حرف الخاء المعجمة

الخبر

اما أن يكون عن خاص أو عام .

(الاول[1]) منحصر في ثلاثة : الاقرار، والبينة، والدعوى، لأنه ان كان بحق على المخبر فهو الاقرار، أو على غيره فهو الدعوى، أو لغيره فهو الشهادة .

وضبطها ابن عبد السلام بضابط آخر، وهو أن القول ان كان ضارا لقائله فهو الاقرار ، وإن لم يكن ضارا به ، فإما أن يكون نافعا له أو لا، والأول (هو)[2] الدعوى ، والثاني الشهادة . انتهى .

(والثاني) وهو أن يكون المخبر عنه عاما، لا يختص (بمعين[3]) ، وينحصر أيضا في ثلاثة: الرواية، والحكم، والفتوى، لأنه ان كان خبرا عن محسوس فهو الرواية ، وان لم يكن فان كان فيه إلزام فهو الحكم، والا فالفتوى. وعلم من هذا ضابط كل واحد من هذه الستة . ومن المشكل اشتراطهم لفظ الشهادة في رؤية هلال (شهر[4]) رمضان، وفي المترجِم (والمسمِع[5]) أنها تتعلق بالعموم فكيف تلحق بالشهادة الخاصة .

---

(١) في (ب) (والأول)

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و (د)

(٣) في (ب) و (د) (بغيره)

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب)

(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (والمستمع) .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل

* الخبر ما احتمل الصدق والكذب *

ولهذا، لو قال من أخبرتني منكما بكذا فهي طالق، فاذا أخبرتا طلقتا صدقتا او كذبتا، ولا فرق بين المقرون بالباء[1] وغيرها .

وقال الفوراني، لو قال من اخبرتني منكما بقدوم زيد لم يقع، الا اذا اخبرته صادقة، لأن الباء للالصاق فصار في معنى شرط القدوم في الاخبار . ومن أخبر ببعض الواقع، هل يسمى كاذبا، قال الماوردي: لو اشترى ثوبا بمائة درهم، فاخبر في بيع المرابحة أنه اشتراه بتسعين، فهل يكون كاذبا في اخباره، وجهان ؛ أحدهما : لا ـ لدخول التسعين في المائة، فعلى هذا الاخبار للمشتري، لذا علم الحال والثاني : انه كاذب، لأن التسعين بعض الثمن، وفي مقابلة جميع (البيع[2])، وعلى هذا فالمشتري الخيار .

ولو أقام بينة، ثم قال كذبت أو هي مبطلة امتنع الحكم بها، وفي بطلان دعواه وجهان (اختار[3]) صاحب التقريب البطلان، لأن الكذب عند الأشعرية عدم مطابقة الخبر لما في الخارج، وان لم يعلم الشخص ذلك، وعن صورة الجهل احترز النبي صلى الله عليه وسلم بقوله (من كذب علي متعمدا فليتبوأ مقعده من النار[4])، وانما قال الله تعالى[5] في المنافقين (والله يشهد إن المنافقين

---

(١) في (ب) (بالفاء) وفي (د) (بالباء) وكذا في الأصل .

(٢) في (ب) و(د) (المبيع)

(٣) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (اختيار) .

(٤) هذا جزء من حديث أخرجه البخاري في صحيحه عن أبي هريرة أنظر فتح الباري جـ ١ ص١٦٣ وللحديث أيضا طرق أخرى في صحيح البخاري في نفس هذا الجزء ص١٦١ ـ ١٦٣ ، وهذا الحديث أخرجه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة بنفس هذا اللفظ ـ انظر صحيح مسلم بشرح النووي جـ١ ص٦٧ ـ ٦٨ وأخرجه الترمذي في صحيحه عن عبد الله بن مسعود بنفس هذا اللفظ ـ انظر صحيح الترمذي ح١٠ ص١٢٦ وانظره أيضا في سنن ابن ماجه جـ١ ص١٣ ـ ١٤ ، والمستدرك للحاكم في ما رواه عن أبي قتادة جـ١ ص١١١ ـ ١١٢ .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) ولم تذكر في الأصل .

لكاذبون[1])، لأنهم قالوا انهم يشهدون بالرسالة وهم لا يشهدون بها، ، لأن الشهادة بها اعتقادها أو الاخبار بها على وجه الانقياد ومواطأة الظاهر للباطن وأصحهما المنع، لاحتمال أن يريد بكذب الشهود أنهم أخبروا عن غير علم فلهم حكم الكاذبين (اذ[2]) رضوا بخبر يجوزون كذبه جوازا غير بعيد، (فذلك[3]) رضا بالكذب ، وهذا في قوله مبطلين غير مناف للظاهر، فيجب القطع به .

* الخبرة الباطنة *

قال الامام : قال الأئمة:تعتبر في ثلاث شهادات : الشهادة على أن لا وارث له،والشهادة على العدالة، وعلى الإعدام .

قلت:والأُوليان من منصوصات الأم، وشرط الثانية أن تكون معرفته متقادمة، قال الامام، وانما (شرطناها[4]) في هذه الأشياء، لأن مستند الشهادة فيها (الستر[5]) على وجه لا يستيقن، ولكن مست الحاجة الى قبول البينة في هذه المنازل، والاكتفاء بغلبة الظن، والا لتعطل تعديل الشهود وتسليم التركات للورثة، والاكتفاء ولتخلد الحبس على المعسر. قال:ثم أهل الخبرة الباطنة من عاشره سفرا وحضرا، وكان يطلع على باطن حاله، وانما يتحقق القاضي خبرتهم بإخبارهم، ولا يشترط (ذكره[6]) في صيغة الشهادة، ولو علم القاضي به فلا اشكال .

وذكر الأصحاب في كتاب النكاح صورة رابعة، وهي اذا ادعت المرأة غيبة وليها، فنص الشافعي (رضي الله عنه[7])، أنه لا يزوجها السلطان حتى يشهد

---

(١) سورة المنافقون الاية رقم ١
(٢) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (اذا)
(٣) في (ب) (وذلك)
(٤) في (د) (شرطنا)
(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (اللبر)
(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (ذكر) .
(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

شاهدان أنه ليس لها ولي (خاص[1] حاضر)، وأنها خلية من النكاح والعدة وهل هو واجب أو مستحب؟ وجهان، قال الرافعي ولا تقبل في (هذه[2]) الا شهادة من يطلع على حالها، كما في شهادة الاعسار وحصر الورثة .

وخامسة ذكرها القفال في فتاويه وهي الشهادة على البلوغ بالسن .

(وسادسة[3]) منصوصة في المختصر (وهي[4]) الشهادة بالرشد .

* الخراج بالضمان *

(هو حديث صحيح[5]) ومعناه ما خرج من الشيء من عين ومنفعة (وغَلة[6]) فهو للمشتري عِوض ما كان عليه من ضمان الملك، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة له، ليكون الغنم في مقابلة الغرم .

وقد ذكروا على هذا التقرير سؤالين :

أحدهما: أنه لو كان الخراج في مقابلة الضمان لكانت الزوائد قبل القبض للبائع تَمّ العقد أو انفسخ اذ لا ضمان حينئذ، ولم يقل أحد (منهم[7]) بذلك، (وانما[8]) يكون له اذا تَمّ العقد حينئذ .

(١) كلمة (خاص) ذكرت في (ب) و (د) ولم تذكر في الأصل وكلمة (حاضر) ذكرت في الأصل ولم تذكر في (ب) و (د) .

(٢) في (ب) (هذا) .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (سادسة) .

(٤) في (د) (وهو) .

(٥) هذا الحديث أخرجه الترمذي وابن ماجه والنسائي والدارقطني والحاكم عن عائشة وقال الترمذي بعد أن أخرجه بأنه صحيح حسن غريب وان البخاري نفي الريبة عنه حسين سأله عنه - انظر صحيح الترمذي جـ٦ ص٢٧ وما بعدها - وابن ماجه جـ٢ ص٧٥٣ - ٧٥٤ - والنسائي جـ٧ ص٢٥٤ - ٢٥٥ - والدارقطني جـ٣ ص٥٣ دار المحاسن للطباعة والمستدرك للحاكم جـ٢ ص١٥ .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل وفي (د) (وعيلة) .

(٧) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و (د)

(٨) في (ب) (وأنها)

وأجيب بأن الخراج يعلل قبل القبض بالملك وبعده[3] بالضمان والملك جميعا، واقتصر في الحديث على التعليل بالضمان، لأنه أظهر عند البائع، وأقطع لطلبه واستبعاده، أن الخراج للمشتري (يبذله[2])، (فقيل له[3]) ان الغنم في مقابلة الغرم.

الثاني: لو كانت العلة (الضمان[4]) لزم أن تكون الزوائد للغاصب، لأن ضمانه أشد من ضمان غيره، ومتى كانت العلة أشد كان الحكم فيها أولى وبهذا احتج لأبي حنيفة (رضي الله عنه[5]) (في[6]) أن الغاصب لا يضمن منافع المغصوب.

وأجيب بوجهين:

أحدهما: أنه صلى الله عليه وسلم قضى بذلك في ضمان الملك وجعل الخراج لمن هو مالكه اذا تلف (تلف[7]) على ملكه وهو المشتري والغاصب لا يملك المغصوب.

والثاني: أن الخراج هو المنافع جعلها لمن عليه الضمان، ولا خلاف أن الغاصب لا يملك المنافع، بل اذا أتلفها، (فالخلاف[8]) في ضمانها عليه، فلا يتناول موضع الخلاف، وهذا جواب (الامام[9]) الشافعي (رضي الله عنه[10]).

---

(١) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (وبعد الضمان)
(٢) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و (د)
(٣) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) وسقطتا من الأصل و(د)
(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل (للضمان) وفي (د) (للضامن).
(٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)
(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د)
(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د).
(٨) في (ب) (فلا خلاف).
(٩) هذه الكلمة لم تذكر في (ب)
(١٠) هذه الجملة الدعائية لم تذكر في (د)

نعم ، خرج عن (هذا مسألة[1]) ، وهي ما لو اعتقت المرأة عبدا ، فان ولاءه يكون (لابنها[2]) ، ولو جنى (جناية[3]) خطأ فالعقل على عصبتها دونه وقد يجيء مثله في بعض العصبات يعقل ولا يرث .

* الخطب اثنتا عشرة *

أربع في الصلاة ، وأربع في الحج ، وأربع في النكاح .

فالأول:خطبتا الجمعة وهما فرضان ، وخطبتا العيدين ، وهما سنة ، وكذلك خطبتا الكسوف والاستسقاء وكلها مثنى الا الكسوف فتجزىء (فيها[4]) واحدة على النص ، حكاه البندنيجي .

والثاني : يوم سابع ذي الحجة بعد الظهر وهي فردة ، ويوم عرفة بمنى بعد الزوال (خطبتين[5]) قبل الظهر وخطبة يوم النحر بعد الزوال .

(وخطبة يوم النفر الأول بعد الظهر. والجميع بعد الصلاة ، الا خطبة عرفة ، فانها قبلها كالجمعة .

والثالث : الخطبة عند الخِطبة ، وعند إجابة الولي وعند العقد وخُطبة الزوج عند القبول ، وأغرب ابن سراقه في كتاب الإعداد ، فقال:كلها سنة ، الا الجمعة وخطبة عرفة (فهما[6] فرض يفعلان قبل الصلاة وبعد[7] الزوال) ، وكذا قال

---

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (هذه المسألة) .
(٢) في (ب) و (د) (لأبيها) .
(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .
(٤) في (ب) و (د) (فيه) .
(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (خطبين) .
(٦) في (ب) (فانهما) .
(٧) الكلام المشار اليه في القوسين ابتداء من كلمة (وخطبة) وانتهاء بكلمة (الزوال) ساقط من (د) .

الماوردي في باب صلاة (العيد[1] كلها) (تتعقب[2]) الصلاة، الا الجمعة وعرفة قال وما يتقدم الصلاة واجب، وما يتعقبها سنة .

* الخطأ يرفع الاثم *

وهو المراد من قوله صلى الله عليه وسلم (رفع عن أمتي الخطأ[3] والنسيان)، أما في الحكم فان حقوق الآدميين العامد والمخطىء فيها سواء، وكذلك في بعض حقوق الله تعالى كقتل الصيد. والخطأ في العبادة مرفوع غير موجب للقضاء، ان لم يؤمن (وقوع[4]) مثله في المفعول ثانياً، كما لو أخطأ الحجيج في الوقوف بعرفة فوقفوا العاشر لا يجب القضاء، لأن الخطأ لا يؤمن في السنين المستقبلة . ومثله الأكل في الصوم ناسيا ومفسد الحج بالجماع، اذا أفسد القضاء بالجماع، لم يلزمه غير قضاء واحد .

ولو اجتهدوا في أشهر الحج وأحرموا، ثم بان الخطأ عاما، فهل ينعقد حجا كما لو وقفوا العاشر (أو عمرة[5])؟ وجهان حكاهما الروياني، أما اذا أمكن التحرز منه، فلا يكون الخطأ عذرا في اسقاط القضاء، كما اذا أخطأ الحجيج في الموقف فوقفوا في غير عرفة، فيلزمهم القضاء سواء كانوا جمعا كثيرا أو قليلا، قاله الجرجاني في المعاياة، لأن الخطأ في الموقف يؤمن مثله في القضاء .

---

(١) في (ب) (العيد فانها كلها) .

(٢) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (تبعية) .

(٣) هذا الحديث أخرجه ابن ماجه في سننه بعدة طرق ـ الأولى منها هي عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (ان الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) ـ انظر سنن ابن ماجه جـ١ ص٦٥٩ ـ ولفظه في المستدرك عن ابن عباس رضي الله عنهما (تجاوز الله عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) . قال الحاكم هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه . انظر المستدرك جـ٢ ص١٩٨ .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٥) في (د) (أو غيره) .

وكالحاكم يحكم بالاجتهاد ثم يجد النص بخلافه، لا يعتد بحكمه .

ولو صلى بالاجتهاد ثم تيقن الخطأ بعد الصلاة وجب القضاء في الأصح .

ولو اجتهد في أوان أو ثياب ثم بان أن الذي (توضأ به أو لبسه[1]) كان نجسا لزمه الاعادة .

ولو صلى بنجس لم يعلمه، وجب القضاء في الجديد .

ولو صلت الأمة مكشوفة الرأس، ثم اعتقت في اثناء الصلاة، وكان لها سترة ولم تعلم بالعتق، الا بعد الفراغ من الصلاة فقولان ء كالتي قبلها .

ولو ترك الفاتحة ناسيا وجب القضاء في الجديد .

ولو أكل الصائم أو جامع باجتهاد معتقدا أن الفجر لم يطلع، وكان قد طلع[2])، أو ظن أن الشمس قد غربت ولم (تغرب[3]) لزمه القضاء ولو اجتهد في وقت الصلاة ثم بان انه صلى قبل الوقت (أو اجتهد[4]) في الصيام فوافق شعبان وتبين الحال بعد انقضاء رمضان أو أحج عن نفسه، لكونه معضوبا فبرىء،أو غلطوا (فوقفوا[5]) بعرفة الثامن،أو رأوا سوادا (فظنوه[6]) عدوا، فصلوا صلاة شدة الخوف فبان خلافه أو دفع الزكاة لمن ظنه فقيرا، ففي هذه الصور (قولان وبعضه مرتب على بعض او أقوى، والصحيح في الجميع أنه لا يجزيه[7])

---

(١) في (د) (توضأ أو لبس) .

(٢) الكلام المشار اليه في القوسين جاء مؤخرا في (د) حيث ذكر بعد قوله فيما سيأتي (ضمان المغصوب) وقبل قوله (ولم يجعلوه هلاكا) .

(٣) في (د) (يعرف) .

(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (واجتهد) .

(٥) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (ووقفوا) .

(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل (فظنوا) وفي (د) (يظنوه)

(٧) الكلام المشار اليه في القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و (د) .

* الخلط بما لا يتميز بمنزلة الاتلاف *

ولهذا لو خلط الوديعة بما لِهِ ولم تتميز ضمن .

ولو غصب حنطة أو زيتا وخلطها بمثلها فهو اهلاك، حتى ينتقل (ذلك[1]) المال اليه ويترتب في ذمته بدله، وحينئذ فيضمن ضمان المغصوب ولم يجعلوه هلاكا في (الفلس[2])، فاذا خلط المشتري صاع (البائع[3]) بصاع مثله، ثم حجر عليه بالفلس أخذ البائع صاعا منه مقدما على الغرماء ولم يسلكوا به في البيع مسلك الغصب، ولا الفلس، بل جعلوه (تعييبا[4]) ، فقالوا: لو باع فاختلطت بغيرها قبل القبض لا ينفسخ البيع في الأصح لبقاء (المبيع)[5] ، ويتخير المشتري .

ولو اختلط الثوب بأمثاله والشاة المبيعة بأمثالها، فالصحيح الانفساخ .

وفي فتاوى[6] النووى، لو غصب دراهم او حنطة من جماعة من كل واحد شيئا معينا، ثم خلط الجميع، ولم يتميز، ثم فرق عليهم جميع المخلوط على قدر حقوقهم يحل لكل واحد قدر حقه، وان (فرق[7]) على بعضهم لزم المدفوع اليه أن يقسم القدر الذي أخذه عليه وعلى (الباقين[8]) بالنسبة الى قدر أموالهم وهذا تصريح بأنه يصير مشتركا لا مستهلكا .

ولو أوصى بحنطة معينة، ثم خلطها كان رجوعا في الاصح، وقيل ان خلط بأجود فرجوع .

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .
(٢) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (المفلس) .
(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «البيع »
(٤) في (د) (تغليبا)
(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (البيع)
(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل (وقال)
(٧) في (د) (فرقه)
(٨) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (الثاني) .

(ولو أوصى بصاع من صبرة، ثم خلطها بأجود منها فرجوع في الأصح [1])، لأنه أحدث بالخلط زيادة لم يرض بتسليمها، أو بمثلها فلا اذ الموصى به كان مشاعا، فلا تضره زيادة الخلط وكذا بأردأ في الأصح .

وفي ترتيب الأقسام للمرعشي، ذهب بعض أصحابنا الى انه، لو خلط الحنطة والشعير وغيرها من الحبوب لا يجوز بيعها (كذلك)[2] وهو عندي جائز، لامكان تمييزها، وإن في كل واحد (منهما)[3] بقية، ولكن إذا كانت فضة مختلطة بشيء فلا يجوز، لأن المقصود به مجهول فهو كتراب المعدن الذي نص الشافعي (رحمه[4] الله) على بطلان بيعه، وكأنه بناه على منع المعاملة بالمغشوش .

* الخلف في الصفة (هل [5]) ينزل منزلة (خلف [6]) العين *

الضابط فيه أن ما قام الوصف فيه مقام الرؤية فهو محل القولين كالنكاح، فاذا شرط في أحد الزوجين وصف اسلام او حرية فأخلف فالأظهر الصحة، ويتخير ان بان دون المشروط .

وأما ما لا يغنى فيه الوصف عن الرؤية كالبيع، فلا ينزل منزلة خلف العين قطعا، فلو اشترى عبدا بشرط أنه كاتب، فبان خلافه فالبيع صحيح قطعا، ولكن يثبت فيه الخيار، ومن ذلك بدل الخلع، فاذا قال خالعتك على هذا الثوب المَرْوي، أو على شرط أنه مَرْوي، وكان هَرَويا فقبلت طلقت، قال الامام، وقطع الأئمة

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل (ولو أوصى بصاع من صبرة ثم خلطها بأجود كان رجوعا في الأصح وقيل أن خلط بأجود فرجوع ، ولو أوصى بصاع من صبرة ثم خلطها بأجود منها فرجوع في الأصح) ولا يخفي ما في الأصل من التكرار وفي (د) جاء الكلام كما يلي (ولو أوصى بصاع من صبرة ثم خلطها بأجود منها في الأصح) فكلمة فرجوع ساقطة من (د) .

(٢) في (د) (لذلك)

(٣) في (ب) (منها) .

(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

أجوبتهم به، فان الفرقة متعلقة بالايجاب والقبول، ولا نظر الى خلف الصفة المشترطة،بدليل أنه لو قال خالعتك على هذا الخل أو هذا العبد فبان خمرا، أو حرا، فالفرقة واقعة، فاذا كان الخروج من المالية لا يمنع وقوع الفرقة، فخلف الصفة أولى . ومن هٰهنا يظهر ضعف ما نقله الرافعي عن (السرخسي)[1] في هذه المسألة من لحاظ أن الخلف في الصفة هل ينزل منزلة خلف [2] العين أم لا .

ومنها، لو ادعى عليه القتل (عمدا،[3] فأقر) بالقتل ونفى العمد، فهل تغلظ عليه اليمين؟فيه وجهان ، أصحهما:نعم، كما في أصل القتل . والثاني:لا، لأن الموصوف آكد من الصفة، فاذا حلف فهل للمدعي طلب الدية، قال المتولي:فيه قولان بناء على أن الدية في الخطأ تجب على العاقلة ابتداء (أم[4]) تلقيا، فعلى الأول ليس له طلب الدية، وان قلنا بالثاني، فينبني على أن الخلف في الصفة، هل هو كالخلف في الموصوف، وفيه قولان، من النكاح،ان قلنا:نعم،فكأنه ادعى مالا واعترف بمال آخر لا يدعيه، وان قلنا:لا،طالب بالدية، ونازعه ابن الرفعة بما يوقف عليه من كلامه .

أما اختلاف الجنس، فهل هو (كاختلاف[5]) العين أو الصفة؟ وجهان ، أصحهما الأول .

---

(١) تذكر كتب التراجم أكثر من واحد يطلق عليه لفظ السرخسي نسبة الى سرخس،ولكن الرافعي ينقل عن اثنين منهم أحدهما أبو الفرج عبد الرحمن بن احمد السرخسي ويعرف أيضا بالبزاز- توفي سنة أربع وتسعين وأربعمائة في شهر ربيع الآخر بمرو انظر طبقات ابن السبكي جـ٥ ص١٠١ - العبر جـ٣ ص٣٣٩ - طبقات ابن هداية الله ص٦٥ .
وثانيهما أبو علي زاهر بن احمد بن محمد السرخسي - المتوفي سنة تسع وثمانين وثلثمائة وذلك في آخر شهر ربيع الآخر عن ست وتسعين سنة - انظر طبقات العبادي ص٨٦ - تهذيب الأسماء للنووي جـ١ ص١٩٢ - طبقات ابن السبكي جـ٣ ص٢٦٣ - المنتظم جـ٧ ص٢٠٦ .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (عمدا عدوا فأقر) .

(٤) في (ب) (أو)

(٥) في (د) (كاختلاط) .

ولهذا لو خالعها على ثوب بعينه على أنه كتان فبان قطنا (أو عكسه)[1] فالأصح فساد العوض لما (ذكرناه)[2] ، فأشبه ما لو خالع على عبد فقبض أمة قال الرافعي وهؤلاء قالوا : لو باع ثوبا على أنه كتان فبان قطنا فسد البيع وقضيته أن المصحّح للعوض يصحح صورة البيع ، وبه صرح الماوردي .

ولو رد العقد في الصرف على معين ، وخرج أحدهما نحاسا بطل العقد، وقيل: لا، تغليبا للاشارة ، ويحتاج للفرق بينه وبين ما (اذا)[3] اشترى زجاجة ظنها جوهرة يصح ولا يثبت الخيار .

وأما الاختلاف في الجهة فلا يضر على المذهب ، كما قاله الرافعي في باب الاقرار ، فيما اذا قال انت أعتقت هذا العبد فأنكر ثم اشتراه منه وذكر في باب العارية فيما اذا قال الراكب أعرتني هذه الدابة ، وقال المالك (غصبتها)[4] خرجه البغوي على الاختلاف في الجهة ، وقال الامام لا يخرج عليه ، لأن العين متحدة ، ولا أثر للاختلاف في الجهة مع اتحاد العين ، ولو أقر بألف عن ضمان فقال المقر له من جهة أخرى لزمه في الأصح واختلاف الجهة لا يمنع (الأخذ)[5] ، لكن الرافعي صحح فيما اذا شهد شاهد بألف من ثمن مبيع وآخر على اقراره عن قرض عَدَمَ اللزوم وبناه على مسألة الإقرار ، وهو بناء لا يصح ، ووجه المنع في صورة الشهادة عدم توارد الشاهدين على لفظ واحد .

* الخلاف يتعلق به مباحث *

الأول :

يستحب الخروج منه باجتناب ما اختلف في تحريمه وفعل ما اختلف في

---

(١) في (د) (وعكسه) .
(٢) في (ب) و (د) (ذكرنا)
(٣) في (ب) و (د) (لو)
(٤) في (د) (غصبتنيها) .
(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (الآخر) .

وجوبه ، ان قلنا كل مجتهد مصيب لجواز أن يكون هو المصيب ، وكذا ان قلنا إن المصيب واحد لأن المجتهد اذا كان يجوز خلاف ما غلب على ظنه ونظر في متمسك مخالفه ، فرأى له موقعا ، فينبغي له أن يراعيه على وجه ، وكذا الخلاف بين المجتهدين ، اذا كان أحدهما إماما لما في المخالفة من الخروج (على)[1] الأئمة ، وقد صح عن ابن مسعود (رضي الله[2] عنه) أنه عاب على عثمان (رضي الله[3] عنه) صلاته بمنى أربعا وصلى معه ، فقيل له في ذلك فقال:الخلاف شر .

قال الشيخ أبو محمد بن عبد السلام في القواعد أطلق بعض أكابر الأصحاب ، قيل ويعني به (ابن أبي[4] هريرة) أن الخروج من الخلاف حيث وقع أفضل من التورط فيه ، وليس كما أطلقه ، بل الخلاف أقسام :

الأول :

أن يكون في التحليل والتحريم فالخروج من الخلاف (بالاجتناب)[5] أفضل .

الثاني :

أن يكون الخلاف في الاستحباب والايجاب ، فالفعل أفضل .

الثالث :

أن يكون الخلاف في الشرعية ، كقراءة البسملة في الفاتحة ، فانها مكروهة عند مالك (رحمه[6] الله) واجبة عند الشافعي (رحمه [7] الله) ، (وكذلك صلاة

---

(١) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (عن) .
(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٤) في (ب) (ابن هريرة) .
(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل [بالتخيير] .
(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

الكسوف على الهيئة المنقولة في الحديث)[1] ، فانها سنة عند الشافعي (رحمه الله)[2] وأنكره أبو حنيفة «رضي الله[3] عنه » ، «فالفعل[4] أفضل » .

قال والضابط أن مأخذ الخلاف ، إن كان في غاية الضعف ، فلا نظر اليه لا سيما ، اذا كان مما ينقض الحكم بمثله ، وان تقاربت الأدلة ، بحيث لا يبعد قول المخالف كل البعد ، فهذا مما يستحب الخروج منه حذرا من كون الصواب مع الخصم انتهى .

قلت:لمراعاته شروط :

أحدها :

أن يكون مأخذ المخالف قويا ، فان كان واهيا لم «يراعَ »[5] - كالرواية المنقولة عن أبي حنيفة «رضي الله[6] عنه » في بطلان الصلاة برفع اليدين ، فان بعضهم أنكرها وبتقدير ثبوتها لا يصح لها مستند ، والأحاديث الصحيحة معارضة

---

(١) الحديث الذي فيه هيئة صلاة الكسوف أخرجه البخاري ومسلم والترمذي وأبو داود وابن ماجه والنسائي وسنذكر هنا الرواية التي في صحيح البخاري ثم نشير بعد ذلك الى الصفحات التي يوجد فيها هذا الحديث وبالطرق التي روى بها في غير البخاري - ففي صحيح البخاري فتح الباري جـ٢ ص١٨٣ جاء ما يلي (عن أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الكسوف فقام فأطال القيام ثم ركوع فأطال الركوع ثم قام فأطال القيام ثم ركع فأطال الركوع ثم رفع ثم سجد فأطال السجود ثم رفع ثم سجد فأطال السجود ثم قام فأطال القيام ثم ركع فأطال الركوع ثم رفع فأطال القيام ثم ركع فأطال الركوع ثم رفع فسجد فأطال السجود ثم رفع ثم سجد فأطال السجود ثم انصرف) هذا ما ورد في صحيح البخاري وأما الصفحات التي يوجد فيها هذا الحديث في غير البخاري فهي على التوالي - صحيح مسلم شرح النووي جـ٦ ص٢٠٠ - ٢٠١ صحيح الترمذي جـ٣ ص٣٤ - ٣٩ - سنن أبي داود بشرحه المنهل جـ٧ ص٢٠ - ٣٤ - ابن ماجه جـ١ ص ٤٠١ - ٤٠٢ - سنن النسائي جـ٣ ص١٢٨ - ١٤٦ ,

(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

(٤) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) و (د) وسقطتا من الأصل .

(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (يراعى) .

(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

لها ، وكذلك ما نقل عن «عَطاء»[1] من اباحة وطء الجواري بالعارية وهو أولى من قول الرافعي : إنما وجب الحد ، « لأنهم »[2] لم يصححوا النقل عنه «فانا »[3] نقول ، ولو صح فشبهته « ضعيفة ، لا أثر لها »[4] ، فإن الأبضاع لا تباح بالإذن ، كما في بضع الحرة فصار كشبهة الحنفي في النبيذ ، فإنه لا أثر لها ، وسواء كان الاختلاف في المذاهب السالفة ، كما ذكرنا أو في مذهبنا كخلاف الاصطخري في تحريم التصوير وقوله ، إنما حرم لقرب عهد الناس «بالأصنام »[5] .

واعلم أن ظاهر كلام القفال مراعاة الخلاف ، وإن ضعف المأخذ إذا كان فيه احتياط ، فإنه قال في فتاويه ، اذا نقص «من »[6] «القلتان »[7] شيء يسير « ووقع[8] فيهما » نجاسة ، قال ينبغي أن يقلد من يقول القلتين خمسمائة « رطل »[9] تحديدا ، فاذا نقص شيء ووقع فيها نجس تأثرت وحينئذ يتيمم ثم يقضي بناء على المذهب وهو أن هذا لا يتأثر بالنجاسة ، وكأنه رأى استحباب الاعادة للخروج من الخلاف . وقال المتولي في التتمة يستحب «التحجيل »[10] في

---

(١) هو عطاء بن أسلم بن صفوان تابعي من أجلاء الفقهاء كان عبدا أسود ـ ولد في جند باليمن ونشأ بمكة فكان مفتي أهلها ومحدثهم ـ وتوفي بها ـ قيل سنة خمس عشرة ومائة ـ وقيل سنة أربع عشرة ومائة وهو الصحيح ـ انظر طبقات ابن سعد جـ٥ ص٤٦٧ ـ ٤٧٠ ـ صفو ة الصفوة جـ٢ ص١١٩ ـ ميزان الاعتدال جـ٢ ص١٩٧ ـ حلية الأولياء جـ٣ ص٣١٠ ـ الوفيات جـ١ ص١٣٨ ـ نكت الهميان ص١٩٩ ـ

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « كأنهم » .

(٣) في (د) «فانها »

(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « ضعيفة وسواء كان الاختلاف في لا أثر لها » .

(٥) في (د) «بالأحكام » .

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و (د) .

(٧) في (ب) «القلتان » .

(٨) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «ووضع فيها » .

(٩) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و (د) .

(١٠) قال في المصباح جـ١ ص٥٧ ط .الثالثة «التحجيل في الوضوء غسل بعض العضد وغسل بعض الساق مع غسل اليد والرجل » .

التيمم ، لأن عند « الأزهري »[1] مسح جميع «اليد »[2] واجب ليخرج بذلك عن الخلاف هذا مع ثبوت الأحاديث الصحيحة بالاقتصار على الكفين .

الثاني :

أن لا تؤدي مراعاته الى خرق الاجماع ، كما نقل عن ابن سريج أنه كان يغسل أذنيه مع الوجه ويمسحهما مع الرأي ويفردهما بالغسل مراعاة لمن قال أنهما من الوجه أو الرأس أو عضوان مستقلان فوقع في خلاف الاجماع ، « اذ »[3] لم يقل أحد بالجمع وقال النووي من غلطه في ذلك فغالط ، فان الشافعي «رحمه [4] الله » والأصحاب استحبوا غسل « النزعتين »[5] مع الوجه مع أنهما[6] يمسحان في الرأس أي للخروج من خلاف من قال هما من الوجه ، ولم يقل أحد «بوجوب »[7] غسلهما ومسحهما ، ومع ذلك استحبوه .

الثالث :

أن يكون الجمع بين المذاهب ممكنا ، فان لم يكن كذلك ، فلا يترك الراجح

---

(١) هو أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهر المعروف بالأزهري الأمام في اللغة ـ ولد بهراة سنة اثنتين وثمانين ومائتين ـ كان فقيها صالحا غلب عليه علم اللغة وصنف فيه كتابا سماه التهذيب وصنف أيضا في التفسير وشرح ألفاظ مختصر المزنى ـ توفي رحمه الله تعالى بهراة سنة سبعين وثلثمائة في أواخرها وقيل في شهر ربيع الآخر وقيل سنة احدى وسبعين وثلثمائة ـ انظر معجم الأدباء جـ١٧ ص١٦٤ ـ ابن خلكان ح٣ ص٤٥٨ ـ طبقات ابن السبكي جـ٣ ص٦٣ ـ تذكرة الحفاظ جـ٣ ص١٦٠ شذرات الذهب ص٧٢ ـ طبقات ابن هداية الله ص٣٠ بغية الوعاة جـ١ ص١٩ ـ اللباب جـ١ ص٣٨ .

(٢) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «البدن » .

(٣) في (د) «رده »

(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «البرعتين » قال في المصباح حـ٢ ص١١٦ ط . الثالثة « نزع نزعا من باب تعب انحسر الشعر عن جانبي جبهته فالرجل أنزع والمرأة زعراء ولا يقال « نزعاء من لفظه » وموضع النزع نزعة مثل قصبة وهما نزعتان » وأيضا انظر القاموس المحيط ج٣ ص٩١ ط . الثانية .

(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «أنهما مع » .

(٧) في (د) «بالوجوب » .

عند معتقده لمراعاة المرجوح ، لأن ذلك عدول عما وجب عليه من اتباع ما غلب على ظنه وهو لا يجوز قطعا .

ومثاله الرواية عن أبي حنيفة « رضي[1] الله عنه » في اشتراط المصر الجامع في انعقاد الجمعة ، لا يمكن مراعاته عند من يقول أن أهل القرى اذا بلغت العدد الذي ينعقد به الجمعة لزمتهم ، ولا « يجزيهم »[2] الظهر فلا يمكن الجمع بين القولين .

ومثلها أيضا قول بعض أصحابنا أن من تقدم الامام بقراءة الفاتحة وجب عليه اعادتها ، فان القائل بهذا الوجه ، لا يمكن معه مراعاة القائل بأن تكرار الفاتحة مرتين مبطل ، إلا أن يخص البطلان بغير «العذر »[3] .

« ومثلها »[4] أيضا قول أبي حنيفة «رضي الله[5] عنه » أول وقت العصر مصير ظل الشيء مثليه،وقول الاصطخري من أصحابنا ان هذا آخر وقت العصر مطلقا ويصير بعده قضاء ، وان كان هذا وجها ضعيفا غير أنه لا يمكن الخروج من خلافهما جميعا ، وكذلك الصبح ، فان عند الاصطخري « أن »[6] يخرج وقت الجواز بالأسفار وذلك الوقت عند أبي حنيفة « رضي [7] الله عنه » هو الأفضل قلت يمكن «بفعلها »[8] مرتين في الوقتين . وكذلك أيضا يضعف الخروج من الخلاف ، اذا أدى « المنع »[9] من العبادة لقول المخالف بالكراهة أو المنع كالمشهور من قول

(١) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل «يجزيه » وفي (د) «يجزي »
(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «العدد » .
(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « ومنها »
(٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٦) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(د) .
(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٨) في (ب) «فعلها » .
(٩) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (المنيع) .

مالك أن العمرة لا تتكرر في السنة ، وقول أبي حنيفة «رضي الله عنه »[1] أنها تكره « للمقيم بمكة »[2] في أشهر الحج ، وليس التمتع مشروعا له وربما قالوا إنها تحرم فلا ينبغي للشافعي مراعاة ذلك ، لضعف مأخذ القولين ، ولما يفوته من كثرة الاعتمار ، وهو من القربات الفاضلة .

أما إذا لم يكن كذلك ، فينبغي الخروج من الخلاف ، لا سيما اذا كان فيه زيادة تعبد كالمضمضة والاستنشاق في غسل الجنابة يجب عند الحنفية وكذلك الاستنشاق عند الحنابلة في الوضوء والغسل من ولوغ الكلب ثمانية مرات والغسل من سائر النجاسات ثلاثا «لخلاف »[3] أبي حنيفة «رضي الله[4] عنه » وسبعا لخلاف احمد، والتسبيح في الركوع والسجود لخلاف احمد في وجوبها والتبييت في نية صوم النفل فان مذهب مالك «رحمه[5] الله » وجوبه واتيان القارن بطوافين[6] وسعيين مراعاة لخلاف أبي حنيفة «رحمه[7] الله » والموالاة بين الطواف والسعي لأن مالكا (رحمه[8] الله) يوجبها وكذلك التنزه عن بيع العينة ونحوه » من[9] «العقود المختلف فيها . وأصل هذا الاحتياط قول الشافعي «رضي الله[10] عنه » في مختصر المزني: فاما أنا فأحب أن لا أقصر في أقل من ثلاثة أيام احتياطا على نفسي. قال الماوردي أفتى بما قامت الدلالة عنده عليه أي من مرحلتين ثم احتاط لنفسه اختيارا لها وقال القاضي أبو الطيب أراد خلاف أبي حنيفة «رضي الله[11] عنه » وهو كقوله في

(١) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٢) هاتان الكلمتان سقطتا من (د) .
(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (بخلاف) .
(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٦) في (د) «بطرابين وتعيين » .
(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)
(٨) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٩) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (بين) .
(١٠) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (د) .
(١١) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

الصلاة خلف المريض القاعد قائما الأفضل أن يستخلف صحيحا يصلي بهم حتى يخرج من الخلاف وكقوله إذا حلف فالأفضل أن لا يكفر بالمال إلا بعد الحنث ليخرج من الخلاف وقد أورد عليه أن من العلماء من شرط للقصر أكثر من ثلاثة أيام ولياليهن فكان ينبغي اعتباره والجواب ضعف دليل الزيادة عليها وقوة دليلها . ومن هنا كان الصوم أفضل للمسافر إن لم يتضرر « به »[1] وإن كانت الظاهرية لا يرونه جائزا إذ لا يعتبر خلافهم فيما ضعف مأخذه وأما قول القاضي الحسين أن الشافعي « رضي الله[2] عنه » أعتبر خلاف « داود »[3] في الكتابة في الجمع بين القوة والأمانة فقد « غلطه »[4] فيه ابن الرفعة فإن داود لم يدرك زمن الشافعي « رضوان الله[5] تعالى عليه » . قلت : إنما أراد « داود بن عبد[6] الرحمن العطار » « أحد أشياخ » الامام[7] الشافعي « رحمه[8] الله » سمعت ذلك « عن »[9] بعض الأشياخ .

سؤال :

«لم اعتبرتم »[10] الخلاف وان وهى على رأي ضعيف في مسألة عطاء في

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ، (د) وساقطة من الأصل .

(٢) في (ب) رحمه الله وساقطة من (د) .

(٣) هو داود بن علي بن داود بن خلف الأصفهاني وكنيته ابو سليمان وهو أول من استعمل قول الظاهر وأخذ بالكتاب والسنة وألغى ما سوى ذلك من الرأي والقياس وكان فاضلا صادقا ورعا توفي سنة سبعين ومائتين له مؤلفات كثيرة منها كتاب الايضاح وكتاب الدعوى والبيانات وغيرها انظر الفهرست لابن النديم ص٣١٧ الى ٣١٩ .

(٤) في (ب) غلط

(٥) في (ب) ، (د) «رضي الله عنه »

(٦) هو داود بن عبد الرحمن العطار كان أبوه نصرانيا وكان رجلا من أهل الشام وكان يتطبب ،قدم مكة فنزلها وولد له بها أولاد فأسلموا وكان يعلمهم الكتاب والقرآن والفقه ووالى آل جبير بن مطعم ولد داود سنة المائة وكان كثير الحديث توفي سنة أربع وتسعين ومائة وقد ذكره ابن سعد في الطبقة الخامسة ممن روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انظر طبقات ابن سعد جـ٥ ص٤٥٨ دار بيروت للطباعة والنشر .

(٧) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) ، (د) .

(٨) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٩) في (ب) و (د) «من » .

(١٠) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (لم لا اعتبرتم) .

اباحة الجواري فلم توجبوا الحد على وجه ولم تعتبروا خلاف أبي حنيفة « رضي الله[1] عنه » في القتل بالمثقل بل أوجبتم القصاص جزماً فهلا أجريتم خلافا كما أجريتم في مسألة عطاء والحدود تدرأ بالشبهات .

وأجاب بعض من لا تحقيق عنده بأن عطاء أجل من المخالفين في مسألة المثقل فمن ثَمّ اعتبر على رأي وان ضعف وهذا جواب بالجاة فإنا لا ننظر الى القائلين وانما ننظر الى الأقوال ومآخذها .

« وانما[2] الجواب » ان أبا حنيفة « رحمه[3] الله » لم يقل بحل قتل الناس بعضهم بعضا بالمثقل بل هو عنده عظيم من الوزر وانما خالف في وجوب القصاص به وعطاء أباح الجواري بالعارية فلو أباح أبو حنيفة «رحمه[4] الله » في المثقل ما أباحه عطاء في الجواري لروعي خلافه وإنما هو موافق لنا على التحريم ومن علم حرمة شيء مما يجب فيه الحد وجهل وجوب الحد لم ينفعه جهله بالحد بخلاف من جهل الحرمة أو ينازع فيها .

فائـدة :

قالوا يجب الحد في نكاح المتعة ان صح رجوع «ابن عباس[5] رضي الله

---

(١) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٢) في (د) «والجواب » .

(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٥) في الأصل و(د) ابن عباس فقط أي لم تذكر الجملة الدعائية في الأصل و(د) وذكرت في (ب) وابن عباس هو ابو العباس عبد الله بن العباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف رضي الله عنه ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ولابن عباس رضي الله عنهما من العمر ثلاث عشرة سنة دعا له النبي صلى الله عليه وسلم بقوله اللهم فقهه في الدين .
وكان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يعده من كبار الصحابة وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول: ابن عباس ترجمان القرآن اخذ عنه الفقه جماعة كثيرون منهم عطاء بن رباح وطاووس ومجاهد وسعد ابن جبير وغيرهم سيرته معروفة توفي رضي الله عنه بالطائف سنة ثمان وستين وهو ابن احدى وسبعين سنة أنظر طبقات الشيرازي ص١٨ ، ١٩ صفوة الصفوة حـ١ ص٣١٤ الى ص٣١٩ .

عنهما » لحصول الاجماع واستشكله الرافعي من جهة انهم نقلوا عن «زفر »[1] «رحمه الله »[2] أنه ألغى التأقيت وصحح النكاح مؤ بدا فيسقط الحد لذلك ويعضده أنه صح ذلك عن غير ابن عباس من السلف «رضي الله[3] عنهم » ولم ينقل عنه الرجوع فان لم نصحح رجوع ابن عباس «رضي الله عنهما »[4] فقد أجمعوا بعده على بطلانها. فإن قلنا انه اذا اختلف أهل عصر في مسألة على قولين ثم اتفق من بعدهم أن ذلك يصير مجمعا عليه (وجب)[5] الحد والا فلا كالوطء[6] في سائر الأنكحة المختلف فيها وهو الأصح .

وقد يقال في الجزم بوجوب الحد عليه على القول الأول نظر فان الخلاف في المسألة محقق وان ادعى الأول نفيه. وفي فتاوى القفال اذا أذن «الراهن »[7] للمرتهن في وطء المرهونة فوطئها عالما بالتحريم قيل لا يحد لخلاف عطاء . والصحيح وجوبه فقيل ان هذا يبطل «بنكاح »[8] المتعة فانه لا يجب الحد بالوطء فيه وان لم يكن به قائل اليوم فقال لا يصح لأنه كان يقول به قوم من بعد الخلاف في الزمن الأول والأخبار فيه كثيرة بخلاف هذا . قيل له : فما[9] الفرق بين النكاح بلا ولي وبين شرب المسكر حيث أُوجب الحد هناك ولم يوجب ها هنا فقال لأن الخلاف

---

(١) هو ابو الهذيل زفر بن الهذيل بن قيس من بني العنبر وهو صاحب الامام ابي حنيفة رحمه الله ولد زفر سنة عشر ومائة من الهجرة جمع في حياته بين العلم والعبادة كان من أصحاب الحديث لكنه غلب عليه الرأي فكان بذلك أقيس أصحاب ابي حنيفة توفي سنة ثمان وخمسين ومائة من الهجرة أنظر طبقات الشيرازي ص١٣٥ المعجم حـ١ ص٢٢٩ طبقات ابن سعد حـ٦ ص٣١٧ الفهرست لابن النديم ص٢٩٩ مطبعة الاستقامة .

(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٥) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل «ووجب » .

(٦) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (كوطى) .

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ، وساقطة من الأصل و(د) .

(٨) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (نكاح) .

(٩) في (ب) ، (د) (ما)

هناك وقع في الحد والخلاف في الحد لا يسقط الحد كما ان الخلاف في الشيء المسروق لا يمنع وجوب القطع ولا نظر الى الخلاف كذا هاهنا والخلاف في النكاح بلا ولي وقع في اباحة ذلك الوطء وفي انعقاد النكاح قيل له وكذلك هاهنا وقع الخلاف في أن شربه مباح أم لا فعندنا لا وعند أبي حنيفة «رحمه الله »[1] مباح فلم ينفصل عنه بشيء .

وكتب الشيخ الامام « دوير »[2] الكرخي على الحاشية جوابا عن هذا الاشكال فقال : حد الخمر للجناية على العقل المفضية إلى المفاسد والقليل يدعو إلى الكثرة المفسدة فزجر عنه تأكيدا وهو أمر حسي كما في الخمر وحد الزنى لافساد الفرش في موضع « اتيان »[3] الأمة وذلك حكم لم يثبت ها هنا مع إجازة بعض العلماء مضافا إلى الشرع بالدليل فلذلك « سقط »[4] « ولهذا » لا[5] يمنع الشهادة .

الثاني :

اذا وقع الخلاف في وجوب شيء فأتى به من لا يعتقد وجوبه احتياطا كالحنفي ينوي في الوضوء ويبسمل في الصلاة فهل يخرج من الخلاف وتصير العبادة منه صحيحه بالاجماع ؟

قال «الاستاذ أبو اسحاق[6] الاسفراييني » لا يخرج به عن الخلاف لأنه لم

(١) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٢) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل « زوير » .
(٣) في (ب) (اتفاق) .
(٤) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (لسقط) .
(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ؛ (د) وساقطة من الأصل .
(٦) هو الاستاذ ابو اسحاق ركن الدين ابراهيم ابن محمد ابن ابراهيم ابن مهران الاسفراييني أحد أئمة الدين كلاما وأصولا وفروعا جمع اشتات العلوم واتفقت على تبجيله من تصانيفه الجامع في أصول :

يأت به على اعتقاد وجوبه ومن اقتدى بـ « ممن يخالفه »[1] لا تكون صلاته صحيحة بالاجماع وقال الجمهور بل يخرج لأجل وجود الفعل وعلى هذا فلو كان هناك حنفي هذا حاله وآخر يعتقد وجوبه فالصلاة خلف الثاني أفضل لأنه لا يخرج بالأول عن الخلاف بالاجماع فلو قلد فيه « فكذلك »[2] للخلاف في امتناع التقليد .

فإن قيل هل من طريق في الخروج من الخلاف في الصلاة بالاجماع .

قلت قد علمت أن الإتيان به من غير اعتقاد ايجابه لا يكفي على رأي وتقليد من يرى الوجوب «فيه »[3] واعتقاد « حقيقته »[4] لا يكفي أيضا لأن في الانتقال من المذاهب خلافاً فالأولى أن يقدر فعل ذلك ليقع واجبا ولو مسح الشافعي جميع رأسه في الوضوء وصلى خلفه المالكي فالظاهر أنه يخرج من الخلاف ولا يجري فيه خلاف ابي اسحاق لأمرين .

أحدهما : أنه اذا مسح الجميع يقع واجبا على رأي عندنا .

الثاني: أن « الامام »[5] الشافعي «رضي الله[6] عنه » «بدأ »[7] في «نية »[8] الوضوء باجماع وهذه النية اقتضت عند مالك «رحمه[9] الله » وجوب مسح الرأس فوقع مسح

= الدين والرد على الملحدين ومسائل الدور وتعليقة في أصول الفقه توفي يوم عاشوراء سنة ثماني عشرة واربع مائة انظر طبقات ابن السبكي جـ٣ ص١١١ ، ١١٢ شذرات الذهب جـ٣ ص٢٠٩ طبقات الشيرازي ص١٠٦ ، البداية والنهاية جـ١٢ ص٢٤ .

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (من مخالفيه) .

(٢) في (د) (بذلك) .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .

(٤) في (ب) حقيته) .

(٥) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و (د) .

(٦) في (ب) «رحمه الله » وساقطة من (د) .

(٧) في (د) (يرى) .

(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل ، (د) (نية) .

(٩) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

الرأس بنية واجبة لأن تفصيل النية عند كل عضو «غير»[1] واجب لدخوله في النية المطلقة فظهر أنه اذا مسح جميع رأسه خرج من خلاف مالك «رحمه[2] الله» وان اعتقد الندب في مسح جميع الرأس .

« نعم »[3] ينبغي أن يمسح الجميع بنية مطلقة ليخرج من الخلاف،فإن مسح بنية الندب كان صارفا عن وقوعه عن الايجاب عند مالك «رحمه الله »[4] .

واعلم أن كلام القفال يقتضي موافقة الاستاذ فانه قال في فتاويه اختياري أن أوتر بركعة . فإن قيل ينبغي أن يوتر بثلاث ليخرج من الخلاف ويكون احتياطا كما قال الشافعي «رحمه الله »[5] في القصر في «ثلاث »[6] .

قلنا:هذا لا يشبه ذاك لأنه اذا أوتر بثلاث وقعد في «الثانية »[7] للتشهد كما يقول أبو حنيفة «رحمه الله »[8] لا يكون ذلك خروجا من الخلاف لأنه انما ينوى به التطوع وان اتفق الفعلان وعند ابي حنيفه « رحمه الله »[9] لا يؤدي الوتر بنية التطوع وان نوى بتلك الصلاة الوتر فقط لا يكون أيضا خروجا بالاتفاق لأن اعتقاد الشافعي أن الوتر ليس بواجب وهو وإن نوى الوتر لا يكون (تاما يخرج به من الخلاف لتضاد الاعتقاد وفيما دون ثلاث مراحل الاتمام)[10]أولى من القصر لأن ذلك ينبني على أصل،واذا بلغ ثلاث مراحل حينئذ نأمره بالقصر فينتقل من حكم الأصل بيقين .

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ، (د) وساقطة .
(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) من الأصل .
(٣) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصلا (فوقع نعم) .
(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (ثلاثة) .
(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل (د) (الثالثة) .
(٨) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٩) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(١٠) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) ، (د) .

الثالث :

أن الانكار من المنكر انما يكون فيما « اجتمع »[1] عليه فاما المختلف فيه فلا انكار فيه لأن كل مجتهد مصيب،أو المصيب واحد ولا نعلمه،ولم يزل «الخلاف »[2] بين السلف في الفروع ولا ينكر أحد على غيره مجتهَدا فيه وانما ينكرون ما خالف نصا أو اجماعا قطعيا أو قياسا جليا وهذا اذا كان الفاعل لا يرى تحريمه فان كان يراه فالأصح الانكار كما قاله الرافعي في الوليمة .

فان قيل فلو شرب الحنفي النبيذ حَدَدْناه وأي انكار أعظم من الحد،قلنا:لأن الحد الى الامام فاعتبر فيه عقيدته والانكار «يعتمده »[3] عقيدة الفاعل ولهذا لم ترد شهادته .

الرابع :

قد يرتكب في المناظرة الخلاف لأنه موضع ضرورة وقد يكون صاحبه في مهلة النظر فلا ينبغي نقله الا اذا تحقق استقراره عليه ومن ثم لم يحسن نقل الرافعي وغيره وجها في صوم النفل بعد الأكل قبل الزوال عن أبي زيد فانه انما قال ذلك في مجلس « المرافعة »[4] ، كما حكاه القاضي الحسين وغيره ، وكذلك نَقْله عن «أبي يعقوب[5] الأبيوردي » جواز طواف الوداع بغير طهارة ، قال الامام ، وانما قال هذا

(١) في (ب) (اجمع) .

(٢) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (الحلف) .

(٣) في (د) (يعتمد) .

(٤) في (د) (المتابعة) .

(٥) هو أبو يعقوب يوسف بن محمد الأبيوردي أخذ عن أبي طاهر الزبادى ، وأخذ عنه الشيخ أبو محمد الجويني له تصانيف منها كتاب المسائل في الفقه الذي جذب اليه الفقهاء ـ توفي رحمه الله تعالى في حدود الأربعمائة، كما في طبقات الامام الـ كي وهدية العارفين ـ أما الأسنوي فقد ذكر أنه لم يقف له على تاريخ وفاة ـ انظر طبقات ابن السبكي جـ٥ ص٣٦٢ ـ هدية العارفين جـ٢ ص٥٥٠ ـ طبقات ابن هداية الله ص٣٩ طبقات العبادي ص١٠٩ ـ طبقات الاسنوي جـ١ ص٦٠ ـ ٦١

من حيث « انه »[1] ألزم وقيل له : لو جاز جبر طواف «الوداع[2] بالدم » لجاز جبر الطهارة «به »[3] كالدم فارتكبه ، وقال يجبر بالدم ، وهذا غلط ، فان الجبر للطواف لا للطهارة ، ويشهد لذلك أيضا قول الأصحاب أن المنصور في الخلاف أن الخلع فسخ ، وان كان المذهب أنه طلاق .

الخامس :

ذكر «ابن هبيرة »[4] في مسائل الاجماع أنه «قد »[5] يتعذر الخروج من الخلاف ، كما في البسملة فان الجهر بها عند الشافعي «رحمه[6] الله » هو السنة (وعند أبي حنيفة «رحمه الله» وأحمد « رحمه الله» الاسرار هو السنة)[7] ، وعند مالك «رحمه[8] الله » الترك بالكلية ، وقد يقال اذا كان المنع مع الأكثر كان هو الأولى ، هذا في المقلد ، فأما المجتهد فمع اجتهاده ، قال على أن المجتهد اليوم لا يتصور لاجتهاده في هذه المسائل التي قد تحررت في المذاهب ثمرة[9] ، لأن الفقهاء « رحمهم[10] الله » المتقدمين قد فرغوا من ذلك وأتوا بمبالغ الأقسام لها فلا يؤدي إجتهاد المجتهد ، الا الى مثل مذهب واحد منهم انتهى .

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٢) في (د) ذكر كلام بعد كلمة (الوداع) وقبل كلمة (بالدم) ، وهذا الكلام كان قد سبق ذكره ولكن الناسخ أشكل عليه الأمر فأعاده بين هاتين الكلمتين ووضع على بعضه خطوطا فما جاء في (د) هو (الوداع بغير طهارة ، قال الامام وإنما قال هذا من حيث أنه لزم وقيل لو جبر طواف الوداع بالدم) .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٤) في (د) «ابن أبي هبيرة » .

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .

(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٧) ما بين القوسين ساقط من الأصل و(د) ومذكور في (ب) .

(٨) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٩) هكذا في (ب) وفي الأصل (ثمده) وفي (د) مستمرة .

(١٠) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

ومن هذا «أيضا[1] » قال الشيخ عز الدين قد يتعذر الورع على الحاكم في مسائل الخلاف ، كما اذا كان ليتيم على يتيم حق مختلف في وجوبه ، فلا «يمكنه »[2][3] الصلح ههنا « اذ[3] لا » يجوز المسامحة بمال أحدهما ، وعلى الحاكم التورط في الخلاف ، وكذلك حكم الأب والوصي .

السادس :

اذا اختلفت الروايات في ايقاع العبادات على اوجه متعددة فمن العلماء (رحمهم [4] الله) من سلك طريقة الترجيح باختيار « أحدهما »[5] ، وهي طريقة « الامام »[6] الشافعي « رحمه[7] الله » غالبا .

ومنهم من سلك طريقة الجمع بفعلها في أوقات ويرى ان الاختلاف من الجنس المباح ، وهو رأى ابن سريج ، ولذلك أمثلة :

منها « الأحاديث الواردة في دعاء الاستفتاح »[8] ، ورجح الشافعي « رحمه الله »[9] « حديث التوجه »[10] لموافقته للقرآن .

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) ساقطة من الأصل

(٢) في (ب) و (د) «يمكن » .

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « إلا » .

(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٥) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « أحدهما » .

(٦) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و(د) .

(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٨) الأحاديث الواردة في دعاء الاستفتاح كثيرة ـ أنظر صحيح مسلم بشرح النووي جـ ٥ ص ٩٦ ـ ٩٧ وصحيح الترمذي جـ ٢ ص ٤٠ ـ ٤١ ـ ٤٢ ـ وسنن أبي داود بتعليقات الشيخ أحمد سعد علي جـ ١ ص ١٧٦ ـ ١٧٩ وسنن ابن ماجه جـ ١ ص ٢٦٤ ـ ٢٦٥ ـ وسنن النسائي جـ ٢ ص ١٣٢ والمستدرك جـ ١ ص ٢٣٥ .

(٩) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(١٠) حديث التوجه أخرجه أبو داود في سننه باللفظ التالي عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه « قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا قام إلى الصلاة كبر ، ثم قال وجهت وجهي للذي فطر السموات

ومنها « أحاديث[1] التشهد » ورجح » الامام[2] « الشافعي » رحمه الله »[3] « أحاديث ابن عباس[4] ، لموافقته للقرآن ، ولأن الحكم للأحدث .

ومنها كيفية قبض أصابع اليمنى على الركبة في التشهد « فيه أوجه »[5] لاختلاف « الأحاديث »[6] ، « وأصحها أنه يضعها تحت المسبحة ، كأنه عاقد ثلاثا[7] وخمسين ، ثم قال ابن الصباغ وغيره : وكيف ما فعل من هذه الهيئات ،

= والأرض حنيفاً مسلماً وما أنا من المشركين » الخ الحديث ـ انظر سنن أبي داود بتعليقات الشيخ أحمد سعد على جـ ١ ص ١٧٥ ـ وهذه الرواية موافقة للقرآن في قوله تعالى في سورة الأنعام الآية رقم ٧٩ « إني وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيفاً وما أنا من المشركين » .

وانظر سنن النسائي فيما يتعلق بالتوجه جـ ٢ ص ١٣٠ ـ وانظر فيما يتعلق بالتوجه وغيره نيل الأوطار للشوكاني الطبعة الثانية جـ ٢ ص ١٩٧ ـ ٢٠٢ وأيضاً أنظر الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان فيما يتعلق بالتوجه وغيره من الدعاء جـ ٣ ص ١٩٦ ـ ٢٠٣ الطبعة الأولى .

(١) أحاديث التشهد أخرجها مسلم والترمذي وأبو داود وابن ماجه وغيرهم بعدة طرق انظر صحيح مسلم بشرح النووي حـ ٤ ص ١١٥ ـ ١١٩ ـ وصحيح الترمذي حـ ٢ ص ٨٣ ـ ٨٥ وسنن أبي داود بشرح المنهل العذب حـ ٦ ص ٧٠ ـ ٨٣ وسنن ابن ماجه حـ ١ ص ٢٩٠ ـ ٢٩١ ـ ٢٩٢ .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٤) أحاديث ابن عباس الأحاديث التي رويت عن ابن عباس رضي الله عنهما في هذا المقام كثيرة ونحن نكتفي بما جاء في صحيح مسلم ، ففي صحيح مسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن فكان يقول التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً رسول الله » ـ انظر صحيح مسلم بشرح النووي جـ ٤ ص ١١٨ ـ ١١٩ ـ ورواية ابن عباس هذه هي الموافقة للقرآن في قوله تعالى في سورة النور الآية رقم ٦١ « فإذا دخلتم بيوتاً فسلموا على أنفسكم تحية من عند الله مباركة طيبة » ، كما قاله النووي في شرح مسلم حـ ٤ ص ١١٥ .

(٥) في (د) (فتردد فيه) .

(٦) الأحاديث الواردة في هذا المقام كثيرة ـ انظر صحيح مسلم بشرح النووي حـ ٥ ص ٧٩ إلى ٨٢ وسنن ابن ماجه حـ ١ ص ٢٩٥ ـ وسنن النسائي حـ ٢ ص ٢٣٦ ـ ٢٣٧ وحـ ٣ ص ٣٦ ـ ٣٧ .

(٧) جاء هذا في رواية عن ابن عمر أخرجها مسلم في صحيحه وهي عن ابن عمر (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا قعد في التشهد وضع يده اليسرى على ركبته اليسرى ووضع يده اليمنى على ركبته اليمنى وعقد ثلاثة وخمسين وأشار بالسبابة ـ انظر صحيح مسلم بشرح النووي حـ ٥ ص ٨٠ .

فقد أتى بالسنة ، لأن الأخبار قد[1] وردت بها جميعا وكأنه صلى الله عليه وسلم كان يصنع هكذا مرة وهكذا مرة ، كذا نقله الرافعي ونقله ابن يونس في شرح الوجيز عن المحققين .

ومنها الجمع في اجابة المؤذن بين الحيعلة والحوقلة عملا « بحديث التفصيل »[2] « والاطلاق »[3] ، « لكن » الامام[4] « الشافعي » رحمه الله »[5] أخذ بحديث التفصيل »[6] ، لأنه مفسر مبين وهو قاض على « المجمل »[7] .

ومنها الخلاف في تثنية الأذان وافراد الاقامة نقل الماوردي عن ابن سريج انه من الاختلاف في المباح ، وليس بعضه أولى من بعض ، ثم قال وهذا قول « منطرح »[8] باجماع المتقدمين على أن الخلاف في أولاه وأفضله ونقل البيهقي عن

---

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (وردت قد) .

(٢) حديث التفصيل أخرجه مسلم وغيره ، ففي صحيح مسلم جاء ما يلي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا قال المؤذن الله أكبر الله أكبر فقال أحدكم الله أكبر الله أكبر ثم قال أشهد أن لا إله إلا الله قال اشهد أن لا إله إلا الله ثم قال أشهد أن محمداً رسول الله قال أشهد أن محمداً رسول الله ثم قال حي على الصلاة قال لا حول ولا قوة إلا بالله ثم قال حي على الفلاح قال لا حول ولا قوة إلا بالله ثم قال الله أكبر الله أكبر قال الله أكبر الله أكبر ثم قال لا إله إلا الله قال لا إله إلا الله من قلبه دخل الجنة انظر صحيح مسلم بشرح النووي حـ ٤ ص ٨٥ ـ ٨٦ ـ وانظر ما جاء في صحيح البخاري حـ ٢ ص ٧٤ ـ وانظر سنن أبي داود حـ ٤ ص ١٩٩ ـ ٢٠٠ ـ والنسائي حـ ٢ ص ٢٣ ـ ٢٥ .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) وأحاديث الإطلاق أخرجها البخاري ومسلم ، ففي صحيح البخاري فتح الباري حـ ٢ ص ٧٢ جاء ما يلي عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « قال إذا سمعتم النداء فقولوا مثل ما يقول المؤذن » . وهذه الرواية أيضاً في صحيح مسلم بشرح النووي حـ ٤ ص ٨٤ و٨٥ .

(٤) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) .

(٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٦) الكلام المشار إليه في القوسين ، والذي يبدأ بكلمة (لكن) وينتهي بكلمة (التفصيل) ساقط من (د) .

(٧) في (ب) (المجمل) .

(٨) في (ب) « مطرح » وفي (د) « مصرح » .

« ابن خزيمة »[1] نحو ما قاله ابن سريج .

ومنها الاختلاف في سجود السهو قبل السلام « وبعده »[2] ، ورجع الشافعي « رحمه الله »[3] قبل السلام ، لأنه أحدث الأمرين وفي موضع جمع بينهما ، فحمل ما قبله على ما اذا كان بنقص وبعده على ما اذا كان بزيادة وحمل اختلاف الروايات عليه .

ومنها صلاة الخوف في الأنواع المشهورة ، ونزلها الشافعي « رحمه الله »[4] على كون العدو في جهة القبلة تارة ، وعلى « ما اذا »[5] « لم يكن » أخرى[6] وأخذ في صلاة ذات[7] الرقاع « برواية سهل »[8] وقدمها على رواية ابن[9] عمر لأنها أحوط

(١) هو أبو بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة الملقب بإمام الأئمة ـ ولد في صفر سنة ثلاث وعشرين ومائتين ـ تفقه على الربيع ـ توفي في ثاني ذي القعدة سنة إحدى عشرة وثلاثمائة ـ انظر طبقات ابن السبكي حـ ٣ ص ١٠٩ ـ طبقات الشيرازي ص ١٠٥ العبر حـ ٢ ص ١٤٩ .

(٢) في (د) « أو بعده » .

(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « إذا ما » .

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .

(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (في باب صلاة الرقاع) .

(٨) رواية سهل أخرجها البخاري ومسلم والترمذي وأبو داود والنسائي ففي صحيح البخاري فتح الباري حـ ٧ ص ٣٤٠ و٣٤١ جاء ما يلي (عن سهل بن أبي حثمة قال يقوم الإمام مستقبل القبلة وطائفة منهم معه وطائفة من قبل العدو وجوههم إلى العدو فيصلي بالذين معه ركعة ثم يقومون فيركعون لأنفسهم ركعة ويسجدون سجدتين في مكانهم ثم يذهب هؤلاء إلى مقام أولئك فيركع بهم ركعة فله ثنتان ثم يركعون ويسجدون سجدتين (هذا ما ورد في البخاري وأيضاً انظر صحيح مسلم بشرح النووي حـ ٦ ص ١٢٨ وسنن الترمذي حـ ٣ ص ٤٤ ـ وسنن أبي داود حـ ٧ ص ١٠٤ و١٠٥ ـ (المنهل العذب) وسنن النسائي حـ ٣ ص ١٧٠ ، ١٧١ .

(٩) رواية ابن عمر أخرجها البخاري وغيره ففي صحيح البخاري فتح الباري حـ ٢ ص ٣٤٤ وحـ ٧ ص ٣٤٢ جاء ما يلي (عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل نجد فوازينا العدو فصافقنا لهم فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي لنا فقامت طائفة معه تصلي وأقبلت طائفة على العدو وركع رسول الله صلى الله عليه وسلم بهم ركعة وسجد سجدتين ثم إنصرفوا مكان الطائفة التي لم تصل فجاؤ وا فركع رسول الله صلى الله عليه وسلم بهم ركعة وسجد سجدتين ثم سلم فقام كل واحد منهم فركع لنفسه ركعة وسجد سجدتين) هذا وانظر

للحرب وأقل مخالفة لقاعدة الصلاة .

ومنها عدد التكبيرات في صلاة الجنازة ، قال ابن سريج ما ورد من الزيادة عليها من الاختلاف المباح ، والجميع سائغ ، وخالفه الجمهور وقالوا كان فيه خلاف في الصدر الأول ، ثم انعقد الاجماع على الأربع.نعم ، لو خمس عمداً لم تبطل في الأصح ، « لثبوتها في صحيح مسلم »[1] ، وهو ظاهر اذا فعله عن اجتهاد أو تقليد ، والا فيبطل ، لأنه كالعابث .

ومنها « قوله »[2] اللهم اني ظلمت نفسي ظلما كثيرا بالثاء المثلثة ، ويروى « بالباء[3] الموحدة » ، قال النووي وينبغي الجمع بينهما وهو بعيد ، بل الأولى تنزيله على اختلاف الأوقات ، فتقول هذا مرة وهذا مرة .

* الخيار يتعلق به مباحث *

الأول :

شرع لدفع الغبن ، وهو اما لدفع ضرر متوقع ، وهو خيار المجلس والشرط ، فانهما انما ثبتا[4] لضرر يتوقع العاقد حصوله فيستدركه في مجلس العقد أو مدة الخيار ويتخلص منه .

= صحيح مسلم حـ ٦ ص ١٢٤ - ١٢٥ - والترمذي حـ ٣ ص ٤٢ - ٤٣ وسنن أبي داود (المنهل العذب) حـ ٧ ص ١١٦ - ١١٧ - والنسائي حـ ٣ ص ١٧١ - ١٧٢ .

(١) في صحيح مسلم عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال كان زيد يكبر على جنائزنا أربعاً وأنه كبر على جنازة خمساً فسألته فقال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبرها انظر صحيح مسلم بشرح النووي حـ ٧ ص ٢٦ وهذه الرواية أيضاً في سنن ابن ماجه وفيه أيضاً رواية أخرى في هذا الشأن عن كثير ابن عبد الله عن أبيه عن جده انظر سنن ابن ماجه جـ ١ ص ٤٨٢ ،ن ٤٨٣ وهي أيضاً في السنن الكبرى للبيهقي جـ ٤ ص ٣٦ .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « قول » .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « بالموحدة » .

(٤) في (د) « قلنا » .

واما لدفع ضرر واقع كخيار العيب والشفعة وخلف الشرط ، وخيار عيوب النكاح ونحوه .

ثم الخيار ان كان مقدرا من جهة الشارع ، كخيار المجلس والشرط بثلاثة أيام وخيار التصرية ، اذا قدرناه بها فلا يوصف بفور ولا بتراخ .

وإما أن لا يقدر ، والضابط فيه ، اما أن يكون في تأخير الاختيار ضرر على « من يقابله »[1] ، فهو على الفور ، والا فهو على التراخي ، وهو ينقسم الى أربعة أقسام :

احد ها :

الاجارة ، كما اذا استأجر أرضا لزراعة فانقطع ماؤ ها ثبت الخيار للعيب ، قال الماوردي : وهو على التراخي ، لأن سببه تعذر نقض المنفعة وذلك يتكرر بمرور الزمان ويوافقه قول الرافعي ، لو أجاز ثم بدا له مكن من الفسخ ان كان يرجو زواله ، وقد غلط في هذه المسألة جماعة ، فأفتوا بأن خيار المستأجر ، اذا وجد عيبا على الفور كالرد بالعيب منهم (ابن الجميزي)[2] (وابن السكري)[3] .

---

(١) في (د) (مقابلة) .

(٢) هو بهاء الدين أبو الحسن علي بن أبي الفضائل هبة الله بن سلامة اللخمي الشهير بابن الجميز بجيم مضمومة وميم مشددة مفتوحة ـ ولد بمصر يوم عيد الأضحى سنة تسع وخمسين وخمسمائة وحفظ القرآن وهو ابن عشر سنين وقرأ الروايات على الشاطبي وتفقه على العراقي شارح المهذب والشهاب الطوسي ـ توفي رحمه الله بمصر في الرابع والعشرين من ذي الحجة سنة تسع وأربعين وستمائة عن تسعين سنة ـ انظر طبقات ابن السبكي جـ ٥ ص ١٢٧ ـ العبر جـ ٦ ص ٢٠٣ ـ النجوم الزاهرة جـ ٧ ص ٢٤ ـ حسن المحاضرة ، جـ ١ ص ١٧٣ .

(٣) هو عماد الدين عبد الرحمن بن عبد العلي المعروف بابن السكري هكذا في طبقات الأسنوي وابن السبكي والعبر أما في غيرها ككتاب رفع الأصر فقد ورد اسمه هكذا وهو عبد الرحمن بن محمد بن عبد العلي بن علي ولد بمصر سنة ثلاث وخمسين وخمسمائة تفقه على الشيخ شهاب الدين الطوسي وله مصنف في الدور وحواشي على الوسيط توفي في شوال سنة أربع وعشرين وستمائة كما قاله الذهبي ـ انظر العبر جـ ٥ ص ٩٩ ـ رفع الأصر جـ ٢ ص ٣٣٩ ـ طبقات ابن السبكي جـ ٥ ص ١٣ ـ طبقات الأسنوي جـ ٢ ص ٦٧ .

الثانية :

كل مقبوض عما في الذمة من سلم أو كتابة اذا قبضه فوجده معيبا قال الامام ان قلنا بملكه بالرضا ، فلا شك أن الرد (ليس)[1] على الفور ، وأن الملك موقوف على الرضا ، وان قلنا يملك بالقبض فيحتمل أن يقال الرد على الفور ، كما في شراء الأعيان والأوجه المنع ، لأنه ليس « معقودا »[2] عليه ، وانما يثبت الفور فيما يؤدي رده الى رفع العقد ابقاء للعقد .

ومما يجب على الفور خيار النقيصة والخلف واذا شرط الرهن والضمين فلم يف به وكذا العتق في العبد المبيع ولم يف وقلنا العتق حق للبائع وفي « صور »[3] تفريق الصفقة اذا أثبتنا فيه الخيار .

الثاني :

ما هو على التراخي قطعا كخيار الوالد في الرجوع،وخيار من أبهم الطلاق بين زوجتيه « أو العتق »[4] بين أمتيه،وخيار التعيين لمن أسلم على الزائد على العدد الشرعي،وخيار امرأة المولي،وامرأة المعسر بالنفقة،وخيار أحد الزوجين اذا « تشطر »[5] الصداق،وهو زائدٌ زيادة متصلة أو ناقصٌ،في الرجوع الى نصفه « أو الى نصف[6] قيمته،وخيار المشتري اذا أبق العبد قبل قبضه قاله « صاحب العدة »[7]

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل (معقود) وفي (د) (بمعقود) .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل (ضرر) وفي (د) (صورة) .

(٤) في (د) (والعتق) .

(٥) في (د) (شرط) .

(٦) في (د) (أو زاد نصف) .

(٧) تذكر كتب التراجم اثنين من فقهاء الشافعية يطلق على كل واحد منهما أنه صاحب العدة أحدهما : أبو المكارم الروياني وهو ابن أخت صاحب البحر نقل عنه الرافعي في مواضع قال الأسنوي لم أقف له على تاريخ وفاة وقال صاحب كشف الظنون أنه توفي سنة ثلاث وعشرين وخمس مائة انظر طبقات الأسنوي جـ ١ ص ٥٦٧ كشف الظنون جـ ٢ ص ١١٢٩ .

وتخيير ولي الدم بين العفو والقصاص .

الثالث

ما فيه خلاف والأصح أنه على الفور كخيار تلقى الركبان والبائع في الرجوع لعين متاعه بافلاس المشتري والأخذ بالشفعة والفسخ بعيب النكاح وخيار الخلف في النكاح وخيار الغرور والفسخ بالاعسار بالمهر .

الرابع :

ما فيه خلاف والأصح أنه على التراخي كخيار السلم اذا انقطع المسلم فيه عند محِلّه لجائحة وفيه وجه في التتمة وخيار الرؤية اذا جوزنا بيع الغائب عند امتداد مجلس الرؤية .

البحث الثاني :

مدة الخيار في العقد هل تجعل كابتدائه؟ هو ضربان :

أحدهما :

في العقد الصحيح فيلحق به كما اذا زاد في الثمن « أو المثمن[1] أو [2] شرط الخيار أو الاجل « او قدرهما »[3] على الأصح لأن العقد غير مستقر ولأن مجلس العقد

= ثانيهما : أبو عبد الله الحسين بن علي بن الحسين وكتابه العدة كتاب نادر الوجود ويقع في خمسة أجزاء أما وفاته ففيها خلاف فقيل إنه توفي في العشر الأخير من شعبان سنة ثمان وتسعين وأربعمائة وقيل سنة خمس وتسعين وأربعمائة وبعضهم يقول سنة تسع وتسعين وأربعمائة انظر طبقات ابن السبكي حـ ٤ ص ٣٤٩ طبقات الأسنوي حـ ١ ص ٥٦٧ إلى ص ٥٦٩ وأيضاً حـ ٢ ص ١٩٢ والعبر حـ ٣ ص ٣٥١ شذرات الذهب حـ ٣ ص ٤٠٨ هدية العارفين حـ ١ ص ٥١٨ طبقات ابن هداية الله ص ٦٦ .

(١) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (والمثمن) .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (في) .

(٣) في (ب) (أو قدرهما) .

كنفس العقد اذ يصح فيه تعيين رأس مال السلم والعوض في عقد الصرف .

ومنه لو ألحق بالعقد شرطا فاسدا في مدة الخيار فعلى الخلاف والأصح أنه يفسد العقد كالمقارن له .

ومنه اذا « أطلقا »[1] عقد السلم فانه يحمل على الحلول فلو اتفقا على التأجيل في المجلس جاز « على »[2] الأصح وكذا لو عقداه مؤجلا ثم ان أسقطا في المجلس صار حالا .

الثاني :

العقد الفاسد لاقتران شرط به لو « حذفاه »[3] في المجلس لم ينقلب العقد صحيحا في الأصح لأن العقد الفاسد لا عبرة به فلا يكون لمجلسه حكم وكما لو كان له في ذمة الغير دراهم فقال أسلمت اليك الدراهم التي في ذمتك في كذا فان شرط فيه الأجل كان باطلا لأنه بيع الدين بالدين« وكذلك ان كان حالا »[4] ولم يقبض المسلم فيه قبل التفرق وان أحضره في مجلس العقد « وسلمه »[5] فوجهان : أحدهما يصح كما لو صالح من تلك الدراهم على دنانير وسلمها في المجلس وأصحهما : المنع لأن قبض المسلم فيه ليس بشرط كما أنه لو باع طعاما بطعام الى أجل ثم تبرعا بالاحضار والقبض في المجلس لم ينقلب العقد صحيحا .

الثالث :

قال في الروضة:اذا انعقد البيع لم يتطرق اليه الفسخ الا بأحد سبعة أشياء

---

(١) في (د) (أطلق) .
(٢) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (في) .
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (حذفناه) .
(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل (وكذلك إن حالاً) وفي (د) (وكذلك كان حالاً) .
(٥) في (د) (وسلم) .

وهي خيار المجلس،وخيار الشرط،وخيار الخلف كأنْ شرطه البائع كاتبا فلم يكن كذلك،وخيار العيب،والاقالة،والتحالف،وتلف المبيع قبل القبض .

وأما خيار الرؤية في بيع الغائب اذا جوزناه فهو ملحق في المعنى بخيار الشرط وخيار تفريق الصفقة وخيار تلقى الركبان يرجع للعيب وخيار الامتناع من العتق المشروط يرجع للخلف في الشرط وقد « ترد »[1] هذه الخيارات الاربع الى اثنين فيقال خيار الرؤيه وخيار النقيصة فيدخل في الأول خيار المجلس والشرط ورؤ ية المبيع الغائب وفي الثاني العيب والخلف.وقد يرد على الحصر صور منها اختلاط المبيع بغيره .

ومنها خيار تعذر قبض الثمن في الاصح وخيار الرجوع في المبيع عند فلس المشتري ولو علم أن البائع وكيل،أو أمين حاكم،أو وصي،أو أب لابنه الصغير،فهل « يرد »[2] بهذه الاسباب؟وجهان أحدهما نعم لما يخاف من فساد النيابة واستحقاق الدرك،والأصح:لا،لجواز « تبرعهم »[3] وحكى في البحر وجها ثالثا أنه إن لم يكن الولي ثقة ظاهرا فله الخيار .

الرابع

بالنسبة الى عوده بعد اسقاطه

ضابطه:أن الخيار يستدعي وجود سببه فمتى وجد ثبت الخيار ثم ينظر فان كان ما ثبت به الخيار شيئا واحدا « يوجد »[4] جملة ويظهر نفعه وضرره حالة ظهوره كالعيب والقصاص فمتى وجد الرضا بالعيب واسقاط القصاص فلا رجوع،وكذا لو رضيت بإعساره بالصداق لم يكن لها العود الى الفسخ لأن ضرره لا يتجدد وان كان ما ثبت به[5] الخيار يثبت في الأزمنة ويتجدد كالخيار في فسخ النكاح بالاعسار

(١) في (د) (يرده) .
(٢) في (ب) (يرده) .
(٣) في (ب) (بيوعهم) .
(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (يؤخذ) .
(٥) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

بالنفقة والايلاء فانه يثبت الخيار للضرر الحاصل بانقطاع النفقة والوطء وهو يتجدد في كل وقت فإن لكل زمان نفقة ووطئاً . فإذا رضي في زمن ثبت الخيار في الزمن الآخر لكن إذا « عادت »[1] في النفقة استؤنفت المدة بناء على « قول »[2] الامهال بخلاف ما إذا رضيت بترك المطالبة بالفيئة ثم عادت « فطلبت »[3] لا تحتاج لضرب المدة . والفرق أن المدة تضرب بطلبها فسقطت باسقاطها والمدة في الايلاء تضرب بغير طلبها .

« ومثله »[4] انقطاع المسلَم فيه يوجب الخيار فلو أجاز ثم بداله مكن من الفسخ « كزوجة »[5] المولي ووجّهه الامام بأن هذه الاجازة إنظار قال الرافعي وقد يتوقف الناظر في كونها انظارا ويميل الى انها اسقاط حق كإجازة زوجة العنين ويجوز أن يقدر فيه وجهان لأن الامام حكى وجهين في انه لو صرح بإسقاط حق الفسخ هل يسقط وقال الصحيح أنه لا يسقط .

ومثله السيد لو فسخ الكتابة اذا عجز العبد نفسه فلو أنظره ثم بدا له جاز الفسخ قاله الامام في « باب »[6] الكتابة .

ومثله اذا استأجر أرضا لها ماء فانقطع ثبت له الخيار فان أُجاز ثم ندم وأراد الفسخ فله ذلك فان اجازته محمولة على توقع العود فلا يمتنع أن يفسخ بعد ما قدم الاجازة قال الامام وهذا شبهه « الاصحاب »[7] في خيار المرأة بالنفقة والايلاء .

ومثله اذا قتل الاجنبي العبد في يد البائع تخير المشتري فان قال ابتع هذا الجاني بالقيمة ورضيت به ولا أفسخ البيع ثم بعد ذلك قال أنا أفسخ البيع قال القفال في فتاويه له ذلك كما لو غصب المبيع من يد البائع فان للمشترى الفسخ فلو

---

(١) في (د) (تمادت) .
(٢) في (ب) (ترك) .
(٣) في (ب) (وطلبت) .
(٤) في (د) (ومسألة) .
(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (كرجعه)
(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٧) (للأصحاب) .

أجاز وقال رضيت بمطالبة الغاصب ثم بعد ذلك بدا له الفسخ كان له ذلك.فقيل له: كان ينبغي أن لا يجوز لأن رضاه بالقيمة في « ذمة »[1] الجانى كالمقبوض » للمشتري كما في المحتال لا يرجع بعد الحوالة،ويدل على استقرار القيمة في ذمته وانها كالمقبوضة[2] له أن له أن يستبدل عن تلك القيمة في أي وقت شاء فدل على انها مقبوضة « حكماً قال »[3] الشيخ في الاستبدال نظر،قيل:ويمكن الفرق بينها وبين مسألة الغصب أن الخيار في مسأله الاتلاف لأجل العيب « سقط »[4] بالرضا وفي الغصب لعدم القبض وتعذره والقبض مستحق في كل زمان لا يسقط بالاسقاط .

« ومنه »[5] المميز اذا اختار أحد الابوين كان عنده،فلو اختار بعده الآخر حول اليه .

الخامس :

اذا اجتمع أنواع من الخيار كخيار المجلس والشرط والعيب ففسخ العاقد قال الدارمى في كتابه جامع الجوامع ينظر ان صرح بالفسخ بجميعها انفسخ بالجميع وان صرح بالبعض انفسخ به وان أطلق ينفسخ بالجميع لأنه ليس بعضها اولى من بعض قلت:ويحتمل انصرافه للمتقدم ان ترتبت « في ذمته »[6] .

واعلم أن الملك في زمن خيار المجلس موقوف وأما في زمن خيار الشرط ففيه التفصيل بين أن يكون الخيار للبائع فالملك له أو للمشتري فله أولهما فموقوف فاذا

---

(١) في (د) (دية) .
(٢) ما بين القوسين ساقط من (د) .
(٣) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (حكما كما وقال) .
(٤) في (ب) ، (د) (يسقط)
(٥) في (ب) (ومثله) .
(٦) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) ، (د) وسقطتا من الأصل .

اجتمع خيار المجلس « وخيار الشرط لاحدهما فقد تنافيا لأن قضية خيار المجلس »[1] تعطى كون الملك موقوفا وقضية كونه لأحدهما تعطى كونه لواحد معين فما المغلب؟[2] الظاهر تغلب خيار الشرط لثبوته بالاجماع فيترتب [3] عليه أثره وحينئذ فلو انقطع خيار الشرط وهما مجتمعان فالظاهر بقاء خيار المجلس لعدم التفرق وخيار الشرط انما رفع المدة لا أصل [4] الخيار .

* * *

(١) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٢) في (د) وردت زيادة بعد كلمة معين وقبل كلمتي (فما المغلب) فما جاء فيها هو (معين فما المغلب كون الملك موقوفاً وقضية كونه لأحدهما تعطي كونه لواحد معين فما المغلب) .

(٣) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (فرتب) .

(٤) في (د) (أجل) .