

(الآن العرض على ما قالوا غير واجب) ظاهر المذهب قال في الايضاح ويستحب عرض الاسلام على المرتدين هكذا روى عن عمر لان رجاء العود الى الاسلام ثابت لاحتمال أن الردة كانت باعتراض شبهة وقوله (وتأويل الاول) يعني به قوله ويحبس ثلاثة أيام (أنه يستهمل) أي يطلب المؤلة فيحسب ثلاثة أيام وأما اذا لم يطلب فالظاهر من حاله انه متعنت في ذلك فلا باس بقضائه الا أنه يستحب ان يستتاب لانه بمنزلة كافر باعتمه الدعوة فان قيل تقدير المدة ههنا بثلاثة أيام نصب الحكم بالرأي فيما لا مدخل له فيه لانه من المقادير اجيب بان هذا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص لان ورود النص في خيار البيع بثلاثة أيام ورد فيه لان التقدير بثلاثة أيام هناك انما كان للتأمل والتقدير بها ههنا أيضا للتأمل وقوله (ولانه كافر حربي)

قال المصنف (الآن العرض على ما قالوا غير واجب) أقول قوله على ما قالوا متعلق بغير واجب المقدر (قوله الا أنه يستحب أن يستتاب لانه بمنزلة كافر بلغته الدعوة) أقول تعليل لقوله يستحب أن يستتاب (قوله اجيب بأن هذا الخ) أقول فيه تأمل فان المؤلة في الخيار لدفع احتمال الغيب وهو مقدر في المرتد مع أن مدة الخيار عندهما غير مقصورة على ثلاثة أيام قال المصنف (وهذا لانه لا يجوز الخ) أقول بخلاف ولا

كشفت عنه) لانه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره بأحسن الامرين الآن العرض على ما قالوا غير واجب لأن الدعوة بلغته قال (ويحبس ثلاثة أيام فان أسلم والاقتل وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان أبي قتل) وتأويل الاول أنه يستهمل فيهل ثلاثة أيام لانهم اذ صرحت بلابلاء الاعذار وعن أبي حنيفة وأبي يوسف انه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أولم يطلب وعن الشافعي ان على الامام أن يؤجله ثلاثة أيام ولا يحل له أن يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهر اقلاب من مدة يمكنه التأمل فقدرناها بالثلاثة ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين من غير قيد الامهال وكذا قوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه لا يجوز تأخير الواجب لامر موهوم

(كشفت عنه لانه عساه اعترته) أي عرضت له (شبهة فتزاح عنه وفيه دفع شره بأحسن الامرين) وهما القتل والاسلام وأحسنهما الاسلام ولما كان ظاهر كلام القدوري وجوب العرض قال (الآن العرض على ما قالوا) أي المشايخ (غير واجب) بل مستحب (لان الدعوة قد بلغته) وعرض الاسلام هو الدعوة اليه ودعوة من بلغته الدعوة غير واجبة بل مستحبة (قوله ويحبس ثلاثة أيام فان أسلم) فيها (والاقتل) وهذا اللفظ أيضا من القدوري يوجب وجوب الاظهار لثلاثة أيام على ما عرف من الاخبار في مثله فذكر عبارة الجامع وهو قوله وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان أبي قتل) أي مكانه فانه يفيد ان انظاره الايام الثلاثة ليس واجبا ولا مستحبا وانما تعينت الثلاثة لانهم اذ صرحت بلابلاء الاعذار يدلل حديث جبان بن مقة في الخيار ثلاثة أيام صرح بت التأمل لدفع الغيب وقصة موسى صلى الله عليه وسلم مع العبد الصالح ان سألتك هن ثمن بعد هافل اتصاحبني وهى الثالثة الى قوله قد بلغت من لدني عذرا وعن عمر رضي الله عنه ان رجلا أتاه من قبل أبي موسى فقال له هل من مغربة خبير فقال نعم رجل ارتد عن الاسلام فقتلناه فقال له هلا حبستموه في بيت ثلاثة أيام وأطعمتموه في كل يوم رغيفا لعله يتوب ثم قال اللهم اني لم أحضروم أمر ولم أرض أخرجهم لالك في الموطن لكن ظاهر تبري عمر رضي الله عنه يقتضي الوجوب ثم قال المصنف (تأويل الاول) وهو قول القدوري الدال على وجوب امهال الايام الثلاثة (أن يستهمل فيهل) وظاهر المبسوط الوجوب فانه قال اذا طلب التأجيل أجل ثلاثة أيام لان الظاهر أنه دخل عليه شبهة فيجب علينا ازالة تلك الشبهة أو أنه يحتاج الى التفكير ليتبين له الحق فلا بد من المهلة واذا استهمل كان على الامام أن يمهله ومدة النظر جعلت في الشرع ثلاثة أيام كافي 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 الامام أن يؤجله ثلاثة أيام ولا يحل قتله قبلها لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهر اقلاب من مدة يمكنه فيها التأمل فقدرناها بثلاثة أيام) لما ذكرنا والصحيح من قول الشافعي أنه ان تاب في الحال والاقتل لحديث معاذ رضي الله عنه وقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه من غير تقييد بانظار وهو اختيار ابن المنذر وهذا ان أريد به عدم وجوب الانظار فكذلك ههنا والاستدلال مشترك ومن الأدلة أيضا قوله تعالى اقاتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهذا كافر حربي وان كان أريد به في استحباب الامهال فذلك هذه الاوامر مطلقة وهي لا تقتضي الغور فيجوز التأخير على ما عرف ثم ثبت وجوبه بحديث عمر رضي الله عنه وقول المصنف (وهذا لانه لا يجوز تأخير الواجب لامر موهوم) ليس بجيد اذ يقتضي كراهة الامهال ثلاثة أيام وهو يخالف المذهب ويخالفه

(قوله بأحسن الامرين) الاسلام والقتل والاسلام أحسنهما قال عليه السلام لعلي رضي الله عنه لان يمدى الله بك واحدا خيرا من أن تقتل ما بين المشرق والمغرب (قوله وتأويل الاول أنه يستهمل فيهل) أي قوله ويحبس ثلاثة أيام اذا استهمل فيهل ثلاثة أيام أما اذا لم يستهمل يقتل من ساعته في ظاهر الرواية وفي النواذر عن أبي حنيفة وأبي يوسف رجحهما الله يستحب للامام أن يمهل وان لم يطلب وقال الشافعي رجحه الله يجب الامهال ولا يحل له القتل قبل ذلك (قوله لانهم اذ صرحت بلابلاء الاعذار) فان قيل هذا نصب الحكم بالرأي في

بيانه انه كافر حربى لا محالة وليس بمسلمان لانه لم يطلب الامان ولا ذمى لانه لم يقبل منه الجزية فمجان حزيا وقوله (لاطلاق الدلائل) يعنى
قوله تعالى فاقتلوا المشركين وقوله عليه الصلاة والسلام من بدل

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

ولا فرق بين الحروب والعبد لا طلاق الدلائل وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له ولو
تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود

ما ذكرنا 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 فنفيد الوصل باعتبار أن المعلوم لا يتأخر عن العلة فلنا المعلوم وهو الحكم الشرعى وهو واجب قتله لم
يتأخر عن علة المتيقنة وهى كفره وأما يجب الامتثال على الفور فشى آخر (ولا فرق) في وجوب قتل
المرتد (بين كون المرتد حرا أو عبدا) وان كان يتضمن قتله ابطال حق المولى بالاجماع (واطلاق الدلائل)
التي ذكرناها (وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى دين الاسلام لانه لا دين له) قيل هو أن يقول
تبت ورجعت الى دين الاسلام وأتبرأ من كل دين غير دين الاسلام قيل لكن هذا بعد أن يأتي بالشهادتين
والاقرار بالبعث والنشور مستحب وبه قالت الأئمة الثلاثة (ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود)
وفي 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 وان شهد أن لا اله الا الله وأن محمدا
رسول الله وقال ولم أدخل في هذا الدين قط وأتبرأ من كل دين غير دين الاسلام لانه لا اله الا الله وأن محمدا
انتهى وقوله قط يريد به معنى أيد الان قط طرف لما مضى لا لما يستقبل وفي 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 في 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 فمن بين أظهرنا منهم وأمامنا في دار الحرب لو حمل
عليه مسلم فقال محمدا رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو مسلم أو قال دخلت في دين الاسلام أو في دين محمد صلى
الله عليه وسلم فهو دليل اسلامه فكيف اذا أتى بالشهادتين لان في ذلك الوقت ضيقا وقوله هذا إنما أراد به
الاسلام الذى يدفع عنه القتل الحاضر فيحمل عليه ويحكم به بغير ذلك فلوارتد بعد ذلك قتلناه ولو ارتد بعد
اسلامه ثانيا قتلناه توبته أيضا وكذا ثانيا لو ارتد بعد الايمان الكفر حتى قال فان عاد بعد الثالثة يقتل ان لم يتب في الحال
ولا يؤجل فان تاب ضربه ضربه باوجع ولا يبلغ به الحد ثم يحبس ولا يخرج حتى يرى عليه خشوع التوبة
وحال المخلص فينبذ حتى 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 مروى فى النوادر قال اذا تكرر ذلك منه
يضرب ضربه بامبرحانه يحبس الى أن تظهر توبته ورجوعه انتهى وذلك لا طلاق قوله تعالى فان تابوا وأقاموا
الصلاة وآتوا الزكاة فإلحاقهم وعن ابن عمر وعلى رضى الله عنهم لا تقبل توبته من كبر رده كالتديق وهو
قول مالك وأحمد والليث لقوله تعالى ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا ان تقبل
توبتهم الآية قلنا تبت عدم المغفرة على شرط قوله تعالى ثم ازدادوا كفرا وفى الدراية قال فى الزندىق 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

ما اذا استهل فان الاسلام
حيث لا يكون موهوما
فان الاستهال للتامل
ودلائل الاسلام ظاهرة
ولكن بقى ههنا بحث من
وجهين أما أولا فلان هذا
التعليل يقتضى كراهية
الامهال ثلاثة أيام وهو
خلاف المذهب وأما ثانيا
فان الامر لا يدل على الفور
الا اذا خيف الفوات الآن
يقال الفور يقهمن من الفاء
فى فاقتلوه قال المصنف
(وكيفية توبته ان يتبرأ
عن الاديان كلها سوى
الاسلام) أقول قال الحكماء
وفى المنية هو أن يقول تبت
ورجعت الى دين الاسلام
وأنا برى من كل دين سوى
دين الاسلام والاقرار
بالبعث والنشور مستحب
اه قال الاتقانى نقل
الناطقى فى الاجناس عن
كتاب الارتداد للحسن فان
تاب المرتد وعاد الى الاسلام
ثم عاد الى الكفر حتى فعل
ذلك ثلاث مرات وفى كل مرة
طلب من الامام التأجيل
أجله الامام ثلاثة أيام فان
عاد الى الكفر رابعاً طلب
التأجيل فانه لا يؤجله فان
أسلم والاقتل وقال الكرخى
فى مختصره فان رجع أيضا

الموضع الذى لا مدخل فيه الراى لانه من المقادير وفيها لا يجزى الراى فلنا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص
لان ورود النص فى خيار البيع بثلاثة أيام ووروده للمعنى الجامع بينهما بعينه لان التقدير هناك بثلاثة
أيام للتامل والتقدير ههنا أيضا للتامل (قوله) وكيفية توبته ان 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 ضربه باوجع 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 حتى سبيله فان عاد بعد ما حلى سبيله فعل به مثل ذلك
أبدا مادام يرجع الى الاسلام ولا يقتل الا ان يأتي أن يسلم وقال أبو الحسن الكرخى رحمه الله وهذا قول أصحابنا جميعا ان المرتد يستتاب أبدا اه

(وأما المرتدة فلا تقتل) فان قتلها رجل لم يضمن شيئا كرهه أو أمة قال في النهاية كذا في المبسوط وقوله (لماروينا) 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 كرهه 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 لماروينا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انه جنيا بمتغلظة قتنا طبعها عقوبة متغلظة وردة المرأة تشاركها في موطنها ولنا ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل تاخير الاجرية الى دار الآخرة اذ تجب له ما يحل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشرنا

يقتل غيلة فسرته بان ينظر فاذا أظهر كرامة الكفر قتل قبل أن يستتاب لانه ظهر منه الاستخفاف وقتل الكافر الذي بلغته الدعوة قبل الاستتابة تجازر (قوله فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه) أو قطع عضو منه (كره ذلك ولا شيء على القاتل) والقاطع (لان الكفر مبيح) وكل جنيا يتعلم المرتد هدر (ومعنى الكراهية ههنا ترك المستحب) فهي كراهية تنزيهه وعند من يقول بوجود العرض كراهية تحريم وفي شرح الطحاوي اذا فعل ذلك أى القتل أو القطع بغير اذن الامام أدب (قوله وأما المرتدة فلا تقتل) ولكن نجس أبدأ حتى تسلم أو تموت) ولو قتلها قاتل لاشي عليه لاحد حرة 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 بمعنى لان موالاته الضرب تفضي اليه ولذا قلنا فمن اجتمع عليه حدوده لا يقيم عليه الحد الثاني ما لم يبرأ من الحد السابق كي لا يصير قتلا وهو غير المستحق ثم الامتداع الى حولاها فيجعل حبسها بيت السيد سواء طلب هو ذلك أم لا في الصحيح ويتولى هو جبرها قال المصنف (بجمع بين الحقين) يعني 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 فينتدسترق اذا سببت وعن أبي حنيفة في النواذر تسترق في دار الاسلام أيضا قيل ولو أفتى بهذه لابس به فممن كانت ذات زوج حسمها لقصدها السي بالردة من اثبات الفرقة وينبغي أن يشترط الزوج من الامام أو جهها الامام له اذا كان مصر فالانها صارت بالردة فيا للمسلمين لا يختص بها الزوج فيملكها وينفخ النكاح بالردة وحينئذ يتولى هو حبسها وضربها على الاسلام فيرتد ضرر قصدها عليها قيل وفي البلاد التي استولى عليها التترو وأحرأحكامهم فيها أو بقوا المسلمين كوقوع 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 الفرقة بالردة رداعليها وغيرهم مشوا على الظاهر ولكن حكموا بجبرها على تجديد النكاح مع الزوج وتضرب خمسة وسبعين سوطا واختاره قاضيخان للفتوى وعند الأئمة الثلاثة تقتل المرتدة وافتصر المصنف على خلاف الشافعي قال (لماروينا) 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 موطنها) وهو القتل (ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء) كما مر في الحديث الصحيح وهذا مطلق بعم

بعد الاثبات بكلمتي الشهادتين (قوله لان الكفر مبيح) أى كفر المحارب (قوله وقال الشافعي رحمه الله تقتل لماروينا) 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 يوجب الاشراف في الحكم ولان ردة الرجل تبيح القتل لتغلظ الجنائية اذا لا نكار

للقتل من حيث انها جنائية متغلظة) وكل ما هو جنائية متغلظة (يناط بجمع عقوبة متغلظة وردة المرأة تشارك ردة الرجل في هذه العلة فيجب أن تشاركها في موطنها) لان الاشراف في العلة يوجب الاشراف في المعلول وصار كالزنا وشرب الخمر والسرقفة وفيه نظر لانه اثبات ما يدرب بالشبهات بالرأى (ولنا انه صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء) ولان القتل جزء الكفر (والاصل في الاجرية تاخيرها الى دار الجزاء وهي الآخرة لان تجميلها يحل بمعنى الابتلاء) الذي هو من الله تعالى اظهار علمه لان الناس يتعجبون خوفا من لحوقه فصاروا في المعنى كالجورين وفيه اخلال بالابتلاء (وانما عدل عنه) أى عن هذا الاصل الى تجميل بعضها (دفعنا لشر

وفي معراج الدراية وفي الزنديق لناروايتان في روايه لا يقبل توبتة 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 عمدت تقتضى جازا تخصيصه بالقياس الذي ذكره الشافعي (قوله لان تجميلها يحل الى قوله لان وهو الناس الخ) أقول لتعليل لقوله يحل بمعنى الابتلاء الخ (قوله خوفا من لحوقه) أقول أى لحوق 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 ظاهر قوله وانما عدل عنه

والكافرة الاصلية لا تقتل فكذا المرتدة وما قيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مرتدة فقد قيل انه عليه الصلاة والسلام لم يقتلها بمجرد الرد بل لانها كانت ساحرة شاعرة تهيج رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان لها ثلاثون ابنا وهي تحرضهم على قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم يقتلها والجواب عما روي انه ليس يجزى على ظاهرها لان التبديل يتحقق من الكافر اذا أسلم فعرفنا انه عام لحقه خصوص فيخصص المتنازع فيه بما ذكرنا من المعنى وقوله (ولكن تجبس) ظاهر وأعاد رواية الجامع الصغير لاثمها على ذكر الجبر والحرية 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 لمسايقه 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 البيضة بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية قال (ولكن تجبس حتى تسلم) لانها امتنعت عن ايقاع حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايقاعه بالجس كافي حقوق العباد (وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت أو أمة والأمة يجبرها مولاها) أما الجبر فلما ذكرنا ومن المولى لمسايقه من الجمع بين الحقين ويروي تضرب في كل أيام مبالغة في الخلل على الاسلام

الكافرة أصليا وعارضا وثبت تعليقه صلى الله عليه وسلم بالعلم المنصوص كما قدمناه في الحديث من عدم حرامها فكان لخصص العموم ما رواه بعد أن عوممه مخصص بمن بدل دينه من الكفر الى الاسلام وما ذكر المصنف من المعنى بعدهما زيادة بيان وهو أن الاصل في الاجزية أن تتأخر الى دار الجزاء وهي الدار الآخرة فانها الموضوع للاجزية على الاعمال الموضوع هذه الدار لهذه دار أعمال وتلك دار جزائها وكل جزاء شرع في هذه الدار ما هو الاصلح تعود اليها في هذه الدار كالعقاص وحسد القذف والشرب والزنا والسرقة شرعت لحفظ النفوس والاعراض والعقول والانساب والاموال فكذا يجب في القتل بالردة أن يكون لدفع شرهه لاجزاء على فعل الكفر لان جزاءه أعظم من ذلك عند الله تعالى فيختص بمن يتأخر منه الحراب وهو الرجل ولهذا نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء وعاله بانها لم تكن تقابل على ما صح من الحديث فيما تقدم ولهذا قلنا لو كانت المرتدة ذات رأي وتبوع تقتل لارتدتها بل لانها حينئذ تسعى في الارض بالفساد وانما حبست (لانها امتنعت عن أداء حق الله تعالى بعد أن أقرت به فتجسب كافي حقوق العباد) وقد روي أبو يوسف عن أبي حنيفة عن عاصم بن أبي النجود عن أبي رزق بن عن ابن عباس رضي الله عنهما قال لا تقتل النساء اذا هن ارتدن عن الاسلام ولكن يجسبن 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 بعمير بن بكار وأخرجه أيضا من طريق آخر عن جابر ولم يسم المرأة وزاد 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 عدى في الكامل وقال عبد الله بن عطار بن أذينة منكر الحديث وروي حديث آخر عن عائشة ارتدت امرأة يوم أحد فامر عليه الصلاة والسلام أن تستتاب فان تابت والاقتلت وفي سنة محمد بن عبد الملك قالوا فيه انه يضع الحديث مع أنهم معارضة بالحديث آخر مثلها وأمثل منهما أخرجه الدارقطني عن أبي رزق 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 عدى 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 عدى عامة ما روي غير محفوظ وأخرج الطبراني في معجمه حديثنا الحسن

بعد الاقرار اغلظ من الاصرار في الابتداء على الانكار وردتها تشاؤمها فيه فتشار كهافي موجهها كل زنا مع الاحسان ولنا أنه عليه السلام نهى عن قتل النساء ولم يفصل بين المرتدة والكافرة الاصلية ولان تبديل الدين جناية عظيمة ولكنها بين العبد وربه فالجزاء عليها مؤخر الى دار الآخرة لان الاصل في الاجزية ناخبرها الى دار الجزاء اذ تجب له بكل معنى الابتلاء وما عجل في الدنيا صيانة شرعت لمصالح تعود اليها كالعقاص وحسد القذف والزنا والسرقة والشرب لصيانة النفوس والاعراض والانساب والاموال والعقول وانما عدل عنه في الرجل لدفع شرهه وهو الحراب وهو معدوم في المرأة اذ بنيتها لا تصلح للعراب فلا تقتل في الكفر الاصلي والطاري (قوله فتجبر على ايقاعه بالجس) 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 ملأه المرتد عن أمواله برده زوالا مراعى) أى موقوفه 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 بالرحم والعصاص وله أنه حربى مقهور تحت أيدينا حتى يقتل ولا يقتل إلا بالحرب وهذا الوجوب زوال ملكه وما لملكته غير أنه مدعو إلى الإسلام بالأجر 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 استقر كفره فعمل السبب عمله وزوال ملكه

قال (وزول ملك المرتد عن أمواله برده زوالا مراعى) فان أسلم عادت على حالها قالوا هذا عند أبي حنيفة وعندهما لا يزول ملكه) لأنه مكلف محتاج فإلى أن يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرحم والعصاص وله أنه حربى مقهور تحت أيدينا حتى يقتل ولا يقتل إلا بالحرب وهذا الوجوب زوال ملكه وما لملكته غير أنه مدعو إلى الإسلام بالأجر 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 استقر كفره فعمل السبب عمله وزوال ملكه

ابن اسحق التستري حدثنا هارم بن معلى حدثنا محمد بن سلمة عن الفزارى 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 جعل ارتد عن الإسلام فادعه فان تاب فاقبل منه وان لم يتب فاضرب عنقه وأياما امرأة ارتدت عن الإسلام فادعها فان تابت فاقبل منها وان أبت فاستبها وتقدم رواية أبي حنيفة عن عاصم عن أبي رز بن عن ابن عباس رضى الله عنهما فى أسند الدارقطنى 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 الدارقطنى عن أبي مالك النخعي 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 فبعت فى دومة الجندل من غير أهل دينها وأخرج الدارقطنى عن على رضى الله عنه المرتدة تستتاب ولا تقتل وضعف بخلاس (قوله وزول ملك المرتد عن أملاكه زوالا مراعى) أى موقوفه فإخبارات فى الحال (فإن أسلم عادت أمواله على حالها) الأولى (وان مات وقتل على رده أو لحق بداء الحرب وحكم) الحاكم (لحاقه) أمره فعمل السبب) وهو كونه كافرا حربيا (عمله) سستندا إلى وقت الردة كالتستري بشرط الخيار ثبت ملكه عند الاجازة مستندا إلى وقت البيع وجعله اختيار المجلس عند الشافعى بقضى أنه ملك بات ثم يرتفع بالخيار شرعا كالرجوع فى الهبة توبه 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 ما يستند إلى ما قبله كالمالك الرجوع بالرجوع (قالوا) أى المشايخ (هذا عند أبي حنيفة) رحمه الله 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 يتمكن من إقامة التكليف إلا بحاله وأما الردة فى اباحتها لا فى زوال ملكه فان لم يقتل يبقى ملكه وصار كالمحكوم عليه بالرحم والعصاص 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 وما لملكته) ومقتضى هذا أن يزول فى الحال على الميت (الأنة 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

أيدينا) بدليل أنه يقتل (ولا قتل إلا بالحرب) فكان القتل ههنا مستلزما للحرب لأن نفس الكفر ليس بمسج له ولهذا لا يقتل الاعمى والمقعذ والشيخ الفانى وقد تحقق الملزوم بالاتفاق وهو كونه ممن يقتل فلا يمتنع لازمه وهو كونه حربيا (وهذا) أى كونه حربيا مقهورا تحت أيدينا (بوجوب زوال ملكه وما لملكته) لأن المقهورية أمانة المملوكية فإذا كان مقهورا ارتفعت مالكيته وارتفعت استلزام ارتفاع الملك لأن ارتفاع المالكية مع بقاء الملك محال (غير أنه مدعو إلى الإسلام بالأجر عليه وعوده مرجو) وذلك بوجوب بقاء المالكية لأنه متى مكلف محتاج إلى ما يتمكن به من أداء ما مكلف به فبالنظر 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 استقر كفره فعمل السبب عمله

قوله وزول ملك المرتد عن أمواله برده زوالا مراعى) أى موقوفه وهو موقوف فإذ قالوا الآن يتبين حاله لأن رده

قوله (وزول 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 لأنه الح) أقول منقوض بملك الموقوف كما يشير إليه دليل أبي حنيفة (قوله) والجامع أن كلامهم الح) أقول فيه بحث (قال) المصنف وهذا الوجوب زوال ملكه وما لملكته) أقول قوله وما لملكته كأنه عطف تفسيري (قوله) يستلزم ارتفاع الملك الح) أقول لعل المراد ارتفاع إضافة الملك إليه والألفاظ أن الملك نفسه غير مرتفع

مقتضاه 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 الغرقة بينه
 وبين امراته وتجديد الايمان
 فان الارتداد بالنسبة اليها
 قد عمل عمله وقوله (وان مات
 أو قتل على رذته) أعاده لانه
 لفظ القدورى رحمه الله
 والاول كان لفظه ذكره
 شر حال الكلام وقوله (ثم هو
 مال حربى فيكون فيأ)
 يعنى يوضع في بيت المال
 ليكون للمسلمين باعتبار انه
 مال ضائع وقوله (على ما بيناه)
 اشارة الى قوله لانه مكاف
 محتاج الخ وقوله (ويستند)
 يعنى التوريت (الى ما قبيل
 رذته) فيجعل كأنه اكتسبه
 في حال الاسلام فور ثورته
 منه من وقت الاسلام (ولابى
 حنيفة رحمه الله أنه يمكن
 الاستناد) أى استناد
 التوريت (فى كسب
 الاسلام لوجوده) أى
 لوجود الكسب (قبل الردة
 قوله وقوله ويستند يعنى
 التوريت) أقول فيه بحث
 فان المرتد قبل رذته حى حقيقة
 وحكم فكيف يستند اليه
 التوريت فانه يستلزم
 تقدم الحكم على السبب
 فليتنامل في جوابه فالشرع
 جعل السبب هو الجزء

قال (وان مات أو قتل على رذته انتقل ما اكتسبه فى اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه فى حال رذته
 فيأ) وهذا عند أبى حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد كلاهما الورثة) وقال الشافعى كلاهما ما فى ولانه مات كافراً
 والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربى لا أمان له فيكون فيأ وله ما أن ملكه فى الكسبين بعد الردة باق على
 ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل رذته اذ الردة سبب الموت فيكون توريت المسلم من المسلم
 ولا بى حنيفة انه يمكن الاستناد فى كسب الاسلام لوجوده قبل الردة

المالك بل زال العصبه فان الحربى يملك غير أن يملو كماله صفة فاذا استولى عليه زال ملكه فيكون المرتد
 حربياً قصارى ما يقتضى زال عصبته ماله ونفسه تباع وهو لا ينفى قيام الملك فى الحال فلا يوجب الحكم
 بالزوال مستندا وله ما زاد قوله مقهوراً تحت أيدينا فيكون ماله مستولى عليه واعلم أن حقيقة المراد أن
 بالردة يزول ملكه زوالاً باقاً استمر حتى مات حقيقة أو حكماً بالحكم استمر الزوال الثابت من وقت الردة
 وان أعاد 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 اتفاقه ما على عدم زوال ملكه قال الشيخ أبو نصر البغدادى ان أبى يوسف جعل
 تصرفه بمنزلة تصرف من وجب عليه القصاص فتصير تبرعاً من جميع المال وجعله محمد بمنزلة المريض فتعتبر
 من الثلث وجهه قول محمد أنه فى 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 رذته أو حكم بالهامة
 انتقل ما اكتسبه فى اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه فى حال رذته فيأ) لجماعة المسلمين يوضع فى بيت
 المال (وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالوا كلا الكسبين لورثته وقال الشافعى) ومالك وأحمد (كلاهما
 فى ولانه مات كافراً والمسلم لا يرث الكافر) اجماعاً (فبقى مال حربى لا أمان له) لم يوجب عليه بحمل ولا ركاب
 (فيكون فيأ) وله ما أن ملكه فى الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه (من أنه مكاف محتاج الى آخره) فينتقل
 بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل رذته اذ الردة سبب الموت فيكون توريت المسلم من المسلم) وهذا لا ينتمض
 على الشافعى الا اذا بينا الاستناد وهو أن يقال ان أخذ المسلم له اذ لم يكن له وارث بطريق الورثة وهو
 يوجب الحكم باستناده شرعاً الى ما قبيل رذته والا كان توريت الكافر من المسلم ومحمل الحديث الكافر
 الاصلى الذى لم يسبق له اسلام أو نقول استحقاق المسلمين له بسبب الاسلام ولو ورثه ساوا المسلمين فى 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 (ولابى حنيفة) ما قاله فى وجه التوريت (الا انه انما يمكن فى كسب
 الاسلام لوجوده قبل الردة) وهى الموت فيستند الارث الى ما قبله وقد قلت ان مجرد رذته زال ملكه فما

توجب زوال ملكه على قول أبى حنيفة رحمه الله ثم لو أسلم فالملك ماله على ما كان وان مات أو قتل يكمل السبب
 المزيل للملكه وقت الموت مستندا الى أول السبب وهو الردة كفى البيع بشرط الخيار فانه اذا أجزيت ثبت الملك
 من وقت العقد حتى يستحق المشتري المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة جميعاً فعلى هذا الطريق التوريت فيه
 توريت المسلم من المسلم فان قيل زال ملكه اماناً ان يكون قبل الردة أو معها أو بعدها والحكم لا يسبق السبب
 ولا يقترن به بل يعقبه بعد الردة هو كافر لما ناعم المزيل للملك رذته كما أن المزيل للملك موت المسلم ثم الموت
 يزيل الملك عن الحى لاعتن الميت فكذلك الردة يزيل الملك عن المسلم وكما أن الردة تزيل ملكه فكذلك تزيل
 عصبته نفسه وانما تزيل العصبه عن معصوم لاعتن غير معصوم فيحقق بهذا الطريق توريت المسلم من المسلم
 (قوله ثم هو مال حربى لا أمان له فيكون فيأ) فيوضع فى بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار انه مال ضائع قلند
 المسلمون يستحقون ذلك بالاسلام وورثته شاركو المسلمين فى الاسلام ويرجوا عليهم بالقرابة لان ذا السببين أ
 مقدم على ذى سبب واحد فكان الصريف 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 لانا لوقلتنا بالتوريت فيما كتسبه في حال الردة لزم توريت المسلم من الكافر وذلك لا يجوز
(ثم انما برثه من كان وارثا له حالة الردة (٣١٤) وبقى وارثا الى وقت موته) حتى لو حدث له وارث بعد الردة بان أسلم بعض قرابته أو اولاد

له من علقو حادث بعد رده
لا يرثه (في رواية عن أبي
حنيفة تزجه 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 قسمته 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 الامور
لثلاثة سواء كان موجودا
وقت الردة أو حدث بعده
(لان الحادث بعد انعقاد
السبب قبل تمامه كالخادث

ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده ثم انما برثه من كان وارثا له حالة الردة وبقى
وارثا الى وقت موته في رواية عن أبي حنيفة اعتبار الاستناد وعنه أنه يرثه من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل
استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد
انعقاد السبب قبل تمامه كالخادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وراثته أسلمت المسئلة
اذ مات أو قتل على رده وهي

اكتسبه بعد الردة لا يقع مملوكه ليمكن استناد التوريت فيه الى ما قبيل موته 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
أخلاف المتقدم وهو أن المرث ترول املاكه بالردة المسقرة على ما حقه عند موته وعندهما الاثر ولو حتى يتحقق
الموت الحقيقي أو الحكمي بالحقا واذا كان كذلك فما اكتسبه في زمن الردة يكون مملوكا له ثم اذا تحقق
الموت وقتنا بوجوب ارثهم اياه والغرض أن له مالا مملوكا فلا بد من ارثهم له وارثهم يستدعي استناده الى ما
قبيل رده فيلزم بالضرورة اهبثا ما اكتسبه في زمن الردة موجودا قبلها احكاما لوجود سببه وهو نفس المرثوان
كان معدوما محسوبا وقتئذ والله أعلم (قوله ثم انما برثه من كان وارثا له حالة الردة) بان كان حرا مسلما
(وبقى كذلك الى وقت موته) أو لحاقه (في رواية عن أبي حنيفة وهو اهانها الحسن بن زياد وهذا اعتبار
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 اولاد 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) بخلفه وارثه) وهو وارث الوارث وعلى هذه الرواية عول الكرخي
لان الردة بمنزلة الموت فيعتبر وقتها الاستحقاق الميراث (وعنه أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت) والحقا وهي
رواية محمد عنه قال في الميسوط وهذا أصح (لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالخادث قبل انعقاده)
الآثرى 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 الا انها غير مضمونة حتى لو هلك في يد البائع قبل القبض بغير فعل
أحدهما بغير شيء وبقى الثمن كله على البائع فلو كان من بحيث يرثه كافر أو عبدا يوم ارتد فعتق بعد الردة قبل
أن يموت أو يلحق أو أسلم رثه وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن الكرخي حكي بينهما خلافا في الحقا 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 الحقا تزول به العصمة والامان
والذمة في حق المستامن والذي فكان هذا بمنزلة المكاتب يموت ويترك وفاقه وودي الكتابة فانه يعتبر حال
وارثه يوم مات لآل أداء الكتابة وجوابه من قبيل أبي يوسف أن الحقا ليس حقيقة الموت الما يوس عن
ارتفاعه ليثبت الحكمه بلا قضاء بل في حكمه لا تقطع ولا يتساعن وأحكامنا فلا يثبت به أحكام الموت قبل أن
يتأكد ذلك بالحكمه (قوله وراثته امرأته) أي المرأة المسئلة (اذ مات أو قتل) أو لحق بدار الحرب (وهي
مكافا يشعر بكل الاهلية وكل الاهلية لا يقضي زوال الملك بل يقضي تفرده فصا هذا المالك كالحكوم
برجحه حيث لا تزول ملكه هناك) (قوله وبقى وارثا الى وقت موته) حتى لو أسلم بعض قرابته بعد رده أو

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

في العدة لانه يصير فاراوان كان **بها** لانها سبب للهالك كالمريض فاشبهه ردة التي حصلت بها البيئونة الطلاق في حالة المرض والطلاق البائن
حالة المرض يوجب الارث اذا كانت في العدة فان قيل أبو حنيفة يسند التورث الى ما قبل الرد وذلك يستلزم ان لا يتعاون الحكم بين
المدخول بها وغير المدخول به 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 فانها جعلت موتا حكما ليكون (٣١٥) تورث المسلم من المسلم فهي ضعيفة

في العدة لانه يصير فاراوان كان **بها** بجوارف الردة والمرتدة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب
التي **بها** بخلاف المرتدة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة تقصد لها
ابطال حقه وان كانت **بها** لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بها بالردة بخلاف المرتدة قال (وان لحق

في السببية فلا بد من تقويتها
بها ومن آتار النكاح من
الدخول وقيام العدة وقوله
(بخلاف المرتدة عند أبي
حنيفة رضي الله عنه) فان
ما اكتسبه في حال ردة فهو
في عده وفرق بينهما بقوله
لانه لا حراب منها ومعناه
فلاقتل اذ ذلك لما تقدم من
الملازمة وحاصل الفرق ان
المرأة لا تقتل والرجل يقتل
ومعناه ان 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 به في مرضه
لم يكن لها الميراث لانها
ليست في عدته ثم ههنا
لا عددة على الرجل فينتقي
ان لا يرثها الزوج ووجه
الاستحسان ما أشار اليه
بقوله (اقصد ابطال

في العدة لانه يصير فاراوان كان **بها** بجوارف 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 فارولوا كان وقت الردة
مريض 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 الحقيقي أن يقال بالردة كانه مرض مرض الموت باختياره
بسبب المرض ثم هو باصرار على الكفر بمختار في الاصرار الذي هو سبب القتل حتى يقتل بمنزلة المطلق في
مرض الموت ثم يموت فتلازمه أو بالحاقه فيثبت حكم الفرار وروي أبو يوسف عن أبي حنيفة أنها
ترثه وان كانت منقضية العدة لانها كانت وارثا عند ردة وبه قال أبو يوسف وهو تقر بع علي 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
يقضى أنهما موطوءة فلا اثر 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 بالخوض لا الاشهر لم
ينتض سببا للارث اذالم يكن عند موت الزوج أو لحاقه أثر من آثار النكاح لأن الارث وان استند
الى الردة لكن يتقرر عند الموت وبهذا أيضا لاثرت المنقضية عدتها (قوله والمرتدة كسبها لورثتها
لانه لا حراب منها) اذ المرأة لا حراب منها سواء كانت كافرة أصلية أو صارت كافرة (فلم يوجد سبب التي **بها**)
وهو سقوط عصمة نفسها المستتبع لسقوط عصمة مالها فيبقى كل من كسب اسلامها وردها على ملكها
فيرثها ورثتها (بخلاف المرتدة عند أبي حنيفة رحمه الله) فان كسبه في الردة في ملكه وبه محاربا في الحال
أو في المال بالحق فلا يملكه لكونه مال حربي متهور تحت أيدينا فلا 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 بها بسبب مرضها بخلاف ما لو ارتدت وهي **بها**
فانما يردها ههنا لم تبطل له - فقامت علاقة بها وهذا التقرير فيه جعل ردها كطلاقه فردها في مرضها
كطلاقه في مرضه وردها في محنتها كطلاقه في محنته وبه لا يكون فارا اذا عرض له موت وهي في العدة
بخلاف ما قرره في جانب الرجل فان برده في محنته ترث اذا عرض له موت فلو جعلت رده كطلاقه باننا
كان مدلقا في محنته وعرض الموت لا مطلق في محنته لا يوجب له حكم الفرار فلذا جعلنا رده كباشرته لسبب

ولله من علوق حاديت بعد ردة 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 بحال المورث باول سبب الموت
كفي المرض فيثبت التعلق باول أجزاء الردة ثم البيئونة بعد تمامها وهما وفي تمام الردة يختار فيتحقق منه الابانة
في حال ما تعلق حقه بها لانه يصير فارا وهذا بخلاف ارتداد المرأة في محنتها لان ارتدادها لم يكن سببا للموت اذ هي

حقة) وبيانه أن حقه تعلق بمالها بمرضها فكانت بالردة قاصدة ابطال حقه فارة عن ميراثه فبردها قاصدا كفي جانب الزوج بخلاف ما اذا
كانت **بها** 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 تورث المسلم من الكافرة وأوجب بان ردها في حكم العدم واسلامها بان
حكما لانها بعد الردة تجبر على الاسلام وتجبس وباعتبار الجبر والحبس كأنها سلمة الى هذا وأشار في البسوط

زوجها منها (قوله وان

لحق بدار الحرب مرتدا) ان
لحق المرتد بدار الحرب وحكم
القاضي بلحاظه (عتق
مدبروه وأمهات أولاده
وحملت الديون التي عليه ونقل
ما اكتسبه في حالة الاسلام
الى وورثته المسلمين) عندنا
(وقال الشافعي رضي الله عنه
يبقى ماله موقوفا) وهو أحد
أقواله (لانه نوع غيبه فاشبهه
الغيبه في دار الاسلام)
والجامع كونه غيبه كاترى
وهو ضعيف جدا (ولنا أنه
بالحق صار من أهل الحرب
حقيقه وتوحيك) أما حقيقة فلانه
بين أظهرهم واعتقاده
كاعتقادهم وأما حكما 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
(كإلهى منقطعة عن الموتى
الآن لحاقه لا يستقر الإبقاء
القاضي لاحتمال العود
الينا فلا بد من القضاء فاذا
تقرر موته الحكمى ثبتت
الاحكام المتعلقة به وهى
ما ذكرناها) يعنى قوله
عتق مدبروه الخ (كفى
الموت الحقيقي) (قوله ثم
يعتبر) ظاهر والضمير فى
لتقررره للحاق وقيل للسبب
وهما متقاربان

بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاظه عتق مدبروه وأمهات أولاده وحملت الديون التي عليه ونقل ما
اكتسبه في حال الاسلام الى وورثته من المسلمين) وقال الشافعي يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبه فاشبهه
الغيبه في دار الاسلام ولنا أنه بالحق 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 وهى ما ذكرناها كفى 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 والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهى على هذا الخلاف (وتنقض الديون
التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمه في حال رده من الديون بقضى مما اكتسبه في
حال رده) قال العبد الضعيف عصبه الله

مرض موته ثم باصراره جعل مطلقا في مرضه فاذا مات ثبت حكم الفرار (قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا
وحكم الحاكم بلحاظه عتق مدبروه وأمهات أولاده وحملت ديونه) المؤجلة (ونقل ما كتبه في دار الاسلام
لى وورثته المسلمين) باتفاق علمائنا الثلاثة وكذا ما كتبه في أيام رده على قواهما كما مر ولا يفعله شئ من
ذلك ما كان مقبيا في دار الاسلام وأماما أو صرى به في حال اسلامه فالمد كور في ظاهر الرواية من المبسوط وغيره
أنها تبطل مطلقا من غير فرق بين ما هو قربة وغير قربة ومن غير ذكركم خلاف وذكركم الوالوجى 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 تتوقف فكذلك هنا قيل وأراد بالوصية بغير القربة الوصية للناحية والغنية
وقال الطحاوى لا تبطل فيما لا يصح الرجوع عنه وحمل اطلاق محمد بطلان 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 كالتدبير لان حق العتق ثبت للمدبر
وبهذا عرف معنى تقييد الطحاوى الذى ذكرناه آنفا (وقال الشافعي) ومالك وأحمد (يبقى ماله موقوفا)
ويحفظه الحاكم الى أن يظهر موته ثم أرى يعود مسلما فيأخذ (لأنه) أى اللحاق نوع غيبه فاشبهه الغيبه في دار
الاسلام وهذا لأن الدار عندهم واحدة (ولنا أنه بالحق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام
الاسلام لانقطاع ولاية الازام أحكامهم منهم كإلهى 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 فى الصحيح لأن القضاء
بشئ منها يكفى بل يسبق القضاء باللحاق ثم ثبتت الاحكام المذكورة ولو كونها كالموت فلنا اذا لحقت الحربية
فلزوجها أن يتزوج بأختها قبل انقضاء عدتها ولا لأنه لأعدته على الحربية من المسلم لان فى العدة حق الزوج
وتبين الدارين منافاه ولو سميته أو عادت مسلمة لم يضر: كإحاح أختها لان العدة بعد أن سقطت لا تعود (ثم
المعتبر فى كون الوارث وارثا عند اللحاق فى 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 فبما القضاء به يتقرر
(وعند أبي يوسف) يعتبر كونه وارثا (وقت القضاء) حتى لو كان من بحيث يرت وقت الردة كافرا أو عبدا
ووقت القضاء مسلما معتقورا ورت عند أبي يوسف لا عند محمد وهذا (لأنه) أى اللحاق انما (يصير مونا
بالقضاء) لانه بمجرد غيبه فتقرر رها بالقضاء به بتقرر به مونا والارث يعتبر عند الموت وقد مناهم
وجهى القولين (وارتدة اذا لحقت بدار الحرب فهى على هذا الخلاف) فى المرتد وعلى الاحكام التي ذكرناها
من عتق مدبريها وحلول ديونها (قوله وتنقض ديونه التي لزمته فى حال الاسلام مما اكتسبه فى حال الاسلام
وديونه التي لزمته فى حال رده مما اكتسبه فى حال رده) وعلى هذا فان فضل من كسب الاسلام عن ديون الاسلام
لا تقتل بالردة والمرتدة كساح بالورثتها المسلمين لانه لا حراب منها فلم يصرف لها شيئا بل بقى على ملكها أو أحق

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

هذه

(قوله هذه رواية عن أبي حنيفة) هور وايتزفر رجمه الله وقوله (وعنه) أي عن أبي حنيفة رضي الله عنه (أنه يبدأ بكسب الإسلام) 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 الأول أن المستحق بالدين) أي المدينتين (مختلف) وتقر به 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 إليه ليكون الغرم بإزاء الغرم وقوله (وجه الثاني) تقر به أن كسب الإسلام ملكه وكل ما هو ملكه بخلافه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين وأما كسب الردة فليس بمملوك له لبطان أهلية الملك بالردة عنه فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر بان لم يكن له كسب الإسلام فان قيل لمالم يكن ملكه كيف يؤدى منه دينه أجاب بقوله (كالمذموم 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 الإسلام حق الورثة) تقر به كسب الإسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه وقضاء

هذا رواية عن أبي حنيفة رجمه الله وعنه انه يبدأ بكسب الإسلام وان لم يف بذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الأول 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 الإسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطان أهلية الملك بالردة عنه فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فينتد يقضى منه كالمذموم اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا وجه الثالث أن كسب الإسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه أولى الا اذا تعذر بان لم يف به فينتد يقضى من كسب الإسلام بتقديم الحقه وقال أبو يوسف ومحمد تقضى ديونه من الكسبين

شيء ورثته الورثة والا ليرثون شيئا ولو فضل عن ديون الردة شيء من كسب الردة عند أبي حنيفة أنه لا يرث لانه لا يرث كسب الردة قال المصنف رحمه الله (وهذا التفصيل المذكور رواية عن أبي حنيفة) قيل رواها زفر عنه ولم ينسب التكرار هذا الى أبي حنيفة بل قال وقال زفر والحسن ملحقه في حال الإسلام الى آخره (وعنه أنه يبدأ بكسب الإسلام) فيقضى منه الدينان جميعا فان وفي كسب الردة في جماعة المسلمين ولا يرث الورثة شيئا في هذه الصورة الا أن يفضل عن كسب الإسلام 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 الإسلام كله وان لم يف بكل من كسب الإسلام وورثت الورثة ما فضل أن فضل شيء وهذه رواية أبي يوسف عنه (وجه الأول) وهو التفصيل (أن المستحق بالسببين) وهو دين الإسلام 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 الإسلام 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 لبطان 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 يفتقر في الرهن وقضاء الدين من كسب الإسلام (وجه الثالث) وهو رواية أبي يوسف (ان كسب الإسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه) بمعنى أنه ما تعلق به حق الغير كما تعلق في مال المريض والانه وقد ذكر أن أملاكه تزول غير أنه لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له الا ترى أن كسب المالكات خالص حقه وليس ملكه واذا كان خالص حقه) كان قضاء دينه منه أولى الا اذا لم يف فينتد يقضى من كسب الإسلام بتقديم الحقه) 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 الناص 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 الإسلام بتقديم الحقه وفيه بحث من أوجه الأول ما قيل ان هذا يناقض قوله أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطان أهلية الملك بالردة والثاني أن كون كسب الإسلام حق الورثة ممنوع فان حقه إنما 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 كالمذموم الخ) أقول فيه بحث بل هو فرغ بينهما

فلا وجه لقوله فكان قضاء الدين منه أولى وأجيب عن الأول بان المعنى من تناول الحق ههنا هو أن لا يتعلق حق الغير به 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 بان الدين انما يتعلق (٣١٨) 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 بان 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 مذهبه ما قال (وما باعه أو اشتراه) ذكرنا التصرفات التي اختلف علماء ائمة جهم الله في نفاذه وتوقفه وقال وهذا عند أبي حنيفة وانما هال كذلك لان المسئلة من مسائل التقدير وليس الخلاف فيه مذكور في هذا الموضوع وبين أقسام تصرفات المرتد وهو واضح الاما ذكره فقوله يجوز ما صنع في الوجهين يريد بأحدهما الاسلام وبالثاني القتل والموت والمحاق وقوله لانه لا يقتقر الى حقيقة الملك وتعمام الولاية نشر لقوله كاستيلاذ والطلاق فقوله الى حقيقة الملك [يعنى في الاستيلاذ فلو ولدت جاريةته وادعى نسبه يثبت منه

لانهم جميعا ملكه حتى يجزى الارث فيهما والله أعلم قال (وما باعه 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 تمل أو لحق بدار الحرب بطلت) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ما صنع في الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على أقسام نافذ بالاتفاق كاستيلاذ والطلاق لانه لا يقتقر الى حقيقة الملك وتعمام الولاية

لانهم جميعا ملكه عندهما) حتى يجزى فيهما الارث (قوله وما باعه) المرتد (أو اشتراه أو أعتقه أو وهبه أو رهنه الى آخره) قال المصنف رحمه الله (اعلم ان تصرفات المرتد على أقسام نافذة بالاتفاق كاستيلاذ والطلاق لانه لا يقتقر الى حقيقة الملك في الاستيلاذ والطلاق فان الاستيلاذ 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 اذا أسلم كان له بلا سبب جديد ولا ملك للاب والمولى فيهما والطلاق يقع من العبد مع قصور ولايته فانه لا ولاية له على نفسه وأورد عليه أن بالردة تحققت الفرقة فكيف يقع الطلاق أجيب بانه لا يلزم من وقوع المبنونة امتناع الطلاق وقد ساق أن المبنونة يلحقها صريح الطلاق مادامت في العدة وصرح في المحيط بان الفرقة بالردة من قبيل الفرقة التي يلحقها الطلاق مع أن الردة لا تلزمها الفرقة كالوارث ما عاوى من هذا القسم تساميم شفعته وقبول الهمة والمجر على عبده المأذون لانهم لا يتبني على حقيقة الملك (وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانها تعتمد على الولاية لانه غير مقرر على المراد بالماله التي يدينون بملك النكاح والتوارث والتناسل والمرتد لا يتحقق في نكاحه شيء من ذلك لانه 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 ديونه منه كالذي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين وتقضى ديونه منه (قوله وقال يجوز ما صنع في الوجهين) أحدهما الاسلام والثاني أحد الاوجه الثلاثة من الموت والقتل والمحاق (قوله نافذ بالاتفاق كاستيلاذ والطلاق لانه لا يقتقر الى حقيقة الملك) حتى اذا جاءت جاريةته بولد فادعى نسبه يثبت نسبه منه وورث هذا الولد مع ورثته وكانت الامة أم ولده لان حقه في ماله أقوى من حق الاب في جارية ولده وذالك يفتى لصحة الاستيلاذ فهذا أحق والطلاق لا يقتقر الى تمام الولاية فقد صح طلاق العبد مع قصور ولايته وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله وصورته اذا ارتد ما عاوى 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 تاما فانه بينهما حكما اذا مات ههنا واذا كان كذلك كانت المحلية باقية من حيث الوضع والحقيقة لانعدام تاييد الحرمة فكانت المرتدة في العدة محلا للطلاق وغير باقية من حيث الحكم فعلمنا في هذا معاملة بالشبهين بخلاف الحرمة الثابتة بالحرمة لانها موقوفة فكانت منافية للنكاح من كل وجه فلم يبق محلا للطلاق لانعدام فائدة اثر الطلاق وذ كرتي المحيط وكل فرقة توجب التحريم مؤبدا فان الطلاق لا يلحق المراد لانه لا يظهره أثره واذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاقه لان تباين 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 واستيلاذ الاب صحيح وباطل فكذلك استيلاذه حيث لا يحتاج الى حقيقة الملك وانما يكتفى فيه بحق الملك وقوله (وتعمام الولاية) يعنى في الطلاق فانه يصح من العبد مع قصور قال المصنف (نافذ بالاتفاق كاستيلاذ الخ) أقول في الكافي وتساميم شفعته والمجر على عبده المأذون اه وعهد الامام الثماني المجر على المأذون

الولاية على نفسه فان قيل الفرقة تقع بين الزوجين بالارتداد فكيف يشعور الطلاق من المرتد اذ يجب بان المرتد يقع طلاقه كالأبوان الرجل امرأته ثم طلقها طلاقا بائنا 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 واستشكال بان المراد بالملة ان كان الاسلام ينتقض بنكاح أهل الكتاب وذبايحهم وان كان المراد به الملة السماوية ينتقض بصحة نكاح

(٣١٩)

المجوس والمشركون فيما بينهم فانهم

ليس لهم ملة سماوية لا مقرررة ولا محرقة وقد حكم بصحة نكاحهم ولهذا يحكم القاضي بالنفقة والسكنى وجرىان التوارث بين الزوجين منهم وأوجب بان المراد بالملة ما يتدينون به نكاحا يقرون عليه ويجرى 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 المجوس وأهل الشرك فانهم دانوا دينيا يقرون عليه قبل الاسلام وبعده ان لم تكن المرأة من محارمه فكانت المصالح منتظمة وقوله (كالمفاوضة) معناه ان المرتد ان فاض مسلما توقف فان أسلم نفذت المفاوضة وان مات أو قتل أو قضى لمحاقه بدار الحرب بطلت المفاوضة بالاتفاق (قوله وهو ما عدناه) يعنى قوله وما باعته أو اشتراه الخ وقوله (على ما قررناه) اشارة الى قوله لانه مكلف يحتاج الخ

وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد مسلم ومختلف في توقعه وهو ما عدناه لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفذ يعتمد الملك والاختفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطبا 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 الشركيين (ولامساواة بين المسلم والمرتد) فيتوقف عقد المفاوضة فان أسلم نفذت وان مات أو قتل أو قضى لمحاقه بطلت بالاتفاق لكن تصير عندنا عندهم او عند أبي حنيفة تبطل أصلا لان في العنان وكالهى موقوفة عنده (ومختلف في توقعه وهو ما عدناه) من بيعه وشراؤه وعتقه ورهنه ومنه الكتابة وقبض الديون والاجارة والوصية عنده هى موقوفة ان أسلم نفذت وان مات أو قتل أو لحق بطلت (لها ان الصحة) للمعاملات التي ذكرناها (تعتمد الاهلية) لها (والنفذ يعتمد الملك والاختفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطبا) بالايان وكذا قتله فرع كونه مكلفا (وكذا ملكه لقيامه قبل موته على ما قررناه)

أحكام النكاح فان عاد الى دار الاسلام وهى في العدة وقع عليه الطلاق لان المنافي وهو تباين الدارين قد ارتفع ومصلحة الطلاق بالعدة قائمة فيقع الطلاق ومن هذا القسم قبول الهبة وتسليم الشفعة والخمر على عبده المأذون (قوله وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له) وذلك كرى في النهاية فان قيل ايش تعنى بالملة ان عنتت به ملة الاسلام ينتقض بصحة نكاح أهل الكتاب وان عنتت به الملة السماوية ينتقض بصحة نكاح المجوس وأهل الشرك فيما بينهم اذ ليست لهم ملة سماوية أصلا لا مقرررة ولا محرقة ومع ذلك نكاحهم محكوم بالصحة والدليل على صحة نكاحهم وجوب الحكم على قاضى 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 ظهير الدين رحمه الله في الفوائد وقد واجعت الفحول في هذا فلم أجدهم ما يجردى نفعا وكنفت في ذلك متأملا حتى همس في فؤادى والقاط بصغرى ان المعنى من تلك الملة هى 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 يساعى ثلاث الملة فلا يصح نكاحهما وذلك لان المرتد يستتاب بالسيف والمرتدة تستتاب بالحس فكيف ينتظم 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 ارثه من كان عليها بذلك النكاح فلذا جاز نكاح المجوس ونكاح سائر المشركين لانهم دانوا ديننا لو مات من عليه ارثه من كان عليه ويقررون على ذلك الدين فينتظم 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 اتفقا ولو لم يكن يظهر أنها كانت عننا عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله تبطل أصلا لان في العنان وكالهى موقوفة (قوله على ما قررناه من قبل) وهو قوله لانه

من المختلف في توقعه (قوله وان كان المراد به الملة السماوية الخ) أقول وأيضا 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 وأوجب بان المراد بالملة ما يتدينون به نكاحا الخ) أقول قوله نكاحا حال ثم أقول فيه نامل فانه اذا ارتد بالملة ذلك ينبغي أن يحل ذبايح المجوس والمشركون وليس كذلك قال في النهاية فالخامس ان حل الذبيحة يقتضى ملة تتلقى من الكتاب وصحة النكاح تقتضى ملة لو مات عليها ارثه من كان عليها بذلك النكاح انتهى فانظر ألا يلزم حينئذ الجمع بين الحقيقة والجاز أو بين معني المشترك قال المصنف (والنفذ المالك) أقول بالرفع عطف على الضمير في قوله يعتمد ولا يجوز التصب 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
لانه كان حيا وقت رددة الاب
فاذا ثبت وجود الاهلية
وقيام الملك يصح تصرفه
لكن على الاختلاف
المذكور في الكتاب وقوله
(على ما قررناه في توقف
الملك) اشارة الى ما قدمه من
قوله وله انه حربي مقهور
تحت ايدينا (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 دارنا بغير امان
يكون فيما فكيف تتوقف
تصرفاته والاعتراف بجواز
المن يسقط الاعتراض
وقوله (واستحقاقه القتل)
جواب عن قولها ولا
خفاء في الاهلية وتقرر به
لان السلم وجود الاهلية لان
الصحة تقتضي اهلية كاملة
وايستجو جودة في المرتد
كأنها ليست بجودة في
الحربي لان كل واحد منهما
يستحق القتل بطلان
سبب العصمة وهو كونه
آدميا مسلما وذلك يوجب
لتلازم 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 الا ان عند أبي يوسف تصح كما تصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشهية تزاح فلا يقتل
وصار كالمرتد وعند محمد تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لا سيما معرضا عما شأ عليه فلما
يتركه فيغضى الى القتل ظاهرا بخلاف المرتد لانها لا تقتل ولا يجرى حنيفه فانه حربي مقهور تحت أيدينا على
ما قررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالحربي يدخل دارنا بغير امان 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 لو أن ولده قبل الردة مان
بعدها قبل موته ولحاقه 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 للشبهة تزاح فلا
يقتل) فلا يكون كالمريض (وعند محمد تصح من الثلث كما تصح من المريض لان من انتحل نحلة لا سيما)
اذا كان بها (معرضا عما شأ عليه فلما يتركه) فكان بذلك على شرف الهلاك كالمريض مرض الموت الا
أن أبا يوسف يقول بيده دفع القتل عنه والموت على ذلك يتجدد الاسلام بخلاف المريض (ولا يجرى حنيفه رحمه الله
أنه حربي مقهور تحت أيدينا على ما قررناه في توقف الملك) أي عوده لما حررناه من أن المراد أنه نزول ملكه
برده ثم يعود بعوده الى الاسلام من انه حربي مقهور بنفسه وماله تحت أيدينا (وتوقف التصرفات بناء عليه)
فان التصرفات الشرعية المذكورة توجب أملا كان قامت به وزوال املاكه مثلا لا يبيع بوجوب أن يملك
البيع وان يخرج من ملكه الثمن والاجارة كذلك والغرض أن ليس مع الردة ملك فامتنع افادة هذه
التصرفات احكامها في الحال فأسلم أفادته حين وقعت وهذا معنى التوقف (فصار) المرتد كالحربي يدخل
دارنا بلا امان فيؤخذ (أي يؤسر) فتتوقف تصرفاته لتوقف حاله) حيث كان للامام الخيار بين استرقاقه وقتله
فان قتل أو أسلم تمت منه 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 عيننا خصوصا فانه لا يمكن
له حالة غير القتل بخلاف المرتد فان غيرهما محتمل في حقه لاحتمال 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 تبعه لانه اقرب
الى الاسلام من النصرانية لانه يجبر على الاسلام بخلاف النصرانية والمرتد لا يرث أحد لانه لا مله ولا ولاية
لانها كرامة وهو مان والارت من باب الولاية وان كانت مسلمة فالولد مسلم تبعها 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 كالحربي يدخل دارنا بغير امان) الى قوله وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله لان
هناك يتوقف حال الحربي بين الاسترقاق والقتل والمن وههنا بين القتل والاسلام ثم هناك ان استرق أو قتل
بطل فان ترك نفذ كذلك هنا توضيحه أن المرتد هالك حكما والهالك الحقيقي ينافي مالكية المال ولا ينافي
توقف المال على حقه كالتركة المستغرقة بالدين فكذلك الهالك الحكمي واذا توقف الملك توقف ما ينفي عليه
من التصرفات كفي 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 مال كالحقيقة لبقاء عصمة ماله وقد انعدم ههنا ماله كانت

عاملين مختلفين وهذا تبين ما في شرح الاتقاني من الخلل وأنت خبير بانه حينئذ يكون معنى الكلام أن الصحة تعمد
النفاذ والملك الآن يقال بغيره في الثواني ما لا يتغير في الاوائل وقيل ببحث (قوله واعترض عليه بان الحربي) أقول المعترض هو الاتقاني

لحلل في الاهلية وقوله (في الفصلين) بر يده فصل الحر في وفصل المرتد فان قيل لو كان استحقاق القتل مؤبدا للحلل في الاهلية مؤثرا في توقف التصرفات لكان تصرفات الزاني المحصن الذي يستحق الرجم وقائل العمدة موقوفة لاستحقاقهما القتل ايجاب بقوله (لان الاستحقاق في ذلك) يعني ان 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 كمرتدة قال (فان عاد المرتد بعد الحكم لمحاقه) أي اذا عاد المرتد بعد الحكم لمحاقه بدار الحرب الى دار الاسلام (مسلمنا ما وجدته

لبطلان سبب العصمة في الفصلين فأوجب خلافا في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل العمدة لان الاستحقاق في ذلك جزاء على الجنائية بخلاف المرأة لانها ليست حرية بل هي لانه تملك (فان عاد المرتد بعد الحكم لمحاقه بدار الحرب الى دار الاسلام مسلمنا ما وجدته 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 و بخلاف أمهات أولاده ومدبريه لان القضاء قد صح بدليل صحيح فلا ينقض ولو جاء مسلما قبل أن يعقضى القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلما

المأذكرنا ماله وتصرفاته ما نافذة فأجاب بالفرق (بان استحقاق القتل في الفصلين) أي الخربي والمرتد (لبطلان العصمة) بانتفاء سببها وهو الاسلام (فأوجب خلافا في الاهلية بخلاف الزاني والقاتل بعد الان استحقاق القتل بذلك السبب جزاء على الجنائية) مع بقاء سبب العصمة وهو الاسلام فيبقى ماله كحقيقته لبقاء عصمة ماله لقيام سببها ولهذا وقتل القاتل غير ولي القصاص قتل به وانما يقتل كل منهما بما هو من حقوق تلك العصمة (بخلاف المرتدة لانها ليست حرية بل هي لانه تملك) قال أبو اليسر ما قاله أحسن لان المرتد لا يقبل الرق والقهر يكون حقيقيا الاحكاميا والملك يبطل بالقهر الحكمي لا الحقيقي ولهذا المعنى لا يبطل ملك المقتضى عليه بالرجم وحاصل مراده أن المنافي للملك الاسترقاق ليس غير لكنه ممنوع عند أبي حنيفة بل نقول انما أوجب الاسترقاق ذلك في الاصل للقهر الكائن بسبب حرته وهو موجود في المرتد فثبت فيه ذلك بطريق أولى لان الرق يتصور معه ملك النكاح بخلاف قهر المرتد (قوله وان عاد المرتد بعد الحكم لمحاقه الى دار الاسلام مسلمنا ما وجدته 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 المرتدة المتزوجة إذا لحقت وعادت مسلمة تص قريبا تزوج من ساعته لانها فارغة من النكاح والعدة كأنها بحيث لا 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 كعق وتبدير واستيلاد فانه يمضي ولا عدله فيه ولا يضمه (و بخلاف أمهات أولاده ومدبريه) لا يعدون في الرق (لان القضاء) بعقهم (قد صح بدليل صحيح) له وهو اللحاق مرتد الانه كالموت الحقيقي فنقض العتق بعد نفاذه لا يقبل البطلان ولا وهم لمولاهم أعنى المرتد الذي عاد مسلما هذا اذا جاء مسلما بعد الحكم باللحاق فلو جاء مسلما قبل الحكم باللحاق (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 ومدبروه 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 نفي المالكية فوق تأثير الرق فان الرق ينفي مالكية المال ولا ينفي مالكية النكاح والردة ينافيها ما لم يعتد به تصرف الرقيق باعتبار مالكية المال فهنا أولى (قوله في الفصلين) أي في فصل الحر والمرتد (قوله لان القضاء قد صح) لان القضاء بعقهم عن ولاية لانه لو كان في دار الاسلام كان له أن يمته حقيقة فاذا خرج عن ولاية كان له أن يمته حكما فاذا قضى عن ولاية ينقض قضاؤه والعق بعد وقوعه لا يحتمل النقص (قوله بدليل صحيح) وهو قضاء القاضي لمحاقه (قوله لما ذكرنا) إشارة الى قوله لانه لا يستقر لحاقه الا بقضاء

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

(وإذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام جماعة بولد لاكثر من ستة أشهر منذ ارتد فادعاه
فهى أم ولده والولد حر وهو ابنة ولا يرثه وان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة أو لحق بدار
الحرب) أما صحة الاستيلاء 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 جاءت به
لاقل من ستة أشهر فان
الولدي يورث أباه المرتد وان
كانت أمه نصرانية لانا تبعنا
حينئذ بوجوده في البطن
قبل الردة فيكون مسلما
تبعاً لابه وأما اذا جاءت به
لسته أشهر من وقت الردة
لم يتيقن بعلق الولد قبل
الردة فلا يجعل الولد مسلماً
باسلام الاب قبل الردة

من الدين الموجبة لا تحل بل تكون الى أجلها لعدم تقرر الموت وصار كالبعث اذا أبق بعد البيع قبل القبض ثم
غادان كان بعد القضاء بالفسخ لا يبطل القضاء بالفسخ وان عاد قبله جعل الأباق كان لم يكن (قوله وإذا وطئ
المرتد جارية نصرانية) أو يهودية (كانت له في حالة الاسلام جماعة بولد لسته أشهر أو أكثر) ولوالى عشر
سنين (منذ ارتد فادعاه فهى أم ولده والولد حر وهو ابنة) ونبت لأمه حق أمية الولد (ولا يرثه فان كانت الجارية
مسلمة ورثه الابن ان مات) المرتد (على رده أو لحق بدار الحرب أما صحة الاستيلاء من المرتد فلما قلنا) انه
لا يقتصر الى حقيقة الملك حتى صح استيلاء 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) لعرب 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) الامة (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 أحدهما أو يلتقط في دار الاسلام ولا يظن أن هذا ينتقض بما
اذا ارتد الابوان المسلمان ولهما ولد صغير ولد قبل ردهم ما فانه يبقى مسلماً مع وجودهما لان الحكم باسلامه
في هذه الصورة ليس بتبعية الدار بل لانه كان حين ولده مسلماً فيبقى مسلماً مع وجودهما لان الحكم باسلامه
الكتاب لانه لم يسبق للولد حكم الاسلام اذ لم يوجد في زمن اسلامهما وتقييد المسئلة 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 رده 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 يضعف بهذه المسئلة لان الولد يعنى ولد الامة المسلمة هناك لم يكن موجوداً حال الاسلام ومع
هذا يرث فعلم أن الصحيح ما رواه محمد بن أبي حنيفة أن من كان وارثاً عند موته سواء كان موجوداً وقت
الردة أو حدث بعدها 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 لاسلامهم على ما قدمناه فان جرح اليه وهذا كله بناء

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

القاضى (قوله جماعة بولد لاكثر من ستة أشهر) وكذا الحكم في ستة أشهر وفائدة التقييد به أنه 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 بعلق الولد قبل
الردة فلا يجعل الولد مسلماً باسلام الاب قبل الردة كذا ذكره الامام قاضي بخارى رحمه الله (قوله فلما قلنا) اشارة
الى قوله لانه لا يقتصر الى حقيقة الملك (قوله فالولد تبع له لقربه الى الاسلام) فان قيل لم 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 نبت للولد حكم الاسلام قبل ارتداد أبويه باعتبار تبعيتهما

(وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء) أي المال فيء دون نفسه ويجوز أن يكون المال فيء دون نفسه كمشركي العرب وان لحق ثم رجع) يعني وان لحق وحكم القاضي بلحاظه ثم رجع (٣٢٣) (وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة

(وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء فان لحق ثم رجع وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم) لان الأول مال لم يجز فيه الارث والثاني انتقل الى الورثة بقضاء القاضي بلحاظه فكان الوارث مال الكافة بما (وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه وكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبه والولاء للمرتد الذي أسلم) لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لئذها دليل منقذ فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته

على كونه اذا جاءت به ستة أشهر أو أكثر يحكم بان العلق بعد الردة والوجه انه متى جاءت به أمته النصرانية لمدة يتصور العلق فيها في حالة الاسلام يجب أن يعتبر العلق فيها وهذا يمكن اذا جاءت به لاقل من سنتين بلحظة لانه أحوط للحكم بالاسلام لانه على هذا الاعتبار يعلق مسلمان ورثه وان كان خلاف المذهب كالذي جاءت به لاقل من ستة أشهر الا أن على هذا الوجع به لتسام سنتين فصاعد الارث (قوله) وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر (المسلمون) على ذلك المال فهو فيء) باجماع الائمة الاربعه وانما يخالف الائمة الثلاثة فيما كان في دار الاسلام من الباقي من ماله على ما تقدم أنه عندهم محفوظ له الى أن يظهر موته فيصير فرياً ولا يشك كون ماله فياً دون نفسه فان مشركي العرب كذلك (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 مال الكه وهو أن سم (ان وجدوه قبل القسمة رد عليهم) وان وجدوه بعدها أخذوه ببقية ما ان شاؤوا ولو كان مثليا فقد تقدم انه لا يؤخذ لعدم الغائده ثم جواب هذا الكتاب أعني الجامع الصغير وهو ظاهر الرواية لا يفصل بين أن يكون عوده وأخذه المال بعد القضاء بلحاظه أو قبله أما اذا كان بعد القضاء بالحق فظاهر لانه تقرر الملك للورثة ثم استولى عليه الكافر وأحرزه بدار الحرب وأما اذا عاقبه كان عوده وأخذه ولحاظه ثانياً يخرج جانب عدم العود ويؤكده فيقر موته وما احتج الى القضاء بالحق لصيرورته ميراثا لا يترجح عدم عوده فيتقرر اقامته ثمة فيتقرر موته فكان رجوعه وأخذه ثم عوده ثانياً بمنزلة القضاء وفي بعض روايات السير جعله فيألان 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 للائمة الثلاثة (والولاء والمكاتبه) أي بدل الكتابة (للمرتد الذي أسلم لانه لا وجه الى بطلان الكتابة انقذها بديل منقذ) وهو القضاء بالعبد له ولا الى نقل الملك الى الاب لان المكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك فجعل كان الابن وكيل عنه فانه لما لحق بدار

فيمبق 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 اذا كان في يد ابوين كافرين (وفي الفوائد الظهيرية بعد ذكر ورثة الولد فيما اذا كانت أمه مسامة وما قال في الكتاب أن الارث يستند الى حالة الاسلام ليكون فيه تورث المسلم من المسلم فيما اكتسبه في حال الردة يضعف بهذا المسئلة لان الولد هنا لم يكن موجودا حال الاسلام ومع هذا يرتفع 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 الى ورثته بقضاء القاضي) هذا اذا رجع بعد قضاء القاضي بماله لورثته فاما قبل القضاء فكذلك في رواية وفي رواية يكون فيألان بمجرد اللحاق لا يصير المال ملكا للورثة ووجه الاول أن القضاء شرط ليرجح جانب عدم الرجوع الى دارنا فتقرر موته ولم يخرج اليها غيرا ورجع بماله ظهر أنه لا يريد العود الى دارنا فتقرر موته من حين اللحاق بدار الحرب فيصير ماله لورثته من ذلك الوقت فانما أخذ المرتد مال الورثة فلهذا يرد عليهم (قوله) فالكاتبه (أي بدل الكتابة) (قوله) لئذها دليل منقذ) لصدور هامن الابن حال ولايته

المرتد اذا عاد مسلما أخذ ما وجد به عينه في يد وارثه ولا الى الثاني لان المكاتب لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته لان في الوكالة خلافة احتمالا لبقاء حكم الحاكم في صحة الكتابة فمكاتبه وكله في كتابة عبده

ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم) والفزق بين المسئلتين ان الاول مال لم يجز فيه الارث فهو مال الحربى واذا ظهر على مال الحربى فهو فيء لالحاله (والثاني انتقل الى ورثته بقضاء القاضي بلحاظه فكان الوارث مال كاسدعيا) والمالك القديم اذا وجد ماله في الغنيمه قبل القسمة أخذه بحال فان لم يكن القاضي حكم بلحاظه والمسئله بحالها في ظاهر الرواية يرد على الورثة أيضا لانه متى لحق بدار الحرب فالظاهر انه لا يعود فكان ميتا فظاهر في بعض روايات السير يكون فيألاحق للورثة فيه لان الحق لا يثبت لهم الا بالقضاء (وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبه والولاء للمرتد الذي أسلم) أما جواز الكتابة (فلا لانه لا وجه الى بطلانها انقذها بديل منقذ) وهو قضاء القاضي بالحق ثم بعد ذلك اما ان يبقى المكاتب على ملك الابن أو ينتقل الى الابن لا سبيل الى الاول لان الكتابة لا تخل بملك الرقبة وقد ذكرنا أن

والعتق إنما يحصل منه بعد أداء بدل الكتابة بخلاف ما إذا رجع مسلماً بعد أداء بدل الكتابة لأن الملك الذي كان له لم يبق قائماً حينئذ قال (وإذا قتل المرتد رجلاً) كلامه واضح وقوله (لا نعدهم النصره) يعني أن التعاقب إنما يكون باعتبار التناصر وأحد لا ينصر المرتد فتكون الديه في ماله كسائر ديونه وماله هو المكتسب في حال الاسلام دون الردة عند أبي حنيفة رضي الله عنه (وعندهما الكسبان جميعاً ماله) فقوله وعنده ماله المكتسب مبتدأ وخبر وكان المقام مقتضياً لضمير الفصل ليفصله عن الصفة (قوله أما الأول) يعني ما إذا مات على رده (قوله فأهدرت) يعني السراية لأن الولم ثم صدر لو جب القصاص في العمد والديه الكاملة في الخطأ لأن قطع اليد صار نفساً (بخلاف ما إذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك) فإنه لا يضمن القاطع من ذلك شيئاً وإن كان معصوماً وقت السراية (لأن الأهدار لا يلحقه الاعتبار) يعني إذا لم يقع معتبراً ابتداءً لا يتقلب معتبراً بعد ذلك لأن غير الموجب لا يتقلب موجباً (أما المعتبر فتقدر بالأبراء فكذلك بالردة) (قوله فإن لم يلحق وأسلم) يعني إذا قطع يد المسلم ثم ارتد والعياذ بالله تعالى ولم يلحق بدار الحرب ثم أسلم ثم مات فعليه الديه كاملة (قوله لأن الولم ثم صدر لو جب القصاص في العمد والديه الكاملة في الخطأ لأن قطع اليد صار نفساً) أقول فيه نوع مصادره (قوله لأن قطع اليد صار نفساً) أقول الظاهر أن يقال صار قتلاً

وإذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على رده فالديه في مال اكتسبه في حال الاسلام خاصة عند أبي حنيفة وقال الديه فيما اكتسبه في حالة الاسلام والردة جميعاً) لأن العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصره فتكون في ماله وعندهما الكسبان جميعاً ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجزى الارث فيهما عندهما وعند ماله المكتسب في الاسلام لنفوذ تصرفه فيه دون المكتسب في الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الأول ميراثاً عنه والثاني ذياً عنه (وإذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات على رده من ذلك أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسالماً فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الديه في ماله للورثه) أما الأول فلان السراية تحلت محل غير معصوم فأهدرت بخلاف ما إذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك لان الأهدار لا يلحقه الاعتبار أما المعتبر فتقدر بالأبراء فكذا بالردة وأما الثاني وهو ما إذا لحق ومعناه إذا قضى بلحاظه فإنه صار ميتاً تقديراً والموت يقطع السراية واسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجنابة الأولى فإذ لم يقض القاضى بلحاظه فهو على الخلاف الذي بينه ان شاء الله تعالى قال (فإن لم يلحق وأسلم ثم مات فعليه الديه كاملة)

الحرب كان كأنه ساط ابنه على التصرف في ماله (وحقوق العتق ترجع إلى الموكل في الوكالة) بالكتابة (والولاء لمن يقع العتق عنه) فإذا كان الولاء للمرتد الذي عاد مسلماً بخلاف ما إذا كان أدى بدل الكتابة إلى الابن فإن الولاء حينئذ يكون للابن (قوله وإذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على رده فالديه في مال اكتسبه في حال اسلامه خاصة عند أبي حنيفة وقال في مال اكتسبه في الردة والاسلام) أما أن الديه في ماله (فلان العواقل لا تعقل المرتد) لان تحملهم العقل باعتبار نصرتهم إياه التي هي أقوى على الجرأة ولا نصره منهم لاهم ارتد وأما أنها عند أبي حنيفة في كسب الاسلام فقط فإنه لا يملك غيره وعندهما مالك الكل فيكون مالهما من الكل وعلى هذا إذا غصب مالا فأنسده يجب ضمانه في مال الاسلام وعندهما في الكل وعلى هذا لو لم يكن له كسب الاسلام واكتسب في الردة ثم بدر الجنابة عند أبي حنيفة فخلافهما (وقوله وماله المكتسب) ماله مبتدأ والمكتسب خبره والأولى في مثله الاتيان بضمير الفصل لرفع توهم الصفة إلا أنه تركه للاهتمام باليه 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 جنابيته في كسبه والجنابيه على المالك المرتدين هدر (قوله وإذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات على رده من ذلك القطع أو لحق ثم جاء مسلماً ومات منه فعلى القاطع نصف الديه في ماله للورثه) فيهما (أما الأول) وهو وجوب نصف الديه فيما إذا مات فلان القطع وان وقع على محل معصوم لكن السراية التي بها صار القطع قتلاً حلت محل بعد زوال عصمته فأهدرت إذ لو لم تهدر وجب القصاص في النفس للعمد وأيضاً صار اعتراض زوال العصمة شبهة في سقوط القصاص في اليد وإذا أهدرت السراية وجب ذية اليد لان هذا القدر وقع زمن العصمة وأهل مافيه ذية اليد (بخلاف ما لو قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك) القطع فإنه لا يجب الضمان أصلاً لان القطع وقع في وقت لا قيمة له مافيه وهو وقت الردة فكانت هدر (والهدر لا يلحقه الاعتبار أما المعتبر فتقدر بلحاظه الأهدار بالأبراء فكذا بالردة) وأما الثاني وهو وجوب نصف الديه إذا لحق ثم عاد مسلماً فمات من القطع قال المصنف (ومعناه إذا قضى بلحاظه فإنه صار ميتاً تقديراً) بالقضاء بالمعاق (والموت يقطع السراية واسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجنابة الأولى) على أنها قتل لأنه ما ثبت سرية بعد انقطاع حكم القطع فوجب الاقتصار على موجب القطع الواقع في حال العصمة من حيث هو قطع لا قصاص فيه وفي ذلك نصف ذية النفس فوجب للورثه (وأما ما إذا لم يقض بلحاظه) حتى عاد مسلماً فمات (فهو على الخلاف الذي بينه) قال شمس الأئمة الصحيح أنه على الخلاف وقال غير الاسلام لانص فيه ثم قال وهو على الاختلاف ويريد بقوله الذي بينه

وهذا (قوله لأن قطع اليد صار نفساً) أقول فيه نوع مصادره (قوله لأن قطع اليد صار نفساً) أقول الظاهر أن يقال صار قتلاً

(قوله في جميع ذلك) أي فيما إذا مات على رده 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 يحجب بالسراية شيء فكذلك إذا لم يحجب عليه كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه أو تفاخرا البيع ثم مات العبد لم يحجب الايديه كالمات على البيع لان البيع معنى لومات عليه لم يحجب بالسراية شيء لان الاقدام على البيع ابراعن الجنائية من حيث المعنى وصار كما إذا قطع يده ثم فاسلم سوا مات من القطع أو لم يحجب حيث لا يجب ضمان النفس في الاول ولا ضمان اليد في الثاني بناء على الاصل المار أن المهدر لا يلحقه الاعتبار (ولهما أن الجنائية وردت على محل معصوم) (٣٢٥) لان الغرض انه قطع يده وهو مسلم

وتحت 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 ثم فاسلم وله ما ان الجنائية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما إذا لم تتخلل الردة وهذا لانه لا يعتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجنائية وانما الاعتبار بقيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين

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 ببراء ولا مستلزمة له لانها وضعت لتبديل الدين ونصح من غير ابراء لانه اذا مات على ذلك لم يجب الضمان لهردمه بالردة بخلاف بيع العبد المجني عليه لان البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فاذا قطع الاصل قصدا فقد قطع البديل أيضا فصار كالبراء و ذكر في الاسلام رحمه الله في شرح الجامع الصغير أن قول محمد وزفر رحمه الله قياس وقول أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما استحسان ولم يذكر في الكتاب ما اذا كان القاطع هو الذي ارتد فقتل ومات المقطوع يده

ما يذكر من ان على قول محمد يجب نصف الدية وعلى قولهما دية النفس كاملة فيما تلي هذه وهي قوله وان لم يلحق أي المقطوع يده مسلماً اذا ارتد ثم أسلم فمات من القطع من غير تتخلل الحاق (فعند أبي حنيفة وأبي يوسف على القاطع دية كاملة) استحسانا (وعند محمد وزفر في جميع ذلك) يعني الصور الاربعة وهي ما إذا قطعت يده مسلماً فارتد ومات على رده أو ارتد ثم أسلم بالحق أو ارتد ولحق بعد القضاء أو قبله ثم عاد فاسلم (نصف الدية) قياسا ووجهه (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 محل معصوم 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 وبه ثبتت الشبهة المسقطه للعصا في النفس فيجب ضمانها بالدية لان سقوط العصمة في حال البقاء لا يمنع كمال موجب هذه الجنائية الا لو كانت العصمة معتبرة خالة البقاء في ايجابها والواقع أنه لا يعتبر ببقائه في ذلك وانما الاعتبار بقيامها في حال ابتداء الجنائية لان انعقادها سببا وفي حال الموت ليثبت الحكم وهو الضمان (وحالة البقاء بمعزل) اذ ليست حال انعقاد سبب الضمان ولا حال ثبوت حكمه (فصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين) لا عبرة به بل الاعتبار بقيامه حال التعليق وحال ثبوت الحكم وهو حال وجود الشرط حتى اذا قل لزوجه ان دخلت فانت طالق ثم أبانها ثم تزوجها فدخلت طلقت وكذا للعبد ان فعلت فانت حر فباعه ثم اشتراه ففعل عتق وكذا وجود النصاب في ايجاب الزكاة للمعتبر وجوده أول الحول ليعتقد السبب

(قوله لان اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب الى الضمان بالاسلام) لان الردة معنى لومات عليه بالسراية لا يلزم شيء فكذلك اذا لم يحجب عليه كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه أو تفاخرا البيع ثم مات لا يجب الايديه كالمات على البيع لان البيع معنى لومات عليه لم يحجب بالسراية شيء ولان البيع بمعنى يقطع ملكه في النفس مع قيام النفس بحترمة والردة تبطل حق النفس أصلا الا أنا نقول ان الردة ليست ببراء 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 لهردمه بالردة بخلاف ما اذا باع العبد المجني عليه لان البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فاذا قطع الاصل قصدا فقد قطع البديل أيضا فصار كالبراء كذا في الاسرار (قوله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين) فانه اذا قال لعبد ان دخلت الدار فانت حر ثم اشتراه ثم دخل الدار

بالسراية مسلماً وحكمه أنه ان كان عمدا فلا شيء له لان الواجب في العمدا القود وقد فات محل حين قتل على رده أو مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند الجنائية كان مسلماً وجنائة المسلم اذا كانت خطأ على عاقلة وتبين بالسراية ان جنائيته كانت قتلان فهذا كانت على عاقلة دية النفس وان كانت الجنائية منه في حال رده كانت الدية في الخطأ في ماله لما بينا ان المرتد لا يعقل جنائيه أحد

(قوله سوا مات من القطع أو لم يحجب الخ) أقول الاولى هو الا كتفاء بقوله اذا مات من القطع و بيان حكمه فان تعميمه يوهم أن لا يجب عند محمد وزفر نصف الدية أيضا بناء على ما ذكره فتأمل

وقوله (وأما عند أبي حنيفة) أبو حنيفة رحمه الله يحتاج الى الفرق بين المرتد الحار والمكاتب حيث لم يجعل كسبه مملوكا اذا كان حرا وجعله مملوكا اذا كان مكاتبا وجه الفرق ما ذكره ان المكاتب مملوكا كسابه بعقد الكتابة وعقد الكتابة لا يتوقف بالردة لانه لا يتوقف بحقيقة الموت فكذا بالعاق الذي هو شبه الموت واذا لم يتوقف العقد تم توقف الاكساب الحاصلة بسببه واستوضح ذلك بقوله (الآثرى أنه) أي المكاتب (لا يتوقف تصرفه بالقوى وهو الرق فكذا بالادنى) يعنى الردة (بالطريق الاولى) وانما كان الرق أقوى من الردة فى المنع عن التصرف لان بعض تصرفات المرتد نافذ بالاجماع كاستيلاء والطلاق وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما وأما العبد فمنوع عن التصرفات كلها ثم لما لم يتوقف تصرف المكاتب مع كونه رقيقا لم يتوقف تصرفه أيضا مع أنه مرتد أولى قال صاحب النهاية وجهه الله قلت لسبحي رحمه الله فى هذا لا يلزم (٣٢٦) من عدم منع الرق المكاتب عن التصرف عدم منع الردة عنه لانه اذا لم يمنع كل

واحد منهما على الانفراد جاز أن يمنعه عند الاجتماع لان الاجتماع تأثيرا كفى الشاهد من اجتماع ههنا للمكاتب ثلاثة وأوصاف كونه مكاتبا ورقيقا ومرتدا فجاز أن يكون ممنوعا عند اجتماع هذه الأوصاف قال رحمه الله أما الكتابة فهى مطلقة للتصرف لامانة وأما الرق والردة فكل واحد منهما علة فى المنع عن التصرف بانفراده فلا يثبت الرجحان بزيادة العلة كما اذا أقام أحد المدعين أربعة من الشهود بل الرجحان انما يثبت بوصف فى العلة بالعلة نفسها الى هذا الغرض وأرى أن الجواب بحسب النظر غير مطابق للسؤال لانه ما أبرز السؤال من حيث ان احدى علتى المنع تعارض علة الاطلاق وتترج بالآخرى بل أبرز من حيث انها عند الاجتماع لم لا يجوز أن يكونا مانعا عن

(واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ بماله وأنى أن يسلم فقتل فانه لو فى مولاة مكاتبته وما بقى فلو رثته) وهذا ظاهر على أصحهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا وأما عند أبي حنيفة فلان المكاتب انما يملك كسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا أ كسابه ألا ترى انه لا يتوقف تصرفه بالقوى وهو الرق

وفى آخره ليثبت حكمه هذا اذا كان المقطوع عيده هو الذى ارتد ولو كان القاطع هو الذى ارتد فى المبسوط فان قتل ومات المقطوع عيده من القطع مسلما فان كان عمدا فلا تثنى له لان الواجب القصاص وقد فات محله حين قتل على رده أو مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند ايجابه كان مسلما وجنباية المسلم خطأ على عاقلته وتبين بالسراية أن جنائمه كانت قتلا فكأنت على عاقلته ولو كانت الجنائية منه حال الردة كانت الدية فى الخطأ فى ماله ما بيننا أن المرتد لا يعقل جنائمه أحد (قوله) واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فى أيام رده بقى بكتابه (فاخذ بماله) أى أسر (وأنى ان يسلم فقتل فانه لو فى مولاة مكاتبته وما بقى فلو رثته وهذا ظاهر على أصحهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا) اذا الكتابة لا تبطل بالموت فبالردة أولى واذا كان مملوكا قضيت منه مكاتبته (وأما عند أبي حنيفة رحمه الله) فيشكل لانه لا يملكه كسب الردة اذا كان حرا ومملوكا يراه مكاتبا وجهه (ان المكاتب انما يملك كسابه بعقد الكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة) ولا تبطل بالموت فيستمر معها مع الردة فيحقق ملكه فى كسابه ولا يتوقف فيقضى منها يورث الباقي وقوله (الآثرى الى آخره) توجيه لعدم توقف تصرف المكاتب المرتد وهو يرجع الى توجيه عدم بطلان الكتابة بالردة لان الحكم ببقاء العقد يوجب الحكم بثبوت أحكامه فلا استدلال على ثبوت حكمه استدلال على ثبوته وكان يكفيه فيه كون الكتابة لا تبطل بالموت الحقيقى فالولى ان لا تبطل بالموت الحكمى وهو الردة فان منع عدم بطلانها بالموت الحقيقى اكتفى بالاستدلال على مسألة الكتاب اذا مات عن وفاء واستدلال المصنف وجه آخر وحاصله بدلالة حال الرق فانه لا يتوقف تصرف المكاتب بسبب رقه مع أن الرق

عقق أمواله عند الملاك عند الميراث وعند الخنث لم يعق هذا هو الحكم فى المقطوع عيده وان كان القاطع هو الذى ارتد فقتل ومات المقطوع عيده من قطع اليد مسلما فاذا كان عمدا فلا تثنى له لان الواجب فى العمد القود وقد فات محله حين قتل على رده أو مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند الجنباية كان مسلما وجنباية المسلم اذا كانت خطأ على عاقلته وتبين بالسراية ان جنائمه كانت قتلا (قوله) والكتابة لا تتوقف بالردة) لانها لا تبطل بحقيقة الموت فلا تبطل بالعاق الذى هو شبه الموت فان قيل سلمنا أن

التصرف بناء على أن الهيئة الاجتماعية لها من الخواص ما ليس لكل على الانفراد ولعل الهيئة الاجتماعية انما يكون لها زيادة تأثيرا اذا أمكن أن يحصل من تركيبها أمر خارجي أو اعتبار حقيقى لا فرضى ولا يمكن ذلك من الرق والردة

(قوله كاستيلاء والطلاق) أقول الاولى أن لا يذ كر الطلاق فانه صحيح من العبد أيضا كما مر (قوله عدم منع الردة عنه الخ) أقول أولى ردة المكاتب وان أنت خبير بان آخر كلامه لا يلائم أوله لدلالة آخره بكون المانع مجموعى الرق والارتداد لا الارتداد فقط والامر سهل (قوله) وأرى أن الجواب بحسب النظر الخ) أقول لعل مراد المجيب أن الرق لو كان فى درجة الكتابة فى القوة معارضا لها لم يترج عليها بانضمام الردة التى هى من جنسه ومثله فى المنع عن التصرف فلان لا يترج عليها بزيادة ما هو وليس فى مرتبة فى القوة أولى بالطريق فنأمل (قوله تعارض علة الاطلاق) أقول الذى هو الكتابة (قوله) ولعل الهيئة الاجتماعية الخ) أقول فيه منع ظاهر

فكذا بالادنى بالطريق الاولى واذا اردت الرجل وامرأته والعيادياته ولحقا بدار الحرب فحلت المراءة في دار الحرب وولدت وولدوا وولدولدهما وولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء لان المرتدة تسترق فيتبعها وولدها ويحبر الولد الاول على الاسلام ولا يحبر ولد الولد وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يحبر تبع المجد واصله التبعية في الاسلام

اقوى من الردة في نفي صحة التصرف حتى لا يصح استيلاده فاولى ان لا يتوقف بسبب ردته والحاصل ان عقد المكاتبه منع مقتضى الردة كما منع مقتضى الزنى فصار المكاتب في دار الحرب كما كونه في دار الاسلام وورد عليه بان كون أحدهما لا يمنع مع عقد المكاتبه لا يستلزم أن لا يمنع اذا اجتمعوا وقد اجتمع في المرتد المكاتب الرق والردة بخلاف ان ينفى التصرف احيب مرة بان جواز المنع لا يستلزم وقوعه فيبقى على العدم الابداهل ومرة بان المكاتبه مطلق للتصرف وكل من الرق والردة مانع منه بان قراده وقد ثبت شرعا ترجيح مقتضى المكاتبه على مقتضى أحدهما وانضمام أحدهما الى الآخر افضح مما علة الى اخرى فيما يعلل بعلمتين مستقلتين ولا ترجيح بكنة العلة المستقلة لما عرف بل الترجيح بوصف في العلة (قوله واذا اردت الرجل وامرأته والعيادياته ولحقا بدار الحرب فحلت المراءة في دار الحرب وولدت وولدوا وولدولدهما وولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء لان المرتدة تسترق فيتبعها وولدها 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) اما جبر الولد فلانه يتبع ابيه أو أحدهما في الدين فيكون مسلما باسلامهما ومرتد ارددتهما فلما كان مرتدا ارددتهما جبرهما كما يحبران وانما لم يحبر ولد الولد لانه لا يتبع جده بل اباه لقوله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون ابواه هما اللذان يهودانه الحديث اى يستتبعانه في ذلك وانما لم يجعل تبعه لابي في الردة فيحبر مثله لان ودة ابيه كانت تبعوا والتبع لا يستتبع خصوصا واصل التبعية ثابتة على خلاف القياس لانه لم يرتد حقيقة وله ذاك يحبر بالحبس لا بالقتل بخلاف ابيه واذا لم يتبع الجد فيسترق أو توضع عليه الجزية أو يقتل لان حكمه حينئذ حكم ساير أهل الحرب اذا أسروا أو امة الجدد فيقتل لاحتماله لانه المرتد بالاصالة أو يسلم (وروى الحسن عن ابي حنيفة ان ولد الولد يحبر على الاسلام تبعا لجدته) فيجعل مرتدا تبعا له قال المصنف (واصله التبعية في الاسلام) يعنى اصل الجبر على الاسلام تبعا للمجد

المكاتبه لان كسابه وان كان مرتدا لكن لما قتل عن وفاء كان حرا في آخر جز من احوال حياته كما هو مذهبنا ثم تستند حريته الى ما قبل الموت حتى يحكم بحرية اولاده الموجودين في حال كتابته فينتد كان ما كتسبه في حال الارتداد كسب الحر المرتد فيجب ان يكون فيسأل على قول ابي حنيفة قرجه الله قلنا ذلك جواب القياس واما جواب الاستحسان فهو ميراث لورثته لانا حكمنا بحرية تبعا بالاداء بعد الموت في الحقوق المستحقة بالمكاتبه وذلك حريته وحرية اولاده وحقيقة الملكة في المكاسب وفيما عدا ذلك يعتبر ميراثا عبدا الا ترى انه لا ينفذ وصيته وان مات عن وفاء لانها ليست من الحقوق المستحقة بالمكاتبه واذا كان كذلك فنقول في عدم صيرورته فيسأل يجعل كانه مات عبدا وكسب العبد المرتد لا يكون فيسأل في الفوائد الظهيرية (قوله فكذا بالادنى) وهو الردة يعنى أن الرق اقوى من الردة في المانع من التصرف لان بعض تصرفات المرتد نافذ بالاجماع كالاستيلاد وعندهما عامة ثم فانه نافذة كالبيع والشراء وغيرهما اما العبد فمنوع عن التصرفات كلها ثم سلم يتوقف تصرف المكاتب مع انه رقيق لم يتوقف تصرفه ايضا مع انه مرتد

بالطريق الاولى (قوله فحلت المراءة في دار الحرب) قيل ذ كر دار الحرب وقع اتفاقا فانها اذا حلت في دارنا ثم لحقت به بدار الحرب فالجواب كذلك ولعله يشتمل على فائدة وهي أن العلق متى كان في دار الحرب كان أبعد عن الاسلام ومتى كان في دار الاسلام كان أقرب الى الاسلام باعتبار الدار لسكون الدار جهة في الاستتباع فالجبر هناك يكون جبراهنا بالطريق الاولى (قوله ولا يحبر ولد الولد) وهو ظاهر الرواية وتوجهه أنه لو كان مسلما تبعا لجدته كان تبعا لجدته فينتد يكون الناس كلهم مسلمين باسلام آدم عليه السلام

قال (واذا اردت الرجل وامرأته والعيادياته) قيل قوله فحلت المراءة في دار الحرب تعنيده بدار الحرب اتفاني فانها ان حلت 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 لسكون الدار جهة في الاستتباع فالجبر هناك يكون جبراهنا بالطريق الاولى وكلامه ظاهر وقوله (ولا يحبر ولد الولد) وهو ظاهر الرواية ووجهه أنه لو كان مسلما تبعا للمجد كان تبعا لجدته فينتد يكون الناس كلهم مسلمين بتبعية آدم عليه الصلاة والسلام ولو كان تبعا لابي وهو تبعا لكان التبعية مستتبعها غيره (وروى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنهما انه يحبر تبعا للمجد لان التبعية في حق الاب للتفرع والتفرع ثابت في حق الجدد ولهذا كان بمنزلة الاب في النكاح ويبع مال الصغير

(قوله قيل قوله الخ) اقول القائل هو الاتقاني (قوله ولعل ذ كره الخ) اقول قوله ولعل ذ كره الخ) ماخوذ من الكافي مع تغيير يسير بجوارته فراجع ان شئت

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 أو لا وأما صورة جحر الولاء فلا أنه اذا اعتق الجد والخافد حر والاب برقيق هل يكون ولاء الخافد لوالى الجد أو لا يكون وصورة الوصية للقرابة اذا وصى رجل لذي قرابته لا يدخل الوالدان فيها وهل يدخل الجد أو لا على الروايتين وذكرنا هذه المسائل في شرح الفرائض السراجية وشرح رسالتنا وقوله (وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد) يعني يجزى عليه أحكامه فيبطل نكاحه ويحرم عن الميراث ويجزى على الاسلام ولا يقتل وان أدرك كافر أو يجبس وتوجيه تحرير المذاهب في النكاح ظاهر وقوله (لهما) أي لزرع والشافعي رحمه الله (انه) أي الصبي الذي يعقل (تبع لابويه فيسه) أي في الاسلام (فلا يجعل أصلا) يعني يصح اسلامه بطريق التبعية للابوين فلا يصح بطريق الاصلة اذ التبعية دليل العجز والاصالة دليل

وهي رابعة أربع مسائل كلها على الروايتين والثالثة جحر الولاء والاشارة الوصية للقرابة قال (وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله ويجزى على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام لا يرت 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 للجد (والثانية صدقة الفطر) للولد الصغير اذا كان جده موسرا ولا أب له أو له أب معسر أو عبدا لا تجب على الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن تجب عليه (والثالثة جحر الولاء) صورته معتقة تزوجت بعد ولده أب بعد فولدت منه فالولد حر تبع لأمه وولاه لوالى أمه فاذا اعتق جده لا يجزى ولاء خافده الى مواليه عن موالي أمه في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يجزى كلوا اعتق أبوه (والرابعة الوصية للقرابة) لا يدخل الوالدان ويدخل الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن لا يدخل كلاب وتقييد الجبل بدار الحرب ليس لان دار الاسلام عن حكم المسئلة أعني جبر الولد بل لاقادة حكم الجبر فيما اذا حلت في دار الاسلام وولدت في دار الحرب بطريق أولى لانه اذا أجبر مع أنه علق في دار الحرب ولدار حجة استنباع تقتضى 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 أصغر ثم ظهر عليهم فالولد في دار الاسلام لان الولد الصغير صار متبعا للابوين وولد المرتدي صير فيا بالسبي كذا ذكر ولو صح لزوم انهم المولم لحقابه 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 تقدم كل ذلك حين ارتدوا لحقابه فكان الولد فيا يجزى على الاسلام اذا بلغ كما تجزى الام عليه فان كان الاب ذهاب به وحده و الام مسلمة في دار الاسلام لم يكن الولد فيا لأنه بقي مسلما تبع لأمه فان قيل كيف يتبعها بعد تبين الدارين قلنا تبين الدارين يمنع الاتباع في الاسلام ابتداء لاني ابقاء ما كان ثابتا الا ترى ان الحر ولو سلم في دار الحرب وله ولد صغير وخرج الى دارنا بقى الولد مسلما حتى لو ظهر عليه لا يكون فيا بخلاف ما لو أسلم في دارنا وله ولد صغير وخرج الى دارنا بقى الولد مسلما حتى لو ظهر عليه لا يكون فيا بخلاف ما لو أسلم في دارنا وله ولد صغير وخرج الى دارنا بقى الولد مسلما وكذا ان كانت الام مسلمة والولد معه في دار الحرب لان بالموت يتأ كد الاسلام ولا ينقطع (قوله وارتناد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد) أي يصح فلومات له قريب مسلم بعد رده لا يرت منه وبه كان يقول أبو يوسف ثم رجوع وقال ليس بارتداد (واسلامه اسلام) بان اتفاق الثلاثة (فلان يرت أبو به الكافر من) ويرث آقاره المسلمين ولا يصح نكاح المشركه له وتحمل له المؤممة وتبطل ماليتها النجر والخزير ونحو ذلك وعن ابن مالك عن أبي يوسف ان ابا حنيفة رجوع الى قول أبي يوسف (وقال زفر والشافعي اسلامه ليس باسلام ورتده ليست بارتداد لهما) أي لزرع والشافعي في عدم صحة اسلامه (انه تبع لابويه فيه فلا يجعل أصلا) لتناف بين صدقة

فلا يجزى على الاسلام تبع للجد ولا يجزى أيضا تبعا لآبيه وهو الولد الاول لان التبعية لا يستتبع غيره وقوله فالولدان في دارنا أو الولد فلانه كافر أصلي وأما الولد الاول فلانه ولد المرتدة وولد المرتدة يسبى 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 صيرورة الولد مسلما 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 لوالى الجد أم لا وصورة الوصية للقرابة اذا وصى رجل لذي قرابته 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 عبدا فولدت له فان ولاءه لوالى الام (قوله هل يكون ولاء الخافد لوالى الجد) أقول يعني اذا اعتق (قوله بطريق التبعية) وجودا) أقول فيه بحث ولانه

القدرة وبين القدرة والجزئ تناف وأحد المتنافين وهو الاسلام بطريق التبعيته موجود بالاجماع فينتفي الآخرة وقوله (ولانه يلزمه) دليل آخر وهو واضح (قوله وافتخاره بذلك مشهور) يشير الى ما قاله رضى (٣٢٩) الله عنه سبقتكم الى الاسلام طرا *

ولانه يلزمه أحكاما تشوهم المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليا رضى الله عنه أسلم في صباه وصحح النبي عليه الصلاة والسلام وافتخاره بذلك مشهور
علا ما ما باغت اوان حلى
واختلفت الروايات في سنة
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 دعا الى الاسلام
في اول مبعثه ومدة البعث
ثلاث وعشرون سنة
والخلافه بعده ثلاثون
انتهت بموت علي فاذا ضمنت
خمس الى ثلاث وخمسين صار
ثمانيا وخمسين وقال القتيبي
اسلم وهو ابن سبع ومات
وهو ابن ستين

ولانه يلزمه أحكاما تشوهم المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليا رضى الله عنه أسلم في صباه وصحح النبي عليه الصلاة والسلام وافتخاره بذلك مشهور

الاصليقة والتبعية لان الاولى سمة القدرة والثانية سمة العجز ثم اسلامه يصح تبعه لا يوجبه فلا يجعل اصلا مستقلا به (ولانه يلزمه أحكاما تشوهم المضرة) من حرمان الارث والفرقة بينه وبين زوجته المشتركة (فلا يؤهل له) كالطلاق والعتاق (ولنا فيه) اي اسلامه (ان عليا رضى الله عنه اسلم في صباه وصحح النبي صلى الله عليه وسلم اسلامه وافتخاره بذلك مشهور) اما افتخاره فمات قبل من قوله رضى الله عنه

سبقتكم الى الاسلام طرا * علا ما ما باغت اوان حلى

وأما ما عن الحسن انه أسلم وهو ابن خمس عشرة سنة فلم يوافق أحد عليه سوى رواية عن أحمد لم تصح بل الصحيح عنه أنه أسلم 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 وبق 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 أسلم علي وهو ابن ثمان سنين وأخرج الجاهلي في المستدرک من طريق ابن اسحق انه أسلم وهو ابن عشر سنين وأخرج أيضا عن ابن عباس رضى الله عنهم ما دفع النبي صلى الله عليه وسلم الرابطة الى علي يوم بدر وهو ابن عشرين سنة وقال صحيح على شرط الشيخين قال الذهبي هذا نص على انه أسلم وله أقل من عشر سنين بل نص على أنه أسلم وهو ابن سبع سنين أو ثمان سنين وما ذكر الثعالبي وغيره في انفاق الامصار من ان كلام من النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعلي رضى الله عنهم عاش ثلاثا وستين سنة يقتضى أن عمره حين أسلم كان عشر سنين وهو ما تقدم من رواية الجاهلي من طريق ابن اسحق قال صاحب التتبع ولانه صلى الله عليه وسلم عرض الاسلام على ابن صياد وهو غلام لم يبلغ وقدي قال تصححه صلى الله عليه وسلم اسلامه ان أريد في أحكام الآخرة فسلم وكلامنا في تصححه في أحكام الدنيا والآخرة حتى لا يرث آثاره الكفار ونحو ذلك ولم ينقل أنه صلى الله عليه وسلم صحه في حق هذه الاحكام بل في العبادات فانه كان يصلى معه على ما هو ثابت ونحو ذلك نعم لو نقل من قوله صلى الله عليه وسلم صحبت اسلامه أمكن أن يصرّف اليه باعتبار الجهتين لكن لم ينقل ذلك وقد أورد هذا السؤال على خلاف هذا الوجه وعلى ما ذكرناه والوجه قيل ومن أقب القبايح أن لا يسمى مسلما مع اشتغاله بتعلم القرآن وتعليمه والصلاة وقيل والعجب من الشافعي كيف يصح اختياره لاحد أبويه عند الفرقة مع ظهور أنه إنما يختار من يطلق عنه الى أهو يتسم من اللعب وغيره ولا يصح اختياره المقطوع بخير يته فان قال هو غير مكاف فلما يلزم ذلك اذا قلنا بوجوده عليه قبل البلوغ كما عن أبي منصور والمعتزلة وأنه يقع مسقط الواجب لکننا إنما نختار أنه يصح لنترب عليه الاحكام الدينية والاخرى ثم اذا بلغ لزمه فلوارثه بعد البلوغ أجبر على الاسلام بالجس لا بالقتل بخلاف المسلم بالغوا عند 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 في الوجود فكيف يصح أن يقال لم تدخل ولم يتصف مع الدخول

وصحح النبي عليه السلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور وهو قوله

سبقتكم الى الاسلام طرا * علا ما ما باغت اوان حلى

قال المصنف (ولنا فيه ان عليا رضى الله عنه أسلم 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 أحكام الدنيا من حرمان الميراث ووقوع الفرقة فان قلت صحح في أحكام الآخرة فهذا مسلم ولا كلام فيه وانما الكلام في أحكام الدنيا فان قلت ذكره مطلقا فانصرف اليهما قلت هي حكاية حال فلا عموم له وأحكام الآخرة مرادة فلم يرد غيرها اه
قال العلامة السكاكي أوجب

(٤٢) - (فتح القدير والكفاية) - خامس

بانه عليه الصلاة والسلام صحح صلته وصومه وغزوه حتى أعطى له السهم فعمل أنه عليه الصلاة والسلام صحح في أحكام الدنيا أيضا اه فتأمل فيه قال المصنف (وافتخاره بذلك مشهور) أقول ويشهد لذلك قوله سبقتكم الى الاسلام طرا * علا ما ما باغت اوان حلى

(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 مع لان الاقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما عرف والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة أبدية ونجاة عقباو به 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 تعلق به أعلى المنافع على ما مر ولا يحنيفة ومحمد فيها أنهم موجودون حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام

والإتصاف فان قال الإيمان الذي أنقذه منه هو المعتبر فادخل في الوجود لا أنقذه ولكن أقول لا يعتبر شرعا قلنا دعوى عدم الاعتبار بعد وجود الحقيقة اما لعدم أهلية الصحة وهو منتف لأن جعل أهل النبوة كمن يجب عليه الصلاة والسلام وهي فرع الإيمان والاتفاق على أهليته للصلاة والصوم حتى يصحان منه ويثاب عامهما واما لعدم أهلية الوجوب فانتزعهما من الكلام ليس فيه كذا كرنا أنفا وأما الخارج شرعي وهو منتف ولا يليق أن يثبت شرعا منع عن الإيمان بالله سبحانه وتعالى مع عقليته ومعرفة نعم مقتضى الدليل أن يجب عليه بعد البلوغ فيجب القصد إلى تصديق وقرار بسقطه ولا يكفيه استحباب ما كان عليه من التصديق والاقرار غير المنوي به اسقاط الغرض كأنه لو كان يواطى الصلاة قبل بلوغه لا يكون كما كان يفعل بل لا يكفه بعد بلوغه بها الا ما قرنه بنية أداء الواجب امثالا لكنهم اتفقوا على أنه لا يجب بل يقع فرضا قبل البلوغ أما عند نفي الاسلام فلأنه يثبت أصل الوجوب به على الصبي بالسبب وهو حدوث العالم وعقلية دلالتها دون وجوب الاداء لأنه بالخطاب وهو غير مخاطب فاذا وجد بعد السبب وقع الفرض كتحجيل الزكاة وأما عند شمس الأئمة فلا وجوب أصلا لعدم حكمه وهو وجوب الاداء فاذا وجد وصار كالمسافر صلى الجمعة يسقط فرضه وليس الجمعة فرضا عليه لكن ذلك للترقية عليه بعد سببها فاذا فعل ثم ولا تعلم خلافا بين المسلمين في عدم وجوب نية فرض الإيمان بعد بلوغ من حكم بحجة اسلامه صبيّا تبعه بالابوية المسلمين أو لاسلامه وأبواه كافرين ولو كان ذلك فرضا لم يفعلها أهل الاجماع عن آخرهم وأما قوله يشوبها ضرر قلنا ما يتعلق به السعادة الابدية وتويزوله بوقع مضرّة أبدية من رد اسلامه ليستمر على الكفر كل عاقل يعنيه ولا يبالى معه بذلك الضرر لأنه لا نسبته له بالضرر الآخر وأما التنافي الذي ذكرناه فإيلا يلزم لو قلنا باجتماع كونه تبعاً وأصل ما عاوسنا نقول به بل هو تبع مالم يعقل ويقر بختارها فادعقل وأقر بختارها نقول انقطعت تبعيته في حق هذا الحكم وتبقى أصلا في المبسوط منع المضادة وأجاز اجتماعهما كالمرأة تسافر مع الزوج تكون مسافرة تبعاً له حتى إذا تم التسفر تكون مسافرة ولو فوته كانت مسافرة مقصوداً وتبعاً لغيرها ما بالآخر قال المصنف (ولهم في الردة) يعني الشافعي وزفر وأبو يوسف (انها مضرّة محضة بخلاف الاسلام على أصل أي يوسف لأنه تعلق به أعلى المنافع) ودفع أعظم المضار (ولابي حنيفة ومحمد) ما قلنا من (انها موجودة حقيقة) بوجود حقيقة تهمان 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 مطلقا فانصرف اليها قلنا هي حكايته حال فلا عموم لها وأحكام الآخرة مرادة فلم يرد غيرها (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 صحح 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 لان الردة منه يجعل يخالفه وجهه في سائر الاشياء معتبر حتى لا يجعل عارفا 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 أحكاما تشوبها المضرّة وعورض بأنه لو صح اسلامه بنفسه وقع فرضا لأنه لا نقل في الإيمان ومن ضرورة كونه فرضا أن يكون مخاطبا به وهو غير مخاطب بالاتفاق فاذ لم يمكن تصحيحه فرضا لم يصح بخلاف سائر العبادات فانه يتردد بين الفرض والنقل والجواب أنا لا نسلم أن من ضرورة كونه فرضا أن يكون مخاطبا فان المسافر اذا حضر الجمعة صلى ووقع فرضا وليس بمخاطب به ومن صلى في أول الوقت وقع فرضا وهو ليس بمخاطب به عندنا في ذلك الوقت والجواب عن قوله ما ناه تبع لأبويه فيه فلا يجعل أصلا أن احدى الجهتين مؤيدة بالآخرى فلا يكونان متنافيين وذلك كالجندى اذا سافر مع السلطان ونوى السفر فهو مسافر بنية مقصودة وتبع السلطان أيضا (قوله ولهم) أي لأبي يوسف وزفر والشافعي وجهه من أنه وقوله (ولابي حنيفة ومحمد) والله

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 فرضا أن يكون من أي به مخاطبا

الا أنه يجبر على الاسلام لساقية من النفع له ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة 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 الداخلة منه في الوجود اذا كانت مما يقطع فيه بالعلم أو الجهل فهى التي لا يمكن عدم اعتبارها كالايمان والردة فانه لا يمكن أن يجعل عارفاذا علم جهله بالكفر ولا جاهلا اذا علم علمه بالايمان فلا بد من اعتبارها بعد وجودها وصار كما اذا اصام بنية يجعل صاعنا شرعا فلوا كل جعل مقطر او لم يجعل صاعنا وكذا اذا صلى ثم أفسدها فاما اذا كانت مما لا يقطع فيها بذلك بل هى دائرة بين علمه بالمصلحة وجهله بها فلا تصح منه لانالم نتيقن بالمصلحة فى نفس الامر وذلك كالهبة فانه جاز فيه كونه علم المصلحة لعله من حسن الجزاء عنها بالضعف وجاز كونه جاهلا فى ذلك بان لم تكن جارية لذلك فنعناها بخلاف القبول فانما علمنا علمه بالمصلحة فلا نجعله جاهلا بها واذا ثبت أن الحقائق بعد العلم بشبوتها لا ترد لزمن ضررها بالضرورة ألا ترى أنا انما نتقنا على جعله مرتدا اذا ارتد أبواه ولحقا به بدار الحرب مع ما فيه من الضرر (قوله الا أنه) أى الصبي المرتد (يجبر على الاسلام لساقية من النفع) المتيقن ودفع أعظم المضار (ولا يقتل) وهذه رابعة أو سبع مسائل لا يقتل فيها المرتد احداها الذى كان اسلامه تبعا لأبويه اذا بلغ مرتد اذ فى القياس يقتل كقول مالك والشافعي وفى الاستحسان لا يقتل لان اسلامه لما ثبت تبعا لغيره صار شبهة فى اسقاط القتل عنه وان بلغ مرتدا الثانية اذا أسلم فى صغره ثم بلغ مرتدا فى القياس يقتل وبه قال مالك وأحمد وفى الاستحسان لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء فى صحة اسلامه فى الصغر والثالثة اذا ارتد فى صغره والرابعة المكره على الاسلام اذا ارتد لا يقتل استحسانا لان الحكم باسلامه من حيث الظاهر لان قيام السيف على راسه ظاهر فى عدم الاعتقاد فيه برشبهة فى اسقاط القتل وفى كل ذلك يجبر على الاسلام ولو قتله قاتل قبل ان يسلم لا يلزمه شئ ذكره الكل فى المبسوط ولها خامسة وهو اللقيط فى دار الاسلام محكوم باسلامه ولو بلغ كافرا أجبر على الاسلام ولا يقتل كالمولود بين المسلمين اذا بلغ كافرا وقال المصنف فى وجه عدم قتله (لانه) أى القتل (عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحلة عليهم) وبين أن الكلام كفى فى الصبي الذى يعقل الاسلام وفى المبسوط زاد كونه بحيث ينظر ويقسم ويقسم ويعترض جماعة من الشارحين قول المصنف مرحمة عليهم بانه يعذب فى الآخرة بخدا فليس بحر حوم ونقل ذلك عن الاسرار والمبسوط وجامع الترمذى رحمه الله وأحال الترمذى هذه الرواية الى التبصرة فالاولى فى التعليل ما فى المبسوط من انه لا يقتل لاختلاف العلماء فى صحة اسلامه ولغظه فى المبسوط فى هذه المسئلة فاذا حكم بجهته بانه بنت مسنمة امرته ولكنها لا يقتل استحسانا لان القتل عقوبة وهو ليس من أهل أن يلزم العقوبة فى الدنيا بما يشره سببه كسائر العقوبات ولكن لو قتله انسان لم يغر شيئا لان من ضرورة

بالعفو عنها وذلك قبيح كما أن رد الاسلام انما يكون بالحجر عنه وهو كذلك واعترض بان هذا اعتبار ما هو مضرة بحضة بما هو منقعة محضة وذلك جمع بين الشئيين بالقياس وفرق الشارع بينهما ومثله فاسد فى الوضع على ما عرف فى الاصول والجواب أن هذا قياس منا بوجود شئ وتحققه بوجود شئ آخر وتحققه فى عدم جواز الرد ولا نسلم ان الشارع فرق بينهما وقوله (الا أنه يجبر على الاسلام) هذا جواب الاستحسان وفى القياس يقتل لردته بعد اسلامه وقوله (لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحلة عليهم) قال

جهله به فكذلك جهله برده فهذا يعلم أن قياس الردة بالاسلام صحيح من حيث ان فى كل منهما اعتبار للشئ بعد وجود حقيقته وبغرض الصبي لا يجعل ما وجد منه حقيقة أنه غير موجود ألا ترى أن الصبي اذا اصام ثم أكل عامدا ينعدم الصوم لوجود حقيقة الاكل ولا يعذر بالصبي لان من ضرورة كونه أهلا للعقد كونه أهلا لرفع كمانه لما كان أهلا للعقد الاحرام والصلاة كان أهلا للحجر وجب منه وانما لم يصح منه رد الهبة لساقية من نقل الملك الى غيره ألا ترى أن ضرر الردة بالحقة بطريق التبعية اذا ارتد أبواه ولحقا به بدار الحرب بوضر رد الهبة لا يلحقه من جهة أبيه فيجب أن لا يلحقه من جهة نفسه أيضا (قوله ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان) فى هذا التعليل نوع نظر اذ لو كان سقوط القتل عنه باعتبار المرحلة لصعبا كان ينبغي أن لا يعذب فى النار بخلاف الكفار وقد صح أن الصبي الكافر يخلد فى النار فالصبي المرتد أولى لان كفره أغلظ والصحيح ما هلل به فى المبسوط لانه انما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء فى صحة اسلامه (قوله وهذا فى الصبي الذى يعقل) يعنى فى صبي عاقل يقيم الحجج الواضحة على وحدانية الله تعالى ونبوة محمد عليه السلام حتى اذا

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

صح قدرته اهدار دمه دون استحقاق قتله كالمرة اذا اردت لا تقتل ولو قتلها قاتل لم يلزمه شيء (ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان ارتداده لا يدل على تغير العقيدة) وكذا الايصاح 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 تبنى على تبدل الاعتقاد ونعلم أن السكران غير معتقد لما قال ووقوع طلاقه لانه لا يفترق الى القصد ولذا لم يملك المأسي 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 مردافا لسباب بطريق أولى ثم يقتل حدا عندنا فلا تعمل توبته في اسقاط القتل قالوا هذا مذهب أهل الكوفة ومالك ونقل عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه ولا فرق بين أن يجبيء تائباً 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 مختار ابلا كراه والافهوك كالمجنون وقال الخطابي ولا أعلم أحد اختلف في وجوب قتله وأما مثله في حقه تعالى فتعمل توبته في اسقاط قتله ومن هزل بالفظ كفر ارتدان لم يعتقه للاسحقاق 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 صلاحها فعليه أداءها ثانياً وكذا يجب عليه الحج ثانياً ان كان حجاً واذا اعتق المرتد عبده ثم أعنته بنفسه ثم مات المرتد أو قتل لا ينفذ لان اعتق المرتد موقوف فبموته يبطل واعتاق ابنه قبل ملكه لانه لا يملكه الا بعد الموت حقيقة أو حكماً ولا يتوقف بخلاف مالو أعتق أوارث عبداً 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 بالرد من عدلين ولا يعلم بخلاف الاحسن رحمه الله قال لا يقبل في القتل الا أربعة قياساً على الزنا واذا شهدوا على مسلم بالردة وهو منكر لا يتعرض له لالتكذيب والشهود العدول بل لان انكاره توبة ورجوع وتقبل المرتد مطلقاً 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 مطلقاً والمبني ظاهر وقد مناهه 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 ديناً 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 فرضاه مظهر لذلك حتى تاب يجب أن لا يقتل وتقبل توبته كسائر الكفار المظهرين لكفرهم اذا أظهروا التوبة وكذا من علم أنه ينسك في الباطن بعض الضروريات كجريمة الخمر يظهر اعتراف حرمة وقال أصحابنا للسحر

في النهاية فيه نظر لانه أسقط عقوبة القتل عن الصبي المرتد مرتدة 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 يعلى 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 فهم 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 بمجرد شرعي والحج عن الاسلام باطل ولا يحكم بصحته لضرر الحقيقة وذبا بطل لانه سبب السعادة الابدية فكان محض منفعة في الدنيا والآخرة وهو الحكم الاصلي الموضوع له ثم قد ينسب عليه حرمان الارث والفرقة فلا يباي بذلك لان المنظر واليب في التصرفات الموضوعات الاملية لا تروى أن ثابت اذا جعل مسلماً تبعاً لغيره والتبعية فيها يتعمض نفعاً لافها

حقيقة وتأثير في ايلام الاجسام خلافا لمن منع ذلك وقال انما هو تخييل وتعليم السحر حرام بالخلاف بين أهل العلم واعتقاد ابا حنيفة كغرو عن ابي حنيفة والواحد يكفر الساحر بتعلمه وفعاله سواء اعتقد تخريجه أولا ويقتل وقد روى عن عمرو وعثمان وابن عمر وكذلك عن جندب بن عبد الله وحبيب بن كعب وقيس بن سعد وعمر بن عبد العزيز فانهم قتلوه بدون الاستنابة وفيه حديث مرفوع عرواه الشيخ أبو بكر الرازي في أحكام القرآن حدثنا ابن قانع حدثنا بشر بن موسى حدثنا ابن الاصفهاني حدثنا أبو معاوية عن اسمعيل بن مسلم عن الحسن بن جندب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال حد الساحر بدمه بالسيف انتهى يعني القتل قال وقصة جندب في قتله الساحر بالكوفة عن الوليد بن عتبة مشهورة وعند الشافعي لا يقتل ولا يكفر الا اذا اعتقد اباحتها وأما الكاهن فقتل هو الساحر وقتل هو العراف وهو الذي يحدث ويختص وقل هو الذي له من الجن من يأتيه بالاخبار قال أصحابنا ان اعتقد أن الشياطين يفعلون له ما يشاء كفر وان اعتقد أنه تخييل لم يكفر وعند الشافعي ان اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب الى الكواكب وانما تفعل ما يلبسه كفر وعند أحمد حكم الساحر في رواية يقتل لقول عمر رضي الله عنه اقتلوا كل ساحر وكاهن وفي رواية ان تاب لم يقتل ويجب أن لا يعدل عن مذهب الشافعي في كفر الساحر والعراف وعدمه وأما قتله فيجب ولا يستتاب اذا عرفت مزاولته لعمل السحر لسعيه بالفساد في الارض لا بمجرد عمله اذ لم يكن في اعتقاده ما يوجب كفره واذا طلب المرتدون الموادعة لا يجيبهم الى ذلك

(باب البغاة)

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

يشوبه ضرر وكونه مولى عليه لا ينفي كونه وليا بل يثبت الامران لينتفع بهما وهذا لانها كان قاهر الاهلية صلح مولى عليه ولما كان صاحب أصل الاهلية صلح وليا ومتى جعلناه مولى عليه لم نجعله مولى عليه فانه اذا صار مسلما باسلام نفسه لا يكون فيه تبع الا بوجه واذا كان مسلما تبعا لا يكون مسلما باسلام نفسه فلا يكون بينهما منافاة وقولهم في الردة أنهم مضره مخضه قلنا نعم الردة ضرر لكنه أهل للتصرف الضار اذا كان يندرج في امكانه تلافيه ألا ترى أن الاقرار بالرق منه يصح وان كان ضررا الامكان تلافيه باقامة البيعة على حرته فان قبل لوصح اسلامه بنفسه كان ذلك منه فرضا لا استعماله القول بكونه متغلفا في الاسلام ومن ضرورة كونه فرضا أن يكون مخاطبا وهو غير مخاطب بالاتفاق فاذا لم يكن صحيحه فرضا لم يصح بخلاف سائر العبادات فانه متردد بين الفرض والنقل وبخلاف ما اذا جعل مسلما تبعا لغيره لان صفة الفرضية في الاصل مغنيت عن اعتباره في التبعية ولانه لم يصف الاسلام بعدم عقل لا تقع الفرفة بينه وبين امرائه ولو صار عقله معتبرا في الدين لوقعت الفرفة اذا لم يحسن أن يصف كما بعد البلوغ قلنا انما لم يكن مخاطبا بالاداء لدفع الحرج عنه اذا امتنع وهذا يدل على أنه يحكم بحجته اذا أدى باعتباره أن عند الاداء يجعل الخطاب كالسابق ليحصل المقصود كما سافر لا يخاطب باداء الجمعة واذا أدى يقع ذلك فرضا منه بهذا الطريق وهذا لان عدم توجه الخطاب بالاسلام لدفع الضرر ولا ضرر عليه اذا أدرج الخطاب بهذا الطريق بل تتوفر عليه المنفعة مع أنه يحكم بالاسلام لو اجود حقيقة من غير أن يتعرض بصحة وانما لا يتبين زوجه منه اذا لم يحسن أن يصف بعدم عقل لبقاء معنى التبعية والاصالة ولتوفير معنى المنفعة عليه أما قوله انه تبعية لا بوجه فيه فلا يجعل أصلا قلنا انما يمتنع الجمع بين معنى التبعية والاصالة اذا كان بينهما مصادمة فالما اذا تأيد أحدهما بالآخر فذلك مستقيم كلما اذا 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 كالقضاة جمع قاض

(باب البغاة)

(قوله آخر هذا الباب الخ) أقول ويجوز ان يقال يجري مباحث البغاة من مباحث المرتد يجري المركب من المفرد لاشتراط الاجتماع في البغى دون الارتداد وأيضا المرتد كافر وكتاب السير في بيان الجهاد مع الكفار بخلاف الباغى فانه مسلم فليندبر

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

نبغى ثم اشهر في العرف في طلب ما يحل من الجور والظلم والباغي في عرف الفقهاء الخارج عن طاعة امام
الحق والخارجون عن طاعته اربعة اصناف احدها الخارجون بلا تآويل بمنعة وبلامنعة يأخذون
أموال الناس ويقتلونهم ويخيفون الطريق وهم قطاع الطريق والثاني قوم كذلك الا أنهم لامنعة لهم
لكن لهم تآويل في حكمهم حكم قطاع الطريق ان قتلوا قتلوا وصلبوا وان أخذوا مال المسلمين قطعت أيديهم
وأرجلهم على ما عرف والثالث قوم لهم منعة وجية خرجوا عليه بتآويل يرون أنه على باطل كفر أو معصية
يوجب قتاله بتآويلهم 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
البيعة 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 يقرؤ القرآن لا يجاوز حناجرهم يخرقون من الدين كما يخرق السهم من
الرمية فأينما لقيتهم فاقتلهم فان في قتلهم أجر لمن قتلهم يوم القيامة رواه البخاري وعن أبي امامة أنه رأى
رؤسا منصورية على درج مسجد دمشق فقال كلاب أهل النار كلاب أهل النار قد كان هؤلاء
مسلمين فصاروا كفارا قيل يا أبا امامة هذا شئ تقول قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن المنذر ولا أعلم
أحدنا وافق أهل الحديث على تكفيرهم وهذا يقتضى نقل اجماع الفقهاء وذلك كرى في المحيط أن بعض الفقهاء
لا يكفرون أحد من أهل البدع وبعضهم يكفرون بعض أهل البدع وهو من خالف بيده دليله لقطعها 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 والمتقول 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 انفرجتم علبارضى
الله عنه وفيهم رجل عليه برنس يقول أعاهد الله لاقتله فتعلقت به وتفرقت أصحابه عنه فأتيت به علبارضى الله
عنه فقلت انى سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك فقال ادن ويحك من أنت فقال أنا سوار المنقرى فقال على رضى
الله عنه نخل عنه فقلت أخلى عنه وقد عاهد الله ليقتلنك قال فأقاتله ولم يقتلنى قلت فإنه قد شتمك قال فاشتمه ان
شئت أو دعه في هذا دليل أن ما لم يكن للخارجين منعة لا يقتلهم وأنهم ليسوا بكفار الا بشتم على ولا يقتله قبل الا
اذا استحله فان من استحل قتل مسلم فهو كافر ولا بد من تعييده بأن لا يكون القتل بعير حق أو عن تآويل
واجتهاد يؤديه الى الحكم بحمله بخلاف المستحل بلا تآويل وباللزم تكفيرهم لان الخوارج يستحلون القتل
بتآويلهم الباطل وما يدل على عدم تكفيرهم ما ذكره محمد أيضا حيث قال وبلغنا عن على رضى الله عنه أنه
بينما هو يخطب يوم الجمعة اذ حكمت الخوارج من ناحية المسجد فقال على رضى الله عنه كلمة حق أو يديها
باطن لن تمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ولن تمنعكم الفى مادامت أيديكم مع أيدينا ولن نقاتلكم
حتى تقاتلونا ثم أخذ في خطبته ومعنى قوله حكمت الخوارج نداءهم بقولهم الحكم لله وكانوا يتكلمون بذلك
اذا أخذ على في الخطبة لينشوشوا خاطرهم فانهم كانوا يقصدون بذلك نسبة الى الكفر لرضاء بالتحكيم في صغين
ولهذا قال على رضى الله عنه كلمة حق أو يديها باطل يعنى تكفيره وفيه دليل أن الخوارج اذا قاتلوا الكفار مع
أهل العدل يستحقون من الغنيمه مثل ما يستحقه غيرهم من المسلمين وأنه لا يعزر بالثعر يض بالاشتم لان نسبه
الى الكفر شتم عرضا به ولم يصرحوا بالابع قوم مسلمون خرجوا على امام العدل ولم يستبجوا ما استباحه
الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذراتهم وهم البيعة (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 الاستصحاب فان أهل العدل لو قاتلوا من غير دعوة الى العود لم يكن عليهم شئ لانهم علموا ما يقاتلون عليه فإلهم في ذلك كحال المرتدين وأهل الحزب الذين بلغتهم الدعوة (قوله وذلك بطريق الاستصحاب) أقول أشار بقوله ذلك الى قوله دعاهم الى العود

لان عليا فعل كذلك باهل حروا وقبل قتلهم

خروجهم لان عليا رضى الله عنه فعل ذلك باهل حروا قبل قتلهم وليس ذلك واجبا بل مستحب لانهم كمن
 باغتهم الدعوة ولا تجب دعوتهم ثانيا وتستحب وحروا اسم قريته من قري الكوفة وقية المد والقصر ومنه
 قول عائشة رضي الله عنها المعادة حروا رية أنت أسند النساء في سننه الكبرى في خصائص علي الى ابن
 عباس رضي الله عنهم قال اسخرجت الحروية اعترلوا في دارو كانوا ستة آلاف فقلت اعلي يا امير المؤمنين ابرد
 بالصلاة لعلي أكام هو لاء القوم قال اني احافهم عليك قلت كلا فليست ثيابي ومصيت اليهم حتى دخلت عليهم
 في داروهم مجتمعون فيها فقالوا امر حبابك يا ابن عباس ماجاء بك قلت آتيتكم من عند اصحاب النبي صلى الله
 عليه وسلم المهاجرين والانصار من عند ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم وصوره وعليهم نزل القرآن وهم اعرف
 بتأويله منكم وليس فيكم منهم احد جئت لباغكم ما يقولون وابتغهم مائة ولون فانحني لي نفر منهم قلت هاتوا
 ما نقتم على اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن عمه وختنه وأول من آمن به قالوا ثلاث قلت ما هي قالوا
 احدهن انه حكم الرجال في دين الله وقد قال تعالى ان الحكم الا لله قلت هذه واحدة قالوا وما الثانية فانه قاتل
 ولم يسب ولم يغتم فان كانوا كفارا فقد حلت لنا ساؤهم واموالهم وان كانوا مؤمنين فقد حرمت علينا دماؤهم
 قلت هذه اخرى قالوا وما الثالثة فانه محانف من امير المؤمنين فان لم يكن امير المؤمنين فانه يكون امير
 الكافر من قلت هل عندكم شيء غير هذا قالوا احسبنا هذا قلت لهم ارايتم ان قرأت عليكم من كتاب الله وحدتكم
 من سنة نبيه صلى الله عليه وسلم ما يرد قولكم هذا ترجعون قالوا اللهم نعم قلت اما قولكم انه حكم الرجال في
 دين الله فانا اقرأ عليكم ان قد صير الله حكمه الى الرجال في ارب عشر اربع درهم قال تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم
 حرم الى قوله يحكم به ذوا عدل منكم وقال في المرأة فوز وجهها وان خفتهم شقاق بينهم ما فابشوا احكامن أهله
 وحكامن أهله انشدكم الله احكم الرجال في حقن دمايهم وانفسهم واصلاح ذات بينهم احق أم في ارب عشر
 ربيع درهم قالوا اللهم بل في حق دمايهم واصلاح ذات بينهم قلت اخرجت من هذا قالوا اللهم نعم قلت واما
 قولكم انه قاتل ولم يسب ولم يغتم اتمسون أمكم عائشة فتستحون منها ما تستحون من غيرها وهي أمكم اتمن فعاتم
 لقد كفرتم فان قلتهم ليست امتا فقد كفرتم قال الله تعالى النبي اولى بالمؤمنين من انفسهم وازواجه امهاتهم
 فانتم بين ضلالتين قالوا منها ما يخرج اخرجت من هذه الاخرى قالوا اللهم نعم قلت واما قولكم انه محانف
 من امير المؤمنين فان رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا قريشا يوم الحديبية على ان يكتب بينه وبينهم كتابا فقال
 اكتب هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله فقالوا والله لو كنا نعلم انك رسول الله ما صدناك عن البيت ولا فالتناك
 ولكن اكتب محمد بن عبد الله فقال والله اني لرسول الله وان كذبوني يا علي اكتب محمد بن عبد الله فرسول
 الله صلى الله عليه وسلم خير من علي وقد محانف نفسه ولم يكن محوه ذلك محوه من النبوة اخرجت من هذه الاخرى
 قالوا اللهم نعم فرجع منهم القان وبق سائرهم فقتلوا على ضلالتهم قتلهم المهاجرون والانصار وروى الحاكم ان
 عبد الله بن شداد استحكته عائشة عن الذين قتلهم على فقال لما كان حرب معاوية وحكم الحاكمين خرج عليه
 ثمانية آلاف من قراء الناس فترلوا بارض يقال لها حروا من جانب الكوفة الى ان قال بعث علي اليهم عبد
 الله بن عباس نفر جت معه حتى اذا توسطنا عسكرهم قام ابن الكواء خطيبا فقال يا حلة القرآن هذا عبد
 الله بن عباس فمن لم يكن يعرفه فانا اعرفه من كتاب الله ما يعرفه به هذا من نزل فيه وفي قومه بل هم قوم خصمون
 فردوه الى صاحبه ولا تواضعوه كتاب الله فقام خطبواؤهم وقالوا والله لتواضعه فواضعهم عبد الله بن عباس
 الكتاب ووضعوه ثلاثة ايام فرجع منهم اربعة آلاف فيهم ابن الكواء حتى ادخلهم الكوفة على علي الى

(قوله باهل حروا) وهي قريته بالكوفة تمد وتقصر وسبب خروجهم اثمهم قالوا القتال واجب بالنص
 وعلي رضي الله عنه ترك القتال بالتحكيم فارسل علي عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ليكشف شهبهم فلما
 ذكر وقال ابن عباس رضي الله عنهما هذا الحادثة ليست بادنى من بيض الحمام وفيه التحكيم لقوله تعالى يحكم

(لان عليا رضى الله عنه فعل ذلك باهل حروا) بالخاء
 المهملة ممدودا ومقصورا
 قريته بالكوفة كان بها اول
 تحكيم الخوارج واجتماعهم
 بسبب تحكيم علي ابا موسى
 لاشعري رضي الله عنهما بيته
 وبين معاوية قائلين ان
 القتال واجب لقوله تعالى
 فقاتلوا التي تبغي الآية وعلى
 ترك القتال بالتحكيم وهو
 كفر لقوله تعالى ومن لم يحكم
 بما انزل الله فاؤلئك هم
 الكافرون وذلك انه رضي
 الله عنه انفذ ابن عباس
 ليكشف شهبهم ويدهوهم
 الى العود فلما ذكروا
 شهبهم قال ابن عباس رضي
 الله عنهما هذا الحادثة
 ليست بادنى من بيض
 حمام وفيه التحكيم بقوله
 تعالى يحكم به ذوا عدل منكم
 فكان تحكيم علي رضي
 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 ظاهر هذا
 الكلام لا يدفع شهبهم
 على ما قررها فانه يدل على
 جواز التحكيم في الجملة
 لاعلى جواز ترك المأمور به
 بالتحكيم فليستأمل واستعرف
 بعد أسطر أن الامر في قوله
 تعالى فقاتلوا الوجوب

ولانه أهون الامر من واعمل الشر يندفع به فيبدأ به (ولا يبدأ بقتال حتى يمدوه فان بدوه 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 دفاعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكافر مباح عنده ولنا 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 ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحددوا توبة دفعا للشر 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 ماروي الحسن عن أبي حنيفة أن الغنمة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يتزل 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 نخرج عليه طائفة من المؤمنين فينتد يوجب 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 علي رضي الله عنه وان فقاتلهم 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 وأجدوا أكثر أهل العلم (لان قتل المسلم لا يجوز الا دفاعا وهم) أي البغاة (مسلمون) لقوله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصالحوا بينهما ما قال فان بغت احدهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء 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 الا للبرية والبغاة كذلك ويجب على كل من أطاق الدفع أن يقاتل مع الامام الا ان أبدوا ما يجوز لهم القتال كأن ظلمهم أو ظلم غيرهم ظلم لا يشبه فيه بل يجب أن يعينوهم حتى ينصفهم ويرجع عن جوره بخلاف ما اذا كان الحال مشتبه أنه ظلم مثل تحميل بعض الجبايات التي للامام أخذها والحق الضرر بها الدفع ضرر أعظم منه ويجوز قتالهم بكل ما يقاتل به أهل الحرب من المنجنيق 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 لاسم شمسة الأئمة اسمه محمد وكنيته أبو بكر بن أبي سهل وتوفي كل منهما في العام الذي توفي فيه الآخر وهو عام ثمان وثمانين وأربع مائة وتفر الاسلام أيضا معاصر لهم وتوفي في سنة إحدى وثمانين وأربع مائة (فاذا بلغه أنهم يشتركون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحددوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي عن أبي حنيفة رحمه الله من قوله الغنمة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يقعد في بيته لقوله صلى الله عليه وسلم من فر من الغنمة أعتق الله رقبة من النار وقال لواحد من الصحابة كن حاسما 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 روي عن بعضهم أنه اتى عليا رضي الله عنه يطلب عطاء من بيت المال فنذعه على رضي الله عنه وقال له أين كنت يوم صفين فقال ابغى سبعا أعرف به الحق من الباطل فقال له ما قال الله هذا وانما قال فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى أمر الله وماروي اذا التقى المسلمان بسببية ما فالقاتل والمقتول في النار فمحمول على اقتتالهما جسمية وعصية كما يتفق بين أهل قريتين ومخلمتين أو لأجل الدنيا والمملكة قال الذهبي صح عن أبي وائل عن أبي ميسرة وعمر بن شرحبيل

به ذوا عدل منهم فكان تحكيم على رضي الله عنه موافقا لنص الآية فتاب البعض وأصر قوم على ذلك (قوله أهون الامر من) الدعاء الى العود الى الجساعة بكشف شتمهم 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 يعزل الغنمة ويحترقها ويلزم البيت

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

وقوله (أجهز وأتبع) على بناء المفعول ويقال أجهزت على الجريح اذا أسرته قتله وتمت عليه (قوله ولا يقتل أسير) هو موقول علي 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 باسم للاقتداء كالاسوة باسم للاقتداء يقال فلان قدوة أي يقتدى به (قوله لما ذكرنا) اشارة الى قوله ويحبسهم الى قوله دفعا للشر (قوله ولا تنهم مسلمون) معطوف على قوله لقول علي رضي الله عنه

قال ريت كأن قبايا في رياض فقلت لمن هذه فقالوا الذي السكراع واصحابه ورأيت قبايا في رياض فقلت لمن هذه فقلت لعمار بن ياسر واصحابه قلت وكيف وقد قتل بعضهم بعضا قال انهم وجدوا الله واسع المغفرة انتهى وهذا لأن قتالهم عن اجتهاد (قوله فان كان لهم فتنة أجهز على جريحهم) أي يسرع في اماتته (واتبع مولاهم) على البناء للمفعول فهما للقتل والاسير (دفعوا الشرهم كولا يلحقوا) أي الجريح والمولى (بهم) أي بالغتة على معنى القوم وان لم يكن لهم فتنة 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) حاشي الغتة وعدمها (لان القتال اذا تركوه) بالتولية والجراحة المحمزة 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 وأسنأ أيضا ولا يقتل أسير (وجوابه ما ذكرناه ان المعتبر) في جواز القتل (دليل قتلهم لاحقيقته) ولأن قتل من ذكرنا اذا كان له فتنة لا يخرج عن كونه دفعا لانه يتخير الى الغتة ويعود شره كما كان واصحاب الجمل لم يكن لهم فتنة أخرى سواهم (قوله ولا تنسى لهم ذرية) اذا ظهر عليهم (ولا يقسم لهم مال) بين القتلة (لقوله علي) 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 وزاد وكان 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 واياكم والنساء وان شتمن أعراضكم وسببن أمراءكم ولقد رأيتنا في الجاهلية وان الرجل ليمتاول المرأة بالجريدة أو بالهراوة فيغير بها هو وعقبه من بعده هذا وفي حديث مرفوع عرواه الحاكم في المستدرک والبراق في مسنده من حديث كوثر بن حكيم عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هل تدري يا ابن أم عبد كيف حكم الله فيمن يعني من هذه الامة قال الله ورسوله أعلم قال لا يجهز على جريحه ولا يقتل أسيرها ولا يطلب هاربها ولا يقسم فيؤها وأعله التزار بكوثر بن حكيم وبه تعقب الذهبي على الحاكم قال محمد بن يعقوب بن علي رضي الله عنه ألقى ما أصاب من عسكر أهل النهروان في الرحبة من عرف شيئا أخذه حتى كان آخره قدر حديد لانسان فآخذه (وقول علي رضي الله عنه في الاسير تاويله اذا لم تكن له فتنة فان كانت فالامام بالخيار ان شاء قتل الاسير) وان كان عبدا يقاتل (وان شاء حبسه) والعبد الذي لا يقاتل بل يخدم مولاه يحبس (لما ذكرنا) من دفع الشر بقدر الامكان وفيه خلاف الامة الثلاثة ومعنى هذا الخيلون يحكم نظره فيما هو أحسن الاثمين في كسر الشوكة من قتله وحبسه ويختلف ذلك بحسب الحال لاجهوى النفس والنسفي واذا أخذت المرأة من أهل البغي وكانت تقاتل 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 الكرام 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 غناه لاسعه 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 جمل اسم عسكر (قوله وان شاء حبسه لما ذكرنا) يريد قوله ولا يقتل أسير

الخلاف له أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا رضاه ولما أن علينا قسم السلاح فيما بين أصحابه بالبصرة
 وكانت قسمته للعاجلة للتتمليك ولان للامام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي أولى
 والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى (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 وان
 كان لا يحتاج اليه الا أنه يبيع الكراع لان حبس الثمن أنظر وأيسر وأما الرد بعد التوبة فلا نذاع الضرورة
 ولا استغنام فيها قال (وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشير لم يأخذها الامام ثانياً)
 لان ولاية الاخذة باعتبار الحياية ولم يحممهم (فان كانوا صرفوه في حقه أجزأ من أخذ منه) لوصل الحق الى
 مستحقه (وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى أهلهم فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك) لانه لم يصل الى
 مستحقه قال العبد الضعيف قالوا لاعادة عليهم في الخراج لانهم مقاتلة فكلوا مصارف وان كانوا أغنياء وفي
 العشران كانوا فقراء فكذلك لانه حق الفقراء وقد بيناه في الزكاة وفي المستقبل يأخذها الامام لانه يحممهم فيه
 اظهروا ولايته (ومن قتل رجلا وهما من عسكر أهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليهم شيء) لانه لا ولاية لامام

وقوله (أما عدم القسمة فلما بيناه) إشارة الى قول علي ولا يؤخذ مال وقوله لانهم مسلمون

استعمالها في القتال وترد عليهم عند الامن منهم ولا ترد قبله (لانه مال مسلم فلا يجوز ذلك الا رضاه ولما أن
 عليا الخ) يريد ما روى ابن أبي شيبة في آخر مصنفه في باب وقعة الجبل بسنده الى ابن الحنفية ان عمار رضي الله
 عنه قسم يوم الجبل في العسكر ما أجازوا عليه من كراع وسلاح قال المصنف (وكانت قسمته للعاجلة للتتمليك)
 ولولا أن فيه اجماعاً لم يكن التمسك ببعض الظواهر في تملكه فان ابن أبي شيبة أسند عن أبي الخثري
 لما نزل أهل الجبل قال علي رضي الله عنه لا تطلبوا من كان خارجاً من العسكر وما كان من دابة أو سلاح
 فهو لكم وليس لكم أم ولد أو أي امرأة قتل زوجه أو جها فلتعتدأر بعة أشهر وعشرا فقلوا يا أمير المؤمنين
 تحل لنا دماؤهم ولا تحل لنا نسائهم فخصموه فقال هاتوا نساءكم وأقرعوا على عائشة فخصم رأس الامر
 وقائداهم قال فخصمهم على رضي الله عنه وعرفوا وقالوا نسف الله ما نسف قال المصنف (ولان للامام أن يفعل ذلك في
 مال العادل) اي يستعين بكرامه وسلاحه عند حاجة المسلمين اليه (ففي مال الباغي أولى والمعنى) يجوز (فيه
 انه دفع الضرر الاعلى) وهو الضرر المتوقع اعمامة المسلمين (بالضرر الادنى) وهو اضرار بعضهم (ويحبس الامام
 أموالهم) لدفع شرهم واضعافهم بذلك (ولا يردها لهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم) أو على ورتهم
 اذا ظهر ذلك واذا حبسها كان يبيع الكراع أولى (لان حبس الثمن أنظر) ولا ينفق عليه من بيت المال ليتوفر
 مؤنته عليه وهذا اذا لم يكن للامام بها حاجة (قوله وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج
 والعشرا لا يأخذها الامام ثانياً) اذا ظهر على البغاة (لان ولاية الاخذ) إنما كانت (له لحيايته اياهم ولم يحممهم)
 وما قبل ان علي رضي الله عنه لما ظهر على أهل البصرة لم يطالبهم بشيء مما جبهوه فيه نظر لان الخراج لانعلم
 أنهم غلبوا على بلدة فأخذوا جباياتهم قالوا وكان ابن عمر اذا أتاه ساعي الحر وراء دفع اليه كانه وكذا سلمة بن
 الاكوع ثم (ان كانوا صرفوه في حقه) أي الى مصارفه (أجزأ من أخذ منه) ولا اعادة عليه (لوصل الحق الى
 مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى من أخذ منهم أن يعيدوا الاداء فيما بينهم وبين الله تعالى) قال
 المصنف رحمه الله (قالوا) أي المشايخ (لا اعادة على الارباب في الخراج لانهم) أي البغاة (مقاتلة) وهم مصرف
 الخراج (وان كانوا أغنياء وفي العشران كانوا فقراء فكذلك) وان كانوا أغنياء فقلوا بالاعادة وكذا في زكاة
 الاموال كلها لو أخذوها وتقدم ذلك والمدفوع مصادرة اذا نوى الدافع التصديق عليهم في كتاب الزكاة فارجع
 اليه (قوله ومن قتل رجلا الى آخره) يعني اذا كان رجلاً من أهل البغي قتل أحدهم الا حراً لا يجب على
 القاتل دية ولا قصاص اذا ظهر ناعلمهم لانه قتل نفسه يباح قلبها الا ترى أن العادل اذا قتل لا يجب عليه شيء

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

(قوله ولان للامام أن يفعل ذلك في مال العادل) وأصل هذا حديث صفوان فإنه عليه السلام أخذ منه درهما
 حالة الحار به بغير رضاه فقال أغصبا يا محمد فقال لا بل عارية مؤداة (قوله وأما عدم القسمة فلما بيناه) أنهم

العدل حين القتل فلم ينعد موحيا كالقتل في دار الحرب (وان غلبوا على مصر فقتل رجل من أهل مصر
 ورجلا من أهل مصر عدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه) وتاويله اذا لم يجز على أهله أحكامهم وأزججوا
 قبل ذلك وفي ذلك لم تنقطع ولاية الامام فيجب القصاص (واذا قتل رجل من أهل العدل باغيا فانه يرثه فان قتله
 الباغى وقال قد كنت على حق وأنا الآن على حق ورثه وان قال قتلته وأنا أعلم أنى على الباطل لم يرثه وهذا
 عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله) وقال أبو يوسف لا يرث الباغى في الوجهين وهو قول الشافعى وأصله أن
 العادل اذا أتلف نفس الباغى وماله لا يضمن ولا ياتم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم والباغى اذا قتل العادل
 لا يجب الضمان عندناو ياتم وقال الشافعى رحمه الله في القديم انه يجب وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد
 أتلف نفسا وماله أنه أتلف مالا معصوما وقتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة ولنا
 اجماع الصحابة ورواه الزهرى

قوله (وأزججوا) يعنى أفلح
 أهل البغى من مصر (قبل
 ذلك) أى قبل اجراء
 أحكامهم على أهله وقوله (في
 الوجهين) أى فى الوجه الذى
 قالنا على الحق وفى الوجه
 الذى قالنا على الباطل
 وقوله (رواه الزهرى) قال
 الزهرى وقعت الغنمة
 واصحاب رسول الله صلى الله
 عليه وسلم كانوا متوافرين
 فاتفقوا على ان كل دم
 اريق بتاويل القرآن فهو
 موضوع وكل فرج استحل
 بتاويل القرآن فهو
 موضوع وكل مال اتلف
 بتاويل القرآن فهو موضوع

مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال (قوله كالقتل في دار الحرب) وهو أنه اذا قتل مسلما في دار الحرب
 ثم ظهر عليهم فليس على القاتل شيء فكذلك ههنا والجامع انقطاع ولاية الامام في حلة الجنانية (قوله رواه
 الزهرى رحمه الله) قال وقعت الغنمة واصحاب رسول الله عليه السلام كانوا متوافرين فاتفقوا على أن كل
 دم أريق بتاويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتاويل القرآن فهو موضوع وكل مال أتلف بتاويل
 القرآن فهو موضوع لان التأويل القاسد تنزل منزلة الصحيح في حق دفع الضمان اذا ضمت اليه المنعة كتأويل
 أهل الحرب فانهم لا يضمنون ما أتلفوا عليه لهذا المعنى وذلك لان أهل البغى يستحلون الدماء بتاويل أن
 ارتكاب الريب كفر وقد صارت لهم منعة دافعة فصع الدفع منهم فلا يضمنون لان لزوم الاحكام بالاتزام أو
 بالاتزام والاتزام لانه باعقاد حرمة الاتلاف وهم يعتقدون له حيث يقولون عصي الله ولم يعمل بموجب

قوله (ولا التزام لاعتقاد
 الاباحية) يعني أن الباغي
 اعتقدا باحة أموال العادل
 بان العادل عصي الله ورسوله
 ولم يعمل بموجب الكتاب
 وقوله (وله ما فيه) أي لابي
 حنيفه ومحمد رضي الله
 عنهما في قتل الباغي
 العادل وقوله (فيعتبر
 الفاسد) أي يعتبر التأويل
 الفاسد 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 (الابالصنعة) به يريد
 الحديد لانه انما يصير سلاحا
 بفعل غيره فلا ينسب اليه
 (لا ترى أنه يكره بيع
 المعازف) قيل جمع معزف
 ضرب من الطنابير يتخذ
 أهل اليمن (ولا يكره بيع
 الخشب) لانه انما يصير
 معزفا بفعل غيره قوله (وعلى
 هذا يبيع الخمر مع العنب)
 أي لا يجوز بيع الخمر ويجوز
 بيع العنب والفرق لابي
 حنيفه رضي الله عنه بين
 اكرهه يبيع السلاح من
 أهل الفتنه وعدم كراهة
 بيع العصير من يتخذ خرا
 سياتي في باب الكراهة ان
 شاء الله تعالى والله سبحانه
 وتعالى أعلم بالصواب واليه
 المرجع والمآب

ولانه اتلف عن تاويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنفعة في حق الدفع كافي منعة أهل الحرب
 وتاويلهم وهذا لان الاحكام لا يذهبها من الالزام أو الالتزام ولا التزام لاعتقاد الاباحية عن تاويل ولا الزام لعدم
 الولاية لوجود المنفعة والولاية باقية قبل المنفعة وعند عدم التأويل ثبت الالتزام باعتقاد بخلاف الاثم لانه لا منعة
 في حق الشارع اذا ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الارث ولا يبيح لغيره ان يبيعه الله في قتل
 الباغي العادل أن التأويل الفاسد انما يعتبر في حق الدفع والحاجة ههنا الى استحقاق الارث فلا يكون
 التأويل معتبرا في حق الارث وله ما فيه أن الحاجة الى دفع الحرمان أيضا اذا قرابة سبب الارث فيعتبر
 الفاسد فيه الآن من شرطه بقاءه على ديانتها فاذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان قال
 (ويكره بيع السلاح من أهل الفتنه وفي عسا كرههم) لانه اعانة على المعصية (وليس يبيعه بالكوفة من أهل
 الكوفة ومن لم يعرفه من أهل الفتنه باس) لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح
 لا يبيع مالا يقاتل به الابصنعة ألا ترى أنه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب
 أن سليمان بن هشام كتب اليه يسأله عن امرأة خرجت من عند زوجها وشهدت على قومها بالشرك ولحقت
 بالحروب فترزجت ثم انهارت الى أهلها ثابته قال فكاتب اليه أما بعد فان الفتنه الاولى نارت وأصحاب
 رسول الله صلى الله عليه وسلم من شهد بدرا كثير فاجتمع رأيهم على ان لا يقبضوا على احد حتى يفرج استخلوهم
 بتاويل القرآن ولا قصاصا في دم استخلوهم بتاويل القرآن ولا يرد مال استخلوهم بتاويل القرآن الآن يوجد شئ
 بعينه فيرد على صاحبه وانى أرى ان ترد الى زوجها وأن يحمد من افترى عليها قال المصنف (ولانه أتلف عن
 تاويل فاسد وهاسد من التأويل ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنفعة في حق الدفع) أي نفى الضمان وصار
 (كافي منعة أهل الحرب وتاويلهم) ولا يخفى أن هذا الاعتبار وهو الحاق الفاسد من الاجتهاد الذي لم يسوغ
 حتى ضل من تكبته بالصحيح بشرط انضمام المنفعة اليه وتعليه بانه عند انضمام المنفعة تنقطع ولاية الزام فيلزم
 السقوط كله مستندا الى الاجماع المنقول من الصحابة والافلا يلزم من العجز عن الالزام سقوطه شرعا بل انما
 يلزم سقوط الخطاب به مادام العجز عن الزامه ناسيا فاذا ثبت القدرة تعلق خطاب الالزام كقوله الشافعي
 لكن لما كان الاجماع المنقول في صورة مقيدة بما ذكرنا كان ذلك أصلا شرعا ضرورة الاجماع المذكور
 اذا عرفت هذا فيقول أبو يوسف الحاق التأويل الفاسد بالصحيح بقول الصحابة كان في دفع الضمان والحاجة
 هنالى اثبات الاستحقاق فالخاق به بلا دليل وهما يقولان المتحقق من الصحابة جعل تلك المنفعة والاعتقاد ادفا
 مالوا له ثبت لثبوت أسباب الثبوت ألا ترى أنه لو كانت تلك المنفعة والاعتقاد لثبت الضمان لثبوت سببه من القتل
 عدا واتلاف لمال المعصوم فيتناول ما نحن فيه فان القرابة التي هي سبب استحقاق الميراث فائمه والقتل بغير حق
 مانع وجد عن اعتقاد الحقيقة مع المنفعة فمقتضاه من المنع فعمل السبب عمله من اثبات الميراث (قوله) ويكره
 بيع السلاح من أهل الفتنه وفي عسا كرههم لانه اعانة على المعصية وليس يبيعه بالكوفة من أهل الكوفة ومن
 لم يعرف من أهل الفتنه باس لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح) لانه يقاتل
 بعينه (لاما يقاتل به الابصنعة) تتحدث فيه ونظيره كراهة بيع المعازف لان المعصية تغام بها عينها (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 الارث أن يكون مصر على دعواه فاذا رجع فقد بطلت ديانتها
 قبل استيفاء حقه فبطل واذا قال كنت على الباطل اتقى الدافع وهو التأويل الفاسد فيجب الضمان فيعزم
 عن الميراث (قوله لانه اعانة على المعصية وهي حرام) لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم
 والعدوان (قوله من أهل الكوفة) والحكم في غير الكوفة أيضا كذلك الآن تقييد الكوفة باعتبار أن
 البغاة خرجوا فيها أولا (قوله مالا يقاتل به الابصنعة) كالحديد (قوله وعلى هذا الخمر مع العنب) يعني لا يكره
 بيع العنب ممن يجعله خرا اذا العنب ليس باثم المعصية وانما يصير بعد صبر ورثه خرا أما سلاح فله آله

وقيل الفرق الصحيح أن الضرر هنا يرجع إلى العامة وهناك يرجع إلى الخاصة ذكره في الفوائد الظهيرة
 * (فروع) * إذا طلب أهل البغي الموادة أجبوا إليها إذا كان خيرا للمسلمين لأن المسلمين قد يحتاجون
 إلى الموادة لحفظ قوتهم والاستزادة من التقوى عليهم ولا يؤخذ منهم عليها شيء لأنهم مسلمون ومثله في
 المرتدين إلا أنهم إذا أخذوا ملكوهم يجبرون على الإسلام وإذا تاب أهل البغي تقدم أنهم لا يضمنون ما تلفوا
 وفي المبوط روى عن محمد قال: ذمهم بأن يضمنوا ما تلفوا من النفوس والأموال ولا يؤثمهم بذلك في الحكم
 قال شمس الأئمة وهذا صحيح لأنهم كانوا معتقدين بالإسلام وقد ظهر لهم خطوهم إلا أن ولاية الأئمة كانت
 منقطعة للمنعفة فيقتوا به ولو استعان أهل البغي بأهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضا للعهد كما أن
 هذا الفعل من أهل البغي ليس نقضا للإيمان فالذين انضموا إليهم من أهل الذمة لم يختر جوامع أن يكونوا
 مترمين بحكم الإسلام في المعاملات وأن يكونوا من أهل الدار فكذلك حكم البغاة وإذا وقعت الموادة 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 ونهم حتى يهلك أهل البغي أو يتوبوا لأنهم صاروا آمنين بالموادة أو باعطائنا الأمان
 لهم حين أخذناهم رهنا والغدر من غيرهم لا يؤخذون به لكنهم يجسسون مخافة أن يرجعوا إلى قتلهم وكذا
 إذا كان هذا الصلح بين المسلمين والكفار حبس رهنهم حتى يسلموا فإن أبوا جعلوا ذمة ووضع عليهم الجزية
 لأنهم حصلوا في أيدينا آمنين وحتى أن المنصور كان ابتلى به مع أهل الموصل ثم انهم غدر واقتلوا رهنة 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 فأغلظ 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 فساء لهم فقالوا العلم لنا قال أبو حنيفة توضع
 عليهم الجزية قال لم وهم لا يرضون بذلك قال لأنهم رضوا بالمقام في دارنا على التأييد والسكر فإذا رضى 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 فكذلكنا ولأنه قد يحتاج إلى مناظرته ليتوب ولا يتأتى ذلك
 ما لم يأمن كل من الآخر ومنه أن يقول لا بأس عليك ولا يجوز أمان الذي إذا كان يقاتل مع أهل البغي ولو
 ظهر أهل البغي على بلد فولوا فيه قاضيا من أهل ليس من أهل البغي صح وعليه 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 إن كان القاضي يعرفهم وليسوا من أهل البغي أحازه وإن 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 فيطاف 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 ذم كمن كان في صف أهل الحرب لأنه أهردمه
 حين وقف في صفهم ولو دخل باغ بأمان فقتله عادل عليه الدية كمن قتل المسلم مستأمن في دارنا وهذا البقاء شبهة
 الإباحة في دمه وإذا حمل العادل على الباغى فقاتلته وألقى السلاح كفه عنه وكذا لو قال كف عنى حتى أنظر
 على أتوب وألقى السلاح ومالم يلق السلاح في صورة من الصور كان له قتله ومضى ألقاه كفه عنه بخلاف الحربى
 لا يلزمه الكف عنه بالقاءه لسلاحه ولو غلب أهل البغي على بلد فقاتلهم آخرون من أهل البغي فأرادوا أن
 يسبوا ذراري أهل المدينة فوجب على أهل البلد أن يقاتلوا ذراريهم لأنهم لا يسبون فوجب قتالهم وإذا
 وادع أهل البغي قوما من أهل الحرب لا يحل لأهل العدل غز وهم 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 كالخبرج وفي الشريعة اسم لحي مولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من ثمة الزنا مضجعه آثم ومحرزه غائم لان فيه الاحياء وقد قال تعالى ومن احياءها فكأنما تعالوا الناس جميعا فاذا كان بمعنى المفعول كان تسمية الشئ باسم ما يؤول اليه لسانه يلتقط وهو حراى في جميع أحكامه حتى ان قاذبه يحد وقاذف أمه لا يحد كذا في شرح الطحاوى وقوله (لان الاصل في بنى آدم الحر به) 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 الحربية وقوله (هو المروى عن عمرو على رضى الله عنهما) روى عن علي رضى الله عنه أنه قال اللقيط حرو وعقله وولاؤه 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 سيلقط

*** (كتاب اللقيط) ***

اللقيط سمي به باعتبار ما آله 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 الحربية 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 فالجوههم الى دار الشرك لم يحل لهم أن يقاتلوا 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 باس بان يستعين أهل العدل بالبغاة والذميين على الخوارج اذا كان حكم أهل العدل هو الظاهر لانهم يقاتلون لا عزاز الدين والاستعانة عليهم بقوم منهم أو من أهل الذمة كاستعانة عليهم بالسكلاب واذا ولي البغاة قاضيا في مكان غلبوا عليه فقضى ماشاء 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 مخالف لراى قاضى العدل ولو استعان البغاة بأهل الحرب فظهر عليهم سبينا أهل الحرب ولا تكون استعانة البغاة بهم أمانا منهم لهم حتى يلزمنا تامينهم على ما قدمنا لان المستأمن من يدخل دار الاسلام تار كالعرب وهو هؤلاء ما دخلوا 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 آله اليه لانه آيل الى أن يلتقط في العادة كما قيل في قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه (والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احياء نفس مسلمة) اذ لم يغلب على الظن ضياعه (فان غلب على ظنه ضياعه كان واجبا) وقول الشافعي 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 الذي 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 كالجناية على الاحرار ولا يحد قاذف أمه لاننا نعلم حريته ولا يقيم الحد مع احتمال السقوط وانما حكم الشرع فيه بالحربية (لان الاصل في بنى آدم الحربية) لانهم أولاد خيار المسلمين آدم وحواء وانما عرض الرق بعروض الكفر لبعضهم فسالم يتيقن بالعارض لا يحكم به (وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب) والغالب في جميع أقطار الدنيا الاحرار (قوله ونقته في بيت المال) أى اذ 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 عمرو بن الخطاب قال فبنت به الى عمر فقال ما حملك 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 المشارفة مثل من قتل قتيلا فله سلبه وفي الشريعة اسم لمولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من ثمة الزنا مضجعه آثم ومحرزه غائم لما في احرازه من احياء النفس فانه على شرف لهلاك واحياء الحي يدفع سبب الهلاك عنه قال الله تعالى ومن احياءها فكأنما احيى الناس جميعا ولهذا كان رفعه أفضل من تركه لما في تركه من ترك الترحم على الصغار قال عليه الصلاة 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) أي له غنمه وعليه غيره كغلة العبد المعيب المشتري قبل الرد لأنه قبل الرد في ضمانه يقال خراج غلامه اذا اتفقا على ضريبة يؤدها اليه في وقت معلوم وقوله (فيه) أي في بيت المال ويقال برع الرجل وبرع بالفتح والضم اذا فضل على أقرانه ومنه يقال للمتفضل المتبرع وقوله (الا أن يامر القاضى به ليكون ديننا عليه لعدم الولاية) في قوله ليكون ديننا عليه إشارة الى أنه انما يصير ديننا اذا قال ذلك ومن أحببنا من قال بمجرد أمر القاضى بالاتفاق عليه يكفي ولا يشترط أن يقول على أن يكون ذلك ديننا عليه لان أمر القاضى نافذ عليه كإمره بنفسه أن لو كان من أهله ولو كان من أهله وأمر غيره بالاتفاق عليه كان ما يتفق ديننا عليه فكذا اذا أمره القاضى والأصح أن لا يرجع مالم يقل القاضى ذلك لان مطلقه محتمل قد يكون للبحث والترغيب في اتمام ما شرع فيه من التبرع وانما يزول هذا الاحتمال اذا شرط أن يكون ديننا عليه (قوله لان أمر القاضى الى قوله كان ما يتفق عليه ديننا) أقول يعني ان أمر القاضى نافذ على الأقيط كما الأقيط بنفسه ان لو كان الأقيط من أهل الامر ولو كان من أهل الامر الخ

ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبهه المقعد الذي لا مال له ولا قرابة ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنائته فيه والملتقط متبرع في الاتفاق عليه لعدم الولاية الآن يامر القاضى به ليكون ديننا عليه لعدم الولاية قال (فان التلقطه رجل لم يكن غيره أن يأخذ منه) لانه ثبت حق الحفاظ له لسبق يده (فان ادعى مدع انه ابنه فالقول

وبدتها ضائعة فاخذتها فقال له عرفه يا أمير المؤمنين انه رجل صالح قال كذلك قال نعم قال اذهب به فهو حر وعلينا نفقته وعن مالك واه الشافعي في مسنده وقال البيهقي وغير الشافعي برويه عن مالك ويقول فيه وعلينا نفقته من بيت المال انتهى وكذلك رواه عبد الرزاق قال أنبأنا مالك عن ابن شهاب حدثني أبو جيلة أنه وجد منبوا على عهد عمر بن الخطاب رضى الله عنه فاتاه به فاتهمه عمر رضى الله عنه فأنى عليه خيرا فقال عمر رضى الله عنه هو حر ولاؤه ونفقته من بيت المال وتمتة عمر دل عليها ما في رواية محمد عنه في حديث أبي جيلة أنه قال له عسى الغور بأبوساوه ومثل ما يكون ظاهره خلاف باطنه وأول من قاله الزبارة وما قيل فيه دليل على أن الملتقط ينبغي أن يأتي به الى الامام أو لائس بل لازم نعم من لم يتبرع بالاتفاق وقصد أن ينفق عليه من بيت المال كما فعل أبو جيلة يحتاج أن يأتي به اليه واذا جاء به الى الامام لا يصدق فيخرج من بيت المال نفقته الا أن يقيم بينة على الالتقاط لانه عساه ابنه ولذا قال عمر رضى الله عنه عسى الغور بأبوساوه 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 فانهم على خصم حاضر وانما كانت لتبرج صدقه في اخباره بالالتقاط ولذا قال في المبسوط هذه لكشف الحال والبينة لكشف الحال مقبولة وان لم تكن على خصم قال الواقدي وحدثني محمد ابن عبد الله ابن أخي الزهري عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال كان عمر اذا أتى بليقظ فرض له ما يصلح له رفا يأخذه وليك لشيء هو ووصى به خيرا ويجعل رضاعه في بيت المال ونفقته ورى عبد الرزاق حدثنا سفيان الثوري عن زهير بن أبي ثابت عن ذهل بن أوس عن نعيم أنه وجد ليقظا فأتى به الى علي رضى الله عنه فالحقه على علي ماله (ولانه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قرابة) اغنياء لتجب نفقته عليهم فكأن في بيت المال (كالمقعد الذي لا مال له) ولان ميراثه لبيت المال (والخراج بالضمان) أي لبيت المال غنمه أي ميراثه رديته حتى لو وجد اللقيط قتيلا في محلة كان على أهل تلك المحلة دية لبيت المال وعليةم القسامة وكذا اذا قتله الملتقط أو غيره خطأ فالدية على عاقلة بيت المال ولو قتله عمدا فالخيار الى الامام على ما تقدم في مثله وعليه غيره (ولهذا كانت جنائته في بيت المال) وبدأ محمد رحمه الله بحديث الحسن البصري أن رجلا انتقط لقيطا فأتى به عليا رضى الله عنه فقال هو حر ولان أكون وابت من أمره مثل الذي وليت منه أحب الى من كذا وكذا ففرض على ذلك ولم يأخذه منه بالولاية العامة وهي الامامة لانه لا ينبغي للامام أن يأخذ من الملتقط الا بسبب يوجب ذلك لان يده سبقت اليه فهو أحق به (قوله والملتقط متبرع بالاتفاق عليه لعدم ولايته) على أن يطهقه الدين يرجع عليه اذا كبروا كتسبب (الآن يامر القاضى به ليكون ديننا عليه) يعني هذا القيد بان يقول أنفق عليه ويكون ذلك ديننا عليه وظاهر الحصر المذكور في قوله الآن يامر الى آخره يفيد أنه لو أمره ولم يقل ليكون ديننا عليه لا يرجع بما أنفق وهو كذلك في الأصح لان مطلق الامر بالاتفاق انما يوجب ظاهرا ترغيبه في اتمام الاحتساب وتحصيل الثواب وقيل يوجب له لرجوع لان أمر القاضى كما الأقيط بنفسه اذا كان كبيرا (لعدم الولاية القاضى) فاذا أنفق بالامر الذي يصير ديننا عليه فبلغ فادعى انه أنفق عليه كذا فان صدقه الأقيط يرجع به وان كذبه فالقول قول الأقيط وعلى الملتقط البينة (قوله فان ادعى مدع انه ابنه فالقول

يسكن في دار الاسلام الاحرار (قوله والخراج بالضمان) الخراج ما يخرج من غلة الارض أو الغلام ومنه الخراج بالضمان أي الغلة بسبب ان ضمننا والمراد هنا أن ميراثه لبيت المال بسبب ان ضمن بيت المال مؤنته (قوله ولهذا) أي ولان بيت المال ضمن مؤنته كانت جنائته في بيت المال فتكون نفقته فيه (قوله الا أن يامر القاضى به ليكون ديننا عليه) لعدم الولاية فينبذ رجوع لان للقاضى ولاية عامة فصار أمر القاضى

وقوله (معناه اذ لم يدع الملقط نسبة) يعني اذا ادعاه الملقط ورجل آخر فالملقطة أولى لانهما استويا في الدعوى ولا حدهما يد فكان صاحب اليد
أولى وقوله (ثم قيل يصح في حقه) أي (٣١٤) في حق النسب وقيل يثبت عليه بطلان يده لان من ضرورة ثبوت النسب أن يكون هو أحق
بمحافظة ولده من غيره وقوله
(ولو ادعاه الملقط) أي
ولو ادعى الملقط نسب
اللقيط وقال هو ابني بعد
ما قال انه اقيق قيل 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 ووجه القياس في
دعوى غير الملقط هو تضمن
ابطال حق الملقط فذلك لم
يصح دعواه ووجه القياس
في دعوى الملقط هو تناقض
بطلانه بانه لما زعم أنه
لقيط كان نافية نسبة لان
ابنه لا يكون لقيط في يده ثم
ادعى انه ابنه فكان مناقضا
وفي الاستحسان تصح دعواه
لان هذا اقرار على نفسه
من وجهه حيث يلزمه
نفيته ويجب عليه أن يحفظه
فهو في هذا الاقرار ينسب
له ما ينفعه وبالالتقاط
يثبت له هذه الولاية وقوله
(انه متناقض) قلنا نعم
ولكن في ما طر يقه الخفاء
قد يشتب على الناس حال

قوله (معناه اذ لم يدع الملقط نسبة وهذا استحسان والقياس أن لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق الملقط
وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يشترف بالنسب ويعبر بعده ثم قيل يصح في حقه دون ابطال يد
الملقط وقيل يثبت عليه بطلان يده ولو ادعاه الملقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس
والاستحسان وقد عرف في الاصل (وان ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده فهو أولى به) لان
الظاهر شاهد له لموافق العلامة كلامه وان لم يصف أحدهما علامة فهو ابناهما الاستواء ثم حان 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 نسبة منه بمجرد دعواه ولو كان ذميا قال المصنف (معناه اذ لم يدع الملقط نسبة) يعني سابقا على
دعوى المدعي أو مقارنا أما اذا ادعياه على التعاقب فالسابق من الملقط والخارج أولى وان ادعياه معا فالملقطة
أولى ولو كان ذميا والخارج مسلما الاستواء ثم حان في الدعوى ولا حدهما يد فكان صاحب اليد أولى وهو الذي
ويحكم بالسلام الولد ثم ثبوت 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 يشترف بالنسب) ويتأذى بانقطاعه اذ يعبر به ويحصل له من يقوم
بترتيبه وموئنته واعتباري ذلك غير ممنه ويد الملقط ما اعتبره بترتيب الحصول مصححة هذه لادانها ولا استحقاق
ملك وهذا مع زيادة ما ذكرنا حاصل بهذا الدعوة فيقدم عليه ثم يثبت بطلان يد الملقط ضمنها مترتبا 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 وذكروا
بعضهم أن عند البعض يثبت نسبة من المدعي ويكون في يد الملقط المجمع بين منقعي الولد والملقط وليس
بشيء وأما ثبوت النسب في دعوى ذي اليد (ف قيل يصح قياسا واستحسانا) أي ليس فيه قياس مخالف والاصح
أنها أيضا فيه لان 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 نافية نسبة فلما ادعاه تناقض وجه الاستحسان فيه ما
قدمناه والتناقض لا يضر 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 أولى 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 الاستواء ثم حان في سبب الاستحقاق)
كأمره بنفسه لو كان من أهل الاسر هذا اذا أمره بالتناقض يرجع عليه بان يقول أنفق عليه على أن يكون
ذلك دين عليه فان أمره بالتناقض عليه فقط قيل يرجع لما بيننا والاصح أن لا يرجع لان مطلقه يحتمل الحسبة
والاستدانة عليه فلا يرجع عليه بالشك (قوله والاصح أنه على القياس والاستحسان) الأأن هذا قياس آخر
سوى الاول وجه القياس أنه مناقض في كلامه لانه زعم أنه لقط في يده وابنه لا يكون لقيط في يده ووجه
الاستحسان أنه يلتزم حفظه ونفسه 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 يشبهه عليه الامر في
الابتداء فيظن أنه لقط ثم يظهر له أنه ولده وان ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده فهو أولى به اذ
العلامة أصل في الشرع تعالى تعرفهم بسميهم وقال الله تعالى ان كان قيسه قدم من قبل الآيته وكذا
لو سبقت دعوة أحدهما الا اذا أقام الآخر البيينة لترج دعواه بالبيينة (قوله في السبب) وهو الدعوة (قوله)

ولده الصغير وهو يظن أنه لقط ثم يثبت به ذلك أنه ولده والتناقض لا يمنع ثبوت النسب كالملا عن اذا كذب نفسه أقوى
(وان ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده فهو أولى به) أي يجب على الملقط أن يدفع اللقطة الى الذي وصف علامة في جسده وأصاب
في وصفه لان الواصف أولى بذلك الملقط فان قيل ما الفرق بين اللقطة 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 أوجب بان العرق 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 لانهم اسبب الاستحقاق في حق القبط الا ترى أنه لو انفرد يدعوى القبط قضى له به كالأقلام البيئسة فيعتبر الوصف لغيره سبب الاستحقاق وأما القطة فالدعوى ليست بسبب الاستحقاق حتى يترجح بالوصف فلو اعتبر الوصف اعتبر لاصل الاستحقاق والوصف لا يصلح سبباً فافتراق قوله (وان وجدني مصر من أمصار المسلمين) على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقال في النهاية والمسئلة في الحاصل على أربعة أوجه أحدها أن يجده مسلم في مكان المسلمين كالسجد ونحوه فيكون محكوماً بالاسلام والثاني أن يجده كافر في مكان أهل الكفر كالبيعة والكنيسة فيكون محكوماً له بالكفر لا يصلح عليه اذا مات والثالث أن يجده كافر في مكان المسلمين والرابع أن يجده 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 قرأهم فادعي ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلماً) وهذا استحسان لان دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره 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 واثان كان الواحد مسلماً في هذا المكان أو ذمياً في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه في رواية كتاب القبط اعتبر المكان لسببه

وهو الدعوى وكذلك أقالوا هم مسلمان ولو كان دعوة أحدهما سابقة على الاخرى كان ابنه ولو وصف الثاني علامة لشبوهة في وقت لا منازع له فيه وانما قدم ذم العلامة لترجيح ما بعد ثبوت سبب الاستحقاق بينهما ما هو دعوى كل منهما بخلاف ما لو ادعى اثنتان عنى في يد ثالث وذكر أحدهما علامة لا يعيد شيئاً وكذا في دعوى القطة لا يجب الدفع بالوصف لان سبب الاستحقاق هناك ليس مجرد الدعوى بل البيعة فلو قضى له لكان اثبات الاستحقاق ابتداء بالعلامة وذلك لا يجوز انما حال العلامة ترجيح أحد السببين على الاخر ولو ادعاها اثنتان خارجان فاقام أحدهما البيعة انه كان في يد قبل ذلك كان أحق به لظهوره وتقدم اليد وكما لم يترجح دعوى واحد من المدعين يكون بناهما وعند الشافعي يرجع الى اقلهما على ما قدمنا في باب الاستيلاء ولا يلحق باكثر من اثنين عند أبي يوسف وهو رواية عن أحمد وعند محمد لا يلحق باكثر من ثلاثة وفي شرح الطحاوي وان كان المدعي أكثر من اثنين فعن أبي حنيفة انه جوز الى خمسة ولو ادعت امرأة لا يقبل الا بيعة لان فيه تحمیل النسب على الغير وهو الزوج وان ادعت امرأتان وأقامتا البيعة فهو ابنهما عند أبي حنيفة في رواية أبي حفص وعندهما لا يكون ابن واحدة 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 وبالمرت استغنى عنه فبقى كلامه مجرد دعوى الميراث ولا يصدق الا بيعة على ذلك (قوله واذا وجد) القبط (في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قرأهم) فهو مسلم لافرق في ذلك بين كون ذلك المصر كان مصر الكفر أو مصر الجور أو ظهرنا عليه أو لا ولا يثبت كونه فيه ككفار كثيرين أولاً (فان ادعاها ذمي انه ابنه يثبت 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) شئئين (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 (فصحة دعواه فيما ينفعه) من ثبوت النسب (دون ما يضره) الا اذا قام بيعة من المسلمين على نسبه فيثبت كونه كافر أو ذمياً 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 انتهى ولا ينبغي أن يجعل قميص الديباج علامة في هذه الديار لان المسلمين كثيراً ما يفعلونه واذا حكمنا بانه ابن ذمي وهو مسلم فيجب أن يتزع 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 في 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 كافر بدعوته لكان تبعاله في الدين فكان حكماً بابطال اسلامه (قوله فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره) وليس من ضرورة دقوله في أحد الحكمين رد في الاخر لان النسب ينفعك عن

وقوله (في بعض النسخ) أي في بعض نسخ دعوى المبسوط (قوله ومن ادعى أن اللقيط عبده) ظاهر فان قيل ان البيئنة لا تقبل الاعلى خصم منكرو ولا خصم هونالان الملتقط (٣٤٦) ليس بولي فلا يكون خصم اعنه أوجب بان الخصم هو الملتقط باعتبار يده لانه يمنعه عنه

وربانه أحرم عم عتي بحفظه فلا يتوصل المدعى الى استحقاق يده عليه الا باقامة البيئنة فان ادعى عبده انه ابنه ثبت نسبه لان دعواه تضمنت شيئين النسب وهو نفع لاصي لانه يحصل له الشرف بثبوت النسب والرق وهو مضرة فيثبت الاول دون الثاني لان الاول لا يستلزمه لان المملوك قد تلده الحره فلا تبطل له الحرية الظاهرة بالشك ويمكن أن يقرر بجعل كلامه دليلين على مطلوبين أحدهما انه يثبت نسبه لانه ينفعه وكل ما ينفعه يثبت له والثاني انه حر لان المملوك قد تلده الحره فلا يكون عبدا وقد تلده الامه فيكون عبدا والظاهر في بنى 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 البيئنة وليست ادهما أكثر اثباتا حتى لو شهد للمسلم ذميان وللذي مسلمان كان للمسلم لان بيئنة كل واحد منهما حجة في حق الآخر وليست

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

في الفصلين وهو ما اذا كان الواجد 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 الواجد في الفصلين (وهو ر واية ابن سماعة) في الفصلين لان اليد أقوى من المكان (الأثرى) ان الصبي المسيبي مع أحد الابوين الى دار الاسلام يكون كافر حتى لا يصلي عليه اذا مات (وفي بعض نسخها أي نسخ كتاب الدعوى من المبسوط) اعتبر الاسلام أي ما يصير الولد به ملما (نظر للصغير) ولا ينبغي ان يعدل عن ذلك فعلى هذا لو وجد كافر في دار الاسلام أو مسلم في كنيسة كان مسلما فصارت الصور أربعا اتفاقا وهو ما اذا وجد مسلم في قرية من قرى المسلمين فهو مسلم أو كافر في نحو كنيسة فهو كافر واختلفت فيهما مسلم في نحو كنيسة أو كافر في نحو قرية للمسلمين وفي كفاية البيهقي قيل يعتبر بالسيما والزي لانه حجة قال الله تعالى تعرفهم بسميهم يعرف المجرمون بسميهم وفي المبسوط بكلوا اختلافا 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 قيم بيئنة) لا يقال هذه البيئنة ليست على خصم فلا تقبل لان الملتقط خصم لانه أحق بثبوت يده عليه فلا تزول الابيئنة هنا وانما قلنا هنا كى لا ينقض بما اذا ادعى خارج نسبه فان يده تزول بالبيئنة 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 وهنالك دعوى العبدية كذلك بل هو مما يضره لتبديل صفة المالكية بالمملوكية فلا تزال الابيئنة (قوله فان ادعى عبده انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه) وكان حر لان المملوك قد تلده الحره 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) اذا لم تضاف ولادته الى امرأة أمة فان أضاف الى امرأته الامه فقيهه خلاف بين أبي يوسف ومحمد ذكر في الذخيرة أن الولد حر عند محمد وعند أبي يوسف عبد فمحمد يقول في دعوى العبد زعم هو النسب وضره والرق 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 فيحرقه تبعا بخلاف الذي قاله ليس من ضروره ثبوت كفره لجواز اسلامه وجمعه على هذا لوقال الذي انه من ز وجتى الذمية لا يصدق (قوله والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد) يعني اذا ادعى ما هو خارجان 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 لاسلامه يعتبر ذلك لان الاسلام يعلو ولا يعلى كالمولود بين كافر ومسلم وفي رواية يعتبر به وعلامته كما اذا اخلط موتانا بموتى الكفار يعتبر بالزي والعلامة للفصل (قوله الآن يقم البيئنة انه عبده) فان قيل كيف تقبل هذه البيئنة ولا خصم عن اللقيط لان الملتقط ليس بولي له فلا يكون

قال المصنف (لقوة اليد الاثرى الخ) أقول فيه بحث فان التبعية في الابوين للجزئية لا لليد بمجرد ما قال المصنف (فوق تبعية الدار) أقول لان بيئته وبين الابوين جزئية ولا جزئية بيئته وبين المكان قوله لانه يمنعه عنه) أقول أي يمنعه عن المدعى (قوله لان الاول لا يستلزمه) أقول اذا 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 بدرجل
انه ابنه ولد على فراشه وأقام
على ذلك شاهدين مسلمين
وأقام عبد مسلم بينته انه
ابنه ولد على فراشه من هذه
الامسة قضى للذمي بالصبي
ولم يترج العبد بالاسلام
لان بينة الذمي أكثر اثباتا
لانها تثبت النسب بجميع
أحكامه وأما إذا كان
النزاع بين الملتقط والخارج
فالترجح باليد لقوم فان
الملتقط اذا كان ذميا فهو
أولى من المسلم الخارج
(واذا وجد مع القبط مال
مشدود عليه أو على دابة
هو عامي فهو له) وكذا
الدابة (اعتبار الظاهر)
لان القبط لما كان في دار
الاسلام كان حرام من أهل
الملك فما كان معه فهو له
ظاهر العدم اليد الثابتة
عليه كالتقصيص الذي
عليه فان قيل الظاهر
يكفي للدفع لالاستحقاق فلو
ثبت الملك للقبط بهذا الظاهر
كان الظاهر حجة مثبتة
وليس كذلك أوجب بان
هذا الظاهر يدفع دعوى
الغيب (قوله ثم بصرفه
الواجد اليه) ظاهر
وقوله (الموجود في كل
واحد منهما) أي من
الملتقط والام (أحدهما)

(وان وجد مع القبط مال مشدود عليه فهو له) اعتبار الظاهر وكذا اذا كان مشدودا على دابة وهو
عليها ما ذكرنا ثم يصرفه الواجد اليه باسرا القاضي لانه مال ضائع وللقاضي ولاية تصرف مثله اليسوقيل
يصرفه بغير أمر القاضي لانه للقبط 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 لتتمير المال وذلك يتحقق بالرأى الكامل والشفقة
لوافرة والموجود في كل واحد منهما إذا كان عاقلا ومالكه الام ووصيها قال (ويسلم في
ملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا ومالكه الام ووصيها قال (ويسلم في

ادعاء مع مسلم خارج رجع عليه وكذا اذا ادعى الذي انه ابنه والمسلم انه عبده فهو ابن الذي لانه يغور بالنسب
والحرية مع الحكم باسلا مولا كذلك في دعوى رقة لأن يقيم بينة رقة فيكون رقا كما ان الذي اذا ادعاه
ابنائه وأقام بينة من المسلمين يكون كافرا ولو وجد طفل في يد عبد محجور ذكر أنه النقطه ولا بينة له على
الالتقاط وكذبه مولا 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 يحرم وكذبه المولى لا يصح اقراره كالمولى ولو كان العبد مأذونا في
التجارة فالقول قول العبد لان المأذون يدعى على نفسه حتى صح اقراره بما في يده بغير السيد وان كذبه السيد
فيكون الولد الذي في يده حر الا أن يقيم سيده بينة أنه عبده (قوله واذا وجد مع القبط مال مشدود عليه أو
دابة هو مشدود عليه فالقول) (اعتبار الظاهر) أي في دفع ملك غيره عنه ثم ثبت ملكه في ذلك
بقيام يده مع حرية المحكوم به او قوله (لما ذكرنا) يريد قوله اعتبار الظاهر ثم يصرفه الواجد اليه باسرا
القاضي لانه مال ضائع) أي لا حافظ له ومالكه وان كان معه فلا قدره على الحفظ (ولا القاضي ولاية تصرف
مثله اليه) وكذا غير الواجد باسره والقول قوله في نفقة مثله (وقيل له صرفه عليه بغير أمر القاضي) أيضا لانه
للقبط) كما حكمنا به (ولو وجد 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 للواحد ولاية الانفاق وله شراء ما يبدل القبط
منه وهذا قال أحمد (ولا يجوز للملتقط تزويج القبط) واللقيطه 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 ايسر الحفظ والصيانة وما من ضروريات ذلك (اعتبار بالام) فانها لا يجوز لها ذلك مع أنها ملك من
التصرفات مالا يملكه الملتقط كالزوج عند عدم العصية لعدم ملكه لذلك أولى (وهذا) أي عدم تصرف كل
من الام والمملتقط بالبيع ونحوه (لان ولاية التصرف انما هو لتتمير المال وذلك) انما يتحقق بالرأى الكامل
والشفقة الوافرة والموجود في كل منهما أحدهما) لان في الام شفقة كاملة مع قصور في الرأى وفي الملتقط رأى
كامل مع قصور شفقة لعدم القرابة وتظير ما ذكر المصنف هنا ما قدمه في ثبوت الخيار للصغيرة اذا بلغت وقد
زوجها غير الاب والجد من كتاب النكاح (قوله ويجوز أن يقبض أي الملتقط للقبط الهبة) والصدقة عليه
لانه نفع محقق ولذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا ومالكه الام ووصيها قال (القدوري ويسلم في

خصم اعنه فيما يضره فلنا الملتقط خصم له باعتبار يده لانه عنده عنه وهو زعم أنه أحق بحفظه لانه ليعط 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 للقبط بهذا الظاهر كان الظاهر مثبتا للاستحقاق
وليس له ذلك فلنا بهذا الظاهر يدفع دعوى الغيب ثم الظاهر أن تكون الاملاك في يد الملاك وكذا الظاهر يدل
على أن من وضعه ومعه هذا المال لينفق عليه منه وكذا اذا كان مشدودا أي اذا 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 أحياها بالالتقاط والتربية فوجب أن تثبت له الولاية كالتعلق بثبته الولاء

لان الملتقط رأيا كاملا ولا
شفقة له وللدم شفقة كاملة
ولا رأى لها (قوله لانه من
باب تثقيفه) التثقيف
تقويم العوج بالتثاقف
وهو ما سوى به الرماح
ويستعار للتأديب والتهديب
(قوله بخلاف الام لانها
تملكه) أى تلك اتلاف
منافعة فانها تملك استخدام
ولدها واجارته والله أعلم
* (كتاب اللقطة) *

اللقطة واللقطة متقاربان
لقطاً ومعنى وخص اللقطة
ببني آدم واللقطة بغيرهم
للتمييز بينهما وقدام 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 يوجد التمييز أيضا فلا
يدل ما ذكره على التخصيص
المطلوب والاولى ما في غاية
البيان أن فعله يدل على
معنى الفاعل كالهزمة
واللمسة والضحكة بفتح
الحاء والمال المنبوذ كانه
يلقط نفسه لكثرة رغبات
الناس فيه وميلان الطباع
اليه فسمى لقطعة على الاسناد
المجازي وفي المنبوذ من بني
آدم ابا في القلوب عن قبوله
للزوم نفقته وموته فسمى
لقطاً أى ملقو طما على سبيل
التقاول وارادة الصلاح في
ناله كما سمي اللديخ سلبها
والمهلكة مغارة انتهى

صناعة لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله قال (ويؤجره) قال العبد الضعيف وهذا راية القدوري 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 تملك اتلاف منافعه
* (كتاب اللقطة) *

صناعة لانه من باب التثقيف وحفظ حاله) عن السمات وصيانته عن الفساد ثم (قال) القدوري (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 يملك تملكها (فأشبهه الم بخلاف الام لانها تملك اتلاف منافعه)
بالاستخدام والاعارة بلا عوض فبالعوض بالاجارة أولى * (فروع) * ادعاء الملتقط عبده بعد ما عرف
الالتقاط لا يصدق الابينة كالخارج ولو ادعاه ذمى وأقام بينة من أهل الذمة أنه ابنه لا عبده لان نسبه ثبت
بمجرد دعواه وأثر هذه البينة في كونه كافر ولا يثبت بذلك ولو وجدته مسلم وكافر فتنازعا في كونه عند أحدهما
قضى به للمسلم لانه محكوم له بالاسلام فكان المسلم أولى بحفظه ولانه يعلم أحكام الاسلام بخلاف الكافر واذا
بلغ اللقطة فافر أنه عبد فلان وفلان يدعيه ان كان قبيل أن يقضى عليه بما لا يقضى به الاعلى الاحرار كالحذ
الكامل ونحوه صح اقراره وصار عبدا لانه غير متمم فيه وان كان بعد القضاء بخو 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 ضرورته الحكم برقها انتقاء النكاح ولو بلغ فتزوج امرأة ثم أقر أنه
عبد لفلان ولامرأته عليه صدق وصدقها لازم عليه لا يصدق في ابطاله لانه دين طهر وجوبه فهو متمم في
اقراره وهذا وكذا اذا استدان ديناً وبيع انساناً أو كفل كغاله أو وهب أو تصدق وسلم أو دبر أو كاتب أو عتق
ثم أقر أنه عبد لفلان لا يصدق في ابطال شيء من ذلك لانه متمم وتقدم أن ميراثه لبيت المال فلو أنه والى رجلا
بعدهما أدرك الملتقط أو غيره فان كان قبيل أن يتأكد ولاؤه لبيت المال بان جنى جنائيه وعتقه 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 كالذي أسلم من أهل الحرب له أن يوالى من شاء الآن يجنى فيعتقه بيت المال
* (كتاب اللقطة) *

هي فعلة بفتح العين وصف مبالغة للفاعل كهمزة ولعنة وضحكة كثير الهمز وغيره وبسكونها المفعول
كضحكة وهزأة للذي يضحك منه ويهزأ به وانما قيل للمال لقطعة بالفتح لان طباع النفوس في الغالب تبادر
بالاعتقاد الذي هو احياء حكما قلنا الرقيق في صفة المالمية هالك والمعتق يحدث فيه هذا الوصف واللقط كان
حيبا حقيقة ومن أهل المالك حكما فالملتقط لا يكون محميا له لاحقة ولا حكا (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 يشتغل بالفساد والله تعالى أعلم
* (كتاب اللقطة) *

اللقطة المال الواقع على الارض سميت بهم لانها تلتقط غالباً أى تؤخذ وترفع وذكر في المبسوط اختلاف
الناس فيمن وجد لقطعة فالملتقط يقولون لا يحل له أن يرفعها لانه أخذ مال الغير بغير إذن صاحبه وذلك حرام
شرعا فحكا 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 والترك أفضل له لان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه
فاذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع والمذهب عند علماءنا عامة الفقهاء رجمهم الله أن يرفعها أفضل
من تركها لانه لو تركها لنامن أن تصل اليها خائفة 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 ما ذون فيه شرعا بل هو الأفضل عند عامة العلماء جهتم 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 أخذ ما تزوكره أفضل لأن صاحبها إنما يطلبها في الموضوع الذي سقطت منه فإذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضوع (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 وبيان حرمة مال المسلم كحرمته 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

قال (اللقطة أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها) لأن الأخذ على هذا الوجه ما ذون 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 محجة في حقهما فصار كالبيعة ولو أقر أنه أخذها لنفسه يضمن بالإجماع لأنه أخذ مال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع وإن لم يشهد الشهود عليه وقال الأخذ أخذته للمالك وكذبه للمالك 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 كانه الكثير الالتقاط مجازا والافتقار الملتقط الكثير الالتقاط ومعنى الأصحى وابن الأعرابي أنه بفتح القاف اسم للمال أيضا فمحمول على هذا يعني يطلق على المال أيضا ثم اختلف في صفته ففعلها فنقل عن المتشقة 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 أمر به يعفها على ما سئل وأسدنا سئل بن زهره به عنه صلى الله عليه وسلم لم ينه عن ذلك أصاب لقطة فليشهد إذا عدل وأما فضلية الترك فلأن صاحبها يطلبها في المكان الذي فقد فيه ولو لم يذ كر خصوص المكان فإذا تركها كل أحد فالظاهر أن يجدها صاحبها لأنه لا بد عادة أن يمر في 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 يده ثنا إليها فان غلب على فنه ذلك إن لم يأخذها في الخلاصة يفترض الرفع ولو رفعها ثم بدله أن يضعها مكانها في ظاهر الرواية لا ضمان عليه وسئل كره (قوله واللقطة أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها) لأن الأخذ على هذا الوجه ما ذون فيه شرعا بل هو الأفضل (وظاهر الميسوط اشتراط عدلين إلى آخره) وإذا كان كذلك (يعني إذا كان أشهدا وإذا كان أمانة بان أشهد) لا تكون مضمونة عليه) فلوها كنت بغير صنع منه لا ضمان عليه وكذا إذا صدقه المالك في قوله أنه أخذها ليردها وصار تصادقهما كبيته على أنه أخذها ليردها ولو أقر أنه أخذها لنفسه ضمنها بالإجماع وإن لم يشهد وقال الأخذ مال الرد للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يضمن) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وفي شرح الإقطع ذكر محمد مع أبي يوسف (والقول له) مع يمينه أنه أخذها ليردها (لأن الظاهر شاهد له) إذ

إلى مال كهاولانه يلتزم الأمانة في رفعها والتزام أداء الأمانة تعرض لنيل الثواب لأنه يثاب على أداء ما يلتزمه من الأمانة فانه يمثل فيه الأمر قال الله تعالى إن الله يامركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وأمنتم المال الأمر سبب لنيل الثواب (قوله وقال أبو يوسف رحمه الله القول قوله) أي مع يمينه وذ كر في فتاوى قاضيهان رحمه الله هذا

وهو ما إذا لم يخف الضياع فقبل رفعه مندوب إليه لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولأنه لو تركها لا يؤمن أن يصل الهابيد خائفة فتمنعها عن مال كها وقيل تركه أفضل لما ذكرنا إن صاحبها إنما يطلبها في الموضوع الذي سقطت منه والأول ظاهر المذهب (وإذا كان كذلك) أي إذا كان أخذها ما ذون 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 محجة في حقهما وصار كما إذا أقام الملتقط البيعة أنه أخذها ليوصلها إلى المالك (ولو أقر)

الملتقط أنه أخذها لنفسه يضمن بالإجماع لأنه أخذ مال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع وإن لم يشهد الشهود عليه وقال الأخذ أخذته للمالك وكذبه للمالك 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 صحح في المغرب ثم قوله اللقطة مبتدأ وقوله أمانة خبره (قوله كذا في بعض الشروح) أقول يعني في شرح الاتقاني (قوله وهو لا يناسب قوله وكذا إذا تصادقا الخ) أقول نعم لا يكون مناسبا لأن لو كان قوله وكذا إذا تصادقا عطف على قوله وإذا كان كذلك لا تكون مضمونة وليس ذلك بلازم فانه يجوز أن يكون عطف 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

العصية لان فعل المسلم محمول على ما يحمله شرعاً والذي يحمله شرعاً الاخذ للرد لا لنفسه فحمل مطلق فعله عليه وهذا الدليل الشرعي قائم مقام الاشهاد منه وما أن العول قوله فلان صاحبها يدعي عليه سبب الضمان ووجوب القيمة في ذمته وهو منكر والقول قول المنكر مع يمينه كلو ادعى عليه الغصب وقوله (ولهما انه أقر بسبب الضمان) ظاهر قيل هذا الاختلاف في الاشهاد فيما اذا أمكنه أن يشهد أما اذا لم يجد أحداً يشهده عند الرفع أو خاف أنه لو شهد 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

ويوجد التناوب والتلازم 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 انتقاء الاشهاد ففيه حذف مضافين

لاختياره الحسبة دون العصية وله ما نه أقر بسبب الضمان وهو أخذ المال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ للمالكه 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 فصاعدا عرفها حوالاً)

الظاهر من حال المسلم (اختياره الحسبة لا للعصية) 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 انه أخذه أو وانفسه فلا يضمن بالشك (ولهما انه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ للمالكه 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 واذ لم يثبت أن هذا الاخذ سبب للضمان لم يقع الشك في الرعا بعد ثبوت سبب الضمان حتى يتبعض ما ذكرتم فالجواب أن اذن الشرع مقيد بالاشهاد عنهما الامكان على ما ذكرنا أن نعلم من رواية اسحق من أصاب لقطة فليشمه إذا عدل وهذا الاختلاف فيما اذا أمكنه الاشهاد واذ لم يمكنه عند الرفع أو خاف انه ان أشهد أخذها منه ظالم فتركه لا يضمن بالاجماع والقول قوله مع يمينه كوني بمعنى من الاشهاد كذا (قال ويكفيه في الاشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد ضالة فدلوه على) أو عندى ضالة أو شئ 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 فليشمه معناه فليعرفها ويكون قوله ذاع عدل يفيد عند جحد المالك التعريف أي الاشهاد فانه اذا استشهدتم عرف بحضرة لا يقبل ما لم يكن عدلاً والافتراض لا يقتصر على ما بحضرة العدول وعلى هذا الخلافية أبي يوسف فيما اذا لم يعرفها أصلاً حتى ادعى ضياعها وادعى انها كانت عنده ليردها وأخذها كذلك وقوله لهما 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 لانفسه وحينئذ 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 ظهر انه لم يأخذها لنفسه وبه ينتفي الضمان عنه وقيد بعض المشايخ بما اذا لم يذهب بها فان ذهب بها ثم أعادها ضمن وبعضهم ضمنه ذهبها أولاً والوجه ظاهر المذهب وما ذكرنا لا ينفى وجه التضمن بكونه مضياً مال غيره بطرحه بعدما لم يحمه بالخذ (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 ان كانت مائتين فصاعدا 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 فيمادون العشرة ان كانت ثلاثة فصاعدا يبنى الى العشرة يعرفها عشرة أيام وان كانت درهما فصاعدا يعني الى ثلاثة يعرفها ثلاثة أيام وان

الاختلاف في الاشهاد فيما اذا أمكنه أن يشهد أما اذا لم يجد أحداً يشهده عند الرفع أو خاف أنه لو أشهد عند الرفع يأخذه منه 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 الى انها ليست ظاهر الرواية فان الطحاوي رحمه الله قال واذا التقط القطعة فانه يعرفها سنة سواء كان الشيء نقيساً أو خسيساً في ظاهر الرواية (وقوله كانت مائة دينار تساوي ألف درهم) يريد ما روى البخاري رحمه الله في الصحيح مسنداً الى أبي بن كعب رضي الله عنه قال أخذت صرة مائة دينار فأتيت 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 احفظها وعاءها ووكاءها

وعدها فان جاء صاحبها والافاستمتع بها وفيه نظر لان العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب وأقول هذا الحديث يدل على أن التعريف يكون حولاً وليس ذلك بشرط بالاجماع فيكون ساقط الدلالة على

المراد (وقوله وقيل الصحيح أن شيئاً من هذه المقادير اشارة الى ما اختاره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله

(قوله لان العبرة بعموم اللفظ الخ) أقول فان الذكر اذا وقعت في سياق الشرط اتم على ما صرحوا به وشأن في الحديث المروي كذلك (قوله وأقول هذا الحديث الخ) أقول فيه بحث اذ يجوز أن يقال للحديث دلالتان على ما مر مثله في السير (قال المصنف وقيل الصحيح ان شيئاً من هذه المقادير ليس يلزم ويقوض الى رأى الملتقط يعرفها الى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يظلمها) أقول قال شمس الأئمة السرخسي في مبسوطه قال ابي بن كعب رضي الله تعالى

قال العبد الضعيف وهذه رواية عن أبي حنيفة وقوله أياماً معناه على حسب ما يرى وقدره محمد في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام من التقط شيئاً فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في القطة كانت مائة دينار تساوي ألف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به في السرقته وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكاة فوجبنا التعريف بالحول احتياطاً وما دون العشرة ليس في معنى الالف بوجهها فقوضنا الى رأى المبتلي به وقيل الصحيح ان شيئاً من هذه المقادير ليس يلزم ويقوض الى رأى الملتقط يعرفها الى أن يغلب على ظنه ان صاحبها لا يظلمها بعد ذلك ثم يتصدق بها

كانت دانقاً فصاعداً يعرفها بما وان كانت دون الدانق ينظر بمئة وبسرة ثم يضعه في كف فقير قال شمس الأئمة شيء من هذا ليس بتقدير لازم بل يعرف القليل بقدر ما يغلب على ظنه ان صاحبها لا يظلمها بعد ذلك وهذا أخذ بالرواية التي ذكرناها قبل هذا وهو جيد وظاهره انما تدبر بذلك التقديران في القليل لغلبة ما ظن ان المالك في تلك التقادير لا يظلمها بعد تلك المدد فكان المعول عليه غلبة ظن تركها وظاهر الرواية وهو ما ذكر محمد في الاصل تقديره بالحول من غير فصل بين قليل وكثير وهو قول مالك والشافعي وأحمد لقوله صلى الله عليه وسلم ما سيدكرو 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 القطة فقال لا تحل القطة من التقط شيئاً فليعرفه سنة ومعنى لا تحل القطة أي لا يحل ما لقطت عليك وهذا لا يتعرض للالتقاط نفسه وفي الصحيحين عن زيد بن خالد الجهني سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القطة فقال عرفها سنة ثم اعرف عاصها ووكاءها ثم استنقها فان جاء صاحبها فادها اليه وجه الاول أن التقدير بالحول ورد في القطة كانت مائة دينار تساوي ألف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف شرعاً في تعلق القطع بسرقته وتعلق استحلال الفرج به (وليست في معناها في حق تعلق الزكاة فوجبنا التعريف بالحول) الخاقانها بما فيه الزكاة من المائتين فما فوقها احتياطاً (وما دون العشرة ليس في معنى الالف شرعاً بوجه ما فقوضنا) التعريف فيها (الى رأى المبتلي به) والمراد بقوله كانت مائة دينار ما في الصحيحين واللفظ البخاري عن أبي بن كعب قال أخذت صرة مائة دينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولاً فعرفتها فلم أجد من أتيت ثم أتيت ثانياً فقال احفظها وعاءها ووكاءها فان جاء صاحبها والافاستمتع 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 نذكره (قوله وقيل الصحيح ان شيئاً من هذه المقادير ليس يلزم) ولا التقدير بالعام (ويقوض الى رأى المبتلي به يعرفها الى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يظلمها بعد ذلك ثم يتصدق بها) وهذا ذكره شمس الأئمة واختاره واستدل عليه بحديث الثلاث سنين في المائة دينار فانه يعرف به ان ليس السنة بتقدير لازم بل ما يقع عند الملتقط أن صاحبه يتركه أولاً وهذا يختلف باختلاف خطر المال ألا ترى ان المال لما كان ذا خطر

عنه وجدت مائة دينار فآخبرته النبي عليه الصلاة والسلام قال عرفها سنة فعرفتها فلم يعرفها احد فآخبرته فقال عليه الصلاة والسلام عرفها سنة أخرى فعرفتها ثم آخبرته فقال عرفها سنة أخرى ثم قال بعد ثلاث سنين اعرف عددها ووكاءها واخطبها بما لك فان جاء صاحبها فادفعها اليه والافاستمتع بها فانها رزق سألها الله اليك انتهى ثم قال وفي الحديث الذي رواه أبي بن كعب رضي الله تعالى عنه دليل لما قلنا ان التقدير بالحول في التعريف ليس يلزم وليكن يعرفها بحسب ما يظلمها صاحبها ألا ترى أن المائة دينار لما كان مالا عظيماً كيف أمره رسول الله عليه الصلاة والسلام بان يعرفها ثلاث سنين انتهى في فهم منه أن اللاقط يعرفها أكثر من حول عند شمس الأئمة بحسب ظنه وفي

وقوله (كالتواقة وقشور الرمان) يعني اذا كان في مواضع مختلفة فجمعها و صار 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 قائل على
الاذن لاعلى التملك لان التملك من المجهول لا يصح ذكره في المحيط فاما اذا كانت مجتمعة في موضع فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها الما جمعها
فالظاهر انه ما القاهها (قوله فان جاء (٣٥٢) صاحبها والاتصدق بها يعني ان جاء صاحبها بعد التعريف فدفعها اليه ايضا لا عين

حقه المستحق الدفع اليه
كافي بيع الفضولي (والا)
أى وان لم يجز فهو بالخيار
(ان شاء) تصدق بها ايضا
لعرض المستحق وهو الثواب
على اعتبار اجازته التصدق
بها على مستحقه (وان شاء
أمسكها رجاء) للظفر
بصاحبها فان جاء صاحبها
بعد ما تصدق به الملتقط
بأذن الحاكم فهو بالخيار
ان شاء أمضى الصدقة وله
ثوابها لان التصديق ان
حصل بأذن الشرع لم يحصل
بأذنه فيتوقف على اجازته
فان قيل التوقف على
الاجازة يقتضى قيام المحل
عندها كفى ببيع الفضولي
وليس بلزوم حتى لو أجاز
المالك بعدها كما صححت
الاجازة وأجاب بان الملك
يثبت للفقير قبل الاجازة
لان الملتقط ما كان مازونا
في التصديق شرعا ملك الفقير
بنفس 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 قائما في يد الفقير

وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرف حتى اذا خاف أن يفقد تصدق به وينبغي أن يعرفها في الموضوع الذي أصابها
وفي الجامع فان ذلك أقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يملكها كالتواقة
وقشور الرمان يكون القاؤه باحسة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولو كونه مبق على ملك مالكه لان
التملك من المجهول لا يصح قال (فان جاء صاحبها والاتصدق بها) ايصالا 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 بأذن الشرع لم يحصل بأذنه

كبير أمره صلى الله عليه وسلم أن يعرفه ثلاث سنين (قوله وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرف حتى يخاف فسادها
فيتصدق به) قال المصنف (وينبغي أن يعرفها في الموضوع الذي أصابها فيه وفي الجامع) يعني الاسواق وأبواب
المساجد فينادى من ضاع له شيء فليطلبه عندي واعلم أن ظاهر الامر بتعريفها سمة يقتضى تكرار التعريف
عرفا وعادة وان كان ظرفية السنة للتعريف يصح وقوعه مرة واحدة ولكن يجب جملة على المعتاد من أنه
يفعله وقتا بعد وقت ويكرر ذلك كما هو جدم مظنة وما قدمنا من قول الولوالجي مما يفيد الاكتفاء بالمرة
الواحدة هو في دفع الضمان عنه أما الواجب فان يذكرها مرة بعد أخرى (قوله وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان
صاحبها لا يطلبه كالتواقة وقشور الرمان يكون القاؤه باحسة فيجوز الانتفاع بها) للواجد (بلا تعريف) وعنه
صلى الله عليه وسلم أنه رأى عمرة في الطريق فقال لولا أخشى أن تكون من تمر الصدقة لا كانتا ولا يعلم فيه
خلاف بين العلماء ولكنه تبقى على ملك مالكها حتى اذا وجدها في يده له أخذها لان الاجازة لا تخرج عن
ملك مالكها فجمعها ليس للمالك أخذها لانها تصير ملكه بالجمع وعلى هذا التقاط السنابل وبه كان يقتضى الصدر
الشهيد وفي غير موضع تقيده هذا الجواب أعني جواز الانتفاع بها بما اذا كانت متفرقة فان كانت مجتمعة في
مكان فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها الما جمعها فالظاهر أنه ما القاهها وأعرض عنها بل سقطت منه أو وضعها
ليعرفها وعن أبي يوسف لو خروف شاة ميتة كان له أن يتفرع به ولو وجد صاحب الشاة في يده كان له أن
يأخذ منه ولو ذبح جلدها 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 والاتصدق بها) أو أكلها ان كان
فقيرا أو استقرضها بأذن الامم ويملكها ان شاء وان شاء أمسكها أبدأ حتى يجزى صاحبها واذا خشي الموت
يوصى بها كي لا تدخل في الموارث ثم الورثة أيضا يعرفونها ومقتضى النظر أنهم لو لم يعرفوها حتى هلكت
وجاء صاحبها أن يضموا لانهم وضعوا أيديهم على لقطة ولم يشهدوا أي لم يعرفوا يغلب على الظن بذلك أن
قصدهم تعميتها عن صاحبها ويجزى فيه خلاف أبي يوسف وسأني الخلاف في ذلك في آخر الباب فان جاء
صاحبها (بعد التصديق فهو) باحد خيار ثلاث (ان شاء أمضى الصدقة وله ثوابها لان التصديق وان حصل
بأذن الشرع لم يحصل بأذنه) أى بأذن المالك وحصول الثواب لان انسان يكون بفعله مختار له ولم يوجد ذلك
(قوله كالتواقة وقشور الرمان) أى في مواضع مختلفة فوجد من ذلك شيئا كثيرا فجمعها و صار بحكم الكثرة

فيتوقف

أجيب بان ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالأهبة بملك الرجوع بعد ثبوت الملك

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

للموهوبته وكالمرد إذا عاد من دار الحرب مسلماً بعد ما قسمت أمواله بين ورثته فإنه يأخذ ما وجدته قائماً بعد ثبوت الملك لهم بخلاف بيع
الفضولي فإن الملك فيه للمشتري انما يثبت بعد اجازة المالك ببيعته فلا بد من قيام (٣٥٣) المحل لتلازم تملك العين المعدومة وكما

يشترط قيام المحل بشرط
قيام البائع والمشتري
والمالك أيضاً 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 حقاً للعبد كفي
تناول مال الغير حالة المخمصة
(وان شاء ضمن المسكين)
لما ذكره في الكتاب وهو
واضح (وان كانت العين
قائمة أخذها له لأنه وجد عين
ماله) وحاصله أن المالك ان
لم يجز الصدقة فلا يجز
اما أن تكون العين قائمة في

يد الفقير أو هالكته فان
كانت قائمة أخذها وان
كانت هالكته 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 التفرير اذا لم يكن
في ضمن عقد لا يوجب شيئاً

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 الضمان حقاً للعبد كفي تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لانه قبض
ماله بغير اذنه وان كان قائماً أخذ له وجد عين ماله قال

قبل لحوق الاذن والرضا في الاجازة والرضا يصير كأنه فعل بنفسه لرضاه بذلك فان قيل كيف للحقة الاجازة وهي
تتوقف على قيام المحل وقد يكون سجي المالك بعد استهلاك الفقير لها أجب بان ذلك فيما يتوقف فيه المالك
على الاجازة كما في بيع الفضولي أما هنا فالمالك يثبت قبل ذلك شرعاً لان الامر بالتصدق عند عدم ظهور المالك
بعد التعريف لا يفيد مقصوده دون ملك المتصدق عليه واذا ثبت الملك قبلاً ومعلوم أنه مطلق للتصرف وحال
الفقير يقتضي سرعة استهلاكها ثبت عدم توقف اعتبارها على قيام المحل بعد ثبوت اعتبارها بعد الاستهلاك
شرعاً لاجتماع حتى ينتقل اليه الثواب (وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه) فان قلت لكنه باذن
الشرع وباباحته قلنا الثابت من الشارع اذنه في التصديق لا يجابه (وهذا) القدر (لا ينافي) وجوب الضمان
(حقاً للعبد كفي) اذنه (في تناول مال الغير عند المخمصة) والمرور في الطريق مع ثبوت الضمان فاذا جاز أن
يثبت اذنه بمقيد به كذا كمرناو جيب 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 يسترجعها أجب بأنه لا مانع من ثبوت المالك باذن الشرع مع
ثبوت حق الاسترداد كفي الهبة والمراد الرجوع من دار الحرب مسلماً بعد أخذ الورثة ماله بعد الحكم بالحق واذا
كان كذلك جعل كذلك عند عدم اذنه (وان كان قائماً أخذ له وجد عين ماله) وما نقل عن القاضي أبي جعفر
من أنه انما يرجع على الملتقط اذا تصدق بغير امر القاضي أما اذا كان باصره فلا يرجع ردوه بأنه بخلاف
المذهب فانه لو تصدق القاضي بنفسه كان للمالك أن يضمه اذا جاء فضلاً عن الملتقط المتصدق باصره وهذا
لان القاضي ناظر للغيب في أموالهم حفظها الا اتلافاً فلا ينفذ من اتلافه الا ما لزمه شرعاً القيام به والتصديق

لها قبيحة فلا بأس بالاتفاق عليها ولكنه مبق على ملكه ما لعله حتى كان له أن يأخذ من يده الملتقط وان وجدته
بجتم عالم يحصل له أن يتفجع به لان الظاهر ان مالكه ما ألقاه بعد ما جمعه ولكنه سقط منه وذ كر شيخ الاسلام
رحمة الله في شرح كتاب الذبايح أنه ليس للمالك أن يأخذها من يده بعد ما جمعه وأخذها او يصير ملكاً للاخذ
وكذا الجواب في النقاط السنابل وبه كان يفقئ 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 فإنه 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 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 ألزم ذلك ومثل هذا الاذن مسقط للاثم عنه غير
مسقط للضمان حقاً لصاحب المال كتناول المضطر مال الغير وان شاء ضمن المسكين لانه قبض مال الغير
لنفسه بغير اذنه فان كان قائماً أخذ له 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 والتفاهة) - خامس) على قيام المحل) أقول والظاهر عندى ان فاعل لا يتوقف هو الضمير الرجوع الى

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

(ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير) وقال مالك والشافعي اذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك أفضل وعلى هذا الخلاف الغرس لهما ان الاصل في أخذ مال الغير الحر متواليا بآفة مخافة الضياع واذا كان معها ما تدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب الى الترك ولنا انها لقطعة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعر يفها صيانة لاموال الناس كافي الشاة (فان أنفق الملتقط عليها بغير اذن الحالك فهو متبرع) لقصور ولايته عن ذمة المالك وان أنفق بامرہ كان ذلك ديناً على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له وقد يكون النظر في الانفاق على ما بين (واذا رفع ذلك الى الحالك كما نظر فيه فان كان للبهيمة منفعة آجرها وأنفق عليها من آجرها) لان فيه ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق (وان لم تكن لها منفعة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها) ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة

وقوله (ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير) ظاهر سوى ألقاط نذكرها وقوله (والاباحة) أي اباحة الاخذ وقوله (واذا كان معها) أي مع اللقطه ما تدفع به عن نفسها يعني ما يملكها كالفقرن في البقر وزيادة القوة في البعير بكمه ونفعه وكذلك في الغرس وقوله (فيقضى بالكراهة) أي كراهة الاخذ

ليس كذلك (قوله ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي) وأجد اذا وجد البقر والبعير في الصحراء فالترك أفضل وعلى هذا الخلاف الغرس لهم (أن الاصل في أخذ مال الغير الحر متواليا بآفة الالتقاط مخافة الضياع واذا كان معها ما تدفع عن نفسها) كالفقرن مع القوة في البقر والغرس مع الكدم وزيادة القوة في البعير والغرس (يقول) ن (الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة في الاخذ والندب الى الترك) هذا ولكن كلامهم يقتضي أن الخلاف في جواز الاخذ وحده وهو الظاهر (ولنا انها لقطعة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعر يفها صيانة لاموال الناس كافي الشاة) لكن هذا قياس معارض بما روى أصحاب الكتب الستة كلهم عن يزيد بن زبير عن زيد بن خالد الجهني قال جاء رجل يسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطه فقال اعرف اغصاها ووكاهم عرفها سنة فان جاء صاحبها والافشأ نك مهانك فضالة الغنم قال هي لك أو لاخيك أو للذئب وفي الصحيح قال خذها فانما هي لك أو لاخيك أو للذئب قال فضالة الابل قال مالك ولها معها شاة وحقها وحذاؤها وثر الماء وتاكل الشجر فذرها حتى يجدها روى ابو داود عن جرير بن عبد الله أنه أمر بطرد بقرة فحققت 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 آجاب في المتوسط بان ذلك كان اذ كان لغلبة أهل الصلاح والامانة لا تصل اليها يد خائفة فاذا تركها وجدها أو ما في زماننا فلا يامن وصول يد خائفة اليها بعده ففي أخذها حياؤها وحفظها على صاحبها فهو أولى ومقتضاه أنه ان غلب على ظنه ذلك أن يجب الالتقاط وهذا أحق فانا نقطع بان مقصود الشارع وصولها الى ربه وان ذلك طريق الوصول فاذا تغير الزمان وصار طريق التلف فيكمه 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 جناد أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الضالة فقال عرفها فان جاء ربهها والافشى مال الله يؤتبه من يشاء فتأيد به زيادة بعد تمام الوجه (قوله فان أنفق الملتقط عليها بغير اذن الحالك فهو متبرع) لقصور ولايته عن ذمة المالك) أي عن ان يشغلها بالدين بلا أمره (وان أنفق بامرہ كان ديناً على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له وقد يكون النظر في الانفاق على ما بين) الآن (فاذا رفع الى الحالك) فان كان للبهيمة منفعة) وثمر من يستأجرها (آجرها) وأنفق عليها من آجرها لان فيه ابقاء العين على ملك المالكها بالزام دين عليه وكذا يفعل بالعبد الآبق (وان لم تكن لها منفعة) أو لم يجده من يستأجرها) وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها ابقائه له معنى عند تعذر ابقائه صورة) فان الثمن يقوم مقام العين إذ يصل

(قوله في البعير بكمه ونفعه) أقول الكدم العض بادنى الغنم والنفع بالخاء المهملة الضرب بالرجل

بالضم ان قدم لك وظهر أنه تصدق بملك نفسه فلا يرجع على المسكين بشئ (قوله واذا كان معها) أي مع اللقطه ما تدفع به عن نفسها كالفقرن في حق البقر وزيادة القوة في حق البعير بكمه ونفعه فيقضى بالكراهة أي بكراهة الاخذ

وقوله (وفي هذا نظر من الجانبين) أي من جانب المالك بإبقاء عين ماله ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما أنفق على اللقطة وقوله (فإذا لم يظهر بامر بهيجهما) قيل فإذا أمر ببيعها فبيعت أعطى القاضي من ذلك الثمن ما أنفق بامر به في اليومين والثلاثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين واجب عليه وهو معلوم للقاضي فيعينه على أخذ حقه لان الغريم اذا طفر بحس حقه كان له أن يأخذ فـ كان للقاضي أن يعينه على ذلك وقوله (وفي الاصل شرط اقامة البيئته) يعني أن الملتقط يقيم البيئته على أن هذه (٣٥٥) الدابة لقطعة عنده فان قيل البيئته انما تقام

على المدعى عليه المنكر وليس
بمو جود هنا أجاب بقوله
(وليس تقام للقضاء) أي
هذه البيئته تقام لاستكشاف
الحال بانه لقطعة لا للقضاء على
المدعى عليه وقوله (وان قال
لا بيئته) أي الملتقط قال
لا بيئته لي على أنها لقطعة
عندي ولكنها لقطعة يقول
القاضي لا ماتقط أنفق
عليها ان كنت صادقا فيما
قلت وانما يقول به اذا
الترديد حذرا عن لزوم أحد
الضروبين لانه لو أمر قطعا
تضرر المالك بسقوط
الضمان على تقدر الغصب
ولو لم يامر تضرر الملتقط على
تقدير اللقطة وقد أنفق
عليها وقوله (اذ شرط
القاضي الرجوع على
المالك) متصل بقوله انما
يرجع أي انما يرجع
الملتقط على المالك اذا
شرط القاضي الرجوع على
المالك وهذه هي الرواية
التي ذكرناها في مسائل
اللقيط بقوله والاصح أن
يامر 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 يساعلى مال كها) لانه نصب ناظر او في هذا نظر من الجانبين قالوا انما يامر بالانفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مال كها فاذا لم يظهر يامر ببيعها لان داراة النفقة مستأصلة فلانظر في الانفاق مدة مديدة قال رضي الله تعالى عنه وفي الاصل شرط اقامة البيئته وهو الصحيح لانه يحتمل أن يكون غصبا في يده فلا يامر فيه بالانفاق وانما يامر به في الوديعة فلا بد من البيئته لكشف الحال وليست البيئته تقام للقضاء وان قال لا بيئته 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 يساعلى صاحبها اشارة الى أنه انما يرجع على المالك بعدما حضر ولم تسبق اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذا روايته وهو الاصح

به الى مثله في الجملة (وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن) له (في ذلك وجعل النفقة يساعلى عليه) اذ فيه نظر من الجانبين) جانب المالك بإبقاء عين ماله له وجانب الملتقط بالرجوع (قال المشايخ انما يامر بالانفاق يومين أو ثلاثة على قدر ما يرى أن يظهر مال كها فاذا لم يظهر يامر ببيعها لان داراة النفقة مستأصلة للعين معنى بل وبما تذهب العين ويفضل الدين على مال كها ولا انفار في ذلك أصلا بل ينبغي ان لا يتخذ من القاضي ذلك لو أمر به للتيقن بعدم النظر واذا باعها أعطى الملتقط من ثمنها ما أنفق في اليومين أو الثلاثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين عليه يعلم القاضي وصاحب الدين اذا طفر بحس حقه كان له أن يأخذ وللقاضي أن يعينه عليه ولو باعها بغير أمر القاضي لا يتخذ وتوقف على اجازة المالك فان جاءه وهي قائمة في يد المشتري فان شاء أجاز البيع وان شاء أبطله وأخذها من يده وان جاءه وهي هالكة فان شاء ضمن المشتري قيمتها وان شاء ضمن البائع فان ضمن البائع نفذ البيع لانه ملك اللقطة من حين أخذها وكان الثمن للبائع ويتصدق بما زاد على القيمة (وفي الاصل) يعني المبسوط (يشترط البيئته) فانه قال فان كان رفعها الى القاضي وأقام بيئته أنه التقطها أمره أن يتفق وصحبه المصنف (لانه يحتمل انه غصب او لا يامر بالنفقة بل في الوديعة) وهذه البيئته (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 بيئته 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 يساعلى صاحبها) اشارة الى أنه انما يرجع (اذا شرط القاضي) ذلك (وهذا روايته وهو الاصح) وقيل يرجع بمجرد أمره وقدم في اللقيط

(قوله وفي هذا نظر من الجانبين) أي من جانب المالك بإبقاء عين ماله له ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما أنفق على اللقطة (قوله وفي الاصل شرط اقامة البيئته) أي يقيم الملتقط البيئته على أن هذه الدابة لقطعة عندي (قوله وليست البيئته تقام للقضاء) جواب لسؤال وهو أن يقال ان البيئته لا تقبل من غير خصم حاضر ولا خصم ههنا قلنا هذه بيئته تقام لكشف الحال لا للقضاء والخصم في مثل هذا ليس بشرط (قوله وهذا روايته وهو الاصح) هذه هي الرواية التي ذكرناها في مسألة اللقيط من المبسوط بأن الاصح أن يامر القاضي الملتقط بالانفاق على أن يكون ذلك دين على اللقيط فينتد يرجع على اللقيط والا فلا وهذا الاحتراز 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 يتفق بامر القاضي والاولى أن يامر القاضي بان يؤجر البعير والثور فيمنفق 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 يامن أن يابق نائبا قال المصنف فلا بد من البيئته لكشف الحال الخ) أقول فاندفع به بما يقال البيئته لا تقبل من غير خصم حاضر فان اشتراط الخصم في البيئته يقام للقضاء لا فيما يقام لكشف الحال (قوله يقول القاضي للملتقط

قال (واذا حضر يعنى

قال (واذا حضر) يعنى (المالك) فلما حلت قط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة) لانه حتى بنفقتة فصار كأنه استفاد المالك من جهته فأشبهه المبيع وأقرب من ذلك راد الأبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبه الرهن قال (واقطنا الحل والحرم سواء) وقال الشافعي يجب التعريف في لقطه الحريم الى أن يجي صاحبها لقوله عليه الصلاة والسلام في الحريم ولا يحمل لقطتها الا نشد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اعرف عقاصها ووكاهها ثم عرفها سنة من غير فصل ولا ثم القطة وفي التصديق بعدمدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه

(واذا حضر المالك فلما حلت قط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه حتى بنفقتة فصار كأنه استفاد المالك منه فأشبهه المبيع وأقرب من ذلك راد الأبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا) من التشبيه بالمبيع (ولا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس كالرهن) من حيث تعاقب حقه به كولو كيل بالشراء اذا نقد الثمن من ماله له 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 يحك خلافنا وحافظ الدين في الكافي أيضا فيهم أنه المذهب وجعل القدر وي هذا قول زفر قال في التعريف قال أصحابنا لو اتفق على اللقطة بامر القاضى وحبسها بالنفقة فهل كت لم تسقط النفقة خلافا لفرلانها دين غير بدل عن عين ولا عن عمل منه فيها ولا يتناولها أى العين عقده بوجوب الضمان وصرح في النبايع 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 لفرلانها وجه المذكو وفي التعريف نفي الحكم أعنى السقوط لعدم دليل السقوط فان الدين ثابت وليست العين الملتقطه نهال يقطع بهلاكها اذ لم يتنا ولها عقد الرهن والمصنف أوجب الدليل وهو الاحق بالرهن وان لم يكن من حقيقته لكن النقل كرايت وأما ما نقل عن أبي يوسف أنه ليس له حبسها أصلا فأبلغ (قوله ولقطه الحل والحرم سواء) وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول وفي قول يعرفها أبا حتى يجي صاحبها لا حكم لها سوى ذلك من تصدق ولا تملك لقوله صلى الله عليه وسلم فيما ثبت في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه لما فتح الله مكة قام النبي صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه وقال ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانها لم تحل لاحد قبلى وانما أحلت لى ساعة من نهار وانها التحل لاحد بعدى لا ينفر صيدها ولا يحتمل شوكتها ولا تحل ساقطتها الا لمنشد الحديث المنشد المعروف والناشد الطالب قال المثقب

يسخ للنبأه سماعه * اساخة المنشد للناشد

و يروى يصح وهو بمعناه فالفعل من الاول أنشد الضالة ينشدها وأنشدها انشادا اذا عرفت ما ومن الثاني نشدتها أنشدها نشدا ونشدا بنا بكسر النون اذا طلبتها (ولنا اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم) في حديث زيد ابن خالد الجهني وغيره وسئل عن اللقطة فقال (اعرف عقاصها) أى وعاءها من جلد أو خرقة أو نحوها (ووكاهها) أى باطها بالذى شدته وتقدم فاما أن يقضى العام على الخاص واما أن يتعارض فيجمل

أصحابنا أن مجرد أمر القاضى بالاتفق عليه يكفي للرجوع وانما قال لم تبس اللقطة لان القاضى لو رأى المصلحة في بيع اللقطة بعدما اتفق الملتقط عاها يوما أو يومين فله ذلك ودين الملتقط يؤدي من ثمن اللقطة (قوله لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه حتى بنفقتة (قوله ولا تحل لقطتها الا نشدها) يقال أنشدت الضالة أى عرفت ما ويقال نشدتها أى طلبتها كذا في الصحاح ثم معنى الحديث ولا تحل لقطتها أى لقطه مكة الا لمنشدها أى لطلبها وهو المالك عند الشافعي رحمه الله وعندنا المراد من المنشد المعروف ولهاذا ذكر في رواية أخرى ولا يلتقط لقطه الا من عرفها والتخصيص بالحرم لبيان أنه لا يسقط التعريف فيه باعتبار أنها المرغوبه ظاهر افيناول ويقول أن مال الكاه ذهب ظاهر ا فلم يحتاج الى التعريف * العقاص الوعاء الذى تكون فيه اللقطة من جلد أو خرقة أو غير ذلك يقال أوكى السقاء اذا شده بالوكاه وهو الرباط الذى يشده (قوله

قال (واذا حضر يعنى المالك) كلامه ظاهر وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه حتى بنفقتة يقال نشدت الضالة أى عرفت ما وانشدتها أى طلبتها ومعنى الحديث الذى ذكره الشافعي رحمه الله لا تحل لقطه مكة الا لمنشدها أى طالبها وهو المالك عنده والمعرف عندنا العقاص وهو الوعاء الذى تكون فيه النفقة من جلد أو خرقة أو غير ذلك والوكاه الرباط يقال أوكى السقاء شده بالوكاه وهو الرباط الذى يشده وقوله (ابقاء ملك المالك من وجهه) يعنى من حيث تحصيل

أقول يعنى عند الثقات (قوله اشارة الى قوله لانه حتى بنفقتة الخ) أقول فيه تأمل بل هو اشارة الى قوله كأنه استفاد المالك من جهته (قوله يقال نشدت الضالة أى عرفت ما) أقول فى الصحاح نشدت الضالة أنشدها نشدة ونشدا أى طلبتها وأنشدها أى عرفت ما وأما قول أبي ذؤاد

ويصح أحبا بنا كما سمع المصل لصوت ناشد فهو المعروف ههنا ويقال هو الطالب لأن المصل يشتهى أن يجد مضملا مثله ليتعزى به اه فى تقرير الشارح قصور لا يجنى وقوله والمعرف عندنا لا يلام لما سبق حيث لم يبين فى الانشاد معنى التعريف قال المصنف (لقوله

عليه الصلاة والسلام فى الحريم ولا تحل لقطتها الا لمنشدها) أقوله بمعناه على الدوام والام تطهر فائدة التخصيص فيملكه

الثواب (فبملكه كفى ساورها) أي في سائر اللقطات (وناويل ماروي) من قوله عليه الصلاة والسلام لا تحل لقطتها الا لمشدها أي لا يحل التقاطها الا للتعريف فان قيل ما وجه تخصيص هذا المعنى بالحرم أجاب بقوله (والخصيص بالحرم) وبيانه ان مكة شرفها الله تعالى مكان الغرباء لان الناس يأتون اليها من كل فج عيق ثم يتفرقون بحيث ينسدر الرجوع اليها فالظاهر انها للغرباء لا يظن عودهم في سنة أو أكثر فينبغي ان يسقط التعريف لعدم الفائدة فالرسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك الوهم بقوله لا يحل رفع لقطتها الا للتعريف كما هو الحكم في غيرهما من البلاد وقوله (لهما) أي المالک والشافعي رحمهما الله حاصله أن الملتقط منازعة من وجه دون وجه فيمكن في (٣٥٧) في الحجة بذكر الوصف ولا يحتاج

الى اقامة البينة (ولنا ان اليد حق مقصود كالملك) بدليل وجوب الضمان في غصب المدير باعتبار ازالة اليد لانه غير قابل للنقل ما كاقوله (وهذا) أي هذا الحديث الامر فيه وهو قوله فادفعها (للاباحة) أي وجب حمله على الاباحة (لاجل العمل بالمشهور) وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر فانه لو لم يحتمل على الاباحة وحمل على الوجوب لزم التعارض المستلزم للترك ولقائل أن يقول الحمل على الاباحة عملا بالمشهور يستلزم عدم جواز الراجع أيضا لان 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 بخاز أن يدفعه على طريق يلتزمه الخصم

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

فبملكه كفى ساورها وناويل ماروي انه لا يحل الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه بل كان له للغرباء ظاهرا (واذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء) وقال مالك والشافعي رحمهما الله تعالى يجبر والعلامة مثل أن يسمى وزن الدراهم وعددها ووكاهها ووعاءها الهما ان صاحب اليد ينارعه في اليد ولا ينارعه في الملك) فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا تشترط اقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا ان اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق الابحجة وهو البينة اعتبارا بالمالك الا أنه يحل له الدفع عند اصابة العلامة لقوله عليه الصلاة والسلام فان جاء صاحبها وعرف عقاصها وعددها فادفعها اليه وهذا لا يباحة عملا بالمشهور كل على محمل وهو أولى لكن لا تعارض لانه معناه لا يحل الالتقاط الا لمن يعرف ولا يحل لنفسه وتخصيص مكة حينئذ لدفع وهم سقوط التعريف بها بسبب أن الظاهر ان ما وجدها من لقطتها فالظاهر أنه للغرباء وقد تفرقوا فلا يفيد التعريف فيسقط كما يسقط فيما يظهر باباحته فبين عليه الصلاة والسلام أنها كغيرها من البلاد وفي وجوب التعريف وقد ثبت في صحيح مسلم أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لقطتها الحاج قال ابن وهب يعني يتركها حتى يحج صاحبها ولا يعمل على هذا في هذا الزمان لغشوا السرقة بمكة من حوالى الكعبة فضلا عن التروك والاحكام اذا علم شرعيتها باعتبار شرط ثم علم ثبوت ضده متمسكاً بمفسدة بتقدير شرعيتها مع علم انتطاعها بخلاف العلم بشرعيتها السبب اذا علم انتفاؤه ولا مفسدة في البقاء فانه لا يلزم ذلك كلرمل والاضطباع في الطواف لاظهار الجلادة (قوله) واذا حضر رجل فادعى اللقطة 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 ووكاهها ويصعب في ذلك والحق ان قول الشافعي كقولنا والموجب للدفع مالك وأحمد واخترنا بقوله صلى الله عليه وسلم فيما أخرجه مسلم في حديث أبي بن كعب عرفها فان جاء أحد يخبرك بعددها ووكاهها وعاءها فاعطها اياها ولا فاستمع بها وأخرجها أيضا عن زيد بن خالد الجهني وفيه فان جاء صاحبها وعرف عقاصها وعددها فاعطها اياها ولا فاعطها اياها (فان صاحب اليد) وهو الملتقط (انما ينارعه في اليد لا في الملك) لانه لا يدعيه فكانت منازعته من وجه دون وجه فيشترط ما هو محتمل من وجه لا من كل وجه وفي الوصف المطابق ذلك فاكتفى به (ولا يشترط البينة لعدم منازعته) من الوجهين جميعا (ولنا أن اليد حق مقصود كالملك) حتى ان غاصب المدير يضمن قيمته ولم يفوت غير اليد فيكون مثله لا يستحق الا بالبينة غير أننا أبحنا له الدفع عند اصابة العلامة بالحديث الذي رووه بناء على أن الامر فيه لا يباحة جمعاً بينه وبين الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر ويأتي ان شاء الله تعالى في الدعوى والمدعي هنا صاحب اللقطة فعليه البينة ثم اذا دفعها بالعلامة فقط ياخذ منه

ولنا ان اليد حق مقصود) كالمالك بدليل أنه يجب الضمان في غصب المدير باعتبار ازالة اليد لما أن المدير غير (قال المصنف العلامة) أقول أي اعطاء العلامة على حذف المضاف (قوله لان 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 والاصح أنه على الخلاف على قول أبي حنيفة لا يأخذ الكفيل خلافا لصاحبه وفي الخلاف ههنا مع اثباته في فصل القضاء كلام متناقض من صاحب الهداية انتهى قال الشارح أكمل الدين هذا اذا دفع اللقطة بذكر العلامة أما اذا دفعها باقامة الحاضر البينة على انها له ففي أخذ الكفيل عنه روايتان والصحيح انه لا يأخذ كغيره انتهى فاندفع التناقض

وقوله (بخلاف التكفيل لو ارت غائب عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله وإنما ورد الضمير عليه وان لم يسبق له ذكر الشهرة حكم تلك المسئلة هذا إذا

دفع القطة بذكر العلامة أما إذا دفعها بأقامة الحاضر البيئته على انهما في أخذ التكفيل عنه روايتان والصحيح انه لا يأخذ كقبلا وقوله (لان المالك هنا 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 إذا دفع اليه بعد مصادقه وهلك في يده ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمن المودع ليس له ان يرجع على الوكيل بشئ وههنا للملتقط ان يرجع على القابض لان هناك في زعم المودع ان الوكيل عامل للمودع في قبضه له بأمره وأنه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه اياه ومن ظلم فليس له ان يظلم غيره وههنا في زعمه ان القابض عامل لنفسه وأنه ضامن بعد ما ثبت الملك لغيره بالبيئته فيمكن له أن يرجع عليه بما ضمن بهذا كذا في المبسوط

وهو قوله عليه الصلاة والسلام البيئته على المدعي الحديث وبأخذ منه كقبلا إذا كان يدفعه اليه استيفاؤها وهذا بخلاف لانه يأخذ التكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لو ارت غائب عنده وإذا صدق قيل لا يجبر على الدفع كولو قيل يقبض الوديعة اذا صدق وقيل يجبر لان المالك هنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهر ولا يتصدى باللقطة على غنى لان الأمور به هو التصديق لقوله عليه الصلاة والسلام فان لم يأت يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غنى فاشبهه الصدقة المفروضة

كقبلا استيفاؤها قال المصنف وهذا بخلاف لانه يأخذ التكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لو ارت غائب عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيما اذا قسمت التركة بين الغرماء أو الورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كقبيل عنده وعندهما يؤخذوا للفرق لا بي حنيفة ان حق الحاضر هنا غير ثابت فيمكن أن يكون المالك غيره فيجزي و يشاوي الاخذ فيحتمل بالوكفيل بخلاف الميراث فان حق الحاضر معلوم ثابت وكون غيره أيضا له حق امر موهوم فلا يجوز تأخير الحق الثابت الى زمان تحصيل الكفيل بحق موهوم وهذا يدل على ان دفع الملتقط لو كان بالبيئته لا يأخذ كقبلا وهو الصحيح وذ كرفي جامع فاضحان ان فيه روايتين والصحيح أنه لا يأخذ وأورد على المصنف انه في الخلاف في التكفيل في اللقطة وقال في فصل القضاء بالمواريث 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 أو لامعها فلا شك في جواز دفعه اليه لكن هل يجبر قيل يجبر كي لو أقام بيئته وقيل لا يجبر كولو قيل يقبض الوديعة اذا صدق المودع لا يجبره القاضي على دفعه اليه ودفع بالفرق (بأن المالك هنا غير ظاهر) أي المالك لا يأخذ هذه اللقطة التي صدق الملتقط مدعها غير ظاهري والمودع في مسئلة الوديعة مالك ظاهر وإنما أقر للحاضر بحق قبضها واقراره بحق قبض ملك الغير لا يلزمه اقباضه لانه اقراره على ملك غيره واذا دفع بالتصديق أو بالعلامة وجاء آخر أقام البيئته انه ان كانت قائمة في يد المدعي قضى له بها وهو ظاهر وان كان هالكا خبير 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 بتصديقه وفي رواية يرجع وهو الصحيح وجيء قول أحد أن الملتقط اعترف بانه مالكها وصاحب البيئته ظلمه بتضمينه فلا يظلمه هو وصار كالمودع اذا صدق الوكيل بالقبض ودفع اليه ثم حضر المودع وأنكر 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 بالبيئته فقد صار مكذبا شرعا بتكذيب القاضي فبطل اقراره وصار كأنه دفع بلا تصديق ثم ظهر الامر بخلافه وصار كقرار المشتري بالمالك للبايع اذا استخذه غير بيئته فقصى له به يرجع على البايع ومثله هذا يجري في اقراره بانه وكيل المودع والذي فرق به في المبسوط أن في زعم المودع أن الوكيل عامل لغيره وهو المودع في قبضه 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 الملك لغيره بالبيئته فكان له ان يرجع عليه بما ضمن انتهى (قوله) ولا يتصدق باللقطة على غنى لان الأمور به هو الصدقة لقوله صلى الله عليه وسلم فان لم يأت يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غنى فاشبهه الصدقة المفروضة) والحديث الذي ذكره هو ما رواه الزبيري في مسنده

قابل للنقل ملكا (قوله بخلاف التكفيل لو ارت غائب عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله وصورة ذلك ميراث قسم بين الغرماء أو بين الورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كقبيل عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يؤخذوا للفرق لا بي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر هنا ليس بثابت ولهذا كان له أن لا يدفع اليه المال لان الكلام في الدفع اليه بذكر العلامة وأما في مسئلة الوارث فحق الحاضر معلوم وحق الآخرو موهوم وعسى أن لا يكون فلا يجوز تأخير حق الحاضر الى وقت التكفيل لامر محتمل لامارة عليه هذا اذا دفع اللقطة بذكر عسى أن تكون العلامة وأما اذا دفع اللقطة بحكم أن الحاضر أقام البيئته على أنها له ففي أخذ التكفيل روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله والصحيح أنه لا يأخذ كقبلا (قوله وقيل يجبر لان المالك هنا غير ظاهر) فلما لم يكن

وقوله (وكان من الميسر)

أي الاغنياء جمع الميسور
 ضد المعسور وقوله (جلاله
 على رفقها) أي ليكون حاملا
 وباعثا على رفقها (وقوله
 لا يطلق النصوص) يريد
 به قوله تعالى ولا تأكلوا
 أموالكم بينكم بالباطل
 الخ وقوله تعالى ولا تعدوا
 وقوله فن اعتدى عليكم
 (قوله والاباحة للفقير لما
 روينا) يريد به قوله عليه
 الصلاة والسلام فليصدق
 به (قوله والغنى محمول على
 الاخذ) جواب عن قوله ولانه
 انما يباح للفقير جلالة على
 رفقها (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
 باذنه) أقول قال الاتقاني
 أي الانتفاع بالقطعة بعد
 المدة جائز عند الغنى باذن
 الامام على وجه يكون قرضا
 لو وقوعه 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
 يجوز أن ينتفع بها الغنى لما
 أذن رسول الله صلى الله
 عليه وسلم لابي بن كعب
 رضى الله عنه به اذ هو
 مبعوث لبيان الشرائع ولا

(وان كان الملتقط غنيا لم يجز له أن ينتفع بها) وقال الشافعي يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبي
 رضى الله عنه فان جاء صاحبها فادفعها اليه والافان تقع بها او كان من الميسر ولانه انما يباح للفقير جلالة على
 رفقها صيانة لها والغنى يشار به ولنا أنه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا بطلاق النصوص والاباحة
 للفقير لما روينا أو بالاجماع فيبقى ما وراءه على الاصل والغنى محمول على الاخذ لا جمل اقتضاه في مدة
 التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع أبي رضى الله عنه كان باذن الامام وهو جائز
 باذنه (وان كان الملتقط فقيرا فلا بأس بان ينتفع بها)

والدارقطنى عن يوسف بن خالد السبتي حدثنا يزيد بن سعد عن سمي عن أبي صالح عن أبي هريرة رضى الله عنه
 أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحمل اللقطة فن التقط شيئا فليعرفه سنة فان جاء صاحبه
 فليؤده اليه وان لم يأت فليصدق به فان جاء فليخبره بين الاخر وبين الذي له وفيه يوسف بن خالد السبتي وليس
 للملته قط اذا كان غنيا أن يملكها بطريق القرض باذن الامام وان كان فقيرا فله أن يصرها الى نفسه
 صدقة لا قرضا فيكون فيه للمالك أحر الصدقة تحققة للنظر من الجانبين جانب المالك بحصول الثواب له
 وجانب الملتقط كولو كان الفقير غير الملتقط ولهذا جاز ذمها الى فقير غير الملتقط وان كان بالملته قط أو ابنه أو
 زوجته (وان كان الملتقط غنيا لما ذكرنا) من تحقيق النظر من الجانبين وقال الشافعي له أن يملكها
 وان كان غنيا بطريق القرض غير معتقرا الى اذن الامام (لقوله صلى الله عليه وسلم فان جاء صاحبها فادفعها
 اليه والافان استمع بها) قالوا (وأبي كان من الميسر) بدليل ما في بعض رواياته أنه صلى الله عليه وسلم قال
 والافهى كسبيل مالك فقد جعل له مالا قلنا هذه الرواية ليس فيها ان الخطاب لابي فانها كفى مسلم عن
 أبي بن كعب رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في اللقطة تعرفه سنة فان جاء أحد الى أن
 قال فهى 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 تألو البر حتى تنفقوا مما تحبون وان أحب أموالى الى يبرء فأتى رسول الله فقال اجعلها في
 فقراء قرابتك فجعلها أبو طلحة في أبي وحسان وهذا صريح في أن أبا كان فقيرا لكنه يحتمل أنه أيسر بعد
 ذلك الآن قضايا الاحوال اذا تطرق اليها الاحتمال سقط بها الاستدلال وأما ما في حديث زيد بن خالد
 جاهر جمل يسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف الى أن قال والافانك بها وفي رواية فهى
 لك فهو أيضا من قضايا الاحوال المتطرق اليها الاحتمال اذ يجوز كون السائل فقيرا ولو سلم أن الخطاب
 لابي لا يخرج عن قضايا الاحوال ذات الاحتمال اذ المال لا يلزم كونه نصابا كونه خاليا عن الدين لو كان

ظاهر جاز أن يكون المالك هو الذى حضر فلما أقر الملتقط بانه هو المالك كان اقراره ملزما به 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 وهو أنه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه اياه ومن ظلم فليس له أن يظلم غيره وههنا
 في زعمه أن القابض عامل لنفسه وأنه ضامن بعدما ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له أن يرجع عليه بما ضمنه
 كذا في المبسوط (قوله جلالة على رفقها) أي ليكون حاملا وباعثا على رفقها (قوله لا يطلق النصوص) لقوله
 تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وقوله ولا تعدوا وقوله
 فن 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 وخالطها بما له ويحتمل أن ماله دون
 النصاب ويحتمل أن ذلك المال كان لحربى لأمان له وذلك لان دار الاسلام يومئذ لم يكن فيها منعة وقد

جواب عن ذلك فيما ذكره ولا معنى لانتفاء اجازة عليه الصلاة والسلام على اجتهاد آحاد الامنة فبما لم

لمأفيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره (وكذا اذا كان الفقير أباه وأبنته أو زوجته وان كان هو غنيا) لماذا كرنا والله أعلم
* (كتاب الاباق) *

نصابا جاز كونه أقل من نصاب وكونه مديونا قالوا لو كانت القطعة لا تحل للملتقط الا بطريق الصدقة
فمتنع اذا كان غنيا لما أكلمها على رضى الله عنه وهو لا تحل له الصدقة وقد أمره صلى الله عليه وسلم بما كلفها فيما
أخرج أبو داود عن سهل بن سعد أن علي بن أبي طالب دخل على فاطمة وتحسن وحسين بيكيتان فقال ما بيكيتكما
قالت الجوع فخرج علي رضى الله عنه فوجد دينارها بالسوق فجاء فاطمة فآخبرها فقالت اذهب الى فلان
اليهودى فخذ لنا دقيما فجاء اليهودى فقال اليهودى أنت ختن هذا الذى يزعم أنه رسول الله قال نعم قال فخذ
دينارك والدقيق لك فخرج علي فآخبر فاطمة فقالت اذهب الى فلان الجزار وتخذ لنا بدرهم لما ذهب فرفهن
الدينار بدرهم بلحم فجمعت وخبزت وأرسلت الى أبيها فجاء فقالت يا رسول الله أذكر لك فان رأيتهم جلالنا
أكلناه من شأنه كذا وكذا فقال كوا يا ميم الله فاكوا فبينما هم مكلمهم اذا غلام ينشد الله والاسلام الدينار
فامر النبي صلى الله عليه وسلم به فدعى فسأله فقال سقط منى في السوق فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا علي
اذهب الى الجزار فقل له ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لك ارسل الى بالدينار ودرهمك على فارس به
فدفعه صلى الله عليه وسلم الى الغلام فلما هذا الحديث تكلم فيه باعتبار تضمينه اتفاقه قبل التعريف فدل على
ضعفه وقول المنذرى ولعل تاويله أن التعريف ليس له صيغة يعتد بها فراجعته لرسول الله صلى الله عليه وسلم
على ملأ من اطلق اعلان به وهذا يؤيد الاكتفاء في التعريف بمرغبه يظهر فانه لم يذكر له ذلك الا بعد ان
اشترى واخبز واوأحضر وه صلى الله عليه وسلم على الاكل نعم يجب الحكم بان عليا عرفه قبل أن يأتيه فاطمة
وان لم يذكر وقدرناه عبد الرزاق واسحق بن زاهويه والبخاري وأبو يعلى الموصلى وفيه أنه أتى به النبي صلى الله
عليه وسلم فقال عرفه ثلاثة أيام فعرفه فلما يجد من يعرفه فراجع فآخبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال شأنك به
وفيه دليل مختار شمس الأئمة من أن التقدير بحول وغيره ليس بلازم بل الى أن تسكن نفسه الى أن طالبه قطع
نظره عنه وفي سننه أبو بكر بن عبد الله قال البخاري على الظن هو عندي أبو بكر بن عبد الله بن أبي سبرة وهو لين
الحديث وقال عبد الحق هو متروك والحق أن الحديث ضعيف من جهة الرواية ومن جهة الاضطراب لان ما في
الرواية الاولى من انهم انما علموه بعد أن اشترى واوأحضر مهيلا لا كل يناقض ما في الثانية من أنه أعلمه فامره
بتعريفه ثم أمره باخذه وفي الاولى أنه دفع عينه للمنشد وفي الثانية أنه جعله ديناعله وقال اذا جاءنا أبناء
البيك وغير ذلك والاضطراب موجب للضعف ثم لو سلمنا محيية كان الثابت به أن استقرضه باذن الامام جازر
وليس هذا محل النزاع كما تقدم فلم يثبت بعد جواز اقتراض الملتقط الغنى فلو سلمنا ضعف حديث أبي هريرة في
الصدقة بناء على تضعيف السهتي كفانا جواز التصديق بالاجماع ثم هو يثبت أن الملتقط الغنى فيها حكم آخر
ونحن نطالبه في اثباته بالدليل ولم يتم له عليه دليل فيبقى على الانتفاء

* (كتاب الاباق) *

كل من الاباق واللقيط والقطعة تحقق فيه عرضة الزوال والتلف الا أن التعرض له بفعل فاعل مختار في الاباق
فكان الا نسب تعقيب الجهاد به بخلاف اللقطة واللقيط وكذا الاولى فيه وفي اللقطة الترجمة بالباب لا بالكتاب
عرفها ثلاث سنين فكان الظاهر أنها لو كانت لمسلم لظهر فلما لم يظهر علم أنها كانت لكافر وقد سبقت
اليه يده فجعله أحق به لهذا والله أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله فانه رزق ساقه الله اليك ولكن مع
هذا أمره بان يعرف (قوله من تحقيق النظر من الجانبين) وهو نظر الثواب للمالك ونظر الانتفاع للملتقط
لماذا كرنا أى من تحقيق النظر من الجانبين والله تعالى أعلم بالصواب
* (كتاب الاباق) *

فيه وقوله (لمأفيه من تحقيق
النظر من الجانبين) يعنى
نظر الثواب للمالك ونظر
الانتفاع للملتقط وقوله
(لماذا كرنا) اشارة الى قوله
لمأفيه من تحقيق النظر من
الجانبين والله أعلم
* (كتاب الاباق) *

قال صاحب النهاية ترجمه الله
هذه الكتب أعنى اللقيط
والقطعة والاباق والمفقود
كتب يجانس بعضها بعضا
من حيث ان فى كل منها
عرضة الزوال والهالك
والاباق هو الهرب والاباق
هو الهارب من مال كة قصدا

* (كتاب الاباق) *

(الآبق أخذته أفضل في حق من يقوى عليه) لما فيه 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 اذا رفع الآبق اليه يجسبه ولورفع الضال لا يجسبه لانه لا يؤمن على الآبق الاباق 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 الا بالشرط وهو قول

(والآبق أخذته أفضل في حق من يقوى) أي يقدر (عليه) لما فيه من احبائه) اذا الآبق هالك في حق المولى فيكون الرد احبائه (وأما الضال) هو الذي لم يهتد 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 يجسبه) ظاهر وقوله (وانما ان الصحابة رضى الله عنهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل

والاباق في اللغة الهرب آبق يابق كضرب يضرب والهرب لا يتحقق الا بالقصد فلا حاجة الى ما قيل هو الهرب قصد انعم لو قيل الانصراف ونحوه عن المالك كان قيد القصد مفيدا والضال ليس فيه قصد التغيب بل هو المنقطع عن مولاه لجهله بالطريق اليه (قوله الآبق أخذته 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 يأخذ مع قدرة تامة عليه فيجب أخذه والافلاو واختلف في أخذ الضال قبل أخذه أفضل لما فيه 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 فواقع بل نجد الضال يدورون متهربين ثم لاشك في أن محل هذا الخلاف اذا لم يعلم واجد الضال مولاه ولا مكانه أما اذا علم فلا ينبغي أن يختلف في افضلية أخذه وورده (قوله ثم أخذ الآبق يأتي به الى السلطان) أو القاضي فيجسبه منعاه عن الاباق لانه لا يستطيع حفظه عن اياقه من الاخذ 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 الابل وغيرها واذا حبس الامام الآبق فجاء رجل وادعاه وأقام بينة أنه عبده يستحلفه بالله أنه باق الى الآن في ملكك لم يخرج يبيع ولا هبته 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 الخطا ونظر المن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشر أو موهوب له ثم اذا دفعه اليه عن بينة في أولوية أخذ الكفيل وتر كمر وايتان وكيدفعه بالبينه يدفعه باقرار العبد أنه له ويأخذ من المدفوع اليه هنا كقبيلار واية 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 يجزى للعبد طال ببوطالت مدته باعه القاضي وأمسك ثمنه بعد أخذ ما تنفق بيت المال منه فاذا جاء مالكا وأقام بينة وهو قائم في يد المشتري لا يأخذه ولا ينتقض ببيع القاضي لانه كحكمه بخلاف الضال اذا طالت مدته فانه يؤجره وينفق عليه من أجرته لانه لا يخشى اباقة فلا يبيعه أما الآبق فيخشى ذلك منه فذلك يبيعه ولا يؤجره وينبغي أن يقدر الطول بثلاثة أيام كما تقدم في الضالة الملتقطة لان دارة النفقة مستأصلة ولا نظير 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 الا بالشرط) بان يقول من رد على عبدي فله كذا كما

الآبق هو المملوك الذي فر من صاحبه فتردا وعنادا والضال هو الذي ضل الطريق الى منزله (قوله لما فيه 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 مادونها) فقال بعضهم دينار أو اثنا عشر درهما وقال علي رضي الله تعالى عنه دينار أو عشرة دراهم وقال عمار رضي الله تعالى عنه ان أخذه في المصر فله عشرة دراهم وان أخذه خارجا من المصر

وقال علي رضي الله عنه في جعل الآبق ديناراً وعشرة دراهم وقال ابن مسعود رضي الله عنه أربعين 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 توفيقاً وتلفيقاً) أي جمعاً بين الروايات المتعارضة فإن قيل كان الواجب أن يؤخذ بالقل المقادير لثبته أوجب به لم يؤخذ بالقل لأن التوفيق بين آقأو يلهم يمكن بأن يحمل قول من أفتى بالقل على ما أوردته مسيرة السفر وقول من أفتى بالأكثر على ما أوردته 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 جمعاً 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 مبتداً وقوله بالسمع خبره قال المصنف (ولاسمع بالضال فامتنع) أقول لا يقال هذا ليدل على امتناع إيجاب الأصل بل على امتناع التقدير فليكن الرأي إلى السلطان لا نأقول هذا جواب عن قياس الشافعي وما ذكرته يندفع بقوله ولأن الحاجة الخ فتأمل

الشافعي رحمه الله تعالى لأنه متبرع بمنافعه فاشبهه العبد الضال ولأنان الصباية رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل الآن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب مادونها فأوجبنا الأربعين في مسيرة السفر ومادونها فيما دونه توفيقاً وتلفيقاً بينهما ولأن إيجاب الجعل أصله حاصل على الراد إذا الحسبة نادرة فتحصل صيانة أموال الناس والتقدير بالسمع ولاسمع في الضال فامتنع ولأن الحاجة إلى صيانة الضال دونها إذا رديح بمضالته أو عبداً في الأوجه القياس أن الراد تبرع بمنافعه في رده ولو تبرع بعين من أعيان ماله لا يستوجب شيئاً فكذا هذا وقولنا قول مالك وأحمد 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 الفتوى 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 قاعداً عند عبد الله بن مسعود فلما أزعج رجل فقال إن فلان أقدم بإباق من القيوم فقال القوم لقد أصاب أجزأ قال عبد الله وجعل ان شاء الله من كل رأس أربعين وروى أبو يوسف هذا الحديث عن سعيد نفسه أيضاً وروى عبد الرزاق في مصنفه قال أخبرنا سفيان الثوري عن أبي رباح عبد الله بن رباح عن أبي عمر والشيباني قال أصبت غلاماً ابناً فأبانا العين فذكرت ذلك لابن مسعود فقال الأجر والغنية قلت هذا الأجر في الغنية قال أربعين درهما من كل رأس وروى ابن أبي شيبة حدثنا محمد بن يزيد عن أيوب بن أبي العلاء عن قتادة وأبي هاشم أن عمر رضي الله عنه قضى في جعل الآبق أربعين درهما وروى أيضاً عن وكيع حدثنا سفيان بن أبي اسحق قال أعطيت الجعل في زمن معاوية أربعين درهما وروى أيضاً عن يزيد بن هرون عن حجاج بن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب أن عمر رضي الله عنه جعل في جعل الآبق ديناراً أو اثني عشر درهما وروى أيضاً عن يزيد بن هرون عن حجاج بن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب أن عمر رضي الله عنه جعل في جعل الآبق ديناراً أو اثني عشر درهما أو أخرج هو وعبد الرزاق عن عمرو بن دينار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في العبد الآبق يوجد في خارج الحرم بديناراً وعشرة دراهم وهذا حديث مرفوع مرسل والمفهوم من خارج الحرم في المتبادر القرب لا قدر مسيرة سفر عنه وعن هذا روى عمار أن أخذه في المصر فله عشرة وان أخذه خارج المصر فله أربعين اعتبر الحرم كما كان الواحد وقول المصنف (الآن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب مادونها) يريد المراد روى عن عمرو بن شعيب في الرواية عن عمر أيضاً أن الجعل أربعين وسنده أحسن من الأخرى والرواية عن علي مضعفة بالحديث المذكور فكانت رواية ابن مسعود أقوى الكل فرجحناها وكذا قال البيهقي في سننه هو أمثل ما في الباب وإنما يؤخذ بالقل إذا سوي الأكثر في القوة وقيل إنما يؤخذ به إذا لم يمكن التوفيق بين الآقأو بل وهنأ يمكن إذ تحمل روايات الأربعين على رده من مسيرة السفر وروايات الأقل على مادونها يحمل قول عمار خارج المصر على مدة السفر (والتلفيق) الضم لفتى الثوب الفقه إذا ضمنت شقة إلى شقة ولأن نصب المقادير لا يعرف إلا سماعاً فكان للموقوف على الصحابة حكم المرفوع وأصحها حديث ابن مسعود فهو بعد كونه مثبتاً لزيادة زيادة العدل مقبولة راجح ولا يخفى ما في هذا (ولأن إيجاب أصل الجعل حاصل على الراد إذا الحسبة) وهو رده احتساباً عند الله تعالى مع ما فيه من زيادة التعب والنصب نادرة فشرع للمصلحة الرجعة إلى العباد من صيانة أموالهم عليهم (وتقدير الجعل) إنما يدرى (بالسمع ولاسمع في الضال فامتنع) الحاقه به قياساً ودلالة أيضاً لأن الحاجة إلى صيانة الضال في رده

فله أربعين درهما وقال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه حين قدم رجل بإباق من القوم فقال القوم لقد أصاب أجزأ وجعل ان شاء من كل رأس أربعين درهما فأخذنا بإجماعهم في إيجاب أصل الجعل وكفي بإجماعهم حجة وبرحمتنا 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 بالقل المتبعين بالأكثر المشكوك قلنا إنما يؤخذ بالقل لأن التوفيق بين آقأو يلهم

إلى امتناع التقدير فليكن الرأي إلى السلطان

الى صيانة الا ببق لانه لا يتوارى والا ببق يختفي ويقدر الرضخ في الرد عمادون السفر باصطلاحهما أو يعوض الى رأى القاضى وقيل تقسم الاربعون على الايام الثلاثة اذ هي أقل مدة السفر قال (وان كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له بقيمته الا درهمها) قال رضى الله عنه وهذا قول محمد وقال أبو يوسف رحمهما الله أربعون درهما لأن التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الأقل لانه حطامه ولمحمد أن المقصود حمل الغير على الرد ليصالح المالك فينقص درهم

دونها في رد الا ببق لما في رده من زيادة التحفظ في حفظه والاحتياط في مراعاته كى لا يابق ثانيا مما ليس في رد الضال منه شيء ولو كان الا ببق لرجلين فصاعدا فالجعل على قدر النصب فلو كان البعض غائبا فليس للحاضر أن يأخذ حتى يعطى تمام الجعل ولا يكون متبرعا بنصيب الغائب فيرجع عليه لانه مضطر فيما يعطيه لانه لا يصل الى نصيبه الا به هذا كله اذا رده بلا استعانة فلوان رجلا قال لاخران عبدى قد ابق فاذا وجدته خذته فوجده فرده ليس له شيء لان مالكمه استعانت به ووعده الاعانة والمعين لا يستحق شيئا وقوله (وما دونه فيما دونه) أى أو جينا مادون الاربعين فيما دون السفر وذلك لان الماعرفنا لا يجب الجعل بكل من نقل عنه مقدار وذلك هو الواجب فاذا جئنا بعضه على مادون السفر كان ذلك حكما بالاجاب فيما دون السفر لانه ما ذكر ذلك الاعلى انه واجب (قوله ويقدر الرضخ في الرد عمادون السفر باصطلاحهما) أى المالك والراد أو يعوض الى رأى القاضى يقدره على حسب ما يراه قالوا وهذا هو الاشبه بالاعتبار وقال بعض المشايخ (تقسم الاربعون على الايام الثلاثة) لكل يوم ثلاثة عشر وثالث (قوله وان كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له بقيمته الا درهمها) قال المصنف (وهذا قول محمد) وهو قول أبي يوسف الاول كما قال أبو يوسف آخر (له أربعون) وان كانت قيمته درهمما واحدا ولم يذكر قول أبي حنيفة في عامة كتب الفقهاء وذلك في شرح الطحاوى مع محمد وجه أبي يوسف (أن التقدير بها ثابت بالنص) أى قول ابن مسعود وهو وجب اتباعهما والمراد بالنص اجماع الصحابة بناء على عدم مخالفة من سواهما لوجوب حمل قول من نقص منها على ما نقص من السفر فلا ينتقص عنها (ولمحمد ان المقصود) من اجاب الجعل (حمل الغير على الرد ليصالح المالك فينقص) منه (درهم

اللاحق دلالة لانها تفتى التساوى بين الاصل والمحقق وليس بوجود وقوله (ويقدر الرضخ) تفصيل لقوله وان رده لا قبل من ذلك فحسبه فان عملوا بالقسمة كان لكل يوم ثلاثة عشر درهما وثالث درهم قيل والاشبه التقويض الى رأى الامام

قال المصنف الى صيانة الا ببق أقول قوله الى فى قوله الى صيانة الا ببق الخ متعلق بالضهير في دونها لكونها عبارة عن الحاجة

يمكن بان يحمل قول من أبقى بالا كثر على ما اذا رده من مسيرة السفر ولان نصب المقادير بالأي لا يكون فلا طريق لما ثبت عنهم في القسوى 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 ابق فاخذ السلطان لنفسه فجاه رجل وأقام البيعة أنه عبده فانه يستخلفه 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 يستخلفه وليس ههنا خصم يدعى ذلك قلنا يستخلفه صيانة لقضاء نفسه والقاضى مأمور بان يصون قضاءه عن أسباب الخطأ بحسب الامكان أو يستخلفه نظرا لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشترا أو وهو ب له فاذا حلف دفعه اليه وفى أخذ الكفيل منار وايتان وهو الاصح وان لم يكن للمدعى بينة ولو كان أقر العبد أنه عبده فانه يدفعه اليه ويأخذ منه كفيلا أما الدفع اليه فلان العبد فى يد نفسه وقد أقر أنه مملوك ولو ادعى أنه حر كان قوله مقبولا فكذلك اذا أقر أنه مملوك له وأما أخذ الكفيل فلان الدفع اليه بما ليس بحجة على القاضى فلا يلزمه ذلك بدون التكفيل بخلاف الاول فان الدفع هناك بحجة ثابتة عند القاضى كذا فى المبسوط واذا كان الا ببق بين رجلين فالجعل على ما على قدر انصابتها فان كان أحدهما موليا بين حاضر أو الآخر غائبا فليس للحاضر أن يأخذ حتى يعطيه الجعل كله واذا أعطاه لم يكن متبرعا واذا قال الرجل لغيره ان عبدى قد ابق فان وجدته خذته فقال المأمور نعم ثم قال ان المأمور وجده على مسيرة ثلاثة أيام فاخذته ورده على المولى فلا جعل له لان المولى قد استعان منه فى رد الا ببق وقد وعد الاعانة والمعين لا يستحق شيئا (قوله وهذا لا يجوز الصلح على الزيادة) أى لا يجوز الصلح مع الراد على الزيادة على أربعين لانه يتضمن بطلان التقدير بالثابت شرعا ولا

قوله (وأما الولد والمدبر في هذا) أي في وجوب الجعل (بمغزلة القن) لانهما مملوكان للمولى وهو يستكسبهما بمغزلة القن وتعليل المصنف رحمه الله بقوله (لمنافيه من احياء ملكه) أولى من تعليل غيره بقوله لمنافيه من احياء المالك لان أم الولد لا مال له فيها عند أبي حنيفة رحمه الله وقوله (لانهما يعتقان بالموت) باطلا لظاهر في أم الولد في حق المدبر الذي لا سعاية عليه وأما الذي عليه السعاية بان لم يكن للمولى مال سواء فكذلك لا يستوجب الجعل على الورثة لان المستسعى كالمكاتب عنده وحرمدون 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 لكن استحسن فقيل إذا وجد عبد أبيه وليس في عياله فلا جعل له لان رداً لا يقى على أبيه من جملة الخدمة وخدمة الأب مستحقة عليه فلا جعل له على ذلك وأما إذا وجد الأب عبد ابنه وليس في عياله فله الجعل لان خدمة الابن غير مستحقة على الاب

ليسلم له شيء تحقيقاً للقاعدة وأم الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن إذا كان الردي حياً للمولى لمنافيه من احياء ملكه ولو رد بعد ممانته لا جعل فيه لانها 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 ايجاب الجعل وتعيين الدرهم لان مادونه كسور (وأما الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن إذا كان الردي حياً للمولى لمنافيه من احياء ملكه) وبه تحيما لبيته اما باعتبار الرقبة كقبي المدبر أو باعتبار الكسب كقبي أم الولد عنده لانها مال له فيها عنده لكنه أحق باكسابها (ولو رده بعد ممانته لا جعل له فيها لانها يعتقان بالموت) فيقع رد حراً لمملوك على مالكه وهذا في أم الولد ظاهر وكذا المدبر ان كان يخرج من الثلث لانه يعق حيث ذاب الموت اتفاقاً وان لم يخرج من الثلث فكذلك عندهما وعند أبي حنيفة يصير كالمكاتب لانه يسعي في قيمته ليعتق ولا جعل في رد المكاتب لان المولى لا يستفيد برده مملوكا بل استفاد بدل الكتابة فكان رد غير ماله وبرد غير ماله 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 والى 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 ووجهه 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 وجهه وان تقي من وجهه فلا يجب بالشك وهذا يعيد 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 من أنه تبرعاً في العرف لانه ينتفع به والثابت عرفاً كالثابت نصاً وان كان زوجة فلا يجب لهذا ولان الردي بجهة الخدمة بمنعها منه لانها لا تستحق بدل الخدمة على الزوج كالمكاتب والواستحسان 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 الابن في عياله فكان التبرع منهم ثابتاً عرفاً وهو كالثابت نصاً

كذلك الصلح على الاقل لان له أن لا ياخذ شيئاً أصلاً فله أن يحط والجواب لمحمد رحمه الله أن المطلق قد يتقيد بدلالة الغرض كالأذن فانه شرع جهرامع أن الاصل في الاذ كالأخفاء فيتعقد النص بما إذا كانت قيمته أكثر من أربعين (قوله تحقيقاً للقاعدة) والجواب عنه أن القاعدة تجعل بالاكتساب لان كسبه يزيد على قيمته ظاهر ولهذا قلنا بوجوب الجعل في أم الولد (قوله وأم الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن) لانهما مملوكان للمولى وهو يستكسبهما بمغزلة القن فان قيل الجعل يجب باحياء المالك ولا مال له في أم الولد خصوصاً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه قلنا المالك أحق بكسبها ولها ماليتها باعتبار كسبها وقد احياء الراد بالرد فيستوجب الجعل عليه فان مات المولى قبل أن يصل اليه فلا جعل له لانها معتقاً بموته وراداً لانه لا يستوجب الجعل وهذا ظاهر في أم الولد وكذا في المدبر اذا خرج من الثلث وان لم يخرج فكذلك عندهما لانه حرمدون وعنده يصير كالمكاتب ولا جعل لراد المكاتب لانه أحق بكسبه فلا يكون راداً بحيا المالك 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 إذا كان في عيال مالك العبد أي في نفقته وتربيته لا جعل له سواء كان ذلك الراد أباً للمالك أو ابنه وأما إذا لم يكن في عياله فعلى التفصيل ان كان الراد ابن المالك فلا جعل له أيضاً وان كان أباه فله الجعل وقد كره في المبسوط جواب القياس بان الراد الذي هو ذور رحم محرم من المالك يستحق الجعل في جميع ذلك إذا لم يكن في عياله ثم قال وليكنه استحسن فقال اذا وجد عند أبيه وهو

لان

وقوله (فلا يتناولهم اطلاق الكتاب) أي القدوري وهو قوله ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام قال (وان آبق من الذميرده) أي اذا آبق الآبق من الذي أخذته ليرده (فلا تثنى عليه) أي لا ضمان عليه لأنه أمانة في يده (لكن هذا إذا شهد) عند الأخذ وقد ذكرناه في اللقطة (ان الأخذ على هذا الوجه ما دون فيه شرعا قال المصنف رحمه الله (وذكر في بعض (٣٦٥) النسخ) أي نسخ مختصر القدوري (لا تثنى

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

تختلف ما إذا لم يكو في عماله لان التبرع حينئذ لم يوجد نصوصا لعرفه (قوله وان آبق من الذي رده فلا تثنى عليه) أي لا ضمان على الراد وفي بعض نسخ القدوري لا تثنى له أي لا جعل للراد وكل منهما صحيح (وكذا اذا مات عنده) الآن نفي الجعل يصح بلا شرط لان الجعل كالثمن والراد كالبائع للمالك لأنه باقاه كالمالك من حيث فوات جميع الانتفاعات وبالرد كانه استفادته لكنه من جهته فصار كالبائع ولذا كان له حبسه لاستيفاء الجعل والمائع اذا هلك في يده أو آبق وهو عبد سقط الثمن فكذا يسقط الجعل وانتفاء الضمان بشرطه أن يكون أشهد على قول أبي حنيفة ومحمد لأنه 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 آبقا فلما 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 منكر وكذا لا يجب الجعل اذا جاء به وأنكر المولى باقاه إلا أن يشهد بشهودائه آبق من مولاه أو يشهدوا على اقرار المولى باقاه (قوله ولو أعتقه المولى كما لقبه) أي رآه قبل قبضه (يصير بالاعتناق 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 يبيع مالم يقبض بخار) وأورد أن الشبهة مطقة بالحقيقة في الحرمان أجاب بان هذه شبهة

في عماله أو ليس في عماله فلا جعل له لان رد الآبق على أبيه من جملة خدمته وخدمة الاب مسقطه على الابن فاما اذا وجد الاب عبدا بنه فان كان في عماله ابنة فلا جعل له لان آبق الرجل انما يطلبه من في عماله ولهذا ينفق عليهم فلا يستوي جميع ذلك جعل آخر وان لم يكن الاب في عماله فله الجعل لان خدمة الابن غير مسقطه على الاب (قوله يتبرعون بالرد عادة) فان قيل طلبهم الجعل دليل على أنهم لم يتبرعوا قلنا من الجائز أنهم تبرعوا في الردم بدمو البعض فعلى هذا الوجه لا يجب فلا يجب بالشك والاحتمال (قوله فلا يتناولهم اطلاق الكتاب) يعني قوله ومن رد الآبق على مولاه (قوله هذا إذا شهد) وان ادعى أنه أخذ لرد ولكن تولد الشهادة مع الامكان فهو على الخلاف المذكور في اللقطة هذا اذا علم أنه كان آبقا وان أنكر المولى أن يكون العبد آبقا فالقول قوله لان السبب الموجب للضمان قد ظهر من الأخذ وهو ادعى الاذن من المالك في أخذه وأنكر المالك وعلى هذا لو رده فأنكر المولى أن يكون عبده آبقا فلا جعل له إلا أن يشهد بالشهود بانه آبق من مولاه وأن مولاه آبق باقاه حينئذ يجب له الجعل كذا في المبسوط (قوله في بعض النسخ) أي في نسخ المختصر للقدوري رحمه الله تعالى ولو أعتقه المولى كما لقبه 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 والردوان كان له حكم البيع لكنه يبيع من وجه) جواب لسؤال يرد بناء على قوله لأنه في معنى البائع من المالك فكان ينبغي

له) أي لا جعل للراد اذا آبق الآبق منه (وهو صحيح أيضا لأنه) أي الراد (في معنى البائع من المالك) لان عامة منافع العبد زالت بالآباق وانما يستفيدها 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 تثنى عليه لما قلنا) انه أمانة عنده (ولو أعتقه المولى) أي أعتقه قبل أن يقبضه (وقت لقائه صار قابضا بالاعتناق) فيجب عليه الجعل وأشار بقوله بالاعتناق الى انه لو بدر مكان الاعتناق لم يصير قابضا والفرق بينهما ان الاعتناق اتلاف للمالية فيصير به قابضا كالمعتق 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 يبدله فلا يكون لها حكم القبض وقوله والرد وان كان له حكم البيع

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 ذلك في وجه من يبيع مالم يقبض وتقرر الجواب ان النهي عن ذلك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والرد ليس ببيع كامل بل هو يبيع من وجه من حيث إعادة ملك التصرف اليه فقط لان ملك الرقبة لا يزول عن المولى بالآباق فلا يكون داخل تحت النهي فيكون جائزا

وقوله (وينبغي اذا اخذته ان يشهدانه اخذته ليرده) ظاهر وقوله (فان كان الآبق رهنا) سيأتي الكلام فيه في الرهن ان شاء الله تعالى وقوله (والجعل بمقابلة احياء المالمية) فيه نظر (٣٦٦) لانه يلزمه اذ ارد أم الولد ومائة احياء المالمية عند أبي حنيفة وأوجب بانه لا مالمية فيها

قال (وينبغي اذا اخذته ان يشهدانه باخذه ليرده) فالاشهاد حتم فيه عليه على قول أبي حنيفة ومحمد حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لاجل له عندهم لان ترك الاشهاد اماره انه اخذته لنفسه وصار كما اذا اشترى من الآخذ وأتم به أو ورثه فرده على مولاه لاجل له لانه رده لنفسه الا اذا شهد انه اشترى ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في أداء الثمن (وان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن) لانه أحياء مالمية بالرذوى حقه اذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة 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 حقه بالقدر المضمون فصار كمن الدواء وتخليصه عن الجنابة بالفداء وان كان مديونا

باعتبار الرقبة ولها مالمية باعتبار كسبها لانه أحق بكسبها وقد أحياء الراد ذلك برده (قوله وان كان مديونا) أي العبد الآبق اذا كان مديونا بأن كان ما ذوناله فلققه الدين في التجارة أو استهلك مال الغير وأقر به مولاه (قوله كالوقوف) يعني بين أن يستقر على المولى متى اختار قضاء الدين وبين أن يصير للغرماء متى اختار البيع وما توقف الملك في العبد نوقف مائة الملك وهو الجعل (قوله وان كان) أي الآبق (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 المثلثه 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 للواهب ما حصلت بالرد) أي برد الآبق (بل يترك 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

الشبهة ولا عبرتها وهذا لانه لو شرط رضا المالك كان الثابت الشبهة لانه ملكه حقيقة فجع عدم الرضا الثابت شبهة الشبهة (قوله وينبغي اذا اخذته ان يشهدانه باخذه ليرده) قال المصنف (فالاشهاد حتم فيه) أي في أخذ الآبق (عليه) أي على الآخذ (على قول أبي حنيفة ومحمد) وتفسير بعضهم حتم بانه واجب تساهل والاي لم يتركه استحقاق العقاب ونقطع بانه اذا اخذته بقصد الرد الى المالك واقف انه لم يشهد لانه عليه وانما الاشهاد شرط عندهما خلافا لابي يوسف لاستحقاق الجعل واستقوط الضمان أن مات عنده أو آبق لان ترك الاشهاد اماره انه اخذته لنفسه فصار كولو اشترى (الراد من الآخذ وأتم به) منه (فرده على مولاه لاجل له لانه رده لنفسه) لانه بالشراء أو الاتهاب فاصد لملكه ظاهر فيكون غاصبا في حق سيده فرد لاستقاط الضمان عن نفسه وهذا معنى قوله رده لنفسه وكذا الوأوصى له به أو ورثته في كل ذلك يكون قابض لنفسه فيضمنه فاذا رده لاجل له لانه لنفسه لانه يسقط الضمان عن نفسه الا أن يشهد عند الشراء من الآخذ انه اشترى لانه لا رده على ماله لانه لا يقدر على رده الا بشرائه فينبذ (يكون له الجعل) ولا يرجع على السيد بشئ من الثمن لانه متبرع به كولو أنفق عليه بغير اذن القاضي (قوله وان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن) لان بالرد حيت مالمية ومالمية حق المرتهن لان الاستيفاء منها والجعل على من حيت له المالمية الأخرى ان بالباقي سقط دين المرتهن كما بالموت وبالعود عاد الدين وتعلق حقه بالرهن استيفاء من مالمية كالمات الشاة المرهونة فدبغ 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 مثلا الدين ثلثمائة وقيمة الرهن أربعمائة يكون على المرتهن ثلاثون وعلى الراهن عشرة وصار الجعل كمن دواء الرهن وتخليصه من الجنابة بالفداء ان كان الدين أكثر من قيمته انقسم انقساما عليهما كذلك (قوله وان كان مديونا) أي ان كان العبد الآبق مديونا

أن لا يجوز بيع المالك منه قبل القبض بانه يبيع من وجه فلا يدخل تحت النهى الوارد عن بيع ما لم يقبض بخلاف قبل الشبهة المحقة بالحقيقة في الحرمان فلنا هذه شبهة الشبهة ولا عبرة لها وهذا لانه لو شرط رضی المالك تنصيصا التحقق الشبهة لانه ملكه حقيقة فعند عدم الرضا تحقق شبهة الشبهة (قوله لان ترك الاشهاد اماره انه اخذته لنفسه) لان الاصل أن يكون الانسان عاملا لنفسه (قوله لانه رده لنفسه) لانه بالاشد على هذا صار ضمانا لمساودة كان رده لاستقاط الضمان عن ذمته فكان رادا لنفسه والمراد من الشراء صورته والافهذ التصرف لا يكون شراء حقيقة لعدم الملك فكذلك الاتهاب والارث (قوله فصار كمن الدواء) يعني مداواة الجروح والقروح ومعالجة الامراض والغذاء من الجنابة ينقسم على الامانة والمضمون فكذا هذا (قوله وان كان مديونا) أي العبد الآبق انما كان مديونا فلققه في التجارة أو استهلك مال الغير

أن لا يجوز بيع المالك منه قبل القبض بانه يبيع من وجه فلا يدخل تحت النهى الوارد عن بيع ما لم يقبض بخلاف قبل الشبهة المحقة بالحقيقة في الحرمان فلنا هذه شبهة الشبهة ولا عبرة لها وهذا لانه لو شرط رضی المالك تنصيصا التحقق الشبهة لانه ملكه حقيقة فعند عدم الرضا تحقق شبهة الشبهة (قوله لان ترك الاشهاد اماره انه اخذته لنفسه) لان الاصل أن يكون الانسان عاملا لنفسه (قوله لانه رده لنفسه) لانه بالاشد على هذا صار ضمانا لمساودة كان رده لاستقاط الضمان عن ذمته فكان رادا لنفسه والمراد من الشراء صورته والافهذ التصرف لا يكون شراء حقيقة لعدم الملك فكذلك الاتهاب والارث (قوله فصار كمن الدواء) يعني مداواة الجروح والقروح ومعالجة الامراض والغذاء من الجنابة ينقسم على الامانة والمضمون فكذا هذا (قوله وان كان مديونا) أي العبد الآبق انما كان مديونا فلققه في التجارة أو استهلك مال الغير

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

قوله (فعلى المولى ان يختار الفداء الخ) أقول له ووالمنفعة اليه

فعلى المولى ان يختار قضاء الدين وان يبيع بدئى بالجعل والباقي للغرماء لانه مؤونة الملك والمالك فيه كالموقوف
فتجب على من يستقره وان كان جائيا فعلى المولى ان يختار القداء لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء ان يختار
الدفع لعودها اليهم وان كان موهوب بافعلى 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 مؤونة ملكه وان رده
وصيه فلا جعل له لانه هو الذى يتولى الرد فيه

بان كان مأذونا فله في التجارة دين أو تلف مال الغير واعترف به المولى فالجعل على من يستقر الملك له لانه
مؤونة الملك والمالك في العبد بعد مباشرة سبب الدين كالموقوف ان اختار المولى قضاء دينه كان الجعل عليه
لان الملك استقر له وان اختار يبيعه في الدين كان الجعل في الثمن يبدأ به قبل الدين لما قلنا انه مؤونة الملك والباقي
لغرماء فظهر ان قول المصنف (فيجب) أى الجعل على من يستقره الملك تجوز فانه لا يجب على المشتري
وكانه جعل ملك ثمنه بمنزلة ملكه (وان كان) أى العبد (جائيا) أى حتى خطأ فلم يدفعه مولاة 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 الجنانية فعليه لعودها اليهم ولو كان قتل عدوا فابق ثم رد
لاجعل على أحد أم المولى فلا أنه ان قتل لم يحصل له بالرد منقعة وان عفا عنه فأنما حصلت بالعفو وأماولى
القصاص فان قتل فالجعل له التشفى للمالية وان عفا فظاهر (وان كان موهوبا) 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 أو رد عليه انه حصل بالجمع من ذلك ومن الرد أوجب
بان الترك آخر جزأى العلة واليه يضاف الحكم وأما الجواب بانه اذا ثبت بالكل لا يكون بالرد وحده فلا يدفع
الوارد على المصنف بل يقرره (وان كان) الأبق (لصي فالجعل في ماله) لما تقدم (انه مؤونة ملكه
وان رده وصيه فلا جعل له) وقد بيناه في التقسيم وكذا اليتيم يعوله رجل فردا بقاله لانه اذا كان تبرع له
بمؤنته من مال نفسه فكيف لا يتبرع له بما هو دونه مع ان العرف فيه التبرع وفي الكافي للحاكم أبققت أمية
والها وللرضيع فردهما رجل له جعل واحد فان كان ابنا قارب اللحم فله ثمانون لان من لم يراهق لم يعتبر ابنا
وفي الذخيرة والمحيط لو أخذ ابنا فغصبه منه آخر وجابهه الى مولاة وأخذ جعله ثم جاء آخر وأقام بينة انه أخذه
ياخذ الجعل منه ثانيا ويرجع السيد على الغاصب بما دفع اليه ولو جاءه الأبق من مسيرة سفر فلما دخل
البلد أبق من الأخذ فوجده آخر فردة الى سيده ان جاءه من مدة السفر فالجعل له وان وجدته لأقل فجابه
لاجعل لو احد منهم ما وفى المتوسط لاجعل للسلطان والشحنة أو الخفير في رد الأبق والمال من قطاع الطريق
لوجوب الفعل عليهم والاولى أن يقال لاخذهم العطاء على ذلك ونصهم له

وقوله (وان كان لصي الى
آخره) ظاهره والله التوفيق

وأقر به مولاة (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 لوجود 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 لاجعل لاسطان اذا رد ابنا والله تعالى أعلم

* (كتاب المفقود) * قد تقدم وجهه مناسبة ذكر هذا 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 وذلك كقولنا المفقود فقد ضل عن أهله 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

* (كتاب المفقود) *

في الشرع وكلامه واضح (قوله ولا في نصيبه في عقار أو عرض في يد رجل) بان كان الشيء مشتركاً بين المفقود وغيره (قوله أنه) أي الوكيل من جهة القاضى (لا يملك الخصومة بخلاف انما الخلف في الوكيل بالتبض من جهة المالك في مجتهديه

* (كتاب المفقود) *

هو الغائب الذي 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 حقه) لأن القاضى نصب ناظر السلك عاجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عن التصرف في ماله ما ذكرنا (ويستوفى حقه) أي قول القدرى (يستوفى حقوقه) أي بعبءه الذي نصبه القاضى (لأنه أصيل في حقوق عقده ولا يتخصص في الدين الذي تولاه المفقود ولا في نصيبه في عقار أو عرض في يد رجل) ولا في حق من الحقوق إذا وجد من هو عنده أو عليه لأنه لا يملك لأنا هو وكيل بالتبض من جهة القاضى وهو لا يملك الخصومة بخلاف انما الخلف في الوكيل بالتبض من جهة المالك (عند أبي حنيفة يملك الخصومة فيه وعندهما لا يملك) (وإذا كان كذلك) يعني إذا كان وكيل القاضى لا يملك الخصومة (فإن قضى بخصومته كان قضاء على الغائب) والأوجه أن يقول للغائب والقضاء عليه فيما لو ادعى انسان على المفقود دينا أو ودعيه أو شركة في عقار أو رقيق أو رذابيع أو مطالبة لاستحقاق لا تسمع الدعوى ولا البيينة لأنها انما يسمع على خصم والوكيل ليس خصم الورثة انما يصيرون خصماء بعد موت المورث ولم يظهر موته بعد فيكون قضاء على الغائب (وهو لا يجوز الاذارة القاضى) أي اذار أي القاضى المصلحة في الحكم للغائب وعليه

* (كتاب المفقود) *

بالصواب هو غائب لم يدرك موضعه وحياته وموته (قوله والمفقود به هذه الصفة) أي عاجز عن اقامة مصالحة (قوله ويجب بعقده) أي بعقد القائم مقام المفقود (قوله ولا في نصيبه في عقار أو عرض) بان كان الشيء مشتركاً بين المفقود وغيره لا يكون منصوب القاضى خصم فيه بل يملك الخصومة وعندهما الاو والوكيل بالتبض من جهة المالك في الدين عند أبي حنيفة تزحمته تعالى عليه يملك الخصومة وعندهما الاو والوكيل بالتبض من جانب القاضى لا يملك الخصومة انما خالفوا إذا كان كذلك يتضمن الحكمه أي بثبوت ما ادعاه من خصم ممن يحفظ ماله بأي جهة كانت قضاء على الغائب وليس للقاضى أن يقضى على الغائب وللغائب الا اذا كان عنده خصم حاضر عندنا وكذا لا ينبغي للقاضى أن ينصب وكيلا عن الغائب وللغائب ولكن لو فعل ذلك ينفذ قضاؤه (قوله الاذارة القاضى) أي لو كان القاضى ولاه ذلك ورأه نفذ الخصومة بينهم فيه يجوز حينئذ لا يصب

حقه) إشارة إلى بيان حكمه في الشرع وكلامه واضح (قوله ولا في نصيبه في عقار أو عرض في يد رجل) بان كان الشيء مشتركاً بين المفقود وغيره (قوله أنه) أي الوكيل من جهة القاضى (لا يملك الخصومة بخلاف انما الخلف في الوكيل بالتبض من جهة المالك في مجتهديه (الدين) فإنه عند أبي حنيفة رحمه الله يملك الخصومة وعندهما لا يملكها (وإذا كان كذلك) يعني ان وكيل القاضى لم يملك الخصومة كان حكم القاضى بتنفيذ الخصومة قضاء بالدين للغائب والقضاء على الغائب وللغائب لا يجوز لان القضاء لقطع الخصومة والخصومة من الغائب غير متصورة (الا اذارة القاضى) أي جعل ذلك رأياً له وحكمه فينبغي أن لا ينفذ لان القضاء اذا لاقى فضلاً مجتهداً فيه نفذ فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي أن يتوقف نفاذه على امضاء قاض آخر كقولنا كان القاضى محدوداً في قذفه أجيب بأن المجتهد فيه سبب القضاء وهو ان البيينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أو لا فإذا رآها القاضى حجة وقضى

* (كتاب المفقود) * (قوله وهو في اللغة من الاضداد الخ) أقول أنت تخبر بان الطلب ليس ضد الاضلال الا أن يكون

اطلاق الضد توسعاً بناء على ان الطلب سبب الوجودان فأقيم مقامه فليست أم قال المصنف (يتضمن الحكمه 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 مالا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو يمكن قال (و ينفق على زوجته وأولاده من ماله) وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد بل يعم جميع قرابة الولا والاصل 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

فكم 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 واذا قضى بها نفذ كولو قضى 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 فان 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 ثابتة فيما يرجع الى حق الوصى وبيع العروض فيه معنى حقه وورثها يكون حفظ الثمن للاصل الى وورثته أيسر وهنالا ولاية للقاضى على المفقود الا في الحفظ وفي المبسوط وقال أبو حنيفة ان كان له أب محتاج فله أن يبيع شيئا من عروضه وينفقه عليه وليس له يبيع العقار وهو استحسان وفي القياس ليس له يبيع العروض وهو قولهما واذكر الكرخي أن محمدا ذكر قول أبي حنيفة في الامالى وقال هو حسن وجه الاستحسان ان الاب وان زالت ولايته بقي أثرها حتى صح استيلاده جار يتابعه مع أن الحاجة الى ذلك ليس من أصول الحوائج واذا ثبت بقاء أثر ولايته كان كالموصى في حق الوارث الكبير وللوصى يبيع العروض دون العقار (و ينفق على زوجته وأولاده من ماله) يعنى الحاصل في بيته والواصل من ثمن ما يتسارع اليه الفساد ومن مال مودع عند مقرودين على مقر قال المصنف (وليس هذا مقصورا على الاولاد) قلت ولا هو على اطلاقه فيهم بل يعم قرابة الولا 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 النقد واليابس فكان اعطاء القاضى ان كان المال عنده أو تمكينهم ان كان عندهم اعانة لقضاء على الغائب فانهم كانوا ما فونين 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 الزوجة فانها تستحق وان كانت غيبته لان استحقاقها بالعقد والاحتباس واستحقاق غيرها

بها نفذ قضاؤه كولو قضى
بشهادة المحدود في القذف
(قوله ثم ما كان يخاف عليه
الفساد يبيعه القاضى)

القضاء بالموارث من شرح
الاتقانى وأحال على المختلف
انه قيل يجوز القضاء للغائب
عندهما ولا يجوز عنده

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 فلنا المجتهد فيه سبب القضاء وهو أن البيعة هل تكون حجة بلا خصم حاضر أم لا فاذا رآه القاضى حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كولو قضى بشهادة المحدود في القذف (قوله ثم ما كان يخاف عليه الفساد) كالثمار ونحوها (قوله ومعناه) أى مال بيته فحصل مال بيته في ثمنه فلذلك يامر بحفظ ثمنه (قوله وهو يمكن) أى حفظ الصورة يمكن (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

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

ومن الثاني الاخ والاخت والخال والخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعم والملبوس فاذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلة ما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالضروب هذا اذا كانت في يد القاضى فان كانت وديعة او ديناً ينفق عليهم منها اذا كان المودع والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكنوا طاهرين عند القاضى فان كانوا طاهرين فلا حاجة الى الاقرار وان كان أحدهما طاهراً 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 المديون لانه ما أدى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بأمر القاضى لان القاضى نائب عنه

بالحاجة وهي تنعدم بالغير (ومن الثاني) يعنى من لا يستحق الا بالقضاء (الاخ والاخت والخال والخالة) ونحوهم من قرابة غير الولاد (وقوله) أى قول القدرى (من ماله يعنى الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعم والملبوس فاذا لم يكن في ماله) عين المطعم والملبوس (يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر) أى غير المضروب (كذلك لانه يصلح قيمة كالضروب) وهذا اذا كانت الدراهم والدنانير والتبر في يد القاضى (فان كانت وديعة أو ديناً ينفق عليهم منها) ان كان المودع مقرراً بالوديعة والنكاح والنسب والمديون كذلك مقرراً بالدين والنكاح والنسب (وهذا) يعنى اشتراط اقرارهما بالنكاح والنسب (اذا لم يكنوا طاهرين) عند القاضى (فان كانوا طاهرين) معروفين له (فلا يحتاج الى اقرارهما بما لو كان الظاهر عنده أحدهما الوديعة والدين أو النكاح والنسب) جعل كل اثنين واحداً (يشترط اقرار) من في جهته المال بالآخر الذى ليس ظاهراً فيقر في الاول عند القاضى أن هذه زوجته وهذا ولده وفي الثاني بان له عندي وديعة أو على دينه (وقوله هذا هو الصحيح) احتراز عن جواب القياس الذى قال به زفر لان هذا اختلاف الروايتين قال لا ينفق من لوديعة شياً عليهم لان اقرار المودع بذلك ليس بحجة على الغائب وهو ليس خصماً عندهما عن الغائب ولا يقضى على الغائب بل يخصم الغائب اذ لم يكن عنده خصم حاضر ولكننا نقول المودع مقرراً بما في يده ملك الغائب وان للزوج والولد حق الانفاق منه واقرار الانسان بما في يده معتبر فينتصب هو خصماً باعتباره ما في يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود ومثل هذا القياس ليس في الوديعة والدين خاصة بل في جميع أموال المفقود وقد يقال أيضاً في جوابه نعم القياس ما ذكرنا لانه استحسننا ذلك بحديث هند أم أبي سفيان وقد أسلفناه قال فيه خذ من ماله ما يكفيك ويكفي بنيك بالمعروف اذ هو يفيد مطلقاً جواز الانفاق من مال الغائب لمن تجب له النفقة من الزوجة والولد ثم اذا ثبت في الزوجة والولد على خلاف القياس لا يلحق به قرابة غير الولاد 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 هوانه ان يقدر على الكسب (قوله) ولود دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضى يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما أدى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بأمر القاضى لان القاضى نائب عنه) فكان له أن يامر هؤلاء بالقبض وليس القاضى نائباً في الحفظ فقط بل فيه وفي ايقاع ما عليهم من الحقوق أيضاً مما لا يحتاج في ثبوته عنده الى سماع بينة ولذا جاز له أن يوفى ما عليه من دين اذا علم بوجوده 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 في عيال المودع برئ أوجب بان ذلك اذا دفعها اليهم للحفظ عليه لا للاتلاف والاحسن أن ياخذ القاضى منها كغيبالاته لانه طلقها وضاء لانه مجتهد فيه ولهذا لم يكن لهم الاخذ من غير قضاء أو رضاه (قوله فان كانوا طاهرين) أى الدين والوديعة والنسب والنكاح جعل الوديعة والدين واحداً والنسب والنكاح واحداً فلذلك ذكرهما بلفظ التثنية (قوله هو الصحيح) ذكر هذه المسئلة في كتاب النكاح وقال ينفق عليهم اذا كانوا مقرين بالوديعة

أى الذى ذكرناه من انفاق القاضى عليهم من الدراهم والدنانير (اذا كانت في يد القاضى) قوله (وهذا) أى الاحتياج الى الاقرار (انما هو اذ لم يكونا) أى الدين والوديعة أو النكاح والنسب جعل الدين والوديعة شيئاً واحداً والنكاح والنسب كذلك فلذلك ذكرهما بلفظ التثنية (قوله هذا هو الصحيح) احتراز عن جواب القياس وهو قول زفر لانه لا ينفق 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 مقرراً بما في يده ملك الغائب وان للزوج والولد حق الانفاق منه واقرار الانسان فيما في يده معتبر فينتصب هو خصماً باعتباره ما في يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود وقوله (لان القاضى نائب عنه) اعترض عليه بان القاضى نائب عن الغائب في القبض للحفظ ولا حظ في القبض للانفاق على هؤلاء فلا يكون نائباً وأجيب بان القاضى نائب عنه في ايقاع ما عليه من الحقوق كما هو نائب عنه في الحفظ ولهذا جاز له أن يوفى ما عليه من

الدين اذا علم بوجوده بخلاف المودع فانه نائب عنه في الحفظ فقط فان قلت اذا دفع المودع بغير أمر القاضى وجب أن لا يضمن لانه دفعها الى من في عيال المودع ولا ضمان عليه في ذلك أوجب بان الدفع اليهم لا يوجبها اذا كان للحفظ والدفع للانفاق دفع للاتلاف وان

وقوله (لان ما يدعيه للغائب) معناه ان الخصومة لا تسمع الا من المالك أو نائبه والمالك غائب ولا نائب له حقيقة لأنه لم يوكل وهو ظاهر ولا حكا
لان ما يدعيه للغائب لم يتعين له سبب الثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود) ولا يكون الثابت حكا الا في مثل
ذلك وسيجيء تمامه في كتاب القضاء ان شاء الله تعالى قال (ولا يفرق بينه وبين امرأته) كلامه واضح وقصته من استهوته الجن أي حرته الى
المهاوى وهي المهالك ما روى عبد الرحمن بن أبي ليلى قال ان القيت المفقود فحدثني حديثه (٣٧١) قال أكلت خزرا في أهل نجران

وان كان المودع والمديون جاحدين أصلاً أو كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحق
النفقة خصم في ذلك لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سبب الثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال
تجب في مال آخر للمفقود قال (ولا يفرق بينه وبين امرأته) وقال مالك اذا مضى أربع سنين يفرق القاضي
بينه وبين امرأته وتعد عدة الوفاة ثم تزوج من شاعت لان عمر رضى الله عنه هكذا قضى في الذي استهواه
الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقه بالانسية فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبار بالايلاء
والعنة وبعد هذا الاعتبار أخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملاً بالشهين

قبل ذهابه أو جعل لها النفقة لكن لو لم يأخذ جاز لانه لا يجب أخذ الكفيل الا خصم وليس هنا خصم طالب هذا
(فلو كان المودع والمديون جاحدين أصلاً) أي جاحدين لكل من الوديعة والدين والنسب والزوجية (أو
جاحدين النسب والزوجية) معترفين بالوديعة والدين وليس اظاهر من عند القاضي (لم ينتصب أحد من مستحق
النفقة الزوجة أو الأب والأب) (أي في اثبات الدين أو النسب أو الوديعة باقامة البينة على شيء
من ذلك لان المودع والمديون ليسا خصم في ثبوت الزوجية والقضاء بها ولا ما يدعيه للغائب سبباً متعيناً للثبوت
حقه الذي هو النفقة) لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود) واستعرف تفصيل هذا ان شاء الله
تعالى في أدب القاضي (قوله ولا يفرق بينه وبين امرأته) وقال مالك اذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه
وبينها وتعد عدة الوفاة ثم تزوج من شاعت لان عمر رضى الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة
ولانه منع حقه بالانسية) وان كان عن غير قصد منه (يفرق بينهما القاضي بعد مضي مدة اعتبار بالايلاء
والعنة) فانه يفرق بينهما ما فيها بعد مدة كذلك وهذا منه في الايلاء بناء على انه لا يوجب الفرقه بمجرد مضي
المدة بل يتفرق القاضي بعدها وبعد هذا الاعتبار أخذ في المدة الاربع من الايلاء والسنين من العنة بجماع
دفع الضرر عنها (عملاً بالشهين) وحديث الذي أخذته الجن رواه ابن أبي شيبة حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو
عن يحيى بن جعدة أن رجلاً اتسفتته الجن على عهد عمر بن الخطاب رضى الله عنه فأتته امرأته عمر فامرها أن
تترص أربع سنين ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها ثم أمرها أن تعتد فإذا انقضت عدتها تزوجت
فان جاء زوجه اخير بين امرأته والصداق وأخرج عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن نونس بن خباب عن
مجاهد عن الفقيه الذي فقد قال دخلت الشعب فاستهوتني الجن فكنت أربع سنين ثم أتت امرأتى عمر
الحديث بمعنى الاول وأخرج عبد الرزاق من طريق آخر وفيه فقال له عمر لما جاء ان شئت رددنا اليك امرأتك
وان شئت زوجناك غيرها قال بل زوجني غيرها ثم جعل عمر يسأله عن الجن وهو يخبره ورواه الدارقطني
وفيه ثم أمرها ان تعتد أربع أشهر وعشرون روى مالك في الموطأ ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال اعما
امرأة فقدت زوجه فلم تدركه فأنظر أربع سنين ثم تعتد أربع أشهر وعشرون ثم تحل وأسند ابن أبي

والدين والنكاح والنسب وهن شرط الاقرار بما ليس بمظاهر منها وليس هذا الاختلاف الرواية فان تاويل
ما ذكر في كتاب النكاح أنه لم يكن شيء منها ظاهر عند القاضي فقوله في الكتاب هو الصحيح اشارة الى هذا
التاويل وتبني اختلاف الروايتين لان القاضي ولاية القضاء بعلمه كما اذا أقر بين يديه ثم غاب (قوله أخذ
المقدار منهما الاربع من الايلاء) لشبهه به لان حقه في الجماع يقوت بصحة وهو السفر كما يقوت بتمتع وهو

فأخذني نفر من الجن فكنت
فيهم ثم بدلهم في عتقي
فاعتقوني ثم أتوا بي قريبا
من المدينة فقالوا أتعرف
الخليل فقلت نعم فقالوا عني
فميت فاذا عمر بن الخطاب قد
أبان امرأتى بعد أربع سنين
وحاضت وانقضت عدتها
وتزوجت فخيرني عمر رضى
الله عنه بين أن يرد علي
وبين المهر قال مالك وهذا
بمسايلك بالقياس فيحمل
على المسموع من رسول الله
صلى الله عليه وسلم (ولانه
منع حقه بالانسية فيفرق
القاضي بينهما بعد مضي
مدة اعتبار بالايلاء والعنة)
والجامع بينهما منع الزوج
حق المرأة ورفع الضرر
عنها فان العنين يفرق بينه
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
المدتان في الترتيب بأن

تجعل السنون مكان الشهور
فتترص أربع سنين (عملاً
بالشبهين)

قوله (قال أكلت خزرا)
أقول بانها المجمة (قوله وحاضت وانقضت الح) أقول ينباد منه أن يكون اعتدادها بالحيض مع انه قال تعتد عدة الوفاة فالاولى 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 فان العنين الح (قوله ولكن عذر المفقود أظهر الح) أقول في
أظهره من عذر العنين تأمل انائه يقال اقدام مع عنته على الخروج بقص من هنزه (١) خ الخليل اه

(قوله ولنا) ظاهر وحاصله ان البيان في الحديث المرفوع الى النبي عليه الصلاة والسلام محمل وقول علي رضي الله عنه خرج بيانا لذلك المهم (قوله) وعمر رضي الله عنه رجوع الى قول علي رضي الله عنه) رواه ابن أبي ليلى (قوله ولا يعتبر بالايلاء) جواب عن قياس مالك في صورة النزاع على الايلاء وهو ظاهر فان الايلاء اذا كان طلاقا كان مزيل للملك بخلاف المفقود فانه لم يظهر منه طلاق لا معجل ولا مؤجل (قوله ولا بالعنة) جواب عن القياس بالعنة وتقر به ان العنة بعد (٣٧٢) ما استمرت سنة كانت طبيعة والطبيعة لا تتحل فقات حقه على التابيد فيفرق بينهما

بعد سنة دفعا للضرر عنها بخلاف امرأة المفقود فان حقه ما رجوع قبل مضي أربع سنين وبعده (قوله واذا تم له) مائة وعشرون سنة) اختلفت روايات أصحابنا في مدة المفقود فروى الحسن عن أبي حنيفة انهما مائة وعشرون سنة من يوم ولا فاذا مضت هذه المدة حكمنا بموته قبل وهذا يرجع الى قول أهل الطبائع والنجوم فانهم يقولون لا يجوز ان يعيش أحداً أكثر من هذه المدة وفي ظاهر الرواية يقدر بموت الاقران فانه اذا لم يبق أحد من أقرانه حيا حكم بموته لان ما تقع الحاجة الى معرفته فطر يقفه في الشرع الرجوع الى أمثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه بعدموت جميع أقرانه نادور بناء الاحكام الشرعية على الظاهر دون النادر وهل يعتبر باقرانه في جميع الدنيا أو في الاقليم الذي هو فيه ذكرناه في شرح الفرائض السراجية وفي المروى عن أبي يوسف بمائة سنة لان الظاهر ان لا يعيش أحد في زماناً أكثر من مائة سنة وقد روي بعضهم بتسعين لانه متوسط ليس بغالب ولا نادر والاقيس وهو أفضل لتفضيل المفعول وهو المقيس على طريق الشذوذ كقولهم اشغل من ذات قول

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتها البيان وقول علي رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت فلتنصرت حتى يستبين موت أو طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولان النكاح عرف بموته والغيب لا توجب الفرقة والموت في حين الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضي الله عنه وجع الى شبهة عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالوا في امرأة المفقود تتر بص أو بع سنين ثم تعتد أربعين سنة أشهر وعشر أو أسندين أبي شيبة عن جابر بن زيد ان كرا بن عراب بن عباس المفقود فقالتا تتر بص امرأته أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها ثم يبعها ثم يبعها أربعين سنة وعشر اقال المصنف (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتها البيان) أخرجه الدارقطني في سننه عن سوار بن مصعب حدثنا محمد بن شرحبيل الهمداني عن المغيرة بن شعبه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة المفقود امرأته حتى يأتها البيان وفي بعض نسخه حتى يأتها الخبر وهو مضعف بمحمد بن شرحبيل قال ابن أبي حاتم عن أبيه أنه يروي عن المغيرة منا كبير باطيل وقال ابن القطان وسوار بن مصعب أشهر في المتروكين منه ثم عارض المصنف بقول علي قول عمرو وهو ما روى عبد الرزاق أخبرنا محمد بن عبد الله العزمي عن الحكم بن عتيبة أن علياً رضي الله عنه قال في امرأة المفقود هي امرأته ابتليت فلتنصرت حتى يأتها موت أو طلاق أنبأنا معمر بن ابن أبي ليلى عن الحكم أن علياً ماله وقال أخبرنا ابن جريح قال بلغني ان ابن مسعود وافق علياً على انها تنتظر أبداً وأخرج ابن أبي شيبة عن أبي قلابة وجابر بن زيد والشعبي والنخعي كالمهم قالوا ليس لها أن تتزوج حتى يستبين موتها وقوله ولان النكاح الحاصل ان المسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين فذهب عمر الى ما تقدم وذهب علي رضي الله عنه الى انها امرأته حتى يأتها البيان والشان في الترجيح والحديث الضعيف يصلح مرجحاً لا مثبتاً بالاصالة وما ذكر من موافقة ابن مسعود مرجح آخر ثم شرع المصنف في مرجح آخر فقال (ولان النكاح عرف بموته والغيب لا توجب الفرقة والموت في حين الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك) وذكر أن عمر رضي الله عنه رجوع الى قول علي ذكره ابن أبي ليلى قال ثلاث قضايا ترجع فيها عمر الى قول علي امرأة المفقود وامرأة أبي كنف والمرأة التي تزوجت في عدتها وقولنا في الثلاث قول علي رضي الله عنه فامرأة المفقود عرفت واما امرأه أبي كنف فكان أبو كنف طلقها ثم راجعها ولم يعلمها حتى غاب ثم قدم فوجدها قد تزوجت فأتى عمر رضي الله عنه فقص عليه القصة فقال له ان لم يكن دخل بها فانت أحق بها وان كان دخل بها فليس لك عليها وسبيل فقدم على أهلها وقد وضعت القصة على رأسها فقال لهم ان لي اليها حاجة فقلوا بيني وبينها فوقع عليها وبات عندها ثم غدا الى الامير بكتاب عمر فغمر فوالله جاءه بامر بين وهذا أعنى عدم ثبوت الرجعة في حقها اذ لم تعلم بها حتى اذا اعتدت وتزوجت ودخل بها الثاني لم يبق للاول عليها سبيل لدفع الضرر عنها ثم رجوع الى قول علي ان مراجعتها اياها صحيح وهي منكوحته دخل بها الثاني أولاً والمرأة التي تزوجت في عدتها فالمرأة التي ينعي المهازير جها فتعتد وتزوج وكان مذهبه فيها اذا أتت زوجها حيا يخبره بين أن ترد عليه وبين المهر وقد صح رجوعه الى قول علي وهو ان يفرق بينهما وبين الثاني ولها المهر عليه بما استحل من فرجها وترد الى الاول ولا

الايلاء والسنة من العنة اذ حقه في الجماع فان سبب هو معذور فيه وهو الغيبة لانها مباح كافات حقهامة بالعنة وهو معذور فيه (قوله خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع) يعني قول علي رضي الله عنه حتى يستبين موت

(قوله وبالطبيعة لا تتحل الخ) أقول في كلامه اشارة الى ان قلنا في كلام المصنف للنفي (قوله فطر يقفه) أقول أي فطر يق معرفة (قوله وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر) أقول قوله وبناء مبتدأ وقوله على الظاهر خبره (قوله أن لا يقدر بشئ من المقدرات الخ) أقول من القدر لان المقدر (قوله لانه لو لم يقدر الخ) أقول لتعليل لتقيس بشئ بقوله من المقدرات كالمائة والتسعين

قول علي رضي الله عنه ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا مجلا فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعتة لان الغيبة تعقب الاودة والعتة قلما تخل بعد استمرارها سنة قال (واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد الحكمنا بموته) قال رضي 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 (ويقسم ماله بين ورثته

يقربها حتى تنقضي عدتها من ذلك قال (ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا مجلا في الجاهلية فاعتبر في الشرع مؤجلا) وهذا على رأي ابيان الوقوع به عند انقضاء المدة بالايلاء لا يتوقف على تفریق القاضي قال (ولا بالعتة) لان الغيبة في الغالب تعقبها الرجعة (والعتة قلما تخل بعد استمرارها سنة) فكان عودا المفقود أرجح من زوال العتة 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 ان لا يقدر بشئ) والارفق أن يقدر بتسعين) وجه رواية الحسن ان الاعمار في زماننا قلما تزيد على مائة وعشرين بل لا يسمع أكثر من ذلك فيقدر بها تقديرا بالاكثر وأما قبل ان هذا يرجع الى قول أهل الطبائع فانهم يقولون لا يجوز أن يعيش أحدا 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 لاحد أن يحكم على أمة المسلمين انهم اعتمدوا في قولهم على أمرهم بغير فون يبطلانه ويوجبون عدم اعتبارها في شئ من الاشياء ووجه ظاهر الرواية انه من النوادر أن يعيش الانسان بعد موت أقرانه فلا يقبى 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 طولها وقصرها بحسب الاقطار بحسب اجرائه سبحانه وتعالى العادة ولدا قالوا ان الصقالبة طول اعمارهم الروم فانما يعتبر بأقرانه في بلده ولان 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 المداعبة منه لهم قيل انه سئل عنه فقال أنا أئبئنه 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 يحمله عليه الانتقال هكذا وعقد أربعين فاذا كان ابن خمسين يعني من كثرة الانتقال والاشغال هكذا وعقد خمسين فاذا كان ابن ستين ينقبض الشيخوخية هكذا وعقد ستين فاذا كان ابن سبعين يتوكل على عصاه هكذا وعقد سبعين فاذا كان ابن ثمانين يستلحق هكذا وعقد ثمانين فاذا كان ابن تسعين تنضم أعضاؤه في بطنه هكذا وعقد تسعين فاذا كان ابن مائة يتحول من الدنيا الى العقبى كما يتحول الحساب من اليمنى الى اليسرى ولا شك ان بمثل هذا لا يثبت الحكم وإنما المعول عليه الجمل على طول العمر في المفقود احتياطا والغالب فيمن طال عمره أن لا يجاوز المائة فقوله في المبسوط وكان محمد بن سلمة يقضى بقول أبي يوسف حتى تبين له خطؤه في نفسه فانه عاش مائة وسبع سنين ليس موجبا لخطئه لانه بمعنى 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

الخبين 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 والتفحص عن حال الاقران انهم ما أوأولا غير ممكن 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 ففي تعليل الشارح بحث الان يقال المراد المقادير التي يعتد بها وهذه ليست كذلك فليست

أو طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في الحديث المرفوع أن المراد من ذلك البيان ظهور وموت 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 التفحص عن حال الاقران في كل البلدان متعذر (قوله) والاقيس ان لا يقدر

فأني لا أقضي بها ولا أبطلها حتى يظهر حال المفقود لان الوصية أخت الميراث وفي الميراث تجب حصص المفقود الى أن يظهر حاله فكذلك في الوصية والاصل المذكور في الكتاب ظاهر (قوله وتصادقوا) أي الورثة المذكورون والاجنبي وانما قيد بالتصادق لان الاجنبي الذي في يده المال اذا قال قدمات المفقود قبل أبيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى البنتين لان اقرار ذي اليد فيما في يده معتبر وقد اقر بان ثلثي ما في يده لهما فيجبر على تسليم ذلك اليهما وقول اولاد الابن أبونا مفقود لا يمنع اقرار ذي اليد لانهم لا يدعون لانفسهم شيئا بهذا القول ويوقف الباقي على يده في اليد حتى يظهر مستحقه هذا اذا اقر من في يده المال أمالو محمد أن يكون المال في يده للميت فأقامت البنات البينة أن أباهما مات وترك المال ميراثا لهما ولاخيهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما فانه يدفع الى البنتين النصف لانهم بهذه البينة ثبتان الملك لابيهم في هذا المال والاب ميت واحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثبات الملك له بالبينة واذا ثبت ذلك يدفع اليهما المتبقين وهو النصف ويوقف

الموجودين في ذلك الوقت) كانه مات في ذلك الوقت معاينة اذا الحكمى معتبرا للحققي (ومن مات قبل ذلك لم يرث منه) لانه لم يحكم بموته فيها فاصار كما اذا كانت حياته معلومة (ولا يرث المفقود أخدمات في حال فقده) لان بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق (وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصى) ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يجنب به ولا كنهه ينتقص حقه به يعطى أقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان معه وارث يجنب به لا يعطى أصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد الاجنبي وتصادقوا

وروى انه عاش مائة سنة وتسع سنين أو أكثر ولم يرجع عن قوله واختار الشيخ الامام أبو بكر محمد بن حامد انها تسعون سنة لان 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 فلذا قال شمس الأئمة الالبي بطريق الفقهاء لا يقدر بشئ لان نصب المقادير بالرأى لا يكون وهذا هو قول المصنف الاقيس الخولي كمن يقول اذا لم يبق أحد من أقرانه يحكم بموته اعتبارا بحاله بحال نظرته وهذا رجوع الى ظاهر الرواية قال المصنف (والاروق) أي بالناس (أن يقدر بتسعين) وأرفق منه التقدير بستين وعندى الاحسن سبعون لقوله صلى الله عليه وسلم أعمار أمتي ما بين الستين الى السبعين فكانت المنتهى غالبا وقال بعضهم يفرض الى رأى القاضي فأى وقت وأى المصلحة حكم بموته واعتدت امرأته عدة الوفاة من وقت الحكم بالوفاة كانه مات فيه معاينة اذا الحكمى معتبرا للحققي (قوله ومن مات منهم) أي بمن 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 اذا كانت حياته معلومة (ولا يرث المفقود أخدمات في حال فقده لان 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 الموصى) في حال فقده قال محمد لا أقضي بها ولا أبطلها حتى يظهر حال المفقود يعنى يوقف نصيب المفقود الموصى له به الى أن يقضى بموته فاذا قضى 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 اذا مات من بحيث يرثه المفقود ان كان مع المفقود وارث لا يجنب بالمفقود) يجب حرمان (ولكنه ينتقص حقه به يعطى) ذلك الوارث (أقل نصيبه ويوقف الباقي) حتى يظهر حياة المفقود أو موته أو يقضى بموته (وان كان معه وارث يجنب 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 لان 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 أخدمات) وحاصله انه حتى في حق نفسه فلا يقسم ماله بين ورثته كما لو عايننا حياته ميتا في حق غيره حتى لا يرث أحد الان حياته تثبت بالاستصحاب فاننا علمنا حياته فيستحب ذلك ما لم يظهر خلافه واستصحاب الحال يصلح لابقاء ما كان على ما كان لا لايات ما لم يكن ثابتا وفي الامتناع عن قسمة ماله بين ورثته ابقاء ما كان على ما كان وفي توريثه من الغير اثبات أمر لم يكن ثابتا وان حياته باعتبار الظاهر وهو يصلح حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق فلا يستحق به ميراث غيره ويدفع استحقاق ورثته ماله ومعنى قولنا لا يرث المفقود أخدمات ان نصيب المفقود من الميراث لا يصير ماله كالمفقود ما نصيب المفقود من الارث فوقف لان حياة المفقود محتملة والمحتمل يكفي للتوقف كفى الجنين فان ظهر حيا علم أنه كان مستحقا وان لم يظهر حيا حتى بلغ تسعين سنة فوقف له برده على ورثته صاحب المال يوم مات صاحب المال كالموقوف للجنين اذا انفصل الجنين ميتا (قوله والمال في يد اجنبي وتصادقوا

النصف الباقي على يد عدل لان الذى في يده محدود وهو غير مؤمن عليه وانما قيد بقوله والمال في يد اجنبي لانه اذا كان في يد ابنتين على

والمسئلة بحالها فان القاضي 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 يبقين 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 ولدي الابن المفقود فطلبت البنات الميراثهما (٣٧٥) واتفقوا على أن الابن مفقود فانه

تعطى البنات النصف وهو
أدنى ما يصيبهما وترك
الباقى في يدى ولدى الابن
المفقود من غير أن يقضى به
لهما ولا لابيها لانه لو قدرنا
الابن المفقود ميتا كان
نصيبهما الثلثين فكان
النصف متبقيا بقوله (ونظير
هذا) يعنى المفقود الحمل
في حق توقف النصف فانه
يوقف له ميراث ابن واحد
على ما عليه الفتوى وقد
ذكرناه في الرسالة وشرحها
وشرح الفرائض السراجية
في 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 للجدة السدس لانه
لا يتغير فرضها بالحلم وكذلك
اذا ترك ابنا وامراة حاملا
فان المرأة تعطى الثلث لانه
لا يتغير فرضها وان كان
ممن يسقط بالحلم لا تعطى
كان الابن والاخ أو العم فانه
لو ترك امرأة حاملا وأخا أو
عملا يعطى الاخ والعم شيئا
لان من الجائز أن يكون
الحلم ابنا فيسقط معه الاخ
والعم 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، يوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد
الابن لانهم يحبون بالمفقود ولو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك (ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا
ظهرت منه خيانة) ونظير هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى

والورثة (على فقد الابن وطلبت البنات الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به) لان أحاهما المفقودان كان
حيا فلهما الثلثان فالنصف متيقن فتعطيانه (ويوقف النصف الآخر) في يد الاجنبي الذى هو في يده (ولا
يعطى ولد الابن شيئا) لانهم يحبون بالمفقود ولو كان حيا ولا يستحق الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي (الا
اذا ظهرت منه خيانة) بان كان أنكر ان للميت عنده مالا حتى أقامت البنات البينة عليه فقضى به لان أحد
الورثة ينتصب خصما عن الباقي فانه حينئذ يؤخذ الفضل الباقي منه ويوضع في يد عدل لظهور خيانتة ولو
كان الم يتصادقوا على فقد الابن بل قال الاجنبي الذى في يده المال مات المفقود قبل أبيه فانه يجبر على دفعه
الثلثين للبتين لان اقراره معتبر فيما في يده وقد قرأنا تلمية للبتين فيجبر على دفعه لهما ولا يمنع اقراره قول
أولاد الابن أبونا وعمنا مفقود لانهم بهذا القول لا يدعون لانفسهم شيئا يوقف الثلث الباقي في يده ولو كان
المال في يد البنتين واتفقوا على الفقد لا يحول المال من موضعه ولا يؤخر شيئا للمفقود بل يقضى للبتين
بالنصف ميراثا ويوقف النصف في 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 مفعود والمال في أيديهما أعطيتا الثلثين ووقف الثلث
لانهما في هذه يدعيان الثلثين والمال في أيديهما فان ظهر حيا فانه أخذ منهما السدس له ولو كان المال في يد ولدى
المفقود واتفقوا انه مفعود يعطى البنات النصف لانهما اتفقتا ادعياءه بالقرار بقده ويوقف النصف الآخر في
يد من كان في يده ولو ادعى ولد المفقود ان أباهما مات لم يدفع الثلثين الى الابنتين لان اقرار ذى اليد فيما في
أو بعده فاذا قامت على موته فانه يعطى لهم الثلث والثلثان للبتين 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 في وقف الميراث عند الشك في المصيب (الحلم فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى)
واحتريزه بعماروى عن أبي حنيفة انه يوقف له ميراث أربع بنين لما قال شريك رأيت بالكوفة لابي

على فقد الابن) أى تصادق الورثة المذكورون والاجنبي وانما قيد بالتصادق لانه اذا قال الاجنبي الذى
في يده المال قد مات المفقود قبل ابنتيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى الابنتين لان اقرار ذى اليد فيما في
يده معتبر وقد قرأنا ثلث ما في يده للابنتين يجبر على تسليم ذلك اليهما ولا يمنع صحة اقراره بقول أولاد الابن
أبونا مفعود لانهم لا يدعون لانفسهم بهذا القول شيئا يوقف الباقي على يد ذى اليد حتى يظهر مستحقة هذا اذا
أقر من في يده المال أمالو بحد أن يكون للميت مال في يده فقامت البنات البينة أن أباهما مات وترك هذا
المال ميراثا لهما ولا يحول المفقود فان كان حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما فانه
يدفع الى الابنتين النصف لان ما بين هذه البينة بين البنات الملك لا ينفك في هذا المال والاب ميت وأحد الورثة
ينتصب خصما عن الميت في اثبات الملك له بالبينة فاذا ثبت ذلك يدفع اليهما المتيقن وهو النصف ويوقف
النصف الباقي على يد عدل لان الذى في يده بحد فهو غير مؤتمن عليه هذا اذا كان المال في يد اجنبي وأما
لو كان في يد الابنتين والمسئلة بحالها فان القاضي لا ينبغي له أن يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيئا

قال المصنف (ولا ينزع من يد الاجنبي الخ) أقول وفي العمار خلاف سابق في فصل القضاء بالمواريث اذا جحد من في يده والظاهر ان المراد هنا بالخيانة
ما هو غير المحمود وان كان المفهوم من كلام بعض الشارحين انها هو هنا (قوله لو ترك امرأة حاملا وأخا الخ) أو بما أقول لم يذكر ابن الابن هنا لانه
علم حاله آنفا كما ذكره في المفقود

وان كان ممن يتغير به يعطى
الاقل المتيقن به كالزوجة
والام فانه ان كان الحمل حيا
ترث الزوجة الثمن والام
السدس وان لم يكن حيا
فهما ترثان الربع والثالث
فتعطيان الثمن والسدس
للتيقن كفى المفقود يعنى انه
اذا مات الرجل وترك جدة
وابنهما مفقودا فللمجدة السدس
كاذ كرنا فى الحمل لانه
لا يتغير نصيبها وكذلك لو ترك
أخا وابنهما مفقودا لا يعطى الاخ
شيا وكذلك لو ترك أماً وابناً
مفقودا فانه ان كان المفقود
حياتسحق الام السدس
وان كان ميتا تسحق
الثالث كفى الحمل والله أعلم
* (كتاب الشركة) *

ولو كان معه وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يتغير به يعطى
والله أعلم * (كتاب الشركة) *

ايعمل أو يعين 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 ابناً وامراً أو حاملاً يعطى المرأة الثمن (وان كان ممن
يسقط بالحمل لا يعطى) شياً (وان كان ممن يتغير يعطى الاقل للتيقن به) مثاله ترك امرأه حاملاً وجدة تعطى
السدس لانه لا يتغير لها ولو ترك حاملاً وأخاً أو عملاً يعطى شياً لان الاخ يسقط بالابن و جائز ان يكون الحمل ابناً
فكان بين ان يسقط ولا يسقط فكان أصل الاستحقاق مشكوك كافي فلا يعطى شياً ولو ترك حاملاً واما الزوجة
تاخذ الام السدس والزوجة الثمن لانه لو كان ميتاً أخذت الام الثالث أو حياً أخذت السدس والزوجة الثمن لانه
لو كان ميتاً أخذت الربع والله الموفق للصواب

* (كتاب الشركة) *

هو باسكان الواو فى المعروف أو رد الشركة تعقيب المفقود لتناسيمها بوجهين كون مال أحدهما أمانة في يد
الآخر كما أن مال المفقود أمانة في يد الحاضر وكون الاشتراك قد يتحقق في مال المفقود كالموات مورثه وله وارث
آخر والمفقود حى وهذه مناسبة خاصة بينهما والاولى عامة فيهما وفى الاقب والقبط واللقطة على اعتبار وجود
مال مع القبط وانما قدم المفقود عليهما واولاه الا باق لشمول عرضية الهلاك كلا من نفس المفقود والابق
وكان بعضهم تخيل أن عرضية الهلاك للحال فقال لأن المال على عرضية التوى وحاصل محاسن الشركة
ترجع الى الاستعانة فى تحصيل المال والشركة لغة خاطا النصيبين بحيث لا يتبين أحدهما وما قيل انه اختلاط
النصيبين تساهل فان الشركة اسم المصدر والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل أشركه شرك كأظهر أنهم يفعل
الانسان وفعله الخلط أو الاختلاط فصفة تثبت للحال عن فعله ما ليس له اسم من المادة ولا يظن أن اسمه
الاشترى لان الاشتراك فعلهما أيضاً مصدر اشترى الرجلان اذفعال من الشركة وتو يعدى الى المال بحرف
فى فيقال اشترى كفى المال أى حققا الخلط فيه فالمال مشترك فيه أى يتعلق به اشترى كهما أى خلطاهما وركنهما فى
شركة العين اختلاطهما وفى شركة العقد اللفظ المفيد له هذا يقال الشركة على العقد نفسه لانه سبب الخلط

للمفقود ومراجه بهذا اللفظ أنه لا يخرج شيئاً من أيديهما لان النصف صار بينهما يبقين والنصف الثانى
للمفقود من وجهه ويريد بقوله ولا يقف منه شيئاً للمفقود أى لا يجعل مما فى يديها لثنتين ملكاً للمفقود على
الحقيقة وكذلك لو كان المال فى يد ولدى الابن المفقود من غير أن يقضى به اهما ولا لاتبنيهما لانه لا يدورى من
المستحق لهذا الباقى كذا فى النهاية وفى آخره كذا فى المبسوط والخيرة (قوله ولو كان معه وارث) أى
مع الحمل وارث (قوله ولا يتغير بالحمل) يعطى كل نصيبه حتى اذا ترك امرأه حاملاً جدة فللمجدة السدس
لانه لا يتغير فريضها وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وذلك كابن الابن أو الاخ أو العم حتى انه لو ترك
امرأة حاملاً وأخاً أو عملاً يعطى الاخ والعم شيئاً لان من الجائز أن يكون الحمل ابناً يسقط معه الاخ والعم وان
كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كالزوجة والام فانه ان كان الحمل حيا ترث الزوجة الثمن والام
السدس وان لم يكن حيا فهما ترثان الربع والثالث فتعطيان الثمن والسدس للتيقن كفى المفقود وهو أنه
اذا مات الرجل وترك جدة وابنهما مفقودا فللمجدة السدس كاذ كرنا فى الحمل لانه لا يتغير نصيبها وكذلك اذا ترك
أخا وابناً مفقودا لا يعطى للاخ شيئاً وكذلك لو ترك أماً وابناً مفقودا فانه ان كان المفقود حيا تسحق الام
السدس وان كان ميتاً تسحق الثلث كفى الحمل والله أعلم بالصواب

* (كتاب الشركة) *

هى عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعداً بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر ثم يطلق اسم الشركة على
صفة صاحب النصيب

* (كتاب الشركة) *

مناخبة ترتيب الابواب
المارة أنساق الى ههنا على
الوجوه المذكورة ولما
كان للشركة مناسبة خاصة
بالمفقود من حيث ان نصيب
المفقود من مال مورثه مختلط
بنصيب غيره كاختلاط المالكين
فى الشركة نذكرها تعقبه
وهى عبارة عن اختلاط
نصيبين فصاعداً بحيث لا
يعرف أحد النصيبين من
الآخر ثم سمي العقد
الخاص به وان لم يوجد
اختلاط النصيبين لان
العقد سببه

* (كتاب الشركة) *

قوله وهى عبارة عن
اختلاط نصيبين الخ أقول
فيه تسامح فان الاختلاط
صفة النصيب والشركة
صفة صاحب النصيب

(الشركة جائزة) لانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه قال (الشركة ضربان شركة
أملاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين برئها رجلان أو يشتريانها فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في
نصيب الآخر إلا بذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأحني) وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في
الكتاب كما إذا تم برجلان عينا أو ملكاها بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع أحدهما أو بتخاطهما

فاذا قبل شركة العقد بالاضافة فهي اضافة بيانية (قوله الشركة جائزة الى آخره) فيسئل 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 الخاطيء أي من المشتركين لا ينص على جواز كل منهما مع
أنه حكاية قول داود وعليه الصلاة والسلام اخبار الخصمين عن شرعته اذ ذلك فلا يلزم استمراره في شرعيتنا
وأما السنة فمافي أبي داود وابن ماجه والحاكم عن السائب بن أبي السائب أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم كنت
شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لآنداري ولا تخاري وروى أحمد بن حنبل من حديث هبدا الله بن
عمر بن ٧ بن خنيم 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 جبابا نخي وشريكي كان لا يداري ولا يخاري يا سائب قد كنت تعمل
أعمالا في الجاهلية لا تقبل منك وهي اليوم تقبل منك وكان داسلف وصداقه واسم السائب صبيق بن عائذ بن
عبدالله بن عمر بن مخزوم وقول السهيلي فيه انه كثير الاضطراب فهم من برويه عن السائب ومنهم من يرويه
عن قيس بن السائب ومنهم من يرويه عن عبدالله بن السائب وهذا اضطراب لا يثبت به شيء ولا تقوم به حجة
انما يصح اذا اراد الحجة في تعيين الشريك من كان أما غرضنا وهو تبوت مشاركته صلى الله عليه وسلم فثبت
على كل حال قال ابراهيم الحاربي في كتابه غريب الحديث يداري مهموز في الحديث أي يدافع ثم ايراد المشايخ
هذا انما يفيد أن الشركة كانت على عهد الجاهلية وهو جزء الدليل أعني أنه بعث وهم يتشاركون فقررهم
ومقيد الجزء الثاني مافي أبي داود ومستدرک الحاكم عن أبي هريرة رضي الله عنه فنه عليه الصلاة والسلام قال
الله تعالى أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فاذا خاننا خرجت من بيننا ما زاد رزق وجاء يد الشيطان
وضعه القطن بجهالة 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 فاذا خان أحدهما
صاحبه رفعها عنهما ولا شك أن كون الشركة مشروعة أظهر ثبوتها بماهية ثبوتها من هذا الحديث ونحوه اذ
التوارث والتعامل به من لدن النبي صلى الله عليه وسلم وهلم جرا متصل لا يحتاج فيه الى اثبات حديث بعينه
فلهذا لم يزد المصنف على ادعاء تقر به صلى الله عليه وسلم عليها (قوله الشركة ضربان شركة أملاك وشركة
عقود فشركة الاملاك العين برئها رجلان أو يشتريانها) وظاهر هذا الجمل من القدوري القصر فذكر
المصنف ثم لا تقتصر على ما ذكر بل ثبت فيما إذا تم بعينا أو ملكاها بالاستيلاء بان استولى على مال حربي
ملك ماله بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع من أحدهما بان انعتق كيساهما المتجاوران فاختلف ما فهمما
أو اختلط بتخاطهما خلط يمنع التمييز كالحنطة بالحنطة أو يتعسر كالحنطة بالشعير ولو قال العين على كانها كان
شاملا الا أن بعضهم ذكر من شركة الاملاك الشركة في الدين فقبل مجاز لان الدين وصف شرعي لا ملك وقد
يقال بل يملك شرعا وإذا جاز به ممن عليه وقد يقال ان الهبة مجاز عن الاستقاط ولذا لم تجز من غير من عليه
والحق ما ذكره من ملكه ولذا ملك ما عن من العين على الاشتراك حتى اذا دفع من عليه الى أحدهما شيئا
كان للاخر الرجوع عليه بنصف ما أخذ وليس له أن يقول هذا الذي أخذته حصتي وما بقي على المديون
حصدك ولا يصح من المديون أيضا أن يعطيه شيئا على أنه فضاء وأخر الآخرا قالوا والحيلة في اختصاص الآخذ

والشركة جائزة لان النبي
عليه الصلاة والسلام بعث
والناس يتعاملون بها
فقررهم 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 (شركة الاملاك
العين) أقول أي شركة
العين فالمضاف مقدر قال
المصنف (برئها رجلان أو
يشتريانها) أقول قوله برئها
صفة العين كافي قوله تعالى
كمثل الجسار يحمل أسفارا
٧ قوله ابن خنيم يضم الخاء كما
في أسماء الرجال لابن حجر اه

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

خلطا يمنع التمييز رأسا أو لا يخرج ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه
بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى (والضرب الثاني
شركة العقود وركتها الايجاب والقبول وهو ان يقول أحدهما شاركك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت)

بما أخذ دون شريكه أن يبيع من عليه مقدار حصته ويبرئه هو من حصته وحكم هذه الشركة أنه لا يجوز أن
يتصرف في نصيب شريكه الا بأمره لان كلامهما في نصيبه آخر كالأجنبي عن الشركة لعدم تضمها وكلا
وأنه يجوز له أن يبيع نصيبه من الشريك في جميع الصور (و) أما (من غير الشريك فيجوز بغير اذنه في
جميع الصور الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز) يبيع أحدهما نصيبه من غير الشريك (الابان
الشريك) قال المصنف (وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى) وحقيقة الفرق ما أشار اليه في الفوائد الظهيرية
وهو ان الشركة اذا كانت بينهما من الابتداء بان اشترى باحطنة أو ورثاها كانت كل حصة مشتركة بينهما
فيبيع كل منهما نصيبه شأنه عاثر من الشريك والأجنبي بخلاف ما اذا كانت بالخلط والاختلاط لان كل
حصة مملوكة بجميع أجزائها لا أحدهما ليس للاخر فيها شركة فاذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على
تسليمه الا مخلوطا بنصيب الشريك فيتوقف على اذنه بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسلم
وأما ما ذكر شيخ الاسلام من أن خلط الجنس بالجنس تعدى سبب لزوال الملك عن المخلوط ماله الى الخلط فاذا
حصل بغير تعدى يكون سبب الزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد انثالا الى الشريك في حق
البيع من الاجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك فقد يمنع ثبوت الزوال من وجه فان تمام السبب فيه
هو التعدى فعند عدمه لا يثبت من وجهه والاسكانت جميع المسببات ثابتة من وجه قبل اسبابها وأيضا
فالزوال الى الخلط عينالا الى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب كل منهما زائلا الى الشريك الا ان تعدى
البيع من الاجنبي بل المترتب عليه اعتبار زوال ملكه الى الشريك بالخلط عينالا يلزم اعتبار نصيب كل منهما
زائلا الى الشريك في البيع من الاجنبي بل اعتبار نصيب غير الخلط فقط اذا باع من الاجنبي وانما قلنا ان تمام
السبب التعدى لان 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 وركتها الايجاب والقبول) ثم فسرهما المصنف
بقوله (وهو ان يقول أحدهما شاركك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت) أي في كذا من المال وفي كذا من
التجاراة البرازية أو البقالية في العنان أو في كل مالي ومالك وهما متساويان وفي جميع التجارات وكل قبيل
عن الآخر في المعاوضة ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المعاوضة كإسائتي وليس اللفظ المذكور
بالزوم بل المعنى ولهذا الودع الغالي رجل وقال أخرج مثلهما واشترى ما كان من ربح فهو بيننا وقبل الآخر
أخذها وفعل انعقدت الشركة وتو يندب الاشهاد عليها وذلك كمن يبيع من غيره ما يملكه فلهما ما اشترك
عليه فلان اشترى كاعلى تقوى الله تعالى وأداء الامانة ثم يمين قدر رأس مال كل منهما ويقول وذلك
في أيديهما يشترى به ويبيعان جميعا وشئى ويعمل كل منهما بما رأه ويبيع بالنقد والنسيئة وهذا وان ملكه
كل بمطلق عقد الشركة الآن بعض العلماء يقول لا يملكه واحدا منهما الا بالتصريح به فلا يخرج عنه يكتب هذا
ثم يقول قسا كان من ربح فهو بينهما على قدر رؤس أموالهما وما كان من وضعية أو تبة فكذلك ولا
خلاف ان اشتراط الوضعية بخلاف قدر رأس المال باطل واشتراط الربح متقاولا عندنا صحيح فيما سبى
فان كانا شرط التفاوت فيه كتباه كذلك ويقول اشترى كاعلى ذلك في يوم كذا في شهر كذا وانما يكتب التاريخ

وقوله (خلطا يمنع التمييز
رأسا) تخلط الحنطة بالحنطة
أو الا يخرج تخلطها بالشعير
وقوله (فانه لا يجوز)
يعنى البيع (من الاجنبي)
الابان شريكه وقوله (وقد
بيننا الفرق في كفاية المنتهى)
قبل الفرق أن خلط الجنس
بالجنس على سبيل التعدى
سبب لزوال الملك عن المخلوط
الى الخلط فاذا حصل بغير
تعدى كان سبب الزوال ثابتا
من وجه دون وجه فاعتبر
نصيب كل واحد زائلا الى
الشريك في حق البيع
من الاجنبي غير زائل في
حق البيع من الشريك
كانه يبيع ملك نفسه عملا
بالشبهين

بالكتاب (قوله خلطا يمنع التمييز رأسا) تخلط البر بالبر والابخرج تخلط الحنطة بالشعير (قوله وقد بينا
الفرق في كفاية المنتهى) والفرق وهو ان خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدى سبب لزوال الملك من
المخلوط الى الخلط فاذا حصل بغير تعدى يكون سبب الزوال ثابتا من وجه فاعتبر نصيب كل زائلا الى الشريك
في حق البيع من الاجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كأنه يبيع ملك نفسه عملا بالشبهين وهذا

وقوله (قابلا للوكالة)
 احتراز عن الشركة في
 التكدي والاحتشاش
 والاحتطاب والاصطياد فان
 الملك في هذه الصور يقع
 لمن يشره فيه خاصا لا على
 وجه الاشتراك أي شركة
 العقود كلها متضمنة لعقد
 الوكالة ثم شركة المفاوضات
 من بينها مخصوصة بتضمن
 عقد الكفالة ثم علل تضمن
 هذه العقود الكفالة بقوله
 (ليكون ما يستفاد بالتصرف
 مشتركا بينهما فيحقق حكمه
 المطلوب منه) أي من عقد
 الشركة وتشرح هذان
 هذه العقود انما تضمنت
 الوكالة لان من حكم الشركة
 ثبوت الاشتراك في الاستفادة
 بالتجارة ولا يصير الاستفادة
 بالتجارة مشتركا بينهما الا ان
 يكون كل واحد منهما وكيل
 عن صاحبه في النصف وفي
 النصف عاملا لنفسه حتى
 يصير الاستفادة مشتركا
 بينهما فصار كل واحد منهما
 وكيل عن صاحبه يقتضي
 عقد الشركة وقوله ثم هي
 أربعة أوجه ذكر في وجه
 الحضرة على ذلك ان الشرركين
 اما ان يذكرا المال في العقد
 أولا فان ذكرا فاما ان يلزم
 اشتراط المساواة في ذلك
 المال في رأسه وجهه أولا
 فان لزم فهي المفاوضات والا
 فالعنان وان لم يذكرا 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 المفاوضات 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 التاريخ (قوله وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة) وعقد الشركة منصوب على المصدوم معمول المعقود وكل صور عقود الشركة يتضمن الوكالة وتختص المفاوضات 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 وكيلا عن صاحبه في النصف وأصيل في النصف الاخر لا يكون الاستفادة مشتركا كالاختصاص المشتري بالمشتري واحترازه عن الاشتراك في التكدي والاحتطاب والاحتشاش والاصطياد فان الملك في كل ذلك يختص بمن يشره فيه (قوله ثم هي) أي شركة العقود على (أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجود) قيل في وجه الحصر ان العقد اما ان يذكر فيه مال أو لا وفي الذكرا ما أن تشترط المساواة في المال ور بجه وتصرفه ونفعه وضرره أولا فان شرط ذلك فهو المفاوضات والافهوه العنان وفي عدم ذكر المال اما ان يشترط العمل في مال الغير أولا فالاول والصنائع والثاني الوجود 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 الكرخي حيث قالوا الشركة على ثلاثة أوجه شركة بالاموال وشركة بالاعمال وشركة بالوجود وكل منها على وجهين مفاوضة وعنان وسبأني البيان ان شاء الله تعالى (قوله فاما شركة المفاوضات فهي أن يشترك الرجلان في تساويان في مالهما وتصرفهما في جميع ما يكون كل منهما وكيل عن الاخر في كل ما يلزمه من عهده ما يشتره كإلانه وكيل عنه (لانها شركة عامة) يفوض كل منهما الى صاحبه على العموم (في التجارات) والتصرفات لان الغرض الشركة والمفاوضة

أولى من عكسه لان التصرف مع الشريك أسرع نقادا 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 مجراه لانهم يوجد بعد ثبوت الملك لكل واحد منهما سبب الزوال وجهه فكان ملك كل واحد منهما قائما في نصيبه من كل وجه فجاز بيع نصيبه من الشريك ومن الاجنبي كذلك في مبسوط شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله تعالى ولان الشركة اذا كانت من الابتداء بينهما بان اشترى احظنة أو ورثاها كان كل حبة 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 حبة يشار اليها ليست بمشتركة بينهما لان تلك الحبة 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 لاجرا ولا كلالا ان كل حبة 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 الظهيريني في كتاب القضاء (قوله وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة) لان كل واحد من الشركين يكون وكيل عن الاخر في نصيب ما يشتره ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما وما لا يقبل الوكالة كالاصلطياد والاحتطاب يكون الاستفادة للعامل ولا يقع مشتركا فلا يحقق حكمه المطلوب منه وهو الشركة في المال فلهذا لم تصح الشركة فيه (قوله لا يصلح الناس فوضى البيت) أي لا تصلح أمور الناس حال كونهم متساويين اذ لم يكن لهم أمراء وسادات فانهم اذا كانوا متساويين تحقق المنازعة بينهم لانه اذ لم يكن فيهم أمير مطاع في أمره ونهيه كان كل واحد منهم

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

وقوله فلا بد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء أما ابتداء فظاهر بناء على ما ذكر من ما أخذ اشتقاقه وأما الانتهاء فلان المفاوضة من العقود الجائزة فان لكل واحد منها ما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء وفي ابتداء المفاوضة تشترط المساوات فكذا في الانتهاء (وقوله وذلك) أي تحقق المساواة في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح فيه الشركة كالعروض والديون والعقار حتى لو كان لأحدهما عرض وأوديون على الناس لا تبطل المفاوضة ما لم يقبض الديون وقوله (كل ذلك بانقراده فاسد) أي كل من الوكالة والكفالة في المجهول فاسد حتى لو وكل رجلا وقال وكنك بالشراء أو بشراء الثوب كان فاسدا وكذلك الكفالة للمجهول بالمعوم باطل فالكفالة للمجهول بالمجهول أولى بالبطالان فان قيل الوكالة العامة جائزة كما

أي 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 تصرفا لا يملك الآخر لغات التساوي وكذلك في الدين لما تبين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي وقال مالك لا أعرف ما للمفاوضة

المساواة فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فمع التساوي في ذلك ولا يخفى أن قول المصنف اذهبى من المساواة تساهل لانها مادة أخرى فكيف يتحقق الاشتقاق بل هي من التفويض أو الغرض الذي منه فاض الماء اذا عم وانتشر وانما أراد ان معناها المساواة واستشهد بقوله الافوه الاودى

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا وبعده اذا تولى سراة الناس أمرهم * نماغلى ذلك أمر القوم وازدادوا وقيل بعد تهدى الامور باهل الرأي ما صلت * فان تولت فبالجهال يفتادوا

ومعنى البيت اذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون اليه بل كان كل واحد مستقلا ينفذ امره كيف كان تحققت المنازعة كما في 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 يركب وأصله سرورة تحركت الواو وانفتح ما قبلها قلبت الغافض سرارة وأصل سرى سر بواجتماعها وسبقتهما احداهما بالسكون فقلب الواو ياء ثم ادغمت في الياء وسبقت وجه المساواة (فلا بد من تحقق المساواة ابتداء) عند عقد الشركة (وانتهاء) أي في مدة البقاء لان عقد الشركة عقد غير لازم فان لكل منهما أن يفسخه اذا شاء فكان لبقائه حكم الابتداء فيما يمنع ابتداء العقد من التفاوت في المال يمنع بقاءه حتى لو كان الملالن سواء يوم العقد ثم ازدادت قيمة أحدهما قبل الشراء ففسدت المفاوضة وصارت عنانا بخلاف ما لو زاد بعد الشراء بالمالين لان الشركة انتقلت الى المشتري فانما تغير سعر رأس المال بعد خروجه عن الشركة فيه ولو اشترى بجميع 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 بمعنى 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 لأحدهما دراهم سود ولآخر مثلهما بفض وقبتهما مساوية تحت المفاوضة بخلاف ما لو زادت وكذا لو كان لأحدهما ألف ولآخر ما يتدنيار وقبتهما ألف صححت فان زادت صارت عنانا وكذا لو ورت أحدهما دراهم أو اتبها تنقلب عناناً ثم المراد بالمال الذي يلزم فيه التساوي ما تصح به الشركة من الدراهم والدنانير والغلوس على قولهما دون العروض ولو كان لأحدهما دية نقد لم تصح المفاوضة ولو كان له دين صححت الى أن يقبضه فاذا قبضه ففسدت وصارت عنانا ولذا يعتبر التساوي في التصرف فانه لو ملك أحدهما تصرفا لم يملكه الآخر فان التساوي وكذا في الدين لما تبين عن قرييب (قوله وهذه الشركة جائزة في قول أصحابنا رحمه الله استحسانا والقياس ان لا تجوز وهو قول الشافعي 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 منها ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء وفي ابتداء عقد المفاوضة اشترطت المساواة فكذا في الانتهاء (قوله والمراد به ما تصح الشركة فيه) أي ما يصلح لرأس مال الشركة كالدراهم والدنانير ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه أي ما لا يصلح لرأس مال الشركة كالعروض والديون (قوله وقال مالك رحمه الله لا أعرف ما للمفاوضة) وهو

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

وجه القياس انها تضمنت الو كاله بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانقردها فاسد وجه الاستحسان
قوله صلى الله عليه وسلم فاقضوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس يعاملون من غير تكبير وبه يترك القياس

لا يلزم تناقض به كما قيل اذا لم يعرفها فكيف حكم بفسادها لان العالم يقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد
والمعنى لا وجود للمفاوضة على الوجه الذي ذكرتموه في الشرع وما لا وجود له شرعا لا يحسمته وقد حكى عن
اصحاب مالكا ان المفاوضات تجوز وهي ان يفوض كل منهما الى الآخر التعريف في غيبته وحضوره وتكون
يده كيد غير ان لا يشترط التساوي في المالىن ومن روى عنه القول بالمفاوضة الشعبي وابن سيرين ذكره
الشيخ أبو بكر الرازى (وجه) قوله ما هو وجه القياس انها تضمنت الو كاله (ب) شراء (بمجهول الجنس و
الكفالة بمجهول وكل بانقراد فاسد) ولو قال وكتبتك بشراء عبد أو ثوب لم يجز حتى يبين نوعه وصفته ولو
كفل لمن سيدينه بما يلزمه لا يصح فاجتماعها يفسد اذ ان قيل الو كاله العامة جائزة كولو قال لا تحرك وكتبتك
في مالى اصنع فيه ماشئت حتى يجوز له ان يفعل فيه ما شاء قلنا العموم غير مرد فانها لا تثبت وكاله كل في شراء
طعام أهل الآخر وكسوتهم فاذا لم يكن عاما كان تو كيدا بمجهول الجنس (وجه الاستحسان) أمران أحدهما
(ماروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال فاقضوا فانه اعظم للبركة) أى ان عقد المفاوضات اعظم للبركة وقوله
صلى الله عليه وسلم اذا فاضتم فاحسنوا المفاوضات وهذا الحديث لم يعرف في كتب الحديث أصلا 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 فبين البركة البيع الى أجل والمفاوضة واخلاق البر بالسعي للبيت لا للبيع وفي بعض
نسخ ابن ماجه المفاوضات بدل المقارضة ورواه ابراهيم الحرى في كتاب غريب الحديث وضبطه المعارضة بالعين
والضاد وفسرها ببيع عرض بعرض مثله (والآخر) ما ذكره من (أن الناس يعاملوا بهم من غير تكبير وبه
يترك القياس) لان التعامل كالا جاع ولو منع ظهور التعامل بها على الشرط التي ذكرتم من المساواة في
جميع ما يملكه كل من التقود بل على شرط التقويض العام كلعن مالك أمكن ثم أجاب عن القياس فقال
(الجهالة مقهولة) لانها انما تثبت (تبعيا) والتصرف قد يصح تبعيا ولا يصح مقصودا (كفى المضاربة) فانها
تضمن الو كاله بشرع مجهول الجنس وكذا شركة العنان فلا يتم الا لزم وانتظم الكلام الكلى وهو قوله
والجهالة مقهولة تبعيا الجواب عن الزام الكفالة بالمجهول وفضل الجواب فيها في البسوط فقال وأما الجهالة فعينها
لا تبطل الكفالة ولكن تمكن المنازعة بسببها وهو منعدم هنالان كل واحد انما يصير ضامنا عن صاحبه ما لزمه
بتجارته وعند لزوم المضمون له والمضمون به معلوم وكان المصنف انما لم يعرج عليه لانه لو صح صحت الكفالة
لمجهول ابتداء لان عند اللزوم لا يتعين المكفول له فاكتفى بنفي الزام بمجرد كرم من ان الشئ قد يصح تبعيا
لا قصدا ولا يلزم من عدم صحة الكفالة كذلك قصد عدم صحتها ضامنا وعلى هذا يمكن اثبات صحتها شرعا أخذ من
هذا الجواب هكذا تصرف نافع لا مانع فيه في الشرع فوجب صحتها والمانع وهو الو كاله بمجهول والكفالة
بمجهول يمنع اذا ثبت قصدا ولا يلزم من منع الشئ اذا ثبت قصدا منعه اذا ثبت صحتها فان قيل فن أين اشتراط
المساواة في المال قلنا هذا أمر يرجع الى مجرد الاصطلاح وذلك أن الشركة في صورة يكون الشريك
متساوي المالىن على وجه التقويض على العموم جائزة بلا مانع كما في صورة عدم تساويهما قلنا ان عقد اعلى
الوجه الاول سمينا الشركة بالمفاوضة والاسمينها عنا غير اننا انا كتبتنا بلقظ المفاوضات في ثبوت الشرط المذكور

تناقض لانه اذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد اذا تصديق بلا تصور (قوله وجه القياس انها تضمنت الو كاله
بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانقردها فاسد) كما اذا قال وكتبتك بشراء شئ وكالو قال كفلت
عنتك ما بايعت الناس أو غصبت من الناس فعند الانضمام أولى فان قيل الو كاله العامة جائزة كما اذا قال
لا تحرك وكتبتك في مالى اصنع ماشئت يجوز له أن يتصرف في ماله قلنا العموم ليس مرد ههنا فانه لا تثبت الو كاله
في حق شراء الطعام والكسوة لاهله فاذا لم يكن عاما يكون تو كيدا بمجهول الجنس فلا يجوز (قوله وبه يترك
القياس) أى بالتعامل يترك القياس كالا صنع ودخول الحمام وهذا لان تعاملهم بلا تكبير كالا جاع

اذا قال لا تحرك وكتبتك في
مالى اصنع ماشئت فانه يجوز
له أن يتصرف في ماله
أجيب بان العموم ليس
بمرد ههنا فانه لا تثبت
الوكاله في حق شراء
الطعام والكسوة لاهله فاذا
لم يكن عاما كان تو كيدا
بمجهول الجنس فلا يجوز
(قوله والجهالة مقهولة
تبعيا كفى المضاربة) يعنى
الوكاله بمجهول الجنس
موجودة في المضاربة وهي
جائزة هناك تبعيا فكذلك
ههنا ألا ترى ان شركة
العنان تصح وان تضمنت
ذلك لان ما يشتر به كل
واحد منها غير مسمى عند
العقد فكذلك المفاوضات
وقوله (لان المعنى هو المعنى
دون اللفظ) يوضحه ان
الكفالة بشرط براءة الاصيل
حوالة والحوالة بشرط
ضمان الاصيل كقوله وقوله
(لما قلنا) اشارة الى قوله
لتحقق التساوي أى فى
كونهما ذميين وقوله (ولا
يجوز) أى المفاوضات بين
الحر وبين المملوك طاهر

في التصرف فان المجوسى يتصرف فى الموقوذة لاعتقاده المالىة 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 يبطل للعقد لاجاله والتفاوت فى الموقوذة لم يعتبر لان من جعل الموقوذة مالا متقوما لا يفصل فيه بين الكفاي والمجوسى فتحقق المساواة وأما واحة 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 بنائيه

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

(قوله على أن يقيمه بنفسه أو بنائيه الخ) أقول فيه بحث فان المسلم أيضا من أهل أن يشتري الخمر أو الخنزير بنائيه كما سيجى فى كتاب الوكالة وجوابه أن اجارة نفسه صحيحة دون اشتراه المسلم الخمر فتأمل

والجهالة متحتمة تبعا كفى المضاربة (ولا تنعقد باللفظة المفاوضة) بعد شرايطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعتبر هو المعنى قال (فجوز بين الحر من الكبير من مسلمين أو ذميين لتحقق التساوى وان كان أحدهما كفايا والآخر مجوسيا تجوز أيضا لما قلنا) ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبى والبالغ لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدهما لا باذن المولى والصبى لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن المولى قال (ولا بين المسلم والكافر) وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز لتساوى بينهما فى الوكالة والكفالة ولا يعتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشفعوى والحنفى فانها جائزة

لجعلنا اياه على تمام المساواة فى أمر الشركة فاذا كراهها ثبت أحكامها اقامة للفظ مقام المعنى بخلاف ما اذا لم يذ كراهها لعدم تحقق رضاهما باحكامها الأنا يذ كراهها تمام معناها بان يقول أحدهما وهما حران مسلمان بالعمان أو ذميين شاركتك فى جميع ما أملاك من نقد وقد رما تلك على وجه التقوى يرض العوام من كل منا للآخر فى التجارات والنقد والتسوية وعلى ان كلامنا ضمن على الآخر ما يلزمه من أمر كل بيع وهذا قول المصنف (وتنقد بلفظ المفاوضة بعد شرايطها عن فهم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعتبر هو المعنى) واللفظ وسيله الى افهامه ولو عقد بلفظ المفاوضة وبعض شرايطها متفق عندنا اذا لم يكن المتفق من شروط العنان ويكون تعبيرا بالمفاوضة عن العنان (قوله وان كان أحدهما كفايا والآخر مجوسيا) ان فيه لا وصل وقوله (لم قلنا) أى لتحقق التساوى اذ الكفر كله ملة واحدة (قوله ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبى والبالغ لتعذر المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبى لا يملك الكفالة) أصلا ولو أذن له المولى (ولا يملك التصرف الا باذنه قال ولا بين الكافر والمسلم وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز لتساوى 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 متحتمة تبعا) أى لغيرها وهى المساواة لان المفاوضة تقتضى للمساواة على ما مر ولا تثبت المساواة الا بعد أن يصير كل واحد منهما كقيلان صاحبهما وهذا جواب عن وجه القياس أنها تضمنت الوكالة بجهول الجنس والكفالة بجهول فاجاب أن المالا يثبت مقصودا جاز أن يثبت تبعا كالمضاربة جازت بالاجماع وان اشتملت على التوكيل بشرائها بجهول الجنس اذا لم يبين نوعا ومثله هذا أيضا وجد فى شركة العنان فان التوكيل بشرائها بجهول الجنس لا يصح ثم صح شركة العنان وان تضمنت ذلك (قوله لان المعتبر هو المعنى) ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ضمان الاصيل كقالة (قوله والآخر مجوسيا) 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 أجر الكفاي نفسه بجوز ويطالب به المجوسى وان لم يقدر على ايقائه بنفسه لانه يقدر على الايقاع بالغير وهو العين أو الاجبر وكذا لو أجر المجوسى بجوز وان لم يقدر بنفسه لقدرة غيره كالخياط مع القصار اذا اعتدما عقد المفاوضة صار كل واحد منهما مطالبا على الآخر وان لم يقدر بنفسه (قوله لما قلنا) أى لتحقق التساوى (قوله الا باذن المولى) فان قيل لما أذن له المولى فى الكفالة يثبت التساوى بينهما بين الحر قلنا لا يثبت لانه لا تصح كفالته باذن المولى اذا كان عليه دين وكذا لا تجوز كفالته بعدما كفل بعتد او قيمته كذا ذكره الفقيه أبو الليث رحمه الله (قوله

ويتفاوتان

ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره لان الذي لا يمتدى الى الجائز من العقود ولهما
 انه لا تساوي في التصرف فان الذي لو اشترى رأس المال خوفاً أو خنازيراً لم يصح ولو اشترىها مسلماً لا يصح (ولا
 يجوز بين العبد وبين ولا بين الصبي وبين ولا بين المكاتبين) لان عدم صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لتفقد
 شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عتقنا للاستجماع شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصاً وقد يكون عاماً
 قال (وتنقذ على الوكالة والكفالة) أما الوكالة فتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه وأما
 الكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعاً قال

وقوله (ولا بين الصبيين) يعني
 وان أذن لهما أبوهما لان
 مبنى المفاوضة على الكفالة
 وهما ليسا من أهل ذلك
 وكذلك المكاتبان وقوله
 (اذ هو) أي العنان (قد
 يكون خاصاً وقد يكون عاماً)
 يعني قد يكون عاماً في أنواع
 التجارة وقد يكون في نوع
 خاص منها والمفاوضة عامة
 فيها فحاز أن يذكر لفظ
 المفاوضة (وراد معنى
 العنان كما يجوز اثبات معنى
 الخصوص بلغة العموم
 قوله وتنقذ على الوكالة
 والكفالة) أي تنقذ
 شركة المفاوضة على الوكالة
 كعمامة الشركة كما يتحقق
 المقصود وهو الشركة في
 المال (على ما بيننا) يعني قوله
 ليكون ما يستغاد بالتصرف
 مشتركاً وعلى الكفالة هو
 على معنى ان يطالب كل
 واحد من شريكي المفاوضة
 بما باشره الآخر واليه أشار
 بقوله لتحقق المساواة فيما
 هو من موجبات التجارة
 وهو توجه المطالبة نحوهما
 جميعاً وقوله (لان مقتضى
 العقد تعليل المستثنى منه)
 وهو قوله قد يكون على

ويتفاوتان في العقد على متروك التسمية الا انه يكره) أي عقد الشركة بين المسلم والكافر (لان الذي لا يمتدى
 الى الجائز من العقود ولا يمتد زمن الربا فيكون سبباً 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
 ما لا يعاقب عليه وفيه نظر لان قضية الاستثناء ان يتفق الحكم عمداً بعد الا فيكون قد أخرج الكراهة التي
 يتضمنها الجواز عنه فلا يثبت فانما هو استدراك من الجواز فان مطلقه ينصرف الى غير المكروه فاستدراك
 منه الكراهة أي لئلا يكره وهو بعض أهل الدرس قالوا يريد الاستثناء المنقطع لما رآه بمعنى لكن وهو
 غلط لان المستثنى في المتصل والمنقطع يخرج من حكم المصدر فالجواز لم يمتد في قولك جازاً الاحراز فيقتضي
 اخراج الكراهة عن ثبوت الجواز فلا تثبت الكراهة (وله ما نه لان تساوي في التصرف فان الذي لو اشترى
 رأس ماله خوفاً وخنازيراً يصح ولو اشترىها المسلم لا يصح) لكن بقول أبي يوسف كالمفاوضة بين الحنفى
 والشافعى مع التفاوت فيما يملك لم يجب عنه وكذا بين الكفاي والمجوسى فان المجوسى يتصرف في الموقوذة
 لانه يعتقد ما يتهادون الكفاي وكذا الكفاي يؤجر نفسه للذبح دون المجوسى وأجيب بان منهم من جعل
 الموقوذة مالا متقومافي حقهم فلا فصل بين المجوسى والكفاي فتحقق المساواة في التصرف وأما مؤجر نفسه
 للذبح فكل منهما من أهل ان 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 متقوماً في ولاية الالزام بالحاجة ثابتة باتحاد الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعى كالحنفى
 وأما المسلم مع المرتد فلا تجوز الشركة بينهما في قولهم هكذا ذكره الكرخى وذكر في الاصل قياس قول أبي
 يوسف انه يجوز عنده (قوله ولا بين الصبيين) يعني ولو أذن وليهما لهما مالهما ليسا من أهل الكفالة ولا بين
 العبد وبين والمكاتبين (قوله وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لتفقد شرطها الخ) وذلك كالموقف بالغ وصبي أو
 حر وعبد أو مكاتب أو شرط عدم الكفالة تصير عتقنا وان عمما التصرف والمال وتساويهما لان عقد
 شركة العنان قد يكون عاماً كما يكون خاصاً بخلاف المفاوضة فتكون الاعامة (قوله وتنقذ) أي المفاوضة
 (على الوكالة والكفالة) وان لم يصرح بموافان ذلك موجب اللفظ فيثبت بذكره أي وكالة كل منهما عن
 الآخر في نصف ما يشتر به وكفالة كل منهما الآخر (أما انعقادها على) الوكالة فتحقق غرض الشركة
 وقوله (على ما بيناه) يريد قوله ليكون ما يستغاد به على الشركة فتحقق الاشتراك في الربح (وأما الكفالة
 فتحقق المساواة) التي هي مقتضى المفاوضة (فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما)

الا انه يكره لان الذي لا يمتدى الى الجائز من العقود) أي يكره مشاركة المسلم الذي لا يتوفى العقود
 الفاسدة فربما يصير سبباً لوقوع المسلم في المحرم والجواب عن قول أبي يوسف رحمه الله كالمفاوضة بين الحنفى
 والشافعى ان المساواة بينهما ثابتة لان الدلالة قامت على أن متروك التسمية عمداً ليس بمال متقوم ولا يجوز
 التصرف فيه بين الحنفى والشافعى جميعاً لثبوت ولاية الالزام بالحاجة فتحقق المساواة بينهما في المال
 والتصرف كذا في المبسوط (قوله ولا يشترط ذلك في العنان) من صورة المسئلة اذ هو أي العنان وفي
 المبسوط أن العنان قد يكون عاماً وقد يكون خاصاً بخلاف المفاوضة فانها عامة لا غير وفي الايضاح وكل موضع

الشركة وقوله (لما بينا) إشارة الى هذا التعليل وقوله (وللبائع) أي لبائع الطعام والكسوة (قوله) فما يصح الاشتراك فيه المبيع والشراء والاستتجار) أما صورة البيع والشراء فظاهرة وأما صورة الاستتجار فهو أن يستأجر أحد المتفاوضين أجزرا في تجارتهم أو دابة أو شيئا من الأشياء فلا مؤجران يأخذونهم ما شاء لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كقيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استأجره لحاجة نفسه أو استأجره بالمالى مكتسب على ما قاله المكارى أن يأخذ منهم ما شاء الآن شريكة اذا أدى من خالص ماله رجع به عليه لانه أدى ما كفل عنه بأمره 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 الجنابة على بنى آدم والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة

فلو أدى رجل على أحد المتفاوضين جراحة خطا لها ارش مقدور واستخلفه فلف ثم أراد أن يستخلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب التجارة فالما يلزمه بسبب الجنابة فلا يكون الاخر كغايه الا ترى انه لو ثبت بالمينة أو بجعينة السبب لم يكن على الشريك من وجهائى ولا خصومة للعجنى عليه معوكذا المهر والخلع والصلح عن جنابة العمد والنفقة اذا ادعاه على أحدهما وحلقه عليه ليس له ان يخلف 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 أقرت ببديل الخلع لا يلزم على شريكها ومن هذا يتبين قال المصنف (وللبائع أن يأخذ بالثمن الى قوله ما أدى) أقول ما ثبت بالضرورة

(وما يشتر به كل واحد منهما 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 استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبه معلومة الوقوع ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا التصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورته والقياس أن يكون على الشركة لما بينا (وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما 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 تخرض من له) تحقيقا للمساواة فيما يصح الاشتراك فيه الشراء

بسبب ما هو من أفعالها وما يشبهها ما هو تجارة (وما يشتر به كل واحد منهما يكون على الشركة الاطعام أهله وكسوتهم) فيختص به ومع ذلك يكون الاخر كفيل عنه حتى كان لبائع الطعام والكسوة له ولعبياله 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 الراتبه معلومة وقوعها) أي المستمرة من قولهم رتب الشيء اذا دام ومنه أمر ترتب أي داء بفتح التاء الثانية وضمها (ولا يمكن ايجاب نفقة عياله على صاحبه) فكان مستثنى ضرورة (والقياس وقوعه على الشركة لما بينا) من ان مقتضى العقد المساواة ثم كفالته 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) وللبيع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء) أي وللبائع الطعام والكسوة أن يأخذ بثلث الطعام والكسوة أي الشريكين شاء وان لم يقع الطعام والكسوة على الشركة لان المشتري باشر بسبب الالتزام والاخر كفيل عنه بما يلزمه بالشراء بسبب شركة المفاوضة فكان سبب توجه المطالبة على كل واحد منهما موجودا بسبب على حدة فيطالب به لذلك ولان في عدم وقوع الطعام والكسوة على الشركة ضرورة ولا ضرورة في أن لا يقع عقدا أحدهما الشريكين متضمنا للكفالة فثبتت 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 والمبيع والاستتجار) ولا فرق بين أن يكون الاستتجار واقعا على الشركة أو لحاجة المستأجر خاصة ذكر في المبسوط وصورة الاستتجار هي أن يستأجر أحد المتفاوضين أجزرا في تجارتهم أو دابة أو شيئا من الأشياء فلا مؤجران يأخذونهم ما شاء لان

يتقدر بقدر الضرورة ولهذا لم يتعد الى الكفالة وبقيت على مقتضى القياس فليست قال المصنف (فما يصح الاشتراك والمبيع فيه الشراء والمبيع والاستتجار) أقول قال الإقناني ولنا في عبارة صاحب الهداية نظرا لأن حق الكلام أن يقول فما يصح فيه الاشتراك الثمن المشتري وأجرة ما استأجره هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستتجار كذلك حق الكلام أن يقول ومن القسم الاخر ارض الجنابة والمهر والنفقة الخ لانها هي الديون الواقعة بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الجنابة والنكاح والخلع أنفسها الى آخر ما قال فيعلم بادنى فكر ان شاء الله تعالى اه وفيه 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 الاشتراك فيه المشتري والمستأجر وقيل عليه

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 أو لا فاعتبرنا جهة التبرع فيه ولم نعتبر هنا لان الابتداء ثمة محتاج اليه ولا كذلك هنا الصحة الابتداء لكون الضامن من أهل الضمان دون الصبي (قوله لم يصح ممن ذكره يريد به الصبي والمجنون الخ) وأما (قوله وإنما قيد بحال 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 المبني للمفعول فلهذا 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 يشبهه ضمان التجارة فيكون صاحب الدين بالخيار ان شاء أخذ المشتري منه بدينه وان شاء أخذ به شر يكه وضمان التجارة كمن المشتري في البيع الجائز وقيمه في الفاسد وأجرة ما استأجره سواء استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة وما يشبهه ضمان التجارة ضمان غصب أو استهلاك عند أبي حنيفة أو ودعة اذا أحدها أو استهلكها وكذا العارية لان تقرر والضمان في هذه المواضع يفيد له تلك الأصل فتصير في معنى التجارة ولو لحق أحدهما ضمان لا يشبهه ضمان التجارة لا يؤخذ به كإرث الجنائيات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص وعن هذا ليس له أن يحلف الشريك على العلم اذا أنكر الشريك الجاني بخلاف ما لو ادعى على أحدهما يبيع خادم فأنكر فلما ادعى أن يحلف المدعي عليه على البتة وشر يكه على العلم لان كل واحد لو أقر بما ادعاه المدعي 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 شر يكها وكذا لو أقرت ببذل الخلع أو التزمت أحد الشر يكين وهو أجنبي (قوله ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يلزم صاحبه لانه) أي الكفيل (متبرع ولهذا التصح) 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 لئلا يُلزم 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 وعبارة الايضاح نقلها في النهاية وغيرها هكذا قال يضمن يعني المقرض لشر يكه توى المال أولم يتو وقياس قول أبي يوسف يضمن المقرض حصته شر يكه 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 يكه 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 ابلا الى مكة ليحج عليها فالعوضان يأخذ أيهما شاء ان شاء أخذ المستأجر بالتزامه بالعقد وان شاء أخذ شر يكه الكفالة عنه (قوله والخلع) صورته ما اذا كانت المرأة عقدت عقد المعاوضة ثم خالعت مع زوجها فالزم عليها بدل الخلع لا يلزم شر يكها وكذلك لو أقرت ببذل الخلع لا يلزم على شر يكها (قوله) وصار كالاقرار والكفالة في المتوسط في أول باب بضاعة المعاوض واذا أقرض أحد المتفاوضين فهو ضامن نصف ما أقرض لشر يكه لانه متعدي في نصيب شر يكه بتصرفه في المدل على غير ما هو مقتضى الشركة (قوله لم يصح ممن ذكره) أي من الصبي والعبد المأذون والمكاتب

الاقراض فعند أبي حنيفة يعني أن فيبروا يتين قال في المبسوط أن اقراض أحد المتفاوضين يلزم شريكه - تنسأ أي 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 لا معاوضة بدليل جواز اذلو كان معاوضة لكان فيه يسع النقد بالنسبة في الاموال الربوية فعلم بهذا أن ما ياخذ المقرض بعد الاقراض حكم عين ما أقرضه لا حكم بدله كإي اعادة 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 (386) بغير أمره) متصل بقوله اذا كانت الكفالة بأمره (قوله في الصحيح) اشارة

الى نفي 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 القيد وهو الكفالة بالأمر لأنه حيثئذ تكون معاوضة انتهاءه والاقراض فهو متبرع ابتداء وانتهاء فلا يلزم شريكه وضمنان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة يعني في أنه يلزم شريكه وعند محمد ضمنان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة في أنه يلزم أيضا عن أبي يوسف في غيره رواية الاصول أنه لا يلزم الشريك وتلمح 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 ضمنان

من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لأنها تبرع ابتداء وانتهاء وأما الاقراض فعن أبي حنيفة أنه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعادة فيكون للملها حكم عينها 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 وضمنان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة لأنه معاوضة وانتهاء

مبنيا 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 كالمشركة بينه وبين المولى حتى صح اقرار المولى عليه في الذمة بقدر قيمته فلم تلاق الكفالة حقه بخلاف الحر البالغ لانها لاقت حقه فصحت ثم تمت معاوضة فلزمت الشرى بل لان لزومها ليس في حال البقاء لاننا انما نقول يلزم شريكه بعد ما لزم الكفيل بخلاف الكفالة بالنفس فانها تبرع ابتداء وبقاء اذ لا يستوجب المكفول له على الكفيل شيئا في ذمته من المال وأما الاقراض فانه اعادة متحصنة بتسداء وانتهاء معاوضة والا كان يسع النقد بالنسبة في الاموال الربوية (فيكون مثلها) أي مثل الدراهم أو الدينانير المقرضة (حكم عينها لا حكم البدل ولهذا لا يصح فيه التأجيل) أي لا يلزم أن يجري على موجب التأجيل في اعادة والقرض واللازم الجبر فيما فيه تبرع وهو باطل على ان عن أبي حنيفة رواية الحسن في القرض انه يلزم الشرى ببناء على شبهة المعاوضة بلزوم المثل فلما ان تمنع (قوله ولو كانت) الكفالة (بغير أمره) أي أمر المكفول عنه (لا يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة) انتهاء أيضا اذ 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 وضمنان الغصب والاستهلاك) وكذا ضمنان المخالفة في الوديعة والعارية والاقراض بهذه الاشياء تلزم شريكه ولا معنى لتخصيص المصنف بأحقيقة هنالان في ضمنان الغصب والاستهلاك محمد مع أبي حنيفة في أنه يلزم شريكه وفي الكفالة مع أبي يوسف كما نقله آتقالي يوسف فيهما أنه ضمنان وجب بسبب غير تجارة فلا يلزم شريكه كإرش الجنائية ولأنه بدل المستهلك والمستهلك لا تتحمله الشركة ولهما ان ضمنان الغصب والاستهلاك كضمنان التجارة ولهذا صح اقرار المأذون به عبدا 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 ووجهه الله) ذكر في المبسوط أن اقراض أحد المتفاوضين يلزم شريكه عند أبي حنيفة ووجهه الله لأنه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لأنه تبرع (قوله ولو سلم فهو اعادة) أي ولئن سلمنا أن اقراض أحد المتفاوضين لا يلزم صاحبه فلما انما لا يلزمه لان الاقراض اعادة لا معاوضة بدليل جواز اذلو كان معاوضة لكان فيه النقد بالنسبة في الاموال الربوية فعلم بهذا أن ما ياخذ المقرض بعد الاقراض حكم عين ما أقرضه لا حكم بدله كإي اعادة الحقيقية (قوله حتى لا يصح فيه الاجل) أي لا يلزم في الاقراض الاجل (قوله ومطلق الجواب في الكتاب) وهو قوله ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي

الغصب والاستهلاك للشريك فلا يكون لتخصيص أبي حنيفة ولقوله بمنزلة الكفالة ووجهه قول أبي يوسف قال ان ضمنان الغصب والاستهلاك ضمان ووجب بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كإرش الجنائية ولهما أن ضمنان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة لأنه بدل مال محتمل للشركة

(قوله والاستهلاك بمنزلة التجارة) أقول لا يلائم قوله فيما سأتى لهما أن ضمنان 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 ويؤاخذ به في الحال وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون له والمكاتب به ولو لم يكن ضمنان تجارة لم يصح وذلك معنى قوله لانه معاوضة انتهت وقوله (وان ورت أحدهما مالا) بالتزوين أى المال الذي تصح فيه الشركة كاللراهم والدنانير والفلوس (٣٨٧) النافقة بطلت المغاوضة لما ذكر في المكاتب وقوله

(فان المساواة ليست بشرط
فيه) أى فى العنان ابتداء
وكل ما ليس بشرط ابتداء
ليس بشرط فيه وما لان
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 في ما أصابه
لانعدام السبب فى حقه لانها تنقلب عنانا لا يمكن فان المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء
لكونه غير لازم (وان ورت أحدهما عرضا فهو له ولا تنفسد المغاوضة) وكذلك العقار لانه لا تصح فيه الشركة فلا
شترط 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 تدرك
سقوط ما اعترض عليه بان
عقد الاجارة عقد لازم ومع
هذا فلدوامه حكم الابتداء
حتى انها لا تبقى بموت أحد
المتعاقدين فيثبت كيف
يصح التعليل بعدم اللزوم
لانيات مدعا وهو أن يكون
لدوامه حكم الابتداء وذلك
لانا قد قلنا كل ما هو عقد غير
لازم فلدوامه حكم الابتداء وهو
نابت بالاستقراء ونضم هذه
المقدمة الى قولنا ما نحن فيه
من الشركة عقد غير لازم
فحصل لنا ما نحن فيه من
الشركة لدوامه حكم الابتداء
وأما أن يكون بعض العقود
اللازمة أيضا لدوامه حكم
الابتداء بدليل فلا يضر فى
مطالبة بنالان الموجبة السكينة
لانعكس كنفسها وان ورت
أحدهما عرضا فهو له ولا
تنفسد المغاوضة لما ذكر فى

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 انه لو هلك
الرهن فى يد المرتهن برجع المعير على الراهن بقدر ما سقط من دينه ولو أقر أحد المتفاوضين بدين لمن لا تجوز
شهادته لم يلزم الاخر عند أبي حنيفة بلزومه عندهما وأصله ان الوكيل لا يملك العقد مع هؤلاء عنده خلافا
بهما 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 البيض
على دراهم الاخر السود أو دنانيره قبل الشراء على ما قدمنا كل ذلك اذا وصل الى يده وصارت عنانا ولو ورت مالا
تصح فيه الشركة كالعقار والعروض اختص به ولا تبطل المغاوضة وكذلك فى باقى الاسباب التى ذكرناها وانما
بطلت لغوات المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة اذهى أى المساواة بشرط البقاء صحتها ابتداء وبقاء وانما
كان ما هو شرط ابتداء شرط البقاء لكونه أى عقد الشركة عقد غير لازم فان أحدهما بعد العقد لو أراد
فسخها فسخها وأورد عليه كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لان ابقائها بحكم الابتداء والاجارة عقد لازم حتى
لا ينفرد أحد العقادين فيها بالفسخ بل يجبر القاضى الممتنع على المضى ومع ذلك لدوامه 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 ان لا تكون لازمة كما هو مذهب شريح لكون العقود عليه معدوما فى
الحال فهو كالعارية لانه لما كان عقدا معاوضة واللزوم أصل فى المعاوضات تحقيقا للنظر من الجانبين
وانفساخه بموت أحدهما لا باعتبار ان لدوامه حكم الابتداء بل باعتبار قوت المستحق لان الدار تنتقل الى ملك
الوارث بموت المستأجر فلو بقيت لزوم ارث المنفعة المجردة وهى لا تورث ولهذا الوصية الموصى له بخدمة العبد تبطل
الوصية ولا تنتقل الى ورتته لان المنفعة المجردة لا تورث وان كانت الوصية لازمة ولا باس ان تذكر فروعا من

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

المكاتب ولان هذه المغاوضة لا تمنع ابتداء فكذا لا تنفسد بقاء
(قوله فانه يجب بأصل السبب الخ) أقول فيه اشارة الى جواب سؤال بأن المستهلك لا يحتمل الشركة اذا المعدوم غير قابل للملك (قوله ولهذا ملك
المغصوب الخ) أقول مستندا الى أصل السبب (قوله وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون الخ) أقول الظاهر ان هذه الواو زائدة وان انعقت
على ائمتنا النسخ والمأذون صفقة الصبي (قوله تدرك سقوط ما اعترض عليه) أقول المعترض صاحب النهاية

شركة العين اذ قل ذكرها في الكتاب * أمر رجلاً أن يشتري عبداً بعينه بينه وبينه فذهب فاشتراه 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
 الخروج من الشركة في ذلك اليوم الا بحضور الآخر لان كل واحد منهما وكيل لصاحبه ولو أشهد الموكل على الخراج
 الوكيل بما وكل 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 اشتراه
 المأمور فالعبد بين الأمرين 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 فقدم أمره بشرأ نصفه له فينصرف 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 فاشترىه 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 أشرك اثنين فيه صفقة واحدة كان بينهما أثلاثاً ولو اشترى اثنان عبداً فاشركا
 فيه آخر فالقياس أن يكون له نصفه وليس كل من المشتريين ربعه لان كلا صار ملكاً نصف نصيبه فيجتمع له نصف
 العبد وفي الاستحسان له ثلثه لانه ما حين أشركه سواه بانفسهما وكان كأنه اشترى العبد معهما ولو أشركه
 أحد المرجلين في نصيبه وانصيب الآخر فجاز شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريك نصيبه وهو ظاهر
 وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله أن أحد الشرىين اذا قال لرجل أشركك في هذا العبد فجاز
 شريكه كان بينهما اثلاثان الا جازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وكذا لو أشركه أحدهما في نصيبه ولم يسم في
 كم أشركه ثم أشركه الآخر في نصيبه كان له النصف ولو قال أحدهما أشركك في نصف هذا العبد فنقد روى
 ابن سماعة عن أبي يوسف كان ملكاً جميع نصيبه منه بمنزلة قوله قد أشركك بنصفه ألا ترى أن المشتري
 لو كان واحداً فقال لرجل أشركك في نصفه كان له نصف العبد كقوله أشركك بنصفه بخلاف ما لو قال
 أشركك في نصيبه فانه لا يمكن ان يجعل بهذا اللفظ ملكاً جميع نصيبه باقامة حرف في مقام حرف الباء فانه لو
 قال أشركك بنصيبى كان باطلاً فلذا كان له نصف نصيبه واعلم ان ثبوت الشركة فيما ذكرنا كله يبنى على
 صيرورة المشتري بائعاً للمشتري وهو استغناء الملك منه فابنى على هذا ان من اشترى عبداً لم يقبضه حتى
 أشرك فيه لم يجز لانه يبيع ما لم يقبض كالأولاه اياه ولو أشركه 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 أشركه لان لفظ
 أشركك صار ايحاً بالبيع ولو قال أشركك فيه على أن تتقدمنى الثمن ففعل كانت شركة فاسدة لانه يبيع
 وشروط فاسد وهو ان يتقدم ثمن نصفه الذي هو له ولو تقدمت رجع عليه بما انقلدانه قضى دينه بامرءه ولا شيء
 له في العبد لان الأشرك كان فاسداً والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيئاً ولو قبض نصف المبيع ثم أشرك
 فيه آخر ملك الآخر نصف العبد لان النصف الذى قبضه لان الأشرك يقتضى التسوية وانما يصح اذا
 انصرف اشركه الى السكك ثم يصح في المقبوض لو جود شرطه لان تصحيح التصرف يكون على وجه لا يخالف
 اللفظ وقضية اللفظ اشركه في كنهه ولو قال لرجل لا تخربا فيما اشترى هذا العبد فقد أشرك فيه صاحبه أو
 فصاحبه فيه شريكاً فهو جاز لان كلامه ما موكل لصاحبه بان يشتري نصف العبد له فام ما اشتراه كان
 مشترياً نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه فاذا قبضه فهو كقبضه ما لان يد الوكيل كيد الموكل ما لم يجتمع حتى لو مات
 كان من مالهما فان اشترى به معاً واشترى أحدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الآخر كان

و وصل الى يده اعلم أنه اذا وصل الى يده أحد المتفاوضين مال يصلح رأس مال الشركة كالدرهم والدينار
 بالارث أو الهبة أو الصدقة تبطل المغاوضة وتصبح عناناً لان المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة شرطاً 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 ما صور كل منهما وكيل عن الآخر في نقد الثمن من ماله كولو اشتراه أحدهما ونقد الثمن فان أذن كل منهما الشر يكفي في بيعه فداعه أحدهما على أن له نصفه كان بائعا نصيب شر يكة بنصف الثمن ولو باعه الا نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينهما وبين شر يكة نصفين في قياس قول أبي حنيفة وفي قوله ما يبيع على نصف المأمور خاصة وميناه على فصلين أحدهما أن عند أبي حنيفة أن الوكيل يبيع العبد ملك يبيع نصفه ولو كيل يبيع نصفه ملك يبيع نصف ذلك النصف وعندهما الا ملك والثاني أن من قال بعثك هذا الا نصفه بالف كان بائعا للنصف بالف ولو قال بعثك بالف على أن لي نصفه كان بائعا للنصف بنحو مائة لان الكلام المقيد بالاستثناء عبارة عما وراء المستثنى فكأنه قال بعثك نصفه بالف فاما قوله على أن لي نصفه فخالصه ضم نفسه الى المشتري فيما باعه منه وهذا وان كان في ملكه لكنه اذا كان مفيدا تصح كافي شرع رب المال مال للمضار بقمن المضارب فكان كالمشتري هو مال نفسه مع المشتري فينقسم الثمن عليهما فيسقط نصفه عنه فيبقى نصف العبد بنصف الثمن على المشتري * (مسئلة) * اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه الاخر بمائتين ثم باعه مساومة بثلاثمائة أو بمائتين فالثمن بينهما نصفين ولو باعه مرابحة بتويج 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 فباختيار الثمن الاول الا ترى أنه لا تستقيم هذه البيوع في المعصوب لعدم الثمن ويستقيم بيع المساومة فيه وكذلك كان مشتري بعوض لا مثله والثمن الاول كان اثلاثا بينهما فكذا الثاني بوضحة انا لوالعبرنا في بيع المرابحة الملك في قسمة الثمن دون الثمن الاول كان البيع مرابحة في حق أحدهما ووضحة في حق الآخر وقد نص على بيع المرابحة في نصيبهما فلا بد من اعتبار الثمن الاول كذلك بخلاف المساومة الشكل من البسوط

* (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 البسوط أن المغاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل فيصح قولنا المغاوضة تنعقد في الوجوه والتقبل بالمال فصدق بعض المغاوضة تنعقد بالدراهم ودنانير وفلوس وهو يناقض قوله لا تنعقد المغاوضة الا بالدراهم الخ لان الايجاب الجزئي يناقض السلب الكلي والتقييد بما ذكر يخرج الدين والعروض وهو قول أحمد والشافعي في وجه وفي وجه يجوز بالعرض المثلي وقال مالك تجوز بالعروض اذا اتحد جنسها وقال الاوزاعي وحامد بن أبي سليمان تجوز الشركة والمضاربة بالعروض ولو وقع تفاضل في بيعها بر جمع كل بقرعة عرضه عند العقد وكما تجوز عندنا بالعرض لا يجوز أن يكون رأس مال أحدهما عرضا 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 وبيع فصار بحت فهو بيننا ففعل صح الا أنه لا بد أن يقيم البيعة أنه فعل ليلزم الاخر اذ لم يصدق له ثبتت وضعية وقيد بالدراهم

يشبهها بثبوت الو كاله في ذلك وهذه الاسباب لبست 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 وضع أن قوله في الهداية ووصل اليه 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 فشرطت الوجوه والتقبل تصير مغاوضة وعنا ولا مال فيها فقد ذكر في البسوط 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 غير ان في ذكر خلاف مالك رحمه الله نظرا لما تقدم من قوله وقال مالك لا يعرف مال المغاوضة الا اذا ثبت عنه روايتان أو يكون نفي يعلى قول من يقول بها صريح أبي حنيفة في المزارة ثم

* (فصل) * (ولا تنعقد الشركة الخ)

قوله (لانها عقدت) يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضى جوازها وان كان الجنس مختلفا ولم يقل به مالك وقوله (بمخلاف 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 لانه لم يعمل في ذلك الربح فلا تصح الاقباض والشرع به وهو الدرهم والدنانير وأما في الشركة فان كل واحد من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوى فيه العروض والنقود كالجوهر كل واحد منهما في مال نفسه من غير شركة فتصح (قوله ولانه يؤدي الى 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) كانهما شريكين في الربح الذي حصل في مبيع أحدهما فينتد 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 مضمون ماضن ومعنى قوله (وتفاضل الثمن) أى فضل أحدهما على الآخر كما ذكرنا وأما تفاضلهما معانجال

قوله (لانها عقدت) يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضى جوازها وان كان الجنس مختلفا ولم يقل به مالك وقوله (بمخلاف 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 لانه لم يعمل في ذلك الربح فلا تصح الاقباض والشرع به وهو الدرهم والدنانير وأما في الشركة فان كل واحد من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوى فيه العروض والنقود كالجوهر كل واحد منهما في مال نفسه من غير شركة فتصح (قوله ولانه يؤدي الى 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) كانهما شريكين في الربح الذي حصل في مبيع أحدهما فينتد 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 مضمون ماضن ومعنى قوله (وتفاضل الثمن) أى فضل أحدهما على الآخر كما ذكرنا وأما تفاضلهما معانجال

والموزون أيضا اذا كان الجنس واحدا لعقدت على رأس مال معلوم فاشبهه بالنقود بخلاف المضاربة لان القياس ياباها لما فيها من ربح مالم يضمن فيقتصر على مورد الشرع ولاننا أنه يؤدي الى ربح مالم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمن في استحقاقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح مالم يملك ومالم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لان ما يشتريه في ذمته اذهي لا تتعين فكان ربح ما يضمن

والدنانير لاجراخ الحلى والتبر فلا يصح ان رأس مال الشركة الا فيما سئذ كره وأما الفلوس النافقة فلم يذكر القدورى والحاكم أبو الفضل في الكافي فيها خلافا لبقا على أن قال ولا تجوز الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس وخص الكرخى الجواز بالفلوس على قولهما وبعضهم جعل الظاهر الجواز وعدم الجواز رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وقالوا لو كان رأس مال أحدهما فلوسا لم تجز الشركة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لانها انما صارت ثمنيا بصلاح الناس وايست ثمنيا في الاصل وهم لم يتعملا وان يجعلا هو رأس مال الشركة وعند محمد يجوز وهو قول أبي يوسف الاول وقال المصنف (فالوا) يعنى المتأخرين (هذا قول محمد) واستدل عليه بمسئتين احدهما أن الفلوس لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع فاس بغلسين اذا كانا بعينهما عند محمد خلافا لهما وسأى الوجه والتقييد باعتبار ما احترازوا على ما لو باع فلوسا بغلسين دينافانه لا يجوز اتفقا لان حرمة النساء تثبت باتحاد الجنس وجه قول مالك ان الجنس اذا كان متحدا فقد (عقدت على رأس مال معلوم) فكانت كالنقود (بمخلاف 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 ولاننا أن رأس مال الشركة) في العروض والمكيل والموزون (يؤدي الى ربح مالم يضمن) لانه اذا باع كل منهما عرضه واتفق تفاضل الثمنين (فما يستحقه أحدهما من الزيادة على حصته رأس ماله) الذي هو ثمن عرضه (ربح مالم يملكه) ولم يضمنه (بمخلاف 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 ماضن فان قبل هذا الا يلزم لانه يشترط خلط العرضين لاتحاد جنسهما مكيلين أو موزونين أو غيرهما متحدى القيمة ككتاب الكرخى 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 لانها عقدت) يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضى جوازها) أقول قوله ثم قوله مبتدأ وقوله يقتضى 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 فينتقض بهما أيضا قلنا أريد بالشركة شركة المفاوضة اذا الكلام فيها والمعنى أن شركة المفاوضة اذا كانت في المال يجب أن يكون ذلك المال من الدراهم والدنانير والفلوس النافقة لان المفاوضة لا تكون الا في هذا المال (قوله بمخلاف المضاربة لانها جوزت 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

(بمخلاف المضاربة) أقول في النهاية في كتاب المضاربة ان العروض تصلح رأس مال المضاربة عند مالك الا أن ثبت عنه ولان روايتان اهم رأيت للسؤال والجواب بعينهما في غاية البيان في كتاب المضاربة قال المصنف (لان القياس ياباها لما فيها من ربح مالم يضمن الخ) أقول لزوم ربح مالم يضمن في الشركة اذا كان الشراء بالنقدين في غاية الظهور وعلى مذهب مالك فان عنده 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 فرار من المطر الى الميراب فليتأمل

(قوله ولان أول التصرف في العروض) دليل آخر وقد قرره في النهاية على وجه يحجره الخرج مالم يضمن وذلك لانه قال لان صحة الشركة باعتبار
الوكالة ففي كل موضع لا يجوز والوكالة بتلك الصفة لا تجوز الشركة ومعنى هذا ان (٣٩١) الوكيل بالبيع يكون أميناً فاذا شرطه

جزء من الربح كان هذا ربح
مالم يضمن فاما الوكيل
بالشراء فهو ضامن بالثمن
في ذمته فاذا شرط له جزء
من الربح كان ربح ما قد
ضمن وقوله (قالوا هذا) أي
جواز الشركة بالفالوس
النافقة (قول محمد) وقيد
(بإعيانها) لتظهر ثمره
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 اذا كانت بإعيانها
فعندهما يجوز وعند محمد
لا يجوز وسبب تمام البحث
فيه في كتاب البيوع ان شاء الله
تعالى قوله (والاول) يعني
قول أبي يوسف مع أبي
حنيفة (أقيس) لانهم لما
اتفقا على جواز بيع فلس
بعينه بفلسين بعينهما كانا
متفقين أيضاً في عدم جواز
الشركة بالفالوس وان كانت
نافقة لان هذه المسئلة مبينة
على تلك المسئلة لانه لما جاز
بيع الواحد بالاثنتين 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

ولان أول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء ويبعث أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكاً
في ثمنه لا يجوز وشراء أحدهما شيئاً بماله على أن يكون المبيع بيده وبين غيره جائز وأما الفالوس النافقة فلانها
تروج رواج الأثمان فالتحقق بما قالوا هذا قول محمد لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز
بيع اثنتين بواحد بإعيانها على ما عرف أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف وجههما الله تعالى لا تجوز الشركة
والمضاربة به لان ثمنيتها 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 الا أن يتعامل الناس بالتبر)
والنقرة تصح الشركة بها هكذا ذكر في الكتاب (وفي الجامع الصغير ولا تكون المغاوضة بمناقيل ذهب أو
فضة) ومراده 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 انهما متفاوتان فيلزم اختصاص أحدهما
بزيادة ربح جزأه بآدم ملكه والخص من ليس الا بضطاً قدر ملكه وهو محمول فقد أدى الى تعذر الوصول الى
قدر حقيقة ربح الآخر مالم يضمن ولان القيمة لا تعرف الا بالجزء والظن ولا يفيدان العلم بالقيمة فيؤدي الى
المنازعة فيه وهذا انما يلزم لو اعتبر رأس المال قيمة العروض أما اذا كان هو نفس العروض من جنس واحد
متحدة القيمة وقت العقد وقد خلطاه فيه فلا تنازع نعم الا لزم ربح مالم يضمن وتعذر ما يدفعه (ولان أول
التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء ويبعث الانسان ماله على أن يكون الآخر شريكاً في ثمنه
لا يجوز وشراؤه شيئاً بماله على أن يكون الآخر شريكاً فيه يجوز) وعلمت أن الخلط لا ينفى ذلك (وجه قول
محمد أن الفالوس اذا كانت نافقة تروج رواج الأثمان فالتحقق بها) ولا يبي حنيفة وأبي يوسف (ان ثمنيتها
تبدل ساعة فساعة) فانها باصطلاح الناس لا بالخلقة ففي كل ساعة تنتفي بانتفاء الخلقة وتصير ثمناً بالاصطلاح
القائم ولا يخفى أن هذا التماهي في الملاحظة أما في الخارج فهي ثمن مستمر مستمر الاصلح عليها ولذا قال
الاسيبيجي الصحيح ان عقد الشركة على الفالوس يجوز على قول الكل لانها صارت ثمناً باصطلاح الناس ولهذا
لو اشترى شيئاً بفالوس بعينه مالم يتعين تلك الفالوس حتى لا يفسد العقد لهما كما قال المصنف (وروى عن أبي
يوسف مثل قول محمد والاول أقيس وأظهر) لان 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 كما ذكر فيما يليه حيث قال
(ولا تجوز الشركة بما وراء ذلك الا أن يتعامل الناس بها كالتبر) وهو غير المصوغ (والنقرة) وهي القطعا
الذابت منها ونقل المصنف اختلاف الرواية في ذلك راية الجامع لا تكون المغاوضة بمناقيل ذهب أو فضة
ومراده 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 لهما كما قبل التسليم فعلى هذا تصلح رأس مال فيها
المضاربة (قوله بإعيانها) انما يفيد بها لتظهر ثمره الاختلاف لانه 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 اذا
كانت بإعيانها فعندهما يجوز وعند محمد رحمه الله لا يجوز (قوله وتصير سلعة) يعني الشركة لدوامها حكم
الابتداء ولو كانت ساعة ابتداء لم انقضت فكذا انتهاء (قوله والاول أقيس) أي كون أبي يوسف مع
أبي حنيفة وجههما الله لانهم لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين أيضاً في عدم
جواز الشركة بالفالوس وان كانت نافقة لانه لما جاز بيع الواحد بالاثنتين 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 (ومراده التبر) أقول قال في الكافي التبر هو ما كان غير ضرر وبمن الذهب والفضة اهـ لكن اذا قوبل بالنقود يرايه الذهب الغير

(قوله وهذا الماعرف) إشارة الى أن النقرة لا تتعين بالتعيين لايهما) أى الذهب والفضة (قوله الآن الاول) يعنى رواية الجامع الصغير (أصح) وجعل ذلك فى المبسوط ظاهر الرواية (قوله لانها) أى لان مناقيل الذهب والفضة (قوله الآن يعجرى التعامل باستعمالهما) استثناء من قوله الآن الاول أصح يعنى ان عدم جواز الشركة بمناقيل الذهب والفضة أصح الا عند حريان التعامل باستعمالهما فحينئذ تجوز الشركة بهما كذا قيل والاولى أن يجعل استثناء من (٣٩٢) قوله لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص بدلالة السياق (قوله ولا خلاف فيه)

وذ كرى فى كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا يفسخ العقد به لا كه قبل التسليم فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فهما وهذا الماعرف انهما خلقا ثمنين فى الأصل الآن الاول أصح لانها وان خلقت للتجارة فى الأصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا تصرف الى شئ آخر ظاهرا الا أن يعجرى التعامل باستعمالهما ثمنا فنزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمنيا ويصلح رأس المال ثم قوله ولا تجوز بمساوى ذلك يتناول المكييل والموزون والعددى المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما مانع عليه ووضيعة وان خلطنا ثم اشترا كما فكذلك فى قول أبى يوسف والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد تصح شركة العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوى فى المالىن واشتراط التفاضل فى الربح فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف رحمه الله لانه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما تعين قبله ولمحمد انها من وجه حتى جاز البيع بهادينا فى الذمة ومبيع من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالىن

وهذا الماعرف انهما خلقا ثمنين ثم قال (الآن الاول أصح) يعنى دراية لانها انما خلقا للتجارة (لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص) فخرج ضربها حليا فانها تتعين بالتعيين وينفسخ العقد به لا كه قبل التسليم ولم يعجرى التعامل به مما ثم قال (الآن يعجرى التعامل بهما) أى بالتم والنقرة استثناء من قوله أصح وهو كونهما لا تصح الشركة بهما فكان الثابت انهما اذا تعاملوا بقطع الذهب والفضة صلحت رأس مال فى الشركة والمضاربة ثم قال المصنف قوله أى القدورى (لأن تجوز بمساوى ذلك يتناول المكييل والموزون والعددى المتقارب ولا خلاف فيه) بيننا (قبل الخلط) لانها عرض محض لكل منهما مانع عليه ووضيعة ويختص برحمة (وكذا ان خلطنا ثم اشترا كما عند أبى يوسف) أى لكل منهما مانع يخصه برحمة ووضيعة لا تنفع شركة العقد والوضيعة خسارة التاجر يقال منه مبني للمفعول وضع التاجر وكس فى سلعة ثم يوضع وضية أى خسر وقال قوم من العرب وضع موضع كوجل بوجل (وعند محمد رحمه الله تصح شركة عقد) اذا كان الخاطو جنسا واحدا (وثمرة الخلاف تظهر فى اشتراط التفاضل فى الربح) فعند أبى يوسف لا يصح وعند محمد يلزم (وقول أبى يوسف هو ظاهر الرواية) عن أبى حنيفة لانه يتعين بالتعيين فكان عرضا محضا 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 فى الخلط وعدمه وهذا لان المانع قبل الخلط هو كونه يؤدى الى ربح مالم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزداد تقرر الان الخاطو لا يكون الامتينا فاستقر المعنى المفسد فكيف يكون مصححا للعقد (قوله ولمحمد رحمه الله انهما) أى المكييل والموزون والعددى المتقارب (عرض من وجه حتى تتعين بالتعيين ممن من وجه حتى يصح الشرا بهادينا فى الذمة) وهو من حكم الأثمان (فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالىن) وهما

أى فى عدم جواز الشركة بالمكييل والموزون قبل الخلط فيما بيننا وان خلطنا ثم اشترا كما فقه الخلاف المذكور فى الكتاب وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوى فى المالىن واشتراط التفاضل فى الربح فعند أبى يوسف لا يستحق زيادة الربح بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وعند محمد رحمه الله الربح بينهما على ما شرطنا فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف (لانه) أى المذكور من المكييل والموزون والعددى 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 انهما) أى المكييل والموزون والعددى المتقارب (ثمن من وجه حتى جاز البيع بهادينا فى الذمة ومبيع) من وجه من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالىن) يعنى الخلط وعدمه فلهشبههما بالمبيع قلنا لا تجوز الشركة بها

حكم العرض ولا يصلح العرض لرأس مال الشركة (قوله فهما) أى فى الشركة والمضاربة (قوله الآن الاول أصح) وهو رواية الجامع الصغير ولا تكون المقايضة بمناقيل ذهب أو فضة (قوله لان عند ذلك لا تصرف الى شئ آخر ظاهرا) أى عند الضرب لا يصرف الى شئ آخر من صياغة القلب والخاتم ظاهرا (قوله لان يعجرى التعامل) هذا استثناء من قوله الآن الاول أصح يعنى أن عدم جواز الشركة بمناقيل الذهب والفضة أصح الا عند حريان التعامل باستعمالهما فحينئذ تجوز الشركة بهما قالوا المعتبر فيه التعارف فى كل بلدة

قبل الخلط ولشبهها بالثمن قلنا تجوز الشركة بها بعد الخلط وهذا لان اضافة العقد اليها تضعف باعتبار الشبهين بخلاف فيتوقف ثبوتها على ما يقوى بها وهو الخلط لان الخلط ثبت شركة الملك فتأكد به شركة العقد لا محالة بخلاف العرض لانها ليست ثمنيا بحال المضروب (قوله بدلالة السياق) أقول ولانه أقرب (قوله حتى جاز البيع الخ) أقول ويلزم ربح مالم يضمن اذا باع أحدهما حصته بنصف ما باع به الآخر فليتأمل (قوله وهذا لان اضافة العقد) أقول أى عقد الشركة (قوله فيتوقف ثبوتها على ما يقوى بها) أقول فيتوقف على ثبوتها

بخلاف العروض لأنها ليست ثمنًا بحال ولو اختلفا جنسًا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلط لا تنعقد
الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمدان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم
فتممكن الجهالة كإفي العروض واذالم تصح الشركة فحكم الخلط قدينا في كتاب القضاء

الخلط وعدمه يشبه العرض قبل الخلط فلا تجوز الشركة بمقابلته ويشبه الثمن بعد الخلط فتجوز الشركة بها
بعده وهذا لان الخلط ثبت شركة الملك فيثبات كدبها شركة العقد (بخلاف العروض) المحضة فانها ليست
ثمنًا بحال) وظاهر الرأيه هو الاظهر وجهالان المكيل والموزون قبل الخلط ليس شيئًا غير العرض له شبهة
به بل هو عرض محض وازداد في العرضية في الجلة وكون الشيء متصلاً في حقيقة قوله شبهة باخرى لا يقال له
شبهان وغايته أن الثبوت في الذمة عرض عام لحقيقتين مختلفتين والمفسد وهو ربح ما لم يضمن لا يتخلل بالخلط
والالزم قول مالك وقدينا ولو كان المخلوط لهما جنسين كالحنطة والشعير والزيت والسمن ثم عقد الا تجوز
الشركة بالاتفاق (والفرق لمحمد) بين العقد بعد صحة الخلط في متفق الجنس حيث لا تجوز والمختلفين حيث
لا تجوز (أن ما كان من جنس واحد من ذوات الامثال) حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل
منهما وقت القسمة باعتبار المثل (والمخلوط من جنسين من ذوات القيم) حتى يلزم متلفه قيمته (فتممكن
الجهالة) لانه لا يمكن أن يصل كل منهما الى غير حقه من رأس المال وقت القسمة (كإفي العروض) (قوله
فحكم الخلط قدينا في كتاب القضاء) قيل أراد قضاء الجامع الصغير ولم يتفق في هذا الكتاب ويمكن تأويله أنه
بينه في غيره إلا أنه خلاف المعتاد من المصنفين في اطلاق هذه العبارة والحاصل أن الخلط تعدياً يضمن نصيب
المخلوط ماله اذا خلطه بجنسه أو بخلاف جنسه ولا يتميز كثير بجزء خلطه بجزء غيره أو يتميز بعسر كحنطة
خلطها بشعير لانه انقطع حق مالكها بهذا الخلط فان هذا الخلط استهلاك بخلاف ما تبصر معه كخلط السود
بالبيض من الدراهم ليس موجباً للضممان لانه يتممكن المالك من الوصول الى عين ملكه وحيث وجب الضمان
يجب على الخاط سواه كان اجنبياً عن المخلوط ماله كغير المودع وغيره من في عياله كبيراً كان أو صغيراً أو كان
في عياله فان لم يتفكر بالخالط 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 يضر ب صاحب الحنطة بقيمة المخلوط بالشعير وصاحب الشعير بقيمة غيره
مخلوط بالحنطة لان الحنطة تنقص باختلاطها بالشعير وقد دخلت في المبيع هذه الصفة فلا يضر بقيمة
الا بالصفة التي يبعث بها والشعير يزداد قيمة بالاختلاط لكن هذه الزيادة من مال صاحب الحنطة فلا يستحق
أن يضر به بالمخلوط فهذا يضر بقيمة الشعير غير مخلوط قبل 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 الخاط فاما على ما هو ظاهر مذهبه المخلوط ملك للخاط وحقهما في ذمته فلا يباع ماله في
دينهما السابقه من الحجر عليه أو حنيفة لا يرى ذلك والاصح أنه قولهم جميعاً لان ملكهما وان انقطع عن المخلوط
فالحق فيه باق ما لم يصل كل منهما الى بدل ملكه ولهذا لا يباح للخاط الانتفاع بالمخلوط قبل أداء الضمان

حوى فيه التعامل بالمبايعه بالتبر فهو كالتقود لا يتعين في العقود وتصح الشركة به ونزل التعامل باستعماله ثمنًا
منزلة الضرر بالمخصوص وفي كل بلد لم يجز التعامل بالمبايعه بالتبر فهو كالعرض يتعين في العقود ولا تصح
الشركة به (قوله بالاضافة الى الحاليين) يعني جعل المكيل والموزون في حكم الأثمان بعد الخلط لا قبله وانما جعل
كذلك لان حق كل واحد منهما بعد الخلط غير متعين كالأثمان 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 كالعروض (قوله فحكم الخلط ما بيناه في كتاب

فولو اختلفا جنسًا 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 ون
جنسين من ذوات القيم فان
من أتلغه يضمن قيمته واذ
كان من ذوات القيم كان
بمنزلة العروض فتممكن
الجهالة كإفي العروض واذ
لم تصح الشركة فحكم الخلط
قدينا في كتاب القضاء
أي قضاء الجامع الصغير وأما
في هذا الكتاب فقد بينه
في كتاب الوديعه والدليل
على ان مراده قضاء الجامع
الصغير قوله قدينا بل فقط
الماضي يعني ولو كان مراده
كتاب القضاء من هذا
الكتاب لقال سنيته والذي
بينه هنا في كتاب الوديعه ان
الحنطة اذا كانت وديعه عند
رجل فخلطها الرجل بشعير
نفسه ينقطع حق المالك
الى الضمان

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

فبقاء حقهما يكون لهما أن يستوفيا حقهما من المخلوط اما لصاحب التراضي أو ببيع وقسمه التراضي وان اتفقا على الخلط ورصبا به وهو جنس واحد مكيل أو موزون صار عيننا مشتركة فاذا باعته انقسم على قدمك كل منهما ولو كان المخلوط غير مثلي كالثياب فباعها بجن واحد انقسمت على قيمة متاع كل منهما يوم باعته لان كلا منهما باع للملكة والثلثين بمقابلة جميع ما دخل في العقد من العرض فيقسم عليهم باع اعتبار القيمة وان كانا جنسين مثلين فالثلثين بينهما اذا ما على قدر قيمة متاع كل منهما يوم خلطاه مخلوطا لان الثلثين بدل المبيع فيقسم على قيمة ملك كل منهما او ملك كل منهما كان معلوما بالقيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة لكن مخلوطا ان لم تزد 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 وقيمة ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب الا بذلك القدر وقد عني 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 لولم يخلطاه وباعا السكل جملة 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 بمشتركة بين اثنين أعتق أحدهما ما في بطنها فهو مضمون لقيمة نصيب شريكه وقت الولادة لتعذر معرفتها وقت العتق فيصار الى تقويمه في اول الاوقات التي يمكن معرفة القيمة فيها وهو ما بعد الولادة فكذلك اذا صار الى معرفة قيمة كل في اول اوقات الامكان وهو عند الخلط الا انه اذا علم ان الخلط يزيد في مال أحدهما وينقص في مال الآخر فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة ملك أحدهما ونقصان الآخر فاعتبرن القيمة وقت القسمة باعتبار ان عند الخلط ملك كل منهما من ذوات الامثال فيعمل حق كل منهما يوم الخلط كالباقي في المثل الى وقت القسمة فينقسم 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 العرض باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر تصير شركة ملك ثم عقد الشركة)

قال (واذا أراد الشركة بالعرض) لما كان جواز عقد الشركة منه صرافي الدراهم والدنانير والفولس الناقصة وفي ذلك تضيق على الناس ذكر الحيلة في تجوز العقد بالعرض توسعة على الناس فقال (واذا أراد الشركة بالعرض 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 بالثمن 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 بالعرض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر) وانما يبايعان على هذا الوجه احتراز عن الفساد الذي كره في عقد الشركة بالعرض وهو اذا واه الى ربح مال يضمن لان مال كل واحد منهما عند صاحبه في العرض 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 بالثمن فكان الربح الحاصل من مالهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز ذكره في الذخيرة ثم الحيلة 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 أمفاوضة وان شا آ عندنا وكذلك لو باع صاحب العرض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه وتقباضا ثم عقدا عليهما عقد الشركة مغاوضة أو عننا باجاز ويسير العرض رأس مال الشركة والعرض بعد ما صار مشتركا بينهما يصح رأس مال الشركة وان كان ذلك لا يجوز ذكره الامام خواهر زاده رحمه الله على هذا الوجه وفي الكافي للعلامة

قال المصنف رحمه الله (وهذه شركة ملك لما بينا ان العررض لا تصلح رأس مال شركة) واستند كلكه الشارحون بأنه لو كان المراد بالشركة شركة الملك لم يحتج الى قوله ثم عقد الشركة كقوله بان العررض لا تصلح رأس مال الشركة اذ لم يبيع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر أما اذا باع فهو الحيلة في جوازه ثم أجاب بعضهم بان معنى قوله ثم عقد الشركة عقد شركة ملك حتى يصح قوله وهذه شركة ملك وهو بعيد لان عرض القدروري رحمه الله بيان الحيلة في تجوز عقد الشركة بالعررض وقال آخرون معناها انها شركة ملك وان عقد الشركة لان هذا العقد كالعقد لكون رأس المال عرضا ونظم كلام المصنف لا يساعده وإنما ذكر كركم ما ذكره شيخنا العلامة عبد العزيز في هذا المقام من غير زيادة ولا نقصان لانه حل مفيد في هذا المعنى قال عدم جواز الشركة بالعررض مبنى على معنيين أحدهما بيع مالم يضمن كإبينا والثاني جهالة رأس المال فاذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقد الشركة قال القدروري يجوز واختاره شيخ الاسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي والمزني من أصحاب الشافعي رحمه الله لان رأس المال صار معلوما وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضمونا وعلى صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من ماله مباح مال مضمون عليهما فيجوز ولو باع أحدهما عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم عقد الشركة عنان أو معاوضة يجوز وزوال الجهالة لصيرورة العررض مشتركة بينهما فكذا هذا وقيل على قياس قول محمد رحمه الله يجوز كافي المكيل والموزون بعد الخلط وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز الا أن يكون مضافا الى المستقبل وعقد الشركة يتمثل الاضافة لانه عقد توكيل فعلى 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 وزوال الجهالة أصلا 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 يثبت حكم الشركة في العررض تبعا وقد يدخل في العقد تبعا ما لا يجوز ايراد العقد عليه كبيع الشرب تبعا للارض ثم (٣٩٥) المصنف اختار عدم الجواز وعدل عما ذكره القدروري فقال وهذه شركة

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

القدروري فقال وهذه شركة ملك هندی لان ما ذكره القدروري أنه شركة عقد ولا اعتبار بهذا العقد بعد البيع لما بينا ان العررض لا تصلح رأس مال الشركة ونظيره ما ذكره القدروري ويستحب للمتوضي أن ينوي الطهاوة ثم عدل المصنف بقوله والنية في الموضوع سنة وله في هذا الكتاب نظائر كثيرة

و (قوله أن العررض 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 أيضا ان المصنف لم يقبل كلام القدروري وسيشير الشارح اليه أضافي آخر كلامه (قوله وأما أذ كركم 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 كإيدل عليه قول المصنف فتمت كمن الجهالة كافي العررض (قوله وصاحب شرح الطحاوي) أقول أراد به الامام أبابكر الرازي المعروف بالخصاص فانه قال في شرحه لمختصر الطحاوي قال محمدان أراد الشركة في العررض باع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر وتقابض حتى يصير ذلك كله بينهما ثم يشترى كان بعد ذلك فتكون الشركة جائزة قال ولو اشترى كاهكذام معاوضة 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 فانها جهالة لا تقتضي الى النزاع والمفسد للعقود من الجهالات ما يفضي الى المنازعة وانما قلنا لا تقتضي الى النزاع لانه لا يحتاج عند القسمة الى اعتبار القيمة ليحصل رأس المال حتى يظهر الربح فيقسمه بينه بخلاف الزيت واسمن والمخاطوبين فانما 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 أيضا بربح مالم يضمن اذا باع أحدهما ما يخصه من الملك بماثلة مثلا والآخر بما تين فان حصة الآخر غير مضمون على الاول مع أنه يكون شريكا معه في المائتين فليتأمل

عروض الآخرمائة ذومهم
بيدع صاحب الأقل أربعة
أخماس عرضه بخمس
عرض الآخرفصير المتاع
كله أخماسا ويكون الربح
بينهما على قدر رأس مالهما
وإنه أعلم قال (وأما شركة
العنان) هذا عطف على قوله
في أول كتاب الشركة فاما
شركة المفاوضة والعنان
ماخوذ من عن اذا عرض
سمى به لانه شئ عرض في
القدر لاعلى عموم الو كالة
والكفالة وقيل انه ماخوذ
من عنان الغرس لان
الفارس يمسك العنان
باجدى يديه ويتصرف
بالاخرى فكذلك الشريك
هنا شارك في بعض ماله
وانفرد بالباقي وكلامه
ظاهر وقوله (كإيناه)
اشارة الى قوله من قبل
وشرطه ان يكون التصرف
المعقود عليه عقد الشركة
قابلا للوكالة ليجوز
ما يستفاد بالتصرف مشترك
بينهما فيتحقق حكمه
المطلوب منه

السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما ثبت به الشركة قال (وأما شركة العنان فتعقد
على الو كالة دون الكفالة وهي ان يشترك اثنان في نوع بر أو طعام أو يشتر كان في عموم التجارات ولا يذكر
ان الكفالة) وان عقاده على الو كالة التحقق مقصوده كإيناه ولا تنعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من
الاعراض يقال عن له أى عرض وهذا لا ينبئ 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 لان المانع من كون رأس مال الشركة عرضا كل من أمرين لزوم
ربح مال يضمن وجهالة رأس مال كل منهما عند القسمة وكل منهما منتف فيكون كل ما ربحه أحدهما ما هو
مضمون عليه ولا تحصل جهالة في رأس مال كل منهما لانه لا يحتاج الى تعريف رأس مال كل منهما عند القسمة
حتى يكون ذلك بالحزب فتقع الجهالة لانهما 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 بانه قصد الى
الخلاف حقيقة اختيارا منه لعدم الجواز وان لم يضعه على طريقة الخلاف كإقال القدوري أول الكتاب
ويستحب للمتوضئ أن ينوى الطهارة فقال المصنف والنية في الموضوع سنة ولم يضع الخلاف وضعه المعروف
ولذا اختار خمس الأئمة السر حسي عدم جواز الشركة ببقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة ولا يخفى
ضعف هذا وفسادها بالعروض ليس لذات العروض بل للارزوم الباطل وعلمت انه منتف (قوله وأما شركة
العنان فتعقد على الو كالة دون الكفالة) وهو أن يشترك اثنان في نوع من التجارات بر أو طعام أو يشتر كما
في عموم التجارات ولا يذكر ان الكفالة لانها خاصة بالمفاوضة وعلى هذا فلا بد كراهها وكانت باقية شروطها
متوفرة انعقدت مفاوضة لما تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة في انعقادها بعد ذكر جميع مقتضياتها
وان لم تكن متوفرة ينبغي ان تنعقد عنانها هل تبطل الكفالة يمكن أن يقال تبطل لان العنان معتبر فيها عدم
الكفالة ويمكن ان يقال لا تبطل لان الاعتبار فيها عدم اعتبار الكفالة لاعتبار عدمها فتنسخ عنانها ثم كفالة كل
الآخر زيادة على نفس الشركة أى كأنها تكون عنانها مع العموم باعتبار ان الثابت فيها عدم اعتبار
العموم لاعتبار عدم العموم الآن الاول قد يرجح بان هذه الكفالة تجب بغيره فلا تصح الاضمانا فالذم تكن مما
تتضمنها الشركة لم يكن ثبوتها الا تصح بخلاف ما لو عقد المفاوضة بغير لفظ المفاوضة بان ذكر اكل
مقتضياتها فان منها الكفالة وتصح فان هذا التخصيص بمنزلة الاسم المركب المرادف للمعقود الداخلى في مفهومه
الكفالة بخلاف العنان ليس المفرد معتبرا في مفهومه الكفالة (قوله من عن على كذا) أى عرض قال امرؤ

القيس فعن اناس رب كان نعاجه * عذارى دوارى في ملاء مذبل

أى اعترض لناس رب أى قطيع يريد من بقر الوحش كأن نعاجه عذارى أى أبكار دوار وهو اسم صنم
كانت العرب تنصبه وتدور حوله وهو بضم الدال وفتحها وقوله في ملاء تشبيهه لنعاج البقر في استرخاء لجها
اسمها بالعذارى والملاء المذبل أى الطويلات الذيل وهذا الاشتقاق لا يقتضى المساواة بل عروض
عرض تعلق بقدر من الاختلاط قليله وكثيره وعمومه وقيل ماخوذ من عنان الفرس كإذهب اليه الكسائي
والاصحى فانه جعل كل منهما عنان التصرف في بعض ماله لرفيقه وبعضه لنفسه وألانه يجوز
تفاوتهما في المال والربح كما يتفاوت العنان في كف الفارس طولاً وقصر في حالتي الارزاء وضده الآنة

كلا عقدا ان اراد به أنه لم تثبت هذه الشركة في هذا المال بالعقد مسلم وان اراد أن هذا العقد لا أثر له في
الاستفاد بعد هذا فممنوع لان هذا العقد يقيد تو كيد كل واحد منهما لصاحبه 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 بعامة ذومهم عرض الآخرمائة فانه يبيع صاحب الأقل أربعة أخماس
عرضه بخمس عرض الآخرفصير المتاع كله أخماسا ويكون الربح بينهما قدر رأس مالهما (قوله يقال عن
له) أى اعترض قال ابن السكيت كانه عن لها شئ فاشتر كافيها أو من عنان الفرس كإذهب اليه الكسائي

قال المصنف (أو يشتر كان
الح) أقول قال الاتقاني
عطف على سبيل القطع
تقديره أو هما يشتر كان
انتهى وقد تم عمل أن
المصدرية تشبها لها بما
المصدرية وعليه قوله تعالى
لمن أراد أن يتم الرضاغة
فمن قرأ رفع يتم قال المصنف
(وحكم التصرف لا يثبت

ويصح ان يتساوى في المال ويتفاضل في الربح وجملة القول في ذلك انهما ان شرط العمل عليهما وشرط التفاوت في الربح مع التساوي في رأس المال جاز عند علمائنا الثلاثة ويكون الربح بينهما على ما شرطوا وان عمل أحدهما دون الآخر وأما إذا شرط العمل على أحدهما فإن شرط الربح بينهما على قدر رأس المال جاز و يكون 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) مضاربه ولو شرط الربح للدافع أكثر من رأس ماله لا يصح الشرط

و يصح أن يتساوى في المال ويتفاضل في الربح (ويصح أن يتساوى في رأس المال ويتفاضل في الربح) وقال زفر والشافعي لا تجوز لأن التفاؤل فيه يؤدي إلى الربح ما لم يضمن فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثا فضا حبا زيادة يستحقها بالضمنان إذا الضمان بقدر رأس المال ولأن الشركة عندهما في الربح للشركة في الأصل ولهذا يشترطان الخطأ فصار ربح المال بمنزلة نماء الاعيان 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 المضاربه وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فست الحاجة إلى التفاؤل بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما لأنه يخرج العتبه من الشركة ومن المضاربه أيضا إلى قرض باشرطه للعامل أو إلى بضاعة باشرطه للمال وهذا العقد يشبه المضاربه من حيث أنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسمها اشتقاق غير صحيح إلا فيما سمع ولا بد منه كما في استعجر الطين وأمثاله (قوله ويصح أن يتساوى في رأس المال ويتفاضل في الربح) وعكسه بان يتفاضل في رأس المال ويتساوى في الربح وهو قول أحمد وقال مالك والشافعي وزفر لا يجوز وقوله ويتفاضل إلا لا ليس على إطلاقه بل ذلك فيما إذا شرط العمل عليهما سواء عملا أو عمل أحدهما أو شرطاه على من شرط له زيادة الربح وان شرط العمل على أقلهما بما لا يجوز وجه قول الثلاثة ان ذلك يؤدي إلى ربح ما لم يضمن لان استحقاق أحدهما تلك الزيادة بالضمنان لأن الضمان بقدر رأس المال وصار كل وضيعه فأنها تكون الأعلى قدر رأس المال اعتبارا الربح 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 ينسبه إلى علي رضي الله عنه (ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربه وقد يكون أحدهما أحذق وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فست الحاجة إلى التفاؤل) رأينا (هذا العقد) أي شركة العنان (يشبه المضاربه من حيث أنه يعمل في مال) غيره وهو (الشريك) ويستبرج به (ويشبه شركة

والاصحى الآن كلامهما جعل عنان التصرف في بعض المال إلى صاحبه أو لأنه يجوز أن يتفاوت في رأس المال والربح كما يتفاوت العنان في يد الرابك حاله المدو والارخاء ويصح التفاؤل في المال للحاجة اليه وهي ما بينه في التفاؤل في الربح ويصح أن يتساوى في المال ويتفاضل في الربح وقد كثر في فتاوى قاضيخان رحمه الله فان شرط المساواة في المال واشترط لأحدهما فضل ربح ان شرط العمل عليهما كان الربح بينهما على ما شرطت جميعا أو عمل أحدهما دون الآخر فان شرط العمل على المشروط له فضل الربح جاز أيضا وان شرط العمل على أقلهما بما لا يجوز (قوله إذا الضمان بقدر رأس المال) ففي شرط لأحدهما زيادة صار المشروط له تلك الزيادة أخذ الأياها من 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 المضاربه في العمل مع المال أولى أما الوضيعه فهلاك جزء من المال وكل واحد منهما أمين فيما في يده من مال صاحبه واشترط الضمان على الأمين باطل الأثرى أنه لا يجوز اشتراط الوضيعه على المضارب لما قلنا كذا هنا (قوله وهذا العقد) أي شركة العنان يشبه المضاربه 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 ان بشرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة والمضاربه إلى قرض أو بضاعة لأنه ان شرط الجميع للعامل صار قرضا وان شرط لرب المال صار بضاعة وهذا العقد لا يجوز ان يخرج عنهما لأنه يشبه المضاربه من حيث أنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة أي شركة المتفاوضة اسمها

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

وعملا فانها ما يعملان معا فعملنا بشبه المضاربة وقتنا يصح اشتراط الرجح من غير ضمان فان اشتراط زيادة الرجح موجود في المضاربة وهو جائز مع ذلك بالاجماع وهذا يتضمن الجواب عن قوله ما ان اشتراط زيادة الرجح لاحدهما يؤدي الى الرجح مالم يضمن وعملنا بشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما قال (ويجوز ان يعقدها كل واحد على الآخر) أي يجوز ان يعقد شركة العنان كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليست بشرط فيه أي (٣٩٨) في هذا العقد اذا للفظ أي لفظ العنان لا يقتضيه أي لا يقتضي المساواة بتأويل

الاستواء بخلاف لفظ
المفاوضة (قوله للوجه الذي
ذكرناه) يعني ما ذكره
في أول هذا الفصل انه
يؤدي الى الرجح 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 فيها ما تبطل
ببطلان ما تضمنها من
الشركة والرهن لان المتضمن
يبطل ببطلان المتضمن تبعاً
وأما الوكالة المفردة

وعملا فانها ما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقتنا يصح اشتراط الرجح 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 الاجبايينا) ان المفاوضة تصبح للوجه الذي ذكرناه (ويجوز ان يشتركا) ومن الآخر (سود) 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 بتمنه 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 ذمته الا نحو وهو ينكره والقول للمسكر مع يمينه قال (واذا هلك مال الشركة أو أحد المالكين قبل ان يشتر يا شيا بطلت الشركة) لان المعقود

المفاوضة اسمها وعمالها ما يعملان فعملنا بشبه المضاربة (في اشتراط الزيادة لاحدهما وهو الذي شرطه منفرداً أو مع الآخر وان كان بحبال ضمان وبشبه المفاوضة حتى آخرنا شرط العمل عليهما) وكون المضاربة تغسد باشتراط العمل على رب المال لا يبطل اعتبار شبهها الا نحو الذي باعتبارها آخرنا الزيادة في الرجح لاحدهما بخلاف ما لو شرط كل الرجح لاحدهما فانه لا يجوز لان العقد حينئذ يخرج عن الشركة والمضاربة أيضا الى قرض ان شرط للعامل كانه أقرضه ماله فاستحق جميع ربحه والى بضاعة ان شرط لرب المال الا انه يرد ما تقدم من ان المضاربة على خلاف القياس فلا يقاس عليها فلا يعتبر شبهها الا أن يمنع ويقال بل الرجح يستحق في السرعة تارة بالعمل وتارة بالمال والمشروط له الزيادة مشروط عمله وان شرط عمل الآخر لكن قد يكون ذلك أحدث 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 والرجح على ما شرط فيها تساوي أو تغاوت 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

شركة المفاوضة فعملنا بشبه المضاربة وانما أظهرنا شبه المضاربة في حق باحتراز زيادة الرجح غير ضمان لئلا يمكن العمل بالشبهين فانما حتى اعتبرناهما مضار بتي اشتراط عملهما أو بطلناهما يتصور استحقاق الرجح أصلاً بحكم الشركة فيتعذر العمل بالشبهين (قوله ويشبه الشركة) حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما وفي المضاربة اذا شرط عمل رب المال بطل العقد وذلك لان المضاربة أمانة وتتمام الأمانة يقف على التخليط بين الأمين والوديعة فاذا شرط عمل رب المال لم توجد التخليط وأما في الشركة فيسلك واحد منهما كالاجير في مال الآخر شرط عمل رب المال معنى لا يبطل العقدان من استأجر اجير ليعينه على العمل كان جائزاً (قوله للوجه الذي ذكرناه) وهو أنه يؤدي الى الرجح مالم يضمن (قوله ويجوز ان يشتركا) كل واحد منهما دنانير ومن الآخر دراهم) يريد أي شركة كانت مفاوضة أو عنانا (قوله فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله) أي الشراء

الفصل عدم لزوم الرجح مالم يضمن (قوله يعني اذا لم يعرف انه 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 السارح من مال الشركة هو مال نفسه الذي قد عليه الشركة فكلامه صحيح أيضاً (قوله فانها ما تبطل الخ) أقول وان لم يقبض المال

كمن وكل ز جلابشراء عبد ودفع اليه دراهم فهلكت فانها لا تبطل وأما المضاربة فقد قال نفع الاسلام في شرح الزيارات 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 وأبهما هلك من مال صاحبه) ظاهر وقوله (ثم الشركة شركة عقد عند محمد بخلاف الحسن بن
زياد) فائدته تظهر في حق جواز بيع الكل فعند محمد أبهما باع جاز ببيع لان الشركة (٣٩٩) قدمت في المشتري فلا تنتقض بهلاك المال

بعدهما كان الهلاك
بعد الشراء بالمالين جميعا
وعند الحسن بن زياد لا
ينفذ ببيع أحدهما الا في
حصته لان شركة العقد قد
بطلت بهلاك المال كولو
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 وأبهما هلك من مال صاحبه ان هلك في يده فظاهر
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 المالين (وان اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشتري بينهما على ما
شرطا) لان الملك حين وقوعه مشترك كباينهما القيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر
بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد بخلاف الحسن بن زياد حتى ان أبهما باع جاز ببيع لان الشركة قدمت
في المشتري فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها

ماله أو يدسريه لانه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يملك عليه ما عدم التمييز قبل الشركة 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 مشتريا بالوكالة حتى لو هلك المال بعد الشراء يرجع عليه بمثله أموال
هلك قبل الشراء فانما يبطل العقد لان الموكل لم يرض بكون الثمن دينيا في 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 شرط ان الملك حين وقوعه مشترك كباينهما القيام الشركة وقت الشراء)
لان الهلاك لم يقع قبله ليبطل فيقتص 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 جلابشراء)
أقول مخالف للشروح إلا
يرى الى قول المصنف وانما
يتعينان بالقبض ويمكن
أن يجاب بان الدفع قد
يكون بالقبض فانه يوجد
بالتحابة والوضع بين يديه
صرح بذلك المصنف من
كتاب الاقرار قال المصنف
(بخلاف المضاربة) أقول
قال الاتقاني فيه نظر لأن

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

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

غير ما أمره انتهى قال الاكمل ولعل فيهما روايتين (قال المصنف خلاف الحسن بن زياد) أقول قال الاتقاني فان عند شركة مملك فقط
حتى لا ينفذ ببيع أحدهما الا في نصيبه وجه قول الحسن أن الشركة التي عقدها ارتفعت بهلاك مال الآخر وانما بقي ما هو حكم الشراء وهو
الملك فلم يجز لاحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر انتهى ويؤيد قول الحسن أن لدوام الامور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء فليتأمل
في دفعه فان رأى المال لم ينعقد هنا لصاحبه المشتري له بقاء

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

رحمهما الله) فانها شركة ملك عنده حتى لا ينعد ببيع أحدهما الا في نصيبه وجه قوله ان شركة العقد بطلت بهلاك المال فصار كولو هلك قبل الشراء بمال الآخر ولم يبق الاحكام ذلك الشراء وهو الملك فيلزم انفراد الملك لعدم ما وجب زيادة عليه ولحمد وعليه اقتصر المصنف ان هلك مال أحدهما اذا وقع بعد حصول المقصود بمال الآخر وهو الشراء به فالا يكون الهلاك مبطلا لشركة العقد بينهما بعد تمامها كولو كان بعد الشراء بالمالين (واذا وقع) المشتري على الشركة (يرجع على شريكه بحصة من الثمن) لانه اشترى نصفه بواكته ونقد الثمن من مال نفسه (وقد بيناه) قريبا (هذا اذا اشترى أحدهما باحد المالين أو لاتم هلك مال الآخر أما اذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر) يعني الذي في يده المال (بالمال الآخر انصرح بالو كالة في عقد الشركة) بان قالا عند عقد الشركة على ان ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركا بيننا كذا صوروه في المبسوط (فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطت ان بطلت فالو كالة المصريح بها قائمة فتكون شركة ملك) وهذا 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 مجمل الاول اذا لم يكن في الشركة وكاله مصرح بها ومجمل الثاني اذا صرح بها على ما ذكره وقوله (لما بيناه) يريد قوله لانه وكيل من جهته الخ (قوله وتجاوز الشركة وان لم يخطأ المال) وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله تعالى الآن ما كاشرط أن يكون تحت يدهما بان يكون في حانوت أو في يدوكيلهما (وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يكون الفرع على الشركة الا والاصل على الشركة وانه) أي الشركة في الاصل على معنى الاشتراك (بالخلط) لماسلف من أن معناها الاختلاط أو الخلط على ما حققناه فلا

مشتركا بينهما فالمشترى مشترك بينهما كما شرطت ان بطلت هلاك أحدهما بالين فالو كالة المنصوص عليها باقية فكان المشتري مشترك بينهما بحكم الو كالة وكانت شركة ملك حتى لا يملك أحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر و يرجع على شريكه بحصة من الثمن لانه اشترى بعهده بحكم الو كالة ونقد الثمن من مال نفسه فيرجع به عليه وان ذكر مجرد الشركة ولم ينصرح بالو كالة فيها فالمشترى للمشتري خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الو كالة تثبت في ضمن الشركة وقد بطلت الشركة بمالك مال أحدهما فبطل ما في ضمنها الا ببقاء ما ثبت ضمنها بعد فوات المتضمن بخلاف ما اذا صرح بالو كالة لكونها مقصودة فلا تبطل بطلان الشركة وذكروا في بعض المواضع اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون المشتري بينهما نصفين يريد به اذا صرح بالو كالة عند عقد الشركة (قوله وانه بالخلط) اذا الشركة عبارة عن الاختلاط وذلك انما يتحقق بالخلط بالملك والمعتبر في كل عقدهما هو قضية اسم ذلك العقد كالحواله والكفالة فاذا خلطوا المالين على وجه لا يمكن تمييز أحدهما عن الآخر فقد تحققت الشركة في المال فتبنت عليه الشركة في الربح فاما قبل الخلط لم تثبت الشركة في المال حتى اذا هلك رأس مال أحدهما كان هالكه عليه 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 بالخلط) 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 بواكته

وما اعتبر التعيين الائتكون الشركة في الثمن مستندة الى المال بخلاف المضار به فانها تصح بدون الخلط لان اليد بشرية وانما هو عامل الرب
 المال فيستحق الربح على قدر عمله (قوله وهذا أصل كبير) اشارة الى قوله لان الربح فرع المال (قوله حتى يعتبر اتحاد الجنس) يعني بناء على
 أصلهما ذلك فانه اذا كان رأس مال أحدهما دراهم والاخر دنانير نعتقد الشركة بينهما صحيحة عندنا خلافا لفر والشافعي وكذلك ان كان
 رأس مال أحدهما مائتا والآخر سوادا وتجوز شركة التقبل أي على قول زفر والشافعي لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى
 العقد دون المال وكل ما هو مستند اليه هو الاصل أما انهم مستندة الى العقد فلان العقد يسمى شركة فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه وأما
 ان كل ما هو مستند اليه فهو الاصل فلان المراد بالمستند اليه هو ان يكون غير مبينا (٤٠١) عليه وذلك حد الاصل وانما عبر عنه

بهذه العبارة لان الربح في الحقيقة يحصل من التصرف والتصرف يحصل من العقد لان كل واحد منهما يتصرف في الشكل في بعضه بطريق الاصل وفي بعضه بطريق الوكالة فكان العقد العلة وحاز ان يضاف الحكم الى علة العلة كما حاز ان يضاف الى عين العلة واذا كان الاصل هو العقد وهو موجود يثبت الحكم في الفرع وهو الربح وان لم يختلط المالا والدليل الثاني وهو قوله ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان كالشرح للدليل الاول فان قيل لو كان العقد هو الاصل دون المال لما بطلت الشركة بهلاك المال قبل ان يشترى به شيئا لان هلاك المال وبقائه اذ ذلك بمنزلة لكون الاصل وهو العقد قد وجد والمال موجود فلا يبالي بعد ذلك ببقائه اجيب بان بقاء الاصل شرط لوجود الفرع والاصل قد انتفى بانتفاء شرطه وهو المثل فكذلك

الربح عماله على عمله أما هنا بخلافه وهذا أصل كبير لها حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا تجوز 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 وكييل 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) أي كون الربح فرع المال (أصل كبير لها حتى تفرع) عليه (اعتبار اتحاد الجنس) فلا تجوز الشركة اذا كان لاحدهما دراهم والاخر دنانير واذا كان لاحدهما مائتا والآخر سوادا لم تحقق الخلط والاختلاط بحيث لا يتميز مالا واحدهما عن الآخر (ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال) لاختلاف الشركة في الاصل والفرع ولا شركة التقبل والاعمال لانعدام المال (قوله ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال) حاصل تقر 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 وانت تعلم ان الاضافة الى علة العلة بطريق المجاز فان الحكم بالذات انما يضاف الى علة العلة كما عرف ان لا اثر لعلة البعيدة في الحكم وحقيقة الاضافة اولى بالاعتبار من مجازها في حكم يبنى على الاضافة وانما وجه 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 حصول 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 تحققا فيه معنى اسمه فيه لان هذا العقد الشرعي يسمى شركة فتحقق معناه بما يفيد شرعا وهو الشركة في الربح والتصرف معا لان أحدهما عن الآخر لكون 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 يبيته هنا فيكون محلا والمحل شرط لا أسباب (قوله ولهذا يضاف اليه) أي يقال عقد شركة المال (قوله وهذا أصل كبير لهما) وهو ان الربح فرع المال ويتبني على هذا الاصل 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 واعترض أيضا بان المالك اذا لم يختلط بما يميزه 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 الاصل الخ) أقول كان الاظهر ان يقول وكل ما هو مستند الى العقد فاعقد 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 الشكل) أقول أي في كل مال الشركة قال المصنف (فلا يستفاد الربح برأس المال) أقول فقوله الربح فرع المال ممنوع فتدبر 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 الرجح مالم يضمن وقوله (وصار
كالمضاربة) يعني لما ظهر ان الاصل هو العقد دون المال كان الرجح مستحقا بالعقد دون المال كما في المضاربة فانه ليس هناك خلط المالين والرجح
مشترك بسبب العقد واذا بطل ذلك الاصل بطل العروضة المترتبة عليه فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الرجح وتصح شركة التقبل (قوله
ولا تجوز الشركة) واضح وقوله (ونظيره (٤٠٢) في المزارعة) يعني انه اذا شرط لأحدهما قفزان مسماة كانت فاسدة لان

الشركة تنقطع به ومن شرط المزارعة ان يكون الخارج بينهما ماشئا قال (ولكل واحد من المتفاوضين) هذا بيان ما يجوز للشريك شركة معاوضة وعن ان يفعل وأن لا يفعل بجورله أن يبضع لانه معتاد في عقد الشركة والمعتاد جازله العمل به ولان له أن يستأجر على العمل بتحصيل الرجح بلا خلاف وكل من جازله أن يستأجر لتحصيل الرجح جازله أن يبضع لان الاستئجار تحصيل بعوض والابضاع بدونه فكان الاستئجار أعلى ومن ملك الاعلى ملك الادنى وأن يودع المال لانه معتاد ولا يجبد التاجر منه بداوان يدفع مضاربة لانها دون الشركة ألا ترى انه ليس على المضارب شيء من الوضعية وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الرجح فيمكن جعل المضاربة مستفاد بعقد الشركة لانها دون الشركة فتضمنتها الشركة هذا ظاهر الرواية (وعن أبي حنيفة ليس له ذلك لانه) أي عقد المضاربة (نوع شركة) لانه ايجاب الشركة للمضارب في الرجح فيكون

تحققت في المستفاد به وهو الرجح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الرجح وتصح شركة التقبل قال (ولا تجوز الشركة اذا شرط لأحدهما دارهم مسماة من الرجح) لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لأحدهما ونظيره في المزارعة قال (ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان أن يبضع المال) لانه معتاد في عقد الشركة ولان له أن يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فملكه وكذلك ان يودعه لانه معتاد ولا يجبد التاجر منه بداوان (ويدفعه مضاربة) لانها دون الشركة فتضمنها وعن أبي حنيفة انه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاصح هو الاول وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود

الشراء بهما) ما فيه الرجح حتى جاز أن يدفع غيرهما فلم يكن الرجح مستفادا بعين رأس المال حتى يلزم فيه بالخلط بل بالتصرف واذا ظهر تحقق الشركة بالخلط (تحققت في المستفاد بدونه) أي بدون الخلط (وصار كالمضاربة) تتحقق الشركة في الرجح بلا خلط فان قيل فعلى هذا ينبغي أن لا تبطل به سلاك المال قبيل الشراء لوجود المال وقت العقد لانه انعد في المحل قلنا انما يبطل لمعارض آخر وهو ان هلاك المحل قبيل حصول المقصود بالعقد منه يبطله كالبيع يبطل به لئلا المبيع قبيل القبض والمقصود من عقد الشركة الاسترباح وهو بالشراء أولا فاذا هلك المال قبل الشراء كان كهلاك المبيع قبل القبض واذا كان الاصل هو العقد لا المال (لم يشترط اتحاد الجنس والتساوي) في رأس المال ولا في الرجح وتصح شركة التقبل (قوله) ولا تجوز الشركة اذا شرط لأحدهما دارهم مسماة من الرجح) 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 الرجح 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 يبضع المال لأنه معتاد في عقد الشركة) من المشاركين (ولان له ان يستأجر على عمل القهارة والتحصيل) للرجح (بغير عوض دونه) وانه أقل ضررا فاذا هلك ما هو أكثر ضررا لم يملك ما هو أقل وظهران لفظ التحصيل من نوع على الابتداء وخبره الظرف (قوله) وكذلك ان يودعه لانه معتاد ولا يجبد التاجر بدوامه) في بعض الاوقات والمضاييق وقوله (ويدفعه مضاربة لانها دون 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 الرجح (والاصح هو الاول وهو رواية الاصل لان الشركة في الرجح غير مقصودة وانما المقصود

الرجح 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 الرجح (قوله) في المستفاد به) أي بالتصرف وهو الرجح بدونه أي بدون خلط رأس المال (قوله) ونظيره في المزارعة) وهو ان شرط لأحدهما قفزا مسماة فالزراعة باطلة فكذلك ما على الماذنات والسواقي (قوله) لانها دون الشركة) ألا ترى انه ليس على المضارب شيء من الوضعية مع وأن المضارب بقوله فسدت لم يكن للمضارب شيء من الرجح وأما اذا

بمنزلة عقد الشركة وليس لأحد الشريك أن يشار لزمع غيره بمال الشركة فكذلك لا يدفعه مضاربة (والاول) أي تحصيل جواز الدفع مضاربة (أصح وهو رواية الاصل لان الشركة) يعني في المضاربة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الرجح وهو ثابت بالمضاربة فيما كره أحد الشريكين كالأستأجر جبر العمل فانه يجوز قول واحد فهدأ أولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته فان المضارب اذا عمل ولم يحصل

(قوله) واذا بطل ذلك الاصل (الح) 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
يكتب عبده والعبد المأذون
له جازله ان ياذن لعبده
فالجواب ان ذلك ليس من
قبيل الاستتباع فان كل
واحد منهما ما أطلق في
الكسب وأسبابه وهذا من
أسباب الكسب المطلقة
لهم الا أنه 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 كالتة
مقصودة ليس له توكل غيره
فالوكيل الذي ثبتت كالتة
في ضمن الشركة كيف جازله
توكل غيره وأجيب بذلك
الجواب المشهور وهو قولهم
كم من شيء ثبت ضمنا ولا
يثبت قصدا كبيع الشرب
وغيره والشبهة توجه القياس
في هذه المسئلة وجوابه اوجه
الاستحسان
(قوله وأجيب بذلك الجواب
المشهور الخ) أقول وسيجيء
تظهير 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 زويوكل 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 الشرىكين لا يملك أن يشارك غيره في مال الشركة
(لان الشيء لا يستتبع مثله) وأورد عليه المكاتب يكتب عبده والمأذون ياذن لعبده واقضاء المفترض
والمتنفل بمنلهما والنافع مثل المنسوخ وأجيب بأن ملكهما ذلك ليس بطريق الاستتباع بل باطلاق
التصرف مطلقا وكذا الاقتداء ليس صلاة الامام مستتبعة لصلاتهم ما بل تلك مبنية عليها وحقيقة النسخ مبين
لا غير على انه ليس وزان ما نحن فيه بتأمل يسير واكل واحد ان يشتري بالنسيئة وان كان مال الشركة في يده
استحسانا وليس لا أحد شرى العنان الرهن أى رهن عين من مال الشركة بدين من التجارة عليه والارتمان
بدين له بخلاف المغاوض له ان يرهن ويترهن على شريكه فان رهن في العنان متاعا من الشركة بدين عليهما
لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتمن بدين له لم يجز على شريكه فان هلك الرهن في يده وقيمته والذي سواء
ذهب بخصته ورجع شريكه بخصته ورجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتن وان شاء شريك
المرتن ضمن شريكه بخصته من الدين لان هلاك الرهن في يده كالاتيقاء وكذا اذا باع أحدهما فليس
للاخر قبضة وللمدين أن يمنع من دفعه فان دفعه اليه برى من حصة القايض ولم يبرأ من حصة الآخر وليس
لو احد منهما أن يخاصم فيما ادانه الاخر أو باعه والحصومة للذي باع وعليه ولا أن يؤخذ بنا فان آخره لم يرض
على الآخر وكذا لا يرضى اقرار أحدهما بدين في تجارته ما على الآخر فان أنكر الآخر لم يرضى جميع
الدين ان كان هو الذي وابه لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد وكذا كان أو مباشر وان أقر أنهم ما ولياه
وأنكر الآخر لم يرضى نصفه ولو اشترى احدهما شيئا فوجده عيبا لم يكن للاخر ان يراه لان ذلك من حقوق
العقد ولو أخذ أحدهما بالامضار به اختص برحمته لان مال المضار به ليس من مال الشركة وعلى هذا الوشيد
أحدهما لصاحبه بما ليس من شركته ما فهو جائز بخلاف المغاوض في جميع ذلك ونقض قراره عليه
ويشارك شركة عنان ونقض على الآخر بخلاف شريك العنان ويجوز قبض كل من المتفاوضين مادانه
الاخر أو اداناه 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 البينة 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 وله أن يدفع لمن مال الشركة مضار به لان له أن يستأجر من يتصرف في مال الشركة باجر 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 قبيل المكاتب يكتب عبده والمأذون ياذن
ويجوز اقتداء المفترض بالمتنفل والممتنفل بالمتنفل فيلزم منه استتباع الشيء مثله وكذا النص الناسخ يرفع
النص المنسوخ وهما مثلان فالولى 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 الشرىكين
يلزم استتباع المثل مقصودا وذلك لا يجوز كفى التوكيل فانه لا يجوز للوكيل أن يوكل غيره بطلاق التوكيل
لان الثاني مثل الاول فلا ينظمه مقصودا ولكن يتنقاه ضمنا كالو كالة الثابتة في ضمن الشركة وذكرفي
المبسوط هذا كله في حق الغير أى عدم جواز استتباع الشيء مثله كفى الشركة والمضار به فاما في حق نفسه
فيجوز أن يوجب غيره مثل ماله ولهذا كان للمكاتب أن يكتب عبده وللمأذون أن ياذن لعبده لانه
متصرف لنفسه بفك الحجر وأما اقتداء المفترض بالمفترض فجازله ثبت بالاجماع ويقوله 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 (ويده في المال يدأمانة) لانه قبض المال بأذن المالك لا على وجه البذل والوثيقة فصار كلوديعة

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 يعملها اذا هما شر يكه عنه لم يكن له عمله فان عمله ضمن نصيب شر يكه ولهذا لو قال أحدهما اخرج للمباطول تجاوزها فجاوز فذلك المال ضمن حصته شر يكه لانه نقل حصته بغير إذنه وكذلك لو خاه عن بيع النسبقة بعدما كان أذن له فيه (قوله ويده) أي يد الشريك مطلقاً (في المال يدأمانة) لانه قبض المال بأذن المالك لا على وجه البذل والوثيقة فيكون أمانة بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه قبضه على وجه اعطاء البذل فيكون ضمنه بخلاف الرهن فانه مقبوض للتوثيق بدينه فيضمن بذلك الدين واذا كان مقبوضاً على الوجه الذي ذكرنا صار كلوديعة فكان أمانة واعلم ان جميع الامانات اذا ماتت تنقلب مضمونة بالموت مع التجهيل الا في مسائل احداها اذا مات أحد المتفاوضين ولم يبين مال الذي كان في يده فانه لا يضمن اشر يكه 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 * (قروغ في اختلاف المتفاوضين) * قد علم أنه ليس لأحد المتفاوضين أن يقرض ولا يهب ولا يتصدق ولا يعير دابة من شركته ما لو ادعى على آخر أنه شاركه في مفاوضة فانكر والمال في يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه وعلى المدعي البيينة لانه يدعي العقد واستحقاق ما في يده وهو منكر فان أقام البيينة فشهدوا أنه مفاوضة أو زادوا على هذا فقالوا المال الذي في يده من شركتهما أو قالوا هو بيننا ما نضعان قضي للمدعي بنصفه لان الثابت بالبيينة كالثابت بالاقرار وجميع ما ذكر مقتضاه انقسام ما في يده فيقضي بذلك فلو ادعى الذي في يده المال بعد ذلك ان هذا العين لي ميراثنا مما في يده وأقام على ذلك بيينة قبلت عند محمد ولم تقبل عند أبي يوسف لأن هذا المداوم مقضياً عليه بنصف ما في يده وبيينة المقضى عليه في اثبات الملك لا تقبل الا أن يدعى تلقي الملك من قبل المقضى له كما كانت الشهادة مفسرة ولو ادعى ذوالبيدعين في يده انه له خاصة وهب شر يكه منه خصته وأقام البيينة على الهبة والقبض قبلت لانه انما ادعى تلقي الملك منه ولو ادعى انه مفاوضة والمال في يد المدعي عليه فاقرو وقضى عليه ثم ادعى عينا مما كان في يده أو ميراثاً أو هبة وأقام بيينة قبلت والفرق لأبي يوسف ان هذا البيينة مقر بالمفاوضة مدع للميراث ولا منافاة بينهما وقد أثبت دعواه بالبيينة وفي الاول ذوالبيد جاحد مدعي عليه وقد صار مقضياً عليه بحجة صاحبه الا ترى انه لو لم يكن أقام البيينة في صورة الانكار لم يستخلف خصمه واذا مات أحد المتفاوضين والمال في يد الحى فادعى الورثة المفاوضة وتجد الحى ذلك فاقاموا البيينة بذلك لم يقض لهم بشيء فيما في يد الحى لانها شاهد بعقد علم ارتفاعه لانتقاض المفاوضة بموت أحدهما ولا لانه لا حكم 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 يقموا 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 لاجل أن يدفع الثمن) قوله (والوثيقة) احتراز عن الرهن فان المرهون مقبوض لاجل 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 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 فيحصل بتصرف غيره فصار كل واحد منهما وكيل خاص بالشراء قبل له اعمل برأيك فله أن يوكل غيره وانما يملك المشاركة وان تمكن منها عند قوله اعمل برأيك نصاباً لظهور التفاوت بين ما ثبت نصاباً وبين ما ثبت مقتضى تحصيل الربح (قوله لاعلى وجه البذل) احتراز عن

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

(قوله ولا يشترط فيه) أي

في هذا العقد (اتحاد العمل والمكان) خلافاً لقر ومالك رحمه الله قالان ان انفقت الاعمال كالعقارين اشتركا أو صباغين جازوان اختلفت كصباغ وقصار اشتركا لا يجوز لأن كل واحد منهما عاجز عن العمل الذي يتقبه صاحبه فان ذلك ليس من صنعة فلا يتحقق مقصود الشركة ولنا أن المعنى الجوز للشركة وهو ما ذكرناه أن المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لا تتفاوت باتحاد العمل والمكان أو اختلافهما أما الأول فلان التوكيل بتقبل العمل صحيح ممن يحسن مباشرة ذلك العمل ومن لا يحسن لانه لا يتعين على المتقبل اقامة العمل بيديه بل له أن يقيم باعوانه واجرائه وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك وكان العقد صحيحاً وأما الثاني فلان أحد الشريكين لو عمل في مكان والآخر في مكان آخر لا يتفاوت الحال وهو ظاهر فان قيل قد تقدم ان من الفروع المترتبة على أصل زفر والشافعي في مسألة الخيطان شركة التقبل لا تجوز فكيف يصح قول زفر مع مالك رحمه الله في جوازها اذا كانت الاعمال

قال (وأما شركة الصنائع) وتسمى شركة التقبل (كالحياطين والصباغين يشتركون على أن يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك) وهذا عندنا وقال زفر والشافعي لا تجوز لان هذه شركة لا تقيد مقصودها وهو التمييز لانه لا بد من رأس المال وهذا لان الشركة في الربح بتبني على الشركة في المال على أصلهما على ما قررنا ولنا أن المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلاً في النصف أصيلاً في النصف تحققت الشركة في المال المستغاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافاً لمالك وزفر فيهما

الورثة وتجسدوا الشركة فاقام الحى البيئته على المفاوضات واقاموا ان أباهم مات وترك هذا ميراثاً من غير مفاوضة بينهما لم تقبل منهم لأنهم جاهدون فانما يقيمونها على النفي وقد أثبت المدعي الشركة فيما في أيديهم فيقضى له بنصفه وصحح شمس الأئمة ان هذا قولهم جميعاً ولو قالوا مات جدنا وترك ميراثاً لنا لا بنا وأقاموا البيئته على هذا لا تقبل في قول أبي يوسف وتقبل في قول محمد كولو كان المفاوضات حياً وأقام البيئته على ذلك بعد ما شهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة وإذا افترق المتفاوضان فاقام أحدهما البيئته ان المال كله كان في يد صاحبه وان قاضى بلدة كذا قاضى بذلك عليه وسهوا المال وانه قضى به بينهما من 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 الأول ونقض له وان لم يعلم أو كان القضاء من قاضيين لزم كلامهم ما القضاء الذي أنفذه عليه لأن كلامهم ما صحح ظاهراً فيحاسب كل صاحبه بما عليه وتراد ان الفضل (قوله وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل) وشركة الأبدان وشركة الاعمال (فتجوز الحياطين والصباغين يشتركون على أن يتقبل كل الاعمال) أو نحو الصباغ والحياطين يفعلان ذلك (ويكون الكسب بينهما فيجوز عندنا) وقال الشافعي لا يجوز لانها شركة لا تقيد مقصودها) أي المقصود منها وفي بعض النسخ مقصودهما بالتشبيه أي الشريكين (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 جاز بالتوكيل بان يوكل الآخر بقبول العمل عليه كما يقبله لنفسه فيكون كل أصيلاً في نصف العمل المتقبل ووكيلاً في نصفه الآخر فتحقق الشركة في المال المستغاد عن ذلك العمل فان عملاً استحق كل فائدة عمله وهو المال المستغاد وهو كسبه وان عمل أحدهما كان العامل معيناً للشريكه فيما لزمه بتقبله عليه وهو جاز لان المشروط مطلق العمل لا عمل المتقبل بنفسه أو وكيله بنفسه ألا ترى أن نحو الحياطين يتقبل ثم يستأجر من يعمل ويدفعه الى مالكه فتطيب له الاجرة ومن صور هذه الشركة أن يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف القياس أن لا يجوز لان من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت واستحسن جوازها لان لتقبل من صاحب الحانوت عمل (قوله ولا يشترط فيه) أي في جواز هذه الشركة اتحاد العمل والمكان خلافاً لزفر ومالك) وأورد عليه أنه قدم في اشتراط الخلط زفر ان من ثمراته عدم جواز شركة التقبل وهو ينافي اشتراطه لاحتها اتحاد العمل والمكان أوجب بان عن زفر 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 لزفر 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 الشريكين في مكان والآخر في مكان آخر يجوز عندنا خلافاً لهما فان قيل كيف يتصور قول زفر رحمه الله في جواز الشركة عند اتحاد العمل وقد ذكر قبل هذا قول زفر 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 أوجب بان زفر في هذه المسألة أعني الخلط لان قد ذكر المصنف في تلك المسألة حكم الرواية التي يشترط فيها خلط المال وذكرها حكم الرواية التي لا يشترط ولكن أطلق في اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايتين فيرى ظاهراً من مقتضا

(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 في حالان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لأن رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق و ربح مالم يضمن لا يجوز إلا في المضاربة

المبسوط ففرع رواية المنع على شرط خلط المال و ذكر 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 بوجبه (قوله ولو شرط أن العمل نصفين) يعني التساوي في العمل والربح أثلاثا (جاز) بشرط كون المشروطه مشروطة عليه العمل (وفي القياس) لا يجوز وهو قول زفر (لأن الضمان هنا انما هو بقبول العمل) أي لأنه لا مال عقدت الشركة عليه فزيادة الربح لأحدهما (ربح مالم يضمن فلم يجز) كالم تجز شركة الوجوه مع شرط التفاضل في ربح ما يبيع مما اشتري بالوجوه وأما كون التفاضل يجري فيها إذا شرط التفاوت في ملك المشتري فإن اشتراكه 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 عمل والربح مال وإنما يقال له ربح مجازا وإنما هو بدل عمله والعمل يتقدر بالتقدير أي بحسب التراضي فإقدر لكل هو ما وقع عليه التراضي أن يجعل بدل عمله فلا يحرم خصوصا إذا كان أحق في العمل وأهدى وعلى هذا التجهيز بخلاف بعض المشايخ في الملو شرطت الزيادة لا أكثرهما معا ولا يجوز لأن الربح لضمين 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 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 شبههم أعلى 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 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 كافي الأموال وفي العنان من هذه الشركة يجوز شرط 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 يكتسب بأعنان للعمل وقد يكون بينهما في العمل تفاوت فيصعق منها شرط التفاوت في الربح فإما في شركة الوجوه فشرطان يشترط في ذمتها منع المساواة 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 حيث تدفق 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 اشتجرا ربحا عشرة راسم ثم أحرها بثوب يساوي خمسة عشر جاز لما أن الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن فيه لم يتعد لأن رأس المال عمل والربح مال فكان ما يأخذ بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فاذا رضى باقتدر معين كان ذلك منهما تقويم العمل 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 ذمتها دراهم 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 وقوعه بمقابلة العمل في جانب المضارب وبمقابلة المال في جانب رب المال وليس واحدا 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 كأن يكون معناه ويبرأ الدافع من كل من الشريكين بالدفع اليه أي الى صاحب الثوب مثلاله أخذ أحدنا شريكين ثوبا للضبع ثم دفع الآخر الثوب مصبوغا الى صاحبه برى 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 مطلقا عن الشريكين مطلقا عن الشركة وقعت مطلقا عن الشريكين وليست الكفالة من مقتضاها حتى تثبت وان لم تذكر وانما هي مقتضى المفاوضة فلا يثبت معها ما ليس من مقتضاها بدون التصريح بذلك (وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان الآتري ان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا) (يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فخرى تجري المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل قال) (وأما شركة الوجود فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتربا بوجوههما ويبيعاقتضعا 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 كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطلب بالاجر (ويبرأ الدافع بالدفع اليه) وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها الاستحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقا عن الشريكين مطلقا عن الشركة مقتضية للضمان الآتري ان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فخرى تجري المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل قال (وأما شركة الوجود فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتربا بوجوههما ويبيعاقتضعا 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 بثلث الثوب مثلا 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 باجره الآخر ببراءة الدافع اليه الاجرة (ظاهر) فيما اذا عقدت شركة المصانع 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 مطلقا) واذا وقعت مطلقا انصرف الى العنان فلم تثبت المفاوضة الا بالنص عليها وعلى معناه وبهذا علمت أن لا فرق بين اطلاق الشركة والتنصيب على جعلها عنانا في أن المنع قد عنان (والكفالة مقتضى المفاوضة ووجه الاستحسان ان هذه الشركة) أعني شركة المصانع (مقتضية للضمان) في القدر الذي ذكرناه لانها تضمنت توكيل تقبل العمل على صاحبه فكان العمل بالضرورة مضمونا على الآخر ولهذا يستحق من الاجرة بعض ماسمى للاخر (بسبب نفاذ تقبله عليه فخرى) هذا العقد وان كان عنانا (بجري المفاوضة في ضمان العمل) عن الآخر (واقضاء البدل) وان لم يتقبل ضرورة بخلاف ماسمى هذين الامرين هو فيها على مقتضى العنان ولذا لو أقر أحدهما بدين من أمر الصناعة كمن صابون أو صبغ أو بدين للعملة عن علمهم أو اجرة بيت أو دكان لمدة مضت لا يصدق على صاحبه الا ببينة لان نفاذ الاقرار على الآخر موجب المفاوضة ولم ينصا عليها لانه لم يعقدوا بينهم شركة تقبلت قبولوا عملا 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 بثالث الاجر فاذا عمل السكك كان متطوعا في الثلثين فلا يصدق الاثالث الاجر (قوله) (وأما شركة الوجود فالرجلان يشتركان ولا مال لهما يشتربا بوجوههما) 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 المضار بتوليكن كان جواز ذلك فيها أيضا لوقوعه بمقابلة العمل في جانب المضارب ولو وقع 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 يتفقا فلا يكون ربحا (قوله) (وهذا ظاهر المفاوضة) أي اذا كانت شركة التقبل مفاوضة بان اشترط أن يكون قبول الاعمال منهما أو العمل منهما والربح والوضعية بينهما على التساوي فهي شركة المفاوضة حتى تراعى فيها شرائط المفاوضة ولو جود معنى المفاوضة وهي المساواة المطلقة وان تفاوتت في شيء مما ذكرناه فهي شركة عنان حتى تراعى فيها شرائط شركة العنان لغو معنى المفاوضة (قوله) (في ضمان العمل واقضاء البدل) وانما قيدهم حالان

أحدهما بدين من ثمن اشنان أو صابون أو أجر اجير أو اجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه الا ببينة وتلزمه خاصة لان التنصيب على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار بوجوب المفاوضة قال (وأما شركة الوجود فالرجلان يشتركان ولا مال لهما) (على) أن يشتربا بوجوههما) أي بوجاهتهما ووجاهتهما عند الناس صحبة عندنا (على هذا) أي على كونهما يشتربان بوجوههما أي سميت شركة

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

الوجوه لانه لا يشتري بالنسيئة الامن له وبجاهة عند الناس وانما تصح معاوضة اذا كان الرجلان من أهل الكفالة لانه حينئذ يمكن تحقيق الوكالة والكفالة في الابدال أي الثمن والمؤمن فيكون ثمن المشتري على كل واحد منهما ماضى فهو يكون المشتري بينهما منصفين ولا بد من التلغظ بلغة المعاوضة أو بمقام مقامه كاتقدم واذا أطلقت كانت عنانان المطلق ينصرف اليه لكونه المعتاد فيما بين الناس وهي أي 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) أي 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 فانه

يجوز أن يلقى باقل من النصف ولا يستحق بمساوئها وانما تعلقت تكون عنانان المطلق ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركة التقبل قال (وكل واحد منهما وكيل الاخر فيما يشتريه) لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة أو بولاية ولا ولاية فتعين الوكالة (فان شرط ان المشتري بينهما منصفان والربح كذلك يجوز ولا يجوز ان يتفاضل فيه وان شرط ان يكون المشتري بينهما ثلثا فالربح كذلك) وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال أو العمل أو بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والاستاذ الذي يلقى العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بمساوئها الا ترى ان من قال لغيره تصرف في مالك على أن ي

ان الواو انقلب حين وضعت موضع العين للموجب لذلك ولذا كان وزنه عقل (وانما تكون معاوضة) بان يكون من أهل الكفالة والمشتري بينهما منصفين وعلى كل منهم ما نصف ثمنه يتساوى باقي الربح ويتلغظ بلغة المعاوضة أو يذكر مقتضياتها كالمسلف (فتحقق الوكالة والكفالة في الابدال) أي الاثمان والمبيعات وان فان شئ مما ذكرنا كانت عنانان المطلق عقد الشركة ينصرف اليه لتبادره وزيادة تعارفه وعملا ومنعها الشافعي ومالك والوجه من الجانبين تقدم في شركة الاعمال ونقول صحة العقد باعتبار صحة الوكالة وتوصل كل من الاخر بالشركة على أن يكون المشتري بينهما منصفين أو ثلثا كما صحح 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 المضاربين حيث ان كلا عامل في مال صاحبه بخلاف شركة الوجوه فصح أعمال شبه المضارب في العنان في اجازة تفاوت الربح بخلاف الوجوه والحاصل ان شبه المضارب بما جاوز زيادة ربح أحدهما في العنان باعتبار

فيما عدا ذلك لم يجز هذا العقد مجرى المعاوضة حتى قالوا اذا قرأ أحدهما بدين من عن صابون واشنان مستهلك أو أجزأ جيرا 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 أهل الكفالة وأن يكون ثمن المشتري بينهما منصفين وأن يتلغظ بلغة المعاوضة أو ما العنان منها فهو أن يجوز التفاوت 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) أي في الثمن والمؤمن (قوله لان مطلقه ينصرف اليه) أي الى العنان لان المعتاد فيما بين الناس شركة العنان فالمطلق ينصرف الى المعتاد كما اذا اشتري بدراهم مطلقه (قوله وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال أو بالعمل أو بالضمان) فان قيل يجوز ان تكون زيادة الربح لاحدهما لزيادة اهتدائه

بالتسيئة الامن كان له وبجاهة عند الناس وانما تصح معاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال واذا أطلقت تكون عنانان المطلق ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركة التقبل قال (وكل واحد منهما وكيل الاخر فيما يشتريه) لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة أو بولاية ولا ولاية فتعين الوكالة (فان شرط ان المشتري بينهما منصفان والربح كذلك يجوز ولا يجوز ان يتفاضل فيه وان شرط ان يكون المشتري بينهما ثلثا فالربح كذلك) وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال أو العمل أو بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والاستاذ الذي يلقى العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بمساوئها الا ترى ان من قال لغيره تصرف في مالك على أن ي

استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان والضمان على قدر المالك في المشتري فكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة فانه يصح فيه الماذكرنا من وجوه مقابلته بالمال والعمل والوجوه أي 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 فيها الماذكرنا) 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 فالتشبيه لا يكون علة الاتبع بزه فيما يجوز فيه فليتاملي

ربحه

ليست في معناها لان المال فيها مضمون على كل واحد من الشركيين 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 الرب المال فيلحق بهما قبل فية 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 تغتفرنا، ولكن انضم الى ذلك جهالة رأس المال والربح عند القسمة وليس في المضاربة ما يقتضى 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 وتأخيره عنه لا يخفى على أحد وكلامه واضح (قوله لان أمر الموكل به غير صحيح) ولو وكيل يملكه دليلان على المطلوب تقرير الاول المدعى أن التوكيل في أخذ المباح باطل لانه يقتضى صحة أمر الموكل بما وكل به وهو أخذ المباح وأمر الموكل باخذه غير صحيح لانه صادق غير محل ولا يتسه وتقرير الثاني التوكيل باخذ

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 للموكل وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملك بدون أمره لئلا

ويحتمل عدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمنان على ما بينا والضمنان على قدر المالك في الشري 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 ما 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 والام 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 بانه 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 مضموناً في مقابلته عمل المستحق في مال الآخر لانه يلزم من أول الامر عند بيع العروض متفاوتة لئلا يفتقر الى ربح مالم يضمن باخذ المباح فضل العمل كافي الصنائع اجيب بانه 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) كاحد الحطاب والثمار من الجبال كالجوز والتين والقسق وغيرها وكذا في نقل الطين وبيع من أرض مباحة أو الحصى أو الملح أو الثلج أو الكحل أو المعدن أو الكنوز الجاهلية وكذا اذا اشترى كاهل أن يلبس ثياباً غير مملوكة ويطلبها آجراً ولو كان الطين مملوكاً أو سوله الزجاج فاشترى كاهل أن يشتريه ويطلبها ويبيعها وهو شركة الصنائع وكل ذلك جائز عند مالك وأجدلان هذه شركة الابدان كالصباغين ويؤد بهما راه أبو داود عن ابن مسعود قال اشترى كاهل أن يبيع ثياباً وسعد يوم بدر فلم أجبني أن أبيع ثياباً وسعد باسبرين فاشترى بينهم النبي صلى الله عليه وسلم أجيب بان الغنيمة مقسومة بين الغانمين بحكم الله تعالى فيمنع أن يشترى هو لانه في شيء منها بخصوصهم وفعله صلى الله

وعمله كفي شركة العنان قلنا انما يجوز اشتراط زيادة الربح على زيادة الهداية والعمل في مال معلوم كفي شركة العنان والمضاربة ولم يوجد هنا (قوله بالنصف) قيدا تغاير فيانه يجوز أن يلقى باقل من النصف أو أكثر (قوله بالضمنان) أي يطالب الاستاذ بتحصيل ذلك فكان العمل مضموناً على الاستاذ (قوله والوجوه ليست في معناها) أي شركة الوجوه ليست في معنى المضاربة لان في شركة الوجوه كل واحد من الشركيين 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 الشركيين يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال الرب 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 ونوقض الثاني بالتوكيل بشرأ 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 مقتضى التوكيل 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 لان أمر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائباً عنه وانما ثبت المالك لهما بالأخذ واحراز المباح فان أخذاه معافوه وبينهما نصقان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان أخذاه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو وللعامل وان عمل أحدهما أو أعانه الآخر في عمله بان قاعه أحدهما وجعه الآخر أو قلعه وجمعه وجهه الآخر

عليه وسلم انما هو تنفيل قبل القسمة أو أنه كان قدر ما يخصهم وعلى قول بعض الشافعية أن غنا ثم بذر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم يتصرف فيها كيف شاء ظاهر (قوله لان أمر الموكل به) أي بأخذ المباح (غير صحيح) لعدم ملكه وولاية (والوكيل يملكه) أي في المباح (بدون أمر الموكل فلا يصلح الوكيل نائباً) عن الموكل لان التوكيل اثبات ولاية لم تكن ثابتة للوكيل وهذا لم يوجد ههنا فاذ لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة واستشكل بالتوكيل بشرائه بعد تغير عينه فانه يجوز مع أن الوكيل يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده وحاصل الجواب أن الوكيل ليس قادراً باعتبار آخره وهو مشغول بدمته الموكل بالثمن لولا الوكالة فيها تثبت له ولاية أن يشغل ذمته بعد أن لم يكن يقدر عليه وحاصل هذا أن التوكيل بما يوجب حقا على الموكل يتوقف على اثباته الولاية عليه في ذلك والكلام في التوكيل بخلافه وانما الوجه أن الشرع جعل سبب ملك المباح سبق اليد اليه فاذا وكابه فاستولى عليه سبق ملكه ملك الموكل ولو قيل عليه هذا اذا استولى عليه بقصده 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 مال الكل منهما وان لم يكن وزنياً ولا كيلياً 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 أخذاه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو وللعامل) لوجود السبب منه (وان عمل أحدهما أو أعانه الآخر) بان قاعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه أحدهما وجمعه الآخر فخرج له فله معين أحرم مثله بالغاما بلغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقوله (وقد عرف في موضعه) يعني كتاب الشركة من الميسوط فانه ذكر فيه وجه قول كل منهما فوجه قول محمد أن المسمى مجهول اذ لم يدري نوع من الخطب يصيبان وهل يصيبان شيئاً ولا والرضا بالمجهول لغو فسقط اعتبار رضاه بالنصف للجهالة وصار مستوفياً مانعاً بعه بعد فاسد فله أحرم مثله بالغاما ما بلغ وأبو يوسف يقول بقول محمد فيما اذ لم يصيب شيئاً وفيما اذا أصابا أنه ان كان أحرم مثله أكثر فهو قد رضى بما دونه 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 لجهالته بالتفاحش حالاً وما لا يخفى ثم أحر

بلاعتد وصورة 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 مالاً كما 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 منهما 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 في الزيادة على النصف الابينة لانه يدعي خلاف ما يشهد الظاهر وكذلك الشركة بتقل الطين وبيعها من أرض لا يملكها أو الجص أو الملح أو الكحل أو ما أشبه ذلك كذا في الميسوط (قوله والوكيل يملكه بدون أمره) فلا يصلح نائباً عنه (قيل ان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو نائب للموكل وليس بثابت للوكيل وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه ههنا فلم تثبت الشركة كذا في الايضاح فان قيل بشكل هذا بالتوكيل بشرائه غير معين 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 يجاوز به نصفه
لانه يعتبر رضاه في اسقاط
حقه عن مطالبته الزيادة
ووجه قول محمد أنه لا يمكن
تقريره أي تقرير أجر المثل
بنصف قيمة المجموع لانه
مجهول جهالة متقاضية
جنسا وقد احيى لا يدري
أي نوع من الخطب يصيدان
وأي قدر منه يجمعان ولا
يدريان أيضا هل يجسدان
ما عقد عليه عقد الشركة أو
لا يجسدانه 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 الأبري أنه
لو أعانه عليه فلم يصيبا شيئا
كان له الاجر بالغاما بلغ فهنا
أولى لانهم ما أصابوا قوله
(واذا اشترى كولا أحدهما
بغل وللاخر رواية) الراوية

فلا معين أجر المثل بالغاما بلغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه
قال (واذا اشترى كولا أحدهما بغل وللاخر 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 يجاوز به) بفتح الواو على البناء للمفعول وقوله (نصف ثمن ذلك) بالرفع لانه
هو النائب عن الفاعل * (فرع) * لهما كلب فارسلا فما أصاب بينهما ولو كان لأحدهما وأرسله جميعا
كان ما أصابه للمالكه (قوله) واذا اشترى كولا أحدهما بغل وللاخر رواية يستقي عليها الماء وما يحصل بينهما
لم تصح الشركة) اعلم أن الراوية في الاصل هو الجمل الذي يحمل عليه الماء سمي به لانه يرويه ويقال رويت
للعوم اذا سقيت لهم وكثر ذلك حتى قيل للمزادة وهي الجلود الثلاثة المصنوعة لنقل الماء فعلى الاول أن يكون
لهذا جمل وللاخر بغل فاشترى كلاً على أن كلا يؤجر مالكل واحد فارزافه هو بينهما وذلك باطل لان حاصل
معنى هذا ان كلا قال لصاحبه بيع منافع دابتك ليكون ثمنه بينهما ومنافع دابتي على ان ثمنه بينهما ولو صرحا بهذا
كانت الشركة فاسدة ثم ان أجزاهما باجر معلوم صفقة واحدة في عمل معلوم قسم الاجر على مثل أجر البغل
ومثل أجر الجمل لان الشركة كما فسدت والاجارة صحيحة لان عقدها على منافع معلومة ببذل معلوم كان الاجر
مقسوما بينهما كذلك كما يقسم الثمن على قيمة البيوع المختلفة بخلاف مالواشترى كلاً على ان يتقبلا الجمولات
المعلومة باجرة معلومة ولم يؤجر البغل والجمل كانت صحيحة لانها شركة التقبل والاجر بينهما نصفان ولا يعتبر
زيادة حمل الجمل على حمل البغل كما لا يعتبر في شركة التقبل زيادة عمل أحدهما كصباغين لأحدهما آلة الصبغ
وللاخر حريت يعمل فيها اشترى كلاً على تقبل الاعمال ليعمل بتلك الآلة في ذلك البيت وان أجزا البعير أو البغل
بعينه كان كل الاجر لصاحبه لانه هو العاقد فلوا أعانه الآخر على التحميل والنقل كان له أجر مثله لا يجاوز نصف
الاجر على قول أبي يوسف وبالغاما بلغ على قول محمد وكذا لو دفع دابته الى رجل ليؤجرها وما أطمع الله تعالى
بينهما نصفان كان الاجر كله للمالك الدابة وكذا في السفينة والبيت لما بيننا ذلك تقديره انه قال بيع منافع دابتي
ليكون الاجر بينهما ثم الاجر كله لصاحب الدابة لان العاقد عقد العقد على ملك صاحب الدابة بامر وللعاقد أجر
مثله لانه لم يرض أن يعمل بجانب بخلاف مالودفع اليه دابة ليبسع 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 مثلها والرجح للعامل وهو صاحب الطعام لانه كسب ماله وعلى الثاني أن يكون لهذا

يجوز مع أن الوكيل كان يملك شراؤه لنفسه قبل التوكيل وبعده فلم يملك هذا أنه لا يشترط لصحة التوكيل أن
لا يملك الوكيل ذلك التصرف قبل التوكيل فلنا لا يشكك لسان التوكيل بالشراء بخلاف 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 فصح ما قلنا أن التوكيل انما يصح فيما لا يملكه الوكيل قبل التوكيل وعلى
شمس الاكثر حجه ان الله في المبسوط فقال لان الاحتطاب اكتساب والاكتساب في المحل المباح يوجب الملك
للمكتسب فيثبت ذلك 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 رحمة الله تعالى عليه) وعند أبي يوسف

في الاصل بعير السقاء لانه يروى الماء أي يحمله ثم كثر حتى استعمل في المرادة وهي المرادة هنا قال أبو عبيدة المرادة لان تكون الامن جلد بين
يقام بجلد ثالث بينهما التسع والجمع مراد ومن ايد

(قوله قبل تقديم ذكر محمد) أقول القائل هو الاتقاني

للمال انما هو مذهب الشافعي رحمه الله كما تقدم فكان الكلام متناقضا والجواب انه تابع للعقد اذا كان العقد موجودا وههنا قد فسد العقد فيكون تابعا للمال لانه شرط فان العلة اذا لم تصلح لاضافة الحكم اليها تضاف الى الشرط والربح عبارة عن الزيادة يقال اخرجت الارض ريعا أى غلة لانها زيادة وقوله (على ما بيناه من قبل) اشارة الى ما ذكره في باب أحكام المرتدين في قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم بالحاقه الى قوله ولنا انه بالحاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الاسلام الخ وقوله (لانه) أى الموت (عزل حكمي) لكون موت الموكل بوجوب عزل الوكيل حكما نحو ويل ملكه الى ورثته فلا يتوقف حكمه على ثبوت العلم به الأثرى أن الوكيل ينعزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته وقوله (واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة) متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت واعترض بانه قد تقدم أن الوكالة تثبت في ضمن الشركة واذا كان كذلك كانت تابعة لها ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع وأجيب بان الوكالة تابعة للشركة من حيث انها شرطها لا تصح الشركة بدون الوكالة أشار المصنف الى ذلك آتفا بقوله ولا بد منها أى الوكالة

مثل البخل) أما فساد الشركة فلا نعقادها على احراز المباح وهو الماء وأما وجوب الاجرفلان المباح اذا صار ملكا للمعزز وهو المستقى وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البخل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره (وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل) لان الربح فيه تابع للمال فيقدر بقدره كما أن الربح تابع للبذرة في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال (واذا مات أحد الشرى يكن أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتحقيق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالاتحاق مرتدا اذا قضى القاضى بالحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بين ما اذا علم الشرى بموت صاحبه أو لم يعلم لانه عزل حكمي واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ أحد الشرى يكن الشركة ومال الشركة ذراهم ودنانير حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدي وانته أعلم

بخل وللأخر زيادة فاشتر كالملى أن يستقيا الماء فيها على البخل فالشركة فاسدة وهو ظاهر قول الشافعي وبه قال أحمد والاحمر للذي استقى وعليه أجر مثل المزايدة ان كان صاحب البخل وأجر مثل البخل ان كان صاحب المزايدة وجمع المزايدة من ادومزايد (أما فساد الشركة فلا نعقادها على احراز المباح وهو) نقل (الماء) وأما وجوب الاجرفلان المباح قد صار ملكا للمعزز وهو المستقى وقد استوفى منافع ملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجر المثل (قوله وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر رأس المال الخ) كالف لاجد هما مع الفين للأخر فالربح بينهما أثلاثا وان كانا شرط الربح بينهما نصغين بطل ذلك الشرط ولو كان لكل مثل مال الآخر وشرطا الربح أثلاثا بطل شرط التفاضل وانقسم نصغين بينهما (لان الربح) في وجوده (تابع للمال) وانما طاب على التفاضل بالتسمية في العقد وقد بطلت بطلان العقد فيبقى الاستحقاق على قدر رأس المال والمولد ونظيره البر في المزارعة والربح الزيادة (قوله واذا مات أحد الشرى يكن أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) مفاوضة كانت أو عنانا اذا قضى بالحاقه على البنت حتى لو عاد مسلم لم يكن بينهما شركة وان لم يقض القاضى بالحاقه انقطعت على سبيل التوقف بالاجماع فان عاد مسلما قبل أن يحكم بالحاقه فهما على الشركة وان مات أو قتل انقطعت ولو لم يلحق بدار الحرب انقضت المفاوضة على سبيل التوقف فان لم يقض القاضى بالاطلاق حتى أسلم عادت المفاوضة وان مات بطلت من وقت الردة واذا انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف هل يصير عنانا عند أى حنيفة رحمه الله لا وعندهم ما تبقى عنانا ذكره الوالوجي وانما بطلت الشركة بالموت لانها تتضمن الوكالة أى مشروطا ابتداؤها وبقاؤها مشروطا فانه لا يتحقق ابتداؤها الا بولاية التصرف لسبب من مال الآخر ولا تبقى الولاية الا ببقاء الوكالة وبهذا التقرر يردفع السؤال القائل الوكالة تثبت تبعا ولا يلزم من

رحمة الله تعالى عليه لا يجاوز به نصف ثمن ذلك لانه رضى بنصف المسمى فيعتبر رضاه في اسقاط حقه في المطالبة بالزيادة على ذلك الأثرى أنه لو استأجر جالا ليجمل له حنطة الى موضع كذا بتقير منها فعملها كان له أجر مثله لا يجاوز به ماسمى ولحمد رحمه الله أن المسمى مجهول الجنس والقدرة فانه لا يدري أى نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبان شيأ أم لا والرضا بالمجهول لا يصح واذا سقط اعتبار رضاه بقيت منافعه مستوفاة بعقد فاسد فله أجر مثله بالغاما بلغ الأثرى أنه لو أعانه عليه فلم يصيب شيأ استحق أجر مثله بالغاما بلغ فاذا أصاب شيأ أولى بخلاف حمل الحنطة فان التقير منها معلوم فاعتبر رضاه 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 لانه روى الماء أى يحمله (قوله ويبطل شرط التفاضل) لان العقد صار مستحق النقص وفي بقاء شرط شرط في العقد تقر به وهو واجب الدفع لا واجب التقرر (قوله لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل) ذكره في باب أحكام المرتدين (قوله لانه عزل حكمي) فلا

للمشركة من حيث انها شرطها لا تصح الشركة بدون الوكالة أشار المصنف الى ذلك آتفا بقوله ولا بد منها أى الوكالة * فصل لتحقيق الشركة واذا كانت شرطا لا يتحقق بقاء المشروط بدونه وقوله (لانه) أى الفسخ (عزل قصدي) فيتوقف على العلم

* (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 بآداء الاول أو لم يعلم
وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يضمن اذا لم يعلم

بطان التبع بطلان الاصل و بطلانها 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 الاخر
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 درهم أو دينار حيث يتوقف على علم الاخر
لانه عزل قصدى لانه نوع حجر فيشترط علمه دفعا للضرر عنه وتقييده بما اذا كان مال الشركة دراهم أو
دينار لانه لو كان عروضا فلاز اية في ذلك عن أصحابنا وانما الرواية في المضاربة وهى ان رب المال اذا نسي
المضارب عن التصرف فان كان مال المضارب دراهم أو دينار يصرح نسيه غير انه يصرح بالدينار ان كان
رأس مال الشركة دينار وعكسه فقط وان كان عروضا لم يصرح بعمل 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 معا ولا ية 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 بعه وهو المنفرد
بالتصرف فلا يملك رب المال نسيه * (فروع) * انكار الشركة فسخ وقوله لا عمل فسخ حتى لو عمل الاخر كان
ضامنا للقيمة نصيب شريكه وفى الخلاصة قال أحد الشرى يمكن لصاحبه أن يأر بدأ أن اشترى هذه الجارية لنفسه
فسكت فاشترها لا تكون له ولو قال الوكيل ذلك فسكت الموكل فاشترها تكون له ثم فرق فقال ان الوكيل
يملك عزل نفسه اذا علم الموكل رضى أم سخط بخلاف الشرى يمكن فان أحد الشرى يمكن لا يملك فسخ الشركة الا
برضا صاحبه اه وهذا غلط وقد صحح هو انفراد الشرى بالفسخ والمال عروضا والتعليل الصحيح ما ذكر
فى التجنيس فان أحد المتفاوضين لا يملك تغيير مو جهها الا برضا صاحبه وفى الرضا احتمال يعنى اذا كان ساكنا
والمراد بوجهها وقوع المشتري على الاختصاص ولا يشك على هذا ما ذكر فى الخلاصة فى ثلاثة اشترى كوا
شركة صححة على قدر رؤس أموالهم فخرج واحد الى ناحية من النواحي لشركتهم فشارك الحاضر ان آخر
على ان ثلث الربح والثلثين بينهم أثلاثا لثلاثة للحاضر بن وثلثه للغائب فعمل المدفوع اليه بذلك المال
سنتين مع الحاضر بن ثم جاء الغائب فلم يتكلم بشئ فاقسموا ولم يزل يعمل معهم هذا الرابع حتى خسر المال
أو استهلكه فاراد الغائب أن يضمن شريكه لاضمان عليهم ما عمله بعد ذلك رضا بالشركة لان هذا أحص
من السكوت الثابت لما فيه من زيادة العمل

* (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

* (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 فالقادى) وقد أدى الآذن
المالك ضمن لشريكه ما آداه (علم بالآداء أولم يعلم عند أبي حنيفة وجه الله) وعندهما لا يضمن ما لم يعلم بآدائه
هكذا ذكر فى كتاب الزكاة من المبسوط ونقل الوالوالجى ان فى بعض المواضع لا يضمن عندهما وان علم
بآداء المالك ونص فى زيادات العتبات ان عندهما لا يضمن علم بآدائه أولم يعلم قال وهو الصحيح عندهما وعلى
يشترط علمه بثبوته ضمنا للغير كما اذا باع الموكل بالبيع قبل بيع الوكيل بنعزل الوكيل علم أولم يعلم والله تعالى
أعلم بالصواب * (فصل) * (قوله) وقال لا يضمن اذا لم يعلم) وفى الزيادات لا يضمن علم بآداء شريكه أولا وهو
الصحيح عندهما وكذا الخلاف فى الوكيل بآداء الزكاة وكذا الخلاف فيما لو دفع ماله الى رجل ليكفر عنه فكفر
الامر ثم كفر بالأمور وهو لا يعلم ضمن عنده خلافا لهم ما وكذا الخلاف فى الوكيل بعق العبد عن الظهار
اذا أعتقه بعدما كفر الموكل بنفسه أو بعدما عمى العبد عند أبي حنيفة وجه الله لا ينفذ عتقه وعندهما ينفذ

لا يحتاج الى شرح سوى ما ذكره وقوله (أما إذا أدى ما عاضن كل واحد منهما نصيب صاحبه) يعني عند أبي حنيفة خلافهما وقوله (لان الظاهر أنه لا يلتزم الضرر) يعني أداء بعض ماله على يد الوكيل الادفع الضرر رأى بقاء الواجب في ذمته وقوله (لانه عزل حكمي) اعترض عليه بأنه يشك بالوكيل بقاء الدين فان هناك اذا قضى الموكل بنفسه ثم قضى الوكيل فان علم باداء الموكل فهو ضامن وان لم يعلم يضمن شيئاً فقد فرق هناك بين العلم وعدمه مع أنه حصل العزل الحكمي هناك أيضاً باداء الموكل وأوجب بان الوكيل بقضاء الدين مأمور بان يجعل المؤدى مضمون على القابض على ما هو الاصل لان الدين تقضى بالمال او ذلك يتصور بعد أداء الموكل فلم يكن أداءه موجبا لعزل الوكيل حكماً فوضع الفرق أن هناك لو لم يوجب الضمان على الوكيل بجعله باء الموكل لالحق الموكل فيه ضرر لانه يتمكن من استرداد المقبوض من القابض وتضمنه ان كان هالكاً وههنا (٤١٤) لو لم يوجب الضمان أدى الى لحاق الضرر بالموكل لانه لا يتمكن من استرداد

الصدقة من الفقير ولا تضمينه والضرر مدفوع فلهذا وجب الضمان بكل حال واعترض عليه أيضاً بان 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 الاداء وأوجب عنه بأنه أمره باداء الزكاة عنه في حال استقرار الزكاة على الأمر وعند ما يؤدى الموكل عن نفسه الزكاة الحاله حاله زوال الزكاة وسقوطها عنه فلا توصف في هذه الحاله أنها حالة استقرار الزكاة فكان أدائها على غير الوجه المأذون فكان مخالفاً لأمره فلذلك ضمن وقوله وأما دم الاحصار اجواب عن قوله فصار كالمأمور بتدبير دم الاحصار وتقديره أن لا نسلم أن المأمور بتدبير دم الاحصار لا يضمن اذا ذبح بعد زوال الاحصار ولئن سلمنا أنه لا يضمن بالاتفاق لكن

وهذا اذا دأب على التعاقب أما اذا أدى ما عاضن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المأمور باداء الزكاة اذا تصدق على الفقير بعدما أدى الأمر بنفسه له ما أنه مأمور بالتملك من الفقير وقد أتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التملك لا وقوعه زكاة متعلقة بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمأمور بتدبير دم الاحصار اذا ذبح بعد مازال الاحصار وجب الأمر لم يضمن المأمور وعلم أولاً ولا يي حنيفة انه مأمور باء الزكاة والمؤدى لم يقع زكاة فصار مخالفاً وهذا لان المقصود من الأمر ان يوجب نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر أنه لا يلتزم الضرر والادفع الضرر وهذا المقصود حصل باءه وعرض أداء المأمور عنه فصار معزولاً ولم يعلم أولاً يعلم لانه عزل حكمي وأما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق وجهان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان 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 باء الزكاة) وهذا الخلاف فيما اذا دأب على التعاقب فان أدى ما عاضن كل نصيب الآخر عند أبي حنيفة وعندهما لا يضمن ذكره في المبسوط وزيادات العتابي وعلل فيما نقل عن المبسوط بان زكاة كل منهما تقع بما آده بنفسه وأداءه بنفسه بوجوب عزل الوكيل ولا يخفى أنه لا يفيد لانه بعد تسليم ان أداءه يتضمن عزل الوكيل وهو لا يعزل الا بعد العلم والكلام فيه وجه قولهما في خلافية الكتاب انه آده بالامر ولا ضمان مع الامر ولا يقال انما أمره باء ما هو زكاة لانه لا يتولى ليس هذا من وسع الوكيل لان وقوعه زكاة يتعلق بالامر من جهة الموكل كنيته وانما يلزمه ما في وسعه وليس في وسعه الاداء ولهذا يدفع الى رجل ليقتضيه ما ادى عليه ثم أدى الدافع الدين لا يضمن اذا دفع ولم يعلم وصار أيضاً كدم الاحصار اذا ذبح المأمور بعد زوال الاحصار (ولابي حنيفة انه مأمور باء الزكاة والمؤدى) بعد أدائه لم يقع زكاة فصار مخالفاً وهذا لان الظاهر أن لا يلتزم الضرر) بتقصيص المال الادفع الضرر والدين وقد خلا أدائه عن ذلك (فصار باءه معزولاً ولم يعلم أو لم يعلم لانه عزل حكمي) لا يتوقف على العلم بالعزل بالموت كما ذكرنا أن نفاهاً ما التزمه به من المسئلتين فقيل يمنع تسليم أبي حنيفة الجواب فيها وقيل بل هو على الاتفاق والفرق (ان الدم ليس بواجب على الأمر المحصر لانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار) أدرك الحج أولم يدركه يفعل أفعال الحنج (وفي مسئلتنا الاداء

سواء علم بتكفير الموكل أو لم يعلم على ما ذكرناه في الزيادات) قوله أما اذا أدى ما عاضن كل واحد منهما نصيب صاحبه) أي عند أبي حنيفة رحمه الله علم أولم يعلم فان قيل اذا 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 ان لم يسبقه تحقيقاً سبقه اعتباراً وتقديراً لان تصرف الموكل على نفسه أقرب من تصرف الوكيل فيصير سابقاً بمعنى كالموكل بالبيع مع الموكل اذا باعه وخرج الكلامان معان فيبيع الموكل دون الوكيل (قوله وهذا المقصود حصل باءه)

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

(قوله وأوجب بان الوكيل الخ) أقول وفي شرح الاتفاق والجواب عن مسألة كتاب الوكالة قال صاحب الاجناس من أصحابنا من قال ان هذا الجواب عن قوله ما فاما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يضمن التوكيل في جميع الاحوال فعلى هذا 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 حد 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 حينئذ يرضى الله عنه أن الجارية تدخلت في الشركة على البتات وأدى المشتري ثمنها من مال الشركة وكل ما دخل في الشركة وأدى المشتري ثمنها من مال الشركة فإنه لا يرجع (٤١٥) عليه صاحبه بشئ كالأشياء قبل الأذن وأدى ثمنها من مال الشركة

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

واجب فاعتبر الاسقاط مقصوداً فيه دون دم الاحصار قال (واذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شئ عند أبي حنيفة وقال يرجع عليه بنصف الثمن) لأنه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كفي شراء الطعام والكسوة (وهذا) لأن الملك واقع له خاصة والتمن بمقابلة الملك وله أن الجارية تدخلت في الشركة على البتات جرباً على مقتضى الشركة إذ هما لا يمكن أن يغيره فأشبهه حال عدم الأذن غير أن الأذن يتضمن هبة نصيبه منه لأن الوطاء لا يحل إلا بالملك ولا وجه إلى إثباته بالبيع لما بيناه من مخالف مقتضى الشركة فثبتت هبة نصيبه الثابتة في ضمن الأذن بخلاف الطعام والكسوة لأن ذلك مستثنى عنها للضرورة فبيع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤدياً ديناً عليه من مال واجب فاعتبر الاسقاط مقصوداً فيه) وأما مسألة الدين فافترق أنه أمره بدفع مضمون على الاستحذو ذلك ثابت وإن كان الاستحذو ثابتاً وهذا لأن عين الدين لا يمكن دفعه بل دفع مال مضمون على العاقب ثم يصير الضمان بالضممان قصاصاً وقد وقع ولم يفت لا مكان الرجوع عليه بعد العلم بالقضاء ولا يخفى أنه لم يقع الجواب عن قولها ليس في وسعها يقاوم كذا فكان المأمور به دفعه إلى المصرف وقد وجد وكونه عزلاً حكماً لهما أن يمنعاه لأنه موقوف على كون الأمر صحيح بدفعه مقيداً بوقوعه كاهو ممنوع وقد قيل أنه لما أمره بإداء الزكاة كان ناوياً لها فلو باء إلى الاداء وقع المأمور به فلما أخر حتى أدى الأمر كان بتأخيرته متسبباً لوقوعها غير زكاة ولا يخفى ما فيه (قوله وإذا أذن أحد المتفاوضين للأخر أن يشتري جارية فيطأها ففعل) وأدى جميع ثمنها من مال الشركة (فهى له بغير شئ عند أبي حنيفة وقال يرجع عليه) شريكه (بنصف) ما أدى (لأنه أدى ديناً عليه من مال الشركة) لأن الملك فيها له خاصة كطعام أهله (وله أن الجارية دخلت في الشراء على الشركة) جرباً على موجب المفاوضة (إذ لا يمكن تغييره فكان كمال عدم الأذن) ثم (الأذن) له بالوطء (يتضمن هبة نصيبه منه) إذ (لا يحل إلا في ملك ولا يمكن إثباته بالبيع) الصادر من البائع لأحد 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 كالحلال لكان قول الرجل للرجل أحلت لك وطء هذه الأمة تملكها لهما وهو منتف وأوجب بالفرق بأن الجارية المشتركة أقبلت لملك الشريك لهما من الجارية وعرى أداء المأمور عنه فصار معزولاً وعلم أولم يعلم لأنه عزله حكماً فان قيل يشك بما إذا أمر المدينون الأخر 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 الأثرى أن الطالب إذا أمر المدينون من الدين بعد قضاء الدين يصح للمدينون أن يطالب بما آذاه إلى الطالب فإذا كان الدين باقياً يمكن القول بوقوع ما أدى المأمور بقضاء عن الدين فيتحقق الامتثال إذ قضاء الدين جعل مثل الدين مضموناً على القابض وقد تحقق هذا فلا يضمن إذا لم يعلم فإما إذا علم يصير ضامناً لأنه مأمور بقضاء الدين على وجه تسقط به المطالبة ولم يوجد ذلك منه لأن المطالبة تسقط بقضاء الأمر وإن لم يسقط الدين فلم يكن مؤتمراً فيصير ضامناً بخلاف الزكاة فإنها لا تبقى بعد أداء الأمر فلا يمكن القول بوقوع ما أدى الوكيل زكاة فيصير ضامناً علم أولم يعلم (قوله إذ هما لا يمكن تغييره) أي هما لا يمكن تغيير مقتضاها مع بقائها

الوطء بناء على أنه اشترى جميعها بنفسه لما بينا أنه يخالف مقتضى الشركة يريد به ما ذكره أن نفا من قوله جرباً على مقتضى الشركة فثبتت هبة بالهبة الثابتة في ضمن الأذن فكانه قال اشتر جارية بيننا وقد وهبت نصيب منها لك فإزات الهبة في الشائع لأن الجارية بما لا تقسم بخلاف الطعام والكسوة حيث يقع للمشتري خاصة لأن ذلك مستثنى عنها للضرورة فبيع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤدياً ديناً عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى ديناً على مالينا أنها دخلت في الشركة وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعتق عبدك عنى ولم يذكر المال ففعل

لا يصير هبة عند أبي حنيفة ومحمد والعق يقع (٤١٦) عن المأمور لا تنقضاء القبض الذي هو شرط الهبة فكيف صار هبة فيما نحن فيه والثاني أن الملك يثبت في نصيب الشركة بالهبة حكما لا بد من الوطاء والملك لا يثبت في الجارية بالهبة حكما لا بد من الوطاء فان من قال بغيره أحلت لك وطاء هذه الجارية لا تصير ملكا للمخاطب حكما للهبة بالاحلال والجواب عن الاول أن ذلك إنما لا يصير هبة لانقضاء 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 إلى ذلك بقوله في ضمن الاذن وجزاء أن يثبت الشيء ضمنا ولا يثبت فصد قوله (وللبائع أن يأخذ بالثمن أي ما شاء) ظاهر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب * (كتاب الوقف) *

(قوله وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعتق عبدا عنى الخ) أقول المسئلة المذكورة في الاصول (قوله وعن الثاني أن المصنف أشار إلى ذلك بقوله في ضمن الاذن وجزاء أن يثبت الشيء ضمنا ولا يثبت قصدا) أقول قد سبق نظير هذا الجواب من الشارح قبل ثلاث ورفات ونحن نقول فيه بحث فان الهبة اذا ثبت حكما لا بد من الوطاء يكون ثبوته ضمنا أيضا والاولى أن يقال ان الجارية المشتركة أقبل لتملك الشريك لها من الجارية التي لا يملكها

الشركة وفي مسئلتنا قضى ديننا علم ما لم يبتنا (وللبائع أن يأخذ بالثمن أي ما شاء بالاتفاق) لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة * (كتاب الوقف) *

التي لا يملك المخاطب بالاحلال شقصا منها ولذا كان أحد الشرى يكتسبها بالاستيلاء دون الاجنبي فاما من له حق التملك كالأب والجدة فإليه غير محفوفة 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 عن عند الاكثر ويحسب ان الوقف ظاهرة وهي الانتفاع بالدار الباقي على طبقات المحبوبين من الذرية والمحتاجين 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 لغة وشراعا وبين سببه وشرطه وركنه وحكمه أما تفسيره لغة فالجس مصدر ووقف وقف حبست قال عنتره ووقفت فيها ناقة في فكأنها * فدين لا قضى حاجة المتلوم

وهو أحد ما جاء على فعلته ففعل يتعدى ولا يتعدى ويحتمل في قولك وقفت زيدا أو الجارية فوقف وأما وقفه بالهبة فلغة رديئة وقال أبو الفتح ابن جنى أخبرني أبو علي الفارسي عن أبي بكر عن أبي العباس عن أبي عثمان المازني قال يقال وقفت دارى وأرضى ولا يعرف أو وقفت من كلام العرب ثم اشبه المصدر أعني الوقف في الموقوف فقبيل هذه الدار وقف فلذا جمع على أفعال قبيل وقف وأوقف كوقف وأوقات وأما شرعا فليس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتهما أو صرف منفعتهما على من أحب وعندهما حبسها الا على ملك أحد غير الله تعالى الخ وقد انتظم هذا بيان حكمه وسيأتي تمامه فلا حاجة لتأخره هنا أيضا وإنما قلنا أو صرف منفعته 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 وقفا قبل انقراض 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 حرا بالغا قلا وان يكون منجزا غير معلق فلو قال ان قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا يصير وقفا وأما الاسلام فليس بشرط ولو وقف الذي على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين جاز ويجوز أن يعطى للمساكين 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 الاذن إنما يعتبر فيما لا يثبت بدونه وشراء أحدهما صحيح بدون اذن شرى بكنه وكذلك الملك في المشتري يكون لهما والتمن عليهما بدون اذن لشريك فيثبت أن اعتبار اذنه في انفراد المشتري بتملك الجارية وهذا التملك يثبت في ضمن الاذن بالوطء اذ وقع 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 الساتع فيما لا يقسم فكان الاذن قال له اشتر هذه الامت على الشركة ثم تملك نصيبى بالهبة فاذا اشترى وقبضت الهبة كولو اشترها ثم وهب أحدهما نصيبه من صاحبه فانها تصير له ويحل له وطئها والتمن عليه ما بخلاف الطعام والكسوة لان ذامستنى 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 الوطاء 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) *

المخاطب بالاحلال شقصا منها ولذا كان أحد الشرى يكتسبها بالاستيلاء دون الاجنبي * (كتاب الوقف) * ويرى

ويفرق على اليهود والنصارى والمجوس منهم إلا أن خص صنفاً منهم فلو دفع القيم إلى غيرهم كان ضامناً وان قلنا أن الكفر كالملة واحدة ولو وقف على ولده ونسبه ثم للفقر على أن أسلم لم يولد فهو خارج من الصدقة لزم شرطه وكذا إن قال من انتقل إلى غير النصرانية خرج اعتبار نص على ذلك الخصاص ولا نعلم أحداً من أهل المذهب تعقبه غير متأخر يسمى الطرسوسى شتمه بأنه جعل الكفر سبب الاستحقاق والاسلام سبب الحرمان وهذا البعد من الفقه فان شرط الواقف معتبرة إذا لم يخالف الشرع والواقف مالكه أن يجعل ماله حيث شاء ما لم يكن معصية وله أن يخص صنفاً من الفقراء دون صنف وان كان الوضع في كلهم قر به ولا شك أن التصديق على أهل الذمة قر به حتى جاز أن تدفع اليهم صدقة الفطر والكفارات عندنا فكيف لا يعتبر شرطه في صنف دون صنف من الفقراء رأيت لو وقف على فقراء أهل الذمة ولم يذكر غيرهم أليس يحرم منه فقراء المسلمين ولو دفع المتولى إلى المسلمين كان ضامناً فهذا مثله والاسلام ليس سبب الحرمان بل الحرمان لعدم تحقق سبب تلكه هذا المال والسبب هو اعطاء الواقف المالك وشرط صحته ووقفه أن يكون قر به عندنا وعندهم فلو وقف على بيعه مثلاً فاذا خربت يكون للفقراء كان ابتداء ولو لم يجعل آخره للفقراء كان ميراثاً عنه نص عليه الخصاص في وقفه ولم يحك خلافاً ومعلوم أن خلاف أبي حنيفة في الوصية فانه اغتاه شرطه أن يكون قر به 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 يجز لانه ليس قر به عندهم بخلاف مالو وقف على مسجد بيت المقدس فانه يجوز لانه قر به عندنا وعندهم وأما المرتد اذا وقف حال رده في قول أبي حنيفة هو موقوف ان قتل على رده أو مات بطل وقفه وقول محمد اذا انتحل ديناً جاز منه ما يجزى لاهل ذلك الدين أما المرتد فلو حنيفة يجزى وقفها لانها لا تقبل وأما المسلم اذا وقف وقفاً صحح في أي وجه كان ثم ارتد يبطل الوقف ويصير ميراثاً وسواء قتل على رده أو مات أو عاد إلى الاسلام إلا أن أعاد الوقف بعد عودته إلى الاسلام وحتى الخصاص في وقف المرتدين خلاف بين أصحابنا مبنياً على الخلاف في الذي يرتد يهودياً أو نصرانياً أو مجوسياً قال بعضهم أقر على اختياره وأقر الجزية عليه لاني ان أخذته بالرجوع فإما رده من كفر إلى كفر ولا أرى ذلك وقال بعضهم لا أقره على الرندة وأما الصابئة فان كانوا دهرية يقولون ما يهلكنا إلا الدهر فهم صنف من الزنادقة وان كانوا يقولون بقول أهل الكتاب صعب من وقونهم ما يصح من أهل الذمة وتجميع أهل الاهواء بعد كونهم من أهل القبلة حكم وقفهم ووصاياهم حكم أهل الاسلام الأخرى إلى قبول شهاداتهم على المسلمين فهذا حكم باسلامهم وأما الخطايبه فانما لم يقبلوا لانه قيل انهم يشهد بعضهم لبعض بالزور على من خالفهم وقيل لانهم يتدينون صدق المدعى اذا حلف أنه بحق ومن الشروط الملك وقت الوقف حتى لو غصب أرضاً فوقفها ثم اشتراها من مالكها ودفع ثمنها إليه أو صالح على مال دفعه إليه لا تكون وقفاً لانه انما ملكها بعد أن وقفها هذا على أنه هو الواقف أو مالو وقف ضيعة غيره على جهات فبلغ الغير فجاز بشرط الحكم والتسليم أو عدمه على الخلاف الذي سنده كرهه وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولي وستأتي كقولنا في آخر مبنية على هذا الشرط ومن شرطه أن لا يكون محجوراً عليه حتى لو حجر القاضي عليه لسفه أو دين فوقف أرضه لا يجوز لان حجره عليه كى لا يخرج ماله عن ملكه ليضر باب الدين أو بنفسه كذا أطلقها الخصاص وينبغي انه اذا وقفها في الحجر لسفه 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 أرضاً عامين فوقفها قبل مضى بها لزم الوقف بشرطه فلا يبطل عقد الاجارة فاذا انقضت المدة رجعت الارض إلى ما جعلها له من الجهات وكذا لو رهن أرضه ثم رققها هو في الاصل مصدر وقفه اذا حبسه ووقفها ووقف بنفسه ووقفاً يتعدى ولا يتعدى وقيل للموقوف وقف تسمية بالمصدر وقال أبو حنيفة رجم الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم لانه قضاء في فصل مجتهد فيه فينقض أو يعلق بموته والصحيح أن في تعليقه بالموت لا يزول ملكه إلا أنه يلزم بالإجماع ولا يمكن عنده يكون رقبته ممل كالمورثته أو له وعندهما لا يكون ملكاً لحد كفى الاعتاق والمسجد وكذلك اذا قال أرضي

وقفا ووقفها أنا يتعدى ولا يتعدى ووقف الدار على المساكن وقفا وأوقفها لغة وديشة وعرفه شمس الأئمة السرخسي رحمه الله بأنه حبس المملوك عن التمليك من غير وسببه طلب الزاني وشرطه كون الواقف حرا بالغنا قلا وكون المحل غير منقول وركنه أرضى هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكن 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 وقفا 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 دارى وأرضى ولا يعرف أوقف من كلام العرب انتهى وفي شرح الكافي الوقف في الأصل مصدر وقفه إذا حبسه وقفا ووقف بنفسه وقفا يتعدى ولا يتعدى ومنه وقف أرضه على ولده لأنه حبس الملك عليه وقيل للموقوف وقف كقوله نسج اليمن وضرب الأمير وجمع على أوقف كوقف وأوقف (قوله وهو مصدر وقف الدابة وقوا الخ) أقول فيه بحث لأن في مصدر وقف اللزوم يجيء وقفا وقال على ما عتبرف به لا وقفا والجواب أن مقصوده أنه مصدر وقفها أنا وذكر وقف الدابة لتوطئه يدل على ذلك ذكر مصدر الأول دون الثاني

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

قبيل أن يفتكها زم الوقف ولا يخرج عن الرهن بذلك ولو أقامت سنين في يد المرتحن فافتكها تعود إلى الجهة فلو مات قبيل الافتكاك وترك قدر ما يفتك به أتت ولزم الوقف وإن لم يترك وفاء بيعت وبطل الوقف وفي الاجارة إذا مات أحد المتأجر من تبطل وتصير وقفا وأما شرطه الخاص لخر وجه عن الملك عند أبي حنيفة الاضافة الى ما بعد الموت وهو الوصية به أو أن يلحقه حكمه وعند أبي يوسف لا بشرط سوى كون المحل قابلا له من كونه عقارا أو دارا وعند محمد ذلك مع كونه مؤبدا مقسوما غير مشاع فيما يحتمل القسمة ومسلما إلى متول وأما ركنه فالأغراض الخاصة كان يقول أرضى هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكن ولا يخلاف في ثبوته بهذا اللفظ بعد شرطه ولا بأس أن نسوق شيئا من الأغراض أرضى هذه صدقة أو قال تصدقت بأرضى هذه على المساكن لا تكون وقفا بل نذر أو حب التصديق بعينها أو بغيرها فان فعل خرج عن عهدة النذر والأورث عنه كمن عليه زكاة أو كفارة فمات بلا إصاء تورث عنه وموقوفة فقط لا تصح إلا عند أبي يوسف فإنه يجعلها بمجرد هذا اللفظ وقفا على الفقراء وهو قول عثمان البتي وإذا كان مقيد بالخصوص المصروف أعني الفقراء لم يوجب أن يكون له جهة الفقراء لا تنقطع قال الصدر الشهيد ومشايج يلج يفتون بقول أبي يوسف ونحن نفى قوله أيضا لما كان العرف به في نذر دفع ردهلال قول أبي يوسف بان الوقف يكون على الغني والفقير ولم يميز فبطل لان العرف إذا كان يصرفه للفقراء كان كالتنصيص عليهم فلو قال موقوفة على الفقراء صح عند هلال أيضا زال 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 وقفا مؤبدا على الفقراء كان كذلك والاستل فان أردت الوقف صار وقفا لأنه محتمل لفظه أو قال أردت معنى صدقة فهو نذرية تصدق بها أو بمنها وان لم يكن كذلك ميراثا ذكره في النوازل وقال في قوله جعلتها للفقراء ان تعارفوه وقفا عمل به والاستل فان أراد الوقف فهى وقف أو الصدقة فهو نذر وكذا عند عدم النية لأنه أدنى فائتيه به عند الاحتمال أولى واعترضه في فتاوى الخاصي بأنه لا فرق بينهما وذكر في احدهما إذا لم تكن له نية يكون ميراثا ولا يخفى أن كونه ميراثا لا ينافي كونه نذرا لان النذر ورثه إذا مات النذر ولم يوف بنذره يكون ميراثا لانه اقتصر على تمام التفصيل في احدهما ولا يشك أن في كل منهما إذا لم تكن له نية يكون نذرا فان مات ولم يتصدق به ولا يعقبه يكون ميراثا ولو قال صدقة موقوفة فهلال وأبو يوسف وغيرهما على صحته لانه لما ذكر صدقة عرف مصرفه وان نفي بقوله موقوفة احتمال كونه نذرا وكذلك حبس صدقة وكذلك صدقة محرمة قبل ومحرمة بنزله وقف وهى معروفه عند أهل الحجاز بخلاف ما لو قال حبس أو محبوبسة موقوفة لانه بمعنى موقوفة فكان كافر إذا غلظ موقوفة وفي النوازل لو قال جعلت نزل كرمي وقفا وفيه ثم أو لا يصير الكرم وقفا وكذا لو قال جعلت غلته وقفا صحح الكلام ما أمكن كأنه قال جعلت كرمي بما فيه وقفا وينبغي أن لا تدخل الثمار لما سئل كره ولو زاد فقال صدقة موقوفة على الفقراء ينبغي أن لا يختلف فيه كما لو قال مع ذلك مؤبدا وهو موضع اتفاق مجيزى الوقف على أنها العبارة الوافية الآن قوله في الاسرار ولو لم يقل مؤبدا كان وقفا على قول عامة من يجيز الوقف يفيد أن فيه خلافا ولا ينبغي أن التأييد أن يجعله في أول الامر أو آخره لجهة لا تنقطع وجعله للفقراء يفيد ذلك وقوله موقوفة لله تعالى بمنزلة صدقة موقوفة (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله لا تزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به حاكم) أن يخبر وجمعه عن ملكه (أو يعاقبه) أى يعلق الوقف (بموته فيقول إذا مات فقد وفت دارى على كذا) وقال أبو يوسف (يزول بمجرد القول) الذى

هذه صدقة موقوفة مؤبدة حال حياتي وبعد مماتي أو يقول أرضى هذه صدقة محرمة مؤبدة حال حياتي وبعد

قال وقف كوقف وأوقف (قوله وهو مصدر وقف الدابة وقوا الخ) أقول فيه بحث لأن في مصدر وقف اللزوم يجيء وقفا وقال على ما عتبرف به لا وقفا والجواب أن مقصوده أنه مصدر وقفها أنا وذكر وقف الدابة لتوطئه يدل على ذلك ذكر مصدر الأول دون الثاني

وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه قال رضى الله عنه الوقف لغة هو الحبس تقول
وقف الدابة وارقفتم ابعثني وهو في الشرع عند ابي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة
بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف أصلا عنده وهو المقفوط في
الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى
في زول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعة الى 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 بخاري واذا لم يزل عند ابي حنيفة قبل الحكم يكون موجب القول المذكور حبس العين على ملك
الواقف والتصدق بالمنفعة وحقيقته ليس الا التصديق بالمنفعة ولفظ حبس الى آخره لا معنى له لان له بيع متى
شاء وملكه مستوفيه كالموت يتصدق بمنفعته فلم يحدث الواقف الامشينة التصديق بمنفعته وله ان يترك ذلك
متى شاء وهذا القدر كان ثابتا له قبل الوقف بلاذ كر لفظ الوقف فلم يحد لفظ الوقف شيئا وهذا معنى ما ذكر
في المبسوط من قوله كان أبو حنيفة لا يميز لوقف وهو ما أراد المصنف بقوله (وهو المقفوط في الاصل) يعنى
المبسوط وحينئذ فقوله من أخذ بظاهر هذا اللفظ فقال الوقف عند ابي حنيفة لا يجوز صحح لانه ظهر انه
لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن او اذا لم يكن له اثر زائد على ما كان قبله كان كالمعدوم والجواز والنفاذ والصحة
فرع اعتبار الجود ومعلوم أن قوله لا يجوز ولا يبيع ليس المراد التلقظ بل لفظ الوقف بل لا يبيع الاحكام
التي ذكره - يره أنهم أحكام ذكر الوقف فلا خلاف اذن فابو حنيفة لا يبيع الوقف أى لا يثبت الاحكام
التي ذكرته الا ان يحكم بها كما وقوله بمنزلة العارية لانه ليس حقيقة العارية لانه ان لم يسلم الي غيره
فظاهر وان أخرجه الى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفى لمنفعته * (فرع) * يثبت الوقف بالضرورة
وصورته ان يوصى بغلة هذه الدار للمساكين ابدأ ولفلان وبعده للمساكين ابدأ فان هذه الدار تصير وقفا
بالضرورة ولو جهتها كقوله اذا مات فقد وقف دارى على كذا قال المصنف وعندهما حبس العين على
حكم ملك الله تعالى في زول ملك الواقف عنها الى الله تعالى على وجه تعود منفعة الى العباد ولا يخفى انه لا حاجة
الى سوى قولنا يزول ملكه على وجه يحبس على منفعة العباد لان ملك الله في الاشياء لم يزل ولا يزال فالعبارة
الجيدة قول قاضيان الان عند ابي يوسف ومحمد اذا صح الوقف يزول ملك الواقف الى مالك فيلزم ولا عليك
وهذا هو الاصح عند الشافعي وأجد وقال بعضهم وللشافعي قول وهو روايته عن أحمد ينتقل الى ملك الموقوف
عليه ان كان أهلا للملك الامتناع السائبة وعند مالك هو حبس العين على ملك الواقف فلا يزول عنه ملكه
لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب وقد كرر بعض الشافعية ان هذا قول آخر للشافعي وأحمد لانه صلى الله عليه
وسلم قال حبس الاصل وسبل الثمرة هو هذا أحسن الأقوال فان خلاف الاصل والقياس ثابت في كل من
القولين وهو خروجه الى مالك وثبوت ملكه أو ملك غيره فيه مع منعه من بيعه وهبته وكل منهما له نظير في
الشرع فمن الاول المسجد وغيره ومن الثاني أم الولد يكون المالك فيها باقيا ولا يباع ولا يورث وكذا
أما المطلق عندنا فكل منهما يمكن ان يقع بالدليل ولا شك ان ملك الواقف كان متيقن الثبوت والمعالم
بالوقف من شرط عدم البيع ونحوه فليثبت ذلك القدر فقط ويبقى الباقي على ما كان حتى يتحقق المزيل
ولم يتحقق فان الذي في الحديث في بعض الروايات تصدق باصله مع انه ليس على ظاهره والاخرج الى مالك آخر
ثم رأينا غيره بينه بقوله ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها أى بالثمره أو الغلة وظاهره حبسها على ما كان
فلم يخلص دليل يوجب الخروج عن الملك وكذا المعنى الذي استدلل به المصنف وهو قوله ولان الحاجة ماسة الى ان
يلزم الوقف بقيد لزومه لا غير والحاصل انه ثبت قوله صلى الله عليه وسلم لعمر تصدق وقوله حبس وانتهومان

واضح وما عرفت به أبو حنيفة
رحم الله يقتضى أن لا يصح
الوقف لانه قال والتصدق
بالمنفعة والتصدق بالمعدوم
لا يصح وقوله (وهو راجع)
الى قوله (فلا يجوز الوقف
أصلا عنده وهو المقفوط في
الاصل) يعنى المبسوط ولكنه
نقله بالمعنى لا بعين اللفظ فان
لفظا المبسوط فاما أبو حنيفة
فكان لا يبيع ذلك ثم قال
فراده أنه لا يجعله لازما فاما
أصل الجواز فثبت عنده
كالعارية تصرف المنفعة
الى جهة الوقف وتبقى العين
على ملك الواقف فله أن
يرجع ويجوز بيعه ويورث
عنه ولا يلزم الا بقرين
قضاء القاضى يلزمه لكونه
مجتهدا فيه واخرجه بخارج
الوصية بان يقول أو وصيت
بغلة دارى فثبت يلزم
وعندهما هو حبس العين
على حكم ملك الله تعالى
في زول ملك الواقف عنه الى
الله تعالى على وجه تعود
المنفعة الى العباد فيلزم ولا
يباع ولا يورث

مبنى أو يقوله - بس مؤبد الخ في هذه الالفاظ يصير لازما بالاتفاق (عوله وهو المقفوط في الاصل) أى في
المبسوط قال في المبسوط فاما أبو حنيفة رحمه الله فكان لا يبيع بز ذلك ثم قال فراده أنه لا يجعله لازما فاما أصل

(قوله واللفظ) أي لفظ
 الوقف ينتظمه ما أدى
 يتناول ما قاله أبو حنيفة هو
 حبس العين على ملك الواقف
 وما قاله وهو حبس
 العين على حكم ملك الله
 تعالى انتظاما واحدا من
 غير ترجيح فلا بد من دليل
 مرجح ثم ابتدأ ببيان دليلهما
 بقوله له ما قول النبي صلى
 الله عليه وسلم لعمر بن
 الخطاب روي صحخر بن
 جويرية عن نافع بن عمر بن
 الخطاب رضي الله عنه كانت
 له أرض تدعى تمغ وكانت
 تخلانغيسا فقال عمر يا رسول
 الله انى استغدت مالا هو
 عندى نفيس أفأتصدق
 به قال تصدق بأصله لا باع
 ولا يوهب ولا يورث ولكن
 لينفق من ثمرته فتصدق به
 عمر رضي الله عنه في سبيل
 الله وفي الرقاب والضيف
 والمسكين وابن السبيل
 والذي القربى منه ولا جناح
 على من وليه أن يأكل
 بالمعروف أو يؤكل صديقا
 له غير متمول عنه وهذه
 الأرض كانت سهم عمر رضي
 الله عنه بغير حين قسم
 رسول الله صلى الله عليه وسلم
 خيبر بين أصحابه وتمغ لقب
 لها وهى بفتح التاء المثناة
 وسكون الميم والعين المعجمة
 وقوله (اذله نظير في الشرع
 وهو المسجد) إيمان بنى
 استبعاد أن يخرج من ملك
 الواقف ولا تدخل في ملك
 غيره فان اتخذ المسجد لازم
 بالاتفاق وهو أخرج لتلك
 البيعة عن ملكه من غير أن تدخل في ملك أحد وليكنها نصيبا لمجموعة لنوع قرينة قصد ما فكذلك في الوقف

واللفظ ينتظمها والترجيح بالدليل له ما قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه حين أراد أن
 يتصدق بأرض له تدعى تمغ تصدق بأصله لا باع ولا يورث ولا يوهب ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه
 مختلفان لأن معنى تصدق بأصلها ملك الفقير لله سبحانه ومعنى حبس أحبسه أى على ما كان ولا يمكن أن يراد
 به ما لا معنى أحدهما والا كان صلى الله عليه وسلم يجيب بالعمر رضي الله عنه في حادثة واحدة بأمرين 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 رضي الله عنه في حبس على الملك ثم عاود إذا حبس عليه شرعا
 امتنع ببعه وصوره حكم الحاكم الذي به يزول الملك عنده أن يسلمه إلى متول ثم يظهر الرجوع فيخاصمه إلى
 القاضى فيقضى القاضى بلزومه قالوا فان خاف الواقف ان يبيعه قاض قبل أن يحكم به يكتب في صدق الوقف
 فان أبطأ أو غيره قاض فهذه الأرض بأصلها وجميع ما فيها وصية من فلان الواقف تباع ويصدق بثمنها لانه
 اذا كتب هذا لا يخاصم أحد في بطلاله لعدم الغايرة في ذلك والوصية تحتل التعليل بالشرط وانما أبطأه
 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 ويبيعه فائدة للورثة
 فمحمل ما ذكر اذا لم يكن وقف في المرض أو كان فيه لكنه يخرج من الثالث (قوله واللفظ ينتظمهما) أى
 لفظ الوقف يصدق مع كل من زوال الملك وعدمه اذ ليس من مقتضيات لفظ وقف دارى أو حبسها نحو وجهها
 عن الملك فيصدق مع كل منها فانما ترجيح أى ترجيح الخروج وعدمه بالدليل ولا يخفى ان الأدلة المذكورة من
 قبلها انما تنفي لزوم الخروج عن الملك ومن قبله تنفي كل منهما فلا دليل من الجانبين في يد تمام
 المطلوب ثم ابتدأ بدليلهما نذ كر حديث تمغ وهو بالثاء المثناة المفتوحة بعد هاء ميم ساكنة ثم عين معجمة
 وذكر الشيخ حافظ الدين ابنه باللامين للعلمية والتانيث وفي غاية البيان انما فى كتب غرائب الحديث المعجمة
 عند الثقات منون وغير ممنون كما في دفع قال محمد بن الحسن فى الاصل أخبرنا صحخر بن جويرية عن مولى عبد
 الله بن عمر بن الخطاب كانت له أرض تدعى تمغ وقال كان تخلانغيسا قال فقال يا رسول الله انى استغدت
 مالا هو عندى نفيس أفأتصدق به قال فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق بأصله لا باع ولا يوهب ولا
 يورث ولكن تنفق ثمرته قال فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب والضيف والمسكين وابن السبيل والذي
 القربى لا جناح على من وليه ان يأكل بالمعروف أو يؤكل كل صديق غير متمول فيه وحديث عمر هذا فى الصحيحين
 وباقى الكتب الستة عن ابن عمر قال أصاب عمر أرضا بغير فأبى النبي صلى الله عليه وسلم فقال أصبت أرضا لم
 أصب مالا لفظ أنفيس منه فكيف تأمرنى به قال ان شئت حبست أصلها وتصدق بها فتصدق بها عمر لا باع
 أصلها ولا يورث ولا يوهب فى الفقراء والقربى والرقاب وفى سبيل الله والضيف الحديث وفى بعض طرق
 البخارى فقال عليه الصلاة والسلام تصدق بأصله لا باع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته ثم استدل
 بالمعنى وهو قوله ولأن الحاجة ماسة إلى ان يلزم الوقف لحاجته إلى ان يصل ثوابه إليه على الدوام وقد أشار
 الشرع إلى اعمال ما يدفع هذه الحاجة فيمارى الترمذى بسنده إلى أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه
 وسلم قال اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية وعلم ينففع به وولد صالح يدعو له ولا طريق إلى
 تحقق دفع هذه الحاجة وثابت هذه الصدقة الجارية الا لزومه وتقرر بالمصنف بانه تحقق حاجة مترار
 وصول ثوابه ويمكن باسقاط ملكه فيسقط ظاهر المنع اذ لم يتعين لذلك سقوط الملك طريقا يقابل بتحقيق بالحكم
 الجواز فنثبت عنده (قوله واللفظ ينتظمهما) أى 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 ولما 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 قوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه كانت له أرض تدعى تمغ فتح التاء المثناة

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

يلزومه فلم يلزم زال الملك من هذا المعنى فلا يدفع فيما ربحناه من الاقوال فيما مضى ثم على تقريرنا يحصل ما لو ربحنا ما لاننا اذا ثبت الدلالة على لزومه خرج عن ملكه بما افقتنا الهما على ذلك لا اعتقاد الاثمة الثلاثة ربحهم الله التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه وقوله كالمسجد نظير ما خرج عن الملك بالاجماع لا الى مالك وكذا الاعتقاد وسبب الفرق بين المسجد والعق ومطلق الوقف (قوله وله) أي لا يحنيفه ربحه الله قوله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله أسد الطحاوي في شرح معاني الآثار الى عكرمة عن ابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعدما أنزلت سورة النساء أو أنزل فيها الفرائض نهى عن الحبس وروى هذا الحديث الدارقطني وفيه عبد الله بن ابي عمير عن أخيه وضعفوهما ورواه ابن ابي شيبة موقوفا على علي حدثنا هشيم عن اسمعيل بن ابي 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 الموقف حكم المرفوع لانه بعد ان علم ثبوت الوقف ولهذا استثنى الكراع والسلاح لا يقال الا سماعا ولا فلا يحل والشعبي أدرك عليا وروايته عنه في البخاري ثابتة وأما حديث شريح فرواه ابن ابي شيبة في البيوع حدثنا وكيع وابن ابي 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 المجهمة فقال عمر رضي الله عنه يا رسول الله اني استفتت مالا وهو عندي نفيس افا تصدق به فقال عليه السلام تصدق باصلها لا ببيعها ولا بوهب ولا بورث ولا تكن لينفق ثم ته تصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله تعالى وفي الرقاب والضيف والمسكين وابن السبيل والذي القربى منه ولا جناح على من وليه أن ياكل بالعرف أو يؤكل صديقه غير متول عنه وهذه الارض سهم عمر رضي الله عنه بخبر حين قسم رسول الله خيبر بين أصحابه ونمخ لقبها وقد كانت لاملاكهم ألقاب حتى كانت لرسول الله عليه السلام ناقة يقال لها عضبان وبغلة يقال لها دلدل وفرس يقال لها السكب وحمار يقال له بعفور وعمامة تسمى السحابة في هذا دليل على أن من قصد التقرب الى الله تعالى ينبغي أن يختار ذلك أنفوس أمواله وأطعمها 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 الفتوى على قولهما (قوله اذله نظير في الشرع وهو المسجد) فقلا اتحاد المسجد يلزم بالاتفاق وهو اخراج الملك المنفعة عن ملكه من غير أن يدخل في ملك أحد ولو كانت تسمى بغيره فربما تصدق به قصد ما 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 بخواهر زاده رحمه الله والامام الزيدوي رحمه الله الاستدلال بهذا الحديث ليس بقوي لانه انما يستقيم هذا اذا كان حق الورثة تعاقب بماله فاما اذا كان قبل التعلق فليس كذلك ألا ترى أنه لو تصدق في صحته صدقة منقذة أو وهب فانه لا يجري فيه الارث ولم يكن ذلك حبسا عن ذلك الا أن 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 والرقبة قد زالت عن ملكه فعلى هذا يكون حبسا عن فرائض الله تعالى وذكر في المتوسط وقال ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم ما لا حبس عن فرائض الله تعالى ولكنهم يحملون هذا الاثر 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 اما قام عليه دليل وعن شريح رحمه الله جاء محمد عليه السلام بببيع الحبيس فهو ذابيان أن لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا وأن شرعنا سماه كذلك وطريق الاستدلال بقول شريح رحمه الله أن هذا لا يعلم الا بطريق التوقيف فيجعل على السماع السائبة هي الناقبة التي تسبب لنذر وكان الرجل يقول

يحملون هذا الأمر على ما كان عليه أهل الجاهلية من الجبيرة والسائبة والوصيلة والحامى ويقولون الشرع أبطل ذلك كله ولكننا نقول المنكرة في موضع النفي تم فقتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الإما قام عليه دليل وقوله (جاء محمد يبيع الحبيس) يدل على أن لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا وان شرعنا ما سخطه لذلك وقوله (كالسائبة) هي النافقة التي تسب لذر وكان الرجل يقول إذا قدمت من سفري أو برئت من مرضي فناقى سائبة ومعناه أن الوقف بمنزلة تسبب أهل الجاهلية من حيث ان العين لا تخرج من أن تكون مملوكة منتفعا بها فانه لو سبب دابته لم تخرج عن ملكه فكذا اذا وقف أرضه أو داره وقوله (بخلاف الاعتاق) جواب عما يقال لو كان إزالة الملك لا إلى مالك غير مشروعا لما جاز الاعتاق فانه إزالة الملك الثابت في العدم من غير تملك لاحد وقوله (وبخلاف المسجد) جواب عن قياسهم الوقف على المسجد

ولابي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شرح جاء محمد عليه الصلاة والسلام يبيع الحبيس 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 مزارعها ونصب القوام فيها الا انه يتصدق بما دفعه فصار شبيهه العارية ولانه يحتاج الى التصديق بالغة دائما ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن أن يزال ملكه لا إلى مالك لانه غير مشرووع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعل خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى

يحتج به من يحتج بالمرسل (قوله ولان الملك الخ) ظاهره مصادرة لجعله الدعوى جزء الدليل والاولى انه انما ذكره ليصل الدليل بالدعوى وتقر برهان حقوق العباد لم تنقطع عنه حتى جاز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير الواقف وتعلق حقوق العباد بالعين ثبوت ملكهم فيها على ما هو الاصل فاما أن يكون ذلك الملك لغير الواقف اوله واتفقنا 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 وجب لامر دله خروجه عن ملكه وان تصرفه بولاية غير الملك ولم يثبت ذلك ثم شرع في العرق وحاصله أن المسجد جعل لله تعالى على الخلوص محررا عن ان يملك العباد فيه شيئا غير العبادة وما كان كذلك خرج عن ملك الخلق أجمعين أصله الكعبة والوقف غير المسجد ليس كذلك بل ينتفع العباد بعينه زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع بالملوك كان وما كان كذلك ليس كالمسجد فيلحق بالكعبة كما لخلق المسجد بها وأيضا قضية كون الحاصل منه صدقة فانه عن الواقف أن يكون ملكا باقيا فلا تصدق بالملك فافتضى قيام الملك فاما الاعتاق فالتلف للمملوك بالسكينة وليس الوقف كذلك وجواب شمس الامنة ان لا دعى خلق مالكها غير مملوك وانما عرض فيه المملوكية وبالاعتاق يعود الى ما كان بخلاف ما سواه لانها انما لقت لتتملك قبل الوقف لان يعود 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 لزوم صدقة أو برا وليس كذلك بل هما منفكان كما ذكرنا من أم الولد والمدير والحق ترجح قول عامة العلماء بلزومه لان الاحاديث والآثار منظارا على ذلك قولنا كما صح من قوله عليه الصلاة والسلام لا يباع ولا يورث الى آخره وتكرر هذا في احاديث كثيرة وانما عمل الامتثال 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 وأسما وأختها وأم سلمة وأم حبيبة وصفية بنت حيي وسعد بن أبي وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبد الله وعقبة بن عامر وأبي أروى الدوسي وعبد المذنب بن الزبير كل هؤلاء من الصحابة ثم التابعين بعدهم كاهلبر ويات وتوارث الناس أجمعون ذلك فلا تعارض بمثل الحديث الذي ذكره على أن معنى حديث شرح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحامى ونحوه وبالجملة فلا يبعد أن يكون اجماع الصحابة العملي ومن بعدهم متوارثا على خلاف قوله فالذا ترجح خلافه

اذا قدمت من سفري أو برأت من مرضي فناقى سائبة وجعلها كالجبيرة في تحريم الانتفاع بمعنى أن الوقف بمنزلة تسبب أهل الجاهلية من حيث أنه لا يخرج به العين من أن تكون مملوكة منتفعا بها ولو سبب دابته لم تخرج 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 أخذ الناس بقول الصحابة الا بتركهم التحكيم على الناس فاذا كانوا هم الذين يفسحون على الناس غير أثر ولا قياس لم يقلدوا هذه الاشياء ولم يحمدوا على ما قال وقيل بسبب ذلك انقطع خاطرهم فلم يتمكن من تقرير بيع مسائل الوقف واستكثر أصحابه بعدهم من تقرير بيع مسائل الوقف كالحصاف وهلال رحمه الله (قوله ولان الملك باق فيه) يعني دل الدليل على بقاء الملك فيه وهو جواز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك كما ينتفع بالملوك كما ينتفع بالعباد فيه فمع لا يسلخ الله تعالى لان ماله لله تعالى يجب أن يكون بوصف الخلوص للمسجد لما صار لله تعالى لا ينتفع بشئ من منافع الملك وان كان يصلح لها اذا

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

وقوله (قال في الكتاب) يعني مختصر القدر ولا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته صوة الحاكم ان يسلم الواقف ما وقفه الى المتولى ثم يريد ان يرجع عنه فينازعه بعد الزوم فيختصم ان الى القاضي فيقضى (٤٢٣) بلزومه وقوله (فالحجج انه لا يزول ملكه) يعني ان المشايخ

اختلفوا على قول أبي حنيفة فقيل يزول الملك بالتعليق بالموت لانه وقت خروج الاملا عن ملكه فالتعليق به يدل على ان مراده الخروج من الملك وقيل لا يزول وهو الصحيح لان الواقف تصدق بالغلة وهو لا يستدعي زوال أصل الملك ولانه تصدق بالغلة دائما ولا يمكن التصديق بها هكذا الا اذا بقي أصل الموقوف على ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤدافيصير بنزلة الوصية بالمنافع مؤدافيصير بنزلة الوصية بالمنافع مؤدافيصير بنزلة والمراد بالحاكم المولى أى الذى ولاه الخليفة عمل القضاء وأما المحكم وهو الذى يفوض اليه الحكم فى حادثة معينة باتفاق المتخاصمين فقضى اختلاف المشايخ قال فى كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى وأما حكم المحكم فى البين المضافة وسائر المجتهدات فالاصح أنه ينفذ ولكن لا يقضى به (قوله وقال الطحاوى هو بنزلة الوصية

قال رضى الله عنه قال فى الكتاب لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا فى حكم الحاكم صحيح لانه قضا فى محته فيه أمانى تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا أنه تصدق بمنافعه مؤدافيصير بنزلة الوصية بالمنافع مؤدافيصير بنزلة والمراد بالحاكم المولى فالصحيح انه لا يزول ملكه الا أنه تصدق بمنافعه مؤدافيصير بنزلة الوصية بالمنافع مؤدافيصير بنزلة والمراد بالحاكم المولى أى الذى ولاه الخليفة عمل القضاء وأما المحكم وهو الذى يفوض اليه الحكم فى حادثة معينة باتفاق المتخاصمين فقضى اختلاف المشايخ قال فى كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى وأما حكم المحكم فى البين المضافة وسائر المجتهدات فالاصح أنه ينفذ ولكن لا يقضى به (قوله وقال الطحاوى هو بنزلة الوصية

ظهور أن الملك فيه باق وجب أن يبقى على ملكه ضرورة ولهذا باق دوابه وتدبيره بعده فى نصب القيم وتوزيع الغلة واعتبر شرائطه ولو خرج عن ملكه لم يصح شرطه فى الغلة كالأعتاق عبده بشرط أن يصرف ثلثه الى كذا أو جعل أرضه مسجدا بشرط أن يصلى فيه فلان دون فلان ومروم مما يحمل على الوقف المضاف الى ما بعد الموت (قوله الا أن يحكم به الحاكم) وصورة حكم الحاكم كما ذكر فى فتاوى قاضيان رحمه الله وهى أن يسلم لواقف ما وقفه الى المتولى ثم يريد أن يرجع عنه فينازعه بعلة عدم الزوم فيختصم ان الى القاضي فيقضى الحاكم بلزومه فان حكمه خلاف حكم بينهما لزوم الوقف اختلفوا فيه والصحيح أن يحكم الحاكم لا يرتفع الخلاف والقاضى أن يبطله (قوله والمراد بالحاكم المولى) أى الذى ولاه الخليفة عمل القضاء وأما المحكم فهو فى صحته ثم قال وهو الصحيح على أصوله وقال المصنف والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة لان المباشرة فى المرض ولا يمنع الأثر كالمبار يتوعددهما يلزم الا أنه يعتبر من الثلث والوقف فى الصحة من جميع المال

(قوله وقد يكون تبعاً لغيره
 فيأخذ حكمه) أي يثبت
 التملك من الله تعالى ضمناً
 للتملك من غيره والله تعالى
 وإن كان لا يثبت التملك
 من الله تعالى قصد أيضاً أخذ
 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 إلى العبد منزلة تملك
 المال من الله تعالى في الزكاة
 حيث يتحقق التملك منه في
 ضمن التسليم إلى الفقير
 قال (وإذا صح الوقف على
 اختلافهم) أي إذا صح
 الوقف على ما اختلف فيه
 المشايخ من حيث أنه يصح
 عندهما ولا يصح عند أبي
 حنيفة على ما هو المأخوذ
 في الأصل والأصح العهدة
 عند الكل خرج عن ملك
 الواقف يعني على قول أبي
 يوسف ومحمد ولم يدخل في
 ملك الموقوف عليه لأنه لو
 دخل في ملكه جازاه إخراجه
 من ملكه كسائر أملاكه
 ولما انتقل إلى من بعده من
 شرطه الواقف لسكن ليس
 كذلك بالاتفاق وقوله

من الثالث والوقف في الصحة من جميع المال وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف وهو
 قول الشافعي بمنزلة الاعتاق لأنه اسقاط الملك وعند محمد لا بد من التسليم إلى المتولي لأنه حق الله تعالى وإنما يثبت
 فيه في ضمن التسليم إلى العبد لأن التملك من الله تعالى وهو مالك الأشياء لا يتحقق مقصوداً وقد يكون تبعاً
 لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة قال (وإذا صح الوقف على اختلافهم) وفي بعض النسخ
 وإذا استحق مكان قوله إذا صح (خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه) لأنه لو دخل في

انتهى من غير تقييد يكون ذلك قبل الحكم وهذا بخلاف ما لو وقف المدون الصحيح وعليه ديون تجب عليه
 فان وقفه لازم لا ينقضه أرباب الديون إذا كان قبل الحجر بالاتفاق لأنه لم يتعاق حقهم بالعين في حال صحته (قوله
 وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف وهو) قول الأئمة الثلاثة وقول أكثر أهل العلم لأنه
 اسقاط الملك كالتعاقق وعند محمد لا بد من التسليم إلى المتولي لأن الواقف أن يجعله لله فيصير حقه له وحق
 أنما يثبت مسلماني ضمن التسليم للعبد وهذا لأن الواقف تملك لله تعالى (والتملك منه وهو مالك لجميع
 الأشياء لا يتحقق مقصوداً وقد يتحقق تبعاً لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة) المنجزة ولا يخفى أن
 التملك لله تعالى لا يتحقق لا مقصوداً ولا تبعاً لأنه يحصل الحاصل المستمر لا موجب لا اعتباره حتى يحتاج إلى
 تكافؤ وجهه لأن غاية ما يوجب الدليل ما خرج الملك عند الوقف لا إلى أحد وتوجه الخطاب بصرف غلته إلى
 من وقف عليه أو توجه الخطاب بذلك مع بقاء الملك فإذا فعل خرج من عهده الواجب كهو في سائر الواجبات
 المالية من غير زيادة تكافؤ اعتبار آخر يمكن أن يلاحظ التسليم إلى المستحق تسليماً إليه تعالى كنه تعالى
 جعله نائبه في قبض حقه وذلك بقبض المستحق للمتولي كالأزكاة يمكن أن لا يلاحظ شيء من ذلك بل المقصود
 ليس الأفعال ما وجب بالوقف فلذا كان قول أبي يوسف وأوجه عند المحققين وفي المنتبة الفتوى على قول أبي
 يوسف وهذا قول مشايخ بلخ وأما البخاريون فآخذوا بقول محمد رحمه الله كما تقدم وفي المسبوط وكان القاضي
 أبو عاصم يقول قول أبي يوسف من حيث المعنى أقرى إلا أنه قال وقول محمد أقرب إلى موافقة الأئمة
 ما روي أن عمر جعل وقفه في يد حفصة وغير ذلك ورد في المسبوط بأنه لا يلزم كونه فعله أتم وقف بل الشغل
 وخوف التصير في أمره وكذا جميع من ينصب المتولين لا يخطر له غير تغير بغ نفسه من أمره وأما قول محمد
 رحمه الله لو تم قبض التسليم إلى المتولي صارت يد الواقف مستحقة عليه والتبرع لا يصلح سبباً للاستحقاق على
 المتبرع فجوابه منع ذلك بان التبرع بالباب الموجب لخرجه ماني يوجب عليه استحقاقاً يده كعق العبد
 لسكان في يده سيده المعتقله والناظر بالعين الكائنة في يده هي وقيمتها يوجب عليه إخراج أحدهما من يده
 وهذه أمور شرعية لا عقلية ومما ينبغي على هذا الخلاف ما ذكر من أن الواقف إذا شرط الولاية في عزل القوام
 والاستبدال بهم لنفسه ولأولاده وآخر جه من يده وسلمه إلى متول فهذا جائز نص عليه في السير الكبير لأن هذا
 شرط لا يخل بشرائط الوقف ولولم بشرط ذلك لنفسه وآخر جه من يده إلى قيم قال محمد لا ولاية للقيم
 وكذا الومات له وصي فلا ولا يقبل وصيه والولاية للقيم ولو أراد الواقف أن يعزل القيم ويرده لنفسه أو لولي غيره
 ليس له ذلك وقال أبو يوسف الولاية للواقف وله أن يعزل القيم في حياته ويولي غيره أو يرده إلى نفسه وإذا
 مات الواقف بطل ولاية القيم لأنه بمنزلة الوكيل عند وهذا الخلاف بناء على أن عند محمد لا يصح الوقف إلا
 بالتسليم إلى القيم فلا يكون للواقف ولاية وعند أبي يوسف بدون التسليم إلى القيم يتم الوقف فإذا سلم إلى قيم
 كان وكيه له وأن يعزله وينعزل بموته إلا إذا جعله قيماً في حياته وبعد موته وكذا يثبت عليه ما لو قال هذه الشجرة
 للمسجد لتصير للمسجد حتى يسلمها إلى قيم المسجد (قوله وإذا صح الوقف خرج من ملك الواقف ولم يدخل في

الذي فوض إليه الحكم في مادته معينة باتفاق المتخصصين (قوله لا يتحقق مقصوداً) وإنما يتحقق ضمناً كما
 في الزكاة تكون ما كالتة تعالى بواسطة كون المال ملكاً للفقير وهنا أيضاً يكون لله تعالى بواسطة
 قبض المتولي (قوله وإذا صح الوقف على اختلافهم) خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه

(يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقرر به) اعترض عليه بأنه ذكر قبل هذا لا يزول ملك الواقف الآن يحكم به الحاكم وهذا الاستثناء
 إنما يحتاج إليه على قول أبي حنيفة في حق زوال الواقف وأما على قولهما 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 اعتق عبده بشرط أن يصرف غلته إلى كذا أو جعل
 أرضه مسجداً بشرط أن يصلى فيه فلان دون فلان فإن التصرف في غير ملكه غير صحيح والجواب عن الأول إنما ذكره في الكتاب ههنا إنما هو في الصحة
 وما ذكره قبل هذا إنما هو في لزوم الصحة لا تستلزم لزوم فكان القول بخروج الواقف عن ملك الواقف إذا صح الوقف قولهما لا قول أبي حنيفة
 إذا حكم به الحاكم فإنه حينئذ يكون خروج الواقف عن ملك الواقف قول الكل سلمنا أن الصحة ههنا بمعنى اللزوم ولكن لا يلزم من اللزوم
 الخروج عن ملك الواقف عند أبي حنيفة لأن الواقف عنده معرف بحسب العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وذلك يمنع عن الخروج للصحة
 وهن الثاني بان خروج الملك إلى الله تعالى قرينة لا يمنع التصرف فيه من خروج عنه (٤٢٥) ألا ترى ان القرينان تصير بالاراقعة إلى الله
 تعالى ثم ان صاحبه يتصرف

ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بعه 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 قولهما على الوجه الذي
 سبق تقرر به قال (وقف المشاع جائز عند أبي يوسف) لأن القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس
 بشرط فكذا يتمه وقال محمد لا يجوز لأن أصل القبض عند شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة وأما
 فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشبوع عند محمد أيضاً لأنه يعتبر بالهبة

ملك الموقوف عليه) وهذا مذهب عامة علماء الامصار الا في قول عن الشافعي وأجدانه يدخل في ملك الموقوف
 عليه إذا كان أهلاً للملك الأبه 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 قولهما) لأن الصحة غير اللزوم وهو لم يقل إذ لزم
 خروج عن ملك الواقف ليكون على قول الكل بل قال إذا صح وصحة العقد لا تستلزم لزوم بل تختلف باختلاف
 أحكام العقود فقد يكون عقد حكمه اللزوم كالبيع والاجارة وقد يكون حكمه غير اللزوم كالعارية والظاهر
 انه يجوز بالصحة عن اللزوم (قوله وقف المشاع جائز عند أبي يوسف) وعند محمد لا يجوز والخلاف مبني على
 الخلاف في اشتراط تسليم الواقف 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 ماهو من قسمة من أخذ بقول أبي
 يوسف في خر وجهه بجزء اللفظ وهم مشايخ بلخ أخذ بقوله في هذه ومن أخذ بقول محمد في تلك وهم مشايخ

ذكر بعد هذا أن قوله خرج من ملك الواقف يجب أن يكون قولهما 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 بقولهما فائدة أما إذا جعل صحيح بمعنى لزم أي بحكم الحاكم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أو
 بتعليقه بالرتب وبجرد 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 الواقف الآن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته بقى هنا شكال وهو أن في تعليقه بموته
 يلزم ولا يزول ملك الواقف قلنا زال عن الواقف بعد اللزوم وملكه الذي كان قبله إذا الملك هو المطلق الحاضر ولم

فيه بالاكل والاطعام
 والتصدق به بتولية الشرع
 لكونه المتقرب به فإذا زان
 يكون أمر الواقف كذلك
 بخلاف العبد فإنه يصير
 مالكا لمنافعه فلا يعمل فيه
 تصرف غيره وأما المسجد
 فالأصل السكينة والمسجد
 الحرام قبه سواء العاكف
 والباد فلما أن الله تعالى لم
 يول التخصيص إلى الذي
 جعله مسجداً وإنما أحققه
 بالمسجد الحرام والسكينة
 (قوله لأن القسمة من تمام
 القبض) بيانه 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 أولاً عند أبي يوسف
 ليس بشرط فكذا تماماً وعند

(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 قولهما على الوجه الذي سبق تقرر به) أقول يجوز أن يكون المراد بالصحة الصحة
 المستقرة بقدره الاطلاق فإن ما هو على شرف الزوال كانه ليس بجود وبقدره الاطلاق المستقرة بعد الصحة المستقرة فيكون
 ذلك قول أبي حنيفة أيضاً فليتأمل (قوله سلمنا أن الصحة ههنا بمعنى اللزوم) أقول فيه تأمل إذ حينئذ يشكل أمر الاستثناء بقوله الآن يحكم به
 الحاكم لا يخفى (قوله وذلك يمنع عن الخروج للصحة) أقول لا نسلم ذلك فإنه يجوز أن يكون المعرف هو المعنى المصدرى أعني أحداث الواقف
 وإنشاءه أو يكون المعرف هو حقيقة الوقف بدون مخالطة أمر آخر من حكم الحاكم فليتأمل (قوله وعن الثاني بان خروج الملك الخ) أقول فيه
 بحث فأنهم عرفوا الملك بالقدرة على التصرف في المل شرعاً ولو صح ما ذكره لا تقتضى نزع يملك ويجوز أن يحجب بملاحظة قوله بتولية
 الشرع بان يراد بالقدرة الأصلية لا القدرة المستعادة كقدرة الوكيل بالبيع ونحوه

والصدقة المنقذة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة أيضا عند أبي يوسف لان بقاء
الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهابة فهم ما في غاية القبح بان يقبر فيه الموتي سنة و تزرع سنة و يصل فيه
في وقت و يتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف لا مكان الاستغلال و قسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق

بخاري أخذ بقوله في وقف المشاع واما 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 تملكها فيه مامن التملك
للغير واما الوقف فليس فيه تملك من الغير حتى يشترط قبضه وانما هو اسقاط الملك بالتكليف 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 والمقبر فصار 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 اشترطه محمد منعه لان الشيوع وان لم يمنع من التسليم والقبض الا ترى أن الشائع كان مقبوضا
لما لكه قبل أن يقفه لكن يمنع من تمام القبض فلذا منعه محمد رحمه الله تعالى عند ما 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 فاكتفى بتحقيق التسليم في الجملة
وانما انفقوا على منع وقف المشاع مطلقا مسجدا ومقبرة لان الشيوع يمنع خلوص الحق لله تعالى ولان جواز
وقف المشاع فيما لا يحتمل القسمة لانه يحتاج الى التهايو والتهايو يوجب عدم التسليم وهو أن يكون
المكان مسجدا سنة واصطبلا للدواب سنة ومقبرة عاما وميضأة عاما واما النباش فليس بلان من
المهابة بل ليس للشريك ذلك ثم فيما يحتمل القسمة اذا قضى القاضي بخصته وطلب بعضهم القسمة لا يقسم
عند أبي حنيفة ويتهايون وعندهما يقسم وأجمعوا ان الكل لو كان وقفا على الارباب وأرادوا القسمة لا يجوز
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 سكناه نعم له الاعارة لاغير ولو كثيرا واولاد
هذا الواقف وولد ونسله حتى ضاقت عليهم الدوا ليس لهم الا سكنها تقسط على عددهم ولو كانوا ذكورا
وأنا ان كان فيها حجر ومقاصير كان للذكور ان يسكنوا نساءهم معهم وللإناث أن تسكن أزواجهن
معهن وان لم يكن فيها حجر لا يستقيم أن تقسم بينهم ولا يقع فيها مهابة انما سكنها ان جعل له الواقف ذلك
لاغيرهم ومن 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 والارتك
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 يخالف وقد نقلوا اجماعهم على الاصل المذكور ولو اقتسم ما عني
الواقف للمشاع وشريكه على القول بلزوم القسمة بعد القضاء أو قبله 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
المسألة 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 الشيوع فيما لا يحتمل
القسمة بان كان الموضع
صغير الا يصلح لما اراده
الواقف من اتخاذ المسجد
والمقبرة هل يتعدى 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 فبقي
أن يكون بطريق المهابة
والمهابة فهم ما في غاية القبح
النج مذكوره 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 يلائم 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 الشيوع فيما لا يحتمل القسمة) بان كان الموضع صغيرا يصلح لما اراده الواقف وحاصل ذلك ان

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

الوقف يتأبد وإذا كانت
الجهة يتوهم انقطاعها
لا يتوفر عليه أى على الوقف
مقتضاه ولهذا كان
التوقيت مبطلا لانه يتنافى
موجبه كالتوقيت في البيع
قيل في كلام المصنف رحمه
الله تناقض على قول أبي
حنيفة رحمه الله لانه 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 بان هذا قول
محمد ورواية عن أبي حنيفة
والمدكور في أول الكتاب
هو قول أبي حنيفة في رواية
عنه أخرى فيكون عنه في
المسئلة روايتان وقيل
أراد هناما إذا حكم الحاكم
بصحته الوقف ولزومه فيثبت
يخرج الوقف عن ملك
الواقف بالاتفاق وهذا وفق
وأقول هذا ليس بمناسب لما
تقدم من قول المصنف يجب
أن يكون قولهما على الوجه
الذي سبق تقرره ولا يبي
يوسف أن المقصود من
الوقف هو التقرب الى الله
تعالى وهو موفر عليه فيما إذا
جعل على جهة تنقطع لان
التقرب الى الله تعالى تارة في
الصرف الى جهة تنقطع

جزء منه بطل في الباقي عند محمد لان الشيعون معقون كفاي الهبة بخلاف ما اذار جمع الواهب في البعض أو
رجع الوارث في الثلثين بعدموت المريض وقد وهبه أو وقع في مرضه في المال ضيق لان الشيعون في ذلك
طارئ ولو استحق جزء ميمز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيعون ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة
المملوكة قال ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبدا 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 الشيعون كان مقارنا
لوقف (كفاي الهبة) اذا وهب السكك ثم استحق بعضه بطلت لهذا بخلاف ما لو وهب السكك (ثم رجع
الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعدموت المريض) الذي وقف في مرضه السكك ولا
يخرج من الثالث فانه لا يبطل الباقي لان الشيعون طار واذا بطل الوقف في الباقي رجع الى الواقف لو كان
حيا والى ورثته ان ظهر الاستحقاق بعدموته وليس على الواقف أن يبيع ذلك ويشترى بثمنه بما يجعله
وقفا (ولو كان المستحق جزء بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيعون) 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 الارض بين رجلين فوقها على بعض الوجوه ودفعها الى وال يقوم عليها كان ذلك جائزا عند محمد
لان المنع من تمام الصدقة شيعون في المحل المتصدق به ولا شيعون هنا لان السكك صدقة غايبة الامر أن ذلك مع
كثرة المتصدقين والقبض من الوالى في السكك وجد حلة واحدة فهو كولو تصدق بهار حل واحد سواء بخلاف
مال ووقف كل منهما نصفها شائعا على حدة وجعل لها والى على حدة لا يجوز لانها صدقتان فان كلا منهما
تصدق بنصيبه بعقد على حدة ألا ترى انه جعل لنصيبه والى 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 يجز شيء من ذلك لان قبض
كل منهما الا في جزأ شائعا فكذا قبض الوالى بين هنا ولو وقف كل منهما نصيبه وجعل الوالى واحدا فاسمها الى
جميعا جاز لان تمامها بالقبض والقبض مجتمع (قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة
لا تنقطع أبدا) كالمساكين ومصالح الحرم والمساجد بخلاف ما لو وقف على مسجد معين ولم يجعل آخره
لجهة لا تنقطع لا يصح لاحتمال أن يتخرق 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 والمعبرة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة لا يجوز أصلا قبل القسمة وهو حال كونه مشاعا لانه
يمنع الخلوص ولا بعد القسمة لانه لا يصلح لما أرى يده من اتخاذ المسجد والمقبرة أصغر لانه السكك فيه فلا يكون
مسجدا ولا مقبرة وأما الوقف في الشائع الذي لا يحتمل القسمة فيجوز بالاتفاق أما عند أبي يوسف رحمه الله
فالشيعون غير مانع أصلا وأما عند محمد رحمه الله فيجوز فيما لا يحتمل القسمة لاصلاحه لما أراه الواقف فان
الاتفاق بالشائع يمكن اما بطريق المهابة أو بطريق الاستغلال وقسمة الغلة وأما المسجد والمعبرة في مثل هذا
الموضع يؤدي الى أمر قبيح بان تعبر الموتى فيه سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلا 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 الشيعون كما
في الوقف (قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله تعالى) حتى يجعل آخره لجهة 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 بصحته الوقف ولزومه الى آخره) أقول فيه انه إذا حكم الحاكم بصحته الوقف ولزومه فيما إذا
سمى جهة تنقطع ينبغي أن يتم الوقف لاصدقته حكمه بحال مجتهدا فيه فليتامل قال المصنف (ولا يبي يوسف رحمه الله تعالى عليه) أقول تأخير دليل أبي

لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وانه يتأبد كالتعق فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطله كالتوقيت في البيع ولا يبي يوسف ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب نواة يكون في الصرف الى جهة تتقطع ومرة بالصرف الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقيل ان التأيد شرط بالاجماع الا ان عند أبي يوسف لا يشترط ذكر التأيد لان لفظه الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازاله الملك بدون التملك كالتعق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة وذلك قد يكون موقفا وقد يكون مؤبدا فطلقه لا ينصرف الى التأيد فلا بد من التنصيص

وأخرى الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وعلى هذا لو انقطعت الجهة عاد الوقف الى ملكه ان كان خيرا والى ملك وورثته 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 التأيد شرط والجواب أن المروي عن أبي يوسف أمران أحدهما أنه لا يشترط التأيد أصلا والثاني أنه يشترط لكن لا يشترط ذكره باللسان والمصنف أشار الى القول الاول بالتعليل والى الثاني بذكر المذهب واستدل عليه بقوله وقيل ان التأيد شرط بالاجماع الخ وفي كلامه تعقيد لاجمالة

(ان موجب الوقف) يعني بعد التسليم الى المتولى عند حمد وجهه 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 مبطله) كولو وقف عشرين 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 التأيد حديث قال (وقيل ان التأيد شرط بالاجماع الا أن أبو يوسف لا يشترط ذكر التأيد لان لفظ الوقف والصدقة منبئ عنه لما بينا انه ازاله الملك كالتعق) وعندهما يشترط قال المصنف (وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأيد 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 فالوجه الاول فانما 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 أو اولاده في حياته وجعل لهن السكنى بعد وفاته وأي امرأة تزوجت منهن أو خرجت منتقلة الى غيره فلاحق لهن في السكنى ونصيبها مردود على من بقيت منهن فذلك جائز اعتبارا للسكنى بالغلة وهذا الشرط يصح منه لهن في الغلة الى ان قال وان لم يتحقق من بقى منهن كان ميراثنا على فرائض الله تعالى عند أبي يوسف لما بينا انه يتوسع في أمر الوقف فلا يشترط التأيد واشترط العود الى الورثة عند زوال حاجة الموقوف عليه لا يفوت موجب العقد عنده فاما عند محمد رحمه الله التأيد شرط واشترط العود الى الورثة يبطل هذا الشرط فيكون مبطلا للوقف الا أن يجعل ذلك وصية عند موته فيجوز كالمعتاد معلوم بسكنى داره بعد موته مدة معلومة فانه جائز أن يلزمه يعود الى الورثة اذا سقط حق الموصى 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 ورثة الواقف قال وعليه الفتوى واذا عرف عن أبي يوسف جواز عوده الى الورثة فقد يقول في وقف عشرين سنة بالجواز لانه لا فرق أصلا ومنهما ما ذكر في البرامكة قال أبو يوسف اذا انقض الموقوف عليهم يصرف الوقف الى الفقراء قال في الاجناس فصل عنه وابتان وأما الشرط الذي تقدم وهو قوله إن تزوجت أو خرجت منتقلة عنه فلا حق لها فصحيح فلو طلقها زوجها أو مات أو عادت بعد

يوسف يدل على أن قوله هو المختار (قوله والجواب أن المروي الخ) أقول هذا مما هم في كثير من المواضع

يعني الى الفقراء فانهم لا ينقطعون وهذا التفريع 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 محمد رحمه الله تعالى عليه على أصلهما فيكون حجة على أبي يوسف رحمه الله (قوله) وعند محمد رحمه الله ذكر التأيد 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

قال (ويجوز وقف العقار) لان جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه (ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) قال رضى الله عنه وهو هذا على الارسال قول أبي حنيفة

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 فارت عادما 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 قاضيخان تدخل الأشجار والبناء في وقف الارض كما تدخل في البيع ويدخل الشرب والطريق استسماً لان الارض لا توقف الا للاستغلال وذلك لا يكون الا بالماء والطريق فيدخلان كفي الاجارة ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف سواء كانت مما تؤكل أو لا كالورد والياحين ولو قال وقتها يحقوقها جميع 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 مسيل ماء 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 هذه كورة في وقف الخصاص ومنها ما تقدم من وقف عمر رضى الله عنه أرضه ثمخ وأخرج ابراهيم الحاربي في كتابه غريب الحديث حديثنا أبو بكر بن أبي شيبة حديثنا حفص بن غياث عن هشام بن عروة عن أبيه أن الزبير بن العوام رضى الله عنه وقف داره على المرودة من بنائه قال والمرودة هي المطلقة والفاقة التي مات زوجها وفي البخاري وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضاً وجعلها لابن السبيل صدقة وأخرج الحاربي بسنده في 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 به 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 تصدق أبو بكر رضى الله عنه بداره بمكة على ولده فهي الى اليوم وتصدق عمر بربعه وتصدق سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه بداره بالمدينة و بداره بمصر على ولده فذلك الى اليوم وعثمان رضى الله عنه برومة تهي 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 هياً مكاناً البناء اقبل أن يبينها الخلف المتأخرون والصحيح الجواز وتصرف فلتها الى الفقراء الى أن تبني فاذا بنيت ردت اليها الغلة أخذ من الوقف على أولاد فلان ولأولاده حكموا بصحة وتصرف فلتها للفقراء الى أن يولد فلان (قوله ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) كذا قال القدوري قال المصنف رحمه الله (وهذا على الارسال) أي على الاطلاق (قول أبي حنيفة رحمه الله) ثم قال

وقوله (وهذا على الارسال) أي ما ذكره القدوري من قوله (ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) على الاطلاق مقصوداً أو تبعاً كراعا أو غيره تعاملاً أو نسبة أو لا قول أبي حنيفة والاكثرة جمع أكار وهو الزرع كأنها جمع أكار تقديرها

بالثمرة المدومة وعند هما زال العين الى الله تعالى فيصير محموساً في ملك الله تعالى على أن تصل منفعة الى العباد فيكون التصديق بالمنفعة ثابتاً في ضمن ازاله العين الى الله تعالى ولعل مراد مجد رحمه 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 جمع عنده وسع كل التوسع ومجد رحمه الله توسط بينهما فلماذا أفق عامة المشايخ بقول مجد رحمه الله (قوله ولا يجوز وقف ما ينقل) أي من مكان الى مكان ويحول أي يغير من هيئة الى هيئة أو هماً مترادفاً (قوله وهذا الارسال) أي الاطلاق سواء كان بطريق

(وقال أبو يوسف إذا وقف ضيعة بقرها أو كرتها وهم عبده جاز) وكذا ساير آلات الحرائة لأنه تبسح للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد ثبت من الحكم تبعاً لما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيس والبناء في الوقف ومحمد معه فيه لأنه لما جاز أفراد 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 بقرها أو كرتها وهم عبده جاز) والاكرة الخراون (وكذا آلات الحرائة) إذا كانت تبعاً للارض يجوز (لأنها تبسح 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 ان كان الواقف جعل نفقتهم في مال الوقف وصرح بما فهمي في مال الوقف والا نفقة لهم وان لم يصرح به في مال الوقف فالقيم ان يبيع من عجز ويشترى بثمنه آخر يعمل كل وقت فاحذد يته عليه أن يشترى بها آخر ولو جنى أحدهم جناية فعلى القيم أن ينظر فان كان الاصلح دفع هذا العبد بالجناية دفعه أو فداه فداءه من مال الوقف وإذا فداه بغديه تزيد على أرض الجناية فهو متطوع بالزيادة 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 أفراد بعض المنقولات بالوقف عنده) أي عند محمد رحمه الله فحجوزة تبعاً للعقار أولى وضيمير لأنه للسان أموال الوقف ضيعة فيها بقر وعبده ولم يدكرهم فإنه لا يدخل شيء من الآلات والبقر والعبدة في الوقف قال المصنف (وقال محمد يجوز حبس الكراع) وهي الخيل (والسلاح ومعناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف معه) أي ضاف 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 بعث النبي صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب على الصدقات فبع ابن جيل وخالد بن الوليد وأعباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ينعم ابن جيل الآن كان فقيراً فأغناه الله وأما خالد فإنه لم يتعلمون خالد أو قد احتبس أدراعه وأعطاه في سبيل الله وأما العباس عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فبقي على ومثله ثم قال أما شعرته ان عمر الرجل صنوايه وأما ما ذكر المصنف من أن طلحة حبس دروعه وفي رواية أدراعه وأعطاه فلم يعرف وكذا لم يعرف جمعة على الكراع 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 عاصم بن بهدلة 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 نامت فانظر واسلحي وفرسي فاجعله 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 والسهماء فهن في نظر الصحيح حتى تغير على الكفار وإذا عرف هذا فالأبل 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 ناصحة في سبيل الله واني أريد الحج فأركبه فقال صلى الله عليه وسلم أركبه فان الحج والعمرة من سبيل الله والحاصل ان وقف المنقول تبعاً للعقار يجوز وأدراعه مقصودا ان كان كراعاً أو سلاحاً جاز وفيما سوي ذلك ان كان مما لم يجز التعامل بوقفه كالثياب والحيوان ونحوه والذهب والفضة لا يجوز عندنا وان كان متعارفاً كالجنازة والقياس والقدوم وثياب الجنازة وما يحتاج اليه من الاواني والقدور في غسل الموتى والمصاحف قال أبو يوسف لا يجوز وقال محمد يجوز والذهب عامة المشايخ منهم الامام السرخسي كذا في الخلاصة وفي الغناوي لقاضيخان 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 أفراد بعض المنقول) يعني من غير أن يجعل تبعاً لشيء كما في المتعارف مثل الفاس والقدوم والمرجل (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 مران من شرطه التأيد والتأييد لا يتحقق في المنقول والمرجل قدور الخناس

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

وروي أكرعه والكرع الخليل ويدخل في حكمه الإبل لان العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها
وعن محمد انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالغاس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها
والقدور والمر اجل والمصاحف وعند أبي يوسف لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص والنص ورد في
الكرع والسلاح فيقتصر عليه ويحمد يقول القياس قد يترك بالتعامل كافي الاستصناع وقد وجد التعامل
في هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الخاقالها بالمصاحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك
للسنن تعلمها وتعلما وقرآءة وأكثر فقهاء الامصار على قول محمد ومالاتعامل فيه لا يجوز عندنا وفقه وقال
الشافعي كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله

بناء بدون أرض قال هلال لا يجوز انتهى لكن في الخصاص ما يفيد أن الأرض إذا كانت متقررة للاحتكار
جاز فانه قال في رجل وقف بناء دار له دون الأرض انه لا يجوز قيل له فما تقول في حوائث السوق ان وقف
رجل سائر ما منها قال ان كانت الأرض اجارة في أيدي القوم الذين بنوها لا يخبر بهم السلطان عنها فالوقف
جاز لان رأيناها في أيدي أصحاب البناء يتوارثونها وتقسم بينهم لا يتعرض لهم السلطان ولا تزجهم عنها
وانما غلظنا يندوها وتداولها الخلقاء ومضى عليها الدهور وهي في أيديهم يتبايعونها ويؤاخذونها ويجوز فيها
وصاياهم وهم يمدون بناءها وبينون غيرهم فإذ أن ما كان مثل ذلك جاز وقف البنين فيه والافلاذ ذكر في
موضع آخر في فتاوى قاضخان اذ ابني قنطرة للمسلمين جاز ولا يكون بناؤها مبرأنا ثم ذكر انه انما خص
البناء بذلك لان العادة أن تختد على جنبتي النهر العام وذلك غير مملوك ثم قال وهذا المسئلة دليل على جواز
وقف البناء بدون الاصل ثم نقل عن الاصل ان وقف البناء بدون أصل الدار لا يجوز ولا يجوز وقف البناء
في أرض هي عارية أو اجارة وان كانت مملوكا وقف البناء عند البعض وعن محمد اذا كان البناء في
أرض وقف جاز وفقه على الجهة التي تكون الأرض وقفا عليها ذكر الشكل في الفتاوى واطلاق الاجارة
يعارض قول الخصاص في أرض الحكور اللهم الا أن يجعل تخصيصها بسبب انما صارت كالاملاك على
ما ذكره وسعته وفي الخلاصة اذا وقف مصحفا على أهل المسجد لقرأة القرآن ان كانوا يحصون جاز وان
وقف على المسجد جاز ويقرأ في ذلك المسجد في موضع آخر ولا يكون مقصودا على هذا المسجد وأما وقف
الكتب فكان محمد بن سلة لا يجيزه ونصير بن يحيى يجيزه ووقف كتبه والفقهاء أبو جعفر يجيزه به تأخذ
وجه قول أبي يوسف أن القياس ياباه والنص ورد في الكراع والسلاح على خلافه فيقتصر عليه (ومحمد
رحمه الله يقول القياس ينزل بالتعامل كافي الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعلى قول محمد
أكثر فقهاء الامصار ومالاتعامل فيه لا يجوز وفقه 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 يتفق به الا بالانفاق
كالذهب والفضة والمالك والمشر وبغير جاز في قول عامة الفقهاء والمراد بالذهب والفضة الدراهم
والدنانير وما ليس بحلي وأما الحلي فيصح وقفه عند أحمد والشافعي لان حفصة رضي الله عنها ابتاعت حليا
بعشرين ألفا فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته وعن أحمد لا يصح وقفه وانكر الحديث
ذكره ابن قدامة في المغني وحاصل وجه الجماعة القياس على الكراع وعارضة المصنف بان حكم الوقف
الشرعي التأبيد ولا يتبدل غير العقار غير انه ترك في الجهاد لانه سنام الدين فكان معنى القرية فيها أقوى
فلا يلزم من شرعية الوقف فيها شرعية فيها هودونهم ولا يلحق دلالة أيضا لانه ليس في معناهها واذا عرفت
هذا فقد زاد بعض المشايخ اشياء من المنقول على ما ذكره محمد لما روي من حرمان التعامل فيها في الخلاصة ووقف
ترة على ان ما يخرج من لبنها وسمها يعطى لآبناء السبيل قال ان كان ذلك في موضع غلب ذلك في أوقافهم

وقوله (الواقفها بالمصاحف)
يعنى أن وقف المصاحف
صحيح فكذا الكتب ذكر
في فتاوى قاضخان اختلف
المشايخ في وقف الكتب
جوزة الفقيه أبو الليث
وعليه الفتوى وقوله (كل
ما يمكن الانتفاع به مع بقاء
أصله) احتراز عن الدراهم
والدنانير فان الانتفاع الذي
خلقت الدراهم والدنانير
لاجله وهو الثمن لا يمكن
بهم ماع بقاء أصله في ملكه

في المنقول (قوله وقف كتبها) الخاقالها بالمصاحف وهذا صحيح وفي فتاوى قاضخان رحمه الله اختلف
المشايخ في وقف الكتب جوزة الفقيه أبو الليث رحمه الله وعليه الفتوى (قوله مع بقاء أصله) احتراز عن
الدراهم والدنانير فان الانتفاع الذي خلقت الدراهم والدنانير لاجله 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
ومالا يتأبد لا يجوز وقفه لان 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 الاصل أن لا يجوز وقف الكراع والسلاح
أيضا كالدراهم إلا ما تركناه بمعارض (٤٣٢) راجح من حيث السمع وقوله (ولامن حيث التعامل) جواب عما يقال ترك

الاصل في الكراع والسلاح
بمعارض من حيث السمع
وهو ليس بوجود في
المرجل والقدم وغيرهما
فلنكن صورة النزاع
مقيسة على ذلك ووجهه أن
لهما معارضا من حيث
التعامل وليس بوجود في
صورة النزاع كالعبيد
والاماء والشياب والبسط
وأمثالها فبقي على أصل
القياس وقوله (وهذا)
استظهار على أن الحاق غير
العقار والكراع والسلاح
بهما غير جائز لان غيرهما
لقومتهما ليس في معناهما
ولم يذكر التعامل اعتمادا
على شهرة كون التعامل
أقوى من القياس فجاز أن
يرتكبه قال (وإذا صح
الوقف لم يجز بيعه) أي إذا
لزم الوقف لم يجز بيعه ولا
تملكه إلا أن يكون مشاعا
عند أبي يوسف فيطلب
الشريك الأقسمة فتصح
مقاومة فعله إلا أن يكون
مشاعا استثناء من قوله
لم يجز بيعه وهو منقطع أو
متصل لان معنى المبادلة في
قسمة العقار راجح فغسل
كانه يسمع اتساعا ما امتناع
التأيد فلما بينا معنى ما روي

ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتأبد ولا
بدنه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولامعارض من حيث السمع ولامن حيث التعامل
فبقي على أصل القياس وهذا لان العقار يتأبد والجهاد سنام الدين فكان معنى القر بهما أقوى فلا يكون
غيرهما في معناهما قال (وإذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تملكه

رجوت أن يكون جائزا وعن الانصاري وكان من أصحاب زفر فيمن وقف الدراهم أو الطعام أو ما يكال أو
ما يوزن أو ما يوزن ما يباع ويصرف عنه مضاربة أو بضاعة قال فعلى هذا القياس اذا وقف هذا الكرم من الخطة
وما يكال وما يوزن ما يباع ويصرف عنه مضاربة أو بضاعة قال فعلى هذا القياس اذا وقف هذا الكرم من الخطة
على شرط أن يقرض للفقراء الذين لا ينزلهم ليزرعوه لا ينفسهم 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 اذا وقف صدقة أبدأ جاز فتدفع الاكسبية للفقراء فينتفعون بها في أوقات
اليسها ولو وقف ثور الاتراء بقرهم لا يصح ثم اذا عرف جواز وقف الفرس والجل في سبيل الله فالوقفه على
أن يمسه مادام حيا ان أمسه للجهاد جاز له ذلك لانه لو لم يشترط كان له ذلك لان الجاعل فرس السبيل أن يجاهد
عليه وان أراد أن ينتفع به في غير ذلك لم يكن له ذلك وصرح جعله للسبيل يعني يبطل الشرط ويصح وقفه
ولا يؤخر فرس السبيل الا اذا احتج الى نفقته فيؤاجر بقدر ما ينفق عليه قال في الخلاصة وهذه دليل على ان
المسجد اذا احتاج الى نفقة يؤاجر قطعة منه بقدر ما ينفق عليه اه وهذا عند غير صحيح لانه يعود الى
التمتع الذي لاجله استثنى أبو يوسف المسجد من وقف المشاع وهو أن يتخذ مسجدا يصلى فيه عامارا مطبعا
يربط فيه الدواب عامارا ولو قيل انما يؤاجر غير ذلك فنقول غايه بما يكون للسكنى ويستلزم جوار الجماعة فيه
واقامة الحائض والجنب فيه ولو قيل لا يؤاجر ذلك فكل عمل يؤاجر فيه تغيير أحكامه الشرعية ولا شك أن
باحتياجه الى النفقة لا تتغير أحكامه الشرعية ولا يخرج به عن ان يكون مسجدا نعم ان حرب ما حوله واستغنى
عنه فحينئذ لا يصير مسجدا عند محمد وخلافه لا يوجب يوقف وأما اذا لم يكن كذلك فتجب عمارة من بيت المال
لانه من حاجة المسلمين وفي الخلاصة أيضا يجوز وقف العلمان والحواري على مصالح الرباط واذ أزوج
السلطان أو القاضي جارية الوقف يجوز ولوز وج عبد الوقف لا يجوز والغرق ظاهر وهو ان في الاول
اكتسابا للوقف دون الثاني ولهذا الزوج أمة الوقف من عبد الوقف لا يجوز ومن فروغ وقف المنقول
وقف دار فيها حمامات يخرجن ويرجعن يدخلن في وقفه الحمامات الاصلية قال الفقهاء هو كوقف الضيعة
مع الشيران وسئل أبو بكر عن وقف شجرة باصلها او الشجرة مما ينتفع باوراقها وثمرها قال الوقف جائز وينتفع
بثمرها ولا يقطع أصلها الا ان تفسد أغصانها فان لم ينتفع باوراقها وثمرها فانها تقطع ويصرف ثمنها الى
سبيلها فان نبتت ثانيا والاخرس مكانها وسئل أبو القاسم الصغار عن شجرة وقف يابس بعضها وبقي بعضها
فقال ما يابس منها فسبيل سبيل غلتها وما بقي متروك على حالها (قوله واذا صح الوقف) أي لزم وهذا يؤيد
ما قدمناه في قول القدوري واذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ثم قوله (لم يجز بيعه ولا تملكه) هو
ملكه (قوله ويجوز بيعه) احتراز عن أم الولد فإنه لا يجوز وقفها (قوله ولا معارض من حيث السمع)

من قوله صلى الله عليه وسلم تصدق باصلها الاتباع ولا توهب وما ذكره من المعنى بقوله ولان الحاجة تماسه الخ
قال المصنف (ولا بد منه على ما بيناه) أقول للازم من الدليل هو تأبد الوقف مدة بقاء الموقوف وذلك موجود في محل النزاع أيضا فليست (قوله
استثناء من قوله لم يجز بيعه الخ) أقول بل من قوله ولا تملكه كما يدل عليه أول كلام المصنف نعم يفهم من آخره كونه استثناء من المجموع والامر
سهل

وقوله (وأما جواز القسمة)
 فظاهر 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 لتلازم أن يكون
 الشخص الواحد مطالباً
 ومطالباً فان مقاسم النصف
 الذي هو الواقف مطالب
 من مالك النصف الذي هو
 غيره وقومالك 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 القسمة
 فضل دراهم بان كان أحد
 النصيبين أجود فدعت
 الضرورة إلى ادخال الدراهم
 في القسمة أو تراضياً على ذلك
 فان ادخال الدراهم في القسمة
 لا يجوز الا لضرورة أو بالتراضي
 على ما سيأتي في كتاب القسمة
 ان شاء الله تعالى فلا يخلو ما
 أن يكون الواقف يأخذ
 الدراهم أو يعطها فان كان
 الأول لم يجز لأنه يعطى بمقابلة
 الدراهم شيئاً من الوقف
 ويبع الواقف لا يجوز وان
 كان الثاني جاز لأنه حينئذ
 يشتري شيئاً بمقابلة الدراهم
 ويقفه وهو جائر

الآن يكون مشاعاً عند أبي يوسف فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته) أما امتناع التملك فلما بينا
 وأما جواز القسمة فلأنها تتميز وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكمل والموزون معنى المبادلة الآن في
 الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظر الوقف فلم تكن بيعاً وتلك كما ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو
 الذي يقاسم شريكه لان الولاية للواقف وبعد الموت الى 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 القسمة 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 القسمة 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 الى آخره ولانه بالزوم خرج عن ملك الواقف وبلا ملك لا يتم من البيع (وأما جواز
 القسمة) أي عندهما فان على قول أبي حنيفة لا يجوز ان قضى القاضي بصفة وقف المشاع لانها مبادلة
 ومعنى المبادلة هو الراجح في غير التملكيات (فلانها تتميز) معنى (وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكمل
 والموزون معنى المبادلة الان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظر الوقف فلم تكن بيعاً وتلك كما ان
 وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية للواقف) عند أبي يوسف ووقف المشاع
 انما يجوز على قوله (ولو طلب الشريك القسمة) (بعدموته) فالقسمة (الى وصيه وان وقف نصف
 عقار خالص له) القسمة طريقتان أحدهما أن (يقاسمه القاضي) بان يرفع الامر اليه ويطلب منه
 القسمة 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 القسمة فضل
 دراهم) بان كان أحد النصيبين أجود من الآخر فجعل بازاء الجوده دراهم فان كان الآخر للدراهم هو
 الواقف بان كان النصف الذي هو غير الوقف هو الاحسن لا يجوز لانه يصير بائناً بعض الوقف ويبع
 الوقف لا يجوز وان كان الآخر خدش 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 للمفاعل ونصب الواقف لان المعنى فيهما انه أخذ الدراهم واعلم ان عدم جواز البيع في
 غير القسمة فيما اذا كان قائماً عامراً أما اذا تهدم ولا حصل له يعمر به فيحوز لانه رجوع الى ملك الواقف ان
 كان حياً والى ورثته ان كان ميتاً وقال الصدر الشهيد في جنس هذه المسائل نظر يعني لان الوقف بعد ما خرج
 الى الله تعالى لا يعود الى ملك الواقف وانت تعلم ان قول محمد برجوعه الى ملك الواقف أولى من قوله في المسجد
 لان خلوصه لله تعالى أقوى من غيره من الاوقاف ولان ذلك بشرط الفائدة وقد تحقق انقائها اذا لم يكن له ربح
 يعاديه ولا يوجد من يستأجره فيعمره ومن ذلك حانوت احترق 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
 القاس والمرو والقدم والقنور والمراجل فيبقى الباقي كالنشاب والبسط وكالعيبد والاماء قصداً على
 القياس اذ لا معارض فيها من حيث السمع والتعامل (قوله الآن يكون مشاعاً) الغالب جهة المبادلة في
 القسمة اذا كانت في غير التملكيات فيكون في معنى البيع فيصح الاستثناء من قوله لم يجز بيعه (قوله ولو كان
 في القسمة فضل دراهم) اعلم أن ادخال الدراهم في القسمة لا يجوز الا بتراضهم أو وقعت الضرورة في ادخالها بان
 وقع البناء في أحد النصيبين أو كان أحد النصيبين أجود فينبذ 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 القسمة ان شاء الله تعالى (قوله
 ان أعطى الواقف لا يجوز) أي ان أعطى المشتري الواقف لا يجوز لان المشتري يأخذ بمقابلة الدراهم شيئاً من

قال (والواجب ان يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف أو لم يشترط) لان قصد الواقف حرف الغلة مؤيداً ولا يتبقي دائماً الا 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 مطالبته وانما يستحق العمارة عليه

وقوله (لان الخراج بالضمان) هذا اللفظ الحديث وهو من جوامع الحكم ولا حرازه 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 المتولى بهم لعدم تعيينهم وعسرتهم وأقرب أموالهم الى المتولى 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 وانقرض عقبه وروى عن محمد اذا ضعفت الارض عن الاستغلال ويجد القيم بثمنها أخرى هي أكثر ريعاً كان له ان يبيها ويشترى بثمنها هو أكثر ريعاً وما قول طائفة من المشايخ فيما اذا خاف المتولى على الوقف من وارث أو سلطان يغلب عليه قال في النوازل يبيها هو يتصدق بثمنها قال وكذا كل قيم خاف شيئاً من ذلك قالوا فالفتوى على خلاف لان الوقف بعد ما صح بشرائطه لا يحتمل البيع وهذا هو الصحيح حتى ذكر في شجرة جوز وقف في دار وقف خربت الدار لا يتباع الشجرة بعمارة الدار بل تكري 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 الا أن تزيد القيمة بالهدم وفي زيادات أبي بكر بن حامد أجمع العلماء على جواز بيع بناء الوقف وحصره اذا استغنى عنه (قوله والواجب ان 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 والبذر وأرزاق 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 الى قسمة جميع الغلة فاذا شرط ذلك في صكبه يقع الامن بالشرط قال المصنف (ولان الخراج بالضمان) أي الانتفاع بخراج الشيء كغلة العبد والذباة ونحو ذلك بقيام ذلك الشيء أي لكونه ذلك الشيء لو تلف تلف من ضمان المستغل وروى أبو عبيد بن كلاب غير الحديث عن مروان الغزالي 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 ومعناه والله أعلم الرجل يشتري المملوك فيستغله ثم يجده عيباً كان عند البائع فقضى أنه يرده العبد على البائع بالعيب ويرجع بالثمن فيأخذه 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 الحكم وفي معناه الغرم بالغرم وقد جرى لفظه مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة وقوله (وصار) أي عمارة الوقف (كمنفعة العبد الموصى بخدمته فانما) تكون (على الموصى له بها) (قوله ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم) لا يتصور ان يلزموا لعدم اجتماعهم واعسرتهم (وأقرب أموالهم هذه الغلة) السكائنة للوقف (فتجب) العمارة فيها (قوله وان كان الوقف على رجل بعينه) أو رجال (وأخره للفقراء فهو في مال أي مال شاء في حياته) فاذا مات من الغلة (ولا يؤخذ من الغلة) عينا (لانه) رجل (معين يمكن مطالبته) 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 الدرهم المشتري جاز

بقدر ما يسبق الموقوف على الصفة التي وقعه وان حرب 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 بقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة قال (فان وقف دار اعلى سكنى ولده
 فالعمارة على من له سكنى) لان الخراج بالضمان على ما مر فصار كفقرة العبد الموصى بخدمته (فان امتنع من
 ذلك أو كان فقيرا آخرها الحاكوم 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 المزارعة

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 السكاني
 وهو واضح وقوله (وان
 وقف دار اعلى سكنى ولده)
 ظاهر وقوله (والاول أولى)
 يريد به اجارة الحاكوم وعمارها
 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 يسبق 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 ليهان لم يخف
 ضرره بين فالخفيف قدم وأما الناظر فان كان المشروط له من الواقف فهو كاحد المستحقين فاذا قطعوا للعمارة
 قطع الآن يعمل كالفاعل والبناء ونحوهما فيأخذ قدر أجرته وان لم يعمل لا يأخذ شيئا قال الامام فخر الدين
 قاضيان رجل وقف ضيعته على مواليه ومات بفعل 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 أخذ الا بطريق الاجر فلا يستوجب الاجر بلا عمل اه فهذا عندنا فبين لم
 يشترط له الواقف شيئا اما اذا شرط كان من جملة الموقوف عليهم (قوله فان وقف دار اعلى 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 الحاكوم 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
 عمارتها المدلول عليه بقوله لو لم يعمرها لان الجمع بين المصلحتين أولى من ابطال احدهما (ولا يجبر الممتنع على
 العمارة لما فيه من الزام الضرر) (اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في) (المزارعة) وبيننا

لان الواقف حينئذ يصير مشتر ياشيا بمقابلة الدراهم وواقف ذلك الشيء الذي اشتراه فيجوز (قوله ولان الخراج
 بالضمان) هذا في الاصل لفظ الحديث وهو من جوامع السكام ومعناه الغرم باراء الغنم من تولي حارها تولي
 قارها ولهذا جرى لفظ الحديث مجرى المثل واستعمل في مصرية بمقابلة منفعة ثم المراد من الخراج ما يخرج من
 النفع من ملك انسان كغلة الارض والاعلام والمراد من الضمان المونة أي كل من كان له منفعة شيء كان عليه
 مضربه فكان معنى قوله الخراج بالضمان منفعة الغلة لك بسبب ان ضمنته وقيل معناه أن يشترى 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 بينوت
 المصر يرغب في استئجار بيوتها وتكون غلة ذلك فوق غلة الارض كان للقيم أن يبيي بيوتها ويؤجرها لان
 الاستغلال بهذا الوجه يكون أنفع للفقراء ومنهم من قال ليس للقيم صرف الغلة الى زيادة العمارة ولهذا ليس
 له أن يشترى بالغلة دارا أخرى ليضمها الى الوقف وأما تلك المسئلة فمبناه البيوت ليس من باب الزيادة
 وانما ذلك تبديل جهة الاستغلال بجهة خير من الاول فالاستغلال واحد والجهتان فيه مختلفتان والثانية تحبير
 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 الحاكوم وعمارها باجرتها ثم ردها الى من

وقوله (في حيز 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 تملك المنافع بعوض ولا تملك من غير المالك ومن له السكنى ليس بمالك ونوقض بالمستأجر فان له أن يؤجر الدار وليس بمالكها أو اجيب بانه مالك المنفعة ولهذا آقيمت العين في ابتداء العقد مقام المنفعة لتلازم تملك المنفعة المعدومة ومن له السكنى أبيعته له المنفعة ولهذا لم تقم العين مقام المنفعة في ابتداء الوقف ولا يلزم من جواز تملك المالك جواز تملك غيره قال (وما انهدم من بناء الوقف وآلته) قال صاحب النهاية قوله وآلته يحتمل أن يكون حجر ورا بالعطف على البناء يعنى ما انهدم من آل الوقف بان بلى خشب الوقف وفسد ويحتمل أن يكون مرفوعا بالعطف على الموصولة وهو المنقول عن الثقات لانه لا يقال انهدمت الآلة والنقض بضم النون البناء المنقوض وفي الصحاح ذكره بكسر النون لا غير

فلا يكون امتناعه رضامنه يبطلان حقه لانه في حيز 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 عينه الى موضعه يبيع وصرف ثمنه الى المارمة صرفا للمبدل 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 رضامنه يبطلان حقه لان امتناعه في حيز التردد) يعنى دلالة الامتناع على الرضا بساقط حقه متردد فيها الجواز كون امتناعه لعدم القدر على العمارة أو لرجائه اصلاح القاضى كما يجوز كونه لرضاه بابطال حقه (و) انما قال أجزها الحالك لانه لا تصح اجارة من له السكنى) وعاله 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 تملك المنافع بلا عوض والمسئلة في وقف الخصاص 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 فاولى أن يقال لانه تملك المنافع بالبدل فلم يملك تملكها 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 مملكه من المنافع بالبدل ونص الاستروتنى انه رأى في المنقول ان اجارة الموقوف عليه لا تجوز وانما تملك الاجارة المتولى أو القاضى ونقل عن الفقيه أبى جعفر انه ان كان الاجارة للموقوف عليه اذا كان الوقف لا يستره تجوز اجارته وهذا في الدور والحوانيت وأما الاراضى فان كان الواقف شرط تقسيم العشر والخراج وسائر المون فليس للموقوف عليه أن يؤجر وان لم يشرط ذلك فيجب أن يجوز ويكون 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 يجيره القاضى بين أن يعمرها فيستوفى منفعتها وبين أن يردّها الى ورثة الواقف (قوله وما انهدم من بناء الوقف وآلته) وهو بالجرح كالخشب والقصب وقديتهم عطفا على ما صرفه الحالك في عبارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج اليه وأنت تعلم ان بالانهدام تحقق الحاجة الى عمارة ذلك القدر فلا

له السكنى لان فيه رعاية الحقيقين والثانى ترك العمارة لان فيه فوت الحقيقين (قوله ولا يكون امتناعه مرضى منه) هذا جواب من يقول انه لما امتنع عن العمارة فقد مرضى ببطلان حقه فلا تجبر رعاية حقه فاذا عمرها القاضى ينبغي أن لا يرد عليه فاجاب رحمه الله بان الرضا في حيز التردد لاحتمال أنه انما امتنع اعتمادا على أن القاضى اذا عمرها يردّها عليه أو لان الامتناع يحتمل أن يكون لبطلان حقه ويحتمل أن يكون لنقصان ماله في الحال (قوله لانه غير مالك) والاجارة تملك 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 أبيع المنفعة للموقوف عليه ليكون ثواب اباحة المنفعة ترجع الى الواقف حتى لم تقم ههنا عين الوقف مقام المنفعة في ابتداء الوقف لانه لا يلزم تملك المنافع المعدومة بخلاف الاجارة حيث آقيمت الدار مقام المنفعة وقت الاجارة لتلازم تملك المنافع المعدومة فلما ملكها في الاجارة ملك أيضا تملكها من غيره (قوله وما انهدم من بناء الوقف وآلته) أى آل البناء كالخشب وغير ذلك النقض بضم

قول أبي يوسف ترغيبا للناس في الوقف وقوله (فقد قيل يجوز بالاتفاق) وهو رواية المبسوط والذخيرة والتمتة وفتاوى قاضخان وهذا ظاهر على أصل أبي يوسف فإنه لو شرط بعض الغلة أو كلها لنفسه في حال حياته جاز فلا مهات أو ولاده أو ولي وإنما الاشكال على قول محمد فإنه لا يجوز أن يشترط ذلك لنفسه واشترطه لامهات أو ولاده في حياته بمنزلة اشتراطه لنفسه ولكنه جاز ذلك استحسانا للعرف ولأنه لا بد من تصحيح هذا الشرط لمن لا من يعتق بموته فاشترطه لمن كاشترطه لسائر الاجانب فيجوز ذلك في حياته أيضا تبعا لما بعد الوفاة وقد قيل هو على الخلاف أيضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهم في حياته أي اشتراطه في الغلة في ابتداء الوقف لامهات أو ولاده ومدرجه وذكر الضمير تغليبا للمدرج على أمهات الاولاد كاشترطه لنفسه ثم اشتراطه في الغلة لنفسه في ابتداء الوقف جائز بدون واسطة عند أبي

قال لا يصرّف اليهم غير حقهم قال (واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه جاز عند أبي يوسف) قال رضي الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه أما الاول فهو جاز 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 شرط البعض أو الكل لامهات أو ولاده ومدرجه ماداموا أحياء فاذا ماتوا فهو للفقراء والمسالكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف أيضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهم في حياته كاشترطه لنفسه

معنى للشرط في قوله ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج وإنما المعنى انه ان كان التهنؤ للعمارة ثابتا في الحال صرفه اليها والاحتفاظ حتى يتبدأ ذلك وتحقق الحاجة فان المنهدم قد يكون قليلا جدا 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 باعه وصرف منه في ذلك قائمة للبدل مقام المبدل ولا يقسمه بين مستحق الوقف لانه من عين الوقف ولا حق لهم في العين الموقوفة لانها حق الله تعالى وحقهم في الغلة فقط واعلم أن عدم جواز بيعه الا اذا تعذر الانتفاع به انما هو وفيما ورد عليه وقف الواقف أم فيها اشتراط المتولى من مستغلات الوقف فإنه يجوز بيعه بلا هذا الشرط وهذا لان في صيرورته ووقفه خلافا والمختار أنه لا يكون وقفا فلا عيب أن يبيعه متى شاء للصحة عرضت (قوله) واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه جاز عند أبي يوسف) فهذا فصلان ذكرهما القدوري (شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه أما الاول فهو جاز 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 البصرى وانما نسب الى الرازي لانه كان على مذهب الكوفيين ورأى منهم وهو من أصحاب يوسف بن خالد السهمي البصرى ويوسف هذا من أصحاب أبي حنيفة وقيل ان هلالا أخذ العلم عن أبي يوسف وفرغ في المبسوط والذخيرة وغيرهما الرازي وفي المغرب هو تحريف بل هو الرازي بتشديد الراء المهمة لانه من البصرة لانه من الرازي نسبة الى الرازي 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) أي قبض المتولى فلما شرطه محمد منع اشتراط الغلة لنفسه لانه حينئذ لا ينقطع حقه فيه وما شرط القبض الا لينقطع حقه ولما لم يشرطه أبو يوسف لم ينععه (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 الصحاح ذكره الكسرا غير (قوله) واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه جاز) أما الاول وهو جعل الغلة لنفسه جاز عند أبي يوسف رحمه الله وعليه مشايخ بلغ وذ كر الصدر الشهيد أن الفتوى على قول أبي يوسف رحمه الله ترغيبا 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 الا شئ ذكره في كتاب الوقف اذا وقف على أمهات أو ولاده جاز قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله الوقف على أمهات أو ولاده 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 وذكره في المغرب هلال الرازي بن يحيى البصرى 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 اشتراطه لهم في حياته) أقول ذكر الضمير في قوله لهم تغليبا للذكور على الإناث

الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه أي بطريق التقرب الى الله تعالى فاشتراطه الكل أو البعض لنفسه يبطله لان التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنقذانه لا يجوز ان يسلم قدر من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه له بشرط بعض بقعة المسجد لنفسه فقوله وشروط بالجسر عطفًا على قوله كالصدقة المنقذاه ومعناه أن يجعل بعض المسجد لنفسه كان ما عان الجواز في الكل 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 بالاجماع 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 أبدًا بقوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك والى قوله ولابي يوسف أن المقصود هو التقرب فعلم من هذا المجموع ان الوقف قال المصنف (وجه قول محمد وجه الله تعالى عليه

وجه قول محمد وجه الله ان الوقف تبرع على وجه التملك بالطريق الذي قدمناه فاشتراطه البعض أو الكل لنفسه يبطله لان التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنقذاه وشروط بعض بقعة المسجد لنفسه ولا يبيح 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 الكل لنفسه فقد جعل ما صار يملو كانه تعالى لنفسه لانه يجعل ملك لنفسه وهو هذا جاز كما اذا بنى خانًا 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 ومدبريه ما داموا أحياء فاذا ماتوا كان للفقراء بناء على جعل الخلف المعلوم جازيا فيها على ما صححه المصنف وقيل بل يحتمل شرط الغلة لامهات أولاده ومدبريه بالاتفاق وهو الاصح وما قال المصنف يخالف لما في المبسوط والمحيط والذخيرة والتمتة وشروطها في الصدقة بالاتفاق وفرق في المبسوط لمحمد وجه الله بين شرط الغلة لنفسه حيث لا يجوز ولا مهات أولاده حيث يجوز مع أن شرطه لهن ولمدبريه كشرطه لنفسه بان حريتهن ثبتت بموته فيكون الوقف عليهم كالوقف على الاجانب ويكون ثبوتها لهم حالة حياته تبعًا لما بعد موته كما قال أبو حنيفة في أصل الوقف اذا قال في حياتي وبعد وفاتي يلزم أمالو وقف على عبيده وامائه فلا يجوز عند محمد لانهم لا يعتقون بموته فلا تبعية ويجوز عند أبي يوسف كشرطه لنفسه (وجه قول محمد وجه الله أن الوقف تبرع على وجه التملك للغلة أو للسكنى) فاشتراط البعض أو الكل لنفسه يبطله لان التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنقذاه بان تصدق على فقير بمال وسلم اليه على أن يكون بعضه لى لم يجوز لعدم الفائدة اذ لم يكن يملك على هذا التقدير الا ما وراء ذلك القدر فكذا في الصدقة الموقوفة (وكشرط بعض بقعة المسجد لنفسه) بينا (ولابي 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 الواقف اذا 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 جبر المديري 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 الكل لنفسه فقد جعل ما صار يملو كانه تعالى لنفسه لانه يجعل ملك لنفسه) كذا اقرره المصنف وعلى ما سلف لنا في اشتراط التسليم الى المتولي عند محمد ينبغي أن يقرر هكذا الموقوف ازالة الملك السكاني بالعين واسقاطه لالى مالك ابتغاء مرضاة الله تعالى على وجه يعتق بموته فاشترطه لغير المنانى للقرية والشرع وشروط النفقة على نفسه منه لا ينافي ذلك (كما اذا بنى خانًا 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 جازيا لامهات أولاده وأولى وانما الاشكال على قول محمد وجه 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 يعتق بموته فاشتراطه لهن كاشتراطه لسائر الاجانب فيجوز ذلك في حياته أيضا تبعًا 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) أى التملك من الله تعالى بالطريق الذي قدمناه اشارة الى قوله لا بد من التسليم الى المتولي لان التملك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعًا لغيره (قوله فصار كالصدقة المنقذاه) أى سلم قدر 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 الكل (قوله فقد جعل ما صار يملو كانه تعالى لنفسه كافي الصيد والحشيش وسائر المباحات) واذا

ان الوقف تبرع على وجه التملك (أقول فيه نوع مخالفة 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 الغلة ولو

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

كثيرة يبلغها الشهرة فروى ابن ماجه من حديث المقدم بن معديكر عن علي بن الصلاه والسلام قال ما من كسب الرجل كسب أطيب من عمل يده وما أنفق الرجل على نفسه وأهله وولده وخادمه فهو له صدقة وأخرجه النسائي عن بقيق بن عبيد بن جبير 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 وافق به عرضه صدقة الحديث وفيه فقالت لمحمد بن المنكدر ما معنى رقى به عرضه قال أن يعطى الشاعر وذا اللسان المتقي 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 وولده فهو له صدقة وفي صحيح مسلم عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال لرجل ابدأ بنفسك فتصدق غايها فان فضل شيء فلا هلك الحديث فقد ترجم قول أبي يوسف قال المصدر الشهيد والفتوى على قول أبي يوسف ونحن أيضا نفق بقوله نزعيا للناس في الوقف واختاره مشايخ بلخ وكذا ظاهر الهداية حيث أخرجوه ولم يدفوه 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 وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف فاعت غلته فباعها وقبض ثمنها ثم مات قبل أن ينفق ذلك هل يكون ذلك لو رتبته أو لاهل الوقف قال يكون لو رتبته لانه قد حصل ذلك وكان له فقد عرف ان شرط بعض الغلة لا يلزم كونه بعضا معينيا كالنصف والربع وكذلك إذا قال إذا حدث على فلان الموت يعني الواقف نفسه أخرجه من غلة هذا الوقف في كل سنتين عشرة أسهم مثلا 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 سببه (قوله ولو شرط أن يستبدل به أرضاً أخرى) تكون وبقامه كانه (فهو جائز عند أبي يوسف) وهلال والخصاص وهو استحسان وكذا لو قال على أن يبيعهما وأشترى بثمنها أخرى مكانا وقال محمد يصح الوقف ويبطل الشرط وائس له بعد استبداله مرة ان يستبدل ثانيا لانتهاء الشرط بمره إلا أن يذكر عبارة تفيد له ذلك دائما 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 لقيمه إلا أن يجعله له وإذا أدخل وأخرج مرة ليس له ثانيا إلا بشرطه ولو شرطه للقيم ولم بشرطه لنفسه كان له ان يستبدل لنفسه لان افادته الولاية لغيره بذلك فرع كونه يملكها ولو قيد شرط الاستبدال للقيم بحياة الواقف ليس له أن يستبدل بعد موته وفي فتاوى قاضيان قول هلال وأبي يوسف هو الصحيح لان هذا شرط لا يبطل الوقف لان الوقف يقبل الانتقال من أرض الى أرض فان أرض الوقف إذا غصبها غاصب وأخرى عليها الماء حتى صارت بحر الاتصلح للزراعة يضمن قيمتها ويشترى بها أرضا أخرى فتكون وبقامه كانه وكذا أرض الوقف إذا قل نزلها بحيث لا تحتل الزراعة ولا تغض غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح الارض في الاستبدال بأرض أخرى وفي نحو هذا عن الانصاري صحة الشرط لكن لا يبيعهما إلا بذن الحاكم وينبغي للحاكم إذا فرغ اليه ولا منفعه في الوقف ان يذن 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 استحسانا لان فيه نحو يله الى ما يكون خيرا من الاول أو مثله فيمكن تقرر بالابطال او عند محمد رحمه الله وأهل البصرة الشرط باطل والوقف جائز لان هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زوال الملك والوقف يتم به

ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القرية ولو شرط الواقف ان يستبدل به أرضاً أخرى إذا شاء ذلك جائز عند أبي يوسف كانه مذهب في التوسع في الوقف وعند محمد الواقف جائز والشرط باطل لان هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زواله والوقف يتم بذلك ولا يتعدم به معنى التبايد في أصل الوقف فيتم الوقف بشرطه ويبقى الاستبدال شرط افساد فيكون باطلا 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 واشترط عدم حكمه وهو التأييد بل هو تأييد
معنى ولا يقال حكم الوقف إذا صح الخروج عن ملكه فلا يمكنه بيعه لانا 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 كمرسلة 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 أدى بتجوز الاستبدال بغير شرط الاستبدال
فيما إذا كان أحسن للوقف كان حسناً والحاصل أن الاستبدال ما عن شرطه الاستبدال وهو مسألة الكتاب
أولا عن شرطه فإن كان الخروج والوقف عن انتفاع الموقوف عليهم به فينبغي أن لا يختلف فيه كالصورتين
المدكورتين لقاضيان وإن كان لذلك بل اتفق أنه يمكن أن يؤخذ بمن الوقف ما هو خير منه مع كونه
متفعا به 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 لا تجب الزيادة فيه بل
تبقية كما كان ولعل محل 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 أجمعوا أن الواقف إذا شرط الاستبدال
لنفسه يصح الشرط والوقف ويملك الاستبدال ما بالشرط أشار في السير إلى أنه لا يملكه إلا بالذن القاضى ولا
ينبغي أن يحل الإجماع المذكور كون الاستبدال لنفسه إذا شرطه له وفي القاضى فيما لا شرط فيه لا في أصل
الاستبدال والافهوقد نقل الخلاف وعرف من هذا أن محل ما ذكرناه عن الأنصارى ما إذا لم بشرطه لنفسه
ثم إذا اشترى البديل للوقف صار وقفاً ولا يتوقف وقفته على أن يقعه بل يفظ يخصه وليس للقيم أن يوصى
بالاستبدال لمن يوصى إليه عند موته بالوقف ومن فروع الاستبدال لو قال على أن أبيعها بقليل أو كثير أو على
أن أبيعها وأشترى بثمنها عبدانص هلال على فساد الوقف كانه قال على أن أبطلها ولو اقتصر على قوله على أن
أبيعها وأشترى بثمنها أرضاً جازاً استحساناً 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 غيرها إلا ما كان قد تختلف في جودة
الأرض وينبغي أن كانت أحسن أن لا يجوز لأنه خلاف إلى خير ولو شرط الاستبدال ولم يذ كر شيئاً استبدل
ما شاء من العقار خاصة ولو باع الوقف بعين فاحس لا يجوز البيع ولو قبض الثمن ثم مات ولم يبين حاله فهو دين
في تركته وكذا لو استملكه أمالو ضاع الثمن في يده فلا ضمان عليه ولو اشترى بالثمن عرضاً ما لا يكون وقفاً فهو
له والدين عليه ولو وهبه من المشتري صح الهبة ويضمنه في قول أبي حنيفة ومنعه أبو يوسف أمالو 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 كأنها وإذا باع الوقف ثم عاد إليه بما هو فسخ من كل وجه كان له أن
يبيعها ما نساوان عادت بعقد جديد لا يملك بيعها لأنها صارت وقفاً فكانه اشترى غيرها إلا أن يكون عم لنفسه
الاستبدال ولو ردت بعيب بقضاء 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 بلا 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 للوصى ذلك لأن في الوكالة
وهو حي لو تمكن خله أمكنه الاستبدال بخلاف الوصى ولو شرط الاستبدال لنفسه مع آخر على أن يستبدل معاً
فتفرد بذلك الرجل لا يجوز ولو تفرد به الواقف جاز لأنه هو الذي شرطه لذلك وما شرط لغيره فهو مشروط له كما
لونصب قاضياً بلدين كل قهما كان لسلك أن يتصرف وحده ولو أن أحد هذين القاضيين أراد أن يعزل الذي

فيبقى الاستبدال شرطاً فاسداً فيبطل كفي المسجد إذا شرط الاستبدال أو شرط أن يصل إليه قوم دون قوم

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 الخلف (بناء على ما ذكرناه) إشارة إلى ان 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 صرح في المبسوط ثم سلم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد لم ينقلب الوقف جائزا باطل الخيار بعد ذلك لان الوقف لا يجوز الا مؤبدا وشرط الخيار يمنع التأيد فكان شرط الخيار شرطا فاسدا في نفس العقد فكان المغسود قويا (وقوله وأما فصل الولاية فقد نص فيه) أي فقد نص القدروري في فصل الولاية بالجواز على قول أبي يوسف بقوله واذا جعل الوقف على 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 والا فلا (قوله ولو شرط) أي الواقف الخيار لنفسه ثلاثة أيام) بان قال ووقفته دارى هذه على كذا على اني بالخيار ثلاثة أيام (جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف ورحمة الله وقال محمد رحمه الله الوقف باطل) وهو قول الشافعي وأحمد وهلال قال المصنف (وهذا بناء على ما ذكرنا) يريد الاصل المختلف فيه أعني شرط التسليم فان محمد الماشرط تمام القبض لينقطع حق الواقف فلا شك ان شرط الخيار يفوت مع الشرط المذكور لانه لا يتصور معه تمام القبض وأما أبو يوسف فلم يملك بشرط تمام قبض متول ان يفتى عليه جواز شرط الخيار وروي عن أبي يوسف ان الوقف جائز والشرط باطل وهو قول يوسف بن خالد السعدي لان الوقف كالاتفاق في أنه إزالة الملك لا إلى الملك ولو أعتق على انه بالخيار عتق وبطل الشرط فكذلك يجب هذا ولذا اتفقوا على أن شرط الخيار في المسجد يبطل ويتم وقف المسجد ومثل ذلك قال الهندواني على قول محمد بن يحيى أن يجوز الوقف ويبطل الشرط لانه 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 كراه على الوقف فلا يتم معه بخلاف المسجد فان القبض ليس شرطا فيه عنده بل إقامة الصلاة فيه بجماعة وكذا في الاعتاق فان القبض فيه ليس شرطا والحاصل انه ان تم له شرط التسليم في أصل الوقف تم له هذا وقد مناه فيه وتقييد الخيار بثلاثة أيام ليس قيديا بل أن يكون معلوما حتى لو كانت مجهولة بان وقف على انه بالخيار لا يجوز بالاتفاق وكذا روي عن أبي يوسف أنه قال ان بين للخيار وقتا جازا للوقف والشرط وان لم يوقت له فالوقف والشرط باطلان ثم إذا لم يصح الوقف مع شرط الخيار عند محمد فلو باطل الخيار قبل الثلاث لم يصح لان الوقف لا يجوز الا مؤبدا والخيار يمنع التأيد وكان شرط الخيار في نفس العقد بخلاف البيع فان الخيار فيه لا يمنع جوازه بل يغسده اذا شرطه أكثر من ثلاثة أيام لامتناع لزوم العقد بعد الالبام الثلاثة فلم يكن الفساد في صلب العقد فاذا 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 اطاع على عيب رجوع بنقصان العيب ولا يكون للوقف بل له ان يصنع به ماشاء * (فروع) * اشترى أرضا على انه بالخيار فوقفها ثم أسقط الخيار صح ولو كان الخيار للبايع فوقفها المشتري ثم أسقط البايع الخيار لا تكون وقفها ولو وقفها البايع صح ولو وقفها الموهوب له الأرض قبل قبضها ثم قبضها لا يصح الوقف وكذا لو وقفها الموصى له بما قبل موت الموصى ثم مات الموصى وكذا لو وقفها في الشراء الفاسد قبل قبضها (قوله) وأما فصل الولاية فقد نص فيه) أي القدروري (على قول أبي يوسف) حيث قال أو جعل الولاية اليه 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 ورحمة الله تعالى الوقف باطل لان تمام الوقف على مذهب محمد رحمه الله تعالى عليه بالقبض وشرط الخيار يمنع تمام القبض وهذا لا يتم القبض في الصرف والسلم مع شرط الخيار ولان تمام الوقف بتمام الرضا ومع شرط الخيار لا يتم الرضا فيبطل الوقف كراه على الوقف ثم سلم 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 واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه جاز عند أبي يوسف رحمه الله وذكر في المحيط واذا وقف الرجل أرضه ولم يشترط الولاية لنفسه ولا غيره فالوقف جائز والولاية للواقف

شرط أو سكت ولا على قول
محمد لان التسليم الى المتولى
شرط صحة الوقف فكيف
يصح ان يشترط الواقف
الولاية لنفسه وهو يمنع
التسليم الى المتولى فهذا
أوله بعض مشايخنا وقالوا
الاشبه أن يكون هذا قول
محمد لان من أصله ان
التسليم الخ ومعناه اذا سلمه
الى المتولى وقد شرط الولاية
لنفسه حين وقوعه كان له
الولاية بعدما سلمه الى المتولى
والدليل على ذلك ما ذكره
محمد في السير اذا وقف ضيعه
وأخرجها 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
قال فاضلنا وهذه المسئلة
بناء على ان عند محمد التسليم
الى المتولى شرط صحة الوقف
فلا يتبع له ولاية بعد التسليم
الا أن يشترط الولاية لنفسه
أما على قول أبي يوسف
فالتسليم الى المتولى ليس
بشرط فكانت الولاية
لواقف وان لم يشترط الولاية
لنفسه وقوله (ولنا ان المتولى
انما يستفيد الولاية من جهته
استدلال لابي يوسف وعبر
عنه بقوله ولنا اشارة الى انه
المختار وكلامه الباقي ظاهر
لا يحتاج الى شرح والله أعلم

وذ كر هلال في وقعه وقال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية وان لم يشترط لم تكن له ولاية
قال مشايخنا الاشبه أن يكون هذا قول محمد لان من أصله أن التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم
يبق له ولاية فيه وانما المتولى انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له الولاية وغيره
يستفيد الولاية منه ولا به أقرب الناس الى هذا الوقف فيكون أولى بولايته ممن اتخذ مسجداً يكون أولى
بعمارة ونصب المؤذن فيه ولكن أعتق عبداً كان الولاء له لانه أقرب الناس اليه ولو أن الواقف شرط ولاية
لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي أن ينزعها من يده نظر الفقراء كماله أن يخرج الوصي
نظرا للصغار وكذا اذا شرط ان ليس للسلطان ولا لقاض أن يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف
لحكم الشرع فيبطل

(وقال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية وان لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا الاشبه أن
يكون قول محمد لان من أصله) أن التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه فهذا يدل
على أنه لم يثبت تصريح محمد به ولذا أطلق المصنف قوله وهو ظاهر المذهب وأورد على هذا أن مقتضى
اشتراط محمد التسليم الى القيم أن لا يثبت للواقف ولاية وان شرطها لنفسه لانه يناقض هذا الشرط أوجب
بوجهين أحدهما أن ناول ذلك أن يكون شرط الولاية لنفسه ثم سلمها الى المتولى فان الولاية تكون له عند
محمد فانه ذكر في فتاوى فاضلنا ذلك كمر محمد في السير أنه اذا وقف ضيعه وأخرجها الى القيم لا تكون له ولاية
بعد ذلك الا اذا كان شرط الولاية لنفسه وأما اذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم الى
أن قال وهذه المسئلة بناء على أن عند محمد التسليم الى المتولى بشرط الوقف فلا يتبع له ولاية بعد هذا التسليم الا
ان شرط الولاية لنفسه وأما على قول أبي يوسف التسليم ليس بشرط فكانت الولاية له وان لم يشترطها ومثل
هذا الذي ذكره في الكتاب مذكور في التتمة والذخيرة والآخرا من معنى قول محمد ان شرط الولاية لنفسه
فهى له أنه اذا شرط الولاية لنفسه يسقط شرط التسليم عند محمد أيضا لان شرط الواقف تراعى ومن
ضرورة سقوط التسليم قال في النهاية كذا وجدت في موضع بخط ثقة وقد منافر عا آخر على اشتراط التسليم
عند الكلام عليه ثم استدلل المصنف على قول أبي يوسف الذي جعله ظاهر المذهب بقوله (ولنا ان المتولى انما
يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيدها منه) ولقائل أن يمنع
استفادة الولاية منه على تقدير كون التسليم شرطاً لانه بالتسليم يخرج عن ملكه فيصير اجنبياً عنه فيجب
كون الولاية فيه للمخار كقول أبي يوسف من شاء ممن يصلح لذلك وهو ممن لم يسأل الولاية في الوقف وليس فيه فسق
يعرف بناء على خلو الحق لله عز وجل لان الحاكم هو الذي يتولى حقوق الله تعالى وهو مخير للشافعية
ذ لا بد لكون الولاية له بعد خروجه عن ملكه وعدم اشتراطه لنفسه من دليل بخلاف ما اذا شرطها لنفسه وقد
يتم قوله (ولانه أقرب الناس الى الوقف فكان أولى بولايته) دليلاً على ذلك فان القاضي ليس أقرب منه اليه
والفرض أن الواقف عدل مأمون فهو أحق من القاضي لانه وان زال الملك فهو على وجه تعود منه نفعه للواقف
بصرفه الى الجهات التي هيها وهو أصح لنفسه من غيره فينتصب ولياً وقوله (لمن اتخذ مسجداً كان أولى
بعمارة ونصب المؤذن وكمن أعتق عبداً كان الولاء له لانه أقرب الناس اليه) أما عمارة فلا خلاف يعلم فيه
وأما نصب المؤذن والامام فقال أبو نصر فلاهل المحلة وليس الباني أحق منهم بذلك وقال أبو بكر الاسكافي الباني
أحق بنصهم ممن غيره كالعامة قال أبو الليث وبه نأخذ الا أن يريد اماماً مؤذناً والقوم يريدون الاصلح فلهم
أن يفعلوا ذلك كذا في النوازل (ثم اذا شرط الواقف الولاية لنفسه وكان غير مأمون على الوقف فللقاضي أن
يخرج الوصي نظر الصغار وكذا لو شرط أن ليس للسلطان ولا لقاض أن يخرجها من يده ويوليها غيره
عنه ويوليها غيره) لا يلتفت الى شرطه اذا كان غير مأمون لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل وصرح بان

كذا ذكر هلال والخصاف رحهما الله (قوله وذ كر هلال) قال أقوام أى بعض المشايخ زعمهم الله أن
شرط الواقف الولاية لنفسه كانت الولاية له وان لم يشترط لم يكن له ولاية قال مشايخنا رحهم الله تعالى الاشبه أن

* (فصل) * فصل أحكام

المسجد عما قبله في فصل على
حدة لمخالفة أحكامه ما قبله
في عدم اشتراط التسليم الى
المتولى عند تجديد ومنع
الشروع عند أبي يوسف
وخزوجه عن ملك الواقف
عند أبي حنيفة وان لم يحكم
به الحاكم فرق أبو حنيفة

بين الوقف والمصدق فان الوقف
اذا لم يحكم به ما لم 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 لوقف اجتمع
فيه معنان الجنس
والصدقة فاذا قال وقفت
فكانه قال حبست العين
على ملكي وتصدقت بالغة
ولو صرح بذلك لا يصح
مالم يوص به لان التصرف
بالغة المدومة 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
الله 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
جماعة بغير اذان واقامة
سرا لا يصير مسجدا عند أبي
حنيفة ومحمد فان أذن رجل

* (فصل) * (واذا بنى مسجد المزل ملكه عنه حتى يقره عن ملكه بطريقه وياذن للناس بالصلاة فيه فاذا
صلى فيه واحذر ان عند أبي حنيفة عن ملكه) أما الاقرار فلا يخلص لله تعالى الاب والام الصلاة فيه فلا يملك
لابد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة فيه اولانه لما تعذر القبض
فقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفى بصلاة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفة وكذا عن محمد لان فعل الجنس
متعذر فيشترط أدناه وعن محمد انه يشترط الصلاة بالجماعة لان المسجد بنى 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
المرجلين بعدموته فارصى أحدهما الى صاحبه في أمر الوقف ومات جاز تصرف الحي في جميع الوقف وعن
أبي حنيفة لا يجوز ولانه انما رضى برأيه ما وفيها لو جعل أرضه وقف ففرض مرض الموت بفعل رجل ورضى نفسه
ولم يذكر من أمر الوقف شيئا فان ولاية الوقف لا تكون الى الوصي ولو قال أنت وصي في أمر الوقف خاصة قال
أبو يوسف هو كقول وقال أبو حنيفة هو وصي في الاشياء كلها

* (فصل) * لما اختلفت المساجد باحكام تحالف أحكام مطلق الوقف عند الثلاثة فعند أبي حنيفة لا يشترط
في زوال الملك عن المسجد حكم الحاكم كولا الايباء به ولا يجوز زمشا عند أبي يوسف ولا يشترط التسليم الى
المتولى عند محمد أفرد به بفصل على حدته وأخره هذا ويمكن أن يجعل من ذلك أيضا ما لو اشترى أرضا فاسدا
وقبضها ثم وقفها على الفقراء جاز وعليه قيمته للفقراء ولو اتخذها مسجدا قال الفقيه أبو جعفر ذكر محمد في
كتاب الشفعة انه لو اشترى أرضا فاسدا وبنائها بناء المسجد جاز عند أبي حنيفة ترضى الله عنه وعليه قيمتها
للبيع وقول أبي يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الارض الى البائع بفساد البيع قال فاشترط البناء له دليل
على ان لا يكون مسجد اقبل البناء عند الكل وذ كره لاله انه يصير مسجدا في قول أصحابنا فصار فيه روايتان
قال الفقيه أبو جعفر في الوقف أيضا روايتان والفرق على احدهما 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 للشفيع أن ياخذها بالشفعة وكذا اذا كان للبائع حق الاسترداد كان له أن
يبطل المسجد (قوله واذا بنى مسجد المزل ملكه عنه حتى يقره عن ملكه بطريقه وياذن للناس في الصلاة
فيه فاذا صلى فيه واحذر ان 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
الآخر عن ملكه ألا ترى أنه لو شرطه لغيره يثبت لغيره فاذا شرطها لنفسه أولى أن يثبت له لان هذا الشرط
بقاء للولاية الثابتة له معنى وذ كره 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
وذ كره 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 فلما قلنا أنه تعليق ولو قال شئت وجعلتها صدقة موقوفة صح لانه ابتداء
وقف والله تعالى أعلم بالصواب

* (فصل) * (قوله فلا يخلص لله تعالى الاب) ولا بد أن يكون خالصا لله تعالى لقوله تعالى وأن المساجد لله
أي مخصصة لله ولا يخلص لله تعالى الاب (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 جماعتهم 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 تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه وان مات يورث عنه) لانه لم يخص الله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ولو كان السرداب

جماعة وعند أبي يوسف نزول ملكه بمجر دقوله جعلته مسجداً أما قوله ما فلان الملك لم يزل بمجر دال القول فشي محمد على أصله في اشتراط التسليم لكن لا يتعين المتولى لان تعينه لتحقيق التسليم الى من أخرج اليه وهو الله سبحانه وتعالى ولا يتحقق الا في ضمن التسليم الى العبد على ما مر لكل عبد بل الذي تعود منفعة اليه غير ان المتولى يقام مقامهم في القبض ومقام الواقف في اقبال الغلة لهم لكل وقف في العادة فتعين ولم تجر العادة في المسجد بذلك اذ ليس له غلة يستحقها الناس فاقوم حصول المقصود مقام التسليم وهو بالصلاة فيه وعلى هذا يخرج عن الملك بصلاة المنفرد لان قبض الجنس متعزفا كتنفى بالواحد وعلى هذه الرواية اختلفوا الوصلى الواقف بنفسه وحده والصحيح أنه لا يكفي لان الصلاة انما تشترط لاجل القبض للعامة وقبضه من نفسه لا يكفي فكذا صلته ووجه رواية اشتراط الجماعة انهم المقصود بالمسجد لا مطلق الصلاة فانها تتحقق في غير المسجد فكان تحقق المقصود منه بصلاة الجماعة ولهذا يشترط كونها باذان واقامة عندهما ولو جعل له واحدا مؤذنا واماما فاذن واقام وصلّى وحده صار مسجداً بالاتفاق لان أداء الصلاة على هذا الوجه كالجساعة ولهذا قالوا يكره بعد صلاة المؤذن هذه ان تعاد للجماعة ان ياتي بعده على هذا الوجه عند البعض وقولنا لا يتعين المتولى بقيدانه لو سلمه الى متولى جعله له صحيح وان لم يصل فيه أحد وفيه اختلاف المشايخ والوجه الصحة لان بالتسليم الى المتولى أيضا يحصل تمام التسليم اليه تعالى لرفع يده عنه ووجه قول أبي حنيفة في الفرق بين المسجد وغيره في الخروج عن الملك بلا حكم مما سياتى بان لفظ الوقف والصدقة في قول الواقف جعلت أرضى صدقة موقوفة ونحوها لا يوجب الخروج عن الملك لان لفظ الوقف لا يبنى عنه والصدقة ليس معناها الا التصديق بالغلة وهي معدومة فلا يصلح بل الوقف يبنى عن الإبقاء في الملك التحصل الغلة على ملكه فيصدق بها فيحتاج الى حكم الحاكم لا يخرجاه عن ملكه الى غير مالك في محل الاجتهاد بخلاف قوله جعلته مسجداً فإنه ليس منبثاعن ابقاء الملك ليجتاز الى القضاء بزواله فاذا أذن في الصلاة فيه فصلى كما ذكرنا قضى العرف في ذلك بخروجه عنه ومقتضى هذا أمران أحدهما انه لا يحتاج في جعله مسجداً الى قوله وقتنه ونحوه وكذلك وبه قال مالك وأحد وقال الشافعي لا بد من قوله وقتنه أو حبسته ونحو ذلك لانه وقف على قرية فكان كالوقف على الفقراء ونحن نقول ان العرف جار بان الاذن في الصلاة على وجه العموم والتخليه بقيد الوقف على هذه الجهة فكان كالتعبير به فكان ممن قدم طعاما الى ضيفه أو نثر ثمارا كان ادنا في أكله 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 وقتنه مسجداً ولم ياذن 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 ياذن

ويصير مسجداً بلا حكم لانه اسقاط كالاتفاق وبه قالت الائمة الثلاثة وينبغي أن يكون قول أبي يوسف ان كلا من مجرد القول والاذن كاف لا موجب لزوال الملك وصيرورته مسجداً الماذكرنا من العرف (قوله ومن جعل مسجداً تحته سرداب) وهو بيت يتخذ تحت الارض لتبريد الماء وغيره (أو فوقه بيت) ليس للمسجد واحد منهما فليس بمسجد (وله يبيعه ويورث عنه اذا مات) ولو عزل بابيه الى الطريق (لبقاء حق العبد متعلقا 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 الاسراحتى لوصلى جماعة بغير اذان واقامة سر الاجهر الا يصير مسجداً عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله فان جعل للمسجد مؤذنا واماماً وهو رجل واحد فاذن واقام وصلّى وحده صار مسجداً بالاتفاق لان أداء صلته على هذا الوصف كالجساعة ألا ترى أن أصحابنا رجعهم الله تعالى قالوا مؤذن مسجداً اذا أذن واقام وصلّى وحده ليس لمن يجيىء بعد ذلك أن يصلّى بالجماعة في ذلك المسجد وبقبض المتولى هل يصير مسجداً من غير أن يصلّى فيه فقد اختلف فيه

واحد واقام وصلّى وحده صار مسجداً بالاتفاق لان صلته على هذا الوصف كالجساعة وقوله (وقد بيناه من قبل) اشارة الى 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 سردابة وهو بيت يتخذ تحت الارض للتبريد وقوله (فله أن يبيعه) أى لا يكون مسجداً وهو ظاهر الرواية لان المسجد ما يكون خالصه تعالى قال تعالى وان المساجد لله أضاف المساجد الى ذاته مع ان جميع الاماكن له فاقضى ذلك خلوص المساجد لله تعالى ومع بقاء حق العبادى أسفله أو فى أعلاه لا يتحقق الخلوص

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

لمصالح المسجد جاز كافي مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه انه قال اذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتابد وذلك يتحقق في السفل دون العلو وعن محمد على عكس هذا لان المسجد معظمه 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 انه حين دخل الري أجاز 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 بحيث يجوا نبيه كان له حق المنع فلم يصير مسجدا ولانه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن محمد انه 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 لصالح الله وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجوع الى

فائدة هذه الاضافة اختصاصه به وهو بانقطاع الحق كل من سواه عنه وهو منتف في ما ذكرنا اذا كان السفل مسجدا فان لصاحب العلو حق في السفل حتى يمنع صاحبه أن ينقب فيه كوة أو يتدفق فيه وتد اعلى قول أبي حنيفة و باتفاقهم لا يحدث فيه بناء ولا يوهن البناء الا باذن صاحب العلو واما اذا كان العلو مسجدا فلان أرض العلو ملك لصاحب السفل بخلاف ما اذا كان السرداب أو العلو موقفا لصاحب المسجد فانه يجوز اذلا ملك فيه لاحد بل هو من تنبيه مصالح المسجد فهو كسرداب مسجد بيت المقدس هذا هو ظاهر المذهب وروى عن أبي حنيفة انه اذا جعل السفل 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 بحيث يجوا نبيه (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 صحة بشرطه وفي فتاوى قاضيان رجل له ساحة لابناء فيها أمر قوم أن يصلوا فيها جماعة قالوا ان أمرهم بالصلاة فيها أبدا أو أمرهم بالصلاة بجماعة ولم يذكر الابدالانه أراد الابدثمات لا يكون ميراثا عنه وان أمرهم بالصلاة شهرا أو سنة ثم مات يورث لانه لا بد من التابيد والتوقيت ينافيه ومقتضى هذا ان لا يصير مسجد فيما اذا أطلق الا اذا اعترف الورثة بانه أراد الابدان نيته لا تعلم فلا يحكم عليهم بمنع ارضهم بحال يثبت ولو ضاق المسجد وبجنبه أرض وقف عليه أو ماتت جاز أن يؤخذ ويدخل فيه ولو كان ملك رجل أخذ بالقيمة كره اقلو 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 احتاجوا ينظر أهم أكثر ولا يهله ذلك ولهم أن يهدموه ويجددوا وليس لمن ايس من أهل الحلة ذلك وكذلكهم أن يضعوا الحجاب ويعلقوا القناديل ويفرشوا الحصر كل ذلك من مال أنفسهم وأمان مال الوقف

(قوله) وروى الحسن رجحه الله تعالى عنه) أي عن أبي حنيفة ترجمة لله تعالى عليه (قوله وعلى ظهره) 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 تحت سرداب أو فوقه بيت وعن محمد انه أجاز ذلك كله أي ما تحت سرداب وفوقه بيت مستغل أو دكا كين وانما ذكر قول محمد بهذا الطريق ولم يقل وعن أبي يوسف ومحمد مع ان هذين القولين منه ما في الحكم سواء ليهتبا 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 مهمم لما دخل سخن الدوا لا لشيئ معين بين طرفي السخن 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 امر بخرقه فقال هذا مسجد أبي يوسف وأبو يوسف مرياض طبل فقال هذا مسجد محمد لانه لما عاد الى ملك لواقف وربما يجعله

صار مسجد ارسطو قوله ولو خرب
 ماحول المسجد واستغنى
 عنه) على بناء المغول (يبقى
 مسجد عند أبي يوسف) الى
 أن قال وعند محمد يعودي
 ملك الباني قال في النهاية وفي
 الحقيقة هذه المسئلة مبنية
 على ما بيناه فان أبو يوسف
 لا يشترط في الابتداء اقامة
 الصلاة فيه ليصير مسجدا
 فكذلك في الانتهاء وان
 ترك الناس الصلاة فيه لا
 يخرج من أن يكون مسجدا
 ومحمد يشترط في الابتداء
 اقامة الصلاة فيه بالجماعة
 ليصير مسجدا فكذلك
 في الانتهاء واذا ترك الناس
 الصلاة فيه بالجماعة
 يخرج من أن يكون مسجدا
 وحكي أن محمد امر بجزالة
 فقال هذا مسجد أبي يوسف
 يريد به انه لم يزل يعوده الى
 ملك الباني يصير مزية عند
 تطاول المدة ومر أبو يوسف
 باصطبل فقال هذا مسجد
 محمد يعني انه لما قال يعود
 ملكا فر بما جعله المالك
 اصطبل بعد أن كان مسجدا
 فكل واحد منهما استبعد
 اصطبل بمرور الزمان انتهى
 في توجيه طعن أبي يوسف
 تأمل فان الاستبعاد في بقاءه
 مسجد اعلى تلك الحال كافي
 المزيلة على قول أبي يوسف
 وليس الاصطبل كذلك عند
 محمد فانه خرج عن أن يكون
 مسجد افسقط ملكه في ذلك
 المقدم من الزمان

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

فلا يفعل غير المتولى الا باذن القاضي الكل من الخلاصة الا ان قوله وعلى القلب يقتضى جعل المسجد رحبة
 وفيه نظر وقد ذكر المصنف في سلامة النون من كتاب التجنيس قيم المسجد اذا اراد 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 الجهة أو القرية بان كان
 في قرية تغربت وحولت مزارع يبيقي مسجد اعلى 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 ثمنها
 الى وقف آخر ما روي أن عمر كتب الى أبي موسى لسان قب بيت المال الذي بالكوفة انقل المسجد الذي
 بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد (وعن محمد يعودي ملك الواثق) ان كان حيا (والى وورثته)
 ان كان ميتا وان لم يعرف بانيه ولا وورثته كان لهم بيعة والاستعانة بثمنه في بناء مسجد آخر وجه قوله انه عينه
 لقرية وقد انقطعت فينقطع هو أيضا وصار كصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه) وقد يله اذا خرب
 المسجد يعودي ملك متخذة وكلو كفن ميتا فترسه سبيع عاد الكفن الى ملك مالكة وكهري الاحصار اذا
 زال الاحصار أدرك الحج كان له أن يصنع به سديه ماشاء واستدل أبو يوسف وجهور العلماء بالكعبة
 فان الاجماع على عدم خروج موضعها عن المسجدية والقرية الا أن لقاتل أن يقول القرية التي عينت
 له هو الطواف من أهل الآفاق ولم ينقطع الخلق عن ذلك زمان الفترة وان كان لا يصح منهم لكفرهم
 بحلى أن الإيمان لم ينقطع من الدنيا راسا فقد كان لثلث قس بن ساعدة أمثال فالوجه انه بعد تحقق سبب
 سقوط الملك فيه لا يعود كالمعتق كالا يعودي ازال الى مالك من أهل الدنيا لا بسبب يوجب تجديد الملك
 فمال يتحقق لم يعد وأما ما قاس عليه من هدى الاحصار 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 أو يبيعه قيم
 المسجد للمسجد ولانه ما جعله مسجد يصلي فيه أهل تلك الجهة لا غير بل يصلي فيه العامة مطلقا أهل تلك الجهة
 وغيرهم وأما استدلال أحمد بما كتبه عمر لا يفيد لانه يمكن أنه أمره باتخاذ بيت المال في المسجد واستدلاله
 بالانتفاع بالاستبدال مردود بالحديث المشهور وفي الخلاصة قال محمد في الفرس اذا جعله حينئذ في سبيل الله
 ذصار بحيث لا يستطيع أن يركب يباع ويصرف بثمنه الى صاحبه أو وورثته كافي المسجد وان لم يعلم صاحبه
 يشتري بثمنه فرس آخر يغزى عليه ولا حاجة الى الحاكم ولو جعل جنازة وملاءة ومغسلا وقفا في حجة ومات
 أهاتها كاهم لا يرد الى الورثة بل يحول الى مكان آخر فان صح هذا من محمد فهو رواية في الحصر والهورى
 انها لا تعود الى الورثة وهكذا نقل عن الشيخ الامام الحلواني في المسجد والحوض اذا خرب ولا يحتاج اليه لتفرق
 الناس عنه انه يصر أو فانه الى مسجد آخر وحوض آخر واعلم أنه يتفرع على الخلاف بين أبي يوسف
 ومحمد فيما اذا استغنى عن المسجد لخرب الجهة والقرية وتفرق أهلها ما اذا انهدم الوقف وليس له من الغلة
 ما يمكن به عمارته أنه يبطل الوقف ويرجع النقص الى بانيه أو وورثته عند محمد خلافا لابي يوسف وكذا حائز
 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 أبو يوسف رحمه الله لا يشترط في
 ابتداء اقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء اذا ترك الناس الصلاة فيه لا يخرج من أن

قال (ومن بنى سقاية للمسلمين) أو حائبا سكنه بنو السبيل أو رباطا 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 لقطعة وكذا الرباط اذا حارب يبطل الوقف ويصير ميراثا ولو بنى رجل على هذه الارض فابنائه للباني وأصل الوقف لو ارثه الواقف عند محمد فقول من قال في جنس هذه المسائل نظر فليتامل عند الفتوى غير واقع موقعه وفي الفتاوى الظهيرية سئل الحلواني عن أوقف المسجد اذا تعطلت وتعذرا استغلالها هل للمتولى 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 بر جوعه الى ملك الواقف وورثته بمجرد تعطله وخوابه بل اذا صار بحيث لا ينتفع به يشترى بثمنه ووقف آخر يستغل ولو كانت غلته دون غلة الاول وكذا للمتولى 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 ووقفه انتهى ويجب حفظ هذا فانه قد تخرب الدار وتصير 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 الجاهة 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 الارض الموقوفة يبيعه ولا يبيع من نفس الارض لذلك ولا يعطى المستحقون شيئا من ثمن النقص ولا من عينه بوجوه من الوجوه لانه لاحق لهم فيما سوى الغلة بل الحال انه ان أمكن شراء شئ يستغل ولو قليلا أو اجارة الارض بشئ ولو قليلا فعل وحفظه لعمارة ما بقى ولو خرب الكل وتعذر ان يشترى بثمنه مستغل ولو قليلا حيث نذر جرح الى ملك الواقف (قوله ولو بنى سقاية للمسلمين أو حائبا سكنه بنو السبيل أو رباطا أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة ووجه الله تعالى) ولو سلمه الى متولى (لانه لم ينقطع حقه عنه ألا ترى انه ينتفع به) في الحال

مذهب صاحبه لما أشار اليه استدل أبو يوسف بأنه سقط ملكه في ذلك المقدار فلا يعود الى ملكه واستظهر بالكعبة فان في زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة عنه عن أن يكون موضعا للطاعة والقربة خالصا لله تعالى فكذلك في سائر المساجد وتجد يقول عين هذا الجزء من ملكه مصر وفا الى قرية بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه أو ملك وارثه وصار كحشيش المسجد وحصيره اذا استغنى عنه الا أن أبو يوسف يقول في الحصر والحشيش ينقل الى مسجد آخر وقوله (ومن بنى سقاية أو حائبا) ظاهر

لا يكون مسجدا وعند محمد رحمه الله بشرط في الابتداء اقامة الصلاة فيه بالجماعة يصير مسجدا فكذلك في الانتهاء اذا ترك الناس الصلاة فيه بالجماعة يخرج من أن يكون مسجدا وحكى أن محمد ارجم الله عز وجله فقال هذا مسجد أبي يوسف رحمه الله بر يديه أنه لما لم يقل يعود الى ملك الباني يصير منبلة عند تطاول المدة ومصر أبو يوسف رحمه الله باصطبل فقال هذا مسجد محمد رحمه الله يعني لما قال يعود ملك كافر بما يجعله المالك اصطبلا بعد أن كان مسجدا وكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه بما أشار اليه وقيل هي من وضع الفرقة الجهلة الممقوتة عند الله تعالى استخرجوا من اختلافهم الناس عن الاجتهاد الصحيح أباطيل مختلفة عليهم ليضعوا عن من شأنهم بنقل الطعن عن بعضهم في بعض ويأبى الله الا أن يتم فوره فمحمد رحمه الله يقول انه جعل هذا الجزع مصر وفا الى قرية بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه كالحصر اذا بعث بالهدى ثم زال الاحصار فادرك الحج كان له أن يصنع مهديه ماشاء وكذلك لو كفن ميتا ثم افرسه السبع عاد الكفن الى ملك صاحبه وكذا اذا علق قنديلا وبسط حصير في المسجد ثم خرب المسجد وأبو يوسف رحمه الله يقول بلى زال ملكه بجهة ولكن لم تبطل تلك الجهة لانه ما جعله مسجدا ليصلى فيه أهل الحلة لا غير وانما جعل مسجدا ليصلى فيه العامة لان للعامة حق اقامة الصلاة في المسجد واستدل أبو يوسف رحمه الله بالكعبة فان زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به من أن يكون موضع الطاعة والقربة خالصا لله تعالى فكذلك سائر المساجد وأما هدى الاحصار فهو لم يزل عن ملكه قبل الذبح وكلا منافيا اذا زال عن ملكه وكذلك الكفن ليس بإزالة العين عن ملكه بل هو تبرع بالتمسك بالحاجة الميت فكان بمنزلة العارية حاله الحياة وقد وقع

فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الاضافة الى ما بعد الموت كافي 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 استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كما وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض ولو سلم الى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه كلها لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولى فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكسبه ويخلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولى له عرفا وقيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولى لانه لو نصب المتولى يصح وان كان بخلاف العادة ولو جعل داره بمكة سكنى للحجاج بيت الله والمعتمرين أو جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين أو جعلها في نجر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين 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 (ويكتفى
بالواحد) ظاهر وقوله
(سكنى للحجاج بيت الله
تعالى) الحجاج اسم جمع بمعنى
الحجاج كالسامر بمعنى
السمار في قوله تعالى سامرا
تهجرون والنجر موضع
الخنازة من فروع البلدان
ويقال رباط الجيش أقام
في الثغر بزاء العدو ومرابطة
ورباط 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 (كافي الوقف على الفقراء) بل أولى لان الثابت في كل منهما اللفظ ينبي عن الخروج عن الملك كما قدمناه في وقفه وتصدقته 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 الأئمة الثلاثة كما مر (وعند محمد) لا يزول (حتى يستقى الناس من السقاية ويسكنوا الخان والرباط ويدفنوا في المقبرة لان التسليم عنده شرط) وتسليم هذه (بما ذكرناه) من سكناتهم الخان والرباط الى آخره (ويكتفى بالواحد) في التسليم الموجب لزوال الملك (لتعذر فعل الجنس) أى تسليم الكل على تقدير تسليمهم (وعلى هذا البئر) اذا احتغره (والحوض) نزول الملك اذا استقى منهما واحدا وشربت دابة ومن ذلك ما لو أدخل قطعة أرض له في طريق المسلمين وجعلها طريقا يشترط فيه مرور واحد بانه على قول من يشترط القبض في الاوقاف وكذا القنطرة يتخذها للمسلمين تلزم بمرور واحد ولا يكون بناؤها ميراثا (ولو سلم الى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه) أعنى السقاية والخان والرباط والمقبرة والبئر والحوض (لانه) أعنى المتولى (نائب عن الموقوف عليهم ففعله) أى تسليمه (كفعلهم) أى تسليمهم (وأما في المسجد فقيل لا يكون تسليما وقيل يكون) وقد قدمناه مع وجهه ووجه المصنف الصحيحة (بانه) أى المسجد (يحتاج الى من يكسبه ويخلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم) لانه متولى له عرفا واختلف في المقبرة فقيل كالمسجد على القول بانه لا يكتفى في ازاله الملك عنه التسليم الى متولى (لانه لا متولى له) فلا يزول الملك الا بالدفن فيها (وقيل كالسقاية فيصح التسليم الى المتولى) (قوله ولو جعل داره بمكة سكنى للحجاج والمعتمرين أو جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين 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 للمسجد لان الخاق عمال الله تعالى فن كان نفع لعياله كان أحب اليه فاذلكت 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 قليون ويقال رباط الجيش أى أقام في الثغر بزاء العدو ومرابطا ورباطا ومنه اصبر واوصبر ورا ورا بطوا أى أقموا على جهاده بالحر بوقوله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون جمع ربيط بمعنى مربوط والحاج اسم جمع بمعنى الحجاج كالسامر بمعنى السمار والنجر موضع الخنازة من فروع البلدان (قوله ودفع

ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا ر جوع فيه لما بيننا الآن 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 للزكاة في سبيل الله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا ر جوع فيها) أى في السقاية والمقبرة وفي الدار المسبلة عندهما للخروج عن ملكه بذلك القدر وهو قول الأئمة الثلاثة بلا شرط الدفع الى المتولى كقول أبي يوسف وعند أن بن حنيفة يبر جع مالم يحكم بذلك كما كثر روى الحسن عنه انه اذا ر جع بعد الدفن لا يبر جع الى الميت الذي دفن فيه وير جع فيما سواه ثم اذا ر جع في المقبرة بعد الدفن لا ينشها لان النيس حرام ولكن يسوى الارض ويزرع وهذا على غير رواية الحسن والغنى في ذلك كله على خلاف قول أبي حنيفة رضي الله عنه للتعامل المتوارث هذا وتنفارق المقبرة غيرها باله لو كان في المقبرة اشجار وقت الوقف كان للورثة أن يقطعوها لان موضعها لم يدخل في الوقف لانه مشغول بها كولو 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 يبيعها وصرف ثمنها على عمارة المقبرة فله ذلك وتكون في الحكم كأنها وقف ولو كانت قبل الوقف لكن الارض موات ليس لها مالك فاتخذها أهل القرية مقبرة فالاشجار 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 ولم 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 اللبنة ونحوه ان كان في الارض سعة جازوا لم يرض بذلك أهل القرية لكن اذا احتيج الى ذلك المكان برفع البناء ليقيم فيه ومن حفر لنفسه قبراً فغيره أن يقبر فيه وان كان في الارض سعة الا أن الاولى أن لا يوحشها ان كان فيها سعة وهو ممن بسط سجادة في المسجد أو نزل في الرباط فجاء آخر لا ينبغي أن يوحش الاول ان كان في المكان سعة وذ كر الناطق انه يضمن قيمة الحفر ليجتمع بين الحقين ولا يجوز لاهل القرية الانتفاع بالمقبرة الدائره فان كان فيها حشيش يحس 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 فانها 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 الاربطة للفقراء وهذا فصلان في المتولى والموقوف عليه

* (الفصل الاول في المتولى) * قالوا الاولى من طلب الولاية على الاوقاف كمن طلب القضاء لا يقلد للمتولى أن يشتري بما فضل من غلة الوقف اذا لم يتحج 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 معدلاً للاستغلال أو غير معد له حتى لو باع المتولى دار الوقف فسكنها المشتري ثم رفع الى قاض هذا الامر فابطل البيع وظهر الاستحقاق

ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا ر جوع فيها لما بيننا هذا قولهم ما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى في هذا كله لصاحبه أن يبر جع ويبطل ما صنع من الصدقة والمقبرة والخنان والسقاية وغيرها ويبيعها وان مات كان

للوقف 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 الدفع من مال نفسه ويضمن لو دفع من مال الوقف وان علم الاجير
 أن ما أخذ من مال الوقف لا يجعل له وله أن يتفق من ماله على حاجة الوقف ولو أدخل جذا من ماله في المسجد
 كان له الرجوع كالوصى اذا أنفق على الصغير وله أن يشتري من غلة المسجد دهنا وحصيرا و آجرا وحصا
 لغرض 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 أن يستدين لزراعة الوقف ويزره 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 ونقد من مال نفسه فانه يرجع بالاجماع لانه
 كالوصى اذا اشترى ونقد الثمن من مال نفسه له أن يرجع وليس له أن يرهن دار الوقف فان فعل وسكنها
 المرتهن ضمن أجرة المثل ولو أنفق ذراهم الوقف في حاجة نفسه ثم أنفق من ماله مثلها في الوقف جاز ويرأ عن
 الضمان ولو خلط ذراهم الوقف بمثلها من ماله كان ضامنا للسكل ولو اجمع مال للوقف ثم نابت نائبة من الكفرة
 فاحتجج الى مال للدفع شرهم قال الشيخ الامام ما كان من غلة وقف المسجد الجامع يجوز للعاكم أن يصرفه الى
 ذلك على وجه القرض اذا لم تكن حاجة للمسجد اليه وله أن يبني على باب المسجد نظلة للدفع الذى المطر عن
 الباب من مال الوقف ان كان على مصالح المسجد وان كان على عمارته أو ترميمه فلا يصح والاصح ما اله ظهير
 الدين ان الوقف على عمارة المسجد ومصلح المسجد سواء اذا كان على عمارة المسجد لا يشتري منه آيات
 والحصير ولا يصرف منه لزينه والشرفات ويضمن ان فعل ومن وقف وقفه لم يجعل له متوليا في حضرته
 الوفاة فارصى الى رجل فالوا يكون وصيا وفيما هذا في قول أبي يوسف لان التسليم ليس بشرط قصد الوقف في
 حياته بل بالتسليم بخلاف ما لو جعل له فيما ثم حضرته الوفاة فارصى لا يكون هذا الوصى فيما في الوقف في مسجد
 مات فاجتمع أهل المسجد على جعل رجل فيما بغير أمر القاضي فقام وأنفق من غلات وقف المسجد في عمارة
 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 فانفق لانه اذا لم تصح ولا يشته فانه غاصب والغاصب اذا أجر المغصوب كان
 الاجرة ويتصدق به كذا في فتاوى قاضين وان تعلم أن المقتى به تضمين غاصب الاوقف بخلاف ما اذا كان
 وقف على آراء 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 وللمتمولى أن يقوض الى
 غيره عند موته كالوصى له ان يوصى الى غيره الا انه لو كان الواقف جعل ذلك المتمولى 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 للذى أدخله ما كان الواقف جعله للذى كان أدخله لان الواقف في هذا ما ليس
 للعاكم وكذا اذا أخذ المتمولى من مال الوقف ومات بلا بيان لا يضمن فالامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل
 الا في ثلاث هذه احداها والثانية اذا أودع السلطان الغنمية عند بعض الغنمين ومات ولم يبين عند من أودع
 والثالثة القاضي اذا أخذ مال اليتيم وأودع غيره ثم مات ولم يبين عند من أودع لضمان 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 وكذا لو باع المتمولى دار الوقف
 ومات ولم يبين أين الثمن فانه يكون دينيا تركته وللناس أن يأخذوا المتمولى بتسوية بتأطئ الوقف اذا مال الى

ميراثه الا أن يحكم بها كما كره القنوي في ذلك كراه على قولهما للبلوى والتعارف وعليه اجماع الامة الا ترى
 أنه بقي آثار الماضين في هذه الوجوه وكفى بالاجماع حجة والله تعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

أملاكهم فان لم تكن له غلة يرفع الى القاضي ليأمر بالاستدانة لاصلاحها وله أن يبنى قرية في أرض
 الوقف للاجرة وحفاظها ويجمع فيها الغلة وأن يبنى بيوتاً يستغلها اذا كانت الارض متصلة ببيوت المصر
 ليست للزراعة فان كان زراعته أصح من الاستغلال لا يبنى وفي التوازل في اراض ما فضل من مال الوقف
 قال ان كان أحرز الغلة أو جواراً يكون واسعاً ولا يتجر الوقف اجارة طويلة وأكثر مما يجوز ثلاث سنين
 وليس له الاقالة الا ان كانت أصح للوقف ولو زرع الواقف أو المتولى أرض الوقف وقال زرعتها لنفسى وقال
 المستحقون بل للوقف فالقول قوله وعلى الواقف والمتولى في هذا نقصان الارض وليس علمهما أحرماً مثل الارض
 ويقول القاضي له ازرعها للوقف فان قال ليس للوقف مال ازرعها به يأمره بالاستدانة لذلك فان لا يمكنه
 يقول لاهل الوقف استدينوا فان قالوا لا يمكننا بل نزرع لا نغسلنا لا يمكنهم لان الوقف في يد الواقف فهو أحق
 به ولا يخرج عنه الا أن يكون غير مأمون ذكر هذه المسئلة بغز وعها في فتاوى قاضيخان وغيره وينعزل
 الناظر بالجنون المطبق اذا دام سنة نص عليه الخصاص لان دام أقل من ذلك ولو عاد اليه عقوله وبرأ من
 علمه عاد اليه النظر وللناظر أن يولى من يقوم بما كان اليه من أمر الوقف ويجعل له من جعله شيئاً وله أن
 يعزله ويستبدل به أو لا يستبدل ولو جن انعزل وكسبه ويرجع الى القاضي في النصب ولو أخرج حاكم قسماً
 فقات أو عزل فتقدم المخرج الى القاضي الثاني بأن ذلك القاضي أخرجه بلا حجة لا يدخله لان أمر الاول
 محمول على السداد ولكن يكلفه أن يقيم عنده بينة انه أهل وموضع للنظر في هذا الوقف فان فعل أعاده
 وكذا لو أخرج له فسق وخيانة فبعد مدة أتى بالثبوت انه صار أهلاً 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 لوعى أو طرش أو خرس أو فلج ان كان بحيث يمكنه الكلام من الامر والنهي والاخذ والاعطاء
 فله الاجر الذي عليه له الواقف وللناظر في الوقف على الفقراء أن يعطى قوماً مدة وله أن يقطعهم ويعطى غيرهم
 فكيف لا يدخل كثره بحيث يحاصونهم وفي وقف الخصاص ان حكم القاضي أن لا يعطى غير هذا الرجل
 لم يعط غيره ومالم يحكم بذلك له أن يعطى غيره ويحزمه لان في كل منهما تنفيذ شرط الواقف وقد استبعدت صحة
 هذا الحكم وكيف ساغ بالشرط حتى نظرت 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
 فرداً أحدهما أو ظهرانه كان ميتاً فنصيبه للمساكين وكذا اذا ردا جميعاً ومن قبل بعد الرد لا يعود ومن أخذ
 سنة ليس له أن يرد بعد ذلك أما لو قال لا أقبلها سنة وأقبل ماسواً ذلك فانه يجوز وحصة من هذه السنة للباقي
 من أهل الوقف ثم يشاركهم فيما بعده ولو قبل سنين وسماها ليس له أن يرد هابل بعدها على ولده وقوله على
 ولد فلان أي ماتنا ساواً فردة الموجودون 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 مال أوصى بثلثة لولد عبد الله
 وكانوا يوم مات أربعة فردوا واحد فصته لورثة الموصى وهذه مما افرق فيه الوصية والوقف والفرق ذكره هلال
 وغيره وعلى فلان وولده فردة فلان لم يعمل رده في رد ما لولده صغاراً كانوا كباراً ووقف على ولده ثم للمساكين
 فلولد صلبة يستوي فيه الذكر والانثى الا أن يخص صنفاً مادام واحد منهم فالكل له فان لم يكن له ولد وقت
 الوقف بل ولد ابن 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 لصبيه رجوع من ابن الابن اليه ولو ضم الى
 الولد ولد الولد فقال على ولدى وولدى ثم للمساكين اشترك فيه الصليبيون وأولاد بنيه وأولاد بناته كذا
 اختاره هلال والخصاص وصححه في فتاوى قاضيخان وأنكر الخصاص رواية حرمان أولاد البنات وقال لم أجد
 من يقول برواية ذلك عن أصحابنا وانما روى عن أبي حنيفة فيمن أوصى بثلثة لولد زيد بن عبد الله فان وجد له
 ولد ذكوراً وبناتاً لصبيه يوم موت الموصى كان بينهم فان لم يكن له ولد لصبيه بل ولد لولده من أولاد الذكور
 والبنات كان لولد الذكور دون البنات فكأنهم قاسوا على ذلك وهذه هي وزان المسئلة الاولى وفرق

شمس الأئمة بينها وبين هذه بان ولد الولد اسم ابن والده وولده وبنته وولده بخلاف قوله ولدي فان ولدا البنت لا يدخل
وفي ظاهر الرواية لان اسم ولده يتناول ولده لصلبه وانما موضع في ولدا ابنته لانه ينسب اليه عرفا قال وذو محمد
رجمته ان ولد الولد يتناول ولدا البنت عند اصحابنا لكان ذكرا 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 ابنته وكلام الواقفين منصرف الى العرف فان مخاطبهم به بخلاف ما اذا لم يضاف الى الولد كما يقال
ولدت فلانة فانه يقال ذكرا أو أنثى فان هذا الاستفهام ظاهر في عدم فهم الذكرا بخصوصه وما اذا
عرف الاختلاف في دخول أولاد البنات في أولاد أولادى فيجب فيهما القول على الذكرا ومن أولادى وأولاد
أولادى ادخال ابن البنت على الخلف لا يدخل على ظاهر الرواية لانه ليس ابن ولد الولد وعلى الرواية الاخرى
يدخل ثم اذا انقض ولد الولد يعطى لمن بعدهم بل للفقراء ولو قال ولدي وولدا ولدي وولدا ولدي صرفت الى
أولاده أبدا ما تناسلوا ولا يصرف للفقراء ما كان من نسله واحدا ويستوى الاقرب والابعد الآن ترتب
الواقف ولو قال أولادى بلفظ الجمع يدخل النسب كله كذا كذا الطبقات الثلاث بلفظ ولدي ولو قال ولدي
وأولادهم وله أولاد وأولادهم قبل الواقف لا يدخلون مع أولاد الاولاد الموجودين لانه لما قال بعد
موت أولادى على أولادى فانما أراد الموجودين وضمير أولادهم يرجع اليهم خاصة بخلاف أولادى وأولاد
أولادى لا موجب لقصره على الاولاد الموجودين فتدخل أولاد الذين ماتوا من قبل معهم ولو قال أولادى
وهم فلان وفلان وفلان وبعدهم للفقراء فبات أحد الثلاثة أعطى نصيبه للفقراء الباقين من اخوته بخلاف
مالهم يقل فلان وفلان وفلان بل أولادى ثم الفقراء يصرف السكك للواحد اذا مات من سواء ولو قال على بنى وله
ذكرا ن صرف اليهم وان كان واحدا فله النصف والنصف الآخر للفقراء لان أقل 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 الآخر للفقراء غير أنه يشكك باولادى فانه يصرف للواحد السكك الا أن يكون عرف في
أولادى بخلاف كل جمع لمادة غيره كبنى والمحتاجين ونحوه مما هو جمع غير لفظ أولادى ونقل الخلاف بين أبي
يوسف ومحمد فيما لو أعطى القيم نصيب الفقراء لو احدهم أو يوسف لان الفقراء لا يحصون فكان المقصود
الجنس ومنعه محمد للجمعية فوجب اعطاء اثنين وتدخل البنات في قوله بنى واختاره هلال وعن أبي حنيفة
اختصاص الذكرا به قال بعض المشايخ في المسئلة روايتان انتهى والوجه الدخول للماعرف في أصول الفقه
وعليه بنوا قول المستامن آمنوني على بنى تدخل البنات قال في الخلاصة وهذا انما يستقيم في بنى أب يحصون
أما 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 الذكرا ثم المستحق من الولد كل من أدرك خروج الغلة عالقا في
بطن أمه حتى لو حدث ولد بعد خروج الغلة باقل من ستة أشهر استحق ومن حدث الي تمامها فاصعد الا يستحق
لانما يتحقق بوجود الاول في البطن عند خروج الغلة فاستحق فلو مات قبل القسمة كان لورثته وهذا في ولد الزوجة
أما لو جاءت أمته 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 عقب الوقف بلا تحلل
مدة كذلك بخلاف ما اذا كان الموت والطلاق بعد زمان يمكن فيه الرجوع لاحتمال انه من اجل حدث وخروج
الغلة التي هي المناط وقت انعقاد الزرع حبا وقال بعضهم يوم يصير الزرع مقوما ذكرا في فتاوى قاضيان وهذا
في الحب خاصة وفي وقف الخصاص 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 الغسط ومن لافلا وهذا كله بخلاف ما لوقال علي
 أصغر ولدني أو العميان منها أو العور فان الوقف يختص بهم ويعتبر الصغر والعور والعمى يوم الوقف لا يوم
 الغلة بخلاف الوقف على ساكني البصرة مثلا وبقادس يعتبر سكني البصرة يوم الغلة والاصل ان ما كان لا يزال
 فهو كالاسم العلم وكذلك اذا زال على وجه لا يحتمل العود فيعتبر وجود يوم الوقف بخلاف الفقير وسكني البصرة
 يحتمل العود بعد الزوال ولو قال من خرج بسقط سهمه فخرج واحد ثم عاد لا يعود سهمه كولو وقف على الايامي
 على أن من تزوجت سقط سهمها فزوجت بواحد ثم طلقت لا يعود الا ان كان نص على ذلك وكل من مات
 من المستحقين اذا لم يبين الواقف حال حصته بعد موته يقسم على الباقيين فقد تنقض القسمة في كل سنة
 ويعطى الغنى والفقير من الاولاد الا ان يعين المحتاجين من ولده فيلزم من ادعى الحاجة منهم لا يعطى ما لم يثبتها
 عند القاضي ولو تعارضت بينهما فقره وغناه حرم تقديم البينة غناه لانها أكثر اثباتا ومن ولد لاقل من سنة 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 مجيء 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 عيما أو ولاده ونحوه تعيينا والمحتاج الذي يصرف اليه من تدفع اليه الزكاة ولا يكون له أرض أو دار
 يستعملها وان لم تف غاتها بكفايته حتى يبيعها وينفق ثمنها أو يفضل منه أقل من نصاب بخلاف الدار التي
 يسكنها وعبد الخدم وتوليس الموقوف عليهم الدار يسكنها بل الاستغلال كالنيس للموقوف عليهم السكني
 الاستغلال واعلم انه اذا ذكر أولاده وأقاربه صح للغنى والفقير منهم الا ان 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 بوجه الله تعالى ومتى ذكر مصرفا يستوى فيه الاغنياء والفقراء فان كانوا يحصون فذلك صحيح
 لهم باعتماد اعيانهم 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 اغنيائهم 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 لانتظامه الاغنياء والفقراء مع عدم الاحصاء ولا يميز في الاستعمال ونص الخصاص على ان
 الوقف على الزماني والعميان والعوران باطل من قبل أنه ينظم 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
 الذي ذكره شمس الأئمة انه يصح على الزماني والعميان وقراء القرآن والفقهاء وأهل الحديث ويصرف للفقراء
 منهم كاليتامى لاشعار الاسماء بالحاجة استعمالا للعمى والاشتغال بالعلم يقطع عن الكسب فيغلب فيهم
 الفقير وقد صرح في الوقف على الفقهاء باستحقاق الفقراء منهم وهو فرع الصحة والمسئلة المذكورة في آخر فصل
 المسجد من الهداية تفيد ذلك وهي ما اذا جعل غلة أرضه وقفها على الغزاة انه يصح ويصرف الى فقراء الغزاة
 مع ان اسم الغزاة ينتظم الغنى والفقير وهم لا يحصون غير انه يشعر بالحاجة ونص في وقف هلال على جواره
 على الزماني ويدفع للفقراء ثم وصرح في وقف الخصاص بحصة الوقف على ارام بنى فلان وانه لكل امرأة كانت
 يوم الوقف أو حدثت سواء كن يحصين أو لا وهو للفقراء منهن اذا كانت بالغة فن أعطى منهن أجزا والأرملة
 المستحقة كل بالغة كان لها زوج وطلقتها أو ماتت وخالفوا في الايامي فاذا وقف على أيامي بنى فلان وبعدهن
 للمساكين أو أيامي قرا بنى فلان يحصين فالوقف جائز وغلبت للغنمية والفقيرة وان كن لا يحصين لم يجز الوقف
 فيكون للمساكين والايام المستحقة كل أنى جو معت ولو بقبور ولا زوج لها بالغة أو لا ولو قال على كل نيب
 من بنى فلان أو من قرا بنى فلان كن يحصين جاز لهم ولا كل من يحدث منهن وان كن لا يحصين في وقت قسمة

*** (كتاب البيوع) ***

من القسم فهو باطل والغلة للمساكين والثلث كل من جرمعت ولو بفقور واهواز و ج أولا وان لم تبلغ ولا بكار قرابتي أو بنى فلان فان كن يحصين فهو لهن وان محدث أباوان كن لا يحصين فالوقف عليهن باطل وهو للمساكين والبكر من لم تجامع وان كانت العذرة فزائلة وفي كل ما لا يحصى بمن ذكرنا أنه لا يصح معه الوقف لو قيد فقال للفقراء منهن جاز ومن أعطى أجزاء كل وقف على الأقارب وقف على أهل بيته ثم للمساكين دخل الغنى والفقير بمن يناسبه الى الأب الذي أدرك الاسلام أسلم ذلك الأب وأولاهن كان موجودا حال الوقف أو حدث بعد ذلك من الرجال والنساء والصبيان لاقل من ستة أشهر من مجيء الغلة ولو كانوا موقوفين لقوم أو كفار أو ذميين 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 الى الجد الذي أدرك الاسلام ولا يدخل الواقف وأولاد عماته وأولاد 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 الى أقصى أب في الاسلام من قبل أبيه أو الى أقصى أمه في الاسلام من قبل أمه لكن لا يدخل أبو الواقف وأولاده لصلبه وفي دخول الجد روايتان وظاهر الرواية لا يدخل ويدخل أولاد البنات وأولاد العمات والحالات والاجداد الاعلان والجدات ورحمى وأرحامى وكل ذى نسب منى كالقرابة وعلى عيالى يدخل كل من كان فى عياله من الزوج والولد والجدات ومن كان يعوله من ذوى الرحم وغير ذوى الرحم واذا عزف 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 متفقون اذ بعد انقرض الكل لا يبقى له أخ فيكون بعد انقرضهم للمساكين وعلى جيرانه يجوز ثمهم عند أبي حنيفة قرضى الله عنه الملائقون فهو لجميع من فى كل دار لا صفة من الاحرار ولو كانوا أهل ذمة والعيال بالسوية قربت الابواب أو بعدت وعند أبي يوسف هم الذين تجمعهم محلة واحدة أو مسجد واحد فان جمعهم محلة واحدة وتفرقوا فى مسجدين فهى 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 وسبأى بقره هذا ان شاء الله تعالى ولا يدخل الارفاع ومن انتقل من الجوار على الخلاف فى الجار بطل حقه من الوقف

*** (كتاب البيوع) ***
 لما فرغ من ذكر أنواع حقوق الله تعالى وذكر بعض حقوق العباد شرع فى بيان ما بقى منها وذكر البيوع بعد الوقف لان كلا منهما مما عزى للمالك والبيع فى الغنة فملك المال بالمال وز يد عليه فى الشرع

*** (كتاب البيوع) ***

*** (كتاب البيوع) ***

عرف أن مشروعات الشارع منقسمة الى حقوق الله تعالى خاصة وحقوق العباد خاصة وما اشتمع فيه الحقان وحقه تعالى وما اشتمع فيه وحق العباد غالب فخقوقه تعالى عبادات وعقوبات وكفارات فابتدأ المصنف بحقوق الله تعالى الخاصة وغير هاتى اتمى على آخر أنواعها ثم شرع فى حقوق العباد وهى المعاملات ثم فى ترتيب خصوص بعض الابواب على بعض مناسبات خاصة ذكرت فى مواضعها ووقع فى آخرها ترتيب أول أنسام حقوق العباد أعنى البيع على الوقف وجهه أن الوقف اذا صح خرج المملوك عن ملك الواقف لالى مالك وفى البيع الى مالك فنزل الوقف فى ذلك منزلة البسيط من المركب والبسيط مقدم على المركب فى الوجود فقدمه فى التعليم هكذا ذكر ولا يخفى شر وعه فى المعاملات من زمان فان ما تقدم من القطة واللقيط والمفقود

*** (كتاب البيوع) ***

البيع مبادلة المال بالمال بالتراضى وهو من الاضداد ويقع فى الغالب على احوال المبيع عن المالك فصدا ويتعدى الى المفعول الثانى بنفسه وبحرف الجر يقال باعهه الشئ وباعه منه والشراء كذلك من الاضداد قال

فقبل هو مبادلة المال بالمال بالتراضي نظري الاكتساب وهو من الاضداد لغة واصطلاحاً يقال باع الشيء اذا شراه ويقال باعه الشيء وباع منه ولا شتمه على انواع الاتي ذكرها جمعوه وجوازه ثابت بالحكاي بقوله تعالى واحل الله البيع وبالسنة فانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتبايعون فقررهم على ذلك والتقير برأى احدى وجوه السنة والاجماع فانه لم ينكره احد من الملبين وغيرهم بالمعقول وهو سلب شرعيته فان تعلق البقاء المقدور بتعاطيها يدل على ذلك وقد بينا ذلك في التقير برور كنه الايجاب (٤٥٥) والقبول أو مادل على ذلك وشرط من جهة

العاقدين العقل والتمييز ومن جهة المحل كونه مالا متقوما مقدور التسليم وحكمه افادة الملك وهو القدرة على التصرف في المحل شرعاً فلا يشك في تصرف المشتري في المبيع قبل القبض بالبيع 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 وانواعه باعتبار المبيع اربعة بيع السلع بمثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين اعنى الثمن وبيع الثمن بالثمن ويسمى الصرف وبيع الدين بالدين ويسمى سلماً وباعتبار الثمن كذلك المساومة وهي التي لا تلتفت الى الثمن السابق والمرابحة والتولية والوضعية وسياق تفسيرها

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

والشركة من المعاملات ثم البيع مصدر فقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره كإيجمع المبيع وقد يراد به المعنى وهو الاصل لجمعه باعتبار انواعه فان البيع يكون سلماً وهو بيع الدين بالدين والعين والعين وهو البيع المطلق وصرفاً وهو بيع الثمن بالثمن ومقايضة وهو بيع العين بالعين وبخياراً ومخزاً وموَجَل الثمن ومرا بحتة وتولية ووضعية وغير ذلك والبيع من الاضداد يقال باعه اذا اخرج العين عن ملكه اليه وباعه أى اشتراه ويتعدى بنفسه وبالخرف باع زيد الثوب وباعه منه وأما مفهومه لغة وشرعاً فقال غير الاسلام البيع اعمه مبادلة المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد في قيد التراضي اه والذي يظهر أن التراضي لا بد منه لغة ايضاً فانه لا يفهم من باعه وباع زيد بعدة الا أنه استبدل به بالتراضي وان الاخذ غصبا واعطاءه شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة باعه وشرعية البيع بالحكاي وهو قوله تعالى واحل الله البيع والسنة وهي قوله عليه الصلاة والسلام يا معشر التجاران بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشؤبه بالصدق وتوبع عليه الصلاة والسلام والناس يتبايعون فقررهم عليه والاجماع منعقد عليه وسبب شرعيته تعلق البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجه جليل وذلك ان الانسان لو استقل بائتداء بعض حاجاته من حرق الارض ثم بذر القمح وخدمته وحراسته وحصده ودراسته ثم تدر يته ثم تنظيغه وطحنه بيده ومجته وخبزته لم يقدر على مثل ذلك وفي السكان والصوف للسهو بناء ما يظلم من الحر والبرد الى غير ذلك فلا بد من ان تدفعه الحاجة الى ان يشتري شيئاً وينتدي مزاوله شيء فلولم يشرع المبيع سبباً للتملك في البدلين لاحتاج ان يؤخذ على التغالب والمقاورة أو السؤال والشهادة أو يصرحت بموت وفي كل منهما ما لا يخفى من الفساد وفي الثاني من الذل والصغار ما لا يقدر عليه كل أحد وزرى بصاحبه فكان في شرعيته بقاء المالكين المحتاجين ودفع حاجاتهم على النظام الحسن وشرطه في المباشر التمييز والولاية الشرعية الكائنة عن ملك أو وكالة أو وصية أو قرابة وغير ذلك فصح بيع الصبي والمعتوه اللذين يعقلان البيع وآثره وفي المبيع كونه مالا متقوماً شرعاً مقدور التسليم في الحال أو في نائي الحال فيدخل السلم وقد قالوا بشرطه من مباح شرط الاعتقاد وهو التمييز والولاية فيكون المبيع متقوماً ومباحاً بشرط النفاذ وهو الملك والولاية حتى اذا باع مالك غيره توقف النفاذ على الاجازة ممن له الولاية وأما كنه الفعل 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 كإسأى وقد يكون الرضا تاباً وقد لا يكون فان لفظ بعث مثلاً ليس له لثبوت الرضا بل أماره عليه فقط فيحقق مع انتقائه كالغيم الرطب لا مطر فكذا يتحقق بعث واشترت ولا رضا كفي بيع المكر وهذا على ما اخترناه من أن حقيقة التراضي ليس جزء مفهوم البيع

الله تعالى وشروءه ثمن بخس دراهم أي باعهوه ويقع في الغالب على اخراج الثمن عن الملك قصداً وانما يجمع المصدر على تاويل انواعه كبيع العين بالعين ويسمى مقايضة ويكون كل واحد منهما مبيعاً وثنماً وبيع العين بالثمن وهو المطلق وبيع الثمن بالثمن وهو الصرف وبيع الدين بالدين وهو السلم وبيع المساومة وهو البيع بثمن ينفعان عليه وبيع المرابحة 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 انواع البيع ترقى الى عشر بنوعاً أو أكثر والكل مذكور في النهاية وهو مشروع بالحكاي وهو قوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا والسنة قال عليه السلام يا معشر التجاران بيعكم

الوكالة بان هذا الحد وكل واحد من البيع والشراء فكل ما صدق عليه هذا الحد يبيع 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 شرط البيع الصحيح والكلام فيما يبيع القاسداً ايضاً (قوله يبيع السلع الخ) أقول المراد بالساعة ما يتجر به مطلقاً عرضاً وعقاراً الا ما يقابل العقار فلا يمتثل الحصر وسيجيء في هذا الكتاب بعد وقتين تعميم السلع للدور والعبيد واليتامى

قال (البيع ينعقد بالإيجاب والقبول اذا كانا بلفظي الماضي) مثل أن يقول أحدهما بعث والآخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف

الشرعي بل شرط ثبوت حكمه شرعا (قوله البيع ينعقد بالإيجاب والقبول) يعني اذا سمع كل كلام الآخر ولو قال البائع لم أسمع وليس به صمم وقد سمعه من في المجلس لا يصدق ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص بالمعروف حكمه وانما قلنا هذا لانه قال ينعقد بالإيجاب والقبول فجعله ما غير؛ يثبت هو به ماع ان البيع ليس الا بالإيجاب والقبول لانهم اركناه على ما حققناه آنفا من ان ركنه الفعل الدال الى آخره هذا ولو كان الظاهر ان 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 الإثبات الحكم للمعروف من تبادل المالكين عند وجود الفعلين أعني الشطرين بوضعهما سببهما شرعا وليس هنا شئ ثالث فالملك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف فخرج نحو الوكيل فاذا امتنع أن يراد الفعل الخاص لزم الآخر والإيجاب لغة الإثبات لا شئ كان والمراد هنا اثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أو لا سواء وقع من البائع كبعث أو من المشتري كان يبتدئ المشتري فيقول اشتريت منك هذا بالف والقبول الفعل الثاني والآخر كل منهما ما يجب ان يثبت فسمى الإثبات الثاني بالقبول تمييزا له عن الإثبات الاول ولانه يقع قبولا ورضا بفعل الاول وحيث لم تصح ارادة القظين بالبيع بل حكمه ما هو الملك في البدلين وجب أن يراد بقوله ينعقد يثبت 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 وما لوقال كل هذا الطعام بدينهم فاكه ثم البيع وأكله حلال والركوب وليس بعد قول البائع اركبها بائة والبسه بكذا رضا بالبيع وكذا اذا قال بعثتك بالف فقبضه ولم يقل شيا كان قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطى فانه ليس فيه ايجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط وسأيت في جعل مسألة القبض بعد قوله بعثتك بالف من صور التعاطى كما فعل بعضهم نظرا وفي فتاوى قاضخان قال اشتريت منك هذا بكذا اقتصد به على هو لا يفعل البائع قبل أن يتفرقا جاز وكذا اشتريت منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لي فيصافق قطعه قبل التفرق وقوله (اذا كانا بلفظ الماضي مثل أن يقول أحدهما بعث والآخر اشتريت) 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 الإثبات ويسمى ما تقدم من كلام العاقدين ايجابا لانه يثبت للآخر خيار القبول فاذا قبل يسمى كلامه قبولا وحيثئذ لا يخفى في وجه تسمية الكلام المتقدم ايجابا والتأخر 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 يعنى من المصنف في آخر باب ما يجب فيه الشفعة ومالجب ان حد البيع مبادلة المال بالمال بالتراضى

هذا يحضره اللغو والكذب وشو بو بالصدقة وكذا بعث رسول الله عليه السلام والناس يتبايعون فقرهم على ذلك واتقر بأحد وجوه السنة وعليه اجماع الامة والمعقول وهو ان الله تعالى جعل المال سببا لاقامة مصالح العباد وشرع التجارة طريقا الى الاتساع اذ كل ما يحتاج اليه كل أحد لا يوجد بحد ما حافى كل موضع وفي الاخذ على سبيل التغالب فساد والله لا يحب الفساد فشرعت التجارة بطريق التراضى واليه أشار بقوله تعالى ولانا كلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض وأما سببه فتعلق البقاء المقصور بتعاطيهما وقد عرف في أصول الفقه وأما ركنه فالإيجاب والقبول على ما يجبي وأما شرطه فانواع منها في العاقد وهو أن يكون عاقل مسلم عاقل من هاهنا الآله وهو أن يكون بلفظ الماضي ومنها في المحل وهو أن يكون مالا متقوما وأن يكون مقدورا والتسليم ومنها التراضى ومنها شرط الحكم وهو الملك أو الولاية وأما حكمه وضعها 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 كاله لنهى النبي عليه السلام عن بيع ما لم يقبض وأما وجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وتعلق القريب 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 لاسيما 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 فينقل به هذا تقرير كلام الشيخ رحمه الله فلا بد من ضم شيء الى ذلك وهو أن يقال وكان استعماله بلفظ الماضي والا يتم 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 ولان لفظ المستقبل ان كان من جانب البائع كان عدة لا يبيعا 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 فينقل 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 للعالم 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 يخفى في عدم انعقاد البيع به ونية الحال غير صحيحة لعدم مصادفتها المحل 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 سلمان انه حقيقة في الحال لكن النية انما هي لدفع المحتمل وهو العدة لا ارادة الحقيقة لان المعهود ان المجاز يحتاج الى

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

حكما ثبت جبرا (والانشاء) على هذا الوجه لا يعرف (ال) بالشرع لمافيها من اثبات معنى يكون اللفظة له والعبد لا يقدر على ذلك انما له قدرة الاخبار عن الكائن أو ما سيكون وطلبه فقوله من الانشاء التمني والترجي والقسم والاستفهام اصطلاح في تسمية ما لا خارج لمعناه بطابقه أو لا يطابقه انشاء وهو يعر ما ذكر وغيره مما يماينه ألا ترى أن لفظ اعزل يداياتي وليت لي ما ليس عمله ترجي ذلك أو تمنيه بل دال على الترجي والتمني القائلين بالمتكلم كانه أخبر عن قيامها 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 فينقل 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 لفظ المستقبل

عبارة عما يتقدم من أحد العاقدين من قولها بيعت واشتريت والدليل عليه ما ذكره مطلقا بعده ذاب قوله واذا أوجب أحد المتعاقدين البيع والمراد من الايجاب ههنا هو الانبات لأن يكون المراد منه الزام حكم على وجه بائع صاحبه عند تخرجه لانه لا ولاية لاحد منهما على الآخر في قوله 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 والثبوت فان قوله بيعت قبل أن يتكلم به البائع كان في حيز الجواز فلما قال بيعت فقد صرف ذلك الجواز الى الثبوت فكان هو مثبتا للكلامه أو مثبتا للجواب على الآخر فعلى الوجه الاول كان ينبغي أن يسمى القبول ايجابا أيضا لأن المشتري لما قبل ما أوجبه البائع يسمى قبول التمييز 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 لانشاء وانما خص بلفظ الماضي لانه يستدعي سبق الخبر به ليكون الكلام صحيحا عقلا وحكمة فكان الوجود حقا له بمقتضى الحكمة فاذا قصد الانشاء اختيار اللفظ الذي لزمه الوجود وهو لفظ الاخبار عن الماضي (قوله) ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح فانه لو قال تزوجني

(٥٨) - (فتح القدير والكفاية) - (خمس) ما ينفي ارادة الحقيقة لأن الحقيقة تحتاج الى ما ينفي ارادة المجاز على أنه دافع للمعقول دون الانزفان قيل فساوجه 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 والأول مخالف لما ذكره في توجيه كلام شرح الطحاوي والثاني لا يتم به التقرير (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 المعبر الخ) أقول فيه أن الاعتراف في المعاوضة أيضا المعنى كصبر به المصنف هنالك ومسايس الحاجة الى اللفظ انما هو ليعده عن علم العوام

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

الماضى والمضارع فيها مجاز
فيحتاج الى النية فقوله
(مخلاف النكاح) يعنى انه
ينعقد بذلك فان أحدهما
اذا قال زوجنى فقال الآخر
زوجتك انعقد وقدم
الفرق هنالك وهو ما قال ان
هذا توكيل بالنكاح والواحد
يتولى طرفى النكاح قال
رحمه الله وقوله (رضيت أو
أعطيتك) هذا البيان ان
انعقاد البيع لا ينصرف في
لفظ بعث واشترت يتبل كل
مادل على ذلك ينعقد به فاذا
قال بعث منك هذا بكذا
قال رضيت أو أعطيتك
الثمن أو قال اشترت منك
هذا بكذا فقال رضيت أو
أعطيت أى المبيع بذات
الثمن انعقاد فاده المعنى
المقصود وكذا اذا قال
اشترت هذا منك بكذا
فقال خذ يعنى بعث بذلك
نخذه لانه أمره بالخذ بالبدل
وهو لا يكون الا بالبيع فقدر
البيع اقتضاء فصار كل
ما يؤدى معنى بعث واشترت
سواء فى انعقاد البيع به لان
المعنى هو المعتبر فى هذه
العقود وقيد بذلك لان
بعض العقود قد يحتاج الى
اللفظ ولا ينعقد بدونه كفى
المفاوضة اذالم يبيننا جميع
ما تقتضيه ولهذا

بمخلاف النكاح) فانه اذا قال زوجنى فقال زوجتك ينعقد بمجرد ذلك أما البيع فاذا قال بعنيه بألف فقال بعثك
لا ينعقد حتى يقول الاول اشترت ونحوه وهذا ونحوه مما قال الطحاوى انه ينعقد بثلاثة ألفاظ قال (وقدم
الفرق هنالك) يعنى قوله لان هذا توكيل يعنى زوجنى فاذا قال زوجتك كان ممثلا أمر الموكل من وجاله ووليا
لمن زوجها والواحد يتولى طرفى عقد النكاح بمخلاف البيع وقدمنا من قال ان لفظة الامر فى النكاح جعلت
ايجابا لان النكاح لا يصح بالخطبة في وطلبه الا بعد مراعاة ما قبله واستخاره غالبه فلا يكون لفظ طابيه
أعنى زوجنى مساومه بل تحقيقا فاعتبر ايجابا بمخلاف البيع لا يكون مساوما بمثل ذلك فكان الامر فيه مساومه
فلا يتم العقد بمجرد جواب الآخر وعلى هذا لا يتم فرق المصنف لانه مبني على كونه توكيلا وأما الفرق بان ورد
النكاح بعد ايجابيه يلحق الشين بالاولياء بمخلاف رد البيع فبنى على جعل الامر فيه ايجابيا ثم نظر لانه لو صح
لزم امتناع رجوعه بعقد قوله زوجنى بنتك قبل قوله زوجتك لانه أيضا شين وانكسار يلحقهم وهذه ثمانية
مواضع منها البيع والاقالة لا يكتفى بالامر فيها عن الايجاب ومنها لنكاح والخلع يقع فيها ايجابا بالخاصة
اذا قال اعبدته اشترت نفسك منى بألف فقال فعلت عتق السادسة فى الهبة قال هب لى هذا فقال وهبته منك تمت
الهبة السابعة قال لصاحب الدين أرثنى عمالك على من الدين فقال أبرأك تمت البراءة الثامنة الكفالة قال
أكفل بنفس فلان لفلان قال كفلت تمت الكفالة فاذا كان غائبا فقدم وأجاز كفالته جاز واعلم أن عدم
الانعقاد بالمستقبل هو اذالم يتصادق على نية الحال أما اذا تصادق على نية البيع فى الحال فينعقد به فى القضاء
لان صيغة الاستقبال تحتل الحال فيثبت بالنية ذكره فى التحفة فى صفة الاستقبال مطالعوا فى السكا فى قصر
الكلام على المضارع فقال الصحيح ما ذكره الطحاوى لان المضارع فى الاصل موضوع للعالم ووقوعه فى
الاستقبال نوع تجوز اه وعلى هذا ينبغي أن يقبل قوله اذا ادعاه وكذبه الآخر لانه حقيقة اللفظ بمخلاف
المستقبل وهو الامر فلو ادعى فى قوله يعنى أنه أراد معنى اشترت به بكذا ينبغي أن لا يصدقه القاضى مثال ذلك أن
يقول أبيع منك هذا بكذا أو أعطيكه فقال اشترت به أو آخذه ونحوه الايجاب للحال والحق ان المراد بالمستقبل
الذى ينعقد به نية الحال هو المضارع وتسميته بمستقبلا على أحد القولين والافالخيار أنه موضوع للحال وأما
الامر فلا يوجد فى شئ من الكتب التمثيل به لذلك مع انه هو المستقبل فى الحقيقة وذلك لانه انشاء وبينه وبين
الاخبار كمال انقطاع فلا تجوز به فيه فلا يقال بعنيه والمراد اشترت به فلا ينعقد به الا فى قوله خذ بكذا فينعقد
لثبوت الايجاب اقتضاء ومثل الامر المضارع المقرون بالسين نحو سأبيعك فلا يصح بيعا ولا تجوز به فى معنى
بعثك فى الحال فان ذكر السين يناقض ارادة الحال واعلم أن كون الواحد لا يتولى طرفى العقد فى البيع
مخصوص منه الا بيشترى مال ابنة لنفسه أو يبيع ماله منه والوصى عند أبى حنيفة اذا اشترى لليتيم من نفسه
أو لنفسه منه بشرطه المعروف فى باب الوصية وقيد فى نظم الزند ريسى بما اذالم يكن نصبه القاضى (قوله
وقوله رضيت) هذا بدرهم فقال بعثك وقال اشترت به بدرهم فقال رضيت أو قال بعثك بكذا فقال فعلت أو
أخرت أو أخذت كل هذه الالفاظ من قبل البائع أو المشتري يتم البيع لافادتها الثبات للمعنى والرضاه وكذا
لفظة خذ بكذا ينعقد به اذا قبل بان قال آخذته نحوه لانه وان كان مستقبلا لكن خصوص مادته أعنى الامر
بالاخذ يستدعى سابقة البيع فكان كالماضى الا أن استدعاء الماضى سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء
خذ سبقه بطريق الاقتضاء فهو كما اذا قال بعثك عبدي هذا بألف فقال فهو حر عتق وثبت اشترت اقتضاء
بمخلاف ما لو قال هو حر بلا فاعلى واما صح هذه ونحوها (لانها تؤدى معنى البيع والمعنى هو المعتبر فى
هذه العقود) ألا يرى الى ما قاله الواقف وهبته لك هذه الدار أو هذا العبد بثوبك هذا فرضى فهو بيع

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

ولهذا

ولهذا ينعقد بالتعاطى في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقيق المراد

بالاجماع ولو انما قال في هذه العقود احتراز عن الطلاق والعناق فان اللفظ فيهما يقام مقام المعنى وانت تعلم ان اقامة اللفظ مقام المعنى اثر في ثبوت حكمه بلانية ليس غير فاذا فارقت هذه العقود ذلك اقتضى ان لا يثبت بمجرد اللفظ بلانية فلا يثبت بلفظ البيع حكمه الا اذا اراد به وحينئذ فلا فرق بين بيع وأبيع في توقف الانعقاد عليه النية ولذا لا ينعقد بلفظ بيع هرا فلا معنى لقوله ينعقد بلفظ الماضي ولا ينعقد بالمستقبل ثم تقييده بما اذا لم ينو به فانه ينعقد به في الماضي وغيره بان ينعقد بالماضي وغيره بلانية ومن الصور لفظه نعم تقع ايجابا في قول المستفهم اتبعني عبدك بالف فقال نعم فقال اخذته فهو بيع لازم وكذا أبيعك ومنها اشترىته منك بالف فقال نعم أو هات الثمن انعقد وكذا قال هذا عليك بالف فقال فعلت ولو قال هولاك بالف ان وافقك أو ان أعجبك أو ان أردت فقال وافقني أو أعجبني أو أردت انعقد ولو قال بعثتك بكذا بعد وجوده مقدمات البيع فقال اشترى ولم يقل منك صح وكذا على العكس وكذا اذا قال بعد معرفة الثمن ان أدبت ثمنه فقد بعته منك فأدى في المجلس جاز استحسانا * (فروع) * في اختلاف الايجاب والقبول قال بعثتك بالف فقال اشترى به بالفين جاز فان قيل البائع الزيادة تتم بالفين والاصح بالف اذ ليس له ولاية ادخال الزيادة في ملكه بالارضاه ولو قال اشترى به بالفين فقال البائع بعثتك بالف جاز كانه قيل بالفين وخطعته ألفا ولو ساومه بعشرة فقال بعشرين فقبضه من يده ولم ينعزم بعشرة فلو كان في يد المشتري من اول الامر فذهب به والباقي بحاله فبعشرين فبندهم جميعا وقال الطحاوي يلزم بأخرهم كلاما مطاوعا ولو قال بعثتك بالف بعثتك بالفين فقال قبضت الاصل بالالف لم يجز لان البائع قد رجع عنه وليس هكذا في الطلاق والعناق فان قال قبضت البيعين جميعا بثلاثة آلاف فهو كقوله قبضت الاخر بثلاثة آلاف يعنى يكون البيع بالفين والالف زيادة ان شاء قبيلها في المجلس وان شاء ردّها وكذا بالف بمائة دينار انما يلزمه الثاني وقيل يلزمه الثمن والاول في الزيادات وهو الوجه واذا قبل الزيادة في المجلس لم المشتري (قوله ولهذا ينعقد) أى ولان المعتبر هو المعنى ينعقد (بالتعاطى في النفيس والخسيس) قيل النفيس نصاب السرقة فصاعدا والخسيس ما دونه (وقوله هو الصحيح) احتراز من قول الكرخي انه انما ينعقد بالتعاطى في الخسيس فقط وأرا بالخسيس الاشياء المحترقة كالقبول والرخيف والبيض والجوز استحسانا لا العادة قال أبو معاذ رأيت سفيان الثوري جاء الى صاحب الرمان فوضع عنده فلسا وأخذ رمانة ولم يتكلم ومضى وجه الصحيح ان المعنى وهو دلالة على التراضى يشمل الكل وهو الصحيح فلما عني للتفصيل وفي الايضاح هو خلاف ما ذكره محمد في الاصل في مواضع اه وفي شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام في رجل قال لرجل يعنى 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 وأخذ الذي اشتراه له كان يبيع الذي أخذ من المشتري وكان العهدة عليه أى للاخذ على المشتري فدل على صحة التعاطى في النفيس وفي المنتقى له على آخر ألف درهم فقال الذي عليه المال للذي له المال أعطيتك بمالك دينار فساومه بالدينار ولم يقع بيع ثم فارقته فباعها ففعلها اليه يريد الذي كان ساوم عليه ثم فارقته ولم يستأنف يبعها هذه الساعة وكذا لو ساوم رجل بشئ وليس معه وعاء ثم فارقته وجاء بالوعاء فأعطاه الثمن

(ولهذا) أى ولكون المعنى هو المعتبر في هذه العقود (ينعقد البيع بالتعاطى في النفيس والخسيس لتحقيق المقصود وهو التراضى وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخي البيع ينعقد بالتعاطى في الخسيس كالقبول وأمثاله ثم ان محمدا رحمه الله أشار في الجامع الصغير الى أن تسليم المبيع يكفي في تحققه

قال المصنف (لتحقيق المراد) أقول سيصرح في باب الو كالة بالشراء بكفاية التسليم على وجهه البيع للتعاطى وان لم يوجد عند الثمن وفي النهاية في فصل ما يتحمله الشاهد التعاطى ببيع حكيمى وليس ببيع حقيقي

المراد الحال أما البيع فيقع بغتة فيجعل قوله أبيعك عـ مدة وبعنى استياما وطلبا واذ لا يدل على الوجود لا بحاله ولان قوله ز وجبني نفسك تقوى العقد اليها فيجعل قولها ز وجت عقدا تاما لان بكلام الواحد ينعقد النكاح اذا كان ما مورابه وذال يتأتى في البيع لان بكلام الواحد لا ينعقد البيع من الجانبين اذ لم يكن أحدهما موليا عليه من الاخر ولا يلزم عليه أنه لو قال اخذته بالف فان البيع ينعقد به لانه أمره بالاخذ بالالف وليس له ولاية الامر بالاخذ بالالف الا بالبيع فيثبت البيع اقتضاء كانه قال بعثتك بكذا اخذته (قوله في النفيس والخسيس وهو الصحيح) المراد من النفيس ما يكثر ثمنه كالعبيد والاماء ومن الخسيس ما يقبل ثمنه كالقبول

قال رحمه الله تعالى (واذا أوجب) إذا قال البائع مثلاً بعثك هذا بكذا فلا تخير بالخيار ان شاء قال في المجلس قبلت وان شاء رد وهذا يسمى خيار القبول وهذا لأنه لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول لكان مجبوراً على أحدهما وانتفي التراضي فمافرضناه يعلم يكن بيعاً هذا خلف وإذا كان إيجاب أحدهما غير مفيد للحكم بدون قبول الآخر كان لا موجب أن يرجع عن إيجابه لخلوه عن ابطال حق الغير فان قيل سلمناه أن إيجاب أحدهما غيره مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم (٤٦٠) ينحصر في ذلك فان حق التملك ثبت للمشتري بإيجاب البائع وهو حق للمشتري

قال (واذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فلا تخير بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء رد وهذا خيار القبول لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه وإذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فلاموجب أن يرجع عنه قبل قبوله لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد إلى آخر المجلس لان المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا للبسر

وكاله جاز ومن صورهما إذا جاء المودع بامتعة غير المودعة وقال هذه أمتمك والمودع يعلم انها ليست اياها وحلف فاخذها حل الوطاء للمودع والامة وعن أبي يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتى خلف الخياط انها هي وسعه أخذها ومنها قول الدلال للبراز هذا الثوب بدرهم فقال ضعه وفي أجناس الناطق لو قال بكم تبيع فقبيز حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله فهو يبيع وكذا لو قال للعصاب مثله فوزنه وهو ساكت فهو يبيع حتى لو امتنع العصاب من دفع الثمن وأخذ اللحم أو امتنع العصاب 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 فوزنهما بالخيار لأنه ليس بعلوم بخلاف ما لو قال من هذا الجنب ومن هذا الفخذ وكذا قوله ان جاء بقر بطبخ فيه الكبار والصغار بكم عشرة من هذه فقال بدرهم فعزل عشرة واختارها فذهب به او البائع ينظر أو عزل البائع عشرة فقبلها المشتري تم البيع واختلف في أن قبض البديلين شرط في بيع التعاطى أو أحدهما كاف والصحيح الثاني ونص محمد رحمه الله على أن يبيع التعاطى يثبت قبض أحد البديلين وهذا ينتظم الثمن والمبيع ونصه في الجامع على أن تسليم المبيع يكفي لا ينيق الآخر ومنه لو رد بخيار العيب والبائع متيقن انها ليست له فاخذها ورضى فهو يبيع بالتعاطى (قوله) وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فلا تخير بالخيار وهذا خيار القبول ان شاء قبل وان شاء رده) وللاموجب أيهما كان بائعاً ومشترياً ان يرجع قبل قبول الآخر

والزمانه واللحم والخبز وقوله هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي فانه قال انما ينعقد البيع بالتعاطى في الاشياء الخسيسة نحو العقل وعامتهم على أنه ينعقد في جميع الاشياء الخسيسة والنقيسة في ذلك سواء لانه وجد التراضي وهو المعترف في الباب الا أنه لما كان بائعاً أقيم الإيجاب والقبول مقامه لدلتها على التراضي والتعاطى أدل على الرضا منهما والشرط في بيع التعاطى الاعطاء من الجانبين عند شمس الائمة الحلواني رحمه الله وقيل الاعطاء من أحد الجانبين يكفي (قوله) ان شاء قبل في المجلس) خيار القبول يمتد إلى آخر المجلس وعند الشافعي رحمه الله على الفور ولنا أن المشتري يحتاج إلى التأمل والثروي 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 ابطال حق الغير) فان قيل تعلق به حق المشتري فوجب أن لا يتمكن من ابطاله كمن يحل الزكاة إلى الساعي قبل تمام الحول فانه لا يتم كمن 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 فانما ألتزمه الزكاة فانصابت قبل تمام الحول علة تشبه السبب فتعلق حق الفقير بالمجمل نظر إلى وجود أصل العلة وأما الكفالة فلان الكفيل وجب له

فلا يكون الرجوع خاليا عن ابطال حق الغير فالجواب أن الإيجاب إذا لم يكن مفيداً للحكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع وحق التملك للمشتري ان سلم ثبوته بإيجاب البائع لا يمنع الحقيقة لكونها أقوى من الحق لا محالة ولا ينتقض بما إذا دفع الزكاة إلى الساعي قبل الحول فان المزكي لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع لان حقيقة الملك والتمن المزكي فعمل الحق عمله لا تنفاه ما هو أقوى منه (قوله) وانما يمتد إلى آخر المجلس) يجوز أن يكون جواباً عما يقال ما وجبه 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 ابطاله قبل انقضاء المجلس عسراً بالمشتري وفي ابقائه فيما وراء المجلس عسراً بالبائع وفي التوقف على المجلس يسراً بهما جميعاً والمجلس جامع للمتفرقات كما تقدم في أول الكتاب

فعلت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا للبسر فان قيل فلم لا يكون الخلع والعق على دل كذلك والكتاب

(قوله) وهذا لأنه لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول) أقول أنت خبير بان لم يفرض في صورة الرد بيعاً حتى يلزم خلاف المفروض مع أن صورة الرد لم يتعرض لها المصنف ولا يتعلق بها الغرض فالأولى 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 انما يلزم ذلك إذا كان انتفاء التراضي مستلزماً لانتفاء البيع وهو ممنوع ألا يرى ان البيع المكروه منعه (قوله) فالجواب أن الإيجاب الخ) أقول الظاهر أن هذا جواب بتغيير الدليل

والكتاب كالحطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة

عن الايجاب لانه لم يثبت له حق يطله الا سخر بلا معارض أقوى لان الثابت له بعد الايجاب حق التملك والموجب هو الذي اثبت له هذه الولاية فله أن يرفعها كعزل الوكيل ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك فلولا يجز الرجوع لزمن تعطيل حق الملك بحق التملك ودلالة الاجماع تنفيه ألا ترى ان الابح 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 الكافي الزكاة المحجلة ليس له حق استردادها لثبوت حق التملك للفقير وحاصل جوابه ان الاصل الموجب للدفع قائم وهو النصاب وانما الفاتت وصفه وهو النماء فبعد أخذ السبب حكمه ثم الامر وفيما نحن فيه لم يوجد الاصل بل شرطه فلا يكون البيع موجودا وله أن يقبل مادام المجلس قائما فان لم يقبل حتى اختلف المجلس لا يعتقدوا اختلافه باعتراض ما يدل على الاعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه أما لو قام أحدهما ولم يذهب فظاهر الهداية وعليه مشى جمع أنه لا يصح القبول بعد ذلك واليه ذهب فاضحيان حيث قال فان قام أحدهما بطل يعني الايجاب لان القيام دليل الاعراض فان قيل الصريح أقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغي أن لا يثبت الاعراض قلنا الصريح انما كان أقوى ويعمل اذا بقي الايجاب بعد قيامه وهنالك يبقى فان الاصل أن لا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه ولا يجتمع قوله قبلت به إلا أن للمجلس أثر في جمع المتفرقات وبالقيام لا يبقى المجلس وقال شيخ الاسلام في شرح الجامع اذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح واليه أشير في جمع التفرق وهذا شرح لقوله فيما يأتي وأتم ما قام الى آخره وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما اذا تبايعا وهما عشيان أو يسيران لو كانا على دابة واحدة فالجواب الا سخر لا يصح لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية واختار غير واحد كالطحاوي وغيره انه ان أجاب على فور كلامه متصلا بجاز في الخلاصة عن النوازل اذا أجاب بعد ما مشى خطوة أو خطوتين جاز ولا شك أنهما اذا كانا عشيان مشيا متصلا لا يقع الايجاب الا في مكان آخر بلا شبهة ولو كان المخاطب في صلاة ففرغ منها وأجابه صح وكذا لو كان في نافذة فضم الركعة الايجاب أخرى ثم قبل جاز بخلاف مالوا أكملها أو يعاولو كان في يده كوز فشرب ثم أجاب جاز وكذا لو أكل لقمة لا يتبدل المجلس الا اذا اشتغل بالاكل ولو ناما بالسين لا يختلف ولو مضطبعين أو أحدهما فقهى فرقوا السفيينة كالبيت فلو عقدوا هي تجرى فالجواب الا سخر لا ينقطع المجلس بجر يانما لانهم لا يمكن ان يقاها و قيل يجوز في المشيين أيضا ما لم يتفرقا بذاتيهما أما المسير بلا افتراق فلا وهكذا في خيار الخيرة بخلاف سجدة التلاوة ولو قال بعثك بالف ثم قال لا سخر بعثك بالف فقبل فقهى الثاني لا للدول ولو قال بعثك بكذا فلم يقبل حتى قام البائع في حاجة بطل (قوله والكتاب كالحطاب 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 ابراء الكفيل للمكفول عنه قبل أداء الكفيل والاراء عن الدين قبل الدين لا يصح الا أن المطالبة تتأخر الى وقت الاداء فتكون بمنزلة الدين المؤجل فملكه بقبضه وأما ههنا فبمجرد ايجاب البيع لم يثبت للمشتري في المبيع ملك ولا حق قبل شرائه غاية الامر أنه يثبت للمشتري حق التملك ولكن هذا يعارض حقيقة الملك فلولا يمكن للموجب الرجوع يلزم تعطيل حق المالك بحق التملك وهذا لا يجوز وألا ترى أن الابح حق التملك في مال الابن ثم قبل تملكه يجوز له التصرف كيفما شاء وأراد (قوله والكتاب كالحطاب) وهو أن يكتب فيقول أما بعد فقد بعث عبدى فلانا 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 هذامن فلان الغائب بالف درهم فاذهب يا فلان فقبل له فذهب الرسول فاتخبره بما قال فقال المشتري في مجلسه ذلك اشتريت أو قال قبلت ثم البيع بينهما لان الرسول معبر وسفير لنقل كلامه اليه فاذا اتصل به الجواب ينعتد وكذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة فاما في الخلع والعق على مال فانه يتموقف شرط

فالجواب أنهم ما شتما على
اليمن من جانب الزوج
والمولى فكان ذلك مانعا عن
الرجوع في المجلس فيتوقف
الايجاب فيهما على ما وراء
المجلس قال رحمه الله
(والكتاب كالحطاب) اذا
كتب أما بعد فقد بعثك
عبدى فلانا بالف درهم أو
قال لرسوله بعث هذامن
فلان الغائب بالف درهم
فاذهب فاخبره بذلك فوصل
الكتاب الى المكتوب اليه
وأخبر الرسول المرسل اليه
فقال في مجلس بلوغ الكتاب
والرسالة اشتريت أو قبلت
ثم البيع بينهما لان الكتاب
من الغائب كالحطاب من
الحاضر لان النبي صلى الله
عليه وسلم كان يبلغ نارة
بالكتاب ونارة بالحطاب
وكان ذلك سواء في كونه
مبلغا وكذلك الرسول معبر
وسفير فنقل كلامه اليه

قال رحمه الله (والمسألة أن يتقبل في بعض (٤٦٢) المبيع) يعني إذا أوجب البائع البيع في شئين فصاعداً وأراد المشتري قبول العقد في

أحدهما لا غير فان كانت الصفة واحدة فليس له ذلك لتضرر البائع بتفريق الصفة عليه لان العادة فيما بين الناس انهم يضمون الجيد الى الرديء في البياعات وينقصون عن ثمن الجيد ثم يبيع الرديء به فلو ثبت خيار قبول العقد في أحدهما قبل المشتري العقد في الجيد وترك الرديء فزال الجيد عن يد البائع باقيل من ثمنه وفيه ضرر على البائع لاصحالة وهذا التعليل في الصورة لموضوعه صحيح وأما اذا وضعت المسئلة فيما اذا باع عبداً بالف مثلاً وقبل المشتري في نصفه فليس يصح والصحيح فيه أن يقال يتضرر البائع بسبب الشراكة فان قيل فان رضى البائع في المجلس هل يصح أولاً أجيب بان العقودى قال انه يصح ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استثنافاً يجب لاقبولا ورضا البائع قبولا قال وانما يصح مثل هذا اذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصصة معلومة من الثمن كالصورة المذكورة وفي القعيزين باعها بعشرة لان الثمن ينقسم عليهما باعتبار الاجزاء فتكون حصصة كل بعض معلومة فاما اذا أضاف العقد الى عبدين أو ثوبين لم يصح العقد بقبول أحدهما وان رضى البائع لانه يلزم البيع بالحصصة ابتداء وان لا يجوز (يقول ويجوز بقاء ويجوز

وليس له أن يتقبل في بعض المبيع ولا أن يتقبل المشتري ببعض الثمن لعدده رضا الآخر بتفريق الصفة عبدي منك بكذا فلما باعها الكتاب وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس ان عقدك لرساله أن يقول اذهب الى فلان وقل له ان فلانا باع عبده فلانا منك بكذا فاجابه فاجابه في مجلسه ذلك باقبول وكذا اذا قال بعث عبدي فلانا من فلان بكذا فاذهب يا فلان فاخبره 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 فضولياً ولو كان قال بلغه يا فلان فباعته غيره فقبل جاز ولو كان المكتوب بعينه بكذا فكتب بعينه كما لا يتم ما لم يقل الاول قبلت وأما ما ذكر في المبسوط لو كتب اليه بعني بكذا فقال بعته يتم البيع فليس مراد محمد ههنا من ههنا سوى الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود لا بيان اللفظ الذي يتعقد به البيع وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب فبمعنى 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 وقبوله سواء علم الآخر أو لم يعلم حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع بخلاف مالو 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 عنق سيدي الغائب على ألف فانه لا يتوقف بالاجماع وفي النكاح من الخلاف فعند أبي يوسف يتوقف وعندهما لا (قوله وليس له أن يتقبل الى آخره) يعني الا أن رضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض ويكون المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالاجزاء كعبد واحد أو مكمل أو موزون فان كان مما لا ينقسم الا بالقيمة كثوبين وعبدين لا يجوز ان قبل الآخر وانتسكك على عبارة الكتاب فانما وقع فيها 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 حينئذ يكون أعم من البائع والمشتري فعنه في البائع انه اذا أوجب المشتري البيع بأن قال اشترت هذه الاثواب وهذا الثوب بعشرة فليس للبائع أن يتقبل في بعض المبيع من اثواب أو الثوب لعدم رضا الآخر بتفريق الصفة لانه قد يتعلق غرضه بالجملة بسبب حاجته الى الكل ويعسر عليه تحصيل باقي الاثواب لعزمه او بعضها لا يقوم بحاجته فلو الرضاء المبيع في البعض انصرف ماله ولم تندفع حاجته وغير ذلك من الامور وأما في المشتري فعنه اذا أوجب البائع البيع فليس للمشتري أن يتقبل في بعضه اذ قد يتضرر بتفريق الصفة لان العادة أن يضم

العقد من الزوج والمولى على قبول الآخر ورأى المجلس بالاجماع حتى ان من قال خالعت امرأتى فلانة الغائبة على ألف درهم فباعها الخبر فاجازت أو قبلت صح وكذا الاعتناق 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 يتقبل في بعض المبيع) واذا أوجب البائع المبيع في شئين أو ثلاثة وأراد المشتري أن يتقبل العقد في أحدهما دون الآخر فهذا على وجهين ان كانت الصفة واحدة فليس له ذلك وان كانت متفرقة فله ذلك وهذا لان الصفة اذا كانت واحدة فالمشتري يتقبل العقد في أحدهما يريد تفريق الصفة على البائع وفي ذلك ضرر بالبائع لان العادة فيما بين الناس انهم يضمون الرديء الى الجيد في البياعات وينقصون شيئاً عن ثمن الجيد ليرويج الرديء بالجيد فلو ثبت خيار قبول العقد في أحدهما فالمشتري يتقبل العقد في الجيد وترك الرديء على البائع فيزول الجيد عن ملك البائع باقيل من ثمنه وفيه ضرر بالبائع وقال القدروري رحمه الله الا أن يرضى البائع في المجلس نحو أن يقول بعثك هذا العبد بخمسين فيقول المشتري قبلت في نصفه فيرضى به البائع أو يقول بعثك هذين القعيزين بعشرة فيقول

الا أحدهما وان رضى البائع لانه يلزم البيع بالحصصة ابتداء وان لا يجوز كما سيأتي وان كانت الصفة متفرقة كان له

(قوله لانه يلزم البيع بالحصصة ابتداء وان لا يجوز) يقول ويجوز بقاء ويجوز

ذلك لاتقاء الضرر عن البائع واليه أشار بقوله (الاذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى) والصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والبيعة ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه والعقد يحتاج الى مبيع وعن بائع ومشتري ويبع وشراء وبالتحاد بعض هذه الاشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة وتفرقها فاذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة وكذا اذا اتحد سوى المبيع كقولهم بمائة فقال قبلت واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور ويكون مع تعدد المبيع كأن قال بعته بمائة فقال قبلت أحدهما بستين والاخر باربعين وذلك يكون صفقة واحدة أيضا كما ذكر في الكتاب واتحاد المبيع 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 (وأيم ما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب

البائعون الجسد الى الردي اير وجونه فلو أن زمانه المبيع بقى الردي، وذهب ما يروجه به فيتضرر بذلك ومعلوم أن القبول في بعض المبيع يكون ببعض الثمن فغده المصنف العلم له لكن على هذا الاحاطة لقوله ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن لان ذلك يستفاد من العبارة الاولى بطريق الدلالة فلزم كون الضمير للبائع ولغظ المشتري بالبناء للفاعل لتصحج كلامه أي وليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع الذي أوجب فيه المشتري المبيع ولا أن يقبل المشتري في بعض المبيع فيما اذا كان الموجب هنا البائع والحاصل أن عدم صحة القبول في البعض لزوم تفرق الصفقة فوجب أن يعرف بما اذا ثبت اتحادهما وتفرقها فاعلم أنه يكون تارة من تعدد القابل وتارة من غيره فإمن تعدد القابل امتناع علم فيه من الزام الشركة مثاله أن يقول البائع للمشتري بين بعنا هذا بالف فقال أحدهما اشترت دون الاخر تعددت فلا يلزم لانه لو تم في النصف لانه انما طابهما بالكل ف كان مخاطبا كلا بالنصف فلزم صار شرىك بالبائع فدخل عليه عيب الشركة بلا رضاه وكذا لو قال رجل لساكني حين اشتريت منك هذه بالف فباعه أحدهما دون الاخر فان بيعه اعمائهم

المشتري قبلت في أحدهما فيرضى به البائع ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استئناف ايجاب القبول 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 فالما اذا كان الثمن ينقسم باعتبار القيمة نحو ان أضاف العقد الى عبيد من 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 منهم معلومة ولو جاز البيع في الذي قبل كان هذا ابتداء عقد بالحصة وأنه لا يجوز ولو قال بعناك هذين العبدين هذا بمائة وهذا بمائة فقبل المشتري المبيع في أحدهما ذكر في بعض المواضع أنه يجوز وذكر في الجامع أنه لا يجوز الا أن يقول بعناك هذين العبدين بعناك هذا بمائة وبعناك هذا بمائة فقبل المشتري أحدهما جاز اما اذا لم يعد لغظ البيع كانت الصفقة واحدة فلا يصح قبول أحدهما وان سمي لكل واحد منهم ما تمنا فعلى هذا قوله في المتن الآن يبين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى أي الا أن 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 المبيع والشراء والتمن بان ذكر الثمن حله والبائع واحد والمشتري واحد فالصفقة متحدة قياسا واستحسانا وكذلك لو تفرق الثمن بان سمي لكل بعض من المبيع تمنا على حد واتحاد الباقي بان قال البائع بعناك هذه الاثواب العشرة كل ثوب منها بعشرة كانت الصفقة متحدة أيضا وكذلك اذا كان البائع واحدا والمشتري اثنين والثمن في حله بان قال البائع لرجلين بعناك هذا بمائة والمشتري ان اشترى اثنان من هذين منكم بكذا او قال المشتري ان اشترى اثنان من هذين منكم بكذا كانت الصفقة متحدة وهذا هو الكلام في الاتحاد واما الكلام في جانب التفرق فنقول ان تفرقت التسمية بان سمي لكل بعض من المبيع أو البائع أو المشتري واحد والمشتري واحد بان قال

منكم بمائة فقالا قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة وتفرق المبيع والثمن ان كان يتكرر بلفظ المبيع فكذلك وكذا تفرقهما بتكرير لفظ الشراء هذا كله قياسا واستحسانا واما تعدد البائع مع تعدد الثمن والمبيع بلا تكرير بلفظ المبيع فكذا تفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير ولفظ الشراء فيوجب التفرق قياسا لاستحسانا وقيل لا يوجب التفرق على قول أبي حنيفة ووجب على قول صاحبيه قال وأيم ما قام من المجلس قبل القبول بطل الايجاب هذا متصل بقوله ان شاء قبل في المجلس وان شاء ردوه وشار الى أن رد الايجاب تارة 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 اعم واجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها

قال المصنف (الاذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى) أقول سيجي في آخر باب البيع الفاسد انه لا تعدد الصفقة بمجرد تفصيل الثمن فالمراد هنا تكرير لفظ البيع والشراء مع بيان ثمن كل واحد (قوله فاذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة) أقول تأمل في هذا التعبير (قوله واما 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 الامن 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 يمانك هذا بكذا فاجاب هو في بعضه لا يلزم اسكن لا لتعدد هاتبتعدد العاقدين لاجابته في البعض الأتري أن الموجب فيهما لو كان واحدا والباقي بحاله كان من تعدد الصفة أيضا فاعرف أن هذان من جهة أخرى لامن تعدد العاقدين أو مامن غيره فيصور اثنين احدهما أن يوجب البائع في مثلين أو واحد قيمي أو مثلي تقبل في البعض أو يوجب المشتري فيما ذكرناه بان يقول اشترى منك بكذا فقبل البائع في البعض فان في كل منهما الصفة واحدة فاذا قبل في بعضها فرقها فلا يصح فلو كان بين اثنين كل منهما فلا يخلو اما أن يكون بلا تكرار لفظ البيع أو بتكراره فقيما إذا كرره فالافتقار على أنه صفتان فاذا قبل في أحدهما يصح مثل أن يقول بعنك هذين العبدن بعنك هذا بالف وبعنك هذا بالف أو اشترى منك هذين العبدن اشترى هذا بالف واشترى هذا بالف كذا في موضع وفي موضع أن يقول بعنك هذين بعنك هذا بالف وهذان بعنك هذين بعنك هذا بالف وهذان بالعبدن وفيما إذا لم يكرره مثل بعنك هذين هذا بمائة وهذا بمائة فظاهر الهداية أنه صفتان وبه قال بعضهم وقال آخرون صفة واحدة وان مراد صاحب الهداية إذا كرر لفظ البيع فأما إذا لم يكرره وقد اتحد الايجاب والقبول والعاقدين لم يتعدا الثمن فالصفة واحدة قياسا واستحسانا فليس له أن يقبل في أحدهما وقيل الاول استحسان وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه والثاني قياس وهو قولهما والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن لان الظاهر أن فائدته ليس الاصد بان يبيع منه أيهما شاء والافلو كان غرضه أن لا يبيعهما منه الاجلة لم تكن فائدة لتعين عن كل منهما (قوله واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الامن 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 أو فوالعقود 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 لكل المشتري قبل التخيير وقوله تعالى وأشهدوا إذا تباعتم أمراء بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجادل للبيع والبيع يصدق قبل الخيار بعد الايجاب والقبول فلو ثبت

(واذا حصل الايجاب والقبول تم البيع ولزم وليس لواحد من المتعاقدين الخيار 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 هذه بعشرة واشترى منك هذه بخمسة كانت الصفة متفرقة بالاتفاق وأما اذا تفرق الثمن الا أنه لم يكرر لفظ البيع والشراء واختلف العاقدين كان من أحدا الجانبين اثنين أو كان من كل جانب اثنين ذكر في بعض المواضع أنها صفة واحدة وذكر في بعض المواضع أنها صفتان قبل الاول استحسان والثاني قياس وقيل الاول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قول صاحبيه رحمهما الله ذكر في المغرب الصفة ضرب اليد على البيع والشراء تم جعلت عبارة عن العقد بعينه (قوله لان القيام دليل الاعراض) فان قيل اذا قل بعد القيام قبلت كان ينبغي أن ينعد 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 الاخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها

الخيار ودم الزوم قبله كان ابطالا لهذه النصوص ولا تخلص له من هذا الا ان يمنع تمام العقد قبل الخيار ويقول العقد المزمع يعرف شرعا وقد اعتبر الشرع في كونه ملزما لخيار الرضا بعد الايجاب والقبول بالاحاديث الصحيحة وكذا لا تتم التجارة عن التراضي الابه شرعا وانما اباح الاكل بعد الاختيار لا اعتبار به في التجارة عن تراض واما حديث حبان بن منقر رضي الله عنه حيث قال له اذا ابتعت فقل لا خلا به ولي الخيار فقد اثبت له اشتراط خيار آخر وهو ثلاثة ايام فانما يدل على ان خيار ثلاثة ايام لا يثبت الا بالاشتراط في صاب العقد لا اصل الخيار ولا تخلص الابتسليم امكان اعتبار الخيار في لزوم العقد وادعاء انه غير لازم من الحديث المذكور كلفعل المصنف بناء على ان حقيقة المتبايعين المتشاغلان بالبيع لا من تم البيع بينهما وانقضى لانه مجازه والمتشاغلان يعني المساومين يصدق عند ايجاب أحدهما قبل قبول الآخر فيكون ذلك هو المراد وهذا هو خيار القبول وهذا حل ابراهيم النخعي رحمه الله تعالى لا يقال هذا أيضا مجاز لان قبل قبول الآخر الثابت بائع واحد لا متبايعان لانا نقول هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها بمجرد معنى اللفظ كالمخبر لا حقيقة له الاحال التكلم بالخبر والخبر لا يقوم به دفعة تصدق حقيقة حال قيام المعنى بل على التعاقب في أجزائه فبالضرورة يصدق خبر حال النطق ببعض حرف الخبر والا لا يتحقق له حقيقة ولا نافعهم من قول القائل زيد وعمر وهناك يتبايعان على وجه التبادر أنهم متشاغلان بالبيع متراضان فيه فليكن هو المعنى الحقيقي والحل على الحقيقي متعين فيكون الحديث دليل اثبات خيار القبول لثني توهم أنهم اذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم أوجب أحدهما البيع يلزم الآخر من غير أن يقبل ذلك أصلا للاتفاق والتراضي

بجرد القيام ما كان متوقفا والمفسوخ لا تحقه الاجازة (قوله ولنا ان في الفسخ ابطال حق الاخر) لان العقد لما تم بالايجاب والقبول ثبت الملك لكل واحد منهما فالفسخ من أيهما كان ابطال حق الاخر بلارضاء فلا يجوز كما بعد الافتراق عن المجلس (قوله والحديث محمول على خيار القبول) والتفرقة تفرقة الاقوال أي اذا 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 والاخر اشترت لم يبق الخيار بعده (قوله وفيه اشارة اليه) أي في الحديث اشارة الى خيار القبول فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها ولا قبلها كالمقابلين والمناظرين وتحقيقة ان الاحوال ثلاث حالة لم يوجد فيها الايجاب والقبول وحالة وجود فيها أحدهما فاطلاق اسم المتبايعين عليهما في الحالة الاولى والثانية مجاز باعتبار ما يؤول اليه أو باعتبار ما كان قبعت الحالة الثالثة اذهى جامعة قريبة الى الحقيقة اذا الشارح أبقى الايجاب مادام في المجلس ليرتبط بالقبول فان قبل بعد وجود كلامهما أبقاهما الشارح متبايعين لما أن الشارح أعطى للعقود الشرعية حكم الجواهر لما عرف قلنا الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما لا حقيقة كلامهما فان الكلام كما جديض محمول ويتلاشى فان قيل ذكر ابن عمر رضي الله عنهما ان التفرقة تفرقة الابدان قلنا تاويل الراوي لا يكون حجة على غيره ولا يكون رد الاحتمال آخر كيف وقدر وى عن النبي صلى الله عليه وسلم في رواية المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما فان قيل في كل واحد من الحملين أعنى ما حمله الشافعي رحمه الله وما حملناه نوع مجاز أمافي حمله الشافعي فما ذكر وأمافي قلنا فهو ان التفرقة من الاوصاف فقيامها لا يكون الا بالاعيان فلوا أسند التفرقة الى القول يلزم قيام العرض بالعرض وذلك لا يجوز الا ان يسند اليه بطريق التجوز فيجب لذلك ان يسند التفرقة الى البدن ليكون قولا بحقيقة التفرقة قلنا نعم كذلك الا ان اسناد التفرقة الى غير الاعيان 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 اليئنة وقال الله تعالى لا تفرق

(ولنا ان في الفسخ ابطال حق الاخر) 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 مرادا أو محتمل أن يكون مرادا فيحمل عليه والفرق بينهما أن أحدهما مراد والآخر محتمل للارادة لا يقال العقود الشرعية في حكم الجواهر فيكونان متبايعين بعد وجود كلامهما لان الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما شرعا لا حقيقة كلامهما والالكلام في حقيقة الكلام وهذا التأويل منقول عن ابراهيم النخعي

(قوله وقد تقدم تفسيره الخ) أقول الذي تقدم تفسيره كان مختصا بجانب المجيب والمذكور في الحديث يعمله وجانب الموجب فالقول أن يفسر خيار القبول هنا باعم مما ذكر أو من خيار الرجوع كما لا يخفى (قوله والثالث حقيقة) أقول فيه بحث (قوله وهذا التأويل منقول الخ) أقول أي تاويل الخيار المذكور في الحديث بما ذكر

وقوله (والنفرق تفرق الاقوال) جواب عما قال التفريق عرض فيقوم بالجواهر ولقائل أن يقول حمل التفريق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي أهل السنة فيكون اسناد التفريق اليها مجازا فوجه ترجيح مجاز كمل على مجازهم وأوجب بان اسناد التفريق والتفرق الى غير الاعيان سائغ شائع فصار بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال تعالى وما تفرق الذين أو تو السكاب الآية وقال لا تفرق بين أحد من رسله والمراد التفريق (١٦٦) في الاعتقاد وقال صلى الله عليه وسلم ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة وهو أضافي

أو يحتمله فيحتمل 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 تغضى الى المنازعة

السابق في الزامه بكلام أحدهما بعد قال المصنف رحمه الله تعالى (أو هو) (يحتمله فيحتمل عليه) جمع بين ما ذكرناه من الآيات حيث كان المتبادر الى الفهم فيها تمام البيع والعقد والتجارة عن تراض بمجرد الإيجاب والقبول وعدم توقف الاسماء على أمر آخر لا يقال ان ما في خيار أحد المتبايعين وهو الثاني القابل للاختيار هما لانه ممنوع بل الموجب أيضا خيار أن يرجع قبل قبول الآخر وأن لا يرجع وعلى هذا فالنفرق الذي هو غاية قبول الخيار تفرق الاقوال وهو أن يقول الآخر بعد الإيجاب لا أشتري أو يرجع الموجب قبل القبول واسناد التفريق الى الناس مراد به تفرق أقوالهم كثير في الشرع والعرف قال الله تعالى وما تفرق الذين أو تو السكاب الامن بعد ما جاءتهم البيئته وقال صلى الله عليه وسلم افتقرت بنو اسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة وستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة وحينئذ فيراد باحدهما في قوله أو يقول أحدهما لصاحبه اختر الموجب بقوله بعد ايحياه للآخر اخترنا قبل أو لا والاتفاق على أنه ليس المراد أن بمجرد قوله اختر يلزم البيع بل حتى يختار البيع بعد قوله اخترنا قبل أو لا والاتفاق على أنه ليس المراد أن بمجرد قوله اختر يلزم النكاح والخلع والعق على مال والسكابة كل منها عقد معاوضة يتم بلاختيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضا فكذا البيع وأما ما يقال تعلق حق كل من العاقدين ببطل الآخر فلا يجوز ابطاله 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 التفريق واهمالك ولم يعمل به فلو كان المراد به ذلك لعمل به فغاية في لضعف اذا ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره بل مالكت عنده محجور به (قوله والاعواض المشار اليها) سواء كانت مبيعات كالحبوب والثياب أو أثمانا كالدراهم والدنانير (لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع) فاذا قال بعثك هذه الصبرة من

الاعتقاد وفيه نظيران المجاز باعتبار ما يؤول اليه أو ما كان عليه أيضا كذلك على أن ذلك يصح على مذهب أبي يوسف ومحمد رحمه الله لا على مذهب أبي حنيفة فان الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده ولعل الأولى أن يقال جملة على التفريق بالابدان رد الى الجهالة اذ ليس له وقت معلوم ولا غاية معروفة فيصير من أشباه بيع الملامسة والمنازعة وهو مقطوع بغساده عادة وهذا معنى قول مالك رحمه الله ليس لهذا الحديث حد معروف أو نقول التفريق يطلق على الاعيان والمعاني بالاشراك اللفظي وترجح جهة التفريق بالاقوال بما ذكرنا من أداء جملة على التفريق بالابدان الى الجهالة وهذا التأويل أعنى حمل التفريق على الاقوال منقول عن محمد بن الحسن رحمه الله قال رحمه الله (والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها) الاعواض المشار اليها ثمننا كانت أو ثمننا لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف المتماضي للجهالة المقضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم اللذين (والاثمان

بين أحد من رسله هذا في الاعتقاد قال وان يتفرقا يغن 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 الققه فان قضية العقد الزوم لانه تمهها وتعلق به حق كل واحد منهما فثبت الخيار يستدعي سببا لا محالة ولم يوجد وجهل الحديث على خيار القبول منقول عن ابراهيم رحمه الله (قوله أو يحتمله) أي يحتمل الحديث خيار القبول فيحتمل عليه عند قيام الدليل وقد دل عليه ما ذكرناه (قوله والاعواض المشار اليها) هذا يتناول الحجرين وغيرهما ثمننا كان أو ثمننا لان الاشارة كفاية في الشكل اذهى أباغ أسباب التعريف لاني الاموال الربوية فان الاعواض اذا كانت من الاموال الربوية كالدراهم والدنانير والحنطة 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 المتماضي للجهالة 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 وأوجب بان اسناد التفريق والتفرق الخ) أقول اسناد التفريق الى القول مجازا بالسيبية لا يستلزم وجود التفريق حقيقة كقوله أقدمني بذلك حتى على فلان (قوله أو نقول التفريق يطلق على الاعيان والمعاني) أقول فلا بد من لزوم قيام العرض بالعرض من مدفع والظاهر انه منع كون ما يطلق التفريق مطابقا من الاعراض (قوله ثمننا كانت أو ثمننا) أقول تقرر بصدور الشرية صريح في أن المراد بالاعواض الاثمان فتأمل في الترجيح

(والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد

الحنطة أو هذه الكورجة من الارز والشاشات وهي بجوهلة العدد بهذه الدراهم التي في يدها وهي مرثبة له
 فقبل جاز ولم لان الباقي جهالة الوصف يعني القدر وهو لا يضرا لا يمنع من التسليم والتسلم لتجمله كجهالة
 القيمة لا تمنع الصحة قال في الفتاوى قال لغيره لك في يدي أرض خربة لا تساوي شيئا فبعها متى تسعة دراهم
 فباعها وهو لا يعلم وقيمتها أكثر جازا لبيع بخلاف السلم لا يشار للعوض فيه للاجل فلا يصح في المسلم فيه
 اتفقا ولا في رأس مال السلم اذا كان مكبلا أو موزونا عند أبي حنيفة رضي الله عنه لما يحى ثم المسئلة مقيدة بغير
 الاموال الربوية وبالربوية اذا قوبلت بغير جنسها أما الربوية اذا قوبلت بجنسها كالحنطة بالحنطة والذهب
 بالذهب فلا يصح مع الاشارة اليها الاحتمال لربا واحتمال الرابا مانع كحقيقة الربا شرعا والتقييد بقدرها في قوله
 لا يحتاج الى معرفة مقدارها احتراز عن الصفة فانه لو اراد دراهم وقال اشترى بتمه فوجدها زوفا ونهرجة
 كان له أن يرجع بالحياد لان الاشارة الى الدراهم كالتنصيص عليها وهو ينصرف الى الحياد ولو وجدها ستوفة
 أو رصاصا فسد البيع وعليه القيمة ان كان أتلفها ولو قال اشترى بتمه هذه الصرة من الدراهم فوجد البائع ما فيها
 خلاف نقد البلد فله أن يرجع بنقد البلد ان مطلق الدراهم في البيع ينصرف الى نقد البلد وان وجدها نقد
 البلد جاز ولا خيار للبائع بخلاف ما لو قال اشترى بمافي هذه الخباية ثم رأى الدراهم التي كانت فيها كان له الخيار
 وان كانت نقد البلد ان الصرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها وفي الخباية لا يعرف ذلك من الخارج فكان
 له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لان خيار الرؤية لا يثبت في النقود (قوله والأثمان
 المطلقة) أي عن قيد الاشارة (لا تصح حتى تكون معلومة القدر) كخمسة وعشرة دراهم أو كرا حنطة
 بخلاف ما لو اشترى بوزن هذا الخبز بما فانه ليس عوضا مشار اليه فان المشار اليه الخبز ولا يعلم قدر حرم ما يوزن
 به من الذهب فلها اذا اشترى بوزن هذا الخبز بما فوزن به كان له الخيار ومن الاجوز والبيع به البيع بقيمته
 أو بما حل به أو بما يرد أو يحب أو برأس ماله أو بما اشتراه أو بمثل ما اشترى فلان لا يجوز ان علم المشتري
 بالقدر في المجلس فرضيه عادجا تراو كذا لا يجوز بألف درهم الا دينار أو بمائة دينار الا درهما وكذا لا يجوز
 بمثل ما يبيع الناس الا أن يكون شيئا لا يتفاوت بالخبر والمعم (والصفة) كعشرة دراهم بخارية أو سمرقندية
 وكذا حنطة بحيرة أو صعيدية وهذا لانها اذا كانت الصفة بجوهلة تتحقق المنازعة في وصفها فالمشتري يريد
 دفع الادون والبائع يطلب الارتفاع فلا يحصل مقصود شرعية العقد وهو دفع الحاجة بلا منازعة واعلم ان
 الاعراض في البيع اما دراهم أو دنانير فهي ثمن سواء قوبلت بغيرها أو بجنسها وتكون صرفا واما اعيان
 ليست مكيلة ولا موزونة فهي مبيعة أبدأ ولا يجوز فيها البيع الا اعيانها الا فيما يجوز فيه السلم كالثياب وكما
 ثبت الثياب مبيعا في الذمة بطريق السلم تثبت دينامو جلا في الذمة على انها ثمن وحينئذ يشترط الاجل لا
 لانها ثمن بل لتصير ملحقة بالسلم في كونها دين في الذمة فلذا اقلنا اذا باع عبد اثوب موصوف في الذمة الى أجل
 جاز ويكون بيعا في حق العبد حتى لا يشترط قبضه في المجلس بخلاف ما لو علم الدراهم في الثوب وانما ظهرت
 أحكام السلم فيه في الثوب حتى شرط فيه الاجل وامتنع ببيع قبل قبضه لاحقا به بالمسلم فيه أو مكمل أو موزون
 أو عددي متقارب كالبيض فان قوبلت بالنقود فهي مبيعات أو بما مثلها من المثليات فما كان موصوفا في

المال شرط فيه عند أبي حنيفة رحمه الله اذا كان مما يتعلق العقد على مقداره (قوله والأثمان المطلقة) أي
 الكاملة في الثمنية وهي الخبز لانها مخالفة للثمنية وأراد به غير المشار اليها الوجهين أحدهما أنه ذكر في
 مقابلة المشار اليه والثاني أن ذكر القدر والصفة شرط في الثمن اذا لم يكن مشارا اليه وان يكن هو نفسا و
 للثمنية فلا يبقى لذكر الاطلاق فائدة والاموال ثلاثة ثمن محض وهو ما يكون مقوما لنفسه وغيره وسبعة خمسة
 وهو ما لا يكون مقوما لنفسه وغيره ودائر بينهما وهو ما يصلح ثمنا اذا كان مؤجلا كالمكيل والموزون وصورة
 الأثمان المطلقة تبين 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 تنفي الى
 المنازعة ولو جود ما هو أقوى
 منه في التعريف ويكون
 التقاض ناجزا في البيع
 بخلاف السلم على ما سألنا
 وهذا انما يستقيم اذا لم تكن
 الاعراض ربوية أما اذا
 كانت ربوية فجهالة المقدار
 تمنع الصحة لاحتمال الربا
 وانما لم يقيد في الكتاب لان
 ذلك مما يتعلق بالربا وهذا
 الباب ليس لبيانته قال
 (والأثمان المطلقة لا تصح
 الا أن تكون معروفة القدر
 والصفة) الأثمان المطلقة
 عن الاشارة لا يصح بم العقد
 الا أن تكون معلومة
 القدر كمسرة ونحوها
 والصفة ككونها بخاريا
 أو سمرقنديا لان التسليم
 واجب بالعقد وكل ما هو
 واجب بالعقد يمنع 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
 بيانا لجهالة الوصف
 فيه (قوله ناجزا في البيع)
 أقول أي حاضر (قوله
 فجهالة المقدار تمنع الصحة)
 أقول اذا بيعت بجنسها
 (قوله يمنع حصوله بالجهالة
 الخ) أقول أي بجهالة ذلك
 الواجب

(وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم) ويفوت الغرض المطلوب من البيع قال (ويجوز البيع بثمن حال) قال الكرمي رحمه الله المبيع ما يتعين في العقد والثلث ما لم يتعين وهذا على المذهب فان الدراهم تتعين عند الشايعي في البيع وهو بمن بالاتفاق وقال أبو الفضل الكرماني 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 يقابلها وينقسم كل منهما الى محض ومتردد فالمبيع المحض هو الاعيان التي ليست من ذوات الامثال الا الشباب الموصوفة وقعت في الذمة الى أجل بدلا عن عين فانها آثمان وليس اشتراط الاجل لكونه ثمنا بل ليصير محقا بالسلم 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 نظر الى انها مثلية كالتقديين فان قائلها التقدان فهي معينة (٤٦٨) وان قائلها عين وهي معينة فهي مبيعة وآثمان لان البيع لا بدله منها وليس أحدهما

وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها 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 ايضا لانه في قريب المدة وهذا يسلم في بيعها

لذمة فهو ثمن وما كان معيناً فيبيع فان كان كل منهما ماعيناً فصحبه حرف الباء وأولفظ على كان ثمنا والآخر مبيعا وقال خواهر زاده رحمه الله في شهادات الجامع المكيل والموزون اذا لم يكن معينة 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 عرفا كما يكون نصا في الفتاوى لو قال اشترى منك هذا الثوب أو هذه الذرا 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 حتى وحاصل هذا أنه اذا صرح بالعدد فتعين المحدود من كونه دراهم أو دنانير أو فلسا 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 بين مؤجل يبيع وفي صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها (اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما من يهودي الى أجل ورواه عنه) من حديثه في لفظ الصحاحين طعاما بنسيته وقد سمي هذا اليهودي في سنن البيهقي أخرجه عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام رهن درعا عند أبي الشحمر جل من بني طغر في شعير) ولا بد أن يكون الاجل معلوما لان جهالة تفضي الى المنازعة في التسليم والتسلم فهذا ايضا لانه في قريب المدة وذلك في بيعها) 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 الاحتراز عن جهالة لا تفضي الى المنازعة كما اذا كان

أولى بأن يجعل مبيعا من الآخر فعمل كل واحد مبيعا وثمانوان كانت أعني المكيلات والموزونات غير معينة فان دخلت فيها الباء مثل أن يقال اشترى هذا العبد بكر حنطة وقد وصفها كانت ثمنا وان دخلت في غيرها كان يقال اشترى الكرم بهذا العبد كان مبيعا ولا يصح الاسما بشرطه هذا المحض كلامهم في هذا الموضوع وأقول الاعيان ثلاثة تنقود أعني الدراهم والدنانير وسالم كالثياب والدور والعبيد وغير ذلك ومقدرات كالمكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة ويبيع غير التقديين بالتقديين يشتمل على المبيع المحض والثلث المحض وما عد ذلك فهو متردد بين كونه مبيعا وثمانيا

قال والمميز 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 طعاما الى أجل ورواه عنه) لكن لا بد وأن يكون الاجل معلوما لا يفضي الى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التليم 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 أيضا منقوض بالمسلم فيه ورأس مال السلم اذا كان عينيا (قوله وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة) أقول لا يبعد أن يقال العرف هو المبيع المطلق والثلث المطلق وهو ما يكون ثمنا بكل حال فغنى 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 احترازا عن الثمن (قوله والثلث ما يقابلها) 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 التقديين وقد ان الثمن في المفاضلة 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 الآن بين أحدها واعلم اني
أذكر لك في هذا الموضوع الاقسام العقلية المتصورة وفي هذه المسئلة اجلاما أنزلها على من الكتاب حلاله فاني ما وجدت من الشارحين من
نصدي لذلك على ما ينبغي فأقول اذا كان في البلد نقد مختلفه فاما أن يكون (٤٦٩) الاختلاف في المالية والارواح أو في المالية

دون الرواج أو في الرواج
دون المالية أو لا يكون في
شيء منها بل في مجرد الاسم
كالصري 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 تحريا للبحوز
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
استاؤهما في الرواج
(فالبيع فاسد) لان الجهالة
تفضي الى المنازعة اشارة
الى القسم الثاني الآن

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 بين أحدهما) وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء
لان الجهالة مقضية الى المنازعة الآن ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدها أغلب وأرجح فينتسذ
يصرف اليه تحريا للبحوز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي

قال من أسلف في عمر فإسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم وعلى كل ذلك انعقد الاجماع وأما
البطالان فيما اذا قال بعثك بالف حالا أو بالغين الى سنة فلهالته الثمن ومن جهالة الاجل ما اذا باع بالف على
أن يؤدي اليه الثمن في بلد آخر ولو قال الى شهر على أن تؤدي الثمن في بلد آخر جاز بالف الى شهر ويطلب شرط
الايغاء في بلد آخر لان تعيين مكان الايغاء فيما لا اجل له ولا مؤنة لا يصح فلو كان له حمل ومؤنة صح ومنه على
قول محمد ما اذا باع على أن يدفع اليه المبيع قبل أن يدفع الثمن فان البيع فاسد لان محمدا رحمه الله عليه يتضمنه
أجلا بمجول وحتى لو سمى الوقت الذي يسلم اليه فيه المبيع جاز البيع وأما أبو يوسف فالتماعه 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 فينصرف) المطلق (اليه) فان كان
اطلاق اسم الدراهم في العرف يختص به امع وجود دراهم غيرهما 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 ما واجب تحريا للبحوز وعدم اهدار كلام العاقل (فان كانت النقود مختلفة) المالية كالذهب
لاشرفى والناصرى بصري لكنه في الرواج سواء (فالبيع فاسد) لعدم امكان الصرف الى أحدهما بعينه
دون الآخر لولا فيه من التحكم عند التساوى في الرواج واذا لم يكن الصرف الى أحدهما والحالة انها متفاوتة
المالية جاءت الجهالة المقضية الى المنازعة لان المشتري يريد دفع الانقص مالية والبائع يريد دفع الاعلى
فيفسد البيع الآن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما في المجلس ويرضى الآخر لارتفاع المقسد قبل تقرر
وصار كولو قال الدائن لمدينه يعني هذا الثوب ببعض العشرة التي لي عليك وبعني هذا الآخر بباقي العشرة
فقال نعم كان صحح العدم افضاء جهالة الثمن الاول الى المنازعة بضم المبيع الثاني اليه اذ به يصيرت ههنا عشرة
وهذا محمول على قبول الدائن بعد قول المدينون نعم ونحوه وان كانت مختلفة في المالية والارواح معا فالبيع صحح
ويصرف الى الارواح للوجه الذي تقدم من وجوب العمل بالعرف والعادة وكذا اذا كانت متساوية

مجهول القدر مشار اليه وكولو باع عبدا من عبدين على أن المشتري بالخيار وكولو باع قفيزا 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 قنديه 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

ترتفع الجهالة ببيان أحدهما
فينتسذ يجوز وقوله (أو
يكون أحدها أغلب
وأرجح فينتسذ
البيع اليه تحريا للبحوز)
اشارة الى القسم الاول
أولى القسم الثالث لان
كون أحدها أرجح أعم

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 الرواج اشارة الى القسم الثاني أعاده للتمثيل بقوله كالثنائي وهو ما يكون الاثنان منه دافعا والثلاثي وهو ما يكون الثلاثة منه دافعا
والناصرى اليوم سمر قنديه بمنزلة الناصري بخاري والاختلاف بين العدلى بقرعانه وفقهاء ما وراء النهر يسمون الدرهم عدليا وكل هذا
يختلف في المالية مع التساوى في الرواج

وقوله (فان كانت سواء فيها) أي في المالية يعني مع الاستواء في الرواج إشارة إلى القسم الرابع وجزء الشرط قوله (جاز البيع اذا 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 لانه لا منازعة لاستواء ما في الرواج (ولا اختلاف في المالية) وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ رحمه الله فانه فضل بين قوله اذا كانت مختلفة في المالية (٤٧٠) ومثاله وهو قوله كالثنائي بالشرط وهو قوله فان كانت سواء وفضل بين الشرط وهذا

والنصر في اليوم بغير قند والاختلاف بين العبد إلى بقره انه جاز البيع اذا أطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف إلى ما قدر به من أي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة وبجازفة) وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدايد بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة قبل ما فيه من احتمال الربا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم فشابها جهالة القيمة

المالية والرواج يصح البيع ويؤدي من أيها شاء لانه لا فضل لأحد هدا فلوطب البائع أحد هدا بعينه كان للمشتري أن يعطيه من الصنف الآخر لان الامتناع عن قبض ما أعطاه المشتري مع انه لا فضل للآخر عليه ليس فيه الا التعنت وهذا قلنا الدرهم والدينارين لا تعين حتى لو أراه درهمين اشتري به فباعه ثم حبسه وأعطاه درهما آخر جاز يعني اذا كانا مقيدي المالية والثنائي والثلاثي اسم الدرهم كانت بيلادهم مختلفة فالمالية وكذا الركني والخليفتي في الذهب كان الخليفة أفضل مالية عندهم والعبد إلى اسم الدرهم (قوله ويجوز بيع الطعام) وهي الخنطة ودقيقتها خاصة في العرف الماضي كإيدل عليه حديث الفطرة كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام أو صاعا من شعير فقوله (الحبوب) عطف العام على الخاص أو يقدر وكذا باقي أي وباقي الحبوب فلا يتناول الطعام (مكايلة) أي بشرط عدد من الكيل والافقي اللغة المكايلة أن تسكيل له ويكيل لك (وبجازفة) أي بلا كيل ولا وزن بل براءة الصبرة والجرف في الاصل الاخذ بكثرة من قولهم حرف له في السكيل اذا أكثر ومرجع إلى المساهلة قال المصنف (وهذا) يعني البيع مجازفة مقيده بغير الاموال الربوية اذا بيعت بجنسها فاما الاموال الربوية اذا بيعت بجنسها فلا يجوز مجازفة لاحتمال الربا وهو مانع كحقيقة الربا وهذا أيضا مقيده بما يدخل تحت الكيل منها وأما ما لا يدخل بكفة يفتن فيجوز وفي الغناوي الصغرى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرتين فقال ما حرم في الكثير حرم في القليل والقديم مقيده أيضا بما اذا باع غير الحبوب من الربويات بجنسها ككفة بكفة فانه لا يخرج عن المجازفة بسبب أنه لا يعرف قدره ومع ذلك لو باع الفضة ككفة ميزان بكفة ميزان جاز لان المانع انما هو احتمال الربا وهو باحتمال التفاضل وهو منتف فيما اذا وضع صبرة فضة في كفة ميزان ووضع مقابلتها فضة حتى وزنها فيجوز والحديث الذي ذكره بمعناه وهو ما روى أصحاب الكتب الستة البخاري عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ مثلا بمثل سواء بسواء يدايد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كانت يدايد (ولان) هذه الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم لتجمل التسليم على ما تقدم فلا يمنع (فشابها جهالة القيمة) للبيع ينصرف الدرهم في عرفهم إلى أحد الاشياء وهو الواحد من الاحادي والاثنان من الثنائي والثلاث من الثلاثي فحينئذ يصح العقد على درهم المطلق (قوله ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة وبجازفة) وهذا اذا باعه بخلاف جنسه هذا انما يقيد فيما اذا كان شيئا يدخل تحت الكيل فاما اذا كان قليلا فيجوز بيع البعض بالبعض مجازفة وان كان في جنس واحد حتى لو باع نصف من من الخنطة بجنوبين من الخنطة فيجوز

وبين جزائه وهو قوله جاز البيع بقوله كالثنائي إلى قوله جاز ولا يستقيم أن يجعل قوله كالثنائي الخ متعلقا بقوله فان كانت سواء لان ما كان اثنان منه داتقا وثلاثة منه داتقا لا يكونان في المالية سواء لكن يمكن أن يكونا في الرواج سواء هذا ما سنخ في حل هذا الموضوع والله أعلم قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة) المراد بالطعام الخنطة ودقيقتها لانه يقع عليهم ما عرفنا وسأني في الوكالة وبالحبوب غيرهما كالعدس والحص وأمثالهما كل ذلك اذا بيع مكايلة جاز العقد سواء كان البيع بجنسه أو بخلافه واذا بيع (بجازفة) فان كان شيئا لا يدخل تحت الكيل فكذلك وان كان مما يدخل تحته لا يجوز الا بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم لا يقال لادلالة في الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لانه مفهوم من الشرط وهو ليس بحجة لان الدليل على ذلك صدر الحديث ولان

الجهالة مانعة اذا منعت التسليم وهذه الجهالة غير مانعة فصار كما اذا باع شيئا يعلم العاقدان قيمته بدرهم بخلاف ما اذا باع قال

قال المصنف (والاختلاف بين العبد إلى الخ) أقول والظاهر انه 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 الموضوع) أقول فيه بحث فان اسم الدراهم انما يطلق على اثنين من الثنائي والثلاثي كما صرحوا حينئذ يظهر استواءهما في المالية وانه ليس في كلام الشيخ تعقيد فاستمل (قوله وان كان مما يدخل تحته إلى قوله لا يقال لادلالة الحديث على المنع الخ) أقول أنت تخبير بان ايراد الحديث ليس لادلالة على المنع بل لادلالة على الجواز اذا

بحسنه مجاز قبل ما فيه من احتمال الرباقال (ويجوز) باناء بعينه اذا باع الطعام أو الحبوب (باناء بعينه أو بوزن) بغيره 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 والخرج قبل التسليم
وقيل يشك على هذا ما اذا باع أحد العبيد الاربعة على ان المشتري بالخيار ثلاثة ايام يأخذ أيهم شاء (٤٧١) ويرد الباقي أو اشترى باى ثمن شاء فان
الجهالة لم تنقض الى المنازعة

قال (ويجوز باناء 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 والاولى أصح وأظهر

بعد و يته ومشاهدة فانه لو اشترى من انسان ما يساوى مائة بدرهم والبايع لا يعلم قيمة ما باع لزم البيع (قوله)
ويجوز باناء 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 اذا كان يتجمل كالزئبق والجوايق فلا يجوز وعلى هذا يبيع ماء
قربة بعينها أو رابية من النبل عن أبي حنيفة أنه لا يجوز لان الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة لكن
أطلق في المجرى جوازها ولا بد من اعتبار القرب المتعارفة في البادع غالب السقائين فالواحدة لا باصغر منها لا
يقبل وكذا رابية منه يوفيه في متره وعن أبي يوسف اذا ملاها ثم راضيا جاز كما قالوا لو باع الحطب ونحوه أجمالا
لا يجوز ولو حله 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 الحياض 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 في الاحاطة بقدر حرمة وأقطاره
ومثل هذا التمييز لا يحصل لها في كيل 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 جمع النوازل على أن فيه الخيار
اذا علم به ومعلوم أن ذلك بالوزن وفي جمع التفاضل عن محمد رحمه الله جواز الشراء بوزن هذا الحجر وفيه الخيار
ويستغنى 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 (والاولى أصح) أى من جهة الرواية (وأظهر) أى من حيث الوجه المذكور
في الكتاب وحاصله أن الجهالة وان كانت ثابتة لكنها لا تنقض الى المنازعة وهي المانعة وذلك لان يتجمل
فيقدر هلاكه بخلاف السلم لا يتجمل فقد هلك ذلك الكيل والحجر فيتعذر 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 وثبت 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 كذا رأى الدهن في قارور قراج فانه ثبت 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 نقصان 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 فيتعذر التسليم وتقع المنازعة المانعة 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 مجازفة أو بوزن كذا القدر في المجازفة المعقود عليه ما يشار اليه وعند كذا القدر
المعقود عليه ما سمي من القدر ولو وجد شئ منها فانه ليس بمجازفة ولا يشترط فيه الكيل اذ لم يكن الكيل
معلوما وعن أبي يوسف وجه الله في بيع المعين ان عين المكيل لا ينكس بالكيس كالزئبق ونحوه لا يجوز
العقد فيه لانه يمكن المنازعة بينهما في الكيل وان كان شيئا لا ينقبض ولا ينسط كالقصة ونحوها يجوز

القدر (والاولى أصح) يعني من حيث الدليل فان المعيار المعين لم يتقاعدا عن المجازفة (وأظهر) يعني من حيث

والببيع باطل وليس بوارد
لانا قلنا ان الجهالة المغضبة
الى النزاع مفسدة للعقد وهذا
لا نزاع فيه ولم نقل ان كل
ما هو باطل لا بد وان يكون
للجهالة فيجوز ان يكون
البيع باطلا معنى 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
باناء مجهول القدر وان كان
معنا وكذا الحجر لان التسليم
فيه متأخر وهلاكه ليس
بنادر قبله فتتحقق المنازعة
وعن أبي حنيفة في رواية
الحسن بن زياد ان البيع
أيضا لا يجوز كالسلم لان
البيع في المكيلات
والموزونات اما ان يكون
مجازفة أو بوزن كذا القدر في
المجازفة المعقود عليه هو
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 الرباقال (ويجوز) باناء بعينه اذا باع الطعام أو الحبوب (باناء بعينه أو بوزن) بغيره لا يعرف مقدارهما
المصنف من النظام (قوله وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الاولى الخ) أقول اذا كان غير معين يكون مجهولا وسيجب ان الفساد فيه للجهالة

الرواية قال (ومن باع صبرة طعام) اذا قال البائع بعثك هذه الصبرة كل فقير بدينهم فاما ان يعلم مقدارها في المجلس بتسمية جملة القفران أو بالسكيل في المجلس أو لان كان الاول فالبيع (٤٧٢) جازر والمبيع جملة ما فيه من القفران وان كان الثاني فالبيع فقير واحد عند أبي

حنيفة ترجمه الله وجملة القفران كالاول عندهما لا يحنيفة ان صرف اللفظ الى الكل متعذر لجهالة المبيع والتمنن جهالة تقضى الى المنازعة لان البائع يطلب تسليم الثمن أو لا والتمنن غير معلوم فيقع النزاع واذا تعذر الصرف الى الكل صرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة في المجلس باحد الامرين المذكورين فيجوز لان ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم فان قيل سلطنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جازرا كما اذا كان فاسدا بحكم أجل مجهول أو شرط الخيار أو بعة أيام أوجب بان الفساد في صلب العقد قوي يمنع من الانقلاب

(قوله لا يحنيفة الى قوله جهالة تقضى الى المنازعة) أقول ولعل الاولى أن يقول جهالة تقضى الى امتناع تسليم الثمن الواجب بالعقد (قوله لان البائع يطلب تسليم الثمن أو لا الخ) أقول هذا غير معقول (قوله الا ان تزول الجهالة الخ) أقول تأمل في هذا الاستثناء (قوله فان قيل سلطنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جازرا) أقول بلا تعيين وفي المجلس (قوله كما اذا كان فاسدا بحكم أجل مجهول الخ) أقول

قال (ومن باع صبرة طعام كل فقير بدينهم جازر البيع في فقير واحد عند أبي حنيفة الا ان يسمى جملة قفرانها وقال يجوز في الوجهين) له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والتمنن فيصير الى الاقل وهو معلوم مدة السلم ثلاثة أيام ولا شك أن تاخر التسليم فيه الى مجلس آخر يفضي الى المنازعة لان هلاكه ان ندر فالاختلاف في أنه هو أو غيره والتمنن فيه ليس بنادر وكل العبارات تفيد تعييد صحة البيع في ذلك بالتعجيل كما في عبارة المبسوط حيث قال لو اشترى بهذا الاناء ايد فلا بأس به ثم ان في المعين البيع مجاز فيجوز فيمكيا لغير معروف أولى وهذا لان التسليم عقب البيع أي آخر ما ذكره تقدم النظر في الاولى وهذا أو ورد على التعجيل بان الجهالة لا تقضى الى المنازعة ما اذا باع عبد من أو بعة ياخذ المشتري أهم شاء أو باع ما يثن شاء فالبيع باطل مع أنه لا يفضي الى المنازعة أوجب بان المبطل في المورد معني آخر وهو عدم المبيع والتمنن لالجهالة وكان مقتضاه أنه لا يجوز في عبد 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 كجاءه كرامن حنطة وليس في ملكه حنطة صرحوا بانه لا يجوز الا ان يكون سائما أو امالا استحسنان الثابت بالتعامل بقضاه الجواز بعد ان يسمى نوع القرية في ديارنا بصرا إذا لم تكن معينة مثل قرية ككافية أو سقاوية أو وراسية كبيرة ثم بعد ذلك التفاوت يسير أهدر في الماء ونظير ما نحن فيه ما اذا باع حنطة مجموع 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 خياره الا ان يظهر تحتها كان أي صفة ونحوها كذا في فتاوى القاضي وعن أبي جعفر باعه من هذه الحنطة قدر ما عملا هذا الطشت جاز ولو باعه قدر ما عملا هذا البيت لا يجوز وفي الفتاوى بعث منك مالي في هذه الدار من الرقيق والدواب والشباب والمشتري لا يعلم ما فيها فهو فاسد لجهالة المبيع ولو قال بعث ما في هذا البيت جاز وان لم يعلم به لان الجهالة تسير و اذا 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 باء 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 الجداد الكائن في المجددة قبل لا يجوز حتى يسلم أولا ثم يبيع والاصح جوازه، طلقا وهو اختيار الفقيه أبي جعفر اذا سلم قبل ثلاثة أيام ولو سلم بعدها لا يجوز لانها تدوب في كل ساعة وهو وجه من منع قبل التسليم غير أن النقص قليل قبل الايام الثلاثة غير معتبر فلهذا أهدر وجاز وقيل انه يختلف باختلاف الصيف والشتاء وغلاء الجذور خصه فينظر الى ما بعده الناس كثيرا بحسب الاوقات فيجوز اذا سلمه قبل وسأيت من هذا الباب شيء في خيار الرقبة ان شاء الله تعالى (قوله ومن باع صبرة طعام كل فقير بدينهم جازر البيع في فقير واحد عند أبي حنيفة ترجمه الله) يعنى أن موجب هذا اللفظ والاشارة ايجاب البيع في واحد عنده ويتوقف في الباقي الى تسمية الكل في المجلس أو كيله فيه فيثبت حينئذ على وجه يكون الخيار للمشتري فان رضى هل يلزم البيع على البائع وان لم يرض أو يتوقف على قبوله أيضا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يجوز الا بتراضهما وروى محمد بن خلفه حتى لو فسح البائع البيع بعد السكيل ورضى المشتري باخذ الكل لا يعمل فسخته وقال أبو يوسف ومحمد صح البيع في الكل وهو قول الامثلة الثلاثة ثم اذا جاز في فقير واحد فلا يشتري فيه الخيار لتفرق الصفة عليه دون البائع لان التفرق يجمع من قبله بسبب عدم تسميته جملة القفران (له انه تعذر صرف البيع الى الكل لجهالة المبيع والتمنن) ولا جهالة في الفقير فلمزم فيه واذا زالت

(قوله وقال يجوز في الوجهين) أي سمي جملة القفران أولم يسمى (قوله لجهالة المبيع والتمنن) فان قيل كان يبيع الى النيروز والمهرجان وقدم الحاج ثم أسقط الاجل قبل حلوله وسحبىء تفصيله في أو اخر البيع الفاسد (قوله الا أوجب 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 القيسا هنا محل الخلاف فضعف بخلافه

و يعقد بالمجلس وما ذكرتم فالفساد فيه ليس في صلب العقد بل لا في عرض فلا يتقيد بالمجلس لضعفه لظهور أثره في اليوم الرابع وبامتداد الاجل
 (ولهما أن هذه جهالة ازالتها في أيديهما وما كان كذلك فهو غير مانع) أما ان ازالتها بأيديهما فلا تنهاتر رفع بكيل كل منهما وقيد بقوله بيدهما
 احترازاً عن البيع بالرقم فإنه لا يجوز لان ازالتها ما يبد البائع ان كان هو الرقم أو يبد المخران كان الرقم غيره وعلى كل حال فالمشتري لا يقدر
 على ازالتها وأما ان كل ما هو كذلك فهو غير مانع فكما اذا باع عبد من عبد بن علي ان المشتري بالخيار وأوجب لابي حنيفة ان القياس فيه الفساد
 أيضا الأناجوز انه استحسانا بالنص ومعناه أنه في معنى ما ورد به النص على ما سياتي فيكون ثابتا بدلالة النص والاستحسان لا يتعدى الى غيره
 ولهذا لم يجوز له أبو حنيفة فبما نحن فيه قياسا واستحسانا ثم اذا جاز في فقير واحد عند أبي حنيفة كان للمشتري الخيار لتفريق الصفقة عليه دون
 البائع لان التفريق وان كان في حقه أيضا لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جلة القفران فكان راضيا به وهذا صحيح اذا علمها ولم يسم
 وأما اذا لم يعلمها فالوجه انه نزل منزلة من باع ماله بره لما ياتي فلا خيار له وفيه بحث أما (٤٧٣) أولا فلان تفريق الصفقة لو استلزم

الآن نزول الجهالة بتسمية جميع القفران أو بالكيل في المجلس وصار هذا كالأقر وقال الغلان على كل
 درهم فعليه درهم واحد بالاجماع ولهما أن الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع وكذا اذا باع عبد من عبد بن
 علي ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز في فقير واحد عند أبي حنيفة فالعقد للمشتري بالخيار

بالتسمية أو الكيل في المجلس يثبت الخيار كما اذا ارتفعت بعد العقد بالرؤية اذا مؤثر في الاصل ارتفاع الجهالة بعد
 لفظ العقد وكونه بالرؤية لم يمتنع بخلاف ما اذا علم ذلك بعد المجلس لتقرر المفسد وما في المحيط عن بعض المشايخ
 ان عنده يصح في الكل وان علم بعد المجلس بعد لان ما في المجلس كالثابت في صلب العقد بخلاف ما بعده ولا يلزم
 اسقاط خيار أو بقاءه أيام بعد المجلس وكذا زال وجهالة الاجل المجهول بعده حيث يجوز العقد بزوال المفسد بعد
 المجلس لان المفسد فيه مالم يتمكن في صلب العقد فلا يتقيد برفع المفسد بالمجلس وهذا لان أثر الفساد فيه ما
 لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الاجل وأماما أو ردم من أن الجهالة وان كانت
 ثابتة لم تكن الا تقضى الى المنازعة لان بعد العلم بان كل فقير بدرهم لا يتفاوت الحال بين كون القفران كثيرا
 أو قليلا فبأنه ان المفسد هنا جهالة الثمن كية خاصة وقدرة عدم الاشارة ولا معرف شرعاً غير ذلك وأما
 الجواب بمنع كونها غير مفضية الى المنازعة لان البائع قد يطالب المشتري بتسليمه الثمن وهو لا يقدر على ذلك
 لعدم معرفة قدره فيتنازعان فتأخر لانه لا يتصور ان يطالبه الا بعد ان يكيله ليعرف القدر الذي
 يطالب به اذا يمكن أن يطالبه الا بكية خاصة مشار اليها أو مضبوطة الوزن وحينئذ يعلم المشتري فيقدر
 على التسليم ولو امتنع بعد هذا التقدير كان مطالبا للمنازعة المفسدة (ولهما أن هذه جهالة بيدهما
 ازالتها) بان يكيل في المجلس والجهالة التي هي كذلك لا تقضى الى المنازعة كبيع عبد من عبد بن
 سلمنا أن فيه جهالتهم ولو يكن الجهالة انما تفسد البيع اذا كانت مفضية الى المنازعة وهذه ليست بمفضية
 اليه لان كل فقير مقابل بدرهم وقد تراضيه بعد ذلك لا يتفاوت بين أن تكون الصبرة مائة فقير أو لم تكن
 قلنا قد تقضى الى المنازعة لان البائع يطالب من المشتري قبض الثمن أولا والثمن غير معلوم وهذا لا يمنع مالم
 يعرف قدر ما وجب عليه من الثمن لان ذلك انما يكون عند عرفان قدر المبيع فيتنازعان (قوله ولهما أن
 الجهالة بيدهما ازالتها) ومثلها غير مانع فان قيل بل مثلها مانع أيضا كفي البيع بالرقم فإنه فاسد وان كانت

الخيار لا ترد وليس كذلك
 فإنه اذا باع الرجلان عبدا
 مشتركا 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 نانيا فلان قياس
 قول أبي حنيفة أن لا يخبر
 المشتري لازوم انصراف
 البيع الى الواحد لعله كما
 لو اشترى قناعا مع مدبر فإنه
 لا خيار له في القن لعله أن
 البيع ينصرف اليه
 والحاصل أن الخيار يوجب
 التفريق والتفريق انما
 يتحقق ان لو كان العقد
 واردا على الكل والمشتري
 يقبل البعض وليس كذلك
 وهنا على قول أبي حنيفة
 والجواب عن الاول اننا نسلم
 تفريق الصفقة لان الشراء

(٦٠) - (فتح القدير والكفاية) - (خامس) لم يقع على الكل حتى يكون صرفه الى البعض تفريقا وانما وقع على نصيب شريكه
 لا غير لان في وقوعه على نصيبه يلزم شراءه باقلا مما باع قبل نقد الثمن وأنه لا يجوز فصار كمن اشترى قناعا ومدبران البيع ينصرف الى القن
 فقط لان المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له في القن وعن الثاني بان انصراف البيع الى فقير واحد مجتهد فيه والعوام لا علم لهم باحكام المسائل

(قوله لان التفريق وان كان في حقه أيضا لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جلة القفران وكان راضيا به وهذا صحيح اذا علمها ولم يسم الخ)
 أقول وعندى أن يجزى 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 راضيا بوجبه فتأمل (قوله فالوجه أنه نزل منزلة من باع ماله بره لما ياتي فلا خيار له) أقول ان أراد
 أنه لا خيار له مطلقا ولو اذا تفرقت الصفقة عليه فليس كذلك وان أراد أنه ليس له خيار بالرؤية فسلم وما نحن فيه ليس كذلك بل الخيار بتفريق
 الصفقة الاولى تاخير قوله لما ياتي عن قوله فلا خيار له فليتأمل (قوله وعن الثاني بان انصراف البيع الى فقير واحد مجتهد فيه الخ) أقول قيل
 الانصراف الى نصيب الشريك فيما سبق مجتهد فيه أيضا ولهذا لا يشيع الفساد على ما سيجي في باب البيع الفاسد فما الفرق

الجهد فيها فيلزم تفريق الصفة على قولهما وان لم يلزم على قول أبي حنيفة وهذا ضعيف لان قولهما ان الكل مبيع فنأمن التفريق والاولى
أن يقال قياس قول أبي حنيفة تفريق الصفة لان الصيغة موضوعة للكثرة وقصدتها أيضا الكثرة وما تم 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

لتفرق الصفة 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 أو رد عليه نقض اجمالي لو صح ما ذكر من أن
الجهالة التي بيدهما ازالتها غير مانعة من الصحة لزم صحة البيع بالرغم 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
بالرغم لم تكن الجهالة به في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم وصار بمنزلة القمار للخطر الذي فيه أنه
سيظهر كذا وكذا وجوازها اذا علم في المجلس بعقد آخر هو التعاطي كما قاله الحلواني بخلاف ما نحن فيه لانه يعلم
بكيل البائع يعلم بكيل المشتري ومثل هذا القول البيوع بأي ثمن شاء ومثله في أحد العبيد الاربعه في جانب
المبيع فان البيع لا ينعقد في غير معين فكان يباع بالامبيع وكان مقتضى هذا أن لا يجوز في عبد من ثلاثة
الا أنه يثبت 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 بالرغم لان فيه زيادة جهالة تمكنت في صلب العقد وهو جهالة
الثمن بسبب رقم لا يعلمه المشتري فصار هو بسببه بمنزلة القمار لانه لا يمتثل أن يبين البائع قدر الرقم بعشرة دراهم
أو أكثر أو أقل وعن هذا قال الشيخ الامام شمس الامنة الحلواني رحمه الله وان علم بالرغم في المجلس لا ينقلب
ذلك العقد جاز ولا يمكن ان كان البائع دائما على الرضى فرضى به المشتري ينعقد بينهما عقدا 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 عبيدين أن القياس فيه الفساد أيضا الا أن جوازها 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 صبيرة من خنطة 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 جملته بالاشارة فالعقد يتناول الكل كولو كان معلوم الجنس بالتسمية لان الاشارة ابلغ في
التعريف وههنا الجملة معلومة بالاشارة فيجوز العقد في الكل عندهما ولا جهالة في ثمن كل واحد منهما والجهالة
التي في جملة الثمن لا تنقض 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 اشترى به فهو حرفانه ينصرف الى كل
امرأة يتزوجها والى كل عبد يشترى به فينبغي أن لا يجوز هذا على ذلك الاصل المذكور اتفاقا قلنا نحن ندعي
ذلك فيما تجرى فيه المنازعة لا فيما لا تجرى فيه النزاع (قوله لتفرق الصفة عليه) فان قيل ينبغي أن يكون
للبياع الخيار أيضا لتفرق الصفة عليه أيضا قلنا لتفرق في حقه جاء من قبله لا امتناعا عن السكيل للكل فكان
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 صبيرة وثمة لا يكون له الخيار قلنا هذه المسئلة تجهد فيها لا يعرف حكمه كل
فقيه فكيف العاصي فاذا لم يكن المشتري عالما بان العقد واقع على فقير واحد وقد علم الآن يثبت الخيار عند
العلم كولو قيل أو سمي جملة فقز انما في المجلس بمنزلة ثبوت الخيار للمشتري في علم به ثم رآه لان الثمن كان

المبيع وقصده العقادان
وليس تفريق الصفة
الا ذلك بقي أن يقال فكان
الواجب أن يثبت الخيار
للعاقدين 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
لابدك التعليل بل بما قال
لانه علم ذلك الآن فربما
كان في حده أو ظنه ان
الصبيرة تأتي بمقدار يحتاج
اليه فزادت وايسر له من الثمن
ما يقابله ولا يمكن من أخذ
الزائد مجانا وفي تركه تفريق
الصفة على البائع أو نقضت
فيحتاج أن يشتري من مكان
آخر وهل يوافق أولا فصار
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 المكيات
الآن التفاوت بين الشياه
موجود وفي ذلك جهالة
تفضي الى المنازعة بخلاف
المكيات وحكم المذروعات
اذا بيعت مزارعة حكم الغنم

(قوله وهذا ضعيف لان قولهما ان الكل مبيع فنأمن التفريق) أقول فيه انه يجوز أن يكون مراد الجيب انما قال

يقصد ان كون الكل مبيعا على مذهبها والقاضي يحكم بمذهب أبي حنيفة فتفرق الصفة عليه ما قبلت امل (قوله وما تم 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 ثوباً بذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملته الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعندنا ينصرف الى الواحد) لما بيننا غير ان يبيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت ويبيع قفيز من صبرة بجوز لعدم التفاوت فلا تنقض الجهالة الى المنازعة فيه وتنقض اليها في الاول فوضع الفرق

اذالم يبين جملته الذرعان وجملته الثمن وأما اذا بينهما أو أحدهما كما اذا 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 أما فحجج أما الاولى فظاهرة وأما الثانية فلان المعقود عليه معلوم وجملته الثمن صارت معلومة ببيان ذرعان الثوب وأما الثالثة فلانه لما سمي لكل ذراع درهما وبين جملته 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 ان ازالة الجهالة يبيدهما

كالبيع بالرقم وبأى ثمن شاء أو في المبيع كبيع عبد من أر بعته تمنع جواز البيع وجهالة الثمن على وجه يشبه القمار وعدم العلم مع امكان ازالتهما ثابت في محل النزاع اذ جاز ان يظهر كونه مائة أو خمسين الا بكيل أحدهما وكون ذلك بكيل كل منهما وفي الرقم يظهر بالبائع فقط لا أثر له في دفع منع الحظر والتمكن في صلب العقد وهو الفساد واذا فسد البيع في عبد من أر بعته وجهالة في مضبوط لا تحصرها في احتمالات أو بعته لا تتعداها فلان تفسد في صبرة لا تعقب الاحتمالات في خصوص الثمن على كونه أر بع امكانات أو عشرة أو ثوب بل ويسجل عليه ما يبطلان قياسهما على بيع عبد من عبد من اذ ظهر من الجواب أنه معدول عن القياس ولذا امتنع في أر بعته عبد وحينئذ ترجح قول أبي حنيفة وتظهر أن كون العاقدين بيدهما زالة جهالة في صلب العقد من الثمن والمبيع لاوجب صحة البيع قبل ازالته بدلالة الاجماع على عدم الصحة في الصور المذكورة مع امكان ازالتهما فيها وانما إذا أزيلت في الجماس وهما على رضاها ثابت بعقد التراضي والمعاطاة لا بعين الاول كما ذكر في الرقم بل ولهذه الفروع المذكورة أمثال يطول عددها يباع البيع فيها جهالة في الثمن أو المبيع مع امكان ازالة أحد المتعاقدين لها وتأخير صاحب الهداية لئلا يظاهرها في ترجيح قواهما وهو ممنوع وأما ما يحتمل قول أبي حنيفة عليه مما ذكر في المبسوط من أن الاصل عنده أنه متى أضيف كلمة كل الى المالات تعلم نهايتها فأنما يتناول أدناه لصيانتها عن الالغاء كالاقرار بأن عليه كل درهم انما يلزمه درهم واحد وكذا الجارة كل شهر بدرهم تلزم في شهر واحد فلا حاجة له هنا لانه لو منع صحة هذا الاصل كان اثباته بعين ما ذكر في تعليل المسئلة من ثبوت الجهالة في المجموع والتيقن في الواحد فهو نفسه أصل هذا الاصل * (قرع) * اشترى طعاما بغير جنسه خارج المصر وشرط أن يوفيه في منزل من المصر فالعقد فاسد لان المشتري يملكه بنفس العقد فاذا اشترط لنفسه منفعة الحمل فسد ولو كان في المصر وشرط أن يحمله الى منزله فهو فاسد ولو عبر بقوله بشرط أن يوفيه في منزله ففي القياس فاسد وهو قول محمد وسحنس أبو حنيفة وأبو يوسف جوازه بالعرف فان الانسان يشترى الحطب والشعير على الدابة في المصر ولا يكتري دابة أخرى يحمله عليها بل البائع هو يحمله بخلافه خارج المصر وبعض المشايخ لم يفرقوا بين لفظ الحمل والايفاء في الاستحسان لان المراد منهما واحد واختار شمس الأئمة الفرق فان الايفاء من مقتضيات العقد فشرطه ملامم بخلاف الحمل (قوله ومن باع قطيع غنم الخ) لما ذكر الصورة السابقة في المثليات ذكر نظيرها في التميميات فاذا أضاف البيع على الوجه المذكور في الحيوانات بان قال بعثك هذا القطيع كل شاة بدرهم أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم ولم يبين عدد الغنم ولا الذرعان ولا جملته الثمن فسد في الكل عند أبي حنيفة أما اذا سمي أحدهما فيصح بالاتفاق للعلم بتمام الثمن مطابقة أو التزاما فيما اذا اقتصر على بيان عدد القطيع وعندهما يجوز في الكل لما قلنا من أن الجهالة يبيدهما ازالتهما وعندنا ينصرف الى الواحد لما بيننا من جهالة كل الثمن والغاء كون ارتفاعها يبيدهما غير أن الآحاد هنا متفاوتة فلم ينقسم الثمن على الجملته بالاجزاء فتقع المنازعة في تعيين ذلك الواحد ففسد في الكل ولهذا الوباة عشرة أو مائة شاة أو بطيخة أو عشرة من ورق بطيخ كان باطلا وأما الجواز فيما اذا عزلها وذهب والبائع ساكت فبالتعاطى على ما قدمنا قال العتابي ان ذلك في ثوب يضره التبعض أمافي الكبر باس فينبغي أن يجوز عنده في ذراع واحد كفي الطعام وعلى هذا الخلاف كل معدود متفاوت كحمل بطيخ كل بطيخة بقلس والرمان والسفرجل والخشب والوانى والرقيق والابل ولو باع نصيبه مجهول القدر عنده وانما انكشف الحال في مقدار الواجب عليه ثمنافي الحال فيختير لاجله 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 بمحضته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفة الموجب لانتفاء البيع بانتفاء الرضاوان كان الثالث فالزائد للبائع لان البيع وقع على (٤٧٦) مقدار معين وهو المائة وكل ما وقع على مقدار معين لا يتناول غيره الا اذا كان وصفا

قال (ومن ابتاع صبرة طعام على انهما مائة فقير بمائة درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار ان شاء أخذ الموجود بمحضته من الثمن وان شاء فسح 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 أراضا على انهما مائة ذراع بمائة درهم فوجدها أقل فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بحمل الثمن وان شاء ترك) لان الذرع ووصف 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 الا ليق باصالة 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 والفقيه أبو الليث جعل الجواب بالجواز فيما اذا كان العنب من جنس واحد متفقا عليه وان كان من أجناس مختلفا فيه ثم قال الفقيه والفتوى على قولها ما تيسر الامر على الناس انتهى وتفرق بيع الصدر الشهيد وأوجه (قوله ومن ابتاع صبرة طعام على انهما مائة فقير) مثلا (مائة) تعلق العقد على ذلك الكيل المسمى بقينه حتى لو وجدت ناقصة (كان للمشتري الخيار ان شاء أخذ الموجود بمحضته من الثمن) لان الثمن ينقسم بالأجزاء على أجزاء البيع المثلي ميكلا أو موزنا (وان شاء فسح البيع لتفرق الصفة) الواحدة (عليه) وكذا الخلاصة في كل ميكيل وموزون (وان وجدها زائدة فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين) ليس له جهة الوصفية فزاد عليه لم يدخل في العقد فيكون للبائع ولو كان المشتري ثوبا أو أراضا 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 السك للمشتري (ولو) كان (قال على انهما مائة ذراع) مثلا (مائة) كل ذراع بدرهم فوجدها أقل فالمشتري الخيار (ان شاء أخذ الموجود كل ذراع بدرهم وان شاء فسح البيع لتفرق الصفة عليه) (وان كان) وجدها أكثر فله الخيار ان شاء أخذ السك كل ذراع بدرهم وان شاء فسح البيع وأصل هذا ان الذرع في المذروعات وصف لانه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة أجزاء فان لم يفرق بين كان تابعها فلا يقابل بشئ من الثمن وذلك فيما اذا قال على انهما مائة بمائة ولم يزد على ذلك واذا كان تابعها في هذه الصورة والتابع لا يقابلها شئ

الكشف (قوله والقدر ليس بوصف) اعلم أن المشايخ ذكر وفي 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 وجوده تأثير في تقوم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره والاصل ما لا يكون بهذه المثابة وقيل ان ما لا ينتقص الباقى بغواته فهو أصل وما ينتقص الباقى بغواته فهو وصف فعلم بهذا أن القدر في المكيلات والموزونات أصل والذرع في المذروعات وصف فاذا انتقص فقير من مائة فقير لا يتعيب الباقى ويشتري الباقى بالثمن الذي كان بمحضته مع الفقير الواحد واليد والعين اذا فاتتا تنتقص قيمة النفس وكذا الذراع الواحد من الثوب أو الدار اذا فاتت لا يشتري الباقى بالثمن الذي كان يشتري معه فان العباى اذا كان خمسة عشر ذراعا يشتري بخمسة عشر دينارا فاذا انتقص خمسة أذرع منه لا يشتري الباقى

والقدر أى 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 العاقدين مخيرا فيها ان شاء باسرها أو تركها واذا كان المشتري مذروعا كان اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أراضا على انهما مائة ذراع فوجدها أقل خير المشتري بين أخذ الموجود بجميع الثمن المسمى وبين تركه لان الذرع ووصف في الثوب المبيع وكل ما هو وصف في البيع لا يقابله شئ من الثمن فالذرع في الثوب لا يقابله شئ من الثمن اما أنه وصف فقد بينه بقوله ألا ترى انه عبارة عن الطول والعرض وهما من الاعراض وأما أن الوصف لا يقابله شئ من الثمن فقد بينه بقوله كاطراف الحيوان فان من اشترى إطارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينتقص من الثمن شئ فلهذا أى فلنكون الذرع وصفا لا يقابله شئ من الثمن ياخذ الموجود بكل الثمن بخلاف الفصل الاول

والوصف

يعنى المكيل لان المقدار ليس بوصف فيقابلة الثمن فلهذا ياخذ بمحضته

(قوله وان كان الثاني خير المشتري بين أخذ الموجود بمحضته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفة الخ) أقول قوله لتفرق الخ ينبغي أن يكون عليه للفسخ لا لقوله خير اذا لمعنى له وأيضا لا يكون الكلام مطابقا للمشروح (قوله لتفرق الصفة عليه) أقول فرق بين التفريق والتفريق فلا يخالف لما سبق قال المصنف (ألا يرى انه عبارة عن الطول والعرض) أقول إلا أن فيما نحن فيه عبارة عن الطول

وقال (الأنة يتخير) استثناء من قوله ياخذ به بكل الثمن وعلى هذا اذا وجدها أكثر من النزع الذي سماه كان الزائد للمشتري ولا خيار للبائع
 لانه وصف تابع للمبيع لا يقابله شيء من الثمن فصار كما اذا باع عبد اعلى انه أعبى فاذا هو بصير واعلم أن هذه المسئلة من أشكال مسائل الفقه
 وقدمت أن يكون النزع في المذروعات وصغوا الاستدلال بقوله ألا ترى انه عبارة عن الطول والعرض غير مستقيمة لانه كما يجوز أن يقال شيء
 طويل وعرض يقال شيء قليل أو كثير ثم عشرة أفقره أكثر من تسعة لا محالة فكيف جعل النزع الزائد وصغادون القفيز وجوابه موقوف
 على معرفة اصطلاح القوم في الاصل والوصف واختافت عباراتهم في ذلك فقال بعضهم ما تعيب بالتمقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف وما
 ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه أصل وقال بعضهم ما يوجد تائيري تقدم غيره (٤٧٧) ولعدمه تائيري نقصان غيره فهو وصف وما
 ليس كذلك فهو أصل وقيل

ملا ينقص الباقي بقواته
 فهو أصل وما لا يكون كذلك
 فهو وصف وهو قريب من
 الثاني والمكيل لا يتعيب
 بالتبعيض والمذروع يتعيب
 وعشرة أفقره اذا انتقص
 منها قفيز فالتسعة تشتري
 بالثمن الذي يخصها مع
 القفيز الواحد فيما اذا قال
 اشترت هذه الصبرة بعشرة
 دراهم على انها عشرة أفقره
 وأما النزع الواحد من
 الثوب أو الدار اذا انتقص
 فان الباقي لا يشتري بالثمن
 الذي كان يشتري معه فان
 الثوب العتاي اذن مثلا
 اذا كان خمس عشرة ذراعا
 فالخمس الزائدة على العشرة
 تزيد في قيمة الخمسة وفي قيمة
 العشرة أيضا واذا 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 طرف الحيوان فلهذا ياخذ به بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار
 يقابله الثمن فلهذا ياخذ به حصته الا انه يتخير 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 اذا باع عميما فاذا
 هو سليم (ولو قال بعثكها 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 طرف 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 ثمنه بالبيان فلهذا يمس الثمن في صورة النقص وانما يتخير
 لغوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما اذا اشتراه على انه كاتب فوجد له لا يحسن الكتابة وله الزائد في الصورة
 الزائدة (كما اذا باعه) على انه معيب فوجد سليما هذا اذا لم يفرد بالثمن فان أفرد بالثمن وهو ما اذا 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 يتخير بين أن ياخذ الاثواب الموجودة بحصتها من
 الثمن وبين أن يغسل لتفرق الصنعة فكذا اذا وجد الذراع ناقصة في هذه الصورة وهذا لانه لو أخذها بكل
 الثمن لم يكن أخذها كل ذراع بدرهم ولو وجدها زائدة لم تسلم له الزيادة لصيرورته أصلا كما لو لم يسلم له الثوب
 المفرد فيما اذا زادت عدد الثياب على المشروط وان كان بينهما فرق فان هدد الثياب اذا زادت فسد البيع

بعشرة دنائير (قوله والوصف لا يقابله شيء من الثمن) دل عليه أن الجارية اذا اعورت في يد البائع قبل
 القبض لا يسقط شيء من الثمن وكذا للمشتري أن يبيعها مائة بالثمن الاول من غير بيان فان قيل
 الاوصاف لو لم يقابلها شيء من الثمن وجب أن لا يرجع بنقصان العيب فيما اذا امتنع الرجوع حتى أن رجلا لو
 اشترى عبدا فاعتقه أو مات عنه ثم اطلع على أنه لم تكن أصابع يده تامة يرجع على بائعه بالنقصان وكالاصابع
 وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف قلنا الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لا اذا صارت مقصودة بالتناول
 حقيقة أو حكما أما حقيقة فكما اذا باع عبد اقطع البائع يده قبل القبض يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا
 بالقطع وأما حكما فبان يكون امتناع الرجوع أو لحق البائع أما حق البائع فكما اذا تعيب المبيع عند
 المشتري وأما حق الشارع فكما اذا زاد المبيع بان كان ثوبا فحاطه ثم وجد به عيبا فالوصف متى صار مقصودا
 باحد هذين ياخذ قسطا من الثمن كذا في الفوائد الظهيرية (قوله كما طرف الحيوان) كما اذا اشترى
 جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم (قوله ولو قال بعثكها على انها مائة ذراع كل ذراع بدرهم)

النزع وصف لكن لان سلم الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فان المبيع العيب اذا امتنع رده يرجع المشتري بنقصان العيب كمن اشترى عبدا
 واعتقه أو مات ثم اطلع على نقصان اصبع على بائعه بالنقصان وكالاصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف المذكور وأجيب بان
 كل ما 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 الرجوع 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 بعثكها يعني الثياب أو المذروعات كذا في النهاية وفيه نظر لان المبيع ان كان ثيابا لم تكن هذه المسئلة والاولى ان يقال
 يعني الارض فاذا 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 كاهة على تالي 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 الجملة بالجملة 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 كالجبال والكتابة ثم لو جعلنا عشرة أذرع منقصة على الأفراد عند ذكر كل ذراع لزم الغناء
 جهة الوصفية من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالاصلية عند ذكره وعملا بالشبهين وفيه نظر لان قوله من حيث انه لا يقابله شيء من
 الثمن معلول للوصفية فلا يكون عمله لها والاولى أن يقال اذا لم يغرد كل ذراع بالذكر كان كون كل ذراع مبيعا ضمنا ولا معتبرا بذلك لما ذكرنا ان
 الوصف يصير أصلا اذا كان مقصودا (٤٧٨) بالتناول وان وجدت رائدة أخذ المشتري الجميع كل ذراع بدرهم أو فسح أو فسح أو فسح 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 أصلا
 مشروطا ولو أخذ بالاقبل
 لم يكن أخذًا بالمشرط وفيه
 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 واردا
 على أثواب عشرة وقد
 وجدت أحد عشر أو تسعة
 على ما سياتي وأما الثاني
 فهو ان الذراع لو كان
 أصلا بافراذ ذكر الثمن
 امتنع دخول الزيادة في العقد
 كما اذا باع صبرة على أنها عشرة
 أفقره فاذا هي أحد عشر فان
 الزيادة لا تدخل الإصفة
 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 نفعنا
 يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلا لو أخذ بالاقبل لم يكن أخذًا بالمشرط 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 جميعا)

للزوم جهالة المبيع لان المنازعة تجري في تعيين الثوب الذي يراد الى البائع بسبب انه أصل من كل وجه أما هنا
 فالذراع ليس أصلا من كل وجه ليقسد فيثبت له الخيار بين أن يأخذ الزائد بحسبه وبين أن يفسح 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 وصفاتارة وأصلا أخرى ولم يعتبروا القدر في المثليات الأصلا دائما مع أن الطول
 والعرض أيضا جرع الى القدر ويمكن أن يجعل القدر وصفا احتج الى الفرق فيقبل لان المثلي لا تنقص
 قيمته بنقصان القدر فان الصبرة السكائنة مائة فقير لو صارت الى قفيز من في القلعة لم تنقص قيمة القفيز بخلاف
 الثوب والارض الا ترى أن الثوب الذهبي عاده عشر قوه هو قدر ما يوصل قباه أو فزجيسة كان ثمن
 اذا قسم على أجزائه بصيب كل ذراع منه مقدار ولو افرد الذراع وبيع بمفرده لم يساوي الاسواق ذلك المقدار
 بل أقل منه بكثير وذلك لانه لا يفيد 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 رضی
 الله عنه وقال هو جائز) وبه قال الشافعي رحمه الله (وان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم) منها (جازي
 قولهم جميعا) ومبنى الخلاف على أن المؤدى من عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع فعندهما شائع
 كأنه باع عشر مائة وبيع الشائع جائزا اتفاقا 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
 لمسار وأصل من وجه لانه عين ينتفع به بانقراده فعلمنا بالشبهين في الجانبين فقلنا اذا قابل كل ذراع بدرهم كان

دخلت في تلك الصفة والجواب عن الاول أن الاثواب مختلفة فتكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تقتضى الى المنازعة
 والذراعان من ثوب واحد ليست كذلك وعن الثاني بان الذراع الزائد لم يدخل كان باع بعض الثوب وفسد البيع فكمننا بالدخول تحريا
 في الجواز والقفيز الزائد ليس كذلك قال (ومن اشترى عشرة أذرع) شراء عشرة أذرع (من مائة ذراع من دار أو حمام) أعنى 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
 عمله لها) أقول يجوز أن يكون العلم بالوصفية معلولا لما ذكره مع كون نفس الوصفية عمله بالازوم المصادرة (قوله والاولى أن يقال يعني الارض)
 أقول فيه ان قول المصنف فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ينبئ 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 واعلم هذا تاويل 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 يجب عن الثاني

(لهم أن عشرة أذرع من مائة ذراع) كعشرة أسهم من مائة سهم في كونها عشر افخصيص الجواز باحدهما تحكم ولا ي حنيفة ان الذراع حقيقة في الآلة التي ينزع بها وارادتها ههنا متعددة فيصير مجاز المايحمله بطريق (٤٧٩) ذكر الحال وارادة الحمل وما يحمله لا يكون الامعينا

مستخضاته فعل حسى يقتضى محلا حسيا والمشاع ليس كذلك فيايحمله لا يكون مشاعا فلا يستعمل فيه

لهم ان عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم وله أن الذراع اسم لما ينزع به واستعير لما يحمله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما اذا علم جملة الذراعان أو لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاص

الذراع لعدم مجوز الجواز (وذلك) أي العشرة الاذرع غير معلوم هنا اذ لم يعلم أن العشرة من أي جانب من الدار فيكون جهولا جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف السهم فانه أمر عقلي لا يقتضى محلا حسيا فيجوز أن يكون في الشائع فالجهالة لا تفضي 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 أي موضع كان ولا فرق عنده بين ما اذا علم جملة الذراعان كما اذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من مائة ذراع واين ما اذ لم يعلم كما اذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من غير ذكر ذراعان جميع الدار في الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز خلافا

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 نظيرا 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 ينزع به) ومعلوم أنه لم يرد بالبيع عشر من الخشبات التي ينزع بها فكان مستعارا لما يحمله وما يحمله معين فكان المبيع معيننا مقدر بعشرة أذرع (بخلاف) عشرة أسهم لان السهم اسم للجزء الشائع فكان المبيع عشرة أجزاء شائعة من مائة سهم وقد يقال ان تعيين جملة ذراعان الدار قرينة على أنه انما أراد بيع الشائع لان به يعرف نسبة العشرة من الكل أنها بالعشر والافلا 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 أبي حنيفة ولا على قولهما على تخريج طائفة من المشايخ وعلى قول آخرين يجوز لانها جهالة بيدهما ازالتهما فيذرع الكل فيعرف نسبة العشرة وصحح هذا بناء على ما تقدم له ما من بيع صبيرة لجواز أن يكون العقاد يرى الرأي 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 الذراعان وأما اذا عرف جملتها فالبيع عنده صحيح غير واقع من جهة الرواية وكذا من جهة الدراية فان الفساد عنده للجهالة كقولنا وبمعرفة قدر جملة المبيع لا تنتفي الجهالة عن البعض الذي يبيع منه واختلف المشايخ على قولهما فيما اذا باع ذراعا وعشرة أذرع من هذه الارض ولم يسم جملتها فقبل على قولهما لا يجوز لان صحته على قولهما باعتبار انه جزء شائع معلوم النسبة من الكل وذلك فرع معرفة جملتها والصحيح انه يجوز لانها جهالة بيدهما ازالتهما بان تقاس كلهما فيعرف نسبة الذراع أو العشرة

أصلان مقابلة 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 بذكر الثمن بقوله كل ذراع بدرهم يجب أن يمنع دخول الزيادة في العقد كما اذا باع صبيرة على أنها عشرة أذرع فاذ 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 الصبيرة كذا في الفوائد الظهيرية وفي شرح الطحاوي وكذلك كل وزني اذا كان في تبعيضه مضرة كالدررة وكالاناء من فضة أو صغورا 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) أي الذي وقع عليه الذراع معين الا أنه مجهول لان الخشبة تحل مكانا معيننا فيكون مجازا عن المعين لاعتبار الجزء الشائع لاستحالة ذرعه وانما الجهالة في أن تلك العشرة في أي موضع من الدار في صدرها أو أسفلها أو في غير ذلك بخلاف السهم لان عشرة أسهم شائع في الكل فلم يلزم فيه جهالة تفضي 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 أي موضع كان فلا تؤدى الى المنازعة (قوله) خلافا لما يقوله الخصاص رحمه الله ذكر الخصاص في هذه المسئلة أن فساد المبيع عند أبي حنيفة رحمه الله لجهالة جملة الذراعان فاما اذا عرفت

بانه لما كان في الذراع جهتا الاصلية والوصفية حكم بدخول الزائد بزيادة الثمن مراعاة لتينك الجهتين

ولعل هذا أولى مما ذكره الشارح قال المصنف (وله ان الذراع اسم لما ينزع به واستعير لما يحمله الذراع) أقول قال الاتقاني كان القياس أن يقول استعيرت لانه أسند الى ضمير الذراع وهي مؤنثة لكن ذكر الفعل على تاويل الذراع بما ينزع به اه لكن قال في القاموس الذراع بالكسر من طرف المرفق الى طرف الاصبع الوسطي والساعد وقد يذكر فيه ما جمع أذرع وذراعان بالضم اه وذ كر باعتبار الخبر

لما يقوله الخصاص ان الفساد انما هو عند جهالة الذرعان واما اذا 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 اوثاب) عدل

ابقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على انه عشرة اوثاب فاذا هو تسعة او واحد عشر فساد البيع لجهالة المبيع او الثمن (ولو بين لكل ثوب ثمانا جز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة) لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان أيضا وليس يصح

منها في علم قدر المبيع (قوله ومن باع عدلا) صورته ان يقول بعثك ما في هذا العدل على انه عشرة اوثاب بمائة درهم مثلا ولم يفصل لكل ثوب ثمانا بل قابل المجموع بالمجموع (فاذا هو تسعة او واحد عشر فساد البيع لجهالة المبيع) في صورة الزيادة لما قررناه من قرب في الفرق بين الثوب والذراع الذي صار أصل الامن وجسه (والثمن) في صورة النقصان لان الثمن لا تنقسم اجزائه على حسب اجزاء المبيع القيمي والشياب منه فلم يعلم للثوب الذهاب حصصا معلومة من الثمن المسمي لينقص ذلك القدر منه فكان الناقص من الثمن قدرا مجهولا فيصير الثمن مجهولا (ولو) كان (فصل لكل ثوب ثمانا) بان قال كل ثوب بعشرة (جاز) البيع (في فصل النقصان بقدره) أي بما سوى قدر الناقص لعدم الجهالة لكن مع ثبوت الخيار للمشتري لتفرق الصفقة عليه (ولم يجز في الزيادة) لان جهالة المبيع لا ترتفع فيلوقوع المنازعة في تعيين العشرة المبيعة من الاحد عشر (وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز) البيع (في فصل النقصان أيضا) قال في الذخيرة وأكثر مشايخنا على أن ما ذكر في الكتاب من أن البيع جائز في الثياب الموجودة قولهما ما على قول أبي حنيفة فالعقد فاسد

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 وكذا لو زيد الشرط وطى رحمه الله أنه على قول أبي حنيفة ترجمه انه 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 أن ذراعاً من مائة ذراعاً من عشرة أذرعاً وسواهم من عشرة أسهم لا يوازيه سهم من مائة سهم وذلك في الجامع الصغير للإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ولم يذكره ههنا ولا في البيوع أنه لو اشترى عشرة أذرعاً من هذه الدار ولم يقل من مائة ذراعاً كيف الحكم فيه على قولهما فإن أصحابنا من يقول ينبغي أن لا يجوز العقد بمنزلة ما لو اشترى سهماً منها والاصح أنه يجوز عندهما لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة فانه يمكن أن يذرع جميع الدار حتى اذا كانت مائة ذراعاً علم أن المبيع عشرها وان كان خمسين ذراعاً علم أن المبيع خمسها بخلاف ما لو اشترى سهماً منها ولم يقل من كذا كذا سهماً لان 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 انه عشرة اوثاب فاذا هو تسعة او واحد عشر فساد البيع لجهالة المبيع أو الثمن) أما في فصل النقصان فلجهالة الثمن لانه يحيط ثمن ثوب واحد وثمان ثوب واحد مجهول لانه اذا لم يسلم لكل ثوب ثمانا فالثمن انما ينقسم على الثياب باعتبار القيمة ولا يدرى قيمة الغائب بيقين اذ لا يدرى أنه كان جيداً أو وسطاً أو ردياً حتى يطرح عن المشتري قيمته فاذا صارت حصص الغائب مجهولة صار ثمن الباقي مجهولاً ضرورة وهذا لا يوصو رنا الغائب جيداً تنقص حصص الباقي ولو صورنا ردياً يزيد حصص الباقي فوضح أن ثمن التسعة مجهول وجهالة الثمن توجب فساد البيع وأما في فصل الزيادة فلجهالة المبيع لان المبيع عشرة من أحد عشر اذ الزائد على العشرة لم يدخل تحت البيع وبيع عشرة من أحد عشر فساد للجهالة المقضية الى المنازعة وهذا لانه يجب رد الزائد على البائع ولا يدرى أي ثوب يرد على البائع الجيد أم الردي فالبايع يطالبه بالجيد والمشتري يرد الردي وجهالة المبيع توجب فساد البيع (قوله ولو بين لكل ثوب ثمانا)

الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الجمل اذا اشترى عدلا على أنه عشرة اوثاب بعشرة دراهم فكان تسعة أو أحد عشر فساد البيع أما اذا زاد فلجهالة المبيع لان الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده والاثواب مختلفة فكان المبيع مجهولاً لجهالة تفضي الى المنازعة وأما اذا نقص فالوجوب سقوط حصص الناقص عن ذمة المشتري وهي مجهولة لانه لا يدرى انه كان جيداً أو وسطاً أو ردياً وحينئذ لا يدرى قيمته بيقين حتى تسقط فكانت جهالتها توجب جهالة الباقي من الثمن فلا يشك في فسادها واذا بين لكل ثوب ثمانا 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 البيع في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود فيفسد العقد كالموجع بين حر

وعبر في صفقة وتسمى لكل واحد ثمانا فانه لا يجوز 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 هرويان والآخر مروى فالبيع فاسد في الهروي والرؤي جميعا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهم يجوز في الهروي ووجه الاستدلال أن الغائب في الصفقة مسئلة الجامع الصغير لأصل الثوب فاذا

بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على أنهم ماهرويان فاذا أحدهما مروى حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد منهما لانه جعل القبول في المروى شرطاً لجواز العقد في المروى وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في

في الكل لانه فسد في البعض ففسد مقارن وهو العدم والاصل عند أبي حنيفة أن العقد متى فسد في البعض بفساد مقارن يفسد في الباقي وقد ذكر محمد مسئله في الجامع تدل على هذا وهي رجل (اشترى ثوبين على أنهم ماهرويان) كل ثوب بعشرة (فاذا أحدهما مروى) يسكون الرأى نسبة الى قرية من قرى الكوفة أما النسبة الى مرو والمعروفة بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الزاى فيقال مرو زى وكونه للفرق بين القريتين قال فسد البيع في الثوبين جميعاً عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في المروى والغائب في مسئله الجامع الصفة لأصل الثوب وقد فسد في الكل بغواته ففساده في الكل والغائب أحدهما أولى واليه مال الحلواني وقال انه الصحيح عنده وكذا نسبه شمس الأئمة السرخسى الى أكثر مشايخنا ثم قال والصحيح عندي أن هذا قولهم جميعاً يعنى عدم الفساد في الباقي لان أبا حنيفة في نظائر هذه المسئلة انما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة وهو أنه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطاً في قبوله في الآخر وهنالم يوجد هذا فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا فساداً براد العقد على المعدوم بل على الموجود 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 المعدوم 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 المعدوم شرطاً في الآخر وما قصد الى آخره ما أشار اليه المصنف وهو أن الشئين الموجودين الموصوفين بوصف اذا دخل في عقد واحد كان قبول كل منهما ابداً 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 كالوعزل 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 فاحرى أن يكون لبيع باطلاً كما ذكر فيمن

بان قال كل ثوب بعشرة فان نقص صح قدره لان المبيع معلوم كانه مشار اليه والثلثين 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 والمشترى انما يرغب في الردي لمكان الجيد فيتضرر بنفوق الصفة قبل التمام فيتخير دفعاً للضرر عنه وان زاد فسد لان العقد تناول العشرة فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول وجهه اليه بصير المبيع مجهولاً وأكثر مشايخنا على أن الجواز في فصل النقصان قولهما أما عند أبي حنيفة رحمه الله فالعقد فاسد لان العقد فسد في البعض بفساد مقارن مقارن وهو عدم المعقود عليه اذ لا سبب للفساد أقوى من عدم المعقود عليه والعقد متى فسد بفساد مقارن للعقد يفسد عنده في الباقي كالجو جمع بين حرو وعبد واشترى ثوبين على أنهم ماهرويان وبين ثمن كل واحد منهما قوداً أحدهما مروى فان العقد يفسد عنده فيهما والعقد متى فسد في الكل اذا وجد أحدهما بخلاف جنس ماسمى فلان يفسد ههنا ولم يوجد أحدهما أولى قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله

كان فوات الصفة في أحدا
البدلين مفسداً للعقد على
مذهبه فقوات أحدهما
من الاصل أولى أن يفسد
قال الشيخ وليس يصح
لان ثمن الناقص معلوم قطعاً
فلا يضر الباقي وفرق بين
هذه المسئلة ومسئلة الجامع
بقوله لانه جعل القبول في
المروى شرطاً للعقد في
المروى وهو شرط فاسد
لان المروى غير مذكور في
العقد فشرط قبوله مما
لا يقتضيه العقد فكان فاسداً
وهذا لا يوجد ههنا فانه
ما شرط قبول العقد في
المعدوم ولا قصد براد العقد
على المعدوم لعدم تصور
ذلك فيه وانما قصد براده
على الموجود فقط ولا يكتفه
غلط في العدد وهو مروى بفتح
الراء ومروى بسكونها
منسوب الى هراة ومروى بفتح
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 التزموا فيها
زيادة الزاى فيقال مرو زى
وكونه 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 فليتامل

(ولو اشترى ثوباً واحداً) اذا اشترى ثوباً واحداً على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فزاد أو نقص نصف ذراع قال أبو حنيفة اذا زاد أخذه بعشرة بلا خيار وفي النقصان بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف اذا زاد أخذه باحد عشر ان شاء وان نقص بعشرة ان شاء وقال محمد أخذه 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 التجزئة وفي بعض النسخ يجزى عليه (٤٨٢) أي على النصف حكم المقابلة ويجزى كل باع عشرة بعشرة فنقص ذراع (ولابى يوسف

أن بافرااد البديل صار كل ذراع) كتب على حدة والثوب اذا بيع على أنه كذا ذراعاً فنقص ذراع لا يستقطب شيء من الثمن ولكن يثبت له الخيار وقد تقدم ولابى حنيفة رضى الله عنه قد ثبت ان الذراع وصف في الاصل لا يقابله شيء من الثمن وإنما أخذ حكم الاصل بالشرط والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع فكان الشرط معدوماً زال موجب كونه أصلاً فعد الحكم الى الاصل وهو الوصف فصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة صفة الجود فسلم له بما كانا وقبل هذه الاقوال الثلاثة في الثوب الذى تتفاوت جوانبه كالسراويل والقميص والاقبية أما في الكر باس الذى لا تتفاوت جوانبه لا تسلم الزيادة له لانه وان اتصل ببعضه ببعض فهو في معنى المكيل والموزون لعدم تفرده بالقطع وعلى هذا قال المشايخ اذا باع ذراعاً منه ولم يعين موضعه جاز كما في الخنطة ذبايع فقيراتها (قوله) كلو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع) أقول الاولى

المعدوم فافتقرا (ولو اشترى ثوباً واحداً على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة رحمه الله في الوجه الاول ياخذ بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذ بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف رحمه الله في الوجه الاول ياخذ باحد عشر ان شاء وفي الثاني ياخذ بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله ياخذ في الاول بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويجزى (لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجزى عليه حكمها ولا ييوسف رحمه الله أنه لما فرد كل ذراع ببديل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص

باع كرامن حنطة وليس في ملكه حنطة البيع باطل ولانه باع ما ليس عنده وفي المحيط روى قاضى الحرمين أن العقد فاسد في الفصل الاول وفيه أربعون هذا الخنطة على أنها أقل من كرف فوجد ما كذلك جاز الأخرى رواية عن أبي يوسف وان وجدها كراماً أو أكثر فليس البيع فاسد وكذا اذا قال على أنها أكثر من كرف فوجدها كذلك وان وجدها كراماً أو دونه ففاسد ولو قال كراماً أو كرف من جاز كيف ما كان غير أنه يجزى في الأقل كما لو قال على أنها كراماً على هذا اذا اشترى عن بائى كرام معين على أنه كذا وكذا ما نوا كذا في العدييات المتقاربة انتهى ووجه الفساد في الاكثر انه لا يعلم قدر الزائد فانه ليس للاقل من الكرام والاكثر منه مقدار معين ليعرف الزائد عليه فيرد الى البائع بخلاف ما اذا قال كراماً أو كرف من ولا وجه للرواية عن أبي يوسف لان غاية ما في ذلك انه باع صبرة بشرط أن لا تبلغ القدر الغلاني والله أعلم (قوله) ولو اشترى ثوباً واحداً على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة رحمه الله في الوجه الاول أخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني أخذه بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف رحمه الله في الاول ياخذ باحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله في الوجه الاول ياخذ بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويجزى (وجه قوله) ان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجزى عليه حكم المقابلة) وحكمها ان يجب في مقابلة كل جزء اضافى من الذراع مثله من الدرهم فنصف الذراع بنصف الدرهم وربعه بربعه وثمنه بثلثه وهكذا وفي بعض النسخ فيجزى الدرهم عليه أى يقابل كل جزئه نسبة خاصة بجزء كذلك من الآخر وضمير يجزى يصح عوده الى كل من الذراع والدرهم الا أن الدرهم أقرب مذكوراً وإنما يخير في الزيادة لان سلامة النصف بمقابلة ضرره فلا يلزمه الا بالترامة وفي النقصان لغوات وصف مرغوب فيه وهو وصف العشرة (ولابى يوسف أنه لما أفرد كل ذراع بدرهم نزل كل ذراع منزلة ثوب مفرد) يبيع على انه ذراع لما عرف أن افراده الذراع بالثمن يخرج عن الوصفية الى الاصلية (وقد انتقص) عن الذراع فلا ينتقص شيء من الثمن وإنما يثبت الخيار له لما

الاصح أن هذا قولهم لانه انما فسد العقد في السكل ثم لو جود العلة الفاسدة وهى أنه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطاً لقبوله في الآخر ولم يوجدها لانه ما جعل قبول العقد في المعدوم شرطاً لقبوله في الموجود ولا قصد اراد العقد على المعدوم وإنما قصد ارادته على الموجود فقط ولا كتب غلط في العدد بخلاف مسألة البرو وبين لانه جعل ثقب قبول العقد في كل واحد من الثوبين شرطاً لقبوله في الآخر وهو شرط فاسد وكذا في مسألة الحر لانه شخص موجود يتحقق الاضافة اليه والقبول فيه فيصير ذلك شرطاً فاسداً ولا كذلك ههنا لاذ لا قبول يشترط في المعدوم (قوله) فيجزى عليه) أى فيجزى على النصف حكم المقابلة وفي بعض النسخ

هو تعميم الكلام لكان طرفي الزيادة والنقصان بان يقول كلو باع عشرة بعشرة كل ذراع بدرهم فنقص منها أو زاد ذراعاً ولا بد من حد رحمه الله تعالى من الفرق بين هذه المسألة وبين ما تقدم من انه اذا باع ثوباً على انه عشرة أذرع بعشرة فان ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم ثابتاً هناك أيضاً ولعله يمنع ذلك للتفاوت في اطراف الثوب الواحد ولا كذلك اطراف الذراع الواحد منه غالباً (قوله) والثوب اذا يبيع على انه كذا ذراعاً الخ أقول ولم يعين ليكل ذراع ثوب بل يبيع على انه عشرة أذرع بعشرة دراهم مثلاً

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 نفعها 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 أيضا وصف على ما تقدم وأخذ حكم الاصل مقيد بكونه ذراعاً فالذراع لو لم يوجد ما أخذ حكم
الاصول فيبقى على الاصل من كونه وصفاً لا يقابله شيء من الثمن واذا كان هكذا فلا وجه لثبوت الخيار في فصل
الزيادة لانه لم يلحقه ضرر في مقابلة الزائد بل نفع خالص كلو اشتراه معيما فوجه تسليمه ويختير في النقصان
لتفرق الصفة ثم من الشارحين من اختار قول محمد وفي الذخيرة قول أبي حنيفة أصح وذلك كحاصل الوجه
المدكور وفي قوله مقيد بكونه ذراعاً إشارة الى الجواب عن قول محمد أنه يفقدهم أجزاء الدرهم على أجزاء
الذراع فقال هذا اذا كان تمام الذراع موجودا والموجود هنا بعضهم وبعضه ليس كماه فكان للبعض منه
حكم الوصف لانعدام المقابلة به

* (فصل) * لما ذكرنا ان ينعقد به البيع وما لا ينعقد ذكرنا ما يدخل في البيع مما لم يسم وما لم يدخل واستتبع
ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك (قوله ومن باع دار الخ) في المحيط الاصل ان كل ما كان في الدار من البناء
أو متصلا بالبناء تبع لها فيدخل في بيعها كاسلم المتصل والسور والدرج المتصلة والجر الاسفل من الرحي
ويدخل الحجر الاعلى عندنا استحسانا والمراد بجر الرحي المبنية في الدار وهذا متعارف في ديارهم أما في ديار مصر
لا تدخل رحي اليد لانها بجرها تنتقل وتحول ولا تبني فهي كالباب الموضوع والباب الموضوع لا يدخل
بالاتفق في بيع الدار نعم لو ادعاه أحد هـ ما لنفسه بان قال هذا ملكي وضمته 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 فترجم الله
أصح لان الذراع وما دونه في حكم الصفة على ما مر وانما يصير أصلا بمقابلة الثمن به والمقابلة مقيدة بالذراع فاذا
عدم الذراع لم يثبت جهة الاصله فبقيت العبرة لكونها صفة فصارت زيادة نصف ذراع بمنزلة زيادة صفة
الجودة فيسليم له من غير ثمن وأما الجواب عن قول محمد رحمه الله بان الدرهم لما قوبل بالذراع كان نصف الدرهم
مقابلا بنصف الذراع ضرورة بان يقول كون الذراع بمنزلة العين ليس باصل بل هو صار أصلا باعتبار
الافراد بمقابلة الافراد واسم الدرهم لا يقع على مادون الدرهم وكذلك الذراع فكانت المقابلة مقتصرة على
موضع الافراد وهو الدرهم فلما انعدمت المقابلة من حيث اللفظ رجع الذراع الى أصله وهو الصفة وهذا هو
الجواب أيضا عن قول أبي يوسف رحمه الله وما ذكر أن الذراع وصف فهو في الثوب الذي يتفاوت جوانبه
وفيما يضره التبعض كالتقميص والسراويل والعمائم والاقبية أما اذا اشترى كرايا لا يتفاوت جوانبه
على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم فاذا هو أحد عشر لا تسلم له الزيادة وعلى هذا اذا باع ذراعاً من هذا
الكر يباس ولم يعين موضعه يجوز كما اذا باع فقيراً 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
ينبغي بانتفاء الجزء مع أن الايمان مبني على العرف فكان اعتبار العرف هناك أليق من الاعتبار هنا قلنا
البناء بمنزلة الصفة وهي في المعين لغوا اذا لم تكن داعية الى المعين فان كانت داعية الى المعين تعتبر الأثرى 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
العرصة والبناء في العرف)
لا يقال لانسم تناوله البناء
في العرف فانه لم يدخل في
باب الايمان التي مبنياها
على العرف كما تقدم

* (فصل ومن باع داراً) *
(قوله مسائل هذا الفصل)
أقول أي بعضها والاقبعضها
بل أكثرها لا يبنى على
واحدة منهما (قوله مبنية
على قاعدتين) أقول بمعنى
انه لا يتخلو من البناء على
واحدة منهما (قوله على
معنى انه ما وضع الخ) أقول
أي اتصال ما وضع الخ
فالضام مقدر (قوله وما وضع
لالان يفصله الخ) أقول
يعني واتصال ما وضع الخ

(لان تناوله اياه باعتبار كونه
صفة لها) وهي اذالم 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 اذهى للامتناع 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 جزءاً من الدار
فانه ركن زائد لا يتغير اسم
الدار بتغيره ألا يرى ان من
حلف لا يكلم زيداً فكلمه
بعد ما قطع يده ورجله يحنث
مع كونه ما داخلين في زيد
واذا بيع دخل يده ورجله
في البيع كالا يحنث وهذا
الكلام اجمال 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 بمسئلة
الحلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما لم يدم بناؤها يحنث فلو كان البناء من مسمى لفظ الدار لم يحنث وهذا
لو أبطل التعليل الاول لا يضر بالقصود من الحكم لثبوت العلة الاخرى ثم أجيب بان البناء وصف فيها وهو اغو
في المعينة فكأنه حلف على نفي الدخول في هذا المكان وتحقيقة انه حلف لا يدخل هذه التي تسمى الآن داراً
فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونها داراً وقت الدخول وتدخل البئر الساكنة 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 كبيراً وان كان خارج الدار لا يدخل وان كان له باب في الدار قاله أبو سليمان وقال أبو جعفر ان كان أصغر
من الدار ومفتحة فيما يدخل وان كان أكبر أو مثله لا يدخل وقيل ان صغير دخل والا لا وقيل يحكم الثمن وفي
المتنق 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 والصابغين وأجاجين الغسالين وخوابي
الزياتين وحبابهم ودنانهم وجدع القصار الذي يدق عليه المثبت 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 فرساً دخل العذار تحت البيع والزمام في بيع البعير ولم يذ كر في شيء من الكتب ما اذا باع
فرساً وعليه سرج قيل لا يدخل الا بالنقص أو يحكم الثمن ولو باع حماراً قال الامام محمد بن الفضل لا يدخل
الا كاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ولم يفصل بين ما اذا كان موكفاً أو غير موكف في فتاوى قاضخان
وهو الظاهر فالأ كاف فيه كالسرج في الفرس وقال غيره يدخل الا كاف والبرذعة تحت البيع وان كان غير
موكف وقت البيع واذا دخل بلاذ كر كان الكلام فيه ما قلنا في ثوب العبد والحاربه ولا يدخل المقود في بيع
الحمار لانه ينقاد دونه بخلاف الفرس والبعير وليتأمل في هذا باع عبداً أو جارية كان على البائع من الكسوة
قدر ما لو ارى عورته فان بيعت في ثياب مثلها دخلت في البيع وللبائع أن يمسك تلك الثياب ويدفع غيرها من
ثياب مثلها يستحق ذلك على البائع ولا يكون للثياب قسط من الثمن حتى لو استحق الثوب أو وجد بالثوب
عيباً يرجع على البائع شيء ولا يرد عليه الثوب ولو هلك الثياب عند المشتري أو تعيبت ثم رد الجارية بعيب
ردها بجميع الثمن لانه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن وعلى هذا ما ذكر في الكافي من
رجل له أرض وفيها نخل لغيره فباعها مارب الارض باذن الآخر بالف وقيمة كل منهما خمسة مائة فالثمن بينهما
نصفان لاستوائهما فيه فلو هلك النخل قبل القبض باقتساما يتخير المشتري بين الترتك وأخذ الارض بكل
الثلث لان النخل دخل تبعاً فلا يقابله شيء من الثمن ثم الثلث كما لم يرد في الارض لانتقاض البيع في حق النخل والثلث
كله بمقابله الاصل وهو له دون التبع ولو باع أماناً بالجنس أو بقرة لها مجول اختلف قيل يدخلان وقيل
لا يدخلان وقيل يدخل المجول دون الجنس ولو باع عبداً له مال ان لم يذكر المال في البيع فما له لمولاه وان باعه
مع ماله بكذا ولم يبين المال فسد البيع وكذلك يسمى المال وهو دين على الناس أو بعضه فسد البيع وان كان

من حلف لا يا كل هذا الرطب فاكله بعد ما صاغر الا يحنث وقد اعتبرت الصفة في المعين لان صفة الرطوبة
داعية الى اليمين فقد يضر كل الرطب دون التمر فتعلقت اليمين بالعين والصفة ولو حلف لا يا كل لحم هذا الحمل
فا كل لحم بعد ما صاغر كبسائح حنث 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 عرفاً (قوله ولانه متصل به اتصال قرار) والاصل أن العرصة أصل في الدار لان
قرار البناء عليها وانما دخل البناء وما كان متصلاً بالبناء في بيع الدار بطريق التبعية لا اتصال 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

عينا جاز البيع ان لم يكن من الاثمان فان كان منها وكان الثمن من جنسه بان كان دراهم والتمن كذلك فان كان الثمن أكثر حاز وان كان مثله أو أقل لا يجوز لانه يبيع للعبد بالتمن وان كان منها ولم يكن من جنسه بان كان دراهم ومال العبد دنائرا 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 دار فو جد في بعض جذوعها ما لان قال البائع هولي كان له فيرد عليه لانها وصلت الى المشتري منه وان قال ليس لي كان كاللقة ولو قال صاحب علو وسفل لا خربعت منك علو هذا بكذا فبطل 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 تعزس للقرار بل للقلع اذا كبر خشبها فصارت كالزرع ولما قال بعضهم ان الصغيرة لا تدخل وفي فتاوى قاضيخان ولو باع أرضا فيها أشجار صغار 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 والقسمه لانها تعقد لا تنتفع ولا انتفاع بدونها بخلاف البيع فانه يسهل الملك الرقبة فلهذا يراد به الانتفاع بالتجارة فهو لا يدخل الثمر الذي على رؤس الاشجار الا بشرط وما كان من الاوراق وأوراق القصاص والتوت لانه بمنزلة الثمر ولو كان على الشجر ثمار فشرطه المشتري له فاكهه البائع سقطت حصتها من الثمن ثم يثبت الخيار للمشتري في الصحيح لثغرف الصفة عليه عند أبي حنيفة بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فولدت والدايساري خمسة فاكهه 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 القسمة 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 الفصل الذي اياها الانتفاع هي بها (قشابه المتاع الذي فيه) أي في المبيع فاندفع ما أورد عليه من بيع الحاربية الحامل ونحو البقرة الحامل فانه يدخل جملها في البيع مع انه متصل بالفصل بان ذلك فصل انه تعالى وهذا المعنى متبادر فترك التقييده وأيضا الام وما في بطنها بجائس متصل فيدخل باعتبار الجزئية بخلاف الزرع ليس بجائسا للارض فلا يمكن اعتبار الجزئية لي تدخل بذكر الاصل فبعد ذلك ينظر ان كان اتصاله للقرار كما في الشجر كان متصلا للحال وفي ثانی الحال فيدخل

(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 البشر ليس في وسعه فصل فالجل عن الام

اتصال قرار وما لا يكون متصلا بالبناء لا يدخل في بيع الدار بلاذكر الا اذا كان شيما جرى العرف بين الناس أن البائع يسامح به فينتد يدخل بلاذكر ولهذا قلنا ان العاق يدخل في البيع بلاذكر لكونه متصلا بالبناء والمفتاح لا يدخل قياسا لانه غير متصل بالبناء فصار كسب موضوع في الدار وفي الاستحسان يدخل للعرف اذا البائع لا يمنع من المشتري بل يسلم مع الدار عرفا والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشب وغير المتصل لا يدخل والسلم 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 شجرا عليه ثم فتره للبائع) الآن يقول المشتري اشتريته مع ثمرة (لقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى أرضا فنخل
فالثمرة للبائع الآن يشترط المبتاع) (٤٨٦) وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لأن المعقود

(ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثم فتره للبائع الآن يشترط المبتاع) لقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى أرضا
ففيه نخل فالثمرة للبائع الآن يشترط المبتاع ولأن الاتصال وان كان خلقته فهو للقطع لالبقاء فصار كالزرع
(و يقال للبائع اقطعها وسلم المبيع) وكذا اذا كان فيها زرع لأن ملك المشتري مشغول بملك المانع فكان
عليه تفريغها وتسليمه كما اذا كان فيه ممتاع وقال الشافعي رحمه الله يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصل
الزرع لأن الواجب انما هو التسليم المعتاد والمعتاد أن لا يقطع كذلك وما زاد كان انقضت مدة الاجارة وفي
الارض زرع

بطريق التبعية لمدة الاتصال بالجنسية والجزئية وان كان اتصاله للفصل في ثانی الحال كالزرع يجعل منفصلا
فلا يدخل فان قيل ينبغي أن يدخل لأن الاتصال قائم في الحال والانفصال معدوم فيه فيترجح الموجود على
المعدوم الجواب بان الموجب للدخول اما شمول حقيقة المسمى في البيع أو تبعيته والتبعية بان يكون
مستقرا لاتصاله لا مجرد اتصاله الخالي مع انه بعرضية الفصل وانقضاء المجانسة ظاهر فلم يتحقق موجب
الدخول والله أعلم (قوله ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثم فتره للبائع الآن يشترط المبتاع) لنفسه أي يشتري
الشجرة مع الثمرة التي فوقها ولا فرق بين المؤبر وغير المؤبر في كونها للبائع الا بالشرط ويدخل في الثمرة
الورد والباسمين والخلاف ونحوها من المشهورات فالسكالبائع وعند الشافعي والملك وأحمد يشترط في ثمر
النخل التأبير فان لم تكن أبرت فهي للمشتري والتأبير النقيح وهو أن يشق عناقيد السك وينزفها من طلع
الفعل فانه يصلح ثمرات النخل لما روي أصحاب الكتب الستة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن النبي
صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع الآن يشترط المبتاع ومن باع نخلا مؤبرا فالثمرة
للبائع الآن يشترط المبتاع وفي لفظ البخاري من باع نخلا بعد أن يؤبر فثمرته الذي باعها الآن يشترط
المبتاع وحاصله استدلال بغيرهم الصفة فن قال به يلزمه وأهل المذهب ينفون بحجته وقد روي محمد رحمه الله في
شعبة الاصل عنه عليه الصلاة والسلام من اشترى أرضا 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 لقباليكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة
عندهم كذا كرنا ولو صح حديث محمد رحمه الله فهم يحملون المطلق على المقيد وعلى أصول المذهب أيضا يجب
لانه في حادثة واحدة في حكم واحد والذي يلزمهم من الوجه القياس على الزرع وهو المذکور في الكتاب بقوله
انه متصل للقطع لالبقاء 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 علاوة الأثمار فعاقبه الحكم بقوله نخلا
مؤبر اي ثمر او ما نقل عن ابن أبي ليلى من أن الثمرة ما طالع للمشتري بعد اذ يصاد الاحاديث المشهورة
(واذا) كانت الثمرة للبائع (يقال له اقطعها وسلم المبيع) وكذا اذا كان فيها زرع (يقال له اقلعه وسلم المبيع
لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغها وتسليمه كما اذا كان فيه ممتاع وقال الشافعي يترك
حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصل الزرع) وهو قول مالك وأحمد رحمه الله (لأن الواجب هو التسليم المعتاد)
ولهذا لا يجب في الدار تسليمها في الحال اذا بيعت ليلا وكان له فيها ممتاع بل ينتظر طلوع النهار وجود الحاملين
(وفي العادة لا يقطع الا بعد ما قلنا وما زاد كان انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع) فانه يترك حتى يستحصل
رضي المؤجر أو لم يرض واذا كان كذلك فلا يبالي بتضرر المشتري بالانتفاع بملكه بلا عوض لانه حين أقدم
على الشراء والعادة ما ذكرنا كان ملتزما للضرر المذکور ويقال استحصد الزرع يستحصل بكم الصاد جاء

عليه أرض فيها نخل عليه ثم
فقال عليه السلام اثمرة للبائع
الآن يشترط ولم يذكر النخل
وقوله (ولأن الاتصال وان
كان خلقته) فيه اشارة
الى ان الاعتبار للحال الثاني
والحال الاولى لا فرق فيها
بين أن يكون خلقته أو
موضوعا (و يقال للبائع
سلم المبيع) فارغا لوجوب
ذلك عليه فيؤمر بتفريغ
ملك المشتري عن ملكه
يقطع الثمرة ورفع الزرع
(وقال الشافعي يترك حتى
يبدا صلاح الثمر ويستحصل
الزرع لأن الواجب هو
التسليم المعتاد والمعتاد أن
لا يقطع) وقاسه على ما اذا
انقضت مدة الاجارة وفي
الارض زرع فانه يؤخر الى
الحصاد والجواب انما نسلم
أن المعتاد عدم القطع الى
وقت البدو والاستحصاد
سلمناه لكنه مشترك فانهم
قد يبيعون للقطع سلمناه
ولكن الواجب ذلك ما لم
يعارضه ما يقطع وقد عارضه
دلالة الرضا بذلك وهي
أقدامه على بيعها مع علمه
بمطالبة المشتري بتفريغ
ملكه وتسليمه اياه فارغا

(قوله وفيه دلالة على أن
ما وضع للقرار الخ) أقول

فيه تأمل فان تخصيص الثمر بالذکر لا يدل على نفي الحكم عما عداه انما يلزمهم لو كان لقباليكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة
عندهم كذا كرنا ولو صح حديث محمد رحمه الله فهم يحملون المطلق على المقيد وعلى أصول المذهب أيضا يجب
لانه في حادثة واحدة في حكم واحد والذي يلزمهم من الوجه القياس على الزرع وهو المذکور في الكتاب بقوله
انه متصل للقطع لالبقاء 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 علاوة الأثمار فعاقبه الحكم بقوله نخلا
مؤبر اي ثمر او ما نقل عن ابن أبي ليلى من أن الثمرة ما طالع للمشتري بعد اذ يصاد الاحاديث المشهورة
(واذا) كانت الثمرة للبائع (يقال له اقطعها وسلم المبيع) وكذا اذا كان فيها زرع (يقال له اقلعه وسلم المبيع
لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغها وتسليمه كما اذا كان فيه ممتاع وقال الشافعي يترك
حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصل الزرع) وهو قول مالك وأحمد رحمه الله (لأن الواجب هو التسليم المعتاد)
ولهذا لا يجب في الدار تسليمها في الحال اذا بيعت ليلا وكان له فيها ممتاع بل ينتظر طلوع النهار وجود الحاملين
(وفي العادة لا يقطع الا بعد ما قلنا وما زاد كان انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع) فانه يترك حتى يستحصل
رضي المؤجر أو لم يرض واذا كان كذلك فلا يبالي بتضرر المشتري بالانتفاع بملكه بلا عوض لانه حين أقدم
على الشراء والعادة ما ذكرنا كان ملتزما للضرر المذکور ويقال استحصد الزرع يستحصل بكم الصاد جاء

(قوله هناك) اشارة الى الجواب عن المقيس عليه وتقريره (التسليم واجب) في صورة انقضاء (٤٨٧) مدة الاجارة أيضا (ولا يترجمه الاباح)

وتسليم العوض تسليم
المعوض) لا يقال فليكن
فيما نحن فيه كذلك لماسياتي
(ولا فرق بين أن يكون الثمر
بحال له قيمة أو لم يكن) في
كونه للبائع (في الصحيح)
وقيل اذا 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 اذا لم يكن موضوعا
للقرار (قوله) وأما اذا بيعت
الارض) يعنى معطوف على
قوله ولا فرق يعنى الثمر لا
يدخل في البيع وان لم تكن
له قيمة) وأما الارض اذا بيعت
وقد يذرفها) صاحبها ولم
ينبت فانه لا يدخل في البيع
لانه مودع فيها (كالمحتاج)
وذ كر في فتاوى القاضى ذلك
فيما اذا لم يعفن البذر في
الارض) وأما اذا عفن فيها
فهو للمشتري وهذا لان بيع
العفن بانفسه لا يصح
فكان تابعاً (ولو نبت ولم يصر
له قيمة) قال أبو القاسم الصغار
(لا يدخل) وقال أبو بكر
الاسكاف يدخل

قلنا هناك التسليم واجب أيضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كالتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر
بحال له قيمة أو لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين البائع لان يبيعه بحجر وفي أصح الروايتين على ما تبين فلا
يدخل في بيع الشجر من غير ذكره وأما اذا بيعت الارض وقد يذرفها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه
مودع فيها كالمحتاج ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه

وقت حصاده أجاز المصنف (بان هناك) أى في الاجارة (أيضا يجب التسليم) ولذا تجب الاجارة في التبقية لان
تسليم العوض تسليم المعوض ولا بد في تمامه من تسليم أن المعتاد في الاجارة التبقية بالاجرة وعدم تسليم عين
الارض في الحال والاول لم يرض المؤجر بالتبقية 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 بما نوافي الاجارة بتركه باجر ولا
يخلص من هذا الآن 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 فاراد لالة الرضا بقطعه فلم تجر عا به جانبه بتبقية
الارض والشجر على حكم ملكه بخلاف المشتري فانه لم يوجد منه عند انقضاء مدة الاجارة فعل يدل على الرضا
بقطع ثمره وزرعه فوجب رعايته جانبه بتبقية على حكم ملكه بالاجرة تجر أن يقال انما يكون اقدمه على البيع
رضا بالقطع في الحال لو لم يكن التأخير الى الصلاح معتادا أما اذا كان معتادا فلا وقد منعت العادة المستمرة بذلك
بل هي مشتركة فقد يترك كون وقد يبيعون بشرط القطع والله أعلم ثم هل يدخل أرض الشجر في البيع يبيعها
ان اشترها القطع لا يدخل بالاجماع وان اشترها بيا بما مطلقا لا تدخل عند أبي حنيفة وأبي يوسف لان الارض
أصل والشجر تبع فلا ينفك الاصل تبعاً وهو قول الشافعي وعند محمد وهو رواية عن أبي حنيفة وقول
للشافعي يدخل ماتحتها بقدر غلظ اساقها وفي جمع النوازل والفتاوى العجري هو المختار لانه اشترى الشجر وهو
اسم للمستقر على الارض والافوه جذع وحطب فيدخل من الارض ما يربيه حقيقة اسمها فهو دخول
بالضرورة فيقدر بقدرها وقيل قدر ساقها وقيل بقدر ظاهرها عند الزوال وقيل بقدر عرقها والعظام 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 يدخل 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 منفردا ولو كسبه
موضوع للقرار (قوله) وأما اذا بيعت الارض وقد يذرفها صاحبها ولم ينبت فانه مودع فيها كالمحتاج
هكذا أطلق المصنف وكذا أطلق غير واحد وقيد في الذخيرة بما اذا لم يعفن أما اذا عفن فهو للمشتري لان
العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من أجزاء الارض فيدخل في بيع الارض واختار الفقيه أبو الليث
أنه لا يدخل بكل حال كنهو اطلاق المصنف وفي فتاوى القاضى كافي الذخيرة قال ولو عفن البذر في الارض فهو
للمشتري والاف للبائع ولو ساقها المشتري حتى نبت ولم يكن عفن وقت البيع فهو للبائع والمشتري متطوع ولو
باعها بعدما نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيكون للبائع وقيل يدخل ولم يربح المصنف منها ما شاور
في التبخيس 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 قاضيان 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 القاضى الامام
الاسبيجاني رحمه الله أن الزرع انما لا يدخل في بيع الارض من غير ذكره اذا لم ينبت بعد أو نبت وصار له قيمة
أما اذا نبت ولم نصر له قيمة بعد يدخل وقيل لا يدخل والاول أصح وفي فتاوى القاضى اذا باع أرضا فيها زرع
لم ينبت فان كان البذر قد عفن في الارض فهو للمشتري والافه للبائع فان سقا المشتري حتى نبت ولم يكن
عفن عند البيع فهو للبائع والمشتري متطوع فيما فعل وكذلك اذا نبت ولم يتقوم بعد واختيار الفقيه أبي
الليث أنه لا يدخل في البيع ويكون للبائع على كل حال الا اذا بيع مع الارض نصاً ودلالة كذا في الذخيرة

كذلك لماسياتي) أقول يعنى سياتي من أنه يكون صفقة في صفقة ثم قوله لماسياتي في جواب عن قوله لا يقال الخ

قال الشيخ (وكان) وصحح بعض الشارحين تشديد النون (هذان على الاختلاف في جواز بيعه) يعني فن جوزه بيعه قبل أن تناله المشافر
 والمناجل لم يجعله تابعاً لغيره ومن لم يجوزه جعله تابعاً لغيره لبعير شفته والجمع مشافر والمناجل ما يحصد به الزرع والجمع مناجل قال (ولا يدخل
 الزرع والشمر) اعلم ان الالفاظ في بيع الارض المزروعة والشجرة المثمرة أربعة الاول أن يقول بعث الارض أو الشجر ولم يرد على ذلك وقد
 تقدم بيان ذلك والثاني بعث بحقوقها ومرافقها والثالث بعث بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو من مرافقها والرابع بعث بكل
 قليل وكثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها أو من مرافقها في الثاني والثالث لا يدخل الزرع والشمر لان الحق في العادة يذكر لها هو تبع لا بد
 للمبيع منه كالطريق والشرب (٤٨٨) والمرافق ما يرتقب به وهو مختص بالتوابع كمسبل الماء والزرع والشمر ليس كذلك فلا

يدخلان وفي الرابع يدخلان
 لعموم اللفظ هذا اذا كان
 في الارض أو على الشجر
 وأما اذا كان الثمر مجزواً
 والزرع محصوداً فهو بمنزلة
 المتاع لا يدخلان الا
 بالتصريح به قال (ومن باع
 ثمرة لم يبدصلاحتها) يبيع
 الثمر على الشجر لا يخلو ما
 أن يكون قبل الظهور أو
 بعده والاول لا يجوز والثاني
 جائز بدارصلاحتها
 لا تتفادع بني آدم أو علف
 الدواب أو لم يسد لانه مال
 متقوم لكونه منتفعاً به في
 الحال أو في الزمان الثاني
 فصار كبيع الخش 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 يبد وصلاحه ولأن
 البيع يختص بمال متقوم
 والثمر قبل بدو الصلاح ليس
 كذلك قال الشيخ والاول
 أصح يعني رايه ودرايه
 أما الاولى فلما أشار اليه محمد

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 الثمر المجزؤ والزرع المحصود فهو بمنزلة
 المتاع لا يدخل الا بالتصريح به قال (ومن باع ثمرة لم يبدصلاحتها) وقد بدأ جاز البيوع) 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 يناسب من يقول اذا عرض البذر يدخل ويكون للمشتري ويعاله 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 الخش كإولاد 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 ثمراً و باع شجرة فقط وعليه ثمر وقال بعثها أو
 اشتريتها بجميع حقوقها ومرافقها لا يدخل الزرع والشمر بذلك لانها ليسا من الحقوق والمرافق وكذلك
 قال بكل قليل وكثير هو له فيها أو منها من حقوقها أو من مرافقها لم يدخل أيضاً لما ذكرنا من أن بيعه ولو 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 المجزؤ والزرع المحصود فيها فلا يدخل ولو قال بكل قليل وكثير هو فيها لم ينص عليه والمجذؤ
 بدالين مهملتين ومجتمعتين بمعنى واحد أي المقطوع غير أن المهملتين هنا أولى لينااسب المحصود (قوله ومن
 باع ثمرة لم يبدصلاحتها) لا خلاف في عدم جواز بيع الثمر قبل أن تظهر ولا في عدم جوازه بعد الظهور وقبل
 بدو الصلاح بشرط الترتك ولا في جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به ولا في الجواز بعد بدو الصلاح

(قوله لانها ليسا منها) أي الزرع والشمر ليسا من المرافق والحقوق لان الحق يذكر لها 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 كالموضوع والطبخ ومسبل الماء (قوله ولم يدخلنا مناجلنا) وهو قوله لانها
 ليسا منها (قوله ومن باع ثمرة لم يبدصلاحتها) بان لم يصلح لتناول بني آدم وعلف الدواب وقيل لا يجوز

رجه انه في باب العشر ولو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى ادرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن الشرع جازاً متفعا
 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 والخش وهو
 ثابت بالاتفاق والجواب عن الحديث ان تاويله اذا باع بشرط الترتك أو ان المراد به النهي عن بيعها مسلماً بدليل قوله صلى الله عليه وسلم رأيت

(قوله وصحح بعض الشارحين) أقول زاد الاتقاني (قوله يذكر لها هو تبع) أقول أي للمبيع (قوله وأما ثمانية الى قوله مقض الى نفي جواز
 بيع المهر والخش وهو ثابت بالاتفاق) أقول انما يستقيم القياس ان لو جاز تركه الى الزمان الثاني كفي المقيس عليه (قوله والجواب عن
 الحديث اذا باع بشرط الترتك) أقول فيكون التقييد بقوله قبل أن يبدو صلاحه بناء على أن اشتراط الترتك في الاغلب يكون فيه

لأنه شرط فيه الجزء المردوم وهو الذي يزيد في الأرض أو الشجر والجواب أننا نسلم أن التعامل حرم في اشتراط الترك ولكن المعتاد في مثله
الأذن في تركه بلا شرط في العقد ولو اشترى الثمرة التي لم يتناه عظمها ولم يشترط الترك 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 تنهاه لم يتصدق بشئ لان هذا تغير حاله من التي الى النضج لا تحقق زيادة في

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 اشتراها مطلقا
عن الترك والقطع وتركها
على الخيل باستجار الخيل
الى وقت الادراك طاب له
الفضل لبطان الاجارة الخيل
اعدم التعارف فان التعارف
لم يحصر فيما بين الناس
باستجار الأشجار واعدم
الحاجة الى ذلك لان الحاجة
الى الترك بالاجارة انما
تتحقق اذا لم يكن مخلص
سواها وههنا يمكن للمشتري
أن يشتري الثمار مع أصولها
على ما سذكره واذا بطلت
الاجارة بقي الاذن معتبرا
فيطيب له الفضل فان قيل
لان سلم بقاء الاذن فانه ثبت
في ضمن الاجارة وفي
بطلان المتضمن بطلان
المتضمن كلكه الثانية
في ضمن الرهن تبطل ببطلان
الرهن أوجب بان الباطل
معدوم لانه هو الذي
لا تحقق له أصلا ولا وصفا
شرعا على ما عرف والمعدوم
لا يتضمن شيئا حتى يبطل

تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تنهاه عظمها لم يتصدق بشئ لان هذا تغير
حاله لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا تركها على الخيل وقد استأجر الخيل الى وقت الادراك طاب له
الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر
البيع أو باجرة شرط اجارة فيه ومثل هذا بيع الزرع بشرط الترك وجه قول محمد في المتناهي الاستحسان
بالتعامل لانهم تعارفوا التعامل كذلك فيما تنهاه عظمه فهو شرط يقتضيه العقد وهذا دعوى الشافعي
فما تنهاه عظمه وما لم يتناه به يجوز لان العادة تركهم اياه الى الجذاذ ومحمد يقول بمنعه فيه لم يشترط
الجزء المردوم وهو الاجزاء التي تزيد بمعنى من الأرض والشجر الى أن يتناهى العظم ولا يخفى أن الوجه لا يتم
في الفرق لمحمد الا باذنه 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 طرد ولو باع ما لم يتناه عظمه مطلقا عن الشرط ثم تركه فاما باذن البائع اذا اشترى أو باذن
في ضمن الاجارة بان استأجر الاشجار الى وقت الادراك أو بلا اذن في صورتين الاولى ينطبق به الفضل
والا كل أمافي الاذن المجرى فظاهر وأمافي الاجارة فلانها اجارة باطلة لعدم التعارف في اجارة الأشجار
والحاجة فان الحاجة ليست بمعينة في ذلك وانما تتعين لو لم يكن مخلص الا بالاستجار وههنا يمكن أن يشتري
الثمار مع أصولها فيتركها عليها ولا يخفى في 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 الأشجار فالاول أولى وأصل الاجارة مقتضى القياس فيها البطلان الآن
لشرع اجازها للحاجة فيما يقبله التعامل ولا تعامل في اجارة الأشجار المجرى فلا يجوز وكذا لو استأجر اشجار الخيل
عليها ثمنه لا يجوز ذكره الكرخي واذا بطلت بقي 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 فلو وجد الاذن فطاب أما الفاسد
فله وجود فكان الاذن ثابتا في ضمنه باعتبار دفعه وههنا 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 تنهاه عظمه فتركه المشتري بغير اذن البائع فانه لا يتصدق بشئ لانه لم يزد في ذاتها
شئ وهذا قول المصنف (لان هذا تغير حاله لا تحقق زيادة) أي تغير من وصف الى آخر بواسطة انضاج

وترك القياس بالتعامل انما يجوز عند تحقق الضرورة ولا ضرورة ههنا أمافي الباطل بخان والبطح فـ لانه
يمكن أن يبيع أصولها حتى يكون الحادث على ملك المشتري ولا ضرورة في بيع الثمار لانه يمكنه أن يشتري
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 واذا 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
فهذا قال محمد رحمه الله استحسان جوازه (قوله اعدم التعارف والحاجة) لان التعارف لم يحصر فيما بين

تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تنهاه عظمها لم يتصدق بشئ لان هذا تغير
حاله لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا تركها على الخيل وقد استأجر الخيل الى وقت الادراك طاب له
الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر
البيع أو باجرة شرط اجارة فيه ومثل هذا بيع الزرع بشرط الترك وجه قول محمد في المتناهي الاستحسان
بالتعامل لانهم تعارفوا التعامل كذلك فيما تنهاه عظمه فهو شرط يقتضيه العقد وهذا دعوى الشافعي
فما تنهاه عظمه وما لم يتناه به يجوز لان العادة تركهم اياه الى الجذاذ ومحمد يقول بمنعه فيه لم يشترط
الجزء المردوم وهو الاجزاء التي تزيد بمعنى من الأرض والشجر الى أن يتناهى العظم ولا يخفى أن الوجه لا يتم
في الفرق لمحمد الا باذنه 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 طرد ولو باع ما لم يتناه عظمه مطلقا عن الشرط ثم تركه فاما باذن البائع اذا اشترى أو باذن
في ضمن الاجارة بان استأجر الاشجار الى وقت الادراك أو بلا اذن في صورتين الاولى ينطبق به الفضل
والا كل أمافي الاذن المجرى فظاهر وأمافي الاجارة فلانها اجارة باطلة لعدم التعارف في اجارة الأشجار
والحاجة فان الحاجة ليست بمعينة في ذلك وانما تتعين لو لم يكن مخلص الا بالاستجار وههنا يمكن أن يشتري
الثمار مع أصولها فيتركها عليها ولا يخفى في 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 الأشجار فالاول أولى وأصل الاجارة مقتضى القياس فيها البطلان الآن
لشرع اجازها للحاجة فيما يقبله التعامل ولا تعامل في اجارة الأشجار المجرى فلا يجوز وكذا لو استأجر اشجار الخيل
عليها ثمنه لا يجوز ذكره الكرخي واذا بطلت بقي 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 فلو وجد الاذن فطاب أما الفاسد
فله وجود فكان الاذن ثابتا في ضمنه باعتبار دفعه وههنا 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 تنهاه عظمه فتركه المشتري بغير اذن البائع فانه لا يتصدق بشئ لانه لم يزد في ذاتها
شئ وهذا قول المصنف (لان هذا تغير حاله لا تحقق زيادة) أي تغير من وصف الى آخر بواسطة انضاج

يظلاله بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض
الى أن يدرك الزرع وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة لجهالة وقت الزرع فان

(قوله وهو هنا يمكن للمشتري أن يشتري الثمار مع أصولها الخ) أقول انما يمكن للمشتري ذلك ان 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 الأشجار بالباطل بخان والبطح كما لا يخفى ثم أقول لو صح ما ذكره
لم تصح الاجارة مطلقا بهذا المخلص بعينه بل المخلص فيه ما نقل عن أبي الليث السهمي قدي رحمه الله تعالى

الارض الى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الغض لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا

الشمس عليه نعم عليه ثم غصب المنفعة يتعلق به لا بالعين المبيعة بائبات خبث فيها وجه قول الشافعي وباقي
الائمة في الخلافة ما في الصحيحين عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها
وعن بيع النخل حتى تزهر وقيل وما تزهر وقال تحمارا أو تصغار 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 غير ياب لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث حماد بن
سليمة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولنا ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى نخلا
قد ابوت فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع فجعله للمشتري بالشرط فدل على جواز بيعه مطبقا لأنه لم يقيد
دخوله في البيع عند اشتراط المبتاع بكونه بداصلاحه وفي موطأ مالك عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت ابتاع
رجل ثمرة طائفي في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فعالجها وقام حتى تبين له النقصان فسأل رب الخائط أن يضع له
أو يعيله خلف لا يفعل فذهبت بالمشتري الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال يا بني أن
لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الخائط فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال هو له ولولا صحة البيع لم تترتب الاقالة
عليه أما النهي المذكور ففهم قدر كواظاهرة فانهم أجازوا البيع قبل أن يبدو صلاحها بشرط القطع
وهذه معارضة صريحة لمنطوقه فقد اتفقنا على انه متروك الظاهر وهو لا يحل ان لم يكن لوجب وهو عندهم
تعليقه عليه الصلاة والسلام بقوله صلى الله عليه وسلم رأيت ان منع الله الثمرة بما يستحل أحدكم مال أخيه
فانه يستلزم أن معناه انه نهى عن بيعها مدركة قبل الادراك ومنهية قبل الزهو وقد فسر أنس رضي الله
عنه زهوها بان تحمر أو تصفر وفسرها ابن عمر بان تامن العاهة فكان النهي عن بيعها بجمرة قبل الاجرار
ومصفرة قبل الاصفرار أو أمنت من العاهة قبل أن يؤمن عليها وذلك لان العادة ان الناس يبيعون الثمرة قبل
أن تقطع فنهى عن هذا البيع قبل أن توجد الصفة المذكورة وما ذكرنا من غيبه عليه الصلاة والسلام
عن بيع العنب حتى يسود وهو لا يكون عنبا قبل السواد يفيد انه قبله حصرم فكان معناه على القطع
النهي عن بيع العنب عنبا قبل أن يصير عنبا وذلك لا يكون الا بشرط الترك الى أن يبدو صلاحه وبطل
عليه تعليل النبي صلى الله عليه وسلم بقوله رأيت لو منع الله الثمرة بما يأخذ أحدكم مال أخيه فالمعنى اذ
بعتموه عنبا قبل أن يصير عنبا بشرط الترك الى أن يصير عنبا فمنع الله الثمرة فلم يضر عنبا بما يستحل أحدكم
يعنى البائع مال أخيه المشتري والبيع بشرط انقطع لاي توهم فيه ذلك فلم يكن متناولا للنهي واذا صار محمل
النهي ببيعها بشرط تركها الى أن تصلح فقد قضينا عهدة هذا النهي فانا قد أفسدنا هذا البيع وبقي بيعها
مطلقا غير متناول للنهي بوجه من الوجوه فلها ترك المصنف الاستدلال لهم في هذه الخلافة بالحديث
وحديثه فالحديث المذكور لنا فيها معنى حديث التباير سالم عن المعارض وكذلك المعنى وهو أنه مبيع
منتفع به في الحال أو في نائي الحال الى آخره ووجه هذا التفرير ظهر أن ليس حديث التباير عاما عارضه خاص
وهو حديث بدو الصلاح وان التراجع هنا ينبغي أن يكون للخاص لانه مانع وحديثنا مبيح بل لا يتناول

الناس باستتجار الأشجار ولهذا الواستأخر تخلل يهيف عليه الشباب لا يجوز ولا حاجة لانه يمكن للمشتري أن
يشترى الثمار مع أصولها فتر كها على الأشجار (قوله فبقي الاذن معتبرا) فان قيل الاذن ثبت في ضمن
الاستتجار وقد بطل المتضمن فيبطل ما في ضمنه قلنا الاذن في الاجارة الباطلة صار أصلا اذ الباطل عبارة عن
المعدوم المضمحل والمعدوم لا يصلح متضمنا فصار الاذن مقصودا ولا كذلك في الاجارة الفاسدة لان الفاسد
ما كان موجودا باصله فاتباعه بوضعه فامكن جعله متضمنا للاذن وفساد المتضمن يقتضي فساد ما في ضمن
فيفسد الاذن فيتمكن الخبث (قوله لان الاجارة فاسدة للجهالة) أي لجهالة مدة الادراك فيصير المعقود عليه

الادراك قد يتقدم لسدة
الحر وقد يتأخر للبرد والقاسد
ماله تحقق من حيث الاصل
فامكن أن يكون متضمنا
لشيء ويفسد ذلك الشيء
لفساد المتضمن واذا اتفق
الاذن كان الفضل خبيثا
وسيله التصديق ولو اشترى
الثمار مطلقا عن القطع
والترك على التخيل وتركها
وأتمت مدة الترك ثمرة أخرى
فان كان قبل القبض يعني
قبل تخلية البائع بين المشتري
والثمار ففسد البيع لانه
لا يمكن تسليم البيع لتعذر
التمييز وان كان بعد القبض
لم يفسد البيع لان التسليم
قد وجد وحدث ملك للبائع
واختلط بملك المشتري
فيشترى كان فيه للاختلاط
والقول في مقدار الزائد
قول المشتري لان المبيع
في يده فكان الظاهر شاهدا
له هذا ظاهر المذهب وكان
شمس الائمة الحلواني يفتي
بجوازه ويزعم انه مروى
عن أصحابنا وحتى عن
الشيخ الامام الجليل أبي بكر
محمد بن الفضل البخاري
رحمه الله انه كان يفتي
بجوازه ويقول اجعل
المرجود أصلا وما يحدث
بعيد ذلك تبعوا وهذا شرط
أن يكون الخارج أكثر
(قوله وكان شمس الائمة
الحلواني رحمه الله تعالى
يفتي بجوازه) أقول في
الصورة الأولى أيضا

(قوله وكذا في الباذنجان والبطيخ) يعني أن البيع لا يجوز إذا حدث شيء قبل القبض وإذا حدث بعده يشترط أن يكون (المخلص) أي الحيلة في جوارحه
 فيما إذا حدث قبل القبض أن يشترى الأصول لتحصل الزيادة على ملكه ولهذا قال شمس الأئمة السرخسي إنما يجوز بيعه على الموجود أصلا
 والحادث تبعاً إذا كان ثمرة ضرورية ولا ضرورة ههنا لاندفاعها ببيع الأصول (قال ولا يجوز أن يبيع ثمرة إذا باع ثمرة) واستثنى منها أوطالا
 معلومة يميز خلافاً للمالك (وله يبين أن مراده الثمرة على رؤس التخييل أو ثمرة مجذوة وذو كرفي بعض فوائد هذا الكتاب أن مراده ما كان على
 التخييل وأما بيع المجذوة فبما في (٤٩٢) وهو مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فإنه قال إذا باع الثمرة على رؤس التخييل الأصا

ولو اشترها مطلقاً فتمت ثمراً آخر قبل القبض فسد البيع لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو أتمرت
 بعد القبض يشترط أن يميز في ذلك لاختلاف القول وقول المشتري في مقداره لأنه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ
 والمخلص أن يشترى الأصول لتحصل الزيادة على ملكه قال (ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أوطالا
 معلومة) خلافاً للمالك رحمه الله لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما إذا باع واستثنى نخلاً معيناً 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 جازم اتفاقاً لأنه غير متناول
 لأنه لما ذكرنا وأما مطلقاً إذا كان حكمه لزوم القطع كان بمثابة بشرط القطع فلم يبق محل النهي
 إلا بغير بشرط الترتيب ونحن قائلون بأنه فاسد (ولو اشترها مطلقاً فتمت ثمراً آخر قبل القبض فسد البيع
 لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز) فاشبهه هلاكه قبل التسليم (ولو اشترت بعد القبض يشترط أن
 فيه للاختلاف والقول قول المشتري في مقداره) مع يمينه (لأنه في يده وكذا في بيع) (الباذنجان
 والبطيخ) إذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشترى كما لما ذكرنا وكان الحلواني يفتي بجوارحه 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 قال استحسن فيه لتعامل الناس فانهم
 تعاملوا ببيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولو لهم في ذلك عادة ظاهرة وفي زرع الناس من عادتهم حرج وقد رأيت
 رواية في نحو هذا عن محمد رحمه الله وهو يبيع الورد على الأشجار فإن الورد متلاحق ثم جوز البيع في
 الكل بهذا الطريق وهو قول مالك رحمه الله (المخلص) من هذه الوازم الصعبة (أن يشترى) أصول
 الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث (على ملكه) وفي الزرع والحشيش يشترى الموجود ببعض
 الثمن ويستأجر الأرض مدمعة معلومة بعلم غاية الادراك وانقضاء الغرض فيها يباقي الثمن وفي ثمار الأشجار
 يشترى الموجود ويحل له البائع ما وجد فان 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 ويستثنى منها أوطالا معلومة) خلافاً للمالك) أجازة قياساً
 على استثناء شجرة معينة قلنا قياساً مع الفارق لأن الباقي بعد إخراج المشتري غير مشار إليه ولا معلوم الكيل
 المخصوص فكان مجهولاً بخلاف الباقي بعد إخراج الشجرة فإنه معلوم مفرز بالاشارة قالوا هذه رواية الحسن
 عن أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول الطحاوي والسافعي وأحمد رحمه الله وعلى ما ذكرنا من التعليق لا يرد
 مجهولاً فقد يتقدم الادراك إذا تمجّل الحر وقد يتأخر الادراك إذا طال البرد (قوله ولا يجوز أن يبيع ثمرة
 ويستثنى منها أوطالا معلومة) سواء كان على الشجر أو بعد الجزاء خلافاً للمالك رحمه الله لأن الباقي بعد الاستثناء

منها يجوز البيع لأن المستثنى
 معلوم كما إذا كان الثمر
 مجذوذاً موضوعاً على الأرض
 فباع الكل الأصا ع يجوز
 وهذا يدل على أن الحكم
 فيها سواء واستدل بقوله
 (لأن الباقي بعد الاستثناء
 مجهول) والمجهول لا يرد عليه
 العقد وهذا يدل أيضاً على
 أن الحكم فيها ما سواء
 (بخلاف ما إذا استثنى نخلاً
 معيناً 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 نسلم أنها
 ليست كذلك فربما كان
 البائع يطلب صاعاً من
 الثمر أحسن ما يكون
 والمشتري يدفع إليه ما هو
 أردأ الثمر فيفضي إلى النزاع
 سلنا ذلك لكن يجوز
 تراضيهما على شيء منه قد
 لا يكون الثمر الأوفر المستثنى

فيجوز العقد عن العائدة فلا يصح كإيضاح مثله في المضار به هذا المعنى وعن هذا قال بعض الشارحين يشير إلى هذا
 قوله (أوطالا معلومة) وردبانه لو كان المستثنى صاعاً واحداً أو وطلاً واحداً فالحكم كذلك وبانه لا يتحلى ما أنه بقي شيء بعد الاستثناء أو لا وكل
 من التقديرين يقتضي صحة العقد أما الأول فلأن الباقي بعد الاستثناء معلوم لكونه المستثنى معلوماً سلماً أن الباقي غير معلوم وزناً لكن
 ذلك ليس بشرط الاذبا ع موازنة وائس الغرض ذلك جاز 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 بالاول قال بالثاني والعكس ليس بلازم

فيبطل الاستثناء ويجوز البيع وأجيب بأن هذا باعتبار المآل وأما في الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء شيء أو لا فصاحبنا لا يراه نظراً
 لانها ليست مفضية الى 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 يذ كر في ظاهر الرواية صريحاً ولهذا 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 الى 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 وافراده العقد يقتضي
 أن يكون المعقود عليه مقصوداً معلوماً فتنشأ كافي القصد والعلم فإجاز أن يقع معقوداً عليه بانقراده جاز أن يستثنى وبالعكس وعلى هذا لو قال
 بعثك هذه الصبرة بكذا الاقفرانها بدرهم صح في جميع الصبرة الا في قفيز (١٩٣) لانه استثنى ما يجوز افراده بالعقد عليه وأما

لو قال بعثك هذا القطيع
 من الغنم الا شاء منها بغير
 عينها بمائة درهم فلا يجوز
 لانه استثنى ما لا يجوز افراده
 العقد عليه ولو قال الا هذه
 الشاة بعينها جاز لانه يجوز
 افراده العقد عليه فيجوز
 استثناءه وكذا الحكم في
 جميع العدديات المتفاوتة
 كالثياب والعيوب بخلاف
 السكيلي والوزني والعددي
 المتقارب فان استثناء قدر منة
 وإيراد العقد عليه جائز لأن
 الجهالة لا تغضى الى المنازعة
 قيل ما الفرق بين قوله بعثك
 هذا القطيع من الغنم الا
 هذه الشاة بعينها بمائة درهم
 فانه جائز وبين قوله بعثك
 هذا القطيع من الغنم كله
 على أن لى هذه الشاة الواحدة
 منه بعينها فانه لا يجوز مع
 انه قد استثنى الشاة العينة
 من القطيع معنى وأجيب
 بأن في الاستثناء المستثنى لم
 يدخل في المستثنى منه لانه
 لبيان انه 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 لانه لا يجوز بيعه فكذلك
 استثناءه (و يجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقة في قشره) وكذا الارز والسهم وقال الشافعي رحمه الله لا

ما قيل ينبغي أن يجوز البيع على كل حال لانه ان بقي شيء بعد اخراج المستثنى فظاهر وان لم يبق شيء يكون
 الاستثناء باطلا لانه مستغرق فيبقى الكل مبيعاً لان ورود هذا على التعليل بجوزان لا يبقى بعد الاستثناء شيء
 وتعليل المصنف بجهالة المبيع وهو يوجب الفساد وان ظهر ارتفاعها بالاخره واتفق أنه بقي مقدار معين لان
 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 الحامل أو الشاة (وأطراف الحيوان لا يجوز) كما اذا باع هذه
 الشاة الا أيتها وهذا العبد الا يده فيصير مشتر كتميز بخلاف لو كان مشتر كاعلى الشيوخ فانه جائز وانما
 قال ينبغي لان جواب هذه المسئلة ليس مصرحاً به في ظاهر الرواية وهو ان كل ما جاز افراده بإيراد العقد عليه جاز
 استثناءه ويصير الباقي مبيعاً الا ان عدم الجواز اقيس بمذهب أبي حنيفة في بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم
 فانه أفسد المبيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم في استثناء أوطال معلومة مما على الاشجار وان لم
 يفض الى المنازعة فالجواب ان كل جهالة مفضية الى المنازعة مبطله فليس يلزم ان المالم يفض اليها يصح معها
 بل لا بد مع عدم المفضية الى المنازعة في الحكم من كون المبيع على حدود الشرع ألا يرى أن التبايعين قد
 يتراضيان على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع بأجل مجهول كعدم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك صحيحاً
 وأما ما قيل في توجيه المنع لعل المبيع لا يبلغ الا تلك الارطال فبعد اذ لمشاهدة تفيده كون تلك الارطال لا
 تستغرق الشكل والا فلا مرضى المشتري حينئذ بذلك الاستثناء (قوله ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقة
 في قشره وكذا الارز والسهم وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقي الا الخضرة وكذا الجوز واللوز والفستق في
 قشره الاول عنده وله) في بيع الحنطة في السنبل (قولان) وأجاز بيع الشعير والزرعة في سنبلها (وعندنا يجوز

مجهول وهذه الجهالة تغضى الى النزاع اذا المشتري يطالب بالاجود والبائع يسلم الارداً على أنه يتحمل أن
 الموجود ليس الا هذه الارطال المستثناة وصح في ظاهر الرواية لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه
 بانقراده يجوز استثناءه من العقد كالأوستنى قفيزاً من صبرة وما لا يجوز افراده بالعقد لا يجوز استثناءه ومن
 العقد كالأوستنى عضو من الشاة ونحوه وهذا لان الاستثناء استخراج بعض ما يتناول الكلام في حق الحكم

في الاصول فلم يكن افرادها خارجاً بحصتها من الثمن فلا جها له فيه وأما في الشرط فلا أن الشاة دخلت أولاً في الجله ثم خرجت بحصتها من
 الثمن وهي مجهولة فيفسد المبيع في الكل ونظيره ما لو قال بعثك هذا العبد الا عشره فانه صحيح في تسعة أعشاره لو قال على ان لى عشره لم يصح
 قيل القائل أن يقول سلمنا ان ايراد العقد على الارطال المعلومة واستثناءها جائز لكن لان سلم جواز بيع الباقي وهو مجهول والجواب اننا لانسلم
 أن الباقي مجهول لما ذكرنا ان المستثنى اذا كان معلوماً تسر منه جهالة الى المستثنى منه لا بحسب الوزن فيكون المبيع في الباقي مجزئاً وهو
 لا يحتاج الى معرفة مقدار المبيع (قال ويجوز بيع الحنطة في سنبلها) بيع الشيء في غلافه

(قوله فيبطل الاستثناء أقول فيه بحث) قوله وينعكس الى أن ما لا يجوز افراده (أقول ليس ما ذكره عكس تلك القضية) قوله واستثناءها جاز لكن
 لان سلم) أقول فيه بحث فانه بعد تسليم جواز الاستثناء لا معنى للمنع فتأمل

لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والغستق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبله قولان
 كالحنطة والباقله (والارز
 والسهمس وقال الشافعي
 رجه الله لا يجوز بيع
 الباقلاء الاخضر والجوز
 واللوز والغستق في قشره
 في قوله الاول) وكذا بيع
 الحنطة في قوله الجديد
 واستدل بان المعقود عليه
 مستور بما لا منفعة له والعقد
 في مثله لا يصح كما اذ 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 ويامن العاهة
 وحكم ما بعد الغاية بخلاف
 حكم ما قبلها وفيه نظر لانه
 استدلال بمفهوم الغاية
 والاولى ان يستدل بقوله
 نهى فان النهى يقتضى
 المشروعية كما عرف (قوله
 ولانه حب منتفع به) كأنه
 جواب عن قوله مستور بما
 لا منفعة له وتقريره لا نسلم
 انه لا منفعة فيه بل هو أى
 المبيع بقشره حب منتفع به
 ومن كل القولية شهد بذلك
 وان الجيوب المذكورة تدخر
 في قشرها قال الله تعالى
 فذروه في سنبله وهو ارتفاع
 للمحالة 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

يجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والغستق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبله قولان
 وعندنا يجوز ذلك كله ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فأشبهه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولانما
 روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن
 العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه ما لا منفعة له بخلاف تراب الصاغة
 لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مستثلنا 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 والمغول في الاستدلال نهي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وفي هذا غرر وفائه
 لا يدرى قدر الحنطة الكائنة في السنابل والمبيع ما أر يديه الاحب لالسنابل فرجع الى جهالة قدر المبيع
 والزم على هذا ان لا يجوز بيع اللوز ونحوه في قشره الثاني لكنه تركه للتعامل المتوارث (ولنا ما روى انه
 عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض رواه مسلم وأصحاب السنن
 الاربعة ويقال زها النخل والنمر يزهو وأزهي يزهي لغة في الاشتقاق من الزهو لغتان وأنكر الاصمعي
 الرباعية يزهي كما نقل الزنجشري عن الغير انكار يزهو الثلاثية لا يقال أتمتم تعلموا بصدور الحديث لاننا نقول
 قد بينا أن ما علمون وان الاتفاق على انحطاط النهى على بيعه بشرط الترك الى الزهو وقد منعتنا ولانه مال
 منقوم معلوم (فيجوز بيعه كالشعير في سنبله) بخلاف بيعه بمثله في سنبل الحنطة لاحتمال الربا أما أنه مال
 منقوم فظاهر وأما أنه معلوم فلانه مشار اليه وبالاشارة كغاية في التعريف اذا لم يمنع من روية عينها لا يخل بذلك
 قدره في الجملة وليس معرفته على التجر بشرط الامتنع بيع الصبرة للمشاهدة وأورد المطالبة بالفرق بين ما
 اذا باع حب قطن في قطن بعينه أو نوى تمر في تمر بعينه أى باع ما في هذا القطن من الحب وما في هذا التمر من
 النوى فانه لا يجوز زرع انه أيضا في غلافه أشار أبو يوسف الى الفرق بان النوى هناك معتبر عدما هالكا 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 قشو رفيها 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 مقصودا وبيع قفيز من صبرة جاز تركه كذا استثنائه وبيع الحمل
 وأطراف الحيوان لا يجوز ذلك استثنائه وهذا لان الحكم فيه ثبت بعلة الاصل فلا يستقيم استخراج عنه
 العقد والدليل الموجب في حقه قائم (قوله ولا يجوز بيع الحنطة في سنبلها الخ) فان قيل اذا باع حب قطن في
 قطن بعينه أو باع نوى تمر في تمر بعينه لا يجوز زرع أنه موجود في غلافه كالحنطة في سنبلها قلنا أشار أبو يوسف
 رحمه الله الى الفرق بينهما فقال لان الغالب في السنبل 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 زرع الحنطة في سنبلها وسائر الجيوب في سنبلها والذهب في
 ترابه والفضة في ترابها بخلاف جنسه من الثمن كولو باع لبنا في الضرع أو لحما في الشاة أو شحمها أو وليتها
 أو أكارعها أو جلودها أو باع دقيقا في هذه الحنطة أو زيتا في هذا السمسم أو
 عصيرا في هذا العنب من الاشياء التي في خلقها بحيث لا يمكن أخذها وقبضها الا بافاسد الخلق فلا يجوز البيع
 فيها (قوله فاشبهه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه) أى 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)
 أى بيع تمر النخل (قوله حتى يبيض ويامن العاهة) وحكم ما بعد الغاية بخلاف ما قبلها فظاهره يقتضى
 الجواز بعدو جود الغاية (قوله كالشعير) يجوز بيع الشعير في سنبله بالاجماع (قوله وفي مستثلنا)
 أى في بيع الحنطة في سنبلها لو باعه بجنسه أى باع الحنطة في سنبلها بجنسها لا يجوز لشبهه الى بالانه

الشعير بجماع كونهم مالم ين متقومين ينتفع بهم ما وبيع تراب الصاغة 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 السنبله فان قيل (٩٥) ما الفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا باع حب

قطن في قطن بعينه أو نوى
تمر في تمر بعينه وهماسيات
في كون المبيع مغلفا أجيب
بان الغالب في السنبله
الحنطة يقال هذه حنطة
وهي في سنبلها ولا يقال هذا
حب وهو في القطن وانما
يقال هذا قطن وكذلك في
التمر اليه أشار أبو يوسف
رحم الله قال (ومن باع دارا
الخ) الاغلاق جمع غلق
بفتح اللام وهو ما يعلق
ويفتح بالمفتاح اذا باع دارا
دخل في البيع اغلاقها بناء
على ما تقدم ان ما كان
موضوعا فيه للقرار كان
داخلا والاغلاق كذلك
لانها من كبسة فيها البقاء
والمفتاح يدخل في بيع الغلق
يلا تسميته 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
لا محالة وقوله الانتفاع بالدار
لا يمكن الا بالطريق ومع ذلك لا يدخل الطريق في بيع الدار بدون ذكره أو ذكر الحقوق قلنا شرى الدار
قد يكون مقصودا بدون الطريق لانه يحتمل أن يكون مراد المشتري أخذ الشفعة بسبب ملك الدار المشترى
وأما المغلق فلا يكون مقصودا من غير دعوى الانتفاع فيدخل بدون ذلك كما اذا استأجر دارا يدخل الطريق
بدون ذلك (قوله في رواية ابن سماعة عنه) أي عن محمد رحمه الله على المشتري وبه كان يفتي الصدر

أيضا الشبهة الربا لانه لا يدري قدر ما في السنابل (ومن باع دارا دخل في البيع مغفاتها) لانه
يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها البقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه
اذلا ينتفع به بدونه قال (وأجز الحكال وناقدا الثمن على البائع) أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع
ومعنى هذا اذا بيع مكايله وكذا أجرة الوزن والذراع والعداد أو ما النقد فالذ 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 بيننا انه هو المحتاج
الضرع واللحم والشحم في الشاة والالبسة والاكارع والجلد فيها والدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون
والعصير في العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز ان كل ذلك من عدم في العرف لا يقال هذا عصير زيت في حمله وكذا
الباقي واعلم أن الوجه يقتضي ثبوت الخيار للمشتري بعد الاستخراج في ذلك كله لانه لم يره (قوله ومن باع دارا
دخل في البيع مغفاتها) المراد بان يعلق ما تسميه بضمه وهذا اذا كانت من كبسة لانها مركبة البقاء لا اذا
كانت موضوعة في الدار ولهذا لا تدخل الاقفال في بيع الحوائث لانها مركبة وانما تدخل الألواح وان
كانت منفصلة لانها في العرف كالابواب المركبة والمراد بهذه الألواح ما تسمى في عرفنا بصرد راب الدكان
وقد ذكر فيها عدم الدخول ولا معول عليه (وقوله لانه لا ينتفع به الابيه) أجيب بمنع أن شراء الدار مقصود وعلى
الانتفاع بذاتها بل قد يكون لغرض مجرد الملك ليأخذ بالشفعة بواسطتها أو يتجر بها ولذا لما كان العقد عليها
مقصودا على ذلك كما في الاجارة دخلنا الطريق * (فزع) * يناسب ما نحن فيه من حيث انه يتناول البيع بلا
تنصيص من الملك 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 يشتره وان كان يعلم بالحال لان
المشتري الاول رضى بهذا ففسخ دلاله فيحل للبائع ببيعه وحل للمشتري أن يشتره وانما كتبتها لانها كثيرا
ما تقع في الاسواق (قوله وأجرة الكيل ووزان المبيع وذراع وعاده) ان كان البيع بشرط الكيل والوزن
أو الذراع أو العدة (على البائع) لان عليه ايفاء المبيع ولا يتحقق ذلك الا بكيله ووزنه ونحوه ولان بكل من ذلك يميز
ملكه عن ملك غيره وهو معلوم ان الحاجة الى هذا اذا باع مكايله أو موازنه ونحوه اذ لا يحتاج الى ذلك في المجازفة
وأجرة وزن الثمن على المشتري بانفاق الأئمة الاربعه لانه يحتاج الى تسليم الثمن وتميزه عنه فكانت مؤتته عليه
وأما أجرة ناقدا الثمن فاختلاف الروايات والمشايخ فروى ابن رستم عن محمد انه على 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 انه على المشتري وبه كان يفتي 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 السنابل (قوله اذلا ينتفع به) أي بالعلق 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 شرى الدار
قد يكون مقصودا بدون الطريق لانه يحتمل أن يكون مراد المشتري أخذ الشفعة بسبب ملك الدار المشترى
وأما المغلق فلا يكون مقصودا من غير دعوى الانتفاع فيدخل بدون ذلك كما اذا استأجر دارا يدخل الطريق
بدون ذلك (قوله في رواية ابن سماعة عنه) أي عن محمد رحمه الله على المشتري وبه كان يفتي الصدر

يحتمل أن يكون مراد المشتري أخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها لا محالة والثاني مسلم وهذا داخل 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 الخ) أقول
ولعل مثل هذا التردد يجاز في المتنازع فيه فتأمل

قال وأجرة الكيال ونافذ الثمن اذا باع المكيل مكياله أو الموزون موازنة 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 ووجه الثانية ان المشتري هو المحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن وبه كان يقضى الصدر الشهيد وأجرة وزن الثمن على المشتري لانه المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع ساعة يبيع الساعة مجازا ما أن يكون بثمن أو بساعة فان كان الأول يقال للمشتري ادفع الثمن أو 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 لانه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة قال (ومن باع سلعة بساعة أو ثمانية قبل لهما اسلما معا) لاستوائهما في التعيين فلا حاجة الى تقدم أحدهما الصحيح انه على المشتري وكذا قال القدروري 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 مكياله فالكيل على البائع وصحها في وعاء المشتري على البائع أيضا هو المختار وفي المتقى اخراج الطعام من السفن على المشتري ولو اشترى حنطة في سنبها فعلى البائع تحليصها بالدرس والتذرية وتودفها الى المشتري وهو المختار وقطع العنب المشتري خرافا على المشتري وكذا كل شيء باع حرافا كالنوم والبصل والخز اذا خلى بينها وبين المشتري وكذا قطع الثمر يعني اذا خلى البائع بينها 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 (أنه) لا يتعين بالتعيين في المبيع فلا بد من تقدم قبضها لئلا يتساوى 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 كغيبا أو رهن المشتري به رهنه أو المأل أو حال البائع به عليه وقبل سقط حق الحبس وكذا اذا حال المشتري البائع به عند أبي يوسف وعن محمد بن سيرين وايتان في رواية كقول أبي يوسف وفي رواية اذا حال البائع به رجلا سقطوا اذا حال 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 فاقبل نفسه أو بأمر مملوك أو بطل المبيع فان كان قبض الثمن أعاده الى المشتري وان كان بفعل المشتري فعليه ثمنه ان كان المبيع مطلقا أو بشرط الخيار للمشتري وان كان الخيار للبائع أو كان المبيع فاسدا لزمه ضمان مثله ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيميا وان هلك بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ المبيع 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 المبيع واتبع 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 اسلما معا لا بد من معرفة التسليم منهما) قبل التسليم فيجب 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 ودعيته عنده وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول القبض أن يقول خليت بينك وبين المبيع فقبضه 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 لخطي معه فهو قبض وكذا لو أرسله في حاجته وفي الثوب ان أخذه بيده أو خلى بينه وبينه وهو موضوع على الارض فقال خليت بينك وبينه فقبضه فقال قبضته فهو قبض وكذا القبض في المبيع الفاسد بالتخلية ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البائع المقتاج اليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض وان دفعه ولم يقل الشهيد رحمه الله (قوله) تحقيقا (مساواة) أي في تعيين حق كل واحد منهما وفي المالية أيضا لان الدين أنقص من العين ولو كان المبيع غائبا عن حضرته ما لم يشترى أن يمنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع لتمكن 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 حضرته كما في المشتري أن يمنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع لتمكن من قبضه وان كان الثاني يقال لهما باللاستوائهما في التعيين فلا يتنازع الي

* (باب خيار الشرط) *

شياً 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 بالتخليه يقع القبض وان كان المبيع يبعده عنهما وقال الحلواني ذكر في النوادر اذا باع ضيعة ونخل بينه وبين المشتري ان كان يقرب منها يصير قابضاً أو يبعده لا يصير قابضاً قال والناس عنه غافلون فانهم يشترون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض وفي جامع شمس الأئمة يصح القبض وان كان العقار غائباً عنهما عند أبي حنيفة بخلافهما وفي جمع النوازل دفع المفتاح في بيع الدار تسليم اذا تمها له فتحته من غير تكلف وكذا اذا اشترى بقر في السرح فقال البائع اذهب واقبض ان كان يرى بحيث يمكنه الاشارة اليه يكون قبضاً ولو باع دخلاً ونحوه في دن ونخل بينه وبين المشتري في دار نفسه ونخل المشتري على الدن فهو قبض ولو اشترى ثوباً فأمره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى أخذه انسان ان كان حين أمره بقبضه أمكنه من غير قيام صح التسليم وان كان لا يمكنه الإقيام لا يصح ولو اشترى طيراً 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 التفتح ولو اشترى فرساً في حفرة 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 راكها فقال المشتري اجلسني معك فعمله فعطبت هلكت على المشتري قال القاضي الامام هذا المالك يمكن على الدابة سرج فان كان عليها سرج وركب المشتري في السرج يكون قبضاً والا فلا ولو كانا كبيع فباع المالك منهما الاخر لا يصير قابضاً كما اذا باع الدار والبائع والمشتري فيهما معا

* (باب خيار الشرط) *

قد عرف أن البيع علة لحكمه من لزوم تعاقب 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 له فيه صلى الله عليه وسلم عن بيعه بشرط ويقال للبيع المشروط فيه الخيار علة اسماء ومعنى لا يحكموا للمستلزم علة اسماء ومعنى وحكموا وقد عرف ذلك من اصطلاحهم في الاصول والموانع خمسة أقسام مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرجية المبيع فلا ينعقد المبيع في الحر لانها لا تنعقد الا في محلها ويحل البيع المال والحر ليس بمال فلا وجود للبيع أصلاً فيه كأنه قطع الوتر يمنع أصل الرمي بعد القصد اليه ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف الى مال الغير كإصابة السهم بعد الرمي حائطاً فرده عن سنه ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استئثار المرء اليه بترس يمنع من إصابة الغرض منه ومانع يمنع تمام الحكم بعد ثبوت خيار الرؤية للمشتري ومانع يمنع لزومه كخيار العيب وإضافة الخيار الى الشرط على حقيقة الاضافة وهي إضافة الخيار الى سببه اذ سببه الشرط وحين رد وشرعيته جعلناه داخل في الحكم مانعاً من ثبوته تقليداً لعمله بقدر الامكان وذلك لان عمله اثبات الحظر في ثبوت المالك وبذلك يشبه القمار فقلنا شابههم وقالوا أن يقول القسما ما حرم لعني الحظر بل باعتبار تعليق المالك بما لم يضعه الشرع سبباً للمالك فان الشارع علم يضع ظهور العدد القلاني في ورقة مثلاً سبباً للمالك والحظر طرد في ذلك لا أثر له نعم يجزى أن يقال اعتبرناه في الحكم تقليداً بخلاف الاصل وأما كونه فيه غر وقد نهى عن بيع الغر وذلك 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 كصلاة الظهر اذ لا الشرط لما ثبت الخيار وانواع أنواع مانع انعقاد العلة كإضافة البيع الى الحر وموانع

تقديم أحدهما بالدفع
وانه أعلم بالصواب
* (باب خيار الشرط) *
* (باب خيار الشرط) *

قال (ختيار الشرط جاز في البيع ناره يكون لازما واخرى غير لازم) واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار ولما كان
اللازم أقوى في كونه بيعا قدمه على غيره ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات لانه يمنع ابتداء الحكم ثم خيار الرؤية لانه يمنع تمام الحكم ثم خيار
العيب لانه يمنع لزوم الحكم وانما كان (٤٩٨) عله في منع الحكم دون السبب لان من حقه أن لا يدخل في البيع لكونه في معنى

القمار ولكن لما جاءت به
السنة لم يكن بدم العمل به
فأظهرنا عمله في منع الحكم
تقديلا لعمله بقدر الامكان

قال خيار الشرط جاز في البيع للبائع والمشتري (ولهما الخيار ثلاثة أيام فادونها) والاصل فيه ما روى أن
حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضى الله عنه كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه الصلاة والسلام اذا
بايعت فقل لا خلاية ولى الخيار ثلاثة أيام

لان دخوله في السبب
مستلزم للدخول في الحكم
دون العكس وهو على أنواع

(قوله خيار الشرط جاز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلاثة أيام) يروى بنصب ثلاثة أيام على الظرف أى في
ثلاثة ورفعهما على انه خبر مبدأ محذوف أى هو ثلاثة أيام ثم في فتاوى فاضل خان اذا 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 الانصاري رضى الله عنه كان يغبن في البياعات الحديث يروى الحاكم في المستدرک من
حديث محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر قال كان حبان بن منقذ بن عمرو رجلا ضعيفا وكان قد أصابه
في رأسه ما مومة فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار الى ثلاثة أيام فيما اشتراه وكان قد نقل
لسانه فقال له النبي صلى الله عليه وسلم بع وقل لا خلاية وكان يشتري الشئ فيجى به الى أهله فيقولون له هذا
عالم 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 اسحق قال أخبرنا سفيان عن محمد بن اسحق 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 انتمينا الى ما قال صلى الله عليه وسلم وأخرجه
البيهقي في سننه عن ابن عمر سمعت رجلا من الانصار يشكو الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يزال يغبن
في البيوع فقال له اذا بايعت فقل لا خلاية ثم أتت بالخيار في كل سلعة ما تبعتها ثلاث ليال قال ابن اسحق فحدث
به محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو وقد أصيب في رأسه وكان يغبن في البيع فذكر نحوه
ورواه ابن ماجه عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو وكان قد أصابه آمة في رأسه
فكسرت لسانه وكان لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له
الحديث وهو يقتضى أن المقول له منقذ بن عمرو ولا حبان ابنة ولا شئ 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 اسحق فلا أكثر على توثيقه ورجع مالك عما قال فيه
ذكر ذلك السهلي 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 واذا بيعت بيعا فانت بالخيار ولا شئ أن تكون الواقعة لحبان أرجح لان هذا
منقطع وذلك موصول هذا وشرط الخيار يجمع عليه وأما ما روى في الموطأ والصحیح عن ابن عمر أن رجلا ذكر

فاسد بالاتفاق كما اذا قال
اشترى علي ابى بالخيار
أو على ابى بالخيار أياما أو
على ابى بالخيار أبدا و جاز
الاتفاق وهو أن يقول على
ابى بالخيار ثلاثة أيام فما
دونها ويختلف فيه وهو أن
يقول على ابى بالخيار شهرا
أو شهرا من فانه فاسد عند
أبي حنيفة وزفر والشافعي
جاز عند أبي يوسف ومحمد
سواء كان لاحد العاقدین
أولهما ما جعلا أو شرط
أحدهما الخيار لغيره وجه
قول أبي حنيفة في الخلافية
ما روى ان حبان بن منقذ
كان يغبن في البياعات
لما مومة أصابت رأسه فقال
له رسول الله صلى الله عليه
وسلم اذا بايعت فقل لا خلاية
ولى الخيار ثلاثة أيام
والخلاية الخداع ووجه
الاستدلال ان شرط الخيار
شرط يخالف مقتضى العقد
وهو اللزوم وكل ما هو كذلك
فهو مفسد الا انما جوزناه
بهذا النص على خلاف

يمنع تمام العلة كببيع مال الغير ومانع يمنع الحكم كخيار الشرط ومانع يمنع تمام الحكم كخيار الرؤية
و مانع يمنع لزوم الحكم كخيار العيب وبيان أن خيار الشرط يمنع ثبوت الحكم أن الشرط يدخل على الحكم
دون السبب لان الاتبات لا تقبل التعليق بالشرط فجعنا الشرط داخل على الحكم دون السبب
فيتجزئ السبب ويتعلق الحكم بتعليق التعليق حتى لو قال ان اشترى هذا العبد فهو حر فاشترته بشرط
الخيار للبائع تحصل اليمين لا الى جزاء حتى لو اشترته بعد ذلك بيعا بالايعلق عليه فلا انعقاد السبب لما
انحللت اليمين ولولا مانعية ثبوت الحكم لثبت العتق (قوله حبان بن منقذ) يفتح الحاء المهملة وبالباء بنقطة
واحدة تحتانية وقد كان يغبن في البياعات لما مومة أصابت رأسه والخلاية الخداع يقال خلبه بمنطقه اذا مال

القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه فان قيل كيف جاز للبائع (ولا)
(قوله ولما كان اللازم أقوى في كونه بيعا قدمه على غيره) أقول فان قيل ما قدمه ليس هو البيع اللازم بل البيع المطلق المتناول لللازم وغيره
فلنا يكتفي في التقديم تناوله اللازم وأمر العبارة سهل

والمدكور في النص هو المشتري فكما سديتم فيمن له الخيار فليست في مدته 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 فيزيد اداد الغرور وهو مفسدواهم احديث

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 وان أجاز الرديح ما بعد الشهرين ولا نسلم ان كثير المدة كالقليل في الحاجة فان صاحب الخلافة 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 يجوزاً أكثر من 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 والمجرب 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 بايام جعلت بالخيار ثلاثة أيام صح بالاجماع حتى لو شر الخيار بعد البيع البات شهر او رضايه فسد العقد عند أبي حنيفة بخلافهما ولو الحاق به شرطاً فاسد بطل الشرط ولا يفسد العقد في قواهما ويفسد في قول أبي حنيفة ولو باع على أنه بالخيار على أن له أن يستغله ويستخدمه جاز وهو على خياره ولو قال في بيع بستان على أنه بالخيار على أن له أن يأكل من ثمرته لا يجوز لأن الثمرة حصه من الثمن وليس للبائع أن يطالب بالثمن قبل ان يسقط المشتري خياره ولو قال له أنت بالخيار كان له خيار ذلك الجماس فقط ولو قال الى الظهر فعند أبي حنيفة يستمر الى أن يخرج وقت الظهر وعندهما لا تدخل الغاية (قوله ولا يجوزاً أكثر من) 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 جزء الدعوى لانها جوازه أكثر من ثلاثة أيام طال المدة أو قصرت وحديث ابن عمر يفيد جوازاً 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 مخالفاً لمقتضى العقد ثم جاز أي مقدار تراضيا عليه وبقوله ما قال أحد لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم وقال مالك اذا كان المبيع مما لا يبقى أكثر من يوم كالفكا كهة لا يجوز أن يشترط بالخيار فيه أكثر من يوم وان كان ضيعاً لا يمكن الوقوف عليها في ثلاثة أيام يجوز أن يشترط أكثر من الثلاثة لانه شرع للحاجة ويمكن أن يقال لم يتعين اشتراط الاكثر طر يقالانه ان كان لا يمكن أن يذهب فيها قبل الشراء ثم يشترط للحاجة الى شرط الخيار أصلاً لان خيار الرؤية ثابت له ولو تأخرت رؤيته سنة وان كان للتروى في أمرها هل تساوى الثمن المذكور أو لا وهي منتفع بها على الكمال أولاً وان لم يرها فهدا لا يتوقف على أكثر من الثلاثة لانه يعرف بالسؤال والمراجعة للناس العارفين وذلك يحصل في مدة الثلاث وأماما يتسارع اليه الفساد فيكمه مسطور في فتاوى القاضي اشترى شيئاً يتسارع اليه الفساد على أنه بالخيار ثلاثة أيام في القياس لا يجبر المشتري على شيء وفي الاستحسان يقال للمشتري اماناً 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 يد رجل بشراء شيء يتسارع اليه الفساد كالسمكة الطرية وتجهد 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 غبن الرأي ومعنى قوله لا خلابة أي العدول عن البيع البات الى الخيار ليس من غير وروخداع للثبل المقصود التروى ويحتمل أنه لا خلابة من جهة البائع على يعني اثبات الخيار حتى أتروى وأدفع الغبن عن نفسه ان كان في هذا البيع (قوله فصار كالتأجيل في الثمن) أي جواز قله وكثيره وان كان يخالف مقتضى العقد لاجل الحاجة

حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر رضي الله تعالى عنهما) أقول فيه بحث اذا معارضة بينهما حتى يحتاج الى الترجيح فان مفهوم العدول كان محتملاً لا يساوي المنطوق حتى يعارضه فليتامل فان للمنع مجلاتم 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 المسددة المذكورة فيه وانتفت الزيادة (الا انه اذا أجاز في الثلاث جاز عند أبي حنيفة خلافا لزفر) هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا

قوله (الا انه اذا أجاز) يجوز أن يكون استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها ومعناه لا يجوز أكثر منها لكن لو ذكر أكثر منها وأجاز من له الخيار في الثلاث جاز ويجوز أن يكون من قوله فيقتصر على المسددة المذكورة بالتوجيه المذكور والاول أولى لقوله خلافا لزفر فتأمل وزفر يقول ان هذا

الثلث الاول والثاني على يد عدل فان عدلت البيعة يقضى لمسدي الشراء بالثلث الثاني ويدفع الثلث الاول للبائع ولو ضاع الثلثان عند العدل يضيع الثلث الثاني من مال مسدي الشراء لان بيع القاضي كبيعه ولو لم تعدل البيعة فانه يضمن قيمة السمكة للمدعي 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) ومثبت نصا على خلاف القياس في المسددة المذكورة للثوري فيما يدفع الغبن عنه ولا شك ان النظر لاستكشاف كونه في هذا المبيع مغبونا وغير 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 يحتاج في حصوله الى مدة تزيد عما كان الزائد على الثلاث ليس في محل الحاجة اليه لحصول المعنى المذكور فلا يجوز الخاطا 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 غايته في ضعف المعرفة على ما ذكر في أمر حبان انه كان رجلا ضعيفا وكان بدمائه مامومة أفسدت حاله أو أنه منقذو كان قد أصابته آفة في رأسه فكسرت لسانه ونازعت عقله وبلغ من السن مائة وثلاثين سنة كافي تاريخ البخاري الاوسط فاي حاله تزيد على هذه من الضعف الا 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 صريحا وهو ان 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 رجلا اشترى من رجل بعيرا وشرط عليه الخيار أربعين يوما فبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع وقال الخيار ثلاثة أيام الا انه أعل بايات مع الاعتراف بانه كان رجلا صالحا 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 استدلووا 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 علم بأسرع الاجل على خلاف القياس شرعا مطلقا فعملنا باطلاقه وهنالك ما شرع الخيار شرعا مقيدا بثلاثة أيام أو بثلاث ليال فعملنا بتقيده حتى له أنه لو شرع الاجل أيضا مقيدا بجملة كذا نقول لا يترادعها أيضا ولو جوب الاقتصار على مورد النص فنقل عن سفيان الثوري وابن شبرمة أن شرط الخيار للبائع لا يجوز لان نفس الخيار ما ورد الا للمشتري قلنا ممنوع بل للاعم فإنه صلى الله عليه وسلم قال له اذا بايعت وهو يصدق بكونه بائعا ومشتريا (قوله الأنة) 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 خلافا لزفر) وبه قال الشافعي (هو) أي زفر (يقول انه) أي العقد (انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا) كما اذا باع الدرهم بدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لا يقع صحيا أو باع عبد ألف وورط خر ثم أسقط الخمر وهذا لان البقاء على حسب الثبوت فان الباقي هو الذي كان قد ثبت (ولابي حنيفة أنه) أي من له الخيار

(قوله لكن لو ذكر أكثر منها) وأجاز من له الخيار في الثلاث جاز) أقول لكن لو ذكر الخرج يشير الى أن الاستثناء منقطع والظاهر الاولي أن يحمل على الاتصال أي لا يجوز أكثر منها في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته في الثلاث فليتدرج وقوله (فيقتصر على المسددة المذكورة) من ثمة الدليل فلا يلام ذلك خلاف في حيز الاستثناء المعلق به (قوله والاول أولى لقوله خلافا لزفر فتأمل) أقول يعني ان ذكر الخلاف يدل على تعلق الاستثناء بتقرير المسئلة على ما هو رأيهم في تقرير الخلاف

(قوله فيقتصر على المسددة المذكورة فيه وانتفت الزيادة) وذكر في المبسوط وأبو حنيفة رحمه الله استدلال بالحديث بان النبي صلى الله عليه وسلم قدر الخيار بثلاثة أيام والتقيد بالشرع انما يكون لمنع الزيادة والنقصان أو لمنع أحدهما وهذا التقيد ليس لمنع النقصان فان اشترط الخيار دون ثلاثة أيام يجوز فعرفنا أنه لمنع الزيادة اذ لو لم يمنع الزيادة لم يبق لهذا التقيد برافدة وفي حديث ابن عمر رضي الله عنه أنه أجاز الخيار وليس فيه بيان خيار الشرط واهل المراد به خيار الزوئية أو خيار العيب وأنه أجاز الزوئية بعد الشهرين

عقد قد انعقد فاسدا والغاسلا ينتاب جائزا لان البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين أو اشترى عبدا بالف وطل خمر ثم
أسقط الدرهم الزائد وأبطل الخمر وكن تزوج امرأة وتحتة أربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بحكمة كاح الخامسة وتلابي حنيفة انه أسقط
المفسد قبل تفرده اعلم 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 خيار الشرط قبل اليوم الرابع وذهب أهل خراسان (٥٠١) واليه مال الأئمة السرخسي الى انه

موقوف فاذا مضى جزء من
اليوم الرابع فسد فقوله انه
أسقط المفسد قبل تفرده أي
قبل مضي ثلاثة أيام تعليل
على الرواية الاولى وتقر به
ان العقد فاسد في الحال
يحكم 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
تغيير مقتضى العقد في اليوم
الرابع فاذا زال المفسر عاد
جائزا فصار كما اذا 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 وقبلة انتلب
جائزا بالاتفاق (قوله ولان
الفساد باعتبار اليوم الرابع)
تعليل على الرواية الثانية
وتقر به ان اشتراط الخيار
غير مفسد للعقد وانما المفسد

وله انه أسقط المفسد قبل تفرده فيعود جائزا 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 تفرده) 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 زال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحها بخلاف
المشايخ في حكم هذا العقد في الابتداء فعند مشايخ العراق حكمه الفساد بحسب الظاهر اذا ظهر 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 الا عدم الفساد في نفس
الامر الى أن يدخل الرابع فيثبت الفساد في نفس الامر فحقيقة القولين لا فساد قبل الرابع بل موقوف ولا
يتحقق الخلاف الآن يكون الفرض أن الفساد ثابت على وجه يرتفع شرعا باسقاطه 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 تفرده وهو كالتعليل فان التعليل هو الذي ينبغي على الاصل لان أصل القاعدة
ينبنى على التعليل والجواب عن المسائل المتيسر 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 تفرده) فيعود جائزا كالمواضع في السقف ثم تزعمه وسلمه أو باع بالرقم واعلم في
المجلس الرقم في الاصل الكتابة والختم والرقم 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 درهما ولا 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 بان ارتفاع 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 قاس عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها
في صلب العقد وهو البدل فلم يمكن دفعه وفي مسئلتنا في شرطه فامكن

(قوله والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد لانه لم يتصل المفسد بالعقد فكان صحها والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها
الثلث فلا بد من الفرق

قال (ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن) اذا اشترى على انه ان لم ينقد الثمن فلا يبيع بينهما فهو على وجوده 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 علماءنا الثلاثة والقياس وهو قول زفر أن لا يجوز زلما انه يبيع شرط فيه اقاله فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد واشترط اقاله 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 عن المعاطلة في الفسخ واذا كان في معناه كان لمحقابه ورد باننا ان لم انه في معناه لان هناك (٥٠٢) لو سكت حتى مضت المدة تم العقد وههنا لو سكت حتى مضت المدة بطل العقد وأجيب بان النظر في الاطلاق 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 باشرط 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 الأبخضرة الأخر وعسى يتعد 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 اشترط الخيار اذا الحاجة مست الى الانقضاء عند عدم النقد تحزر عن المعاطلة في الفسخ فيكون لمحقابه

العبد أو مات العبد أو المشتري أو أحدث به ما لو جبر 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 مضي 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) أي في صحة هذا البيع الى ثلاثة أيام في الثمن (ان هذا في معنى اشترط الخيار فيلحق به دلاله لا قياسا والدلالة لا يشترط فيها تساوي التساوي) وفهم المحقق بمجرد فهم الاصل مع فهم اللغة وكل من علم صحة اشترط الخيار للثمن في ثلاثة أيام لكل من المتبايعين تبادلوا اليه أن شرعيته للثمن في البيع والثمن في تبادلوا اليه جوازه لدفع الثمن في الثمن للمعاطلة وكون هذا ينفسخ بتمام المدة قبل دفع الثمن وذلك ينبرم بتمامها بل لا أثر له لان المعتبر في الدلالة الا اشتراك في الجامع الذي يفهمه من فهم اللغة الا أنك سمعت أنه لا ينفسخ بتمامها بل

(قوله والاصل فيه ان هذا في معنى اشترط الخيار) في المقصود لانه يكون ثمة تخير في الايام الثلاثة بين الفسخ والمضاء بشرط الخيار جوزه لهذا المقصود وهذا الشرط لا يحصل الا هذا المقصود غير أنه جعل ترك النقد أمارة الفسخ والنقد أمارة الامضاء كانه قال ان شئت أجزت العقد فانقد الثمن الى ثلاثة أيام وان شئت أفسخته فلا تنقد وفي الحاجة اذا كبححتاج ثمة الى التروي في المبيع هل يوافق أم لا يحتاج ههنا الى التامل في الثمن هل يصير منقود 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 عن عدم النقد فكان لمحقابه من حيث الحاجة الى دفع 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 نفذ 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 الا أن ثبت في المسئلة روايتان (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 الأبخضرة الآخر الخ) أقول فيه بحث فانه ذكر طهیر الدين انه لا ينفسخ بمضي 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 نحو زلز يادة 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 بالثرو في هذا بالقياس
 وتفسيره على وجهين أحدهما أن المراد بالأصل شرط الخيار بقوله في هذا قوله وإن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام والمراد بالثرو ما روى عن ابن
 عمر أنه أجاز الخيار إلى شهرين ومعناه تركه القياس في المحق به وهو شرط الخيار بالثرو ابن عمر وعلمنا بالقياس في المحق وهو التعليق بنقد الثمن
 لعدم النص فيه والثاني أن يكون معناه أخذ أبو يوسف في الأصل أي في ثلاثة أيام بالثرو ابن عمر 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
 لهما جميعا 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 له - كما 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
 وقلا يدخل أما دليل عدم
 خروج المبيع عن ملك
 البائع في الصورة الأولى فلما
 ذكره من قوله (لأن تمام
 هذا السبب) أي العلة

وقدم أبو حنيفة على أصله في المحق به ونفي الزيادة على الثلاث وكذلك محمد في نحو زلز يادة وأبو يوسف أخذ
 في الأصل بالثرو 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 الفاسد أولى ووجه الاستحسان ما بيننا
 قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لأن تمام هذا السبب بالمرضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا
 يرجع فاسدا (وقدم أبو حنيفة رضي الله عنه على أصله في المحق به) وهو أنه لا يزداد على الثلاثة فكذلك في
 المحق وكذلك محمد حيث جعله جائزا لا تقيده وأبو يوسف فرق فأخذ في الأصل بالثرو 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 سئذ كرهه في خيار التعيين هذا ما ذكره عن أبي يوسف هنا وقلروى
 عنه أنه رجح إلى قول محمد وإياه الحسن بن أبي مالك عنه وفي شرح المجمع الأصح أنه مع أبي حنيفة وكثير
 من المشايخ لم يرجحوا عنه شيئا وحكموا على قوله بالاضطرار (وفي هذه المسئلة قياس آخر) يقضي أن
 لا يجوز هذا البيع أصلا (وهو أنه يبيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط) وهو عدم دفع الثمن
 في الثلاثة الأيام والأقالة لا تتعلق بالشرط لأن فيها معنى التملك حتى جعلت يبيعا جديا في حق ثالث وهو
 لو شرط الأقالة الصحيحة وهي التي لم تعلق بالشرط بان قال بعتك على أن أقبلك وتقبلها أو قال اشتريت
 منك على أن تقبلني لا يصح لأنه شرط لا يقتضيه العقد (فاشترط الفاسد أولى) وبهذا القياس قال
 زفر ومالك والشافعي وأحمد فكأنهم 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 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 بالثرو 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 تركه ابن عمر رضي الله عنهما ولا أثره هنا فبق على أصل القياس
 (قوله يبيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها) أي لتعلق الأقالة بالشرط وهو عدم النقذ واشترط الصحيح منها
 فيه مفسدان قال بعتك هذا العين على أن تقبله لم يصح وهذه اقالة صحيحة لأنها غير معقولة وذكر في الفوائد
 الظهيرية ثم إنه لم ينقد الثمن إلى انقضاء ثلاثة أيام يفسد البيع ولا ينفسخ حتى لو أعتقه المشتري وهو في
 يده ينفسخه وان كان في يد البائع لا ينفسخ ولو كان مثل هذا الشرط للبائع بان اشترى عبد الله بن عمر الثمن
 على أن البائع ان رد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا يبيع بينهما جاز البيع بهذا الشرط ويصير البيع بمنزلة البيع

(بالمرضاة) لكون الرضا دخلا في حقيقته الشرعية ولا تتم المرضاة بالخيار لأن البيع به يصير له اسماء ومعنى لاحكام فنع 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 تخميننا وهو قوله والقياس وهو قول زفر أنه
 لا يجوز لأنه يبيع الخ (قوله لكون الرضا دخلا في حقيقته الشرعية ولا تتم المرضاة بالخيار) أقول فيه بحث فان بيع المكروه يبيع يترتب عليه
 أحكامه ولا رضاه (قوله لأن البيع به يصير له اسماء) أقول تأمل في صحة هذا التعليل

ينفذ عتقه (ولا يملك المشتري التصرف فيه) (٥٠٤) وان قبضه باذن البائع فان قبضه المشتري فهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة ان لم

يكن مثلها خلافا لابن أبي
ليلى هو يقول قبض ملك
البائع باذنه فكان أمانة في
يده ونحن نقول البيع ينفسخ
بالهلاك والمنفسخ به
مضمون بالقيمة وذلك لان
المعقود عليه بالهلاك صار
الى حالة لا يجوز زابتداء 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 أن الضمان الاصلى
الثابت بالعقد في القييات
هو القيمة وانما يتحول منها
الى الثمن عند تمام الرضا ولم
يوجد حين شرط البائع
الخيار لنفسه فبقى الضمان
الاصلى في مدة الخيار وأما
اذا هلك بعدها فيلزمه الثمن
لا القيمة لبطلان الخيار اذا ذلك
بتمام الرضا ولو هلك البيع
في يده البائع انفسخ البيع
ولاشئ على المشتري كولو كان
البيع صحيحا مطلقا عن
الخيار قيل وانما ذكر الصحيح
مع أن الحكم في الفاسد
كذلك حال الحال المسلمين على
الصلاح وأما دليل خروجه
عن ملكه اذا كان الخيار
للمشتري فهو أن البيع لازم
من جانبه وتحققه ان الخيار
انما ينسخ خروج البذل

ينفذ عتقه ولا يملك 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 شئ 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 يجوز المبيع عن ملكه فلها جاز تصرفه فيه فنفذ عتقه فيه ولو كان في يد المشتري ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع لبقاء ملك البائع فيه بلا اختلال وبالتعليل المذكور يعرف ان خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه لا تتحدد نسبه 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 (لا نفاذ بلا محمل فبقى) في يد المشتري (مقبوضا) لاعلى وجه الامانة المحضة كالوديعة والاعارة كما نقل عن ابن أبي ليلى رحمه الله انه لم يضمنه لانه مارضى البائع بقبضه الاعلى جهة العقد فأقل ما فيه أن يكون كالمقبوض (على سوم الشراء وفي) المقبوض على (سوم الشراء القيمة) اذا هلك وهو قيمي والمثل في المثلى اذا كان القبض بعد تسمية الثمن أما اذا لم يسم ثمن فلا ضمان في الصحيح وعليه فرع عما ذكره الفقيه أبو الليث في العيون في رجل أخذ ثوبا فقال اذهب به فان رضيت اشترته فضاغ في يده لم يلزمه ثمن وان قال ان رضيت اشترته بشه بعشرة كان ضامنا للقيمة وبثبوت الضمان بالقيمة على المشتري في هذا البيع قال مالك والشافعي في المشهور وعندهم وجه في ضمانه بالثمن وهو قياس قول أحمد لانه قال يخرج المبيع عن ملك البائع بثبوت الخيار لانه السبب قد تم بالايجاب والقبول وثبوت الخيار بثبوت حق الفسخ وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء حق الملك فكيف العيب قلنا قولك تم البيع بالايجاب والقبول ان اردت في حق حكمه منعناه أو تمت صورته فسلم ولا يفيد في ثبوت حكمه حتى يوجد شرط عمله وهو تمام الرضا على ما ذكرنا وتقييد المصنف الهلاك بكونه في مدة الخيار ليخرج ما اذا هلك بعدها وانه حينئذ يضمن بالثمن لانه هلك بعدما انبرم البيع لعدم فسخ البائع في المدة (ولو هلك) البيع (في يد البائع) والحال أن الخيار له لاشكال في أنه ينفسخ (ولاشئ على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق) عن شرط الخيار فان فيه اذا هلك المبيع في يد البائع قبل التسليم انفسخ البيع والتقييد بالصحيح ليس لاجراء الفاسد لان الحال في البيع الفاسد كذلك أعنى 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 أعتقه المشتري لا ينفذ ولو أعتقه البائع ينفذ (قوله فلو قبضه المشتري وهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة) وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا شئ عليه لانه أمين فيه حيث قبضه باذن صاحبه وانما نقول البائع مارضى بقبضه الاجهته 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 يوجد حين 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 مثلها فان كان مثلها فعليه المثل ثم ان المقبوض على سوم الشراء انما يكون مضمونا اذا كان الثمن مسمى حتى اذا قال اذهب به هذا الثوب فان رضيت اشترته فذهب به فهلك لا يضمن ولو قال ان رضيت اشترته بعشرة فذهب به فهلك ضمن قيمته وعليه الفتوى (قوله اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق) أى بالبيع الصحيح

بشرط الخيار للبائع حتى اذا قبض المشتري المبيع يكرن مضمونا عليه بالقيمة ولو أعتقه المشتري لا ينفذ ولو أعتقه البائع ينفذ (قوله فلو قبضه المشتري وهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة) وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا شئ عليه لانه أمين فيه حيث قبضه باذن صاحبه وانما نقول البائع مارضى بقبضه الاجهته 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 يوجد حين 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 مثلها فان كان مثلها فعليه المثل ثم ان المقبوض على سوم الشراء انما يكون مضمونا اذا كان الثمن مسمى حتى اذا قال اذهب به هذا الثوب فان رضيت اشترته فذهب به فهلك لا يضمن ولو قال ان رضيت اشترته بعشرة فذهب به فهلك ضمن قيمته وعليه الفتوى (قوله اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق) أى بالبيع الصحيح

عن ملك من له الخيار لانه شرع نظر له دون الآخر وأما أن البذل اذا خرج عن ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك وهذا

(قوله قيل الى قوله لجال المسلمين على الصلاح) أقول ولائنه يعلم منه حاله بالولاية

وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البديل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظر له دون الاخر قال الا ان المشتري لا يملكه عند أبي حنيفة وقال يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلزم يدخل في ملك المشتري يكون رائلا لا الى مالك ولا عهد لثبانه في الشرع ولا يبي حنيفة انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البديلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضى المساواة ولان الخيار شرع نظر للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك بما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبا فيقوت النظر قال

المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانبه لازم بان تقدمت السبب في حقه وان تبقى ما يمنع من عمله اذ كان خيار المشتري لا يمنع فيخرج (وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البديل) الذي هو من جهة (من له الخيار) لما ذكرنا انه لو جب عدم الرضا بخروج ملكه عنه فلا يؤثر السبب في حقه لعدم شرط عمله فيبقى على ملكه كما كان وقوله (الا ان المشتري لا يملكه) بمعنى لكن وهو استدرال لامر متبادر عند قوله بخروج المبيع عن ملك البائع اذا كان الخيار للمشتري وهو المقدر الذي ذكرناه فانه يتبادر بحكم العادة انه اذا خرج المبيع عن ملك البائع يدخل في ملك المشتري وهذا (عند أبي حنيفة وقال يملكه) المشتري وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول (لانه لما خرج عن ملك البائع لم يدخل في ملك المشتري يكون رائلا لا الى) ملك (مالك ولا عهد لثبانه في الشرع) في باب التجارة والمعاوضة فيكون كالسائبة فلا يردها بشرائه متولى أمر الكعبة اذا اشترى عبد السدانة الكعبة والضبعة الموقوفة بعبيدها اذا ضعف أحدهم فاشترى ببذله 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 فانما 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 فلو قلنا انه يدخل المبيع في ملكه اجتمع البديلان) الثمن والمبيع (في ملك) أحد المتعاضين (حكما للمعاوضة ولا أصل له في الشرع) وأنى يكون (والمعاوضة تقتضى المساواة) بين المتعاضين في تبادل ملكيهما بخلاف ضمان غاصب المدبر اذا أبق من عنده سواء قلنا انه بدل اليد والمالك حيث لا يخرج المدبر به عن ملكه فاجتمع العوضان في ملك واحد فانه ضمان جنائية لاضمان معاوضة شرعية وهذا ألزم في الشرع مما ذكرناه فان المشتري للسدانة والوقف كائن في المعاوضة وهو يخرج ولا يدخل في ملك أحد (ولان خيار المشتري شرع نظر له ليتروى فيقف على المصلحة) في رأيه (ولو أثبتنا المالكه) بمجرد البيع مع خياره ألحقناه بغيره (اذ ربما) كان المبيع من (يعتق عليه) فيعتق (من غير اختياره) فيعود شرع الخيار على موضوعه بالنقض اذا كان مغفورا بالنظر وذلك لا يجوز وقد أورد على هذا لو لم يثبت الملك للمشتري لم يستحق به الشفعة لان استحقاقها بالملك ولذا لا تثبت بحق السكني لكنه يستحقها اذا بيعت دار بجوارها بالاتفاق والاجماع واجب بانه انما استحقها لانه صار أحق بها تصرفا لانه ملكها كالعبد المأذون يستحقها اذا بيعت دار بجوارها بهذا المعنى وحاصل هذا منع قصر استحقاق الشفعة على حقيقة الملك بل هو أومافى معناه وهذا تكلف لا يحتاج اليه وستأتى المسئلة معاملة بانبرام المبيع في ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تصحيحها وافي الاجناس لو بيعت دار بجوارها فخذها بالشفعة لا يبطل خيار

المطلق عن الخيار اذا هلك المبيع في يد البائع ينسخ البيع فان قبل ما فائدة قيده بالصحيح مع أن الحكم في الفساد كذلك قلنا اجراء لتصرفات المسلمين على ما هو الابق بحالهم من التصرفات الصحيحة دون الفاسدة (قوله ولا عهد لثبانه في الشرع) أى غير معهود وفي شرعنا أن يكون الشيء مملوكا ولا مالك 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 أى في باب التجارة وما ذكره من النقض ملحق بتوابع الاوقاف من المنقولات والحكم في الاوقاف كذا ولانه مبق على حكم الاوقف ولهذا يكون الثواب له (قوله حكما للمعاوضة) احترز به عن

عند أبي حنيفة رحمه الله فلانه لما لم يخرج ماله عن ملكه لو دخل لزم اجتماع البديلين في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضى المساواة ونوقض بالمدر فان غاصبه اذا ضمن لصاحبه ملك البديل ولم يخرج المدر عن ملكه فكان البديلان مجتمعين في ملك واحد وأجيب بان قوله (حكما للمعاوضة يدفع النقض فان ضمان المدبر ضمان جنائية وليس كالمنا فيه ولا يدخل عندهما لانه لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل في ملك الاخر يكون رائلا لا الى مالك يعني سائبة ولا عهد لثبانه في الشرع ونوقض بما اذا اشترى متولى الكعبة عبدا لسدانة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري وأجيب بان كلامنا في التجاره وما ذكرتم ليس منهابل هو ملحق بتوابع الاوقاف وحكم الاوقاف قد تقدم ورج قول أبي حنيفة بان شرعية الخيار نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة فلو دخل في ملكه ربما يكون عليه لانه بان كان المبيع قريبا فيعتق عليه من غير اختياره فعاد على موضوعه بالنقض

ما اذا كان الخيار للبائع كما تقدم آتقا ومراعاة 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 لزم العقد ليعذر الرد وتبين بما ذكر أن هلاك المبيع وتعيينه واجب القيمة على المشتري اذا كان الخيار للبائع ويوجب الثمن اذا كان للمشتري فاحتاج الى التصريح ببيان الفرق ووجهه أن المبيع اذا تعيب في يد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبض وكذلك اذا هلك والهالك لا يعرى عن مقدمة عيب فهلك والعقد قد لزم وتم فيلزم الثمن المسمى وأما اذا كان الخيار للبائع فلم يمتنع الرد على المشتري بدخول العيب لان الخيار للبائع لانه فهلك والمبيع موقوف فلنزم القيمة قال (ومن اشترى امرأته) هذه مسائل تترتب 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 يمتنع الرد والهالك لا يعرى عن مقدمة عيب فهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما بخيار البائع 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 يردھا اذا رآھا و يبطل خيار الشرط (فان هلك) المبيع في يد المشتري ولو في مدة الخيار (هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب) لا يرجع زواله كان قطعت يده ولو بغير صفة فانه يلزمه الثمن ويمنع الرد بخلاف ما لو كان يرجع زواله في المدة بان مرض فان المشتري على خياره ولكن ليس له أن يردّه مريض حتى يبرأ في المدة فان مضت المدة ولم يبرأ لزم المبيع فيه وعن أبي يوسف يبطل خيار المشتري في كل عيب باي وجه كان الا في خصلة 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 يعني 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 يتحول عن مقدمة عيب ودخول العيب يمنع الرد حال قيامه كائنا ما كان فاذا اتصل به الهالك لم توجد حاله مجوزة للرد فيه لزم العقد وانبرم العقد بوجوب الثمن لالقيمة (بخلاف ما تقدم) من كون الخيار للبائع فان تعيب المبيع لا يمتنع الرد حكما لخيار البائع (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 فلورد المبيع استمرت زوجته عنده وعندهما اذا فسخه رجعت الى مولاه بالنكاح عليها (وان وطئها) بعد

الضمان في غضب المدبر فان المدبر المغصوب اذا أبق من يدا 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 مملوكا ولا مالك له مشروع في الجملة كفي العبد المشتري لخدمة الكعبة وما قاله من اجتماع البدلين في ملك رجل واحد غير مشروع أصلا فكان التعويل على ما قاله أبو حنيفة رحمه الله وذكر الامام الثوري ناسي رحمه الله ويجوز أن يخرج الشيء عن ملك انسان ولا يدخل في ملك غيره كالتركة المستغرقة من الدين بزول عن ملك الميت ولا يدخل في ملك الورثة لكن في قوله زول عن ملك الميت منع اذا التركة ممتدة في حكم ملك الميت فيما هو من حوائج وقضاء الدين منها فلا يزول ملكه (قوله وكذا اذا دخله عيب) أي يلزم العقد ويوجب الثمن هذا اذا كان عيبا لا يرتفع كما اذا قطعت يده وأما اذا كان عيبا يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال المرض في الايام الثلاثة وأما اذا مضت الثلاثة والعيب قائم لزمه العقد ليعذر الرد كما في الايضاح (قوله ووجه الفرق أنه اذا دخله عيب) أي اذا كان المبيع في يد المشتري والخيار للمشتري فدخله عيب يمتنع الرد ويبطل الخيار لما ذكرنا أنه تعذر عليه الرد كما قبض سليمان من العيب وكذلك في الهلاك لانه لما أشرف على الهلاك سقط خياره لجزءه عن رده كما قبضه فتم المبيع وهو قائم فلزم الثمن المسمى وكذا ان تعيب بفعله أو بفعل أجنبي أو بائنة مما يهوى أو بفعل المبيع لانه يجوز عن رده كما قبض باي وجه تعيب عند فسخ خياره بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لانه وان أشرف على الهلاك فاختار البائع لم يسقط لانه لم يجوز عن التصرف بحكم الخيار لانه لو رضى به يتمكن من الاسترداد فاذا هلك على ملكه فيفسخ العقد ضرورة اذ لزم المبيع فيه لزم عدمه وهذا يجوز لعدم المحل فكان مضمونا بالقيمة كالقبوض على سوم الشراء (قوله ومن اشترى امرأته) قيد بشراء امرأته لان المشتري اذا لم تكن امرأته لا تقصير فيه بين كونها بكرا أو ثيبا في أنه يكون مختارا للمبيع بالوطء بالاجماع سواء نقصها الوطء أو لم ينقصها (قوله وان وطئها

له أن ردها لان الوطء لم يكن بملك اليمين حتى يسقط الخيار الا اذا كانت بكر اذ ليس له (٥٠٧) أن ترددها لان الوطء ينقصها وهذا يشير

الى ان قوله وان طئها له ان ردها) لان الوطء ينقصها او هذا عند أبي حنيفة (وقالا
يفسد النكاح) لانه ملكها (وان وطئها لم يرددها) لان وطئها بملك اليمين فمتنع الردوان كانت ثيبا ولهذه
المسئلة أخوات كلها تنبئ على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري
اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حرج بخلاف ما اذا
قال ان اشتريت فهو حرج لانه يصير كالمثني للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار
الشراء (له أن ردها) بالخيار لان الوطء لا يلزم هنا أن يكون اجازة لان له في النكاح ما كفا فاعلم له الوطء
فلم يلزم كون وطئها اجازة (الا اذا كانت بكر لان الوطء ينقص البكر) فمتنع الرد للعب الذي حدث عنده ومن
هذا يعرف أنه لو نقصها الوطء وهي ثيب تمتنع الرد عنده أيضا لان الوطء فان قيل لما
زوجها مولاها الذي باعها فقدرضى 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 نسج ذلك الرضا الى الرضا بما هي أحكام
هذا البيع وأحكام هذا البيع ماذا كرهناه (وقالا يفسد النكاح لانه ملكها فان وطئها لا يرددها) 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 وعدمه (ولها أخوات) ذكرها المصنف تفرعا
على الخلاف في ذلك (منها عتق) العبد (المشتري على المشتري) بشرط الخيار (في مدة الخيار اذا كان قريبا له)
قراية محرمه عنده ما وعنده لا يعتق حتى تنقضي المدة ولم يفسخ لانه لم يملكه (ومنها أن من قال ان ملكت عبدا
فهو حرج) فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه لا يعتق عند أبي حنيفة لانه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجده الشرط
وعندهما وجد فعق لانه ملكه أما لو قال ان اشتريت عبدا فهو حرج فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه يعتق
بالاتفاق لوجود الشرط وهذا شراء فيكون كالمثني للعتق بعده من حيث ثبوت الحرية لا من كل وجه ولذا
لا يعتق عن الكفارة اذا نوى الحالف 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 يجزئ بتلك الحيضة لانها قبل الملك
والموجود بعد الملك بعض الحيضة فلا بد من حيضة أخرى لحل الوطء وعندهما يجزئ بها لوجودها بعد الملك
وينبغي أن يقيد بكون ذلك بعد القبض لان السبب لوجوب الاستبراء الملك والمالك المؤكد يكون بالقبض
ولو اختار الفسخ فردها 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 استبراءها قياسا واستحسانا لا استحداث الملك بعدم ملك المشتري الملك المؤكد
بالقبض فيثبت توهم الشغل وأجمعوا أن العقد لو كان بائنا ثم فسخ باقائه أو غيرها ان كان قبيل 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 تخرج عن
ملكه وان اجازة فعلى المشتري استبراءها بحيضة بعد الاجازة بالاجماع ومنها اذا ولدت منكوبته بعدما
اشترىها على أنه بالخيار في المدة لا تصير أم ولد له وتصير أم ولد له عندهما وقد قيد السارحون كلام المصنف بان
تكون الولادة قبيل القبض ولا بد منه لما ذكر في المبسوط لو ولدت عند المشتري ينقطع خياره لانها تعيبت
بالولادة وتصير 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 حله الا اذا اختارها صارت أم ولد
له وعندهما تصير أم ولد له بالشراء ويبطل خياره ويلزمه الثمن وكذا ذكره غيره وتعيده بكونه قبل القبض

له أن ردها لان الوطء لم يكن بملك اليمين حتى يسقط الخيار الا اذا كانت بكر اذ ليس له (٥٠٧) أن ترددها لان الوطء ينقصها وهذا يشير
الى ان قوله وان طئها له ان ردها) لان الوطء ينقصها او هذا عند أبي حنيفة (وقالا
يفسد النكاح) لانه ملكها (وان وطئها لم يرددها) لان وطئها بملك اليمين فمتنع الردوان كانت ثيبا ولهذه
المسئلة أخوات كلها تنبئ على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري
اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حرج بخلاف ما اذا
قال ان اشتريت فهو حرج لانه يصير كالمثني للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار

الشراء (له أن ردها) بالخيار لان الوطء لا يلزم هنا أن يكون اجازة لان له في النكاح ما كفا فاعلم له الوطء
فلم يلزم كون وطئها اجازة (الا اذا كانت بكر لان الوطء ينقص البكر) فمتنع الرد للعب الذي حدث عنده ومن
هذا يعرف أنه لو نقصها الوطء وهي ثيب تمتنع الرد عنده أيضا لان الوطء فان قيل لما
زوجها مولاها الذي باعها فقدرضى 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 نسج ذلك الرضا الى الرضا بما هي أحكام
هذا البيع وأحكام هذا البيع ماذا كرهناه (وقالا يفسد النكاح لانه ملكها فان وطئها لا يرددها) 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 وعدمه (ولها أخوات) ذكرها المصنف تفرعا
على الخلاف في ذلك (منها عتق) العبد (المشتري على المشتري) بشرط الخيار (في مدة الخيار اذا كان قريبا له)
قراية محرمه عنده ما وعنده لا يعتق حتى تنقضي المدة ولم يفسخ لانه لم يملكه (ومنها أن من قال ان ملكت عبدا
فهو حرج) فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه لا يعتق عند أبي حنيفة لانه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجده الشرط
وعندهما وجد فعق لانه ملكه أما لو قال ان اشتريت عبدا فهو حرج فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه يعتق
بالاتفاق لوجود الشرط وهذا شراء فيكون كالمثني للعتق بعده من حيث ثبوت الحرية لا من كل وجه ولذا
لا يعتق عن الكفارة اذا نوى الحالف 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 يجزئ بتلك الحيضة لانها قبل الملك
والموجود بعد الملك بعض الحيضة فلا بد من حيضة أخرى لحل الوطء وعندهما يجزئ بها لوجودها بعد الملك
وينبغي أن يقيد بكون ذلك بعد القبض لان السبب لوجوب الاستبراء الملك والمالك المؤكد يكون بالقبض
ولو اختار الفسخ فردها 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 استبراءها قياسا واستحسانا لا استحداث الملك بعدم ملك المشتري الملك المؤكد
بالقبض فيثبت توهم الشغل وأجمعوا أن العقد لو كان بائنا ثم فسخ باقائه أو غيرها ان كان قبيل 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 تخرج عن
ملكه وان اجازة فعلى المشتري استبراءها بحيضة بعد الاجازة بالاجماع ومنها اذا ولدت منكوبته بعدما
اشترىها على أنه بالخيار في المدة لا تصير أم ولد له وتصير أم ولد له عندهما وقد قيد السارحون كلام المصنف بان
تكون الولادة قبيل القبض ولا بد منه لما ذكر في المبسوط لو ولدت عند المشتري ينقطع خياره لانها تعيبت
بالولادة وتصير 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 حله الا اذا اختارها صارت أم ولد
له وعندهما تصير أم ولد له بالشراء ويبطل خياره ويلزمه الثمن وكذا ذكره غيره وتعيده بكونه قبل القبض

له أن ردها) أي وطئها وهي ثيب ولم ينقصها الوطء أما اذا نقصها فليس له الردوان كانت ثيبا (قوله بخلاف ما
اذا قال ان اشتريت) حيث يعتق عندهم جميعا لانه كالمثني للعتق لان المعلق بالشرط كالمسئل عند وجود
الشرط فان قيل لو كان كالمثني للعتق لوقع عتق المحلوف بعتقه بالشراء عن الكفارة اذا اشترى ناويا عن 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 وان كان بعده
 يجب الاستبراء على البائع
 قياسا واستحسانا وأجمعوا
 في البيع البات يفسخ باقالة
 أو غيرها ان الاستبراء
 واجب على البائع اذا كان
 الفسخ قبل القبض قياسا
 وبعده قياسا واستحسانا
 ومنها اذا ولدت المشتراة في
 المدة بالنكاح لا تصير أم ولد
 عنده قال صاحب النهاية
 لا يد من أحدنا ويلين اما
 ان يكون معناه اشترى
 منك وحتو ولدت في مدة
 الخيار قبل قبض المشتري
 بشرط الخيار أو يكون
 اشترى الامه التي كانت
 منك وحتو 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
 نظرا لقوله لا تصير أم ولد
 له لا طرف الولادة وتغير
 كلامه اذا ولدت المشتراة
 بالنكاح لا تصير أم ولده في
 مدة الخيار وقبه تعقيد لفظي
 كما ترى قال صاحب النهاية
 وانما احتجنا الى أحد
 التأويلين لانا لو أجرينا
 على ظاهر اللفظ قلنا انه اذا
 (قوله لانا لو أجرينا على
 ظاهر اللفظ) أقول يعني
 الاطلاق

ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجترأ به عن الاستبراء عنده وعندهما يجترأ ولو ردت بحكم الخيارات الى
 البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة
 بالنكاح لا تصير أم ولده عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم أودعه عند البائع
 فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لا ارتفاع القبض باراد عدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري
 لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ما ذوناله فأبرأه البائع من الثمن في المدة
 أحسن وهو يصدق بصورتين ما قبل القبض والشراء وما قبل القبض بعد الشراء (ومنها اذا 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 لم يملكه ارتفع القبض بالايداع لان البائع لا يصلح أن يكون مودعا للملك
 نفسه فلا يكون الايداع صحيا وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع (وعندهما) يملك (من مال المشتري
 لصحة الايداع باعتبار قيام ملكه) وقد يقال عدم صحة الايداع باعتبار أن المالك لا يصلح مودعا للملك نفسه صحیح
 اسكن الواقع أن المبيع يخرج عن ملك البائع بالاتفاق فلا يكون مودعا للملك نفسه فتصح وبعده المشتري لتحقيق
 ايداع غير المالك كالمضار بغيره وقد براد ملكه بحسب المال الا أنه ليس بالارزاق لا يؤول الى ملكه
 بأن يختار المشتري المبيع أمالو كان الخيار للبائع فساه الى 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 قبضه المشتري باذن البائع
 أو بغير اذنه وله فيه خيار روية أو عيب فأودعه البائع فهلك في يده هلك على المشتري ولزمه الثمن اتفاقا لان
 هذين الخيارين لا يمنعان ثبوت الملك فصحة الايداع عنده (ومنها لو كان المشتري) بالخيار (عبدا ما ذوناله 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 كالمشئ تصحيا للجزء اعنى قوله فهو حر وليس من ضرورة جعله كالمشئ في حق الجزاء جعله
 كالمشئ في صحة نية الكفارة لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها (قوله ان حيض المشتراة في المدة لا
 يجترأ به من الاستبراء عنده) وذ كر في شرح الطحاوي فحاضت عنده بعد القبض في مدة الخيار أو حصل
 بعض الحيضة في مدة الخيار فاختار صارت للمشتري ولا يجترأ بتلك الحيضة من الاستبراء عند أبي حنيفة قرحه
 الله وعندهما يجترأ 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 اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولده)
 يريد به اذا 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
 تعيبت بالولادة وذ كر الامام قاضيان رحمه الله ومنها اذا اشترى جارية فقد ولدت منه بكاح على أنه بالخيار
 ثلاثة أيام عند أبي حنيفة قرحه الله لا تصير أم ولده ولا يبطل خياره وعندهما تصير أم ولده ويبطل خياره
 (قوله فهلك في يده) أي في يد البائع في المدة أو بعدها 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 كر في 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 حبة 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 فهالتي في يد البائع في مدة الخيار أو بعدها هلك على البائع لان القبض قد ارتفع بالرد اذا لو دعيتم 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 ومنها مالو كان المشتري عبدا ما ذواله فابراه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره لانه لم يملكه كان الرضا امتناعا منه عن (٥٠٩) التملك ولما اذون له ولا يذون له 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 أوجب بأن القياس ينفي صحة هذا الابراء ويجوز استحسان حصوله بعد وجود سبب الملك وهو العقد ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي 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 جانبته بات فان اختاره المشتري صار له وان رد صار الخمر للبائع والمسلم من أهل أن يملك الخمر كما قال (ومن شرطه الخيار فله ان يفسخ في المدة) هذا العموم يتناول البائع والمشتري والاجنبي لان

بقي على خياره عنده لان الرضا امتناع عن التملك والمأذون له يملكه وعندهما بطل خياره لانه لم يملكه كان الرضا منه تملكيا بغير عوض وهو ليس من أهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خيرا على انه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يملكها باسقاط الخيار بعده وهو مسلم قال (ومن شرطه الخيار فله ان يفسخ في المدة وله ان يغير فان أجاز به بغير حصره صاحبه جاز) (بقي على خياره) في السلعة ان شاء أجاز البيع فبأخذها بالثمن وان شاء رده فبإدراكه البائع عند أبي حنيفة لانه لم يملك المبيع فكان رده امتناعا عن تملك شيء بلا عوض (والمأذون يملكه) أي يملك ذلك كله ان يمتنع عن قبول الهبة (وعندهما) المبري من الثمن والواقع أن المبيع يدخل في ملك المشتري بالخيار لو رده كان متبرعا تملكه كما بغير عوض والعبد المأذون ليس من أهل التبرعات فاذا امتنع الرضا نهر المبيع بلا شيء واستشكل تصور 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 الأبري 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 أصل ما عرف (ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خيرا على أن المشتري بالخيار ثم أسلم) المشتري في مدة الخيار (بطل خياره) عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده بطل البيع لانه لم يملكها ولا يمكنه تملكها باسقاط الخيار) بعد الاسلام فتعين بطلان البيع أموالا كان الخيار للبائع وأسلم فبطلان البيع بالاجماع هذا آخر ما فرعه المصنف ومن الفروع أيضا على الخلاف في دخول المبيع في ملك المشتري بالخيار ولو اشترى مسلم من مسلم عسيرا بالخيار فتمت في المدة ففسد البيع عنده لم يجزه عن تملكه باسقاط خياره وتم عندهما المحجزه عن رده بفسخه ومنها ما اذا اشترى دارا على أنه بالخيار وهو ساكنها باجارة أو اعادة 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 طبييا بالخيار فقبضه ثم أحرم والظني في يده ينتقض البيع عنده ويرد الى البائع وقال يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع ولو كان للمشتري فاحرم البائع للمشتري أن يرد ومنها أن الخيار اذا كان للمشتري وفسخ العقد فالرأى ترد على البائع عنده لانه لم يملك المشتري وعندهما للمشتري لانها حدثت على ملكه (قوله) ومن شرطه الخيار) سواء كان بائعا أو مشتريا أو اجنبيا (له ان يغير) في مدة الخيار بالاجماع الفقهاء (وله ان يفسخ فان أجاز بغير حصره صاحبه) يريد بغير علمه (جاز) فاذا كان

وجود سبب الملك وهو العقد (قوله) والمأذون له يملكه أي له ولاية الامتناع عن التملك (قوله) ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي 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 فالاجارة تحصل بثلاثة أشياء بان يقول أجزت بجموته في مدة الخيار لانه لا يورث كما سئل كره فيكون العقد نافذا بان قضى مدة الخيار من غير فسخ واذا كان للمشتري فبذلك وبان يصير المبيع في يد المشتري الى حال التملك ففسخه على ذلك لحالة 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 تجار 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 بمعنى مدة الخيار و بوثته و باغمائه و بجنونه في المدة فان
أفاق فيها قال الاسبيجاني الاصح أنه على خياره ولو سكر من الخمر لم يبطل بخلاف سكره من البخر ولو اراد
فعل 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 خياري ونحو ذلك واذا كان
الخيار للمشتري فنفاذه بما ذكرنا من الامور الثلاثة للبائع والفعل 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 عتقه في المدة فوجد الشرط فيها من ذلك أن يباشر في المبيع فعلا لا يحتاج
اليه للامتحان ولا يحل في غير المالك بحال فان كان يحتاج اليه للامتحان ويحل في غير المالك فهو على خياره
فالوطة اجازة وكذا التقييل بشهوة والمباشرة بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة ولا يغير شهوة لان ذلك يحل
في غير المالك في الجملة فان الطيب والقابلة يحل لهما النظر والمباشرة نعم التقييل 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 تنقيص حتى لو وجدت من غير المشتري يتمتع الرد فاما المباشرة
اذا ابتدأتها والمشتري كاره ثم تركها وهو يقدر على الامتناع فهو اختيارا وانما يلزم سقوط الخيار في غير
المباشرة اذا قر 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 نائبا 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 فاضل خان اذا لبسه مرة واستخدم
الخدم مرة لا يبطل خياره ويبطل برتين وركوبها ليسقطها أو بردها ويعلفها اجازة وقيل ان لم يمكنه بدون
الركوب لا يكون اجازة وأطلق في فتاوى فاضل خان انه لا يبطل خياره فقال وركوبها ليسقطها أو بردها على
البائع لا يبطل خياره استحسانا بفعله الاستحسان ولو قطع حوافر الدابة أو أخذ بعض عرقها 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 المشترية رضاهما بخلاف خيار الرزية والعيب ولو حدث به عيب في خيار المشتري يبطل 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 ففتور فائدة شرط الخيار للمشتري
بخلاف ما اذا كان من اجنبي فان لزومه لا من قبله واهم ما أن ما ينقص بفعل البائع في ضمان المشتري فيلزم
العقد في ذلك القدر الذي تلف في ضمانه وتعذر على البائع حصته من الثمن ففي رد الباقي كان تغريبا
للمصفقة على البائع قبل التمام في حق الرد وهو لا يجوز كفعل الاجنبي 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 نفي 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 يشربه أو يستهلكه ولو سقى حزنه في الارض فيما اذا اشترى الارض أو حصد الزرع أو قصل

لما ذكرنا أن المبيع لم يخرج عن ملكه والاسلام منع اخراجه عن ملكه باجماع ولو أسلم المشتري فلا يبطل
العقد وخيار البائع على حاله لان العقد من جانب المشتري باق فان اختار البائع الفسخ عادت الخمر اليه وان

بخضرة لا تحراى 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 ووضع 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 يخفى في كونه ضرا

وأما اذا كان للمشتري

فالبائع عسى يعتمد تمام فلا

يطلب لسعته مشتريا وقد

تسكون المدة أيام راج

بيع المبيع وفي ذلك ضرر لا

يخفى والتصرف المشتل على

ضرفي حق الغير يتوقف

على علمه لا بحاله كإف كعزل

الوكيل والقياس على الشطر

وان فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر ضار عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز) وهو قول الشافعي والشرط هو العلم وانما كنى بالخضرة 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 بالهالك 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 رضو ولو سقى دوابه من النهر أو شرب هو فليس رضو ولو طحن في الرحى فهو رضو وقد ذكر فيها تفصيل وذلك في رحي الماء ويست في ديار ناولو كان المبيع دارا فيها ساكن فطلب المشتري الاحرة من الساكن فهو اجازة ولو غسل العبد أو الجارية أو مشطها بالمشط والدهن أو ألبسها فليس رضو (قوله وان فسخ) أي من له الخيار في المدة (بغير خضرة الآخر) أي بغير علمه (لم يجز) عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول مالك (وانما كنى بالخضرة 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 الرثية والفسخ 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 ثبت به الانفساخ بخلاف الموت وفعل الامتدوخول العيب بغير صنععه والهالك فان كان الخيار للبائع فهو أن يتصرف في المبيع تصرف المالك كاعتق والبيع والوطع وجميع ما قدمنا أنه اجازة اذا صدر من المشتري من الافعال فهو فسخ اذا صدر من البائع (له) أي لأبي يوسف (أنه) أي الفاسخ منهما (مسلط على الفسخ من جهة صاحبه) يعني الذي لا خيار له (فلا يتوقف) فسخته (على) كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل (ولهما أنه تصرف في حق الغير) وهو الذي لا خيار له (بالرفع ولا يعرى عن الضرر لانه) أي الغير الذي 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 بالهالك) 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) يجي من قبل الانقراض بالفسخ فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل قصد احوال

اختار الاجازة صارت الحرة للمشتري حكوا والمسلم من أهل أن يتمك الخرج حكما كما يتمك بالميراث (قوله وانما كنى بالخضرة) عن العلم بطريق ذكر السبب وارادة السبب فالمضرة سبب للعلم (قوله وصار كلو كيل بالبيع) فان للوكيل 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 ينقرد بالفسخ يلزم الضرر أيضا وهو أن يخفى الذي ليس من جانبه الخيار شخصه حتى يعنى مدة الخيار فلزمه العقد شاء أو أبي فيتضرر من له الخيار اذا أبي لزوم البيع قلنا انما لم هذا الضرر من جانبه بتقصيره في أخذ الكفيل من صاحبه فكان ضررا مرضيا بخلاف ما نحن فيه وفي فتاوى قاضيخان رحمه الله جل اشترى شيئا على أنه بالخيار ثلاثة أيام فباع المشتري في الثلاثة الى باب البائع ليرد المبيع فاختفى منه وطالب المشتري من القاضي أن ينصب خصما عن البائع ليرده عليه اختلفوا فيه قال بعضهم ينصب خصما نظر المشتري وقال محمد بن سلمة لا يجيبه القاضي الى ذلك ولا ينصب خصما لان المشتري لم يشتري ولم يأخذ منه كفيلا مع احتمال تغيبه فقد ترك النظر لنفسه فلا ينظر له وان لم ينصب القاضي خصما وطالب المشتري من القاضي الاعذار عن محمد رحمه الله فيه وابتان في رواية يجيبه القاضي الى ذلك فيبعث مناديا ينادى على باب البائع ان القاضي يقول ان خصمك فلان يريد أن يرد المبيع عليك فان حضرت والا نقضت البيع فلا ينقض القاضي البيع من غير أعذار وفي رواية لا يجيبه

(قوله وهو قياس منه لا حد شطري العقد) أقول فيه تسامح اظهر وان الفسخ ليس أحد شطري العقد

ولا نسلم انه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لان التسليط على الفسخ من لا يملكه غير معقول ولا مشروع كالتمليك من غير المال وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لان معنى الالزام على العلم الاعلى 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 يفتيه وهو انه لو لم يتفرّد بالفسخ بل بما اختفى من ليس له الخيار الى مضي المدّة فيلزم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى وأجيب بانه ضرر مرضي به منه بحيث ترك الاستيفاء باخذ الكفيل مخافة الغيبة واعلم ان مدار دليلهما الزام ضرر زائد غير مرضي به فاذا فات المجموع أو بعضه في بعض الصور لا يكون نقضا فلا يرد ما قيل بالطلاق والاعتاق والعقود عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل الزام وهو (٥١٢) مسوغ لان ذلك من الاسقاطات وما هو كذلك ليس فيه شيء من الالزام كاسقاط الخلع عن

الدابة ولا ما قيل الزوج يتفرّد 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 لم يكن ليس فيه الزام ضرر لان النكاح من عوالى النعم فاستدامته بالرجعة لا تكون ضررا ولا ما قيل اختيار الخيرة ينفذ على زوجها وفيه الزام حكم الاختيار وان لم يعلم به لعدم الالزام بل ذلك بالتزامه اولانه لا ضرر فيه فان الايجاب فيه حصل منه ولو رأى ضررا ما أقدم عليه اولانه 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 بالاقدم على سببه ولا ما قيل اختيار المالك رفع عقد القضولى يلزم العاقدين بالعلم وفيه الزام عليهما لانه امتناع 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 بالشراء ويبتلان قوله وتصرفه اذا كان وكيل بالبيع وير بما يعتمد المشتري منه الغاذا في تشعب الفساد والحاصل قياسان 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 أثره في نفي الصحة بلا اذن فان كونه حق الغير يمنع التصرف بلا اذن فهو بالنسبة الى العلم طرد والاذن قد وجد في ضمن شرط الخياره 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 غير علمه طريق ضرر يلحقه فلا قلنا فاستقام حيث أن المؤثر ليس الا كون فسخ مظنة ذلك الضرر وصح قولنا ان ما سواه لا أثر له من كونه تصرف في حقه بلا علمه وحيث صدقت فصر النظر على اثبات الضرر ولا يخفى ان الضرر الذي ذكرناه يلحق المشتري اذا كان الخيار للبايع في حيز 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 فمما في محل التعارض بل الغالب أن البيع يكون بما هو قيمة المبيع خصوصا بياعات الاسواق فيبطل ذلك الشق وأما ضرر البائع باعتماده فلا يطلب لسالغته مشترى بافانما لحقه من تقصيره حيث لم يستكشف من المشتري في المدّة هل فسخت أو لا ومثل هذا كثير في العقدة أعنى الزام ما هو ضرر لتقصير 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 عرض له فيه ولا حاجة له به وقد لا يكون مال كالمقدار وما به ادار أقواله أعنى عقوده اذا كان وكيل بالبيع وهذا أضر 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 تسليطه) مشاحة لفظية فان المراد من سلطه أذن له في التصرف في حقه ذلك بالرفع في المدّة فاذا منع تضمن شرط الخيار الاذن بلا علمه للضرر فكان الاذن مقيدا بعدم محل الضرر وهو حال العلم بقوابه ما ذكرنا من انقائه في صورة التعارض وعدم تأثيره في أخرى لتقصير من يلزمه بهذا أجاو عن المعارضة القائلة لو لم يتفرّد من له الخيار بالفسخ يتضرر وهو أيضا لانه يمكن أن يخفى صاحبه في المدّة

القاضي الى الاعتذار أيضا فقيل لمحمد رحمه الله كيف يصنع المشتري قال ينبغي للمشتري أن يستوثق ويأخذ منه وكيل ثقة اذا خاف الغيبة حتى اذا غاب البائع برد على الوكيل (قوله بخلاف الاجازة) لانه لا الزام فيه لانه لا يلزم الاخر باجازته شيئا لان العقد لازم من جانب المشتري وعليه 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

العقد لا الزام منه ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المرأة وان لم تعلم لانه لا ضرر في العدة أو لكونه بايجاب الشرع نصادون الطلاق بخلاف الضرر المذكور في خيار الشرط فانه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد والاجازة وهو غير مرضي به من جانب الآخر فلا يلزمه الا بعلمه

(قوله لان ذلك الى قوله من الالزام الخ) أقول العتق اثبات القوة الحكيمة على ما بين لانه اسقاطوا لا ظهر أن يقال ليس فيه ضرر (قوله لان النكاح من عوالى النعم الخ) أقول فيه بحث (قوله اولانه غير زائد على موجب الخيار) أقول وكذلك الفسخ في مسئلته نفاذ الاولى أن يقال اولانه مرضي به ولولا ما أقدم على الايجاب (قوله وهو مرضي به ولولا ما أقدم على الايجاب بالاقدم على سببه) أقول سببه الاعتاق لا النكاح

في غير ما لا يسلكه المساط 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

حتى تنقضي فقالوا هذا الضرر انما يلزمه من جانبه بتقصيره في اخذ 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 الازام بهذا الفرع على أحدي الروايتين في فتاوى قاضي خان جاء الى باب البائع ليرده فأحتق في فيه فطلب من القاضي خصم اليرده عليه قال بعضهم ينصب نظرا للمشتري وقال محمد بن سبله 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 روايتان في رواية يجيبه فيبعث مناديا ينادي على باب البائع ان القاضي يقول ان خصمك فلانا يريد ان يرد المبيع عليك فان حضرت والا انقضت البيع ولا ينقض القاضي بلا عذار وفي رواية لا يجيبه الى الاعذار أيضا وقيل لمحمد يعني على هذه الرواية كيف يصنع المشتري قال ينبغي للمشتري أن يستوثق في اخذ منه وكيل لا ثقة اذا خاف الغيبة حتى اذا غاب يرده على الوكيل وطريق نقض القاضي على أحدي الروايتين أنه اذا قال الخصم اني أعذرت اليه وأشهدت فتوازي فيقول القاضي اشهدوا أنه زعم أنه أعذرت الى صاحبه في المدة كل يوم واختنق فان كان الامر كما زعم فقد أبطلت عليه الخيار فان طهر وأكفر 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 ينفرد بها الزوج ويلزم حكمها المراء حتى لو تزوجت بعد ثلاث حبس ففسخ اذا أثبت الرجعة قبلها أجيب بان الزوج لا يلزمها حكم جديد الان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح وانما ثبت البينونة عند فراغ العدة بشرط عدم الرجعة فكان عامها 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 المعلقة يصح اختيارها للفرقة بلا علم زوجها أجيب لاروايه فيها وعلى تقدير التسليم فالخيار أثبتته لها الشرع مع ما تقاوله الولاية عليها ولا يخفى أن هذا من فساد الوضع فان كون الشرع أثبت حكم التصرف على الآخر بغير علمه في خيار الخيرة يقتضي أن الشرع لا يتوقف صحة التصرف على علم الآخر في ثبوت حكمه في حقه فان قلت في الضرر الذي يلزمه أولا حتى يحتاج الى 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 قائمها تلزم على المراء 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 ملك أقدره الله تعالى عليه فانما تلزم في ضمن الطلاق والعبرة للمتضمن للامتنعن وأما هنا فليس جواز الفسخ له بتسلط صاحبه لما ذكرنا وقد عرف ما فيه * (فروع) * اشترى باغلاما

قوله ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه) يشير الى ان الشرط هو العلم دون الحضور وليس المراد بقوله كفى الكناية الاصطلاحية لارباب البلاغة لكن المراد به ما استتره المراد

الفسخ لان العقد غير لازم في حقه وبفوت صفة اللزوم يمكن من الفسخ بالرضا صاحبه ولكن لا يتم كمن بلا علمه كافي الو كالات والشركات والمضاربات وهذا بخلاف الوكيل حيث يتصرف بغير علم الموكل لانه مسلط على التصرف من جهة الموكل فتسليطه اياه على التصرف فوق علمه به ولا يلزم ما اذا كان الخيار للبائع

البيع بخلاف ما اذامات من عليه الخيار فانه باق بالاجماع وقال الشافعي رحمه الله اذامات من له الخيار انتقل الخيار الى وارثه لانه حق ثابت لازم في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب وكخيار تعيين المبيع بان اشترى أحد الثوبين على انه بالخيار ياخذ أحدهما شاء ولنا أن الخيار لا يقبل الانتقال لانه ليس الامشية واردة وهما عرضان والعرض لا يقبل الانتقال والارث فيما يقبل الانتقال لانه خلافة عن المورث بنقل الاعيان الى الوارث وهذا معقول لا معارض له من المنقول فيكون معمولا به لا يقال قال عليه الصلاة والسلام من ترك ما لأو 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 اليه في الاعيان فهلا يكون الخيار كذلك وأجيب بان المنتقل هو العين ونقل المالكية ضمنى قيل فليكن خيار الشرط كذلك بان ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنا وأجيب بان الخيار ليس من لوازم المبيع بل الاصل عدمه وكمن مبيع

قال (واذامات من له الخيار بطل خياره

على أنه ما بالخيار فرضي أحدهما لرد لا آخر عنده وقالاه رد نصيبه ولو كان الخيار للعاقدين فقال البائع بحضور المشتري أجرته ثم قال المشتري فسخته بحضوره انفسخ فان هلك في يد المشتري سقط الثمن ولو بدأ المشتري بالنسخ ثم البائع بالاجازة ثم هلك فعلى المشتري قيمته ولو تغاسخا العقد ثم هلك في يد المشتري قبل الرد يبطل حكم الفسخ كره في المجتبى وفي الفتاوى باع أرضا على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام وتقابضا ثم نقض البائع البيع بقى الارض مضمونة على المشتري والمشتري حبسها لاسيما فناء الثمن الذي كان دفعه الى البائع فان أذن البائع بعد ذلك للمشتري في زراعتها فزراعتها بائنا عند المشتري وكان البائع أن ياخذها متى شاء قبل أن يرد الثمن وليس للمشتري حبسها لانه لما زرعها باذن البائع صار كأنه سلمها الى 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 وان 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 ويضى البيع جاز وطاب له اذا حصله زيادة في الثمن وكذلك كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على أن يسقط الخيار ويحط عنه من الثمن كذا أو يعطيه هذا العرض جاز لانه 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 أمر ولا جني صح ولو وكه بالشراء تو كيا لا يحسب فله على ما ذكرنا من التفصيل الا أن العقد متى لم ينغذ على الأمر ينغذ على المأمور بخلاف البيع لان الشراء اذا لم يجد نغذا انغذ على العاقد (قوله واذا اذامات من له الخيار بطل خياره)

فاعتق المبيع أو دبر أو كاتب أو وهن أو وطئ أو قبل بشهوة أو وهب أو آجر فانه ينتقض البيع وان لم يعلم المشتري لان ثبوت الفسخ ههنا ضمنى لا بقصد المتصرف فلا يتوقف على العلم كالموكل اذا أعتق العبد الذي وكل ببيعه ينزل الوكيل وان لم يعلم به بخلاف ما عوزه قصدا فان قيل يشكل على قولهما أنه تصرف بالحق الغير وهو العقد بالرفع مسائل منها خيار الخيرة فانم اختيار نفسها بدون علم الزوج فينغذ ذلك عليه وان لم يرض ولم يعلم وفيه الزام حكم الاختيار على الزوج من غير علمه ومنها الرجعة فان الزوج ينغذ بالرجعة ويلزم حكم الرجعة على المرأ من غير علمها ومنها الطلاق والعتاق والعقود القصاص ومنها خيار الامة المعقنة حيث يصح اختيارها للقرقة بدون علم الزوج ومنها خيار المالك وهو فيما اذا باع مال غيره فان للمالك خيارا فيه فلورداره بدلا علم المتعاقدين ومنها العدة فانها تلزم الانسان من جانب الغير بدون علمه فلنا ما الجواب عن الاولى فان الزوج انما يلزمه حكم الطلاق بايجابه 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 البيئونة عند انقضاء العدة بشرط عدم الرجعة من الزوج في مدة العدة وأما من الطلاق ونحوه فانه من الاسقاطات فلا يلزم على من أسقط عنه شئ وأما خيار الامة المعقنة فانها مسألة لار واية فيها تم الجواب عنها ان سلم أن الخيار ثبت لها بتخيير الشرع اياها فصار كالموكل بتخيير الزوج لان للشرع ولاية علينا وأما رد المالك لبيع الفضولي فان العقد لا يوجب حق المالك الا بالاجازة لانه ليس للعاقدين على المالك ولاية فاذا رد فقد انعدم شرط الثبوت في حقه فانه عدم أصلا وأما العدة فانها لا تجب بالطلاق الا ترى أنها لا تجب بطلاق قبل الدخول بل الطلاق لقطع الملك الا أنه لم يقدر على قطع الملك لحقه فيبقى الحق الى حين فكان لزوم العدة على المرأة في ضمن اقدار الله تعالى الزوج على قطع ملكه بالطلاق بعد الدخول فكان الاعتبار للمتمم لا للمتمم (قوله واذا اذامات من له الخيار بطل خياره) هذا اللفظ بعومه يتناول البائع والمشتري وغيرهما واذا اذامات من عليه الخيار فان الخيار باق بالاجماع ثم

ولم لا خيار فيه بخلاف الملوك فانه يسلم تلزم مالكية مالك وفيه نظر فان الكلام في المبيع بشرط الخيار لا في مطلقه والخيار يلزمه والصواب أن يقال الغرض الاصل من نقل الاعيان ملكيتها ولو ليس الخيار في المبيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقالها هو

الغرض الاصلى انتقال مالىس كذلك فان قيل العصاص ينتقل من المورث الى الوارث بذاته من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك اوجب بانه ثبت للوارث ابتداء لانه شرع للتشفي وهمافى ذلك سياتى الآن المورث متقدم فاذا (٥١٥) مات وال تقدم وثبت للوارث بما ثبت

ولم ينتقل الى وورثته) وقال الشافعي يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجربى فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الامشيتة وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذلك الوارث فاما انعكس الخيار لا يورث واما خيار التعيين يثبت

بانه كان او مشتريا (ولم ينتقل الى وورثته) واذا بطل خياره يلزم البيع فان كان الخيار للبايع دخل ثمن المبيع في ملك وورثته وان كان الخيار للمشتري دخل المبيع في ملك وورثته وللبايع الثمن في التركة ان لم يكن قبضه وقيد بئنه الخيار لانه اذا مات العاقدا الذي لا خيار له فلا يحرم على خياره بالاجماع فان مضى مضى وان فسخ انفسخ (وقال الشافعي يورث عنه) وبه قال مالك على ما هو في كتبهم المشهورة (لانه) أى الخيار (حق) للانسان (ال لازم) حتى ان صاحبه لا يملك ابطاله (فيجربى فيه الارث كخيار العيب والتعيين) فانهما يورثان بالاتفاق (ولنا ان الخيار ليس الامشيتة وارادة فلا يتصور انتقاله) لانه وصف شخصى لا يمكن فيه ذلك (والارث فيما) يمكن (فيه الانتقال) وهو الاعيان ولقطة مشيئة منصوب على انه خبر ليس ومافى الشروح من انه بدل من الخبر وتقديره ان الخيار ليس شيئا الامشيتة مبنى على قول ضعيف في العربية من ان يقدر المومول غير مافرغ العامل له ويجعل ما بعد الابدله والمختار ان المفرغ له هو المومول ففى ما قام الازيدز يد فاعل بخلاف ما قاسوا عليه من خيار العيب لان الارث فيه العين ومن جملته الجزء المستحق فاذا دخل فى ملكه تمام الاجزاء وبعضها محتبس عند انسان كان يختار ان يترك حقه او يطلبه وهذا معنى ثبوت خيار العيب غير ان طاب لا يمكن شرعا الابدال الكلى واما خيار التعيين فجعله أصلا آخر للشافعي لا يصح على أصله لانه لا يميز خيار التعيين فكأنه ذكره الزاما لنا وجوابه كذلك ان المورث هو أحد العينين المخير في تعيينه فينتقل الى الوارث ذلك ولازمه اختلاط المالكين فصار كما اذا ورث المامشتر كما ثبت حكم ذلك وهو وجوب التعيين والافراز وهو معنى الخيار فجاء الخيار لازم للعين المورثة وفى الموضوعين ضمنا لا قصدا على وجه الاستقلال ولا يمكن ذلك فيما فيه خيار الشرط لان المبيع ليس ملزوما للخيار لئلا ينتقل الى الوارث بما فيه على أنه لا يتصور فيما اذا كان الخيار للمشتري فانه لم يدخل المبيع فى ملكه عند أبي حنيفة فلا يورث ووجهه قوى على ما تقدم ويقال على أصل الدليل قولكم لا يتصور انتقال الوصف ان اردت حقيقة فسلم لكن مرادنا بالانتقال ان ثبت للوارث شرعا ملك خالف ملك الميت او استحقاقه لآعين ذلك المالك والاستحقاق المقيد بالاضافة الى الميت لان ذلك غير ممكن فالوجه فى الاستدلال يس الآن يقال ثبوت ذلك شرعا فى أملاك الاعيان معلوم متفق عليه واما ثبوته عن الشرع فى غيرهما من الحقوق يتوقف على الدليل السمعى ولم يوجد ونفى المدرك الشرعى يكفي لنفى الحكم الشرعى فان قالوا بل قد وجد وهو ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من ترك مالا أو حقا فليورثه ومن ترك كالا أو عيالا فالى قلنا الثابت قوله ما فى الصحيح وأما الزيادة الاخرى فلم تثبت عندنا وما لم يثبت لم يتم به الدليل وأما الجواب بان الملك انما ينتقل فى ضمن انتقال العين فيعد أنه فى غاية الضعف اذا لمعنى لكون الارث انتقالا لنفس ذات العين والمالك يتبعها بقليل تامل فال حقيقة انتقالها انما هو فى الممكن فال الى أن المراد انتقال ملكها ليس غير ثم بينا أن المراد بقولهم انتقل ملكها بما ينفى كل ذلك الكلام والمحاورات المكتوبة فى بعض

لمسا بطل الخيار عندنا يلزم المبيع وقال مالك رحمه الله يفسخ العقد (قوله كخيار العيب والتعيين) أى خيار تعيين المبيع بان يشتري أحد الثوبين على أنه بالخيار ياخذ أيهما شاء وخيار الرؤية على أصلكم كذا فى الاسرار (قوله ولنا أن الخيار ليس الامشيتة) أى فى رده فان معنى قولنا فلان بالخيار فى كذا أى الشئنة اليه ان شاء فعل وان شاء لم يفعل ومشيئته صفة لا تزياله ولا يحتمل الانتقال منه الى الوارث وغيره

المورث أعنى التشفى والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقدا ولا شرط لا يقال المبيع بشرط الخيار غير لازم فيورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفهمه ما ذكرتم لان كلامنا مع من يقول بالنقل وما ذكرنا يدل على انتفاءه ولو التزم ملتزم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم فى حق العاقدا وفى حق الوارث والاول مسلم ولا كلام فيه والثانى عين النزاع (قوله بخلاف خيار العيب) جواب عما قاس عليه وتقديره لان سلم انه بطريق النقل بل المورث استحق المبيع سليما فكذلك الوارث فى الاعيان دون الخيار وذلك لان سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك الجزء من المال مستحق للمشتري بالعقد فاذا طالب البائع بالتسليم وعجز عن التسليم ففسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى فى حق الوارث لانه يخلف المشتري فى ملك ذلك الجزء بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد فى حق الوارث وكذا خيار التعيين

لا ينتقل بل الخيار سقط بالموت لكن الوارث يورث المبيع وهو محمول فثبت له خيار التعيين وكن اختطما له بما لرجل ثبت له خيار التعيين وهذا الخيار غير ذلك الخيار الا ترى ان المورث كان له أن يفسخ قوله وكان خياره وقتا والوارث ليس له الفسخ وليس خياره بموقت

قال (ومن اشترى وشرط الخيار لغيره) تقرير كلامه ومن اشترى وشرط الخيار لغيره جاز حذفه لدلالة قوله فإيهما أجاز جاز يعني من المشتري وذلك الغير على المحذوف واشترط الخيار للغير لا يجوز في القياس وهو قول زفران الخيار اذا شرط في العقد صار حقا من حقوقه واجبا من واجباته بمقتضى الشرط المسوغ شرعا وما كان من مواجب العقد لا يجوز اشتراطه على غير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري أو اشتراط تسليمه على غيره أو اشتراط المالك لغيره لكن العلماء الثلاثة استحسنوا جوازها لان الحاجة

قد تدعو الى اشتراط الخيار للاجنبي لكونه أعرف بالمبيع أو بالعقد فصار كالاختيار الى نفس الخيار

(قوله حذفه لدلالة قوله الخ) أقول ويجوز أن يكون قوله فإيهما أجاز جاز خبرا بالتأويل المشهور في وقوع الانشاء خبرا 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

لوارث ابتداء لا اختلاط ملكه بملك الغير لان وارث الخيار قال (ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فإيهما أجاز جاز الخيار وأيهما نقض انتقض) وأصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائزا استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفران الخيار من مواجب العقود وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري

الشرط وهذا يلزمه على تقدير ثبوته أن وارث الخيار 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 وارث فإيهما يثبتان الملك للمشتري بالخيار في العين فينتقل الى الورثة عين لم لو كنهه فيها خيار أن يقسح كفي خيار العيب بعينه وفي خيار البائع ينتقل الثمن لم لو كاهم (قوله ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره) يعني لغير الذي ليس هو عاقدا والافغيره يصدق على البائع (فإيهما أجاز) من الشارط العاقد والمشرط وطه الذي هو غيره (جاز وأيهما نقض) البيع (انتقض) فلغظ من مبتدأ الجملة الشرطية وهي أيهما أجاز خبره واذ تضمن المبتدأ معنى الشرط جاز دخول الفاء في خبره نحو الذي يأتي في ذمهم (وأصل هذا) أي جواز اشتراطه لغير العاقد (أن جوازه استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر) وقول الشافعي وقولنا قال مالك وأجد 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) واشترط ملك المبيع لغير المشتري واشترط تسليم الثمن أو المبيع على غير العاقدين ولان هذا تعليق انفساخ البيع وانفساخه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك وقياسا على خيار الرؤية والعيب وجه الاستحسان أن الحاجة قد تمس الى اشتراطه للغير لان شرعيته لاستخلاص الرأى وقد يكون الانسان يعلم من نفسه قصور الرأى 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 الوارث فإيهما لا يحتمل الانتقال فلا يورث ملكه في ملكه وحده وأم ولده والعقد لا ينتقل الى الوارث لانه انما يورث ما كان قائما والعقد قول قديمي وتلاشي فلا يتصور انتقاله الى الوارث وانما يملك الوارث الاقالة لقيامه مقام المورث في ملكه لافي العقد فان الملك يثبت ولاية الاقالة الأثرى أن اقالة الموكل من البائع صحيحة والعاقد هو الوكيل دون الموكل فان قيل ما ذكرتم من عدم انتقال صفة التورث من مقوض بتورث الاعيان فان المالكية في الاعيان صفة لمالك الاعيان ثم هي تنقل من المورث الى الوارث في حق الاعيان قلنا كذلك بل العين تنتقل أولا الى الوارث وفي ضمن انتقال العين يثبت الملك للوارث ابتداء لأن مال كية المورث تنتقل اليه فان قيل فما يمنعكم من أن تجعلوا خيار الشرط كذلك بان ينتقل المورث الى الوارث وفي ضمن انتقاله ينتقل الخيار معه الى الوارث قلنا ليس من لوازم البيع الخيار بل الاصل عدم الخيار فكم من يسع لا خيار فيه فلا يلزم من انتقال المبيع الى الوارث انتقال الخيار وأما الممولك فلا يتصور بدون المالك فان قيل قد ينتقل الحق ارضا من المورث الى الوارث بدون أن ينتقل محل الحق اليه وهو العين كما اذا مات ولي القصاص ينتقل حق القصاص الى وارثه قلنا لا ينتقل بل ثبت ابتداءه لتسفي الصدور ولا يمكن أن يجعل الخيار كلقصاص لان الخيار ثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شرط فلا يثبت في حقه وأما تسفي الصدر فامر يشمل الكل الآن المورث لتقدمه على الوارث كان الاستيفاءه فاذا مات فقد ذهب التقدم فيحلفه 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 العبدن على وجه يكون له ولاية التمييز والتعيين بالشرط فملكه الوارث 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

وظهر بيق ذلك أن يثبت بطريق النيابة عن العاقد اقتضاء اذلاوجه لا ثباته للغير الصلة فيجعل كأنه شرطه لنفسه ويجعل الاجنبي نائباً عنه في التصرف تصححاله بقدر الامكان وفيه بحث من وجهين أحدهما ان شرط الاقتضاء أن يكون المقتضى أدنى منزلة من المقتضى الأخرى أن من قال بعبدله حنث في عينة كفر عن يمينك بالمال لا يكون ذلك تحريراً واقتضاء لان التحرير أقوى من تصرف التكفير لكونه أصلاً فلا يثبت تبعاً لفرعه ولا يخاف ان العاقد أعلى مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء والثلثي ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصححها لجاز 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 فرعه.

ولما ان الخيار للغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائباً عنه تصحح 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 يترجمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا عن العقد انما تمنع ان سلمنا صحة مانعته لو أخرناه أصلاً مستقلاً لكننا لم نعتبره الا بتبع الثبوت للاشتراط للعاقد فيثبت اشتراطه لنفسه اقتضاء تصحح 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 مقصوداً للغير تبعاً لقصدده 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 بافترض فكان ثبوت العاقد تبعاً للمقصود ليصح المقصود به فكان ثبوت بطريق الاقتضاء واقعا على ما هو الاصل في الاقتضاء هذا هو التحقيق ان شاء الله تعالى ولا حاجة في جوابه الى تكفيراً انذ فان قيل فلم يجز اشتراط الثمن على الاجنبي وتثبت كفالته 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 اشتراطه فإله انما يعني به ثبوت على المشترط عليه على ما هو ثابت على العاقد نعم لو كفله كفالة صريحة بالثمن الدين صح (وعند ذلك) أي صيرورة الخيار له ما (يكون لكل منهما الخيار فإيهما أجاز جاز وأيهما منقض) البيع (انتقض ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يترجمه 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 وكلاهما بالعتق عندنا تصححاً للامر وزفر 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 وهذا أن الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضى لتصحح المقتضى والكفالة لو صححت بطريق الاقتضاء كان مبطلاً للمقتضى فعاد على موضوعه بالنقض فان قيل شرط صحة المقتضى أن يكون هو أو حظه رتبة وأدون منزلة من المقتضى الذي هو المذكور وعن هذا قلنا لم يثبت الحرية للعبد الحانث في عينة 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

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 وكلاهما بالعتق عندنا تصححاً للامر وزفر 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 وهذا أن الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضى لتصحح المقتضى والكفالة لو صححت بطريق الاقتضاء كان مبطلاً للمقتضى فعاد على موضوعه بالنقض فان قيل شرط صحة المقتضى أن يكون هو أو حظه رتبة وأدون منزلة من المقتضى الذي هو المذكور وعن هذا قلنا لم يثبت الحرية للعبد الحانث في عينة 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 وهو هذا وجه ثبوت اقتضاء (قوله والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصححها لجاز 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 للمقاصد وهو الغير هو مقصود البائع بمطالبة الثمن وجوابه ان الثمن على المشتري بحسب وضع الشرع

بيع المبسوط (بغير تصرف العاقد) فسحاً كان أو اجازة (و) في رواية مادون 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 انتقاه تصرف المتوب وأما عند وجوده فلا (٥١٨) احتياج اليه واستشكل بما اذا وكل رجلاً آخر بطلاق امرأته لاسنه فطلاقها الوكيل

والموكل معافان الواقع طلاق أحدهما لا بعينه وأجيب بان الترجيح يحتاج اليه عند تنافي الفعلين كالفسخ والاجازة وأما اذا اتحدما فالطلب حاصل بدونه فلا حاجة اليه (وجه) القول (الثاني ان الفسخ أولى لان المجاز يلحقه الفسخ كما لو أجاز والمبيع هلك عند البائع (والمفسوخ لا تلحقه الاجازة) فان العقد اذا انفسخ هلك المبيع عند البائع لا تلحقه الاجازة ولا تخفاه في قوة ما يطرأ 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 الخياره 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

يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى وجه الاول ان تصرف العاقد أقوى لان النائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني ان الفسخ أقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد والثاني قول أبي يوسف واستخرج ذلك بما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معافاً معه. ديعة تصرفه تصرف الوكيل وأبو يوسف يعتبرهما 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 اصالة أقوى من التصرف الصادر عن نيابة واستشكل بما اذا وكل رجلاً آخر بطلاق امرأته فطلقها معافاً لواقع طلاق أحدهما لا طلاق الموكل عيناً ولو كان المرجح الاصيل تعين اطلاقه أجيب بان الوكيل في الطلاق صغير كولو وكيل في النكاح فكانت عبارته عبارة عنه فالصادر من كل منهما عين الصادر من الآخر (وجه الثاني أن) لا ترجيح بكونه أصيلاً أو وكيلان الوكيل بعدما استفاد الولاية على الفعل كان مثله فاستويهما يترجح بنفس التصرف (والفسخ أقوى) لانه يلحق المجاز فيبطله والاجازة لا تلحق المفسوخ فتبرمه قال شمس الائمة الصحيح ما ذكر في المأذون ثم قالوا (الاول قول محمد والثاني قول أبي يوسف واستخرج) هذا الترجيح من مسألة اختلف فيها هي ما اذا وكل غيره بمبيع عبده فباع الموكل من رجل والوكيل من آخر فمحمد جعل المبيع ممن باع منه الموكل ترجيحاً لتصرفه للاصالة (وأبو يوسف يعتبرهما) على السواء

ثبتت غير العاقد ههنا بوجه آخر فلذلك جاز أن يثبت خيار العاقد اقتضاء وذلك ان شرط الخيار من قبيل الالفاظ بحيث لا يثبت بدون اللفظ وغير العاقد أصل في حق اللفظ لانه أثبت له الخيار باللفظ قصداً وأما الحرية فلم يست من خواص اللفظ اذا الحرية تثبت في شراء القريب وارتبه بدون اللفظ فكانت الحرية جالبة عن جهة التبعية فلا تثبت في ضمن ما هو تبع لها ودالتسكير وأما ههنا فالعاقد يتبع 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 تلحقه الاجازة) فان قبل المفسوخ تلحقه الاجازة لا ترى أن الخيار اذا كان للبائع أو للمشتري فالتقينا اقتضاء المبيع ثم هلك عند المشتري قبل أن يقبضه البائع يحكم الاقالة فعلى المشتري الثمن ان كان الخياره 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 تملك العقد عارضة في ذلك (قوله واستخرج ذلك) يعني أن النسب اليهما ليس بمنقول عنهما (و) انما (استخرج بما اذا باع الوكيل من أحد والموكل من غيره معافاً معه) ديعة تصرفه تصرف الوكيل وأبو يوسف يعتبر تصرفهما

ويجعل العبد مشتركا بينهما بالنصف ويخير كل واحد من الشريرين ان شاء أخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع ووجه الاستخراج ان تصرف الفاسخ أقوى عند أبي يوسف من هذه المسئلة انه لم يرجح تصرف المالك كما يرجح تصرف المالك ظهر أثر ذلك في مسئلة بيع الموكل والوكيل يكون العبد بين المشتريين بالنصف فلما لم يثبت الرجحان هناك لتصرف المالك المالكته والرجحان ثابت هنا لتصرف الفسخ في نفسه لما ذكرنا انه وارد على الاجازة لاعلى العكس رجحاننا لتصرف وهو تصرف الفسخ لانه لا معارض لهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك فقلناه كذا في النهاية وهو كلام لا وضوح فيه لان عدم رجحان تصرف المالك المالكته 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 كترجح تصرف الموكل منه

(ومن باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد وان باع كل واحد منهما بخمسمائة على انه 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 كالتخرج عن العقد اذا انعقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقى 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

وتترك ترجيح تصرف المالك من أبي يوسف واعتبارهما يدل على انه لا ينظر الى أحوال المتصرفين لتساويهما فيه فبقى النظر في حال التصرف نفسه والغسخ أقوى لما ذكرنا قال (ومن باع عبدين بالف) هذه المسئلة على أربعة أوجه لان فيها تفصل الثمن وتعيين من فيه الخيار فاما أن لا يحصل أو يحصل جميعا أو حصل التفصيل دون التعيين أو العكس من ذلك فان كان الاول بان باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام ففسد البيع لجهالة المبيع والثمن وجهالة أحدهما ففسدتها أيضا أولى وذلك لان الذي فيه

فيجعل العبد مشتركا بينهما ويخير كل منهما لتفرق الصفقة وعيب الشركة وقيل عند محمد يصح في النصف وينفسخ في النصف أي فيما اذا شرط الخيار غيره لكن يتخير صاحبه لتفرق الصفقة عليه (قوله) ومن باع عبدين بالف على انه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد الخ 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 الهدا يتشرحها (وفساده لجهالة المبيع والثمن) جميعا وذلك أن الذي فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه في حق الحكم فكان كأنه خارج عن البيع والمبيع انما هو في الآخر وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار ثم المبيع مجهول لان الثمن لا ينقسم في مثله على المبيع بالاجزاء وثانها هو الوجه الجائر أن يعين كلا بان يقول بعثك كل واحد من هذين بخمسمائة على أي بالخيار في هذا الانتفاء المفسد من جهالة أحد الامرين 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 اجاب عنه المصنف بعد الاشارة 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 نقض البيع لتفرق الصفقة ولم يرجح تصرف المالك على تصرف الوكيل والغسخ راجع 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 الآخرف كان بمنزلة من جمع بين حرو وعبد وحيث لا يجوز أو باع ثوبين على أنهم ماهران فان أحدهما مروى فقال ليس هذا كذلك فان الحر والمروى غير داخل في العقد لان انعقادهما لا يحكم لانه ليس بحمل للبيع أصلا فلذلك كان قبول العقد فيه شرط 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 كالتخرج عن العقد اذا انعقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد أحدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك فثمنه مثله وان كان الثاني وهو أن يبيع كل واحد منهما بخمسمائة على انه 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 لصحة العقد في الآخر وهو مفسد لقبول الحر في عقد القن اذا جمع بينهما في البيع اجاب 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 رجحانها وكلامه متساو على الترتيب (قوله لأن فيها تفصيل الثمن الخ) أقول والسلب فرغ تصور الإيجاب (قوله فكان الداخل في العقد) أقول أي نخلص الحكم

جميع بين فن ومدبر في البيع فان المدبر يحمل البيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه فساد العقد في الآخر بخلاف ما اذا جمع بين حرقن فان الحر ليس يحمل البيع أصلا فلم يكن داخل (٥٢٠) في العقد ولا في الحكم ولقائل أن يقول في الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان

مفسدا والجواب انه ليس فيه نفع لاحد العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسدا وانه لم ينفذ فضل تأمل منك فاحتطوان كان الثالث مثل أن يقول بعتهما بالف كل واحد منهما بمخمسمائة على اني بالخيار في أحدهما فالبيع فاسد أيضا لجهالة المبيع وان كان الرابع فجهالة الثمن فان قيل لو كان عدم التفصيل مفسدا للعقد في الآخر لفسد في القن اذا جمع بينه وبين المدبر أو أم الولد ولم يفصل الثمن أوجب 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 جمع بين القن والمدبر ما يمنع عن انعقاده في حق الحكم ولهذا لو قضى القاضي بجوازه نفذ فكان قسمة الثمن في البقاء صيانة لحق بمرتم عند فسخ العقد على المدبر وأم الولد لا ابتداء بالحصصة

العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين فن 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 محلا للبيع (فهو) كالأول جمع بين فن ومدبر) وبعهما بالف حيث ينفذ البيع في القن بحصته وان كان قبول العقد في المدبر شرطا فيه وذلك لدخول المدبر في البيع لمحلته في الجملة ولهذا الوضى القاضى بجواز بيعه جاز فكان القبول شرطا صححها بخلاف ما شبه به من الجمع بين الحر والعبد لان الحر ليس بمال أصلا فلا يدخل في البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد وفي الجمع بين القن والمدبر في البيع خلاف سبأني ان شاء الله تعالى في آخر البيع الفاسد وثالثها يفصل ولم يعين الذي فيه الخيار كأن يقول البائع بعتك كل واحد من هذين بمخمسمائة 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 بعتك هذين بالف على أني بالخيار في هذا والفساد فيه لجهالة الثمن لان المبيع وان كان معلوما بتعين من فيه الخيار الآن منه مجهول لما قلنا ان الثمن لا ينقسم عليهما بالسوية فان قلتما الفرق بين الذي لم يعين فيه الثمن وبين ما اذا جمع بين عبد في البيع بثمن واحد فاذا أحدهما مدبر أو مكاتب أو جار يتبين فاذا أحدهما أم ولد حيث يصح البيع في القن بحصته من جملة الثمن مع أن ثمن كل منهما مجهول الكمية حال العقد ولا يصح في المسئلة المذكورة في المكاتب بالحصصة أوجب بان من مشايخنا من لم يشتغل بالفرق وقال قياس 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 المشرط فيه فيكون كالمعدوم فلم ينعقد فيه ابتداء فينعقد في الآخر بالحصصة ابتداء بخلاف تلك المسائل فان المانع مقترن فبها معنى لاللفظا فيدخل المدبر ومن معه في البيع لما ذكرنا من محلته في الجملة ثم يخرجون بناء على استحقاقهم أنفسهم حكما شرعيا لم يتصل به حكم فاض بسقطه وعلى ما ذكرهنا يتفرع ما في فتاوى قاضيان باع عبد من على أنه بالخيار فيه ما وقبضها المشتري ثم مات أحدهما لا يجوز البيع في الباقي وان تراضيا على اجازته 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 جمع بين فن ومدبر وبعهما بالف صح البيع في القن بحصته من الثمن وان تعلق صحة البيع فيه بقبول البيع في المدبر لان المدبر داخل تحت البيع ولهذا الوضى القاضى بجوازه نفذ فكان قبوله شرطا صححها كذا هنا (قوله والثالث أن يفصل ولا يعين) أي يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار بان قال بعث منك هذين العبدين كل واحد منهما بمخمسمائة على أني بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام وهو فاسد لجهالة المبيع لان من فيه الخيار غير داخل في الحكم فيبي الآخر وحده وهو مجهول لأنه ثبت بطريق الحصصة بالتقسيم فصار كالذي لم يدخل تحت العقد أصلا فان قيل أليس أنه لو اشترى عبد من بالف فاذا أحدهما مدبر أو مكاتب فان العقد ينعقد صححها 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

بالحصصة ابتداء وهي مجهولة وليس فيما اذا جمع بين القن والمدبر ما يمنع عن انعقاده في حق الحكم ولهذا لو قضى القاضي بجوازه نفذ فكان قسمة الثمن في البقاء صيانة لحق بمرتم عند فسخ العقد على المدبر وأم الولد لا ابتداء بالحصصة

(قوله وانه لم ينفذ فضل تأمل منك فاحتط) أقول

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 غلي ان لي ان آخذ أيهما شئت بعشرة دراهم الى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحسانا وكذا الاثواب الثلاثة وأما اذا كانت الاثواب أربعة (٥٢١) فالبيع فاسد والقياس أن يفسد البيع في الاثنين والثلاثة فسادا في

الاربعه لان المبيع أحد الاثواب غير معين فهو مجهول جهالة مفضية الى النزاع لتفاوتها في نفسها وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر والشافعي وجهما الله وجه الاستحسان انه في معنى ما ورد فيه الشرع وهو خيار الشرط فجاز الحاقه ببيان ذلك أن شرع خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن لاختار ما هو الاوفق له والارفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانها ربما يحتاج الى اختيار من يشق به (خبرته او اختياره من يشتره لاجله كما مر انه وبنته) والبايع لا يمكنه من الحل اليه الا بالبيع) فكان باعتبار الحاجة (في معنى ما ورد به الشرع) ولا نسلم ان

(قوله بعشرة دراهم الى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحسانا) أقول فيه انه ينبغي أن يزيد قوله ولي الخيار كما فعله المصنف فان المفهوم من كلامه توقيت خيار التعيين الا انه غيره الى هذا اشارة الى وجوب توقيت خيار التعيين اذا انفرد عن خيار الشرط كما سيجيء (قوله فهو مجهول جهالة مفضية الخ) أقول لو كان منسوخا لفضائها الى المنازعة فقط لم يحتج جواز

قال (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز وكذا الثلاثة فان كانت أربعة فالبيع فاسد) والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن لاختار ما هو الاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يشق به أو اختيار من يشتره لاجله ولا يمكنه البائع من الحل اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والردى فيها

وخياره فيهما باق كما كان كإلزامه باع عبدا واحدا 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 اذا قال بتمت عبدا من هذين بما تولى يد كقولك على انك بالخيار في أيهما شئت لا يجوز ان تقاها كقوله بعتك عبدا من عبيدي وان اشترى أحد أربع بعة لا يجوز (والقياس أن يفسد البيع في الكل) في أحد الاثنين والثلاثة كما يفسد في الاربع (وهو) أي القياس (قول زفر والشافعي وجهما لله وجه الاستحسان ان شرع الخيار في خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن لاختار ما هو الاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لان الانسان) قد يحتاج الى رأي غيره في اختيار المبيعات وهو ليس بحاضر وليس بحيث يحضر لعلوه أو لتحببها خصرا اذا كانت أهله لا ينبغي له أن يتركها تلج الاسواق وتتمارس الرجال لشراء حاجتها فيحتاج أن يدفع اليه العدم من ذلك النوع لاختار الاوفق (ولا يمكنه البائع من حمله اليه الا بميعافه) كان في معنى ما ورد به النص (فيجوز غير أن الحاجة تندفع بالثلاث لتحقق الجيد والردى والوسط فيها) فيندفع بحمل واحد من

العقد كالمعذور في حق الحكم فيما شرط فيه الخيار فلما انعقد العقد في حق الآخر ينقض بفسادها ابتداء وهذا يجوز في المدبر والمكاتب البيع ينقض في حق الحكم اذا لم يوجد في حقهما ما يمنع انعقاد العقد ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعهما بجوز ولكن لم يثبت الحكم صيانة لهما والصيانة تحصل بمجرد منع الحكم فلا ضرورة الى جعل العقد غير منقضي في حق الحكم واذا انعقد العقد في حقهما في حق الحكم كان العقد في حق القن كان انقسام الثمن في حالة البقاء عند فسخ العقد عليهما واذ لا يمنع الجواز كإلزام باع عبيدين وهلاك أحدهما قبل التسليم فان العقد يبق في الباقي بحسبه من الثمن (قوله والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع) كقولك بعتك منك أحد هذين الثوبين ولم يذ كر الخيار وكلو كانت الثياب أربعة واذ كر الخيار أولم يذ كر فان 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 بشرط الخيار لنفسه كان العقد فاسدا لجهالة المبيع فكذلك اذا شرط الخيار لان شرط الخيار يزيد في معنى الغرر ولا يزيله وجه الاستحسان أن هذه الجهالة لا تقضي الى المنازعة لانه شرط الخيار لنفسه وهو بحكم خياره يستبد بالتعيين فالجهالة لا تقضي الى المنازعة فلا تمنع صحة العقد كإلزامه فقير من الصبرة بخلاف ما اذا لم يشترط الخيار لنفسه فالجهالة هناك تقضي الى المنازعة وبخلاف ما اذا لم يسم عن كل ثوب لان هناك ثمن ما يتناوله العقد مجهول وانما فسد العقد بجهالة الثمن والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لان الانسان قد يشتري شيئا ليعياله ولا يجيبه استحباب العيال مع نفسه الى السوق والبائع لا يسمع من وده بالدفع اليه الا أن يتناوله والذي يجب عياله من هذا النوع لا يدرى ما هو فتمس الحاجة الى البيع على هذا الوجه (قوله فكان في معنى ما ورد به الشرع) وهو شرط الخيار ثلاثة أيام

(٦٦ - فتح القدير والكفاية) - خامس (البيع في الاربعه الى مرخص اذ ليس فيه هذه الجهالة فالاولى أن لا يقيد الجهالة به كما فعله المصنف وغيره) قوله أو اختيار من يشتره لاجله كما مر انه وبنته والبايع لا يمكنه من الحل اليه) أقول في غير اليه واجع الى من في قوله من يشتره

(الجهالة تغضي الى المنازعة) لانه ما اشترط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازع فكان علة جواز مكره من الحاجة وعدم كون الجهالة تغضي الى المنازعة فاما عدم المنازعة فانه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الاثواب ثلاثة أو أكثر وأما الحاجة فاما تحقق في الثلاثة لو جوا الجيد والوسط والردى وفيه الزائد يقع مكرراً غير محتاج اليه فالتفتي عنه جزء العلة والحكم لا يثبت الا بتمام العلة واعلم أن محمداً رحمه الله ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير وفي المأذون وقال وهو بالخيار ثلاثة أيام وذكر في الجامع الكبير وسكت عن ذلك وعلى ذلك اختلف المشايخ فيه فقال أكثرهم لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقام معلوماً ثلاثة أيام فسادونهم عند أبي حنيفة وزيادة على ذلك في قولهما وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وقال بعضهم يصح المدون لم يذ كر الزيادة وذ كر هافيهما ذ كر كان اتفاقاً لا قصداً وهو اختيار نجر الاسلام حجة الاولين ان جوازه بطريق الاطلاق موضع السنة فلا يصح بدونه وفيه نظر لان عدم انفكاك المحقق عن المحقق به ليس بشرط في الاطلاق كما أن القضاء والكفارة يحتاجان الى الاكل والشرب عامداً في رمضان من جماع مع النص وانما ورد به وحجة الاخرين ان خيار التعيين بما لا يتوقف فلا يتعلق جواز العقد بتلك (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 لافان 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 الزائد على الثلاثة عند أبي يوسف لانه أخذ بالقياس في قوله ان لم ينقد الثمن الى أربعة أيام فلا يصح بينهما أوجب بان قوله ان لم ينقد الثمن الى أربعة أيام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد في خيار الشرط وارداً فيه بخلاف خيار

والجهالة لا تغضي الى المنازعة في الثلاثة لتعيين من له الخيار وكذا في الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة 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 كر على هذا الاعتبار وفاقا لشرطه واذا لم يذ كر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار كل نوع من الثلاثة فلا تشرع الرخصة في الزائد لان شرع الرخصة للحاجة وقول المصنف (والجهالة لا تغضي الى المنازعة) جواب عن تعليق زفر والشافعي بها واذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة الى اختيار ما هو الارفق والأوفق لمن يقع الشراء له حاضر أو غائباً ظهر أنه لا يجوز للبايع بل يختص خيار التعيين بالمشتري لأن البائع لا حاجة له الى اختيار الأوفق والارفق لان المبيع كان معه قبل البيع وهو أدري بما لاعمه منه فيرد جانب البائع الى القياس فلهذا نص في المجرى على أنه لا يجوز في جانب البائع وذ كر الكرخي أنه يجوز استحساناً لانه يبيع بجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياساً 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) تصوراً على ما ذ كرناه ونسبها 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 اتفاقاً لا قصداً وصححه نجر 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 استحساناً

(قوله والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة) أي والرخصة انما تثبت شرعاً 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

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 لافان 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 الزائد على الثلاثة عند أبي يوسف لانه أخذ بالقياس في قوله ان لم ينقد الثمن الى أربعة أيام فلا يصح بينهما أوجب بان قوله ان لم ينقد الثمن الى أربعة أيام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد في خيار الشرط وارداً فيه بخلاف خيار

التعيين فانه من جنس خيار الشرط لان في كل منهما خياراً بغير حرف التعليق فكان الاثر الوارد في خيار الشرط وارداً 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 وقتاً معلوماً اشتراط خيار التعيين لا خيار الشرط على ما قرره العلامة الزيلعي في شرح الكنز فلا يرد النظر اذ يعود الضمير على هذا الى خيار التعيين (قوله وحجة الاخرين الى قوله ومعناه أن العقد الخ) أقول كقولنا ثبت هذا الخيار بسبب الاختلاط كذا في الذخيرة والمحيط البرهاني وهذا هو الوجه وأما ما ذ كره الشارح فغفله بين فان التوقيت المذ كر فيهما اجتماع فيه الخياران توقيتاً لهما اولهنا استدلالاً 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 بالفرق فتأمل ثم أقول محصل كلام الشارح أنه يبقى خيار التعيين بعد انقضاء مدة خيار الشرط اذا كان محاملاً على ما كان قبله اذ لم يعين المشتري أحدهما فظهر أنه ينقل عن خيار الشرط فليتامل

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 والآخر أمانة والاول تجوز واستعارة

بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه ولا يخفى ضعف هذا الكلام فإنه يقتضي أن شرط الالحاق بالدلالة أن يكون في محل الصورة المحققة الصورة الثابتة بالعبارة وكان يلزم أن لا يصح المبيع بخيار التقيد الا في بيع فيه خيار الشرط لأن صحة البيع على أنه لم يتقيد الثمن الى ثلاثة أيام فلا يصح مما أثبت بدلالة نص خيار الشرط ولا يعلم اشتراط ذلك غير أنهم ما ن تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه وهو جواز أن يرد كلام من الثوبين الى 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 الى 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 بجمال غيره فماله يطلب شريكه لقسمته لم يعين عليه ولا يقوت وقته وان لم يتراضيا على خيار الشرط مع له باليمن توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة كفي خيار الشرط لأنه أصله وعندهما أي مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة وعلى هذا يجب أنه اذا كان فيه خيار الشرط فضت المدة حتى انبرم في أحدهما ولزم التعيين أن يتقيد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت وحينئذ فإطلاق 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 التقيد أخذ بالقياس ولم يقصر في خيار التعيين عليها أوجب بأن في خيار التقيد تعليقا صريحا بأداة الشرط فلا يكون الوارد في خيار الشرط واردا فيه بخلاف خيار التعيين ليس في صريح التعليق فكان في معناه وهذا يوجب ان أخذه في خيار التقيد بالثلاثة بأثر لابن عمر في موقفي الزائد بالقياس وأثر ابن

(قال المصنف والاول تجوز واستعارة) أقول ويجوز

قال نفر الاسلام رحمه الله في الجامع الصغير والصحيح عندنا أنه ليس بشرط وذلك في القوائد الظهيرة فعلى قول هذا القائل اذا لم بشرط خيار الشرط يلزم العقد في أحدهما حتى لا يردهما وعلى قول الكرخي رحمه الله أن يردهما إلا عنده هذا الخيار بمنزلة خيار الشرط وقال أكثر المشايخ لا يصح العقد ما لم بشرط الخيار لنفسه أو قداما لثلاثة 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 وانما جاز استحسانا بطريق الالحاق بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه فان شرط ذلك يثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين فان ردهما بخيار الشرط في الايام الثلاثة أو رد أحدهما بخيار التعيين كان له ذلك واذا مضت الايام الثلاثة يبطل خيار الشرط فلا يملك ردهما ويبقى له خيار التعيين فيرد أحدهما وان مات المشتري في الايام الثلاثة يبطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين فلا يردهما الوارث وله أن يرد أحدهما وذلك في الذخيرة هذا اذا حصل البيع بشرط خيار التعيين للمشتري فان حصل البيع بشرط خيار التعيين للبائع بان قال البائع بعثك أحدهما والثوبين على أي بالخيار عين المبيع في أحدهما دون الآخر لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة لافي بيوع الاصل ولا في الجامع الصغير وذلك الكرخي رحمه الله في مختصره أنه يجوز استحسانا قالوا واليه أشار في المأذون لأن هذا يصح بجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على خيار الشرط وذلك في المجرى لأنه لا يجوز أن هذا البيع مع خيار المشتري انما يجوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة الى اختيار ما هو الارفق بحضرة من يقع الشراء له وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع لأنه لا حاجة الى اختيار الارفق لأن المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البائع الى ما يقتضيه القياس (قوله) وبمدة معلومة أيها

ولو هلك أحدهما أو تعيب لزوم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة) حتى إذا هلك الآخر بعد هلاك الأول أو تعيب لا يلزم عليه من قيمته شيء وهذا
لان المعيب يمنع الرد لان رده انما (٥٢٤) يكون اذا لم يتعين مبيعاً وهو في دعواه ذلك منهم فكان التعيب اختياراً لدلالة فان قيل

ولو هلك أحدهما أو تعيب لزوم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة لا ممتنع الرد بالتعيب ولو هلك كاجتماعهما
يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة 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 يرو عن أحد من الصحابة خلافه الا أنه لا يطابق قول المصنف في مسألة
خيار النقد فيما تقدم فأبو يوسف رحمه الله أخذ في الاصل بالانزوي هذا بالقياس (قوله ولو هلك أحدهما
أو تعيب لزوم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة لا ممتنع الرد بالتعيب) علله المصنف بامتناع الرد بالتعيب
فيعرف منه أن هذا اذا كان بعد أن قبضه مالاً ممتنع رده بسبب العيب الذي حدث فيه عنده وتقدم
أن الهالك لا يعرى عن مقدمه تعيب فلو هلك الآخر بعده هلك بغير شيء لانه تعين انه 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 (لزوم نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع
والأمانة) فليس أحدهما أولى بكونه المبيع من الآخر وكذا اذا هلك كل على التعاقب ولم يدر السابق منهما
وأثر هذا انما يظهر اذا كان بينهما متفاوت الكمية فان كانا متفقين فلا وكذا اذا هلك كل على التعاقب فاختلفا
في الهالك أو لا فادعى البائع انه أكثرهما ثمنا وقال المشتري الاقل فان القول قول المشتري مع يمينه على
ما استقر عليه قول أبي يوسف ومحمد وكان أبو يوسف يقول أو لا يتخالفان فاهم مانسك لزوم دعوى الآخر
وان حلفا يجعل كأنهما هلك كما عاثر رجوع الى ما ذكرنا من قول محمد وأبي ما بين قبل فان أقامها قضى بينة
البائع لاتبانها الزيادة ولو تعيبا مع 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 لزوم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة لا ممتنع
الرد بالتعيب) فان قيل اذا طلق أحدي امرأته ثم ماتت احدهما فتعينت الباقية للطلاق دون الهالكة 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 فلانه يملك على ملكه حيث يتعين الباقي للرد وفي الطلاق كذلك ثم الهالك على ملكه
حتى تتعين الباقية للطلاق فكان الطلاق هناك بمنزلة الرد هنا لأن الصحيح أن بينهما فرقا وهو أن العبد لما
أشرف على الهالك خرج من أن يكون محل للرد لانه مجز عن ردهما شترى كما شترى فتعين العتق فيه وتعين
الباقي للرد ضرورة وأمافي الطلاق فان المرأة حين أشرفت على الهالك لا تبقى محل وقوع الطلاق ولو وقع
الطلاق عليها انما يقع بعد الموت والطلاق لا يقع بعد الموت فتعين الباقية للطلاق وهذا بخلاف ما اذا شترى كل
واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك أحدهما عنده فانه لا يرد الباقي لان العقد تناو لهما جميعا
الآثرى أنه يملك تمام العقد فيهما بعدما تعذر عليه ردهما الا انه يمكن من رد الاخر لاقبسه من تفريق
الصفقة على البائع قبل التمام وههنا العقد تناو ل أحدهما الا يرى أنه لا يملك تمام العقد فيهما بعدما 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 الهالك أوجب 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 أحدي
امراتيه أو أعتق أحد
عبيده فماتت احدهما
فان الباقية تتعين للطلاق
دون الهالكة وكذلك في
العتاق أوجب بان المرأة
اذا أشرفت على الهالك
خرجت عن محليته وتوقع
الطلاق فتعينت الباقية
لذلك والشوب اذا أشرف
عليه خرج عن محليته الرد
لتعيينه فتعين لكونه مبيعا
ولو هلك كاجتماعهما نصف
ثمن كل واحد منهما لعدم
أولوية أحدهما لكونه مبيعا
فشاع البيع والأمانة فيهما
وأما اذا ذكر خيار الشرط
فيثبت له خيار الشرط وخيار
التعيين لا يتوقف على الأيام
فله أن ردهما بخيار الشرط
في الأيام الثلاثة لانه أمين في
أن يكون على حذف
المضاف والقرينة القرينة

ولو (قوله فكان التعيب اختياراً لدلالة) أقول فيه يحتمل (قوله لانه لم يقبض الآخر ليشره الخ) أقول
أي ليستندم اشتراءه فان مقصوده استدامة اشتراء أحدهما وقد تعين ذلك الاحد بالتعيب فيبقى الآخر أمانة أقول أوجب بان المرأة اذا اشرفت
على الهالك خرجت عن محليته وتوقع الطلاق) أقول فيه نامل فان خرجها عن محليته وتوقع الطلاق بالاشراف على الهالك غير مسلم

أحدهما فبرده بحكم الأمانة وفي الآخر مشتق شرط الخيار لنفسه فيمكن من رده فأما مضت الأيام بطل خيار الشرط فلا يملك رده ما بقي له
 خيار التعيين فبرده أحدهما وان اختار أحدهما الزمة ثمه لأنه عين المبيع فيه ولزمة وكان في الآخر أمينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن ولو مات
 المشتري في الأيام الثلاثة بطل خيار الشرط وبقي الوارث خيار التعيين فله أن يرد أحدهما أما بطلان خيار الشرط فإما تقدم من أنه لا يورث
 وأما بقاء خيار التعيين فلاختلافه ملكه بملك الغير فان قيل هل العموم قوله من له الخيار فائدة قلت كانه إشارة الى أن خيار التعيين قد يكون للبائع
 فان الكرخي ذكر في مختصره أنه يجوز استحسانا قالوا واليه أشار محمد في المأذون لان هذا (٥٢٥) يسع يجوز مع خيار المشتري فيجوز

مع خيار البيع قياسا على
 خيار الشرط وذ كرفي المجرى
 أنه لا يجوز لان هذا البيع
 مع خيار المشتري انما يجوز
 بخلاف القياس باعتبار
 الحاجة الى اختيار ما هو
 الارفق بحضرة من يقع
 الشراء له وهذا المعنى
 لا يتأتى في جانب البائع لانه
 لا حاجة له الى اختيار الارفق
 اذا المبيع كان معه قبل
 البيع فبرده جانب البائع
 الى مقتضى القياس ولم
 يذكره محمد في بيوع
 الاصل ولا في الجامع الصغير
 وتبين مما ذكرنا أن
 المبيع أحد الثوبين
 والاخر أمانة والتركيب
 الدال على ذلك حقيقة تومس
 اشترى أحد الثوبين وقد
 اختلف نسخ الجامع الصغير
 كما ذكره المصنف ففي
 بعضها اشترى أحد الثوبين
 ولا يحتاج الى معذرة وفي
 بعضها ثوبين وهو تجاوزاً ثبتها
 نفي الاسلام وقال في وجه
 المجازات كل واحد منهما
 لما حصل أن يكون مبيعا

ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لان الباقي خيار
 التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقف في حق الوارث وأما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل قال
 أهم ما شاء بثمنه ويرد الآخر ولا يعرّم من قيمة المردود شيئا استحسانا لان المبيع محل لا ابتداء البيع أيضا
 بخلاف الهالك ليس محلا لابتداءه فليس محلا لتعيينه ولو كان البيع فاسدا فقبضهما فاحدهما مضمون عليه
 بالقيمة والاخر أمانة ولو ما تاجمعا ضمن نصف قيمة كل منهما بخلاف البيع الصحيح فإنه يضمن نصف ثمن كل
 فان قيل من أين يتعين المبيع دون الأمانة وأحدهما لا على التعيين مبيع كان أحدهما لا على التعيين
 أمانة وامتناع الرد للمعيب المعامل به فرع اعتبار أنه هو المبيع وفيه التحكم اذا اعتبر أنه المبيع ليس باولى 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 فباستحباب الحال فان قيل لم يضمن الآخر اذا
 هلك ثانيه باعتبار أنه مقبوض على سوم الشراء الجواب يمنع أنه كذلك بل المقبوض كل منهما على حقيقة
 الشراء لا أحدهما وليس هنا شيء على سوم الشراء لان ما على سوم الشراء لا يجوز فيه عقد بل تعين الثمن فقط
 وهنا تجزئ تمام العقد فلزم بالضرورة ان قبض العينين على أن أحدهما غير عين مبيعا وأحدهما غير عين
 أمانة فاذا فرض وجود ما عين المبيع منهما من الاسباب تعين الآخر للأمانة فان قيل لا شيء انعكس حكم
 طلاق احدى الزوجتين وعق أحد العبدتين هنا حيث يتعين للطلاق والعناق الباقي لا الهالك وهنا يتعين
 الهالك للبيع أجاب على القمى بأنه لا فرق في الحاصل لان الهالك يهلك على ملكه في المسائل كلها غير أنه اذا
 هلك كل من الزوجة والعبد على ملكه تعين الباقي بالضرورة للطلاق والعناق فاذا 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 الاحداث بين المعينات فلا بد من الفرق
 وهو أن العبد هنا ما أسرف على الهالك خرج من أن يكون محلا لرد بالوجه الذي قلناه من المخالفات فتعين
 العقد فيه بتعين الباقي للضرورة وحين أسرفت الزوجة والعبد على الهالك لم يخرج جاعن كونهما محلا للطلاق
 والعناق وهو التصرف فتعين الباقي لهما ضرورة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه
 بالخيار ثلاثة أيام فهلك أحدهما فإنه يتمتع عليه برد الآخر لان العقد تناولا لهما جميعا حتى ملك اتمام العقد
 فيهما فاذا تعذر عليه ردهما لا يتم من رد الآخر لانه من تفرق الصفقة على البائع قبل التمام وهنا

هالك على التعاقب تعين الاول للبيع فيجب تمام ثمنه وتعين الباقي للأمانة فلا يجب من ثمنه شيء وأما لو هلك
 فعليه نصف ثمن كل واحد منهما متقفا كان الثمن أو مختلفا لان كل واحد منهما ليس باولى من الآخر
 بكونه مبيعا وكذلك لو هلك 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 كقوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان أضاف الخروج اليهما وان
 كان يخرج من أحدهما

(قوله) وأما اذا ذكر خيار الشرط) أقول معطوف على ما تقدم في هذا القول بنصف ورقة تخمينا وهو قوله فان لم يذ كر فلا بد من توقيت
 خيار التعيين بالثالث (قال المصنف لان الباقي خيار التعيين للاختلاط) أقول يعني لا للشرط ولهذا لا يتوقف في حق الوارث الخ فقوله ولهذا
 ايضا لكون الباقي خيار التعيين الذي شرط من له الخيار بل خيار ابتداء كما سبق ولهذا لا يتوقف وهذا ظاهر للمتأمل فلا وجه لما قاله
 الاقناع

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

الجوار للخيار والاشترى فواضع على
لا يدفع ضرر الجوار في دار
يريد ردها قال شمس الأئمة
أما وجوب الشفعة
للمشتري فواضع على
مذهبهما لأنه مال للدار
المبيعة وأما عند أبي حنيفة
فلأنه صار أحق بالتصرف
فيها وذلك يكفي لاستحقاق
الشفعة بها كالمأذون
المستغرق بالدين والمكاتب
إذا بيعت دار بجنب دارهما
فإنهما يستحقان الشفعة
وان لم يملكا رقبته دارهما
بخلاف ما إذا كان الخيار
للبيع لأن المشتري لم يصرف
أحق بالتصرف فيها ولو
اشترى دار لم يرها فيبيعت
بجنيها دار أخرى فأخذ بالشفعة
لم يسقط خيار الرؤية لأنه لم
يسقط بصريح الإسقاط
بدون الرؤية فكذلك بدلته
وسياتي قال (وإذا اشترى
الرجلان عبدا على أنهما
بالخيار ثلاثة أيام فرضي
أحدهما دون الآخر

(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 فيضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت المالك من وقت الشراء فيثبت أن الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه المذهب أبي حنيفة خاصة قال (وإذا اشترى الرجلان عبدا على أنهما بالخيار فرضي أحدهما

العقد انما يتناول أحدهما حتى لا يملك تمام العقد فيهما (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 واستدما من هذا أن من اشترى دارا بالخيار له أن يشفع بها فيما يبيع بجنيها لأن له الاجازة والرضا والشفعة بها رضاه لانها تدل على اختياره للمالك فيما يشفع به (لأنه) أي الشأن (ما ثبتت) الشفعة (الادفع ضرر الجوار) وذلك أي ضرر الجوار يحصل (باستدامة) المالك فيشفع دل على أنه مستقيم للمالك فيضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت المالك من وقت الشراء فيثبت أن الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه المذهب أبي حنيفة خاصة) لأنه القائل بان المشتري بالخيار للمشتري لا يدخل في ملك المشتري فلا يشفع بها وقد قال يشفع بها فاحتاج إلى جعله فعلا فيقيد الرضا بالبيع فينبرم البيع فيثبت المالك من وقت عقد الخيار فيكون سابقا على شراء ما فيه الشفعة أما على قولهما فلا حاجة لأنهما قائلان بان المشتري بالخيار ملكها فتجبه له الشفعة بها ولو وجه أنها أيضا يحتاجان إلى زيادة ضمنية لأن المالك وان كان ثابتا عندهما فله رفعه فهو منزل والشفعة لا تدفع الضرر المستمر فحين شفع 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 وان لم يملكا رقبته الدار بخلاف ما إذا كان الخيار للبايع فان المشتري هنالك لم يصرف أحق بالتصرف فيها ولو اعتبر المأذون والمكاتب كولو كيل عن السيد في الحال كان حسننا 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 يردّها بعد ما شفع بها وسياتي أنه لو أسقط خيار الرؤية صرح بالإسقاط لأنه معلق بالرؤية فقبلها هو عدم حقيقة قولنا ثبت له خيار الرؤية أنه إذا رآها ثبت له خيار الرؤية وكذلك يبطل خيار العيب بالأخذ بالشفعة به (قوله وإذا اشترى الرجلان عبدا) مثلا (على أنهما بالخيار ورضي أحدهما بالبيع) بطل خيار

أيهما شاء (قوله فتبين أن الجواز كان ثابتا) فان قيل لو كان هذا بطريق الاستناد لصح الأخذ بالشفعة للمشتري إذا كان الخيار للبايع قلنا المشتري بشرط الخيار له ولاية اثبات المالك باجازه البيع ولا يتوقف على فعل غيره ولا كذلك إذا كان الخيار للبايع واعتبره بالاعتناق فانه ينفذ من المشتري إذا كان الخيار له وإذا كان للبايع لا ينفذ باعتناق المشتري وان أجاز البيع وذكر الامام شمس الأئمة السر خسر رجحه الله أما وجوب الشفعة للمشتري فواضع على مذهبهما لأنه مال للدار المبيعة وأما عند أبي حنيفة رجحه الله

قال المصنف (ومن اشترى دارا إلى قوله إلى اختياره المالك) أقول لا يخفى عليك أن

اللازم من هذا الدليل سقوط الخيار لطلب الشفعة بدون أخذها فإلتئام
والظاهر أن المراد بالأخذ القرب منه بطلبه (قال المصنف فيثبت المالك من وقت الشراء) أقول انما قال من وقت الشراء اذ لا يخرج لاثبات 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 يخفى عليك أن بين سقوط الخيار ونبوت المالك من وقت الشراء تناقيا لأن سقوط الخيار يكون بعد ثبوته وثبوته لا يجتمع المالك عند أبي حنيفة الخ

فليس

فليس للاخر ان يردده عند أبي حنيفة رحمه الله وقاله ان يردده) وكذا اذا اشترى ياء ورزى أحدهما بعيب فيه وكذا لو اشترى ياء ولم يردده
 رأياه (لهما ان اثبات الخيار لهما اثبات الخيار لكل واحد منهما) وكل ما هو ثابت لكل واحد منهما لا يسقط باسقاط صاحبه لمساقيه من ابطال
 حقه وفيه نظر لاننا نسلم ان اثبات الخيار لهما ما اثبات لكل واحد منهما الا ترى ان من وكل وكيلين أثبت الوكالة لهما وليس لاحدهما ان
 يتصرف دون الآخر وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فان البائع قبل البيع
 كان متمكنا من الانتفاع متى شاء وبعده اذ ارد بالبعث لا يمكن الامهاتاة والخيار يثبت (٥٢٧) نظر ان هوله 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
 ايجاد شرط الرد كان دون
 الاول فان الضرر والحاصل
 من الغير أقطع وأجرح
 من الحاصل من نفسه فان
 قيل بوجه منهما رضاه لعيب
 التبعض أوجب بأنه ان سلم
 فهو رضاه في ملكهما الا 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 يردده بحكم خياره
 لكن هذا العيب بعرض
 الزوال المساعدة الاخر على
 الرد فاذا امتنع ظهر عماله
 قوله وليس من ضرورة
 اثبات الخيار جواب
 لهما وتقرره ان اثبات
 الخيار لهما ليس عين
 الرضا برد أحدهما وهو
 ظاهر ولا الرضا برد أحدهما
 لازم من لوازم اثبات

فليس للاخر ان يردده عند أبي حنيفة وقاله ان يردده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما
 ان اثبات الخيار لهما ما اثبات لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لمساقيه من ابطال حقه وله ان
 المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلورده أحدهما دون الآخر لم يكن للاخر حقه
 ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما التصور اجتماعهما على الرد

الاخر (فليس له أن يردده عند أبي حنيفة رحمه الله وقاله ان يردده وعلى هذا الخلاف خيار العيب
 والرؤية) بان اشترى الرجلان شيئا فاطع على عيب فرضى به أحدهما دون الآخر لم يكن للاخر حقه
 عنده وعنددهما ذلك أو اشترى ياء ولم يرددهما دون الآخر (لهما ان اثبات
 الخيار لهما ما اثبات لكل واحد منهما فلا يسقط حقه باسقاط صاحبه) حقه (وله ان المبيع خرج عن ملكه
 غير معيب بعيب الشركة فلورده أحدهما رضاه وعيبه وفيه الزام ضرر زائد) فان البائع كان بحيث ينتفع
 به متى شاء كيف شاء فصار بحيث لا يقدر على ذلك الا بطريق المهاتاة والخيار ما شرع لدفع الضرر عن
 أحدهما بالخيار 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 أوجب 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 أوجب عنه المنصف بقوله (وليس من ضرورة) الى آخره
 يعني لا يلزم من كونه شرطه لهما أن يكون راضيا بفسخ أحدهما لجزاؤه لانه رضاه بفسخهما فاذا جاز هذا

فلانه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة فيها كالمذون المستغرق بالدين والمكاتب اذا
 بيعت دار يجب دارهما فانها ما يستحقان الشفعة فيها وان لم يملك دارهما وهذا بخلاف ما اذا كان الخيار
 للبائع فالمشتري هناك لم يصر أحق بالتصرف فيها وذكر الامام الترمذى رحمه الله اشترى دارا ثم بيعت
 دار بجزءها فطالب شفعته لم يبطل خياره وهو المختار من الرؤية بخلاف خيار الشرط لان دليل الرضاء معتبر
 بصرح 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 الرجلان شيئا فاطع على عيب
 بعيب فيه وكذلك خيار الرؤية بان اشترى ياء لم يرددهما رأياه فاد أحدهما ان يرددهما ان يرددهما
 وعنددهما له ذلك (قوله فلورده أحدهما معيبه) لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب وذلك لان البائع
 يتقدر الرد لا يتمكن من الانتفاع به الا بطريق التهاؤ وكان قبل البيع متمكنا من الانتفاع متى شاء فان قيل
 البائع رضى بالتبعض لما باعه منهما قلنا انما رضى في ملكهما الا في ملك نفسه ولا يقال ان هذا العيب حدث
 في يد البائع لان تفرق الملك ثبت بالعقد قبل القبض لاننا نقول انه وان حدث في ملك البائع لكن انما حدث
 بفعل المشتري والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البائع لم يكن له أن يردده بحكم خياره الا ان هذا العيب

قال المصنف (فليس للاخر ان يردده عند أبي حنيفة الخ) أقول لقائل أن يقول لم يذهب أبو حنيفة أنه اذا رد أحدهما فليس للاخر ان يرد
 وما الذي يترجم به جهة الرضاء على الرد (قوله وفيه نظر لاننا نسلم ان اثبات الخيار لهما) الخ أقول ولت 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 لاحدهما أن يتصرف دون الآخر) أقول فيه
 أن ذلك أيضا لمساقيه 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 فلان نسلم انه بالعقد قبل بفعل المشتري (قوله ليس له أن يردده
 الخ) أقول يعني وكذا لو ارد اذا كان الرد موجبا للعيب

الخيار لهما لتصور الانقضاء بتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضا برأيهما قال (ومن باع عبدا على أنه خيار أو كاتب) رجل اشترى عبدا على أنه خيار أو كاتب فكان بخلافه بان لم يعلم من الخبر والكتابة ما يسمى به الفاعل خيارا أو كاتباً فهو بالخيار بين أخذه بجميع الثمن ويزوده اذ لم يمتنع الرديسبب من الأسباب فان امتنع بذلك رجح المشتري على البائع بمحضته من الثمن في نفاذ الرواية يقوم العبد كاتباً أو خياراً على أدنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بمطلق الشرط لانها يفتى في ذلك كما في وصف السلامة المستحق بمطلق العقد ويقوم غير كاتب وخياراً في نظر الرديسبب تفاوت (٥٢٨) ما بينهما في رجح عليه بذلك أمارده فلا ن 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 يوجب التخيير لانه ما رضى به دونه

كان هو الظاهر والظاهر أن التصرف من العاقل اذا احتمل كلاً 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 بل 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 اجراء لانه في ضمن ملك العين وهذا الشرط حاصله شرط وصف مرغوب فيه في المبيع ولو كان موجوداً فيه دخل في العقد وكان من مقتضياته فكان شرطه اذ لم يكن فيه غير صحيح الاصل في اشتراط الاوصاف ان ما كان وصفاً لا غير فیه هذا يتفرع عما لو باع غرر لا يجوز الا أن يكون اشتراطه بمعنى البراءة من وجوده وهو ليس مرغوباً فيه فعلى هذا يتفرع عما لو باع ناقة أو شاة على أنها حامل أو تحلب كذا فالبيع فاسد عندنا بخلاف الشافعي على الاصح عنده لانه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها حتى لو شرط انها حلوب جاز كما اذا شرط في الفرس انه هملاج وفي الكلب أنه صائد حيث يصح ومنه شرط كونه ذكراً أو أنثى وشرط كون الثمن مكفولاً به أموالاً واشترى جارية على أنها حامل فاختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز كالثاقفة والشاة وقيل يجوز لان الحمل في الجوارى عيب بخلاف البهائم فكان ذكره للبراءة عن هذا العيب وقيل ان اشتراها ليتخذها طيراً فشرط انها حامل يعني ذكره كغرضه ذلك للبائع فالبيع فاسد لانه شرط زيادة مجهولة في وجودها عرفاً فكانت كالثاقفة وان لم يرد ذلك جازحاً لقصد البراءة من عيب الحمل ومنه لو اشتراه على أنه معيب فوجده سليماً صح وكان له هذا ومذهب الحسن عن أبي حنيفة في شرط الحمل في البقر والجارية أنه يجوز وي ابن سماعة عن محمد في اشتراط أنما حلوبية لا يجوز

بعرض الزوال بان يساعده الاخر على الرد فاذا انعدم ذلك ظهر عيبه في المنع من الرد ولا معنى لما قال ان في امتناع الرد ضرراً على الزاد لان هذا ضرر يلحقه بمجرد عن اتحاد شرط الرد لا يتصرف 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 ریح أو ولدوان الولدحى أو ميت والمجهول اذا ضم الى المعلوم يصير الكل مجهولاً 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 شرطاً مفسداً 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 لامن قبيل بيان الشرط لان هذا وصف مرغوب فيه ولعرفته سبيل للبائع كما اذا اشترى فرساً على أنه

ليس يترغوب فيه كما اذا باع على انه أعور فاذا هو سليم فنه لا يوجب الخيار وكل ما هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد بالشرط لانه لرجوعه الى صفة الثمن أو الثمن كان ملائماً للعقد ألا ترى انه لو كان موجوداً في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر فلا يكون مفسداً ونوقض بما اذا باع شاة على أنها حامل أو على أنها تحلب كذا فان البيع فيه وفي أمثاله فاسد والوصف مرغوب فيه وأوجب بان ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وضم المعلوم الى المجهول يصير الكل مجهولاً وهذا الوصف شرط انها حلوب أو لبون لا يفسد لكونه وصفاً مرغوباً فيه ذكره الطحاوي سلمناه لكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله ولا الى معرفته سبيل بخلاف ما نحن فيه فان له أن يأمره بالخبر والكتابة فيظهر حاله وأمانتفاخ البطن ففسد

يكون من ریح وعلى تقدير كونه ولداً لان العلم بحياته وموته ولا سبيل الى معرفته واذا ثبت ذلك فقواته يوجب التخيير وهذا لان المشتري ما رضى بالمبيع دون ذلك الوصف فيختير ولا يفسد العقد لان هذا الاختلاف أي الذي يكون من حيث فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع الى اختلاف النوع لعله التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما اذا اشترى شاة على أنها حلبة فاذا حمل فصار الاصل ان الاختلاف الحاصل بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الفاحش في الاغراض كان راجعاً الى الجنس كما اذا باع عبداً فاذا هي جارية ويفسد به العقدة ان كان مما لا يوجبها كان راجعاً الى النوع كذا كرنا من المثال فلا يفسده ولكنه يوجب التخيير لقوات وصف

(قوله سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البائع الخ) أقول لا يظهر فائدة هذا القيد فليستأمل

وهذا يرجع الى اختلاف النوع اقله التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعده بمنزلة وصف الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كغوات وصف السلامة واذا أخذها بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

لان المشروط هنا أصل من وجه وهو اللبن 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 سبيراناً قاصاً في الوضع أو يخبز قدر ما يدفع عنه الهلاك باكله واذا لم يجده كذا كروا متنع الرد بسبب من الاسباب ورجع 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 والحجج ما في ظاهر الرواية وبه قال الشافعي لان البائع يجوز 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 نسي 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 لا يطالع عليه الرجال حجة اذا تابت بمؤيد وان لم تتايد تعتبر في ثبوت توجه الخصومة لاني الزام الخصم اذا عرف هذا فاذا اختلفا قبل القبض أو بعده فقال المشتري ليس بهذا 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 ما ونسى 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 يربها النساء فان قلن بكر لزم المشتري بلائمين البائع لان شهادتهن تايدهن هنا بمؤيد لان الاصل البكارة وان قلن ثيب لم يثبت حق القسح بشهادتهن لان القسح حق قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتايد بمؤيد لكن يثبت حق الخصومة

السلامة وأما أخذها بجميع الثمن فلان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد تدخل من غير ذلك على ما عرف فيما تقدم والله أعلم

هـ علاج أو كبا على أنه صائده فانه يجوز كذا ههنا وحاصله أن هذا الوصف لما كان وصفاً مراعياً وباقيه واعرفته سبيل بان يامر به بالخبر والكتابة كان هذا الوصف من بيان وصف البيع بانه على هذا الوصف المرغوب لا على وجه الشرط فكان ذلك الوصف على هذا التقدير ولو كان شرطاً مما يقتضيه العقد لان العقد يقتضى أن يكون المبيع والتمن معلوماً بماله من الاوصاف وذكر الشرط اذا كان مما يقتضيه العقد لا يفسد البيع على ما يأتي تفصيل الشروط 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 الفاعل به كاتباً أو خبازاً كان للمشتري الرد فان امتنع الرد بسبب من الاسباب ورجع المشتري على البائع بحصته من الثمن لانه فات عليه شرط مرغوب فيه فيقوم العبد كاتباً أو خبازاً عن 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 وجهها 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 ولا يمكن ما ذكر في ظاهر الرواية أصح واذا اشترى جارية من غير شرط طبخ ولا خبز وهي تحسن ذلك فتمسكت في يد البائع ودهالان الجارية بالعقد صارت مستحقة على الصفة الموجودة وصار الاستحقاق بحكم الوجود كالأستحقاق بحكم الشرط (قوله بمنزلة الذكورة والانوثة في الحيوانات) مثل الفرس والبقرة والغنم بخلاف الانوثة والذكورة في بني آدم فانهم تورث فيهم اختلاف الجنس لفسح التفاوت

*** (باب خيار الرؤية) ***

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه أقوى منه إذ 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 وصغته كذا أو الفرة التي في كمي هذه وصغتها كذا أو لم يذكر الصغته أو يقول بعث منك هذه الجارية المنتقبة فانه جائز عندنا وله الخيار إذا رآه وعند الشافعي لا يجوز وكذا العيب الغائب المشار إلى 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 أولى مكانه شرط جواز سبها بالاجماع كلام فتأمل

*** (باب خيار الرؤية) ***

قال (ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز وله الخيار إذا رآه ان شاء أخذه) بجميع الثمن (وان شاء رده)

لتوجهه اليمن 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 يثبت له الخيار 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 اليمن على البائع فتلزم الجارية على المشتري الى أن يحضر من النساء من يوثق بهن ولو قال بعثتها وسلمتها اليك وهي بكر وزالت بكارها في يدك فالقول قوله لان الاصل هي البكارة ولا يبرها القاضي النساء لان البائع مقر بزوال البكارة وانما يقول زالت في يدك واعلم انه اذا شرط في البيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيع فاسداً وتارة يستمر على الصحيح ويثبت للمشتري الخيار وتارة يستمر صحيحاً ولا خيار للمشتري وهو ما اذا وجده غيراً مما شرطه وضابطه ان كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والنياب اجناس أعنى الهروي والاسكندري والمصري والحكاني والعقطن والذكري مع الانثى في بنى آدم جنسان وفي سائر الحيوانات جنس واحد والضابط فحس التفاوت في الاغراض وعدمه فان اشترى ثوباً على انه اسكندري فوجده بلدياً أو هندياً فوجده مصرياً أو كان فوجده قطنياً أو أبيض مصبوغاً بعصفر فاذا هو بزعفران أو داراً على أن يبنها آجر فاذا هو لبن أو على أن يبنها ولا تخل فيها فاذا فيها بناء أو تخل أو أرفصا على أن يجمع أشجارها مغمرة فوجد واحدة غير مغمرة أو على انه عبد فاذا هو جارية أو فصاعلى أنه باقوت فاذا هو زجاج فهو فاسد في جميع ذلك ولو اشترى جارية على انها مولودة الكوفة فاذا هي مولودة بغداد أو غلام على انه تاجر أو كاتب فاذا هو لا يحسنه أو على انه فحل فاذا هو خصي أو عكسه أو انها بغلة فاذا هو بغل أو ناقه فكان جملاً 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 رتقاء أو حبلية أو ثيب فاذا هي بخلافه جاز ولا خيار له لانه صفة أفضل من الصفة المشروطة وينبغي في مسألة البعير والناقه أن يكون في العرب وأهل البوادي الذين يطالبون الدر والنسل أما أهل المدن والمكاريبة فالبيع 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 إذا رآه ان شاء أخذه بجميع الثمن (وان شاء رده) سواء رآه على الصغته التي وصفت له أو على خلافها مثل أن يشتري جراباً فيه أبواب هرورية أو ز يتاني زق أو حنطة في غرارة من غير أن يرى شيئاً ومنه أن يقول بعثك درة في كمي صغتها كذا أو ثوباً في كمي صغته كذا أو هذه الجارية وهي حاضرة منتقبة فله الخيار إذا رأى 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 الخطاب يقتضي جواز البيع سواء مسمى جنس المبيع أو لا سواء أشار الى مكانه أو اليه وهو حاضر مستورا ولا مثل أن يقول بعث منك ماني كمي بل عامة

*** (باب خيار الرؤية) ***

(قوله) ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز إذا اشترى الرجل ز يتاني زق أو براني جوالق أو درة في حقة أو ثوباً في كمي واتفق على أنه موجود في ملكه ولم ير المشتري شيئاً من ذلك صح البيع عندنا وله الخيار إذا رآه ان شاء أخذه وان شاء رده قال الشافعي رحمه الله لا يصح العقد لانه اشترى شيئاً مجهولاً فصار كمن باع عبداً من

(ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا من ثوبه الخيار 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 بمشترى لاجتماعه على ان

المشترى اذا كان قد رآه
فالعقد جائز وان لم يكن
حاضرا عند العقد قلنا بل
المسراد 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
فاستجيبها فاشترى بها
فاسلمها اليه فقال عليه
الصلاة والسلام لا تبع
ما ليس عندك وقد اجمعنا
على انه لو باع عين امرئ شيئا
فملكه ثم ملكه فلم يجز
وذلك دليل واضح على ان
المسراد به ما ليس في ملكه
والمعقول وهو ان الجهالة
بعدم الرؤية لا تغضى الى
المنازعة مع وجود الخيار
فانه اذا لم يوافق رده ولا
تراجع ثمة يقتضى خياره
وانما افضت اليها لو قلنا
بانبرام العقد ولم نقل به
فصار ذلك كجهالة الوصف
في المعائن المشار اليه بان
اشترى ثوبا مشار اليه فغير
معلوم عدد ذرعاؤه فانه
يجوز لكونه معلوم العين
وان كان ثمة جهالة لكونها
لا تغضى الى المنازعة
وعورض بان البيع نوعان
يبع 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 الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تغضى الى 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 قولا
واحدا انه لا يجوز وأما فيما سمي جنسه وصفته 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 بن يحيى رضي الله عنهم ما ذكر المصنف في وجه قوله ان المبيع مجهول مقتصر عليه بمعنى 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 فالمراد منه ما ليس في الملك اتفاقا لا ما ليس في حضرتك
ونحن شرطنا في هذا البيع كون المبيع مملوكا بائع فقضينا عهده وأما بيع الغرر فليغظه بعيد انه غيره
وذلك ليس الابان يظهره ما ليس في الواقع فينبى عليه فيكون مغرورا بذلك فيظهر له خلافه فيتضرر به 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 أصلا بل فيه
محصص مصلحة وهو ادراك حاجة كل من البائع والمشتري فانه لو كان له به حاجة وهو غائب وأوقفت جواز
البيع على حضوره ورؤيته مما تفوت بان يذهب فبساومه فيه آخره فبشتره منه فكان في شرع هذا
البيع على الوجه الذي ذكرنا من اثبات الخيار عند رؤيته محصص مصلحة لسلك من العاقد من غير حقوق
شيء من الضرر فاقبنا قوله النهي عن بيع الغرر والاحكام لم تشرع المصالح العباد قطعها فكان مشروعا
قطعها 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 قولا 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 الخيار اذا رآه ان شاء
أخذه وان شاء تركه والمرسل جهة عند أكثر أهل العلم وتضعيف ابن أبي مريم بجهالة عند التلا ينفى علم غير
المضعفين بها وقد روى هذا الحديث أيضا الحسن البصري وسلمة بن الحبحق وابن سيرين وهو روى ابن سيرين
أيضا وعمل به مالك وأحمد وهو ممن نقل عنه تضعيف ابن أبي مريم فدل قبول العلماء على ثبوتة والحق أن عمل

عبيده وهذا لان المقصود من شراء العين مالم يتبه ولهذا لا يرد على ما ليس بجمال والمالية في الاوصاف ولهذا تزداد
وتنقص بها وهي مجهولة لاننا نعرف بالرؤية فصارت كجهالة العين وهي مفسدة فكذلك جهالة الوصف ولنا
العمومات المجوزة بلا قيد للرؤية فلا يزيد قيد الرؤية عليها لانها كالنسخ وفي المشاهير انه عليه السلام
قال من اشترى شيئا من ثوبه فهو بالخيار اذا رآه بحق 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 بلا إشارة اليها لانها أبلغ أسباب التعريف وكذا اذا أشار الى مكانها وليس في ذلك المكان مسمى بذلك
الاسم غيرهما فاما كونها أمته ومعلوم كنهه فالتعريف بالخيار 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 فوات بعض

وفي الاول المشاهدة ثم ما هو طريق الى الثاني اذا تراخى عن حالة العقد فسد العقد كذلك 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 يقتضى المشروعية

لان السلم انما يجوز وعند ترك الوصف لافضاء الجهالة الى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك (قوله وكذا اذا قال) تقر بسخ على مسئلة القدوري
يعنى كما ان له الخيار اذا لم يقل رضيت (٢٣٢) فكذا اذا قال ذلك ولم يره ثم رآه لان الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذي روينا

فصار كجهالة الوصف في المعائن المشار اليه (وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له أن يردده) لان الخيار معلق بالرؤية لما
روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم انه عقد غير لازم لا يقتضى الحديث

من ضعف ابن ابي مريم على وفق حديثه ينبنى على أن العمل على وفق الحديث هل هو صحيح له وهى مسئلة
مختلفة بين الاصوليين والمختار لا مالم يعلم أن عمله عن الحديث وقدر وي الحديث أيضا صر 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 الدارقطني من طريق أبي حنيفة الا أن في طريقه الى أبي حنيفة عمر بن ابراهيم السكردى نسب الى
وضع الحديث هذا ولا بد من كون المراد في الحديث بالرؤية العلم بالمقصود فهو من عموم المجاز عبر بالرؤية
العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية بغير أفراد المعنى المجازى وهذا الوجود مسائل اتفاقية لا يكتفى بالرؤية
فيها مثل ما اذا كان المبيع مما يعرف بالشم كسكك اشتراه وهو يراه فانه انما يثبت الخيار له عند شمه فله الفسخ
عند شمه بعد رؤيته وكذا لو رأى شيئا اشتراه فوجده متغيرا ان تلك الرؤية بغير معرفة للمقصود الا ان
وكذا اشتراء الاعمى يثبت له الخيار عند الوصف له فاقم فيه الوصف مقام الرؤية وقول المصنف (فصار كجهالة
الوصف في المعائن المشار اليه) يعنى فيما لو اشترى ثوبا بشار اليه لا يعلم عدد ذرعانه يرد تشبيهه بذلك في مجرد
ثبوت الجواز لا بقيد ثبوت الخيار لانه لا خيار في المشبه به أعنى الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس في هذا
البيع فيبقى الغائب مجرد علم الوصف وقوله (وكذا اذا قال رضيت) الى آخره أى وكذاله الخيار اذا رآه يعنى اذا
قال رضيت كأننا ما كان قبل الرؤية ثم رآه له أن يردده لان ثبوت الخيار معلق فى 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 والاجازة قبل الرؤية فانه اذا اجاز قبلها لا يلزم واذا فسخ قبلها لزم
مع استواء نسبة التصرفين فى تعلقيهما بالشرط فى 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 لماعلق الخيار بالرؤية يثبت به تعليق كل من الاجازة والفسخ به لان معنى الخيار ان له أن يجيز وان
يفسخ ثم لم يثبت الاجازة بسبب آخر فيبقى على العدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية بتخلف خيار العيب سببه وهو
العيب قائم قبل الرؤية فاذا قال رضيت 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 الوديعة والا فهو لازم وقد فرض غير لازم هذا خلف وقد سلك المصنف رحمه الله مسلك الطحاوى فى
عدم نقل خلاف فى جواز الرد قبل الرؤية ونقل فى التحفة فيه اختلاف المشايخ منهم من منع وانه لا روية فيه

والمعلق بالشئ لا يثبت
قبله لئلا يلزم وجود المشرط
بدون الشرط ولانه لو لزم
العقد بالرضا قبل الرؤية لزم
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 له
كالقبول فكان معلقا بها
فلا يوجد قبلها وتقرر
الجواب ان حق الفسخ بحكم
انه عقد غير لازم لانه لم يقع
منه بما جاز فسخه لو هاء فيه
الأثرى ان كل واحد من
العاقدين فى 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 يتوذى الى بطلانه
كما مر آنفا وفيه نظر لان
عدم لزوم هذا العقد باعتبار
الخيار فهو ملزم للخيار
والخيار معلق بالرؤية لا
يوجد بدونها فكذا ملزومه
لان ما هو شرط للزوم فهو
شرط للملزم

الاصناف كالسهم والبصر وغيره او اذا لا يمنع الجواز وان كان يمنع لزوم العقد فكذا هذا (قوله فصار
كجهالة الوصف في المعائن المشار اليه) بان اشترى ثوبا ولم يعلم عدد ذرعانه وخيار الرؤية انما يثبت فى كل عقد
ينفسخ بالرد كالاجارة والصلح عن دعوى مال والقسمة والشراء وما أشبه ذلك من العقود التى تنفسخ برده ولا
يثبت خيار الرؤية فى كل عقدا لا يفسخ برده كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن القصاص وما أشبه ذلك من
العقود التى يكون المرود مضمونا بنفسه لا بما يقابلها لان الرد فى هذه المواضع لا يفيد لانه بالرد لا يرتفع العقد
وقيام العقد بوجوب مطالبته العين فاذا قبضه برده أيضا يتوذى 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 ان يفسخ العقد قبلها فقال حق الفسخ قبلها لعدم لزوم العقد لا بمقتضى الحديث وهذا لان

(قوله وفيه نظر لان عدم
لزوم هذا العقد باعتبار

الخيار) أقول بل ذلك لعدم وقوعه منبه بالوهاء فيه على ما فصله المحيب غاية البيان أن عدم
الانترام باعتبارانه يثبت له الخيار عند الرؤية وهذا لا يستلزم عدم وجوده بدونه فليستامل (قوله والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها الخ) أقول
هذا أيضا ممنوع لما سيجى فى الصفة العاقلة 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 واما الغسخ فانه هو لعدم الرضا وهو (٥٣٣) لا يحتاج الى معرفة المحسنات لا يقال

ولان الرضا بالشئ قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت قال (ومن باع مالم يره فلا خيار له) وكان أبو حنيفة يقول اولاه الخيار اعتبارا بخيار 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 رضيت قبل الرؤية) فلو لم يلزم ان لا يصح البيع بشرط البراءة من العيوب لان حاصله الرضا بالمبيع قبل رؤية العيب ثم لمن يمنع الغسخ قبل الرؤية أن يمنع وجود سبب آخر غير الرؤية وقولكم عدم اللزوم سبب آخر قبل الرؤية قلنا تمنع تحقق عدم اللزوم بل نقول قبل الرؤية المبيع بات فليس له فسحة فان الشارع علق اثبات قدرة الغسخ والاجازة التي هي الخيار بالرؤية فقبله يثبت حكم السبب وهو اللزوم الى غاية الرؤية ثم يرفعها عندها فتثبت قدرة الغسخ والاجازة معا واعلم ان خيار الرؤية يثبت 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 مالم لو كان البيع اناه من أحد النقد من فيه الخيار ولو تبايعا بمقايضة ثبت الخيار لكل منهما ومحملة كل ما كان في عقد ينفسخ بالغسخ لاما لا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وان كانت أعيانا لانه لا يفيد فيها لان الرد لماسم بوجوب الانفساخ بقي العقد قائما وقيامه بوجوب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة فلو كان له أن يرده كان له أن يردّه أبدا وليس للبائع أن يطالب المشتري بالثمن مالم يسقط خيار الرؤية بيمينه ولا يتوقف الغسخ على قضاء ولا رضاء بل يردد بغيره رددت يفسخ قبل القبض وبعده لكن بشرط علم البائع عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف كما هو خلافهم في الغسخ في خيار الشرط (قوله ومن باع مالم يره) بان ورت عينان من الاعيان في بلدة أخرى فباعها قبل أن يراها فلا خيار له وكان أبو حنيفة يرضى الله عنه يقول اولاه 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 فبرأه جوز زمان المصلحة التي ذكرناها ثم تقر بالمصنف 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 بجماع عدم الرضا بالمبيع على البتة وهو تعليل بالعدم

الغسخ تعمد عدم لزوم العقد والعقد هنا قبل الرؤية بخير لازم لتمكين الخلل في الرضا اذ هو عبارة عن الاستحسان واستحسان الشئ مع الجهل باوصافه لا يتحقق واللزوم يعتمد تمام الرضا وتامم العلم باوصافه هي مقصودة وانما نصير معلومة بالرؤية فلذا لا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية ولولاه لزوم العقد بالرضا قبل الرؤية للزم امتناع الخيار بتقدير الرؤية والخيار ثابت بتقديرها بالحديث فإدى الى ابطاله يكون باطلا وهذا لانه حينئذ يوجد رؤية المعقود عليه خالي عن الخيار وقد أثبت الشرع الخيار عند رؤيته بخلاف الغسخ قبل الرؤية لان الغسخ يخرج العين عن أن تكون معقودا عليها فلا يوجد بعده رؤية المعقود عليه خالي عن الخيار والرضا بالعيب قبل رؤيته انما يصح لان سببه هو العيب وكون المبيع معين سابق على الرضا فاعتبر بوجود سبب الخيار الذي هو العيب وهنا السبب الرؤية فلا يثبت الخيار قبلها (قوله اعتبارا بخيار العيب) بان وجد البائع الثمن زيفا كان له الخيار ان شاء يجوز ان 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

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 التفهيم ان جواز الغسخ 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 ورت شيئا فباعه قبل الرؤية يصح البيع ولا خيار له عندنا وكان أبو حنيفة يرضى الله عنه يقول اولاه الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه لا يختص بجانب المشتري بل اذا وجد البائع الثمن زيفا فهو بالخيار ان شاء جوز وان شاء رده كالمشتري اذا وجد المبيع معيناً 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

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

بأثر رؤية يحصل بالأطلاع على دقائق لا تحصل بالعبارة (فلم يكن البائع راضيا بالزوال) فيكون العقد غير لازم من جهته فله 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 فيلان الرد من جانب المشتري باعتبار انه كان يظنه خيرا مما اشترى فبرده لغوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رد لده باعتبار ان المبيع ازيد مما طن فصار كولو باع عبدا بشرط انه 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 بين عثمان وطلحة كان بمحض من الصحابة رضی

فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء لمار وينا فلا يثبت دونه وروى عن عثمان بن عفان باع أرضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبت فقال لي الخيار لاني اشتريت مالم أره وقيل لعثمان انك قد غبت فقال لي الخيار لاني بعته مالم أره فحكينا بيننا جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحض من الصحابة رضی الله عنهم ثم خيار الرؤية بتغير وقت بل يبقى الى أن يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية

وحاصله أن ثبوت خيار عدم تمام الرضا باحكام العقد فكذا ههنا وروى عليه ان حكم الاصل أعني خيار الشرط متوقف شرعا على تراضيهما فقياسه أن يكون هكذا يثبت الخيار بتراضيهما الا اذا سكتا عنه فيلزم حينئذ فكذا ههنا 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 نفي للحكم بفهوم الشرط اذ حاصله انتفاء الحكم لا تنفائه الشرط والثاني ما أخرجه الطحاوي ثم البيهقي عن علقمة بن أبي وقاص ان طلحة مرضى الله عنه اشترى من عثمان بن عفان رضی الله عنه مالا فقيل لعثمان انك قد غبت فقال عثمان لي الخيار لاني بعته مالم أره وقال طلحة مرضى الله عنه لي الخيار لاني اشتريت مالم أره فحكينا بيننا جبير بن مطعم رضی الله عنهم فقضى ان الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان والظاهر أن مثل هذا يكون بمحض من الصحابة رضی الله عنهم لان قضية تجرى فيها الختلاف بين رجلين كبيرين ثم انهما حكما فيها غيرهما فالغالب على الظن شهرتهما وانتشار خبرهما فحين حكم جبير بذلك ولم يرو عن أحد خلافة كان اجماعا سكتا وبما ظاهرا (قوله ثم خيار الرؤية بتغير وقت) بوقت خلافا لما ذهب اليه بعض المشايخ من انه موقت بعد الرؤية بتقدير ما يتمكن فيه من الفسخ فاذا تممكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ولزم المبيع فيه والمختار انه لا يتوقف (بل يبقى الى أن يوجد ما يبطله و) يبطله (ما يبطل خيار الشرط من تعيب) يعنى بعد الرؤية (أو تصرف يبطل خيار الرؤية) بتقدير تفصيل نذكره في التصرف لا مطلقا فلذا واصله

(قوله أنه 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 ليشبث الحكم فيه دالة ولان المشتري ظنه خيرا بما اشترى فبرده بغوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رد لده باعتبار أن المبيع ازيد مما طن فصار كولو باع عبدا على أنه 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 اشتغال به أول مرة لا يكون دليل الاختيار حتى لا

الله عنهم أجمعين ولم ينكره أحد فكان اجماعا على ما ذكر في المتن فبطل الخلق دالة وقياسا ولهذا 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 بالأطلاع 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 لزمه 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 فلما 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 نامل (قوله والضابط في ذلك) أقول يعنى أن الضابط يفهم مما ذكر الى قوله ويعلم (قوله ويحل في غير الملك في الجملة) أقول يعنى بأجازة المالك

قبل يشكل على هذا الكلي مسئلتان احدهما انه لو اشترى دار لم يرها فبيعت بجهنم ادا رفاخذها 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 قاضخان 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 بوار دلالة قال وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية وهو ليس بكلي مطلق بل مقيد بان يكون تعيبا أو تصرفا يعنى
 في المبيع والاخذ بالشفعة والعرض على البيع ليسا معا 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 كالاتق والتدبير أو الذي يوجب حقا للغير
 كالبيع المطلق عن خيار الشرط والبيع بخيار الشرط للمشتري والرهن والاجارة (٥٣٥) وهذا ان هذا التصرف يعتمد الملك

وملك المتصرف في العين قائم
 فصادف المحل ونفذ وبعد
 نغوده 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 مخالف لحكم النص
 الذي روينا به والثاني ان
 هذه التصرفات اما ان
 تكون صريح الرضا ودلالته
 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 تعقدت صحة
 وبعد صحتها لا يمكن رفعها

ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاتق 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 يربو على صريح الرضا او يبطله بعد
 بقوله (ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه) للمتصرف (كالاتق) للعبد الذي اشتراه ولم يره (وتدبيره) أو تصرفا
 يوجب حقا للغير) كالبيع ولو بشرط الخيار للمشتري لخلو 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 قبلها لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ واذ ان عذر
 الفسخ شرعا بطل الخيار) ووجب تقديري في الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم له الخيار اذا رآه مقيدا
 بما اذا لم يوجب موجب شرعي عدمه اذا رآه وحاصله تقديري بخصوص 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 وسقط خياره أول مرة لا يبعد الخيار فائدته لان فائدة شرط الخيار امكان الرد فلو لم
 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 مال وطها حيث يبطل خياره وان كان الوطء محتاجا اليه للامتحان لانها
 تشتري للوطء ولا يعلم كونها صالحة 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
 السكره 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 تربو على صريحه اذا لم تكن من ضرورات صريح آخره منها هذه الدلالة من ضرورة صحة
 التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء اللازم 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 يربو على صريح الرضا أي لا يزيد عليه وصريح الرضا لا يبطله قبل الرؤية فدلالته أولى يعنى
 (قوله) قبيل يشكل على هذا الكلي الى قوله والثانية اذا عرض الخ) أقول ولك أن تقول هما أيضا يبطلانه بعد الرؤية وذلك يكفي في صحة
 الكلية 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 فسح البائع استعلا (قوله لا يمكن رفعها) أقول مطلقا
 أو من التصرف مستقلا (قوله وعن الثاني بان دلالة الرضا) أقول والجواب عن الثاني عندى أن يقال ليس بطلان الخيار هنا دلالة الرضا
 أو صريحه بل ضرورة تعذر فسح 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 يكون له الخيار وان كان تتفاوت آحادها كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير 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 الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة الغنينة لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعروف للمقصود

عورة العبد والامة الذين يريد أن يشترهم ما ولزم في صحة بيع الصبرة النظر الى كل حبة منها ولا فائلك فيكتفي برؤية ما هو المقصود فاذا رآه جعل غير المرئي تبع للمرئي فاذا سقط الخيار في الاصل سقط في التبع اذا عرف هذا انبى 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 الا الوجه فان له الخيار اذا رأى وجهها ملان سائر الأعضاء في الاماء والعبيد تبع 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 ثمها 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 للمعلي عن أبي حنيفة يعتبر في الدواب عرف التجار وفي شاة اللحم لا بد من الجس) باليد فلا يكتفي بالرؤية ما لم يجسها لان المقصود اللحم وفي شاة الغنينة 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 فالشرط فتحه لتضر والبائع يتكسر ثوبه وبقصان به حجه 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 في عالم برباطن الثوب لا يسقط خياره لانه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر وفي المبسوط الجواب على قول زفر وفي البساط لا بد من رؤية جميعه ولو نظر الى ظهور الكاعب لا يبطل خياره ولو نظر الى وجهه دون الصرم يبطل وفي النظر الى الصرم في زماننا لتفاوته وكونه مقصودا وفي الجبة لا يبطل خياره برؤية باطنها ويبطل 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 ونوع علامته) أي علامته 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 الحنطة (قوله وعلامته) أي علامته الشيء الذي لا تتفاوت آحاده التمودج بالغض والتمودج بالضم تعريب غونه كذا في المغرب وذكري في الذخيرة والمكيل والموزون نظير العدديات المتقاربة يكتفي في برؤية البعض اذا كان في وعاء واحد لا يخلاف 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 فوقة أما اذا وجده دونه فهو على خياره ولكن اذا أراد الرد برء الكل 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 الحنطة والشعير لتقارب آحاده

(والنظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعرف القيمة 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 الاعضاء تبع له الا ترى ان تفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوي في سائر الاعضاء 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 فوقة بطل الخيار وان كان دونه فهو على الخيار ولكن اذا ردد السكك لثلا تتفرق الصفة واذا اشترى شاة فلما أن تكون اللحم أو للغنينة أي الدر والنسل في الاول لا بد من الجس لان المقصود انما يعرف به وفي الثاني لا بد من رؤية الضرع وفي المطعومات لا بد من الذوق لانه المعروف للمقصود

(قال ومن رأى صحن الدار فلا

خياره) رؤيته صحن الدار
 أو خارجها ورؤية أشجار
 البستان من خارج تسقط
 خيار الرؤية لأن كل جزء
 من أجزاءها متعذر الرؤية
 كما تحت السرور وبين
 الحيطان من الجدوع
 والأسطوانات وحينئذ تسقط
 شرط رؤية الشكل فأنما
 رؤية ما هو المقصود من
 الدار مقام رؤية الشكل فإذا
 كان في الدار بيتان شتويان
 وبيتان صيفيان يشترط
 رؤية الشكل كما يشترط رؤية
 صحن الدار ولا يشترط
 رؤية المطبخ والمزبلة والعلو
 الأدنى بل يكون العلوم مقصودا
 كفي سمرقند وقال زفر رحمه
 الله وهو قول ابن أبي ليلى
 لا بد من دخول داخل البيوت
 والأصح أن جواب الكتاب
 أي القدوري على وفان
 غادتهم بالكوفة أو بغداد
 في الأبنية فانها تختلف
 بالاضيق والسعة وفيما وراء
 ذلك يكون كصفة واحدة
 وهذا يصير معلوما بالنظر إلى
 جدرانها من خارج فاما
 اليوم يريد ديارهم فلا
 بد من الدخول في داخل
 الدار للتفاوت في ملبسة
 الدور بقلة مرافقها وكثرتها
 فالنظر إلى الظاهر لا يوقع
 العلم بالباطن وهذه نسكت زفر

(قوله يشترط رؤية الشكل)

أقول هذا كلام بعض
 المشايخ على ما علم من معراج
 الرواية ثم أقول كلام
 الشارح في هذا المقام يخالف

المشروح

قال (وان رأى صحن الدار فلا خياره وان لم يشاهد بيوتها) وكذلك اذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار
 البستان من خارج وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت والأصح أن جواب الكتاب على وفان عادتهم في
 الأبنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر إلى
 الظاهر لا يوقع العلم بالداخل

يعنى خيار العيب لا خيار الرؤية ذكره 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 والتعقيق انه في بعض
 الصور خيار عيب وهو ما اذا كان اختلاف الباقي يوصله الى حد العيب وخيار رؤية اذا كان الاختلاف
 لا يوصله الى اتمام المعيب بل الدور وقد يجتمعان فيما اذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكره البائع به عينا ثم اراه
 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
 الجرد هو الأصح ثم السقوط برؤية البعض في المكمل اذا كان في وعاء واحدا ما اذا كان في وعاءين أو أكثر
 اختاروا فشايع العراق على أن رؤية أحدهما كرؤية الشكل ومشايخ بلخ لا يكفي 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 مثل أوله أو جودا ما اذا
 كان أردأ فهو على خياره وان كان مما يتفاوت آحاده كما بطاطخ والزمان فلا يكفي رؤيته ببعضها في سقوط
 خياره في الباقي ولو قال رؤيت وأسقطت خيارى وفي شراء الرحبا لانه لا بد من رؤيته بالشكل وكذا السرج
 بادانه ولبده لا بد من رؤيته الشكل (قوله) وان رأى صحن الدار فلا خياره 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 الحيطان من الجدوع فيكتفى برؤية المقصود منها (وعند زفر لا بد من دخول البيوت والأصح
 أن جواب الكتاب على وفان عادتهم في الأبنية) في الكوفة (فان دورهم لم تكن متفاوتة) وأما في ديارنا (فلا بد
 من الدخول داخل الدار) كما قال زفر (لتفاوت الدور) بكثرة 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 رؤيته بالعلو
 الأدنى بل يكون العلوم مقصودا كفي سمرقند ولا يشترط رؤيته بالمطبخ والمزبلة على خلاف بلادنا بديار مصر
 وشرط بعضهم رؤية الشكل وهو الأظهر والأشبه كما قال الشافعي وهو المتعبر في ديار مصر والشام والعراق وأما
 ما ذكر في الأشجار من الاكتفاء برؤية ترؤس الأشجار أو رؤيتها خارجة فقد أنكر بعض المشايخ هذه الرواية
 وقال المقصود من البستان باطنه فلا يكفي برؤية ظاهره وفي جامع قاضيان لا يكفي برؤية الخارج ورؤس
 الأشجار انتهى وفي الكرم لا بد من رؤيته عند الكرم من كل نوع شيا وفي الزمان لا بد من رؤيته بالعلو
 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 يكفي لان الزجاج لا يخفي صورة الدهن دورى هشام أن قول محمد
 موافق لقول أبي حنيفة وفي الحقيقة لو نظر في المرآة قرأ أي المبيع قالوا لا يسقط خياره لانه ما رأى عينه بل مثاله
 ولو اشترى سمكًا في الماء يمكن أخذه من غير اصطياد فرآه 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 مما هو فهذه الرؤية لا تعرف

فتمت المسال بجمعة قنوا وقنوة وأقنيتها اتخذته لنفسه فنية أي أصل مال للنسل لا التجارة كذا في المغرب (قوله)
 فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار) وفي المحرط والذخيرة وبعض مشايخنا قالوا في الدور يعتبر رؤية
 ما هو المقصود حتى أنه اذا كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان وبيتان سابق يشترط رؤية الشكل كما
 يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤيته بالمطبخ والمزبلة والعلو الأدنى بل يكون العلوم مقصودا كفي سمرقند

قال (ونظر الوكيل المشتري) قيل صورة التوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلاً عنى في قبض المبيع أو وكالتك بذلك وصوره الارسال ان يقول كن رسولاً عنى أو أرسلتك أو أمرتك بقبضه وقيل لافرق بين الوكيل والرسول (٥٣٩) فيما اذا قال أمرتك بقبضه اذا

نظر الوكيل بالقبض الى المبيع وقبضه يسقط خيار المشتري فلا يرده الا بغير علمه الوكيل أو لم يعلم وقال الفقيه أبو جعفر اذا كان

قال (ونظر الوكيل كمنظر المشتري حتى لا يرده الامن عيب ولا يكون نظر الرسول كمنظر المشتري وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالهما سواء له ان يرده) قال معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء ففرق بينهما تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا وله ان القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو يراه

عينا يعلمه الوكيل يجب أن يبطل خيار العيب بالقبض اليه فاذا نظر الرسول وقبضه لا يسقط خيار المشتري فله أن يرده عند أبي حنيفة وقال نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق ونظر الوكيل كمنظره فهما 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 فاما الوكيل بالشراء ففرق بينهما تسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه (لهما أنه توكل) أي قبل الوكيل بالقبض دون اسقاط الخيار) ومالم يتوكل به لا يملك التصرف فيه وكالة (فلا يملك) اسقاط الخيار لانه تصرف فيما لم يتوكل به فصار كمن اشترى شيئاً وكل بقبضه فقبضه يسقط الوكيل معياراً لئلا يعيبه لم يسقط خيار العيب للموكل وكن اشترى بخيار الشرط وكل بقبضه فقبضه يسقط

المبيع وأما اذا كان المبيع مغيباً في الارض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحوها لم يذكر في ظاهر الرواية وروى بشر عن أبي يوسف ان كان شيئاً يكال أو بوزن بعد القلع كالثوم والبصل والزعفران والسلمج ان باعه بعد ما ثبت نبأ ما يفهم به وجوده تحت الارض جاز البيع فان قاع البعض هل يثبت له الخيار حتى اذا رضى به يلزم البيع في الشكل ان قلع البائع أو المشتري باذن البائع يثبت له الخيار فلورضى به يلزم البيع في الشكل لما عرف ان رؤيته ببعض المكيل أو الموزون كروية الشكل وان قلعه المشتري بغير اذنه ان كان المقلوع شيئاً لم يبطل خياره في الشكل فلم يكن له أن يرده رضى بالقلوع أو لم يرده وجد في ناحية من الارض أقل منه أو لم يوجد لان بالقلع صار المقلوع معيناً لانه كان حياً بنحوه وبعده صار موثلاً والتعيب في يد المشتري يمنع الرد بخيار رؤيته وان كان المقلوع شيئاً لا يمكن له لا يبطل خياره لان وجوده كعدمه وان كان شيئاً يباع عدداً ان قلعه البائع أو المشتري باذنه له الخيار في الباقي حتى لو رضى به لا يلزم البيع في الكل لانه عددي متفاوت فرؤية بعضه لا تكون كروية كما هو ان قلعه المشتري بغير اذن البائع يبطل خياره وقد حكى فيه خلاف بين أبي حنيفة وبينهما فإذ كرنا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رؤية بعضه كروية كاه وجعله كالكيل والموزون والعددي المتقارب لان بعضها يستدل في العادة على الشكل وان اختلف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري اخاف ان قلعته لا يصلح ولا اقدر على الرد وقال البائع لو قلعت فقلد لا ترضى يتطوع انسان بالقلع فان تشاحا فسبح 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 عنى بقبضه (كمنظر المشتري حتى لا يرده) المشتري بعد قبض الوكيل ورؤيته (الامن عيب ولا يكون نظر الرسول كمنظر الرسول) والرسول هو من يقول له المشتري قل فلان يدفع اليك المبيع او انت رسولى اليه في قبضه او أرسلتك لقبضه أو أمرتك بقبضه وعلى هذا اذا قال اذهب فاقبضه يكون رسولاً ولا وكيلاً لانه من ما صدقات 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 بمادة ألف مبرء (وهذا عند أبي حنيفة وقالهما) يعني الرسول والوكيل بالقبض (سواء) فيرد الموكل الذي له الخيار ما قبضه وكيله كما يرد ما قبضه رسوله (فاما الوكيل بالشراء ففرق بينهما تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل) أي قبل الوكيل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به) واذا لم يملكه لا يثبت عن فعله (وصار كخيار العيب والشرط) بأن اشترى معيناً برعيه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه لا يسقط خيار العيب للموكل وكذا اذا وكل في قبض ما اشتراه بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط (و) صار أيضاً (كالاسقاط قصدا) بأن قبضه الوكيل بالقبض مستورا ثم رآه فأسقط الخيار قصدا لا يسقط (وله ان القبض) على نوعين قبض (تام) وهو أن يقبضه وهو يراه وانما كان هذا قبضاً تاماً لان

وبعضهم شرطوا رؤية الشكل وهو الاظهر والاشبه (قوله ونظر الوكيل كمنظر المشتري) وفي الفوائد الظاهرية وقصوره التوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلاً عنى في قبض المبيع وصوره الرسول ان يقول كن رسولاً عنى أو يقول أمرتك بقبضه (قوله وله أن القبض نوعان تام) بحيث لا يرده عليه النقص وهو

خيار الشرط للموكل وكما اذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستورا ثم رآه الوكيل فأسقط الخيار قصدا لا يسقط خيار الموكل ودليل أبي حنيفة رحمه الله مبني على مقدمته هي (أن القبض على نوعين تام وهو أن يقبضه وهو يراه

(قوله فيما اذا قال أمرتك بقبضه) أقول فلا يسقط الخيار

وناقص وهو أن يقبضه وهو مستور (قوله هذا) إشارة إلى تنوعه بالذويعين وبيانه (أن تمام القبض بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة) مع بقاء خيار الرؤية) لأن تمامها تناهيهما في الزوم بحيث لا يرتد الإبراء 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 باطلاقه فان قيل لا نسلم ذلك فان الوكيل اذا قبضه قبضنا فصار ثم رأه فأسقط الخيار قصد لم يسقط والموكل لو فعل ذلك يسقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة أحاب المصنف رحمه الله بأن الوكيل اذا قبضه مستورا انتهى (٥٤٠) التوكيل بالقبض الناقص فبقي أجنبيا فلا يملك اسقاطه وفي هذا الجواب تعرض إلى الرد

قياسهما على الاسقاط القصدى والى رد قولهما دون اسقاط الخيار وتقديره انه لم يتوكل باسقاط الخيار قصدا أو ضمنا والاول مسلم ولكن اسقاط الخيار في القبض التام يثبت للتوكيل 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 فان من توكل بشئ توكل بما يمتنه لان ما لا يتم الواجب الابه فهو واجب وقوله (بخلاف خيار العيب) جواب عن قولهما فصار كخيار العيب فانه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرتد به الإبراء أو قضاء وما لم يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض ولهذا ملك رد العيب خاصة بعد القبض ولم يجعل تغزى بقا للصفقة لان تغزى بقا للصفقة قبل تمامها ممنوع ولما ممنوع هنادل أنها كانت تامسة وهو ممنوع من حيثيات ذلك أن خيار العيب لثبوت حق المطالبة بالجزء الغائت وذلك للموكل

وناقص وهو أن يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذلك الوكيل متى قبض الموكل وهو براء سقط الخيار فكذلك الوكيل لا يملك التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على هذا الخلاف

وخيار الرؤية يبطل به هذا القبض وبقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض فلا يبطل بهذا القبض من المشتري كان هذا القبض تاما (وناقص 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 فكذلك لا يملك التوكيل) بخلاف ما إذا أسقط الخيار قصدا بأن قبضه مستورا ثم رأه فأسقط الخيار لان قبضه (مستورا انتهى التوكيل) بالقبض (الناقص فلا يملك) الوكيل بعد ذلك (اسقاطه) لا تنتفع ولا يتنقص بمسئلتين لم يتم الوكيل مقام الموكل فيهما احدهما ان الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط برؤية الخيار والموكل لو رأى ولم يقبض يسقط خياره والثانية لو قبضه الموكل مستورا ثم رأه بعد القبض فابطل الخيار بطل والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل واجيب 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 اذا رآه انما يتأتى على القول بان مجرد مضى ما يمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو بالصحيح وبعين الجواب الاول يقع الفرق في المسئلة الثانية لانه لم يثبت ضمنا للقبض الصحيح بل ثبت بعد انتهاء الوكيل بالقبض الناقص وقوله (بخلاف خيار العيب لانه) يثبت مع (تمام الصفقة) لانه لم يشرع لتتميم القبض بل لتسليم الجزء الغائت ضمن القبض مع بقاء الخيار ولذا كان له ان يرد المبيع وحده فيما اذا اشترى شيئين وقوله في الكتاب الامن عيب قال نخر الاسلام يحتمل الامن عيب لم يعلمه الوكيل فان كان علمه يجب ان يبطل خيار العيب كذا ذكره الفقيه ابو جعفر ولم يسلم مسئلة خيار العيب والصواب عندنا ان لا يملك الوكيل بالقبض ابطال خيار العيب فيكون معناه علم اولم يعلم وقوله (وخيار الشرط على هذا الخلاف الخ) يعنى

أن يقبضه وهو براء وهو يسقط الخيار لدلالته على الرضا وناقص بحيث يرد عليه النقص وهو أن يقبضه مستورا وهو لا يسقط الخيار لعدم الرضا وهذا لان تمام القبض بتمام الصفقة وخيار الرؤية يمنع تمام الصفقة لان تمامها يكون بتمام الرضا ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل يملك نوعي القبض فكذلك الوكيل لانه ملكه الموكل ما يملكه ولو كان على البديل لا على الشمول لان اللغز مطلق لا عام فاذا قبضه وهو ينظر اليه بطل الخيار فيقتضى تمام القبض كقوله قبضه الموكل وهو ينظر اليه واذا قبضه مستورا فقد اختار الناقص فانتهت الوكالة بالناقص وتعين ذلك للوكيل فلا يملك اسقاطه قصدا بعده لصيرورته أجنبيا عنه بخلاف خيار العيب فانه لا يبطل بقبض الوكيل في الصحيح لانه لا يمنع تمام الصفقة فتم القبض مع بقائه وباقتضاء التمام كان يبطل الخيار وقد عدم (قوله وخيار الشرط على الخلاف) ذكر القدوري رأيه لو اشترى شيئا على أنه بالخيار

ولم يصدر التوكيل بالقبض لا سقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه الوكيل وخيار الشرط لا يصلح مقياسا عليه لانه على هذا الخلاف ذكر القدوري ان 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 بالذويعين) أقول ولعله إشارة إلى كون القبض وهو براء تاما نامل (قوله والثاني ممنوع فان من توكل بشئ الخ) أقول لو صح هذا لزم أن لا ينتهى التوكيل بالقبض الناقص كلام على السند الاخص فلا يجدي نفعا

انما يكون في البصير والاولى أن يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس العميان من غير تكبير فان ذلك أصل في الشرح بمنزلة الاجماع
 ويسقط خياره مباشرة ما هو سبب العلم بالمقصود فان كان المبيع مما يعلم بحسه فبإسقاطه يسقط بحسه وان كان مما يعلم بالشئ فبشئ وبذوقه في
 المذوقات وأما اذا كان شجراً أو ثمر على شجر أو عقاراً فان خياره لا يسقط حتى يوصف له لان الوصف بيقام مقام الرؤية كفاي السلم وقال بعض أئمة
 بلغ ليس الخاطئ والشجار فاذا بان سبب العلم أو وصفه أو وصف ومس وقال رضي سقط الخيار وروى عن أبي يوسف انه اذا وقف في مكان
 لو كان الواقف بصير الرأه وقد قال رضي سقط خياره لان التشبه يقوم مقام الحقيقة في موضع كتحريك الشفتين واجرء الموسى في حق
 الآدمي والاصلع والاطلاق 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 الرأه ثم قال قدرضيت لم يكن له أن يرده وقال الفقيه قال بعضهم يوقف في مكان لو
 كان بصير الرأه ومع ذلك يوصف له وهذا أحسن الاقوال قال به نأخذ وقال الحسن يوكل وكيل لا يقضيه وهو براه وهذا أشبه بقول أبي حنيفة
 لان رؤية الوكيل بالقبض كروية (٥٤٢) الموكل كما تقدم ولو وصف له فقال رضي ثم أبصر فلا خيار له لان العقد قد تم وسقط

الخيار فلا يعود ولو اشترى بصيراً ثم غي انتقل الخيار الى الصفة لان الناقل للخيار من النظر الى صفة العجز وقد استوى في ذلك كونه اعمى وقت العقد وصيرورته اعمى بعد العقد قبل الرؤية قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشترى اهما) قد تقدم ان في الجمع بين الاشياء المتفاوتة الأحاد في البيع رؤية بعضها لا يعرف الباقي بسبب لا بد من رؤية كل واحد منها وعلى هذا اذا رأى أحد الثوبين فاشترى اهما ثم رأى الآخر ذه الخيار لكن لا يرد الذي رآه وحده بل ردهما ان شاء حتى لا يلزم تغريق الصفة قبل التمام وقد تقدم لنا معنى تمام الصفة وانها لاتتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولو كونها غير تامة يتمك المشتري من الرد بغير قضاء ولا يضاف كون الرد في ضمان الاصل لعدم العلم بصفات العقود عليه فان تغريق الصفة منهى عنه لما جاء في الحديث فبقي منهى النبي عليه الصلاة والسلام عن تغريق الصفة قبل تغريق الصفة منهى عنه وهو يقتضى ردهما جميعاً ان شاء وقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئاً من حديثي يدل على أنه ان رده الذي لم يره وحده فواجه ترجيح حديث النهى على الجيز وأوجب بان موجب النهى مطرد في جميع صورته وموجب الجيز ليس كذلك فانه لا يملك الرد اذا تعيب أو اعتق أحد العبدان أو دبره والمطر دراج وبانه محرم والمحرر راجع على المبيع (قوله وقد تقدم لنا معنى تمام الصفة) أقول تقدم بورقة تخميناً وهو قوله ولا تتم الصفة مع بقاء خيار الرؤية لان تمامها تمامها في اللزوم (قوله فان تغريق الصفة منهى عنه) أقول تعديل لقوله لا يلزم تغريق الصفة قبل التمام (قوله وقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيئاً من حديثي يدل على أنه ان رده الذي لم يره وحده فواجه ترجيح حديث النهى) أقول وأنت تحبير بان المفهوم لا يعارض المنطوق حتى يحتاج الى الترجيح أو أيضاً المشتري هنا هو المجموع دون كل واحد فرؤية أحدهما دون الآخر كروية وتوجه الذابته دون كفلها أو بالعكس فاستامل

الخياره لان التشبه بيقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين بيقام مقام القراءة في حق الآخرس في الصلاة واجرء الموسى 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 كروية الموكل على ما مر آنفاً قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشترى اهما ثم رأى الآخر جازله أن ردهما) لان رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للثابتين خياره لان التشبه بيقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين بيقام مقام القراءة للآخرس واجرء الموسى على رأس من لا شعر له في الاحلال من الاحرام ولا يخفى ضعفه لان العجز لا يتحقق الا بتحقق العجز عن الوصف فان القائم مقام الشئ بمنزلة ما قد ثبت شرعاً اعتباراً بمنزلة السلم وجوب اجراء الموسى يختلف فيه وكذا التحريك غير لازم للاعمى وعن أبي يوسف أيضاً انه اعتبر الوصف في غير العقار أيضاً ولم يعتبر بالشئ ولا الذوق والجس لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما ذكرنا وقال مشايخ بلغ بمس الخيطان والاشجار فاذا قال رضي سقط خياره لان الاعمى اذا كان ذكياً يقف على مقصوده بذلك وهو روية بشر و ابن سماعه في الدار وفي روية هشام عن محمد انه يعتبر الوصف مع كل من الذوق والعس والجس لان التعرف السكامل في حقه يثبت هذا الا فيما لا يمكن حسه كالثمر 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 جديداً ولو اشترى بصيراً ثم غي انتقل الخيار الى الوصف (قوله ومن رأى أحد الثوبين فاشترى اهما ثم رأى الآخر جازله أن ردهما) لان رؤية فيكون الوصف في المسلم فيه قائم مقام الرؤية حتى لا يبقى الخيار بعد حقيقة الرؤية فكذا بعد القائم مقامه ولما كان الوصف كالرؤية في حق البصير فلا أن يكون في حق الاعمى كذلك أولى (قوله كتحريك الشفتين مقام القراءة) وعبارة القوائد الظهير يتبدل على اللزوم حيث قال لان المصير الى التشبه عند اعدار الحقيقة واجب للمحرر اذا أراد التحلل وقد قرع رأسه يلزم اجراء الموسى عليه تشبهاً بالملحقين وكذا الآخرس

من الرد بغير قضاء ولا يضاف كون الرد في ضمان الاصل لعدم العلم بصفات العقود عليه فان تغريق الصفة منهى عنه لما جاء في الحديث فبقي منهى النبي عليه الصلاة والسلام عن تغريق الصفة قبل تغريق الصفة منهى عنه وهو يقتضى ردهما جميعاً ان شاء وقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئاً من حديثي يدل على أنه ان رده الذي لم يره وحده فواجه ترجيح حديث النهى على الجيز وأوجب بان موجب النهى مطرد في جميع صورته وموجب الجيز ليس كذلك فانه لا يملك الرد اذا تعيب أو اعتق أحد العبدان أو دبره والمطر دراج وبانه محرم والمحرر راجع على المبيع (قوله وقد تقدم لنا معنى تمام الصفة) أقول تقدم بورقة تخميناً وهو قوله ولا تتم الصفة مع بقاء خيار الرؤية لان تمامها تمامها في اللزوم (قوله فان تغريق الصفة منهى عنه) أقول تعديل لقوله لا يلزم تغريق الصفة قبل التمام (قوله وقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيئاً من حديثي يدل على أنه ان رده الذي لم يره وحده فواجه ترجيح حديث النهى) أقول وأنت تحبير بان المفهوم لا يعارض المنطوق حتى يحتاج الى الترجيح أو أيضاً المشتري هنا هو المجموع دون كل واحد فرؤية أحدهما دون الآخر كروية وتوجه الذابته دون كفلها أو بالعكس فاستامل

أولانه متأخر عن المبيع لثلا يلزم تكرار النسخ وبان الرد كما كان غير ممكن لان رد أحد الثوبين لا يكون رد الا انه اشترى ثوبين لأحدهما والرد انما يصح ان لو كان ذلك المراد على الحالة الأولى قبل النهي عن تغير بيعهما طاقوا قد قدم بما قبل التمام فيكون متروك الظاهر ومنه
مرجوح والجواب أن النهي انما هو عن التفریق والتقييد بما قبل التمام بالقياس على ابتداء الصفقة فانه اذا أوجب البيع في شيئين لا يملك
المشتري القبول في أحدهما لما فيه من الاضرار بالبائع لجرى بان العادة فيما بين (٥٤٣) الناس بضم الردي الى الجيد وترى بجاله

بالجيد فاذا علم أن المانع من رد أحدهما تفریق الصفقة قبل التمام يندفع ما استشكل بالاستحقاق فان من اشترى ثوبين فاستحق أحدهما لا يرد الباقي وفيما نحن فيه اذا رد أحدهما فلا بد من رد الآخر أيضا لان فيما نحن فيه رد أحدهما يوجب تفریق الصفقة قبل التمام لانها 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 عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له رد الباقي كما في خيار الرؤية والشركة لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض به لكن في صورة الاستحقاق له ولا يرد الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري فان شاء رضى وان شاء رد وفي خيار الرؤية عليه رد الا تحل دفع ضرر يلزم البائع

فبقى الخيار فيما لم يرد ثم لا يرد وحده بل يردهما كى لا يكون تغير بقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا لا يمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخام الاصل

أحدهما ليست رؤية لاختلافها في الثياب فيبقى الخيار فيما لم يرد (ثم لا) يمكن من رده وحده (فردهما) ان شاء كى لا يكون تغير بقا للصفقة على البائع قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) تكبار الشرط بدليل انه ان يفسخه (بغير قضاء ولا رضا و يكون فسخام الاصل) لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم بصفات المبيع ولذا لا يحتاج الى القضاء والرضا فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا استحق أحدهما لا يرد الباقي وهذا في خيار الشرط برد الآخر اذا رد أحدهما بعد القبض احيب أن رد أحدهما في خيار الرؤية والشرط يوجب تفریق الصفقة قبل التمام لما علم أن الصفقة لا تتم معهم اوفى الاستحقاق لو رد كان بعد التمام لان الصفقة تمت فيما كان ملك البائع ظاهر اذ لم يثبت في الباقي عيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له أن يرد الباقي أيضا كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض به هذا العيب في فصل الاستحقاق ولو كان قبض أحدهما ولم يقبض الاخر تم استحق أحدهما والخيار لتفرقها قبل التمام ولو كان المبيع مكيبا أو موزونا فاستحق بعضه بعد القبض لا يخبر لان الشركة ليست بعيب فيه ولو استحق قبل القبض يخبر لتفریق الصفقة قبل التمام ولو وجد باحدهما عيبا في مسألة الكتاب قبل القبض ليس له أن يرد وحده لتفریق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم قبل القبض وهذا المعنى في تفریق الصفقة قبل التمام وجوازها بعد دفع الضرر الا كبر وذلك أن في تغيرها ثبوت ضرر من دائم اغير أنه قبل التمام يكون ضرر البائع أكثر فانه ضرر مال فانه قد لا يروج أحدهما الا بالآخر لجلوذة أحدهما ورداءة الاخر وهو فوق ضرر المشتري فان ضرره ليس الا بطلان مجرد قوله اذا أزمناه ردهما وبعد القبض ضرر المشتري أكثر لانه متى رد الكل يبطل حقه عن اليد وضرر البائع موهوم اذ قد يبيع المراد بثمن جيد

يلزم تحريك الشك عند القراءة (قوله) كى لا يكون تغير بقا للصفقة قبل التمام) وتفریق الصفقة حرام لما جاء في الحديث أن النبي عليه السلام نهى عن تغير بقا للصفقة فان قيل ينبغي أن يكون في هذه الصورة ولا يرد أحد الثوبين الذي لم يرد قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يرد فيه الخيار اذا رآه قلنا العمل بموجب قوله عليه السلام نهى عن تغير بقا للصفقة أولى من حديث خيار الرؤية ولو جوه أحدهما أن موجب قوله نهى عن تغير بقا للصفقة محكم في افادة التحريم أى وجهه ثابت في جميع الصور وموجب قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يرد فيه غير ثابت في جميع الصور الا يرى أنه لا يملك الرد اذا تعيب أو اعتق أحد العبدین أو دبره فكان النهي عن تغير بقا للصفقة راجحا أولان قوله نهى محرم والمحرّم راجح على المبيع أولان قوله نهى عن تغير بقا للصفقة متأخر عن المبيع والاي لم تكرار النسخ لما عرف (قوله) وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) يريد به اذا قبضه مستورا أما اذا قبضه وهو يراه يبطل خياره وتم الصفقة (قوله)

قال المصنف (وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) أقول قال العلامة كما كى يعنى فيما اذا قبضه مستورا كذا قيل ولا حاجة الى هذا لان خيار الرؤية يبق الى أن يوجد ما يبطله انتهى وفيه بحث بظاهر بلا حفاة ما عرفت في مسألة نظر الوكيل (قوله) أولانه متأخر عن المبيع الخ) أقول في التوضيح في فصل المعارضة والترجيح كلام متعلق بهذا المقام فراجع (قوله) والجواب أن النهي انما هو عن التفریق والتقييد بما قبل التمام بالقياس) أقول بتعيين المطلق نسخ وذلك لا يجوز بالقياس ثم لا يظهر بما ذكره في معرض الجواب دفع ما قيل (قوله) يندفع ما استشكل بالاستحقاق) أقول أى يظهر ادقاه

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 فكذا خيار الرؤية وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفى فلا يحتاج الى اعادته قال (ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعدمدة فان كان على تلك الصفة التي رآه) علمها صفة الخيار لان العلم باوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة وبغوات العلم بالاوصاف ثبت الخيار فبين العلم بالاوصاف وثبوت الخيار منافية (٥٤٤) وثبت أحد المتناقضين وهو العلم بالاوصاف بتلك الرؤية فيمتنع الآخر وهو ثبوت

(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 يثبت الخيار اذا كان لا يعلمه مرتبه لعدم الرضا به (وان وجدته متغيراً فله الخيار) لان تلك الرؤية لم تقع معلومة باوصافه فكأنه لم يرضه وان اختلفنا في التغير فالقول للبائع لان التغير حادث وسبب لزوم تظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد

فعملنا يدفع 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) علمها (فلا خيار له) لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة فلم يتناول 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 مرتبه) أى لا يعلم أن المبيع كما قدره في ماضى كأن رأى حماره ثم اشترى حماراً بتمتقه لا يعلم أنها التي كان رأى حماراً ظهرت اياها كان له الخيار (لعدم) ما يوجب الحكم عليه (بالرضا) أو رأى ثوباً بلف في ثوب ويبيع فاشتراه وهو لا يعلم أنه ذلك (وان وجدته متغيراً) عن الحالة التي كان رآه علمها (فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلومة باوصافه) فكانت رؤيته وعدمها سواء (فان اختلفنا 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 اختلفنا في الرؤية) فقال البائع رأيت به وقال المشتري لم أره فالقول للمشتري مع عيبه لان البائع يدعى أمراً عارضاً وهو العلم بصفته (والمشتري ينكره فالقول له) وكذا لو أراد أن يردده فالقول للبائع ليس هذا الذي بعته وقال المشتري بل هو هو القول للمشتري سواء كان ذلك في بيع بات أو فيه خيار الشرط أو بالرؤية بقولنا ان 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 يمسك 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 عيبه وهذا لان المشتري في الخيار ينفسخ العقد بنفسه لا توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف واذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلاف في المقبوض فالقول فيه قول القابض ضمينا كان أو أمينا كالغاصب والمودع بخلاف الفسخ بالعيب لا ينفرد المشتري بنفسه ولكنه يدعى ثبوت حق الفسخ في الذي أحضره والبائع ينكره وقوله (الا اذا بعدت المدة) استثناء من قوله القول قول البائع أى في صورة ما اذا طالت المدة (على ما قالوا) أى المشايخ (لان الظاهر شاهد

الخيار الا اذا كان لا يعلم انه هو الذي رآه كما اذا اشترى ثوباً بالغواك كان رآه من قبل وهو لا يعلم ان المشتري ذلك المرئي 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 مرتين 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 مرتبه لم يرض به فكأن له الخيار وان وجدته متغيراً فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلومة باوصافه فكأنه لم يره وان اختلفنا في التغير فالقول قول البائع مع عيبه 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 وقبل هو الرؤية السابقة وقبل هو المبيع البات الخالي عن الشروط المفسدة ظاهراً

الا اذا كان لا يعلمه مرتبه) أى لا يعلم أنه هو الذي رآه (قوله وسبب لزوم تظاهر) وهو الشراء بعد الرؤية (قوله على ما قالوا) لان الظاهر شاهد للمشتري قال شمس الأئمة السر حسي رحمه الله أرى يتلو كانت جارية تشابه رآها فاشترىها بعد ذلك بعشر من سنته وزعم البائع أنهم لم يتغيراً كان يصدق على ذلك وبه كان

والاصل لزوم العقد والقول قول المنكر مع عيبه والابينة بينة مدعى العارض (قوله الا اذا بعدت المدة على ما قالوا) للمشتري أى 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 معلوماً) أقول الظاهر أن يقول معلومة (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 المبيع البات الخالي عن الشروط المفسدة) أقول وعندى أنه المبيع البات الخالي عن المفسد الواقع في محل مرتبة فليست بل

وفي موضع المسئلة فلوعاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي وعن أبي يوسف انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتماد القدروري

الزطية وقيل جيل بسواد العراق وذكر الصمير في قوله فباع منه على لفظ العدل ثم أتته في قوله لم يرد شيئا منها على معناه فكان نظير قوله تعالى وكمن قرية أهلكتنا فجاءها بأسنا بما كنا أعمى لهم قاتلون هذا (ولو عاد) الثوب الذي باعه من العدل أو وهبه (الى 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 الكل حينئذ بخيار الرؤية لا ارتفاع المانع من الاصل وهو تقريق الصفقة (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي وعن أبي يوسف) وهو رواية على بن الجعد عنه (انه) أي خيار الرؤية (لا يعود) لان الساقط لا يعود (كخيار الشرط) الا بسبب جديد وصححه قاضيان (وعليه اعتماد القدروري) وحقيقة الحفظ مختلف فشمس الأئمة لحظوا بالبيع والهبة ما عزال فيعمل المقتضى وهو خيار الرؤية عمله ولحظوا على هذه الرواية مسقطا واذا سقط لا يعود بالاسباب وهذا الوجه لان نفس هذا التصرف يدل على الرضا يبطل الخيار قبل الرؤية وتو بعدها وانته الموفق

(فلو عاد) الثوب الذي باعه (الى المشتري بسبب هو فسخ) بان ردا المشتري الثاني بالعيب بالقضاء أو رجوع في الهبة فهو أي المشتري الاول أو الواهب على خياره بخلاف أن يرد الكل بخيار الرؤية لا ارتفاع المانع من الاصل وهو تقريق الصفقة (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي وعن أبي يوسف ان خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه) لان الساقط لا يعود (كخيار الشرط وعليه اعتماد القدروري)

وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لانه رضى بالعقد على اعتبار السلامة والسلامة عن العيب ثابتة من حيث الظاهر فكانت الصفقة تامة ولهذا لا يملك الردي بمك العيب بعد القبض الا برضا أو قضاء وفي خيار الشرط والرؤية ينفر بالرد وفي فصل الاستحقاق ان استحق بعض المبيع قبل القبض أو بعد ما قبض بعض المبيع كان له أن يرد غير المستحق لان باستحقاق البعض تنفرد الصفقة على المشتري قبل التمام وان كان قبض الكل ثم استحق بعضه فان كان المبيع عبدا واحدا أو ثوبا واحدا واستحق بعضه كان له أن يرد الباقي وان كان عبدين فاستحق أحدهم لا يرد الباقي (قوله وفيه موضع المسئلة) أي في المقبوض على ما ذكرناه (قوله فلو عاد اليه بسبب هو فسخ) بان ردا المشتري الثاني بالعيب بقضاء القاضى وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يعود بخيار الرؤية بعد سقوطه وفي فتاوى قاضيان وهو الصحيح

* (تم الجزء الخامس من فتح القدير والكفاية على شرح الهداية للإمام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني ويليها الجزء السادس وأوله باب خيار العيب) *

(فهرست الجزء الخامس من فتح القدير على شرح الهداية لشيخ الاسلام
 يوهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني) *

صفحة	صفحة
٢٨٨	٢
باب الجزية	كتاب الحدود
٢٩٩	١٣
فصل ولا يجوز احدث بيعت ولا كنيسة في دار الاسلام	فصل في كيفية اقامة الحد
٣٠٤	٣٠
فصل ونصاري بني تغلب يؤخذ من أموالهم	باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب
ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكاة	باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها
٣٠٧	٧٦
باب أحكام المرتدين	باب حد الشرب
٣٣٣	٨٩
باب البغاة	باب حد القذف
٣٤٢	١١٢
كتاب القبط	فصل في التعزير
٣٤٨	١١٩
كتاب اللقطة	كتاب السرقة
٣٦٠	١٢٨
كتاب الاباق	باب ما يقطع فيه وما لا يقطع
٣٦٨	١٤١
كتاب المفقود	فصل في الحرز والاختصمه
٣٧٦	١٥٢
(كتاب الشركة)	فصل في كيفية القطع واثباته
٣٨٩	١٧٢
فصل لا تنعقد الشركة الخ	باب ما يحدث السارق في السرقة
٤٠٩	١٧٦
فصل في الشركة الفاسدة	باب قطع الطريق
٤١٣	١٨٧
فصل وليس لاحد الشريكين أن يؤذي زكاة	كتاب السير
مال الاستحزاباذه	باب كيفية القتال
٤١٦	٢٠٤
(كتاب الوقف)	باب المواعدة ومن يجوز امانه
٤٤٣	٢١٠
فصل احتص المسجد بأحكام	فصل في الامان
٤٤٦	٢١٥
الفصل الاول في المتولي	باب الغنائم وقسمتها
٤٥١	٢٣٤
الفصل الثاني في الموقوف عليه	فصل في كيفية القسمة
٤٥٤	٢٤٩
(كتاب البيوع)	فصل في التنفيل
٤٨٣	٢٥٤
فصل لماذا كرم ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد	باب استيلاء الكفار
الخ	باب المستأمن
٤٩٧	٢٦٦
باب خيار الشرط	فصل واذا دخل الحرب الخ
٥٣٠	٢٧٧
باب خيار الرؤية	باب العشر والخراج