

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

فصل : و أما بيان ما يفسد الحج .

و أما بيان ما يفسد الحج و بيان حكمه إذا فسد أما الأول فالذي يفسد الحج الجماع لكن عند وجود شرطه فيقع الكلام فيه في موضعين : في بيان أن الجماع يفسد الحج في الجملة و في بيان شرط كونه مفسدا .

أما الأول : فالدليل عليه ما روي عن جماعة من الصحابة B أنهم قالوا فيمن جامع امرأته و هما محرمان مضيا في إحرامهما و عليهما هدي و يقضيان من قابل و يفترقان و لأن الجماع في نهاية الارتفاق بموافق المقيمين فكان في نهاية الجناية على الإحرام فكان مفسدا للإحرام .

و أما شرط كونه مفسدا فشيآن : .

أحدهما : أن يكون الجماع في الفرج حتى لو جامع فيما دون الفرج أو لمس بشهوة أو عانق أو قبل أو باشر لا يفسد حجة لانعدام الارتفاق البالغ لكن تلزمه الكفارة سواء أنزل أو لم ينزل لوجود استمتاع مقصود على ما بينا فيما تقدم و فرقنا بين اللمس و النظر عن شهوة و لو وطئ بهيمة لا يفسد حجه لما قلنا و لا كفارة عليه إلا إذا أنزل لأنه ليس باستمتاع مقصود بخلاف فيما دون الفرج .

و أما الوطء في الموضع المكروه فأما على أصلهما بفسد الحج لأنه في معنى الجماع في القبل عندهما حتى قالوا : بوجوب الحد .

و عن أبي حنيفة فيه روايتان : في رواية يفسد لأنه مثل الوطء في القبل في قضاء الشهوة و يوجب الاغتسال من غير إنزال و في رواية لعدم كمال الارتفاق لقصور الشهوة فيه لسوء المحل فأشبه الجماع فيما دون الفرج و لهذا قال محمد C : إنه لا يجب الحد .

و الثاني : أن يكون قبل الوقوف بعرفة فإن كان بعد الوقوف بها لا يفسد الحج عندنا .

و عند الشافعي : هذا ليس بشرط و يفسد الحج قبل الوقوف و بعده .

وجه قوله : أن الجماع إنما عرف مفسدا للحج لكونه مفسدا للإحرام و الإحرام بعد الوقوف باق لبقاء ركن الحج و هو طواف الزيارة و لا يتصور بقاء الركن بدون الإحرام فصار الحال بعد الوقوف كالحال قبل .

و لنا : أن الركن الأصلي للحج هو الوقوف بعرفة لقول النبي صلى الله عليه و سلم [الحج عرفة] أي الوقوف بعرفة فمن وقف بعرفة فقد تم حجه أخبر عن تمام الحج بالوقوف و معلوم أنه ليس المراد منه التمام الذي هو ضد النقصان لأن ذا لا يثبت بنفس الوقوف فعلم أن

المراد منه خروجه عن احتمال الفساد و الفوات و لأن الوقوف ركن مستقل بنفسه وجودا و صحة لا يقف وجوده و صحته على الركن الآخر و ما وجد و مضى على الصحة لا يبطل إلا بالردة و لم توجد و إذا لم يفسد الماضي لا يفسد الباقي لأن فساد بفساده و لكن يلزمه بدنة لما ذكره .

و يستوي في فساد الحج بالجماع الرجل و المرأة لاستوائهما في المعنى الموجب للفساد و هو ما بينا و لما ذكرنا أن جماعة من الصحابة B هم أفتوا بفساد حجها حيث أوجبوا القضاء عليهما و يستوي فيه العامد و الخاطئ و الذاكر و الناسي عند أصحابنا .

و قال الشافعي : لا يفسده الخطأ و النسيان و الكلام فيه بناء على أصل ذكرنا غير مرة و هو أن فساد الحج لا يثبت إلا بفعل محذور فزعم الشافعي أن الخطر لا يثبت مع الخطأ و النسيان و قلنا نحن يثبت و إنما المرفوع هو المؤاخذه عليهما على ما ذكرنا فيما تقدم . و يستوي فيه الطوع و الإكراه لا يزيل الخطر و لو كانت المرأة مكروهة فإنها لا ترجع بما لزمها على المكروه لأنه حصل لها استمتاع بالجماع فلا ترجع على أحد كالمغرور إذا و طئ الجارية و لزمه الغرم أنه لا يرجع به على الغار كذا هذا .

و يستوي فيه كون المرأة المحرمة مستيقظة أو نائمة حتى يفسد حجها في الحالين سواء كان المجامع لها محرما أو حلالا لأن النائمة في معنى الناسية و النسيان لا يمنع فساد الحج كذا النوم و يستوي فيه كون المجامع عاقلا بالغا أو مجنونا أو صبيا بعد أن كانت المرأة المحرمة عاقلة بالغة حتى يفسد حجها لأن التمكين محذور عليها .

و اما بيان حكمه إذا فسد ففساد الحج يتعلق به أحكام منها وجوب الشاة عندنا و قال الشافعي : وجوب بدنة .

وجه قوله : ان الجماع بعد الوقوف إنما أوجب البدنة لتغليظ الجناية و الجناية قبل الوقوف أغلظ لوجودها حال قيام الإحرام المطلق لبقاء ركني الحج و بعد الوقوف لم يبق إلا أحدهما فلما وجبت البدنة بعد الوقوف فلان تجب قبله أولى .

و لهذا : ما روي عن ابن عباس B أنه قال : البدنة في الحج في موضعين : .

أحدهما : إذا طاف للزيارة جنبا ورجع إلى أهله و لم يعد .

و الثاني : إذا جامع بعد الوقوف .

[و روي عن جماعة من الصحابة B أنهم قالوا : و عليهما هدي و اسم الهدى و إن كان يقع على الغنم و الإبل و البقر لكن الشاة أدنى و الأدنى متيقن به فحمله على الغنم أولى على أنه] روي عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه سئل عن الهدى فقال : أدناه شاة و يجزي فيه شركة في جزور أو بقرة لما روي [أن رسول الله صلى الله عليه و سلم أشرك بين

أصحابه B هم في البدن عام الحديبة فذبخوا البدنة عن سبعة و البقرة عن سبعة] و اعتباره

بما قبل الوقوف غير سديد لأن الجناية قبل الوقوف أخف من الجناية قبل الوقوف أخف من الجناية بعده لأن الجماع قبل الوقوف أوجب القضاء لأنه أوجب فساد الحج و القضاء خلف عن الفائت فيجبر معنى الجناية فتخف الجناية فيوجب نقصان الموجب وبعد الوقوف لا يفسد الحج عندنا لما ذكرنا فلم يجب القضاء فلم يوجد ما تجب به الجناية فبقيت متغلطة فتغلط الموجب .

و لو جامع قبل الوقوف بعرفة ثم جامع فإن كان في مجلس لا يجب عليه إلا دم واحد استحسانا و القياس : أن يجب عليه لكل واحد دم على حدة سبب الوجوب قد تكرر فتكرر الواجب إلا أنهم استحسنوا فما أوجبوا إلا دما واحدا لأن أسباب الوجوب اجتمعت في مجلس واحد فيكتفي بكفارة واحدة لأن المجلس الواحد يجمع الأفعال المتفرقة كما يجمع الأقوال المتفرقة كالإلجاءات في جماع واحد من جنس واحد أنها لا توجب إلا كفارة واحدة و إن كان كل إيلاحة لو انفردت أوجبت الكفارة كذا هذا .

و إن كان في مجلسين مختلفين يجب دمان في قول أبي حنيفة و أبي يوسف .
و قال محمد : يجب دم واحد إلا إذا كان كفر للأول كما في كفارة الإفطار في شهر رمضان .
وجه قول محمد : أن الكفارة إنما وجبت بالجماع الأول جزاء لهتك حرمة الإحرام و الحرمة حرمة واحدة إذا انتهكت مرة لا يتصور انتهاكها ثانيا كما في صوم رمضان و كما إذا جامع ثم جامع في مجلس واحد إذا كفر فقد جبر الهتك فالتحق بالعدم و جعل كأنه لم يوجد فلم يتحقق الهتك ثانيا .

و لهما : أن الكفارة تجب بالجناية على الإحرام و قد تعدت الجناية فيتعدد الحكم و هو الأصل إلا إذا قام دليل يوجب جعل الجنايات المتعددة حقيقية متحدة حكما و هو اتحاد المجلس و لم يوجد ههنا بخلاف الكفارة للصوم فإنها لا تجب بالجناية على الصوم بل جبرا لهتك حرمة الشهر على ما ذكرناه فيما تقدم و لا يجب عليه في الجماع الثاني إلا شاة واحدة لأن الأول لم يجب إلا شاة واحدة فالثاني أولى لأن الأول صادف إحراما صحيحا و الثاني صادف إحراما مجروحا فلما لم يجب للأول إلا شاة فالثاني أولى .

و لو جامع بعد الوقوف بعرفة ثم جامع إن كان في مجلس واحد لا يجب عليه إلا بدنة واحدة و إن كان في مجلسين يجب عليه بدنة للأول و للثاني شاة على قول أبي حنيفة و أبي يوسف .
و على قول محمد : إن كان ذبح للأول بدنة يجب للثاني شاة و إلا فلا يجب و هو على ما ذكرنا من الاختلاف فيما قبل الوقوف هذا إذا لم يرد بالجماع بعد الجماع رفض الإحرام فأما إذا أراد به رفض الإحرام و الإحلال فعليه كفارة واحدة في قولهم جميعا سواء كان في مجلس واحد أو في مجالس مختلفة لأن الكل مفعول على وجه واحد فلا يجب بها إلا كفارة واحدة كالإلجاءات في الجماع الواحد .

و منها : وجوب المضي في الحجة الفاسدة لقول جماعة من الصحابة Bهم يمضيا في إحرامها و لأن الإحرام عقد لازم لا يجوز التحلل عنه إلا بأداء أفعال الحج أو لضرورة الإحصار و لم يوجد أحدهما فيلزمه المضي فيه فيفعل جميع ما يفعله في الحجة الصحيحة و يجتنب جميع وما يجتنبه في الحجة الصحيحة .

و منها : وجوب القضاء لقول الصحابة Bهم بقضائه من قابل و لأنه لم يأت بالمأمور به على الوجه الذي أمر به لأنه أمر بحج خال عن الجماع و لم يأت به فبقي الواجب في ذمته فيلزمه تفرغ ذمته عنه و لا يجب عليه العمرة لأنه ليس بفائت الحج .
ألا ترى أنه لم تسقط عنه أفعال الحج بخلاف المحصر إذا حل من إحرامه بذبح الهدي أنه يجب عليه قضاء الحجة و العمرة .

أما قضاء الحجة فظاهر .

و أما قضاء العمرة فلفوات الحج في ذلك العام و هل يلزمها الافتراق في القضاء ؟ .
قال أصحابنا الثلاثة : لا يلزمهما ذلك لكنهما إن خافا المعاودة يستحب لهما أن يفترقا .
و قال زفر و مالك و الشافعي : يفترقان و احتجوا بما رويانا من قول جماعة من الصحابة ثم بالافتراق عنه التحرز فيجب ثانيا الجماع في الوقوع خوف فيه الاجتماع أن و يفترقان هم B
اختلفوا في مكان الافتراق قال مالك : إذ خرجا من بلدهما يفترقان حسما للمادة .
و قال الشافعي : إذ بلغا الموضع الذي جامعها فيه لأنهما يتذكران ذلك فربما يقعان فيه .
و قال زفر : يفترقان عند الإحرام لأن الإحرام هو الذي حذر عليه الجماع فأما قبل ذلك فقد كان مباحا .

و لنا : انهما زوجان و الزوجية علة الاجتماع لا الافتراق و أما ما ذكروا من خوف الوقوع يبطل بالابتداء فإنه لم يجب الافتراق في الابتداء مع خوف الوقوع و قول الشافعي : يتذكران ما فعلا فيه فاسد لأنهما قد يتذكران و قد لا يتذكران إذ ليس كل من يفعل فعلا في مكان يتذكر ذلك الفعل إذا وصل إليه ثم إن كانا يتذكران ما فعلا يتذكران ما لزمهما من وبال فعلهما فيه أيضا فيمنعها ذلك عن الفعل .

ثم يبطل هذا بلبس المخيط و التطيب فإنه إذا لبس المخيط أو تطيب حتى لزمه الدم يباح له إمساك الثوب المخيط و التطيب و إن كان ذلك يذكره لبس المخيط و التطيب فدل أن الافتراق ليس بلازم لكنه مندوب إليه و مستحب عند خوف الوقوع فيما وقعا فيه و على هذا يحمل قول الصحابة Bهم يفترقان و [] الموفق .

هذا إذا كان مفردا بالحج فأما إذا كان قارنا فالقارن إذا جامع فإن كان قبل الوقوف و قبل الطواف للعمرة أو قبل الكثرة فسدت عمرته و حجته و عليه دمان لكل واحد منهما شاة و عليه المضي فيهما و إتمامها على الفساد و عليه قضاؤهما و يسقط عنه دم القران .

أما فساد فلووجود الجماع قبل الطواف و إنه مفسد للعمرة كما في حال الانفراد و أما فساد الحجة فلحصول الجماع قبل الوقوف بعرفة و أنه مفسد للحج كما في حال الانفراد و أما وجوب الدمين فلأن القارن محرم بإحرامين عندنا فالجماع حصل جنابة على إحرامين فأوجب نقصا في العبادتين فيوجب كفارتين كالمقيم إذا جامع في رمضان و أما لزوم المضي فيهما فلما ذكرنا أن وجوب الإحرام عقد لازم و أما وجوب قضائهما فلإفسادهما فيقضي عمرة مكان عمرة و حجة مكان حجة و أما سقوط دم القران عنه فلأنه أفسدهما و الأصل أن القارن إذا أفسد حجه و عمرته أو أفسد أحدهما يسقط عنه دم القران لأن وجوبه ثبت شكرا لنعمة الجمع بين القريتين و بالفساد بطل معنى القرية فسقط الشكر .

و لو جامع بعد ما طاف لعمرته أو طاف أكثره و هو أربعة أشواط أو بعد ما طاف لها و سعى قبل الوقوف بعرفة فسدت حجه و لا تفسد عمرته أما فساد حجه فلما ذكرنا وهو حصول الجماع قبل الوقوف بعرفة و أما عدم فساد عمرته فلحصول الجماع بعد وقوع الفراغ من ركنها فلا يوجب فسادها كما في حال الانفراد و عليه دمان : أحدهما لفساد الحجة بالجماع و الآخر لوجود الجماع في إحرام العمرة لأن إحرام العمرة باق عليه و عليه المضي فيهما و إتمامهما لما ذكرنا و عليه قضاء الحج دون العمرة لأن الحجة هي التي فسدت دون العمرة و يسقط عنه دم القران لأنه فسد أحدهما وهو الحج .

و لو جامع بعد طواف العمرة و بعد الوقوف بعرفة فلا يفسد حجه و لا عمرته أما عدم فساد الحج فلأن الجماع وجد بعد الوقوف بعرفه و أنه لا يفسد الحج و أما عدم فساد العمرة فلأنه جامع بعد الفراغ من ركن العمرة و عليه إتمامها لأنه لما وجب إتمامها على الفساد فعلى الصحة و الجواز أولى و عليه بدنة و شاة و البدنة لأجل الجماع بعد الوقوف و الشاة لأن الإحرام للعمرة باق و الجماع في إحرام العمرة يوجب الشاة و ههنا لا يسقط عنه دم القران لأنه لم يوجد فساد الحج و العمرة و لا فساد أحدهما فأمكن إيجاب الدم شكرا فإن جامع مرة بعد أخرى فهو على ما ذكرنا من التفصيل في المفرد بالحج أنه إن كان في مجلس واحد فلا يجب عليه غير ذلك و إن كان في مجلس آخر فعليه دمان على الاختلاف الذي ذكرنا فإن جامع أول مرة بعد الحلق قبل الطواف للزيارة فعليه بدنة و شاة لأن القارن يتحلل من الإحرامين معا و لم يحل له النساء بعد إحرام الحجة فكذا في إحرام العمرة كما يقع له التحلل من غير النساء بالحلق فيهما جميعا .

و لو جامع بعد ما طاف طواف الزيارة كله أو أكثره فلا شيء عليه لأنه قد حل له النساء فلم يبق له الإحرام رأسا إلا إذا طاف طواف الزيارة قبل الحلق و التقصير فعليه شاتان لبقاء الإحرام لهما جميعا .

و روى ابن سماعة عن محمد في الرقيات فيمن طاف طواف الزيارة جنبا أو على غير وضوء و

طاق أربعة أشواط طاهرا ثم جامع النساء قبل أن يعيده قال محمد : أما في القياس فلا شيء و لكن أبا حنيفة استحس فيما إذا طاف جنبا ثم جامع ثم أعاده طاهرا أنه يوجب عليه دما و كذا قول أبي يوسف .

و قولنا : وجه القياس : أنه قد صح من مذهب أصحابنا أن الطهارة ليست بشرط لجواز الطواف و إذا لم تكن شرطا فقد وقع التحلل بطوافه و الجماع بعد التحلل من الإحرام لا يوجب الكفارة .

وجه الاستحسان : أنه إذا أعاده وهو طاهر انفسخ الطواف الأول على طريق بعض مشايخ العراق و صار طوافه المعتبر هو الثاني لأن الجنابة توجب نقصانا فاحشا فتبين أن الجماع كان حاصل قبل الطواف فيوجب الكفارة بخلاف ما إذا طاف على غير وضوء لأن النقصان هناك يسير فلم ينفسخ الأول فبقي جماعه بعد التحلل فلا يوجب الكفارة .

و ذكر ابن سماعة عن محمد في الرقيات فيمن طاف أربعة أشواط من طواف الزيارة في جوف الحجر أو فعل ذلك في طواف العمرة ثم جامع أنه تفسد العمرة و عليه عمرة مكانها و عليه في الحج بدنة لأن الركن في الطواف أكثر الأشواط و هو أربعة فإذا طاف في جوف الحجر فلم يأت بأكثر الأشواط فحصل الجماع قبل الطواف .

و روى ابن سماعة عن محمد فيمن فاته الحج فجامع أنه يمضي على إحرامه و عليه دم للجماع و القضاء للفوات .

أما وجوب المضي فلبقاء الإحرام و أما وجوب الدم بالجماع فلوجود الجماع في الإحرام و ليس عليه قضاء العمرة لأن هذا تحلل يمثل أفعال العمرة و ليس بمعمرة بل هو بقية أفعال حج قد وجب قضاؤه بخلاف العمرة المبتدأه و ا أعلم و أما الممتع : إذا جامع فحكمه حكم المفرد بالحج و المفرد بالمعمرة لأنه يحرم بعمره أولا ثم يحرم بحجة و قد ذكرنا حكم المفرد بالحجة و سنذكر إن شاء الله تعالى حكم المفرد بالمعمرة في موضعه