعارض المشهور

ويتجه على الاستدلال بحديث ابن عباس الوارد في الجمع بالسفر أنه
من رواية حسين المتقدم . وقد علمت ما قيل فيه وبهذه النظرة يتبين عدم صحة
الاحتجاج بحديثي معاذ وابن عباس على جواز جمع التقديم في السفر
أما المسلك الثاني فهو في الأحاديث التي زعموا أنها تدل على جواز جمع
التأخير وحاصله أن معظم هذه الأحاديث يحتمل احتمالاً قوياً الجمع الصوري
وهو تأخير الأولى إلى آخر وقتها وتقديم الثانية لأول وقتها فتودي الصلاتان
وليس بينهما شيء . وقد حمل عليه الأئمة أنفسهم حديث ابن عباس الذي
استند إليه القائلون بجواز الجمع للحاجة . ولا سبيل لتخلصهم منه إلا بالحمل
على ذلك فليكن هذا هو السبيل في كل ما صح عن ابن عباس في رواية الجمع
ومما جاء صريحاً في ذلك عن ابن عباس ما أخرجه النسائي بلفظ صليت مع
النبي صلى الله عليه وسلم الظهر والعصر جميعاً . والمغرب والعشاء جميعاً . أخر
الظهر وعجل العصر وأخر المغرب وعجل العشاء . وما أخرجه ابن جرير عن ابن

عمر قال : خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان يؤخر الظهر ويعجل العصر فيجمع بينهما ويؤخر المغرب ويعجل العشاء فيجمع بينهما . ومارواه الشيخان عن عمرو بن دينار في جمع ابن عباس لشغله بالخطبة في البصرة . أنه قال يا أبا العشاء أظنه أخر الظهر وعجل العصر وأخر المغرب وعجل العشاء . قال وأنا أظنه .

هذا هو السبيل في كل الأحاديث الدالة على مطاق الجمع ويعين هذا الحمل قسم ابن مسعود الذي يستل كل شبهة في الموضوع ولا يمنع من حمل الأحاديث على الجمع الصورى ما جاء في بعضها من التصريح بخروج الوقت الاول أو بدخول الثانى كما في حديث أنس برواية مسلم (حتى يدخل أول وقت العصر) وكما في حديث ابن عمر (حتى غاب الشفق) وذلك لا مكان الحمل على معنى المقاربة نظير قوله تعالى « فادا بلغن أجلهن » وقوله تعالى « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت » فان المعنى فيهما على المقاربة باتفاق .

هذا - وقد طعن الخطابى في حمل الأحاديث على الجمع الصورى وقال : لأنه يكون أعظم حرجا من الاثنان بكل صلاة في وقتها لأن أوائل الأوقات واواخرها مما لا يدركه الخاصة فضلا عن العامة اهـ

وأجاب عنه الشوكانى بما حاصله : إن الشارع وضع للأوقات علامات ظاهرة تدرك بالحس لا تلتبس على أحد ولا شك أن الجمع الصورى بين الصلاتين أخف من فعلهما على غير هذا الوجه . وأجاب عنه الزيلعى بأن الحرج لا يكون إلا إذا وجب التأخير إلى آخر الوقت ولم يقل بذلك أحد وإنما خير المكلف بين أن يفعل كل صلاة في أول وقتها وبين أن يؤخر الأولى

ويقدم الثانية . ولا شك أن هذا التخيير تسهيل وتخفيف بالنسبة لما عرف عن النبي ﷺ من الاداء في أول الوقت .

وبالحمل على الجمع الصوري يمكن التخلص من أدله الجمع بغير السفر من سائر الأعدار التي تقدمت .

هذا - وقد حاول بعض الفقهاء أن يضعف من شأن أدلة الحنفية على منع الجمع فقال :

أولا - إن أحاديث المواقيت وحديث التفريط عامة في السفر والحضر وأحاديث الجمع خاصة بالسفر . والشأن في هذا أن يحمل العام على الخاص .
وثانيا - في حديث أبي داود عن عمر أن أبا داود قال : روى موقوفاً على ابن عمر من فعله .

وبذلك يكون مرفوعاً في رواية وموقوفاً في أخرى . وقد قالوا : إن الحديث إذا روى مرفوعاً ومرفوقاً في الاحتجاج به خلاف فلا ينهض حجة وعلى فرض صحة الاحتجاج به فقد روى عن ابن عمر نفسه أخبار صريحة وصحيحة في جمعه ﷺ وبذلك وجب إمارد هذه الرواية أو تأويلها بما يتفق مع رواياته الأخرى .

وثالثاً - قالوا في حديث ابن مسعود : انه نفي فيقدم عليه الاثبات . وللحنفية أن يقولوا في المناقشة الأولى : إن الخاص والعام يتعارضان والحكم للترجيح وهو هنا بتقديم الحاضر (أحاديث المواقيت وما إليها) على المبيح (أحاديث الجمع) لا سيما أن هذه لم تبلغ درجة تلك كما تقدم
«وفي الثانية» ان المختار صحة الاحتجاج بما روى مرفوعاً وموقوفاً وما الروايات التي رويت عن ابن عمر في الجمع فسبيلها الحمل على الجمع الصوري

كما تقدم وحملها على الجمع الصوري أقرب من تأويل رواية عدم الجمع بحملها على أن ابن عمر لم ير النبي ﷺ بجمع في حال السير .

وفي الثالثة أن القول بتقديم النفي على الاثبات محله إذا كان بينهما تعارض ولا تعارض هنا بين أدلة النفي وأدلة الاثبات كما علمت

هذا - وان الحكمة السامية في تفريق الصلوات الخمس على أوقاتها المجددة المألومة توجب دائماً مراعاة أداء الصلاة فيما حدد لها من وقت حتى لا تضع تلك الحكمة وهي مقصودة للشارع الحكيم فيقتصر في الجمع المخالف لذلك التحديد على ما صح دليله وثبت بما لا شبهة فيه عن النبي ﷺ .

الزكاة في مال الصبي

اتفق العلماء على أن الزكاة بشروطها المعروفة - فرض على المسلم الحر البالغ العاقل - واختلفوا في وجوبها في مال الصبي والمجنون فذهب مالك والشافعي وأحمد وجمهور العلماء إلى وجوبها في مالهما لا فرق في ذلك بين النقيدين وغيرهما مما تجب فيه الزكاة .

ويحكي عن ابن مسعود والثوري والأوزاعي أنهم قالوا : تجب الزكاة ولا تخرج حتى يبلغ الصبي ويفيق المعتوه . قال ابن مسعود : أحصى ما يجب في مال اليتيم من الزكاة فإذا بلغ أعلمه فإن شاء زكى وإن شاء لم يزك

وقال أبو حنيفة : لا تجب الزكاة في أموالهما نقداً وماشية . وتجب في الزرع والثمار كما تجب صدقة الفطر عليهما

وقال ابن شبرمة : إنها تجب في الأموال الظاهرة ولا تجب في النقدية

وقال الحسن وسعيد بن المسيب وابن جبير والنخعي وآخرون : لا تجب الزكاة في مالهما عامة .

الأدلة

استدل الحنفية بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب فقولته تعالى : خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها والتطهير لا يكون إلا عن الذنوب ولا ذنب من الصبي والمجنون وأما السنة فأولا : قوله ﷺ « رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل رواه أبو داود والنسائي والحاكم وصححه وثانيا - ماقاله محمد بن الحسن في كتاب الآثار : أخبرنا أبو حنيفة حدثنا ليث بن أبي سليم عن مجاهد عن ابن مسعود قال « ليس في مال اليتيم زكاة » وروى مثله عن ابن عباس

وأما المعقول فمن وجوه : الأول أنها عبادة فلا تجب على الصبي كالصلاة والصوم وتحقيقه أن العبادة إنما تجب ابتلاء واختبارا ولا معنى للابتلاء في الصبي فلا تجب عليه

الثاني - أجمع العلماء على أن الزكاة تحتاج إلى النية في أدائها والنية من شروطها البلوغ فلا نية للصبي فلا تجب عليه العبادة

الثالث - اتفق العلماء على اشتراط تمام الملك في وجوب الزكاة . وملك الصبي ليس تاما بدليل انه لا يصح التبرع منه وهو في ذلك كالمكاتب أما الجمهور فقد استدلوا على أن الزكاة واجبة في مال الصبي بالسنة والقياس .

أما السنة فإرواه الترمذى من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال « ألا من ولى يتيماله مال فليتجر فيه ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » ووجه الاستدلال أن النبي صلى الله عليه وسلم طلب من ولى اليتيم أن يتجر به له تحصيلًا للربح وحذره من تركه بغير تجارة ولا ربح فتأكله الصدقات . ولا ريب أن الصدقات إنما تأكله — كما روي موقرًا على عمر — بأخراجها . وأخراجها لا يكون جائزًا إلا إذا كانت واجبة لأنه لا يجوز للولى أن يتبرع بمال الصغير . أما القياس فقالوا : وجب العشر في زرع الصبى فليجب ربع العشر في ورقه بجامع أن كلا منهما حق يتعلق بالمال فيجب إخراجه متى تحقق ولا يتوقف ذلك على البلوغ والزكاة مع ذلك شبيهة بالهور والنفقات وقيم المتلفات وسائر الحقوق المالية ولم يقل أحد بأن هذه الحقوق يتوقف ثبوتها في المال على بلوغ صاحبها فلتكن الزكاة كذلك . كيف وقد أوجب الحنفية في مال الصغير العشر وزكاة الفطر ؟

وقالوا أيضًا : إن الزكاة حق للعبد بالنص ودلالة الإجماع أما الأول فقوله تعالى « إنما الصدقات للفقراء » وقوله تعالى « وفي أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم » فإن لام الاختصاص تفيد الملكية إذا كان مدخولها أهلاً لها

وأما الثانى فلأن من عليه الزكاة إذا تبرع بجميع ماله للفقراء ولم تحضره نية الزكاة فإن ذلك يكفى ويسقط عنه عهدة الواجب إجماعاً فلو كانت الزكاة عبادة لما صحته بدون نية

يتجه على الحنفية في الدليل الاول أن التطهير ليس خاصا بازالة الذنوب بل يشمل تربية الخلق وتنمية النفس على الفضائل ولو سلم أنه خاص بازالة الذنوب فالنص عليه نظرا لأنه الشأن في الزكاة وهذا لا يستلزم أن الزكاة لا تجب الا حيث تكون الذنوب وغاية الامر أن يقال ان من حكمة مشروعيها ازالة الذنوب وهل اذا عدمت الذنوب ينتفى وجوبها؟ لم يقل أحد أن انتفاء السبب المعين يوجب انتفاء الحكم لجواز أن يكون لسبب آخر وقد اجمع العلماء على أن للزكاة سببا آخر غير التطهير وهو سد خلة المحتاج كما دل عليه آية (وفي أموالهم) وآية (وأما الصدقات) فلم يكن السبب هو التطهير خاصة

ويتجه عليهم في الحديث الاول أن المراد رفع الاثم والمؤاخذه الاخرية بدليل الاجماع على وجوب الحقوق المالية الاخرى في ماله فان قالوا: ان رفع الاثم يقتضى رفع الوجوب. قلنا نعم يقتضى رفع الوجوب على الصبى ونحن نقول بالوجوب في ماله والمولى هو المطالب بالاداء على قياس العشر والفطرة وقيم التلقات

ويتجه عليهم فيما رووا عن ابن مسعود أن ليثا ضعيف عند أهل الحديث قال البيهقي ضعف أهل العلم ليثا

امارواية ابن عباس فقد قال السكيت فيها (تفرد بها بن لهيعة وفي ابن لهيعة ما قدمنا غير مرة وهو انه ضعيف لا يحتج به ويتجه عليهم في الاول من المعقول ان العبادة تكون ابتلاء محضا اذا كانت بدنية يؤديها الشخص بنفسه

وتكون مواساة ودفعا لحاجة الفقير اذا كانت مالية تؤدي من المال
الذي وجبت فيه ولو بطريق النيابة

ويتجه عليهم في الثاني من المعقول أن النية لا نوجبها على الصبي وانما تجب
عند الاداء على الولي الذي يقوم باخراجها

ويتجه عليهم في الثالث أن الملك التام ثابت للصغير في ماله وعدم
صححة التبرع منه ليس لنقصان في الملك وانما هو لأن الشأن في الصغير عدم
الاهتداء الى الوجوه النافعة . والقياس على المكاتب فاسد لأن المنع في
المكاتب ليس لعدم جواز التبرع بل لسكونه مدينا بأقساط بدل الكتابة .
ولان ملكه باعتبار اليد فقط لا يتردد بين قرار الملك له وعدمه .

هذا وقد قيل للجمهور في الحديث الذي استدلوا به : إنه من رواية المثني بن الصباح
وهو ضعيف . لكن قال النووي إن الشافعي والبيهقي روياه باسناد صحيح
عن يوسف بن ماهك التابعي عن النبي ﷺ مرسلا وقد أكد الشافعي هذا
المرسل بعموم الحديث الصحيح الوارد بإيجاب الزكاة في أموال المسلمين
عامة . وبما رواه عن الصحابة في ذلك

وقيل في القياس على العشر وزكاة الفطر والنفقة وما إليها : ان بعضها
يغلب فيه معنى المؤونة والبعض الآخر ليس فيه معنى العبادة أصلا أما الزكاة
فعبادة محضة أو يغلب فيها معنى العبادة لأن المقصود منها شكر الله على نعمته
وابتلاء العبد بالتكليف فلا يصح إلحاقها بتلك الحقوق المالية

ولعلك بموازنة أدلة الفريقين وبارجوع الى الغرض المقصود من شرعية
الزكاة من سد حاجة التقيير وتحصين المال من تطمع الفقراء اليه وتزكية النفس
وتدريبها على خلق المعونة والكرم - تدرك رجحان القول بوجوب الزكاة

في مال العبي وليست حكمة الزكاة محصورة في معنى الابتلاء حتى يجعله أساسا
تتحاكم إليه في وجوب الزكاة وعدمها

وبعد فلا تكاد ندرك فرقا بين ما يدل عليه ظاهر قوله تعالى وآتوا حقه
يوم حصاده وقوله تعالى (وفي أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم) فالتفرقة
بين الزروع والأموال مجرد قولهم: إن الغالب في الأولى معنى المؤونة دون
الثانية لا يوجد ما يبررها ولذلك قال ابن حزم في المحلى ليت شعري ما الفرق
بين زكاة الزروع والثمار وبين زكاة الماشية والذهب والفضة فلو أن عاكسا
عكس قولهم فأوجب الزكاة في ذهبها وفضتها وماشيتها وأسقطها عن زرعها
وثمارها أكان يكون بين التحكمين فرق في الفساد ١٠ هـ

زكاة ما يخرج من الأرض الخراجية

اتفق العلماء على أن الأرض التي تقع في حوزة المسلمين منها عشرية كالتى
أسلم أهلها عليها طوعا أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين المسلمين ومنها
خراجية كالتى فتحت عنوة وتركها المسلمون في أيدي ملاكها. واتفقوا
على أن الخراجية إذا كانت ملكا لغير مسلم وجب فيها الخراج ولا عشر فيها وعلى
أن العشرية إذا كانت ملكا لمسلم وجب فيها العشر.

واختلفوا بعد ذلك في العشرية تصير ملكا لغير مسلم: هل يبقى العشر
أو يضاعف أو يبدل بالخراج. واختلفوا أيضا في الخراجية تصير ملكا
لمسلم: هل تبقر وظيفتها الخراج فقط كما كانت أو يجمع فيها العشر والخراج
أو يبدل خراجها بعشر. وموضوع البحث هو المسألة الثانية وإن شئت أن
تعرف آراء الفقهاء في الأولى فارجع إليها في كتب المذاهب. أما آراؤهم في

موضوع البحث فالحنفية يرون أن وظيفة تلك الارض هي الخراج فقط كما كانت وأن من شروط وجوب العشر ألا تكون الارض خراجية. ويرى الأئمة الثلاثة أن الخراج لا يمنع وجوب العشر فيكون الواجب في تلك الارض الخراج والعشر معا. أما الاحتمال الثالث وهو تغير وظيفتها من خراج إلى عشر فلا نعلم أن أحدا من الفقهاء ذهب إليه. ولعل ذلك يرجع إلى أن وصف الخراجية قد تقرر لها ابتداء ولا مانع من وجوب الخراج على المسلم بقاء نظر الما فيه من معنى المئونة التي لاتنافى الاسلام. وهذا بخلاف ما إذا صارت العشرية لتغير مسلم. فان غير المسلم المالم يكن أهلا للعشر ابتداء ولا بقاء. قال أبو حنيفة فيها بتغير الواجب من عشر إلى خراج

الأدلة

استدل الحنفية أولا . بما روى عن ابن مسعود يرفعه إلى النبي ﷺ قال : لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم . وبما روى أبو هريرة . قال . قال رسول الله ﷺ منعت العراق درهمها وقفيزها . ومنعت الشام مديها ودينارها . ومنعت مصر أردبها ودينارها وعدتم من حيث بدأت . قالها ثلاثا - شهد على ذلك لحم أبي هريرة ودمه رواه أحمد ومسلم وأبو داود . وبما روى أن دهقان نهر الملك لما أسلم . قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه . سلوا إليه الأرض وخذوا منه الخراج . والحديث الاول نص في المطلوب . أما الثاني فوجه الدلالة فيه أنه أخبر عما يكون في آخر الزمان من منع الحقوق الواجبة . وبين تلك الحقوق بما ذكر في الحديث . وهو عبارة عن الخراج لا العشر . فلو كان العشر واجبا معه لا اقترن به في الاخبار . وأما الثالث فوجه

دلالته أن عمر رضى الله عنه أمر بأخذ الخراج من الدهقان ولم يأمر بأخذ العشر ولو كان واجبا لأمر به

واستدلوا ثانيا . بأن عمل الولاية والائمة استمر من لدن الصحابة إلى يومنا هذا على عدم الجمع بين العشر والخراج . ولم ينقل أن أحدا منهم جمع بينهما مع كثرة امتلاك المسلمين للاراضى الخراجية وتوفر الدواعى على النقل فكان ذلك منهم إجماعا عمليا لا تصح مخالفته . واستدلوا ثالثا بأن الخراج إنما يجب عقوبة في أرض فتحت قهرا وأقر أهلها عليها : والعشر يجب عبادة في أرض أسلم أهلها عليها أو قسمت بين الغانمين المسلمين . وهذه أوصاف متباينة لا يمكن اجتماعها في شخص واحد حتى يجب عليه خراج وعشر

واستدلوا رابعا بأن سبب كل من الخراج والعشر واحد وهو الأرض النامية حقيقة أو تقديرا بدليل صحة اضافة كل منهما إليها والاضافة دليل السببية وبدليل أن الأرض لو كانت سبغة لا تصلح للزراعة لا يجب فيها واحد منهما وإذا كان سببها واحدا فلا يجتمعان في أرض واحدة لأن السبب الواحد لا يتعلق به حقان من نوع واحد ألا ترى انه لو ملك مسلم نصابا من السائمة للتجارة سنة لا يلزمه زكاتها اتفاقا ؟

واستدل الجمهور . أولا بقوله تعالى . يأيتها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض . وبقوله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده . أوجب الله الاتفاق مما أخرجت الأرض وإيتاء حقه يوم حصاده مطلقا خراجيه كانت الارض أم عشرية

واستدلوا ثانيا بما صح عند الجميع . من قوله صلى الله عليه وسلم فيما سقت النماء العشر . وهو كما ترى عام يشمل العشرية والخراجية

واستدلوا ثانياً. بأن الخراج والعشر حقان مختلفان ذاتا ومحلًا وسببًا
ومصرفًا ودليلاً. أما اختلافهما ذاتا فلان العشر فيه معنى العبادة والخراج
فيه معنى العقوبة وأما اختلافهما محلًا فلان العشر يتعلق بنفس الخارج.
والخراج يتعلق بالذمة. وأما اختلافهما سببًا فلان سبب العشر الخارج وسبب
الخراج الأرض الصالحة للزراعة بدليل وجوبه وان لم تزرع الأرض. أما
اختلافهما مصرفًا. فلان مصرف العشر الفقراء. ومصرف الخراج المقاتلة
أما اختلافهما دليلاً. فلان دليل العشر النص والخراج إنما وجب بالاجتهاد
المبنى على تقدير المصالح. وإذا ثبت أنهما حقان مختلفان من كل تلك الجهات
ولامنافاة بينهما فلا مانع من اجتماعهما وصاروا كالدين مع أحدهما وكالكفارة
والقيمة في الصيد الحريم المملوك والخنس وربع العشر في زكاة المعادن.

«*»

ويتجه على الحنفية في الحديث الأول. ما قال الكمال: حديث ضعيف
ذكره ابن عدي في الكامل عن يحيى بن عنبسة. ويحيى بن عنبسة مضعف إلى
غاية حتى نسب إلى الوضع وإلى الكذب على أبي حنيفة. نعم روى هذا
الحديث عن التابعين مثل النخعي والشعبي وعكرمة وحاصل هذا كما ترى
ليس إلا نقل مذهب بعض التابعين ولم يرفعه حتى يكون حديثًا مرسلًا
ويغنيك تضعيف الكمال لهذا الحديث عن سماع ما قيل فيه من الجمهور.
وإذا كان الحديث بهذه المثابة فلا يقوى على معارضته العمومات التي احتج
بها الجمهور

أما حديث أبي هريرة. فظاهر أنه إخبار عما يكون في آخر الزمان

من سوء حالة المسامين وضعفهم وتغلب غيرهم عليهم حتى يمنعوهم ماوجب
عليهم من حقوق أنظر الى التعبير بالمنع وتوجيه الخطاب للمسلمين بقوله .
وعدتم من حيث بدأتهم . وبهذا يكون الحديث بمنزل عن موضع الخلاف
ولو سلم أنه اخبار عما يكون من المسامين من منع الحقوق الواجبة عليهم فهو
لا يدل على عدم وجوب العشر . لأن العشر موكلول اخراجه وتوزيعه الى
رب المال أما الخراج فالذى يتولى جمعه وصرفه هو الامام وهو أهم موارد
يدت المال . وفيه يظهر المنع فلذا خص بالذكر . ولم يذكر العشر كما لم تذكر
زكاة النقدين والتجارة مع أنه لم يقل أحد بعدم وجوبها أخذنا من عدم
ذكرها في الحديث . وأما قصة الدهقان فالتقصود من كلام عمر رضى الله عنه
أن الخراج لا يسقط بالاسلام كما تسقط الجزية به وإنما لم يتعرض للعشر
لأن وجوبه معلوم على كل حر مسلم مالك . ألا ترى أنه لم يذكر زكاة الماشية
والنقدين وغيرها . أو لأنه لم يحن وقت الحصاد . أو لأن الدهقان لم يكن له
ما يجب فيه العشر . وأما استدلالهم بعدم جمع الولاية والأئمة بين الخراج والعشر
فقد قال فيه السكال : منع بنقل ابن المنذر الجمع فى الاخذ عن عمر بن
عبد العزيز فلم يتم . وعدم الاخذ من غيره جاز كونه لتفويض الدفع الى
المالك فلم يتعين قول صحابى بعدم الجمع ليحتج به من يحتج بقولهم . على
أن فعل عمر بن عبد العزيز يقتضى أن ليس عمر رضى الله عنه على منع الجمع
لأنه كان متبعاله مقتفيا لا آثاره . أما قولهم أن المعنى الذى وجب له العشر
يباين المعنى الذى وجب له الخراج فلا يجتمعان . فهو إن سام منظور فيه الى
حالة الابتداء وهذا لا يمنع من اجتماعهما بقاء . وقد قال السكال . أن بعض
صور الخراج لا يكون مع العنوة والقهر . بل للصالح أو بأن أحيائها وسهاها

بماء الانهار الصغار أو كانت قريبة من أرض الخراج . وأما قولهم إن سبب
الحقين واحد فممنوع لأن سبب العشر نفس الخراج . وسبب الخراج نفس
الأرض الصالحة زرعت أم أهملت وعلى تسليم أن السبب واحد فلا مانع كما
قال الكمال أن يتعلق بالسبب الواحد وهو الأرض وظيفتان مع أن العمومات
تقتضية مثل قوله وَصَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فيما سقت السماء العشر . فإنه يقتضى أن يؤخذ مع
الخراج إن كان

ولعلك بعد ما رأيت موقف الكمال من الحنفية في أدلتهم تعلم قوة
حجج الجمهور ورجحان مذهبهم . وإنك إذا تنبته إلى أن العشر واجب
ديني على المسلمين وأن الخراج واجب اجتهادي ليكون مادة لجماعة المسلمين
يسدون به حاجتهم العامة تستطيع أن ترى أن لولى الأمر الحق إذا رأى
المصلحة ودعت الحاجة ان يضرب على المسلمين وغيرهم ممن تحميمهم الدولة
وينتفعون بمرافقتها وقوتها ما يحقق به المصلحة ويدفع الحاجة ولا يمنعها من
فرض ذلك على المسلمين ما أوجبه الله عليهم قرابة ودينا من صدقات تطهرهم
وتزكئهم . وأن فرض الخراج عليهم لا يعفيهم مما أوجب عليهم بنص الكتاب
وصريح السنة

انعقاد النكاح بعبارة النساء

اتفق العلماء على أن للمرأة الرشيدة أن تلى جميع العقود غير النكاح
بنفسها وأن توكل فيها من تشاء من غير أن يكون لأحد حق الاعتراض

عليها . واتفقوا أيضا على أن نكاح الحرة البالغة العاقلة إذا باشره وليها الشرعى مع رضاها يكرن صحيحا نافذا . أما إذا باشرته هى أو وكّته غيره بمباشرته فقد اختلف فى صحته ونفاذه ولزومه

فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف فى ظاهر الرواية وزفر إلى صحة هذا النكاح مطلقا إلا أن لولى حق الاعتراض فيما إذا كان بغير كنفء مالم تلد أو تحبل حبلا ظاهرا وروى عن الاولين القول بأنه صحيح فى الكفء وباطل فى غيره . وقد رجعا عنه إلى ظاهر الرواية .

وذهب مالك والشافعى وأحمد وإسحاق وكثير من العلماء إلى عدم صحة النكاح بعبارة المرأة أصيلة أو وكيلة .

وذهب داود إلى أنه صحيح إذا كانت ثيبا وباطل إذا كانت بكرًا وذهب أبو ثور إلى أنه صحيح إذا أخذها الولى به وباطل إذا لم يأذن وقال محمد بن الحسن . هو صحيح موقوف على أجازة الولى إن إجازته الولى نفذ وإلا بطل . ويقول أيضا إذا أمتنع الولى عن الاجازة فى الكفء جدد القاضى العقد ولا يلتفت اليه . وقد روى رجوعه إلى المذهب الأول الذى هو ظاهر الرواية

وذهب الشعبي والزهرى إلى أنه صحيح فى الكفء وباطل فى غيره وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة .

هذه جملة مما عثرنا عليه من مذاهب العلماء فى هذه المسألة « النكاح بغير ولى » وهى ترجع إلى قول بالجواز مطلقا وقول بعدمه مطلقا وقول بأنه موقوف مطلقا وأقوال بالتفصيل فيصحون فى حال دون حال .

الادلة

استدل جمهور الحنفية بالكتاب والسنة والمعقول
« أما الكتاب » فقد جاء في غير آية التصريح باسناد النكاح إلى
المرأة . والاصل في الاسناد أن يكون إلي الفاعل الحقيقي . فمن ذلك قوله
تعالى « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » وقوله تعالى
« وإذا طقم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن »
وقوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف
فان هذه الآيات ظاهرة في أن نكاح المرأة ومراجعتها وما تفعله في نفسها
بالمعروف يصدر عنها ويترتب عليه أثره من غير توقف على إذن الولي
ولا مباشرة آياه

وأما السنة . فأولا مارواه الجماعة إلا البخارى عن ابن عباس قال : قال
رسول الله ﷺ « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها
وإذنها صماتها » وفي رواية الأيم أحق بنفسها « ولأبى داود والنسائي » ليس
للولى مع الثيب أمر واليتيمة تستأمر وصمتها اقرارها « ووجه الاستدلال
أن الحديث جعل الحق إلى المرأة في نفسها ونفى أن يكون لغيرها أمر فيما
يتعلق بنكاحها وهو بعمومة يتناول ما يتعلق باختيار الأزواج وما يتعلق بالعقد
أما البكر فنظرا لعدم إلفها الرجال وما يغلب عليها عادة من الحياء الذى يمنعها
من التصريح بالرضا فضلا عن مباشرة العقد اكتفى الشارع منها ترخيصا
لها بما يدل على رضاها . وليس معنى هذا ولا من مقتضاه أن يسلب الشارع
منها حق مباشرة العقد الذى ثبت لها بمقتضى قواعد الاهلية العامة وذلك

لانه مادامت البكر بالغة عاقلة كالثيب فهي وإياها سواء فيما يختص بامر
النكاح وليس للبكرة تأخير في الحرمان من حق يكفي في ثبوتة العقل والبلوغ
كما عهد من الشارع في سائر الحقوق . ولا يعدو أثر البكرة المستلزمة للحياة
أن يكون هو الا اكتفاء منها بما يفيد الرضا ويدل عليه كما نطقت بذلك
الاحاديث حتى لو فرض أن بكر لم تجر على عادة الابكار ولم يمنعها الحياء أن
تصرح برغبتها وأن تبأثر حقها بنفسها لما تصورنا في هذه الناحية فرقا بينها
وبين الثيب التي أعطيت كل الحق ولما تصورنا معنى يصح أن نحكم به على
عقدها بالبطلان . وليس لنا ما نتصوره في هذا الموضوع الا صيانة المرأة
وإبعادها عن مجالس الرجال . وهذا أدب من الآداب الاسلامية العامة
التي أباح الشارع من أجلها أن توكل المرأة في شئونها من مباشرها في مجالس
الرجال فهي مجرد رخصة لا يلزم من تركها إياها ومباشرة شأنها بنفسها أن
يحكم على تصرفها بالبطلان . هذا من جهة . ومن جهة أخرى فان هذا
الحديث وغيره من أحاديث الاستئثار وأحاديث رد العقد الذي يعقد على
المرأة وهي كارهة تدل صراحة على أن رضا المرأة أمر لا بد منه في النكاح
وإذا كان الأمر كذلك فليس من المعقول ولا من المعهود شرعا أن يعتبر
رضا شخص شرطاً في صحة تصرف ثم يحكم ببطلان ذلك التصرف اذا
مباشره الشخص بنفسه . وهذا هو ما ينبغي أن يلحظ في وجه استدلال
الحنفية بهذا الحديث .

(وثانيا) ماورد في تزوجه صلى الله عليه وسلم أم سلمة لما بعث اليها يخطبها الى نفسها
قالت : ليس أحد من أوليائي شاهدا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس أحد من
أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك . فقد دل الحديث على أنه لم يكن أحد

من أولياء أم سلمة حاضراً ذلك العقد كما هو قولها . ودل من جهة أخرى على أنه ليس للأولياء حق الاعتراض بإبداء الكراهة في غير محلها وذلك ظاهر في أن اعتراض الولي لا يعول عليه حيث تتوفر الكفاءة فضلاً عن أن العقد لا يتوقف صحته على مباشرة الولي . وهذا القدر من الرواية قد اتفق عليه رواية هذا الحديث في تزوج أم سلمة . وأما ما روى من زيادة قولها لابنها : يا عمر قم فزوج رسول الله . أو قوله عليه الصلاة والسلام لعمر هذا « قم يا غلام فزوج أمك » فغير ثابت لأن ابنها عمر كان عند تزوج رسول الله ﷺ بها صغير السن ليس أهلاً للتصرف . والقول بأن هذا من خصوصيات الرسول مدفوع بما هو مقرر من أن الخصوصية لا بد لها من دليل خاص .

أما المقول فقالوا : من البين أن عقد النكاح له مقاصد أولية تختص بالمرأة لا بشاركتها فيها أحد من الأولياء وذلك كحل الاستمتاع ووجوب النفقة والسكنى وما إليها من الحقوق الخاصة التي تكتسبها المرأة بهذا العقد . وله وراء تلك المقاصد فوائد أخرى للأولياء فيها بعض الشأن كالمصاهرة التي يتوقف كمالها على مراعاة الكفاءة والأصل في مثل هذا العقد أن يتولاه من يختص بمقاصده الأصلية ويكفي في مراعاة ما لاغير من حق ثانوي أن يمنح حق الاعتراض على العقد إذا لم يكن مطنة للفوائد التي قد تعود إليه . وهذا ما يريد الحنفية من قولهم : إنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهلها لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج وإنما يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب إلى الوقاحة .

أدلة القائلين باسئراط الولى لمباشرة العقد

استدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول

أما الكتاب . فقوله تعالى « وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم » وقوله تعالى « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » وما استدل به الحنفية من قوله تعالى « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » ووجه الاستدلال بالاوليين أن الخطاب موجه إلى الاولياء فدل على أن الزواج اليهم لا إلى النساء . ووجه الاستدلال بالثالثة انها نهت الاولياء عن منعهم من نكاح من يخترن من الأزواج . قالوا وانما يتحقق المنع ممن في يده الممنوع فدل على أن عقد النكاح بيد الولى لا بيد المرأة . قالوا : ويؤيد هذا ما ورد في سبب نزول الآية فقد روى البخارى في صحيحه وأبو داود والترمذى وصححه عن معقل بن يسار أن الآية نزلت فيه . قال زوجت أختلى فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها فقلت له زوجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت يخطبها لا والله لا تعود إليك أبدا . وكان رجلا لا بأس به . وكانت تريد أن ترجع اليه فعلم الله حاجته إليها وحاجتها إليه . فانزل الله هذه الآية « وإذا طلقتم النساء » الخ فقلت : الآن أفعل يارسول الله قال فزوجها إياه

قالوا : فلو كان لها أن تزوج نفسها لفعلت مع ما ذكر من رغبتها في زوجها . وعلى هذا يبعد أن يكون الخطاب في الآية للأزواج كما قيل . وقد ورد عن ابن عباس وعائشة وطاوس ومجاهد وغيرهم في تفسير

« الذي بيده عقدة النكاح » في آية « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن »
أزه الولى .

وأما السنة . فأولاً . مارواه احمد واصحاب السنن إلا النسائي عن ابى
موسى ان النبي ﷺ . قال : « لا نكاح الا بولى » وصححه ابن حبان
والحاكم وذكر له الحاكم طرقا وقال : قد صححت الرواية فيه عن أزواج النبي
ﷺ عائشة وأم سلمة وزينب بنت جحش . ثم سرد تمام ثلاثين صحابيا .
قالوا وهو صريح في أن النكاح لا يصح بدون ولى

« وثانيا » مارواه الخمسة الا النسائي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ
قال « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل — قالها ثلاثا — فان
دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فان تشاجروا فالسلطان ولى
من لا ولى له »

« ثالثا » مارواه ابن ماجه والدارقطنى والبيهقى عن أبى هريرة قال :
قال رسول الله ﷺ « لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فان الزانية
هى التي تزوج نفسها »

وأما المعقول . فهو أن النكاح له مقاصد شتى وهورباطين الاسر والمرأة
بما عندها من نقص الاختبار لا تحسن الاختيار لاسيما أنها تخضع لحكم
العاطفة التي قد تغطى عليها جهة المصلحة فتعصلا لهذه المقاصد على الوجه
الاكمل منعت من مباشرة العقد

واستدل داود ومن وافقه على التفرقة بين البكر والثيب بحديث « الثيب
أحق بنفسها من وليها » وحديث « ليس للولى مع الثيب أمر » قالوا : هما
صريحان في أن كل أمر ائيب اليها وحدها ومنه عقد النكاح . وصريحان أيضا

في الامر باستئذان البكر . فليس للبكر حق إلا أن تأذن في نكاحها وهو يدل على أن الذي يتولى نكاحها إنما هو غيرها وهو الولي الذي يستأذنها .

واستدل أبو ثور على أن الشرط هو إذن الولي فقط بحديث عائشة « أيما امرأة » الخ فإنه يدل على أن نكاح المرأة نفسها إنما يكون باطلا إذا كان بغير إذن وليها فإذا زوحت نفسها باذن وليها صح نكاحها ولا يتوقف على مباشرة الولي

واستند محمد في قوله : « أن العقد موقوف على إجازة الولي » الى هذا الحديث غير أنه قال : إن الاذن أعم من أن يكون سابقا أو لاحقا

واستدل الشعبي والزهرى على أن العقد صحيح في الكفء وباطل في غيره بقول النبي ﷺ « لا سلمة » ليس أحد من أوليائك شاهداً أو غائباً يكره ذلك » جوابا لقولها ليس أحد من أوليائي شاهداً . فإنه يدل على صحة العقد بغير ولي حيث لا يكون هناك موجب لسكراهة الاولياء بأن توفرت الكفاءة ويدل بمفهومه على خلاف هذا

هذه أدلة المذاهب في مسألة النكاح بغير ولي . واعلمك تلمح وأنت تقرأ أدلة الحنفية ما تستطيع أن ترد به على داود ومن وافقه في التفرقة بين البكر والثيب من أنه لا يعقل أن يكون للإبكاره معنى يكون سببا في بطلان العقد بعبارة البكر بعد أن يتوفر فيها العقل والبلوغ وليس في حديث « الثيب أحق بنفسها والبكر تستأمر واذن صحتها » ما يدل على عدم صحة العقد بعبارة البكر بل كل ما يؤخذ منه أن يكتفى منها نظراً لحياثها بما يدل على رضاها بالنكاح أما أن العقد يكون باطلا إذا عقدته بنفسها فهذا ما لا يدل

عليه الحديث . وعلى هذا فلا وجه لقولهم في الاستدلال أنه ليس لها حق إلا أن تأذن في نكاحها

أما استدلال أبي ثور بحديث عائشة «أيما امرأة» فيتجه عليه أن هذا الحديث قد روى من جملة طرق مدارها على ابن شهاب الزهري غير أن بعضها من رواية ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري وبعضها من رواية الحجاج بن أرطاة عن الزهري وبعضها من رواية ابن لهيعة عن شيخه عن الزهري . وابن لهيعة معروف والحجاج بن أرطاة ضعيف ولم يثبت سماعه عن الزهري فحديثه منقطع . أما الطريق الأول فقد أخبر يحيى بن معين عن ابن عليه عن ابن جريج أنه سأل الزهري عن هذا الحديث فلم يعرفه فقال له إن سليمان بن موسى حدثنا به عنك . فأثنى على سليمان خير وقال : أخشى أن يكون قد وهم على . وفي هذا اليماء إلى أن الزهري يكذب هذه الرواية وينكرها لأنه ينسأها لأن هذا اللفظ في عرف المتكلمين من أهل العلم يفيد معنى النفي بلفظ النفي . وقد نقل هذا الطحاوي في معاني الآثار والحافظ ابن حجر في الدراية . وعلى هذا فلا وجه لاعتلال هذه الحكاية عن ابن جريج كما لا وجه لقولهم : أنه على تقدير صحتها لا تدل إلا على نسيان الزهري - ولا يلزم من نسيانه للحديث أن يكون سليمان بن موسى وإماميه لأن الزهري - كما تبين - لم يكن ناسيا وإنما كان منكرا . وهذا من جهة . ومن جهة أخرى فإن عائشة التي روى عنها هذا الحديث قد زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن وكان غائبا ولم يكن قد أذنها في هذا التزويج كما يدل عليه ما جاء في رواية ذلك من قول عبد الرحمن حينما حضر - أمثلي يصنع به - وهذا ويفتات عليه في بناته ؟ فلو كان هذا الحديث صحيحا - كان الزواج باطلا وكان لا بد من إعادة العقد على حفصة

يثبت سماعه عن الزهرى . فحديثه منقطع أما الطريق الاول فقد أخبر يحيى بن
 معين عن ابن عليه عن ابن جريج أنه سأل الزهرى عن هذا الحديث فلم
 يعرفه فقال له ان سلمان بن موسى حدثنا به عنك . فأثنى على سلمان خيرا
 وقال : أخشى أن يكون قد وهم على . وفي هذا إيحاء إلى أن الزهرى يكذب
 هذه الرواية وينكرها لأنه يناسها لأن هذا اللفظ في عرف المتكلمين من
 أهل العلم يفيد معنى النفي بلفظ النفي . وقد نقل هذا الطحاوى في معانى
 الآثار والحافظ ابن حجر في الدراية . وعلى هذا فلا وجه لاعلال هذه
 الحكاية عن ابن جريج كما لا وجه لقولهم : انه على تقدير صحتها لا تدل
 إلا على نسيان الزهرى ولا يلزم من نسيانه للحديث أن يكون سليمان بن
 موسى واهما فيه . لأن الزهرى - كما تبين - لم يكن ناسيا وإنما كان منكرا .
 هذا من جهة . ومن جهة أخرى فان عائشة التى روى عنها هذا الحديث قد
 زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن وكان غائبا ولم يكن قد أذنها في هذا
 التزويج كما يدل عليه ما جاء في رواية ذلك من قول عبد الرحمن - حينما
 حضر - أمثلى يصنع به هذا أو يفات عليه في بناته ؟ فلو كان هذا الحديث
 صحيحا لكان الزواج باطلا وكان لا بد من إعادة العقد على حفصة مع أنه
 لم يحصل . ثم لو كان صحيحا أيضا لما عملت عائشة على خلافه . وعلى فرض
 صحة الاحتجاج به فغايته أنه حسن ومثله لا يقاوم الصحيح الذى استدل
 به من لا يشترط الولي

وهذا هو عين ما يتجه على محمد بن الحسن فيما ذهب اليه .
 أما استدلال الشعبي والزهرى بحديث زواج أم سلمة فيتجه عليه أنه
 استدلال بالمفهوم ودلالة المفهوم - على فرض اعتبارها - لا تقاوم منطوق
 م ٦ - مقارنة

أدلة من لا يشترطون مباشرة الولي . وهي - كما رأيت - عامة لم تفرق بين
 التزويج بالكف والتزويج بغيره . على أن غاية ما يبدل عليه هذا المفهوم أن
 للمرأة حق الامتناع عن مباشرة العقد إذا كان الولي غائبا . وكان الزوج
 مظنة الأيرضى به الولي . وبعد هذا يحتمل أن يكون امتناعها لعدم صحة
 العقد بعبارتها كما يحتمل أن يكون لخوف اعتراض الولي على العقد وطلبه
 فسخه إذا حضر . وتعيين أحد هذين الاحتمالين لا بد له من دليل . والدليل
 قائم على تعيين الثانی وذلك ما سبق من الأدلة التي لم تفرق في صحة العقد
 بعبارة النساء بين الزوج بالكف والتزوج بغيره

هذا وقد علمت أن هذا المذهب رواية الحسن عن أبي حنيفة وقد نص
 علماء الحنفية على أنها المختارة للفتوى في زواج غير الكف . قال شمس
 الأئمة . وهذا أقرب إلى الاحتياط إذ ليس كل ولي يحسن المرافعة ولا كل قاض
 يحسن الحكومة ولو انصف الولي وعدل القاضى فقد يترك أنفة لسكثرة
 التردد على أبواب الحكام واستثقال النفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان
 منعه دفعا له خصوصا أن الذين جعلوا للولي حق الاعتراض قيده بما إذا
 لم تلد أو تحبل حبلا ظاهرا فيسقط ما لهم من حق الاعتراض صونا للولد
 ومحافظة على الحمل من الضياع . وبذلك يتقرر العار ولا سبيل للولي إلى دفعه .
 وهذا المعنى في الواقع ترجيح لاحتمال عدم صحة العقد وتخصيص لأدلة
 الحنفية التي تفيد الصحة مطلقا بما إذا لم يكن الزواج من الكف . وهو
 تخصيص بقاعدة ثابتة مستقرة في الشريعة فلا مانع من قبوله . وقد يقال :
 إن غاية ما يستدعيه هذا اعتبار رضا الولي في غير الكف أما أن العقد يكون
 بعبارةه ويكون باطلا بعبارتها فلا دليل عليه وهو موضع النزاع .

أما استدلال الجمهور على لزوم الولى بآية وانكحوا الأيامى منكم وآية « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » فيتجه عليهم أن الخطاب فيها يحتمل احتمالا قويا أن يكون لعاية المسالمين لخصوص الأولياء ولا الأمرهم مباشرة عقد الزواج فهو من باب التشريع العام ويكرن المسلمون مأمورين في الآية الأولى بالعمل على اعفاف الأيامى وعدم الحجر عليهن في الزوج كما كان يفعل أهل الجاهلية . ويدل على هذا ياروى عن النبي ﷺ « إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير . وواضح أن الغرض من ذلك الاعفاف بتسهيل طرده وعدم الحجر على النساء في الزواج . أما الآية الثانية فالمقصود منها هو اشتراط ايمان الزوج إذا كانت المرأة مؤمنة . فهو تقرير مبدأ عام للمسلمين يجب أن يسيروا عليه في علاقة الزوجية . وليس خطابا لخصوص الأولياء ولا نهيا لهم خاصة عن مباشرة عقد تزويج المشركين

وأما آية « اذا طلقت النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن » فاستدلوا بهم بما مبنى على أن الخطاب فيها للأولياء : وقد اختار الفخر الرازى أنها خطاب للزواج . قال : والذي يدل عليه أن قوله تعالى « واذا طلقت النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن » جملة واحدة مركبة من شرط وجزاء ولا شك أن الشرط خطاب مع الأزواج فوجب أن يكون الجزاء خطابا معهم أيضا وإلا لزم تفكك النظم الكريم . ثم قال والمحافظة على نظم القرآن من التفكك أولى من المحافظة على خبر الواحد الذي بين سبب النزول

ولك أن تختار ما سلف في الآيتين الأوليين من أن الخطاب لعامة المسلمين والقصد نهيمهم أن يقع بينهم عضل للنساء إذا حصل بينهم طلاق

خرجت المرأة من عدته ونظر الوجوب تكاتف المسامنين في تنفيذ الأحكام
فيما بينهم وجه الخطاب اليهم جميعا كما هو الشأن في مثله من التشريع العام .
على أنا لو سلمنا أن الخطاب للأولياء فنهيبهم عن العضل لا يدل على أن
أمر التزويج بمعنى مباشرة العقد لا يملكه إلا الأولياء . فان العضل هو المنع .
والمنع يتحقق بالحبس وغيره من طرق المنع الحسى وهذا شيء يقدر عليه
الأولياء وكان مألوفاً عند كثير منهم . ويدل عليه قوله تعالى « أن ينكحن »
حيث نسب النكاح إليهن لا إلى الأولياء وهو دليل واضح على أن العضل
المنهى عنه هو ممنوع عن أن يباشرن عقد زواجهن بمن يخرتن من الأزواج
وبذلك ترى أن الآية إنما تصلح دليلاً لمن لا يشترط عبارة الولي في النكاح
أما استدلالهم بحديث « لا نكاح إلا بولي » فينتجه عليهم فيه أنه ضعيف
مضطرب في أسناده فرواه موصولاً إسرائيل وشريك عن أبي إسحاق عن
أبي بردة عن أبي موسى عن النبي ﷺ ورواه منقطعاً أسباط بن محمد وآخرون
عن يونس بن أبي إسحاق عن أبي بردة فلم يذكره أبو إسحاق ورواه مرسل
شعبة وسفيان الثوري فلم يذكره أبو موسى وكل واحد من شعبة وسفيان
حجة على إسرائيل وجميع من معه فكيف بهما إذا اجتمعا ؟ فهو حديث لا تقوم
به حجة على أصلهم ولو سلمنا صحة الاحتجاج به - بناء على تقديم الوصل
على الانقطاع عند التعارض فغايته أنه حسن وهو لا يعارض الصحيح الذي
ذكرنا « الأيم أحق بنفسها »

وقد علمت ما يتجه على حديث (أما امرأة) ويزاد هنا أن هذا الحديث
يخالف مذهب الجمهور فان مفهومه - وهم يعدون بالمفهوم - أنها إذا نكحت
بأذن وليها كان صحيحاً وهو خلاف مذهبهم

أما حديث (لا تزوج المرأة المرأة) فقد قال فيه ابن كثير الصحيح
وقته على أبي هريرة وقد جاء في لفظ للدارقطني (كنا نقول التي تزوج
نفسها هي الزانية) وعلى تسليم رفعه فغاياته التنفير من استبداد المرأة بنفسها
في الزواج وليس فيه ما يدل على فساد العقد إذا باشرته المرأة . ألا ترى أنه
سماه زواجا ، وهذا الأسلوب معروف في التنفير . ومنه قوله تعالى (الزاني
لا ينكح الزانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك) :
ولا ريب أن محاسن العادات وما ينبغى للمرأة من عدم الخروج عن
مألوفها أمر مستحسن ولكن فساد العقد بعبارتها شيء وراء ذلك ولم يعم
عليه دليل إلى الآن

أما المعقول فيتجه عليهم فيه أن تحصيل المقاصد التي ذكروا للنكاح
لا تتوقف على أن يباشر الولي العقد بنفسه بل يكفي في حصولها أن يأذن لها
أولى أو يرضى به ويباشر العقد بعد ذلك من يباشر . فهو دليل قاصر عن
عموم الدعوى التي هي عدم انعقاد النكاح بعبارة النساء : والعلة الحقيقية في
فوات هذه المصالح ليست هي الانوثة كما يظن وإنما هي الصغر الذي من
شأنه أن يمنع عن مراعاة المصالح . أما الانوثة فليست ملزومة دائما ولا غالبا
لفوات تلك المصالح فلا تصلح أن تكون مظنة . قال السكال (ومجرد وقوع
المفسدة أحيانا لا يوجب المظنة وإذا وجد فالولي رفعه . وكون ولي يحتشم
قليل بالنسبة إلى دفع العار عن النفس)

ولو سلمنا فليس ما ذهبوا إليه متعينا لرفع الخلل إذ لا فرق في دفعه بين
أخذ الرأي ومباشرة العقد

وخلاصة القول أن الكتاب وعمل الرسول ﷺ وقوله وقواعد

الأهلية المقررة لصحة التصرفات . كل هذا يشهد شهادة واضحة لمن يقول بصحة العقد بعبارة النساء البالغات الحرائر سواء أكلن لهن أم لغيرهن بوكالتهن . ويكفي في مراعاة حق الولى أن يستأذن في غير الكفء أو يقبل اعتراضه على العقد إذ لم يأذن ونقول - مراعاة للأداب الإسلامية - إنه يستحب أخذ رأى الولى وأن يباشر العقد بنفسه (كيلا ينسب الى الوقاحة والخروج عن مألوف العادات)

وأن الشريعة الإسلامية - التى تقرر حق المرأة فى الحياة العامة وتجعل لها فى حياة الزوجية حقاً مثل حق الرجال (ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف) وتبيح لها التصرفات مع المحافظة على العفة والشرف - ليعبد كل البعد أن تجعل عباراتها مفسدة للعقد حضر الولى أم غاب رضى الولى أم لم يرض وإذا صح أن يكون لهذا شبهة من الحق فيما اذا غاب أو لم يأذن فما هى الشبهة فيما اذا حضر أو أذن ؟

المقدار المحرم من الرضاع

أجمع العلماء على أن الرضاع تثبت به حرمة النكاح كما تثبت بالنسب والمصاهرة . واختلفوا بعد ذلك فى مقدار الرضاع الذى يثبت به ذلك التحريم فذهب الحنفية والمالكية إلى أن قليل الرضاع وكثيره سواء فى ثبوت التحريم وهو مذهب جمهور من السلف والخلف ورواية عن الامام أحمد . وذهبت طائفة إلى أن المحرم منه قدر معين ولكنهم اختلفوا فى تحديد ذلك القدر . فقال أبو عبيد وأبو ثور وداود الظاهرى وابن المنذر لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان وإنما يحرم الثلاث فما فوقها وهو رواية ثانية عن الامام أحمد .

وقال آخرون لا يثبت التحريم بأقل من خمس رضعات متفرقات وهو مذهب الشافعي وظاهر الروايات عن أحمد واحدي روايات ثلاث عن عائشة والثانية عنها لا يحرم أقل من سبع والثالثة لا يحرم أقل من عشر وسنقتصر في البحث والمقارنة على غير هاتين الروايتين

الأدلة

استدل أبو عبيد ومن معه بما رواه الجماعة إلا البخاري عن عائشة أن النبي ﷺ قال : لا تحرم المصاة ولا المصتان . وبما رواه أحمد ومسلم عن أم الفضل أن رجلا سأل النبي ﷺ أتحرّم المصاة ؟ فقال لا . لا تحرم الرضعة والرضعتان والمصاة والمصتان . وفي رواية قالت : دخل اعرابي على نبي الله ﷺ وهو في بيته . فقال يا نبي الله إني كنت لى امرأة فزوجت عليها أخرى فزعمت امرأتى الأولى أنها امرأتى الحدثنى رضعة اورضعتين فقال النبي ﷺ لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان

فالواحدة أحاديث صحيحة ثابتة رواها الثقةا وهي صريحة فى نفى التحريم بما دون الثلاث فتكون مقيدة لمطلق الارضاع الثابت بقوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وما أشبهه مما ورد فى الاحاديث . تقيده بغير الرضعة والرضعتين وهو الثلاث فما فوقها .

واستدل الشافعية . أولا بما روى مسلم وأبو داود والنسائي عن عائشة أنها قالت : كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات محرّمات يحرم من ثم نسخت بـخمس معلوماً فتوفى رسول الله ﷺ . وهن فيما يقرأ من القرآن . وثانياً بما رواه مالك فى الموطأ وأحمد عن عائشة أنها قالت أن أبا حذيفة تبنى سائلاً وهو مولى لامرأة من الانصار كما تبنى النبي ﷺ زيداً وكان من

تبنى رجلا في الجاهلية دعاه الناس ابنه وورث ميراثه حتى أنزل الله عز وجل
ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم
في الدين ومواليكم. فردوا إلى آبائهم فمن لم يعلم له أب فولي واخ في الدين فجاءت
سهلة فقالت يارسول كنانرى سالما ولدا ياوى معى ومع أبى حذيفة. ويرانى
فضلى. وقد أنزل الله عز وجل فيهم ماقد علمت فقال أرضعيه خمس رضعات
فكان بمنزلة ولده من الرضاعة

قالوا وعائشة أعلم الأمة بحكم هذه المسألة هي ونساء النبي وقد كانت
إذا أرادت أن تدخل عليها أحدا أمرت إحدى بنات اخوتها أو اخواتها
فأرضعته خمس رضعات. فهذا عملها وذلك مرويا وكلاهما صريح في أن
التحريم إنما يتعلق بالخمس فيكون مطلق الكتاب والسنة مقيدا بها. أما
أحاديث المصة والمصتين فتنتفى التحريم بمطلق الرضاع ولا تثبت التحريم
بالثلاث والرابع إلا بالمفهوم وهو مفهوم عدد لا يقوى على معارضة مفهوم
الخمس الثابت في رواية ابن ماجه عن عائشة: لا يحرم إلا عشر رضعات أو
خمس معلومات. وهذا طريق يجمع بين النصوص الواردة في الباب كلها بدون
أن يهمل شىء منها. وفي الاخذ بالمطلق اهمال لاحاديث الخمس ولا شك أن
اعمال الأدلة كلها خير من اهمال بعضها

واستدلوا ثالثا. بأن المعنى المحرم في الرضاع انما هو شبهة الجزئية التي
تحدث باللبن انبت للحم المنشئ لامظم. وهذا لا يتحقق بالقليل من الرضاع فلا
يكون القليل محرما فوجب المصير الى ما ثبت بالسنة وهو الخمس
واستدل الجمهور. أولا - بقوله تعالى (وأما تكم اللاتي أرضعنكم) فانه
علق التحريم بالارضاع من غير تقدير بقدر معين فكيفما وجد الارضاع

تحقق الحكم. وثانيا بما روى عن عقبه بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت
أبي إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما قال . فذكرت ذلك للنبي
ﷺ فأعرض عني فتنجيت فذكرت ذلك له فقال و كيف وقد زعمت أنها
قد أرضعتكما فنهاه عنها. أمره بتركها ونهاه عن قربانها لجراد أخبارها بالرضاع من
غير استئصال عن عدد ولا كيفية . وقد قال العلماء (إن ترك الاستئصال في
الاحوال ينزل منزلة عموم المقال)

وثالثا - بآثار مروية عن الصحابة فقد روى عن علي وابن مسعود وابن
عباس أنهم قالوا قليل الرضاع وكثيرة سواء وعن ابن عمر الرضعة الواحدة
تحرم وروى أنه لما بلغه أن عبدالله بن الزبير يقول لا تحرم الرضعة الواحدة
والرضعتان قال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير وتلا الآية ولما بلغه أن
عائشة تقول لا تحرم المصاة والمصتان قال حكم الله أولى وخير من حكمها
ورابعا : بأن الرضاع فعلم يتعلق به التحريم فيستوى قليله وكثيره كالوطء
الموجب له وذلك لأن شأن الشارع أناطة الحكم بالحقيقة مجردة عن شرط التكرار
والكثرة فكما وجدت الحقيقة وجد الحكم

ثم قالوا ان المعنى الموجب للتحريم في الرضاع وان كان في الحقيقة هو
الجزئية الحاصلة بتحول الغذاء الى اللحم والعظم إلا أنها أمر خفي غير ظاهر
والمعروف من الشرع أناطة الأحكام بالاصاف الظاهرة المنضبطة . فالحكم
لم يتعلق بالجزئية ههنا خلفائها وانما تعلق بالارضاع لظهوره وانضباطه ونظيره
اناطة الغسل بالايلاج والرخصة بالسفر .

* * *

قيل لأبي عبيد ومن معه . ان الاحاديث لا تدل الا على أن مجرد المصاة

والمصتين من جهة الصبي أو الاملاجة والاملاجتين من جهة المرأة لا يثبت بها التحريم وجائز ان يكون ذلك من قبل أن اللبن لا ينفصل بها الضعف الصبي وحاجته إلى تكرار المص . فالغرض من الحديث دفع توهم ثبوت التحريم بمجرد التقام الصبي الثدي أو ادخال الثدي في فيه . وهو لا يثبت إلا بتحقق وصول اللبن إلى الجوف . وما جاء في بعض الروايات من كلمة رضعة . فتصرف من الراوي يدل عليه نفي التحريم بالمصصة بعد نفي التحريم بالرضعة . وقد قال ابن عباس حينما سئل عن الرضعة الواحدة هل تحرم ؟ إذ اعق الصبي فقد حرم . والعق اسم لما يخرج من بطن الصبي حين يولد إذا وصل اللبن إلى جوفه . يقال عقيم تصبيكم أي سقيتموه ليسقط عنه عقبيه وهو لا يسقط إلا إذا صار اللبن في جوفه فدل هذا على أن المعول عليه وصول اللبن إلى الجوف ومن هنا يظهر وجه حمل هذه الأحاديث على ما ذكرنا . على أن الامام الطحاوي ذكر أن في حديث المصه اضطر ابو قال ان مداره على عروة بن الزبير عن عائشة . وروى أنه سئل عن الرضاعة فقال ما كان في الحولين وان كان قطرة واحدة محرمة وفتوى الراوي بخلاف روايته يوهنها

وقيل للشافعية : إن حديث عائشة الأول فيه اضطراب وانقطاع من جهة معناه . أما اضطرابه فقد جاء كما في الرواية السابقة لمسلم وأبو داود والنسائي وجاء في رواية ثانية لمسلم : نزل في القرآن عشر رضعات معلومات ثم نزل أيضا خمس معلومات وفي رواية ثالثة للترمذي : انزل في القرآن عشر رضعات معلومات فنسخ من ذلك خمس رضعات إلى خمس رضعات معلومات فتوفي رسول الله ﷺ والأمر على ذلك وفي رواية رابعة لابن ماجه كان فيما أنزل الله عز وجل من القرآن ثم سقط لا يحرم إلا عشر رضعات أو خمس معلومات

فهذه الروايات يدل بعضها وهو الرواية الأولى على بقاء التحريم بالحتم متلوا
في القرآن بعد وفاة الرسول ﷺ وبعضها وهو رواية ابن ماجه يدل على النسخ
المعبر عنه بالسقوط كما يدل هذه على أن حكم العشر والخمس نزل مرة واحدة
في جملة واحدة ثم سقط الأمران معا في حين أن غيرها يدل على أن حكم العشر
نزل أولا ثم نزل حكم الخمس ناسخا لما زاد عليها وهذا اضطراب يضعف الحديث
ويستقط الاستدلال به فان قيل ان الراجح غير رواية ابن ماجه وهي ان العشر
نزلت أولا ثم نسخت بنزول الخمس ثانيا وبقيت الخمس حتى توفي الرسول
(وهن فيما يقرأ من القرآن) قلنا كيف هذا وهو لم يثبت في القرآن؟ وهل
هذا إلا قول بضياح شيء منه بعد الرسول ﷺ؟ نعوذ بالله من هذا ومن
تمحل الجواب عنه

قال ابن القيم في زاد المعاد (هو قرآن لم يتواتر وقد نسخ لفظه وبقي حكمه
فيكون له حكم قوله) (الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما) مما اكتفى بنقله آحادا
وحكمه ثابت اما قول عائشه فتوفي الرسول وهن فيما يقرأ فالمراد أنه لقرب
عهد الوفاة بالنسخ كان يقرؤها من لم يبلغه بالنسخ اهـ

وهذا تأويل بعيد لا يساعده عليه ظاهر الرواية وان سامناه وقلنا انه خير
من زعم انه سقط شيء من القرآن او انه لم يتواتر فلم يثبت في القرآن فهو يدل
على نسخ الكل لا على نسخ البعض كما يقولون والقول بالنسخ مع بقاء الحكم يحتاج
الى دليل لأن الأصل ان نسخ الدال يرفع حكمه قال الكمال: واما ما نظر
به من الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما فلولا ما علم بالسنة والاجماع لم
يثبت به

هذا . وقد تساءل صاحب المنار في تفسيره عن حكمة نسخ العشر
بالخمس عند من عمل برواية عائشة . وعن حكمة نسخ الخمس عند من قبل
روايتها وادعى ان الخمس نسخت بنسخ التلاوة ؟ وقال ان اقصى ما يمكن أن
يقال في بيان الحكم انها التدرج في التحريم كما في الخمر ولكن بين التحريم
بالرضاع وتحريم الخمر فرقا فشرب الخمر من شأنه اغراء الشارب فيصعب
تركه مرة واحدة ولا كذلك نكاح المرضعة ثم استبعد وقوع النسخ في هذا
الحكم وقال إذا كانت العلة في التحريم بالرضاعة - وهي الجزئية . تتحقق
بالثلاث او الخمس . فكيف يجعلها الحكم عشر ثم خمس ثم اقل من ذلك ؟ الحق
انه لا يظهر لهذا النسخ حكمة ولا يتفق مع ما ذكر من العلة وإن رد هذه
الرواية عن عائشة لاهون من قبولها مع عدم عمل جمهور من السلف والخلف
بها . فان لم نعلم روايتها فلنا اسوة بمثل البخارى وبمن قالوا باضطرابها خلافا
للنوى وان لم نعلم معناها فلنا اسوة بمن ذكرنا من الصحابة والتابعين
ومن تبعهم في ذلك كالحنفية وهي عند مسلم من رواية عمرة عن عائشة او ليس
ر - رواية عمرة وعدم الثقة بها اولى من القول بنزول شيء من القرآن لا تظهر
له حكمة ولا فائدة ثم نسخه او سقطه او ضياعه اه وقال القاضي ابو بكر من
العربي (ان حديث عائشة فهو اضعف الأدلة لأنها قالت كان مما نزل من
القرآن ولم يثبت اصله فكيف يثبت فرعه) ان حديث سالم . فلم يذكر
مسلم فيه عددا على ان الشافعية الذين يستدلون به يرون ان المحرم خمس
رضعات مشبعات وليس من المعقول ان ترضع المرأة الرجل فتشبعه قال
الكمال (لأن الرجل لا يشبعه من اللبن رطل ولا رطلان فأين تجد الآدمية
في ثديها قدر ما يشبعه . هذا محال عادة . فالظاهر ان معدود خمسا فيه المصبات

ثم قال كيف جاز ان يباشر عورتها بشفتيه فعمل المراد ان تحلب له شيئا مقدار
خمس مصات فيشربه) ثم هو بعد ذلك في رضاع الكبير وقد صرح انه ليس
محرم ما في الموطأ وسنن ابى داود عن يحيى بن سعيد ان رجلا سأل ابا موسى
الأشعري فقال انى مصصت من ثدى امرأتى لبنا فذهب في بطنى ؟ فقال
ابو موسى لا اراها الا قد حرمت عليك . فقال عبد الله بن مسعود انظر ما تفتى
به الرجل . فقال ابو موسى فما تقول انت ! فقال عبد الله . لا رضاع الا ما كان
في حولين . فقال ابو موسى لا تسألونى عن شىء مادام هذا الجبرين اظهركم .
وجاء في الصحيحين عن عائشة نفسها ان رسول الله ﷺ قال انما الرضاعة من
الجماعة . والقول بان عائشة رضى الله عنها كانت اذا ارادت ان تدخل عليها
احدا امرت اخدى قريباتها بارضاعه قول لا متفق ونزاهة عائشة رضى الله عنها
ومكانتها الدينية التى تأبى عليها اساليب الاحتيال وهى التى روت قول الرسول
ﷺ لها : انظرن من اخوانكن انما الرضاعة من الجماعة . والذى مقبل قصة
سالم يرى انها رخصه لسهولة خاصة نظرا لنشأته صغيرا بينهما وقد جاء ذلك
مصرحاً به على لسان امهات المؤمنين .

والظاهر أن التحريم لا يثبت بما دون الرضعة لأن المحرم بنص القرآن
هو الارضاع . والارضاع لا يتحقق الا بمره منه وهى الرضعة : والرضعه هى
ان يأخذ الصبى الثدي ولا يتركه الا طائعا . نظير الأكله . والنومه . وما اليهما
وبهذا يكون القرآن مطلقا فى الرضعات قليلها وكثيرها وتكون احاديث المصحة
والا ملاحظة متفق مع هذا الاطلاق اذ كل منهما غير الرضعة .

قال ابن العربى وراى مالك وابو حنيفة الأخذ بمطلق القرآن وهو
الصحيح لأن عمل بعموم القرآن وتعلق به . وقد قوى ذلك بأنه من باب

التحريم في الأبضاع والحوطة على الفروج فقد وجب القول به لمن يرى العموم ومن لا يراه . والله اعلم .

الطلاق البدعي

شرع الله الزواج لمقاصد سامية لا تتحقق إلا اذا حسنت العشرة بين الزوجين وترابطت قلوبهما . وحرصاً على بقاء هذه العلاقة قوية متينة أحاطها الشارع بسياج منيع يحفظها من الضعف والانحلال . ومن ذلك أنه أمر أولى الشأن اذا خافوا الشقاق بين الزوجين أن يسارعوا الى تلافيه بالاصلاح وأرشد الزوج الى ألا يتأثر بما يجد في نفسه من بغض وكرهه وأطمعه في خير كثير يناله اذا لم يسير هذه العاطفة . قال الله تعالى : (وعاشروهن بالمعروف فان كرهتهن فمضى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً) وتفر من الطلاق وجعله بغيضاً عنده لما فيه من قطع ما يحب الله أن يوصل . روى ابن عمر عنه رضي الله عنهما أنه قال أبغض الحلال الى الله الطلاق . وروى عن توبان أن رسول الله صلوات الله عليه وآله قال : أيما امرأة سالت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها راحة الجنة .

ومن ذلك تعلم أن الأصل في الطلاق الحظر لما فيه من كفران نعمة النكاح وهدم مقاصده وإلحاق الأذى بالزوجة وأهلها وأولادها ولكن الشارع الحكيم قدر ان العشرة بين الزوجين قد تسوء ويتفاقم شرها ولا يجدي في اصلاحها علاج فأذن عند ذلك بالفراق وجعله سبيلاً للخلاص عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم اقامة حدود الله وقد يمرض ما يجعل الفراق مندوباً أو واجباً

هذا حكم الطلاق بالنظر الى ذاته . وله مع ذلك حكم آخر باعتبار وقته
وعدده - وهو بهذا الاعتبار يكون سنياً وبدعياً
والكلام هنا في موضعين - الأول - فيما يكون سنياً وما لا يكون
- الثاني - في وقوع البدعي وعدم وقوعه واليك في الموضعين ما اتفق العلماء
عليه وما اختلفوا فيه

الموضع الأول - سني الطلاق وبدعيه

اتفق العلماء في هذا الموضوع على ما يأتي :

ا - ان طلاق المدخول بها في طهر لم يمسه فيها طلقة واحدة لم يتبها
في العدة بطلقة اخري سني

ب - ان طلاقها في الحيض او النفاس او في طهر مسمها فيه بدعي اذا
كانت غير حامل

ج - ان طلاق غير المدخول بها ليس سنياً ولا بدعياً من جهة الوقت
إلا ما يروي عن زفر من ان طلاقها حالة الحيض بدعي كالمدخول بها
وأما الذي اختلفوا فيه من هذا الموضوع فهو :

ا - سنية الطلاق وبدعيته من جهة العدد . فقال الشافعية : ليس في الجمع
بدعة ولا في التفريق سنة والمدخول بها وغيرها سواء . بل نقل ابن رشد
عن الشافعي أن المطلق ثلاثاً بلفظ واحد مطلق للسنة . وقال الحنفية والمالكية
إن إيقاع الثلاث أو الثلثين دفمها واحدة أو متفرقة في طهر واحد بدعي يستوي
في ذلك المدخول بها وغيرها . وللحنابلة في الثلاث روايتان أحدهما أنه غير
بدعي واختارها الخرق . الثانية أنه بدعي واختارها أبو بكر وأبو حفص .

أما الثنتان دفعة أو متفرقة في طهر فسنى : هذا في المدخول أما غير المدخول بها
بها فلا سنة ولا بدعة في طلاقها وقتا ولا عددا .

ب - إذا أردف طلاق المدخول بها المتفق على سنته بطلاق آخر في
العدة فقال المالكية والحنابلة يكون بدعيا وقال الحنفية يكون سنيا إذا وزعت
الطلقات على الاطهار

ج - طلاق الآيسة والصغيرة . فذهب الحنفية إلى أنه يكون سنيا وبدعيا
من حيث الوقت فالسني فيهما أن يطلق واحدة أو أكثر بشرط أن يفصل بين
كل تطليقتين بشهر وذهب الأئمة الثلاثة إلى أنه لا سنة ولا بدعة في طلاقهما
من حيث الوقت .

د - طلاق الحامل فقال أبو حنيفة وأبو يوسف هي كالأيسة والصغيرة يكون
طلاقها سنيا بواحدة أو بثلاث في ثلثه اشهر وقال محمد وزفر لا يكون سنيا
الابواحدة وقال الأئمة الثلاثة لا يوصف طلاقها بسنة ولا بدعة .

و الخلاصة . ان الحنفية يرون ان الطلاق يكون سنيا وبدعيا من حيث
الوقت والعدد في المدخول بها ومن حيث العدد فقط في غير المدخول بها اما
من حيث الوقت فليس في طلاقها سنة ولا بدعة

وان الشافعية يرون انه لا سنة ولا بدعة في العدد مطلقا . أما من حيث
الوقت فيرون ان طلاق الصغيرة والآيسة والحامل وغير المدخول بها والمختلعه
وطلاق الحكمين والحاكم على المولى بطلبها وطلاق المتحيره ليس سنيا ولا بدعيا
وماعدا ذلك فاما سنى واما بدعى .

وان الحنابلة يرون ان طلاق الآيسة والصغيرة وغير المدخول بها والحامل

لا يكون سنيا ولا بدعيا في وقت ولا عدد وماعدا ذلك يكون سنيا وبدعيا من حيث الوقت والعدد. وأن المالكية يرون أن طلاق الصغيرة والآيسة والحامل وغير المدخول بها لا يوصف بسنية ولا بدعية من حيث الوقت أما من حيث العدد فيكون سنيا وبدعيا

هذه هي آراء الأئمة في سني الطلاق وبدعيه والاصل فيما اتفقوا على سنيته أو بدعيته قوله تعالى (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة) وقوله صلى الله عليه وسلم لعمر - وقد طلق ابنه عبد الله امرأته في الحيض (مره فليراجعها أو يطلقها طاهرا أو حاملا) فان معنى الآية الأمر بتطبيق النساء في الوقت الذي تستقبل فيه العدة وقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم بيانه بقوله في حديث ابن عمر: فان بداله أن يطلقها قبل يمسه فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء ومن ذلك استنبط العلماء أن الطلاق الذي يطول العدة على المرأة أو يوقع اشتباها في العدة. أو يقع في زمن فتور الرغبة فيها يكون بدعيا وقد وجدت هذه المعاني كلها فيما اتفقوا على بدعيته. ولم يوجد واحد منها فيما اتفقوا على سنيته ولما كانت الرغبة متوفرة في غير المدخول بها دائما وليس لها عدة يخشى طولها أو اشتباهاها جاز طلاقها في الحيض والطمهر على حد سواء ولم يكن طلاقها من حيث الوقت سنيا ولا بدعيا إلا أن زفر يقول أن وقت الحيض في ذاته زمن نفرة فطلاقها فيه كطلاق المدخول بها فيه. ووجه الجمهور واضح

الأدلة في مواضع الاختلاف

استدل الشافعية على مذهبهم في المسألة الأولى باطلاق النصوص

م - ٧ مقارنة

الواردة في الطلاق وذلك مثل قوله تعالى (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء)
الآية و (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء) الآية حيث لم يقيد الطلاق فيها بعدد
مخصوص

وبما روى عن سهل بن سعد قال لما لعن أخو بني عجلان امرأته قال
يا رسول الله كذبت عليهما ان امسكتها فطلقها ثلاثا ولم ينكر ذلك عليه صلى الله عليه وسلم
وبما جاء في بعض روايات حديث فاطمة بنت قيس (طلقني زوجي
ثلاثا فلم يجعل لي رسول الله تنقمة ولا سكنى ولم ينكر عليه أيضا
وبأن عبد الرحمن بن عوف طلق تمار ثلثا في مرضه . وبأن الحسن
بن علي رضي الله عنه طلق امرأته شهباء حينما هنأته بالخلافة بعد موت أبيه
ثم قالوا ان الطلاق مشروع والمشروعية لا تجامع الحظر وأما حرمة الطلاق
في الحيض أو الطهر الذي مسها فيه فهي للمضارة أو لاشتباه وجه العدة .
وقالوا لو طلق نساءه الاربع بكلمة واحدة كان سنيا اتفاقا فكذلك إذا جمع
الثلاث للواحدة

واستدل المالكية والحنفية بالكتاب والسنة والمعقول

أما الكتاب فقوله تعالى : الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تستريح
باحسان الي قوله فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره - قال
الكامل دلت الآية على ألا طلاق مشروع إلا كما جاء فيها إذ ليس وراء
الجنس شيء وهذا من طرق الحصر فلا طلاق مشروع ثلاثا
بكلمة واحدة

أما السنة . فما روى عن ابن عباس انه قال للذي طلق ثلاثا عصيت ربك
وفارقت امرأتك . وما جاء في حديث عبادة بن الصامت حيث قال صلى الله عليه وسلم

بانت بثلاث في معصية الله وماروي النسائي عن محمود بن لبيد قال: أخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاثا جميعا فقام غضبان فقال أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال رسول الله ﷺ ألا أقوله؟

أما المعقول فقالوا الأصل في الطلاق الحظر لما فيه من قطع المصالح الدينية والدينية وكفران نعمة النكاح ولا يخرج عن هذا الأصل الا عند الحاجة وما شرع الحاجة يقدر بقدرها ويكفي في دفع الحاجة الواحدة أو التفريق على الاطهار والجمع مع كونه زيادة مفوت للحكمة المقصودة للشارع من التفريق وهي التدارك عند الندم. وبهذا التقرير اندفع قول الشافعية ان الأصل فيه الاباحة وهي لا تجامع الحظر أما آيات الكتاب المطلقة فهي مقيدة بالآية التي ذكرنا. وأما عدم الانكار على عويمر فلان الفرقة لم تقع بالطلاق بل بلعانها وأما الاحاديث الأخرى فلم يقع جمع الثلاث فيها بين يديه ﷺ حتى يكون مقرآله ولم يحضر المطلق حتى ينكر عليه على أن حديث فاطمة قد جاء فيه أنه أرسل اليها لتطليقه كانت قد بقيت لها من طلاقها. وقد روى محمد بن سيرين عن علي كرم الله وجهه أنه قال لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة أبدا يطلقها تطليقه ثم بدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاثا فتى شاء راجعها

واستدل المالكية على مذهبهم في مسألة تفريق الطلقات على الاطهار بأن الأصل في الطلاق الحظر كما قرر في المسألة السابقة وأن الاباحة للحاجة وهي

تندفع بالواحدة واستدل الحنفية بقوله صلى الله عليه وسلم في حادثة ابن عمر - وقد أراد أن يتبع الطقة التي أوقعها في الحيض بطلقتين أخريين عند القرأين يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله قد أخطأت السنة . السنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء فأمرني فراجعتها فقال إذا هي طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك . وأما القول بان الأصل في الطلاق الحظر وإنما يباح للحاجة فمسلم ولا نسلم أن الحاجة تندفع بالواحدة في كل حال بل قد يحتاج الى أن يقطع نفسه عنها على وجه يأمن فيه من عروض الندم فإذا أعاد تطليقها في الطهر وهو زمن تجدد الرغبة دل على تمكن تلك الحاجة من نفسه

ولا يخفى أن مدرك المالكية في هذه أظهر ولادلالة في الحديث لأنه تشريع عام لا يخص الحادثة بدليل قوله إذا هي طهرت فطلق عند ذلك او أمسك على ان في ارداف الطلقات تكريراً لتجميع المرأة وزيادة في إبلامها بغير موجب ولأن يقطع المرء نفسه بعزمه خير من أن يقطعها بإيذاء المرأة .

أما الخلاف في المسألتين الأخيرتين فع ابتناؤه في الجملة على الخلافية الثانية فأمره سهل لانفاقهم على ان تطليق كل منهن واحدة ليس بدعياً

وقوع الطلاق البدعي

قد علمت أن من البدعي ما يرجع إلى الوقت ومنه ما يرجع إلى العدد . وقد قال ابن القيم في زاد المعاد : اجمع المسلمون على وقوع الطلاق الذي أذن الله فيه وإباحه اذا كان من مكلف مختار عالم بمدلول اللفظ قاصد له . واختلفوا في وقوع المحرم من ذلك وفيه مسألتان - المسألة

الاولى - الطلاق في الحيض أوفى الطهر الذي مس فيه - المسألة الثانية -
الطلاق بجمع الثلاث . ولنفرد لكل منهما بحثا على حدة

وقوع الطلاق في الحيض أوفى طهر مس فيه

اختلف العلماء في هذه المسألة . فذهب الأئمة الاربعة وجمهور الفقهاء
إلى القول بالوقوع وذهبت طائفة إلى القول بعدم وقوعه منهم الباقر والصادق
من أئمة الشيعة . وابن عليه من فقهاء المعتزلة . وارتضاه ودافع عنه من الحنابلة
ابن تيمية وتلميذه ابن القيم .

استدل الجمهور بالكتاب والسنة والمعقول

أما الكتاب فقوله تعالى (الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح
باحسان) وقوله تعالى (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره)
وقوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وغير ذلك من آيات
الطلاق . قالوا جاءت هذه الآيات مرتبة على مطلق الطلاق حكمه من غير
أن تقيده بوقت دون وقت ولا بمطابقة دون مطلقة فدل ذلك على الوقوع في
عموم الاوقات والاحوال ولم يوجد من النصوص ما يقيده اطلاقه — هذه
الآيات فوجب القول بوقوع الطلاق في طهر أو حيض - أما السنة : فما
ورد في قصة عبد الله بن عمر من الالفاظ الدالة على الوقوع . وأولها قوله
ﷺ في حديث رواه الجماعة (مره فليراجعها) أمره بالراجعة وهي انما
تكون بعد وقوع الطلاق ثانيا ما في رواية للشيخين (وكان عبد الله طلق
تطبيقه فحسبت من طلقها) ثالثها قول ابن عمر لما قيل له أيجز بك بتلك
التطبيقه (أرايت ان عجز واستحتمق) أي أن عجزه وحمقه لا يكون عذرا له

في عدم احتسابها . رابعها ماجاء في رواية أحمد ومسلم والنسائي (وكان ابن عمر إذا سئل عن الطلاق في الحيض قال لأحدهم : أما ان طلقت امرأتك مرة أو مرتين فان رسول الله أمرني بهذا وان كنت طلقت ثلاثا فمقدحرت عليك حتى تنكح زوجا غيرك وعصيت الله عز وجل فيما أمرك به من طلاق امرأتك) قالوا هذا عبد الله بن عمر الواقف عند المأثور وهو صاحب قصة الطلاق في الحيض يخبر أن الطلقة احتسبت عليه وينكر عدم احتسابها ويفتي بوقوعها .

ثانيا - ماورد عن حماد بن زيد عن أنس رضى الله عنه قال رسول الله ﷺ من طلق في بدعة ألزمنه بدعته . قالوا : وقد أفتي بوقوع هذا الطلاق عثمان وزيد ابن ثابت .

أما المعقول فقالوا : إنه طلاق صادر من أهله في محل فيقع . والطلاق ليس عبادة ولا قرابة حتى يعتبر لوقوعه موافقة الأمر . وإنما هو إزالة العصمة واسقاط الحق فلا تنقيد سببته بوقت معين . والنهي عنه في وقت الحيض ليس لفقده السببية وإلا لما نهى عنه . وإنما كان النهي لأمر خارج عن حقيقته وعن سببته وهو الاضرار بالزوجة بتظويل العدة عليها .

واستدل القائلون بعدم الوقوع بالكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فقولته تعالى (فطلقوهن لعدتهن) قالوا إن الأصل في الطلاق الحظر وقد دلت الآية على إباحته - للحاجة - في وقت معين وهو وقت استقبال العدة فتقتصر مشروعيته على مورد النص ويبقى ما عداه على الأصل غير مشروع فلا يقع وتكون هذه الآية مقيدة لاطلاق النصوص الواردة في الطلاق ميذنة أن الطلاق الوارد فيها المستعقب لآثاره هو الطلاق على

هذا الوجه المذكور في الآية . ويوضح هذا ما عرف من أن النصوص الواردة في العبادات وسائر المعاملات كالانكحة والبيوع - وان كانت مطلقة - لا تشمل إلا المشروع منها .

أما السنة . فما صحح من قوله ﷺ (من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد . أو كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد) ولا كلام في صحة هذا الحديث كما انه لا كلام في أن محل النزاع ليس مشروعاً . ويقتضى هذا أنه مردود على صاحبه . ولا يترتب على الردود أثر

ثانياً : ما أخرجه احمد وابوداود والنسائي (أن ابن عمر سئل كيف ترى في رجل طلق امرأته حائضاً . فقال طلق ابن عمر امرأته حائضاً على عهد رسول الله ﷺ فسأل عمر عن ذلك رسول الله ﷺ فقال ان عبداً لله طلق امرأته وهي حائض قال عبدالله فردها على ولم يرها شيئاً) قالوا : الحديث من رواية رجال ثقة أئمة حفاظ . وهو ظاهر في افعال هذا الطلاق وعدم وقوعه

أما المعقول . فقالوا : لا خلاف أن الشارع نهى عن هذا الطلاق ولم يأذن للزوج فيه فلا يكون مال كاله وكل ما كان كذلك لا يصح ولا ينفذ . أما أولاً فلان النهي يقتضى فساد المنهى عنه وقد سبق رد الرسول لما خالف الأمر واما ثانياً فلان الفقهاء قالوا : لو وكل رجلاً أن يطلق امرأته طلاقاً جائزاً فطلقها طلاقاً حراماً لم يقع : فكيف يكون إذن المخلوق معتبراً دون اذن الشارع ومن البين أن المكلف انما يتصرف بالاذن فما لم يأذن به الله ورسوله لا يكون محلاً للتصرف البتة . وما ذلك الا كتطبيق الاجنبية والطلقة الرابعة وقالوا ان النهي حجب من الشارع فلو قلنا بالوقوع لم يكن لحجر الشارع معنى وكيف يكون حجب القاضي على من منعه التصرف اقوي من حجب الشارع

وقالوا ان النكاح ثابت بيقين ولا يزول اليقين إلا بيقين مثله من كتاب او
سنة صحيحة صريحة او إجماع . ولا سبيل الى واحد من هذه الثلاثة . فلا
نزول العصمة بهذا الطلاق المحذور

هذه ادلة الفريقين في المسألة . وقد نوفش الجمهور في الاستدلال
بالآيات المطلقة بما سلف في ادلة المخالفين من انها مقيدة بآية فطلقوهن لعدتهن
وفي استدلالهم بقصة ابن عمر من وجوه اولها ان كلمة المراجعة ليست
صريحة في وقوع الطلاق لانها جاءت في كلام الله وكلام رسوله على ثلاثة
معان احدها ابتداء النكاح كما في قوله تعالى (فان طلقها فلا جناح عليهما ان
يتراجعا لمن ظنا ان يقيا حدود الله) ثانيها رد الشيء الى الحالة الحسية
التي كان عليها اولا كقوله ﷺ للذمان بن بشير لما انحل ابنه غلاما خصه به
دون ولده ارجعه . وقوله تعالى فلا ترجعوهن الى الكفار . ثالثها استدامة الملك
بعد الطلاق . ومع هذا الاحتمال لا يتم بها استدلال . ثانيا ان حسابها الوارد
فيه لم يضاف عينا الى الرسول ﷺ بل الظاهر ان احتسابها كان اجتهادا
من ابن عمر بدليل قوله ارايت فانه لا حاجة الى الرأي مع النص

وقيل لهم في حديث أنس (من طلق في بدعة أزمانه بدعته) حديث
باطل لم يروه أحد من الثقات وإنما هو من حديث اسماعيل بن أمية الكذاب
وكذلك طعن في نقل فتيا عثمان بن عفان وزيد بن ثابت رضي الله عنهما

ونوقشوا في المعقول بمنع انه صادر في المحل لأن محل الطلاق ما بينته آية
فطلقوهن لعدتهن وكونه لإزالة العصمة واستسقاط الحق لا يبرر وقوعه ونفاذه
عند مخالفة الأمر لأنه لم يملك ذلك الاستسقاط الا على وجه خاص

وقد ناقش الجمهور ادلة المخالفين . فقالوا : لامعارضة بين قوله تعالى
فطاقوهن لعدتهن وبين الآيات المتعلّقة حتى يحمل المطلق على التقييد لأن
التقييد سيقى لبيان وقت التطبيق الذى لا يلحق المرأة فيه ضرر والآيات
الأخرى سيقى لبيان الاحكام التى تترتب على وقوع الطلاق وقد يكون منه
الطلاق لغير العدة وليس فى الآية الثانية ما ينفى وقوعه . وكونه محظوراً
لأمر لا يرجع الى حقيقة الشرعية لا يمنع وقوعه وصحته . وما حظر إلا لأنه
يقع ويترب عليه أثره اذ لو كان غير واقع لما لحق الزوجة منه ضرر ويكون
لعوا من القول . وأما عدم شمول نصوص العبادات والمعاملات للفاسد
فلأن الفساد خلل راجع الى حقيقةها اما ما يرجع الخلل فيه الى غير الذات فلا
نسلم انها لا تشملها . ولذلك كان فى العبادات والمعاملات الفاسد والصحيح
والمكروه وهذا آية ان النهى لا ينافى المشروعية باطلاق .

وقيل لهم فى الحديث (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد) ان الرد
عدم القبول . ولا يلزم منه عدم الصحة . فكم من شىء صحيح غير مقبول
ولامتاب عليه .

وقيل لهم فى قول ابن عمر (فردها على ولم يرها شيئاً) ان هذا الحديث
قد أعله أحمد بخالفه رواية أبى الزبير لسائر الحفاظ . وقال أبو داود : وروى
هذا الحديث عن ابن عمر جماعة وأحاديثهم على خلاف ما قال أبو الزبير .
وقال ابن عبد البر قوله (ولم يرها شيئاً) منكر لم يقله غير أبى الزبير وائس
بحجة فيما خالفه فيه مثله فكيف إذا خالفه من هو أوثق منه . وقال الخطابى
قال أهل الحديث لم يرو أبو الزبير حديثاً أنكر من هذا . وقد يحتمل أن
يكون معناه لم يرها شيئاً تحرم معه المراجعة . أو لم يرها شيئاً جائزاً فى السنة

ماضيا في الاختيار . وأمام هذا التجريح لا تجدى محاولة التعديل والتصحيح
ونوقشوا في المعقول بما سبق تقريره في تأثير النهي في المنهي عنه .
وأمامسألة التوكيل وحجر القاضى فالقياس عليهما قياس مع الفارق . لأن
الوكيل في هذا الباب سفير ومعبر عن الموكل . والسفير لا يملك غير ما فوض
اليه ولأن حجر القاضى مبنى على عدم أهلية المحجور للتصرف . قال الطحاوى
وليس ذلك كالوكالات لأن الوكلاء إنما يفعلون ذلك للموكلين فيحلون في
أفعالهم تلك محالهم فان فعلوا ذلك كما أمروا لزمهم . وان فعلوا ذلك على غير
ما أمروا به لم يلزم . والعباد في طلاقهم إنما يفعلونه لأنفسهم لا لغيرهم ولا لرهبهم
عز وجل) أما طلاق الأجنبية والطلقة الرابعة فبطلانها لانعدام المحل ولا
كذلك محل النزاع . وقولهم ان النكاح ثابت بيقين ولا يزول اليقين إلا
بيقين مثله مسلم وليس بعد النطق بالطلاق ممن يقصده وهو أهل له في محله
الشرعى يقين . فاذا منعوا المحلية فجوابه ما سبق في أثر النهي .
وبعد فاعلمك بموازنة أداة الفريقين والنظر في المناقشة من الجانبين
تعرف أن مذهب الجمهور أسعد حقا بالقياس والنص .

ايقاع الثلاث بكلمة واحدة في وقت واحد

للعلماء في هذه المسألة مذاهب . فالأئمة الاربعة وجمهور الصحابة والتابعين
على أن الطلاق الثلاث بكلمة واحدة واقع . وذهبت طائفة إلى ان الذى يقع
به واحدة رجعية . ومن هؤلاء الزيدية من الشيعة وابن تيمية وتلميذه من
الحنابلة . قال ابن القيم : وأفتى بعض اصحاب مالك حكاة التامسانى قولا لبعض
المالكية في شرح تفريرع ابن الجلاب . وافتى به بعض الحنفية حكاة ابو بكر

الرازي عن محمد بن مقاتل . وافق به بعض اصحاب احمد حكاة ابن تيمية عنه قال
وكان الجدينتى به احيانا

وجاء في نيل الأوطار ان بن مغيث نقله في كتائب الوثائق عن محمد
بن وضاح . ونقل الفتوى به عن جماعة من مشايخ قرطبة كمحمد بن بقر
ومحمد بن عبد السلام وحكاة ايضا عن علي وابن مسعود وعبد الرحمن بن
عوف والزبير . ونقله ابن المنذر عن أصحاب ابن عباس كعطاء وطاوس وعمر
بن دينار . كما حكاة صاحب البحر عن ابى موسى وذكره رواية عن علي
وابن عباس .

وزهد بعض الامامية إلى أنه لا يقع به شيء وحكى ذلك عن بعض
التابعين وعن ابن غلية . وهشام بن الحكم وبه قال أبو عبيدة وبعض
أهل الظاهر

وزهدت جماعة من اصحاب ابن عباس واسحق بن راهوية إلى أن
المطلقة إن كانت مدخولا بها وقعت الثلاث وإن لم تكن مدخولا بها فواحدة
وبه قال الحسن البصري .

الأدلة

استدل الجمهور بالكتاب والسنة والاجماع
أما الكتاب . فأيات الطلاق . فأنها قد وردت مطلقة لم تفرق بين ايقاع
الواحدة وغيرها . أما السنة . فمنها حديث سهل بن سعد . وفيه أن عويمر
العجلاني قال بعد الفراغ من اللعان كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها
فطلقها ثلاثا . وفي رواية لأحمد هي الطلاق وهي الطلاق وهي الطلاق .

قد سريحه لها بهذه الكيفية بعد أن قال كذبت عليها ان أمسكتها دليل واضح على أنه يعلم أن التطليق على هذا الوجه طريق للبينونة التي يريد بها. وقد كان ذلك بمسمع من النبي ﷺ ولم ينكر عليه ان هذا يحتمق غرضه ومنها حديث ابن عمر. قال سئل نبي الله ﷺ عن الرجل يطلق امرأته ثلاثا ويتزوجها آخر فيغلق الباب ويرخي الستر ثم يطلقها قبل أن يدخل بها هل تحل للاول؟ قال لا حتى تذوق العسيلة قالوا فلو لا ان الثلاث تقع ما وقف حلها للاول على ذوق العسيلة

ومنها. حديث فاطمة بنت قيس في رواية طائفي زوجي ثلاثا فلم يجعل لي رسول الله ﷺ ولا نفقة قالوا فلو انه لم يقع اصلا او وقع واحدة رجعية لما حرمت من السكنى والنفقة

ومنها حديث عبادة بن الصامت قال طلق جدي امرأة له الف تطايمة فانطلق الى رسول الله ﷺ فذكر له ذلك فقال ﷺ ما اتقى الله جدك أما ثلاث فله وأما تسماية وسبع وتسعون فعدوان وظلم ان شاء الله عذبه وان شاء غفر له

ومنها ما جاء في حديث ركانة بن يزيد انه طلق امرأته البتة. وان النبي ﷺ استحلقه انه ما أراد الا واحدة فاستحلقه على ارادة الواحدة دليل على انه لو أراد الثلاث وقعن. واذا كانت الثلاث تقع بالنية في الكناية فأولي أن تقع بصريح الطلاق

ومنها ما جاء في بعض روايات حديث ابن عمر انه قال: فقلت يا رسول الله لو كنت طلقها ثلاثا أكان لي أن أراجعها فقال رسول الله ﷺ لا كانت تبين وتكون معصية

ومنها حديث محمود بن لبيد وفيه أن الرسول ﷺ أخبر عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا فقام غضبان ثم قال أيلب بكتاب الله وأنا بين أظهركم؟ قالوا فلو لا أن الثلاث يقعن لما كان للغضب محل ومنها ما روى أبو داود عن مجاهد قال كنت عند ابن عباس فجاءه رجل فقال انه طلق امرأته ثلاثا . قال فسكت حتى ظننت أنه رادها اليه ثم قال ينطلق أحدكم فيركب الحموقة ثم يقول يا ابن عباس يا ابن عباس وأن الله قال ومن يتق الله يجعل له مخرجا وانك لم تتق الله فلم يجعل لك مخرجا عصيت ربك فيانت منك امرأتك وفي موطأ مالك بلغه أن رجلا قال لعبدالله بن عباس اني طلقت امرأتي مائة تطليقة فإذا تري علي قال طلقت منك ثلاثا وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا وفيه أيضا أن رجلا جاء الى ابن مسعود فقال اني طلقت امرأتي ثمانى تطليقات فقال . ما قيل ذلك؟ فقال قيل لى بانك منك فقال صدقوا هو مثل مائة ولون . قال الكمال وظهره الاجماع على هذا الجواب

وأما الاجماع فقالوا ثبت النقل عن اكثر المجتهدين من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ان الثلاث يقعن مجتمعة ولم ينكر عليهم ذلك منكر . وقد خاطب عمر الناس جميعا بامضاء الثلاث على من حلف بها وفيهم اصحاب الرسول ﷺ وفيهم من يعلم ما كان عليه العمل في حياته ﷺ فوافقه ولم ينكر عليه أحد . قال الطحاوى في شرح معاني الآثار . فكان ذلك أكبر الحجة في نسخ ما تقدم من ذلك . لأنه لما كان نقل اصحاب الرسول ﷺ جميعا نقلا تجب به الحجة كان كذلك اجماعهم على القول اجماعا تجب به الحجة . وكما كان اجماعهم على النقل بريثا من الوهم والزلل كان كذلك

جماعهم على الرأي بريئا من الوهم والزلل . وقد رأينا أشياء قد كانت على عهد رسول الله ﷺ على معاني فجعلها أصحابه رضي الله عنهم علي خلاف تلك المعاني لما رأوا فيها مما قد خفي على من بعدهم . فكان ذلك حجة ناسخا لما تقدمه من ذلك تدوين الدواوين . والمنع من بيع امهات الأولاد وقد كن يبيعن قبل ذلك والتوقيت في حد الحمر ولم يكن فيه توقيت قبل ذلك . فلما كان ماعملوا به من ذلك لا يجوز لنا خلافه إلى ما رأينا مما قد تقدم فعلهم به كان كذلك ما وقفوا عليه من الطلاق الثلاث الموقع معا انه يلزم لا يجوز لنا خلافه الى غيره مما روى انه كان قبله على خلاف ذلك . وبعد ان ساق الاحاديث في معنى ما ذكرنا للجمهور اورد اعتراضا . قال : فان قال قائل قد رأينا العباد امروا الا ينكحوا النساء إلا على شرائط . منها انهم منعوا من نكاحهن في عدتهن . فكان من ينكح امرأة في عدتها لم يثبت نكاحها عليه وهو في حكم من لم يعقد عليها نكاحا فالنظر على ذلك ان يكون كذلك هو إذا عقد عليها طلاقا في وقت سهي عن ايقاع الطلاق فيه الا يقع طلاقه ذلك وان يكون في حكم من لم يوقع طلاقا . فالجواب في ذلك ان ما ذكر من عقد النكاح كذلك هو وكذلك العقود كلها التي يدخل العباد بها في اشياء لا يدخلون فيها إلا من حيث امروا بالدخول فيها . واما الخروج فقد يجوز بغير ما امروا بالخروج به من ذلك انا قد رأينا الصلوات قد امر العباد في دخولها الا يدخلوها الا بالتكبير والاسباب التي يدخلون فيها وامروا الا يخرجوا منها الا بالتسليم فكان من دخل في الصلاة بغير طهارة وبغير تكبير لم يكن داخلا . وكان من تكلم فيها بكلام مكروه او فعل فيها شيئا مما لا يفعل فيها من الاكل والشرب والمشى وما شابهه خرج من الصلاة وكان مسيئا فيما فعل من ذلك في صلاته

فكذلك الدخول في النكاح لا يكون الا من حيث أمر العباد بالدخول فيه
والخروج منه قد يكون بما مروا بالخروج به منه وبغير ذلك

وقد ارتفع صرح هذه الأدلة في نظر الكمال بن الهمام. وقال فماذا بعد الحق
الضلال وعن هذا قلنا لو حكم حاكم بان الثلاث بنفم واحدا واحدة لم ينفذ حكمه
لأنه لا يسوغ الاجتهاد فيه فهو خلاف لا اختلاف

واستدل القائلون بأنه واحده رجعية بالكتاب والسنة والمعقول

أما الكتاب فقوله تعالى (الطلاق مرتان فأمسك بمعروف أو تسريح
باحسان) الآية قالوا دلت الآية على أن الطلاق المشروع بعد الدخول نوعان
الطلاق الذي لا يملك الرجل فيه الرجعة وهو ما دل عليه قوله تعالى (فإن
طلقها فلا تحل له) الآية والطلاق الذي يملك الرجل فيه الرجعة وهو ما سبق
هذه الطلقة وقد شرعه الله مرتين. ولا يفهم العرب من كلمة مرتين ونحوها
إلا الحصول متعاقبا دفعة بعد دفعة. ولذلك لم يفهم أحد من قوله. ص. من
سبح الله دبر كل صلاة ثلاثا وثلاثين الخ وقوله تعالى والذين يرمون أزواجهم
ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم الآية وأيمان القسامة. والاقرار بالزنى إلا
الحصول المتعاقب المتكرر بقدر العدد المطلوب ولم يذهب ذاهب الى أن
المكلف إذا أتى بها دفعة واحدة مصحوبة بكلمة العدد المطلوب يكون
ممثلا. وكما عرف ذلك في الأقوال عرف أيضا في الأفعال قال تعالى سنعذبهم
مرتين. وقال ص. لا يبلغ المؤمن من حجر مرتين. وقد روى عن ابن
عباس أنه جعل كلمة طلقت ثلاثا بمثابة قرأت الفاتحة ثلاثا فإن كان صادقا

فالطلاق صحيح وإلا فهو لغو من القول . فانشاء الطلاق ثلاثا بالقول ليس في قدرة الرجل ايقاعه مرة واحدة وذلك لأن الأمور العملية لا تتكرر بتكرار القول المعبر عنها بل ولا تتكرر القولية باتصال العدد بها فان من يفسخ العقد مرة ويعبر عنه بقوله ثلاثا يكون كاذبا فالقرآن لم يشر الى الطلاق البائن بلفظ الثلاث بل ولا البتات غير المكمل للثلاث وهذا قدر لا يكاد يختلف فيه أحد وإنما اختلفوا بسبب اختلاف المروي وقد سبق منه ما احتج به الجمهور على وقوع الثلاث دفعة واحدة

أما السنة فمنها مرواه ابن عباس عن ركانة أنه طلق امرأته ثلاثا في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا فسأله النبي ﷺ كيف طلقتها فقال ثلاثا في مجلس واحد فقال له إنما تلك واحدة فارتجمها أخرجه الامام احمد في مسنده وأخرجه أيضا أبو يعلى وصححه

ومنها ما رواه طاووس عن ابن عباس كان الطلاق الثلاث على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر بن الخطاب واحدة . فقال عمر بن الخطاب ان الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناهم عليهم فأمضاه عليهم رواه احمد ومسلم وفي رواية عن طاووس أن أبا الصهباء قال لابن عباس هات من هناتك ألم يكن طلاق الثلاث على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر واحدة قال قد كان ذلك فلما كان في عهد عمر تتابع الناس في الطلاق فاجازه عليهم رواه مسلم

وأما المعقول فقالوا . ان جمع الثلاث بدعة محرمة والبدعة مردودة بالنص فيجب أن يرد الى المشروع قال ابن اسحق خالف السنة فيرد الى السنة . وأيضا فان الحكمة المقصودة للشارع من تفريق الثلاث وهي التدارك عند

الندم لا تتحقق بالإيقاع جملة وما كان مفوتا لحكمة الشارع يجب إلغاؤه وذلك بالرد إلى الواحدة تحقيقاً للحكمة وتصحيحاً لانشائه بقدر الامكان

واستدل القائلون بأنه لا يقع شيء لاواحدة ولا أكثر . بأنه طلاق بدعى محرم وكل بدعى مردود بنص الحديث المتقدم
واستدل المفضلون بين المدخول بها وغيرها بما جاء في حديث ابن عباس من رواية أبي داود . أماءمت أن الرجل كان إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدرا من امارة عمر قال ابن عباس بلى . كان الرجل اذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدرا من امارة عمر فلما رأى الناس قد تتابعوا فيه قال أجزوهن عليهم . وقالوا ان المطلق لما قال طالق بانت به الزوجة لالى عدة فصادفها قوله ثلاثاً وهى اجنبية فلا يقع بها شيء زائد كما لو قال طالق وطالق وطالق

ويتجه على من قالوا بالتفصيل أن غاية ما فى رواية أبي داود التنصيص على غير المدخول بها وهو لا ينافى الرواية الاخرى المطلقة لأن التقييد فى هذه جاء طبقاً لما وقع فى السؤال فلا يدل على انتفاء الحكم فى غيرها ، وأما قولهم انها تبين بكلمة طالق لالى عدة الخ فيتجه عليه أن الكلام متصل

غير منفصل فلا يصح جملة كلمتين بحيث تعطى كل كلمة حكما ولهذا قالوا
لومات المرأة بعد قوله طالق قبل النطق بالعدد لا يقع شيء لان السكك كلام
واحد في الحكم فلا يصح ما ذكره من القياس

ويجبه على الذين لم يوقعوا به شيئا مسبق في الكلام على وقوع البدعي
من حيث الوقت على أن رد البدعة يتحقق بايقاع واحدة

وقد ناقش الجمهور أدلة القائلين بالوقوع واحدة فقالوا . ان غاية ما تدل
عليه الآية أن الطلاق الذي يكون الرجل فيه أحق برذوجته ما كان مرتين
فان طلقها الثالثة فليس أحق بها وهذا لا يقتضي أن الطلاق الثلاث بكلمة
واحدة لا يقع أصلا أو يقع واحدة وإنما يؤخذ ذلك من السنة وفيما روينا
دلالة واضحة على اعتبار الثلاث ووقوعها بكلمة واحدة

أما حديث ابن عباس فقالوا فيه ان طريق الامام أحمد فيها محمد بن
اسحق والكلام فيه معروف والذي رجحه أبو داود في تطليق ركانة أنه
طلقها البتة ومعنى الارتجاع فيها تجديد العقد عليها عند من يراها بائنة

وأما حديث ابن عباس فقالوا فيه أولا انفرد به مسلم وتركه البخاري
قال البيهقي وأظن أن البخاري تركه لمخالفته سائر الروايات عن ابن عباس
وساق الروايات القاضية بوقوع الثلاث عن ابن عباس التي ذكرنا وقال
ابن المنذر لا جائز أن يظن بان عباس أنه يحفظ عن رسول الله شيئا ثم يفتي
بخلافه وثانيا قال الشافعي يشبه أن يكون ابن عباس علم شيئا نسخ وقال
السكالك (وأما امضاء عمر الثلاث عليهم فلا يمكن مع عدم مخالفة الصحابة
مع علمهم بأنها كانت واحدة الا وقد اطلعوا في الزمان المتأخر على وجود
ناسخ) وثالثا ان الحديث ليس فيه أن الرسول صلى الله عليه وسلم هو

الذي كان يجمع الثلاث واحدة ولأنه علم بذلك وأقر عليه والحجة إنما هي قوله أو فعله أو إقراره ولم يثبت واحد منها ورابعا انه مؤول وسلوكوا في التأويل وجوها منها انه محمول على صورة تكرير لفظ الطلاق لأن الناس كانوا على عهد رسول الله ﷺ وعهد ابى بكر على صدقهم وسلامتهم لم يظهر فهم خب ولا خداع فكانوا يصدقون في ارادة التأكيذ وعدم ارادة الثلاث فلما رأى عمر في زمانه أمور اظهرت وأحوالا تغيرت منع حمل اللفظ على التكرار وألزمهم الثلاث لظهور دلائل قصد ايقاع الثلاث منهم ومنها أن معناه أن الناس كانوا يوقعون الطلاق واحدة في الزمن السابق ثم اعتادوا ايقاع الثلاث في زمن عمر فهو اخبار عن الواقع لا عن المشروع

وقالوا ان الاحاديث في هذا الباب مختلفة واذا اختلفت علينا الاحاديث رجعنا الى ما عليه أصحاب الرسول ﷺ فانهم اعلم بسنته وهذا عمر بن الخطاب وعلى بن ابى طالب وعثمان وابن عباس وغيرهم من كبار الصحابة قد أمضوا الثلاث جملة ولا يمكن أن يظن بهم تغيير المشروع وجعل الحلال حراما فنحن في هذه المسألة تبع لاصحاب رسول الله ﷺ ويبعد أن تكون الثلاث واحدة ويخفى ذلك عليهم ويعلمه من بعدهم

وقالوا في المعقول أن الخطر لا ينافى وقوع المحذور فانا رأينا أشياء قد حرمها الله ولم يمنع ذلك من ترتب أثرها عليها إذا وقعت كالظهار فانه منكر من القول وزور وهو محرم بلا شك وقد ترتب أثره عليه وكذلك الرجعة ضرارا والقذف والردة وطلاق الهازل فكلاهما محرمة ومع ذلك تترتب عليها أحكامها . وقد تقدم في طلاق الحائض تمتة القول في ذلك .

هذا وقد رفع لواء الرد على الجمهور ومناقشتهم شمس الدين ابن القيم

الجوزى فى كتابه زاد المعاد واعلام الموقعين ، وقال انا نتحاكم فى هذه المسألة وغيرها الى من أقسم الله سبحانه وتعالى أصدق قسم وأبره انا لا تؤمن حتى نحكمه فيما شجر بيننا ثم نرضى بحكمه ولا يلحقنا فيه حرج ونسلم له تسليماً لا الى غيره كائناً من كان اللهم الا أن تجمع أمته اجماعاً متيقناً لا شك فيه على حكم فهو الحق الذى لا يجوز خلافه ويأبى الله أن تجمع أمته على خلاف سنة ثابتة عنه أبداً ، واليك خلاصة ماناقشهم به

أولاً — ان الآيات المطلقة محمولة على التقييد للدلالة الثابتة التى تمنع وقوع الثلاث بكلمة واحدة ، ولو لم يكن سوى آية الطلاق مرتان — على ما سبق فى بيان دلالتها — لكان كافياً فى التقييد على ان هذه الآيات لم تعرض الا للاحكام التى تترتب على وقوع الطلاق اما ان الطلاق يقع بماذا وعلى اى وصف فلم تعرض له الآيات

ثانياً — ان حديث العجلانى أبعد عن الدلالة على الوقوع وقد سبق توجيه ذلك فى الطلاق البسدى

ثالثاً — ان حديثى فاطمة بنت قيس وابن عمر ليس فىهما حجة لأنه لم يذكر فىهما أن الثلاث كانت جملة بل المفهوم لغة وعرفاً من كلمة طلق الرجل ثلاثاً التفريق ، على أن الصحيح فى حديث فاطمة أن زوجها أرسل اليها بتطبيقه كانت بقيت لها من طلاقها وفى رواية أنه طلقها آخر ثلاث تطليقات

رابعاً — ان فى رواية حديث عبادة ضعيفاً (يحيى بن العلاء) عن هالك

(عبيد الله بن الوليد) عن مجهول (ابراهيم بن عبيد الله) وأية حجة تكون فى رواية ضعيف عن هالك عن مجهول على أن والد عبادة بن الصامت لم يدرك الاسلام فكيف بجده

خامساً - أن حديث ركانة قال فيه الترمذى سألت عنه البخارى فقال فيه اضطراب وفي اسناده الزبير بن سعيد الهاشمي وقد ضعفه غير واحد ، وقيل متروك ، وهو مع اضطرابه وضعفه معارض بما هو أصح اسناداً وأوضح متناً وهو حديث ابن عباس

سادساً : أن قول ابن عمر لو كنت طلقها ثلاثاً لخرجت في رواية شعيب بن زريق ، ولو صححت فسبيلها ما سبق في حديث فاطمة بنت قيس سابعا - انه لا يلزم من غضبه صلى الله عليه وسلم ، الوارد في حديث محمود بن لبيد الحكم بالوقوع بل كان الغضب لما في ذلك من ارتكاب الحلق ومحاوله الايقاع دفعة واحدة يدل عليه قوله أيلب بكتاب الله وأنا بين أظهركم ثامنا : في حديث ابن عباس (أركب أحدكم الحمرقة) انه ليس في كلام السائل ما يدل على أنه طلق الثلاث دفعة واحدة ، وانكار ابن عباس بقوله ذلك يحتمل احتمالاً قوياً أنه لسكثرة التطبيق مع عدم الحاجة فان الطلاق كما سبق محذور مستوجب للعصيان الا الحاجة مبررة ، وشغفه بالرجوع اليها بعد الثالثة دليل على عدم الحاجة وأن تطليقه كان بمحض الحلق ، على أن هذا الحديث ومثله من فتوى الأصحاب في الوقوع بالثلاث دفعة واحدة جاز كونه بعد امضاء عمر ذلك على رجة العتوبة والتأديب ، ومع هذا فلم يخل عصر من العصور ممن افتى بوقوع الثلاث واحدة كما سبق بيانه وبذلك تسقط دعوى الاجماع

هذه حجج المختلفين ومناقشتهم ، والناظر في هذا المقام يرى أمرين بارزين لم يחדش الجمهور دلالتهما ، آية الطلاق مرتان وحديث ابن عباس ، فان الجمهور أنفسهم يسلمون صحته ويزعمون أن اجماع الصحابة على رأيه لا يكون

إلا بتقدير ظهور ناسخ لم يكن لهم به علم من قبل أو فهمهم أن الحكم كان معلولا بمعنى زال في عهد عمر ، ودعوى النسخ لا تقبل بالقرض والاحتمال ، ودعوى أن الحكم معلول بعلة قد رالت تمهد القول بمثل ذلك في جميع الأحكام حتى ما لم ينظمها بوصف يكون مداراً للحكم ، وفي هذا انحلال الشريعة ولعلك بالنظر الى ما ذكرنا وبالوازنة بين القول بلزوم الثلاث والخروج من مأزقة بلعبة التحليل التي هي في الواقع وصمة منكرة ، وبين القول بوقوعه واحدة وعدم الالتجاء الى التحايل المزرى تدرك أنه يترتب على القول بوقوع الثلاث أمور كلها منكورة في نظر الشرع والدين تحريم ما أحل الله ، وانحلال الأسرة ، وضياع الأولاد وارتكاب فظيعة التحليل الممقوتة

وأنه لا يترتب على القول بالوقوع واحدة الا اباحة رجوعها الى زوجها بدون أن تنكح زوجا غيره مع ما في ذلك من حفظ كيان الأسرة ولم شمل الأولاد ، والوقاية من الوقوع في محرم التحليل وانك لو قطعت النظر عن كل ماورد في المسألة من نصوص واستقبلتها استقبالا منظورا فيه الى الآثار المترتبة على كل من الفرضين يتبين لك واضحا أن القول بوقوعها واحدة أقل مفسدة من القول بوقوعها ثلاثا والقاعدة المحكمة في مثل هذا عند جميع العلماء وكما تقضى به الشريعة أن يرتكب أخف الضررين وأقلهما فساداً

الطلاق بالاعتسار

اتفق العلماء على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها واتفقوا أيضا على

أنه إذا أعسر بالنفقة ورضيت المرأة بالمقام معه لا تطليق ولا فسخ مادامت راضية. واختلفوا فيما إذا أعسر ولم ترض المرأة بالمقام معه من أجل ذلك على أقوال

فذهب جمهور العلماء الى أن للزوجة حق طاب التفريق وأن للقاضي أن يفرق بينهما - على اختلاف في نوع هذه الفرقة - طلاق أم فسخ - وفي وقت التفريق أيعجل أم يؤجل ايأما أو شهر أو سنة - وحكى أصل هذا المذهب عن علي وعمر وابن هريرة وغيرهم وهو مذهب مالك والشافعي وأحمد في ظاهر الرواية عنه

وذهب الى عدم التفريق عطاء والزهرى وابن شبرمه وهو ذهب الحنفية والثوري وآخرين قالوا: يلزم المرأة الصبر وتعلق نفقتها بدمته وترفع يده عنها لتكتسب

وذهب ابو محمد بن حزم الى انه إذا أعسر الرجل ببعض نفقة زوجته قضى عليه بما قدر ولو أعسر بالكل لم يقضى عليه بشئ فان يسر بعد ذلك قضى عليه من حين يسر ولا يقضى عليه بشئ مما أنفقته على نفسها مدة عسره. ثم انه لا يحل للزوجة أن تمنع نفسها من زوجها لمنعه النفقة عنها بعدر أو بغير عذر. إنما لها أن تنتصف من ماله ان وجدته له بمقدار حقها بل ذهب الى أن الزوجة اذا كانت موسرة يجب عليها أن تنفق على زوجها إذا كان معسرا

وذهب ابن القيم الى انه إذا كانت قدر زوجته وهي عالمة بعساره او كان حال الزواج موسرا ثم أعسر لا تملك طلب الفرقة في الحالتين أما اذا كان قد غرها عند الزواج بأنه موسر ثم تبين لها عساره فانه يكون لها حق الفسخ

الادلة

استدل الجمهور بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فقولته تعالى فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان : وقوله تعالى ولا تمسكوهن ضررا تعتدوا وجهة الدلالة في الآية الأولى أن الله أمر نبالا بالامسك بالمعروف وهو لا يتأتى مع الاعسار فيجب المصير الي التسريح بالاحسان وذلك بالتفريق . وجهة الدلالة في الثانية ان الآية نهت عن الامسك ضرارا والمعسر اذا أمسك زوجته كان مضارا معتديا والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب . فعلى القاضى دفع العدوان بالتفريق وأما السنة فمنها ما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ قال : خير الصدقة ما كان منها عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول فقيل من أعول يارسول الله قال امرأتك ممن تعول تقول اطعمنى والافارقنى جاريتك تقول اطعمنى واستعملنى ولذلك يقول الى من تتركنى . رواه احمد والدارقطنى باسناد صحيح واخرجه الشيخان فى الصحيحين واحمد من طريق آخر وجعل الزيادة المفسرة فيه من قول أبى هريرة وجهة الدلالة فيه انه جعل للمرأة طلب الفراق عند الامتناع عن الانفاق

ومنها ما روى ابو هريرة أن النبي ﷺ قال فى الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته (يفرق بينهما) رواه الدارقطنى وروى سعيد بن منصور فى سننه عن سفیان عن أبى الزناد قال سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما قال نعم قال سنة ؟ قال سنة . وهذا ينصرف الى سنة رسول الله ﷺ فغاياته أن يكون من مراسيل سعيد وهي حجة اتفاقا

وأما المعقول فمن وجوه أولا القياس على الجب والعنة قالوا اذا ثبت
الفسخ بالعجز عن الوطاء والضرر فيه أقل لأنه فقد لذة يقوم البدن بدونها
فلان يثبت بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن الا بها أولى وأيضا ان منفعة
الجماع مشتركة بينهما فاذا ثبت جواز الفسخ عند عدم المنفعة المشتركة فثبوته
عند عدم المختصة بها وهي النفقة أولى
وثانيا - القياس على المرقوق فانه يباع اذا عسر المالك بنفقته

واستدل الحنفية ومن وافقهم بالكتاب والسنة والمعقول
اما الكتاب فقوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه
فلينفق مما آتاه الله لا يكف الله نفسا الا ما آتاهها » وقوله تعالى « لا يكف الله
نفسا الا وسعها » قالوا : واذا عسر الرجل فلم يجد سببا يمكنه به تحصيل
النفقة فلا تكليف عليه بدلالة الآيتين . فان الله لم يكفه النفقة في هذه الحالة
وترك ما لا يجب لا اتم فيه . فلا يكون سببا للتفريق بينه وبين زوجته
واستدلوا أيضا بقوله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) قالوا .
غاية النفقة أن تكون دينا في الذمة وقد عسر بها الزوج فكانت المرأة
مأمورة بالانظار بالنص . وأما السنة فما روى مسلم في صحيحه من حديث
أبي الزبير عن جابر قال : دخل أبو بكر وعمر رضي الله عنهما على رسول الله
ﷺ فوجداه جالسا حوله نساؤه واجما ساكتا فقال أبو بكر يا رسول الله
لورأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقلت اليها فوجأت عنقها فضحك رسول
الله ﷺ وقال هن حولي كما ترى يسألني النفقة . فقام أبو بكر رضي الله

عنه الى عائشة بجأ عنقها وقام عمر رضى الله عنه الى حفصة بجأ عنقها كلاهما يقول : تسألن رسول الله ﷺ ما ليس عنده . فقلن والله لانسأل رسول الله ﷺ شيئا أبدا ليس عنده ثم اعترهن رسول الله ﷺ شهرا وذكر الحديث . قالوا فهذا أبو بكر وعمر رضى الله عنهما يضربان ابنتيهما بحضرة الرسول ﷺ لما سألتاه نفقة لا يجدها ومن المحال أن يضربا طابقتين للحق ويقرهما الرسول ﷺ على ذلك فدل على أنه لاحق لهما في طلب النفقة حال الاعسار واذا كان طلب النفقة في هذه الحال باطلا فكيف تمكن المرأة من فسخ النكاح بعدم ما ليس لها طلبه ولا يحل لها

واستدلوا أيضا بأن الصحابة كان فيهم المعسر والموسر . وكان معسروهم أضعاف اضعاف موسريهم فما مكن النبي ﷺ امرأة قط من الفسخ باعسار زوجها ولا أعلمها أن الفسخ حق لها ولو كان من المستقر في الشرع أن المرأة تملك الفسخ باعسار زوجها لرفع اليه ذلك ولو من امرأة واحدة فأنهم قد رفعن اليه شكائهن فيما هو دون ذلك وأندرمنه كما في حديث امرأة رفاعة . وقد علمت ما كان من نساء النبي ﷺ - وهن خير النساء - من مطالبته بالانفاق واغضابه الخ

أما المعقول فمن وجوه أولا ان المقرر شرعا أن ارتكاب أهون الشرين وأخف الضررين اذا لم يكن مناص من ارتكاب أحدهما واجب ولاشك ان في الزام الفرقة والفسخ ابطال حق الزوج بالسكينة وفي الزام الانظار عليها والاستدانة عليه تأخير حتمها وتأخير الحق أهون شأنا من الابطال فوجب المصير اليه عملا بذلك الأصل المقرر شرعا وايضا فان في ابقاء النكاح مع الأعسار فوت المال الذي هو من التوابع

وفي الفسخ بسببه فوت التماسل والسكن الذي هو المقصود وفوت التابع لا يحق بقوت المقصود

وقالوا: المال غاد ورائح وقد جعل الله عقدة النكاح ميثاقا غليظا فكيف يصح أن يوهن من شأنها بجعلها مرتبطة بقاء وزوال باغنى والفقر وهما مطيطان للعباد يفتقر الرجل حينما ويستغنى حينما يفلو كان كل من افتقر فسخ نكاحه نعم البلاء وتفاقم الشر وفسخت النكحة أكثر العالم وكان الفراق بيد أكثر النساء فمن ذا الذي لم تصبه عسرة ويعوز النفقة أحيانا فائبات حق الفسخ بالأعداء خروج بهذه الصلة المتينة صلة السكن والمودة والرحمة عن وضعها وانحطاطها إلى درك الشهوة المادية شرعها الله صلة روحية وهذا يجعلها صلة تجارية لا وفاء فيها ولا مروءة وإذا كان مرض الزوجة مرضا يتعذر معه الاستمتاع لا يعنى الرجل من النفقة ولا يثبت له حق الفسخ فكيف يجوز أن يعاقب الزوج بالفراق على ما لم تجن يدها ومن ذا الذي يستسيغ أن تضاعف الآلام على المتألم

واستدل ابن حزم على أنه ليس على المعسر نفقة زوجته لآحالا ولا مآلا بقوله تعالى (لا يكلف الله نفسا الا وسعها) وقوله تعالى (لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها) قال فصح يقينا أن ماليس في وسعه ولا آتاه الله لم يكلفه اياه ومالم يكلفه اياه فهو غير واجب عليه . وكل مالم يجب عليه لا يجوز أن يقضى به عليه أبدا أيسر أم أعسر

واستدل على أن الزوجة الموسرة يجب عليها الأنفاق على زوجها المعسر بقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك) قال فالزوجة وارثة فعليها

النفقة بنص القرآن

وقال ابن القيم ان ماذهب اليه هو من التفصيل . هو الذي تقضى به
أصول الشريعة وقواعدها

(*)

قيل لابن حزم ان الآيات التي توجب على الزوج النفقة لم تفرق بين
اعسار وأيسار . وليس يجابها على المعسر على أن يكون الأداء في حالة اليسر
تكليف مالي في الوسع حتى تتناول الآيتان والأعسار لا يمنع من تعلق
الدين بذمة المدين ابتداء ولا بقاء بل يوجب الأعسار الأناظر إلى الميسرة .
فكذلك النفقة لا يمنع من وجوبها الأعسار

وأما التمسك بآية البقرة في اجاب النفقة على الزوجة الموسرة فلا وجه
له . لأن الآية ليس فيها تعرض لغير نفقة الوالدات فان الله يقول وعلى المولود
له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وهذا ضمير الزوجات بلا مرأى ثم قال وعلى
الوارث مثل ذلك فجعل سبحانه على وارث المولود له أو وارث الولد من
رزق الوالدات وكسوتهن بالمعروف مثل ما على المولود له فأين في
الآية نفقة على غير الزوجات حتى يحمل عمومها على ماذهب اليه

وقيل للجهمور في الآيتين إنه ليس فيهما دلالة على محل النزاع لأن المضارة
والعدوان ما يكون للشخص فيهما فعل واختيار وليس الأعسار منافيا للمساك
بمروف وليس مجرد الأمساك معه مضارة ولا عدوانا لأنه لا يبدله فيه فالمقصود
من الآيتين احسان العشرة فيما يدخل تحت قدرة العبد واختياره وسبب النزول
يعين على فهم الآية فانهم في الجاهلية كانوا يطلقون حتى اذا قربت عدتها أن

تفرض أمسكوها ضرارا . وحقان العبرة بعموم اللفظ لكن العموم لما يتناوله اللفظ ويدل عليه وهو ما كان مثل السبب

وقيل لهم في الحديث الأول ان الصحيح أن قوله (تقول امرأتك أطمعني وإلا فارقتي) ليس من كلام الرسول ﷺ وإنما هو من كلام أبي هريرة إذ صرح بأنه من كيسه في البخاري بعد ان ساق الحديث قالوا يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله ﷺ قال لا هذا من كيس أبي هريرة على انه ليس في الحديث دلالة على المطالب لأنه يقرر حق الزوجة في النفقة لمن يجدها ويحكي ما تنطق به حال المرأة تجد زوجها ينفق المال ويمنعها حقها . قال السكال : ثم ليس في قول أبي هريرة هذا ما يدل على أن الزوج يلزم بالطلاق وكيف وهو كلام عام منه لا يخص المعسر والموسر ولا خلاف أن الموسر إذا لم يطعم لا يجبر على الفراق بل يجبس على أحد الأمرين عينا وهو الاتفاق فعلى هذا لو سلم أنه من كلام النبي ﷺ على ما رواه الدارقطني كان معناه الارشاد إلى ما ينبغي مما يدفع به ضرر الدنيا مثل وأشهدوا اذا تبايعتم يعني ينبغي أن تبدأ بنفقة العيال وإلا قالوا لك مثل ذلك وشوشوا عليك إذا استهلكت النفقة لغيرهم كما ذكرناه

وأما حديثه الثاني فقد أعله أبو حاتم وقال ابن القيم فيه إنه حديث منكر لا يحتمل ان يكون عن النبي ﷺ أصلا وأحسن احواله أن يكون عن أبي هريرة رضي الله عنه موقوفا يدل على ذلك ان ابا هريرة لم يستجز أن ينسب إلى الرسول ﷺ (اطمعني والاطقني) ويقول هذا من كيس أبي هريرة فلو ان التفريق ثابت عنه ﷺ مسموع لابي هريرة لم يكن هذا من كيسه وأما فتوى سعيد بن المسيب وقوله بعد ذلك ان هذا الحكم

سنة فلا يدل على انه سنته صلى الله عليه وسلم فقد ثبت أن كثيرا من الفتاوى التي اطلقوا عليها سنة لم تكن مسندة اليه صلى الله عليه وسلم بل كانت قولا لبعض الصحابة المشهورين بالعلم والفتوى ومرادهم بذلك ان الحكم بهذه الصورة سنة المتقدمين وطريقتهم ومثال ذلك حديث دية الأصابع قال الطحاوي لم يكن ذلك الا عن زيد بن ثابت فيكون قول سعيد سنة اعتمادا على ما رواه ابو هريرة موقوفا عليه هذا بعد تسليم صحته والا فتدروى عن سعيد كما ذكر ابن حزم وابن عبد البر عدم التفريق بالاعسار فاضرب المروى عنه فبطل الاحتجاج به وقيل لهم فى القياس على الجب والعنة : قياس مع الفارق لأن حق المسيس لا يصير دينا عليه بخلاف النفقة فانها تكون دينا عليه ولأن الجب والعنة وما اليها عيوب لا يرجى زوالها بخلاف الاعسار ولأن المال فى النكاح تابع والاستمتاع والتناسل متصود اصالة

أما القياس على المملوك فقياس مع الفارق . لأنه حين يجبر على بيعه يفوت ملكه إلى بدل وهو الثمن . فاذا عجز كان النظر للطرفين فى الزام بيعه إذ فيه تخليص المملوك من عذاب الجوع وحصول بدله القائم بمقامة للسيد بخلاف الزام الفرقة لأنه إبطال حقه بلا بدل وهو لا يجوز بدلالة الاجماع على أنها لو كانت أم ولد لم يعتقها القاضى عليه

وقيل للحنفية فى الآيتين انه لا يلزم من عدم تكليف المعسر بالانفاق عدم جواز الفراق فان التفريق ليس الادفع الضرر عن المرأة وتخليصا لها من حباله حتى تكتسب لنفسها أو تزوجها رجل آخر

وقيل لهم فى الحديث الاول ان زجرهما عن المطالبة بما ليس عنده لا يدل على عدم جواز الفسخ لأجل الاعسار ولم يروا أنهن طابنه ولم يجبن

اليه كيف وقد خيرهن رسول الله ﷺ بعد ذلك فاخترته وليس محل النزاع جواز مطالبة المعسر بما ليس عنده وعدمه بل محله هل يجوز الفسخ عند تعذر الاتفاق أم لا وأيضا فإن أزواج النبي ﷺ لم يعدن من النفقة بالكلية لأن النبي ﷺ قد استعاض من النقر المدقع ولعل ذلك فيما زاد على ما به قوام البدن مما يعتاد الناس النزاع في مثله وهذا هو الجواب عن الاحتجاج بما كان عليه الصحابة من ضيق

ولملك بموازنة هذه الأدلة ترى أن أعدل المذاهب وأقربها الى روح التشريع العام خصوصا في باب الزواج هو مذهب ابن القيم ويليه مذهب الحنفية لأن الواجب تنبيه الزوجات الى خلق الوفاء والمعاونة في الضراء وقد كفل الله للزوجين الغنى وحببهما في الزوجية وبقائها بقوله (أن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله والله واسع عليم) وقد علمت أن مذهب الحنفية رفع يده عنها في تلك الحالة لتكتسب فلا يتوقف اكتسابها بالطرق المشروعة على تطليقها وحل عقدة الزواج السامية

وقد ظلت محاكمتنا الشرعية تعمل في هذا الباب بمقتضى مذهب أبي حنيفة حتى صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقد جاء في المادة الرابعة منه ما نصه

إذا امتنع الزوج عن الاتفاق على زوجته فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل انه معسر أو موسر ولو سكن أصر على عدم الاتفاق طلق عليه القاضي في الحال وان ادعى العجز فإن لم يثبت طلق عليه حالا وإن أثبتته أمهله مدة لا تزيد عن شهر فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك

ولا يزال العمل بهذا جاريا في المحاكم الى يومنا هذا والله يوفق رجال
الاصلاح الى ما فيه حفظ الخلق والكرامة

الطلاق بالضرر أو الغيبة أو العيب

لا شك أن التطليق للغيبة أو العيب لم يكن إلا لتضرر أحد الزوجين
لكن لما جرى الخلاف في كل منهما على نحو خاص أفرد بالبحث وصار
المراد من الضرر ما لم يكن بسبب الغيبة ولا العيب وهو وان كثرت أفراده
ينحصر في نوعين إيجابي وسلبي أما الإيجابي فهو ما يصدر عن الزوج من
قول أو فعل يوجب تأذي الزوجة وتضررها ويحدث الشقاق بينهما وأما
السلبي فهو هجرها ومنعها ما تدعو اليه الناحية الجنسية واليك ما جاء في
الموضعين

وصى الشارع الرجال بالنساء خيرا وأمر بالاحسان اليهن (وعاشروهن
بالمعروف) (فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان) ولم يجعل الله للزوج على
زوجته سبيلا مادامت له مطيعة الا ان يخشى منها نشوزا فعند ذلك خوله
سلطة التأديب في حدود ما أمر الله (واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن
واهجروهن في المضاجع واضربوهن فان أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ان
الله كان عليا كبيرا)

فان تجاوز الحد المشروع وآذاها بلا سبب فهل لها أن تطالب بالتفريق
اختلف العلماء في ذلك - فذهب أبو حنيفة والشافعي وأحمد الى أنه ليس لها
هذا الحق بل يزجره الحاكم ويمنعه من ظلمها ولو بالخيولة بينهما حتى يرجع
عن ظلمه

وذهب المالكية إلى أنه يثبت لها الخيار بين الإقامة معه - ويتولى الحاكم زجره عن التعدي - وبين طلب التفريق فإن لم يطلق طلق عليه القاضي ، قالوا ومن الضرر ضربها ضرباً مؤلماً وسبها وسب أيها ، وهجرها بلا موجب شرعي وقطع كلامه معها وتحويل وجهه عنها . والأصل الذي يرجع إليه في تقدير الضرر هو العرف والبيئة التي يعيش فيها الزوجان .

* * *

استدل الأئمة الثلاثة بأن العصمة ملك الرجل . وإيقاع الطلاق خالص حقه فلا يملك الحاكم إيقاعه بغير رضاه في غير المواضع المنصوص عليها . والمدوان لا يقتضى التفريق لأن رفع الظلم ممكن من طريق الحاكم . واستدل المالكية بقوله تعالى : فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان . وقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار . وبالقياس على العيوب التي يثبت بها الخيار

* * *

هذا وقد أجمع العلماء على أنه إذا دب الخلاف بين الزوجين واستحكم الشقاق بينهما بمث القاضي حكيم كما نصت الآية (وإن خفم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها) . ولسكنهم اختلفوا في مدى سلطة الحكيم هل هي مستمدة من القاضي فيكونان حاكمين فيملكان التطبيق . أو من الزوجين فيكونان وكيلين ولا يملكان التطبيق إلا برضا من بيده الطلاق . إلى الأول ذهب المالكية . وإلى الثاني ذهب الأئمة الثلاثة . ومن أراد هذه الخلافية فليرجع إليها في كتب الأئمة .

وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بمذهب الامام مالك رحمه الله

راجع المواد ٦ - ١١ منه

* * *

إذا لم يستطع الزوج أن يؤدي وظيفة الجنسية فهو عنين وسيأتي الكلام عليه في التفريق بالعييب . وإذا حلف على عدم القربان فهو مول وأحكامه مبينة في باب الإيلاء من كتب الفقه . أما إذا لم يقربها بلا عذر فهل يفرق بينهما من أجل ذلك
اختلف الأئمة فيه .

فذهب الحنفية والشافعية إلى أنه لا يفرق بينهما وهو قول للمالكية وظاهر قول الحنابلة كما قال ابن قدامة وذهب المالكية إلى أنه يطلق عليه إن قصد الأضرار بعد أن يضرب له أجل الإيلاء . ومنهم من يرى التفريق حالاً بلا ضرب أجل . وآخرون منهم يرون التفريق إن تضررت الزوجة وإن لم يقصد الزوج الأضرار

وذهب الحنابلة في قول آخر إلى التفريق بتركه قربانها أربعة أشهر ولو لم يقصد ضرراً . وفي قول إن قصد الأضرار فرق والأفلا . وفي قول يفرق إن ترك عجزاً ويعامل معاملة العنين وإن كان هناك عذر لم يتحقق معه العجز عنه لا يفرق .

احتج من قال بعدم التفريق . بأن الإيلاء استوجب التفريق لاشتماله على أمرين اليمين وترك الوطء فلو كان مجرد الترك كافياً في اقتضاء التفريق لم يكن للإيلاء أثر مع أنه لا خلاف في اعتباره

استدل من ذهب إلى التفريق . بقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار . وبأن الوطء حقها وقد فوته عليها فيفسخ قياساً على النفقة قالوا وقد فات الإمساك

بالمعروف فينوب القاضي منابه في التسريح باحسان . وقد كتب عمر
رضي الله عنه لقوم بخراسان تركوا نساءهم بالمدينة إما أن يقدموا أو يرحلوا
نساءهم اليهم أو يطلقوا .

ولعل من يشترط قصد الاضرار يرى أن التطبيق جبراً عليه عقوبة
له والعقوبة لا تكون الا عن قصد الجناية . ولا يقال ان التفريق في الابلء
منوط بالترك مع اليمين وإن لم يقصد ضرراً لأن اليمين قرينة على قصد الاضرار
فيعامل بمقتضاها .

واذا نظرت الى الحكمة التي لأجلها شرع الزواج وهي صيانة الأعراض
وسد باب الشر والفساد علمت أن المذهب القائل بالتفريق عند تعذر المقام
بالاحسان قصد الزوج الاضرار أو لم يقصد مما يتفق ومقاصد الشريعة في
هذا الباب عملاً بقواعد درء المفاسد وإزالة الضرر .

الطلاق للغميمة

الكلام هنا في غائب موثر غير مفقود . أما حكم المفقود فسيأتي .
وأما التفريق للاعسار فقد تقدم . والكلام هنا في هذه المسألة فرع الكلام
في ترك القربان .

فالحنفية والشافعية على أنه لا يطلق على الزوج لغيبته وان طالت
أوجهات .

وذهب المالكية الى أنه يطلق عليه ان طالت غيبته . وقدر ذلك بسنة
في قول وبثلاث سنين في آخر قالوا واذا كانت تبلغه المكتابة أعذر في ذلك
والا طلق عليه بلا اعدار . ومنهم من يطلق على الغائب وان كان معذوراً

نظراً لحصول الضرر وان لم يقصد الإضرار كسجين وأسير وذهب الخنابلة
الي أنه اذا كانت الغيبة لعذر لم يفرق والا فرق
وقد جرى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على التطلاق للغيبة والحبس فقد
جاء فيه

مادة ١٢ - اذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر جاز لزوجته أن
تطلب الى القاضى تطليقها بائناً اذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال
تستطيع الانفاق منه

مادة ١٣ - ان أمكن وصول الرسائل الى الغائب ضرب له القاضى
أجلاً وأعذر اليه بأن يطلقها عليه ان لم يحضر الاقامة معها أو ينقلها أو يطلقها
فاذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضى بينهما
بتطليقة بائنة . وان لم يمكن وصول الرسائل الى الغائب طلقها عليه بلا اعدار
وضرب أجل

مادة ١٤ لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية
مدة ثلاث سنين فأكثر ان تطلب الى القاضى بعد مضى سنة من حبسه
التطلاق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

الطلاق بالعيب

اتفق العلماء على أنه اذا علم أحد الزوجين بصاحبه عيباً قبل العقد أو علم
به بعد العقد ووجد منه ما يدل على رضاه به صراحة أو دلالة لا يثبت له حق
طلب الفسخ بذلك العيب أيّاً كان
واتفقوا أيضاً على أن العيب في الجملة يثبت به خيار الفرقة واختلفوا بعد ذلك

في العيوب التي يثبت بها حق طلب التفريق . وفي أن هذا الحق يثبت لكل من الزوجين أو للزوجة فقط . وفي ثبوت هذا الحق لمن به عيب مماثل لما بالآخر أو مخالف . وفي العيب الطارئ بعد العقد هل يثبت به التفريق أم لا وإليك البيان

ذهب الأحناف إلى أن الزوجة لا ترد بالعيوب أياً كانت ولا يرد الزوج بعيب إلا الجب والعنة القديمين عند أبي حنيفة وأبي يوسف وزاد محمد بنون والبرص والجذام فأثبتت للزوجة بهذه العيوب الخمسة حق طلب التفريق . وذهب الشافعية والمالكية إلى أن الخيار يثبت لكل من الزوجين بعيوب مشتركة بينهما وهي الجنون والجذام والبرص . ويثبت للزوج حق الفسخ إذا وجد امرأته رتقاء ويثبت لها حق الفسخ إن وجدته محبوباً أو عيناً .

ولهم في أحد الزوجين يجد صاحبه خنثي قولان
وقالوا إذا حدث العيب بعد العقد يثبت به الخيار إن كان بالزوج وإن كان بالزوجة فقولان .

وفيمن به عيب مماثل لما بالآخر وجهان .
وذهب الحنابلة إلى أن العيوب المجوزة للفسخ ثمانية ثلاثة يشترك فيها الزوجان . الجنون والجذام والبرص واثنتان مختصان بالرجل وهما الجب والعنة . وثلاثة تختص بالمرأة وهي الفسق والقرن والعقل . وزاد بعضهم عيوباً مثل الباسور والناصور وعدم استمسك البول والنجو . والخصاء والبخر وقالوا إذا كانت بأحد الزوجين عيب ليس من جنس العيب الذي بصاحبه كالأبرص يجد المرأة مجنونة فكل واحد منهما بالخيار وإن كان من

جنسه فوجهان أحدهما يثبت الخيار والثاني لا يثبت وهو قول المالكية .

ويحتاج الفسخ في كل ما ذكر إلى حكم الحاكم .

ورجح ابن القيم أن المرأة ترد بكل عيب ترد به الجارية في البيع . وهو

قول لبعض الشافعية وقال داود وابن حزم لا يفسخ النكاح بعيب البتة

قال ابن القيم والقول بأن المرأة ترد بكل عيب ترد به الجارية في البيع

هو القياس أو قول ابن حزم ومن وافقه وأما الاقتصار على عيبين أو ستة

أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساو لها فلا وجه له . فالعيب

والخرس والطرش وكونها متطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما أو كون

الرجل كذلك من أعظم المنفرات والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش .

وهو مناف للدين . والاطلاق إنما ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفاه

قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له : أخبرتها

إنك عقيم ؟ قال لا . قال : أخبرها أنك عقيم وخيرها . فماذا يقول رضي الله

عنه في العيوب التي هذا عندها كمال بلا نقص . والقياس أن كل عيب ينفر

الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب

الخيار وهو أولى من البيع كما أن الشروط المشروطة في النكاح أولى بالوفاء

من شروط البيع . وما أزم الله ورسوله مغروراً قط ولا مغبوراً بما غر به

وغبن . ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته

وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد

الشريعة اهـ

والخلاصة . أن الحنفية لا يثبتون حق الفسخ للزوج بعيب في الزوجة

ويجملون حق الفسخ بيد الزوجة إن وجدت زوجها مجبوراً أو عنيتا . وزاد

محمد الجنون والجذام والبرص
 وأن الأئمة الثلاثة يجعلون الفسخ حقا لكل من الزوجين إلا أن
 بعضهم يزيد في العيوب التي تثبت الفسخ وبعضهم يقتصر
 وأن ابن حزم لا يرى الفسخ بأى عيب .
 وأن ابن القيم يرى الفسخ بكل عيب لا يحصل منه مقصود النكاح من
 السكن والمودة والرحمة

* * *

استدل الأئمة الثلاثة بالنص في البعض والقياس في البعض الآخر
 أما النص فما روى أن النبي ﷺ قال للتي راى بكشحها بياضا ألحقي
 بأهلك فصار البرص منصوفا عليه فيلحق به الجذام والجنون . بجامع أن
 كلا ينفر منه الطبع - وقد قال النبي ﷺ . فر من الجذوم . وهو نص في
 اعتبار الجذام سببا للفرار . وهو بالفسخ .

وقالوا بقياس النكاح على البيع . عيوب يفسخ بها البيع فيفسخ بها
 النكاح وقالوا هذه العيوب على الجب والعنة . بجامع المانع الحسى فيما به
 فوات مقصود النكاح في حق كل منهما .

وفي الموطأ عن عمر رضى الله عنه أنه قال أيما امرأة غر بها رجل بها
 جنون أو جذام أو برص فلها المهر بما أصاب منها وصداد الرجل على من غره
 وروى ابن سيرين أن عمر بعث رجلا على بعض السعابية فتزوج امرأة
 وكان عقيما . فقال له عمر : أعلمتها أنك عقيم قال لا قال فانطلق فأعلمها ثم خيرها .
 وأجل مجنوننا سنة فإن أفاق وإلا فرق بينه وبين امرأته .

وروى عن عمر لا ترد النساء إلا من العيوب الأربعة . الجنون والجذام

والبرص والداء في الفرج

وروى عن شريح أن رجلا جاءه فقال ان ناسا قالوا لي تزوجك أحسن
الناس فجاءوني بامرأة عمياء . فقال ان كان دلس عليك بعيب لم يجز
وابن القيم يرى ان التنصيص على بعض العيوب من باب التنييه بالمثل
ولا يقصد الاقتصار على ما ذكر .

واستدل الحنفية على أنه لا خيار للزوج بعيب في المرأة . بأن فوات
الاستيفاء بالموت لا يوجب الفسخ حتى لا يسقط شيء من المهر فأولى اذا
لم يفت بل اختل . ونظر فيه بأن النكاح مؤقت بحياتهما .
وقالوا ان الاستيفاء من ثمرات العقد وفوت الثمرة لا يؤثر في العقد .
والمستحق هو التمكن والتمكن حاصل مع هذه العيوب .

والفرار في حديث المجذوم كما يتحقق بالفسخ يتحقق بالطلاق فليحمل
عليه لأنه الأصل وقول النبي ﷺ التي تزوجها : ألحق بأهلك طلاق لأنه
من كفاياته ولا حجة في قول أحد غير النبي ﷺ . ويحمل ما روي عن عمر
على أن هذا عذر يبيح لها أن تسأل زوجها الطلاق .

والزوج إن أضرر بهذه العيوب فهو متمكن من دفع الضرر عنه بالطلاق .
واستدل محمد بقياس العيوب الثلاثة على الجب والعنة .

ونوقش من قاس على الجب والعنة غيرهما . بأنه قياس مع الفارق . لأن
الجب والعنة يفوت بهما المقصود من النكاح وهو التوالد وليس سائر العيوب
بهذه المثابة للتمكن معها من المقصود .

ونوقش القياس على البيع بأنه كذلك قياس مع الفارق لأن البيع مما
تجري فيه المشاحة والمقصود فيه المالية والعيب مفوت لها أما النكاح فالمقصود

فيه الاستمتاع والتوالد وهما لا يفوتان بالعيب . وإن كانت بعض العيوب
تحدث نفرة طبيعية وهذا لا يوجب بمجرد الفسخ اتفاقاً كما في البخر
هذا والناظر في هذه المسألة يجد أن خلاف العلماء في موضعين
الأول هل للزوج الخيار . الثاني في عدد العيوب التي يثبت لازوجة بها
حق طلب الفسخ

أما الأول فالتوجه فيه رأى من لا يجعل للزوج حق الفسخ لأنه بسبيل
من الفراق بما جعله الله في يده من الطلاق .

أما الثاني فإن من لا يفرق بين عيب وآخر عول على أن المقصود من
النكاح ليس هو خصوص التوالد بل ما يشمله ويشمل غيره من المساكنة
والمودة والمؤانسة فكل ما يخل بشيء من هذا المقصود فهو مفوت للمساكنة
بالاحسان ومبيح لطلب الفسخ دفماً للضرر . وعول من قصر العيب على
الجب والعنة على أن المقصود من النكاح التوالد فلم يثبت حق الخيار إلا بهما
لأنهما اللذان يفوتانه .

وبمقارنة هاتين الوجهتين وتتبع نصوص الشريعة في المقصود من الزواج
تعلم أن ليس المقصود هو خصوص التوالد إلا لما أباح الله زواج العقيم والآيسة .

تعليق الطلاق على شرط

التعليق خلاف التجيز . وعرفوه بقولهم : ربط حصول مضمون جملة
(وهي التي تسمى جزاء) بحصول مضمون جملة أخرى (وهي التي تسمى شرطاً)
(وتعليق الطلاق على شرط) جعل صيغة الطلاق جزاء . وفعله أو فعلها
أو غيرها شرطاً . ويقع ذلك على وجوه كثيرة تتنوع بحسبها الأحكام وفاقاً وخلافاً

فإن التعليق قد يكون حال قيام الزوجية وقد يكون حين عدمها (كأن تزوجتك فأنت طالق) وفي الحالة الأولى قد يكون تعليقا على ما لا سبيل إلى العلم به (كأنت طالق إن شاء الله) وقد يكون تعليقا على مشيئته هو أو مشيئتها هي . وقد يكون تعليقا على كائن لا محالة . وقد يكون تعليقا على فعله هو أو فعلها أو فعل غيرها وفي هذا الأخير إما أن يكون القصد منه ما يقصد من القسم من الحمل على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر . (ويسمى التعليق التسمي) أو يكون القصد منه إلى إيقاع الطلاق عند حصول الشرط (ويسمى التعليق الشرطي)

والسكلام في مباحث هذه الأقسام وتفصيل أحكامها في المذاهب طويل الذيل متشعب النواحي والأطراف يخرج بنا استقصاؤه عن القصد فلنقتصر بحثنا في هذا الموضوع على مسألتين الأولى تعليق الطلاق على النكاح . الثانية حكم التعليق في الملك من حيث اعتباره مطلقا أو إلغاؤه مطلقا أو اعتباره في حال دون حال

تعليق الطلاق على الملك

أجمع العلماء على أنه إذا نجز الطلاق في الأجنبية كان لغواً وأما التعليق نحو إن يقول إن تزوجت فلانة فهي طالق فاختلفوا فيه على ثلاثة أقوال فذهب الشافعي وأحمد وداود وجماعة أنه لا يقع مطلقا عم التعليق أو خصص . وذهب أبو حنيفة وأصحابه والمؤيد بالله في أحد قوليه وجماعة إلى صحة التعليق ووقوع الطلاق عند حصول الشرط مطلقا . وذهب مالك في المشهور عنه وربيعة والثوري والليث والأوزاعي وابن أبي ليلى إلى التفصيل وهو أنه إن

جاء بمحاصر مثل ان يقول كل امرأة أتزوجها من بني فلان أو بلد كذا فهي طالق صح التعليق ووقع الطلاق عند الزواج وإن عمم لم يصح

الأداة

استدل الشافعي ومن معه أولاً . بما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك رواه أحمد والترمذي وقال حديث حسن : وثانياً بما رواه مسور ابن مخزومة ان النبي ﷺ قال لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك : رواه ابن ماجه

وثالثاً . بأنه عليه السلام سئل عن رجل . قال يوم أتزوج فلانة فهي طالق ثلاثاً . قال طاق ما لا يملك . وما روى عن أبي ثعلبة الخشني قال قال عم لي اعمل لي عملاً حتى أزوجك ابنتي فقلت إن تزوجتها فهي طالق ثلاثاً ثم بدا لي أن أتزوجها فاتيت رسول الله ﷺ فقال لي تزوجها فانه لا طلاق إلا بعد النكاح قال فتزوجتها فولدت لي سعاداً وسعيداً . وبلغ ابن عباس أن ابن جريج يقول ان طلق ما لم ينكح فهو جائز فقال ابن عباس أخطأ في هذا فان الله يقول اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن ولم يقل اذا طلقتم المؤمنات ثم نكحتموهن

وأما المعقول فهو أن التعليق طلاق والطلاق حل القيد وابطال الملك . ولا قيد ولا ملك في الاجنبية حتى يصح حله وابطاله فكان لغواً . أما أن التعليق طلاق فلأن الطلاق عند وجود الشرط يقع به إذا لم يوجد كلام آخر سواه فلو لم يكن التعليق تطليقاً لم يقع الطلاق عند الشرط فانه لا تطليق

بالحقيقة عند الشرط وبقاء الكلام السابق إلى وقت الشرط محال لأنه عرض
سيال لا بقاء له فلم يبق إلا أنه تطليق لم يستتبع حكمه للمانع وهو عدم
الشرط .

وثانياً : أن النكاح مشروع لاثبات الملك والطلاق لا بطلاله فلو صح
تعليقه بالنكاح لكان أبطالاً لمقتضى النكاح وتغييراً للمشروع حيث جعل ماهو
سبب الوصله سبباً للفرقة

وثالثاً : أن هذا التعليق لإنشاء تصرف في محل في حال لا ولاية له
عليه فيلغو كتعليق الصبي وتعليق البالغ طلاق الأجنبية بغير الملك
واستدل الحنفية أولاً بالاجماع على صحة تعليق الظهار بالملك والطلاق
مثله لأنه لا قائل بالفصل بينهما

فقد جاء في الموطأ أن سعيد بن عمر بن سليم الزرقى سأل القاسم بن محمد
عن رجل طلق امرأته ان هو تزوجها فتمال القاسم أن رجلاً جعل امرأته عليه
كظهر أمه ان هو تزوجها فأمر عمر ان هو تزوجها ألا يقربها حتى يكثر
كفارة المظاهر فتمد صرح غير بصحة تعليق الظهار بالملك ولم ينكر عليه أحد
فكان اجماعاً

وثانياً : بالاثار فقد أخرج ابن أبي شيبة عن سالم والقاسم بن محمد وعمر
بن عبد العزيز والشعبي والنخعي والزهرى والأسود وأبي بكر بن عمرو بن
حزم وأبي بكر بن عبد الرحمن وعبد الله بن عبد الرحمن ومكحول الشامى
في رجل قال ان تزوجت فلانة فهي طالق او يوم تزوجها فهي طالق او
كل امرأة تزوجها فهي طالق ، قالوا هو كما قال . وفي لفظ يجوز ذلك عليه
وهو لاء أئمة الفقه وأعلامه

وإنما : أنه تعليق لما يصح تليقه وهو الطلاق فيلزم كالعتق والوكالة
والإبراء فإنه لو قال لأمته ان ولدت ولدا فهو حر عتق ماتله مع عدم قيام ملك
الولد قبل الولادة ومن هنا يظهر أن تعليق الطلاق ليس طلاقا ولا تعليق
العتق عتقا حتى يشترط له سبق الملك بل التليق تصرف هو يمين يقصد به
أولا وبالذات البراعنى منع نفسه من تزوجها فلا يشترط لصحته قيام الملك
في الحال لأن الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك أثره
المنع فلا يشترط لصحته إلا أهلية الخالف للاتزام وهو أهل. وبذلك ظهر انه
تصرف صادر من أهله في محله ولا مانع فيصح ولا يلغو. ويؤيد أن التعليق
ليس طلاقا أن أهل العرف واللغة لا يفهمون من الطلاق تليقه وكذا الشرع
فانه لو حلف لا يطلق امرأته فعلق طلاقها لا يحنث إجماعا

أما المالكية فاستدلوا على ما ذهبوا اليه من التفصيل بالاستحسان
وبناء الحكيم على المصلحة قالوا إذا عم فأوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلا
إلى النكاح الحلال فكان ذلك عتقا وحرجا فكانه نذر المعصية وقد عرف من
الشرع إذا ضاق الأمر اتسع. اما اذا خص فهو بسبيل من زواج غير من
خصه بالتعليق فلا موجب لالغاء كلامه

قيل للشافعية في استدلالهم بالاحاديث. انها كلها ضعيفة لاسيما الحديثان
الأخيران فانه لاشك في ضعفهما فقد قال صاحب تنقيح التحقيق أنهما باطلان
ففي الأول أبو خالد الواسطي وهو وضاع وقال أحمد وابن معين كذاب .
وفي الأخير على بن قرين كذبه ابن معين وغيره . وقد ضعف احمد وابن العربي
جميع الاحاديث وقال ليس لها أصل في الصحة ولذلك لم يعمل بها مالك وربيعة
والاوزاعي . وإن سلمنا صحة ما عدا الأخيرين فانه محمول على نفي التنجيز

لأنه هو الطلاق اما المعلق فليس طلاقا بل له عرضية أن يصير طلاقا عند الشرط . ولا يمنع من جملة على التنجيز أن نفي التنجيز قبل الملك لا يحتاج إلى بيان اذ هو ظاهر يعرفه كل أحد لأنه انما صار ظاهراً بعد اشتها حكم الشرع فيه لا قبله فقد كانوا في الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزاً ويعدون ذلك طلاقا إذا وجد النكاح فنفي ذلك صلى الله عليه وسلم في الشرع بهذه الاحاديث وغيرها . والحمل على التنجيز مأثور عن السلف . فقد روى عبد الرزاق في مصنفه عن معمر عن الزهري . أنه قال إنما ذلك أن يقول الرجل امرأة فلان طالق وعبد فلان حر

وقيل لهم في المعقول لانسلم أن التعليق طلاق فان التعليق يمنع السبب من الانعقاد ولا نعى بالطلاق لفظه إذ لا شك في صدوره منه انما المراد به ما جعله الشارع سببا لثبوت احكامه من العدة وغيرها وليس هو كذلك في الحال وانما هو التزام يمين يقصد بها اولا البر الا انه لما كان الحنث احد الجائزين وبتقديره ينعقد كلامه سببا وهو يستدعي المحلية . وقيام ملك النكاح لزم لصحة كلامه في الحال ظهور قيام ملكه عند الانعقاد ، وقد رأينا الشرع صححه مكتفيا بالظهور فيما إذا قال للمتكوحة ان دخلت الدار فأنت طالق فان قيام الملك عنده بناء على الاستصحاب فتصحح به إياه مع تيقن الملك في محل النزاع أولي وأحرى : والفرق جلي بين البيع بشرط الخيار وبين تعليق الطلاق .

وأما قولهم ان النكاح شرع لا انتظام المصالح فلا يملك جملة سبباً لانقطاعها فمقوض بالعتق حيث صح تعليقه بالملك مع كونه مبطلا له وضد مقتضاه . ولا يقال العتق مندوب مطلوب للشرع فتعليقه به مبادرة إلى المطلوب

أما الطلاق فمخظور شرعاً للحاجه عند تباين الأخلاق . لا يقال ذلك لان الحاجة التي شرع الطلاق عندها كما تتحقق بعد الدخول تتحقق قبله فقد تدعوه نفسه إلى تزوج من يعلم فساد حالها وسوء عشرتها ويخشى لجأحتها وغلبتها عليه فيقطع طماعتها ويؤيسها بتعليق طلاقها بنكاحها فظاما لها عن مواقع الضرر فجاز أن يشرع كما شرع تعليقه بخروجها ليفطمها عنه لما فيه من الضرر عليه

وأما قولهم : إن التعليق إنشاء تصرف في محل لا ولاية له عليه فيلغو كتعليق الصبي وتعليق البالغ طلاق الأجنبية بغير الملك . فنوع والقياس مع الفارق لأننا قد بينا أن التعليق ليس إنشاء طلاق وإنما هو التزام يمين فيصح من أهل اليمين ومن هنا لم يصح من الصبي لعدم اهليته لا لعدم الملك . وأما الأجنبي فلم يصح تعليقه لأنه لم يضاف إلى الملك والشرع إنما صحح التعليق في المنكوحة لظهور قيام الملك باستصحاب الحال فرأينا أن التعليق بالملك أخرى بالصحة لتيقن قيامه أما التعليق من الأجنبي فلم يظهر معه الملك ولم يتيقن فيكون لغواً . وتوضيحه ان الشرع صحح التعليق في المنكوحة لوجود معنى اليمين فيه أما في الأجنبية فكيف يصح وهو لا يمكن جعله ايقاعاً لعدم المحل ولا يميناً لعدم معنى اليمين وهو ما يكون حاملاً على البر لا خافته لأنه لم يصدر مخيفاً لعدم ظهور الجزاء عند الفعل وذلك لعدم ظهور ثبوت المحلية عند الشرط .

الموضع الثاني حكم التعليق

اتفق الأئمة الأربعة على أنه اذا علق الطلاق في الملك تعليقاً مستوفياً

شرايطه (على خلاف فيها) كان تعليقه معتبراً سواء أكان التعليق قسمياً أم شرطياً وإلى ذلك ذهب عامة أهل العلم

وذهب أبو محمد بن حزم وأحمد بن يحيى بن عبد العزيز من أصحاب الشافعي إلى أن التعليق لا يصح بل كله لغو

وذهب ابن تيمية إلى أن التعليق إذا كان قسمياً يقصد به الحالف الحث على الفعل أو المنع منه فإن الطلاق لا يقع ويجزيه فيه كفارة يمين إن حنث وإن كان التعليق شرطياً يقصد به حصول الجزاء عند حصول الشرط فإن الطلاق يقع. وتابعه على هذا التفصيل تلميذه ابن القيم إلا أنه لا يرى على الحالف كفارة ولا غيرها في التعليق القسماً

الأدلة

استحج الأئمة الأربعة بالكتاب والسنة والمعقول

أما الكتاب : فأولا إطلاق الآيات الدالة على مشروعية الطلاق كقوله (الطلاق مرتان) فهي لم تفرق بين منجز ومعلق ونطاق حجة مالم يقم دليل صحيح على تقييده وذلك مالم يعرف. وثانياً قوله تعالى (يأيتها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) فإن العقود بعمومها شاملة لكل الالتزامات والتعليق التزام كما بينا. أما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم المسامون عند شروطهم.

وفي صحيح البخاري عن نافع قال طلق رجل امرأته البتة إن خرجت فقال ابن عمر إن خرجت فقد بانت منه وإن لم تخرج فليس بشيء.

وروى الثوري عن ابن مسعود في رجل قال لامرأته إن فعلت كذا وكذا فهي طالق ففعلته قال هي واحدة وهو أحق بها.

وما روى أن أباذر قال لامرأته لما أُلحِت عليه في السؤال عن ليلة القدر
إن عدت فسألتي فأنت طالق
وروى البيهقي وغيره عن ابن عباس في رجل قال لامرأته هي طالق
إلى سنة قال يستمتع بها إلى سنة

أما المعقول . فقالوا ، أولا ان الملك موجود في الحال فالظاهر بقاؤه
إلى وقت وجود الشرط فكان الجزاء غالب الوجود عند وجود الشرط
فيحصل ما هو المقصود من اليمين وهو التقوى على الامتناع من تحصيل الشرط
فصحت اليمين

وثانياً . قياس تعليق الطلاق القسَمى على تعليق الطلاق على مال والثاني
صحيح اتفاقاً

وثالثاً : القياس على المدائنة إلى أجل والعق إلى أجل .
أما القائلون بأن التعليق كله لغوي يمينا كان أو غير يمين فقد استدلوا بما يأتي
روى ابن حزم وابن القيم عن علي وشريح وطاووس أنهم كانوا يقولون
الحلف بالطلاق ليس بشيء وأنه لا يعرف لعلى كرم الله وجهه مخالف
وقالوا لم يأت قرآن ولا سنة بوقوع الطلاق بذلك وقد علمنا الله الطلاق
على المدخول بها وفي غير المدخول بها وليس هذا فيما علمنا الله ومن يتعد
حدود الله فقد ظلم نفسه

وقالوا كل طلاق لا يقع حين ايقاعه . من الحال أن يقع بعد ذلك في حين
لم يوقعه فيه

وقالوا . لا يمين الا ماسماه الله يمينا وقد جعل الله للايمان كفارة عند الحنث وقد أجمعتم على ان اليمين بالطلاق لا كفارة فيه عند الحنث فدل ذلك يقيناً على أنه ليس شىء من ذلك يمينا

وقالوا بقياس الطلاق على النكاح والنكاح لا يصح تعليقه فكذا الطلاق واستدل القائلون بالتفصيل بما يأتى

أولاً روى من طرق متعددة أن عائشة وحفصة وأم سلمة وابن عباس افتوا ليلي بنت العجماء بأن تكفر عن يمينها حينما قالت كل مملوك لها محرر وكل مال لها هدي وهي يهودية وهي نصرانية إن لم يطلق مولاهما أبو رافع امرأته أو يفرق بينه وبينها . فاذا صح هذا عن الصحابة ولم يعلم لهم مخالف في الحلف بالعتق ولم يلزموها به فألا يلزموه بالطلاق البغيض وأولى قال ابن القيم صح عن علي وشريح وطاوس أنهم كانوا لا يقضون بالحنث على من حلف بالطلاق ولا يعرف لعلي في ذلك مخالف من الصحابة

واستدلوا أيضاً بما رواه البخاري من قول ابن عباس رضى الله عنه : الطلاق عن وطروالعتق ما ابتغى به وجه الله . قالوا انه بين بذلك أن الطلاق انما يقع ممن غرضه إبقاعه لا ممن يكره وقوعه كالحالف المكره

واستدلوا أيضاً بأن اليمين بالطلاق ان كانت يمينا شرعية كانت داخلة في أحكام الآيات والأحاديث الشريفة الواردة في الايمان ووجب أن تعطى أحكام الايمان وان لم تكن يمينا شرعية كانت لغواً

قيل لابن حزم ومن وافقه . تمسككم بما روى عن علي لا يصح إلا اذا لم يعلم له مخالف من الصحابة وفيما رويناه من الآثار الصحيحة عنهم ما

ينفي ذلك ومع ذلك فالروى عن على كرم الله وجهه ولا يعرف عنه غيره أن رجلا تزوج امرأة وأراد سفرا فأخذها أهل امرأته فجعلها طالقا ان لم يبعث نفقتها الى شهر فجاء الأجل ولم يبعث بشيء فلما قدم خاصموه الى على فقال اضطهدتموه حتى جعلها طالقا فردها عليه . وهذا صريح في أن علة الرد هي الاضطهاد فاعتبره مكرها فلا حجة في هذا . أما ما روى عن شريح فهو أنه خوصم اليه في رجل طلق امرأته ان أحدث في الاسلام حدثا فاكثرى بغلا الى حمام أعين فتعمدي به الى أصبهان فباعه واشترى بثمنه خمرأ فقال شريح ان شتمتم شهدتم عليه بأنه طلقها فجعلوا يرددون عليه القصة ويردد عليهم فلم يره حدثا والرواية صريحة في أنه لم ير المعلق عليه وقع . وأما طاوس فقد روى عنه ابنه أنه كان يقول الخلف بالطلاق ليس شيئا قلت أكان يراه يميناً قال لا أدري فهذا ابنه لم يعرف رأيه مع أن قوله ليس شيئا يحتمل أنه ليس شيئا مستقيما في السنة بمعنى لا ينبغي ان يحصل

وقولهم لم يأت قرآن ولا سنة بوقوع الطلاق بذلك ممنوع بل اعلمنا الله وقوعه كما تدل على ذلك الاطلاقات وقد فهم أصحاب رسول الله ﷺ ذلك فعمله من فعله منهم وافنى بصحته من أفتى وهم أفهم لكلام الله واحرص على التزام حدوده وكذلك فهمه التابعون ومن بعدهم فان لم يكن اجماعا فليس يبعيد منه

وأما قولهم من المحال أن يقع الطلاق في حين لم يوقعه فيه فمغالطة لأن المعلق ليس موقعا للطلاق حين التلفظ وإنما أتى به على وجه يقع به عند تحقق الشرط

وأما قياسهم الطلاق على النكاح فقياس مع الفارق لأن تعليق النكاح
مناقض للعقد ومناف للمقصود منه أما الطلاق فإنه لا ينافيه

* * *

وقيل لابن تيمية في أثر ليلي بذت العجاء ان الآثار المروية عن الصحابة
في الاعتداد بالتعاقب أقوى من هذا لأن رواها من رجال الصحيح ويلي
قد علق (بأن) وهي تقتضي أن الحنث (عند عدم نية حد معين) إنما يكون
عند اليأس من وقوع الشرط وذلك لا يتحقق إلا بموت أحد الزوجين وما
دأما حين لا يتحقق شيء من ذلك . وإذا لم تحنث فبأى شيء تجب الكفارة
فيكون التقيا بذلك مخالفة لما وقع عليه الاجماع من أن الكفارة لا تجب
إلا بالحنث على أن الأثر صريح في أنه تعليق نذر بما لا يراد حصوله فلا يكون
المنذور مراداً فتجزئ فيه الكفارة وهذا مذهب الشافعي وأحمد والمحققين من
الحنفية . وهذا شيء وتعليق الطلاق شيء آخر فإن النذر ورد فيه أن كفارته
كفارة اليمين ولم يجيء مثل ذلك فيما لا يصح نذره كالطلاق

وقيل لهم في التمسك بأثر على وشريح وطاوس ما سمعت

وقيل لهم فيما رواه البخاري عن ابن عباس ، لم يقل أحد من أهل اللغة
والشرع ان معنى الوطر ما ذكرتم بل العمدة في تفسيره أن معناه لا ينبغي
للرجل أن يطلق امرأته الا عند الحاجة كالنشوز

وأما قولهم الحلف بالطلاق ان كان يميناً فحكمه حكم الايمان الشرعية والا
كان لغواً فيقال فيه ان اليمين اذا اطلقت في لسان الشرع لا يفهم منها الا
اليمين بالله هذا هو المعروف دون غيره في عصر الرسول فكل ما جاء في

القرآن أو السنة من لفظ اليمين لا يحمل الا على هذا المعنى لأنه هو الذي يعرفه المخاطبون حينذاك ويلحق بها النذر لحديث مسلم وهذا لا يمنع حدوث اصطلاح بعد ذلك وعرف يقضى بالطلاق لفظ اليمين على الحلف بالله وعلى التعليق

هذا وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بما ذهب اليه ابن تيمية وتلميذه ابن القيم فنصت المادة الثانية منه على أنه لا يقع الطلاق غير المنجز اذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير

نفقة المبتوتة

اتفق الفقهاء على أن المعتدة من طلاق رجعي لها النفقة والسكنى وكذلك الحامل البائن . واختلفوا في سكنى المبتوتة ونفقتها اذا لم تكن حاملا على مذاهب فذهب الحنفية الى أن لها السكنى والنفقة معا وهو مذهب عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز والثوري وآخرين . وذهب احمد الى أنه لا نفقة لها ولا سكنى وهو قول داود وأبي ثور وجماعة . وذهب مالك والشافعي إلى أن لها السكنى ولا نفقة لها . وذهب جماعة إلى أنها تستحق النفقة دون السكنى وحكي ذلك رواية عن أحمد .

الادلة

استدل أصحاب المذهب الأخير على استحقاق النفقة بقوله تعالى (وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين) وبقوله (ولاتنضاروهن) قالوا ان (المتاع) بعمومه يشمل النفقة وقد جعله الله حقا ثابتا للمطلقات على أزواجهن

بداعية التقوي ودفع الضرر والايذاء كما أرشد اليه النهي عن المضارة :
واستدلوا أيضاً بأن نفقة الزوجية إنما وجبت لاحتباس الزوجة بسبب
الزوج . وهو متحقق في المبتوتة لأن العدة وجبت عاينها صيانة لولده فقد
احتبست لمعنى يرجع اليه فتجب نفقتها عليه .
وانما لم تجب السكنى عند هؤلاء لأن قوله تعالى (اسكنوهن من حيث
سكنتم) إنما أوجب سكنى المطلقة حيث يسكن الزوج وذلك لا يكون
في المبتوتة .

واستدل مالك والشافعي بأن قوله تعالى (اسكنوهن من حيث سكنتم)
عام وهو يوجب السكنى لكل مطلقة رجعية كانت أم بائنة وهو مقتضى كونها
في العدة ومحتبسة لحق الزوج . وإنما سقط وجوب النفقة بما رواه مالك في
الموطأ من حديث فاطمة بنت قيس وفيه : فقال لها رسول الله ﷺ ليس لك
عليه نفقة وأمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم . ولم يذكر فيه إسقاط
السكنى فبقيت الآية على عمومها . قالوا : وإنما أمرها ﷺ بالاعتداد في بيت
ابن أم مكتوم لأنها كانت بذئبة اللسان على أحمائها كما جاء ذلك في بعض
الروايات .

ومما يجدر أن نبادر به ههنا أن التفرقة بين النفقة والسكنى كما يرى
أصحاب هذين المذهبين تفرقة بين أمرين لم يعهد في الشرع ان فرق بينهما
وهي فوق هذا لا ينهض لها دليل ولا يستبين لها وجه . وان من السهل منع
ان اية السكنى خاصة بالرجعيات كما زعم القائلون بعدم وجوب السكنى
للمبتوتة ، وكذلك من السهل كما سيأتي إثبات ان حديث فاطمة لم يقتصر
فيه على نفى النفقة وإنما نفيت فيه السكنى أيضا . ولهذا قال ابن القيم (لو

وجبت لها السكنى لوجبت لها النفقة أيضاً كما يقوله من يوجبها . فاما أن
يجب لها السكنى دون النفقة فالنص والقياس يدفعه (وقال ابن رشد) ان
الأولى في هذه المسألة إما أن يقال لها الأمران جميعاً مصيراً الى ظاهر الكتاب
والمعروف من السنة ، واما أن يخص هذا العموم بحديث فاطمة بنت قيس
وأما التفريق بين إيجاب النفقة والسكنى فمسير ووجه عسره ضعف دليله)
وسنقتصر لهذا بعد إيراد أدلة المذهبين الأولين على مناقشتها والموازنة
بينهما لا غير .

* * *

استدل احمد ومن معه على عدم وجوبها بما رواه الشعبي عن فاطمة بنت
قيس عن النبي ﷺ في المطلقة ثلاثاً ، قال . ليس لها سكنى ولا نفقة . رواه
أحمد ومسلم ، وفي رواية للجماعة إلا البخارى . قالت : طلقني زوجي ثلاثاً
فلم يجعل لي رسول الله سكنى ولا نفقة . قالوا . ان قصة فاطمة بنت قيس ثابتة
من عدة روايات ، وقد جعلها العلماء أصلاً لكثير من الأحكام ولا يعلم أحد من
الفقهاء الا وقد احتج بها في ناحية . احتج به من قال بجواز جمع الثلاث لأن
في بعض الفاظه فطلقني ثلاثاً ، واحتج به من يرى جواز نظر المرأة الى الرجال
لأن فيه أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمرها بالعدة عند ابن أم مكتوم
وقال لها انه رجل أعمى تضمنين ثيابك عنده ، واحتج به الجميع على جواز
خطبة الرجل على خطبة اخيه إذا لم تكن المرأة قد سكنت الى الخاطب
الأول لأنه قد جاء فيه أنها قالت للرسول ﷺ أن معاوية بن أبي سفيان
وأبا جهم خطباني فقال لها : أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه واما
معاوية فصعلوك لا مال له . انسكى اسامة بن زيد فنهكحته بعد التردد

لجعل الله فيه خيرا واغتبطت به . واحتجوا به لذلك على جواز بيان ما في الرجل من عيب اذا كان على وجه النصيحة لمن استشاره أن يتزوجه أو يعامله ، وإن ذلك ليس بغيبية ، واحتجوا به على جواز نكاح القرشية من غير القرشي ، وعلى وقوع الطلاق في حال غيبة أحد الزوجين عن الآخر وانه لا يشترط حضوره ومواجهته به ، وعلى جواز التعريض بخطبة المقتدة البائن . فهذه الأحكام كلها أخذتها الأمة من قصة فاطمة بنت قيس ودل ذلك على أن الأمة قد تلقتها بالقبول وجعلتها أصلا لهذه الأحكام وهي صريحة في نفى وجوب النفقة والسكنى للمبتوتة ولا مجال للطعن فيها .

ثم قالوا بعد ذلك : وان ما تدل عليه هذه القصة هو بعينه ما يدل عليه كتاب الله في قوله (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا ان يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا . فإذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوى عدل منكم وأقيموا الشهادة لله . الآيات) أمر الله الأزواج الذين لهم عند بلوغ الأجل حق الامسك أو المفارقة بأن لا يخرجوا أزواجهم من بيوتهم وأمر الزوجات أن لا يخرجن وهذا أحد الأحكام التي أمر الله بها في هذه الآية . وواضح ان كل تلك الأحكام خاصة بالرجعيات فيختص كذلك عدم الإخراج والخروج بالرجعيات ويرشد اليه قوله تعالى في التعليل (لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا) فان الأمر الذي يرجي إحداثه هو المراجعة كما ذهب اليه السلف ومن بعدهم . وقد فهمت ذلك فاطمة نفسها حينما بلغها انكح الناس عليها . قالت : بيني وبينهم كتاب

الله . قال الله فطلقوهن لعدتهن ثم قال (لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) فأى أمر يحدث بعد الثلاث ؟

وقد أمر الله بعد هذه الآيات باسكان هؤلاء المطلقات في قوله (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن وإن كن اولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) وبهذا اتضح أن المحدث عنه المطلقات الرجعيات وان الأحكام كلها إنما هي للرجعيات المحدث عنهن ولا سبيل الى اقسام المبتوتة إلا بتفكيك الضمان واختلافها مع منسرها وهو مما لا تحتمله بلاغة القرآن فالقرآن لم يعرض لحكم المبتوتة وقد تكفلت بالدلالة عليه قصة فاطمة بنت قيس وبها تم البيان وعرف حكم المطلقتين

ثم قالوا : ولو سلمنا أن الآية عامة في المطلقات كلها لكان حديث فاطمة وهو صحيح صريح مخصصاً لعمومها بالرجعيات وهو طريق معروف عند تعارض العام والخاص

وقد استدلوا من جهة النظر بأن المرأة إذا بانت من زوجها صارت أجنبية منه ولم يبق إلا مجرد اعتدادها وهو لا يوجب لها نفقة كالمطووعة بشبهة أو زنى ، وبأن النفقة إنما تجب في مقابلة التمكين من الاستمتاع والبائن لا يمكن الاستمتاع بها ، وبأن النفقة لو وجبت لها لأجل عدتها منه لوجب للمتوفى عنها زوجها من ماله لأنها في عدته ولا قائل به .

* * *

هذه حجة احمد ومن معه . أما الحنفية فقد استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فالآيات المتقدمة وبينوه بأن قوله (فطلقوهن)

لعدتهن) ينتظم الرجعية والمبتوتة لأنه يتناول الطلقة الثالثة كما يتناول الأولى وعلى هذا العموم تحمل الضائر والأحكام الآتية إلا ما قام دليل على تخصيصه بالرجعيات وذلك كقوله (لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا) وقوله (فإذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف) ونظير ذلك ان قوله تعالى (والمطلقات يتربض بأنفسهن ثلاثة قروء) عام في البائن والرجعى وقوله بعد ذلك (وبعلتهن أحق بردهن) خاص بالرجعيات ولم يكن خصوصه بهن مؤثرا على عموم ما قبله . وبهذا يبقى قوله بعد في آية الموضوع (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم الخ) عاما في المطلقات كلهن . وذلك رجوع بالآية إلى ما بنيت عليه حيث لم يظهر مخصص فبقي شمولها للرجعية والباينة . وقد وجبت السكنى لعمان هي بنفسها توجب النفقة وذلك لأن كلا من السكنى والنفقة حق مالى ، ولأن قوله تعالى (لانصاروهن لتضييقوا عليهن) يتحقق في النفقة كما يتحقق في السكنى ، ولأن الاتفاق المأمور به لذات الحمل لم يكن إلا لأنها محبوسة على الرجل في بيته وإذا كانت النفقة واجبة بالآية للرجعية له — هذا المعنى وجب أن تكون للمبتوتة لهذه العلة نفسها وكما تناولت الآية النفقة للرجعية وهي حامل ولم تدل على عدم النفقة لغير الحامل فكذلك لا يكون تناولها للبائن الحامل مانعا لتناولها لغير الحامل لأن الشرط فيها ليس مفهوم مخالفة بل هو مفهوم موافقه وفائدته أن الحامل قد يتوهم أنه لا نفقة له — أطول مدة الحمل فأثبت لها النفقة ليعلم غيرها بطريق الأولى . يرشد إليه جعل الوضع غاية الاتفاق وهو المقصود بالشرط لا اصل الاتفاق . أما السنة فمنها ما جاء في مسلم عن أبي إسحاق قال كنت مع الأسود

ابن يزيد جالساً في المسجد ومعنا الشعبي فحدث الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس أن رسول الله ﷺ لم يجعل لها نفقة ولا سكنى ثم أخذ الأسود كفاً من حصي فخصبه به وقال ويلك تحدث بمثل هذا؟ قال عمر رضی الله عنه لا تترك كتاب ربنا وسنة نبينا ﷺ لقول امرأة لا ندرى أحفظت أم نسيت. لها السكني والنفقة قال الله عز وجل (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة)

وقد دل ذلك على أن عمر فهم ان القرآن عام في المطلقات كما بيناه ، وأخبر أن سنة النبي ﷺ ان لها النفقة والسكنى .

وكما أنكروا عمر على فاطمة بنت قيس أنكرت السيدة عائشة أيضاً عليها وجاء في صحيح البخاري انها قالت لها : ألا تتقي الله تعنى في قولها لا سكنى لها ولا نفقة وأنكر عليها اسامة بن زيد حب رسول الله ﷺ وابن حبه وكذلك مروان وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والأسود بن يزيد وأبو سلمة بن عبد الرحمن . ومن كلام مروان (سنأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها)

قالوا فهذا يكاد يكون إجماعاً أولاً على تخطئة فاطمة وثانياً على أن السنة وما عليه الناس هو وجوب النفقة والسكنى للمبتوتة وهذا أقوى أنواع السنة . أما المعقول فهو أن المعاني التي لأجلها تجب النفقة والسكنى للرجعية وللإبائن الحامل متحتمة بذاتها في المبتوتة الحائل فوجب ثبوت الحكم لها

* * *

وأنت إذاً وازنت بين وجه كون الآية عامة أو خاصة تبين لك رجحان الحمل على العموم كما أراده الحنفية ، وكذلك إذا وازنت بين المعقول والمعقول

فأن الفجيرة باليدونة أشد أثراً على النفس من الرجمية وما أحوج المرأة في
اليدونة إلى ما يخفف مصابها الذي انقطع أملها في تلافيه . وان من يذكر
قول الله تعالى (ولا تنسوا الفضل بينكم) لا يتردد لحظة في أن النفقة اذا
وجبت للرجمية فوجوبها للمبتوتة أحق وألزم .

أما حديث فاطمة بنت قيس فقد وجهت إليه مطاعن تكفل ببيانها
الكمال وعرض لها ليردها ابن القيم في زاد المعاد . ونحن نرى أن كلا من
الطرفين قد أسرف في التحامل على صاحبه والحق أن الآية وحدها كفيلا
بالبين وانها عامة ، وان قصة فاطمة صحيحة ، وان حكم النبي ﷺ بعدم النفقة
والسكني كان خاصاً بها وذلك لأن زوجها كان غائباً وليس له مال حتى يقضى
لها بالنفقة فيه . وأما السكني فقد جاء في روايات القصة عن عائشة ان عدم
إسكانها مع إمامائها كان لشدها عليهم . وليس معنى هذا كما يرى ابن القيم
الظمن في خلقها أو الحط من درجة صحبتها ، ولم يكن إنكار عمر وغيره
عليها لأنها امرأة لا تقبل ردايتها أو طمنانها في أصل القصة وانما هو إنكار
لفهمها ان الحكم الخاص بها لظروفها الخاصة عام في كل مبتوتة . هذا هو رأينا
في المسألة وعليك ان تستوعب ما كتبه الكمال وابن القيم في هذا الموضوع
فانهما فرسا رهانه والله يرشدك الي الخير .

حكم المفقود

المفقود هو من غاب وانقطع خبره فلم يعرف له موضع ولم يدر أحي
هو أم ميت

وقد اختلف العلماء فيما يصنع بماله وما تصنعه زوجته ، والممكن من

وجوه النظر ان يعتبر حياً بالنظر لهما فتبقى زوجته في عصمته وماله على ملكه حتى ينكشف أمره . وان يعتبر ميتاً في حقهما فيحكم بخروج زوجته من عصمته ويقسم ماله بين ورثته . وان يعتبر حياً بالنظر الى المال دون الزوجة أو بالعكس .

فذهب الحنفية والشافعية الى اعتباره حياً في الأمرين وقالوا هي زوجته والمال ماله حتى يتبين أمره وفي هذا محافظة على امر ثبت يبين

وذهب الحنابلة الى اعتباره ميتاً فيهما على تفصيل يأتي بعد . وذلك عقب انتهاء مدة التبرص المقدرة عندهم فتخرج زوجته من عصمته ويقسم ماله على ورثته . وفي هذا نظر لحال المرأة ومراعاة لها برفع الضرر والعنت عنها . والمال جعل تابعا في ذلك

وذهب المالكية الى اعتباره ميتاً في حق الزوجة فقط . أما المال فيبقى على حكم ملكيته . وفي هذا الاعتبار مراعاة لحق المرأة ولا ضرورة تدعو إليه في الأموال

أما الاعتبار الرابع فهو : أولاً - اعتبار لا تدعو إليه ضرورة من دفع ضرر أو جلب مصلحة . ثانياً - انه عكس ما تقضى به قضية الامساك بالمعروف في الزوجة ودفع الضرر عنها . وقد عهد العمل في الشريعة عليهما في حين ان هذا الاعتبار يراعى جانب المال أكثر مما يراعى جانب المرأة مع ان امر المال أهون في نظر الشرع من امر المرأة . ولأن المال يمكن حفظه وتنميته بواسطة القوامه التي عهدت في أموال من لا يستطيعون حفظها وتنميتها . ولهذا لا تعلم ان فقيها نظر إلى المفقود بهذا الاعتبار الرابع . وانما كل آرائهم دائرة على الاعتبارات الثلاثة المتقدمة كما علمت . وإليك تفصيل هذا الاجمال

ذهب الحنفية والشافعية إلى ان زوجة المفقود زوجته والمال ماله وإن طال الزمن حتى يغلب على الظن موته وذلك بموت أقرانه او بمضى مدة لا يعيش لمثلها عادة . وفي تقدير هذه المدة أقوال في المذهبين . فقيل انها سبعون سنة وقيل ثمانون وهكذا إلى مائة وعشرين . وفي قول للحنفية . ان امر ذلك مفوض إلى رأى القاضى واجتهاده . قيل وهذا هو الأظهر من مذهب الشافعية . فاذا غلب على الظن موته - على اختلاف الأقوال - حكم بموته واعتدت الزوجة عدة الوفاة من وقت الحكم بالموت وقسم ماله بين ورثته الذين يرثونه عند الحكم فلا يرثه من مات قبل الحكم او حدث إرثه بعده بزوال مانع عنه بعق أو إسلام .

وهم لا يفرقون فى ذلك بين غيبة وغيبة فسواء أكانت الغيبة ظاهرها السلامة ام الهلاك وسواء أكانت عقب سبب يفضي إلى الهلاك عادة أم لا . وسواء أكانت فى أرض الاسلام ام فى غيرها . وسواء أكانت فى بر ام بحر فحكمها فى كل هذه الأحوال واحدا فى المذهبين هو ما تقدم .

ويرى الحنابلة ان الغيبة نوعان : الأول غيبة ظاهرها السلامة كسفر التجارة فى غير مهلكة . والسفر لطلب العلم والسياسة . والحكم فيها كما يقول الحنفية والشافعية انه لا بد من مضى مدة التعمير . وقدرها بتسعين سنة من وقت ولادة المفقود كما نص عليه فى كشف القناع وحكاها صاحب المغنى من رواية الأثرم عن أحمد بن حنبل . لكنه قال : ان المذهب خلافه وهو ان الزوجية لا تزول ما لم يتيقن موته أو تمضى مدة لا يعيش لمثلها . وذلك مردود الى اجتهاد الحساكم . صرح بذلك صاحب المغنى فى باب ميراث المفقود . قال : لأن هذا تقدير بمدة معينة من غير توقيف . والتقدير لا ينبغى

أن يصار إليه إلا بالتوقيف .

والثاني غيبة ظاهرها الهلاك كالذي يفقد من بين أهله أو يخرج للصلاة فلا يرجع أو يمضى لحاجة على أن يعود فلا يظهر له خبر أو يفقد بين الصنفين . أو من غرق سفينة أو نحو ذلك من سائر أسباب الهلاك . والحكم فيه أن ينتظر به أربع سنين فإن لم يظهر له خبر قسم ماله واعتدت زوجته لوفاة أربعة أشهر وعشرا . وذكر القاضى أنه لا يقسم ماله حتى تمضي عدة الوفاة بعد الأربع سنين ولا يفتقر ذلك كله إلى حكم حاكم .

وجرى المالكية في المسألة على أساس التفرقة أيضاً بين غيبة ظاهرها السلامة واخرى ظاهرها الهلاك . فقالوا في الأولى لا بد من انقضاء مدة التعمير . وجعلوا منها الفقد في ارض الشرك . وبالاسر وقالوا ايضاً لا بد من الحكم بالموت بعد انقضاء مدة التعمير « اما الثانية » وهي التي ظاهرها الهلاك فهي اما ان تكون بعد سبب من شأنه الاهلاك كعمرك اوطاعون او غرق سفينة . واما الا تكون بعد سبب كذلك كما اذا سافر في ارض الاسلام لغرض من الأغراض وفقد فيها . والحكم فيما اذا كانت بعد سبب من شأنه الاهلاك انها تعتد بعد انتهاء المعركة وذهاب الطاعون وبعد مضي مدة العودة إلى البلدة على حسب القرب والبعد - اما اذا لم تكن بعد سبب كذلك فالحكم فيها مارآه احمد في الغيبة التي ظاهرها الهلاك فتتربص اربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة ويلزم في الجميع البحث عنه حتى يغلب على الظن موته ثم تعتد أو تتربص

هذه آراء الأئمة في حكم المفقود من حيث ماله وزوجته اما حكمه من حيث ارثه من غيره فقالوا فيه ان مات للمفقود من يرثه قبل ان يحكم بوفاة

يوقف نصيبه من مال مورثه . فان كان المفقود يحجب الحاضرين لم يصرف شيء ووقف المال كله . وإن كان لا يحجبهم يعطى كل واحد منهم الأقل من نصيبه على تقدير حياة المفقود وعلى تقدير موته . وهذا هو مذهب أبي حنيفة واحمد وأكثر الفقهاء والصحيح من مذهب الشافعي . وللشافعية وجهان آخران أحدهما تقدير حياته لأنها الاصل فان ظهر خلافها غيرنا الحكم . والثاني يقدر موته في حق الجميع لأن استحقاق الحاضرين معلوم واستحقاقه مشكوك فيه فان ظهر خلافه غيرنا الحكم . وهذا الوجه بعيد .

ويظل نصيب المفقود موقوفاً حتى يتبين حاله . فان بان حياً أخذه وردت الزيادة إلى أهلها . وان علم أنه مات بعد موت مورثه دفع نصيبه مع ماله لورثته . وإن علم أنه كان ميتاً حين موت مورثه رد الموقوف إلى ورثة الاول . وإن لم يعلم خبره وحكم بموته رد نصيبه أيضاً إلى ورثة الاول لأنه مشكوك في حياته حين الموت فلا نورثه مع الشك .

استدل الحنفية والشافعية على ما ذهبوا اليه في المفقود بما يأتي :

أولاً - بما أخرجه الدارقطني في سننه عن سوار بن مصعب . حدثنا محمد بن شرحبيل الهمداني عن المغيرة بن شعبة قال : قال رسول الله ﷺ « امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان »

وثانياً - بما روى عن عبد الرزاق : اخبرنا محمد بن عبد الله العزمي عن الحكم بن عتيبة عن علي رضي الله عنه قال - في امرأة المفقود - هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق

وبما روى عن جريج قال : بلغني ان ابن مسعود وافق علياً انها تنتظر ابداً . وقد روي هذا المذهب عن أبي قلابة والشعبي والنخعي . قالوا جميعاً

ليس لامرأة المفقود أن تزوج حتى يستين أمره
وثالثاً - بأن النكاح بين المفقود وزوجه ثابت ييقين . ومجرد الغيبة
لا يوجب الفرقة وإنما يوجبها الموت . وموت المفقود مشكوك فيه . ومن
القواعد أن اليقين لا يزول بالشك . وبقاء ما كان على ما كان حتى يظهر خلافه .
فوجب عملاً بالثابت المتيقن ترك الأمر حتى يتبين الحال . وقد نقل رجوع
عمر رضى الله عنه الى قول على في امرأة المفقود . روى ذلك ابن أبي ليلى وكانت
هذه إحدى قضايا ثلاث رجع فيها عمر إلى رأى على رضى الله عنهما . وبذلك
كان هذا المذهب مذهب على وعمر وابن مسعود وقد أيدته القواعد ورجحه
ماروينا من السنة المرفوعة .

واستدل المالكية والحنابلة على ما اتفقوا عليه بما رواه ابن أبي شيبة: حدثنا
سفيان بن عيينة عن عمرو بن يحيى بن جمعة أن رجلاً فقد في عهد عمر فجاءت
امرأته اليه فذكرت ذلك له فأمرها أن تبرص أربع سنين ثم أمر وليه بعدها
أن يطلقها ثم أمرها ان تعتد فاعتدت ثم تزوجت بآخر ثم جاء زوجها الأول
فخيره بين الزوجة والصداق . وقد خرج هذا الحديث من عدة طرق . وروى
ذلك الحكم في امرأة المفقود عن عثمان وعلى وابن عباس وابن الزبير . وهذه
كلها قضايا في زوجة المفقود انتشرت في عهد الصحابة فلم تنكر فكانت إجماعاً
وقد قال به غير هؤلاء الخمسة عطاء وعمر بن عبد العزيز والحسن والزهرى
وقتادة والليث وعلى ابن المدبني وعبد العزيز بن أبي سلمة . ولا ريب أن
التقدير مما لا يدرك بالقياس فيحمل هذا التقدير على أن هؤلاء جميعاً سمعوه
من الرسول ﷺ . ولا فوالهم في مثله حكم المرفوع فوجب الأخذ به .

ولو كانت رأى واجتهاد لنقل اليها مع أنه لم يثبت ان أحداً من الصحابة انكر
على أحد من هؤلاء الاصحاب حكمه في زوجة المفقود فكان ذلك من جهة
اخرى في حكم الاجماع فوجب قبوله والعمل بمقتضاه وهنا يقول الحنابلة ان
هذه القضايا وردت في مفقود بغيبة ظاهرها الهلاك فيقتصر في هذا الحكم على
ما يماثل تلك الغيبة من غير تفرقه بين ماله سبب من شأنه الاهلاك وما ليس له
سبب كذلك . وتبقى الغيبة التي ظاهرها السلامة على مقتضى قاعدة (اليقين
لا يزول بالشك) فلا بد فيها من تحقق الموت وثبوته . ولا يصح التقدير
طالت مدة الغيبة أم قصرت .

اما المالكية فقد نظروا إلى ما يغلب فيه السلامة فتركوه للتعيمير وإلى
ما يغلب فيه الهلاك وجماعوا هذا قسمين : قسم يعظم فيه غلبة الهلاك لوقوعه بعد
سبب مهلك فحكموا بالتفريق عقب السبب مباشرة ان كان لا يحتاج إلى مدة
عودة أو بعد مدة العودة الممكنة إلى بلاده إن كان يحتاج إلى مدة (وقسم
آخر) لا تعظم فيه غلبة الهلاك لعدم وقوعه بعد سبب مهلك وقالوا إن هذا
القسم هو محل التقدير بأربع سنين

ثم قال كل من الحنابلة والمالكية . ان التفريق بين الغائب وامرأته قد
بنى على أساس دفع الضرر عن زوجة غاب عنها زوجها وتركها تتعرض لعنت
الحياة الفردية خصوصا إذا كانت الزوجة شابة لا تستطيع أن تحفظ نفسها من
عوامل الفتنة التي تحيط بها أسبابها من كل جانب وقد وجد للتفريق
بالضرر أصل معروف في الشريعة . ذلك هو التفريق للإيلاء وللعنة وقد
ضرب الشارع لكل منها أجلا بمضيه يحصل التفريق فليضرب لضرر الفقد
الذي يصيب المرأة في زوجها أجل وهو ما روى عن أصحاب رسول الله ﷺ

ولم يعرف من طريق صحيح أن بعضهم أنكر التقدير به
ولعل الحكمة في التقدير بالأربع السنين أنها أقصى مدة ذهب إليها العلماء
في تقدير مدة الحمل وبذلك تتبين براءة المرأة بيقين فيحكم بالتفريق على وجه
يطمئن بخلو المرأة من غرس زوجها . وإنما خالفت مدة الفقد مدة الإيلاء
والعنة لأن الإيلاء باختيار الرجل وقد كان بيده الإيول من امرأته . ولأن
العنة بعد سنة يغلب على الظن أنها لا تزول ولا كذلك المفقود .
يتجه على الحنفية والشافعية في استدلالهم بالحديث المروي عن المغيرة
ابن شعبه : أن راوية محمد بن شرحبيل : وقد قال ابن حاتم عن أبيه : انه يروي
عن المغيرة مناكير أباطيل . وأن سوار بن مصعب الذي روى عن محمد بن
شرحبيل قال فيه القطان . إنه أشهر في المتروكين . أما المروي عن علي فظاهر
أنه اجتهاد ورأي . انظر قوله (هي امرأة ابتليت فلتصبر) أمرها بالصبر
لا بتلاؤها شأن كل مبتلى على أنه قد روى الجوزجاني وغيره عن علي في امرأة
المفقود « تعمد بأربع سنين » وبذلك قضى عثمان وابن الزبير في مولاة لهم
ويتجه عليهم في الاستدلال بالمعقول أن غلبة الظن في الشريعة لها حكم
اليقين والمراد من القاعدة أن اليقين لا يزول بالشك . والمخالفون يقولون :
إن عدم ظهور أمره بعد البحث والتنقيب أربع سنين مع وجود العوامل التي
تدفعه إلى الظهور لو كان حيا يجعله هلاكة غالبا على الظن . وغلبة الظن في
مشله كافية للحكم بموته . وللتفرقة بينه وبين زوجته . وأما احتمال الظهور بعد
ذلك فنادر لا يناط به حكم . على أن المخالفين لم يعتمدوا في الحكم بموته بعد
مضى مدة التعمير إلا على غلبة الظن لبقاء احتمال الظهور أيضا . ولذلك بينوا
حكمه على فرض ظهوره . والواقع أن اليقين منتف عند الفريقين وأن غلبة

الظن كافية لرفع الضرر الذي يلحق المرأة من بقائها في زوجية المفقود . وهذا قدر لا ينبغي أن يكون محل خلاف . نعم تختلف الأنظار فيما به تحصل غلبة الظن . وقد وجد الاختلاف في ذلك فعلا من عهد الصدر الأول . وليس للتقدير بمدة معينة أي كانت تلك المدة من وجه شرعي يعتمد عليه ، خصوصا أنهم قد أجمعوا على أن التقدير لا مجال للرأي فيه .

فالوجه الذي نختاره هو التفويض إلى رأي القاضى ، قال الزيلعى :
والختار . أنه يفوض إلى رأى الامام لأنه يختلف باختلاف البلاد وكذا غلبة الظن تختلف باختلاف الأشخاص فان الملك العظيم إذا انقطع خبره يغلب على الظن في أدنى مدة أنه مات لاسيما إذا دخل في مهلكة اه

وقد اعتبر الخبالة التفويض إلى اجتهاد الحاكم في قسمة أمواله . ولا ريب أن التفويض إلى اجتهاد الحاكم فيه تقدير ظروف الزوجة وظروف الزوج ولهذا الظروف ارشاد كبير إلى ما فيه المصاحبة .

وبذلك يتبين أن مذهب القائلين بالتفويض إلى رأى الحاكم أسد وارفق خصوصا في هذا الزمن الذى يسهل فيه الوقوف على حال الغائبين .

وتقدير عمر رضى الله عنه لامرأة المفقود بأربع سنين كان عن اجتهاد ورأى ولعل الظروف التى رأينا قضت عنده بذلك . وجميع ما نقل من حوادث الفقهاء وقائع حال قدرت فيها الظروف فقضى كل بما رأى ووقع عنده .

قال الزيلعى : وما كان سبب اختلاف الناس في مدته إلا اختلاف آرائهم فيه . اه

ولا يمكن على هذا الرأى سوى انه ليس كل قاض يركن إلى تقديره . هذا . وقد رأيت الحاكم الترععية في مصر ان العمل في المفقود بمذهب

الحنفية أصبح لا يتفق مع حالة الرقي التي وصلت إليها البلاد في طرق المواصلات
ووسائل التخاطب وسهولة البحث عن الغائب فاخترت ان تعامل زوجه
بمقتضى مذهب المالكية

ووضعت المادتين السابعة والثامنة من قانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠. وفيهما
ان القاضي يمان الزوجة بعد البحث وبعد مضي اربع سنين من حين رفع
الأمر اليه بالاعتداد عدة الوفاة. ثم رأيت ان تعدل عن مذهب المالكية
وقسمت المفقود إلى (غائب) غيبة ظاهرها الهلاك وقدرت له اربع سنين
(وغائب) غيبة ظاهرها السلامة وفوضت الامر في زوجته وماله إلى رأى
القاضي ووضعت لذلك المادة الحادية والعشرين من قانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩
وقالت مذكرته الايضاحية ان هذا اخذ بمذهب أحمد فيما يختص بالزوجة
في القسم الاول وبره اياه وبمذهب الحنفية فيما يختص بها وبالأموال في القسم
الثاني. ولقد كان لهم في القول الراجح من مذهب الحنفية وهو التفويض
الى رأى القاضي في الزوجة والمال غناء عن هذا التعديل وذلك التليق لاسيما
انه قد تقضى الظروف فيمن غاب غيبة ظاهرها الهلاك انه يعتبر ميتاً قبل
مضى الأربعمائة سنين.

لزوم الوقف

اتفق الأئمة الاربعة على أن الوقف تصرف مشروع. واتفقوا أيضاً
على أن وقف المسجد والرباط ونحوهما مما لا يقصد فيه حمل المنفعة لمعين لازم
ولا ملك فيه لأحد واختلفوا فيما قصد به حمل المنفعة لمعين من جهتين جهة
الملك وجهة لزوم. ففي الملك قل أبو حنيفة ومالك الوقف للواقف وقيل

الشافعي و ابو يوسف و محمد هر ملك لله . وقال أحمد هو ملك الموقوف عليه كالصدقة . أما جهة اللزوم فرأى جمهور الأئمة أنه لازم لا يباع ولا يوهب ولا يورث وقال أبو حنيفة بعدم لزومه وانه كالعارية . وأنت ترى من هذا أن الخلاف الذي له ثمرة في الاحكام العملية إنما هو الخلاف في اللزوم وعدمه وذلك موضع المقارنة .

استدل أبو حنيفة بالسنة والمعقول

أما السنة . فمنها ما أسنده الطحاوى فى شرح معاني الآثار الى عكرمة عن ابن عباس . قال سمعت رسول الله ﷺ بعد ما أنزلت سورة النساء . وأنزل فيها الفرائض : نهى عن الحبس . وقد روى من طريق آخر للدارقطنى عن علي رضى الله عنه لا حبس عن فرائض الله إلا ما كان من سلاح أو كراع وقال صاحب الفتح وينبغي أن يكون لهذا الموقوف حكم المرفوع لأنه بعد أن علم ثبوت الوقف ولهذا استثنى الكراع والسلاح ومثله لا يقال إلا سماعاً .

ومنها ما رواه ابن ابى شيبه فى البيوع بسنده عن شريح . قال جاء محمد ببيع الحبس وقد أخرجه البيهقى ايضاً . وهذا الحديث وان كان مرسلًا فهو حجة عند الحنفية .

أما المعقول فمن وجهين . احدهما ان لزومه يستلزم خروج الموقوف عن ملك الواقف والاجاز للواقف ان يتصرف فيه تصرف المالك . وما عهدنا مالكا ذا أهلية تغل يداه عن التصرف فى ملكه بما يريد . ولو خرج عن ملك الواقف لا إلى مالك فهو السائبة . ولا سائبة فى الاسلام . (ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة)

ثانيهما . ان حقوق العباد لم تنقطع عن الموقوف . بدليل جواز الانتفاع به زراعة وسكنى . وبقاء الحقوق دليل بقاء الملك فيه . ولا ملك لغير الواقف اتفاقا . فوجب أن يكون الملك للواقف وبقاء الملك للواقف ينأى للزوم ويؤيد كون الملك للواقف . أن له في الوقف حقوقا خاصة . كتعيين النظار وعزلهم وتوزيع الربيع على مقتضى شرطه . ولم يستفد هذه الحقوق من ولاية طارئة اتفاقا فوجب أن يكون مردها ملكه .

واستدل الأئمة الثلاثة والصاحبان . أولا بما روى . أن عمر رضى الله تعالى عنه أتى النبي ﷺ وكانت له أرض تدعى تمغ وكانت نخلا نفيسا فقال يارسول الله انى أصبت مالا هو عندى نفيس أفأصدق به . فقال رسول الله ﷺ تصدق بأعماله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق عمرته . فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب وللضيف وللمساكين ولابن السبيل ولذى القربى لا جناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يؤكل صديقا غير متمول منه

وهذه الارض كانت سهم عمر رضى الله عنه بخير وتمغ لقب لها . وهذا الحديث مروي في الصحيحين وباقي الكتب الستة مع اختلاف في بعض الألفاظ .

ثانياً . بالاجماع العملي فقد استمر عمل الأمة من عهد رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا على حبس أموالهم مؤبدة من غير نكير

ثالثاً . بالمعقول . وهو أن داعية الواقف إلى وقف أمواله تستدعي لزوم الوقف بخروجه عن ملكه . لأنها ترجع إلى ارادة وصول الثواب اليه ولا طريق لاستمرار وصول الثواب اليه إلا بلزومه وعدم انقطاعه وقتها

أشار الشرع الى أن الذي يحقق هذه الرغبة هو الوقف بما رواه الترمذي عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال . إذ مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث . صدقة جارية . وعلم ينتفع به . وولد صالح يدعو له .
وقد قيل لأبي حنيفة في حديث لا حبس عن فرائض الله . انه وان كان عاما إلا ان قاعدة الجمع بين الدليلين المتعارضين ما أمكن توجب جملة على خصـوص ما كان في الجاهلية من التورث بالموالاة والمؤاخاة وحرمان الاناث مطلقا والذكور الصغار من الارث وقصره على الذكور القادرين .
وقد كان ذلك بعد ان نزلت آيات الموارث وجعلت للنساء والذكور مطلقا نصيبا في الميراث وبيدت فرائض الوارثين وحقوقهم وأن أولى الارحام بعضهم أولى ببعض — على ان الحديث عند التحقيق لا يتناول الوقف لأن الوقف ليس حبسا عن فرائض الله التي لا تثبت للوارث . إلا بعد وفاة المورث او حال مرضه إذ هو تصرف صادر من اهله في خالص حقه . ولو كان الوقف مع هذا حبسا عن فرائض لسكانت جميع الصدقات والمات حبسا عن فرائض الله ولا قائل بذلك . وقيل له في حديث شريح أنه لا دلالة فيه أيضاً لأن الوقف بالمعنى الشرعي لم يكن معروفا في الجاهلية وإنما عرف في الاسلام كما قال الشافعي رضي الله عنه وحينئذ فلا يمكن أن يتناول الحبيس الذي جاء الرسول ببيعه هذه الأوقاف المعروفة لنا شرعا ووجب جملة على الاحباس المعروفة اذ ذلك من البهيرة والسائبة والوصيلة والحام . وعلى فرض ان الوقف الشرعي كان معروفا في الجاهلية فاستمرار العمل به من الصحابة والتابعين دليل على أن الذي جاء ببيعه محمد ﷺ هو النوع الآخر الذي تفاه القرآن جمعا بين الأدلة كما سبق

وقيل له في المعقول انه لا مانع من خروج الوقف عن ملك الواقف الى غير
مالك فان المسجد يزول ملك الواقف عنه اتفاقا ولا ملك لأحد فيه من
العباد فيكون وقف غير المسجد كالمسجد . وأما تعلق حق العبد بالوقف
وثبوت الحتموق للواقف فانه لا يدل على بقاء الملك فان التبران يصير الى
الله ويخرج عن ملك صاحبه بالاراقه مع أن صاحبه يتصرف فيه بالاكل
والاطعام والتصدق وتلك ولاية خولها له الشارع فليكن أمر الوقف كذلك
ويتضح مما سبق أن الفريقين يتفقان على أن للواقف حقوقا في الوقف .
وعلى أن الامام وصاحبيه يرون بين بقاء الملك للواقف في الوقف وعدم
لزومه تلازما . وان أبا حنيفة يرى أن ثبوت الحتموق للواقف يدل على
بقاء ملكه فيه . وقد وقف الامام مالك رضى الله عنه في المسألة موقفا
وسطا فرآى أن لا تلازم بين بقاء الملك وعدم اللزوم فالوقف عنده لا يخرج
عن ملك الواقف وهو في الوقت نفسه لازم لا يباع ولا يوهب ولا يورث .
وقد قرر الحنفية لذلك نظيرا في المدبر وأم الولد وقد استحسنت السكالك هذا
الرأى ووجهه بما خلاصته . أن ملك الواقف ثابت قبل الوقف بيقين ومنع
التصرف بالبيع ونحوه أثبتته حديث عمر وعمل المسلمين فليثبت ذلك القدر أما
الملك فلم يوجد ما يدل على زواله بل وجد في بعض روايات حديث عمر
ما يدل على بقاءه على ما كان . وهو قوله إن شئت حبست أصلها وتصدقت
بها فانه ظاهر في التصديق بالغلة مع بقاء الملك وكذلك المعنى المعقول الذي
تمسك به الجمهور لا يدل الا على اللزوم فقط . وهو تحقيق نظري وجيه .
هذا ويتضح مما سبق أيضا رجحان قول عامة العلماء بلزوم الوقف لأن
الأحاديث والآثار متضافرة على ذلك وقد استمر عمل الأمة من عهد الرسول

إلى يومنا عليه وهو إجماع عملي لا ينهض شيء من أدلة أبي حنيفة على معارضته
وقد جرى العمل بالمحاكم الشرعية المصرية على الأخذ برأي الجمهور باعتباره
أرجح الأقوال في مذهب الحنفية

القضاء بشاهد ويمين

اتفق العلماء على أن المدعى إذا أقام شاهدين على دعواه وقبلت شهادتهما
حكم له بما ادعى . وعلى أنه إذا عجز عن البيّنة . وطلب تحليف المدعى عليه
وحلف رفضت دعواه . واختلفوا بعد ذلك في فصلين أحدهما إذا أتى المدعى
عليه أن يحلف هل يحلف المدعى أو يقضى له بنكول صاحبه عن اليمين .
ثانيهما إذا أقام المدعى شاهداً وعجز عن الآخر وحلف مع شاهده هل
يقضى له بشاهده ويمينه .

وموضوع المقارنة هو الفصل الثاني من الخلافيتين . فذهب إلى عدم
جواز الحكم بشاهد ويمين زيد بن علي بن الحسين والزهرى والنخعي وابن
شبرمة والامام يحيى وأبو حنيفة وأصحابه . وذهب إلى جواز الحكم بهما
جماعة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم منهم الخلفاء الأربعة وابن عباس
وعمر بن عبد العزيز وشريح والشعبي وفقهاء المدينة والأئمة الثلاثة رضی
الله عنهم .

* * *

استدل أصحاب المذهب الأول بالكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله
تعالى . (واستشهدوا شهادتهم من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان
ممن ترضون من الشهداء) وقوله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) طلب

القرآن اشهاد رجلين . ونص عند عدمها على اشهاد رجل وامرأتين فقبول الشاهد الواحد واليمين زيادة على النص وزيادة على النص نسخ . وهو لا يجوز إلا بتواتر أو مشهور وليس في المسألة واحد منهما .

أما السنة فإرواه مسلم وأحمد من قوله عليه الصلاة والسلام (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أباس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه) ومن قوله (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) ومن قوله صلى الله عليه وسلم (شاهدك أو يمينه)

فالحديث الأول جعل جنس اليمين على المنكر . فإذا قبلت يمين من المدعى أو وجهت إليه لم يكن بجميع أفراد اليمين على المنكرين . وكذلك الحديث الثاني جعل جميع أفراد البينة على المدعى وجميع أفراد اليمين على المنكر . وتضمن مع هذا قسمة وتوزيما والقسمة تنافي اشتراك الخصمين فيما وقعت فيه القسمة والحديث الثالث خير المدعى بين أمرين لثالث لهما أما بينته أو يمين المدعى عليه . والتخيير بين أمرين معينين يمنع تجاوزهما والجمع بينهما .

بهذه الأدلة رأيت الحنفية عدم جواز الحكم بشاهد ويمين . وقالوا إن الحاكم إذا حكم بهما لا ينفذ حكمه وإذا رفع إلي قاض آخر أبطله . قال في متن التنوير وشرحه (وإذا رفع إليه حكم قاض آخر نفذه إلا ماخالف كتابا أو سنة مشهورة أو إجماعا ومن ذلك ما لو قضى بشاهد ويمين المدعي لمخالفته للحديث المشهور (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)

واستدل أصحاب المذهب الثاني بما روى من أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين . وقد ذكر ابن الجوزي عدد من روى هذا الحديث فزاد على عشرين صحابياً . وأصح تلك الطرق حديث ابن عباس النبي قل فيه الشافعي : وهذا

الحديث ثابت لا يردده أحد من أهل العلم لو لم يكن فيه غيره مع أن معه غيره مما يشده) وقال النسائي إسناده جيد. وقال البزار في الباب أحاديث حسان أصحها حديث ابن عباس . وقال ابن عبد البر لا مطعن لأحد في إسناده ومع ما علمت في رواية القضاء بالشاهد وليمين قال الزبلي : وما رواه الشافعي ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ماروينا . ولأنه روي به ربيعة عن سهيل بن أبي صالح وأنكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوي فضلا عن أن يكون معارضا للمشاهير . ولو سلمنا صحته احتمل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد يعني بجمسه وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغل والمراد على التعاقب . ولئن سلم أنه يقتضى الجمع فليس فيه دلالة على أنه يمين المدعى بل يجوز أن يكون المراد يمين المدعى عليه ونحن نقول به لأن الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع إلى يمين المنكر عملا بالمشاهير اهـ

وكما ضمن الزبلي وأول كما ترى في حديث القضاء بالشاهد واليمين طعن الآخرون فيما تمسك به الحنفية وقالوا لو صحت لا تفيد عدم جواز القضاء بالشاهد واليمين لأن حديث التخيير كان في واقعة عجز فيها المدعى عن البيئنة ورضي المدعى عليه باليمين فتخوف المدعى وقال (إذا يحلف ولا يبالي) فقال الرسول ﷺ ليس لك منه إلا ذلك . وهو غير موضع النزاع وأما الحديثان الآخران فجاء على الشأن في مبدأ الخصومة وهو اما البيئنة من المدعى أو اليمين من المنكر . وهذا لا يمنع الحكم بيمين المدعى وشاهده إذا عجز عن الشاهد الآخر وأبى المدعى عليه أن يحلف فلا دلالة لشيء من الأحاديث المذكورة - على فرض صحتهما - على المنع

وبالنظر فيما قاله الفريقان نجد - أولاً - أن ما طعن به الحنفية على أحاديث الجمهور . مردود . لما عرفت من شهرتها بين المحدثين وانها مروية عن جمع عظيم من الصحابة . وما قاله الزيلعي من انكار سهيل الحديث الذي رواه عنه ربيعة فسببه أن سهيلاً أصيب بعلّة أذهبت بعض عقله ونسى بعض حديثه فقال لا أحفظه ولا أتذكره . وهذا لا يضر بعد أن ثبتت رواية الحديث من طرق أخرى حسان وبعضها صحيح ورجاله كلهم ثقات

ثانياً - أن قول الحنفية (إن أحاديث القضاء بالشاهد واليمين زيادة على الكتاب والزيادة نسخ) بناء على قاعدة لم يظهر التزامهم لها في كثير من فروعهم المذهبية . فهي كما قال الشوكاني . زيادة ولكنها غير منافية للأصل فتبناها محتم . وغاية ما يقال على فرض معارضة الآية وحديث (شاهدك أو يمينه) لأحاديث القضاء بشاهد ويمين - وإن كان فرضاً فاسداً - أن الآية والحديث المذكورين يدلان بمفهوم العدد على عدم قبول الشاهد واليمين والحكم بمجردهما . وهذا المفهوم المردود عند أكثر أهل الأصول لا يعارض المنطوق وهو ما ورد في العمل بشاهد ويمين : على أنه يقال العمل بشهادة المرأتين مع الرجل مخالف لمفهوم حديث شاهدك أو يمينه . فإن قالوا قدمنا على هذا المفهوم منطوق الآية . قلنا ونحن قدمنا على ذلك المفهوم منطوق أحاديث الباب . هذا على فرض أن الحكم يعمل بمفهوم العدد فإن كان لا يعمل به أصلاً فالحجة عليه أوضح وأتم .

ولابن تيمية كلام جيد في توجيه آية (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) نورده هنا لما فيه من الفائدة في موضوعنا هذا .

قال : القرآن لم يذكر الشاهدين والرجل والمرأتين في طرق الحكم التي يحكم

بها الحاكم وإنما ذكر هذين النوعين من البيئات في الطرق التي يحفظ بها
 الانسان حقه - وبعد أن ذكر الآية قال - فأمرهم سبحانه بحفظ حقوقهم
 بالكتاب . وأمر من عليه الحق أن يمل الكتاب . فإن لم يكن ممن يصح
 لملأؤه أملي عنه وليه . ثم أمر من له الحق أن يستشهد على حقه رجلين فإن
 لم يجد فرجل وامرأتان . ثم نهى الشهداء المتحملين للشهادة عن التخلف عن
 إقامتها إذا طلبوا لذلك . ثم رخص لهم في التجارة الحاضرة الا يكتبوها ثم أمرهم
 بالاشهاد عند التبايع . ثم أمرهم إذا كانوا على سفر ولم يجدوا كاتباً أن يستوثقوا
 بالرهن المقبوضة . كل هذه نصيحة لهم وتعليم وارشاد لما يحفظون به حقوقهم .
 وما تحفظ به الحقوق شيء . وما يحكم به الحاكم شيء آخر . فإن طرق الحكم
 أوسع من الشاهدين . والرجل والمرأتين . فإن الحاكم يحكم بالنكول ولا
 ذكر له في القرآن . فإن كان الحكم بالشاهد واليمين مخالفاً لكتاب الله
 فالحكم بالنكول أشد مخالفة اه .

وعلى فرض أن آية واستشهدوا شهيدين جاءت لبيان ما يحكم به الحاكم
 فليس فيها ما يدل على منع الحكم بشاهد ويمين فإن كثيراً من الاحكام أخذ
 بها المسلمون ولم ترد في لفظ الكتاب ولكن السنة قضت بها وطلبتها فكانت
 شريعة يجب اتباعها كالذي جاء به الكتاب . وذلك كمنع الوصية للوارث
 ومنع نكاح المرأة على عمتها وخالتها . ومنع التوارث بين المسلم وغيره . وإيجابه
 في حل المطلقة ثلاثاً ان تذوق عسيلة الزوج الثاني كل ذلك وله نظائر كثيرة
 أخذ به المسلمون من السنة زيادة على ما في الكتاب ولم يقل أحد انها نسخ
 للكتاب فيجب رفض السنة الواردة به . ولا شك ان الحكم بالشاهد واليمين
 كهذه الأحكام وردت به السنة وهي زائدة على الكتاب وليس في الكتاب

ما منعهُ فوجب القول به . فان قال المانعون إن الأحاديث التي أخذنا بها فيما ذكرت من الأحكام أحاديث خرجت عن رتبة الأحكام إلى درجة الشهرة فوجب الأخذ بها ولا كذلك الأحاديث التي وردت في مسألة الخلاف . قلنا أهم ما قاله الشوكاني وغيره جواباً عن هذا السؤال . إن أحاديث القضاء بشاهد ويمين قد رواها نيف وعشرون صحابياً وفيها ما هو صحيح متفق على صحته كما رأيت ذلك فيما تقدم فأى شهرة تزيد على هذه الشهرة .

أما تأويلهم قضاء النبي بشاهد ويمين . فقد قال فيه ابن العربي : إن هذا جهل بالغة لأن المعية بين شيئين تقتضى أن يكونا من جهة واحدة لا من جهتين متضادتين .

وبعد فقد قال الشوكاني (جميع ما أورده المانعون من الحكيم بشاهد ويمين غير نافق في سوق المماظرة عند من له أدنى المام بالمعارف العلمية وأقل نصيب من أنصاف . اهـ)

وقال ابن القيم . أنكم قبلتم شهادة النساء وحدهن على الرضاع والولادة وغيوب النساء مع أنه زائد على ما في القرآن . ولم يصح الحديث به صحته بالشاهد واليمين . وردتم هذا ونحوه بأنه زائد على القرآن . اهـ

القضاء بشهادة غير المسلمين

لهذه المسألة صورتان . أحدهما شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض والثانية شهادتهم على المسلمين . أما المسألة الأولى فذهب فيها مالك والشافعي وأحمد إلى أنها لا تقبل مطلقاً اختلف الملل أم اتفقت ونقل ذلك عن طائفة من المتقدمين . وذهب الحنفية إلى قبول شهادتهم بعضهم على بعض وإن

اختلفت مللهم كيهودى على نصرانى وعكسه إلا أنهم لم يقبلوا شهادة الحربى على مثله اذا اختلفت دارهما . وذهبت طائفة إلى قبولها فيما بين أهل الملة الواحدة فلا تقبل شهادة اليهودى على النصرانى ولا عكسه ونقل ابن القيم فى كتابه الطرق الحكيمية أن مالكاً يجيز شهادة الطيب الكافر حتى على المسلم للحاجة .

الأدلة

استدل المانعون مطلقاً بوجوده (الأول) ان الله مذكور الشهود فى كتابه إلا وصفهم بما لا ينطبق على غير المسلمين فمن ذلك قوله تعالى (واشهدوا ذوى عدل منكم) وقوله (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) وغير المسام ليس بذى عدل ولا هو منا ولا من رجالنا ولا من المرضيين عندنا . الثانى ان الله وصفهم كثيراً بالكذب والفسق ، ولا شهادة لكاذب ولا فاسق ، وكيف تجوز لهم شهادة وقد منعت شهادة الرقيق نظراً إلى أن الرق أثر الكفر الذى لم يفارقه (الثالث) ان قبول شهادتهم يؤدى الى الزام الحاكم القضاء بشهادتهم ولا يجوز ان يلزم المسلم بشهادة الكافر ومن هنا لم تقبل شهادته على المسلم بالاجماع واذا لم يكونوا أهلاً للشهادة على المسلم فليسوا أهلاً للشهادة مطلقاً لأن الأهلية لا تختلف بين شخص وشخص ألا ترى أن العبد لما لم يكن أهلاً للشهادة على الحر لم يكن أهلاً للشهادة على مثله (الرابع) أن قبول شهادتهم اكرام لهم ورفع لمنزلتهم وقدرهم ورذيلة الكفر تحول بيننا وبين اكرامهم ورفع منزلتهم

واستدل من أجازها بشرط اتحاد الملة بما رواه الدارقطني وابن عدى من حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : لا تجوز شهادة ملة على ملة إلا ملة محمد ﷺ فانها تجوز على غيرهم . وبأن أهل الملة الواحدة بعضهم يلي على بعض ولا عداوة بينهم ولا بغضاء جازت شهادتهم فيما بينهم . أما مختلفوا الملل فبينهم من العداوة والبغضاء ما يقطع الولاية ويمنع قبول الشهادة قال تعالى (وقالت اليهود ليست النصراني على شيء وقالت النصراني ليست اليهود على شيء وهم يتلون الكتاب) وقال (وألقينا بينهم العداوة والبغضاء إلى يوم القيامة) وإذا كان هذا شأنهم فلا تقبل شهادة بعضهم على بعض . واستدل الحنفية (أولا) بقوله تعالى (ومن أهل الكتاب من أن تأمنه بقنطار يؤده إليك) أخبر أن منهم الأمين على مثل هذا القدر من المال ولا ريب أن أساس الشهادة صفة الأمانة . وقوله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) أثبت الولاية لبعضهم على بعض والولاية أعلى رتبة من الشهادة وغاية الشهادة أن تشبه بها . وقد ذكرهم بوصف يعمهم وأن اختلفت مللهم و (ثانيا) بأن النبي ﷺ قد حكم بشهادتهم في الحدود . روي مجاهد بن سعيّد عن الشعبي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهم أن اليهود جاءوا إلى رسول الله ﷺ برجل منهم وامرأة زنيا فقال لهم رسول الله ﷺ انتوني بأربعة منكم يشهدون ، وقد جاء في القصة أن الرسول سألهم ما تجدون في أمر هذين في التوراة فقالوا يجد فيها إذا شهد أربعة منهم أنهم رأوا . . رجما . قل فما يمنكم أن ترجموها . قالوا ذهب سلطاننا فكرهنا القتل فدعا رسول الله ﷺ بالشهود وشهدوا ورجمها . فقد اعتبر النبي ﷺ شهادتهم

م ١٢ - مقارنة

أن الحكم كذا في التوراة ، واعتبر شهادتهم على الفعل وحكم بناء عليها :
و (ثالثا) أنهم يتعاملون فيما بينهم بأنواع المعاملات وتقع بينهم الجنايات
ولا يحضرهم في الغالب مسلم ثم يتحاكمون اليها فلم تقبل شهادة بعضهم
على بعض لأدى ذلك إلى تظالمهم وضياع حقوقهم وفي ذلك فساد كبير
لاتقره الشريعة العادلة .

أما عدم قبول شهادة الحربى على الذمى وعلى الحربى إذا كان من دار
أخرى فلانقطاع الولاية بينهما . ولذلك لا يتوارثان . قولا والذى من أهل
دارنا وهو أعلى حالا من الحربى فتقبل شهادته عليه وعلى الذمى كالمسلم

* * *

والذى يظهر فى هذه المسألة أن شهادة غير المسلمين فيما بينهم كشهادة
المسلمين فيما بينهم (أولا) لما تقدم من أدلة الحنفية و (ثانيا) أن الله قد
أمرنا بالحكم بينهم إذا ترفعوا اليها والحكم إما باقرار ولا حاجة فيه إلى
المرافعة واما بيئته وهم فى الغالب لا تحضرهم بيئته من المسلمين فاذا احضروا
شهودا مرضيين عندهم واطمأن القضى إلى صدقهم ولم تظهر عليهم أمارة
الكذب وجب عليه أن يحكم بشهادتهم احياء للحق . وليس الحكم بالنكول
أو اليمين بأقوى من الحكم بالشهادة وأما الآيات التى استدلت بها المانعون فهى
فى الحكم بين المسلمين كما يدل عليه السباق والخطاب ولا تعرض فى شيء
من الآيات للحكم على غير المسلمين . وأما آية (والقينا بينهم العداوة والبغضاء
الى يوم القيامة) وآية (وقالت اليهود الخ) فغاية ما تدل عليه أن بينهم عداوة
وقد عرف أنها عداوة دينية لا تمنع قبول الشهادة فيما بينهم كالعداوة التى بين
فرق هذه الامة وقد دبستها شيما واحزابا يذوق بعضهم بأس بعض

وأما ان الله وصفهم بالكذب والفسق فهو منظور فيه إلى العقيدة فهم
يدينون بما سماه الله كذبا وفسقا وليس المراد منها ما يمنع قبول الشهادة فكلم
منهم صادق إذا حدث أمين إذا أوتمن وفي إذا عاهد كيف وهذه أخلاق فاضلة
تبحث عليها الأديان كلها وتمحذ من ضدها . وقد سبقت الآية التي وصفهم
الله فيها بالأمانة على القطار .

وأما أن العبد لا تقبل شهادته والرق أثر الكفر . الخ فهذا لا يانزنا
إذا رجحنا القول بقبول شهادة العبد إذا كان صادقا مرضيا وهو ما تشهد له
أدلة الباب ويقول الحنفية : انه قياس مع الفارق لأن عدم قبول شهادة العبد
لأنه ليس من أهل الولاية . أما غير المسلم فهو أهل للولاية على مثله .

وأما أن القول بقبول شهادتهم يؤدي إلى الزام القاضي به فالقاضي ملزم
بالحق وبالقضاء عند ظهور الحجة الصادقة . وأما ان كفرهم يحول بيننا وبين
اكرامهم الذي منه قبول شهادتهم فلا نسلم ان قبول الشهادة من الاكرام
الذي يمنعنا منه كفرهم وإنما هو دفع لشر بعضهم عن بعض وسبيل لا يصلح
الحقوق لأهلها بقول من رضونه ولا شك ان هذا من تمام المصالح التي لاغنى
عنها ، على أن الكفر لم يمنع ولاية بعضهم على بعض ولا أن يكون بعضهم
حاكما على بعض فلا يمنع أن يكون بعضهم شاهداً على بعض . ولا ندرى ماذا
يصنع المانعون من قبول شهادتهم إذا لم يكن لصاحب الحق منهم شاهد مسلم
أظن أنهم لا يستطيعون القول بعدم الحكم بينهم . ولعلمهم يحزونها في تلك
الحالة عملاً بحق الضرورة على نحو شهادة الطيب الكافر التي أجازها مالك .
وهذا هو تمام ما زرى في هذه المسألة . ولا ننسى أن نرشدك إلى أن أهل
الحديث قد ضعفوا حديث أبي هريرة الذي استدل به المفصلون بين اتحاد

الملة واختلافها - بأن في رواته ضعيفا وهو عمر بن راشد .

أما المسألة الثانية وهي شهادة غير المسلمين على المسلمين . فمنها مطلقاً أبو حنيفة ومالك والشافعي إلا ما نقل عن مالك من جواز شهادة الطبيب للضرورة . وأدلتهم لا تخرج عما سبق في المسألة الأولى ويزاد هنا ان الشهادة من باب الولاية ولا ولاية للكافر على المسلم قال الله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً)

وجوزها الخنابلة في الوصية إذا كان المسلم على سفر ولم يجد غيرهم . قال ابن المنذر وبه قال شريح والنخعي والاوزاعي وقضى به ابن مسعود وأبو موسى رضي الله عنهما . إلا أن منهم من يرى أن ذلك خاص بأهل الكتاب ومنهم من يرى عمومته في جميع غير المسلمين حتى المجوس وعبدة الأوثان .

واستدل الخنابلة بقوله تعالى في سورة المائدة (يا أيها الذين آمنوا شهدوا بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض فأصابكم مصيبة الموت) الآية قالوا هذا نص الكتاب وقد قضى به رسول الله ﷺ وأصحابه من بعده وقد صحح عن ابن عباس أنه قال : إن قوله . أو آخران من غيركم إن مات وليس عنده أحد من المسلمين فأمر الله عز وجل ان يشهد رجلين من غير المسلمين . وصحح عن شريح انه قال ولا تجوز شهادة المشركين على المسلمين إلا في الوصية ولا تجوز في وصية الا ان يكون مسافراً . وعن سعيد بن جبير في قوله أو آخران من غيركم انه قال اذا كان في ارض الشرك فأوصى الي رجلين من أهل الكتاب فانهما يخلقان بعد العصر وعن الشعبي : من غيركم . من اليهود والنصارى . وقضى به ابن مسعود في زمن عثمان وقضى به أبو موسى الأشعري في الكوفة

ودرج على ذلك كثير من التابعين وتابعيهم إلى احمد بن حنبل وغيره من فقهاء أهل الحديث . وقد سلك الجمهور في هذه الآية مسالك (أحدها) ان المراد بقوله (او اخران من غيركم) من غير قبيلتكم (ثانيها) ان المراد بالشهادة فيها ايمان الوصي بالله تعالى للورثة لا الشهادة المعروفة .

أما دعوى النسخ فلا تقبل الا بحجة لا معارض لها ولا سبيل اليها على انه قد صح عن عائشة فيما يرويه جبير بن نفير انها قالت : هل تقرأ سورة المائدة ؟ قلت . نعم . قالت : فانها آخر سورة أنزلت فما وجدتم فيها من حلال فأحلوه وما وجدتم فيها من حرام فحرموه . وصرح بأنه لا منسوخ في المائدة كثير من السلف كيف وقد ثبت العمل بمقتضاها بعد الرسول ﷺ وأما تأويل (من غيركم) بغير القبيلة فهذا يأباه النظم لأن أول الآية خطاب عام لجميع المؤمنين فغيرهم لا يكون الا من الكفار قطعاً واما حمل الشهادة على الأيمان فهو باطل من وجوه (أولاً) أن المتعارف من كلمة الشهادة في القرآن والسنة انما هو الشهادة المعروفة فالحمل على غيرها خروج باللفظ عن ظاهره لغير دليل (ثانياً) ان اليمين لا يشترط فيها ان تكون من اثنين ولا من ذوى عدل ولا تنتقل الى آخرين من الغير ولا يشترط فيها الضرب في الارض (ثالثاً) انه جعل الايمان في مقابلة الشهادة بقوله (او يخافوا ان تردوا ايمانهم بعد ايمانهم) فلا تكون الشهادة الايمان (رابعاً) ان عمل الرسول في حادثة النزول مما لا يدع مجالاً للشك في ان الشهادة في الآية هي الشهادة المعروفة . فبهذا وبما في الآية من وجوه ومعاني أخرى لا سبيل الى حمل الشهادة فيها على الايمان .

فلحق أن الآية محكمة وأن حكمها شرع دائم وأن شهادة غير المسلم جائزة مقبولة في الوصية إذا كان المسلم على سفر ولم يجد أحداً من

المسلمين . وقد قال ابن القيم : قال شيخنا وقول الامام احمد في قبول شهادتهم
 في هذا الموضوع : هو ضرورة يقتضى هذا التعليل قبولها في كل ضرورة حضرراً
 أو سفيراً . وقد علمت قول مالك في قبول شهادة الطيب الكافر للضرورة
 وقد نقل في الدر عن الأشباه أن شهادة غير المسلم قد تقبل على المسلم بطريق
 التبعية أو الضرورة ومثل للشهادة التبعية بشهادة الذميين على ذمى موكاه
 مسلم وللضرورة بشهادتهما على ذمى أنه أوصى إلى ذمى واحضر مسلماً عليه
 حق للميت وبشهادة نصرانيين أن هذا النصراني ابن الميت فادعى هذا
 الابن على مسلم حقا لمورثه النصراني فقي المال الأول تقبل الشهادة على
 الوكيل قصدا وعلى الموكل المسلم ضمنا وفي الأخيرين تقبل على الايضاء
 في أولهما وعلى النسب في ثانيهما . ووجهه في الدرر بأن المسلمين لا يحضرون
 موت النصارى عادة والوصية تكون عند الموت غالبا . وسبب ثبوت
 النسب النكاح والمسلمون لا يحضرون انكاحهم كذلك فلو لم تقبل شهادة
 النصارى على المسلم في اثبات الايضاء الذى بناؤه على الموت وفي النسب
 الذى بناؤه على النكاح لأدى ذلك إلى ضياع الحقوق المتعلقة بالايضاء والنسب
 فقبلت للضرورة وقال عبد الحليم فى حاشيته على الدرر وفي هذا إشارة إلى
 حادثة القترى وهى (ذمية اسلم زوجها ثم مات فادعت مهرها عليه بوجه
 شرعى قبلت شهادة أهل الذمة بثبوت مهرها عليه لضرورة عدم حضور المسلمين
 نكاحهم . ولا يخفى أن مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف جواز نكاح المسلم للكتانية
 بشهادة كتابيين وأن القترى عليه .
 ومن هنا يتبين أن مبدأ قبول شهادتهم مقرر عند الحنابلة والحنفية
 والمالكية إلا أنهم قيدوا ذلك بالضرورة .

وقد يجد الناظر إذا أمعن النظر أولاً في مقتضى اباحة التعامل معهم والاختلاط بهم وحل طعامهم و (ثانياً) في مورد قوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً) وأنه غير متصل بسبيل الشهادة والقضاء وإنما هو سبيل العزة والقهر والغلب و (ثالثاً) في أن المطلوب في الحكم إنما هو البيئة التي تكشف الحق وتوضح جانبه وإن هذا يعتمد ظهور الصدق والأمانة في الشاهد لا غير و (رابعاً) في الآيات التي عرضت للشاهدين وأنها للاستشهاد عند المعاملة وإرشاد لا اختيار الأفضل في الاستيثاق وإيست للشهادة عند الحكم - قد يجد الناظر إذا أمعن في كل ذلك أنه لا دليل يمنع من قبول شهادة غير المسلمين على المسلمين فيما جرت العادة بوقوعه فيما بينهم من معاملات وجنایات وأنه لا يشترط في الشاهد أكثر من أن يكون مرضياً ذا عدالة في قوله وهذا لا يمتنع أن يكون في غير المسلمين .

وإذا وصلت إلى هذه النتيجة وجب عليك أن تتساءل عن السبب في أن جمهور الأئمة ذهب إلى القول بمنع قبول شهادتهم على المسلمين ولعلك إذا بحثت عرفت أنه من قبيل تحكيم الظروف والأوقات الخاصة وليس من تحكيم الأدلة والبراهين والله أعلم بما في شرعه من تسامح وحرص على الحقوق والمصالح

القضاء بالقرائن

اتفق العلماء على أنه لا يسوغ للقاضي أن يحكم إلا إذا قامت لديه الحجة التي تثبت الحق واتفقوا أيضاً على أن الإفراز والشهادة واليمين والنكول حجج شرعية يعتمدونها القاضي في قضائه . ويعول عليها في حكمه . ولكنهم اختلفوا في الحكم بالقربنة . وهي الأمانة التي يفهمها القاضى مقارنة للحق دال عليه؛

والناظر في كتب الأئمة يرى أنهم مجمعون على الأخذ بالقرينة في الجملة .
ولكنهم يختلفون في تفاصيل القرائن . وفي نوع الحق الذي يصح أن
يعتمد فيه على القرينة .

والذي يؤخذ من كتب الحنفية أنهم يعملون بالقرائن في حقوق العباد
ولا يعملون بها في القصاص والحدود . وعلى الأول اعتبروا سكوت البكر
أوضحها قرينة على الرضا . وقبض الهبة والصدقة بحضرة المالك مع سكوته
إذناً بالقبض . ووضع اليد والتصرف قرينة على ثبوت الملكية . وقبول التهنئة
وولادة المولود في أيام التهنئة المعتادة قرينة على ثبوت النسب منه . واعتبروا
علامة الكنز وقالوا إن كانت دالة على الاسلام كان لقطه وإن كانت دالة
على الكفر ففيه الخمس وأمثلة ذلك أكثر من أن تحصى تجدها في كتب
الدعوى وكتاب الخنثى . والذبايح وغيرها . غير أنهم أهدروا الاعتماد على
الأوصاف وقالوا انها تتشابه فليست طريقاً لمعرفة الحق كما تجد ذلك في
اللقطة . حيث قالوا لا تمطى إلا لمن أقام بينة انها ملكه

وعلى الثاني لم يحكموا بالقصاص على من وجد بيده سكين وبجواره
قتيل يشحط في دمه لاحتمال انه قتل نفسه . وقد وجد ذلك الذي يحمل
السكين بجواره مصادفة .

ولم يحكموا بالحد على من وجدت حبلى ولا زوجها ولا سيد لاحتمال
إكراهها أو علوقها بغير الزنى ولا على من يشم منه رائحة الخمر أو تقاهاها .
لاحتمال انه شربها ولم يعلم أنها خمر . أو إكراهه . ولا على من وجد المسروق
في بيته . لاحتمال انه وصل لايه عن طريق شرعى أو أن غيره خبأه فيه .
فقد أهدروا القرائن في هذه الأنواع للاحتياط الواجب في الدماء

والحدود (ادروا الحدود بالشبهات ما استطعتم) .

غير أن ابن الغرس قال في كتابه الفواكه البدرية . والحجة أما البينة أو الاقرار أو اليمين أو القسامة . أو علم القاضي بما يريد أن يحكم به . أو القرائن الدالة على ما يطالب الحكم به دلالة واضحة بحيث تصير في حين المقطوع به وقد قالوا لو ظهر لإنسان من دار ومعه سكين في يده وهو متلوث بالدماء سريع الحركة عليه أثر الخوف فدخلوا الدار في ذلك الوقت على الفور فوجدوا بها انساناً مذبوحاً لوقته وهو متلطح بدمائه ولم يكن في الدار غير ذلك الرجل الذي وجد بتلك الصفة إنه يؤخذ به إذ لا يمتري أحد في أنه قاتله . والقول بأن أحداً ذبحه أو ان أحداً غير ذلك الرجل قتله ثم تسور الحائط فذهب احتمال بعيد لا يلتفت إليه . قال صاحب البحر . وزاد ابن الغرس سادساً لم أره الى الآن لغيره . وقال الخير الرملي لا شك ان ما زاده ابن الغرس غريب خارج عن الجادة فلا ينبغي التحويل عليه مالم يعضده النقل من كتاب يعتمد فلا تغتر به . وهكذا أخذ الحنفية يردون على ابن الغرس زيادة القرائن في طرق الحكم ويقولون انه أتى به من عند نفسه مع أن سوقه حادثة القتل يدل على أنه ناقل لا مبتكر .

وعلى العموم فالحنفية يرون أنه لا يعمل بالقرائن أصلاً في الحدود والقصاص . وانه لا يعمل بما يتشابه منها في حقوق العباد .

ويقرب من مذهب الحنفية مذهب الشافعية فانهم عملوا بالقرائن في مواضع كثيرة . قال ابن القيم في أعلام الموقعين . الشافعي اعتبر القرائن في أكثر من مائة موضع . ثم حكى جملة مسائل مما اعتبر فيه الشافعية القرائن . كغيرهم . غير انهم اعتبروا اللوث في القسامة موجبا للدية . ولم يره الحنفية

كذلك أما المالكية فقدموا بها في الدماء والأموال والحدود وسائر الأحوال .
جاء في الشرح الكبير . لو رأى العدل المقتول يتشحط في دمه والمتهم
قربه وعليه آثار دم القتل وشهد العدل بذلك فلوث فيقسم الأولياء معه
ويستحقون الدم أو الدية في العمد أو الخطأ .

وجاء في قوانين ابن جزى وهو يمد الحجة . أو معرفة العفاس
والوكاء في اللقطة أو لوث مع القسامة في الدماء .

وقالوا بوجوب الحد على من وجدت منه رائحة الخمر أو تقاياها .
وعلى العموم فصنفت المالكية مملوءة بالنص على الأخذ بالقرائن
وشواهد الأحوال لا فرق عندهم بين الأموال والدماء
أما الحنابلة فهم أحرص الناس على الأخذ بالسنة وقد ورد فيها كثير
من الوقائع الشاهدة باعتبار القرائن . فلذلك ترى كتبهم أيضا تزخر
بتحكيم القرائن واعتبارها

وقد جاء في أعلام الموقعين . يؤخذ بالقرائن وشواهد الأحوال في
التهم فيقام الحد بالرائحة والقيء كما اتفق عليه الصحابة . ويقام حد الزنى
بالجبل كما نص عليه عمر . وذهب إليه فقهاء المدينة وأحمد في ظاهر مذهبه
وكذا الصحيح يقام الحد على المنهم بالسرقة إذا وجد المسروق عنده اه
والخلاصة أن أوسع المذاهب في الأخذ بالقرائن المالكية والحنابلة
ثم الشافعية ثم الحنفية .

ولعل الحنفية ومن حذا حذوهم في تضيق العمل بالقرائن يرون أنها
تختلف قوة وضعفا وأنها ليست مطردة الدلالة ولا منضبطة فلا يثبت بها
حكم خصوصا في الدماء والحدود التي تندرج بالشبهة ويجب فيها الاحتياط .

وكثيراً ما تبدو القرائن قاطعة فلا تلبث أن تهين وتضعف حتى يتلاشى
أصرها ويظهر الواقع على خلافها .
والذي يظهر أنه لا مطمع في الوصول إلى الحق في الواقع بيقين في أكثر
الوقائع ولا يتوقف الحكم عليه ، والألضاعت أكثر المحقوق فإن أقوى الحجج
الشرعية فيما يرى العلماء الإقرار والشهادة . وقد أرشدتنا الحوادث إلى أن
كثيراً من الإقرارات ما يقع تحت رغبة أو رهبة ولا يمثل الواقع بحال وأن
كثيراً من الشهود يبدو صدقهم ولا يرى عليهم أثر الباطل والزور ثم
تسفر الحقيقة عن كذبهم الفاضح . فليس ما يعتري القرينة من اجتمال الضعف
بأكثر ولا بأقوى مما يعتري الشهادة والإقرار ولقد توصل العلماء إلى
قرائن قطعية لا يعتريها شك ولا يقدم عليها في وضوح دلالتها وصدقها إقرار
ولا شهادة .
وقد أفاض ابن القيم في كتابه الطرق الحكيمة في هذا المقام ، بما لا يدع
مجالاً للشك في الأخذ بالقرائن والتعويل عليها قال : لا يجوز لحاكم ولا
لوال رد الحق بعد ما تبين وظهرت أمارة بقوله أحد من الناس ، والمقصود
أن البيئنة في الشرع اسم لما يبين الحق ويظهره ، وهي تارة تكون أربعة
شهود إلى أن قال وتكون شاهداً الحال في الصور التي ذكرناها وغيرها
فقوله عليه الصلاة والسلام البيئنة على المدعى - أي عليه أن يظهر ما يبين صحة
دعواه فإذا ظهر صدقه بطريق من الطرق حكم له ، ثم قال ولم يزل حذائق
الحكام والولاة يستخرجون المحقوق بالفراصة والإمارات ، فإذا ظهرت لم
يقدموا عليها شهادة تخالفها ولا إقراراً ، وقال والحاكم إذا لم يكن فقيه النفس
في الإمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهدهم والقرائن الحالية والمقابلة

أضاع حقوقا كثيرة على أصحابها وحكم بما يعلم الناس بطلانه
ثم ذكر وقائع كثيرة حكم فيها القرآن والسنة بمقتضى القرائن وجرى
عليه عمل الصحابة والتابعين

فمن ذلك قيص يوسف في حادثتي أخوته وامرأة العزيز ، ومن ذلك
حكم سليمان بين المرأتين اللتين ادعتا الولد إذ قال اتنوني بالسكين أشقه
بينكما نصفين فقالت الصغرى وقد حكم داود للكبرى لا تفعل رحمك الله
هو ابنها ، ففضي به للصغرى معولا على قرينة الشفقة

وإن من يتبع المأثور عن القضاة في جميع العصور من مواقع الحكم
بالقرائن لا يرتاب في أن الأخذ بالقرائن والاعتماد عليها في جميع الحقوق
هو الأصل الذي تدعو إليه الشريعة ويتفق مع غرض الشارع من إقامة
العدل بين الناس وإيصال الحقوق إلى أربابها وإخلاء العالم عن الفساد

هذا وقد درجت الدولة العثمانية على الأخذ بالقرائن واشتملت مجلة
الأحكام العدلية على أصول خاصة بها ، مادة ١٧٤١ و ١٧٤٢

وأخذت به محاكمتنا الشرعية فجاء في لأئحة ترتيب المحاكم الشرعية
لسنة ١٩٣١ المادة ١٢٣ الأدلة الشرعية هي ما يدل على الحق ويظهره من
اقرار وشهادة ونكول عن الخلف وقرينة قاطعة

وبعد هـ — إذا يتبين لك أن الأخذ بالقرائن في الأحكام ليس من
مبتكرات القوانين الحديثة وإنما هو شريعة اسلامية جاء بها كتاب الله
وقررتة السنة ودرج عليه حكم المسلمين وقضاتهم في جميع العصور ، وإن
رمى الشريعة بالقصور أو الجمود نأثي عن الجهل بها وعدم الاطلاع على
كنوزها ، ثم كان للمحدثين ظاهرة التنظيم والتنويع ، وكل ما أوردوه من

تقسيم للقرائن موجود بذاته في كتب الفقه الاسلامي لا ينقصه إلا
الأسماء الجديدة

الحجر بالسفه والدين

الحجر هو المنع من نفاذ التصرفات القولية وقد اتفق العلماء على أنه مشروع
وعلى أنه قد يكون لحق الغير كالحجر على المريض فيما زاد على الثلث لحق
الورثة وعلى العبد والمكاتب لحق السيد وعلى الراهن في الرهن لحق المرتهن
وعلى المرتد لحق المسلمين وقد يكون لحق نفسه كالحجر على الصبي والمجنون
واختلفوا بعد ذلك في الحجر بأسباب أخرى بعضها من النوع الأول
كالحجر بسبب الدين لحق الغرماء وبعضها من النوع الثاني كالحجر على
السفيه . والحجر بهذين السببين هو موضوع المقارنة ولنفرد كلامهما يبحث
على حدة

الحجر بالسفه

السفه تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع والعقل ولوفى
وجوه الخير والبر

وقد أجمع العلماء على أن الحر إذا بلغ سفهيا لا يسلم إليه ماله حتى يؤنس
منه الرشد لقوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما . الآية)
ولكن أبا حنيفة رحمه الله لم يعتبر حقيقة الرشد بل اعتبر مظنته في تسليم
المال وقد رها بخمس وعشرين سنة واعتبر غيره حقيقة الرشد وعليه فأبو
حنيفة يسلمه المال إذا بلغ هذه السن ولو لم يرشد وعامة العلماء على أنه لا يسلم

اليه ماله حتى يرشد ولو بلغ مائة سنة .
هذا حكم تسليم المال اليه . أما حكم تصرفات السفه فاختلغوا فيه
على أقوال .

فذهب أبو حنيفة الى أنه لا حرج عليه في تصرف ما . سواء أكان
عما يعتقد مع الهزل كالطلاق والعتاق أم لا كالبيع والاجارة والهبة والصدقة .
وسواء أكان المقصود فيه المال أم لا .

وذهب الأئمة الثلاثة والصاحبان من الحنفية إلى الحرج عليه في الجملة .
ولكن اختلفوا في مدى ذلك الحرج فقال أبو يوسف ومحمد يحجر عليه
في التصرفات التي تحمل الفسخ ولا تصح مع الهزل كالبيع والاجارة
أما التصرفات التي تصح مع الهزل ولا تحمل الفسخ كالنكاح والطلاق
والعتاق والاقرار بالمقوبات فإنه لا يحجر عليه فيها .

وقال الأئمة الثلاثة . لا يصح من المحجور عليه لسفه بيع ولا شراء
ولا إعتاق ولا هبة ولا نكاح . من كل تصرف يقصد المال فيه أو يجب به .
أما طلاقه وخلعه وظهاره فصحيح نافذ .

وسنقتصر هنا على المقارنة بين رأي من يرى الحرج عليه ومن لا يراه
تاركين تفصيل القول فيما ينفذ من تصرفاته . ولا ينفذ . وما يؤثر فيه إذن
الولي وما لا يؤثر . واحتياج الحرج عليه . فكذلك عنه الى حكم حاكم أو عدم
احتياجه الى كتب الفقه في المذاهب فارجع اليه ان شئت .

الادلة

استدل لأبي حنيفة بالكتاب والسنة ودلالة الاجماع والمعقول .

أما الكتاب . فعمومات البيع والهبة والاقرار والظهار واليمين . من نحو قوله تعالى (وأحل الله البيع) وقوله (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) وقوله (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) قالوا . دلت الآيات على مشروعية هذه التصرفات من غير تخصيص . والحجر على بعض المكلفين يناقض المشروعية بالنسبة اليه .

وأما السنة فما روى عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام ذكر له رجل يغبن في البيوع فجعل له رسول الله ﷺ الخيار ثلاثاً ولم يحجر عليه .

واما دلالة الاجماع . فهي أن السفية اذا طلق أو أقر على نفسه بالحدود والقصاص صح طلاقه وقراره إجماعاً . ولو كان محجوراً عليه لم تصح تصرفانه في شيء ما لسلب ولايته . قالوا واذا صح تصرفه في النفس وهي الأصل وجب ان يصح تصرفه في المال وهو التبع بالطريق الأولى .

وأما المعقول . فالسفيه عاقل حر مخاطب تصرف في خاص حقه على وجه التنفيذ ولم يتصل به حق أحد فوجب أن ينفذ تصرفه كالرشيد .

وآية ذلك أن الشارع لم يرفع عنه التكليف ولم يهدر تصرفه فيما يتصل بنفسه فدل ذلك على أن الشارع لا يعامله معاملة المعتوه والصبي وكيف والحجر

عليه مع كونه حراً مخاطباً إهدار لآدميته التي اعتبرها وبنى عليها خطابها وتكليفه . نعم التبذير ضرر ولكن اهدار الادمية أشد ضرراً منه . ومن

اصولهم . أن الضرر الأعلى لا يرتكب لدفع الأدنى . وأما الحجر على المفتي

الماجن وهو الذي يعلم الناس الحيل الباطلة كتعليم الارتداد لتئين المرأة من زوجها . والمكاري المفاس . والطيب الجاهل . فلدفع الضرر العام الذي يصيب

الناس في دينهم وأموالهم وأبدانهم . على أنه كما قال صاحب البدائع . ليس
حجراً شرعياً يمنع نفوذ التصرف ألا ترى أن المفتي لو أفتى بعد الحجر وأصاب
جواز ولو قبله وأخطأ لا يجوز وكذلك الطبيب لو باع الأدوية بعد الحجر
تفذي يبعه . وإنما هو بالحقيقة منع حسي من باب الأمر بالمعروف والنهي عن
المنكر لا من باب الحجر الشرعي

* * *

واستدل الجمهور بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فقولہ تعالى من آية المدائنة (فان كان الذي عليه الحق
سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل) جعل له ولياً
فدل على أنه مولى عليه ولا يكون ذلك إلا بعد الحجر عليه .

أما السنة . فإرواه الشافعي عن محمد بن الحسن عن أبي يوسف عن
هشام بن عروة عن أبيه . وأخرجه أيضاً البيهقي عن عروة قال : ابتاع عبد الله
ابن جعفر يبعاً : فقال علي رضي الله عنه لأتينا عثمان فلا حجرتك عليك
فأعلم ذلك ابن جعفر الزبير . فقال أنا شريكك في بيعتك فأتى عثمان رضي
الله عنهما وسأله الحجر عليه فقال الزبير أنا شريكه . فقال عثمان : احجر علي
رجل شريكه الزبير ؟) — وقد كان عبد الله اشترى أرضاً سبخة بستين ألف
درهم — دات القصة على مشروعية الحجر على السفيه . من وجوه ثلاثة
سؤال علي الحجر وعدم انكار الصحابة عليه في ذلك . وجواب عثمان له
بأنه لا يحجر علي من كان شريكه الزبير . فلو كان غير مشروع لما سأل علي
ولأنكر عليه الأصحاب . ولا كان جواب عثمان أن الحجر غير مشروع .
ولما احتال الزبير في دفع الحجر عنه بشركته في بيعه .

وجاء في الزيلعي ان عائشة رضی الله عنها كانت تتصدق بما لها حتى روى أنه كان لها رباغ فهمت يبيعها للتصدق بشئها فبلغ ذلك عبد الله بن الزبير فقال لأنهم عائشة أو لأحجرن عليها .

وقد استدل على جواز الحجر على السفیه برده عَلَيْهِ السَّلَامُ . صدقة الرجل الذي تصدق بأحد — د ثوبيه كما أخرجه أصحاب السنن وصححه الترمذی وغيره . و برده عتق من أعتق عبداً له عن دبر ولا مال له غيره . وترجم عليه البخاری . باب من رد أمر السفیه والضعیف العقل وإن لم يكن حجر عليه الامام .

أما المعقول فهو أن التصرفات شرعت لمصالح العباد وليس من المصلحة أن يمكن منها من لا يهتدى إلى وجوها النافعة ويجر بسوء تصرفه على نفسه المضرة والمفسدة ولهذا رأينا الشارع يحجر على الصبي لأن الصبا مظنة السفه وعدم الاهتداء الى التمييز بين الضار والنافع فلأن يحجر على من يتقن سفهه أخرى وأولى ولهذا منع الشارع منه المال وغياه بائناس الرشد قال تعالى . ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما . الآية قالوا ومنع المال مع القول بنفاذ التصرف لا يفيد لأن ما منع من يده يتلقه بلسانه فكأن الحجر عليه أنظر له هذه أدلة الفريقين وقد انتصرت كتب الحنفية لمذهب الامام وأخذت تناقض أدلة الجمهور بمناقشات حاولت بها أن تضعف من شأنها وأكثرهم محاولة في التخلص من أدلة الجمهور الزيلعي في كتابه تبين الحقائق والناظر في هذه المناقشات لا يكاد يجد فيها شيئا ذا نفع أو غناء فحادثة عبد الله بن جعفر لا مدفع لدالاتها على مشروعية الحجر ولا يرتاب انسان في أن السفه مضيعة

للمال وأن حفظ المال من المقاصد الضرورية الشرعية وأن الحجر على السفهاء
سبيل متعين لذلك الحفظ وأما حديث اهدار الادمية فاعتبار ملغى بنص
الشارع على منع السفهاء أموالهم والأمر برزقهم وكسوتهم فيها ولا يبعد أن
يكون في الحجر عليهم اصلاح لهم وسبيل إلى إرجاعهم عن سفهمهم أما العمومات
التي ذكرت في الاستدلال لأبي حنيفة فلا تنهض حجة لاثبات المطلوب
لأنها جاءت لاثبات أصل مشروعية هذه التصرفات غير متعرضه لبيان من
له أهلية تلك التصرفات فلا تقوي على معارضة النصوص الخاصة التي وردت
بمنع فاقدى الاهلية من مباشرتها . وأما حديث منقذ بن حبان فلا دلالة فيه
أيضاً لأنه لم يبلغ الأمر به حداً يوجب الحجر وغايته أنه جاء يطلب من
النبي ﷺ مخلصاً من البياعات التي يغبن فيها أحياناً فهداه النبي ﷺ إلى
اشتراط الخيار . إذا بايعت فقل لا خلا به ولي الخيار ثلاثة أيام . وأما اتفاقهم على
جواز طلاقه واقراره بالحد والقصاص فلا يلزم منه عدم الحجر عليه في
التصرفات المالية . لأن المعنى الموجب للحجر لا يتصل بها . ولأن النفس ليست
مظنة الاسراف والتفريط فلا يلحق بها غيرها .

هذا وقد جرى العمل بالحكم الشرعية والمجالس الحسينية على قول الجمهور
باعتباره أرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة . قال صاحب التنوير وبقولهما
يفتى وصرح بذلك قاضيجان وصاحب المنح اه

الحجر بالدين

متى لزم الانسان ديون حالة لا يفي ماله بها وطب غرماؤه الحجر عليه
اختلف العلماء فيه . فذهب أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق إلى عدم

إجابتهم في الحجر عليه . وإلى أنه لا يملك الحاكم بيع ماله جبراً عليه . وإنما
يجبسه حتى يقضى دينه بأي طريق كان ان شاء ببيع ماله ويقسمه الغرماء
بالخصص . وان شاء بطريق آخر

وذهب الأئمة الثلاثة ووافقهم أبو يوسف ومحمد إلى أن القاضي يحجر
عليه ويمنعه من التصرفات الضارة بالغرماء كالأقرار والبيع بأقل من القيمة .
وللقاضي أن يبيع ماله ان امتنع من بيعه ويقسم ثمنه بين الغرماء بالخصص .

*
*
*

استدل أبو حنيفة بأن في الحجر إهدار آدميته فلا يرتكب لدفع ضرر
خاص أدنى منه وبأن التراضي شرط في البيع بالنص ولم يوجد الرضا ببيع الحاكم
فيكون باطلا وقد قال عليه الصلاة والسلام لا يحل مال امرئ مسلم إلا
بطيب نفس منه . وقال بقياس البيع على الاجارة والنكاح . فكما لا يملك
الحاكم اجارته ولا تزويجها ليقضى دينه من أجرته ودينها من مهرها فكذلك
لا يملك البيع . وليس البيع طريقاً متعيناً للقضاء لأنه ممكن بوجوده آخر
كلاستقراض والاتهاب والسؤال والحبس سبيل إلى قضاء الدين ودفع الضرر
عن الغرماء

واستدل الجمهور . بما رواه الداقطنى عن كعب بن مالك . أن النبي ﷺ
حجر على معاذ ماله وباعه في دين كان عليه . وفي رواية أخرى كان معاذ بن
جبل شاباً سخياً . وكان لا يمسك شيئاً فلم يزل يذبح حتى أغرق ماله كله
في الدين فأتى النبي ﷺ فكلمه ليكلم غرماءه فلو تركوا لأحد لتركو الأجل
رسول الله فباع رسول الله ﷺ لهم ماله حتى قام معاذ بغير شيء .

قالوا: ولأن في الحجر عليه نظراً للغرماء كيلا يحق بهم الضرر بالأقرار والتلجئة وهو أن يبيعه من عظيم لا يمكن أن ينزع منه ثم ينتفع به من جهته ولأن البيع واجب عليه لايفاء دينه فاذا امتنع قام القاضي مقامه كما في الجب والغنة والاباء عن الاسلام ولأنه إذا ثبت من الشرع الحجر على المريض لحق الورثة فأحرى أن يكون المدين محجوراً عليه لحق الغرماء

هذه أدلة الفريقين . ويتضح بقليل من النظر قوة حجج الجمهور وليس بعسير بعد مناقشة أدلة الامام في الحجر بالسفاهة مناقشة أدلته في هذا المقام فقياس البيع على الاجارة والتزويج قياس مع الفارق لأن الحر ليس بمال ولأن النكاح لم يشرع سبباً لتحصيل الأموال ووفاء الديون . والاتهاب واخوانه طرق موهومة لا تنفق لكثير من الناس في كثير من الاحيان فلا يتعلق بها قضاء الواجب الثابت حقاً للعباد .

هذا وقد نص في الاختيار على أن الفتوى بقول الصاحبين وهو قول الجمهور . والله أعلم .

انتفاع المرتهن بالمرهون

أجمع العلماء على أن الرهن مشروع للاستيثاق بالدين . ولكنهم اختلفوا في مدى هذا الاستيثاق فرآى الحنفية أنه بالحبس الدائم تحت يد المرتهن إلى أن يستوفي دينه ورآى الشافعية أنه بمجرد تعلق الدين بالعين المرهونة لاستيفاء منها بالبيع وصيرورة المرتهن أولى بالرهن بحيث يقدم على سائر الغرماء . وعلى هذا الأصل قال الحنفية ووافقهم الثوري . ليس للراهن أن ينتفع بالرهن بوجه من وجوه الانتفاع . وليس له أن يتصرف فيه أي

تصرف إلا إذا أذن له المرتهن وعندئذ يخرج من الرهن إذا فات الحبس
 وقال الشافعي وأحمد ومالك وابن أبي ليلى وابن المنذر للراهن إجارته واعرته
 مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول الدين . وله التصرف فيه بما لا ينقصه أو
 يخرج به عن الملك . وكما تفرع على الخلاف في الأصل السابق الخلاف في حكم
 انتفاع الراهن بالرهن كما رأيت تفرع عليه أيضاً باختلافهم في أمور أخرى
 كجواز الاسترداد إلى الراهن وعدمه وكسريان حكم الرهن إلى الولد .
 وكجواز رهن المشاع وعدمه . والكلام في الموازنة بين الرأيين واستيفاء
 ما يتعلق بهما ليس مما يتناول موضوعنا الذي ينحصر كما جاء في المنهاج في
 انتفاع المرتهن بالرهن . ومن المهم ألا يحرم طالب الفقه نفسه من الوقوف
 على وجهة نظر الفريقين في هذا الموضوع الحيوى

أما حكم انتفاع المرتهن بالرهن . فينبغي أن يعلم أولاً أن الرهن ليس
 عقد تملك عين ولا منفعة عند أحد من العلماء . وإنما المستحق به الحبس أو
 حق الاختصاص على الرأيين المتقدمين . وعلى هذا وقع إجماعهم على أن عين
 الرهن ومنافعه ملك للراهن وأن المرتهن لا يملك الانتفاع بشيء من الرهن
 فيما إذا لم يأذن له الراهن . ولم يكن الرهن مركوباً ولا محلوباً . أما إذا أذن
 له الراهن أو كان الرهن مركوباً أو محلوباً فهو موضع تفصيل واختلاف بين
 العلماء . واليك البيان

جاء في معتبرات كتب الحنفية . أن إذن الراهن يبيح للمرتهن أن ينتفع
 بالرهن سواء شرط الانتفاع في صلب العقد أم لا . وقيل لا يحل له الانتفاع
 إن شرطه في العقد لأنه قرض فيه منفعة . ونقل صاحب المنح عن عبد الله
 محمد بن أسلم السمرقندي أنه لا يحل للمرتهن أن ينتفع بشيء من الرهن بوجه

من الوجوه وإن أذن له الراهن لأنه إذن له في الربا لأنه يستوفى دينه كاملاً
فتبقى له المنفعة فضلاً فيكون ربا . وهذا أمر عظيم . وإذا لاحظنا أن المعروف
عرفاً كالمشروط وأن الناس إنما يريدون الانتفاع عند الدفع ولولاه لامتنعوا
عنه . ظهر ألا فارق بين القولين الأخيرين وأنهما متفقان على المنع في مثل
زماننا هذا

وقال أحمد والشافعي أن الراهن إذا أذن للمرتهن في الانتفاع وكان
دين الرهن قرصاً لا يجوز لأنه قرض يجر نفعاً . وإذا كان ديناً غير القرض
جاز . وقيد مالك الجواز في الحالة الثانية بما إذا كان الإذن في صلب العقد
وكانت مدة المنفعة معلومة قال في متن خليل وشرحه . وجاز للمرتهن شرط
منفعته أي الرهن لنفسه مجانباً بشرطين أشار للاول بقوله ان عينت مدتها
للخروج من الجملة في الاجارة والثاني بقوله وكان يبيع أي واقعا في عقد بيع
لا في عقد قرض لأنه في البيع بيع واجارة وهو جائز وفي القرض سلف جر
نفعاً وهو لا يجوز

أما إذا لم يأذن الراهن وكان المرهون ماركوباً أو محلوباً فالجمهور على أنه
لا يحل له الانتفاع أصلاً . وذهب أحمد وإسحاق والليث والحسن وجماعة إلى
أنه يجوز الانتفاع بهما ركباً وحلباً بقدر المنفعة عليهما

استدل الجمهور بما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ . (لا يفتق الرهن
من صاحبه الذي رهنه . له غممه وعليه غرمه) جعل الشارع الغم والغرم
للراهن فلا يملك المرتهن شيئاً منه إلا بأذنه . وقالوا قد اتفق العلماء على أنه
لا يملك المرتهن فيه فهو والأجنبي فيه سواء .

واستدل الحنابلة . بما روى البخاري وأبو داود والترمذي عن أبي هريرة

قال: قال رسول الله ﷺ. الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا. ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا وعلى الذى يركب ويشرب النفقة. جعل منفعة الرهن بنفقته وهو عين محل النزاع فلا يقال أن المراد به الرهن بشق وينتفع لأن انتفاع الرهن بحق الملك لا بطريق المعاوضة بين النفقة والانتفاع كما هو نص الحديث. على أنه قد جاء في بعض الروايات إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ولبن الدر يشرب وعلى الذى يشرب نفقته.

وقد ناقش الجمهور استدلال الحنابلة بهذا الحديث حتى قال ابن عبد البر هذا الحديث عند جمهور الفقهاء ترده أصول مجمع عليها وآثار ثابتة لا يختلف في صحتها لحديث ابن عمر عند البخارى وغيره لا تحلب ماشية امرىء بغير أذنه. ولا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب من نفسه) وقالوا إن هذا الحديث يخالف القياس من وجهين. تجوز الانتفاع لغير المالك بغير أذنه. والتضمنين بالنفقة لا بالقيمة.

قال السوكاتى ان حديث الجمهور مختلف في وصله. وارساله ورفعه ووقفه وذلك يوجب عدم انتهاضه لمعارضته ما فى صحيح البخارى وغيره من حديث الظهر يركب الخ) وقال إن السنة الصحيحة من الأصول المجمع عليها فالتردد لا يعارض أرجح منها بعد تعذر الجمع. وحديث ابن عمر عام وحديث الظهر خاص فيبنى العام على الخاص والنسخ لا يثبت إلا بدليل يقضى بتأخر الناسخ على وجه يتمذره معه الجمع لا بمجرد الاحتمال مع الامكان. اه على أن الحنابلة يقولون بموجب حديث الجمهور كما قال ابن قدامة فى المنى أن النماء للرهن ولكن للمرتهن ولاية صرفه إلى النفقة لثبوت يده عليه وولايته. وهذا وقد اختلف الحنابلة فى غير المحلوب والمر كوب هل يجوز للمرتهن

أن ينفق عليه وينتفع به . فظاهر المذهب المنع مطلقا . ونقل حنبل عن أحمد أن له ذلك في الحيوان لافي غيره . وقال أبو بكر خالف حنبل الجماعة والعمل على أنه لا ينتفع من الرهن بشيء إلا ما خصه الشرع به فان القياس يقتضى ألا ينتفع بشيء منه وقد تركناه في المركوب والمحلوب للأثر فقيما عداه يبقى على مقتضى القياس .

هذا والناظر فيما تقدم يتضح له رجحان مذهب احمد في هذه المسألة . أما انتفاع الراهن فانه إذا لوحظ أنه لا يجوز انتفاع المرتهن بشيء من الرهن وقلنا أنه لا يجوز انتفاع الراهن أيضاً كما ذهب اليه الحنفية والثوري كان ذلك تعطيلاً للرهن وتضييعاً للمال . وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال ولا يقتضى الاستيثاق بحبس الرهن منع الانتفاع به من الراهن لأن المستأجر يكون نائباً عن المرتهن في الامساك والحبس ومستوفياً لمنفعته بنفسه ولا يتنافى عقد الاجارة مع كونه رهنا وبهذا يتبين رجحان مذهب الجمهور في انتفاع الراهن حتى لا يكون الرهن معطلا إذا لم يتفق المترهنان . والله أعلم .

اختلاف الدارين في الميراث

اتفق العلماء على أن الكافر لا يرث المسلم . وكذلك اتفقوا على أن المسلم لا يرث الكافر إلا فيما يروى عن عمر ومعاذ ومعاوية من أنه يرثه . قال صاحب المغنى : وليس بموثوق به عنهم فان احمد قال . ليس بين الناس اختلاف في أن المسلم لا يرث الكافر . والنهي عليه العمل وعامة الفقهاء أن اختلاف الدين بالاسلام والكفر يمنع الارث من الجانبين . وكذلك

اتفقوا على أن أهل الملة الواحدة من الكفار يرث بعضهم من بعض إذ
أحدث دارهم .

واختلفوا في موضعين . أحدهما إذا اختلفت مللهم . الثاني إذا اختلفت
دارهم .

ففي الأول ذهب أبو حنيفة والشافعي وداود إلى أن الكفر كله ملة
واحدة يرث بعضهم بعضا . وذهب أحمد وهو رواية عن مالك إلى أن
الكفر ملل مختلفة ولا يتوارث أهل ملتين شتى . وندع تفصيل القول في هذا
منتقلين إلى موضوع المقارنة وهو الثاني .

ذهب أبو حنيفة إلى أن اختلاف الدارين مانع من التوارث بين الكفار
ويجد ربنا أولا أن نبين مآبه تختلف الدار :

جاء في السراجية وشرحها للسيد الشريف : والدار إنما تختلف باختلاف
المنعة أي العسكر واختلاف الملك لانقطاع العصمة فيما بينهم كأن يكون
مثلا أحد الملكين في الهند وله دار ومنعة والآخر في الترك وله دار ومنعة
أخرى وانقطعت الصلة فيما بينهما حتى يستحل كل واحد منهما قتال الآخر
وإذا ظفر رجل من عسكر أحدهما برجل من عسكر الآخر قتله فهاتان
الداران مختلفتان

ويتبين من هذا أن اختلاف الدار لا يتحقق إلا بأمور ثلاث . اختلاف
الملك . اختلاف المنعة . انقطاع العصمة . وأن انقطاع العصمة يكون
باستحلال كل من الجيشين قتال الآخر .

قالوا : واختلاف الدارين لا يكون مانعا من التوارث بين المسلمين
لأن الاسلام يجمعهم وهو داع إلى التعاون والتناصر . والاختلاف بين

المسلمين في المنعة . وانقطاع العصمة طارئ لا يثبت أن يزول بالتفاهم
حول راية الاسلام ورجوعهم إلى كلمة الحق . وبذلك لا تنقطع الولاية
الثابتة بالاسلام . (والمؤمنون بعضهم أولياء بعض)

وبناء على ما تقدم قالوا بالتوارث بين أهل البني وأهل العدل وإن
اختلفت المنعة والملك . وقالوا لا يرث ذمي في دار الاسلام قريبه الحربى الذى
مات في دار الحرب لأن الذمى من أهل دار الاسلام والحربى من أهل
دار الحرب فالداران مختلفان حقيقة . وكذلك لا يتوارثان إذا كان الحربى
قد دخل دار الاسلام بأمان لأنهما وإن كانا في دار واحدة حقيقة وهى
دار الاسلام إلا أن المستأمن له حكم دار الحرب لتمكنه من الرجوع إليها .
فدارهما مختلفة حكماً . وكذلك الحربيان من دارين مختلفين يدخلان دار
الاسلام بأمان فيموت أحدهما لا يرثه الآخر لأنهما مختلفا الدار حكماً .
وكذلك لو ظل كل منهما في داره ومات أحدهما لا يرثه الآخر لاختلاف
دارهما حقيقة .

وزهد جمهور الفقهاء إلى أن اختلاف الدار ليس بمانع من الميراث .
وعن هذا قالوا يرث أهل الحرب بعضهم بعضاً وإن اختلفت ديارهم .
احتج الحنفية بأن الأثر مبنى على الولاية والنصرة والتعاون . وهى
تندم باختلاف الدار فلا توارث حينئذ . ولا نعم لهم حجة غير هذا
قال صاحب المغنى ولا نعلم فى هذا كله حجة من كتاب ولا سنة .
وأما الجمهور فقد استدلوا بأن العمرمات الواردة فى الميراث تقتضى
توارثهم ولم يرد بتخصيصهم نص ولا إجماع ولا يصح فيهم قياس فيجب
العمل بعموم النصوص

هذا والناظر في كلام الحنفية يتبين له أنهم لا يريدون من اختلاف الدارين المانع من الميراث مجرد اختلاف الجنسية كالمصرية والإنجليزية .
والألمانية والإيطالية حتى يكون الحكم عندهم عدم التوارث بين الإنجليزى والفرنسي وسائر أفراد الأمم المختلفة وإنما يريدون منه معنى أخص من الجنسية هو ما تدل عليه الأركان الثلاثة التي لا بد منها في تحقق لاختلاف الدار . ولا ريب أن تحقق هذه الأركان مرهون بحالة الحرب فقط . أما في حالة السلم فليس بين الدول إلا التعاون وتبادل المنافع . وكثيراً ما يكون بين بعضها محالفات ومعاهدات تنص على التناصر واحترام كل منها حقوق الأخرى وقوانينها . ولا يمكن مع هذا أن يقال أن بين هذه الأمم انقطاع عصمة فتقطع الولاية فيمنع التوارث الذي يتحقق سببه .

ولاشك أن حالة الحرب من الحالات الطارئة . والتي تقضى الانسانية المشتركة بالمسارعة الى تلافيتها والرجوع بالناس الى مبدأ السلم العام . فليست دائمة بين الأمم حتى يناط بها حكم الميراث المبني على القرابة والصلة الثابتة وقد أنحى الشارع مثل هذه الحالة الطارئة فيما بين المسلمين لأن حكم الإسلام عام يرد المسلمين إلى حظيرة واحدة . فكذلك حاجة الناس كافة إلى السلم وقرتهم من الحرب وما يتصل بهذا من المعاهدات التي تربط الأمم كل هذا يجعل مختلفي الجنسيات كأمة واحدة وهذا هو الذي نراه اليوم بين الدول وأفرادها فالأمان سائد والحقوق محفوظة والدماء محقونة والأموال معصومة فلا سبيل إلى القول بانقطاع الولاية بينهم واعتبار حالات الحرب الطارئة أساساً لحكم عام

وإذا علمت أن الشارع يرعي العهود والمواثيق إلى حد أن قال في شأن

المؤمنين الذين كانوا مقيمين بين الكفار (وان استصر وكم في الدين فعليكم النصر الاعلى قوم بينكم وبينهم ميثاق) لا تتردد في أنه لا يرى اختلاف الدار مانعاً من الميراث في زمن اعتمدت الامم جميعاً في شئونها الاجتماعية والسياسية والتجارية على نصوص المعاهدات والقوانين الدولية العامة والخاصة .

ومن هنا يظهر أن مذهب الجمهور هو الراجح الذي ينبغي أن يكون عليه العمل في الميراث

هذا وقد أخذت لجنة الاحوال الشخصية (المشككة في سنة ١٩٣٧ ، للنظر في تعديل قانون الاحوال الشخصية) بأن اختلاف الدارين غير مانع من الارث فقد جاء في المادة السادسة في مشروعها اختلاف الدارين غير مانع من الارث ما لم تكن شريعة البلد الذي يتبعه الاجنبي غير المسلم مانعة من ارث الاجنبي . وقد جاء في المذكرة التفسيرية ما نصه .

اختلاف الدارين غير مانع من الارث فيما بين المسلمين بالاتفاق . واختلفت الأئمة في أنه مانع من موانع الارث بالنسبة لغير المسلمين . فذهب الحنفية الى أنه مانع من الارث . وذهب الامامان مالك وأحمد الى أنه غير مانع . فرؤى الاخذ بهذا الرأي تحقيقاً للتسوية بين المسلمين وغيرهم في هذه الحالة . وقد اقتضى تحقيق المساواة بين المصريين والاجانب أن يكون اختلاف الدارين مانعاً من الارث بالنسبة للوارث غير المسلم التابع لدولة غير اسلامية لا تجيز شريعتها ارث الاجنبي . وظاهر أن اختلاف الدارين لا يتحقق بين دارين اسلاميتين لأن الاسلام يجمعهما .

ومن الواضح أن اللجنة أخذت بالرأين معا في صورتين مختلفتين ففي صورة المذكرة كانت إحدى الدولتين لا تورث الاجنبي أخذ بمذهب أبي حنيفة وفيما

إذا كانت تورته اخذت بمذهب الجمهور . ومن المقرر أن للوالى أن يتخير
تبعا للمصلحة ما يحكم به قضائه

الجد مع الاخوة في الميراث

اتفق العلماء على أن الأب يحجب الجد - وعلى أن الجد يقوم مقام
الأب في الارث بالفرض فقط عند الفرع الوارث المذكور . وبالتعصيب
فقط عند عدم الفرع الوارث مطلقا . وبهما معا عند الفرع الوارث المؤنت
وانفقوا أيضا على أن الأب والجد يحجبون الاخوة لأم .

وعلى أن الأب يحجب الاخوة الأشقاء والاخوة لأب . واختلفوا
في أن الجد يقوم معهم مقام الأب فيحجبهم . أولا يقوم مقامه فلا يحجبهم .
وهذه هي مسألة المقارنة فذهب أبو بكر الصديق وجمهرة من الصحابة
رضوان الله عليهم إلى الأول وبه قال أبو حنيفة والمزنى وابن سريج من
أصحاب الشافعى . وذهب على وابن مسعود وزيد بن ثابت إلى الثانى . وهو
قول مالك والشافعى وأبى يوسف ومحمد . ثم اختلف هؤلاء في كيفية
توريثهم على مذاهب تترك تفصيلها إلى كتب الموارث فارجع اليها إن شئت
استدل لمذهب على ومن معه . أولا بقياس الأخ على الابن بجامع
أن كلا منهما ذكر يعصب اخته فكما لا يحجب الجد الابن كذلك لا يحجب
الاخوة وثنائيا . أن الأب والجد يستويان في سبب الاستحقاق فان كلا
منهما يدلى إلى الميت بالأب فالجد ابوه والأخ ابنه . وقرابة البنوة الثابتة
للأخ لا تنقص عن قرابة الأبوة الثابتة للجد . بل ربما كانت أقوى لأن
الابن يسقط تعصيب الأب . وإذا ثبت استواؤهما في سبب الاستحقاق

فلا موجب لحجب الجد الاخوة .

وقد روى عن علي رضي الله عنه أنه مثل الجد في تلك الحالة بشجرة
أنتت غصنا فانفرق منه غصنان فان كلا منهما أقرب الى الآخر منه الى
الشجرة . وعن زيد أنه مثله بواد خرج منه نهر انفرق منه جدولان كل
واحد منهما الى الآخر أقرب منه الى الوادي . والمثالان من باب واحد
يؤيدان أن الأخ اشد قربا لأخيه من جده فلا يصح أن يحبس الجد عن
ميراث أخيه .

واستدل المذهب أبي بكر ومن معه . أولا بقوله صلى الله عليه وسلم (الحقوا الفرائض
بأهلها . فما بقى فلا ولي عصبه ذكر) والجد أولى من الأخ من جهة المعنى
ومن جهة الحكم أمان من جهة المعنى فلأن القرابة التي بين الميت وجده قرابة إيلاد
وبعضية وليست كذلك القرابة التي بينه وبين أخيه . وأما من جهة الحكم
فالجد لا يسقط بازدهام الفروض لأنه ذو فرض ويسقط الأخ باستفراق
الفروض لأنه عصبه . والجد لا يسقطه إلا الأب وأما الاخوة فيسقطون
بالأصل والفرع والجد يرث بالفرض والتعصيب كالأب وهم لا يرثون إلا
بالتعصيب . والجد يسقط أولاد الام . مع أن أولاد الام يسقطون ولد
الأب عند استفراق الفروض فلأن يسقطهم الجد من باب أولى .

وهذه وجوه أولوية الجد عن الأخ في باب الميراث خاصة . أما
أولويته عنه في غير باب الميراث فأكثر من أن تحصي . منها أنه لا يقتل
بقتل ولد ولده والأخ يقتل بقتل أخيه وان شهادته لولد ولده لا تقبل
وشهادة الأخ لأخيه مقبولة . وانه إذا زوج الصغير أو الصغيرة لم يكن لهما
خيار عند البلوغ بخلاف الأخ . وانه لا ولاية للأخ في الفساح مع وجوده

وأن حليلة الجد أو حليلة ولد الولد محرمة تأييداً على الآخر بخلاف حليلة
 الأخ . وأن الجد لا يقطع بسرقة مال ولد الابن ويمنع من دفع زكاته إليه
 وغير ذلك من الأحكام التي يشبه الجد فيها الاب ويقوم مقامه ولا كذلك
 الأخ . فثبت بهذا أن الجد أولى في التعصيب من الأخ وأنه في أكثر
 الأحكام قائم مقام الاب فليقم مقامه في حجب الاخوة عن الميراث
 وثانياً - نظراً لما هو مقرر من التحاق الجد بالاب من جهة المعنى والحكم
 كما تقدم جاء القرآن واللغة بتسمية الجد أباً . قال الله تعالى (ملة أبيكم ابراهيم)
 وقال على لسان يوسف (واتبعت ملة آباءى ابراهيم واسحاق ويعقوب) وقال
 (كما أتمها على أبويك من قبل ابراهيم واسحاق) وقال (كما أخرج أبويك من
 الجنة) وقال (أنتم وآباؤكم الأقدمون) وجاء في حديث المراج (هذا أبوك
 آدم . وهذا أبوك ابراهيم) وفي حديث آخر أرموا بني اسماعيل فان أباكم
 كان رامياً . وكما جاء تسمية الجد ابا جاء تسمية ابن الابن ابناً . قال تعالى
 (يا بني آدم . يا بني اسرائيل .) وفي الحديث (أرموا بني اسماعيل) وإذا ثبتت
 البنوة لولد الولد فمن المحال ألا تثبت الأبوة لأب الأب لأن الابوة والبنوة
 من الأمور المتضايقة فيمتنع ثبوت أحدهما بدون الاخرى . وإذا كان الجد أباً
 وجب أن يحجب الاخوة . وكيف لا يكون الجد أباً ونسبته إلى الاب في
 العمود الأعلى كنسبة ابن الابن إليه في العمود الاسفل فهو يدلى الى الميت
 بأبيه وابن الابن يدلى الى الميت بابنه فاذا كان ابن الابن ابناً فكذلك
 يكون أب الاب أباً وهذا معني قول ابن عباس (ألا يتقى الله زيد؟ يجعل ابن
 الابن ابناً ولا يجعل أب الاب أباً .
 وبالمقارنة بين قرابة الجد وقرابة الاخ تجدد أن الجد في عمود الاصل كابن الابن

في عمود الفرع . وأن الاخ ليس في هذا ولا ذاك وإنما يشارك الميت في أصله .
وهذه المشاركة هي بنوة الاخ لأب الميت . والبنوة التي هي أقرب من
الأبوة هي البنوة المنسوبة للميت لا المنسوبة لأبيه . والمتحقق في الاخ
هي الثانية لا الأولى . وأبوة الجد مهما علت منسوبة للميت . وبنوة أخ
الميت لا يبيح لا تنسب إلى الميت بحال فكيف تسكون أقوى من أبوة الجد
المنسوبة إليه بوجه ما . فظهر أن القول بأن الاخ يدلى بالبنوة والجد يدلى
بالأبوة . والبنوة أقوى من الأبوة مغالطة ظاهرة . فالجد أب والاخ ليس
ابن . والجد سبب والاخ لاحق فالجد مقدم على الاخ . وأما قياس الاخ
على الابن ففساده ظاهر فليست العلة في عدم حجب الجد لابن ما ذكر
حتى يصح الحاق الاخ به . أما التمثيل بالشجرة والغصنين . وبالوادي والنهرين
كما جاء ذلك عن علي وزيد رضي الله عنهما فتمثيل يتنافى مع قاعدة القرابة في
باب الفرائض لأن المعروف فيها أن القرابة التي هي من جنس واحد وإن بعدت
أقوى من القرابة المركبة من جنسين وإن قربت . ولا شك أن قرابة الجد قرابة
بسيطة هي قرابة الأبوة . وأما قرابة الاخ فقرابة مركبة من بنوة الأخ وأبوة
أب الميت . ومن أجل ذلك قدمت قرابة جد الجد وإن علا على قرابة ابن الاخ
وعلى العم لأن القرابة التي يدلى بها الجد من جنس واحد وهي الأبوة . والقرابة
التي يدلى بها الاخ وبنوه من جنسين وهي بنوة الأبوة للميت . ولقوة
البسيطة في جميع حلقاتها قدم الأقصى فيها على من يقدم عليه الأدنى . فقدم
ابن ابن الابن على من يقدم عليه الابن . وابن ابن الاخ على من يقدم عليه
الاخ وهكذا .

والتمثيل المذكور يفضي إلى القول بتمرة المركبة على البسيطة وتقديمها

عليها وهو مالا نظير له في باب التعصيب .

قال ابن القيم عاكساً عليهم القضية (بل النهر الأعلى أولى بالجدول من الجدول الذي اشتق منه وأصل الشجرة أولى بفصلها من الفصن الآخر . فان هذا صنوه ونظيره الذي لا يحتاج إليه . وذلك أصله وحامله الذي يحتاج إليه واحتياج الشيء الى أصله أقوى من احتياجه الى نظيره . فالأصل أولى بالشيء من النظير

هذا . وقد جرت لجنة الاحوال الشخصية في سنة ١٩٣٧ على الاخذ بقول من لا يرى حجب الجدة للاخوة فقد جاء في المادة ١٣ مانصه : يحجب الجدة الصحيح بالأب وعند عدمه تكون له أحواله المبينة في المادة ١١ غير أنه يخالفه فيما يأتي

أولاً - لا يحجب الاخوة والاخوات لأبوين أو لأب بالجد ويكون ميراثه معهم على الوجه المبين في المواد ١٤ - ١٥ - ١٦ . وأكملت المادة بقية وجوه الخلاف بينه وبين الأب مما لا يتصل بموضوعنا وهالك نص المواد المذكورة مادة ١٤ - للجد مع الاخوة والاخوات لأبوين أو لأب حالتان الأولى أن يقاسمهم كأخ ان كانوا ذكورا فقط أو ذكورا واناثا أو اناثا عصبين مع الفرع الوارث من الاناث . الحالة الثانية أن يأخذ الباقي بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب اذا كان مع أخوات لم يعصبن بالذكور أو مع الفرع الوارث من الاناث

مادة ١٥ - اذا كانت المقاسمة أو الارث بالتعصيب علي ما هو مبين في المادة السابقة تحرم الجداً وتنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض ورد الى السدس مادة ١٦ - لا يمتد في المقاسمة من كان محجوباً من الاخوة أو الاخوات لأب

وقد جاء في المذكرة التفسيرية (أنه رؤى الأخذ برأي من قال من فقهاء الصحابة والصاحبين والأئمة الثلاثة بتوريث هؤلاء الاخوة مع الجد لظهور المصلحة في الأخذ بهذا الرأي فكثيرا ما يموت الشخص حال حياة أبيه فيرثه والده وأولاده ثم يموت أحد هؤلاء الاولاد عن جده وإخوته فيحجب الجد الاخوة ولا يأخذ أحد منهم شيئا مع أن الجد يكون غنيا. فإذا مات ترك لأولاده جميع ماله بما في ذلك ما أخذه عن أولاد ابنة. وبذلك يتفرد أولاد الجد بجميع ماله ولا يأخذ أولاد ابنة شيئا منه . فكان في الأخذ بغير المذهب المعمول به رعاية لهؤلاء الاخوة الذين لا ينالون شيئا من تركة جد هم

توريث ذوى الارحام

وبيت المال

اتفق العلماء على أن أصحاب الفروض المقدره في كتاب الله مقدمون على غيرهم في الميراث وعلى أنه اذا بقى شيء من التركة يكون للعصبات بالترتيب المشروح في كتب الفرائض . واختلفوا فيما إذا لم يكن هناك عصبه . فذهب على ومن وافقه وبه أخذ الحنفية إلى أن الباقي يرد على ذوى الفروض النسبية بقدر حقوقهم وإذا لم يوجد من يرد عليه فالمال لذوى الأرحام .

وذهب زيد بن ثابت إلى أنه لارد على ذوى الفروض ولا أرث لذوى الأرحام وانما يوضع المال عند عدم العصبات في بيت المال وهذا قال مالك والشافعي إلا أن المزني وابن سريج من الشافعية قالوا بتوريثهم وبه أفنى متأخروهم نظراً لفساد بيت المال وبذلك يكون الخلاف في مسألتين . الرد على ذوى الفروض عند

عدم العصبية . تورث ذوي الارحام . وموضوع المقارنة المسألة الثانية .
استدل من لا يرى تورث ذوي الارحام . أولاً : بأن القرائض توقيفية
لا مجال للرأي فيها . وقد بين في آيات الموارث نصيب أصحاب القروض
والعصابات ولم يذكر لذوي الارحام شيئاً . فلو كان لهم حق في التركة ما تركه
فمن جعل لهم حقاً فقد زاد على النص . والزيادة على النص لا تثبت بخبر الواحد
ولا بالقياس . فبقوا على الاصل وهو عدم الاستحقاق . وخلاصة الدليل أن
الميراث لا يثبت إلا بالنص . ولا نص في ذري الارحام . و (ثانياً) بما أخرجه
أبو داود والدارقطني والنسائي أن النبي ﷺ قال (سألت الله عز وجل عن
ميراث العممة والخالة فسارني أن لا ميراث لهما) .

قالوا وقد وصله الحاكم والطبراني وروى له الحاكم شاهداً مرفوعاً من
حديث شريك بن عبد الله . قالوا وإذا لم يكن ميراث للعممة والخالة من
ذوي الارحام فلا ميراث لغيرهما إذ لا قائل بالفصل (ثالثاً) بأن انضمام العممة
وابنة الاخ إلى أخويهما لا يجعل لهما حقاً في الميراث مع تقوية الاخوين
لهما فمن باب أولى لا يرثان عند انفرادهما وقد عهد تقوية الاخ في بنات الابن
والاخوات من الاب فانهن يأخذن إذا كان معهن ولا يأخذن منفردات
استدل الحنفية والخنابلة (أولاً) بقوله تعالى في سورة الاحزاب :

(وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله من المؤمنين والمهاجرين
الا أن تفعلوا الي أولياتكم معروفاً) ذلك في الكتاب مسطوراً)

ووجه الاستدلال أن الآية أثبتت عموم أولوية ذوي الارحام بعضهم لبعض
فتشمل جميع الاقارب وفيهم القريب الذي ليس بعاصب ولا صاحب فرض
وكذلك استدلوا بقوله تعالى (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون

وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقربون) وهي كما ترى عامة في جميع أنواع القرابات واستدلوا (ثانيا) بما رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه عن المقدم ابن معدى كرب عن النبي ﷺ قال (من ترك مالا فلورثته وأنا وارث من لا وارث له اعقل عنه وأرث . والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه) وبما رواه أحمد وابن ماجه عن ابى امامة بن سهل ان رجلا رمى رجلا بسهم فقتله وليس له وارث الا خال فكتب في ذلك أبو عبيدة بن الجراح الى عمر فكتب عمر أن النبي ﷺ . قال (الله ورسوله مولى من لا مولى له . والخال وارث من لا وارث له) رواه الترمذى وحسنه كما رفعه غيره وحسنه وبما رواه الخمسة عن عائشة ان مولى للنبي ﷺ خر من عذق نخلة فمات فأتى به النبي ﷺ فقال (هل له من نسيب اورحم) قالوا لا قال (اعطوا ميراثه بعض أهل قرنته) وهو كما ترى عام في الرحم . قال الشوكاني :

ومما يؤيد ثبوت ميراث ذوى الأرحام ما جاء في ميراث ابن الملاعنة من جعله ﷺ ميراثه لورثتها من بعدها وهم أرحام له لا غير . وقد أخرج البخارى ومسلم والنسائى وأبو داود انه ﷺ قال ابن أخت القوم منهم أو من أنفسهم .

قال الرازى فى الاستدلال بالآية الأولى وأجاب أصحابنا (بأن قوله وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض مجمل فى الشيء الذى حصلت فيه الأولوية فلما قال فى كتاب الله كان معناه فى الحكم الذى بينه الله فى كتابه فصارت هذه الأولوية معتبرة فى الأحكام التى بينها الله فى كتابه وتلك الأحكام ليست إلا ميراث المصليات فوجب أن يكون المراد من هذا المجمل هو ذلك فقط

فلا يتعمد الى توريث ذوي الارحام وقال في الاستدلال بالآية الثانية
(وأجاب أصحابنا عنه من وجهين أحدهما قال في آخر الآية نصيباً مفروضاً
أى نصيباً مقدرآ وبالاجماع ليس لذوى الارحام نصيب مقدر فثبت أنهم
ليسوا داخلين في هذه الآية . وخلاصة الوجه الثانى أن ذوى الارحام
لا يدخلون في الأقربين لأن المراد بهم الأقرب من جميع الأشياء . ونذكر
لك وجهاً آخر له حاصله ان الحنفية رأوا ان الفرض ما ثبت بدليل قاطع
وارث ذوى الارحام ليس من باب ما عرف بدليل قاطع باجماع الامة
والآية تناوت التوريث المفروض بدليل قوله (مفروضاً) فلزم القطع بأن
هذه الآية لا تناول ذوى الارحام

وقالوا في حديث (الخال وارث من لا وارث له) إن البيهقي والنسائي
أعلاه بالاضطراب ولم يثبت رفعه من طريق صحيح قالوا وعلى فرض ثبوته
فهو لنا لا لكم ولهم في ذلك طريقان أحدهما انه على حد قولهم الصبر حيلة
من لا حيلة له ومن المعلوم أن الصبر ليس حيلة فكأنه قال من كان وارثه
الخال فلا وارث له (ثانيهما) أن الحديث نفي ان يكون له وارث نفيًا عامًا

ونافس الفريق المثبت أدلتهم بما يأتى : - قالوا في الدليل الاول إن
إرث ذوى الارحام مثبت بعموم الكتاب كما ثبت به إرث جميع العصبات
وأقصى ما فى الباب ان قدر ما يأخذون لم يذكر ونحن نكتفى بأبواب أصل
الاستحقاق ثم ليس أصلكم منع الزيادة على الاصل بخبر الواحد على فرض
ان أصل الاستحقاق ثبت به لذوى الارحام وكم من زيادة أثبتوها بخبر
الواحد ومع قولكم أن الميراث لا مدخل للرأى فيه قد اعتمدتم فى دليلكم

الثالث عليه ولا فرق بين استعمال القياس في النفي واستعماله في الاثبات على
 أنالم نملك في الاثبات طريق القياس فهلا تركتموه في جانب النفي وهما
 سوا . . وأما حديث (لا ميراث لهما) أي للعممة والخالة فهو مرسل ولا تقوم
 به الحجة عندهم وقد ضعف العلماء طرق وصله . وشاهده الذي رواه الحاكم
 مرفوعاً فيه الشاذ كوانى وهو متروك . قالوا وعلى فرض الصحة فهو خاص
 بالعممة والخالة ولعلمها واقعة عين أو ان المراد ليس لهما ميراث مقدر

والحق أن عمومات القرآن ناطقة بمذهب المثبتين وان احتمال التخصيص
 لا دليل عليه وان المراد بالنصيب في الآية الثانية ما يصيب الوارث ويقع
 في يده عند القسمة وهو قد يكون سهما معينا كالنصف والربع وقد لا يكون
 كنصيب العاصب والرحم والقول بأن إرث ذوى الارحام ليس من باب
 ما عرف بدليل قاطع باجماع الامة ممنوع بل هو مما عرف بدليل قاطع عند
 من أثبتته . وليس المراد بقطعية الدليل في اصطلاح الحنفية قطعيته على الاطلاق
 وعند كل الناس بل قطعيته في نظر المجتهد وإلا لم يكن موضوعه محلا للاجتهاد
 كما هو معروف في أصول الفقه على أنه ما أبعد تحكيم الاصطلاحات الحديثة
 في معانى القرآن . ولا نكاد نفهم من قوله (مفروضا) الا ما نفهمه من قوله
 (سورة أنزلناها وفرضناها) وقوله (إن الذى فرض عليك القرآن لرادك
 الى معاد) من البيان والتشريع ولا نكاد نفهم من قوله (فى كتاب الله) سوى
 حكم الله وتشريعہ الذي طلبه من عباده المؤمنين وأوجب به صلة الارحام
 والوصية بالوالدين وذوى القربى وهى على نحو قوله فى آخر الآية (كان
 ذلك فى الكتاب مسطورا) وقوله فى آخر المحرمات (كتاب الله عليكم)
 أما حمل على معنى ما بينه الله لكم فى كتابه من الوارث فلا دليل عليه ولا

مرشد اليه ودعوى ان قوله (وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض) مجمل لا يفهم منه موقع تلك الاولوية فجاء قوله بعد (في كتاب الله) بيانا لما تقع فيه الاولوية من قبيل الدعاوى التي ليس لها من مستند ترتكز عليه فالآيات ظاهرة في عموم ما ينتفع به القريب من قريبه . أما الأحاديث فليس من شك ان أحاديث الاثبات اكثر طرقا وصحة من حديث النفي ومثلها مما ينهض مجموعها للاستدلال فكيف اذا اتصلت بعمومات واضحة في القرآن وكيف اذا كان عليه جمهور الصحابة رضی الله عنهم

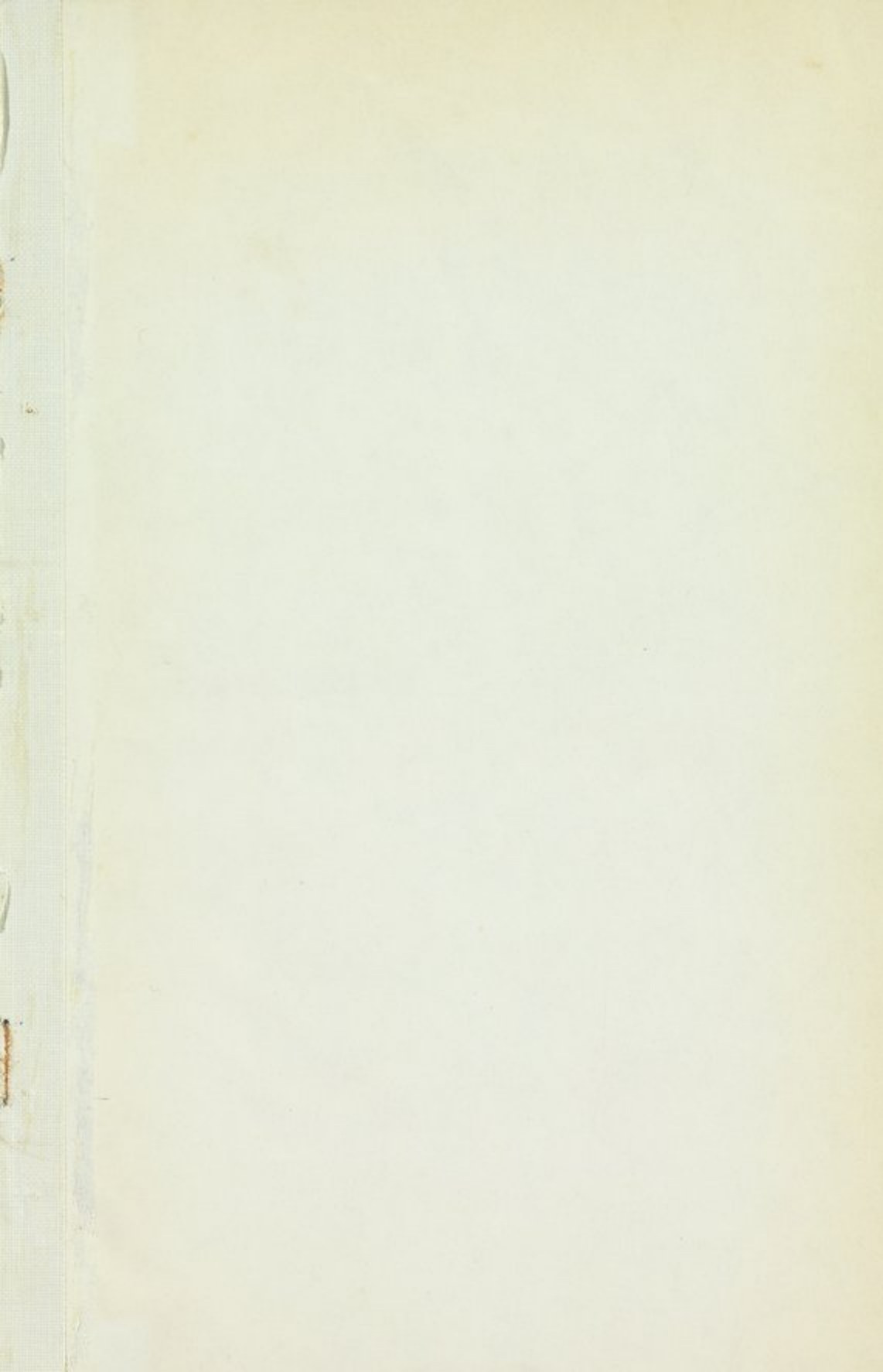
قال الزيلعي ولولا خوف الاطالة لأوردنا ما حكى عن السلف من افراد الواقعات

هذا وقد اختلف القائلون بتوريث ذوى الارحام في كيفية توريثهم . وتفصيل ذلك مبسوط في كتب الفرائض فارجع إليها إن شئت . ولا يعزب عنك أن بيت المال لا يستحق التركة ميراثا وانما توضع فيه إذا لم يكن وارث لأنه محل الاموال التي لا يعرف لها مالك . والله اعلم . هذا ما تيسر لنا من الكتابة على منهج المقارنة حسب وضعه الاخير وإننا لم نقصد به إلا أن يكون أمودحا للطالب في كيفية البحث وطريقة الموازنة بين الآراء المختلفة . . وفي ربط أصول التشريع باستخراج الاحكام من الأدلة التفصيلية .

ونرجوا أن يهيء الله لنا من الوقت ما يعيننا على إعادة النظر فيه . واخرجه مرة ثانية على وجه يكون أنفع لله - لم وأجدى للطالب . ونسأله سبحانه أن ينفع به كما نفع بأصوله ومراجعته .

فهرس

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
الطلاق بالاعسار	١١٨	المقارنة وفائدتها	٢
الطلاق بالضرر	١٢٨	أسباب اختلاف الأئمة	٧
الطلاق بالعيبه	١٣١	فرائض الوضوء	٩
الطلاق بالغيب	١٣٢	مسح الرأس	٩
تعليق الطلاق على شرط	١٣٧	النية	١٥
تعليق الطلاق على الملك	١٣٨	التدليك	٢٢
حكم التعليق	١٤٣	الترتيب	٢٥
نفقة المبتوتة	١٤٩	الموالة	٣٠
حكم المفقود	١٥٦	قراءة المؤتم	٣٢
لزوم الوقف	١٦٥	قصر الصلاة في السفر	٤٠
القضاء بصاهد وعين	١٧٠	الجمع بين الصلاتين	٥١
القضاء بشهادة غير المسامين	١٧٥	الزكاة في مال الصبي	٦٢
القضاء بالقرائن	١٨٣	زكاة ما يخرج من الأرض	٦٧
الحجر بالسفه والدين	١٨٩	الخراجية	
الحجر بالدين	١٨٩	انعقاد النكاح بعبارة النساء	٧٢
انتفاع المرتهن بالمرهون	١٩٦	المقدار المحرم من الرضاع	٨٦
اختلاف الدارين والميراث	٢٠٠	الطلاق البدعي	٩٤
الجد مع الاخوة في الميراث	٢٠٥	سني الطلاق وبدعيه	٩٥
توريث ذوى الارحام وبيت المال	٢١٠	وقوع الطلاق البدعي	١٠٠



LIBRARY
OF
PRINCETON UNIVERSITY

Princeton University Library



32101 074330869

(NEC)
KBP283
.S53
A368
1936