

(الأن العرض على ما قالوا غير واجب) ظاهر المذهب قال في الإيضاح ويستحب عرض الإسلام على المرتدين هكذا روى عن عمران رجاء العود إلى الإسلام ثابت لاحتمال أن الردة كانت باعتراض شبهة وقوله (وتأويل الأول) يعني به قوله ويحبس ثلاثة أيام (أنه يستعمل) أي يطلب المولى فيحبس ثلاثة أيام وأما إذا لم يطلب فالظاهر من حاله أنه متعنت في ذلك فلا باس بقوله إلا أنه يستحب أن يستتاب لأنه بمنزلة كافر باعته الدعوة فإن قيل تقدير المدة ههنا بثلاثة أيام نصب الحكم بالرأى في المداخل له فيه لأنه من المقادير أجيب بأن هذا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص لأن ورود النص في خيار البيع بثلاثة أيام ورد فيه لأن التقدير بثلاثة أيام هناك إنما كان للتأمل والتقدير بها ههنا أيضا للتأمل وقوله (ولأنه كافر حربي)

قال المصنف (الأن العرض على ما قالوا غير واجب) أقول قوله على ما قالوا متعلق بغير واجب المقدر (قوله) إلا أنه يستحب أن يستتاب لأنه بمنزلة كافر بلغته الدعوة) أقول تعليل لقوله يستحب أن يستتاب (قوله) أجيب بأن هذا الخ) أقول فيه تأمل فإن المولى في الخيار لدفع احتمال الغبن وهو

كشفت عنه) لأنه عساه اعترته شبهة فتراج وفيه دفع شره بأحسن الأمرين الآن العرض على ما قالوا غير واجب لأن الدعوة بلغته قال (ويحبس ثلاثة أيام فإن أسلم والاقتل وفي الجامع الصغير المرتدي عرض عليه الإسلام فإن أبي قتل) وتأويل الأول أنه يستعمل فيبذل ثلاثة أيام لأنها مدة ضرر بتلاباء الاعتذار وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أولم يطلب وعن الشافعي أن على الإمام أن يؤجله ثلاثة أيام ولا يحل له أن يقتله قبل ذلك لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهر فلا بد من مدة يمكنه التأمل فقدرواها بالثلاثة ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين من غير قيد الإمهال وكذا قوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه ولأنه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لأنه لا يجوز تأخير الواجب لأمر موهوم

(كشفت عنه لأنه عساه اعترته) أي عرضت له (شبهة فتراج عنه وفيه دفع شره بأحسن الأمرين) وهما القتل والإسلام وأحسنهما الإسلام ولما كان ظاهر كلام القدوري وجوب العرض قال (الأن العرض على ما قالوا) أي المشايخ (غير واجب) بل مستحب (لأن الدعوة قد بلغته) وعرض الإسلام هو الدعوة إليه ودعوة من باعته الدعوة غير واجبة بل مستحبة (قوله) ويحبس ثلاثة أيام فإن أسلم (فيها) والاقتل) وهذا اللفظ أيضا من القدوري وجوب وجوب الاظهار ثلاثة أيام على ما عرف من الأخبار في مثله فذكر عبارة الجامع وهو قوله وفي الجامع الصغير المرتدي عرض عليه الإسلام فإن أبي قتل) أي مكانه فإنه يفيد أن انظاره الايام الثلاثة ليس واجبا ولا مستحبا وإنما تعينت الثلاثة لأنها مدة ضرر بتلاباء الاعتذار (يدل على حديث جابر بن سمرة في الخيار ثلاثة أيام ضرر بتلاباء الغبن وقصة موسى صلى الله عليه وسلم مع العبد الصالح أن سألتك هن ثني بعد هافلاتصاحبي وهي الثالثة إلى قوله قد بلغت من لدني عذرا وعن عمر رضي الله عنه أن رجلا أتاه من قبل أبي موسى فقال له هل من مغربة خبير فقال نعم رجل ارتد عن الإسلام فقتلناه فقال له هلا حبستموه في بيت ثلاثة أيام وأطعمتموه في كل يوم رغيفا لعله يتوب ثم قال اللهم إني لم أحضر ولم أمر ولم أرض أخرجهما لك في الموطن لكن ظاهر تبرئ عمر رضي الله عنه يقتضي الوجوب ثم قال المصنف (تأويل الأول) وهو قول القدوري الدال على وجوب مهلة الايام الثلاثة (أن يستعمل فيبذل) وظاهر المبسوط الوجوب فإنه قال إذا طلب التأجيل أجل ثلاثة أيام لأن الظاهر أنه دخل عليه شبهة فيجب علينا إزالة تلك الشبهة وأنه يحتاج إلى التفكير ليتبين له الحق فلا بد من المهلة وإذا استعمل كان على الإمام أن يمهله ومدة النظر جعلت في الشرع ثلاثة أيام كما في الخيار ثم قال في حديث عمر المذكور الدال على الوجوب تأويله أنه لعله طلب التأجيل (وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أولم يطلب وعن الشافعي أن على الإمام أن يؤجله ثلاثة أيام ولا يحل قتله قبلها لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهر فلا بد من مدة يمكنه فيها التأمل فقدرواها بثلاثة أيام) لماذا كثرنا والصحيح من قول الشافعي أنه أن تاب في الحال والاقتل لحديث معاوية رضي الله عنه وقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه من غير تقييد بانظار وهو اختيار ابن المنذر وهذا أن أريد به عدم وجوب الانظار فكذلكهنا والاستدلال مشترك ومن الأدلة أيضا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهذا كافر حربي وإن كن أردبته في استحباب الإمهال فنعول هذه الاوامر مطلقة وهي لا تقتضي الغرر فيجوز التأخير على ما عرف ثم ثبت وجوبه بحديث عمر رضي الله عنه وقول المصنف (وهذا لأنه لا يجوز تأخير الواجب لأمر موهوم) ليس بجيد إذ يقتضي كراهة الإمهال ثلاثة أيام وهو يخالف المذهب ويخالفه

(قوله بأحسن الأمرين) الإسلام والقتل والإسلام أحسنهما قال عليه السلام لعلي رضي الله عنه لأن يهدي الله بك واحدا خيرا من أن تقتل ما بين المشرق والمغرب (قوله) وتأويل الأول أنه يستعمل فيبذل (أي قوله) ويحبس ثلاثة أيام إذا استعمل فيبذل ثلاثة أيام أما إذا لم يستعمل يقتل من ساعته في ظاهر الرواية وفي النواذر عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يستحب للإمام أن يمهله وأن لم يطلب وقال الشافعي رحمه الله يجب الإمهال ولا يحل له القتل قبل ذلك (قوله) لأنها مدة ضرر بتلاباء الاعتذار) فإن قيل هذا نصب الحكم بالرأى في

بيانه أنه كافر حربى لا محالة وليس بمسلمان لأنه لم يطلب الامان ولا دعى لأنه لم يقبل منه الجزية فكان حربيا وقوله (لا طلاق للدلائل) يعنى قوله تعالى فاقتلوا المشركين وقوله عليه الصلاة والسلام من بدل

(٣٠٩)

دينه فاقتلوه (وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها) يعنى بعد الايمان بالشهادتين

ولا فرق بين الحر والعبد لا طلاق للدلائل وكيفية توبته أن يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لأنه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود

ماذا كرمنا من أن الامر المطلق لا يقتضى الفور الا اذا خيف الفوات فان قيل لانتم أن الاوامر المذكورة مطلقة بل مفيدة للعوم للفناء في قوله فاقتلوا لانها تعيد الوصل والتعقيب قلنا تلك الفاء العاطفة وهى فاء السبب فان قيل فتعيد الوصل باعتبار أن المعلوم لا يتأخر عن العلة قلنا المعلوم وهو الحكم الشرعى وهو واجب قتله لم يتأخر عن علمه المتيقن وهى كفره وأما يجب الامتناع على الفور فشى آخر (ولا فرق) فى وجوب قتل المرتد (بين كون المرتد حرا أو عبدا) وان كان يتضمن قتله ابطال - قى المولى بالاجماع (واطلاق الدلائل) التى ذكرناها (وكيفية توبته أن يتبرأ عن الاديان كلها سوى دين الاسلام لأنه لا دين له) قيل هو أن يقول ثبتت ورجعت الى دين الاسلام وأتأبى من كل دين غير دين الاسلام قيل لكن هذا بعد أن يأتى بالشهادتين والاقرار بالبعث والنشور مستحب به قالت الأئمة الثلاثة (ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود) وفى شرح الطحاوى سئل أبو يوسف عن الرجل كيف يسلم فقال يقول أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله ويقرب بما جاء به من عند الله ويتبرأ من الدين الذى اتخذه وأن شهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله وقال ولم أدخل فى هذا الدين قط وأتأبى من منتهى أى من الدين الذى ارتد اليه فهى توبة انتهى وقوله قط يريد به معنى أبدأ الان قط طرف لما مضى لما يستقبل وفى شرح الطحاوى اسلام النصرانى ان يقول أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله ويتبرأ من النصرانية واليهودية كذلك يتبرأ من اليهودية وكذلك فى كل ملة وأما مجرد الشهادتين فلا يكون مسما لانهم يقولون بذلك غير أنهم يدعون خصوص الرسالة الى العرب فيصدق أنه رسول الله ولا يتم الاسلام به هذا فحين بين أظهرنا منهم وأمامهم فى دار الحرب لو حمل عليه مسلم فقال محمدا رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو مسلم أو قال دخلت فى دين الاسلام أو فى دين محمد صلى الله عليه وسلم فهو دليل اسلامه فكيف اذا أتى بالشهادتين لان فى ذلك الوقت ضيقا وقوله هذا إنما أراد به الاسلام الذى يدفع عنه القتل الحاضر فيحمل عليه ويحكم به بمجرد ذلك فلوارتد بعد ذلك قتلناه ولو ارتد بعد اسلامه ثانيا قبلنا توبته أيضا وكذا نالتا واربعا الا أن الكرخى قال فان عاد بعد الثالثة يقتل ان لم يتب فى الحال ولا يؤجل فان تاب ضربه ضربا وجيعا ولا يبلغ به الحد ثم يحبس ولا يخرج منه حتى يرى عليه خشوع التوبة وحال المخلص فيئذ يخلى سبيله فان عاد بعد ذلك فعل به كذلك أبدا مادام يرجع الى الاسلام قال الكرخى هذا قول أصحابنا جميعا ان المرتد يستتاب أبدا وما ذكر الكرخى مروي فى النوادر قال اذا تكرر ذلك منه يضرب ضربا مبرحا ثم يحبس الى أن تظهر توبته ورجوعه انتهى وذلك لا طلاق قوله تعالى فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم وعن ابن عمر وعلى رضى الله عنهم لا تقبل توبته من كرر رده كالزندق وهو قول مالك وأحمد والليث لقوله تعالى ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا ان تقبل توبتهم الآية قلنا رتب عدم المغفرة على شرط قوله تعالى ثم ازدادوا كفرا وفى الدراية قال فى الزندق لنا روايتان فى رواية لا تقبل توبته كقول مالك وأحمد وفى رواية تقبل كقول الشافعى وهذا فى حق أحكام الدنيا أما فيما بينه وبين الله جل ذكره اذا صدق قبله سبحانه وتعالى بلا خلاف وما عن أبي يوسف لو فعل ذلك مرارا

الموضع الذى لا مدخل فيه رأى لأنه من المقادير وفيها لا يجزى الرأى فلنا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص لان ورود النص فى خيار البيع بثلاثة أيام ورد فيه للمعنى الجامع بينهما بعينه لان التقدير هناك بثلاثة أيام للتأمل والتقدير بينهما أيضا للتأمل (قوله) وكيفية توبته أن يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام أى

عن الاسلام فأتى به الى الامام بعد ثلاثة استتابه أيضا فان لم يتب قتله ولا يؤجله فان هو تاب ضربه ضربا وجيعا ولا يبلغ به الحد ثم يحبس ولا يخرج من السجن حتى يرى عليه خشوع التوبة ويرى من حاله حال انسان قد أخلص فاذا فعل ذلك خلى سبيله فان عاد بعد ما خلى سبيله فعل به مثل ذلك أبدا مادام يرجع الى الاسلام ولا يقتل الا أن يأتى أن يسلم وقال أبو الحسن الكرخى رحمه الله وهذا قول أصحابنا جميعا ان المرتد يستتاب أبدا

(وأما المرتدة فلا تقتل) فان قتلها رجل لم يضمن شيئا كذا في أئمة قال في النهاية كذا في المبسوط وقوله (لمارويننا) اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه وهذه الكلمة (٣١٠) نعم الرجال والنساء كقوله تعالى فن شهد منكم الشهر فليصمه (ولان ردة الرجل مبيحة

قال (فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على القاتل) ومعنى الكراهية ههنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب (وأما المرتدة فلا تقتل) وقال الشافعي تقتل لمارويننا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انه جنيا بمة متغلظة فتناطها عقوبة متغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها ولنا ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل تاخير الاجرية الى دار الآخرة اذ تجب لها ينحل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشرنا

يقتل غيلة فسر به بان ينظر فاذا أظهر كرامة الكفر قتل قبل أن يستتاب لانه ظهر منه الاستخفاف وقتل الكافر الذي بلغته الدعوة قبل الاستتابة جائز (قوله فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه) أو قطع عضو آمنه (كره ذلك ولا شيء على القاتل) والقاطع (لان الكفر مبيح) وكل جنيا يتعلل المرتدة (ومعنى الكراهية ههنا ترك المستحب) فهي كراهية تنزيهه وعند من يقول بوجوب العرض كراهية تحريم وفي شرح الطحاوي اذا فعل ذلك أى القتل أو القطع بغير اذن الامام أدب (قوله وأما المرتدة فلا تقتل) ولكن نجس أبا حتى تسلم أو تموت) ولو قتلها قاتل لاشئ عليه لاحد كره كانت أو أمة ذكره في المبسوط ولم يذكر الضرب في الجامع الكبير ولا في ظاهر الرواية (وروى) عن أبي حنيفة أنها (تضرب في كل أيام) وقدرها بعضهم بثلاثة وعن الحسن تضرب كل يوم تسعة وثلاثين سوطا الى أن تموت أو تسلم ولم يخصه بحرة ولا أمة وهذا قتل معنى لان موالاته الضرب تقضى اليه ولذا قلنا فبين اجتماع عليه حدود انه لا يقام عليه الحد الثاني ما لم يبرأ من الحد السابق كي لا يصير قتلا وهو غير المستحق ثم الامة تدفع الى حولاها فيجعل حبسها بيت السيد سواء طلب هو ذلك أم لا في الصحيح ويؤلى هو جبرها قال المصنف (بجمع بين الحقيقين) يعنى حق الله تعالى وحق السيد في الاستخدام فانه لا منافاة بخلاف العبد المرتد لا فائدة في دفعه اليه لانه يقتل ولا يبقى له يمكن استخدامه ولا تسترق الحرة المرتدة مادامت في دار الاسلام فان لحقت بدار الحرب حينئذ تسترق اذا سببت وعن أبي حنيفة في النواذر تسترق في دار الاسلام أيضا قيل ولو أفتى بهذه لاس به فيمن كانت ذات زوج حسم القصد ها السي بالرد من اثبات الفرقه وينبغي أن يشترط الزوج من الامام أو جهها الامام له اذا كان مصر فالانها صارت بالردة فيا للمسلمين لا يختص بها الزوج فيمكنها وينفصع الذكاح بالردة وحينئذ يتولى هو حبسها وضربها على الاسلام فيرتد ضرر قصدها عاها قيل وفي البلاد التي استولى عليها التتروا حروا أحكامهم فيها أو بقوا المسلمين كما وقع في خوارزم وغيرها اذا استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها لانها صارت دار حرب في الظاهر من غير حاجة الى أن يشترطها من الامام وقد أفتى الدبوسى والصغار وبعض أهل سمرقند بعدم وقوع الفرقه بالردة رداعليها وغيرهم مشوا على الظاهر ولكن حكموا بجبرها على تجديد الذكاح مع الزوج وتضرب خمسة وسبعين سوطا واختاره القاضي بخان للفتوى وعند الأئمة الثلاثة تقتل المرتدة وقتصر المصنف على خلاف الشافعي قال (لمارويننا) من قوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وهو حديث صحيح البخاري وغيره قال (ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جنائية متغلظة) هي جنائية الكفر (وجنائية المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها) وهو القتل (ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء) كما مر في الحديث الصحيح وهذا مطلق يعم

بعد الاتيان بكلمتي الشهادتين (قوله لان الكفر مبيح) أى كفر المحارب (قوله وقال الشافعي رحمه الله تقتل لمارويننا) وهو قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه كرامة من نعم الرجال والنساء كقوله تعالى فن شهد منكم الشهر فليصمه وبه تبين أن الموجب للقتل بتبديل الدين لان مثل هذا الكلام لبيان العلة وقد تحقق بتبديل الدين منها والاشتراف في العلة بوجوب الاشتراك في الحكم ولان ردة الرجل تبيح القتل لتغلظ الجنائية اذا لا نكار

للقتل من حيث انها جنائية متغلظة) وكل ما هو جنائية متغلظة (يناط بها عقوبة متغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها) ولنا ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل تاخير الاجرية الى دار الآخرة اذ تجب لها ينحل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشرنا

وفي معراج الدراية وفي الزندقي لماروايتان في روايه لا يقبل توبته كقول مالك وأحمد وفي رواية تقبل كقول الشافعي اه (قال المصنف ولنا انه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء الخ) أقول لكنه مخصوص فانها اذا قتلت

نفسا بحديدة عمداتقتص بخا تختصصه بالقياس الذي ذكره الشافعي (قوله لان تجب لها ينحل الى قوله لان وهو الناس الخ) أقول لتعليل لقوله ينحل بمعنى الابتلاء الخ (قوله خوفا من حقوقه) أقول أى لحقوق الجزاء في الدنيا قال المصنف (وانما عدل عنه الخ) أقول قال ابن الهمام لاجزاء على فعل الكفر فان جزاءه أعظم عند الله تعالى من ذلك اه فيه كلام لانه يباه ظاهرا قوله وانما عدل عنه

والكافرة الاصلية لا تقتل فكذا المرتدة وما قبل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مرتدة فقد قيل انه عليه الصلاة والسلام لم يقتلها بمجرد الرد بل لانها كانت ساحرة شاعرة تهجو رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان لها ثلاثون ابنا وهي تحرضهم على قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر بقتلها والجواب عما روي أنه ليس بجري على ظاهره لان التبديل يتحقق من الكافر اذا سلم فعرفنا أنه عام لحقه خصوص فيخص المبتازع فيه بما ذكرنا من المعنى وقوله (ولكن تجبس) ظاهر وأعاد رواية الجامع الصغير لاثمائها على ذكر الجسر والحرمة والأمة وقوله (والأمة يجبرها مولاها) قال أبو حنيفة رحمه الله اذا ارتدت الأمة واحتاج المولى الى خدمتها دفعت اليه وأمره القاضي أن يجبرها على الاسلام قال المصنف (أما الجبر فلما ذكرنا) يعني أنها امتنعت عن ايقاع حق الله تعالى بعد الاقرار (ومن المولى لماسيقه من الجمع بين الحقين) أي الجبر والاستخدام ولم يشترط في الكتاب حاجة المولى الى خدمتها وهي رواية الجامع الصغير وشرطها في رواية

وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية قال (ولكن تجبس حتى تسلم) لانها امتنعت عن ايقاع حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايقاعه بالحس كافي حقوق العباد (وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت أو أمة والأمة يجبرها مولاها) أما الجبر فاما ذكرنا ومن المولى لماسيقه من الجمع بين الحقين ويروي تضرب في كل أيام مباغتة في الخيل على الاسلام

الكافرة أصليا وعارضا وثبت تعليله صلى الله عليه وسلم بالعله المنصوصة كما قدمناه في الحديث من عدم حواجمها فكان مخصصا للعموم ما رواه بعد أن عوممه مخصص بمن بدل دينه من الكافر الى الاسلام وما ذكر المصنف من المعنى بعده اذ زيادة بيان وهو أن الاصل في الاجزية أن تتأخر الى دار الجزاء وهي الدار الآخرة فانها الموضوع للاجزية على الاعمال الموضوع هذه الدار لها هذه دار أعمال وتلك دار جزاءها وكل جزاء شرع في هذه الدار ما هو الاصلح تعود اليها في هذه الدار كالقصاص وحسد القذف والشرب والزنا والسرقه شرعت لحفظ النفوس والاعراض والعقول والانساب والاموال فكذا يجب في القتل بالردة أن يكون لدفع شر حواجه لاجزاء على فعل الكفر لان جزاءه أعظم من ذلك عند الله تعالى فيختص بمن يتأتى منه الحراب وهو الرجل ولهذا نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء وعاله بانها لم تكن تقا تل على ما صرح من الحديث فيما تقدم ولهذا قلنا لو كانت المرتدة ذات رأي وتبسع تقتل لاردها بل لانها حينئذ تسعى في الارض بالفساد وانما حبست (لانها امتنعت عن أداء حق الله تعالى بعد أن أقرت به فتجبس كافي حقوق العباد) وقد روي أبو يوسف عن أبي حنيفة عن عاصم بن أبي النجود عن أبي رز بن عن ابن عباس رضي الله عنهما قال لا تقتل النساء اذا هن ارتدن عن الاسلام ولكن يجبسن ويدعين الى الاسلام ويجبرن عليه وفي بلاغات محمد قال بلغنا عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال اذا ارتدت المرأة عن الاسلام حبست وأما ما روي الدارقطني عن جابر أن امرأة يقال لها أم مروان ارتدت عن الاسلام فامر النبي صلى الله عليه وسلم أن يعرض عليها الاسلام فان رجعت والاقتلت فضعف بجمعهم بن بكر وأخرجه أيضا من طريق آخر عن جابر ولم يسم المرأة فورا فعرض عليها الاسلام فابت أن تسلم فقتلت وهو ضعيف بعد الله بن أذينة قال ابن حبان لا يجوز الاحتجاج به بحال وقال الدارقطني في المؤلفات والمختلف انه متروك ورواه ابن عدي في الكامل وقال عبد الله بن عطار د بن أذينة منكر الحديث وروي حديث آخر عن عائشة ارتدت امرأة يوم أحد فامر عليه الصلاة والسلام أن تستتاب فان تابت والاقتلت وفي سنده محمد بن عبد الملك قالوا فيه انه يضع الحديث مع أنهم معارضة باحاديث أخر مثلها وأمثل منها ما أخرجه الدارقطني عن أبي رز بن عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقتل المرأة اذا ارتدت وفيه عبد الله بن عباس الجزري قال الدارقطني كذاب يضع الحديث وأخرج ابن عدي في الكامل عن أبي هريرة رضي الله عنه أن امرأة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ارتدت فلم يقتلها وضعفه بحفص بن سليمان قال ابن عدي عامة ما رويه غير محفوظ وأخرج الطبراني في معجمه حديثنا الحسن

بعد الاقرار أو غلظ من الاصرار في الابتداء على الانكار وردتها تشاؤا وكها فيه فتشار كهافي موجبها كالزنا مع الاحسان ولنا أنه عليه السلام نهى عن قتل النساء ولم يفضل بين المرتدة والكافرة الاصلية ولان تبديل الدين جناية عظيمة ولكنها بين العبد وربه فالجزاء عليها مؤخر الى دار الآخرة لان الاصل في الاجزية ناخيرها الى دار الجزاء اذ تجب له بخل بمعنى الابتلاء وما عجل في الدنيا صيانة شرعت لمصالح تعود اليها كالقصاص وحسد القذف والزنا والسرقه والشرب لصيانة النفوس والاعراض والانساب والاموال والعقول وانما عدل عنه في الرجل لدفع شر ناخر وهو الحراب وهو معدوم في المرأة اذ ينبت الاصلح للعراب فلا تقتل في الكفر الاصلية والطاري (قوله فتجبر على ايقاعه بالحس) لانه شرع على منع الحقوق مع القدرة على الاداء كافي حقوق العباد (قوله فلما ذكرنا) أي لانها امتنعت عن ايقاع حق الله تعالى بعد الاقرار

قال فخرج الاسلام رحمه الله والصحيح أنها تدفع الى المولى احتاج اليها واستغنى وقال وكذلك لا يشترط طلب المولى فان قيل للمولى حق الاستخدام في العبد والأمة جميعا فكيف دفعت اليه الأمة دون العبد أجيب بأن العبد اذا أقي قتل فلا فائدة في الدفع الى المولى

قال (وزول ملائكة المرتد عن أمواله برده زوالا مراعى) أى موقوف إلى أن يتبين حاله (فإن أسلم عادت على حالها قالوا) أى المشايخ (هذا عند أبي حنيفة وعندهما لا يزول ملكه) لأنه مكلف محتاج فإلى أن يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والعصا وله أنه حربى مقهور تحت أيدينا حتى يقتل ولا قتل إلا بالحرب وهذا الوجوب زوال ملكه ومالكه غير أنه مدعو إلى الإسلام بالأجماع عليه ويرجى عوده إليه فتوقفنا فى أمره فإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن فى حق هذا الحكم وصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وإن مات أو قتل على رده أو لحق بداء الحرب وحكم بالحاقه استقرار كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه

قال (وزول ملك المرتد عن أمواله برده زوالا مراعى) فإن أسلم عادت على حالها قالوا هذا عند أبي حنيفة وعندهما لا يزول ملكه) لأنه مكلف محتاج فإلى أن يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والعصا وله أنه حربى مقهور تحت أيدينا حتى يقتل ولا قتل إلا بالحرب وهذا الوجوب زوال ملكه ومالكه غير أنه مدعو إلى الإسلام بالأجماع عليه ويرجى عوده إليه فتوقفنا فى أمره فإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن فى حق هذا الحكم وصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وإن مات أو قتل على رده أو لحق بداء الحرب وحكم بالحاقه استقرار كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه

ابن اسحق التستري حدثنا هارون بن معلى حدثنا محمد بن سلمة عن الفرارى عن مكحول عن أبي طهمة البعمرى عن أبي ثعلبة الحنشى عن معاذ بن جبل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين بعثه إلى اليمن أعمار جسر ارتد عن الإسلام فادعه فان تاب فاقبل منه وإن لم يتب فاضرب عنقه وأعمار أمة ارتدت عن الإسلام فادعها فان تابت فاقبل منها وإن أبت فاستبها وتقدم رواية أبي حنيفة عن عاصم عن أبي رز بن عن ابن عباس رضى الله عنهما فى أسند الدارقطى عن ابن معين أنه قال كان الثورى يعيب على أبي حنيفة حديثا كان يرويه عن عاصم عن أبي رز بن لم يروه أحد غير أبي حنيفة عن عاصم عن أبي رز بن مدفوع بأنه أخرجه الدارقطى عن أبي مالك النخعى عن عاصم به فزال انفراد أبي حنيفة الذى ادعاه الثورى وروى عبد الرزاق عن عمر أنه أمر فى أم ولد تنصرت أن تباع فى أرض ذات مؤنة عليهم أو لا تباع فى أهل دينها فبيعت فى دومة الجندل من غير أهل دينها وأخرج الدارقطى عن علي رضى الله عنه المرتدة تستتاب ولا تقتل وضعف بخلاص (قوله وزول ملك المرتد عن أمواله زوالا مراعى) أى موقوف فإما فى الحال (فإن أسلم عادت أمواله على حالها) الأولى (وإن مات أو قتل على رده أو لحق بداء الحرب وحكم) الحاكم (بالحاقه) استقر أمره فعمل السبب (وهو كونه كافرا حربيا عمله) يستند إلى وقت الردة كالتستري بشرط الخيار ثبت ملكه عند الإجازة مستندا إلى وقت البيع وجعله اختيار المجلس عند الشافعى بقضى أنه ملك بات ثم يرتفع بالخيار شرعا كالرجوع فى الهبة وبه صرح بعض الشارحين حين ورد عليه أن لا معنى لزوال المراعى والموقوف لأنه إما أن يزول أو لا فاجاب بأنه يزول ثم يعود بالإسلام وهذا ليس واقعا والى المستند إلى ما قبله كالمالك الرجوع بالرجوع (قالوا) أى المشايخ (هذا عند أبي حنيفة وعندهما لا يزول ملكه) ولا يصح من قول الشافعى مثل قوله وبه قال مالك وأحمد فى رواية وقوله ما قول آخر للشافعى وجهه (أنه مكلف محتاج) ولا يمكن من إقامة التكليف الإجماله وأما الردة فى اباحتها لا فى زوال ملكه فان لم يقتل يبقى ملكه وصار (المحكوم عليه بالرجم والعصا) لا يزول ملكه ما لم يقتل (ولابى حنيفة أنه كافر حربى مقهور تحت أيدينا إلى أن يقتل) والمالك عبارة عن القدرة والاستيلاء على التصرف فى المال ولا يكون ذلك إلا بالعصمة وكونه حربيا (بوجوب زوال ملكه ومالكه) ومقتضى هذا أن يزول فى الحال على البتات (الأنه مدعو إلى الإسلام ويرجى عوده إليه) لأنه كان ممن دخله وعرف محاسنه وأنس به نسأل الله حفظه علينا إلى الجنة بمنه وكرمه فغالب على الظن عوده إلى الإسلام (فتوقفنا فى أمره) فان أسلم جعل العارض كأن لم يكن فى حق هذا الحكم (وهو زوال الملك) وصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل السبب (عمله) وان ثبت منه أحد ما قلنا عمل عمله من وقت وجوده ولا يخفى أن الحاربه لا توجب انتفاء

قوله (وزول ملك المرتد عن أمواله برده زوالا مراعى) أى موقوف وموقوف فإلا الآن يتبين حاله لأن رده زوال ملكه) لا يقال إذا كان كذلك كان الواجب أن لا يخرج المال عن ملكه كما هو مقتضى هذا الدليل فى غير هذا

(قوله وعندهما لا يزول ملكه) أى الموقوف كإبشير إليه دليل أبي حنيفة (قوله والجامع أن كلامهم الخ) أقول فيه بحث (قال المصنف وهذا بوجوب زوال ملكه ومالكه) أقول قوله ومالكه كونه كافرا حربيا (قوله يستند إلى ما قبله) أقول لعل المراد ارتفاع إضافة الملك إليه ولا فظاظهر أن الملك نفسه غير مرتفع

أيدينا) بدليل أنه يقتل (ولا قتل إلا بالحرب) فكان القتل ههنا مستلزما للحرب لأن نفس الكافر ليس بمبيع له ولهذا لا يقتل إلا على المقتد والشيخ الفانى وقد تحقق الملزوم بالاتفاق وهو كونه ممن يقتل فلا بد من لازم وهو كونه حربيا (وهذا) أى كونه حربيا مقهورا تحت أيدينا (بوجوب زوال ملكه ومالكه) لأن المقهورية إماره المملوكية فإذا كان مقهورا ارتفعت مالكه وارتفعها يستلزم ارتفاع الملك لأن ارتفاع المالكية مع بقاء الملك محال (غير أنه مدعو إلى الإسلام بالأجماع عليه وعوده مرجو) وذلك بوجوب بقاء المالكية لأنه متى مكلف محتاج إلى ما يمكن به من أداء ما كاف به قبل لنظر إلى الأول يزول ملكه وبالنظر إلى الثانى لا يزول (فتوقفنا فى أمره) وقتلنا بزوال موقوف (فإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن فى حق هذا الحكم وصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وإن مات أو قتل على رده أو لحق بداء الحرب وحكم بالحاقه استقرار كفره فعمل السبب عمله

قال (وان مات أو قتل على ردة انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردة
 فياً) وهذا عند أبي حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد كلاهما الورثة) وقال الشافعي كلاهما في ولانه مات كافراً
 والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا أمان له فيكون فياً وله ما أن ملكه في الكسبين بعد الردة باق على
 ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبل ردة اذ الردة سبب الموت فيكون تورث المسلم من المسلم
 ولا يـ حنيفة انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة

المالك بل زال العصب مستفان الحربي يملك غير أن مملوكه لا عصمة له فاذا استولى عليه زال ملكه فيكون المرتد
 حربياً قصارى ما يقتضي زال عصبته ماله ونفسه تبغوا وهو لا ينفي قيام الملك في الحال فلا يوجب الحكم
 بالزوال مستنداً ولهذا زاد قوله مقهوراً تحت أيدينا فيكون ماله مستولى عليه واعلم أن حقيقة المراد أن
 بالردة يزول ملكه والابا فان استمر حتى مات حقيقة أو حكماً بالحاق استمر الزوال الثابت من وقت الردة
 وان عاد عاد الملك وهو ماهر بامن الحكم بالزوال لان الساقط لا يعود فيقول أبو حنيفة ان الردة لما اقتضت
 الزوال والاجماع على أنه ان عاد ماله قائم كان أحق به ووجب أن يعمل به ما فيقول بالردة يزول
 ثم بالعود يعود شرعاً هذا بعد ارتفاعه ما على عدم زوال ملكه قال الشيخ أبو نصر البغدادي ان أبا يوسف جعل
 تصرفه بمنزلة تصرف من وجب عليه القصاص فتصير تبرعاً من جميع المال وجعله محمد بمنزلة المريض فتعتبر
 من الثالث وجهه قول محمد أنه في معرض التلف فهو أسوأ من المريض حالاً وأبو يوسف يمنعه ويقول المرتد
 يمكن من دفع الهلاك بالاسلام والمريض غير قادر عليه (قوله وان مات أو قتل على ردة أو حكم بالهـاقه
 انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردة فياً) لجماعة المسلمين بوضع في بيت
 المال (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال كلا الكسبين لورثته وقال الشافعي) ومالك وأحمد (كلاهما
 في ولانه مات كافراً والمسلم لا يرث الكافر) اجماعاً (فبقي مال حربي لا أمان له) لم يوجب عليه بخيل ولا ركاب
 (فيكون فياً) وله ما أن ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه (من أنه مكاف محتاج الى آخره) فينتقل
 بموته الى ورثته ويستند الى ما قبل ردة اذ الردة سبب الموت فيكون تورث المسلم من المسلم) وهذا لا ينهض
 على الشافعي الا اذا بينا الملية الاستناد وهو أن يقال ان اخذ المسلمين له اذ لم يكن له وارث بطريق الورثة وهو
 يوجب الحكم باستناده شرعاً الى ما قبل ردة والا كان تورث الكافر من المسلم ومحمل الحديث الكافر
 الأصلي الذي لم يسبق له اسلام أو نقول استحقات المسلمين له بسبب الاسلام والورثة ساووا المسلمين في ذلك
 وترجوا بجهة القرابة فكانوا كقرابة ذات جهتين بالنسبة الى قرابة ذات جهة كالاخ الشقيق مع الاخ لابل قال
 تعالى أو من كان ميتاً فحييناه (ولابي حنيفة) ما قاله في وجه التورث (الا انه انما يمكن في كسب
 الاسلام لوجوده قبل الردة) وهي الموت فيستند الارث الى ما قبله وقد قلت ان مجرد ردة زال ملكه فيا

توجب زوال ملكه على قول أبي حنيفة رحمه الله ثم لو أسلم فالملك ماله على ما كان وان مات أو قتل يكمل السبب
 المزيل للملكة وقت الموت مستند الى أول السبب وهو الردة كافي البيع بشرط الخيار فانه اذا أجبر ثبت الملك
 من وقت العقد حتى يستحق المشتري المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة جميعاً فعلى هذا الطريق التورث فيه
 تورث المسلم من المسلم فان قيل زال ملكه اماناً ان يكون قبل الردة أو معها أو بعدها والحكم لا يسبق السبب
 ولا يترتب به بل يعقبه وجر الردة هو كافر لما ناعم المزيل للملكة ردة كما أن المزيل للملكة موت المسلم ثم الموت
 يزيل الملك عن الحي لاعتن الميت فكذلك الردة تزيل الملك عن المسلم وكما أن الردة تزيل ملكه فكذلك تزيل
 نفسه نفسه وانما تزيل العصمة عن معصوم لاعتن غير معصوم فيحقق بهذا الطريق تورث المسلم من المسلم
 (قوله ثم هو مال حربي لا أمان له فيكون فياً) فيوضع في بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار أنه مال ضائع قلند
 المسلمون يستحقون ذلك بالاسلام وورثته شاركو المسلمين في الاسلام ويرجوا عليهم بالقرابة لان ذا السببين
 مقدم على ذي سبب واحد فكان الصنف اليهم أولى (قوله على ما بيناه) اشارة الى قوله لانه مكاف محتاج وكونه

الموقف اذا تساوى الجهتان
 وأفضى الى الشك وههنا
 ليس كذلك فان جهة
 الخروج ظن وجهة
 عدمه دونه فيلزم التوقف
 وانما قيد بقوله في حق هذا
 الحكم احترازاً عن احباط
 طاعته ووقوع الفرقة بينه
 وبين أسرته وتجدد الاعيان
 فان الارتداد بالنسبة اليها
 قد عمل على وقوله (وان مات
 أو قتل على ردة) أعاده لانه
 لفظ القدوري رحمه الله
 والاول كان لفظه ذكره
 شر حال الكلام وقوله (ثم هو
 مال حربي فيكون فياً)
 يعني بوضع في بيت المال
 ليكون للمسلمين باعتبار أنه
 مال ضائع وقوله (على ما بيناه)
 اشارة الى قوله لانه مكاف
 محتاج الى قوله (ويستند)
 يعي التورث (الى ما قبل
 ردة) فيجعل كأنه اكتسبه
 في حال الاسلام فورثه ورثته
 منهم من وقت الاسلام (ولابي
 حنيفة رحمه الله انه يمكن
 الاستناد) أي استناد
 التورث (في كسب
 الاسلام لوجوده) أي
 لوجود الكسب (قبل الردة)

(قوله وقوله ويستند يعنى
 التورث) أقول فيه بحث
 فان المرتد قبل ردة حتى حقيقة
 وحكم فكيف يستند اليه
 التورث فانه يستلزم
 تقدم الحكم على السبب
 فليست أملى في جوابه فالشرع
 جعل السبب هو الجزء

المقدم على ذي سبب واحد فكان الصنف اليهم أولى (قوله على ما بيناه) اشارة الى قوله لانه مكاف محتاج وكونه

ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها) أي لعزم الكسب قبل الردة (ومن شرطه وجوده) قبلها أي ومن شرط استناد التوريت وجوده
الكسب قبل الردة ليكون فيه توريت المسلم من المسلم لئلا يوقلنا بالتوريت فيما كتسبه في حال الردة لزم توريت المسلم من الكافر وذلك لا يجوز
(ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة (٣١٤) وبقي وارثا الى وقت موته) حتى لو حدث له وارث بعد الردة بان أسلم بعض قرابته أو ولاة

له من علقو حادث بعد ردة
لا يرثه (في رواية عن أبي
حنيفة رحمه الله) وهي رواية
الحسن عنه (اعتبارا
للاستناد) يعني ان الردة
يثبت بها الارث بعد وجود
الاشياء الثلاثة الموت والقتل
والحكم بطاقة بدار الحرب
وان لم يثبت قبل وجودها
فاذا وجدت صار كأن
الوارث ورثه حين الردة
فلا يجلس هذا شرط أن
يكون وارثا الى وجود
أحدهما (وعنه) أي من
أبي حنيفة وهو رواية عن
أبي يوسف (انه يرثه من كان
وارثا له عند الردة ثم لا يبطل
استحقاقه بموته) أي بموت
الوارث (بل يخلفه وارثه لان
الردة بمنزلة الموت) في
التوريت ومن مات من
الورثة بعد موت المورث
قبل قسم ميراثه لا يبطل
استحقاقه ولكن يخلفه
وارثه فيه فهذا كذلك
(وعنه) أي عن أبي حنيفة
رحمه الله وهو رواية عن
محمد قيسل وهو الأصح (أنه
يعتبر وجود الوارث عند
الموت) يعني أحد الأمور
للثلاثة سواء كان موجودا
وقت الردة أو حدث بعده
(لان الحادث بعد انعقاد
السبب قبل تمامه كالخاتم

١ كتسبه بعد الردة لا يقع مملوكا له يمكن استناد التوريت فيه الى ما قبل موت الحكمي أعني الردة لانه انما
يورث ما هو مملوك للميت عند الموت فيظهر أن الاختلاف بينه وبينه ما في توريت كسب الردة مبني على الحكم
الخلافي المتقدم وهو أن المرتد تزول املاكه بالردة المسقرة على ما حقه عند موته وعندهما لا يزول حتى يتحقق
الموت الحقيقي أو الحكمي بالحقا وإذا كان كذلك فما كتسبه في زمن الردة يكون مملوكا له ثم اذا تحقق
الموت وقلنا بوجوب ارثهم اياه والغرض أن له مالا مملوكا فلا بد من ارثهم له وارثهم يستدعي استناده الى ما
قبل ردة فيلزم بالضرورة اعتبارا ما كتسبه في زمن الردة موجودا قبلها احكاما لوجود سببه وهو نفس المرتد وان
كان معدوما حسا وقتئذ والله أعلم (قوله ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة) بان كان حرا مسلما
(وبقي كذلك الى وقت موته) أو لحاقه (في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله) وانما يرثه من كان وارثا له حالة الردة) بان كان حرا مسلما
الاستناد في الارث فان المستند لا بد أن يثبت أولا ثم يستند فيجب أن يصادف عند ثبوته من هو بصفة استحقاق
الارث وهو المسلم الحر وكذا عند استناده حتى لو أسلم بعض قرابته أو ولاة من علقو حادث بعد الردة لا يرثه على
هذه الرواية (وعنه) أنه يرثه من كان وارثا عند الردة فقط من غير اشتراط بقاءه بالصفة الى الموت وهذه رواية
عن أبي يوسف عنه (فلا يبطل استحقاقه) أي استحقاق من كان وارثا عند الردة بعروض موت ذلك الوارث
أوردته بعد ردة أبيه (بل) اذ مات وارثه (بخلقه وارثه) وهو وارث الوارث وعلى هذه الرواية عول الكرخي
لان الردة بمنزلة الموت فيعتبر وقتها لاستحقاق الميراث (وعنه) أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت) والحقا وهي
رواية محمد عنه قال في الميسر وهذا أصح (لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالخاتم قبل انعقاده)
الأتري أن الولد الذي يحدث من المبيع بعد المبيع قبل القبض يجعل كالوجود عند ابتداء العقد في أنه
يصير معقودا عليه ويكون له حصته من الثمن إلا ما غلب مضمونة حتى لو هلك في يد البائع قبل القبض بغير فعل
أحد هلك بغير شيء وبقي الثمن كله على البائع ولو كان من بحيث يرثه كافر أو عبد أو يوم ارتد فعقب بعد الردة قبل
أن يموت أو يلحق أو أسلم رثته وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن الكرخي حتى بينهما خلافا في الحق فعند
أبي يوسف يعتبر حال الوارث يوم الحكم بالحقا وعند محمد يوم الحكم وجه أبي يوسف أن العارض
يعني الردة متصور زواله فتوقف ثبوت حكمه على القضاء وجه محمد أن الحق تزول به العصمة والامان
والذمة في حق المستأمن والذي فكان هذا بمنزلة المكاتب يموت ويترك وفاء تؤدي الكتابة فانه يعتبر حال
وارثه يوم مات لآل أداء الكتابة وجوابه من قبل أبي يوسف أن الحق ليس حقيقة الموت المألوس عن
ارتفاعه ليثبت الحكم به بلا قضاء بل في حكمه لا يقطع ولا يتأمنه وأحكامنا فلا يثبت به أحكام الموت قبل أن
يتأكد ذلك بالحكم به (قوله وترثه امرأته) أي المرأة المسلمة (اذا مات أو قتل) أو لحق بدار الحرب (وهي
مكفأ يشعر بكل الأهلية وكل الأهلية لا يقتضي زوال الملك بل يرضى تقرره فصا هذا المالك للحكم
برجحه حيث لا يزول ملكه هناك (قوله وبقي وارثا الى وقت موته) حتى لو أسلم بعض قرابته بعد ردة أو

قبل انعقاده كافي الولد الحادث من المبيع قبل القبض) في أنه يصير معقودا عليه بالقبض فيكون له حصته من الثمن قال في
النهاية وحاصله أن على رواية الحسن بشرط الوصفان وهما كونه وارثا وقت الردة وكونه باقيا الى وقت الموت والقتل حتى لو كان وارثا ثم مات
قبل موت المرتد أو حدث وارث بعد الردة فانهم لا يرثان وعلى رواية أبي يوسف رحمه الله بشرط الوصف الاول دون الثاني وعلى رواية محمد بشرط
الوصف الثاني دون الاول (وترثه امرأته المسلمة اذ مات أو قتل وهي

في العدة لانه يصير فاراوان كان **حجها** لانها سبب للهالك كالمريض فاشبه برده التي حصلت بها البيئونة الطلاق في حالة المرض والطلاق البائن حالة المرض يوجب الارث اذا كانت في العدة فان قيل أبو حنيفة يستد التوريت الى ما قبل الرد وذلك يستلزم ان لا يتفاوت الحكم بين المدخول بها وغير المدخول بها لان الردة موت وامرأة الميت ترثه سواء كانت مدخولا بها أو لم تكن أوجب بان الموت الحقيقي سبب للارث حقيقة فيستوى فيه المدخول بها وغيرها وأما الردة فانما جعلت موتا حكما ليكون (٣١٥) توريت المسلم من المسلم فهي ضعيفة

في السببية فلا بد من تقويتها بما هو من آثار النكاح من الدخول وقيام العدة وقوله **(بخلاف المرتد عند أبي حنيفة رضي الله عنه)** فان ما اكتسبه في حال ردته فهو في عده وفرق بينهما بقوله لانه لا حراب منها ومعناه فلا يقتل اذ ذلك لما تقدم من الملازمة وحاصل الفرق أن المرأة لا تقتل والرجل يقتل ومعناه أن عصمة المال تباع لعصمة النفس وبالردة لا تزول عصمة نفسها حتى لا تقتل فكذلك عصمة مالها بخلاف الرجل فلما كانت عصمة مالها باقية بعد ردتها كان كل واحد من الكسبين ملكها فيكون ميراثا لورثتها **(ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة)** والقياس ان لا يرثها لان فرار الزوج انما كان يتحقق اذا ماتت وهي في العدة لا ترى انه لو طلقها قبل الدخول لم يبق مرضه لم يكن لها الميراث لانها ليست في عدته ثم ههنا لا عدة على الرجل فينبغي ان لا يرثها الزوج ووجه الاستحسان ما أشار اليه بقوله **(اقصدها ابطال**

في العدة لانه يصير فاراوان كان **حجها** وقت الردة والمرتبة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب التي بخلاف المرتد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة نقصدها ابطال حقه وان كانت **حجها** لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد قال **(وان لحق**

في العدة لانه يصير فاراوان كان **حجها** وقت الردة) وهذا لان الردة لما كانت سبب الموت وهي باختياره أشبهت الطلاق البائن في مرض الموت وهو يوجب الارث اذا ماتت وهي في العدة لانه فارولو كان وقت الردة مريضا فلا اشكال في ارثها وقد يقال كون الردة تشبه الطلاق قصاراها أن يجعل بالردة كانه طلقها او الفرض أنه صحيح وطلاق الصحيح لا يوجب حكم الفرار فالتحقيق أن يقال بالردة كانه مريض مرض الموت باختياره بسبب المرض ثم هو باصرار على الكفر يختار في الاصرار الذي هو سبب القتل حتى يقتل بمنزلة المطلق في مرض الموت ثم يموت فتلازم أنفه أو بالحاقه فيثبت حكم الفرار وروي أبو يوسف عن أبي حنيفة أنها ترثه وان كانت منقضية العدة لانها كانت وارثة عند ردته وبه قال أبو يوسف وهو تقرير على رواية الاكتفاء بالتحقق بصفة الوارث حال الردة فقط وهي رواية أبي يوسف ومافي الكتاب على رواية الحسن من اعتباره وبقائه بالصفة الى الموت وعلى رواية اعتباره وقت موته فقط هذا واشترط قيام العدة يقتضي أنهم موطوءة فلا يرث غير المدخولة وهو كذلك وذلك أن بمجرد الردة تبين غير المدخولة لا الى عدة فتصير أجنبية ولمالم تكن الردة موتا حقيقيا حتى ان المدخولة انما تعد فيها بالحيض لا الاشهر لم ينتهض سببا للارث اذ لم يكن عند موت الزوج أول حاقه أثر من آثار النكاح لأن الارث وان استند الى الردة لكن يتقرر عند الموت وبهذا أيضا ليرث المنقضية عدتها **(قوله والمرتبة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها)** اذ المرأة لا حراب منها سواء كانت كافرة أصلية أو صارت كافرة **(فلم يوجد سبب التي)** وهو سقوط عصمة نفسها المستتبع لسقوط عصمة مالها فيبقى كل من كسب اسلامها ورثها على ملكها فيرثها ورثتها **(بخلاف المرتد عند أبي حنيفة رحمه الله)** فان كسبه في الردة في ملكه بكونه محاربا في الحال أو في المال بالحق فلا يملكه لكونه مال حربى مهو رثت أي دينافلا يرث **(قوله ويرثها زوجها المسلم اذا كانت ارتدت وهي مريضة)** فماتت من ذلك المرض أو لحقت بداء الحرب مع ذلك المرض لانها قصدت الفرار من ميراث الزوج بعدما تعلق حقه بمالها بسبب مرضها بخلاف ما لو ارتدت وهي **حجها** فانما يرثها ههنا لانه لم تبطل له مقامه بمالها وهذا التقرير فيه جعل ردتها كطلاقه فردتها في مرضها كطلاقه في مرضه وردتها في محنتها كطلاقه في محنته وبه لا يكون فارا اذا عرض له موت وهي في العدة بخلاف ما قررناه في جانب الرجل فان برده في محنته ترث اذا عرض له موت فلو جعلت ردته كطلاقه باثنا كان مدلقا في محنته وعرض الموت لا مطلق في محنته لا يوجب له حكم الفرار فلذا جعلنا ردته كباشرة لسبب

ولله من علوق حادث بعد ردته لا يرثه على هذه الرواية **(قوله لانه يصير فارا)** فان قيل بمجرد الردة تقع الفرقة فكيف يصير فارا وهو صحيح البدن قلنا لان الردة سبب الموت وحق الوارث يتعلق بمال المورث باول سبب الموت كفي المرض فيثبت التعلق باول أجزاء الردة ثم البيئونة بعد تمام الردة فيختار فيتحقق منه الابانة في حال ما تعلق حقه بماله فيصير فارا وهذا بخلاف ارتداد المرأة في محنتها لان ارتدادها لم يكن سببا للموت اذ هي

حجها وبيانه أن حقه يتعلق بمالها بمرضها فكانت بالردة قاصدة ابطال حقه فاراة عن ميراثه فيرد عليها قصدها كفي جانب الزوج بخلاف ما اذا كانت **حجها** حين ارتدت لانها بانبت بنفس الردة فلم تصر مشرفة على الهلاك لانها لا تقتل بخلاف الرجل فلا يكون في حكم الفارة المريضة فلا يرث قال المصنف **(ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت)** أقول وفيه أنه يلزم توريت المسلم من الكافرة وأوجب بان ردتها في حكم العدم واسلامها باق حكما لانها بعد الردة تجبر على الاسلام وتحبس باعتبار الجبر والحبس كأنها مسلمة الى هذا أشار في البسوط

زوجها منها (قوله وان

لحق بدار الحرب مرتدا) ان
لحق المرتد بدار الحرب وحكم
القاضي بلحاظه (عتق
مديره وأمها وأولاده
وحملت الديون التي عليه ونقل
مالا كتسبه في حالة الاسلام
الى ورثته المسلمين) عندنا
(وقال الشافعي رضي الله عنه
يبقى ماله موقوفا) وهو أحد
أقواله (لانه نوع غيبة فاشبهه
الغيبه في دار الاسلام)
والجامع كونه غيبه كما ترى
وهو ضعيف جدا (ولنا أنه
باللحاق صار من أهل الحرب
حقيقه توحك) أما حقيقة فلانه
بين أظهرهم واعتقاده
كاعتقادهم وأما حكم فلانه
لما بطل احراره نفسه بدار
الاسلام حين عاد الى دار
الحرب صار حربا على المسلمين
فاعطى حكم أهل الحرب في
دار الحرب وهم كالميت في
حق المسلمين قال تعالى أو من
كان ميتا فاحييناه ولان
ولاية الازام منقطعة عنهم
(كله من منقطعة عن الموتى
الآن لحاقه لا يستقر الإبقاء
القاضي لاحتمال العود
الينا فلا بد من القضاء فاذا
تقرر موته الحكمي ثبتت
الاحكام المتعلقة به وهي
ما ذكرناها) يعني قوله
عتق مديره الخ (كفي
الموت الحقيقي) (قوله ثم
يعتبر) ظاهر والضمير في
لتقرر له اللحاق وقيل للسبب
وهما متقاربان

بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاظه عتق مديره وأمها وأولاده وحملت الديون التي عليه ونقل ما
اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته المسلمين (وقال الشافعي يبقى ماله موقوفا) كما كان لانه نوع غيبة فاشبهه
الغيبه في دار الاسلام ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الاسلام لانقطاع ولاية
الازام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت لأنه لا يستقر لحاقه الإبقاء القاضي لاحتمال العود والينا
فلا بد من القضاء واذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها كفي الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه
وارثا عند لحاقه في قول محمد لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرر به بقطع الاحتمال وقال أبو يوسف
وقت القضاء لانه يصير مونا بالقضاء والمردة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف (ونقضى الديون
التي لزمته في حال الاسلام بما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمه في حال رده من الديون يقضى مما اكتسبه في
حال رده) قال العبد الضعيف عصمه الله

مرض موته ثم باصراره جعل مطلقا في مرضه فاذا مات ثبت حكم الفرار (قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا
وحكم الحاكم بلحاظه عتق مديره وأمها وأولاده وحملت ديونه) المؤجلة (ونقل ما كتسبه في دار الاسلام
الى ورثته المسلمين) باتفاق علمائنا الثلاثة وكذا ما اكتسبه في أيام رده على قولهما كما لا يغفل شيء من
ذلك ما كان مقيما في دار الاسلام وأما ما أوصى به في حال اسلامه فالنكاح في ظاهر الرواية من المبسوط وغيره
أنها تبطل مطلقا من غير فرق بين ما هو قربة وغير قربة ومن غير ذلك كخلاف وذ كوالوالجى أن الاطلاق
قوله وقولهما أن الوصية بغير القربة لا تبطل لان لبقاء الوصية حكم الابتداء وابتداء الوصية بغير القربة بعد
الردة عندهما تصح وعند أبي حنيفة تمتوقف فكذلك هنا قيل وأراد بالوصية بغير القربة الوصية للناسخ أو المغنية
وقال الطحاوى لا تبطل فيما لا يصح الرجوع عنه وحمل إطلاق محمد لبطال الوصية على وصية يصح الرجوع
عنها وجه البطلان مطلقا أن تنفيذ الوصية لحق الميت ولا حقه بعد ما قتل على الردة أو لحق بدار الحرب
فكان رده كرجوعه عن الوصية فلا يبطل ما لا يصح الرجوع عنه كالتبديل لأن حق العتق ثبت للمدير
وبهذا عرف معنى تقييد الطحاوى الذي ذكرناه آنفا (وقال الشافعي) ومالك وأحمد (يبقى ماله موقوفا)
ويحفظه الحاكم الى أن يظهر موته أو يعود مسلما فيأخذ (لأنه) أى اللحاق نوع غيبة فاشبهه الغيبه في دار
الاسلام وهذا لأن الدار عندهم واحدة (ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام
الاسلام لانقطاع ولاية الازام أحكامهم منهم كالميت منقطعة عن الموتى) بخلاف الغيبه في بلدة أخرى من دار
الاسلام فان أحكام الاسلام وولاية الازام ثابتة فيها فلا يلحق بذلك واذا صار اللحاق كالموت لانه حقيقة
الموت لا يستقر حتى يقضى به سابقا على القضاء بشئ من هذه الاحكام المذكورة وفي الصحيح لأن القضاء
بشئ منها يكفي بل يسبق القضاء باللحاق ثم ثبتت الاحكام المذكورة ولو كونها كالموت قلنا اذا لحقت الحرب
فلزوجهما أن يتزوج بأختها قبل انقضاء عدتها ولائها لعدتها على الحربية من المسلم لان في العدة حق الزوج
وتبائن الدارين منافاه ولو سميبت أو عادت مسلمة لم يضر نكاح أختها لأن العدة بعد أن سقطت لا تعود (ثم
المعتبر في كون الوارث وارثا عند اللحاق في قول محمد لأنه السبب والقضاء انما لزم لتقرر به بقطع الاحتمال)
أى احتمال عوده أى اللحاق لا يوجب احكام الموت الا اذا كان مستقرا وهو أمر غير معلوم فبالقضاء به يتقرر
(وعند أبي يوسف) يعتبر كونه وارثا (وقت القضاء) حتى لو كان من بحيث يرب وقت الردة كافرا أو عبدا
ووقت القضاء مسلما معتقرا ورث عند أبي يوسف لا عند محمد وهذا (لأنه) أى اللحاق انما (يصير مونا
بالقضاء) لانه بمجرد غيبته فتقرر رها بالقضاء به بتقرر رده يصير مونا والارث يعتبر عند الموت وقدمنا تمام
وجهى القولين (والمردة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف) في المرتد وعلى الاحكام التي ذكرناها
من عتق مديرها وحلول ديونها (قوله ونقضى ديونه التي لزمته في حال الاسلام بما اكتسبه في حال الاسلام
وديونه التي لزمته في حال رده مما اكتسبه في حال رده) وعلى هذا فان فضل من كسب الاسلام عن ديون الاسلام
لا تقتل بالردة والمردة كسبهم بالورثتها المسلمين لانه لا حراب منها فلم يصير لها شيئا بل بقي على ملكها أو أحق

(قوله وهم كالميت في حق المسلمين قال الله تعالى أو من كان ميتا فاحييناه) أقول فيه بحث

(قوله هذه رواية عن أبي حنيفة) هو رواية عن أبي حنيفة (وعنه) أي عن أبي حنيفة رضي الله عنه (أنه يبدأ بكسب الاسلام) وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة (قوله وعنه) أي عن أبي حنيفة أيضا وهو رواية أبي يوسف عنه (على عكسه) وهو أن يبدأ في قضاء الدين بكسب الردة (قوله وجه الاول أن المستحق بالدين) أي المدينين (مختلف) وتقريره أن (٣١٧) المستحق بالسببين مختلف والمؤدى من كسب

واحد غير مختلف فالمستحق بالسببين غير مؤدى من كسب واحد فلا بد من أدائه من كسبين تحقيقا للاختلاف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجبه المستحق وهو الدين فيضاف أداؤه اليه ليكون الغرم بازاء الغرم وقوله (وجه الثاني) تقرره أن كسب الاسلام ملكه وكل ما هو ملكه بخلافه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين وأما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنه فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر بان لم يكن له كسب الاسلام فان قيل لمالم يكن ملكه كيف يؤدى منه دينه أجاب بقوله (كأنه اذا مات ولا وارث له فلم يبق له ملك فيما كتبه بل يكون ماله لعمامة المسلمين ومع ذلك لو كان عليه دين يقضى منه وقوله (وجه الثالث) ان كسب الاسلام حق الورثة) تقرره كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه وقضاء

هذه رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام وان لم يف بذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول أن المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغرم وجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنه فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فينتد يقضى منه كالذي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا وجه الثالث أن كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه أولى الا اذا تعذر بان لم يف به فينتد يقضى من كسب الاسلام بتقديم الحق وقال أبو يوسف ومحمد تقضى ديونه من الكسبين

شيء ورثته الورثة والا لبرثون شيئا ولو فضل عن ديون الردة شيء من كسب الردة عند أبي حنيفة أنه لا يورث لانه لا يورث كسب الردة قال المصنف رحمه الله (وهذا التفصيل المذكور رواية عن أبي حنيفة) قيل رواها زفر عنه ولم ينسب السكر خي هذا الى أبي حنيفة بل قال وقال زفر والحسن ملحقه في حال الاسلام الى آخره (وعنه أنه يبدأ بكسب الاسلام) فيقضى منه الدينان جميعا فان وفيه كسب الردة في جماعة المسلمين ولا يرث الورثة شيئا في هذه الصورة الا أن يفضل عن كسب الاسلام شيء عن الدينين (فان لم يف بكل من كسب الردة) وهذه رواية الحسن بن زياد عنه (وعنه على عكسه) وهو أن يقضى الدينان جميعا من كسب الردة فان وفي بالدين ورثت الورثة كسب الاسلام كله وان لم يف بكل من كسب الاسلام وورثت الورثة ما فضل أن فضل شيء وهذه رواية أبي يوسف عنه (وجه الاول) وهو التفصيل (أن المستحق بالسببين) وهو دين الاسلام ودين الردة (مختلف وحصول كل من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب الذي حصل به ليكون الغرم بالغرم وجه الثاني) وهو رواية الحسن (أن كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث) وهو مقدار ما عليه من الدين (فيقدم الدين) مطلقا (عليه) أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عند أبي حنيفة فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فينتد يقضى منه (فان قيل كيف يقضى منه وهو في عهده غير مملوك له بل لجماعة المسلمين أجاب فقال لا بعد في هذا (فان الذي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين) ومع ذلك ان كان عليه دين يقضى منه أولا وما فضل للمسلمين (فكذلك ههنا) قال في المبسوط وعلى هذا لا ينفذ تصرفه في الرهن وقضاء الدين من كسب الاسلام (وجه الثالث) وهو رواية أبي يوسف (ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه) بمعنى أنه متعلق به حق الغير كما تعاق في مال المريض والافه وقد ذكر أن أملاكه تزول غير أنه لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له ألا ترى أن كسب المالك خالص حقه وليس ملكه وإذا كان خالص حقه (كان قضاء دينه منه أولى الا اذا لم يف فينتد يقضى من كسب الاسلام بتقديم الحق) قال في المبسوط وعلى هذا نقول عقد الرهن كقضاء الدين فاذا قضى دينه من كسب الردة ورهنه بالدين فقد فعل عين ما كان يحق فعله فهذه ثلاث روايات عن أبي حنيفة ولو لم يكن له مال الا ما كتبه في حال رده تقضى منه (وقال أبو يوسف ومحمد تقضى ديونه من الكسبين الناس بملكها ورثتها (قوله وكسب الردة خالص حقه) فان قيل هذا يناقض قوله قبل هذا أما كسب

الدين من خالص حقه أولى منه من حق غيره الا اذا تعذر بان لم يف به فينتد يقضى دينه من كسب الاسلام بتقديم الحق وفيه بحث من أوجه الاول ما قيل ان هذا يناقض قوله أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة والثاني أن كون كسب الاسلام حق الورثة ممنوع فان حقه انما يكون متعلقا بالركة بعد الفراغ عن حق المورث والثالث أن قضاء الدين من خالص حقه واجب ومن حق غيره ممنوع (قوله وجب به المستحق وهو الدين الخ) أقول قوله وهو راجع الى المستحق (قوله أجاب بقوله كالذي الخ) أقول فيه بحث لوضوح الفرق بينهما

فلا وجه لقوله فكان قضاء الدين منه أولى وأجيب عن الأول بأن المعنى من خلو الحق ههنا هو أن لا يتعلق حق الغيبة كما يثبت التعلق في مال المريض ثم لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له ألا ترى أن كسب المكاتب خالص حقه وليس بملك له وكذلك الذي إذا مات ولا وارث له على ما ذكرنا آنفا وعن الثاني بأن الدين انما يتعلق (٢١٨) بماله عند الموت لا بما زال من قبل وكسب الاسلام قد زال وانتقل بالردة

الى الورثة وكسبه في الردة هو ماله عند الموت فيتعلق الدين به وعن الثالث بأن كسب الاسلام بعرضية ان يصير خالص حقه بالتوبة فكان أحدهما خالص حقه والاخر بعرضية أن يصير خالص حقه ولا شك أن قضاء الدين من الأول أولى هذا على طريقة أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يقضى دينه من الكسبين جميعا لانهم جميعا ملكه حتى يجزى الارث فيهما على ما تقدم من مذهب ما قال (وما باعه أو اشتراه) ذكرنا التصرفات التي

الاخ ما جميعا ملكه عندهما) حتى يجزى في مال الارث (قوله وما باعه) المرتد (أو اشتراه أو أعتقه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه من أمواله في حال ردته فهو موقوف فان أسلم صحت عقوده وان مات أو تلى أو لحق بدار الحرب بطلت) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ما صنع في الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على أقسام نافذة بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لأنه لا يفتقر الى حقيقة الملك في الاستيلاد ولا الى تمام الولاية في الطلاق فان الاستيلاد يصح في جارية الابن وحق المرتد في ماله أقوى من الاب في جارية ابنته ولذا تصح دعوى المولى ولد أمة مكاتبه وحق المرتد في ماله أقوى من حق المولى في كسب المكاتب لان المال موقوف على حكم ملكه حتى إذا أسلم كان له بلا سبب جديد ولا ملك للاب والمولى فيهما والطلاق يقع من العبد مع قصور ولا يتفانه لا ولا يته على نفسه وأورد عليه أن بالردة تحققت الفرقة فكيف يقع الطلاق أجيب بأنه لا يلزم من وقوع المبنونة امتناع الطلاق وقد ساف أن المبانة يلحقها صريح الطلاق مادامت في العدة وصرح في المحيطان الفرقة بالردة من قبيل الفرقة التي يلحقها الطلاق مع أن الردة لا تلزمها الفرقة كالوارثا معا ومن هذا القسم تسامى الشفعة وقبول الهبة والحجر على عبده المأذون لانهم لا يبنون على حقيقة الملك (وباطل بالاتفاق كالتكاح والذي يجهل لانهم اتعمدوا له ولا مله) لأنه غير مقرر على ما انتقل اليه من دين سماوي أو غيره كالشرك فهو بمنزلة من لأمه له وهذا حاصل ما فسر به ظهير الدين من أن المراد بالملة التي يدينون بملك التكاح التوارث والتنازل والمرتد لا يتحقق في نكاحه شيء من ذلك لأنه لا يقر

الردة وليس بمالك له قلنا لا يلزم من كونه خالص حقه أن يكون ملكا له كما كسب المكاتب تكون خالصة له وهي ملك المولى فيكون معنى قوله خالص حقه أي لا يتعلق به حق الورثة وأقصى ما في الباب أن يكون ذلك فيشاعلى تقدير موته على الردة وكونه فيشاعلى خبره من أن يكون حقه باقيا فيه حتى تقضى دينه منه كالذي إذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين وتقضى دينه منه (قوله وقالا يجوز ما صنع في الوجهين) أحدهما الاسلام والثاني أحد الاوجه الثلاثة من الموت والقتل واللعن (قوله نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لأنه لا يفتقر الى حقيقة الملك) حتى إذا جاءت جاريته بولد فادعى نسبه يثبت نسبه منه وورث هذا الولد مع ورثته وكانت الامه أم ولده لان حقه في ماله أقوى من حق الاب في جارية ولده وذا يكتفى لصحة الاستيلاد فهذا أحق والطلاق لا يفتقر الى تمام الولاية فقد صرح طلاق العبد مع قصور ولا يته وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله وصورته إذا ارتد معا أو أشار في الاسرار الى أن ردة أحد الزوجين سبب موجب للفرقة على سبيل المشافاة حكما لا وضعا بدليل أن الردة اسم لتبديل الدين لا لقطع النكاح شرعا وضعا وكذلك يصح في غير النكاح ولان الفرقة عقيب الردة بلا فصل واقعة بالاجماع في غير المدخول بها فثبت أنها واقعة بالمشافاة بينهما حكما إذا مات ههنا وإذا كان كذلك كانت المحلية باقية من حيث الوضع والحقيقة لانعدام ناييد الحرمة فكانت المرتدة في العدة محلا للطلاق وغير باقية من حيث الحكم بعلنا فصح ما عمل به بالشهين بخلاف الحرمة الثابتة بالحرمية لانها مؤبدة فكانت منافية للنكاح من كل وجه فلم يبق محلا للطلاق لانعدام فائدة أثر الطلاق وذلك كرفي المحط وكل فرقة توجب التحريم مؤبدا فان الطلاق لا يلحق المرأه لا يظهره أثر وإذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاقه لان تبين الدارين مناف للنكاح فكان منافيا للطلاق الذي هو من

وجوه هذا الولد مع ورثته وكانت الجارية أم ولده لان حقه في ماله أقوى من حق الاب في جارية الابن والاستيلاد الاب صحيح وباطل فتكذلك استيلاده حيث لا يحتاج الى حقيقة الملك وانما يكتفى فيه بحق الملك وقوله (وتتمام الولاية) يعني في الطلاق فانه يصح من العبد مع قصور قال المصنف (نافذ بالاتفاق كالاستيلاد الخ) أقول في الكافي وتسامى شفعته والحجر على عبده المأذون اهـ وهذا الامام الثمري تاشي الحجر على المأذون

الولاية على نفسه فان قيل الفرقة تقع بين الزوجين بالارتداد فكيف يشعور بالطلاق من المرتد أجيب بان المرتد يقع طلاقه كالأبوان الرجل امرأته ثم طلقها طلاقاً بائناً على ما عرف على أنه يحتمل أن يوجد الارتداد ولا تقع الفرقة كالأبوان معا (قوله لانه) أى كل واحد من النكاح والذبيحة (يعتمد الملة ولا ملة له) لانه ترك ما كان عليه ولا يقر على ما دخل فيه لوجوب القتل واستشكل بان المراد بالملة ان كان الاسلام ينتقض بنكاح أهل الكتاب وذبايحهم وان كان المراد به الملة السماوية ينتقض بصحة نكاح (٣١٩) الجوس والمشركين فيما بينهم فانهم

ليس لهم ملة سماوية ولا مقررة ولا محرقة وقد حكم بصحة نكاحهم ولهذا يحكم القاضي بالنفقة والسكنى وجرىان التوارث بين الزوجين منهم وأجيب بان المراد بالملة ما يتدينون به نكاحاً يقررون عليه ويحرمون به التوارث بين الزوجين لان ما هو الغرض من النكاح يحصل عند ذلك وهو التوالد والتناسل والمرتد والمرتدة

ليس على تلك الملة فلا يصح نكاحهما لان المرتد يقتل والمرتدة تحبس فكيف يتم لهما هذه الاغراض من النكاح بخلاف الجوس وأهل الشرك فانهم دانوا ديناً يقررون عليه قبل الاسلام وبعده ان لم تكن المرأة من محارمه فكانت المصالح منتظمة وقوله (كالمفاوضة) معناه ان المرتد ان فاض مسلماً توقف فان أسلم نفذت المفاوضة وان مات أو قتل أو قضى لمحاقه بداء الحرب بطلت المفاوضة بالاتفاق (قوله وهو ما عددناه) يعنى قوله وما باعته أو اشتراه الخ وقوله (على ما قررناه) اشارة الى قوله لانه مكلف يحتاج الخ

وباطل بالاتفاق كالتكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد مسلم ومختلف في توقعه وهو ما عددناه لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفذ يعتمد الملك والاختفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطباً وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل حيا ومن هذا القسم ارثه واما الارث منه فقد تقدم أنه ثابت لورثته المسلمين (وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة مع المسلم لانها تعتمد المساواة) بين الشريكين (ولامساواة بين المسلم والمرتد) فيتوقف عقد المفاوضة فان أسلم نفذت وان مات أو قتل أو قضى لمحاقه بطلت بالاتفاق لكن تصير عنانا عندهما وعند أبي حنيفة تبطل أصلاً لان في العنان وكالة وهي موقوفة عنده (ومختلف في توقعه وهو ما عددناه) من بيعه وشراؤه وعقده ورثته ومنه الكتابة وقبض الديون والاجارة والوصية عنده هي موقوفة ان أسلم نفذت وان مات أو قتل أو لحق بطلت (لهم ان الصحة) للمعاملات التي ذكرناها (تعتمد الاهلية) اها (والنفذ يعتمد الملك ولا خفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطباً) بالايان وكذا قتله فرع كونه مكلفاً (وكذا ملكه لقيامه قبل موته على ما قررناه)

أحكام النكاح فان عاد الى دار الاسلام وهي في العدة وقع عليه الطلاق لان المنافي وهو تبيان الدارين قد ارتفع ومصلحة الطلاق بالعدة قائمة فيقع الطلاق ومن هذا القسم قبول الهبة وتسليم الشفعة والخبر على عبده المأذون (قوله وباطل بالاتفاق كالتكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له) وذكر في النهاية فان قيل ايش تعنى بالملة ان غنيتهم ملة الاسلام ينتقض بصحة نكاح أهل الكتاب وان غنيتهم الملة السماوية ينتقض بصحة نكاح الجوس وأهل الشرك فيما بينهم اذ ليست لهم ملة سماوية أصلاً لا مقررة ولا محرقة ومع ذلك نكاحهم محكوم بالصحة والدليل على صحة نكاحهم وجوب الحكم على قاضي أهل الاسلام بالنفقة والسكنى وجرىان التوارث بين الزوجين ولانهم لو أسلموا على نكاحهم ذلك يقررون عليه اذ لم يكن النكاح في ذات رحم محرم منهم وقال عليه السلام ولدت من نكاح لامن سفاح قلنا قال الامام طهير الدين رحمه الله في الفوائد وقد واجعت الفحول في هذا فلم أجدهم ما يجدي نفعاً وكنيت في ذلك متأمل حتى همست في فؤادي والقاط بصغري أن المعنى من تلك الملة هي الملة التي يتدينون بذلك النكاح ويقررون على ذلك لان عند ذلك يحصل ما هو الغرض من النكاح وهو التوالد والتناسل وتنظيم مصالح النكاح واذا كان كذلك فالمرتد والمرتدة ليسا على تلك الملة فلا يصح نكاحهما وذلك لان المرتد يستتاب بالسيف والمرتدة تستتاب بالحبس فكيف ينظم ما هو الغرض من النكاح فلما لم يحصل بها هذا الغرض لا تكون لهما ملة يتدينون بها التوارث فلا يصح نكاحهما فالخامس ان حل الذبيحة يقتضى ملة يتلقى من الكتاب وصحة النكاح تقتضى ملة لو مات عليها يرثه من كان عليها بذلك النكاح فلذا جاز نكاح الجوسي ونكاح سائر المشركين لانهم دانوا ديناً لو مات من عليه يرثه من كان عليه ويقررون على ذلك الدين فحينئذ تنظم مصالح النكاح فيصح نكاحهم بخلاف المرتد والمرتدة على ما قلنا فلا يصح نكاحهما (قوله وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة) فان أسلم نفذت المفاوضة وان مات أو قتل أو قضى لمحاقه بطلت المفاوضة اتفاقاً ولكن يظهر أنها كانت عنانا عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله تبطل أصلاً لان في العنان وكالة وهي موقوفة (قوله على ما قررناه من قبل) وهو قوله لانه

من المختلف في توقعه (قوله وان كان المراد به الملة السماوية الخ) أقول وأيضاً المرتد اذا ارتد الى النصرانية أو اليهودية كان له ملة سماوية الا أن يقال الشرع لم يجعله ملة حيث أجبر على العود الى الاسلام (قوله وأجيب بان المراد بالملة ما يتدينون به نكاحاً الخ) أقول قوله نكاحاً حال ثم أقول فيه نامل فانه اذا ارتد بالملة ذلك ينبغي أن يحل ذبايح الجوس والمشركين وليس كذلك قال في النهاية فالخامس ان حل الذبيحة يقتضى ملة تتلقى من الكتاب وصحة النكاح تقتضى ملة لو مات عليها يرثه من كان عليها بذلك النكاح انتهى فانظر ألا يلزم حينئذ الجمع بين الحقيقة والجاز أو بين معني المشترك قال المصنف (والنفذ الملك) أقول بالرفع عطف على الضمير في قوله يعتمد ولا يجوز ان تصب على المذهب المنص

وقوله (ولهذا الولد له ولد بعد الردة لستة أشهر) توضيح لوجود ملك المرتد يعني فلو كان الملك رائلا ما ورثه هذا الولد لكونه عاقبة بعد الارتداد
وقوله (ولومات ولد بعد الردة) يعني لومات (٣٢٠) ولده المولود قبل الردة بعدها قبل موت المرتد لا يرثه فلو لم يكن ملكه قائما

بعد الردة لو ورثه هذا الولد
لأنه كان حيا وقت ردّة الأب
فاذا ثبت وجود الاهلية
وقيام الملك يصح تصرفه
لكن على الاختلاف
المذكور في الكتاب وقوله
(على ما قررناه في توقف
الملك) إشارة الى ما قدمه من
قوله وله أنه حربي مقهور
تحت أيدينا (وتوقف
التصرفات بناء عليه) أي
على توقف الملك وقوله
(لتوقف حاله) أي حال
الحربي بين الاسترقاق
والقتل والمن وقوله (وكذا
المرتد) يعني حاله يتوقف
بين القتل والاسلام ثم هناك
ان استرق أو قتل بطل وان
ترك نفذ فكذلك ههنا
واعترض عليه بان الحربي
الذي دخل دارا بغير أمان
يكون فيها فكيف تتوقف
تصرفاته والاعتراف بجواز
المن يسقط الاعتراض
وقوله (واستحقاقه القتل)
جواب عن قولهما ولا
خفاء في الاهلية وتقرر به
لانسلم وجود الاهلية لان
الصحة تقتضي أهلية كاملة
وليست بجودة في المرتد
كما أنها ليست بجودة في
الحربي لان كل واحد منهما
يستحق القتل بطلان
سبب العصمة وهو كونه
أديما مسلما وذلك يوجب
لثلا يلزم العطف على معمولي

ولهذا الولد له ولد بعد الردة لستة أشهر من امرأة مسلمة يرثه ولومات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه فتصح
تصرفاته الان عند أبي يوسف تصح كما تصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل
وصار كالمترد وعند محمد تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لاسيما مع رضاعها شأنا عليه فلما
يتركه فيغضى الى القتل ظاهرا بخلاف المرتد لانها لا تقتل ولا يجرى حنيفته حربي مقهور تحت أيدينا على
ما قررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالخربي يدخل دارا بغير أمان فيؤخذ ويقتل
وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذلك المرتد واستحقاقه القتل

يعني من قوله مكاف محتاج الى آخره مما يوضح كون ملك المرتد باقيا له لو ولد له ولد من امرأة مسلمة أو
أمة مسلمة لستة أشهر فصاعدا ورثه فلو كان ملكه رائلا لم يرثه هذا الولد ولو أن ولده قبل الردة مات
بعدها قبل موته ولحقا لا يرثه واذا كان ملكه قائما وأهليته نفذت تصرفاته عندهما (الآن عند أبي
يوسف تصح كما تصح من الصحيح) من جميع المال (لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا
يقتل) فلا يكون كالمريض (وعند محمد تصح من الثلث كما تصح من المريض لان من انتحل نحلة لاسيما)
اذا كان بها (مع رضاعها شأنا عليه فلما يتركه) فكان بذلك على شرف الهلاك كالمريض مرض الموت لا
أن أبا يوسف يقول بيده دفع القتل عنه والموت على ذلك يتجدد الاسلام بخلاف المريض (ولا يجرى حنيفته رحمه الله
أنه حربي مقهور تحت أيدينا على ما قررناه في توقف الملك) أي عوده لما حررناه من أن المراد أنه يزول ملكه
برده ثم يعود بعوده الى الاسلام من أنه حربي مقهور بنفسه وماله تحت أيدينا (وتوقف التصرفات بناء عليه)
فان التصرفات الشرعية المذكورة توجب أملا كالمن قامت به وزوال املاكه مثلا لا يبيع يوجب أن يملك
البيع وان يخرج من ملكه الثمن والجاره كذلك والغرض أن ليس مع الردة ملك فامتنع افادة هذه
التصرفات احكامها في الحال فأسلم أفادته حين وقعت وهذا معنى التوقف (فصار) المرتد كالخربي يدخل
دارا بلا أمان فيؤخذ (أي يؤسر) فتتوقف تصرفاته لتوقف حاله حيث كان للامام الخيار بين استرقاقه وقتله
فان قتل أو أسلم تمت فتمنعه هذه أو أسلم لم يؤخذ له مال (فكذلك المرتد) وقوله (واستحقاق الخ) جواب عما يقال
المرتد يجب أن يكون كالمقضى عليه بالقصاص والرجم لانه مقهور وتحت أيدينا للقتل عينا خصوصا فانه لا يمكن
له حالة غير القتل بخلاف المرتد فان غيرها محتمل في حقه لا محالة اسلامه ومع ذلك لا يزول ملك واحد منهما عن

مكاف محتاج اه (قوله ولهذا الولد له ولد بعد الردة لستة أشهر من امرأة مسلمة يرثه) وهذا الايضاح أن الملك
للمرتد باق وانما قيد بقوله من امرأة مسلمة لان الام اذا كانت نصرانية كان الولد مرتدا تبع لابي له اقرب
الى الاسلام من النصرانية لانه يجبر على الاسلام بخلاف النصرانية والمرد لا يرث أحد لانه لا ماله ولا ولاية
لأنها كرامة وهو ممان والارت من باب الولاية وان كانت مسلمة فالولد مسلم تبع لها والمسلم يرث من
المرتد ولومات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه هذا أيضا لايضاح أن الردة ليست كالموت من كل وجه وأهلية
المرتد للملك باقية (قوله وصار كالخربي يدخل دارا بغير أمان) الى قوله وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله لان
هناك يتوقف حال الحربي بين الاسترقاق والقتل والمن وهما بين القتل والاسلام ثم هناك ان استرق أو قتل
بطل فان ترك نفذ فكذلك هنا توضيحه أن المرتد هالك حكما والهالك الحقيقي ينافي مالكية المال ولا ينافي
توقف المال على حقه كالتركة المستغرقة بالدين فكذلك الهلاك الحكمي واذا توقف الملك توقف ما ينتمي عليه
من التصرفات كما في الحربي الذي ذكرنا بخلاف المقضى عليه بالقصاص والرجم فهناك لم يزل ماله عصمة
المال والنفس وهو الاسلام وانما استحق نفسه بما هو من حقوق تلك العصمة في حق ولي القصاص حتى لو
قتله غير ولي القصاص بغير اذنه يقتل القاتل فيبقى ماله كالحقيقة لبقاء عصمة ماله وقد انعدم ههنا ماله كانت

عاملين مختلفين وهذا تبين ما في شرح الاتقاني من الخلل وأنت خير بانه حينئذ يكون معنى الكلام أن الصحة تعمد
النفاذ والمالك الآن يقال لا ينفرد في الثواني ما لا ينفرد في الاوائل وفيه بحث (قوله واعترض عليه بان الحربي) أقول المعترض هو الاتقاني

للحلل في الاهلية وقوله (في الفصلين) يريد به فصل الحرب وفصل المرتد فان قيل لو كان استحقاق القتل مؤجبا للحلل في الاهلية مؤثرا في توقف التصرفات لكان تصرفات الزاني المحصن الذي يستحق الرجم وقائل العمد موقوفة لاستحقاقهما القتل أجاب بقوله (لان الاستحقاق في ذلك) يعني أن الاستحقاق الموجب للحلل هو ما كان باعتبار بطلان سبب العصمة والزاني والقاتل ليسا (٣٢١) كذلك لان الاستحقاق فيهما (جزاء على

الجنائية) وقوله (و بخلاف المرأة) جواب عن قولهما وصار كالمترد قال (فان عاد المرتد بعد الحكم بالحاقه) أي اذا عاد المرتد بعد الحكم بالحاقه بدار الحرب الى دار الاسلام (مسلمنا) فوجده في يدورته من ماله بعينه أخذه) لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا أزاله الوارث عن ملكه وبخلاف أمهات أولاده ومدر به لان القضاء قد صح بدليل صحيح فلا ينقض ولو جاء مسلما قبل أن يقضى القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلما الماذكرنا

ماله وتصرفاته ما نافذة فأجاب بالفرق (بان استحقاق القتل في الفصلين) أي الحرب والمرتد (لبطلان العصمة) بانهما سببا وهو الاسلام (فاوجب خلاف في الاهلية بخلاف الزاني والقاتل بعد الان استحقاق القتل بذلك السبب جزاء على الجنائية) مع بقاء سبب العصمة وهو الاسلام فيبقى ماله كحقيقة لبقاء عصمة ماله لقيام سببها ولهذا الوقت القاتل غير ولي القصاص قتل به وانما يقتل كل منهما بما هو من حقوق تلك العصمة (بخلاف المرتد لانه ليس حريه بل يهلك) قال أبو اليسر ما قاله أحسن لان المرتد لا يقبل الرق والقهر يكون حقيقيا الاحكاميا والمالك يبطال بالقهر الحكمي لا الحقيقي ولهذا المعنى لا يبطال ملك المقتضى عليه بالرجم وحاصل مراده أن المنافي للمالك الاسترقاق ليس غير لكنه ممنوع عند أبي حنيفة بل نقول انما أوجب الاسترقاق ذلك في الاصل للقهر السكائن بسبب حرته وهو موجود في المرتد فثبت فيه ذلك بطريق أولى لان الرق يتصور معه ملك الذكاج بخلاف قهر المرتد (قوله وان عاد المرتد بعد الحكم بالحاقه الى دار الاسلام مسلما) فوجده في يدورته من ماله بعينه) نقدا أو عرضا (أخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه) عنه بالموت المحكوم به (واذا عاد مسلما) فقد أحياه الله تعالى حياة جديدة ولذا قلنا في المرتد المتزوج جنة اذا لحقت وعادت مسلمة من قريب تنزوح من ساعتها لانها فارغة من النكاح والعدة كأنها حييت الا أن قال تعالى أو من كان ميتا فأحييناه فاذا حيي (احتاج اليه فيقدم على الوارث) وعلى هذا الواو أحياه الله سبحانه وتعالى ميتا حقيقة وأعادته الى دار الدنيا كأنه أخذ ما في يدورته (بخلاف ما أزاله الوارث عن ملكه) سواء كان بسبب يقبل الفسخ كبيع أو هبة أو لا يقبله كعتق وتبديل واستيلاد فانه مضي ولا وده فيه ولا يضمه (وبخلاف أمهات أولاده ومدر به) لا يعودون في الرق (لان القضاء) بعثهم (قد صح بدليل صحيح) له وهو اللحاق مرتد الانه كالموت الحقيقي فنقدوا العتق بعد نفاذه لا يقبل البطلان ولا وهم لمولاهم أعني المرتد الذي عاد مسلما هذا اذا جاء مسلما بعد الحكم باللاحاق فلو جاء مسلما قبل الحكم بالحاق (فكانه لم يزل مسلما) كأنه لم يرتد قط (لما ذكرنا) من انه لا يستقر لحاقه الا بالقضاء وما لم يستقر لا يورث فتسكون أمهات أولاده ومدر به على حالهم أرقاء وما كان عليه

العصمة في حق النفس في حق الكل فكذلك في حق المال لانه تابع للنفس في العصمة ولان تأثير الردة في نفق المالكية فوق تأثير الرق فان الرق ينافي مالكية المال ولا ينافي مالكية النكاح والردة ينافيها فمالها لم يعتبر بتصريف الرقيق باعتبار مالكية المال فهنا أولى (قوله في الفصلين) أي في فصل الحرب والمرتد (قوله لان القضاء قد صح) لان القاضي قضى بعثهم عن ولاية لانه لو كان في دار الاسلام كان له أن يمته حقيقة فاذا خرج عن ولايته كان له أن يمته حكما فاذا قضى عن ولاية ينقض قضاؤه والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقص (قوله بدليل صحيح) وهو قضاء القاضي بالحاقه (قوله لما ذكرنا) اشارة الى قوله الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء

(٤١) - (فتح القدر والكفاية) - (خامس) والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقص (ولو جاء مسلما قبل قضاء القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلما) فامهات أولاده ومدر به على حالهم لا يعتقون بقضاء القاضي وما كان عليه من الديون فهو الى أجله كما كانت (لما ذكرنا) (قوله وصار كالمترد) أقول أنت خير بان قوله وصار كالمترد ليس قولهما بل هو قول أبي يوسف قال المصنف (فما وجده في يد الخ) أقول قال في الكافي ولكن انما يعود الى ملكه بقضاء أو رضا

فكانه لم يزل مسلما) فامهات أولاده ومدر به على حالهم لا يعتقون بقضاء القاضي وما كان عليه من الديون فهو الى أجله كما كانت (لما ذكرنا) (قوله وصار كالمترد) أقول أنت خير بان قوله وصار كالمترد ليس قولهما بل هو قول أبي يوسف قال المصنف (فما وجده في يد الخ) أقول قال في الكافي ولكن انما يعود الى ملكه بقضاء أو رضا

(وإذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر منذ ارتد فادعاه
فهى أم ولده والولد حر وهو ابنه ولا يرثه وان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة أو لحق بدار
الحرب) أما صحة الاستيلاد فلما قلنا وأما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية والولد تبع له لقربه الى الاسلام
للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتل يورث المرتد أما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعها لانها خيرهما ديننا
والمسلم يرث المرتد

يعنى من قوله الا أنه لا يستقر
لحاقه الا بقضاء القاضى
وقوله (وإذا وطئ المرتد
جارية نصرانية) ظاهر
وقوله (فلما قلنا) اشارة الى
قوله لانه لا يقتصر الى حقيقة
الملك ثم حكم تمام ستة أشهر
حكم الاكثر منها وانما قيد
بقوله لاكثر من ستة أشهر
احترازا عما اذا جاءته به
لاقل من ستة أشهر فان
الولد يرث أباه المرتد وان
كانت أمه نصرانية لانا تبعنا
حينئذ بوجوده في البطن
قبل الردة فيكون مسلما
تبعاً لآبائه وأما اذا جاءت به
لسته أشهر من وقت الردة
لم يتيقن بعلاق الولد قبل
الردة فلا يجعل الولد مسلماً
باسلام الاب قبل الردة

قال المصنف (والمسلم يرث
المرتد) أقول وهذا يستقيم
على رواية محمد من اشتراط
كونه وارثاً عند الموت قال
الادام العلامة الكاكي
فعلم بهذا أن الصحيح ما رواه
عن محمد عن أبي حنيفة

من الدين الموجبة لا تحل بل تكون الى أجلها لعدم تقرر الموت وصار كالعبد اذا أبقي بعد البيع قبل القبض ثم
غادران كان بعد القضاء بالغسخ لا يبطل القضاء بالغسخ وان عاد قبله جعل الأباق كان لم يكن (قوله وإذا وطئ
المرتد جارية نصرانية) أو يهودية (كانت له في حالة الاسلام فجاءت بولد لسته أشهر أو أكثر) ولولا عشر
سنين (منذ ارتد فادعاه فهى أم ولده والولد حر وهو ابنه) وثبت لأمه حق أمية الولد (ولا يرثه فان كانت الجارية
مسلمة ورثه الابن ان مات) المرتد (على ردة أو لحق بدار الحرب أما صحة الاستيلاد من المرتد فلما قلنا) انه
لا يقتصر الى حقيقة الملك حتى صح استيلاد الاب جارية الابن والعبد المأذون جارية من تجارته ذكره أبو الليث
في شرح الجامع الصغير (وأما لانه لا يرثه فلان الام اذا كانت) يهودية أو (نصرانية يجعل الولد تبعاً للمرتد لا
لأمه) لقرب المرتد الى الاسلام للجبر عليه والظاهر أنه لا يؤثر القتل على العود (فصار الولد في حكم المرتد
والمرتد يورث المرتد) ولا غيره (وأما اذا كانت) الامه (مسلمة فالولد مسلم تبعها لانها خيرهما ديننا والمسلم
يرث المرتد) ولا يقال لم يجعل تبعاً للدار فيما اذا كانت الام نصرانية لانه انما يجعل تبعاً للدار اذا لم يكن
معها أحد أبويه بأن يسبى وليس معه أحد هما أو يلتقط في دار الاسلام ولا يظن أن هذا ينتقض بما
اذا ارتد الابوان المسلمان وله ما ولد صغير ولد قبل رده ما فانه يبقى مسلماً مع وجودهما لان الحكم باسلامه
في هذه الصورة ليس بتبعية الدار بل لانه كان حين ولده مسلماً فيبقى على ما كان عليه بخلاف مسألة
الكتاب لانه لم يسبق للولد حكم الاسلام اذ لم يوجد في زمن اسلامهما وتقييد المسألة بما اذا جاءت به لسته
أشهر فصاعد احترازاً عما اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر فانه يرثه اذا مات أو لحق أو قتل على ردة وذلك
للتيقن بحصول العلق في حالة اسلام أبيه المرتد فكان الولد مسلماً او المسلم يرث المرتد وفي الفوائد
الظهيرية بما ذكر في الكتاب أن الارث يستند الى حالة الاسلام فيكون توريث المسلم من المسلم فيما كتبه
في حالة الردة بضعف هذه المسألة لان الولد يعنى ولد الامه المسلمة هناك لم يكن موجوداً حال الاسلام ومع
هذا يرث فعلم أن الصحيح ما رواه محمد عن أبي حنيفة أن من كان وارثاً عند موته سواء كان موجوداً وقت
الردة أو حدث بعده انتهى وقد قدمنا أنه أصح من قول شمس الأئمة وعلى هذا فيكون تخصيص القول
صلى الله عليه وسلم لا يرث المسلم الكافر بالكافر الاصلى الا أنه محتاج الى دليل التخصيص ويمكن كونه دلالة
الاجماع على ارث المسلمين ماله اذ لم يكن له وارث لان ذلك لا سلامهم على ما قدمناه فارجع اليه وهذا كله بناء

القاضى (قوله فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر) وكذا الحكم في ستة أشهر وفائدة التقييد به أنها اذا
جاءت به لاقل من ستة أشهر فالولد يرث من أبيه المرتد وان كانت أمه نصرانية لانا تبعنا حينئذ بوجوده في
البطن قبل الردة فيكون مسلماً تبعاً للاب وأما اذا جاءت به لسته أشهر من وقت الردة لا يتيقن بعلاق الولد قبل
الردة فلا يجعل الولد مسلماً باسلام الاب قبل الردة كذا ذكره الامام قاضيخان رحمه الله (قوله فلما قلنا) اشارة
الى قوله لانه لا يقتصر الى حقيقة الملك (قوله فالولد تبع له لقربه الى الاسلام) فان قيل لم لا يجعل مسلماً
باعتبار دار الاسلام كاللقيط قلنا لان تبعية الدار عند عدم الابوين فلما عند وجودهما فلا يثبت ابتداء
الاسلام للولد باعتبار الدار كالصغير اذا سبى ومعه أحد أبويه فان قيل يشكل على هذا الولد المولود بين المسلمين
اذا ارتد أبواه فانه يسبق الولد مسلماً مادام في دار الاسلام باعتبار الدار فعلم بهذا أن تبعية الدار معتبرة
عند الابوين أيضاً قلنا انما كان كذلك لان هناك قد ثبت للولد حكم الاسلام قبل ارتداد أبويه باعتبار تبعيتهما

(واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو في أي المال في يدون نفسه ويجوز أن يكون المال في يدون نفسه كمشركي العرب وان لحق ثم رجع) يعني وان لحق وحكم القاضي بالحاقه ثم رجع (٣٢٣) (وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم)

والفرق بين المسئلتين أن الأول مال لم يجز فيه الارث فهو مال الحرب وإذا ظهر على مال الحرب فهو في

لأحالة (والثاني انتقل إلى ورثته بقضاء القاضي بالحاقه فكان الوارث مالكا قديما) والمالك القديم إذا وجد ماله في الغنيمة قبل القسمة أخذه بحاقان لم يكن القاضي حكم بالحاقه والمسئلة بحاقا في ظاهر الرواية برده على الورثة أيضا لأنه متى لحق بدار الحرب فالظاهر أنه لا يعود فكان ميتا فظاهر في

بعض روايات السير يكون فيألحق للورثة فيه لأن الحق لا يثبت لهم إلا بالقضاء (واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد الذي أسلم) أما جواز الكتابة (فلأنه لا وجه إلى بطلانها لنفوذها بدليل منفذ) وهو قضاء القاضي بالحاق ثم بعد ذلك أما ان يبقى المكاتب على ملك الابن أو ينتقل إلى الابن لا سبيل إلى الأول لأن الكتابة لا تخل بملك الرقبة وقد ذكرنا أن

(واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو في أي المال في يدون نفسه ويجوز أن يكون المال في يدون نفسه كمشركي العرب وان لحق ثم رجع) يعني وان لحق وحكم القاضي بالحاقه ثم رجع (٣٢٣) (وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم) (وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه وكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والولاء للمرتد الذي أسلم) لأنه لا وجه إلى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته

على كونه إذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر يحكم بان العلق بعد الردة والوجه أنه متى جاءت به أمته النصرانية لمدة يتصور العلق فيها في حالة الاسلام يجب أن يعتبر العلق فيها وهذا يمكن إذا جاءت به لاق من سنتين بلحظة لأنه أحوط للحكم بالاسلام لأنه على هذا الاعتبار يعلق مسلمانا ورثه وان كان خلاف المذهب كالذي جاءت به لاق من ستة أشهر إلا أن على هذا الوجه أن يتسام سنتين فصاعدا لارث (قوله) وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر (على ذلك المال فهو في أي المال في يدون نفسه ويجوز أن يكون المال في يدون نفسه كمشركي العرب وان لحق ثم رجع) وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال) في حكم الورثة فيه حكم مالك مال استولى عليه الكفار ثم ظهر عليه فوجده مالكا وهو أمم (ان وجدوه قبل القسمة رد عليهم) وان وجدوه بعدها أخذوه بغيره ان شاءوا ولو كان مثليا فقد تقدم أنه لا يؤخذ لعدم الغائبة ثم جواب هذا الكتاب أعني الجامع الصغير وهو ظاهر الرواية لا يفصل بين أن يكون عوده وأخذه المال بعد القضاء بالحاقه أو قبله أما إذا كان بعد القضاء بالحاقه فظاهر أنه لا يعود عليه الكافر وأحرزه بدار الحرب وأما إذا عاقبه كان عوده وأخذه والحاقه ثانيا بارج جانب عدم العود ويؤكد فقر وموته وما احتج إلى القضاء بالحاق لصيرورته ميراثا لا يترج عدم عوده فيتقرر راقامته ثمة فيتقرر موته فكان رجوعه وأخذه ثم عوده ثانيا بمنزلة القضاء وفي بعض روايات السير جعله فيألحق بمجرد اللحاق لا يصير المال ملكا للورثة والوجه ظاهر الرواية (قوله) وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة) خلافا للائحة الثلاثة (والولاء والمكاتبة) أي بدل الكتابة (للمرتد الذي أسلم) لأنه لا وجه إلى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ) وهو القضاء بالعبد له ولإلى نقل الملك إلى الابن لأن المكاتب لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك فجعل كان الابن وكيل عنه فانه لما لحق بدار

فيبقى على ما كان باعتبار بقاءه في دار الاسلام بخلاف ما نحن فيه فانه لم يكن لهذا الولد حكم الاسلام فلا يثبت ابتداء الاسلام باعتبار الدار إذا كان في يد أبوين كافرين (وفي الفتاوى الظهيرية بعد ذكر ورثة الولد فيما إذا كانت أمه مسالمة ومأقال في الكتاب أن الارث يستند إلى حالة الاسلام ليكون فيه تورث المسلم من المسلم فيما اكتسبه في حال الردة يضعف بهذا المسئلة لأن الولد هنا لم يكن موجودا حال الاسلام ومع هذا يثبت فعلم بهذا أن الصحيح هو ما رواه محمد عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يرث من كان وارثا عند موته سواء كان موجودا وقت الردة أو حدث بعد ذلك (قوله) والثاني انتقل إلى ورثته بقضاء القاضي) هذا إذا رجع بعد قضاء القاضي بماله لو ورثته فاما قبل القضاء فكذلك في رواية وفي رواية يكون فيألحق بمجرد الحقوق لا يصير المال ملكا للورثة وجه الأول أن القضاء شرط ليرج جانب عدم الرجوع إلى دارنا فقتر وموته ولم يخرج اليها غيرا ورجع بماله ظهر أنه لا يريد العود إلى دارنا فقتر وموته من حين الحقوق بدار الحرب فيصير ماله لو ورثته من ذلك الوقت فاما أخذ المرتد مال الورثة فلهم ما يرثون (قوله) فالكاتب (أي بدل الكتابة) (قوله) لنفوذها بدليل منفذ) لصدرها من الابن حال ولايته

المرتد إذا عاد مسلما أخذ ما وجد به عينه في يد وارثه وولاه إلى الثاني لأن المكاتب لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته لأن في الوكالة خلافة احتمالا لبقاء حكم الحاكم في صحة الكتابة فكانه وكله في كتابة عبده

واعتق العتق فيه ترجع إلى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه (وإذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على ردة فالدية في مال اكتسبه في حال الإسلام خاصة عند أبي حنيفة وقال الدية فيما اكتسبه في حالة الإسلام والردة جميعاً) لأن العواقل لا تعقل المرتد لا لعدم النصر فمقتضاه في ماله وعندهما المكسبان جميعاً ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجري الارت فيهما عندهما وعند ماله المكتسب في الإسلام لنفوذ تصرفه فيه دون المكسوب في الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الأول ميراثاً عنه والثاني فيأخذ منه (وإذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردة من ذلك أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسالماً فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة) أما الأول فلان السراية حلت بمحلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما إذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك لان الأهدار لا يلحقه الاعتبار أما المعتبر فقد هدر بالبراء فكذا بالردة وأما الثاني وهو ما إذا لحق ومعناه إذا قضى لمحاقه فلانه صار ميتاً تقديراً والموت يقطع السراية وإسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجنابة الأولى فإذا لم يقض القضاء لمحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه إن شاء الله تعالى قال (فإن لم يلحق وأسلم ثم مات فعليه الدية كاملة)

الحرب كان كأنه ساط ابنه على التصرف في ماله (وحقوق العتق ترجع إلى الموكل في الوكالة) بالركابة (والولاء لمن يقع العتق عنه) فإذا كان الولاء للمرتد الذي عادم مسالماً بخلاف ما إذا كان أدى بدل الركابة إلى الابن فإن الولاء حينئذ يكون للأب (قوله وإذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على ردة فالدية في مال اكتسبه في حال إسلامه خاصة عند أبي حنيفة وقال في مال اكتسبه في الردة والإسلام) أما أن الدية في ماله (فلان العواقل لا تعقل المرتد) لان تحملهم العقل باعتبار نصرتهم إياه التي هي أقوى على الجرأة ولا نصره منهم للمرتد وأما أنها عند أبي حنيفة في كسب الإسلام فقط فلانه لا يملك غير عند وعندهما ذلك الكل فيكون مالهما من الكل وعلى هذا إذا غصب مالا فافسده يجب ضمانه في مال الإسلام وعندهما في الكل وعلى هذا لو لم يكن له كسب الإسلام واكتسب في الردة ثم بدد الجنابة عند أبي حنيفة خلافاً لهما (وقوله وماله المكتسب) ماله مبتدأ أو المكتسب خبره والاولى في مثله الاتيان بضمير الفصل لرفع توهم الصفة لانه تركه للاهتمام إليه لفساد المعنى على الصفة وجنابة العبد والامة والمكاتب المرتدين كجنابيتهم في غير الردة لان الملك فيهما قائم بعد الردة والمكاتب يملك أكسابه في الردة فيكون موجب جنابيتهم في كسبه والجنابية على المالك المرتدين هدر (قوله وإذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردة من ذلك القطع أو لحق ثم جاء مسلماً ومات منه فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة) فيهما (أما الأول) وهو وجوب نصف الدية فيما إذا مات فلان القطع وان وقع على محل معصوم لكن السراية التي بها صار القطع قتلاً حلت المحل بعد زوال عصمته فاهدرت اذ لو لم تهدر وجب القصاص في النفس للعدو أيضاً صار اعتراض زوال العصمة شبهة في سقوط القصاص في اليد وإذا أهدرت السراية وجب دية اليد لان هذا القدر وقع زمن العصمة وأقل ما فيه دية اليد (بخلاف ما لو قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك) القطع فانه لا يجب الضمان أصلاً لان القطع وقع في وقت لا قيمة له فيه وهو وقت الردة فكانت هدر (والهدر لا يلحقه الاعتبار أما المعتبر فقد لحقه الأهدار بالبراء فكذا بالردة) وأما الثاني وهو وجوب نصف الدية إذا لحق ثم عادم مسلماً فمات من القطع قال المصنف (ومعناه إذا قضى لمحاقه فله صار ميتاً تقديراً) بالقضاء بالمحاق (والموت يقطع السراية وإسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجنابة الأولى) على أنها قتل لانه ما ثبت سرية بعد انقطاع حكم القطع فوجب الاقتصاص على موجب القطع الواقع في حال العصمة من حيث هو قطع لا قصاص فيه وفي ذلك نصف دية النفس فوجب للورثة (وأما ما إذا لم يقض لمحاقه) حتى عادم مسلماً فمات (فهو على الخلاف الذي نبينه) قال شمس الأئمة الصحيح أنه على الخلاف وقال غير الإسلام لانص فيه ثم قال وهو على الاختلاف ويريد بقوله الذي نبينه

والعتق إنما يحصل منه بعد أداء بدل الركابة بخلاف ما إذا رجع مسلماً بعد أداء بدل الركابة لان الملك الذي كان له لم يبق قائماً حينئذ قال (وإذا قتل المرتد رجلاً) كلامه واضح وقوله (لانعدم النصر) يعني أن التعاقب إنما يكون باعتبار التناصر وأحد لا ينصر المرتد فتكون الدية في ماله كسائر ديونه وماله هو المكتسب في حال الإسلام دون الردة عند أبي حنيفة رضى الله عنه (وعندهما المكسبان جميعاً ماله) فقوله وعنده ماله المكتسب مبتدأ وخبر وكان المقام مقتضياً لضمير الفصل لفصله عن الصفة (قوله أما الأول) يعني ما إذا مات على ردة (قوله فاهدرت) يعني السراية لان المولم تهدر لو جب القصاص في العبد والدية الكاملة في الخطأ لان قطع اليد صار نفساً بخلاف ما إذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك) فانه لا يضمن القاطع من ذلك شيئاً وان كان معصوماً وقت السراية (لان الأهدار لا يلحقه الاعتبار) يعني إذا لم يقع معتبراً ابتداء لا ينعقد معتبراً بعد ذلك لان غير الموجب لا ينعقد موجباً (أما المعتبر فقد هدر بالبراء فكذلك بالردة) (قوله فان لم يلحق وأسلم) يعني إذا قطع يد المسلم ثم ارتد والعياذ بالله تعالى ولم يلحق بدار الحرب ثم أسلم ثم مات فعليه الدية كاملة (قوله لان المولم تهدر) أقول فيه نوع مصادرة (قوله لان قطع اليد صار نفساً) أقول الظاهر أن يقال صار قتلاً

(قوله في جميع ذلك) أي فيما إذا مات على ردة أو لحق ثم جاء مسلماً أو لم يلحق وأسلم وقوله (لأن اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان) دليله أن الردة بمعنى لومات عليه لم يجب بالسراية شيء فكذلك إذا لم يمت عليه كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه أو تفاخرا البيع ثم مات العبد لم يجب الادية اليد كالمات على البيع لان البيع معنى لومات عليه لم يجب بالسراية شيء لان الاقدام على البيع ابراء عن الجنائية من حيث المعنى وصار كما إذا قطع يده مرنده فاسلم سواء مات من القطع أو لم يمت حيث لا يجب ضمان النفس في الاول ولا ضمان اليد في الثاني بناء على الاصل المار أن المهر لا يلحقه الاعتبار (ولهما أن الجنائية وردت على محل معصوم) (٣٢٥) لان الغرض انه قطع يده وهو مسلم وتمت على محل معصوم لان الغرض أنه لم يلحق وأسلم فيجب ضمان النصف والباقي ظاهر وقوله (وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين) يعني اذا قال لعبد ان دخلت

وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر في جميع ذلك نصف الدية لان اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان كما إذا قطع يده مرنده فاسلم وله ما ان الجنائية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما إذا لم تتخلل الردة وهذا لانه لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجنائية وانما المعتبر بقيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمنزلة من ذلك كله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين

ما يذكر من ان على قول محمد يجب نصف الدية وعلى قوله مادية النفس كاملة فيما تلي هذه وهي قوله وان لم يلحق أي المقطوع يده مسلماً اذا ارتد ثم أسلم فمات من القطع من غير تتخلل لحاق (فعند أبي حنيفة وأبي يوسف على القاطع دية كاملة) استحساناً (وعند محمد وزفر في جميع ذلك) يعني الصور الاربعة وهي ما إذا قطع يده مسلماً فارتد ومات على ردة أو ارتد ثم أسلم بلا لحاق أو ارتد ولحق بعد القضاء أو قبله ثم عاد فاسلم (نصف الدية) قياساً وجهه (ان اعتراض الردة أهدر السراية) حتى لو قتله قاتل لاشئ عليه فاذا أسلم بعد ذلك (لا ينقلب الاسلام الى الضمان) من غير سبب جديد وصار كالمات على قطع يده مرنده أو حربي فاسلم لا يجب على الغافل شيء (ولهما أن الجنائية وردت على محل معصوم) لانه مسلم (وتمت فيه) لانه مسلم في الحالين فيجب ضمان النفس كما إذا لم تتخلل الردة وهذا لان تتخللها كائن في حال البقاء فقط وانما يجب سقوط العصمة في حال البقاء به تثبت الشبهة المسقطه للعصاص في النفس فيبقى ضمانها بالدية لان سقوط العصمة في حال البقاء لا يمنع كمال موجب هذه الجنائية الاولى كانت العصمة معتبرة خالة البقاء في ايجابها والواقع أنه لا معتبر بقيامها في ذلك وانما المعتبر بقيامها في حال ابتداء الجنائية لان انعقاده سبباً في حال الموت ليثبت الحكم وهو الضمان (وحالة البقاء بمنزلة) اذ ليست حال انعقاد سبب الضمان ولا حال ثبوت حكمه (فصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين) لا عبرة به بل المعتبر بقيامه حال التعليق وحال ثبوت الحكم وهو حال وجود الشرط حتى اذا قل لزوجه ان دخلت فانت طالق ثم أبانها ثم تزوجه فدخلت طلقت وكذا للعبد ان فعلت فانت حر فباعه ثم اشتراه ففعل عتق وكذا وجود النصاب في ايجاب الزكاة المعتبر وجوده أول الحال لينعقد السبب

(قوله لان اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب الى الضمان بالاسلام) لان الردة معنى لومات عليه بالسراية لا يلزم شيء فكذلك اذا لم يمت عليه كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه أو تفاخرا البيع ثم مات لا يجب الادية اليد كالمات على البيع لان البيع معنى لومات عليه لم يجب بالسراية شيء ولان البيع معنى ابراء عن الجنائية في النفس مع قيام النفس بمترمة والردة تبطل حق النفس أصلاً الا أنا نقول ان الردة ليست ابراء عن ضمان الجنائية ووضعها لا شرعاً بل هي لتبديل الدين ألا ترى أنها تصح من غير ابراء الا أنه اذا مات على ذلك لم يجب الضمان له مرنده بالردة بخلاف ما اذا باع العبد المجني عليه لان البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فاذا قطع الاصل قصداً فقد قطع البدل أيضاً فصار كالابراء كذا في الاسرار (قوله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين) فانه اذا قال لعبد ان دخل الدار فدخل الدار

بالسراية مسلماً وحكمه أنه ان كان عداً فلا شيء له لان الواجب في العمدا القود وقد فات محله حين قتل على ردة أو مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند الجنائية كان مسلماً وجناتياً للمسلم اذا كانت خطأ على عاقلة وتبين بالسراية ان جنائيته كانت قتلاً فلذلك كانت على عاقلة دية النفس وان كانت الجنائية منه في حال ردة كانت الدية في الخطأ في ماله لما بينا ان المرتد لا يعقل جنائيته أحد

(قوله سواء مات من القطع أو لم يمت الخ) أقول الاولى هو الا كتفاء بقوله اذا مات من القطع وبيان حكمه فان تعميمه يوهم أن لا يجب عند محمد وزفر نصف الدية أيضاً بناء على ما ذكره فتأمل

الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار عتق أما لو عدم الملك عند اليمين أو عند الحنث لم يعتق و فرق بين الردة والبيع بان الردة ليست ابراء ولا مستلزمة له لانها وضعت لتبديل الدين وتصح من غير ابراء الا انه اذا مات على ذلك لم يجب الضمان له مرنده بالردة بخلاف بيع العبد المجني عليه لان البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فاذا قطع الاصل قصداً فقد قطع البدل أيضاً فصار كالابراء وكذا في الاسرار (قوله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين) فانه اذا قال لعبد ان دخل الدار فدخل الدار

وقوله (وأما عند أبي حنيفة) أبو حنيفة رحمه الله يحتاج إلى الفرق بين المرتد الحار والمكاتب حيث لم يجعل كسبهم ملة كاله إذا كان حاراً وجعله ملة كاله إذا كان مكاتباً وجه الفرق ما ذكره أن المكاتب ملة كاله كسابه بعقد الكتابة وعقد الكتابة لا يتوقف بالردة لأنه لا يتوقف بحقيقة الموت فكذا بالحق الذي هو شبه الموت وإذا لم يتوقف العقد لم يتوقف إلا كسابه الحاصلة بسببه واستوضح ذلك بقوله (ألا ترى أنه) أي المكاتب (لا يتوقف تصرفه بالقوى وهو الرق فكذا بالادنى) يعني الردة (بالطريق الأولى) وإنما كان الرق أقوى من الردة في المنفعة عن التصرف لأن بعض تصرفات المرتد نافذ بالإجماع كاستيلاءه والطلاق وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما وأما العبد فمنوع عن التصرفات كلها ثم لما لم يتوقف تصرف المكاتب مع كونه رقيقاً لم يتوقف تصرفه أيضاً مع أنه مرتد أولى قال صاحب النهاية رحمه الله قالت لشيخنا رحمه الله في هذا لا يلزم (٣٢٦) من عدم منع الرق المكاتب عن التصرف عدم منع الردة عنه لأنه إذا لم يمنع كل

(وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ بماله وأى أن يسلم فقتل فإنه لو في مولاه مكاتبته وما بقي فلو رثته) وهذا ظاهر على أصحهما لأن كسب الردة ملكه إذا كان حراً فكذا إذا كان مكاتباً وأما عند أبي حنيفة فلأن المكاتب إنما يملك كسابه بالكتابة والكتابة لا يتوقف بالردة فكذا أ كسابه ألا ترى أنه لا يتوقف تصرفه بالقوى وهو الرق

وفي آخره ليثبت حكمه هذا إذا كان المقطوع عيده هو الذي ارتد ولو كان القاطع هو الذي ارتد ففي المبسوط فإن قتل ومات المقطوع عيده من القطع مسلماً فإن كان عمداً فلا شيء له لأن الواجب القصاص وقد فات محله حين قتل على رده أو مات وإن كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لأنه عند أبي حنيفة كان مسلماً وجناية المسلم خطأ على عاقلة وتبين بالسراية أن جنائتيه كانت قتلاً فكانت على عاقلة ولو كانت الجنائية منه حال الردة كانت الدية في الخطأ في ماله لما بينا أن المرتد لا يعقل جنائتيه أحد (قوله وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا) في أيام رده ينفى بكتابه (فاخذ بماله) أي أسر (وأى أن يسلم فقتل فإنه لو في مولاه مكاتبته وما بقي فلو رثته وهذا ظاهر على أصحهما لأن كسب الردة ملكه إذا كان حراً فكذا إذا كان مكاتباً) إذا الكتابة لا تبطل بالموت فبالردة أولى وإذا كان مملكه قضيت منه مكاتبته (وأما عند أبي حنيفة رحمه الله) فيشكل لأنه لا يملكه كسب الردة إذا كان حراً وملكه أيامه مكاتباً وجهه (أن المكاتب إنما يملك كسابه بعقد الكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة) ولا تبطل بالموت فيستمر موجهاً مع الردة فيحقق ملكه في كسابه ولا يتوقف فيقضى منها ورث الباقي وقوله (ألا ترى إلى آخره) توجيه لعدم توقف تصرف المكاتب المرتد وهو يرجع إلى توجيه عدم بطلان الكتابة بالردة لأن الحكم ببقاء العقد يوجب الحكم بثبوت أحكامه فلا استدلال على ثبوت حكمه استدلال على ثبوته وكان يكفيه فيه كون الكتابة لا تبطل بالموت الحقيقي فأولى أن لا تبطل بالموت الحكمي وهو الردة فإن منع عدم بطلانها بالموت الحقيقي اكتفى بالاستدلال على مسئلة الكتاب إذا مات عن وفاء واستدلال المصنف وجه آخر وحاصله بدلالة حال الرق فإنه لا يتوقف تصرف المكاتب بسبب رقه مع أن الرق

عق أ مالو عدم الملاك عند الميراث أو عند الخلف لم يعق هذا هو الحكم في المقطوعة عيده وإن كان القاطع هو الذي ارتد فقتل ومات المقطوع عيده من قطع اليد مسلماً فإذا كان عمداً فلا شيء له لأن الواجب في العمد القود وقد فات محله حين قتل على رده أو مات وإن كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لأنه عند أبي حنيفة كان مسلماً وجناية المسلم إذا كانت خطأ على عاقلة وتبين بالسراية أن جنائتيه كانت قتلاً (قوله والكتابة لا تتوقف بالردة) لأنها لا تبطل بحقيقة الموت فلا تبطل بالحق الذي هو شبه الموت فإن قيل سلمنا أن

واحد منهما على الانفراد جاز أن يمنعاه عند الاجتماع لأن الاجتماع تأثيراً كفي الشاهد من ثم اجتمع ههنا للمكاتب ثلاثة أوصاف كونه مكاتباً ورقيقاً ومرتداً جاز أن يكون ممنوعاً عند اجتماع هذه الأوصاف قال رحمه الله أما الكتابة فهي مطلقة لا تصرف لأمانة وأما الرق والردة فكل واحد منهما علة في المنع عن التصرف بانفراده فلا يثبت الرجحان بزيادة العلة كما إذا أقام أحد المدعين أربعة من الشهود بل الرجحان إنما يثبت بوصف في العلة بالعلة نفسها إلى هذا الغلط وأرى أن الجواب بحسب النظر غير مطابق للسؤال لأنه ما أبرز السؤال من حيث إن إحدى علتى المنع تعارض علة الإطلاق وتترجح بالآخرى بل أبرز من حيث أنهما عند الاجتماع لم لا يجوز أن يكونا مانعاً عن

التصرف بناء على أن الهيئة الاجتماعية لها من الخواص ما ليس لكل على الانفراد ولعل الهيئة الاجتماعية إنما يكون لها زيادة تأثير إذا أمكن أن يحصل من تركيبها أمر خارجي أو اعتبار حقيقي لا فرضي ولا يمكن ذلك من الرق والردة

(قوله كاستيلاءه والطلاق) أقول الأولى أن لا يذكّر الطلاق فإنه صحيح من العبد أيضاً كما مر (قوله عدم منع الردة عنه الخ) أقول أي ردة المكاتب وأنت خير بان آخر كلامه لا يلائم أوله لدلالة آخره بكون المانع مجموعي الرق والارتداد لا الارتداد فقط والامر سهل (قوله وأرى أن الجواب بحسب النظر الخ) أقول لعل مراد المجيب أن الرق لو كان في درجة الكتابة في القوة معارضا لها لم يترجح عليها بانضمام الردة التي هي من جنسه ومنه في المنع عن التصرف فلان لا يترجح عليها بزيادة ما هو ليس في مرتبتها في القوة أولى بالطريق فنأمل (قوله تعارض علة الإطلاق) أقول الذي هو الكتابة (قوله ولعل الهيئة الاجتماعية الخ) أقول فيه منع ظاهر

قال (واذا اراد الرجل وامرأته والعياذ بالله) قيل قوله فحبلت المرأة في دار الحرب تقييده بدار الحرب اتعاقى فانها ان حبلت في دارنا ثم لحقت به بدار الحرب فالجواب كذلك ولعله ذكره لغائده وهي أن العلق اذا كان في دار الحرب كان أبعد عن الاسلام واذا كان في دار الاسلام كان أقرب اليه باعتبار الدار لتكون الدار جهة في الاستبعا فالجبر هنالك يكون جبرا ههنا بالطريق الاولى وكلامه ظاهر وقوله (ولا يجبر ولد الولد) وهو ظاهر الرواية ووجهه أنه لو كان مسلما تبعه الجدة كان تبعه الجدة فحينئذ يكون الناس كلهم مسلمين بتبعية آدم عليه الصلاة والسلام ولو كان تبعه لآبيه وهو تبع لكان التبع مستتبعا لغيره (وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنه يجبر تبعه الجدة) لان التبعية في حق الاب للتفرع والتفرع ثابت في حق الجدة ولهذا كان بمنزلة الاب في النكاح وبسبب مال الصغر

(قوله قيل قوله الخ) اقول
القاتل هو الاتقاني (قوله
ولعل ذكره الخ) اقول
قوله ولعل ذكره الخ) ماخوذ
من السكافي مع تغيير يسير
بجوابه فراجع ان شاء الله

فكذب بالادنى بالطريق الاولى واذا رتد الرجل وامر أنه والعياذ بالله ولحقا عبادا الحرب فقبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا ولدا ولدا فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويحبر الولد الاول على الاسلام ولا يحبر ولد الولد وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجب تبع الجذ وأصله التبعية في الاسلام

أقوى من الردة في نفي صحة التصرف حتى لا يصح استيلاؤه فلو أن لا يتوقف بسبب رده والحاصل أن عقد الكتابة منع مقتضى الردة كمنع مقتضى الزق فصار المكاتب في دار الحرب كـ كونه في دار الاسلام وأورد عليه بأن كون أحدهما لا يمنع مع عقد الكتابة لا يستلزم أن لا يمنع إذا اجتمعوا وقد اجتمع في المرتد المكاتب الزق والردة بخلاف أن ينفي التصرف أجيب مرة بأن جواز المنع لا يستلزم وقوعه فيبقى على عدم الابدال ومرة بأن الكتابة مطلق للتصرف وكل من الزق والردة مانع منه بانفراده وقد ثبت شرعا ترجيح مقتضى الكتابة على مقتضى أحدهما وانضمام أحدهما الى الآخر اضرار سام علة الى أخرى فيما يعلل بعلمتين مستقلتين ولا ترجيح بكثره العلل المستقلة لما عرف بل الترجيح بوصف في العلة (قوله وإذا اردت الرجل وامرأته والعياد بالله ولحقا بدار الحرب فقبلت المرأة في دار الحرب ولدت ولدان ولد الولد هما ولدان فظهر عليهم جميعا فالولدان في إعلان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ثم يحبر الولد على الاسلام) قال الولو الجي ولا يقتل كولد المسلم اذا بلغ ولم يصف الاسلام يحبر عليه ولا يقتل (ولا يحبر ولد الولد) أما جبر الولد فلانه يتبع أبويه أو أحدهما في الدين فيكون مسلما باسلامهما ومرتد ابردهما فلما كان مرتدا بردهما جبر كجبر ابن وانما لم يحبر ولد الولد لانه لا يتبع جده بل أباه لقوله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه هما اللذان يهودانه الحديث أى يستتبعانه في ذلك وانما لم يجعل تبعه لانيه في الردة فيحبر مثله لان ودة أبيه كانت تبعوا والتبع لا يستتبع خصوصا وأصل التبعية ثابتة على خلاف القياس لانه لم يرتد حقيقة وله ذاك يحبر بالحبس لا بالقتل بخلاف أبيه واذا لم يتبع الجد فاسترق أو توضع عليه الجزية أو يقتل لان حكمه حينئذ حكم سائر أهل الحرب اذا أسروا أو أوال الجد فيقتل لاحتماله لانه المرتد بالاصالة أو يسلم (وروى الحسن عن أبي حنيفة أن ولد الولد يحبر على الاسلام تبعا لجدّه) فيجعل مرتدا تبعا له قال المصنف (وأصله التبعية في الاسلام) يعنى أصل الجبر على الاسلام تبعا للجد وهو

المكاتب ذلكا كسابه وان كان مرتدا لكن لما قتل عن وفاء كان حرافى آخر جزء من أجزاء حياته كما
نومذ هبنا ثم تستند حريته الى ما قبل الموت حتى يحكم بحرية أولاده الموجددين في حال كتابته فيمتد
كان ما كتب به في حال الارتداد كسب الحر المرتد فيجب أن يكون فينا على قول أبى حنيفة رحمه الله قلنا
ذلك جواب القياس وأما جواب الاستحسان فهو ميراث لورثته لما نأخذ حكمنا بحريته بالأداء بعد الموت في
الحقوق المستحقة بالكتابة وذلك حريته وحرية أولاده وحقيقة المالكه في المكاسب وفيه أعدد ذلك يعتبر ميتا
عبدا ألا ترى أنه لا ينفذ وصيته وان مات عن وفاء لأنها ليست من الحقوق المستحقة بالكتابة وإذا كان كذلك
فنقول في عدم صيرورته فينا يجعل كاله مات عبدا وكسب العبد المرتد لا يكون فينا كذا في القوائد الظهيرية
(قوله فكذا بالادنى) وهو الزدة يعنى أن الرق أقوى من الردة في المانع من التصرف لان بعض تصرفات

لم يرد نأخذ بالاجماع كالاستيلاء وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما أما العبد فممنوع
عن التصرفات ~~كلها~~ التي لم يتوقف تصرف المكاتب مع أنه وقيق لم يتوقف تصرفه أيضا مع أنه مرند
بالطريق الاولى (قوله قبلت المرأة في دار الحرب) قيل ذكر دار الحرب وقع اتفاقا فانها اذا قبلت في دارنا
ثم لحقت به دار الحرب فالجواب كذلك ولعله يشتمل على فائدة وهي أن العلق متى كان في دار الحرب كان
بعده عن الاسلام ومتى كان في دار الاسلام كان اقرب الى الاسلام باعتباره الدار لكون الدار جهة في
الاستبعا فالجبر هناك يكون جبراً هنا بالطريق الاولى (قوله ولا يجبر ولد الولد) وهو ظاهر الرواية ووجهه
أنه لو كان مسلماً تبعاً لجدّه كان تبعاً لجدّه فحينئذ يكون الناس كلهم مسلمين باسلام آدم عليه السلام

أبي حنيفة جعل الجد فيها بمنزلة الاب أما صورة لولد مسلمة باسلام جده فهي ما ذكرنا وأما صورة صدقة الفطر فهي أن الاب اذا كان فقيرا أو عبدا والجد موسر هل تجب فطرة الخافد عليه أولا وأما صورة جحر الولاء فلا أنه اذا اعتق الجد والخافد حر والاب برقيق هل يكون ولاء الخافد لموالي الجد أولا يكون وصورة الوصية للقربة اذا وصى رجل الذي قربه لا يدخل الوالدان فيها وهل يدخل الجد أولا على الروايتين وذكرنا هذه المسائل في شرح الفرائض السراجية وشرح رسالتنا وقوله (وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد) يعني يجري عليه أحكامه فيبطل نكاحه ويحرم عن الميراث ويحجر على الاسلام ولا يقتل وان أدرك كافر أو يجلس وتوجهه تحريم المذهب في الكتاب ظاهر وقوله (لهمما) أي لزفر والشافعي رحمه الله (انه) أي الصبي الذي يعقل (تبع لابويه فيسه) أي في الاسلام (فلا يجعل أصلا) يعني يصح اسلامه بطريق التبعية للأبوين فلا يصح بطريق الاصلة اذا التبعية دليل العجز والاصالة دليل

وهي رابعة أربع مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جحر الولاء والاخرى الوصية للقربة قال (وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله ويحجر على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام لا يرث أبويه ان كانا كافرين وقال أبو يوسف ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام) وقال زفر والشافعي اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد لهما في الاسلام أنه تبع لابويه فيه فلا يجعل أصلا

ثبوت الاسلام تبع للجد (وهي رابعة أربع مسائل كلها على الروايتين) رواية ظاهر الرواية لا يكون الولد تبع للجد ورواية الحسن يكون تبع لجد اها هذه (والثانية صدقة الفطر) للولد الصغير اذا كان جده موسرا ولا أب له أو له أب معسر أو عبد لا يجب على الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يجب عليه (والثالثة جحر الولاء) صورته معتقة تزوجت بعد ولده أب بعد فولدت منه فالولد حر تبع لجد له ولا ولاء له ولا ولاء له ولا ولاء له لا يجزى ولا خافده الى مواليه عن موالي أمه في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يجزى كلوا اعتق أبوه (والرابعة الوصية للقربة) لا يدخل الوالدان ويدخل الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن لا يدخل كالأب وتقييد الحبل بدار الحرب ليس لخراج الحبل في دار الاسلام عن حكم المسئلة أعني جحر الولد بل لا فائدة حكم الجحر فيما اذا حبلت في دار الاسلام وولدت في دار الحرب بطريق أولى لانه اذا أجبر مع أنه علق في دار الحرب ولدار حجة استبعاد تقتضي أنه أبعد عن الاسلام فلان يجزى اذا علق في دار الاسلام على الاسلام أولى هذا اذا ولد له ما ولد بعد لحوقهما اما اذا ارتدوا لحقوا بولدهما صغير ثم طهر عليهم فالولد في دار الاسلام لان الولد الصغير صار مرتدا تبع للأبوين وولد المرتد يصير في السبي كذا ذكر ولو صح لزوم انهم ما لم يلحقاه يكون مرتدا وليس كذلك على ما تقدم من انه ثبت له حكم الاسلام فيبقى عليه الاجمير والاحسن ما في المتوسط من انه خرج عن كونه مسلما باللعاقبه فان ثبوت حكم الاسلام للصغير باعتبار تبعية الابوين والدار وقد انعدم كل ذلك حين ارتدوا لحقاه فكان الولد فيا يجزى على الاسلام اذا بلغ كما تجزى الام عليه فان كان الاب ذهاب به وحده والام مسلمة في دار الاسلام لم يكن الولد فيا لانه بقي مسلما تبع لأمه فان قيل كيف يتبعها بعد تبين الدارين قلنا تبين الدارين يمنع الاتباع في الاسلام ابتداء لا في ابقاء ما كان ثابتا الا ترى ان الحر لو اسلم في دار الحرب وله ولد صغير وخرج الى دارنا بقي الولد مسلما حتى لو طهر عليه لا يكون فيا بخلاف ما لو أسلم في دارنا وله ولد في دار الحرب وموت هاتان المسئلان وكذا ان كانت الام مسلمة والولد معه في دار الحرب لان بالموت يتأكد الاسلام ولا ينقطع (قوله وارتناد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد) أي يصح فلومات له قريب مسلم بعد رده لا يرث منه وبه كان يقول أبو يوسف ثم رجوع وقال ليس بارتداد (واسلامه اسلام) بان اتفاق الثلاثة (فلا يرث أبويه الكافرين) ويرث اقربه المسلمين ولا يصح نكاح المشركة وتحمل له المؤممة وتبطل مالهية النحر والخزير ونحو ذلك وعن ابن أبي مالك عن أبي يوسف ان ابا حنيفة رجوع الى قول أبي يوسف (وقال زفر والشافعي اسلامه ليس باسلام وورده ليست بارتداد لهما) أي لزفر والشافعي في عدم صحة اسلامه (انه تبع لابويه فيه فلا يجعل أصلا) لتناف بين صفة

فلا يجزى على الاسلام تبع للجد ولا يجزى أيضا تبع لآبائه وهو الولد الاول لان التبعية لا يستتبع غيره وقوله فالولد ان في أمه أو ولد الولد فلانه كافر أصلي وأما الولد الاول فلانه ولد المرتدة وولد المرتدة يسبي تبع للام لان الولد يتبع الام في الرق والحرية (قوله كلها على الروايتين) أي في ظاهر الرواية لم يجعل الجد بمنزلة الاب في تلك المسائل وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله جعل الجد فيها بمنزلة الاب أما صورة صيرة الولد مسلمة باسلام جده فهي ما ذكرنا وأما صورة صدقة الفطر فهي أن الاب اذا كان فقيرا أو عبدا والجد موسر هل يجب فطرة الخافد على الجد أم لا وصورة جحر الولاء أنه اذا اعتق الجد والخافد حر والاب برقيق هل يكون ولاء الخافد لموالي الجد أم لا وصورة الوصية للقربة اذا وصى رجل الذي قربه لا يدخل الوالدان فيها وهل يدخل الجد أم لا في ظاهر الرواية يدخل وفي رواية الحسن لا يدخل (قوله ولا يقتل) أي وان أدرك كافرا (قوله

عليه) أقول يعني اذا لم يكن له مال (قوله فلانه اذا اعتق الجد والخافد حر) أقول بان كانت أمه معتقة تزوجت بجد أو ولدته فان ولاءه لموالي الام (قوله هل يكون ولاء الخافد لموالي الجد) أقول يعني اذا اعتق (قوله بطريق التبعية وجودا) أقول فيه بحث

القدرة وبين القدرة والجز تناف وأحد المتنافين وهو الاسلام بطريق التبعية موجود بالاجماع فينتفي الاخر ضرورة وقوله (ولانه يلزمه) دليل آخر وهو واضح (قوله واقتضاه بذلك مشهور) يشير الى ما قاله رضى الله عنه سبقتكم الى الاسلام طرا *

غلاما ما بلغت اوان حلمي واختلفت الروايات في سنه

حين اسلم رضى الله عنه وحين

مات قال جعفر بن محمد اسلم

وهو ابن خمس سنين ومات

وهو ابن ثمان وخمسين

سنة لان النبي صلى الله

عليه وسلم دعاه الى الاسلام

في اول مبعثه ومدة البعث

ثلاث وعشرون سنة

والخلافة بعده ثلاثون

انتهت بموت علي فاذا ضمنت

خمس الى ثلاث وخمسين صار

ثمانيا وخمسين وقال القتيبي

اسلم وهو ابن سبع ومات

وهو ابن ستين

قال المصنف (ولنا فيه ان

عليارضى الله عنه اسلم صبيا

وصحح النبي عليه الصلاة

والسلام اسلامه) أقول قال

العلامة النسفي في السكافي

والتعلق به مشكل اذ لم

ينقل أنه عليه الصلاة

والسلام صحح اسلامه في

احكام الدنيا من حرمان

الميراث ووقوع الفرقة فان

قلت صحح في احكام الآخرة

فهذا مسلم ولا كلام فيه

وانما الكلام في احكام

الدنيا فان قلت ذكره

مطلقا فانصرف اليهما

قلت هي حكاية حال فلا

عموم له واحكام الآخرة

مرادة فلم ير غيرها اه

قال العلامة السكاكي اوجب

ولانه يلزمه احكاما تشويع المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليارضى الله عنه اسلم في صباه وصحح النبي عليه الصلاة والسلام اسلامه واقتضاه بذلك مشهور

الاصلية والتبعية لان الاولى سمة القدرة والثانية سمة العجز ثم اسلامه يصح تبعا لابويه فلا يجعل اصلا مستقلا به (ولانه يلزمه احكاما تشويع المضرة) من حرمان الارث والفرقة بينه وبين زوجته المشركة (فلا يؤهل له) كالطلاق والعتاق (ولنا فيه) اي اسلامه (ان عليارضى الله عنه اسلم في صباه وصحح النبي صلى الله عليه وسلم اسلامه واقتضاه بذلك مشهور) اما اقتضاه فما نقل من قوله رضى الله عنه

سبقتكم الى الاسلام طرا * غلاما ما بلغت اوان حلمي

وأما ما عن الحسن انه اسلم وهو ابن خمس عشرة سنة فلم يوافق أحد عليه سوى رواية عن أحمد لم تصح بل الصحيح عنه أنه اسلم وهو ابن ثمان سنين قال ابن الجوزي استقرأ الحال يبطل رواية الخمس عشرة لانه اذا كان له يوم البعث ثمان سنين فقد عاش معه ثلاثا وعشرين سنة وبقى بعد النبي صلى الله عليه وسلم نحو ثلاثين سنة فهذه مقاربة الستين وهو الصحيح في مقدار عمره ثم أسند عن جعفر بن محمد عن أبيه قال قتل علي رضى الله عنه وهو ابن ثمان وخمسين سنة قال فتى قلنا انه كان يوم اسلامه ابن خمس عشرة سنة صار عمره ثمانيا وستين ولم يقله أحد وأخرج البخاري في تاريخه عن عروة قال اسلم على وهو ابن ثمان سنين وأخرج الجاكم في المستدرک من طريق ابن اسحق انه اسلم وهو ابن عشر سنين وأخرج أيضا عن ابن عباس رضى الله عنهم ما دفع النبي صلى الله عليه وسلم الراية الى علي يوم بدر وهو ابن عشرين سنة وقال صحح على شرط الشيخين قال الذهبي هذا نص على انه اسلم وله اقل من عشر سنين بل نص على أنه اسلم وهو ابن سبع سنين أو ثمان سنين وما ذكر الثعالبي وغيره في اتفاق الاعراب من ان كلاما من النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعلي رضى الله عنهم عاش ثلاثا وستين سنة يقتضي أن عمره حين اسلم كان عشر سنين وهو ما تقدم من رواية الجاكم من طريق ابن اسحق قال صاحب التقيج ولانه صلى الله عليه وسلم عرض الاسلام على ابن صياد وهو غلام لم يبلغ وقد يقال تصححه صلى الله عليه وسلم اسلامه ان أريد في احكام الآخرة فسلم وكلامنا في تصححه في احكام الدنيا والآخرة حتى لا يربطه الكفار ونحو ذلك ولم ينقل أنه صلى الله عليه وسلم صحح في حق هذه الاحكام بل في العبادات فانه كان يصلي معه على ما هو ثابت ونحو ذلك نعم لو نقل من قوله صلى الله عليه وسلم صححت اسلامه أمكن أن يصرف اليه باعتبار الجنتين لكن لم ينقل ذلك وقد أورد هذا السؤال على خلاف هذا الوجه وعلى ما ذكرناه الوجه قبل ومن أقم القبايح أن لا يسمى مسلما مع اشتغاله بتعلم القرآن وتعليمه والصلاة قبل والعجب من الشافعي كيف يصح اختياره لاحد أبويه عند الفرقة مع ظهور أنه انما يختار من يطلق عنه الى أهويه يتسم من اللعب وغيره ولا يصح اختياره المقطوع بخبريته فان قال هو غير مكاف فلنا انما يلزم ذلك اذا قلنا بوجوده عليه قبل البلوغ كما عن أبي منصور والمعتزلة وأنه يقع مسقط الواجب لكننا انما نختار أنه يصح لثرتب عليه الاحكام الدينية والخروية ثم اذا بلغ لزمه فلما وجد بعد البلوغ أجبر على الاسلام بالجس لا بالقتل بخلاف المسلم بالغ وعند أحمد ومالك يقتل ان لم يعد الى الاسلام قال المصنف (ولانه أتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار معه) والتصديق الباطني يحكم به للاقرار الدال عليه على ما عرف من تعاقب الاحكام المتعلقة بالباطن به واذا كان قد أتى به فقد دخلت حقيقة الايمان قائمة به في الوجود فكيف يصح أن يقال لم تدخل ولم يتصف مع الدخول

وصحح النبي عليه السلام اسلامه واقتضاه بذلك مشهور وهو قوله

سبقتكم الى الاسلام طرا * غلاما ما بلغت اوان حلمي

(٤٢) - (فتح القدير والكفاية) - خامس

السهم فعمل أنه عليه الصلاة والسلام صحح في احكام الدنيا ايضا اه فتأمل فيه قال المصنف (واقتضاه بذلك مشهور) أقول ويشهد لذلك قوله

سبقتكم الى الاسلام طرا * غلاما ما بلغت اوان حلمي

(قوله ولأنه أتى بحقيقة الاسلام) دليل آخر وهو ظاهر (قوله وما يتعلق به سعادة أبدية) يجوز أن يكون معطوفاً على التصديق أي هو التصديق الأصلي وهو ما يتعلق ويجوز أن يكون (٣٣٠) خبر مبتدأ محذوف ويجوز أن يكون مبتدأ وخبره قوله هو الحكم الأصلي على تقدير أن يكون غير أو

ولأنه أتى بحقيقة الاسلام وهي التصديق والاقرار معاً لأن الاقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما عرف والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة أبدية ونجاة عقباؤه وهي من أجل المنافع وهو الحكم الأصلي ثم يبنى عليه غيرهما فلا يبالى بشو به ولهم في الردة أنها مضرّة محضة بخلاف الاسلام على أصل أي يوسف لأنه يتعلق به أعلى المنافع على ما مر ولا يـ حنيئة ومحمد فيها انما موجود حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام

والانصاف فان قال الايمان الذي أنفيه منه هو المعتبر فدخل في الوجود لا أنفيه ولكن أقول لا يعتبر شرعا قلنا دعوى عدم الاعتبار بعد وجود الحقيقة اما لعدم أهلية الصحة وهو منتف لأن جعل أهلا للنبوة كافي بحسب عليه الصلاة والسلام وهي فرع الايمان والاتفاق على أهليته للصلاة والصوم حتى يصحان منه ويثبت عاينهما واما لعدم أهلية الوجوب فمما تزمه والكلام ليس فيه كذا كرنا أنفاً وأما الخارج شرعي وهو منتف ولا يليق أن يثبت شرعا منع عن الايمان بالله سبحانه وتعالى مع عقليته ومعرفة نعم مقتضى الدليل أن يجب عليه بعد البلوغ فوجب القصد إلى تصديق وقرار بسقطه ولا يكفيه استحباب ما كان عليه من التصديق والاقرار غير المنوي به اسقاط الغرض كما أنه لو كان لو اطلب الصلاة قبل بلوغه لا يكون كما كان يفعل بل لا يكفه بعد بلوغه بها الا ما قرنه بنية أداء الواجب امتثالاً لكنهم اتفقوا على أنه لا يجب بل يقع فرضا قبل البلوغ أما عند نفي الاسلام فلأنه ثبت أصل الوجوب به على الصبي بالسبب وهو حدوث العالم وعقليته دلالة له دون وجوب الاداء لأنه بالخطاب وهو غير مخاطب فاذا وجد بعد السبب وقع الفرض كتجمل الزكاة وأما عند شمس الأئمة فلا وجوب أصلا لعدم حكمه وهو وجوب الاداء فاذا وجد وجد وصار كالسافر يصلي الجمعة يسقط فرضه وليس الجمعة فرضا عليه لكن ذلك للترقية عليه بعد سببه فاذا فعل ثم ولا تعلم خلافا بين المسلمين في عدم وجوب نية فرض الايمان بعد بلوغ من حكم بحقيقة اسلامه صبياً تبعاً لآبائه المسلمين أو لاسلامه وأبواه كافرين ولو كان ذلك فرضاً لم يفعلوه أهل الاجماع عن آخرهم وأما قوله يشوبها ضرر قلنا ما يتعلق به السعادة الابدية ويزول به وقوع مضرّة أبدية من رد اسلامه ليستمر على الكفر كل عاقل يعنيه ولا يبالى معه بذلك الضرر ولأنه لا نسبته له بالضرر الآخر وأما التنافي الذي ذكرناه فإيما يلزم لوقولنا باجتماع كونه تبعاً وأصلاً معاً واسماً نقول به بل هو تبع مالم يعقل ويقر بختاراً فاذ اعقل وأقر بختاراً نقول انقطعت تبعيته في حق هذا الحكم وبقي أصلاً وفي المبسوط منع المضادة وأجاز اجتماعهما كالمرأة تسافر مع الزوج تكون مسافرة تبعاً له حتى اذا لم تنو السفر تكون مسافرة ولو فوته كانت مسافرة مقصوداً وتبعاً لغيرها ما أمرين يتأيد أحدهما بالآخر قال المصنف (ولهم في الردة) يعني الشافعي وزفر وأبا يوسف (انها مضرّة محضة بخلاف الاسلام على أصل أي يوسف لأنه يتعلق به أعلى المنافع) ودفع أعظم المضار (ولابي حنيفة ومحمد) ما قلنا من (انها موجودة حقيقة) بوجود حقيقة تنهين الانكار والاقرار به (ولامرد للحقيقة) فان قيل لا يلزم من اعتبار الحقيقة وعدم ردها في الاسلام مثله في الردة

وقيل أول من أسلم من الرجال أبو بكر رضي الله عنه ومن النساء خديجة ومن الصبيان علي رضي الله عنهم والتعلق به مشكل اذ لم ينقل أنه عليه السلام صحح اسلامه في أحكام الدين من حرمان الميراث ووقوع الفرقة وان قلت صحح في أحكام الآخرة فهذا مسلم ولا كلام فيه انما الكلام في أحكام الدنيا فان قلت ذكره مطلقاً فانصرف اليها قلنا هي حكاية حال فلا عموم لها وأحكام الآخرة مرادة فلم يرد غيرهما (قوله ولا مرد للحقيقة) كما قلنا في الاسلام فان قيل الاسلام منفعته محضة والردة مضرّة محضة ولا يلزم من تحقق ما هو منفعته محضة تحقق ما هو مضرّة محضة وان كان بعد وجوده حقيقة ألا ترى أن قبول الهبة صحيح لأنه منفعته محضة وردّها باطل لأنه مضرّة محضة فكيف يقاس الردة بالاسلام قلنا هذا من اعتبار الشيء بعد وجود حقيقة فبعد ذلك لا يعتبر أنه منفعته للصبي أو مضرّة وهذا لأن الردة منه يجعل يخالفه وجهه في سائر الاشياء معتبر حتى لا يجعل عاراً اذا علم

تقدير أن يكون غير أو ويجوز أن يكون قوله وما يتعلق به مبتدأ وقوله سعادة أبدية خبره وهو الاول وهو جواب عن قوله ولأنه يلزمه أحكاماً تشوبها المضرّة وعورض بأنه لو صح اسلامه بنفسه وقع فرضاً لأنه لا نقل في الايمان ومن ضرورة كونه فرضاً أن يكون مخاطباً به وهو غير مخاطب بالاتفاق فاذ لم يمكن تصحيحه فرضاً لم يصح بخلاف سائر العبادات فإنه يتردد بين الفرض والنقل والجواب أنا لا نسلم أن من ضرورة كونه فرضاً أن يكون مخاطباً فان المسافر اذا حضر الجمعة وصلى وقع فرضاً وليس بمخاطب به ومن صلى في أول الوقت وقع فرضاً وهو ليس بمخاطب به عندنا في ذلك الوقت والجواب عن قوله ما أنه تبع لا بوجه فيه فلا يجعل أصلاً أن احدى الجهتين مؤيدة بالآخرى فلا يكونان متنافيين وذلك كالجندي اذا سافر مع السلطان ونوى السفر فهو مسافر بنية مقصودة وتبعاً للسلطان أيضاً (قوله ولهم) أي لابي يوسف وزفر والشافعي وجههم الله وقوله (ولابي حنيفة ومحمد) وجههم الله

فيها) أي في الردة (انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام) فان رد الردة يكون

(قوله والجواب أنا لا نسلم الخ) أقول لا يلزم من كون الشيء فرضاً أن يكون من أي به مخاطباً

الأنه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعات عن الصبيان مرحلة عليهم وهذا في الصبي الذي يعقل

لما في ذلك من النفع وفي الردة من الضرر ألا ترى انه يصح منه قبول الهبة ولا يصح منه الهبة الجواب ان الحقيقة الدخلة منه في الوجود اذا كانت مما يقطع فيه بالعلم أو الجهل فهي التي لا يمكن عدم اعتبارها كالإيمان والردة فإنه لا يمكن أن يجعل عارفا إذا علم جهله بالكفر ولا جاهلا إذا علم علمه بالإيمان فلا بد من اعتبارها بعد وجودها وصار كما اذا صام بنية يجعل صائما شرعا فلو كل جعل مقطر ولم يجعل صائما وكذا اذا صلى ثم أفسدها فاما اذا كانت مما لا يقطع فيها بذلك بل هي دائرة بين علمه بالمصلحة وجهله بها فلا تصح منه لان ما ندين بالمصلحة في نفس الامر وذلك كالهبة فإنه جاز فيه كونه علم المصلحة لعله من حسن الجزاء عنها بالضعف وجاز كونه جاهلا في ذلك بان لم تكن جارية لذلك فنعناها بخلاف القبول فانما علمنا علمه بالمصلحة فلا نجعله جاهلا به واذا ثبت أن الحقائق بعد العلم بشيئها لا ترد لزوم ضررها بالضرورة ألا ترى أنا اتقنا على جعله مرتدا اذا ارتد أبواه ولحقا به بدار الحرب مع ما فيه من الضرر (قوله الأنه) أي الصبي المرتد (يجبر على الاسلام لما فيه من النفع) المتيقن ودفع أعظم المضار (ولا يقتل) وهذه رابعة أو سبع مسائل لا يقتل فيها المرتد احداها الذي كان اسلامه تبعا لأبويه اذا بلغ مرتدا في القياس يقتل كقول مالك والشافعي وفي الاستحسان لا يقتل لان اسلامه لما ثبت تبعا لغيره صار شبهة في اسقاط القتل عنه وان بلغ مرتدا الثانية اذا أسلم في صغره ثم بلغ مرتدا في القياس يقتل وبه قال مالك وأحمد وفي الاستحسان لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه في الصغر والثالثة اذا ارتد في صغره والرابعة المكره على الاسلام اذا ارتد لا يقتل استحسانا لان الحكم باسلامه من حيث الظاهر لان قيام السيف على راسه ظاهر في عدم الاعتقاد في صبر شبهة في اسقاط القتل وفي كل ذلك يجبر على الاسلام ولو قتله قاتل قبل ان يسلم لا يلزمه شيء ذكره الكل في المبسوط ولها خامسة وهو اللقيط في دار الاسلام محكوم باسلامه ولو بلغ كافرا أجبر على الاسلام ولا يقتل كالمولود بين المسلمين اذا بلغ كافرا وقال المصنف في وجه عدم قتله (لانه) أي القتل (عقوبة والعقوبات موضوعات عن الصبيان مرحلة عليهم) وبين أن الكلام كذا في الصبي الذي يعقل الاسلام وفي المبسوط زاد كونه بحيث ينظر ويقسم ويقسم واعتراض جماعة من الشارحين قول المصنف مرحلة عليهم بأنه يعذب في الآخرة مخلاذا فليس بحر حوم ونقل ذلك عن الاسرار والمبسوط وجامع الترمذي تأثي رحمه الله وأحال الترمذي تأثي هذه الرواية الى التبصرة فالاولى في التعليل ما في المبسوط من انه لا يقتل لاختلاف العلماء في صحة اسلامه ولغظه في المبسوط في هذه المسئلة فاذا حكم بحقه وذهبت عنه ما كانت مستهامة ولكنه لا يقتل استحسانا لان القتل عقوبة وهو ليس من أهل أن يلزم العقوبة في الدنيا بما يشترط سببه كسائر العقوبات ولكن لو قتله انسان لم يغرم شيئا لان من ضرورة

جهله به فكذلك جهله برده فهذا يعلم أن قياس الردة بالاسلام صحيح من حيث ان في كل منهما اعتبارا للشيء بعد وجود حقيقته وبعد الصبي لا يجعل ما وجد منه حقيقة أنه غير موجود ألا ترى أن الصبي اذا صام ثم أكل عامدا يندم الصوم لو وجد حقيقة الاكل ولا يعذر بالصبي لان من ضرورة كونه أهلا للعقد كونه أهلا لردعه كما أنه لما كان أهلا للعقد الاحرام والصلاة كان أهلا للحر وج منه وانما لم يصح منه رد الهبة لما فيه من نقل الملك الى غيره ألا ترى أن ضرر الردة للحقة بطريق التبعية اذا ارتد أبواه ولحقا به بدار الحرب وضرر رد الهبة لا يلحقه من جهة أبيه فيجب أن لا يلحقه من جهة نفسه أيضا (قوله ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعات عن الصبيان) في هذا التعليل نوع نظر اذ لو كان سقوط القتل عنه باعتبار المرتد لاصح كان ينبغي أن لا يعذب في النار بخلاف كسائر الكفار وقد صح أن الصبي الكافر يخلد في النار فالصبي المرتد أولى لان كفره أغلظ والصحيح ما هلل به في المبسوط لانه إنما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه (قوله وهذا في الصبي الذي يعقل) يعني في صبي عاقل يقيم الحج الواضحة على وحدانية الله تعالى ونبوة محمد عليه السلام حتى اذا

بالعفو عنها وذلك قبيح كما أن رد الاسلام إنما يكون بالحجر عنه وهو كذلك واعتراض بان هذا اعتبار ما هو مضره بخضة بما هو منفعة تخضة وذلك جمع بين الشئيين بالقياس وفرق الشارع بينهما ومثله فاسد في الوضع على ما عرف في الاصول والجواب أن هذا قياس منا بوجود شيء وتحققه بوجود شيء آخر وتحققه في عدم جواز الرد ولا نسلم ان الشارع فرق بينهما وقوله (الأنه يجبر على الاسلام) هذا جواب الاستحسان وفي القياس لا يقتل لردته بعد اسلامه وقوله (لانه عقوبة والعقوبات موضوعات عن الصبيان مرحلة عليهم) قال

ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذي

صحة قوله اهدارده دون استحقاق قتله كالمرأة اذا ارادت لا تقتل ولو قتلها فقاتل لم يلزمه شيء (ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان ارتداده لا يدل على تغير العقيدة) وكذا لا يصح اسلامه (قوله وكذا المجنون) لا يصح ارتداده بالاجماع ولا اسلامه (والسكران) الذي لا يعقل كالمجنون وهو قول مالك وأحمد في رواية والشافعي في قول وقال في قول آخر يصح ارتداده كطلاقه قلته الردة تبني على تبدل الاعتقاد ونعلم أن السكران غير معتقد لما قال ووقوع طلاقه لانه لا يفترق الى القصد ولذا لم يملك طلاق المناسي وتقدم في كتاب الطلاق فيه زيادة أحكام فارجع اليه في فصل ويقع طلاق كل زوج الى آخره * (فروع) * كل من أبغض رسول الله صلى الله عليه وسلم بقلبه كان مرتدا فاسباب بطريق أولى ثم يقتل حدا عندنا فلا تعمل توبته في إسقاط القتل قالوا هذا مذهب أهل الكوفة ومالك ونقل عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه ولا فرق بين أن يجيء تابا من نفسه أو شهد عليه بذلك بخلاف غيره من المكفرات فان الانكار فيها توبة فلا تعمل الشهادة معه حتى قالوا يقتل وان سب سكران ولا يعفى عنه ولا بد من تقييده بما اذا كان سكره بسبب محذور بأشهره مختارا ابلا كراه والافقو كالمجنون وقال الخطابي ولا أعلم أحدا خالف في وجوب قتله وأما مثله في حقه تعالى فتعمل توبته في إسقاط قتله ومن هزل بالفظ كفر ارتدوان لم يعتقه للاستحقاق فهو وككفر العناد والالفاظ التي يكفر بها تعرف في الفتاوى واذا هم ودنصر الى أو عكسه لان امره بالرجعة الى ما كان عليه لانه لا يؤمر بالسكفر والردة مخبطة ثواب جميع الاعمال واذا عاد الى الاسلام ان عاد في وقت صلاة صلاها فعليه أدائها ثانيا وكذا يجب عليه الحج ثانيا ان كان حج واذا اعتق المرتد عبده ثم أعنته بنفسه ثم مات المرتد أو قتل لا ينفذ لان عتق المرتد موقوف فموته يبطل واعتاق ابنه قبل ملكه لانه لا يملكه الا بعد الموت حقيقة أو حكما ولا يتوقف بخلاف ما لو اعتق أو ارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين ثم سقط الدين فانه ينفذ والفرق في المبسوط وعن عدم ملك الوارث وسببه قلنا اذا مات الابن وله معتق ثم مات الاب وهو مرتد وله معتق فانه ينفذ والفرق في المبسوط وعن عدم ملك تمام سبب الملك وتقبل الشهادة بالردة من عدلين ولا يعلم بخلاف الا الحسن رحمه الله قال لا يقبل في القتل الا أربعة قياسا على الزنا واذا شهدوا على مسلم بالردة وهو منكر لا يتعرض له لالتكذيب الشهود العدول بل لان انكاره توبة ورجوع وقتل المرتد مطلقا الى الامام عند عامة أهل العلم الا عند الشافعي في وجه في العبد الى سيده ومن أصاب حدا ثم ارتد ثم أسلم ان لم يلحق بدار الحرب أقيم عليه الحد وان لحق ثم عاد لا يقام عليه وعند الشافعي وأحمد يقام مطلقا والمبني ظاهر وقد مناه لا تقبل توبة الساحر والزنديق في ظاهر المذهب وهو من لا يتدين بدين وأما من يبطن الكفر ويظهر الاسلام فهو المنافق ويجب أن يكون حكمه في عدم قبولنا توبته كالزنديق لان ذلك في الزنديق لعدم الاطمئنان الى ما يظهر من التوبة اذا كان يخفي كفره الذي هو عدم اعتقاده ديننا والمنافق مثله في الاخفاء وعلى هذا فطريق العلم بحاله اما بان يعثر بعض الناس عليه أو يسره الى من آمن اليه والحق أن الذي يقتل ولا تقبل توبته هو المنافق فالزنديق ان كان حكمه كذلك فيجب أن يكون مبطلنا كفره الذي هو عدم التدين بدين ويظهر تدينه بالاسلام أو غيره الى أن ظهر نابه وهو عري والافلو فرضناه مظهر لذلك حتى تاب يجب أن لا يقتل وتقبل توبته كسائر الكفار المظهرين الكفرهم اذا أظهروا التوبة وكذا من علم أنه ينسك في الباطن بعض الضروريات كحرمة الخمر يظهر اعتراف حرمة وقال أصحابنا للسكر

في النهاية فيه نظر لانه أسقط عقوبة القتل عن الصبي المرتد مرتبة لاسبابه والله تعالى أرحم الراحمين وهو لم يرحم عليه حتى عاقبه في النار بخلاف كسائر الكفار وذلك منصوص عليه في الاسرار والجامع الصغير للامام الترمذي ومشار اليه في المبسوط ثم قال وأولى ما يعلل به في عدم قتل الصبي المرتد ما ذكرناه من تعليل المبسوط وهو قوله وانما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء رحمه الله في صحة اسلامه في الصغر والله تعالى أعلم

ناظر الموحدين اذا ناظر المحدث فم والاعتقاد باطن لا يوقف عليه في مقام السبب الظاهر وهو الاقرار عن طوع مقامه كفي البالغ ثم بعد وجود الشيء حقيقة اما أن يسقط اعتباره بحجر شرعي والحج عن الاسلام باطل ولا يحكم بصحته لضرر الحقيقة وذا باطل لانه سبب السعادة الابدية فكان محض منفعة في الدنيا والآخرة وهو الحكم الاصل في الموضوع له ثم قد ينشئ عليه حرمان الارث والفرقة فلا يبالى بذلك لان المنظور اليه في التصرفات الموضوعات الاصلية لا تروى أن ثابت اذا جعل مسلما تبعا لغيره والتبعية فيها يتعمض نفعها لافها

حقيقة وتأثير في إيلام الأجسام خلافا لمن منع ذلك وقال إنما هو تخيل وتعليم السحر حرام بخلاف بين أهل العلم واعتقاد اباحتهم كفر وعن أصحابنا ومالك وأحمد يكفر الساحر بتعلمه وفعاله سواء اعتقد تخريجه أولا ويقتل وقدرى عن عمرو عثمان وابن عمر وكذلك عن جندب بن عبد الله وحبيب بن كعب وقيس بن سعد وعمر بن عبد العزيز فإنهم قتلوه بدون الاستئابة وفيه حديث مرفوع رواه الشيخ أبو بكر الرازي في أحكام القرآن حدثنا ابن قانع حدثنا بشر بن موسى حدثنا ابن الأصمغاني حدثنا أبو معاوية عن اسمعيل بن مسلم عن الحسن عن جندب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال حد الساحر ضربه بالسيف انتهى يعني القتل قال وقصة جندب في قتله الساحر بالكوفة عن الوليد بن عتبة مشهورة وعند الشافعي لا يقتل ولا يكفر إذا اعتقد اباحتهم وأما الكاهن فقتل هو الساحر وقيل هو العراف وهو الذي يحدث ويختصر وقيل هو الذي له من الجن من يأتيه بالأخبار قال أصحابنا إن اعتقد أن الشياطين يفعلون له ما يشاء كفر وإن اعتقد أنه تخيل لم يكفر وعند الشافعي إن اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب إلى الكواكب وانها تفعل ما يلتمسه كفر وعند أحمد حكمه حكم الساحر في رواية يقتل لقول عمر رضي الله عنه اقتلوا كل ساحر وكاهن وفي رواية إن تاب لم يقتل ويجب أن لا يعدل عن مذهب الشافعي في كفر الساحر والعراف وعدمه وأما قتله فيجب ولا يستتاب إذا عرفت مزاولته لعمل السحر لسعيه بالفساد في الأرض لا يجر دمه إلا لم يكن في اعتقاده ما يوجب كفره وإذا طلب المرتدون الموادعة لا يجيبهم إلى ذلك

(باب البغاة)

قدم أحكام قتال الكفار ثم أعقبه بقتال المسلمين والوجه ظاهر والبغاة جمع باغ وهذا الوزن مطرد في كل اسم فاعل معتل اللام كغزاة ورماة وقضاة والبغى في اللغة الطلب بغيت كذا أي طابته قال تعالى حكاية ذلك ما كنا

يشوبه ضرر وكونه مولى عليه لا ينبغي كونه وليا بل يثبت الأمران لينتفع بهما وهذا لأنه لما كان قاهر الأهلية صلح مولى عليه ولما كان صاحب أصل الأهلية صلح وليا ومتى جعلناه وليا لم نجعله فيه مولى عليه ومتى جعلناه مولى عليه لم نجعله وليا فيه فانه إذا صار مسلما باسلام نفسه لا يكون فيه تبعالا بويه وإذا كان مسلما تبعا لا يكون مسلما باسلام نفسه فلا يكون بينهما منافاة وقولهم في الردة أنهم مضرمة مخضة قلنا نعم الردة ضرر ولكنه أهل للتصرف الضار إذا كان يندرج في إمكانه تلافيه ألا ترى أن الأقرار بالرق منه يصح وإن كان ضررا لا مكان تلافيه باقامة البيعة على حريته فان قيل لو صح إسلامه بنفسه كان ذلك منه فرضا لا استحالة القول بكونه متغلفا في الإسلام ومن ضرر ورة كونه فرضا أن يكون مخاطبا وهو غير مخاطب بالاتفاق فإذا لم يكن صحيحه فرضا لم يصح بخلاف سائر العبادات فانه متردد بين الفرض والمنقل وبخلاف ما إذا جعل مسلما تبعا لغيره لأن صفة الفرضية في الأصل مغنيتة عن اعتباره في التبعية ولأنه لم يصف الإسلام بعدم عقل لا تقع الفرفة بينهما وبين أمر أنه ولو صار عقله معتبرا في الدين لوقعت الفرفة إذ لم يحسن أن يصف كما بعد البسوخ قلنا إنما لم يكن مخاطبا بالأداء لدفع الحرج عنه إذا امتنع وهذا يدل على أنه يحكم بجهنمه إذا أدى باعتباره أن عند الأداء يجعل الخطاب كالسابق ليحصل المقصود كما لا يخلو من الخطاب بأداء الجمعة وإذا أدى يقع ذلك فرضا منه بهذا الطريق وهذا لأن عدم توجه الخطاب بالإسلام لدفع الضرر ولا ضرر عليه إذا أدرج الخطاب بهذا الطريق بل تتوفر عليه المنفعة مع أنه يحكم بالإسلام لو أجود حقيقة من غير أن يتعرض بصحة أو غملا لا تبين زوجه منه إذ لم يحسن أن يصف بعدم عقل لبقاء معنى التبعية والاصالة ولتوفير معنى المنفعة عليه أما قوله أنه تبعية لأبويه فيه فلا يجعل أصلا قلنا إنما يمنع الجمع بين معنى التبعية والاصالة إذا كان بينهما مضادة فالأداء تأييدا أحدهما بالأخر فذلك مستقيم كلما إذا سافرت مع زوجها ونوت السفر فهي مسافرة بينهما مقصودة وتعالز وجهها أيضا والله تعالى أعلم بالصواب

(باب البغاة)

(باب البغاة)

آخر هذا الباب عن باب المرتد لقلة وجوده والبغاة جمع باغ كالبغاة جمع قاض

(باب البغاة)

(قوله آخر هذا الباب الخ) أقول ويجوز أن يقال يجري مباحث البغاة من مباحث المرتد يجري المركب من المفرد لا اشتراط الاجتماع في البغى دون الارتداد أو أيضا المرتد كافر وكذا السير في بيان الجهاد مع الكفار بخلاف الباغى فإنه مسلم فليندبر

واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن
(شبهتهم)

نبتي ثم اشهر في العرف في طلب ما لا يحل من الجور والظلم والباغي في عرف الفقهاء الخارج عن طاعة امام
الحق والخارجون عن طاعته اربعة اصناف احدها الخارجون بلا تأويل بمنعة وبلا منعة يأخذون
أموال الناس ويقتلونهم ويخيفون الطريق وهم قطاع الطريق والثاني قوم كذلك الا أنهم لا منعة لهم
لكن لهم تأويل في حكمهم حكم قطاع الطريق ان قتلوا وقتلوا وصلبوا وان أخذوا مال المسلمين قطعت أيديهم
وأرجلهم على ما عرف والثالث قوم لهم منعة وحجة خرجوا عليه بتأويل يرون أنه على باطل كفر أو معصية
بوجوب قتاله بتأويلهم وهؤلاء يسمون بالخوارج يستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويسبون نساءهم
ويكفرون أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وحكمهم عند جمهور الفقهاء وجمهور أهل الحديث حكم
البعثة وعندما لا يستتابون فان تابوا واقتلوا دفعا لفسادهم لا لكفرهم وذهب بعض أهل الحديث الى
أنهم مرتدون لهم حكم المرتدين لقوله صلى الله عليه وسلم يخرج قوم في آخر الزمان أحداث الأسنان سفهاء
الاحلام يقولون من خير قول البرية يقرؤون القرآن لا يجاوز حناجرهم يخرفون من الدين كما يخرف السهم من
الرمية فأينما لقيتهم فاقتلهم فان في قتلهم أجر لمن قتلهم يوم القيامة رواه البخاري وعن أبي امامة أنه رأى
رؤسا منصوبة على درج مسجد دمشق فقال كلاب أهل النار كلاب أهل النار قد كان هؤلاء
مسلمين فصاروا كفارا قيل يا أبا امامة هذا شيء تقول قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن المنذر ولا أعلم
أحدًا وافق أهل الحديث على تكفيرهم وهذا يقتضي نقل اجماع الفقهاء وذكر في المحيط أن بعض الفقهاء
لا يكفرون أحدًا من أهل البدع وبعضهم يكفرون بعض أهل البدع وهو من خالف ببعد دليله لا قطعيا ونسبه
الى أكثر أهل السنة والنقل الاول أثبت نعم يقع في كلام أهل المذاهب تكفير كثير ولكن ليس من كلام
الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم ولا عبرة بغير الفقهاء والمنقول عن المجتهدين ما ذكرنا وابن المنذر
أعرف بنقل مذاهب المجتهدين وما ذكره محمد بن الحسن في أول الباب من حديث كثير الحضرى يدل على عدم
تكفير الخوارج وهو قول الحضرى دخلت مسجد الكوفة من قبل أبواب كندة فاذا انفرجت سمعت عليا رضى
الله عنه وفيهم رجل عليه برنس يقول أعاهد الله لا تقتله فتعلقت به وتفرقت أصحابه عنه فأتيت به عليا رضى الله
عنه فقلت اني سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك فقال ادن ويحك من أنت فقال أنا سوار المنقرى فقال على رضى
الله عنه خل عنه فقلت أخلى عنه وقد أعاهد الله ليقتلنك قال فأقتله ولم يقتلني قلت فإنه قد شتمك قال فاشتمه ان
شئت أودعه في هذا دليل أن ما لم يكن للخارجين منعة لا تقتلهم وأنهم ليسوا بكفار لا يشتم على ولا يقتله قبل الا
إذا استحل قتل مسلم فهو كافر ولا بد من تقييده بأن لا يكون القتل بغير حق أو عن تأويل
واجتهاد يؤديه الى الحكم بحمله بخلاف المستحل بلا تأويل والالزم تكفيرهم لان الخوارج يستحلون القتل
بتأويلهم الباطل وبما يدل على عدم تكفيرهم ما ذكره محمد بن أبي حنيفة قال وبلغنا عن علي رضى الله عنه أنه
بينما هو يخطب يوم الجمعة اذ حكمت الخوارج من ناحية المسجد فقال على رضى الله عنه كلمة حق أريد بها
باطل لن تمنعكم مساجد الله أن تذكر فيها اسم الله ولن تمنعكم النى مما دامت أيديكم مع أيدينا ولن نقاتلكم
حتى تقتالونا ثم أخذ في خطبته ومعنى قوله حكمت الخوارج ندأهم بقولهم الحكم لله وكانوا يتكلمون بذلك
إذا أخذ على في الخطبة ليس وشوا خاطره فانهم كانوا يقصدون بذلك نسبة الى الكفر لرضاء بالتحكيم في صفين
ولهذا قال على رضى الله عنه كلمة حق أريد بها باطل يعنى تكفيره وفيه دليل أن الخوارج اذا قاتلوا الكفار مع
أهل العدل يستحقون من الغنيمة مثل ما يستحقه غيرهم من المسلمين وأنه لا يعزربا بالتعريض بالاشتم لان نسبته
الى الكفر شتم عرضا به ولم يصرحوا بالابحار الرابع قوم مسلمون خرجوا على امام العدل ولم يستجبهوا ما استباحه
الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذرائعهم وهم البغاة (قوله) واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن
طاعة امام (الناس به في أمان والطرق آمنة) دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم (التي أوجبت

(واذا تغلب قوم من المسلمين
على بلد وخرجوا من طاعة
الامام دعاهم الى العود الى
الجماعة وكشف عن شبهتهم)
وذلك بطريق الاستحباب
فان أهل العدل لو قاتلوا من
غير دعوة الى العود لم يكن
عليهم شيء لانهم علموا
ما يقاتلون عليه فالحكم في
ذلك كحال المرتدين وأهل
الحرب الذين بلغتهم الدعوة
(قوله) وذلك بطريق
الاستحباب) أقول أشار
بقوله ذلك الى قوله دعاهم
الى العود

لان عليا فعل كذلك باهل حروراء قبل قتالهم

خروجهم (لان عليا رضى الله عنه فعل ذلك باهل حروراء) قبل قتالهم وليس ذلك واجبا بل مستحب لانهم كمن
بالغتهم الدعوة لا تجب دعوتهم ثانيا وتستحب حروراء اسم قرية من قرى الكوفة وفيه المد والقصر ومنه
قول عائشة رضي الله عنها المعادة آخر قرية أنت أسعد الناس في سنه الكبرى في خصائص على الى ابن
عباس رضى الله عنهم قال اخرجت الحرورية واعتزلوا في دار وكانوا ستة آلاف فقلت اعلى يا امير المؤمنين ابرد
بالصلاة لعلى أكرم هؤلاء القوم قال انى أحافهم عليك قلت كلا فليست ثيابي ومضيت اليهم حتى دخلت عليهم
في دار وهم مجتمعون فيها فقالوا امر حبيبك يا ابن عباس ماجاء بك قلت آتيتكم من عند أصحاب النبي صلى الله
عليه وسلم المهاجرين والانصار من عند ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم وصهره وعليهم نزل القرآن وهم أعرف
بتأويله منكم وليس فيكم منهم أحد جئت لابعثكم ما يقولون وأبلغهم مائة ولون فانتحى لى نفر منهم قلت ها تواتوا
ما نعتهم على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن عمه وخنته وأول من آمن به قالوا ثلاث قلت ما هي قالوا
احداهن أنه حكم الرجال في دين الله وقد قال تعالى ان الحكم الا لله قلت هذه واحدة قالوا أما الثانية فانه قاتل
ولم يسب ولم يغتم فان كانوا كفارا فقد حلت لنا ساؤهم وأمواهم وان كانوا مؤمنين فقد حرمت علينا دماؤهم
قلت هذه أخرى قالوا أما الثالثة فانه محانف من أمير المؤمنين فان لم يكن أمير المؤمنين فانه يكون أمير
الكافر من قلت هل عندكم شئ غير هذا قالوا احسبنا هذا قلت لهم أو أيتهم ان قرأت عليكم من كتاب الله وحدتكم
من سنة نبيه صلى الله عليه وسلم ما يرد قولكم هذا ترجعون قالوا اللهم نعم قلت أما قولكم ان حكم الرجال في
دين الله فانا أقرأ عليكم أن قد صير الله حكمه الى الرجال في أربع شئ ما ربيع درهم قال تعالى لا تقتلوا لصيد وأنتم
حرم الى قوله يحكم به ذوا عدل منكم وقال في المرافة وزوجها وان خفتهم شقاق بينهم ما فابعدوا احكاما من أهله
وحكاما من أهلها أنشدكم الله أحكم الرجال في حق دماؤهم وأصلح ذات بينهم أحق أم في أربع شئ ما
ربيع درهم قالوا اللهم بل في حق دماؤهم وأصلح ذات بينهم قلت أخرجت من هذا قالوا اللهم نعم قلت وأما
قولكم انه قاتل ولم يسب ولم يغتم أمكم عائشة فتستحلون منها ما تستحلون من غيرها وهي أمكم انفعاتكم
لقد كفرتم فان قلتم ليست أمنا فقد كفرتم قال الله تعالى النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وأزواجه أمهاتهم
فانتم بين ضلالتين قالوا منها ما يخرج أخرجت من هذه الأخرى قالوا اللهم نعم قلت وأما قولكم انه محانف من
من أمير المؤمنين فان رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا فر يسأولهم الحديث على أن يكتب بينه وبينهم كتابا فقال
اكتب هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله فقالوا والله لو كنا نعلم أنك رسول الله ما صددناك عن البيت ولا قاتلناك
ولكن اكتب محمد بن عبد الله فقال والله انى لرسول الله وان كذبتموني يا على اكتب محمد بن عبد الله فرسول
الله صلى الله عليه وسلم خير من على وقد محانف نفسه ولم يكن محوه ذلك محو من النبوة أخرجت من هذه الأخرى
قالوا اللهم نعم فرجع منهم ألفان وبقي سائرهم فقتلوا على ضلالتهم قتلهم المهاجرون والانصار وروى الحاكم أن
عبد الله بن شداد استحكته عائشة عن الذين قتلهم على فقال لما كان حرب معاوية وحكم الحاكمين خرج عليه
ثمانية آلاف من قراء الناس فقتلوا بارض يقال لها حروراء من جانب الكوفة الى أن قال بعث على اليهم عبد
الله بن عباس نفر جت معه حتى اذا تواسطا عسكرهم قام ابن الكواء خطيبا فقال يا حلة القرآن هذا عبد
الله بن عباس فن لم يكن يعرفه فانا أعرفه من كتاب الله ما يعرفه به هذا من نزل فيه وفي قوم بل هم قوم خصمون
فردوه الى صاحبه ولا تواضعوه كتاب الله فقام خطبواؤهم وقالوا والله لنواضعه فواضعهم عبد الله بن عباس
الكتاب ووضعوه ثلاثة أيام فرجع منهم أربعة آلاف فيهم ابن الكواء حتى أدخلهم الكوفة على على الى

(قوله باهل حروراء) وهى قرية بالكوفة تمتد وتقصر وسبب خروجهم أنهم قالوا القتال واجب بالنص
وعلى رضى الله عنه ترك القتال بالتحكيم فإرسل على عبد الله بن عباس رضى الله عنهما ليكشف شبهتهم فلما
ذكر وقال ابن عباس رضى الله عنهما هذا الحادثة ليست بأدنى من بيض الجمام وفيه التحكيم لقوله تعالى يحكم

(لان عليا رضى الله عنه فعل ذلك باهل حروراء) بالحاء
الهمالة ممدودا ومقصورا
قرية بالكوفة كان بها أول
تحكيم الخوارج واجتماعهم
بسبب تحكيم على أبا موسى
لا شعري رضى الله عنهما بينه
وبين معاوية قائلين ان
القتال واجب لقوله تعالى
فقاتلوا التي تبنى الآية وعلى
ترك القتال بالتحكيم وهو
كفر لقوله تعالى ومن لم يحكم
بما أنزل الله فاولئك هم
الكافرون وذلك أنه رضى
الله عنه انفذ ابن عباس
ليكشف شبهتهم ويدعوهم
الى العود فلما ذكروا
شبهتهم قال ابن عباس رضى
الله عنهما ما هذا الحادثة
ليست بأدنى من بيض
جمام وفيه التحكيم بقوله
تعالى يحكم به ذوا عدل منكم
فكان تحكيم على رضى
الله عنه موافقا للنص
فالزمهم الحجة قتال البعض
وأصر البعض وكلامه واضح
(قوله وفيه التحكيم بقوله)
تعالى يحكم به ذوا عدل منكم
أقول هذه الآية في سورة
المائدة ثم أقول طاهر هذا
الكلام لا يدفع شبهتهم
على ما قررها فانه يدل على
جواز التحكيم في الجملة
لأعلى جواز ترك المأمور به
بالتحكيم فليست أملا وستعرف
بعد أسطر أن الامر في قوله
تعالى فقاتلوا للوجوب

ولانه أهون الامر من العمل الشر يندفع به فيمدا به (ولا يبدأ بقتال حتى يمدوه فان بدؤه قاتلهم حتى يفرق جمعهم) قال العبد الضعيف هكذا ذكره القدوري في مختصره وذكر الامام المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي لا يجوز حتى يبدأ بالقتال حقيقة لانه لا يجوز قتل المسلم الا بدفعوا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكافر مباح عنده ولذا أن الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم بما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم واذا بلغه أنهم يشتركون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحددوا ثوبه فدفع الشر بقدر الامكان والمروي عن أبي حنيفة من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام أما عانة الامام الحق فن الواجب عند الغناء والقدرة

وقوله (والمروي عن أبي حنيفة رحمه الله من لزوم البيت) يريد به ما روى الحسن عن أبي حنيفة أن الغنمة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يعتزل الغنمة ويقعد في بيته لقوله عليه الصلاة والسلام من فر من الغنمة أعتق الله رقبة من من النار (محمول على حال عدم الامام) أما اذا كان المسلمون مجتمعين على امام وكانوا آمنين به والسبل آمنة فخرج عليه طائفة من المؤمنين فغنته يجب على كل من يقوى على القتل أن يقاتلهم نصر الامام المسلمين لقوله تعالى فقاتلوا التي تب فان الامر للوجوب

آخر الحديث وقال على شرط البخاري ومسلم (قوله ولا يبدأ بقتال حتى يمدوه هكذا ذكره القدوري) وهو عين ما قدمناه من قول على رضي الله عنه وان قاتلكم حتى تقتلوا (وذكر الامام الاجل المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي لا يجوز حتى يبدأ حقيقة) وهو قول مالك وأحمد وأكثر أهل العلم (لان قتل المسلم لا يجوز الا بدفعوا وهم) أي البغاة (مسلمون) لقوله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصالحوا بينهما ثم قال فان بغت احدهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفي الى أمر الله ونحن أدرا بالحكم وهو حبل القتال على دليل قتالهم (وذلك) (هو الاجتماع) على قصد القتال (والامتناع) لانه لو انتظر حقيقة قتالهم بما لا يمكنه الدفع) لتقوى شوكتهم وتكثر جمعهم خصوصا والغنمة يسرع اليها أهل الفساد وهم الاكثر والكفر ما أباح القتال اللعبرية وبالبغاة كذلك ويجب على كل من أطلق الدفع أن يقاتل مع الامام الا أن يبدأ بما يجوز لهم القتال كأن ظلمهم أو ظلم غيرهم ظلم لا شبهة فيه بل يجب أن يعينوهم حتى ينصفهم ويرجع عن جورهم بخلاف ما اذا كان الحال مشتبهاً أنه ظلم مثل تحميل بعض الجبايات التي للامام أخذها والحق الضرر بها الدفع ضرراً عموماً منه ويجوز قتالهم بكل ما يقاتل به أهل الحرب من المتجنيق وارسال الماء والنار وخواهر زاده معناه ابن الاخت وكان ابن اخت القاضي الامام أبي ثابت قاضي سمرقند واسم خواهر زاده محمد وكنيته أبو بكر واسم أبيه حسين البخاري وهو معاصر لشمس الأئمة السرخسي وموافق له في اسمه وكنيته لاشمس الأئمة اسمه محمد وكنيته أبو بكر بن أبي سهل وتوفي كل منهما في العام الذي توفي فيه الآخر وهو عام ثمان وثمانين وأربع مائة وتوفي الاسلام أيضاً معاصر لهما وتوفي في سنة احدى وثمانين وأربع مائة (فاذا بلغه أنهم يشتركون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحددوا ثوبه فدفع الشر بقدر الامكان والمروي عن أبي حنيفة رحمه الله) من قوله الغنمة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يعتزل الغنمة ويقعد في بيته لقوله صلى الله عليه وسلم من فر من الغنمة أعتق الله رقبة من النار وقال الواحد من الصحابة كن حليماً من أحلاس بيتك رواه عنه الحسن بن زياد (فمحمول على ما ذالم يكن لهم امام) وماروي عن جماعة من الصحابة أنهم قعدوا في الغنمة محمول على أنه لم يكن لهم قدرة ولا غناء وربما كان بعضهم في تردد من حل القتال كما روى عن بعضهم أنه اتى علياً رضي الله عنه يطلب عطاء من بيت المال فنفعه على رضي الله عنه وقال له أي كنت يوم صفين فقال ابغني سبعا أعرف به الحق من الباطل فقال له ما قال الله هذا وانما قال فقاتلوا التي تبغي حتى تفي الى أمر الله وماروي اذا اتى المسلمان بسيفيهما فالتقتا والمقتول في النار فمحمول على اقتتالهما جبهة وعصبيية كما يتفق بين أهل قريتين ومحمد بن أولاً جل الدنيا والمملكة قال الذهبي صح عن أبي وائل عن أبي ميسرة عن عمر بن شرحبيل

به ذوا عدل منهم فكان يحكمهم على رضي الله عنه موافقاً للنص فالزعم الحجة فتأبى البعض وأصر قوم على ذلك (قوله أهون الامر من الدعا الى العود الى الجساعة بكشف شهتهم والقتال) (قوله المعروف بخواهر زاده رحمه الله) وهو خواهر زاده للقاضي الامام أبي ثابت رحمه الله (قوله والمروي عن أبي حنيفة رحمه الله من لزوم البيت) قال أبي حنيفة رحمه الله اذا وقعت الغنمة بين المؤمنين ينبغي أن يعتزل الغنمة ويحتزم عن ساو يلزم البيت

(فان كانت لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع مولاهم) دفعوا الشرهم ولا يلحقوا بهم (وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع مولاهم) لاندفاع الشرودنه وقال الشافعي لا يجوز ذلك في الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعوا جوابه ما ذكرناه ان المعتبر دليله لاحقة فتنه (ولا يسي لهم ذرية يتولا يقسم لهم مال) لقول علي يوم الجمل ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا البلد وقوله في الأسير تاويله اذا لم يكن لهم فئة فان كانت يقتل الامام الأسير وان شاء حبسه لما ذكرناه ولا تنهم مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال (ولا باس بأن يقتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون اليه) وقال الشافعي لا يجوز والكرار على هذا

قال ريت كأن قبايا في رياض فقلت لمن هذه فقالوا الذي السكراع وأصحابه ورأيت قبايا في رياض فقلت لمن هذه فقلت لعمار بن ياسر وأصحابه قلت وكيف وقد قتل بعضهم بعضا قال انهم وجدوا الله واسع المغفرة انتهى وهذا لأن قتالهم عن اجتهاد (قوله فان كان لهم فئة أجهز على جريحهم) أي يسرع في اماتته (واتبع مولاهم) على البناء للمفعول فهما للقتل والأسير (دفعوا الشرهم كي لا يلحقا) أي الجريح والمولى (بهم) أي بالغتة على معنى القوم وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع مولاهم لاندفاع الشر بدون ذلك وهو المطلوب (وقال الشافعي) وأحمد أيضا (لا يجوز ذلك) أي الاجهاز والاتباع (في الحالين) حالي الغتة وعدمها (لان القتال اذا تركوه) بالتولية والجراحة المحجزة عنه (لم يبق قتلهم دفعا) ولا يجوز قتلهم الا دفعا للشرهم ولما روى ابن أبي شيبة عن عبد خير عن علي رضي الله عنه أنه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبري ولا تجهزوا على جريح ومن ألقى سلاحه فهو آمن وأسند أيضا ولا يقتل أسير (وجوابه ما ذكرناه ان المعتبر) في جواز القتل (دليل قتلهم لاحقة فتنه) ولأن قتل من ذكرناه اذا كان له فئة لا يخرج عن كونه دفعا لانه يتخير الى الغتة ويعود شره كما كان وأصحاب الجمل لم يكن لهم فئة أخرى سواهم (قوله ولا تنسى لهم ذرية) اذا ظهر عليهم (ولا يقسم لهم مال) بين القتلة (لقوله على) رضي الله عنه فيماري ابن أبي شيبة أن عليا لما هزم طلحة وأصحابه أمر مناديه فنادى أن لا يقتل مقبل ولا مدبر يعني بعد الهزيمة ولا يفتح باب ولا يستحل فرج ولا مال وروى عبد الرزاق نحوه وزادو كان علي رضي الله عنه لا يأخذ مال المقتول ويقول من اعترف شيئا فليأخذه وفي تاريخ واسط باسناده عن علي أنه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبري ولا تجهزوا على جريح ولا تقتلوا أسيرا وياكم والنساء وان شئتم أعراضكم وسببهم أمراءكم ولقد رأيتنا في الجاهلية وان الرجل ليقنول المرأة بالجريدة أو بالهراوة فيغير بها هو وعقبه من بعده هذا وفي حديث مرفوع عرواه الحاكم في المستدرک والبراق في مسنده من حديث كوث بن حكيم عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هل تدري يا ابن أم عبد كيف حكم الله بيني وبين هذه الامة قال الله ورسوله أعلم قال لا يجهز على جريح ولا يقتل أسيرها ولا يطلب هاربها ولا يقسم فيزوها وأهل البزار بكوث بن حكيم وبه تعقب الذهبي على الحاكم قال محمد بن يعقوب بن علي رضي الله عنه ألقى ما أصاب من عسكر أهل النهر وان في الرحبة من عرف شيئا أخذ حتى كان آخره قدر حديد لانسان فأخذه (وقول علي رضي الله عنه في الأسير تاويله اذا لم تكن له فئة فان كانت فالامام بالخيار ان شاء قتل الأسير) وان كان عبدا مقاتل (وان شاء حبسه) والعبد الذي لا يقتل بل يخدم مولاه بحبس (لما ذكرناه) من دفع الشر بقدر الامكان وفيه خلاف الامة الثلاثة ومعنى هذا الخيلون يحكم نظره فيما هو أحسن الأمرين في كسر الشوكة من قتله وحبسه ويختلف ذلك بحسب الحال لاجهوى النفس والنشفي واذا أخذت المرأة من أهل البغي وكانت تقااتل حبست ولا تقتل الا في حال مقاتلتها دفعا وانما تحبس للمعصية ولتبعها من الشر والغتة (قوله ولا باس أن يقتلوا بسلاحهم ان احتاج أهل العدل اليه) وكذا الكراع يقتلون عليه (وقال الشافعي لا يجوز)

ولا يخرج الى الغتة وتاويله اذا لم يكن له امام يدعوا الى القتال أما اذا كان له امام وله غنا لا يسعه التقاعد وفي الحديث اذا هاجت الغتة كن جليس بيتك (قوله ما ذكرناه) أراد به قوله ولنا أن الحكم يدار على الدليل (قوله يوم الجمل وقعة عائشة رضي الله عنها مع علي رضي الله عنه بالهجرة) سميت بذلك لانها كانت على جبل اسمه عسكر (قوله وان شاء حبسه لما ذكرناه) يريد قوله ولا يقتل أسير

وقوله (أجهز واتبع) على بناء المفعول ويقال أجهزت على الجريح اذا أسرعت قتله وتمت عليه (قوله ولا يقتل أسير) هو مفعول على رضي الله عنه (ولا يكشف ستر) أي لا تسبي نسائهم الا ترى أن اصحاب علي رضي الله عنه سألوه قسمته ذلك فقال فاذا قسمت فلن تكون عائشة رضي الله عنها والقدرة اسم للاقتداء كالاسوة واسم للاقتداء يقال فلان قدوة أي يقتدى به (قوله لما ذكرناه) اشارة الى قوله ويحبسهم الى قوله دفعا للشر (قوله ولا تنهم مسلمون) معطوف على قوله لقول علي رضي الله عنه

الخلاف له أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه ولما أن علمنا قسم السلاح فيما بين أصحابه بالبصرة وكانت قسمته للعاجلة لا للتأمل ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي أولى والمعنى فيه إلحاق الضرر الأدنى لدفع الأعلى (ويحبس الامام أموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم) أما عدم القسمة فلما بيناه وأما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وإن كان لا يحتاج اليها الا أنه يبيع الكراع لأن حبس الثمن أنظر وأيسر وأما الرد بعد التوبة فلا ندفع الضرورة ولا استغنام فيها قال (وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذها الامام ثانيا) لأن ولاية الاخذ له باعتبار الحياطة ولم يحممهم (فإن كانوا صرفوه في حقه أجزأ من أخذ منه) للوصول الحق إلى مستحقه (وإن لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى أهلها فيما بينهم وبين الله تعالى أن يعيدوا ذلك) لأنه لم يصل إلى مستحقه قال العبد الضعيف قالوا لاعادة عليهم في الخراج لأنهم مقاتلة فكانوا مصارف وإن كانوا أغنياء وفي العشر إن كانوا فقراء فكذلك لأنه حق الفقراء وقد بيناه في الزكاة وفي المستقبل يأخذها الامام لأنه يحممهم فيه اظهر ولاية يته (ومن قتل رجلا وهما من عسكر أهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليهم شيء) لأنه لا ولاية لامام

وقوله (أما عدم القسمة فلما بيناه) إشارة إلى قول علي ولا يؤخذ مال وقوله لأنهم مسلمون

استعمالها في القتال وترد عليهم عند الأمن منهم ولا ترد قبله (لأنه مال مسلم فلا يجوز ذلك الا برضاه ولما أن علمنا الخ) يريد ما روى ابن أبي شيبة في آخر مصنفه في باب وقعة الجبل بسنده إلى ابن الحنفية أن عليا رضى الله عنه قسم يوم الجبل في العسكر ما أجازوا عليه من كراع وسلاح قال المصنف (وكانت قسمته للعاجلة لا للتأمل) ولولا أن فيه اجبا عالا لم يكن التمسك ببعض الظواهر في تلكه فان ابن أبي شيبة أسند عن أبي الخثرى لما أنزله أهل الجبل قال علي رضى الله عنه لا تطلبوا من كان خارجا من العسكر وما كان من دابة أو سلاح فهو لكم وليس لكم أم ولد أو أي امرأة قتل زوجه أو جاهد فلتعتدأر بعة أشهر وعشر اقلوا يا أمير المؤمنين تحل لنا دماؤهم ولا تحل لنا نسائهم فخصموه فقال هاتوا نسائكم وأقرعوا على عائشة فخصمها رأس الأمر وقائداهم قال فخصمهم على رضى الله عنه وعرفوا وقالوا نستغفر الله قال المصنف (ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل) أي يستعين بكرامه وسلاحه عند حاجة المسلمين اليه (في مال الباغي أولى والمعنى) المجوز (فيه أنه دفع الضرر الأعلى) وهو الضرر المتوقع إمامة المسلمين (بالضرر الأدنى) وهو اضرار بعضهم (ويحبس الامام أموالهم) لدفع شرهم واضعافهم بذلك (ولا يردها لهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم) أو على ورتهم إذا ظهر ذلك وإذا حبسها كان يبيع الكراع أولى (لأن حبس الثمن أنظر) ولا ينفع عليهم من بيت المال استوفى مؤنته عليهم وهذا إذا لم يكن للإمام بها حاجة (قوله وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لا يأخذها الامام ثانيا) إذا ظهر على البغاة (لأن ولاية الاخذ) إنما كانت (له لحياطة إياهم ولم يحممهم) وما قبل أن عليا رضى الله عنه لما ظهر على أهل البصرة لم يطلأهم بشيء مما جبهوه فيه نظر لأن الخوارج لا تعلم أنهم غلبوا على بلدة فأخذوا اجباياتهم قالوا وكان ابن عمر إذا أتاه ساعى الحر وراة دفع اليه زكاته وكذا سلمة بن الأكوع ثم (إن كانوا صرفوه في حقه) أي إلى مصارفه (أجزأ من أخذ منه) ولا إعادة عليه (لوصول الحق إلى مستحقه وإن لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى من أخذ منه أن يعيدوا الاداء فيما بينهم وبين الله تعالى) قال المصنف رحمه الله (قالوا) أي المشايخ (لا إعادة على الأرباب في الخراج لأنهم) أي البغاة (مقاتلة) وهم مصرف الخراج (وإن كانوا أغنياء وفي العشر إن كانوا فقراء فكذلك) وإن كانوا أغنياء فقتلوا بالاعادة وكذا في زكاة الاموال كلها لو أخذوها وتقدم ذلك والمدفوع مصادرة إذا نوى الدافع التصديق عليهم في كتاب الزكاة فارجع اليه (قوله ومن قتل رجلا إلى آخره) يعني إذا كان رجلا من أهل البغي قتل أحدهما الآخر لا يجب على القاتل دية ولا قصاص إذا ظهر ناعليهم لأنه قتل نفسا يباح قتلها ألا ترى أن العادل إذا قتل لا يجب عليه شيء

قال المصنف (ويحبس الامام أموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا) أقول قوله ولا يقسمها تكرار محض مع أنه يوههم ذكره ههنا من أول الأمر أن يكون حتى يتوبوا غاية وليس كذلك بل قوله حتى يتوبوا غاية لقوله ويحبس فلا يردها كما يدل عليه قوله فيردها

(قوله ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل) وأصل هذا حديث صفوان فإنه عليه السلام أخذ منه دروعا حالة الحاربه بغير رضاه فقال أغصبا يا محمد فقال لا بل عارية مؤداة (قوله وأما عدم القسمة فلما بيناه) أنهم

العدل حين القتل فلم ينعقد موجباً كالقتل في دار الحرب (وان غلبوا على مصر فقتل رجل من أهل مصر وجلسا من أهل مصر عدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه) وناويله اذا لم يجر على أهله أحكامهم وأزجحوا قبل ذلك وفي ذلك لم تنقطع ولاية الامام فيجب القصاص (واذا قتل رجل من أهل العدل باغيا فانه يرثه فان قتله الباغي وقال قد كنت على حق وأنا الآن على حق ورثته وان قال قتلته وأنا أعلم أني على الباطل لم يرثه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وقال أبو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول الشافعي وأصله أن العادل اذا أتلف نفس الباغي وأماله لا يضمن ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندناو يأثم وقال الشافعي رحمه الله في القديم انه يجب وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد أتلف نفساً أو ماله أنه أتلف مالا معصوماً وقتل نفساً معصومة فيجب الضمان اعتباراً بما قبل المنعة ولنا إجماع الصحابة ورواه الزهري

قوله (وأزجحوا) يعني أفلح
أهل البغي من مصر (قبل
ذلك) أي قبل ابراء
أحكامهم على أهله وقوله (في
الوجهين) أي في الوجه الذي
قالنا على الحق وفي الوجه
الذي قالنا على الباطل
وقوله (رواه الزهري) قال
الزهري وقعت الغتنة
وأصحاب رسول الله صلى الله
عليه وسلم كانوا متوافرين
فاتفقوا على أن كل دم
أريق بتأويل القرآن فهو
موضوع وكل فرج استحل
بتأويل القرآن فهو
موضوع وكل مال أتلف
بتأويل القرآن فهو موضوع

فلما كان مباح القتل لم يجب به شيء ولا أن القصاص لا يستوفى إلا بالولاية يوهى بالمنعة ولا ولاية لا مانعاً لهم فلا يجب شيء وصار (كالقتل في دار الحرب) وعند الأئمة الثلاثة يقتل به لأن عندهم كل موضع يجب فيه العبادات في أوقاتها فهو كدار العدل وتقدم الكلام فيه (قوله وان غلبوا على مصر) من أمصار أهل العدل (فقتل رجل من أهل مصر رجلاً منهم عدا ثم ظهرنا على ذلك المصر فانه يقتص منه) ومعنى المسئلة كما قال نضر الاسلام أنهم غلبوا ولم يجر فيها حكمهم بعد حتى أزعجهم امام العدل عن أهل مصر رأى أخرجهم قبل تقرر حكمهم لانه حينئذ لم تنقطع ولاية الامام فوجب القودأمالو جرت أحكامهم حتى صارت في حكم محل ولايتهم فلا قود ولا قصاص ولكن يستحق عذاب الآخرة (قوله واذا قتل رجل من أهل العدل باغيا فانه يرثه) بالاتفاق لانه مأمور بقتله فلا يحرم الميراث به (وان قتل الباغي) العادل (وقال كنت على الحق وأنا الآن على الحق ورثته وان قال قتلته وأنا أعلم اني على الباطل لم يرثه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يرث الباغي) العادل (في الوجهين وهو قول الشافعي وأصله) أي أصل هذا الخلاف الخلاف في (أن العادل اذا أتلف نفس الباغي أو ماله لا يضمن) عندنا (ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم) وهذا بالاتفاق (والباغي اذا قتل العادل) بعد قيام منعته وشوكتهم (لا يجب الضمان) عليه (عندنا) وبه قال احمد والشافعي في قوله الجسد بدلوله قتله قبل ذلك اقتص منه اتفاقاً وكذا يضمنون المال (وقال الشافعي في القديم يضمن) وبه قال مالك لانهم انفس وأموال معصومة فتضمن بالاتلاف طمأ وعدوانا وعلى هذا الخلاف لو تاب المرتد وقد أتلف نفساً أو ماله (لأنه) اتلاف ممن لم يعتقد وجوب الضمان في حال عدم ولاية الالتزام عليه فلا يؤخذ به قياساً على أهل الحرب والحاصل ان نفي الضمان منوط بالمنعة مع التأويل فلو تجردت المنعة عن التأويل كقوم غلبوا على أهل بلدة فقتلوا واستهلكوا الاموال بلا تأويل ثم طهر عليهم أخذوا بجميع ذلك ولو انقرد التأويل عن المنعة بأن انقرد واحداً أو اثناً فقتلوا وأخذوا عن تأويل ضمنوا اذا تابوا أو قدر عليهم والدليل على ما ذكرناه (إجماع الصحابة ورواه الزهري) قال عبد الرزاق في مصنفه انبأنا معمر اخبرني الزهري

مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال (قوله كالقتل في دار الحرب) وهو أنه اذا قتل مسلماً في دار الحرب ثم ظهر عليهم فليس على القاتل شيء فكذلك ههنا والجامع انقطاع ولاية الامام في حالة الجناية (قوله ورواه الزهري رحمه الله) قال وقعت الغتنة وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا متوافرين فاتفقوا على أن كل دم أريق بتأويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع وكل مال أتلف بتأويل القرآن فهو موضوع لان التأويل القاسد تنزل منزلة الصريح في حق دفع الضمان اذا ضمت اليه المنعة كتأويل أهل الحرب فانهم لا يضمنون ما أتلفوا عليه هذا المعنى وذلك لان أهل البغي يستحلون الدماء بتأويل أن ارتكاب الريب كفر وقد صارت لهم منعة دافعة فصع الدفع منهم فلا يضمنون لان لزوم الاحكام بالاتزام أو بالاتزام ولا التزام لانه باعقاد حرمة الاتلاف وهم يعتدون به حيث يقولون عصي الله ولم يعمل بموجب

قوله (ولا التزام لاعتقاد
الاباحة) يعني أن الباغي
اعتقدا بأباحة أموال العادل
بان العادل عصي الله ورسوله
ولم يعمل بموجب الكتاب
وقوله (وله ما فيه) أي لابي
حنيفة ومحمد رضي الله
عنهما في قتل الباغي
العادل وقوله (فيعتبر
القاسد) أي يعتبر التأويل
القاسد في دفع الحرمان
وقوله (لم يوجد الدافع) أي
التأويل الدافع للضمان
وقوله (وليس يبيعه بالكوفة)
تقييده بالكوفة باعتبار أن
البغاة خرجوا فيها أولا والا
فالحكم في غيرها كذلك
وقوله (الاباحة) به يريد
الحديد لأنه إنما يصير سلاحا
بفعل غيره فلا ينسب إليه
(لا ترى أنه يكره بيع
المعازف) قيل جمع معزف
ضرب من الطنابير يتخذ
أهل اليمن (ولا يكره بيع
الخشب) لأنه إنما يصير
معزفا بفعل غيره قوله (وعلى
هذا يبيع الخمر مع العنب)
أي لا يجوز بيع الخمر ويجوز
بيع العنب والفرق لابي
حنيفة رضي الله عنه بين
إكرهه بيع السلاح من
أهل الفتنه وعدم إكرهه
بيع العصير ممن يتخذ خمر
سيأتي في باب الإكره أن
شاه الله تعالى والله سبحانه
وتعالى أعلم بالصواب واليه
الرجوع والمآب

ولأنه أتلف عن تأويل فاسد والفاقد منه ملحق بالصحيح إذا ضمت إليه المنفعة في حق الدفع كافي لمنفعة أهل الحرب
وتأويلهم وهذا لأن الأحكام لا يذهبها من الالتزام أو الالتزام ولا الاعتقاد إلا بأباحة عن تأويل ولا الزام لعدم
الولاية لوجود المنفعة والولاية باقية قبل المنفعة وعند عدم التأويل ثبت الالتزام باعتقاد بخلاف الآثم لأنه لا منعة
في حق الشارع إذا ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الأرض ولا بي يوسف رحمه الله في قتل
الباغي العادل أن التأويل الفاسد إنما يعتبر في حق الدفع والحاجة ههنا إلى استحقاق الأرض فلا يكون
التأويل معتبرا في حق الأرض وله ما فيه أن الحاجة إلى دفع الحرمان أيضا إذا قرأ به سبب الأرض فيعتبر
القاسد فيه الآن من شرطه بقاءه على ديانتها فإذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان قال
(ويكره بيع السلاح من أهل الفتنه وفي عسا كرههم) لأنه إغارة على العصية (وليس يبيعه بالكوفة) من أهل
الكوفة ومن لم يعرفه من أهل الفتنه بأس) لأن الغلبة في الأمصار لأهل الصلاح وإنما يكره بيع نفس السلاح
لا يبيع ما لا يقاتل به إلا بضعة ألا ترى أنه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب

أن سليمان بن هشام كتب إليه يسأله عن امرأه خرجت من عند زوجها وشهدت على قومها بالشرك ولحقت
بالحرورية فتزوجت ثم أنها رجعت إلى أهلها ثابته قال فكتب إليه أما بعد فإن الفتنه الأولى نارت وأصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم من شهد بدرا كثير فاجتمع رأيهم على أن لا يقيموا على أحد حدث في فرج استحلوه
بتأويل القرآن ولا قصاصا في دم استحلوه بتأويل القرآن ولا برد مال استحلوه بتأويل القرآن الآن يوجد حديثي
بعينه فيرد على صاحبها وإن أرى أن ترد إلى زوجها وأن يحد من إفتري عليها قال المصنف (ولأنه أتلف عن
تأويل فاسد وهاهنا من التأويل ملحق بالصحيح إذا ضمت إليه المنفعة في حق الدفع) أي نفى الضمان وصار
(كافي لمنفعة أهل الحرب وتأويلهم) ولا يخفى أن هذا الاعتبار وهو إلحاق الفاسد من الاجتهاد الذي لم يسوغ
حتى ضل من تكبته بالصحيح بشرط انضمام المنفعة إليه وتعليقه بأنه عند انضمام المنفعة تنقطع ولاية الزام فيلزم
السقوط كله مستندا إلى الإجماع المنقول من الصحابة والأفلا يلزم من العجز عن الزام سقوطه شرعا بل إنما
يلزم سقوط الخطاب به مادام العجز عن الزام ثابتا فإذا ثبت القدره تعلق خطاب الزام كإيقوله الشافعي
لكن لما كان الإجماع المنقول في صورة مقيدة بما ذكرنا كان ذلك أصلا شرعا ضرورة الإجماع المذكور
إذا عرفت هذا فيقول أبو يوسف إلحاق التأويل الفاسد بالصحيح بقول الصحابة كان في دفع الضمان والحاجة
هنا إلى إثبات الاستحقاق فالخاتبة بلا دليل وهما يقولان المتحقق من الصحابة جعل تلك المنفعة والاعتقاد دافعا
مأولا له ثبت لثبوت أسباب الثبوت ألا ترى أنه لو كانت تلك المنفعة والاعتقاد لثبت الضمان لثبوت سببه من القتل
عدا وأتلف لمال المعصوم فيتناول ما نحن فيه فإن القرابة التي هي سبب استحقاق الميراث فائمه والقتل بغير حق
مانع وجد عن اعتقاد الحقيقة مع المنفعة فمقتضاه من المنع فعمل السبب عمله من إثبات الميراث (قوله) ويكره
بيع السلاح من أهل الفتنه وفي عسا كرههم لأنه إغارة على العصية وليس يبيعه بالكوفة من أهل الكوفة ومن
لم يعرف من أهل الفتنه بأس لأن الغلبة في الأمصار لأهل الصلاح وإنما يكره بيع نفس السلاح) لأنه يقاتل
بعينه (لأنه لا يقاتل به إلا بضعة) تتحدث فيه ونظيره كراهة بيع المعازف لأن العصية تغام بها عنها (ولا يكره
بيع الخشب) المتخذة هي منه (وعلى هذا يبيع الخمر) لا يصح ويصح بيع العنب والفرق في ذلك كما ذكرنا

الكتاب (قوله الآن من شرطه) أي من شرط الأرض أن يكون مصرعا لدعواه فإذا جرح فقد بطلت ديانتها
قبل استيفاء حقه فبطل وإذا قال كنت على الباطل اتقى الدافع وهو التأويل الفاسد فيجب الضمان فيعزم
عن الميراث (قوله لأنه إغارة على العصية وهي حرام) لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الأثم
والعدوان (قوله من أهل الكوفة) والحكم في غير الكوفة أيضا كذلك الآن تقييد الكوفة باعتبار أن
البغاة خرجوا فيها أولا (قوله لا يقاتل به إلا بضعة) كالحديد (قوله وعلى هذا الخمر مع العنب) يعني لا يكره
بيع العنب ممن يجعله خرا إذا العنب ليس بأحد العصية وإنما يصير بعد صيرورته خرا أما سلاح فله آلة

وقيل الفرق الصحيح أن الضرر هنا يرجع إلى العامة وهناك يرجع إلى الخاصة ذكره في الفوائد الظهيرة
 * (فروع) * إذا طلب أهل البغي المودة أجيبوا إليها إذا كان خير للمسلمين لأن المسلمين قد يحتاجون
 إلى المودة لحفظ قوتهم والاستفادة من التقوى عليهم ولا يؤخذ منهم عليها شيء لأنهم مسلمون ومثله في
 المرتدين إلا أنهم إذا أخذوا لم يكونوا يجبرون على الإسلام وإذا تاب أهل البغي تقدم أنهم لا يضمنون ما تلفوا
 وفي المذبذبين عن محمد قال: فتيهم بأن يضمنوا ما تلفوا من النفوس والأموال ولا يؤخذ منهم بذلك في الحكم
 قال شمس الأئمة وهذا صحيح لأنهم كانوا معتقدين بالإسلام وقد ظهر لهم خطوهم الآن ولا يهمل الإلزام كانت
 منقطعة للمنة فيفتوا به ولو استعان أهل البغي بأهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضا للعهد كما أن
 هذا الفعل من أهل البغي ليس نقضا للعهد فالذين انضموا إليهم من أهل الذمة لم يخرجوا من أن يكونوا
 مائتزين بحكم الإسلام في المعاملات وأن يكونوا من أهل الدار فحكمهم حكم البغاة وإذا وقعت المودة فاعطى
 كل فريق رهنا على أن أيهما غدر يقتل الآخر من الرهن فغدر أهل البغي وقتلوا الرهن لا يحل لأهل العدل
 قتل الرهن بل يجب ونههم حتى يهلك أهل البغي أو يتوبوا لأنهم صاروا آمنين بالمودة أو باعطائنا الأمان
 لهم حين أخذناهم رهنا والغدر من غيرهم لا يؤخذون به لكنهم يجبسون مخافة أن يرجعوا إلى قتلهم وكذا
 إذا كان هذا الصلح بين المسلمين والكفار حيسر رهنهم حتى يسلموا فإن أبوا جعلوا ذمة وضعت عليهم الجزية
 لأنهم حصلوا في أيدينا آمنين وحتى أن المنصور كان ابتلى به مع أهل الموصل ثم أنهم عدر واقتلوا رهنه فجمع
 العلماء يستشيرهم فقالوا يقتلون كما شرطوا على أنفسهم وفيهم أبو حنيفة ساكت فقال له ما تقول قال ليس لك
 ذلك فأنك شرطت لهم ما لا يحل وشرطوا لك ما لا يحل وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولا تزور وزارة
 أخرى فاعلظ عليه القول وأمر بأخراجه من عنده وقال ما دعوتك لشيء إلا أتيتني بما أكره ثم جمعهم من الغد
 وقال قد تبين لي أن الصواب ما قلت فإذا انصنع بهم قال سل العلماء فساءلهم فقالوا العلم لنا قال أبو حنيفة توضع
 عليهم الجزية قال لم وهم لا يرضون بذلك قال لأنهم رضوا بالمقام في دارنا على التأييد والكد فإذا رضوا بذلك
 توضع عليه الجزية فاستحسن قوله واعتذر إليه وإذا أمن رجل من أهل العدل رجلا من أهل البغي جاز أمانه
 لأنه ليس أعلى شقاقا من الكافر وهناك يجوز فكذلك هنا ولا نه قد يحتاج إلى مناظرته ليتوب ولا يتأتى ذلك
 ما لم يأمن كل من الآخر ومنه أن يقول لا بأس عليك ولا يجوز أمان الذمى إذا كان يقاتل مع أهل البغي ولو
 ظهر أهل البغي على بلد فولوا فيه قاضيا من أهل ليس من أهل البغي صح عليه أن يقيم الحدود والحكم بين
 الناس بالعدل فإن كتب هذا القاضي كتابا إلى قاضي أهل العدل بحق لرجل من أهل مصره بشهادة من شهد
 عنده أن كان القاضي يعرفهم وليسوا من أهل البغي أحازه وأن كانوا من أهل البغي أولا يعرفهم لا يعمل به
 لأن الغالب فيمن يسكن عندهم أنه منهم ولا يقبل قاضي أهل العدل كتاب قاضي أهل البغي لأنهم فسقوا ويكره
 أخذ رؤسهم فطاف بهم في الآفاق لأنه مثله وجوز به بعض المتأخرين إذا كان فيه طمأنينة قلوب أهل العدل
 أو كسر شوكتهم ويكره للعدل قتل أبيه أو أخيه من أهل البغي بخلاف أخيه الكافر فإنه لا يكره لأنه اجتمع
 في الباغى حرمة الإسلام وحرمة القرابة وفي الكافر حرمة القرابة فقط وإذا كان رجل من أهل العدل
 في صف أهل البغي فقتله رجل من أهل العدل لم يكن عليه فيه دية كولو كان في صف أهل الحرب لأنه أهردمه
 حين وقف في صفهم ولو دخل باغ بآمان فقتله عادل عليه الدية كولو قتل المسلم مستأمن في دارنا وهذا البقاء شبهة
 الإباحة في دمه وإذا حمل العادل على الباغى فقال تبت وألقى السلاح كف عنه وكذا لو قال كف عني حتى أنظر
 لعل أتوب وألقى السلاح وما لم يلق السلاح في صورة من الصور كان له قتله ومضى ألقاه كف عنه بخلاف الحربى
 لا يلزمه الكف عنه بالقاءه سلاح ولو غلب أهل البغي على بلد فقاتلهم آخرون من أهل البغي فأرادوا أن
 يسبوا ذراوى أهل المدينة وجب على أهل البلد أن يقاتلوا دون ذراوىهم لأنهم لا يسبون فوجب قتالهم وإذا
 دأب أهل البغي قومًا من أهل الحرب لا يحل لأهل العدل غزاهم لأنهم مسلمون وأمان المسلم إذا كان في منعة

الفتنة في الحال فيكره بيعه ممن يعرف بالفتنة والله تعالى أعلم بالصواب

* (كتاب اللقيط) *

لما كان في الالتقاط دفع الهلاك عن نفس الملتقط ذكره عقيب الجهاد الذي فيه دفع الهلاك عن نفس عامة المسلمين واللقيط اسم لشئ منبوذ فعيل بمعنى مفعول كالجرير وفي الشرع اسم لحى مولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرار من ثمة الزنا مضجعه آثم ومحرره غانم لان فيه الاحياء وقد قال تعالى ومن أحياء فكمأتما أحياء الناس جميعا فإذا كان معنى المفعول كان تسمية الشئ باسم ما يؤل اليه لسانه يلتقط وهو حراى في جميع أحكامه حتى ان قاذفه يحد وقاذف أمه لا يحد كذا في شرح الطحاوى وقوله (لان الاصل في بنى آدم الحرية) لانهم من آدم وحواء وهما حران وازق انما هو لعارض الكفر على ما تقدم والاصل عدم العارض ولان الحكم للغالب والغالب فيمن يسكن بلاد الاسلام الحرية وقوله (هو المروى عن عمرو على رضى الله عنهما) روى عن على رضى الله عنه أنه قال اللقيط حرو وعقله ولاؤه للمسلمين وعن عمرو رضى الله عنه مثله

* (كتاب اللقيط) *

(قوله واللقيط اسم اشئ منبوذ الخ) أقول لان من حيث انه منبوذ بل من حيث انه

صليقا

* (كتاب اللقيط) *

اللقيط سمي به باعتبار ما له لما أنه يلتقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضيائه فواجب قال (اللقيط حر) لان الاصل في بنى آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب (ونقته في بيت المال) هو المروى عن عمرو على

نافذ على جميع المسلمين فان غدر بهم البغاة فسبوا لا يحل لاحد من أهل العدل أن يشتري منهم ولو ظهر أهل البغي على أهل العدل فالجواب هو إلى دار الشرك لم يحل لهم أن يقتلوا البغاة مع أهل الشرك لان حكم أهل الشرك ظاهر عليهم ولا يحل لهم أن يستعينوا بأهل الشرك على أهل البغي اذا كان حكم أهل الشرك هو الظاهر ولا بأس بان يستعين أهل العدل بالبغاة والذين على الخوارج اذا كان حكم أهل العدل هو الظاهر لانهم يقتاتون لا عزاز الدين والاستعانة عليهم بقوم منهم أو من أهل الذمة كاستعانة عليهم بالسكاب واذا ولي البغاة قاضيا في مكان غلبوا عليه فقاضى ما شاء ثم ظهر أهل العدل فرفعت أفضيته الى قاضى أهل العدل نفذ منها ما هو عدل وكذا ما قضاه برأى بعض المجتهدين لان قضاء القاضى في المجتهدين نافذ وان كان مخالفا لرأى قاضى العدل ولو استعان البغاة بأهل الحرب فظهر عليهم سبينا أهل الحرب ولا تكون استعانة البغاة بهم أمانا منهم لهم حتى يلزمنا تأمينهم على ما قدمنا لان المستأمن من يدخل دار الاسلام تارك للحرب وهو لا مادخلوا الا ليقاتلوا المسلمين

* (كتاب اللقيط) *

أعقب اللقيط واللقطة الجهاد لما فيه من كون النفوس والاموال تصير عرضة للغوات وقدم اللقيط على اللقطة لتعلقه بالنفس والمتعلق به مقدم على المتعلق بالمال واللقيط لغمة ما يلتقط أى يرفع من الارض فعيل بمعنى مفعول سمي به الولد المطروح خوفا من العيلة أو من ثمة الزنا به باعتبار ما له اليه لانه آيل الى أن يلتقط في العادة كالتبيل في قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه (والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احياء نفس مسلمة) اذا لم يغلب على الظن ضياعه (فان غلب على ظنه ضياعه كان واجبا) وقول الشافعى وباقي الائمة الثلاثة فرض كفاية الا اذا خاف هلا كه ففرض عين يحتاج الى دليل الوجوب قبل الخوف نعم اذا غلب على الظن ضياعه أو هلا كه فكما قالوا وهو المراد بالوجوب الذى ذكرناه لا الوجوب باصطلاحنا لان هذا الحكم وهو الزام التقاطه اذا خيف هلا كه يجمع عليه والثابت الزامه بقطعي فرض (قوله اللقيط حر ولو كان الملتقط عبدا) أى في جميع أحكامه حتى يحد قاذفه والجنانية عليه كالجنانية على الاحرار ولا يحد قاذف أمه لاننا نعلم حريته ولا يقيم الحد مع احتمال السقوط وانما حكم الشرع فيه بالحرية (لان الاصل في بنى آدم الحرية) لانهم أولاد خيار المسلمين آدم وحواء وانما عرض الرق بعروض الكفر لبعضهم فسلم يتيقن بالعارض لا يحكم به (وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب) والغالب في جميع أقطار الدنيا الاحرار (قوله ونقته في بيت المال) أى اذا لم يكن له مال وهذا بلا خلاف وأصله ما روى مالك في الموطأ عن سنين أبي جيلة رجل من بنى سليم أنه وجد منبوزا في زمن عمر بن الخطاب قال فبنت به الى عمر فقال ما جعلك على أخذ هذه النسمة فقال

* (كتاب اللقيط) *

هو في اللغة ما يلتقط أى يرفع من الارض فعيل بمعنى مفعول ثم غلب على الصبي المنبوذ لانه على عرض أن يلتقط وهو من باب وصف الشئ بالصفة المشافقة مثل من قتل قتيلا فله سلبه وفي الشرع اسم لمولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرار من ثمة الزنية مضجعه آثم ومحرره غانم لما في احرازه من احياء النفس فانه على شرف لهلاك واحياء الحى يدفع سبب الهلاك عنه قال الله تعالى ومن أحياء فكمأتما أحياء الناس جميعا ولهذا كان رفعه أفضل من تركه لما في تركه من ترك الترحم على الصغار قال عليه الصلاوة والسلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا وفي رفعه اظهار الشفقة على الاطفال وهو من أفضل الاعمال فلهذا ذنب التقاط اللقيط ووجب ان غلب على ظنه ضياعه (قوله ولان الحكم للغالب) أى يكون حرا باعتبار الغلبة لان الغالب فيمن

وقوله (والخراج بالضمان)

أى له غنمه وعليه غرمه كغلة
العبد المعبى للمشتري قبل
الرد لانه قبل الرد فى ضمانه
يقال خراج غلامه اذا اتفقا
على ضريبة يؤدبها اليه فى
وقت معلوم وقوله (فيه)
أى فى بيت المال ويقال برع
الرجل وبرع بالقض والض
اذا فضل على أقرانه ومنه
يقال للمتفضل المتبرع
وقوله (الا أن يامر
القاضى به ليكون ديناً
عليه لعموم الولاية) فى
قوله ليكون ديناً عليه إشارة
الى أنه انما يصير ديناً
اذا قال ذلك ومن أصحابنا
من قال بمجرد أمر القاضى
بالانفاق عليه يكفى ولا يشترط
أن يقول على أن يكون
ذلك ديناً عليه لان أمر
القاضى نافذ عليه كأمره
بنفسه أن لو كان من أهله
ولو كان من أهله وأمر
غيره بالانفاق عليه كان
ما ينفق ديناً عليه فكذا اذا
أمره القاضى والأصح أن
لا يرجع مالم يقل القاضى
ذلك لان مطلقه محتمل قد
يكون للبحث والترغيب فى
اتمام ما شرع فيه من التبرع
وإنما يزول هذا الاحتمال
اذا شرط أن يكون ديناً عليه

(قوله لان أمر القاضى الى
قوله كان ما ينفق عليه ديناً)
أقول يعنى ان أمر القاضى
نافذ على اللقيط كأمم اللقيط
بنفسه ان لو كان اللقيط من
أهل الامر ولو كان من أهل
الامر الخ

ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبهه المقعد الذى لا مال له ولا قرابة ولان ميراثه لبيت المال
والخراج بالضمان ولهذا كانت جنائته فيه والملة متبرع فى الانفاق عليه لعدم الولاية الآن يامر القاضى
به ليكون ديناً عليه لعموم الولاية قال (فان التلقه ر جل لم يكن غيره أن يأخذه منه) لانه ثبت حق الحفاظ
له لسبق يده (فان ادعى مدع انه ابنه فالقول

وجدتها ضائعة فاخذتها فقال له عرفه يا أمير المؤمنين انه رجل صالح قال كذلك قال نعم قال اذهب به فهو حر
وعلىنا نفقته وعن مالك واه الشافعى فى مسنده وقال البيهقى وغير الشافعى روى عن مالك ويقول فيه وعلىنا
نفقته من بيت المال انتهى وكذلك روى عبد الرزاق قال أنبأنا مالك عن ابن شهاب حدثنى أبو جيلة أنه وجد
منبوا على عهد عمر بن الخطاب رضى الله عنه فاتاه به فأنهم عمر رضى الله عنه فأنى عليه خيرا فقال عمر رضى
الله عنه هو حر ولاؤه ونفقته من بيت المال وتمتة عمر دل عليها ما فى رواية محمد عنه فى حديث أبي جيلة أنه
قال له عسى الغو برأؤساوه ومثل ما يكون ظاهره خلاف باطنه وأول من قاله الزبائى وما قيل فيه دليل على
أن الملة تنفق أن يأتى به الى الامام أو لليس بل لازم نعم من لم يتبرع بالانفاق وقصد أن ينفق عليه من بيت
المال كما فعل أبو جيلة يحتاج أن يأتى به اليه واذا جاء به الى الامام لا يصدقه فيخرج من بيت المال نفقته الا أن
يقيم بينة على الالتقاط لانه عساه ابنه ولذا قال عمر رضى الله عنه عسى الغو برأؤساوه وجه أنه لا يتوقف على
البينة بل ما يرجح صدقه الأثرى أن عمر لما قال عرفه انه رجل صالح أنفق عليه فان هذه البينة ليست على
أوضاع البينات فأنهم لم يقيم على خصم حاضر وانما كانت لتبرج صدقه فى اخباره بالالتقاط ولذا قال فى
المبسوط هذه لكشف الحال والبيئة لكشف الحال مقبولة وان لم تكن على خصم قال الواقدي وحدثنى محمد
ابن عبد الله بن أخى الزهرى عن سعيدين السيب قال كان عمر اذا أتى بلقيط فرض له ما يصلحه ورأى
بأخذه وليه كل شىء وهو يوصى به خيرا ويجعل رضاعه فى بيت المال ونفقته روى عبد الرزاق حدثنا سفيان
الثوري عن زهير بن أبى ثابت عن ذهل بن أوس عن نعيم أنه وجد لقطا فأتى به الى عمر رضى الله عنه فالحقه
على على ماله (ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة) أغنياء لتجب نفقته عليهم فكأن فى بيت المال
(كالمقعد الذى لا مال له) ولان ميراثه لبيت المال (والخراج بالضمان) أى لبيت المال غنمه أى ميراثه رديته
حتى لو وجد اللقيط قتيل فى محلة كان على أهل تلك المحلة ديتته لبيت المال وعليهم القسامة وكذا اذا قتله
الملتقط أو غيره خطأ فالدية على عاقلته لبيت المال ولو قتله عمدا فالخيار الى الامام على ما تقدم فى مثله وعليه غرمه
(ولهذا كانت جنائته فى بيت المال) وبدأ محمد رضى الله عنه حديث الحسن البصرى أن رجلا انتقط لقيطا فأتى
به على رضى الله عنه فقال هو حر ولان أكون وابت من أمره مثل الذى وليت منه أحب الى من كذا وكذا
فرض على ذلك ولم يأخذه منه بالولاية امة وهى الامامة لانه لا ينبغي للامام أن يأخذه من الملة لاسبب
يوجب ذلك لان يده سبقت اليه فهو أحق به (قوله والملة متبرع بالانفاق عليه لعدم ولايته) على أن يلحقه
الدين ايرجع عليه اذا كبروا كتسب (الآن يامر القاضى به ليكون ديناً عليه) يعنى هذا القيد بان
يقول أنفق عليه ويكون ذلك ديناً عليه وظاهر الحصر المذكور فى قوله الآن يامر الى آخره يفيد أنه لو أمره
ولم يقل ليكون ديناً عليه لا يرجع بما أنفق وهو كذلك فى الأصح لان مطلق الامر بالانفاق انما يوجب ظاهرا
ترغيبه فى اتمام الاحتساب وتحصيل الثواب وقيل بوجبه لرجوع لان أمر القاضى كأمم اللقيط بنفسه اذا
كان كبيرا (لعموم ولاية القاضى) فاذا أنفق بالامر الذى يصير ديناً عليه فبلغ فادعى انه أنفق عليه كذا فان
صدقه اللقيط رجع به وان كذبه فالقول قول اللقيط وعلى الملة البينة (قوله فان ادعى مدع انه ابنه فالقول

يسكن فى دار الاسلام الاحرار (قوله والخراج بالضمان) الخراج ما يخرج من غلة الارض أو الغلام ومنه
الخراج بالضمان أى الغلة بسبب ان ضمانه والمراد هنا أن ميراثه لبيت المال بسبب ان ضمان بيت المال مؤتمنه
(قوله ولهذا) أى ولان بيت المال ضمن مؤتمنه كانت جنائته فى بيت المال فتكون نفقته فيه (قوله الا أن
يامر القاضى به ليكون ديناً عليه) لعموم الولاية فيستدبر رجوع لان للقاضى ولاية عامة فصار أمر القاضى

وقوله (معناه اذ لم يدع الملقط نسب) يعني اذا ادعاه الملقط ورجل آخر فالملقط اولى لانهم استويا في الدعوى ولا حدهما يد فكان صاحب اليد اولى وقوله (ثم قيل يصح في حقه) أي (٣١٤) في حق النسب وقيل يمتنع عليه بطلان بدله لان من ضرورة ثبوت النسب أن يكون هو أحق بحفظ ولده من غيره وقوله

(ولو ادعاه الملقط) أي ولو ادعى الملقط نسب اللقيط وقال هو ابني بعد ما قال انه اقيق قبل يصح قياسا واستحسانا لانه لم يبطل بدعواه حق أحد ولا منازعه في ذلك (والاصح أنه على القياس والاستحسان) أي على اختلاف حكم القياس مع حكم الاستحسان يعني في القياس لا يصح وفي الاستحسان يصح كافي دعوى غير الملقط لكن وجه القياس ههنا غير وجه القياس في دعوى غير الملقط وجه القياس في دعوى غير الملقط هو تضمن ابطال حق الملقط فذلك لم يصح دعواه وجه القياس في دعوى الملقط هو تناقض بولاه بانه لما زعم أنه لقيط كان نافيًا بنسبه لان ابنه لا يكون لقيط في يده ثم ادعى انه ابنه فكان مناقضا وفي الاستحسان يصح دعواه لان هذا اقرار على نفسه من وجه حيث يلزمه نفقته ويجب عليه أن يحفظه فهو في هذا الاقرار يكتسب له ما ينفعه وبالاتقاط يثبت له هذه الولاية وقوله (انه متناقض) قلنا نعم ولكن في ما طريقه الخفاء قد يشتبه على الناس حال

قوله (معناه اذ لم يدع الملقط نسب وهذا استحسان والقياس أن لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق الملقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعبر بعده ثم قيل يصح في حقه دون ابطال يد الملقط وقيل يمتنع عليه بطلان بدله ولو ادعاه الملقط قبل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس والاستحسان وقد عرف في الاصل (وان ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده فهو اولى به) لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه وان لم يصف أحدهما علامة فهو ابناهما استويا ثم ما في السبب ولو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه الا اذا أقام الآخر البيينة لان البيينة

قوله) ويثبت نسبه منه بمجرد دعواه ولو كان ذميا قال المصنف (معناه اذ لم يدع الملقط نسبه) يعني سابقا على دعوى المدعي أو مقارنا أما اذا ادعاه على التعاقب فالسابق من الملقط والخارج اولى وان ادعاه معا فالملقط اولى ولو كان ذميا والخارج مسلما استويا ما في الدعوى ولا حدهما يد فكان صاحب اليد اولى وهو الذي وبحكم بالسلام الولد ثم ثبت النسب بمجرد دعوى الخارج استحسانا والقياس أن لا يثبت الابيئة لانه يتضمن ابطال حق ثابت بمجرد دعواه وهو حق الحفظ الثابت للملقط وحق الولاء الثابت لعامة المسلمين (وجه الاستحسان أنه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب) ويتأذى بانقطاعه اذ يعبر به ويحصل له من يقوم بربيته وموئنته واغنيا في ذلك غير ممن به ويد الملقط ما اعتبره لا يحصل له هذه الولاية ولا لا يستحقان ملك وهذا مع زيادة ما ذكرنا حاصل بهذا الدعوى فيقدم عليه ثم يثبت بطلان يد الملقط ضمنهما مترتب على وجوب ايصال هذا النفع اليه لان الاب أحق بكونه في يده من الاجنبي وصار كشهادة القابلة على الولادة تصح ثم يترتب عليها استحقاق الميراث ولو شهدت عليه ابتداء لم يصح وكثير من المشايخ لا يذكرون غير هذا وذكر بعضهم أن عند البعض يثبت نسبه من المدعي ويكون في يد الملقط للجمع بين منفعتي الولد والملقط وليس بشئ وأما ثبوت النسب في دعوى ذي اليد (فقيل يصح قياسا واستحسانا) أي ليس فيه قياس مخالف والاصح أنهم ما أضافه الان وجه القياس فيه غير في دعوى الخارج فان ذلك هو استلزامه ابطال حق بمجرد دعواه وهنا هو استلزامه التناقض لانه لما ادعى انه لقطه كان نافيًا بنسبه فلما ادعاه تناقض وجه الاستحسان فيه ما قدمناه والتناقض لا يضري في دعوى النسب لانه مما يخفى ثم يظهر وهذا معنى ما في الاصل الذي أحال المصنف عليه (ولو ادعاه اثنان) خارجا معار ووصف أحدهما علامة في جسده (فطابق) فهو اولى به) من الآخر الان يقسم الآخر البيينة فيقدم على ذي العلامة أو كان مسلما وذو العلامة ذمى فيقدم المسلم ولو أقام البيينة وأحدهما ذمى كان ابنا للمسلم (ولو لم يصف أحدهما علامة كان ابناهما استويا ما في سبب الاستحقاق)

كأمره بنفسه لو كان من أهل الاسر هذا اذا أمره بالانفاق ايرجع عليه بان يقول أنفق عليه على أن يكون ذلك دينًا عليه فان أمره بالانفاق عليه فقط قبل يرجع لما بيننا والاصح أن لا يرجع لان مطالعة يحتمل الحسبة والاستدانة عليه فلا يرجع عليه بالاشك (قوله والاصح أنه على القياس والاستحسان) الآن هذا قياس آخر سوى الاول وجه القياس أنه متناقض في كلامه لانه زعم أنه لقيط في يده وابنه لا يكون لقيط في يده وجه الاستحسان أنه يلتزم حفظه ونفقه بهذا الاقرار وهذا الالتزام تصرف منه على نفسه وله هذه الولاية التناقض لا يمنع دعوى النسب كما اذا كذب الملا عن نفسه وهذا لان سببه خفي فربما يشتبه عليه الامر في الابتداء فيظن أنه لقيط ثم يظهر له أنه ولده وان ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده فهو اولى به اذ العلامة أصل في الشريعة قال الله تعالى تعرفهم بسميهم وقال الله تعالى ان كان قيصه قد من قبل الآية وكذا لو سبقت دعوة أحدهما الا اذا أقام الآخر البيينة لترجع دعواه بالبيينة (قوله في السبب) وهو الدعوى (قوله)

ولده الصغير وهو يظن أنه لقيط ثم يبين بعد ذلك أنه ولده والتناقض لا يمنع ثبوت النسب كما للملاعن اذا كذب نفسه (وان ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده فهو اولى به) أي يجب على الملقط أن يدفع اللقيط الى الذي وصف علامة في جسده وأصاب في وصفه لان الواصف اولى بذلك الملقط فان قبل ما الفرق بين اللقيط واللقطة فان اللقطة اذا تنازع فيها اثنان ووصف أحدهما وأصاب

ولم يصف الاخر فانه لا يقضى لصاحب الوصف بل اذا انفرد الوصف يحمل العلامة قط أن يدفعها اليه ولا يلزمه وهاهنا يلزم أجيب بان الفرق بينهما هو أن الإصابة بوصف أمر محتمل يحتمل أنه أصاب لانه له ويحتمل أنه أصاب لانه رأى في (٣٤٥) يدعيه والمحمّل لا يصلح سبب الاستحقاق

على الغير لكنه يصلح مرجحاً لسبب الاستحقاق كاليد في دعوى النتائج اذا ثبت هذا فنقول في فصل القبط قد وجد ما هو سبب الاستحقاق وهو الدعوة لان سبب الاستحقاق

في حق القبط الا ترى أنه لو انفرد بدعوى القبط قضى له به كالأقلام البيضة فيعتبر الوصف لغيره سبب الاستحقاق وأما القطة فالدعوى ليست بسبب الاستحقاق حتى يسترجع بالوصف فلو اعتبر الوصف اعتبر لاصل الاستحقاق والوصف لا يصلح سبباً له فافترقا قوله (وان وجدني مصر من أمصار المسلمين) على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقال في النهاية والمسئلة في الحاصل على أربعة أوجه أحدها أن يحده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد ونحوه فيكون محكوماً بالاسلام والثاني أن يحده كافر في مكان أهل الكفر كالبيعة والكنيسة فيكون محكوماً له بالكفر لا يصلح عليه اذا مات والثالث أن يحده كافر في مكان المسلمين والرابع أن يحده مسلم في مكان الكافرين ففي هذين الفصلين اختلفت الرواية ففي كتاب القبط يقول العبرة للمكان في الفصلين

أقوى (واذا وجدني مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم فادعي ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلماً) وهذا استحسان لان دعواه تضمن النسب وهو نافذ للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو بضرة فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره (وان وجدني قرية من قرى أهل الذمة أو في بيعة أو كنيسة كان ذمياً) وهذا الجواب فيما اذا كان الواحد ذمياً وواحدة وان كان الواحد مسلماً في هذا المكان أو ذمياً في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي رواية كتاب القبط اعتبر المكان لسببه

وهو الدعوى وكذا لو أقاموا هم مسلمان ولو كان دعوة أحدهما سابقة على الأخرى كان ابنه ولو وصف الثاني علامة لشبته في وقت لا منازع له فيه وانما قدم ذو العلامة للترجيح بما بعد ثبوت سببي الاستحقاق بينهما ما هو دعوى كل منهما بخلاف ما لو ادعى اثنان عينا في يد ثالث وذكر أحدهما علامة لا يغيث شيئاً وكذا في دعوى القطة لا يجب الدفع بالوصف لان سبب الاستحقاق هناك ليس مجرد الدعوى بل البيئة فلو قضى له لكان اثبات الاستحقاق ابتداء بالعلامة وذلك لا يجوز انما حال العلامة ترجيح أحد السببين على الآخر ولو ادعاه اثنان خارجان أقام أحدهما البيئة انه كان في يد قبل ذلك كان أحق به لظهور تقدم اليد وكما لم يترجح دعوى واحد من المدعين يكون بينهما وعند الشافعي يرجع الى ثقافة على ما قدمنا في باب الاستيلاء ولا يلحق بأكثر من اثنين عند أبي يوسف وهو رواية عن أحمد وعند محمد لا يلحق بأكثر من ثلاثة وفي شرح الطحاوي وان كان المدعي أكثر من اثنين فعن أبي حنيفة انه يجوز الى خمسة ولو ادعته امرأة لا يقبل الا بيئته لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وان ادعته امرأة اثنان وأقامتا البيئة فهو ابنهما عند أبي حنيفة في رواية أبي حفص وعندهما لا يكون ابن واحد منهما وهو رواية أبي سليمان عنه وهذا كله في حال حياة القبط فلو مات عن مال فادعى انسان نسبه لا يثبت لان تصديقه كان باعتبار ان القبط محتاج الى ذلك وبالموت استغنى عنه فبقى كلامه مجرد دعوى الميراث ولا يصدق الا بيئته على ذلك (قوله واذا وجد) القبط (في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم) فهو مسلم لا فرق في ذلك بين كون ذلك المصر كان مصر الكفر أو ثم أخرجوا أو ظهرنا عليه أولاً ولا بين كونه فيه كفاراً كثيراً ولا (فان ادعاه ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلماً) استحساناً والقياس ان لا يثبت نسبه منه لان في ثبوت نسبه منه في اسلامه الثابت بالدار وهو باطل وجه الاستحسان (ان دعواه تضمنت) شيئاً (النسب وهو نفع للصغير وفي الاسلام الثابت بالدار وهو ضرره) وليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر الكفر لجواز مسلم هو ابن كافر بان أسأت أمه (فصح عند دعونه فيما ينفعه) من ثبوت النسب (دون ما يضره) الا اذا أقام بيئته من المسلمين على نسبه فينشد يكون كافر أو كراين سماعة عن محمد في الرجل يلقط القبط فيدعيه نصراني وعليه زى أهل الشرك فهو ابنه وهو نصراني وذلك أن يكون في رقبته صليب أو عليه قميص ديباج أو وسط رأسه مجزوزاً ونهش ولا ينبغي أن يجعل قميص الديباج علامة في هذه الديار لان المسلمين كثيراً ما يفعلونه واذا حكمنا بانه ابن ذمي وهو مسلم فيجب أن ينزع من يده اذا قارب أن يعقل الاديان كما قلنا في الحضارة اذا كانت أمه المطلقة كافرة (قوله وان وجدني قرية من قرى أهل الذمة أو في بيعة أو كنيسة) في دار الاسلام (كان ذمياً) هكذا قال القدوري قال المصنف (هذا الجواب فيما اذا كان الواحد ذمياً وواحدة فان كان مسلماً في هذا المكان) أي في قرية من قرى أهل الذمة أو بيعة أو كنيسة (أو كان) الواحد (ذمياً) لكن وجده في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي كتاب القبط العبرة بالمكان

واذا وجدني مصر من أمصار المسلمين الى قوله وهذا استحسان والقياس أن لا يصدق لانه حكمه بالحريية والاسلام فلو جعل ابنه لكافر بدعونه لكان تبعاله في الدين فكان حكماً بابطال اسلامه (قوله فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره) وليس من ضرورة رد قوله في أحد الحكمين رد في الآخر لان النسب ينفعك عن

وقوله (في بعض النسخ) أي في بعض نسخ دعوى المبسوط (قوله ومن ادعى أن اللقيط عبده) ظاهر فان قيل ان البيعة لا تقبل الاعلى خصم منكرو ولا خصم هو لان الملتقط ليس بولي فلا يكون خصم ساعته أجيب بان الخصم هو الملتقط باعتبار يده لانه يتبعه عنه (٣٤٦)

وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواحد وهو راية ابن سماعة عن محمد لقوة اليد الأثرى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير أحدهما يعتبر كافر اوفي بعض نسخها اعتبر الاسلام نظرا للصغير (ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه) لانه حر ظاهر الا ان يقيم البيعة انه عبده (فان ادعى عبده ابنه ثبت نسبه منه) لانه ينفعه (وكان حرا) لان المملوك قد تلده الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك (والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد والمسلم أولى من الذي) ترجيح الماهوالا نظري في حقه

في الفصلين وهو ما اذا كان الواحد مسلما في نحو الكنيسة أو ذميا في غيرها من دار الاسلام وعليه مشي القدوري هنا لان المكان سابق والسبق من أسباب الترجيح (وفي كتاب الدعوى) اختلفت النسخ (في بعض النسخ اعتبر الواحد) في الفصلين (وهو راية ابن سماعة) في الفصلين لان اليد أقوى من المكان (الأثرى) ان الصبي المسيبي مع أحد الابوين الى دار الاسلام يكون كافرا حتى لا يصلي عليه اذ مات (وفي بعض نسخها أي نسخ كتاب الدعوى من المبسوط) اعتبر الاسلام أي ما يصير الولد به مسلما (نظر المصنفين) ولا ينبغي ان يعدل عن ذلك فعلى هذا لو وجد كافر في دار الاسلام أو مسلم في كنيسة كان مسلما فصارن الصور أربعين اتفاقا وان كان هو ما اذا وجد مسلم في قرية من قرى المسلمين فهو مسلم أو كافر في نحو كنيسة فهو كافر واختلافين وهما مسلم في نحو كنيسة أو كافر في نحو قرية المسلمين وفي كفاية البيهقي قيل يعتبر بالسيما والزي لانه حجة قال الله تعالى تعرفهم بسميهم يعرف المجرمون بسميهم وفي المبسوط كالأختلا الكفار يعني موتانا بموتاهم الفصل بالزي والعلامة ولو فتحت القسطنطينية فوجد فيها شيخ يعلم صبيانا حوله القرآن زعم انه مسلم يجب الاخذ بقوله (قوله ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه) لان الاصل الحرية لما قدمنا (الآن ان يقيم بيعة) لا يقال هذه البيعة ليست على خصم فلا تقبل لان الملتقط خصم لانه أحق بثبوت يده عليه فلا تزول الابيعة هنا وانما قلنا هنا كذا لا ينقض بما اذا ادعى خارج نسبه فان يده تزول بالبيعة على الاوجه والفرق أن يده اعتبر لمنفعة الولد وفي دعوى النسب منفعة تفوق المنفعة التي أوجبت اعتبار يد الملتقط فتزال حصول ما يفوق المقصود من اعتبارها وهما ليس دعوى العبدية كذلك بل هو مما يضره لتبديل صفة المالكية بالمملوكية فلا تزال الابيعة (قوله فان ادعى عبده ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه) وكان حرا لان المملوك قد تلده الحرة فيكون الاب عبدا والولد حرا لانه يتبع أمه في الحرية والرق فيقبل فيما ينفعه دون ما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذي فلم يكن من ضروره ثبوت نسبه منه رقه (فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك) اذ لم تضاف ولادته الى امرأة أمة فان أضاف الى امرأته الأمة ففيه خلاف بين أبي يوسف ومحمد ذكر في الذخيرة أن الولد حر عند محمد وعند أبي يوسف عبد فمحمد يقول في دعوى العبد يقع هو النسب وضرر هو الرق وأحدهما ينقص عن الآخر فيعتبر فيما ينفعه دون ما يضره وأبو يوسف يقول لما صدقه الشرع في ثبوت النسب يصدق فيما كان من ضروره راته تبعا فيحكم برقه تبعا بخلاف الذي قاله ليس من ضروره ثبوت كفره لجواز اسلامه وجرته وعلى هذا لو قال الذي انه من ز وجب الذمية لا يصدق (قوله والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد) يعني اذا ادعى ما هو ما خارجا لما قدمنا انه اذا كان الملتقط ذميا

الدين فولد الكافر من امرأة مسلمة ثابت النسب منه وهو مسلم (قوله وفي بعض نسخها اعتبر الاسلام نظرا للصغير) أي أيهما كان موجبا للاسلامه يعتبر بذلك لان الاسلام يعلى كالمولود بين كافر ومسلم وفي رواية يعتبر بزيه وعلامته كما اذا اخلط موتانا بموتاهم في الكفار يعتبر بالزي والعلامة للفصل (قوله الآن يقيم البيعة أنه عبده) فان قيل كيف تقبل هذه البيعة ولا خصم عن اللقيط لان الملتقط ليس بولي له فلا يكون

وزنه أحمد عم عني بحفظه فلا يتوصل المدعى الى استحقاق يده عليه الا باقامة البيعة فان ادعى عبده ابنه ثبت نسبه لان دعواه تضمنت شيئين النسب وهو نفع لاصبي لانه يحصل له الشرف بثبوت النسب والرق وهو مضرة فيثبت الاول دون الثاني لان الاول لا يستلزمه لان المملوك قد تلده الحرة فلا تبطل له الحرية الظاهرة بالشك ويمكن أن يقرر بجعل كلامه دليلين على مطلوبين أحدهما انه ثبت نسبه لانه ينفعه وكل ما ينفعه ثبت له والثاني انه حر لان المملوك قد تلده الحرة فلا يكون عبدا وقد تلده الامه فيكون عبدا والظاهر في بني آدم الحرية فلا تبطل بالشك قال (والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد) اذا ادعى اللقيط الحر والعبد وهما خارجان أو المسلم والذي وهما خارجان دعوى مجردة فالحر أولى من العبد والمسلم أولى من الذي وكذلك اذا أقاما البيعة وليست ادهما أكثر اثباتا حتى لو شهد للمسلم ذميان وللذي مسلمان كان للمسلم لان بيعة كل واحد منهما حجة في حق الآخر وليست

قال المصنف (لقوة اليد الاثرى الخ) أقول فيه بحث فان التبعية في الابوين للجزئية لا لليد بمجردها قال المصنف (فوق تبعية الدار) أقول لان بينه وبين الابوين جزئية ولا جزئية بينهما وبين المكان قوله لانه يتبعه عنه) أقول أي يتبعه عن المدعى (قوله لان الاول لا يستلزمه) أقول اذ لم يستلزمه فكيف تضمنه

احداهما أكثر اثباتا فكان
المسلم أولى وأما إذا كانت
بينه الذي أكثر اثباتا فلا
يعتبر الترجيح بالاسلام فلو
ادعى الذمي صبياني يدرجل
انه ابنه ولد على فراشه وأقام
على ذلك شاهدين مسلمين
وأقام عبد مسلم بينة انه
ابنه ولد على فراشه من هذه
الامنة قضى للذمي بالصبي
ولم يترجح العبد بالاسلام
لان بينة الذمي أكثر اثباتا
لانها اثبتت النسب بجميع
أحكامه وأما إذا كان
النزاع بين الملتقط والخارج
فالترجح باليد لقوم فان
الملتقط إذا كان ذميا فهو
أولى من المسلم الخارج
(وإذا وجد مع اللقيط مال
مشدود عليه أو على دابة
هو عامي فهو له) وكذا
الدابة (اعتبار الظاهر)
لان اللقيط لما كان في دار
الاسلام كان حراما من أهل
الملك فما كان معه فهو له
ظاهر العدم اليد الثابتة
عليه كالعقيد الذي
عليه فان قيل الظاهر
يكفي للدفع لالاستحقاق فلو
ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر
كان الظاهر محبة مثبتة
وليس كذلك أوجب بان
هذا الظاهر يدفع دعوى
الغيب (قوله ثم يصرفه
الواجد اليه) ظاهر
وقوله (والموجود في كل
واحد منهما) أي من
الملتقط والام (أحدهما)

(وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له) اعتبار الظاهر وكذا إذا كان مشدودا على دابة وهو
عليها ما ذكرنا ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي لانه مال ضائع وللقاضي ولاية تصرف مثله اليسوقيل
يصرفه بغير أمر القاضي لانه للقيط ظاهرا (وله ولاية الانفاق وشراء ما يبدله منه) كالدعام والكسوة لانه
من الانفاق (ولا يجوز تزويج الملتقط) لانعدام سبب الولاية من القرابة والمالك والسلطنة قال (ولا تصرفه
في مال الملتقط) اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف لتبني المال وذلك يتحقق بالرأى الكامل والشفقة
لوافرة والموجود في كل واحد منهما إذا كان عاقلا ومالكه الام ووصيه اقال (ويسلم في

ادعاه مع مسلم خارج رج عليه وكذا إذا ادعى الذي انه ابنه والمسلم أنه عبده فهو ابن الذي لانه يغور بالنسب
والحرية مع الحكم بالاسلام ولا كذلك في دعوى رقة لأن يقيم بينة رقة فيكون رقا كما ان الذي إذا ادعاه
ابنائه وأقام بينة من المسلمين يكون كافرا ولو وجد طفل في يد عبد محجور ذكر أنه النقط ولا بينة له على
الاتقاط وكذبه مولاه وقال هو عبدي فالقول قول المولى لان العبد المحجور لا يملكه على نفسه في يده كفي يد
المولى وكذا لو أقر بعين في يده لا خرو كذبه المولى لا يصح اقراره كالمولى لو كان العبد مأذونا في
التجارة فالقول قول العبد لان المأذون يدعى على نفسه حتى يصح اقراره بما في يده بغير السيد وان كذبه السيد
فيكون الولد الذي في يده حر لأن يقيم سيده بينة أنه عبده (قوله وإذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه أو
دابة هو مشدود عليه فالقول له) (باعتبار الظاهر) أي في دفع ملك غيره عنه ثم يثبت ملكه في ذلك
بقيام يده مع حرية المحكوم به أو قوله (لما ذكرنا) يريد قوله اعتبار الظاهر (ثم يصرفه الواجد اليه بامر
القاضي لانه مال ضائع) أي لا حافظ له ومالكه وان كان معه فلا قدر له على الحفظ (ولا لقاضي ولاية تصرف
مثله اليه) وكذا غير الواجد بامر والقول قوله في شفقة مثله (وقيل له يصرفه عليه بغير أمر القاضي) أيضا (لانه
للقيط) كما حكمنا به (وللواجد الانفاق عليه وشراء ما يبدله منه من الطعام والكسوة لانه من الانفاق)
وشراء ما يبدله منه عطف على ولاية من قوله وله ولاية الانفاق أي للواجد ولاية الانفاق وله شراء ما يبدله للقيط
منه وبهذا قال أحد (ولا يجوز للملتقط تزويج اللقيط) والقيط (لانعدام سبب ولاية الانكاح من القرابة
والمالك والسلطنة) وهذا بخلاف (ولا تصرف في ماله ببيع ولا شراء شيء ليس بحق الثمن دين عليه لان الذي
اليه ليس الا الحفظ والصيانة وما من ضروريات ذلك (اعتبار بالام) فانما لا يجوز لها ذلك مع أنها ملك من
التصرفات مالا يملكه الملتقط كالزوج عند عدم العصية فعدم ملكه لذلك أولى (وهذا) أي عدم تصرف كل
من الام والمملتقط بالبيع ونحوه (لان ولاية التصرف انما هو لتبني المال وذلك) انما يتحقق بالرأى الكامل
والشفقة لوافرة والموجود في كل منهما أحدهما لان في الام شفقة كاملة مع قصور في الرأي وفي الملتقط رأي
كامل مع قصور وشفقة لعدم القرابة ونظير ما ذكر المصنف هنا ما قدمه في ثبوت الخيار للصغيرة إذا بلغت وقد
زوجها غير الأب والجد من كتاب النكاح (قوله ويجوز أن يقبض أي الملتقط للقيط الهبة) والصدقة عليه
(لانه نفع محقق ولذا يملكه الصغير بنفسه إذا كان عاقلا ومالكه الام ووصيه اقال) القدوري ويسلم في

خصم اعنه فيما يضره قلنا الملتقط خصم له باعتبار يده لانه عنده عنه وزعم أنه أحق بحفظه لانه لقيط ولا
يتوصل المدعى الى استحقاق يده الا باقامة البينة على رقه فلهذا كان خصم اعنه (قوله فهو له اعتبار الظاهر)
فان قيل الظاهر يكفي للدفع لالاستحقاق فلو ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر كان الظاهر مثبتا للاستحقاق
وليس له ذلك قلنا بهذا الظاهر يدفع دعوى الغير ثم الظاهر أن تكون الاملاك في يد المالك وكذا الظاهر يدل
على أن من وضعه ومعه هذا المال لينفق عليه منه وكذا إذا كان مشدودا أي إذا كان المال مشدودا على
دابة هو عليها ما ذكرنا وهو قوله اعتبار الظاهر وكذا تكون الدابة (قوله ولا يجوز تزويج الملتقط
لانعدام سبب الولاية) فان قيل قد أحياه بالاتقاط والتربية فوجب أن تثبت له الولاية كالعقيد يثبت له الولاء

لان الماتقط رأيا كاملا ولا
شفقة له واللام شفقة كاملة
ولا رأى لها (قوله لانه من
باب تثقيفه) التثقيف
تقويم المعوج بالثقاف
وهو ما يسوى به الرماح
ويستعار للتأديب والتثديب
(قوله بخلاف الام لانها
تملكه) أى تلك اتلاف
منفعة فانها تملك استخدام
ولدها واجارته والله أعلم
(كتاب اللقطة)
اللقطة واللقطة متقاربان
لقطاً ومعنى وخص اللقطة
ببني آدم واللقطة بغيرهم
للتمييز بينهما وقدم الاول
لشرف بني آدم

قال المصنف (ويؤجره)
أقول بالنصب عطف على
قوله ان يقبض
(كتاب اللقطة)
(قوله واللقطة بغيرهم للتمييز
بينهما) أقول فيه أنه اذا
عكس يوجب التمييز أيضا فلا
يدل ما ذكره على التخصيص
المطلوب والاولى ما في غاية
البيان أن فعلة يدل على
معنى الفاعل كالهزمة
واللمزة والضحكة بفتح
الحاء والمال المنبوذ كانه
يلقط نفسه لكثرة رغبته
الناس فيه وميلان الطباع
اليه فسمى لقطعة على الاسناد
المتجاذى وفي المنبوذ من بني
آدم اباى القلوب عن قبوله
للمزوم نفقته وموئته فسمى
لقطة أى ملقوطة على سبيل
التقاؤل وارادة الصلاح في
ناله كما سمي اللديخ سلبها
والمهلكة مفارقة انتهى

صناعة لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله قال (ويؤجره) قال العبد الضعيف وهذا راية القدورى في مختصره
وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤجره ذكره في الكراهية وهو الاصح وجه الاول انه يرجع الى تثقيفه ووجه
الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبهه الم بخلاف الام لانها تملكه على ما ذكره في الكراهية ان شاء الله تعالى
(كتاب اللقطة)

صناعة لانه من باب التثقيف وحفظ حاله عن الثمنات وصيانتها عن الفساد ثم قال (القدورى) (ويؤجره) لانه
من التثقيف يعنى التقويم (وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤجره ذكره في الكراهية) قال المصنف (وهو
الاصح) لانه لا يملك اتلاف منافعه فلا يملكها (فأشبهه الم بخلاف الام لانها تملك اتلاف منافعه)
بالاستخدام والاعارة بلا عوض فبالعوض بالاجارة أولى *(فروع)* ادعاء الملقط عبد الله بعد ما عرف
الالتقاط لا يصدق الابينة كالخارج ولو ادعاه ذمى وأقام بينة من أهل الذمة أنه ابنه لا عبرة به لان نسبته ثبت
بمجرد دعواه وأثر هذه البينة في كونه كافرا ولا يثبت بذلك ولو وجدته مسلم وكافرا فتنازع في كونه عند أحدهما
قضى به للمسلم لانه محكوم له بالاسلام فكان المسلم أولى بحفظه ولانه يعلم أحكام الاسلام بخلاف الكافر واذا
بلغ اللقطة فافترقه عبد فلان وفلان يدعيه ان كان قبيل أن يقضى عليه بما لا يقضى به الاعلى الاحرار كالخالد
الساكن ونحوه صح اقراره وصار عبد لانه غير متهم فيه وان كان بعد القضاء بخلاف ذلك لا يقبل ولا يصير به عبدا
لان فيه ابطال حكم الحاكم ولانه مكذب شرعا في ذلك فهو كالكاذب الذي أقره بالرق ولو كانت اللقطة امرأة
فاقرت بالرق بعدما كبرت ان كان بعد التزويج صح وكانت أمة للمعقره ولا تصدق في ابطال النكاح لان الرق
لا ينفي النكاح ابتداء ولا بقاء فليس من ضرور الحكم بوقتها انتفاء النكاح ولو بلغ فتزوج امرأة ثم أقر أنه
عبد لفلان ولا امرأته عليه صدق وصادقها لازم عليه لا يصدق في ابطاله لانه دين طهر وجوبه فهو متهم في
اقراره وهذا وكذا اذا استدان ديناً وباع انساناً أو كفل كفالته أو وهب أو تصدق وسلم أو دبر أو كاتب أو عتق
ثم أقر أنه عبد لفلان لا يصدق في ابطال شيء من ذلك لانه متهم وتقدم أن ميراثه لبيت المال فلا والله والى رجلا
بعدهما أدرك الماتقط أو غيره فان كان قبيل أن يتأكد ولاؤه لبيت المال بان جنى جنايته وعقوله بيت المال فلا
يصح ولا ينتقل ميراثه عن بيت المال وان كان قبيل ذلك جاز لان ولاؤه لم يتأكد لبيت المال فله أن يوالى من
شاء وصار كالذى أسلم من أهل الحرب له أن يوالى من شاء الآن يحكى في عقوله بيت المال
(كتاب اللقطة)

هى فعلة بفتح العين وصف مبالغة للفاعل كهمزة ولغة وضحكة لكثير الهمز وغيره وبسكونها للمفعول
كضحكة وهزة للذى يضحك منه ويهزأ به وانما قيل للمال لقطة بالفتح لان طباع النفوس في الغالب تبادر
بالاعتقاد الذى هو احياء حكم قلنا الرقيق في صفة المالىة هالك والمعتق يحدث فيه هذا الوصف واللقطة كان
حياء حقيقة ومن أهل المالك حكم فالملقط لا يكون محمى له لاحقية ولا حاكم (قوله بخلاف الام لانها تملكه)
أى تلك الام اتلاف منافعه بلا عوض بالاستخدام فبعوض الاجارة أولى وانما صح تسميته في حرفة لانه نافع له
مطلقا لانه اذا كان مشغولا بعمل قلما يشغل بالفساد والله تعالى أعلم
(كتاب اللقطة)

اللقطة المال الواقع على الارض سميت بهم لانها تلتقط غالبا أى تؤخذ وتزفع وذ كرفى الميسوط اختلاف
الناس فمن وجد لقطعة فالتقطه يقولون لا يحل له أن يرفعها لانه أخذ مال الغير بغير إذن صاحبه وذلك حرام
شرعا فحكم لا يحل له تناول مال الغير بغير إذنه لا يحل له اثبات اليد عليه بغير إذنه وبعض المتقدمين من أئمة
التابعين كان يقول يحل له أن يرفعها او الترك أفضل له لان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذى سقطت منه
فاذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع والمذهب عند علماء ثنائى عامة الفقهاء رجمهم الله أن يرفعها أفضل
من تركها لانه لو تركها لآمن أن تصل اليها بخاتمة فيكتمها عن مالكها واذا أخذها وعرفها حتى يوصلها

على اللقطة وهي الشيء الذي يجده ملق فيأخذه أمانة (إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها) لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الأفضل عند عامة العلماء رجعهم الله (قوله بل هو الأفضل عند عامة العلماء) احتراز عن قول من يقول أنه أخذ مال الغير بغير إذن صاحبه وذلك حرام شرعا وعن قول من يقول أنه أخذه جائز وتركه أفضل لأن صاحبها إنما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فإذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع (قوله وهو الواجب إذا خاف الضياع على ما قالوا) والحاصل أن اللقطة عند عامة العلماء على نوعين ما يكون أخذه واجبا وهو ما إذا خاف الضياع واستدل على ذلك بقوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض وإذا كان وليا واجب عليه حفظ ماله وبأن حرمة مال المسلم كحرمة ماله فإذا خاف على ماله الضياع وجب حفظه فكذلك إذا (٣٤٩) خاف على مال غيره وما لا يكون أخذه واجبا وهو ما إذا لم يخف الضياع

فقبل رفعه مندوب إليه لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تنصروا على الباطل لأن يوصل الهابيد خائفة فتمنعها عن مالها وكما وقيل تركه أفضل لما ذكرنا أن صاحبها إنما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه والأول ظاهر المذهب (وإذا كان كذلك) أي إذا كان أخذها مأذونا فيه شرعا (لا تكون مضمونة عليه) كذا في بعض الشروح وهو لا يناسب قوله وكذا إذا تصادقا والظاهر أن معناه وإذا أشهد الملتقط أنه يأخذها الخ لا تكون مضمونة عليه لأنه لم يأخذ لنفسه ويجوز أن يكون معناه وإذا كانت أمانة لا تكون مضمونة عليه وكذا إذا تصادق الملتقط والمالك أنه أخذها للمالك لأن تصادقهما بحجة في حقهما وصار كما إذا أقام الملتقط البينة أنه أخذها ليوصلها إلى المالك (ولو أقر)

قال (اللقطة أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها) لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الأفضل عند عامة العلماء وهو الواجب إذا خاف الضياع على ما قالوا وإذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه وكذلك إذا تصادقا أنه أخذها للمالك لأن تصادقهما بحجة في حقهما فصار كالبينة ولو أقر أنه أخذها لنفسه يضمن بالإجماع لأنه أخذ مال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع وإن لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ أخذه للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يضمن والقول قوله لأن الظاهر شاهد له

إلى التقاطه لأنه مال فصار المال باعتبار أنه دعاء إلى أخذه بمعنى فيه نفسه كالهالك الكثير الالتقاط مجازا والافقية الملتقط الكثير الالتقاط ومعنى الأصحى وابن الأعرابي أنه يفتق القاف اسم للمال أيضا فمحمول على هذا يعني يطلق على المال أيضا ثم اختلف في صفته رفعها فنقل عن المتقدمة أنه لا يحل له لأنه مال الغير فلا يرضع يده عليه بغير إذنه وبعض التابعين وبه قال أحمد يحل والترك أفضل أما الحل فلأنه صلى الله عليه وسلم لم ينه عن ذلك ولا أنكر على من فعله بل أمره بتعريفها على ما سئل كروا سنداسحق بن ربه هو به عنه صلى الله عليه وسلم من أصاب لقطة فليشهد هذا عدل وأما فضلية الترك فلأن صاحبها يطلبها في المكان الذي فقد فيها ولو لم يذكر خصوص المكان فإذا تركها كل أحد فالظاهر أن يجدها صاحبها لأنه لا بد عادة أن يعرف ذلك المكان مرة أخرى في عمره ولأن الظاهر أن سعة وطها في أثناء الطرقات التي يمر بها أو يجلس في عادة أمره وعامة الفقهاء على أنه إليه وقيد الطحاوي وغيره بما إذا كان يامن على نفسه فإن كان لا يامن يتركها ولا يجوز أن تصل بدنه ثنا إليها فإن غلب على ظنه ذلك أن لم يأخذها في الخلاصة يفترض الرفع ولو رفعها ثم بدله أن يضعها مكانها في ظاهر الرواية لا ضمان عليه وسند كره (قوله واللقطة أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها) لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو أفضل (وظاهر الميسوط اشتراط عدلين إلى آخره) وإذا كان كذلك (يعني إذا كان أشهدا وإذا كان أمانة بأن أشهد) لا تكون مضمونة عليه فلو هلك بغير صنع منه لا ضمان عليه وكذا إذا صدقه المالك في قوله أنه أخذها ليردها وصار تصادقهما كبيتته على أنه أخذها ليردها ولو أقر أنه أخذها لنفسه ضمنها بالإجماع وإن لم يشهد وقال أخذها للرد للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يضمن (وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وفي شرح الاقطع ذكر محمد مع أبي يوسف والقول له) مع يمينه أنه أخذها ليردها (لأن الظاهر شاهد له) إذا

إلى مالها ولا يترحم الامانة في رفعها والتزام أداء الامانة تعرض لنيل الثواب لأنه يثاب على أداء ما يلتزمه من الامانة فإنه محتال فيه الأمر قال الله تعالى إن الله يامركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها وامتنال الأمر سبب لنيل الثواب (قوله وقال أبو يوسف رجع الله القول قوله) أي مع يمينه وذ كره في فتاوى قاضيهان رجع الله هذا

الملتقط أنه أخذها لنفسه يضمن بالإجماع لأنه أخذ مال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع وإن لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ أخذه للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يضمن والقول قوله (أما عدم الضمان فلأن الظاهر شاهد له لا اختياره الحسبة دون قوله واللقطة وهي الشيء الذي يجده ملق فيأخذه أمانة) أقول كذا صح في المغرب ثم قوله اللقطة مبتدأ وقوله أمانة خبره (قوله كذا في بعض الشروح) أقول يعني في شرح الاقناني (قوله وهو لا يناسب قوله وكذا إذا تصادقا الخ) أقول نعم لا يكون مناسبا أن لو كان قوله وكذا إذا تصادقا عطفًا على قوله وإذا كان كذلك لا تكون مضمونة وليس ذلك بلازم فإنه يجوز أن يكون عطفًا على قوله إذا أشهد الخ (قوله ويجوز أن يكون معناه الخ) أقول وعندى هذا أظهر مما ذكره قبله فعلى هذا يكون معنى قوله وكذا إذا تصادقا وكذا تكون اللقطة أمانة إذا تصادقا

المعصية لان فعل المسلم محمول على ما يحمله شرعاً والذي يحمله شرعاً لا يخلو عن الاخذلار ولا لنفسه فيحمل مطلق فعله عليه وهذا الدليل الشرعي قائم مقام الاشهاد منه وأما أن القول قوله فلا ن صاحبها يدعي عليه سبب الضمان ووجوب القيمة في ذمته وهو منكر والقول قول المنكر مع يمينه كالموادي عليه الغصب وقوله (ولهما انه أقر بسبب الضمان) ظاهر قيل هذا الاختلاف في الاشهاد فيما اذا أمكنه أن يشهد أما اذا لم يجد أحداً يشهد عند الرفع أو خاف أنه لو أشهد عند الرفع أن يأخذه منه الظالم فترك الاشهاد لا يكون ضامناً بالاتفاق وان وجد من يشهده فلم يشهده حتى جاوزه ضمن لانه ترك الاشهاد مع القدرة عليه وقوله (ويكفي في الاشهاد أن يقول) ظاهر

و يوجد التناسب والتلاؤم لكونه عطفاً على قوله اللقطة امانة الخ وعلى الوجه الذي ذكره قبله يكون المعنى وكذا لا تكون مضمونة عليه اذا تصادقا وفي نوع نامل (قوله قيل هذا الاختلاف في الاشهاد الخ) اقول اي في وقت انتفاء الاشهاد ففيه حذف مضافين

لاختياره الحسبة دون المعصية وله ما نه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر أن يكون المتصرف عاملاً لنفسه ويكفيه في الاشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على واحدة كانت اللقطة أو أكثر لانه اسم جنس قال (فان كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياماً وان كانت عشرة فصاعداً عرفها حوالاً)

الظاهر من حال المسلم (اختياره الحسبة لا المعصية) ولان الاخذ ما ذون فيه شرعاً بقيد كونه للمالك فاذا أخذ ان لم يكن الظاهر انه أخذه للمالك فاقبل ما في الباب أن يكون مشكوكاً في أنه أخذه له أو لنفسه فلا يضمن بالشك (ولهما انه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذلار لانه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكر أبو يوسف من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر كون المتصرف عاملاً لنفسه) فان قال كون أخذ المال سبباً للضمان اذا لم يكن باذن الشرع فاما باذنه فممنوع واذا لم يثبت أن هذا الاخذ سبب للضمان لم يقع الشك في الرعا بعد ثبوت سبب الضمان حتى ينفع ما ذكرتم فالجواب أن اذن الشرع مقيد بالاشهاد عنهم الامكان على ما ذكرنا بأن نعلم من رواية اسحق من أصاب لقطة فليشمر إذا عدل وهذا الاختلاف فيما اذا أمكنه الاشهاد واذا لم يمكنه عند الرفع أو خاف أنه ان أشهد أخذها منه ظالم فتركه لا يضمن بالاجماع والقول قوله مع يمينه كوني من الاشهاد كذا (قال ويكفيه في الاشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد ضالة فدلوه على) أو عندى ضالة أو شيء فن سمعتموه الى آخره فاذا جاء صاحبها يطالبها فقال هلكت لا يضمن ولا فرق بين كون اللقطة (واحدة أو أكثر لانه) أي اللقطة بتأويل الملتقط (اسم جنس) ولا يجب أن يعين ذهباً أو فضة خصوصاً في هذا الزمان قال الحلواني أدنى ما يكون من التعريف أن يشهد عند الاخذ ويقول أخذتها لاردها فان فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك كفي بفعل التعريف اشهاداً وقول المصنف يكفيه من الاشهاد أن يقول الى آخره يفيد مثله فاقضى هذا الكلام أن يكون الاشهاد الذي أمر به في الحديث هو التعريف وقوله عليه الصلاة والسلام من أصاب ضالة فليشمره معناه فليعرفها ويكون قوله إذا عدل ليفيد عند جحد المالك التعريف أي الاشهاد فانه اذا استشهد ثم عرف بحضرة لا يقبل ما لم يكن عدلاً والا فالتعريف لا يقتصر على ما بحضرة العدول وعلى هذا الخلاف أي يوسف فيما اذا لم يعرفها أصلاً حتى ادعى ضياعها وادعى أنها كانت عنده ليردها وأخذها كذلك وقوله هما ان اذن الشرع مقيد بالاشهاد أي بالتعريف فاذا لم يعرفها فقد ترك ما أمر به شرعاً في الاخذ وهو معصية فكان الغالب على الظن انه أخذها لنفسه وعلى هذا لا يلزم الاشهاد أي التعريف وقت الاخذ بل لابد منه قبل هلاكها ليعرف به انه أخذها ليردها لان نفسه وحيتته فاذ كرفي ظاهر الرواية من انه اذا أخذها ثم ردها الى مكانها لا يضمن من غير قيد بكونه ردها في مكانها أو بعد ما ذهب ثم رجع ظاهر لان بالرد ظهوره انه لم يأخذها لنفسه وبه ينتفي الضمان عنه وقيد بعض المشايخ بما اذا لم يذهب بها فان ذهب بها ثم أعادها ضمن وبعضهم ضمنه ذهب بها أولاً والوجه ظاهر المذهب وما ذكرنا لا ينفي وجه التضمن بكونه مضياً عاملاً غيره بطرحه بعد ما لزمه حفظه بالاخذ (قوله فان كانت اللقطة أقل من عشرة عرفها أياماً) وفسرها المصنف بحسب ما يرى من الايام من غير تفصيل وذلك انه روى عن أبي حنيفة أن كانت مائتين فصاعداً عرفها حوالاً وان كانت أقل من مائتين الى عشرة عرفها شهر وان كانت أقل من عشرة يعرفها على حسب ما يرى وفي رواية أخرى قال فيما دون العشرة ان كانت ثلاثة فصاعداً يبنى الى العشرة يعرفها عشرة أيام وان كانت درهماً فصاعداً يعني الى ثلاثة يعرفها ثلاثة أيام وان

الاختلاف في الاشهاد فيما اذا أمكنه أن يشهد أما اذا لم يجد أحداً يشهد عند الرفع أو خاف أنه لو أشهد عند الرفع يأخذه الظالم فترك الاشهاد لا يكون ضامناً وان وجد من يشهده فلم يشهده حتى جاوزه ضمنه لانه ترك الاشهاد مع القدرة عليه (قوله واحدة كانت اللقطة أو أكثر) يعني سواء كانت اللقطة من جنس واحد أو من أجناس مختلفة كالذهب والفضة والثوب لان اللقطة اسم جنس فيتناول الكل

(وقوله وهذه رواية عن أبي حنيفة) يشير إلى أنها ليست ظاهر الرواية فإن الطحاوي رحمه الله قال وإذا التقط القطعة فإنه يعرفها سنة سواء كان الشيء نفيساً أو خسيساً في ظاهر الرواية (وقوله كانت مائة دينار تساوي ألف درهم) يريد ما روى البخاري رحمه الله في الصحيح مسنداً إلى أبي بن كعب رضي الله عنه قال أخذت صرة مائة دينار فأثبت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولاً فعرفتها فلم أجد من يعرفها ثم أتيت ثانياً فقال عرفها حولاً فعرفتها فلم أجد من أتيت (٣٥١) ثالثاً فقال احفظ وعاءها ووكاءها

وعدها فإن جاء صاحبها والأفاستمتع بها وفيه نظر لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب وأقول هذا الحديث يدل على أن التعريف يكون حولاً وليس ذلك بشرط بالإجماع فيكون ساقط الدلالة على

المراد (وقوله وقيل الصحيح أن شيئاً من هذه المقادير) إشارة إلى ما اختاره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله

(قوله لأن العبرة بعموم اللفظ الخ) أقول فإن التكرار إذا وقعت في سياق الشرط أتم على ما صرحوا به وشأن في الحديث المروي كذلك (قوله وأقول هذا الحديث الخ) أقول فيه بحث أجنبي وزان يقال للحديث دلالتان على ما مر مثله في السير (قال المصنف وقيل الصحيح أن شيئاً من هذه المقادير ليس يلزم ويقوض إلى رأى الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها) أقول قال شمس الأئمة السرخسي في مبسوطه قال أبي بن كعب رضي الله تعالى

قال العبد الضعيف وهذه رواية عن أبي حنيفة وقوله أياماً معناه على حسب ما يرى وقد رده محمد في الأصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام من التقط شيئاً فليعرفه سنة من غير فصل وجه الأول أن التقدير بالحول ورد في نقطة كانت مائة دينار تساوي ألف درهم والعشرة وما فوقها في معنى ألف في تعلق القطع به في السرقه وتعلق استحقاق الفرجح به وليس في معناها في حق تعلق الزكاة فأوجبنا التعريف بالحول احتياطاً وما دون العشرة ليس في معنى ألف بوجهها فقوضنا إلى رأى المبتلي به وقيل الصحيح أن شيئاً من هذه المقادير ليس يلزم ويقوض إلى رأى الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها

كانت دانقاً فصاعداً يعرفها بما وان كانت دون الدانق بنظر عذوة يسيرة ثم يضعه في كف فقير قال شمس الأئمة شيء من هذا ليس بتقدير لازم بل يعرف القليل بقدر ما يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك وهذا أخذ بالرؤية التي ذكرناها قبل هذا وهو جيد وظاهره أنما تذكر بذلك التقدير أن القليل الغلبة أنظر أن المال في تلك التقادير لا يطلبها بعد تلك المدد فكان المعول عليه غلبة ظن تركها وظاهر الرواية وهو ما ذكر محمد في الأصل تقديره بالحول من غير فصل بين قليل وكثير وهو قول مالك والشافعي وأحمد لقوله صلى الله عليه وسلم ما سجد كركو وكذا روى عن عمر وعلى وابن عباس وجهه ما ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام من التقط شيئاً فليعرفه سنة من غير فصل وفيه ألفاظ منها ما رواه البراء عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيئاً فليعرفه سنة ومعنى لا تحل اللقطة أي لا يحل ما لقطت فملكها وهذا لا يتعرض للالتقاط نفسه وفي الصحيحين عن زيد بن خالد الجهني سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال عرفها سنة ثم أعرف غصاهها ووكاءها ثم استنفقها فإن جاء صاحبها فادها إليه وجه الأول أن التقدير بالحول ورد في نقطة كانت مائة دينار تساوي ألف درهم والعشرة وما فوقها في معنى ألف في تعلق القطع بسرقه وتعلق استحقاق الفرجح به (وليس في معناها في حق تعلق الزكاة فأوجبنا التعريف بالحول) الخاقانها بما فيه الزكاة من المائتين فما فوقها احتياطاً (وما دون العشرة ليس في معنى ألف شرعاً بوجه ما فقوضنا) التعريف فيها (إلى رأى المبتلي به) والمراد بقوله كانت مائة دينار ما في الصحيحين واللفظ البخاري عن أبي بن كعب قال أخذت صرة مائة دينار فأثبت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولاً فعرفتها فلم أجد من أتيت ثم أتيت ثانياً فقال عرفها حولاً فعرفتها فلم أجد من أتيت ثالثاً فقال احفظ وعاءها ووكاءها فإن جاء صاحبها والأفاستمتع بها وهذا يقتضي قصر حديث العام على حديث المائة دينار وليس كذلك بل قد ورد الأمر بالتعريف سنة في غير حديث مطلقاً عن صورة المائة دينار كما قدمنا وغيره مما لم تذكره (قوله وقيل الصحيح أن شيئاً من هذه المقادير ليس يلزم) ولا التقدير بالعام (ويقوض إلى رأى المبتلي به يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها) وهذا ذكره شمس الأئمة واختاره واستدل عليه بحديث الثلاث سنين في المائة دينار فإنه يعرف به أن ليس السنة بتقدير لازم بل ما يقع عند الملتقط أن صاحبه يتركه أولاً وهذا يختلف باختلاف خطر المال ألا ترى أن المال لما كان ذا خطر

عنه وجدت مائة دينار فأخبرت النبي عليه الصلاة والسلام قال عرفها سنة فعرفتها فلم يعرفها أحد فأخبرته فقال عليه الصلاة والسلام عرفها سنة أخرى فعرفتها ثم أخبرته فقال عرفها سنة أخرى ثم قال بعد ثلاث سنين أعرف عددها ووكاءها وأخطأها بما لك فإن جاء صاحبها فادفعها إليه والأفاستمتع بها فأنه رزق سائرها الله اليأس انتهى ثم قال وفي الحديث الذي رواه أبي بن كعب رضي الله تعالى عنه دليل لما قلنا أن التقدير بالحول في التعريف ليس يلزم وليكن يعرفها بحسب ما يطلبها صاحبها ألا ترى أن المائة دينار لما كان مالا عظيماً كيف أمره رسول الله عليه الصلاة والسلام بأن يعرفها ثلاث سنين انتهى فيفهم منه أن اللفظ يعرفها أكثر من حول عند شمس الأئمة بحسب ظنه وفي

وقوله (كالتواقة وقشور الرمان) يعني اذا كان في مواضع مختلفة فجمعها وصار بحكم الكثرة لها قيمة فانه يجوز له الانتفاع بها لان القيمة ظهرت بالاجتماع والاجتماع حصل بصنعه ولكنه لا يملكها حتى ان صاحبها اذا وجدها في يده بعد ما جمعها جاز ان يأخذها لان الالتقاء متفرق دليل على الاذن لاعلى التملك لان التملك من المجهول لا يصح ذكره في المحيط فاما اذا كانت مجمعة في موضع فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها لما جمعها فالظاهر انه ما لاقاها (قوله فان جاء (٣٥٢) صاحبها ولا تصدق بها يعني ان جاء صاحبها بعد التعريف فدفعها اليه ايضا لاعتين

حقه المستحق الدفع اليه كافي بيع الفضولي (والا) أي وان لم يجز فهو بالخيار (ان شاء) تصدق بها ايضا لعرض المستحق وهو الثواب على اعتبار اجازته التصديق بها على مستحقه (وان شاء أمسكها رجاء) للظفر بصاحبها فان جاء صاحبها بعد ما تصدق به الملتقط باذن الحاكم فهو بالخيار ان شاء أمضى الصدقة وله ثوابها لان التصديق حصل باذنه باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته فان قيل التوقف على الاجازة يقتضي قيام المحل عندها كفي بيع الفضولي وليس يلزم حتى لو أجاز المالك بعدها كما صحت الاجازة وأجاب بان الملك يثبت للفقير قبل الاجازة لان الملتقط لما كان مازونا في التصديق شرعاً ملك الفقير بنفسه الاخذ لان التصديق من أسباب الملك فلم يتوقف ثبوت الملك على وجود المحل عند الاجازة فان قيل لو ثبت الملك للفقير قبل الاجازة ايا ثبت للمالك حق الاخذ اذا كان قائماً في يد الفقير

وان كانت اللقطة شيئاً لا يبقى عرفه حتى اذا خاف أن يفقد تصدق به وينبغي أن يعرفها في الموضع الذي أصابها وفي الجامع فان ذلك أقرب إلى الوصول الى صاحبها وان كانت اللقطة شيئاً يعلم ان صاحبها لا يملكها كالتواقة وقشور الرمان يكون القاؤه باحسة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولو لم يكن مبيعاً على ملك مالكه لان التملك من المجهول لا يصح قال (فان جاء صاحبها ولا تصدق بها) ايصالاً للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازة التصديق بها وان شاء أمسكها رجاء الظفر بصاحبها قال (فان جاء صاحبها) يعني بعد ما تصدق بها (فهو بالخيار ان شاء أمضى الصدقة) وله ثوابها لان التصديق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه

كبير أمره صلى الله عليه وسلم أن يعرفه ثلاث سنين (قوله وان كانت اللقطة شيئاً لا يبقى عرفه حتى يخاف فسادها فتصدق به) قال المصنف (وينبغي أن يعرفها في الموضع الذي أصابها فيه وفي الجامع) يعني الاسواق وأبواب المساجد فينادي من ضاع له شيء فليطلبه عندي واعلم أن ظاهر الامر بتعريفها سنة يقتضي تكرار التعريف عرفاً وعادة وان كان ظرفية السنة للتعريف بصدق وقوعه مرة واحدة ولكن يجب جملة على المعتاد من أنه يفعلها وقتاً بعد وقت ويكرر ذلك كما هو وجد مظنة وما قدمنا من قول الولوالجي مما يغيب الالاكتفاء بالمرة الواحدة هو في دفع الضمان عنه أما الواجب فان يذكرها مرة بعد أخرى (قوله وان كانت اللقطة شيئاً يعلم ان صاحبها لا يملكها كالتواقة وقشور الرمان يكون القاؤه باحسة فيجوز الانتفاع بها) للواجد (بلا تعريف) وعنه صلى الله عليه وسلم أنه رأى مرة في الطريق فقال لولا أخشى أن تكون من ثمر الصدقة لا كانت ولا يعلم فيه خلاف بين العلماء ولكن تبقى على ملك مالكها حتى اذا وجدها في يده أخذها لان الاباحة لا تخرج عنه عن ملك مالكها وانما القاؤها باحسة لا تملك (لان التملك من المجهول لا يصح) وذكر شيخ الاسلام أنهم لو كانت متفرقة فجمعها ليس للمالك أخذها لانها تصير ملكه بالجمع وعلى هذا التقاط السنابل وبه كان يقتضي الصدر الشهيد وفي غير موضع تقيده هذا الجواب أعني جواز الانتفاع بها بما اذا كانت متفرقة فان كانت مجمعة في مكان فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها لما جمعها فالظاهر انه ما لاقاها وأعرض عنها بل سقطت منه أو وضعها ليرفعها وعن أبي يوسف لو خضوف شاة ميتة كان له أن يتفع به ولو وجد صاحب الشاة في يده كان له أن يأخذ منه ولو ذبح جلد لها كان لصاحبها أن يأخذ به بعد أن يعطيه ما زاد الدباغ وفي الخلاصة والتفاح والكمثرى والخطب في الماء لا بأس بأخذه (قوله فان جاء صاحبها أخذها ولا تصدق بها) أو أكلها ان كان فقيراً أو استقرضها باذن الامام ويملكها ان شاء وان شاء أمسكها أبدأ حتى يجي صاحبها واذا خشي الموت يوصي بها كي لا تدخل في الموارث ثم الورثة أيضاً يعرفونها ومقتضى النظر أنهم لو لم يعرفوها حتى هلك وجاء صاحبها أن يضمنوا لانهم وضعوا أيديهم على لقطة ولم يشهدوا أي لم يعرفوا أو يغلب على الظن بذلك أن قصدهم تعميتها عن صاحبها ويجري فيه خلاف أبي يوسف وسأني الخلاف في ذلك في آخر الباب فان جاء صاحبها (بعد التصديق فهو) باختيار ثلاث (ان شاء أمضى الصدقة وله ثوابها لان التصديق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه) أي باذن المالك وحصول الثواب لان انسان يكون بفعله يختاره ولم يوجد ذلك

(قوله كالتواقة وقشور الرمان) أي في مواضع مختلفة فوجد من ذلك شيئاً كثيراً فجمعها وصار بحكم الكثرة

فيتوقف

أجيب بان ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالواهب يملك الرجوع بعد ثبوت الملك

المحيط البرهاني والفقير أبي جعفر كان يقول اذا بلغ مالا عظيماً بان كان كيس فيه ألف درهم أو مائة دينار يعرف ثلاثة أحوال وكان القاضي الامام أبو علي النسفي يحكي عن الشيخ الامام أنه كان يروي عن محمد بنه يعرف اللقطة ثلاث سنين قل أو أكثر (قوله فالظاهر انه ما لاقاها) أقول بل سقطت منه

للموهوب له وكالمرد اذا عا دمن دار الحرب مسلما بعد ما قسمت أمواله بين ورثته فانه يأخذ ما وجدته قائما بعد ثبوت الملك لهم بخلاف بيع الفضولي فان الملك فيه للمشتري انما يثبت بعد اجازة المالك ببيعة فلا بد من قيام (٣٥٣) المحل لئلا يلزم تعليق العين المعدومة وكما

يشترط قيام المحل بشرط قيام البائع والمشتري والمالك أيضا وسيجي تمامه في البيوع ان شاء الله تعالى وان شاء ضمن الملتقط وهو

ظاهر فان قيل كيف يصح تضمينه وقد تصدق به باذن الشرع أجاب بقوله (الا أنه باباحة من جهة الشرع) يعني أن الاذن كان باباحة منه لا الرأيا ومثل ذلك الاذن يسقط الاثم ولا ينافي الضمان حقا للعبد كفي تناول مال الغير حالة الخمصة (وان شاء ضمن المسكين) لما ذكره في الكتاب وهو واضح (وان كانت العين قائمة أخذها له لانه وجد عين ماله) وحاصله أن المالك ان لم يجز الصدقة فلا يحلو اما أن تكون العين قائمة في

يد الفقير أو هالكه فان كانت قائمة أخذها وان كانت هالكه فان شاء ضمن الملتقط وان شاء ضمن الفقير وأبهما ضمنه لا يرجع على صاحبه بشئ فان كلامهما ضامن بفعله الملتقط بالتسليم بغير اذن المالك والفقير بالتسليم بدونه لا يقال الفقير مغرور من جهة الملتقط فيرجع عليه لان التغرير اذا لم يكن في ضمن عقد لا يوجب شيئا

قال المصنف (فلا يتوقف

فيتوقف على اجازته والمالك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد الاجازة فيه (وان شاء ضمن الملتقط) لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافي للضمان حقا للعبد كفي تناول مال الغير حالة الخمصة وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما أخذه لانه وجد عين ماله قال

قبل لحوق الاذن والرضا قبل الاجازة والرضا يصير كانه فعل بنفسه لرضاه بذلك فان قيل كيف للحقة الاجازة وهي تتوقف على قيام المحل وقد يكون سجي والمالك بعد استهلاك الفقير لها أجب بان ذلك فيما يتوقف فيه المالك على الاجازة كما في بيع الفضولي أما هنا فالمالك يثبت قبل ذلك شرعا لان الامر بالتصدق عند عدم ظهور المالك بعد التعريف لا يفيد مقصوده دون ملك المتصدق عليه واذا ثبت الملك قبلها ومعلوم أنه مطلق للتصرف وحال الفقير يقتضي سرعة استهلاكها ثبت عدم توقف اعتبارها على قيام المحل بعد ثبوت اعتبارها بعد الاستهلاك شرعا لاجتماع حتى ينقل اليه الثواب (وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه) فان قلت لكنه باذن الشرع وباحقة منه قلنا الثابت من الشارع اذنه في التصديق لا يحجبه (وهذا) القدر (لا ينافي) وجوب الضمان (حقا للعبد كفي) اذنه (في تناول مال الغير عند الخمصة) والمرور في الطريق مع ثبوت الضمان فاذا جاز أن يثبت اذنه بمقتضاه كذا كمرنا وجب أن يثبت كذلك لان الاصل ثبوت ضمان مال العبد على المتصرف فيه بغير اذنه (وان شاء ضمن المسكين) اذا كان المدفوع اليه (هالك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه) فان قلت اذا قبضها الفقير ثبت ملكه فيها باذن الشرع فكيف يستر جمعها أجب بانه لا مانع من ثبوت المالك باذن الشرع مع ثبوت حق الاسترداد كفي الهبة والمراد الرجوع من دار الحرب مسلما بعد أخذ الورثة ماله بعد الحكم بالحق واذا كان كذلك جعل كذلك عند عدم اذنه (وان كان قائما أخذه لانه وجد عين ماله) وما نقل عن القاضي أبي جعفر من أنه انما يرجع على الملتقط اذا تصدق بغير أمر القاضي أما اذا كان باصره فلا يرجع ودوه بانه خلاف المذهب فانه لو تصدق القاضي بنفسه كان للمالك أن يضمه اذا جاء فضلا عن الملتقط المتصدق باصره وهذا لان القاضي ناظر للغيب في أموالهم حفظها لا اتلافها فلا ينفذ من اتلافه الا ما لزمه شرعا القيام به والتصدق

لها حقيقة فلا بأس بالاتفاق بها ولكنه مبق على ملكه ما لعله حتى كان له أن يأخذ من يده الملتقط وان وجدته مجتعا لم يحل له أن ينتفع به لان الظاهر ان مالكه ما ألغاه بعد ما جمعه ولكنه سقط منه وذلك كرشح الاسلام رجة الله في شرح كتاب الذبايح أنه ليس للمالك أن يأخذها من يده بعد ما جمعه وأخذها ويصير ملكا لا أخذ وكذا الجواب في النقاط السنبال وبه كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله كذا في الذخيرة (قوله والمالك يثبت للفقير قبل الاجازة) فلا يتوقف الاجازة على قيام المحل أي قيام المحل الذي تصدق على الفقير حتى لو أجاز بعدما تلف المال في يد الفقير تصح الاجازة بخلاف اجازة بيع الفضولي فانه يشترط فيه قيام المحل وهو المبيع لثبوت الملك فيه بعد الاجازة وهذا لان التصديق لو حصل باذن الشارع والمالك يثبت للفقير ملك لازم ولو حصل بغير اذنه لم لا يقع الملك للفقير قبل الاجازة كفي بيع الفضولي فاذا حصل باذن الشارع وبغير اذن المالك وفرنا على الامر من حظه ما فاقنا من حيث ان التصديق حصل باذن الشرع على ملكه الفقير قبل الاجازة ومن حيث انه بدون اذن المالك يثبت للفقير ملك غير لازم (قوله وان شاء ضمن الملتقط) فان قيل كيف يضمه وقد تصدق باذن الشرع قلنا الشرع أباح له التصديق وما ألزمه ذلك ومثل هذا الاذن مسقط للاثم عنه غير مسقط للضمان حقا لصاحب المال كتناول المضطر مال الغير وان شاء ضمن المسكين لانه قبض مال الغير لنفسه بغير اذنه فان كان قائما أخذه لانه وجد عين ماله فهو أحق به وأبهما ضمنه لم يرجع على الآخر بشئ أما المسكين فلانه في القبض عامل لنفسه فلا يرجع على حقه من الضمان على غيره وأما الملتقط فلانه

(٤٥) - (فخ القدر والتفاه) - خامس (على قيام المحل) أقول والظاهر عندى ان فاعل لا يتوقف هو الضمير الرجوع الى

الاجازة (قوله لان التغرير اذا لم يكن في ضمن عقد لا يوجب شيئا) أقول لعل المراد عقد المعاوضة

(ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير) وقال مالك والشافعي إذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك أفضل وعلى هذا الخلاف الغرس لهما أن الأصل في أخذ مال الغير الحرمت والاباحة مخافة الضياع وإذا كان معها ما تدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكرهية والندب إلى الترك ولنا أنها لقطه يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعر يفها صيانة لاموال الناس كإفي الشاة (فإن أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع) لقصور ولايته عن ذمة المالك وإن أنفق بامرءه كان ذلك ديناً على صاحبها لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له وقد يكون النظر في الانفاق على ما بين (وإذا رفع ذلك إلى الحاكم نظر فيه فإن كان للبهيمة منفعة آخرها وأنفق عليها من آخرتها) لأن فيه إبقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الأبق (وإن لم تكن لها منفعة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها) إبقاء له معنى عند تعذر إبقائه صورة

وقوله (ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير) ظاهر

سوى ألقاط نذكرها وقوله (والاباحة) أي اباحة الأخذ وقوله (وإذا كان معها) أي مع اللقطه ما تدفع به عن نفسها يعني ما يملكها كالقرن في البقر وزيادة القوة في البعير بكمه ونفعه وكذلك في الغرس وقوله (فيقضى بالكرهية) أي كراهية الأخذ

(قوله في البعير بكمه ونفعه) أقول الكدم العض بادنى الغسم والنفع بالحاء المهملة الضرب بالرجل

ليس كذلك (قوله ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي) وأجد (إذا وجد البقر والبعير في الصحراء فالترك أفضل وعلى هذا الخلاف الغرس) لهم (أن الأصل في أخذ مال الغير الحرمت واباحة الالتقاط مخافة الضياع وإذا كان معها ما تدفع عن نفسها) كالقرن مع القوة في البقر والغرس مع الكدم وزيادة القوة في البعير والغرس (يقول) ظن الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكرهية في الأخذ والندب إلى الترك) هذا ولكن كلامهم يقتضي أن الخلاف في جواز الأخذ وحده وهو الظاهر (ولنا أنها لقطه يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعر يفها صيانة لاموال الناس كإفي الشاة) لكن هذا قياس معارض بما روى أصحاب الكتب الستة كلهم عن يزيد بن خالد الجهمي قال جاء رجل يسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطه فقال عرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والافشأ نك بها نلت فضالة الغنم قال هي لك أو لا خيلك أو لا ذئب وفي الصحيح قال خذها فانما هي لك أو لا خيلك أو لا ذئب قال فضالة الأبل قال مالك ولها معها شاة أو حمار أو ماء أو ناء كل الشجر فذرهما حتى يجدها روى أبو داود عن جرير بن عبد الله أنه أمر بطرد بقرة لحقت ببقرة حتى توارت فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يؤوى الضالة الاضال وقال صلى الله عليه وسلم ان ضالة المسلم حرق النار رواه الجماعة أجب في المبسوط بان ذلك كان اذ كان الغلبة أهل الصلاح والامانة لا تصل اليها يد خائنة فاذا تركها وجدها أو ما في زمانها فلا يمان وصول يد خائنة اليها بعد وفي أخذها أحيائها وحفظها على صاحبها فهو أولى ومقتضاه أنه ان غلب على ظنه ذلك أن يجب الالتقاط وهذا أحق فإنا نقطع بان مقصود الشارع وصولها إلى ربه وان ذلك طريق الوصول فاذا تغير الزمان وصار طريق التلف في حكمه عنده بلا شك خلافه وهو الالتقاط للحفظ والرد وأقصى ما فيه أن يكون عام في الاوقات خص منها بعض الاوقات بضرورة العقل من الدين لولم يتأيد بحديث عن عياض بن جاد أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الضالة فقال عرفها فان جاء ربهما والافشأ مال الله يؤتبه من يشاء فتأيد به زيادة بعد تمام الوجه (قوله فان أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك) أي عن ان يشغلها بالدين بلا أمره (وان أنفق بامرءه كان ديناً على صاحبها لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له وقد يكون النظر في الانفاق على ما بين) الآن (فاذا رفع إلى الحاكم) فإن كان للبهيمة منفعة) وثمان يستأجرها (آخرها) وأنفق عليها من آخرتها لأن فيه إبقاء العين على ملك مالكها بالزام دين عليه وكذا يفعل بالعبد الأبق (وان لم تكن لها منفعة) أو لم يجده من يستأجرها) وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها إبقائه له معنى عند تعذر إبقائه صورة) فان الثمن يقوم مقام العين إذ يصل

بالضممان قدم لك وظهر أنه تصدق بملك نفسه فلا يرجع على المسكين بشئ (قوله وإذا كان معها) أي مع اللقطه ما تدفع به عن نفسها كالقرن في حق البقر وزيادة القوة في حق البعير بكمه ونفعه فيقضى بالكرهية أي بكرهية الأخذ

وقوله (وفي هذا نظر من الجانبين) أي من جانب المالك بأبقاء عين ماله ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما أنفق على اللقطة وقوله (فإذا لم يظهر يأمره ببيعها) قيل فإذا أمر ببيعها فباعت أعطى القاضي من ذلك الثمن ما أنفق يأمره في اليومين والثلاثة لأن الثمن مال صاحبها والنفقة دين واجب عليه وهو معلوم للقاضي فباعته على أخذ حقه لأن الغريم إذا طفر بخس حقه كان له أن يأخذ فـ كان للقاضي أن يعينه على ذلك وقوله (وفي الأصل شرط إقامة البينة) يعني أن الملتقط يقيم البينة على أن هذه (٣٥٥) الدابة لقطة عنده فان قيل البينة انما تقام

على المدعى عليه المنكر وليس
بوجودها أجاب بقوله
(وليس تقام للقضاء) أي
هذه البينة تقام لاستكشاف
الحال بانه لقطة لا للقضاء على
المدعى عليه وقوله (وان قال
لا بينة لي) أي الملتقط قال
لا بينة لي على أنها لقطة
عندي ولكنها لقطة يقول
القاضي لا ما تقط أنفق
عليها ان كنت صادقا فيما
قلت وانما يقول بـ هذا
الترديد حذر عن لزوم أحد
الضربين لانه لو أمر قطعا
تضرر المالك بسقوط
الضمان على تقدير الغصب
ولو لم يأمر تضرر الملتقط على
تقدير اللقطة وقد أنفق
عليها وقوله (إذا شرط
القاضي الرجوع على
المالك) متصل بقوله انما
يرجع أي انما يرجع
الملتقط على المالك إذا
شرط القاضي الرجوع على
المالك وهذه هي الرواية
التي ذكرناها في مسائل
اللقط بقوله (والاصح أن
يأمر القاضي الملتقط
بالانفاق على أن يكون ديننا
على اللقيط فينتد يرجع
على اللقيط والا فلا فهذا

(وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة ديناً على مالكها) لانه نصب ناظر او في هذا نظر من
الجانبين قالوا انما يأمر بالانفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها فإذا لم يظهر يأمر
ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة فلا نظر في الانفاق مدة مديدة قال رضي الله تعالى عنه وفي الأصل شرط إقامة
البينة وهو الصحيح لانه يحتمل أن يكون غصبا في يده فلا يأمر فيه بالانفاق وانما يأمر به في الوديعة فلا بد من البينة
لكشف الحال وليس البينة تقام للقضاء وان قال لا بينة لي يقول القاضي له أنفق عليه ان كنت صادقا فيما
قلت حتى ترجع على المالك ان كان صادقا ولا يرجع ان كان غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة ديناً على
صاحبها إشارة الى أنه انما يرجع على المالك بعدما حضر ولم تسع اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع على
المالك وهذا هو الاصح

به الى مثله في الجملة (وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن) له (في ذلك وجعل النفقة ديناً عليه) اذ فيه
نظر من الجانبين) جانب المالك بأبقاء عين ماله وجانب الملتقط بالرجوع (قال المشايخ انما يأمر بالانفاق
يومين أو ثلاثة على قدر ما يرى أن يظهر مالكها فإذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة
للعين معنى بل وبما تذهب العين ويفضل الدين على مالكها ولا انفار في ذلك أصلا بل ينبغي ان لا ينفذ من
القاضي ذلك لو أمر به للتيقن بعدم النظر واذاباعها أعطى الملتقط من ثمنها ما أنفق في اليومين أو الثلاثة
لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين عليه يعلم القاضي وصاحب الدين اذا طفر بخس حقه كان له أن يأخذ
وللقاضي أن يعينه عليه ولو باعها بغير أمر القاضي لا ينفذ وتوقف على اجازة المالك فان جاء وهي
قائمة في يد المشتري فان شاء أجاز البيع وان شاء أبطله وأخذها من يده وان جاء وهي هالكة فان شاء
ضمن المشتري قيمتها وان شاء ضمن البائع فان ضمن البائع فغدا البيع لانه ملك اللقطة من حين أخذها
وكان الثمن للبائع ويتصدق بما زاد على القيمة (وفي الأصل) يعني المبسوط (يشترط البينة) فانه قال فان
كان رفعها الى القاضي وأقام بينة أنه التقطها أمره أن ينفق ويصح المصنف (لانه يحتمل انه غصبها ولا يأمر
بالنفقة إلا في الوديعة) وهذه البينة (لكشف الحال) أي ليس لكشف للقاضي أنه التقطها لا للقضاء فلا
يحتاج الى خصم له ذكره في المبسوط وفي الذخيرة الامام خصم فيها عن صاحبها (وان قال) الملتقط لا بينة
لي يقول له أنفق عليها ان كنت صادقا) وفي الذخيرة يقول له ذلك بين يدي الثقات بأن يقول أمره بالبيع
أو الانفاق ان كان الامر كما قال (وقوله في الكتاب وجعل النفقة ديناً على صاحبها) إشارة الى أنه انما
يرجع (اذا شرط القاضي) ذلك (وهذا رواية وهو الاصح) وقيل يرجع بمجرد أمره وقد مر في اللقيط

(قوله وفي هذا نظر من الجانبين) أي من جانب المالك بأبقاء عين ماله له ومن جانب الملتقط بالرجوع على
المالك بما أنفق على اللقطة (قوله وفي الأصل شرط إقامة البينة) أي يقيم الملتقط البينة على أن هذه الدابة لقطة
عندي (قوله ولا يست البينة تقام للقضاء) جواب لسؤال وهو أن يقال ان البينة لا تقبل من غير خصم حاضر
ولا خصم ههنا قلنا هذه بينة تقام لكشف الحال لا للقضاء والخصم في مثل هذا ليس بشرط (قوله وهذا رواية
وهو الاصح) هذه هي الرواية التي ذكرناها في مسألة اللقيط من المبسوط بأن الأصح أن يأمر القاضي الملتقط
بالانفاق على أن يكون ذلك ديناً على اللقيط فينتد يرجع على اللقيط والا فلا وهذا احتراز عن قول بعض

احتراز عن قول بعض أصحابنا ان مجرد أمر القاضي بالانفاق عليه يكفي للرجوع

(قال المصنف وكذا يفعل بالعبد الخ) أقول قال الاتقاني أي يؤجر الاتق ويمنفق عليه من أجرته قال في خلاصة الفتاوى لو احتاجت اللقطة الى
النفقة ينفق بامر القاضي والاولى أن يأمره القاضي بان يؤجر البعير والثور فينفق عليه من غلته ثم قال والعبد الضال كذلك ثم قال والابق لا يؤجر
فان تطاولت المدة فالاولى أن يبيعه انتهى وعمله في المحط بانه لا يأم أن يابق نائبا قال المصنف فلا بد من البينة لكشف الحال الخ) أقول فاندفع
به بما يقال البينة لا تقبل من غير خصم حاضر فان اشتراط الخصم في البينة يقام للقضاء لا فيما يقام لكشف الحال (قوله يقول القاضي للملتقط)

قال (واذا حضر يعنى

المالك) كلامه ظاهر وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه حتى بنفقة يقال نشدت الضالة أى عرفتها وانشدتها أى طلبتها ومعنى الحديث الذى ذكره الشافعى رحمه الله لا تحل لقطعة مكة الا لمنشدها أى طالبها وهو المالك عنده والمعرف عندنا العفاض وهو الوعاء الذى تكون فيه النفقة من جلد أو خرقه أو غير ذلك ولو كاه الرباط يقال أوكى السقاء شده بالوكاه وهو الرباط الذى يشد به وقوله (ابقاء ملك المالك من وجهه) يعنى من حيث تحصيل أقول يعنى عند الثقات (قوله اشارة الى قوله لانه حتى بنفقة الخ) أقول فيه تامل بل هو اشارة الى قوله كانه استغاد المالك من جهته (قوله يقال نشدت الضالة أى عرفتها) أقول فى الصحاح نشدت الضالة انشدها نشدة ونشدنا أى طلبتها وانشدتها أى عرفتها وأما قول أبي ذؤاد ويصح أحبا نا كما سمع المصل لصوت ناشد فهو المعروف ههنا ويقال هو الطالب لأن المصل يشتهى أن يجد مضلا مثله ليتعزى به اه فى تقرير الشارح قصور لا يخفى وقوله والمعرف عندنا لا يلائم لما سبق حيث لم يبين فى الانشاد معنى التعريف قال المصنف (لقوله

قال (واذا حضر) يعنى (المالك) فلا حيلة قط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة) لانه حتى بنفقة فصار كأنه استغاد المالك من جهته فأشبهه بالمبيع وأقرب من ذلك راد الأبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه فى يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبه الرهن قال (ولقطعة الحل والحرم سواء) وقال الشافعى يجب التعريف فى لقطعة الحرم الى أن يجىء صاحبها لقوله عليه الصلاة والسلام فى الحرم ولا يحل لقطعتها الا لمنشد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اعرف عقاصها ووكاهها ثم عرفها سنة من غير فصل ولا ثم القطعة وفى التصديق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجهه

(واذا حضر المالك) فلا حيلة قط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه حتى بنفقة فصار كأنه استغاد المالك منه فأشبهه بالمبيع وأقرب من ذلك راد الأبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا) من التشبيه بالمبيع (ولا يسقط دين النفقة بهلاكه فى يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس كالرهن من حيث تعاقب حقه به كلو كيل بالشراء اذا نقد الثمن من ماله أن يرجع على الموكل ولو هلك قبل الحبس لا يسقط عن الموكل ولو هلك بعده سقط لانه كالرهن بعد اختيار الحبس هكذا ذكره المصنف ولم يحل خلافا وحافظ الدين فى الكفاى أيضا فيفهم أنه المذهب وجعل القدر وى هذا قول زفر قال فى التعريف قال أصحابنا لو اتفق على اللقطة بامر القاضى وحبسها بالنفقة فهل كت لم تسقط النفقة خلافا لفر لانه ادين غير بدل عن عين ولا عن عمل منه فيها ولا يتناولها أى العين عقد بوجوب الضمان وصرح فى الينابيع بعدم السقوط عن علمائنا الثلاثة فقال لو اتفق الملتقط على اللقطة بامر الحاكم وحبسها بالناخذ ما اتفق عليها فهل كت لم تسقط النفقة عند علمائنا الثلاثة خلافا لفر وحاصل الوجه المذكو ر فى التعريف بنى الحكم أعنى السقوط لعدم دليل السقوط فان الدين ثابت وليست العين الملتقطت رهنا لا يسقط بها كذا لم يتنا ولها عقد الرهن والمصنف أوجب الدليل وهو الاحق بالرهن وان لم يكن من حقيقة لكن النقل كرايت وأما ما نقل عن أبى يوسف أنه ليس له حبسها أصلا فأبناغ (قوله ولقطعة الحل والحرم سواء) وبه قال مالك وأحمد والشافعى فى قول وفى قول يعرفها أبد حتى يجىء صاحبها لاحكم لها سوى ذلك من تصديق ولا تملك لقوله صلى الله عليه وسلم فيما ثبت فى الصحيحين من حديث أبى هريرة رضى الله عنه لما فتح الله مكة قام النبي صلى الله عليه وسلم فى الناس فحمد الله وأثنى عليه وقال ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانما لم تحل لاحد قبلى وانما أحلت لى ساعة من نهار وانما التحل لاحد بعدى لا ينفر صيدها ولا يحتل شوكها ولا تحل ساقطتها الا لمنشد الحديث المنشد المعروف والناشد الطالب قال المصنف

يسبح للنبأ اسماعه * اساخة المنشد للناشد

و يروى يصح وهو بمعناه فالعمل من الاول أنشد الضالة ينشدها وأنشدها انشاد اذا عرفت ما ومن الثانى نشدتها أنشدها نشد وأنشدها بكسر النون اذا طلبتها (ولنا اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم) فى حديث زيد ابن خالد الجهنى وغيره وسئل عن اللقطة فقال (اعرف عقاصها) أى وعاءها من جلد أو خرقه ونحوها (ووكاهها) أى رباطها بالذى شدت به وتقدم فاما أن يقضى العام على الخاص واما أن يتعارض فيجمل

أصحابنا أن مجرد أمر القاضى بالانفق عليه يكتفى للرجوع وانما لم تتبع اللقطة لان القاضى لو رأى المصلحة فى بيع اللقطة بعدما أنفق الملتقط عليها يوما أو يومين فله ذلك ودين الملتقط يؤدى من ثمن اللقطة (قوله لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه حتى بنفقة (قوله ولا تحل لقطعتها الا لمنشدها) يقال أنشدت الضالة أى عرفتها ويقال نشدتها أى طلبتها كذا فى الصحاح ثم معنى الحديث ولا تحل لقطعتها أى لقطعة مكة الا لمنشدها أى لطالبها وهو المالك عند الشافعى رحمه الله وعندنا المراد من المنشد المعروف ولهاذا ذكر فى رواية أخرى ولا يملك لقطعة الامن عرفها والتخصيص بالحرم لبيان أنه لا يسقط التعريف فيه باعتبار أنها للمغرباء ظاهر افيناول ويقول أن مال الكهاذب ظاهر اقل محتج الى التعريف * العفاض الوعاء الذى تكون فيه اللقطة من جلد أو خرقه أو غير ذلك يقال أوكى السقاء اذا شده بالوكاه وهو الرباط الذى يشده (قوله

عليه الصلاة والسلام فى الحرم ولا تحل لقطعتها الا لمنشدها) أقوله بمعناه على الدوام والام تظهر فائدة التخصيص

الثواب (فبذلك كفى سائرهما) أي في سائر الأقطار (وإنما يلزم ما روي) من قوله عليه الصلاة والسلام لا تحل لقطتها إلا لمشدها أي لا يحل التقاطها إلا للتعريف فأن قيل ما وجه تخصيص هذا المعنى بالحرم أجاب بقوله (والخصيص بالحرم) وبيانه أن مكة شرفها الله تعالى مكان الغرباء لأن الناس يأتون إليها من كل فج عريق ثم يتفرون بحيث يسد الرجو ع إليها فالظاهر أنها للغرباء لا يظن عودهم في سنة أو أكثر فينبغي أن يسقط التعريف لعدم الفائدة فالرسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك الوهم بقوله لا يحل رفع لقطتها إلا للتعريف كما هو الحكم في غيرهما من البلاد وقوله (لهما) أي المالک والشافعي رحمه الله حاصله أن الملتقط منازعة من وجهه دون وجهه فيكتفي (٣٥٧) في الحجة بذكر الوصف ولا يحتاج

إلى إقامة البينة (ولنا أن اليد حق مقصود كالملك) بدليل وجوب الضمان في غصب المدير باعتبار إزاله اليد لانه غير قابل للنقل ملكا وقوله (وهذا) أي هذا الحديث الأمر فيه وهو قوله فادفعها (للاباحه) أي وجب حمله على الإباحه (لأجل العمل بالمشهور) وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر فانه لو لم يحمل على الإباحه وحمل على الوجوب لزم التعارض المستلزم للترك ولقائل أن يقول الحل على الإباحه عملا بالمشهور يستلزم عدم جواز الرافع أيضا لأن انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الجواز والجواب أن الشافعي رحمه الله تعالى لم يقل بانتفاء الجواز لانتفاء الوجوب والمصنف رحمه الله تعالى ههنا في مقام الرفع بخلاف أن يدفعه على طريق يلتزمه الخصم

(قال المصنف لا يحل الالتقاط إلا للتعريف) أقول ففي الحديث حذف المضاف

فبذلك كفى سائرهما وإنما يلزم ما روي أنه لا يحل الالتقاط إلا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان أنه لا يسقط التعريف فيبذل مكانه للغرباء ظاهرا (وإذا حضر رجل فادعى اللقطه لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء) وقال مالك والشافعي رحمه الله تعالى يجبر والعلامة مثل أن يسمى وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها هلها من صاحب اليد ينارعه في اليد ولا ينارعه في الملك) فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجهه ولا تشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجهه ولنا أن اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق الاستحجة وهو البينة اعتبارا بالمالك لأنه يحل له الدفع عند إصابة العلامة لقوله عليه الصلاة والسلام فان جاء صاحبها وعرف عقاصها وعددها فدفعها اليه وهذا لا يباحه عملا بالمشهور كل على محمل وهو أولى لكن لا تعارض لانه معناه لا يحل الالتقاط إلا لمن يعرف ولا يحل لنفسه وتخصيص مكة حينئذ لدفع وهم سقوط التعريف بها بسبب أن الظاهر أن ما وجدها من لقطه فالظاهر أنه للغرباء وقد تفروا فلا يفيد التعريف فيسقط كما يسقط فيما يظهر بإباحته فبين عليه الصلاة والسلام أنها كغيرها من البلاد وفي وجوب التعريف وقد ثبت في صحيح مسلم أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لقطه الحاج قال ابن وهب يعني يتركها حتى يحج صاحبها ولا يعمل على هذا في هذا الزمان لغشوا السرقة بمكة من حوالى السكبة فضلا عن التروك والاحكام اذا علم شرعيةها باعتبار شرط ثم علم ثبوت ضده متضمنا مفسدة بتقدير شرعية مع علم انتقطاعها بخلاف العلم بشرعية السبب اذا علم انتفاؤه ولا مفسدة في البقاء فانه لا يلزم ذلك كل مل واضطباع في الطواف لاطهار الجلادة (قوله) وإذا حضر رجل فادعى اللقطه لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك بالقضاء وعند مالك والشافعي) وأحمد (يجبر) واعطاء علامتها أن يجبر عن وزنها وعددها ووكائها ويصيب في ذلك والحق أن قول الشافعي كقولنا والموجب للدفع مالك وأحمد واحتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم فيما أخرجه مسلم في حديث أبي بن كعب عرفها فان جاء أحد يخبرك بعددها ووكائها ووعاءها فاعطه إياها ولا فاسمعه بها وأخرجه أيضا عن زيد بن خالد الجهني وفيه فان جاء صاحبها وعرف عقاصها وعددها فاعطها إياها ولا أنهي لك وأيضاً فان صاحب اليد) وهو الملتقط (انما ينارعه في اليد لا في الملك) لانه لا يدعيه فكانت منازعته من وجهه دون وجهه فيشترط ما هو محجة من وجهه لا من كل وجهه في الوصف المطابق لذلك فاكفى به (ولا يشترط البينة لعدم منازعته) من الوجهين جميعا (ولنا أن اليد حق مقصود كالملك) حتى إن غاصب المدير يضمن قيمته ولم يفوت غير اليد فيكون مثله لا يستحق إلا بالبينة غير أنما أبحناله الدفع عند إصابة العلامة بالحديث الذي روي بناء على أن الأمر فيه لا يباحه جميعا بينه وبين الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر ويأتي أن شاء الله تعالى في الدعوى والمدعي هنا صاحب اللقطه فعليه البينة ثم اذا دفعها بالعلامة فقط يأخذ منه ولنا أن اليد حق مقصود) كالمالك بدليل أنه يجب الضمان في غصب المدير باعتبار إزاله اليد لما أن المدير غير

(قال المصنف العلامة) أقول أي اعطاء العلامة على حذف المضاف (قوله لأن انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الجواز) أقول ذلك عندنا في النسخ وما نحن فيه من قبيل التعارض (قوله والجواب أن الشافعي الخ) أقول وفيه أنه لا بد لنا من المخلص عن ذلك على رأينا فها هو (قوله قال المصنف وهذا بخلاف) أقول قال الاتقاني وقال في فصل القضاء بالمواريث فيه روايتان والأصح أنه على الخلاف على قول أبي حنيفة لا يأخذ الكفيل خلافا لصاحبيه وفي الخلاف ههنا مع اثباته في فصل القضاء كلام متناقض من صاحب الهداية انتهى قال الشارح أكل الدين هذا اذا دفع اللقطه بذكر العلامة أما اذا دفعها بأقامة الحاضر البينة على أنها له ففي أخذ الكفيل عنه روايتان والصحيح أنه لا يأخذ كفيلا انتهى فاندفع التناقض

وقوله (بخلاف التكفيل) لوارث غائب عنده) أي
عند أبي حنيفة رحمه الله
وانما ورد الضمير عليه وان
لم يسبق له ذكر الشهرة
حكم تلك المسئلة هذا اذا
دفع اللقطة بذكر العلامة
أما اذا دفعها بأقامة الحاضر
البينة على انهما ففي أخذ
التكفيل عنه روايتان
والصحيح انه لا يأخذ كفيلة
وقوله (لان المالك ههنا غير
ظاهر) يعني بخلاف ان يكون
المالك هو الذي حضر فلما
أقر الملتقط بانه هو المالك
كان اقراره ملزما للدفع
اليه (وأما المودع فانه مالك
ظاهر) فبالاقرار بالوكالة
لا يلزمه الدفع اليه لانه غير
مالك بيقين ثم في الوديعة اذا
دافع اليه بعد مصادقه
وهلك في يده ثم حضر المودع
وأناكر الوكالة وضمن
المودع ليس له ان يرجع
على الوكيل شيئا وههنا
للملتقط ان يرجع على
القابض لان هناك في زعم
المودع ان الوكيل عامل
للمودع في قبضه له بأمره
وانه ليس بضامن بل المودع
ظالم في تضمينه اياه ومن ظلم
فليس له ان يظلم غيره وههنا
في زعمه ان القابض عامل
لنفسه وانه ضامن بعد
ما ثبت المالك لغيره بالبينة
فيكون له ان يرجع عليه
بما ضمن به هذا كذا في
المبسوط

وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي الحديث وبأخذ منه كفيلة اذا كان يدفعها اليه استيفاؤها وهذا
بالاخلاف لانه يأخذ التكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده واذا صدق قيل لا يجبر على الدفع
كلو كيل يقبض الوديعة اذا صدق وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهر ولا يتصل
باللقطة على غنى لان المأمور به هو التصديق لقوله عليه الصلاة والسلام فان لم يأت يعني صاحبها فليصدق به
والصدقة لا تكون على غنى فاشبه الصدقة المفروضة

كفيلة استيفاؤها قال المصنف وهذا بخلاف لانه يأخذ التكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده
أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيما اذا قسمت التركة بين الغرماء أو الورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث
كفيل عنده وعندهما يؤخذوا للفرق لابي حنيفة ان حق الحاضر ههنا غير ثابت فيمكن أن يكون المالك غيره
فيجيء ويتوارى لا يتخذ فحتمًا بالتكفيل بخلاف الميراث فان حق الحاضر معلوم ثابت وكون غيره أيضا له
حق أمر موهوم فلا يجوز تأخير الحق الثابت الى زمان تحصيل التكفيل بحق موهوم وهذا يدل على ان دفع
الملتقط لو كان بالبينة لا يأخذ كفيلة وهو الصحيح وذكر في جامع قاض يخاف ان فيه ريبا ويتبين والصحيح أنه لا
يأخذ وأورد على المصنف انه في الخلاف في التكفيل في اللقطة وقال في فصل القضاء بالوارث فيه أي في
أخذ التكفيل عند دفع اللقطة روايتان والاصح انه على الخلاف على قول أبي حنيفة لا يأخذ وعلى قولهما يأخذ
هذا اذا دفعه بمجرد العلامة فان صدقه مع العلامة أولا معها فلا شك في جواز دفعه اليه لكن هل يجبر قبل يجبر
لو أقام بيينة وقيل لا يجبر كلو كيل يقبض الوديعة اذا صدق المودع لا يجبره القاضي على دفعها اليه ودفع بالفرق
(بأن المالك ههنا غير ظاهر) أي المالك لا يتخذ هذه اللقطة التي صدق الملتقط مدعيها غير ظاهر والمودع في مسئلة
الوديعة مالك ظاهر وانما أقر الحاضر بحق قبضها واقراره بحق قبض ملك الغير لا يلزمه اقباضه لانه اقرار على
ملك غيره واذا دفع بالتصديق أو بالعلامة وجاء آخر أقام البينة ان له ان كانت قائمة في يد المدعي قضى له بها
وهو ظاهر وان كان ههنا كاخير بين أن يضمن القابض أو الملتقط فان ضمن القابض لا يرجع على أحد وان
ضمن الملتقط ففي رواية لا يرجع على القابض وهو قول الامام أحمد فيما اذا كان الدفع بتصدقه وفي رواية
يرجع وهو الصحيح وجيء قول أحد أن الملتقط اعترف بانه مالكها وصاحب البينة ظلمه بتضمينه فلا يظلم
هو وصار كالمودع اذا صدق الوكيل بالقبض ودفع اليه ثم حضر المودع وأناكر الوكالة وضمنه لا يرجع على
الوكيل لزعمه ان الوكيل قبضه بأمره والمودع ظالم في تضمينه ولنا انه وان صدق في الملك لا يكتفى القاضي بالمالك
للمدعي بالبينة فقد صار مكذبا شرعا بالكذب القاضي فبطل اقراره وصار كأنه دفع بلا تصديق ثم ظهر الامر
بخلافه وصار كقرار المشتري بالمالك للبائع اذا استخف به ببيينة فقضى له به يرجع على البائع ومثل
هذا يجري في اقراره بانه وكيل المودع والذي فرق به في المبسوط أن في زعم المودع أن الوكيل عامل لغيره
وهو المودع في قبضه له بأمره وليس بضامن بل المودع ظلمه في تضمينه اياه ومن ظلم لا يظلم غيره وههنا في زعمه أن
القابض عامل لنفسه وأنه ضامن اذا ثبت المالك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع عليه بما ضمن انتهى (قوله)
ولا يتصدق باللقطة على غنى لان المأمور به هو الصدقة لقوله صلى الله عليه وسلم فان لم يأت يعني صاحبها فليصدق
به والصدقة لا تكون على غنى فاشبه الصدقة المفروضة) والحديث الذي ذكره هو ما رواه البراء في مسنده

قابل للنقل ملوكا (قوله بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله وصورة ذلك ميراث
قسم بين الغرماء أو بين الورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما
يؤخذ والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر ههنا ليس بثابت ولهذا كان له أن لا يدفع اليه المال لان
الكلام في الدفع اليه بذكر العلامة وأما في مسئلة الوارث حق الحاضر معلوم وحق الآخر موهوم وعسى
أن لا يكون فلا يجوز تأخير حق الحاضر الى وقت التكفيل لامر محتمل لا امارة عليه هذا اذا دفع اللقطة بذكر
عسى أن تكون العلامة وأما اذا دفع اللقطة بحكم أن الحاضر أقام البينة على أنها له ففي أخذ التكفيل روايتان
عن أبي حنيفة رحمه الله والصحيح أنه لا يأخذ كفيلة (قوله وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر) فلما لم يكن

أي الأغنياء جمع الميسور
ضد المعسور وقوله (جلاله
على رفعها) أي ليكون حاملا
وباعثا على رفعها (وقوله
(لا طلاق النصوص) يريد
به قوله تعالى ولا تأكلوا
أموالكم بينكم بالباطل
الخ وقوله تعالى ولا تعتدوا
وقوله فمن اعتدى عليكم
(قوله والاباحة للفقير لما
رويناه) يريد به قوله عليه
الصلاة والسلام فليصدق
به (قوله والغنى يحول على
الاخذ) جواب عن قوله ولانه
انما يباح للفقير جلالة على
رفعها (قوله وانتفاع أبي)
جواب عن استدلاله بحديث
أبي رضى الله عنه وقوله
(وهو جائز) أي الانتفاع
للغنى جائز باذن الامام لانه
في محل مجتهد

قال المصنف (وهو جائز
بأذنه) أقول قال الاتقاني
أي الانتفاع بالقطعة بعد
المدة جائز عند الغنى باذن
الامام على وجه يكون قرضا
لوقوعه في محل مجتهد فيه
فان الانتفاع للغنى يجوز
عند الشافعي انتهى وفيه
بحث (قوله أي الانتفاع
للغنى الى قوله في محل الخ)
أقول فيه بحث فان خلاصة
استدلال الشافعي أنه لو لم
يجز أن ينتفع به الغنى لما
أذن رسول الله صلى الله
عليه وسلم لأبي بن كعب
رضي الله عنه به اذ هو
مبغوث لبيان الشرائع ولا
جواب عن ذلك فيما ذكره ولا معنى لابتداء الجزاء عليه الصلاة والسلام على اجتهاد آحاد الإمامة فإستدل

(وان كان الملتقط غنيا لم يجز له أن ينتفع بها) وقال الشافعي يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبي
رضي الله عنه فان جاء صاحبها فادفعها اليه والافان تقع بها وكان من المياسير ولانه انما يباح للفقير جلالة على
رفعها صيانة له والغنى يشار به فيه ولنا أنه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لا طلاق النصوص والاباحة
للفقير لما رويناه أو بالاجماع فيبقى ما وراءه على الأصل والغنى يحول على الاخذ لا جمل افتقار وفي مدة
التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع أبي رضى الله عنه كان باذن الامام وهو جائز
بأذنه (وان كان الملتقط فقيرا فلا بأس بان ينتفع بها)

والدارقطني عن يوسف بن خالد السبتي حدثنا يزيد بن سعد عن سبي عن أبي صالح عن أبي هريرة رضى الله عنه
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقطها فليبيعها فبعت سنة فان جاء صاحبها
فليؤده اليه وان لم يأت فليصدق به فان جاء فليخبره بين الاخر وبين الذي له وفيه يوسف بن خالد السبتي وليس
للملقة قط اذا كان غنيا أن يملكها بطريق القرض باذن الامام وان كان فقيرا فله أن يصرفها الى نفسه
صدقة لا قرضا فيكون فيه للمالك آخر الصدقة تحققة للنظر من الجانبين جانب المالك بحصول الثواب له
وجانب الملتقط كماله كان الفقير غنيا الملتقط ولهذا جاز ذمه الى فقير غير الملتقط وان كان أبا الملتقط أو ابنه أو
زوجته (وان كان الملتقط غنيا لما ذكرنا) من تحققيق النظر من الجانبين وقال الشافعي له أن يملكها
وان كان غنيا بطريق القرض غير معتقر الى اذن الامام (لقوله صلى الله عليه وسلم فان جاء صاحبها فادفعها
اليه والافان تقع بها) قالوا (وأبي كان من المياسير) بدليل ما في بعض رواياته أنه صلى الله عليه وسلم قال
والاف هي كسبيل مالك وظاهر هذا أنه يحكى قوله لسائل يسأله وجاز كون ذلك كان فقيرا ثم هنا ما يدل
على فقر أبي في زمنه صلى الله عليه وسلم وهو ما في الصحيحين عن أبي طلحة قلت يا رسول الله ان الله تعالى
يقول لن تأبوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وان أحب أموالى الى يبرء فأتري يا رسول الله فقال اجعلها في
فقراء قرأتك فجعلها أبو طلحة في أبي وحسان وهذا صريح في أن أبا كان فقيرا لكنه يحتمل أنه أيسر بعد
ذلك الآن قضاي الاحوال اذا طرق اليها الاحتمال سقط بها الاستدلال وأما ما في حديث زيد بن خالد
جاءه رجل يسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف الى أن قال والافسانك بها وفي رواية فهي
لك فهو أيضا من قضاي الاحوال المتطرق اليها الاحتمال اذ يجوز كون السائل فقيرا ولو سلم أن الخطاب
لابي لا يخرج عن قضاي الاحوال ذات الاحتمال اذ المال لا يلزم كونه نصابا وكونه خاليا عن الدين لو كان

ظاهرا جاز أن يكون المالك هو الذي حضر فلما أقر الملتقط بانه هو المالك كان اقراره ملزما يراه الدفع اليه
ثم في الوديعة اذا دفع اليه بعد ما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وأنكر الو كالة وضمن المودع ليس له أن
يرجع على الوكيل بشئ وههنا الملتقط أن يرجع على القابض لان هناك في زعم المودع أن الوكيل عامل
للمودع في قبضه له بامر له وأنه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه ياه ومن ظلم فليس له أن يظلم غيره وههنا
في زعمه أن القابض عامل لنفسه وأنه ضامن بعدما ثبت المالك لغيره بالبينة فكان له أن يرجع عليه بما ضمنه
كذا في المبسوط (قوله جلالة على رفعها) أي ليكون حاملا وباعثا على رفعها (قوله لا طلاق النصوص) لقوله
تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الآن تكون تجارة عن تراض منكم وقوله ولا تعتدوا وقوله
فمن اعتدى عليكم (قوله وانتفاع أبي كان باذن الامام) أي انتفع أبي بحكم القرض باذن الامام وله أن
يقرض اللقطة من الملتقط ومن غيره ولا كلام فيه وانما الكلام فيما اذا انتفع بحكم القرض بغير اذن الامام
على أنه يحتمل أنه علم فقره وحاجته ليدون عليه فاذن له في الانتفاع بها وخالطه بما له ويحتمل أن ماله دون
النصاب ويحتمل أن ذلك المال كان لحربي لأمان له وذلك لان دار الاسلام يومئذ لم يكن فيها منعة وقد

جواب عن ذلك فيما ذكره ولا معنى لابتداء الجزاء عليه الصلاة والسلام على اجتهاد آحاد الإمامة فإستدل

(الآبق أخذه أفضل في حق من يقوى عليه) لمافي من احبائه وأما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل تركه أفضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم أخذ الآبق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم أذرع الآبق اليه بحسبه ولورفع الضال لا يحبس لانه لا يؤمن على الآبق الإباق نانيا بخلاف الضال قال (ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله عليه جعله أربعون درهما وان رده لاقبل من ذلك فحسابه) وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له شيء إلا بالشرط وهو قول

(والآبق أخذه أفضل في حق من يقوى) أي يقدر (عليه لمافي من احبائه) إذا لا بق هالك في حق المولى فيكون الرد احبائه (وأما الضال) هو الذي لم يمتد الى طريق منزله من غير قصد فقيل انه كذلك وقيل تركه أفضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق (ثم أخذ الآبق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه) وهذا اختيار شمس الأئمة السرخسي وأما اختيار شمس الأئمة الحلواني فهو ان الراد بالخيار ان شاء حفظه بنفسه وان شاء دفعه الى الامام وكذلك الضال والضالة الواجد فيهما بالخيار وقوله (ثم اذا دفع الآبق اليه بحسبه) ظاهر وقوله (وانما ان الصابة رضى الله عنهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل

والآبق في اللغة الهرب آبق يابق كضرب يضرب والهرب لا يتحقق إلا بالقصد فلا حاجة الى ما قيل هو الهرب قصد انهم لو قبيل الانصراف ونحوه عن المالك كان قيد القصد مفيدا والضال ليس فيه قصد التغيب بل هو المنقطع عن مولاه لجهله بالطريق اليه (قوله الآبق أخذه أفضل) من تركه (في حق من يقوى عليه) أي يقدر على حفظه حتى يصل الى مولاه بخلاف من يعلم من نفسه العجز عن ذلك والضعف ولا يعلم في هذا الخلاف ويمكن أن يجري فيه التفصيل في اللقطة بين أن يغلب على ظنه تلغه على المولى ان لم يأخذه مع قدرة تامة عليه فيجب أخذه والا فلا واختلف في أخذ الضال قبل أخذه أفضل لمافي من احبائه النفوس والتعاون على البر (وقيل تركه أفضل لانه لا يبرح مكانه) منتظر المولاه حتى يجده ولا يخفى أن انتظاره في مكان غير مترشح عنه ليس بواقع بل نجد الضال يدورون متحيرين ثم لا شك في أن محل هذا الخلاف اذا لم يعلم واجدا الضال مولاه ولا مكانه أما اذا علم فلا ينبغي أن يختلف في افضلية أخذه ورده (قوله ثم أخذ الآبق يأتي به الى السلطان) أو القاضي فيحبسه منعاه عن الإباق لانه لا يستطيع حفظه عن اياقه من الأخذ الا بذلك عادة بخلاف اللقطة أما لو فرض قدرته على ذلك لاحتاج الى السلطان وبهذا الاعتبار خيره الحلواني بين أن يأتي به الى السلطان أو يحفظه بنفسه وعلى هذا الضال والضالة من الأبل وغيرها واذا حبس الامام الآبق فجاء رجل وادعاه وأقام بينة أنه عبده يستحلفه بالله أنه باق الى الآن في ملكك لم يخرج ببيع ولا هبة فاذا حلف دفعه اليه وهذا الاحتمال أنه عرض بعد علم الشهود بثبوت ملكه على وجه زواله بسبب لا يعلمونه وانما يستحلفه مع عدم خصم يدعي لصيانة قضائه عن الخطأ ونظر المن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشترا وموهوب له ثم اذا دفعه اليه عن بينة في أولوية أخذ الكفيل وتركه رايان وكيدفعه بالبينه يدفعه باقرار العبد أنه له ويأخذ من المدفوع اليه هنا كفيلارواية واحدة وينفق عليه مدة حبسه من بيت المال ثم يأخذ من صاحبه فيرده في بيت المال بخلاف الاقبط لا يؤخذ منه اذا كبر مال بيت المال لانه كان مستحقا له بقره وعجزه عن الكسب بخلاف مالك العبد واذا لم يجز للعبد طالب مديته باعه القاضي وأمسك ثمنه بعد أخذ ما أتفق لبيت المال منه فاذا جاء مالكا وأقام بينة وهو قائم في يد المشتري لا يأخذه ولا ينتقض بيع القاضي لانه كحكمه بخلاف الضال اذا طالت مديته فانه يؤجره وينفق عليه من أجرته لانه لا يخشى اياقه فلا يبيعه أما الآبق فيخشى ذلك منه فذلك يبيعه ولا يؤجره وينبغي أن يقدر الطول بثلاثة أيام كما تقدم في الضالة الملتقطة لان داره النفقة مستأصلة ولا نظري في ذلك للمالك بحسب الظاهر (قوله ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله عليه جعله أربعون درهما) فضة توزن سبعة مثاقيل (وان رده لاقبل) من مسيرة سفر فيحسابه وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له شيء إلا بالشرط) بان يقول من رده على عبدي فله كذا كما

الآبق هو المملوك الذي فر من صاحبه ثم رد او عنادا والضال هو الذي ضل الطريق الى منزله (قوله لمافي من احبائه) لان الآبق هالك في حق المولى فيكون الرد احبائه (قوله ثم أخذ الآبق يأتي به الى السلطان) هذا اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وأما اختيار شمس الأئمة الحلواني رحمه الله أن الراد بالخيار ان شاء حفظه بنفسه وان شاء دفعه الى الامام وكذلك الضال والضالة الواجد فيهما بالخيار (قوله الآن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب مادنوها) فقال بعضهم دينار أو اثنا عشر درهما وقال على رضى الله تعالى عنه دينار أو عشرة دراهم وقال عمار رضى الله تعالى عنه ان أخذه في المصرفة عشرة دراهم وان أخذه خارجا من المص

وقال علي رضي الله عنه في جعل الآبق دينار أو عشرة دراهم وقال ابن مسعود رضي الله عنه أربعون درهما وقال عمار بن ياسر رضي الله عنه أن رده في المصر فله عشرة دراهم وأن رده في خارج المصر استحق أربعين (فأوجبنا الأربعين في مسيرة السفر ومادونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا) أي جمع بين الروايات المتعارضة فإن قيل كان الواجب أن يؤخذ بالقل المقادير لتيقنه أجيب بأنه لم يؤخذ بالقل لأن التوفيق بين آقاويلهم يمكن بأن يحمل قول من أفتى بالقل على ما إذا رده مما دون مسيرة السفر وقول من أفتى بالأكثر على ما إذا رده من مسيرة السفر وهذا أولى لأنه يعمل بكل منهما وقوله (والتقدير بالسمع) جواب عن قياس الآبق على الضال في عدم وجوب الجعل وفي قوله (ولأن الحاجة) إشارة إلى نبي

قوله (أهي جمع بين الخ) أقول أي قدر الامكان قال المصنف (ولأن إيجاب الجعل أصله حاصل على الراد الحسبة نادرة) أقول المراد الحسبة المخصوصة فإن فيها من التعب والنصب ما لا يخفى (قوله والتقدير بالسمع) أقول قوله والتقدير مبتدا وقوله بالسمع خبره قال المصنف

(ولسمع بالضال فامتنع) أقول لا يقال هذا ليدل على امتناع إيجاب الأصل بل على امتناع التقدير فليكن الرأي إلى السلطان لا نقول هذا جواب عن قياس الشافعي وما ذكرته يندفع بقوله ولأن الحاجة الخ فتأمل

الشافعي رحمه الله تعالى لأنه متسبب عن منافع فاشبه العبد الضال ولأنان الصمابة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل إلا أن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب مادونها فأوجبنا الأربعين في مسيرة السفر ومادونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا بينهما ولأن إيجاب الجعل أصله حاصل على الراد الحسبة نادرة فتحصل صيانة أموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولأن الحاجة إلى صيانة الضال دونها

أذا ربح بمقتضاه أو عباد الضال الوجه القياس أن الراد تبرع بمنفعته في رده ولو تبرع بعين من أعيان ماله لا يستوجب شيئا فكذا هذا وقولنا قول مالك وأجد في رواية قال المصنف في وجه الاستحسان (ولنا إجماع الصحابة على أصل الجعل الآن منهم من أوجب الأربعين ومنهم من أوجب مادونها) وذلك أنه ظهر القنوي به من غير واحد من حيث لا يخفى فلم ينكره أحد وذلك أن محمد رحمه الله روى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن سعيد بن المرزبان عن أبي عمر والشيباني قال كنت قاعدا عند عبد الله بن مسعود فأتني رجل فقال إن فلانا قدم بآباق من القيوم فقال القوم لقد أصاب أجزا قال عبد الله وجعلنا أن شاء الله من كل رأس أربعين وروى أبو يوسف هذا الحديث عن سعيد نفسه أيضا وروى عبد الرزاق في مصنفه قال أخبرنا سفيان الثوري عن أبي رباح عبد الله بن رباح عن أبي عمر والشيباني قال أصبت غلاما نأيا فأبانا الغين فذكرت ذلك لابن مسعود فقال الآخر والغنية قلت هذا الآخر في الغنية قال أربعين درهما من كل رأس وروى ابن أبي شيبة حدثنا محمد بن يزيد عن أيوب عن أبي العلاء عن قتادة وأبي هاشم أن عمر رضي الله عنه قضى في جعل الآبق أربعين درهما وروى أيضا عن وكيع حدثنا سفيان عن أبي إسحق قال أعطيت الجعل في زمن معاوية أربعين درهما وروى أيضا عن يزيد بن هرون عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب أن عمر رضي الله عنه جعل في جعل الآبق دينار أو اثني عشر درهما وروى أيضا عن يزيد بن هرون عن حجاج عن حصين عن الشعبي عن الحارث عن علي رضي الله عنه أنه جعل في جعل الآبق دينار أو اثني عشر درهما وأخرج هو وعبد الرزاق عن عمرو بن دينار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في العبد الآبق يوجد في خارج الحرم بدينار أو عشرة دراهم وهذا حديث مرفوع مرسل والمفهوم من خارج الحرم في المتبادر القرب لا قدر مسيرة سفر عنه وعن هذا وروى عمار أن أخذه في المصر فله عشرة وان أخذه خارج المصر فله أربعين لعله اعتبر الحرم كما كان الواحد وقول المصنف (الآن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب مادونها) يريد المروى عن عمرو بن علي وقد علمت الرواية عن عمر أيضا أن الجعل أربعين وسنده أحسن من الأخرى والرواية عن علي مضعقة بالحديث المذكور فكانت رواية ابن مسعود أقوى الكل فرجحناها وكذا قال البيهقي في سننه هو أمثل ما في الباب وانما يؤخذ بالقل إذا سوي الأكثر في القوة وقبل انما يؤخذ به إذا لم يمكن التوفيق بين الآقاويل وهنالك يمكن اذ تحمل روايات الأربعين على رده من مسيرة السفر وروايات الأقل على مادونها ويحمل قول عمار خارج المصر على مدة السفر (والتلفيق) الضم لقلت الثوب الفقه اذ اضممت شقة إلى شقة ولأن نصب المقادير لا يعرف الا سماعا فكان للموقوف على الصمابة حكم المرفوع وأصحها حديث ابن مسعود فهو بعد كونه مثبوتا لزيادة راداة العدل مقبولة راجح ولا يخفى ما في هذا (ولأن إيجاب أصل الجعل حاصل على الراد الحسبة) وهو رده احتسابا عند الله تعالى مع ما فيه من زيادة التعب والنصب نادرة فشرع للمصلحة الرجعة إلى العباد من صيانة أموالهم عليهم (وتقدير الجعل) انما يدري (بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع) الحاقه به قياسا ودلالة أيضا لأن الحاجة إلى صيانة الضال في رده

فله أربعين درهما وقال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه حين قدم رجل بآباق من القوم فقال القوم لقد أصاب أجزا وجعلنا أن شاء الله من كل رأس أربعين درهما فخذنا بأجمعناهم في إيجاب أصل الجعل وكفي بأجمعهم بهجور بخنا قول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه في مقداره لأنه قال في مجلسه ذلك واشتهر منه ولم ينكر عليه أحد فان قيل ينبغي أن يؤخذ بالأقل المتعين لا بالأكثر المشكوك قلنا انما يؤخذ بالأقل لأن التوفيق بين آقاويلهم

إلى السلطان

الى صيانة الا بقاء لانه لا يتوارى والا بقاء يختفي ويقدر الرضخ في الردع مادون السفر باصطلاحهما أو
يقوض الى رأى القاضى وقيل تقسم الاربعون على الايام الثلاثة اذهى أقل مدة السفر قال (وان كانت
قيمتها أقل من أربعين يقضى له بقيمتها الا درهمهما) قال رضى الله عنه وهذا قول محمد وقال أبو يوسف رحمه
الله أربعون درهمهما لأن التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف
الصلح على الأقل لانه حط منه ولمحمد أن المقصود حمل الغير على الردع كما مال المالك فينقص درهم

دونها في رد الا بقاء لما في رده من زيادة التحفظ في حفظه والاحتياط في مراعاته كى لا يبق ثانياً ما ليس في رد
الضال منه شيئاً ولو كان الا بقاء لرجلين فصاعداً فالجعل على قدر النصب فلو كان البعض غائباً فليس للحاضر
أن يأخذ منه حتى يعطى تمام الجعل ولا يكون متبرعاً بنصيب الغائب فيرجع عليه لانه مضطر فيما يعطيه لانه
لا يصل الى نصيبه الا به هذا كله اذا رده بلا استعانة فلو ان رجلاً قال لا آخذ من عبدى قد أبق فاذا وجدته خذه
فوجدته فرده ليس له شيء لأن مالكمه استعانت به ووعدته الاستعانة والمعين لا يستحق شيئاً وقوله (ومادونه فيما دونه)
أى أو جبيناً مادون الاربعين فيما دون السفر وذلك لان الماعز قد لا يجاب الجعل بكل من نقل عنه مقدار وذلك هو
الواجب فاذا جلتنا بعضه على مادون السفر كان ذلك حكماً بالاجاب فيما دون السفر لانه ما ذكر ذلك الاعلى انه
واجب (قوله ويقدر الرضخ في الردع مادون السفر باصطلاحهما) أى المالك والراد أو يقوض الى رأى
القاضى يقدره على حسب ما رآه قالوا وهذا هو الاشبه بالاعتبار وقال بعض المشايخ (تقسم الاربعون على
الايام الثلاثة) لكل يوم ثلاثة عشر وثلاث (قوله وان كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له بقيمتها الا درهمهما)
قال المصنف (وهذا قول محمد) وهو قول أبي يوسف الاول كما قال أبو يوسف آخر (له أربعون) وان كانت قيمته
درهماً واحداً ولم يذكر قول أبي حنيفة في عامة كتب الفقهاء وذكر في شرح الطحاوى مع محمد وجه أبي
يوسف (أن التقدير بها ثابت بالنص) أى قول ابن مسعود وهو وجب اتباعهما والمراد بالنص اجماع
الصحابه بناء على عدم مخالفتهم سواه ما لوجوب حمل قول من نقص منها على ما نقص من السفر فلا
ينقص عنها (ولمحمد ان المقصود) من اجاب الجعل (حمل الغير على الردع كما مال المالك فينقص) منه (درهم

يمكن بان يحمل قول من أبقى بالا كثر على ما اذا رده من مسيرة السفر ولأن نصب المقادير بالرى لا يكون فلا
طريق لما ثبت عنهم في الفتوى الا السماع فكان كلامهم روى ما قاله عن النبي عليه السلام والمثبت للزيادة
من الاخبار عند التعارض أولى فلذا أخذنا بالا كثر واذا أتى رجل بعبد أبق فاخذ السلطان لنفسه فجاء
رجل وأقام البيعة أنه عبده فانه يستحقه بالله ما بعته ولا وهبته ثم يدفعه اليه وذلك لانه لما أقام البيعة فقد أثبت
ملكه فيه بالحجة الا أنه يحتمل أن يكون باعه أو وهبه ولا يعرف الشهود ذلك فان قيل كيف يستحقه وليس
ههنا خصم يدعى ذلك قلنا يستحقه صيانة لقضاء نفسه والقاضى مأمور بان يصون قضاءه عن أسباب الخطأ
بحسب الامكان أو يستحقه نظر المن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشترأ وهو بطله فاذا حلف دفعه اليه
وفى أخذ الكفيل من رايته وان وهو الاصح وان لم يكن للمدعى بينة ولو كان أقر العبد أنه عبده فانه يدفعه اليه
ويأخذ منه كفيلاً أما الدفع اليه فلان العبد في يد نفسه وقد أقر أنه مملوك ولو ادعى أنه حر كان قوله مقبولاً
فكذلك اذا أقر أنه مملوك وأما أخذ الكفيل فلان الدفع اليه بما ليس بحجة ثابتة عند القاضى فلا يلزمه ذلك بدون
التكفيل بخلاف الاول فان الدفع هناك بحجة ثابتة عند القاضى كذا في المبسوط واذا كان الا بقاء بين
رجلين فالجعل على علمهما على قدر انصابتهم فان كان أحدهما مولودين حاضراً والاخر غائباً فليس للحاضر أن
يأخذ منه حتى يعطيه الجعل كله واذا أعطاه لم يكن متبرعاً واذا قال الرجل لغيره ان عبدى قد أبق فان وجدته
فخذه فقال المأمور نعم ثم قال ان المأمور وجدته على مسيرة ثلاثة أيام فاخذه ورده على المولى فلا جعل له لان
المولى قد استعان منه في رد الا بقاء وقد وعد الاستعانة والمعين لا يستحق شيئاً (قوله وهذا لا يجوز الصلح على
الزيادة) أى لا يجوز الصلح مع الراد على الزيادة على أربعين لانه يتضمن بطلان التقدير بالثابت شرعاً ولا

اللاحق دلالة لانها تقتضى
التساوى بين الاصل والمحقق
وليس بموجود وقوله
(ويقدر الرضخ) تفصيل
لقوله وان رده لاقل من
ذلك فحسابه فان عملوا
بالقسمة كان لكل يوم ثلاثة
عشر درهماً وثلاث درهم
قيل والاشبه بالتقويض الى
رأى الامام

قال المصنف (الى صيانة
الا بقاء) أقول قوله الى في
قوله الى صيانة الا بقاء الخ
متعلق بالضمير في دونها
لكونها عبارة عن الحاجة

قوله (وأم الولد والمدير في هذا بمنزلة القن إذا كان الردي حياة المولى لم يافيه من احياء هذا) أي في وجوب الجعل (بمنزلة القن) لانهما مما لو كان للمولى وهو يستكسبهما بمنزلة القن وتعليل المصنف رحمه الله بقوله (لم يافيه من احياء ملكه) أولى من تعليل غيره بقوله لم يافيه من احياء المالكية لان أم الولد لأمالية فيها عند أبي حنيفة رحمه الله وقوله (لانهما يعتقان بالموت) باطلا لظاهر في أم الولد في حق المدير الذي لاسعاية عليه وأما الذي عليه السعاية بان لم يكن للمولى مال سواء فكذلك لا يستوجب الجعل على الورثة لان المستسعى كالمالك عند غيره ومردون عندهما ولا جعل لراد المكاتب أو الحر (قوله ولو كان الراد أباً للمولى أو ابنه وهو في عياله) أي كل واحد منهما في عياله ظاهر ولم يذكر جواب ما إذا لم يكونا في عياله والقياس أن يستحق كل من ذى الرحم المحرم الجعل إذا لم يكن في عياله لسكن استحسن فقيل إذا وجد عبد أبيه وليس في عياله فلا جعل له لان رد الآبق على أبيه من جملة الخدمة وخدمة الأب مستحقة عليه فلا جعل له على ذلك وأما إذا وجد الأب عبد ابنه وليس في عياله فلا جعل لان خدمة الابن غير مستحقة على الاب

ليسلم له شيء تحقيقاً للقاعدة وأم الولد والمدير في هذا بمنزلة القن إذا كان الردي حياة المولى لم يافيه من احياء ملكه ولو رد بعد ممانه لا جعل فيه لانهم ما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان الراد أباً للمولى أو ابنه وهو في عياله أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل

ليسلم له شيء تحقيقاً للقاعدة) أي فائدة استحباب الجعل وتعيين الدرهم لان مادونه كسور (وأم الولد والمدير في هذا بمنزلة القن إذا كان الردي حياة المولى لم يافيه من احياء ملكه) وبه تحيما لبيته اما باعتبار الرقبة كفي المدير أو باعتبار الكسب كفي أم الولد عنده لانها لأمالية فيها عنده لكنه أحق باكتسابها (ولو رده بعد ممانه لا جعل له فيه لانهم ما يعتقان بالموت) فيقع رد حراً لملكه على مالكه وهذا في أم الولد ظاهر وكذا المدير ان كان يخرج من الثالث لانه يعتق حينئذ بالموت اتفاقاً وان لم يخرج من الثالث فكذلك عندهما وعند أبي حنيفة يصير كالمالك لانه يسعي في قيمته ليعتق ولا جعل في رد المكاتب لان المولى لا يستفيد برده ملكاً بل استفاد بدل الكتابة فكان رد غير يملكه ويرد غير يملكه لا يستحق شيئا بخلاف القن (قوله ولو كان الراد أباً للمولى أو ابنه وهو في عياله أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل) له وقيد في عياله ان وجع الى الراد أو الى الابن اقضى أن يتقيد نفي الجعل إذا كان الراد ابناً يكونه في عيال المالك أي في نفقته وتربيته وهو غير صحيح لان الابن لا يستوجب جعلاً سواء كان في عيال أبيه المالك أو لا وجملة الحال ان الراد ان كان ولد المالك أو أحد الزوجين على الآخر والوصى لا يستحق جعلاً مطلقاً أما الولد فلان الراد كالبائع من المالك من وجهه وباعتباره يجب وكلا جبر من وجه لانه من باب الخدمة والاب اذا استأجر ابنه لخدمته لا يستحق عليه أجرة لان خدمته واجبة على الابن فوجب من وجهه وانقضى من وجهه فلا يجب بالشك وهذا يغني عن عدم الوجوب وان لم يكن في عياله فإذا كان في عياله فبطريق الأولى وأما أحد الزوجين فان كان زوجاً فالقياس يجب وفي الاستحسان لا يجب لان العادة أن يطلب الزوج عياداً أنه تبرعاً في العرف لانه ينتفع به والثابت عرفاً كالنائب نصاباً وان كان زوجة فلا يجب لهذا ولان الردي بجهة الخدمة بمنعها منه لانها لا تستحق بدل الخدمة على الزوج كالولد والواستأجرها لخدمته لا يجب لها شيء وأما الوصي فانما لا يستحق الجعل برده بسبب التيمم لانه من الحفظ وشأن الوصي أن يحفظ ماله وان كان غيرهم من الاب وباقى الاقارب فان كانوا في عيال المالك لا يجب لهم شيء وان لم يكونوا في عياله وجب لهم لان العادة والعرف ان الانسان انما يطالب الآبق بمن في عياله فكان التبرع منهم ثابتاً عرفاً وهو كالنائب نصاباً

كذلك الصلح على الأقل لان له أن لا يأخذ شيئاً أصلاً فله أن يخط والجواب لمحمد رحمه الله أن المطلق قد يتقيد بدلالة الغرض كالأذن فانه شرع جهرامع أن الاصل في الاذ كالأخفاء فيتعقد النص بما اذا كانت قيمته أكثر من أربعين (قوله تحقيقاً للقاعدة) والجواب عنه أن القاعدة تجعل بالاكتمال لان كسبه يزيد على قيمته ظاهر ولهذا قلنا بوجوب الجعل في أم الولد (قوله وأم الولد والمدير في هذا بمنزلة القن) لانهما مما لو كان للمولى وهو يستكسبهما بمنزلة القن فان قبل الجعل يجب باحياء المالكية ولا مال لأم الولد خصوصاً عند أبي حنيفة ورحمة الله تعالى عليه قلنا المالك أحق بكسبها ولها ماليتها باعتبار كسبها وقد أحياء الراد بالرد فيستوجب الجعل عليه فان مات المولى قبل أن يصل اليه فلا جعل له لانهم ما يعتقان بموته وراد الحر لا يستوجب الجعل وهذا ظاهر في أم الولد وكذا في المدير اذا خرج من الثالث وان لم يخرج فكذلك عندهما لانه حرمدون وعنده يصير كالمالك ولا جعل لراد المكاتب لانه أحق بكسبه فلا يكون راده محيياً لبيته باعتبار الرقبة والكسب (قوله ولو كان الراد أباً للمولى) أو ابنه وهو في عياله (قوله وهو راجع الى أحدهما) أيهما كان لانه ذكر بكلمة أو والجملة في ذلك أن الراد اذا كان في عيال مالك العبد أي في مؤنته ونفقته لا جعل له سواء كان ذلك الراد أباً لأم المالك أو ابنه وأما إذا لم يكن في عياله فعلى التفصيل ان كان الراد ابن المالك فلا جعل له أيضاً وان كان أباه فله الجعل وكفي المبسوط جواب القياس بان الراد الذي هو ذور رحم محرم من المالك يستحق الجعل في جميع ذلك إذا لم يكن في عياله ثم قال ولكنه استحسن فقال اذا وجد عند أبيه وهو

وقوله (فلا يتناولهم اطلاق الكتاب) أي القدوري وهو قوله ومن رد الابق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام قال (وان أبق من الذمرد) أي اذا أبق الابق من الذي أخذ له يرد (فلا شيء عليه) أي لا ضمان عليه لأنه أمانة في يده (لكن هذا اذا شهد) عند الاخذ وقد ذكرناه في اللقطة (ان الاخذ على هذا الوجه ما دون فيه شرعا قال المصنف رحمه الله (وذكر في بعض النسخ) أي نسخ مختصر القدوري (لا شيء له) أي لا جعل للراد اذا

أبق الابق من نفسه (وهو صحيح أيضا لأنه) أي الراد (في معنى البائع من المالك) لان عامة منافع العبد زالت بالابق وانما يستفيد المولى بالرد بمال يجب عليه والبائع اذا هلك في يده المبيع سقط الثمن فكذلك ههنا يسقط الجعل واستوضح ذلك بما ذكره في الكتاب وهو واضح (وكذا اذا مات في يده فلا شيء عليه لما قلنا) انه أمانة عنده (ولو أعتقه المولى) أي أعتقه قبل أن يقبضه (وقت لقائه صار قابضا بالاعتاق) فيجب عليه الجعل وأشار بقوله بالاعتاق الى انه لو دبر مكان الاعتاق لم يصرف قابضا والفرق بينهما ان الاعتاق اتلاف للمالية فيصير به قابضا كالمو أعتق المشتري العبد المشتري قبل القبض وأما التدبير فليس باتلاف للمالية فلا يصير به المولى قابضا الآن يصل الى يده (وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له) وهذا بخلاف الهبة فان المولى لا يصير بها قابضا قبل الوصول الى يده لان في الهبة قبل القبض لم يصل العبد الى يد المولى ولا بدله فلا يكون لها حكم القبض وقوله والرد وان كان له حكم البيع

لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم اطلاق الكتاب قال (وان أبق من الذي رده فلا شيء عليه) لأنه أمانة في يده (لكن هذا اذا شهد وقد ذكرناه في اللقطة قال رضى الله عنه وذكر في بعض النسخ انه لا شيء له وهو صحيح أيضا لأنه في معنى البائع من المالك ولهذا كان له أن يحبس الابق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات في يده فلا شيء عليه لما قلنا قال (ولو أعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق) كما في العبد المشتري وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وان كان له حكم البيع لكنه يبيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع مالم يقبض بخلاف

بخلاف ما ذالم يكون في عماله لان التبرع حينئذ لم يوجد ناصولا عرفا (قوله وان أبق من الذي رده فلا شيء عليه) أي لا ضمان على الراد وفي بعض نسخ القدوري لا شيء له أي لا جعل للراد وكل منهما صحيح (وكذا اذا مات عنده) الآن نفي الجعل يصح بلا شرط لان الجعل كالثمن والراد كالبايع للمالك لانه باقاه كالمالك من حيث فوات جميع الانتفاعات به وبالرد كانه استفادته من جهة فصار كالبائع ولذا كان له حبسه لاستيفاء الجعل والمائع اذا هلك في يده أو أبق وهو عبد سقط الثمن فكذا يسقط الجعل وانتفاء الضمان يشترط له أن يكون أشهد على قول أي حنيقة ومحمد لانه حينئذ صار أمانة عنده كما في اللقطة وقال أبو يوسف لا ضمان عليه أشهد أو لم يشهد اذا قال أخذته لارده والقول قوله في ذلك مع يمينه اذا علم انه كان أبقا فلو أنكر المولى باقاه فالقول له لان سبب الضمان وهو أخذ مال الغير بغير اذنه ظهر من الراد ثم ادعى ما يسقطه وهو اذن الشارع باقاه والمالك منكرو وكذا لا يجب الجعل اذا جاء به وأنكر المولى باقاه الا أن يشهد بشهوده أو يقر من مولاه أو يشهدوا على اقرار المولى باقاه (قوله ولو أعتقه المولى كما لقيه) أي رآه قبل قبضه (يصير بالاعتاق قابضا) فيجب الجعل (كما في العبد المشتري) اذا أعتقه قبل القبض يصير به قابضا ويجب الثمن (وكذا اذا باعه المولى من الراد) أي قبل قبضه يصير به قابضا (لسلامة بدله) وهو الثمن له فان قيل للرد حكم البيع من المالك فيبيع المالك من الراد قبل قبضه يبيع مالم يقبض وهو لا يجوز أجاب بقوله (لكنه يبيع من وجه) لامن كل وجه (فلا يدخل تحت النهي) المطلق (عن بيع مالم يقبض بخلاف) وأورد أن الشبهة ملحقه بالحقيقة في الحرمان أجاب بان هذه شبهة

في عماله وليس في عماله فلا جعل له لان رد الابق على أبيه من جملة خدمته وخدمة الاب مسخرة على الابن فاما اذا وجد الاب عبدا بنه فان كان في عماله ابنه فلا جعل له لان أبق الرجل انما يطلبه من في عماله ولهذا ينفي عليهم فلا يستوجب مع ذلك جعل آخر وان لم يكن الاب في عماله فله الجعل لان خدمة الابن غير مسخرة على الاب (قوله يتبرعون بالرد عادة) فان قيل طلبهم الجعل دليل على أنهم لم يتبرعوا قلنا من الجائز أنهم تبرعوا في الردم ثم بدوا البعض اسباب فعلى هذا الوجه لا يجب فلا يجب بالشك والاحتمال (قوله فلا يتناولهم اطلاق الكتاب) يعني قوله ومن رد الابق على مولاه (قوله هذا اذا شهد) وان ادعى أنه أخذ للرد ولكن تولد الاشهاد مع الامكان فهو على الخلاف المذكور في اللقطة هذا اذا علم أنه كان أبقا وان أنكر المولى أن يكون العبد أبقا فالقول قوله لان السبب الموجب للضمان قد ظهر من الاخذ وهو ادعى الاذن من المالك في أخذه وأنكر المالك على هذا لارده فانكر المولى أن يكون عبده أبقا فلا جعل له الا أن يشهد بالشهود بانه أبق من مولاه وأن مولاه أقر باقاه فحينئذ يجب له الجعل كذا في المبسوط (قوله في بعض النسخ) أي في نسخ المختصر للقدوري رحمه الله تعالى ولو أعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بخلاف ما اذا برده وكذا اذا باعه من الراد أي يصير قابضا ويجب الجعل بخلاف ما اذا وهبه من الراد حيث لا يصير قابضا قبل الوصول الى يده (قوله والرد وان كان له حكم البيع لكنه يبيع من وجه) جواب لسؤال يرد بناء على قوله لانه في معنى البائع من المالك فكان ينبغي

جواب عما يقال قد قلتم من قبل ان الرد في معنى البيع من المالك ثم جوز بيع المالك من الراد قبل أن يقبضه فيجب أن لا يجوز لادخله تحت النهي الوارد عن بيع مالم يقبض وتقرير الجواب ان النهي عن ذلك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والرد ليس ببيع كامل بل هو بيع من وجه من حيث إعادة ملك التصرف اليه فقط لان ملك الرقبة لا يزول عن المولى بالابق فلا يكون داخل تحت النهي فيكون جائزا

وقوله (وينبغي اذا اخذته ان يشهد انه اخذ له يردده) ظاهر وقوله (فان كان الا بق رهنا) سيأتي الكلام فيه في الرهن ان شاء الله تعالى وقوله (والجعل بمقابلته احياء المالمية) فيه نظر (٣٦٦) لانه يلزمه اذ ارد ام الولد وماتت احياء المالمية عند أبي حنيفة وأوجب بانه لا مالمية فيها

قال (وينبغي اذا اخذته ان يشهد انه ياخذ له يردده) فلاشهاد حتم فيه عليه على قول أبي حنيفة ومحمد حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد اماره انه اخذ له لنفسه وصار كما اذا اشترى من الاخذ وانما به أو ورثه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا شهد انه اشترى له يردده فيكون له الجعل وهو متبرع في أداء الثمن (وان كان الا بق رهنا فالجعل على المرتهن) لانه احياء مالمية بالرذوى حقها الاستيفاء منها والجعل بمقابلته احياء المالمية فيكون عليه والرذوى حياة الراهن وبعده سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين أو أقل منه فان كنت أكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن لان حقها بالقدر المضمون فصار كمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء وان كان مديونا

الشبهة ولا عبرة بينهما وهذا لانه لو شرط رضا المالك كان الثابت الشبهة لانه ملكه حقيقة فمع عدم الرضا الثابت شبهة الشبهة (قوله وينبغي اذا اخذته ان يشهد انه ياخذ له يردده) قال المصنف (فلاشهاد حتم فيه) أي في أخذ الا بق (عليه) أي على الاخذ (على قول أبي حنيفة ومحمد) وتفسير بعضهم حتم بانه واجب تساهل والا يلزم بتركه استحقاق العقاب ونقطع بانه اذا اخذ بقصد الرد الى المالك واقف ان لم يشهد لانما عليه وانما الاشهاد شرط عندهما خلافا لابي يوسف لاستحقاق الجعل واسقوط الضمان ان مات عنده أو بق (لان ترك الاشهاد اماره انه اخذ له لنفسه فصار كالمشتري) الراد (من الاخذ وانما به) منه (فردده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه) لانه بالشراء والانتهاج قاصدا لملكه ظاهر اف يكون غاصبا في حق سيده فرد لا سقط الضمان عن نفسه وهذا معنى قوله رده لنفسه وكذا الوأوصى له به أو ورثته في كل ذلك يكون قابضاً لنفسه فيضمنه فاداره لا جعل له لانه لنفسه لانه يسقط الضمان عن نفسه الا أن يشهد عند الشراء من الاخذ انه انما اشترى به لارده على المالك لانه لا يقدر على رده الا بشرائه فيثبت (يكون له الجعل) ولا يرجع على السيد بشئ من الثمن لانه متبرع به كالموأنفق عليه بغير اذن القاضي (قوله وان كان الا بق رهنا فالجعل على المرتهن) لان بالرذوى مالمية ومالمية حق المرتهن لان الاستيفاء منها والجعل على من حيث له المالمية ألا ترى ان بالباقي سقط دين المرتهن كما بالموت وبالعود عاد الدين وتعلق حقه بالرهن استيفاء من مالمية كالموأنفق الشاة المرهونة فديع جلداه فان الدين يعود به (والرذوى حياة الراهن وموته سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا) أي كون الجعل على المرتهن (اذا كان قيمة العبد مثل الدين أو أقل فان كانت أكثر من الدين) قسم الجعل على الراهن والمرتهن فما أصاب الدين على المرتهن وما بقى على الراهن مثلاً الدين ثلثمائة وقيمة الرهن أربعمائة يكون على المرتهن ثلاثون وعلى الراهن عشرة وصار الجعل كمن دواء الرهن وتخليصه من الجناية بالفداء ان كان الدين أكثر من قيمته انقسم انقساماً عليهما كذلك (قوله وان كان مديونا) أي ان كان العبد الا بق مديونا

أن لا يجوز بيع المالك منه قبل القبض بانه يبيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض بخلاف قبل الشبهة المحقة بالحقيقة في الحرمان قلنا هذه شبهة الشبهة ولا عبرة لها وهذا لانه لو شرط رضي المالك تنصيصاً لتحقيق الشبهة لانه ملكه حقيقة فعند عدم الرضا تحقق شبهة الشبهة (قوله لان ترك الاشهاد اماره انه اخذ له لنفسه) لان الاصل ان يكون الانسان عاملاً لنفسه (قوله لانه رده لنفسه) لانه لا يخلو هذا صار ضماناً لمساوده كان رده لا سقط الضمان عن ذمته فكان راداً لنفسه والمراد من الشراء صورته والافهذ التصرف لا يكون شراً حقيقة لعدم المالك فكذلك الانتهاج والارث (قوله فصار كمن الدواء) يعني مداواة الجروح والقروح ومعالجة الامراض والغذاء من الجناية ينقسم على الامانة والمضمون فكذلك هذا (قوله وان كان مديونا) أي العبد الا بق اذا كان مديوناً بان كان ماذوناً فله في التجارة واستهلاك مال الغير

باعتبار الرقبة ولها مالمية باعتبار كسبها لانه أحق بكسبها وقد احياء الراد ذلك برده (قوله وان كان مديونا) أي العبد الا بق اذا كان مديوناً بان كان ماذوناً فله في التجارة أو استهلاك مال الغير وأقر به مولاه (قوله كالموقوف) يعني بين أن يستقر على المولى متى اختار قضاء الدين وبين أن يصير للغرماء متى اختار البيع وما توقف المالك في العبد لتوقف مائة المالك وهو الجعل (قوله وان كان) أي الا بق (وهو باق الجعل على الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد) وانما ذكر ان الواسلة هذه لدفع شبهة ترد على ما ذكر قبله بقوله فتجب على من يستقر المالك له وبقوله فعلى المولى ان يختار الفداء فعلى كلا التقديرين كان ينبغي أن يجعل الجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين في حقه ووجه الدفع (أن المنفعة الواهب ما حصلت بالرذوى) أي برذوى (بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد) من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذي يمنع الواهب عن الرجوع في هبته فلا يجب الجعل على الواهب لذلك فان قيل

المنفعة حصلت للواهب بالجموع وهو ترك الموهوب له الفعل ورد الراد أوجب بانه كان كذلك لكن ترك الموهوب له الفعل آخرهما وجودا فيضاف الحكم اليه كافي القرابة مع المالك فيضاف العتق الى آخرهما وجودا كذا هذا

فعلى المولى ان يختار قضاء الدين وان يبيع بدئى بالجعل والباقي للغرماء لانه مؤنة الملك والمالك فيه كالموقوف
فحبب على من يستقره وان كان جائيا فعلى المولى ان يختار القداء لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء ان يختار
الدفع لعودها اليهم وان كان موهوباً فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد لان المنفعة للواهب
ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان لصي فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه وان رده
وصيه فلا جعل له لانه هو الذى يتولى الرد فيه

بان كان مأذوناً فله حق في التجارة دين أو تلف مال الغير واعترف به المولى فالجعل على من يستقر الملك له لانه
مؤنة الملك والمالك في العبد بعد مباشرة سبب الدين كالموقوف ان اختار المولى قضاء دينه كان الجعل عليه
لان الملك استقر له وان اختار بيعه في الدين كان الجعل في الثمن بيد أبيه قبل الدين لما قلنا انه مؤنة الملك والباقي
لغرماء فظاهر ان قول المصنف (فيجب) أى الجعل على من يستقر له الملك تجوز فانه لا يجب على المشتري
وكاؤه جعل ملك مثله بمنزلة ملكه (وان كان) أى العبد (جائياً) أى حتى خطأ فلم يدفعه مولاه ولم يفده
حتى أبق فرد من مسيرة ثلاثة أيام فهو على القياس يكون الجعل على من سيصير له ان اختار المولى فداء فهو
عليه لعود منفعة اليه فان اختار الدفع الى أولياء الجناية فعليه لعودها اليهم ولو كان قتل عداً فابق ثم رد
لا جعل على أحد أما المولى فلا أنه ان قتل لم يحصل له بالرد منفعة وان عفا عنه فالحاصل بالعفو وأماولى
القصاص فان قتل فالحاصل له التشفي لالمالية وان عفا فظاهر (وان كان موهوباً) فان أبق بمن وهب له
ثم رد (ف) الجعل (على الموهوب له) سواء رجع الواهب في هبته بعد الرد أو لا أما اذا لم يرجع فظاهر
وأما ان رجع بعد الهبة فلا أنه وان حصلت له المالية لكن لم تحصل بالرد بل بترك الموهوب له التصرف في العبد
بعد رده مما يمنع رجوعه من بيعه وهبته وغير ذلك وأورد عليه انه حصل بالجمع من ذلك ومن الرد أوجب
بان التبرك آخر جزأى العلة واليه اضافة الحكم وأما الجواب بانه اذا ثبت بالكل لا يكون بالرد وحده فلا يدفع
الوارد على المصنف بل يقرره (وان كان) الأبق (لصبي فالجعل في ماله) لما تقدم (انه مؤنة ملكه
وان رده وصيه فلا جعل له) وقد بيناه في التقسيم وكذا اليتيم يعوله رجل فرداً بقاله لانه اذا كان تبرعه
بمؤنته من مال نفسه فكيف لا يتبرع له بما هو دونه مع ان العرف فيه التبرع وفي الكافي للحاكم أبق أمية
والها ولد رضيع فردهما رجل له جعل واحد فان كان ابناً قارب الحلم فله ثمانون لان من لم يراهق لم يعتبر ابناً
وفي الذخيرة والمحيط لو أخذ ابناً فغصبه منه آخر وجابه الى مولاه وأخذ جعله ثم جاء آخر وأقام بينة انه أخذه
ياخذ الجعل منه ثانياً ويرجع السيد على الغاصب بما دفع اليه ولو جاء بالأبق من مسيرة سفر فلما دخل
البلد أبق من الأخذ فرداه آخر فرداه الى سيده ان جاءه من مدة السفر فالجعل له وان وجدته لأقل فجابه
لا جعل لواحد منهم ما وفي الميسوط لا جعل للسلطان والشحنة أو الخفير في رد الأبق والمال من قطاع الطريق
لوجوب الفعل عليهم والاولى أن يقال لا نخذهم العطاء على ذلك ونصهم له

وأقر به مولاه (قوله فعلى الموهوب له وان رجع الواهب) أى يجب الجعل على الموهوب له وان رجع
الواهب في هبته بعد الرد وانما ذكر هذا الدفع شبهة ترد على ما ذكر قبله فيجب على من يستقر الملك له وقوله
فعلى المولى ان يختار القداء لعود المنفعة اليه فعلى هذا كان ينبغي أن يجب الجعل على الواهب لوجوده هذين
المعنيين في حقه فاجاب عنه بان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد أى بترك الموهوب له التصرف فيه
بعد الرد من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذى يمنع الواهب عن الرجوع في هبته فلا يجب الجعل على
الواهب لذلك فان قيل المنفعة حصلت للواهب بالجمع وهو الرد وترك الموهوب له التصرف قلنا نعم ولكن
ترك الموهوب له التصرف آخرهما وجودا فيضاف الحكم اليه كفى القرابة مع الملك فيضاف اعتق الى
آخرهما وجودا كذا هنا (قوله لانه هو الذى يتولى الرد) وكذلك ان كان اليتيم في حجر رجل يعوله
فجابه ذلك الرجل فلا جعل له لانه هو الذى يطلبه عادة وكذلك لا جعل للسلطان اذا رد ابناً والله تعالى أعلم

وقوله (وان كان لصبي الى
آخره) طاهر وبالله التوفيق

* (كتاب المفقود) * قد تقدم وجهه مناسبة كرهذا الكتاب هنا والمفقود مشتق من الفقد وهو في اللغة من الاضداد يقال فقدت الشيء أي أضلته وفقدته أي طلبته وكل المعنيين متحقق في المفقود فقد ضل عن أهله وهم في طلبه وذكري في الكتاب ما يدل على مفهومه الشرعي وهو قوله (إذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع (٣٦٨) ولم يعلم أي هو أم ميت) وقوله (نصب القاضى من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفى حقه) إشارة إلى بيان حكمه في الشرع وكلامه واضح

* (كتاب المفقود) *

(إذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم أي هو أم ميت نصب القاضى من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفى حقه) لأن القاضى نصب ناظر السكلى عاجز عن النظر لنفسه والمفقود به هذه الصفة وصار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظرا له وقوله يستوفى حقه لاختفاء أنه يقبض غلاته والدين الذى أقربه غريم من غرمائه لأنه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لأنه أصيل في حقوقه ولا يتخاصم في الذى تولاه المفقود ولا في نصيبه في عقار أو عرض في يد رجل لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه إنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى وأنه لا يملك الخصومة بخلاف انما الخلاف في الوكيل في الدين وإذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وأنه لا يجوز الا اذاراه القاضى وقضى به لأنه مجتهد فيه

* (كتاب المفقود) *

هو الغائب الذى لا يدري حياته ولا موته (قوله إذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم أي هو أم ميت نصب القاضى من يحفظ ماله ويقوم عليه) أي على ماله (ويستوفى حقوقه) لأن القاضى نصب ناظر السكلى عاجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عنه فصار كالصبي والمجنون) فعلى القاضى أن يفعل في أمرهم ما ذكرنا لما ذكرنا (وقوله) أي قول القدرى (يستوفى حقوقه) يريد أنه يقبض غلاته والدين الذى أقربه غريم ويتخاصم في دين وجب بعقده) أي بعقد الذى نصبه القاضى (لأنه أصيل في حقوق عقده ولا يتخاصم في الدين الذى تولاه المفقود ولا في نصيبه في عقار أو عرض في يد رجل) ولا في حق من الحقوق إذا اجتهد من هو عنده أو عليه لأنه ليس بمالك ولا نائب إنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى وهو لا يملك الخصومة بل خلاف انما الخلاف في الوكيل يقبض الدين من جهة المالك) عند أبي حنيفة يملك الخصومة فيه وعندهما لا يملك (وإذا كان كذلك) يعني إذا كان وكيل القاضى لا يملك الخصومة (فلو قضى بخصومته كان قضاء على الغائب) والوجه أن يقول للغائب والقضاء عليه فيما لو ادعى انسان على المفقود دينا أو دعيعة أو شركة في عقار أو رقيق أو رذابيع أو مطالبة لاستحقاق لا تسمع الدعوى ولا البيعة لانها انما يسمع على خصم والوكيل ليس خصما والورثة انما يصيرون خصما بعد موت المورث ولم يظهر موته بعد فيكون قضاء على الغائب (وهو لا يجوز الا اذاراه القاضى) أي اذار أي القاضى المصلحة في الحكم للغائب وعليه بالصواب

* (كتاب المفقود) *

هو غائب لم يدرك موضعه وحياته وموته (قوله والمفقود به هذه الصفة) أي عاجز عن اقامة مصالحة (قوله وجب بعقده) أي بعقد القائم مقام المفقود (قوله ولا في نصيبه في عقار أو عرض) بأن كان الشيء مشتركا بين المفقود وغيره لا يكون منصوب القاضى خصما فيه بل بجحد (قوله انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين عند أبي حنيفة) قوله تعالى عليه يملك الخصومة وعندهما الا والوكيل بالقبض من جانب القاضى لا يملك الخصومة اتفاقا وإذا كان كذلك يتضمن الحكم به أي بثبوت ما ادعاه من خصم من يحفظ ماله بأي جهة كانت قضاء على الغائب وليس للقاضى أن يقضى على الغائب وللغائب الا اذا كان عنه خصم حاضر عندنا وكذا لا ينبغي للقاضى أن ينصب وكيل عن الغائب وللغائب ولكن لو فعل ذلك ينفذ قضاؤه (قوله الا اذاراه القاضى) أي لو كان القاضى ولا ذلك وراه ونفذ الخصومة بينهم فيه يجوز حينئذ لأنه يصير

حقه) إشارة إلى بيان حكمه في الشرع وكلامه واضح (قوله ولا في نصيبه في عقار أو عرض في يد رجل) بأن كان الشيء مشتركا بين المفقود وغيره (قوله أنه) أي الوكيل من جهة القاضى (لا يملك الخصومة بخلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين) فإنه عند أبي حنيفة رحمه الله يملك الخصومة وعندهما لا يملكها (وإذا كان كذلك) يعني أن وكيل القاضى لم يملك الخصومة كان حكم القاضى بتنفيذ الخصومة قضاء بالدين للغائب والقضاء على الغائب وللغائب لا يجوز لأن القضاء لقطع الخصومة والخصومة من الغائب غير متصورة (الا اذاراه القاضى) أي جعل ذلك رأياه وحكمه فيثبت ويجوز لأن القضاء اذا لاقى فضلا مجتهدا فيه نفذ فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي أن يتوقف نفاذه على امضاء قاض آخر كإلو كان القاضى محددا في قذف أجيب بأن المجتهد فيه سبب للقضاء وهو ان البيعة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أولا فإذا رآها القاضى حجة وقضى

* (كتاب المفقود) * (قوله وهو في اللغة من الاضداد الخ) أقول أنت خبير بان الطلب ليس ضد الاضلال الا أن يكون إطلاق الضد توسعا بناء على ان الطلب سبب للوجدان فأقيم مقامه فليست أم قال المصنف (يتضمن الحكم به قضاء على الغائب) أقول فيه شيء والظاهر أن يقال قضاء الغائب (قوله والقضاء على الغائب والغائب لا يجوز) أقول في فصل

ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضى لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى (ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها) لانه لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ماله ملا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن قال (و ينفق على زوجته وأولاده من ماله) وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد بل يعم جميع قرابة الاولاد الاصل أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضى ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والعشاء على الغائب تمتنع في الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار

بما نفذ قضاؤه كالموقوف
بشهادة المحدود في القذف
(قوله ثم ما كان يخاف عليه
الفساد يبيعه القاضى)

القضاء بالمواريث من شرح
الاتقاني وأحال على المختلف
انه قيل يجوز القضاء للغائب
عندهما ولا يجوز عنده

فحكم فانه ينفذ لانه مجتهد فيه فان قيل ينبغي أن لا ينفذ حتى يرضيه قاض آخر لان نفس القضاء مجتهد فيه كولو كان القاضى محدودا في قذف فان نقاذ قضاءه موقوف على أن يرضيه قاض آخر أجيب بمنع أنه من ذلك بل المجتهد بسببه وهو هذه البيعة هل تكون حجة للقضاء من غير خصم حاضر أم لا وإذا قضى بما نفذ كالموقوف بشهادة المحدود في قذف وفي الخلاصة الفتوى على هذا (ثم ما كان يخاف عليه الفساد) كالثمار ونحوها (يبيعه القاضى لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر للغائب بحفظ معناه) ولا يبيع ما لا يخاف فسادا منقولا كان أو عقارا (في نفقة ولا غيرها) لان القاضى لا ولاية له على الغائب الا في الحفظ (وفي البيع ترك حفظ الصورة بلا ملجئ فلا يجوز ان لم يكن له مال الا عروض أو عقار أو خادم واحتاج ولده أو زوجته الى النفقة لا يباع بخلاف الوصى فانه يبيع العروض على الوارث الكبير الغائب لان ولايته نائمة فمما يرجع الى حق الموصى وبيع العروض فيه معنى حقه وورعما يكون حفظ الثمن للاتصال الى ورثته أيسر وهنا لا ولاية للقاضى على المفقود الا في الحفظ وفي المبسوط وقال أبو حنيفة ان كان له أب محتاج فله أن يبيع شيئا من عروضة وينفقه عليه وليس له بيع العقار وهو استحسان وفي القياس ليس له بيع العروض وهو قوله ما وذكركم حتى أن محمد اذ كر قول أبي حنيفة في الامالى وقال هو حسن وجه الاستحسان ان الاب وان زالت ولايته بقي أثرها حتى صح استيلاؤه جاريتا منه مع أن الحاجة الى ذلك ليس من أصول الحوائج وإذا ثبت بقاء أثر ولايته كان كالموصى في حق الوارث الكبير وللوصى بيع العروض دون العقار (وينفق على زوجته وأولاده من ماله) يعنى الحاصل في بيته والواصل من ثمن ما يتسارع اليه الفساد ومن مال مودع عند مقردين على مقر قال المصنف (وليس هذا مقصورا على الاولاد) قلت ولا هو على اطلاقه فيهم بل يعم قرابة الاولاد يعنى من الاب والجدوان علا (والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضى ينفق عليه من ماله عند غيبته) لان لهم أن يأخذوا حاجتهم بيدهم من ماله اذا كان جنس حقهم من النقود واليابس فكان اعطاء القاضى ان كان المال عنده أو تمكينهم ان كان عندهم اعانة لقضاء على الغائب فانهم كانوا مافونين شرعاً أن يتناولوا بانفسهم (وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله) فمن الاول أعنى المستحقين بالقضاء (الاولاد الصغار والاناث الكبار) اذا لم يكن لهم مال وكذا الاب والجد والزمنى من الذكور الكبار فكل من له مال لا يستحق النفقة عليه في حال حضوره فضلا عن غيبته الا لزوجته فانها تستحق وان كانت غنية لان استحقاقها بالعقد والاحتباس واستحقاق غيرها

قضاؤه في فصل مجتهد فيه فينفذ فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي أن يتوقف نقاذه على امضاء قاض آخر كولو كان القاضى محدودا في قذف قلنا المجتهد فيه سبب القضاء وهو أن البيعة هل تكون حجة بلا خصم حاضر أم لا فاذا رآه القاضى حجة وقضى بما نفذ قضاؤه كالموقوف بشهادة المحدود في القذف (قوله ثم ما كان يخاف عليه الفساد) كالثمار ونحوها (قوله ومعناه) أى ماله فحصل ماله في بيته في ثمنه فلذلك يامر بحفظ ثمنه (قوله وهو ممكن) أى حفظ الصورة ممكن (قوله في الاول) وهم الذين يستحقون النفقة بغير قضاء (قوله ومن الثاني) وهم الذين لا يستحقون النفقة بغير قضاء الاخ والاخت والحال فانه لا تجب نفقة هؤلاء الا بقضاء أو

بظاهر (قوله ومن الثاني الاخ والاخت) انما كان من الثاني لانها نفقة ذى الرحم المحرم وهى مجتهد فيها فلا تجب الا بالقضاء والرضا
ولهذا لم يكن لهم الاخذ بدون القضاء (٣٧٠) او الرضا وقوله (فاذا لم يكن ذلك) يعنى الملبوس والمطعم وفى ماله (قوله وهذا)

أى الذى ذكرناه من اتفاق
القاضى عليهم من الدراهم
والدنانير (اذا كانت فى يد
القاضى) قوله (وهذا)
أى الاحتياج الى الاقرار
(انما هو اذا لم يكونا) أى
الدين والوديعة أو النكاح
والنسب جعل الدين
والوديعة شيئا واحدا والنكاح
والنسب كذلك فلذلك
ذكرهما بلفظ التثنية
(قوله هذا هو الصحيح)
احتراز عن جواب القياس
وهو قول زفر لانه لا ينطق
منهما ما عليهم بالاقرار لان
اقرار المودع ليس بحجة على
الغائب وهو ليس بخصم
عن الغائب ولا يقضى على
الغائب اذ لم يكن عنده خصم
حاضر ولكننا نقول المودع
مقر بان مافى يده ملك الغائب
وان للزوجة والولد حق
الاتفاق منه واقرار الانسان
فيما في يده معتبر فينتصب
هو خصما باعتباره مافى يده ثم
يتعدى القضاء منه الى المفقود
وقوله (لان القاضى نائب
عنه) اعترض عليه بان
القاضى نائب عن الغائب
فى القبض للحفظ ولا حفظ فى
القبض للاتفاق على هؤلاء
فلا يكون نائباً وأجيب
بان القاضى نائب عنه فى
ايفاء ما عليه من الحقوق كما
هو نائب عنه فى الحفظ ولهذا
جاز له أن يوفى ما عليه من

ومن الثاني الاخ والاخت والحالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم فى المطعم
والملبوس فاذا لم يكن ذلك فى ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهى النقدان والتبر بمنزلة ما فى هذا الحكم لانه
يصلح قيمة كالمضروب هذا اذا كانت فى يد القاضى فان كانت وديعة أو ديناً ينطق عليهم منها اذا كان المودع
والمدينون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضى فان كانا ظاهرين
فلا حاجة الى الاقرار وان كان أحدهما ظاهراً والوديعة والدين أو النكاح والنسب يشترط الاقرار بما ليس
بظاهر هذا هو الصحيح فان دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضى يضمن المودع ولا يبرأ المدينون
لانه ما أدى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بأمر القاضى لان القاضى نائب عنه

بالحاجة وهى تنعدم بالغنى (ومن الثاني) يعنى من لا يستحق الا بالقضاء (الاخ والاخت والحالة)
وتحومهم من قرابة غير الولاد (وقوله) أى قول القدرى (من ماله يعنى الدراهم والدنانير لان حقهم
فى المطعم والملبوس فاذا لم يكن فى ماله) عين المطعم والملبوس (يحتاج الى القضاء بالقيمة وهى النقدان
والتبر) أى غير المضروب (كذلك لانه يصلح قيمة كالمضروب) وهذا اذا كانت الدراهم والدنانير والتبر فى
يد القاضى (فان كانت وديعة أو ديناً ينطق عليهم منها) ان كان المودع مقر بالوديعة والنكاح والنسب
والمدينون كذلك مقر بالدين والنكاح والنسب (وهذا) يعنى اشتراط اقرارهما بالنكاح والنسب (اذا
لم يكونا ظاهرين) عند القاضى (فان كانا ظاهرين) معروفين له (فلا يحتاج الى اقرارهما بما لو كان
الظاهر عنده أحدهما والوديعة والدين أو النكاح والنسب) جعل كل اثنين واحداً (يشترط اقرار) من فى
جهة المال بالآخر الذى ليس بظاهر اذ فى الاول عند القاضى أن هذه زوجته وهذا ولده وفى الثاني بان له
عندى وديعة أو على دينه (وقوله هذا هو الصحيح) احتراز عن جواب القياس الذى قال به زفر لأن هذا
اختلاف الروايتين قال لا ينطق من لوديعة شيئا عليهم لان اقرار المودع بذلك ليس بحجة على الغائب وهو ليس
خصماً عن الغائب ولا يقضى على الغائب بخاصه ومثل هذا فى الدين أيضاً قلنا المودع مقر بان مافى يده
ملك الغائب وان للولد والزوجة حق الاتفاق منه واقرار الانسان بما في يده معتبر فينتصب هو خصماً باعتباره
مافى يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود ومثل هذا القياس ليس فى الوديعة والدين خاصة بل فى جميع أموال
المفقود وقد يقال أيضاً فى جوابه نعم القياس ما ذكرنا لكنه استحسننا ذلك بحديث هند أم أبي سفيان وقد
أسلفناه قال فيه خذنى من ماله ما يكفيك ويكفى بنيتك بالمعروف اذ هو يقدم مطلقاً جواز الاتفاق من مال
الغائب لمن تجب له النفقة من الزوجة والولد ثم اذ ثبت فى الزوجة والولد على خلاف القياس لا يلحق به قرابة غير
الولد بالقياس وثبوت نفقة الاب بالدلالة لان حقها فيه آكد من حق الولد فان الولد لا يستحقها بمجرد الحاجة بل
اذا كان عاجزاً عن الكسب والاب يستحقها بمجرد اهانته وان كان يقدّر على الكسب (قوله ولودفع المودع
بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضى يضمن المودع ولا يبرأ المدينون لانه ما أدى الى صاحب الحق ولا الى
نائبه بخلاف ما اذا دفع بأمر القاضى لان القاضى نائب عنه) فكان له أن يأمر هؤلاء بالقبض وليس القاضى
نائباً فى الحفظ فقط بل فيه وفى ايفاء ما عليه من الحقوق أيضاً مما لا يحتاج فى ثبوته عنده الى سماع بينة ولذا
جاز له أن يوفى ما عليه من دين اذا علم بوجوبه بخلاف المودع فانه المأمور بالحفظ فقط فيضمن اذا أعطاهم
بلا أمره فان قيل ينبغي أن لا يضمن المودع اذا دفعها اليهم لانه لو رد الوديعة الى من فى عيال المودع برئ أجيب
بان ذلك اذا دفعها اليهم للحفظ عليه لا للاتلاف والاحسن أن يأخذ القاضى منها كغيره لا لاحتقاله انطلقها

رضاء لانه مجتهد فيه ولهذا لم يكن لهم الاخذ من غير قضاء أو رضاء (قوله فان كانا ظاهرين) أى الدين
والوديعة والنسب والنكاح جعل الوديعة والدين واحداً والنسب والنكاح واحداً فلذلك ذكرهما بلفظ
التثنية (قوله هو الصحيح) ذكر هذه المسئلة فى كتاب النكاح وقال ينطق عليهم اذا كانا مقرين بالوديعة

الدين اذا علم بوجوبه بخلاف المودع فانه نائب عنه فى الحفظ فقط فان قلت اذا دفع المودع بغير أمر القاضى وجب أن
لا يضمن لانه دفعها الى من فى عيال المودع ولا ضمان عليه فى ذلك أجيب بان الدفع اليهم لا يوجب اذا كان للحفظ والدفع للاتفاق دفع للاتلاف

وقوله (لأن ما يدعيه للغائب) معناه أن الخصومة لا تسمع إلا من المالك أو نائبه والمالك غائب ولا نائب له حقيقة لأنه لم يوكل وهو ظاهر ولا حكمة لأن ما يدعيه للغائب لم يتعين له سبيل الثبوت حقه وهو النفقة لأنها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود) ولا يكون الثابت حكماً إلا في مثل ذلك وسيجيء تمامه في كتاب القضاء شاء الله تعالى قال (ولا يفرق بينه وبين امرأته) كلامه واضح وقصته من استهوته الجن أي جرت إلى المهاوى وهي المهالك ما روى عبد الرحمن بن أبي ليلى قال إن أبا القيث المفقود قد ثنى حديثه (٣٧١) قال أكلت خبزاً في أهلي فخرجت

فأخذني نفر من الجن فكشفت فيهم ثم بدلتهم في عتقي فاعتقوني ثم أتوا بي قرية من المدينة فقالوا أتعرف الخليل فقلت نعم فقلوا عني فبحثت فإذا عمر بن الخطاب قد

أبان امرأتى بعد أربع سنين وحاضت وانقضت عدتها

وتزوجت فخيرني عمر رضي الله عنه بين أن يرد علي

وبين المهر قال مالك وهذا مما لا يدل بالقياس فيحمل

على المجموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم (ولأنه

منع حقها بالغيبه فيفرق القاضي بينهما بعد مضي

مدة اعتبار الأيلاء والعنة) فالجاء بينهما مانع الزوج

حق المرأة ورفض الضرر عنها فإن العنين يفرق بينهما

وبين امرأته بعد مضي سنة لرفع الضرر عنها وبين المولى

وامرأته بعد أربع أشهر لرفع الضرر عنها ولكن عذر

المفقود أظهر من عذر المولى والعنين فيتعين في حقه

المدنان في التبرص بأن تجعل السنون مكان الشهور

فتبرص أربع سنين (علاء بالشبهين)

قوله (قال أكلت خبزاً)

أقول بالخطأ المجمة (قوله وحاضت وانقضت الخ) أقول ينباد منه أن يكون اعتدادها بالحيض مع أنه قال تعتد عدة الوفاة فالأولى حذف

قوله وحاضت من البين (قوله وبين المهر) أقول أي أخذ مهر المثل من الزوج الثاني (قوله وبين المولى وامرأته) أقول في التركيب شيء الآن

يقدر الفعل بعد الواو العاطفة ويقال ويفرق بين المولى ويكون العطف على جملة فإن العنين الخ (قوله ولكن عذر المفقود أظهر الخ) أقول في

أظهر يقفه من عذر العنين تأمل إلهه يقال أقدمه مع عنته على الخروج ينقص من هنره (١) خ الخليل اه

وان كان المودع والمدينون جاحدين أصلاً أو كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحق النفقة خصماً في ذلك لأن ما يدعيه للغائب لم يتعين سبيل الثبوت حقه وهو النفقة لأنها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود قال (ولا يفرق بينه وبين امرأته) وقال مالك إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تزوج من شاعت لأن عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهواه الجن بالمدينة وكفى به اماماً ولأنه منع حقها بالغيبه فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبار الأيلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار أخذ المقدار منهما الأربعة من الأيلاء والسنين من العنة عملاً بالشبهين

قبل ذهابه أو جعل لها النفقة لكن لو لم يأخذ جاز لأنه لا يجب أخذ المكمل إلا لخصم وليس هنا خصم طالب هذا (ولو كان المودع والمدينون جاحدين أصلاً) أي جاحدين لكل من الوديعة والدين والنسب والزوجية (أو جاحدين النسب والزوجية) معترفين بالوديعة والدين وليسا طاهرين عند القاضي (لم ينتصب أحد من مستحق النفقة الزوجة أو الأب أو الابن) (خصماً في ذلك) أي في إثبات الدين أو النسب أو الوديعة بأقامة البينة على شيء من ذلك لأن المودع والمدينين ليسا خصماً في ثبوت الزوجية والقضاء بهما ولا ما يدعيه للغائب سبباً متعيناً لثبوت حقه الذي هو النفقة (لأنها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود) واستعرف تفصيل هذا إن شاء الله تعالى في أدب القاضي (قوله ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبينها وتعتد عدة الوفاة ثم تزوج من شاعت لأن عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة ولأنه منع حقها بالغيبه) (وان كان عن غير قصد منه) (يفرق بينهما القاضي بعد مضي مدة اعتبار الأيلاء والعنة) فإنه يفرق بينهما ما فيها بعد مدة كذلك وهذا منه في الأيلاء بشأنه على أنه لا يوجب الفرقه بمجرد مضي المدة بل يتفرق القاضي بعدها وبعد هذا الاعتبار أخذ في المدة الأربعة من السنين من العنة بجماع دفع الضرر عنها (علاً بالشبهين) وحديث الذي أخذته الجن رواه ابن أبي شيبة حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو بن يحيى بن جعدة أن رجلاً اتسفت الجن على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأتته عمر فامرأها أن تبرص أربع سنين ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها ثم أمرها أن تعتد فإذا انقضت عدتها تزوجت فان جاء زوجها خير بين امرأته والصداق وأخرج عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن يونس بن خباب عن مجاهد عن الفقيه الذي فقد قال دخلت الشعب فاستهوتني الجن فكشفت أربع سنين ثم أتت امرأتى عمر الحديث بمعنى الأول وأخرج عبد الرزاق من طريق آخر وفيه فقال له عمر لما جاء ان شئت رددنا إليك امرأتك وان شئت زوجناك غيرها قال بل زوجني غيرها ثم جعل عمر يسأله عن الجن وهو يخبره ورواه الدارقطني وفيه ثم أمرها أن تعتد أربع أشهر وعشر وأمره في الموطأ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال أما امرأة فقد تزوجها فلم تدركها فأنفقها أربع سنين ثم تعتد أربع أشهر وعشر ثم تحل وأسند ابن أبي

والدين والنكاح والنسب وهنا شرط الإقرار بما ليس بمظاهر منهم ما وليس هذا الاختلاف الرواية فان تأويل ما ذكر في كتاب النكاح أنه لم يكن شيء منها طاهر عند القاضي فقوله في الكتاب هو الصحيح إشارة إلى هذا التأويل وتوفي اختلاف الروايتين لأن القاضي ولاية القضاء بعلمه كما إذا أقر بين يديه ثم غاب (قوله أخذ المقدار منهما الأربعة من الأيلاء) لشبهه به لأن حقه في الجماع يقوت بصنعه وهو السفر كما يقوت بعتقه وهو

أقول بالخطأ المجمة (قوله وحاضت وانقضت الخ) أقول ينباد منه أن يكون اعتدادها بالحيض مع أنه قال تعتد عدة الوفاة فالأولى حذف قوله وحاضت من البين (قوله وبين المهر) أقول أي أخذ مهر المثل من الزوج الثاني (قوله وبين المولى وامرأته) أقول في التركيب شيء الآن يقدر الفعل بعد الواو العاطفة ويقال ويفرق بين المولى ويكون العطف على جملة فإن العنين الخ (قوله ولكن عذر المفقود أظهر الخ) أقول في أظهر يقفه من عذر العنين تأمل إلهه يقال أقدمه مع عنته على الخروج ينقص من هنره (١) خ الخليل اه

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود انها امراته حتى يأتها الييان وقول على رضى الله عنه فيها هي امرأة بنتيت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق خرج بيانا للييان المذكور في المرفوع ولان النكاح عرف بثبوته والغيبه لا توجب الفرقه والموت في حيز الاحتمال فلا ينزل النكاح بالشك وعبر رضى الله عنه وجع الى

بعد سنة دفعا للضرر عنها
بخلاف امرأه المفقودة فان
حقها امر جو قبل مضي أربع
سنين وبعده (قوله واذا تم له
مائة وعشرون سنة) اختلفت
روايات أصحابنا في مدة
المفقود فروى الحسن عن
أبي حنيفة انها مائة
وعشرون سنة من يوم ولذا إذا
مضت هذه المدة حكمنا بموته
قيل وهذا يرجع الى قول
أهل الطابع والنجوم فانهم
يقولون لا يجوز أن يعيش
أحداً أكثر من هذه المدة
وفي ظاهر الرواية يقدر بموت
الأقران فإنه اذا لم يبق أحد
من أقرانه حيًا حكم بموته لان
ما تقع الحاجة الى معرفته
فطارقه في الشرع الرجوع
الى أمثاله كقيم المتلفات
ومهر مثل النساء وبقاؤه
بعد موت جميع أقرانه
نادر وبناء الاحكام الشرعية
على الظاهر دون النادر وهل
يعتبر باقرانه في جميع الدنيا
أو في الاقليم الذي هو فيه
ذكرناه في شرح الفرائض
السر اجية وفي المروى عن
أبي يوسف بمائة سنة لان
الظاهر أن لا يعيش أحد في
زماننا أكثر من مائة سنة وقد
بعضهم بتسعين لانه متوسط

ليس بغالب ولا نادر ولا قيس وهو أفعّل تفضيل للمفعول وهو المقتبس على طريق الشذوذ كقولهم اشغل من ذات

(قوله والطبيعة لا تتحلل الخ) أقول في كلامه إشارة إلى أن قلما في كلام المصنف للنفي (قوله فطريقته) أقول أى فطر يق معرفته (قوله وبناءة الاحكام الشرعية على الظاهر) أقول قوله وبناءة مبتدأ وقوله على الظاهر خبره (قوله أن لا يقدر بشئ من المقدوات الخ) أقول من القدرات لا من القدرة (قوله لانه لو لم يقدر الخ) أقول تعليل لتقييد شئ بقوله من المقدرات كالمائة والتسعين

قول على رضى الله عنه ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا مجالا فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاودة والعنة قلما تخل بعد استمراها سنة قال (واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد الحكمنا بموته) قال رضى الله عنه وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران وفي المروى عن أبي يوسف بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والاقيس ان لا يقدر بشئ والارفق ان يقدر بتسعين واذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت (و يقسم ماله بين ورثته

يقربها حتى تنقضي عدتها من ذلك قال) ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا مجالا في الجاهلية فاعتبر في الشرع مؤجلا) وهذا على رأينا بان الوقوع به عند انقضاء المدة بالايلاء لا يتوقف على تفريق القاضي قال (ولا بالعنة) لان الغيبة في الغالب تعقبها الرجعة (والعنة قلما تخل بعد استمراها سنة) فكان عودا للمفقود أرجح من زوال العنة بعدمضى السنة فلا يلزم أن يشرع فيه ما شرع فيها (قوله) واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد الحكمنا بموته) قال المصنف رحمه الله (هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران وفي المروى عن أبي يوسف بمائة سنة وقدر بعضهم بتسعين والاقيس أن لا يقدر بشئ) والارفق أن يقدر بتسعين) وجهر رواية الحسن ان الاعمار في زماننا قلما تزيد على مائة وعشرين بل لا يسمع أكثر من ذلك فيقدر بها تقديرا بالاعمار ما قبل ان هذا يرجع الى قول أهل الطبائع فانهم يقولون لا يجوز أن يعيش أحداً أكثر من ذلك وقولهم باطل بالنصوص كنوح عليه السلام وغيره فما لا ينبغي أن يذكر توجيهها لمذهب من مذاهب الفقهاء وكيف وهم أعرف بما دلت عليه النصوص والتواريخ بالاعمار السالفة للبشر بل لا يحل لأحد أن يحكم على أئمة المسلمين أنهم اعتمدوا في قولهم على أمرهم بعرفون بطلانه ويوجبون عدم اعتباؤه في شئ من الاشياء وجه ظاهر الرواية انه من النوادر أن يعيش الانسان بعد موت أقرانه فلا ينبغي الحكم عليه ثم اختلفوا فذهب بعض المشايخ الى أن المعتبر بموت أقرانه من جميع البلاد وآخرون ان المعتبر بموت أقرانه في بلده فان الاعمار قد تختلف طولا وقصرا بحسب الاقطار بحسب اجرائه سبحانه وتعالى العادة ولذا قالوا ان الصقالية أطول أعمارا من الروم فانما يعتبر بأقرانه في بلده ولان في ذلك حرجا كبيرا في تعرف موتهم من البلدان بخلافه من بلده فانما فيه نوع حرج محتمل وأما المروى عن أبي يوسف فذكر عنه وجه يشبهه أن يكون على سبيل المداعة منه لهم قيل انه سئل عنه فقال أنا أبينه لكم بطريق محسوس فان المولود اذا كان بعد عشر يدور حول أبيه هكذا وعقد عشر فاذا كان ابن عشر من فهو بين الصبا والشباب هكذا وعقد عشر من فاذا كان ابن ثلاثين يستوى هكذا وعقد ثلاثين فاذا كان ابن أربعين يحمل عليه الانتقال هكذا وعقد أربعين فاذا كان ابن خمسين ينحني من كثرة الانتقال والاشغال هكذا وعقد خمسين فاذا كان ابن ستين ينقبض الشيخوخة هكذا وعقد ستين فاذا كان ابن سبعين يتوكأ على عصاه هكذا وعقد سبعين فاذا كان ابن ثمانين يستلقي هكذا وعقد ثمانين فاذا كان ابن تسعين تنضم أعضاؤه في بطنه هكذا وعقد تسعين فاذا كان ابن مائة يتحول من الدنيا الى العقب كما يتحول الحساب من اليمنى الى اليسرى ولا شك ان بمثل هذا لا يثبت الحكم وانما المعول عليه الجمل على طول العمر في المفقود احتياطا والغالب فيه طال عمره أن لا يجاوز المائة فقوله في المبسوط وكان محمد بن مسلمة يفتي بقول أبي يوسف حتى تبين له خطؤه في نفسه فانه عاش مائة وسبع سنين ليس موجبا لخطئه لانه مبني على الغالب عنده وكونه هو خرج عن الغالب لا يكون مخطئا فيما أعطى من الحكم وكذا ذكر الامام سراج الدين في فرائضه عن نصير بن يحيى انها مائة سنة لان الحياة بعدها نادر ولا عبرة بالنادر

أو طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في الحديث المرفوع أن المراد من ذلك البيان ظهور موت المفقود أو طلاقه (قوله يقدر بموت الاقران) لان ما تقع الحاجة الى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع الى أمثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه بعد موت كل أقرانه نادر وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر ويعتبر بموت أقرانه في بلده لان النقص عن حال الاقران في كل البلدان متعذر (قوله والاقيس أن لا يقدر

النحسين أن لا يقدر بشئ من المقدرات كالمائة والتسعين ولكنه يقدر بموت الاقران لانه لو لم يقدر بشئ أصلا لتعطل حكم المفقود والارفق أن يقدر بتسعين لانه أقل ما ذكر فيه من المقادير (قوله واذا حكم بموته) ظاهر

(قوله والارفق الى قوله لانه الخ) أقول في التعليل نوع قصور والاولى أن يضم اليه والنقص عن حال الاقران انهم ما توالوا ولا غير يمكن عادة كما صرح به العلامة السكاكي ولكن لا يخفى ان سلب الامكان انما يصح اذا اعتبر اقرانه في جميع البلدان ثم ذكر في شروح الفرائض السراجية انه ذهب بعضهم الى انها سبعون سنة لا ورفي الحديث المشهور في أعمار هذه الامة في تعليل السارح بحث الان يقال المراد المقادير التي يعتد بها وهذه ليست كذلك فليست

فإن لا أقضى بها ولا أبطلها
حتى يظهر حال المفقود لأن
الوصية أخت الميراث وفي
الميراث تجب حصص المفقود
إلى أن يظهر حاله فكذلك في
الوصية والاصل المذكور في
الكتاب ظاهر (قوله

وتصادقوا) أي الورثة
المذكورون والاجنبي وإنما
قيد بالتصادق لأن الاجنبي
الذي في يده المال إذا قال
قدمت المفقود قبل أبيه
فانه يجبر على دفع الثلثين إلى
اليتيمين لأن أقرأ ذى اليد
فما في يده معتبر وقد أقر بأن
ثلث ما في يده لهما فيجبر على
تسليم ذلك اليهما وقول
أولاد الابن أبونا مفقود
لا يمنع إقرار ذى اليد لانهم
لا يدعون لأنفسهم شيئا بهذا
القول وتوقف الباقي على
يد ذى اليد حتى يظهر
مستحقه هذا إذا أقر من
في يده المال أمالو محمد أن
يكون المال في يده للميت
فأقامت البنات البينة أن
أباهما مات وترك المال ميراثا
لهما ولا خيهما المفقود فان
كان حيا فهو الوارث معهما
وان كان ميتا فوله الوارث
معهما فانه يدفع إلى البنتين
النصف لانهم بهذه البينة
ثبتان الملك لبيهما في هذا
المال والاب ميت واحد
الورثة ينتصب خصما عن
الميت في إثبات المال له بالبينة
وإذا ثبت ذلك يدفع اليهما
المتيقن وهو النصف وتوقف

الموجودين في ذلك الوقت) كانه مات في ذلك الوقت معاينة إذا حكمي معتبر بالحقي (ومن مات قبل ذلك لم يرث منه) لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما إذا كانت حياته معلومة (ولا يرث المفقود أحمادات في حال فقده) لأن بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق (وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصي) ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولا كنهه ينتقص حقه به يعطى أقل النصيبين وتوقف الباقي وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى أصلا بانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد الاجنبي وتصادقوا

وروي انه عاش مائة سنة وتسع سنين أو أكثر ولم يرجع عن قوله واختار الشيخ الامام أبو بكر محمد بن حامد انها تسعون سنة لأن الغالب في أعمار أهل زماننا هذا وهذا لا يصح الآن يقال ان الغالب في الاعمار الطوال في أهل زماننا أن لا تزيد على ذلك نعم المتأخرون الذين اختاروا ستين بنوه على الغالب من الاعمار والحاصل ان الاختلاف ما جاء الامن اختلاف الرأي في ان الغالب هذا في الطول أو مطلقا فلا قال شمس الأئمة الا ليق بطريق الفقهاء لا يقدر بشئ لأن نصب المقادير بالرأى لا يكون وهذا هو قول المصنف الا قيس الخولي لكن نقول إذا لم يبق أحد من أقرانه يحكم بموته اعتبارا بحاله بحال نظائره وهذا رجوع إلى ظاهر الرواية قال المصنف (والأرق) أي بالناس (أن يقدر بتسعين) وأرق منه التقدير بستين وعندى الاحسن سبعون لقوله صلى الله عليه وسلم أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين فكانت المنتهى غالبا وقال بعضهم يفرض إلى رأى القاضي فأى وقت وأى المصلحة حكم بموته واعتدت امرأته عدة الوفاة من وقت الحكم بالوفاة كانه مات فيه معاينة إذا حكمي معتبر بالحقي (قوله ومن مات منهم) أي ممن يرث المفقود (قبل ذلك) أي قبل أن يحكم بموت المفقود (لم يرث من المفقود) بناء على الحكم بموته قبل موت المفقود فتجبر من مناسخة فترث ورثته من المفقود (لانه لم يحكم بموت المفقود بعد) وحين مات هذا كان المفقود محكوما بحياته كما إذا كانت حياته معلومة (ولا يرث المفقود أحمادات في حال فقده) لأن بقاءه حيا في ذلك الوقت (يعنى وقت موت ذلك الاحد) باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق (بل في دفع الاستحقاق عليه ولا جعلناه حيا في حق نفسه فلا يورث ماله في حال فقده ميتا في حق غيره فلا يرث هو غيره) (وكذلك لو) (أوصى له ومات الموصي) في حال فقده قال محمد لا أقضى بها ولا أبطلها حتى يظهر حال المفقود يعني توقف نصيب المفقود الموصى له به إلى أن يقضى بموته فإذا أقضى به جعل كانه مات الآن وفي استحقاقه مال غيره كانه مات حين فقده وهذا معنى قولنا المفقود ميت في مال غيره (قوله ثم الاصل انه إذا مات من بحيث يرثه المفقود ان كان مع المفقود وارث لا يحجب بالمفقود) حجب حرمان (ولكنه ينتقص حقه به يعطى) ذلك الوارث (أقل نصيبه وتوقف الباقي) حتى يظهر حياة المفقود أو موته أو يقضى بموته (وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى) لذلك الوارث شئ (بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وأبنة ابن والمال) الموروث (في يد اجنبي وتصادقوا) أي الاجنبي

بشئ لأن نصب المقادير بالرأى لا يكون ولا نص فيه والاصوب الارفق أن يقدر بتسعين لانه هو الغاية في زماننا والحياة بعدها نادرة ولا عبرة للنادر (قوله ولا يرث المفقود أحدا) مات في حال فقده) وحاصله أنه حتى في حق نفسه فلا يقسم ماله بين ورثته كما لو عايناه حياته ميتا في حق غيره حتى لا يرث أحد الان حياته تثبت بالاستصحاب فانما علمنا حياته فيستحب ذلك ما لم يظهر خلافه واستصحاب الحال يصلح لابقاء ما كان على ما كان لا لاثبات ما لم يكن ثابتا وفي الامتناع عن قسمته ماله بين ورثته ابقاء ما كان على ما كان وفي توريثه من الغير اثبات أمر لم يكن ثابتا ولان حياته باعتبار الظاهر وهو يصلح حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق فلا يستحق به ميراث غيره ويدفع استحقاق ورثته ماله ومعنى قولنا لا يرث المفقود أحدا أن نصيب المفقود من الميراث لا يصير ماله كالمفقود أما نصيب المفقود من الارث فتوقف لان حياة المفقود محتملة والمحتمل يكفي للتوقف كافي الجنين فان ظهر حيا علم أنه كان مستحقا وان لم يظهر حيا حتى بلغ تسعين سنة فتوقف له برده على ورثته صاحب المال يوم مات صاحب المال كالموقوف للجنين إذا انفصل الجنين ميتا (قوله والمال في يد اجنبي وتصادقوا

والمسئلة بحالها فان القاضى لا ينبغي له أن يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيئا للمفقود ومراعاة هذا اللفظ انه لا يخرج شيئا من أيديهم لان
النصف صار بينهما يتيقن والنصف الباقي للمفقود من وجهه ويريد بقوله ولا يقف منه شيئا للمفقود أن لا يجعل شيئا مما في يد الابنتين ملكا للمفقود
على الحقيقة وكذلك لو كان المال في يد ولدى الابن المفقود فطلبت البنات الميراث مما (٢٧٥) واتفقوا على أن الابن مفقود فانه

تعطى البنات النصف وهو
أدنى ما يصيبهما وترك
الباقى فى يدى ولدى الابن
المفقود من غير أن يقضى به
لهما ولا لغيرهما لان لو قدرنا
الابن المفقود ميتا كان
نصيبهما الثلثين فكان
النصف متيقنا به قوله (ونظير
هذا) يعنى المفقود الحمل
فى حق توقف النصف فانه
يوقف له ميراث ابن واحد
على ما عليه الفتوى وقد
ذكرناه فى الرسالة وشرحها
وشرح الفرائض السراجية
فى علم الفرائض قوله (ولو
كان معه) أى مع الحمل
(وارث آخر) ان كان
لا يسقط بحال ولا يتغير
بالحلم يعطى كل نصيبه كما اذا
ترك امرأة حاملا وجدة
فان للجددة السدس لانه
لا يتغير فرضها بالحلم وكذلك
اذا ترك ابنا وأمرأة حاملا
فان المرأة تعطى الثلث لانه
لا يتغير فرضها وان كان
ممن يسقط بالحلم لا تعطى
كان الابن والاخ أو العلم فانه
لو ترك امرأة حاملا وأخا أو
عسا لا يعطى الاخ والعلم شيئا
لان من الجائز أن يكون
الحلم ابنا فيسقط معه الاخ
والعلم فلما كان ممن يسقط
بحال كان أصل الاستحقاق له
مشكوكا فلا يعطى شيئا لذلك

على فقد الابن وطلبت البنات الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به (ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد
الابن لانهم يحجبون بالمفقود ولو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك) ولا ينزع من يد الاجنبى الا اذا
ظهرت منه خيانة) ونظير هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى

و الورثة (على فقد الابن وطلبت البنات الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به) لان أحاهما المفقودان كان
حيا فلهما الثلثان فالنصف متيقن فتعطيان (ويوقف النصف الآخر) فى يد الاجنبى الذى هو فى يده (ولا
يعطى ولد الابن شيئا) لانهم يحجبون بالمفقود ولو كان حيا ولا يستحق الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبى (الا
اذا ظهرت منه خيانة) بان كان أنكر ان لاميت عنده مالا حتى أقامت البنات البينة عليه فقضى به لان أحد
الورثة ينتصب خصما عن الباقيين فانه حينئذ يؤخذ الفضل الباقي منه ويوضع فى يد عدل لظهور خيانتة ولو
كانوا لم يتصادقوا على فقد الابن بل قال الاجنبى الذى فى يده المال مات المفقود قبل أبيه فانه يجبر على دفعه
الثلثين للبنتين لان اقراره معتبر فيما فى يده وقد أقر أن ثلثيه للبنتين فيجبر على دفعه لهما ولا يمنع اقراره قول
أولاد الابن أبونا وعمنا مفقود لانهم بهذا القول لا يدعون لانفسهم شيئا ويوقف الثلث الباقي فى يده ولو كان
المال فى يد البنتين واتفقوا على الفقد لا يحول المال من موضعه ولا يؤخر حتى للمفقود بل يقضى للبنتين
بالنصف ميراثا ويوقف النصف فى أيديهما على حكم ملك الميت فان ظهر المفقود حيا دفع اليه وان ظهر ميتا
أعطى البنات سدس كل المال من ذلك النصف والثلث الباقي لولد الابن للذكر مثل حظ الانثيين ولو قالت
البنات مات أخونا وليس بمفقود وقال ولد الابن بل مفقود والمال فى أيديهما أعطيتا الثلثين ووقف الثلث
لانهما فى هذه يدعيان الثلثين والمال فى أيديهما فان ظهر حيا فانه أخذ منهما السدس له ولو كان المال فى يد ولدى
المفقود واتفقوا انه مفقود يعطى البنات النصف لانهما اتفقتا ادعياءه بالاقرار بعقده ويوقف النصف الآخر فى
يد من كان فى يده ولودا على ولد المفقودان أباهما مات لم أدفع اليهما شيئا حتى تقوم البينة على موته قبل أبيه
أو بعده فاذا قامت على موته قبله يعطى لهم الثلث والثلثان للبنتين لان الميت على هذه مات عن بنتين وأولاد ابن
وان قامت عليه بعده يعطى لهم النصف لان الميت مات عن بنت وابن ثم مات الابن عن ولد قال المصنف
(ونظيره) أى فى وقف الميراث عند الشك فى المصيب (الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى)
واحتراز به عما روى عن أبي حنيفة انه يوقف له ميراث أربع بنين لما قال شريك رأيت بالكوفة لابي

على فقد الابن) أى تصادق الورثة المذكورون والاجنبى وانما قيد بالتصادق لانه اذا قال الاجنبى الذى
فى يده المال قدامات المفقود قبل ابنتيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى البنتين لان اقرار ذى اليد فيما فى
يده معتبر وقد أقر بان ثلثى ما فى يده للابنتين يجبر على تسليم ذلك اليهما ولا يمنع حجة اقراره بقول أولاد الابن
أبونا مفقود لانهم لا يدعون لانفسهم بهذا القول شيئا ويوقف الباقي على يد ذى اليد حتى يظهر مستحقة هذا اذا
أقر من فى يده المال أمالو بحمد أن يكون للميت مال فى يده فاقامت البنات البينة أن أباهما مات وترك هذا
المال ميراثا لهما ولا أخيهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا فوله الوارث معهما فانه
يدفع الى البنتين النصف لان ما به هذه البينة تبينان الملك لا يهمل فى هذا المال والاب ميت وأحد الورثة
ينتصب خصما عن الميت فى اثبات الملك له بالبينة فاذا ثبت ذلك يدفع اليهما المتيقن وهو النصف ويوقف
النصف الباقي على يد عدل لان الذى فى يده بحمد فهو غير مؤمن عليه هذا اذا كان المال فى يد اجنبى وأما
لو كان فى يد الابنتين والمسئلة بحالها فان القاضى لا ينبغي له أن يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيئا

قال المصنف (ولا ينزع من يد الاجنبى الخ) أقول وفى العقار خلاف سابق فى فصل القضاء بالمواريث اذا جحد من فى يده والظاهر ان المراد هنا بالخيانة
ما هو غير المحذور وان كان المفهوم من كلام بعض الشارحين انها هو هنا (قوله لو ترك امرأة حاملا وأخا الخ) أو عما أقول لم يذكر ابن الابن هنا لانه
علم حاله آتيا بما ذكره فى المفقود

وان كان ممن يتغير به يعطى

الاقل المتيقن به كالزوجة

والام فانه ان كان الحمل حيا

ترب الزوجة الثمن والام

السدس وان لم يكن حيا

فهما تربان الربع والثلث

فتعطيان الثمن والسدس

للتيقن كافي المفقود يعنى انه

اذا مات الرجل وترك جدة

وابنهما مفقودا فللجدة السدس

كما ذكرنا في الحمل لانه

لا يتغير نصيبها وكذلك لو ترك

أخا وابنهما مفقودا لا يعطى الاخ

شيا وكذلك لو ترك أما وابنا

مفقودا فانه ان كان المفقود

حياتنحق الام السدس

وان كان ميتا تسحق

الثلث كفي الحمل والله أعلم

(كتاب الشركة)

مناسبة ترتيب الابواب

المارة أنساقا الى ههنا على

الوجوه المذكورة ولما

كان للشركة مناسبة خاصة

بالمفقود من حيث ان نصيب

المفقود من مال مورثه مختلط

بنصيب غيره كاختلاط المالكين

في الشركة كذا كرها عقبيه

وهي عبارة عن اختلاط

نصيبين فصاعدا بحيث لا

يعرف أحد النصيبين من

الآخر ثم سمي العقد

الخاص بها وان لم يوجد

اختلاط النصيبين لان

العقد سببه

(كتاب الشركة)

(قوله وهي عبارة عن

اختلاط نصيبين الخ) أقول

فيه تسامح فان الاختلاط

صفة النصيب والشركة

صفة صاحب النصيب

ولو كان معه وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالجل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالجل لا يعطى وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كافي المفقود وقد شرحتنا في كفايه المنتهى بأن من هذا والله أعلم

(كتاب الشركة)

ابن عميل أو ربع بنين في بطن واحد وعما عن محمد ميراث ثلاثة بنين وفي أخرى نصيب ابنين وهو رواية عن أبي يوسف وعن أبي يوسف نصيب ابن واحد وعليه الفتوى (ولو كان مع الحمل وارث آخر لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل) يعطى كل نصيبه للتيقن به على كل حال وكذا اذا ترك ابنا وامراة حاملات يعطى المرأة الثمن (وان كان ممن يسقط بالجل لا يعطى) شيا (وان كان ممن يتغير يعطى الاقل للتيقن به) مثاله ترك امرأة حاملًا وجدة تعطى السدس لانه لا يتغير لها ولو ترك حاملًا وأخا وعما لا يعطى شيًا لان الاخ يسقط بالابن و جائز أن يكون الحمل ابنا فكان بين ان يسقط ولا يسقط فكان أصل الاستحقاق مشكوك كافي فلا يعطى شيًا ولو ترك حاملًا وامراة ووزوجة تاخذ الام السدس والزوجة الثمن لانه لو كان ميتا أخذت الام الثلث أو حيا أخذت السدس والزوجة الثمن لانه لو كان ميتا أخذت الربع والله الموفق للصواب

(كتاب الشركة)

هو باسكان الرأى في المعروف وأورد الشركة عقيب المفقود لتناسيها ما وجهين كون مال أحدهما أمانة في يد الآخر كما أن مال المفقود أمانة في يد الحاضر وكون الاشتراك قدي يتحقق في مال المفقود كالمات موروثة وله وارث آخر والمفقود حي وهذه مناسبة خاصة بينهما والاولى عامة فيهما وفي الاثني واللقيط واللقطة على اعتبار وجود مال مع اللقيط وانما يقدم المفقود عليهما واولاه الاثني واللقيط واللقطة على اعتبار وجود مال مع اللقيط وكان بعضهم يخيل أن عريضة الهلاك للحال فعال لأن المال على عريضة التوى وحاصل محاسن الشركة ترجع الى الاستعانة في تحصيل المال والشركة لغة خاط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما وما قيل انه اختلاط النصيبين تساهل فان الشركة اسم المصدر والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل أشركه شرك كاظهروا أنهم يفعل الانسان وفعله الخلط أو ما الاختلاط فصغة تثبت للحال عن فعله ما ليس له اسم من المادة ولا يظن أن اسمه الاشتراك لان الاشتراك فعلهما أيضا مصدر اشتراك الرجلان افتعال من الشركة ويعدى الى المال بحرف في فيقال اشتركا في المال أى حققا الخلط فيه فالمال مشترك فيه أى يتعلق به اشتركا كهما أى خلطاهما وورثتهما في شركة العين اختلاطهما وفي شركة العقد اللفظ المفيد له هذا يقال الشركة على العقد نفسه لانه سبب الخلط

للمفقود وورثته هذا اللفظ أنه لا يخرج شيًا من أيديهم لان النصف صار بينهما يبقين والنصف الثاني للمفقود من وجهه ويريد بقوله ولا يقف منه شيًا للمفقود أى لا يجعل مما في يدي اثنين ملكا للمفقود على الحقيقة وكذلك لو كان المال في يد ولدى الابن المفقود من غير أن يقضى به لهما ولا لاتبنيهما لانه لا يدري من المستحق لهذا الباقي كذا في النهاية وفي آخره كذا في المبسوط والخزيرة (قوله ولو كان معه وارث) أى مع الحمل وارث (قوله ولا يتغير بالحمل) يعطى كل نصيبه حتى اذا ترك امرأة حاملًا وجدة فللجدة السدس لانه لا يتغير فريضتها وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وذلك كابن الابن أو الاخ أو العم حتى انه لو ترك امرأة حاملًا وأخا وعما لا يعطى الاخ والعلم شيًا لان من الجائز أن يكون الحمل ابنا فيسقط معه الاخ والعلم وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كالزوجة والام فانه ان كان الحمل حياتن الزوجة الثمن والام السدس وان لم يكن حيا فهما تربان الربع والثلث فتعطيان الثمن والسدس للتيقن كافي المفقود وهو أنه اذا مات الرجل وترك جدة وابنهما مفقودا فللجدة السدس كما ذكرنا في الحمل لانه لا يتغير نصيبها وكذلك اذا ترك أخا وابنهما مفقودا لا يعطى للاخ شيًا وكذلك لو ترك أما وابنهما مفقودا فانه ان كان المفقود حياتنحق الام السدس وان كان ميتا تسحق الثلث كافي الحمل والله أعلم بالصواب

(كتاب الشركة)

هي عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر ثم يطلق اسم الشركة على

(الشركة جائزة) لانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقردهم عليه قال (الشركة ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الأملاك العين برئها رجلان أو يشترى بها فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بأذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأحني) وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما إذا التزم رجلان عينا أو مالا كاهابا لاستيلاء أو اختلط ماله من غير صنع أحدهما أو بخاطرها

فإذا قيل شركة العقد بالاضافة فهي اضافة بيانية (قوله الشركة جائزة الى آخره) قيل شرعيتها بالكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى فهم شركاء في الثلث وهذا خاص بشركة العين دون المقصود الاصل الذي هو شركة العقد وقوله تعالى وان كثير من الخطاء أي من المشتركين لا ينص على جواز كل منهما مع أنه حكاية قول داود وعليه الصلاة والسلام اخبار الخصمين عن شريعتهم اذ ذلك فلا يلزم استمرازه في شريعتنا وأما السنة ففي أبي داود وابن ماجه والحاكم عن السائب بن أبي السائب أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لا تداري ولا تخاري وروى أحمد بن حنبل من حديث عبد الله بن عمر بن الخطاب عن مجاهد عن السائب أن النبي صلى الله عليه وسلم شاركه قبل الاسلام في التجارة فلما كان يوم الفتح جاءه فقال عليه الصلاة والسلام من جباباخي وشريكي كان لا يداري ولا يخاري يا سائب قد كنت تعمل أعمالا في الجاهلية لا تقبل منك وهي اليوم تقبل منك وكان ذا سلف وصداقة واسم السائب صبيح بن عائذ بن عبد الله بن عمر بن مخزوم وقول السهيلي فيه انه كثير الاضطراب فهم من يرويه عن السائب ومنهم من يرويه عن قيس بن السائب ومنهم من يرويه عن عبد الله بن السائب وهذا اضطراب لا يثبت به شيء ولا تقوم به حجة انما يصح اذا أراد الحجة في تعيين الشريك من كان أمّا غرضنا وهو تبوت مشاركته صلى الله عليه وسلم فثبت على كل حال قال ابراهيم الحارثي في كتابه غريب الحديث يداري مهموز في الحديث أي يدفع ثم ايراد المشايخ هذا انما يفيد أن الشركة كانت على عهد الجاهلية وهو جزء الدليل أعني أنه بعث وهم يتشاركون فقردهم ومفيد الجزء الثاني ما في أبي داود ومستدرك الحاكم عن أبي هريرة رضي الله عنه عنه عليه الصلاة والسلام قال الله تعالى أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خانا خرجت من بينهما زاورين وجاءيد الشيطان وضعفه القطن بحالة والداي حيان وهو سعيد فان الرواية عن أبي حيان عن أبيه وهو سعيد بن حيان ورواه غيره عن أبي حيان مرسل ورواه الدارقطني يد الله على الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خانا أحدهما صاحبه رفعها عنه حاولا لاشك أن كون الشركة مشروعة أظهر ثبوتها بما به ثبوتها من هذا الحديث ونحوه اذ التوارث والتعامل به من لدن النبي صلى الله عليه وسلم وهما جرم متصل لا يحتاج فيه الى اثبات حديث بعينه فلهذا لم يزد المصنف على ادعاء تقريره صلى الله عليه وسلم عليها (قوله الشركة ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الأملاك العين برئها رجلان أو يشترى بها) وظاهر هذا الجمل من القدوري القصر فذكر المصنف أنهم لا تقتصر على ما ذكر بل ثبت فيما إذا التزم عينا أو مالا كاهابا لاستيلاء أو اختلط ماله من غير صنع أحدهما أو بخاطرها اختلط ماله بالاستيلاء أو اختلط ماله من غير صنع أحدهما أو باختطاطهما بالتجاوران فاختلط ما فيها أو اختلط بخاطرها اختلط ما يمنع التمييز كالخنطة بالخنطة أو يتعسر كالخنطة بالشعير ولو قال العين على كانها كان شامل الا أن بعضهم ذكر من شركة الأملاك الشركة في الدين فقبل مجاز لان الدين وصف شرعي لا مالا وقد يقال بل على شركاء وإذا جاز به ممن عليه وقد يقال ان الهبة مجاز عن الاستعطاء ولذا لم تجز من غير من عليه والحق ما ذكرنا من ملكه وإذا ملك ما عنده من العين على الاشتراك حتى إذا دفع من عليه الى أحدهما شيئا كان للاخر الرجوع عليه بنصف ما أخذ وليس له أن يقول هذا الذي أخذته حصتي وما بقي على المدينون حصتك ولا يصح من المدينون أيضا أن يعطيه شيئا على أنه قضاء وأخر الآخرة قالوا والحيلة في اختصاص الآخذ

العقد وان لم يوجد اختلاط النصيبين لان العقد سبب الاختلاط وشرعيتها بالسنة فانه عليه الصلاة والسلام بعث والناس يباشر ونها فقردهم عليه واجماع الامة والمعقول فهي طريق ابتغاء الفضل وهو مشروع

والشركة جائزة لان النبي عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعاملون بها فقردهم عليه وتعاملها الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير تكبير منكر وهي على ضربين شركة أملاك وشركة عقود وكلامه

ظاهر

قال المصنف (فشركة الأملاك العين) أقول أي شركة العين فالمضاف مقدر قال المصنف (برئها رجلان أو يشترى بها) أقول قوله برئها صفة العين كافي قوله تعالى كمثل الجسار يحمل أسفارا قوله ابن خنيم يضم الخاء كما في أسماء الرجال لابن حجر اه

خلطاً يمنع التمييز رأساً أو لا يخرج ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شيء يكتفي في جميع الصور ومن غير شيء يكتفي بغيره في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز الإبداء وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى (والضرب الثاني شركة العقود وركنها الإيجاب والقبول وهو أن يقول أحدهما شاركك في كذا وكذا أو يقول الآخر قبلت)

بما أخذ دون شيء يكتفي به من عليه مقدار حصته ويرثه هو من حصته وحكم هذه الشركة أنه لا يجوز أن يتصرف في نصيب شيء يكتفي به إلا بإذنه لأن كلاً منهما في نصيبه أنه يخرج كالأجنبي عن الشركة لعدم تضمها وكلاً وأنه يجوز له أن يبيع نصيبه من الشيء يكتفي في جميع الصور (و) أما (من غير الشيء يكتفي بغيره في جميع الصور) فالمنتصف (وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى) وحقيقة الفرق ما أشار إليه في الفوائد الظهريّة وهو أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتداء بان اشترايا حصة أو ورثاها كانت كل حصة مشتركة بينهما فيبيع كل منهما نصيبه شأنه عاثر من الشيء يكتفي بالأجنبي بخلاف ما إذا كانت بالخلط والاختلاط لأن كل حصة مملوكة لجميع أجزائها لا أحدهما ليس إلا خريفها شركة فإذا باع نصيبه من غير الشيء يكتفي لا يقدّر على تسليمه إلا مخلوطاً بنصيب الشيء يكتفي فتوقف على إذنه بخلاف بيعه من الشيء يكتفي للقدرة على التسليم والتسلم وأما ما ذكر شيخ الإسلام من أن خلط الجنس بالجنس تعدى سبب لزوال الملك عن المخلوط ماله إلى الخلط فإذا حصل بغير تعدى يكون سبب الزوال ثابتاً من وجهه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زائلاً إلى الشيء يكتفي في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشيء يكتفي فقد منع ثبوت الزوال من وجهه فإن تمام السبب فيه هو التعدى فعند عدمه لا يثبت من وجهه إلا كانت جميع المسببات ثابتة من وجهه قبل أسبابها وأيضاً فالزوال إلى الخلط عيناً لا إلى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب كل منهما زائلاً إلى الشيء يكتفي إلا أن تعدى البيع من الأجنبي بل المترتب عليه اعتبار زواله إلى الشيء يكتفي الخلط عيناً فلا يلزم اعتبار نصيب كل منهما زائلاً إلى الشيء يكتفي في البيع من الأجنبي بل اعتبار نصيب غير الخلط فقط إذا باع من الأجنبي وانما قلنا إن تمام السبب التعدى لأن الخلط لا يظهر أثره في ذلك وانما يثبت به أي تعدى السبب في زوال الملك في هذا المال فيقال التعدى في خلطه (قوله والضرب الثاني شركة العقود وركنها الإيجاب والقبول) ثم فسرهما المنتصف بقوله (وهو أن يقول أحدهما شاركك في كذا وكذا أو يقول الآخر قبلت) أي في كذا من المال وفي كذا من التجارات البرازية أو البقالية في العنان أو في كل ماله وماله متساويان وفي جميع التجارات وكل تغفل عن الآخر في المعاوضة ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المعاوضة كما سيأتي وليس اللفظ المذكور بالزوم بل المعنى ولهذا يدفع الغال إلى رجل وقال أخرج مثلاً واشترى ما كان من ربح فهو بيننا وقبل الآخر أن يأخذها وفعل انعقدت الشركة وتوجب الأشهاد عليها وذكر محمد رحمه الله كفيّة كتابتها فقال هذا ما اشترك عليه فلان واشترى كاعلى تقوى الله تعالى وأداء الأمانة ثم يمين قدر رأس مال كل منهما أو يقول وذلك في أيديهما يشترى به ويبيعان جميعاً وشئى ويعمل كل منهما بما رأى ويبيع بالنقد والنسيئة وهذا وإن ملكه كل بمطلق عقد الشركة الآن بعض العلماء يقول لا يملكه واحد منهما إلا بالتصريح به فالحرج عنه يكتب هذا ثم يقول قسما كان من ربح فهو بينهما على قدر رؤس أموالهما وما كان من وضعية أو تبعة فكذلك ولا خلاف أن اشتراط الوضعية بخلاف قدر رأس المال باطل واشتراط الربح متعاوياً عندنا صحيح فيما سبذكر فإن كانا شرطاً للتفاوت فيه كتباه كذلك ويقول اشترى كاعلى ذلك في يوم كذا في شهر كذا وانما يكتب التواريخ

وقوله (خلطاً يمنع التمييز رأساً) خلط الخلطة بالخلطة أو لا يخرج خلطها بالشعير وقوله (فانه لا يجوز) يعني البيع (من الأجنبي) الإبداء شيء يكتفي به (وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى) قيل الفرق أن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدى سبب لزوال الملك عن المخلوط إلى الخلط فإذا حصل بغير تعدى كان سبب الزوال ثابتاً من وجهه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زائلاً إلى الشيء يكتفي في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشيء يكتفي كأنه يبيع ملك نفسه عملاً بالشهين

بالكتاب (قوله خلطاً يمنع التمييز رأساً) خلط البر بالبر أو لا يخرج خلط الخلطة بالشعير (قوله وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى) والفرق وهو أن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدى سبب لزوال الملك عن المخلوط إلى الخلط فإذا حصل بغير تعدى يكون سبب الزوال ثابتاً من وجهه فاعتبر نصيب كل واحد زائلاً إلى الشيء يكتفي في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشيء يكتفي كأنه يبيع ملك نفسه عملاً بالشهين وهذا

و قوله (قابلا للوكالة)
 احتراز عن الشركة في
 التكدي والاحتشاش
 والاحتطاب والاصطياد فان
 المالك في هذه الصور يقع
 لمن يشره فيه خاصا لا على
 وجه الاشتراك أي شركة
 العقود كلها متضمنة للعقد
 الوكالة ثم شركة المفاوضة
 من بينها مخصوصة بضمين
 عقد الكفالة ثم علل تضمن
 هذه العقود الكفالة بقوله
 (ليكون ما يستفاد بالتصرف
 مشتركا بينهما فيحقق حكمه
 المطلوب منه) أي من عقد
 الشركة وشرح هذا ان
 هذه العقود انما تضمنت
 الوكالة لان من حكم الشركة
 ثبوت الاشتراك في المستفاد
 بالتجارة ولا يصير المستفاد
 بالتجارة مشتركا بينهما الا ان
 يكون كل واحد منهما وكيل
 عن صاحبه في النصف وفي
 النصف عاملا لنفسه حتى
 يصير المستفاد مشتركا
 بينهما فصار كل واحد منهما
 وكيل عن صاحبه يقتضي
 عقد الشركة وقوله ثم هي
 أربعة أوجه ذكر في وجه
 الحضر على ذلك ان الشرير يكن
 اما ان يذ كرا المال في العقد
 أولا فان ذ كرا فاما ان يلزم
 اشتراط المساواة في ذلك
 المال في رأسه ووجه أولا
 فان لزم فهي المفاوضة والا
 فالعنان وان لم يذ كرا فاما
 ان يشترط العمل فيما بينهما

وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيحقق حكمه المطلوب منه (ثم هي أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجود فاما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان في تساويان في مالهما وتصرفهما في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة قال قائلهم لا يصلح الناس فوضى لاسراة لهم * ولا سراة اذا جهلهم سادوا

كي لا يدعي احدهما لنفسه حقا فيما اشتراه الاخر قبل هذا التار يخ (قوله وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة) وعقد الشركة منصوب على المصدوم معمو لا معقود وكل صور عقود الشركة يتضمن الوكالة وتختص المفاوضة بالكفالة وانما شرط ذلك (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيحقق حكمه) أي حكم عقد الشركة (المطلوب منه) وهو الاشتراك في الربح اذ لو لم يكن كل منهما مالكيلا عن صاحبه في النصف وأصيل في النصف الاخر لا يكون المستفاد مشتركا لاختصاص المشتري بالمشتري واحترازه عن الاشتراك في التكدي والاحتطاب والاحتشاش والاصطياد فان المالك في كل ذلك يختص بمن يشره السبب (قوله ثم هي) أي شركة العقود على (أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجود) قيل في وجه الحصر ان العقد اما أن يذ كره فيه مال أولا وفي الذ كرا ما أن تشترط المساواة في المال ووجه تصرفه ونفعه وضرره أولا فان شرط ذلك فهو المفاوضة والا فهو العنان وفي عدم ذ كرا المال اما أن يشترط العمل في مال الغير أولا فالاول والصنائع والثاني الوجه وقيل عليه أنه يقتضي أن شركة الصنائع والوجود لا يكونان مفاوضة ولا عناما وليس كذلك كما سئذ كره فيما يأتي فوجه التقسيم ما ذكره الشيخان أبو جعفر الطحاوي وأبو الحسن السرخسي حيث قالوا الشركة على ثلاثة أوجه شركة بالاموال وشركة بالاعمال وشركة بالوجود وكل منهما على وجهين مفاوضة وعنان وسبأ في البيان ان شاء الله تعالى (قوله فاما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان في تساويان في مالهما وتصرفهما في جميع التجارات يفوض كل منهما الى صاحبه على العموم (في التجارات) والتصرفات لان الغرض الشركة والمفاوضة

أولى من عكسه لان التصرف مع الشريك أسرع نقاذ من التصرف مع الاجنبي بدليل جواز تمليك معتق البعض من الشريك دون الاجنبي وكذا الجارة المشاع من الشريك جائزة بخلاف الشركة الحاصلة بالميراث وما يجري مجراها لانهم لو وجد بعد ثبوت المالك لكل واحد منهما سبب الزوال وجه فكل ملك كل واحد منهما قائم في نصيبه من كل وجه فجاز بيع نصيبه من الشريك ومن الاجنبي كذا في مبسوط شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله تعالى ولان الشركة اذا كانت من الابتداء بينهما بان اشترى احظنة أو ورثاها كان كل حصة يشار اليها مشتركة بينهما فيبيع أحدهما نصيبه منها مشاعا فهو جائز سواء كان يبيعه من صاحبه أو من الاجنبي أما اذا كانت الشركة بينهما بسبب الخلط أو الاختلاط فكل حصة يشار اليها ليست بمشتركة بينهما لان تلك الحصة بجميع أجزائها تكون لاحدهما لا محالة من غير اشتراك فيها فلا يجوز البيع في هذه الصورة من الاجنبي لانه لا يقدر على تسليم نصيبه منها لاجزأ ولا كالمسا أن كل حصة ليست بمشتركة بينهما فيوقف جواز بيعه من الاجنبي الى اذن شريكه لا اختلاط المبيع مع غيره أما اذا كان يبيعه من صاحبه فيمكن التسليم فهو زالي هذا أشار في الغوائد الظهير ينفى كتاب القضاء (قوله وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة) لان كل واحد من الشريكين يكون وكيل عن الآخر في نصيب ما يشتره به ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما وما لا يقبل الوكالة كالاصطياد والاحتطاب يكون المستفاد فيه للعامل ولا يقع مشتركا فلا يقق حكمه المطلوب منه وهو الشركة في المال فلهذا لم تصح الشركة فيه (قوله لا يصلح الناس فوضى البيت) أي لا يصلح أمور الناس حال كونهم متساويين اذالم يكن لهم أمراء وسادات فانهم اذا كانوا متساويين تحقق المنازعة بينهم لانه اذالم يكن فيهم أمير مطاع في أمره ونهيه كان كل واحد منهم

في مال الغير أو لافالاول الصنائع والثاني الوجه ومعنى البيت لا يصلح أمور الناس حال كونهم متساوين إذا لم يكن لهم أمراء وسادات فانهم إذا كانوا متساوين يتحقق المنازعة بينهم (٣٨٠) والسراة جمع السرى وهو جمع عزير لا يعرف غيره وقيل هو اسم جمع للسرى

أى متساوين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه وكذا في التصرف لانه لو ملك أحدهما تصرفه فلا يملك الآخر لغايات التساوى وكذلك في الدين لما بين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا استحضانا وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعى وقال مالك لا أعرف ما للمفاوضة

المساواة فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فم التساوى في ذلك ولا يخفى أن قول المصنف اذهى من المساواة تساهل لانها مادة أخرى فكيف يتحقق الاشتقاق بل هي من التفويض أو القوض الذى منه فاض الماء اذا غم وانشر وانما أراد ان معناها المساواة واستشهد بقول الافوه الاودى

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا
و بعد
اذا تولى سراة الناس أمرهم * نغالى ذلك أمر القوم وازدادوا
وقيل بعد

تهدى الامور باهل رأى ما صلت * فان تولت فبالجهال ينقادوا
ومعنى البيت اذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون اليه بل كان كل واحد مستقلا ينفذ امره كيف كان تحققت المنازعة كفى قوله تعالى لو كان فيهما آلهة الا الله لغسدتا والسراة جمع سرى وهو السيد وجعله صاحب المفصل اسم جمع له كركب في راكب والسرى فعيل جمع على فعلة بالفتح بيل وأصله سرورة تحركت الواو وانفتح ما قبلها قلبت الالف فصار سراة وأصل سرى سري بواجتمعنا وسرى بقت احدهما بالسكون فقلب الواو ياء ثم ادغمت في الياء وسى بفتح الهمزة والمساواة (فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء) عند عقد الشركة (وانتهاء) أى في مدة البقاء لان عقد الشركة عقد غير لازم فان لكل منهما أن يفسخه اذا شاء فكان لبقاء حكم الابتداء فيما يمنع ابتداء العقد من التفاوت في المال يمنع بقاءه حتى لو كان المالان سواء يوم العقد ثم ازدادت قيمة أحدهما قبل الشراء ففسدت المفاوضة وصارت عنانا بخلاف مالو زادت بعد الشراء بالمالين لان الشركة انتقلت الى المشتري فانما تغير سعر رأس المال بعد خروجه عن الشركة فيه ولو اشترى بجمع جميع مال أحدهما ثم فضل مال الآخر ففي القياس تفسد المفاوضة وفي الاستحسان لا تفسد لان الشراء بالمالين جميعا قل ما يتفق فيلزم باشرطه حرج ولان المساواة قائمة معنى لان الآخر لما ملك نصف المشتري صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف مالم يستحق به لصاحبه غير أنه لا يشترط اتحادهما صفة فلو كان لا أحدهما دراهم سود ولآخر مثلهما بفض وقيمتاهما متساوية تحت المفاوضة بخلاف مالو زادت وكذا لو كان لا أحدهما ألف ولآخر مائتين وقيمتاهما ألف صححت فان زادت صارت عنانا وكذا لو ردت أحدهما دراهم أو اتهمها تنقلب عناناً ثم المراد بالمال الذى يلزم فيه التساوى ما تصح به الشركة من الدراهم والدنانير والفلوس على قولهما دون العروض ولو كان لا أحدهما ودية نقد لم تصح المفاوضة ولو كان له دين صححت الى أن يقبضه فاذا قبضه ففسدت وصارت عنانا ولذا يعتبر التساوى في التصرف فانه لو ملك أحدهما تصرفه فملكه الآخر فان التساوى وكذا في الدين لما بين عن قرييب (قوله وهذه الشركة جائزة في قول أصحابنا رحمه الله استحضانا والقياس ان لا تجوز وهو قول الشافعى رحمه الله وقال مالك رحمه الله لا أعرف ما للمفاوضة) وهذا

مستقلا برأيه فتحقق المنازعة ولا سادة اذا ساد الجاهل (قوله فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء) لان المفاوضة من العقود الجائزة فان لكل واحد منهما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء وفى ابتداء عقد المفاوضة اشترطت المساواة فكذا في الانتهاء (قوله والمراد به ما تصح الشركة فيه) أى ما يصلح لرأس مال الشركة كالدرهم والدنانير ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه أى ما لا يصلح لرأس مال الشركة كالعروض والعقار والديون (قوله وقال مالك رحمه الله لا أعرف ما للمفاوضة) وهو

وقوله فلا بد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء أما ابتداء فظاهر بناء على ما ذكر من ما أخذ اشتقاقه واما الانتهاء فلان المفاوضة من العقود الجائزة فان لكل واحد منها ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء وفى ابتداء المفاوضة تشترط المساوات فكذا في الانتهاء (وقوله وذلك) أى تحقق المساواة في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح فيه الشركة كالعروض والديون والعقار حتى لو كان لا أحدهما عروض أو ديون على الناس لا تبطل المفاوضة مالم تقبض الديون وقوله (كل ذلك بانقراده فاسد) أى كل من الوكالة والكفالة في المجهول فاسد حتى لو وكل رجلا وقال وكلتك بالشراء أو بشراء الثوب كان فاسدا وكذلك الكفالة للمجهول بالمعلوم باطل فالكفالة للمجهول بالمجهول أولى بالبطلان فان قيل الوكالة العامة جائزة كما

قال المصنف (وكذا في التصرف) أقول عطف على قوله وذلك في المال قال المصنف (وكذلك في الدين) أقول عطف على قوله وذلك في المال (قوله لما بين ان شاء الله تعالى) أقول إشارة

الى قوله ولا بين المسلم والكافر قال المصنف (وقال مالك لا أعرف ما للمفاوضة) أقول قال في الكافي وهو تناقض لأنه اذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد فلا تصديق بالتصور وره هذا بان قوله لا أدري ما يكون حكما بالفساد ولا بالجواز حتى يلزم التناقض اه وفيه بحث

وجه القياس أنها تضمنت الو كالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانقراده فاسد وجه الاستحسان
قوله صلى الله عليه وسلم فإرضوا فإنه أعظم للبركة وكذا الناس يعاملونهم من غير تكبير وبه يترك القياس

إذا قال لا آخروك كنتك في
مالي أصنع ما شئت فإنه يجوز
له أن يتصرف في ماله
أجيب بأن العموم ليس
بمراد ههنا فإنه لا يثبت
الوكالة في حق شراء
الطعام والكسوة لاهله فإذا
لم يكن عاما كان توكيلا
بمجهول الجنس فلا يجوز
(قوله والجهالة مقهولة
تبعها كفي المضاربة) يعني
الوكالة بمجهول الجنس
موجودة في المضاربة وهي
جائزة هناك تبعاً فكذلك
ههنا ألا ترى أن شركة
العنان تصح وأن تضمنت
ذلك لأن ما يشترط به كل
واحد منها غير مسمى عند
العقد فكذلك المعاوضة
وقوله (لأن المعتبر هو المعنى
دون اللفظ) بوضوحه أن
الكفالة بشرط براءة الأصل
حوالة والحالة بشرط
ضمحل الأصل كفالة وقوله
(لما قلنا) إشارة إلى قوله
لتحقق التساوي أي في
كونها ماذيين وقوله (ولا
تجوز) أي المعاوضة بين
الحري وبين المملوك طاهر

لا يلزم تناقض به كما قيل إذا لم يعرفها كيف حكم بفسادها لأن العالم يقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد
والمعنى لا وجود للمعاوضة على الوجه الذي ذكرتموه في الشرع وما لا وجود له شرعاً لا صحة له وقد حكى عن
أصحاب مالك أن المعاوضة تجوز وهي أن يفوض كل منهما إلى الآخر التصرف في غيبته وحضوره وتكون
يده كيد غير أن لا يشترط التساوي في المالين ومن روى عنه القول بالمعاوضة الشعبي وابن سيرين ذكره
الشيخ أبو بكر الرازي (وجه) قوله ما هو وجه (القياس أنها تضمنت الو كالة) شراء (بمجهول الجنس و
الكفالة بمجهول وكل بانقراده فاسد) ولو قال وكنتك يشراء عبد أو ثوب لم يجز حق بين نوعه وصفتة ولو
كفل لمن سيد يئمه بما يلزمه لا يصح فاجتماعها يزيد فساداً فإن قيل الو كالة العامة جائزة كولو قال لا آخروك كنتك
في مالي أصنع فيه ما شئت حتى يجوز له أن يفعل فيه ما شاء قلنا العموم غير مراد فإنه لا يثبت وكالة كل في شراء
طعام أهل الآخر وكسوتهم فإذا لم يكن عاماً كان توكيلا بمجهول الجنس (وجه الاستحسان) أمران أحدهما
(ماروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال فإرضوا فإنه أعظم للبركة) أي أن عقد المعاوضة أعظم للبركة وقوله
صلى الله عليه وسلم إذا فاضتم فاحسنوا المعاوضة وهذا الحديث لم يعرف في كتب الحديث أصلاً والله أعلم به ولا
يثبت به حجة على الخصم وإنما خرج ابن ماجه في التجارات عن صالح بن صهيب عن أبيه قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم ثلاث فهن البركة البيع إلى أجل والمقاربة واختلاط البر بالسعي للبيت لا للبيع وفي بعض
نسخ ابن ماجه المعاوضة بدل المقاربة ورواه إبراهيم الحرابي في كتاب غريب الحديث وضبطه المعارضة بالعين
والضاد وفسرها ببيع عرض بعرض مثله (والآخر) ما ذكره من (أن الناس يعاملونهم من غير تكبير وبه
يترك القياس) لأن التعامل كالأجاء ولو منع ظهور التعامل بها على الشرط التي ذكرتم من المساواة في
جميع ما يملكه كل من النقود بل على شرط التفويض العام كعن مالك أمكن ثم أجاب عن القياس فقال
(الجهالة مقهولة) لأنها إنما تثبت (تبعاً) والتصرف قد يصح تبعاً ولا يصح مقصوداً (كفي المضاربة) فإنها
تضمن الو كالة بشرع بمجهول الجنس وكذا شركة العنان فلا يتم الالتزام وانتظم الكلام الكلي وهو قوله
والجهالة مقهولة تبعاً الجواب عن الزام الكفالة بالمجهول وفضل الجواب فيها في البسوط فقال وأما الجهالة فعيها
لا تبطل الكفالة ولكن يمكن المنازعة بسببها وهو منعدم ههنا لأن كل واحد إنما يصير ضامناً عن صاحبه ما لزمه
بتجارته وعند لزوم المضمون له والمضمون به معلوم وكان المصنف إنما يعرج عليه لأنه لو صح صحت الكفالة
لمجهول ابتداءً لأن عند اللزوم لا يتعين المكفول له فاكتم في بنى الالتزام بما ذكر من أن الشيء قد يصح تبعاً
لا قصد ولا يلزم من عدم صحة الكفالة كذلك قصد عدم صحتها ضامناً وعلى هذا يمكن إثبات صحتها شرعاً إذا كان
هذا الجواب هكذا تصرف نافع لا مانع فيه في الشرع فوجب صحتها والمانع وهو الو كالة بمجهول والكفالة
بمجهول يمنع إذا ثبت قصد ولا يلزم من منع الشيء إذا ثبت قصداً منه إذا ثبت صحتها فان قيل فن أين اشتراط
المساواة في المال قلنا هذا أمر يرجع إلى مجرد الاصطلاح وذلك أن الشركة في صورة يكون الشريكان
متساويين المالين على وجه التفويض على العموم جائزة بلا مانع كما في صورة عدم تساويهما قلنا أن عقداً على
الوجه الأول سميناً الشريكة معاوضة والاسميناً هاهنا غير أننا اكتفينا بلفظ المعاوضة في ثبوت الشرط المذكور

تناقض لأنه إذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد إذا تصديق بلا تصور (قوله وجه القياس أنها تضمنت الو كالة
بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانقراده فاسد) كما إذا قال وكنتك يشراء شيء وكما لو قال كفلت
عنتك ما بايعت الناس أو غصبت من الناس فعند الانضمام أولى فان قيل الو كالة العامة جائزة كما إذا قال
لا آخروك كنتك في مالي أصنع ما شئت يجوز له أن يتصرف في ماله قلنا العموم ليس بمراد ههنا فإنه لا يثبت الو كالة
في حق شراء الطعام والكسوة لاهله فإذا لم يكن عاماً يكون توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز (قوله وبه يترك
القياس) أي بالتعامل يترك القياس كالأستصناع ودخول الحمام وهذا لأن تعاملهم بآثار تكبير كالأجاء

في التصرف فان المجوسى
يتصرف فى الموقوذة
لاعتقاده المالية فيها
والكفاي لا يتصرف فيها
وكذلك الكفاي يؤجر
نفسه للذبح دون المجوسى
لان ذبيحته لا تحل وكذلك
تصح بين الحنفى والشافعى

مع وجود التفاوت بينهما
كما قال أبو يوسف وأجيب بان
عدم المساواة مبطل
للعقد لاجل التفاوت فى
الموقوذة لم يعتبر لان من
جعل الموقوذة مالا متقوما
لا يفصل فيه بين الكفاي
والمجوسى فتحقق المساواة
وأما ما أوجره نفسه للذبح فان
المساواة بينهما ثابتة فى ذلك
معنى لان كل واحد من
الكفاي والمجوسى من أهل
ان يتقبل ذلك العمل على
أن يقيمه بنفسه أو بنائبه

وأجابه المجوسى للذبح صحته
يستوجب بها الاجران
كان لا تحل ذبيحته وأما
مسئلة الحنفى والشافعى
فان المساواة بينهما ثابتة
لان الدلالة قامت على ان
متروك التسمية عامدا
ليس بمال منقوض ولا يجوز
التصرف فيه للحنفى والشافعى
جميعا لثبوت ولاية الازام
بالحاجة فتحقق المساواة
بينهما فى المال والتصرف

(قوله على أن يقيمه
بنفسه أو بنائبه الخ) أقول
فيه بحث فان المسلم أيضا

من أهل أن يشتري الخمر أو الخنزير بنائبه كما سيجى فى كتاب الوكالة وجوابه أن أجاره نفسه

صحته دون اشتراء المسلم الخمر فامل

والجهالة متحملة تبعاً كفى المضاربة (ولا تنعقد باللقطة المفاوضة) بعد شرائها عن علم العوام حتى لو
بيننا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعبر هو المعنى قال (فجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين أو ذميين لتحقيق
التساوى وان كان أحدهما كفاي أو آخر مجوسى تجوز أيضا لما قلنا) ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين
الصبي والبالغ لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا
باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي قال (ولا بين المسلم والكافر) وهذا قول أبي
حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز للتساوى بينهما فى الوكالة والكفالة ولا يعتبر بزيادة تصرف يملكه
أحدهما كالمفاوضة بين الشفعوى والحنفى فانها جائزة

لجعلنا اياه علما على تمام المساواة فى أمر الشركة فاذا ذكرها ثبتت أحكامها اقامة للفظ مقام المعنى بخلاف
ما اذا لم يذكرها لعدم تحقق رضاها باحكامها الآن يذكرها تمام معناها بان يقول أحدهما أو هما حران
مسلمان بالغان أو ذميين شاركك فى جميع ما أملك من نقد وقد رما عليك على وجه التقويض العام من كل منا
للاخر فى التجارات والنقد والتسوية وعلى ان كلا منا ضامن على الآخر ما يلزمه من أمر كل بيع وهذا قول
المصنف (وتنعقد بلفظ المفاوضة بعد شرائها عن فهم العوام حتى لو بيننا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعبر هو
المعنى) واللفظ وسيلة الى افهامه ولو عقد بلفظ المفاوضة وبعض شرائها متفانعت عننا اذ لم يكن المتنى
من شروط العنان ويكون تعبيراً بالمفاوضة عن العنان (قوله وان كان أحدهما كفاي أو آخر مجوسى) ان
فيه لوصول وقوله (لما قلنا) أى لتحقيق التساوى اذ الكفر كله ملة واحدة (قوله ولا تجوز بين الحر والمملوك
ولا بين الصبي والبالغ لتعذر المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما
الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة) أصلاً ولو أذن له الولي (ولا يملك التصرف الا باذنه قال ولا بين الكافر
والمسلم وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز للتساوى بينهما فى صحة الوكالة
والكفالة) وكون أحدهما هو الكافر يملك زيادة تصرف لا يملكه الآخر كالعقد على الخمر ونحوه لا يعتبر
به بعد تساوىهما فى أصل التصرف مباشرة وو كالة وكفالة (وصار كالمفاوضة بين الشافعى والحنفى فانها جائزة

و يترك القياس بالاجماع (قوله والجهالة متحملة تبعاً) أى غيرها وهى المساواة لان المفاوضة تقتضى
للمساواة على ما مر ولا تثبت المساواة الا بعد أن يصير كل واحد منهما كفاي لا عن صاحبه وهذا جواب عن وجه
القياس أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول فاجاب أن ما لا يثبت مقصودا جاز أن يثبت
تبعاً كالمضاربة جازت بالاجماع وان اشتملت على التوكيل بشرائها بمجهول الجنس اذ لم يبين نوعا ومثله هذا
أيضاً وجد فى شركة العنان فان التوكيل بشرائها بمجهول الجنس لا يصح ثم صحت شركة العنان وان تضمنت
ذلك (قوله لان المعبر هو المعنى) ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ضمان
الاصيل كقالة (قوله والاخر مجوسى) فان قيل المساواة معدومة بينهما فان المجوسى يتصرف فى الموقوذة
والكفاي لا والكفاي يوجر نفسه للذبح والتضحية والمجوسى لا قلنا ان من يجعل الموقوذة مالا متقوما فى حقهم
لا يفصل بين الكفاي والمجوسى فتحقق المساواة والجواب عن الثانى أنه لو أجاز الكفاي نفسه يجوز ويطالب به
المجوسى وان لم يقدر على ايقائه بنفسه لانه يقدر على الايقاع بالغير وهو العين أو الاجير وكذلك لو أجاز المجوسى
يجوز وان لم يقدر بنفسه لقدرته بغيره كالخياط مع القصار اذا اعتد اعقد المفاوضة صار كل واحد منهما
مطالباً على الآخر وان لم يقدر بنفسه (قوله لما قلنا) أى لتحقيق التساوى (قوله الا باذن المولى) فان
قبل لما أذن له المولى فى الكفالة يثبت التساوى بينهما بين الحر قلنا لا يثبت لانه لا تصح كفالة باذن المولى اذا
كان عليه دين وكذلك لا تجوز كفالة بعد ما كفل بمقدار قيمته كذا ذكره الفقيه أبو الليث رحمه الله (قوله

ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره لان الذي لا يمتد الى الجائز من العقود وله ما
انه لا تساوى في التصرف فان الذي لو اشترى رأس المال خورا أو خناز بر صرح ولو اشترىها مسلم لا يصح (ولا
يجوز بين العبد وبين الصبي ولا بين المكاتبين) لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لتعقد
شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عينا لا يستجماع شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما
قال (وتنعقد على الوكالة والكفالة) أما لو كالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه وأما
الكفالة لتحقيق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قال

ويتفاوتان في العقد على متروك التسمية الا انه يكره) أى عقد الشركة بين المسلم والكافر (لان الذي لا يمتد
الى الجائز من العقود ولا يجوز من الزبانيكون سببا لوقوع المسلم في أكل الحرام) وقوله الا انه يكره استثناء
من قوله قال أبو يوسف يجوز بناء على استعمال الجواز في أعم من الاباحية بمعنى استواء الطرفين وهو
مالا يعاقب عليه وفيه نظر لان قضية الاستثناء ان ينتفى الحكم عما بعد الاداء فيكون قد أخرج الكراهة التي
يتضمنها الجواز عنه فلا يثبت فأنما هو استدراك من الجواز فان مطلقة ينصرف الى غير المكروه فاستدراك
منه الكراهة أى لئلا يكره وهو بعض أهل الدرس قالوا يريد الاستثناء المنقطع لما رآه بمعنى لكن وهو
غلط لان المستثنى في المتصل والمنقطع مخرج من حكم الصدور فالجواز لم يمتد في قوله جازا الاحكاما فيقتضى
اخراج الكراهة عن ثبوت الجواز فلا يثبت الكراهة (وله ما انه لا تساوى في التصرف فان الذي لو اشترى
رأس ماله خورا وخناز بر يصح ولو اشترىها المسلم لا يصح) لكن بقول أبي يوسف كالمفاوضة بين الحنفى
والشافعى مع التفاوت فيما علم كان لم يجب عنه وكذا بين الكبائي والمجوسى فان المجوسى يتصرف في الموقوذة
لانه يعتقد ما لا يتبادر الى ذهن الكبائي يؤاخر نفسه للذبح دون المجوسى وأجيب بان منهم من جعل
الموقوذة مالا متقوما في حقهم فلا فصل بين المجوسى والكبائي فتتحقق المساواة في التصرف وأما مؤاخرته نفسه
للذبح فكل منهما من أهل أن يتقبل ذلك العمل على أن يعمل بنفسه أو نائبه واجارة المجوسى نفسه للذبح
جائزة ليستوجب بها الاجراء كان لا تحل ذبيحته وأما الحنفى والشافعى فالمساواة ثابتة لان الدليل على كونه
ليس مالا متقوما قائم ولا لاية الا لزام بالحاجة ثابتة باتحاد المالة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعى كالحنفى
وأما المسلم مع المرتد فلا يجوز الشركة بينهما في قولهم هكذا ذكره الكرخى وذكر في الاصل قياس قول أبي
يوسف انه يجوز عنده (قوله ولا بين الصبيين) يعنى ولو أذن وليهما لهما مال ليسا من أهل الكفالة ولا بين
العبد وبين المكاتبين (قوله وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها الخ) وذلك كالموقف بالغ وصبي أو
حر وعبد أو مكاتب أو شرط عدم الكفالة تصير عينا وان عمما التصرف والمال وتساوى افيقه لان عقد
شركة العنان قد يكون عاما كما يكون خاصا بخلاف المفاوضة تكون الاعامة (قوله وتنعقد) أى المفاوضة
(على الوكالة والكفالة) وان لم يصرح بها فان ذلك موجب للفظ فيثبت بذكره أى وكالة كل منهما عن
الآخر في نصف ما يشتر به وكفالة كل منهما الآخر (أما) انعقادها على (الوكالة) فلتحقق غرض الشركة
وقوله (على ما بيناه) يريد قوله ليكون ما يستفاد به على الشركة فتتحقق الاشتراك في الربح (وأما الكفالة
فالتحقق المساواة) التى هي مقتضى المفاوضة (فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما)

الا انه يكره لان الذي لا يمتد الى الجائز من العقود) أى يكره مشاركة المسلم الذي لا يمتد الى الجائز من العقود
الفاصلة فربما يصير سببا لوقوع المسلم في المحرم والجواب عن قول أبي يوسف رحمه الله كالمفاوضة بين الحنفى
والشافعى أن المساواة بينهما ثابتة لان الدلالة قامت على أن متروك التسمية عمدا ليس بمال متقوم ولا يجوز
التصرف فيه بين الحنفى والشافعى جميعا لثبوت ولاية الا لزام بالحاجة فتتحقق المساواة بينهما في المال
والتصرف كذا في المبسوط (قوله ولا يشترط ذلك في العنان) من صورة المسئلة اذ هو أى العنان وفي
المبسوط أن العنان قد يكون عاما وقد يكون خاصا بخلاف المفاوضة فانها عامة لا غير وفي الايضاح وكل موضع

وقوله (ولا بين الصبيين) يعنى
وان أذن لهما أبوهما لان
مبنى المفاوضة على الكفالة
وهما ليسا من أهل ذلك
وكذلك المكاتبان وقوله
(اذ هو) أى العنان (قد
يكون خاصا وقد يكون عاما)
يعنى قد يكون عاما في أنواع
التجارة وقد يكون في نوع
خاص منها والمفاوضة عامة
فيها فجاز أن يذكر لفظ
المفاوضة (وراد معنى
العنان كما يجوز اثبات معنى
الخصوص بلفظ العموم
(قوله وتنعقد على الوكالة
والكفالة) أى تنعقد
شركة المفاوضة على الوكالة
كعمامة الشركة كانت تحقق
المقصود وهو الشركة في
المال (على ما بيناه) يعنى قوله
ليكون ما يستفاد بالتصرف
مشتركا وعلى الكفالة هو
على معنى ان يطالب كل
واحد من شريكي المفاوضة
بما يشره الآخر واليه أشار
بقوله لتحقيق المساواة فيما
هو من موجبات التجارة
وهو توجه المطالبة نحوهما
جميعا وقوله (لان مقتضى
العقد تغليب المستثنى منه)
وهو قوله قد يكون على

الشركة وقوله (لما بينا) إشارة إلى هذا التعليل وقوله (وللبائع) أي لبائع الطعام والكسوة (قوله) فما يصح الاشتراك فيه البيع والشراء والاستتجار) أما صورة البيع والشراء فظاهرة وأما صورة الاستتجار فهو أن يستأجر أحد المتفاوضين أجرا في تجارتهم أو دابة أو شيئا من الأشياء فلا مؤجران يأخذانهم - ما شاء لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كغفل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استأجره لحاجة نفسه أو استأجره بالمالى مكتبة يجمع عليها فله مكارى أن يأخذ منهم ما شاء إلا أن شريكه اذا أدى من خالص ماله رجع به عليه لانه أدى ما كفل عنه بامرء وان أدى من مال الشركة يرجع عليه بنصيب من المؤدى وأما في شركة العنان فلا يؤخذ به غير الذى استأجره لانه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه ومن القسم (٣٨٤) الآخر الجناية على بنى آدم والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة

فلو أدى رجل على أحد المتفاوضين حرجا خطا لها أو ش مقدروا استحلفه فحلف ثم أراد أن يستحلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب التجارة فاما ما يلزمه بسبب الجناية فلا يكون الاخر كغفلا ليه الا ترى انه لو ثبت بالمينة أو بجماعة السبب لم يكن على الشريك من وجهائى ولا خصومة للمعنى عليه مع وكذا المهر والخلع والصلح عن جناية العمد والنفقة اذا ادعاه على أحدهما وحلفه عليه ليس له ان يحلف الاخر لما بينا وصورة الخلع ما اذا كانت المرأة عقدت عقد المفاوضة ثم خالعت مع زوجها فما لزم عليها من بدل الخلع لا يلزم شريكها وكذلك ألقت ببدل الخلع لا يلزم على شريكها ومن هذين يتبين قال المصنف (وللبائع أن يأخذ بالثمن الى قوله ما أدى) أقول ما ثبت بالضرورة

(وما يشتر به كل واحد منهما ما يكون على الشركة الاطعام أهله وكسوتهم) وكذا كسوته وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف وكان شراء أحدهما كشرائه ما لا استثناء في الكتاب وهو استعسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبية معلومة الوقوع ولا يمكن إيجابه على صاحبه ولا التصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرر و رقو القياس أن يكون على الشركة لما بينا (وللبائع أن يأخذ بالثمن أي ما شاء) المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحسبه مما أدى لانه قضى دينه عليه من مال مشترك بينهما قال (وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فلا تخراص من له) تحقيقا للمساواة فما يصح الاشتراك فيه الشراء

بسبب ما هو من أفعالها وما يشبه ما هو وتجارة (وما يشتر به كل واحد منهما ما يكون على الشركة الاطعام أهله وكسوتهم) فيختص به ومع ذلك يكون الاخر كغفلا عنه حتى كان لبائع الطعام والكسوة ولعياله وادامهم أن يطالب الاخر ويرجع الاخر بما أدى على الشريك المشتري بخلاف ما لو اشترى أحدهما ما جارية للوطء باذن شريكه فانه يختص به على ما سأتى في آخر الشركة ان شاء الله تعالى وانما اختص بذلك ولم يقع على الشركة استحسانا بالضرورة (فان الحاجة الراتبية معلومة وقوعها) أي المستمرة من قولهم رتب الشيء اذا دام ومنه أمر ترتب أي داء بفتح التاء الثانية وضمها (ولا يمكن إيجاب نفقة عياله على صاحبه) فكان مستثنى ضرورة (والقياس وقوعه على الشركة لما بينا) من ان مقتضى العقد المساواة ثم كفالة كل

فقد شرط من شروط المفاوضة وذلك ليس بشرط في العنان كانت الشركة شركة عنان لان شركة المفاوضة أعم أي في الشروط من شركة العنان فوقع التفاوت بينهما من حيث العموم والخصوص فاذا بطل معنى العموم بقي معنى الخصوص فجاز اثبات العنان بلفظة المفاوضة كما يجوز اثبات معنى الخصوص بلفظة العموم (قوله لما بينا) أن مقتضى العقد المساواة الخ (قوله) وللبائع أن يأخذ بالثمن أي ما شاء) أي وللبائع الطعام والكسوة أن يأخذ بثلث الطعام والكسوة أي الشريك يكتفى شأه وان لم يقع الطعام والكسوة على الشركة لان المشتري باشر بسبب الالتزام والاخر كغفل عنه بما يلزمه بالشراء بسبب شركة المفاوضة فكان سبب توجه المطالبة على كل واحد منهما موجودا بسبب على حدة فبطل به لذلك ولان في عدم وقوع الطعام والكسوة على الشركة ضرورة ولا ضرورة في أن لا يقع عقدا أحد الشريكين متضمنا للكفالة فنثبت الكفالة فاذا آذاه أحدهما من مال الشركة رجع المؤدى على المشتري بقدر حصته من ذلك لان الثمن كان على المشتري خاصة وقد قضى من مال الشركة (قوله) فما يصح فيه الاشتراك الشراء والبيع والاستتجار) ولا فرق بين أن يكون الاستتجار واقعا على الشركة أو الحاجة المستأجر خاصة كرفى المبسوط وصورة الاستتجار هي أن يستأجر أحد المتفاوضين أجرا في تجارتهم أو دابة أو شيئا من الأشياء فلا مؤجران يأخذان بالاجر أي ما شاء لان

يتقدر بقدر الضرورة ولهذا لم يتعد الى الكفالة و بقيت على مقتضى القياس فليتام قال المصنف (فما يصح الاشتراك والبيع فيه الشراء والبيع والاستتجار) أقول قال الإتقاني ولنا في عبارة صاحب الهداية نظرا لأن حق الكلام أن يقول فما يصح فيه الاشتراك الثمن المشتري وأجرة ما استأجره لانه هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستتجار كذلك حق الكلام أن يقول ومن القسم الآخر ارس الجناية والمهر والنفقة الخ لانها هي الديون الواقعة بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الجناية والنكاح والخلع أنفها الى آخر ما قال فيعلم بادنى فكر ان شاء الله تعالى هو فيه بحث وفي قوله لانه هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستتجار بحث لأن الكلام فيما يصح فيه الاشتراك لاني الدين الواقع بدلا عنه فينبغي أن يقول فما يصح فيه الاشتراك في المشتري والمستأجر وقيس عليه

صورة غيره (قوله ولو كفل أحدهما) ظاهر (قوله ولو صدر) يعني (٣٨٥) عقد الكفالة وإنما قد يحال المرض لان

المرضى لو أقر بالكفالة السابقة في حال الصحة يعتبر ذلك من جميع المال بالاجماع لان الاقرار بها يلاقى حال بقائها وفي حال البقاء الكفالة معاوضة (قوله فبالنظر الى البقاء تتضمنه المعاوضة) يعني وحاجتنا ههنا الى البقاء اذا المطالبة تتوجه بعد الكفالة لانها حكمها فالزم المال على الشريك الضامن لزم على الآخر وهذا هو حاله البقاء بخلاف الصبي وغيره لان كلامنا في الابتداء به هل يلزمه أولا فاعتبرنا جهة التبرع فيه ولم نعتبر هنا لان الابتداء ثمة محتاج اليه ولا كذلك هنا الصحة الابتداء ليكون الضامن من أهل الضمان دون الصبي (قوله لم يصح ممن ذكره يريد به الصبي والمجنون الخ) وأما (قوله وإنما قد يحال المرض) أقول يعني إنما قيد الصدور بحال المرض قال المصنف (لانه يستوجب الضمان) أقول لتعليل لكون الكفالة معاوضة فيها بقاء قال المصنف (وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره) أقول قال الاتقاني أي ذكره أبو يوسف ومحمد وكان القياس أن يقول ذكره بضمير الاثنين أو كان القياس من أن يترك الضمير المنصوب ويدكر الفعل على صيغة المبنى للمفعول قلعه وقع هكذا من قلم الكاتب اه

والبيع والاستتجار ومن القسم الآخر الجنائية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة قال (ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة وقال لا يلزمه) لانه تبرع ولهذا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثالث وصار كالاقرار والكفالة بالنفس ولا يبي حنيفة انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر الى البقاء تتضمنه المعاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره وتصح من الثالث

الآخر انما هي فيما هو من ضمان التجارة أما ما يشبه ضمان التجارة فيكون صاحب الدين بالخيار ان شاء أخذ المشتري منه بدينه وان شاء أخذ به شر يكتبه ضمان التجارة كمن المشتري في البيع الجائز وقيمه في الفاسد وأجرة ما استأجره سواء استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة وما يشبه ضمان التجارة ضمان غصب أو استهلاك عند أبي حنيفة أو ودعة اذا أجددها أو استهلكها وكذا العارية لان تقرر والضمان في هذه المواضع يفيد له تلك الأصل فتصير في معنى التجارة ولو لحق أحدهما ضمان لا يشبه ضمان التجارة لا يؤخذ به كإرث الجنائيات والمير والنفقة و بدل الخلع والصلح عن القصاص وعن هذا ليس له أن يحلف الشريك على العلم اذا أنكر الشريك الجاني بخلاف ما لو ادعى على أحدهما بيع خادم فأنكر فلا مدعى أن يحلف المدعى عليه على البتة وشر يكتبه على العلم لان كل واحد لو أقر بما ادعاه المدعى يلزمهما بخلاف الجنائية لو أقر أحدهما لا يلزم الآخر فلا فائدة في الاستخلاف وصورة الخلع ما لو عقدت امرأة شركة معاوضة مع رجل أو امرأة ثم خالعت زوجها على مال لا يلزم شركها وكذا لو أقرت ببدل الخلع أو التزمت أحد الشريكين وهو أجنبي (قوله ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يلزم صاحبه لانه) أي لكفيل (متبرع ولهذا لا تصح) الكفالة (من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولهذا) أيضا (لو صدر) أي عقد الكفالة (من المريض مرض الموت صح من الثالث وصار كالاقرار) اذا أقرض أحدهما من مال التجارة لا لئسان لا يلزم الشريك وإنما اقتصر على صدور عقد الكفالة في المرض لان المريض لو أقر بكفالة سابقة على المرض لزمته في كل المال بالاجماع لان الاقرار بها يلاقى حال بقائها وهي في حال البقاء معاوضة على ما سنذكره في الاسرار وكون الاقرار لا يلزم الشريك ولو أخذ به سفينة هو قول محمد وظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقال بعضهم وقال أبو يوسف لا يجوز ونسبه الى الايضاح وعبرة الايضاح نقلها في النهاية وغيرها هكذا قال يضمن يعني المقرض لشريكه قوى المال أولم يتو قياس قول أبي يوسف يضمن المقرض حصته شر يكتبه قال وهذا فرع اختلافهم في ضمان الكفالة فعند أبي يوسف ضمان الكفالة ضمان تبرع فلا يلزم الشريك فكذلك المقرض وعند أبي حنيفة ضمان الكفالة يلزم الشريك والكفيل في حكم المقرض (ولا يبي حنيفة انه) أي عقد الكفالة (عقد تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء) كالهبة بشرط العوض (لانه) أي الكفيل المدلول عليه بالكفالة (يستوجب الضمان على المكفول عنه بما يؤدي عنه) اذا كفل بأمره فيلزم شر يكتبه بعد ما لزم عليه (فبالنظر الى البقاء تتضمنه المعاوضة وبالنظر الى الابتداء لا يصح ممن ذكره) والوجه أن يقول ممن ذكره يعني الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولا يبعد أن يكون

الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استأجره لحاجة نفسه أو استأجره لبلد الى مكة ليجمع عليها فالعوض أن يأخذ أي ما شاء ان شاء أخذ المستأجر بالتزامه بالعقد وان شاء أخذ شر يكتبه بالكفالة عنه (قوله والخلع) صورته ما اذا كانت المرأة عقدت عقد المعاوضة ثم خالعت مع زوجها فالزم عليها بدل الخلع لا يلزم شر يكتبه او كذلك لو أقرت ببدل الخلع لا يلزم على شر يكتبه (قوله وصار كالاقرار والكفالة) في المبسوط في أول باب بضاعة المعاوض واذا أقرض أحد المتفاوضين فهو ضامن نصف ما أقرض لشريكه لانه متعد في نصيب شر يكتبه بتصرفه في المال على غير ما هو مقتضى الشركة (قوله لم يصح ممن ذكره) أي من الصبي والعبد المأذون والمكاتب

الاقراض فعند أبي حنيفة يعني أن فيه روايتين قال في المبسوط أن اقراض أحد المتفاوضين يلزم شريكه - نسند أبي حنيفة لأنه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لأنه تبرع (قوله ولئن سلم فهو اعادة) أي ولئن سلمنا أن اقراض أحد المتفاوضين لا يلزم صاحبه فأنما لا يلزم لأن الاقراض اعادة لمعاوضة بدليل جواز اذلو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية فعلم بهذا أن ما يأخذه المقرض بعد الاقراض حكم عين ما اقترضه لا حكم بدله كما في الاعارة الحقيقية (قوله حتى لا يصح فيه الاجل) أي لا يلزم لأن تأجيل الاقراض والعارية جائز لكن لا يلزم المضى على ذلك التأجيل (قوله ولو كانت الكفالة بغير أمره) متصل بقوله اذا كانت الكفالة بأمره (قوله في الصحيح) اشارة

(٣٨٦)

من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لأنها تبرع ابتداء وانتهاء وأما الاقراض فعن أبي حنيفة أنه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعادة فيكون للمالك حكم عينه لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا يتحقق معاوضة ولو كانت الكفالة بغير أمره لم يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة لأنه معاوضة وانتهاء

مبنياً للمفعول بلا ضمير وانه سقط من قلم الكاتب ما يشبه الهاء وهذا لان الكفالة في الابتداء تبرع فلا يتصور تمامها معاوضة لان التمام بناء على الابتداء وقد يقال ان الكفالة تلاقى الذمة والذمة في المأذون كالمشاركة بينهما وبين المولى حتى صح اقرار المولى عليه في الذمة بقدر قيمته فلم تلاق الكفالة حقها بخلاف الحر البالغ لأنها لاقت حقها فصحت ثم تمت معاوضة فلزمت الشرى بل لان لزومها ليس في حال البقاء لا نأمننا نقول يلزم شريكه بعد ما لزم الكفيل بخلاف الكفالة بالنفس فانها تبرع ابتداء وبقاء اذ لا يستوجب المكفول له على الكفيل شيئاً في ذمته من المال وأما الاقراض فانه اعادة تخضعة ابتداء وانتهاء لمعاوضة والا كان يبيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية (فيكون مثلها) أي مثل الدراهم أو الدنانير المقرضة (حكم عينها لا حكم البدل ولهذا لا يصح فيه التأجيل) أي لا يلزم أن يجري على موجب التأجيل في الاعارة والقرض والالزم الجبر فيما فيه تبرع وهو باطل على أن عن أبي حنيفة رواية الحسن في القرض انه يلزم الشرى ببناء على شبه المعاوضة بلزوم المثل فلما ان منع (قوله ولو كانت) الكفالة (بغير أمره) أي أمر المكفول عنه (لا يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة) انتهت أيضاً لا يتمكن من الرجوع عليه وقوله في الصحيح يشير الى خلاف المشايخ وما ذكره المصنف مختار الفقيه أبي الليث وحمل مطلق جواب الجامع الصغير عليه وعامة المشايخ جروا على الاطلاق ولم يتعرضوا للتفرقة بين كونها بأمره أو لا (قوله وضمان الغصب والاستهلاك) وكذا ضمان المخالفة في الوديعة والعارية والاقراض بهذه الاشياء تلزم شريكه ولا معنى لتخصيص المصنف بأحنيقة هنالكان في ضمان الغصب والاستهلاك محمد مع أبي حنيفة في أنه يلزم شريكه وفي الكفالة مع أبي يوسف كما نقله آتقالي يوسف فيها انه ضمان وجب بسبب غير تجارة فلا يلزم شريكه كإرش الجنانية ولأنه بدل المستهلك والمستهلك لا تحتمله الشركة ولهما ان ضمان الغصب والاستهلاك كضمان التجارة ولهذا صح اقرار المأذون به عبداً كان أو صبيًا حرًا وكذا المكاتب ويؤاخذ به في الحال ثم هو بدل مال تصح فيه الشركة لأنه انما تجب بأصل السبب وعند ذلك المحل

(قوله وأما الاقراض فعن أبي حنيفة رحمه الله) ذكر في المبسوط أن اقراض أحد المتفاوضين يلزم شريكه عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لأنه تبرع (قوله ولو سلم فهو اعادة) أي ولئن سلمنا أن اقراض أحد المتفاوضين لا يلزم صاحبه قلنا انما لا يلزمه لأن الاقراض اعادة لمعاوضة بدليل جواز اذلو كان معاوضة لكان فيه النقد بالنسيئة في الاموال الربوية فعلم بهذا أن ما يأخذه المقرض بعد الاقراض حكم عين ما اقترضه لا حكم بدله كما في الاعارة الحقيقية (قوله حتى لا يصح فيه الاجل) أي لا يلزم في الاقراض الاجل (قوله ومطلق الجواب في الكتاب) وهو قوله ولو كفلا أحدهما بمال عن أجنبي

الى نفى ما ذهب اليه عامة المشايخ في شرح الجامع الصغير من عدم التفرقة بين ما اذا كانت بأمره أو بغير أمره لا طلاق جواب الجامع الصغير والمصنف تابع ما ذهب اليه الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير من التفرقة بينهما وأجاب عن اطلاق جواب الكتاب أي الجامع الصغير بأنه محمول على المقيد وهو الكفالة بالأمر لأنه حينئذ تكون معاوضة وانتهاء فهو متبرع ابتداء وانتهاء فلا يلزم شريكه وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة يعني في انه يلزم شريكه وعند محمد ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة في أنه يلزمه أيضاً عن أبي يوسف في غير رواية الاصول أنه لا يلزم الشرى ببناء على هذا تحرير المذاهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض به على المصنف في قوله بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة بان محمد مع أبي حنيفة في لزوم ضمان

الغصب والاستهلاك للشرى فلا يكون لتخصيص أبي حنيفة ولا لقوله بمنزلة الكفالة وجهه وجهه قول أبي يوسف قال ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان وجب بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كإرش الجنانية ولهما أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة لأنه بدل مال محتمل للشركة

(قوله والاستهلاك بمنزلة التجارة) أقول لا يلائم قوله فيما سأتى لهما أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة فليتأمل في التوجيه (قوله يظهر لك سقوط ما اعترض به) أقول فيه بحث والمعتبر الضيق والكاكي

فانه يجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمنان وكذلك يصح اقرار المأذون له وبثأخذه في الحال وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون له والمكاتب به ولو لم يكن ضمنان تجارة لما صح ذلك معنى قوله لانه معاوضة انتهت وقوله (وان ورت أحدهما مالا) بالتزوين أى المال الذى تصح فيه الشركة كاللراهم والدنانير والفلوس (٣٨٧) النافقة بطلت المغاوضة لما ذكر في الكتاب وقوله

(فان المساواة ليست بشرط فيه) أى فى العنان ابتداء وكل مال ليس بشرط ابتداء ليس بشرط فيه دوامالان لدوامه حكم الابتداء لكونه عقدا غير لازم فان

قال (وان ورت أحدهما مالا يصح فيه الشركة أو وهب له ووصل الى يده بطلت المغاوضة وصارت عنانا) لغوات المساواة فيما يصلح رأس المال اذهى شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لان الاخر لا يشارك فيما أصابه لانعدام السبب فى حقه لانهم انقلب عنانالا مكان فان المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم (وان ورت أحدهما عرضا فهو له ولا تفسد المغاوضة) وكذا العقار لانه لا تصح فيه الشركة فلا يشترط المساواة فيه

أحد الشرى يكن اذا امتنع عن المضى على موجب العقد لا يجبره القاضى على ذلك وتأمل فى كلام المصنف رحمه الله تأمل عالم بالتحقيق تذكر سقوط ما اعترض عليه بان عقد الاجارة عقد لازم ومع هذا فلدوامه حكم الابتداء حتى انها لا تبقى بموت أحد المتعاقدين فحينئذ كيف يصح التعليل بعدم لزوم لاثبات مدعا وهو أن يكون لدوامه حكم الابتداء وذلك لانا قد قلنا كل ما هو عقد غير

قابل للملك وكذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمنان واذا كان كذلك كان كل من المتفاوضين ملتزمه ضرره ونفعه وفى الكافي الا عارة للرهن نظير الكفالة خلافا وتعليل لا وجه كونها معاوضة عنده انتهاء أنه لو هلك الرهن فى يد المرتهن رجع المعير على الراهن بقدر ماسقط من دينه ولو أقر أحد المتفاوضين بدين لمن لا تجوز شهادته لم يلزم الاخر عند أبى حنيفة يلزمه عندهما وأصله ان الوكيل لا يكمل العقد مع هؤلاء عنده خلافا لهما وسياق ان شاء الله تعالى (قوله وان ورت أحدهما مالا تصح فيه الشركة فقبضه بطلت المغاوضة وصارت عنانا) وكذا اذا وهب له فقبضه أو تصدق به عليه أو وصى له به أو زادت قيمة دراهم أحدهما اليه على دراهم الاخر السود أو دنائره قبل الشراء على ما قدمنا كل ذلك اذا وصل الى يده صارت عنانا ولو ورت مالا تصح فيه الشركة كالعقار والعروض اختص به ولا تبطل المغاوضة وكذا فى باقى الاسباب التى ذكرناها وانما بطلت لغوات المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة اذهى أى المساواة بشرط بقاء عنانها ابتداء وبقاء وانما كان ما هو شرط ابتداء بشرط البقاء لكونه أى عقد الشركة عقد غير لازم فان أحدهما بعد العقد لو أراد فسخها فسخها أو ورد عليه كيف يصح التعليل بعدم لزوم لان ابقائها بحكم الابتداء والاحارة عقد لازم حتى لا ينفرد أحد العقادين فيها بالفسخ بل يجبر القاضى الممتنع على المضى ومع ذلك لدوامها حكم الابتداء حتى لا تبقى بموت أحد المتعاقدين فبين ان كون العقد لدوامه حكم الابتداء يتحقق مع كونه لازما كما يتحقق مع كونه غير لازم اجيب بان القياس فى الاجارة أن لا تكون لازمة كما هو مذهب شريح لكون المعقود عليه معدوما فى الحال فهو كالعارية لكنه لما كان عقدا معاوضة ولزوم أصل فى المعاوضات تحقيقا للنظر من الجانبين وانفساخه بموت أحدهما لا باعتباران لدوامه حكم الابتداء بل باعتبار فوت المستحق لان الدار تنتقل الى ملك الوارث بموت المستأجر فلو بقيت لزوم ارث المنفعة المجردة وهى لا تورث ولهذا الوصيات الموصى له بخدمة العبد تبطل الوصية ولا تنتقل الى ورثته لان المنفعة المجردة لا تورث وان كانت الوصية لازمة ولا باس ان تذكر فروعا من

لزم صاحبه عند أبى حنيفة رحمه الله محمول على المقيّد وهو الكفالة بامر المكفول عنه وضمنان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبى حنيفة رحمه الله ومحمد مع أبى حنيفة رحمه الله فى ضمان الغصب والاستهلاك ومع أبى يوسف رحمه الله فى الكفالة لأبى يوسف رحمه الله فى ضمان الغصب والاستهلاك أن هذا الضمان واجب بسبب ليس هو تجارة فلا يلزم شريكه كإرش الحناية ولانه بدل المستهلك وأنه لا يحمّل الشركة وهما يقولان ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمنان تجارة بديل صحة اقرار المأذون به وكونه مؤاخذا به فى الحال وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون والمكاتب به وهذا لانه يدل مال محتمل للشركة لانه انما يجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمنان ولما كان كذلك كان كل واحد من شريكي المغاوضة ملتزمه فوجب عليه (قوله وان ورت أحدهما مالا الى قوله

لزم صاحبه عند أبى حنيفة رحمه الله محمول على المقيّد وهو الكفالة بامر المكفول عنه وضمنان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبى حنيفة رحمه الله ومحمد مع أبى حنيفة رحمه الله فى ضمان الغصب والاستهلاك ومع أبى يوسف رحمه الله فى الكفالة لأبى يوسف رحمه الله فى ضمان الغصب والاستهلاك أن هذا الضمان واجب بسبب ليس هو تجارة فلا يلزم شريكه كإرش الحناية ولانه بدل المستهلك وأنه لا يحمّل الشركة وهما يقولان ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمنان تجارة بديل صحة اقرار المأذون به وكونه مؤاخذا به فى الحال وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون والمكاتب به وهذا لانه يدل مال محتمل للشركة لانه انما يجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمنان ولما كان كذلك كان كل واحد من شريكي المغاوضة ملتزمه فوجب عليه (قوله وان ورت أحدهما مالا الى قوله

الكتاب ولان هذه المغاوضة لا تمنع ابتداء فكذا لا تفسد بقاء

(قوله فانه يجب بأصل السبب الخ) أقول فيه اشارة الى جواب سؤال بأن المستهلك لا يحمّل الشركة اذا المعدوم غير قابل للملك (قوله ولهذا ملك المغصوب الخ) أقول مستند الى أصل السبب (قوله وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون الخ) أقول الظاهر ان هذه الواو زائدة وان اتفقت على اثباتها بالنسخ والمأذون صفقة الصبي (قوله تذكر لسقوط ما اعترض عليه) أقول المعترض صاحب النهاية

شركة العين اذ قل ذكرها في الكتاب * أمر رجلاً أن يشتري عبداً بعيته بينته وبينته فذهب فاشترى وأشهد أنه اشتراه لنفسه خاصة فالعبد بينهما لانه وكيل من جهة الآخر بشرأ نصف المعين فلا يقدر ان يعزل نفسه بغير حضور الموكل وعلى هذا اذا اشترى كاعلى ان ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما لم يستطع واحد منهما ان يخرج من الشركة في ذلك اليوم الا بحضور الآخر لان كل واحد منهما وكيل لصاحبه ولو شهد الموكل على اخراج الوكيل عبداً وكله به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى اذا تصرف قبل ان يعلم بالغزل نفذ تصرفه على الآخر كذلك في الشركة ولو أمره ان يشتريه بينهما فقل نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال نعم ثم اشترى المأمور فالعبد بين الاثنين نصفين ولا شيء للمشتري فيه لان الاول وكله بشرأ نصفه له وقبل فصار بحيث لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه فكذلك غيره لانه انما يملك لغيره ما يملك شراءه لنفسه ولما أمره الثاني أن يشتريه بينهما فنفذ أمره بشرأ نصفه له فبصرف الى النصف الآخر لان مقصودهما تصحيح هذا العقد وقد قبل ولا يمكن تصحيحه الا بذلك ولو اشترى رجل عبداً وقبضه فطلب اليه آخر ان يشتريه فيه فاشترى فيه فله نصفه بمثل نصف الثمن الذي اشتراه به وهذا بناء على ان مقتضى الشركة يقتضى التسوية قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث الا أن يبين خلافه ولو اشترك اثنين فيه صفقة واحدة كان بينهما ثلثا ولو اشترى اثنان عبداً فاشترى فيه آخر فالقياس أن يكون له نصفه وليس كل من المشتريين ربعه لان كلا صار مملوكا نصف نصيبه فيجتمع له نصف العبد وفي الاستحسان له ثلثه لانه ما حين اشترى كاه سويا به بانفسهما وكان كأنه اشترى العبد معهما ولو اشترى أحد الرجلين في نصيبه ونصيب الآخر فجاز شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريك نصيبه وهو ظاهر وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله أن أحد الشرى يكن إذا قال لرجل اشترى كك في هذا العبد فجاز شريكه كان بينهما اثنان لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وكذا لو اشترى كاهما في نصيبه ولم يسم في كم اشترى كاه ثم اشترى كاه في نصيبه كان له النصف ولو قال أحدهما اشترى كك في نصيب هذا العبد فنقدروا ابن سماعة عن أبي يوسف كان مملوكا جميع نصيبه منه بمنزلة قوله قد اشترى كك بنصفه ألا ترى أن المشتري لو كان واحداً فقال لرجل اشترى كك في نصيبه كان له نصف العبد كقوله اشترى كك بنصفه بخلاف ما لو قال اشترى كك في نصيبه فانه لا يمكن ان يجعل بهذا اللفظ مملوكا جميع نصيبه باقامة حرف في مقام حرف الباء فانه لو قال اشترى كك بنصيب كان باطلا فلذا كان له نصف نصيبه واعلم ان ثبوت الشركة فيما ذكرنا كله ينبنى على صيرورة المشتري بائعا للمشتري وهو استغاد المالك منه فابنى على هذا ان من اشترى عبداً لم يقبضه حتى اشترى فيه رجلا لم يجز لانه يبيع ما لم يقبض كالأول ولا ياه ولو اشترى كاه بعد القبض ولم يسلمه اليه حتى هلك لم يلزمه ثمن لان هلاك المبيع في يد البائع قبل التسليم يبطل البيع ويعلم انه لا بد من قبول الذي اشترى كاه لان لفظ اشترى كك صار ايجابا للبيع ولو قال اشترى كك فيه على أن يتقدم الثمن ففعل كانت شركة فاسدة لانه يبيع وشروط فاسد وهو ان يتقدم ثمن نصفه الذي هو له ولونه قد عثر رجوع عليه بما نقلناه فبني دينة بامر ولا شيء له في العبد لان الاشراك كان فاسدا والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيئا ولو قبض نصف المبيع ثم اشترك فيه آخر مملوك الآخر نصف العبد لان النصف الذي قبضه لان الاشراك يقتضى التسوية وانما يصح اذا انصرف اشراكه الى السكك ثم يصح في المقبوض لو جود شرطه لان تصحيح التصرف يكون على وجه لا يخالف اللفظ وقضية اللفظ اشراكه في كله ولو قال لرجل لا تخربا يشتري هذا العبد فقد اشترك فيه صاحبه أو فصاحبه فيه شريك له فهو جائز لان كلامهم ماموكل لصاحبه بان يشتري نصف العبد له فام ما اشتراه كان مشتركا بنصفه لنفسه ونصفه لصاحبه فاذا قبضه فهو كقبضهما لان يد الوكيل كيد الموكل ما لم يجتمع حتى لو مات كان من مالهما فان اشترى به معا واشترى أحدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الآخر كان

ووصل الى يده اعلم أنه اذا وصل الى يد أحد المتفاوضين مال يصلح رأس مال الشركة كالدرهم والدنانير بالارث أو الهبة أو الصدقة تبطل المغاوضة وتصبح عينا لان المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة شرط للمغاوضة ابتداء وبقاء وقد فانت اذا لا تخربا يشاركه فيما أصابه لانه انما يشاركه فيما حصل بسبب التجارة أو بما

* (فصل) * ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة) وقال مالك تجوز بالعروض والمكيل

بينهما التام مقصود كل منهما ولو نقد أحدهما كل الثمن في هذه الصورة ولو بغير أمر صاحب جع بنصفه عليه لان بالعقد السابق بينهما ماصو كل منهما وكذا عن الآخري نقد الثمن من ماله كالأشراء أحدهما ونقد الثمن فان أذن كل منهما الشر يكتفي ببيعة فباعه أحدهما على أن له نصفه كان بائعا نصيب شر يكتفي بنصف الثمن ولو باعه الا نصفه كان جبيع الثمن ونصف العبد بينهما وبين شر يكتفي نصفين في قياس قول أبي حنيفة وفي قولهما البيع على نصف المأمور وخاصة وميناه على فصلين أحدهما أن عند أبي حنيفة أن الوكيل يبيع العبد يملك يبيع نصفه والوكيل يبيع نصفه يملك يبيع نصف ذلك النصف وعندهما الا يملك والثاني أن من قال بعتك هذا الا نصفه بالف كان بائعا للنصف بالف ولو قال بعتك بالف على أن لي نصفه كان بائعا للنصف بخمس مائة لان الكلام المقيد بالاستثناء عبارة عما وراء المستثنى فكأنه قال بعتك نصفه بالف فاما قوله على أن لي نصفه فخالصه ضم نفسه الى المشتري فيما باعه منه وهذا وان كان في ملكه لم يكن اذا كان مفيدا تصح كافي شرع رب المال مال المضارب بقمن المضارب فكان كالمشتري هو مال نفسه مع المشتري فينقسم الثمن عليهما فيسقط نصفه عنه فيبقى نصف العبد بنصف الثمن على المشتري * (مسألة) * اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه الاخر بمائتين ثم باعه مساهمة بثلاثمائة أو بمائتين فالثمن بينهما نصفين ولو باعه مرابحة بخرج مائة أو بالعشرة أحد عشر كان الثمن بينهما اثلاثا لان الثمن في بيع المساومة يقابل الملك فيعتبر الملك في المحل دون الثمن الاول وأما بيع المرابحة والتولية والوضعية فباعتبار الثمن الاول ألا ترى أنه لا تستقيم هذه البيوع في المغصوب لعدم الثمن ويستقيم بيع المساومة فيه وكذلك كان مشتري بعوض لا مثله والثمن الاول كان اثلاثا بينهما فكذا الثاني بوضعه أو نالوا اعتبرنا في بيع المرابحة الملك في قسمة الثمن دون الثمن الاول كان البيع مرابحة في حق أحدهما ووضعه في حق الآخر وقد نص على بيع المرابحة في نصيبهما فلا بد من اعتبار الثمن الاول كذلك بخلاف المساومة السكل من المبسوط

* (فصل) * لما ذكر اشتراط المساواة في رأس مال شركة المغاوضة احتاج الى بيان أي مال تصح به فقال (لا تنعقد الشركة أي شركة المغاوضة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة) يعني لا تنعقد المغاوضة اذا ذكر فيها المال الا بذلك وانما قلنا هذا لانه ذكر في المبسوط أن المغاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل فيصح قولنا المغاوضة تنعقد في الوجوه والتقبل بالمال فصدق بعض المغاوضة تنعقد بالدراهم والدنانير وفلوس وهو يناقض قوله لا تنعقد المغاوضة الا بالدراهم الخ لان الايجاب الجزئي يناقض السلب السكلي والتقييد بما ذكر يخرج الدين والعروض وهو قول أحمد والشافعي في وجه وفي وجه يجوز بالعرض المثلثي وقال مالك تجوز بالعروض اذا اتحد جنسها وقال الاوزاعي وحامد بن أبي سليمان تجوز الشركة والمضاربة بالعروض ولو وقع تفاضل في بيعها جع كل بقيمة عرضه عند العقد وكما لا تجوز عندنا بالعرض لا يجوز أن يكون رأس مال أحدهما عرض والاخر دراهم أو دنانير ولم يشترط حضور المال وقت العقد وهو صحيح بل الشرط وجوده وقت الشراء وتقدم أنه لو دفع الى رجل ألفا وقال أخرج مثلها واشترها أو بضع فصار بحت فهو بيننا ففعل صح الا أنه لا بد أن يقيم البيعة أنه فعل ليلزم الآخراذالم يصدق له ثبتت وضعية وقيد بالدراهم

يشبهها بثبوت الو كالة في ذلك وهذه الاسباب ليست بتجارة وانما تبطل المغاوضة اذا قبض الدراهم أو الدنانير فان لم يقبضها لم تبطل لان الدين لا يصلح رأس مال المغاوضة فاذا قبض الآن ازداد مال أحدهما من جنس رأس مال المغاوضة فتبطل المغاوضة بهذا وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله وهذا واضح أن قوله في الهداية ووصل الى يده يرجع الى الهمة والارث والله تعالى أعلم بالصواب

* (فصل) * (قوله) ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة) فان قيل ان أراد أن شركة المغاوضة لا تصح الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة فشركة الوجوه والتقبل تصير مغاوضة وعنا ولا مال فيها فقد ذكر في المبسوط أن شركة الوجوه والتقبل كل واحدة منهما يكون مغاوضة وعنا وأشار الى ذلك

* (فصل) * لما كان البحث

عما تنعقد به شركة المغاوضة

غير البحث عنها فصل عما قبله

في فصل على حديثه وقال (ولا

تنعقد الشركة) أي شركة

المغاوضة لان الكلام

فيما اذا ذكر فيها المال الا

بالدراهم والدنانير وانما قيد

بقولنا اذا ذكر فيها المال

لان ذكر المال ليس ببحث

فيها فان المغاوضة تجوز في

شركة الوجوه والتقبل ولا

يشترط فيها المال وكلامه

واضح غديران في ذكر

خلاف مالك رحمه الله نظرا

لما تقدم من قوله وقال

مالك لا أعرف ما للمغاوضة

الا اذا ثبت عنه روايتان أو

يكون نفيهما على قول من

يقول بها صريح أبي حنيفة

في المزاوعة ثم

* (فصل) * (ولا تنعقد

الشركة الخ)

قوله (لأنه اعتقدت) يعني الشركة بالعرض والمكيل والموزون يقتضي جوازها وان كان الجنس مختلفا ولم يقل به مالك وقوله (بخلاف المضاربة) يعني أن المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير لان القياس يوجب جوازها لما فيها من ربح مالم يضمن فان المال غير مضمون على المضارب فكان ما حصل من الربح مال غير مضمون فلا يستحقه رب المال لأنه لم يعمل في ذلك الربح فلا تصح الاقباض والشرع به وهو الدراهم والدنانير وأما في الشركة فان كل واحد من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوي فيه العروض والنقود كالمعمل كل واحد منهما في مال نفسه من غير شركة فصحت (قوله ولأنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن) وبين ذلك ان الرجلين اذا عقدا الشركة في العروض ثم باع أحدهما رأس ماله باضعاف قيمته وباع الآخر بمثل قيمته وصحت الشركة (٣٩٠) كأنما شريكين في الربح الذي حصل في مبيع أحدهما فينبذ ياخذ الذي باع رأس ماله بمثل قيمته من مال صاحبه فيكون ذلك المال ربح مالم يضمن ولم يملك وذلك لا يجوز بخلاف الدراهم والدنانير لان ما يشتري كل واحد منهما برأس المال لا يتعلق به المبيع بل يثبت وجوب الثمن في الذمة اذا ائتمن لا تتعين بالتعيين فلما كان الثمن واجبا عليهما في ذمتهم ما كان الثمن والربح الحاصل منه بينهما ضرورة فكان الربح ماضيا ومعنى قوله (وتفاضل الثمن) أي فضل أحدهما على الآخر كما ذكرنا وأما تفاضلهما معانحال

والموزون أيضا اذا كان الجنس واحدا لانه باعتد على رأس مال معلوم فاشبهه بالنقود بخلاف المضاربة لان القياس بأبائها ما فيها من ربح مالم يضمن فيقتصر على مورد الشرع ولأننا أنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فلا يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح مالم يملك ومالم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته اذهي لا تتعين فكان ربح ما يضمن

والدنانير لاخراج الحلي والتبر فلا يصح ان رأس مال الشركة الا فيما سئذ كره وأما الفلوس النافقة فلم يذكر القدوري والحاكم أبو الفضل في الكافي فيها خلافا لبقا لعل اقتصر على أن قال ولا تجوز الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس وخص الكرخي الجواز بالفلوس على قولهما وجعل الظاهر الجواز وعدم الجواز رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وقالوا كان رأس مال أحدهما فلوسا لم تجز الشركة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لانه انما صار ثمننا بصلاح الناس وايست ثمننا في الاصل وهم لم يتعاملوا أن يجعلا رأس مال الشركة وعند محمد يجوز وهو قول أبي يوسف الاول وقال المصنف (فالوا) يعني المتأخرين (هذا قول محمد) واستدل عليه بمسئتين احدهما أن الفلوس لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع فلان بغيره اذا كانا بغيره عند محمد خلافا لهما وسيأتي الوجه والتقيد باعيانها ما احترازوا عما لو باع فلان بغيره دينافانه لا يجوز اتفاقا لان حرمة النساء تثبت باتحاد الجنس وجهه قول مالك ان الجنس اذا كان متحدافقد (اعتد على رأس مال معلوم) فكانت كالنقود (بخلاف المضاربة) حيث لا تجوز الا بالنقود لانها شرعت على خلاف القياس (لما فيها من ربح مالم يضمن) فان المال غير مضمون على المضارب ويستحق ربحه (فيقتصر على مورد الشرع ولنا أن رأس مال الشركة) في العروض والمكيل والموزون (يؤدي إلى ربح مالم يضمن) لانه اذا باع كل منهما عرضه واتفق تفاضل الثمنين (فلا يستحقه أحدهما من الزيادة على حصته رأس ماله) الذي هو ثمن عرضه (ربح مالم يملكه) ولم يضمنه (بخلاف النقود) فان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في الشراء بماله وما يشتريه كل منهما لا يتعلق برأس المال لعدم التعيين فيكون واجبا في ذمته فربح ماضيا عندنا قبل هذا الا يلزم لانه يشترط خلط العرضين لاتحاد جنسهما مكيلين أو موزونين أو غيرهما متحدى القيمة ككتاب الكرخي بأس من بابة واحدة قلنا الخلط لا يوجب الاشتراك في كل ثوب وحبته مثلا فاذا باع عاجله في وقت طلوع السعر من ذلك لم يعلم

(قوله لانه اعتقدت) يعني الشركة بالعرض والمكيل والموزون يقتضي جوازها) أقول قوله ثم قوله مبتدأ وقوله يقتضي جوازها خبره (قوله وان كان الجنس مختلفا ولم يقل به مالك) أقول فان مالكا يشترط الخلط وتحققه في الجنس الواحد قال المصنف

في الكتاب أيضا وان أراد مطلق الشركة فينقض به ما أيضا قلنا أريد بالشركة شركة المعاوضة اذ الكلام فيها والمعنى أن شركة المعاوضة اذا كانت في المال يجب أن يكون ذلك المال من الدراهم والدنانير والفلوس النافقة لان المعاوضة لا تكون الا في هذا المال (قوله بخلاف المضاربة لانها جازت بخلاف القياس) لما فيها من ربح مالم يضمن لان مال المضارب غير مضمون على المضارب حتى لو هلك لا يضمن المضارب وقد نسي النبي عليه السلام عن ربح مالم يضمن والمضارب له نصيب من الربح فاقصر على مورد الشرع وهو عقد

(بخلاف المضاربة) أقول في النهاية في كتاب المضاربة ان العروض تصلح رأس مال المضارب به عند مالك الا أن ثبت عنه روايتان أهم رأيت للسؤال والجواب بعينهما في غاية البيان في كتاب المضاربة قال المصنف (لان القياس بأبائها ما فيها من ربح مالم يضمن الخ) أقول لزوم ربح مالم يضمن في الشركة اذا كان الشراء بالنقد في غاية الظهور وعلى مذهب مالك فان عندنا يلزم في المضاربة اذا كان رأس المال أحد النقدين ربح مالم يضمن كما لا يخفى على المتأمل في دليله فلا بد له من الفرق ولم يعلم فليتدبر والفرق هو انه لا بد عنده من الخلط فلا يؤدي اليه وفيه تأمل (قوله فلا يستحقه رب المال) أقول وفيه بحث والصواب أن يقول فلا يستحقه المضارب والشارح انما عدل عن هذا لان بيان الفرق بين المضاربة والشركة يتوقف عليه على قرره الا انه فرأى من المطر إلى الميزاب فليتمأمل

(قوله ولأن أول التصرف في العروض) دليل آخر وقد قررته في النهاية على وجه يحجره الخرج مالم يضمن وذلك لأنه قال لأن صحة الشركة باعتبار
الوكالة ففي كل موضع لا يجوز الوكالة تلك الصفة لا تجوز الشركة ومعنى هذا أن (٣٩١) الوكيل بالبيع يكون أميناً فإذا شرط له

جزء من الربح كان هذا ربح
مالم يضمن فاما الوكيل
بالشراء فهو ضامن بالثمن
في ذمته فإذا شرط له جزء
من الربح كان ربح ما قد
ضمن وقوله (قوله هذا) أي
جواز الشركة بالفالوس
النافقة (قول محمد) وقيد
(باعتبارها) لتظهر غمرة
الخلاف فانه لو باع فلسين
بواحد من الفالوس نسبتة
لا يجوز بالاجماع المركب
وأما عندهما فوجود
النسبة في الجنس الواحد وأما
عند محمد فهذا ولعني الثمنية
وأما إذا كانت باعياها
فعندهما يجوز وعند محمد
لا يجوز وسيجيء تمام البحث
فيه في كتاب البيوع ان شاء الله
تعالى وله (والاول) يعني
قول أبي يوسف مع أبي
حنيفة (أقيس) لأنهما لما
اتفقا على جواز بيع فلس
بعينه بفلسين بعينهما كانا
متفقين أيضا في عدم جواز
الشركة بالفالوس وان كانت
نافقة لأن هذه المسئلة مبينة
على تلك المسئلة لأنه لما جاز
بيع الواحد بالثنين في
الفالوس عندهما كان
للفالوس حكم العروض
والعروض لا تصلح رأس مال
الشركة وروى الحسن عن
أبي حنيفة رحمه الله انه نص
المضاربة بها أي بالفالوس

ولأن أول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء ويباع أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكا
في ثمنه لا يجوز وشراء أحدهما شيئا بماله على أن يكون المبيع بينه وبين غيره جائز وأما الفالوس النافقة فلانها
تروج رواج الاثمان فالنقود لا يجوز أن يكون لها ثمن بالحققة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز
بيع اثنين بواحد باعتبارها على ما عرف أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف وجههما الله تعالى لا تجوز الشركة
والمضاربة به لأن ثمنها تبدل ساعة فساعة وتصير سلعة وروى عن أبي يوسف مثل قول محمد والاول أقيس
وأظهر وعن أبي حنيفة صحة المضاربة بها قال (ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك الآن يتعامل الناس بالتبر)
والنقرة تصح الشركة بها هكذا ذكر في الكتاب (وفي الجامع الصغير ولا تكون المغاوضة بمقابل ذهب أو
فضة) ومراعاة التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات
أن عدد ما يبيع من الاجزاء وقبضه المشتري متساويان بل الظاهر أنهما متفاوتان فيلزم اختصاص أحدهما
بزيادة ربح لا بد من ملكه والخصائص عنه ليس الا بضعا قدر ملكه وهو مجهول فقد أدى الى تعذر الوصول الى
قدر حقيقة ربح الآخر مالم يضمن ولأن القيمة لا تعرف الا بالجزء والظن ولا يفيدان العلم بالقيمة فيؤدي الى
المنازعة فيه وهذا انما يلزم لو اعتبر رأس المال قيمة العروض أما إذا كان هو نفس العروض من جنس واحد
متحدة القيمة وقت العقد وقد خلطاه فيه فلا تنازع نعم اللازم ربح مالم يضمن وتعذر ما يدفعه (ولأن أول
التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء ويباع الانسان ماله على أن يكون الآخر شريكا في ثمنه
لا يجوز وشراؤه شيئا بماله على أن يكون الآخر شريكا فيه يجوز) وعلمت أن الخلط لا ينفى ذلك (وجه قول
محمد أن الفالوس إذا كانت نافقة تروج رواج الاثمان فالنقرة بها) ولا يبي حنيفة وأبي يوسف (ان ثمنيتها
تبدل ساعة فساعة) فانها باصطلاح الناس لا بالحققة ففي كل ساعة تنتفي بانتفاء الحلقة وتصير ثمنيا باصطلاح
القائم ولا يخفى أن هذا انما هو في الملاحظة أما في الخارج فهي ثمن مستمر ما استمر الاصلح عليها ولذا قال
الاسيبيجي الصحيح ان عقد الشركة على الفالوس يجوز على قول الكل لانها صارت ثمنيا باصطلاح الناس ولهذا
لو اشترى شيئا بفالوس بعينه لم تتعين تلك الفالوس حتى لا يفسد العقد لهما كما قال المصنف (وروى عن أبي
يوسف مثل قول محمد والاول أقيس وأظهر) لأن قوله مع أبي حنيفة مستقر في بيع فلس بفلسين (وعن أبي
حنيفة جواز المضاربة بها) وعلى ما ذكر من مبسوط الاسيبيجي يجب أن يكون قول الكل الآن على جواز
الشركة والمضاربة بالفالوس النافقة وعدم التعيين وعلى منع بيع فلس بفلسين كذا كره في ما يليه حيث قال
(ولا تجوز الشركة بما وراء ذلك الآن يتعامل الناس بها كالتبر) وهو غير المصوغ (والنقرة) وهي القطعة
الذابت منها ونقل المصنف اختلاف الرواية في ذلك راية الجامع لا تكون المغاوضة بمقابل ذهب أو فضة
ومراعاة التبر فعلى هذه التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس مال الشركات والمضاربات وذكر في كتاب
الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا يفسخ العقد بها كما قبل التسليم فعلى هذا تصلح رأس مال فيها
المضاربة (قوله باعتبارها) انما يفيد بها لتظهر غمرة الاختلاف لأنه لو باع فلسين بواحد من الفالوس نسبتة لا
يجوز بالاتفاق فعندهما لو جرد النسبة في الجنس الواحد وعند محمد رحمه الله لهذا ولعني الثمنية وأما إذا
كانت باعياها فعندهما يجوز وعند محمد رحمه الله لا يجوز (قوله وتصير سلعة) يعني الشركة لدوامها حكم
الابتداء ولو كانت ساعة ابتداء لما انعقدت فكذا انتهاء (قوله والاول أقيس) أي كون أبي يوسف مع
أبي حنيفة وجههما الله لأنهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين أيضا في عدم
جواز الشركة بالفالوس وان كانت نافقة لأنه لما جاز بيع الواحد بالثنين في الفالوس عندهما كان للفالوس

النافقة قال (ولا تجوز بما سوى ذلك) كلامه واضح والمراد بقوله في الكتاب مختصر القدر وروى رحمه الله (قوله تصلح رأس المال فيهما) أي في
الشركة والمضاربة

قال المصنف (ومراعاة التبر) أقول قال في البكافي التبر هو ما كان غير ضرر وبمن الذهب والفضة اهـ لكن اذا قبل بالنقود برأيه الذهب الغير

(قوله وهذا الماعرف) إشارة إلى أن النقرة لا تتعين بالتعيين لهما أي الذهب والفضة (قوله الآن الأول) يعني رواية الجامع الصغير (أصح) وجعل ذلك في المبسوط ظاهر الرواية (قوله لأنها) أي لأن مقابل الذهب والفضة (قوله الآن الأول أصح) يعني أن عدم جواز الشركة بمقابل الذهب والفضة أصح الاعتدحريان التعامل باستعمالهما فحينئذ تجوز الشركة بينهما كذا قيل والاولى أن يجعل استثناء من (٣٩٢) قوله لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص بدلالة السياق (قوله ولا خلاف فيه)

وذكر في كتاب الصرف أن النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا يفسخ العقد به لا كما قيل التسليم فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما وهذا الماعرف أنهما خلقا ثمنين في الأصل الآن الأول أصح لأنها وإن خلقت للتجارة في الأصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لأن عند ذلك لا تصرف إلى شيء آخر ظاهر الآن يجري التعامل باستعمالهما ثمنًا فنزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمنًا ويصلح رأس المال ثم قوله ولا تجوز بمساوي ذلك يتناول المكييل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بينهما قبل الخلط ولكل واحد منهما مرجع منعه وعليه وضيعته وإن خلطًا ثم اشترى كذا فكذلك في قول أبي يوسف والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد تصح شركة العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التسليم في المالكين واشتراط التفاضل في الربح فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف رحمه الله لأنه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما تعين قبله ولمحمد أنها ثمن من وجهه حتى جاز البيع به أدينا في الذمة ومبيع من حيث أنه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالإضافة إلى الحالين

وهذا الماعرف أنهما خلقا ثمنين ثم قال (الآن الأول أصح) يعني دراية لأنهما إنما خلقا للتجارة (لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص) فخرج ضربهما حاليًا فانما تتعين البتة وينفسخ العقد به لا كما قيل التسليم ولم يجز التعامل به ما ثم قال (الآن يجري التعامل بهما) أي بالتميز والنقرة استثناء من قوله أصح وهو كونهما لا تصح الشركة بينهما فكان الثابت أنهما إذا تعاملوا بقطع الذهب والفضة صلحت رأس مال في الشركة والمضاربة ثم قال المصنف قوله أي القدوري (لأن تجوز بمساوي ذلك يتناول المكييل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه) بينهما (قبل الخلط) لأنها عرض ومحضرة لكل منهما منعه وعليه وضيعته (ويختص بربحه) وكذا إن خلطًا ثم اشترى كل عند أبي يوسف (أي لكل منهما منعه يخصه بوجهه وضيعته لا تنفع شركة العقد والوضيعة خسارة التاجر يقال منه مبنيا للمفعول وضع التاجر وكس في سلعة بوضع وضيعته أي خسر وقال قوم من العرب وضع بوضع كوضع كس في سلعة بوضع وضيعته أي خسر) وعند محمد رحمه الله تصح شركة عقد إذا كان الخلوطين جنسا واحدا (وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط التفاضل في الربح) فعند أبي يوسف لا يصح وعند محمد يلزم (وقول أبي يوسف هو ظاهر الرواية) عن أبي حنيفة لأنه يتعين بالتعيين فكان عرضا محضًا فلا يصح رأس مالها وما لا يصح رأس مال الشركة لا يختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه كما أن ما يصح من العقود لا يختلف في الخلط وعدمه وهذا لأن المانع قبل الخلط هو كونه يؤدي إلى ربح مالم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزداد تقرر لأن الخلوطين لا يكون الامتينا فاستقر المعنى المفسد فكيف يكون مصححا للعقد (قوله ولمحمد رحمه الله أنها) أي المكييل والموزون والعددي المتقارب (عرض من وجهه حتى تتعين بالتعيين ثمن من وجهه حتى يصح الشراء به أدينا في الذمة) وهو من حكم الأثمان (فعملنا بالشبهين بالإضافة إلى الحالين) وهما

حكم العرض ولا يصلح العرض لرأس مال الشركة (قوله فيهما) أي في الشركة والمضاربة (قوله الآن الأول أصح) وهو رواية الجامع الصغير ولا تكون المقايضة بمقابل ذهب أو فضة (قوله لأن عند ذلك لا تصرف إلى شيء آخر ظاهر) أي عند الضرب لا يصرف إلى شيء آخر من صياغة القلب والخاتم ظاهر (قوله لأن يجري التعامل) هذا استثناء من قوله الآن الأول أصح يعني أن عدم جواز الشركة بمقابل الذهب والفضة أصح الاعتدحريان التعامل باستعمالهما فحينئذ تجوز الشركة بينهما قالوا المعتبر فيه التعارف في كل بلدة

أي في عدم جواز الشركة بالمكييل والموزون قبل الخلط فيما بينا وإن خلطًا ثم اشترى كذا فكذلك في قول أبي يوسف والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد تصح شركة العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التسليم في المالكين واشتراط التفاضل في الربح فعند أبي يوسف لا يستحق زيادة الربح بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وعند محمد رحمه الله الربح بينهما على ما شرطوا فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف (لأنه) أي المذكور من المكييل والموزون والعددي المتقارب (يتعين بالتعيين بعد الخلط) كما يتعين قبله وهو ظاهر وشرط جواز الشركة أن لا يكون رأس المال مما يتعين بالتعيين لئلا يلزم ربح مالم يضمن (ووجه قول محمد أنها) أي المكييل والموزون والعددي المتقارب (ثمن من وجهه حتى جاز البيع به أدينا في الذمة ومبيع من وجهه) من حيث أنه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالإضافة إلى الحالين (يعني الخلط وعدمه فلهما بمساويهما قلنا لا تجوز الشركة بها

قبل الخلط ولشبهها بالثمن قلنا تجوز الشركة بها بعد الخلط وهذا لأن إضافة العقد إليها تضعف باعتبار الشبهين بخلاف فيتوقف ثبوتها على ما يقو بها وهو الخلط لأن الخلط ثبت شركة الملك فتأكد كدبه شركة العقد لا محالة بخلاف العرض لأنها ليست بمباحل المضروب (قوله بدلالة السياق) أقول ولأنه أقرب (قوله حتى جاز البيع الخ) أقول ويلزم ربح مالم يضمن إذا باع أحدهما حصته بنصف ما باع به الآخر فليتامل (قوله وهذا إن إضافة العقد) أقول أي عقد الشركة (قوله فيتوقف ثبوتها على ما يقو بها) أقول فيتوقف على ثبوتها

بختلاف العروض لأنها ليست متماثلين ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلط لا تنعقد
الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمدان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم
فتمتكن الجهالة كفي العروض واذالم تصح الشركة في حكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء

الخلط وعدمه يشبه العرض قبل الخلط فلا تجوز الشركة به اقباله ويشبه الثمن بعد الخلط فتجوز الشركة بها
بعده وهذا لان الخلط ثبت شركة المالك فيها كدبرها شركة العقد (بختلاف العروض) المحضة فانها ليست
متماثلين (وظاهر الرأية هو الاظهر وجهالان المكيل والموزون قبل الخلط ليس شيئا غير العرض له شبهة
به بل هو عرض محض وازداد في العرضية في الجلة وكون الشيء متصلا في حقيقة قوله شبهة اخرى لا يقال له
شبهان وغايته أن الثبوت في الذمة عرض عام لحققتين مختلفتين والمفسد وهو ربح ما لم يضمن لا يختل بالخلط
والالزم قول مالك وقديناه ولو كان المخلوط لهما جنسين كالحنطة والشعير والزيت والسمن ثم عقد الايجوز
الشركة بالاتفاق (والفرق لمحمد) بين العقد بعد صحة الخلط في متفق الجنس حيث لا يجوز والمختلفين حيث
لا يجوز (أن ما كان من جنس واحد من ذوات الامثال) حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد
منهما وقت القسمة باعتبار المثل (والمخلوط من جنسين من ذوات القيم) حتى يلزم متلفه قيمته (فتمتكن
الجهالة) لانه لا يمكن أن يصل كل منهما الى غير حقه من رأس المال وقت القسمة (كفي العروض) (قوله
في حكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء) قيل أراد قضاء الجامع الصغير ولم يتفق في هذا الكتاب ويمكن تأويله أنه
بينه في غيره الا أنه خلاف المعتاد من المصنفين في اطلاق هذه العبارة والحاصل أن الخلط تعديا يضمن نصيب
المخلوط ماله اذا خلطه بجنسه أو بخلاف جنسه ولا يتميز كثير جرجل خلطه بغيره أو يتميز بعسر كحنطة
خلطها بشعير لانه انقطع حق مال كهابها هذا الخلط فان هذا الخلط اسهل من خلط ما يسرمعه كخلط السود
بالبيض من السراهم ليس موجبا للضمان لانه يتمكن المالك من الوصول الى عين ملكه وحيث وجب الضمان
يجب على الخلط سواء كان أجنبيا عن المخلوط ماله كغير المودع وغيره من في عياله كبيرا كان أو صغيرا أو كان
في عياله فان لم يظفر بالخلط فقال أحد المالكين أنا أخذ المخلوط وأعطى صاحبي مثل ما كان له فرضي
صاحبه جاز لان الحق لهما فاذا رضيا بذلك صح وان أبي يباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة
والشعير على ما يدكر وهو ان يضرب صاحب الحنطة بقيمة المخلوط بالشعير وصاحب الشعير بقيمة غيره
مخلوط بالحنطة لان الحنطة تنقص باختلاطها بالشعير وقد دخلت في المبيع هذه الصفة فلا يضرب بقيمة
الا بالصفة التي يبعث بها والشعير يزداد قيمة بالاختلاط لكن هذه الزيادة من مال صاحب الحنطة فلا يستحق
أن يضرب بها المخلوط فلها يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط قيل هذا الجواب انما يستقيم على قول أبي
يوسف ومحمد ورواية الحسن عن أبي حنيفة أن ملك المالك لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في
المخلوط وبين تضمين الخلط فاما على ما هو ظاهر مذهبه المخلوط ملك للخلط وحقهما في ذمته فلا يباع ماله في
دينهما السابقه من الحجر عليه أو حنيفة لا يرى ذلك والاصح أنه قولهم جميعا لان ملكهما وان انقطع عن المخلوط
فالحق فيه باق ما لم يصل كل منهما الى بدل ملكه ولهذا لا يباح للخلط الانتفاع بالمخلوط قبل أداء الضمان

جوز فيه التعامل بالمبايعات بالتبر فهو كالتقود لا يتعين في العقود وتصح الشركة به ونزل التعامل باستعماله ثمن
منزلة الضرر بالمخصوص وفي كل بلد لم يجز التعامل بالمبايعات بالتبر فهو كالعرض يتعين في العقود ولا تصح
الشركة به (قوله بالاضافة الى الحالين) يعني جعل المكيل والموزون في حكم الاثمان بعد الخلط لا قبله وانما جعل
كذلك لان حق كل واحد منهما بعد الخلط غير متعين كالاثمان بخلاف ما قبله (قوله والفرق لمحمد رحمه الله
تعالى أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد
منهما وقت القسمة باعتبار المثل ومن جنسين من ذوات القيم حتى يضمن متلفه قيمته فلا يمكن تحصيل رأس
مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فصار كالعرض (قوله في حكم الخلط ما بيناه في كتاب

فلو اختلفا جنسا كالحنطة
والشعير والزيت والسمن
فخلط لا تنعقد الشركة بها
بالاتفاق فمحمدي يحتاج
الى الفرق وهو ما ذكره أن
المخلوط من جنس واحد
من ذوات الامثال حتى ان
من أتلغه يضمن مثله فيمكن
تحصيل رأس مال كل واحد
منهما وقت القسمة باعتبار
المثل فتزول الجهالة ومن
جنسين من ذوات القيم فان
من أتلغه يضمن قيمته واذا
كان من ذوات القيم كان
بمنزلة العروض فتمتكن
الجهالة كفي العروض واذا
لم تصح الشركة في حكم الخلط
قد بيناه في كتاب القضاء
أي قضاء الجامع الصغير وأما
في هذا الكتاب فقد بيناه
في كتاب الوديعات والدليل
على ان مراده قضاء الجامع
الصغير قوله قد بيناه باقضا
الماضي يعني ولو كان مراده
كتاب القضاء من هذا
الكتاب لقال سنبينه والذي
بينه هنا في كتاب الوديعات ان
الحنطة اذا كانت وديعة عند
رجل فخلطها الرجل بشعير
نفسه ينقطع حق المالك
الى الضمان

قال (واذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة

فلبقاء حقهما يكون لهما أن يستوفيا حقهما من المخلوط اما لحيا بالتراضى أو ببيع أو قسمة الثمن وان اتفقا على الخلط ورضياه وهو جنس واحد مكيل أو موزون صار عينا مشتركة فاذا باعته انقسم على قدر ملك كل منهما ولو كان المخلوط غير مثلي كالثياب فباعها بثلثين واحد انقسمهما على قيمة متاع كل منهما ما يوم باعته لان كلا منهما بائع للملكة والثلثين بمقابلة جميع ما دخل في العقد من العرض فيقسم عليهما باعتهما بالقيمة وان كانا جنسين مثليين فالثلثين بينهما اذا ما على قدر قيمة متاع كل منهما ما يوم خلطاه مخلوطا لان الثلثين بدل المبيع فيقسم على قيمة ملك كل منهما ما ملك كل منهما كان معلوما بالقيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة لكن مخلوطا ان لم يزد بالخلط قيمة أحدهما لانه دخل في البيع بهذه الصفة فان كان أحدهما يزيد الخلط خيرا فانه يضرب بقيمته يوم يقسمون غير مخلوط مثلا قيمة الشعير تزداد اذا خلط بالحنطة وقيمة الحنطة تنقص فصاحب الشعير يضرب بقيمته غير مخلوط لان تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به معه وصاحب الحنطة يضرب بقيمتها مخلوطا بالشعير لان النقصان حاصل بعمل هو راض به وهو الخلط وفيه ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب بالبدل القدر وقد تعين عيسى رحمه الله في الفصلين جميعا فقال قوله في الفصل الاول انه تعتبر قيمة يوم خلطاه وفي الفصل الثاني يوم يقسمون غلط بل الصحيح يقسم الثمن على قيمة كل منهما يوم البيع لان استحقاق الثمن به وصار كل واحد منهما باع السكك جله فان قسمة الثمن على القيمة تكون وقت البيع الآن تكون قيمته يوم البيع ويوم الخلط والقسمه سواء ورده شمس الاثمة بان معرفة قيمة الشيء بالرجوع الى قيمة مثله في الاسواق وليس للمخلوط مثل يباع فيها حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل منهما وقت البيع فاذا تعذر هذا وجب المصير الى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة ملك كل منهما كفي جارية مشتركة بين اثنين اعتق أحدهما ما في بطنها فهو مضمون لقيمة نصيب شريكه وقت الولادة لتعذر معرفتها وقت العقد فيصار الى تقويمه في أول الاوقات التي يمكن معرفة القيمة فيها وهو ما بعد الولادة فكذلك اذا صار الى معرفة قيمة كل في أول اوقات الامكان وهو عند الخلط الا انه اذا علم أن الخلط يزيد في مال أحدهما وينقص في مال الآخر فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة ملك أحدهما ونقصان الآخر فاعتبرنا القيمة وقت القسمة باعتبار ان عند الخلط ملك كل منهما من ذوات الامثال فيعمل حق كل منهما ما يوم الخلط كالباقي في المثل الى وقت القسمة فيقسم الثمن على ما هو حق كل منهما بخلاف ما اذا لم يخلط لان تقوم ملك كل منهما وقت البيع هناك يمكن فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهما وقت البيع (قوله واذا أراد الشركة في العروض باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرضه عرضا بغير شركة ملك ثم عقد الشركة)

قال (واذا أراد الشركة بالعروض) لما كان جواز عقد الشركة منحصرا في الدراهم والدنانير والفولس النافعة وفي ذلك تضيق على الناس ذكر الحيلة في تجوز العقد بالعروض توسعة على الناس فقال (واذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة) لانه اذا باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر صار نصف مال كل واحد منهما مضمونا على الآخر بالثلثين فكان ربح الجاهل ربح مال مضمون فيكون العقد صحيحا

القضاء) أي قضاء الجامع الصغير لانه ذكر حكم الخلط في كتاب الوديعة في الهداية (قوله واذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر) وانما يبايعان على هذا الوجه احتراز عن الفساد الذي ذكر في عقد الشركة بالعروض وهو اذا واه الى ربح مال يضمن لان مال كل واحد منهما عند صاحبه في العروض غير مضمون وما استحقه أحدهما من فضل ربح مال صاحبه كان ربح مال يضمن على ما ذكر فلا يجوز وأما اذا باع كل واحد منهما نصف عرضه من صاحبه كان نصف كل واحد منهما مضمونا على صاحبه بالثلثين فكان الربح الحاصل من مالهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز ذكره في الذخيرة ثم الجلبة في تجوز الشركة بما يتعين في العقود أن يبيع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عرضه صاحبه حتى صار مال كل واحد منهما مشتركا بينهما شركة ملك ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة ان شا أمقاوضة وان شا عذانا وكذلك لو باع صاحب العرض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه وتقابضا ثم عقدا عليهما عقد الشركة معاوضة أو عتاقا جاز ويسير العرض رأس مال الشركة والعروض بعد ما صار مشتركا بينهما يعلم رأس مال الشركة وان كان ذلك لا يجوز ذكره الامام خواهر زاده رحمه الله على هذا الوجه وفي الكافي للعامة

قال المصنف رحمه الله (وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال شركة) واستشهد كله الشارحون بأنه لو كان المراد بالشركة شركة الملك لم يحتج الى قوله ثم عقد الشركة ولو بان العروض لا تصلح رأس مال الشركة اذ لم يبيع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر أما اذا باع فهو الحيلة في جوازها ثم أجاب بعضهم بان معنى قوله ثم عقد الشركة عقد شركة ملك حتى يصح قوله وهذه شركة ملك وهو بعيد لان عرض القدوري رحمه الله بيان الحيلة في تجوز عقد الشركة بالعروض وقال آخرون معناها انها شركة ملك وان عقد الشركة لان هذا العقد كالعقد لكون رأس المال عرضاً ونظم كلام المصنف لا يساعده وإنما ذكر لك ما ذكره شيخنا العلامة عبد العزيز في هذا المقام من غير زيادة ولا نقصان لانه حل مفيد في هذا المعنى قال عدم جواز الشركة بالعروض مبني على معنيين أحدهما ربح مالم يضمن كما بينا والثاني جهالة رأس المال فاذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقد الشركة قال القدوري يجوز واختاره شيخ الاسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي والمزني من أصحاب الشافعي رحمه الله لان رأس المال صار معلوماً وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضى وناعلى صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من ماله مارج مال مضمون عليهم فيجوز ولو بالبيع أحدهما عرض بنصف دراهم صاحبه ثم عقد شركة عنان أو مغاوضة يجوز ولزوال الجهالة لصيرورة العروض مشتركة بينهما فكذلك هذا وقيل على قياس قول محمد رحمه الله يجوز كافي المكيل والموزون بعد الخلط وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز الا أن يكون مضافاً الى المستقبل وعقد الشركة يتمثل الاضافة لانه عقد توكيل فعلي هذا يكون العقد على الدراهم واختار شمس الأئمة السرخسي وصاحب الهداية انه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق وهو أقرب الى الفقه لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة بخلاف المكيل والموزون بعد الخلط عند محمد ولزوال الجهالة أصلاً لانهم من ذوات الامثال وبخلاف ما اذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشترى كالان الدراهم هذا العقد صارت نصفين بينهما فيكون ذلك رأس الماهما ثم ثبت حكم الشركة في العروض تبعاً وقد دخل في العقد تبعاً لا يجوز اراد العقد عليه كبيع الشرب تبعاً للارض ثم (٣٩٥) المصنف اختار عدم الجواز وعدل عما ذكره القدوري فقال وهذه شركة

قال (وهذه شركة ملك) لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة وتناول به اذا كان قيمة متاعها على مغاوضة أو عناناً فقيل هذا على قياس قول محمد في المكيل والموزون وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز الا أن تكون مضافة الى حال بيعهما العروض بالدراهم فانه يجوز لانه حينئذ مضاف الى المستقبل وعقد الشركة يتمثل الاضافة لانه عقد توكيل فانما يثبت العقد بالدراهم والحق أن جواز هذا لا يختص بقول واحد منهما النسق رحمه الله قوله في الهداية وهذه شركة ملك مشتمل لان شركة الملك تحصل بمجرد بيع كل واحد منهما نصيبه ولا حاجة في ذلك الى العدة ففعله ثم عقد الشركة ينافي كونهما شركة ملك الآن يقال أراد به هي شركة ملك وان عقد الشركة لان هذا العقد كالعقد لكون رأس المال عرضاً الى هذا كلامه وقوله لان هذا العقد

المصنف بقوله والنية في الموضوع سنة وله في هذا الكتاب نظائر كثيرة

و (قوله أن العروض لا تصلح الخ) أقول تأمل في هذا العطف (قوله وقال آخرون) أقول أراد صاحب الكافي (قوله ونظم كلام المصنف لا يساعده) أقول فيه بحث فان مراد ذلك القائل أيضاً ان المصنف لم يقبل كلام القدوري وسيشير الشارح اليه أضافي آخر كلامه (قوله وأما اذ ذكر لك ما ذكره شيخنا العلامة عبد العزيز الخ) أقول شيخ الشارح هو الامام العلامة قوام الدين السكاكي صاحب معراج الدراية في شرح الهداية وشيخه هو الامام مولانا عبد العزيز البخاري صاحب كشف البردوى (قوله والثاني جهالة رأس المال) أقول كيدل عليه قول المصنف فتتم كنه الجهالة كافي العروض (قوله وصاحب شرح الطحاوي) أقول أراد به الامام أبابكر الرازي المعروف بالخصاص فانه قال في شرحه لمختصر الطحاوي قال محمد ان أراد الشركة في العروض باع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر وتقابضاً حتى يصير ذلك كله بينهما ثم يشترى كان بعد ذلك فتكون الشركة جائزة قال ولو اشترى كاهكاً مغاوضة جاز حتى ذلك أبو الحسن ثم قال أبو بكر الرازي وانما جازت لانهما متساويان في المال شريكان فيها ولا يحتاج عند القسمة الى اعتبار القيمة لان جميع ما يحصل من الثمن يكون بينهما منصفين الى هذا اللفظ أي نكر نقله الاتقاني عنه اذا علمت هذا علمت أن قوله وهو أقرب الى الفقه لبقاء الجهالة منظور فيه فانه جهالة لا تقتضي الى النزاع والمفسد للعقود من الجهالات ما يقضي الى المنازعة وانما قلنا لا تقتضي الى النزاع لانه لا يحتاج عند القسمة الى اعتبار القيمة ليحصل رأس المال حتى يظهر الربح فيقسمانه بخلاف الزيت واسمن المخاوي فانه ما يتعاونان في القيمة فيؤدي الى النزاع حين القسمة لتخصيل رأس المال وعليك بالتأمل الصادق (قوله على صاحبه بالثمن) أقول الذي هو نصف مال صاحبه (قوله وكان الربح الحاصل الخ) أقول الظاهر أنه يلزم هنا بضارب مالم يضمن اذا باع أحدهما ما يخصه من المالك بمائة مثلاً والاخر بمائتين فان حصة الآخر غير مضمون على الاول مع أنه يكون شريكاً معه في المائتين فليتأمل

السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما ثبت به الشركة قال (وأما شركة العنان فتعقد على الوكالة دون الكفالة وهي أن يشترك اثنان في نوع بر أو طعام أو يشتركان في عموم التجارات ولا يذكرون الكفالة) وانعقاده على الوكالة لتحقيق مقصوده كما بيناه ولا تنعقد على الكفالة لأن اللفظ مشتق من الاعراض يقال عن له أي عرض وهذا لا ينبي عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ (ويصح التفاضل في المال) للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة

وقد تواردت كلمة أهل المذهب عليه وهذا لأن المانع من كون رأس مال الشركة عروضا كل من أمرين لازم ربح ما لم يضمن وجهه لرأس مال كل منهما عند القسمة وكل منهما منتف فيكون كل واحد منهما ما هو مضمون عليه ولا تحصل جهالة في رأس مال كل منهما لأنه لا يحتاج إلى تعريف رأس مال كل منهما عند القسمة حتى يكون ذلك بالحزب فتقع الجهالة لأنهما مستويان في المال شريكان فيه فبالضرورة يكون كل ما يحصل من الثمن بينهما نصفان وعلى هذا فنقول المصنف وهذه شركة ملك مشكل ومن المشايخ من حرم بأنه قصد إلى الخلاف حقيقة اختيار من له عدم الجواز وإن لم يضعه على طريقة الخلاف كما قال القدوري أول الكتاب ويستحب للمتوضي أن ينوي الطهارة فقال المصنف والنية في الموضوع سنة ولم يضع الخلاف وضعه المعروف ولذا اختار خمس الأئمة السرخسي عدم جواز الشركة لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة ولا يخفى ضعف هذا وفسادها بالعروض ليس لذات العروض بل للارزاق الباطل وعلت أنه منتف (قوله وأما شركة العنان فتعقد على الوكالة دون الكفالة) وهو أن يشترك اثنان في نوع من التجارات بر أو طعام أو يشتركا في عموم التجارات ولا يذكرون الكفالة) لأنها خاصة بالمفاوضة وعلى هذا فلو ذكرها أو كانت باقية شروطها متوفرة انعقدت بمفاوضة لما تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة في انعقادها بعد ذكر جميع مقتضياتها وإن لم تكن متوفرة ينبغي أن تنعقد عنا نائم هل تبطل الكفالة يمكن أن يقال تبطل لأن العنان معتبر فيها عدم الكفالة ويمكن أن يقال لا تبطل لأن المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها فتصح عنا نائم كغفلة كل الآخر زيادة على نفس الشركة أي كأنها تكون عنا نائم العموم باعتبار أن الثابت فيها عدم اعتبار العموم لا اعتبار عدم العموم الآن الأول قد يرجح بأن هذه الكفالة مجهول فلا تصح الاضمانا فإذا لم تكن مما تتضمنها الشركة لم يكن ثبوتها الاقتصار فلا تصح بخلاف ما لو عقد المفاوضة بغير لفظ المفاوضة بأن ذكرها كل مقتضياتها فإن منها الكفالة وتصح فإن هذا التفصيل بمنزلة الاسم المركب المرادف للمعقد الداخل في مفهومه الكفالة بخلاف العنان ليس المفرد معتبرا في مفهومه الكفالة (قوله من عن كذا) أي عرض قال امرؤ القيس

فمن أناس رب كان نعاجه * عذاري دوار في ملاء مذبل
أي اعترض لناس رب أي قطيع يريد من بقر الوحش كأن نعاجه عذاري أي أبكار دوار وهو اسم صنف كانت العرب تنصبه وتدور حوله وهو بضم الدال وفتحها وقوله في ملاء تشبيهه لنعاج البقر في استرخاء لهما اسمها بالعذاري والملاء المذبل أي الطويلات الذيل وهذا الاشتقاق لا يقتضي المساواة بل عروض عرض تعلق بقدر من الاختلاط قليله وكثيره وعمومه وقيل ماخوذ من عنان الفرس كما ذهب إليه الكسائي والاصمعي فإنه جعل كل منهما عنان التصرف في بعض ماله لرفيقه وبعضه لنفسه أولا لأنه يجوز تفاوتهما في المال والربح كما يتفاوت العنان في كف الفارس طولاً وقصر في حالي الارزاء وضده الآية

كلا عقداً أراد به أنه لم تثبت هذه الشركة في هذا المال بالعقد مسلم وإن أراد أن هذا العقد لا أثر له في الاستفاد بعد هذا فمنوع لأن هذا العقد يقيّد أو كبل كل واحد منهما بالصاحبه يبيع نصيبه ثم بالشراء بعده بثمنه (قوله ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما ثبت به الشركة) بيان ذلك هو أن تكون قيمه عرض أحدهما أو بعائنه وقيمة عرض الآخر مائة فإنه يبيع صاحب الأقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله أخماسا ويكون الربح بينهما قدر رأس مالهما (قوله يقال عن له) أي اعترض قال ابن السكيت كأنه عن لهما شيء فاشتركا فيه أو من عنان الفرس كما ذهب إليه الكسائي

عروض الآخر مائة ذرههم يبيع صاحب الأقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله أخماسا ويكون الربح بينهما على قدر رأس مالهما وأنه أعلم قال (وأما شركة العنان) هذا عطف على قوله في أول كتاب الشركة فاما شركة المفاوضة والعنان ماخوذ من عن إذا عرض سمي به لأنه شيء عرض في القدر لأعلى عموم الوكالة والكفالة وقيل أنه ماخوذ من عنان الفرس لأن الفارس يمسك العنان بأحدى يديه ويتصرف بالآخرى فيكذلك الشريك هنا شارك في بعض ماله وانفرد بالباقي وكلامه ظاهر وقوله (كما بيناه) إشارة إلى قوله من قبل وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة ليحكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه

قال المصنف (أو يشتركان الخ) أقول قال الاتقاني عطف على سبيل القطع تقديره أو هما يشتركان انتهى وقد غفل أن المصدرية تشبهها لها بما المصدرية وعليه قوله تعالى لمن أراد أن يتم الرضاعة فيمن قرأ رفع يتم قال المصنف (وحكم التصرف لا يثبت

ويصح أن يتساوى في المال ويتفاضل في الربح وجملة القول في ذلك أنهم ما من شرط العمل عليهم ما شرط التفاوت في الربح مع التساوي في رأس المال جاز عند علمائنا الثلاثة ويكون الربح بينهما على ما شرطوا أن عمل أحدهما دون الآخر وأما إذا شرط العمل على أحدهما فإن شرط الربح بينهما على قدر رأس المال جاز ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته وان شرط الربح للعامل أكثر من رأس ماله جاز أيضا على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل (٣٩٧) مضاربة ولو شرط الربح للدافع أكثر من رأس ماله لا يصح الشرط

و يصح أن يتساوى في المال ويتفاضل في الربح (وقال زفر والشافعي لا يجوز لأن التفاضل فيه يؤدي إلى الربح ما لم يضمن فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان إذا الضمان بقدر رأس المال ولأن الشركة عندهما في الربح للشركة في الأصل ولهذا يشترط أن الخاط فصار ربح المال بمنزلة نساء الأعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم الربح على ما شرطوا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فست الحاجة إلى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما لأنه يخرج العدة من الشركة ومن المضاربة أيضا إلى قرض باشرطه للعامل أو إلى بضاعة باشرطه للمال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسمها

اشتقاق غير صحيح إلا فيما سمع ولا بد منه كفي استعجر الطين وأمثاله (قوله ويصح أن يتساوى في رأس المال ويتفاضل في الربح) وعكسه بأن يتفاضل في رأس المال ويتساوى في الربح وهو قول أحمد وقال مالك والشافعي وزفر لا يجوز وقوله ويتفاضل إلا ليس على إطلاقه بل ذلك فيما إذا شرط العمل عليهم ما سوا عمل أو عمل أحدهما أو شرطاه على من شرط له زيادة الربح وان شرط العمل على أقلهما بما لا يجوز وجه قول الثلاثة أن ذلك يؤدي إلى ربح ما لم يضمن لأن استحقاق أحدهما تلك الزيادة بلا ضمان لأن الضمان بقدر رأس المال وصار كل وضعية فأنها لا تكون الأعلى قدر رأس المال اعتبارا بالربح بالخسران (ولنا) ما ذكر المشايخ من (قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرطوا والوضيعة على قدر المالين) ولم يعرف في كتب الحديث وبعض المشايخ ينسبها إلى علي رضي الله عنه (ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فست الحاجة إلى التفاضل) رأينا (هذا العقد) أي شركة العنان (يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال) غيره وهو (الشريك) ويستخرج به (ويشبه شركة

والاصحى لأن كلامهما جعل عنان التصرف في بعض المال إلى صاحبه أو لأنه يجوز أن يتفاوت في رأس المال والربح كما يتفاوت العنان في يد الركب حالة المد والارخاء ويصح التفاضل في المال للحاجة إليه وهي ما بينه في التفاضل في الربح ويصح أن يتساوى في المال ويتفاضل في الربح وذكر في فتاوى قاضيخان رحمه الله فان شرط المساواة في المال واشترط لأحدهما فضل ربح ان شرط العمل عليهما كان الربح بينهما على ما شرطاه جميعا أو عمل أحدهما دون الآخر فان شرط العمل على المشرط له فضل الربح جاز أيضا وان شرط العمل على أقلهما بما لا يجوز (قوله إذا الضمان بقدر رأس المال) ففي شرط لأحدهما زيادة صار المشرط له تلك الزيادة أخذًا باليأمان غير ضمان وهذا لا يجوز (قوله الربح على ما شرطوا والوضيعة على قدر المالين) والفرق بين الربح والوضيعة أن الربح يجوز استحقاقه بالعمل بدون المال كما في المضاربة فبالعمل مع المال أولى أما الوضعية فذلك جزء من المال وكل واحد منهما أمين فيما في يده من مال صاحبه واشترط الضمان على الأمين باطل ألا ترى أنه لا يجوز اشتراط الوضعية على المضارب لما قلنا كذا هنا (قوله وهذا العقد) أي شركة العنان يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال الشريك (قوله ويشبه الشركة) أي

يقال إذا شرط جميع الربح لأحدهما لا يجوز فكذلك إذا شرط الفضل والجامع العدول بالربح عن التقسيط على قدر المال ووجه الجواب أن بشرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة والمضاربة إلى قرض أو بضاعة لأنه ان شرط الجميع للعامل صار قرضًا وان شرط لرب المال صار بضاعة وهذا العقد لا يجوز أن يخرج عنهما لأنه يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة أي شركة المغاوضة اسمها

(قوله ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة) أقول يعني لا شركة (قوله ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة) أقول يعني لا شركة قال المصنف (إذا الضمان بقدر رأس المال) أقول هذا ممنوع وقد سبق بعض التفصيل

وغيره فأنه ما يعملان معا فعملنا بشبه المضاربة وقتلنا يصح اشتراط الرجوع من غير ضمان فان اشتراط زيادة الرجوع موجود في المضاربة وهو جائز مع ذلك بالإجماع وهذا يتضمن الجواب عن قولهما ان اشتراط زيادة الرجوع لاحدهما يؤدي الى الرجوع مالم يضمن وعملنا بشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما قال (ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليست بشرط فيه أي في هذا العقد اذا لفظ أي لفظ العنان لا يقتضيه أي لا يقتضي المساواة بتأويل

الاستواء بخلاف لفظ
المفاوضة (قوله للوجه الذي
ذكرناه) يعني ماذ كره
في أول هذا الفصل انه
يؤدي الى الرجوع مالم يضمن
وقوله (ويجوز ان يشتركا)
ظاهر وقوله (فان كان
لا يعرف ذلك الا بقوله)
يعني اذا لم يعرف انه أدى
الثلث من مال نفسه أو من
مال الشركة الا بقوله فعليه
اقامة البينة فان عجز عن
ذلك فالقول لصاحبه مع
يمينه (قوله فاذا هلك مال
الشركة) ظاهر وقد
الوكالة بالمفردة احترازا
عن الوكالة الثابتة في ضمن
عقد الشركة وفي ضمن عقد
الرهن فانها فيه ما تبطل
ببطلان ما تضمنها من
الشركة والرهن لان المتضمن
يبطل ببطلان المتضمن تبعاً
وأما الوكالة المفردة

وعلا فأنه ما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقتلنا يصح اشتراط الرجوع من غير ضمان ويشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما قال (ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض) لان المساواة في المال ليست بشرط فيه اذ اللفظ لا يقتضيه (ولا يصح الاعبايينا) ان المفاوضة تصبح به للوجه الذي ذكرناه (ويجوز ان يشتركا) من جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم وكذا من أحدهما دراهم يمين ومن الآخر أسود) وقال زفر والشافعي لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهما شرط ولا تحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى قال (وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طوبى بيمينه دون الآخر لما بيننا) انه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الاصل في الحقوق قال (ثم يرجع على شريكه بحصته منه) معناه اذا أدى من مال نفسه لانه وكيل من جهة في حصته فاذا تقدم من مال نفسه يرجع عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعى وجوب المال في ذمة الآخر وهو يشكره والقول للمعسر مع يمينه قال (واذا هلك مال الشركة أو أحد المالكين قبل أن يشتر ياشيا بطلت الشركة) لان المعقود

المفاوضة اسمها وعلا فأنه ما يعملان فعملنا بشبه المضاربة (في اشتراط الزيادة لاحدهما وهو الذي شرط عمله منفرداً أو مع الآخر وان كان بحال ضمان وبشبه المفاوضة حتى آخرنا بشرط العمل عليهما) وكون المضاربة تفسد باشتراط العمل على رب المال لا يبطل اعتبار شبهها الآخر الذي باعتباره آخرنا الزيادة في الرجوع لاحدهما بخلاف ما لو شرط كل الرجوع لاحدهما فانه لا يجوز لان العقد حينئذ يخرج عن الشركة والمضاربة أيضاً الى قرض ان شرط للعامل كانه أقضضه ماله فاستحق جميع ربحه والى بضاعة ان شرط لرب المال الا أنه يرد ما تقدم من ان المضاربة على خلاف القياس فلا يقاس عليها فلا يعتبر شبهها الا أن يمنع ويقال بل الرجوع يستحق في الشرع تارة بالعمل وتارة بالمال والمشرط له الزيادة مشروط عمله وان شرط عمل الآخر لكن قد يكون ذلك أحق وأقوى الخ (قوله اذ اللفظ) أي لفظ العنان (لا يقتضي المساواة) ولا ينبغي عنده ليعتبر في مفهومه فلذا اجاز ان يعقدها كل ببعض ماله ويجوز اذا كان من جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم ويجوز بدراهم سود ومن جهة أحدهما وبيض من جهة الآخر وان تفاوتت قيمتهما والرجوع على ما شرط فيها تساوي أو تفاوتاً على قدر قيمة دراهمهما بشرطه الذي بيناه (قوله واذا هلك مال الشركة كله بطلت الشركة) وكذا لو هلك أحد المالكين قبل الخلط وقبل الشراء يملك من مال صاحبه وحده سواء هلك في يد

قال المصنف (فعملنا
بشبه المضاربة) أقول قال
الاتقاني هذا جواب لقول
زفر والشافعي ان التفاضل
في الرجوع مع تساوي المال
يؤدي الى الرجوع مالم يضمن
بعد التسليم وانما قال بعد
التسليم لانه بين في أوائل

شركة المفاوضة فعملنا بشبه المضاربة وانما أظهرنا شبه المضاربة في حق باحتراز زيادة الرجوع غير ضمان لئلا يكتسب العمل بالشبهين فانما متى اعتبرناهما مضاربتي اشتراط عملهما أو بطلناهما يتصور استحقيق الرجوع أصلاً بحكم الشركة فيتعذر العمل بالشبهين (قوله وبشبه الشركة) حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما وفي المضاربة اذا شرط عمل رب المال بطل العقد وذلك لان المضاربة أمانة وتعام الأمانة يقف على التخليع بين الأمين والوديعة فاذا شرط عمل رب المال لم توجد التخليع وأما في الشركة فيسلك واحد منهما كالاجير في مال الآخر فشرط عمل رب المال معنى لا يبطل العقدان من استأجر أجير ليعينه على العمل كان جائزاً (قوله للوجه الذي ذكرناه) وهو أنه يؤدي الى الرجوع مالم يضمن (قوله ويجوز ان يشتركا) من جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم) يريد أي شركة كانت مفاوضة أو عناناً (قوله فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله) أي الشراء

الفصل عدم لزوم الرجوع مالم يضمن (قوله يعني اذا لم يعرف أنه أدى الثلث من مال نفسه الخ) أقول وفي شرح الاتقاني عليه
ثم اذا كان لا يعرف أداء الثلث من مال نفسه لامن مال الشركة الا بقوله والظاهر ان هذا هو الصحيح لان مال الشركة أمانة في يده والقول
للأمين مع اليمين تأمل فان مراد الشارح من مال الشركة هو مال نفسه الذي عقد عليه الشركة فكلامه صحيح أيضاً (قوله فانما فيه ما تبطل الخ)
أقول وان لم يقبض المال

كمن وكل ز جلا بشره عبد ودفع اليه دراهم فهلكت فانها لا تبطل وأما المضاربة فقد قال نفر الاسلام في شرح الزبادات بخلاف المضاربة
والشركة فانها تتعين حتى اذا هلك قبل التسليم بطلت المضاربة وهو مخالف لما ذكره المصنف انها تتعين فيها بالقبض فلعل في المسئلة
روايتين (قوله لانه مارضى بشركة صاحبه في ماله) أي الشريك الذي لم يملك ماله مارضى بشركة صاحبه الذي هلك ماله الاعلى تقدير بقاء ماله
بشركته في ماله كما يشترك هو في مال هذا (قوله وأبهماهلك هلك من مال صاحبه) ظاهر وقوله (ثم الشركة شركة عقد عند محمد بخلاف الحسن بن
زياد) فائدة تظهر في حق جواز بيع الكل فعند محمد أبهم ما باعه جاز ببيع لآن الشركة (٣٩٩) قدمت في المشتري فلا تنتقض بهلاك المال

بعد تمامها كالمال كان الهلاك
بعد الشراء بالماليين جميعا
وعند الحسن بن زياد لا
ينفذ بيع أحدهما الا في
حصته لان شركة العقد قد
بطلت بهلاك المال كالمال
هلك قبل الشراء بمال
الآخر وانما بقي ما هو حكم
الشراء وهو الملك فكانت
شركتهما في المتاع شركة
ملك

عليه في عقد الشركة المالك فانه يتعين فيه كفي الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع
بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا
ظاهر فيما اذا هلك المالك وكذا اذا هلك أحدهما لانه مارضى بشركة صاحبه في ماله الا لشركة في ماله فاذا فات
ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته وأبهماهلك هلك من مال صاحبه ان هلك في يده قطا هز
وكذا اذا كان هلك في يد الآخر لانه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يملك على الشركة لانه لا يتبين
فيجعل الهالك من الماليين (وان اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشتري بينهما على ما
شرطا) لان الملك حين وقوعه مشترك كايدهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر
بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد بخلاف الحسن بن زياد حتى ان أبهم ما باعه جاز ببيع لآن الشركة قدمت
في المشتري فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها

ماله أو يدشر بكماله لانه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يملك عليه ما لعدم التمييز قبل الشراء أما
الاول فلان مال كل واحد قبل الشراء وقبل الخلط باق على ما كانه وأما بطلان الشركة (فلان المعقود عليه عقد
الشركة هو المال) المعين (لانه يتعين) بالتعيين (في الشركة) والهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد
كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لا يتعين المال فيهما بالتعيين (وانما يتعينان بالقبض) حتى لو
اشترى الوكيل بمثل ذلك المال في ذمته كان مشتركا بالوكالة حتى لو هلك المال بعد الشراء يرجع عليه بمثله أما لو
هلك قبل الشراء فانما يبطل العقد لان الموكل لم يرض بكون الثمن دينافي ذمته فلا تبطل المضاربة والوكالة
المفردة بهلاك المال واحترز بالمفردة عن الوكالة الثابتة في ضمن الشركة فانها تبطل ببطلان الشركة وهذا
ظاهر فيما اذا هلك المالك (وكذا اذا هلك أحدهما لانه) أي الشريك الذي لم يملك ماله (لم يرض بشركة
صاحبه في ماله الا لشركة) هو أيضا (في ماله) بتقدير بقاءه (فاذا فات ذلك) ظهر وقوع ما (لم يكن راضيا) به عند
عقد الشركة (فيبطل العقد لعدم فائدته) وهي الاشتراك فيما يحصل (قوله فان اشترى أحدهما بماله ثم هلك
مال الآخر فالمشتري بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقوعه مشترك كايدهما لقيام الشركة وقت الشراء)
لان الهلاك لم يقع قبله ليبطل فيختص المشتري بما اشتراه (فلا يتغير الحكم) أي حكم الشركة (بهلاك مال الآخر
بعد ذلك ثم الشركة) الواقعة في هذا المشتري بعد هلاك مال الآخر (شركة عقد عند محمد بخلاف الحسن بن زياد

(قوله كمن وكل ز جلا الخ)
أقول مخالف للشروح ألا
يرى الى قول المصنف وانما
يتعينان بالقبض ويمكن
أن يجاب بان الدفع قد
يكون بالقبض فانه يوجد
بالخاية والوضع بين يديه
صرح بذلك المصنف من
كتاب الاقرار قال المصنف
(بخلاف المضاربة) أقول
قال الاتقاني فيه نظر لأن
النقود تتعين في المضاربة
والشركة جميعا قبل القبض
والتسليم حتى اذا هلك
قبل التسليم بطلت انص عليه
في الزادات في باب من
الوكالة بالشئ يكون على

والنقد بان قال اشترى عبد او عقد الثمن من مالي ومات العبد فهذا مما لا يعرف الا بقوله (قوله بخلاف
المضاربة والوكالة المفردة) فان النقود لا تتعين فيهما بالتعيين وانما يتعين بالقبض وقيد الوكالة بالمفردة
احترزا عن الوكالة التي في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فان الوكالة فيها تبطل ببطلان ما
يتضمنها من الشركة والرهن (قوله بخلاف الحسن بن زياد رحمه الله) فانها شركة ماله عنده حتى لا ينعقد بيع
أحدهما الا في حصته لان شركة العقد بطلت بهلاك أحد الماليين فان هلك أحد الماليين ثم اشترى الآخر بماله
ان صرح بالوكالة في عقد الشركة بان صرح عند عقد الشركة أن ما اشتراه كل واحد منهما بماله هذا يكون

غير ما أمره انتهى قال الاكمل ولعل فيهما روايتين (قال المصنف بخلاف الحسن بن زياد) أقول قال الاتقاني فان عنده شركة ماله فقط
حتى لا ينفذ بيع أحدهما الا في نصيبه وجه قول الحسن أن الشركة التي عقدها ارتفعت بهلاك مال الآخر وانما بقي ما هو حكم الشراء وهو
الملك فلم يجوز لاحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر انتهى ويؤيد قول الحسن أن الدوام الامور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء فليتأمل
في دفعه فان رأس المال لم ينعقد هذا لصاحبه المشتري له بقاء

قال (و يرجع على شريكه بحصة من ثمنه) لانه اشترى نصفه بواكاته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا اذا اشترى أحدهما بأحد المائتين أو لاتم هلك مال الآخر أما اذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بمال الآخر ان صرحا بالو كالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرط لان الشركة ان بطلت فالو كالة المصريح بها قائمة فكان مشترك كما يحكم الو كالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصة من الثمن لما بيناه وان ذكر ايجرد الشركة ولم ينص على الو كالة فيها كان المشتري للذي اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الو كالة التي تضمنتها الشركة فاذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرح بالو كالة لانها مقصودة قال (وتجوز الشركة وان لم يخطأ المال) وقال زفر والسافعي لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة في الاصل وانه بالخطأ وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرأس المال فيستحق

رجعها الله) فانها شركة ملك عنده حتى لا ينعد بسبع أحدهما الا في نصيبه وجه قوله ان شركة العقد بطلت بهلاك المال فصار كماله هلك قبل الشراء بمال الآخر ولم يبق الا حكم ذلك الشراء وهو الملك فيلزم انفراد الملك لعدم ما وجب زيادة عليه ولمحمد وعليه اقتصر المصنف ان هلك مال أحدهما اذا وقع بعد حصول المقصود بمال الآخر وهو الشراء به فلا يكون الهلاك مبطلا لشركة العقد بينهما بعد تمامها كماله كان بعد الشراء بالمائتين (واذا وقع) المشتري على الشركة (يرجع على شريكه بحصة من الثمن) لانه اشترى نصفه بواكاته ونقد الثمن من مال نفسه (وقد بيناه) قريبا (هذا اذا اشترى أحدهما بأحد المائتين أو لاتم هلك مال الآخر أما اذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر) يعني الذي في يده المال (بالمال الآخر ان صرحا بالو كالة في عقد الشركة) بان فلا هنك عقد الشركة على ان ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركا بينهما كذا صوروه في المبسوط (فالمشترى مشترك بينهما على ما شرط لان الشركة ان بطلت فالو كالة المصريح بها قائمة فتكون شركة ملك) وبهذا جمع في المبسوط بين التناقض الواقع في جواب المسئلة حيث قال محمد رحمه الله في بعض المواضع فاشترى بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه وفي بعضها اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون بينهما فجعل محل الاول اذا لم يكن في الشركة وكالة مصرح بها ومحل الثاني اذا صرحا بماله على ما ذكر وقوله (لما بيناه) يريد قوله لانه وكيل من جهة الخ (قوله وتجوز الشركة وان لم يخطأ المال) وبه قال مالك وأحمد ورجعها الله تعالى الآن ما لك كاش شرط أن يكون تحت يدهما بان يكون في حانوت أو في يد وكيلهما (وقال زفر والسافعي رجعها الله لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يكون الفرع على الشركة الا في الاصل على الشركة وانه) أي الشركة في الاصل على معنى الاشتراك (بالخطأ) لما سلف من أن معناها الاختلاط أو الخلط على ما حققناه فلا

مشتركا بينهما فالمشترى مشترك بينهما كما شرط لان الشركة ان بطلت بهلاك أحد المائتين فالو كالة المنصوص عليها باقية فكان المشتري مشترك كابينهما بحكم الو كالة وكانت شركة ملك حتى لا يملك أحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر ويرجع المشتري على صاحبه بحصة من الثمن لانه اشترى بعضه بحكم الو كالة ونقد الثمن من مال نفسه فيرجع به عليه وان ذكر ايجرد الشركة ولم يصرح بالو كالة فيها فالمشترى للمشتري خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الو كالة تثبت في ضمن الشركة وقد بطلت الشركة بماله مال أحدهما فبطل ما في ضمنها الا بقاء لما ثبت ضمنها بعد فوات المتضمن بخلاف ما اذا صرحا بالو كالة لكونها مقصودة فلا تبطل بطلان الشركة وذكروا في بعض المواضع اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون المشترك بينهما نصفيين يريد به اذا صرحا بالو كالة عند عقد الشركة (قوله وانه بالخطأ) اذا الشركة عبارة عن الاختلاط وذلك انما يتحقق بالخطأ بالملك والمعتبر في كل عقدها هو قضية اسم ذلك العقد كالحالة والكفالة فاذا خلط المائتين على وجه لا يمكن تمييز أحدهما عن الآخر فقد تحققت الشركة في المال فتبنت عليه الشركة في الربح فاما قبل الخطأ لم تثبت الشركة في المال حتى اذا هلك رأس مال أحدهما كان هالكه على خاصة فلا تثبت الشركة في الربح (قوله وهذا لان المحل هو المال) يعني أن محل العقد هو المال ألا ترى أنه يضاف الى المال

(قوله وقد بيناه) اشارة الى

قوله معناه اذا أدى من مال

نفسه الخ (قوله أما اذا هلك

مال أحدهما ثم اشترى

الآخر) واضح (قوله لما

بيناه) اشارة الى قوله لانه

وكيل من جهته (قوله وانه

بالخطأ) أي الشركة في

الاصل على تاويل الاشتراك

(قوله وهذا اشارة الى قوله

لان الربح فرع المال) يعني

وانما قلنا ان الربح فرع

المال لان المحل أي محل

الشركة هو المال ولهذا

يضاف اليه ويقال عقد

شركة المال ويشترط

تعيين رأس المال

(قوله لما بيناه اشارة الى

قوله لانه وكيل من جهته)

أقول والا قرب أن يجعل

اشارة الى قوله أنفلا لانه

اشترى نصفه بواكاته

وما اعتبر التعيين الائتكون الشركة في الثمن مستندة الى المال بخلاف المضاربة فانما يصح بدون الخلط لان اليد بشركة وانما هو عامل لرب المال فيستحق الربح عماله على قدر عمله (قوله وهذا أصل كبير) اشارة الى قوله لان الربح فرع المال (قوله حتى يعتبر اتحاد الجنس) يعني بناء على أصلهم اذ ذلك فانه اذا كان رأس مال أحدهما دراهم والاخر دنانير فتعقد الشركة بينهما بحسبته عندنا خلافا لفرق والشافعي وكذلك ان كان رأس مال أحدهما مائتا ولاخر سودا ولا يجوز شركة التقبل أى على قول زفر والشافعي لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال وكل ما هو مستند اليه هو الأصل أما انهم مستندة الى العقد فلان العقد يسمى شركة لا للمال فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه وأما ان كل ما هو مستند اليه فهو الأصل فلان المراد بالمستند اليه هو ان يكون غير مبنيا (٤٠١) عليه وذلك حد الأصل وانما عبر عنه

بهذه العبارة لان الربح في الحقيقة يحصل من التصرف والتصرف يحصل من العقد لان كل واحد منهما يتصرف في السك في بعضه بطريق الاصل وفي بعضه بطريق الوكالة فكان العقد علة العلة وجاز ان يضاف الحكم الى علة العلة كما جاز ان يضاف الى عين العلة واذا كان الأصل هو العقد وهو موجود يثبت الحكم في الفرع وهو الربح وان لم يختلط المال والدليل الثاني وهو قوله ولان الدراهم والدنانير لا تتعينان كالشرح للدليل الاول فان قيل لو كان العقد هو الأصل دون المال لما طلعت الشركة بهلاك المال قبل ان يشتريه به شيئا لان هلاك المال وبقائه اذ ذلك بمنزلة لكون الأصل وهو العقد قد وجد والمال موجود فلا يبالى بعد ذلك ببقائه أجيب بان بقاء الأصل شرط لوجود الفرع والأصل قد انتفى بانتفاء شرطه وهو المحل فكذلك

الربح عماله على عمله أما هنا بخلاف وهذا أصل كبير له ما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا يجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه في النصف أصيل وفي النصف وكيل واذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط

تحقق شركة بلا خلط وقد اتفقنا على ان المعتبر في كل عقد شرعي ما هو مقتضى اسمه قال المصنف (وهذا) أى كون الربح فرع المال (أصل كبير له ما حتى تفرع) عليه (اعتبار اتحاد الجنس) فلا يجوز الشركة اذا كان لأحدهما دراهم والاخر دنانير ولا اذا كان لأحدهما مائتا والاخر سودا لعدم تحقق الخلط والاختلاط بحيث لا يتميز ما لأحدهما عن الآخر (ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال) لاختلاف الشركة في الأصل والفرع ولا شركة التقبل والاعمال لانعدام المال (قوله ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال) حاصل تقرر بالشارحين ان الربح يضاف الى التصرف في المال وهو العلة والى العقد الذي هو علة التصرف والحكم كما يضاف الى العلة يضاف الى علة العلة وأنت تعلم ان الاضافة الى علة العلة بطريق المجاز فان الحكم بالذات انما يضاف الى علة العلة كما عرف ان لا أثر للعلة البعيدة في الحكم وحقيقة الاضافة أولى بالاعتبار من مجازها في حكم يبنى على الاضافة وانما وجبه التقرير بالمراد ان الربح المستحق شرعا لكل من الشريكين في مال الآخر ليس مضافا الى العقد الشرعي الذي به حل تصرفه في مال غيره لا الى نفس المال ولا التصرف فيه لان اضافة الربح الى التصرف في المال معناها انه اكتسب عن التصرف فيه وليس هذا بقيد لناذ هو معلوم وانما حاجتنا الى ثبوت حل الربح لكل منهما ولا شك ان حله انما يضاف الى العقد الشرعي لا التصرف فان نفس التصرف في المال وان كان مأذونا فيه شرعا لا يوجب حل الربح للمتصرف كما في البضع والوكيل بالبيع فلم يحل الا بعقد الشركة تحقيقا في معنى اسمه فيه لان هذا العقد الشرعي يسمى شركة فتحقق معناه بما يفيد شرعا وهو الشركة في الربح والتصرف معا لان أحدهما عن الآخر ليكون علة العلة بل التصرف علة في وجود الربح والعقد علة حله والكلام ليس الا فيه واذا كان كذلك لم يتوقف الاسم على خلط المال لان المال محل العقد شرط لتحقيقه خارج عنه ثم قال المصنف (ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان يعني عند

يقال شركة المال والشي انما يضاف الى سببه أو محله ولا سببية هنا فيكون محلا والمحل شرط لا أسباب (قوله ولهذا يضاف اليه) أى يقال عقد شركة المال (قوله وهذا أصل كبير لهما) وهو ان الربح فرع المال ويتبنى على هذا الأصل شرط اتحاد الجنس والمساواة في الربح والمال وبطل شركة التقبل والوجود عند الشافعي وجهه انه لعدم المال (قوله ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد) يعني ان الاشتراك في

(٥١ - فتح القدير والكفاية - خامس) الفرع واعتصر أيضا بان المالكين اذا لم يختلطوا بقيامتهم في ولا شركة مع

(قوله وما اعتبر التعيين الائتكون الشركة في الثمن الخ) أقول الانسب للتقرير ان يقال الائتكون الشركة مستندة الى المال (قوله وكل ما هو مستند اليه فهو الأصل الخ) أقول كان الاظهر ان يقول وكل ما هو مستند الى العقد فاعند أصل له فتأمل ثم قوله مستند اليه بفتح النون (قوله فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه) أقول وذلك لا يكون الا بجعل الشركة في الربح مستندة اليه وعلى ما قلناه لا احتياج في الشركة في الربح الى العقد أصلا اذا الشركة في الملك الحاصلة في الخلط كافية فيها (قوله يتصرف في السك) أقول أى في كل مال الشركة قال المصنف (فلا يستفاد الربح برأس المال) أقول فقوله الربح فرع المال ممنوع فتذكر صدر الكلام حتى يظهر لزوم المنع

التمييز كما في العروضة وأجيب بان عمله فساد الشركة في العروضة ليست التمييز بل هي ما ذكرنا من الإفضاء الى الربح مالم يضمن وقوله (وصار كالمضاربة) يعني لما ظهر ان الأصل هو العقد دون المال كان الربح مستحقا بالعقد دون المال كما في المضاربة فإنه ليس هناك خلط المالكين والربح مشترك بسبب العقد واذا بطل ذلك الأصل بطل العروضة المتبرئة عليه فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل (قوله ولا تجوز الشركة) واضح وقوله (ونظيره (٤٠٢) في المزارعة) يعني أنه اذا شرط لأحدهما قفزان مسماة كانت فاسدة لان

الشركة تنقطع به ومن شرط المزارعة أن يكون الخارج بينهما ماشا نعا قال (ولكل واحد من المتفاوضين) هذا بيان ما يجوز للشريك شركة معاوضة وعن أن يفعل وأن لا يفعل بجورله أن يضع لأنه معتاد في عقد الشركة والمعتاد جازله العمل به ولأنه أن يستأجر على العمل بحصول الربح بلا خلاف وكل من جازله أن يستأجر للحصول الربح جازله أن يضع لان الاستئجار يحصل بعوض والابضاع بدونه فكان الاستئجار أعلى ومن ملك الأعلى ملك الأدنى وأن يودع المال لأنه معتاد ولا يجزئ التاجر منه بدوان يدفع مضاربة لانهم ادون الشركة ألا ترى أنه ليس على المضارب شيء من الوضعية وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح فيمكن جعل المضارب بمستفاد بعقد الشركة لانهم ادون الشركة فتضمنتها الشركة هذا ظاهر الرواية (وعن أبي حنيفة ليس له ذلك لانه) أي عقد المضاربة (نوع شركة) لانه ايجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون

تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل قال (ولا تجوز الشركة اذا شرط لأحدهما دارهم مسماة من الربح) لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لأحدهما ونظيره في المزارعة قال (ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان أن يضع المال) لانه معتاد في عقد الشركة ولأنه أن يستأجر على العمل والحصول بغير عوض دونه فملكه وكذلك أن يودعه لانه معتاد ولا يجزئ التاجر منه بدان قال (ويدفعه مضاربة) لانهم ادون الشركة فتضمنها وعن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاصح هو الاول وهو رواية الأصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود

الشراء بهما) ما فيه الربح حتى جاز أن يدفع غيرهما فلم يكن الربح مستفادا بعين رأس المال حتى يلزم فيه بالخلط بل بالنصرف واذا ظهر تحقق الشركة بالخلط (تحققت في المستفاد بدونه) أي بدون الخلط (وصار كالمضاربة) تحقق الشركة في الربح بالخلط فان قيل فعلى هذا ينبغي أن لا تبطل به سلاك المال قبل الشراء لوجود المال وقت العقد لأنه انعقد في المحل قلنا لا يبطل لمعارض آخر وهو ان هلاك المحل قبل حصول المقصود بالعقد منه يبطله كالبيع يبطل به لأك المبيع قبل القبض والمقصود من عقد الشركة الاسترباح وهو بالشراء أولا فاذا هلك المال قبل الشراء كان كهلاك المبيع قبل القبض واذا كان الأصل هو العقد لا المال (لم يشترط اتحاد الجنس والتساوي) في رأس المال ولا في الربح وتصح شركة التقبل (قوله ولا تجوز الشركة اذا شرط لأحدهما دارهم مسماة من الربح) قال ابن المنذر لا خلاف في هذا لأحد من أهل العلم ووجهه ما ذكره المصنف بقوله لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى فيكون اشتراط جميع الربح لأحدهما على ذلك التقدير واشترطه لأحدهما يخرج العقد عن الشركة الى قرض أو بضاعة على ما تقدم وقوله (ونظيره في المزارعة) يعني اذا شرط لأحدهما قفزا مسماة بطلت لأنه عسى أن لا يخرج الارض غيرها (قوله ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان ان يضع المال لأنه معتاد في عقد الشركة) من المتشاركين (ولأنه ان يستأجر على عمل القهارة والحصول) للربح (بغير عوض دونه) وانه أقل ضررا فاذا هلك ما هو أكثر ضررا لم يملك ما هو أقل وظاهر ان لفظ الحصول من نوع على الابتداء وخبره الظرف (قوله وكذلك أنه يودعه لأنه معتاد ولا يجزئ التاجر بدان منه) في بعض الاوقات والمضاييق وقوله (ويدفعه مضاربة لانهم ادون الشركة) لأن الوضعية في الشركة تلزم الشريك ولا تلزم المضارب فتضمن الشركة المضاربة (وعن أبي حنيفة) لرواية الحسن (انه ليس له ذلك لانه نوع شركة) في الربح (والاصح هو الاول وهو رواية الأصل لان الشركة في الربح غير مقصودة وانما المقصود

الربح بالعقد لا برأس المال لان العقد يسمى عقد شركة فينبغي أن يتحقق معنى هذا الاسم فيه ولا تثبت الشركة في رأس مال لتوقف ذلك على الخلط كما بينتم فتعين أن يكون مثبتا للشركة في الربح (قوله في المستفاد به) أي بالنصرف وهو الربح بدونه أي بدون خلط رأس المال (قوله ونظيره في المزارعة) وهو ان شرط لأحدهما قفزا مسماة فالزراعة باطلة فكذلك ما على الماذنات والسواقي (قوله لانهم ادون الشركة) ألا ترى أنه ليس على المضارب شيء من الوضعية مع وأن المضارب بقوله فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح وأما اذا

بمنزلة عقد الشركة وليس لأحد الشريكين أن يشار لزمع غيره بمال الشركة فكذلك لا يدفعه مضاربة (والاول) أي تحصل جواز الدفع مضاربة (أصح وهو رواية الأصل لان الشركة) يعني في المضاربة (غير مقصودة) وانما المقصود بحصول الربح وهو ثابت بالمضاربة فيما كنه أحد الشريكين كولو استأجر أجيرا يعمل فانه يجوز قول واحد اهذه أولى لانه يحصل بدون ضمان في ذمته فان المضارب اذا عمل ولم يحصل (قوله واذا بطل ذلك الأصل الخ) أقول يعني أصل زفر والشافعي

الرجح لا يجب على رب المال
شيء بخلاف الاجارة فان
الاجير اذا عمل في التجارة

ولم يحصل شيء من الرجح
يكون المستأجر ضامنا للاجرة
بخلاف الشركة حيث
لا يملكها لان الشيء لا يستتبع
مثله فان قيل هذا منقوض
بالمكاتب فانه جازله ان
يكاتب عبده والعبد المأذون
له جاز له ان ياذن لعبده
فالجواب ان ذلك ليس من
قبيل الاستتباع فان كل
واحد منهما ما أطلق في
الكسب وأسبابه وهذا من
أسباب الكسب المطلقة
لها لانه من المستتبعات
وان يوكل من يتصرف فيه
وهو ظاهر واعترض بان
الحكم الثابت مقصودا على
حالا من الحكم الثابت في
ضمن شيء آخر لا محالة
والوكيل الذي كانت وكالته
مقصودة ليس له توكيل غيره
فالوكيل الذي ثبتت وكالته
في ضمن الشركة كيف جازله
توكيل غيره وأجيب بذلك
الجواب المشهور وهو قولهم
كم من شيء ثبتت ضمنا ولا
يثبت قصدا كبيع الشرب
 وغيره والشبهة وجه القياس
في هذه المسئلة وجوابه اوجه
الاستحسان

(قوله وأجيب بذلك الجواب
المشهور الخ) أقول وسيجيء
تفسير هذا من الشارح أيضا
في آخر كتاب الشركة ثم أقول
فيه بحث

تحصيل الرجح كما اذا استأجره بأجر بل أولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها
لان الشيء لا يستتبع مثله قال زويول من

تحصيل الرجح) فصار (كما اذا استأجره باجرة) ليعمل له بعض أعمال التجارة (بل أولى لانه تحصيل
بدون ضمان في ذمته الشريك بخلاف الشركة) فان أحد الشرى يكن لا يملك أن يشارك غيره في مال الشركة
(لان الشيء لا يستتبع مثله) وأورد عليه المكاتب يكاتب عبده والمأذون ياذن لعبده واقضاء المفترض
والمقتل بثلثهما والناصح مثل المنسوخ وأجيب بأن ملكهما ذلك ليس بطريق الاستتباع بل باطلاق
التصرف مطلقا وكذا الاقتداء ليس صلاة الامام مستتبعة لصلاته ما بل تلك مبنية عليها وحقيقة الناصح مبين
لا غير على انه ليس وزان ما نحن فيه بتأمل يسير ولكل واحد ان يشترى بالنسيئة وان كان مال الشركة في يده
استحسانا وليس لا أحد شرى العنان الرهن أي رهن من مال الشركة بدين من التجارة عليه والارتمان
بدين له بخلاف المفاوض له ان رهن ويرهن على شيء فان رهن في العنان متاعا من الشركة بدين عليهما
لم يجز وكان ضامنا للرهن ولوارثين بدين لهما لم يجز على شيء فان هلك الرهن في يده وقيمته والذي سواء
ذهب بحصته ويرجع شيء بحصته ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتين وان شاء شريك
المرتين ضمن شيء بحصته من الدين لان هلاك الرهن في يده كالاقتداء وكذا اذا باع أحدهما فليس
للاخر قبضه وللمدين أن يمنع من دفعه فان دفعه اليه برى من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر وليس
لواحد منهما أن يخاصم فيما ادانه الاخر أو باعه والخصومة للذي باع وعليه ولا أن يؤخذ بئنا فان آخره لم يمس
على الآخر وكذا لا يمسى اقرار أحدهما بدين في تجارته ما على الآخر فان أنكر الآخر لم يمس جميع
الدين ان كان هو الذي واپسه لان حقوق العقد تتعلق بالعقد وكذا كان أم مباشر وان أقر أنهم ما ولياه
وأنكر الآخر لم يمس نصفه ولو اشترى أحدهما شيئا فوجده عيبا لم يكن للاخر ان يراه لان ذلك من حقوق
العقد ولو أخذ أحدهما مالا مضار به اختص برحمة لان مال المضار به ليس من مال الشركة وعلى هذا الوشيد
أحدهما لصاحبه بما ليس من شركتهما فهو جائز بخلاف المفاوض في جميع ذلك ويصلى اقراره عليه
و يشارك شركة عنان ويصلى على الآخر بخلاف شريك العنان ويجوز قبض كل من المتفاوضين مادانه
الاخر أو ادانه أو وجب لهما على رجل من غصب أو كفالة أو غير ذلك ويرد ببيع ما اشتراه الاخر وكل منهما
نخصم عن الآخر يطالب بما على صاحبه ويقام عليه البيعة ويستخلف على العلم فيما هو من ضمان التجارة
وتقدم شيء من هذا أول الباب فيما هو من ضمان التجارة (و) لكل من شريك العنان أن (يوكل من

فسدت الشركة فالرجح فيها على قدر رأس المال لهما (قوله لانه تحصيل بدون الضمان في ذمته النافع) وفي
المبسوط انه لو يدفع من مال الشركة مضار به لان له أن يستأجر من يتصرف في مال الشركة بأجر مضمون في
الذمة فلان يكون له أن يستأجر من يتصرف ببعض ما يحصل بعمله من غير أن يكون ذلك مضمونا في الذمة
أولى لان هذا أنفع لهما (قوله لان الشيء لا يستتبع مثله) فان قيل المكاتب يكاتب عبده والمأذون ياذن
ويجوز اقتداء المفترض بالمقتل والمقتل بالمتنفل فيلزم منه استتباع الشيء مثله وكذا النص الناصح يرفع
النص المنسوخ وهما مثلان فالو أن يستتبع مثله فلنا استتباع المثل في المكاتب والمأذون لم يكن مقصودا بل
يثبت لهما من ضرورة اطلاق الاكساب وفتح باب التجارة أما ههنا فلنا تجوز الشركة لاحد الشرى يكن
يلزم استتباع المثل مقصودا وذلك لا يجوز كفى التوكيل فانه لا يجوز للوكيل أن يوكل غيره بطلاق التوكيل
لان الثاني مثل الاول فلا ينقطع مقصودا ولكن يتقادم ضمنا كالو كالة الثابتة في ضمن الشركة وكذا كرفي
المبسوط هذا كله في حق الغير أي عدم جواز استتباع الشيء مثله كفى الشركة والمضار به فاما في حق نفسه
فيجوز أن يوجب غيره مثل ماله ولهذا كان للمكاتب أن يكاتب عبده وللمأذون أن ياذن لعبده لانه
متصرف لنفسه بفعل الجور وأما اقتداء المفترض بالمقتل فبجواز ثبته بالاجماع وبقوله عليه السلام الامام

يتصرف فيه) لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك أن يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله قال (وبده في المال يدأمانة) لانه قبض المال باذن المالك لاعلى وجه البذل والوثيقة فصار كالوديعة

يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من أعمال التجارات والشركة انعقدت لها بخلاف الوكيل (صريحاً) بالشراء ليس له أن يوكل به لانه عقد خاص طلب به) شراء شيء بعينه فلا يستتبع مثله وكل ما كان لاحدهما أن يعمل له اذا تم امره يكرهه لم يكن له عمله فان عمله ضمن نصيب شريكه ولهذا لو قال أحدهما اخرج للمياط ولا تجاوزها تجاوز فذلك المال ضمن حصته شريكه لانه نقل حصته بغير اذنه وكذا لو غاب عن بيع الشيء بعدما كان اذن له فيه (قوله وبده) أي يد الشريك مطلقاً في المال يدأمانة لانه قبض المال باذن المالك لاعلى وجه البذل والوثيقة فيكون أمانة بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه قبضه على وجه اعطاء البذل فيكون ضمنوا بخلاف الرهن فانه مقبوض للتوثيق بدينه فيضمن بذلك الدين واذا كان مقبوضاً على الوجه الذي ذكرنا صار كالوديعة فكان أمانة واعلم ان جميع الامانات اذا مات تقبل مضمونة بالموت مع التجهيل الا في مسائل احداها اذا مات أحد المتفاوضين ولم يبين مال الذي كان في يده فانه لا يضمن امره يكرهه نصيبه والاخرى في السير اذا أودع الامام بعض الغنائم في دار الحرب قبل القسمة عند بعض الجند فمات وتذكر الثالثة في الوقف ان شاء الله تعالى * (فروع في اختلاف المتفاوضين) * قد علم انه ليس لأحد المتفاوضين أن يقرض ولا يهب ولا يتصدق ولا يعير دابة من شركته ما ولو ادعى على آخر أنه شاركه في مفاوضة فانكر والمال في يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه وعلى المدعي البينة لانه يدعي العقد واستحقاق ما في يده وهو منكر فان أقام البينة فشهدوا أنه مفاوضة أو زادوا على هذا فقالوا المال الذي في يده من شركتهما أو قالوا هو دينهم ما نضعان قضى للمدعي بنصفه لان الثابت بالبينة كالثابت بالاقرار وجميع ما ذكر مقتضاه انقسام ما في يده فيقضى بذلك فلو ادعى الذي في يده المال بعد ذلك ان هذا العين لي ميراثاً مما في يده وأقام على ذلك بينة قبلت عند محمد ولم تقبل عند أبي يوسف لأن ذا اليد صار مقضياً عليه بنصف ما في يده وبينة المقضى عليه في اثبات الملك لا تقبل الا أن يدعى تلقي الملك من قبل المقضى له كإكراه الشهادرة مفسرة ولو ادعى ذواليد عينا في يده انه له خاصة وهب شريكه منه خصته وأقام البينة على الهبة والقبض قبلت لانه انما ادعى تلقي الملك منه ولو ادعى انه مفاوضة والمال في يد المدعي عليه فاقدر وقضى عليه ثم ادعى عينا مما كان في يده أو ميراثاً أو هبة وأقام بينة قبلت والفرق لأبي يوسف ان ذا اليد قد صار مقضياً للميراث ولا منافاة بينهما وقد أثبت دعواه بالبينة وفي الاول ذواليد جاحد مدعى عليه وقد صار مقضياً عليه بحجة صاحبه ألا ترى انه لو لم يكن أقام البينة في صورة الانكار لم يستخلف خصمه واذا مات أحد المتفاوضين والمال في يد الحى فادعى الورثة المفاوضة وتجد الحى ذلك فاقاموا البينة بذلك لم يقض لهم بشيء فيما في يد الحى لانه ما شهد بعدد علم ارتفاعه لانتقاض المفاوضة بموت أحدهما ولا أنه لاحكم فيما شهد به في المال الذي في يده في الحال لأن المفاوضة فيما مضى لا توجب أن يكون المال الذي في يده في الحال من شركتهما الا أن يقيموا انه كان في يده في حياة الميت أو انه من شركتهما فانهم حينئذ شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه ولو كان المال في يد

وقوله (لاعلى وجه البذل احتراز عن المقبوض على سوم الشراء لان المقبوض على سوم الشراء قبض لأجل أن يدفع الثمن) قوله (والوثيقة) احتراز عن الرهن فان المرهون مقبوض لأجل الوثيقة

ضامن ولان صلاة المقتدى مبنية على صلاة الامام في حق الجواز والفساد بالحديث لأن يكون صلاة الامام مستتبعة لصلاة المقتدى وأما الناسخ فهو رافع صورة ولكن في الحقيقة تبين انتهاء حكم المنسوخ في أن شرعيته كانت الى هذا الوقت فلم يكن رفعها في الحقيقة فلا يرد نقضاً (قوله بخلاف الوكيل بالشراء) لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلم يستتبع التوكيل لانه مثل الاول وهنا الشركة انعقدت للتجارة لتحصيل الربح والتوكيل بالشراء من جملة اذ الربح كما يحصل بتصرفه يحصل بتصرف غيره فصار كان كل واحد منهما وكيل خاص بالشراء قبل له اعمل برأيك فله أن يوكل غيره وانما لا يملك المشاركة وان تمكن منها عند قوله اعمل برأيك نصاً ظاهراً للتفاوت بين ما ثبت نصاً وبين ما ثبت مقتضى تحصيل الربح (قوله لاعلى وجه البذل) احتراز عن

قال (وأما شركة الصنائع) كلامه ظاهر وقوله (لا تقيد مقصودهما) أي مقصود الشرير يكن وهو التمييز ظاهر وفي بعض النسخ لا تقيد مقصودها أضاف المقصود إلى الشركة وإن كان المقصود للشرير يكن بأدنى (٤٠٥) ملاسته وهو تلبس الشرير يكن بعقد الشركة

(قوله ولا يشترط فيه) أي

في هذا العقد (اتحاد العمل

والمكان) خلافاً لفرز ومالك

رحمهما الله قالان اتفقت

الاعمال كالعقارين اشتركا

أو صباغين جازوان اختلفت

كصباغ وقصار اشتركا

لا يجوز لأن كل واحد منهما

عاجز عن العمل الذي يتقبله

صاحبه فان ذلك ليس من

صنعتيه فلا يتحقق مقصود

الشركة ولنا أن المعنى الجوز

للشركة وهو ما ذكرناه أن

المقصود منه التحصيل وهو

يمكن بالتوكيل لا تتفاوت

باتحاد العمل والمكان

وأختلافهما أما الاول فلان

التوكيل بتقبل العمل

صحح ممن يحسن مباشرة

ذلك العمل وعن لا يحسن

لانه لا يتعين على المتقبل

اقامة العمل بيديه بل له أن

يقم باعوانه واجرائه وكل

واحد منهما غير عاجز عن

ذلك وكان العقد صحيحاً

وأما الثاني فلان أحد

الشرير يكن لو عمل في مكان

والآخر في مكان آخر

لا يتفاوت الحال وهو ظاهر

فان قبل قد تقدم ان من

الفروع المترتبة على أصل

فرز والشافعي في مسألة

الخطان شركة المتقبل

لا يجوز فكيف يصح قول

فرز مع مالك رحمه الله في

جوازها اذا كانت الاعمال

قال (وأما شركة الصنائع) وتسمى شركة التقبل (كالحياطين والصباغين يشتركان على أن يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك) وهذا عندنا وقال فرز والشافعي لا يجوز لأن هذه شركة لا تقيد مقصودها وهو التمييز لانه لا بد من رأس المال وهذا لأن الشركة في الربح تبنى على الشركة في المال على أصلهما على ما قررنا ولنا أن المقصود منه التحصيل وهو يمكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلاً في النصف أصيلاً في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافاً لمالك وفرز فيهما

الورثتين وجدوا الشركة فاقام الحى البيعة على المفاوضة واقاموا ان يأبهم مات وترك هذا ميراثاً من غير مفاوضة بينهما لم تقبل منهم لأنهم جاهدون فائماً بقيمونها على النفي وقد أثبت المدعى الشركة فيما في أيديهم فيقضيه له بنصفه وصحح شمس الأئمة ان هذا قولهم جميعاً ولو قالوا مات جدنا وترك ميراثاً لا بنا وأقاموا البيعة على هذا لا تقبل في قول أبي يوسف وتقبل في قول محمد كلاً كان المفاوض حياً وأقام البيعة على ذلك بعد ما شهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة وإذا افترق المتفاوضان فاقام أحدهما البيعة ان المال كله كان في يد صاحبه وان قاضى بلدة كذا قضى بذلك عليه وسهوا المال وانه قضى به بينهما نصفين فاقام الآخر بمثل ذلك من ذلك القاضي بعينه أو غيره فان كان من قاض واحد وعلم تاريخ القضاء من أخذ بالآخر وهو رجوع عن الاول ونقض له وان لم يعلم أو كان القضاء من قاضين لزم كلامهما القضاء الذي أنفذه عليه لأن كلامهما صحيح ظاهر فيحاسب كل صاحبه بما عليه وتراد ان الفضل (قوله وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل) وشركة الابدان وشركة الاعمال (فتجوز الحياطين والصباغين يشتركان في أن يتقبل كل الاعمال) أو نحو الصباغ والحياطين يغلان ذلك (ويكون الكسب بينهما فيجوز عندنا وقال الشافعي لا يجوز لأنها شركة لا تقيد مقصودها) أي المقصود منها وفي بعض النسخ مقصودهما بالتبعية أي الشرير يكن (وهو التمييز) أي الربح (لانه لا بد) في الربح (من رأس المال) لانه يبنى عليه على ما قررناه في الخلاف في عدم اشتراط الخلط (ولنا أن المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح) على الاشتراط وهو لا يقتصر على المال بل جاز بالعمل أيضاً كما مر جاز بالتوكيل بان يوكّل الآخر بقبول العمل عليه كما يقبله لنفسه فيكون كل أصيلاً في نصف العمل المتقبل ووكيلاً في نصفه الآخر فتتحقق الشركة في المال المستفاد عن ذلك العمل فان عملاً استحق كل فائدة عمله وهو المال المستفاد وهو كسبه وان عمل أحدهما كان العامل معيناً للشرير يكره فيملازمه بتقبله عليه وهو جائز لأن الشرط مطلق العمل لا عمل المتقبل بنفسه أو وكيله بنفسه ألا ترى أن نحو الحياطين يتقبل ثم يستأجر من يعمل ويدفعه الى مالكه فتطيل له الاجرة ومن صور هذه الشركة أن يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف القياس أن لا يجوز لأن من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت واستحسن جوازها لأن المتقبل من صاحب الحانوت عمل (قوله ولا يشترط فيه) أي في جواز هذه الشركة اتحاد العمل والمكان خلافاً لفرز ومالك) وأورد عليه أنه قدم في اشتراط الخلط لفران من ثمراته عدم جواز شركة التقبل وهو ينافي اشتراطه لاحتياج اتحاد العمل والمكان أجيب بان عن فرز في جواز شركة التقبل روايتين ذكرهما في

المقبوض على سوم الشراء والوثيقة احتراز عن المقبوض بجهة الرهن (قوله ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان) خلافاً لفرز ومالك رحمه الله فيهما مالان المعنى الجوز للشركة وهو ما ذكرناه اشارة الى ما ذكر قبيله أن المقصود منه التحصيل أي تحصيل المال أما اتحاد العمل فظاهر وأما اتحاد المكان فلانه لو عمل أحد الشرير يكن في مكان والاخر في مكان آخر يجوز عندنا خلافاً لهما فان قيل كيف يتصور قول فرز رحمه الله في جواز الشركة عند اتحاد العمل وقد ذكر قبل هذا قول فرز مع الشافعي رحمه الله في اشتراط الخلط حيث قال وهذا أصل كبيرهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التغاضل في الربح مع التساوي

متفقة أجيب بان فرز في هذه المسألة أعنى الخلط لأن قد ذكر المصنف في تلك المسألة حكم الرواية التي يشترط فيها خلط المال وذكرها حكم الرواية التي لا يشترط ولكن أطلق في اللفظ لم يذكر اختلاف الروايتين في ظاهره متفقاً

(قوله ولو شرط العمل نصفين) أي إذا شرط في شركة التقبل ولم يكن مغاوضة أن يكون العمل نصفين والربح الحاصل أثلاثا جاز استحسانا والقياس أن لا تصح لأن الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يجز العقد لتأديته إليه (١٠٦)

لأن المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت (ولو شرط العمل نصفين والمال أثلاثا جاز) وفي القياس لا يجوز لأن الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يجز العقد لتأديته إليه وصار كشركة الوجوه ولكنها نقول ما يأخذ لا يأخذ به بحالان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لأن رأس المال على الربح مال فكان بدل العمل والعمل يقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح مالم يضمن لا يجوز إلا في المضاربة

المبسوط ففرع رواية المنع على شرط خلط المال وذكر هنا شرطه في تجوزها ثم ذكر المصنف وجه الجواز بقوله (لأن المعنى المجوز لشركة التقبل) من كون المقصود تحصيل الربح (لا يتفاوت) بين كون العمل في دكانين أو دكان وكون الأعمال من أجناس أو جنس فلا وجه لاشتراط شرط بل دليل بوجهه (قوله ولو شرط أن العمل نصفين) يعني التساوي في العمل والربح أثلاثا (جاز) بشرط كون الشرط له مشروطا عليه العمل (وفي القياس) لا يجوز وهو قول زفر (لأن الضمان هنا إنما هو بقبول العمل) أي لأنه لا مال عقدت الشركة عليه فزيادة الربح لأحدهما (ربح مالم يضمن فلم تجز) كالم تجز شركة الوجوه مع شرط التفاضل في ربح ما يباع مما اشتري بالوجوه وأما كون التفاضل يجري فيها إذا شرط التفاوت في ملك المشتري فإن اشتركا على أن ما اشتراه كل منهم يكون للآخر بعه فقط فينقسم الربح على قدر ملكهما فذلك في الحقيقة عدم التفاوت في الربح قلنا المأخوذ من هذه الشركة ليس ربحا حقيقة لأن حقيقة الربح إنما تكون عند اتحاد جنس الربح ومابه الاسترباح وهو هنا مختلف لأن رأس المال على الربح مال وإنما يقال له ربح مجازا وإنما هو بدل عمله والعمل يتقدر بالتقدير أي بحسب التراضي فإقدا ربحا على وجه التراضي أن يجعل بدل عمله فلا يحرم خصوصا إذا كان أحق في العمل وأهدى وعلى هذا التجهيز خلاف بعض المشايخ فيما لو شرطت الزيادة لأحدهما فلا يكرههما فلا يصح الجواز لأن الربح لضماني العمل لا بحقيقة العمل ولذا لو مرض أحدهما أو غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح بينهما بخلاف يعلم وقوله (بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق) فإن الربح بدل ما هو مال فيتحقق بالتفاوت في الربح وربح مالم يضمن وهو لا يجوز إلا في المضاربة على خلاف القياس هذا وقول المصنف لم يجز العقد وصار كشركة الوجوه يعطى ظاهره بطلان العقد بشرط الزيادة والوجه أن تبطل الزيادة فقط ويستحق مثل الأجر فإنه نص في شركة الوجوه التي شبهه به على ذلك في شرح الطحاوي فقال وينبغي أن يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وأن شرط الربح بخلاف

في المال ولا يجوز لشركة التقبل والأعمال لانعدام المال قلنا عن زفر رحمه الله وإيتان في اشتراط خلط المالين ذكرهما في المبسوط ذكر أحدهما عليه مع الشافعي رحمه الله والآخر مع مالك رحمه الله (قوله ولو شرط العمل نصفين والمال أثلاثا) أي المال الحاصل من العمل أثلاثا جاز وهذا النوع من الشركة قد يكون عنانا وقد يكون مغاوضة عند اجتماع شرائطها لا يمكن تحقيق مقتضى المغاوضة في الأعمال كإثبات الأموال وفي العنان من هذه الشركة يجوز بشرط التفاضل في المال المستفاد بالعمل مع شرط التساوي في العمل (قوله لأن الربح عند اتحاد الجنس) أي الربح لا يظهر إلا عند اتحاد الجنس أي إذا كان الربح من جنس رأس المال وعن هذا جعل رأس مال الشركة الدراهم والدنانير فكان بدل العمل لا للربح فلا يلزم حينئذ كونه ربح مالم يضمن وذكر في المبسوط الفرق بينهما من وجهين أحدهما أن في التقبل الشريك بائعان للعمل وقد يكون بينهما في العمل تفاوت فيصعق منها اشتراط التفاوت في الربح فاما في شركة الوجوه فشرطان يشترط في ذمتها مفع المساهوة في ملك المشتري لا يصح شرط التفاوت في الربح (قوله بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق) أي الربح من جنس رأس المال في شركة الوجوه لأن الأصل والربح فيها من جنس المال

أي الحر ربح مالم يضمن فصار كشركة الوجوه في أن التفاوت فيها في الربح لا يجوز إذا كان المشتري بينهما على السواء وأما إذا اشترط التفاوت في ملك المشتري فيجوز التفاوت حيثنفي الربح في شركة الوجوه أيضا وقوله (ولكننا نقول) بيان وجه الاستحسان ما يأخذ كل من الشريكين لا يأخذ ربحا لأن الربح إنما يكون عند اتحاد الجنس ولهذا قالوا لو استأجروا بعشرة راسهم ثم أجزوا بثوب يساوي خمسة عشر جاز لما أن الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن فيه لم يتحد لأن رأس المال على الربح مال فكان ما يأخذ بدل العمل والعمل يقوم بالتقويم فاذا رضى باعده بالتقويم فذلك منها ما تقويم معين كان ذلك منها ما تقويم للعمل فيتقدر بقدر ما قوم به ولا يحرم لأنه لم يؤد إلى ربح مالم يضمن بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق وهو الثمن الواجب في ذمتهم أداها كانت أو دنانير والربح يتحقق في الجنس المتفق وقوله (وربح مالم يضمن) تقديره لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ربح مالم يضمن وذلك لا يجوز إلا في المضاربة وإنما

جاز فيها الوقوع بمقابلة العمل في جانب المضارب وبمقابلة المال في جانب رب المال وليس واحد منهما في شركة الوجوه ولا الضمان بمقابلة الربح موجودا فيلزم فيها ربح مالم يضمن فلا يجوز

(قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) ظاهر وقوله (ويبرأ الدافع بالدفع اليه) أي يبرأ دافع الاجرة الى كل واحد من الشريكين قبل فيصير أن يكون معناه ويبرأ الدافع من كل من الشريكين بالدفع اليه أي الى صاحب الثوب مثلاً لو أخذ أحد الشريكين ثوباً للضبع ثم دفع الآخر الثوب مصبوغاً الى صاحبه برئ من الضمان وقوله (٤٠٧) (وهذا) اشارة الى لزوم العمل على كل واحد منهما وهو معنى

الكفالة (ظاهر في المفاوضة وفي غيرها) وهو العنان (استحسان) أي معنى الكفالة بطريق الاستحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة عن ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها حتى تثبت وان لم تذكر وانما هي مقتضى المفاوضة فلا يثبت معها ما ليس من مقتضاها بدون التصريح بذكره (وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان ألا ترى ان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا) أي وليكون العمل مضموناً (يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله) أي تقبل صاحبه (عليه) ولولم يكن مضموناً عليه لما استحق الاجران الغرم بازاء الغنم فإذا كان كذلك (جرى) هذا العقد (يجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البذل) وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل وانما قيد بجري المفاوضة في هذين الشئين لان فيما عدا ذلك لم يجز هذا العقد جرياً حتى قالوا إذا أقر

قال (وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى ان كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر (ويبرأ الدافع بالدفع اليه) وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة ووجه الاستحسان أن هذه الشركة مقتضية للضمان ألا ترى ان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البذل قال (وأما شركة الوجود فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتر باوجودهما ويبيعان فصح الشركة على هذا) سميت به لانه لا يشترى

الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما (قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى ان لصاحب الثوب أن يأخذ الشريك بعمله وللشريك الذي لم يتقبل العمل أن يطالب برب الثوب مثلاً بالاجرة ويبرأ الدافع بدفع الاجرة اليه وان كان انما عمله الذي تقبله قال المصنف (هذا) وهو ضمان كل منهما على ما يتقبله الآخر ومطالبة كل بأجرة الآخر وبراءة الدافع اليه الاجرة (ظاهر) فيما اذا عقد اشركة الصنائع مفاوضة (وفي غيرها) وهو فيما اذا أطلقا الشركة أو قيدها بالعنان (استحسان) فلا فرق في ثبوت هذه الامور بين المفاوضة والعنان فيها (والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة) واذا وقعت مطلقة انصرفت الى العنان فلم تثبت المفاوضة الا بالنص عليها وعلى معناه وبهذا علمت أن لا فرق بين اطلاق الشركة والتخصيص على جعلها عناناً في أن المنع قد عنان (والكفالة مقتضى المفاوضة ووجه الاستحسان ان هذه الشركة) أعني شركة الصنائع (مقتضية للضمان) في القدر الذي ذكرناه لانها تضمنت توكيل تقبل العمل على صاحبه فكان العمل بالضرر ورة مضموناً على الآخر ولذا استحق من الاجرة بعض ماسمى للاخر (بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى) هذا العقد وان كان عناناً (يجرى المفاوضة في ضمان العمل) عن الآخر (واقتضاء البذل) وان لم يتقبل ضرر ورة بخلاف ماسوى هذين الامرين هو فيها على مقتضى العنان ولذا لو أقر أحدهما بدين من أمر الصناعة كمن صابون أو صبيغ أو بدين للعملة عن علمهم أو أجرة بيت أو دكان لمدة مضت لا يصدق على صاحبه الا ببينة لان نفاذ الاقرار على الآخر موجب المفاوضة ولم ينصا عليها لانه لم يعقدوا بينهما شركة تقبل تقبلوا عملاً ثم جاء أحدهم فعمله كله فله ثلث الاجرة ولا شيء للاخرين لانهم لما لم يكونوا شركاء كان على كل منهم ثلث العمل لان المستحق على كل منهم ثلثه بثلث الاجر فاذا عمل السكك كان متطوعاً في الثلثين فلا يصدق الا ثلث الاجر (قوله وأما شركة الوجود فالرجلان يشتركان ولا مال لهما يشتر باوجودهما) أي بوجاهتهما ووجاهتهما والربح بينهما مالان الجاه مقلوب الوجه لما عرف غير

فيظهر الربح ثم لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ذلك ربح مالم يضمن وذلك لا يكون الا في المضارب ولكن كان جواز ذلك فيها أيضاً لوقوعه بمقابلة العمل في جانب المضارب ولوقوعه في مقابلة المال في جانب رب المال وليس واحد منهما في شركة الوجود ولا ضمان بمقابلة زيادة الربح فيلزم فيها ربح مالم يضمن من كل وجه فلا يجوز بخلاف شركة التقبل فان الاصل فيها عمل والمستفاد منه مال فلم يتفق الا يكون ربحاً (قوله وهذا ظاهر المفاوضة) أي اذا كانت شركة التقبل مفاوضة بان اشتراط أن يكون قبول الاعمال منهما أو العمل منهما والربح والوضعية بينهما على التساوي فهي شركة المفاوضة حتى تراعى فيها شرائط المفاوضة لوجود معنى المفاوضة وهي المساواة المطلقة وان تفاوت في شيء مما ذكرناه فهي شركة عنان حتى تراعى فيها شرائط شركة العنان انما هو معنى المفاوضة (قوله في ضمان العمل واقتضاء البذل) وانما قيد به مالان

أحدهما بدين من ثمن اشنان أو صابون أو أجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه الا ببينة وتلزمه خاصة لان التخصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار بوجوب المفاوضة قال (وأما شركة الوجود فالرجلان يشتركان شركة الوجود) وهو أن يشتركا في الرجلان ولا مال لهما (على أن يشتر باوجودهما) أي بوجاهتهما وأمانتهما عند الناس صحبة عندنا (على هذا) أي على كونهما يشتركان بوجوههما أي سميت شركة

(قوله وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل) أقول يمكن أن يستعان في دفع تلك المصادرة بما ذكره الشارح الذي يلحق في شرح الكفر

الوجوه لانه لا يشتري بالنسيئة الامن له وبجاهة عند الناس وانما تصح معاوضة اذا كان الرجلان من اهل الكفالة لانه حينئذ يمكن تحقيق الوكالة والكفالة في الابدال أي الثمن والمؤمن فيكون ثمن المشتري على كل واحد منهما ماضى فهو يكون المشتري بينهما نصفين ولا بد من التلفظ بلقطة المعاوضة أو بمقام مقامه كاتقدم واذا أطلقت كانت عنانا لان المطلق ينصرف اليه لكونه المعتاد في عين الناس وهي أى شركة الوجوه جائزة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والوجه من الجانبين ما بيناه في شركة التقبل وهي ان الربح عنده فرع المال فاذا لم يوجد المال لم تتعقد الشركة وقتلنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد الى آخره (قوله ولا يجوز ان يتفاضل فيه) أى في الربح وان شرط لاحدهما الفضل بطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما (قوله (٤٠٨) وهذا) اشارة الى تحتم المساواة في اشتراط الربح (قوله بالنصف) قيد اتفاقا فلا يجوز أن يلقى باقل من النصف ولا يستحق بمساوئها

فان قيل لم لا يجوز أن يستحق الزيادة لزيادة اهتدائه ومتانة رأيه وتدبيره في الامور العامة والخاصة وعلمه بالتجارة أجيبت بان اشتراط الزيادة في الربح بزيادة العمل انما يجوز اذا كان في مال معلوم كافي العنان والمضاربة ولم يوجد هنا (وقوله ألا ترى) توضيح لقوله ولا يستحق بمساوئها (قوله واستحقاق الربح في شركة الوجوه) عود الى البحث لاتمام المطلوب يعني ان صورة النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل (قوله على ما بيناه) قيل هو اشارة الى ما ذكره في شركة التقبل بقوله لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن وقيل هو اشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق الخ وتقرر كلامه

ان الواو انقلب حين وضعت موضع العين للموجب لذلك ولذا كان وزنه عقل (وانما تكون معاوضة) بان يكونان من اهل الكفالة والمشتري بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه ويتساوى في الربح ويطلقا بلقطة المعاوضة أو بذكر مقتضياتها كما سلف (فتحقق الوكالة والكفالة في الابدال) أى الاثنان والمبيعتان وان كان شئ مما ذكرنا كانت عنانا لان مطلق عقد الشركة ينصرف اليه لتبادره وزيادة تعارفه وعملها ومنعها الشافعي ومالك والوجه من الجانبين تقدم في شركة الاعمال ونقول صحة العقد باعتبار صحة الوكالة وتوصل كل من الآخر بالشركة على أن يكون المشتري بينهما نصفين أو اثنان صحيح فكذلك الشركة التي تضمنت هذه الوكالة وتقدم معنى الباقي غير الفرق بين الوجوه والعنان من جهة أن في شركة الوجوه لا يصح التفاوت في الربح ويصح في العنان مع ان الربح في كل منهما من جنس الاصل ففرق بان شركة العنان في معنى المضاربة حيث ان كلا عامل في مال صاحبه بخلاف شركة الوجوه فصح افعال شبه المضاربة في العنان في اجازة تفاوت الربح بخلاف الوجوه والحاصل ان شبه المضاربة انما يجوز بزيادة ربح أحدهما في العنان باعتبار

فيما عدا ذلك لم يجز هذا العقد مجرى المعاوضة حتى قالوا اذا أقر أحدهما بدين من عن صابون واشنان مستهلك أو أحرأجير أو أجرة ثبت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه ويلزمه خاصة لان التنصيص على المعاوضة لم يوجد ونفاذا لاقرار موجب المعاوضة كذا في الايضاح (قوله وانما تصح معاوضة) فالمعاوضة منها أن يكون الرجلان من اهل الكفالة وأن يكون ثمن المشتري بينهما نصفين وأن يتلفظا بلقطة المعاوضة وأما العنان منها فهو أن يجوز التفاؤل في ضمان ثمن المشتري بينهما وينبغي أن يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وان اشترط الربح بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما كذا في شرح الطحاوي رحمه الله (قوله في الابدال) أى في الثمن والمؤمن (قوله لان مطلقه ينصرف اليه) أى الى العنان لان المعتاد فيما بين الناس شركة العنان فالمطلق ينصرف الى المعتاد كما اذا اشترى بدراهم مطلقة (قوله وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال أو بالعمل أو بالضمان) فان قيل يجوز أن تكون زيادة الربح لاحدهما لزيادة اهتدائه

استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان والضمان على قدر المالك في المشتري فكذلك الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة فانه يصح فيه الما ذكرنا من وجوه مقابلته بالمال والعمل والوجوه أى شركة الوجوه

(قوله قيل هو اشارة الى ما ذكره في شركة التقبل بقوله الخ) أقول وفيه بحث فان الاستحقاق في شركة الوجوه ليس بالعمل (قوله وقيل هو اشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه) أقول فيه بحث (قوله فانه يصح فيه الما ذكرنا) أقول في رأس الصحيفة السابقة قوله والجواب أن العنان بالعرض الخ) أقول والاولى عندي في الجواب أن يقال جواز ربح مالم يضمن في المضاربة على خلاف القياس ولهذا يقتصر على مورد النص وهي الدراهم والدنانير فالشبهة لا يكون علة الاتجوز فيه فيما يجوز فيه فليتأمل

ليست في معناها لان المال فيها مضمون على كل واحد من الشريكين وأما المال في المضاربة فليس بمضمون على المضارب ولا العمل على رب المال بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فليحق بهما قبل فيه نظران ربح مالم يضمن لو جاز في العنان لشبهة المضاربة لصح الشركة بالعروض في العنان لان العنان مشبه بالمضاربة فكان علة تجوز ربح مالم يضمن موجودة لكن لا يجوز ذلك لما تقدم أنه يؤدي الى ربح مالم يضمن والجواب أن العنان (٤٠٩) بالعروض لو كان مؤديا الى ربح مالم يضمن فقط لا غفرنا، ولكن انضم

الى ذلك جهالة رأس المال والربح عند القسمة وليس في المضاربة ما يقتضي اعتقاده حتى يلحق به وهذا الجواب ينزع الى تخصيص العلة فاما أن يلتزم مساعه أو يصار الى مخلصه المعلوم في الاصول

(فصل في الشركة الفاسدة) وجه فصل الفاسدة عن الصحيح وتأخيرها عنه لا يخفى على أحد وكلامه واضح (قوله لان أمر الموكل به غير صحيح) ولو قيل يملكه دليلان على المطلوب تقرير الاول المدعى أن التوكيل في أخذ المباح باطل لانه يقتضي صحة أمر الموكل بما وكل به وهو أخذ المباح وأمر الموكل بأخذه غير صحيح لانه صادق غير محل ولا يتسه وتقرير الثاني التوكيل بأخذ

المباح باطل لان الوكيل يملكه بدون أمر الموكل ومن تلك شيابدون أمر الموكل لا يصلح أن يكون نائباً عنه لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيها هو ثابت للموكل وليس بثابت للوكيل وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملك بدون أمره لئلا

ويحتمل يجوز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمنان على ما بينا والضمنان على قدر المال في الشريكين وكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيلحق بهما والله أعلم *(فصل)* في الشركة الفاسدة (ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه) وعلى هذا الاشتراك في أخذ كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة

عمله في مال الآخر وليس في شركة الوجوه أحدهما عامل في مال الآخر وعلى هذا فلا يجعل الاستحقاق في المضاربة على خلاف القياس واللام يجوز الحاق غيره به لشبهه به بل نقول الربح يستحق شرعا باحد المعاني الثلاثة منها العمل وان كان فيه ربح مالم يضمن للاستحقاق شرعا بالعمل في الاجارة وحينئذ يسقط اعتراض بعضهم بأنه لو جاز ربح مالم يضمن في العنان لشبهه بالمضاربة يصح الشركة بالعروض في العنان ونحن انما لم نجوزها لادائها الى ربح مالم يضمن لان في جعل رأس مال الشركة كعروض مالم يضمن لافي مقابلة عمل المستحق في مال الآخر لانه يلزم من أول الامر عند بيع العروض متفاوتة الثمن فان قيل لم لا يجوز باعتبار فضل العمل كافي الصنائع أجيب بأنه انما يجوز فيما يكون العمل في مال معلوم كافي العنان والمضاربة ولم يوجد هنا

(فصل) في الشركة الفاسدة وجه تقديم الصحيحة على الفاسدة ظاهر (قوله ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد) وكذا الاحتشاش والتكدي وسؤال الناس (وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه) أو أصابه من التكدي (فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في كل مباح) كالأخذ الحطب والثمار من الجبال كالخوز والتين والفسق وغيرها وكذا في نقل الطين وبيع من أرض مباحة أو الحصى أو الملح أو الثلج أو الكحل أو المعدن أو الكنوز الجاهلية وكذا اذا اشتراك على أن يلبثا من طين غير مملوك ويطنجا آخر ولو كان الطين مملوكا أو سوله الزجاج فاشترى كاهلي أن يشتري أو يطنجا ويبيع عاز وهو شركة الصنائع وكل ذلك جائز عند مالك وأحمد لان هذه شركة الابدان كالصباغين ويؤيده ما رواه أبو داود عن ابن مسعود قال اشترى كنانا وعمار وسعد يوم بدر فلم أجبني أنا وعمار بشيء وجاء سعد بأسيرين فاشترى بينهم النبي صلى الله عليه وسلم أجيب بان الغنيمة مقسومة بين الغانمين بحكم الله تعالى فيمتنع أن يشترك هؤلاء في شيء منها بخصوصهم وفعله صلى الله

وعمله كافي شركة العنان قلنا انما يجوز اشتراط زيادة الربح على زيادة الهداية والعمل في مال معلوم كافي شركة العنان والمضاربة ولم يوجد هنا (قوله بالنصف) قيدا تنافي فيه يجوز أن يلقى باطل من النصف أو أكثر (قوله بالضمنان) أي يطالب الاستاذ بتحصيل ذلك فكان العمل مضمونا على الاستاذ (قوله والوجوه ليست في معناها) أي شركة الوجوه ليست في معنى المضاربة لان في شركة الوجوه كل واحد من الشريكين مضمون عليه العمل وأما المال فليس بمضمون على المضارب وكذلك العمل ليس بمضمون على رب المال بخلاف العنان لانه في معنى المضاربة من حيث ان كل واحد من الشريكين يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فجاز اشتراط زيادة الربح في العنان كما جاز في المضاربة والله تعالى أعلم بالصواب *(فصل في الشركة الفاسدة)* (قوله وعلى هذا الاشتراك في أخذ كل شيء مباح) نحو احتشاش الحشيش

(٥٢) - (فتح القدير والكفاية) - (خامس) يلزم اثبات الثابت وفوقه الثاني بالتوكيل بشرأ عبد غير معين فان الوكيل يملكه بدون أمر الموكل بالشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ومع ذلك صلح أن يكون نائباً عن الموكل والجواب أن معناه يملكه بدون أمر الموكل *(فضل في الشركة الفاسدة)* (قوله لانه صادق غير أن الموكل محل ولا يتسه) أقول وفيه بحث لانه تقاضيه بالتوكيل بالشراء وكذا الدليل الثاني (قوله والجواب أن معناه يملكه الخ) أقول فيه تأمل فان الموكل به هو الشراء فالوكيل يملكه فلا يندفع النقص

والتوكيل في أخذ المال المباح باطل لأن أمر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائباً عنه
وانما ثبت المالك لهما بالأخذ واحراز المباح فان أخذاه معافوه بينهما نصقان لاستوائهما في سبب الاستحقاق
وان أخذ أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو وللعامل وان عمل أحدهما وأعان الآخر في عمله بان قاعه أحدهما
وجعه الآخر أو قلعه وجعه وجه الآخر

عليه وسلم انما هو تنفيل قبل القسمة وأنه كان قدر ما يخصهم وعلى قول بعض الشافعية أن غناهم بدر كانت
لنبي صلى الله عليه وسلم يتصرف فيها كيف شاء ظاهر (قوله لأن أمر الموكل به) أي بأخذ المباح (غير صحيح)
لعدم ملكه ولايته (والوكيل يملكه) أي في المباح (بدون أمر الموكل فلا يصلح الوكيل نائباً) عن الموكل لأن
التوكيل اثبات ولايته لم تكن ثابتة للوكيل وهذا لم يوجد ههنا فاذ لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة واستشكل
بالتوكيل بشراء عبد بغير عينه فانه يجوز مع أن الوكيل يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده وحاصل الجواب
أن الوكيل ليس قادراً باعتبار آخره وهو شغل ذمة الموكل بالثمن لولا الوكالة فيها تثبت له ولاية أن يشغل ذمته
بعد أن لم يكن يقدر عليه وحاصل هذا أن التوكيل بما يوجب حقاً على الموكل يتوقف على اثباته الولاية عليه في
ذلك والكلام في التوكيل بخلافه وانما الوجه أن الشرع جعل سبب ملك المباح سبب اليد اليه فاذا وكل به
فاستولى عليه سبق ملكه ملك الموكل ولو قيل عليه هذا اذا استولى عليه بقصد لنفسه فاما اذا قصد ذلك لغيره
فلم لا يكون للغير يجب بان اطلاق نحو قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث لا يفرق بين قصد وقصد
(قوله فان أخذاه جميعاً) يعني ثم خلطاه وباعاه قسم الثمن على كيل أو وزن ماله كل منهما وان لم يكن وزناً
ولا كيلاً قسم على قيمة ما كان لكل منهما وان لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما صدق كل واحد الى النصف
لانهما استويا في الاكتساب وكان المكتسب في أيديهما فالظاهر أنه بينهما نصقان والظاهر يشهد له في
ذلك فيقبل قوله ولا يصدق على الزيادة على النصف الابينة لانه يدعي خلاف الظاهر (وان أخذ أحدهما ولم
يعمل الآخر شيئاً فهو وللعامل) لوجود السبب منه (وان عمل أحدهما وأعان الآخر) بان قاعه أحدهما
وجعه الآخر أو قلعه أحدهما وجعه الآخر فلهما نصيب أحدهما بالغاً ما بالغ عند محمد وعند أبي يوسف
لا يجاوز به نصف من ذلك وقوله (وقد عرف في موضعه) يعني كتاب الشركة من الميسر فانه ذكر فيه وجه
قول كل منهما فوجه قول محمد أن المسمى مجهول اذ لم يدري نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبان شيئاً أولاً
والرضا بالمجهول لغو فسط اعتبار رضاء بالنصف للجهالة وصار مستوفياً ما فاعه بعد فاسد فله أجر مثله بالغاً
ما بالغ وأبو يوسف يقول بقول محمد فيما اذ لم يصيب شيئاً وفيما اذا أصاباً أنه ان كان أجر مثله أكثر فهو قد رضى
بمادونه من النصف وكونه مجهولاً في الحال فهي حالة على شرف الزوال فانه على عرض أن يصير معلوماً عند
الجمع والبيع بخلاف ما اذ لم يصيب شيئاً فان المسمى لا يمكن اعتباره لجهالة بالتفاحش حالوماً لا فحينئذ أحر

بلاعتد بصورة النقض
ليست كذلك فانه لا يملكه
الا بالشراء

واجتماع الثمن من الجبال والبراري من الجوز والغسق وغيرهما فان عملاً ذلك وخلطاه ثم باعاه قسم الثمن
على كيل ما كان لكل واحد منهما ان كان كيلياً أو وزنه ان كان وزنياً لان كل واحد منهما كان
ماله كمالاً أصابه والتمن في البيع انما يقسم على مالية المعقود عليه ومالية المكيل والموزون تعتبر بالكيل
والوزن فلهذا قسم الثمن بينهما على ذلك وان لم يكن كيلياً أو وزنياً يقسم الثمن على قيمة ما كان لكل واحد
منهم لان معرفة المالية فيما لا يكال ولا يوزن بمعرفة القيمة وان لم يعرف مقدار ما كان لكل واحد منهما
صدق كل واحد منهما الى النصف لانهما استويا في الاكتساب وقد كان المكتسب في أيديهما فكل واحد
منهما في دعواه الى النصف انما يدعي ما كان في يديه والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله ولا يصدق على الزيادة
على النصف الابينة لانه يدعي خلاف ما يشهد الظاهر وكذلك الشركة بنقل الطين وبيعه من أرض
لا يملكها أو الجص أو الملح أو الكحل أو ما أشبه ذلك كذا في الميسر (قوله والوكيل يملكه بدون أمره فلا
يصلح نائباً عنه) قيل ان التوكيل اثبات ولايته التصرف فيما هو نائب للموكل وليس بثابت للوكيل وهذا المعنى
لا يمكن تحقيقه ههنا فلم تثبت الشركة كذا في الايضاح فان قيل يشك كل هذا بالتوكيل بشراء عبد بغير عين فانه

وقوله (فلا معين أجر مثله بالغاما بلغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يتجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه) أي في كتاب الشركة من
المبسوط قبل تقديم ذكر محمد على أبي يوسف وجهما الله في الكتاب وكذا (١١١) تقديم دليل أبي يوسف على دليل محمد في المبسوط

دليل على أنهم اختاروا قول
محمد وجه قول أبي يوسف
أنه رضى بنصف المجموع
وان كان ذلك مجهولا في
الحال لانه يعلم في المال
وكانت جهالته على شرف
الزوال فانه عرضة أن يصير
معلوما عند الجمع فاذا كان
راضيا في ابتداء بنصف
المجموع وقد فسد العقد كان
راضيا بنصف ثمن المجموع
في الانتهاء فلا يتجاوز به نصفه
لانه يعتبر رضاه في اسقاط
حقه عن مطالبة الزيادة
وجه قول محمد أنه لا يمكن
تقريره أي تقرير أجرة المثل
بنصف قيمة المجموع لانه
مجهول جهالة متعاضدة
جنسا وقد راجع لا يدرى
أي نوع من الخطب يصيدان
وأي قدر منه يجمعان ولا
يديران أيضا هل يحددان
ما عقد عليه عقد الشركة أو
لا يحددانه فاذا كان كذلك
لا يمكن أن يقال ان المعين
رضى بنصف المسمى من
الخطب أو غيره لان الرضا
بالمجهول لا يتحقق فيجب
الاجر بالغاما بلغ ألا يرى أنه
لو أعانته عليه فلم يصيبا شيئا
كان له الاجر بالغاما بلغ فهنا
أولى لانهم ما أصابوا قوله
(واذا اشترى كولا أحدهما
بغل ولا يخرج رواية) الراوية

فلا معين أجر المثل بالغاما بلغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يتجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه
قال (واذا اشترى كولا أحدهما بغل ولا يخرج رواية يستقي عليها الماء فالكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب
كله للذي استقى وعليه أجر مثل الراوية ان كان العامل صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه أجر

المثل بالغاما بلغ وقوله (لا يتجاوز به) بفتح الواو على البناء للمفعول وقوله (نصف ثمن ذلك) بالرفع لانه
هو النائب عن الفاعل * (فرع) * لهما كلب فارس له فأسأب بينهما ولو كان لأحدهما وأرسله جميعا
كان ما أصابه لما سكه (قوله) وإذا اشترى كولا أحدهما بغل ولا يخرج رواية يستقي عليها الماء وما يحصل بينهما
لم تصح الشركة) اعلم أن الراوية في الأصل هو الجمل الذي يحمل عليه الماء سمي به لانه برويه ويقال رويت
للقوم اذا سقيتهم لهم وكثر ذلك حتى قيل للمزادة وهي الجلود الثلاثة المصنوعة لنقل الماء فعلى الأول أن يكون
لهذا جمل ولا يخرج بغير فاشترى كلبا على أن كلا يؤجر ما سكه واحد فارز فافهم بينهما وذلك باطل لان حاصل
معنى هذا ان كلا قال لصاحبه ببيع منافع دابته ليكون ثمنه بينهما ومنافع دابتي على أن ثمنه بينهما ولو صرحا بهذا
كانت الشركة فاسدة ثم ان أجرة ما بأجر معلوم صفقة واحدة في عمل معلوم قسم الاجر على مثل أجرة البغل
ومثل أجرة الجمل لان الشركة لم تفسد والآجارة صحيحة لان عقدها على منافع معلومة ببذل معلوم كان الاجر
مقسوما بينهما كذلك كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين بخلاف ما لو اشترى كلبا على أن يتقبلا الجمولات
المعلومة بأجرة معلومة ولم يؤجر البغل والجمل كانت صحيحة لانها شركة التقبل والاجر بينهما نصفان ولا يعتبر
زيادة جمل الجمل على جمل البغل كما لا يعتبر في شركة التقبل زيادة عمل أحدهما كصباغين لأحدهما آلة الصبغ
ولا يخرج بغير يعمل فيه ما شترى كلبا على تقبل الاعمال ليعمل بثلث الآلة في ذلك البيت وان أجرة البعير أو البغل
بعينه كان كل الاجر لصاحبه لانه هو العاقد فلو أعانته الآخر على التحميل والنقل كان له أجر مثله لا يتجاوز نصف
الاجر على قول أبي يوسف وبالغاما بلغ على قول محمد وكذا الودفع دابته الى رجل ليؤجرها وما أطمع الله تعالى
بينهما نصفان كان الاجر كله لما لك الدابة وكذا في السفينة والبيت لما بيناذا تقديره انه قال ببيع منافع دابتي
ليكون الاجر بينهما ثم الاجر كله لصاحب الدابة لان العاقد عقد العقد على ملك صاحب الدابة بامره وللعاقد أجر
مثله لانه لم يرض أن يعمل بجانب بخلاف ما لو دفع اليه دابة ليباع عليها طعاما للمدفع اليه على أن يرجع بينهما
نصفان فان الشركة فاسدة والرجح لصاحب الطعام ولصاحب الدابة أجر مثله لان العامل استوفى منافع الدابة
بعقد فاسد فكان عليه أجر مثله والرجح للعامل وهو صاحب الطعام لانه كسب ماله وعلى الثاني أن يكون لهذا

يجوز مع أن الوكيل كان يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده فلم يمتنع هذا أنه لا يشترط لصحة التوكيل أن
لا يملك الوكيل ذلك التصرف قبل التوكيل قلنا لا يشك لما أن التوكيل بالشراء يخالف التوكيل
بالاحتطاب لوجهين أحدهما أن في العبد المعين لا يملك الوكيل أن يشترى به لنفسه بعد التوكيل وان كان
ملكه قبله والتوكيل بالاحتطاب في الخطب المعين وغير المعين سواء في أنه لا يصح لوقوع التوكيل في أمر مباح
لهم والثاني أن بالتوكيل يلزم الثمن في ذمة الموكل ولا يلزم قبله ولم يكن الوكيل قادرا هناك على الزام
الثمن في ذمة الموكل قبل التوكيل فصع ما قلنا أن التوكيل انما يصح فيما لا يملكه الوكيل قبل التوكيل وعلى
ثمن الاكثر حجه الله في المبسوط فقال لان الاحتطاب اكتساب والاكتساب في المحل المباح يوجب الملك
للمكتسب فيثبت كان كل واحد منهما يشترط لنفسه بعض كسب صاحبه من غير رأس مال ولا ضمان له
فيه أو يصير كل واحد منهما كالمفاوض مع صاحبه لنصف ما يكتسب بنصف ما يكتسب صاحبه وهذا مفاوضة
في المجهول فلا تكون صحيحة (قوله) فلا معين أجر مثله بالغاما بلغ عند محمد رجة الله تعالى عليه) وعند أبي يوسف

في الأصل بغير السقاء لانه يروى الماء أى يحمله ثم كثر حتى استعمل في المرادة وهي المرادة هنا قال أبو عبيدة المرادة لا تكون الامن جلدين
يقام بجلد ثالث بينهما التسع والجمع مراد ومن ايد

(قوله قبل تقديم ذكر محمد) أقول القائل هو الاتقاني

للمال إنما هو مذهب الشافعي رحمه الله كما تقدم فكان الكلام متناقضا والجواب أنه تابع للعقد إذا كان العقد موجودا وههنا قد فسد العقد فيكون تابعا للمال لأنه شرط فإن العلة إذا لم تصلح لزيادة الحكم اليها تضاف إلى الشرط والربح عبارة عن الزيادة يقال أخرجت الأرض ريعا أي غلة لأنها زيادة وقوله (على ما بيناهم من قبل) إشارة إلى ما ذكره في باب أحكام المرتدين في قوله (أن الحق بدار الحرب مردوا وحكم بالحاقه إلى قوله ولأنه بالحاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام الخ وقوله (لأنه) أي الموت (عزل حكمي) لكون موت الموكل بوجوب عزل الوكيل حكما نحو ويل ملكه إلى ورثته فلا يتوقف حكمه على ثبوت العلم به ألا ترى أن الوكيل يسقط بعزل موت الموكل وإن لم يعلم بموته وقوله (وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة) متصل بقوله (والوكالة تبطل بالموت واعترض بأنه قد تقدم أن الوكالة تثبت في ضمن الشركة وإذا كان كذلك كانت تابعة لها ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع وأجيب بأن الوكالة تابعة

مثل البخل) أما فساد الشركة فلا نعقادها على إحراز المباح وهو الماء وأما وجوب الإحراق للمباح إذا صار ملكا للمعزز وهو المستحق وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البخل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره (وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل) لأن الربح فيه تابع للمال فيقدر بقدره كما أن الربح تابع للبذر في المزارعة والزيادة إنما تستحق بالتسمية وقد فسدت في الاستحقاق على قدر رأس المال (وإذا مات أحد الشرريكين أو ارتد لحق بدار الحرب بطلت الشركة) لأنها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتحقيق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مردا إذا قضى القاضي بالحاقه لأنه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بين ما إذا علم الشرريك بموت صاحبه أو لم يعلم لأنه عزل حكمي وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما إذا فسح أحد الشرريكين الشركة ومال الشركة ذراهم ودنانير حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي وإنه أعلم

بخل وللاخر من زيادة فاشترى كاهل أن يستقيم الماء فيها على البخل فالشركة فاسدة وهو ظاهر قول الشافعي وبه قال أحمد والاحكام للذي استحق وعليه أجر مثل المزايدة إن كان صاحب البخل وأجر مثل البخل إن كان صاحب المزايدة وجمع المزايدة من ادوم زيد (أما فساد الشركة فلا نعقادها على إحراز المباح وهو) نقل (الماء) وأما وجوب الإحراق للمباح قد صار ملكا للمعزز وهو المستحق وقد استوفى منافع ملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجر المثل (قوله وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر رأس المال الخ) كالف لاحدهما مع الفين للآخر فالربح بينهما أثلاثا وإن كانا شرطا للربح بينهما نصفين بطل ذلك الشرط ولو كان لكل مثل مال لاخر وشرطا للربح أثلاثا بطل شرط التفاضل وانقسم نصفين بينهما (لأن الربح) في وجوده (تابع للمال) وإنما طاب على التفاضل بالتسمية في العقد وقد بطلت بطلان العقد فيبقى الاستحقاق على قدر رأس المال المولد له ونظيره البز في المزارعة والربح الزيادة (قوله وإذا مات أحد الشرريكين أو ارتد لحق بدار الحرب بطلت الشركة) مفاوضة كانت أو عنانا إذا قضى بالحاقه على البنت حتى لو عاد مسلم لم يكن بينهما شركة وإن لم يقض القاضي بالحاقه انقطعت على سبيل التوقف بالاجماع فان عاد مسلما قبل أن يحكم بالحاقه فهما على الشركة وإن مات أو قتل انقطعت ولو لم يلحق بدار الحرب انقضت المفاوضة على سبيل التوقف فان لم يقض القاضي بالابطال حتى أسلم عادت المفاوضة وإن مات بطلت من وقت الردة وإذا انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف هل يصير عنانا عند أي حنيفة رحمه الله لا وعند ههما تبقى عنانا ذكره اللؤلؤ الجي وإنما بطلت الشركة بالموت لأنها تتضمن الوكالة أي مشروطا ابتداءها وبقاؤها واضرورة فأنه لا يتحقق ابتداءها إلا بولاية التصرف لكل منهما في مال الآخر ولا تبقى الولاية لبقاء الوكالة وبهذا التقرر يرد دفع السؤال القائل الوكالة تثبت تبعا ولا يلزم من

رحمة الله تعالى عليه لا يجاوز به نصف ثمن ذلك لأنه رضى بنصف المسمى فيعتبر رضاء في إسقاط حقه في المطالبة بالزيادة على ذلك ألا ترى أنه لو استأجر جالا ليحمل له حنطة إلى موضع كذا بتقنين منها فعملها كان له أجر مثله لا يجاوز به ماسمي ولحمد رحمه الله أن المسمى مجهول الجنس والقدرة فانه لا يدري أي نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبان شيئا أم لا والرضا بالمجهول لا يصح وإذا سقط اعتبار رضاء بقيت منافعة مستوفاة بعقد فاسد فله أجر مثله بالغاما بلغ ألا ترى أنه لو أعانه عليه فلم يصيب شيئا استحق أجر مثله بالغاما بلغ فإذا أصاب شيئا أولى بخلاف حمل الحنطة فان الفقيه مناهم معلوم فاعتبر رضاءه في المعلوم فلهذا لا يجاوز به المسمى وتقديم قول محمد رحمه الله تعالى عليه على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى عليه يدل على أن المختار قول محمد رحمه الله تعالى عليه الراوية المزايدة من ثلاثة جلود وأصلها بغير السقاء لأنه روى الماء أي يحمله (قوله ويبطل شرط التفاضل) لأن العقد صار مسقطا للنقض وفي بقاء شرط شرط في العقد تقر به وهو واجب الدفع لا واجب التقرر (قوله لأنه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل) ذكره في باب أحكام المرتدين (قوله لأنه عزل حكمي) فلا

* (فصل) وليس لاحد الشرى يمكن أن يؤدى زكاة مال الاخر الا باذنه * لانه ليس من جنس التجارة فان
أذن كل واحد منهما صاحبه أن يؤدى زكاة فان أدى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء الاول أو لم يعلم
وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يضمن اذا لم يعلم

بطلان التبع بطلان الاصل وبطلانها بالالتحاق لانه موت حكمى على ما بيناه من قبل في باب أحكام المرتدين
ولا فرق في ثبوت البطلان بين ما اذا علم الشرى بموت شريكه وعلمه بذلك حتى لا تنفذ تصرفات الآخر
على الشركة لانه عزل حكمى فان ملكه يتحول شرعاً الى وارثه علم موته أو لا فلا يمكن توقفه وقد نفذه الشرع
حيث نقل الملك بخلاف ما اذا فسخ أحد الشرى يمكن الشركة وما لها دراهم أو دنانير حيث يتوقف على علم الآخر
لانه عزل قصدى لانه نوع حجر فيشترط علمه دفعا للضرر عنه وتقييده بما اذا كان مال الشركة دراهم أو
دنانير لانه لو كان عروضا فلا راية في ذلك عن أصحابنا وانما الرواية في المضاربة وهى ان رب المال اذا نسي
المضارب عن التصرف فان كان مال المضارب دراهم أو دنانير صح نهي غيره ان يصرف الدراهم بالدنانير ان كان
رأس مال الشركة دنانير وبالعكس فقط وان كان عروضا لم يصح فجعل الطعاوى الشركة كالمضاربة فقال
لا تنفسخ وبعض المشايخ قالوا تنفسخ الشركة وان كان المال عروضا وهو المختار وفرقوا بين الشركة والمضاربة
بان مال الشركة فى أيديهم ماعا ولا به التصرف اليهما جميعا فملك كل نسي صاحبه عن التصرف فى ماله نقدا
كان أو عروضا بخلاف مال المضاربة فانه بعد ما صار عرضا ثبت حق المضارب فيه لا يستحقه بعهده وهو المنفرد
بالتصرف فلا يملك رب المال نهيهم * (فروع) * انكار الشركة فسخ وقوله لا عمل فسخ حتى لو عمل الآخر كان
ضامنا للقيمة نصيب شريكه وفى الخلاصة قال أحد الشرى يمكن لصاحبه أن يأمر بدأن أشترى هذه الجارية لنفسه
فسكت فاشترها لا تكون له ولو قال الوكيل ذلك فسكت الموكل فاشترها تكون له ثم فرق فقال ان الوكيل
ملك عزل نفسه اذا علم الموكل رضى أم سخط بخلاف الشرى يمكن فان أحد الشرى يمكن لأىك فسخ الشركة الا
برضا صاحبه اه وهذا غلط وقد صحح هو انفراد الشرى بالفسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ما ذكر
فى التجنيس فان أحد المتفاوضين لا يملك تغيير مو جبها الا برضا صاحبه وفى الرضا احتمال يعنى اذا كان ساكنا
والمراد بوجوبها وقوع المشتري على الاختصاص ولا يشك على هذا ما ذكر فى الخلاصة فى ثلاثة اشتر كوا
شركة صحيحة على قدر رأس أموالهم فخرج واحد الى ناحية من النواحي لشركتهم فشارك الحاضران آخر
على ان ثلث الربح والثلثين بينهم أثلاثا لثلاثة الحاضرين وثلثه للغائب فعمل المدفوع اليه بذلك المال
سنتين مع الحاضرين ثم جاء الغائب فلم يتكلم بشئ فاقسموا ولم يزل يعمل معهم هذا الرابع حتى خسر المال
أو استهلكه فاراد الغائب أن يضمن شريكه لاضمان عليهما وعمله بعد ذلك رضا بالشركة لان هذا أحص
من السكوت الثابت لما فيه من زيادة العمل

* (فصل) * لما كانت أحكام هذا الفصل بعيدة عن الشركة اذ ليست من أمور التجارة والاسترباح
أفردنا بفصل وآخره (قوله) واذا أذن كل أن يؤدى زكاة أمواله اذا حال الحول فالقضى وقد أدى الآذن
المالك ضمن لشريكه ما آذاه (علم بالاداء أولم يعلم عند أبي حنيفة وجه الله) وعندهما لا يضمن ما لم يعلم بادائه
هكذا ذكر فى كتاب الزكاة من المبسوط ونقل الوالوالجى ان فى بعض المواضع لا يضمن عندهما وان علم
باداء المالك ونص فى زيادات العتبات ان عندهما لا يضمن علم بادائه أولم يعلم قال وهو الصحيح عندهما وعلى

يشترط علمه لثبوته ضمنيا لغيره كما اذا باع الموكل بالبيع قبل بيع الوكيل بنقل الوكيل علم أولم يعلم والله تعالى
أعلم بالصواب * (فصل) * (قوله) وقال لا يضمن اذا لم يعلم وفى الزيادات لا يضمن علم باداء شريكه أولا وهو
الصحيح عندهما وكذا الخلاف فى الوكيل باداء الزكاة وكذا الخلاف فيما لو دفع ماله الى رجل ليكفر عنه فكفر
الآخر ثم كفر المأمور وهو لا يعلم ضمن عنده خلافا لهما وكذا الخلاف فى الوكيل بعق العبد عن الظهار
اذا أعتقه بعدما كفر الموكل بنفسه أو بعد ما عفى العبد عند أبي حنيفة وجه الله لا ينفذ عتقه وعندهما ينفذ

* (فصل) * وما كانت
أحكام هذا الفصل أبعد عن
مسائل الشركة من قبيل
أنها ليست من مسائل
التجارة آخرها فى فصل على
حدة وكلامه واضح

* (فصل) * وليس لاحد
الشرى يمكن أن يؤدى زكاة
مال الاخر الا باذنه الخ

لا يحتاج الى شرح سوى ما ذكره وقوله (أما إذا أدى ما عاضن كل واحد منهما نصيب صاحبه) يعني عند أبي حنيفة خلافهما وقوله (لأن الظاهر أنه لا يلتزم الضرر) يعني أداء بعض ماله على يد الوكيل للدفع الضرر رأى بقاء الواجب في ذمته وقوله (لأنه عزل حكمي) اعترض عليه بأنه يشك بالوكيل بقاء الدين فإن هناك إذا قضى الموكل بنفسه ثم قضى الوكيل فإن علم بأداء الموكل فهو ضامن وإن لم يعلم يضمن شيئاً فقد فرق هناك بين العلم وعدمه مع أنه حصل العزل الحكمي هناك أيضاً بأداء الموكل وأوجب بأن الوكيل بقضاء الدين مأمور بأن يجعل المؤدى مضموناً على القابض على ما هو الأصل لأن الدين تقضى بأشكالها وذلك يتصور بعد أداء الموكل فلم يكن أدائه موجباً لعزل الوكيل حكماً فوضع الفرق أن هناك لو لم يوجب الضمان على الوكيل بجعله بأداء الموكل لالحق الموكل فيه ضرر لأنه يتمكن من استرداد المقبوض من القابض وتضمنه إن كان هالكا وههنا (٤١٤) لو لم يوجب الضمان أدى الى لحاق الضرر بالموكل لأنه لا يتمكن من استرداد

الصدقة من الفقير ولا

تضمنه والضرر مدفوع
فلهذا وجب الضمان بكل
حال واعترض عليه أيضاً بأن
زكاة كل واحد تسقط عنه
بعد أدائه فيترتب عليه عزل
وكيله وحال ما يؤدى عنه
الوكيل لم يحكم بسقوط
الزكاة عن موكله فلم يوجب
عزل الوكيل عن الأداء
وأوجب عنه بأنه أمره بأداء
الزكاة عنه في حال استقرار
الزكاة على الأمر وعند
ما يؤدى الموكل عن نفسه
الزكاة الحالة حال زوال
الزكاة وسقوطها عنه فلا
توصف في هذه الحالة أنها
حالة استقرار الزكاة فكان
أداءه على غير الوجه المأذون
فكان مخالفاً لأمره فلذلك
ضمن وقوله وأما دم الاحصار
جواب عن قوله فصار
أكل المأمور بذبح دم الاحصار
وتقديره أنا لا نسلم أن
المأمور بذبح دم الاحصار
لا يضمن إذا ذبح بعد زوال
الاحصار ولئن سلمنا أنه
لا يضمن بالاتفاق لئلك

وهذا إذا أدى على التعاقب أما إذا أدى ما عاضن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المأمور بأداء
الزكاة إذا تصدق على الفقير بعدما أدى الأمر بنفسه له ماله مأمور بالتكليف من الفقير وقد أتى به فلا
يضمن للموكل وهذا لأن في وسعه التكليف لا وقوعه زكاة متعلقة بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه
وصار كالمأمور بذبح دم الاحصار إذا ذبح بعد ما زال الاحصار وجب الأمر لم يضمن المأمور علم أولاً ولا ي
حنيفة أنه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى لم يقع زكاة فصار مخالفاً وهذا لأن المقصود من الأمر إخراج نفسه
عن عهدة الواجب لأن الظاهر أنه لا يلتزم الضرر والدفع الضرر وهذا المقصود حصل بأدائه وعرض أداء
المأمور عنه فصار معزولاً ولم يعلم أو لم يعلم لأنه عزل حكمي وأما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل
بينهما فرق وجهان الدم ليس بواجب عليه فإنه يتمكن أن يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء

هذا الخلاف لو دفع مالاً الى رجل ليكفر عنه فكفر الأمر بنفسه ثم كفر المأمور (وعلى هذا المأمور بأداء
الزكاة) وهذا الخلاف فيما إذا أدى على التعاقب فإن أدى ما عاضن كل نصيب الآخر عند أبي حنيفة وعندهما
لا يضمن ذكره في المبسوط وزيادات العتابي وعلى فيما نقل عن المبسوط بأن زكاة كل منهما تقع بما أداه
بنفسه وأداه بنفسه يوجب عزل الوكيل ولا يخفى أنه لا يفيد لأنه بعد تسليم أن أدائه يتضمن عزل الوكيل
وهو لا يعزل إلا بعد العلم والكلام فيه وجه قولهم ما في خلافة الكتاب أنه أداه بالأمر ولا ضمان مع الأمر ولا
يقال انما أمره بأداء ما هو زكاة لا نقول ليس هذا من وسع الوكيل لأن وقوعه زكاة يتعلق بأمر من جهة
الموكل كنيته وانما يلتزمه ما في وسعه وليس في وسعه الاداء ولهذا يدفع الى رجل ليقتضي ما ينع عليه ثم
أدى الدافع الدين لا يضمن إذا دفع ولم يعلم وصار أيضاً كدم الاحصار إذا ذبح المأمور بعد زوال الاحصار
(ولابي حنيفة أنه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى) بعد أدائه لم يقع زكاة فصار مخالفاً وهذا لأن الظاهر أن
لا يلتزم الضرر) بتقصيص المال للدفع الضرر والدين وقد خلا أدائه عن ذلك فصار بأدائه معزولاً ولم يعلم أو
لم يعلم لأنه عزل حكمي) لا يتوقف على العلم بالعزل بالموت كما ذكرنا أنما أمره بالتزمت به من المسئلتين فقبل
يجمع تسليم أبي حنيفة الجواب فيه ما قيل بل هو على الاتفاق والفرق (أن الدم ليس بواجب على الأمر المحصر
لأنه يتمكن أن يصبر حتى يزول الاحصار) أدرك الحجج أو لم يدركه يفعل أفعال فائت الحجج (وفي مسئلتنا الاداء

سواء علم بكفر الموكل أو لم يعلم على ما ذكرناه في الزيادات) قوله أما إذا أدى ما عاضن كل واحد منهما نصيب
صاحبه) أي عند أبي حنيفة رحمه الله علم أو لم يعلم فإن قيل إذا أدى ما عاضن أن لا يجب الضمان عند أبي حنيفة
رحمه الله لعدم سبق أداء الموكل فلم يقع فعل الوكيل نقلاً قلنا أداء الموكل بنفسه إن لم يسبقه تحقيقاً سبقه
اعتباراً وتقديراً لأن تصرف الموكل على نفسه أقرب من تصرف الوكيل فيصير سابقاً بمعنى كالموكل بالبيع
مع الموكل إذا باعه وخرج الكلامان معان فذبح الموكل دون الوكيل (قوله وهذا المقصود حصل بأدائه)

الفرق بينهما أن دم الاحصار ليس بواجب البتة لأنه لو صبر الى أن يزول الاحصار لم يطالب بدم الاحصار فلم يكن أمراً
مقصوداً فلم يمكن أن يقال إن المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المأمور فعرضي فعل المأمور عن المقصود بخلاف أداء الزكاة فإنه واجب وكان
أسقاط الواجب أمراً مقصوداً وقد حصل هذا المقصود بأداء الأمر نفسه فعرضي فعل المأمور عن المقصود فيضمن

(قوله وأوجب بأن الوكيل الخ) أقول وفي شرح الاتفاق والجواب عن مسئلة كتاب الوكالة قال صاحب الاجناس من أصحابنا من قال إن
هذا الجواب عن قوله ما فاما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يضمن التوكيل في جميع الاحوال فعلى هذا لا يحتاج أبو حنيفة الى الفرق (قوله
واعترض عليه أيضاً الى قوله وأوجب عنه بأنه أمره الخ) أقول هذا الاعتراض والجواب للاتفاق

وقوله (واذا أذن أو أحد المتفاوضين) صورة المسئلة تطاهرة وتقر برديهما أنه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك وكل من فعل كذلك يرجع عليه صاحبه بنصيبه كفي شراء الطعام والكسوة وقوله (وهذا) بيان لقوله أنه أدى ديناً عليه خاصة لأن الملك واقع له خاصة بدليل حل وطنها والتمن بمقابلة الملك فكان الدين عليه خاصة ولا يبي حنيعة ترضى الله عنه أن الجارية دخلت في الشركة على البتات وأدى المشتري ثمنها من مال الشركة وكل ما دخل في الشركة وأدى المشتري ثمنها من مال الشركة فانه لا يرجع (٤١٥) عليه صاحبه بشئ كالأشياء قبل الإذن وأدى ثمنها من مال الشركة

فانه لا يرجع عليه بشئ وبين دخوله في الشركة بقوله (جرباً على مقتضى الشركة) أي شركة المفاوضة فان ذلك يقتضي دخول ماليس بمستثنى كالطعام والكسوة تحتها وشراء الجارية ليس بمستثنى فيدخل تحتها لأنها لا يمكن تغيير مقتضى الشركة مع بقائها الأخرى أنها لو شرطت التفاوض بينهما في ملك المشتري لم يعتبر مع بقاء عقد الشركة فان قيل لو كانت واقعة على الشركة كيف كان يحل وطؤها أوجب بانه كان يحل وطؤها كما يحل إذا وهبه نصيبه بعد الشراء غير إذن وقوله (غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه) استثناء من قوله فاشبهه حال عدم الإذن فانه كان مما لوهم أن يقال كيف يشبه حال عدم الإذن وهناك لم يحل وطؤها وبعد الإذن يحل فزال ذلك بقوله غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطاء لا يحل إلا بالملك ولا وجه إلى اثباته بالبيع يعني لا يمكن أن يقال حل

واجب فاعتبر الاسقاط مقصوداً فيه دون دم الاحصار قال (واذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن يشتري جارية فطاهراً ففعل فهي له بغير شئ عند أبي حنيفة وقال يرجع عليه بنصف الثمن) لانه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك ف يرجع عليه صاحبه بنصيبه كفي شراء الطعام والكسوة (وهذا) لان الملك واقع له خاصة والتمن بمقابلة الملك وله أن الجارية دخلت في الشركة على البتات جرباً على مقتضى الشركة اذ هما لا يمكن تغييره فاشبهه حال عدم الإذن غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطاء لا يحل إلا بالملك ولا وجه إلى اثباته بالبيع لما بيناه من تخالف مقتضى الشركة فأنبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الإذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها الضرر ووقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤدياً ديناً عليه من مال

واجب فاعتبر الاسقاط مقصوداً فيه) وأما مسألة الدين فافرق أنه أمره بدفع مضمون على الاستحذو ذلك ثابت وإن كان الاستحذو ثابتاً وهذا لان عين الدين لا يمكن دفعه بل دفع مال مضمون على القابض ثم يصير الضمان بالضمان قصاصاً وقد وقع ولم يغت لامكان الرجوع عليه بعد العلم بالقضاء ولا يخفى أنه لم يقع الجواب عن قولهما ليس في وسعها يقاوم كذا فكان المأمور به دفعه إلى المصرف وقد وجد وكونه عزلاً حكماً لهما أن يمنعاه لانه موقوف على كون الأمر صحيح بدفعه مقيداً بوقوعه كاهو ممنوع وقد قيل انه لما أمره بإداء الزكاة كان ناوياً لها فلما بادراً إلى الاداء وقع المأمور به فلما أخر حتى أدى الأمر كان بتأخيرته متسبباً لوقوعها غير زكاة ولا يخفى ما فيه (قوله واذا أذن أحد المتفاوضين للآخر أن يشتري جارية فطاهراً ففعل) وأدى جميع ثمنها من مال الشركة (فهو له بغير شئ عند أبي حنيفة وقال يرجع عليه) شريكه (بنصف) ما أدى (لانه أدى ديناً عليه من مال الشركة) لان الملك فيها له خاصة كطعام أهله (وله أن الجارية دخلت في الشراء على الشركة) جرباً على موجب المفاوضة (اذ لا يمكن تغييره فكان كمال عدم الإذن) ثم (الإذن) له بالوطء (يتضمن هبة نصيبه منه) اذ (لا يحل إلا في ملك ولا يمكن اثباته بالبيع) الصادر من البائع لاحد الشريكين (لما بينا) من عدم ملكهما تغيير مقتضى العقد ولا من الشريك لعدم تعيين الثمن فكان هبة وإن كان شائعاً واستشكل بانه لو ثبت الملك حكمه لا لحلاله كان قول الرجل للرجل أحلت لك وطء هذه الأمة تملكها لهما منه وهو منتف وأوجب بالفرق بان الجارية المشتركة أقبل لملك الشريك لهما من الجارية

وعرى أداء المأمور عنه فصار معز ولا علم أولم يعلم لانه عزل حكمي فان قيل يشكل بما إذا أمر المدينون الآخر بقضاء الدين من مال المدينون فقبل أن يقضى المأمور بقضاء المدينون بنفسه ثم قضاء المأمور أن علم يصير ضامناً وإن لم يعلم لا يصير ضامناً قلنا الدين يبقى ديناً بعد القضاء والقضاء إنما يكون للمدين على الطالب دين الأخرى أن الطالب إذا أمر المدين من الدين بعد قضاء الدين يصح والمدين أن يطالب بما آداه إلى الطالب فإذا كان الدين باقياً مكن القول بوقوع ما أدى المأمور بقضاء عن الدين فيتحقق الامتثال اذ قضاء الدين جعل مثل الدين مضموناً على القابض وقد تحقق هذا فلا يضمن إذا لم يعلم فاما إذا علم يصير ضامناً لانه مأمور بقضاء الدين على وجه تسقط به المطالبة ولم يوجد ذلك منه لان المطالبة سقطت بقضاء الأمر وان لم يسقط الدين فلم يكن مؤتمراً فيصير ضامناً بخلاف الزكاة فانه لا يتبع بعد أداء الأمر فلا يمكن القول بوقوع ما أدى الوكيل زكاة فيصير ضامناً علم أولم يعلم (قوله اذ هما لا يمكن تغييره) أي هما لا يمكن تغيير مقتضاها مع بقائها

الوطء بناء على أنه اشترى جميعها بنفسه لما بينا أنه يتخالف مقتضى الشركة يريد به ما ذكره أنف من قوله جرباً على مقتضى الشركة فأنبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الإذن فكانه قال اشتر جارية بيننا وقد وهبت نصيب منها لك فإزات الهبة في الشائع لان الجارية بما لا تقسم بخلاف الطعام والكسوة حيث يقع للمشتري خاصة لان ذلك مستثنى عنها الضرر ووقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤدياً ديناً عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى ديناً لهما لما بينا أنها دخلت في الشركة وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعنتك عبدك عني ولم يذكر المال ففعل

لا يصير هبة عند أي حنيفة ومحمد والعق يقع (٤٦) عن المأمور لا انتقاء القبض الذي هو شرط الهبة فكيف صار هبة فيما نحن فيه والثاني

الشركة وفي مسئلتنا قضي ديناً علم ما لم يدين (وللبائع ان ياخذ بالثمن أي ما شاء بالاتفاق) لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة
* (كتاب الوقف) *

التي لا يملك المخاطب بالاحلال شقصاً منها ولذا كان أحد الشرى يكتسبها بالاستيلاء دون الاجنبي فاما من له حق التملك كالأب والجدة فالرواية غير محفوظة في تلك الجارية بالاحلال
* (كتاب الوقف) *

مناسبتة بالشركة ان كلامهم ما يراد لاستبقاء الاصل مع الانتفاع بالزيادة عليه الا ان الاصل في الشركة مستبقى في ملك الانسان وفي الوقف يخرج عنه عند الاكثر ومحاسن الوقف ظاهرة وهي الانتفاع بالدار الباقي على طبقات المحبوبين من الزرية المحتاجين من الاحياء والموتى لما فيه من ادامة العمل الصالح كما في الحديث المعروف اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية بالحديث ثم يحتاج الى تفسيره لانه وشراعيان سببه وشروطه وركنه وحكمه أما تفسيره لغة فالجس مصدر ووقفت أقف حبست قال عنتره ووقفت فيها نافي فكأنها * فدن لا قضي حاجة المتلوم

وهو أحد ما جاء على فعلته ففعل يتعدى ولا يتعدى ويحتمل في قولك وقفت زيدا أو الجارية فوق وقفاً وأما وقفته بالهزم فلغة رديئة وقال أبو الفتح ابن جنى أخبرني أبو علي الفارسي عن أبي بكر عن أبي العباس عن أبي عثمان المازني قال يقال وقفت ذاري وأرضي ولا يعرف أو وقفت من كلام العرب ثم اشبه المصدر أعني الوقف في الموقوف فيقيل هذه الدار وقف فلذا جاع على أفعال فيقول وقف وأوقاف كوقت وأوقات وأما شرعاً فليس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتهما أو صرف منفعهما على من أحب وعندهما حبسها لا على أحد غير الله تعالى الخ وقد انتظم هذا بيان حكمه وسيأتي تمامه فلا حاجة لإقراده هذا أيضاً وانما قلنا أو صرف منفعهما لان الوقف يصح لمن يحب من الاغنياء بلا قصد القرية وهو وان كان لا بد في آخره من القرية بشرط التأييد وهو بذلك كالفقراء ومصالح المسجدين كونه وقفاً قبل انقرض الاغنياء بلا تصديق وسببه ارادة محبوب النفس في الدنيا بين الاحياء وفي الآخرة بالتقرب الى رب الارباب جل وعز وأما شرطه فهو الشرط في سائر التبرعات من كونه حراً بالغاً عاقلاً وان يكون منجزاً غير معاق فلو قال ان قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا يصير وقفاً وأما لاسلام فليس بشرط ولو وقف الذي على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين جاز ويجوز ان يعطى لمساكين المسلمين وأهل الذمة وان خص في وقفه مساكين أهل الذمة جاز

بدليل أنهم لو شرط التفاوت في ملك المشتري لم يعتبر ذلك مع عقد الشركة كما شبه حال عدم الاذن اذا اذن انما يعتبر فيما لا يثبت بدونه وشراء أحدهما صحيح بدون اذن شر بكمه وكذلك الملك في المشتري يكون لهما والاثمن عليهما بدون اذن لشريك فيثبت أن اعتبار اذنه في انفراد المشتري بتملك الجارية وهذا التملك ثبت في ضمن الاذن بالوطء اذ مع وقوع الشراء على الشركة لا يحل له وطئها الا بعد تسليم الاذن نصيبه منه بطريق الهبة فاقضى الاذن بالوطء بلا ذكر عوض شرطه التمسك منه وهو الهبة وهي جائزة في الشائع فيما لا يقسم فكان الاذن قال له اشتر هذه الامتعة على الشركة ثم تملك نصيباً بالهبة فاذا اشترى وقبض تمت الهبة كالمواشراهم وهب أحدهما نصيبه من صاحبه فانها تصير له ويحل له وطئها والتمن عليه ما بخلاف الطعام والكسوة لان ذامستني من قضية الشركة بحكم الضرورة اذا الحاجة الى الطعام والكسوة أصلية لازمة والتخصيص بالهبة باطل لانه منقسم فيقع الملك في المشتري للمشتري على الخصوص بنفس الشراء فيكون الثمن عليه على الخصوص والحاجة الى الوطء غير معلومة الوقوع في هذه الشركة فلم يثبت الاستثناء حال الوقوع لعدمها في الحال والوقوع بعد ذلك محتمل فلم يثبت الاستثناء بالشك والله تعالى أعلم بالصواب
* (كتاب الوقف) *

أن الملك يثبت في نصيب الشركة بالهبة حكماً لا لادنى بالوطء والملك لا يثبت في الجارية بالهبة حكماً لا لادنى فان من قال بغيره أحلت لك وطء هذه الجارية لا تصير ملكاً للمخاطب حكماً للهبة بالاحلال والجواب عن الاول أن ذلك انما لا يصير هبة لا انتقاء القبض الذي هو شرطها وما نحن فيه ليس كذلك لانه يقبض بعد الشراء على الشركة وهو وكيل ثم يقبضه لنفسه وعن الثاني أن المصنف رحمه الله أشار الى ذلك بقوله في ضمن الاذن وجاز أن يثبت الشيء ضمناً ولا يثبت فصد اقوله (وللبائع أن ياخذ بالثمن أي ما شاء) ظاهر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب
* (كتاب الوقف) *

(قوله وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعق عبدك عنى الخ) أقول المسئلة مذكورة في الاصول (قوله وعن الثاني أن المصنف أشار الى ذلك بقوله في ضمن الاذن وجاز أن يثبت الشيء ضمناً ولا يثبت قصداً) أقول قد سبق تفسير هذا الجواب من الشارح قبل ثلاث ورفات ونحن نقول فيه بحث فان الهبة اذا ثبت حكماً لا لادنى يكون ثبوته ضمناً أيضاً والاولى أن يقال ان الجارية المشتركة أقبل لملك الشريك لهما من الجارية التي لا يملكها

ويفرق على اليهود والنصارى والمجوس منهم الآن خص صنف منهم فلو دفع القيم الى غيرهم كان ضامنا وان قلنا ان الكفر كالملة واحدة ولو وقف على ولده ونسله ثم للفقر اعلى ان من أسلم من ولده فهو خارج من الصدقة لزم شرطه وكذا ان قال من انتقل الى غير النصرانية خرج اعتبر نص على ذلك الخصاص ولا نعلم احدا من أهل المذهب تعقبه غير متأخر يسمى الطرسوسي شذم بانه جعل الكفر سبب الاستحقاق والاسلام سبب الحرمان وهذا البعد من الفقه فان شرائط الواقف معتبرة اذا لم تخالف الشرع والواقف مالك له أن يجعل ماله حيث شاء ما لم يكن معصية وله أن يخص صنف من الفقراء دون صنف وان كان الوضع في كلهم قربة ولا شك أن التصديق على أهل الذمة قربة حتى جاز أن تدفع اليهم صدقة الفطر والكفارات عندنا فكيف لا يعتبر شرطه في صنف دون صنف من الفقراء رأيت ولو وقف على فقراء أهل الذمة ولم يذكر غيرهم أليس يحرم منه فقراء المسلمين ولو دفع المتولى الى المسلمين كان ضامنا فهذا مثله والاسلام ليس سببا للحرمان بل الحرمان لعدم تحقق سبب ملكه هذا المال والسبب هو اعطاء الواقف المالك وشرط صحته ووقفه أن يكون قربة عندنا وعندهم فلو وقف على بيعه مثلا فاذا خربت يكون للفقراء كان ابتداء ولو لم يجعل آخره للفقراء كان ميراثا عنه نص عليه الخصاص في وقفه ولم يحك خلافا معلوم أن خلاف أبي حنيفة في الوصية فانه انما شرط أن يكون قربة عندهم يقال صاحب المحيط الوقف كالوصية ولو أنكر فشهد عليه ذميان عدلان في ملتهم قضى عليه بالوقف ولو وقف على أن يحج به أو يعتمر لم يحزل لانه ليس قربة عندهم بخلاف مالو وقف على مسجد بيت المقدس فانه يجوز لانه قربة عندنا وعندهم وأما المرتد اذا وقف حال رده في قول أبي حنيفة فهو موقوف ان قتل على رده أو مات بطل وقفه وقول محمد اذا انتحل ديننا جاز منه ما يجزى لاهل ذلك الدين أما المرتد فلو حنيفة يجزى وقفها لانهم لا تقتل وأما المسلم اذا وقف وقفها صح في أي وجه كان ثم ارتد يبطل الوقف ويصير ميراثا وسواء قتل على رده أو مات أو عاد الى الاسلام الآن أعاد الوقف بعد عودته الى الاسلام وحتى الخصاص في وقف المرتدين خلاف بين أصحابنا مبني على الخلاف في الذي يتردق يهوديا أو نصرانيا أو مجوسيا قال بعضهم أقر على اختياره وأقر الجزية عليه لاني ان أخذته بالرجوع فأنما اردته من كفر الى كفر ولا أرى ذلك وقال بعضهم لا أقره على الرندة وأما الصابئة فان كانوا دهرية يقولون ما يملكه الا الدهر فهم صنف من الزنادقة وان كانوا يقولون بقول أهل الكتاب صنف من وقونهم ما يصح من أهل الذمة وجميع أهل الاطراف بعد كونهم من أهل القبلة حكم وقفهم ووصاياهم حكم أهل الاسلام ألا ترى الى قبول شهادتهم على المسلمين فهذا حكم باسلامهم وأما الخطايب فأنما لم يقبلوا لانه قيل انهم يشهد بعضهم لبعض بالزور على من خالفهم وقيل لانهم يتدينون صدق المدعي اذا حلف أنه بحق ومن الشروط الملك وقت الوقف حتى لو غصب أرضا فوقفها ثم اشتراها من مالكها ودفع ثمنها اليه أو صالح على مال دفعه اليه لا تكون وقفه لانه انما ملكها بعد أن وقفها هذا على أنه هو الواقف أمالو وقف ضيعة غيره على جهات فبلغ الغير فأجازه بشرط الحكم والتسليم أو عدمه على الخلاف الذي سئذ كرهه وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولي وستأتي تفريع أخر مبني على هذا الشرط ومن شرطه أن لا يكون محجورا عليه حتى لو جحر القاضى عليه لسفاه أو دين فوقف أرضه لا يجوز لان جحره عليه كى لا يخرج ماله عن ملكه ليضر باب الدين أو بنفسه كذا أطلقها الخصاص وينبغي انه اذا وقفها في الجحر للسفاه على نفسه ثم لجهة لا تنقطع أن يصح على قول أبي يوسف وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل اذا حكم به حاكم هذا أو ما عدم تعلق حق الغير كالرهن والاجارة فليس بشرط فلو أجر أرضا عاين فوقفها قبل مضى بها لزم الوقف بشرط فلا يبطل عقد الاجارة فاذا انقضت المدة رجعت الارض الى ما جعلها له من الجهات وكذا الورهن أرضه ثم رققها هو في الاصل مصدر وقفه اذا حبسه وقفها وقف بنفسه وقفا يتعدى ولا يتعدى وقيل للموقوف وقف تسمية بالمصدر وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا أن يحكم به الحاكم لانه قضاء في فصل مجتهد فيه فينقذ أو يعلق بموته والصحيح أن في تعليقه بالموت لا يزول ملكه الا أنه يلزم بالإجماع وإن كان عنده يكون رقبته لملك الورثة أو له وعندهما لا يكون ملكا لاحد كفى الاعتاق والمسجد وكذلك اذا قال أراضى

وقفاً ووقفها أنا يتعدى
ولا يتعدى ووقف الدار على
المساكين وقفها أو وقفها لغير
ودينة وعرفه شمس الأمانة
السرخسي رحمه الله بانه
حبس المملوك عن التملك
من غير وسيله طلب الزاني
وشروطه كون الوقف حراً
بالغاغلا وكون المحل غير
منقول وركنه أرضي هذه
صدقة موقوفة مؤبدة على
المساكين وحكمه خروج
الوقف أي الموقوف عن ملك
الواقف وعدم دخوله في
ملك الموقوف عليه وكلامه

قال الاتقاني الوقف الحبس
من قواهم ووقف الدابة إذا
منعت من السير قال صاحب
الجهرة الوقف مصدر ووقف
الدابة أوقفه وقفها وكذلك
كل شيء حبسته وهو أحد
ما جاء على فعلته ففعل وقال
ابن جني في شرح المتنبي
أخبرني أبو علي الفارسي
عن أبي بكر عن أبي العباس
عن أبي عثمان المازني قال
يقال وقف دار وأرضي
ولا يعرف أوقف من كلام
العرب انتهى وفي شرح
الكافي الوقف في الأصل
مصدر وقفه إذا حبسه
وقفها ووقف بنفسه وقفها
يتعدى ولا يتعدى ومنه
وقف أرضه على ولده لانه
حبس الملك عليه وقيل
للموقوف وقف كقوله نسج
البن وضرب الأمير وجع

قال أبو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعاقبه بموته فيقول إذا مات فقد
وقف دارى على كذا وقال أبو يوسف (يزول ملكه بمجرد القول

قبيل أن يقتلها ثم الوقف ولا يخرج عن الرهن بذلك ولو أقامت سنين في يد المرتحن فافتسكها تعود إلى
الجهة فلو مات قبل الافتسك وترك قدر ما يقتل به ذلك ولزم الوقف وإن لم يترك وفاء بيعت وبطل الوقف
وفي الإجارة إذا مات أحد المتأجرين تبطل وتغير وقفها وأما شرطه الخاص لحر وجهه عن الملك عند أبي حنيفة
الإضافة إلى ما بعد الموت وهو الوصية أو أن يلحقه حكم به وعند أبي يوسف لا بشرط سوى كون المحل قابلاً
له من كونه عقاراً أو داراً أو عند محمد ذلك مع كونه مؤبداً مقسوماً غير مشاع فيما يحتمل القسمية ومسلماً إلى
متول وأما ركنه فالألفاظ الخاصة كان يقول أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين ولا خلاف
في ثبوته بهذا اللفظ بعد شرطه ولا بأس أن نسوق شيئاً من الألفاظ أرضي هذه صدقة أو قال تصدقت
بأرضي هذه على المساكين لا تكون وقفاً بل نذر أو حبس التصديق بعينها أو بقيمتها فان فعل خرج عن عهدة
النذر والأورث عنه كمن عليه زكاة أو كفارة فمات بلا إيصاء تورث عنه وموقوفة فقط لا تصح إلا عند أبي
يوسف فإنه يجعلها بمجرد هذا اللفظ وقفاً على الفقراء وهو قول عثمان البتي وإذا كان مقيداً بالخصوص
المصرف أعني الفقراء لم يوجب مؤبد إلا أن جهة الفقراء لا تنقطع قال الصدر الشهيد ومشايعه يلج يفتون بقول
أبي يوسف ونحن نفق قوله أيضاً لمكان العرف وبه يذنب دفع رد هلال قول أبي يوسف بأن الوقف يكون
على الغني والفقير ولم يميز فبطل لأن العرف إذا كان يصرفه للفقراء كان كالتنصيص عليهم فلو قال موقوفة
على الفقراء صح عند هلال أيضاً والاحتمال بالتنصيص على الفقراء بخلاف قوله محبوبسة أو حبس
ولو كان في حبس مثل هذا العرف يجب أن يكون كقوله موقوفة وكذا إذا قال لا سبيل إذا تعارفوه وقفها مؤبداً
على الفقراء كان كذلك والاسئل فان قال اردت الوقف صار وقفاً لانه محتمل لفظه أو قال اردت معنى صدقة
فهو نذرية تصدق بها أو بغيرها وان لم يكن كذلك ميراثاً ذكره في النوازل وقال في قوله جعلتها للفقراء ان تعارفوه
وقفاً على به والاسئل فان أراد الوقف فهو وقف أو الصدقة فهو نذر وكذا عند عدم النية لانه أدى فائباته
به عند الاحتمال أولى واعترض في فتاوى الخاصي بانه لا فرق بينهما وذكر في احدهما إذا لم تكن له نية
يكون ميراثاً ولا يخفى أن كونه ميراثاً لا ينافي كونه نذراً لأن النذر ورثه إذا مات النذر ولم يوف بنذره يكون
ميراثاً لانه اقتصر على تمام التفصيل في احدهما والافلاشك أن في كل منهما إذا لم تكن له نية يكون نذراً
فان مات ولم يتصدق به ولا بقيته يكون ميراثاً ولو قال صدقة موقوفة فهل قال أبو يوسف وغيرهما على صحته لانه
لماذ كز صدقة عرف مصرفاً وانتي بقوله موقوفة احتمال كونه نذراً وكذلك حبس صدقة وكذلك صدقة
محرمة قبل ومحرمة بنزله وقف وهي معروفه عند أهل الجواز بخلاف ما لو قال حبس أو محبوبسة موقوفة لانه
بمعنى موقوفة فكان كافراً إذا غلظ موقوفة وفي النوازل لو قال جعلت نزل كرمي وقفها فيه ثم ولا يصير الكرم
وقفاً وكذا لو قال جعلت غلته وقفاً تصحح الكلام ما أمكن كأنه قال جعلت كرمي بمافيه وقفاً وينبغي أن
لا تدخل الثمار لما سئل كرهه ولو زاد فقال صدقة موقوفة على الفقراء ينبغي أن لا يختلف فيه كما لو قال مع ذلك
مؤبداً وهو موضع اتفاق مجيز الوقف على أنهم العبارة الواضحة الآن قوله في الاسرار ولو لم يقل مؤبداً كان
وقفاً على قول عامة من يجيز الوقف يفيد أن فيه خلافاً ولا ينبغي أن التأييد أن يجعله في أول الأمر أو آخره
لجهة لا تنقطع وجعله للفقراء يفيد ذلك وقوله موقوفة لله تعالى بمنزلة صدقة موقوفة (قوله قال أبو حنيفة رحمه
الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به حاكم) أن يخرجه عن ملكه (أو يعاقبه) أي يعلق
الوقف (بموته فيقول إذا مات فقد وقف دارى على كذا) وقال أبو يوسف (يزول بمجرد القول) الذي

هذه صدقة موقوفة مؤبدة حال حيائي وبعد مماتي أو يقول أرضي هذه صدقة محرمة مؤبدة حال حيائي وبعد

على أوقاف كوقف وأوقاف (قوله وهو مصدر وقف الدابة وقوفاً الخ) أقول فيه بحث لأن في مصدر وقف اللازم يجيء وقفاً وقال
على ما عتبر به لا وقفها الجواب أن مقصوده انه مصدر وقفها أنا وذكر وقف الدابة للتوطئة يدل على ذلك كرم مصدر الأول دون الثاني

وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه قال رضى الله عنه الوقف لغة هو الحبس تقول وقفت الدابة وارقتها بمعنى وهو في الشرع عند أبي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف أصلا عنده وهو المفقوف في الأصل والأصح أنه جائز عنده إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعة إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث

قدمنا صحة الوقف به وقال محمد (لا يزول حتى يجعل للوقف متوليا ويسلمه اليه) بعد ذلك القول وبه أخذ مشايخ نجران وإذا لم يزل عند أبي حنيفة قبل الحكم يكون موجب القول المذكور حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وحقيقته ليس إلا التصديق بالمنفعة ولفظ حبس إلى آخره لا معنى له لأن له بيع متى شاء وملكه مستقر فيه كما لو لم يتصدق بمنفعة فلم يحدث الواقف الامشئة التصديق بمنفعته وله أن يترك ذلك متى شاء وهذا القدر كان ثابتا له قبل الوقف بلاذ كر لفظ الوقف فلم يبدل لفظ الوقف شيئا وهذا معنى ما ذكر في المبسوط من قوله كان أبو حنيفة لا يميز لوقف وهو ما أراد المصنف بقوله (وهو المفقوف في الأصل) يعني المبسوط وحينئذ فنقول من أخذ بظاهر هذا اللفظ فقال الوقف عند أبي حنيفة لا يجوز صحيح لأنه ظاهر أنه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن أو إذا لم يكن له أن يتردد على ما كان قبله كان كالمعدوم والجواز والنفاذ والصحة فرع اعتبار الجود ومعلوم أن قوله لا يجوز ولا يبيع ليس المراد التلغظ بلفظ الوقف بل لا يبيع من الأحكام التي ذكره أنه أحكام ذكر الوقف فلا خلاف إذن فالأبو حنيفة لا يبيع الوقف أي لا يثبت الأحكام التي ذكرته إلا أن يحكم بها حكم وقوله بمنزلة العارية لأنه ليس حقيقة العارية لأنه ان لم يسلمه إلى غيره فظاهر وإن أخرجه إلى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفى لمنفعته * (فرع) * يثبت الوقف بالضرورة وصورته أن يوصي بغلة هذه الدار للمساكين أبدا ولفلان وبعده للمساكين أبدا فان هذه الدار تصير وقفا بالضرورة وأوجهها كقوله إذا مات فقد وقف دارى على كذا قال المصنف وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنها إلى الله تعالى على وجه تعود منفعة إلى العباد ولا يخفى أنه لا حاجة إلى سوى قولنا يزول ملكه على وجه يحبس على منفعة العباد لأن ملك الله في الأشياء لم يزل قط ولا يزال فالعبارة الجيدة قول قاضيان الآن عند أبي يوسف ومحمد إذا صح الوقف يزول ملك الواقف إلى ملك الله تعالى ولا يملك وهذا هو الأصح عند الشافعي وأحمد وقال بعضهم وللشافعي قول وهو روايته عن أحمد ينتقل إلى ملك الموقوف عليه أن كان أهلا للملك لا امتناع السائبة وعندما ملك هو حبس العين على ملك الواقف فلا يزول عنه ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب وذكر بعض الشافعية أن هذا قول آخر للشافعي وأحمد لأنه صلى الله عليه وسلم قال حبس الأصل وسبل الثمرة وهذا أحسن الأقوال فإن خلاف الأصل والقياس ثابت في كل من القوانين وهو خر وجهه لا إلى مالك وثبوت ملكه أو ملك غيره فيه مع منعه من بيعه وهبته وكل منهما له نظير في الشرع فمن الأول المجد وغيره ومن الثاني أم الولد يكون المالك فيها باقيا ولا يباع ولا يوهب ولا يورث وكذا ما دبر المطلق عندنا فكل منهما يمكن أن يقع بالدليل ولا شك أن ملك الواقف كان متيقن الثبوت والمعلوم بالوقف من شرط عدم البيع ونحوه فليثبت ذلك القدر فقط ويبقى الباقي على ما كان حتى يتحقق المزيل ولم يتحقق فإن الذي في الحديث في بعض الروايات تصدق بأصله مع أنه ليس على ظاهره والآن يخرج إلى مالك آخر ثم رأينا غيره يبينه بقوله أن شئت حبست أصلها وتصدق بها أي بالثمرة أو الغلة وظاهره حبسها على ما كان فلم يخلص دليل يوجب الخروج عن الملك وكذا المعنى الذي استدلل به المصنف وهو قوله ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف بقيد لزومه لا غير والحاصل أنه ثبت قوله صلى الله عليه وسلم لعمر تصدق وقوله حبس وانتهوا من

واضح وما عرّف به أبو حنيفة رحمه الله يقتضي أن لا يصح الوقف لأنه قال والتصدق بالمنفعة والتصدق بالمعدوم لا يصح وقوله (وهو راجع) إلى قوله (فلا يجوز الوقف أصلا عنده وهو المفقوف في الأصل) يعني المبسوط ولكنه نقله بالمعنى لا بعين اللفظ فان لفظا المبسوط فاما أبو حنيفة فكان لا يميز ذلك ثم قال فإرادته أنه لا يجعله لازما فاما أصل الجواز ثابت عنده كالعارية تصرف بالمنفعة إلى جهة الوقف وتبقى العين على ملك الواقف فله أن يرجع ويجوز بيعه ويورث عنه ولا يلزم الإبطاريقين قضاء القاضي يلزمه ليكون تحتجدها فيه وأخرجه نجران الوصية بأن يقول أو وصيت بغلة دارى فحينئذ يلزم وعندهما هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعة إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يورث

منه أي بقوله حبس مؤبد الخ ففي هذه اللفاظ يصير لازما بالاتفاق (قوله وهو المفقوف في الأصل) أي في المبسوط قال في المبسوط فاما أبو حنيفة رحمه الله فكان لا يبيع يزول ملكه ثم قال فإرادته أنه لا يجعله لازما فاما أصل

الوقف ينتظمه ما أي
يتناول ما قاله أبو حنيفة هو
حبس العين على ملك الواقف

وما قاله وهو حبس

العين على حكم ملك الله

تعالى انما مال واحد من

غير ترجيح فلا بد من دليل

مخرج ثم ابتدأ ببيان دليلهما

بقوله له ما قول النبي صلى

الله عليه وسلم لعمر رضي

الله عنه روى صخر بن

جويرية عن نافع ان عمر بن

الخطاب رضي الله عنه كانت

له أرض تدعى ثمغ وكانت

تخلانغيسا فقال عمر يا رسول

الله اني استغدت مالا وهو

عندي نفيس أفأتصدق

به قال تصدق باصلا لا باع

ولا يوهب ولا يورث ولكن

لينفق من ثمرته فتصدق به

عمر رضي الله عنه في سبيل

الله وفي الرقاب والضيف

والمساكين وابن السبيل

ولذي القربى منه ولا جناح

على من وليه أن يأكل

بالمعروف أو يؤكل كل صدقة

له غير متمول عنه وهذه

الأرض كانت سهم عمر رضي

الله عنه بخير حين قسم

رسول الله صلى الله عليه وسلم

خير بين أصحابه وثنغ لقب

لها وهي بفتح التاء المثناة

وسكون الميم والغين المعجمة

وقوله (اذله نظير في الشرع

وهو المسجد) إيمان نقي

استبعاد أن يخرج من ملك

الواقف ولا تدخل في ملك

غيره فان اتخاذ المسجد لازم

بالاتفاق وهو أخرج لتلك

واللفظ ينتظمها والترجيح بالدليل له ما قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه حين أراد أن
يتصدق بأرض له تدعى ثمغ تصدق باصلا لا باع ولا يورث ولا يوهب ولان الحاجة ماسة الى أن يلزم الوقف منه

مختلفان لان معنى تصدق باصلا ملكه الفقير لله سبحانه ومعنى حبس احبسه أي على ما كان ولا يمكن ان يراد

بما لا معنى أحدهما والا كان صلى الله عليه وسلم يحجب بالعمر رضي الله عنه في حادثة واحدة بامر من متنافيين

فاما أن يحمل حبس على معنى تصدق والاتفاق على نفيه اذ لا يقول واحد من الثلاثة ذلك الفقير للعين فوجب

أن يحمل تصدق على معنى حبس وهو قول أبي حنيفة رحمه الله فيحبس على الملك ثم عاودا حبس عليه شرعا

امتنع بيعه وصورة حكم الحاكم الذي به يزول الملك عنه أن يسلمه الى متول ثم يظهر الرجوع فيخاصمه الى

القاضي فيقضى القاضي بلزومه قالوا فان خاف الواقف ان يبيعه قاض قبل أن يحكم به يكتب في صدق الوقف

فان أبطاله أو غيره قاض فهداه الأرض باصلا وجميع ما فيها وصية من فلان الواقف تباع ويصدق بثمنها لانه

اذا كتب هذا الإيخاصم أحدي في إبطاله لعدم لغاذه له في ذلك والوصية تحتل التعليق بالشرط وانما أبطاله

قاض يصير وصية يعتبر من جميع له كذا في فتاوى قاضيان وينبغي أن يكون هذا اذا وقف في صحته أما

اذا كان وقف في مرضه فينبغي أن يعتبر من الثلث وعلى هذا التقدير فقد يكون في نقضه وبيعه فائدة للورثة

فمحمل ما ذكر اذا لم يكن وقف في المرض أو كان فيه لكنه يخرج من الثالث (قوله واللفظ ينتظمهما) أي

لفظ الوقف يصدق مع كل من زوال الملك وعدمه اذ ليس من مقتضيات لفظ وقف تداري أو حبسهما آخر وجهها

عن الملك فيصدق مع كل منهما فالتراجع أي ترجيح الخروج وعدمه بالدليل ولا يخفى ان الأدلة المذكورة من

قبلهما انما تنفي الزوم لا الخروج عن الملك ومن قبله تنفي كل منهما فلا دليل من الجانبين في تحديد تمام

المطلوب ثم ابتدأ بدليلهما فذكر حديث ثمغ وهو بالثاء المثناة المفتوحة بعد هاء ميم ساكنة ثم غين معجمة

وذكر الشيخ حافظ الدين ابنه بلاتوين العليم والثاني وفي غايه البيان انهم في كتب غرائب الحديث المعجمة

عند الثقات ممنونا وغير ممنون كما في دفع قال محمد بن الحسن في الاصل أخبرنا صخر بن جويرية عن مولى عبد

الله بن عمر ان عمر بن الخطاب كانت له أرض تدعى ثمغ وقال كان تخلانغيسا قال فقال يا رسول الله اني استغدت

مالا هو عندي نفيس أفأتصدق به قال تصدق باصلا لا باع ولا يوهب ولا يورث ولكن

لينفق من ثمرته قال فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذي

القربى لا جناح على من وليه ان يأكل بالمعروف أو يؤكل كل صدقة غير متمول عنه وهذه

و باقي الكتب الستة عن ابن عمر قال أصاب عمر أرضا بخير فأثنى النبي صلى الله عليه وسلم فقال أصبت أرضا لم

أصب مالا لفظ أنفوس منه فكيف تأمرني به قال ان شئت حبست أصلها وتصدق بها فتصدق بها عمر لا باع

أصلها ولا يورث ولا يوهب في الفقراء والعقربى والرقاب وفي سبيل الله والضيف الحديث وفي بعض طرق

الخاري فقال عليه الصلاة والسلام تصدق باصلا لا باع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته ثم استدل

بالمعنى وهو قوله ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف الحاجة الى ان يصل ثوابه اليه على الدوام وقد أشار

الشرع الى اعمال ما يدفع هذه الحاجة فيمارى الترمذي بسنده الى أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه

وسلم قال اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية وعلم ينفق به وولد صالح يدعوله ولا طريق الى

تحقق دفع هذه الحاجة وثابت هذه الصدقة الجارية الا لزومه وتقرر بالمصنف بانه تحقق حاجة استمرار

وصول ثوابه ويمكن باسقاط ملكه فيسقط ظاهر المنع اذ لم يتعين لذلك سقوط الملك طريقا يقابل بتحقيق بالحكم

الجواز فتثبت عنده (قوله واللفظ ينتظمهما) أي لفظ الوقف والتصدق يتناول ما قاله أبو حنيفة رحمه الله

وهو قوله أن الوقف حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه الخير

بمنزلة العواري ويتناول أيضا ما قاله وهو حبس العين على حكم ملك الله تعالى وما كان كذلك لم يكن ترجيح

أحد المذهبين بل لفظ الوقف اذ يتناولهما على السواء فلا بد من ترجيح أحد المذهبين على الآخر بدليل آخر

ثم ابتدأ ببيان دليلهما ما قاله عليه السلام لعمر رضي الله عنه كانت له أرض تدعى ثمغ فتصدق بها

بالاتفاق وهو أخرج لتلك

البيعة عن ملكه من غير أن تدخل في ملك أحد وليكنها نصير بمجوعة لنوع قرية قصد ما فكذلك في الوقف

لصل ثوابه اليه على الدوام وقد أمكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى اذله نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك

يلزومه فلم يلزم زوال الملك من هذا المعنى فلا يدح فيمار بحناه من الاقوال فيما مضى ثم على تقريرنا يحصل ما لو بهما لانه اذا ثبت الدلالة على لزومه خرج عن ملكه بموافقتنا لهما على ذلك لا اعتقاد الاثمة الثلاثة ورحمهم الله التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه وقوله كالمسجد نظير ما خرج عن الملك بالاجماع الى مالك وكذا الاعتقاد وسيجيب بالفرق بين المسجد والعق ومطلق الوقف (قوله وله) أي لابي حنيفه رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله أسند الطحاوي في شرح معاني الآثار الى عكرمة عن ابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما أنزلت سورة النساء وأنزل فيه الفرائض نهى عن الحبس وروى هذا الحديث الدارقطني وفيه عبد الله بن لهيعة عن أخيه وضعفه ما رواه ابن أبي شيبة موقوفا على علي حدثنا هشيم عن اسمعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال قال علي رضي الله عنه لا حبس عن فرائض الله الا ما كان من سلاح أو كراع وينبغي أن يكون لهذا الموقوف حكم المرفوع لانه بعد ان علم ثبوت الوقف ولهذا استثنى الكراع والسلاح لا يقال الا بغيره او لا يحل والشعبي أدرك عليا وروايته عنه في البخاري ثابتة وأما حديث شريح فرواه ابن أبي شيبة في البيوع حدثنا وكيع وابن أبي زائدة عن مسعر عن ابن عوف عن شريح قال جاء محمد صلى الله عليه وسلم بببيع الحبيس وأخرجه البيهقي وشريح من كبار التابعين وقد رفع الحديث فهو حديث مرسل

وسكون الميم وبالعين المجردة فقال عمر رضي الله عنه يا رسول الله اني استفتيت مالا وهو عدي نفيس افا تصدق به فقال عليه السلام تصدق باصلها لا ببيعها ولا بوهب ولا بورث ولكن لينفق ثم ته تصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله تعالى وفي الرقاب والضياف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى منه ولا جناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يؤكل صديقه غير ممنوع وهذه الارض سهم عمر رضي الله عنه بخبر حين قسم رسول الله خيبر بين أصحابه ونمخ لقب لها وقد كانت لاملا كهم ألقاب حتى كانت لرسول الله عليه السلام ناقة يقال لها عضباء بغلة يقال لها دلدل وفرس يقال لها السكب وحمار يقال له يعفور وعمامة تسمى السجاية في هذا دليل على أن من قصد التقرب الى الله تعالى ينبغي أن يختار ذلك أنفيس أمواله وأطيبها وكذا وقف رسول الله عليه السلام حوائط وأوقاف ابراهيم عليه السلام ناقة اليوم وكذا أوقاف الصحابة رضي الله عنهم بمكة والمدينة ولان الانسان يحتاج الى صدقة دائمة على وجه لا يرد عليه النقص وذاني لزومه وقيل القنوى على قولهما (قوله اذله نظير في الشرع وهو المسجد) فقالوا اتخذوا المسجد يلزم بالاتفاق وهو اخراج الملك المنفعة عن ملكه من غير أن يدخل في ملك أحد ولو كانت تدير بمسبوبة نوع قربة قصدناها فكذلك في الوقف وله قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى أي لا مال يحبس بعد موت المالك عن القسمة بين الورثة وفرائض الله تعالى انصباء الورثة كما قال الله تعالى فريضة من الله قال الشيخ الامام المعروف بخوارزمي زاده رحمه الله والامام البزدوي رحمه الله الاستدلال بهذا الحديث ليس بقوي لانه انما يستقيم هذا اذا كان حق الورثة تعاق بماله فاما اذا كان قبل التعاق فليس كذلك ألا ترى أنه لو تصدق في صحته صدقة منغذة أو وهب فانه لا يجري فيه الارث ولم يكن ذلك حبسا عن ذلك الآن يقال ملكه لم يزل عن الموقوف بدليل أنه يعتبر شرائطه في صرف الغلة ولو زال ملكه عن الرقبة لما اعتبر شرطه التي هي تابعة للرقبة قدر زالت عن ملكه فعلى هذا يكون حبسا عن فرائض الله تعالى وذكر في المبسوط وقال ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم لا حبس عن فرائض الله تعالى ولكنهم يحملون هذا الأمر على ما كان أهل الجاهلية يصنعونه من البحيرة والسائبة والوصيلة والحامى ويقولون الشرع قد أبطل ذلك كله لكننا نقول الذكورة في موضع النفي نعم فيتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الاما قام عليه دليل وعن شريح رحمه الله جاء محمد عليه السلام بببيع الحبيس فهو ذابيان أن لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا وأن شريعتنا ما سخرت لذلك وطريق الاستدلال بقول شريح رحمه الله أن هذا لا يعلم الا بطريق التوقيف فيحمل على السماع السابقة هي الناقصة التي تسبب لنذر وكان الرجل يقول

ولابي حنيفة قوله (غلبه الصلاة والسلام لا حبس) (٢٢٢) عن فرائض الله أي لأمال يحبس بعد موت صاحب من القسمين ورثة انكهم

ولا بي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح جاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبس لان الملك باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والمالك فيه للواقف ألا ترى انه ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى صارفها ونصب القوام فيها الا انه يتصدق بما دفعه فصار شبيهه العارية ولانه يحتاج الى التصديق بالغلة دائما ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن أن يزال ملكه لا الى مالك لانه غير مباشر وع مع بقائه كالسائب بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعل خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصرح خالصا لله تعالى

يخرج به من يخرج بالمرسل (قوله ولان الملك الخ) ظاهره مصادرة لجعله الدعوى جزء الدليل والاولى انه انما ذكره ليصل الدليل بالدعوى وتقر بره ان حقوق العباد لم تنقطع عنه حتى جاز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير الواقف وتعاقد حقوق العباد بالعين اثر ثبوت ملكهم فيها على ما هو الاصل فاما أن يكون ذلك الملك لغير الواقف اوله واتفقا على أنه لا يكون ملكا لغيره من العباد فوجب أن يكون ملكا للواقف وكذا الاستيضاح بنصب القوام وصرف غلاته بحسب الاصل يكون عن ملكه للعين الا أن يوجب مو جب لا مرد له خروجه عن ملكه وان تصرفه بولاية غير الملك ولم يثبت ذلك ثم شرع في الفرق وحاصله أن المسجد جعل لله تعالى على الخلو صحر راع ان تلك العباد فيه شيئا غير العباد فوجب أن يكون ملكا لغيره من العباد فوجب أن يكون ملكا للواقف وكذا الاستيضاح السكينة والوقف غير المسجد ليس كذلك بل ينتفع العباد بعينه زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع بالملوك كان وما كان كذلك ليس كالمسجد فيلحق بالسكينة كما لحق بالمسجد وما أضاف قضية كون الحاصل منه صدقة فانه عن الواقف أن يكون ملكا باقيا فلا تصدق بالملك فافتضى قيام الملك فاما الاعتاق فالتلاف للمملوك بالسكينة وليس الوقف كذلك وجواب شمس الأئمة أن لا دعي خلق مالكه غير مملوك وانما عرض فيه المملوكية وبالاعتاق يعود الى ما كان بخلاف ما سواه لانها انما لقت لتملك فبالوقف لا تعود الى أصل هو عدم المملوكية بل الى الحبس على ملكه والتصدق بالمنفعة وهذا حق ويؤيد ما اخترناه من عدم الخروج عن ملكه لكن أبا حنيفة يجعل عدم الخروج ملزوما لعدم لزومه صدقة أو برا وليس كذلك بل هما منفكان كما ذكرنا من أم الولد والمدير والحق ترجح قول عامة العلماء بلزومه لان الاحاديث والآثار منطوقة على ذلك قولنا كما صح من قوله عليه الصلاة والسلام لا يباع ولا يورث الى آخره وتكرر هذا في أحاديث كثيرة وانما عمل الامتن من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك أولها صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم صدقة أبي بكر وعمر وعثمان وعلي والزبير ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعائشة وأسماء وأختها وأُم سلمة وأُم حبيبة وصفية بنت حيي وسعد بن أبي وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبد الله وعقبة بن عامر وأبي أروى الدوسي وعبد الله بن الزبير كل هؤلاء من الصحابة ثم التابعين بعدهم كاهل بابايات وتوارث الناس أجمعون ذلك فلا تعارض بمثل الحديث الذي ذكره على أن معنى حديث شريح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحامى ونحوه وبالجمل فليبعد أن يكون اجماع الصحابة العملى ومن بعدهم متوارثا على خلاف قوله فاذا ترجح خلافه

اذا قدمت من سفرى أو برأت من مرضى فناقى سائبة وجعلها كالبحيرة في تحريم الانتفاع يعنى أن الوقف بمنزلة تسييب أهل الجاهلية من حيث أنه لا يخرج به العين من أن تكون مملوكا كمنفعة تسييبها ولو سبب دابته لم يخرج من ملكه فكذلك اذا وقف أرضه أو داره وقد استبعد محمد رحمه الله قول أبي حنيفة رحمه الله في الملبسوط ولهذا سماه نكح كما على الناس من غير حجة فقال ما أخذنا من قول الصحابة الا بتركهم التمسك على الناس فاذا كانوا هم الذين يمسكهم على الناس غير أثر ولا قياس لم يقلدوا هذه الاشياء ولم يحمد على ما قال وقيل بسبب ذلك انقطع خاطره فلم يتمكن من تقرير بيع مسائل الوقف واستكثر أصحابه بعده من تقرير بيع مسائل الوقف كالحصاف وهلال رحمه الله (قوله ولان الملك باق فيه) يعنى دل الدليل على بقاء الملك فيه وهو جواز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك كما ينتفع بالملوك كما ينتفع بالملوك فافتضى قيام الملك فاما الاعتاق فالتلاف للمملوك بالسكينة وليس الوقف كذلك وجواب شمس الأئمة أن لا دعي خلق مالكه غير مملوك وانما عرض فيه المملوكية وبالاعتاق يعود الى ما كان بخلاف ما سواه لانها انما لقت لتملك فبالوقف لا تعود الى أصل هو عدم المملوكية بل الى الحبس على ملكه والتصدق بالمنفعة وهذا حق ويؤيد ما اخترناه من عدم الخروج عن ملكه لكن أبا حنيفة يجعل عدم الخروج ملزوما لعدم لزومه صدقة أو برا وليس كذلك بل هما منفكان كما ذكرنا من أم الولد والمدير والحق ترجح قول عامة العلماء بلزومه لان الاحاديث والآثار منطوقة على ذلك قولنا كما صح من قوله عليه الصلاة والسلام لا يباع ولا يورث الى آخره وتكرر هذا في أحاديث كثيرة وانما عمل الامتن من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك أولها صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم صدقة أبي بكر وعمر وعثمان وعلي والزبير ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعائشة وأسماء وأختها وأُم سلمة وأُم حبيبة وصفية بنت حيي وسعد بن أبي وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبد الله وعقبة بن عامر وأبي أروى الدوسي وعبد الله بن الزبير كل هؤلاء من الصحابة ثم التابعين بعدهم كاهل بابايات وتوارث الناس أجمعون ذلك فلا تعارض بمثل الحديث الذي ذكره على أن معنى حديث شريح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحامى ونحوه وبالجمل فليبعد أن يكون اجماع الصحابة العملى ومن بعدهم متوارثا على خلاف قوله فاذا ترجح خلافه

يحملون هذا الامر على ما كان عليه أهل الجاهلية من البحيرة والسائبة والوصيلة والحامى ويقولون الشرع أبطل ذلك كله ولا كما نقول النكرة في موضع النفي ثم تقتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الاما قام عليه دليل وقوله (جاء محمد ببيع الحبس) يدل على أن لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا وان شرعنا ما سواه لذلك وقوله (كالسائبة) هي الناقصة التي تسيب للذر وكان الرجل يقول اذا قدمت من سفرى أو برأت من مرضى فناقى سائبة ومعناه أن الوقف بمنزلة تسييب أهل الجاهلية من حيث ان العين لا تخرج من أن تكون مملوكا كمنفعة تسييبها فانه لو سبب دابته لم يخرج من ملكه فكذلك اذا وقف أرضه أو داره وقوله (بخلاف الاعتاق) جواب عما يقال لو كان ازالة الملك لا الى مالك غير مباشر وعلمنا جاز الاعتاق فانه ازالة الملك الثابت في العبد من غير تمليك لاحد وقوله (وبخلاف المسجد) جواب عن قياسهم الوقف على المسجد

قال المصنف (والمالك فيه للواقف ألا ترى انه ولاية التصرف) أقول ومعنى الملك على ما سيحى من الشراح في أول البيوع هو القدرة على التصرف شرعا في المحل (قوله الاما قام عليه دليل) أقول كالوصية

وقوله (قال في الكتاب) يعني مختصر القدوري لا يزول ملك الوقف الآن بحكم به الحاكم أو يعلق بموته صورة الحكم أن يسلم الوقف ما وقفه إلى المتولي ثم يرد أن يرجع عنه فينازعه بعد الزوم فيختصم إلى القاضي فيقضي (٤٢٣) بلزومه وقوله (فالحجج أنه لا يزول ملكه) يعني أن المشايخ

اختلفوا على قول أبي حنيفة فقيل يزول الملك بالتعلق بالموت لأنه وقت خروج الاملا عن ملكه فالتعلق به يدل على أن مراده الخروج من الملك وقيل لا يزول وهو الصحيح لأن الوقف تصدق بالغلة وهو لا يستدعي زوال أصل الملك ولأنه تصدق بالغلة دائما ولا يمكن التصديق بها هكذا إذا بقي أصل الموقوف على ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدافيصير الوصية بالمنافع مؤبدافيلزم والمراد بالحاكم المولى أي الذي ولاه الخليفة عمل القضاء وأما المحكم وهو الذي يفوض إليه الحكم في حادثة معينة باتفاق المختصمين ففيه اختلاف المشايخ قال في كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى وأما حكم المحكم في البين المضافة وسائر المجتهدين فالأصح أنه ينفذ ولكن لا يفتي به (قوله وقال الطحاوي هو بمنزلة الوصية

قال رضي الله عنه قال في الكتاب لا يزول ملك الوقف الآن بحكم به الحاكم أو يعلق بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لأنه قضا في مجتهديه أماني تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدافيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدافيلزم والمراد بالحاكم المولى فالما الحكم ففيه اختلاف المشايخ ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة وعندهما يلزمه إلا أنه يعتبر وذكر بعض المشايخ أن الفتوى على قولهما (غلبة وأمانه تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدافيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدافيلزم) وإن لم يخرج عن ملكه لأنه بمنزلة ما لا يتصور التصرف فيه يبيع ونحوه لما يلزم من إبطال الوصية وعلى هذا أنه أن يرجع قبل موته كسائر الوصايا وانما يلزم بعد موته وانما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق الوقف لا يقبل التعليق بالشرط ولذا قال إذا مات من مرضي هذا فقد وقعت أرضي إلى آخره فمات لم تصر وقفاً وله أن يبيعها قبل الموت بخلاف ما لو قال إذا مات فاجعلها وقفاً فإنه يجوز لأنه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه وهذا لأن الوقف بمنزلة تخليك الهبة من الموقوف عليه والتعليكات غير الوصية لا تتعلق بالخطر ونص محمد رحمه الله في السير الكبير أن الوقف إذا أضيف إلى ما بعد الموت يكون باطلاً أيضاً عند أبي حنيفة وعلى ما عرفت بان صحته إذا أضيف إلى ما بعد الموت يكون باعتباره وصية قالوا وقال داري هذه موقوفة على مصالح مسجد كذا بعد موتي صح وله الرجوع لأن الوقف بعد الموت وصية والوصية يصح الرجوع عنها أم لو قال إن قدم ولدي فعلى إن أقف هذه الدار على ابن السبيل فقدم فهو نذر يجب الوفاء به فان وقفه على ولده وغيره من لا يجوز دفعه كانه أهم جزئي الحكم ونذره باق وان وقفه على غيرهم سقط لأن غيرهم ليس بمنزلة نفسه وتعيين المعلى له النذر لغوصار الثابت النذر بالوقف فجاز على كل من ليس بنفسه فان قلت ينبغي أن لا يصح النذر بالوقف لأنه ليس من جنسه واجب قلت بل من جنسه واجب فإنه يجب أن يتخذ الامام للمسلمين مسجداً من بيت المال أو من ماله من أن لم يكن أهم بيت مال ولو قال إن شئت ثم قال شئت كان باطلاً للتعلق أم لو قال شئت وجعلته صدقة صح هذا الكلام المتصل بخلاف ما لو قال إن كانت هذه الدار في ملكي فهي صدقة موقوفة فظهر أنها كانت في ملكه وقت التكلم فأنما يصير وقفاً لأنه تعليق على أمر كائن والتعلق على أمر كائن تعييز والمراد بالحاكم يعني في قوله أو يحكم به الحاكم القاضي وأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ والصحيح أنه لا يرفع الخلاف فللقاضي أن يبطل الوقف بعد حكمه (قوله ولو وقف في مرض الموت قال الطحاوي هو كالوصية بعد الموت) حتى يلزم بعد الموت لأن تصرفات المريض مرض الموت في الحكم كالمضاف إلى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلث ماله والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة إلا أن يحكم به فله يبعه ويرث عنه إذا مات قبل الحكم إلا أن تعييز الورثة وعندهما يلزم إلا أنه من الثلث لتعلق حق الورثة بخلافه في الصحة وفي داري قاضيان مريض وقف عليه بدون تحيط بماله يباع وينقض الوقف كالموقوف دار ثم جاء الشفيع كان له أن يأخذها بالشفعة وينقض الوقف

ظهر أن الملك فيه باق وجب أن يبقى إلى ملكه ضرورة ولهذا بقي دوابه وتديره بعده في نصب القيم وتوزيع الغلة واعتبر شرائطه ولو خرج عن ملكه لم يصح شرطه في الغلة كالأعتاق عبده بشرط أن يصرف ثلثه إلى كذا أو جعل أرضه مسجداً بشرط أن يصلى فيه فلان دون فلان ومروهم ما يحمل على الوقف المضاف إلى ما بعد الموت (قوله إلا أن يحكم به الحاكم) وصورة حكم الحاكم ما ذكر في فتاوى قاضيان رحمه الله وهي أن يسلم الوقف ما وقفه إلى المتولي ثم يرد أن يرجع عنه فينازعه بعد الزوم فيختصم إلى القاضي فيقضي الحاكم بلزومه فان حكم رجلا حكم بينهما بلزوم الوقف اختلفوا فيه والصحيح أن يحكم الحاكم لا يرتفع الخلاف وللقاضي أن يبطله (قوله والمراد بالحاكم المولى) أي الذي ولاه الخليفة عمل القضاء وأما المحكم فهو

في صحته ثم قال وهو الصحيح على أصوله وقال المصنف والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة لأن المباني في المرض ولا يمنع الأرض كالمباريعة عندهما يلزم إلا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال

من الثالث والوقف في الصحة من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف وهو قول الشافعي بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولي لانه حق الله تعالى وانما ثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التملك من الله تعالى وهو مال الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا للغير فياخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة قال (واذا صح الوقف على اختلافهم) وفي بعض النسخ واذا استحق مكان قوله اذا صح (خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه) لانه لو دخل

انتهى من غير تعييد يكون ذلك قبل الحكم وهذا بخلاف ما لو وقف المدون الصحيح وعليه ديون تجب عليه فان وقفه لازم لا ينقضه ارباب الديون اذا كان قبل الحجر بالاتفاق لانه لم يتعلق حقهم بالعين في حال صحته (قوله) واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف وهو قول الاثني عشرية وقول اكثر اهل العلم لانه اسقاط الملك كالتعاقق وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولي لان للواقف ان يجعله لله فيصير حقه له وانما ثبت مسلماني ضمن التسليم للعبد وهذا لان الوقف تملك لله تعالى (والتمليك منه وهو مال لجميع الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يتحقق تبعا للغير فياخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة) المنجزة ولا يخفى ان التملك لله تعالى لا يتحقق لا مقصودا ولا تبعا لانه يحصل الحاصل المستمر ثم لا موجب لاعتباره حتى يحتاج الى تكاف توجهه لان غاية ما يوجب الدليل ما خرج الملك عند الوقف لا الى أحد وتوجه الخطاب بصرف غلبة الى من وقف عليه أو توجه الخطاب بذلك مع بقاء الملك فاذا فعل خرج من عهده الواجب كما هو في سائر الواجبات المالية من غير زيادة تكاف اعتبار آخر نعم يمكن أن يلاحظ التسليم الى المستحق تسليما اليه تعالى كانه تعالى جعله نائبا في قبض حقه وذلك بقبض المستحق للمتولي كالزكاة ويمكن أن لا يلاحظ شي من ذلك بل المقصود ليس الا فعل ما وجب بالوقف فلذا كان قول أبي يوسف أوجه عند المحققين وفي المنية الفتوى على قول أبي يوسف وهذا قول مشايخ بلخ وأما البخاريون فاحذروا بقول محمد رحمه الله كما تقدم وفي المسوط وكان القاضي أبو عاصم يقول قول أبي يوسف من حيث المعنى أقوى اياه قال وقول محمد أقرب الى موافقة الامم اربعة ما روي أن عمر جعل وقفه في يد حفصة وغير ذلك ورد في المسوط بانه لا يلزم كونه فعلة اتم اوقف بل الشغل وخوف التقصير في أمره وكذا جميع من ينصب المتولين لا يخطر له غير تغرير بنفسه من أمره وأما قول محمد رحمه الله لو تم قبل التسليم الى المتولي صارت يد الواقف مستحقة عليه والتبرع لا يصلح سبيلا لاستحقاق على المتبرع بقواه منع ذلك بان التبرع بالباب الموجب لخروج ماله يوجب عليه استحقاق يده كعق العبد لسكان في يده سيده المعتق له والناذر بالعين الكائنة في يده هي وقيمتهما يوجب عليه اخراج أحدهما من يده وهذه أمور شرعية لا عقلية ومما ينبغي على هذا الخلاف ما ذكر من ان الواقف اذا شرط الولاية في عزل القوام والاستبدال بهم لنفسه ولا ولادة وآخر جه من يده وسلمه الى متول فهذا جائز نص عليه في السير الكبير لان هذا شرط لا يخل بشرائط الوقف ولولم بشرط ذلك لنفسه وآخر جه من يده الى قيم قال محمد لا ولاية والولاية للقيم وكذا الوفاء له وصي فلا ولاية لوصيه والولاية للقيم ولو أراد الواقف أن يعزل القيم ويرده لنفسه أو يولي غيره ليس له ذلك وقال أبو يوسف الولاية للواقف وله أن يعزل القيم في حياته أو يولي غيره أو يوليه لنفسه واذا مات الواقف بطل ولاية القيم لانه بمنزلة الوكيل عند هذا الخلاف بناء على ان عند محمد لا يصح الوقف الا بالتسليم الى القيم فلا يكون للواقف ولاية وعند أبي يوسف بدون التسليم الى القيم يتم الوقف فاذا سلم الى قيم كان وكيله وله أن يعزله وينعزل بموته الا اذا جعله قيما في حياته وبعد موته وكذا يثبت عليه ما لو قال هذه الشجرة للمسجد لا تصير للمسجد حتى يسلمها الى قيم المسجد (قوله) واذا صح الوقف خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه

(قوله) وقد يكون تبعا للغير فياخذ حكمه (أي) ثبت التملك من الله تعالى ضمن التملك من غير الله تعالى وان كان لا يثبت التملك من الله تعالى قصد اقباض التملك من الله تعالى حكم التملك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض (قوله) فينزل منزلة الزكاة والصدقة يعني ينزل التملك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم الى العبد منزلة تملك المال من الله تعالى في الزكاة حيث يتحقق التملك منه في ضمن التسليم الى الفقير قال (واذا صح الوقف على اختلافهم) أي اذا صح الوقف على ما اختلف فيه المشايخ من حيث انه يصح عندهما ولا يصح عند أبي حنيفة على ما هو المأثور في الاصل والاصح الصحة عند الكل خرج عن ملك الواقف يعني على قول أبي يوسف ومحمد ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملكه جازله اخراجه من ملكه كسائر أملاكه ولما انتقل الى من بعده ممن شرطه الواقف لسكن ليس كذلك بالاتفاق وقوله

الذي فوض اليه الحكم في حادثة معينة باتفاق المتخصصين (قوله) لا يتحقق مقصودا) وانما يتحقق ضمننا كما في الزكاة تكون ملكا لله تعالى بواسطة كون المال ملكا للفقير وهنا أيضا يكون لله تعالى بواسطة قبض المتولي (قوله) واذا صح الوقف على اختلافهم) خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه

(يجب أن يكون قوله ما على الوجه الذي سبق تقرر به) اعترض عليه بأنه ذكر قبل هذا لا يزول ملك الواقف الآن يحكم به الحاكماً وهذا الاستثناء
 إنما يحتاج إليه على قول أبي حنيفة في حق زوال الوقف عن ملك الواقف وأما على قوله ما فإن الملك يزول بدون حكم الحاكم ثم الدليل الصحيح
 يقتضي عدم جواز الخروج عن الملك لأن الخروج يقتضي أن لا يصح شرطه في صرف الغلة كما إذا عتق عبده بشرط أن يصرف غلته إلى كذا أو جعل
 أرضه مسجداً بشرط أن يصلي فيه فلان دون فلان فإن التصرف في غير ملكه غير صحيح والجواب عن الأول أن ما ذكره في الكتاب ههنا إنما هو في الصحة
 وما ذكره قبل هذا إنما هو في لزوم الصحة لا تستلزم لزوم فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف إذا صح الوقف قوله ما لا قول أبي حنيفة
 إذا حكم به الحاكم فإنه حينئذ يكون خروج الوقف عن ملك الواقف قول الكل سلمنا أن الصحة ههنا بمعنى الزوم ولكن لا يلزم من الزوم
 الخروج عن ملك الواقف عند أبي حنيفة لأن الوقف عنده معرف بحس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وذلك يمنع عن الخروج للصحة
 ومن الثاني بان خروج الملك إلى الله تعالى قربة لا يمنع التصرف فيه من خراج عنه (٤٢٥) ألا ترى أن القربان تصير بالاراقة إلى الله

تعالى ثم إن صاحبه يتصرف
 فيه بالاكل والاطعام
 والتصدق به بتولية الشرع
 لكونه المتقرب به فإزان
 يكون أمر الواقف كذلك
 بخلاف العبد فإنه يصير
 مالكا لمنافعه فلا يعمل فيه
 تصرف غيره وأما المسجد
 فالأصل السكينة والمسجد
 الحرام فيه سواء العاكف
 والباد فسلمنا أن الله تعالى لم
 يول التخصيص إلى الذي
 جعله مسجداً وإنما أحقه
 بالمسجد الحرام والسكينة
 (قوله لأن القسمة من تمام
 القبض) بانه أن القبض
 للحيازة والحيازة فيما يقسم
 إنما هي بالقسمة (قوله
 ووقف المشاع جائز عند
 أبي يوسف) لا خلاف بينهما
 أن القسمة فيما يقسم من
 تمام القبض وإنما الخلاف
 بينهما في أن أصل القبض
 شرط أولا عند أبي يوسف
 ليس بشرط فكذا تماماً وعند

ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بغيره كسائر أملاكه ولأنه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك
 الأول كسائر أملاكه قال رضي الله عنه قوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قوله ما على الوجه الذي
 سبق تقرر به قال (ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف) لأن القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس
 بشرط فكذا يتمه وقال محمد لا يجوز لأن أصل القبض عند بشرط فكذا ما يتب به وهذا فيما يحتمل القسمة وأما
 فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد أيضاً لأنه يعتبر بالهبة

ملك الموقوف عليه) وهذا مذهب عامة علماء الامصار الا في قول عن الشافعي وأحمد أنه يدخل في ملك الموقوف
 عليه إذا كان أهلاً للملك الأتية لا يباع ولا يملك والمختار الأول لأنه لو دخل في ملكه لم ينتقل عنه بشرط المالك
 الذي هو الواقف لأنه لا ملك له فيه لكنه ينتقل للاجماع على صحة قوله ثم من بعد فلان على كذا ثم قال المصنف
 وقوله أي القدوري (خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قوله ما) لأن الصحة غير الزوم وهو لم يقل إذا لزم
 خرج عن ملك الواقف أي يكون على قول الكل بل قال إذا صح وصحة العقد لا تستلزم الزوم بل تختلف باختلاف
 أحكام العقود فقد يكون عقد حكمه الزوم كالبيع والأجارة وقد يكون حكمه غير الزوم كالعارية والظاهر
 أنه يجوز بالصحة عن الزوم (قوله ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف) وعند محمد لا يجوز والخلاف مبني على
 الخلاف في اشتراط تسليم الوقف فلما شرطه محمد قال بعدم صحة المشاع (لأن القسمة من تمام القبض) ولا بد
 من القبض فوجب عند أبي يوسف لا يشترط قبض المتولى فلا يشترط ما هو من قيامه من أخذ بقول أبي
 يوسف في خر وجه بجراد اللفظ وهم مشايخ بلج أخذ بقوله في هذه ومن أخذ بقول محمد في تلك وهم مشايخ

ذكر بعد هذا أن قوله خرج من ملك الواقف يجب أن يكون قوله ما على الوجه الذي سبق تقرر به فعلى هذا
 يكون صحيح بمعنى ثبت لا بمعنى لزم لأن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذا لزم بحكم الحاكم يخرج من ملك الواقف فلا
 يبقى للتخصيص بقوله ما فائدة أما إذا جعل صحيح بمعنى لزم أي بحكم الحاكم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أو
 بتعليقه بالمرتبة وبجرح القول عند أبي يوسف رحمه الله والتسليم إلى المتولى عند محمد رحمه الله تعالى وإلى هذا
 أشار بقوله على اختلافهم خرج من ملك الواقف بالاجماع ويدل عليه قوله في أول الكتاب قال أبو حنيفة رحمه
 الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف الآن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته بقى هنا شكال وهو أن في تعليقه بموته
 يلزم ولا يزول ملك الواقف قلنا زال عن الوقف بعد الزوم وملكه الذي كان قبله إذا الملك هو المطلق الحاضر ولم

(٥٤ - فتح القدير والكفاية - خامس) محمد شرط فكذا تماماً وأما فيما لا يقسم فمحمد أيضاً يجوز به ويعتبره كالهبة والصدقة

قال المصنف (وقوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قوله ما على الوجه الذي سبق تقرر به) أقول يجوز أن يكون المراد بالصحة الصحة
 المستقرة بقدرينه الاطلاق فإن ما هو على شرف الزوال كانه ليس بوجوده بقرينة النسخة الأخرى فإن الاستحقاق بعد الصحة المستقرة فيكون
 ذلك قول أبي حنيفة أيضاً فليست أملاً (قوله سلمنا أن الصحة ههنا بمعنى الزوم) أقول فيه تأمل اد حينئذ يشكل أمر الاستثناء بقوله الآن يحكم به
 الحاكم لا يخفى (قوله وذلك يمنع عن الخروج للصحة) أقول لأن سلم ذلك فإنه يجوز أن يكون المعرف هو المعنى المصدرى أعني أحداث الوقف
 وإنشاءه أو يكون المعرف هو حقيقة الوقف بدون مخالطة أمر آخر من حكم الحاكم فليست أملاً (قوله وعن الثاني بان خروج الملك الخ) أقول فيه
 بحث فأنهم عرفوا الملك بالقدرة على التصرف في المل شرعاً ولو صح ما ذكره لانتقض تعريف الملك ويجوز أن يجاب بملاحظة قوله بتولية
 الشرع بان يراد بالقدرة القدرة الأصلية لا القدرة المستفادة كقدرة الوكيل بالبيع ونحوه

والصدقة المنقذة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوخ فيما لا يحتمل القسمة أيضا عند أبي يوسف لان بقاء
الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهاياة فيها في غاية القبح بان يقرب فيه الموتى سنة و تزرع سنة ويصل فيه
في وقت ويتخذ اصطبل في وقت بخلاف الوقف لا مكان الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق

بخار أي أخذ بقوله في وقف المشاع وأما الحاق محمد رحمه الله بالهبة والصدقة (المنقذة) أي المنجزة في الحال فانها
لا تكون مشاعا فكذا الصدقة المستمرة ففرق أبو يوسف بان اشتراط القبض في تملك لما فيه مامن التملك
للغير وأما الوقف فليس فيه تملك من الغير حتى يشترط قبضه وانما هو اسقاط الملك بالتخليس فلا مرد العتق
والطلاق فلا موجب لاشتراط القسمة فيه والحاصل ان المشاع اما أن يحتمل القسمة أو لا يحتملها ففيما يحتملها
أجاز أبو يوسف وقفه الا المسجد والمقبرة والحن والسقاية ومنعه محمد رحمه الله مطلقا وفيما لا يحتملها انفقوا
على اجازة وقفه الا المسجد والمقبرة فصلا الاتفاق على عدم جعل المشاع مسجدا أو مقبرة مطلقا أي سواء كان
مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها والخلاف مبني على اشتراط القبض والتسليم وعدمه فلما لم يشترطه أبو يوسف
أجاز وقفه ولما شرطه محمد منعه لان الشيوخ وان لم يمنع من التسليم والقبض الا ترى أن الشائع كان مقبوضا
لما لكة قبل أن يقفه لكن يمنع من تمام القبض فلذا منعه محمد رحمه الله تعالى عندا كان تمام القبض وذلك
فيما يحتمل القسمة فانه يمكن أن يقسم أولا ثم يقفه وانما أسقط اعتبار تمام القبض عند عدم الامكان وذلك
فيما لا يحتملها لانه لو قسم قبل الوقف فالتنازع كالبيت الصغير والحمام فاكثفي بتحقيق التسليم في الجملة
وانما انفقوا على منع وقف المشاع مطلقا مسجدا ومقبرة لان الشيوخ عمنع خلوص الحق لله تعالى ولان جواز
وقف المشاع فيما لا يحتمل القسمة لانه يحتاج فيه الى التهايو والتهايو فيه يؤدي الى أمر مستعجب وهو أن يكون
المكان مسجدا سنة واصطبل للدواب سنة ومقبرة عاما وميضاة عاما وأما النباش فليس بالازم من
المهاياة بل ليس للشريك ذلك ثم فيما يحتمل القسمة اذا قضى القاضي بصحته وطلب بعضهم القسمة لا يقسم
عند أبي حنيفة ويتهايون وعندهما يقسم وأجمعوا ان الكل لو كان وقفا على الارباب وأرادوا القسمة لا تجوز
وكذا التهايو وعليه فرع ما لو وقف داره على سكنى قوم باعيانهم أو ولده ونسله ما تناسلوا فاذا انقرضوا كانت
غلتها للمساكين فان هذا الوقف جائز على هذا الشرط واذا انقرضوا تنكرى وتوضع غلتها للمساكين وليس
لاحد من الموقوف عليهم السكنى أن يكرهوا ولوزادت على قدر حاجته سكناء نعم له الاعارة لا غير ولو كثر أولاد
هذا الواقف وولد ونسله حتى ضاقت عليهم الدوا ليس لهم الاسكنائها تقسط على عددهم ولو كانوا ذكورا
وأنا ان كان فيها حجر ومقاصير كان للذكور أن يسكنوا نساءهم معهم وللإناث أن تسكن أزواجهن
معهن وان لم يكن فيها حجر لا يستقيم أن تقسم بينهم ولا يقع فيها مهاياة انما سكناء ان جعل له الواقف ذلك
لغيرهم فمن هذا يعرف ان لو سكن بعضهم فلم يجد الآخر موضعا يكفيه لا يستوجب أجرة حصته على
السكان بل ان أحب أن يسكن معه في بقعة من تلك الدار بالزوجة أو زوج ان كان لاحدهم ذلك والآخر
المتضيق وخرج أو جلسوا معا كل في بقعة الى جنب الآخر والاصل المذكور في الشروح والفرع في أوقاف
الخصاف ولم يخالفه أحد فيما علمت وكيف يخاف وقد نقلوا اجماعهم على الاصل المذكور ولو اقتسموا أعني
الواقف للمشاع وشريكه على القول يلزم القسمة بعد القضاء وقبله على قول أبي يوسف فوقع نصيب
الواقف في محل مخصوص كان هو الوقف ولا يجب عليه أن يقفه ثانيا (قوله ولو وقف الكل ثم استحق

المنقذة أي الصدقة الخاصة
المسماة الى الفقير وهو
احتراز عن الصدقة الموقوفة
وهي فيما نحن فيه (قوله الا
في المسجد والمقبرة) استثناء
من قوله ووقف المشاع جائز
عند أبي يوسف فانه لا يتم
مع الشيوخ فيما لا يحتمل
القسمة بان كان الموضع
صغيرا لا يصلح لما أراده
الواقف من اتخاذ المسجد
والمقبرة هل تغدير القسمة
والحاصل ان جعل المسجد
والمقبرة في المشاع الذي
لا يحتمل القسمة لا يجوز
أصلا لا قبل القسمة وهو
حال كونه مشاعا ولا بعدها
أما قبلها فان بقاء الشركة
يمنع الخلوص على ما سيجيء
وأما بعدها فلان فرض
المسئلة فيما اذا كان الموضع
غير صالح لذلك لصغره فبق
أن يكون بطريق المهاياة
والمهاياة فيها في غاية القبح
الخ ما ذكره في الكتاب
وهو ظاهر

يق ذلك وليكنه في حكم ملكه لضرورة ان يصل اليه ثواب الغلة دائما فعلى هذا نزول الملك بالاجماع ولا يحتاج
الى التخصيص بقوله ما وقوله على اختلافهم لا يلزم التخصيص (قوله والصدقة المنقذة) أي الصدقة الخاصة
المسلمة الى الفقير وهي المملوكة اجترز به عن الصدقة الموقوفة وهي التي نحن فيها فان الوقف صدقة أيضا
لكن ليست بخاصة لعدم التملك من الفقراء ويحتمل أن يجترز بالمنقذة عن الصدقة الموصى بها فانها تجوز
في الشائع (قوله الا في المسجد والمقبرة) استثناء من قوله ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف رحمه الله (قوله)
فانه لا يتم مع الشيوخ فيما لا يحتمل القسمة) بان كان الموضع صغيرا لا يصلح لما أراده الواقف وحاصل ذلك ان

قال (ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره جهة لا تنقطع مثل أن يقول على كذا وكذا ثم على فقراء المسلمين حيثما وجدوا مثلاً وقال أبو يوسف إذا سمي جهة تنقطع مثل أن يقف على أولاده أو على أمهات أولاده جاز وصار بعدها الفقراء وان لم يسمهم لهم ما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك يعني لا إلى مالك وكل ما كان زوال الملك (٤٢٧) بدون التملك فإنه يتأبد كالتعق فوجب

الوقف يتأبد وإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه أي على الوقف مقتضاه ولهذا كان التوقيت مبطل لانه يتنافى

موجبه كالتوقيت في البيع قيل في كلام المصنف رحمه الله تناقض على قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه ذكر

في أول كتاب الوقف أن الوقف عنده حبس العين على ملك الواقف فكان موجب عدم زوال الملك عن الواقف ثم قال هنامو جبه زوال الملك

وأجيب بأن هذا قول محمد ورواية عن أبي حنيفة والمذكور في أول الكتاب هو قول أبي حنيفة في رواية عنه أخرى فيكون عنه في

المسئلة روايتان وقيل أراد هناما إذا حكم الحاكم بفسخ الوقف ولزومه فيفسخ الواقف بالاتفاق وهذا وفق وأقول هذا ليس بمناسب لما

تقدم من قول المصنف يجب أن يكون قولهم على الوجه الذي سبق تقريره ولا يبي يوسف أن المقصود من الوقف هو التقرب إلى الله تعالى وهو موفر عليه فيما إذا

جعل على جهة تنقطع لان التقرب إلى الله تعالى تارة في الصرف إلى جهة تنقطع

جزء منه بطل في الباقي عند محمد لان الشيعي معقون كفاي الهبة بخلاف ما إذا رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعدم موت المريض وقد وهبه أو وقعه وفي مرضه في المال ضيق لان الشيعي في ذلك طارئ ولو استحق جزء بميز عينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيعي ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة قال ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره جهة لا تنقطع أبداً وقال أبو يوسف إذا سمي فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم

جزء منه) يعني شائعا (بطل الوقف عند محمد رحمه الله) لان بالاستحقاق ظهر ان الشيعي كان مقارنا للوقف (كفاي الهبة) إذا وهب الكل ثم استحق بعضه بطلت لهذا بخلاف ما لو وهب الكل (ثم رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعدم موت المريض) الذي وقف في مرضه الكل ولا يخرج من الثالث فإنه لا يبطل الباقي لان الشيعي طار وإذا بطل الوقف في الباقي رجع إلى الواقف ولو كان حيا وإلى ورثته ان ظهر الاستحقاق بعدم موته وليس على الواقف أن يبيع ذلك ويشترى بثمنه ما يجعله وقفا (ولو كان المستحق جزء بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيعي) فلهذا جاز في الابتداء أن يقف ذلك الباقي فقط (وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة) لو استحق منها جزء شائع بطلت ولو استحق معين لا يبطل ولو كانت الأرض بين رجلين فوقها على بعض الوجوه ودفعها إلى وال يقوم عليها كان ذلك جائزا عند محمد لان المنع من تمام الصدقة شيعي في المحل المتصدق به ولا شيعي هنا لان الكل صدقة غاية الامر أن ذلك مع كثرة المتصدقين والقبض من الوالي في الكل وجذلة واحدة فهو كالتصدق بهار حل واحد سواء بخلاف ما لو وقف كل منهما نصفها شائعا على حدة وجعل لها واليا على حدة لا يجوز لأنهما صدقتان فان كلامهما تصدق بنصيبه بعقد على حدة ألا ترى أنه جعل لنصيبه واليا على حدة ومثل ذلك في الصدقة المنفذة أيضا لا يجوز حتى لو تصدق بنصفها مشاعا على رجل وسلم ثم تصدق الآخر بالنصف عليه وسلم لم يجر شيء من ذلك لان قبض كل منهما لا في جزء شائع فكذا قبض الواليين هنا ولو وقف كل منهما نصيبه وجعل الوالي واحدا فسميها اليه جميعا جاز لان تمامها بالقبض والقبض مجتمع (قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره جهة لا تنقطع أبدا) كالمساكين ومصالح الحرم والمساجد بخلاف ما لو وقف على مسجد معين ولم يجعل آخره جهة لا تنقطع لا يصح لاحتمال أن يخرب الموقوف عليه (وقال أبو يوسف إذا سمي جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم) هذا كلام القدوري وهذا كما ترى لا يناسب استدلال المصنف على أبي يوسف بقوله

جعل المسجد والمقبرة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة لا يجوز أصلا لاقبل القسمة وهو حال كونه مشاعا لانه يمنع الخلو ولا بعد القسمة لانه لا يصلح لما أريد به من اتخاذ المسجد والمقبرة أصغر لانه الكلام فيه فلا يكون مسجد ولا مقبرة وأما الوقف في الشائع الذي لا يحتمل القسمة فيجوز بالاتفاق أما عند أبي يوسف رحمه الله فالشيعي غير مانع أصلا وأما عند محمد رحمه الله فيجوز فيما لا يحتمل القسمة لانه لا يملكه لما أراد الواقف فان الانتفاع بالشائع ممكن إما بطريق المهايأة أو بطريق الاستغلال وقسمة الغلة وأما المسجد والمقبرة في مثل هذا الموضع يؤدي إلى أمر قبيح بان تقبر الموتى فيه سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبل في وقت بخلاف الوقف وعلى هذا الصدقة المملوكة والهبة يعني لو استحق جزء شائع من الهبة والصدقة المملوكة تبطل الهبة والصدقة لانه بالاستحقاق تبين أن الهبة لاقت الشائع وفي استحقاق العين لا يبطل لان عدم الشيعي كما في الوقف (قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله تعالى) حتى يجعل آخره جهة لا تنقطع أبدا

قال المصنف (لهما ان موجب الوقف زوال الملك) أقول أنت خبير بان هذا لا يستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وجوابه مذكور في الشروح (قوله وقيل أراد هناما إذا حكم الحاكم بفسخ الوقف ولزومه إلى آخره) أقول فيه أنه إذا حكم الحاكم بفسخ الوقف ولزومه فيما إذا سمي جهة تنقطع ينبغي أن يتم الوقف لصادق حكمه محال مجتهد فيه فليتام قال المصنف (ولا يبي يوسف رحمه الله تعالى عليه) أقول تأخير دليل أبي

لهم ان موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وانه يتأبد كالتعق فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطل له كالتوقيت في البيع ولا يبي يوسف ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب باوة يكون في الصرف الى جهة تقطع ومرة بالصرف الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان عند أبي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظ الوقف والصدقة منبئة عنه لما بيناه ان الله الملك يدون التملك كالتعق ولهذا قال في السكابي بيان قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فطلقه لا ينصرف الى التأبيد فلا بد من التنصيص

(ان موجب الوقف) يعني بعد التسليم الى المتولى عند تحمده الله وبعد الحكم عند أبي حنيفة (زوال الملك بلا تملك) وزواله يتأبد بعق واذ كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه (ولهذا كان التوقيت مبطل له) كالأوقف عشر من سنة لا يصح اتفاقا لانه انما يلزمه لو قال يجوز انقطاعه وعوده الى الواقف بعد انقطاع تلك الجهة أو الى ورثته وهو لم يقل ذلك بل قال اذا انقطعت صار للفقراء ثم نقل القدوري انما هو على ما ذكره المصنف ثابتا عنه من التأبيد حيث قال (وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان أبي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظ الوقف والصدقة منبئة عنه لما بيناه ان الله الملك كالتعق) وعند محمد ما يشترط قال المصنف (وهذا هو الصحيح) وعند محمد ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة (ان كان وقف للسكنى) (أو بالغلة) ان لم يكن ذكر السكنى (وقد يكون ذلك مؤبدا وقد يكون غير مؤبدا فطلقه لا ينصرف الى المؤبد) بعينه (فلا بد من التنصيص) عليه فكان الاولى ان يولى هذين الوجهين لما نقله من عبارة القدوري ثم يذ كر الرواية الاخرى ويذكر دليلهما الاول فالاول فائما يناسب الرواية عن أبي يوسف بانه بعد انقطاع الجهة يرجع الى ملك الواقف أو ذريته وقد نقل من الفروع ما يدل على كل منهما عند أبي يوسف فمنها ما في المبسوط فيما اذا تصدق على أمهات أولاده في حياته وجعل لهن السكنى بعد وفاته وأي امرأة تزوجت منهن أو خرجت منتقلة الى غيره فلاحق لهن في السكنى ونصيب امرؤ ود على من بقيت منهن فذلك جائز اعتبارا للسكنى بالغلة وهذا الشرط يصح منه لهن في الغلة الى ان قال وان لم يتحقق من بقي منهن كان مبرانا على فرائض الله تعالى عند أبي يوسف لما بيناه ان يتوسع في أمر الوقف فلا يشترط التأبيد واشترط العود الى الورثة عند زوال حاجة الموقوف عليه لا يفوت موجب العقد عنده فاما عند محمد رحمه الله التأبيد شرط واشترط العود الى الورثة يبطل هذا الشرط فيكون مبطلا للوقف الا أن يجعل ذلك وصية عند موته فيجوز كالوصية لعلوم بسكنى داره بعد موته مدة معلومة فانه جائز ان يلزمه يعود الى الورثة اذا سقط حق الموصي له ومن ذلك ما نقل للناطقي في الاجناس عن شروط محمد بن مقاتل عن أبي يوسف اذا وقف على رجل بعينه جاز واذا مات الموقوف عليه رجع الوقف الى ورثته الواقف قال وعليه الفتوى واذا عرف عن أبي يوسف جواز عوده الى الورثة فقد يقول في وقف عشر من سنة بالجواز لانه لا فرق أصلا ومنهما ما ذكر في البرامكة قال أبو يوسف اذا انقرض الموقوف عليهم يصرف الوقف الى الفقراء قال في الاجناس فصل عنهم وايتان وأما الشرط الذي نقصه وهو قوله ان تزوجت أو خرجت منتقلة عنه فلاحق لهما فصح فلو طلقها زوجها أو مات أو عادت بعد

يعني الى الفقراء فانهم لا ينقطعون وهذا التفريق عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه على قول من يرى لزومه كما في المزارعة بدليل أنه قال في التعليل لهما أن موجب الوقف زوال الملك والمالك لا يزول عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه (قوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك) ليس هذا مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه ولكن هذا مذهب ما فيكون هذا التعليل محمدا رحمه الله تعالى عليه على أصلهما فيكون حجة على أبي يوسف رحمه الله (قوله وعند محمد رحمه الله ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة) ليس هذا قول محمد رحمه الله وانما هو قول أبي حنيفة رحمه الله لان حكم الوقف عنده حبس العين على ملكه والتصدق

وأخرى الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وعلى هذا لو انقطعت الجهة عاد الوقف الى ملكه ان كان حيا والى ملك ورثته ان كان ميتا ولعائل أن يقول هذا التعليل غير مطابق لما ذكر عن أبي يوسف لانه قال وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وذلك يدل على أن التأبيد شرط والجواب أن المروي عن أبي يوسف أمران أحدهما أنه لا يشترط التأبيد أصلا والثاني أنه يشترط لكن لا يشترط ذكره باللسان والمصنف أشار الى القول الاول بالتعليل والى الثاني بذكر المذهب واستدل عليه بقوله وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الخ وفي كلامه تعقيد لاجماله يوسف يدل على أن قوله هو المختار (قوله والجواب أن المروي الخ) أقول هذا مما هم في كثير من المواضع

قال (و يجوز وقف العقار) لان جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه (ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) قال رضى الله عنه وهـ ذاعلى الارسال قول أبي حنيفة

وقوله (وهذا على الارسال)
أى ما ذكره القدورى
من قوله (ولا يجوز وقف
ما ينقل ويحول) على
الاطلاق مقصوداً أو تبعاً
كراعى أو غيره تعاملاً أو
أولاً قول أبي حنيفة والأكره
جميعاً كراهة وهو الزرع
كأنها جمعاً أو كراهة

ما انتقلت لا يرجع لهما ما كان لهما في الوقف بل قد سقط لانه قطع استحقاقها بأحد هذه الصفات فلا يعود الا أن ينص على ذلك فيقول فان عادت أو فارقت عادماً كان لها (قوله) ويجوز وقف العقار (وهو الارض مبنية كانت أو غير مبنية ويدخل البناء في وقف الارض تبعاً فيكون وقفها وفي دخول الشجر في وقف الارض روايتان ذكرهما في الخلاصة وفي فتاوى قاضيان تدخل الاشجار والبناء في وقف الارض كما تدخل في البيع ويدخل الشرب والطريق استحقاقاً لان الارض لا توقف الا للاستغلال وذلك لا يكون الا بالماء والطريق فيدخلان كفى الاجارة ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف سواء كانت مما تؤكل أو لا كالورد والراحين ولو قال وقفها بحقوقها وجميع ما فيها ومنها قال هلال لا تدخل في الوقف أيضاً ولكن في الاستحسان يلزم التصديق به على وجه النذر لانه لما قال صدقة موقوفة بجميع ما فيها ومنها فقد تكلم بما يوجب التصديق ولا تدخل الزروع كلها الا ما كان له أصل لا يقطع في سنة والحاصل ان كل شجر يقطع في سنة فهو للواقف وما لا يقطع في سنة فهو داخل في الوقف فيدخل في وقف الارض أصول الباذنجان وقصب السكر ويدخل في وقف الحمام القدر وما في سرقينه ورماده ولا يدخل مسبل ما في أرض مملوكة أو طريق وقوله (لان جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أجمعين وقفوه) قدمنا ذكر جماعة من رجال الصحابة ونسأهم وقفوا أو ساندوا هذا كورة في وقف الخصاص ومنها ما تقدم من وقف عمر رضى الله عنه أرضه ثمغ وأخرج ابراهيم الحارثي في كتابه غريب الحديث حديثاً أبو بكر بن أبي شيبة حديثاً ناقص بن غياث عن هشام بن عروة عن أبيه أن الزبير بن العوام رضى الله عنه وقف داره على المردودة من بناته قال والمردودة هي المطلقة والفاقة التي مات زوجها وفي البخارى وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضاً وجعلها لابن السبيل صدقة وأخرج الحاکم بسند فيه الواقدي وهو حسن عندنا وسكت هو عليه عن عثمان بن الارقم المخزومي أنه كان يقول أنا ابن سبع الاسلام أسلم أبي سابع سبعة وكانت داره على الصفا وهي التي كان النبي صلى الله عليه وسلم يكون فيها في الاسلام وفيها دعا الناس الى الاسلام فأسلم فيها خلق كثير منهم عمر بن الخطاب رضى الله عنه فسميت دار الاسلام وتصدق بها الارقم على ولده وذكر أن نسخة صدقة بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما قضى الارقم الى أن قال لا تباع ولا تورث وفي الخلافيات للبيهقي قال أبو بكر عبد الله بن الزبير الجدي صدق أبو بكر رضى الله عنه بداره بمكة على ولده فهي الى اليوم وتصدق عمر بن يعمر وتصدق سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه بداره بالمدينة و بداره بمصر على ولده فذلك الى اليوم وعثمان رضى الله عنه برومة فهي الى اليوم وعمر بن العاص بالوهط من الطائف وداره بمكة والمدينة على ولده فذلك الى اليوم قال وما لا يحضرني كثير وهذا كله مما يستدل به على أبي حنيفة في عدم اجازته الوقف * (فرع) اذا كانت الدار مشهورة معروفة صح وقفها وان لم تحدد استغناء لشهرتها عن تحديدها * (فرع آخر) وقف عقار على مسجد أو مدرسة هيأ مكاناً البناء قبل أن يبنها اختلف المتأخرون والصحيح الجواز وتصرف غلتها الى الفقراء الى أن تبني فاذا بنيت ردت اليها الغلة أخذ من الوقف على أولاد فلان ولا أولاد له حكموا بصحة وتصرف غلته للفقراء الى أن يولد لفلان (قوله ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) كذا قال القدورى قال المصنف رحمه الله (وهذا على الارسال) أى على الاطلاق (قول أبي حنيفة رحمه الله) ثم قال

بالثمرة المدومة وعند هما زال العين الى الله تعالى فيصير بحسب ما في ملك الله تعالى على أن تصل منفعة الى العباد فيكون التصديق بالمنفعة ثابتاً في ضمن ازالة العين الى الله تعالى ولعل مراد مجرده الله في قوله هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة أنه اخراج الملك الى الله تعالى على وجه يكون تصديقاً بالمنفعة والغلة فالخالف أن أبا يوسف رحمه الله ضيق أولاً كل التصديق كما قال أبو حنيفة رحمه الله ثم رجع عنه وسع كل التوسع ومجده رحمه الله توسط بينهما فلهذا أفق عامة المشايخ بقول مجرده الله (قوله ولا يجوز وقف ما ينقل) أى من مكان الى مكان ويحول أى يغير من هيئة الى هيئة أو هماً مترادفاً (قوله وهذا الارسال) أى الاطلاق سواء كان بطريق

(وقال أبو يوسف إذا وقف ضيعة بغيرها أو كرها وهم عبده جاز) وكذا ساير آلات الخرائنة لأنه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد ثبت من الحكم تبعاً لما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد معه فيه لأنه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعاً لأولى (وقال محمد يجوز حبس الكراع والسلاح) ومعناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس أن لا يجوز لما بيناه من قبل وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه الصلاة والسلام وأما ما لا فقد حبس أدراعاً وافرأسه في سبيل الله تعالى وطلحة حبس دروعه في سبيل الله تعالى

القدوري (وقال أبو يوسف إذا وقف ضيعة بغيرها أو كرها وهم عبده جاز) والاكراة الخرافون (وكذا آلات الخرائنة) إذا كانت تبعاً للارض يجوز (لأنه تابع للارض في تحصيل ما هو المقصود) منها (وقد ثبت من الحكم تبعاً لما لا يثبت مقصودا كبيع (الشرب) والطريق لا يجوز مقصودا ويجوز تبعاً وهذا كثير مستغن عن العدد ولو مرض بعضهم فتعطل عن العمل أن كان الواقف جعل نفقتهم في مال الوقف وصرح بما فهم في مال الوقف والا لانهقة لهم وان لم يصرح به في مال الوقف فالقيم أن يبيع من يحجز ويشتري بثمنه آخر يعمل كل وقت فاحذره عليه أن يشتري بها آخر ولو جنى أحدهم جناية فعلى القيم أن ينظر فإن كان الاصلح دفع هذا العبد بالجناية دفعه أو فداءه فداءه من مال الوقف وإذا فداءه بغدية تزيد على أرض الجناية فهو متطوع بالزبادة وليس لأهل الوقف من الدفع والغداء شيء فان فدوه كانوا متطوعين (ومحمد مع أبي يوسف فيه) يعني فلا معنى لأفراد أبي يوسف (لأنه لما جاز افراد بعض المنقولات بالوقف عنده) أي عند محمد رحمه الله فحجزه تبعاً للعقار أولى وضمير لأنه للسان أمال الوقف ضيعة فيها بقر وعبد له ولم يذكرهم فإنه لا يدخل شيء من الآلات والبقر والعبيد في الوقف قال المصنف (وقال محمد يجوز حبس الكراع) وهي الخيل (والسلاح ومعناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف معه) أيضاً في ذلك (على ما قالوا وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لما بيناه من قبل) من شرط التأييد والمنقول لا يتأيد (وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه) أي في الكراع والسلاح منها قوله صلى الله عليه وسلم في الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه صلى الله عليه وسلم عن ابن جيل أن كان فقيراً فاغناه الله وأما خالد فأنكم تظلمون خالداً وقد احتبس أدراعه وأعتده في سبيل الله وأما العباس عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فحجى على ومثلهما ثم قال أما مشعر بن عامر بن الجبل صنوايه وأما ما ذكر المصنف من أن طلحة حبس دروعه وفي رواية أدراعه وأعتده فلم يعرف وكذا لم يعرف جمعة على كراع لان فعلاً لا يجمع على أفعال بل على أفعال كعقاب وأعقب وانما ذكره في الصحاح صيغتي جمع قال فالجمع أكرع ثم أكرع الآن الطبراني أخرجه عن ابن المبارك حدثنا حماد بن زيد عن عبد الله بن المختار عن عامر بن بهلة عن أبي وائل قال لما حضرت خالد بن الوليد الوفاة قال لقد طلبت القتل فلم يقدر لي الآن أموت على فراشي ومامن عمل أرحى عندي من لاله الا الله وأما مترس ثم قال إذا تأملت فانظر واسلح وفرسى فاجعلوه عدة في سبيل الله وذكر هذا الحديث بهذا السند في تاريخ ابن كثير وقال فيه مامن عمل أرحى عندي بعد لاله الا الله من ليلة نبتها وأما مترس والسماء ثم لنظر الصبح حتى تغير على الكفار وإذا عرف هذا فالأصل تدخل في حكمه بالدلالة لان العرب يغزون عليها مع أنه روى أن أم معقل جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان أبا معقل جعل ناصحته في سبيل الله وإنني أريد الحج فأركبه فقال صلى الله عليه وسلم أركبه فان الحج والعمرة من سبيل الله والحاصل أن وقف المنقول تبعاً للعقار يجوز وأما وقفه مقصوداً ان كان كراعاً أو سلاحاً جاز وفيما سوي ذلك ان كان مما لم يجز التعامل بوقفه كالثياب والحيوان ونحوه والذهب والفضة لا يجوز زعدياً وان كان متعارفاً للجنازة والفاس والقدوم وثياب الجنازة ومما يحتاج اليه من الاواني والقدور وفي غسل الموتى والمصاحف قال أبو يوسف لا يجوز وقال محمد يجوز والذهب عامة المشايخ منهم الامام السرخسي كذا في الخلاصة وفي الغناوى لقاضيان وقف التبعية أو القصد (قوله والقياس أن لا يجوز لما بيناه) من قبل أن التأيد شرط فيه والتأييد لا يتحقق

وقوله (والبناء في الوقف) أي في وقف الارض التي عليها ذلك البناء كوقف الخانات والرباطات وقوله (لأنه لما جاز افراد بعض المنقول) يعني من غير أن يجعل تبعاً للشيء كما في المتعارف مثل الفاس والقدوم والمراجل (عنده) أي عند محمد (فلان يجوز الوقف) أي وقف المنقول (تبعاً لأولى) والمراد بالكراع هنا هو الخيل لمناسبة ذكر السلاح وقوله (لما بيناه من قبل) يعني ما مر من شرطه التأيد والتأييد لا يتحقق في المنقول والمراجل قدور النحاس

قال المصنف (والبناء في الوقف) أقول فيه نوع مصادرة لان البناء مما ينقل تأمل في جوابه فان تبعية البناء أقوى قال المصنف (فلان يجوز الوقف فيه تبعاً لأولى) أقول هذا فيها فيه تعامل مسلم وأما مطلقاً فلا تدبر

(قوله يعني ما مر من شرطه التأيد والتأييد لا يتحقق في المنقول) أقول وفيه تأمل كتب وجهه في الجواب عن دليل الشافعي على ما يجيء

وروي أكرعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الإبل لأن العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها
وعن محمد أنه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالغاس والمر والقودم والمنشار والجنارفة وثيابها
والقدور والمراجل والمصاحف وعند أبي يوسف لا يجوز لأن القياس إنما يترك بالنص والنص ورد في
الكراع والسلاح فيقتصر عليه ويحذف بقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل
في هذه الأشياء وعن نصير بن يحيى أنه وقف كتبه الخاقا لها بالمصاحف وهذا صحيح لأن كل واحد يسلك
للدين تعلما وتعلما وقراءة وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد وما لا تعامل فيه لا يجوز وعندنا وقفه وقال
الشافعي كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله

وقوله (الواقف بالمصاحف)
يعني أن وقف المصاحف
صحيح فكذا الكتب ذكر
في فتاوى قاضيان مختلف
المسألة في وقف الكتب
جوزها الفقيه أبو الليث
وعليه الفتوى وقوله (كل
ما يمكن الانتفاع به مع بقاء
أصله) احتراز عن الدراهم
والدنانير فإن الانتفاع الذي
خلقت الدراهم والدنانير
لأجله وهو الثمن لا يمكن
بهم ماع بقاء أصله في ملكه

بناء بدون أرض قال هلال لا يجوز انتهى لكن في الخصاص ما يفيد أن الأرض إذا كانت متوفرة للاحتكار
جاز فانه قال في رجل وقف بناء دار له دون الأرض أنه لا يجوز فيسأل له فاستقول في حوائث السوق أن وقف
رجل حافوا منها قال أن كانت الأرض اجارة في أيدي القوم الذين بنوها لا يخبر بهم السلطان عنها فالوقف
جائز لأن رأيناها في أيدي أصحاب البناء يتوارثونها وتقسم بينهم لا يتعرض لهم السلطان ولا يزعمهم عنها
وأما غلة ما يخذها وتداولها الخلقاء ومضى عليها الدهور وهي في أيديهم يتبايعونها ويوارثونها ويجوز فيها
وصاياهم ويهدمون بناءها وينون غير ما فاد أن ما كان مثل ذلك جاز وقف البنين فيه والأفلوذ كرفي
موضع آخر في فتاوى قاضيان إذا بنى قنطرة للمسلمين جاز ولا يكون بناءها مبرأ ثم ذكر أنه إنما خص
البناء بذلك لأن العادة أن تتخذ على جنبتي النهر العام وذلك غير مملوك ثم قال وهذا المسألة دليل على جواز
وقف البناء بدون الأصل ثم نقل عن الأصل أن وقف البناء بدون أصل الدار لا يجوز ولا يجوز وقف البناء
في أرض هي عارية أو اجارة وإن كانت ملكا لو وقف البناء جاز عند البعض وعن محمد إذا كان البناء في
أرض وقف جاز وقفه على الجهة التي تكون الأرض وقفها على كذا الشكل في الفتاوى وأطلق الاجارة
بعارض قول الخصاص في أرض الحكور اللهم إلا أن يجعل تخصيصها بسبب أنها صارت كالملك على
ما ذكره وسميعة وفي الخلاصة إذا وقف مصحفا على أهل المسجد لقرأة القرآن أن كانوا يحصون جاز وإن
وقف على المسجد جاز ويقرأ في ذلك المسجد وفي موضع آخر ولا يكون مقصودا على هذا المسجد وأما وقف
الكتب فكان محمد بن سلة لا يجيزه ونصير بن يحيى يجيزه ووقف كتبه والفقيه أبو جعفر يجيزه به تأخذ
وجه قول أبي يوسف أن القياس بإياه والنص ورد في الكراع والسلاح على خلافه فيقتصر عليه (ومحمد
رحمه الله يقول القياس ينزل بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الأشياء وعلى قول محمد
أكثر فقهاء الأمصار وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا) وقال الشافعي رحمه الله كل ما يمكن الانتفاع
به مع بقاء أصله ويجوز بيعه ويجوز وقفه وهذا قول مالك وأحمد أيضا وأما وقف ما لا ينتفع به إلا بالانتلاف
كالذهب والفضة والمأكول والمشر وبغير جائز في قول عامة الفقهاء والمراد بالذهب والفضة الدراهم
والدنانير وما ليس بحلي وأما الحلي فيصح وقفه عند أحمد والشافعي لأن حفصة رضي الله عنها ابتاعت حليا
بعشرين ألفا فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته وعن أحمد لا يصح وقفه وأنكر الحديث
ذكره ابن قدامة في المغني وحاصل وجه الجماعة القياس على الكراع وعارضة المصنف بأن حكم الوقف
الشرعي التأبيد ولا يتأبد غير العقار غير أنه ترك في الجهاد لأنه سنام الدين فكان معنى القر بهما أقوى
فلا يلزم من شرعية الوقف فيهما شرعية فيهما هودونهما ولا يلحق دلالة أيضا لأنه ليس في معناهما وإذا عرفت
هذا فقد زاد بعض المشايخ أشياء من المنقول على ما ذكره محمد لما أرو من حرمان التعامل فيها في الخلاصة وقف
قرة على أن ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى لآبناء السبيل قال أن كان ذلك في موضع غلب ذلك في أوقافهم

في المنقول (قوله وقف كتابه) الخاقا لها بالمصاحف وهذا صحيح وفي فتاوى قاضيان رحمه الله مختلف
المسألة في وقف الكتب جوزها الفقيه أبو الليث رحمه الله وعليه الفتوى (قوله مع بقاء أصله) احتراز عن
الدراهم والدنانير فإن الانتفاع الذي خلقت الدراهم والدنانير لأجله وهو الثمن لا يمكن بهم ماع بقاء أصله في

وقوله (و يجوز بيعه) احتراز عن حمل النافذة والجارية فإنه لا يجوز بيعه فكذا وقفه عنده أيضا ولنا أن الوقف في المنقول لا يتأبد وهو ظاهر وما لا يتأبد لا يجوز وقفه لأن التأييد لا بد منه على ما بيناه فصار المنقولات كالدراهم والدنانير وقوله (بخلاف العقار) جواب عن اعتباره بالعقار وقوله (ولامعارض من حيث السمع) جواب عن قوله فاشبه الكراع والسلاح وجهه أن الأصل أن لا يجوز وقف الكراع والسلاح أيضا كالدراهم إلا أن تركناه بمعارض (٤٣٢) راجع من حيث السمع وقوله (ولامن حيث التعامل) جواب عما يقال ترك

الأصل في الكراع والسلاح بمعارض من حيث السمع وهو ليس بموجود في المراحل والقعود وغيرهما فلنكن صورة النزاع مقيسة على ذلك وجهه أن لهامامعارض من حيث التعامل وليس بموجود في صورة النزاع كالعبيد والاماء والشياب والبسط وأمثالها فبقى على أصل القياس وقوله (وهذا) استظهار على أن الحاق غير العقار والكراع والسلاح بهما غير جائز لأن غيرهما لقوتهما ليس في معناهما ولم يذكر التعامل اعتمادا على شهرة كون التعامل أقوى من القياس فجاز أن يترك به قال (وإذا صح الوقف لم يجوز بيعه) أي إذا لزم الوقف لم يجوز بيعه ولا تملكه إلا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف فيطلب الشريك الأقسمة فتصح مقاسمته فعوله إلا أن يكون مشاعا استثناء من قوله لم يجوز بيعه وهو منقطع أو متصل لأن معنى المبادلة في قسمة العقار راجع فجعل كأنه يبيع اتساعا ما امتناع التملك فلما بينا معنى ما روى

ويجوز بيعه يجوز وقفه لأنه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا أن الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولامعارض من حيث السمع ولامن حيث التعامل فبقى على أصل القياس وهذا لأن العقار يتأبد والجهد سنام الدين فكان معنى القر بهما أقوى فلا يكون غيرهما في معناهما قال (وإذا صح الوقف لم يجوز بيعه ولا تملكه

رجوت أن يكون جائزا وعن الانصاري وكان من أصحاب زفر في وقف الدراهم أو الطعام أو ما يكال أو ما يوزن يجوز ذلك قال نعم قيل وكيف قال يدفع الدراهم مضاربة ثم يتصدق بها في الوجه الذي وقف عليه وما يكال وما يوزن يباع ويدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة قال فعلى هذا القياس إذا وقف هذا الكرم من الخطة على شرط أن يقرض للفقراء الذين لا بذل لهم ليزرعوه لأنفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الادراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبدأ على هذا السبيل يجب أن يكون جائزا قال ومثل هذا كثير في الري وناحية دنيا وندوا لكسبية وأسترة الموتى إذا وقف صدقة أبدأ جاز فتدفع الاكسبية للفقراء فينتفعون بها في أوقات ابسها ولو وقف ثور الاتراء بقرهم لا يصح ثم إذا عرف جواز وقف الفرس والجل في سبيل الله فلو وقفه على أن يمسكه مادام حيوان أمسكه للجهد جاز له ذلك لأنه لو لم يشترط كان له ذلك لأن لجاعل فرس السبيل أن يجاهد عليه وإن أراد أن ينتفع به في غير ذلك لم يكن له ذلك وصح جعله للسبيل يعني يبطل الشرط ويصح وقفه ولا يؤخر فرس السبيل إلا إذا احتج إلى نفقته فيؤاخر بقدر ما ينفق عليه قال في الخلاصة وهذه دليل على أن المسجد إذا احتاج إلى نفقة يؤاخر قطعة منه بقدر ما ينفق عليه اه وهذا عند غير صحيح لأنه يعود إلى القبح الذي لاجله استثنى أبو يوسف المسجد من وقف المشاع وهو أن يتخذ مسجدا يصلى فيه عامارا مطبعا يربط فيه الدواب عامولا لو قيل انما يؤاخر جاز ذلك فنقول غايه ما يكون للسكنى ويستلزم جواز الجماعة فيه واقامة الحائض والجنب فيه ولو قيل لا يؤاخر ذلك فكل عمل يؤاخره فيه تغيير أحكامه الشرعية ولا شك أن باحتياجه إلى النفقة لا تتغير أحكامه الشرعية ولا يخرج به عن أن يكون مسجدا نعم إن خرب ما حوله واستغنى عنه فحينئذ لا يصير مسجدا عند محمد بخلاف أبي يوسف وأما إذا لم يكن كذلك فتجب عمارته من بيت المال لأنه من حاجة المسلمين وفي الخلاصة أيضا يجوز وقف الغلمان والحواري على مصالح الرباط وإذا زوج السلطان أو القاضي جارية الوقف يجوز ولوز وج عبد الوقف لا يجوز والغرق ظاهر وهو أن في الأول اكتسابا للوقف دون الثاني ولهذا لوز وج أمة الوقف من عبد الوقف لا يجوز ومن فروغ وقف المنقول وقف دار فيها حمامات يخرجن ويرجعن يدخلن في وقفه الحمامات الأصلية قال الفقيه هو كوقف الضبيعة مع الشيران وسئل أبو بكر عن وقف شجرة باصلها أو الشجرة مما ينتفع باوراقها وغرها قال الوقف جائز وينتفع بثمرها ولا يقطع أصلها إلا أن تفسد أغصانها فإن لم ينتفع باوراقها وغرها فانها تقطع وبصرف ثمنها إلى سيدها فإن نبت ثانيا والاخرس مكانها وسئل أبو القاسم الصغار عن شجرة وقف يابس بعضها وبقي بعضها فقال ما يابس منها فسيدها سبيل غلتها وما بقي متروك على حالها (قوله وإذا صح الوقف) أي لزم وهذا يؤيد ما قدمناه في قول القدوري وإذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ثم قوله (لم يجوز بيعه ولا تملكه) هو ملكه (قوله ويجوز بيعه) احتراز عن أم الولد فإنه لا يجوز وقفها (قوله ولا معارض من حيث السمع)

الا

من قوله صلى الله عليه وسلم تصدق باصلها الاتباع ولا توهب وما ذكره من المعنى بقوله ولان الحاجة متاسة الخ

قال المصنف (ولا بد منه على ما بيناه) أقول اللازم من الدليل هو تأبد الوقف مدة بقاء الموقوف وذلك موجود في محل النزاع أيضا فليست (قوله استثناء من قوله لم يجوز بيعه الخ) أقول بل من قوله ولا تملكه كإيدل عليه أول كلام المصنف نعم يفهم من آخره كونه استثناء من المجموع والامر سهل

وقوله (وأما جواز القسمه)

فظهر وقوله (فهو الذي يقاسم) أي الواقف هو الذي يقاسم شريكه لا القاضي وقوله (خالص) صفة عقار أي لو كان له عقار مائة ذراع وهو خالص له لا شركة لغيره فيه فوقف منه خمسين ذراعاً وجب أن يكون القاسم ههنا غير الواقف لئلا يلزم أن يكون الشخص الواحد مطالباً ومطالباً فان مقاسم النصف الذي هو الواقف مطالب من مالك النصف الذي هو غير وقف ومالك النصف مطالب وهو الواقف بعينه المقاسم لنصف الوقف فكان مطالباً ومطالباً وهو لا يجوز فيرفع أمره إلى القاضي ليقاسمه أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه ولو كان في القسمه فضل دراهم بان كان أحد النصيبين أجود فدعت الضرورة إلى ادخال الدراهم في القسمه وتراضياً على ذلك فان ادخال الدراهم في القسمه لا يجوز الا لضرورة أو بالتراضي على ما سيأتي في كتاب القسمه ان شاء الله تعالى فلا يخلو ما أن يكون الواقف يأخذ الدراهم أو يعطيه فان كان الأول لم يجوز لانه يعطى بمقابله الدراهم شيئاً من الوقف ويبيع الوقف لا يجوز وان كان الثاني جاز لانه حينئذ يشتري شيئاً بمقابله الدراهم ويقفه وهو جائز

الآن يكون مشاعاً عند أبي يوسف فيطلب الشريك القسمه فيصح مقاسمته) أما امتناع التملك فلما بينا وأما جواز القسمه فلانها تتميز وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة الآن في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظر الوقف فلم تكن بيعاً وتلك كانت ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية للواقف وبعد الموت إلى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه لان الواحد لا يجوز أن يكون مقاسماً ومقاسماً ولو كان في القسمه فضل دراهم ان أعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وان أعطى الواقف جاز ويكون بقدر الدراهم شراء

باجماع الفقهاء (الآن يكون مشاعاً فيطلب شريكه القسمه عند أبي يوسف فتصح مقاسمته أما امتناع التملك فلما بينا) من قوله عليه الصلاة والسلام تصدق باصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ومن المعنى وهو ان الحاجة ماسة إلى آخره ولانه بالزوم خرج عن ملك الواقف وبمالك لا يتم كمن من البيع (وأما جواز القسمه) أي عندهما فان على قول أبي حنيفة لا يجوز ان قضى القاضي بعهدة وقف المشاع لانها مبادلة ومعنى المبادلة هو الزاج في غير المثليات (فلانها تتميز) معنى (وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة الآن في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظر الوقف فلم تكن بيعاً وتلك كانت ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية للواقف) عند أبي يوسف وقف المشاع انما يجوز على قوله (ولو طلب الشريك القسمه) (بعد موته) فالقسمه (إلى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له) (للقسمه طريقتان أحدهما أن (يقاسمه القاضي) بان يرفع الامر اليه ويطلب منه القسمه فيأمر رجلاً أن يقاسمه (الثاني أن يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه) ان أحب وهذا (لان الواحد لا يصلح أن يكون مقاسماً ومقاسماً ولو كان في القسمه فضل دراهم) بان كان أحد النصيبين أجود من الآخر فجعل بازاء الجوده دراهم فان كان الاخذ للدراهم هو الواقف بان كان النصف الذي هو غير الوقف هو الاحسن لا يجوز لانه يصير بائعاً لبعض الوقف ويبيع الوقف لا يجوز وان كان الاخذ شريكه بان كان النصيب الوقف أحسن جاز لان الواقف مشتركاً بائع فكانه اشتري بعض نصيب شريكه فوقفه فقوله (ان أعطى الواقف لا يجوز) يصح على بناءه للمفعول ورفع الواقف ويصح على بناءه للفاعل ونصب الواقف لان المعنى فيهما انه أخذ الدراهم واعلم ان عدم جواز البيع في غير القسمه فيما اذا كان قائماً عامراً أما اذا تهدم ولا حاصل له يعمر به فيجوز لانه رجوع إلى ملك الواقف ان كان حياً وإلى ورثته ان كان ميتاً وقال الصدر الشهيد في جنس هذه المسائل نظر يعني لان الوقف بعد ما خرج إلى الله تعالى لا يعود إلى ملك الواقف وأنت تعلم ان قول محمد برجوعه إلى ملك الواقف أولى من قوله في المسجد لان خلوصه لله تعالى أقوى من غيره من الاوقاف ولان ذلك بشرط الفائدة وقد تحقق انتفاؤها اذا لم يكن له ربح يعاديه ولا يوجد من يستأجره فيعمره ومن ذلك ما تواتر في السوق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر

والقياس في المنقول أن لا يصح وقفه لان الوقف فيه لا يتأبد ولا بد من التأبسد الآن السمع عارض القياس في البعض كافي الكراع والسلاح حيث وردت الآثار المشهورة وفي البعض عارض القياس التعامل كافي القياس والمر والقدم والقنور والمر اجل فبقى الباقي كالشباب والبسط وكالعيبد والاماء قصداً على القياس اذا معارض فيها من حيث السمع والتعامل (قوله الآن يكون مشاعاً) الغالب جهة المبادلة في القسمه اذا كانت في غير المثليات فيكون في معنى البيع فيصح الاستثناء من قوله لم يجوز بيعه (قوله ولو كان في القسمه فضل دراهم) اعلم أن ادخال الدراهم في القسمه لا يجوز الا بتراضيهم أو وقعت الضرورة في ادخالها بان وقع البناء في أحد النصيبين أو كان أحد النصيبين أجود فحينئذ يجوز أن تعطى الدراهم من وقع البناء في نصيبه أو وقع نصيبه أجود فيمار وي عن أبي حنيفة رحمه الله على ما يجي في كتاب القسمه ان شاء الله تعالى (قوله ان أعطى الواقف لا يجوز) أي ان أعطى المشتري الواقف لا يجوز لان المشتري يأخذ بمقابلته الدراهم شيئاً من

قال (والواجب ان يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف أو لم يشترط) لان قصد الواقف حرف الغلة مؤيداً ولا يتبقى دائماً إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاءً ولان الخراج بالضمان وصار كمنفعة العبد الموصى بخدمته فانما على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم وأقرب أموالهم هذه الغلة فتجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه أو آخره للفقراء فهو في مال أي مال شاء في حال حياته ولا يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن المطالبة بما يستحق العمارة عليه

وقوله (لان الخراج بالضمان) هذا اللفظ الحديث وهو من جوامع الكلام ولا حارزه معاني جمة جرى مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة ومعناه ههنا ان غلة الوقف لما كانت للموقوف عليهم كانت العمارة عليهم أيضاً ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم أي لا يغوز المتولي بهم لعدم تعيينهم وعسرتهم وأقرب أموالهم إلى المتولي هذه الغلة فتجب فيها وقوله (ولو كان الوقف على رجل بعينه) ظاهر وقوله (ولا يؤخذ من الغلة) يعني حتماً لانه قال فهو في مال أي مال شاء وهذه الغلة أيضاً من ماله فلا يؤخذ بذلك تناقض

البتة وحوض محلة خرب وصار بحيث لا يمكن عمارته فهو للواقف ولو ورثته فان كان واقفه وورثته لا تعرف فهو لقطعة كذا في الخلاصة زاد في فتاوى الخاصي اذا كان كالقطعة يتصدقون به على فقير ثم يبيعه الفقير فينتفع بثمنه وعلى هذا فانما يصير لبيت المال اذا عرف الواقف وعرف موته وانقراض عقبه وروى عن محمد اذا ضغقت الارض عن الاستغلال ويجوز التقيم بثمنها أخرى هي أكثر ريعاً كان له أن يبيها ويشترى بثمنها ما هو أكثر ريعاً ما قول طائفة من المشايخ فيما اذا خاف المتولي على الوقف من وارث أو سلطان يغلب عليه قال في النوازل يبيعهها يتصدق بثمنها قال وكذا كل قيم خاف شيئاً من ذلك قالوا فالفتوى على خلافه لان الوقف بعد ما صح بشرائطه لا يحتمل البيع وهذا هو الصحيح حتى ذكر في شجرة جوز وقف في دار وقف خربت الدار لا تباع الشجرة بعمارة الدار بل تكرى الدار ويستعان بنفس الجوز على العمارة ثم اذا جاز بيع الاشجار الموقوفة لا يجوز قبل القطع بل بعده هكذا عن الفضلي في الاشجار المثمرة وفي غير المثمرة قال يجوز قبل القلع لانها هي الغلة وبناء الوقف والنبات لا يجوز قبل الهدم والقلع كالمثمرة كذا قيل والوجه يقتضي اذا تعين البيع كونه قبل الهدم دفعاً لزيادة مؤنة الهدم الآن تزيد القيمة بالهدم وفي زيادات أبي بكر بن حامد أجمع العلماء على جواز بيع بناء الوقف وحصره اذا استغنوا عنه (قوله والواجب أن يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته سواء شرط الواقف ذلك أو لم يشترط) لان الغرض لكل واقف وصول الثواب مؤيداً وذلك (بصرف الغلة مؤيداً) ولا يمكن ذلك بلا عمارة فكانت العمارة مشروطة اقتضاءً ولهذا ذكر محمد رحمه الله في الاصل في شيء من رسم الصكوك فاشترط أن يرفع الوالي من غلته كل عام ما يحتاج اليه لاداء العشر والخراج والبنو وأركان الولاية عليها والعملة وأجور الحراس والحصادين والدراسين لان حصول منفعتها في كل وقت لا يتحقق الا بدفع هذه المؤن من رأس الغلة قال شمس الأئمة وذلك وان كان يستحق بالشرط عندنا لكن لا يؤمن جهل بعض القضاة فيذهب رأيه إلى قسمة جميع الغلة فاذا شرط ذلك في صكه يقع الامن بالشرط قال المصنف (ولان الخراج بالضمان) أي الانتفاع بخراج الشيء كغلة العبد والذابة ونحو ذلك بقيام ذلك الشيء أي لكون ذلك الشيء لو تلف تلف من ضمان المستغل وروى أبو عبيد في كتاب غريب الحديث عن مروان الغزاري عن ابن أبي ذئب عن محمد بن أبي خفاف عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى أن الخراج بالضمان قال أبو عبيد معناه والله أعلم الرجل يشتري المملوك فيستغله ثم يجده عيباً كان عند البائع فقهى أنه يردها للعبد على البائع بالعيب ويرجع بالثمن فيأخذها وتكون له الغلة طيبة وهو الخراج وانما طابت لانه كان ضامناً للعبد ولو مات مات من مال المشتري لانه في يده اهـ ولهذا الحديث نقض عمر بن عبد العزيز قضاءه حين قضى بالغلة للبائع وهذا الحديث من جوامع الكلام وفي معناه الغرم بالغنم وقد جرى لفظه مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة وقوله (وصار) أي عمارة الوقف (كمنفعة العبد الموصى بخدمته فانما) لا يكون (على الموصى له بها) (قوله ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم) لا يتصور ان يلزموا لعدم اجتماعهم والعسرتهم (وأقرب أموالهم هذه الغلة) السكينة للوقف (فتجب) العمارة فيها (قوله وان كان الوقف على رجل بعينه) أو رجال (وآخره للفقراء فهو في مال أي مال شاء في حياته) فاذا مات من الغلة (ولا يؤخذ من الغلة) عينا (لانه) رجل (معين يمكن المطالبة) ثم هو يعطى ان شاء من الغلة وان شاء من

الوقف فيصير الواقف بائعاً للوقف في ذلك القدر فلا يجوز وأما اذا أعطى الواقف فضل الله وأهمل المشتري جاز

بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقعه وان خرب بيني على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت غلتها مصروفة الى الموقوف عليه فاما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة عليه والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها الى شيء آخر الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخر يجوز ذلك والاول اصح لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة قال (فان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له سكنى) لان الخراج بالضمان على ما مر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته (فان امتنع من ذلك أو كان فقيرا آخرها الحاكم وعمرها باجرتها واذا عمرها ردها الى من له السكنى) لان في ذلك رعاية الحقيقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والاول أولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في المزاوعة

كلامه وقوله (ولو كان الوقف على الفقراء) يعني لا على رجل بعينه فكذلك عند البعض أي لا تصرف غلة الوقف الى زيادة عمارة لم تكن في ابتداء الوقف بل تصرف الى الفقراء وعند آخرين يجوز ذلك والاول وهو أن يكون البناء الثاني مثل الاول لازما عليه أصح لما ذكره في السكنى وهو واضح وقوله (وان وقف دارا على سكنى ولده) ظاهر وقوله (والاول أولى) يريد به اجارة الحاكم وعمرها باجرتها ثم ردها الى من له السكنى والثاني هو ترك العمارة واستفيد ذلك بقوله لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا

غيرها ثم العمارة المستحقة عليه انما هي (بقدر ما يبقى الموقوف به على الصفة التي وقف) عليها (فاما الزيادة فليست بمستحقة) فلا تصرف في العمارة (الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض) أي لا يزداد على الصفة التي كان عليها (وعند آخرين يجوز ذلك) أي الزيادة (والاول اصح) لانه صرف حق الفقراء الى غير ما يستحق عليهم ولا تؤخر العمارة اذا احتج اليها وتقطع الجهات الموقوفة عليها لئلا تخف ضرره بل خيف قدم وأما الناظر فان كان المشروط له من الواقف فهو كاحد المستحقين فاذا قطعوا للعمارة قطع الآن يعمل كالفاعل والبناء ونحوهما فأي أخذ قدر أجرته وان لم يعمل لا يأخذ شيئا قال الامام فخر الدين قاضيان رجل وقف ضيعته على مواليه ومات فجعل القاضى الوقف في يد قيم وجعل له عشر الغلات مثلا وفي الوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها الى القيم وأصحاب هذه الطاحونة يقسمون غلتها لا يجب للقيم فيها ذلك العشر لان القيم لا يأخذ ما يأخذ الباطن الا بغيره فلا يستوجب الاجر بلا عمل اه فهذا عندنا فحين لم يشمرط له الواقف شيئا أما اذا شرط كان من جملة الموقوف عليهم (قوله فان وقف دارا على سكنى ولده) أو غير ولده (فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان وصار كالعبد الموصى بخدمته فاذا امتنع من ذلك أو كان فقيرا آخرها الحاكم وعمرها باجرتها) ثم ردها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقيقين حق الواقف وحق صاحب السكنى (لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والاول) وهو العمارة (أولى) من الثاني وهو عدم عمرتها المدلول عليه بقوله لو لم يعمرها لان الجمع بين المصلحتين أول من ابطال احدهما (ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من الزام الضرر) (اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في) (المزاوعة) وبيننا

لان الواقف حينئذ يصير مشتريا شيئا بمقابلة الدراهم وواقف ذلك الشيء الذي اشتراه فيجوز (قوله ولان الخراج بالضمان) هذا في الاصل لفظ الحديث وهو من جوامع السكك ومعناه الغرم بازاء الغنم من تولى حارها تولى قارها ولهذا جرى لفظ الحديث مجرى المثل واستعمل في مضره بمقابلة منفعة ثم المراد من الخراج ما يخرج من النفع من ملك انسان كغلة الارض والاعلام والمراد من الضمان المأونة أي كل من كان له منفعة شيء كان عليه مضربه فكان معنى قوله الخراج بالضمان منفعة الغلة لك بسبب ان ضمنته وقيل معناه أن يشتري العبد فيستغله ثم يجديه عيبا فانه رده والغلة له لانه لو مات كان في ضمانه ولاجل هذا الخبر نقض عمر بن العزيز قضاءه بالغلة للبائع (قوله وعند الآخرين يجوز ذلك) اعتبروا بما اذا كانت الارض الموقوفة على الفقراء متصلة ببيوت المصر يرغب في استئجار بيوتها وتكون غلة ذلك فوق غلة الارض كان للقيم أن يبنوا بيوتها ويؤجرها لان الاستغلال بهذا الوجه يكون أنفع للفقراء ومنهم من قال ليس للقيم صرف الغلة الى زيادة العمارة ولهذا ليس له أن يشتري بالغلة دارا أخرى ليضمها الى الوقف وأما تلك المسئلة فببناء البيوت ليس من باب الزيادة وانما ذلك تبديل جهة الاستغلال بجهة خير من الاول فالاستغلال واحد والجهتان فيه مختلفتان والثانية خبير من الاولى فكان ذلك بمنزلة الزيادة كذا في وقف هلال رحمه الله (قوله والاول اصح) وهو أن يكون البناء الثاني مثل الاول لازما على الاول (قوله والاول أولى) وهو اجارة الحاكم وعمرها باجرتها ثم ردها الى من

وقوله (في حين التردد) بيانه ان الامتناع يحتمل أن يكون لبطلان حقه ويحتمل أن يكون نقصان ماله في الحال ولرجائه اصلاح القاضى وعمارة ثم رده اليه وقوله (ولا تصح اجارة من له السكنى) اضافة المصدر الى فاعله وهذا لان الاجارة تمليك المنافع بعوض ولا تمليك من غير المالك ومن له السكنى ليس بمالك ونوقض بالمستأجر فان له أن يؤجر الدار وليس بمالكها أو أجب بأنه مالك المنفعة ولهذا أقيمت العين في ابتداء العقد مقام المنفعة لئلا يلزم تمليك المنفعة المعدومة ومن له السكنى أقيمت له المنفعة ولهذا لم تقم العين مقام المنفعة في ابتداء الوقف ولا يلزم من جواز تمليك المالك جواز تمليك غيره قال (وما انهدم من بناء الوقف وآلته) قال صاحب النهاية قوله وآلته يحتمل أن يكون حجر ورأب العطف على البناء يعنى ما انهدم من آل الوقف بان بلى خشب الوقف وفسد ويحتمل أن يكون مرفوعا بالعطف على ما الموصولة وهو المنقول عن الثقات لانه لا يقال انهدم الآلة والنقض بضم النون البناء المنقوض وفي الصحاح ذكره بكسر النون لا غير

فلا يكون امتناعه رضاه منه ببطلان حقه لانه في حين التردد ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك قال (وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحالك في عبارة الوقف وان احتاج اليه ان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها) لانه لا بد من العمارة ليبقى على التأيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفها فيها والامسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك أو ان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر اعادته عليه الى موضعه يبيع وصرف ثمنه الى المارمة صرفا للبذل الى مصرف المبدل (ولا يجوز أن يقسمه) يعنى النقض (بين مستحق الوقف) لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه وانما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى من عليه البذر فامتنع من عليه البذر عن العمل لا يجبر عليه لذلك (ثم لا يكون امتناعه رضاه منه ببطلان حقه لان امتناعه في حين التردد) يعنى دلالة الامتناع على الرضا باسقاط حقه مترددا فيها الجواز كون امتناعه لعدم القدر على العمارة أو لرجائه اصلاح القاضى كما يجوز كونه لرضاه بابطال حقه (و) انما قال أجزاها الحالك لانه (لا تصح اجارة من له السكنى) وعلة بقوله (لانه غير مالك) وفي تقريره قولان أحدهما انه ليس بمالك للمنفعة بل أبيع له الانتفاع وهذا ضعيف فان للموقوف عليه السكنى ان يعير الدار والاعارة تمليك المنافع بلا عوض والمسئلة في وقف الحصاص والاشترائه ليس بمالك للعين والاجارة تتوقف عليه لانها يبيع المنافع والمنافع معدومة فلا يتحقق ملكها للملكها فاقامت العين مقام المنفعة ليرد عليها العقد فلا بد من كونها مملوكة وهو مشكل لانه يقتضى أن لا يصح اجارة المستأجر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل وأن لا يصح من الموقوف عليه السكنى الاعارة لكنه يصح كذا كرنا فالولى أن يقال لانه تلك المنافع لا يبدل فلم يملك تمليكها يبدل وهو الاجارة والمالك أكثر مما ملك بخلاف الاعارة وهذا الوجه الذي قبله يفيد أن لا فرق بين الموقوف عليه السكنى وغيره حتى ان الموقوف عليه الدار المستحق للغلة أيضا ليس له أن يؤجر لانه ليس بمالك للعين فلا يمكن اقامة العين مقام منافعها ليرد عليه عقد الاجارة بل ما ملكه من المنافع لا يبدل ونص الاستروشنى انه رأى في المنقول ان اجارة الموقوف عليه لا تجوز وانما تلك الاجارة المتولى والقاضى ونقل عن الفقيه أبى جعفر انه ان كان الاجارة للموقوف عليه اذا كان الوقف لا يستر بمجوز اجارته وهذا في الدور والحوانيت وأما الاراضى فان كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه أن يؤجر وان لم بشرط ذلك فيجب أن يجوز و يكون الخراج والمؤنة عليه هذا وان لم يرض الموقوف عليه السكنى بالعمارة ولم يجد القاضى من يستأجرها لم أر حكم هذه في المنقول من المذهب والحال فيها يؤدى الى أن تصير نقضا على الارض كرماد تسفوه الرياح وخطرتى انه يخيره القاضى بين أن يعمرها فيستوفى منفعتها وبين أن يردّها الى ورثة الواقف (قوله وما انهدم من بناء الوقف وآلته) وهو بالجرح كالخشب والقصب وقديسهم عطفاء على ما صرفه الحالك في عبارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج اليه وأنت تعلم ان بالانهدام تحقق الحاجة الى عبارة ذلك القدر فلا

له السكنى لان فيه رعاية الحقين والثانى ترك العمارة لان فيه فوت الحقين (قوله ولا يكون امتناعه رضاه منه) هذا جواب من يقول انه لما امتنع عن العمارة فقد رضى ببطلان حقه فلا تجب رعاية حقه فاذا عمرها القاضى ينبغي أن لا يرد عليه فاجاب رحمه الله بان الرضا في حين التردد لاحتمال أنه انما امتنع اعتمادا على أن القاضى اذا عمرها ردها عليه أو لان الامتناع يحتمل أن يكون لبطلان حقه ويحتمل أن يكون لنقصان ماله في الحال (قوله لانه غير مالك) والاجارة تمليك المنافع بعوض والتمليك لا يتحقق من غير المالك فان قيل المستأجر لا يملك الدار ومع ذلك كان له أن يؤجرها من آخر للسكنى وكذلك في كل عمل لا يختلف باختلاف المستعمل قلنا هناك ملك المستأجر المنفعة وهنا أقيمت المنفعة للموقوف عليه ليكون ثواب اباحة المنفعة ترجع الى الواقف حتى لم تقم ههنا عين الوقف مقام المنفعة في ابتداء الوقف لانه لا يلزم تمليك المنافع المعدومة بخلاف الاجارة حيث أقيمت الدار مقام المنفعة وقت الاجارة لئلا يلزم تمليك المنافع المعدومة فلما ملكها في الاجارة ملك أيضا تمليكها من غيره (قوله وما انهدم من بناء الوقف وآلته) أى آلة البناء كالخشب وغبر ذلك النقض بضم

وقوله (ولا يجوز على قياس قول محمد) بناء على ان التسليم الى المتولى شرط عنده ولم (١٣٧) يوجد قال الصدر الشهيد والفتوى على

قول أبي يوسف ترجيحاً للناس

في الوقف وقوله (فقد قيل

يجوز بالاتفاق) وهو رواية

المبسوط والذخيرة والتمتة

وفتاوى قاضيهان وهذا

ظاهر على أصل أبي يوسف

فانه لو شرط بعض الغلة أو

كلها لنفسه في حال حياته جاز

فلامهات أولاده أو لى وانما

الاشكال على قول محمد فانه

لا يجوز أن يشترط ذلك

لنفسه واشترطه لامهات

أولاده في حياته بمنزلة

اشترطه لنفسه ولو كان

جوز ذلك استحساناً للعرف

ولانه لا بد من تصحيح هذا

الشرط لهن لانهم يعتقن

بموته فاشترطه لهن

كاشترطه لساتر الاجانب

فيجوز ذلك في حياته أيضاً

تبعاً لما بعد الوفاة وقد قيل

هو على الخلاف أيضاً وهو

الصحيح لان اشترطه لهن في

حياته أى اشترطه صرف

الغلة في ابتداء الوقف لامهات

أولاده ومديره وذكر

الضمير تغليباً للمديرين على

أمهات الاولاد كاشترطه

لنفسه ثم اشترطه صرف

الغلة لنفسه في ابتداء الوقف

جائز بدون واسطة عند أبي

قال المصنف (وقيل ان

الاختلاف بينهما بناء على

أقول في هذا البناء نوع

تأمل ظاهر المكن يظهر

وجه البناء بما ذكره الخبازي

قال المصنف (وقد قيل هو

على الاختلاف أيضاً وهو

الصحيح) أقول بخلاف رواية الكتب المذكورة (قوله لان اشترطه لهن في حياته) أقول ذكر الضمير في قوله لهن تغليباً للذكر على الإناث

فلا يصرف اليهم غير حقهم قال (واذا جعل الوقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه جاز عند أبي يوسف) قال رضى الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه أما الاول فهو جائز عند أبي يوسف ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرازي وبه قال الشافعي وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز وقيل هي مسئلة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء سواء ولو وقف وشرط البعض أو الكل لامهات أولاده ومديره ماداموا أحياء فإذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف أيضاً وهو الصحيح لان اشترطه لهن في حياته كاشترطه لنفسه

معنى للشرط في قوله ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج وانما المعنى انه ان كان التهيؤ للعمارة ثابتاً في الحال صرفه اليها والا حفظه حتى يتبين ذلك وتحقق الحاجة فان المنهدم قد يكون قليلاً جداً لا يتخل بالانتفاع بالوقف ولا يقر به من ذلك فيكون وجوده كعدمه فيؤخر حتى تحسن أو تجب العمارة وان تعذرت اعارته بأن خرج عن الصلاحية لذلك لضعفه ونحوه بآءه وصرف منه في ذلك فاقامة للبدل بمقام المبدل ولا يقسمه بين مستحق الوقف لانه من عين الوقف ولا حق لهم في العين الموقوفة لانهم احق بالله تعالى وحقهم في الغلة فقط واعلم أن عدم جواز بيعه الا اذا تعذر الانتفاع به انما هو فيما ورد عليه وقف الواقف أم فيما اشتراه المتولى من مستغلات الوقف فانه يجوز بيعه بلا هذا الشرط وهذا لان في صيرورته وقفاً خلافاً واختار انه لا يكون وقفاً فلا عيب أن يبيعه متى شاء لمصلحة تعرضت (قوله) واذا جعل الوقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه جاز عند أبي يوسف) فهذا فصلان ذكرهما القدوري (شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه أما الاول فهو جائز عند أبي يوسف) وهو قول أحمد وابن أبي ليلى وابن شبرمة والزهرى ومن أصحاب الشافعي ابن سريج (ولا يجوز على قياس قول محمد وهلال) الرازي وهو هلال بن يحيى بن مسلم البصري وانما نسب الى الرازي لانه كان على مذهب الكوفيين ورأى بهم وهو من أصحاب يوسف بن خالد السهمي البصري ويوسف هذا من أصحاب أبي حنيفة وقيل ان هلالاً أخذ العلم عن أبي يوسف وزفر ووقع في المبسوط والذخيرة وغيرهما الرازي وفي المغرب هو تحريف بل هو الرازي بتشديد الراء المهمة لانه من البصرة لامن الري والرازي نسبة الى الري وهكذا الصحيح في مسند أبي حنيفة وغيره ويقول محمد قال الشافعي ومالك والخلاف في شرط كل الغلة لنفسه وبعده على الفقراء أو بعضها وبعده للفقراء ثم قيل ان الاختلاف بينهما بناء على الخلاف في اشتراط القبض) أى قبض المتولى فلما شرطه محمد منع اشترط الغلة لنفسه لانه حينئذ لا ينقطع حقه فيه وما شرط القبض الا لينقطع حقه ولما لم يشترطه أبو يوسف لم يمنعه (وقيل مسئلة مبتدأة) غير مجدية وهو أوجه ثم وصل المصنف بهذه الخلافة ما ذكره

النون البناء المنقوض والجمع نقوض وعن الغوري النقض بالكسر لا غير كذا في المغرب وفي الصحيح ذكره الكسري لا غير (قوله) واذا جعل الوقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه جاز) أما الاول وهو جعل الغلة لنفسه جائز عند أبي يوسف رحمه الله وعليه مشايخ بل وذكر الصدر الشهيد أن الفتوى على قول أبي يوسف رحمه الله ترجيحاً للناس في الوقف (قوله) ولا يجوز على قياس قول محمد رحمه الله) لان التسليم الى المتولى عنده شرط وقد عدم ههنا وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى عليه وليس في هذا عن محمد رحمه الله رواية ظاهرة الاشئذ كره في كتاب الوقف اذا وقف على أمهات أولاده جاز قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله الوقف على أمهات أولاده بمنزلة الوقف على نفسه لان ما يكون لام الولد في حال حياة المولى يكون للمولى (قوله) وهو قول هلال الرازي (هكذا وقع في بعض نسخ الفقه بالرازي) وذكر في المغرب هلال الرازي بن يحيى البصري صاحب الوقف والرازي تحريف وقيل الخلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز فعند محمد رحمه الله التسليم شرط ليخرج العين عن ملكه الى الله تعالى وينقطع اختصاصه به وشرط الغلة ينافي ذلك (قوله) فقد قيل يجوز بالاتفاق) وهذا على أصل أبي يوسف رحمه الله تعالى عليه ظاهر فان عنده لو شرط بعض الغلة

الصحيح) أقول بخلاف رواية الكتب المذكورة (قوله لان اشترطه لهن في حياته) أقول ذكر الضمير في قوله لهن تغليباً للذكر على الإناث

الوقف تبرع على وجه التملك بالطريق الذي قدمناه أي بطريق التقرب الى الله تعالى فاشتراطه السكك أو البعض لنفسه يبطله لان التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفقة فانه لا يجوز ان يسلم قدرا من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه له بشرط بعض بقعة المسجد لنفسه فقوله وشروط بالجسر عطفًا على قوله كالصدقة المنفقة ومعناه أن يجعل بعض المسجد لنفسه كان ما عاين الجواز في السكك فكذا اذا جعل بعض الغلة لنفسه وقوله (ولابي يوسف ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته) ذكر الحديث شيخ الاسلام في مبسوطه والمراد منه الصدقة الموقوفة ولا يحل الاكل منه الا بالشرط بالايجاع فدل على صحته وقوله (على ما بيناه) اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره الى جهة لا تنقطع أبدا بقوله لهم أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك والى قوله ولا يبي يوسف أن المقصود هو التقرب فعلم من هذا المجموع ان الوقف قال المصنف (وجه قول محمد بن يوسف الله تعالى عليه

وجه قول محمد بن يوسف الله ان الوقف تبرع على وجه التملك بالطريق الذي قدمناه فاشتراطه البعض أو السكك لنفسه يبطله لان التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفقة وشروط بعض بقعة المسجد لنفسه ولا يبي يوسف ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يأكل من صدقته والمراد منه صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القرية على ما بيناه فاذا شرط البعض أو السكك لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا أنه يجعل ملك لنفسه وهو هذا جاز كما اذا بنى خاناً أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشروط أن ينزله أو يشرب منه أو يدفن فيه ولان مقصوده القرية وفي الصرف الى نفسه ذلك قال عليه الصلاة والسلام نفقة الرجل على نفسه صدقة

شرط الغلة لامهات أولاده ومديره ماداموا أحياء فاذا ماتوا كان للفقراء بناء على جعل الخلاف المعلوم جازياً فيها على ما صححه المصنف وقيل بل يحسن شرط الغلة لامهات أولاده ومديره بالاتفاق وهو الاصح وما قال المصنف بخلافه في المبسوط والمحيط والذخيرة والتمتة وروى قاضيان فان السكك جعلوا الصحة بالاتفاق وفرق في المبسوط لمحمد بن يوسف الله بين شرط الغلة لنفسه حيث لا يجوز ولا مهات أولاده حيث يجوز مع أن شرطه لهن وللمديره كشرطه لنفسه بان حريتهن ثبت بموته فيكون الوقف عليهم كالوقف على الاجانب ويكون ثبوته لهن حالة حياتهن تبعاً لما بعد موته كما قال أبو حنيفة في أصل الوقف اذا قال في حياتي وبعد وفاتي يلزم أمالو وقف على عبيده وأما ما لا يجوز عند محمد لانهم لا يعتقون بموته فلا تبعية ويجوز عند أبي يوسف كشرطه لنفسه (وجه قول محمد بن يوسف الله أن الوقف تبرع على وجه التملك) للغلة أو السكك (فاشترط البعض أو السكك لنفسه يبطله لان التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفقة) بان تصدق على فقير بمال وسلم اليه على أن يكون بعضه لم يجز لعدم الفائدة اذ لم يكن ملكا على هذا التقدير الا ما وراء ذلك القدر فكذا في الصدقة الموقوفة (وكشرط بعض بقعة المسجد لنفسه) (بيننا) ولا يبي يوسف ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته والمراد صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط فان الاجماع على أن الوقف اذ لم يشترط لنفسه الاكل منها لا يحل له أن يأكل منها وانما الخلاف فيما اذا شرطه والحديث المذكور بهذا اللفظ لم يعرف الا أن في مصنف ابن أبي شيبة حدثنا ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه قال ألم تر أن جبراً المدري أخبرني قال ان في صدقة النبي صلى الله عليه وسلم يأكل منها أهلها بالمعروف غير المنكر (ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى فاذا شرط البعض أو السكك لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا أنه يجعل ملك لنفسه) كذا اقرره المصنف وعلى ما سلف لنا في اشتراط التسليم الى المتولي عند محمد بن يوسف أن يقرر هكذا الموقوف ازالة الملك للكان بالعين واسقاطه الى مالك ابتغاء مرضاة الله تعالى على وجه يعتق بموته فشرطه الغير المنافي للقرية والشرع وشروط النفقة على نفسه منه لا ينافي ذلك (كما اذا بنى خاناً أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشروط أن يشرب منها أو مقبرة وشروط أن يدفن فيها قال صلى الله عليه وسلم نفقة الرجل على نفسه صدقة) (روى معنى هذا الحديث من طرق

او كلها لنفسه في حياته جاز ولا مهات أولاده أولى وانما الاشكال على قول محمد بن يوسف الله فانه لا يجوز أن يشترط ذلك لنفسه واشترطه لامهات أولاده في حياته بمنزلة الاشتراط لنفسه ولكنه يجوز ذلك استحسانا للعرف ولانه لا بد من تصحح هذا الشرط لهن لانهم يعتقن بموته فاشتراطه لهن كاشتراطه لساير الاجانب فيجوز ذلك في حياته أيضاً تبعاً لما بعد الوفاة كما قال أبو حنيفة رحمه الله في أصل الوقف اذا قال في حياتي وبعد مماتي يتعلق به الزوم (قوله ان الوقف تبرع على وجه التملك) أي التملك من الله تعالى بالطريق الذي قدمناه اشارة الى قوله لا بد من التسليم الى المتولي لان التملك من الله تعالى وهو مال لا يشاء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعاً لغيره (قوله فصار كالصدقة المنفقة) أي سلم قدرا من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه من ملكه فان الصدقة بهذا الشرط لا تجوز (قوله وشروط بالجسر) بان جعل بعض المسجد لنفسه فهو مانع للجواز في السكك (قوله فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه كافي في الصيد والحشيش وسائر المباحات) واذا

ان الوقف تبرع على وجه التملك) أقول فيه نوع مخالف لما سبق من أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك ولما قاله الشارحون من أن في الوقف باحسنة المنفعة لا تملكه كما سبق في الدرس السابق وجوابه ان المنفعة غير العلة ولو

ولو شرط الواقف أن يستبدل به أرضاً أخرى إذا شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف وعند محمد والوقف جائز والشرط باطل

كثيرة يبلغ بها الشهرة فروى ابن ماجه من حديث المقدم بن معديكر عن علي بن الصلوة والسلام قال ما من كسب الرجل كسب أطيب من عمل يده وما أنفق الرجل على نفسه وأهله ولده وخادمه فهو له صدقة وأخرجه النسائي عن بريدة عن جابر بن بلغظ ما طعمت نفسك فهو لك صدقة الحديث وأخرج ابن خبان في صحيحه عن أبي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أعمار رجل كسب ما لا حلالا فاطعمه نفسه أو كسبها فن دونه من خلق الله تعالى فان له زكاة ورواه الحاكم الأئمة قال فان له زكاة وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وأخرج الحاكم أيضا والدارقطني عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل معروف صدقة وما أنفق الرجل على نفسه وأهله فهو له صدقة وما وقع به عرضه صدقة الحديث وفيه فقلت لمحمد بن المنكدر ما معنى رقي به عرضه قال أن يعطى الشاعر وهذا اللسان المتق وقال صحيح الاسناد وأخرج الطبراني عن أبي امامة عنه عليه الصلاة والسلام قال من أنفق على نفسه نفقة فهو له صدقة ومن أنفق على امرأته وأهله ولده فهو له صدقة وفي صحيح مسلم عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال لرجل ابدأ بنفسك فتصدق عليها فان فضل شيء فلا هلك الحديث فقد ترجع قول أبي يوسف قال المصدر الشهيد والفتوى على قول أبي يوسف ونحن أيضا نفق بقوله نزعنا للناس في الوقف واختاره مشايخنا وكذا ظاهر الهداية حيث أخرجه ولم يدفعه ومن صور الاشتراط لنفسه ما لو قال على أن يقضى دينه من غلته وكذا إذا قال إذا حدث على الموت وعلى دين يبدأ من غلة هذا الوقف بفضاء ما على فافضل فعلى سبيله كل ذلك جائز وفي وقف الخصاص إذا شرط أن ينفق على نفسه ولده وحشيه وعياله من غلة هذا الوقف فاعت غلته فباعها وقبض منها ثم مان قبل أن ينفق ذلك هل يكون ذلك لورثته أو لأهل الوقف قال يكون لورثته لانه قد حصل ذلك وكان له فقد عرف ان شرط بعض الغلة لا يلزم كونه بعضا معيننا كالنصف والربع وكذلك إذا قال إذا حدث على فلان الموت يعني الواقف نفسه أخرجه من غلة هذا الوقف في كل سنة من عشرة أسهم مثلاً سهم يجعل في الحج عنه أو في كفارات أيمانه وفي كذا وكذا وسمى أشياء أو قال أخرج من هذه الصدقة في كل سنة كذا وكذا درهمما التصرف في هذه الوجوه ويصرف الباقي في كذا وكذا على ما سبيله (قوله ولو شرط أن يستبدل به أرضاً أخرى) تكون وقفها مكانه (فهو جائز عند أبي يوسف) وهلال والخصاص وهو استحسان وكذا لو قال على أن يبيعها وأشتري بثمنها أخرى مكانها وقال محمد يصح الوقف ويبطل الشرط وأيسر له بعد استبداله مرة أن يستبدل ثانياً لانتهاء الشرط بمرّة إلا أن يذكر عبارة تفيد له ذلك دائماً وكذا ليس للقيم الاستبدال الآن ينص له بذلك وعلى وزان هذا الشرط لنفسه أن ينقص من المعاليم إذا شاء ويزيد ويخرج من شاء ويستبدل به كان له ذلك وليس لقيمة الآن يجعله له وإذا أدخل وأخرج مرة ليس له ثانياً إلا بشرطه ولو شرطه للقيم ولم بشرطه لنفسه كان له أن يستبدل لنفسه لأن افادته الولاية لغيره بذلك فرع كونه ملكها ولو قيد شرط الاستبدال للقيم بحياة الواقف ليس له أن يستبدل بعد موته وفي فتاوى قاضخان قول هلال وأبي يوسف هو الصحيح لأن هذا شرط لا يبطل الوقف لأن الوقف يقبل الانتقال من أرض إلى أرض فان أرض الوقف إذا غصبها غاصب وأخرى عليها المصاع حتى صارت بحر الاتصالح للزراعة يضمن قيمتها ويشتري بها أرضاً أخرى فتكون وقفها مكانها وكذا أرض الوقف إذا قل نزلها بحيث لا تحتمل الزراعة ولا تغض غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح الأرض في الاستبدال بأرض أخرى وفي نحو هذا عن الانصاري صحة الشرط لكن لا يبيعها إلا بآذن الحاكم وينبغي للحاكم إذا وقع إليه ولا منفعة في الوقف أن ياذن في بيعها إذا رآه أنظر لاهل

شرط الواقف أن يستبدل به أرضاً أخرى إذا شاء ذلك صح الوقف والشرط عند أبي يوسف وهلال والخصاص وجههم الله استحساناً لأن فيه تحوي إليه إلى ما يكون خيراً من الأول أو مثله فكان تقرير الإبطال عند محمد رحمه الله وأهل البصرة الشرط باطل والوقف جائز لأن هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زوال الملك والوقف يتم به

ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القرينة ولو شرط الواقف أن يستبدل به أرضاً أخرى إذا شاء ذلك جائز عند أبي يوسف كما هو مذهبهم في التوسع في الوقف وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل لأن هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زواله والوقف يتم بذلك ولا يتقدم به معنى التأييد في أصل الوقف فيتم الوقف بشرطه ويبقى الاستبدال شرطاً فاسداً فيكون باطلاً في نفسه كالسجدة إذا شرط الاستبدال به أو شرط أن يصلى فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح فهذا مثله

الوقف وإذا كان حاصله اثبات وقف آخر لم يكن شرط فاسداً واشتراط عدم حكمه وهو التأييد بل هو تأييد
معنى ولا يقال حكم الوقف إذا صح الخروج عن ملكه فلا يمكنه بيعه لأننا نقول حكم ذلك على وجه ينفذ فيه شرط
الذي شرط في أصل الوقف إذا لم يخالف أمر شرعياً وقد بينا أن شرط الاستبدال لا يخالفه فوجب اعتباره
وكون شمس الأئمة كرمسألة ثم قال ولهذا تبين خطأ من يجوز استبدال الوقف وكذا ما عن ظهير الدين وجوبه
عنه بعد أن كان ينبغي به لا يوجب اتباعه مع قيام وجه غيره ولو أراد يتجوز الاستبدال بغير شرط الاستبدال
فيما إذا كان أحسن للوقف كان حسناً والحاصل أن الاستبدال إما عن شرطه الاستبدال وهو مسألة الكتاب
أولاً عن شرطه فإن كان الخروج للوقف عن انتفاع الموقوف عليهم به فينبغي أن لا يختلف فيه كالصورتين
المذكورتين لقاضيان وإن كان لذلك بل اتفق أنه يمكن أن يؤخذ بمن الوقف ما هو خير منه مع كونه
مستغيباً فينبغي أن لا يجوز لأن الواجب بقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة أخرى ولأنه لا موجب
لتجوز به لأن الموجب في الأول الشرط وفي الثاني الضرورة ولا ضرورة في هذا إلا تجنب الزيادة فيه بل
تبعيته كما كان ولعل نحل ما نقل عن السير الكبير من قوله استبدال الوقف باطل إلا في راية عن أبي
يوسف هذا الاستبدال والاستبدال بالشرط مذهب أبي يوسف المشهور عنه المعروف بالجرور راية
والاستبدال الثاني ينبغي أن لا يختلف فيه كما قلنا وفي فتاوى قاضيان أجعوا أن الواقف إذا شرط الاستبدال
لنفسه يصح الشرط والوقف وملك الاستبدال إما بالشرط أشار في السير إلى أنه لا يملكه إلا باذن القاضي ولا
ينبغي أن يحل الإجماع المذكور كون الاستبدال لنفسه إذا شرط له وفي القاضي فيما لا شرط فيه لا في أصل
الاستبدال والافهوق نقل الخلاف وعرف من هذا أن يحل ما ذكرناه عن الانصاري ما إذا لم بشرطه لنفسه
ثم إذا اشترى البديل للوقف صار وقفاً ولا يتوقف وقفيته على أن يقفه بل يفظ يخصه وليس للقيم أن يوصي
بالاستبدال لمن يوصي إليه عند موته بالوقف ومن فروع الاستبدال لو قال على أن أبيعها بقليل أو كثيراً على
أن أبيعها واشترى بثمنها عبدانص هلال على فساد الوقف كأنه قال على أن أبطلها ولو اقتصر على قوله على أن
أبيعها واشترى بثمنها أو ضاهاً واستحساناً وإذا قال على أن أستبدل أرضاً أخرى ليس له أن يجعل البديل داراً
وكذا على العكس ولو قال بارض من البصرة ليس له أن يستبدل من غير هلال إلا ما كن قد تختلف في جودة
الأرض وينبغي أن كانت أحسن أن لا يجوز لأنه خلاف إلى خير ولو شرط الاستبدال ولم يذكر شيئاً استبدال
ما شاء من العقار خاصة ولو باع الوقف بغير فاحش لا يجوز البيع ولو قبض الثمن ثم مات ولم يبين حاله فهو دين
في تركته وكذا لو استملكه أمالاً موضع الثمن في يده فلا ضمان عليه ولو اشترى بالثمن عرضاً ما لا يكون وقفاً فهو
له والدين عليه ولو وهبه من المشتري صحت الهبة ويضمنه في قول أبي حنيفة ومنعه أبو يوسف أمالاً قبض الثمن
ثم وهبه فالهبة باطلة اتفاقاً ولو باعه بعرض ففي قياس قول أبي حنيفة يصح وقال أبو يوسف وهلال لا يملك
البيع إلا بالنص أو بارض تكون وقفاً مكانها وإذا باع الوقف ثم عاد إليه بما هو فسخ من كل وجه كأنه أن
يبيعها ثانياً وإن عادت بعقد جديد لا يملك بيعها لأنها صار وقفاً فكانه اشترى غيرها الآن يكون عم لنفسه
الاستبدال ولو ردت بغير قبض أو بغير قضاء بعد القبض أو قبل القبض بقضاء عادت وقفاً وكذا إذا قال
المشتري قبل القبض أو بعده فله أن يصنع بالأخرى ما شاء ولو استحققت الأولى في القياس تبقى الثانية وقفاً وفي
الاستحسان لأن الثانية كانت وقفاً بدلاً عن الأولى والاستحقاق انتقضت تلك المبادلة من كل وجه فلا تبقى
الثانية وقفاً ولو شرط لنفسه أن يستبدل فوكل به جاز ولو أوصى به عند موته لم يكن للوصي ذلك لأن في الوكالة
وهو حي لو تمكن خله أمكنه الاستبدال بخلاف الوصي ولو شرط الاستبدال لنفسه مع آخر على أن يستبدل بها
فتفرد بذلك الرجل لا يجوز ولو تفرد به الواقف جاز لأنه هو الذي شرطه لذلك وما شرط لغيره فهو مشروط له كما
لنصيب قاضيا بلدين كل قهما كان لسل أن يتصرف وحده ولو أن أحدهما القاضيين أراد أن يعزل الذي

في معنى الاستبدال شرطاً فاسداً فيبطل كفي المسجد إذا شرط الاستبدال أو شرط أن يصلي فيه قوم دون قوم

ولو شرط الواقف الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والخيار عند أبي يوسف (٤٤١) بناء على التسوية كما مر وعند محمد الوقف

باطل وانما قيد بقوله ثلاثة أيام لتكون مدة الخيار معلومة حتى لو كانت مجهولة لا يجوز الوقف على قول أبي يوسف أيضا (قوله وهذا) أي الخلاف (بناء على ما ذكرناه) إشارة إلى أن جعل غلة الوقف لنفسه جائز عند أبي يوسف فإنه لما جاز أن يستثنى الواقف الغلة لنفسه مادام حيا فكذلك يجوز اشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام ليروي النظر فيه وعند محمد لم يجز ذلك لم يجز اشتراط الخيار لنفسه أيضا وهذا البناء مصرح في المبسوط ثم لم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد لم ينقلب الوقف جائزا باطل الخيار بعد ذلك لأن الوقف لا يجوز إلا مؤبدا وشرط الخيار يمنع التأييد فكان شرط الخيار شرطا فاسدا في نفس العقد فكان المفسد قويا (وقوله وأما فصل الولاية فقد نص فيه) أي فقد نص القدوري في فصل الولاية بالجواز على قول أبي يوسف بقوله وإذا جعل الواقف إلى قوله جاز عند أبي يوسف وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب

ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف وعند محمد الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا وأما فصل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب أقامه القاضي الآخر قال إذا رأى المصلحة في ذلك كان له عزله والافلا (قوله ولو شرط) أي الواقف الخيار لنفسه ثلاثة أيام) بأن قال ووقف دارى هذه على كذا على أبي بالخيار ثلاثة أيام (جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الوقف باطل) وهو قول الشافعي وأحمد وهلال قال المصنف (وهذا بناء على ما ذكرنا) يريد الأصل المختلف فيه أعني شرط التسليم فإن محمد الماشرط تمام القبض لينقطع حق الواقف فلا شك أن شرط الخيار يفوت مع الشرط المذكور لأنه لا يتصور معه تمام القبض وأما أبو يوسف فلم يملك بشرط تمام قبض متول أن ينفى عليه جواز شرط الخيار وروى عن أبي يوسف أن الوقف جائز والشرط باطل وهو قول يوسف بن خالد السلمي لأن الوقف كالاتفاق في أنه إزالة المالك إلى المالك ولو أعتق على أنه بالخيار عتق وبطل الشرط فكذلك يجب هذا إذا اتفقوا على أن شرط الخيار في المسجد يبطل ويتم وقف المسجد ومثل ذلك قال الهندواني على قول محمد ينبغي أن يجوز الوقف ويبطل الشرط لأنه شرط فاسد فلا يؤثر في المنع من الزوال ولكن محمد يقول بتمام الرضا والقبض يتم الوقف ومع شرط الخيار لا يتم الرضا ولا القبض فكان كالأكره على الوقف فلا يتم معه بخلاف المسجد فإن القبض ليس شرطا فيه عنده بل إقامة الصلاة فيه بجماعة وكذا في الاعتاق فإن القبض فيه ليس شرطا والحاصل أنه إن تم له شرط التسليم في أصل الوقف تم له هذا وقد مناه فيه وتقييد الخيار بثلاثة أيام ليس قيداً بل أن يكون معلوما حتى لو كانت مجهولة بأن وقف على أنه بالخيار لا يجوز بالاتفاق وكذا روى عن أبي يوسف أنه قال إن بين للخيار وقتنا جاز الوقف والشرط وإن لم يوقت له فالوقف والشرط باطلان ثم إذا لم يصح الوقف مع شرط الخيار عند محمد فلو بطل الخيار قبل الثلاث لم يصح لأن الوقف لا يجوز إلا مؤبدا والخيار يمنع التأييد وكان شرط الخيار في نفس العقد بخلاف البيع فإن الخيار فيه لا يمنع جوازه بل يفسده إذا شرطه أكثر من ثلاثة أيام لامتناع لزوم العقد بعد الأيام الثلاثة فلم يكن الفساد في صلب العقد فإذا أسقطه قبل الثلاث جاز ذكره في فتاوى قاضيان ولا يبطل الوقف بالشرط والفساد ولهذا لو وقف أرضا على رجل على أن يعرضه دراهم جاز الوقف وبطل الشرط وفي فتاوى قاضيان أيضا قال الفقيه أبو جعفر اعتاق المشتري قبل القبض جائز وقبل نقد الثمن موقوف فكذلك الوقف ولو اشترى أرضا فوقفها ثم أطلع على عيب رجع بنقصان العيب ولا يكون للوقف بل له أن يصنع به ما شاء * (فروع) * اشترى أرضا على أنه بالخيار فوقفها ثم أسقط الخيار صح ولو كان الخيار للبائع فوققه المشتري ثم أسقط البائع الخيار لا تكون وقفها ولو وقفها البائع صح ولو وقفها الموهوب له الأرض قبل قبضها ثم قبضها لا يصح الوقف وكذا لو وقفها الموصى له بها قبل موت الموصى ثم مات الموصى وكذا لو وقفها في الشراء الفاسد قبل قبضها (قوله) وأما فصل الولاية فقد نص فيه أي القدوري (على قول أبي يوسف) حيث قال أو جعل الولاية إليه جاز على قول أبي يوسف (وهو قول هلال أيضا) قال المصنف (وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه) فقال

فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح كذا هنا (قوله وهذا بناء على ما ذكرنا) إشارة إلى أنه يجوز أن يجعل الواقف الغلة لنفسه مادام حيا فكذلك يجوز أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام ليروي فيه وعند محمد وهلال رحمه الله تعالى الوقف باطل لأن تمام الوقف على مذهب محمد رحمه الله تعالى عليه بالقبض وشرط الخيار يمنع تمام القبض ولهذا لا يتم القبض في الصرف والسلم مع شرط الخيار ولأن تمام الوقف بتمام الرضا ومع شرط الخيار لا يتم الرضا فيبطل الوقف كالأكره على الوقف ثم لم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد رحمه الله تعالى عليه لم ينقلب جائزا باطل الخيار بعد ذلك (قوله وأما فصل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف رحمه الله) وهو قول هلال رحمه الله تعالى عليه أي فقد نص في فصل الولاية بالجواز على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى عليه في الكتاب بقوله وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عند أبي يوسف رحمه الله وذكره في المحيط وإذا وقف الرجل أرضه ولم يشترط الولاية لنفسه ولا غيره فالوقف جائز والولاية للواقف

* (فصل) * فصل أحكام

المسجد عما قبله في فصل على
حدة لمخالفة أحكامه لما قبله
في عدم اشتراط التسليم الى
المتولى عند تحميد ومنع
الشروع عند أبي يوسف
وخروجه عن ملك الواقف
عند أبي حنيفة وان لم يحكم
به الحاكم فرق أبو حنيفة
بين الوقف والمسجد فان الوقف
اذا لم يحكم به حاكم ولم يكن
موصى به ولا مضافا الى
ما بعد الموت كان له أن يرجع
فيه وأما المسجد فليس له أن
يرجع فيه ولا يبيعه ولا
يورث عنه لان الوقف اجتمع
فيه معنيين الجنس
والصدقة فاذا قال وقفت
فكانه قال حبست العين
على ملكي وتصدقت بالغلة
ولو صرح بذلك لا يصح
مالم يوص به لان التصديق
بالغلة المردومة لا يصح
فاذا أوصى به أو أضافه الى
ما بعد الموت كان لازما بعد
موته وأما اذا قال جعلت أرضي

مسجدا فليس فيه ما يوجب
البقاء على ملكه فلو أزاله
لله تعالى لم يكن له أن يرجع
كلو أزاله بالاعتاق وكلامه
واضح وقوله (وعن محمد انه
يشترط الصلاة فيه بالجماعة)
وهو رواية عن أبي حنيفة
أيضا ويشترط مع ذلك أن
تكون الصلاة جهرية
باذان واقامة حتى لو صلى
بجماعة بغير اذان واقامة
سرا لا يصير مسجدا عند أبي
حنيفة ومحمد فان أذن رجل

* (فصل) * (واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يقره عن ملكه بطريقه وياذن للناس بالصلاة فيه فاذا
صلى فيه واحد زال عند أبي حنيفة عن ملكه) أما الاخر ازيل فلانه لا يخلص لله تعالى الاب والام والصلاة فيه فلانه
لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة فيه أولا لانه لما عذر القبض
فقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفى بصلاة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفة وكذا عن محمد لان فعل الجنس
معتذر فيشترط أدناه وعن محمد انه يشترط الصلاة بالجماعة لان المسجد بني لذلك في الغالب (وقال أبو يوسف
يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا) لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقط الملك العبد فيصير خالصا لله تعالى
يسقط حق العبد وصار كالاعتاق

مما يخرج به الناظر ما اذا ظهر به فسق كشرب الخمر ونحوه وفي فتاوى قاضيان لو جعل الواقف ولاية الوقف
الى رجلين بعد موته فأوصى أحدهما الى صاحبه في أمر الوقف ومات جاز تصرف الحي في جميع الوقف وعن
أبي حنيفة لا يجوز لانه انما رضى برأيه ما وفيها لو جعل أرضه وقفاً فرض مرض الموت فجعل رجل وصى نفسه
ولم يذكر من أمر الوقف شيئا فان ولاية الوقف لا تكون الى الوصى ولو قال أنت وصى في أمر الوقف خاصة قال
أبو يوسف هو كما قال وقال أبو حنيفة هو وصى في الاشياء كلها

* (فصل) * لما اختص المسجد بأحكام تحالف أحكام مطلق الوقف عند الثلاثة فعند أبي حنيفة لا يشترط
في زوال الملك عن المسجد حكم الحاكم كولا الا يصابه ولا يجوز زم شاعا عند أبي يوسف ولا يشترط التسليم الى
المتولى عند محمد أفرد به بفصل على حديثه وأخره هذا ويمكن أن يجعل من ذلك أيضا ما لو اشترى أرضا فاسدا
وقبضها ثم وقفها على الفقراء جاز وعليه قيمتها للفقراء ولو اتخذها مسجدا قال الفقيه أبو جعفر ذكر محمد في
كتاب الشفعة انه لو اشترى أرضا فاسدا وبنائها بمسجد جاز عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعليه قيمتها
للبائع وقول أبي يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الارض الى البائع بفساد البيع قال فاشترط البناء له دليل
على ان لا يكون مسجدا قبل البناء عند الكل وذكره هلال انه يصير مسجدا في قول أصحابنا فصار فيه روايتان
قال الفقيه أبو جعفر في الوقف أضرار وايتان والفرق على أحدهما عند هذا القائل أن في الوقف حق العباد
كالبيع والهبة وأما المسجد فخالص حق الله تعالى وما هو خبيث لا يصلح لله تعالى ولهذا قالوا لو اشترى دارا
لها شفعة فجعلها مسجدا كان للشفعة أن ياخذها بالشفعة وكذا اذا كان للبائع حق الاسترداد كان له أن
يبطل المسجد (قوله واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يقره عن ملكه بطريقه وياذن للناس في الصلاة
فيه فاذا صلى فيه واحد زال ملكه عند أبي حنيفة) ومحمد في رواية عنهما وفي رواية أخرى عنهما لا يزول الا بصلاة

يكون هذا قول محمد رحمه الله لان التسليم الى القيم شرط صحة الوقف فاذا أسلم لم يبق له ولاية الا اذا شرطها عند
الاخر عن ملكه ألا ترى أنه لو شرطه لغيره ثبت لغيره فاذا شرطها لنفسه أولى أن يثبت له لان هذا الشرط
بقاء للولاية الثابتة له معنى وذكر محمد رحمه الله تعالى في السيرة اذا وقف ضيعته وأخرجهما الى القيم لا تكون له
الولاية بعد ذلك الا أن يشترط الولاية لنفسه وأما اذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم
وذكر في فتاوى قاضيان رحمه الله تعالى عليه ولو قال أرضي هذه موقوفة ان شئت أو أحبيت كان الوقف
باطلا في قولهم لان هذا تعليق وتعليق الوقف بالشرط باطل في قولهم ولو قال أرضي هذه صدقة موقوفة ان
شئت ثم قال شئت كان الوقف باطلا لما قلنا أنه تعليق ولو قال شئت وجعلتها صدقة موقوفة صح لانه ابتداء
وقف والله تعالى أعلم بالصواب

* (فصل) * (قوله فلانه لا يخلص لله تعالى الاب والام) ولا بد أن يكون خالصا لله تعالى لقوله تعالى وأن المساجد لله
أي مخصصة لله ولا يخلص لله تعالى الاب والام (قوله ويشترط تسليم نوعه) أي تسليم يليق بنوع هذا القرية ويشترط
في كل نوع تسليم ما يليق به وهو في المسجد بالصلاة فيشترط أدناه وهذا لان المسجد موضع السجود وقد حصل
ذلك بصلاة الواحد والواحد من المسلمين ينوب عن جماعة فيما هو حقهم ولهذا جعل أمان الواحد مع
المسلمين كمان الكل وعن محمد رحمه الله تشترط الصلاة بالجماعة وكذا عن أبي حنيفة رحمه الله ويشترط مع

* (فصل) * (واذا بنى مسجدا

وقد بيناه من قبل قال (ومن جعل مسجداً تحت سرادب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه وان مات يورث عنه) لأنه لم يخلص الله تعالى لبقاء حق العبد متعلقاً به ولو كان السرداب

جساعة وعند أبي يوسف نزول ملكه بمجر دقوله جعلته مسجداً أما قوله ما ذلن الملك لم يزل بمجر دال القول فشي محمد على أصله في اشتراط التسليم لكن لا يتعين المتولى لأن تعيينه لتحقيق التسليم إلى من أخرج اليه وهو الله سبحانه وتعالى ولا يتحقق إلا في ضمن التسليم إلى العبد على ما مر لكل عبد بل الذي تعود منفعة إليه غديران المتولى يقيم مقامهم في القبض ومقام الواقف في اقبال الغلة لهم لكل وقف في العادة فتعين ولم تجر العادة في المسجد بذلك إذ ليس له غلة يستحقها الناس فاقيم حصول المقصود مقام التسليم وهو الصلاة فيه وعلى هذا يخرج عن الملك بصلاة المنفرد لأن قبض الجنس متعذر فاكتمى بالواحد وعلى هذه الرواية اختلغوا الوصل الواقف بنفسه وحده والصحيح أنه لا يكفي لأن الصلاة إنما تشتترط لأجل القبض للعامة وقبضه من نفسه لا يكفي فكذا صلاته ووجه رواية اشتراط الجماعة أنهم المقصود بالمسجد لا مطلق الصلاة فأنما تحقق في غير المسجد فكان تحقق المقصود منه بصلاة الجماعة ولهذا يشترط كونها باذان واقامة عندهما ولو جعل له واحدا مؤذناً واماماً فاذن وأقام وصلى وحده صار مسجداً بالاتفاق لأن أداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة ولهذا قالوا يكره بعد صلاة المؤذن هذه ان تعاد الجماعة ان يأتي بعده على هذا الوجه عند البعض وقولنا لا يتعين المتولى يفيد أنه لو سلمه إلى متولى جعله له صحيح وان لم يصل فيه أحد وفيه اختلاف المشايخ والوجه الصحة لأن التسليم إلى المتولى أيضاً يحصل تمام التسليم لله تعالى لرفع يده عنه وجه قول أبي حنيفة في الفرق بين المسجد وغيره في الخروج عن الملك بلا حكم مما سيأتي بأن لفظ الوقف والصدقة في قول الواقف جعلت أرضي صدقة موقوفة ونحوها لا يوجب الخروج عن الملك لأن لفظ الوقف لا يبنى عنه والصدقة ليس معناها إلا الصدق بالغلة وهي معدومة فلا يصح بل الوقف يبنى عن الإبقاء في الملك التحصل الغلة على ملكه فيصدق بها فيحتاج إلى حكم الحاكم لا يخرجاه عن ملكه إلى غير مالك في محل الاجتهاد بخلاف قوله جعلته مسجداً فإنه ليس منبثقاً عن إبقاء الملك ليجتاز إلى القضاء بزواله فإذا أذن في الصلاة فيه فصلى كما ذكرنا قضى العرف في ذلك بخروجه عنه ومقتضى هذا أمران أحدهما أنه لا يحتاج في جعله مسجداً إلى قوله وقفته ونحوه وهو كذلك وبه قال مالك وأحمد وقال الشافعي لا بد من قوله وقفته أو حبسته ونحو ذلك لأنه وقف على قرية فكان كالوقف على الفقراء ونحن نقول ان العرف جار بان الاذن في الصلاة على وجه العموم والتخليه يفيد الوقف على هذه الجهة فكان كالتعبير به فكان كمن قدم طعاماً إلى ضيفه أو نثر ثماراً كان اذناً في آكله والتقاطه بخلاف الوقف على الفقراء لم تجر عادة فيه بمجر د الخلية والاذن بالاستغلال ولو حوت به عادة في العرف اكتفي بذلك كسئلنا والثاني انه لو قال وقفته مسجداً ولم يأذن في الصلاة فيه ولم يصل فيه أحد لا يصير مسجداً بلا حكم وهو بعيد وأبو يوسف رحمه الله مر على أصله من زوال الملك بمجر د القول اذن في الصلاة أو لم يأذن ويصير مسجداً بلا حكم لأنه اسقاط كالاتفاق وبه قالت الأئمة الثلاثة وينبغي أن يكون قول أبي يوسف ان كلا من مجر د القول والاذن كإقالاته موجب لزوال الملك وصيرورته مسجداً الماذكرنا من العرف (قوله ومن جعل مسجداً تحت سرادب) وهو بيت يتخذ تحت الأرض لتبريد الماء وغيره (أو فوقه بيت) ليس للمسجد واحد منهما فليس بمسجد (وله يبيعه ويورث عنه اذا مات) ولو عزل باباً إلى الطريق (لبقاء حق العبد متعلقاً به) والمسجد خالص لله سبحانه ليس لأحد فيه حق قال الله تعالى وان المساجد لله مع العلم بان كل شيء له فكان ذلك أن تكون الصلاة باذان واقامة جهر الاسراحتي لوصلي جماعة بغير اذان واقامة سر الاجهر الا يصير مسجداً عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله فان جعل للمسجد مؤذناً واماماً وهو رجل واحد فاذن وأقام وصلى وحده صار مسجداً بالاتفاق لأن أداء صلاته على هذا الوصف كالجماعة ألا ترى أن أصحابنا رجعهم الله تعالى قالوا مؤذن مسجد إذا أذن وأقام وصلى وحده ليس لمن يجي به بذلك أن يصلي بالجماعة في ذلك المسجد ويبعض المتولى هل يصير مسجداً من غير أن يصلي فيه فقد اختلف فيه

واحد وأقام وصلى وحده صار مسجداً بالاتفاق لأن صلاته على هذا الوصف كالجماعة وقوله (وقد بيناه من قبل) إشارة إلى ما قال عند قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد بقوله لهم أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وأنه يتأبد كالعتق والسرداب بكسر السين معرب سر دابة وهو بيت يتخذ تحت الأرض للتبريد وقوله (فله أن يبيعه) أي لا يكون مسجداً وهو ظاهر الرواية لأن المسجد ما يكون خالصاً لله تعالى قال تعالى وان المساجد لله أضاف المساجد إلى ذاته مع ان جميع الاماكن له فاقضى ذلك خلوص المساجد لله تعالى ومع بقاء حق العباد في أسفله أو في أعلاه لا يتحقق الخلو

(قوله وقوله وقد بيناه من قبل إشارة إلى ما قال عند قوله ويتم الوقف الخ) أقول وفيه بحث بل هو إشارة إلى قوله وإذا كان الملك يزول بالقول عند أبي يوسف الخ

لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه انه قال اذا جعل السفلى مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتابد وذلك يتحقق في السفلى دون العلو وعن محمد بن علي عكس هذا لان المسجد معظم واذا كان فوقه مسكن أو مستغل يتعذر تعظيمه وعن أبي يوسف انه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة وعن محمد بن علي عكس ذلك كله لما قلنا قال (وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجد أو أذن للناس بالدخول فيه) يعني له أن يبيعه ويورث عنه لان المسجد لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصير مسجدا ولانه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن محمد بن علي لا يباع ولا يورث ولا يهب) اعتبره مسجد او هكذا عن أبي يوسف انه يصير مسجدا لانه لما رضى بكونه مسجد ولا يصير مسجد الا بالطريق يدخل فيه الطريق وصار مستحقا كيدخل في الاجارة من غير ذكر قال (ومن اتخذ أرضه مسجد لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه) لانه تجرد عن حق العباد وصار له الصلوة وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى

قاعدة هذه الاضافة اختصاصا به وهو بانقطاع حق كل من سواه عنه وهو منتف في ما ذكرنا اما اذا كان السفلى مسجدا فان لصاحب العلو حق في السفلى حتى يمنع صاحبه أن ينقب فيه كوة أو يتدفق فيه وتد اعلى قول أبي حنيفة وباتفاقهم لا يحدث فيه بناء ولا يوهن البناء الا باذن صاحب العلو واما اذا كان العلو مسجدا فلان أرض العلو ملك لصاحب السفلى بخلاف ما اذا كان السرداب أو العلو موقفا لصاحب المسجد فانه يجوز اذلا ملك فيه لا حد بل هو من تنبيه مصالح المسجد فهو كسرداب مسجد بيت المقدس هذا هو ظاهر المذهب وروى عن أبي حنيفة انه اذا جعل السفلى مسجدا دون العلو جاز لانه يتابد بخلاف العلو وهذا تعليل للحكم بوجود الشرط فان التابيد شرط وهو مع مقتضى وانما ثبت الحكم معهم ما مع عدم المانع وهو تعاقب حق واحد وعن محمد عكسه لان المسجد معظم وهو تعليل بحكم الشيء وهو متوقف على وجوده (وعن أبي يوسف انه جوز ذلك في الاولين لما دخل بغداد ورأى ضيق الاماكن و) كذا (عن محمد لما دخل الري) وهذا تعليل صحيح لانه تعليل بالضرورة (وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجد أو أذن للناس فيه) اذا عامر له أن يبيعه ويورث عنه لان المسجد ليس لاحد حق المنع منه واذا كان ملكه محيطا بجوانبه (الاربع) كان له حق المنع فلم يصير مسجدا ولانه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن كل من أبي حنيفة ومحمد انه يصير مسجدا لانه لما رضى أن يكون مسجد ولم يصير مسجد الا بالطريق يدخل فيه الطريق وصار داخل بلا ذكر كيدخل في الاجارة بلا ذكر (قوله) ومن اتخذ أرضه مسجد لم يكن له أن يرجع ولا يورث عنه) يعني بعد صحته بشرطه وفي فتاوى قاضيان رجل له ساحة لا بناء فيها أمر قوم أن يصلوا فيها بجماعة قالوا ان أمرهم بالصلاة فيها أبدا أو أمرهم بالصلاة بجماعة ولم يذكر الا بدالانه أراد الا بد ثم مات لا يكون ميراثا عنه وان أمرهم بالصلاة شهرا أو سنة ثم مات يورث لانه لا بد من التابيد والتوقيت ينافيه ومقتضى هذا أن لا يصير مسجد فيما اذا أطلق الا اذا اعترف الورثة بانه أراد الا بد فان نيته لا تعلم فلا يحكم عليهم بمنع أو نهى ببيت ولو ضاق المسجد وبجنبه أرض وقف عليه أو حافت جاز أن يؤخذ ويدخل فيه ولو كان ملك رجل أخذ بالقيمة كره فلو كان طريقا للامة أدخل بعضه بشرط أن لا يضر بالطريق وفي كتاب الكراهية من الخلاصة عن الفقيه أبي جعفر عن هشام عن محمد انه يجوز أن يجعل شيء من الطريق مسجدا أو يجعل شيء من المسجد طريقا للامة اه يعني اذا احتاجوا الى ذلك ولاهل المسجد أن يجعلوا الرحمة مسجدا وكذا على القلب ويجعلوا الباب أو يحد ثواله بابا آخر ولو اختلقوا ينظر أهم أكثر ولا يهله ذلك ولهم أن يهدموه ويجددوا وليس لمن ايس من أهل المحلة ذلك وكذا لهم أن يضعوا الحجاب ويعلقوا القناديل ويفرشوا الحصر كل ذلك من مال أنفسهم وأمن مال الوقف

(قوله) وروى الحسن رحمه الله تعالى عنه (أي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه) (قوله) وعلى ظهره (قوله) أي على سطحه (قوله) أجاز ذلك كله لما قلنا (أي لضيق المنازل) (قوله) ولو خرب ما حول المسجد

(قوله) وعن أبي يوسف انه (جوز في الوجهين) يعني فيما اذا كان تحته سرداب أو فوقه بيت وعن محمد انه أجاز ذلك كله أي ما تحته سرداب وفوقه بيت مستغل أو دكاكين وانما ذكر قول محمد بهذا الطريق ولم يقل وعن أبي يوسف ومحمد مع ان هذين القولين منه ما في الحكم سواء لينها له ما ذكر لسلك واحد منهما من دخول مخصوص في مصر مخصوص ولانه ذكر زيادة التعميم بلفظ الكل في قول محمد وقوله لما قلنا يعني من الضرورة قال (وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا) وسط بالسكون لانه اسم مبهم لما دخل سكن الدار لا لشيء معين بين طرفي السكن وكلامه واضح وقوله (ولانه أبقى الطريق لنفسه) فلم يخلص لله تعالى حتى لو عزل بابه الى الطريق الاعظم قال المصنف (ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يبق مسجد عند أبي يوسف الى قوله) وعند محمد يعود الى ملك الباني أقول قال السكاكي حكى أن محمد أمر بمنزلة فقال هذا مسجد أي يوسف وأبو يوسف مرياض طبل فقال هذا مسجد محمد لانه لما عاد الى ملك لواقف وبما يجعله

صار مسجد (قوله ولو خرب
 ماحول المسجد واستغنى
 عنه) على بناء المغول (يبقى
 مسجد عند أبي يوسف) الى
 أن قال وعند محمد يعود الى
 ملك الباني قال في النهاية وفي
 الحقيقة هذه المسئلة مبنية
 على ما بيناه فان أبا يوسف
 لا يشترط في الابتداء إقامة
 الصلاة فيه ليصير مسجدا
 فكذلك في الانتهاء وان
 ترك الناس الصلاة فيه لا
 يخرج من أن يكون مسجدا
 ومحمد يشترط في الابتداء
 إقامة الصلاة فيه بالجماعة
 ليصير مسجدا فكذلك
 في الانتهاء وإذا ترك الناس
 الصلاة فيه بالجماعة
 يخرج من أن يكون مسجدا
 وحكي أن محمد أمر بمزبلة
 فقال هذا مسجد أبي يوسف
 يريد به أنه لم يزل يعود الى
 ملك الباني يصير مزبلة عند
 تطاول المدة ومروا أبو يوسف
 بالصواب فقال هذا مسجد
 محمد يعني أنه لما قال يعود
 ملكا فربما يجعله المالك
 اصطبل بعد أن كان مسجدا
 فكل واحد منهما استبعد
 اصطبل بمجرد الزمان انتهى
 في توجيه طعن أبي يوسف
 تأمل فان الاستبعاد في بقاءه
 مسجد على تلك الحال كافي
 المزبلة على قول أبي يوسف
 وليس الاصطبل كذلك عند
 محمد فانه خرج عن أن يكون
 مسجدا فسقط ملكه في ذلك
 المقدار من الزمان

أصله فانه قطع تصرفه عنه كافي الاعتاق ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجد عند أبي يوسف لانه
 اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد يعود الى ملك الباني أو الى وارثه بعد موته لانه عينه تنوع قرينة
 وقد انقطعت فصار كصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه الا أن أبا يوسف يقول في الحصر والحصير والحشيش انه
 ينقل الى مسجد آخر

فلا يفعل غير المتولى الا باذن القاضي الكل من الخلاصة الا ان قوله وعلى القلب يقتضي جعل المسجد رحبة
 وفيه نظر وقد ذكر المصنف في علامة النون من كتاب التجنيس قيم المسجد اذا أراد أن يبني حوائط في المسجد
 أو في فناءه لا يجوز له أن يفعل لانه اذا جعل المسجد سكنا تسقط حرمة المسجد وأما الفناء فلانه تباع للمسجد
 (قوله ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه) أي استغنى عن الصلاة فيه أهل تلك الحلة أو القرية بان كان
 في قرية تغربت وحولت مزارع يبقى مسجد على حاله عند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي
 وعن أحمد يباع نقضه ويصرف الى مسجد آخر وكذا في الدار الموقوفة اذا خربت يباع نقضها ويصرف فيها
 الى وقف آخر لما روي أن عمر كتب الى أبي موسى لما انقلب بيت المال الذي بالكوفة انقل المسجد الذي
 بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد (وعن محمد يعود الى ملك الواقف) ان كان حيا (والى ورثته)
 ان كان ميتا وان لم يعرف بانيه ولا ورثته كان لهم بيعه والاستعانة بثمنه في بناء مسجد آخر وجه قوله انه رعيه
 لقرينة وقد انقطعت فينقطع هو أيضا وصار كصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه (وقد يله اذا خرب
 المسجد يعود الى ملك متخذة وكلو كفن ميتا فترسه سبع عاد الكفن الى ملك مالكة وكهري الا حصار اذا
 زال الا حصار أدرك الحج كان له أن يصنع به سديده ما شاء واستدل أبو يوسف وجهور العلماء بالكعبة
 فان الاجماع على عدم خروج موضعها عن المسجدية والقرينة الا أن لقائل أن يقول القرينة التي عينت
 له هو الطواف من أهل الآفاق ولم ينقطع الخلق عن ذلك زمان الفترة وان كان لا يصح منهم لكفرهم
 على أن الإيمان لم ينقطع من الدينار أساف قد كان مثل قس بن ساعدة أمثال فالوجه أنه بعد تحقق سبب
 سقوط الملك فيه لا يعود كالمعتق كمالا يعود اذا زال الى مالك من أهل الدنيا لا بسبب وجوب تجديد الملك
 فقال لم يتحقق لم يعد وأما ما قاس عليه من هدى الا حصار فليس بلازم لانه لم يزل ملكه قبل الذبح وكذا
 لكفن باق على ملك مالكة انما أباح الانتفاع به على ملكه وقد استغنى المستعير فيعود الى المعير وأما الحصر
 والقنديل فالصحيح من مذهب أبي يوسف أنه لا يعود الى ملك متخذة بل يحول الى مسجد آخر ويبيعه قيم
 المسجد للمسجد ولانه ما جعله مسجد يصلي فيه أهل تلك الحلة لا غير بل يصلي فيه العامة مطلقا أهل تلك الحلة
 وغيرهم وأما استدلال أحمد بما كتبه عز لا يفيد لانه يمكن أنه أمره باتخاذ بيت المال في المسجد واستدلاله
 بالاتفاق بالاستبدال مردود بالحديث المشهور وفي الخلاصة قال محمد في الفرس اذا جعله جيسيا في سبيل الله
 وصار بحيث لا يستطيع أن يركب يباع ويصرف ثمنه الى صاحبه أو ورثته كافي المسجد وان لم يعلم صاحبه
 يشتري بثمنه فرس آخر يغزى عليه ولا حاجة الى الحاكم ولو جعل جنازة وملاءة ومغسلا وقفها في حلة ومات
 أهلها كلهم لا يرد الى الورثة بل يحمل الى مكان آخر فان مع هذا من محمد فهو رواية في الحصر والبقارى
 انها لا تعود الى الورثة وهكذا نقل عن الشيخ الامام الحلواني في المسجد والحوض اذا خرب ولا يحتاج اليه لتفريق
 الناس عنه أنه يصرف أو فاقه الى مسجد آخر وحوض آخر واعلم أنه يتفرع على الخلاف بين أبي يوسف
 ومحمد فيما اذا استغنى عن المسجد لخرب الحلة والقرينة وتفرق أهلها ما اذا انهدم الوقف وليس له من الغلة
 ما يمكن به عمارته أنه يبطل الوقف ويرجع النقص الى بانيه أو ورثته عند محمد خلافا لابي يوسف وكذا حائوت
 في سوق احترق وصار بحيث لا يتنفع به ولا يستأجر بشئ البتة يخرج عن الوقفية وكذا في حوض محله خرب

واستغنى عنه يبقى مسجد عند أبي يوسف رحمه الله هذه المسئلة مبنية على أن أبا يوسف رحمه الله لا يشترط في
 ابتداء إقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء اذا ترك الناس الصلاة فيه لا يخرج من أن

قال (ومن بنى سقاية للمسلمين) أو خاناً يسكنه بنو السبيل أو رباطاً أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة لأنه لم ينقطع عن حق العبد ألا ترى أنه لا ينتفع به

وليس له ما يعمر به فهو لو ارثه فان لم يعرف فهو لقطه وكذا الرباط اذا حارب يبطل الوقف ويصير ميراثاً ولو بنى رجل على هذه الأرض فابنائه للباني وأصل الوقف لو رثه الواقف عند محمد فقول من قال في جنس هذه المسائل نظراً فليتأمل عند الفتوى غير واقع موقعه وفي الفتاوى الظهيرية سئل الحلواني عن أوقف المسجد اذا تعطلت وتعذراً استغلالها هل للمتولي بيعها ويشترى بثمنها أخرى قال نعم وروى هشام عن محمد أنه قال اذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين فالقاضي أن يبيعه ويشترى بثمنه غيره وعلى هذا فينبغي أن لا يبقى على قوله برجوعه الى ملك الواقف وورثته بمجرد تعطله وخوابه بل اذا صار بحيث لا ينتفع به يشترى بثمنه وقف آخر يستغل ولو كانت غلته دون غلة الاول وكذا للمتولي أن يبيع من تراب مسبله اذا كان فيه مصلحة وفي فتاوى قاضخان وقف على مسمين خرب ولا ينتفع به ولا يستأجر أصله يبطل الوقف ويجوز بيعه وان كان أصله يستأجر بشئ قليل يبقى أصله وقفاً انتهى ويجب حفظ هذا فإنه قد تحرب الدار وتصور كوما وهي بحيث لو نقل نقضها استأجر أرضها من بيني أو يغرس ولو بقليل فيغفل عن ذلك وتباع كلها الواقف مع أنه لا يرجع منها اليه الا النقص فان قلت على هذا تكون مشكلة الرباط التي ذكرناها مقيدة بما اذا لم تكن أرضه بحيث تستأجر قلنا لان الرباط موقوف للسكنى وامتنعت بانخدامه بخلاف هذه فان المراد وقف يكون لاستغلال الجماعة المسمين ولو انهدم بعض بناء الدار وليس ثم ما يعاديه يباع ويحفظ ثمنه في يد القائم باسم الواقف الى أن يحتاج الباقي الى العمارة فيصرف فيه وكذا اذا بيس بعض أشجار الأرض الموقوفة يبيعهوا ولا يبيع من نفس الأرض لذلك ولا يعطى المستحقون شيئاً من ثمن النقص ولا من عيني بوجوه من الوجوه لانه لاحق لهم فيما سوى الغلة بل الحال أنه ان أمكن شراء شيء يستغل ولو قليلاً أو اجارة الأرض بشئ ولو قليلاً فعل وحفظه لعمارة ما بقى ولو خرب السكك وتعذر ان يشترى بثمنه مستغل ولو قليلاً حينئذ يرجع الى ملك الواقف (قوله ولو بنى سقاية للمسلمين أو خاناً يسكنه بنو السبيل أو رباطاً أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة وجهه الله تعالى) ولو سلمه الى متول (لانه لم ينقطع حقه عنه ألا ترى أنه ينتفع به) في الحال

لا يكون مسجداً وعند محمد رحمه الله يشترط في الابتداء إقامة الصلاة فيه بالجماعة ليس بمسجد فكذلك في الانتهاء اذا ترك الناس الصلاة فيه بالجماعة يخرج من أن يكون مسجداً وحكى أن محمد رحمه الله مر بمرحلة فقال هذا مسجد أبي يوسف رحمه الله يريده أنه لما لم يقل يعود الى ملك الباني يصير مرحلة عند تطاول المدة ومر أبو يوسف رحمه الله بأبطل فقال هذا مسجد محمد رحمه الله يعني لما قال يعود ملك كافر بما يجعله المالك اصطفاً بعد أن كان مسجداً وكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه بما أشار اليه وقيل هي من وضع الفرقة الجهمية الممقوتة عند الله تعالى استخرجوا من اختلافهم الناشئ عن الاجتهاد الصحيح بأبطل مختلفة عليهم ليضعوا من شأنهم بنقل الطعن عن بعضهم في بعض ويأبى الله الآن يتم فوره فمحمد رحمه الله يقول أنه جعل هذا الجزع مصر وفا الى قرية بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه كالحصير اذا بعث بالهدى ثم زال الاحصار فادرك الحرج كان له أن يصنع مدياً ما شاء وكذلك لو كفن ميتاً ثم افترسه السبع عاد الكفن الى ملك صاحبه وكذا اذا علق قنديل أو بسط حصير في المسجد ثم خرب المسجد أو أبو يوسف رحمه الله يقول بلى زال ملكه بجهة ولكن لم تبطل تلك الجهة لانه ما جعله مسجداً ليصلى فيه أهل المحلة لا غير وانما جعل مسجداً ليصلى فيه العامة لان للعامة حق إقامة الصلاة في المسجد واستدل أبو يوسف رحمه الله بالكعبة فان زمان الغفرة قد كان حول الكعبة عبدة الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به من أن يكون موضع الطاعة والقربة خالصاً لله تعالى فكذلك سائر المساجد وأما هدى الاحصار فهو لم يزل عن ملكه قبل الذبح وكلاهما في اذا زال عن ملكه وكذلك الكفن ليس بإزالة العين عن ملكه بل هو تبرع بالتمتع بالحاجة الميت فكان بمنزلة العارية حاله الحياة وقد وقع

مذهب صاحبه لما أشار اليه
استدل أبو يوسف بأنه
سقط ملكه في ذلك المقدار
فلا يعود الى ملكه واستظهر
بالكعبة فان زمان الغفرة
قد كان حول الكعبة عبدة
الاصنام ثم لم يخرج موضع
الكعبة به من أن يكون
موضع الطاعة والقربة
خالصاً لله تعالى فكذلك في
سائر المساجد ومحمد يقول
عين هذا الجزع من ملكه
مصر وفا الى قرية بعينها فاذا
انقطع ذلك عاد الى ملكه
أولئك وارثه وصار كحشيش
المسجد وحصيره اذا استغنى
عنه الا أن أبو يوسف يقول
في الحصير والحشيش ينقل
الى مسجد آخر وقوله (ومن
بنى سقاية أو خاناً) ظاهر

فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الاضافة الى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم (وعند أبي يوسف نزول ملكه بالقول) كما هو أصله اذا التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد اذا استق الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفي بالواحد لتعذر فعل الجنس كما وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض ولو سلم الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه كلها لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنيب عنه وما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولي فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكسسه ويخلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولي له عرفا وقيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولي لانه لو نصب المتولي يصح وان كان بخلاف العادة ولو جعل داره بمكة سكنى الحاج بيت الله والمعتمرين أو جعل داره في غير مكة سكنى للمسافرين أو جعلها في نجر من الثغور سكنى للغزاة والمرباطين أو جعل غلته أرضه للغزاة في سبيل الله تعالى ودفع

وقوله بخلاف المسجد
يعنى أن حكم الحاكم
والاضافة الى ما بعد الموت
ليس بشرط في المسجد
وقوله (وذلك بما ذكرناه)
يعنى أن التسليم يحصل
بالاستقاء والسكنى والنزول
والدفن في السقاية والخان
والرباط والمقبرة وقوله (في
هذه الوجوه) أى في
السقاية والخان والرباط
والمقبرة وقوله (ويكتفي
بالواحد) ظاهر وقوله
(سكنى الحاج بيت الله
تعالى) الحاج اسم جمع بمعنى
الحجاج كالسائر بمعنى
السماء في قوله تعالى ساءرا
تهجرون والثغر موضع
الخفاة من فروج البلدان
ويقال رباط الجيش أقام
في الثغر بازاء العدو ومراقبة
ورباطا والله سبحانه وتعالى
أعلم

(فله أن يسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الاضافة الى ما بعد الموت) ليكون وصية فيلزم بعد الموت وله أن يرجع عنه قبل موته على ما مر (كفى الوقف على الفقراء) بل أولى لان الثابت في كل منهما لفظ يبنى عن الخروج عن الملك كما قدمناه في وقت وتصدق وفي هذه الامور مع ذلك ثبوت تعلق حقه انتفاعا بعين الوقف كما ذكرنا بخلاف الوقف على الفقراء ونحوه (بخلاف المسجد) لا يشترط في زواله عن ملكه حكم ولا وصية لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله عز وجل بلا حكم وعند أبي يوسف نزول ملكه بمجرد القول كما هو أصله وقوله قول الائمة الثلاثة كما مر (وعند محمد) لا نزول (حتى يستق الناس من السقاية ويسكنوا الخان والرباط ويدفنوا في المقبرة لان التسليم عنده شرط) وتسليم هذه (بما ذكرناه) من سكناتهم الخان والرباط الى آخره (ويكتفي بالواحد) في التسليم الموجب لزوال الملك (لتعذر فعل الجنس) أى تسليم الكل على تقدير تسليمهم (وعلى هذا البئر) اذا احتقره (والحوض) نزول الملك اذا استق منهم ما واحد أو شربت دابة ومن ذلك ما لو أدخل قطعة أرض له في طريق المسلمين وجعلها طريقا يشترط فيه مرور واحد بذاته على قول من يشترط القبض في الاوقاف وكذا القنطرة يتخذها المسلمين تلزم بمرور واحد ولا يكون بناؤها مبرانا (ولو سلم الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه) أعنى السقاية والخان والرباط والمقبرة والبئر والحوض (لانه) أعنى المتولي (نائب عن الموقوف عليهم ففعله) أى تسليمه (كفعلهم) أى تسليمهم (وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليما وقيل يكون) وقد قدمناه مع وجهه وجه المصنف الصحة (بانه) أى المسجد (يحتاج الى من يكسسه ويخلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم) لانه متول له عرفا واختلف في المقبرة قيل كالمسجد على القول بانه لا يكتفي في ازاله الملك عنه التسليم الى متول (لانه لا متولي له) فلا نزول الملك الا بالدفن فيها (وقيل كالسقاية فيصح التسليم الى المتولي) (قوله ولو جعل داره بمكة سكنى للحجاج والمعتمرين أو جعل داره في غير مكة سكنى للمسافرين أو جعلها في نجر من الثغور سكنى للغزاة

الاستغناء للمستعير فيعود الى المعير وأما الحصر فالصحيح من مذهب أبي يوسف رحمه الله أنه لا يعود الى ملك متخذه بخراب المسجد بل يحول الى مسجد آخر أو يبيعه قيم المسجد للمسلمين لان الخلق عيال الله تعالى فن كان نفع عياله كان أحب اليه فاذنك اتخذت السقايات قرية والقرب بما يتقرب به الى الله تعالى والخان الموضع الذي يكون في المغاور في طريق البلاد لينزل فيه أبناء السبيل وقوله يسكنه بنو السبيل تفسيره كقوله تعالى شردمة قليلون ويقال رباط الجيش أى أقام في الثغر بازاء العدو ومراقبة ورباطا ومنه اصبر وواصبر واربطوا أى أقموا على جهاده بالحر بوقوله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون جمع ربيط بمعنى مربوط والحاج اسم جمع بمعنى الحجاج كالسائر بمعنى السماء والثغر موضع الخفاة من فروج البلدان (قوله ودفع

ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا ر جوع فيه لما بينا الا ان في الغلة تحمل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه من سكنى الخنان والاستقامة من البئر والسقاية وغير ذلك يستوى فيه الغنى والفقير والغارق هو العرف في الفصلين فان أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغنى والفقير في الشرب والنزول والغنى لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه والله تعالى أعلم بالصواب

والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا ر جوع فيها) أى في السقاية والمقبرة وفي الدار المسجلة عندهما للخروج عن ملكه بذلك القدر وهو قول الاثني عشرية بلا شرط الدفع الى المتولى كقول أبي يوسف وعند أن بن حنيفة يرفع جوع ما لم يحكم بذلك كما كثر روى الحسن عنه انه اذا جرع بعد الدفن لا يرجع الى الجمل الذي دفن فيه ويرجع فيما سواه ثم اذا جرع في المقبرة بعد الدفن لا ينشئها لان النيس حرام ولكن يسوى الارض ويزرع وهذا على غير رواية الحسن والفتوى في ذلك كله على خلاف قول أبي حنيفة رضي الله عنه للتعامل المتوارث هذا وتفاوت المقبرة غيرها بانه لو كان في المقبرة اشجار وقت الوقف كان للورثة أن يقطعوها لان موضعها لم يدخل في الوقف لانه مشغول بها كمن جعل داره مقبرة لا يدخل موضع البناء في الوقف بخلاف غير المقبرة فان الاشجار والبناء اذا كان في عقار وقفه دخلت في الوقف تبعاً ولو بنيت فيها بعد الوقف ان علم غارسها كانت للغارس وان لم يعلم فالرأى فيها للقاضي ان رأى بيعها وصرف ثمنها على عبارة المقبرة فله ذلك وتكون في الحسم كأنها وقف ولو كانت قبل الوقف لكن الارض موات ليس لها مالك فاتخذها أهل القرية مقبرة فلا شجار على ما كانت عليه قبل جعلها مقبرة ولو أن رجلاً غرس شجرة في المسجد فهي للمسجد أو في أرض موقوفة على رباط مثلاً فهي للوقف ان قال للقيم تعاهدوا ولو لم يقل فهي له يرفعها لانه ليس له هذه الولاية ولا يكون غارسا للوقف ولو غرس في طريق العامة أو على شط النهر العام أو وسط الحوض القديم فهي للغارس لانه ليس له ولاية جعلها للعامة وكذا على شط نهر القرية ولو قطعها فبنت من عروقها اشجار فهي للغارس ولو بنى رجل في المقبرة بيتاً لحفظ اللبن ونحوه ان كان في الارض سعة جاز وان لم يرض بذلك أهل القرية لكن اذا احتيج الى ذلك المكان برفع البناء لم يقبر فيه ومن حفر لنفسه قبراً فغيره أن يقبر فيه وان كان في الارض سعة الا أن الاولى أن لا يوحشه ان كان فيها سعة وهو كمن بسط سجادة في المسجد أو نزل في الرباط فجاء آخر لا ينبغي أن يوحش الاول ان كان في المكان سعة وذكر الناطقي أنه يضمن قيمة الحفر لجمع بين الحقين ولا يجوز لأهل القرية الانتفاع بالمقبرة الدائره فان كان فيها حشيش يحش ويخرج الى الدواب ولا يرسل الدواب فيها ثم في جميع ما ذكرناه من سكنى الخنان ودار الغزاة والسقاية والاستقامة من البئر يستوى الغنى والفقير بخلاف وقف الغلة على الغزاة فانما تحمل للفقراء دون الاغنياء منهم قال المصنف (والغارق) فيه (العرف فان) الواقفين من (أهل العرف) يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغنى والفقير في الشرب والنزول لان الغنى لا يقدر على استحباب ما يشربه في كل مكان ولا على أن يشتري ذلك في كل منزلة من السفر وعلى هذا فيجب في الرباط أن يخص سكناء بالفقراء لان العرف على أن بناء الربطة للفقراء وهذا فصلان في المتولى والموقوف عليه

* (الفصل الاول في المتولى) * قالوا الاولى من طلب الولاية على الاوقاف كمن طلب القضاء لا يقلد والمتولى أن يشتري بما فضل من غلة الوقف اذا لم يتجش الى العمارة مستغلاً ولا يكون وقفاً في الصحيح حتى جاز بيعه ومن سكن دار الوقف غصباً أو باذن المتولى بلا أجرة كان عليه أجرة مثله سواء كان ذلك معد الاستغلال أو غير معد له حتى لو باع المتولى دار الوقف فسكنها المشتري ثم رفع الى قاض هذا الامر فبطل البيع وظهر الاستحقاق

ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا ر جوع فيها لما بينا هذا قوله ما وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى في هذا كله لصاحبه أن يرجع ويبطل ما صنع من الصدقة والمقبرة والخنان والسقاية وغيرها ويبيعها ومات كان

الوقف كان على المشتري أجرة مثله والمتمولى أن يستأجر من يتخدم المسجد بكنسه ونحو ذلك باجرة مثله أو زياد
يتعان فيها فان كان أكثر فالاجارة له وعليه المدفع من مال نفسه ويضمن لو دفع من مال الوقف وان علم الاجير
أن ما أخذه من مال الوقف لا يجعل له وله أن ينفق من ماله على حاجة الوقف ولو أدخل جذا من ماله في المسجد
كان له الرجوع كالوصي اذا أنفق على الصغير وله أن يشتري من غلة المسجد دهنا وحصيرا وأجرا وحصا
لغير المسجد ان كان الواقف وسع فقال يفعل ما يراه مصلحة وان وقف لبناء المسجد ولم يزد فليس له أن يشتري
ذلك فان لم يعرف له شرط يعمل ما عمل من قبله ولا يستدين على الوقف الا اذا استقبله أمر لا بد منه فيستدين بامر
القاضي ويرجع في غلة الوقف وذكر الناطقي وكذلك أنه يستدين لزراعة الوقف ويزرع بامر القاضي لان
القاضي يملك الاستدانة على الوقف فصح بامره بخلاف المتمولى لا يملكه والاستدانة أن لا يكون في يده شيء
فيستدين ويرجع أما اذا كان في يده مال الوقف فاشترى ونقدم مال نفسه فانه يرجع بالاجماع لانه
كالوصي اذا اشترى ونقد الثمن من مال نفسه له أن يرجع وليس له أن يرهن دار الوقف فان فعل وسكنها
المترحم ضمن أجرة المثل ولو أنفق ذراهم الوقف في حاجة نفسه ثم أنفق من ماله مثلها في الوقف جاز ويرأى عن
الضمان ولو خلط ذراهم الوقف بمثلها من ماله كان ضامنا للكل ولو اجتمع مال للوقف ثم نابت نابتة من الكفرة
فاحتجج الى مال المدفع شرهم قال الشيخ الامام ما كان من غلة وقف المسجد الجامع يجوز زلعا كم أن يصرفه الى
ذلك على وجه القرض اذا لم تكن حاجة للمسجد اليه وله أن يبني على باب المسجد ظلة للمدفع الذي المطر عن
الباب من مال الوقف ان كان على مصالح المسجد وان كان على عمارته أو ترميمه فلا يصح والاصح ما لا يظهر
الدين ان الوقف على عمارة المسجد ومصلح المسجد سواء اذا كان على عمارة المسجد لا يشتري منه البيت
والحصير ولا يصرف منه لزمينة والشرقات ويضمن ان فعل ومن وقف وقفاً لم يجعل له متولياً في حضرته
الوفاة فاوصى الى رجل فالو يكون وصيا وقيما هذا في قول أبي يوسف لان التسليم ليس بشرط قصد الوقف في
حياته بل بالتسليم بخلاف ما لو جعل له قيميا ثم حضرته الوفاة فاوصى لا يكون هذا الوصي قيميا في الوقف فيمسجد
مات فاجتمع أهل المسجد على جعل رجل قيميا بغير أمر القاضي فقام وأنفق من غلات وقف المسجد في عمارته
اختلف المشايخ في هذه التولية والاصح لا تصح بل نصب القيم الى القاضي لكن لا يضمن ما أنفق في العمارة من
غلاته اذا كان أجر الوقف وأخذ الغلة فأنفق لانه اذا لم تصح ولا يشته فانه غاصب والغاصب اذا أجزأه غصب كان
الاجر له ويتصدق به كذا في فتاوى قاضين وأنت تعلم أن المفتي به تضمن غاصب الاوقاف بخلاف ما اذا كان
وقف على أر باب معلومين فان لهم أن ينصبوا متوليا من أهل الصلاح لكن قيل الاولى أن يرفعوا أمرهم الى
القاضي لينصب لهم وقيل بل الاولى في هذا الزمان أن لا يفعلوا وينصبوا لهم وليس للمشرف أن يتصرف في
مال الوقف بل وظيفته الحفظ لا غير وهذا يختلف بحسب العرف في معنى المشرف والمتولى أن يفوض الى
غيره عند موته كالوصي له ان يوصي الى غيره الا انه لو كان الواقف جعل لذلك المتولى مالا مسمى لم يكن ذلك لمن
أوصى اليه بل يرفع الامر الى القاضي اذا تبرع بعمله ليغرض له أجر مثله الا أن يكون الواقف جعل ذلك لكل
متول وليس للقاضي أن يجعل للذي أدخله ما كان الواقف جعله للذي كان أدخله لان الواقف في هذا مالا ليس
للعامة وكذا اذا أخذ المتولى من مال الوقف ومات بلا بيان لا يضمن فالامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل
الافى ثلاث هذه احداها والثانية اذا أودع السلطان الغنمية عند بعض الغنائم ومات ولم يبين عند من أودع
والثالثة القاضي اذا أخذ مال اليتيم وأودع غيره ثم مات ولم يبين عند من أودع لاضمان عليه أمواله كان القاضي
أخذ مال اليتيم عنده ولم يبين حاله حتى مات فقد ذكر هشام عن محمد انه يضمن ولو قال قبيل موته ضاع مال
اليتيم عندي أو أنفقته عليه ومات لا يكون ضامنا أموال مات قبل أن يقول ضمن وكذلك باع المتولى دار الوقف
ومات ولم يبين أين الثمن فانه يكون ديناني تركته وللناس أن يأخذوا المتولى بتسوية بحائط الوقف اذا مال الى

ميراثه الا أن يحكم بما احكام الفتوى في ذلك كله على قوله ما للبلوى والتعارف وعليه اجماع الامة ألا ترى
أنه بقي آثار الماضين في هذه الوجوه وكفى بالاجماع حجة والله تعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

أَمْلا كهم فان لم تكن له غلة يرفع الى القاضي ليأمر بالاستدانة لاصلاحها وله أن يبنى قرية في أرض
الوقف للأجرة وحفاظها ويجمع فيها الغلة وأن يبنى بيوتا يستغلها اذا كانت الارض متصلة ببيوت المصر
ليست للزراعة فان كان زراعتها أصح من الاستغلال لا يبنى في التوازل في اراض ما فضل من مال الوقف
قال ان كان أحرز الغلة أو جوا أن يكون واسعا ولا يتجر الوقف اجارة طويلة وأكثر ما يجوز ثلاث سنين
وليس له الاقالة الا ان كانت أصح للوقف ولو زرع الواقف أو المتولى أرض الوقف وقال زرعها لنفسه وقال
المستحقون بل للوقف فالقول قوله وعلى الواقف والمتولى في هذا نقصان الارض وليس عليهما أجر مثل الارض
ويقول القاضي له ازرعها للوقف فان قال ليس للوقف مال ازرعها به يأمره بالاستدانة لذلك فان لا يمكنه
يقول لاهل الوقف استدنيوا فان قالوا لا يمكننا بل نزرع لا نستغلنا يمكنهم لان الوقف في يد الواقف فهو أحق
به ولا يخرج عنه الا أن يكون غير مأمون ذكر هذه المسئلة بغزوها في فتاوى قاضيان وغيره وينعزل
الناظر بالجنون المطبق اذا دام سنة نص عليه الخصاص لان دام أقل من ذلك ولو عاد اليه عقله وبرأ من
عقله عاد اليه النظر وللناظر أن يוכל من يقوم بما كان اليه من أمر الوقف ويجعل له من جعله شيئا وله أن
يعزله ويستبدل به أو لا يستبدل ولو جن انعزل وكسبه ويرجع الى القاضي في النصب ولو أخرج حاكم قسما
فقات أو عزل فتقدم المخرج الى القاضي الثاني بأن ذلك القاضي أخرجه بلا حجة لا يدخله لان أمر الاول
محمول على السداد ولكن يكفيه أن يقيم عنده بينة انه أهل وموضع للنظر في هذا الوقف فان فعل أعاده
وكذا لو أخرجه لفسق وخيانته فبعد مدة أناب الى الله وأقام بينة انه صار أهلا لذلك فانه يعيده وليس على
الناظر أن يفعل الا ما يفعله أمثاله من الامر والنهي بالمصالح ويصرف الاجر من مال الوقف للعملة بأيديهم
ولذا قلنا لو عي أو طرش أو خرس أو فلج ان كان بحيث يمكنه الكلام من الامر والنهي والاختصاص والاعطاء
فله الاجر الذي عليه له الواقف وللناظر في الوقف على الفقراء أن يعطى قوما مدة وله أن يقطعهم ويعطى غيرهم
فكيف لا يدخل كثرة بحيث يحاصونهم وفي وقف الخصاص ان حكم القاضي أن لا يعطى غير هذا الرجل
لم يعط غيره وما لم يحكم بذلك له أن يعطى غيره ويحزمه لان في كل منهما تنفيذ شرط الواقف وقد استبعدت صحة
هذا الحكم وكيف ساغ بالشرط حتى ظفرت في المسئلة بقوله ان هذا الحكم لا يصح ولا يلزم

(الفصل الثاني في الموقوف عليه) وقف على زيد ثم المساكين فردز يدفوه للمساكين وكذا على زيد وعزرو
فردا أحدهما أو ظهر انه كان ميتا فنصيبه للمساكين وكذا اذا رد اجمعوا من قبل بعد الرد لا يعودون أخذ
سنة ليس له أن يرد بعد ذلك أما لو قال لا أقبلها سنة وأقبل ماسوي ذلك فانه يجوز وحصة من هذه السنة للباقي
من أهل الوقف ثم يشاركهم فيما بعدهما ولو قبل سنين وسماها ليس له أن يرد هابل بعدها على ولده وقوله على
ولده فلان أيدامنا ساو افرد الموجدون صار للفقراء فاذا جاء من بعدهم رجوع من الفقراء اليهم الا أن يردوه
ولو ردوا أحد منهم فقط فالغلة كلها لمن قبل ويجعل من لم يقبل كالميت بخلاف ما لو أوصى بثلاثة لولد عبد الله
وكا نو يوم مات أربعة فردوا حصته لورثة الموصى وهذه مما افرق فيه الوصية والوقف والفرق ذكره هلال
وغيره وعلى فلان وولده فرده فلان لم يعمل رده في رد ما لولده صغارا كانوا وكبارا وقف على ولده ثم للمساكين
فلولده صلبة يستوي فيه الذكرو الانثى الا أن يخص صنفامادام واحد منهم فالكل له فان لم يكن له ولد وقت
الوقف بل ولدا من كان له لا يشاركه من دونه من البطون فان كان ابن بنت لا يدخل في ظاهر الرواية وبه أخذ
هلال وعن محمد يدخل وصحح ظاهر الرواية ثم اذا ولد للواقف ولد لصلبه رجوع من ابن الابن اليه ولو ضم الى
الولد ولد الولد فقال على ولدي وولد ولدي ثم للمساكين اشترك فيه الصليبيون وأولاد بنيهم وأولاد بناته كذا
اختاره هلال والخصاص وصححه في فتاوى قاضيان وأنكر الخصاص رواية حرمان أولاد البنات وقال لم أجد
من يقول برواية ذلك عن أصحابنا وانما روى عن أبي حنيفة فيمن أوصى بثلاثة لولد زيد بن عبد الله فان وجد له
ولد كور واثان لصلبه يوم يموت الموصى كان بينهم فان لم يكن له ولد لصلبه بل ولد لولد من أولاد الذكور
والاناث كان لولد الذكور دون البنات فكانهم قاسوا على ذلك وهذه هي وزان المسئلة الاولى وفرق

شمس الأئمة بيننا وبين هذه بان ولد الولد اسم ابن والده ولده وبنته ولده بخلاف قوله ولدي فان ولدا البنت لا يدخل
وفي ظاهر الرواية لان اسم ولده يتناول ولده لصلبه وانما وضع في ولدا لبنته لانه ينسب اليه عرفا قال وذ كرمحمد
رجه الله ان ولد الولد يتناول ولدا البنت عند اصحابنا لكان ذ كرم المصنف في التخصيص ان الفتوى على ظاهر
الرواية فقد اختلفوا في الاختيار والوجه الذي ذكره شمس الأئمة من صدق ولد الولد على ولدا البنت صحيح
من حيث اللغة لكن وجهه ظاهر الرواية التمسك فيه بالعرف فانه يتبادر من قول القائل ولدا ولد فلان كذا
وكذا ولدا بنة وكلام الواقفين منصرف الى العرف فان تخاطبهم به بخلاف ما اذا لم يضاف الى الولد كما يقال
ولدت فلانة فانه يقال اولدت ذ كرا وانثى فان هذا الاستفهام ظاهر في عدم فهم الذ كرم بخصوصه اذا
عرف الاختلاف في دخول اولاد البنات في اولاد اولادى فيجب فيه ان يقال على الذ كور من اولادى واولاد
اولادى ادخل ابن البنت على الخلاف لا يدخل على ظاهر الرواية لانه ليس ابن ولد الولد وعلى الرواية الاخرى
يدخل ثم اذا انقرض ولد الولد لا يعطى لمن بعدهم بل للفقراء ولوا قال ولدي وولدا ولدي وولدا ولدي صرفت الى
اولاده ابدا ما تناسلوا ولا يصرف للفقراء ما كان من نسله واحدا يستوى الاقرب والابعد الا ان يرتب
الواقف ولوا قال اولادى بلفظ الجمع يدخل النسل كله كذ كرم الطلقات الثلاث بلفظ ولدي ولوا قال ولدي
واولادهم وله اولاد اولاد مات اباؤهم قبل الواقف لا يدخلون مع اولاد الاولاد الموجودين لانه لما قال بعد
موت اولئك على اولادى فانما اراد الموجودين وضمير اولادهم يرجع اليهم خاصة بخلاف اولادى واولاد
اولادى لا موجب لقصره على الاولاد الموجودين فتدخل اولاد الذين ماتوا من قبل معهم ولوا قال اولادى
وهم فلان وفلان وفلان وبعدهم للفقراء فبات احد الثلاثة اعطى نصيبه للفقراء الباقين من اخوته بخلاف
ما لو لم يقل فلان وفلان وفلان بل اولادى ثم الفقراء يصرف السك للوا اذا مات من سواء ولوا قال على بنى وله
ذ كران صرف اليهما وان كان واحدا فله النصف والنصف الاخر للفقراء لان اقل الجميع اثنان فانما جعل
مستحق كل اثنين وعليه فرع ابن الفضل قوله على المحتاجين من ولدي وليس في ولده محتاج الا واحد ان
النصف له والنصف الاخر للفقراء غير انه يشكك باولادى فانه يصرف للواحد السك الا ان يكون عرف في
اولادى بخلاف كل جمع لمادة غيره كبنى والمحتاجين ونحوه مما هو جمع غير لفظ اولادى ونقل الخلاف بين ابي
يوسف ومحمد فيما لو اعطى القيم نصيب الفقراء لو احدا جازة ابو يوسف لان الفقراء لا يحصون فكان المقصود
الجنس ومنعه محمد للجمعية فوجب اعطاء اثنين وتدخل البنات في قوله بنى واختاره هلال وعن ابي حنيفة
اختصاص الذ كور به قال بعض المشايخ في المسئلة روايتان انتهى والوجه الدخول لما عرف في اصول الفقه
وعليه بنوا قول المستامن آمنوني على بنى تدخل البنات قال في الخلاصة وهذا انما يستقيم في بنى اب يحصون
اما فيما لا يحصون فيصح ان يقال هذه المرأة من بنى فلان انتهى يعنى فتدخل المرأة بلا تردد ولو لم يكن له الا
بنات صرفت الغلة للفقراء وعلى بناتى لا تدخل الذ كور ثم المستحق من الولد كل من ادرك خروج الغلة عالقا في
بطن أمه حتى لو حدث ولد بعد خروج الغلة باقل من ستة أشهر استحق ومن حدث الى تمامها فاصعد الا يستحق
لانه يتيقن بوجود الاول في البطن عند خروج الغلة فاستحق فلو مات قبل القسمة كان لورثته وهذا في ولد الزوجة
أما لو جاءت أمه بولد لاقل من ستة أشهر فاعترف به لا يستحق لانه منهم في الاقرار على الغير اعنى باقى المستحقين
بخلاف ولد الزوجة فانه حين يولد ثابت النسب ولو مات الواقف من غير تحلل وقت يمكن فيه الرجوع الى أهله
فجاءت بولد لستين من يوم وقف استحق من كل غلة خرجت فيما بين ذلك وكذا لو طلقها عقيب الوقف بلا تحلل
مدة كذلك بخلاف ما اذا كان الموت والطلاق بعد زمان يمكن فيه الرجوع لاحتمال انه من حل حدث وخروج
الغلة التي هي المناط وقت انعقاد الزرع حبا وقال بعضهم يوم يصير الزرع متقوما ذ كره في فتاوى قاضيان وهذا
في الحب خاصة وفي وقف الحصاد يوم طلعت الثمرة وينبغي أن يعتبر وقت أماته العاهة كما في الحب لانه بالانعقاد
يأمن العاهة وقد اعتبر انعقاده وأما على طريقة بلادنا من اجارة أرض الوقف لمن يزرعها لنفسه باجرة تستحق
على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فيجب اعتبار ادراك القسط فهو كادراك الغلة فكل من كان مخلوقا

قبل تمام الشهر الرابع حتى تم وهو مخلوق استحق هذا القسط ومن لا فلا وهذا كله بخلاف ما لو قال على
 أصغر ولدى أو العميان منها أو العور فان الوقف يختص بهم ويعتبر الصغر والعور والعمى يوم الوقف لا يوم
 الغلة بخلاف الوقف على ساكنى البصرة مثلا وبغداد يعتبر سكنى البصرة يوم الغلة والاصل ان ما كان لا يزول
 فهو كالاسم العلم وكذلك اذا زال على وجه لا يحتمل العود فيعتبر وجود يوم الوقف بخلاف الفقير وسكنى البصرة
 يحتمل العود بعد الزوال ولو قال من خرج يسقط سهمه فخرج واحد ثم عاد لا يعود سهمه كولو وقف على الايامى
 على أن من تزوجت سقط سهمها فزوجت بواحد ثم طلق لا يعود الا ان كان نص على ذلك وكل من مات
 من المستحقين اذا لم يبين الواقف حال حصته بعد موته يقسم على الباقي فقد تنقض القسمة فى كل سنة
 ويعطى الغنى والفقير من الاولاد الا ان يعين المحتاجين من ولده فيلزم في ادعى الحاجة منهم لا يعطى ما لم يثبتها
 عند القاضي ولو تعارضت بين فقره وغناه حرم تقديما اليه غناه لانها أكثر اثباتا ومن ولد لاقل من ستة أشهر
 من وقت خروج الغلة لا يستحق عند هلال لانه لا يوصف بالحاجة في بطن أمه ولذا لم يجعل نفقة الحامل في مال من
 في بطنها واستحق عند الخصاص لانه كان مخلوقا قبل مجئ الغلة ولا مال له ولو لم يكن فيهم محتاج كان للمساكين
 ومن افتقر بعد الغنى رجوع اليه لكل وفي وقف الخصاص رحمه الله لو اجتمعت عدة سنين بلا قسمة حتى
 استغنى قوم وافتقر آخرون ثم قسمت يعطى من كان فقيرا يوم القسمة ولا نظر الى من كان فقيرا وقت الغلة ثم
 استغنى فاعطيه بخلاف من لم يكن موجودا وقت القسمة لا يعطى من هذه القسمة شيئا بل مما بعده او كذا
 لو خص عميان أو ولاده ونحوه تعيينا والمحتاج الذى يصرف اليه من تدفع اليه الزكاة ولا يكون له أرض أو دار
 يستعملها وان لم تف غلتها بكفايته حتى يبيعها وينفق ثمنها أو يفضل منه أقل من نصاب بخلاف الدار التى
 يسكنها وعبد الخدم وتوليس الموقوف عليهم الدار سكنها بل الاستغلال كالنيس للموقوف عليهم السكنى
 الاستغلال واعلم أنه اذا ذكر أولاده وأقاربه صح للغنى والفقير منهم إلا أن يخص الفقراء كذا كرنا وأما
 غيرهم قال شمس الأئمة اذا ذكر مصرفا فيهم تنصيب على الحاجة فهو صحيح سواء كانوا يحصون أو لا يحصون
 لان المطالب وجه الله تعالى ومتى ذكر مصرفا يستوى فيه الاغنياء والفقراء فان كانوا يحصون فذلك صحيح
 لهم باعتماد أعيانهم وان كانوا لا يحصون فهو باطل الا ان كان في لفظه ما يدل على الحاجة استعمالا بين
 الناس لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتامى فالوقف عليهم صحيح ويصرف للفقراء منهم دون أغنيائهم فانبنى على
 هذه ما لو وقف على الرجال أو النساء أو المسلمين أو الصبيان أو على مضر أو ربيعة أو على تميم أو بنى هاشم
 لا يجوز شي من ذلك لا تنظامه الاغنياء والفقراء مع عدم الاحصاء ولا تميز فى الاستعمال ونص الخصاص على ان
 الوقف على الزمنى والعميان والعوران باطل من قبل أنه يظلم الغنى والفقير وهم لا يحصون وكذا على قراء
 القرآن وعلى الفقهاء أو قال على أصحاب الحديث أو الشعراء كل ذلك باطل لما ذكرنا والذي يقتضيه الضابط
 الذى ذكره شمس الأئمة انه يصح على الزمنى والعميان وقراء القرآن والفقهاء وأهل الحديث ويصرف للفقراء
 منهم كاليتامى لاشعار الاسماء بالحاجة استعمالا لان العمى والاشتغال بالعلم يقطع عن الكسب فيغلب فيهم
 الفقير وقد صرح فى الوقف على الفقهاء باستحقاق الفقراء منهم وهو فرع الصحة والمسئلة المذكورة فى آخر فصل
 المسجد من الهداية تفيد ذلك وهى ما اذا جعل غلة أرضه وقف على الغزاة انه يصح ويصرف الى فقراء الغزاة
 مع ان اسم الغزاة ينتظم الغنى والفقير وهم لا يحصون غير انه يشعر بالحاجة ونص فى وقف هلال على جواره
 على الزمنى ويدفع لفقرائهم وصرح فى وقف الخصاص بصحة الوقف على أرامل بنى فلان وانه لكل أرملة كانت
 يوم الوقف أو حدثت سواء كن يحصين أو لا وهول للفقراء منهن اذا كانت بالغه فن أعطى منهن أجزا والأرملة
 المستحقة كل بالغه كان لها زوج وطلقها أو مات وخالفوا فى الايامى فاذا وقف على أيامى بنى فلان وبعدهن
 للمساكين أو أيامى قرايى ان كن يحصين فالوقف جائز وغلبت للغنمية والفقيرة وان كن لا يحصين لم يجز الوقف
 فيكون للمساكين والايام المستحقة كل أنى جومعت ولو بقصور ولا زوج لها بالغه أو لا ولو قال على كل تيب
 من بنى فلان أو من قرايى فان كن يحصين جاز لهن ولكل من يحدث منهن وان كن لا يحصين فى وقت قسمة

* (كتاب البيوع) *

من القسم فهو باطل والغلة للمساكين والثلث كل من جرمعت ولو بغير واهاز و ج أولا وان لم تبلغ ولا بكار قرابتي أو بني فلان فان كن يحصين فهو لهن وان لم يحصن أباوان كن لا يحصن فالوقف عليهن باطل وهو للمساكين والبكر من لم تجامع وان كانت العذرة زائلة وفي كل ما لا يحصى من ذكرنا أنه لا يصح معه الوقف لو قيد فقال للفقراء منهن جاز ومن أعطى جزءا كل وقف على الأقارب وقف على أهل بيته ثم المساكين دخل الغني والفقير بمن يناسبه إلى الأب الذي أدرك الإسلام أسلم ذلك الأب وألمن كان موجودا حال الوقف أو حدث بعد ذلك من الرجال والنساء والصبيان لأقل من ستة أشهر من مجيء الغلة ولو كانوا قوقين لقوم أو كفاراً وذميين ولا يدخل في ذلك الأب ويدخل أبو الواقف وأجداده وولده لصلبة وولاد الذكور منهم وان سفلوا ولا يدخل أبناء البنات من ولده الا اذا كان آباؤهم بمن يناسبه إلى ذلك الجد الذي أدرك الإسلام ولا يدخل الواقف ولا أولاد عماته ولا أولاد اخوانه اذا كان آباؤهم من قوم آخرين وقوله على آلى وجنسى كاهل بيتي ولا يخص للفقراء منهم الا ان خصهم وقوله على الفقراء منهم وعلى من افتقر منهم سواء حيث يكون ان يكون فقيرا وقت الغلة وان كان غنيا وقت الوقف ولا يتقيد بمن كان غنيا فافتقر على الصحيح ولو وقف على قرابته فهو لمن يناسبه إلى أقصى أب في الإسلام من قبل أبيه أو إلى أقصى أب له في الإسلام من قبل أمه لكن لا يدخل أبو الواقف ولا أولاده لصلبه وفي دخول الجد روايتان وظاهر الرواية لا يدخل ويدخل أولاد البنات وأولاد العمات والخالات والاجداد الاعلان والجدات ورحمى وأرحامى وكل ذى نسب منى كالقرابة وعلى عمالي يدخل كل من كان في عماله من الزوج والولد والجدات ومن كان يعوله من ذوى الرحم وغير ذوى الرحم واذا عرّف هذا فلو قال على أهل بيتي فاذا انقرضوا فعلى قرابتي فهو صحيح وتصرف بعدهم لمن يناسبه من قبل أبيه ولو عكس فقال على قرابتي فاذا انقرضوا فعلى أهل بيتي لم يصح ومثله لو قال على اخوتي فاذا انقرضوا فعلى اخوتي لا يبي له اخوة متفرقون اذ بعد انقراض الكل لا يبقى له أخ فيكون بعد انقراضهم للمساكين وعلى جيرانه يجوز ثم هم عند أبي حنيفة رضي الله عنه الملاصقون فهو لجميع من في كل دار لاصقته من الاحرار ولو كانوا أهل ذمة والعبيد بالسوية قربت الابواب أو بعدت وعند أبي يوسف هم الذين تجمعهم محلة واحدة أو مسجد واحد فان جمعهم محلة واحدة وتفرقوا في مسجدين فهي محلة واحدة ان كان المسجدان صغيرين متقاربين فان تباعدا وكان مسجد عظيم جامع فكل أهل مسجد جيران دون الآخرين وقال محمد بن الملائقون السكان سواء كانوا مالكيين للدار أو لا وسأبى بقرينة هذا ان شاء الله تعالى ولا يدخل الارقاء ومن انتقل من الجوار على الخلاف في الجوار بطل حقه من الوقف

* (كتاب البيوع) *

عرف أن مشروعات الشارع منقسمة إلى حقوق الله تعالى خالصة وحقوق العباد خالصة وما اجتمع فيه الحقان وحقه تعالى غالب وما اجتمع فيه وحق العباد غالب فحقه تعالى عبادات وعقوبات وكفارات فابتدأ المصنف بحقوق الله تعالى الخالصة وغير هاتئى على آخر أنواعها ثم شرع في حقوق العباد وهي المعاملات ثم في ترتيب خصوص بعض الابواب على بعض مناسبات خاصة ذكرت في مواضعها ووقع في آخرها ترتيب أول أنفس حقوق العباد أعنى البيع على الوقف وجهه أن الوقف اذا صرح خرج المملوك عن ملك الواقف لا إلى مالك وفي البيع إلى مالك فنزل الوقف في ذلك منزلة البسيط من المركب والبسيط مقدم على المركب في الوجود فقدمه في التعليم هكذا ذكر ولا يخفى ثم روعى في المعاملات من زمان فان ما تقدم من القسط والقيط والمفقود

* (كتاب البيوع) *

البيع مبادلة المال بالمال بالتراضي وهو من الاضداد ويقع في الغالب على اخراج المبيع عن المالك فصددا ويتعدى إلى المفعول الثاني بنفسه وبحرف الجر يقال باعه الشيء وباعه منه واشترأ كذلك من الاضداد قال

* (كتاب البيوع) *

لما فرغ من ذكر أنواع حقوق الله تعالى وذكر بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقى منها وذكر البيوع بعد الوقف لان كلا منهما مما عزيل للمالك والبيع في اللعنة فذلك المال بالمال وز يد عليه في الشرع

* (كتاب البيوع) *

فقبل هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب وهو من الاضداد لغة واصطلاحاً يقال باع الشيء اذا شراه ويقال باعه الشيء وباع منه ولا شتماله على انواع الا التي ذكرها جميعه وجواز ثابت بالكتاب بقوله تعالى وأحل الله البيع وبألسنة فانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتابعون فقر رهم على ذلك والتقرير أحد وجوه السنة والاجماع فانه لم ينكره أحد من الملبين وغيرهم وبالمعقول وهو سلب شرعيته فان تعلق البقاء المقدور بتعاطيه ايدل على ذلك وقد بينا ذلك في التقرير وركنه الايجاب (٤٥٥) والقبول أو مادل على ذلك وشرط من جهة

العاقد من العقل والتمييز ومن جهة المحل كونه مالا متقوماً مقدور التسليم وحكمه افادة الملك وهو القدرة على التصرف في المحل شرعاً فلا يشك في تصرف المشتري في المبيع قبل القبض بالمبيع فانه ممنوع مع كونه ملكاً لان ذلك التصرف ليس بشيء مطلقاً انتهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض هذا هو المعقود من شرعية البيع وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعتق القريب وملك المتعة في الجارية والخيارات بطريق الضمن وأنواعه باعتبار المبيع أربعة بيع السلع بمثلها ويستحق مقايضتها بغيرها بالدين أعني الثمن وبيع الثمن بالثمن ويسمى الصرف وبيع الدين بالدين ويسمى سلماً وباعتبار الثمن كذلك المساومة وهي التي لا تلتفت الى الثمن السابق والمراخمة والتولية والوضعية وسيأتي تفسيرها

(قوله فقبل هو مبادلة الخ)
أقول سيصرح الشارح في فصل في البيع من كتاب

والشركة من المعاملات ثم البيع مصدر وقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره كإيجاع المبيع وقد يراد به المعنى وهو الاصل فجميعه باعتبار أنواعه فان البيع يكون سلماً وهو بيع الدين بالدين وقلبه وهو البيع المطلق وصرفاً وهو بيع الثمن بالثمن ومقايضته وهو بيع العين بالعين وبخياراً ومنجزاً أو مؤجل الثمن ومزاجاً وتولية ووضعية وغير ذلك والبيع من الاضداد يقال باعه اذا أخرج العين عن ملكه اليه وباعه أي اشتراه ويتعدى بنفسه وبالحر فباع زيد الثوب وباعه منه وأما مفهومه لغة وشرعاً فقال نخر الاسلام البيع ائمة مبادلة المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد في قيد التراضي اهـ والذي يظهر أن التراضي لا بد منه لغة أيضاً فانه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده الا أنه استبدل به بالتراضي وان اخذ غصبا واعطاه شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة باعه وشرعية البيع بالكاتب وهو قوله تعالى وأحل الله البيع والسنة وهي قوله عليه الصلاة والسلام يا معشر التجار ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشربوه بالصدق وتبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتابعون فقر رهم عليه والاجماع منعقد عليه وسبب شرعيته تعلق البقاء بالمعقود فيه لله تعالى على وجه جليل وذلك ان الانسان لو استقل بابتداء بعض حاجاته من حرث الارض ثم بذل القمح وخدمته وحواشيه وحصده ودراسته ثم تدرى به ثم تنظيغه وطحنه بيده وعجنه وخبزه لم يقدر على مثل ذلك وفي السكان والصوف للبيس و بناء ما يظله من الحر والبرد الى غير ذلك فلا بد من ان تدفع الحاجة الى أن يشتري شيئاً ويبتدئ مزاولة شيء فلازم يشرع المبيع سبباً للتبليغ في البدلين لا احتياج أن يؤخذ على التغالب والمقااهرة أو السؤال والشهادة أو يصبر حتى يموت وفي كل منها ما لا يخفى من الفساد في الثاني من الذل والصغار ما لا يقدر عليه كل أحد وزررى بصاحبه فكان في شرعيته بقاء المكافئين المحتاجين ودفع حاجاتهم على النظام الحسن وشرطه في المباشرة التمييز والولاية الشرعية الكائنة عن ملك أو وكالة أو وصية أو قرابة وغير ذلك فصيح بيع الصبي والمعتوه اللذين يعقلان البيع وأثره في المبيع كونه مالا متقوماً شرعاً مقدور التسليم في الحال أو في ثانی الحال فيدخل السلم وقد قالوا بشرطه من مظاهر الانعقاد وهو التمييز والولاية فيكون المبيع متقوماً ومناشراً بشرط النفاذ وهو الملك والولاية حتى اذا باع ملك غيره توقف النفاذ على الاجازة ممن له الولاية وأما ركنه فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين أو من يقوم مقامهما الدال على الرضا بتبادل الملك فهما وهذا مفهوم الاسم شرعاً وقد يكون ذلك الفعل قولاً وقد يكون فعلاً غير قول كفي التعاطي كما سيأتي وقد يكون الرضا ثابتاً وقد لا يكون فان لفظا بعث مثلاً ليس له اثبوت الرضا بل أماره عليه فقد يتحقق مع انتفائه كالغيم الرطب لا مظهر فكذا يتحقق بعث واشترى ولا رضاء كفي ببيع المكر وهذا على ما اخترناه من أن حقيقة التراضي ليس جزء مفهوم البيع

الله تعالى ونشره ثمن بخس دراهم أي باعه وهو يقع في الغالب على اخراج الثمن عن الملك قصد وانما جاع المصدر على تاويل أنواعه كببيع العين بالعين ويسمى مقايضته ويكون كل واحد منهما مبيعاً وثنياً وبيع العين بالثمن وهو المطلق وبيع الثمن بالثمن وهو الصرف وبيع الدين بالدين وهو السلم وبيع المساومة وهو البيع بثمن يتفقان عليه وبيع المراخمة وهو البيع بالثمن الاول وزيادة وبيع التولية وهو البيع بالثمن الاول بلا زيادة وبيع الوضعية وهو البيع بالنقصان عن الثمن الاول والكل مشروع اذا البيع يطلق على الكل وقيل ان أنواع البيع تنقسم الى عشرة بنوعاً أو أكثر والكل مذكور في النهاية وهو مشروع بالكاتب وهو قوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا والسنة قال عليه السلام يا معشر التجار ان بيعكم

الوكالة بان هذا الحد وكل واحد من البيع والشراء فكل ما صدق عليه هذا الحد بيع من كل وجه وشرعاً من كل وجه فراجع (قوله فان تعلق البقاء المقدور) أقول من القدر (قوله ومن جهة المحل كونه مالا متقوماً) أقول المتقوم بشرط البيع الصحيح والكلام فيما يعي القاسداً (قوله بيع السلع الخ) أقول المراد بالساعة ما يتجر به مطلقاً عرضاً وعقاراً لا مقابل العقار فلا يحتل الحصر وسيجيء في هذا الكتاب بعد وقتين تعميم السلع للدور والعبيد والحيوانات

قال (البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظي الماضي) مثل أن يقول أحدهما بعث والآخرا شريت
لان البيع انشاء تصرف

الشرعي بل شرط ثبوت حكمه شرعا (قوله البيع ينعقد بالإيجاب والقبول) يعني اذا سمع كل كلام الآخر ولو
قال المانع لم أسمع وليس به صمم وقد سمعه من في المجلس لا يصدق ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص
المعلوم حكمه وانما قلنا هذا لانه قال ينعقد بالإيجاب والقبول فجعله ما غير؛ ثبت هو جامع ان البيع ليس
الا بالإيجاب والقبول لانهم اركناه على ما حققناه انهما من ان ركنه الفعل الدال الى آخره هذا ولكن الظاهر
أن المراد بالبيع هنا ليس انفس حكمه لانه معنى له ذلك الحكم وما قيل البيع عبارة عن معنى شرعي يظهر في
المحل عند الإيجاب والقبول حتى يكون العاقد قادر على التصرف ليس غير الحكم الذي هو الملك لانه هو الذي
يثبت به قدرة التصرف فالمحقق من الشرع ان الاثبات الحكم المعلوم من تبادل المالكين عند وجود الفعلين
أعني الشطرين بوضعهما سبيلهما شرعا وليس هنا شيء بالثبات فملك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف
نخرج نحو الوكيل فاذا امتنع أن يراد الفعل الخاص لزم الآخر والإيجاب لغة الاثبات لا شيء كان والمراد هنا
اثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولا سواء وقع من البائع كبعث أو من المشتري كان يشتري
المشتري فيقول اشتريت منك هذا بالف والقبول الفعل الثاني والا فكل منهما ما يجب أي اثبات قسمي
الاثبات الثاني بالقبول تميزه عن الاثبات الاول ولانه يقع قبولا ورضا بفعل الاول وحيث لم تصح ارادة
المقطن بالبيع بل حكمه ما هو الملك في البدلين وجب أن يراد بقوله ينعقد ثبت أي الحكم فان انعقاد
انما هو للفظين لا للمالك أي انضمام أحدهما الى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعي وقولنا في القبول انه
الفعل الثاني يفيد كونه أهم من اللفظ وهو كذلك فان الغرور مالم يوافق كل هذا الطعم بدهم فأكله ثم
البيع وأكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها بجماعة والبسة بكذا رضا بالبيع وكذا اذا قال
بعثتك بالف فقبضه ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطى فانه ليس فيه إيجاب بل قبض بعد
معرفة الثمن فقط وسيأتي في جعل مسئلة القبض بعد قوله بعثتك بالف من صور التعاطى كما فعل بعضهم نظرا
وفي فتاوى قاضيان قال اشتريت منك هذا بكذا فاقصدقه به على هؤلاء ففعل البائع قبل أن يتفرقا جاز وكذا
اشتريت منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لي فيصافق قطعه قبل التفرق وقوله (اذا كانا بلفظي الماضي مثل أن
يقول أحدهما بعث والآخرا شريت) قال المصنف (لان البيع انشاء تصرف) أي اثبات تصرف يفيد

قال رحمه الله (البيع ينعقد
بالإيجاب والقبول) الانعقاد
ههنا تعلق كلام أحد
العاقدين بالآخر شرعا
على وجه يظهر أثره في المحل
والإيجاب الاثبات ويسمى
ما تقدم من كلام العاقدين
إيجابا لانه ثبت للآخر
خيار القبول فاذا قبل يسمى
كلامه قبولا وحيث
لا خفاء في وجه تسمية
الكلام المتقدم إيجابا
والمتأخر قبولا وشرطه أن
يكون الإيجاب والقبول
بلفظين ماضيين مثل أن
يقول الموجب بعث والمجيب
اشتريت لان البيع انشاء
تصرف شرعي

قال المصنف (البيع ينعقد
بالإيجاب والقبول الخ) اقول
يجب من المصنف في آخر
باب ما يجب فيه الشفعة
وما يجب ان أحد البيع
مبادلة المال بالمال
بالتراضي

هذا يحضره الغو والكذب وشو بو بالصدقة وكذا بعث رسول الله عليه السلام والناس يتبايعون فقرهم
على ذلك واتقر بأحد وجوه السنة وعليه اجماع الامم والمعتقول وهو أن الله تعالى جعل المال سبيل إقامة
مصالح العباد وشرع التجارة طريقا الى الاكتساب اذ كل ما يحتاج اليه كل أحد لا يوجد بما حافي كل موضع
وفي الاخذ على سبيل التغالب فساد والله لا يحب الفساد فشرعت التجارة بطريق التراضي والبسة أغار بقوله
تعالى ولانا كوا أموالكم بينكم بالباطل الآن تكون تجارة عن تراض وأما سببه فتعلق البقاء المقدور
بتعاطيه وقد عرف في أصول الفقه وأما ركنه فلا إيجاب والقبول على ما يجبي وأما شرطه فانواع منها في العاقد
وهو أن يكون عاقلًا مسلمًا منزهًا في الآلة وهو أن يكون بلفظ الماضي ومنها في المحل وهو أن يكون مالا
متقوما وأن يكون مقدورا للتسليم ومنها التراضي ومنها شرط الحكم وهو الملك أو الولاية وأما حكمه
وضعا وهو عبارة عن القدرة على التصرفات في المحل شرعا الامتناع وقولنا الامتناع احتراز عن تصرف
المشتري في المبيع قبل القبض بالبيع وذلك ممنوع مع كونه مالا له النبي عليه السلام عن بيع مالم
يقبض وأما وجوب الاستبراء وثبوت الشفعة فتعقبت القرية بملك المتعة في الجارية والخيارات الثابتة في
البيع فاحكام البيع لكن بطريق الضمن (قوله البيع ينعقد بالإيجاب والقبول) الانعقاد عبارة عن
انضمام كلام أحد العاقدين الى الآخر والبيع عبارة عن ان شرعي يظهر في المحل عند الإيجاب والقبول حتى
يكون العاقد قادر على التصرف واليه أشار بقوله البيع ينعقد حيث لم يقل البيع هذان اللفظان والإيجاب

وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف به أما أن البيع انشاء فلان الانشاء اثبات مالم يكن وهو صادق على البيع لانه لا محالة وأما كونه شرعيا فلان الكلام في البيع شرعا وأما أن كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع لان باقي الامور الشرعية لا يكون الامنه والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار لغة في الانشاء فينعتقده هذا تقرركلام الشيخ رحمه الله فلا بد من ضم شيء الى ذلك وهو أن يقال وكان استعماله بلفظ الماضي والا لايتم الدليل وهو ظاهر قال رحمه الله (ولا ينعقد بلفظين أحدهما الماضي والآخر بلفظ المستقبل) وانما لا ينعقد بذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتصر عليه ولا لفظ المستقبل ان كان من جانب البائع كان عدة لايضا وان كان من جانب المشتري كان مساومة وقيل هذا اذا كان اللفظان أو أحدهما مستقبلا بدون نية الايجاب في الحال وأما اذا كان المراد ذلك فينعتقدا البيع وأسند ذلك الى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي ثم قيل في تعليقه (٤٥٧) لان صيغة الاستقبال تحتل الحال

فصحت النية وقيل لان هذا اللفظ وضع للحال وفي وقوعه للاستقبال ضرب تجوز وفيه بحث لان المذكور لفظ المستقبل وهو انما يكون بالسين أو سوف وهو لا يحتمل الحال ولا وضع له فان أراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك فلا خفاء في عدم انعقاد البيع به ونية الحال غير صحيحة لعدم مصادفتها للحال وان أراد ما يحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع فيجوز أن يقال انه لم يقل بالجواز به وان كان بالنية لانها انما تعمل في المحتملات لاني الموضوعات الاصلية والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة في الحال على ما عرف فلا يحتاج الى النية ولا ينعقد به لما مر من الاثر والمعقول لا يقال سلمنا انه حقيقة في الحال لكن النية انما هي لدفع المحتمل وهو العدة لا لارادة الحقيقة لان المعهود ان المجاز يحتاج الى

والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعتقده ولا ينعقد بلفظين أحدهما اللفظ المستقبل والآخر لفظ الماضي

حكايثت جبرا (والانشاء) على هذا الوجه لا يعرف (الا بالشرع) لما فيه من اثبات معنى يكون اللفظة له والعبد لا يقدر على ذلك انما له قدرة الاخبار عن الكائن أو ما سيكون وطلبه فقوله من الانشاء التني والترجي والقسم والاستفهام اصطلاح في تسمية ما لا خارج لمعناه بيا بقاء ولا يطابقه انشاء وهو يعبر ما ذكر وغيره مما يماينه ألا ترى أن لفظ اعلز يداياتي وليت لي ما ليس عليه اترجي ذلك أو تمنيه بل دال على الترجي والتني القائلين بالمتكلم كانه أخبر عن قيامه ما به غير أن أهل الاصطلاح لا يسمونه اخبارا لما قلنا بخلاف بعث وطالق فانه علة تثبت به شرعا معان لا قدرة للمتكلم على اثباتها والحاصل ان الانشاء على هذا الوجه لا يمكن الا من له الخلق والامر تبارك الله رب العالمين سواء سمي غيره انشاء اصطلاحا أو لا واذا كان الانشاء لا يعرف الا بالشرع ولم يوضع له في اللغة لفظ يخصه والشرع استعمل في اثباته من اللغة لفظ الخبر أي وضعه علة لا ثباته تعالى ذلك المعنى عنده فينعتقده أي يثبت به وأما تعليقه بان لفظ الماضي أدل على الوجود فانه لا يصدق الابتساق الوجود سابقا فاختبره فربما يعطى قصر العلية عليه وليس كذلك بل الوجه أنه تعليل أولوية لفظ الماضي بان يستعمل فيه من غيره فانه لا يقتصر عليه كما استسمع (قوله ولا ينعقد بلفظين أحدهما اللفظ المستقبل

عبارة عما يتقدم من أحد العقادين من قولها بيعت واشتريت والدليل عليه ما ذكره مطلقا بعده هذا بقوله واذا أوجب أحد المتعاقدين البيع والمراد من الايجاب ههنا هو الانبات لأن يكون المراد منه الزام حكم على وجه بائع صاحبه عند تدر كنه لا ولا يلا أحدهما على الآخر فبقوله بيعت يثبت كلام نفسه أو يثبت الجواب على الآخر ما بالرد أو بالقبول وذلك لان الايجاب فعل والفعل صرف الممكن من الامكان الى الوجوب أي التحقق والنبوت فان قوله بيعت قبل أن يتكلم به البائع كان في حين الجواز فلما قال بيعت فقد صرف ذلك الجواز الى النبوت فكان هو مثبتا لكلامه أو مثبتا للجواب على الآخر فعلى الوجه الاول كان ينبغي أن يسمى القبول ايجابا أيضا الا أن المشتري لما قبل ما أوجبه البائع يسمى قبول التني بين السابق واللاحق (قوله والانشاء يعرف بالشرع) وهو اثبات مالم يكن ثابتا لان الواضح لم يضع للانشاء لفظا خاصا فاستعمل اللفظ الذي وضع للاخبار عن الماضي للانشاء وانما يخص بلفظ الماضي لانه يستدعي سبق المخبر به ليكون الكلام صحيحا عقلا وحكمة فكان الوجود حقا لا يفتقر الى الحكمة فاذا قصد الانشاء اختيار اللفظ الذي لزمه الوجود وهو لفظ الاخبار عن الماضي (قوله ولا ينعقد بلفظين أحدهما اللفظ المستقبل بخلاف النكاح فانه لو قال زوجني

(٥٨ - (فتح القدير والكفاية) - خمس) ما ينبغي ارادة الحقيقة لأن الحقيقة تحتاج الى ما ينبغي ارادة المجاز على أنه دافع للمعقول دون الانزاع قيل فواجهه ما ذكر في شرح الطحاوي فالجواب أن يقال المضارع حقيقة في الحال في غير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو اللفظ

(قوله والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار الخ) أقول يجوز أن يقال أراد الشيخ بالموضوع للاخبار المعهود وهو لفظ الماضي والمراد بالاخبار الاخبار عن الكائن (قوله والفعل المضارع عند الخ) أقول في جميع العقود وفي غير البيوع والآول مخالف لما ذكره في توجيه كلام شرح الطحاوي والثاني لا يتم به التترييب (قوله هو اللفظ الماضي) أقول أي في البيوع (قوله والمضارع فيها مجاز) أقول ضمير فيها راجع الى الحال وكذلك ضمير فيها من قوله والحقيقة الشرعية فيها راجع الى الحال أيضا (قوله لان المعنى هو الاعتبار الخ) أقول فيه أن الاعتراف في المعاوضة أيضا للمعنى كما صرح به المصنف هنالك ومسايس الحاجة الى اللفظ انما هو ليعده عن علم العوام

بـخلاف النكاح وقدم الفرق هنالك وقوله رضيت بكذا أو أعطيتك بكذا أو خذ بكذا في معنى قوله بعث
واشترت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود

بـخلاف النكاح) فانه اذا قال زوجي فقال زوجتك ينقد بجزء ذلك أما البيع فاذا قال بعني بألف فقال بعثك
لا ينقد حتى يقول الاول اشترت ونحوه وهذا ونحوه مما قال الطحاوي انه ينقد بثلاثة ألفاظ قال (وقدم
الفرق هنالك) يعني قوله لان هذا توكيل يعني زوجي فاذا قال زوجتك كان ممثلا لأم الموكل من وجهه ووليا
لمن زوجها والواحد يتولى طرفي عقد النكاح بخلاف البيع وقدمنا من قال ان لفظة الامر في النكاح جعلت
ايجابا لان النكاح لا يصح بالخطبة في نفسه وطلبه الا بعد مراعاة ما قبله واستخاره غالبه فلا يكون لفظ طابعه
أعني زوجي مساومة بل تحقيقا فاعتبر ايجابا بخلاف البيع لا يكون مسبوقا بمثل ذلك فكان الامر فيه مساومة
فلا يتم العقد بمجرد جواب الآخر وعلى هذا لا يتم فرق المصنف لانه مبني على كونه توكيلا وأما الفرق بان رد
النكاح بعد ايجاب به يلحق الشين بالاولياء بخلاف رد البيع فبني على جعل الامر فيه ايجابا ثم فيه نظر لانه لو صح
لزم امتناع رجوعه بعد قوله زوجي بنك قبل قوله زوجتك لانه أيضا شين وانكسار يلحقهم وهذه ثمانية
مواضع منها البيع والاقالة لا يكتفي بالامر فيها عن الايجاب ومنها النكاح والخلع يقع فيها ايجابا بالخمسة
اذا قال ابعده اشتر نفسك مني بألف فقال فعلت عتق السادسة في الهبة قال هب لي هذا فقال وهبته منك تمت
الهبة السابعة قال لصاحب الدين ابرأني عما لك علي من الدين فقال ابرأناك تمت البراءة الثامنة الكفالة قال
أكفل بنفس فلان فلان قال كفلت تمت الكفالة فاذا كان غائبا قدم وأجاز كفالة جاز واعلم ان عدم
الانعقاد بالمستقبل هو اذا لم يتصادق على نية الحال أما اذا تصادق على نية البيع في الحال فينقد به في القضاء
لان صيغة الاستقبال تحتل الحال فيثبت بالنية ذكره في التحفة في صفة الاستقبال مطالعوا في السكا في قصر
الكلام على المضارع فقال الصحيح ما ذكره الطحاوي لان المضارع في الاصل موضوع للعالم ووقوعه في
الاستقبال نوع يجوز اه وعلى هذا ينبغي أن يقبل قوله اذا ادعاه وكذبه الآخر لانه حقيقة اللفظ بخلاف
المستقبل وهو الامر فلا بد في قوله بعني أنه أراد معنى اشترت به بكذا ينبغي أن لا يصدقه القاضي مثال ذلك أن
يقول أبيع منك هذا بكذا أو أعطيكه فقال اشترت به أو آخذه ونحوه بالايجاب للحال والحق ان المراد بالمستقبل
الذي ينقد به نية الحال هو المضارع وتسميته بمستقبلا على أحد القولين والا فاختار أنه موضوع للحال وأما
الامر فلا يوجد في شيء من الكتب التمثيل به لذلك مع انه هو المستقبل في الحقيقة وذلك لانه انشاء وبينه وبين
الاخبار كمال انقطاع فلا يجوز به فيه فلا يقال بعني به والمراد اشترت به فلا ينقد به الا في قوله خذ بكذا فينقد
لثبوت الايجاب اقتضاء ومثل الامر المضارع المقرون بالسين نحو سأبيعك فلا يصح بيعا ولا يتجزؤه في معنى
بعثك في الحال فان ذكر السين يناقض ارادة الحال واعلم أن كون الواحد لا يتولى طرفي العقد في البيع
مخصوص منه الا بيشترى مال ابنة لنفسه أو يبيع ماله منه الوصي عند أبي حنيفة اذا اشترى لليتيم من نفسه
أو لنفسه منه بشرطه المعروف في باب الوصية وقيد في نظم الزند ريسى بما اذا لم يكن نصبه القاضي (قوله
وقوله رضيت) هذا بدرهم فقال بعثكم وقال اشترت به بدرهم فقال رضيت أو قال بعثكم بكذا فقال فعلت أو
أخرت أو أخذت كل هذه الالفاظ من قبل البائع أو المشتري يتمم البيع لا فادعاه الثابت للمعنى والرضاء وكذا
لفظة خذ بكذا ينقد به اذا قبل بان قال آخذته ونحوه لانه وان كان مستقبلا لكن خصوص مادته أعني الامر
بالاخذ يستدعي سابقة البيع فكان كالماضي الآن استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء
خذ سبقه بطريق الاقتضاء فهو كما اذا قال بعثك عبدي هذا بألف فقال فهو حر عتق وثبت اشترت اقتضاء
بخلاف ما لو قال هو حر بلا فاعلى لا يعتق وانما صح بهذه ونحوها (لانهم اتوؤدى معنى البيع والمعنى هو المعتبر في
هذه العقود) ألا يرى الى ما قاله الوار وهبته لك هذه الدار أو هذا العبد بثوبك هذا فرضي فهو بيع

فقال الولي زوجتك ينقد النكاح والفرق أن النكاح لا يتخلو عن تقدم الخطبة والخطبة وهم ايدلان على أن

الماضي والمضارع فيها جاز
فيحتاج الى النية فقوله
(بخلاف النكاح) يعني انه
ينقد بذلك فان أحدهما
اذا قال زوجي فقال الآخر
زوجتك انقد وقدم
الفرق هنالك وهو ما قال ان
هذا توكيل بالنكاح والواحد
يتولى طرفي النكاح قال
رحمه الله وقوله (رضيت أو
أعطيتك) هذا البيان ان
انعقاد البيع لا ينصرف في
لفظ بعث واشترت بل كل
مادل على ذلك ينقد به فاذا
قال بعث منك هذا بكذا
فقال رضيت أو أعطيتك
الثن أو قال اشترت منك
هذا بكذا فقال رضيت أو
أعطيت أى المبيع بذلك
الثن ان عقد لاقادة المعنى
المقصود وكذا اذا قال
اشترت هذا منك بكذا
فقال خذ بعني بعث بذلك
نخذه لانه أمره بالاخذ بالبدل
وهو لا يكون الا بالبيع فقدر
البيع اقتضاء فصار كل
ما يؤدي معنى بعث واشترت
سواء في انعقاد البيع به لان
المعنى هو المعتبر في هذه
العقد وقيد بذلك لان
بعض العقود قد يحتاج الى
اللفظ ولا ينقد بدونه كفي
المقاوضة اذا لم يبيننا جميع
ما تقتضيه ولهذا

ولهذا ينبغي التعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقيق المراضة

بالاجماع ولو انما قال في هذه العقود احتراز عن الطلاق والعناق فان اللفظ فيها مقام المعنى وأنت تعلم أن إقامة اللفظ مقام المعنى أثر في ثبوت حكمه بلانية ليس غير فاذا فارقت هذه العقود ذلك اقتضى أن لا يثبت بمجرد اللفظ بلانية فلا يثبت بلفظ البيع حكمه الا اذا أراد به وحيداً فلا فرق بين بيع وأبيع في توقف الانعقاد به على النية ولذا لا ينعقد بلفظ بيع هـ لا فلامعنى لقوله ينعقد بلفظ الماضي ولا ينعقد بالماضي ثم تعميده بما اذا لم ينو به فانه ينعقد به في الماضي وغيره بالماضي ولا ينعقد بالماضي وغيره بلانية ومن الصور لفظه نعم تقع ايجاباً في قول المستفهم اتبعني عبدك باللف فقال نعم فقال اخذته فهو بيع لازم وكذا أبيعك ومنها اشتريتك باللف فقال نعم أو هات الثمن انعقد وكذا اذا قال هذا عليك باللف فقال فعلت ولو قال هـ لك باللف ان وافقتك أو ان أعجبك أو ان أردت فقال وافقتي أو أعجبني أو أردت انعقد ولو قال بعثتك بكذا بعد وجوده مقدمات البيع فقال اشتريت ولم يقل منك صح وكذا على العكس وكذا اذا قال بعد معرفة الثمن ان أدبت ثمنه فقد بعته منك فأدى في المجلس جازاً استحساناً * (فروع) * في اختلاف الإيجاب والقبول قال بعثتك باللف فقال اشتريتك بالعين جازاً فان قبل البائع الزيادة تم بالعين والاصح باللف اذا ليس له ولاية ادخال الزيادة في ملكه بالإرضاء ولو قال اشتريتك بالعين فقال البائع بعثتك باللف جازاً كانه قبل بالعين وحط عنه ألفاً ولو ساومه بعشرة فقال بعشرين فقبضه من يده ولم عنه لم يشره فلو كان في يد المشتري من أول الامر فذهب به والباقي بحاله فبعشرين من ثمنهم جميعاً وقال الطحاوي يلزم بأخرهم كلاماً مطاقاً ولو قال بعثتك باللف بعثتك بالعين فقال اشتريتك باللف لم يجز لان البائع قد رجع عنه وليس هكذا في الطلاق والعناق فان قبلت البيعتين جميعاً بثلاثة آلاف فهو كقوله قبلت الآخر بثلاثة آلاف يعني يكون البيع بالعين والالف زيادة ان شاء قبلها في المجلس وان شاء ردّها وكذا باللف بمائة ديناراً يلزمه الثاني وقيل يلزمه الثمنان والاول في الزيادات وهو أو وجهه واذا قبل الزيادة في المجلس لم يشتري (قوله ولهذا ينعقد) أي ولان المعبر هو المعنى ينعقد (بالتعاطي في النفيس والخسيس) قيل النفيس نصاب السرقة فصاعداً والخسيس ما دونه (وقوله هو الصحيح) احتراز من قول الكرخي انه انما ينعقد بالتعاطي في الخسيس فقط وأما بالخسيس الاشياء المحترقة كالقبل والرخيف والبيض والجوز استحساناً لا عادة قال أبو معاذ رأيت سفيان الثوري جاء الى صاحب الرمان فوضع عنده فلساً وأخذ رمانة ولم يتكلم ومضى وجهه الصحيح ان المعنى وهو دلاله على التراضي يشمل الكل وهو الصحيح فلامعنى للتفصيل وفي الايضاح هو خلاف ما ذكره محمد في الاصل في مواضعه وفي شرح الجامع الصغير فخر الاسلام في رجل قال لرجل يعني هذا العبد لفلان فاشتراه له ثم أنكر أن يكون فلان أمره بذلك ثم جاء فلان فقال أنا أمرته قال ياخذ فلان قال لم أمره وقد كان اشتراه له لم يكن له الا أن يسلمه المشتري له فان سلمه وأخذه الذي اشتراه له كان بيعاً الذي أخذه من المشتري وكان العهدة عليه أي لاخذ على المشتري فدل على صحة التعاطي في النفيس وفي المنتقى له على آخر ألف درهم فقال الذي عليه المال للذي له المال أعطيتك بمالك دنائير فساومه بالدنانير ولم يقع بيع ثم فارقته فجاءه بها فدفعها اليه يريد الذي كان ساوم عليه ثم فارقته ولم يستأنف بيعاً هذه الساعة وكذا لو ساوم رجلاً بشئ وليس معه وعاء ثم فارقته وجاءه بالوعاء فأعطاه الثمن

المراد الحال أما البيع فيقع بعتة فيجعل قوله أبيعك عتة وبغنى استيلاء طلباً واذا لا يدل على الوجود لا بحاله ولان قوله ز وجبني نفسك تقوى العقد اليها فيجعل قولها ز وجب عتداً تاماً لان بكلام الواحد ينعقد النكاح اذا كان ما موراً به وذالاً يتأني في البيع لان بكلام الواحد لا ينعقد البيع من الجانبين اذا لم يكن أحدهما مولياً عليه من الآخر ولا يلزم عليه أنه لو قال اخذ باللف فان البيع ينعقد به لانه أمره بالاخذ بالالف وليس له ولاية الامر بالاخذ بالالف الا بالبيع فيثبت البيع اقتضاء كانه قال بعثتك بكذا اخذ (قوله في النفيس والخسيس وهو الصحيح) المراد من النفيس ما يكثر ثمنه كالعبيد والاماء ومن الخسيس ما يقل ثمنه كالقبل

(ولهذا) أي ولكون المعنى هو المعبر في هذه العقود (ينعقد البيع بالتعاطي في النفيس والخسيس لتحقيق) المقصود وهو التراضي وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخي البيع ينعقد بالتعاطي في الخسيس كالقبل وأمثاله ثم ان محمداً رحمه الله أشار في الجامع الصغير الى أن تسليم البيع يكفي في تحققه

قال المصنف (لتحقيق المراضة) أقول سيصرح في باب الوكالة بالشراء بكفاية التسليم على وجهه البيع للتعاطي وان لم يوجد ثمن في النهاية في فصل ما يتحمله الشاهد التعاطي بيع حكيم وليس ببيع حقيقي

قال رحمه الله تعالى (واذا أوجب) إذا قال البائع مثلاً بعثك هذا بكذا فلا خيار بالخيار إن شاء قال في المجلس قبلت وإن شاء رد وهذا يسمى خيار القبول وهذا لأنه لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول لكان مجبوراً على أحدهما وإن في التراضي فمافرضناه يعلم يكن بيعاً هذا خلف وإذا كان إيجاب أحدهما غير مفيد للمعكم بدون قبول الآخر كان لا موجب أن يرجع عن إيجابه لخلوه عن إبطال حق الغير فإن قيل سلمناه أن إيجاب أحدهما غير مفيد للمعكم وهو الملك لكن حق الغير (٤٦٠) ينحصر في ذلك فإن حق التملك ثبت للمشتري بإيجاب البائع وهو حق للمشتري

قال (واذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فلا خيار بالخيار إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رد وهذا خيار القبول لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه وإذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فلا موجب أن يرجع عنه قبل قبوله لخلوه عن إبطال حق الغير وإنما يتعدى آخر المجلس لأن المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساعته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا للبسر

وكان له جاز من صورهما إذا جاء المودع بامة غير المودعة وقال هذه أمتك والمودع يعلم أنها ليست إياها وحلف فآخذها حل الوطاء للمودع والامة وعن أبي يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتى خلف الخياط أنما هي وسعه أخذها ومنها قول الدلال للبراز هذا الثوب بدرهم فقال ضعه وفي أجناس الناطق لو قال بكم تبيع فقبر حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله فهو بيع وكذا لو قال للقصاب مثله فوزنه وهو ساكت فهو بيع حتى لو امتنع القصاب من دفع الثمن وأخذ اللحم أو امتنع القصاب من دفع اللحم أجبرهما القاضي وكذا إذا قال زن لي ما عندك من اللحم على حساب ثلاثة أرطال بدرهم فوزن بخلاف ما لو قال زن لي ثلاثة أرطال فوزن له الخيار لأنه ليس بمعلوم بخلاف ما لو قال من هذا الجنب ومن هذا الفخذ وكذا قوله إن جاء بقر بطبخ فيه الكبار والصغار بكم عشرة من هذه فقال بدرهم فعزل عشرة واختاروا فذهب بهما أو البائع ينظر أو عزل البائع عشرة فقبلها المشتري ثم البيع واختلف في أن قبض البسدين شرط في بيع التعاطى أو أحدهما كاف والصحيح الثاني ونص محمد رحمه الله على أن بيع التعاطى يثبت بقبض أحد البسدين وهذا ينتظم الثمن والبيع ونصه في الجامع على أن تسليم المبيع يكفي لا ينفي الآخر ومنه لو رد خيار العيب والبائع متيقن أنها ليست له فآخذها ورضى فهو بيع بالتعاطى (قوله وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فلا خيار بالخيار وهذا خيار القبول إن شاء قبل وإن شاء رده) وللموجب أيهما كان بائعاً ومشترياً إن يرجع قبل قبول الآخر

والرمانة واللحم والخبز وقوله هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي فإنه قال إنما ينعقد البيع بالتعاطى في الأشياء الخسيسة نحو العقل وعامتهم على أنه ينعقد في جميع الأشياء الخسيسة والنقيصة في ذلك سواء لأنه وجد التراضي وهو المعتبر في الباب الآتية لما كان بائناً أقيم الإيجاب والقبول مقامه لدلالتها على التراضي والتعاطى أدل على الرضا منهما والشرط في بيع التعاطى الإعطاء من الجانبين عند شمس الأئمة الحلواني رحمه الله وقيل الإعطاء من أحد الجانبين يكفي (قوله إن شاء قبل في المجلس) خيار القبول يتعدى آخر المجلس وعند الشافعي رحمه الله على الفور ولنا أن المشتري يحتاج إلى التامل والنزوي أنه هل يوافق أم لا فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا للبسر قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر (قوله) لخلوه عن إبطال حق الغير) فإن قيل تعلق به حق المشتري فوجب أن لا يتمكن من إبطاله كمن يحل الزكاة إلى الساعي قبل تمام الحول فإنه لا يتمكن من استرداده قبل تمام الحول لتعلق حق الفقير به وكذا لو قضى المكفول عنه المال إلى الكفيل قبل أن يعطى الكفيل إلى صاحب المال شيئاً ليس للمكفول عنه أن يرجع على الكفيل لتعلق حق الكفيل به على اعتبار قضاء الدين من ماله فأنما الزكاة فالنصاب قبل تمام الحول علة تشبه السبب فتعلق حق الفقير بالمجمل نظر إلى وجود أصل العلة وأما الكفالة فلأن الكفيل وجب له

فلا يكون الرجوع خالياً عن إبطال حق الغير فالجواب أن الإيجاب إذا لم يكن مفيداً للمعكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع وحق التملك للمشتري إن سلم ثبوته بإيجاب البائع لا يمنع الحقيقة لكونها أقوى من الحق لا محالة ولا ينتقض بما إذا دفع الزكاة إلى الساعي قبل الحول فإن المزكي لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالسد فوجب أن لا ينعقد حقيقة الملك والتمن المزكي فعمل الحق عمله لا تنفاه ما هو أقوى منه (قوله) وإنما يتعدى آخر المجلس) يجوز أن يكون جواباً عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ولم لا يبطل الإيجاب فقيب خلوه عن القبول أو لم لا يتوقف على ما وراء المجلس وتقرير الجواب أن في إبطاله قبل انقضاء المجلس عسراً بالمشتري وفي إبقائه فيما وراء المجلس عسراً بالبائع وفي التوقف على المجلس يسراً بهما جميعاً والمجلس جامع للمتفرقات كما تقدم في أول الكتاب

والكتاب

فجعلت ساعته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا للبسر فإن قيل فلم لا يكون الخلع والعق على دل كذلك

(قوله) وهذا لأنه لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول) أقول أنت خبير بأنم نفرض في صورة الرد بيعاً حتى يلزم خلاف المفروض مع أن صورة الرد لم يتعرض لها المصنف ولا يتعلق بها الغرض فلا ريب في التعليل طي ذكره من البين أو يقال في التعليل يلزم أن لا يوجد بيع أصلاً فليتأمل (قوله) فمافرضناه يعلم يكن بيعاً هذا خلف) أقول إنما يلزم ذلك إذا كان انقضاء التراضي مستلزماً لانقضاء البيع وهو منوع ألا يرى أن البيع المكروه منعه (قوله فالجواب أن الإيجاب الخ) أقول الظاهر أن هذا جواب بتغيير الدليل

والكتاب كالمطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة

عن الإيجاب لأنه لم يثبت له حق بطلان إلا بعارض أقوى لأن الثابت له بعد الإيجاب حق التملك والموجب هو الذي أثبت له هذه الولاية فله أن يرفعها كعزل الوكيل ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك ودلالة الإجماع تنفيه ألا ترى أن الأب حق التملك لمال ولده عند الحاجة وقبل تملكه بالفعل كان للولد أن يتصرف فيه كيف شاء ولو صادف رد البائع قبول المشتري بطل وأورد في الكتاب أن كراهة المجزأة ليس له حق استردادها لثبوت حق التملك للفقير وحاصل جوابه أن الأصل الموجب للدفع قائم وهو النصاب وإنما الفاتت وصفه وهو النساء فبعد أخذ السبب حكمه ثم الأمر وفيما نحن فيه لم يوجد الأصل بل شرطه فلا يكون البيع موجوداً له أن يقبل مادام المجلس قائماً فلم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد واختلافه باعتراض ما يدل على الاعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه أما لو قام أحدهما ولم يذهب فظاهر الهداية وعليه مسمى جمع أنه لا يصح القبول بعد ذلك واليه ذهب فاختار حيث قال فان قام أحدهما بطل يعني الإيجاب لأن القيام دليل الاعراض فان قيل الصريح أقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغي أن لا يثبت الاعراض قلنا الصريح إنما كان أقوى ويعمل إذا بقي الإيجاب بعد قيامه وهنالك يبق فإن الأصل أن لا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه ولا يجتمع قوله قبلت به لأن المجلس أثر في جمع المتفرقات وبالقيام لا يبق المجلس وقال شيخ الإسلام في شرح الجامع إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح واليه أشير في جمع التفرق وهذا شرح لقوله فيما يأتي وأتم ما قام إلى آخره وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما إذا تبايعا وهما عشيان أو يسيران لو كانا على دابة واحدة فاجاب الآخرون لا يصح لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية واختار غير واحد كالطحاوي وغيره أنه إن أجاب على فور كلامه متصلاً جاز في الخلاصة عن النوازل إذا أجاب بعد ما مشى خطوة أو خطوتين جاز ولا شك أنهما إذا كانا مشيين متصلياً لا يقع الإيجاب إلا في مكان آخر بلا شبهة ولو كان المخاطب في صلاة فريضة ففرغ منها وأجاب صح وكذا لو كان في نافلة فضم إلى ركعة الإيجاب أخرى ثم قبل جاز بخلاف ما لو أكملها أو دعا ولو كان في يده كوز فشرب ثم أجاب جاز وكذا لو أكل لقمة لا يتبدل المجلس إلا إذا اشتغل بالكل ولو ناما جالسين لا يختلف ولو مضطجعين أو أحدهما ففهي فرقوا السفينة كالبيت فلو عقدوا وهي تجري فاجاب الآخرون لا ينقطع المجلس بحر يانما لأنهم لا يعلمون إيقافها أو قيل يجوز في المشيين أيضاً ما لم يتفرقا بذاتيهما أما المسير بلا افتراق فلا وهكذا في خيار الخيرة بخلاف سجدة التلاوة ولو قال بعثك بالف ثم قال لا تحربك بالف فقبلت ففهي الثاني للادول ولو قال بعثك بكذا فلم يقبل حتى قام البائع في حاجة بطل (قوله والكتاب كالمطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة) فصورة الكتاب أن يكتب أما بعد فقد بعث

على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه وهذا صح إراء الكفيل للمكفول عنه قبل أداء الكفيل والاراء عن الدين قبل الدين لا يصح الآن المطالبة تتأخر إلى وقت الأداء فتكون بمنزلة الدين المؤجل فملكه بقبضه وأما ههنا فبمعبر دايجاب المبيع لم يثبت للمشتري في المبيع ملك ولا حق قبل شرائه غاية الأمر أنه يثبت للمشتري حق التملك ولكن هذا لا يعارض حقيقة الملك فلو لم يكن للموجب الرجوع يلزم تعطيل حق المالك بحق التملك وهذا لا يجوز ألا ترى أن الأب حق التملك في مال الابن ثم قبل تملكه بجوزله التصرف كيفما شاء وأراد (قوله والكتاب كالمطاب) وهو أن يكتب فيقول أما بعد فقد بعث عبدى فلاناً منك بالف درهم فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك اشتريت أو قال قبلت ثم البيع بينهما وكذا الارسال وهو أن يرسل رسولا فيقول البائع بعث هـذا من فلان الغائب بالف درهم فاذهب يا فلان فقبل له فذهب الرسول فاتخبر به بما قال فقال المشتري في مجلسه ذلك اشتريت أو قال قبلت ثم البيع بينهما لأن الرسول معبر وسفير لنقل كلامه إليه فاذا اتصل به الجواب ينعقد وكذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة فاما في الخلع والعق على مال فانه يتوقف شرط

فالجواب أنهم ما شتموا على
اليمن من جانب الزوج
والمولى فكان ذلك مانعاً عن
الرجوع في المجلس فيتوقف
الإيجاب فيهما على ما وراء
المجلس قال رحمه الله
(والكتاب كالمطاب) إذا
كتب أما بعد فقد بعثك
عبدى فلاناً بالف درهم أو
قال لرسوله بعث هـذا من
فلان الغائب بالف درهم
فاذهب فاتخبر به بذلك فوصل
الكتاب إلى المكتوب إليه
وأخبر الرسول المرسل إليه
فقال في مجلس بلوغ الكتاب
والرسالة اشتريت أو قبلت
ثم البيع بينهما حالان الكتاب
من الغائب كالمطاب من
الحاضر لأن النبي صلى الله
عليه وسلم كان يبلغ نارة
بالكتاب ونارة بالخطاب
وكان ذلك سواء في كونه
مبلغاً وكذلك الرسول معبر
وسفير فنقل كلامه إليه

قال رحمه الله (وليس له أن يتجمل في بعض (٤٦٢) المبيع) يعني إذا أوجب البائع البيع في شئين فصاعداً وأراد المشتري قبول العقد في

وليس له أن يقبل في بعض المبيع ولأن يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة

عبدى منك بكذا فلما باعه الكتاب وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس انعقدوا لرسالة أن يقول اذهب الى فلان وقل له ان فلان باع عبده فلاناً منك بكذا فاجابه فاجاب في مجلسه ذلك بالقبول وكذا اذا قال بعث عبدى فلاناً من فلان بكذا فاذهب يا فلان فاجابه فذهب فاجابه فقبل وهذا لان الرسول ناقل فلما قبل اتصل افضله بلفظ الموجب حكماً ولو باعته بغير أمره فقبل لم يجز لانه ليس رسولاً بل فضولاً ولو كان قال بلغه يا فلان فباعه بغيره فقبل جاز ولو كان المكتوب بعينه بكذا فكتب بعينه لا يتم ما لم يقل الاول قبلت وأما ما ذكر في المبسوط لو كتب اليه بعني بكذا فقال بعته يتم البيع فليس مراد محمد هنامن هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود لا بيان اللفظ الذي ينعقد به البيع وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب بعني من الحاضر يكون استيلاء عادة وأما من الغائب بالكتابة فيراد به أحد شطري العقد هذا ويصح رجوع الكتاب والمرسل عن الإيجاب الذي كتبه وأرسله قبل بلوغ الآخر وقوله سواء علم الآخر أو لم يعلم حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع بخلاف ما لو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل فانه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فبيعه نافذ وعلى هذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة فاما الخلع والعق على مال فانه يتوقف شرط العقد في حق المرأة والعبد بالاجماع اذا كانا غائبين على القبول في مجلس بلوغ الخبر بخلاف العكس وهو أن تقول المرأة خالعت زوجي وهو غائب أو يقول العبد قبلت عن سيدي الغائب على ألف فانه لا يتوقف بالاجماع وفي النكاح من الخلاف فعند أبي يوسف يتوقف وعندهما لا (قوله وليس له أن يقبل الى آخره) يعني الآن رضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض ويكون المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالاجزاء كعبد واحد أو مكيل أو موزون فان كان مما لا ينقسم الا بالقيمة كثوبين وعبدين لا يجوز وان قبل الآخر وانتكاه على عبارة الكتاب فنافذ ما وقع فيه تجاذب فنقول الظاهر من نظم الكلام أن ضميره في قوله وليس له راجع الى أحد المتعاقدين في قوله واذا أوجب أحد المتعاقدين البيع أولاً خروجه عند يكون أعم من البائع والمشتري فعنه في البائع انه اذا أوجب المشتري البيع بأن قال اشتريت هذه الاثواب وهذا الثوب بعشرة فليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع من اثواب أو الثوب لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة لانه قد يتعلق غرضه بالماله بسبب حاجته الى الكل ويعسر عليه تحصيل باقي الاثواب لعزمه او بعضها لا يقوم بحاجته فلو ألزمناه البيع في البعض انصرف ماله ولم تندفع حاجته وغير ذلك من الامور وأما في المشتري فعنه اذا أوجب البائع البيع فليس للمشتري أن يقبل في بعضه اذ قد يتضرر بتفرق الصفقة لان العادة أن يضم

العقد من الزوج والمولى على قبول الآخر وراء المجلس بالاجماع حتى ان من قال خالعت امرأتى فلانة الغائبة على ألف درهم فباعها الخبر فاجازت أو قبلت صح وكذا الاعتاق على مال يتوقف على اجازة العبد وان كان غائباً بخلاف البيع والشراء فانه لا يتوقف فاما في النكاح فلا يتوقف الشرط عنداً حنيفة ومحمد رحمه الله وعلى قول أبي يوسف رحمه الله يتوقف (قوله وليس له أن يقبل في بعض المبيع) واذا أوجب البائع المبيع في شئين أو ثلاثة وأراد المشتري أن يقبل العقد في أحدهما دون الآخر فهذا على وجهين ان كانت الصفقة واحدة فليس له ذلك وان كانت متفرقة فله ذلك وهذا لان الصفقة اذا كانت واحدة فالمشتري يقبل العقد في أحدهما يريد تفرق الصفقة على البائع وفي ذلك ضرر بالبائع لان العادة فيما بين الناس أنهم يضمون الرديء الى الجيد في البياعات وينقصون شيئاً عن الجيد لئلا يتردى في الجيد فلو ثبت خيار قبول العقد في أحدهما فالمشتري يقبل العقد في الجيد ويترك الرديء على البائع فيزول الجيد عن ملك البائع باقل من ثمنه وفيه ضرر بالبائع وقال القدوري رحمه الله الآن رضى البائع في المجلس نحو أن يقول بعثك هذا العبد بخمسين فيقول المشتري قبلت في نصفه فيرضى به البائع أو يقول بعثك هذين العقبين بعشرة فيقول

أحدهما لا غير فان كانت الصفقة واحدة فليس له ذلك لتضرر البائع بتفرق الصفقة عليه لان العادة فيما بين الناس أنهم يضمون الجيد الى الرديء في البياعات وينقصون عن ثمن الجيد الترويح الرديء به فلو ثبت خيار قبول العقد في أحدهما القبول المشتري العقد في الجيد وترك الرديء فزال الجيد عن يد البائع باقل من ثمنه وفيه ضرر على البائع لانه لا يتعلل في الصورة للموضوعه صحح وأما اذا وضعت المسئلة فيما اذا باع عبداً بالف مثلاً وقبل المشتري في نصفه فليس يصح والصحيح فيه أن يقال يتضرر البائع بسبب الشر كذا فان قيل فان رضى البائع في المجلس هل يصح أولاً أجيب بان القدوري قال انه يصح ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استئناف إيجاب لا قبولا ورضا البائع قبولا قال وانما يصح مثل هذا اذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن كالصورة المذكورة وفي القفيزين باعهما بعشرة لان الثمن ينقسم عليهما باعتبار الاجزاء فتكون حصة كل بعض معلومة فاما اذا أضاف العقد الى عبدتين أو ثوبين لم يصح العقد بقبول أحدهما وان رضى البائع لانه يلزم البيع بالحصة ابتداء وان لا يجوز كاسيأتى وان كانت الصفقة متفرقة كان له

ذلك لاتنفع الضرر عن البائع واليه أشار بقوله (الاذا بين ثمن كل واحد لانه صفقة واحدة معنى) والصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والبيعة ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه والعقد يحتاج الى مبيع وعن و بائع ومشتري ويباع وشراء وبالتحاد بعض هذه الاشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة وتفرقها فاذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة وكذلك اذا اتحد سوى المبيع كقوله بعتهما بمائة فقال قبلت واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور وفيكون مع تعدد المبيع كأن قال بعتهما بمائة فقال قبلت أحدهما بستين والاخر باربعين وذلك يكون صفقة واحدة أيضا كما ذكر في الكتاب واتحاد الجميع سوى البائع كأن قال بعنا هذا منك بمائة فقال قبلت (٤٦٣) يوجب اتحاد الصفقة واتحاد الجميع سوى المشتري كأن قال بعته

الاذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى قال (وأجم ما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب

البائعون الجيد الى الردي وغيره فلو أن زمانه البيع في الردي، وذهب ما يروى به فيتضرر بذلك ومعلوم أن القبول في بعض المبيع يكون ببعض الثمن فذلك يستفاد من العبارة الاولى بطريق الدلالة فلزم كون الضمير للبائع ولأن يقبل المشتري ببعض الثمن لأن ذلك يستفاد من العبارة الاولى بطريق الدلالة فلزم كون الضمير للبائع ولغظ المشتري بالبناء للفاعل لتصحح كلامه أي وليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع الذي أوجب فيه المشتري المبيع ولأن يقبل المشتري في بعض المبيع فيما اذا كان الموجب هنا البائع والحاصل أن عدم صحة القبول في البعض لا يوجب تفريق الصفقة فوجب أن يعرف بما اذا ثبت اتحادها وتفرقها فاعلم أنه يكون تارة من تعدد القابل وتارة من غيره فإما من تعدد القابل امتناعا عليه من الزام الشركة مثله أن يقول البائع للمشتري بعتهما بمائة فقال أحدهما اشتريت دون الآخر تعددت فلا يلزم لأنه لو تم في النصف لانه انما طههما بالكل ف كان مخاطبا كلا بالنصف فلو لم يشارك بالبائع فدخل عليه عيب الشركة بلا رضاه وكذا لو قال رجل لساكني عشرين اشتريت منه كذا هذه بالف فباعه أحدهما دون الآخر فان بيعه إجماعا

المشتري قبلت في أحدهما فيرضى به البائع ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استئناف ايجاب لا قبول فاذا رضى به البائع في المجلس يصح قال وانما يصح مثل هذا اذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن على نحو ما ذكرنا من المثال في العبد الواحد وفي القفيز من لان الثمن ينقسم عليهم باعتبار الاجزاء فتكون حصة كل قفيز معلومة فاما اذا كان الثمن ينقسم باعتبار القيمة نحو ان أضاف العقد الى عبيدين أو ثوبين لم يصح العقد اذا قبل المشتري في أحدهما وان رضى به البائع لان القبول من المشتري لما جعل بمنزلة البتة -داء ايجاب فاذا لم تكن حصة كل واحد منهما معلومة ولو جاز البيع في الذي قبل كان هذا ابتداء عقد بالحصة وأنه لا يجوز ولو قال بعتهك هذين العبدين هذا بمائة وهذا بمائة فقبل المشتري البيع في أحدهما ذكر في بعض المواضع أنه يجوز وذكر في الجامع أنه لا يجوز الا أن يقول بعتهك هذين العبدين بعتهك هذا بمائة وبعتهك هذا بمائة فقبل المشتري أحدهما جاز أما اذا لم يعد لغظ البيع كانت الصفقة واحدة فلا يصح قبول أحدهما وان سمي لكل واحد منهما ما تمنا فاعلى هذا قوله في المتن الآن أي بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى أي الآن يدرج تكرار لغظ العقد لان به تعدد الصفقة لا بمجرد بيان ثمن كل واحد ثم لا بد من بيان اتحاد الصفقة وتفرقها فنقول اذا اتحد البيع والشراء والثن بان ذكر الثمن حلة والبائع واحد والمشتري واحد فالصفقة متحدة قياسا واستحسانا وكذلك لو تفرق الثمن بان سمي لكل بعض من المبيع تمنا على حدة واتحد الباقي بان قال البائع بعتهك هذه الاثواب العشرة كل ثوب منها بعشرة كانت الصفقة متحدة أيضا وكذلك اذا كان البائع واحدا والمشتري اثنين والثمن في حلة بان قال البائع لرجلين بعتهما بمائة بكذا وقال المشتري بان اشترينا هذا منك بكذا كانت الصفقة متحدة وهذا هو الكلام في الاتحاد وأما الكلام في جانب التفرق فنقول ان تفرقت التسمية بان سمي لكل بعض ثمن على حدة ويكر والبائع أو الشراء والبائع واحد والمشتري واحد بان قال

منكم بمائة فقال قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة وتفرق المبيع والثمن ان كان يتكرر برغظ المبيع فكذلك وكذا تفرقهما بمتكرير لغظ الشراء هذا كله قياسا واستحسانا وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن والمبيع بلا تكرير برغظ البيع فكذا تفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير برغظ الشراء فيوجب التفرق قياسا لاستحسانا وقيل لا يوجب التفرق على قول أبي حنيفة ووجهه على قول صاحبيه قال وأجم ما قام من المجلس قبل القبول بطل الايجاب هذا متصل بقوله ان شاء قبل في المجلس وان شاء ردوه وشار الى أن رد الايجاب نارة يكون صريحا وأخرى دلالة فان القيام دليل للاعراض والرجوع وقد ذكرنا أن الموجب الرجوع صريحا والدلالة تعمل عمل الصريح فان قيل الدلالة تعمل عمل الصريح اذ لم يوجد صريح يعارضها

وهذه لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترج على الدلالة أوجب بان الصريح انما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها

قال المصنف (الاذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى) أقول سيجيء في آخر باب البيع الفساد لانه لا تعدد الصفقة بمجرد تفصيل الثمن فالمراد هنا تكرير برغظ البيع والشراء مع بيان ثمن كل واحد (قوله فاذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة) أقول تأمل في هذا التعبير (قوله وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن الخ) أقول ويعلم من هذا حال تعدد الثمن والبيع بدون تفرق البائع والمشتري بالطريق الاولى وفيه شيء يمكن دفعه ولعل والى أن لا يعرض لتعدد البائع والمشتري

لان القيام دليل الاعراض) والرجوع وله ذلك على ما ذكرناه واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب أو عدم رؤية وقال الشافعي رحمه الله يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا

في نصيبه فتعدد فلو تم تضرر المشتري الموجب بالشركة أيضا أو ما إذا كان الموجب اثنين خاطبا واحدا فقلنا بعنك أو اشترى فامنتك هذا بكذا فاجاب هو في بعضه لا يلزم اسكن لا لتعدد هاتين العقدتين لاجابته في البعض ألا ترى أن الموجب فيه هو كل واحد أو الباقي بحاله كان من تعدد الصفقة أيضا فنعرف أن هذا من جهة أخرى لا من تعدد العقود أو ما من غيره فيصورتين أحدهما أن يوجب البائع في مثليين أو واحد قيمي أو مثلي فقبل في البعض أو يوجب المشتري فيما ذكرناه بأن يقول اشترى منك بكذا فقبل البائع في البعض فان في كل منهما الصفقة واحدة فاذ قبل في بعضها فارقها فلا يصح فلو كان بين ثمن كل منهما فلا يخلو ما أن يكون بلا تكرار لفظ البيع أو بتكراره فقيم اذا كرهه فلا تتفق على أنه صفقة ثان فاذ قبل في أحدهما يصح مثل أن يقول بعنك هذين العبدين بعنك هذا بالف وبعنك هذا بالف أو اشترى منك هذين العبدين اشترى هذا بالف واشترى هذا بالف كذا في موضع وفي موضع آخر أن يقول بعنك هذين بعنك هذين هذا بالف وبعنك هذا بالف وهذا بالقيين وفيما اذا لم يكرره مثل بعنك هذين هذا بمائة وهذا بمائة فظاهر الهداية أنه صفقة ثان وبه قال بعضهم وقال آخرون صفقة واحدة وان مراد صاحب الهداية إذا كرر لفظ البيع فأما إذا لم يكرره وقد اتحد الايجاب والقبول والعقد ولم يتعدا لثمن فالصفقة واحدة قياسا واستحسانا فليس له أن يقبل في أحدهما وقبل الاول استحسان وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه والثاني قياس وهو قولهما والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن لان الظاهر أن فائدة ليس الا قصد به ان يبيع منه أيهما شاء والافلو كان غرضه أن لا يبيعهما منه الاجلة لم تكن فائدة لتعين ثمن كل منهما (قوله واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب أو عدم رؤية) وهو قول مالك رحمه الله (وقال الشافعي) وأحدرجهما الله (لهما خيار المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) أو يكون البيع خيارا رواه البخاري من حديث ابن عمر رضي الله عنهما وروى البخاري أيضا أن ابن عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اخبر وروى البخاري أيضا من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه عليه الصلاة والسلام البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا السمع والقياس أما السمع فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود وهذا عقد قبل التخيير وقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الآن تكون تجارة عن تراض منكم وبعد الايجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض غير متوقف على التخيير فقد أباح تعالى كل المشتري قبل التخيير وقوله تعالى وأشهدوا اذا تباعتم أمربا لتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجادل للبيع والبيع يصدق قبل الخيار وبعد الايجاب والقبول فلو ثبت

(واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد من المتعاقدين ان خيار الامن عيب أو عدم رؤية) خلافا للشافعي رحمه الله فإنه أثبت لكل منهما خيار المجلس على معنى ان لكل من المتعاقدين بعد تمام العقدان يرد العقد بدون رضا صاحبه ما لم يتفرقا بالابدان واستدل على ذلك (بقوله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) فان التفرق عرض فيقوم بالجوه وهو الابدان

البائع لرجل بعث منك هذه الاثواب بعنك هذا بعشرة وبعنك هذا بخمسة أو قال المشتري اشترى منك هذه الاثواب اشترى منك هذا بعشرة واشترى منك هذا بخمسة كانت الصفقة متفرقة بالاتفاق وأما اذا تفرق الثمن الا أنه لم يكرر لفظ البيع والشراء واختلف العقادبان كان من أحدا الجانبين اثنين أو كان من كل جانب اثنين ذكر في بعض المواضع أنها صفقة واحدة وذكر في بعض المواضع أنها صفتان قبل الاول استحسان والثاني قياس وقبل الاول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قول صاحبيه رحمه الله ذكر في المغرب الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والشراء ثم جعلت عبارة عن العقد بعينه (قوله لان القيام دليل الاعراض) فان قيل اذا قل بعد القيام قبلت كان ينبغي أن ينقض لان الصريح أقوى من الدلالة قلنا ان الصريح على الدلالة انما يكون عند المعارضة وذلك انما يكون قبل أن يثبت الحكم بالدلالة فلما ثبت حكم الدلالة بنفس القيام الذي هو دليل الاعراض لم يعمل بعد ذلك صريح القبول وان كان هو قويا في نفسه لانه انفسخ

ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها

(ولنا ان في الفسخ ابطال
حق الآخر) وهو لا يجوز
والجواب عن الحديث أنه
محمول على خيار القبول وقد
تقدم تفسيره وفيه اشارة
الى ذلك لان الاحوال ثلاث
قبل قبولهما وبعد قبولهما
وبعد كلام الموجب قبل قول
المجيب واطلاق المتبايعين
في الاولين مجاز باعتبار ما يؤول
اليه أو ما كان عليه والثالث
حقيقة فيكون مراداً أو محتمل
أن يكون مراداً فيحمل عليه
والفرق بينهما أن أحدهما
مراداً الآخر محتمل للإرادة
لا يقال العقود الشرعية في
حكم الجواهر فيكونان
متبايعين بعد وجود كلامهما
لان الباقي بعد كلامهما حكم
كلامهما شرعاً لا حقيقة
كلامهما والى حقيقة
الكلام وهذا التأويل
منقول عن ابراهيم النخعي
(قوله وقد تقدم تفسيره الخ)
أقول الذي تقدم تفسيره
كان مختصاً بجانب المجيب
والمذكور في الحديث يعمله
وجانب الموجب فالقول أن
يفسر خيار القبول هنا باع
بما ذكر أو من خيار الرجوع
كما لا يخفى (قوله والثالث
حقيقة) أقول فيه بحث
(قوله وهذا التأويل منقول
الخ) أقول أي تأويل الخيار
المذكور في الحديث بما ذكر

الخيار ودم الزوم قبله كان ابطال هذه النصوص ولا يخلص له من هذا الآن يمنع تمام العقد قبل الخيار
ويقول العقد المزمع يعرف شرعاً وقد اعتبر الشرع في كونه ملزماً اختيار الرضا بعد الإيجاب والقبول بالأحاديث
الصحيحة وكذا لا تتم التجارة عن التراضي إلا به شرعاً وانما أباح الكل بعد الاختيار لا اعتبار به في التجارة عن
تراض وأما حديث حبان بن منقذر رضي الله عنه حيث قال له إذا ابتعت فقل لا خلا به ولي الخيار فقد أثبت
له اشتراط خيار آخر وهو ثلاثة أيام فأنما يدل على أن خيار ثلاثة أيام لا يثبت إلا بالاشتراط في صلب العقد
لأصل الخيار ولا يخلص إلا بتسليم إمكان اعتبار الخيار في لزوم العقد وادعاء أنه غير لازم من الحديث المذكور
كفعل المصنف بناء على أن حقيقة المتبايعين المتشاغلان بامر البيع لا من تم البيع بينهما وانقضى لانه مجاز
والمشاغلان يعني المساومين يصدق عند إيجاب أحدهما قبل قبول الآخر فيكون ذلك هو المراد وهذا هو
خيار القبول وهذا حل ابراهيم النخعي رحمه الله تعالى لا يقال هذا أيضاً مجاز لان قبل قبول الآخر الثابت
بائع واحداً متبايعان لا نأقول هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها بمجرد معنى اللفظ كالمخبر لا حقيقة
له الاحال التكلم بالخبر والخبر لا يقوم به دفعة واحدة تصدق حقيقة حال قيام المعنى بل على التعاقب في آخرائه
فبالضرورة يصدق خبر حال النطق ببعض حرف الخبر واللا ينفق له حقيقة ولا نأفهم من قول القائل
زيد وعمر وهناك يتبايعان على وجه التبادر أنهم متشاغلان بامر البيع متراوضان فيه فليكن هو المعنى
الحقيقي والحل على الحقيقي متعين فيكون الحديث دليل اثبات خيار القبول لتفي توههم أنهم إذا انفقا على
الثنى وتراضيا عليه ثم أوجب أحدهما البيع يلزم الآخر من غير أن يقبل ذلك أصلاً للاتفاق والتراضي

بجرد القيام ما كان متوقفاً والمفسوخ لا للحقه الاجازة (قوله ولنا أن في الفسخ ابطال حق الآخر) لان العقد
لما تم بالإيجاب والقبول ثبت الملك لكل واحد منهما فالفسخ من أيهما كان ابطال حق الآخر بلارضاء فلا
يجوز كما بعد الافتراق عن المجلس (قوله والحديث محمول على خيار القبول) والتفرق تفرق الأقوال أي
إذا أوجب أحدهما البيع فلا آخر بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل وللموجب خيار الرجوع عما قال
قبل قبول صاحبه وهذا الخيار ثابت ما لم يتفرقا قولا لان تفرقا قولا بان قال أحدهما بعت والآخر اشتريت
لم يبق الخيار بعده (قوله وفيه اشارة اليه) أي في الحديث اشارة الى خيار القبول فانهما متبايعان حالة
المباشرة لا بعدهما ولا قبلها كالمقابلين والمناظرين وتحقيقة أن الاحوال ثلاث حالة لم يوجد فيها الإيجاب
والقبول وحالة وجدت فيها أحدهما فاطلاق اسم المتبايعين عليهما في الحالة الاولى والثانية مجاز باعتبار ما يؤول
اليه أو باعتبار ما كان قبيل الحالة الثالثة اذهى جامعة قريبة الى الحقيقة اذ الشارح أبقي الإيجاب مادام في
المجلس ليرتبط بالقبول فان قبل بعد وجود كلامهما أبقاهما الشارح متبايعين لما أن الشارح أعطى
للعقد الشرعية حكم الجواهر لما عرف قلنا الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما لا حقيقة كلامهما فان
الكلام كما جديض محمول ويتلاشى فان قبل ذكر ابن عمر رضي الله عنهما أن التفرق تفرق الأبدان قلنا
تاويل الراوي لا يكون حجة على غيره ولا يكون رد الاحتمال آخر كيف وقدرى عن النبي صلى الله عليه
وسلم في رواية المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما فان قيل ففي كل واحد من الحملين أعني ما حله
الشارح رحمه الله وما حملناه نوع مجاز أمافي حله الشافعي فما ذكر وأما فيما قلناه فهو أن التفرق من
الأوصاف فقيامها لا يكون إلا بالاعيان فلما أسند التفرق الى القول يلزم قيام العرض بالعرض وذلك لا يجوز
الآن يسند اليه بطريق التجوز فيجب لذلك أن يسند التفرق الى البدن ليكون قولاً بحقيقة التفرق قلنا نعم
كذلك الآن أسند التفرق الى غير الأعيان شائع وفاسد في مجازي الكلام فصار هو بسبب فشو الاستعمال
فيه بمنزلة الحقيقة قال الله تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم الميمنة وقال الله تعالى لا تفرق

وقوله (والنفريق تفرق الاقوال) جواب عما قال التفرق عرض فيقوم بالجواهر ولقائل أن يقول حمل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي أهل السنة فيكون اسناد التفرق اليها مجازا فوجه ترجيح مجاز كم على مجازهم وأجيب بان اسناد التفرق والتفرق الى غير الاعيان شائع فصار بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال تعالى وما تفرق الذين أو تو السكتاب الآية وقال لا تفرق بين أحد من رسله والمراد التفرق (١٦٦) في الاعتقاد وقال صلى الله عليه وسلم ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة وهو أضاف

أو يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال قال (والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع) لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تقضى الى المنازعة

السابق في الزامه بكلام أحدهما بعد قال المصنف رحمه الله تعالى (أو هو) (يحتمله فيحمل عليه) جمع بين ما ذكرناه من الآيات حيث كان المتبادر الى الفهم فيها تمام البيع والعقد والتجارة عن تراص بمجرد الإيجاب والقبول وعدم توقف الاسماء على أمر آخر لا يقال ان ما في خيار أحد المتبايعين وهو الثاني القابل لاختيارهما لانه ممنوع بل الموجب أيضا خيار أن يرجع قبل قبول الآخر وأن لا يرجع وعلى هذا فالنفريق الذي هو غاية قبول الخيار تفرق الاقوال وهو أن يقول الآخر بعد الإيجاب لا أشتري أو يرجع الموجب قبل القبول واسناد التفرق الى الناس مراد به تفرق أقوالهم كثير في الشرع والعرف قال الله تعالى وما تفرق الذين أو تو السكتاب الامن بعد ما جاءتهم البينة وقال صلى الله عليه وسلم افتقرت بنو اسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة وستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة وحينئذ فإدبا أحدهما في قوله أو يقول أحدهما لصاحبه اختر الموجب بقوله بعد إيجابه للآخر اخترنا قبل أو لا والتفريق على أنه ليس المراد أن بمجرد قوله اخترنا يلزم البيع بل حتى يختار البيع بعد قوله اخترنا قبل أو لا والتفريق على أنه ليس المراد أن بمجرد قوله اخترنا يلزم النكاح والخلع والعق على مال والكتابة كل منها عقد معاوضة يتم بلاختيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضا فكذلك البيع وأما ما يقال تعلق حق كل من العاقلين ببطل الآخر فلا يجوز إبطاله فيرد منه بان ذلك بالشرع والشرع نفاه الى غاية الخيار بالحديث فانما يرجع الكلام فيه الى ما ذكرناه من معنى المتبايعين وأما ما قيل حديث التفرق وأما لك ولم يعمل به فلو كان المراد به ذلك لعمل به فغاية في لضعف اذا ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره بل مالك عنده محجوز به (قوله والاعواض المشار اليها) سواء كانت مبيعات كالحبوب والثمار أو ثمنًا كالدراهم والدنانير (لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع) فإذا قال بعتك هذه الصبرة فمن

الاعتقاد وفيه نظر لان المجاز باعتبار ما يؤل اليه أو ما كان عليه أيضا كذلك على أن ذلك يصح على مذهب أبي يوسف ومحمد وجهه ما لله على مذهب أبي حنيفة فان الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده ولعل الأولى أن يقال جملة على التفرق بالابدان رد الى الجهالة اذ ليس له وقت معلوم ولا غاية معروفة فيصير من أشباه بيع الملاسة والمنازعة وهو مقطوع بغساده عادة وهذا معنى قول مالك رحمه الله ليس لهذا الحديث حد معروف أو نقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني بالاشراك اللفظي وترجع جهة التفرق بالاقوال بما ذكرنا من أداء جملة على التفرق بالابدان الى الجهالة وهذا التأويل أعنى حمل التفرق على الاقوال منقول عن محمد بن الحسن رحمه الله قال رحمه الله (والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها) الاعواض المشار اليها ثمنًا كانت أو ثمنًا لا يحتاج الى معرفة

بين أحد من رسله هذا في الاعتقاد قال وان يتفرق ائمة الله كلام من سمعته هذا في النكاح وقال عليه السلام تفرق أمتي بعدى على ثلاثة وسبعين هذا أيضا في الاعتقاد فكان الحمل على القول جملا على ما هو فاش في الاستعمال وهو بمنزلة الحقيقة من حيث أنه يتسارع اليه الادها م وصيانة لاسم المتبايعين عن الحمل على ما ذكرنا وذكر في الاسرار أن المراد من الخيار المذكور خيار الاقالة بدليل أنه أضاف اليها وأما الاقالة المبرأة فتعلق باختيارهما جميعا لا الردي بخيار المجلس وذكر في الايضاح ولا كلام للشافعي رحمه الله من حيث الفقه فان قضية العقد الزوم لانه تمهيم او تعلق به حق كل واحد منهما فثبت الخيار يستدعي سببا لا محالة ولم يوجد وجعل الحديث على خيار القبول منقول عن ابراهيم رحمه الله (قوله أو يحتمله) أى يحتمل الحديث خيار القبول فيحمل عليه عند قيام الدليل وقد دل عليه ما ذكرناه (قوله والاعواض المشار اليها) هذا يتناول الحجرين وغيرهما ثمنًا كان أو ثمنًا لان الاشارة كفاية في السكك اذ هي أباح أسباب التعريف لاني الاموال الربوية فان الاعواض اذا كانت من الاموال الربوية كالدراهم والدنانير والخطمة والشعير اذا بيعت بجنسها عند جهالة مقدارها لا يجوز ان أشير اليها (قوله في جواز البيع) احتراز عن السلم لان معرفة مقدار رأس

مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف المتما في الجهالة المقضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم اللذين (والاثمان قوله والتفرق تفرق الاقوال الخ) أقول الافتراق أحد الاكوان الاربعة المعلوم وجودها بالضرورة عند المتكلمين (قوله وأجيب بان اسناد التفريق والتفرق الخ) أقول اسناد التفرق الى القول مجازا بالسيبية لا يستلزم وجود التفرق حقيقة كفى قوله أقدمني بذلك حتى على فلان (قوله أو نقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني) أقول فلا بد من لزوم قيام العرض بالعرض من مدفع والظاهر انه منع كون ما يطلق التفرق بمقامين الاعراض (قوله ثمنًا كانت أو ثمنًا) أقول تقرر برصد الشرع في أن المراد بالاعواض الاثمان فتأمل في التبرج

(والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم والتسلم واجب بالعقد

الحنطة أو هذه الكورجة من الارز والشاشات وهي بجوهولة العدد بهذه الدراهم التي في يده وهي مرثبة له فقبل جاز ولم لان الباقي جهالة الوصف يعني القدر وهو لا يضرب الا يمنع من التسليم والتسلم لتجمله كجهالة القيمة لا تمنع الصحة قال في الفتاوى قال غيره لك في يدي أرض خربة لا تساوي شيئاً فبعها متى تسعة دراهم فباعها وهو لا يعلم قيمتها أكثر جازاً لبيع بخلاف السلم لا يشار للعوض فيه للاجل فلا يصح في المسلم فيه اتفاقاً ولا في رأس مال السلم اذا كان مكيلاً أو موزوناً عند أبي حنيفة رضي الله عنه لما يحجب عن المسئلة مقيدة بغير الاموال الربوي يتو بالربوي اذا قوبلت بغير جنسها أما الربوي اذا قوبلت بجنسها كالحنطة بالحنطة والذهب بالذهب فلا يصح مع الاشارة اليها الاحتمال لربا واحتمال الربا مانع كحقيقة الربا شرعاً والتقييد بقدرها في قوله لا يحتاج الى معرفة مقدارها احتراز عن الصفة فانه لو اراد دراهم وقال اشترى بتمهذه فوجد هار يوفاً ونهر جرة كان له أن يرجع بالحياد لان الاشارة الى الدراهم كالتنصيص عليها وهو ينصرف الى الحياد ولو وجدها ستوقه أو رصا فاسد البيع وعليه القيمة ان كان ألتفها ولو قال اشترى بتمهذه الصرة من الدراهم فوجد البائع ما فيها خلاف نقد البلد فله أن يرجع بنقد البلد لان مطلق الدراهم في البيع ينصرف الى نقد البلد وان وجدها نقد البلد جاز ولا خيار للبائع بخلاف ما لو قال اشترى بمافي هذه الخابية ثم رأى الدراهم التي كانت فيها كان له الخيار وان كانت نقد البلد ان الصرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها وفي الخابية لا يعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لان خيار الرؤية لا يثبت في النقود (قوله والاثمان المطلقة) أي عن قيد الاشارة (لا تصح حتى تكون معلومة القدر) كخمسة وعشرة دراهم أو كرا حنطة بخلاف ما لو اشترى بوزن هذا الحجر ذبافانه ليس عوضاً مشار اليه فان المشار اليه الحجر ولا يعلم قدر حرم ما يوزن به من الذهب فلهذا اذا اشترى بوزن هذا الحجر ذبافون به كان له الخيار ومنه لا يجوز ان يبيع به بيمينته أو بما حبل به أو بما تو يد أو بتحب أو برأس ماله أو بما اشتراه أو بمثل ما اشترى فلان لا يجوز ان علم المشتري بالقدر في المجلس فرضيه عاد جازاً وكذا لا يجوز بألف درهم الا ديناراً أو بمائة دينار الا درهماً وكذا لا يجوز بمثل ما يبيع الناس الا ان يكون شيئاً لا يتفاوت كالخبز واللحم (والصفة) كعشرة دراهم بخارية أو سمرقندية وكذا حنطة بحيرية أو صعيدية وهذا لانها اذا كانت الصفة بجوهولة تتحقق المنازعة في وصفها فالمشتري يريد دفع الادون والبائع يطلب الارتفاع فلا يحصل مقصود سرعة العقد وهو دفع الحاجة بلا منازعة واعلم ان الاعراض في البيع اما دراهم أو دنانير فهي ثمن سواء قوبلت بغيرها أو بجنسها وتكون صرفاً واما اعيان ليست مكيلة ولا موزونة فهي مبيعة أبدأ ولا يجوز فيها البيع الا اعياناً لا يبيع بغيرها في السلم كالثياب وكما ثبت الثياب مبيعة في الذمة بطريق السلم تثبت ديناً مؤجلاً في الذمة على انهما من وحينئذ يشترط الاجل لانها ثمن بل لتصير ملحقة بالسلم في كونها ديناً في الذمة فلذا قلنا اذا باع عبد اشوب موصوف في الذمة الى أجل جاز ويكون بيعاً في حق العبد حتى لا يشترط قبضه في المجلس بخلاف ما لو أسلم الدراهم في الثوب وانما ظهرت أحكام المسلم فيه في الثوب حتى شرط فيه الاجل وامتنع بيعه قبل قبضه لاحاقه بالمسلم فيه أو مكيل أو موزون أو عددى متقارب كالبيض فان قوبلت بالنقود فهي مبيعات أو بما مثاله من المثليات فما كان موصوفاً في

المال شرط فيه عند أبي حنيفة رحمه الله اذا كان مما يتعلق العقد على مقداره (قوله والاثمان المطلقة) أي الكاملة في الثمنية وهي الحجر لانها من افعال الثمنية وأراد به غير المشار اليها الوجهين أحدهما أنه ذكر في مقابلة المشار اليه والثاني أن ذكر القدر والصفة شرط في الثمن اذا لم يكن مشاراً اليه وان يكن هو موصوفاً للثمنية فلا يبقى لذكر الاطلاق فائدة والاموال ثلاثة ثمن محض وهو ما يكون مقوماً لنفسه ولغيره وسبعة خمسة وهو ما لا يكون مقوماً لنفسه ولغيره ودائر بينهما وهو ما يصلح ثمناً اذا كان مؤجلاً كالملك والموزون وصورة الاثمان المطلقة تمل بيان القدر والصفة ما اذا قال اشترى بهذا الشيء بالذهب ولم يبين قدره ولا وصفه وكذا لو

أو جهما عقد البيع فان جهالة الوصف لا تنقض الى المنازعة لوجود ما هو أقوى منه في التعريف ويكون التقاض ناجزاً في البيع بخلاف السلم على ما سألني وهذا انما يستقيم اذا لم تكن الاعراض ربوية أما اذا كانت ربوية فجهاالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربا وانما لم يقيد في الكتاب لان ذلك مما يتعلق بالربا وهذا الباب ليس لبياننا قال (والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة) الا ان تكون معروفة القدر عن الاشارة لا يصح بم العقد الا ان تكون معلومة القدر القدر كمشرة ونحوها والصفة ككونها بخارياً أو سمرقندياً لان التسليم واجب بالعقد وكل ما هو واجب بالعقد بمنع حصوله بالجهالة المفضية الى النزاع فالتسليم يمنع بها

(قوله فان جهالة الوصف الخ) أقول والظاهر أن قول المصنف وجهالة الوصف الخ كلام مستأنف أي به بياناً لجهالة الوصف فيه (قوله ناجز في البيع) أقول أي حاضر (قوله فجهاالة المقدار تمنع الصحة) أقول اذا بيعت بجنسها (قوله بمنع حصوله بالجهالة الخ) أقول أي بجهالة ذلك الواجب

(وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمنع التسليم والتسلم) ويفوت الغرض المطلوب من البيع قال (ويجوز البيع بثمن حال) قال الكرخ رحمه الله المبيع ما يتعين في العقد والثلث ما لم يتعين وهذا على المذهب فان الدراهم تتعين عند الشافعي في البيع وهو بمن بالاتفاق وقال أبو الفضل الكرخي في الايضاح الثلث ما كان في الذمة نقله عن الفراء وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة وليس بثمن وقيل المبيع ما يحلله العقد من الاعيان ابتداء وقوله ابتداء احتراز عن المستأجر فانه انما يحلله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على أحد طرفي أصحابنا في الاجارة والثلث ما يقابله وينقسم كل منهما الى محض ومتردد فالمبيع المحض هو الاعيان التي ليست من ذوات الامثال الا الثياب الموصوفة وقعت في الذمة الى أجل بدلا عن عين فانها آثمان وليس اشتراط الاجل لكونه ثنائيا ليصير محلها بالمسلم في كونها دينيا في الذمة والثلث المحض هو ما خلق للثمنية كالدرهم والدنانير والمترددين هما كالمكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة فانها مبيعة تنظر الى الانتفاع باعيانها آثمان تنظر الى انها مثلية كالتقديرات فان قابليها التقدير فهي معينة (٤٦٨) وان قابليها عين وهي معينة فهي مبيعة وآثمان لان البيع لا بدله منها وليس أحدهما

وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفته ان تمنع الجواز هذا هو الاصل قال (ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما) لا طلاق قوله تعالى وأحل الله البيع وعنه عليه الصلاة والسلام انه اشترى من يهودي طعاما الى أجل معلوم ورواه عنه ولا بد أن يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالب به في قريب المدة وهذا يسلم في بعيدها

لذمة فهو ثمن وما كان معيناً فيبيع فان كان كل منهما مبيعاً فاصحبه حرف الباء وأولفط على كان ثمناً والآخر مبيعاً وقال خواهر زاده رحمه الله في شهادات الجامع المكيل والموزون اذا لم يكن معيناً فهو ثمن ودخل عليه حرف الباء ولم يدخل فلذا لو قال اشترى منك كذا حنطة بهذا العبد لا يصح الا بطريق السلم فيجب أن يضرب الاجل للحنطة واعلم أن التقدير المشرط قد يكون عرفاً كما يكون نصاً في الفتاوى لو قال اشترى منك هذا الثوب أو هذه الذار أو هذه البطيخة بعشرة ولم يقل دنانير أو دراهم ان كان في البلد يتباع الناس بالدنانير والدراهم والقلوس ينعقد البيع في الدار بعشرة دنانير وفي الثوب بعشرة دراهم وفي البطيخة بعشرة فلس وان كان في بلد لا يتباع الناس بهذه الجملة ينصرف الى ما يتباع الناس بذلك التقدير وحاصل هذا انه اذا صرح بالعدد فتعين المعلوم من كونه دراهم أو دنانير أو فلساً يثبت على ما يناسب المبيع ووقع شك فيما يناسب المبيع وجب أن لا يتم البيع (قوله ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل لا طلاق قوله تعالى وأحل الله البيع) وما ثبت مؤجل يبيع وفي صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها (اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاماً من يهودي الى أجل ورواه عنه) من حديث في لفظ الصحيحين طعاماً بنسيئة وقد سمي هذا اليهودي في سنن البيهقي أخرجه عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام رهن درعاً عند أبي الشحمر جل من بني طهر في شعير) ولا بد أن يكون الاجل معلوماً لان جهالة تفضي الى المنازعة في التسليم والتسلم فهذا يطالب به في قريب المدة وذلك في بعيدها) ولانه عليه الصلاة والسلام في موضع شرط الاجل وهو السلم أو جب فيه التعيين حيث

قال بالدراهم وبيان القدر أن يقول عشرة أو خمسة وبيان الصفة أن يقول بخاري أو سمرقندي (قوله وكل جهالة هذه صفتها) وهي كونها مفضية الى المنازعة وهذا احتراز عن جهالة لا تفضي الى المنازعة كما اذا كان

أولى بأن يجعل مبيعاً من الآخر فجعل كل واحد مبيعاً وثمانان كانت أعني المكيلات والموزونات غير معينة فان دخلت فيها الباء مثل أن يقال اشترى هذا العبد بكر حنطة وقد وصفها كانت ثمنان ودخلت في غيرها كان يقال اشترى الكرخ بهذا العبد كان مبيعاً ولا يصح الاسماء بشرطه هذا المحض كلامهم في هذا الموضع وأقول الاعيان ثلاثة تنقود أعني الدراهم والدنانير ووسايل كالثياب والدور والعبيد وغير ذلك ومقدورات كالمكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة ويباع غير التقدير بالتقديرات يشتمل على المبيع المحض والثلث المحض وما عدا ذلك فهو مترددين كونه مبيعاً وثماناً

والتمييز في اللفظ بدخول الباء وعدمه قال (والبيع بالثلث الحال والمؤجل جائز) لا طلاق قوله تعالى وأحل الله البيع ولما روى (أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاماً الى أجل ورواه عنه) لكن لا بد وأن يكون الاجل معلوماً لا يفضي الى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التام والتسلم فربما يطالب البائع في مدة قريبة والمشتري يؤخر الى بعيدها

(قوله الى النزاع) أقول في ذلك الواجب (قوله والثلث ما لم يتعين) أقول هذا أيضاً منقوض بالمسلم فيه ورأس مال السلم اذا كان عيناً (قوله وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة) أقول لا يبعد أن يقال العرف هو المبيع المطلق والثلث المطلق وهو ما يكون ثنائياً بكل حال فمعنى التعريف ما كان في الذمة على كل حال بقريبة الاطلاق الذي يصرف على الكمال (قوله وقوله ابتداء احتراز عن المستأجر الخ) أقول ويجوز أن يكون احترازاً عن الثمن (قوله والثلث ما يقابله) أقول أي يقابل ما يحلله العقد بان يذكر حين العقد في مقابلته (قوله وأقول الاعيان ثلاثة الخ) أقول ولعل وجه العدول كذا كروا استلزامه فقد ان المبيع في بيع التقدير وفقدان الثمن في المفاضة بخلاف ما اختاره

قال (ومن أطلق الثمن كان على غالب نقد البلد) ومن أطلق الثمن عن ذكر الصفة دون القدر كان قال اشترت بعشرة دراهم ولم يقل بخار يا
أوسمر قنديا وقع العقد على غالب نقد البلد وان كان في البلد الذي وقع فيه العقد نقد مختلف كان العقد فاسدا لأن الآن يمين أحدها واعلم اني
أذكر لك في هذا الموضوع الاقسام العقلية المتصورة وفي هذه المسئلة اجمالا ثم انزلها على متن الكتاب حلاله فاني ما وجدت من الشارحين من
تصدى لذلك على ما ينبغي فأقول اذا كان في البلد نقد مختلف فاما أن يكون (٤٦٩) الاختلاف في المالية والارواح أو في المالية

دون الراجح أو في الراجح
دون المالية أولا يكون في
شيء منهما بل في مجرد الاسم
كالمصري والدمشقي مثلا
فان كان الاول جاز البيع
وانصرف الى الارواح وان
كان الثاني لا يجوز لان
الجهالة في المنازعة توقعهما
في المنازعة المانعة من
التسليم والتسلم وان كان
الثالث يجوز وينصرف
الى الارواح تحريما للجواز
وان كان الرابع فكذلك
لان الجهالة ليست موقعة
في المنازعة المانعة من
التسليم والتسلم واذا عرف
هذا فقوله (فان كانت النقود
مختلفة) يعني في المالية
كالذهب المصري والمغربي
فان المصري أفضل في المالية
من المغربي اذا فرض
استواءهما في الراجح
(فاليبيع فاسد) لان الجهالة
تقتضي الى المنازعة اشارة
الى القسم الثاني الآن

ترتفع الجهالة ببيان أحدهما
فحينئذ يجوز وقوله (أو)
يكون أحدها أغلب
وأرجح فحينئذ يصرف
البيع اليه تحريما للجواز
اشارة الى القسم الاول
أوالى القسم الثالث لان
كون أحدها أرجح أعم

قال (ومن أطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد) لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف اليه
(فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الآن يمين أحدهما) وهذا اذا كان السك في الراجح سواء
لان الجهالة مقتضية الى المنازعة الآن ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدها أغلب وأرجح فحينئذ
يصرف اليه تحريما للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي

قال من أسلف في عمر فاسد في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم وعلى كل ذلك انعقد الاجماع وأما
البطلان فيما اذا قال بعته بالف حالا أو بالغين الى سنة فجعله الثمن ومن جهالة الاجل ما اذا باعه بالف على
أن يؤدي اليه الثمن في بلد آخر ولو قال الى شهر على أن يؤدي الثمن في بلد آخر جاز بالف الى شهر ويطلب شرط
الايفاء في بلد آخر لان تعيين مكان الايفاء فيما لا اجل له ولا مؤنة لا يصح فلو كان له حمل ومؤنة صح ومنه على
قول محمد اذا باعه على أن يدفع اليه المبيع قبل أن يدفع الثمن فان البيع فاسد لان محمدا رحمه الله عليه يتضمنه
أجلا مجعولا حتى لو سمى الوقت الذي يسلم اليه فيه المبيع جاز البيع وأما أبو يوسف فالتماثل بالشرط الذي
لا يقتضيه العقد (قوله ومن أطلق الثمن في البيع) أي أطلقه عن ذكر الصفة بعد ذكر العدد بان قال
عشرة دراهم مثلا (انصرف الى غالب نقد البلد لانه هو المتعارف فيصرف) المطلق (اليه) فان كان
اطلاق اسم الدراهم في العرف يختص به اجمع وجود دراهم غيرها فهو تخصيص الدراهم بالعرف
القولى وهو من افراد ترك الحقيقة بدلالة العرف وان كان التعامل به في الغالب كان من تركها بدلالة العادة
وكل منهما واجب تحريما للجواز وعدم اهدار كلام العاقل (فان كانت النقود مختلفة) المالية كالذهب
لاشرفى والناصرى بصركه في الراجح سواء (فاليبيع فاسد) لعدم امكان الصرف الى أحدهما بعينه
دون الآخر لما فيه من التحكم عند التساوى في الراجح واذا لم يكن الصرف الى أحدهما والحالة انها متفاوتة
المالية جاءت الجهالة المقتضية الى المنازعة لان المشتري يريد دفع الانقص مالية والبائع يريد دفع الاعلى
فيفسد البيع الآن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما في المجلس ويرضى الآخر لارتفاع المقصد قبل تقريره
وصار كولو قال الدائن لديونه يعني هذا الثوب ببعض العشرة التي لي عليك ويعني هذا الآخر بباقي العشرة
فقال نعم كان صحيحا لعدم افضاء جهالة الثمن الاول الى المنازعة بضم المبيع الثاني اليه اذ به يصير منه عشرة
وهذا محمول على قبول الدائن بعد قول المديون نعم ونحوه وان كانت مختلفة في المالية والراجح معا فالبيع صحيح
ويصرف الى الراجح للوجه الذي تقدم من وجوب العمل بالعرف والعادة وكذا اذا كانت متساوية

مجهول القدر مشار اليه وكلو باع عبدا من عبيدين على أن المشتري بالخيار وكلو باع فقيرا من صبرة طعام
مشار اليها (قوله ومن أطلق الثمن في البيع) أي ذكر القدر دون الصفة بان قال اشترت به بعشرة دراهم
ولم يقل اني بخارية أو سمر قندية فانه لو لم يذكرهما كانت هذه المسئلة عين المسئلة الاولى قبل الاستثناء ولو
ذكرهما كان عين تلك المسئلة بعد الاستثناء وهي قوله والاثمان المطلقة لا تصح الآن تكون معرفة
القدر والصفة (قوله كالثنائي والثلاثي) بان يكون النقد الواحد أحاديا وهو أن يكون الواحد منه درهما
والآخر ثنائيا وهو أن يكون الاثنان منه درهما والآخر ثلاثيا وهو أن يكون الثلاث منه درهما فالمالية
الاثنين أو الثلاث كالمالية الواحد من الاحادي ولا يسمى الواحد من الثنائي والثلاثي درهما في ذلك العرف بل

من ان يكون مع اختلاف في المالية أو مع استواء البيع جاز فيهما وقوله (وهذا) أي فساد البيع (اذا كانت مختلفة في المالية) يعني مع
الاستواء في الراجح اشارة الى القسم الثاني أعاده للتمثيل بقوله كالثنائي وهو ما يكون الاثنان منه دافعا والثلاثي وهو ما يكون الثلاثة منه دافعا
والنصر في اليوم سمر قندية بمنزلة الناصري بخاري والاختلاف بين العدلى بغير غائنه وفقها ما وراء النهر يسمون الدرهم عدليا وكل هذا
يختلف في المالية مع التساوى في الراجح

وقوله (فإن كانت سواء فيها) أي في المالية يعني مع الاستواء في الرواج إشارة إلى القسم الرابع وجزاء الشرط قوله (جاء البيع إذا أطلق اسم الدراهم كذا قالوا) أي المتأخرون من المشايخ (وينصرف) اسم الدراهم (إلى ما قدر به) من المقدار كعشرة ونحوها (من أي نوع كان) من غير تعقيد بنوع معين لأنه لا منازعة لاستواء ما في الرواج (ولا اختلاف في المالية) وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ رحمه الله بأنه فضل بين قوله إذا كانت مختلفة في المالية (٤٧٠) ومثاله وهو قوله كالثنائي بالشرط وهو قوله فإن كانت سواء وفصل بين الشرط وهذا وبين جزائه وهو قوله جاز

والنصر في اليوم بغير قسود والاختلاف بين العددين بغير أن جاز البيع إذا أطلق اسم الدراهم كذا قالوا وينصرف إلى ما قدر به من أي نوع كان لأنه لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة) وهذا إذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدايد بخلاف ما إذا باعه بجنسه مجازفة قبل ما فيه من احتمال الربا ولأن الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم فشابها جهالة القيمة

المالية والرواج يصح البيع ويؤدي من أي شيء أذنه لانه لا فضل لأحد هافلو طلب البائع أحدها بعينه كان للمشتري أن يعطيه من الصنف الآخر لأن الامتناع عن قبض ما أعطاه المشتري مع أنه لا فضل للآخر عليه ليس فيه إلا التعتت وبهذا قلنا الدراهم والدينارين لا تتعين حتى لو أراه درهمًا اشتري به فباعه ثم حبسه وأعطاه درهما آخر جاز يعني إذا كانا متعدي المالية والثنائي والثلاثي اسم الدراهم كانت بيلادهم مختلفة المالية وكذا الركني والخليفة في الذهب كان الخليفة أفضل مالية عندهم والعد إلى اسم الدراهم (قوله ويجوز بيع الطعام) وهي الخنطة ودقيقها خاصة في العرف الماضي كإيدل عليه حديث القطرة كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاع من طعام أو صاع من شعير فقوله (الحبوب) عطف العام على الخاص أو يقدر وكذا باقي أي وباقي الحبوب فلا يتناول الطعام (مكايلة) أي بشرط عدد من السكيل والاف في اللغة المكايلة أن تسكيل له ويكيل لك (ومجازفة) أي بلا كيل ولا وزن بل براءة الصبرة والجرف في الأصل الأخذ بكثرة من قولهم خرف له في السكيل إذا أكثر ومرجع إلى المساهلة قال المصنف (وهذا) يعني البيع مجازفة متعدي بغير الأموال الربوية إذا بيعت بجنسها فاما الأموال الربوية إذا بيعت بجنسها فلا يجوز مجازفة لاحتمال الربا وهو مانع حقيقة الربا وهذا أيضا مقيد بما يدخل تحت السكيل منها وأما ما لا يدخل كحقيقة يمحقتين فيجوز وفي الغناوي الصغرى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرين فقال ما حرم في الكثير حرم في القليل والقديم مقيد أيضا بما إذا باع غير الحبوب من الربويات بجنسها كقفة بكفة فانه لا يخرج عن المجازفة بسبب أنه لا يعرف قدره ومع ذلك لو باع الفضة كقفة ميزان بكفة ميزان جاز لأن المانع انما هو احتمال الربا وهو باحتمال التفاضل وهو متنفذ فيما إذا وضع صبرة فضة في كفة ميزان ووضع مقابلتها فضة حتى وزنتها فيجوز والحديث الذي ذكره بمعناه وهو ما روي أصحاب الكتب الستة إلا البخاري عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ مثلا بمثل سواء بسواء يدايد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كانت يدايد (ولأن) هذه الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم لتجمل التسليم على ما تقدم فلا يمنع (فشابها جهالة القيمة) للبيعة

ينصرف الدرهم في عرفهم إلى أحد الأشياء وهو الواحد من الاحادى والاثنتان من الثنائي والثلاث من الثلاثي فحينئذ يصح العقد على درهم المطلق (قوله ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة) وهذا إذا باعه بخلاف جنسه هذا انما يقيد فيما إذا كان شيئًا يدخل تحت السكيل فاما إذا كان قليلًا لا يجوز بيعه ببعضه ببعض مجازفة وإن كان في جنس واحد حتى لو باع نصف من من الخنطة بغير من من الخنطة فيجوز

وثنائته من دانق لا يكونان في المالية سواء لكن يمكن أن يكونا في الرواج سواء هذا ما سنخ في حل هذا الموضع والله أعلم قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة) المراد بالطعام الخنطة ودقيقها لانه يقع عليه ما عرفنا وسأفنى في الوكالة وبالحبوب غيرهما كالعدس والحصى وأمثالهما كل ذلك إذا بيع مكايلة جاز العقد سواء كان البيع بجنسه أو بخلافه وإذا بيع (مجازفة) فإن كان شيئًا لا يدخل تحت السكيل فكذلك وإن كان شيئًا لا يدخل تحته لا يجوز إلا بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم لا يقال لدلالة الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لانه مفهوم من الشرط وهو ليس بحجة لأن الدليل على ذلك صدور الحديث ولأن

الجهالة مانعة إذا منعت التسليم وهذه الجهالة غير مانعة فصار كما إذا باع شيئًا يعلم العاقدان قيمته بدرهم بخلاف ما إذا باع قال

قال المصنف (والاختلاف بين العددين إلى الخ) أقول والظاهر أنه جملة معترضة لبيان مكان يوجد فيه الاختلاف بين النقود في المالية أن يثبت اختلافها فيها (قوله وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ إلى قوله هذا ما سنخ في حل هذا الموضع) أقول فيه بحث فإن اسم الدراهم انما يطلق على اثنين من الثنائي وثلاثين من الثلاثي كما صرحوا حينئذ يظهر استواءهما في المالية وأنه ليس في كلام الشيخ تعقيد فليتأمل (قوله وإن كان) ما يدخل تحته إلى قوله لا يقال لدلالة الحديث على المنع الخ) أقول أنت خبير بأن إيراد الحديث ليس للدلالة على المنع بل للدلالة على الجواز إذا

بحسب مجاز قبل ما فيه من احتمال الرباقال (ويجوز) بانه بعينه اذا باع الطعام أو الحبوب (بانه بعينه أو بوزن حجر بعينه لا يعرف مقدارهما جاز) لان الجهالة المانعة ما تنقض الى المنازعة وهذه ليست كذلك لان التسليم في البيع متقبل فيقدر هلاك كل منهما من الاناء والحجر قبل التسليم وقيل يشك على هذا ما اذا باع أحد العبد الاربعة على ان المشتري بالخيار ثلاثة أيام يأخذ أيهم شاء (٤٧١) ويرد الباقي أو اشترى باى ثمن شاء فان الجهالة لم تنقض الى المنازعة

قال (ويجوز بانه بعينه لا يعرف مقداره و بوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) لان الجهالة لا تنقض الى المنازعة لما أنه يتجمل فيه التسليم فيقدر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متأخر وهلاكه ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا والاول أصح وأظهر

بعد رؤيته ومشاهدته فانه لو اشترى من انسان ما يساوى مائة بدرهم والبائع لا يعلم قيمة ما باع لزم البيع (قوله ويجوز بانه بعينه لا يعرف مقداره و بوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) قد قيد الاناء بكونه مما لا يحتمل الزيادة والنقصان كأن يكون من خشب أو حديد أما ذلك كان يحتمل كالزئبق والجواق فلا يجوز وعلى هذا يبيع ملء قربة بعينها أو راوية من النبل عن أبي حنيفة أنه لا يجوز لان الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة لكن أطلق في المجرى جواز ولا بد من اعتبار القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقائين فالواحد له باصغر منها لا يقبل وكذا راوية منه يوفيه في منزله وعن أبي يوسف اذا ملاها ثم راضيا جاز كما قالوا لو باع الحطب ونحوه أجمالا لا يجوز ولو حمله على الدابة ثم باعه الحمل جاز لتعين قدر المبيع في الثاني وفي الخلاصة اشترى كذا كذا قربة من ماء الفرات جاز استحسانا اذا كانت القربة معينة وعن أبي يوسف أيضا يجوز في القرب مطلقا وفي المحيط يبيع الماء في الخياض والابار لا يجوز الا اذا جعله في وعاء ووجهه في المبسوط مسئلة الكتاب بان في المعين مجازفة ويجوز فيمكيل غير معروف أولى وفيه نظر فان في المجازفة الاشارة الى عين المبيع ثابتة تفيد الاحاطة بقدر حرمة وأقطاره ومثل هذا التمييز لا يحصل لهافي كميل غير معلوم قبل أن يصب فالاولوية منتفية بلا شك والوجه يقتضى أن يثبت الخيار اذا كاله أو وزن للمشتري كفي الشراء بوزن هذا الحجر ذهبها من في جمع النوازل على أن فيه الخيار اذا علم به ومعلوم أن ذلك بالوزن وفي جمع التفازيق عن محمد رحمه الله جواز الشراء بوزن هذا الحجر وفيه الخيار وينبغي أن يكون هذا الحمل الرواية عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا كما لا يجوز في السلم فقوله لا يجوز أى لا يلزم قال المصنف (والاول أصح) أى من جهة الرواية (وأظهر) أى من حيث الوجه المذكور في الكتاب وحاصله أن الجهالة وان كانت ثابتة لكنها لا تنقض الى المنازعة وذلك لانه يتجمل فيقدر هلاكه بخلاف السلم لا يتجمل فقد هلك ذلك الكيل والحجر فيعذر تسليم المسلم فيه ولا يخفى أن هذا الوجه لا يثبت ثبوت الخيار وأقرب الامور الى ما نحن فيه قول أبي حنيفة في المسئلة التي تلى هذه وهي ما اذا باع صبرة كل قفيز بدرهم أنه اذا كاله في المجلس حتى عرف المقدار صح ويثبت الخيار للمشتري كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع مع أن الغرض انه رأى الصبرة قبل الكيل ووقعت الاشارة اليها لكن هذه الرواية أتم وصار كما اذا رأى الدهن في قارور قراج فانه يثبت الخيار بعد صبه هذا وقد روى عن أبي يوسف اشتراط كون ما يوزن به لا يحتمل النقصان حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها لانها تنقص بالجفاف وعول بعضهم على ذلك وليس بشئ فان البيع بوزن حجر بعينه لا يصح الا بشرط تجمل السلم ولا جفاف فوجب نقصا في ذلك الزمان وما قد يعرض من تاخره يوما أو يومين ممنوع بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز الاسلام في وزن ذلك الحجر خشية الهلاك فيعذر التسليم وتقع المنازعة الى نعمة منه والغرض ان أقل

كذا في الذخيرة (قوله وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز في البيع أيضا) لان البيع في المكيلات والموزونات اما أن يكون بمجازفة أو بوزن كذا القدر في المجازفة المعقود عليه ما يشار اليه وعند كذا القدر المعقود عليه ما سمي من القدر ولم يوجد شئ منها فانه ليس بمجازفة ولا يشترط فيه الكيل اذ لم يكن المكيل معلوما وعن أبي يوسف وجهه انه في بيع المعين ان عين المكيل لا ينكس بالكيس كالزئبق ونحوه لا يجوز العقد فيه لانه يتمكن المنازعة بينهما في الكيل وان كان شيئا لا ينقبض ولا ينسبط كالقصة ونحوها يجوز

القدر (والاول أصح) يعني من حيث انه ليل فان المعيار المعين لم يتقاعدا عن المجازفة (وأظهر) يعني من حيث

لا نزاع فيه ولم نقل ان كل ما هو باطل لا بد وان يكون للجهالة فيجوز ان يكون البيع باطلا معني آخر وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الاولى ولعدم الثمن في الثانية وروى عن أبي يوسف ان الجواز فيما اذا كان المكيل لا ينكس بالكيس كالقصة ونحوها أما اذا كان مما ينكس كالزئبق ونحوه فانه لا يجوز بخلاف السلم فانه لا يجوز بانه مجهول القدر وان كان معينا وكذا الحجر لان التسليم فيه متأخر وهلاكه ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة في رواية الحسن بن زباد ان البيع أيضا لا يجوز كالسلم لان البيع في المكيلات والموزونات اما ان يكون بمجازفة أو بوزن كذا القدر في المجازفة المعقود عليه ما يشار اليه ولا معتبرا بالمعيار وفي غيرها المعقود عليه هو ما سمي من القدر ولم يوجد شئ منها فان الغرض عدم المجازفة والمكيل اذ لم يكن معلوما لم يسم شئ من

بيع بخلاف جنسه وأما الدليل على المنع فهو قوله لما فيه من احتمال الربا نامل يظهر لك سوء ترتيب الشارح في تقرير الكلام مخالفا لما اختاره المصنف من النظام (قوله وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الاولى الخ) أقول اذا كان غير معين يكون مجهولا وسيجي ان الفساد فيه للجهالة

الرواية قال (ومن باع صبرة طعام) اذا قال البائع بعثك هذه الصبرة كل فقير بذرهم فاما ان يعلم مقدارها في المجلس بتسمية جله الفقزان أو بالكيل في المجلس أولافان كان الاول فالبيع (٤٧٢) جائر والمبيع جله ما فيه من الفقزان وان كان الثاني فالمبيع فقير واحد عند أبي

حنيفة رحمه الله وجله الفقزان كالاول عندهما لا يحنيفة ان صرف اللفظ الى الكل متعذر لجهالة المبيع والثمن جهالة تقضي الى المنازعة لان البائع يطلب تسليم الثمن أولا والثمن غير معلوم فيقع النزاع واذا تعذر الصرف الى الكل صرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة في المجلس باحد الامر من المذكورين فيجوز لان ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم فان قيل سلمنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جائرا كما اذا كان فاسدا بحكم أجل مجهول أو شرط الخيار أربعة أيام أجيب بان الفساد في صلب العقد قوي يمنع من الانقلاب

(قوله لا يحنيفة الى قوله جهالة تقضي الى المنازعة) أقول ولعل الاولى أن يقول جهالة تقضي الى امتناع تسليم الثمن الواجب بالعدة (قوله لان البائع يطلب تسليم الثمن أولا الخ) أقول هذا غير معقول (قوله الا ان تزول الجهالة الخ) أقول تأمل في هذا الاستثناء (قوله فان قيل سلمنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جائرا) أقول بلا تعديد وفي المجلس (قوله كما اذا كان فاسدا بحكم أجل مجهول الخ) أقول

قال (ومن باع صبرة طعام كل فقير بذرهم جاز البيع في فقير واحد عند أبي حنيفة الا أن يسمى جله فقرا نهما وقال يجوز في الوجهين) له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم مدة السلم ثلاثة أيام ولا شك أن تاخر التسليم فيه الى مجلس آخر يفضي الى المنازعة لان هلاكه ان نذر فالاختلاف في أنه هو أو غيره والتمتع فيه ليس بنادر وكل العبارات تفيد تعديدا صحة لمبيع في ذلك بالتجمل كما في عبارة المبسوط حيث قال لو اشترى بهذا الاناء ايد فلا بأس به ثم ان في المعين المبيع مجاز في يجوز فيمكيا لغير معروف أولى وهذا لان التسليم عقب البيع الى آخر ما ذكره وتقدم النظر في الاولى وهذا وارد على التعليق بان الجهالة لا تقضي الى المنازعة ما اذا باع عبدا من أربعة يأخذ المشتري أيهم شاء أو باع ما يثن شاء فالبيع باطل مع أنه لا يفضي الى المنازعة أجيب بان المبطل في المورد معني آخر وهو عدم المبيع والثمن لالجهالة وكان مقتضاه أنه لا يجوز في عبدا من ثلاثة لكن جاز على خلاف القياس كما سيأتي ولا شك أن القياس ما عن أبي حنيفة في القرية من ماء النهر وانه كبيع الطير قبل أن يصطاده كولو باعه كرامن حنطة وليس في ملكه حنطة صرحوا بانه لا يجوز الا أن يكون سائما أو اما الاستحسان الثابت بالتعامل فيقتضاه الجواز بعد أن يسمى نوع القرية في ديارنا مصر اذا لم تكن معينة مثل قرية كمانية أو سقاوية أو ورواسية كبيرة ثم بعد ذلك التفاوت يسير أهدر في الماء ونظير ما نحن فيه ما اذا باع حنطة مجمعة في بيت أو مطمورة في الارض والمشتري لا يعلم مبلغها ولا منتهى حفر الحفرة ان له الخيار اذا علم ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء ترك وان كان يعلم منتهى المطمورة ولا يعلم مبلغ الحنطة جاز ولا خيار له الا أن يظهر تحتها كان أي صفة ونحوها كذا في فتاوى القاضي وعن أبي جعفر باعه من هذه الحنطة قدر ما عجل هذا الطشت جاز ولو باعه قدر ما عجل هذا البيت لا يجوز وفي الفتاوى بعث منك مالى في هذه الدار من الرقيق والدواب والشياب والمشتري لا يعلم ما فيها فهو فاسد لجهالة المبيع ولو قال بعث ما في هذا البيت جاز وان لم يعلم به لان الجهالة تسير واذ جاز في البيت جاز في الصندوق والجوالق ولو قال بعث منك نصيب من هذه الدار فشرط الجواز علم المشتري بنصيبه دون علم البائع وتصديق البائع فيما يقول ولو اشترى موزونا باع على أن يفرغ موزن الاناء فيحفظ قدر وزنه من الثمن جاز وكما تمنع الجهالة السابقة كذلك تمنع اللاحقة قبل التسليم فلذا اختلفوا فيما اذا باع الجدار الكائن في المجددة قيل لا يجوز حتى يسلم أولا ثم يبيع والا صح جوازه مطلقا وهو اختيار الفقيه أبي جعفر اذا سلم قبل ثلاثة أيام ولو سلم بعد هذا لا يجوز لانها تدوب في كل ساعة وهو وجه من منع قبل التسليم غير أن النقص قليل قبل الايام الثلاثة غير معتبر فلذا أهدر جاز وقيل انه يختلف باختلاف الصنف والشتاء وغلاء الجذور خصه فينظر الى ما يعده الناس كثيرا بحسب الاوقات فيجوز اذا سلمه قبل وسأيت من هذا الباب شي في خيار الرقبة ان شاء الله تعالى (قوله ومن باع صبرة طعام كل فقير بذرهم جاز البيع في فقير واحد عند أبي حنيفة رحمه الله) يعنى أن موجب هذا اللفظ والاشارة الى جاز البيع في واحد عنده ويتوقف في الباقي الى تسمية الكل الى المجلس أو كيله فيه فيثبت حينئذ على وجه يكون الخيار للمشتري فان رضى هل يلزم المبيع على البائع وان لم يرض أو يتوقف على قبوله أيضا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يجوز الا بتراضهم أو روى محمد بن خلفه حتى لو فسخ البائع المبيع بعد الكيل ورضى المشتري باخذ الكل لا يعمل فسخه وقال أبو يوسف ومحمد صح البيع في الكل وهو قول الاثمة الثلاثة ثم اذا جاز في فقير واحد فلا يشتري فيه الخيار لتفرق الصفة عليه دون البائع لان التفريق جاء من قبله بسبب عدم تسميته جله الفقزان (له انه تعذر صرف المبيع الى الكل لجهالة المبيع والثمن) ولا جهالة في الفقير فلمزم فيه واذا زالت (قوله وقال يجوز في الوجهين) أي سمي جله الفقزان أو لم يسمى (قوله لجهالة المبيع والثمن) فان قيل

كان يبيع الى النيروز والمهرجان وقدوم الحاج ثم أسقط الاجل قبل حلوله وسيجيء تفصيله في اواخر البيع الفاسد (قوله الا أجيب بان الفساد في صلب العقد قوي الخ) أقول يرد أن يقال اذا كان الفساد في صلب العقد ينبغي أن لا يرتفع أصلا كما في بيع الدرهم بالدرهمين واسقاط الدرهم الزائد ويجوز أن يقال بان القسما هنا يحمل الخلاف فضعف بخلافه

و يعقد بالمجلس وما ذكرتم فالفساد فيه ليس في صلب العقد بل لا مراءى فلا يتقيد بالمجلس لضعفه لظهور أثره في اليوم الرابع وبامتداد الاجل (وله ما أن هذه جهالة أزالها في أيديهم ما وما كان كذلك فهو غير مانع) أما أن أزالها بأيديهم ما فلا ترفع بكيل كل منهما وقيد بقوله بيدهما احترازاً عن البيع بالرقم فإنه لا يجوز لأن أزالها ما يبيد البائع أن كان هو الرقم أو يبيد الغير أن كان الرقم غيره وعلى كل حال فالمشتري لا يقدر على أزالها وأما أن كل ما هو كذلك فهو غير مانع فكذلك إذا باع عبد من عبيد على أن المشتري بالخيار وأوجب لأبي حنيفة أن القياس فيه الفساد أيضاً لأن جوارزه استحساناً بالنص ومعناه أنه في معنى ما ورد به النص على ما سألني فيكون ثابتاً بدلالة النص والاستحسان لا يتعدى إلى غيره ولهذا لم يجوز أبو حنيفة فمناحن فيه قياساً واستحساناً ثم إذا جاز في فقير واحد عند أبي حنيفة كان للمشتري الخيار لتفريق الصفقة عليه دون البائع لأن التفريق وإن كان في حقه أيضاً لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جلة القفران فكان راضياً به وهذا صحيح إذا علمنا ولم يسم وأما ما لم يعلم بها فالوجه أنه نزل منزلة من باع ماله بربها أي في فلا خيار له وفيه بحث أما (٤٧٣) أولاً فلأن تفريق الصفقة لو استلزم

الخيار لا طرد وليس كذلك فإنه إذا باع الرجل عبداً مشتركاً بالف ثم اشترى أحدهما الكل بخمس مائة قبل نقد الثمن فإنه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز في نصيبه ولا خيار له فهنا تفرقت الصفقة ولم يوجد الخيار وأما نانياً فلأن قياس قول أبي حنيفة أن لا يخبر المشتري لازوم انصراف البيع إلى الواحد علمه كما لو اشترى قناراً مع مدبره فإنه لا خيار له في القن لعلمه أن البيع ينصرف إليه والحاصل أن الخيار يوجب التفريق والتفريق إنما يتحقق إن لو كان العقد وارداً على الكل والمشتري يقبل البعض وليس كذلك وهنا على قول أبي حنيفة والجواب عن الأول أننا نسلم تفريق الصفقة لأن الشراء

الآن نزول الجهالة بتسمية جميع القفران أو بالكيل في المجلس وصار هذا كقولنا قر وقال فلان على كل درهم فعليه درهم واحد بالاجماع ولهما أن الجهالة بيدهما أزالها ومثلها غير مانع وكذا إذا باع عبد من عبيدين على أن المشتري بالخيار ثم إذا جاز في فقير واحد عند أبي حنيفة فلم يشتري الخيار

بالتسمية أو الكيل في المجلس ثبت الخيار كما إذا ارتفعت بعد العقد بالرؤية أو بالثبوت في الأصل ارتفع الجهالة بعد لفظ العقد وكونه بالرؤية لم يمتنع بخلاف ما إذا علم ذلك بعد المجلس لتقرر الفساد وما في المحيط عن بعض المشايخ أن عنده يصح في الكل وإن علم بعد المجلس بغير إعلان ما في المجلس كالثابت في صلب العقد بخلاف ما بعده ولا يلزم اسقاط خيار أو بقاء أيام بعد المجلس وكذا زال الجهالة لاجل الجهول بعده حيث يجوز العقد بزوال الفساد بعد المجلس لأن الفساد فيه مالم يتمكن في صلب العقد فلا يتقيد برفع الفساد بالمجلس وهذا لأن أثر الفساد فيه ما لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الاجل وأما ما أورد من أن الجهالة وإن كانت ثابتة لم تكن إلا تنقضي إلى المنازعة لأن بعد العلم بأن كل فقير بدرهم لا يتفاوت الحال بين كون القفران كثيراً أو قليلاً فبأنه ان الفساد هنا جهالة الثمن كمية خاصة وقدرة عدم الإشارة ولا معرف شرعاً غير ذلك وأما الجواب بمنع كونها غير مفضية إلى المنازعة لأن البائع قد يطالب المشتري بتسليمه الثمن وهو لا يقدر على ذلك لعدم معرفته قدره فيتنازعان فتمت طاهر لانه لا يتصور أن يطالبه إلا بعد أن يكيله ليعرف القدر الذي يطالب به إذا لم يكن أن يطالبه إلا بكمية خاصة مشار إليها أو مضبوطة الوزن وحينئذ يعلمه المشتري فيقدر على التسليم ولو امتنع بعده هذا التقدير كان مطالعاً للمنازعة المفسدة (وله ما أن هذه جهالة بيدهما أزالها) بأن يكيل في المجلس والجهالة التي هي كذلك لا تنقضي إلى المنازعة كبيع عبد من عبيدين سلمنا أن فيه جهالتهما ولكن الجهالة إنما تفسد البيع إذا كانت مفضية إلى المنازعة وهذه ليست بمفضية إليها لأن كل فقير مقابل بدرهم وقد تراضيه بغير ذلك لا يتفاوت بين أن تكون الصبرة مائة فقير أو لم تكن قلنا قد تنقضي إلى المنازعة لأن البائع يطالب من المشتري قبض الثمن أولاً والثمن غير معلوم وهذا لا يدفع مالم يعرف قدر ما وجب عليه من الثمن لأن ذلك إنما يكون عند عرف قدر المبيع فيتنازعان (قوله وله ما أن الجهالة بيدهما أزالها) ومثلها غير مانع فإن قيل بل مثلها مانع أيضاً كفي البيع بالرقم فإنه فاسد وإن كانت

(٦٠) - (فتح القدير والكفاية) - خامس لم يقع على الكل حتى يكون صرفه إلى البعض تفريقاً وانما وقع على نصيب شريكه لا غير لأن وقوعه على نصيبه يلزم شراءه بما باع باقلاً مما باع قبل نقد الثمن وأنه لا يجوز فصار كمن اشترى قناراً ومدبراً فإن البيع ينصرف إلى القن فقط لأن المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له في القن وعن الثاني بأن انصراف البيع إلى فقير واحد مجتهد فيه والعوام لا علم لهم بأحكام المسائل

(قوله لأن التفريق وإن كان في حقه أيضاً لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جلة القفران وكان راضياً به وهذا صحيح إذا علمنا ولم يسم الخ) أقول وعندى أن يجيء التفريق من قبله بالامتناع عن التسمية بعم صورة عدم علمه بحملتها فإنه كان يمكنه أن ينزل ذلك الجهل بطريق ثم يشرع في البيع بحيث لم يفعل ذلك ولم يسم كان راضياً بوجبه فتمثل (قوله فالوجه أنه نزل منزلة من باع ماله بربها أي في فلا خيار له) أقول إن أراد أنه لا خيار له مطلقاً ولو إذا تفرقت الصفقة عليه فليس كذلك وإن أراد أنه ليس له خيار الرؤية فسلم ومناحن فيه ليس كذلك بل الخيار بتفريق الصفقة الأولى تأخير قوله لما يأتي عن قوله فلا خيار له فليتمثل (قوله وعن الثاني بأن انصراف البيع إلى فقير واحد مجتهد فيه الخ) أقول قيل الانصراف إلى نصيب الشريك فيما سبق مجتهد فيه أيضاً ولهذا لا يشيع الفساد على ما سألني في باب البيع الفساد فما الفرق

المجتهد فيها يلزم تفريق الصفقة على قولهما وان لم يلزم على قول أبي حنيفة وهذا ضعيف لان قولهما ان الكل مبيع فنأين التفريق والاولى
أن يقال قياس قول أبي حنيفة تفريق الصفقة لان الصيغة موضوعة للكثرة وقصد هما أيضا الكثرة وماتعة مانع شرعي عن الصرف الى الجميع
ولهذا لو علم المقدار في المجلس جاز والصرف (٤٧٤) الى الاقل باعتبار تعدد الكل للجهالة صرف للعقد الى بعض ما دل عليه القطن

لتفريق الصفقة عليه وكذا اذا قيل في المجلس أو سمي جملة فقز انما لانه علم ذلك الآن فله الخيار كما اذا رآه ولم
يكن رآه وقت البيع

أو ثلاثة على أن المشتري بالخيار ياخذ أي ما شاء وقد أورد عليه نقض اجمالي لوصح ما ذكر من أن
الجهالة التي بيدهما ازالتها غير مانعة من الصحة لزم صحة البيع بالرقم عندهما وأنه يجوز بيع عبد من أربعة
على أن المشتري مخير في تعيينه وأن يجوز البيع بأي ثمن شاء لكن البيع في الكل باطل أجيب بان البيع
بالرقم لم تكن الجهالة به في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم وصار بمنزلة القمار للخطر الذي فيه أنه
سيظهر كذا وكذا وجاز هذا على ما علم في المجلس بعقد آخر هو التعاطي كما قاله الحلواني بخلاف ما نحن فيه لانه كما يعلم
بكيل البائع يعلم بكيل المشتري ومثل هذا القول البيع بأي ثمن شاء ومشله في أحد العبيد الاربعة في جانب
المبيع فان البيع لا ينعقد في غير معين فكان بيعا بلا مبيع وكان مقتضى هذا أن لا يجوز في عبد من ثلاثة
الا أنه ثبت بدلالة نص شرط الخيار ثلاثة أيام ولا يخفى ان كل أجوبة هذه النقوض تصلح أدلة لابي حنيفة
فانها تضمنت تسليم أن الجهالة وان كانت بيدهما ازالتها بعد كونها في صلب العقد وهي أن تكون في الثمن

ازالة الجهالة بيدهما قلنا انما فسد البيع بالرقم لان فيه زيادة جهالة تمكنت في صلب العقد وهو جهالة
الثمن بسبب رقم لا يعلمه المشتري فصار هو بسببه بمنزلة القمار لانه لا يمكن أن يبين البائع قدر الرقم بعشرة دراهم
أو أكثر أو أقل وعن هذا قال الشيخ الامام شمس الانعة الحلواني رحمه الله وان علم بالرقم في المجلس لا ينقلب
ذلك العقد جائزا ولكن ان كان البائع دائما على الرضى فرضى به المشتري ينعقد بينهما عقد ابتداء بالتراضى
وأما في مسئلتنا قدر المبيع كما يعلم بكيل البائع فكذلك يعلم بكيل المشتري فكان ازالة الجهالة بيدهما فيجوز
وأما جواب أبي حنيفة رحمه الله من يبيع عبد من عبيد أن القياس فيه الفساد أيضا الا أن جوازناه استحسانا
بالنص والاصل عند أبي حنيفة رحمه الله أن كلمة كل متى أضيفت الى ما لم يعلم منتهاه تتناول أدناه وهو الواحد
كله قال لفلان على كل درهم يلزمه درهم واحد وكذا اذا اشترى صبرة من خبطة كل فقير بدرهم وكذلك
اذا آجر داره كل شهر يلزمه العقد في شهر واحد وعندهما كذلك فيما لا يكون منتهاه معلوما بالاشارة اليه
وأما فيما يعلم جملة بالاشارة فالعقد يتناول الكل ككلو كان معلوم الجنس بالتسمية لان الاشارة أبلغ في
التعريف وههنا الجملة معلومة بالاشارة فيجوز العقد في الكل عندهما ولا جهالة في ثمن كل واحد منهما والجهالة
التي في جملة الثمن لا تنفض الى المنازعة وفي الفوائد الظاهرية فإن قيل ماذا كره أبو حنيفة وصاحبا وجهم الله
ينقض بما اذا قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق أو قال كل عبد أشتريه فهو حر فانه ينصرف الى كل
امرأة يتزوجها وإلى كل عبد يشتريه فيدعى أن لا يجوز هذا على ذلك الاصل المذكور اتفاقا قلنا نحن ندعى
ذلك فيما تجرى فيه المنازعة لا فيما لا يجرى فيه النزاع (قوله لتفريق الصفقة عليه) فان قيل ينبغي أن يكون
البائع الخيار أيضا لتفريق الصفقة عليه أيضا قلنا لتفريق في حقه جاء من قبله لا امتناعا عن السكيل للكل فمكان
راضيا به فان قيل ينبغي أن لا يكون للمشتري الخيار على قول أبي حنيفة رحمه الله لان شراء الصبرة يقع على فقير
واحد عنده فكانه اشترى فقيرا من صبرة وثمة لا يكون له الخيار قلنا هذه المسئلة مجتهد فيها لا يعرف حكمه كل
فقيه فكيف العامي فاذا لم يكن المشتري عالما بان العقد واقع على فقير واحد وقد علم الآن ثبت الخيار عند
العالم ككلو قيل أو سمي جملة فقز انما في المجلس بمنزلة ثبوت الخيار للمشتري فيما لم يره ثم رآه لان الثمن كان

المبيع وقصده العقادان
وليس تفريق الصفقة
الا ذلك بقي أن يقال فكان
الواجب أن يثبت الخيار
للعقدين جميعا وقد تقدم
الجواب في صدر هذا البحث
عنه (قوله وكذا اذا قيل في
المجلس أو سمي جميع
فقز انما) يعنى كان
للمشتري الخيار لكن
لابد لك التعليل بل بما قال
لانه علم ذلك الآن فربما
كان في حديثه أو طنه ان
الصبرة تأتي بمقدار ما يحتاج
اليه فزادت وائس له من الثمن
ما يقبله ولا يتمكن من أخذ
الزائد مجانا وفي تركه تفريق
الصفقة على البائع أو نقصت
فيحتاج أن يشتري من مكان
آخر وهل يوافق أولا فنصار
كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت
البيع وهكذا في الموزونات
والمعدودات المتقاربة وأما
اذا باع قطيع غنم كل شاة
بدرهم فالبيع عند أبي
حنيفة رحمه الله في الجميع
فاسد وقياس قوله الصرف
الى الواحد كما في المكملات
الآن التفاوت بين الأشياء
موجود وفي ذلك جهالة
تنفض الى المنازعة بخلاف
المكملات وحكم المذروعات
اذا بيعت مزارعة حكم الغنم

(قوله وهذا ضعيف لان قولهما ان الكل مبيع فنأين التفريق) أقول فيه انه يجوز أن يكون مراد الجيب انما قال
يقصد ان كون الكل مبيعا على مذهبهما والقاضى يحكم بمذهب أبي حنيفة فتفريق الصفقة عليه ما فليتأمل (قوله وماتعة مانع شرعي عن الصرف
الى الجميع الخ) أقول فيه بحث فان الجهالة مانعة كما اعترف به (قوله وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه) أقول وقد تقدم ما في الجواب الذي
اخترناه أيضا

قال (ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة وكذلك من باع ثوبا بدرهم كل ذراع بدرهم ولم يسم جله الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعندنا ينصرف إلى الواحد) لما بيننا غير أن يبيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت ويبيع قفيز من صبرة بجوز لعدم التفاوت فلا تنقض الجهالة إلى المنازعة فيه وتنقض اليها في الأول فوضع الفرق

إذا لم يبين جله الذرعان وجله الثمن وأما إذا بينهما أو أحدهما كما إذا قال بعثك هذا الثوب وهو عشرة أذرع بدرهم أو قال بعثك هذا الثوب وهو عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أو قال بعثك هذا الثوب وهو عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أو قال بعثك هذا الثوب وهو عشرة دراهم هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم أو قال بعثك هذا الثوب بعشرة دراهم الأولى فظاهرة وأما الثانية فلأن المعقود عليه معلوم وجله الثمن صارت معلومة ببيان ذرعان الثوب وأما الثالثة فلأنه لما سمي لكل ذراع درهما وبين جله الثمن صار جميع الذرعان معلوما وكذا كل معدود متفاوت كالخشب والوانى وأما عندنا فهو جائز في الكل لما قلنا

(قوله فهو جائز في الكل لما قلنا) أقول من أن إزالة الجهالة بينهما

كالبيع بالرقم وبأى ثمن شاء أو في المبيع كببيع عبد من أر بعته تمنع جواز البيع وجهالة الثمن على وجه يشبه القمار وعدم العلم به مع إمكان إزالة الثابت في محل النزاع إذ جاز أن يظهر كونه مائة أو خمسين الأكيل أحدهما وكون ذلك بكيل كل منهما وفي الرقم يظهر بالبائع فقط لا أثر له في دفع منع الخطر والتكهن في صلب العقد وهو الفساد وإذا فسد البيع في عبد من أر بعته والجهالة في مضبوط لا تحصرها في احتمالات أربعة لا تتعدها فلان تفسد في صبرة لا تنقضي الاحتمالات في خصوص الثمن على كونه أر بع امكانات أو عشرة أولى بل ويسجل عليه ما يبين لطلان قياسهما على بيع عبد من عبد من أر ظهر من الجواب أنه معدول عن القياس ولذا امتنع في أر بعته عبد وحيث تخرج قول أبي حنيفة وتظهر أن كون العاقدين بيدهما إزالة الجهالة في صلب العقد من الثمن والمبيع لاوجب صحة البيع قبل إزالة البدالة الإجماع على عدم الصحة في الصور المذكورة مع إمكان إزالتها فيها ونحوها إذا أزيلت في الجاس وهما على رضاها ثابت بعقد التراضي والمعاطاة لا يغير الأول كذا كرفي الرقم بل ولهذه الفروع المذكورة أمثال يطول عدها يبطال البيع فيها الجهالة في الثمن أو المبيع مع إمكان إزالة أحد المتعاقدين لها وتأخير صاحب الهداية دليلهما ظاهر في ترجيح قواهما وهو ممنوع وأما ما يحتمل قول أبي حنيفة عليه مما ذكر في المبسوط من أن الأصل عنده أنه متى أضيف كلمة كل إلى المالاتعلم نهايتها فأنما يتناول أدناه أصليا تنبأ عن الإلغاء كالأقرار بأن عليه كل درهم أنما يلزمه درهم واحد وكذا الجارة كل شهر بدرهم تلزم في شهر واحد فلا حاجة له هنا لأنه لو منع صحة هذا الأصل كان أثباته بعين ما ذكر في تعليل المسئلة من ثبوت الجهالة في المجموع والتيقن في الواحد فهو نفسه أصل هذا الأصل * (قرع) * اشترى طعاما بغير جنسه خارج المصر وشرط أن يوفيه في منزل من المصر فالعقد فاسد لأن المشتري يملكه بنفس العقد فإذا اشترط لنفسه منفعة الجمل فسد ولو كان في المصر وشرط أن يحمله إلى منزله فهو فاسد ولو عبر بقوله بشرط أن يوفيه في منزله ففي القياس فاسد وهو قول محمد وسحقس أبو حنيفة وأبو يوسف جوازه بالعرف فان الإنسان يشتري الخطب والشعير على الدابة في المصر ولا يكتري دابة أخرى يحمله عليها بل البائع هو يحمله بخلافه خارج المصر وبعض المشايخ لم يفرقوا بين لفظ الجمل والإبقاء في الاستحسان لان المراد منهما واحد واختار شمس الأئمة الفرق فان الإبقاء من مقتضيات العقد فشرطه ملامم بخلاف الجمل (قوله ومن باع قطيع غنم الخ) لما ذكرنا الصورة السابقة في المثليات ذكرنا نظيرها في التميميات فإذا أضاف البيع على الوجه المذكور في الحيوانات بأن قال بعثك هذا القطيع كل شاة بدرهم أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم ولم يبين عدد الغنم ولا الذرعان ولا جله الثمن فسد في الكل عند أبي حنيفة أما إذا سمي أحدهما فيصح بالاتفاق للعلم بتمام الثمن مطابقة أو التزاما فيما إذا اقتصر على بيان عدد القطيع وعندهما يجوز في الكل لما قلنا من أن الجهالة بينهما إزالة عنها ينصرف إلى الواحد لما بيننا من جهالة كل الثمن والغناء كون ارتفاعها بينهما غير أن الاتفاق بينهما متفاوت فلم ينقسم الثمن على الجمله بالأجزاء فتقع المنازعة في تعيين ذلك الواحد ففسد في الكل ولهذا الوابع شاة أو عشرة من مائة شاة أو بطيخة أو عشرة من وقر بطيخ كان باطلا وأما الجواز فيما إذا عزلها وذهب والبائع ساكت فبالتعاطى على ما قدمنا قال العتاني أن ذلك في ثوب يضره التبعض أم لا الكبر باس فينبغي أن يجوز عنده في ذراع واحد وكفى الطعام وعلى هذا الخلاف كل معدود متفاوت كجمل بطيخ كل بطيخة بقلس والرمات والسفرجل والخشب والوانى والرقيق والابل ولو باع نصيبه مجهول القدر عنده وإنما انكشف الحال في مقدار الواجب عليه ثمن في الحال فيختار لأجله ويسمى هذا اختيار

قال (ومن ابتاع صبرة طعام على انهما مائة فقير بمائة درهم) فلا يخلو عند الكيل من أن يكون مثل ذلك أو أقل منه أو أكثر فان كان الاول فذلك وان كان الثاني خير المشتري بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفة الموجب لانتفاء البيع بانتفاء الرضاوان كان الثالث فالزائد للبائع لان البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكل ما وقع على مقدار معين لا يتناول غيره الا اذا كان وصفا

(٤٧٦)

والقدر أي القدر الزائد على المقدار المعين ليس بوصف فالبيع لا يتناوله فكان للبائع لا يجب تسليمه الا بصفة على حدة وكذا قبض المشتري وكان كل من العاقدین مخيرا فيها ان شاء باسرها وتركها واذا كان المشتري مذروعا كان اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أرضا على انهما مائة ذراع فوجدها أقل خير المشتري بين أخذ الموجود بجميع الثمن المسمى وبين تركه لان الذرع وصف في الثوب المبيع وكل ما هو وصف في البيع لا يقابله شيء من الثمن فالذرع في الثوب لا يقابله شيء من الثمن اما أنه وصف فقد بينه بقوله ألا ترى انه عبارة عن الطول والعرض وهما من الاعراض وأما أن الوصف لا يقابله شيء من الثمن فقد بينه بقوله كاطراف الحيوان فان من اشترى إجازة فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص من الثمن شيء فلهذا أي فليكون الذرع وصفا لا يقابله شيء من الثمن ياخذ الموجود بكل الثمن بخلاف الفصل الاول

يعني المكيل لان المقدار ليس بوصف فيقابلة الثمن فلهذا ياخذ بحصته

قال (ومن ابتاع صبرة طعام على انهما مائة فقير بمائة درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع) لتفرق الصفة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها أكثر فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف (ومن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أرضا على انهما مائة ذراع بمائة درهم فوجدها أقل فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بحمل الثمن وان شاء ترك) لان الذرع وصف في الثوب ألا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض

من هذا الطعام روى الحسن عن أبي حنيفة لا يجوز وان بينه بعد ذلك وكذا في الدار وهذا غير الالقي باساره المذكور في الخلافة وفي الخلاصة اشترى العنب كل وقر بكذا والوقر عندهم معروف ان كان العنب من جنس واحد يجب أن يجوز في وقر واحد عند أبي حنيفة كفي بيع الصبرة كل فقير بدرهم وان كان العنب أجناسا لا يجوز البيع أصلا عند أبي حنيفة كقطيع الغنم وعندهما يجوز اذا كان جنسا واحدا في كل العنب كل وقر بما قال وكذا اذا كان الجنس مختلفا هكذا ورد الصدر الشهيد والفقهاء أبو الليث جعل الجواب بالجواز فيما اذا كان العنب من جنس واحد متفقا عليه وان كان من أجناس مختلفا فيه ثم قال الفقهاء والفتوى على قولها ما تيسر الامر على الناس انتهى وتقر ببيع الصدر الشهيد وأوجه (قوله ومن ابتاع صبرة طعام على انهما مائة فقير بمائة) مثلا (مائة) تعلق العقد على ذلك الكيل المسمى بعينه حتى لو وجدت ناقصة كان للمشتري الخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن لان الثمن ينقسم بالأجزاء على أجزاء المبيع المثلي مكيلا وموزنا (وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفة) الواحدة (عليه) وكذا الخلاصة في كل مكيل وموزون (وان وجدها زائدة فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين) ليس له جهة الوصفية فازاد عليه لم يدخل في العقد فيكون للبائع ولو كان المشتري ثوبا أو أرضا على أنه عشرة بعشرة أو مائة ذراع بمائة فوجد المبيع أقل فان شاء أخذ الموجود بكل الثمن وان شاء ترك وان وجدها زائدة على العشرة أو المائة كان السكل للمشتري (ولو) كان (قال على انهما مائة ذراع) مثلا (مائة) كل ذراع بدرهم فوجدها أقل فللمشتري الخيار ان شاء أخذ الموجود كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفة عليه (وان كان) وجدها أكثر فله الخيار ان شاء أخذ السكل كل ذراع بدرهم وأصل هذا ان الذرع في المذروعات وصف لانه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة أجزاء فان لم يفر دثن كان تابعا محضا فلا يقابل بشيء من الثمن وذلك فيما اذا قال على انهما مائة بمائة ولم يزد على ذلك واذا كان تابعا محضا في هذه الصورة والتابع لا يقابلها شيء

الكشف (قوله والقدر ليس بوصف) اعلم أن المشايخ ذكر وافي الفرق بين الاصل والوصف حدودا قيل ان ما يتعيب بالتعيب والتشقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف وما لا يتعيب بالتعيب والتشقيص فالزيادة والنقصان فيه أصل وقيل الوصف ما له جودة تأثير في تقوم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره والأصل ما لا يكون بهذه المثابة وقيل ان ما لا ينتقص الباقي بغواته فهو أصل وما ينتقص الباقي بغواته فهو وصف فعلم بهذا أن القدر في المكيلات والموزونات أصل والذراع في المذروعات وصف فاذا انتقص فقير من مائة فقير لا يتعيب الباقي ويشتري الباقي بالثمن الذي كان بحصته مع الفقير الواحد واليد والعين اذا فاتتا تنتقص قيمة النفس وكذا الذراع الواحد من الثوب أو الدار اذا فاتت لا يشتري الباقي بالثمن الذي كان يشتري معه فان العباى اذا كان خمسة عشر ذراعا يشتري بخمسة عشر دينارا فاذا انتقص خمسة أذرع منه لا يشتري الباقي

والوصف

(قوله وان كان الثاني خير المشتري بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفة الخ) أقول قوله لتفرق الخ ينبغي أن يكون عليه للفسخ لا لقوله خير اذ لا معنى له وأيضا لا يكون الكلام مطابقا لمشرع (قوله لتفرق الصفة عليه) أقول فرق بين التفريق والتفريق فلا يخالف لما سبق قال المصنف (ألا يرى انه عبارة عن الطول والعرض) أقول الآن فيما نحن فيه عبارة عن الطول

وقال (الأنة يخير) استثناء من قوله ياخذ به كل الثمن وعلى هذا إذا وجدها أكثر من النزع الذي سماه كان الزائد للمشتري ولا خيار للبائع لانه وصف تابع للمبيع لا يقابله شيء من الثمن فصار كما إذا باع عبد على أنه أعبى فإذا هو بصير وعلم أن هذه المسئلة من أشكال مسائل الفقه وقدم منع أن يكون النزع في المذروعات وصغوا الاستدلال بقوله ألا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض غير مستقيمة لانه كما يجوز أن يقال شيء طويل وعريض يقال شيء قليل أو كثير ثم عشرة أفقرة أكثر من تسعة لا محالة فكيف جعل النزع الزائد وصفا دون القفيز وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم في الاصل والوصف واختافت عباراتهم في ذلك فقال بعضهم ما تعيب بالنقص فالزيادة والنقصان فيه وصف وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه أصل وقال بعضهم ما لوجوده تأثير في تقدم غيره (٤٧٧) ولعدمه تأثير في نقصان غيره فهو وصف وما ليس كذلك فهو أصل وقيل

مالا ينقص الباقي بقواته فهو أصل وما لا يكون كذلك فهو وصف وهو قريب من الثاني والمكيل لا يتعيب بالتبعيض والمذروع يتعيب وعشرة أفقرة إذا انتقص منها قفيز فالتسعة تشتري بالثمن الذي يخصها مع القفيز الواحد فيما إذا قال اشترت هذه الصبرة بعشرة دراهم على أنها عشرة أفقرة وأما النزع الواحد من الثوب أو الدار إذا انتقص فان الباقي لا يشتري بالثمن الذي كان يشتري معه فان الثوب العتاي اذن مثلا إذا كان خمس عشرة ذراعا فالخمس الزائدة على العشرة تزيد في قيمة الخمسة وفي قيمة العشرة أيضا وإذا عرف هذا عرف ان القلة والكثرة من حيث الكيل أو الوزن أصل ومن حيث النزع وصف وهو اصطلاح يقع على ما هو المتعارف بين التجار فان قيل سلمتان

والوصف لا يقابله شيء من الثمن كما طرأ الحيوان فلهذا ياخذ به كل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا ياخذ به حصته الا انه يخير لقوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيحتل الرضا قال (وان وجدها أكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع) لانه صفة فكان بمنزلة ما إذا باع مع عيبا فإذا هو سليم (ولو قال بعثتها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بحصته من الثمن وان شاء ترك) لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار أصلا بافراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع بمنزلة ثوب

من الثمن كما طرأ الحيوان حتى ان من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شيء من الثمن أو اعورت عند المشتري جازله أن يرجع على ثمنها بالبيان فلهذا تمام الثمن في صورة النقص وانما يخير لقوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما إذا اشتراه على أنه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة وله الزائد في الصورة الزائدة (كما إذا باعه) على أنه معيب فوجده سليما هذا اذا لم يفرد بالثمن فان أفرد بالثمن وهو ما إذا قال على انها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار أصلا وارتفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باعه هذه الرزمة من الثياب على انها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة يخير بين أن ياخذ الاثواب الموجودة بحصتها من الثمن وبين أن يغسل لتفريق الصفة فكذلك اذا وجد الذراع ناقصة في هذه الصورة وهذا لانه لو أخذها بكل الثمن لم يكن أخذ كل ذراع بدرهم ولو وجدها زائدة لم تسلم له الزيادة لصيرورته أصلا كما لو لم يسلم له الثوب المفرد فيما إذا زادت عدد الثياب على المشروط وان كان بينهما فرق فان هدد الثياب إذا زادت ففسد البيع

بعشرة دنائير (قوله والوصف لا يقابله شيء من الثمن) دل عليه أن الجارية إذا اعورت في يد البائع قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن وكذا للمشتري أن يبيعها ما ربحه بالثمن الاول من غير بيان فان قيل الاوصاف لو لم يقابلها شيء من الثمن وجب أن لا يرجع بنقصان العيب فيما اذا امتنع الرد حتى أن رجلا لو اشترى عبدا فاعتقه أو مات عنه ثم اطلع على أنه لم تكن أصابع يده مائة يرجع على بائعه بالنقصان وكال الاصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف قلنا الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة أو حكما أما حقيقة فكما اذا باع عبد افقطع البائع يده قبل القبض يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالقطع وأما حكما فبان يكون امتناع الرد لحق الشارع أو لحق البائع أما حق البائع فكما اذا تعيب المبيع عند المشتري وأما حق الشارع فكما اذا زاد المبيع بان كان ثوبا فحاطه ثم وجده عيبا فالوصف متى صار مقصودا باحد هذين ياخذ قسطا من الثمن كذا في الغوائد الظهيرية (قوله كما طرأ الحيوان) كما اذا اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم (قوله ولو قال بعثتها على انها مائة ذراع كل ذراع بدرهم)

النزع وصف لكن لا نسلم ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فان المبيع العيب اذا امتنع رده رجح المشتري بنقصان العيب مكن اشترى عبدا واعتقه أو مات ثم اطلع على نقصان اصبع يرجع على بائعه بالنقصان وكال الاصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف المذكور وأجيب بان كلامنا في الوصف لا في الوصف المقصود بالتناول فانه اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة كما اذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل التسليم أو حكما كما اذا امتنع الرد لحق البائع كما اذا تعيب المبيع عند المشتري أو لحق الشارع بان كان ثوبا فحاطه المشتري ثم اطلع على عيب أخذتها بالاصل فاخذ قسطا من الثمن ولو قال بعثتها يعني الثياب أو المذروعات كذا في النهاية وفيه نظر لان المبيع ان كان ثوبا لم تكن هذه المسئلة والاولى ان يقال يعني الارض فإذا باعها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فان وجدت ناقصة أخذها المشتري بحصتها من الثمن أو ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار أصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب

وهذا معنى قولهم ان الوصف يقابله شيء من الثمن اذا كان مقصودا بالتناول وهذا أي أخذها بمحضها من الثمن انما هو لانه لو أخذها بجميع
 الثمن لم يكن المشتري أخذ كل ذراع بدرهم وهو لم يبيع الإبرش طأن يكون كل ذراع بدرهم لان كلمة على تأتي للشرط كما عرف في موضعه
 ونوقض بالمسئلة الاولى لان الذراع لو أمكن أن يكون أصلا بذكر الثمن كان أصلا في المسئلة الاولى أيضا لانه ذكر عشرة ذراهم في مقابلة عشرة أذرع
 ومقابلة الجمله بالجمله تقتضى انقسام الآحاد على الآحاد وأجيب بان الذراع أصل من وجهه من حيث انه من أجزاء العين التي هي مبيعة كالقفيز
 ووصف من وجهه من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن كالجال والسكابة ثم لجعلنا عشرة أذرع منقسمة على الأفراد عند ذكر كل ذراع لزم الغناء
 جهة الوصفية من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالأصلية عند ذكره عملا بالشبهين وفيه نظر لان قوله من حيث انه لا يقابله شيء من
 الثمن معلول للوصفية فلا يكون علة لها والاولى أن يقال اذا لم يفر دكل ذراع بالذ كر كان كون كل ذراع مبيعاً ضمناً ولا يعتبر بذلك لما ذكرنا ان
 الوصف يصير أصلاً اذا كان مقصوداً (٤٧٨) بالتناول وان وجدت رائدة أخذ المشتري الجميع كل ذراع بدرهم أو فسح أو ما خيار الفسخ فلا نه

ان حصل له الزيادة في الذرع
 لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك
 ضرر فكان في معنى خيار
 الرؤية في دفع الضرر
 فيتخير وأما لزوم الزيادة
 فلما بينا أنه صار أصلاً
 مشروطاً ولو أخذ بالاقول
 لم يكن أخذاً بالمشر وطوفيه
 بحث من وجهين أما الاول
 فهو ان كل ذراع ان كان
 بمنزلة ثوب على حدة فسد
 البيع اذا وجدها أكثر
 أو أقل كولو كان العقد وارداً
 على أثواب عشرة وقد
 وجدت أحد عشر أو تسعة
 على ما سيأتي وأما الثاني
 فهو ان الذراع لو كان
 أصلاً بافرا د ذكر الثمن
 امتنع دخول الزيادة في العقد
 كما ذابا بصيرة على انها عشرة
 أفقره فاذا هي أحد عشر فان
 الزيادة لا تدخل ابصقة
 على حدة وقد تقدم وههنا

وهذا لانه لو أخذ بكل الثمن لم يكن أخذ الكل ذراع بدرهم (وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء أخذ
 الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسح البيع) لانه ان حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعاً
 يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلاً ولو أخذ بالاقول لم يكن أخذاً بالمشر وط قال
 (ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وقال هو جائز وان
 اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جازي قولهم جميعاً)

للزوم جهالة المبيع لان المنازعة تجري في تعيين الثوب الذي يرد الى البائع بسبب انه أصل من كل وجه أما هنا
 فالذراع ليس أصلاً من كل وجه ليعقد فيثبت له الخيار بين أن يأخذ الزائد بمحضه وبين أن يفسخ لانه وان صح
 له أخذ الزائد لكنه بضرر يلحقه وهو زيادة الثمن ولم يكن يلزم هذه الزيادة بعقد البيع فكان له الخيار واذا
 ظهر أنهم اعتبروا الطول وصفاً تارة وأصلاً أخرى ولم يعتبروا القدر في المثليات الأصلاداً مع أن الطول
 والعرض أيضاً جاع الى القدر ويمكن أن يجعل القدر وصفاً محتجج الى الفرق فقيس لان المثلي لا تنقص
 قيمته بنقصان القدر فان البصرة السكائنة مائة قفيز لو صارت الى قفيزين في القلة لم تنقص قيمة القفيز بخلاف
 الثوب والارض الا ترى أن الثوب الذهبي عاده عشر قوه هو قدر ما يفصل قباء أو فزجيسة كان ثمن
 اذا قسم على أجزائه يصيب كل ذراع منه مقدار ولو افرد الذراع وبيع بمفرده لم يساوي الاسواق ذلك المقدار
 بل أقل منه بكثير وذلك لانه لا يغيد الغرض الذي يصنع بالثوب الكامل فعلمنا أن كل جزء منه لم يعتبر كثوب
 كامل مفرد (قوله ومن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رضى
 الله عنه وقال هو جائز) وبه قال الشافعي رحمه الله (وان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم) منها (جازي
 قولهم جميعاً) ومبنى الخلاف على أن المؤدى من عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع فعندهما شائع
 كأنه باع عشر مائة وبيع الشائع جائز اتفاقاً كافي ببيع عشرة أسهم من مائة سهم وعنده مؤداة قدر معين
 فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بمحضها من الثمن وان شاء ترك لان الذراع وصف من وجه
 لماسر وأصل من وجهه لانه عين ينتفع به بانفراده فعملنا بالشبهين في الجانبين فقلنا اذا قبل كل ذراع بدرهم كان

دخلت في تلك الصفقة والجواب عن الاول أن الاثواب مختلفة فتكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تقتضى الى المنازعة
 والذراع من ثوب واحد ليست كذلك وعن الثاني بان الذراع الزائد لم يدخل كان بائعاً بعض الثوب وفسد البيع فحكمنا بالدخول تحريماً
 في الجواز والقفيز الزائد ليس كذلك قال (ومن اشترى عشرة أذرع) شراء عشرة أذرع (من مائة ذراع من دار أو حمام) أعني أن يكون
 المبيع مما ينقسم أو مما لا ينقسم فاسد عند أبي حنيفة وعندهما هو جائز اذا كانت الدار مائة ذراع وشراء عشرة أسهم من مائة سهم جائز بالاتفاق
 (قوله وفيه نظر لان قوله من حيث هو الخ) أقول تسامح في العبارة فان معلول الوصفية هو عدم مقابلة شيء من الثمن لاهذا القول (قوله فلا يكون
 علة لها) أقول يجوز أن يكون العلم بالوصفية معلولاً لما ذكر مع كون نفس الوصفية علة له بالزوم المصادرة (قوله والاولى أن يقال يعني الارض)
 أقول فيه ان قول المصنف فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ينشئ عن ارجاع الضمير الى الارض كما لا يخفى ثم يجوز أن يرجع الضمير الى الثوب باعتبار
 كونه مائة ذراع أو لكونه بمنزلة الثوب حيث نزل كل ذراع بمنزلة ثوب واحد واعل هذا ناول ما في النهاية (قوله فسد البيع اذا وجدها أكثر
 أو أقل الخ) أقول ممنوع كما يظهر في مسئلة اشتراء العدل على انه عشرة أثواب (قوله وعن الثاني بان الذراع الخ) أقول ويجوز أن يحجب عن الثاني

(لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع) كعشرة أسهم من مائة سهم في كونها عشر افترض الجواز أحدهما تحكما ولا يحنيفة أن الذراع حقيقة في الآلة التي يزرع بها وارايتها ههنا متعددة فيصير مجازا لما يحمله بطريق (٤٧٩) ذكر الحال واردة المحل وما يحمله لا يكون إلا معينا

مستخضا لانه فعل حسى يقتضى محلا حسيا والمشاع ليس كذلك فإي محله لا يكون

مشاعا فلا يستعمل فيه

الذراع لعدم مجوز المجاز

(وذلك) أى العشرة الأذرع

غير معلوم هذا اذ لم يعلم أن

العشرة من أى جانب من

الدار فيكون مجهولا جهالة

تفضى الى المنازعة بخلاف

السهم فانه أمر عقلى لا

يقتضى محلا حسيا

فيجوز أن يكون في الشائع

فالجهالة لا تفضى الى المنازعة

فان صاحب عشرة أسهم

يكون شريكا لصاحب

تسعين سهما في جميع الدار

على قدر نصيبهما منها وليس

لصاحب الكثير أن يدفع

صاحب القليل من جميع

الدار في قدر نصيب من أى

موضع كان ولا فرق عنده

بين ما اذا علم جملة الذرعان

كما اذا قال عشرة أذرع من

هذه الدار من مائة ذراع

وابين ما اذ لم يعلم كما اذا قال

عشرة أذرع من هذه الدار

من غير ذكر ذرعان جميع

الدار في الصحيح لبقاء الجهالة

المنازعة من الجواز خلافا

بانه لما كان في الذراع جهتا

الاصولية والوصفية حكم

بدخول الزائد بزيادة الثمن

مراعاة لتينك الجهتين

لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم وله أن الذراع اسم لما يزرع به واستعير لما يحمله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند أبى حنيفة بين ما اذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاص

والجوانب مختلفة الجودة فتقع المنازعة في تعيين مكان العشرة ففسد البيع فلواتفقوا على أن مؤدى عشرة أذرع من مائة من هذه الدار شائع لم يختلفوا ولواتفقوا على أنه متعين لم يختلفوا فهو نظير اختلافهم في نكاح الصابئة بمعنى على أنهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم أولهم كتاب فلواتفقوا على الثاني اتفقوا على جوازه أو على الأول اتفقوا على عدم الجواز فالشأن في ترجيح المبني فالوحنيفة يقول (الذراع اسم لما يزرع به) ومعلوم أنه لم يرد بالمبيع عشر من الخشبات التي يزرع بها فكان مستعارا لما يحمله وما يحمله معين فكان المبيع معيننا مقدرا بعشرة أذرع (بخلاف) عشرة أسهم لان السهم اسم للجزء الشائع فكان المبيع عشرة أجزاء شائعة من مائة سهم وقد قال ان تعيين جملة ذرعان الدار قرينة على أنه انما أراد بيع الشائع لان به يعرف نسبة العشرة من الكل أنها بالعشر والألفا فائدة في تعيينه لان العشرة أذرع لا يتفاوت مقدارها بتعيين الكل وعدمه وقد يقال فائدته لا تتعين في ذلك الجواز أن يرفع به الفساد فان بيع عشرة أذرع من ثوب لا يجوز على قول أبى حنيفة ولا على قولهما على تخريج طائفة من المشايخ وعلى قول آخرين يجوز لانها جهالة بيدهما ازالتهما في ذرع الكل فيعرف نسبة العشرة وصحح هذا بناء على ما تقدم لهما من بيع صبرة لجواز أن يكون العقاد يرى الرأى الأول ولما وضع المسئلة في الجامع في عشرة أذرع من مائة ذراع ظهر أن ما قال الخصاص من أن الفساد عنده فيما اذ لم يعرف جملة الذرعان وأما اذا عرف جملةتها فالمبيع عنده صحيح غير واقع من جهة الرواية وكذا من جهة الرواية فان الفساد عنده للجهالة كما قلنا وبمعرفة قدر جملة المبيع لا تنتفي الجهالة عن البعض الذي يبيع منه واختلف المشايخ على قولهما فيما اذا باع ذراعا أو عشرة أذرع من هذه الارض ولم يسم جملةها فقبل على قولهما لا يجوز لان صحته على قولهما باعتبارانه جزء شائع معلوم النسبة من الكل وذلك فرع معرفة جملةها والصحيح انه يجوز لانها جهالة باليد بما ازالتهما بان تقاس كلهما فيعرف نسبة الذراع أو العشرة

أصلان مقابلان الثمن من خواص كونه أصلا اذا الثمن لا يقابل الاوصاف فنزل كل ذراع منه منزلة ثوب فان قيل الذراع لو كان أصلا على تقدير الافراد ذكر الثمن بقوله كل ذراع بدرهم يجب أن يمنع دخول الزيادة في العقد كما اذا باع صبرة على أنها عشرة أفرقة فاذا هي أحد عشر لا تدخل الزيادة في العقد قلنا الفرق بينهما هو أن الزيادة لو لم تدخل في العقد يفسد العقد لانه يصير بائعا بعض الثوب وأنه لا يجوز بخلاف الصبرة كذا في الفوائد الظهيرية وفي شرح الطحاوى وكذلك كل وزن اذا كان في تبعيضه مضرة كالدره وكالاناء من فضة أو صفرا وما أشبه ذلك اشتراه على أنه كذا فوجده أقل أو أكثر فهو على التفصيل الذي ذكرناه في الذرع لان الوزن فيما في تبعيضه مضرة من جملة الصفة كالذرع في الذرع (قوله وهو المعين) أى الذى وقع عليه الذراع معين إلا أنه مجهول لان الخشبة تحل مكانا معيننا فيكون مجازا عن المعين لاعتبار الجزء الشائع لاستحالة ذرعه وانما الجهالة في أن تلك العشرة في أى موضع من الدار في صدرها أو أسفلها وفى غير ذلك بخلاف السهم لان عشرة أسهم شائع في الكل فلم يلزم فيه جهالة تفضى الى المنازعة فكان صاحب عشرة أسهم شريكا لصاحب تسعين سهما في جميع الدار على قدر نصيبهما منها وليس لصاحب الكثير أن يدفع صاحب القليل قدر نصيبه في أى موضع كان فلا تؤدى الى المنازعة (قوله خلافا لما يقوله الخصاص رحمه الله) ذكر الخصاص في هذه المسئلة أن فساد المبيع عند أبى حنيفة رحمه الله للجهالة بجملة الذرعان فاما اذا عرفت

ولعل هذا أولى مما ذكره الشارح قال المصنف (وله ان الذراع اسم لما يزرع به واستعير لما يحمله الذراع) أقول قال الاتفاقى كان القياس أن يقول استعيرت لانه أسند الى ضمير الذراع وهى مؤنثة لكن ذكر الفعل على تاويل الذراع بما يزرع به اه لكن قال في القاموس الذراع بالكسر من طرف المرفق الى طرف الاصبع الوسطى والساعد وقد يذكرونه ما جمع أذرع وذرعان بالضم اه وذ كر باعتبار الخبر

لما يقوله الخصاص ان الفساد انما هو عند جهالة الذرعان وماذا عرفت مساحتها فانه يجوز جعل هذه المسئلة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم اذا كان عدد جهلة (٤٨٠) الشياه معلوما فانه يجوز عنده قال (ومن اشترى عدلا على انه عشرة أثواب) عدل

الشئ بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الجمل اذا اشترى عدلا على أنه عشرة أثواب بعشرة دراهم فكان تسعة أو أحد عشر ففسد البيع أما اذا زاد فله جهالة المبيع لان الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده والا ثواب مختلفة فكان المبيع مجهولا لجهالة تقضى الى المنازعة وأما اذا نقص فلو جوب سقوط حصته الناقص عن ذمة المشتري وهي مجهولة لانه لا يدري انه كان جيدا أو وسطا أو رديا

وحيث لا تدري قيمته بيقين حتى تسقط فكانت جهالتها توجب جهالة الباقي من الثمن فلا يشك في فسادها واذا بين لكل ثوب ثمانية بقوله كل ثوب بدرهم جاز البيع في فصل النقصان لكون الثمن معلوما وله الخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء ترك لانه تغير شرط عقده ولم يجز في فصل الزيادة لجهالة العشرة المبيعة ومن مشايخنا من قال ان البيع فاسد عند أبي حنيفة في فصل النقصان أيضا لانه جمع بين الموجود والمعدوم في صفقة فكان قبول المبيع في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود فيفسد العقد كما لو جمع بين حر

مساحتها يجوز عنده وجعل هذه المسئلة على قياس ما لو باع كل شاة من القطيع بعشرة ان كان عدد جهلة الشياه معلوما يجوز عنده وان لم يكن معلوما لا يجوز ذلك كراؤيد الشروطي رحمه الله أنه على قول أبي حنيفة رحمه الله البيع فاسد وان علم جهلة الذرعان وهو جواب الجامع الصغير وهو الصحيح (قوله ابقاء الجهالة) أي الجهالة باقية علم جهلة الذرعان أو لم يعلم فالمشتري يطالبه من مقدم الدار والبائع يسلم من مؤخرها فتؤدي الى النزاع ومما يوضح الفرق بين السهم والذراع ان ذراعا من مائة ذراع وعشرة أذرع سواء وسهم من عشرة أسهم لا يوازيه سهم من مائة سهم وذلك كراؤيد الجامع الصغير للإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ولم يذكر ههنا ولا في البيوع أنه لو اشترى عشرة أذرع من هذه الدار ولم يقل من مائة ذراع كيف الحكم فيه على قولهما فمن أحسبنا ان يقول ينبغي أن لا يجوز العقد بمنزلة ما لو اشترى سهما منها والاصح أنه يجوز عندهما لان هذه الجهالة لا تقضى الى المنازعة فانه يمكن أن يذرع جميع الدار حتى اذا كانت مائة ذراع علم أن المبيع عشرها وان كان خمسين ذراعا علم أن المبيع خمسة أجزاؤه من مائة سهم فلو اشترى سهما منها ولم يقل من كذا كذا سهم الان تلك الجهالة لا يمكن دفعها فسهم من سهمين النصف وسهم من عشرة أسهم العشر أما في النزاع فإزالة الجهالة ممكنة (قوله ولو اشترى عدلا على أنه عشرة أثواب فاذا هو تسعة أو أحد عشر ففسد البيع لجهالة المبيع أو الثمن) أما في فصل النقصان فله جهالة الثمن لانه يحيط ثمن ثوب واحد وثن ثوب واحد مجهول لانه اذا لم يسلم لكل ثوب ثمانية فالثمن انما ينقسم على الثياب باعتبار القيمة ولا يدري قيمة الغائب بيقين اذ لا يدري أنه كان جيدا أو وسطا أو رديا حتى يطرح عن المشتري قيمته فاذا صارت حصته الغائب مجهولة صار ثمن الباقي مجهولا ضرورة وهذا لا يلو صورنا الغائب جيدا تنقص حصته الباقي ولو صورنا رديا تزيد حصته الباقي فوضوح أن ثمن التسعة مجهول وجهالة الثمن توجب فساد البيع وأما في فصل الزيادة فله جهالة المبيع لان المبيع عشرة من أحد عشر اذ الزائد على العشرة لم يدخل تحت البيع ويبع عشرة من أحد عشر ففسد البيع لجهالة القضية الى المنازعة وهذا لانه يجب رد الزائد على البائع ولا يدري أي ثوب يرد على البائع الجيد أم الردي فالبائع يطالبه بالجيد والمشتري يرد الردي وجهالة المبيع توجب فساد البيع (قوله ولو بين لكل ثوب ثمانية)

وتعد في صفقة وسمى لكل واحد ثمانية لاجور البيع عنده في القن خلافا لهما كذلك هذا واستدل بما ذكره بخلاف يحمى في الجامع الصغير رجل اشترى ثوبين على انهما هرويان كل ثوب بعشرة فاذا أحدهما هروى والاخر مروى فالبيع فاسد في الهروى والروى جميعا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهم يجوز في الهروى ووجه الاستدلال أن الغائب في الصفقة مسئلة الجامع الصغير لأصل الثوب فاذا

كان فوات الصفة في أحدا

البديلين مفسدا للعقد على مذهبه فقوات أحدهما من الاصل أولى أن يفسد قال الشيخ وليس يصح لأن غن الناقص معلوم قطعاً فلا يضر الباقي وقرى بين هذه المسئلة ومسئلة الجامع بقوله لانه جعل القبول في المروى شرطاً للعقد في الهروى وهو شرط فاسد لان المروى غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسدا وهذا لا يوجد ههنا فانه ما شرط قبول العقد في المردوم ولا قصد ايراد العقد على المردوم لعدم تصور ذلك فيه وانما قصد ايراده على الوجود فقط ولا يكتفه غلط في العدد وهروى يفتح الرأى ومروى بسكونها منسوب الى هراة ومروى قريتان بخراسان قال

قال المصنف (فاذا أحدهما مروى) أقول قال ابن الهمام بسكون الرأى نسبة الى قرية من قرى الكوفة وأما النسبة الى مرو والمعروفة بخراسان فقد انتموا فيها زيادة الزاى فيقال مروى وكنه للفرق بين قريتين اه وفيه كلام (قوله لان المروى غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد) أقول لا يقال اذا كان غير مذكور فبأى شئ علم الشرط لانه لا يعلم من اشارته اليهما حين البيع فليتأمل

بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فاذا أحدهما مروى حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد منهما لانه جعل القبول في المروى شرطاً لجواز العقد في الهروى وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في

في السك لانه فسد في البعض ففسد المقارن وهو العدم والاصل عند أبي حنيفة أن العقد متى فسد في البعض بفساد مقارن يفسد في الباقي وقد ذكر محمد مسئلة في الجامع تدل على هذا وهي رجل (اشترى ثوبين على أنهما هرويان) كل ثوب بعشرة (فاذا أحدهما مروى) بسكون الرأى نسبة الى قرية من قرى الكوفة أما النسبة الى مرو والمعروفة بخراسان فقد انتموا فيها زيادة الزاى فيقال مروى وكنه للفرق بين القريتين قال فسد البيع في الثوبين جميعاً عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في الهروى والغائب في مسئلة الجامع الصفة لأصل الثوب وقد فسد في الكل بفواته ففساده في الكل والغائب أولى واليه مال الحلواني وقال انه الصحيح عنده وكذا نسبة شمس الأئمة السرخسى الى أكثر مشايخنا ثم قال والصحيح عندي أن هذا قولهم جميعاً يعني عدم الفساد في الباقي لان أبا حنيفة في نظائره هذه المسئلة انما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة وهو أنه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطاً في قبوله في الآخر وهنالك يوجد هذا فانه ما شرط قبول العقد في المردوم ولا قصد ايراد العقد على المردوم بل على الوجود فقط فغلط في العدد بخلاف تلك المسئلة فانه جعل قبول العقد في كل من الثوبين شرطاً لقبوله في الآخر وهو شرط فاسد وأقول قوله ما شرط قبول العقد في المردوم ان كان صريحاً معلوماً ولا يضر فان في الثوبين أيضاً ما شرط قبوله في المروى صريحاً وانما المقصود انه اذا أضاف العقد الى متعدد صفقة كان قبول العقد في كل شرطاً في قبوله في الآخر كما في الثوبين ولا شك أن في العشرة أيضاً كذلك فكان قبوله في العاشر شرطاً لقبوله فيما سواه ولا وجود للعاشر فكان قبوله في المردوم شرطاً في آخره وحاصل قوله وما قصد الى آخره ما أشار اليه المصنف وهو أن الشئين الموجودين الموصوفين بوصف اذا دخل في عقد واحد كان قبول كل منهما بذلك الوصف شرطاً لقبول الآخر بذلك الوصف فاذا انعدم ذلك الوصف في أحدهما كان ذلك شرطاً لفساد في القبول في الآخر بخلاف ما اذا كان معدوماً بذاته ووصفه فانه ليس حينئذ دخلاً في العقد حتى يكون قبوله شرطاً للصحة العقد في الآخر لانه معدوم فيجعل ذلك غلطاً فلم يجعل شرطاً لم يفسد العقد في الآخر فقد ظهر أن محط الفرق اعتبار الغلط وعدمه ولا شك أن اعتبار الغلط انما يتأتى من جهة البائع على معنى انه انما أوجب في تسعة ولكنه عبر عنها بعشرة غلطاً فالمشترى لما قبل في عشرة ما كان غلطاً فالتالي في الإيجاب والقبول كالموعزل تسعة أو ثوب من عشرة وقال بعثك هذه التسعة فقال قبلت في العشرة لا يتم العقد في التسعة ولا العشرة وان كان معنى غلطه انه قصد الإيجاب في عشرة وليس في الواقع الا تسعة لم يفسد الصحة لان المعقود عليه معدوم وقد جعل قبول العقد فيه شرطاً لقبوله في التسعة وهذا لانه جاد في اعتقاد قيام العشرة فان لم يكن في ملكه فاحرق أن يكون لبيع باطلاً كما ذكر فيمن

بان قال كل ثوب بعشرة فان نقص صح قدره لان المبيع معلوم كانه مشار اليه والتمن معلوم أيضاً لانه متى سمي لكل ثوب عشرة كانت حصة الغائب معلومة وهي العشرة فتكون حصة الباقي معلومة بخلاف ما اذا لم يسم ثلثان حصة الغائب لا تعلم أنها عشرة أم تسعة أم أحد عشر فجها لته تؤثر في جهالة الباقي وله الخيار ان شاء أخذ كل ثوب بماسمى وان شاء ترك لانه بما يكون الباقي ردياً والغائب جيداً والمشتري انما يرغب في الردي لما كان الجيد فيضرب بنفوق الصفة قبل التمام فيتخير دفعاً للضرر عنه وان زاد فسد لان العقد تناول العشرة فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول وبجها لته يصير المبيع مجهولاً وأكثر مشايخنا على أن الجواز في فصل النقصان قولهما أما عند أبي حنيفة رحمه الله فالعقد فاسد لان العقد فسد في البعض ففسد المقارن وهو عدم المعقود عليه اذ لا سبب للفساد أقوى من عدم المعقود عليه والعقد متى فسد بفساد مقارن للعقد يفسد عنده في الباقي كالموجع بين حر وعبد واشترى ثوبين على أنهما هرويان وبين ثمن كل واحد منهما قور جداً أحدهما مروى فان العقد يفسد عنده فيهما والعقد متى فسد في الكل اذا وجد أحدهما بخلاف جنس ماسمى فلان يفسد ههنا ولم يوجد أحدهما مسمى أصلاً أولى قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله

(ولو اشترى ثوبا واحدا) اذا اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فزاد ونقص نصف ذراع قال أبو حنيفة اذا زاد أخذته بعشرة بلا خيار وفي النقصان بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف اذا زاد أخذته باحد عشر ان شاء وان نقص بعشرة ان شاء وقال محمد أخذته في الاول بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف ان شاء لانه قابل كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدرهم (فيجزأ عليه) من الجزأه وفي بعض النسخ يجزأ عليه (٤٨٢) أي على النصف حكم المقابلة ويخير كل باع عشرة بعشرة فنقص ذراع (ولا ييوسف

باع كرا من حنطة وايس في مائة حنطة الببيع باطل ولانه باع ما ليس عنده وفي المحيط روى قاضي الحرمين
 أن العقد فاسد في الفصل الاول وفيه أربعون هذا الحنطة على أنها أقل من كرفوجدها كذلك جاز الا في رواية
 عن أبي يوسف وان وجدها كرا أو أكثر فالببيع فاسد وكذا اذا قال على أنها أكثر من كرفوجدها كذلك
 وان وجدها كرا أو دونه ففاسد ولو قال كرا أو كرين جاز كيفما كان غير أنه يخبر في الاقل كماله لو قال على أنها
 كرو على هذا اذا اشترى عنباني كرم معين على أنه كذا وكذا مثلاً وكذا في العديديات المتقاربة انتهى ووجه
 الفساد في الأكثر أنه لا يعلم قدر الزائد فإنه ليس للاقل من الكرو ولا أكثر منه مقدار معين ليعرف الزائد عليه
 فيرد الى البائع بخلاف ما اذا قال كرا أو كرين ولا وجه للرواية عن أبي يوسف لأن غاية ما في ذلك أنه باع صبرة
 بشرط أن لا تبلغ المقدار الغلاني والله أعلم **(قوله ولو اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم**
فأذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة فترجمه إليه في الوجه الاول أخذ به عشرة من غير خيار وفي
الوجه الثاني أخذ به تسعة وعشرون شاع وقال أبو يوسف رحمه الله في الاول ياخذ به أحد عشران شاء وفي الثاني بعشرة
ان شاء وقال محمد رحمه الله في الوجه الاول ياخذ به عشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخبر) وجه
 قوله (ان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجوز عليه حكم المقابلة) وحكمها أن يجب في
 مقابلة كل جزء اضافي من الذراع مثله من الدرهم نصف الذراع بنصف الدرهم وربعه بربعه وثمنه بثمانه وهكذا
 وفي بعض النسخ فيجوز الدرهم عليه أي يقابل كل جزؤه نسبة خاصة بجزء كذلك من الآخر وضمير يجوز أي يصح
 عوده الى كل من الذراع والدرهم الآن الدرهم أقرب مذكوراً وانما يخبر في الزيادة لان سلامة النصف بمقابلة
 ضرورية فلا يلزمه الا بالترامة وفي النقضان لغوات وصف مرغوب فيه وهو وصف العشرة (ولا يبي يوسف أنه لما
 أفرد كل ذراع بدرهم نزل كل ذراع منزلة ثوب مفرد) يسع على أنه ذراع لما عرف أن أفراد الذراع بالثمن
 يخرج به عن الوصفية الى الاصلية (وقد انتقص) عن الذراع فلا ينتقص شيء من الثمن وانما ثبت الحيار له لما

أن بافرااد البديل صار كل
ذراع) كثوب على حدة
والثوب اذا بيع على أنه
كذا ذراعاً فنقص ذراع
لا يسقط شيء من الثمن
ولكن يثبت له الخيار وقد
تقدم ولا يخيصة رضى
الله عنه قد ثبت ان الذراع
وصف فى الاصل لا يقبله
شيء من الثمن وانما أخذ
حكم الاصل بالشرط والشرط
مقيد بالذراع ونصف الذراع
ليس بذراع فكل الشريط
معدوما زال موجب كونه
أصلاً فاد الحكم الى الاصل
وهو الوصف فصارت الزيادة
على العشرة والتسعة كزيادة
صفة الجود فسلم له بمجانا
وقيل هذه الاقوال الثلاثة
فى الثوب الذى تتفاوت
جوانبه كالسراويل
والقميص والاقبية أمانى
الكرباس الذى لا يتفاوت
جوانبه لا تسلم الزيادة له
لانه وان اتصل بعضه ببعض
فهو فى معنى المكيال والموزون
لعدم تضرره بالقطع وعلى
هذا قال المشايخ اذا باع ذراعاً
منه ولم يعين موضعه جاز كما
فى الخنطة اذا باع فقيرتها
(قره لكل باع عشرة بعشرة
فنه ذراعاً) أقول الاولى

هو تعميم الكلام الكلام في الزيادة والنقصان بان يقول كلوا باع عشرة بعشرة كل ذراع بدرهم فنقص
ولاي منها أوزاد ذراع ولا بد له مد رحمه الله تعالى من الفرق بين هذه المسئلة وبين ما تقدم من انه اذا باع ثوبا على انه عشرة أذرع بعشرة فان ضرورة
مقابله الذراع بالدرهم ثابت هناك أيضا ولعله يمنع ذلك للتفاوت في اطراف الثوب الواحد ولا كذلك أطراف الذراع الواحد منه غالبا (قوله
والثوب اذا بيع على انه كذا ذراعا الخ) أقول ولم يعين لكل ذراع ثوبا يبيع على انه عشرة أذرع بعشرة دراهم مثلا

ولابي حنيفة رحمه الله أن الذراع وصف في الاصل وانما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرياس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه
 * (فصل) * ومن باع دار ادخل بناؤها في البيع وان لم يسمه

ذكرنا من أن في الزيادة نفعاً يشوبه ضرر وفي النقصان فوات الوصف المرغوب فيه (ولابي حنيفة أن الذراع وصف في الاصل وانما أخذ حكم المقدار بالشرط) وكان الاولى أن يقول حكم الاصل أو الثوب المنفصل بالشرط لان المقدار أيضاً وصف على ما تقدم وأخذ حكم الاصل مقيد بكونه ذراعاً فالذي لم يوجد لم يأخذ حكم الاصل فيبقى على الاصل من كونه وصفاً لا يقابله شيء من الثمن وإذا كان هكذا فلا وجه لثبوت الخيار في فعل الزيادة لانه لم يلحقه ضرر في مقابلة الزائد بل نفع خالص كما لو اشتراه معيافاً فوجه تسليمه ويختير في النقصان لتفرق الصفة ثم من الشارحين من اختار قول محمد وفي الذخيرة قول أبي حنيفة أصح وذلك كحاصل الوجه المذكور وفي قوله مقيد بكونه ذراعاً إشارة الى الجواب عن قول محمد أنه يقتسم أجزاء الدرهم على أجزاء الذراع فقال هذا اذا كان تمام الذراع موجوداً والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كما في مكان للبعض منه حكم الوصف لانعدام المقابلة به

* (فصل) * لما ذكرنا منع عقده البيع وما لا ينعقد ذكرنا ما يدخل في البيع مما لم يسم وما لم يدخل واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك (قوله ومن باع داراً الخ) في المحيط الاصل ان كل ما كان في الدار من البناء أو متصلاً بالبناء تبع لها فيدخل في بيعها كاسلم المتصل والسور والدرج المتصلة والخزير الاسفل من الرحى ويدخل الخبز الاعلى عندنا استخساناً والمراد بحجر الرحى المبنية في الدار وهذا متعارف في ديارهم أما في ديار مصر لا تدخل رحي اليد لانها بحجر يهتقل وتحول ولا تبني فهي كالباب الموضوع والباب الموضوع لا يدخل بالاتفاق في بيع الدار نعم لو ادعاه أحد هـ ما لنفسه بان قال هذا ملكي وضعت فان كانت الدار في يد البائع وادعاه المشتري لنفسه فالقول قول البائع وان كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري واستدل المصنف على

فيجزأ عليه من الجزية وهو ظاهر (قوله فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل) وهو الوصف فصارت العشرة والنصف بمنزلة العشرة الجيدة والتسعة والنصف بمنزلة التسعة الجيدة وفي الذخيرة وما قال أبو حنيفة رحمه الله أصح لان الذراع ومادونه في حكم الصفة على ما مر وانما يصير أصلاً بمقابلة الثمن به والمقابلة مقيدة بالذراع فاذا عدم الذراع لم يثبت جهة الاصله فثبت العبرة لكونها صفة فصارت زيادة نصف ذراع بمنزلة زيادة صفة الجوده فيسمله من غير ثمن وأما الجواب عن قول محمد رحمه الله بان الدرهم لما قوبل بالذراع كان نصف الدرهم مقابلاً لنصف الذراع ضرورة بان يقول كون الذراع بمنزلة العين ليس باصل بل هو صار أصلاً باعتبار الافراد بمقابلة الافراد واسم الدرهم لا يقع على مادون الدرهم وكذلك الذراع فكانت المقابلة مقتصرة على موضع الافراد وهو الدرهم فلما انعدم المقابلة من حيث اللفظ رجع الذراع الى أصله وهو الصفة وهذا هو الجواب أيضاً عن قول أبي يوسف رحمه الله وما ذكرنا أن الذراع وصف فهو في الثوب الذي يتفاوت جوانبه وفيما يضره التبعض كالتقميص والسراويل والعمائم والاقبية أما اذا اشترى كراً بأسلاً يتفاوت جوانبه على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم فاذا هو أحد عشر لا تسمله الزيادة وعلى هذا اذا باع ذراعاً من هذا الكرياس ولم يعين موضعه يجوز كما اذا باع قفيزاً من الصبرة (قوله فصل ومن باع دار ادخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصه والبناء في العرف) فان قيل لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما نهدمت يحنث فلو كان اسم الدار يتناول العرصه والبناء في العرف لما حنث بعد انهدام البناء لان السكك ينتفي بانتفاء الجزء مع أن الايمان مبني على العرف فكان اعتبار العرف هناك أليق من الاعتبار هنا قلنا البناء بمنزلة الصفة وهي في المعين لغو اذا لم تكن داعية الى الميّن فان كانت داعية الى الميّن تعتبر ألا ترى أن

* (فصل) * مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين احدهما أن كل ما هو

متناول اسم المبيع عرفاً دخل في المبيع وان لم يذكر صريحاً والثانية ان ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار كان تابعاً له في الدخول ونعني بالقرار الحال الثاني على معنى أن ما وضع لان يفصله البشر في ثاني الحال ليس باتصال قرار وما وضع لالان يفصله فيه فهو اتصال قرار وعلى هذا (دخل بناء الدار في بيعها وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصه والبناء في العرف) لا يقال لانسم تناوله البناء في العرف فانه لم يدخل في باب الايمان التي مبناها على العرف كما تقدم

* (فصل ومن باع داراً) *

(قوله مسائل هذا الفصل)

أقول أي بعضها والا فبعضها

بل أكثرها لا يبنى على

واحدة منهما (قوله مبنية

على قاعدتين) أقول بمعنى

انه لا يخلو من البناء على

واحدة منهما (قوله على

معنى انه ما وضع الخ) أقول

أي اتصال ما وضع الخ

فالمضاف مقدر (قوله وما وضع

لالان يفصله الخ) أقول

يعني واتصال ما وضع الخ

(لان تناوله اياه باعتبار كونه
صفة لها) وهي اذا لم تكن
داعية لليمين لا يتقيد بها كما
تقدم والبناء ليس بداع
الى اليمين فلم يتقيد به وحنث
بالدخول بعد الانهدام
(ولان البناء متصل به)
أى بالارض على تاويل
المكان (اتصال قرار) فيكون
تابعه

(قوله لان تناوله اياه باعتبار
كونه صفة لها الخ) أقول لعل
خلاصة الجواب انه عارض
ذلك العرف عرف أقوى منه
في اليمين اذ هي لا تمتنع عن
الشيء والبناء لا يكون داعية
الى اليمين في أمثال قولهم
والله لا أدخل هذه الدار في
عرف الناس فليتأمل ثم
أقول ويجوز أن يجاب بقول
كون البناء جزءا من الدار
فانه ركن زائد لا يتغير اسم
الدار بتغيره ألا يرى ان من
حلف لا يكلم زيدا فكلمه
بعد ما قطع يده ورجله يحنث
مع كونه ما داخلين في زيد
واذا بيع دخل يده ورجله
في البيع كما لا يخفى وهذا
الكلام اجالى وأصل
ما ذكرنا في كتب الاصول
في باب الاحكام (قوله اذالم
تكن داعية لا يتقيد بها)
أقول لا يتقيد بها في العرف
(قوله ولان البناء متصل به)
أى بالارض على تاويل
المكان (أقول لم يتقدم ذكر
الارض والاولى أن يقاد أى
بالعرصة نعم ما ذكره صحيح
في قوله لانه متصل به للقرار

لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل بها اتصال قرار فيكون تبعه

دخول البناء (بان اسم الدار يتناول العرصة والبناء وبانه متصل بها اتصال قرار) واستشكل الاول بمسألة
الحلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما لم يدم بناؤها يحنث فلو كان البناء من معنى لفظ الدار لم يحنث وهذا
لو أبطل التعليل الاول لا يضر بالقصود من الحكم لثبوت العلة الاخرى ثم أجيب بان البناء وصف فيها وهو ان
في المعينة فكأنه حلف على نفي الدخول في هذا المكان وتحقيقه انه حلف لا يدخل هذه التي تسمى الآن دارا
فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونه دارا وقت الدخول وتدخل البئر السكائنة في الدار وان كان عليها بكرة
تدخل ولا يدخل الدلو والحبل المعلقان عليها الا ان كان قال بمرافقتها ويدخل البستان الذي في الدار صغيرا كان
أو كبيرا وان كان خارج الدار لا يدخل وان كان له باب في الدار قاله أبو سليمان وقال أبو جعفر ان كان أصغر
من الدار ومفتحه فيها يدخل وان كان أكبر أو مثله لا يدخل وقيل ان صغير دخل والا لا وقيل يحكم الثمن وفي
المتقى اشترى حائطاً يدخل ماتحته من الارض وكذا ذكر في التحفة من غير ذكر خلاف وفي المحيط جعله قول
محمد والحسن وقول أبي يوسف لا يدخل وأما أساسه قيل الظاهر من مذهبه أنه يدخل لانه جزء الحائط حقيقة
ويدخل في بيع الحمام القدر ودون قصاعه وأما قدر القصارين والصباغين وأجاجين الغسالين وخوابي
الزياتين وحمامهم ودنانهم وجذع القصار الذي يدق عليه الميثب كل ذلك في الارض فلا يدخل وان قال
بحقوقها قلت ينبغي أن تدخل كما اذا قال بمرافقتها وأما الطريق ونحوه فسيأتى ان شاء الله تعالى في باب الحقوق
* (فروع) * باع فرسا دخل العذار تحت البيع والزمان في بيع البعير ولم يذكر في شيء من الكتب ما اذا باع
فرسا وعليه سرج قيل لا يدخل الا بالنقص أو يحكم الثمن ولو باع حمرا قال الامام محمد بن الفضل لا يدخل
الا كاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ولم يفصل بين ما اذا كان موكفا أو غير موكف في فتاوى قاضخان
وهو الظاهر فلا كاف فيه كالسرج في الفرس وقال غيره يدخل الا كاف والبرذعة تحت البيع وان كان غير
موكف وقت البيع واذا دخل بلا ذكر كان الكلام فيه ما قلنا في ثوب العبد والحارية ولا يدخل المقود في بيع
الحمار لانه ينقاد دونه بخلاف الفرس والبعير وليتأمل في هذا باع عبدا أو حارية كان على البائع من الكسوة
قدر ما لو ارى عورته فان بيعت في ثياب مثلها دخلت في البيع وللبيع ان يمسك ثلث الثياب ويدفع غيرها من
ثياب مثلها يستحق ذلك على البائع ولا يكون للثياب قسط من الثمن حتى لو استحق الثوب أو وجد بالثوب
عيلا يرجع على البائع شيء ولا يرد عليه الثوب ولو هلك الثياب عند المشتري أو تعيت ثم رد الحارية بيع
ردها بجميع الثمن لانه لم يهلك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن وعلى هذا ما ذكر في الكافي من
رجل له أرض وفيها نخل غيره فباعها مارب الأرض باذن الآخر بالف وقيمة كل منهما خمسة مائة فالثمن بينهما
نصفان لاستوائهما فيه فلو هلك النخل قبل القبض باقته سماء يتخير المشتري بين التملك وأخذ الأرض بكل
الثلث لان النخل دخل تبعاً فلا يقابله شيء من الثمن ثم الثمن كما لم يرد الأرض لانتقاض البيع في حق النخل والثلث
كله بمقابله الاصل وهو له دون التبع ولو باع أمانا له الجحش أو بقرة لها عجول اختلف قيل بدخلان وقيل
لا بدخلان وقيل يدخل العجول دون الجحش ولو باع عبدا له مال لم يذكر المال في البيع فماله لمولاه وان باعه
مع ماله بكذا ولم يبين المال فسد البيع وكذا لو سمي المال وهو دين على الناس أو بعضه فسد البيع وان كان

من حلف لا يا كل هذا الرطب فا كله بعد ما صاقر الا يحنث وقد اعتبرت الصفة في المعين لان صفة الرطوبة
داعية الى اليمين فقد يضرأ كل الرطب دون التمر فتعلقت اليمين بالعين والصفة ولو حلف لا يا كل لحم هذا الجمل
فا كل لحمه بعد ما صاقر كبشاً يحنث وصفة البناء غير داعية الى المنع من الدخول فيها باليمين فتعلقت اليمين بالاسم
وهو باق بعد الانهدام فيحنث بعده وصفة البناء داعية الى الشراء لان الدار انما تشتري للسكنى ولا سكنى بلا
بناء فيدخل البناء في الشراء عرفا (قوله ولانه متصل به اتصال قرار) والاصل أن العرصة أصل في الدار لان
قرار البناء عليها وانما دخل البناء وما كان متصلا بالبناء في بيع الدار بطريق التبعية لاتصال البناء بالعرصة

(ومن باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه) لانه متصل بها للقرار فاشبه البناء (ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية) لانه متصل بها للفصل فاشبه المتاع الذي فيها

(واذا باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجرة) كبيرة كانت أو صغيرة مثمرة أو غيرها على الاصح (وان لم يسمه لا اتصال فاشبه البناء) ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فاشبه المتاع الموضوع في الدار) ونوقض بالجل فانه متصل بالام للفصل ويدخل في بيع الام والجواب انه غير وارد على التفسير المذكور ان البشري ليس في وسعه فصل فالجل عن الام

عننا جاز البيع ان لم يكن من الاثمان فان كان منها وكان الثمن من جنسه بان كان دراهم والثلث كذلك فان كان الثمن أكثر حاز وان كان مثله أو أقل لا يجوز لانه يبيع للعبد بالثمن وان كان منها ولم يكن من جنسه بان كان دراهم ومال العبد ذنانير أو بالقلب جاز اذا تقابض في المجلس وكذا لو قبض مال العبد ونقد حصته فقط من الثمن وان افترا قبل القبض بطل العقد في مال العبد اشترى دارا فو جد في بعض جذوعها مالان قال البائع هو لي كان له فيرد عليه لانها وصلت الى المشتري منه وان قال ليس لي كان كاللقة ولو قال صاحب علو وسفل لا خربعت منك علوهذا بكذافة بل جاز ويكون سطح السفلى لصاحب السفلى والمشتري حق القرار عليه (قوله ومن باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها اتصال قرار فاشبه البناء) ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل خلافا لما قال بعض المشايخ ان غير المثمرة لا تدخل الا بالذكر لانها لا تغرس للقرار بل للقلع اذا كبر خشبها فصارت كالزرع ولما قال بعضهم ان الصغيرة لا تدخل وفي فتاوى قاضخان ولو باع أرضا وفيها أشجار وصغار تحول في فصل الربيع وتباع ان كانت تقاع من أصلها تدخل في البيع وان كانت تقطع من وجه الارض فهي للبائع الا بشرط نعم الشجرة البائسة لا تدخل لانها على شرف القلع فهي كحطب موضوع فيها ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الارض والدار الا بذكر الحقوق وكذا في الاقرار والصلح والوصية وغيرها ويدخلان في الاجارة والرهن والوقف والقسم لانهما لا تتفاد ولا انتفاع بدونهما بخلاف البيع فانه يعمد المالك الرقبة فعمد براديه الانتفاع بالتجارة فيها ولا يدخل الثمر الذي على رؤس الاشجار الا بالشرط وما كان من الاوراق وأوراق الفرساد والتوت لانه بمنزلة الثمر ولو كان على الشجر ثمار فشرطه المشتري له فأكله البائع سقطت حصتها من الثمن ثم يثبت الخيار للمشتري في الصبح لتفرق الصفقة عليه عند أي حنيقة بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فولدت والدايساري خمسة فأكله البائع قال أبو حنيفة تلزمه الشاة بخمسة ولا خيار له والفرق غير خاف وكما يدخل في البيع أشياء بلا تسمية وهو ما يدخل تبعا كذلك يخرج منه أشياء بلا تسمية كما اذا باع قرية بخرج منها الطريق والمساجد والغارقين وسور القرية لان السور يبقى على أصل الاباحة عند القسم فلا يدخل في البيع وفي الفصل الثالث فيما يجوز بيعه وما لا يجوز من الخلاصة باع قرية وفيها مسجد واستثناه هل يشترط ذكر الحدود واختلف المشايخ واستثنى الحياض وفي المقبرة لا بد من ذكر الحدود الا أن تكون ربوة (قوله ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل بها للفصل) أي الفضل الا الذي اياها لا تتفاد عنى بها (قشابه المتاع الذي فيه) أي في المبيع فاندفع ما أورد عليه من بيع الجارية الحاملة ونحو البقرة الحامل فانه يدخل جملها في البيع مع انه متصل بالفصل بان ذلك فصل الله تعالى وهذا المعنى متبادر فترك التقييده وأيض الام وما في بطنها بجائس متصل فيدخل باعتبار الجزئية بخلاف الزرع ليس بجائسا للارض فلا يمكن اعتباره الجزئية ليدخل بذكر الاصل فبعد ذلك ينظر ان كان اتصاله للقرار كما في الشجر كان متصلا للمحال وفي ثانی الحال فيدخل

اتصال قرار وما لا يكون متصلا بالبناء لا يدخل في بيع الدار بلاذكر الا اذا كان شيئا جرى العرف بين الناس أن البائع يسامحه فيه ثم لا يدخل بلاذكر ولهذا قلنا ان العاق يدخل في البيع بلاذكر لكونه متصلا بالبناء والمفتاح لا يدخل قياسا لانه غير متصل بالبناء فصارت كتب موضوع في الدار وفي الاستحسان يدخل للعرف اذا البائع لا يمنعه من المشتري بل يسمعه مع الدار عرفا والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشب وغير المتصل لا يدخل والسري كالسلم (قوله ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية) لانه متصل بها للفصل بخلاف الجل حيث يدخل في بيع الام لانه جزء الام فيدخل وان كان بعرض الفصل

قال (ومن باع نخلا أو شجرة عليه ثم فثمرته للبائع) الآن يقول المشتري اشتريته مع ثمرته (لقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى أرضاً فمخل فالثمرة للبائع الآن يشترط المبتاع) (٤٨٦) وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لأن العقود

(ومن باع نخلاً أو شجرة فمخرجه ثمرة للبائع الآن يشترط المبتاع) لقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى أرضاً فمخل فالثمرة للبائع الآن يشترط المبتاع ولأن الاتصال وإن كان خلقية فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع (و يقال للبائع اقطعها وسلم المبيع) وكذا إذا كان فيها زرع لأن ملك المشتري مشغول بملك المائع فكان عليه تفريغها وتسليمها كما إذا كان فيه مائع وقال الشافعي رحمه الله يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصل الزرع لأن الواجب انما هو التسليم المعتاد والمعتاد أن لا يقطع كذلك وصار كما إذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع

بطريق التبعية لمدة الاتصال بالجنسية والجزئية وإن كان اتصاله للفصل في ثانی الحال كالزرع يجعل منفصلاً فلا يدخل فإن قيل ينبغي أن يدخل لأن الاتصال قائم في الحال والانفصال معدوم فيه فيترجح الموقوف على المعدوم الجواب بان الموجب للدخول ما مشمول حقيقة المسمى في البيع له أو تبعيته له والتبعية بان يكون مستقراً لا اتصال به لا مجرد اتصاله الخالي مع انه بعرضية الفصل وانقضاء المجانسة ظاهر فلم يتحقق موجب الدخول والله أعلم (قوله ومن باع نخلاً أو شجرة فمخرجه ثمرة للبائع الآن يشترط المبتاع) لنفسه أي يشتري الشجرة مع الثمرة التي فوقها ولا فرق بين المؤبرة وغير المؤبرة في كونها للبائع إلا بالشرط ويدخل في الثمرة ورود الباسمين والخلاف ونحوها من المشهورات فالسكالبائع وعند الشافعي والمالك وأحمد يشترط في ثمر النخل التأبير فإن لم تكن أبرت فهي للمشتري والتأبير التلقيح وهو أن يشق عنق قيد الكم ويذر فيها من طلع الفحل فإنه يصلح ثمرات النخل لما روى أصحاب الكتب الستة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع عبداً وله مال فماله للبائع الآن يشترط المبتاع ومن باع نخلاً مؤبراً فالثمره للبائع الآن يشترط المبتاع وفي لفظ البخاري من باع نخلاً بعد أن يؤبر فثمرته الذي باعها الآن يشترط المبتاع وحاصله استدلال بعقود الصفة في حاله يلزمه وأهل المذهب ينفون بحجته وقد روى محمد رحمه الله في شعبة الأصل عنه عليه الصلاة والسلام من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع الآن يشترط المبتاع من غير فصل بين المؤبر وغير المؤبر وهو الحديث الذي ذكره المصنف وما قيل ان في مرويه من تخصيص الشيء بالذکر فلا يدل على نفي الحكم عما عداه انما يلزمهم لو كان لقبالي يكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة عندهم كذا كرنا ولو صح حديث محمد رحمه الله فهم يحملون المطلق على المقيد وعلى أصول المذهب أيضاً يجب لانه في حادثة واحدة في حكم واحد والذي يلزمهم من الوجه القياس على الزرع وهو المذکور في الكتاب بقوله انه متصل للقطع لا للبقاء فصار كالزرع وهو قياس صحيح وهم يقدمون القياس على المفهوم اذا تعارضوا حينئذ فيجب أن يحمل الأبار على الأثمار لانهم لا يؤخرونه عنه فكان الأبار علانية الأثمار فعاقبه الحكم بقوله نخلاً مؤبراً يعني مشمراً وما نقل عن ابن أبي ليلى من أن الثمرة مطالعة للمشتري بعد اذ يصاد الاحاديث المشهورة (واذا) كانت الثمرة للبائع (يقال له اقطعها وسلم المبيع) وكذا إذا كان فيها زرع (يقال له اقلعه وسلم المبيع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغها وتسليمها كما إذا كان فيه مائع وقال الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصل الزرع) وهو قول مالك وأحمد رحمه الله (لان الواجب هو التسليم المعتاد) وهذا لا يجب في الدار تسليمها في الحال اذا بيعت لئلا وكان له فيها امتاع بل ينتظر طلوع النهار وجود الجمالين (وفي العادة لا يقطع الا بعد ما قلنا وصار كما إذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع) فإنه يترك حتى يستحصل رضى المؤجر أو لم يررض وإذا كان كذلك فلا يبالى بتضرر المشتري بالانتفاع بملكه بلا عوض لانه حين أقدم على الشراء والعادة ما ذكرنا كان ملتزماً للضرر المذکور وروى قال استحصل الزرع يستحصل بكمس الصاد جاء

عليه أرض فيها نخل عليه ثم فقال عليه السلام اثمرة للبائع الآن يشترط ولم يذكر النخل وقوله (ولان الاتصال وإن كان خلقية) فيه إشارة الى ان الاعتبار للحال الثاني والحال الاولى لا فرق فيها بين أن يكون خلقية أو موضوعاً (و يقال للبائع سلم المبيع) فارغاً لوجوب ذلك عليه فيؤمر بتفريغ ملك المشتري عن ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع (وقال الشافعي يترك حتى يبدو صلاح الثمر ويستحصل الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد والمعتاد أن لا يقطع) وقاسه على ما إذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فإنه يؤخر الى الحصاد والجواب انما لا نسلم أن المعتاد عدم القطع الى وقت البدو والاستحصاء سلمناه لكنه مشترك فانهم قد يبيعون للقطع سلمناه ولكن الواجب ذلك ما لم يعارضه ما يقطع وقد عارضه دلالة الرضا بذلك وهي أقدمه على بيعها مع علمه بطبيعة المشتري تفريغ ملكه وتسليمه اياه فارغاً

(قوله وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار الخ) أقول

فيه تأمل فان تخصيص الثمر بالذکر لا يدل على نفي الحكم عما لم يذكر على ما هو المذهب (قوله وقد عارضه دلالة الرضا بذلك) أقول أنت خبير بأنه لا يظهر لقوله وقد عارضه دلالة الرضا وجه بعد تسليم ان العرف في أمثال ذلك عدم القطع الى وقت البدو والاستحصاء فتأمل والله الموفق للرشاد

(قوله هناك) إشارة إلى الجواب عن المقيس عليه وتقريره (التسليم واجب) في صورة انقضاء (٤٨٧) مدة الاجارة أيضا (ولا يتركة إلا باجر)

وتسليم العوض تسليم
المعوض) لا يقال فليكن
فيما نحن فيه كذلك لما سياتي
(ولا فرق بين أن يكون الثمر
بحال له قيمة أو لم يكن) في
كونه للبائع (في الصحيح)
وقيل إذا لم يكن له قيمة يدخل
في البيع ويكون للمشتري
وجه الصحيح أن يبيعه منفردا
يصح في أصح الروايتين وما
صح به منفردا لا يدخل
في بيع غيره إذا لم يكن موضوعا
للقرار (قوله) وأما إذا بيعت
الأرض) يعني معطوف على
قوله ولا فرق يعني الثمر لا
يدخل في البيع وإن لم تكن
له قيمة (وأما الأرض إذا بيعت
وقد يذرفها) صاحبها ولم
ينبت فانه لا يدخل في البيع
لانه مودع فيها (كالمنازع)
وذكري فتاوى الفضلي ذلك
فيما إذا لم يعفن البذر في
الأرض وأما إذا عفن فيها
فهو للمشتري وهذا لان بيع
العفن بانفساده لا يصح
فكان تابعاً (ولو نبت ولم يصر
له قيمة) قال أبو القاسم الصفار
(لا يدخل) وقال أبو بكر
الاسكاف يدخل

قلنا هناك التسليم واجب أيضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كنسليم المعوض ولا فرق بين ما إذا كان الثمر
بحال له قيمة أو لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لأن يبيعه يجوز في أصح الروايتين على ما تبين فلا
يدخل في بيع الشجر من غير ذكره وأما إذا بيعت الأرض وقد يذرفها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه
مودع فيها كالمنازع ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه

وقت حصاده أجاب المصنف (بأن هناك) أي في الاجارة (أيضا يجب التسليم) ولذا يجب الاحتياط في التيقية لان
تسليم المعوض تسليم المعوض ولا بد في تمامه من تسليم أن المعتاد في الاجارة التيقية بالاجرة وعدم تسليم عين
الأرض في الحال والاول لم يرض المؤجر بالتيقية وأخذ الاجرة كان له أن يكافئه أن يقلعه في الحال وليس له ذلك
فظهر أن التسليم المعتاد يجب اعتباره ثم يقول هو في البيع بتركه الى ما ذكرنا من أن في الاجارة يتركه باجر ولا
يخلص من هذا إلا أن يتم منع أنه معتاد في البيع كذلك والافاذا فرق بين البيع والاجارة بان اقدم البائع على
البيع مع علمه بان المبتاع يطالبه بتفرغ ملكه وتسليمه فارغاً لدلالة الرضا بقطعه فلم يجب رعاية جانبه بتيقية
الأرض والشجر على حكم ملكه بخلاف المشتري فإنه لم يوجد منه عند انقضاء مدة الاجارة فعل يدل على الرضا
بقطع ثمره ورضه فوجب رعاية جانبه بتيقية على حكم ملكه بالاجرة تنج، أن يقال انما يكون اقدمه على البيع
رضا بالقطع في الحال لو لم يكن التأخير الى الصلاح معتاداً أما إذا كان معتاداً فلا وقد منعت العادة المستمرة بذلك
بل هي مشتركة فقد يترك كون وقد يبيعون بشرط القطع والله أعلم ثم هل تدخل أرض الشجر في البيع يبيعها
ان اشترها القطع لا تدخل بالاجماع وان اشترها بيا بما مطلقاً لا تدخل عند أبي حنيفة وأبي يوسف لان الأرض
أصل والشجر تبع فلا ينفك الأصل تبعاً وهو قول الشافعي وعند محمد وهو رواية عن أبي حنيفة وقول
للشافعي يدخل ماتحتها بقدر غلظتها وفي جميع النوازل والفتاوى المعرى هو المختار لانه اشترى الشجر وهو
اسم للمستقر على الأرض والاف هو جذع وحطب فدخل من الأرض ما يثمر به حقيقة اسمها فهو دخول
بالضرورة فيقدر بقدرها وقيل قدر ساقها وقيل بقدر ظاهرها عند الزوال وقيل بقدر عرقها وقيل بالعظام ولو شرط
قدر افعلى ما شرط وقوله (ولا فرق) بين أن يكون له قيمة أو لا في الصحيح احتراز عن قول البعض انه ان لم يكن له
قيمة تدخل والصحيح لا يدخل في الحالين ان كان له قيمة أو لم تكن وعلمه أن يبيعه يصح في أصح الروايتين مع كونه
ليس للقرار وما يصح بيعه وليس للقرار لا يدخل في البيع تبعاً لغيره بخلاف البناء فانه يجوز بيعه منفرداً ولو كان
موضوع للقرار (قوله) وأما إذا بيعت الأرض وقد يذرفها صاحبها ولم ينبت فانه لا يدخل لانه مودع فيها (كالمنازع)
هكذا أطلق المصنف وكذا أطلق غير واحد وقيد في الذخيرة بما إذا لم يعفن أما إذا عفن فهو للمشتري لان
العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من أجزاء الأرض فيدخل في بيع الأرض واختار الفقيه أبو الليث
أنه لا يدخل بكل حال كما هو اطلاق المصنف وفي فتاوى الفضلي كما في الذخيرة قال ولو عفن البذر في الأرض فهو
للمشتري والاف للبائع ولو سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن وقت البيع فهو للبائع والمشتري متطوع ولو
باعها بعد ما نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيكون للبائع وقيل يدخل ولم يبرح المصنف منها شيئاً ورجح
في التجنيس قال فيه قال الفقيه لا يدخل والصواب انه يدخل نص عليه القدوري في شرحه وفي شرح الاسبيجاني
انتهى وقول الفقيه أبي الليث هو قول أبي القاسم وفي فتاوى قاضيخان قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل

(قوله) ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل وقيل يدخل) وفي شرح القدوري وشرح القاضي الامام
الاسبيجاني رحمه الله أن الزرع انما لا يدخل في بيع الأرض من غير ذكره إذا لم ينبت بعد أو نبت وصار له قيمة
أما إذا نبت ولم تصر له قيمة بعد لم يدخل وقيل لا يدخل والاول أصح وفي فتاوى الفضلي إذا باع أرضاً فيها زرع
لم ينبت فإن كان البذر قد عفن في الأرض فهو للمشتري والاف للبائع فان سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن
عفن عند البيع فهو للبائع والمشتري متطوع فيما فعل وكذلك إذا نبت ولم يتقوم بعدواختيار الفقيه أبي
الليث أنه لا يدخل في البيع ويكون للبائع على كل حال الا اذا بيع مع الأرض نصاً ودلالة كذا في الذخيرة

كذلك لما سياتي) أقول يعني سياتي من أنه يكون صفقة في صفقة ثم قوله لما سياتي في جواب عن قوله لا يقال الخ

قال الشيخ (وكان) وصح بعض الشارحين تشديد النون (هذان على الاختلاف في جواز بيعه) يعني في جوزه بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل لم يجعله تابعاً لغيره ومن لم يجوزه جعله تابعاً لمشفره لبيع شرفته والجمع مشافر والمناجل ما يحصده الزرع والجمع مناجل قال (ولا يدخل الزرع والشمر) اعلم ان الالتفات في بيع الارض المزروعة والشجرة المثمرة أربعة الأول أن يقول بعت الارض أو الشجرة ولم يزد على ذلك وقد تقدم بيان ذلك والثاني بعت بحقوقها ومرافقها والثالث بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو من مرافقها والرابع بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها أو من مرافقها في الثاني والثالث لا يدخل الزرع والشمر لان الحق في العادة يذكّر لما هو متبع لا بد للمبيع منه كالطريق والشرب (٤٨٨) والمرافق ما يرتقب به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء والزرع والشمر ليس كذلك فلا

وكان هذان على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والشمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منها ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو قال من مرافقها لم يدخل فيه لما قلنا وان لم يقل من حقوقها أو من مرافقها دخل فيه أما الشمر المجذوذ والزرع المحصود فهو بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح به قال (ومن باع ثمرة لم يبدل صلاحها) وقد بدا جاز البيع) لانه مال متقوم اما لكونه هذا اذا صار الزرع متقوماً أي لا يدخل فان لم يكن متقوماً يدخل الزرع من غير ذكر قال وانما تعرف قيمته بان تقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فان كانت قيمتها مبذورة أكثر من قيمتها غير مبذورة علم انه صار متقوماً انتهى وبهذا ظهر أن حكايته اتفاق المشايخ على عدم الدخول مطلقاً ليست واقعة بل قولان عدم الدخول مطلقاً والتفصيل بين أن يعرض فيدخل أو لا فلا وكان المناسب أن يقول تقوم الارض بلا ذلك الزرع وبه فان زاد فالزائد قيمته وأما تقويمها مبذورة وغير مبذورة فالحال ما يناسب من يقول اذا عفن البذر يدخل ويكون للمشتري ويعمله بانه لا يجوز بيعه وحده لانه حينئذ ليس له قيمة قال المصنف (وكان هذا) بتشديد النون يعني الاختلاف في دخول الزرع الذي ليست له قيمة وعدمه (بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل) من قال لا يجوز بيعه قال يدخل ومن قال يجوز قال لا يدخل ولا يخفى ان كلامنا من الاختلافين مبني على سقوط تقويمه وعدمه فان القول بعدم جواز بيعه يدخله في البيع كلاهما مبني على سقوط تقويمه والا وجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الخبز كذا على رجاء حياته فينتفع به في ثاني الحال (قوله ولا يدخل الزرع والشمر بذكر الحقوق والمرافق الخ) يعني اذا باع أرضاً فيها زرع وشجر وعليه ثمر أو باع شجرة فقط وعليه ثمر وقال بعتها أو اشتريتها بجميع حقوقها ومرافقها لا يدخل الزرع والشمر بذلك لانهما ليسا من الحقوق والمرافق وكذلك قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو من مرافقها لم يدخل أيضاً لما ذكرنا من أنه لو كان اقتصر على قوله بكل قليل وكثير هو له فيها أو منها أو على قوله بكل قليل فيها أو منها دخل هذا في المتصل بالارض والشجر أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فيه فلا يدخل ولو قال بكل قليل وكثير هو فيها لم ينص عليه والمجذوذ بالين مؤملتين ومجمعتين بمعنى واحد أي المقطوع غير أن المهمتين هنا أولى لينااسب المحصود (قوله ومن باع ثمرة لم يبدل صلاحها) لا خلاف في عدم جواز بيع الشمار قبل أن تظهر ولا في عدم جواز بيعه بعد الظهور قبل بدو الصلاح بشرط الترتل ولا في جواز بيعه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به ولا في الجواز بعد بدو الصلاح (قوله لانهما ليسا منها) أي الزرع والشمر ليسا من الحقوق والمرافق والحقوق لان الحق يذكّر لما هو تابع للمبيع ولا بد للمبيع منه ولا يقصد اليه الا لاجل المبيع كالشرب والطريق والمرافق لما يرتقب به أي ينتفع به ويختص بما هو من التوابع كالتوضؤ والطبخ ومسيل الماء (قوله ولم يدخل المناجل) وهو قوله لانهما ليسا منها (قوله ومن باع ثمرة لم يبدل صلاحها) بان لم يصلح لتناول بني آدم وعلف الدواب وقيل لا يجوز

يدخلان وفي الرابع يدخلان لعموم اللفظ هذا اذا كان في الارض أو على الشجر وأما اذا كان الثمر المجذوذ والزرع محصوداً فهو بمنزلة المتاع لا يدخلان الا بالتصريح به قال (ومن باع ثمرة لم يبدل صلاحها) بيع الثمر على الشجر لا يخلو ما أن يكون قبل الظهور أو بعده والا لا يجوز والثاني جائز بدو صلاحها صلاحها لا تتفاد بني آدم أو علف الدواب أو لم يبدل لانه مال متقوم لكونه منتفعاً به في الحال أو في الزمان الثاني فصار كبيع الخبز والمهر وذكر شمس الأئمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زده أن البيع قبل أن ينتفع به لا يجوز لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه ولأن البيع يختص بمال متقوم والثمر قبل بدو صلاحه ليس كذلك قال الشيخ والاول أصح يعني رواية ودراية أما الأولى فلما أشار إليه محمد

رحمته انه في باب العشر ولو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى ادرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن الشراء جازاً متفعلاً في أول ما تطلع لما وجب العشر على المشتري وأما الثانية فلانه مال متقوم في الزمان الثاني ونفي جوازه مقض الى نفي جواز بيع المهر والخبز وهو ثابت بالاتفاق والجواب عن الحديث ان تأويله اذا باع بشرط الترتل أو ان المار ادبه النبي عن بيعها لمسا بديل قوله صلى الله عليه وسلم رأيت ثابت بالاتفاق والجواب عن الحديث ان تأويله اذا باع بشرط الترتل أو ان المار ادبه النبي عن بيعها لمسا بديل قوله صلى الله عليه وسلم رأيت (قوله وصح بعض الشارحين) أقول أراد الاتفاق (قوله يذكّر لما هو تابع) أقول أي للمبيع (قوله وأما الثانية الى قوله مقض الى نفي جواز بيع المهر والخبز وهو ثابت بالاتفاق) أقول انما يستقيم القياس ان لو جاز تركه الى الزمان الثاني كفي المقيس عليه (قوله والجواب عن الحديث اذا باع بشرط الترتل) أقول فيكون التقييد بقوله قبل أن يبدو صلاحه بناء على أن اشتراط الترتل في الاغلب يكون فيه

(489)

لكن بدو الصلاح عندنا أن تأمن العاهة والفساد وعند الشافعي هو ظهور النضج وبدو الخلاوة والخلاف انما هو في بيعها قبل بدو الصلاح على الخلاف في معناه لا بشرط القطع فعند مالك والشافعي وأحمد لا يجوز وعندنا ان كان بحال لا ينتفع به في الاكل ولا في علف الدواب خلاف بين المشايخ قيل لا يجوز ونسبه فاضحان اعمامة مشايخنا والعصم أنه يجوز لانه مال منتفع به في ثانی الحال ان لم يكن منتفعا به في الحال وقد أشار محمد في كتاب الزكاة الى جوازها فانه قال لو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن جائز لم يوجب فيه العشر على المشتري وصحة البيع على هذا التقدير بناء على التعويل على اذن البائع على ما ذكرنا من قريب والا فلا انتفاع به مطلقا فلا يجوز بيعه والحيلة في جوازها باتفاق المشايخ ان يبيع الكثر في أول ما تخرج مع أوراق الشجر فيجوز فيها اتباع اللادوارق كانه ورق كله وان كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جائز باتفاق أهل المذهب اذا باع بشرط القطع أو مطلقا ويجب قطعه على المشتري في الحال فان تركه لم يكن تنهاى عظمه فالبيع فاسد عند الكل وان كان قد تنهاى عظمه فهو فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو القياس ويجوز عند محمد استحسانا وهو قول الأئمة الثلاثة واختاره الطحاوي لعموم البلوى وفي المتن قد ذكر أبو يوسف مع محمد وجه قوله ما في الصورتين (أنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة في صفقة) لانه ان شرط بلا أجرة فشرط اعادة في

(٦٢ -) (فتح القدير والكفاية - خامس) سيجي في مسألة حدود عمرة أخرى من أن تسليمه، ليتحقق بالتخليه ففي تقريره
وكا كذا تخفى وجهه كلام المصنف غنية عن أمثاله (قره وفيه نامل الى قوله وليس كذلك) أقول اعارة الاشجار ينبغي أن تجوز زيد لعلها مانعاه
العلامة الكاكي عن الجامع الاصغر فراجع

لأنه شرط فيه الجزء المردوم وهو الذي يزيد في الأرض أو الشجر والجواب أننا لنسلم أن التعامل حرم في اشتراط الترتك ولكن المعتاد في مثله
الاذن في تركه بلا شرط في العقد ولو اشترى الثمرة التي لم يتناه عظمها ولم يشترط الترتك وتركها فان كان باذن البائع طاب له الفضل وان كان بغير
ذنه تصدق بما زاد في ذاته بأنه يقوم ذلك قبل الادراك ويقوم بعددو يتصدق بفضله ما بينهما ما زاد حصل بجهة محظورة وهي حصولها بقوة
الأرض المغصوبة وإذا تركها بغير اذنه (٤٩٠) بعد ما تنهاى لم يتصدق بشئ لان هذا تغير حاله من النى الى النضج لا تحقق زيادة في

تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تنهاى عظمها لم يتصدق بشئ لان هذا تغير
حاله لا تحقق زيادة وان اشترى اهما مطلقا وتركها على التخييل وقد استأجر التخييل الى وقت الادراك طاب له
الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقى الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر

البيع أو باجرة فشرط اجارة فيه ومثل هذا بيع الزرع بشرط الترتك وجه قول محمد في المتناهي الاستحسان
بالتعامل لانهم تعارفوا التعامل كذلك فيما تنهاى عظمه فهو شرط يقتضيه العقد وهذا دعوى الشافعي
فما تنهاى عظمه وما لم يتناهى يجوز لان العادة تركهم اياه الى الجذاذ ومحمد يقول بمنعه فيه ما فيه من اشتراط
الجزء المردوم وهو الاجزاء التي تزيد بمعنى من الأرض والشجر الى أن يتناهي العظم ولا يخفى أن الوجه لا يتم
في الفرق لمحمد الا بآداء عدم العرف فيما لم يتناه عظمه اذا القياس عدم العمة للشرط الذي لا يقتضيه العقد في
المتناهي وغيره خرج منه المتناهي للتعامل فكون ما لم يتناه على أصل القياس انما يكون لعدم التعامل
فيه والجزء المردوم طردولو باع ما لم يتناه عظمه مطلقا عن الشرط ثم تركه فاما باذن البائع اذا جرد أو باذن
في ضمن الاجارة بان استأجر الا شجارا الى وقت الادراك أو بلا اذن في صورتين الاولى ينطبق به الفضل
والا كل أمافي الاذن المجرد فظاهر وأمافي الاجارة فلانها اجارة باطلة لعدم التعارف في اجارة الاشجار
والحاجة فان الحاجة ليست بمعينة في ذلك وانما تعين لم يكن مخلص الا بالاستئجار وهنا يمكن أن يشترى
الثمار مع أصولها فيتركها عليها ولا يخفى ما في هذا من العسر فانه يستدعي شراء ما لا حاجة له اليه أو ما لا يقدر
على ثمنه وقد لا يوافق البائع على بيع الاشجار فالاول أولى وأصل الاجارة مقتضى القياس فيها البطلان الآن
لشرع اجازها للحاجة فيما فيه تعامل ولا تعامل في اجارة الاشجار المجردة فلا يجوز وكذا لو استأجر شجارا الجحف
عليها ثابته لا يجوز ذكره الكرخي واذا بطلت بقى الاذن معتبرا فيطيب بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر
الأرض الى أن يدرك حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة هنا فاسدة لان الأرض يجوز اجارتها وانما فسدت
لجهالة الاجل فاو رث خبثا ما هنا الاجارة باطلة والباطل لا وجود له فلم يوجد الا الاذن فطاب أما الفاسد
فله وجود فكان الاذن ثابتا في ضمنه باعتبار دفعه وهنا صار الاذن مستقلا بنفسه وهذا بناء على عدم عذره
بالجهل في دار الاسلام ان كان جاهلا ببطلان الاجارة وفي الثالثة لا يطيب له ويتصدق بما زاد لانه حصل بجهة
محظورة أما اذا باع ما تنهاى عظمه فتركها المشتري بغير اذن البائع فانه لا يتصدق بشئ لانه لم يزد في ذاته
شئ وهذا قول المصنف (لان هذا تغير حاله لا تحقق زيادة) أى تغير من وصف الى آخر بواسطة انضاج

وترك القياس بالتعامل انما يجوز عند تحقق الضرورة ولا ضرورة ههنا أمافي الباذنجان والبطيخ فـ لانه
يمكن أن يبيع أصولها حتى يكون الحادث على ملك المشتري ولا ضرورة في بيع الثمار لانه يمكنه أن يشترى
الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد فيما بقي الى وقت وجوده فلا ضرورة الى تجويز العقد في المردوم (قوله
لان هذا تغير حاله) كتغير اللون والطعم والشماء اذا صارت بهذه الصفة لا يزداد من ملك البائع فيها ولكن
النضج من الشمس واللون من القمر والطعم من الكواكب فلم يبق فيها الا عمل الشمس والقمر والكواكب
فلهذا قال محمد رحمه الله استحسن جوازه (قوله لعدم التعارف والحاجة) لان التعارف لم يجز فيما بين

الجسم فان الثمرة اذا صارت
بهذه المثابة لا يزداد فيها من
ملك البائع بغير اذنه شئ
بل الشمس تنضجها والقمر
يلونها والكواكب تعطيها
الطعم وان اشترى اهما مطلقا
عن الترتك والقطع وتركها
على التخييل باستئجار التخييل
الى وقت الادراك طاب له
الفضل لبطلان اجارة التخييل
لعدم التعارف فان التعارف
لم يجز فيما بين الناس
باستئجار الاشجار وعدم
الحاجة الى ذلك لان الحاجة
الى الترتك بالاجارة انما
تتحقق اذا لم يكن مخلص
سواها وهنا يمكن للمشتري
أن يشترى الثمار مع أصولها
على ما سدد ذكره واذا بطلت
الاجارة بقى الاذن معتبرا
فيطيب له الفضل فان قيل
لانسلم بقاء الاذن فانه ثبت
في ضمن الاجارة وفي
بطلان المتضمن بطلان
المتضمن كلكالة الثانية
في ضمن الرهن تبطل ببطلان
الرهن أوجب بان الباطل
مردوم لانه هو الذي
لا تحقق له أصلا ولا وصفا
شرعا على ما عرف والمردوم
لا يتضمن شيئا حتى يبطل

يبطل لانه بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الأرض
الى أن يدرك الزرع وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة لجهالة وقت الزرع فان

(قوله وهو ما يمكن للمشتري أن يشترى الثمار مع أصولها الخ) أقول انما يمكن للمشتري ذلك أن لو باعه البائع كذلك و يبيع ما يقدر عليه المشتري
من النقود الى مقدار قيمته ويكون له غرض في أصولها وليس كذلك ولا يشبهه ثمار الاشجار بالباذنجان والبطيخ كما لا يخفى ثم أقول لو صح ما ذكره
لم تصح الاجارة مطلقا بهذا المخلص بعينه بل المخلص فيه ما نقل عن أبي الليث السمرقندي رحمه الله تعالى

الأرض إلى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لأن الاجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبيثا

الشمس عليه نعم عليه ثم غصب المنفعة يتعلق به لا بالعين المبيعة بائبات خبث فيها وجه قول الشافعي وباقي
الائمة في الخلافية ما في الصحيحين عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها
وعن بيع النخل حتى ترهوقيل وما ترهوقال تحمار أو تصفار وأخرج البخاري في الزكاة عن ابن عمر نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها وكان إذا سئل عن صلاحها قال حتى تذهب
عاهتها وأخرج أبو داود والترمذي وابن ماجه عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى
يسود وعن بيع الحب حتى يشتد قال الترمذي حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث حماد بن
سليم ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولنا ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى نخلا
قد ابرت فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع فجعله للمشتري بشرط فدل على جواز بيعه مطاعا لأنه لم يقيد
دخوله في البيع عند اشتراط المبتاع بكونه بداصلاحه وفي موطأ مالك عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت ابتاع
رجل ثمرة حائط في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فعالجها وقام حتى تبين له النقصان فسأل رب الحائط أن يضع له
أو يعيله خلف لا يفعل فذهبت بالمشتري إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال يأبى أن
لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال هو له ولولا صحة البيع لم تترتب الاقالة
عليه أما النهي المذکور فهم قد تركوا ظاهره فانهم أجازوا البيع قبل أن يبدو صلاحها بشرط القطع
وهذه معارضة صريحة لمنطوقه فقد اتفقنا على أنه متروك الظاهر وهو لا يحل أن لم يكن لموجب وهو عندهم
تعجيله عليه الصلاة والسلام بقوله صلى الله عليه وسلم رأيت أن منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه
فانه يستلزم أن معناه أنه نهى عن بيعها مدركة قبل الادراك ومنهية قبل الزهو وقد فسر أنس رضي الله
عنه زهوها بأن تحمر أو تصفر وفسرها ابن عمر بأن تامن العاهة فكان النهي عن بيعها ثمرة قبل الاجرار
ومصفرة قبل الاصفرار أو أمانة من العاهة قبل أن يؤمن عليها وذلك لأن العادة أن الناس يبيعون الثمرة قبل
أن تقطع فنهى عن هذا البيع قبل أن توجد الصفة المذكورة وما ذكرنا من نهيه عليه الصلاة والسلام
عن بيع العنب حتى يسود وهو لا يكون عنب قبل السواد يفيد أنه قبله حصرم فكان معناه على القطع
النهي عن بيع العنب عنباً قبل أن يصير عنباً وذلك لا يكون إلا بشرط الترك إلى أن يبدو صلاحه وبطل
عليه تعليل النبي صلى الله عليه وسلم بقوله رأيت لو منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه فالمعنى اذ
بعته عنباً قبل أن يصير عنباً بشرط الترك إلى أن يصير عنباً فمنع الله الثمرة فلم يصير عنباً بم يستحل أحدكم
يعني البائع مال أخيه المشتري والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولاً للنهي وإذا صار محمل
النهي ببيعها بشرط تركها إلى أن تصلح فقد قضينا عهد هذا النهي فأنافد أفسدنا هذا البيع وبقي بيعها
مطلقاً غير متناول للنهي بوجه من الوجوه فلهاذا ترك المصنف الاستدلال لهم في هذه الخلافة بالحديث
وحينئذ فالحديث المذکور لنا فيها أعني حديث التباير سالم عن المعارض وكذلك المعنى وهو أنه مبيع
منتفع به في الحال أو في نائي الحال إلى آخره وبهذا التقرير ظهر أن ليس حديث التباير عاماً عارضه خاص
وهو حديث بدو الصلاح وإن التراجع هنا ينبغي أن يكون للخاص لأنه مانع وحديثنا مبيح بل لا يتناول

الناس باستتجار الأشجار ولهذا الاستأخر تخلايف عليه الثياب لا يجوز ولا حاجة لأنه يمكن للمشتري أن
يشترى الثمار مع أصولها فتركه على الأشجار (قوله فبق الأذن معتبراً) فان قيل الأذن ثبت في ضمن
الاستتجار وقد بطل المتضمن فيبطل ما في ضمنه قلنا الأذن في الاجارة الباطلة صار أصلاً الباطل عبارة عن
المعدوم المضمحل والمعدوم لا يصلح متضمناً فصار الأذن مقصوداً ولا كذلك في الاجارة الفاسدة لأن الفاسد
ما كان موجوداً باصلاً فأنابوصفه فامكن جعله متضمناً للأذن وفساد المتضمن يقتضي فساد ما في ضمنه
فيفسد الأذن فيتمكن الخبث (قوله لأن الاجارة فاسدة للجهالة) أي لجهالة مدة الادراك فيصير المعقود عليه

الادراك قد يتقدم لشدة
الحر وقد يتأخر للبرد والقاسد
ماله تحقق من حيث الأصل
فامكن أن يكون متضمناً
لشيء ويفسد ذلك الشيء
لفساد المتضمن وإذا انتفى
الأذن كان الفضل خبيثاً
وسيله التصديق ولو اشترى
الثمار مطلقاً عن القطع
والترك على الخيل وتركها
وأخرت مدة الترك ثمرة أخرى
فان كان قبل القبض يعني
قبل تخلية البائع بين المشتري
والثمار ففسد البيع لأنه
لا يمكن تسليم البيع لتعذر
التمييز وإن كان بعد القبض
لم يفسد البيع لأن التسليم
قد وجد وحدث ملك للبائع
واختلط بملك المشتري
فيشترى كل فيه للاختلاط
والقول في مقدار الزائد
قول المشتري لأن المبيع
في يده فكان الظاهر شاهداً
له هذا ظاهر المذهب وكان
شمس الائمة الحلواني يفتي
بجوازه ويزعم أنه مروى
عن أصحابنا وحتى عن
الشيخ الامام الجليل أبي بكر
محمد بن الفضل البخاري
رحمه الله أنه كان يفتي
بجوازه ويقول اجعل
الموجود أصلاً وما يحدث
بعيد ذلك تبعاً وهذا شرط
أن يكون الخارج أكثر
(قوله وكان شمس الائمة
الحلواني رحمه الله تعالى
يفتي بجوازه) أقول في
الصورة الأولى أيضاً

(قوله وكذا في الباذنجان والبطيخ) يعني أن البيع لا يجوز إذا حدث شيء قبل القبض وإذا حدث بعده يشترى كان (والمخلص) أي الحيلة في جوارزه فيما إذا حدث قبل القبض أن يشتري الأصول لتحصل الزيادة على ملكه ولهذا قال شمس الأئمة السرخسي انما يجوز بيعه على الموجود أصلا والحادث تبعاً إذا كان ثمة ضرر ولا ضرر وههنا لا بد فاعها ببيع الأصول (قال ولا يجوز أن يبيع ثمرة) إذا باع ثمرة (واستثنى منها أوطالا معلومة) لم يجوز خلاف المالك (ولم يبين أن مراده الثمرة على رؤس التخليل أو ثمرة مجذوة وذكري في بعض فوائده هذا الكتاب أن مراده ما كان على التخليل وأما بيع المجذوة فمخالف وهو مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فإنه قال إذا باع الثمرة على رؤس التخليل الأصا (٤٩٢)

ولواشترها مطلقاً فأنثرت ثمراً آخر قبل القبض فسد البيع لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو أنثرت بعد القبض يشترى كان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لأنه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص أن يشتري الأصول لتحصل الزيادة على ملكه قال (ولا يجوز أن يبيع ثمرة) يستثنى منها أوطالا معلومة) خلافاً للمالك رحمه الله لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما إذا باع واستثنى نخلة معينة لأن الباقي معلوم بالمشاهدة قال رضي الله عنه قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي

أحدهما ما يتناول الآخر والحاصل أن يبيع ما لم يبد صلاحه ما بشرط القطع وهو جائز اتفاقاً لأنه غير متناول لأنه في يده لما ذكرنا وأما مطلقاً فإذا كان حكمه لزوم القطع كان مثله بشرط القطع فلم يبق محل النهي إلا بيعها بشرط الترتيب ونحن قائلون بأنه فاسد (ولواشترها مطلقاً فأنثرت ثمراً آخر قبل القبض فسد البيع لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز) فاشبهه هلاكه قبل التسليم (ولواشترت بعد القبض يشترى كان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره) مع عينه (لأنه في يده وكذا في) بيع (الباذنجان والبطيخ) إذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشترى كما إذا كان الحلو في يده فيجوز بيعه في الكل وزعم أنه مروى عن أصحابنا وكذا حكى عن الإمام الفضلي وكان يقول الموجود وقت العقد أصل وما يحدث تباع بنقله شمس الأئمة ولم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد يكون أكثر بل قال عنه اجعل الموجود أصلاً في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً وقال استحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا ببيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولو لم يكن في ذلك عادة ظاهرة وفي نزاع الناس من عاداتهم خرج وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد رحمه الله وهو يبيع الورود على الأشجار فإن الورود متلاحق ثم جاز البيع في الكل بهذا الطريق وهو قول مالك رحمه الله (والمخلص) من هذه الوازم الصعبة (أن يشتري) أصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث (على ملكه) وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن ويستأجر الأرض مدته معلومة يعلم غاية الادراك وانقصاء الغرض فيها يباقي الثمن وفي ثمار الأشجار يشتري الموجود ويحل له البائع ما لو جدد فإن خاف أن يرجع يفعل كما قال الفقيه أبو الليث في الاذن في ترك الثمر على الشجر وهو أن يأذن المشتري على أنه متى رجع عن الاذن كان مأذوناً في الترك باذن جديد فيجعله على مثل هذا الشرط (قوله ولا يجوز أن يبيع ثمرة) يستثنى منها أوطالا معلومة خلافاً للمالك (أجازة قياساً على استثناء شجرة معينة قلنا قياساً مع الفارق لأن الباقي بعد اخراج الشجرة فانه معلوم مفرز بالاشارة) قالوا هذه رواية الحسن المخصوص فكان مجهولاً بخلاف الباقي بعد اخراج الشجرة فانه معلوم مفرز بالاشارة قالوا هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول الطحاوي والشافعي وأحمد رحمهم الله وعلى ما ذكرنا من التعليق لا يرد

منها يجوز البيع لأن المستثنى معلوم كما إذا كان الثمر مجذوذاً موضوعاً على الأرض فباع الكل الأصا يجوز وهذا يدل على أن الحكم فيه ما سواء واستدل بقوله (لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول) والمجهول لا يرد عليه العقد وهذا يدل أيضاً على أن الحكم فيه ما سواء (بخلاف ما إذا استثنى نخلة معينة لأن الباقي معلوم بالمشاهدة) كما هي نخلة قال المصنف (قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي) واعترض بأن الجهالة المناعة من الجواز ما كانت مفضية إلى النزاع وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك فلا تكون مانعة وأجيب بأننا لا نسلم أنها ليست كذلك فربما كان البائع يطلب صاعاً من الثمر أحسن ما يكون والمشتري يدفع إليه ما هو أردأ الثمر فيفضي إلى النزاع سلمنا ذلك لكن يجوز تراضيهما على شيء منه قد لا يكون الثمر الأقدر المستثنى

مجهولاً فقد تقدم الادراك إذا تحمل الحرق وقد تناخرا الادراك إذا طال البرد (قوله ولا يجوز أن يبيع ثمرة) يستثنى منها أوطالا معلومة) سواء كان على الشجر أو بعد الخبز خلافاً للمالك رحمه الله لأن الباقي بعد الاستثناء

فيخول العقد عن الفائدة فلا يصح كلاً يصح مثله في المضاربة بهذا المعنى وعن هذا قال بعض الشارحين يشير إلى هذا (أوطالا معلومة) وردبانه لو كان المستثنى صاعاً واحداً أو وطلاً واحداً فالحكم كذلك وبانه لا يتخلوا ما أنه بقي شيء بعد الاستثناء وأولاً من التقديرين يقتضي صحة العقد أما الأول فلأن الباقي بعد الاستثناء معلوم لكون المستثنى معلوماً سلمنا أن الباقي غير معلوم وزنا لكن ذلك ليس بشرط إلا إذا باع موازنة وإيس الغرض ذلك بخلاف أن يكون البيع في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة وأما الثاني فلأنه يكون حينئذ استثناء الكل من الكل

(قوله وهذا يدل على أن الحكم فيهما) أقول فيه بحث فإن اللازم منه أن من قال بالأول قال بالثاني والعكس ليس بل لازم

فيبطل الاستثناء ويجوز البيع وأجيب بأن هذا باعتبار المآل وأما في الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء شيء أو لا فصار مجتهد ولا وفيه نظر
لأنه ليست مفضية إلى النزاع فهو أول المسئلة ثم قال المصنف (أما على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز) يريد به على قياس ظاهر الرواية فإن حكم
هذه المسئلة لم يذكروا في ظاهر الرواية صريحاً ولا هذا قال ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانقراده يجوز استثناءه من العقد
وبيع قفيز من صبرة جائز فكذلك الاستثناء وهو ينعكس إلى أن ما لا يجوز إيراد العقد عليه بانقراده لا يجوز استثناءه وفي بيع أطراف الحيوان
فيه وجه لا يرد عليه العقد بانقراده فكذلك لا يجوز استثناءه وهذا لأن الاستثناء يقتضي أن يكون المستثنى مقصوداً معلوماً وأفراد العقد يقتضي
أن يكون العقود عليه مقصوداً معلوماً فانتشار كافي القصد والعلم فإجاز أن يقع معقوداً عليه بانقراده جائز أن يستثنى وبالعكس وعلى هذا لو قال
بعتك هذه الصبرة بكذا لا قفيزاً منها بذرهم صح في جميع الصبرة إلا في قفيز (١٩٣) لأنه استثنى ما يجوز إرادته بالعقد عليه وأما

لو قال بعتك هذا القطيع
من الغنم الأشاة منها بغير
عينها بمائة درهم فلا يجوز
لأنه استثنى ما لا يجوز إيراد
العقد عليه ولو قال لا هذه
الشاة بعينها جاز لأنه يجوز
أفراد العقد عليه فيجوز
استثناءه وكذا الحكم في
جميع العدديات المتفاوتة
كالشباب والعبيد بخلاف
التكيلي والوزني والعددي
المتقارب فإن استثناء قدر منه
وإيراد العقد عليه جائز لأن
الجهالة لا تنفي إلى المنازعة
قبل ما الفرق بين قوله بعتك
هذا القطيع من الغنم إلا
هذه الشاة بعينها بمائة درهم
فإنه جائز وبين قوله بعتك
هذا القطيع من الغنم كله
على أن هذه الشاة الواحدة
منه بعينها فإنه لا يجوز مع
أنه قد استثنى الشاة المعنية
من القطيع معنى وأجيب
بأن في الاستثناء المستثنى لم
يدخل في المستثنى منه لأنه
ليبان أنه لم يدخل كغيره

أما على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانقراده يجوز استثناءه من العقد
وبيع قفيز من صبرة جائز فكذلك استثناءه بخلاف استثناءه الجمل وأطراف الحيوان لأنه لا يجوز بيعه فكذلك
استثناءه (و يجوز بيع الحنطة في سنبليها والباقي في قشره) وكذا الأرض والسهم وقال الشافعي رحمه الله لا

ما قيل ينبغي أن يجوز البيع على كل حال لأنه إن بقي شيء بعد إخراج المستثنى فظاهر وإن لم يبق شيء يكون
الاستثناء باطلاً لأنه مستغرق فيبقى الكل مبيعاً لأن ورود هذا على التعليل بجوز أن لا يبقى بعد الاستثناء شيء
وتعليل المصنف بجهالة المبيع وهو يوجب الفساد وان ظهر ارتفاعها بالآخره وافق أنه بقي مقدار معين لأن
الجهالة القائمة قبل ذلك في الحال هي المفسدة قال المصنف رحمه الله (فأما على ظاهر الرواية) ينبغي أن يجوز
لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانقراده يجوز استثناءه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذلك
استثناءه بخلاف استثناءه الجمل) من الجارية الحاملة أو الشاة (وأطراف الحيوان لا يجوز) كما إذا باع هذه
الشاة الأيتام وهذا العبد لا يده فيصير مشتر كمتبرع بخلاف ما لو كان مشتر كاعلى الشيوع فإنه جائز وإنما
قال ينبغي لأن جواب هذه المسئلة ليس مصرحاً به في ظاهر الرواية وهو أن كل ما جاز إرادته بالعقد عليه جاز
استثناءه ويصير الباقي مبيعاً لأن عدم الجواز أقيس بنذهب أي حنيفتي ببيع صبرة طعام كل قفيز بذرهم
فإنه أفسد المبيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم في استثناء أرطال معلومة مما على الأشجار وإن لم
يفض إلى المنازعة فالجواب أن كل جهالة مفضية إلى المنازعة مبطله فليس يلزم أن المالم يفرض إليها يصح معها
بل لا بد مع عدم المفضية إلى المنازعة في الحكم من كون المبيع على حدود الشرع ألا يرى أن المتبايعين قد
يتراضيان على شرط لا يقتضيه العقد وعلى المبيع بأجل مجهول كعدم الحاجة ونحوه ولا يعتبر ذلك مصححاً
وأما ما قيل في توجيه المنع لعل المبيع لا يبلغ الأتال لا يزال بعيداً عن المشاهدة فيفسد كون تلك الأتال لا
تستغرق السكل والأفلا مرضى المشتري حينئذ بذلك الاستثناء (قوله ويجوز بيع الحنطة في سنبليها والباقي
في قشره وكذا الأرض والسهم وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقي إلا الخضرة وكذا الجوز واللوز والفستق في
قشره الأول عنده وله) في بيع الحنطة في السنبيل (قولان) وأجاز بيع الشعير والذرة في سنبليها (وعندنا يجوز

مجهول وهذه الجهالة تنفي إلى النزاع إذا المشتري يطالب بالأجود والبائع يسلم الأرذل على أنه يحتمل أن
الموجود ليس إلا هذه الأتال المستثناة وصح في ظاهر الرواية لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه
بانقراده يجوز استثناءه من العقد كالأستثنى قفيزاً من صبرة وما لا يجوز إرادته بالعقد لا يجوز استثناءه ومن
العقد كالأستثنى عضو من الشاة ونحوه وهذا لأن الاستثناء استخراج بعض ما يشتمل عليه الكلام في حق الحكم

في الأصول فلم يكن أفرادها خارجاً بمحضتها من الثمن فلا جهاً له فيه وأما في الشرط فلا أن الشاة دخلت أولاً في الجاهة ثم خرجت بمحضتها من
الثمن وهي مجهولة فيفسد المبيع في السكل ونظيره ما لو قال بعتك هذا العبد الأ عشرة فله صح في تسعة أعشاره لو قال على أن لي عشرة لم يصح
قبل القائل أن يقول سلمنا أن إيراد العقد على الأتال المعلومة واستثناءها جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول والجواب أن لا نسلم
أن الباقي مجهول لما ذكرنا أن المستثنى إذا كان معلوماً تسر منه جهالة إلى المستثنى منه لا بحسب الوزن فيكون المبيع في الباقي مجزئاً وهي
لا تحتاج إلى معرفة مقدار المبيع (قال ويجوز بيع الحنطة في سنبليها) ببيع الشيء في غلافه

(قوله فيبطل الاستثناء أقول فيه بحث) قوله وينعكس إلى أن ما لا يجوز إيراد (أقول ليس ما ذكره عكس تلك القضية) قوله واستثناءها جاز لكن
لا نسلم) أقول فيه بحث فإنه بعد تسليم جواز الاستثناء لا معنى للمنع فتأمل

يجوز بيع الباقله الاخضر وكذا الجوز واللوز والغسق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز

ذلك كله ان المعقود عليه وهو المبيع (مستور بما لا منفعة فيه) فلا يجوز بيعه كتراب الصاغة اذا بيع بجنسه بجامع استناره بما لا منفعة فيه والمعول في الاستدلال غيبه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وفي هذا غرر وفائه لا يدرى قدر الحنطة الكائنة في السنبال والمبيع مأر يديه الاحب لا السنبال فرجع الى جهالة قدر المبيع والزم على هذا ان لا يجوز بيع اللوز ونحوه في قشره الثاني لئلا يكتنر له للتعامل المتوارث (ولنا ما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض رواه مسلم وأصحاب السنن الاربعة ويقال زها النخل والثمر يزهو وأزهي يزهي لغة في الاشتقاق من الزهو لغتان وأنكر الاصمعي الرباعية يزهي كما نقل الزنجشري عن الغير انكار يزهو الثلاثية لا يقال أتم لم تعملوا بصدور الحديث لا نأقول قد بينا أناعاملون وان الاتفاق على الخطاط النهى على بيعها بشرط الترك الى الزهو وقد منعتناه ولانه مال متقوم معلوم (فيجوز بيعه كالشعير في سنبله) بخلاف بيعه بمثله في سنبل الحنطة لاحتمال الربا أما أنه مال متقوم فظاهر وأما أنه معلوم فلانه مشار اليه وبالإشارة كفاية في التعريف اذا المانع من رؤية عينها لا يخل بدرك قدره في الجملة وليس معرفته على الثمر بشرط او الامتنع بيع الصبرة للمشاهدة وأورد المطالبة بالفرق بين ما اذا باع حب قطن في قطن بعينه أو نوى تمر بعينه أي باع ما في هذا القطن من الحب وما في هذا التمر من النوى فانه لا يجوز بيعه انه أيضا في غلافه أشار أبو يوسف الى الفرق بان النوى هناك معتبر عندما هالك في العرف فانه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى في تمره ولا حب في قطنه ويقال هذه حنطة في سنبلها وهذا لوز وفستق ولا يقال هذه قشور وفيها لوز ولا يذهب اليه وهم (بخلاف تراب الصاغة فانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا) حتى لو باع بخلاف جنسه جاز وبما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن في

فانما يصح في محل يمكن اثبات حكم الكلام فيه مقصود او بيع قفيز من صبرة جاز فكذا استثنائه وبيع الحمل وأطراف الحيوان لا يجوز فكذا استثنائه وهذا لان الحكم فيه ثبت بعلة الاصل فلا يستقيم استرجاعه عن العقد والدليل الموجب في حقه قائم (قوله ويجوز بيع الحنطة في سنبلها الخ) فان قيل اذا باع حب قطن في قطن بعينه أو باع نوى تمر في تمر بعينه لا يجوز بيعه انه موجود في غلافه كالحنطة في سنبلها قلنا أشار أبو يوسف رحمه الله الى الفرق بينهما فقال لان الغالب في السنبلة الحنطة ألا ترى أنك تقول هذه حنطة وهي في سنبلها ولا تقول هذا حب وهو في القطن وانما تقول هذا قطن وكذلك في التمر كذا في الذخيرة وفي شرح الطحاوي الاصل أنه اذا باع شيئا وهو في غلافه قبل الازالة فانه لا يجوز الا الحنطة في سنبلها وسائر الحبوب في سنبلها والذهب في ترابه والفضة في ترابها بخلاف جنسه من الثمن كولو باع لبنا في الضرع أو لحافا في الشاة أو شحمها أو ليتها أو أكارعها أو جلودها أو باع دقيقا في هذه الحنطة أو زيتا في هذا الزيت أو دهننا في هذا السمسم أو عصيرا في هذا العنب من الاشياء التي في خلقها بحيث لا يمكن أخذها وقبضها الا بافساد الخلقة فلا يجوز بيعها فيها (قوله فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه) أي تراب الفضة بتراب الفضة أو بالفضة وتراب الذهب بتراب الذهب أو بالذهب وهو تراب يجمع في موضع يصاغ فيه الذهب والفضة (قوله نهى عن بيع النخل) أي بيع تمر النخل (قوله حتى يبيض ويأمن العاهة) وحكم ما بعد الغاية بخلاف ما قبلها فظاهره يقتضي الجواز بعد وجود الغاية (قوله كالشعير) يجوز بيع الشعير في سنبله بالاجماع (قوله وفي مسئلتنا) أي في بيع الحنطة في سنبلها لو باعه بجنسه أي باع الحنطة في سنبلها بحنطة في سنبلها لا يجوز لشبهته الى بالانه

لا يجوز الا ببيع الحبوب كالحنطة والباقله (واللوز والمشمس وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقله الاخضر والجوز واللوز والغسق في قشره في قوله الاول) وكذا بيع الحنطة في قوله الجند واستدل بان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له والعقد في مثله لا يصح كما اذا بيع تراب الصاغة بمثله وانما روى ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية بخلاف حكم ما قبلها وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية والاولى أن يستدل بقوله نهى فان النهى يقتضي المشروعية كما عوف (قوله ولانه حب منتفع به) كأنه جواب عن قوله مستور بما لا منفعة له وتقريره لا نسلم انه لا منفعة فيه بل هو أي المبيع بقشره حب منتفع به ومن أكل القولية شهد بذلك وان الحبوب المذكورة تدخر في قشرها قال الله تعالى فذروه في سنبله وهو انتفاع لا بحالة فجاز البيع كببيع (قوله وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية) أقول في نظره نظران (قوله والاولى أن يستدل بقوله نهى الخ) أقول فيه بحث فان في الاستدلال

الشعير بجامع كونهم مالم ين متقومين ينتفع بهم ما وبيع ثواب الصاعه انما لا يجوز اذا بيع بحسنه لاحتمال الربا حتى اذا بيع بخلاف جنسه جاز
وفي مسئلتنا لو بيع بحسنه لا يجوز ايضا الشبهة الربا لجهالة قدر ما في السنبلة فان قيل (٤٩٥) ما الفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا باع حب

قطن في قطن بعينه أو نوى
تمر في تمر بعينه وهما سيان
في كون المبيع مغلفا أوجب
بان الغالب في السنبلة
الحنطة يقال هذه حنطة
وهي في سنبله ولا يقال هذا
حب وهو في القطن وانما
يقال هذا قطن وكذلك في
التمر اليه أشار أبو يوسف
رحمه الله قال (ومن باع دارا
الحج) الاغلاق جمع غلق
بفتح اللام وهو ما يعلق
ويفتح بالمفتاح اذا باع دارا
دخل في البيع اغلاقها ببناء
على ما تقدم ان ما كان
موضوعا فيه للقرار كان
داخلا والاغلاق كذلك
لانها مركبة فيها للبقاء
والمفتاح يدخل في بيع الغلق
لا تسميه لانه كالجزء منه
اذلا ينتفع به بدونه والداخل
في الداخل في الشيء داخل
في ذلك الشيء فان قيل
عدم الانتفاع بدون شيء
لا يستلزم دخوله في بيعه فان
الانتفاع بالدار لا يمكن الا
بطريق ولا يدخل في بيع
الدار فالجواب أن الداخل
في الداخل في الشيء داخل
لإحالة وقوله الانتفاع بالدار
لا يمكن الا بالطريق قلنا
الانتفاع بها لا يمكن الا
بالطريق مطلقا ومن حيث
السكنى والاول ممنوع فانه

أيضا الشبهة الربا لانه لا يدري قدر ما في السنبال (ومن باع دارا دخل في البيع مغتاج اغلاقها) لانه
يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه
اذلا ينتفع به بدونه قال (وأجز السنبال وناقدا الثمن على البائع) أما السنبال فلا بد منه للتسليم وهو على البائع
ومعنى هذا اذا بيع مكايلا وكذا أجرة الوزن والذراع والعداد أو ما النقد فالمد كوز رواية ابن رستم عن محمد بن
النقد يكون بعد التسليم ألا ترى أنه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره
أو ليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة
تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال (وأجرة وزن الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج
الضرع واللحم والشحم في الشاة والالبسة والاكارع والجلد فيها والدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون
والغصير في العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز لان كل ذلك من عدم في العرف لا يقال هذا غصير وزيت في محله وكذا
الباقى واعلم أن الوجه يقتضى ثبوت الخيار للمشتري بعد الاستخراج في ذلك كله لانه لم يره (قوله ومن باع دارا
دخل في البيع مغتاج اغلاقها) المراد بان الغلق ما تسميه ضمة وهذا اذا كانت مركبة لانها تتركب للبقاء لا اذا
كانت موضوعة في الدار ولهذا لا تدخل الاغلاق في بيع الحوائث لانها لا تتركب وانما تدخل الاغلاق وان
كانت منفصلة لانها في العرف كالابواب المركبة والمراد بهذه الاغلاق ما تسمى في عرفنا بصر دراب الدكان
وقد ذكر فيها عدم الدخول ولا معول عليه (وقوله لانه لا ينتفع بهم الا به) أوجب بمنع أن شراء الدار مقصود على
الانتفاع بذاتها بل قد يكون لغرض مجرد المالك ليأخذ بالشفعة بواسطتها أو يتجر بها ولذا لما كان العقد عليها
مقصودا على ذلك كما في الاجارة أدخلنا الطريق (فزع) * يناسب ما نحن فيه من حيث أنه يتناول البيع بلا
تنصيص من المالك عليه وان كان في معنى آخر اشترى ما يتسارع اليه الفساد ولم يقبضه المشتري ولم يقصد
الثمن حتى غاب كان للبائع أن يبيعه من آخر ويحل للمشتري الثاني أن يشتريه وان كان يعلم بالحال لان
المشتري الاول رضى بهذا ففسخ دالة فيحل للبائع بيعه وحل للمشتري أن يشتريه وانما كتبها لانها كثيرا
ما تقع في الاسواق (قوله وأجرة السنبال ووزان المبيع وذراعه وعاده) ان كان البيع بشرط السنبال والوزن
أو الذراع أو العدة (على البائع) لان عليه ايغاء المبيع ولا يتحقق ذلك الا بكيله ووزنه ونحوه ولان بكل من ذلك يميز
ملكه عن ملك غيره ومعلوم ان الحاجة الى هذا اذا باع مكايلا أو موازنة ونحوه اذ لا يحتاج الى ذلك في المجازفة
وأجرة وزن الثمن على المشتري بانفاق الأئمة الاربعة لانه يحتاج الى تسليم الثمن وتميزه عنه فكانت مؤتمنه عليه
وأما أجرة ناقدا الثمن فاختلاف الروايات والمشايخ فروى ابن رستم عن محمد بن علي البائع وهو المذكور في
المختصر ووجهه ان النقد يحتاج اليه بعد التسليم وحينئذ يكون في يد البائع وهو المحتاج اليه لاحتياجه الى
تمييز حقه وهو الجيد عن غير حقه وروى ابن سماعة عنه على المشتري وبه كان يغني الصدر الشهيد لانه يحتاج
الى تسليم الجيد وتعرفه بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن فكان هو المحتاج اليه وعن محمد أجرة النقد على من
عليه الدين كفي الثمن انه على المشتري الا اذا قبض الدين ثم ادعى عدم النقد فالأجرة على رب الدين وفي الخلاصة

لا يدري قدر ما في السنبال (قوله اذلا ينتفع به) أي بالغلق بدونه أي بدون المفتاح فان قيل الانتفاع بالدار
لا يمكن الا بالطريق ومع ذلك لا يدخل الطريق في بيع الدار بدون ذكره أو ذكر الحقوق قلنا شري الدار
قد يكون مقصودا بدون الطريق لانه يحتمل أن يكون مراد المشتري أخذ الشفعة بسبب ملك الدار المشتركة
وأما المغلاق فلا يكون مقصودا منفردا عن المفتاح فيدخل بدون الذكر كما اذا استأجر دارا يدخل الطريق
بدون الذكر (قوله في رواية ابن سماعة عنه) أي عن محمد بن علي المشتري وبه كان يغني الصدر

يحتمل أن يكون مراد المشتري أخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها لإحالة والثاني مسلم ولهذا دخل الطريق في الاجارة ولكن ليس
بما ذكره اعترافا بفساد العقد (قوله والداخل في الداخل) أقول كيف يكون داخلا وقد قال كالجزء منه فتأمل (قوله والثاني مسلم الحج) أقول
ولعل مثل هذا التردد جائز في المتنازع فيه فتأمل

قال وأجرة الكيال ونافذ الثمن اذا باع المكيل مكيالة أو الموزون موزانة أو المعدود عددا واحتاج الى أجرة الكيال والوزان والعداد فهي على البائع لان التسليم واجب عليه وهو لا يحصل الا بهذه الأفعال وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وأما أجرة نافذ الثمن ففي رواية ابن رستم عن محمد بن علي البائع وهو المذكور في المختصر وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري وجه الأولى ان النقد يكون بعد التسليم لانه انما يكون بعد الوزن وبه يحصل التسليم والبائع هو المحتاج الى النقد ليميز ما تعلق به حقه من غيره أو يعرف المغيب ليرده وجه الثانية ان المشتري هو المحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن وبه كان يقضى صدور الشهد وأجرة وزن الثمن على المشتري لانه المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة يبيع السلعة محملا ما أن يكون بثمن أو بساعة فان كان الأول يقال للمشتري ادفع الثمن أولا لان حق المشتري تعيين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة

الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال (ومن باع سلعة بثمن قبل المشتري ادفع الثمن أولا) لان حق المشتري تعيين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما أنه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة قال (ومن باع سلعة بساعة أو ثمانية قبل لهما تسليما معا) لاستوائهما في التعيين فلا حاجة الى تقدم أحدهما الصحيح انه على المشتري وكذا قال القدوري انه على المشتري الا اذا قبض البائع الثمن ثم جاء يريده بعيب الزيادة قال واختار في الواقعات انه على المشتري وفي باب العين لو اشترى حنطة مكيالة فالكيل على البائع وصحبها في وعاء المشتري على البائع أيضا هو المختار وفي المتقي اخراج الطعام من السفن على المشتري ولو اشترى حنطة في سنبها فعلى البائع تحصيلها بالدرس والتذرية وقد دفعها الى المشتري وهو المختار وقطع العنب المشتري خروفا على المشتري وكذا كل شيء باعه خروفا كالنوم والبصل والخز اذا دخل بينهما وبين المشتري وكذا قطع الثمر يعني اذا دخل البائع بينهما وبين المشتري الكل من الخلاصة (قوله ومن باع سلعة بثمن قبل للمشتري ادفع الثمن أولا) لان حق المشتري تعيين في المبيع فيقدم دفع الثمن لتعيين حق البائع بالقبض (لانه قبل القبض لم يتعين ولو عين دراهم اشترى بها (لما) عرف (أنهم لا يتعين بالتعيين) في البيع فلا بد من تقدم قبضها لتساويها ولو كان المبيع غائبا لا يلزم المشتري دفع الثمن وللبائع حبس جميع المبيع ولو بقي من ثمنه درهم واحد ولا يسقط حق حبس البائع للمبيع ولو أخذ بالبائع كفيلا أو رهن المشتري به رهنأما لو أحال البائع به عليه وقبل سقط حق الحبس وكذا اذا أحال المشتري البائع به عند أبي يوسف وعن محمد بن سيرين وايتان في رواية كقول أبي يوسف وفي رواية اذا أحال البائع به رجلا سقطوا اذا أحال المشتري البائع به لا يسقط وما لم يسلم المبيع هو في ضمان البائع في جميع زمان حبسه فلو هلك في يد البائع بفعله أو بفعل المبيع بنفسه بان كان حيوانا فقتل نفسه أو بأمر سباعي بطل البيع فان كان قبض الثمن أعاده الى المشتري وان كان بفعل المشتري فعليه ثمنه ان كان البيع مطلقا أو بشرط الخيار للمشتري وان كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسدا لزمه ضمان مثله ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيميا وان هلك بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وعاد المبيع الى مالك البائع ويضمن له الجاني في المثلي المثل والا فالقيمة فان كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل لا يطيب له وان كان من خلافه طاب وان شاء اختار البيع وتبع الجاني في الضمان فان له ذلك وعليه الثمن للبائع فان كان في الضمان فضل فعلى ذلك التفصيل (قوله ومن باع سلعة بساعة أو ثمانية قبل لهما تسليما معا) في تعيين حق كل منهما) قبل التسليم فياجب تقديم دفع أحدهما بعينه على الآخر تحكما فيدفعان معا ولا بد من معرفة التسليم والتسلم الموجب للبراءة في التجريد تسليم المبيع أن يخلى بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل وكذا تسليم الثمن وفي الاجناس يعتبر في صحة التسليم ثلاثة معان أن يقول خليت بينك وبين المبيع وان يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتأتى فيه الفعل من غير مانع وان يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره وعن الوبري المتاع لغير البائع لا يمنع فلو أذن له بقبض المتاع والبيت صح وصور المتاع وديعة عنده وكان أبر حنيفة رضى الله عنه يقول القبض أن يقول خليت بينك وبين المبيع فاقبضه وقول المشتري وهو عند البائع قبضته فان أخذه برأسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض دابة كان أو بعير وان كان غلاما أو جارية فقال له المشتري تعال معي أو امش بخطى معي فهو قبض وكذا لو أرسله في حاجته وفي الثوب ان أخذه بيده أو خلى بينه وبينه وهو موضوع على الارض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض وكذا القبض في البيع الفاسد بالتخلى ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البائع المحتاج اليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض وان دفعه ولم يقل الشهيد رحمه الله (قوله تحقيقا لمساواة) أي في تعيين حق كل واحد منهما وفي المالية أيضا لان الدين أنقص من العين ولو كان المبيع غائبا عن حضورهما فيمكن من قبضه عقيب تسليم الثمن كذا في المعنى والله أعلم

في تعيين حق كل واحد منهما وفي المالية أيضا لان الدين أنقص من العين وعلي هذا اذا كان المبيع غائبا عن حضورهما فالمشتري أن يمتنع عن تسليم الثمن حتى يضر المبيع ليمكن من قبضه وان كان الثاني يقال لهما با لا استوائهما في التعيين فلا يحتاج الى

شيئا لا يكون قبضاً ولو باع داراً غائبة فقال سلمتها اليك وقال قبضتها لم يكن قبضاً وان كانت قرية كان قبضاً وهي أن تكون بحال يقدر على اغلاقها وما لا يقدر على اغلاقها فهي بعيدة وأطلق في المحيط أن بالخفية يقع القبض وان كان المبيع يبعد عنهما وقال الحلواني ذكر في النوادر إذا باع ضيعة وتوخل بينه وبين المشتري ان كان يقرب منها يصير قبضاً أو يبعد لا يصير قبضاً وقال والناس عنه غافلون فانهم يشترون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض وفي جامع شمس الأئمة يصح القبض وان كان العقار غائبا عنهما عند أبي حنيفة خلافاً لهما وفي جمع النوازل دفع المفتاح في بيع الدار تسليم اذا تم ماله فتحه من غير تكلف وكذا اذا اشترى بقر في السرح فقال البائع اذهب واقبض ان كان يرى بحيث يمكنه الاشارة اليه يكون قبضاً ولو باع خلاوة نحو في دن وتوخل بينه وبين المشتري في دار نفسه وختم المشتري على الدن فهو قبض ولو اشترى ثوبا فأمره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى أخذه انسان ان كان حين أمره بقبضه أمكنه من غير قيام صح التسليم وان كان لا يمكنه الإتيان لا يصح ولو اشترى طير في بيت والباب مغلق فأمره البائع بالقبض فلم يقبض حتى هبت ريح فتفتحت الباب فطار لا يصح التسليم وان فتحه المشتري فطار صح التسليم لانه يمكنه التسليم بان يحتاط في النتح ولو اشترى فرساً في حظيرة فقال البائع سلمتها اليك ففتح المشتري الباب فذهب الفرس ان أمكنه أخذها من غير عون كان قبضاً وهو تأويل مسألة الطير في مكان آخر من غير عون ولا حبل ولو اشترى دابة والبائع راكبها فقال المشتري اجلسني معك فعمله فغطبت له كت على المشتري قال القاضي الامام هذا الم يمكن على الدابة سرج فان كان عليها سرج وركب المشتري في السرج يكون قبضاً والا فلا ولو كانا كبين فباع المالك منهما الا خلاصاً يصير قبضاً كما اذا باع الدار والبائع والمشتري فيهما معا

(باب خيار الشرط)

قد عرف أن البيع علة لحكمه من لزوم تعاكس المالكين في البدلين والاصل ان لا يتخلف حكم العلة عنها فقدم ما هو الاصل ثم شرع يذكر ما يتعلق بالعلة التي تخلف عنها مقتضاها وهو البيع بشرط الخيار وظاهر أن شرط الخيار مانع ثابت على خلاف القياس لهية صلى الله عليه وسلم عن بيعه بشرط ويقال للبيع المشروط فيه الخيار علة اسماء ومعنى لاحكام والمستلزم علة اسماء ومعنى وحكام وقد عرف ذلك من اصطلاحهم في الاصول والموانع خمسة أقسام مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرية المبيع فلا ينعقد المبيع في الحر لانها لا تنعقد الا في محلها ويحل البيع المال والحر ليس بمال فلا وجود للبيع أصلاً فيه كأنه قطاع الوتر يمنع أصل الرمي بعد القصد اليه ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف الى مال الغير كإصابة السهم بعد الرمي حائطاً فردة عن سنه ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استئثار المرمي اليه بترس يمنع من إصابة الغرض منه ومانع يمنع تمام الحكم بعد ثبوت خيار الرؤية للمشتري ومانع يمنع لزومه تكيار العيب وإضافة الخيار الى الشرط على حقيقة الإضافة وهي إضافة الخيار الى سببه اذ سببه الشرط وحين رد وشرعيته جعلناه داخل في الحكم مانعاً من ثبوتة تقليلاً لعمله بقدر الامكان وذلك لان عمله اثبات الخطر في ثبوت المالك وبذلك يشبه القمار فقلنا شبهه بوقائل أن يقول القمار حرام لمعنى الخطر بل باعتبار تعليق المالك بماله يضعه الشرع سبباً للمالك فان الشارع لم يضع ظهور العدد القلاني في ورقة مثلاً سبباً للمالك والخطار طرد في ذلك لا أثر له نعم يجزى أن يقال اعتبرناه في الحكم تقليلاً لبحلاف الاصل وأما كونه فيه غر وقد نهى عن بيع الغر فذلك الغر في المبيع وهذا في أن المالك هل ثبت أولاً

(باب خيار الشرط)

البيع نوعان لازم وهو الاصل وغير لازم وهو الذي فيه الخيار وهذه الاضافة من باب اضافة الحكم الى سببه كإضافة الظاهر اذ لا الشرط لما ثبت الخيار والوانع أنواع مانع انعقاد العلة كإضافة البيع الى الحر وموانع

تقديم أحدهما بالدفع

والله أعلم بالصواب

(باب خيار الشرط)

(باب خيار الشرط)

قال (خيار الشرط جائز في البيع ناره يكون لازما وأخرى غير لازم) واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرطه وغير لازم ما فيه الخيار ولما كان
اللازم أقوى في كونه بيعا قدمه على غيره ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات لأنه يمنع ابتداء الحكم ثم خيار الرؤية لأنه يمنع تمام الحكم ثم خيار
العيب لأنه يمنع لزوم الحكم وإنما كان (٤٩٨) عمله في منع الحكم دون السبب لأن من حقه أن لا يدخل في البيع لكونه في معنى

قال خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري (ولهما الخيار ثلاثة أيام فادونها) والاصل فيه ما روى أن
حبان بن منقذ بن عمرو والنصارى رضى الله عنه كان يغيب في البياعات فقال له النبي عليه الصلاة والسلام إذا
بايعت فقل لا خلاية ولئى الخيار ثلاثة أيام

(قوله خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلاثة أيام) يروى بنصب ثلاثة أيام على الظرف أى في
ثلاثة ورفعهما على أنه خبر مبدأ مخذوف أى هو ثلاثة أيام ثم في فتاوى فاضل خان إذا شرط الخيار لهما لا
يثبت حكم العقد أصلا ويثبت الخيار في البيع الفاسد كالصحیح (قوله والاصل فيه ما روى أن حبان
ابن منقذ بن عمرو والنصارى رضى الله عنه كان يغيب في البياعات الحديث) روى الحاكم في المستدرک من
حديث محمد بن إسحق عن نافع عن ابن عمر قال كان حبان بن منقذ بن عمرو رجلا ضعيفا وكان قد أصابه
في رأسه مأمومة فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار إلى ثلاثة أيام فيما اشتراه وكان قد ثقل
لسانه فقال له النبي صلى الله عليه وسلم بع وقل لا خلاية وكان يشتري الشيء فيجىء به إلى أهله فيقولون له هذا
غالب فيقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خبرني في بيعي وسكت عليه وحبان يفتح الحاء المهملة ومنقذ
بالمجتمعة ورواه الشافعي من طريق محمد بن إسحق قال أخبرنا سفيان عن محمد بن إسحق به ثم قال الشافعي رحمه
الله والاصل في بيع الخيار أنه فاسد ولكن لما شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم في المصريات خيار ثلاثة أيام
في البيع وروى أنه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلاث فيما ابتاع انتهبنا إلى ما قال صلى الله عليه وسلم وأخرجه
البهقي في سننه عن ابن عمر سمعت رجلا من الأنصار يشكو إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يزال يغيب
في البيوع فقال له إذا بايعت فقل لا خلاية ثم أتت بالخيار في كل سبعة ما تبعتها ثلاث ليال قال ابن إسحق فحدث
به محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو وقد أصيب في رأسه وكان يغيب في البيع فذكر نحوه
ورواه ابن ماجه عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو وكان قد أصابه أمة في رأسه
فكسرت لسانه وكان لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغيب فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له
الحديث وهو يقتضى أن المقول له منقذ بن عمرو ولا حبان ابنه ولا شك أن هذا منقطع وغلط من عزاه لابي
داود وكذا رواه البخارى في تاريخه الاوسط عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو وقد كره
قال وعاش مائة وثلاثين سنة والحديث وان دار على ابن إسحق فلا أكثر على توثيقه ورجع مالك عما قال فيه
ذكر ذلك السهيلي في الروض الانف وكذا رواه ابن أبي شيبة عن محمد بن يحيى بن حبان قال قال عليه الصلاة
والسلام لمنقذ بن عمرو وقل لا خلاية وإذا بيعت بيعا فانت بالخيار ولا شك أن كون الواقعة لحبان أرجح لأن هذا
منقطع وذلك موصول هذا وشرط الخيار بجميع عليه وأما ما روى في الموطأ والصحیح عن ابن عمر أن رجلا ذكر

يمنع تمام العلة كببيع مال الغير ومنع الحكم لخيار الشرط ومنع يمنع تمام الحكم لخيار الرؤية
ومنع يمنع لزوم الحكم كخيار العيب وبيان أن خيار الشرط يمنع ثبوت الحكم أن الشرط يدخل على الحكم
دون السبب لأن الأبناء لا تقبل التعليق بالشرط فجعلنا الشرط داخل على الحكم دون السبب
فيتنجز السبب ويتعلق الحكم بغير التعليق حتى لو قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشترته بشرط
الخيار للبائع تحصل اليمين لا إلى جزاء حتى لو اشترته بعد ذلك بيعا بالايعة عليه فلا وإنعقاد السبب لما
انحلت اليمين ولولا مانعية ثبوت الحكم لثبت العتق (قوله حبان بن منقذ) يفتح الحاء المهملة وبالباء بنقطة
واحدة تحتانية وقد كان يغيب في البياعات لمأمومة أصابت رأسه والخلاية الخداع يقال خلبه بجنقه إذا مال

القمار ولكن لما جاءت به
السنة لم يكن بدمن العمل به
فأظهر ناعله في منع الحكم
تقيلا لعمله بقدر الامكان
لأن دخوله في السبب
مستلزم الدخول في الحكم
دون العكس وهو على أنواع
فاسد بالاتفاق كما إذا قال
اشتريت على انى بالخيار
أو على انى بالخيار أياما أو
على انى بالخيار أبدا وجائز
بالاتفاق وهو أن يقول على
انى بالخيار ثلاثة أيام فما
دونها ويختلف فيه وهو أن
يقول على انى بالخيار شهرا
أو شهرا من فاته فاسد عند
أبي حنيفة وزفر والشافعي
جائز عند أبي يوسف ومحمد
سواء كان لأحد العاقدین
أولهما جميعا أو شرط
أحدهما الخيار لغير وجه
قول أبي حنيفة في الخلافة
ما روى ان حبان بن منقذ
كان يغيب في البياعات
لمأمومة أصابت رأسه فقال
له رسول الله صلى الله عليه
وسلم إذا بايعت فقل لا خلاية
ولئى الخيار ثلاثة أيام
والخلاية الخداع ووجه
الاستدلال ان شرط الخيار
شرط يخالف مقتضى العقد
وهو اللزوم وكل ما هو كذلك
فهو مفسد الا ناجوزناه
بهذا النص على خلاف

القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه فان قيل كيف جاز للبائع

(قوله ولما كان اللازم أقوى في كونه بيعا قدمه على غيره) أقول فان قيل ما قدمه ليس هو البيع اللازم بل البيع المطلق المشتراة لللازم وغيره
فلنا يكفي في التقديم تناوله اللازم وأمر العبارة سهل

والمذكور في النص هو المشتري فكلما عديتم في له الخيار فليست عديته فالجواب ان في النص اشارة الى ذلك وهو لفظ المفاعلة ولان البائع في معنى المشتري في معنى المناط فيلحق به دلالة وكثير المدة ليس كقليلها لان معنى (٤٩٩) الفرق يمكن بزيادة المدة فيزداد الغرور

وهو مفسدواهم ما حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم أجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التامل ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فكان كثير المدة كقليلها فيلحق به وصار كالتأجيل في الثمن فانه جازت قلت المدة أو كثرت للحاجة والجواب ان حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر سائما انهما سواء لكن المذكور في حديث ابن عمر مطلق الخيار فيجوز ان يكون المراد به خيار الرؤية والعيب وانه أجاز الردهما بعد الشهرين ولا نسلم ان كثير المدة كالقليل في الحاجة فان صاحب الخلابة كان مصابا في الرأس فكان أحوج الى الزيادة فلوزادت كان أولى بها فدل على أن المقدر انفي الزيادة سلمناه لكن في الكثير معنى الغرور أريد وقد تقدم والقياس على التأجيل في الثمن غير صحيح لان الاجل يشترط القدرة على الاداء وهي انما تكون بالكسب وهو لا يحصل في كل مدة فقد يحتاج الى مدة طويلة قوله والجواب ان حديث

(ولا يجوز) اكثر منها عند أبي حنيفة وهو قول زفر والشافعي وقالوا (يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما انه أجاز الخيار الى شهرين) ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتأجيل في الثمن

لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه يتخذ في البيوع فقال اذا بايعت فقل لا خلابة ولا خلابة الخديعة فليس فيه دليل على المقصود والعجب من قال الاصل في جواز شرط الخيار ثم ذكر هذا الحديث وهو لا يمس المطالب * (فرع) * يجوز الحاق خيار الشرط بالبيع لوقال أحدهما بعد البيع ولو بايا م جعلت بالخيار ثلاثة أيام صح بالاجماع حتى لو شر الخيار بعد البيع البات شهر او رضيا به فسد العقد عند أبي حنيفة خلافا لهما ولو ألحق به شرطا فاسد بطل الشرط ولا يفسد العقد في قواهما ويفسد في قول أبي حنيفة ولو باع على أنه بالخيار على أن له أن يستعله ويستخدمه جاز وهو على خياره ولو قال في بيع بستان على أنه بالخيار على أن له أن يأكل من ثمرته لا يجوز لان الثمرة له حصته من الثمن وليس للبائع أن يطالب بالثمن قبل أن يسقط المشتري خياره ولو قال له أنت بالخيار كان له خيار ذلك الجاس فقط ولو قال الى الظهر فعند أبي حنيفة يستمر له أن يخرج وقت الظهر وعندهما لا تدخل الغاية (قوله ولا يجوز) اكثر منها أي من ثلاثة أيام عند أبي حنيفة (وهو قول زفر والشافعي) وكلا يجوز عند أبي حنيفة اذا زاد على ثلاثة أيام كذلك لا يجوز اذا أطلق (وقال يجوز) اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أجاز البيع الى شهرين) وهذا دليل جزاء الدعوى لانها جوازه أكثر من ثلاثة أيام طال المدة وقصرت وحديث ابن عمر يفيد جوازا أكثر من الثلاثة مدة خاصة لا غير (لان الخيار انما شرع للحاجة الى التروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتأجيل في الثمن) شرع للحاجة الى التأخير مخالفا لمقتضى العقد ثم جاز أي مقدار تراضيا عليه وبقولهما قال أحد لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم وقال مالك اذا كان المبيع مالا يبق أكثر من يوم كالفكهة لا يجوز أن يشترط بالخيار فيه أكثر من يوم وان كان ضيعة لا يمكن الوقوف عليها في ثلاثة أيام يجوز أن يشترط أكثر من الثلاثة لانه شرع للحاجة ويمكن أن يقال لم يتعين اشتراط الاكثر طر يقال انه ان كان لا مكان أن يذهب فيها قبل الشراء ثم يشترط لا حاجة الى شرط الخيار أصلا لان خيار الرؤية ثابت له ولو تأخرت رؤيته سنة وان كان للتروى في أمرها هل تساوى الثمن المذكور أو لا أو هي منتفع بها على السكال أولا وان لم يرها فهدا لا يتوقف على أكثر من الثلاثة لانه يعرف بالسؤال والمراجعة للناس العارفين وذلك يحصل في مدة الثلاث وأما ما يتسارع اليه الفساد فحكمه مسطور في فتاوى القاضي اشترى شيئا يتسارع اليه الفساد على أنه بالخيار ثلاثة أيام في القياس لا يجبر المشتري على شيء وفي الاستحسان يقال للمشتري اما أن تنسخ البيع واما أن تأخذ المبيع ولا شيء عليك من الثمن حتى تجبر البيع أو يفسد المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين وهو نظير ما لو ادعى في يدرجل بشراء شيء يتسارع اليه الفساد كالسمكة الطرية ومحمد المدعي عليه وأقام المدعي البينة ويخاف فسادها في مدة التزكية فان القاضي يأمر مدعي الشراء أن ينقد الثمن ويأخذ السمكة ثم القاضي يبيعها من آخر ويأخذ ثمنها ويضع قلبه بالطف القول وغبنه في البيع أي خدعه والغبن ضعف الرأي يقال رجل غبين الرأي ومعنى قوله لا خلابة أي العدول عن المبيع البات الى الخيار ليس مني غرور وخداع للبل المقصود التروى ويحتمل أنه لا خلابة من جهة البائع لي يعني اثبات الخيار حتى أتروى وأدفع الغبن عن نفسي ان كان في هذا البيع (قوله فصار كالتأجيل في الثمن) أي جوزه قليلا وكثيره وان كان يخالف مقتضى العقد لاجل الحاجة

حبان مشهور ولا يعارضه حكاية حال ابن عمر رضي الله تعالى عنهما (أقول فيه بحث اذ لا معارضة بينهما حتى يحتاج الى الترجيح فان مفهوم العدول كان محجة لا تساوى المنطوق حتى يعارضه فليتامل فان المنع مجالا ثم أقول ذكر حكاية الحال يناسب الجواب الثاني والملاحم لهذا المقام تعرض لعدم الشهرة

ولابي حنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو الزم وانما جوزه بخلاف القياس لما روينا من النص فيقتصر على المسدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة (الا انه اذا أجاز في الثلاث جاز عند أبي حنيفة خلافا لزفر) هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا

الثلث الأول والثاني على يد عدل فان عدلت البيعة يقضى لمسعى الشراء بالثلث الثاني ويدفع الثلث الأول للبائع ولوضع الثمنان عند العدل يضيع الثلث الثاني من مال مدعى الشراء لان بيع القاضي كبيعته ولو لم تعدل البيعة فانه يضمن قيمة السمكة للمدعى عليه لان البيع لم يثبت وبقي أخذ المال الغير بجهة البيع فيكون مضمونا عليه بالقيمة وجه قول أبي حنيفة (أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو الزم وثبت نصا على خلاف القياس في المدة المذكورة للثروة فيما يدفع الغبن عنه ولا شك ان النظر لاستكشاف كونه في هذا المبيع مغبونا أو غير مغبون مما يتم في ثلاثة أيام بل في أقل منها فان معرفة كونه مغبونا في هذه الصفة أولا ليس من العلوم البالغة في الخفاء والاشكال لاحتياج في حصوله الى مدة تزيد عليها فكان الزائد على الثلاث ليس في محل الحاجة اليه لحصول المعنى المذكور فلا يجوز بالحاقه بالثلاث دلالة على الجواز بالقياس ولو فرض من الغباوة بحيث لا يستفاد كونه مغبونا لم يعذر ولا يبنى الفقه باعتباره لان مثله زائل العقل وبهذا يظهر أن قول ابن الجوزي في التحقيق في حديث حبان أنه خرج بخروج الغالب غير صحيح ولانه عليه الصلاة والسلام ضرب الثلاث لمن كانت غاية في ضعف المعرفة على ما ذكر في أمر حبان أنه كان رجلا ضعيفا وكان بدمائه مامومة أفسدت حاله وأنه منعذو كان قد أصابته آفة في رأسه فكسرت لسانه ونازعت عقله وبلغ من السن مائة وثلاثين سنة كما في تاريخ البخاري الاوسط فاي حاله تزيد على هذه من الضعف لا عدم العقل بالكلية ومع ذلك لم يجعل له النبي صلى الله عليه وسلم سوى ثلاثة أيام فلا شك في منع الزائد مع أنه وجد في السمع ما ينفيه صريحاً وهو أن لم يبلغ درجته الحجة فلا شك أنه يستأنس به بعد تمام الحجة وهو ما روى عبد الرزاق من حديث أبان بن أبي عياش عن أنس أن رجلاً اشترى من رجل بعيراً وشرط عليه الخيار أربعين يوماً فبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع وقال الخيار ثلاثة أيام الا انه أعل بايان مع الاعتراف بانه كان رجلاً صالحاً وكذا أخرجه الدارقطني عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الخيار ثلاثة أيام وفيه أحمد بن ميسرة متروك وأما ما استدلوا من حديث ابن عمر المذكور في الكتاب فلا يعرف في شيء من كتب الحديث والآثار وأما القياس على الاجل فنقول بموجبه ولا يضرنا فان الشارع لما شرع الاجل على خلاف القياس شرعه مطلقاً فعملنا باطلاقه وهذا ما شرع الخيار شرعه مقيداً بثلاثة أيام أو بثلاث ليال فعملنا بتقييده حتى له أنه لو شرع الاجل أيضاً مقيداً بمدة كنا نقول لا يزداد عليها أيضاً ولو جوب الاقتصار على مورد النص فنقل عن سفيان الثوري وابن شبرمة أن شرط الخيار للبائع لا يجوز لأن نفس الخيار ما ورد باللمشترى قلنا ممنوع بل للاعم فإنه صلى الله عليه وسلم قال له اذا بايعت وهو يصدق بكونه بائعاً ومشترياً (قوله الا أنه) استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها أي لا يجوز في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته داخل الثلاثة (عند أبي حنيفة رضي الله عنه خلافاً لزفر) وبه قال الشافعي (هو) أي زفر (يقول انه) أي العقد (انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً) كما اذا باع الدرهم بدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لا يقع صحياً أو باع عبد ألف ورطل خرثم أسقط الخمر وهذا لان البقاء على حسب الثبوت فان الباقي هو الذي كان قد ثبت (ولابي حنيفة أنه) أي من له الخيار

قوله (الا انه اذا أجاز) يجوز أن يكون استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها ومعناه لا يجوز أكثر منها لکن لو ذكر أكثر منها وأجاز من له الخيار في الثلاث جاز ويجوز أن يكون من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور والأول أولى لقوله خلافاً لزفر فتأمل وزفر يقول ان هذا

(قوله لکن لو ذكر أكثر منها) وأجاز من له الخيار في الثلاث جاز أقول لکن لو ذكر الخرج يشير الى أن الاستثناء منقطع والظاهر الأولي أن يحمل على الاتصال أي لا يجوز أكثر منها في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته في الثلاث فليتدبر وقوله (فيقتصر على المدة المذكورة) من تنية الدليل فلا يلام ذلك خلاف في حين الاستثناء المعلق به (قوله والأول أولى لقوله خلافاً لزفر فتأمل) أقول يعني ان ذكر الخلاف يدل على تعلق الاستثناء بتقرير المسئلة على ما هو رأيهم في تقرير الخلاف

(قوله فيقتصر على المسدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة) وذكر في المبسوط وأبو حنيفة رحمه الله استدلالاً بالحديث بان النبي صلى الله عليه وسلم قدر الخيار بثلاثة أيام والتقدير بالشرع انما يكون لمنع الزيادة والنقصان أو لمنع أحدهما وهذا التقدير ليس لمنع النقصان فان اشتراط الخيار دون ثلاثة أيام يجوز فعرفنا أنه لمنع الزيادة اذ لو لم يمنع الزيادة لم يبق لهذا التقدير فائدة وفي حديث ابن عمر رضي الله عنه أنه أجاز الخيار وليس فيه بيان خيار الشرط ولعل المراد به خيار الرؤية أو خيار العيب وأنه أجاز الرؤية بعد الشهرين

عقد قد انعقد فاسدا والغاسد لا ينقلب جائزا لان البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين واشترى عبد بالف وطل خمر ثم
أسقط الدرهم الزائد وأبطل الخمر وكن تزوج امرأة وتحتة أربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بحكمة كاح الخامسة ولا يحنقه انه أسقط
المفسد قبل تقرر العلم أن المشايخ رحمهم الله اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتداء على قول أبي حنيفة فذهب العراقيون الى انه ينعقد فاسدا ثم
ينقلب صحها بحذف الخيار الشرط قبل اليوم الرابع وذهب أهل خراسان (٥٠١) واليه مال شمس الأئمة السرخسي الى انه

موقوف فاذا مضى جزء من
اليوم الرابع فسد بقوله انه
أسقط المفسد قبل تقرر العلم أي
قبل مضي ثلاثة أيام لتعليل
على الرواية الاولى وتقرره
ان العقد فاسد في الحال
بحكم الظاهر لان الظاهر
دوامها على الشرط فاذا
أسقط الخيار قبل دخول
اليوم الرابع زال الموجب
للفساد فيعود جائزا وهذا
لان هذا العقد لم يكن
فاسدا العينه بل لما فيه من
تغير مقتضى العقد في اليوم
الرابع فاذا زال المغير عاد
جائزا فصار كذا باع بالرقم
وهو أن يعلم البائع على
الثوب بعلامة كالكتابة
يعلم بها الدلال أو غيره فمن
الثوب ولا يعلم المشتري ذلك
فاذا قال بعثك هذا الثوب
برقه وقبل المشتري من غير
أن يعلم المقدار انعقد البيع
فاسدا فان علم المشتري قدر
الرقم في المجلس وقبضه انتقل
جائزا بالاتفاق (قوله ولان
الفساد باعتبار اليوم الرابع)
تعليل على الرواية الثانية
وتقرره ان اشتراط الخيار
غير مفيد للعقد وانما المفسد

وله انه أسقط المفسد قبل تقرر العلم جازا كما اذا باع بالرقم واعلم في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع
ذا جاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد
فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول

(أسقط المفسد) وهو اشتراط اليوم الرابع (قبل تقرر) أي قبل ثبوته وتحققه لان ثبوته بمضي ثلاثة أيام
فيعود جائزا (كما اذا باع بالرقم وعلمه بالمجلس فرضي به) وهذا لان المفسد ليس هو شرط الخيار بل وصله بالرقم
وهو بعرض الفصل قبل مجيئه فاذا أسقطه فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحها بخلاف
المشايخ في حكم هذا العقد في الابتداء فعند مشايخ العراق حكمه الفساد بحسب الظاهر اذا ظاهر دوامها
على الشرط فاذا أسقطه تبين الامر بخلاف الظاهر فينقلب صحها وقال مشايخ خراسان والامام السرخسي
ونفر الاسلام وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر هو موقوف وبلا سقاط قبل الرابع ينعقد صحها واذا مضى
جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن وهو الاوجه كذا في الظهيريته والذخيرة وذكر الكرخي نصا عن أبي
حنيفة أن البيع موقوف على اجازة المشتري واثبت للبائع حق الفسخ قبل الاجازة لان لكل من المتعاقدين
حق الفسخ في البيع الموقوف ولا يخفى أنه لا معنى للفساد بحسب الظاهر دون الباطن لاعداد الفساد في نفس
الامر الى أن يدخل الرابع فيثبت الفساد في نفس الامر حقيقة القولين لافساد قبل الرابع بل موقوف ولا
يتحقق الخلاف الآن يكون الفرض أن الفساد ثابت على وجه يرتفع شرعا سابقا له خيار الرابع قبل مجيئه
وهذا هو ظاهر الهداية حيث قال ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وقوله وهذا على الوجه الاول
يعنى قوله أسقط المفسد قبل تقرر العلم وهو كالتعليل فان التعليل هو الذي ينبغي على الاصل لأن أصل القاعدة
ينبنى على التعليل والجواب عن المسائل المتيسرة عليها زفر أن الفساد فيها في صلب العقد لانه بسبب المبيع وهو
البدل فلم يمكن رفعه وهنأ في شرطه وكما ينقلب العقد جائزا اذا أسقط الخيار قبل مضي الثلاثة كذلك لو اعتق

(قوله أسقط المفسد قبل تقرر العلم) فيعود جائزا كالموقوف باع جذا في السقف ثم نزع وسلمه أو باع بالرقم وأعلمه في
المجلس الرقم في الاصل الكتابة والختم والناشر برقم الثياب أي يعلمها بان عنها كذا والمراد من البيع بالرقم هو
أن يعلم البائع على الثوب بعلامة يعلم بها الدلال أو غيره بان ثمن الثوب كذا درهم او لا يعلم المشتري ذلك القدر
فيقول صاحب الثوب أو الدلال أو غيره بعثك هذا الثوب برقه فقال المشتري قبلت من غير أن يعلم مقداره
ينعقد البيع فاسدا ثم لو علم المشتري قدر ذلك الرقم في المجلس وقبله ينقلب البيع جائزا بالاتفاق وهذا عند أهل
العراق من أصحابنا رحمهم الله فان عندهم ينعقد العقد فاسدا ويرتفع الفساد بحذف الشرط والاوجه أنه
موقوف فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن وهو مذهب أهل خراسان واليه مال الامام
السرخسي رحمه الله (قوله وهذا على الوجه الاول) وهو قوله وله أنه أسقط المفسد يعني أن القول بان عقده
فاسدا ثم ارتفع الفساد بحذف الشرط المفسد انما يستقيم على التعليل الاول وأما على التعليل الثاني وهو
قوله ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع الى آخره فلا يستقيم القول بارتفاع الفساد بحذف الشرط لانه لم
ينعقد فاسدا اذا المفسد هو اتصال اليوم الرابع ولما أجاز في الايام الثلاثة علم أن العقد كان جائزا من الاصل

اتصال اليوم الرابع بالايام الثلاثة فاذا جاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فكان صحها والجواب عما قال عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها
في صلب العقد وهو البدل فلم يمكن دفعه وفي مسئلتنا في شرطه فامكن

(قوله والجواب عما قال عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد الخ) أقول وكذلك الفساد في البيع بالرقم في صلب العقد لجهالة
الثمن فلا بد من الفرق

قال (ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن فلا يبيع بينهما فهو على وجوه فاما ان قال على انه ان لم ينقد الثمن فلا يبيع أو قال على انه ان لم ينقد الثمن أياما فلا يبيع وهما فاسدان أو قال على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا يبيع بينهما وهو جائز عند علمائنا الثلاثة والقياس وهو قول زفر أن لا يجوز زلما انه يبيع شرط فيه اقاله فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد واشترط الاقالة في البيع مثل أن يقول بعتك هذا بشرط أن تقبل البيع مقسدا كونه على خلاف العقد فاشترط فاسدها أولى أن يفسد واستحسن العلماء جوزه ووجهه ان هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة اذا الحاجة مست الى الانقضاء عند عدم النقد تحزر راعى المعاطلة في الفسخ واذا كان في معناه كان لمحقابه ورد باننا ان لم ينقد الثمن في معناه لان هناك (٥٠٢) لو سكت حتى مضت المدة تم العقد وهما لو سكت حتى مضت المدة بطل العقد وأوجب

بان النظر في الاحاق انما هو الى المعنى المناط للحكم وهي الحاجة وهي موجودة فيها أما الزائد على ذلك فلا معتبر به وقد قررناه في التقرير فان قيل الحاجة تنفذ بشرط الخيار لنفسه ثلاثة أيام فانه ان لم ينقد الثمن انفسخ العقد حتى يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه أجيب بان من له الخيار لا يقدر على الفسخ في قول أبي حنيفة ومحمد لا يحضره الآخر وعسى يتعذر ذلك فكانت الحاجة باقية وأما اذا زاد على ثلاثة أيام فقد اختلفوا فيه لم يجوزوه أبو حنيفة وأبو يوسف وجوزه محمد

(ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا يبيع بينهما جاز والى أربعة أيام لا يجوز وعند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجوز الى أربعة أيام أو أكثر فان نقد في الثلاث جاز في قولهم جميعا) والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذا الحاجة مست الى الانقضاء عند عدم النقد تحزر راعى المعاطلة في الفسخ فيكون لمحقابه

العبد أو مات العبد أو المشتري أو أحدث به ما وجب لزوم البيع ينقلب جائز في قول أبي حنيفة ويلزمه الثمن (قوله ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا يبيع بينهما جاز) والمنفعة بهذا الشرط هنا هو البائع وكذا لو قبض الثمن وقال ان رده البائع الى ثلاثة أيام فلا يبيع يجوز هذا البيع بهذا الشرط ويصير اختيار الشرط حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو أعتقه المشتري لا ينقض عتقه ولو أعتقه البائع نفذ (والى أربعة أيام لم يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف) فان نقد الثمن قبل مضى الثلاثة تم البيع وان لم ينقد فيه فاسد البيع ولا ينفسخ نص عليه طهیر الدين وقال لا بد من حفظ هذه المسئلة حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده عتق لان كان في يد البائع (وقال محمد يجوز الى أربعة أيام أو أكثر) على قياس قوله في شرط الخيار (فان دفع الثمن في الثلاثة جاز في قولهم جميعا والاصل فيه) أى في صحة هذا البيع الى ثلاثة أيام في الثمن (ان هذا في معنى اشتراط الخيار فيلحق به دلاله لا قياسا والدلالة لا يشترط فيها سوى التساوى) وفهم الحق بمجرد فهم الاصل مع فهم اللغة وكل من علم صحة اشتراط الخيار للثمن وروى ثلاثة أيام لكل من المتبايعين تبادلوا اليه أن شرعيته للثمن لا دفع ضرر الغبن في البيع والثمن في تبادلوا اليه جوازه لدفع الغبن في الثمن للمعاطلة وكون هذا ينفسخ بتمام المدة قبل دفع الثمن وذلك ينبرم بتمامها بل لا أثر له لان المعتمد في الدلالة الاشتراك في الجامع الذي يفهمه من فهم اللغة الا أنك سمعت أنه لا ينفسخ بتمامها بل

(قوله والاصل فيه أن هذا في معنى اشتراط الخيار) في المقصود لانه يكون ثمة تخير في الايام الثلاثة بين الفسخ والمضاء وشرط الخيار جوزه لهذا المقصود وبهذا الشرط لا يحصل الا هذا المقصود غير أنه جعل ترك النقد أمارة للفسخ والنقد أمارة للمضاء كانه قال ان شئت أجزت العقد فانقد الثمن الى ثلاثة أيام وان شئت أفسخته فلا أنقد وفي الحاجة اذا كبححتاجة ثمة الى الثمن في المبيع هل يوافق أم لا يحتاج ههنا الى التامل في الثمن هل يصير منقودا أم لا فان قيل لو سكت ثمة حتى مضت المدة تم البيع وههنا لو سكت حتى مضت المدة ينفسخ البيع فلا يكون في معناه قلنا الحاجة ماسة الى انفساخ العقد متى لم ينقد الثمن ليدفع غبن عدم النقد فكان لمحقابه من حيث الحاجة الى دفع الغبن

قال المصنف (ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام الخ) أقول قال الامام القاضي طهیر الدين ههنا مسألة لا بد من حفظها وهي انه اذا لم ينقد الثمن

الى ثلاثة أيام يفسد البيع ولا ينفسخ حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده نفذ عتقه وان كان في يد البائع لا ينقد وعلى هذا اذا اشترى عبدا ونقد الثمن على أن البائع ان رد الثمن فلا يبيع بينهما جاز البيع بهذا الشرط بمنزلة شرط الخيار حتى اذا قبض المشتري يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو أعتقه المشتري لا ينقد ولو أعتقه البائع ينفذ اه ولا يخفى عليك مخالفة هذا المنقول لاشارة قول المصنف اذا الحاجة مست الى الانقضاء عند عدم النقد ولتصريح الشارحين أنه ينفسخ العقد عند عدم النقد الآن ثبت في المسئلة ورويتان (قوله فان قيل الحاجة تنفذ الى قوله يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه) أقول فيه بحث لان شرط الخيار مخالف للقياس لكن المراد قياس زفر (قوله أجيب بان من له الخيار الى قوله لا يحضره الآخر الخ) أقول فيه بحث فانه ذكر طهیر الدين انه لا ينفسخ بمضى المدة بل يفسد العقد نقل عنه في النهاية وغيره

أما أبو حنيفة فقد مر على أصله في المحق به ونفي الزيادة على الثلاث وكذلك محمد مر على أصله في تجويز الزيادة في المحق به وأبو يوسف احتج
إلى الفرق بين المحق والمحق به في جواز الزيادة في الثاني دون الأول ووجه ذلك ما قال المصنف وأبو يوسف أخذ في الأصل بالانزاع في هذا بالقياس
وتفسيره على وجهين أحدهما أن المراد بالأصل شرط الخيار بقوله في هذا قوله وإن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام والمراد بالانزاع ما روى عن ابن
عمر أنه أجاز الخيار إلى شهرين ومعناه تركه القياس في المحق به وهو شرط الخيار بالثلاثين يوماً وهو التعليق بنقد الثمن
لعدم النص فيه والثاني أن يكون معناه أخذ أبو يوسف في الأصل أي في ثلاثة أيام بالثلاثين يوماً وهو ما روى أن عبد الله بن عمر باع ناقه من
رجل بشرط أنه لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا يبيع بينهما (وفي هذا) (٥٠٣) أي في الزائد على الثلاثة أيام (بالقياس) وهو

يقضي عدم الجواز كما
(قوله وفي هذه المسئلة قياس
آخر) تقدم معنا قال
(وخيار البائع يمنع خروج
المبيع عن ملكه) قد تقدم
أن خيار الشرط قد يكون
لأحد المتعاقدين وقد يكون
لهم جميعاً فإذا كان للبائع
فالمبيع لا يخرج عن ملكه
بالاتفاق والثمن يخرج عن
ملك المشتري بالاتفاق
وإذا كان للمشتري فالمبيع
يخرج عن ملك البائع
والثمن لا يخرج عن ملكه
فإذا كان لهما لا يخرج
شيء من المبيع والثمن عن
ملك البائع والمشتري
بالاتفاق فإذا خرج المبيع
عن ملك البائع والثمن عن
ملك المشتري هل يدخل في
ملك المشتري والبائع فيه
خلاف قال أبو حنيفة لا يدخل
وقال يدخل أم لا دليل عدم
خروج المبيع عن ملك
البائع في الصورة الأولى فلما
ذكره من قوله (لأن تمام
هذا السبب) أي العلة

وقد مر أبو حنيفة على أصله في المحق به ونفي الزيادة على الثلاث وكذلك محمد في تجويز الزيادة وأبو يوسف أخذ
في الأصل بالانزاع في هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر واليه الزفر وهو أنه يبيع شرط فيه اقالة
فاسدة لتعلقها بالشرط واشترط الصحيح منها فيه مفسد للعقد فاشترط الغاسد أولى ووجه الاستحسان ما بيننا
قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لأن تمام هذا السبب بالمرضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا
يرجع فاسداً (وقد مر أبو حنيفة رضي الله عنه على أصله في المحق به) وهو أنه لا يزداد على الثلاثة فكذلك في
المحق وكذلك محمد حيث جعله جائزاً بلا تقييد بمدة وأبو يوسف فرق فأخذ في الأصل بالانزاع يعني أن ابن عمر في
جواز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام وأخذ في هذه المسئلة بالقياس أي في نفي الزائد على الثلاثة وأما في
الثلاثة فحديث ابن البرصاء على ما سئل كرهه في خيار التعيين هذا ما ذكر عن أبي يوسف هنا وقد روى
عنه أنه يرجع إلى قول محمد وإليه الحسن بن أبي مالك عنه وفي شرح المجمع الأصح أنه مع أبي حنيفة وكثير
من المشايخ يرجعوا عنه شيئاً وحكموا على قوله بالاضطرار (وفي هذه المسئلة قياس آخر) يقتضي أن
لا يجوز هذا البيع أصلاً (وهو أنه يبيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط) وهو عدم دفع الثمن
في الثلاثة الأيام والاقالة لا تتعلق بالشرط لأن فيها معنى التعليل حتى جعلت بيعاً جديداً في حق ثالث وهو
لو شرط الاقالة الصحيح هو التي لم تعلق بالشرط بأن قال بعثك على أن أقبلك وتقبلها أو قال اشتريت
منك على أن تقبلني لا يصح لأنه شرط لا يقتضيه العقد (فاشترط الغاسد أولى) وبهذا القياس قال
زفر ومالك والشافعي وأحمد فكلهم منعوا صحة البيع والوجه عليهم ما قدمناه من الإلحاق بالدلالة لا
بالقياس وهو المراد بقول المصنف ووجه الاستحسان ما بيننا (قوله وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن
ملكه لأن تمام هذا السبب) الذي هو البيع (بالمرضاة) لما عرفت من قوله تعالى الآن أن تكون
تجارة عن تراض منكم (ولا يتم) الرضا (مع الخيار) لأنه يفيد عدم الرضا والملكه فلم يتم السبب في

(قوله وأبو يوسف رحمه الله أخذ في الأصل) أي في شرط الخيار بالانزاع وهو ما روى أن ابن عمر رضي الله
عنهما أجاز الخيار إلى شهرين وفي هذا أي في الزائد على ثلاثة أيام في خيار النقذ بالقياس لأن القياس في شرط
الخيار ما قاله أبو حنيفة رحمه الله وإنما تركناه بالثلاثين يوماً وهو ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما وأما في
(قوله يبيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها) أي لتعلق الاقالة بالشرط وهو عدم النقذ واشترط الصحيح منها
فيه مفسد بأن قال بعثك هذا العين على أن تقبله لم يصح وهذه اقالة صحيحة لأنها غير معقولة وذكر في الفوائد
الظهيرية ثم أنه لم ينقد الثمن إلى انقضاء ثلاثة أيام يفسد البيع ولا ينفسخ حتى لو أعتقه المشتري وهو في
يده ينقذه ثم إن كان في يد البائع لا ينقذ ثم لو كان مثل هذا الشرط للبائع بأن اشترى عبداً ونقد الثمن
على أن البائع أن يرد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا يبيع بينهما جاز البيع بهذا الشرط ويصير البيع بمنزلة البيع

(بالمرضاة) ليكون الرضا دخلاً في حقيقة الشرعية ولا تتم المرضاة بالخيار لأن البيع به يصير له اسماً ومعنى لاحقاً فنفسع ابتداء الحكم وهو
الملك فيبقى على ملك صاحبه (ولهذا)
(قوله وقوله وفي هذه المسئلة قياس آخر تقدم معناه) أقول يعني تقدم في هذا القول بنصف ورقة تخميناً وهو قوله والقياس وهو قول زفر أنه
لا يجوز لئلا يبيع الخ (قوله ليكون الرضا دخلاً في حقيقة الشرعية ولا تتم المرضاة بالخيار) أقول فيه بحث فإن بيع المكره يبيع يترتب عليه
أحكامه ولا رضاه (قوله لأن البيع به يصير له اسماً) أقول تأمل في صحة هذا التعليق

ينفذ عتقه (ولا عكس المشتري التصرف فيه (٥٠٤) وان قبضه باذن البائع فان قبضه المشتري فهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة ان لم

ينفذ عتقه ولا عكس المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع (ولو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة) لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقى مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق قال (وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) لان البيع في جانب الآخر لازم

حق البائع لانه لا يعمل الامع وجود الشرط وهو الرضا فلا يوجب حكمه في حقه فلا يخرج المبيع عن ملكه فلهذا جاز تصرفه فيه فنفذ عتقه فيه ولو كان في يد المشتري ولا عكس المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع لبقاء ملك البائع فيه بالاختلال وبالتعليل المذكور يعرف ان خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه لاتحاد نسبته الى كل من له الخيار وانه اذا كان الخيار له ما لا يخرج المبيع عن ملك البائع ولا الثمن عن ملك المشتري (ولو قبض المشتري المبيع) وكان الخيار للبائع (فهلك في يده) في مدة الخيار (ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا) في حق المبيع ولا يمكن نفاذه بالهلاك لانه (لانه لا ينفذ بل يحل فبقى) في يد المشتري (مقبوضا) لاعلى وجه الامانة المحضة كالوديعة والاعارة كما نقل عن ابن ابي ليلى رحمه الله انه لم يضمنه لانه ماضى البائع بقبضه الاعلى جهة العقد فاقول ما فيه ان يكون المقبوض (على سوم الشراء وفي) المقبوض على (سوم الشراء القيمة) اذ هلك وهو قبي والمثل في المشتري اذا كان القبض بعد تسمية الثمن اما اذا لم يسم ثمن فلا ضمان في الصحيح وعليه فرع ما ذكره الفقيه ابو الليث في العيون في رجل اخذ ثوبا فقال اذهب به فان رضيت اشتريته فضاغ في يده لم يلزمه شيء وان قال ان رضيت اشتريته بعشرة كان ضامنا للقيمة وبشئ من الضمان بالقيمة على المشتري في هذا البيع قال مالك والشافعي في المشهور وعندهم وجه في ضمانه بالثمن وهو قياس قول احمد لانه قال يخرج المبيع عن ملك البائع بشئ الخيار لانه لان السبب قد تم بالايجاب والقبول وثبوت الخيار بثبوت حق الفسخ وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء حق الملك فكيف العيب قلنا قولك ثم البيع بالايجاب والقبول ان اردت في حق حكمه منعناه اوتت صورته فسلم ولا يفيد في ثبوت حكمه حتى يوجب شرط عمله وهو تمام الرضا على ما ذكرنا وتقييد المصنف بالهلاك بكونه في مدة الخيار ليخرج ما اذا هلك بعدها وانه حينئذ يضمن بالثمن لانه هلك بعدما تبرم البيع لعدم فسخ البائع في المدة (ولو هلك) المبيع (في يد البائع) والحال ان الخيار له لا اشكال في انه ينفسخ (ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق) عن شرط الخيار فان فيه اذ هلك المبيع في يد البائع قبل التسليم انفسخ البيع والتقييد بالصحيح ليس لاجراء الفاسد لان الحال في البيع الفاسد كذلك اعني الانفساخ بهلاك المبيع في يد البائع بل لان الاعتبار بالاصالة له والغاسد ياخذ حكمه منه (قوله وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) وقوله (لان البيع) الى آخره تعليل محذوف وهو قولنا فيخرج

بشرط الخيار للبائع حتى اذا قبض المشتري المبيع يكرن مضمونا عليه بالقيمة ولو اعتقه المشتري لا ينفذ ولو اعتقه البائع ينفذ (قوله فلو قبضه المشتري وهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة) وقال ابن ابي ليلى رحمه الله لا شيء عليه لانه أمين فيه حيث قبضه باذن صاحبه وانا نقول البائع ماضى بقبضه الاجهة العقد والمقبوض بجهة العقد يكون مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وهذا لان الضمان الاصلى الثابت بالعقد هو القيمة وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجب شرط البائع الخيار لنفسه فبقى الضمان الاصلى وهذا بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري على ما يحكى (قوله وفيه القيمة) أى في المقبوض على سوم الشراء القيمة اذا لم يكن مثليا فان كان مثليا فعليه المثل ثم ان المقبوض على سوم الشراء انما يكون مضمونا اذا كان الثمن مسمى حتى اذا قال اذهب به هذا الثوب فان رضيت اشتريته فذهب به فهلك لا يضمن ولو قال ان رضيت اشتريته بعشرة فذهب به فهلك ضمن قيمته وعليه الفتوى (قوله اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق) أى بالبيع الصحيح

ينفذ عتقه ولا عكس المشتري التصرف فيه (٥٠٤) وان قبضه باذن البائع فان قبضه المشتري فهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة ان لم يكن مثليا خلافا لابن ابي ليلى هو يقول قبض ملك البائع باذنه فكان امانة في يده ونحن نقول البيع ينفسخ بالهلاك وانفسخ به مضمون بالقيمة وذلك لان المعقود عليه بالهلاك صار الى حاله لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها فلا تلحقها الاجارة وهو معنى قوله (لانه كان موقوفا) ولا نفاذ بدون المحل وقد فات بالهلاك وأمان المنفسخ به مضمون بالقيمة فلانه مقبوض بجهة العقد وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وتحقيقه ان الضمان الاصلى الثابت بالعقد في القيمات هو القيمة وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقى الضمان الاصلى في مدة الخيار وأما اذ هلك بعدها فيلزمه الثمن لا القيمة لبطلان الخيار اذا كان تمام الرضا ولو هلك المبيع في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري كولو كان البيع صحيحا مطلقا عن الخيار قيل وانما ذكر الصحيح مع ان الحكم في الفاسد كذلك حال المسلمين على الصلاح وأما دليل خروجه عن ملكه اذا كان الخيار للمشتري فهو ان البيع لازم من جانبه وتحقيقه ان الخيار انما يمنع خروج البديل

عن ملك من له الخيار لانه شرع نظره له دون الآخر وأما ان البديل اذا خرج عن ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك وهذا

(قوله قيل الى قوله ل حال المسلمين على الصلاح) أقول ولانه يعلم منه حاله بالولاية

عند أبي حنيفة رحمه الله فلا نه
لما لم يخرج ماله عن ملكه
لودخل لزم اجتماع البدلين
في ملك رجل واحد حكماً
للمعاوضة ولا أصل له في
الشرع لان المعاوضة
تقتضي المساواة ونوقض

بالمدير فان غاصبه اذا ضمن
لصاحبه ملك البدل ولم
يخرج المدير عن ملكه
فكان البدلان مجتمعين
في ملك واحد وأجيب بان
قوله (حكماً للمعاوضة يدفع
النقض فان ضمن المدير
ضمن جنابته وليس كلامنا
فيه ويدخل عندهما
لانه لما خرج عن ملكه فلولم
يدخل في ملك الآخر
يكون زائلاً لا إلى مالك يعني
سائبة ولا عهد لنا به في
الشرع ونوقض بما اذا
اشترى متولى الكعبة عبداً
لسدانة الكعبة يخرج
العبد عن ملك البائع ولا
يدخل في ملك المشتري
وأجيب بان كلامنا في
التجارة وما ذكرتم ليس
منها بل هو ملحق بتواضع
الاقواف وحكم الاوقاف قد
تقدم ورج قول أبي حنيفة
بان شرعية الخيار نظراً
للمشتري ليرتوي فيقف
على المصلحة فلودخل في
ملكه ربما يكون عليه
لانه بان كان المبيع قريبه
فيعتق عليه من غير اختياره
فعاد على موضوعه بالنقض

وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظر له دون الآخر قال الا ان المشتري
لا يملكه عند أبي حنيفة وقال لا يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلولم يدخل في ملك المشتري يكون زائلاً لا إلى
مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولا يبي حنيفة انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلولم يملكه بان يدخل المبيع في ملكه
لاجتماع البدلان في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة
ولان الخيار شرع نظر للمشتري ليرتوي فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان
كان قريبه فيقفون النظر قال

المبيع عن ملك البائع لان المبيع في جانبه لازم بان تقدم السبب في حقه وانتفي ما يمنع من عمله اذا كان
خيار المشتري لا يمنع فيخرج (وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل) الذي هو من جهة (من له الخيار)
لما ذكرنا أنه لو جب عدم الرضا بخروج ملكه عنه فلا يؤثر السبب في وجهه لعدم شرط عمله فيبقى على
ملكه كما كان وقوله (الا ان المشتري لا يملكه) بمعنى لكن وهو استدلال امر متبادر عند قوله بخروج
المبيع عن ملك البائع اذا كان الخيار للمشتري وهو المقدر الذي ذكرناه فانه يتبادر بحكم العادة أنه اذا
خرج المبيع عن ملك البائع يدخل في ملك المشتري وهذا (عند أبي حنيفة وقال لا يملكه) المشتري وبه قال
مالك وأحمد والشافعي في قول (لانه لما خرج عن ملك البائع لولم يدخل في ملك المشتري يكون زائلاً لا إلى)
ملك (مالك ولا عهد لنا به في الشرع) في باب التجارة والمعاوضة فيكون كالسائبة فلا يردها من متولى
أمر الكعبة اذا اشترى عبد السدانة الكعبة والضيعة الموقوفة بعبيدها اذا ضعف أحدهم فاشترى ببده
آخر فانه لا يدخل في ملك المشتري لان ذلك ليس من هذا الباب بل من باب الاوقاف وحكم الاوقاف ذلك وكذا
لاترد التركة المستغرقة بالدين فانه يخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء للقيد المذكور
(ولا يبي حنيفة رضي الله عنه انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلولم يملكه بان يدخل المبيع في ملكه اجتماع البدلان)
الثمن والمبيع (في ملك) أحد المتعاضين (حكماً للمعاوضة ولا أصل له في الشرع) وأنى يكون (والمعاوضة
تقتضي المساواة) بين المتعاضين في تبادل ملكيهما بخلاف ضمان غاصب المدير اذا أبقي من عنده سواء قلنا
انه بدل اليد والملك حيث لا يخرج المدير به عن ملكه فليجتمع العوضان في ملك واحد فانه ضمان جنابية
لا ضمان معاوضة شرعية وهذا الزم في الشرع مما ذكرناه فان المشتري للسدانة والوقف كائن في المعاوضة
وهو يخرج ولا يدخل في ملك أحد (ولان خيار المشتري شرع نظر له ليرتوي فيقف على المصلحة) في رآيه
(ولو أثبتنا الملك له) بمجرد البيع مع خياره ألحقناه بنقض مقصوده (اذ ربما) كان المبيع من (يعتق عليه)
فيعتق (من غير اختياره) فيعود شرع الخيار على موضوعه بالنقض اذا كان مغفواً للنظر وذلك لا يجوز وقد
أورد على هذا لولم يثبت الملك للمشتري لم يستحق به الشفعة لان استحقاقها بالملك ولذا لا تثبت بحق السكّني
لكنه يستحقها اذا بيعت دار بجوارها بالاتفاق والاجماع أجيب بانه انما يستحقها لانه صار أحق بها تصرفاً
لالانه ملكها كالعبد المأذون يستحقها اذا بيعت دار بجوارها بهذا المعنى وحاصل هذا منع قصر استحقاق
الشفعة على حقيقة الملك بل هو أوما في معناه وهذا تكلف لا يحتاج اليه وستأتي المسئلة معاملة بانهرام المبيع في
ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تصحيحها وما في الاجناس لو بيعت دار بجوارها فخذها بالشفعة لا يبطل خيار

المطلق عن الخيار اذا هلك المبيع في يد البائع ينفسخ البيع فان قبل ما فائدة قيده بالصحيح مع أن الحكم في
الفساد كذلك قلنا اجراء لتصرفات المسلمين على ما هو الائق بحالهم من التصرفات الصحيحة دون الفاسدة
(قوله ولا عهد لنا به في الشرع) أي غير معهود في شرعنا أن يكون الشيء ملوكاً ولا مالاً له فان قبل متولى
الوقف اذا اشترى عبد الخدمة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري قلنا غير معهود في
الشرع أي في باب التجارة وما ذكره من النقض ملحق بتواضع الاوقاف من المنقولات والحكم في الاوقاف
كذلك ولانه مبق على حكم ملك الاوقف ولهذا يكون الثواب له (قوله حكماً للمعاوضة) احترز به عن

ما اذا كان الخيار للبائع كما تقدم آتوا مراده عيب لا يرتفع كان قطعت يده وأما ما جاز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال في الايام الثلاثة له أن يفسخ بعد الارتفاع وأما اذا مضت والعيب قائم لم العقد لعذر الرد تبين بما ذكر أن هلك المبيع وتعيبه لوجب القيمة على المشتري اذا كان الخيار للبائع ويوجب الثمن اذا كان للمشتري فاحتاج الى التصريح ببيان الفرق وجهه أن المبيع اذا تعيب في يد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبض وكذلك اذا هلك والهالك لا يعبرى عن مقدمة عيب فيه هلك والعقد قد لزم وتم فيلزم الثمن المسمى وأما اذا كان الخيار للبائع فلم يمنع الرد على المشتري بدخول العيب لان الخيار للبائع لاله فهلك والمبيع موقوف فلزم القيمة قال (ومن اشترى امرأته) هذه مسائل ترتب على الاصل المتقدم ذكره وهو أن الخيار اذا كان للمشتري يخرج المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري عنده وعندهما يدخل فعلى هذا اذا اشترى امرأته (على أنه بالخيار ثلاثة أيام يفسد النكاح) لانه لم يملكها وان وطئها

(فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب) بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمنع الرد والهالك لا يعبرى عن مقدمة عيب فيه هلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمنع الرد حكم الخيار للبائع فهلك والعقد موقوف قال (ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح) لانه لم يملكها الماله من الخيار (وان وطئها

الرؤية فله أن يردها اذا رآها وبطل خيار الشرط (فان هلك) المبيع في يد المشتري ولو في مدة الخيار (هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب) لا يرجز زواله كان قطعت يده ولو بغير صفة فانه يلزمه الثمن ويمنع الرد بخلاف ما لو كان يرجز زواله في المدة بان مرض فان المشتري على خياره لكن ليس له أن يرده مريضاً حتى يبرأ في المدة فان مضت المدة ولم يبرأ لزم المبيع فيه وعن أبي يوسف يبطل خيار المشتري في كل عيب باى وجه كان الا في حصة وهي ان النقصان اذا حصل في يد المشتري بفعل البائع لا يبطل خياره بل ان شاء رده وان شاء أجاز المبيع وأخذ الارش من البائع وقوله (بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع) متصل بقوله هلك بالثمن يعنى الفرق بين ما اذا كان الخيار للبائع فهلك المبيع في يد المشتري فانه يهلك بالقيمة وبين ما اذا كان للمشتري فهلك في يد المشتري فانه يهلك بالثمن هو ان الهالك لا يخلو عن مقدمة عيب ودخول العيب يمنع الرد حال قيامه كائناً ما كان فاذا اتصل به الهالك لم توجد حالة مجوزة للرد فيه هلك وقد انبرم العقد وانبرام العقد يوجب الثمن لا القيمة (بخلاف ما تقدم) من كون الخيار للبائع فان تعيب المبيع لا يمنع الرد حكم الخيار للبائع (فهلك والعقد موقوف) فيبطل العقد فلا يضمن الثمن بل القيمة (قوله ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح) عند أبي حنيفة (لانه لم يملكها الماله من الخيار) والمبيع لا يدخل في ملك المشتري بالخيار فلوردا المبيع استمرت زوجته عنده وعندهما اذا فسخه رجعت الى مولاه بالانكاح عليها (وان وطئها) بعد

الضمان في غصب المدبر فان المدبر المغصوب اذا أبى من يد الغاصب يجب الضمان على الغاصب ولا يخرج المدبر عن ملك المولى فقد اجتمع البدلان وهو المدبر وبدله وهو الضمان في ملك المولى قلنا ذلك ضمان جنائية لا ضمان معاوضة وكلامنا في الذي يقبل الانتقال بحكم المعاوضة حتى يصح البيع فيجب أن لا يجتمع البدلان في ملك واحد بحكم المعاوضة وفي الفوائد الظهيرية ما قاله أبو حنيفة رحمه الله من كون الشيء مملوكاً ولا مالك له مشرّع في الجملة كفى العبد المشتري لخدمة الكعبة وما قاله من اجتماع البدلين في ملك رجل واحد غير مشرّع أصلاً فكان التعويل على ما قاله أبو حنيفة رحمه الله وذكر الامام الغزالي في حقه الله ويجوز أن يخرج الشيء عن ملك انسان ولا يدخل في ملك غيره كالتبركة المستغرفة من الدين بزول عن ملك الميت ولا يدخل في ملك الورثة لكن في قوله زول عن ملك الميت منع اذا التبركة مستغرفة في حكم ملك الميت فيما هو من حوائج وقضاء الدين منها فلا يزول ملكه (قوله وكذا اذا دخله عيب) أى يلزم العقد ويوجب الثمن هذا اذا كان عيباً لا يرتفع كما اذا قطعت يده وأما اذا كان عيباً يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال المرض في الايام الثلاثة وأما اذا مضت الثلاثة والعيب قائم لزمه العقد لعذر الرد كذا في الايضاح (قوله ووجه الفرق أنه اذا دخله عيب) أى اذا كان المبيع في يد المشتري والخيار للمشتري فرخه عيب يمنع الرد ويبطل الخيار لما ذكرنا أنه تعذر عليه الرد كما قبض سليمان من العيب وكذلك في الهلاك لانه لما أشرف على الهلاك سقط خياره لمجوز عن رده كما قبضه فتم المبيع وهو قائم فلزم الثمن المسمى وكذا ان تعيب بفعله أو بفعل أجنبي أو بائنة مملوكة أو بفعل المبيع لانه مجز عن رده كما قبض باى وجه تعيب عند سقوط خياره بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لانه وان أشرف على الهلاك لخيار البائع لم يسقط لانه لم يجز عن التصرف بحكم الخيار لانه لو رضى به يتمكن من الاسترداد فاذا هلك هلك على ملكه فيفسخ العقد ضرورة ان لزم المبيع فيه لزم عدمه وهذا يجوز لعدم المحل فكان مضموناً بالقيمة كالقبوض على سوم الشراء (قوله ومن اشترى امرأته) قيد بشراء امرأته لان المشتري اذا لم تكن امرأته لا تنصّل فيه بين كونها بكراً أو ثيباً في أنه يكون مختار المبيع بالوطء بالاجماع سواء نقصها الوطء أو لم ينقصها (قوله وان وطئها

له أن يردّها لان الوطء لم يكن بملك اليمين حتى يسقط الخيار الا اذا كانت بكر افليس له (٥٠٧) أن يردّها لان الوطء ينقصها وهذا يشير

الى ان قوله وان طهها ان
يردها معناه اذ لم ينقصها
الوطء فاما اذ انقصها فلا يردّها
وان كانت ثيبا اليه اشترى
شرح الطحاوي وعندهما
يفسد النكاح وان وطهها
لم يردّها وان كانت ثيبا لانه
ملكها ووطهها بملك اليمين
ولهذه المسئلة نظائر في كونها
مرتبة على الاصل المتقدم منها
عققت المشتري على المشتري في
مدة الخيار اذا كان قريبا
للمشتري لا يعتق عليه عنده
خلافًا لهما ومنها ما اذا قال
ان ملكت عبدا فهو حر
فاشترى بالخيار لا يعتق عنده
خلافًا لهما بخلاف ما اذا
قال ان اشتريت لانه يصير
كالمثنى للعق بعد الشراء
لان المعلق بالشرط كالرسل
عنده ولو أنشأ العتق بعد
شراؤه بالخيار عتق وسقط
الخيار كذا هذان قيسل لو
كان كالمثنى وجب أن
ينوب عن الكفارة اذا اشترى
المخوف عليه بعقته ناوباعن
الكفارة أوجب بانه جعل
كالمثنى تصحيا لقوله فهو
حر فلا يتعدى الى الوقوع
عن الكفارة بعد استحقاقه
الحرية وقت اليمين لانه
كالمدبر في الاستحقاق وفيه
يعمل الانشاء للعتق لاعن
الكفارة كذلك هذا ومنها
ان المشتراة اذا احضت بعد
القبض في مدة الخيار حيضة
أو بعضها فاختارها لا يجتزئ
بتلك الحيضة من الاستبراء
عنده خلافًا لهما ولو ردّها

له أن يردّها لان الوطء يحكم النكاح (الا اذا كانت بكر) لان الوطء ينقصها وهذا عند أبي حنيفة (وقالا
يفسد النكاح) لانه ملكها (وان وطهها لم يردّها) لان وطهها بملك اليمين فميتع الردوان كانت ثيبا ولهذه
المسئلة أخوات كلها تبنى على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعندهما عتق المشتري على المشتري
اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنه عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا
قال ان اشتريت فهو حر لانه يصير كالمثنى للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار

الشراء (له أن يردّها) بالخيار لان الوطء لا يلزم هنا أن يكون اجازة لان له في النكاح ملكا قائما يحل له الوطء
فلم يلزم كون وطهها اجازة (الا اذا كانت بكر لان الوطء ينقص البكر) فميتع الرد للعب الذي حدث عنده ومن
هذا يعرف أنه لو نقصها الوطء وهي ثيب ميتع الرد عنده أيضا لان الوطء الذي دخلها لا ذات الوطء فان قيل لما
زوجها مولاها الذي باعها فقد رضى بالنقصان بزوال البكر وحين أثبت له الخيار فقد رضى بالرد فيكون
راضيا بردها ما قصه أوجب بجمع بقاء الرضا بذلك بعد البيع بل لما باعها نسخ ذلك الرضا الى الرضا بها هي أحكام
هذا البيع وأحكام هذا البيع ماذا كرهناه (وقالا يفسد النكاح لانه ملكها فان وطهها لا يردّها) ولو كانت ثيبا
لان الوطء بعد انفساخ النكاح ليس الا بملك اليمين فكان مسقطا للخيار ورضا بالبيع وهذا المسئلة من وقوع
الخلاف في ثبوت الملك في المبيع للمشتري بشرط الخيار وعندهما (ولها أخوات) ذكرها المصنف تفريعا
على الخلاف في ذلك (منها عتق) العبد (المشتري على المشتري) بشرط الخيار (في مدة الخيار اذا كان قريبا
قربة محرمة عندهما وعنده لا يعتق حتى تنقضي المدة ولم ينقص لانه لم يملكه) ومنها أن من قال ان ملكت عبدا
فهو حر) فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه لا يعتق عند أبي حنيفة لانه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجب الشرط
وعندهما وجد فعققت لانه ملكه أما لو قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه يعتق
بالاتفاق لوجود الشرط وهذا شراء فيكون كالمثنى للعتق بعده من حيث ثبوت الحرية لا من كل وجه ولذا
لا يعتق عن الكفارة اذا نوى الخالف بشرائه أن يعتق عن كفارته ومنها لو اشترى جارية على أنه بالخيار
فخاضت في مدة الخيار أو وجد بعض الحيضة فيها ثم اختار البيع عنده لا يجتزئ بتلك الحيضة لانها قبل الملك
والموجود بعد الملك بعض الحيضة فلا بد من حيضة أخرى لحل الوطء وعندهما يجتزئ بها لوجودها بعد الملك
وينبغي أن يعقد بكون ذلك بعد القبض لان السبب لوجوب الاستبراء الملك والمالك المؤكد يكون بالقبض
ولو اختار الفسخ فردّها الى البائع لا يحتاج البائع الى استبراء عند أبي حنيفة سواء كان الفسخ قبل القبض
أو بعده وعندهما ان كان قبل القبض لا استبراء عليه استحسانا وان كان في القياس يجب وان كان الفسخ
بعد القبض وجب على البائع استبراءا وقياسا واستحسانا لاستحداث الملك بعدها المشتري الملك المؤكد
بالقبض فيثبت توهم الشغل وأجمعوا أن العقد لو كان باتام فسخ باقالة أو غيرهما ان كان قبل القبض
فالقياس أن يجب على البائع الاستبراء وفي الاستحسان غير واجب وان كان بعد القبض فلا استبراء واجب
قياسا واستحسانا ولو كان الخيار للبائع ففسخ في المدة فظاهر الرواية أنه لا يجب عليه استبراء لانهم يخرجون عن
ملكه وان اجازة فعلى المشتري استبراءا بحيضة بعد الاجازة بالاجماع ومنها اذا ولدت منكوبة حته بعدما
اشترى على أنه بالخيار في المدة لا تصير أم ولد له وأصير أم ولده عندهما وقد قيد الشارحون كلام المصنف بان
تكون الولادة قبل القبض ولا بد منه لما ذكر في المبسوط ولو ولدت عند المشتري ينقطع خياره لانها تعيبت
بالولادة وأصير أم ولد بالاجماع وصور الطحاوي هذه الخلافية فيها اذا ولدت قبل الشراء قال اشترى جارية
وقد ولدت منه ولدا بشرط الخيار فعند أبي حنيفة لا تصير أم ولد له وخياره على حاله الا اذا اختارها صارت أم ولده
له وعندهما تصير أم ولده بالشراء ويبطل خياره ويلزمه الثمن وكذا ذكره غيره وتعيينه بكونه قبل القبض

له أن يردّها) أي وطهها وهي ثيب ولم ينقصها الوطء أما اذ انقصها افليس له الردوان كانت ثيبا (قوله بخلاف ما
اذا قال ان اشتريت) حيث يعتق عندهم جميعا لانه كالمثنى للعتق لان المعلق بالشرط كالرسل عند وجود
الشرط فان قيل لو كان كالمثنى للعتق لوقع عتق المخوف بعقته بالشراء عن الكفارة اذا اشتراها ناوباعن الكفارة

على البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض أو بعده وعندهما اذا كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء

استحسانا والقياس أن يجب
لتجدد الملك وإن كان بعده
يجب الاستبراء على البائع
قياسا واستحسانا وأجمعوا
في البيع البات يفسخ باقالة
أو غيرها أن الاستبراء
واجب على البائع إذا كان
الفسخ قبل القبض قياسا
وبعد قياسا واستحسانا
ومنها إذا ولدت المشتراة في
المدة بالنكاح لا تصير أم ولد
عنده قال صاحب النهاية
لا بد من أحدنا ويلين أما
أن يكون معناه اشترى
منكوحته ولدت في مدة
الخيار قبل قبض المشتري
بشرط الخيار أو يكون
اشترى الامه التي كانت
منكوحته وولدت منه ولدا
قبل الشراء ثم اشتراها بشرط
الخيار لا تصير أم ولده في مدة
الخيار عنده خلافا لهما
وعلى هذا كان قوله في المدة
ظرفا لقوله لا تصير أم ولد
له لا طرف الولادة وتغير
كلامه إذا ولدت المشتراة
بالنكاح لا تصير أم ولده في
مدة الخيار وفيه تعقيد لفظي
كما ترى قال صاحب النهاية
وانما احتجنا إلى أحد
التأويلين لانا لو أجرينا
على ظاهر اللفظ قلنا انه اذا
(قوله لانا لو أجرينا على
ظاهر اللفظ) أقول يعني
الاطلاق

ومنها أن حيض المشتراة في المدة لا يجتزأ به عن الاستبراء عنده وعندهما يجتزأ ولو ردت بحكم الخيار إلى
البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب إذا ردت بعد القبض ومنها إذا ولدت المشتراة في المدة
بالنكاح لا تصير أم ولده عنده خلافا لهما ومنها إذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم أودعه عند البائع
فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لا ارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري
لحصة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ما ذواله فأبرأه البائع من الثمن في المدة
أحسن وهو يصدق بصورتين ما قبل القبض والشراء وما قبل القبض بعد الشراء (ومنها إذا قبض المشتري)
بشرط الخيار (المبيع باذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع) عنده
(لا ارتفاع القبض بالرد) لانه لما لم يملكه ارتفع القبض بالايداع لان البائع لا يصلح أن يكون مودعا للملك
نفسه فلا يكون الايداع صحاحوا هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع (وعندهما) هلك (من مال المشتري
لحصة الايداع باعتبار قيام ملكه) وقد يقال عدم صحة الايداع باعتبار أن المالك لا يصلح مودعا للملك نفسه صح
اكتن الواقع أن المبيع يخرج عن ملك البائع بالاتفاق فلا يكون مودعا للملك نفسه فتصح دعيه المشتري لتحقيق
ايداع غير المالك كالمضارب وغيره وقد برأه ملكه بحسب المال لأنه ليس بالزام لجواز أن لا يؤل إلى ملكه
بأن يجتزأ المشتري المبيع أمالو كان الخيار للبائع فساه إلى المشتري ثم ان المشتري أودعه في مدة الخيار البائع
فهلك في يده قبل نقاذ البيع أو بعده يبطل البيع في قولهم جميعا ولو كان البيع بائنا فقبضه المشتري باذن البائع
أو غير اذنه وله فيه خيار رؤية أو عيب فأودعه البائع فهلك في يده هلك على المشتري ولزمه الثمن اتفاقا لان
هذين الخيارين لا يمنعان ثبوت الملك فصحة الايداع منه (ومنها لو كان المشتري) بالخيار (عبدا ما ذواله فأبرأه
البائع من الثمن في المدة) يصح ابرأؤه استحسانا لا قياسا لان البائع لم يملك الثمن على المشتري بالخيار فلا يصح
ابرأؤه مما لا يملكه وفي الاستحسان يصح لوجوب سبب ملكه للثمن وهو البيع واذا صح ابرأؤه بالاتفاق
قلنا انما جعلناه كالمشني تصحيحا للجزء أعني قوله فهو حر وليس من ضرورة جعله كالمشني في حق الجزاء جعله
كالمشني في صحة نية الكفارة لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها (قوله ان حيض المشتراة في المدة لا
يجتزأ به عن الاستبراء عنده) وذ كرفي شرح الطحاوي فحاضت عنده بعد القبض في مدة الخيار أو حصل
بعض الحيضة في مدة الخيار فاختار صارت للمشتري ولا يجتزأ بتلك الحيضة من الاستبراء عند أبي حنيفة رحمه
الله وعندهما يجتزأ بها (قوله لا يجب عليه الاستبراء عنده) سواء كان الرد قبل القبض أو بعده وعندهما ان
كان الرد بعد القبض يجب على البائع الاستبراء قياسا واستحسانا فاما قبل القبض فيجب الاستبراء قياسا
ولا يجب استحسانا لان الملك وان ثبت لكنه لم يتقرر وأجمعوا على أن العقد لو كان بائنا ثم فسخ العقد بينهما
باقالة أو غيرها ان كان قبل القبض القياس أن يجب على البائع الاستبراء وفي الاستحسان لا يجب وان كان
بعده فلا استبراء واجب قياسا واستحسانا (قوله ومنها إذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولده)
يريد به إذا ولدت في مدة الخيار وهي في يد البائع ولم يقبضها المشتري أما اذا كانت مقبوضة في يد المشتري
وولدت عنده في مدة الخيار يسقط الخيار ويثبت الملك للمشتري وتصير أم ولده بالاتفاق لانها تعيبت بالولادة
ويدل عليه ما ذكر في المبسوط وان اشترى جارية على أنه بالخيار ثلاثة أيام فولدت عنده سقط خياره لانها
تعيت بالولادة وذ كرفي الامام فاضحان رحمه الله ومنها إذا اشترى جارية فقد ولدت منه بكاح على أنه بالخيار
ثلاثة أيام عند أبي حنيفة رحمه الله لا تصير أم ولده ولا يبطل خياره وعندهما تصير أم ولده ولا يبطل خياره
(قوله فهلك في يده) أي في يد البائع في المدة أو بعده هلك على البائع ويبطل البيع (قوله فأبرأه البائع
من الثمن) فان قيل اذا كان الخيار للمشتري لا يخرج الثمن عن ملكه بالايجاع فلا يملكه البائع ضرورة
فكيف يصح ابرأؤه قلنا في القياس لا يبرأ وفي الاستحسان يبرأ وذ كرفي شرح الطحاوي رحمه الله ثم ان
البائع أبرأه من الثمن فالقياس أن لا يصح ابرأؤه لانه لا يملك الثمن وفي الاستحسان يصح ابرأؤه لانه حصل بعد

اشترى منك حقه بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار الشرط لان الولادة عيب فلا يمكن ردها بعد ما تعينت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهالك في يد البائع في مدة الخيار أو بعدها هالك على البائع لان القبض قد ارتفع بالرذالة او دعي لم تصح لعدم ملك المودع واذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وانه من مال البائع وعندهما المملوكة المشتري صححت الوديعة وصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده ومنه مالو كان المشتري عبدا ما ذواله فابراه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره لانه لم يملكه كان الرضا امتناعا منه عن (٥٠٩) التملك والمأذون له ولا يذول ذلك وعندهما

بطل خياره لانه لم يملكه كان الرضا منه تملكيا بغير عوض والمأذون ليس من أهله فان قلت اذا كان الخيار للمشتري فالثمن لم يخرج عن ملكه فما وجه ابراء البائع عن الثمن قبل أن يملكه اجيب بان القياس ينفي صحة هذا الابراء وجوازه استحسان لحصوله بعد وجود سبب الملك وهو العقد ومنها اذا اشترى ذى من ذى خيرا بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما وعنده بطل الخيار والبيع ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح واذا كان الخيار للبائع وأسلم يبطل البيع بالاجماع واذا كان الخيار للمشتري وأسلم البائع لا يبطل البيع بالاجماع لان العقد من جانبه بات فان اختاره المشتري صار له وان رد صار الخمر للبائع والمسلم من أهل أن يملك الخمر حكما قال (ومن شرطه الخيار فله أن يفسخ في المدة) هذا العموم يتناول البائع والمشتري والاجنبي لان

بقي على خياره عن التملك والمأذون له يملكه وعندهما بطل خياره لانه لم يملكه كان الرضا منه تملكيا بغير عوض وهو ليس من أهله ومنها اذا اشترى ذى من ذى خيرا على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لانه لم يملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يملكها باسقاط الخيار بعده وهو مسلم قال (ومن شرطه الخيار فله أن يفسخ في المدة وله أن يبيع فان أجازه بغير حصة صاحبه جاز

(بقي على خياره) في السلعة ان شاء أجاز البيع فبأخذها بلائح وان شاء رده فبردا السلعة للبائع عند أبي حنيفة لانه لم يملك المبيع فكان رده امتناعا عن تملك شيء بلا عوض (والمأذون يملكه) أي يملك ذلك كله أن يمنع عن قبول الهبة (وعندهما) لما يرى من الثمن والواقع أن المبيع يدخل في ملك المشتري بالخيار لو رده كان متبرعا عما ملكه بغير عوض والعبد المأذون ليس من أهل التبرعات فاذا امتنع الرضا نهر المبيع بلائح واستشكل تصوير المسئلة بسبب أن الثمن لا يخرج عن ملك المشتري بشرط الخيار فكيف يتصور الابراء منه والجواب أن الابراء يعتمد شغل الذمة وليس من ضرورته زال ملك المشغول ذمته عن مقداره ألا يرى أن المدينون مشغول الذمة ولم يزل ملكه عن شيء من ماله وانما اشتغلت ذمته لجهة السبب لان شرط الخيار ليس داخل على السبب بل على حكمه كما تقدم وبوجود البيع لا بد أن تشغل الذمة بالثمن ولا يظن انه يقارن وجوب أدائه بل الثابت أصل الوجوب وليس في أصل الوجوب طلب أصلا على ما عرف (ومنها اذا اشترى ذى من ذى خيرا على أن المشتري بالخيار ثم أسلم) المشتري في مدة الخيار (بطل خياره) عندهما (لانه لم يملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده بطل البيع لانه لم يملكها ولا يملكها باسقاط الخيار) بعد الاسلام فتعين بطلان البيع أمالو كان الخيار للبائع وأسلم فبطلان البيع بالاجماع هذا آخر ما فرعه المصنف ومن الفروع أيضا على الخلاف في دخول المبيع في ملك المشتري بالخيار مالوا واشترى مسلم من مسلم عسيرا بالخيار فتخذه في المدة ففسد البيع عنده لم يجزه عن تملكه باسقاط خياره وتم عندهما المعجزة عن رده بفسخه ومنها ما اذا اشترى دارا على أنه بالخيار وهو ساكنها باجارة أو أعاره فاستدام سكنها قال الامام السرخسي لا يكون اختيار او انما الاختيار ابتداء السكنى وقال خواهر زاده استدامة السكنى اختيار عندهما لانه يملك العين وعنده ليس باختيار لانه بالاجارة أو الاعارة لم يملك شيئا ومنها حلال اشترى طبيبيا بالخيار فقبضه ثم أحرم والطبي في يده ينتقض البيع عنده ويرد الى البائع وقال يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع ولو كان للمشتري فاحرم البائع للمشتري أن يردعه ومنها أن الخيار اذا كان للمشتري وفسخ العقد فالرذالة ترد على البائع عنده لانها لم تحدث على ملك المشتري وعندهما للمشتري لانها حدثت على ملكه (قوله ومن شرطه الخيار) سواء كان بائعا أو مشتريا أو اجنبيا (له أن يبيع) في مدة الخيار بالاجماع الفقهاء (وله ان يفسخ فان أجازه بغير حصة صاحبه) يريد بغير حصة (جاز) فاذا كان

وجود سبب الملك وهو العقد (قوله والمأذون له يملكه) أي له ولاية الامتناع عن التملك (قوله ومنها اذا اشترى ذى من ذى خيرا على أنه بالخيار ثم أسلم) وان كان العقد بشرط الخيار للبائع فأسلم البائع بطل البيع

شرط الخيار يصح منهم جميعا فاذا كان الخيار للبائع فلا جازة تحصل بثلاثة أشياء بان يقول أجزت بموتة في مدة الخيار لانه لا يورث كما سئل كره فيكون العقد بائنا وبان تضي مدة الخيار من غير فسخ واذا كان للمشتري فبذلك وبان يصير المبيع في يد المشتري الى حال التملك ففسخه على ذلك الحالة كهلاك المعقود عليه وانتقاصه كما تقدم وأما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد يكون حكما والثاني هو ما يكون بالفعل كان يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملاك كما اذا أعتق المبيع أو باعه أو كانت تجارة يتفوطها أو قبلها أو أن يكون الثمن عينا فتصرف المشتري فيه تصرف الملاك فيما اذا كان الخيار للمشتري فان العقد يفسخ سواء في ذلك حضور الآخر وعدمه لانه فسخ حكمي والشئ قد ثبت حكما وان كان يبطل قصدا

قال المصنف (لان الرضا امتناع عن التملك) أقول الظاهر انه يقال عن التملك

الخيار للبائع فنفاذ البيع باحد معان ثلاث بمضى مدة الخيار وبموته وبانقضاءه وجنونه في المدة فان
أفاق فيها قال الاسبيجاني الاصح أنه على خياره ولو سكر من الخمر لم يبطل بخلاف سكره من البخر ولو اراد
فعلى خياره اجماعا فلو تصرف بحكم الخيار فهو موقوف عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما
والمعنى الثالث أن يجبر البيع كان يقول أجزت البيع ورضيته وأسقطت خيارى ونحو ذلك وإذا كان
الخيار للمشتري فنفاذه بما ذكرنا من الامور الثلاثة للبائع وبالفعل بان يتصرف في المبيع تصرف المالك
في مدة الخيار بان يعتق أو يكاتب أو يدبر أو يبيع المبيع أو يهبه أو يسلمه أو يرهنه أو يؤجره وان لم
يسلمه على الاصح وكذا اذا علق عقده في المدة فوجد الشرط فيها ومن ذلك أن يباشر في المبيع فعلا لا يحتاج
اليه للامتحان ولا يحل في غير الملك بحال فان كان يحتاج اليه للامتحان ويحل في غير الملك فهو على خياره
فالوطة اجازة وكذا التقبيل بشهوة والمباشرة بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة لا غير شهوة لان ذلك يحل
في غير الملك في الجملة فان الطيب والقابلة يحل لهما النظر والمباشرة نعم التقبيل لا الا ان النظر اليه من حيث
هو مس ولو أنكر الشهوة في هذه كان القول قوله لانه ينكر سقوط خياره وكذلك اذا فعلت الجارية ذلك
يسقط خياره في قول أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فعلها البتة اجازة للبيع لان شرط الخيار اختياره ولا يختار
عليه ولا يبي حنيفة أن حرمة المصاهرة تثبت بهذه الاشياء فكانت ملحقة بالوطة فصارت هذه الاشياء من حيث
هي ملحقة بالوطة في ايجاب الحرمة كالمضاف الى الرجل وأما المباشرة مكرها كان أو مطاوعا اختيارا أما عند
أبي حنيفة فظاهر وأما عند محمد فلان الوطة تنقضي حتى لو وجدت من غير المشتري يتمتع الرد فاما المباشرة
اذا ابتدأتم والمشتري كاره ثم تركها وهو يقدر على الامتناع فهو اختيارا وانما يلزم سقوط الخيار في غير
المباشرة اذا أقر بشهوتها لان فعلها يلزم اسقاط خياره فيتوقف على اقراره بما يسقط خياره ولو دعما الجارية
الى فراشه لا يسقط خياره والاستخدام ليس باجازة لانه يتحقق به والاستخدام ثانيا اجازة الا اذا كان في نوع آخر
وقد اختلف كلامه في الفتاوى الصغرى فقال الاستخدام مرارا لا يكون اجازة وقال في موضع آخر قال المرة
الثانية تبطل الخيار وأكله المبيع وشربه ولبسه يسقط الخيار وفي فتاوى قاضيان اذا لبسه مرة واستخدم
الخدام مرة لا يبطل خياره ويبطل برتين وركوبه ليس قهيها أو يردّها ويعلفها اجازة وقيل ان لم يمكنه بدون
الركوب لا يكون اجازة وأطلق في فتاوى قاضيان انه لا يبطل خياره فقال وركوبها ليس قهيها أو يردّها على
البائع لا يبطل خياره استحسانا فاعمله الاستحسان ولو قطع حوافر الدابة أو أخذ بعض عرفها لا يبطل ولو نسخ
من الكتاب لنفسه أو لغيره لا يسقط ولو درس فيه يسقط وقيل على العكس وبه أخذ أبو الليث وطلب الشفعة
بالدار المشتراة رضاهما بخلاف خيار الرزية والعيب ولو حدث به عيب في خيار المشتري بطل خياره سواء
حدث بفعل البائع أو بغير فعله عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يلزمه العقد بفعل البائع لان البائع
لا يقدر على الزام البيع ومتى قلنا أنه يلزم بجنايته أثبتنا له قدرة الزامه ففوت فائدة شرط الخيار للمشتري
بخلاف ما اذا كان من أجنبي فان لزومه لا من قبله واهم ما أن ما ينقص بفعل البائع في ضمان المشتري فيلزم
العقد في ذلك القدر الذي تلف في ضمانه وتعذرت على البائع حصته من الثمن ففي رد الباقي كان تفريقا
للمصفقة على البائع قبل التمام في حق الرد وهو لا يجوز كفعل الأجنبي واذا عرف هذا عرف أن المشتري يرجع
على البائع بالارش ولو كان الخيار للبائع وحدث به عيب فهو على خياره لأن ما انتقص بغير فعله فهو غير
مضمون على البائع وكذا لو سقطت اطرافه لم يسقط ثمنه لكن يتخير المشتري ولو حدث بفعل البائع
انتقص البيع لان ما انتقص مضمون عليه ويسقط حصته من الثمن فلو نفينا الخيار تفرقت المصفقة على
المشتري ولو بزغ الدابة فهو رضاه ولو حلب لبنها فهو رضاه عند أبي حنيفة ورواه أبو يوسف عنه وقال أبو يوسف
لا يكون رضاه حتى يشر به أو يستهلكه ولو سقى حرناء في الارض فيما اذا اشترى الارض أو حصد الزرع أو قصل

لما ذكرنا أن البيع لم يخرج عن ملكه والاسلام منع اخراجه عن ملكه بالعقد ولو أسلم المشتري فلا يبطل
العقد وخيار البائع على حاله لان العقد من جانب المشتري باق فان اختار البائع الفسخ عادت الخمر اليه وان

بخرصة لا تحرى بعلمه انفسخ
العقد بالاتفاق وان كان بغير
علمه فلا يجوز عند أبي حنيفة
ومحمد رحمه الله وقال أبو
يوسف يجوز وهو قول
الشافعي رحمه الله لا ي
يوسف ان من له الخيار مسلط
على فسخ العقد من جهة
صاحبه وكل من هو كذلك
لا يتوقف فعله على علم صاحبه
كلاجازة وهو قياس منه
لاحد شطري العقد على
الآخر ووضح ذلك بعدم
اشتراط الرضا وجعل ذلك
كلو كيل بالبيع فان له أن
يتصرف فيما وكل به وان
كان الموكل غائبا لانه مسلط
من جهته (ولهما ان
الفسخ تصرف في حق الغير
وهو العقد بالرفع و) هو
(لا يعرى عن المضرة) أما اذا
كان الخيار للبائع فالمشتري
عساه يعتمد تمام البيع
السابق فيتصرف فيه فيلزمه
غرامة القيمة بهلاك المبيع
وقد تكون القيمة أكثر من
الثمن ولا خفاء في كونه ضررا
وأما اذا كان للمشتري
فالبائع عسى يعتمد تمام فلا
يطلب لسعته مشتريا وقد
تسكون المدة أياما راج
بيع المبيع وفي ذلك ضرر لا
يخفى والتصرف المشتري على
ضرر في حق الغير يتوقف
على علمه لا محالة كفي عزل
الوكيل والقياس على الشطر
الآخر فاسد لقيام الغارق
وهو الإلزام

وان فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضرا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز) وهو قول الشافعي
والشرط هو العلم وانما كنى بالخرصة عنه لانه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالأجازة
ولهذا لا يشترط رضاه وصار كلو كيل بالبيع ولما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن
المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار
للبائع أو لا يطلب لسعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل
منه شيئا فيما اذا اشترى الزرع فهو رضاه ولو سقى دوابه من النهر أو شرب هو فليس بضر ولو طعن في الرعي فهو
رضاه وقد ذكر فيها تفصيل وذلك في رعي الماء ويست في ديارنا ولو كان المبيع دارا فيها ساكن فطلب المشتري
الاحرة من الساكن فهو اجازة ولو غسل العبد أو الجارية أو موطأها بالمسط والدهن أو ألبسها فليس بضر
(قوله وان فسخ) أى من له الخيار في المدة (بغير خضره الآخر) أى بغير علمه (لم يجز) عند أبي حنيفة ومحمد
وهو قول مالك (وانما كنى بالخرصة عن العلم) حتى لو لم يبلغه الفسخ الا بعد المدة تم البيع لعدم اعتبار ذلك
الفسخ (وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي) وكذا الخلاف في خيار الروث يتوقف الفسخ بالقول في المدة
بان يقول فسخت أو رددت البيع وغير ذلك مما يدل على رد البيع وهذا الفسخ بالقول هو الذي الخلاف في
جوازه بغير علم الآخر وأما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقا وقال مقتضى النظر أن من قال يمنع الفسخ
بغير علم صاحبه بالقول أن يقول به فيما هو فعل اختياري لانه كالقول من حيث هو اختيار يثبت به الانفساخ
بخلاف الموت وفعل الامتدخول العيب بغير صنععه والهلاك فان كان الخيار للبائع فهو أن يتصرف في البيع
تصرف المالك كاعتق والبيع والوطع وجميع ما قدمنا أنه اجازة اذا صدر من المشتري من الافعال فهو فسخ
اذا صدر من البائع (له) أى لأبي يوسف (أنه) أى الفاسخ منهما (مسلط على الفسخ من جهة صاحبه) يعنى
الذى لا خيار له (فلا يتوقف) فسخته (على علمه) كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل (ولهما أنه تصرف في
حق الغير) وهو الذى لا خيار له (بالرفع ولا يعرى عن الضرر لانه) أى الغير الذى لا خيار له (عساه يعتمد على
تمام البيع السابق) اذا انقضت المدة ولم يظهر له الفسخ (فيتصرف) المشتري (فيه) فيما اذا كان الخيار
للبائع والواقع أنه فسخ فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك وقد تكون القيمة أكثر من الثمن (ولا يطلب لسعته
مشتريا) اعتمادا على نفاذ البيع لما لم يظهر له الفسخ في المدة اعتمادا على تمامه (فيما اذا كان الخيار
للمشتري وهذا نوع ضرر) يحى عن قبل الانقراض بالقول الفسخ فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل قصدا حال
اختار الاجازة صدرت الجمر للمشتري حكما والمسلم من أهل أن يتملك الخمر حكما كما يتملك الميراث (قوله وانما كنى
بالخرصة) عن العلم بطريق ذكر السبب وارادة السبب بالخضره سبب العلم (قوله وصار كلو كيل بالبيع) فان
للكيل أن يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا لانه مسلط من جهة الموكل فكذلك من له الخيار
مسلط من جهة صاحبه (قوله ولا يعرى عن المضرة) فان قيل لو لم ينقرب بالفسخ يلزم الضرر أيضا وهو أن
يخفى الذى ليس من جانبه الخيار شخصه حتى يعنى مدة الخيار فلزمه العقد شاء أو أبى فيتضرر من له الخيار اذا
أبى لزوم البيع قلنا انما زعم هذا الضرر من جانبه بتقصيره في أخذ الكفيل من صاحبه فكان ضررا مرضيا
بخلاف ما نحن فيه وفي فتاوى قاضيان رحمه الله جل اشترى شيئا على أنه بالخيار ثلاثة أيام فباع المشتري في
الثلاثة الى باب البائع ليرد المبيع فاحتق منه وطالب المشتري من القاضى أن ينصب خصما عن البائع ليرده
عليه اختلفوا فيه قال بعضهم ينصب خصما نظرا للمشتري وقال محمد بن سلمة لا يحجب القاضى الى ذلك ولا
ينصب خصما لان المشتري لما اشترى لم يأخذ منه كفيل مع احتمال تغيبه فقد ترك النظر لنفسه فلا ينظر له
وان لم ينصب القاضى خصما وطالب المشتري من القاضى الاعذار عن محمد رحمه الله فيه روايتان في رواية
يحجبه القاضى الى ذلك فيبعث مناديا ينادى على باب البائع ان القاضى يقول ان خصمك فلان يريد أن يرد
المبيع عليك فان حضرت والا انقضت البيع فلا ينقض القاضى البيع من غير أعذار وفي رواية لا يحجبه

ولا نسلم انه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لان التسليط على الفسخ من لا يمكنه غير معقول ولا مشروع كالتمليك من غير المال وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لان معنى الالتزام على العلم لا على الرضا وكونه لا بد منه في البياعات لانه لا الزام فيها وعوض بان ما ذكرتم من الزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو انه لو لم ينقذ بالفسخ لربما اختفى من ليس له الخيار الى مضي المدة فيلزم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى وأجيب بانه ضرر مرضي به منه بحيث ترك الاستيثاق باخذ السك قبل مخالفة الغيبة واعلم ان مدار دليلهما الزام ضرر زائد عن مرضي به فاذا فات المجموع أو بعضه في بعض الصور لا يكون نقضا فلا يرد ما قيل بالطلاق والاعتاق والعفو عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل الزام وهو (٥١٢) مسوغ لان ذلك من الاسقاطات وما هو كذلك ليس فيه شيء من الالتزام كاسقاط الخلع عن

الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط

عدم علمه لا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به كي لا يتضرر بلزوم الثمن من ماله اذا كان وكيل بالاشراء وينطلق قوله وتصرفه اذا كان وكيل بالبيع ورجع بالعمد المشتري منه الغاذ في تشعب الفساد والحاصل قياسا على تعارض اقياس أبي يوسف على تصرف الوكيل وقياسهما على عزل الوكيل ثم في قياسهما أمور طردية لا معنى لها وهو قوله تصرف في حق الغير بالرفع فان هذا الاثر له في نفي الصحة بلا علم انما أثر في نفي الصحة بلا اذن فان كونه حق الغير يمنع التصرف بلا اذن فهو بالنسبة الى العلم طرد والاذن قد وجد في ضمن شرط الخيار له فان قيل لا نسلم ان شرط الخيار تضمن الاذن له بالفسخ مطلقا انما يكون ذلك لو لم يكن مظنة أن يلحقه ضرر أما اذا كان الفسخ بغير علمه طريق ضرر يلحقه فلا قلنا فاستقام حيث اذن المؤثر ليس الا كون فسخ مظنة ذلك الضرر وضح قولنا ان ما سواه لا أثر له من كونه تصرف في حقه بلا علمه وحيث ذقت فصر النظر على اثبات الضرر ولا يخفى ان الضرر الذي ذكرناه يلحق المشتري اذا كان الخيار للبايع في حين التعارض لان ضرر لزوم القيمة انما يكون بناء على زيادة القيمة على الثمن وهو غير لازم ولا أكثرى بل قد يكون الثمن أكثر من القيمة فهما في محل التعارض بل الغالب أن البيع يكون بما هو قيمة المبيع خصوصا بياعات الاسواق فيبطل ذلك الشق وأما ضرر البائع باعتماده فلا يطلب لسببته مشترى بافانما لحقه من تقصيره حيث لم يستكشف من المشتري في المدة هل فسخت أو لا ومثل هذا كثير في العقدة أعني الزام ما هو ضرر لتقصيره من لزمه في احتياطه لنفسه مع الممكنة بخلاف الوكيل فان ضرره لازم بالزام عن ما يشتريه عليه ان كان وكيل للشراء لان الشراء اذا وجد نقذا لا يتوقف فيتضرر بالزام عن ما لا غرض له فيه ولا حاجة له به وقد لا يكون مالا كالمقدار وما بهادار أقواله أعني عقوده اذا كان وكيل بالبيع وهذا أضرب على النفس من اقتراض المال للدفع الدين لما يلزمه عند الناس من تحقير شأنه ووضع قدره فالوجه لابي يوسف والشافعي أقوى والله أعلم وقوله حيث ذكرنا (ولا نقول انه مسلط) من جهته (وكيف وهو لا يملك الفسخ فلا يملك التسليط) مشاحة لفظة فان المراد من سلطه أذن له في التصرف في حقه ذلك بالرفع في المدة فاذا منع تضمن شرط الخيار الاذن بلا علمه للضرر فكان الاذن مقيدا بعدم محل الضرر وهو حال العلم بجوابه ما ذكرنا من ان نقائه في صورة التعارض وعدم تأثيره في أخرى لتقصيره من يلزمه وهذا أجاب عن المعارضة القائلة لو لم ينقذ من له الخيار بالفسخ يتضرر وهو أيضا لانه يمكن أن يخفى صاحبه في المدة

القاضي الى الاعتذار أيضا فقيل الحمد لله كيف يصنع المشتري قال ينبغي للمشتري أن يستوثق ويأخذ منه وكيل ثقة اذا خاف الغيبة حتى اذا غاب البائع برده على الوكيل (قوله بخلاف الاجازة) لانه لا الزام فيه لانه لا يلزم الاخر باجازه شيئا لان العقد لازم من جانب المشرط عليه الخيار (قوله وكيف يقال) هو مسلط على الفسخ من جهة صاحبه وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط فيما لا يملك المسلط ولكن انما يمكن من

الدابة ولا ما قيل الزوج ينقذ بالرجعة وتحكمها يلزم المرأة وان لم تعلم لانه ليس فيها الزام لان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة الزام أمر جديد سلمناه ان ليس فيه الزام ضرر لان النكاح من عوالى النعم فاستدامته بالرجعة لا تكون ضررا ولا ما قيل اختيار الخيرة ينقذ على زوجها وفيه الزام حكم الاختيار وان لم يعلم به لعدم الالتزام بل ذلك بالتزامه أولانه لا ضرر فيه فان الايجاب فيه حصل منه ولو رأى ضررا ما أقدم عليه أولانه غير زائد على موجب الخيار ولا ما قيل اختيار الامة المعتقة الفرقه يلزم الزوج بدون علمه وفيه الزام لانه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار وهو مرضي به بالاقدام على سببه ولا ما قيل اختيار المالك رفع عقد القسولي يلزم العاقدين بلا علم وفيه الزام عليهما لانه امتناع عن

العقد لا الزام منه ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المرأة وان لم تعلم لانه لا ضرر في العدة أو لكونه بايجاب في الشرع نصادون الطلاق بخلاف الضرر المذكر في خيار الشرط فانه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد أو الاجازة وهو غير مرضي به من جانب الآخر فلا يلزمه الا بعلمه

(قوله لان ذلك الى قوله من الالتزام الخ) أقول العتق اثبات القوة الحكيمة على ما بين لانه اسقاط ولا يظهر أن يقال ليس فيه ضرر (قوله لان النكاح من عوالى النعم الخ) أقول فيه بحث (قوله أولانه غير زائد على موجب الخيار) أقول وكذلك الفسخ في مسئلته نفاذ الاولى أن يقال أولانه مرضي به ولولا ما أقدم على الايجاب (قوله وهو مرضي به ولولا ما أقدم على الايجاب بالاقدام على سببه) أقول سببه الاعتاق لا النكاح

في غير ما لا يملكه المصاير ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغ في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ

(قوله ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه) يشير إلى أن الشرط هو العلم دون الحضور وليس المراد بقوله كفى الكناية الاصطلاحية لأرباب البلاغة لكن المراد به ما استتر به المراد

حتى تنقضي فقالوا هذا الضرر انما يلزمه من جانبه بتقصيره في أخذ الكفيل وأما الجواب بان الضرر بالاختفاء على صاحب الخيار لعجزه عن احضاره لا بالاختفاء في سعة فضل الله تجاوز عنه وقيل الظاهر انه لا يخفى في لانه أمين حيث اثبت الخيار لصاحبه واعلم أن الالزام بهذا الفرع على أحدى الروايتين في فتاوى قاضي خان جاء إلى باب البائع ليرده فاختفى فيه فطلب من القاضي خصم اليرده عليه قال بعضهم ينصب نظرا للمشتري وقال محمد بن سلمة لا يجيبه لان المشتري ترك النظر لنفسه حيث لم يأخذ منه وكلامه احتمال غيبته فلا ينظر له فان لم ينصب القاضي وطلب المشتري من القاضي الاعذار عن محمد بن وايتان في رواية يجيبه فيبعث مناديا ينادي على باب البائع ان القاضي يقول ان خصمك فلان يريد أن يرد المبيع عليك فان حضرت والا انقضت البيع ولا ينقض القاضي بلا عذر وفي رواية لا يجيبه إلى الاعذار أيضا وقيل لمحمد يعني على هذه الرواية كيف يصنع المشتري قال ينبغي للمشتري أن يستوثق في اخذ منه وكيفية الاثبات في الغيبة حتى اذا غاب برده على الوكيل وطريق نقض القاضي على أحدى الروايتين أنه اذا قال الخصم اني أعذرت اليه وأشهد فتواي فيقول القاضي اشهدوا أنه زعم أنه أعذر إلى صاحبه في المدة كل يوم واختفى فان كان الامر كما زعم فقد أبطلت عليه الخيار فان ظهر وأنه كافر فعلى المدعي البينة بالخيار والاعذار وهذا لانه لا يمكن من اقامة البينة على ذلك قبل ظهوره لانه لا يحكم على غائب ولا تسمع حال غيبته للحكم به عليه واذا عرف هذا فالمسائل الموردة نقضا مسلمة لانها على وفق ما ترجح من قول أبي يوسف لكانت ردها بناء على تسليم تمام الدليل فيها أن الخيرة يتم اختيارها لنفسها بلا علم زوجها ويلزمه حكم ذلك وأجيب بان لزوم حكم الطلاق على الزوج بايجابه نفسه وهو تخيير وهو بعد الرضا والعلم وهو مدفوع بان اثبات خيار الفسخ بمنزلة اثبات خيار الطلاق فان كان الطلاق بايجابه فيجوز حال غيبته فكذا الفسخ بايجابه فيجوز حال غيبته ومنها الرجعة فينفرد بها الزوج ويلزم حكمها المرأة حتى لو تزوجت بعد ثلاث حيض ففسخ اذا أثبت الرجعة قبلها أجيب بان الزوج لا يلزمها حكم جديد لان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح وانما ثبت البينة عند فراغ العدة بشرط عدم الرجعة فكأن علمها أن تستكشف شرط تصرفها هل هو وجود أو لا ومنها الطلاق والعناق والعفو عن القصاص فان حكمها يلزم غيره بلا علمه وأجيب بانها اسقاطات لا يلزمها شيء من أسقط عنه فلا يتوقف على علمه ومنها خيار المعتقة يصح اختيارها للفرقة بلا علم زوجها أجيب لاروايه فيها وعلى تقدير التسليم فالخيار أثبتته لها الشرع مما لا يملكه ولا يملكها ولا يخفى أن هذا من فساد الوضع فان كون الشرع أثبت حكم التصرف على الآخر بغير علمه في خيار الخيرة يقتضي أن الشرع لا يوقف صحة التصرف على علم الآخر في ثبوت حكمه في حقه فان قلت في الضرر الذي يلزمه أولا حتى يحتاج إلى جوابه قلنا امتناعه عن تزوج أمة بناء على قيام نكاح التي اعتقت ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين أجيب بان عقدهما لا وجود له في حق المالك اذ لا ولاية لهما عليه فاذا رد فقد بقي عدم شرط الثبوت فان عدم أصلا في حقه فانه يقع الانعقاد حكما ومنها العدة فانما تلزم على المرأة بتطبيق الزوج وان كان بغير علمها أجيب بان العدة لا تجب بالطلاق حتى يتوقف نفاذ الطلاق على علم من تجب عليه العدة الا ترى أنها لا تجب بالطلاق قبل الدخول بل الطلاق تصرف في حق نفسه بإزالة ملكه أقدره الله تعالى عليه فانما تلزم في ضمن الطلاق والعبرة بالمتضمن للامتنع وأما هنا فليس جواز الفسخ له بتسلط صاحبه لما ذكرنا وقد عرف ما فيه * (فروع) * اشترى غلاما

الفسخ لان العقد غير لازم في حقه وبفوت صفة الزوم يمكن من الفسخ بالرضا صاحبه ولكن لا يتم كفى الو كالات والشركات والمضاربات وهذا بخلاف الوكيل حيث يتصرف بغير علم الموكل لانه مسلط على التصرف من جهة الموكل فتسلطه اياه على التصرف فوق علمه به ولا يلزم ما اذا كان الخيار للبائع

قال (واذا مات من له الخيار بطل خياره

على أنهما بالخيار فرضي أحدهما لارد لا آخر عنده وقال له رد نصيبه ولو كان الخيار للعاقدين فقال البائع
بحضوري والمشتري أخرته ثم قال المشتري فسخته بحضوريه انفسخ فان هلك في يد المشتري سقط الثمن ولو بدأ
المشتري بانفسخ ثم البائع بالاجازة ثم هلك فعلى المشتري قيمته ولو تفاسخ العقد ثم هلك في يد المشتري قبل الرد
يبطل حكم الفسخ ذكره في المجتبى وفي الفتاوى باع أرضا على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام وتقابضا ثم نقض
البائع البيع بقى الأرض مضمونة على المشتري وللمشتري حبسها لاستيفاء الثمن الذي كان دفعه إلى البائع
فإن أذن البائع بعد ذلك للمشتري في زراعتها فزراعتها من أمانته عند المشتري وكان البائع أن يأخذها متى
شاء قبل أن يرد الثمن وليس للمشتري حبسها لأنه لما زرعها باذن البائع صار كأنه سلمها إلى البائع ولو مرض
العبد والخيار للمشتري فلقى البائع فقال له نقضت البيع ورددت العبد عليك فلم يقبل البائع ولم يقبضه فان
مضت المدّة والعبد مريض لزم المشتري وإن صح فيها فلم يرد حتى مضت كان له أن يرده على البائع بذلك الرد
الذي كان منه ومن باع على أنه بالخيار فصالحه المشتري فصالحه البائع على أن يسقط الخيار ويضئ
البيع جاز وطالب له ادخاله زيادة في الثمن وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على أن يسقط الخيار
ويحط عنه من الثمن كذا أو يعطيه هذا العرض جاز لأنه زيادة في المبيع أو حط من الثمن ولو أمره ببيع عبده
على أن يشترط الخيار له ثلاثة أيام فباعه مطلقا لم يجز ولو أمره مطلقا فباعه بشرط الخيار لا أمره أو لا جني صح
ولو كرهه بالشراء أو كسلاحيها فهو على ما ذكرنا من التفصيل إلا أن العقد متى لم ينفذ على الأمر ينفذ على
المأمور بخلاف البيع لأن الشراء إذا لم يجد نفاذا نفذ على العاقد (قوله واذا مات من له الخيار بطل خياره)

فاعتق المبيع أو دبر أو كاتب أو وهن أو وطئ أو قبل بشهوة أو وهب أو أحرق فانه ينتقض البيع وإن لم يعلم
المشتري لأن ثبوت الفسخ ههنا ضمني لا بقصد المتصرف فلا يتوقف على العلم كالموكل إذا أعتق العبد الذي
وكل يبيعه ينزل الوكيل وإن لم يعلم به بخلاف ما عرّضه قصدا فان قيل يشك على قولهما أنه تصرف بلا حق
حق الغير وهو العقد بالرفع مسائل منها خيار الخيرة فانه اختار نفسه بدون علم الزوج فينفذ ذلك عليه وإن لم
يرض ولم يعلم وفيه الزام حكم الاختيار على الزوج من غير علمه ومنها الرجعة فان الزوج ينفرد بالرجعة ويلزم
حكم الرجعة على المرأ من غير علمها ومنها الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ومنها خيار الامة المعتقة
حيث يصح اختيارها للفرقة بدون علم الزوج ومنها خيار المالك وهو فيما إذا باع مال غيره فان للمالك خيارا
فيه فلورداره بدلا علم المتعاقدين ومنها العدة فانها تلزم الانسان من جانب الغير بدون علمه قلنا أما الجواب
عن الاولى فان الزوج انما يلزمه حكم الطلاق بإيجابه وذلك فوق رضاه وعلمه فكان بمنزلة ما يلزم الموكل
بتصرف الوكيل وأما من الرجعة فان الزوج بالرجعة لا يلزمها حكما جديدا لان الطلاق الذي ثبت به
الرجعة لا يرفع النكاح فكان النكاح ثابتا بحاله قبل الرجعة وانما تثبت البيّنونة عند انقضاء العدة بشرط
عدم الرجعة من الزوج في مدة العدة وأما عن الطلاق ونحوه فانه من الاسقاطات فلا يلزم على من أسقط عنه
شيء وأما خيار الامة المعتقة فانه مسألة لار واية فيها من الجواب عنها ان سلم أن الخيار ثبت لها بتخير الشرع
اياها فصار كالموكل بتخير الزوج لأن الشرع ولا ية علينا أو أمارد المالك ببيع الفضولي فان العقد لا يوجب
حق المالك الا بالاجازة لأنه ليس للعاقدين على المالك ولاية فاذا رد فعدا عدم شرط الثبوت في حقه فانه عدم
أصلا وأما العدة فانه لا يجب بالطلاق ألا ترى أنها لا يجب بطلاق قبل الدخول بل الطلاق لقطع الملك الا أنه لم
يقدر على قطع الملك لحقه فيبقى الحق إلى حين فكان لزوم العدة على المرأة في ضمن اقدار الله تعالى الزوج على
قطع ملكه بالطلاق بعد الدخول فكان الاعتبار للمتمتعين لا للمتضمن (قوله واذا مات من له الخيار بطل
خياره) هذا اللفظ بعمومه يتناول البائع والمشتري وغيرهما واذا مات من له الخيار فانه بالخيار باق بالاجماع ثم

البيع بخلاف ما اذا مات
من عليه الخيار فانه باق
بالاجماع وقال الشافعي
رحمته الله اذا مات من له الخيار
انتقل الخيار إلى وارثه لانه
حق ثابت لازم في البيع
فيجوز فيه الارث كخيار
العيب وكخيار تعيين المبيع
بان اشترى أحد الثوبين
على أنه بالخيار يأخذ أحدهما
شاء ولنا أن الخيار لا يقبل
الانتقال لانه ليس الامشية
وارادة وهما عرضان
والعوض لا يقبل الانتقال
والارث فيما يقبل الانتقال
لانه خلافة عن المورث بنقل
الاعيان إلى الوارث وهذا
معقول لا معارض له من
المنقول فيكون معمولا به
لا يقال قال عليه الصلاة
والسلام من ترك مالا أو
حقا فلورثته والخيار حق
فيكون لو رثته لان المراد به
حق قابل للانتقال بدليل
قوله فلورثته على ما مر
والخيار ليس كذلك قيل
المالك بصفة تنتقل من
المورث إليه في الاعيان
فهلا يكون الخيار كذلك
وأجيب بان المنتقل هو العين
ونقل المالكية ضمني قيل
فليكن خيار الشرط كذلك
بان ينتقل المبيع من المورث
إلى الوارث ثم الخيار يتبعه
ضمنا وأجيب بان الخيار
ليس من لوازم المبيع بل
الأصل عدمه وكمن مبيع

لخيار فيه بخلاف المملوك فانه يستلزم مالكية مالك وفيه نظر فان الكلام في المبيع بشرط الخيار لا في مطلقه
والخيار يلزمه والصواب أن يقال الغرض الأصلي من نقل الاعيان ملكيتها ولو ليس الخيار في المبيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقالها هو

الغرض الأصلي انتقال ماله كذا فان قيل القصاص ينتقل من المورث الى الوارث بذاته من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك أوجب بانه ثبت للوارث ابتداء لانه شرع للتشفي وهمافي ذلك سياتي الآن المورث متقدم فاذا (٥١٥) مات زال التقدم وثبت للوارث بما ثبت

للمورث أعني التشفي والخيار ثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقدا ولا شرط لا يقال المبيع بشرط الخيار غير لازم فيورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفي به ما ذكرتم لان كلامنا مع من يقول بالنقل وما ذكرنا يدل على انتفاءه ولو التزم ملتزم ما ذكرتم قلنا المبيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقدا وفي حق الوارث والاول مسلم ولا كلام فيه والثاني عين النزاع (قوله بخلاف خيار العيب) جواب عما قاس عليه وتقريره لان تسليم بطريق النقل بل المورث استحق المبيع سلميا فكذلك الوارث فكان ذلك نقلا في الاعيان دون الخيار وذلك لان سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الغائب لان ذلك الجزء من المال مستحق للمشتري بالعقد فاذا طالب البائع بالتسليم وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لانه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث وكذا خيار التعيين

ولم ينتقل الى ورثته) وقال الشافعي يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجوز فيه الارث بخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الامشئته وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سلميا فكذلك الوارث فاما نقس الخيار لا يورث وأما خيار التعيين يثبت بانعكاسه كان أو مشتريا (ولم ينتقل الى ورثته) واذا بطل خياره يلزم البيع فان كان الخيار للبايع دخل ثمن المبيع في ملك ورثته وان كان الخيار للمشتري دخل المبيع في ملك ورثته وللبيع في التركة ان لم يكن قبضه وقيد بمن له الخيار لانه اذا مات العاقدا الذي لا خيار له فلا يحرم على خياره بالاجماع فان أمضى مضى وان فسخ انفسخ (وقال الشافعي يورث عنه) وبه قال مالك على ما هو في كتبهم المشهورة (لانه) أي الخيار (حق) للانسان (لازم) حتى ان صاحبه لا يملك ابطاله (فيجوز فيه الارث كخيار العيب والتعيين) فانهم ما يورثون بالاتفاق (ولنا ان الخيار ليس الامشئته وارادة فلا يتصور انتقاله) لانه وصف شخصي لا يمكن فيه ذلك (والارث فيما) يمكن (فيه الانتقال) وهو الاعيان ولفظ مشئته منصوب على انه خبر ليس وفي الشرع من أنه بدل من الخبر وتقديره أن الخيار ليس شيئا الامشئته معني على قول ضعيف في العربية من أن يقدر الممول غير مفرغ العامل له ويجعل ما بعد الابدله والمختار أن المفرغ له هو الممول ففي ما قام الازيد بدفعه بخلاف ما قاسوا عليه من خيار العيب لان الارث فيه التعيين ومن جملة الجزء المستحق فاذا دخل في ملكه تمام الاجزاء وبعضها محتبس عند انسان كان يختار أن يترك حقه أو يطلبه وهذا معني ثبوت خيار العيب غير أن طلبة لا يمكن شرعا الا براد الكل وأما خيار التعيين فجعله أصلا آخر للشافعي لا يصح على أصله لانه لا يميز خيار التعيين فكانه ذكره الزاما لنا وجوابه كذلك أن المورث هو أحد العينين المخير في تعيينه فينتقل الى الوارث ذلك ولازمه اختلاط المالكين فصار كما اذا ورث مالا مشتركا فثبت حكم ذلك وهو وجوب التعيين والافراز وهو معني الخيار فناء الخيار لازما للعين المورثة وفي الموضوعين ضمنا لا قصدا على وجه الاستقلال ولا يمكن ذلك فيما فيه خيار الشرط لان المبيع ليس ملزوما للخيار لينتقل الى الوارث بما فيه على أنه لا يتصور فيما اذا كان الخيار للمشتري فانه لم يدخل المبيع في ملكه عند أبي حنيفة فلا يورث ووجهه قوي على ما تقدم ويقال على أصل الدليل قولكم لا يتصور انتقال الوصف ان أردت حقيقة فسلم لكن مرادنا بالانتقال أن ثبت للوارث شرعا ملكا خالف ملك الميت أو استحقاقه لآعين ذلك المالك والاستحقاق المقيد بالاضافة الى الميت لان ذلك غير ممكن فالوجه في الاستدلال يس الآن يقال بثبت ذلك شرعا في أملاك الاعيان معلوم متفق عليه وأما ثبوته عن الشرع في غيرهما من الحقوق فيتوقف على الدليل السمعى ولم يوجد وفي المدرك الشرعى يكفي لنفي الحكم الشرعى فان قالوا بل قد وجد وهو ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من ترك مالا أو حقا فليورثته ومن ترك كالا أو عيالا فالي قلنا الثابت قوله ما في الصحيح وأما الزيادة الاخرى فلم تثبت عندنا وما لم يثبت لم يتم به الدليل وأما الجواب بان المالك انما ينتقل في ضمن انتقال العين فيعد أنه في غاية الضعف اذ لا معنى لكون الارث انتقالا لنفس ذات العين والمالك يتبعها بقليل تامل فان حقيقة انتقالها انما هو في الممكن قال الى أن المراد انتقال ملكها ليس غير ثم بينا أن المراد بقولهم انتقل ملكها بما ينفي كل ذلك الكلام والمحاورات المكتوبة في بعض

لما بطل الخيار عندنا يلزم البيع وقال مالك رحمه الله يفسخ العقد (قوله كخيار العيب والتعيين) أي خيار تعيين المبيع بان يشتري أحد الثوبين على أنه بالخيار ياخذ أيهما شاء وخيار الزبوة على أصلكم كذا في الاسرار (قوله ولنا أن الخيار ليس الامشئته) أي في رده فان معني قولنا فلان بالخيار في كذا أي الشئنة اليه ان شاء فعل وان شاء لم يفعل ومشئته صفة لازمة له ولا يحتمل الانتقال منه الى الوارث وغيره لا ينتقل بل الخيار سقط بالموت لكن الوارث ورث المبيع وهو محمول فثبت له خيار التعيين وكن اختطاطه بالرجل ثبت له خيار التعيين وهذا الخيار غير ذلك الخيار ألا ترى ان المورث كان له أن يفسخ قوله وكان خياره موقتا والوارث ليس له الفسخ وليس خياره بموقوف

للاورث ابتداء لا اختلاط ملكه بملك الغير لان الورث الخيار قال (ومن اشترى شيئاً بشرط الخيار لغيره فابهم
أجاز جاز الخيار وأبهم انقضاء انتقض) وأصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز استحساناً وفي القياس لا يجوز
وهو قول زفر لان الخيار من مواجب العقود وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري

الشروح هذا ويلزمه على تقدير ثبوته أن الورث خيار المجلس عندهم والمنقول عنهم عدمه ثم نقول مقتضى
النظر أن يتفرع عدم انتقال الخيار الى الورثة على قول أبي حنيفة أما على قولهما فينبغي أن الورث فابهم
يثبتان الملك للمشتري بالخيار في العين فينتقل الى الورثة عيناً ولو كنهه فيها خياراً أن يفسخ كفي خيار العيب
بعينه وفي خيار البائع ينتقل الثمن ولو كالههم (قوله ومن اشترى شيئاً بشرط الخيار لغيره) يعني لغير الذي
ليس هو عاقداً والافغير يصدر على البائع (فابهم أجاز) من الشارط العاقد والمشرطه الذي هو غيره
(أجاز وأبهم انقضاء) البيع (انتقض) فلغظ من مبتدأ والجملة الشرطية وهي أبهم أجاز خبره واذ تضمن
المبتدأ معنى الشرط جاز دخول الفاء في خبره نحو الذي يأتي في ذرههم (وأصل هذا) أي جواز اشتراطه لغير
العاقد (أن جوازه استحساناً وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر) وقول الشافعي وبقولنا قال مالك وأحمد وهو
الأصح من مذهب الشافعي إلا أن في ثبوته للعاقدة مع ذلك الغير وجهين في وجه يثبت لهما وفي وجه يثبت للغير
وحده وعلى قوله الموافق لقول زفر فيه وجهان في وجه يفسد البيع وفي وجه يصح البيع ويبطل الشرط
وجه (قول زفر أن الخيار من مواجب العقود وأحكامه) فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن
على غير المشتري) واشتراط ملك المبيع لغير المشتري واشتراط تسليم الثمن أو المبيع على غير العاقد
ولان هذا تعليق انفساخ البيع وابهرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك وقياساً على خيار الرؤية
والعيب وجهه الاستحسان أن الحاجة قد تمس الى اشتراطه للغير لان شرعيته لاستخلاص الرأي وقد
يكون الانسان يعلم من نفسه قصور الرأي والتدبير غير واثق به في ذلك بل بغيره ممن يعلم خرمه وجودة
رأيه ومعرفة بالقيم وأحوال البياعات فبشرط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته فيجب تصحيحه وأجنيبيه

كسائر صفاته من القدرة والحياة والارث فيما يحتمل الانتقال الى الورث فابهم لا يحتمل الانتقال فلا يورث
ملكه في ملكه وحده وأم ولده والعقد لا ينتقل الى الورث لانه انما يورث ما كان قائماً والعقد قول قديم
وتلاشي فلا يتصور انتقاله الى الورث وانما يملك الورث الاقالة لقيامه بمقام المورث في ملكه لافي العقد فان
الملك يثبت ولاية الاقالة ألا ترى أن اقالة الموكل من البائع صحيحة والعاقد هو الوكيل دون الموكل فان قيل
ما ذكرتم من عدم انتقال صفة التوريث منقوض بتوريث الاعيان فان المالكية في الاعيان صفة
للمالك الاعيان ثم هي تنقل من المورث الى الورث في حق الاعيان قلنا كذلك بل العين تنتقل أولاً الى
الورث وفي ضمن انتقال العين يثبت الملك للورث ابتداءً لأن مالكية المورث تنتقل اليه فان قيل فما يمنعكم
من أن تجعلوا خيار الشرط كذلك بان ينتقل المورث الى الورث وفي ضمن انتقاله ينتقل الخيار معه الى الورث
قلنا ليس من لوازم البيع الخيار بل الاصل عدم الخيار فكم من بيع لا خيار فيه فلا يلزم من انتقال المبيع الى
الورث انتقال الخيار وأما المماول فلا يتصور بدون المالك فان قيل قد ينتقل الحق ارضاً من المورث الى
الورث بدون أن ينتقل محل الحق اليه وهو العين كما اذا مات ولي القصاص ينتقل حق القصاص الى وارثه
قلنا لا ينتقل بل ثبت ابتداءه لتشي صدور ولا يمكن أن يجعل الخيار كالقصاص لان الخيار ثبت بالعاقد
والشرط والورث ليس بعاقد ولا شرط فلا يثبت في حقه وأما شفي التصرف فمشمول السجل الآن المورث
لتقدمه على الورث كان الاستغناء له فاذا مات فقد ذهب التقدم فيختلفه من كان أقرب اليه (قوله لا اختلاط
ملكه بملك الغير) فان قيل الاختلاط مشترك فلم يكن هو أولى بالتعيين من البائع قلنا لان مورثه ملك أحد
العبدین على وجه يكون له ولاية التمييز والتعيين بالشرط فملكه الورث كذلك بخلاف البائع اذ ملكه في
أحدهما لا يكون بهذه الصفة (قوله لان الخيار من مواجب العقود وأحكامه) أي لو شرط في العقد يصير حقا

قال (ومن اشترى بشرط
الخيار لغيره) تقر بكلامه
ومن اشترى بشرط الخيار
لغيره جاز حذفه دلالة قوله
فابهم أجاز جاز يعني من
المشتري وذلك الغير على
المحذوف واشتراط الخيار
لغيره لا يجوز في القياس
وهو قول زفر لان الخيار
اذا شرط في العقد صار
حقاً من حقوقه واجبا من
واجباته بمقتضى الشرط
المسوغ شرعاً وما كان من
مواجب العقد لا يجوز
اشتراطه على غير العاقد
كاشتراط الثمن على غير
المشتري أو اشتراط تسليمه
على غيره أو اشتراط الملك
لغيره لكن العلماء الثلاثة
استحسنوا جوازه لان الحاجة

قد تدعو الى اشتراط الخيار
للاجنبي لكونه أعرف
بالمبيع أو بالعقد فصار
كلا احتياج الى نفس الخيار

(قوله حذفه دلالة قوله الخ)
أقول ويجوز أن يكون قوله
فابهم أجاز جاز خبراً
بالتأويل المشهور في وقوع
الانشاء خبراً وهو تقرير
القول قال المصنف (لان
الخيار من مواجب العقد)
أقول فيه بحث (قوله واجبا
من واجباته) أقول فيه
بحث والظاهر أن يحمل
الكلام على التشبيه والمبالغة
فيه أي كبعض مواجب
العقد

وطريق ذلك أن يثبت بطريق النيابة عن العاقد اقتضاء اذلاوجه لا ثباته للغير اذ لا فيجعل كأنه شرط له فلهذا وجعل الاجنبي نائباً عنه في التصرف تصححاله بقدر الامكان وفيه بحث من وجهين أحدهما ان شرط الاقتضاء أن يكون المقتضى أدنى منزلة من المقتضى ألا ترى أن من قال ابعده حنف في عينه كفر عن يمينك بالمال لا يكون ذلك تحريراً للاقتضاء لان التحرير أقوى من تصرف التكفير لكونه أصلاً فلا يثبت تبعاً لفرعه ولا يخفى ان العاقد أعلى مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصححاله جاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد أولاً ثم على الغير كفالة عنه كذلك وأجيب عن الاول بان الاعتبار للمقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الاصل نظر الى الخيار والعاقد أصل (٥١٧) من حيث التملك لا من حيث الخيار فلا يلزم

ثبوت الاصل بتبعه فروعاً
وأما التحرير فانه الاصل
في وجوب التكفارة المالية
فلا يثبت تبعاً لفرعه وعن
الثاني بان الدين لا يجب على
الكفيل في الصحيح بل هي
الالتزام المطالبة والمذكور
ههنا هو الثمن على الاجنبي
وثبوت المقتضى لتصح
المقتضى ولو صححت الكفالة
بطريق الاقتضاء كان مبطلاً
للمقتضى وعاد على موضوعه
بأنقص فان قيل فليكن
بطريق الحوالة فان فيها
المطالبة بالدين فالجواب أن
المشتري أصل في وجوب
الثمن عليه فلا يجوز أن
يكون تابعا لغيره وهو
المحال عليه (واذا ثبت الخيار
لكل واحد منهما فإيهما
أجاز جاز وأيهما نقض
انتقض) ولو اختلف فعلهما
في الاجازة والنقض اعتبر
السابق لعدم ما يزاوجه
(ولو خرج الكلامان معا
اختلفت الرواية) ففي رواية
(قوله تصححاله بقدر

ولمات الخيار للغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائباً عنه تصححاله التصرف فوعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فإيهما أجاز جاز وأيهما منقض انتقض (ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق) لوجوده في زمان لا يزاوجه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا عن العقد انما تمنع ان سئلنا صحة ما نعيته لو أخرناه أصلاً مستقلاً لكننا لم نعتبره الا بتبع الثبوت للاشتراط للعاقد فيثبت اشتراط نفسه اقتضاء تصححاله التصرف فيثبت لهما واستشكل باستلزامه ثبوت ما هو الاصل بطريق الاقتضاء والثابت به انما هو يكون تبعاً قلنا الملازمة ممنوعة لان المراد التبعية والاصالة بالنسبة الى ما هو المقصود أولاً بالذات لا بالنسبة الى الوجود فان قصدوا بالذات في قوله أعتق عبداً عني بانفائهما هو العتق فكان التملك مقصودا للغير تبعاً لقصد ليصح العتق عنه وان كان أصلاً بالنسبة الى الوجود فكذلك هذا المقصود أولاً بالذات ليس الا اشتراط للاجنبي لانه هو الذي يحصل به مقصود العاقد بافرض فكان ثبوت العاقد تبعاً للمقصود ليصح المقصود به فكان ثبوته بطريق الاقتضاء واقعا على ما هو الاصل في الاقتضاء هذا هو التحقيق ان شاء الله تعالى ولا حاجة في جوابه الى تكفيراً اذ فان قيل فلم لم يحجز اشتراط الثمن على الاجنبي وثبتت كفالة اقتضاء كما يثبت الخيار له ويثبت للعاقد اقتضاء أجيب بان الثمن دين على العاقد والكفالة ليس فيها نقل الدين على الكفيل فلو ثبتت الكفالة اقتضاء لا اشتراط على الاجنبي أبطلت المقتضى وهو اشتراط فانه لا ينعني به ثبوته على المشتري عليه على ما هو ثابت على العاقد نعم لو كلفه كفالة صريحة بالثمن الدين صح (وعند ذلك) أي صيرورة الخيار لهما (يكون لكل منهما الخيار فإيهما أجاز جاز وأيهما منقض) البيع (انتقض ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاوجه فيه غيره ولو خرج الكلامان معا

من حقوق العقد وواجباً من مواجبه (قوله فيقدم الخيار له اقتضاء) كقوله أعتق عبداً عني على ألف درهم فاعتق فان الأمر بصير مشترياً بأمته أولاً وموكلاً اياه بالعتق عندنا تصححاله لا مرد وفرض رحمه الله لا يقول بالاقتضاء فهذه فرع تلك المسئلة المذكورة في الهداية فان قيل ان شرط الثمن على الاجنبي وجب أن يصح بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد أولاً ثم على الاجنبي بطريق الكفالة قلنا هذا لا يصح لان الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هو في ذمة الاصيل والكفالة التزام المطالبة والمذكور وهما أن الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضى لتصح المقتضى والكفالة لو صححت بطريق الاقتضاء كان مبطلاً للمقتضى فعاد على موضوعه بالنقض فان قيل شرط صحة المقتضى أن يكون هو أخطرتبسة وأدون منزلة من المقتضى الذي هو المذكور وعن هذا قلنا لم يثبت الحرية للعبد الحانث في عينه في قول المولى له كفر يمينك بالمال وان كانت صحة التكفير مقتضية للحرية سابقاً على التكفير بالمال اذ لا يصح هو بدون الحرية لئلا أن الحرية أصل أقوى منزلة من تصرف التكفير فلم يثبت الحرية لذلك بطريق الاقتضاء قلنا نعم كذلك الا أن الاصل قد

الامكان) أقول وهذا وجه ثبوت اقتضاء (قوله والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصححاله جاز اشتراط الخ) أقول في ظاهر عبارته تناقض بيانه انه جعل الخيار نائباً للعاقد من اقتضاء ثم جعل اشتراط الخيار للغير اقتضاء ودفع التناقض ان النيابة تثبت اقتضاء وان كان شرط الخيار يثبت بصريح اللفظ للغير وأما اشتراط الخيار للعاقد فيثبت اقتضاء لانه لم يثبت صريحاً فتأمل ذلك (قوله فالجواب ان المشتري أصل الخ) أقول فيه بحث لانه لم لا يجوز أن يقال هنا أيضاً الاعتبار للمقام وهو المقصود بالبائع بمطالبة الثمن وجوابه ان الثمن على المشتري بحسب وضع الشرع

بيع المبسوط (يعتبر تصرف العاقد) فسحاً كان أو اجازة (و) في رواية ما دون المبسوط (يعتبر تصرف الفسخ) سواء كان من العاقد أو من غيره (وجه) القول (الاول أن تصرف العاقد أقوى) والاقوى يقدم على غيره وفقه ذلك أن تصرف النائب إنما يحتاج اليه عند انتفاء تصرف المذوب وأما عند وجوده فلا (٥١٨) احتياج اليه واستشكل بما اذا وكل رجلاً آخر بطلاق امرأته لاسننه فطلقاتها الوكيل

يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى وجه الاول أن تصرف العاقد أقوى لان النائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني ان الفسخ أقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا يلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد والثاني قول أبي يوسف واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معاً فلهذا يعتبر فيه تصرف الموكل وأبو يوسف يعتبر بهما قال

يعتبر تصرف العاقد في رواية كتاب البيوع نقض أو أجاز (والتصرف) الذي هو الفسخ في أخرى هي رواية كتاب المأذون سواء كان من العاقد أو وكيله الاجنبي (وجه الاول أن تصرف العاقد أقوى لان النائب يستفيد الولاية منه) والتصرف الصادر عن اصاله أقوى من التصرف الصادر عن نيابة واستشكل بما اذا وكل رجلاً آخر بطلاق امرأته فطلقاتها معاً فالواقع طلاق أحدهما لا طلاق الموكل عيناً ولو كان المرحج الاصيل تعين اطلاقه أجيب بان الوكيل في الطلاق سفير كوكيل في النكاح فكانت عبارته عبارة عنه فالصادر من كل منهما عين الصادر من الآخر (وجه الثاني أن) لا ترجح بكونه أصيلاً أو وكيلان الوكيل بعدما استفاد الولاية على الفعل كان مثله فاستويان ثم يرجح بنفس التصرف (الفسخ أقوى) لانه يلحق المجاز فيبطله والاجازة لا تلحق المفسوخ فتبرمه قال شمس الامة الصحيح ما ذكر في المأذون ثم قالوا (الاول قول محمد والثاني قول أبي يوسف واستخرج) هذا الترجيح من مسألة اختلافهما هي ما اذا وكل غيره ببيع عبده فباع الموكل من رجل والوكيل من آخر فمحمد جعل البيع من باع منه الموكل ترجيحاً لتصرفه للاصالة (وأبو يوسف يعتبر بهما) على السواء

ثبتت اغير العاقد ههنا الوجه آخر فلذلك جاز أن ثبت خيار العاقد اقتضاء وذلك ان شرط الخيار من قبيل الالفاظ بحيث لا يثبت بدون اللفظ وغير العاقد أصلاً في حق اللفظ لانه أثبت له الخيار باللفظ قصداً وأما الحرية فلم يست من خواص اللفظ اذا الحرية تثبت في شراء القريب وارثه بدون اللفظ فكانت الحرية جالبة عن جهة التبعية فلا تثبت في ضمن ما هو تبعية له او ودواله التكفير وأما ههنا فالعاقد تبع لغير العاقد في اشتراط الخيار في حق اللفظ فثبت بطريق الاقتضاء (قوله يعتبر تصرف العاقد في رواية) في بيع الاصل تصرف المالك أولى نقضاً كان أو اجازة وتصرف الفسخ في رواية المأذون (قوله والمفسوخ لا يلحقه الاجازة) فان قبل المفسوخ طهقه الاجازة لا ترى أن الخيار اذا كان للبائع أو للمشتري فالتقاء اقتضاء البيع ثم هلك عند المشتري قبل أن يقبضه البائع يحكم الاقالة فعلى المشتري الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان للبائع فكان ذلك فسحاً للفسخ وهو اجازة للمفسوخ وأجيب بان الكلام في ان الاجازة لا تلحق المفسوخ وما ذكرتم فسحاً لا اجازة (وقيل الاول قول محمد والثاني قول أبي يوسف) في المبسوط قيل والثاني أصح ولعل قوله ولما ملك كل واحد منهما التصرف

والموكل معاً فان الواقع طلاق أحدهما لا بيعه وأجيب بان الترجيح يحتاج اليه عند تنافي الفعلين كالفسخ والاجازة وأما اذا اتحد الماطلوب حاصل بدوره فلا حاجة اليه (وجه) القول (الثاني ان الفسخ أولى لان المجاز يلحقه الفسخ كما لو أجاز والمبيع هلك عند البائع) والمفسوخ لا يلحقه الاجازة فان العقد اذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا يلحقه الاجازة ولا يخفاه في قوة ما يطراً على غيره فيزيله على ما ليس كذلك ونوقض بما اذا لاقى من له الخيار غير فتناقضا المبيع ثم هلك المبيع عند المشتري قبل قبض البائع يحكم الاقالة فان على المشتري الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان للبائع فكان ذلك فسحاً للفسخ وهو اجازة للمفسوخ وأجيب بان الكلام في ان الاجازة لا تلحق المفسوخ وما ذكرتم فسحاً لا اجازة (وقيل الاول قول محمد والثاني قول أبي يوسف) في المبسوط قيل والثاني أصح ولعل قوله ولما ملك كل واحد منهما التصرف

رجحنا بحال التصرف اشارة الى ذلك يعني لما كان كل منهما أصلاً في التصرف من وجه العاقد من حيث لتمام (ومن) والاجنبي من حيث شرط الخيار لم يترجح الامر من حيث التصرف فرجحنا من حيث حال التصرف لا يقال الفسخ والاجازة من نواحي الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار لان جهة تلك العقد عارضة في ذلك (قوله واستخرج ذلك) يعني أن المنسوب اليهما ليس بمقول عنهما (و) انما (استخرج بما اذا باع الوكيل من أحد والموكل من غيره معاً فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وأبو يوسف يعتبر بهما) (ومن)

ويجعل العبد مشتركا بينهما بالنصف ويخير كل واحد من المالكين ان شاء أخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نفقض البيع ووجه الاستخراج ان تصرف الفاسخ أقوى عند أبي يوسف من هذه المسئلة انه لم يرجح تصرف المالك كما يرجح محمد فلم يرجح تصرف المالك ظهر أثر ذلك في مسئلة بيع الموكل والوكيل يكون العبد بين المشتريين بالنصف فلما لم يثبت الرجحان هناك لتصرف المالك لما لكتبه والرجحان ثابت هنا لتصرف الفسخ في نفسه لما ذكرنا انه وادعى الاجازة لا على العكس رجحنا بحال التصرف وهو تصرف الفسخ لانه لا معارض لهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غيره المالك فقلناه كذا في النهاية وهو كلام لا وضوح فيه لان عدم رجحان تصرف المالك لما لكتبه هناك لا يستلزم رجحان الفسخ هنا ولا يدل عليه نعم هو يدل على ترجيح الفسخ على الاجازة (٥١٩) لاعلى وجه الاستخراج ولعل الاوضح

في وجه ذلك أن يقال
الوكيل من الموكل هناك
بمنزلة الاجنبي من العاقد
ههنا في كون كل واحد منهما
يستفيد الولاية من غيره
فترجح تصرف العاقد من محمد
كتر رجح تصرف الموكل منه
وترك ترجيح تصرف
المالك من أبي يوسف
واعتبارهما يدل على انه
لا ينظر الى أحوال المتصرفين
لتساويهما فيه فيبقى الغطر
في حال التصرف نفسه
والفسخ أقوى لما ذكرنا
قال (ومن باع عبدين بالف)
هذه المسئلة على أربعة أوجه
لان فيها تفصل الثمن
وتعيين من فيه الخيار فما
أن لا يحصل أو حصلا جميعا
أو حصل التفصيل دون
التعيين أو العكس من
ذلك فان كان الاول بان
باع عبدين بالف درهم
على أنه بالخيار في أحدهما
ثلاثة أيام ففسد البيع
لجهالة المبيع والثمن وجهالة
أحدهما مقسدة ففهمتها
أولى وذلك لان الذي فيه

(ومن باع عبدين بالف درهم على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالببيع فاسد وان باع كل واحد منهما بخمسمائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع) والمسئلة على أربعة أوجه أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لان الذي فيه الخيار كالمخرج عن العقد اذا العقد مع الخيار لا ينفق في حق الحكم فيبقى الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرط الانعقاد

فيجعل العبد مشتركا بينهما ويخير كل منهما لتفرق الصفقة وعيب الشر كقول عبد محمد يصح في النصف وينفسخ في النصف أي فيما اذا شرط الخيار بغيره لكن يتخير صاحبه لتفرق الصفقة عليه (قوله ومن باع عبدين بالف على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالببيع فاسد والخ والمسئلة على أربعة أوجه) في ثلاثة البيع فاسد وفي واحدة صحيح (أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار) وهي المذكورة في الجامع الصغير ويمكن أن يكون هو المراد بالكتاب في قوله (وهو الوجه الاول) المذكور (في الكتاب) والظاهر أنه يريد به لبداية لان الهداية تشرحها (وفسادها لجهالة المبيع والثمن) جميعا وذلك أن الذي فيه الخيار لا ينفق المبيع فيه في حق الحكم فكان كانه خارج عن البيع والمبيع انما هو في الآخر وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار ثم ثمن المبيع مجهول لان الثمن لا ينقسم في مثله على المبيع بالاجزاء وثانيها وهو الوجه الجائر أن يعين كلا بان يقول بعث كل واحد من هذين بخمسمائة على أني بالخيار في هذا الانتقاء المفسد من جهالة أحد الأمرين فان قيل ان اتفق مفسد الجهالة فقد يتحقق مفسد آخر وهو أنه جعل قبول العقد في الذي فيه الخيار وهو غير داخل في الحكم شرط لان انعقاده في الذي ليس فيه الخيار وذلك مفسد كما لو جمع بين حرو وعبد وحيث لا يجوز البيع في العبد أجاب عنه المصنف بعد الإشارة الى السؤال بقوله (وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرط الانعقاد

ويخير كل واحد منهما ان شاء أخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نفقض البيع لتفرق الصفقة ولم يرجح تصرف المالك على تصرف الوكيل والفسخ خارج على الاجازة علم أن الفسخ أولى عنده من الاجازة (قوله وقبول العقد في الذي فيه الخيار) جواب شبهة وهو أن يقال ينبغي أن يفسد العقد في هذه الصورة أيضا لو جرد المفسد وهو قبول العقد في الذي لم يدخل العقد لان العبد الذي فيه الخيار غير داخل في العقد حكما وقبول كل واحد منهما شرط لصحة الاتحرف فكان بمنزلة من جمع بين قرن وحرو باعهما وأنه لا يجوز أو باع ثوبين على أنهما حرو وبان فاذا أحدهما مروى فقال ليس هذا كذلك فان الحرو والمروى غير داخل في العقد لان انعقادهما لا حكم لانه ليس بحمل للبيع أصلا فلذلك كان قبول العقد فيه شرطا مفسدا للعقد في القن وأما ههنا الذي فيه الخيار بحمل البيع فكان داخلا تحت البيع في حق الانعقاد وان لم يكن داخلا في الحكم

الخيار كالمخرج عن العقد اذا العقد مع الخيار لا ينفق في حق الحكم فكان الداخل في العقد أحدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك ففهمته مثله وان كان الثاني وهو أن يبيع كل واحد منهما بخمسمائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع لان كل واحد من المبيع والثمن معلوم فان قيل العبد الذي فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط وهو شرط مفسد لقبول الحرو في عقد القن اذا جمع بينهما في البيع أجاب المصنف بان ذلك غير مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محلا للبيع فكان داخلا في العقد وان لم يدخل في الحكم فصار كما اذا (قوله لان عدم رجحان تصرف المالك) أقول حاصله انه لا يدخل لعدم ثبوت الرجحان هناك لتصرف المالك في ترتيب قوله رجحناه وكما تلاحظ على الترتيب (قوله لأن فيها تفصيل الثمن الخ) أقول والسلب فرع تصور الإيجاب (قوله فكان الداخل في العقد) أقول أي خلاص الحكم

جميع بين قن ومدبر في البيع فان المدبر يحمل البيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسد للعقد في الآخر بخلاف ما اذا جع بين حرقن فان الحر ليس يحمل البيع أصلا فلم يكن داخل (٥٢٠) في العقد ولا في الحكم ولقائل أن يقول في الجلة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان

مفسدا والجواب انه ليس فيه نفع لاحد العاقدين ولا للعقود عليه فلا يكون مفسدا وانه لم ينفذ فضل تأمل منك فاحتطوان كان الثالث مثل أن يقول بعتهما بالف كل واحد منهما بخمس مائة على اني بالخيار في أحدهما فالبيع فاسد أيضا لجهالة المبيع وان كان الرابع فلجهالة الثمن فان قيل لو كان عدم التفصيل مفسدا للعقد في الآخر ففسد في القن اذا جع بينه وبين المدبر أو أم الولد ولم يفصل الثمن أجيب بان عدم التفصيل مفسدا اذا أدى الى البيع بالحصصة ابتداء فيما اذا منع عن انعقاد العقد في حق الحكم مانع كشرط الخيار فانه يجعل العقد فيما شرط فيه الخيار في حق الحكم كالمعدوم فالو انعقد في حق الآخر انعقد بالحصصة ابتداء وهي مجهولة وليس فيما اذا جع بين القن والمدبر ما يمنع عن انعقاده في حق الحكم ولهذا لو قضى القاضي بجوازه نفذ فكان قسمة الثمن في البقاء صيانة لحق يحترم عند فسخ العقد على المدبر وأم الولد لا ابتداء بالحصصة (قوله وانه لم ينفذ فضل تأمل منك فاحتط) أقول

العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محالا للبيع كما اذا جع بين قن ومدبر والثالث أن يفصل ولا يعين والرابع أن يعين ولا يفصل فالعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن

العقد في الآخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه (محالا للبيع) فهو (كالمو جع بين قن ومدبر) وباعهما بالف حيث نفذ البيع في القن بمحضته وان كان قبول العقد في المدبر شرطا فيه وذلك لدخول المدبر في البيع لمحلته في الجلة ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعه جاز فكان القبول شرطا صحيحا بخلاف ما شبه به من الجع بين الحر والعبد لان الحر ليس بمحال أصلا فلا يدخل في البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراط فاسد وفي الجع بين القن والمدبر في البيع خلاف سبأني ان شاء الله تعالى في آخر البيع الفاسد ونالها يفصل ولم يعين الذي فيه الخيار كأن يقول البائع بعثك كل واحد من هذين بخمس مائة على أني بالخيار في أحدهما ففساده لجهالة المبيع بسبب جهالة من فيه الخيار ورابعها أن يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل الثمن وهو أن يقول بعثك هذين بالف على أني بالخيار في هذا والفساد فيه لجهالة الثمن لان المبيع وان كان معلوما بتعين من فيه الخيار إلا أن منه مجهول لما قلنا ان الثمن لا ينقسم عليهما بالسوية فان قلتما الفرق بين الذي لم يعين فيه الثمن وبين ما اذا جع بين عبيدين في البيع بثمن واحد فاذا أحدهما مدبر أو مكاتب أو جار يتعين فاذا أحدهما أم ولد حيث يصح البيع في القن بمحضته من جملة الثمن مع أن ثمن كل منهما مجهول الكمية حال العقد ولا يصح في المسئلة المذكورة في الكتاب بالحصصة أجيب بان من مشايخنا من لم يشتغل بالفرق وقاله قياسا ما ذكرهنا أن لا يجوز العقد في تلك المسائل في القن ويصير ما ذكرهنا رواية في تلك المسائل ومنهم من اشتغل بالفرق وهو الصحيح وهو أن المانع من حكم العقد هنا مقترن بالعقد لفظا ومعنى فان الفساد لان شرط الخيار يمنع الانعقاد في المشر وط فيه فيكون كالمعدوم فلم ينعقد فيه ابتداء فينقذ في الآخر بالحصصة ابتداء بخلاف تلك المسائل فان المانع مقترن فيها بمعنى لالفاظا فيدخل المدبر ومن معه في البيع لما ذكرنا من محلته في الجلة ثم يخرجون بناء على استحقاقهم أنفسهم حكما شرعيا لم يتصل به حكم فاض يسقطه وعلى ما ذكرهنا يتفرع ما في فتاوى قاضيان باع عبيدين على أنه بالخيار فيهما ما وقبضهما المشتري ثم مات أحدهما لا يجوز البيع في الباقي وان تراضيا على ايازته لان الاجازة حينئذ بمنزلة ابتداء العقد في الباقي بالحصصة ولو قال البائع في هذه المسئلة نقضت البيع في هذا أو في أحدهما كان لغوا كأنه لم يتكلم

فكان نظير من جع بين قن ومدبر وباعهما بالف صح البيع في القن بمحضته من الثمن وان تعلق صحة البيع فيه بقبول المبيع في المدبر لان المدبر داخل تحت البيع ولهذا لو قضى القاضي بجوازه نفذ فكان قبوله شرطا صحيحا كذا هنا (قوله والثالث أن يفصل ولا يعين) أي يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار بان قال بعث منك هذين العبيدين كل واحد منهما بخمس مائة على أني بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام وهو فاسد لجهالة المبيع لان من فيه الخيار غير داخل في الحكم فبقي الآخر وحده وهو مجهول فصار المبيع مجهولا والرابع أن يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل ثمن كل واحد منهما فقال بعث منك هذين العبيدين بالف على أني بالخيار في هذا بعينه ثلاثة أيام وهو فاسد لجهالة الثمن لان من فيه الخيار غير داخل في الحكم فبقي الآخر وحده ومنه مجهول لانه ثبت بطريق الحصصة بالتقسيم فصار كالذي لم يدخل تحت العقد أصلا فان قيل أليس أنه لو اشترى عبيدين بالف فاذا أحدهما مدبر أو مكاتب فان العقد ينعقد صحيحا في القن وان كان الانعقاد في حق القن بالحصصة قلنا قال بعض مشايخنا على قياس ما ذكرهنا لا يصح العقد في القن في تلك المسئلة فصار ما ذكرهنا رواية في تلك المسئلة وبعضهم فرقوا ووجه أن الخيار يمنع انعقاد العقد في الحكم ويجعل

وجه التأمل ان شرط الخيار فيه نفع لمن له الخيار حيث يتروى في الجواب ان شرط الخيار لما كان مجورا شرعا

على خلاف القياس غير مفسد للعقد لم يسر منه فساد الى الآخر فتأمل

قال (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء) ومن قال اشترت أحد هذين الثوبين على أن آخذ أيهما شئت بعشرة دراهم إلى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحسانا وكذا الأثواب أربعة (٥٢١) فالبيع فاسد والقياس أن يفسد البيع في الاثنين والثلاثة فسادا في

الأربعة لأن المبيع أحد الأثواب غير معين فهو مجهول جهالة مفضية إلى النزاع لتفاوتها في نفسها وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر والشافعي وجههما الله وجه الاستحسان أنه في معنى ما ورد فيه الشرع وهو خيار الشرط فجاز الحاقه ببيان ذلك أن شرع خيار الشرط للحاجة إلى دفع الغبن لاختار ما هو الأوفق له والأرق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه ربما يحتاج إلى اختيار من يشتره لاجله لا يشتره لاجله كما مر أنه وبنته (والبائع لا يمكنه من الحل إليه إلا بالبيع) فكان باعتبار الحاجة (في معنى ما ورد به الشرع) ولا نسلم أن

(قوله بعشرة دراهم إلى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحسانا) أقول فيه أنه ينبغي أن يزيد قوله ولي الخيار كما فعله المصنف فإن المفهوم من كلامه توقيت خيار التعيين إلا أنه غيره إلى هذا إشارة إلى وجوب توقيت خيار التعيين إذا انفرد عن خيار الشرط كما سيبي (قوله فهو مجهول جهالة مفضية إلى النزاع) أقول لو كان منسحب جهالة لافضاءها إلى المنازعة فقط لم يحتج بجواز

قال (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز وكذا الثلاثة فإن كانت أربعة أو ثواب فالبيع فاسد) والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن لاختار ما هو الأوفق والأوفق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من يشتره أو اختيار من يشتره لاجله ولا يمكنه البائع من الحل إليه إلا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والردى فيها

وخياره فيهما باق كما كان كالموابع عبد واحد أو شرط الخيار لنفسه فنقض البيع في نصه (قوله ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ الخ) المراد أن يشتري أحد ثوبين أو ثلاثة غير معين على أن يأخذ أيهما شاء وهذا خيار التعيين يعني أي الثوبين أو الثلاثة شاء على أنه بالخيار ثلاثة أيام فيما يعينه بعد تعيينه للمبيع أما إذا قال بتمك عبدا من هذين بما تولى يد كقوله على أنك بالخيار في أيهما شئت لا يجوز أن نقا كقوله بتمك عبدا من عبيدي وإن اشترى أحدا بعة لا يجوز (والقياس أن يفسد البيع في الكل) في أحد الاثنين والثلاثة كما يفسد في الأربعة (وهو) أي القياس (قول زفر والشافعي وجهما الله وجه الاستحسان أن شرع الخيار في خيار الشرط للحاجة إلى دفع الغبن لاختار ما هو الأوفق والأوفق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأن الإنسان) قد يحتاج إلى رأي غيره في اختيار المبيعات وهو ليس بحاضر وليس بحيث يحضر لعله أو لتجنبها خصر صا إذا كانت أهله لا ينبغي له أن يتركها تلج الأسواق وتتمارس الرجال لشراء حاجتها فيحتاج أن يدفع إليه العدم من ذلك النوع لاختار الأوفق (ولا يمكنه البائع من حله إليه إلا بميعافه) كان في معنى ما ورد به النص فيجوز (غير أن الحاجة تندفع بالثلاث لتحقيق الجيد والردى والوسط فيها) فيندفع بحمل واحد من

العقد كالمعذور في حق الحكم فيما شرط فيه الخيار فلو انعقد العقد في حق الآخر ينقض بحسته ابتداء وذا لا يجوز في المدبر والمكاتب البيع ينقض في حق الحكم إذا لم يوجد في حقهما ما يمنع انعقاد العقد ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعهما يجوز ولكن لم يثبت الحكم صيانة لحقهما والصيانة تحصل بمجرد منع الحكم فلا ضرورة إلى جعل العقد غير منقضي في حق الحكم وإذا انعقد العقد في حقهما في حق الحكم كما انعقد في حق القن كان انقسام الثمن في حالة البقاء عند فسخ العقد عليهما وذا لا يمنع الجواز كالموابع عبيدين وهما أحدهما قبل التسليم فإن العقد يبق في الباقي بحسته من الثمن (قوله والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع) كقوله قال يعيب منك أحد هذين الثوبين ولم يذ كر الخيار وكلوا كانت الثياب أربعة وذ كر الخيار وأولم يذ كر فإن المبيع أحد الثياب وهي متفاوتة في نفسها وجهالة المبيع فيما يتفاوت تمنع صحة العقد ألا ترى أنه لو لم يسم لكل ثوب ثمنه كان العقد فاسدا لجهالة المبيع وكذلك لو لم يشترط الخيار لنفسه كان العقد فاسدا لجهالة المبيع فكذلك إذا شرط الخيار لأن شرط الخيار يزيد في معنى الغرر ولا يزيله وجه الاستحسان أن هذه الجهالة لا تقضي إلى المنازعة لأنه شرط الخيار لنفسه وهو بحكم خياره يستبد بالتعيين فالجهالة لا تقضي إلى المنازعة فلا تمنع صحة العقد كالموابع فقير من الصبرة بخلاف ما إذا لم يشترط الخيار لنفسه فالجهالة هناك تقضي إلى المنازعة وبخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل ثوب لأن هناك ثمن ما يتناول العقد مجهول وإنما فسد العقد بجهالة الثمن والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأن الإنسان قد يشتري شيئا لعياله ولا يجيبه استحباب العيال مع نفسه إلى السوق والبائع لا يسمع مروته بالدفع إليه الآن يبتاعه والذي يجب عياله من هذا النوع لا يدرى ما هو فتمس الحاجة إلى البيع على هذا الوجه (قوله فكان في معنى ما ورد به الشرع) وهو شرط الخيار ثلاثة أيام

(٦٦ - فتح القدير والكفاية - خامس) البيع في الأربعة إلى من خص أذ ليس فيه هذه الجهالة فالأولى أن لا يتبدد الجهالة به كما فعله المصنف وغيره (قوله أو اختيار من يشتره لاجله كما مر أنه وبنته والبائع لا يمكنه من الحل إليه) أقول ضمير إليه واجع إلى من في قوله من يشتره

(الجهالة تنقض الى المنازعة) لانه لما اشترط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازع فكان علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة تنقض الى المنازعة فاما عدم المنازعة فانه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الاثواب ثلاثة أو أكثر وأما الحاجة فانهما تحقق في الثلاثة لو جوا الحيد والوسط والردي وفيه والرائد يقع مكر راغب محتاج اليه فالتقي عنه جزء العلة والحكم لا يثبت الا بتمام العلة واعلم أن محمدا رحمه الله ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير وفي المأذون وقال وهو بالخيار ثلاثة أيام وذ كر في الجامع الكبير وسكت عن ذلك وعلى ذلك اختلاف المشايخ فيه فقال أكثرهم لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقاما معلوما ثلاثة أيام فسادونهم عند أبي حنيفة وزيادة على ذلك في قولهما وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وقال بعضهم يصح العقد وان لم يذ كر الزيادة وذ كر هاهنا ذ كر كان اتفاقا لا قصدا وهو اختيار نضر الاسلام حجة الاولين ان جوازه بطريق الاحق بموضع السنة فلا يصح بدونه وفيه نظر لان عدم انفس كالكالمحقق عن المحقق به ليس بشرط في الاحق كما أن القضاء والكفاوة يحتاجان الى الاكل والشرب عامدا في رمضان من جماع مع ان النص انما ورد به وحجة الاخرين ان خيار التعيين بما لا يتوقف فلا يتعلق جواز العقد بذلك (٥٢٢) الزيادة ومعناه ان العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط لازم في غير عين من غير توقيف على الايام الثلاثة وأما اذا

كان من غير ذ كر خيار الشرط فلا بد منه وهذا لان الحال لا يتخلوا ما أن يذ كر خيار الشرط مع خيار التعيين أو لا فان لم يذ كر فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله وبمدة معلومة أي مدة كانت عندهما كافي المحقق به فان قيل ينبغي أن لا يجوز خيار التعيين في الرائد على الثلاثة عند أبي يوسف لانه أخذ بالقياس في قوله ان لم ينفذ الثمن الى أربعة أيام فلا يصح بينهما أجيب بان قوله ان لم ينفذ الثمن الى أربعة أيام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد في خيار الشرط واردا فيه بخلاف خيار

والجهالة لا تنقض الى المنازعة في الثلاثة لتعيين من له الخيار وكذا في الاربع الا أن الحاجة اليها غير متحققة والرخصة تبون بها الحاجة وكون الجهالة غير مغضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذ كر في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذ كر في الجامع الكبير فيكون ذ كره على هذا الاعتبار وفاقا لشرطه واذا لم يذ كر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار كل نوع من الثلاثة فلا تشرع الرخصة في الرائد لان شرع الرخصة للحاجة وقول المصنف (والجهالة لا تنقض الى المنازعة) جواب عن تعليل زفر والشافعي بها واذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة الى اختيار ما هو الارفق والأوفق بان يقع الشراء له حاضر أو غائبا طاهر أنه لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشتري لأن البائع لا حاجة له الى اختيار الأوفق والارفق لان المبيع كان معه قبل البيع وهو أدري بمالاعمه منه فبر جانب البائع الى القياس فلهذا نص في المجرى على أنه لا يجوز في جانب البائع وذ كر الكرخي أنه يجوز استحسانا لانه يبيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على الشرط وأنت عرفت الفرق ثم اختلف المشايخ في أنه هل من شرط جواز هذا البيع أعنى البيع الذي فيه خيار التعيين أن يكون فيه خيار الشرط كما قدمنا في الصورة قيل نعم كما (هو المذ كر في الجامع الصغير) وقيل تصورا على ما ذ كرناه ونسبه قاضيان الى أكثر المشايخ وقال شمس الأئمة في جامعهم هو الصحيح (وقيل لا يشترط وهو المذ كر في الجامع الكبير) وغيره والمذ كر في الجامع الصغير من الصورة وقع اتفاقا لا قيدا وصححه نضر الاسلام فقال الصحيح عندنا أنه ليس بشرط وهو قول ابن شجاع وجه الاشتراط وهو قول الكرخي أن القياس يابى جواز هذا العقد لجهالة المبيع وقت لزوم العقد وانما جاز استحسانا

(قوله والرخصة تبون بها الحاجة وكون الجهالة) أي والرخصة انما تثبت شرعا بوصفين وهما الحاجة وكون الجهالة غير مغضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما (قوله ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين) قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في الجامع الصغير وهو الصحيح وقيل لا يشترط

التعيين فانه من جنس خيار الشرط لان في كل منهما خيارا بغير حرف التعليق فكان الاثر الوارد في خيار الشرط واردا فيه التعيين

(قوله وان لم يذ كر الزيادة) أقول يعني قوله في الخيار الى ثلاثة أيام قال المصنف (وهو المذ كر في الجامع الصغير) أقول لم لا يجوز أن يكون المذ كر في الجامع الصغير هو الخيار المعروف لا خيار التعيين (قوله وفيه نظر الخ) أقول ولك أن تقول مراد الاولين من اشتراط الخيار لنفسه وقتا معلوما اشتراط خيار التعيين لا خيار الشرط على ما قرره العلامة الزيلعي في شرح الكنز فلا يرد النظر اذ يعود الصهير على هذا الى خيار التعيين (قوله وحجة الاخرين الى قوله ومعناه أن العقد الخ) أقول كالمثبت في هذا الخيار بسبب الاختلاف كذا في الذخيرة والمحيط البرهاني وهذا هو الوجه وأما ما ذ كره الشارح فخلافا بين فان التوقيت المذ كر فيما اجتمع فيه الخيار ان توقيت لهم اولهنا استدلال على وجوب التوقيت في خيار التعيين بعبارة مجمدة في الجامع الصغير على ما فصل في المحيط والذخيرة فيجب على التعيين بعدمضي الايام الثلاثة وهذا هو أثر توقيت خيار التعيين كما اذا لم يذ كر خيار الشرط مع وقت ومضت مدته بلا فرق فتأمل ثم أقول محصل كلام الشارح أنه يبقى خيار التعيين بعد انقضاء مدة خيار الشرط اذا كان بمحاله على ما كان قبله اذ لم يعين المشتري أحدهما فظهر أنه ينقل عن خيار الشرط فليتأمل

التعيين بالثلاث عنده ومدة معلومة أيها كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح لأن المبيع في الحقيقة أحدهما والاخر أمانة والاول تجوز واستعارة

بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه ولا يخفى ضعف هذا الكلام فإنه يقتضي أن شرط إلحاق بالدلالة أن يكون في محل الصورة المحققة الصورة الثابتة بالعبارة وكان يلزم أن لا يصح المبيع بخيار النقد إلا في بيع فيه خيار الشرط لأن صحة البيع على أنه لم ينقصد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا يصح مما أثبت بدلالة نص خيار الشرط ولا يعلم اشتراط ذلك غير أنهم ما نواضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه وهو جواز أن يرد كلا من الثوبين إلى ثلاثة أيام ولو بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع لأن حاصل التعيين في هذا البيع الذي فيه شرط الخيار أنه عين المبيع الذي فيه الخيار لأنه يسقط خياره ولو رد أحدهما كان بخيار التعيين وثبت البيع في الآخر بشرط الخيار ولو مضت الثلاثة قبل رد شيء وتعيينه بطل خيار الشرط وانبرم البيع في أحدهما وعليه أن يعين ولو مات المشتري قبل الثلاثة تم بيع أحدهما وعلى الوارث التعيين لأن خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل إلى الوارث ليميز ملكه من ملك غيره على ما ذكرنا وله هذا لا يتوقف في حق الوارث كذا كره المصنف لأنه صار بمنزلة الشريك المختلط ماله بجملة غيره فمال يطلب شريكه لقسمته لم يعين عليه ولا يفوت وقته وإن لم يراضيا على خيار الشرط معه لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة كفي خيار الشرط لأنه أصله وعندهما أي مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة وعلى هذا يجب أنه إذا كان فيه خيار الشرط فمضت المدة حتى انبرم في أحدهما ولزم التعيين أن ينقصد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت وحينئذ فاطلاق الطحاوي قوله خيار الشرط موقت بالثلاث في قوله غير موقت بها عندهما وخيار التمييز غير موقت فيه نظر وقد طول بالفرق على قول أبي يوسف حيث قصر المدة على الثلاث في خيار النقد أخذ بالقياس ولم يقصر في خيار التعيين عليها أوجب بأن في خيار النقد تعليقا صريحا بأداة الشرط فلا يكون الوارد في خيار الشرط وأردا فيه بخلاف خيار التعيين ليس في صريح التعليق فكان في معناه وهذا يوجب أن أخذه في خيار النقد في الثلاثة بأثر لابن عمر فيموت في الزائد بالقياس وأثر ابن

(قال المصنف والاول تجوز واستعارة) أقول ويجوز

قال نفر الاسلام رحمه الله في الجامع الصغير والصحيح عندنا أنه ليس بشرط وذكر في القوائد الظهيرية فعلى قول هذا القائل إذا لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد في أحدهما حتى لا يردهما وعلى قول الكرخي رحمه الله أن يردهما لأن عنده هذا الخيار بمنزلة خيار الشرط وقال أكثر المشايخ لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه أو قتما معلوما ثلاثة أيام فسادونها في قول أبي حنيفة رحمه الله وزيادة على ذلك في قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله لأن القياس يوجب جواز هذا العقد بجهالة المبيع وجهالة وقت لزوم العقد وإنما جاز استحسانا بطريق إلحاق بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه فإن شرط ذلك يثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين فإن رددهما بخيار الشرط في الأيام الثلاثة أو رد أحدهما بخيار التعيين كان له ذلك وإذا مضت الأيام الثلاثة يبطل خيار الشرط فلا يملك رددهما ويبقى له خيار التعيين فيرد أحدهما وإن مات المشتري في الأيام الثلاثة يبطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين فلا يرددهما الوارث وله أن يرد أحدهما وذكر في الذخيرة هذا إذا حصل البيع بشرط خيار التعيين للمشتري فإن حصل البيع بشرط خيار التعيين للبائع بان قال البائع بعتك أحدهما من الثوبين على أني بالخيار أعين المبيع في أحدهما دون الآخر لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة لأن في بيعه الأصل ولا في الجامع الصغير وذكر الكرخي رحمه الله في مختصره أنه يجوز استحسانا قالوا واليه أشار في المأذون لأن هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على خيار الشرط وذكر في المحرر أنه لا يجوز لأن هذا البيع مع خيار المشتري إنما يجوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق بحضرة من يقع الشراء له وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع لأنه لا حاجة إلى اختيار الأرفق لأن المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البائع إلى ما يقتضيه القياس (قوله وبمدة معلومة أيها

ولو هلك أحدهما أو تعيب لم يبيع فيه بثمنه وتعين الآخر (لامانة) حتى إذا هلك الآخر بعد هلاك الأول أو تعيب لا يلزم عليه من قيمته شيء وهذا
لان المعيب يمنع الرد لان رده انما يكون اذا لم يتعين مبيعاً وهو في دعواه ذلك منهم فكان التعيب اختياراً دلالة فان قيل

(٥٢٤)

ولو هلك أحدهما أو تعيب لم يبيع فيه بثمنه وتعين الآخر (لامانة لا امتناع الرد بالتعيب ولو هلك كاجتماعهما
يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما

عمر نعله القمية أبو الليث في شرح الجامع عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريح عن
سليمان مولى ابن البرصاء قال بعث من عبد الله بن عمر جارية على أنه لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا يبيع
بيننا فأجاز ابن عمر هذا البيع ولم ير وعن أحد من الصحابة خلافه لأنه لا يطابق قول المصنف في مسألة
خيار النقد فيما تقدم فأبو يوسف رحمه الله أخذ في الأصل بالآخر وفي هذا بالقياس (قوله ولو هلك أحدهما
أو تعيب لم يبيع فيه بثمنه وتعين الآخر (لامانة لا امتناع الرد بالتعيب) علله المصنف بامتناع الرد بالتعيب
فيعرف منه أن هذا اذا كان بعد أن قبضه هلك امتناع رده بسبب العيب الذي حدث فيه عنده وتقدم
أن الهالك لا يعرى عن مقدمه تعيب فلو هلك الآخر بعده هلك بغير شيء لانه تعين أنه أمانة أما لو هلك أحدهما
قبل القبض أو تعيب فلا يبطل البيع والمشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بثمنه وان شاء ترك ولو هلك السكك
قبل القبض يبطل البيع (ولو هلك معاً) بعد القبض (لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع
والامانة) فليس أحدهما أولى بكونه المبيع من الآخر وكذا اذا هلك على التعاقب ولم يدبر السابق منهما
وأثر هذا انما يظهر اذا كان بينهما متفاوت الكمية فان كانا متفقين فلا وكذا اذا هلك على التعاقب فاختلفا
في الهالك أو لا فادعى البائع أنه أكثرهما ثمنا وقال المشتري الأقل فان القول قول المشتري مع يمينه على
ما استقر عليه قول أبي يوسف ومحمد وكان أبو يوسف يقول ألا يتخالفان فاهم مانسك لزمه دعوى الآخر
وان حلفا يجعل كأنهما هلكا معاً ثم يرجع الى ما ذكرنا من قول محمد وأبي حنيفة قبل فان أقامها قاضى بينة
البائع لاثباتها الزيادة ولو تعيبا معاً بطل خيار الشرط وامتنع عليه ردهما وخيار التعيين على حاله فيمسك

كانت عندهما) أي رائدة على الثلاثة فان قيل ينبغي أن لا يجوز خيار التعيين في الزائد على الثلاثة عند أبي
يوسف رحمه الله لانه أخذ بالقياس في قوله ان لم ينقد الثمن الى أربعة أيام فلا يبيع بينهما قلنا قوله ان لم ينقد
الثمن الى أربعة أيام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد في خيار الشرط واردا فيه وأما خيار
التعيين من جنس خيار الشرط لان في كل منهما خيارا بغير حرف التعليق فكان الاثر الوارد في خيار الشرط
واردا في خيار التعيين (قوله ولو هلك أحدهما أو تعيب لم يبيع فيه بثمنه وتعين الآخر (لامانة لا امتناع
الرد بالتعيب) فان قيل اذا طلق أحدهما ثم ماتت احدهما فتعينت الباقية للطلاق دون الهالكه وهنا
يتعين الهالك للبيع قلنا قال القمي رحمه الله لا فرق بين المسئلتين في الحاصل لان في الفصلين ما يملك الهالك
على ملكه أما العبد فلا يملك على ملكه حيث يتعين الباقي للرد وفي الطلاق كذلك ثم الهالكه على ملكه
حتى تتعين الباقية للطلاق فكان الطلاق هناك بمنزلة الرد هنا لأن الصحيح أن بينهما فرقا وهو أن العبد لما
أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محلا للرد لانه محرز عن رد ما اشترى كما اشترى فتعين العبد فيه وتعين
الباقي للرد ضرورة وأما في الطلاق فان المرأة حين أشرفت على الهلاك لا تتبع محل وقوع الطلاق فلو وقع
الطلاق عليها انما يقع بعد الموت والطلاق لا يقع بعد الموت فتعين الباقية للطلاق وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل
واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك أحدهما عنده فانه لا يرد الباقي لان العقد تناو لهما جميعا
الأنرى أنه عاكس تمام العقد فيهما فبعدهما تعذر عليه رد أحدهما لا يملك من رد الآخر خلافه من تفرق
الصفقة على البائع قبل التمام وهنا العقد تناو لأحدهما ألا يرى أنه لا يملك تمام العقد فيهما فبعدهما هلك
أحدهما أو تعيب كان له رد الباقي (قوله ولو هلك كاجتماعهما الخ) وانما قيد بقوله معلما ذكرنا أنهم لو

قبض الآخر لا يكون أقل
من المقبوض على سوم
الشراء وهناك تجب القيمة
عند الهلاك أجيب بانه
أقل من ذلك لان المقبوض
على سوم الشراء مقبوض
على جهة البيع وهذا ليس
كذلك لانه لم يقبض الآخر
ليشتره وقد قبضه باذن
المالك فكان أمانة فان قيل
كيف انعكس حكم المسئلة
فيما اذا طلق الرجل إحدى
امراتيه أو أعتق أحد
عبيديه فماتت احدهما
فان الباقية تتعين للطلاق
دون الهالكه وكذلك في
العتاق أجيب بان المرأة
اذا أشرفت على الهلاك
خرجت عن محليته وقوع
الطلاق فتعينت الباقية
لذلك والشوب اذا أشرف
عليه خرج عن محليته الرد
لتعيينه فتعين لكونه مبيعا
ولو هلكا جميعا لزمه نصف
ثمن كل واحد منهما لعدم
أولية أحدهما لكونه مبيعا
فشاع البيع والامانة فيهما
وأما اذا ذكر خيار الشرط
فيثبت له خيار الشرط وخيار
التعيين لا يتوقف على الأيام
فله أن يردهما بخيار الشرط
في الأيام الثلاثة لانه أمين في
أن يكون على حذف
المضاف والقرينة القرينة

(قوله فكان التعيب اختياراً دلالة) أقول فيه بحث (قوله لانه لم يقبض الآخر ليشره الخ) أقول
لو
أي ليستديم اشتراءه فان مقصوده استدامة اشتراء أحدهما وقد تعين ذلك الاحد بالتعيب فيبقى الآخر أمانة أقول أجيب بان المرأة اذا اشرفت
على الهلاك خرجت عن محليته وقوع الطلاق) أقول فيه نامل فان خروجها عن محليته وقوع الطلاق بالاشراف على الهلاك غير مسلم

أحدهما فبرده بحكم الأمانة وفي الآخر مشترط الخيار لنفسه فيمكن من رده فإذا مضت الأيام بطل خيار الشرط فلا يملك رده ما بقي له خيار التعيين فبرده أحدهما وان اختار أحدهما الزمته ثم لأنه عين المبيع فيه ولزمه وكان في الآخر أمينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن ولو مات المشتري في الأيام الثلاثة بطل خيار الشرط وبقي للوارث خيار التعيين فله أن يرد أحدهما أو يبطل خيار الشرط فإما تقدم من أنه لا يورث وأما بقاء خيار التعيين فلاختلاف مله بقاء خيار التعيين فله أن يرد أحدهما أو يبطل خيار الشرط فإما تقدم من أنه لا يورث فان الكرخي ذكر في مختصره أنه يجوز استحضارنا قالوا واليه أشار محمد في المأذون لأن هذا (٥٢٥) بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز

مع خيار البيع قياسا على خيار الشرط وذ كرى في المجرى أنه لا يجوز لأن هذا البيع مع خيار المشتري إنما يجوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة إلى اختيار ما هو الأرقق بحضرة من يقع الشراء له وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع لأنه لا حاجة له إلى اختيار الأرقق إذا لم يبيع كان معه قبل البيع فبرده جانب البائع إلى مقتضى القياس ولم يذكره محمد إلا في بيعوع الأصل ولا في الجامع الصغير وتبين مما ذكرنا أن المبيع أحد الثوبين والآخر أمانة والتركيب الدال على ذلك حقيقة توضح اشترى أحد الثوبين وقد اختلف نسخ الجامع الصغير كما ذكره المصنف في بعضها اشترى أحد الثوبين ولا يحتاج إلى معذرة وفي بعضها ثوبين وهو تجاوزاً ثبتها نفي الإسلام وقال في وجه المجاز أن كل واحد منهما لما احتمل أن يكون مبيعاً

ولو كان فيه خيار الشرط له أن يرد أحدهما جميعاً ولو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لأن الباقي خيار التعيين للاختلاف ولهذا لا يتوقف في حق الوارث وأما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل قال

أهم ما شاء بثمنه و يرد الآخر ولا يغرم من قيمة عيب المردود شيئاً استحضارنا لأن المعيب محل لا ابتداء البيع أيضاً بخلاف الهالك ليس محل لا ابتداء فليس محل التعيين ولو كان البيع فاسداً فقبضهما فاحدهما مضمون عليه بالقيمة والآخر أمانة ولو ماتا جميعاً ضمن نصف قيمة كل منهما بخلاف البيع الصحيح فإنه يضمن نصف ثمن كل فان قيل من أين يتعين المعيب للبيع دون الأمانة وأحدهما لا على التعيين مبيع كان أحدهما لا على التعيين أمانة وامتناع الرد للمعيب المعلن به فرع اعتباره أنه هو المبيع وفيه التحكم إذا اعتبر أنه المبيع ليس بأولى من اعتباره الأمانة أوجب بان اعتباره المبيع عمل بالدليل الحادث وهو البيع فإنه سبب لا يجب الضمان ذكره القاضي عبد الغني في مختلفاته وأما عدم الضمان على الأمين فباعتبار الحال فان قيل لم يضمن الآخر إذا هلك ثابته باعتباره أنه مقبوض على سوم الشراء الجواب يمنع أنه كذلك بل المقبوض كل منهما على حقيقة الشراء لا أحدهما وليس هنا شيء على سوم الشراء لأن ما على سوم الشراء لا يجوز فيه عقد بل تعين الثمن فقط وهنا تجزئ تمام العقد فليزم بالضرورة ان قبض العينين على أن أحدهما غير عين مبيعاً وأحدهما غير عين أمانة فإذا فرض وجود ما يعين المبيع منهما من الأسباب تعين الآخر للأمانة فان قيل لا شيء انعكس حكم طلاق إحدى الزوجتين وعق أحد العبدتين هنا حيث يتعين للطلاق والعقاق الباقي لا الهالك وهنا يتعين الهالك للبيع أجاب على القمى بأنه لا فرق في الحاصل لأن الهالك يهلك على ملكه في المسائل كلها غير أنه إذا هلك كل من الزوجة والعبد على ملكه تعين الباقي بالضرورة للطلاق والعقاق فإذا هلك العبد هنا على ملكه تعين الباقي للأمانة وأنت تعلم أن حقيقة السؤال أنه لا شيء جعل الهالك هنا هو المحل للتصرف دون الباقي وهناك جعل المحل للتصرف الباقي دون الهالك مع أن التصرف في الكل في الأحاد الدائر بين المعينات فلا بد من الفرق وهو أن العبد هنا ما أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محل لا رد بالوجه الذي قلناه من الاختلافات فتعين العقد فيه بتعين الباقي للضرورة وحين أشرف الزوجة والعبد على الهلاك لم يخرج جاعن كونهما محل لا طلاق والعقاق وهو التصرف فتعين الباقي لهما ضرورة وهذا بخلاف ما إذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك أحدهما فإنه يتمتع عليه رد الآخر لأن العقد تناولا لهما جميعاً حتى ملك ان تمام العقد فيهما فإذا تعذر عليه رد أحدهما لا يتم كمن رده الآخر لغيره من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهنا

هنا كعلى التعاقب تعين الأول للبيع فيجب تمام ثمنه وتعين الباقي للأمانة فلا يجب من ثمنه شيء وأما لو هلكا فعليه نصف ثمن كل واحد منهما متفقاً كان الثمن أو مختلفاً لأن كل واحد منهما ليس بأولى من الآخر بكونه مبيعاً وكذلك لو هلكا على التعاقب ولا يدري السابق لزمه نصف ثمن كل واحد منهما وان تعييا معا يرد

قال (اشترى ثوبين) وقال غيره هو من باب اطلاق اسم الكل على البعض كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان أضاف الخروج إليهما وان كان يخرج من أحدهما

(قوله وأما إذا ذكر خيار الشرط) أقول معطوف على ما تقدم في هذا القول بنصف ورقة تخميناً وهو قوله فان لم يرد كره فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث (قال المصنف لأن الباقي خيار التعيين للاختلاف) أقول يعني لا للشرط ولهذا لا يتوقف في حق الوارث الخ فقوله ولهذا أيضاً لكون الباقي خيار التعيين الذي شرط من له الخيار بل خيار ابتداء كما سبق ولهذا لا يتوقف وهذا ظاهر للمأمل فلا وجه لما قاله الاتفاق

قال (ومن اشترى دارا على أنه بالخيار) رجل اشترى دارا بخيار الشرط (فبيعت دار أخرى بجنيها في مدة الخيار فأخذها بالشفعة وذلك الأخذ رضا) يسقطه الخيار لأن أخذه بطاب الشفعة وطلبه الشفعة دليل على اختيار المالك لأن طلب الشفعة لا يثبت الادفع ضرر الجوار والجوار يثبت باستدامة المالك واستدامة المالك تقتضي المالك ولا ملك مع الخيار فيسقط الخيار ويثبت المالك من وقت الشراء فكان الجوار ثابتا عند بيع الدار الثانية وهو موجب الشفعة وهذا التقرير يحتاج اليه المذهب أبي حنيفة خاصة لأن خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعة وأما عندهما فان المبيع يدخل (٥٢٦) في ملكه فيجوز له أن يأخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره لأن الشفعة لا تدفع ضرر

(ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار أخرى بجنيها فأخذها بالشفعة فهو رضا) لأن طلب الشفعة يدل على اختياره المالك فيها لأنه ما ثبت الادفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت المالك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه المذهب أبي حنيفة خاصة قال (واذا اشترى الرجلان عبدًا على أنهما بالخيار فرضى أحدهما

الجار الذخيل والآخران لا يدفع ضرر الجار في دار يريد ردها قال شمس الأئمة أما وجوب الشفعة للمشتري فواضح على مذهبهما لأنه مال للدار المبيعة وأما عند أبي حنيفة فإنه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب إذا بيعت دار بجنيها دارهما فانهما يستحقان الشفعة وإن لم يملكا رقبته دارهما بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع لأن المشتري لم يصير أحق بالتصرف فيها ولو اشترى دار لم يرها فيبيعت بجنيها دار أخرى فأخذها بالشفعة لم يسقط خيار الرؤية لأنه لم يسقط بصريح الإسقاط بدون الرؤية فكذلك بدالته وسيأتي قال (واذا اشترى الرجلان عبدًا على أنهما بالخيار ثلاثة أيام فرضى أحدهما دون الآخر

العقد انما يتناول أحدهما حتى لا يملك تمام العقد فیهما (قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار) ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر عندهما (فبيعت دار إلى جنيها فأخذها بالشفعة فهو رضا) بالبيع فيسقط خياره واستدنا من هذا أن من اشترى دارا بالخيار له أن يشفع بها فيما يباع بجنيها لأن له الاجازة والرضا والشفعة فيها رضاهم إلا أنهم ادل على اختياره للمالك فيما يشفع به (لأنه) أي الشأن (ما ثبتت) الشفعة (الادفع ضرر الجوار وذلك) أي ضرر الجوار يحصل (باستدامة) المالك فثبت شفعه دل على أنه مستقيم للمالك فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت المالك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه المذهب أبي حنيفة خاصة (لأنه) القائل بأن المشتري بالخيار للمشتري لا يدخل في ملك المشتري فلا يشفع بها وقد قال يشفع بها فاحتاج إلى جعله فعلا فيعيد الرضا بالبيع فينبرم المبيع فيثبت المالك من وقت عقد الخيار فيكون سابقا على شراء ما فيه الشفعة أما على قولهما فلا حاجة لأنهما قائلان بأن المشتري بالخيار وملكها فتجبه له الشفعة بها ولو وجه أنهم أيضا محتاجان إلى زيادة ضمنية لأن المالك وإن كان ثابتا عندهما فله رفعه فهو منزل والشفعة لا تدفع الضرر المستغرقين شفعه دل على قصده استيفاء المالك فيسقط خياره فلا يفسخ بعد ذلك وفي المبسوط على تقدير أنه لم يملكها على قول أبي حنيفة وعدم هذا التقرير قال لأنه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب فانهما يستحقان الشفعة وإن لم يملكا رقبته الدار بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع فان المشتري هنالك لم يصير أحق بالتصرف فيها ولو اعتبر المأذون والمكاتب كالمالك عن السيد في الحال كان حسنا ورجع الأخذ بالشفعة إلى سبب المالك هذا ولو كان خيار رؤية كان له أن يشفع في الدار المبيعة إلى جانبها ولا يسقط به خيار الرؤية حتى إذا رآها كان له أن يردها بعد ما شفع بها وسيأتي أنه لو أسقط خيار الرؤية صريحا لا يسقط لأنه معلق بالرؤية فقبلها هو عدم الحقيقة قولنا ثبت له خيار الرؤية أنه إذا رآها ثبت له خيار الرؤية وكذلك لا يبطل خيار العيب بالأخذ بالشفعة به (قوله وإذا اشترى الرجلان عبدًا) مثلا (على أنهما بالخيار ورضى أحدهما بالبيع) بطل خيار

أيهما شاء (قوله فتبين أن الجوار كان ثابتا) فان قيل لو كان هذا طريق الاستناد لصح الأخذ بالشفعة للمشتري إذا كان الخيار للبائع قلنا المشتري بشرط الخيار له ولاية إثبات المالك باجازه البيع ولا يتوقف على فعل غيره ولا كذلك إذا كان الخيار للبائع واعتبره بالاعتاق فإنه ينفذ من المشتري إذا كان الخيار له وإذا كان للبائع لا ينفذ باعتاق المشتري وإن أجاز البيع وذكر الامام شمس الأئمة السر خسر رحمة الله أما وجوب الشفعة للمشتري فواضح على مذهبهما لأنه مال للدار المبيعة وأما عند أبي حنيفة فترحمه الله

قال المصنف (ومن اشترى دارا إلى قوله إلى اختياره المالك) أقول لا ينبغي عليك أن

اللازم من هذا الدليل سقوط الخيار لطلب الشفعة بدون أخذها فيأبى التأمّل والظاهر أن المراد بالأخذ القرب منه بطلبه (قال المصنف فيثبت المالك من وقت الشراء) أقول انما قال من وقت الشراء إذا لم يرحل لا يثبت المالك في الاوقات التي بعده حتى يتعين له (قوله لا يثبت الادفع ضرر الجوار) أقول يعني فلا بد من الجوار (قوله فيسقط الخيار) ويثبت المالك الخ) أقول ولا ينبغي عليك أن بين سقوط الخيار ونمو المالك من وقت الشراء تنافيا لأن سقوط الخيار يكون بعد ثبوته وثبوته لا يجتمع المالك عند أبي حنيفة الخ

فليس للآخر أن يردّه عند أبي حنيفة رحمه الله وقاله أن يردّه) وكذا إذا اشترى ياء ورضى أحدهما بعيب فيه وكذا لو اشترى ياء ولم يرد ياء ثم رأى (لهما أن اثبات الخيار لهما اثبات الخيار لكل واحد منهما) وكل ما هو ثابت لكل واحد منهما لا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وفيه نظر لأننا نسلم أن اثبات الخيار لهما ما أثبات لكل واحد منهما إلا ترى أن من وكل وكيلين أثبت الوكالة لهما وليس لأحدهما أن يتصرف دون الآخر وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة لأن الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فإن البائع قبل المبيع كان متمكنا من الانتفاع متى شاء وبعده إذا رد البعض لا يمكن الامهابة والخيار يثبت (٥٢٧) نظر المن هو له على وجه لا يلحق الضرر منه

بغيره وانما قيد الضرر بالزائد لان في امتناع الرد ضررا أيضا للراد لكن لما لم يكن من الغير بل للجزء عن اتحاد شرط الرد كان دون الأول فان الضرر الحاصل من الغير أقطع وأجفع من الحاصل من نفسه فان قيل بيعهم منهم ارضاء منه لعيب التبعية أجيب بأنه ان سلم فهو رضاه في ملكهما لا في ملك نفسه فان قيل حصل العيب في يد البائع بفعله لان تفرق الملك انما هو بالعقد قبل القبض قلنا بل حصل بفعل المشتري برد نصفه والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له أن يردّه بحكم خياره لكن هذا العيب بعرض الزوال لمساعدة الآخر على الرد فاذا امتنع ظهر عيبه (قوله وليس من ضرورة اثبات الخيار) جواب لهما وتقرره أن اثبات الخيار لهما ليس عين الرضا برد أحدهما وهو ظاهر ولا الرضا برد أحدهما لازم من لوازم اثبات

فليس للآخر أن يردّه عند أبي حنيفة رحمه الله وقاله أن يردّه وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما ما أثبات لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلورده أحدهما ردّه معيبا وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما التصور اجتماعهما على الرد

الآخر (فليس له أن يردّه عند أبي حنيفة رحمه الله وقاله أن يردّه وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية) بان اشترى الرجل شيئا فاطع على عيب فرضى به أحدهما دون الآخر لم يكن للآخر حقه عنده وعندهما له ذلك أو اشترى ياء ولم يرد ياء فرضى أحدهما دون الآخر (لهما أن اثبات الخيار لهما ما أثبات لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه) حقه (وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلورده أحدهما ردّه معيبا وفيه الزام ضرر زائد) فان البائع كان بحيث ينتفع به متى شاء كيف شاء فصار بحيث لا يقدر على ذلك الا بطريق المهايأة والخيار ما شرع لدفع الضرر عن أحدهما بالخيار الضرر بالآخر فان قيل هذا الضرر حصل في ملك البائع قلنا ممنوع لانه بعد خروجه عن ملكه فان مع خيار المشتري يخرج المبيع عن ملك البائع فان قيل لما شرط الخيار لهما فقد رضى بهذا العيب أجيب أنه انما رضى به في ملكهما فان قيل بل رضى به مطلقا لان الخيار معلوم أنه قد يكون عند فسخ وقد يكون عند ابرام فشرطه رضا بكل من الامرين أجاب عنه المصنف بقوله (وليس من ضرورة) الى آخره يعني لا يلزم من كونه شرط لهما أن يكون راضيا بفسخ أحدهما لجواز كونه لرضاه بفسخهما فاذا جاز هذا

فلانه صار أحق بالتصرف فيه وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمذون المستغرق بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجند دارهما فانهما يستحقان الشفعة فيها وان لم يملك كادارهما وهذا بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فالمشتري هناك لم يصير أحق بالتصرف فيها وذلك كالأمام التمر تاشي رحمه الله اشترى دارا ثم بيعت دار بجند دارها فطالب شفعته لم يبطل خياره وهو المختار من الرواية بخلاف خيار الشرط لان دليل الرضاء معتبر بصريح الرضاء ولو قال رضى يبطل به خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية كذا هنا وكذا يبطل خيار العيب باخذ الشفعة (قوله وعلى هذا الخلاف خيار العيب) يعني اشترى الرجل شيئا فادّاهما أحدهما ورضى أحدهما بعيب فيه وكذلك خيار الرؤية بان اشترى ياء لم يرد ياء فادّاهما أحدهما ورضى أحدهما بعيب فيه وعندهما له ذلك (قوله فلورده أحدهما معيبا) لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب وذلك لان البائع بتقدير الرد لا يتمكن من الانتفاع به الا بطريق التهايط وكان قبل المبيع متمكنا من الانتفاع متى شاء فان قيل البائع رضى بالتبعية لما باعه منهما قلنا انما رضى في ملكهما لا في ملك نفسه ولا يقال ان هذا العيب حدث في يد البائع لان تفرق الملك ثبت بالعقد قبل القبض لا نقول انه وان حدث في ملك البائع لكن انما حدث بفعل المشتري والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البائع لم يكن له أن يردّه بحكم خياره الا أن هذا العيب

قال المصنف (فليس للآخر أن يردّه عند أبي حنيفة رحمه الله) أقول لقائل أن يقول لم يذهب أبو حنيفة أنه إذا رد أحدهما فليس للآخر أن يردّه وما الذي يترجى به جهة الرضاء على الرد (قوله وفيه نظر لأننا نسلم أن اثبات الخيار لهما ما أثبات لكل واحد منهما) الخ أقول ولك أن تقول لو لم يثبت لكل واحد منهما الخيار لما انعقد البيع في نصيب من رضى بالمبيع لكنه متعدد ولا كذلك الوكيلان فلي تأمل (قوله وليس لأحدهما أن يتصرف دون الآخر) أقول فيه أن ذلك أيضا لما فيه من ابطال حق الآخر (قوله ضرر الراد) أقول أي المراد الرد (قوله لان تفرق الملك انما هو بالعقد) أقول ان أراد تفرق الملك بين المشتريين فالمانع من الرد ليس كذلك وان أراد تفرقه بين البائع والراضى فلا نسلم انه بالعقد بل بفعل المشتري (قوله ليس له أن يردّه) الخ) أقول يعني وكذا لو رد أحدهما كان الرد موجباً للعيب

الخيار لهما لتصور الانقضاء كالتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضا بدأ أحدهما قال (ومن باع عبدا على أنه خيار أو كاتب) وجعل اشترى عبدا على أنه خيار أو كاتب فكان بخلافه بان لم يعلم من الخيار والكتابة ما يسمى به الفعل خيارا أو كتابا فهو بالخيار بين أخذه بجميع الثمن ويزوده اذ لم يعتنع الرد بسبب من الأسباب فان امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بمحضه من الثمن في ظاهر الرواية يقوم العبد كتابا أو خيارا على أدنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بمطلق الشرط لا لانهاية في ذلك كما في وصف السلامة المستحق بمطلق العقد ويقوم غير كاتب وخيار في نظر الرافعات (٥٢٨) ما بينهما في جميع عليه ذلك أمارده فلا أن هذا الوصف وصف مرغوب فيه وهو ظاهر وهو واحد تراز عما

قال (ومن باع عبدا على أنه خيار أو كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك) لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته بوجوب الخيار لانه ما رضى به دون

كان هو الظاهر والظاهر أن التصرف من العاقل اذا احتمل كلا من أمرين في أحدهما ضرر ودون الآخر أنه انما أراد المحتمل الذي لا ضرر فيه لان الظاهر بل اللزوم عدم قصد العاقل الى ما يضره بلا فائدة (قوله ومن باع عبدا على أنه خيار أو كاتب) أي حرفته ذلك (فكان بخلاف ذلك فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه) ولومات هذا المشتري انتقل الخيار الى ورثته اجزاء لانه في ضمن ملك العين وهذا الشرط حاصله شرط وصف مرغوب فيه في المبيع ولو كان موجودا فيه دخل في العقد وكان من مقتضياته فكان شرطه اذ لم يكن فيه غير صحيح الاصل في اشتراط الاوصاف ان ما كان وصفا لا غير رغبة فهو جائز ومافيه غير ولا يجوز الا أن يكون اشتراطه بمعنى البراءة من وجوده وهو ليس مرغوبا فيه فعلى هذا يتفرع ما لو باع ناقة أو شاة على أنها حامل أو تحلب كذا فالبيع فاسد عندنا خلافا لما شافعي على الاصح عنده لانه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها حتى لو شرط أنها حلوب جاز كما اذا شرط في الفرس انه هملاج وفي السكب أنه صائد حيث يصح ومنه شرط كونه ذكرا أو أنثى وشرط كون الثمن مكفولا به أو ما لو اشترى جارية على أنها حامل فاختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز كالناقة والشاة وقيل يجوز لان الحمل في الجوارى عيب بخلاف البهائم فكان ذكره للبراءة عن هذا العيب وقيل ان اشتراكها ليتها طرأ فشرط أنها حامل يعني ذكره كغرضه ذلك للبائع فالبيع فاسد لانه شرط زيادة مجهولة في وجودها عرفا كانت كالناقة وان لم يرد ذلك جاز حلا لقصد البراءة من عيب الحمل ومنه لو اشتراه على أنه معيب فوجده سليما صح وكان له هذا ومذهب الحسن عن أبي حنيفة في شرط الحمل في البقرة والجارية أنه يجوز وروى ابن سماعة عن محمد في اشتراط أنما حلوبية لا يجوز

بعرض الزوال بان يساعده الآخر على الرد فاذا انعدم ذلك ظهر عيبه في المنع من الرد ولا معنى لما قال ان في امتناع الرد ضرر اعلى الراد لان هذا ضرر يلحقه بعجزه عن اتحاد شرط الرد لا بتصرف من الغير (قوله ومن باع عبدا على أنه خيار أو كاتب) فان قيل مثل هذا الشرط مفسد للمبيع كولو باع شاة على أنها حامل أو باعها على أنها تحلب كذا فان البيع فيه وفي أمثاله فاسد مع أنه وصف مرغوب فيه قلنا الفرق بينهما ما ظهر لان الحمل في البهائم زيادة وهي زيادة مجهولة لا يدري أن انتفاخ بطنها من ريج أو ولد أو أن الولد حي أو ميت والمجهول اذا ضم الى المعلوم يصير الكل مجهولا وكذلك ان شرط أنها تحلب كذا فالبيع فاسد لانه لا يدري لعل الشرط باطل يعني أن اشتراط مقدار من المبيع الذي ليس في وسع البائع تحصيله ولا طريق له الى معرفته كان شرط مفسدا للعقد حتى لو اشترط أنها حلوب أو لبون ذكر الطحاوي رحمه الله أن هذا الشرط لا يفسد به العقد لما أن هذا الشرط وصف مرغوب فيه وكذلك قوله على أنه خيار أو كاتب من قبيل بيان الوصف لا من قبيل بيان الشرط لان هذا وصف مرغوب فيه ولمعرفة سبيل للبائع كما اذا اشترى فرسا على أنه

ليس مرغوب فيه كما اذا باع على أنه أعور فاذا هو سليم فإنه لا يوجب الخيار وكل ما هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد بالشرط لانه لرجوعه الى صفة الثمن أو الثمن كان ملائما للعقد ألا ترى انه لو كان موجودا في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر فلا يكون مفسدا له ونوقض بما اذا باع شاة على أنها حامل أو على أنها تحلب كذا فان البيع فيه وفي أمثاله فاسد والوصف مرغوب فيه وأجيب بان ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وضم المعلوم الى المجهول يصير الكل مجهولا وهذا هو شرط أنها حلوب أو لبون لا يفسد لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكره الطحاوي سلمناه لكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله ولا الى معرفته سبيل بخلاف ما نحن فيه فان له أن يأمره بالخيار والكتابة فيظهر حاله وأما انتفاخ البطن ففسد

يكون من ريج وعلى تقدير كونه ولدا لان علم حياته وموته ولا سبيل الى معرفته واذا ثبت ذلك فقواته بوجوب الخيار لان المشتري ما رضى بالمبيع دون ذلك الوصف فيختار ولا يفسد العقد لان هذا الاختلاف أي الذي يكون من حيث فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الأغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما اذا اشترى شاة على أنها حلبة فاذا هي حمل فصار الاصل ان الاختلاف الحاصل بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الفاحش في الأغراض كان راجعا الى الجنس كما اذا باع عبدا فاذا هي جارية ويفسد به العقد وان كان مما لا يوجب كذا راجعا الى النوع كذا كرنا من المثال فلا يفسد لكنه بوجوب الخيار لقوات وصف (قوله سلمناه وليكنه مجهول ليس في وسع البائع الخ) أقول لا يظهر فائدة هذا القيد فليست أم

وهذا يرجع الى اختلاف النوع اقله التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعده بمنزلة وصف الذكورة والانوثه في الحيوانات وصار كغوات وصف السلامة واذا اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

السلامة واما اخذه بجميع
الثمن فلان الاوصاف
لا يقابلها شيء من الثمن
لكونها تابعة في العقد
تدخل من غير ذكر على
ما عرف فيما تقدم والله أعلم

لان المشروط هنا أصل من وجه وهو اللين قال محمد في مسئلتنا فان قبضه المشتري ووجده كاتباً أو خبازاً على أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد ومعناه أن يوجد منه أدنى ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز أعني الاسم الذي يشعر بالحرفة فان فعل من ذلك ما ليس كذلك كان له حق الرد بان يكتب شيئاً سيراً ناقصاً في الوضع أو يخبز قدر ما يدفع عنه الهلاك باكله واذا لم يجده كذا كروا متنع الرد بسبب من الاسباب يرجع المشتري على البائع بحصته من الثمن بان يقوم العبد كاتباً وغير كاتب فيرجع بالتفاوت وعن أبي حنيفة لا يرجع بشيء لان ثبوت الخيار للمشتري بالشرط لا بالعقد وتعد الردي في خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البائع فكذا هذا والحق في ظاهر الرواية وبه قال الشافعي لان البائع عجز عن تسليمه وصف السلامة كما في العيب ولو اختلف المشتري والبائع بعد مدة فقال المشتري لم أجده كاتباً وقال البائع سلمته اليك كاتباً ولكنه نسى عندك والمدة تحتل أنه ينسى في مثلها فالقول للمشتري والاصل في هذا أن القول لمن تمسك بالاصل وان العدم في الصفات العارضة أصل والوجود في الصفات الاصلية أصل وشهادة النساء بانفرادهن فيما يطلع عليه الرجال حجة اذا تبادت ويؤيدون لم تتأيد تعبير في ثبوت توجه الخصومة لاني الزام الخصم اذا عرف هذا فاذا اختلفا قبل القبض أو بعده فقال المشتري ليس به هذا الوصف وقال البائع هو بهذا الوصف للحال يؤمر بالخبر والكتابة فان فعل ما ينطلق عليه الاسم على ما ذكرنا لزم المشتري ولا يرد ولا يعتبر قول العبد في ذلك وان قال البائع سلمته به وانسى عندك والمدة تحتل ذلك والمشتري ينكر ذلك فالقول قول المشتري ويرده لان الاصل عدم هذه الصفة وان لم يكن قبضه لم يجبر على قبضه ودفع الثمن حتى تعرف هذه الصفة ولو اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا قبل القبض أو بعده فقال البائع بكر للحال وقال المشتري ثيب فان القاضي يريها النساء فان قلن بكر لزم المشتري بلائمين البائع لان شهادتهن تأيدت هنا يؤيد لان الاصل البكارة وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ شهادتهن لان الفسخ حق قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد يؤيد لكن يثبت حق الخصومة

هملاج أو كبا على أنه صائده فانه يجوز كذا ههنا وحاصله أن هذا الوصف لما كان وصفاً مبرزاً وباقيه واعرفته سبيل بان يامر به بالخبر والكتابة كان هذا الوصف من بيان وصف المبيع بانه على هذا الوصف المرغوب لا على وجه الشرط فمكان ذلك الوصف على هذا التقدير ولو كان شرطاً مما يقتضيه العقد لان العقد يقتضي أن يكون المبيع والثلث معلوماً بماله من الاوصاف وذكر الشرط اذا كان مما يقتضيه العقد لا يفسد المبيع على ما يأتي تفصيل الشرط التي تفسد العقد والتي لا تفسد في باب البيع الفاسدان شاء الله تعالى ثم المستحق في هذا العقد بهذا الشرط أدنى ما يطلق عليه اسم الكاتب والخباز فان وجده لا يعرف من ذلك مقدار ما يسمى الغاغل به كاتباً وخبازاً كان للمشتري الرد فان امتنع الرد بسبب من الاسباب يرجع المشتري على البائع بحصته من الثمن لانه فات عليه شرط مرغوب فيه فيقوم العبد كاتباً وخبازاً على أدنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بالشرط ويقوم غير كاتب أو خباز فينظر الى تفاوت ما بين ذلك فرجع بقدره وروى الحسن عن أبي حنيفة رجحهما الله أنه ليس للمشتري أن يرجع على البائع ههنا بشيء لان ثبوت الخيار للمشتري انما كان بالشرط لا بالعقد وتعد الردي في خيار الشرط لا يوجب الرجوع للمشتري على البائع بشيء ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية أصح واذا اشترى جارية من غير شرط طبخ ولا خبز وهي تحسن ذلك ففسخت في يد البائع ودهالان الجارية بالعقد صارت مستحقة على الصفة الموجودة وصار الاستحقاق بحكم الوجود كالأستحقاق بحكم الشرط (قوله بمنزلة الذكورة والانوثه في الحيوانات) مثل الغرس والبقرة والغنم بخلاف الانوثه والذكورة في بني آدم فانهم اتورث فيهم اختلاف الجنس لفسخ التفاوت

* (باب خيار الرؤية) *

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه أقوى منه اذ كان تأثيره في منع تمام البيع وتأثير خيار العيب في منع لزوم الحكم قال القدوري من اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز معناه أن يقول الرجل لغيره بعثك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا أو الفرة التي في كمي هذه وصفتها كذا أو لم يذكر الصفة أو يقول بعث منك هذه الجارية المنتقبة فانه جائز عندنا وله الخيار اذ ارآه وعند الشافعي لا يجوز وكذا العيب الغائب المشار الى مكانه وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غير مسمى والمكان معلوم باسمه والعين معلومة قال صاحب الاسرار ان كلامنا في عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزاً أي بالاجماع قال الشافعي المبيع مجهول والمجهول لا يبيع يبعه كالبيع بالرقم

* (باب خيار الرؤية) *

قال العلامة الكاكي في المبسوط الاشارة اليه والى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه أو الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى أقول في كون الاشارة الى المبيع أو الى مكانه شرط جوازهما بالاجماع كلام فتأمل

* (باب خيار الرؤية) *

قال (ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذ ارآه ان شاء أخذه) بجميع الثمن (وان شاء رده)

لتوجهه اليين على البائع اذ لا بد للمشتري من الدعوى والخصومة والخصومة حق ضعيف لانها ليست بمقصودة لذاتها بخلاف ان ثبت بشهادتهم فيحلف البائع بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبض يحلف بالله لقد بعثتها وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لم يضر المشتري وروى عن أبي يوسف ومحمد في رواية انها ترد بشهادتهم قبل القبض بلايين من البائع وان لم يكن عند القاضي من النساء من يشق بهن لا يحلف البائع لان العيب لم يثبت للحال فلا يثبت حق الخصومة فلا يتوجه اليين على البائع فتلزم الجارية على المشتري الى أن يحضر من النساء من يوثق بهن ولو قال بعثتها وسلمتها اليك وهي بكر وزالت بكارتها في ذلك فالقول قوله لان الاصل هي البكارة ولا يبرها القاضي النساء لان البائع مقر بزوال البكارة وانما يقول زالت في ذلك واعلم انه اذا شرط في البيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيع فاسداً وتارة يستمر على الصحيح ثبت للمشتري الخيار وتارة يستمر صحيحاً ولا خيار للمشتري وهو ما اذا وحده غيرهما شرطه وضابطه ان كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والنياب اجناس أعني الهروي والاسكندري والمصري والسكن والقطن والذ كرمع الانثى في بني آدم جنسان وفي سائر الحيوانات جنس واحد والضابط فحش التفاوت في الاغراض وعدمه فان اشترى ثوباً على انه اسكندري فوجده بلدياً وهندي فوجده مصرياً وكان فوجده قطناً أو أبيض مصبوغ بعصفر فاذا هو برعفران أو دارا على أن بناءها آخر فاذا هو لبن أو على أن لبناء ولا تخل فيها فاذا فيها بناء أو تخل أو أوصا على أن جميع أشجارها مثمرة فوجد واحدة غير مثمرة أو على انه عبد فاذا هو جارية أو فصاعلى أنه ياقوت فاذا هو زجاج فهو فاسد في جميع ذلك ولو اشترى جارية على أنها مولدة الكوفة فاذا هي مولدة بغداد أو غلام على انه تاجر أو كاتب فاذا هو لا يحسنه أو على انه فحل فاذا هو خصي أو عكسه أو أنها بغلة فاذا هو بغل أو ناقه فكان جمل أو لحم معز فكان لحم ضأن أو على عكسه ونحو ذلك فله الخيار ولو اشترى على انه بغل فوجده بغلة أو جزاراً أو بعير فاذا هو أنان أو ناقه أو جارية على انها رقاة أو حبلى أو ثيب فاذا هي بخلافه جاز ولا خيار له لانه صفة أفضل من الصفة المشروطة وينبغي في مسألة البعير والناق أن يكون في العرب وأهل البوادي الذين يطلبون الدر والنسل أما أهل المدن والمكاريبة فالبعير أفضل ولو باع داراً بما فيها من الخدوع والخشب والابواب والتخيل فاذا ليس فيها شيء من ذلك لا خيار للمشتري

* (باب خيار الرؤية) *

قدمه على خيار العيب لانه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم والزم بعد التمام والاضافة من قبيل اضافة الشيء الى شرطه لان الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية (قوله) ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذ ارآه ان شاء أخذه بجميع الثمن (وان شاء رده) سواء رآه على الصفة التي وصفته أو على خلافها مثل أن يشتري جرابية أو ثوباً هروية أو زيتاني زرق أو خنطية في غرارة من غير أن يرى شيئاً ومنه أن يقول بعثك درة في كمي صفتها كذا أو ثوباً في كمي صفته كذا أو هذه الجارية وهي حاضرة منتقبة فله الخيار اذ ارأى شيئاً من ذلك وفي المبسوط الاشارة اليه أو الى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه ولا الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى لكن اطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء مسمى جنس المبيع أو لا وسواء أشار الى مكانه أو اليه وهو حاضر مستورا ولا مشل أن يقول بعث منك ماني كمي بل عامة

* (باب خيار الرؤية) *

(قوله) ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز اذا اشترى الرجل زيتاني زرق أو براني جوالق أو درة في حقة أو ثوباً في كم أو ثوباً على أنه موجود في ملكه ولم ير المشتري شيئاً من ذلك مع البيع عندنا وله الخيار اذ ارآه ان شاء أخذه وان شاء رده قال الشافعي رحمه الله لا يبيع العقد لانه اشترى شيئاً مجهولاً فصار كمن باع عبداً من

(ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا من ثوبه الخياط اذا رآه) وهو نص في الباب فلا يترك بلا معارض فان قيل هو معارض بحديث حكيم ابن حزام وهو انه قال قال عليه الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك والمراد (٥٣١) ما ليس عندك للمشتري لا جامعنا على ان

المشتري اذا كان قد رآه
فالعقد جائز وان لم يكن
حاضرا عند العقد قلنا بل

المراد النهي عن بيع
ما ليس في ملكه بدليل قصة
الحديث فان حكيم بن
حزام رضى الله عنه قال
يا رسول الله ان الرجل يطلب

منى سلعة ليست عندي
فابيعها منه ثم ادخل السوق
فاستجدها فاشترى بها
فاسلمها اليه فقال عليه
الصلاة والسلام لا تبع

ما ليس عندك وقد اجمعنا
على انه لو باع عيناه شيئا
ملكه ثم ملكه فلم يجوز
وذلك دليل واضح على ان
المراد به ما ليس في ملكه

والمعقول وهو ان الجهالة
بعدم الرؤية لا تغني عن
المنازعة مع وجود الخيار
فانه اذا لم يوافق رده ولا

نزاع ثمة يقتضي خياره
وانما اقصت اليها لو قلنا
بانبرام العقد ولم نقل به
فصار ذلك كجهالة الوصف

في المعائن المشار اليه بان
اشترى ثوبا المشار اليه غير
معلوم عدد ذرعا فانه
يجوز لكونه معلوم العين

وان كان ثمة جهالة لكونها
لا تغني عن المنازعة
وعورض بان البيع نوعان
بيع عين وبيع دين وطريق

المعرفة في الثاني هو الوصف

وقال الشافعي لا يصح العقد أصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيئا من ثوبه الخياط اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تغني عن المنازعة لانه لو لم يوافق رده

المشايخ قالوا اطلاق الجواب يدل على الجواز عنده وطائفة قالوا لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه والظاهر ان
المراد بالاطلاق ما ذكره شمس الأئمة وغيره كصاحب الاسرار والذخيرة بعد القول بجواز ما لم يعلم جنسه أصلا
كان يقول بعثك شيئا بعشرة وقول المصنف (وقال الشافعي لا يجوز العقد أصلا) هو فيما لم يسم جنسه قولاً
واحداً انه لا يجوز وأما فيما سمي جنسه وصغته على ما نقل في شرح الوجيز والحلية انه يجوز على قوله القديم
وعلى قوله الجديد لا يجوز وعن مالك وأحمد مثل قولنا واختاره كثير من أصحاب الشافعية منهم القفال وهو قول
عثمان بن عفان وطلحة رضى الله عنهم ما ذكر المصنف في وجه قوله ان المبيع مجهول مقتصر عليه يعني وكل
ما كان كذلك لا يجوز بيعه لثبته صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ونهيه عن بيع ما ليس عند الانسان وما
ذلك الا للجهالة قلنا أما النهي عن بيع ما ليس عندك فاما رده منه ما ليس في الملك اتفاقا ما ليس في حضرتك
ونحن شرطنا في هذا البيع كون المبيع معلوماً كالبائع فقتضينا عهده وأما بيع الغرر فليقتضيه عهده أنه غيره
وذلك ليس الا بان يظهر له ما ليس في الواقع فينبى عليه فيكون مغروراً بذلك فيظهر له خلافه فيضرره وكيف
كان فلا شك بعد القطع ونحن نقطع بان النهي عن ذلك لما يلزم الضرر فيه ونقطع بان لا ضرر فيما أجزنا
من ذلك انما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار اذا رآه فاما اذا أوجبنا له الخيار اذا رآه فلا ضرر فيه أصلاً بل فيه
محصن مصلحة وهو ادراك حاجة كل من البائع والمشتري فانه لو كان له به حاجة وهو غائب وأوقفت جواز
البيع على حضوره ورؤيته بما تفوت بان يذهب فبساومه فيه آخره فبشتره منه فكان في شرع هذا
البيع على الوجه الذي ذكرنا من اثبات الخيار عند رؤيته محصن مصلحة لكل من العاقدين من غير حقوق
شيء من الضرر فاقب بتناوله النهي عن بيع الغرر والاحكام لم تشرع الا لمصلحة العباد قطعاً فكان مشروعا
قطعا فوجب أن يحمل الحديث على البيع البات الذي لا خيار فيه لانه هو الذي يوجب ضرر المشتري والنهي
قطعا ما ليس الا لذلك فظهر ان كلامنا في الحديثين لم ينف ما أجزناه فكان نفيه قولاً بلا دليل وكفانا في اثباته المعنى
وهو انه مال مقدور التسليم لا ضرر في بيعه على الوجه المذكور فكان جائزا ويبقى الحديث الذي ذكره
المصنف زيادة في الخبر وهو ما رواه ابن أبي شيبة والبيهقي من سلاحد ثنا اسمعيل بن عياش عن أبي بكر بن عبد
الله بن أبي مريم عن مكحول رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا من ثوبه الخياط اذا رآه ان شاء
أخذه وان شاء تركه والمرسل جهة عند أكثر أهل العلم وتضعيف ابن أبي مريم بجهالة عدد التلا ينفي علم غير
المضعفين بها وقد روى هذا الحديث أيضا الحسن البصري وسلمة بن الحبحق وابن سيرين وهو رأي ابن سيرين
أيضا وعمل به مالك وأحمد وهو ممن نقل عنه تضعيف ابن أبي مريم فدل قبول العلماء على ثبوته والحق أن عمل

عبيده وهذا لان المقصود من شراء العين مالم يتبه ولهذا لا يرد على ما ليس بحال والمالية في الاوصاف ولهذا ازداد
وتنقص بها وهي مجهولة لاننا نعرف بالرؤية قصارت كجهالة العين وهي مفسدة فكذلك جهالة الوصف ولنا
العمومات المجوزة بلا قيد للرؤية فلا نزيد قيد الرؤية عليها لانها كالنسخ وفي المشاهير انه عليه السلام
قال من اشترى شيئا من ثوبه فهو بالخيار اذا رآه حقق الشراء وبني عليه حكما وهو الخيار ولان المبيع معلوم
العين مقدور التسليم فصح بيعه كالرؤية وهذا لان الخلاف في أمة قائمة بين أيديهما منتقبة ولا شك أن عينها
معلومة بلاشارة اليها لانها أبلغ أسباب التعريف وكذا اذا أشار الى مكانها وليس في ذلك المكان مسمى بذلك
الاسم غير هافا ما كونها أمته ومعلوم كنهه فانما يعرف بالخبر البائع اياه لانها وان رفعت النقاب لا يعلم ذلك الا
بقول البائع وقد أخبر به وانما بقي بعدم رؤيته وجهها الجهل ببعض صفات الوجه وهو أولى من قواف بعض

وفي الاول المشاهدة ثم ما هو طريق الى الثاني اذا تراخى عن حالة العقد فسد العقد فكذلك ما هو طريق الى الاول وهو المشاهدة اذا تراخى فسد
وأجيب بان المعارضة ساقطة

(قوله فان قيل هو معارض الخ) أقول فيه كلام لان النهي يقتضي المبيع

لان السلم انما لا يجوز وعند ترك الوصف لافضاء الجهالة الى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك (قوله وكذا اذا قال) فغير يسع على مسئلة القدوري
يعني كما ان له الخيار اذا لم يقل رضى (٢٣٢) فكذا اذا قال ذلك ولم يره ثم رآه لان الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذي روينا

فصار كجهالة الوصف في المعايين المشار اليه (وكذا اذا قال رضى ثم رآه أن يرد) لان الخيار معلق بالرؤية لما
روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم انه عقد غير لازم لا يقتضى الحديث

من ضعف ابن أبي مريم على وفق حديثه ينبغي على أن العمل على وفق الحديث هل هو صحيح له وهى مسئلة
مختلفة بين الأصوليين والمختار لا مالم يعلم أن عمله عن الحديث وقدر وي الحديث أيضا من فوعار واه أبو حنيفة
عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه
ورواه الهارقي من طريق أبي حنيفة الا أن في طريقه الى أبي حنيفة عمر بن ابراهيم السكري نسب الى
وضع الحديث هذا ولا بد من كون المراد في الحديث بالرؤية العلم بالمقصود فهو من عموم المجاز عبر بالرؤية عن
العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية بمن افراد المعنى المجازى وهذا الوجود مسائل اتفاقية لا يكتفى بالرؤية
فيها مثل ما اذا كان المبيع مما يعرف بالشم كسك اشتراه وهو يراه فانه انما يثبت الخيار له عند شمه فله الفسخ
عند شمه بعد رؤيته وكذا لو رأى شيئا اشتراه فوجده متغيرا لان تلك الرؤية غير معرفة للمقصود الا أن
وكذا اشتراء الاعمى يثبت له الخيار عند الوصف له فاقم فيه الوصف مقام الرؤية وقول المصنف (فصار كجهالة
الوصف في المعايين المشار اليه) يعني فيما لو اشترى ثوبا لم يعلم عدده وذرعانه يرد تشبيهه بذلك في مجرد
ثبوت الجواز لا بقيد ثبوت الخيار لانه لا خيار في المشبه به أعني الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس في هذا
المبيع فيبقى الغائب مجرد علم الوصف وقوله (وكذا اذا قال رضى) الى آخره أى وكذا له الخيار اذا رآه يعني اذا
قال رضى كائنا ما كان قبل الرؤية ثم رآه أن يرد لان ثبوت الخيار معلق في النص بالرؤية بحيث قال فهو
بالخيار اذا رآه والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت وقوله وحق الفسخ الخ
جواب عن مقدر وهو طلب الفرق بين الفسخ والاجارة قبل الرؤية فانه اذا أجاز قبلها لا يلزم واذا فسخ قبلها لم
مع استواء نسبة التصرفين في تعلقيهما بالشرط في الحديث ولا وجود للمعلق قبل الشرط وحاصل الجواب أن
المعلق بالشرط هو عدم قبل وجوده اذا لم يكن له سبب غير ذلك الشرط فان الشئ قد يثبت باسباب كثيرة
فالحدث لمعلق الخيار بالرؤية يثبت به تعليق كل من الاجارة والفسخ به لان معنى الخيار أن له أن يجيز وان
يفسخ ثم لم يثبت الاجارة بسبب آخر فيبقى على عدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية بخلاف خيار العيب سببه وهو
العيب قائم قبل الرؤية فاذا قال رضى قبل الرؤية سقط خياره اذا اطلع عليه لرضاه بالعيب قبل ذلك وأما
الفسخ فثبت له سبب آخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشتري وما كان غير لازم عليه له أن يفسخه بالضرورة
كالعار يتو اللوعة والا فهو لازم وقد فرض غير لازم هذا خلف وقد سلك المصنف رحمه الله مسلك الطحاوى في
عدم نقل خلاف في جواز الرد قبل الرؤية ونقل في التحفة فيه اختلاف المشايخ منهم من منع وانه لا رواية فيه

الوصاف كالسهم والبصر وغيرهما واذ لا يمنع الجواز ان كان يمنع لزوم العقد فكذا هذا (قوله فصار
كجهالة الوصف في المعايين المشار اليه) بان اشترى ثوبا ولم يعلم عدده وذرعانه وخيار الرؤية انما يثبت في كل عقد
يفسخ بالرد كالاجارة والصلح عن دعوى مال والقسمه والشراء وما أشبه ذلك من العقود التي تنفسخ برده ولا
يثبت خيار الرؤية في كل عقد لا يفسخ برده كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن القصاص وما أشبه ذلك من
العقود التي يكون المردود مضمونا بانفسه لا بما يقابل لان الرد في هذه المواضع لا يفيد لانه بالرد لا يرتفع العقد
وقيام العقد بوجوب مطالبه العين فاذا قبضه برده أيضا فيؤدي الى مالا يتناهى (قوله وحق الفسخ قبل الرؤية
بحكم أنه عقد غير لازم) جواب سؤال بان يقال لو لم يكن له خيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل
الرؤية وقوله أن يفسخ العقد قبلها فقال حق الفسخ قبلها لعدم لزوم العقد لا يقتضى الحديث وهذا لان

والمعلق بالشئ لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشرط بدون الشرط ولانه لو لم يلزم العقد بالرضا قبل الرؤية لم يلزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص عندها فما أدى الى ابطاله فهو باطل (قوله وحق الفسخ) جواب سؤال تقريره لو لم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لانه من نتائج ثبوت الخيار كالمقبول فكان معلقا بها فلا يوجد قبلها وتقرير الجواب ان حق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لانه لم يقع منبرها فجاز فسخه لو شاء فيه ألا ترى ان كل واحد من العاقدين في عقد الوديعة والعارية والوكالة يملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد وان لم يكن له خيار لا شرطا ولا شرعا بخلاف الرضا فانه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز اثباته على وجه يؤدي الى بطلانه كما مر آنفا وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار فهو ملزم للخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا ملزمه لان ما هو شرط للزوم فهو شرط للملزم

(قوله وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار

الخيار) أقول بل ذلك لعدم وقوعه منبرها لو شاء فيه على ما فصله المحجب غاية ما في البيان أن عدم الانترام باعتبارانه يثبت له الخيار عند الرؤية وهذا لا يستلزم عدم وجوده بدونه فليتأمل (قوله والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها الخ) أقول هذا أيضا ممنوع لما سيجي في الصفة العالبة أن المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر

(قوله ولان الرضا بالشئ) جواب سؤال آخر وتحقيقه ان الامضاء للرضا والرضا بالشئ (لا يتحقق قبل العلم باوصافه) لان الرضا استحسان الشئ واستحسان مالم يعلم ما يحسنه غير متصور وأما الفسخ فانهما هو لعدم الرضا وهو (٥٣٣) لا يحتاج الى معرفة المحسنات لا يقال

عدم الرضا لاستقبال الشئ واستقبال مالم يعلم ما يقبضه غير متصور ولان عدم الرضا قد يكون باعتبار ما بدله من انتفاء احتياجه الى المبيع أو ضياع ثمنه أو استغلائه فلا يلزم الاستقبال ذكر في القصة ان جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه ولكن المشايخ اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياسا على الاجازة وقال بعضهم يصح دون الاجازة وهو مختار المصنف قال (ومن باع مالم يره) من ورث شيئا فباعه قبل الرؤية يصح البيع ولا خيار له عندنا وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه لا يختص بخيار العيب بل اذا بجانب المشتري بل اذا وجد البائع الثمن زيفا فهو بالخيار ان شاء جوزه وان شاء رده كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا لكن العقد لا يفسخ برد الثمن وينفسخ برد المبيع لانه أصل دون الثمن وبخيار الشرط فانه يصح من الجانبين كما تقدم (وهذا) أي الخيار للبائع انما هو باعتبار (ان لزوم العقد بتمام الرضا والا) أي من جهة البائع (وثبوتها) أي من جهة المشتري (وتتمام الرضا لا يتحقق الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية) فان

ولان الرضا بالشئ قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضى قبل الرؤية بخلاف قوله رددت قال (ومن باع مالم يره فلا خيار له) وكان أبو حنيفة يقول أولا له الخيار باعتبار اختيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا والا وثبوتها لا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية

وأما قول المصنف (ولان الرضا بالشئ قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضى قبل الرؤية) فلو لم يلزم ان لا يصح البيع بشرط البراءة من العيوب لان حاصله الرضا بالمبيع قبل رؤية العيب ثم لم يمنع الفسخ قبل الرؤية أن يمنع وجود سبب آخر غير الرؤية وقولكم عدم لزوم سبب آخر قبل الرؤية قلنا تمنع تحقق عدم لزوم بل نقول قبل الرؤية المبيع بات فليس له فسخه فان الشارع علق اثبات قدرة الفسخ والاجازة التي هي الخيار بالرؤية قبله بثبت حكم السبب وهو اللزوم الى غاية الرؤية ثم يرفع عند ما قضت قدرة الفسخ والاجازة معا وعلم أن خيار الرؤية ثبت في اربعة مواضع ليس غير شراء الاعيان والاجازة والصلح عن دعوى مال على عين والقسمة وعرف من هذا انه لا يكون في الدين فلا يكون في المسلم فيه ولا في الاثمان الخاصة بخلاف مالمو كان البيع اناء من أحد النقدين فان فيه الخيار ولو تباعا بمقايضة ثبت الخيار لكل منهما ومحل كل ما كان في عقد يفسخ بالفسخ لا مالا يفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وان كانت أعيانا لانه لا يفيد فيها لان الرد لم يلزم بوجوب الانفساخ بقي العقد قائما وقيامه بوجوب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة فلو كان له أن يرده كان له أن يرد أبا وليس للبائع أن يطالب المشتري بالثمن مالم يسقط خيار الرؤية بتمنه ولا بتوقف الفسخ على قضاء ولا رضاء بل بمجرد قوله رددت يفسخ قبل القبض وبعده لكن بشرط علم البائع عند أي حنيئة ومحمد خلا فالابي يوسف كاهو خلا فاتهم في الفسخ في خيار الشرط (قوله ومن باع مالم يره) بان ورث عينا من الاعيان في بلدة أخرى فباعها قبل أن يراها فلا خيار له وكان أبو حنيفة يرضى الله عنه يقول أولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه يثبت للبائع حتى جاز أن يرد الثمن بالزيادة (وخيار الشرط) فانه يجوز له ما ولو اقتصر على خيار العيب كان أقرب لان ثبوته في العيب معقول لاحتمال ما هو بعض المبيع عند البائع فكان بسبيل من ترك حقه أو أخذ به باخذ الثمن ورد المبيع بخلاف خيار الشرط وفي عدم الرؤية لتحصيل شرط البيع وهو العلم التام بالمبيع فغير أنه جوزه متأخر المصلحة التي ذكرناها ثم تقرير المصنف حيث قال (وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا والا) يعني في حق البائع (وثبوتها) في حق المشتري (ولا يتحقق ذلك) أي تمام الرضا (الا) بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية (يحال انه قياس بجامع عدم الرضا بالمبيع على البتة وهو تعليل بالعدم

الفسخ لعدم لزوم العقد والعقد هنا قبل الرؤية غير لازم لتمكين الخلل في الرضا اذ هو عبارة عن الاستحسان واستحسان الشئ مع الجهل باوصافه لا يتحقق واللزوم يعتمد تمام الرضا وتتمامه بالعلم باوصاف هي مقصودة وانما نصير معلومة بالرؤية فلذا لا يعتبر قوله رضى قبل الرؤية لولاه لولم العقد بالرضا قبل الرؤية للزم امتناع الخيار بتقدير الرؤية والخيار ثابت بتقديرها بالحديث فما أدى الى ابطاله يكون باطلا وهذا لانه حينئذ يوجد رؤية المعقود عليه خالي عن الخيار وقد أثبت الشرع الخيار عند رؤية بخلاف الفسخ قبل الرؤية لان الفسخ يخرج العين عن أن تكون معقودا عليها فلا يوجد بعده رؤية المعقود عليه خالي عن الخيار والرضا باعيب قبل رؤيته انما يصح لان سببه هو العيب وكون المبيع معيبا سابق على الرضا فاعتبر بوجود سبب الخيار الذي هو العيب وهذا السبب الرؤية فلا يثبت الخيار قبلها (قوله اعتبارا بخيار العيب) بان وجد البائع الثمن زيفا كان له الخيار ان شاء يجوزه وان شاء يرد ولا يفسخ العقد الا في المقايضة (قوله زوالا) أي في جانب البائع وثبوتها أي في جانب المشتري حتى لا يزول ملك البائع الا برضاه ولا يثبت الملك للمشتري الا برضاه (قوله ولا يتحقق ذلك) أي تمام الرضا

قال المصنف (ولان الرضا بالشئ قبل العلم باوصافه لا يتحقق) أقول فيه أن عدم العلم باوصافه غير مفروض فان غير المرئي قد يعلم بالوصف ويجوز أن يقال المراد هو العلم الشخصي باوصافه

بالرؤية يحصل بالإطلاع على دقائق لا تحصل بالعبارة (فلم يكن البائع واضيا بالزوال) فيكون العقد غير لازم من جهة قوله الفسخ (وجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء فلا يثبت دونه) كما تقدم فان قيل البائع مثل المشتري في الاحتياج لتسام الرضا فيلحق به دالة أوجب بانهما ليسا بسين فيه لاس الرد من جانب المشتري باعتبار انه كان يظنه خيرا مما اشترى فبرده لغوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رد لده باعته باران المبيع أزيد مما طن فصار كالباع عبد اشترطه معيب فاذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار واذا لم يكن في معناه لا يلحق به قيل المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر وههنا وجد القياس على المشتري والخيار ينال من البائع وأوجب بانه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس سلمناه لكن القياس على (٥٢٤) مخالفة الاجماع باطل وتحكيم جبير بن عثمان وطلحة كان بمحضر من الصحابة رضى

الله عنهم أجمعين ولم ينكره أحد فكان اجاء على ما ذكر في المتن فبطل الاحتياق دالة وقيا ساو لهذا رجح أبو حنيفة حين بلغه الحديث قال (ثم خيار الرؤية غير موقت) قيل خيار الرؤية بوقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه لانه خيار يتعلق بالاطلاع على حال المبيع فاشبه الرد بالمعيب والاصح عندنا انه باق مالم يوجد ما يبطله لانه ثبت حكما لانعدام الرضا فيبقى الى أن يوجد ما يبطل عدم الرضا ثم ما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط في بابه والضابط في ذلك ان المشتري بالخيار اذا فعل في المبيع ما يخفى به مرة ويحل في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار والا لبطلت فائدة الخيار لانها امكان الرد عند عدم الموافقة بعد الامتحان فان زمه المبيع بفعل ما يخفى به

أول مرة فانت فائدة الخيار ويعلم من هذا انه اذا فعل ما لا يخفى به أو يخفى به لكنه لا يحل في غير الملك بحال أو يخفى به ويحل في غير الملك لكن فعله مرة ثانية كان دليل الاختيار فعلى هذا اذا اشترى جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لانه مما يخفى به ويحل في غير الملك في الجملة فلو استخدمها مرة ثانية في ذلك النوع من الخدمة كان اختيار المالك لعدم الحاجة اليها والحصول الامتحان بالاولى ولو وطئها بطل خياره لانه وان كان مما يخفى به لان صلاحها لو وطئها فلا يعلم بالنظر لكن لا يحل الوطئ في غير الملك فكان اختياره (قوله فاشبه الرد بالمعيب) أقول فيه تأمل (قوله والضابط في ذلك) أقول يعني أن الضابط في فهمهم مما ذكر الى قوله ويعلم (قوله ويحل في غير الملك في الجملة) أقول يعني بأجازة المالك

فلم يكن البائع واضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء لمار وينا فلا يثبت دونه وروى عن عثمان بن عفان باع أرضا له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقبيل طلحة انك قد غبت فقال لي الخيار لاني اشتريت مالم أراه وقيل لعثمان انك قد غبت فقال لي الخيار لاني بعثت مالم أراه فحكايه ما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ثم خيار الرؤية بغير موقت بل يبقى الى أن يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية وحاصله أن ثبوت خيار لعدم تمام الرضا باحكام العقد فكذا هنا ويرد عليه أن حكم الاصل أعني خيار الشرط متوقف شرعا على تواضعهما فقياسه أن يكون هكذا يثبت الخيار بتراضيهما الا اذا سكتا عنه فيلزم حينئذ فكذا هنا وليس الواقع هذا الظهور واختلاف حكم الاصل والفرع ولو لم يتخلفا فالاصل معدول عن القياس فلا يقاس عليه فلذا حقه أن يرجع وذكرا للمرجوع اليه وجهين أحدهما (انه معلق بالشراء لمار وينا فلا يثبت دونه ولا يخفى انه نفى الحكم بفهم الشرط اذ حاصله انتفاء الحكم لا انتفاء الشرط والثاني ما أخرجه الطحاوي ثم البيهقي عن علقمة بن أبي وقاص ان طلحة رضى الله عنه اشترى من عثمان بن عفان رضى الله عنه مالا فقبيل لعثمان انك قد غبت فقال عثمان لي الخيار لاني بعثت مالم أراه وقال طلحة رضى الله عنه لي الخيار لاني اشتريت مالم أراه فحكايه ما جبير بن مطعم رضى الله عنهم فقضى ان الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان والظاهر أن مثل هذا يكون بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم لان قضية تجري فيها الخلاف بين رجلين كبيرين ثم انهم احكم فيها غيرهما فالغالب على الظن شهرتهم وانتشار خبرهما فحين حكم جبير بذلك لم يرو عن أحد خلافة كان اجاءا سكا وتما ظاهرا (قوله ثم خيار الرؤية بغير موقت) بوقت خلافا لما ذهب اليه بعض المشايخ من انه موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ فاذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ولزم المبيع فيه والمختار انه لا يتوقف (بل يبقى الى أن يوجد ما يبطله) يبطله (ما يبطل خيار الشرط من تعيب) يعني بعد الرؤية (أو تصرف يبطل خيار الرؤية) بقيد تفصيل نذكره في التصرف لا مطلقا فلذا وصلة

(قوله انه معلق بالشراء) فلا يثبت دونه لان الخيار ان ثبت للبائع فاما أن يثبت بمار وينا أو بدالته أو بحديث آخر لا يجوز الاول لانه معلق بالشراء فكيف يثبت في المبيع ولم يرو حديث آخر في المبيع وهو ليس في معنى الشراء لثبت الحكم فيه دالة ولان المشتري ظنه خيرا مما اشترى فبرده بغوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رد لده باعتبار أن المبيع أزيد مما طن فصار كالباع عبد اشترطه معيب فاذا هو سليم فانه لا يثبت للبائع خيار (قوله وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية) والاصل فيما يبطل خيار الشرط أن كل فعل باشر المشتري في المشتري بشرط الخيار وهو فعل يحتاج اليه للامتحان ويحل في غير الملك بحال فلا يشتغل به أول مرة لا يكون دليل الاختيار حتى لا

قبل يشكك على هذا السككي مسئلتان احدهما انه لو اشترى دار لم يرها فبيعت بجهنم اذ اراد اخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية في ظاهر الرواية وبطل خيار الشرط والثانية اذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية والمسئلتان في فتاوى فاضلخان وأجيب بان الاصل فيهما هو ان خيار الرؤية لا يبطل بصرح الرضا قبل الرؤية لما ذكرنا فلا يبطل بدليل الرضا بالطريق الاولى لانه دونه ثم اخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضا فذلك لا يعملان في ابطال خيار الرؤية وفيه نظر لانه ليس بدافع والحق ان الاشكال ليس بوارد لانه قال وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية وهو ليس بسككي مطلق بل مقيد بان يكون تعيبا أو تصرفا يعني في المبيع والاخذ بالشفعة والعرض على البيع ليسا منهما فلا يكونان واردين ثم التصرف الذي يبطل خيار الرؤية على ضربين تصرف يبطله قبل الرؤية وتو بعدها وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله بعدها فاما الاول فهو الذي لا يمكن رفعه كالاغتياق والتدبير أو الذي يوجب حقا للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط والبيع بخيار الشرط للمشتري والرهن والاجارة (٥٣٥) وهذا لان هذا التصرف يعتمد الملك

وملك المتصرف في العين قائم فصادف المحل ونفذ وبعد نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع فتعذر الفسخ وبطل الخيار ضرورة وكذلك تعلق حق الغير مانع من الفسخ في بطل الخيار حتى لو افتك الرهن أو مضت مدة الاجارة أو رد المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قيل ان بطلان الخيار قبل الرؤية يخالف الحكم النص الذي روينا والثاني ان هذه التصرفات اما ان تكون صريح الرضا أو دلالة وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية فكيف أبطلته وأجيب عن الاول بان ذلك فيما يمكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات لصدورها عن أهلها مضافة الى محلها انعقدت صحة وبعد صحتها لا يمكن رفعها

ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاغتياق والتدبير أو تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وتو بعدها لانه لما لم تعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يراد به صريح الرضا أو يبطله بعد بقوله (ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه) للمتصرف (كالاغتياق) للعبد الذي اشتراه ولم يره (وتدبيره) أو تصرفا يوجب حقا للغير (كالبيع ولو بشرط الخيار للمشتري لخلوص الحق فيه للمشتري وقوله (كالبيع المطلق) انما يريد به المطلق عن شرط الخيار للبائع لان به لا يخرج المبيع عن ملكه وكالهبة مع التسليم (والرهن والاجارة يبطل خيار الرؤية) سواء وجدت بعد الرؤية أو قبله لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ واذ ان عذر الفسخ شرع بطل الخيار (ووجب تقديره في الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم له الخيار اذا رآه مقبدا بما اذا لم يوجب موجب شرعي عدمه اذا رآه وحاصله تقديره بخصص بالعقل (وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار) للبائع (والمساومة وهبته بلا تسليم لا يبطله قبل الرؤية) لانه لو أبطل الخيار كان يسقط خياره وكل فعل لا يحتاج اليه للامتحان أو يحتاج اليه للامتحان الا أنه لا يحل في غير الملك بحال فانه يكون دليل الاختيار وذلك لانه متى فعل فعلا يحتاج اليه للامتحان ويحل في غير الملك وجعل دليل الاختيار وسقط خياره أول مرة لا يفيد الخيار فائدة لان فائدة شرط الخيار امكان الرد فلو لم يره البيع بفعل الامتحان أول مرة يفوت فائدة الخيار اذا ثبت فنقول اذا اشترى جارية على أنه بالخيار فاستخدمها مرة لا يبطل خياره لان الاستعداد يحتاج اليه للامتحان وأنه يحل بدون الملك في الجملة فلم يكن الاشتغال به دليل الاختيار فيبقى على خياره بخلاف ما لو وطئها حيث يبطل خياره وان كان الوطء محتاجا اليه للامتحان لانها تشتري للوطء ولا يعلم كونها صاحبة للوطء بالنظر اليها وانما كان كذلك لان الوطء تصرف لا يحل بدون الملك بحال فكان الاقدام عليه اختيارا للمالك حتى لا يقع وطء في غير الملك ولا كذلك الاستعداد فانه يحل في غير الملك وان استخدمها مرة أخرى فان كان في النوع الذي استخدمها في المرة الاولى كان اختيارا للمالك لان الكرة الاخرى في ذلك النوع غير محتاج اليه للامتحان والعرض على البيع والتقبيل والامس عن شهوة ولبس الثوب مرة أخرى وركوب الدابة مرة أخرى كل ذلك يسقط الخيار لما أنه غير محتاج اليه للامتحان أولا يحل في غير الملك (قوله) ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه (الى أن قال يبطله قبل الرؤية وتو بعدها فان قيل لو بطل

فيسقط الخيار ضرورة وعن الثاني بان دلالة الرضا لا ترتب على صحته اذ لم تكن من ضرورات صريح آخره فانه دلالة من ضرورة صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء الارزوم بحال وأما الثاني فهو الذي لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل الخيار قبل الرؤية لانه لا يراد به صريح الرضا أي لا يزيد عليه وصريح الرضا لا يبطله قبل الرؤية فدلالته أولى يعني (قوله) فيشكل على هذا السككي الى قوله والثانية اذا عرض الخ) أقول ولك أن تقول هما أيضا يبطلانه بعد الرؤية وذلك يكفي في صحة السككية فانه لم يقبل يبطل خيار الرؤية مطلقا (قوله والعرض على البيع) أقول لان سلم أن العرض على البيع ليس من التصرف في المبيع والسند ما يذكره المصنف من جعل المساومة منه (قوله مانع من الفسخ) أقول أي فسخ البائع استغلا (قوله لا يمكن رفعها) أقول مطلقا أو من التصرف مستغلا (قوله وعن الثاني بان دلالة الرضا) أقول والجواب عن الثاني عندى أن يقال ليس بطلان الخيار ههنا دلالة الرضا أو صريحه بل اضرورة تعذر فسخ من التصرفات على ما يدل عليه سياق كلام المصنف (قال المصنف البيع بشرط الخيار والمساومة) أقول قال

وعلامته أن يعرض بالتمودج فيكتفي برؤية واحدة منها الا اذا كان الباقي اردأ مما رأى فينتد فيكون له الخيار وان كان تتفاوت آحادها كالتياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي وكان ينبغي أن يكون مثل الخططة والشعر لكونهما متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكمل يعرض بالتمودج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله وفي شاة اللحم لا بد من الجلس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة الغنمية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعروف للمقصود

عورة العبد والامة الذين يريد أن يشترهم حاولزم في صحة بيع الصبرة النظر الى كل حبة منها ولا قائل بذلك فيكتفي برؤية ما هو المقصود فاذا رآه جعل غير المربي تبعا للمربي فاذا سقط الخيار في الاصل سقط في التبعية اذا عرف هذا انبنى عليه أن من انظر الى وجه الجارية أو العبد ثم اشتراه فرأى الباقي فلا خيار له فليس له رده بخيار الرؤية بخلاف ما لو رأى بطنها أو ظهرها أو سائر أعضائها أو الوجه فان له الخيار اذا رأى وجهها لان سائر الأعضاء في الاماء والعبيد تبعية للوجه ولذا تتفاوت القيمة اذا فرص تفاوت الوجه مع تساوي سائر الأعضاء وفي الدواب يعتبر رؤية الوجه والكفل لانها المقصودان فيسقط برؤية ما ولا يسقط برؤية غيرهما منها وهو المروي عن أبي يوسف وقيل لا يسقط ما لم يرقوا منها ونقل صاحب الاجناس عن المجرى عن أبي حنيفة في الدابة اذا رأى عنقها أو ساقها أو فخذه أو جنبها أو صدرها ليس له خيار الرؤية وان رأى حوافرها أو ناصيتها فله الخيار وعن محمد يكتفي الوجه اعتبارا بالعبد وفي رواية المعلي عن أبي حنيفة يعتبر في الدواب عرف القبار (وفي شاة اللحم لا بد من الجلس) باليد فلا يكتفي بالرؤية ما لم يجسها (لان المقصود اللحم وفي شاة الغنمية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعروف للمقصود) فلا يسقط الخيار بدون ذلك وكذا اذا رأى وجه الثوب مطويا لان البادي يعرف مافي الطي فلا يشرط فتحه لتضر والبائع يتكسر ثوبه وبقصان بهجته وبذلك ينقص ثمنه عليه اللهم الا أن يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين أو يكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم ثم قبل هذا في عرفهم أمافي عرفنا لم يرباطن الثوب لا يسقط خياره لانه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر وفي المبسوط الجواب على قول زفر وفي المبسوط لا بد من رؤية جميعه ولو نظر الى ظهوره كاعب لا يبطل خياره ولو نظر الى وجهه ادون المهرم يبطل قيل وينبغي أن ينظر الى المهرم في زماننا لتفاوته وكونه مقصودا وفي الجبة لا يبطل خياره برؤية باطنها أو يبطل برؤية ظاهرها الا اذا كانت البطانة مقصودة بان كان فيها فرو أو ما للوسادة المحشوة اذا رأى ظاهرها فان كانت محشوة مما يحشى بها مثلها يبطل خياره وان كان مما لا يحشى به مثلها فله الخيار هذا اذا كان المبيع واحدا (فان دخل في البيع اشياء فان كانت الآحاد لا تتفاوت كالمكيل والموز ونوعا لمتة) أي علامة لا تتفاوت آحاده (أن يعرض بالتمودج فيكتفي برؤية واحدة منها) في سقوط الخيار (الا اذا كان الباقي اردأ مما رأى حينئذ يكون له الخيار)

فيتضرر البائع بانكسار ثوبه بالنشر والطي على تقدير اشتراط رؤية جميع أجزائه وفي الصبرة لا يمكن اشتراط رؤية كل حبة من حبات الخططة (قوله وعلامته) أي علامة الشيء الذي لا يتفاوت آحاده التمودج بالغض والتمودج بالضم تعريب غونه كذا في المغرب وذكري الذخيرة والمكيل والموزون نظير العدديات المتقاربة يكتفي فيه برؤية البعض اذا كان في وعاء واحد لا بخلاف واذا كان في وعاءين فرأى مافي أحد الوعاءين اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق اذا رضى بما رأى يبطل خياره في السكك اذا وجد مافي الوعاء الآخر مثل ما رأى أو فوقه أما اذا وجد دونه فهو على خياره ولكن اذا أراد الرد برد السكك وهو الصحيح (قوله والجوز والبيض من هذا القبيل) أي من القبيل الذي يتفاوت آحاده لانه يختلف بالصغر والكبر فلا تكون رؤية البعض دليلا على الباقي وكان ينبغي أن يكون مثل الخططة والشعر لتقارب آحاده

(والنظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعرف البقية الا أن يكون في طيه ما كان مقصودا كموضع العلم) واذا انظر الى وجه الآدمي بطل الخيار لانه هو المقصود به في العبد والامة وسائر الأعضاء تبعية له ألا ترى ان تفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوي في سائر الأعضاء واذا انظر الى الوجه أو الكفل في الدابة بطل الخيار لانها مقصودان في الدواب هذا هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله وشرط بعضهم رؤية القوائم لانها مقصودة في الدواب فان كان المكمل والموزون والعددي المتقارب في وعاءين فرآها في احدهما فان كان مافي الآخر مثل ما رأى أو فوقه بطل الخيار وان كان دونه فهو على الخيار ولكن اذا رد السكك لثلا تتفرق الصفة واذا اشترى شاة فلما أن تكون اللحم أو للقيمة أي الدر والنسل في الاول لا بد من الجلس لان المقصود انما يعرف به وفي الثاني لا بد من رؤية الضرع وفي المطعومات لا بد من الذوق لانه المعروف للمقصود

قال (وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها) وكذلك اذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت والاصح أن جواب الكتاب على وفق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل

يعنى خيار العيب لا خيار الرؤية بذكرة في المنيبوع وفي الكافي اذا كان أو دأله الخيار لانه انما رضى بالصفة التي رآها لا بغيرها وهذا التعليل يفيد انه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المصنف والتحقيق انه في بعض الصور خيار عيب وهو ما اذا كان اختلاف الباقي يوصله الى حد العيب وخيار رؤية اذا كان الاختلاف لا يوصله الى اسم المعيب بل الدور وقد يجتمعان فيما اذا اشترى مالم يره فلم يقبضه حتى ذكره البائع به عيباً ثم أراه المبيع في الحال (وان كانت آحاده متفاوتة كالثياب والدواب والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد) لكن على الوجه الذي ذكرنا أعنى رؤية ما هو المقصود من كل واحد (والجوز والبعض من هذا القبيل فيما ذكر الكرخي) قال المصنف (وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونهما متقاربة) وبه صرح في المحيط وفي المجرى هو الاصح ثم السقوط برؤية البعض في المكيل اذا كان في وعاء واحد اما اذا كان في وعاءين أو أكثر اختلفوا في إشباع العراق على أن رؤية أحدهما كبرؤية الكل ومشايخ لم يكتفي بل لا بد من رؤية كل وعاء والصحيح أنه يبطل برؤية البعض لانه يعرف حال الباقي هذا اذا ظهر له أن ما في الوعاء الآخر مثله أو أجود اما اذا كان أردأ فهو على خياره وان كان مما يتفاوت آحاده كالبطاطنج والزمان فلا يكفي رؤية بعضها في سقوط خياره في الباقي ولو قال ردت وأسقطت خيارى وفي شراء الرحبا لانه لا بد من رؤية الكل وكذا السرج بادانه ولبد له لا بد من رؤية الكل (قوله) وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذا اذا رأى خارج الدار ورأى أشجار البستان من خارج لان النظر الى جميع أجزائها متعذر اذا لا يمكن النظر الى ما تحت السرور الى ما بين المحيطان من الخدوع فيكتفى برؤية المقصود منها (وعند زفر لا بد من دخول البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفق عادتهم في الابنية) في الكوفة (فان دورهم لم تكن متفاوتة) وأما في ديارنا (فلا بد من الدخول داخل الدار) كما قال زفر (لتفاوت الدور) بكثره المرافق وقلتها فلا يصير معلوما بالنظر الى صحتها وهو الصحيح وهذا لا يفيد الآن بقل وكل من ذلك مقصود وعلى هذا ما ذكرنا من أنه لا يشترط رؤية العلو الا في بلد يكون العلوم مقصودا كفي سمرقند ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة على خلاف بلادنا بدار مصر وشرط بعضهم رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه كما قال الشافعي وهو المتعبر في ديار مصر والشام والعراق وأما ما ذكر في الاشجار من الاكتفاء برؤية ترؤس الاشجار أو رؤية خارجة فقد أنكر بعض المشايخ هذه الرواية وقال المقصود من البستان باطنه فلا يكفي برؤية ظاهره وفي جامع قاضيان لا يكفي برؤية الخارج ورؤس الاشجار انتهى وفي الكرم لا بد من رؤية ثعبان الكرم من كل نوع شيئا وفي الزمان لا بد من رؤية الحلو والحامض ولو اشترى دهنًا في زجاجة فترؤسها خارج الزجاجة لا يكفي حتى يصبه في كفه عند أبي حنيفة لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل وعن محمد يكتفي لان الزجاج لا يخفى صورة الدهن وروى هشام أن قول محمد موافق لقول أبي حنيفة وفي الحقيقة لو نظر في المرآة قرأى المبيع قالوا لا يسقط خياره لانه ما رأى عينه بل مثاله ولو اشترى سمكا في الماء يمكن أخذه من غير اصطياد فراه في الماء قال بعضهم يسقط خياره لانه رأى عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لان المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى أكبر ما هو فهذه الرؤية لا تعرف

خياره) رؤية صحن الدار أو خارجها ورؤية أشجار البستان من خارج تسقط خيار الرؤية لان كل جزء من أجزائها متعذر الرؤية كما تحت السرور وبين المحيطان من الخدوع والاسطوانات وحينئذ تسقط شرط رؤية الكل فائتينا رؤية ما هو المقصود من الدار مقام رؤية الكل فاذا كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلوم مقصودا كفي سمرقند وقال زفر رحمه الله وهو قول ابن أبي ليلى لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب أى القدورى على وفق عادتهم بالكوفة أو بغداد في الابنية فانها تختلف بالضيق والسعة وفيما وراء ذلك يكون كصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج فاما اليوم يريده ديارهم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت في مالبة الدور بقلة مرافقها وكثرتها فالنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالباطن وهذه نكتة زفر (قوله) يشترط رؤية الكل

أقول هذا كلام بعض المشايخ على ما علم من معراج الرواية ثم أقول كلام الشارح في هذا المقام مخالف

قال (ونظر الوكيل المشتري) قيل صورة التوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلاً عني في قبض المبيع أو وكالتك بذلك وصورة الارسال ان يقول كن رسولاً عني أو أرسلتك أو أمرتك بقبضه وقيل لافرق بين الوكيل والرسول (٥٣٩) فيما اذا قال أمرتك بقبضه اذا

نظر الوكيل بقبض الى المبيع وقبضه يسقط خيار المشتري فلا يرده الا بغير علمه الوكيل أو لم يعلم وقال الفقيه أبو جعفر اذا كان

عيباً يعلمه الوكيل يجب أن يبطل خيار العيب بالقبض اليه فإذا نظر الرسول وقبضه لا يسقط خيار المشتري فله أن يرده عند أبي حنيفة

وقال نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق ونظر الوكيل كنظره فلهما سواء في عدم سقوط خيار المشتري وله أن يرده ولما كانت رواية

الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه كذلك فسر المصنف بقوله معناه الوكيل

بالقبض فأما الوكيل بالشراء فروقته تسقط خيار الاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه (لهما أنه توكل) أي قبل الوكيل

بالقبض دون اسقاط الخيار) ومالم يتوكل به لا ملك التصرف فيه وكالة (فلا ملك) اسقاط الخيار

لأنه تصرف فيما لم يتوكل به فصار كمن اشترى شيئاً ثم وكل وكيله بقبضه فقض الوكيل بقبضه فقض الوكيل معياراً لبايعه لم يسقط خيار العيب للموكل

وكن اشترى بخيار الشرط وكل بقبضه فقضه لم يسقط

قال (ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده الامن عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالاهما سواء له ان يرده) قال معناه الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء فروقته تسقط الخيار بالاجماع لهما أنه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا ملك مالم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصداً وله ان القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو يراه

المبيع وأما اذا كان المبيع مغيباً في الارض كالخزير والبصل والثوم والفجل ونحوها لم يذكر في ظاهر الرواية وروى بشر بن أبي يوسف ان كان شيئاً يكال أو وزن بعد القلع كالثوم والبصل والزعفران والسلمج ان باعه بعد ما ثبت نبأ يافهم به وجوده تحت الارض جاز البيع فان قلع البعض هل يثبت له الخيار حتى اذا رضى به يلزم البيع في الكل ان قلع البايع أو المشتري باذن البايع يثبت له الخيار فلورضى به يلزم البيع في الكل لما عرف ان رؤيته بعض المكيل أو الموزون كروية الكل وان قلعه المشتري بغير اذنه ان كان المقالوع شيئاً لم يطل خياره في الكل فلم يكن له أن يرده رضى بالمقالوع أو لم يرده وجد في ناحية من الارض أقل منه أو لم يوجد لان بالقلع صار المقالوع معيباً لانه كان خياره وبعده صار موثلاً والتعيب في يد المشتري يمنع الرد بخيار الرؤيته وان كان المقالوع شيئاً لا يطل خياره لان وجوده كعدمه وان كان شيئاً بايعه عدداً ان قلعه البايع أو المشتري باذنه له الخيار في البايع حتى لو رضى به لا يلزم البيع في الكل لانه عددي متفاوت فروقته بعضه لا تكون كروية كما وان قلعه المشتري بغير اذن البايع بطل خياره وقد حكى فيه خلاف بين أبي حنيفة وبينهما فبما ذكرنا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد روية بقبضه كروية كالمكيل والموزون والعددي المتقارب لان ببعضها يستدل في العادة على الكل وان اختلف البايع والمشتري في القلع فقال المشتري اخاف ان قلعت لا يصلح ولا اقدر على الرد وقال البايع لو قلعت فقل لا ترضى يتطوع انسان بالقلع فان تشاح فسخ القاضي العقدي بينهما (قوله ونظر الوكيل) الى المبيع مكشوفاً يعني الوكيل بالقبض كما فسر المصنف وهو من يقول له الموكل وكالتك بقبضه او كن وكيلاً عني بقبضه (كنظر المشتري حتى لا يرده) المشتري بعد قبض الوكيل ورؤيته (الامن عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر الرسول) والرسول هو من يقول له المشتري قل لفلان يدفع اليك المبيع او انت رسول الى في قبضه او أرسلتك بقبضه أو أمرتك بقبضه وعلى هذا اذا قال اذهب فاقبضه يكون رسولاً ولا وكيلاً لانه من ماصدقات أمرتك وقد قيل لافرق بين الرسول والوكيل في فصل الامر بان قال قبض المبيع فلا يسقط الخيار ومنهم من حكى هذا القول فيما اذا قال أمرتك بمائة ألف مبرأ (وهذا عند أبي حنيفة وقالاهما) يعني الرسول والوكيل بالقبض (سواء) فيرد الموكل الذي له الخيار ما قبضه وكيله كخبر ما قبضه رسوله (فأما الوكيل بالشراء فروقته تسقط الخيار بالاجماع لهما أنه توكل) أي قبل الوكيل (بالقبض دون اسقاط الخيار فلا ملك مالم يتوكل به) واذا لم يملكه لا يثبت عن فعله (وصار كخيار العيب والشرط) بأن اشترى معيباً ثم وكل بقبضه فقض الوكيل وهو يرى عيبه لا يسقط خيار العيب للموكل وكذا اذا وكل في قبض ما اشتراه بشرط الخيار فقض الوكيل لا يسقط خيار الشرط (و) صار أيضاً (كالاسقاط قصداً) بأن قبضه الوكيل بالقبض مستورا ثم رآه فأسقط الخيار قصداً لا يسقط (وله ان القبض) على نوعين قبض (تام) وهو أن يقبضه وهو يراه وانما كان هذا قبضاً تاماً لان

وبعضهم شرطوا رؤيته للكل وهو الاظهر والاشبه (قوله ونظر الوكيل كنظر المشتري) وفي الفوائد الظهيرية وصورة التوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلاً عني في قبض المبيع وصورة الرسول ان يقول كن رسولاً عني أو يقول أمرتك بقبضه (قوله وله أن القبض نوعان تام) بحيث لا يرده عليه النقص وهو

خيار الشرط للموكل وكما اذا وكل بقبض المبيع فقضه مستورا ثم رآه الوكيل فأسقط الخيار قصداً لا يسقط خيار الموكل ودليل أبي حنيفة رحمه الله مبني على مقدمة هي (أن القبض على نوعين تام وهو أن يقبضه وهو يراه

(قوله فيما اذا قال أمرتك بقبضه) أقول فلا يسقط الخيار

وناقض وهو أن يقبضه وهو مستور (قوله هذا) إشارة إلى تنوعه بالنوعين وبيانه (أن تمام القبض بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الرؤية) لأن تمامها تنافها في الزوم بحيث لا يرتد الإبرضاء أو قضاء وخيار الرؤية والشرط يمنعان عن ذلك وإذا ظهر هذا قلنا الموكل ملك القبض بنوعيه وكل من ملكه بنوعيه ملكه وكيله كذلك عند اطلاق التوكيل عملا باطلا فأن قيل لا نسلم ذلك فإن الوكيل إذا قبضه قبضا ناقضا ثم رآه فأسقط الخيار قصد لم يسقط والموكل لو فعل ذلك يسقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة أجاب المصنف رحمه الله بأن الوكيل إذا قبضه مستورا انتهى (٥٤٠) التوكيل بالقبض الناقص فبقي أجنبيا فلا يملك إسقاطه وفي هذا الجواب تعرض إلى الرد

قياسهما على الاسقاط
القصدى والى رد قولهما
دون اسقاط الخيار وتقريره
أنه لم يتوكل باسقاط الخيار
قصد أو ضمنا والاول مسلم
ولكن اسقاط الخيار في
القبض التام ثبت للوكيل
في ضمن التوكل به وهو
القبض حتى لو رأى قبل
القبض لم يسقط به الخيار
بخلاف الموكل وكمن شئ
يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا
والثاني ممنوع فإن من
توكل بشئ توكل بما يمتنه لان
مالا يتم الواجب الا به فهو
واجب وقوله (بخلاف خيار
العيب) جواب عن قولهما
فصار كخيار العيب فإنه لا يمنع
تمام الصفقة حيث لا يرتبه
الإبرضاء أو قضاء وما لم يمنع
تمام الصفقة لا يمنع تمام
القبض ولهذا ملك رد
العيب خاصة بعد القبض ولم
يجعل تغريقا للصفقة لان
تغريق الصفقة قبل تمامها
ممنوع ولما لم يمنع هنادل
أنها كانت تامّة وهو من
موضحات ذلك أن خيار
العيب لثبوت حق المطالبة
بالجزء الغائب وذلك للموكل

وناقض وهو أن يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل متى قبض الموكل وهو براه سقط الخيار فكذا الوكيل لا إطلاق التوكيل وإذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك إسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فتم القبض مع بقاءه وخيار الشرط على هذا الخلاف

وخيار الرؤية يبطل بهذا القبض وبقاء خيار الرؤية يمتنع تمام القبض فلما بطل هذا القبض من المشتري كان هذا القبض تاما (وناقض وهو أن يقبضه مستورا) وإذا كان كذلك كان القبض مع الرؤية متضمنا لسقوط خيار الرؤية لاستلزامه تمام الصفقة ولا يتم دونه (ثم الموكل ملك القبض بنوعيه فكذا وكيله لا إطلاق التوكيل) بخلاف ما إذا أسقط الخيار قصد بأن يقبضه مستورا ثم رآه فأسقط الخيار لان يقبضه (مستورا انتهى التوكيل) بالقبض (الناقص فلا يملك) الوكيل بعد ذلك (إسقاطه) لا تنفعا ولا يمتنع بتمامه لم يعم الوكيل مقام الموكل فيهما أحدهما أن الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط برؤية الخيار والموكل لو رأى ولم يقبض يسقط خياره والثانية لو قبضه الموكل مستورا ثم رآه بعد القبض فابطل خياره بطل والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل واجب بان سقوط الخيار بقبض الوكيل انما يثبت ضمنا لتمام قبضه بسبب ولايته بالوكالة وليس هذا ثابتا في مجرد رؤية قبل القبض ونقول بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره إذا رآه انما يمتنع على القول بان مجرد مضى ما يمتنع به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو بالصحيح وبعين الجواب الاول يقع الفرق في المسئلة الثانية لأنه لم يثبت ضمنا للقبض الصحيح بل ثبت بعد انتهاء الوكيل بالقبض الناقص وقوله (بخلاف خيار العيب لأنه) يثبت مع (تمام الصفقة) لأنه لم يشرع لتتميم القبض بل لتسليم الجزء الغائب ضمن القبض مع بقاء الخيار وإذا كان له أن يرد العيب وحده فيما إذا اشترى شيئين وقوله في الكتاب الأمن عيب قال نخر الاسلام بمحمل الأمن عيب لم يعلمه الوكيل فان كان علمه يجب أن يبطل خيار العيب كذا ذكره الفقيه أبو جعفر ولم يسلم مسئلة خيار العيب والصواب عندنا أن لا يملك الوكيل بالقبض ابطال خيار العيب فيكون عنه علم أو لم يعلم وقوله (وخيار الشرط على هذا الخلاف الخ) يعني

أن يقبضه وهو براه وهو يسقط الخيار لدلالته على الرضا وناقض بحيث رد عليه النقص وهو أن يقبضه مستورا وهو لا يسقط الخيار لعدم الرضا وهذا لان تمام القبض بتمام الصفقة وخيار الرؤية يمتنع تمام الصفقة لان تمامها يكون بتمام الرضا ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل يملك نوعي القبض فكذا الوكيل لأنه ملكه الموكل ما يملكه ولكن على البديل لا على الشمول لان المقطع مطلق لا عام فإذا قبضه وهو ينظر اليه بطل الخيار فيقتضي تمام القبض كإلحاق قبضه الموكل وهو ينظر اليه وإذا قبضه مستورا فقد اختار الناقص فأنتهى الوكيل بالناقص وتعين ذلك للوكيل فلا يملك إسقاطه قصدا بعده لصيرورته أجنبيا عنه بخلاف خيار العيب فإنه لا يبطل بقبض الوكيل في الصحيح لأنه لا يمنع تمام الصفقة فتم القبض مع بقاءه وباقتضاء التمام كان يبطل الخيار وقد عدم (قوله وخيار الشرط على الخلاف) ذكر القدرى أنه لو اشترى شيئا على أنه بالخيار

ولم يصدر التوكيل بالقبض لا إسقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه الوكيل وخيار الشرط لا يصلح مقياسا عليه لأنه على هذا الخلاف ذكر القدرى أن من اشترى شيئا على أنه بالخيار فوكل وكيله لا يقبضه بعد ما رآه فهو على هذا الخلاف ولو سلم بقاء الخيار للموكل لا يملك القبض التام لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط والخيار لا يسقط بقبضه

(قوله وهذا إشارة إلى تنوعه بالنوعين) أقول ولعله إشارة إلى كون القبض وهو براه تاما نامل (قوله والثاني ممنوع فإن من توكل بشئ الخ) أقول لو صح هذا الزم أن لا ينتهى التوكيل بالقبض الناقص كلام على السند الاخص فلا يجدي نفعا

لان الاختيار وهو المقصود بالخيار لا يكون الا بعد القبض فكذا وكيله وقيد بالتام لان الموكل لك التام فان القبض مع بقاء الخيار ناقص
كما انه قبل الرؤية ناقص والرسول ليس كالموكل فان اتهم ما ارسل به ليس اليه تبليغ الرسالة كالرسول بالعقد فانه لا يكمل القبض
والتسليم قال (ويبيع الاعمى وشرائه جائز) يبيع الاعمى وشرائه جائز عندنا (وله) (٥٤١) الخيار وقال الشافعي رحمه الله ان كان

بصيرا فعمى فكذا الجواب
وان كان أكمه فلا يجوز
بيعه ولا شراؤه أصلا لانه
لا علم له بالالوان والصفات
وهو محجوب بمعاملة الناس
العميان من غير تكبير وان
من أصله ان من لا علم
الشراء بنفسه لا علم الأمر
به لغيره فاذا احتاج الاعمى
الى ما يكل ولا يكتن من
شراء المأكل كقول ولا التوكيل
به مات جوعا وفيه من القبح
ما لا يخفى ولنا انه اشترى
مالم يره ومن اشترى شيئا
لم يره فله الخيار بالحديث
وقد قررناه من قبل وفيه
نظر لان قوله عليه الصلاة
والسلام لم يره سلب وهو
يقضي تصور الإيجاب وهو

(قوله لان الاختيار) أقول
التابع بالباء بنقطتين بعد
التامين والاختيار بالياء
المنقطه بنقطه تحتانية بعد
التاء من الخبر قال المصنف
(ويبيع الاعمى وشرائه
جائز وله الخيار) أقول فيه
بحث فان الخيار معلق
بالرؤية ولا يثبت قبلها كما
سلف الآن يراد بالخيار حق
الفسخ مجازا والحق أن إيجاب
بأن المراد بالرؤية العلم
بالمقصود مجازا على ما قالوا فلا
اشكال الآن قوله اذا اشترى
بأبي عن هذا فوعاء باء فليتأمل

ولو سلم فالموكل لا علمك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا
لا علمك وكيله وبخلاف الرسول لانه لا علمك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا علمك القبض والتسليم اذا
كان رسولا في البيع قال (ويبيع الاعمى وشرائه جائز وله الخيار اذا اشترى) لانه اشترى مالم يره وقد قررناه
من قبل (ثم يسقط خياره بحسبه المبيع اذا كان يعرف بالجنس وبشبهه اذا كان يعرف بالشئ وبذوقه اذا
كان يعرف بالذوق) كافي البصير (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصفه) لان الوصف يقيم مقام
الرؤية كافي السلم وعن أبي يوسف رحمه الله انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لراى وقال قد رضيت سقط

وخيار الشرط لان نص فيه فلنا ان نمنعه فيكون على الخلاف ذكره الدورى وهو رواية الهندوانى لان
القبض التام لا يحصل بخيار الشرط لان وجوده يحجز الغسغ فلا يتم القبض مع ذلك كخيار الرؤية بعينه
(ولئن سلم) انه لا يبطل بالقبض التام وهو الاصح (فالموكل لا علمك التام منه) فاذا فرضنا ان التام لا يكون معه
خيار الفسخ فلا علمك الموكل (بخلاف الرسول) بالبيع والشراء (فانه لا علمك شيئا) من القبض لا التام ولا
الناقص لانه لم يؤمر بالقبض بل بأداء الرسالة ولذا لا علمك التسليم أيضا وصوره والارسال في البيع تقدمت
اوائل كتاب البيوع وصورته بالشراء ان يقول قل لفلان انى اشترى منك كذا وكذا بجمعين كذا وكذا (قوله
ويبيع الاعمى وشرائه جائز) بائناق الأئمة الثلاثة وقال الشافعي لا يجوز الا في السلم والشراء بعد في لغة الحجاز
ويقتصر لاهل نجد (وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى مالم يره) فيدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث
السابق من اشترى مالم يره فله الخيار اذا رآه (وقد قررناه من قبل) في أول الباب ولان الناس تعارفوا بمعاملة
العميان ببيعوا وشراء والعارف بالانكسر أصل في الشرع بمنزلة اجماع المسلمين (ثم يسقط خياره بحسبه
المبيع اذا كان يعرف بالجنس) كالشاة (وبشبهه اذا كان يعرف بالشئ) كاطيب (وبذوقه اذا كان
يعرف بالذوق) كالعسل وقوله (كافي البصير) ظاهر في ان البصير اذا لم يره المبيع ولكن شمه فقط وهو مما
يعرف بالشئ كالمسك ونحوه فرضى به ثم رأى في الاختياره (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصفه) في
جامع العتاي هو ان يوقف في مكان لو كان بصيرا لراى ثم يذكر له صفته ولا يخفى أن ايقافه في ذلك المكان
ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط الخيار به فالذا لم يذكره في المبسوط واكتفى بذكر الوصف (لان
الوصف قد أقيم مقام الرؤية كافي السلم) ومن أنكره الكرخى وقال وقوفه في ذلك الموضع وغديره سواء
في انه لا يستفيد به علما (وعن أبي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لراى العقار وقال رضيت سقط

فوكل وكيله بالقبض فقبضه بعد ما رآه فهو على الخلاف ولئن سلم وهو الاصح فالوكل قائم مقام الموكل والموكل
لوقبض المبيع في خيار الشرط وهو يراه لا يبطل خيار الشرط فكذا من يقوم مقامه اذا قبضه وهو يراه وهذا
لان الخيار شرع للاختيار وذا بالتروى والتأمل فيه بعد القبض حتى اذا استحسنه أخذه وان استعجه تركه
وهذا يغترب بطلان الخيار بتقدير القبض وبخلاف الرسول فان الرسول ليس اليه التبليغ الرسالة وصار
معبر ابده للمرسل فكان الى المرسل اتتمامه فاما الموكل هو الذى فوض اليه التصرف ليعمل برأيه وهذا يجوز
سلب اسم الوكيل عن الرسول قال الله تعالى قل لست عليكم بوكيل (قوله ولهذا لا علمك القبض) أى قبض
التمن (قوله ويبيع الاعمى وشرائه جائز) وقال الشافعي رحمه الله لا يصح شراؤه لانه لا يجوز شراء مالم يره
وقبل ان كان بصيرا فعمى فهو كالبصير عند الشافعي رحمه الله وان كان أكمه فلا يجوز بيعه وشرائه أصلا
لانه لا يعرف لون الاشياء وصفها (قوله كافي السلم) أى اذا رأى رب السلم المسلم فيه لا يكون له خيار الرؤية

(قوله وفيه نظر لان قوله عليه الصلاة والسلام لم يره سلب) أقول فيه بحث لان التصور لا يستلزم التحقق الا يرى
بوجوده في الخارج صادق ويمتنع وجود الموضوع فيه والاولى ايراد النظر في قوله عليه الصلاة والسلام فله الخيار اذا رأى فان اذا تستعمل في
التحقق فليتأمل فان المراد بالرؤية العلم بالمقصود على ما صرحوا

انما يكون في البصير والاولى أن يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس العميان من غير تكبير فان ذلك أصل في الشرع بمنزلة الاجماع
ويستقط خياره بمباشرة ما هو سبب العلم بالقصود فان كان المبيع مما يعلم بحسه فخير به يسقط بحسه وان كان مما يعلم بالشئ فبشئ وبذوقه في
المذوقات وأما اذا كان شجرة أو ثمر على شجرة أو عقار فان خياره لا يسقط حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الرؤية كفاي السلم وقال بعض أئمة
بلخيمس الحائطوا الاشجار فاذا بشر بسبب العلم أو وصفه أو وصف ومس وقال رضيت سقط الخيار وروى عن أبي يوسف انه اذا وقف في مكان
لو كان الواقف بصير الراة وقد قال رضيت سقط خياره لان التشبيه يقوم مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين واجراء الموسيقى في حق
الآدمي والاصلع واطلاق الرواية يدل على أنه يقول بذلك من غير اشتراط الوصف قال محمد في الجامع الصغير قال أبو يوسف في الاعمى يشتري الشئ
لم يره فيقول قدرضيت قال له أن رده وان كان في مكان لو كان بصير الراة ثم قال قدرضيت لم يكن له أن يرده وقال الفقيه قال بعضهم يوقف في مكان لو
كان بصير الراة ومع ذلك يوصف له وهذا أحسن الاقوال قال وبه نأخذ وقال الحسن يوكل وكيل لا يقضيه وهو براه وهذا أشبه بقول أبي حنيفة
لان رؤية الوكيل القبض كروية (٥٤٢) الموكل كما تقدم ولو وصف له فقال رضيت ثم أبصر فلا خيار له لان العقد قد تم وسقط

الخيار فلا يعود ولو اشترى
بصير ثم عي انتقل الخيار الى
الصفة لان الناقل للخيار من
النظر الى صفة العجز وقد
استوى في ذلك كونه أعمى
وقت العقد وبصير ورثه أعمى
بعد العقد قبل الرؤية قال
(ومن رأى أحد الثوبين
فاشترىهما) قد تقدم ان
في الجمع بين الاشياء المتفاوتة
الاتحاد في البيع رؤية
بعضها لا يعرف الباقي بسل
لا بد من رؤية كل واحد
منها وعلى هذا اذا رأى أحد
الثوبين فاشترىهما ثم رأى
الاخر فله الخيار لكن لا يرد
الذي وآه وحده بل يرد هما
ان شاء كي لا يلزم تفريق
الصفة قبل التمام وقد تقدم
لنا معنى تمام الصفة وانها
لا تتم مع خيار الرؤية قبل
القبض وبعده ولو اشترى
غير تمامية يتمكن المشتري

خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الاخرس
في الصلاة واجراء الموسيقى مقام الخلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن يوكل وكيل لا يقضيه وهو
براه وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لان رؤية الوكيل على ما سألنا قال (ومن رأى أحد الثوبين
فاشترىهما ثم رأى الاخر جازله أن يردهما) لان رؤية أحدهما لا تكون رؤية الاخر للتفاوت في الثياب
خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة للاخرس واجراء
الموسيقى على رأس من لا شعر له في الاحلال من الاحرام ولا يخفى ضعفه لان العجز لا يتحقق بالتحقق العجز عن
الوصف فان القائم مقام الشئ بمنزلة ما قد ثبت شرعا لاعتباره بمنزلة في السلم وجوب اجراء الموسيقى يختلف فيه
وكذا التحريك غير لازم للاعمى وعن أبي يوسف أيضا انه اعتبر الوصف في غير العقار أيضا ولم يعتبر الشئ
ولا الذوق والجس لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما ذكرنا وقال مشايخ بلخيمس الحائطوا الاشجار فاذا قال
رضيت سقط خياره لان الاعمى اذا كان ذكيا يقف على مقصوده بذلك وهو رواية بشر وابن سميعة
في الدار وفي رواية هشام عن محمد انه يعتبر الوصف مع كل من الذوق واللمس والجس لان التعرف السكامل
في حقه يثبت هذا الا فيمكن جسه كالتمر على رؤس الشجر فيعتبر فيه الوصف لا غير في أشهر الروايات وهو
المروى عن أبي يوسف ومحمد في شرح الجامع الصغير لابي الليث (وقال الحسن يوكل وكيل لا يقضيه وهو براه)
فيسقط بذلك خياره قال المصنف (وهذا أشبه بقول أبي حنيفة حيث جعل رؤية الوكيل رؤية الموكل) ولو
وصف للاعمى ثم أبصر لا خيار له لان خياره سقط فلا يعود الاسباب جديدا ولو اشترى البصير ثم عي انتقل
الخيار الى الوصف (قوله) ومن رأى أحد الثوبين فاشترىهما ثم رأى الاخر جازله أن يردهما) لان رؤية

من الرد بغير قضاء ولا رضاء فيكون الرد في تمام من الاصل لعدم العلم بصفات المعقود عليه فان تفرق الصفة منه في عنه لما جاء في الحديث فبقى
منه في النبي عليه الصلاة والسلام عن تفرق الصفة قبل تفرق الصفة منه في عنه وهو يقتضي ردهما جميعا ان شاء وقوله صلى الله عليه وسلم
من اشترى شيئا لم يره الحديث يدل على أنه ان رد الذي لم يره وحده فواجه ترجيح حديث النهي على الجيز وأوجب بان موجب النهي مطرد
في جميع صورته وموجب الجيز ليس كذلك فانه لا يملك الرد اذا تعيب أو اعتق أحد العبدین أو دبره والمطر دراج وبانه محرم والمحرر راجع على المبيع
(قوله) وقد تقدم لنا معنى تمام الصفة) أقول تقدم بورقة تخميننا وهو قوله ولا تتم الصفة مع بقاء خيار الرؤية لان تمامها تنهاها في الزوم
(قوله) فان تفرق الصفة منه في عنه) أقول تعديل لقوله لا يلزم تفرق الصفة قبل التمام (قوله) وقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى
شيئا لم يره الحديث يدل على أنه ان رد الذي لم يره وحده فواجه ترجيح حديث النهي) أقول وأنت تخبر بان المفهوم لا يعارض المنطوق
بحق يحتاج الى الترجيح وأيضا المشتري هنا هو المجموع دون كل واحد فرؤية أحدهما دون الاخر كروية وتوجه الذابة دون كفلها أو بالعكس
فلا يتم

أولاً متأخر عن المبيع لئلا يلزم تكرار النسخ وبأن الرد كما كان غير ممكن لأن رد أحد الثوبين لا يكون رد الآخر لأنه اشترى ثوبين لأحدهما والرد إنما يصح إن لو كان ذلك الرد ود على الحالة الأولى قبل النهي عن تغريمهما طاعاً وقد قدم بما قبل التمام فيكون متروك الظاهر ومثله مرجوح والجواب أن النهي إنما هو عن التفريق والتقيد بما قبل التمام بالقياس على ابتداء الصفقة فإذ أوجب البيع في شئتين لا يملك المشتري القبول في أحدهما لما فيه من الإضرار بالبائع لجرى بان العادة فيما بين الناس بضم الردي إلى الجيد وترى حاله

(٥٤٣)

بالجيد فإذا علم أن المانع من رد أحدهما تغريق الصفقة قبل التمام يدفع ما استشكل بالاستحقاق فإن من اشترى ثوبين فاستحق أحدهما لا يرد الباقي وفيما نحن فيه إذا رد أحدهما فلا بد من رد الآخر أيضاً لأن فيما نحن فيه رد أحدهما واجب تغريق الصفقة قبل التمام لأنها لا تتم مع بقاء خيار الرؤية وفي فصل الاستحقاق لم تتفرق على المشتري قبل التمام بل تمت فيما كان ملك البائع غير معيب بعيب الشركة حتى لو كان المبيع عبداً واحداً فاستحق بعضه كان له رد الباقي كما في خيار الرؤية والشرط لأن الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض به لكن في صورة الاستحقاق له ولاية ود الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري فإن شاء رضى وإن شاء رد وفي خيار الرؤية عليه رد الآخر لدفع ضرر يلزم البائع

قال المصنف (وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية

فبقى الخيار فيما لم يرد ثم لا يرد وحده بل يردهما كى لا يكون تغريمهما للصفقة قبل التمام وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا لا يمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخام الأصل

أحدهما ليست رؤية لاختلاف في الثياب فيبقى الخيار فيما لم يرد (ثم لا) يمكن من رده وحده (فردهما) إن شاء كى لا يكون تغريمهما للصفقة على البائع قبل التمام وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) تكبار الشرط بدليل أن يفسخه (بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخام الأصل) لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم بصفات المبيع ولذا لا يحتاج إلى القضاء والرضا فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما إذا استحق أحدهما لا يرد الباقي وهذا في خيار الشرط برد الآخر إذا رد أحدهما بعد القبض أوجب أن رد أحدهما في خيار الرؤية والشرط يوجب تغريق الصفقة قبل التمام لما علم أن الصفقة لا تتم معهم وفي الاستحقاق لو رد كان بعد التمام لأن الصفقة تمت فيما كان ملك البائع ظاهر فلم يثبت في الباقي عيب الشركة حتى لو كان المبيع عبداً واحداً فاستحق بعضه كان له أن يرد الباقي أيضاً كما في خيار الرؤية والشرط لأن الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض به هذا العيب في فصل الاستحقاق ولو كان قبض أحدهما ولم يقبض الآخر ثم استحق أحدهما له الخيار لتفرقها قبل التمام ولو كان المبيع مكبلاً وموزوناً فاستحق بعضه بعد القبض لا يخبر لأن الشركة ليست بعيب فيه ولو استحق قبل القبض يخبر لتغريق الصفقة قبل التمام ولو جدد أحدهما عيباً في مسئلة الكتاب قبل القبض ليس له أن يرد وحده لتغريق الصفقة قبل التمام لأنه لا تتم قبل القبض وهذا المعنى في تغريق الصفقة قبل التمام وجوازها بعد دفع الضرر لا كبر وذلك أن تغريمها بثبوت ضرر من دائماً غير أنه قبل التمام يكون ضرر البائع أكثر فانه ضرر مال فانه قد لا يروج أحدهما إلا بالآخر لوجود أحدهما ورداءة الآخر وهو فوق ضرر المشتري فان ضرره ليس الا بطلان مجرد قوله إذا أزمناه ردهما وبعد القبض ضرر المشتري أكثر لأنه متى رد السكك يطل حقه عن اليد وضرر البائع موهوم إذ قد يبيع المرء دثنى جيد

يلزم تحريك الشكنتين عند القراءة (قوله كى لا يكون تغريمهما للصفقة قبل التمام) وتغريق الصفقة حرام لما جاء في الحديث أن النبي عليه السلام نهى عن تغريق الصفقة فان قيل ينبغي أن يكون في هذه الصورة ولا يرد أحد الثوبين الذي لم يرد قوله عليه السلام من اشترى شيئاً لم يرد فيه الخيار إذا رآه قلنا العمل بموجب قوله عليه السلام نهى عن تغريق الصفقة أولى من حديث خيار الرؤية ولو جوه أحدهما أن موجب قوله نهى عن تغريق الصفقة محكم في إفادة التحريم أى موجباً ثابت في جميع الصور وموجب قوله عليه السلام من اشترى شيئاً لم يرد فيه غير ثابت في جميع الصور ألا يرى أنه لا يملك الرد إذا تعيب أو أعتق أحد العبدین أو دبره فكان النهي عن تغريق الصفقة راجحاً أولاً وقوله نهى محرم والمحرّم راجح على المبيع أولاً وقوله نهى عن تغريق الصفقة متأخر عن المبيع ولا يلزم تكرار النسخ لما عرف (قوله وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) يريد به إذا قبضه مستورا أما إذا قبضه وهو يراه يبطل خياره وتم الصفقة (قوله

قبل القبض وبعده) أقول قال العلامة السكاكي يعنى فيما إذا قبضه مستورا كذا قيل ولا حاجة إلى هذا لأن خيار الرؤية يبقى إلى أن يوجد ما يبطله انتهى وفي بحث بظاهر بلا حكمة ما عرفت في مسئلة نظر الوكيل (قوله أولاً لأنه متأخر عن المبيع الخ) أقول في التوضيح في فصل المعارضة والترجيح كلام متعلق بهذا المقام فراجع (قوله والجواب أن النهي إنما هو عن التفريق التقيد بما قبل التمام بالقياس) أقول تعييد المطلق نسخ وذلك لا يجوز بالقياس ثم لا يظهر بما ذكره في معرض الجواب دفع ما قيل (قوله يدفع ما استشكل بالاستحقاق) أقول أي يظهر

الدفاع

قال (ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) قد تقدم ان خيار الشرط لا يقبل الانتقال لانه مشيئة وهو عرض والعرض لا ينتقل والارث فيما ينتقل فيكذا خيار الرؤية وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفي فلا يحتاج الى اعادته قال (ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعدمدة فان كان على تلك الصفة التي رآه) علمنا ساقط الخيار لان العلم باوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة وبغوات العلم بالاوصاف ثبت الخيار فبين العلم بالاوصاف وثبوت الخيار منافاة (٥٤٤) وثبت أحد المتناقضين وهو العلم بالاوصاف بتلك الرؤية فيمتنع الآخر وهو ثبوت

الخيار الا اذا كان لا يعلم انه هو الذي رآه كما اذا اشترى ثوباً ما عوقفاً كان رآه من قبل وهو لا يعلم ان المشتري ذلك المرقى فان له الخيار حينئذ لعدم الرضا به وانما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى أن يتوهم أن عمله انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالاوصاف وههنا ما كان المبيع مريضاً من قبل لم يتغير عنها كان العلم بها حاصل فلا يكون له الخيار وذلك لان الامروان كان كذلك لكن شرطه الرضا به وحيث لم يعلم انه مريض لم يرض به فكان له الخيار وان وجدته متغيراً فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلة باوصافه فكانه لم يره وان اختلف في التغير فالقول قول البائع مع عينه لان التغير حادث لانه انما يكون بعيب أو تبدل هيئة وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبائع منكر ويمسك بالاصل لان سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من العقود عليه وقيل هو الرؤية السابقة وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة ظاهر

(ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط (ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعدمدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له) لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبغواته ثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مريضاً لعدم الرضا به (وان وجدته متغيراً فله الخيار) لان تلك الرؤية لم تقع معلة باوصافه فكانه لم يره وان اختلف في التغير فالقول للبائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد

فعملنا بدفع أعلى الضرر من فهمنا (قوله ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث) على ما ذكرناه من الوجه (في خيار الشرط) وتقدم ان خيار الشرط والرؤية لا يورثان وخيار العيب والتعيين يورثان بالاتفاق (قوله ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعدمدة فان وجدته على الصفة التي رآه) عليها (فلا خيار له) لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة فلم يتناوله قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه لانه باطلاقة يتناول الرؤية عند العقد وقبله (الا اذا كان) المشتري (لا يعلمه مريضاً) أي لا يعلم أن المبيع كما قدره في الماضي كأن رأى جارية ثم اشترى جارية منتقبة لا يعلم أنها التي كان رآها ثم ظهرت اياها كان له الخيار (لعدم) ما وجب الحكم عليه (بالرضا) أو رأى ثوباً بفلف في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم أنه ذلك (وان وجدته متغيراً) عن الحالة التي كان رآه عليها (فله الخيار) لان تلك الرؤية لم تقع معلة باوصافه فكانت رؤيته وعدمها سواء (فان اختلف في التغير) فقال البائع لم يتغير وقال المشتري تغير (فالقول للبائع لان) دعوى (التغير) بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو روية ما يدل على المقصود من البيع دعوى أمر (حادث) بعده والاصل عدمه فلا تقبل الابينة (بخلاف ما اذا اختلف في الرؤية) فقال البائع رآيته وقال المشتري لم أره فالقول للمشتري مع عينه لان البائع يدعي أمراً عارضاً وهو العلم بصفته (والمشتري ينكره فالقول له) وكذا لو أراد أن يردده فقال البائع ليس هذا الذي بعته وقال المشتري بل هو هو القول للمشتري سواء كان ذلك في بيع بات أو فيه خيار الشرط أو بالرؤية وتلقا أن يقول الغالب في البيعات كون المشتري رآه أو المبيع فدعوى البائع رؤية المشتري تمسك بالظاهر لان الغالب هو الظاهر والمذهب أن القول لمن يشهده الظاهر لان يتمسك بالاصل لان لم يعارضه ظاهر فالوجه أن يكون القول للبائع في الرؤية بخلاف ما اذا كان له خيار العيب فان القول للبائع في أنه غير المبيع مع عينه وهذا لان المشتري في الخيار ينسخ العقد بنفسه بخلاف توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف وإذا انسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافاً في المقبوض فالقول فيه قول القابض ضمينا كان أو أمينا كالغاصب والمودع بخلاف الفسخ بالعيب لا ينفرد المشتري بفسخه ولكنه يدعي ثبوت حق الفسخ في الذي أحضره والبائع ينكره وقوله (الا اذا بعدت المدة) استثناء من قوله القول قول البائع أي في صورة ما اذا طالت المدة (على ما قالوا) أي المشايخ (لان الظاهر شاهد

الا اذا كان لا يعلمه مريضاً) أي لا يعلم أنه هو الذي رآه (قوله وسبب اللزوم ظاهر) وهو الشراء بعدم الرؤية (قوله على ما قالوا) لان الظاهر شاهد للمشتري قال شمس الأئمة السر حسي رحمه الله أرايت لو كانت جارية تشابه رآها فاشترى بعد ذلك بعشر من سنته وزعم البائع أنهم لم يتغيرا كان يصدق على ذلك وبه كان

والاصل لزوم العقد والقول قول المنكر مع عينه والابينة بينة مدعى العارض (قوله الا اذا بعدت المدة على ما قالوا) للمشتري أي المتأخرون استثناء من قوله فالقول قول البائع فانه حينئذ يكون القول قول المشتري لان الظاهر يشهده فان الشيء يتغير بطول الزمان ومن قال المصنف (لان تلك الرؤية لم يقع معلماً) أقول الظاهر أن يقول معلماً (قوله وقيل هو الرؤية السابقة) أقول لا يظهر الفرق بين المعنيين الاولين لأن المراد رؤية جزء من العقود عليه هي الرؤية السابقة وبالرؤية السابقة هي رؤية جزء من العقود عليه (قوله وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة) أقول وعندى أنه البيع البات الخالي عن المفسد الواقع في محلي مريضاً فليست له

(030)

المشتري بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري يذكره فيكون القول قوله قال (ومن اشترى عدل زطى ولم يره فباع منه ثوبا أو وهبه وسبله لم يرد شيئا منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط) لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصققة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصققة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله

(المشتري) اذ الظاهر أنه لا يبقى الشيء في دار التغير وهي الدنيا زمانا طويلا لم يطرقة تغيره قال محمد رحمه الله تعالى رأيت لورأى جارية ثم اشتراها بعد عشر سنين أو عشر من سنة وقال تغيرت أن لا يصدق بل يصدق لأن الظاهر شاهد له قال شمس الأئمة وبه أفتى الصدر الشهيد والامام المرتضى فنفى قول أن كان لا يتفاوت في تلك المدة غالباً فالقول للبائع وإن كان التفاوت غالباً فالقول للمشتري مثاله لو رأى دابة أو مملوكاً فاشتراه بعد شهر وقال تغير فالتفاوت للبائع لأن الشهر في مثله قليل (قوله ومن اشترى عدل زطى لم يره وقبضه فباع فهو يضمنه أو وهبه) ثم رأى الباقي (ليس له أن يرد شيأ منها الا من عيب) وكذا لو اشترى العدل المذكور على أن له الخيار ثلاثة أيام وهو شرط الخيار والباقي بحالة أعني فباع بعضها أو وهبه سقط خياره في الباقي وليس له أن يرد خيار الشرط بل إن أطلع على عيب وهذا (لأنه تعذر الرد فيها أخرج عن ملكه) فلوردا الباقي فقط كان تغريباً للصيغة على البائع قبل التمام للمؤمن (أن قيام خيار الرؤية بقول الشرط يمنع تمامها) وإن كان بعد القبض (بخلاف خيار العيب فإن الصيغة تتم معه بعد القبض وفيه) أي في القبض (وضع المسئلة) لأن المولى لم تكن مقبوضة به لم تصح صورته الا يصح بيعه ما لم يقبض وبهية ولائه لو كان قبل القبض كانت الخيارات كلها سواء وهو أنه لا يرد أحدهما بل يردهما بخيار الرؤية إن شاء فلا يصح حينئذ قوله الأمن عيب لانه اذا اشترى شيئين ولم يقبضهما حتى وجد باحدهما عيباً لا يرد المبيع خاصة بل يردهما إن شاء لا يقال في عدم رد الباقي عند رؤية ترك العمل بحديث الخيار لحديث النهي عن تغريق الصفقة مع أنه متروك الظاهر فإن تغريقها جائز بعد تمامها وحديث الخيار أقوى قلنا لم نقل بعدم رده مطلقاً بل قلنا اذا رده برده معه الا حفره لنا شرطاً في الرد عملاً بحديث الصفقة لتكون عاملين بالحديثين معاً جعلا بينهما العدل والمثل والمراد هنا الغرارة التي هي عدل غرارة أخرى على الجملة أو نحوه أي يعادلها وفيها أثواب والزلط في المغرب حيل من الهند تنسب اليهم الشيا

يقضي الصدر الشهيد حسام الدين والشيخ الامام طهير الدين المروغيني في وجههما الله (قوله بخلاف ما اذا اختلفا
في الرؤية) متصل بقوله فالقول للبايع (قوله ومن اشترى عدل زطي الزط جيل من الهند تنسب اليهم
لثياب الزطية كذا في المغرب) وقيل جيل من الناس بسواد العراق ولقبط الجامع الصغير ومن اشترى عدل
زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا او ثماقيدا بالقبض لانه لو لم يكن مقبوضا لايصح تصرف المشتري فيه ببيع أو
هبه ولانه لو كان قبل القبض فالخيارات الثلاث من خيار الشرط والرؤية والعيب سواء في عدم جوارده
شي منهن فلا يصح حينئذ قوله الامن عيب لانه اذا اشترى شيئين ولم يقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا فليس له أن
يرد المعيب خاصة بل يرد هما ان شاء (قوله وكذلك خيار الشرط) أي ليس له أن يرد شيئا منها بخيار الشرط
اذا اشترى عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع منه ثوبا أو وهب وحاصله ما ذكر الامام قاض خان رحمه الله
في الجامع الصغير وهذا جنس مسائل خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار الاستحقاق وكل
ذلك على وجوه ثلاثة ما ان كان المشتري قبض المبيع أو قبض بعضه أو لم يقبض شيئا ففي خيار الرؤية
والشرط لا يرد البعض بحال لانه تفرق الصفقة قبل التمام وفي خيار العيب ان كان قبل القبض فكذلك
لان الصفقة لا تتم قبل القبض لان تمام الصفقة انما يحصل بانتهاء الاحكام والمقصود وذلك لا يكون قبل
التسليم وثبوت ملك اليد وان كان قبض بعضه فكذلك لان تسليم البعض لا يتناهي حكم العقد وان قبض
الكل فوجد بيعه عيبا ان كان المبيع شيئا واحدا كالثوب والدار والعبد رد الكل أو عيبا وان كان
المبيع شيئين كالثوبين والعبدين وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المعيب خاصة لان العيب وجد باحدهما

(٦٩) - (فتح القدير والكفاية) - (خامس)

وفيه وضع محمد المسئلة لانه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه

وفيه وضع المسئلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي وعن أبي يوسف أنه لا يعود بعد سقوطه بخيار الشرط وعليه اعتماد القدوري

الرؤية وقيل جيل بسواد العراق وذكر الضمير في قوله فباع منه على لفظ العدل ثم أنه في قوله لم يرد شيأ منها على معناه فكان نظير قوله تعالى وكم من قرية أهلكناها فجاءها بأسنا بياتا أو هم قاتلون هذا (ولو عاد) الثوب الذي باعه من العدل أو وهبه (إلى المشتري بسبب هو فسخ) محض كالأختيار الرؤية أو الشرط أو العيب القضاء أو الرجوع في الهبة (فهو) أي المشتري للعدل (على خياره) أي خيار الرؤية فله أن يرد السكك حينئذ بخيار الرؤية لا ارتفاع المانع من الأصل وهو تقرير الصفقة (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي وعن أبي يوسف) وهو رواية على بن الجعد عنه (أنه) أي خيار الرؤية (لا يعود) لأن الساقط لا يعود (بالتحيز الشرط) إلا بسبب جديد وصححه قاضيان (وعليه اعتماد القدوري) وحقيقة الحفظ مختلف فشمس الأئمة لحظ بالبيع والهبة ما عزال فيعمل المقتضى وهو خيار الرؤية عمله ولحظ على هذه الرواية مسقطا وإذا سقط لا يعود إلا بسبب وهذا أوجه لأن نفس هذا التصرف يدل على الرضا وبطل الخيار قبل الرؤية وبعددها وأنه الموفق

وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لأنه رضى بالعقد على اعتبار السلامة والسلامة عن العيب ثابتة من حيث الظاهر فكانت الصفقة تامة ولهذا الإيلاك الرد بحكم العيب بعد القبض الإبرضا أو قضاء وفي خيار الشرط والرؤية ينفر بالرد وفي فصل الاستحقاق إن استحق بعض المبيع قبل القبض أو بعد ما قبض بعض المبيع كان له أن يرد غير المستحق لأن باستحقاق البعض تنقرق الصفقة على المشتري قبل التمام وإن كان قبض الكل ثم استحق بعضه فإن كان المبيع عبداً واحداً أو ثوباً واحداً واستحق بعضه كان له أن يرد الباقي وإن كان عبداً من فاستحق أحدهم لا يرد الباقي (قوله وفيه وضع المسئلة) أي في المقبوض على ما ذكرناه (قوله فلو عاد اليه

بسبب هو فسخ) بأن يرد المشتري الثاني بالعيب

بقضاء القاضى وعن أبي يوسف

رحم الله أنه لا يعود بخيار الرؤية

بعد سقوطه وفي فتاوى

قاضيان وهو

الصحيح

(فلو عاد) الثوب الذي باعه
(إلى المشتري بسبب هو
فسخ) بأن يرد المشتري الثاني
بالعيب بالقضاء أو رجوع
في الهبة فهو أى المشتري
الاول أو الواهب على خياره
فإن أن يرد الكل بخيار
الرؤية لا ارتفاع المانع من
الأصل وهو تقرير الصفقة
(كذا ذكره شمس الأئمة
السرخسي وعن أبي يوسف
أن خيار الرؤية لا يعود بعد
سقوطه) لأن الساقط لا يعود
(كخيار الشرط وعليه اعتماد
القدوري)

* (تم الجزء الخامس من فتح القدير والكفاية على شرح الهداية للإمام برهان الدين
على بن أبي بكر المرغيناني وعليه الجزء السادس وأوله باب خيار العيب) *

(فهرست الجزء الخامس من فتح القدير على شرح الهداية لشيخ الاسلام
 بوهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني) *

صفحة	كتاب الحدود	صفحة
٢	باب الحدود	٢٨٨
١٣	فصل في كيفية إقامة الحد	٢٩٩
٣٠	باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب	٣٠٤
٥	باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها	٣٠٧
٧٦	باب حد الشرب	٣٣٣
٨٩	باب حد القذف	٣٤٢
١١٢	فصل في التعزير	٣٤٨
١١٩	كتاب السرقة	٣٦٠
١٢٨	باب ما يقطع فيه وما لا يقطع	٣٦٨
١٤١	فصل في الحرز والاختصانه	٣٧٦
١٥٢	فصل في كيفية القطع وإثباته	٣٨٩
١٧٢	باب ما يحدث السارق في السرقة	٤٠٩
١٧٦	باب قطع الطريق	٤١٣
١٨٧	كتاب السير	٤١٦
١٩٥	باب كيفية القتال	٤٤٣
٢٠٤	باب المواعدة ومن يجوز أمانه	٤٤٦
٢١٠	فصل في الأمان	٤٥١
٢١٥	باب الغنائم وقسمتها	٤٥٤
٢٣٤	فصل في كيفية القسمة	٤٨٣
٢٤٩	فصل في التنكيل	٤٩٧
٢٥٤	باب استيلاء الكفار	٥٣٠
٢٦٦	باب المستأمن	
٢٧٠	فصل وإذا دخل الحرب الخ	
٢٧٧	باب العشر والخراج	

(تمت)