

الجزء الخامس

من شرح فتح القدير للعاجز الفقير تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن
عبدالواحد السيوطي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الخنفي المتوفى
سنة ٨٦١ مع تكميلته نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار للمولى
شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ على
الهداية شرح بداية المبتدى تأليف شيخ الاسلام برهان
الدين علي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى سنة
٥٩٣ في الفقه على مذهب الامام
الاعظم أبي حنيفة رجعهم
الله ولفعنابهم
آمين

وبهامشه شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود الباري
المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدى
جلبي وبسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

وتبنيه قد جعلنا الهداية وفتح القدير في الصلب الأول في صدر الصحيفة
وبليه الثاني مفصلاً بينهما جدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى
جلبي الاول في صدر الهامش وبليه الثاني فليعلم

(مجل مبيعه) مكتبة السيد محمد عبدالواحد بك الطوبى وأخيه بجوار المسجد الحسينى بمصر

الطبعة الأولى

بالمطبعة الكبرى الاميرية بيولاقي مصر المحمية

سنة ١٣١٦

هجريه

(بالقسم الادبي)

﴿ كتاب الشركة ﴾

مناسبة ترتيب الابواب
المارة انسقت الى ههنا
على الوجوه المذكورة ولما
كان للشركة مناسبة خاصة
بالمفقود من حيث ان نصيب
المفقود من مال مورثه
مختلط بنصيب غيره كاختلاط
المالين في الشركة ذكرها
عقبيه وهي عبارة عن اختلاط
نصيبين فصاعدا بحيث
لا يعرف أحد النصيبين
من الاخر ثم سمى العقد
الخاص بهما وان لم يوجد
اختلاط النصيبين لان
العقد سببه

﴿ كتاب الشركة ﴾

قوله وهي عبارة عن اختلاط
(نصيبين الخ) أقول فيه
تسامح فان الاختلاط صفة
النصيب والشركة صفة
صاحب النصيب

الله نور السموات
والارض

﴿ باسم الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب الشركة ﴾

﴿ كتاب الشركة ﴾

هو باسكان الراء في المعروف أورد الشركة عقيب المفقود لتناسيم ما وجهين كون مال أحدهما أمانة
في بدا الاخر كما أن مال المفقود أمانة في يد الحاضر وكون الاشتراك قد يتحقق في مال المفقود كالأموال
مورثه وله وارث آخر والمفقود حتى وهذه مناسبة خاصة بينهم ما والاولى عامة فيهما وفي الآتي والاقيط
واللقطة على اعتبار وجود مال مع الاقيط وانما قدم المفقود عليها وأولاه الاباق لشمول عرضية الهلاك
كلام من نفس المفقود والآتي وكان بعضهم تخيل أن عرضية الهلاك للمال فقال لأن المال على
عرضية التوى وحاصل محاسن الشركة ترجع الى الاستعانة في تحصيل المال والشركة لغة خلط النصيبين
بحيث لا يميز أحدهما وما قيل انه اختلاط النصيبين تساهل فان الشركة اسم المصدر والمصدر الشركة
مصدر شركت الرجل أشركه شركا فظهر أنها فعل الانسان وفعله الخلط وأما الاختلاط فصفة تثبت للمال
عن فعلهما ليس له اسم من المادة ولا يظن أن اسمه الاشتراك لان الاشتراك فعلهما أيضا مصدر اشترك
الرجلان افتعال من الشركة ويعدى الى المال بحرف في فيقال اشتركا في المال أي حقا الخلط فيه
فالمال مشترك فيه أي تعلق به اشتركا كهما أي خلطهما وركنهما في شركة العين اختلاطهما وفي شركة
لعقد اللفظ المفيدله هذا ويقال الشركة على العهده قد نفسه لانه سبب الخلط فاذا قبل شركة العهده

خطاطمغ التمييز رأساً والأبجرج ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير
شريكه بغير إذنه إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز إلا بإذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى
(والضرب الثاني شركة العقود وركبتها الإيجاب والقبول وهو أن يقول أحدهما مشاركتك في كذا
وكذا ويقول الآخر قبلت)

يعطيه شيئاً على أنه قضاء وآخر الآخر قالوا والحيلة في اختصاص الآخر أخذها أخذ دون شريكه أن يهبه من
علمه مقدار حصته ويرثه هو من حصته وحكم هذه الشركة أنه لا يجوز أن يتصرف في نصيب شريكه
الأبامر، لأن كلا منهما في نصيب الآخر كالأجنبي عن الشركة لعدم تضمينها وكالة وأنه يجوز له أن يبيع
نصيبه من الشريك في جميع الصور (و) أما من غير الشريك فيجوز بغير إذنه في جميع الصور إلا في صورة
الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز) بيع أحدهما نصيبه من غير الشريك (الإبازن الشريك) قال
المصنف (وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى) وحقيقة الفرق ما أشار إليه في الفوائد الظهير وهو
أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتداء بأن اشترى باخطة أو ورثها كانت كل حصة مشتركة بينهما فيبيع
كل منهما نصيبه شائعاً زمن الشريك والأجنبي بخلاف ما إذا كانت بالخلط والاختلاط لأن كل
حصة مملوكة بجميع أجزائها لأحدهما ليس للآخر فيها شركة فإذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على
تسليمه الا مخلوطاً بنصيب الشريك فيتوقف على إذنه بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم
والقسمة وأما ما ذكر شيخ الإسلام من أن خلط الجنس بالجنس تعدى سبب الزوال للملك عن المخلوط ماله إلى
المخلوط فإذا حصل بغير تعدى يكون سبب الزوال ثابتاً من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زائلاً
إلى الشريك في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك فقد يمنع ثبوت الزوال من
وجه فإن تمام السبب فيه هو التعدى فعند عدمه لا يثبت من وجهه واللكان جميع المسببات
ثابتة من وجهه قبل أسبابها وأيضاً فالزوال إلى المخلوط عيناً إلى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب
كل منهما زائلاً إلى الشريك الآخر عند البيع من الأجنبي بل المترتب عليه اعتبارهما زائلاً إلى الشريك
المخلوط عيناً فلا يلزم اعتبار نصيب كل منهما زائلاً إلى الشريك في البيع من الأجنبي بل اعتبار نصيب
غير المخلوط فقط إذا باع من الأجنبي وانما قلنا إن تمام السبب التعدى لأن الخلط لا يظهر أثره في ذلك
وانما يثبت به أي تعدى هو السبب في زوال الملك في هذا المال فيقال التعدى في خاطه (قوله والضرب
الثاني شركة العقود وركبتها الإيجاب والقبول) ثم فسرها المصنف بقوله (وهو أن يقول أحدهما
شركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت) أي في كذا من المال وفي كذا من التجارات البرازية
أو البقالية في العنان أو في كل مالي ومالك وهما متساويان وفي جميع التجارات وكل كفيلاً عن الآخر
في المفاوضة ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المفاوضة كما سيأتي وليس اللفظ المذكور بل لازم بل
المعنى ولهذا لو دفع ألفاً إلى رجل وقال أخرج مثلها واشتر ما كان من ربح فهو بيننا وقبل الآخر
أو أخذها وفعل انعقدت الشركة وينسب إليها ما يربحها ويصدق عليها ما يربحها ويصدق عليها ما يربحها
هذا ما اشترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى وأداء الأمانة ثم يبين قدر رأس مال كل
منهما ويقول ذلك كله في أيديهما يشتركان بهو يبيعان جميعاً وشق ويحمل كل منهما رأيه ويبيع بالنقد
والنسيئة وهذا وان ملكه كل عطلق عقد الشركة إلا أن بعض العلماء يقول لا يملكه واحد منهما إلا
بالنصر يربح به فلا يربح عنه يكتب هذا ثم يقول فلما كان من ربح فهو بينهما على قدر رؤس أموالهما وما
كان من وضعية أو تبعة فكذلك ولا خلاف أن اشتراط الوضعية بخلاف قدر رأس المال باطل واشتراط
الربح متفاوتاً عندنا صحيح فيما سبقت ذكره فان كانا شرطاً متفاوتاً فيه كتباه كذلك ويقول اشتركا على
ذلك في يوم كذا في شهر كذا وانما يكتب التاريخ كي لا يدعى أحدهما لنفسه حقاً فيما اشترى الآخر قبل

وقوله (خطاطمغ التمييز رأساً
كخط الخطة بالخطة
أو الأبجرج كخطها
بالشعر وقوله (فإنه لا يجوز)
يعنى البيع (من الأجنبي) إلا
بإذن شريكه وقوله (وقد
بيننا الفرق في كفاية المنتهى)
قبل الفرق أن خلط الجنس
بالجنس على سبيل التعدى
سبب زوال الملك عن المخلوط
إلى المخلوط فإذا حصل بغير
تعدى كان سبب الزوال ثابتاً
من وجه دون وجه فاعتبر
نصيب كل واحد زائلاً إلى
الشريك في حق البيع من
الأجنبي غير زائل في حق
البيع من الشريك كأنه
يبيع ملك نفسه عملاً
بالشبهين

وقوله (قابل للوكالة) احتراز عن الشركة في التكتي والاحتشاش والاحتطاب (٥) والاصطيدان المثلث في هذه الصور

يقع لمن باشر سعيه خاصا
لاعلى 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 فيتحقق
حكمه المطلوب منه) أي
من عقد الشركة وشرح
هذا ان هذه العقود وانما
نضمت الوكالة لان من حكم
الشركة ثبوت الاشتراك
في المستفاد بالتجارة ولا
يصير المستفاد بالتجارة
مشتركا بينهما الا ان يكون
كل واحد منهما وكيل عن
صاحبه في النصف وفي
النصف عاملا لنفسه حتى
يصير المستفاد مشتركا بينهما
فصار كل واحد منهما
وكيل عن صاحبه بمقتضى
عقد الشركة وقوله ثم هي
أربعة أوجه ذكر في
وجه الحصر على ذلك ان
الشريكين اما ان يذكر
المال في العقد أو لا فان
ذكره فاما ان يلزم اشتراط
المساواة في ذلك المال في
رأسه ورجحه أو لا فان لم
فهي المفاوضات والا فالعنان
وان لم يذكره فاما ان يشترط
العمل فيما بينهما في مال
الغير أو لا فالاول الصنائع

وشروطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة
مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه (ثم هي أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع
وشركة الوجوه فاما شركة المفاوضات فهي أن يشترك الرجلان فيسأويان في مالهما وتصرفهما وديتهما)
لانها شركة عامة في جميع التجارات يفرض كل واحد منهما أمر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي
من المساواة قال قائلهم
لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا
أي متساويين

هذا التلخيص (قوله) وشروطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة) وعقد الشركة
منصوب على المصدر مع لالعقود وكل صور عقود الشركة يتضمن الوكالة وتختص المفاوضات بالكفالة
وانما شرط ذلك (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه) أي حكم عقد الشركة
(المطلوب منه) وهو الاشتراك في الربح انلزم يكن كل منهما وكيل عن صاحبه في النصف وأصيل في
النصف الآخر لا يكون المستفاد مشتركا لا اختصاص المشتري بالمشتري واحترازه عن الاشتراك في
التكتي والاحتطاب والاحتشاش والاصطيدان المثلث في كل ذلك يختص عن باشر السبب (قوله)
ثم هي) أي شركة العقود على (أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه)
قبل في وجه الحصر ان العقد اما ان يذكر فيه مال أو لا وفي الذ كر اما ان تشترط المساواة في المال ورجحه
وتصرفه ونفعه وضرره أو لا فان شرط ذلك فهو المفاوضات والا فهو العنان وفي عدم ذكر المال (اما) أن
يشترط العمل في مال الغير أو لا فالاول الصنائع والثاني الوجوه وقيل عليه أنه يقتضى أن شركة الصنائع
والوجوه لا يكونان مفاوضة ولا عنا فالاول ليس كذلك كما سئل كره فيما أتى فوجه التقسيم ما ذكره الشيخان
أبو جعفر الطحاوي وأبو الحسن الكرخي حيث قالوا الشركة على ثلاثة أوجه شركة بالاموال وشركة بالأعمال
وشركة بالوجوه وكل منهما على وجهين مفاوضة وعنان وسبب البيان ان شاء الله تعالى (قوله) فاما شركة
المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيسأويان في مالهما وتصرفهما وديتهما) ويكون كل منهما كفيلا
عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتره كانه وكيل عنه (لانها شركة عامة) يفرض كل منهما الى
صاحبه على العموم (في التجارات) والتصرفات لان الفوضة الشركة والمفاوضة المساواة فلزم مطلق
المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فعم التساوي في ذلك ولا يخفى أن قول المصنف اذ هي من المساواة تساهل
لانها مادة أخرى فكيف يتحقق اشتقاق بل هي من التفويض أو الفوض الذي منه فاض الماء اذا عم
وانتشر وانما أراد ان معناها المساواة واستشهد بقول الافوه الاودي

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا

وبعد

اذا تولى سراة الناس أمرهم * ناعلى ذلك أمر القوم وازدادوا

وقيل بعد

تمدى الامور بأهل الرأي ما صلحت * فان تولت فبالجهال ينقادوا

ومعنى البيت اذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون اليه بل كان كل واحد مستقلا
يتقدم مراده كيف كان تحققت المنازعة كما في قوله تعالى لو كان فيهم - ما آلهة الا الله لفسدنا والسراة
جمع سرى وهو السيد وجعله صاحب المفصل اسم جمع له كركب في راكب والسرى فعمل جمع على
فعله بالتعريف وأصله سر وتمعركت الواو وانفتح ما قبلها قلبت ألفا فصار سراة وأصل سرى سربو

والثاني الوجوه ومعنى البيت لا يصلح أمور الناس حال كونهم متساوين اذ لم يكن لهم أمراء وسادات فانهم اذا كانوا متساوين يتحقق
المنازعة بينهم والسراة جمع السرى وهو جمع عزير لا يعرف غيره وقيل هو اسم جمع للسرى

وقوله فلا يتحقق تحقق المساواة ابتداء وانتهاء اما ابتداءه فظاهر بناء على ما ذكر من مأخذ اشتقاقه واما انتهائه فلان المفاوضة من العقود الجائزة فان لكل واحد منهما ما لايه الامتناع بعد عقد الشركة فكان له واما حكم الابتداء وفي ابتداء المفاوضة تشترط المساواة فكذا في الانتهاء (وقوله وذلك) أي تحقق المساواة (٦) في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاصل فيما لا تصح فيه

الشركة كالعروض والديون والمعار حتى لو كان لاحدهما عروض أو ديون على الناس لا تبطل المفاوضة ما لم يقبض الديون وقوله (كل ذلك بانفراده فاسد) أي كل من الوكالة والكفالة في المجهول فاسد حتى لو وكل رجلا وقال وكنك بالشراء أو بشراء الثوب كان فاسدا وكذلك الكفالة للمجهول بالعلوم باطل فالكفالة للمجهول بالمجهول أولى بالاطلاق فان قبل الوكالة العامة جائزة كما اذا قال لا خرو وكنك في مالي اصنع ما شئت فانه يجوز ان يتصرف في ماله أجبب بأن العموم ليس عمرا هاهنا فانه لا تثبت الوكالة في حق شراء الطعام والكسوة لاهله فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز

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

فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاصل فيما لا تصح الشركة فيه وكذا في التصرف لانه لو ملك أحدهما تصرفا فلا يملك الآخر فالتساوي وكذلك في الدين لما بين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي وقال مالك لا أعرف ما للمفاوضة وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم فاوضوا فانه أعظم للبركة

اجتمعنا وسبقت احدهما بالسكون فقلبت الواو ياء ثم ادغمت في الياء وسبقت وجه المساواة (فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء) عند عقد الشركة (وانتهاء) أي في مدة البقاء لان عقد الشركة عقد غير لازم فان لكل منهما ان يفسخه اذا شاء فكان لبقائه حكم الابتداء فاجتمع ابتداء العقد من التفاوت في المال يمنع بقاءه حتى لو كان المالان سواء يوم العقد ثم ازدادت قيمة أحدهما قبل الشراء فسدت المفاوضة وصارت عنانا بخلاف ما لو ازداد بعد الشراء بالماليين 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 بالماليين جميعا قل ما يتفق فيما بينه بشرطه حرج ولان المساواة قائمة معنى لان الآخر لما ملك نصف المشتري صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف ما لم يستحق به لصاحبه غير انه لا يشترط اتحادهما صفة فلو كان لاحدهما دراهم سود ولآخر مثلها بيض وقيمتاهم متساوية صححت المفاوضة بخلاف ما لو زادت وكذا لو كان لاحدهما ألف ولآخر مائة دينار وقيمتها ألف صححت فان زادت صارت عنانا وكذا لو ورث أحدهما دراهم وأوتيتها تنقلب عنانا ثم المراد بالمالي الذي يلزم فيه التساوي ما تصح به الشركة من الدراهم والدينار والفولوس على قولهم مادون العروض ولو كان لاحدهما اربعة نفقات تصح المفاوضة ولو كان له دين صححت الى أن يقبضه فاذا قبضه فسدت وصارت عنانا ولذا يعتبر التساوي في التصرف فانه لو ملك أحدهما تصرفا لم يملك الآخر فالتساوي وكذا في الدين لما بين عن قريب (قوله) وهذه الشركة جائزة في قول أصحابنا رحمه الله استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله وقال مالك رحمه الله لا أعرف ما للمفاوضة) وهذا لا يلزم تناقض به كما قيل اذ 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 يحتمل وقد حكى عن أصحاب مالك ان المفاوضة تجوز وهي أن يفرض كل منهما الى الآخر التصرف في غيبته وحضوره وتكون يده كيد غير ان لا يشترط التساوي في الماليين وعن روى عنه القول بالمفاوضة الشعبي وابن سيرين ذكره الشيخ أبو بكر الرازي (وجه) قوله ما هو وجه (القياس) انها تضمنت الوكالة (شراء) بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل بانفراده فاسد) ولو قال وكنك بشراء عبد أو ثوب لم يجز حتى يبين نوعه وصفته ولو كفل لمن سيدينه بما يلزمه لا يصح فاجتماعها يزيد فسادا فان قيل الوكالة العامة جائزة كما لو قال لا خرو وكنك في مالي اصنع فيه ما شئت حتى يجوز ان يفعل فيه ما شاء قلنا العموم غير مراد فانه لا يثبت وكالة كل في شراء طعام أهل الآخرة كسوتهم فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس (وجه الاستحسان) أمران أحدهما (ماروى عنه صلى الله عليه وسلم) انه قال فاوضوا فانه أعظم للبركة) أي ان عقد المفاوضة أعظم للبركة وقوله صلى الله عليه وسلم اذا فاضتم

المسلم والكافر قال المصنف (وقال مالك لا أعرف ما للمفاوضة) أقول قال في الكافي فاحسنوا وهو تناقض لانه اذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد اذا لا تصدق بلا تصور ورده هذا بان قوله لا أدري ما يكون حكما بالفساد ولا بالجواز حتى يلزم التناقض اه وفيه بحث

وكذا الناس يعاملونهم من غير تكبير وبه يترك القياس والجهالة متعملة تبعاً كإفي المضاربة (ولا تعتقد
 الابلقظة المفاوضة) لبعده شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعتبر هو
 المعنى قال (فجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين أو ذميين لتحقيق التساوي وان كان أحدهما كتابياً
 والآخر مجوسياً تجوزاً أيضاً) لما قلنا (ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ) لانعدام
 المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحداً منهما الا باذن المولى

فاحسنوا المفاوضة وهذا الحديث لم يعرف في كتب الحديث أصلاً والله أعلم به ولا يثبت به حجة على
 الخصم وإنما أخرج ابن ماجه في التجارات عن صالح بن صهيب عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله
 عليه وسلم ثلاث فيمن البركة البيع الى اجل والمقارضة واخلاق البر بالشعير البيت لا للبيع وفي
 بعض نسخ ابن ماجه المفاوضة بدل المقارضة ورواه ابراهيم الحاربي في كتاب غريب الحديث وضبطه
 المعارضة بالعين والصادق وسره ابي يعقوب عرض بعرض مثله (والآخر) ما ذكره من (أن الناس تعاملوا
 بهما من غير تكبير وبه يترك القياس) لان التعامل كالأجسام ولو منع ظهور التعامل بها على الشروط
 التي ذكرتم من المساواة في جميع ما يملكه كل من التقوّل على شرط التفويض العام كما عن مالك أمكن
 ثم أجاب عن القياس فقال (الجهالة متعملة) لانها انما تثبت (تبعاً) والتصرف قد يصح تبعاً ولا يصح
 مقصوداً (كإفي المضاربة) فانها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس وكذا شركة العنان فلا يتم
 الازام وانتظام الكلام الكلي وهو قوله والجهالة متعملة تبعاً الجواب عن الزام الكفالة لمجهول وفصل
 الجواب فيها في المبسوط فقال وأما الجهالة فعينها لا تبطل الكفالة ولكن يمكن المنازعة بسببها وهو
 منعدم هنالان كل واحد انما يصير رضامنا عن صاحبه ما لزمه بتجارته وعند الزوم المضمون له والمضمون
 به معلوم وكان المصنف انما يعرج عليه لانه لو صح صحت الكفالة لمجهول ابتداء لان عند الزوم
 لا بد ان يتعين المكفول له فاكتفى بنفي الازام بما ذكر من ان الشيء قد يصح تبعاً لا يلزم من عدم
 صحة الكفالة كذلك قصد عدم صحتهما ضمناً وعلى هذا يمكن اثبات صحتهما شرعاً أخذاً من هذا الجواب
 هكذا تصرف نافع لا مانع فيه في الشرع فوجب صحته والمانع وهو الوكالة بمجهول والكفالة بمجهول
 يمنع اذا ثبت قصداً ولا يلزم من منع الشيء اذا ثبت قصداً منعه اذا ثبت ضمناً فان قيل فمن أين اشتراط
 المساواة في المال قلنا هذا أمر يرجع الى مجرد الاصطلاح وذلك أن الشركة في صورة يكون الشريكان
 متساويي المالين على وجه التفويض على العموم جائزة بلا مانع كما في صورة عدم تساويهما فقلنا ان
 عقد على الوجه الاول سمي الشركة مفاوضة والاسمينها عنا غير اننا اكتفينا بلفظ المفاوضة في ثبوت
 الشرط المذكور بلعلنا اياه علماء على تمام المساواة في أمر الشركة فان ذلك كراهات ثبتت أحكامها اقامة اللفظ
 مقام المعنى بخلاف ما اذا لم يذكراها لعدم تحقق رضاهما بأحكامها الا ان يذكرا تمام معناها بان يقول
 أحدهما وهما حران مسلمان بالغان أو ذميين شاركتهما في جميع ما أملاك من نقد وقدر ما أملاك على وجه
 التفويض العام من كل من لا لاخر في التجارات والنقد والنسيئة وعلى ان كلامنا من على الآخر
 ما يلزمه من أمر كل بيع وهذا قول المصنف (وتتعد بلفظ المفاوضة لبعده شرائطها عن فهم العوام حتى
 لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعتبر هو المعنى) واللفظ وسيلة الى افهامه ولو عقد بلفظ المفاوضة
 وبعض شرائطها منتف ان عقدت عنا اذا لم يكن المنتقى من شروط العنان ويكون تعبيراً بالمفاوضة عن
 العنان (قوله وان كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً) إن فيه للوصول وقوله (لما قلنا) أي
 لتحقيق التساوي اذ الكفر كماله واحدة (قوله) ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ
 تعذر المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحداً منهما الا باذن المولى

(قوله والجهالة متعملة
 تبعاً كإفي المضاربة) يعني
 الوكالة بمجهول الجنس
 موجودة في المضاربة وهي
 جائزة هناك تبعاً فكذلك
 ههنا لا ترى ان شركة
 العنان تصح وان تضمنت
 ذلك لان ما يشترطه كل
 واحد منهما غير مسمى عند
 العقد فكذلك المفاوضة
 وقوله (لان المعتبر هو المعنى
 دون اللفظ) بوضه ان
 الكفالة بشرط براءة الاصيل
 حوالة والحوالة بشرط
 ضمان الاصيل كقالة وقوله
 (لما قلنا) اشارة الى قوله
 لتحقيق التساوي أي في
 كونهم ذميين وقوله (ولا
 تجوز) أي المفاوضة بين
 الحر وبين المملوك ظاهر

واعترض على قوله ولهما أنه لا تساوى في التصرف بان المفاوضة تصح بين الكفاية والجوسى مع انهما لا يتساوىان في التصرف فان الجوسى يتصرف في الموقوذة لاعتماد المائة فيها والكفاية لا يتصرف فيها وكذلك الكفاية بواجرة نفسه للذبح دون الجوسى لان ذبيحته لا تحل وكذلك تصح بين الحنقى والشافعى (أ) مع وجود التفاوت بينهما كما قال أبو يوسف وأجيب بأن عدم المساواة يبطل

للعقد لا محالة والتفاوت في الموقوذة لم يعتبر لان من جعل الموقوذة مالا متقوما لا يفصل فيه بين الكفاية والجوسى فتتحقق المساواة وأما ما أوجره نفسه للذبح فان المساواة بينهما ثابتة في ذلك معنى لان كل واحد من الكفاية والجوسى من أهل ان يتقبل ذلك العمل على أن يقيم بنفسه أو بنائبه واجارة الجوسى للذبح صحيحة يستوجب بها الاجر وان كان لا تحل ذبيحته وأما مسألة الحنقى والشافعى فان المساواة بينهما ثابتة لان الدلالة قامت على ان متروك التسمية عامه ليس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيه للحنقى والشافعى جميعا لثبوت ولاية الازام بالحاجة فتتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف وقوله (ولابن الصبيبين) يعنى وان أذن لهما أبوهما لان مبنى المفاوضة على الكفالة وهم السامان أهل ذلك وكذلك الكتائب وقوله (انهو) أى العنان قد يكون خاصا وقد يكون عاما يعنى قد يكون عاما فى أنواع التجارة وقد يكون فى نوع خاص منها والمفاوضة

والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولى قال (ولابن المسلم والكافر) وهذا قول أبو حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز للتساوى بينهما فى الو كالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف عليك أحدهما كالمفاوضة بين الشفعوى والحنقى فانها جائزة وتفاوتان فى التصرف فى متروك التسمية الا انه يكره لان الذى لا يهتدى الى الجائر من العقود ولهما انه لا تساوى فى التصرف فان الذى لو اشترى برأس المال خورا أو خنازير يصح ولو اشترى ما مسلم لا يصح (ولا يجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين) لان عدم صحة الكفالة وفى كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك فى العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما

والصبي لا يملك الكفالة (أصلا ولو أذن له الولى) ولا يملك التصرف الا باذنه قال (ولابن الكافر والمسلم وهذا عند أى حنيفة ومحمد رجهما الله وقال أبو يوسف رجه الله يجوز للتساوى بينهما فى صحة الو كالة والكفالة) وكون أحدهما هو الكافر يملك زيادة تصرف لا يملكه الآخر كالعقد على الخمر ونحوه لا معتبر به بعد تساوىهما فى أصل التصرف مباشرة وو كالة وكفالة (وصار كالمفاوضة بين الشافعى والحنقى فانها جائزة وتفاوتان فى العقد على متروك التسمية الا انه يكره) أى عقد الشركة بين المسلم والكافر (لان الذى لا يهتدى الى الجائر من العقود ولا يهتدى من الربا فيكون سببا لوقوع المسلم فى كل الحرام) وقوله الا انه يكره استثناء من قوله قال أبو يوسف يجوز بناءه على استعمال الجواز فى أعم من الاباحة بمعنى استواء الطرفين وهو ما لا يعاقب عليه وفيه نظر لان قضية الاستثناء ان ينتقى الحكم عما به عدل الا فيكون قد أخرج الكراهة التى يتضمنها الجواز عنه فلا يثبت قائما هو واستدراك من الجواز فان طاقه يتصرف الى غير المكروه فاستدرك منه الكراهة أى لكنه مكروه وبعض أهل الدرس قالوا يريد الاستثناء المنقطع لما رأوه بمعنى لكن وهو غلط لان المستثنى فى المتصل والمنقطع يخرج من حكم الصدر فالجواز لم يجزى فى قولك جاؤا الاحرار فيقتضى اخراج الكراهة عن ثبوت الجواز فلا تثبت الكراهة (ولهما انه لا تساوى فى التصرف فان الذى لو اشترى برأس ماله خورا أو خنازير يصح ولو اشترى ما مسلم لا يصح) لكن بقى قول أبى يوسف كالمفاوضة بين الحنقى والشافعى مع التفاوت فيما يملكان لم يجب عنه وكذا بين الكفاية والجوسى فان الجوسى يتصرف فى الموقوذة لانه يعتقد ما ليهادون الكفاية وكذا الكفاية بواجرة نفسه للذبح دون الجوسى وأجيب بأن من جعل الموقوذة مالا متقوما فى حقهم فلا فصل بين الجوسى والكفاية فتتحقق المساواة فى التصرف وأما ما أوجره نفسه للذبح فكل منهما من أهل ان يتقبل ذلك العمل على ان يعمل بنفسه أو بنائبه واجارة الجوسى نفسه للذبح جائزة ليستوجب بها الاجر وان كان لا تحل ذبيحته وأما الحنقى والشافعى فالمساواة ثابتة لان الدليل على كونه ليس مالا متقوما قائم وولاية الازام بالحاجة ثابتة بالجماد الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعى كالحنقى وأما المسلم مع المرتد فلا يجوز الشركة بينهما فى قولهم هكذا ذكره الكرخى وذكروا فى الاصل قياس قول أبى يوسف انه يجوز عنده (قوله ولا بين الصبيين) يعنى ولو أذن وليهما لانهما ليسا من أهل الكفالة ولا بين العبدين والمكاتبين (قوله وفى كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها الخ) وذلك كالأقوال بالغ وصبي أو حر وعبد أو مكاتب أو شرط عدم الكفالة تصير عنانا وان عم التصرف والمال وتساوىان لانه لان عقد

شركة

عامة فيها الجازان يذ كر لفظ المفاوضة ويراد معنى العنان كما يجوز اثبات معنى الخصوص بلقظ العموم

(قوله على أن يقيم بنفسه أو بنائبه الخ) أقول فيه بحث فان المسلم أيضا من أهل ان يشتري الخمر والخنزير بنائبه كما سيجي فى كتاب الو كالة وجوابه ان اجارة نفسه صحيحة دون اشتراء المسلم الخمر فأمثل

(قوله وتنعقد على الوكالة والكفالة) أي تنعقد شركة المفاوضة على الوكعة كعامة الشركات ليحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما يبينه قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً وعلى الكفالة هو على معنى ان يطالب كل واحد من شريكي المفاوضة بما يشهه الآخر واليه أشار بقوله لتحقق المساواة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما جميعاً وقوله (لان مقتضى العقد لتعيل المستفتي منه) وهو قوله قد يكون على الشركة وقوله (لما بينا) إشارة الى هذا التعليل وقوله (وللبائع) أي لبائع الطعام والكسوة (قوله) فما يصح الاشتراك فيه البيع والشراء والاستحجار) أما صورة البيع والشراء فظاهرة وأما صورة الاستحجار فهو أن يستأجر أحد المتفاوضين أجراً في تجارتهم أو دابة أو شيئاً من الأشياء فلم يؤجران يأخذوا منها لأن الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما ما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استأجره لحاجة نفسه أو استأجر ابله الى مكة يحج عليها فلا يكرى أن يأخذها منها، إلا أن شريكه اذا أدى من خالص ماله رجع به عليه لأنه أدى ما كفل عنه بأمره وان أدى (٩) من مال الشركة رجع عليه بنصيب من المؤدى

وأما في شركة العنان فلا يؤخذ به غير الذي استأجره لأنه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه ومن القسم الآخر الجناية على بنى آدم والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة فلا وادعى رجل على أحد المتفاوضين جراحة خطأها ارش مقدر واستطلفه خلف ثم أراد أن يستخلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لان كل واحد منهم ما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب التجارة فاما ما يلزمه بسبب الجناية فلا يكون الا نحر كفيل به الا ترى انه لو ثبت بالبينه أو عمانية السبب لم يكن على الشريك من وجهه شيء ولا خصومة للجني عليه معه وكذا المهر والخلع والصلح عن جنابة العمد والنفقة اذا ادعاه على أحدهما وحلفه

قال (وتنعقد على الوكالة والكفالة) أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه وأما الكفالة لتحقق المساواة فيما هو من موجبات التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعاً قال (وما يشتره كل واحد منهما ما يكون على الشركة الا طعام أهله وكسوتهم) وكذا كسوته وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف وكان شراً أحدهما كشرائهما الا ما استثناء في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبه معلومة الوقوع ولا يمكن إيجابه على صاحبه ولا التصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس أن يكون على الشركة لما بينا (وللبائع) أن يأخذ بالثمن أي ما شاء (المشتري بالاصالة) وصاحبه بالكفالة ويرجع التكفيل على المشتري بحصته مما أدى لانه قضى ديناً عليه من مال مشترك بينهما قال (وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك) فالأخر ضامن له تحقيقاً للمساواة فما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستحجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة

شركة العنان قد يكون عاماً كما يكون خاصاً بخلاف المفاوضة لان تكون الاعامة (قوله وتنعقد) أي المفاوضة (على الوكالة والكفالة) وان لم يصرح بهما فان ذلك موجب اللفظ فيثبت بذكره أي وكالة كل منهما عن الآخر في نصف ما يشتره وكفالة كل منهما الآخر (أما) انه قاده على (الوكالة) فلتحقق غرض الشركة (قوله) (على ما بيناه) يريد قوله ليكون ما يستفاد به على الشركة فيتحقق الاشتراك في الربح (وأما الكفالة) فلتحقق المساواة التي هي مقتضى المفاوضة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما) بسبب ما هو من أفعالها وما يشبه ما هو وتجارة (وما يشتره كل واحد منهما ما يكون على الشركة الا طعام أهله وكسوتهم) فيختص به ومع ذلك يكون الآخر كفيلاً عنه حتى كان لبائع الطعام والكسوة له ولعيله وادامهم أن يطالب الآخر ويرجع الآخر بما أدى على الشريك المشتري بخلاف ما لو اشتري أحدهما جارية لوطعها بذن شريكه فانه يختص بهما على ما سأل في آخر الشركة ان شاء الله تعالى وانما اختص بذلك ولم يقع على الشركة استحساناً بالضرورة (فان الحاجة الراتبه معلومة وقوعها) أي المستمرة من قوله هم رتب الشيء اذا دام ومنه أمر ترتب أي دائم بفتح التاء الثانية وضهما (ولا يمكن إيجاب نفقة عياله على صاحبه) فكان مستثنى ضرورة (والقياس) وقوعه على الشركة (لما بينا) من ان مقتضى العقد المساواة ثم كفالة كل الآخر اغماهي فيما هو من ضمان التجارة

(٣ فتح القدير - خامس) عليه ليس له ان يحلف الا نحر لما بينا وصورة الخلع ما اذا كانت المرأة عقدت عقداً للمفاوضة ثم خالعت مع زوجها فالزم عليهم ان يدل الخلع لا يلزم شريكها وكذا الوأقرت ببذل الخلع لا يلزم على شريكها ومن هذا يتبين صورة غيره

قال المصنف (وللبائع) أن يأخذ بالثمن الى قوله ما أدى) أقول ما ثبت بالضرورة بتقدير بقدر الضرورة ولهذا تم تعدد الكفالة وبقيت على مقتضى القياس فلستأمل قال المصنف (فما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستحجار) أقول قال الاتقاني ولنا في عبارة صاحب الهداية نظراً لان حق الكلام أن يقول فما يصح فيه الاشتراك ثمن المشتري وأجرة ما استأجر لانه هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستحجار كذلك حق الكلام أن يقول ومن القسم الآخر اشرار الجناية والمهر والنفقة الخ لانها هي الديون الواقعة بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الجناية والنكاح والخلع أنفسها الى آخر ما قال فيعلم بأدنى فكر ان شاء الله تعالى اه وقفه بحث وفي قوله لانه هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستحجار بحث لأن الكلام فيما يصح فيه الاشتراك لافي الدين الواقع بدلا عنه فينبغي أن يقول فما يصح فيه الاشتراك فيه المشتري والمستأجر وفس عليه

(قوله ولو كفل أحدهما) ظاهر (قوله ولو صدر) يعني عقد الكفالة وانما قيد بحال المرض لان المريض لو أقر بالكفالة السابقة في حال الصحة يعتبر ذلك من جميع المال بالاجماع لان الاقرار به يلاقي حال بقائها وفي حال البقاء الكفالة معاوضة (قوله فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة) يعني (١٠) وحاجتنا هنا الى البقاء اذا المطالبة نتوجه بعد الكفالة لانها حكما فالزام المال على

الشريك الضامن لزم على الآخر وهذا هو حال البقاء بخلاف الصبي وغيره لان كلامنا في الابتداء بأنه هل يلزمه أو لا باعتبارنا جهة التبرع فيه ولم نعتبر هنا لان الابتداء ثمة محتاج اليه ولا كذلك هنا العدة الابتداء لكون الضامن من أهل الضمان دون الصبي (قوله لم يصح ممن ذكره يريد به الصبي والمجنون الخ) وأما الاقراض فعند أبي حنيفة يعني ان فيه روايتين قال في المسوط ان اقراض أحد المتفاوضين يلزم شريكه عند أبي حنيفة لانه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لانه تبرع (قوله ولئن سلم فهو اعارة) أي ولئن سلمنا ان اقراض أحد المتفاوضين لا يلزم صاحبه فاما لا يلزم لان الاقراض اعارة لا معاوضة بدليل جوازه اذا لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية فعلم بهذا ان ما يأخذ المقرض بعد الاقراض حكم عين ما أقرضه لاحكامه كافي الاعارة الحقيقية

قال (ولو كفل أحدهما بحال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة وقال لا يلزمه) لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولا بي حنيفة انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدى على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم تصح ممن ذكره وتصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانها تبرع ابتداء وانتهاء وأما الاقراض فعن أبي حنيفة أنه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة

أما ويشبه ضمان التجارة فيكون صاحب الدين بالخيار ان شاء أخذ المشتري منه بدنه وان شاء أخذه شريكه وضمن التجارة كمن المشتري في البيع الجائز وقيمته في الفاسد وأجرة ما استأجره سواء استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة وما يشبه ضمان التجارة ضمان غصب أو استهلاك عند أبي حنيفة أو ودیعة اذا جدها أو استهلكها وكذا العارية لان تقرير الضمان في هذه المواضع يفيد له تلك الأصل قصير في معنى التجارة ولو لحق أحدهما ضمان لا يشبه ضمان التجارة لا يؤخذ به كاروش الجنائبات 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 ما يبيع خادم فأنكر فلامدعى أن يحلف المدعى عليه على التبات وشريكه على العلم لان كل واحد لو أقر بما ادعاه المدعى يلزمه ما بخلاف الجنابة لو أقر أحدهما لا يلزم الآخر فلا فائدة في الاستحلاف وصوره الخلع ما لو عقدت امرأته شركة مفاوضة مع رجل أو امرأة ثم خالعت زوجها على مال لا يلزم شريكها وكذا لو أقرت بيد الخلع أو التزمت أحد الشريكين وهو أجنبي (قوله ولو كفل أحدهما بحال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله) وقال لا يلزم صاحبه لانه (أي الكفيل) متبرع ولهذا لا تصح الكفالة (من الصبي والعبد المأذون والمكاتب وله) أيضا (لو صدر) أي عقد الكفالة (من المريض مرض الموت يصح من الثلث وصار كالاقراض) اذا أقرض أحدهما من مال التجارة لانسان لا يلزم الشريك وانما اقتصر على صدور عقد الكفالة في المرض لان المريض لو أقر بكفالة سابقة على المرض لزمته في كل المال بالاجماع لان الاقرار به يلاقي حال بقائها وهي في حال البقاء معاوضة على ما سئذ كرهه في الاسرار وكون الاقراض لا يلزم الشريك ولو أخذ به سفتحة 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 بمعنى المقرض لشريكه توى المال أو لم يتو وقياس قول أبي يوسف يضمن المقرض حصة شريكه قال وهذا فرع اختلافهم في ضمان الكفالة فعند أبي يوسف ضمان الكفالة ضمان تبرع فلا يلزم الشريك فكذا المقرض وعند أبي حنيفة ضمان الكفالة يلزم الشريك والكفيل في حكم المقرض (ولا بي 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 يؤدى عنه) اذا كفل بأمره فلا يلزم شريكه بعد ما لزمه عليه (فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لا يصح ممن ذكره) والوجه أن يقول ممن ذكره ابعني الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولا يبعد أن يكون مبنيا

(قوله وانما قيد بحال المرض) أقول يعني انما

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 أن يترك الضمير المنصوب ويذكر الفعل على صيغة المبني للفعل فلهذا وقع هكذا من قلم الكاتب اه والامر فيه سهل فان الضمير المستتر راجع اليهما بتأويل المذكور بل من ذكر

المفعول

(قوله حتى لا يصح فيه الاجل) أي لا يلزم لان تأجيل الاقراض والعارية جائز لكن لا يلزم المضي على ذلك التأجيل (قوله ولو كانت الكفالة بغير أمره) متصل بقوله اذا كانت الكفالة بأمره (قوله في الصحيح) إشارة الى نفي ما ذهب اليه عامة المشايخ في شرح الجامع الصغير من عدم التفرقة بين ما اذا كانت بأمره أو بغير أمره لاطلاق جواب الجامع الصغير والمصنف تابع ما ذهب اليه الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير من التفرقة بينهما وأجاب عن اطلاق جواب الكتاب أي الجامع الصغير بأنه محمول على المقيد وهو الكفالة بالأمر لانه حينئذ تكون معاوضة انتهاء والا فهو متبرع ابتداء وانتهاء فلا يلزم شريكه (١١) وضمنان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة

عند أبي حنيفة يعني في أنه يلزم شريكه وعند محمد ضمنان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة في أنه يلزمه أيضا وعن أبي يوسف في غير رواية الأصول انه لا يلزم الشريك وتلمح تحريم المذاهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض به على المصنف في قوله بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة بأن محمدا مع أبي حنيفة في لزوم ضمان الغصب والاستهلاك الشريك فلا يكون تخصيص أبي حنيفة ولا لقوله بمنزلة الكفالة وجه ووجه قول أبي يوسف ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان واجب بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كالمسألة ولهم ما أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة لانه بدل مال محتمل للشركة فانه يجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك الغصب والمستهلك بالضمان وكذلك يصح اقرار الماذون له

فيكون مثلها 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 لانه معاوضة انتهاء

للمعول بلا ضمير وانتهى من فم الكتاب 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 كالشركة بينه وبين المولى حتى يصح اقرار المولى عليه في الذمة بقدر قيمته فلم تلاق الكفالة حقه بخلاف الحر البالغ لانها لاقت حقه فحقت ثم تمت معاوضة فلزمت الشريك لان لزومها ليس في حال البقاء لانا 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 محضة ابتداء وانتهاء لامعاوضة والا كان يبيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية (فيكون مثلها) أي مثل الدرهم أو الدينار المقروضة (حكم عينها لا حكم البدل ولهذا لا يصح فيه التأجيل) أي لا يلزم ان يجرى على موجب التأجيل في الاعارة والقرض والالزم الجبر فيما فيه تبرع وهو باطل على ان عن أبي حنيفة رواية الحسن في القرض انه يلزم الشريك بناء على تشبيه المعاوضة بلزوم المثل فلنا ان تمنع (قوله ولو كانت الكفالة بغير أمره) أي امر المكفول عنه (لا يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة) انتهاء أيضا اذ لا يمكن 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 ضمان الخالفة في الوديعة والعارية والاقرار بهذه الاشياء تلزم شريكه ولا معنى لتخصيص المصنف أبا حنيفة هنا لان في ضمان الغصب والاستهلاك محمد مع أبي حنيفة في أنه يلزم شريكه وفي الكفالة مع أبي يوسف كما نقله أنفالا بي يوسف فيهما انه ضمان واجب بسبب غير تجارة فلا يلزم شريكه كالمسألة ولانه بدل المستهلك والمستهلك لا تحتمله الشركة ولهما ان ضمان الغصب والاستهلاك كضمان التجارة ولهذا يصح اقرار الماذون به عبدا كان أو صبيحرا وكذا المكاتب ويؤاخذ به في الحال ثم هو بدل مال تصح قيمه الشركة لانه انما تجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك وكذا ملك الغصب والمستهلك بالضمان واذا كان كذلك كان كل من المتفاوضين ملتزما له ضرره ونفعه وفي الكافي الاعارة للرهن نظير الكفالة خلافا وتعدلا ووجه كونها معاوضة عند انتهاء انه لو هلك الرهن في يد المرتهن يرجع المعير على الراهن بقدر ما سقط من دينه ولو أقر أحد المتفاوضين بدين لمن لا تجوز زنه ادته له لم يلزم الآخر عند أبي حنيفة ويلزمه عندهما وأصله ان الوكيل لا يملك العقد مع هؤلاء عند خلافه ويؤاخذ به في الحال وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون له والمكاتب به ولو لم يكن ضمان تجارة لما صح وذلك معنى قوله لانه معاوضة انتهاء

(قوله والاستهلاك بمنزلة التجارة) أقول لا بلائمه قوله فيما سألني لهما ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة فليست أم في التوجيه (قوله يظهر لك سقوط ما اعترض به) أقول فيه بحث والمعتزض الاتقاني والكاكي (قوله فانه يجب بأصل السبب الخ) أقول فيه إشارة الى جواب سؤال بأن المستهلك لا يحتمل الشركة اذا المعدوم غير قابل للملك (قوله ولهذا ملك الغصب الخ) أقول مستند الى أصل السبب (قوله وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون الخ) أقول الظاهر ان هذه الواو زائدة وان اتفقت على اثباتها النسخ والمأذون صفة الصبي

وقوله (وان وورث أحدهما مالا) بالتوين (١٢) أي المال الذي نصح فيه الشركة كالأدهم والذئاب والفلوس النافقة بطلت

المفاوضة لما ذكر في الكتاب وقوله (فان المساواة ليست بشرط فيه) أي في العنان ابتداء وكل ما ليس بشرط ابتداء ليس بشرط فيه دواما لأن دوامه حكم الابتداء لكونه عقدا غير لازم فان أحد الشريكين اذا امتنع عن المضي على موجب العقد لا يجبره القاضي على ذلك وتأمل في كلام المصنف رحمه الله تأمل عالم بالتحقيق تدرك سقوط ما عترض عليه بأن عقد الاجارة عقد لازم ومع هذا فلدوامه حكم الابتداء حتى انها لا تبقى بموت أحد المتعاقدين فحينئذ كيف يصح التعليل بعدم الزوم لاثبات مدعاه وهو أن يكون لدوامه حكم الابتداء وذلك لاننا قد قلنا كل ما هو عقد غير لازم فلدوامه حكم الابتداء وهو ثابت بالاستقراء ونضم هذه المقدمة الى قولنا ما نحن فيه من الشركة عقد غير لازم فيحصل لنا ما نحن فيه من الشركة لدوامه حكم الابتداء وأما أن يكون بعض العقود اللازمة أيضا لدوامه حكم الابتداء بدليل فلا يضر في مطالبنا لان الموجبة الكلية لا تنعكس كنفها وان وورث أحدهما عرضا فهو ولا تنفسد

قال (وان وورث أحدهما مالا يصح فيه الشركة أو ووبه ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا) لقوات المساواة فيما يصلح رأس المال اذ هي شرط فيه ابتداء وبقائه وهذا لان الآخر لا يشارك فيما أصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب عنانا لا لامكان فان المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم (وان وورث أحدهما عرضا فهو ولا تنفسد المفاوضة) وكذا العقار لانه لا نصح فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه

إهما وسبق أن شاء الله تعالى (قوله وان وورث أحدهما مالا) نصح فيه الشركة فقبضه بطلت المفاوضة وصارت عنانا) وكذا اذا ووبه فقبضه أو تصدق به عليه أو وصى له به أو زادت قيمة دراهم أحدهما البيض على دراهم الآخر السود أو ذابته قبل الشراء على ما قدمنا كل ذلك اذا وصل الى يده صارت عنانا ولو وورث مالا نصح فيه الشركة كالعقار والعروض اختص به ولا تبطل المفاوضة وكذا في باقي الاسباب التي ذكرناها وانما بطلت لقوات المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة اذ هي أي المساواة شرط لبقاء صحتها ابتداء وبقاء وانما كان ما هو شرط ابتداء شرط البقاء لكونه أي عقد الشركة عقدا غير لازم فان أحدهما بعد العقد لو أراد فسحها فسحها أو ورد عليه كيف يصح التعليل بعدم الزوم لأن لبقائها حكم الابتداء والاجارة عقد لازم حتى لا ينفرد أحد العاقدين فيها بالنصح بل يجبر القاضي المشع على المضي ومع ذلك لدوامها حكم الابتداء حتى لا يبقى بموت أحد المتعاقدين فحينئذ ان كون العقد لدوامه حكم الابتداء يتحقق مع كونه لازما كما يتحقق مع كونه غير لازم أحجب بأن القياس في الاجارة ان لا تكون لازمة كما هو مذهب شريح لكون العقود عليه معدوما في الحال فهو كالعارية لكنه لما كان عقدا معاوضة والزم أصل في المعاوضات تحقيقا للظن من الجانبين وانفساخه بموت أحدهما لا باعتبار ان لدوامه حكم الابتداء بل باعتبار قوت المستحق لان الدار تنتقل الى ملك الوارث بموت المستأجر ولو بقيت لزوم اربح المنفعة المجردة وهي لا تورث ولهذا الوصية له بمخدة العبد تبطل الوصية ولا تنتقل الى ورثته لان المنفعة المجردة لا تورث وان كانت الوصية لازمة ولا بأس ان تدكر فروعا من شركة العين اذ قل ذكرها في الكتاب * أمر رجلا ان يشتري عبدا بعينه بينه وبينه فذهب فاشترى وأشهد أنه اشتراه لنفسه خاصة فالعبد بينهما لانه وكيل من جهة الآخر بشرائه 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 كلاهما وكيل لصاحبه ولو أشهد الموكل على اخراج الوكيل عما وكل به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى اذا تصرف قبل ان يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الآخر فكذلك في الشركة ولو أمره ان يشتريه بينهما فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشترى هذا العبد بيني وبينك فقال نعم ثم اشترى المأمور بالعبد بين الأمرين نصفين ولا شيء للشترى فيه لان الاول وكله بشراء نصفه وقبل فصار بحيث لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه فكذلك غيره لانه انما يملك لغيره ما يملك شراءه لنفسه ولما أمره الثاني ان يشتريه بينهما فقد أمره بشراء نصفه فينصرف الى النصف الآخر لان مقصودهما أصبح هذا العقد وقد قبل ولا يمكن تصحيحه الا بذلك ولو اشترى رجل عبدا وقبضه فطلب اليه الآخر ان يشركه فيه فاشترى فيه فله نصفه بمثل نصف الثمن الذي اشترى به وهذا بناء على ان مقتضى الشركة يقتضى التسوية قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث الا أن يبين خلافه ولو اشرك اثنين فيه صفقة واحدة كان بينهما ثلاثا ولو اشترى اثنان عبدا فاشترى كافيته آخر فالقياس ان يكون له نصفه ولكل من المشتريين ربعه لان كلا صار ملكا نصف نصيبه فيجتمع له نصف العبد وفي الاستحسان له ثلثه لانهم ما حين اشركا سوا به بانفسهما وكان كأنه اشترى العبد معهما ولو اشرك

(قوله تدرك سقوط ما عترض عليه) أقول المعترض صاحب النهاية

أحد الرجلين في نصيبه ونصيب الآخر فأجاز شريكه ذلك كان الرجل نصفه والشريك نصفه وهو ظاهر وروى ابن سماعه عن أبي يوسف وجهه ما الله أن أحد الشريكين إذا قال لرجل أشركتك في هذا العبد فأجاز شريكه كان بينهما ثلثا فالان الاجازة 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 أشركتك في نصف هذا العبد فقد روى ابن سماعه عن أبي يوسف كان مملكا جامع نصيبه منه بمنزلة قوله قد أشركتك بنصفه ألا ترى ان المشتري لو كان واحدا فقال لرجل أشركتك في نصفه كان له نصف العبد كقوله أشركتك بنصفه بخلاف ما لو قال أشركتك في نصبي فإنه لا يمكن ان يجعل بهذا اللفظ مملكا جامع نصيبه بأقامة حرف في مقام حرف الباء فإنه لو قال أشركتك بنصبي كان باطلا فلذا كان له نصف نصيبه واعلم ان ثبوت الشركة فيما ذكرناه ينبت على صيرورة المشتري بالمال الذي أشركه وهو استفاد الملك منه فأنبت على هذا ان من اشترى عبدا فلم يقبضه حتى أشرك فيه رجلا لم يجز لانه يبيع ما لم يقبض كولو ولاه باه ولو أشركه بعد القبض ولم يسلمه اليه حتى هلك لم يلزمه من لان هلاك المبيع في يد البائع قبل التسليم يبطل البيع ويعلم انه لا بد من قبول الذي أشركه لان لفظ أشركتك صار ايجابا للبيع ولو قال أشركتك فيه على أن تنقد عن الثمن ففعل كانت شركة فاسدة لانه يبيع وشرط فاسد وهو ان تنقده عن ثمن نصفه الذي هو له ولو نقده عن ربح عليه بما نقده لانه قضى دينه بأمره ولا شيء له في العبد لان الاشرار كان فاسدا او البيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيئا ولو قبض نصف المبيع ثم أشرك فيه آخر ملك الآخر نصف العبد لان نصف النصف الذي قبضه لان الاشرار يقتضى التسوية وانما يصبح اذا انصرف اشراكه الى الكل ثم يصح في المقبوض لوجود شرطه لان تصحيح التصرف يكون على وجه لا يخالف اللفظ وقضية اللفظ اشراكه في كله ولو قال رجل لا خراينا اشترى هذا العبد فقد أشرك فيه صاحبه أو فاسد فيه شريكه فهو جائز لان كلامه ما موكل لصاحبه بأن يشتري نصف العبد له فأيهما اشتراه كان مشتريا نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه فاذا قبضه فهو كقبضهما لان يداو كليل كيدالموكل ما لم يمنع حتى لومات كان من مالهما فان اشترى باه معا واشترى أحدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الآخر كان بينهما التمام مقصود كل منهما ولو نقده أحدهما كل الثمن في هذه الصورة ولو تغير أمر صاحبه رجع بنصفه عليه لان بالعقد السابق بينهما ما صار كل منهما وكلا عن الآخر نقدا الثمن من ماله كالأشراء أحدهما ونقد الثمن فان أذن كل منهما لشريكه في بيعه فباعه أحدهما على أنه نصفه كان باعنا نصيب شريكه بنصف الثمن ولو باعه الا نصفه كان جامع الثمن ونصف العبد بينه وبين شريكه نصفين في قياس قول أبي حنيفة وفي قولهما البيع على نصف المأمور خاصة وميناه على فصلين أحدهما أن عند أبي حنيفة أن الوكيل يبيع العبد ببيع نصفه والوكيل يبيع نصفه ببيعك ببيع نصف ذلك النصف وعندهما لا يملك والثاني أن من قال بعتك هذا الانصفه بألف كان باعنا للنصف بألف ولو قال بعتك بألف على أن لي نصفه كان باعنا للنصف بمسائة لان الكلام المقيد بالاسثناء عبارة عما وراء المستثنى فكانه قال بعتك نصفه بألف فأما قوله على أن لي نصفه فخالصه ضم نفسه الى المشتري فيما باعه منه وهذا وان كان في ملكه لكنه اذا كان مفيدا تصح كافي شراء مال المضاربة من المضارب فكان كالمشتري هو مال نفسه مع المشتري فينقسم الثمن عليهم ما يفيق نصفه عنه فيبقى نصف العبد بنصف الثمن على المشتري **مسئلة** اشترى نصف عبدا بمائة واشترى آخر نصفه الآخر بمائتين ثم باعاه مساومة بثلاثمائة أو بمائتين فالثمن بينهما نصفين ولو باعاه مائة بربح 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 المراجعة والتولية

فصل ﴿ لما كان البحث عما نتعقد به شركة المفاوضة غير البحث عنها فصل عما قبله في فصل على حديثه وقال (ولا نتعقد الشركة) أي شركة المفاوضة لان الكلام فيما اذا ذكر فيها المال بالدراهم والدنانير وانما قيد بقولنا اذا ذكر فيها المال لان ذكر المال ليس ببحث فيها فان المفاوضة تجوز في شركة الوجوه والتقبل ولا يشترط فيها المال وكلامه واضح غير ان في ذكر خلاف مالك رحمه الله نظر لما تقدم من قوله وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة (١٤) الا اذا ثبت عنه روايتان أو يكون تفر يعا على قول من يقول بها صنيع

فصل ﴿ (ولا نتعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة) وقال مالك تجوز بالعروض والمكبل والموزون أيضا اذا كان الجنس واحدا لانها عقدت على رأس مال معلوم فأشبهه النوقد بخلاف المضاربة لان القياس بأبها للمسا فيها من ربح مالم يضمن

والوضعية فباعتبار الثمن الاول الا ترى أنه لا تستقيم هذه البيوع في المغصوب لعدم الثمن ويستقيم بيع المساومة فيه وكذلك لو كان مشتري بعوض لا يمثل له والثمن الاول كان اثلاثا يابنهم ما فكذا الثاني بوضعه أو ألو اعته برنا في بيع المراجعة المثل في قسمة الثمن دون الثمن الاول كان البيع مراجعة في حق أحدهما ووضعته في حق الآخر وقد نص على بيع المراجعة في نصيبه ما فلا بد من اعتبار الثمن الاول كذلك بخلاف المساومة الكل من الميسوط

فصل ﴿ لماذا كراشتراط المساواة في رأس مال شركة المفاوضة احتاج الى بيان أي مال تصح به فقال (لا نتعقد الشركة أي شركة المفاوضة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة) يعني لا نتعقد المفاوضة اذا

ذكر فيها المال الا بذلك وانما قلنا هذا لانه في كرفي الميسوط أن المفاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل فيصح قولنا المفاوضة نتعقد في الوجوه والتقبل بلا مال فصدق بعض المفاوضة تتعقد بلا دراهم ودنانير وفلوس وهو يناقض قوله لا نتعقد المفاوضة الا بالدراهم الخ لان الايجاب الجزئي يناقض السلب الكلي والتمسيد عما ذكر يخرج الدين والعروض وهو قول أحمد والشافعي في وجهه وفي وجهه تجوز بالعرض المثل وقال مالك تجوز بالعروض اذا التحد جنسها وقال الاوزاعي وحامد بن أبي سليمان تجوز الشركة والمضاربة بالعروض ولو وقع تفاضل في بيعهما يرجع كل بقيمة عرضه عند العقد وكما التجوز 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 واشترتها وبيع فمأرجحت فهو بينهما ففعل صح الا انه لا بد أن يقيم البينة أنه فعل ليلزم الاخر اذا لم يصدقه لو ثبتت وضعية وقيد بالدراهم والدنانير لاخراج الخ والتسبر فلا يصلح أن رأس مال الشركة الا فيما سند كره وأما الفلوس النافقة فلم يذكر القدر والحاكم أبو الفضل في الكافي فيها خلافا بل اقتصر على أن قال ولا تجوز الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس وخص الكرخي الجواز بالفلوس على قوله ما وبعضهم جعل الظاهر الجواز وعدم الجواز رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وقال لو كان رأس مال أحدهما فلوسا لم تجز الشركة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لثمنها انما صارت ثمنها باصطلاح الناس وليست ثمنها في الاصل وهم لم يتعاملوا أن يجعلوا رأس مال الشركة وعند محمد تجوز وهو قول أبي يوسف الاول وقال المصنف (قالوا) يعني المتأخرين (هذا قول محمد) واستدل عليه بمسئلتين احدهما أن الفلوس لا تتعبد بالتمتعين ولا يجوز بيع فلس بفلسين اذا كانا بعينهما عند محمد خلافا لما وسأقي الوجه والتمسيد بأعيانها ما احتراز اعمالو باع فلسا بفلسين ديناقا انه لا يجوز انفاقا لان حرمة النساء ثبتت باتحاد الجنس وجه قول مالك ان الجنس اذا كان متحد افقدت عقدت على رأس مال معلوم فكانت كالنقود (بخلاف المضاربة) حيث لا تجوز الا بالنقود لانها شرعت على خلاف القياس (لما فيها من ربح مالم يضمن)

أبي حنيفة في المزارعة ثم قوله (لانها عقدت) يعني الشركة بالعروض والمكبل والموزون يقتضى جوازها وان كان الجنس مختلفا ولم يقل به مالك وقوله (بخلاف المضاربة) يعني أن المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير لان القياس بأبي جوازها لما فيها من ربح مالم يضمن

فصل ﴿ (ولا نتعقد الشركة الخ) قوله لانها عقدت يعني الشركة بالعروض والمكبل والموزون يقتضى جوازها) أقول قوله ثم قوله مبتدأ وقوله يقتضى جوازها خبره (قوله وان كان الجنس مختلفا ولم يقل به مالك) أقول فان ما لا يشترط الخلط وتحققه في الجنس الواحد قال المصنف (بخلاف المضاربة) أقول في النهاية في كتاب المضاربة ان العروض تصلح رأس مال المضاربة عند مالك الا أن ثبت عنه روايتان اه ثم رأيت السؤال والجواب بعينهما في غاية البيان في كتاب المضاربة

قال المصنف (لان القياس بأبها للمسا فيها من ربح مالم يضمن الخ) أقول لزوم ربح مالم يضمن في الشركة اذا كان الشراء بالنقدين في غاية الظهور على مذهب مالك فان عنده يلزم في المضاربة اذا كان رأس المال أحد النقدين ربح مالم يضمن كالا يخفى على المتأمل في دليله فلا بد له من الفرق ولم يعلم فليست بالفرق هو انه لا بد عنده من الخلط فلا يؤدي اليه وفيه تأمل

فان المال غير مضمون على المضارب فكأن ما حصل من الربح مال غير مضمون فلا يستحقه رب المال لانه لم يعمل في ذلك الربح فلا تصح
 الاقبياء ورد الشرع به وهو الدرهم والدنانير وأما في الشركة فان كل واحد من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوي فيه العروض
 والنقود كالوعمل كل واحد منهم ما في مال نفسه من غير شركة فتصح (قوله ولانه يؤدي الى ربح ما لم يضمن) وبيان ذلك ان الرجلين اذا عقدا
 الشركة في العروض ثم باع أحدهما رأس ماله باضعاف قيمته وباع الآخر بمثل قيمته وصحت الشركة كأن شريكين في الربح الذي حصل
 في مبيع أحدهما فحينئذ أخذ الذي باع رأس ماله بمثل قيمته من (١٥) مال صاحبه فيكون ذلك المال ربح
 ما لم يضمن ولم يملك وذلك

فيقتصر على مورد الشرع ولنا أنه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله
 وتفاضل الثمن فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدرهم
 والدنانير لان من ما يشتريه في نعمته اذ هي لا تتعين فكان ربح ما يضمن ولان أول التصرف في العروض
 البيع وفي النقود الشراء ويباع أحدهما ماله على ان يكون الآخر شريكاً في ثمنه لا يجوز وشراء أحدهما
 شيئاً بماله على ان يكون المبيع ينفه وبين غيره جائز وأما الفلوس الناقفة فلا تروى رواج الأثمان
 فالتحقق بها قالوا هذا قول محمد لانها المطلقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعين ولا يجوز بيع اثنين
 بواحد بأعيانها على ما عرفنا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجحهما الله تعالى لا تجوز الشركة والمضاربة
 بها لان ثمنها يتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة

فان المال غير مضمون على المضارب ويستحق ربحه (فيقتصر على مورد الشرع ولنا أن رأس
 مال الشركة) في العروض والمكيل والموزون (يؤدي الى ربح ما لم يضمن) لانه اذا باع كل منهما عرضة
 واتفق تفاضل الثمنين (فما يستحقه أحدهما من الزيادة على حصة رأس ماله) الذي هو ثمن عرضه (ربح
 ما لم يملك) ولم يضمنه (بخلاف النقود) فان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في الشراء بماله وما يشتريه كل
 منهما لا يتعلق برأس المال لعدم التعيين فيكون واجبا في ذمته فربح ما يضمنه فان قيل هذا
 لا يلزم لانه يشترط خطأ العرضين لا اتحاد جنسهما مكيلين أو موزونين أو غيرهما متحدى القيمة ككتاب
 الكرباس من بابة واحدة قلنا الخلط لا يوجب الاشتراك في كل ثوب وجمعة مثلاً فاذا باع أحدهما في وقت
 طلوع الشمس من ذلك لم يعلم أن عدداً يبيع من الاجزاء وقبضه المشتري مقدساً وان بل الظاهر أنهما
 متفاوتان فيلزم اختصاص أحدهما بزيادة ربحه لزيادة ملكه والتخلص عنه ليس الا بضيق قدر ملكه
 وهو مجهول فقد أدى الى تعذر الوصول الى قدر حقه وربح الآخر ما لم يضمن ولان القيمة لا تعرف
 الا بالجزء والظن ولا يفيد العلم بالقيمة فيؤدي الى المنازعة فيه وهذا انما يلزم لو اعتبر رأس المال قيمة
 العروض أما اذا كان هو نفس العروض من جنس واحد متخذة القيمة وقت العقد وقد خلطها فيه
 فلا تنازع نعم اللازم ربح ما لم يضمن وتعذر ما يدفعه (ولان أول التصرف في العروض البيع وفي النقود
 الشراء ويباع الانسان ماله على ان يكون الآخر شريكاً في ثمنه لا يجوز وشراء شيئاً بماله على ان يكون
 الآخر شريكاً فيه يجوز) وعلمت ان الخلط لا يتق ذلك (وجه قول محمد ان الفلوس اذا كانت ناقفة تروى
 رواج الأثمان فالتحقق بها) ولا يحنيفة وأبي يوسف (أن ثمنها يتبدل ساعة فساعة) فانها باصطلاح
 الناس لا بالخلقة ففي كل ساعة تنتفي بانتفاء انطلقه وتصير غنماً باصطلاح القائم ولا يخفى أن هذا
 انما هو في الملاحظة أما في المنارج فهي ثمن مستمر ما استمر الاصلح عليها ولذا قال الاستيعابي الصحيح
 ان عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل لانها صارت غنماً باصطلاح الناس واهذا واشترى

ما لم يضمن ولم يملك وذلك
 لا يجوز بخلاف الدرهم
 والدنانير لان ما يشتري كل
 واحد منهما ما برأس المال
 لا يتعلق به البيع بل يشتري
 وجوب الثمن في الذمة اذ
 الأثمان لا تتعين بالتعيين
 فلما كان الثمن واجبا عليها
 في ذمتها كان الثمن والربح
 الحاصل منه بينهما ضرورة
 فكان الربح ربح ما ضمن
 ومعنى قوله (وتفاضل
 الثمنين) أي فضل أحدهما
 على الآخر كما ذكرنا وأما
 تفاضلهما ما عاقل (قوله)
 ولان أول التصرف في
 العروض) دليل آخر وقد
 قرره في النهاية على وجه
 يجبره الى ربح ما لم يضمن
 وذلك لانه قال لان حصة
 الشركة باعتبار الوكالة
 فبني كل موضع لا يجوز
 الوكالة بتلك الصفة لا يجوز
 الشركة ومعنى هذا أن
 الوكيل يبيع بكون
 أميناً فاذا اشترى له جزء من
 الربح كان هذا ربح ما لم يضمن
 فأما الوكيل بالشراء فهو

ضامن بالثمن في ذمته فاذا اشترى له جزء من الربح كان ربح ما ضمن وقوله (قالوا هذا) أي جواز الشركة بالفلوس الناقفة (قول محمد)
 وقيد (بأعيانها) لتظهر ثمة الخلاف فانه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسبة لا يجوز بالاجماع المركب وأما عندنا فلو جرد النسبة في
 الجنس الواحد وأما عند محمد فلهذا والمعنى الثمنية وأما اذا كانت بأعيانها ما فقد ما يجوز وعند محمد لا يجوز وسيجي تمام البحث
 فيه في كتاب البيوع ان شاء الله تعالى

(قوله فلا يستحقه رب المال) أقول وفيه بحث والصواب أن يقول فلا يستحقه المضارب والشارح انما عدل عن هذا لأن بيان الفرق
 بين المضاربة والشركة يتوقف عليه على ما قرره لانه فرار من المطر الى الميزاب فليتنامل

قوله (والاول) يعني قول أبي يوسف مع أبي حنيفة (أقيس) لانهم الما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كذا متفقين أيضا في عدم جواز الشركة بالفلوس وان كانت نافعة لان هذه المسئلة متبينة على تلك المسئلة لانه لما جاز بيع الواحد بالآخرين في الفلوس عندهم ما كان للفلوس حكم العروض والعروض لا تصلح رأس مال الشركة وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله انه تصح المضاربة بها أي بالفلوس النافعة قال (ولان يجوز (١٦) بما سوى ذلك) كلامه واضح والمراد بقوله في الكتاب مختصر القدوري

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 فتصح الشركة بمهما هكذا ذكر في الكتاب (وفي الجامع الصغبر ولا تكون المفاوضة بمناقيل ذهب أو فضة) ومراده التبر ففعل هذه الرواية التبرسعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات وذكري في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينسخ العقد بهلا كما قبل التسليم ففعل تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما وهذا الماعرف انهما خلقا ثنتين في الاصل الا ان الاول اصح لانها وان خلقت للتجارة في الاصل لكن الثنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا تصرف الى شيء آخر ظاهر الا أن يجري التعامل باستعمالهما غنا فنزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون غنا ويصلح رأس المال ثم قوله ولا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما مخرج متاعه وعده ووضعيته وان خلطنا ثم اشتركا فكذلك في قول أبي يوسف والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد تصح شركة العقد وغرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المابين واشتراط التفاضل في الربح شيأ بالفلوس بعينها لم تتعين تلك الفلوس حتى لا يفسد العقد لهلا 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 الاستيعاب يجب أن يكون قول الكل الآن على جواز الشركة والمضاربة بالفلوس النافعة وعدم التعيين وعلى منع بيع فلس بفلسين كذا كرفها يليه حيث قال (ولا تجوز الشركة بما وراء ذلك الا أن يتعامل الناس بها كالتبر) وهو غير المصوغ (والنقرة) وهي القطعة المذابة منها ونقل المصنف اختلاف الرواية في ذلك رواية الجامع لا تكون المفاوضة بمناقيل ذهب أو فضة ومراده التبر ففعل هذه التبرسعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس مال الشركات والمضاربات وذكري في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينسخ العقد بهلا كما قبل التسليم ففعل هذا تصلح رأس مال فيهما وهذا الماعرف انهما خلقا ثنتين ثم قال (الا أن الاول اصح) يعني رواية لانهم ما اتفقا للتجارة (لكن الثنية تختص بالضرب المخصوص) فخرج ضربهما احليفا فانها تتعين البتة وينسخ العقد بهلا كما قبل التسليم ولم يجز التعامل بهما ثم قال (الا أن يجري التعامل بهما) أي بالتبر والنقرة استثناء من قوله اصح وهو كونهما لا تصح الشركة بهما ما كان الثابت أنهم اذا تعاملوا بقطع الذهب والفضة صلحت رأس مال في الشركة المضاربة ثم قال المصنف قوله أي القدوري (لا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والمعدود والمتقارب ولا خلاف فيه) بيننا (قبل الخلط) لانها عروض محضة (لكل منهما متاعه وعاميه ووضعيته) ويختص برحمة (وكذا ان خلطنا ثم اشتركا عند أبي يوسف) أي لكل منهما متاعه يخصه برحمة ووضعيته لا تنفصا شركة العقد والوضعية خسارة التاجر يقال منه مبني للمفعول وضع التاجر وكس في سلعته بوضع وضعية أي خسر وقال قوم من العرب وضع بوضع كوجل بوجل (وعند محمد رحمه الله تصح شركة عقد) اذا كان الخلط جنسا واحدا (وغرة الاختلاف تظهر في اشتراط التفاضل في الربح) فعند أبي يوسف لا يصح وعند محمد يلزم

رحمه الله (قوله تصلح رأس المال فيهما) أي في الشركة والمضاربة (قوله وهذا الما عرف) اشارة الى ان النقرة لا تتعين بالتعيين لايهما (أي الذهب والفضة (قوله الا ان الاول) يعني رواية الجامع الصغبر (اصح) وجعل ذلك في المبسوط ظاهر الرواية (قوله لانها) أي لان مناقيل الذهب والفضة (قوله الا أن يجري التعامل باستعمالهما) استثناء من قوله الا ان الاول اصح يعني ان عدم جواز الشركة بمناقيل الذهب والفضة اصح الا عند جريان التعامل باستعمالهما فحينئذ تجوز الشركة بهما كذا قبل والاولى أن يجعل استثناء من قوله لكن الثنية تختص بالضرب المخصوص بدلالة السياق (قوله ولا خلاف فيه) أي في عدم جواز الشركة بالمكيل والموزون قبل الخلط فيما بينا وان خلطنا ثم اشتركا ففعل الاختلاف المذكور في الكتاب وغرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المابين واشتراط

التفاضل في الربح فعند أبي يوسف لا يستحق زيادة الربح بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وقول وعند محمد رحمه الله الربح بينهما على ما شرطنا

قال المصنف (ومراده التبر) أقول قال في الكافي التبر هو ما كان غير مضروب من الذهب والفضة اه لكن اذا قول بالنعوذ برأيه الذهب الغير المضروب (قوله بدلالة السياق) أقول ولانه أقرب

فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف (لأنه أي المذكور من المكيل والموزون والعددي المتقارب) بتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله) وهو ظاهر وشرط جواز الشركة أن لا يكون رأس المال مما يتعين بالتعيين لتسلايلهم ربح مالم يضمن (ووجه قول محمد أنما) أي المكيل والموزون والعددي المتقارب (عن من وجه حتى جاز البيع بهادينا في الذمة ومبيع) من وجه (من حيث أنه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحاليين) يعني الخلط وعدمه فلتشبههما بالبيع قلنا لا تجوز (١٧) الشركة بهما قبل الخلط وتشبههما بالثمن قلنا

تجوز الشركة بهما بعد الخلط وهذا لان اضافة العقد اليها تضعف باعتبار الشبهين فيتوقف ثبوتها على ما يقويها وهو الخلط لان بالخلط تثبت شركة الملك فتتأكد به شركة العقد لا محالة بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال فلو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطوا لا تتعدد الشركة بهما بالاتفاق فمحمد يحتاج الى الفرق وهو ما ذكره ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال حتى ان من أتلفه يضمن مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فتزول الجهالة ومن جنسين من ذوات القيم فان من أتلفه يضمن قيمته واذا كان من ذوات القيم كان بمنزلة العروض فتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم تصح الشركة في حكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء أي قضاء الجامع الصغير وأما في هذا الكتاب فقد بيناه في كتاب الوديعة والدليل على ان مراده قضاء الجامع الصغير

فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف رحمه الله لانه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد ان من وجه حتى جاز البيع بهادينا في الذمة ومبيع من حيث أنه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحاليين بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطوا لا تتعدد الشركة بهما بالاتفاق والفرق لمحمد ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتمت. لكن الجهالة كما في العروض واذا لم تصح الشركة في حكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء (وقول أبي يوسف هو ظاهر الرواية) عن أبي حنيفة لانه يتعين بالتعيين فكان عرضا محضاً فلا يصح رأس مالها وما لا يصح رأس مال الشركة لا يختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه كما أن ما يصح من النقود لا يختلف في الخلط وعدمه وهذا لان المنافع قبل الخلط هو كونه يؤدي الى ربح مالم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزداد تفرقاً لان المخلوط لا يكون الا متعينا فتمتقرر المعنى المفسد فكيف يكون مصححاً للعقد (قوله ولمحمد مدرجه الله انهما) أي المكيل والموزون والعددي المتقارب (عروض من وجه حتى تتعين بالتعيين عن من وجه حتى يتعين بالتعيين) وهو من حكم الاثمن (فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحاليين) وهما الخلط وعدمه يشبه العرض قبل الخلط فلا تجوز الشركة بهما قبله ويشبه الثمن بعد الخلط فتجوز الشركة بهما بعده وهذا لان بالخلط تثبت شركة الملك فتتأكد بهما شركة العقد (بخلاف العروض) المحضة (فانها ليست ثمنا بحال) وظاهر الرواية هو الاظهر وجهه لان المكيل والموزون قبل الخلط ليس شيئا غير العرض له شبهة بل هو عرض محض وازداد في العرضية في الجملة وكون الشيء متصلا في حقيقة وله شبهة باخرى لا يقال له شبهان وغايته أن الثبوت في الذمة عرض عام لحقيقتين مختلفتين والمفسد وهو ربح مالم يضمن لا يخلط بالخلط والالزم قول مالك وقد بيناه ولو كان المخلوط له ما جنسين كالحنطة والشعير والزيت والسمن ثم عقدا لا تجوز الشركة بالاتفاق (والفرق لمحمد) بين العقد بعد صحة الخلط في متفق الجنس حيث لا يجوز والمختلفين حيث لا يجوز (أن ما كان من جنس واحد من ذوات الامثال) حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل منهما ما وقت القسمة باعتبار المثل (والمخلوط من جنسين من ذوات القيم) حتى يلزم متلفه قيمته (فتمتلك الجهالة) لانه لا يمكن أن يصل كل منهما الى غير حقه من رأس المال وقت القسمة (كافي العروض) (قوله في حكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء) قيل أراد قضاء الجامع الصغير ولم يتفق في هذا الكتاب ويمكن تأويله بأنه يشبه في غيره الا أنه خلاف المعتاد من المصنفين في اطلاق هذه العبارة والحاصل أن الخلط تعديا يضمن نصيب المخلوط ماله اذا خلطه بجنسه أو بخلاف جنسه ولا يتميز كثير رجلا خلطه بزيت غيره أو يتميز بعسر كحنطة خلطها بشعير لانه انقطع حق مالكها بهذا الخلط فان هذا الخلط استهلاك بخلاف ما تيسر معه كخلط السود بالبيض من الدراهم ليس موجبا للضمان لانه يمكن المالك من الوصول الى عين ملكه وحيث وجب الضمان يجب على الخلط سواء كان أجنبيا عن المخلوط ماله كغير المودع وغير من في عياله كبيرا كان أو صغيرا أو كان في عياله فان لم يظفر بالخلط فقال أحد المالكين أنا آخذ المخلوط وأعطى صاحبي مثل ما كان له فرضي صاحبه جاز لان الحق لهم فاذا رضينا بذلك صح وان أبي يباع المخلوط ويقسم

(٣ فتح القدير - خامس) قوله قد بيناه بلفظ الماضي يعني ولو كان مراده كتاب القضاء من هذا الكتاب لقال سنيته والذي بينه هنا في كتاب الوديعة ان الحنطة اذا كانت وديعة عند رجل فخلطها الرجل بشعير نفسه ينقطع حق المالك الى الضمان

(قوله حتى جاز البيع الخ) أقول ويلزم ربح مالم يضمن اذا باع أحدهما حصته بنصف ما باع به الآخر فليأمل (قوله وهذا لان اضافة العقد) أقول أي عقد الشركة (قوله فيتوقف ثبوتها على ما يقويها) أقول فيتوقف على ثبوتها

قال (واذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهم ما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة)

الثن بينهما على قيمة الخنطة والشعر على ما يذكر وهو ان يضرب صاحب الخنطة بقيمة مخلوطه بالشعر
وصاحب الشعر بقيمة غير مخلوط بالخنطة لان الخنطة تنقص باختلاطها بالشعر وقد خلت في
البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمة الا بالصفة التي بيعت بها والشعر يزداد قيمة بالاختلاط لكن هذه
الزيادة من مال صاحب الخنطة فلا يستحق أن يضرب بمخلوطا فلهذا يضرب بقيمة الشعر غير مخلوط
قبل هذا الجواب انما يستقيم على قول أبي يوسف ومحمد ورواية الحسن عن أبي حنيفة ان ملك المالك
لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين تضمين الخالط فأما على ما هو ظاهر مذهبه
المخلوط ملك للخالط وحقه ما في ذمته فلا يباع ماله في دينه - ما لم يبق منه من الحجر عليه أبو حنيفة لا يرى ذلك
والاصح أنه قوله - جميعا لان ملكهما وان انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق ما لم يصل كل منهما الى
بدل ملكه ولهذا لا يباح للخالط الانتفاع بالمخلوط قبل أداء الضمان فلبقاء حقه ما يكون له ما أن
يستوفيا حقهما من المخلوط إما صلحا بالتراضي أو ببيع وقسمة الثمن وان اتفقا على الخلط ورضيا به وهو
جنس واحد مكبل أو موزون صار عينيا مشتركة فاذا باعه انقسم على قدر ملك كل منهم - ما ولو كان المخلوط
غرمثلى كالتياب فباعها الثمن واحد اقتسمه على قيمة متاع كل منهم ما يوم باع لان كلا منهما بائع للملكة
والثمن بمقابلته جميع ما دخل في العقد من العرض فيقسم عليهم - ما باعتبار القيمة وان كانا جنسين مثلين
فالثن بينهما - ما اذا باع على قدر قيمة متاع كل منهما يوم خلطاه بمخلوط الا ان الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة
ملك كل منهما وملك كل منهم - ما كان مع او بما بالقيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة لكن مخلوطا ان لم يزد
بالخلط قيمة أحدهما لانه دخل في البيع بهذه الصفة فان كان أحدهما يزيد الخلط خيرا فانه يضرب
بقيمه يوم يقسمون غير مخلوط مثلا قيمة الشعر يزداد اذا خلط بالخنطة وقيمة الخنطة تنقص فصاحب
الشعر يضرب بقيمته غير مخلوط لان تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب
به معه وصاحب الخنطة يضرب بقيمتها المخلوطة بالشعر لان النقصان حاصل بعمل هو راض به وهو الخلط
وقيمة ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب الا بذلك القدر وقد عني رحمه الله في الفصلين جميعا
فقال قوله في الفصل الاول انه تعتبر قيمته يوم خلطاه وفي الفصل الثاني يوم يقسمون غلط بل الصحيح
يقسم الثمن على قيمة كل منهم - ما يوم المبيع لان استحقاق الثمن به وصار كالمخلوطه وباعا الشكل جملة
فان قسمة الثمن على القيمة تكون وقت البيع الا ان تكون قيمته يوم المبيع ويوم الخلط والقسمة 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 منهم - ما وقت البيع فاذا تعذر هذا وجب المصير الى التقويم في وقت
يمكن معرفة قيمة ملك كل منهم - ما كما في جارية مشتركة بين اثنين اعتق أحدهما ما في بطنها فوضامن
لقسمة نصيب شريكه وقت الولادة لتعذر معرفتها وقت العتق فيصار الى تقويمه في أول الاوقات التي يمكن
معرفة القسمة فيها وهو ما بعد الولادة فكذا هنا يصار الى معرفة قيمة كل في أول اوقات الامكان وهو
عند الخلط الا انه اذا علم أن الخلط يزيد في مال أحدهما وينقص في مال الآخر فقد تعذر قسمة الثمن
على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة ملك أحدهما ونقصان الآخر فاعتبرت القيمة وقت القسمة
باعتبار ان عند الخلط ملك كل منهم - ما من ذوات الامثال فيجعل حق كل منهم - ما يوم الخلط كالباقي في
المثل الى وقت القسمة فينقسم الثمن على ما هو حق كل منهم - ما بخلاف ما اذا لم يخلط الا تقوم ملك كل
منهم - ما وقت البيع هناك يمكن فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهم وقت البيع (قوله) واذا أراد الشركة
في العروض باع كل منهم ما نصف عرضه بنصف عرض الآخر فتصير شركة ملك ثم عقدا الشركة

قال (واذا أراد الشركة
بالعروض) لما كان جواز
عقد الشركة منحصرا في
الدرهم والدنانير والفوس
الناقصة وفي ذلك تضيق
على الناس ذكر الحيلة في
تجوز العقد بالعروض
توسعة على الناس فقال (واذا
أراد الشركة بالعروض
باع كل واحد منهما نصف
ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا
الشركة) لانه اذا باع كل
واحد منهم ما نصف ماله
بنصف مال الآخر صار نصف
مال كل واحد منهما مضمونا
على الآخر بالثمن فكان
الربح الحاصل لربح مال
مضمون فيكون العقد
صحيحا

قال المصنف رحمه الله (وهذه شركة ملك للمباينان العروض لا تصلح رأس مال شركة) واستشكله الشارحون بأنه لو كان المراد بالشركة شركة الملك لم يحتج إلى قوله ثم عقد الشركة وبان العروض لا تصلح رأس مال الشركة اذ لم يبيع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر أما إذا باع فهو الحيلة في جواز ثم أجاب بعضهم بأن معنى قوله ثم عقد الشركة عقد شركة ملك حتى يصح قوله وهذه شركة ملك وهو بعيد لان عرض القدوري رحمه الله بيان الحيلة في تجوز عقد الشركة بالعروض وقال آخرون معناها شركاء شركة ملك وان عقدا الشركة لان هذا العقد كلاه يكون رأس المال عرضا ونظم كلام المصنف لا يساعده وأنا أذ كر لك ما ذكره شيخ شيعي العلامة عبد العزيز في هذا المقام من غير زيادة ولا نقصان لانه حل مفيد في هذا المعنى قال عدم جواز الشركة بالعروض مبنى على معنيين أحدهما ربح مالم يضمن كبايننا والثاني جهالة رأس المال فاذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقد الشركة قال القدوري يجوز واختاره شيخ الاسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي والمزني من أصحاب الشافعي رحمه الله لان رأس المال صار معلوما وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضمونا على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من ماله مارج مال مضمون عليهم ما فيجوز ولهذا لو باع أحدهما عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم عقد الشركة عنان أو مفاوضة يجوز والجهالة لصيرة العروض مشتركة بينهما فكذا هذا وقيل على قياس قول محمد رحمه الله يجوز كافي المكيل والموزون بعقد الخلط وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز الا أن يكون مضافا إلى المستقبل وعقد الشركة محتمل الاضافة لانه عقد توكيل فعلى هذا يكون العقد على الدراهم واختار شمس الأئمة السرخسي وصاحب الهداية انه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق وهو أقرب إلى الفقه لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة بخلاف المكيل والموزون بعقد الخلط عند محمد ولو الجهالة أصلا لانهم من ذوات الامتثال وبخلاف ما إذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا لان الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما ما فيكون ذلك رأس مالهما ثم ثبت حكم الشركة في العروض تبعا وقد يدخل في العقد تبعا ما لا يجوز ايراد العقد عليه كبيع الشرب تبعا للأرض ثم المصنف اختار عدم الجواز وعدل عما ذكره القدوري فقال وهذه شركة ملك عندي لان ما ذكره القدوري أنه شركة عقد ولا اعتبار بهذا العقد بعد البيع (١٩) لمباينان العروض لا تصلح رأس

مال الشركة وتظيره ما ذكره
القدوري ويستحب للتوضي
أن ينوي الطهارة ثم عدل
المصنف بقوله والنيسة في
الوضوء سنة وله في هذا الكتاب

قال (وهذه شركة ملك) لمباينان العروض لا تصلح رأس مال الشركة وتأويله اذا كان قيمة متاعهما على السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة

مفاوضة أو عنانا فقبل هذا على قياس قول محمد في المكيل والموزون وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز

نظائر كثيرة وقوله (يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة) تظيره ما اذا كان قيمة عروض أحدهما أربع مائة درهم مثلا وقيمة عروض الآخر مائة درهم يبيع صاحب الاقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله أخماسا ويكون الربح بينهما على قدر رأس مالهما والله أعلم

و (قوله أن العروض لا تصلح الخ) أقول تأمل في هذا العطف (قوله وقال آخرون) أقول أراد صاحب الكافي (قوله ونظم كلام المصنف لا يساعده) أقول فيه بحث فان مراد ذلك القائل أيضا ان المصنف لم يقبل كلام القدوري وسيشير الشارح اليه أيضا في آخر كلامه (قوله وأنا أذ كر لك ما ذكره شيخ شيعي العلامة عبد العزيز الخ) أقول شيخ الشارح هو الامام العلامة قوام الدين الكاكي صاحب معراج الدراية في شرح الهداية وشيخه هو الامام مولانا عبد العزيز البخاري صاحب كشف البزدوي (قوله والثاني جهالة رأس المال) أقول كما يدل عليه قول المصنف فتتمكن الجهالة كافي العروض (قوله وصاحب شرح الطحاوي) أقول أراد به الامام أبابكر الرازي المعروف بالخصاص فانه قال في شرحه مختصر الطحاوي قال محمد ان أراد الشركة في العروض باع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عروض الآخر وتفاضل حتى يصير ذلك كله بينهما ثم يشتر كان بعد ذلك فتكون الشركة جائزة قال ولو اشتر كما هكذا مفاوضة حاز حكي ذلك أبو الحسن ثم قال أبو بكر الرازي وانما جازت لانهم ماقسا وبان في المال شريكان فيها ولا يحتاج عند القسمة الى اعتبار القيمة لأن جميع ما يحصل من الثمن يكون بينهما منصفين الى هنا لفظ أبي بكر نقله الاتقاني عنه اذا علمت هذا علمت أن قوله وهو أقرب إلى الفقه لبقاء الجهالة منظور فيه فانها جهالة لا تقضي الى النزاع والفسد للعقود من الجهالات ما يقضي الى المنازعة وانما قلنا لا تقضي الى النزاع لانه لا يحتاج عند القسمة الى اعتبار القيمة ليحصل رأس المال حتى يظهر الربح فيقسمة بخلاف الزيت والسمن المخلوطين فانهما يتفاوتان في القيمة فيؤدي الى النزاع حين القسمة لتحصيل 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 ربح مالم يضمن اذ باع أحدهما ما يخصه من الملك بمائة مثلا والاخر بمائة فان حصة الآخر غير مضمون على الاول مع أنه يكون شريكا معه في المائتين فليتنامل

قال (وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يشترك اثنان في نوع بر أو طعام أو يشتركان في عموم التجارات ولا يذكر ان الكفالة) وانعقاده على الوكالة لتحقيق مقصوده كما بيناه ولا تنعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعراض يقال عن له أى عرض وهذا لا يبنى عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ (ويصح التفاضل في المال) للعاجزة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة

الا أن تكون مضافة الى حال بيعه ما العروض بالدرهم فإنه يجوز لانه حينئذ مضاف الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الاضافة لانه عقد وكيل فانما يثبت العقد بالدرهم والحق أن جواز هذا لا يختص بقول واحد منهم ما وقد وردت كلمة أهل المذهب عليه وهذا لان المانع من كون رأس مال الشركة عروضاً كل من أمرين لزوم ربح ما لم يضمن وجهالة رأس مال كل منهم ما عند القسمة وكل منهما ما منتف فيكون كل ما ربحه أحدهما هو مضمون عليه ولا يحصل جهالة في رأس مال كل منهما لانه لا يحتاج الى تعريف رأس مال كل منهم ما عند القسمة حتى يكون ذلك بالحزب فتقع الجهالة لانهما مستويان في المال شريكان فيه فبالضرورة يكون كل ما يحصل من الثمن بينهما منصفان وعلى هذا فقول المصنف وهذه شركة ملك مشكل ومن المشايخ من جزم بأنه قصد الى الخلاف حقيقة اختياراً منه لعدم الجواز وان لم يضعه على طريقة الخلاف كما قال القدوري أول الكتاب ويستحب للتوضي أن ينوى الطهارة فقال المصنف والنسبة في الوضوء سنة ولم يضع الخلاف وضعه المعروف وإذا اختار شمس الأئمة السرخسي عدم جواز الشركة لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة ولا يخفى ضعف هذا وفسادها بالعروض ليس لذات العروض بل للالزام الباطل وعلمت انه منتف (قوله) وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة) وهو ان يشترك اثنان في نوع من التجارات بر أو طعام أو يشتركا في عموم التجارات ولا يذكر ان الكفالة لانها خاصة بالمفاوضة وعلى هذا فلا يؤخذ كرها وكانت باقي شروطها متوفرة انعقدت بمفاوضة لما تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة في انعقادها بعد ذكر جميع مقتضياتها وان لم تكن متوفرة ينبغي ان تنعقد عينا ثم هل تبطل الكفالة يمكن ان يقال تبطل لان العنان معتبر فيها عدم الكفالة ويمكن ان يقال لا تبطل لان المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها فتصح عينا ثم كفاية كل الاخر زيادة على نفس الشركة أى كما أنها تكون عينا مع عموم باعتبار ان الثابت فيها عدم اعتبار العموم لا اعتبار عدم العموم الا أن الاول قد يرجح بان هذه الكفالة لمجهول فلا تصح الاضمانا فالذم تكن مما تنضمها الشركة لم يكن ثبوتها الا تصح فلا تصح بخلاف ما لو عقدت المفاوضة بغير لفظ المفاوضة بأن ذكرنا كل مقتضياتها فان منها الكفالة وتصح فان هذا التفصيل بمنزلة الاسم المركب المراد للفرد الداخلة في مفهومه الكفالة بخلاف العنان ليس المفرد معتبر في مفهومه الكفالة (قوله من عنى كذا) أى عرض قال امرؤ القيس

فمن لسرب كان نعاجه * عذارى دوارى ملامه مذيل

أى اعترض لنا سرب أى قطيع يريد من بقرة الوحش كان نعاجه عذارى أى بكار دوار وهو اسم صنم كانت العرب تنصبه وتدور حوله وهو بضم الدال وقتحها وقوله في ملاء تشبيهه لنعاج البقر في استرخاء لجهال السمنها بالعذارى والملاء المذيل أى الطويلات الذيل وهذا الاشتقاق لا يقتضى المساواة بل عروض عرض تعلق بقدر من الاختلاط قلبه وكثيره وعمومه وقيل ماخوذ من عنان الفرس كما ذهب اليه الكسائى والاصمعي فإنه جعل كل منهم ما عنان التصرف في بعض ما له رفيقه وبعضه لنفسه أو لانه يجوز تفاوتهما في المال والربح كما يتفاوت العنان في كف الفارس طولاً وقصر في حالتي الارخاء وضده الآته

قال (وأما شركة العنان) هذا عطف على قوله في أول كتاب الشركة فأما شركة المفاوضة والعنان مأخوذ من عن اذا عرض سمي به لانه شئ تعرض في هذا القدر على عموم الوكالة والكفالة وقيل انه مأخوذ من عنان الفرس لان الفارس يمسك العنان باحدى يديه ويتصرف بالآخرى فكذلك الشريك هنا شريك في بعض ماله وانفرد بالباقي وكلامه ظاهر وقوله (كما بيناه) اشارة الى قوله من قبل وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة ليكون ما استفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيحقق حكمه المطلوب منه

قال المصنف (أو يشتركان الخ) أقول قال الاتقاني عطف على سبيل القطع تقديره او هما يشتركان انتهى وقد تمهل أن المصدرية تشبهها بما المصدرية وعليه قوله تعالى لمن أراد أن يتم الرضاعة فيمن قرأ برفع يتم قال المصنف (وحكم التصرف لا يثبت الخ) أقول فيه بحث لأن يقال المراد لا يثبت بلا دليل خارج ولم يوجد

ويصح ان يتساوى في المال وبتفاضل في الربح وجملة القول في ذلك انهم ان شرط العمل عليهم ما وشرطا التفاوت في الربح مع التساوي في رأس المال جاز عند علمائنا الثلاثة ويكون الربح بينهما على ما شرطوا وان عمل أحدهم مادون الآخر وأما اذا شرط العمل على أحدهما فان شرط الربح بينهما على قدر رأس مالهما جاز ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته وان شرط الربح للعامل أكثر من رأس ماله جاز أيضا على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ولو شرط الربح للدافع أكثر من رأس ماله لا يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهم ما ربح ماله والوضعية بينهما على قدر رأس ماله ما أبدا (قوله وهو قول زفر والشافعي) واضح (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرط العاقدان والوضعية على قدر المال) رواه أصحابنا في كتبهم عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه (قوله من غير فصل) يعني بين (٣١) التفاضل والتساوي (قوله كافي المضاربة) اعترض عليه بأنه اذا لم تقم

(ويصح أن يتساوى في المال وبتفاضل في الربح) وقال زفر والشافعي لا يجوز لأن التفاضل فيه يؤدي إلى مالم يضمن فإن المال اذا كان نصفين والربح أثلاثا فاصحاب الزيادة يستحقها بلا ضمان اذا الضمان بقدر رأس المال ولأن الشركة عندهما في الربح للشركة في الاصل ولهذا اشتراط ان الخلط فصاير الربح المال بمنزلة نساء الاعيان فيستحق بقدر الملك في الاصل ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم الربح على ما شرطوا والوضعية على قدر المالين ولم يفصل ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كافي المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فست الحاجة إلى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لآحدهما لأنه يخرج العقدي من الشركة ومن المضاربة أيضا إلى قرض بأشترطه للعامل أو إلى بضاعة بأشترطه لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسماء وعمال فانهم ما يعملان فعملنا يشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان ويشبه الشركة حتى لا تبطل بأشترط العمل عليها

هذا العقد بالمضاربة صار في التقدير كأنه قال اعمل في مالك وربحك ذلك واعمل في مالي وربحك بيننا وفي المضاربة اذا شرط عمل رب المال فيها يبطل العقد وقد جوزتم هذه الشركة وان شرط عملها وأجيب بأنه ليس هذا العقد مضاربة من كل وجه على ما سنذكره انه يشبهها

اشتقاق غير صحيح الا فيما سمع ولا بد منه كافي استعجر الطين وأمثاله (قوله ويصح ان يتساوى في رأس المال وبتفاضل في الربح) وعكسه بان يتفاضل في رأس المال ويتساوى في الربح وهو قول أحمد وقال مالك والشافعي وزفر لا يجوز وقوله وبتفاضل الا الخ ليس على اطلاقه بل ذلك فيما اذا 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 مالم يضمن لان استحقاق أحدهما لتلك الزيادة بلا ضمان لان الضمان بقدر رأس المال وصار كالوضعية فانها لا تكون الا على قدر رأس المال اعتبارا للربح بالخسران (ولنا) ما ذكر المشايخ من (قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرطوا والوضعية على قدر المالين) ولم يعرف في كتب الحديث وبعض المشايخ ينسبه إلى علي رضي الله عنه (ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كافي المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فست الحاجة إلى التفاضل) رأينا (هذا العقد) أي شركة العنان (يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال) غيره وهو (الشريك) ويستخرج به (ويشبه شركة المفاوضة اسماء وعمال فانهم ما يعملان فعملنا يشبه المضاربة) في اشتراط الزيادة لآحدهما وهو الذي شرط عمله منفردا أو مع الآخرون كان ربحا بلا ضمان ويشبه المفاوضة حتى أبرزنا شرط العمل عليهما وكون المضاربة تفسد بأشترط العمل

من وجه وما أشبه الشيء من وجه لا يلزم ان يأخذ حكمه من كل وجه وقوله (بخلاف اشتراط جميع الربح) جواب عما يقال اذا شرط جميع الربح لآحدهما لا يجوز فكذلك اذا شرط الفضل والجامع العدول بالربح عن التقييد على قدر المال ووجه الجواب ان بشرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة والمضاربة 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 المضاربة من حيث أنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة أي شركة المفاوضة اسماء وعمال فانهم ما يعملان معا فعملنا يشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان فان اشتراط زيادة الربح موجود في المضاربة وهو جائز مع ذلك بالاجماع وهذا يتضمن الجواب عن قولهم ان اشتراط زيادة الربح لآحدهما يؤدي إلى مالم يضمن وعملنا يشبه الشركة حتى لا يبطل بأشترط العمل عليهما

(قوله ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة) أقول يعني لشركة (قوله ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة) أقول يعني لشركة قال المصنف (اذا الضمان بقدر الخ) أقول هذا ممنوع وقد سبق بعض التفصيل قال المصنف (فعملنا يشبه المضاربة) أقول قال الاتقاني هذا جواب لقول زفر والشافعي ان التفاضل في الربح مع تساوي المال يؤدي إلى مالم يضمن بعد التسليم وانما قال بعد التسليم لانه يبين في أوائل الفصل عدم لزوم ربح مالم يضمن

قال (ويجوز أن يعقدها كل واحد الخ) أي يجوز أن يعقد شركة العنان كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليست بشرط فيه أي في هذا العقد إذا لفظ 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 إلى ربح ما يرضى وقوله (ويجوز أن يشتركا) ظاهر وقوله (فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله) يعني اذا لم يعرف انه أدى الثمن من مال نفسه أو من مال الشركة الا بقوله فعليه اقامة البينة فان عجز عن ذلك فالقول لصاحبه مع عينه (قوله (٢٣) فاذا هلك مال الشركة) ظاهر وقيد الو كالة بالمفردة احترازاً عن الو كالة الثابتة

في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فانها فهمتا تبطل بطلان ما تضمنهما من الشركة والرهن لان المتضمن يبطل بطلان المتضمن تبعاً وأما الو كالة المفردة كمن وكل رجال يشترى عبد و دفع اليه دراهم فهلكت فانها لا تبطل رأماً المضاربة فقد قال فخر الاسلام في شرح الزيادات بخلاف المضاربة والشركة فانها تتعين حتى اذا هلك قبل التسليم بطلت المضاربة وهو مخالف لما ذكره المصنف انها تتعين فيها بالقبض فعمل في المسئلة روايتين

(قوله يعني اذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه الخ) أقول وفي شرح الاتقاني ثم اذا كان لا يعرف أداء الثمن من مال نفسه لامن مال الشركة الا بقوله والظاهر ان هذا هو الصحيح لأن مال الشركة امانة في يده والقول للامنين مع اليقين تأمل فان مراد الشارح من مال الشركة هو مال نفسه الذي عقد عليه

قال (ويجوز أن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض) لان المساواة في المال ليست بشرط فيه اذا لفظ لا يقتضيه (ولا يصح الا بما ين) ان المفاوضة تصح به للوجه الذي ذكرناه (ويجوز أن يشتركا ومن جهة أحد همدانير ومن الآخر دراهم وكذا من أحدهم ادراهم بيض ومن الآخر سود) وقال زفر والشافعي لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مخلوق الجنس وسنينه من بعد ان شاء الله تعالى قال (وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طوبل بثمنه دون الآخر لما ين) انه يتضمن الو كالة دون الكفالة والوكيل هو الاصل في الحقوق قال (ثم يرجع على شريكه بحصته منه) معناه اذا أدى من مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته فاذا نقد من مال نفسه رجع عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله فعليه الخ لانه يدعي وجوب المال في ذمته الاخر وهو ينكر والقول للسكر مع عينه قال (واذا هلك مال الشركة أو أحد المالكين قبل أن يشترى باسمها بطلت الشركة) لان المعقود عليه في عقد الشركة المال فانه يتعين فيه كافي الهبة والوصية وبه هلك المعقود عليه يبطل العقد كافي البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيها بالتعيين وانما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالكان

على رب المال لا يبطل اعتبار شبهها الاخر الذي باعته باره أجزاء الزيادة في الربح لاحدهما بخلاف ما لو شرط كل الربح لاحدهما فانه لا يجوز لان العقد حينئذ يخرج عن الشركة والمضاربة أيضاً إلى 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 الربح يستحق في الشرع تارة بالعمل وتارة بالمال والمشروط له الزيادة مشروط عمله وان شرط عمل الآخر لكن قد يكون ذلك أحذق وأقوى الخ (قوله اذا لفظ) أي لفظ العنان (لا يقتضي المساواة) ولا يبنى عنه ليعتبر في مفهومه فلذا جاز ان يعقدها كل ببعض ماله ويجوز اذا كان من جهة أحد همدانير ومن الآخر دراهم ويجوز بديراهم سود من جهة أحد همدانير ومن جهة الآخر و ان تفاوتت قيمتهما والربح على ما شرط فيها تساوي أو تفاوتاً على قدر قيمة دراهمهما بشرطه الذي بيناه (قوله) واذا هلك مال الشركة كله بطلت الشركة) وكذا لو هلك أحد المالكين قبل الخلط وقبل الشراء يملك من مال صاحبه وحده سواء هلك في يد مالكه أو يد شريكه لانه امانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك عليهم لعدم التمييز فتبطل الشركة أما الاول فلان مال كل واحد قبل الشراء وقبل الخلط باق على ملكه وأما بطلان الشركة (فلان المعقود عليه عقد الشركة هو المال) المعين (لانه يتعين) بالتعيين في الشركة) والهبة والوصية وبه هلك المعقود عليه يبطل العقد كافي البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لا يتعين المال فيها بالتعيين وانما يتعينان بالقبض حتى لو اشترى الوكيل يمثل ذلك المال في ذمته كان مشترياً بالوكالة حتى لو هلك المال بعد الشراء يرجع عليه بمنزله أما لو هلك قبل الشراء فانما

الشركة فكلامه صحيح أيضاً (قوله فانها فهمتا تبطل الخ) أقول وان لم يقبض المال (قوله كمن وكل رجال يشترى) أقول بخلاف للشروح الأبرى إلى قول المصنف وانما يتعينان بالقبض ويمكن أن يجاب بأن الدفع قد يكون بلا قبض فانه يوجد بالتخليع والوضع بين يديه صرح بذلك المصنف من كتاب الاقرار قال المصنف (بخلاف المضاربة) أقول قال الاتقاني فيه نظر لأن التقود تتعين في المضاربة والشركة جميعاً قبل القبض والتسليم حتى اذا هلك قبل التسليم بطلت انص عليه في الزيادات في باب من الو كالة بالشئ يكون على غير ما أمر انتهى قال الكل ولعل فيهما روايتين

(قوله لانه ماضى بشركة صاحبه في ماله) أى الشريك الذى لم يهلك ماله ماضى بشركة صاحبه الذى هلك ماله الاعلى تقديري بقاء ماله
 بشركته في ماله كما اشتراك هو في مال هذا (قوله وأيهما هلك هلك من مال صاحبه) ظاهر وقوله (ثم الشركة شركة عقد عند
 محمد خلافا للحسن بن زياد) فائدة تظهري في حق جواز بيع (٣٣) الكل فعند محمد أيهما باع جاز بيعه

لان الشركة قد تمت
 في المشتري فلا تنتقض
 به هلاك المال بعد تمامها
 كالمالك الهالك
 بعد الشراء بالمالين جميعا
 وعند الحسن بن زياد
 لا يفسد بيع أحدهما
 الا في حصته لان شركة
 العقد قد بطلت بهلاك
 المال كما لو هلك قبل
 الشراء بمال الآخر وانما
 بقى ما هو حكم الشراء
 وهو الملك فكانت شركتهما
 في المناع شركة ملك
 (قوله وقد بيناه) اشارة
 الى قوله معناه اذا أدى
 من مال نفسه الخ (قوله)
 أما اذا هلك مال أحدهما
 ثم اشترى الآخر
 واضح (قوله لم يبيناه) اشارة
 الى قوله لانه وكيل من جهته

وكذا اذا هلك أحدهما لانه ماضى بشركة صاحبه في ماله الا للشركة في ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا
 بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته وأيهما هلك 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 يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهالك
 من المالين (وان اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشتري بينهما على ما شرطنا)
 لان الملك حين وقوعه مشترك بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد
 ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد حتى ان أيهما باع جاز بيعه لان الشركة قد
 تمت في المشتري فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها قال (ويرجع على شريكه بحصة من ثمنه)
 لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد سنه هذا اذا اشترى أحدهما بأحد المالين أو لثم
 هلك مال الآخر أما اذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بمال الآخر انصرح بالو كالة في عقد
 الشركة فالمشتري مشترك بينهما على ما شرطنا لان الشركة ان بطلت فالو كالة المصرح بها فائدة فكان
 مشترك بحكم الو كالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن

يبطل العقد لان الموكل لم يرض بكون الثمن دينافي ذمته فلا تبطل المضاربة والو كالة المفردة بهلاك
 المال واحترز بالمفردة عن الو كالة الثابتة في ضمن الشركة فانها تطل تبطلان الشركة وهذا ظاهر فيما
 اذا هلك المالان (وكذا اذا هلك أحدهما لانه) أى الشريك الذى لم يهلك ماله (لم يرض بشركة صاحبه
 في ماله الا لشركته) 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) ما على ما شرطنا لان الملك حين وقوعه مشترك بينهما لقيام
 الشركة وقت الشراء) لان الهلاك لم يقع قبله ليبطل فيخص المشتري بما اشتراه (فلا يتغير الحكم) أى
 حكم (الشركة بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة) الواقعة في هذا المشتري بعد هلاك مال الآخر
 (شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد رحمه الله) فانها شركة ملك عنده حتى لا ينعقد ببيع أحدهما
 الا في نصيبه وجه قوله ان شركة العقد بطلت بهلاك المال فصار كالمالك قبل الشراء بمال الآخر ولم
 يبقى الاحكام ذلك الشراء وهو الملك فيلزم انفراد الملك لعدم ماوجب زيادة عليه ولحمد وعليه اقتصر
 المصنف ان هلاك مال أحدهما اذا وقع بعد حصول المقصود بمال الآخر وهو الشراء بها فلا يكون
 الهلاك مبطلا لشركة العقد بينهما بعد تمامها كالمالك بعد الشراء بالمالين (واذا) وقع المشتري على
 الشركة (يرجع على شريكه بحصته من الثمن) لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد
 بيناه) قريبا (هذا اذا اشترى أحدهما بأحد المالين أو لثم هلك مال الآخر أما اذا هلك مال أحدهما ثم
 اشترى الآخر) يعنى الذى في يده المال (بالمال الآخر انصرح بالو كالة في عقد الشركة) بان قال عند
 عقد الشركة على ان ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشترك بينهما كذا صورته في المبسوط) فالمشتري
 مشترك بينهما على ما شرطنا لان الشركة ان بطلت فالو كالة المصرح بها فائدة فتكون شركة ملك) وبهذا
 جمع في المبسوط بين التناقض الواقع في جواب المسئلة حيث قال محمد رحمه الله في بعض المواضع فاشترى
 بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه وفي بعضها اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون بينهما
 فجعل محمل الاول اذا لم يكن في الشركة وكالة مصرح بها ومحمل الثاني اذا صرح بها على ما ذكر

(قال المصنف خلافا
 للحسن بن زياد) أقول
 قال الاتقاني فان عنده
 شركة ملك فقط حتى
 لا يفسد ببيع أحدهما
 الا في نصيبه وجه قول
 الحسن ان الشركة التي
 عقداها ارتفعت بهلاك
 مال الآخر وانما بقى
 ما هو حكم الشراء وهو
 الملك فلم يجز لأحدهما

أن يتصرف في نصيب الآخر انتهى ويؤيد قول الحسن أن لادوام الأمور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء فلي تأمل في دفعه
 فان رأس المال ينعقد من هذه الصلاحية المشتري له بقاء (قوله لم يبيناه اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته) أقول والاقرب أن يجعل
 اشارة الى قوله أنفاله انه اشترى نصفه بوكالته

(قوله وانه بالخلط) أى الشركة فى الاصل على تأويل الاشتراك (قوله وهذا اشارة الى قوله لان الربح فرع المال) يعنى وانما قلنا ان الربح فرع المال لان المحل أى محل الشركة هو المال ولهذا يضاف اليه ويقال عقد شركة المال ويشترط تعيين رأس المال وما اعتبر بالتعيين الاتسكون الشركة فى الثمن مستندة الى المال بخلاف المضاربة فانها تصح بدون الخلط لانها ليست بشركة وانما هو عامل لرب المال فيستحق الربح عمالة على قدر عمله (قوله وهذا أصل كبير) اشارة الى قوله لان الربح فرع المال (قوله حتى يعتبر اتحاد الجنس) يعنى بناء على أصلهما ذلك فانه اذا كان رأس مال أحدهما دراهم والاخر دينارين تنقسم الشركة بينهما صحبة عندنا بخلاف زفر والشافعي وكذلك ان كان رأس مال أحدهما بيضا والاخر سودا ولا يجوز شركة التقبل أى على قول زفر والشافعي لانعدام المال ولنا ان الشركة فى الربح مستندة الى العقد دون المال وكل ما هو مستند اليه هو الاصل أما انهم مستندة الى العقد فلان العقد يسمى شركة لا المال فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه وأما ان كل ما هو مستند اليه فهو الاصل فلان المراد بالمستند اليه هو أن يكون غير مبيعاً عليه وذلك (٣٤) حد الاصل وانما عبر عنه بهذه العبارة لان الربح فى الحقيقة يحصل من

التصرف والتصرف يحصل من العقد لان كل واحد منهما يتصرف فى الكل فى بعضه بطريق الاصل وفى بعضه بطريق الوكالة فكان العقد على العلة وجزاءه يضاف الحكم الى علة العلة كما جاز أن يضاف الى عين العلة واذا كان الاصل هو العقد وهو موجود ثبت الحكم فى الفروع وهو الربح وان لم يحتلط المالك والدليل الثانى وهو قوله ولان الدراهم والدينارين لاتعيين كالشرح للدليل الاول فان قيل لو كان العقد هو الاصل دون المال لما بطلت الشركة به سلك المال قبل أن يشتريه بشياً لان هلاك المال وبقيائه

لما بيناه وان ذكرا مجرد الشركة ولم ينع على الوكالة فيها كان المشتري الذى اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التى تضمنتها الشركة فان بطلت يبطل ما فى ضمنها بخلاف ما اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة قال (وتجوز الشركة وان لم يخطط المال) وقال زفر والشافعي لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة فى الاصل وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله أما هنا بخلافه وهذا أصل كبير لها حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل فى الربح مع التساوى فى المال ولا يجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال ولنا أن الشركة فى الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من تحقيق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطاً ولان الدراهم والدينارين لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه فى النصف أصيل وفى النصف وكيل واذا تحققت الشركة فى التصرف بدون الخلط وقوله (لما بيناه) يريد قوله لانه وكيل من جهته الخ (قوله وتجوز الشركة وان لم يخطط المال) وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله تعالى الا أن مالكاً شرط أن يكون تحت يدهما بان يكون فى حاقوت أو فى يدوكيلهما (وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يكون الفرع على الشركة الا والاصل على الشركة وانه) أى الشركة فى الاصل على معنى الاشتراك (بالخلط) لماسلف من أن معناها الاختلاط أو الخلط على ما حققناه فلا تحقق شركة بلا خلط وقد اتفقنا على ان المعنى فى كل عقد شرعى ما هو مقتضى اسمه قال المصنف (وهذا) أى كون الربح فرع المال (أصل كبير لها) حتى تفرع عليه (اعتبار اتحاد الجنس) فلا تجوز الشركة اذا كان لاحدهما دراهم والاخر دينارين ولا اذا كان لاحدهما بيض والاخر سود لعدم تحقق الخلط والاختلاط بحيث لا يتجزأ الاحدهما عن الاخر (ولا يجوز التفاضل فى الربح مع التساوى فى المال) لاختلاف الشركة فى الاصل والفرع ولا شركة التقبل والاعمال لعدم المال (قوله ولنا ان الشركة فى الربح مستندة الى العقد دون المال)

اذ ذلك بمنزلة لكون الاصل وهو العقد قد وجد والمال موجود فلا يباى بعد ذلك ببقائه أوجب بان بقاء الاصل شرط لوجود الفرع والاصل قد اتفق بانتماء شرطه وهو المحل فكذلك الفرع واعتراض ايضاً بان المالك اذا لم يحتلط ببقايا متميزين ولا شركة مع التمييز كفى العروض وأوجب بان علة فساد الشركة فى العروض ليست التمييز بل هي ما ذكرنا من الافضاء الى الربح ما يضمن

(قوله وما اعتبر بالتعيين الاتسكون الشركة فى الثمن الخ) أقول الانسب للتفريع أن يقال الاتسكون الثمر مستندة الى المال (قوله وكل ما هو مستند اليه فهو الاصل الخ) أقول كان الاظهر ان يقول وكل ما هو مستند الى العقد فالعقد اصل له فمأمل ثم قوله مستند اليه بفتح النون (قوله فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه) أقول وذلك لا يكون الا يجعل الشركة فى الربح مستندة اليه وعلى ما قاله لا احتياج فى الشركة فى الربح الى العقد أصلاً اذا الشركة فى المالك الحاصلة فى الخلط كافية فيها (قوله يتصرف فى الكل) أقول أى فى كل مال الشركة قال المصنف (فلا يستفاد الربح برأس المال) أقول فقوله الربح فرع المال ممنوع فتذكر صدر الكلام حتى يظهر لانا ورود المنع

حاصل

تحقق في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل قال (ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح) لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة قال (ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان أن يضع المال) لانه معتاد في عقد الشركة ولان له أن يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض ودونه فملكه وكذلك أن يودعه لانه معتاد ولا يجحد التاجر منه بدا قال (ويدفعه مضاربة) لانهادون الشركة فتتضمنها

حاصل تقرير الشارحين ان الربح يضاف الى التصرف في المال وهو العلة والى العقد الذي هو علة التصرف والحكم كما يضاف الى العلة يضاف الى علة العلة وأنت تعلم ان الاضافة الى علة العلة بطريقتين المجاز فان الحكم بالذات انما يضاف الى علة لما عرف ان لأثر العلة البعيدة في الحكم وحقبة الاضافة أولى بالاعتبار من مجازها في حكم ينفي على الاضافة وانما وجهه التقدير المراد ان الربح المستحق شرعا لكل من الشريكين في مال الآخر ليس مضافا الى العقد الشرعي الذي به حل تصرفه في مال غيره لاني نفس المال ولا التصرف فيه لان اضافة الربح الى التصرف في المال معناها ان اكتسب عن التصرف فيه وليس هذا بعيدا اذ هو معلوم وانما حاجتنا الى ثبوت حل الربح لكل منهما ولا شك أن حله انما يضاف الى العقد الشرعي لا التصرف فان نفس التصرف في المال وان كان مأذونا فيه شرعا لا يوجب حل الربح للتصرف كما في الموضع والوكيل بالبيع فلم يحل الابعدة الشركة متحققة 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 ليكون علة العلة بل التصرف علة في وجود الربح والعقد علة حله والكلام ليس الا فيه واذا كان كذلك لم يتوقف الاسم على خلط المال لان المال محل العقد شرط لتحقيقه خارج عنه ثم قال المصنف (ولأن الدرهم والدنانير لا يتعنان يعني عند الشراهما) ما فيه الربح حتى جاز أن يدفع غيره ما لم يكن الربح مستفادا بعين رأس المال حتى يلزم فيه الخلط بل بالتصرف واذا ظهر تحقيق الشركة بلا خلط (تحققت في المستفاد بدونه) أي بدون الخلط (وصار كالمضاربة) تتحقق الشركة في الربح بلا خلط فان قيل فعلى هذا ينبغي أن لا تبطل بهلاك المال قبل الشرا لو جرد المال وقت العقد لأنه انعقد في المحل قلنا انما تبطل لمعارض آخر وهو ان هلاك المحل قبل حصول المقصود بالهـ تقدمه يبطله كالبيع يبطل بهلاك المبيع قبل 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 الربح وتصح شركة التقبل (قوله) ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح قال ابن المنذر لا خلاف في هذا لأحد من أهل العلم ووجهه ما ذكره المصنف بقوله لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى فيكون اشتراط جميع الربح لاحدهما على ذلك التقدير واشتراطه لأحدهما يخرج العقد عن الشركة الى قرض أو بضاعه على ما تقدم وقوله (ونظيره في المزارعة) يعني اذا شرط لاحدهما قفزا مسماة تبطل لأنه عسى أن لا يخرج الارض غيرها (قوله) ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان ان يضع المال لأنه معتاد في عقد الشركة) من المتشاركين (ولان له ان يستأجر على عمل التجارة والتحصيل) للربح (بغير عوض ودونه) وانه أقل ضررا فاذا ملك ما هو أكثر ضررا ملك ما هو أقل وظهران لفظ التحصيل مرفوع على الابتداء ونحوه الظرف (قوله) وكذلك أن يودعه لانه معتاد ولا يجحد التاجر بدامنه) في بعض الاوقات والمضايق وقوله (ويدفعه مضاربة لانهادون الشركة)

كافي المضاربة فانه ليس هناك خلط المالكين والربح مشترك بسبب العقد واذا بطل ذلك الاصل بطل الفروع المترتبة عليه فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل (قوله) ولا تجوز الشركة) واضح وقوله (ونظيره في المزارعة) يعني أنه اذا شرط لاحدهما قفزا مسماة كانت فاسدة لان الشركة تنقطع به ومن شرط المزارعة أن يكون الخارج بينهما ماشا معا قال (ولكل واحد من المتفاوضين هذا بيان ما يجوز للشريك شركة مفاوضة أو عنان أن يفعل وأن لا يفعل بجوزة أن يضع لانه معتاد في عقد الشركة والمعتاد جازله العمل به ولان له أن يستأجر على العمل لتحصيل الربح بلا خلاف وكل من جازله أن يستأجر لتحصيل الربح جازله أن يبضع لان الاستحجار تحصيل بعوض والابضاع بدونه فكان الاستحجار أعلى ومن ملك الاعلى ملك الادنى وأن يودع المال لانه معتاد ولا يجحد التاجر منه بدا وان يدفع مضاربة لانهادون الشركة ألا ترى انه ليس على المضارب شيء من الوضعية وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح هذا ظاهر الرواية

(وعن أبي حنيفة ليس له ذلك لانه) أي عقد المضاربة (نوع شركة) لانه إيجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لأحد الشريكين أن يشارك (٣٦) مع غيره بمال الشركة فكذلك لا يدفعه مضاربة (والاول) أي جواز الدفع مضاربة (أصح وهو

رواية الاصل لان الشركة) يعني في المضاربة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح وهو ثابت بالمضاربة فيملكه أحد الشريكين كما لو استأجر أجراء يعمل فانه يجوز قولا واحدا فهذا أولى لانه تحصل بدون ضمان في ذمته فان المضارب اذا عمل ولم يحصل الربح لا يجب على رب المال شيء بخلاف الاجارة فان الاجراء اذا عمل في التجارة ولم يحصل شيء من الربح يكون المستأجر ضامنا للاجرة بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله فان قيل هذا منقوض بالمكاتب فانه جازله أن يكاتب عبده والعبد المأذون له جازله أن يأذن لعبده فأجواب ان ذلك ليس من قبيل الاستتباع فان كل واحد منهما أطلق في الكسب وأسبابه وهذا من أسباب الكسب المطلقة لهما لانه من المستتبعات وأن يوكل من يتصرف فيه وهو ظاهر واعتراض بان الحكم الثابت مقصودا أعلى حالا من الحكم الثابت في ضمن شيء آخر لا محالة والوكيل الذي كانت وكالته مقصودا ليس له توكيل غيره فالو كيل الذي ثبتت

وعن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاصح هو الاول وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استأجره بأجر بل أولى لانه تحصل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله قال (و يوكل من 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 لان الوضعية في الشركة تلزم الشريك ولا تلزم المضارب فتضمن الشركة المضاربة (وعن أبي حنيفة) لرواية الحسن (انه ليس له ذلك لانه نوع شركة) في الربح (والاصح هو الاول وهو رواية الاصل لان الشركة) في الربح غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح (فصار) كما اذا استأجره بآجرة ليعمل له بعض أعمال التجارة (بل أولى لانه تحصل بدون ضمان في ذمة الشريك بخلاف الشركة) فان أحد الشريكين لا يملك أن يشارك غيره في مال الشركة (لان الشيء لا يستتبع مثله) وأورد عليه المكاتب يكاتب عبده والمأذون يأذن لعبده واقته داه المفترض والمتنفل عملهما والناسخ مثل المنسوخ وأجيب بأن ملكه ما ذلك ليس بطريق الاستتباع بل باطلاق التصرف مطلقا وكذا الاقتداء ليس صلاة الامام مستتبعة لصلاتها بل تلك منبئية عليها وحقيقة الناسخ مبين لا غير على انه ليس وزان ما نحن فيه بتأمل بسير ولكل واحد ان يشترى بالنسيئة وان كان مال الشركة في يده استحسانا وليس لأحد شريكي العنان الرهن أي رهن عيني من مال الشركة بدين من التجارة عليه والارتهان بدين له بخلاف المفاوضات له ان يرهن ويرهن على شريكه فان رهن في العنان متاعا من الشركة بدين عليه ما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين لهما لم يجز على شريكه فان هلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته ويرجع شريكه بحصته ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لان هلاك الرهن في يده كالاستيفاء وكذا اذا باع أحدهم المافس للآخر قبضه وللدين أن يمتنع من دفعه فان دفعه اليه برئ من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر وليس لواحد منهما أن يجازم فيما اذا نه الآخر أو باعه والخصومة للذي باع وعليه ولا أن يؤخر دينه فان أخره لم يرض على الآخر وكذا لا يرضى اقرار أحدهم ما بدين في تجارته ما على الآخر فان أقر وانكر الآخر لم يرض جميع الدين ان كان هو الذي وليه لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقدة وكيلا كان أو مباشرا وان أقر أنهم ما وليا وانكر الآخر لم يرض نصفه ولو اشترى أحدهم ما شيئا أو جديبه عيالم يكن للآخر ان يرد له ذلك من حقوق العقد ولو أخذ أحدهم ما لا مضاربة اختص برحمته لان مال المضاربة ليس من مال الشركة وعلى هذا الوجه أحدهم ما لصاحبه بما ليس من شركته ما فهو جائز بخلاف المفاوضات في جميع ذلك ويعضى اقراره عليه ويشارك شركة عنان ويعضى على الآخر بخلاف شريك العنان ويجوز قبض كل من المتفاوضين ما اذا نه الآخر أو اذا نه أو وجب لهما على رجل من غصب أو كفاالة أو غير ذلك ويرد بعيب ما اشتراه الآخر وكل منهما خصم عن الآخر يطالب بما على صاحبه وتقام عليه البينة ويستخلف على العلم فيما هو من ضمان التجارة وتقدم شيء من هذا أول الباب فيما هو من ضمان التجارة (و) لكل من شريكي العنان أن (يوكل من يتصرف فيه) لان التوكيل بالبيع والشراء من أعمال التجارات والشركة انعقدت لهما بخلاف الوكيل (صريحا) بالشراء ليس له أن يوكل به لانه عقد خاص طلب به) شراء شيء بعينه فلا يستتبع مثله وكل ما كان لأحدهم أن

يعمله

وكالته في ضمن الشركة كيف جازله توكيل غيره وأجيب بذلك الجواب المشهور وهو قوله كم من شيء ثبتت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الشرب وغيره والشبهة وجه القياس في هذه المسئلة وجوابها وجه الاستحسان

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

قال (ويده في المال يدأمانة) لانه قبض المال باذن المالك لاعلى وجه البذل والوثيقة قصار كالوديعة
 يعمل اذ انهم شريكة عنه لم يكن له فله فان عمل ضمن نصيب شريكه وله - هذا القول احدى ما خرج لدمياط
 ولا تجاوزها فجاوزت هلك المال ضمن حصته شريكه لانه نقل حصته بغير اذنه وكذا الوضوء عن بيع
 النسبة بعدما كان اذنه فيه (قوله ويده) اي يد الشريك مطلقا (في المال يدأمانة) لانه قبض المال باذن
 المالك لاعلى وجه البذل والوثيقة) فيكون أمانة بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه قبضه على وجه
 اعطاء البذل فيكون مضمونا بخلاف الرهن فانه مقبوض للتوثيق بدينه فيضمن بذلك الدين وانا كان
 مقبوضا على الوجه الذي ذكرنا صار كالوديعة فكان أمانة واعلم ان جميع الامانات اذا ماتت تنقلب
 مضمونة بالموت مع التجهيل الا في مسائل احداها اذا مات احد المتفاوضين ولم يبين حال الذي كان في يده
 فانه لا يضمن لشريكه نصيبه والاخرى في السير اذا اودع الامام بعض الغنائم في دار الحرب قبل القسمة
 عند بعض الجند فمات وتذكر الثالثة في الوقف ان شاء الله تعالى (وفروع في اختلاف المتفاوضين)
 قد علم انه ليس لأحد المتفاوضين أن يقرض ولا يهب ولا يتصدق ولا يعير دابة من شركتهما ولو ادعى
 على آخر أنه شاركه مفاوضة فانكر والمال في يده الجاحد فاقول قول الجاحد مع عينه وعلى المدعي البينة
 لانه يدعي العقد واستحقاق ما في يده وهو منكر فان أقام البينة فشهدوا انه مفاوضه أو زادوا على هذا
 فقالوا المال الذي في يده من شركتهما أو قالوا هو بينهما نصفان قضى للمدعي بنصفه لان الثابت بالبينة
 كالثابت بالاقرار وجميع ما ذكره متضاه انقسام ما في يده فيقبض بذلك - ولو ادعى الذي في يده المال
 بعد ذلك ان هذا العين لميراثا ما في يده وأقام على ذلك بينة قبلت عند محمد ولم تقبل عند أبي يوسف
 لأن ذلك البذل صار مقضيا عليه بنصف ما في يده وبينه المقضى عليه في اثبات الملك لا تقبل الا أن يدعي
 تلقى الملك من قبل المقضى له كالمالك كانت الشهادة مفسرة ولو ادعى ذوالسيد عينا في يده انه خاصة وهب
 شريكه منه حصته وأقام البينة على الهبة والقبض قبلت لانه انما ادعى تلقى الملك منه ولو ادعى انه
 مفاوضه والمال في يده المدعي عليه فأقر وقضى عليه ثم ادعى عينا مما كان في يده أو ميراثا أو هبة وأقام
 بينة قبلت والفرق لأبي يوسف ان ذاليد هبها مقر بالمفاوضة مدع للبراث ولا منافاة بينهما وقد أثبت
 دعواه بالبينة وفي الاول ذواليد جاحد مدعى عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه الا ترى انه لو لم
 يكن أقام البينة في صورة الانكار لم يستخلف خصمه واذا مات أحد المتفاوضين والمال في يده الجاحد
 فادعى الورثة المفاوضة ويحدها حتى ذلك فأقاموا البينة بذلك لم يقض لهم بشئ فيما في يده الجاحد لانها
 شهدا بعبق قد علم ارتفاعه لا تتقاض المفاوضة بموت أحدهما ولا لانه لا حكم فيما شهدا به في المال الذي
 في يده في الحال لأن المفاوضة فيما مضى لا توجب أن يكون المال الذي في يده في الحال من شركتهما
 الا أن يقيموا انه كان في يده في حياة الميت أو انه من شركتهما فانهم حينئذ شهدوا بالنصف للميت وورثته
 حلفاؤه ولو كان المال في يده الورثة ويحدوا الشركة فأقام الجاحد البينة على المفاوضة وأقاموا ان
 أنهم مات وترك هذا ميراثا لمن غير مفاوضة بينهم لم تقبل منهم لانهم جاحدون فانما يقيمونها على
 النفي وقد أثبت المدعي الشركة فيما في أيديهم فيقبض له بنصفه وصحح شمس الأعمه ان هذا قولهم جميعا
 ولو قالوا مات جدها وترك ميراثا لانا وانا فأقاموا البينة على هذا لا تقبل في قول أبي يوسف وتقبل في قول محمد
 كالمال كان المفاوض حيا وأقام البينة على ذلك بعد ما شهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة واذا
 افترق المتفاوضان فأقام أحدهما البينة ان المال كله كان في يد صاحبه وان قاضي بلدة كذا قضى
 بذلك عليه وسماوا المال وأنه قضى به بينهم ما نصفين فأقام الآخر بمثل ذلك من ذلك القاضي بعينه
 أو غيره فان كان من قاض واحد وعلم تاريخ القضاء من أخذ بالاخر وهو رجوع عن الاول ونقض له
 وان لم يعلم أو كان القضاء من قاضين لزم كلامهم ما القضاء الذي أنفذه عليه لأن كلامهم صحيح ظاهرا

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

قال (وأما شركة الصنائع) كلامه ظاهر وقوله (لاتقديم مقصودهما) أي مقصود الشريكين وهو التمييز بظاهر وفي بعض النسخ لاتقديم مقصودها أضاف المقصود إلى الشركة وان كان المقصود للشريكين بأدنى ملاسبة وهو تلبس الشريكين بعقد الشركة قوله ولا يشترط فيه) أي في هذا العقد اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك رحمهما الله فالان انفتت الاعمال كالتقارب بين اشتركا أو صباغين جاز وان اختلفت كصباغ وقصار اشتركا (٣٨) لا يجوز لان كل واحد منهما عاجز عن العمل الذي يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صنعه

فلا يتحقق مقصود الشركة ولنا ان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه ان المقصود منه التخصيل وهو يمكن بالتوكيل لاتفاوت باتحاد العمل والمكان أو اختلفا فهما أما الاوّل فلان التوكيل بتقبل العمل صحيح عن محسن مباشرة ذلك العمل وعن لا يحسن لانه لا يتعين على التقبل اقامة العمل بيديه بل له أن يقيم باعوانه واجرائه وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحا وأما الثاني فلان أحد الشريكين لو عمل في دكان والاخر في دكان آخر لا يتفاوت الخلال وهو ظاهر فان قيل قد تقدم ان من الفروع المترتبة على أصل زفر والشافعي في مسألة الخلط ان شركة التقبيل لا تجوز فكيف يصح قول زفر مع مالك رحمهما الله في جوازها اذا كانت الاعمال متفقة اوجب بان زفر في هذه المسئلة أعنى الخلط قولان فذكر المصنف في تلك المسئلة حكم الرواية التي يشترط فيها خلط المال وذكرها حكم

قال (وأما شركة الصنائع) وتسمى شركة التقبيل (كالتخاطب والصباغين يشترط ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك) وهذا عندنا وقال زفر والشافعي لا يجوز لان هذه شركة لاتقدم مقصودها وهو التمييز لانه لا بد من رأس المال وهذا لان الشركة في الربح تنبغي على الشركة في المال على أصلهما على ما قررناه ولنا ان المقصود منه التخصيل وهو يمكن بالتوكيل لانه لما كان وكيفا في النصف أصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر فهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت (ولو شرط العمل نصفين والمال اثلاثا جاز) وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل

فيحاسب كل صاحبه بما عليه ويتراوان الفضل (قوله وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبيل) وشركة الابدان وشركة الاعمال (فخو الخياطين والصباغين يشترط ان يتقبل كل الاعمال) أو نحو الصباغ والخياط يفعلان ذلك (ويكون الكسب بينهما فيجوز عندنا وقال الشافعي لا يجوز لانها شركة لاتقدم مقصودها) أي المقصود منها وفي بعض النسخ مقصودهما بالتثنية أي الشريكين (وهو التمييز) أي الربح (لانه لا بد) في الربح (من رأس المال) لانه يتبين عليه على ما قررناه في الخلاف في عدم اشتراط الخلط (ولنا ان المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح) على الاشتراك وهو لا يقتصر على المال بل جازيا العمل أيضا كما مر جازيا بالتوكيل بان وكل الاخر بقبول العمل عليه كما يقبله لنفسه فيكون كل أصيلا في نصف العمل المتقبل وكيفا في النصف الاخر فتحقق الشركة في المال المستفاد عن ذلك العمل فان عملا استحق كل فائدة عمله وهو المال المستفاد وهو كسبه وان عمل أحدهما كان العامل معينا الشريك فيما لزمه بتقبله عليه وهو جاز لان المشرط مطلق العمل لا عمل المتقبل بنفسه أو وكيله بنفسه ألا ترى ان نحو الخياط يتقبل ثم يستأجر من يعمل ويدفعه الى مالكه كطبيب له الاجرة ومن صور هذه الشركة ان يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف القياس ان لا يجوز لان من أحدهما العمل ومن الاخر الخانات واستحسن جوازها لان التقبيل من صاحب الخانات عمل (قوله ولا يشترط فيه) أي في جواز هذه الشركة (اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك) وأورد عليه انه قدم في اشتراط الخلط لزفر ان من ثمراته عدم جواز شركة التقبيل وهو يناقش اشتراطه لصحة اتحاد العمل والمكان اوجب بان عن زفر في جواز شركة التقبيل روايتين ذكرهما في المبسوط ففرع رواية المنع على شرط خلط المال وذكرها شرطه في تجوزها ثم ذكر المصنف وجه الجواز بقوله (لان المعنى المجوز لشركة التقبيل) من كون المقصود تحصيل الربح (لاتفاوت) بين كون العمل في دكانين أو دكان وكون الاعمال من اجناس أو جنس فلا وجه لاشتراط شرط بلا دليل بوجهه (قوله ولو شرط العمل نصفين) يعني التساوي في العمل والربح اثلاثا (جاز) بشرط كون المشروط له مشروطا عليه العمل (وفي القياس لا يجوز) وهو قول زفر (لان الضمان هنا انما هو بقبول العمل) أي لانه لا مال

عقدت

الرواية التي لا يشترط ولكن أطلق في اللفظ ولم يذكرا اختلاف الروايتين فيرى ظاهره متناقضا

(قوله ولو شرط العمل نصفين) أي اذا شرط في شركة التقبيل ولم يكن مقاوضة ان يكون العمل نصفين والربح الحاصل اثلاثا جازيا استحسانا والقياس ان لا تصح لان الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح مال يضمن فم يجزى العقد تأديته اليه أي الى ربح مال يضمن فصار كشركة الوجوه ان التفاوت فيها في الربح لا يجوز اذا كان المشتري بينهما على السواء وما اذا اشتراط التفاوت في ملك المشتري فيجوز التفاوت حينئذ في الربح في شركة الوجوه أيضا

وقوله (ولكننا نقول) بيان وجه الاستحسان ما يأخذه كل من الشريكين لا يأخذ بجالان الربح وإنما يكون عند اتحاد الجنس ولهذا قالوا
 لو استأجر دار بعشرة دراهم ثم أجرها بثوب يساوي خمسة عشر جاز لنا ان الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن فيه
 لم يتعد لان رأس المال عمل والربح مال فكان ما يأخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فاذا رضيا بقدر معين كان ذلك من مهام تقويم
 للعمل فيتقدر بقدر ما قوم به ولا يحرم لانه لم يؤد الى ربح مالم يضمن بخلاف (٢٩) شركة الوجوه لان جنس المال

متفق وهو الثمن الواجب
 في ذمة - مادراهم كانت
 أو دنائير والربح يتحقق في
 الجنس المتفق وقوله
 (وربح مالم يضمن) تقديره
 لو جاز اشتراط زيادة الربح كان
 ربح مالم يضمن وذلك لا يجوز
 الا في المضاربة وانما جاز
 فيها الوقوعه بمقابلة العمل
 في جانب المصارب وبمقابلة
 المال في جانب رب المال
 وليس واحدا منهم ما في
 شركة الوجوه ولا الضمان
 بمقابلة الربح موجودا
 فيه بلزم فيها ربح مالم يضمن
 فلا يجوز (قوله وما يتقبله
 كل واحد منهم ما من العمل
 يلزمه ويلزم شريكه)
 ظاهر وقوله (ويبرأ الدافع
 بالدفع اليه) أي يبرأ دافع
 الاجرة الى كل واحد من
 الشريكين قيل فيجوز ان
 يكون معناه ويرأ الدافع من
 كل من الشريكين بالدفع
 اليه أي الى صاحب الثوب
 مثلا لو أخذ أحد الشريكين
 ثوبا بالصبيغ ثم دفع الآخر
 الثوب مصبوغا الى صاحبه
 برئ من الضمان وقوله
 (وهذا) اشارة الى لزوم

فان زيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يجز العقد لانه قد لئدته اليه وصار كشركة الوجوه ولكننا نقول ما يأخذه
 لا يأخذه بجمالان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان رأس المال عمل والربح مال فكان بدل
 العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال
 متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح مالم يضمن لا يجوز الا في المضاربة قال (وما يتقبله كل
 واحد منهم ما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى ان كل واحد منهم ما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر
 (ويبرأ الدافع بالدفع اليه) وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لان
 الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان أن هذه الشركة

عقدت الشركة عليه فزيادة الربح لأحدهما (ربح مالم يضمن فلم يجز) كالم تجز شركة الوجوه مع شرط
 التفاضل في ربح ما يباع مما اشترى بالوجوه وأما كون التفاضل يجري فيها اذا شرط التفاوت في
 ملك المشتري فان اشترى كاعلى ان ما اشتراه كل منهم يكون لا آخر بعينه فقط فيقسم الربح على قدر
 ملكهما فاذن في الحقيقة عدم التفاوت في الربح قلنا لما أخذ من هذه الشركة ليس ربحا حقيقة لان
 حقيقة الربح إنما تكون عند اتحاد جنس الربح ومابه الاسترباح وهو هنا مختلف لان رأس المال عمل
 والربح مال وانما يقال له ربح مجازا وانما هو بدل عمله والعمل يتقدر بالتقدير أي بحسب التراضي فما
 قدر لكل هو ما وقع عليه التراضي أن يجعل بدل عمله فلا يحرم خصوصا اذا كان أحق في العمل وأهدى
 وعلى هذا الوجه خلاف بعض المشايخ فيما لو شرطت الزيادة لاكثرهما مع الاوصحوا الجواز لان
 الربح لضمان العمل لا بحقيقة العمل ولذا الومرض أحدهما أو غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح
 بينهما بخلاف يعلم وقوله (بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق) فان الربح بدل ما هو مال
 فيتحقق بالتفاوت في الربح مالم يضمن وهو لا يجوز الا 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 الاجرة فان نص في شركة الوجوه التي شبه بها على ذلك في شرح الطحاوي
 فقال وينبغي أن يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وان شرط الربح بخلاف الضمان بينهما فالشرط
 باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما (قوله وما يتقبله كل واحد منهم ما من العمل يلزمه ويلزم
 شريكه) حتى ان لصاحب الثوب أن يأخذ الشريك بعوله وللشريك الذي لم يتقبل العمل أن يطالب رب
 الثوب مثلا بالاجرة ويرأ الدافع بدفع الاجرة اليه وان كان انما عمله الذي تقبله قال المصنف (هذا) وهو
 ضمان كل منهما عمل ما تقبله الآخر ومطالبة كل باجرة الآخر وبراءة الدافع اليه الاجرة (ظاهر)
 فيما اذا عقد اشركة الصنائع مفاوضة (وفي غيرها) وهو فيما اذا أطلقا الشركة أو قيدها بالعنان
 (استحسان) فلا فرق في ثبوت هذه الأمور بين المفاوضة والعنان فيها (والقياس خلاف ذلك لان
 الشركة وقعت مطلقة) واذا وقعت مطلقة انصرفت الى العنان فلم تثبت المفاوضة الا بالنص
 عليها أو على معناه وبهذا علمت أن لافرق بين اطلاق الشركة والتصنيف على جعلها عنانا في أن
 المنعقد عنان (والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة) أعنى شركة الصنائع

العمل على كل واحد منهما وهو معنى الكفالة (ظاهر في المفاوضة وفي غيرها) وهو العنان (استحسان) أي معنى الكفالة
 بطريق الاستحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة عن ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها حتى
 تثبت وان لم تذكر وانما هي مقتضى المفاوضة فلا يثبت معها ما ليس من مقتضاها بدون التصريح بذكره وجه الاستحسان ان
 هذه الشركة

مقتضية للضمان الأتري أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر (ولهذا) أي ولكون العمل مضمونا (يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله) أي تقبل صاحبه (عليه) ولو لم يكن مضمونا عليه لما استحق الاجر لان الغرم بآراء الغنم فاذا كان كذلك (جرى) هذا العقد (بجرى) المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البذل (وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل) وانما قيد بجرى بانه مجرى المفاوضة في هذين الشئين لان فيما عد ذلك لم يجز هذا (٣٠) العقد بجرى اها حتى قالوا اذا أفرأ أحدهما بدين من عن اشنان أو صابون أو أاجر

(مقتضية للضمان الاتري أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه بجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البذل قال (وأما شركة الوجود فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا) سميت به لانه لا يشترى بالنسيئة الا من كان له وجهة عند الناس وانما تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال واذا أطلقت تكون عنا نالان مطلقه ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركة التقبل قال (وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشترى به) لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة أو بولاية ولا ولاية فتمتعين الوكالة (فان شرط أن المشتري بينهما نصفا والربح كذلك يجوز

أجير أو أجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه الا ببينة وتلزمه خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار بوجوب المفاوضة قال (وأما شركة الوجود فالرجلان يشتركان شركة الوجود) وهو أن يشتركا الرجلان ولا مال لهما (على أن يشتريا بوجوههما) أي بوجاهتهما وأمانتهما عند الناس صحيحة عندنا (على هذا) أي على كونهما يشتريان بوجوههما أي سميت شركة الوجود لانه لا يشترى بالنسيئة الا من له وجهة عند الناس وانما تصح مفاوضة اذا كان الرجلان من أهل الكفالة لانه حينئذ يمكن تحقيق الوكالة والكفالة في الابدال أي الثمن والمثلن فيكون عن المشتري على كل واحد منهما نصفه ويكون المشتري بينهما نصفين ولا بد من التلفظ بلفظ المفاوضة أو بما قام مقامه كما تقدم واذا أطلقت كانت عنا نالان المطلق ينصرف اليه لكونه المعتاد فيما بين الناس وهي أي شركة الوجود جائزة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والوجه من الجانبين ما بيناه في شركة التقبل وهي

(مقتضية للضمان) في القدر الذي ذكرناه لأنها تضمنت وكيل تقبل العمل على صاحبه فكان العمل بالضرورة مضمونا على الآخر ولذا استحق من الاجرة بعض ما سمي للآخر (بسبب نفاذ تقبله عليه بجرى) هذا العقد وان كان عنا نالان مجرى المفاوضة في ضمان العمل) عن الآخر (واقتضاء البذل) وان لم يتقبل ضرورته بخلاف ما سوى هذين الامرين هو فيها على مقتضى العنان ولذا لو أفرأ أحدهما بدين من أمر الصناعة كفن صابون أو صبغ أو بدين للعملة عن عملهم أو أجرة بيت أو دكان لمدة مضت لا يصدق على صاحبه الا ببينة لان نفاذ الاقرار على الآخر موجب المفاوضة ولم ينصاعلها ثلاثة لم يعقدوا بينهم شركة تقبل تقبلوا عملا ثم جاء أحدهم فعمله كله فله ثلث الاجرة ولا شيء للآخرين لانهم لم يكو فواشركاه كان على كل منهم ثلث العمل لان المستحق على كل منهم ثلثه بثلث الاجر فاذا عمل الكل كان متطوعا في الثلثين فلا يستحق الا ثلث الاجر (قوله) وأما شركة الوجود فالرجلان يشتركان ولا مال لهما يشتريا بوجوههما) أي بوجاهتهما ووجاهتهما والربح بينهما لان الجاهة مقولوب الوجه الماعرف غيران الواو وانقلب حين وضعت موضع العين للوجوب لذلك ولذا كان وزنه عسل (وانما تكون مفاوضة) بان يكونا من أهل الكفالة والمشتري بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه وبتساوي في الربح ويتلفظ بانظ المفاوضة أويذ كرامة مقتضياتها كما سلف (فتحقق الوكالة والكفالة في الابدال) أي الايمان والبيعان وان فات شيء مما ذكرنا كانت عنا نالان مطلق عقد الشركة ينصرف اليه لتبادره وزيادة تعارفه عملا ومنهها الشافعي ومالك والوجه من الجانبين تقدم في شركة الاعمال ونقول صحة العقد باعتبار صحة الوكالة وتوصل كل من الآخر بالشركة على أن يكون المشتري بينهما نصفين أو اثلا تصحح فكذا الشركة التي تضمنت هذه الوكالة وتقدم معنى الباقي غير الفرق بين الوجود والعنان من جهة أن في شركة الوجود لا يصح التفاوت في الربح ويصح في العنان مع ان الربح في كل منهما من جنس الاصل ففرق بان شركة العنان في معنى المضاربة من حيث ان كلا عامل في مال صاحبه بخلاف شركة الوجود فصح اعمال شبه المضاربة في العنان في اجازة تفاوت الربح بخلاف الوجود والحاصل ان شبه المضاربة انما يجوز زيادة ربح أحدهما في العنان باعتبار عله في مال الآخر وليس في شركة الوجود أحدهما عاملا في مال الآخر وعلى هذا فلا يجعل الاستحقاق في

ان الربح عنده فرع المال فاذا لم يوجد المال لم تعقد الشركة وقلنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد الى آخره المضاربة (قوله) وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل) أقول يمكن أن يستعان في دفع تلك المصادرة بما ذكره الشارح الزيلعي في شرح الكنز

(قوله ولا يجوز ان يتفاضل فيه) أي في الربح وان شرط لاحدهما الفضل بطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما (قوله وهذا) إشارة الى تختم المساواة في الشرط الربح (قوله بالنصف) قيد اتفاقي فانه يجوز ان ياتي بأقل من النصف ولا يستحق بمساواها فان قيل لم يجوز ان يستحق الزيادة بزيادة هتائه ومتانته رأيه وتدبيره في الامور العامة والخاصة وعلمه بالتجارة أوجب بأن اشتراط الزيادة في الربح بزيادة العمل انما يجوز اذا كان في مال معلوم كافي العنان والمضاربه ولم يوجد ههنا (وقوله الا ترى) توضيح لقوله ولا يستحق بما سواها (قوله واستحقاق الربح في شركة الوجوه) عود الى البحث لانعام المطلوب يعني ان صورة التزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل (قوله على ما بيناه) قيل هو إشارة الى ما ذكره في شركة التقبيل بقوله لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن وقيل هو إشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق الخ (٣١) وتقرير كلامه استحقاق الربح في شركة الوجوه

بالضمان والضمان على قدر الملك في المشتري فكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربه فانه يصح فيها المسا ذكرنا من وجوه مقابلهته بالمال والعمل والوجوه أي شركة الوجوه ليست في معناها لان المال فيها مضمون على كل واحد من الشريكين وأما المال في المضاربه فليس بمضمون على المضارب ولا العمل على رب المال بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فيلحق بها قيل فيه نظر لان ربح مالم يضمن لو جاز في العنان لشبهه المضاربه لصح الشركة بالعروض في العنان لان العنان مشبه بالمضاربه فكان على تجوز ربح مالم يضمن موجوده لكن لا يجوز ذلك لما تقدم أنه يؤدي الى ربح مالم يضمن والجواب ان

ولا يجوز ان يتفاضل فيه وان شرط ان يكون المشتري بينهما اثلاثا فالربح كذلك وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال أو العمل أو بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والاستاذ الذي يلحق العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بمساواها الا ترى أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لدر بجمه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك في المشتري وكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربه والوجوه ليست في مضاهيها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيلحق بها والله أعلم

فصل في الشركة الفاسدة (ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه) وعلى هذا الاشتراك في أخذ كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في أخذ المال المباح باطل

المضاربه على خلاف القياس والالم يجوز الحاق غيره به لشمه به بل نقول الربح يستحق شرعا بأحد المعاني الثلاثة منها العمل وان كان فيه ربح مالم يضمن للاستحقاق شرعا بالعمل في الاجارة وحينئذ يسقط اعتراض بعضهم بأنه لو جاز ربح مالم يضمن في العنان اشبهه بالمضاربه يصح الشركة بالعروض في العنان ونحن انما لم يجوزها لادائها الى ربح مالم يضمن لان في جعل رأس مال الشركة عروض مضارب مالم يضمن لافي مقابلة عمل للمستحق في مال الآخر لانه يلزم من أول الامر عند بيع العروض متفاوتة الثمن فان قيل لم يجوز باعتبار فضل العمل كافي الصنائع أوجب بانه انما يجوز فيما يكون العمل في مال معلوم كافي العنان والمضاربه ولم يوجد ههنا

فصل في الشركة الفاسدة وجه تقديم الحجية 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) كأخذ الحطب والثمار من الجبال كالجوز والتين والفسق وغيرها وكذا في نقل الطين وبيعها من أرض مباحة أو الحصى أو الملح أو النخل أو الكحل أو المعدن أو الكوز الجاهلية وكذا اذا اشتركا على أن يلبثا من طين غير مملوك ويطبخا آجرا ولو كان الطين مملوكا أو سهلة الزجاج فاشتركا على أن يشتريا ويطبخا وبيعا

العنان بالعروض لو كان مؤديا الى ربح مالم يضمن فقط لا تغفرناه ولكن انضم الى ذلك جهالة رأس المال والربح عند القسمة وليس في المضاربه ما يقتضي اعتقاده حتى يلحق به وهذا الجواب ينزع الى تخصيص العنان فاما أن يلتزم مساعه أو يصار الى مخلصه المعلوم في الاصول

فصل في الشركة الفاسدة وجه فصل الفاسد عن الصحيح وتأخير عنه لا يخفى على أحد وكلامه واضح

(قوله قيل هو إشارة الى ما ذكره في شركة التقبيل بقوله الخ أقول وفيه بحث فان الاستحقاق في شركة الوجوه ليس بالعمل (قوله وقيل هو إشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه) أقول فيه بحث (قوله فانه يصح فيها الماذكرنا) أقول في رأس الصحيفة السابقة (قوله والجواب أن العنان بالعروض الخ) أقول والاولى عندي في الجواب أن يقال جواز ربح مالم يضمن في المضاربه على خلاف القياس ولهذا يقتصر على مورد النص وهي الدراهم والدينار والتشبيه به الا يكون على التجوز في قيمته فليتامل

فصل في الشركة الفاسدة

(قوله لان امر الموكل به غير صحيح) والوكيل عليه دليلان على المطلوب تقرير الاول المدعى أن التوكيل في أخذ المباح باطل لانه يقتضى صحة امر الموكل بما وكل به وهو أخذ المباح (٣٣) وأمر الموكل بأخذ غير صحيح لانه صادف غير محل ولايته وتقرير الثاني التوكيل

لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل عليه بدون أمره فلا يصلح نائباً عنه وانما ثبت الملك لهما بالأخذ واحراز المباح فان أخذه معافاهو بينهما ما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان أخذه أحدهما ولم يرهمل الآخر شيئاً فهو للعامل وان عمل أحدهما وأعان الآخر في عمله بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه وجمعه وجهه الآخر فالعميل أجر المثل بالغاما بلغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف عن ذلك وقد عرف في موضعه

جازوه وشركة الصنائع وكل ذلك جائز عند مالك وأحمد لان هذه شركة الأبدان كالصباغين ويؤيده مارواه أبو داود عن ابن مسعود قال اشترى كناناً وأوعار وسعد يوم بدر فلم أجد أنا وعمار بشي وعمار وسعد بأسيرين فأشرك بينهم النبي صلى الله عليه وسلم أحبب بأن الغنيمة مقسومة بين الغانمين بحكم الله تعالى فممنوع أن يشترك هؤلاء في شيء منها بخصوصهم وفعله صلى الله عليه وسلم انما هو تنفيل قبل القسمة أو أنه كان قد در ما يخصهم وعلى قول بعض الشافعية أن غنائم بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم تصرف فيها كيف شاء ظاهر (قوله لان امر الموكل به) أي بأخذ المباح (غير صحيح) لعدم ملكه وولايته (والوكيل عليه) أي على المباح (بدون أمر الموكل فلا يصلح الوكيل نائباً) عن الموكل لان التوكيل اثبات ولاية لم تكن ثابتة للوكيل وهذا لم يوجد ههنا فاذا ثبتت الوكالة ثبتت الشركة واستشكل بالتوكيل شراء عبد بغيره فإنه يجوز مع أن الوكيل على شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده وحاصل الجواب أن الوكيل ليس قادراً باعتبار آخر وهو شغل ذمة الموكل بالثمن لولا الوكالة فيما ثبت له ولاية أن يشغل ذمته به بعد أن لم يكن بقدر 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 وكاه به فاستولى عليه سبق ملكه ملك الموكل ولو قبل عليه هذا اذا استولى عليه بقصده لنفسه فاما اذا قصد بذلك غيره فلم لا يكون للغير يجب أن اطلاق نحو قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث لا يفرق بين قصد وقصد (قوله فان أخذه جميعاً) يعني ثم خلطه وباعه قسم الثمن على كيل أو وزن ما انكل 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 ما نصفان والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله ولا يصدق على الزيادة على النصف الابينية لانه يدعى خلاف الظاهر (وان أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل) لوجود السبب منه (وان عمل أحدهما وأعان الآخر) بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه أحدهما وجمعه الآخر جهه فلم عين أجر مثله بالغاما بلغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف عن ذلك (وقوله) (وقد عرف في موضعه) يعني كتاب الشركة من المسبوط فإنه ذكر محمد على أبي يوسف رجعهما الله في الكتاب وكذا تقديم دليل أبي يوسف على دليل محمد في المسبوط دليل على أنهم اختاروا قول محمد وجه قول أبي يوسف أنه رضى بنصف المجموع وان كان ذلك

بأخذ المباح باطل لان الوكيل عليه بدون أمر الموكل ومن تلك شيأ بدون أمر الموكل لا يصلح ان يكون نائباً عنه لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيها هو ثابت للوكيل وليس بثابت للوكيل وهذا المعنى لا يتحقق في عين ملك بدون أمره الا يلزم اثبات الثابت ونقض الثاني بالتوكيل بشراء عبد بغيره معين فان الوكيل عليه بدون أمر الموكل بالشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ومع ذلك صلح أن يكون نائباً عن الموكل والجواب أن معناه ملكه بدون أمر الموكل بلا عقد وصورة النقص ليست كذلك فإنه لا يملكه الا بالشراء وقوله (فلا عين أجر مثله بالغاما بلغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف عن ذلك وقد عرف في موضعه) أي في كتاب الشركة من المسبوط قيل تقديم ذكر محمد على أبي يوسف رجعهما الله في الكتاب وكذا تقديم دليل أبي يوسف على دليل محمد في المسبوط دليل على أنهم اختاروا قول محمد وجه قول أبي يوسف أنه رضى بنصف المجموع وان كان ذلك

هو

مجهول في الحال لانه يعلم في المسأل وكانت جهالته على شرف الزوال فإنه بعرضية أن يصير معلوماً عند الجمع

(قوله لانه صادف غير محل ولايته) أقول وفيه بحث لانه تناقضه بالتوكيل بالشراء وكذا الدليل الثاني (قوله والجواب أن معناه ملكه الخ) أقول فيه تأمل فان الموكل به هو الشراء فالوكيل عليه فلا يندفع النقص (قوله قبل تقديم ذكر محمد) أقول القائل هو الاتقاني

فإذا كان راضياً في الابتداء بنصف المجموع وقد فسد العقد كان راضياً بنصفه عن (٣٣) المجموع في الانتهاء فلا يجاوز به نصفه لانه

يعتبر رضاء في اسقاط حقه
عن مطالبة الزيادة ووجه
قول محمد أنه لا يمكن تقريره
أي تقرير أجر المثل بنصف قيمة
المجموع لانه مجهول جهالة
متفاحشة جنسا وقدرا
حيث لا يدري أي نوع
من الحطب بصيان وأي
قدر منه يجمعان ولا يدريان
أيضا هل يجدان ما عقدا
عليه عقدا الشركة أو لا يجدانه
فإذا كان كذلك لا يمكن أن
يقال ان المعين رضى بنصف
المسمى من الحطب أو غيره
لان الرضا بالمجهول لا يتحقق
فيجب الاجر بالغنا ما بلغ إلا
يرى أنه لو أعانه عليه فلم يصيبا
شيأ كان له الاجر بالغنا
ما بلغ فهنا أولى لانهما
أصابا وقوله (واذا اشتركا
ولا حدهما بغل وللاخر
راوية) الراوية في الاصل بعير
السقاء لانه يروى الماء أي
يحملة ثم كثر حتى استعمل في
المزادة وهي المرادة هنا قال
أبو عبيدة المزادة لا تكون
الامن جلد ين قام بجهد
ثالث بينهما التسع والجمع
من ادومنايد وقوله (لان
الرجح فيه تابع للمال فيقدر
بقدره) فيه نظر لان الرجح
عندنا فرع للعقد كما مر وكل
فرع تابع وكونه تابع للمال
انما هو مذهب الشافعي
رحمه الله كما تقدم فكان
الكلام متناقضا والجواب

قال (واذا اشتركا ولا حدهما بغل ولا خرواوية يستحق عليها الماء فالكسب بينهما ما تصح الشركة
والكسب كله للذي استحق وعليه أجر مثل الراوية ان كان العامل صاحب البغل وان كان صاحب
الراوية فعليه أجر مثل البغل) أما فساد الشركة فلا نعقادها على احرار المباح وهو الماء وأما وجوب
الاجر فلا ان المباح اذا صار ملكا للحرز وهو المستحق وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل أو الراوية
بعقد فاسد فيلزمه أجره (وكل شركة فاسدة فالرجح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل) لان الرجح
فيه تابع للمال فيقدر بقدره كما أن الرجح تابع للبذرة في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد
فسدت بنج الاستحقاق على قدر رأس المال

هو النائب عن الفاعل (فرع) لهما كلب فأرسله فأصاب بينهما ولو كان لاحدهما وأرسله
جميعا كان ما أصابه للمالك (قوله) واذا اشتركا ولا حدهما بغل ولا خرواوية يستحق عليها الماء وما
يحصل بينهما تصح الشركة) اعلم أن الراوية في الاصل هو الجمل الذي يحمل عليه الماء سمي به لانه يرويه
ويقال رويت للقوم اذا سقيت لهم - وكثير ذلك حتى قيل للمزادة وهي الجلود الثلاثة المصنوعة لنقل
الماء فعلى الاول أن يكون لهذا جمل وللاخر بغل فاشتركا على أن كلا يؤجر مال كل واحد فمما رزقاه هو
بينهما وذلك باطل لان حاصل معني هذان كلا قال لصاحبه بع منافع دابته ليكون غنمه بيننا
ومنافع دابتي على ان غنمه بيننا ولو صرحا به هذا كانت الشركة فاسدة ثم ان اجراهما ما اجرم مع لوم
صفقة واحدة في عمل معلوم قسم الاجر على مثل أجر البغل ومثل أجر الجمل لان الشركة لمافسدت
والاجارة صحيحة لانه عقداها على منافع معاومة يبذل معلوم كان الاجر مقسوما بينهما كذلك كما يقسم
الثلث على قيمة المبيعين المختلفين بخلاف مالواشتركا على ان يتقبلا الجولات 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 لاحدهما آلة الصبغ
وللاخر بيت يعمل فيه اشتركا على تقبل الاعمال ليعمل بتلك الآلة في ذلك البيت وان اجرا البعير والبغل
بعينه كان كل الاجر لصاحبه لانه هو العاقد فلو أعانه الاخر على التحميل والنقل كان له أجر مثله لا يجاوز
نصف الاجر على قول أبي يوسف وبالغنا ما بلغ على قول محمد وكذا لو دفع دابته الى رجل ليؤجرها وما
أطعم الله تعالى بينهما نصفان كان الاجر كله للمالك الدابة وكذا في السفينة والبيت لما بيننا اذ تقديره
انه قال بع منافع دابتي ليكون الاجر بينهما الاجر كله لصاحب الدابة لان العاقد عقدا العقد على ملك
صاحب الدابة بامرهم وللعقد أجر مثله لانه لم يرض أن يعمل بجانبه بخلاف مالودفع اليه دابة ليبيع عليها
طعاما للدفع اليه على ان الرجح بينهما نصفان فان الشركة فاسدة والرجح لصاحب الطعام ولصاحب
الدابة أجر مثلها لان العامل استوفى منافع الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلها والرجح للعامل وهو
صاحب الطعام لانه كسب ماله وعلى الثاني أن يكون لهذا بغل وللاخر مزادة فاشتركا على ان يستقيا
الماء فيها على البغل فالشركة فاسدة وهو ظاهر قول الشافعي وبه قال أحمد والاجر كله للذي استحق وعليه
أجر مثل المزادة ان كان صاحب البغل وأجر مثل البغل ان كان صاحب المزادة وجمع المزادة من ادومنايد
(أما فساد الشركة فلا نفع قادهما على احرار المباح وهو) نقل (الماء) وأما وجوب الاجر فلا ان المباح قد
صار ملكا للحرز وهو المستحق وقد استوفى منافع ملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجر المثل (قوله) وكل شركة
فاسدة فالرجح فيها على قدر رأس المال الخ) كالف لأحدهما مع الفين لالاخر فالرجح بينهما أثلاثا وان
كان شرط الرجح بينهما نصفين بطل ذلك الشرط ولو كان لكل مثل مال الاخر وشرط الرجح أن ثلاثا بطل
شرط التفاضل وانقسم نصفين بينهما (لان الرجح في) وجوده (تابع للمال) وانما تطاب على التفاضل

(٥ - فتح القدير خامس)

أنه تابع للعقد اذا كان العقد موجودا وهما قد فسد العقد فيكون تابع للمال لانه
شرط فان العلة اذا لم تصح لاضافة الحكم اليها تنضاف الى الشرط والرجح عبارة عن الزيادة يقال أخرجت الارض ريعا أي غلة لانها زيادة

وقوله (على ما ينه من قبل) اشارة الى ما ذكره في باب احكام المرتدين في قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم بلحاظه الى قوله ولنا أنه بالحق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الاسلام الخ وقوله (لانه) أى الموت (عزل حكى) لتكون موت الموكل يوجب عزل الوكيل حكما لتحويل ملكه الى ورثته فلا يتوقف حكمه على ثبوت العلم به لا ترى أن الوكيل ينعزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته وقوله (وانا بطلت الوكالة بطلت الشركة) متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت واعترض بأنه قد تقدم أن الوكالة تثبت في ضمن الشركة واذا كان كذلك كانت تابعة لها ولا يسلم من بطلان التابع بطلان المتبوع وأجيب بأن الوكالة تابعة للشركة من حيث انها شرطها لانصح الشركة بدون الوكالة أشار المصنف الى ذلك آنفا بقوله ولا بد منها أى الوكالة لتتحقق الشركة واذا كانت شرطا لا يتحقق بقاها المشروط بدونه وقوله (لانه) أى الفسخ (عزل قصدى) فيتوقف على العلم

(واذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا اذا قضى القاضى بلحاظه لانه بمنزلة الموت على ما ينه من قبل ولا فرق بينهما اذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لانه عزل حكى واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسح أحد الشريكين الشركة ومال الشركة دراهم ودنانير حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدى والله أعلم

بالتسمية في العدة وقد بطلت بطلان العقد فيبقى الاستحقاق على قدر رأس المال المولده وتطيره البزير في المزارعة والربح الزيادة (قوله) واذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) مفاوضة كانت أو عينا اذا قضى بلحاظه على البنات حتى لو عاد مسالما يكن بينهما شركة وان لم يقض القاضى بلحاظه انقطعت على سبيل التوقف بالاجماع فان عاد مسالما قبل أن يحكم بلحاظه فهو ما على الشركة وان مات أو قتل انقطعت ولو لم يلحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف فان لم يقض القاضى بالبطلان حتى أسلم عادت المفاوضة وان مات بطلت من وقت الردة واذا انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف هل تصير عانا عند أى خنفة رحمه الله لا وعندهما تبقى عانا ذكره الوالوالجى وانما بطلت الشركة بالموت لانها تتضمن الوكالة أى مشروط ابتداءها وبقاؤها باضرورة فانها لا يتحقق ابتداؤها الا بولاية التصرف لكل منهما في مال الآخر ولا تبقى الولاية الا ببقاء الوكالة وبهذا التقرير اندفع السؤال القائل الو كالة تثبت تبعا ولا يلزم من بطلان التبعية بطلان الاصل وبطلانها بالالتحاق لانه موت حكى على ما ينه من قبل في باب أحكام المرتدين ولا فرق في ثبوت البطلان بين ما اذا علم الشريك بموت شريكه وعدم علمه بذلك حتى لا تنفذ تصرفات الآخر على الشركة لانه عزل حكى فان ملكه يتحول شرعا الى وارثه علم موته أو لا فلا يمكن توقفه وقد نقضه الشرع حيث نقل المالك بخلاف ما اذا فسح أحد الشريكين الشركة وماله دراهم أو دنانير حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدى لانه نوع حجر فيشترط علمه دفعا لضرر عنه وتقييده بما اذا كان مال الشركة دراهم أو دنانير لانه لو كان عروضا فلا روية في ذلك عن أصحابنا وانما الرواية في المضاربة وهي ان رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فان كان مال المضاربة دراهم أو دنانير صرح فيه غيرانه بصرف الدراهم بالذنانير ان كان رأس مال الشركة دنانير وعكسه فقط وان كان عروضا لم يصح جعل الطحاوى الشركة كالمضاربة فقال لا تنفسخ وبهض المشايخ قالوا تنفسخ الشركة وان كان المال عروضا وهو المختار وفرقوا بين الشركة والمضاربة بان مال الشركة في أيديهم مامعا وولاية التصرف اليها جميعا فملك كل منى صاحبه عن التصرف في ماله نقدا كان أو عروضا بخلاف مال المضاربة فانه بعد ما صار عرضا تثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال نهيه فروع في انكار الشركة فسخ وقوله لا عمل فسخ حتى لو عمل الآخر كان ضامنة القيمة نصيب شريكه وفي الخلاصة قال أحد الشريكين لصاحبه أنا أريد أن أشتري هذه الجارية لنفسى فسكت فاشتراها لا تكون له ولو قال الوكيل ذلك فسكت الموكل فاشتراها تكون له ثم فرق فقال ان الوكيل يملك عزل نفسه اذا علم الموكل رضى أم سخط بخلاف الشريك فان أحد الشريكين لا يملك فسخ الشركة الا برضا صاحبه اه وهذا غلط وقد صحح هو انفراد الشريك بالفسخ والمال عروضا والتعليل الصحيح ما ذكر في التجنيس فان أحد المتفاوضين لا يملك تغيير موجبها الا برضا صاحبه وفي الرضا احتمال يعنى اذا كان ساكنا والمراد بموجبها وقوع المشتري على الاختصاص ولا يشك على هذا ما ذكر في الخلاصة في ثلاثة اشتر كواشركة صحيحة على قدر رؤس أموالهم فخرج واحد الى ناحية من النواحي لشركتهم فشاركه الحاضران آخر على ان ثلث الربح له والثلثين بينهم أثلاثا لثاء للحاضر بن وثلثه للغائب فعمل المدفوع اليه بذلك المال

فصل ولما كانت أحكام هذا الفصل أبعد عن مسائل الشركة من قبيل أنهم ليست من مسائل التجارة أخرها في فصل على حدة وكلامه واضح لا يحتاج إلى شرح سوى ما ذكره وقوله (أما إذا أدى معا من كل واحد منهم ما نصيب صاحبه) يعني عند أبي حنيفة خلافا لهما وقوله (لأن الظاهر أنه لا يلتزم الضرر) يعني أداء بعض ماله على يد الوكيل لادفع الضرر رأى بقاء الواجب في ذمته وقوله (لأنه عزل حكيم) اعترض عليه بأنه يشكل بالوكيل بقضاء الدين فان هناك إذا قضى الموكل بنفسه ثم قضى الوكيل فان أداء الموكل فهو ضامن وان لم يعلم لم يضمن شيئا فقد فرق هناك بين العلم وعدمه مع أنه حصل العزل الحكيم هناك أيضا بأداء الموكل وأجيب بأن الوكيل بقضاء الدين مأمور بأن يجعل المؤدى مضمون على القابض على ما هو الأصل لأن الدين تقضى بأمثالها وذلك يتصور بعد أداء الموكل فلم يكن أداءه موجبا لعزل الوكيل حكما فوضع الفرق أن هناك لو لم يوجب الضمان على الوكيل بجهله بأداء الموكل لالحق الموكل فيه ضرر لأنه يتمكن من استرداد المقبوض من القابض وتضمينه ان كان هالكاً وههنا (٣٥) لو لم يوجب الضمان أدى إلى لحاق الضرر

بالموكل لأنه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه والضرر مدفوع فلهاذا وجب الضمان بكل حال واعترض عليه أيضا بان زكاة كل واحد تسقط عنه بعد أدائه فيترتب عليه عزل وكياله وحال ما يؤدي عنه الوكيل لم يحكم بسقوط الزكاة عن موكله فلم يوجب عزل الوكيل عن الأداء وأجيب عنه بأنه أمر بأداء الزكاة عنه في حال استقرار الزكاة على الأمر وعند ما يؤدي الموكل عن نفسه الزكاة الحلاله حالة زوال الزكاة وسقوطها عنه فلا توصف في هذه الحالة أنها حالة استقرار الزكاة فكان أدائها على غير الوجه المأذون فكان مخالفاً لأمره فلذلك

فصل وليس لاحد الشريك ان يؤدي زكاة مال الآخر إلا بذنه لأنه ليس من جنس التجارة فان أذن كل واحد منهم لصاحبه ان يؤدي زكاة فان أدى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم بأداء الاول أو لم يعلم وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا أدى على التعاقب أما اذا أدى معا من كل واحد منهم ما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المأمور بأداء الزكاة اذا تصدق على الفقير بعد ما أدى الآخر بنفسه لهما منه ما مور بالتعليك من الفقير وقد أتى به فلا يضمن للموكل وهذا لأن في وسعه التعليل لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمأمور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار ووجع الآخر لم يضمن المأمور علم أو لا ولا يبي حنيفة أنه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى لم يقع زكاة فصار مخالفا وهذا لأن المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر لادفع الضرر وهذا المقصود حصل بأدائه وعرض أداء المأمور عنه فصار معزولا علم أو لم يعلم لأنه عزل حكيم وأما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهم ما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسألتنا

سنتين مع الحاضرين ثم جاء الغائب فلم يتكلم بشئ فاقسموا ولم يزل يعمل معهم هذا الرابع حتى خسر المال أو استهلكه فأراد الغائب أن يضمن شريكه لا ضمان عليهما وعمله بعد ذلك رضا بالشركة لان هذا أخص من السكوت الثابت لما فيه من زيادة العمل

فصل ولما كانت أحكام هذا الفصل بعيدة عن الشركة اذ ليست من أمور التجارة والاسترباح أفردنا بفصل وأخره (قوله واذا أذن كل أن يؤدي زكاة أمواله اذا حال الحول لخال فأدى) وقد أدى الأذن المالك ضمن لشريكه ما أداء (علم بالأداء أو لم يعلم عند أبي حنيفة رحمه الله) وعندهما لا يضمن ما لم يعلم بأدائه هكذا ذكر في كتاب الزكاة من المبسوط ونقل الوالحي ان في بعض المواضع لا يضمن عندهما وان علم بأداء المالك ونص في زيادات العتابي ان عندهما لا يضمن علم بأدائه أو لم يعلم قال وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف لو دفع مالاً إلى رجل ليكفر عنه فكفر الآخر بنفسه ثم كفر المأمور (وعلى هذا المأمور بأداء الزكاة) وهذا الخلاف فيما اذا أتى على التعاقب فان أدى معا من كل نصيب

ضمن وقوله وأما دم الاحصار جواب عن قوله فصار كالمأمور بذبح دم الاحصار لا يضمن اذا ذبح بعد زوال الاحصار ولئن سلمنا أنه لا يضمن بالاتفاق لكن الفرق بينهما أن دم الاحصار ليس بواجب البتة لأنه لو صبر إلى أن يزول الاحصار لم يطالب بدم الاحصار فلم يكن أمراً مقصوداً فلم يمكن أن يقال ان المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المأمور فعرفى فعل المأمور عن المقصود بخلاف أداء الزكاة فانه واجب وكان اسقاط الواجب أمراً مقصوداً وقد حصل هذا المقصود بأداء الأمر نفسه فعرفى فعل المأمور عن المقصود فيضمن

فصل وليس لاحد الشريك ان يؤدي زكاة مال الآخر إلا بذنه الخ (قوله وأجيب بأن الوكيل الخ) أقول وفي شرح الاتقاني والجواب عن مسألة كتاب الوكالة قال صاحب الاجناس من أصحابنا من قال ان هذا الجواب عن قوله ما فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يضمن التوكيل في جميع الاحوال فعلى هذا لا يحتاج أبو حنيفة إلى الفرق (قوله واعترض عليه أيضا في قوله وأجيب عنه بأنه أمر الخ) أقول هذا الاعتراض والجواب للاتقاني

وقوله (واذا أذن أحد المتفاوضين) صورة المسئلة ظاهرة وتقرير دليلهما أنه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك وكل من فعل كذلك يرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة وقوله (وهذا) بيان لقوله أنه أدى ديناً عليه خاصة لان الملك واقع له خاصة بدليل حل وطؤها والتمن بمقابلة الملك (٣٣٦) فكان الدين عليه خاصة ولا يحنيفة رضى الله عنه ان الجارية دخلت في الشركة على

البنات وأدى المشتري
ثمنها من مال الشركة وكل
مادخل في الشركة وأدى
المشتري ثمنها من مال الشركة
فانه لا يرجع عليه صاحبه
بشيء كالأشترها قبل الاذن
وأدى ثمنها من مال الشركة
فانه لا يرجع عليه بشيء
وبين دخولها في الشركة بقوله
(جرى على مقتضى الشركة)
أى شركة المفاوضة فان
ذلك يقتضى دخول مال ليس
بمستثنى كالطعام والكسوة
تحتها وشراء الجارية ليس
بمستثنى فيدخل تحتها لانها
لا يمكن تغيير مقتضى
الشركة مع بقائها الأثرى
أنها لو شرطت التفاوت بينهما
في ملك المشتري لم يعتبر مع
بقاء عقد الشركة فان قيل
لو كانت واقعة على الشركة
كيف كان يحل وطؤها
أجيب بأنه كان يحل وطؤها
كما يحل اذا وهبه نصيبه بعد
الشراء بغير اذن وقوله (غير
أن الاذن يتضمن هبة نصيبه)
استثناء من قوله فان شبه
حال عدم الاذن فانه كان
مما يوهبهم أن يقال كيف
يشبه حال عدم الاذن وهناك
لم يحل وطؤها وبعد الاذن

الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار قال (واذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية فيطأها ففعل فهمى له بغير شيء عند أبي حنيفة وقال يرجع عليه بنصف الثمن) لانه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة (وهذا) لان الملك واقع له خاصة والتمن بمقابلة الملك وله ان الجارية دخلت في الشركة على البنات جرى على مقتضى الشركة اذ هما لا يملكان تغييره فأشبهه حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطء لا يحل الا بالملك ولا وجهه الى اثباته بالبيع لما بينا انه مخالف مقتضى الشركة فثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن

الأخر عند أبي حنيفة وعندهما لا يضمن ذلك في المبسوط وزيادات العتايي وعلل فيما نقل عن المبسوط بان زكاة كل منهما تقع بما آداه بنفسه وأداؤه بنفسه بوجوب عزل الوكيل ولا يخفى انه لا يفيد لانه بعد تسليم ان آداه يتضمن عزل الوكيل وهو لا ينزل الابد العلم والكلام فيه وجه قولهما في خلافية الكتاب انه آداه بالامر ولا ضمان مع الامر ولا يقال انما امره بأداء ما هو زكاة لاننا نقول ليس هذا من وسع الوكيل لان وقوعه زكاة يتعلق بأمر من جهة الموكل كنيته وانما يلزمه ما في وسعه وليس في وسعه الا الاداء ولهذا الودع الى رجل ليقضى بهادينا عليه ثم أدى الدافع الدين لا يضمن اذا دفع ولم يعلم وصاروا أيضا كدم الاحصار اذا ذبح المأمور بعد زوال الاحصار (ولا يحنيفة انه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى) بعد آدائه (لم يقع زكاة فصار مخالفًا وهذا لان الظاهر أن لا يلتزم الضرر) بتقصيص المال الادفع الضرر الدينى وقد خلا آداؤه عن ذلك (فصار بأدائه معزولاً علم أولم يعلم لانه عزل حكيمى) لا يتوقف على العلم بالعزل بالموت كذا كرنا آتفاً وأما ما التزمتم به من المستثنى فقيل يمنع تسليم أبي حنيفة الجواب فيهما وقيل بل هو على الاتفاق والفرق (ان الدم ليس واجب على الأمر المحصر لانه يمكنه أن يصبر حتى يزول الاحصار) أدرك الحج أول يدركه ويفعل أفعال فائت الحج (وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه) وأما مسئلة الدين فالفرق انه أمر بدفع مضمون على الاخذ وذلك ثابت وان كان الاخذ ذاته وهذا لان عين الدين لا يمكن دفعه بل دفع مال مضمون على القابض ثم يصير الضمان بالضمنان قصاصا وقد وقع ولم يفت لامكان الرجوع عليه بعد العلم بالقضاء ولا يخفى انه لم يقع الجواب عن قولهم مال ليس في وسعه ايقاعه زكاة فكان المأمور به دفعه الى المصرف وقد وجد وكونه عزلاً حكيمياً لهما أن ينعاه لانه موقوف على كون الامر صحيح بدفعه مقيد بوقوعه زكاة وهو ممنوع وقد قيل انه لما أمره بأداء الزكاة كان ناوياً بالها فلو بادر الى الاداء وقع المأمور به فلما أخر حتى أدى الأمر كان بتأخيره منسباً لوقوعها غير زكاة ولا يخفى ما فيه (قوله) واذا أذن أحد المتفاوضين للأخر أن يشتري جارية ويطأها ففعل (وأدى جميع ثمنها من مال الشركة) فهمى له بغير شيء عند أبي حنيفة (وقال يرجع عليه) شريكه (بنصف) ما أدى (لانه أدى ديناً عليه من مال الشركة) لان الملك فيها له خاصة كطعام أهله (وله ان الجارية دخلت في الشركة على الشركة جارية) على موجب المفاوضة (اذ لا يملكان تغييره فكان كحال عدم الاذن) ثم (الاذن) له بالوطء (يتضمن هبة نصيبه منه) اذ (لا يحل الا في ملك ولا يمكن اثباته بالبيع) الصادر من البائع لاحد الشريكين (لما بينا) من عدم

ملكهما

يحل فأزال ذلك بقوله غير أن الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطء لا يحل الا بالملك

ولا وجهه الى اثباته بالبيع بعنى لا يمكن أن يقال حل الوطء بناء على أنه اشترى جميعها لنفسه لما بينا أنه مخالف مقتضى الشركة يريد به ما ذكره آنفاً من قوله جرى على مقتضى الشركة فثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن فكانت له قال اشترى جارية بيننا وقد وهبت نصيبى منها لك تجازت الهبة في الشاق لان الجارية مما لا تنقسم

بمخلاف الطعام والكسوة حيث يقع للشري خاصة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا بنا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضي ديننا عليهم الماينا أنها دخلت في الشركة وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعتق عبدك عني وليد كمال ففعل لا يصير هبة عند أبي حنيفة ومحمد والعتق يقع عن الأمور (٣٧) لانتفاء القبض الذي هو شرط الهبة

فكيف صار هبة فيما نحن فيه والثاني أن الملك ثبت في نصيب الشركة بالهبة حكما للاذن بالوطء والملك لا يثبت في الجارية بالهبة حكما للاحلال فان من قال لغره أحلت لك وطء هذه الجارية لا تصير ملكا للمخاطب حكما للهبة بالا حلال والجواب عن الاول أن ذلك إنما لا يصير هبة لانتفاء القبض الذي هو شرطها وما نحن فيه ليس كذلك لانه يقبض بعد الشراء على الشركة وهو وكيل ثم يقبضه لنفسه وعن الثاني أن المصنف رحمه الله أشار الى ذلك بقوله في ضمن الاذن وجاز أن يثبت الشيء ضمنا ولا يثبت فصد قوله (والسابع أن يأخذ بالثمن أي ماشاء) ظاهر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ كتاب الوقف ﴾

(قوله وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعتق عبدك عني الخ) أقول المسئلة مذكورة في الاصول (قوله وعن الثاني أن المصنف أشار الى ذلك بقوله في ضمن الاذن وجاز أن يثبت الشيء

بمخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا ديننا عليهم من مال الشركة وفي مسئلتنا قضي ديننا عليهم الماينا (والسابع أن يأخذ بالثمن أي ماشاء) بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

﴿ كتاب الوقف ﴾

ملكهما تغيير مقتضى العقد ولان الشريك لعدم تعيين الثمن فكان هبة وان كان شاعرا واستشكل بأنه لو ثبت الملك حكما للاحلال لكان قول الرجل للرجل أحلت لك وطء هذه الامة تملكك الهامنه وهو منتف وأجيب بالفرق بأن الجارية المشتركة أقبل لتملك الشريك لها من الجارية التي لا يملك المخاطب بالا حلال شقصامنها ولنا كان أحد الشريكين يملكها بالاستيلاء دون الاجنبي فأما من له حق التملك كالأب والجد فالوايه غير محفوظة في تملك الجارية بالا حلال

﴿ كتاب الوقف ﴾

مناسبتة بالشركة ان كلا منهما يراد لاستبقاها الاصل مع الانتفاع بالزيادة عليه الا ان الاصل في الشركة مستبق في ملك الانسان وفي الوقف يخرج عنه عند الاكثر ومحاسن الوقف ظاهرة وهي الانتفاع الدار 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 الحديث ثم يحتاج الى تفسيره لغة وشرطا وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه امان تفسيره لغة فالجس مصدر ووقفت أوقف حبست قال عنترة

ووقفت فيها ناتي فكأنها * فدن لا قضي حاجة المتلوم

وهو أحدا ما جاء على فعلته ففعل يتعدى ولا يتعدى ويحتمه ان في قولك وقفت زيدا أو الجمار فوقك وأما أوقفته بالهمز فلغته 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 قفت من كلام العرب ثم اشتهر المصدر أعنى الوقف في الموقوف فقيل هذه الدار وقفت فلذا جع على أفعال فقيل وقف وأوقف كوقف وأوقات وأما شرعا فبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتهم أو صرف منفعتهم على من أحب وعندهما حبسها لا على ملك أحد غير الله تعالى الخ وقد انتظم هذا بيان حكمه وسيأتي تمامه فلا حاجة لافراد هنا أيضا وانما قلنا أو صرف منفعتها 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 المسجد لكنه يكون وقفا قبل انقراض الاغنياء بلا تصدق وسببه ارادة محبوب النفس في الدينين الاحياء وفي الآخرة بالتقرب الى رب الارباب جل وعز وأما شرطه فهو الشرط في سائر التبرعات من كونه سرا بالغا عقلا وان يكون منجزا غير معلق فلو قال ان قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين بخاء ولده لا يصير وقفا وأما الاسلام فليس بشرط فلو وقف الذي على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين جاز ويجوز أن

ضمنا ولا يثبت قصدا) أقول قد سبق تطهير هذا الجواب من الشارح قبيل ثلاث ورفات ونحن نقول فيه بحث فان الهبة اذا ثبت حكما للاحلال يكون ثبوته ضمنا أيضا والاولى أن يقال ان الجارية المشتركة أقبل لتملك الشريك لها من الجارية التي لا يملكها المخاطب بالا حلال شقصامنها ولذا كان أحد الشريكين يملكها بالاستيلاء دون الاجنبي

﴿ كتاب الوقف ﴾

يعطى لمساكين المسلمين وأهل الزمة وإن خص في وقفه مساكين أهل الزمة جاز ويفرق على اليهود والنصارى والمجوس منهم إلا أن خص صنفاً منهم فلو دفع القيم إلى غيرهم كان ضمناً وان قلنا إن الكفر كله ملة واحدة ولو وقف على ولده ونسبه ثم للفقراء على أن من أسلم من ولده فهو خارج من الصدقة لزم شرطه وكذا إن قال من انتقل إلى غير النصرانية خرج اعتبر نص على ذلك الخصاص ولا نعلم أحداً من أهل المذهب تعقبه غير متأخر يسمى الطرسوسي شنع بأنه جعل الكفر سبب الاستحقاق والاسلام سبب الحرمان وهذا البعد من الفقه فإن شرائط الواقف معتبرة إذ لم يخالف الشرع والواقف مالك له أن يجعل ماله حيث شاء ما لم يكن معصية وله أن يخص صنفاً من الفقراء دون صنف وإن كان الوضع في كلهم قربة ولا شك أن التصديق على أهل الزمة قربة 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 الزمة ولم يذكر غيرهم أليس يحرم منه فقراء المسلمين ولو دفع المتولى إلى المسلمين كان ضمناً فهذا مثله والاسلام ليس سبباً للحرمان بل الحرمان لعدم تحقق سبب غلظه هذا المال والسبب هو إعطاء الواقف المالك وشرط صحة وقفه أن يكون قربة عندنا وعندهم فلو وقف على بيعة مثلاً فاذ أخبرت بكون للفقراء كان ابتداء ولو لم يجعل آخره للفقراء كان ميراثاً عنه نص عليه الخصاص في وقفه ولم يحك خلافاً ومعلوم أن خلاف أي حنيفة في الوصية فإنه انما شرط أن يكون قربة عندهم فقال صاحب المحيط الوقف كالوصية ولو أنكرفه شهد عليه زميان عدلان في ملتزم قضى عليه بالوقف ولو وقف على أن يجمع به أو يعتمر لم يجز لأنه ليس قربة عندهم بخلاف ما لو وقف على مسجد بيت المقدس فإنه يجوز لأنه قربة عندنا وعندهم وأما المرتد إذا وقف حال رده ففي قول أبي حنيفة هو موقوف إن قتل على رده أو مات بطل وقفه وقول محمد إذا انفصل ديناً جاز منه ما يجزى لأهل ذلك الدين أما المرتد فابو حنيفة يجزى وقفها لأنها لا تقتل وأما المسلم إذا وقف وقفاً صحح في أي وجه كان ثم ارتد يبطل الوقف ويصير ميراثاً سواء قتل على رده أو مات أو عاد إلى الاسلام إلا أن أعاد الوقف بعد عودته إلى الاسلام وحكى الخصاص في وقف المرتدين خلافاً بين أصحابنا مبنياً على الخلاف في الذي يتزندق يهودياً أو نصرانياً أو مجوسياً قال بعضهم أقره على ما اختاره وأقر الجزية عليه لاني أن أخذته بالرجوع فاعماره من كفر إلى كفر ولا أرى ذلك وقال بعضهم لأقره على الزندقة وأما الصابئة فإن كانوا دهرية يقولون ما يهلكنا إلا الدهر فهم صنف من الزنادقة وإن كانوا يقولون بقول أهل الكتاب صح من وقفهم ما يصح من أهل الزمة وجميع أهل الأهواء بعد كونهم من أهل القبلة حكم وقفهم ووصاياهم حكم أهل الاسلام ألا ترى إلى قبول شهادتهم على المسلمين فهذا حكمهم باسلامهم وأما الخطابية فاعمالهم يقبلوا لأنه قيل أنهم يشهد بعضهم لبعض بالزور على من خالفهم وقيل لأنهم يتدينون صدق المدعى إذا حلف أنه محق 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 لأنه انما ملكها بعدان وقفها هذا على أنه هو الواقف أما لو وقف ضبعة غيره على جهات فبلغ الغير فأجاز به بشرط الحكم والتسليم أو عدمه على الخلاف الذي سنذكره وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولي وستأتيك فروع أخر مبنية على هذا الشرط ومن شرطه أن لا يكون محجوراً عليه حتى لو حجج القاضي عليه لسفه أو دين فوقف أرضه لا يجوز لأن حجره عليه كي لا يخرج ماله عن ملكه ليضر بأرباب الدين أو بنفسه كذا أطلقها الخصاص وينبغي في أنه إذا وقفها في الحجر لسفه على نفسه ثم لجهة لا تقطع أن يصح على قول أبي يوسف وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل إذا حكم به حاكم هذا وأما عدم تعلق حق الغير كالرهن والاجارة فليس بشرط فلو أجر أرضاً عابدين فوقفها قبل مضى الزم الوقف بشرطه فلا يبطل عقد الاجارة فإذا انقضت المدة رجعت الأرض إلى ما جعله له من الجهات وكذا الزهرن

مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هي أن المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال (٣٩) وهو مصدر وقت الدابة وقفا ووقفها

أنا يتعدى ولا يتعدى ووقف
الدار على المسكين وقفا
وأوقفها الغرة رديته وعرفه
شمس الأئمة السرخسي
رحمه الله بأنه حبس المملوك
عن التملك من الغير وسببه
طلب الزليقي وشرطه كون
الوقف حرا بالغنا عاقلا وكون
المحل غير منقول وركنه
أرضي هذه صدقة
موقوفة مؤبدة على المسكين
وحكمه خروج الوقف أي
الموقوف عن ملك الواقف
وعدم دخوله في ملك
الموقوف عليه وكلامه واضح

قال أبو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته فيقول إذا امت فقد
وقفت داري على كذا

أرضه ثم وقفها قبل أن يفتكها لزم الوقف ولا يخرج عن الرهن بذلك ولو أقامت سنين في يد المرتهن
فافتكها تعود إلى الجهة فلو مات قبل الافتك وترك قدر ما يثبتك به افتكك ولزم الوقف وإن لم يترك وفاء
بيعت وبطل الوقت وفي الاجارة إذا مات أحد المتأجرين تبطل وتصير وقفا وأما شرطه الخاص لزوجته
عن الملك عند أبي حنيفة الاضافة إلى ما بعد الموت وهو الوصية به أو أن يلحقه حكمه به وعند أبي يوسف
لا يشترط سوى كون المحل قابلا له من كونه عقارا أو دارا وعند محمد ذلك مع كونه مؤبدا مقسوما غير
مشاع فيما يجمل القسمة ومسلما إلى متول وأما ركنه فالالفاظ الخاصة كان يقول أرضي هذه صدقة
موقوفة مؤبدة على المسكين ولا خلاف في ثبوت هذا اللفظ بعد شرطه ولا بأس أن نسوق شيئا من
الالفاظ أرضي هذه صدقة أو قال تصدقت بأرضي هذه على المسكين لا تكون وقفا بل نذر أو يوجب
التصدق بعينها أو بقيمة فان فعل خرج عن عهدة النذر والورثت عنه كمن عليه زكاة أو كفارة فئات
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 مقيدا لخصوص المصرف أعنى الفقراء لزم كونه مؤبدا لأن
جهة الفقراء لا تنقطع قال الصدر الشهيد ومشايخ بلخ يقولون بقول أبي يوسف ونحن نفقه بقوله أيضا
لمسكان العرف وبهذا يدفع رد هلال قول أبي يوسف بأن الوقف يكون على الغني والفقير ولم يبين فبطل
لأن العرف إذا كان بصرفه للفقراء كان كالتنصيص عليهم فلو قال موقوفة على الفقراء صح عند هلال
أيضا لزوال الاحتمال بالتنصيص على الفقراء بخلاف قوله محبوسة أو حبس ولو كان في حبس مثل هذا
العرف يجب أن يكون كقوله موقوفة وكذا إذا قال للسبيل إذا تعارفوه وقفا مؤبدا على الفقراء كان
كذلك والأسئل فان قال اردت الوقف صار وقفا لأنه محتمل لفظه أو قال اردت معنى صدقة فهو نذر
فيتصدق بها أو بثمنها وإن لم ينو كانت ميراثا ذكره في النوازل وقال في قوله جعلتها للفقراء إن تعارفوه
وقفا عمل به والأسئل فان أراد الوقف فهي وقف أو الصدقة فهو نذر وكذا عند عدم النية لأنه أدنى فإثباته
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 لأن النذر ورثه إذا مات الناذر ولم يوف بنذره يكون
ميراثا لأنه اقتصر على تمام التفصيل في احدهما والافلاشك أن في كل منهما إذا لم تكن له نية يكون نذرا
فإن مات ولم يتصدق به ولا بقيته يكون ميراثا ولو قال صدقة موقوفة فهلال وأبو يوسف وغيرهما على
صحته لأنه لما ذكر صدقة عرف مصرفه وانتفى بقوله موقوفة احتمال كونه نذرا وكذلك حبس صدقة
وكذلك صدقة محرمة قبل ومحرمة بمنزلة وقف وهي معروفة عند أهل الحجاز بخلاف ما لو قال حبس أو
محبوسة موقوفة لأنه بمعنى موقوفة فكان كافر اللفظ موقوفة وفي النوازل لو قال جعلت نزل كرمي وقفا
وفيه نرا ولا يصير الكرم وقفا وكذا لو قال جعلت غلته وقفا تصحبه الكلام ما أمكن كأنه قال جعلت
كرمي بمقابله وقفا وينبغي أن لا تدخل الثمار بالسند كره ولو زاد فقال صدقة موقوفة على الفقراء ينبغي أن
لا يختلف فيه كإل فال مع ذلك مؤبدا وهو موضع اتفاق مجزى الوقف على أنها العمارة الوافة إلا أن 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 يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم)
أي بخبر وجهه عن ملكه (أو يعلقه) أي يعلق الوقف (بموته فيقول إذا امت فقدت داري على كذا)

قال الاتقاني الوقف الحبس
من قوله هم وقف الدابة
إذا منعت من السير قال
صاحب الجهرة الوقف
مصدر وقف الدابة أوقفه
وقفا وكذلك كل شيء حبسته
وهو أحد ما جاء على فعلته
فصنع وقال ابن جني في
شرح المتنبي أخبرني أبو علي
القارسي عن أبي بكر عن
أبي العباس عن أبي عثمان
المازني قال يقال ووقف
داري وأرضي ولا يعرف
أوقف من كلام العرب
انتهى وفي شرح الكاكي
الوقف في الأصل مصدر
وقفه إذا حبسه وقفا ووقف
بنفسه وقفا يتعدى ولا
يتعدى ومنه وقف أرضه
على ولده لأنه حبس الملك
عليه وقيل للوقوف وقف
كقوله نسج اليمن وضرب

الامير وجمع على أوقاف كوقت وأوقات (قوله وهو مصدر وقف الدابة وقفا الخ) أقول فيه بحث لأن في مصدر وقف اللازم يجيء وقفا
على ما اعترف به لاوقفا والجواب أن مقصوده أنه مصدر ووقفها ناوذا كوقف الدابة للتوطئة يدل على ذلك ذكر مصدر الاول دون الثاني

وقال أبو يوسف (يزول ملكه بمجرد القول وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه) قال
 رضى الله عنه الوقف لغة هو الحبس تقول وقتت الدابة وأوقنتها بمعنى وهو في الشرع عند أبي حنيفة
 حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق
 بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف أصلا عنده وهو الملقوف في الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم
 بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على
 وجه تعود منفعة الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث

وما عرفه به أبو حنيفة فرجه
 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 الملقوف في الاصل)
 يعنى المبسوط ولكنه نقله
 بالمعنى لا يعنى لفظه فان لفظ
 المبسوط فأما أبو حنيفة
 فكان لا يبيح ذلك ثم قال
 فراده أنه لا يجعله لازما فأما
 أصل الجواز فنثبت عنده
 كالعارية تصرف المنفعة
 الى جهة الوقف وتبقى العين
 على ملك الواقف فله أن
 يرجع ويجوز بيعه ويورث
 عنه ولا يلزم الا بطريقين
 قضاء القاضي بلزومه لكونه
 مجتمدا فيه واخراج مخرج
 الوصية بأن يقول أو وصيت
 بغيره دارى فيمنشذ يلزم
 وعندهما هو حبس العين
 على حكم ملك الله تعالى
 فيزول ملك الواقف عنه الى
 الله تعالى على وجه تعود
 المنفعة الى العباد فيلزم ولا
 يباع ولا يورث

وقال أبو يوسف (يزول بمجرد القول) الذي قد مناصحة الوقف به وقال محمد (لا يزول حتى يجعل للوقف
 متوليا ويسلمه اليه) بعد ذلك القول به أخذ مشايخ بخارى واذا لم يزل عند أبي حنيفة قبل الحكم يكون
 موجب القول المذكور حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وحقيقةه ليس الا التصديق
 بالمنفعة ولفظ حبس الى آخره لا معنى له لأن له بيعه متى شاء وملكه مستمر فيه كالأول بتصدق بمنفعته فلم
 يحدث الواقف الا مشيئة التصديق بمنفعته وله أن يترك ذلك متى شاء وهذا القدر كان ثابتا له قبل الوقف
 بلاذ كر لفظ الوقف فلم يبدل لفظ الوقف شيئا وهذا معنى ما ذكر في المبسوط من قوله كان أبو حنيفة لا يبيح
 الوقف وهو ما أراد المصنف بقوله (وهو الملقوف في الاصل) يعنى المبسوط وحينئذ نقول من أخذ بظاهر
 هذا اللفظ فقال الوقف عند أبي حنيفة لا يجوز صحیح لانه ظهر انه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن وإذا
 لم يكن له أثر ائذ على ما كان قبله كان كالمعدوم والجواز والنفاد والصحة فرع اعتبار الوجود ومعلوم
 أن قوله لا يجوز ولا يبيح ليس المراد التلغظ بل لفظ الوقف بل لا يبيح الاحكام التي ذكر غيره أنها أحكام
 ذكر الوقف فلا خلاف اذن فأبو حنيفة لا يبيح الوقف أى لا تثبت الاحكام التي ذكرت له الا ان يحكم
 بها احكام وقوله بمنزلة العارية لانه ليس حقيقة العارية لانه ان لم يسلمه الى غيره فظاهر وان أخرجه
 الى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفى لمنفعته **فرع** يثبت الوقف بالضرورة وصورته ان
 يوصى بغيره هذه الدار لاسا كين أبدا وأقرب لان وبعده لاسا كين أبدا فان هذه الدار تصير وقفا بالضرورة
 والوجه انها كقوله اذا امت فقد وقفت دارى على كذا قال المصنف وعندهما حبس العين على حكم
 ملك الله تعالى فيزول 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
 قط ولا يزال فالعبارة الجيدة قول قاضيان الا ان عند أبي يوسف ومحمد اذا صح الوقف يزول ملك الواقف
 لا الى مالك فيلزم ولا يملك وهذا هو الاصح عند الشافعي وأحمد وقال بعضهم وللشافعي قول وهو
 رواية عن أحمد ينتقل الى ملك الموقوف عليه ان كان أهلا للملك لا امتناع السائبة وعندما مالك هو حبس
 العين على ملك الواقف فلا يزول عنه ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب وذكر بعض الشافعية
 ان هذا قول آخر للشافعي وأحمد لانه صلى الله عليه وسلم قال حبس الاصل وسبل الثمرة اه وهذا أحسن
 الاقوال 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 الملك فيها بائنا ولا يباع ولا يورث وكذا المهدر المطلق عندنا فكل منهما يمكن ان
 يقع بالدليل ولا شك ان ملك الواقف كان متيقن الثبوت والمعلوم بالوقف من شرطه عدم البيع ونحوه
 فثبتت ذلك القدر فقط ويبقى الباقي على ما كان حتى يتحقق المزيل ولم يتحقق فان الذي في الحديث في
 بعض الروايات تصديق باصله مع انه ليس على ظاهره والا تخرج الى مالك آخر ثم رأينا غيره بينه بقوله ان
 شئت حبست أصلها وتصدقت بها أى بالثمره والغلة وظاهره حبسها على ما كان فلم يحصل دليل يوجب
 الخروج عن الملك وكذا المعنى الذي استدلل به المصنف وهو قوله ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم

(قوله واللفظ) أي لفظ الوقف
 ينتظمهما أي 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 ابتداء
 ببيان دليله ما بقوله لهما
 قول النبي صلى الله عليه
 وسلم لعمر بن عبد الله عن روى
 صخر بن جويرية عن نافع
 أن عمر بن الخطاب رضي
 الله عنه كانت له أرض
 تدعى ثمغ وكانت تخلا
 نفيسا فقال عمر يا رسول
 الله إني استفدت مالا وهو
 عندي نفيس أفأتصدق
 به قال تصدق بأصله لا يباع
 ولا يوهب ولا يورث ولكن
 لينفق من ثمرته فتصدق به
 عمر رضي الله عنه في سبيل
 الله وفي الرقاب والضيف
 والمساكين وابن السبيل
 ولذي القربى منه ولا جناح
 على من وليه أن يأكل
 بالمعروف أو يؤكل صدقا
 له غير متمول عنه وهذه
 الأرض كانت سهم عمر
 رضي الله عنه بخير حين
 قسم رسول الله صلى الله
 عليه وسلم خير بين أصحابه
 وفتح لقب لها وهي بفتح التاء
 المثناة وسكون الميم والغين
 المعجمة

واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه حين أراد أن
 يتصدق بأرض له تدعى ثمغ تصدق بأصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف
 منه ليصل ثوابه إليه على الدوام وقد أمكن دفع حاجته بأسقاط الملك وجعله لله تعالى

الوقف يفيد لزومه لا غير والحاصل أنه ثبت قوله صلى الله عليه وسلم لعمر تصدق وقوله حبس والمفهوم ان
 مختلفان لأن معنى تصدق بأصلها ملكه الفقير لله سبحانه ومعنى حبس أحبسه أي على ما كان ولا يمكن
 أن يراد به ما لا معنى أحدهما والا كان صلى الله عليه وسلم مجيبا لعمر رضي الله عنه في حادثة واحدة
 بأمرين متناقضين فاما أن يحمل حبس على معنى تصدق والاتفاق على نفيه لاذ لا يقول واحد من الثلاثة
 بملك الفقير العين فوجب أن يحمل تصدق على معنى حبس وهو قول أبي حنيفة رحمه الله فيحبس على الملك
 شرعا وإذا حبس عليه شرعا لم يمنع بيعه وصوره حكم الحاكم الذي به زوال الملك عنه ان يسلمه إلى متمول
 ثم يظهر الرجوع فيخاصمه إلى القاضي فيقضي القاضي بلزومه فالواقف ان يبيعه فاض
 قبل أن يحكم به يكتب في صدك الوقف فان أبطله أو غيره فاض فهذه الأرض بأصلها وجميع ما فيها وصية
 من فلان الواقف تباع ويتصدق بغيرها لانه اذا كتب هذا لا يخصم أحد في ابطاله لعدم الفائدة له في ذلك
 والوصية تحتل التعليق بالشرط واذا أبطله فاض بصير وصية يعتبر من جميع ماله كذا في فتاوى
 قاضيان وينبغي ان يكون هذا اذا وقف في صحته اما اذا كان وقف في مرضه فينبغي ان يعتبر من الثلث
 وعلى هذا التقدير فقد يكون في نقضه وبيعه فائدة للورثة فيحمل ما ذكرنا لم يكن وقف في المرض أو كان
 فيه لكنه يخرج من الثلث (قوله واللفظ ينتظمهما) أي لفظ الوقف يصدق مع كل من زوال الملك وعدمه
 اذ ليس من مقتضيات لفظ وقف دارى أو حبسها خروجهما عن الملك فيصدق مع كل منهما فالترجيح أي
 ترجيح الخروج وعدمه بالدليل ولا يخفى ان الأدلة المذكورة من قبلهما انما تفيد لزوم لا الخروج عن
 الملك ومن قبله نفيدني كل منهما فلا دليل من الجانبين بقيد تمام المطلوب ثم ابتداء دليلهما فاذ كر حديث
 ثمغ وهو بالثاء المثناة المفتوحة بعدها ميم سا كنه ثمغين معجمة وذ كر الشيخ حافظ الدين انه بلا توتين
 للعلية والتأنيث وفي غاية البيان انما في كتب غرائب الحديث الصحيحة عند الثقات متونا وغير ممنون
 كما في دعد قال محمد بن الحسن في الاصل أخبرنا صخر بن جويرية عن مولى عبد الله بن عمران عمر بن
 الخطاب كانت له أرض تدعى ثمغ وقال كان نخلا نفيسا قال فقال يا رسول الله انى استفدت مالا هو
 عندي نفيس أفأتصدق به قال فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب
 ولا يورث ولكن تنفق ثمرته قال فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب والضيف ولأسا كين ولابن السبيل
 ولذي القربى لا جناح على من وليه ان يأكل بالمعروف أو يؤكل صدقا غير متمول فيه وحديث عمر
 هذا في الصحيحين وباقي الكتب الستة عن ابن عمر قال أصاب عمر أرضا بخير فأتى النبي صلى الله
 عليه وسلم فقال أصاب أرضا لم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرني به قال ان شئت حبست
 أصلها وتصدق بها فتصدق بها عمر لا يباع أصلها ولا يورث ولا يوهب في الفقراء والقربى والرقاب وفي
 سبيل الله والضيف الحديث وفي بعض طرق البخارى فقال عليه الصلاة والسلام تصدق بأصله لا يباع
 ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته ثم استدل بالعنى وهو قوله ولأن الحاجة ماسة إلى ان يلزم
 الوقف لحاجته إلى ان يصل ثوابه إليه على الدوام وقد أشار الشرع إلى أعمال ما يدفع هذه الحاجة فيما
 روى الترمذى بسنده إلى أبي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا مات ابن آدم انقطع
 عمله الا من ثلاث صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد صالح يدعو له ولا طريق إلى تحقيق دفع هذه
 الحاجة وثبات هذه الصدقة الجارية الا لزومه وتقرير المصنف بأنه تحقق حاجة استمرار وصول
 ثوابه ويمكن بأسقاط ملكه فيسقط ظاهر المنع اذ لم يتعين لذلك سقوط الملك طريقا بل يتحقق بالحكم

وقوله (اذله نظير في الشرع وهو المسجد) لبيان نفي استبعاد أن يخرج من ملك الواقف ولا تدخل في ملك غيره فان اتخاذا المسجد لازم بالاتفاق وهو اخراج لتلك البقعة عن ملكه من غير أن تدخل في ملك أحد ولكن ان تصير محبوسة لنوع قرربة قصدتها فكذلك في الوقف ولا ي حنيفة قوله (عليه الصلاة والسلام (٤٣) لا حبس عن فرائض الله) أي لا مال يحبس بعدموت صاحبه عن القسمة بين

ورثته لكنهم يحملون هذا الاثر على ما كان عليه أهل الجاهلية من الجيرة والسائبة والوصيلة والطحى ويقولون الشرع أبطل ذلك كله وليكننا نقول النكرة في موضع النفي تم فتمتسأل كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الا ما قام عليه دليل وقوله (جاء محمد ببيع الحبس) يدل على أن لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا وان شريعةنا سائبة لذلك وقوله (كالسائبة) هي الناقصة التي تسيب لندرك وكان الرجل يقول اذا قدمت من سقري أو برئت من مرضى فناقى سائبة ومعناه أن الوقف بمنزلة تسيب أهل الجاهلية من حيث ان العين لا يخرج من أن تكون مملوكة له منتفع بملكه لو سيب دابته لم يخرج عن ملكه فكذا اذا وقف أرضه أو داره وقوله (بخلاف الاعتاق) جواب عما يقال لو كان ازالة الملك لالى مالك غير مشروع لما جاز العتق فانه ازالة الملك الثابت في العبد من غير تملك لاحد وقوله (وبخلاف المسجد) جواب عن قياسه الوقف على المسجد

اذله نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولا ي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح جاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبس لان الملك باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف الا ترى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلته الى مصارفها ونصب القوام فيها الا أنه يتصدق بمنافعه فصار شبهه العاربه ولا يهحتاج الى التصديق بالغلة دائماً ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان يزال ملكه الا الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعل خالصا لله تعالى واهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصرف خالصا لله تعالى

بلزومه فلم يلزم زوال الملك من هذا المعنى فلا يقدح فيما رجحناه من الاقوال فيما مضى ثم على تقريرنا يحصل مطلوبنا ما لانه اذا عتقت الدلالة على لزومه خروج عن ملكه بموافقتنا لهما على ذلك لا اعتقاد الاثمة الثلاثة رحمة الله التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه وقوله كالمسجد نظير ما خرج عن الملك بالاجماع لالى مالك وكذا الاعتاق وسيجيب بالفرق بين المسجد والعتق ومطلق الوقف (قوله وله) أي لابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله أسند الطحاوى 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 الدارقطنى وفيه عبد الله بن لهيعة عن أخيه وضعفوهما ورواه ابن أبي شيبة موقوفا على علي حدثنا هشيم عن اسمعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال قال على رضى 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 لانه قال الاسماعا والافلا محل والشعبي أدرك عليا وروايته عنه في البخارى ثابتة وأما حديث شريح فرواه ابن أبي شيبة في البيوع حدثنا وكيع وابن أبي زائدة عن مسعر عن ابن عون عن شريح قال جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبس وأخرجه البيهقي وشريح من كبار التابعين وقد دفع الحديث فهو حديث مرسل يحتج به من يحتج بالمرسل (قوله ولان الملك الخ) ظاهره مصادرة لعله الدعوى جزء الدليل والاولى انه اعتماد كرهه ليصل الدليل بالدعوى وتقر به ان حقوق العباد لم تنقطع عنه حتى جاز الانتفاع به زراعة وسكنى لغير الواقف وتعلق حقوق العباد بالعين إثر ثبوت ملكهم فيها على ما هو الاصل فاما أن يكون ذلك الملك لغير الواقف أوله وانفقنا على أنه لا يكون ملكا لغيره من العباد فوجب أن يكون ملكا للواقف وكذا الاستيضاح بنصب القوام وصرف غلته بحسب الاصل يكون عن ملكه للعين الا أن يوجب موجب لامر له فوجهه عن ملكه وان تصرفه بولاية غير الملك ولم يثبت ذلك ثم شرع في الفرق وحاصله أن المسجد جعل لله تعالى على الخلوص محررا عن ان يملك العباد فيه شيئا غير العبادة فيه وما كان كذلك خرج عن ملك الخلق أجمعين أصله الكعبة والوقف غير المسجد ليس كذلك بل ينتفع العباد به في زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع بالملوكات وما كان كذلك ليس كالمسجد فيلحق بالكعبة كما ألتحق المسجد به أو يضافضية كون الخالص منه صدقة دائمة عن الواقف أن يكون ملكه باقيا اذ لا تصدق بملك فاقضى قيام الملك فاما الاعتاق فانلاف للملوك بالكلية وليس الوقف كذلك وجواب شمس الاثمة أن الأدمى خلق مالكه غير مملوك وانما عرض فيه المملوكية بالاعتاق يعود الى ما كان بخلاف ما سواه لانما خلقت لتملك فبالوقف لا تعود الى

قال المصنف (والملك فيه للواقف الا ترى انه ولاية التصريف) أقول ومعنى الملك على ما سيجي من الشرح في أول البيوع هو القدرة على التصرف شرعا في المحل (قوله الا ما قام عليه دليل) أقول كالوصية

وقوله (قال في الكتاب) يعني مختصر القدوري لا يزول ملك الواقف الا أن يحكم به الحاكم أو بعلقه بموته صورة الحكم أن يسلم الواقف ما وقفه الى المتولى ثم يريد ان يرجع عنه فينازعه بعد لزوم فيخصمان (٤٣) الى القاضي فيقضى بلزومه وقوله (قال الصحيح

قال رضى الله عنه قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف الا أن يحكم به الحاكم أو بعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في مجتمه فيه أما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيسلم والمراد بالحاكم الموقى فاما المحكم ففيه اختلاف المشايخ ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزمه عند أبي حنيفة وعندهما يلزمه الا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال

أصل هو عدم الملوكية بل الى الحبس على ملكه والتصدق بالمنفعة وهذا حق ويؤيد ما اخترناه من عدم الخروج عن ملكه لكن بأحنيفة يجعل عدم الخروج ملزوما لعدم لزومه صدقة أو برا وليس كذلك بل هما منسكان كما ذكرنا من أم الولد والمدير والحق ترجح قول عامة العلماء بلزومه لان الاحاديث والآثار متظافرة على ذلك قولنا كما صح من قوله عليه الصلاة والسلام لا يباع ولا يورث الى آخره وتكرر هذا في احاديث كثيرة واستمر على الامنة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك أولها صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم صدقة أبي بكر وعمر وعثمان وعلي والزبير ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعائشة وأسماء أختها وأم سلمة وأم حبيبة وصفية بنت حيي وسعد بن أبي وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبد الله وعقبة ابن عامر وأبي أروى الدوسي وعبد الله بن الزبير كل هؤلاء من الصحابة ثم التابعين بعدهم كإسحاق بن عمار وروايات ونوارث الناس أجمعون ذلك فلا تعارض بمثل الحديث الذي ذكره على أن معنى حديث شريح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحامى ونحوه وبالجملة فلا يبعد أن يكون اجماع الصحابة العمل ومن بعدهم متوارثا على خلاف قوله فلذا ترجح خلافه وذكر بعض المشايخ أن الفتوى على قولهما (قوله) وأما تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيسلم) وان لم يخرج عن ملكه لانه بمنزلة اذا لا يتصور التصرف فيه ببيع ونحوه لما يلزم من ابطال الوصية وعلى هذا فله أن يرجع قبل موته كسائر الوصايا وانما يلزم بعدم موته وانما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق الوقف والوقف لا يقبل التعليق بالشرط ولذا قال اذا امت من مرضى هذا فقد وقفت أرضى الى آخره فانت لم تصر وقفا وله أن يبيعه ما قبل الموت بخلاف ما لو قال اذا امت فاجعلها وقفا فانه يجوز لانه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه وهذا لان الوقف بمنزلة تملك الهبة من الموقوف عليه والتملكات غير الوصية لا تتعلق بالخطر ونص محمد رحمه الله في السير الكبير أن الوقف اذا أضيف الى ما بعد الموت يكون باطلا أيضا عند أبي حنيفة وعلى ما عرفت بأن صحته اذا أضيف الى ما بعد الموت يكون باطلا وقال دارى هذه موقوفة على مصالح مسجد كذا بعد موقى صح وله الرجوع لان الوقف بعد الموت وصية والوصية يصح الرجوع عنها ما لو قال ان قدم ولدى فعلى ان أف هذه الدار على ابن السبيل فقد قدم فهو ندر يجب الوفا به فان وقفه على ولده وغيره ممن لا يجوز دفعه ز كانه لهم جازى الحكم ونذره باق وان وقفه على غيرهم سقط لان غيرهم ليس بمنزلة نفسه وتعيين المعطى له النذر لغو فصار الثابت النذر بالوقف جاز على كل من ليس كمن نفسه فان قلت ينبغي أن لا يصح النذر بالوقف لانه ليس من جنسه واجب قلت بل من جنسه واجب فانه يجب أن يتخذ الامام للمسلمين مسجدا من بيت المال أو من مالهم ان لم يكن لهم بيت مال ولو قال ان شئت ثم قال شئت كان باطلا للتعلق اما لو قال شئت وجعلتها صدقة صح بهذا الكلام المتصل بخلاف ما لو قال ان كانت هذه الدار فى ملكى فهى صدقة موقوفة فظهر انها كانت فى ملكه وقت التسليم فانها تصير وقفا لانه تعليق على أمر كائن والتعليق على أمر كائن تمييز والمراد بالحاكم يعنى فى قوله أو يحكم به الحاكم القاضى وأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يرفع الخلاف فالقاضى أن يبطل الوقف بعد حكمه (قوله) ولو وقف في مرض الموت قال الطحاوي هو كالوصية بعد الموت) حتى يلزم منه في مرضه كما لا يجوز في صحته ثم قال وهو الصحيح على أصوله وقال المصنف والصحيح انه لا يلزم عند أبي حنيفة لان المباشرة في المرض كالمباشرة في الصحة حتى لا يلزم ولا يمنع الارث كالعارية وعندهما يلزم الا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال

أصل هو عدم الملوكية بل الى الحبس على ملكه والتصدق بالمنفعة وهذا حق ويؤيد ما اخترناه من عدم الخروج عن ملكه لكن بأحنيفة يجعل عدم الخروج ملزوما لعدم لزومه صدقة أو برا وليس كذلك بل هما منسكان كما ذكرنا من أم الولد والمدير والحق ترجح قول عامة العلماء بلزومه لان الاحاديث والآثار متظافرة على ذلك قولنا كما صح من قوله عليه الصلاة والسلام لا يباع ولا يورث الى آخره وتكرر هذا في احاديث كثيرة واستمر على الامنة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك أولها صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم صدقة أبي بكر وعمر وعثمان وعلي والزبير ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعائشة وأسماء أختها وأم سلمة وأم حبيبة وصفية بنت حيي وسعد بن أبي وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبد الله وعقبة ابن عامر وأبي أروى الدوسي وعبد الله بن الزبير كل هؤلاء من الصحابة ثم التابعين بعدهم كإسحاق بن عمار وروايات ونوارث الناس أجمعون ذلك فلا تعارض بمثل الحديث الذي ذكره على أن معنى حديث شريح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحامى ونحوه وبالجملة فلا يبعد أن يكون اجماع الصحابة العمل ومن بعدهم متوارثا على خلاف قوله فلذا ترجح خلافه وذكر بعض المشايخ أن الفتوى على قولهما (قوله) وأما تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيسلم) وان لم يخرج عن ملكه لانه بمنزلة اذا لا يتصور التصرف فيه ببيع ونحوه لما يلزم من ابطال الوصية وعلى هذا فله أن يرجع قبل موته كسائر الوصايا وانما يلزم بعدم موته وانما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق الوقف والوقف لا يقبل التعليق بالشرط ولذا قال اذا امت من مرضى هذا فقد وقفت أرضى الى آخره فانت لم تصر وقفا وله أن يبيعه ما قبل الموت بخلاف ما لو قال اذا امت فاجعلها وقفا فانه يجوز لانه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه وهذا لان الوقف بمنزلة تملك الهبة من الموقوف عليه والتملكات غير الوصية لا تتعلق بالخطر ونص محمد رحمه الله في السير الكبير أن الوقف اذا أضيف الى ما بعد الموت يكون باطلا أيضا عند أبي حنيفة وعلى ما عرفت بأن صحته اذا أضيف الى ما بعد الموت يكون باطلا وقال دارى هذه موقوفة على مصالح مسجد كذا بعد موقى صح وله الرجوع لان الوقف بعد الموت وصية والوصية يصح الرجوع عنها ما لو قال ان قدم ولدى فعلى ان أف هذه الدار على ابن السبيل فقد قدم فهو ندر يجب الوفا به فان وقفه على ولده وغيره ممن لا يجوز دفعه ز كانه لهم جازى الحكم ونذره باق وان وقفه على غيرهم سقط لان غيرهم ليس بمنزلة نفسه وتعيين المعطى له النذر لغو فصار الثابت النذر بالوقف جاز على كل من ليس كمن نفسه فان قلت ينبغي أن لا يصح النذر بالوقف لانه ليس من جنسه واجب قلت بل من جنسه واجب فانه يجب أن يتخذ الامام للمسلمين مسجدا من بيت المال أو من مالهم ان لم يكن لهم بيت مال ولو قال ان شئت ثم قال شئت كان باطلا للتعلق اما لو قال شئت وجعلتها صدقة صح بهذا الكلام المتصل بخلاف ما لو قال ان كانت هذه الدار فى ملكى فهى صدقة موقوفة فظهر انها كانت فى ملكه وقت التسليم فانها تصير وقفا لانه تعليق على أمر كائن والتعليق على أمر كائن تمييز والمراد بالحاكم يعنى فى قوله أو يحكم به الحاكم القاضى وأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يرفع الخلاف فالقاضى أن يبطل الوقف بعد حكمه (قوله) ولو وقف في مرض الموت قال الطحاوي هو كالوصية بعد الموت) حتى يلزم منه في مرضه كما لا يجوز في صحته ثم قال وهو الصحيح على أصوله وقال المصنف والصحيح انه لا يلزم عند أبي حنيفة لان المباشرة في المرض كالمباشرة في الصحة حتى لا يلزم ولا يمنع الارث كالعارية وعندهما يلزم الا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال

وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف وهو قول الشافعي بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولى لانه حق الله تعالى وانما يثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التملك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعاً لغيره فبأخذ حكمه في منزل منزلة الزكاة والصدقة

بعد الموت لان تصرفات المريض مرض الموت في الحكم كالمضاف الى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلث ماله والصحيح انه لا يلزم عند أبي حنيفة الا أن يحكم به فله يبعه ويورث عنه اذ اقامت قبل الحكم الا أن تجيز الورثة وعندهما يلزم الا أنه من الثلث لتعلق حق الورثة بخلافه في العصة وفي فتاوى قاضيخان مريض وقف وعليه ديون تحبب بماله يباع وينقض الوقف كالوقف دار اثم جاء الشفيع ككان له أن يأخذها بالشفعة وينقض الوقف انتهى من غير تقييد يكون ذلك قبل الحكم وهذا بخلاف ما لو وقف المديون الصحيح وعليه ديون تحبب بماله فان وقفه لازم لا ينقضه أر باب الديون اذا كان قبل الحجر بالاتفاق لانه لم يتعلق حقهم بالعين في حال صحته (قوله) واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف وهو قول الأئمة الثلاثة وقول أكثر أهل العلم لانه اسقاط الملك كالتعلق وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولى لان الواجب أن يجعله الله فيصير حقه له وحقه انما يثبت مسلماتي ضمن التسليم للعبد وهذا لان الوقف تملك لله تعالى (والتملك منه وهو مالك لجميع الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يتحقق تبعاً لغيره فبأخذ حكمه في منزل منزلة الزكاة والصدقة) المنجزه ولا يخفى ان التملك لله تعالى لا يتحقق لامقصودا ولا تبعاً لانه تحصيل الحاصل المستمر ثم لا موجب لاعتباره حتى يحتاج الى تكلف توجيهه - لان غاية ما يوجب الدليل إما خروج الملك عند الوقف لا الى أحد وتوجه الخطاب بصرف غلته الى من وقف عليه أو توجه الخطاب بذلك مع بقاء الملك فاذا فعل خرج من عهده الواجب كما هو في سائر الواجبات المالية من غير زيادة تكلف اعتبار آخر نعم يمكن أن يلاحظ التسليم الى المستحق تسليماً اليه تعالى كأنه تعالى جعله نائبه في قبض حقه وذلك بقبض المستحق لا المتولى كالزكاة ويمكن أن يلاحظ شئ من ذلك بل المقصود ليس الافعل ماوجب بالوقف فلذا كان قول أبي يوسف أوجه عند المحققين وفي المنية الفتوى على قول أبي يوسف وهذا قول مشايخ بلخ وأما البخاريون فأخذوا بقول محمد رحمه الله كما تقدم وفي المبسوط وكان القاضي أبو عاصم يقول قول أبي يوسف من حيث المعنى أقوى لانه قال وقول محمد أقرب الى موافقة الامار يعني ما روي أن عمر جعل وقفه في يد حفصة وغير ذلك ورد في المبسوط بأنه لا يلزم كونه فعلاً ليم الوقف بل لشغله وخوف التفسير في أمره وكذا جميع من ينصب المتولين لا يخطر له غير فقر بنفسه من أمره وأما قول محمد رحمه الله لو تم قبل التسليم الى المتولى صارت يد الواقف مستحقة عليه والتبرع لا يصلح سبباً للاستحقاق على المتبرع لجوابه منع ذلك بان التبرع بالسبب الموجب لخروج ما في يده يوجب عليه استحقاق يده كعتق العبد الكائن في يده المعتبر له والتاثر بالعين الكائنة في يده هي وقيمتها يوجب عليه اخراج أحدهما من يده وهذه أمور شرعية لا عقلية ومما ينبغي على هذا الخلاف ما ذكر من ان الواقف اذا شرط الولاية في عزل القوام والاستبدال بهم - ثم لنفسه ولولاده وأخرجه من يده وسلمه الى متول فهذا جائز نص عليه في السير الكبير لان هذا شرط لا يحل بشرائط الوقف ولولم بشرط ذلك لنفسه وأخرجه من يده الى قيم قال محمد لا ولاية له والولاية لا تتم وكذا الوصية له وصى فلا ولاية لوصيه والولاية للقيم ولو اراد الواقف أن يعزل القيم ويرده لنفسه أو يولي غيره ليس له ذلك وقال أبو يوسف الولاية للواقف وله أن يعزل القيم في حياته ويولي غيره أو يرد النظر الى نفسه واذا مات الواقف بطل ولاية القيم لانه بمنزلة الوكيل عنده وهذا الخلاف بناء على ان عند محمد لا يصح الوقف الا بالتسليم الى القيم فلا يكون للواقف ولاية وعند أبي يوسف بدون التسليم الى القيم يتم الوقف فاذا سلم الى قيم كان وكيله وله أن

(قوله) وقد يكون تبعاً لغيره فبأخذ حكمه) أي يثبت التملك من الله تعالى ضمناً للتملك من غير الله تعالى وان كان لا يثبت التملك من الله تعالى قصداً فبأخذ حكم التملك من الله تعالى حكم التملك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض (قوله) فينزل منزلة الزكاة والصدقة) يعني ينزل التملك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم الى العبد منزلة تملك المال من الله تعالى في الزكاة حيث يتحقق التملك منه في ضمن التسليم الى الفقير

قال (واذا صح الوقف على اختلاف فهم) أي اذا صح الوقف على ما اختلف فيه المشايخ من حيث انه يصح عندهما ولا يصح عند أبي حنيفة على ما هو الملقوف في الاصل والاصح الصحة عند الكل خرج عن ملك الواقف يعني على قول أبي يوسف ومحمد ولم يدخل في ملك الواقف عليه لانه لو دخل في ملكه جازله اخراجه من ملكه كسائر املاكه ولما انتقل الى من بعده من شرطه الواقف لكن ليس كذلك بالاتفاق وقوله (يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره) اعترض عليه بأنه قد قبل هذا لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم وهذا الاستثناء انما يحتاج اليه على قول أبي حنيفة في حق زوال الوقف عن ملك الواقف وأما على قولهما فان الملك يزول بدون حكم الحاكم ثم الدليل الصحيح يقتضي عدم جواز الخروج عن الملك لان الخروج يقتضي ان لا يصح شرطه في صرف الغلظة كما اذا اعتق عبده بشرط أن يصرف غلظته الى كذا أو جعل أرضه مسجدا بشرط أن يصلى فيه فلان دون فلان فان التصرف في غيره بملكه غير صحيح والجواب عن الاول انما ذكره في الكتاب ههنا انما هو في الصحة وما ذكره قبل هذا فانما هو في لزوم الصحة لا تستلزم اللزوم فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف اذا صح الوقف قولهما الا القول أبي حنيفة الا اذا حكم به الحاكم فانه حينئذ يكون خروج الوقف عن ملك الواقف قول الكل سلما ان الصحة ههنا بمعنى اللزوم ولكن لا يلزم من اللزوم الخروج عن (٤٥)

معرفة بحسب العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وذلك يمنع عن الخروج لاحتمال وعن الثاني بان خروج الملك الى الله تعالى قريبة لا يمنع التصرف فيه من خروج عنه الا ترى ان القربان تصير بالارافة الى الله تعالى ثم ان صاحبه يتصرف فيه بالاكل والاطعام والتصدق به بتولية الشرع لكونه المنقر به فجاز ان يكون امر الواقف كذلك بخلاف العبد فانه يصير مال المنفعة فلا يملك فيه تصرف غيره وأما المسجد فالاصل التكبيرة والمسجد الحرام فيه سواء العاكف والباد فعلنا ان الله تعالى لم يول التخصيص الى الذي جعله مسجدا وانما لحقه

قال (واذا صح الوقف على اختلاف فهم) وفي بعض النسخ واذا استحق مكان قوله اذا صح (خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الواقف عليه) لانه لو دخل في ملك الواقف عليه لا يتوقف عليه بل يتقدم عليه كسائر املاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر املاكه قال رضى الله عنه قوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره قال (وقف المشاع جائز عند أبي يوسف) لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تنتمه وقال محمد لا يجوز لان أصل القبض عنده بشرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يجتمعت القسمة واما فيما لا يجتمعت القسمة فيجوز مع الشروع عند محمد ايضا لانه يعتبر بالهبة والصدقة

يعزله وينعزل بموته الا اذا جعله قيا في حياته وبعد موته وكذا يتنى عليه ما لو قال هذه الشجرة للمسجد لا تصير للمسجد حتى يسلمها الى قيم المسجد (قوله) واذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ولم يدخل في ملك الواقف عليه) وهذا مذهب عامة علماء الامصار الا في قول عن الشافعي وأحمد انه يدخل في ملك الواقف عليه اذا كان أهلا للملك لانه لا يباع ولا يتملك والمختار الاول لانه لو دخل في ملكه لم ينتقل عنه بشرط المالك الذي هو الواقف لانه لا ملك له فيه لكنه ينتقل للاجتماع على صحة قوله ثم من بعد فلان على كذا ثم قال المصنف وقوله أي القدوري (خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما) لان الصحة غير اللزوم وهو لم يقل اذا لزم خرج عن ملك الواقف ليكون على قول الكل بل قال اذا صح وصحة العقد لا تستلزم اللزوم بل تختلف باختلاف أحكام العقود فقد يكون عقد حكمه اللزوم كالبيع والاجارة وقد يكون حكمه غير اللزوم كالعارية والظاهر انه تجوز بالصحة عن اللزوم (قوله) وقف المشاع جائز عند أبي يوسف) وعند محمد لا يجوز والخلاف مبنى على الخلاف في اشتراط تسليم الوقف فلما شرطه محمد قال بعدم صحة المشاع (لان القسمة من تمام القبض) ولا بد من القبض فوجب وعند أبي يوسف

بالمسجد الحرام والتكبيرة (قوله لان القسمة من تمام القبض) بيانه ان القبض للعبارة والعبارة فيما يقسم انما هي بالقسمة (قوله) وقف المشاع جائز عند أبي يوسف) لا خلاف بينهما ان القسمة فيما يقسم من تمام القبض وانما الخلاف بينهما في أن أصل القبض شرط اولاً عند أبي يوسف ليس بشرط فكذا انما هو وعند محمد بشرط فكذا انما هو وأما فيما لا يقسم فلهذا لا يجوز ويعتبر كالهبة والصدقة

قال المصنف (وقوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره) أقول يجوز أن يكون المراد بالصحة الصحة المستقرة بقريته الاطلاق فان ما هو على شرف الزوال كأنه ليس بوجوده بقريته النسخة الاخرى فان الاستحقاق بعد الصحة المستقرة فيكون ذلك قول أبي حنيفة أيضا فليأتمل (قوله سلما ان الصحة ههنا بمعنى اللزوم) أقول فيه تأمل اذ حينئذ يشكل أمر الاستثناء بقوله الا ان يحكم به الحاكم كما لا يخفى (قوله) وذلك يمنع عن الخروج لاحتمال) أقول لان ذلك فانه يجوز ان يكون المعروف هو المعنى المصدرى أعني احداث الوقف وانشاءه أو يكون المعروف هو حقيقة الوقف بدون مخالطة امر آخر من حكم الحاكم فليأتمل (قوله) وعن الثاني بان خروج الملك الخ) أقول فيه بحث فانهم عرفوا الملك بالقدرة على التصرف في المحل شرعا فلو صح ما ذكره لا تقتضى تعريف الملك ويجوز ان يجاب بعلاظة قوله بتولية الشرع بان راد بالقدرة الاصلية لا القدرة المستفادة كقدرة الوكيل بالبيع وشحوه

المنفذة 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 المهاياة فيهما في غاية القبح بأن بقبر فيه المولى سنة ويزرع سنة ويصل فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف لامكان الاستغلال وقسمة العلة ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد لان الشيوع مقارن

لا يشترط قبض المتولى فلا يشترط ما هو من تمامه فمن أخذ بقول أبي يوسف في خروجه بمجرد اللفظ وهم مشايخ يلج أخذ بقوله في هذه ومن أخذ بقول محمد في تلك وهم مشايخ بخاري أخذ بقوله في وقف المشاع وأما الحاق محمد درجة الله بالهبة والصدقة (المنفذة) أي المنجز في الحال فانه لا تكون مشاعا فكذا الصدقة المستمرة ففرق أبو يوسف بان اشتراط القبض في تملك لما فيهما من التملك للغير وأما الوقف فليس فيه تملك من الغير حتى يشترط قبضه وانما هو اسقاط الملك بلا تملك فلا يراد 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 والخان والسقاية ومنعه محمد درجة الله مطلقا وفيما لا يحتملها انفقوا على اجازة وقفه الا المسجد والمقبرة فصارا الاتفاق على عدم جعل المشاع مسجدا أو مقبرة مطلقا أي سواء كان مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها والخلاف مبني على اشتراط القبض والتسليم وعدمه فلما لم يشترطه أبو يوسف أجاز وقفه ولما شرطه محمد منعه لان الشيوع وان لم يمنع من التسليم والقبض ألا ترى أن الشائع كان مقبوضا للمالك قبل أن يقفه لكن يمنع من تمام القبض فلذا منعه محمد درجة الله تعالى عند امكن 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 فأت الانتفاع كالبيت الصغير والحمام فاكتفى بتحقيق التسليم في الجملة وانما اتفقوا على منع وقف المشاع مطلقا مسجدا ومقبرة لان الشيوع يمنع خلوص الحق لله تعالى ولان جواز وقف المشاع فيما لا يحتمل القسمة لانه يحتاج فيه الى التهايب والتهايب فيه يؤدي الى أمر مستعجب وهو أن يكون المكان مسجدا سنة واصطبلا للدواب سنة ومقبرة عاما ومزرعة عاما ومبأة عاما وأما النباش فليس بلازم من المهاياة بل ليس للشريك ذلك ثم فيما يحتمل القسمة اذا قضى القاضي بعخته وطلب بعضهم القسمة لا يقسم عند أبي حنيفة ويتهايون وعندهما يقسم وأجمعوا ان الكل لو كان وقفا على الاباب وأرادوا القسمة لا تجوز وكذا التهايب وعليه فرع ما لو وقف داره على سكنى قوم بأعيانهم أو ولده ونسله ما تناسلوا فاذا انقرضوا كانت غلتها للمسكين فان هذا الوقف جائز على هذا الشرط واذا انقرضوا تكرر ويوضع غلتها للمسكين وليس لاحد من الموقوف عليهم السكنى أن يكرهوا ولو زادت على قدر حاجة سكناءهم له الا عارة لا غير ولو كثر أولاد هذا الواقف وولدوله ونسله حتى ضاقت عليهم الدار ليس لهم الاسكنائها تقسط على عددهم ولو كانوا كورا وانا تان كان فيها حجر ومقاصير كان للذكر ان يسكنوا نساءهم معهم وللاناث أن تسكن أزواجهن معهن وان لم يكن فيها حجر لا يستقيم أن تقسم بينهم ولا يقع فيها مهاياة انما سكناء لمن جعل له الواقف ذلك للغيرهم ومن هذا يعرف ان لو سكن بعضهم فلم يجد الاخر موضعا يكفيه لا يستوجب أجرة حصته على الساكن بل ان أحب أن يسكن معه في بقعة من تلك الدار بلا زوجة أو زوج ان كان لأحدهم ذلك والترك المتضيق وخرج أو جلسا معا كل في بقعة الى جنب الاخر والاصل المذكور في الشروح والقرع في أوقاف الخصاص ولم يخالفه أحد فيما علمت وكيف يخالف وقد نزلوا الجاعهم على الاصل المذكور ولو اقتسما أعني 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 جزء منه (يعني شائعا) (بطل الوقف عند محمد درجة الله) لان بالاستحقاق

المنفذة أي الصدقة الخاصة المسلمة 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 صغيرا لا يصلح لما اراده الواقف من اتخاذ المسجد والمقبرة على تقدير 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 الوضع غير صالح لذلك لصغره فبقي أن يكون بطريق المهاياة والمهاياة فيهما في غاية القبح الخ من ذكره في الكتاب وهو ظاهر

قال (ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع مثل أن يقول علي وكذا كذا ثم على فقراء المسلمين حينما وجدوا مثلاً وقال أبو يوسف إذا سمي جهة تنقطع مثل أن يقف على أولاده أو على أمهات أولاده جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك يعني لا إلى مالك وكل ما كان زوال الملك بدون التملك فإنه يتأبد كالعقود فوجب الوقف يتأبد وإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه أي على الوقف مقتضاه (٤٧) ولهذا كان التوقيت مبطله لأنه يأتي موجبه

كالنوقيت في البيع قبل في كلام المصنف رحمه الله تناقض على قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه ذكر في أول كتاب الوقف أن الوقف عنده حبس العين على مالك الواقف فكان موجبه عدم زوال الملك عن الواقف ثم قال هنا موجبه زوال الملك وأجيب بأن هذا قول محمد ورواية عن أبي حنيفة والمذكور في أول الكتاب هو قول أبي حنيفة في رواية عنه أخرى فيكون عنه في المسئلة روايتان وقيل أراد ههنا ما إذا حكم الحاكم بجهة الوقف ولزومه فحينئذ 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 تقريره ولا يبي يوسف أن المقصود من الوقف هو التقرب إلى الله تعالى وهو موفر عليه فيما إذا جعل على جهة تنقطع لأن التقرب إلى الله تعالى تارة في الصرف إلى جهة تنقطع وأخرى إلى جهة تتأبد فيصح في الوجهين

كإي الهبة بخلاف ما إذا رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهبه أو أوقفه وفي مرضه في المال ضيق لأن الشيعون في ذلك طارئ ولو استحق جزء من عينه 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 بجهة لا تنقطع أبداً وقال أبو يوسف إذا سمي فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وأنه يتأبد كالعقود فإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطله كالتوقيت في البيع ولا يبي يوسف أن المقصود هو التقرب إلى الله تعالى وهو موفر عليه لأن التقرب تارة يكون في الصرف إلى جهة تنقطع ومره بالصرف إلى جهة تتأبد فيصح في الوجهين

ظهران الشيعون كان مقارناً للوقف (كإي الهبة) إذا وهب الكل ثم استحق بعضه بطلت لهذا بخلاف ما لو وهب الكل (ثم رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض) الذي وقف في مرضه الكل ولا يخرج من الثلث فإنه لا يبطل الباقي لأن الشيعون طار واذ بطل الوقف في الباقي رجع إلى الواقف لو كان حيا وإلى ورثته إن ظهر الاستحقاق بعد موته وليس على الواقف أن يبيع نكلاً ويشتري بثمنه ما يجعله وقفاً (ولو كان المستحق جزءاً بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيعون) فلهذا جاز في الابتداء أن يقف ذلك الباقي فقط (وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة) لو استحق منهما جزء شائع بطلت ولو استحق معين لا تبطل ولو كانت الأرض بين رجلين فوقفها على بعض الوجوه ودفعاها إلى وال يقوم عليها كان ذلك جائزاً عند محمد لأن المانع من تمام الصدقة شيعون في المحل التصديق به ولا شيعون هنا لأن الكل صدقة غاية الأمر أن ذلك مع كثرة المتصدقين والتبعض من الوالي في الكل وجد جهة واحدة فهو كالوصدق يمارحل واحد وسواء بخلاف ما لو وقف كل منهم ما نصفها شائعاً على حدة وجعل لها والياً على حدة لا يجوز لأنهما صدقتان فإن كل منهما تصدق بنصيبه بعقده على حدة ألا ترى أنه جعل لنصيبه والياً على حدة ومثل ذلك في الصدقة المنفذة أيضاً لا يجوز حتى لو تصدق بنصفها مشاعاً على رجل وسلم ثم تصدق الآخر بالنصف عليه وسلم لم يجز شيء من ذلك لأن قبض كل منهم لا يجرأ شائعاً فكذلك قبض الوالين هنا ولو وقف كل منهم ما نصيبه وجعل الوالي واحداً فاسلمها إليه جميعاً جاز لأن تمامها بالقبض والقبض مجتمع (قوله) ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبداً) كالساكنين ومصالح الحرم والمساجد بخلاف ما لو وقف على مسجد معين ولم يجعل آخره لجهة لا تنقطع لا يصح لاحتمال أن يخرب الموقوف عليه (وقال أبو يوسف إذا سمي جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم) هذا كلام القدوري وهذا كما ترى لا يناسب استدلال المصنف على أبي يوسف بقوله (ان موجب الوقف) يعني بعد التسليم إلى المتولى عند محمد رحمه الله وبعد الحكم عند أبي حنيفة (زوال الملك بلا تملك) وزواله يتأبد بعقود وإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه (ولهذا كان التوقيت مبطله) كالموقوف عشرين سنة لا يصح اتفاقاً لأنه انما يلزمه لو قال يجوز انقطاعه وعوده إلى الواقف بعد انقطاع تلك الجهة أو إلى ورثته وهو لم يقل ذلك بل قال إذا

قال المصنف (لها ما أن موجب الوقف زوال الملك) أقول أنت خبير بأن هذا لا يستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وجوابه مذكور في الشروح (قوله) وقيل أراد ههنا ما إذا حكم الحاكم بجهة الوقف ولزومه في آخره) أقول فيه أنه إذا حكم الحاكم بجهة الوقف ولزومه فيما إذا سمي جهة تنقطع ينبغي أن يتم الوقف لصادقة حكمه محلاً بجهته فليتام قال المصنف (ولا يبي يوسف رحمه الله تعالى عليه) أقول تأخير دليل أبي يوسف يدل على أن قوله هو المختار

وقيل ان التأيد شرط بالاجماع الا ان عند أبي يوسف لا يشترط ذكر التأيد لان لفظة الوقف والصدقة منبثثة عنه لما بيناه ان ازالة الملك بدون التملك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها الفقراء 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 قال (ويجوز وقف العقار)

انقطعت صار للفقراء ثم نقل القدروري انه هو على ما ذكره المصنف بان تناه من التأيد حيث قال (وقيل ان التأيد شرط بالاجماع الا ان ابا يوسف لا يشترط ذكر التأيد لان لفظ الوقف والصدقة منبثثة عنه لما بيناه ان ازالة الملك كالعتق) 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 القدروري ثم يذكر الرواية الاخرى ويذكر دليلهما الاول فاما الوجه الاول فاما يناسب الرواية عن أبي يوسف بانه بعد انقطاع الجهة يرجع الى ملك الواقف أو ذريته وقد تنقل من الفروع ما يدل على كل منهما عند أبي يوسف فنه ما في المبسوط فيما اذا تصدق على أمهات أو اولاده في حياته وجعل لهن السكنى بعد وفاته وأى امرأة تزوجت منهن أو خرجت منتقلة الى غيره فلا حق لها في السكنى ونصها مردود على من بقيت منهن فذلك جائز اعتبار السكنى بالغلة وهذا الشرط يصح منه لهن في الغلة الى ان قال وان لم يحتج من بقي منهن كان ميراثا على فرائض الله تعالى عند أبي يوسف لما بيناه بتوسع 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 بشرط واشترط العود الى الورثة يبطل هذا الشرط فيكون بطلا للوقف الا ان يجعل ذلك وصية عند موته فيجوز كالوصية لمعلوم يسكنى داره بعد موته مدة معلومة فانه جائز ان يلزم ويعود 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 يرجع 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 بصرف الوقف الى الفقراء قال في الاجناس فحصل عنه روايتان وأما الشرط الذي تقدم وهو قوله من تزوجت أو خرجت منتقلة عنه فلا حق لها فصحيح فلو طلقها زوجها أو مات أو عادت بعد ما انتقلت لا يرجع لهما ما كان لها في الوقف بل قد سقط لانه قطع استحقاتها بأحد هذه الصفات فلا يعود الا أن ينص على ذلك فيقول فان عادت أو فارقت عاذا ما كان لها (قوله ويجوز وقف العقار) وهو الارض مبنية كانت أو غير مبنية ويدخل البناء في وقف الارض تبعاً ويكون وقفاً معها وفي دخول الشجر في وقف الارض روايتان ذكرهما في الخلاصة وفي فتاوى قاضيان تدخل الاشجار والبناء في وقف الارض كما تدخل في البيع ويدخل الشرب والطريق استحصانا لان الارض لا توقف الا للاستغلال وذلك لا يكون الا بالماء والطريق فيدخلان كافي الاجارة ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف سواء كانت مما تؤول كل أولاً كالورد والراحين ولو قال وقفها بحقها جميع ما فيها ومنها قال هلال لا تدخل في الوقف أيضاً ولكن في الاستحصان يلزم التصديق بها على وجه النذر لانه لما قال صدقة موقوف بجميع ما فيها ومنها فقد تنكلم 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 وملقى سرقينه

وعلى هذا وانقطعت الجهة عاد الوقف الى ملكه ان كان حيا والى ملك ورثته ان كان ميتا وقائل أن يقول هذا التعليق غير مطابق لما ذكر عن أبي يوسف لانه قال وصار بعدها الفقراء وان لم يسمهم وذلك يدل على أن التأيد شرط والجواب أن المسروى عن أبي يوسف أمران أحدهما أنه لا يشترط التأيد أصلا والثاني أنه يشترط لكن لا يشترط ذكره باللسان والمصنف أشار الى القول الاول بالتعليق والى الثاني بذكر المذهب واستدل عليه بقوله وقيل إن التأيد شرط بالاجماع الخ وفي كلامه تعقيدا للحالة وقوله (وهذا على الارسال) أي ما ذكره القدروري

(قوله والجواب ان المسروى الخ) أقول هذا مما يهيم في كثير من المواضع

لان جماعة من الصحابة رضوا ان الله عليهم وقفوه (ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) قال رضى الله عنه وهذا على الارسال قول أبي حنيفة (وقال أبو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبده جاز) وكذا سائر آيات الحرائة لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد ثبت من الحكم تبعامالا ثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعاً أولى

ورماده ولا يدخل مسيل ماء في أرض مملوكة أو طريق وقوله (لان جماعة من الصحابة رضوا ان الله عنهم أجمعين وقفوه) قدمنا ذكر جماعة من رجال الصحابة ونسأهم وقفوا وأسانيدهم كورة في وقف الخصاص ومنها ما تقدم من وقف عمر رضى الله عنه أرضه ثم خرج ابراهيم الحارثي في كتابه غريب الحديث حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة حدثنا حفص بن غياث عن هشام بن عروة عن أبيه أن الزبير بن العوام رضى الله عنه وقف داره على المردودة من بناته قال والمردودة هي المطلقة والفاقة التي مات زوجها وفي البخاري وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضاً وجعلها لابن السبيل صدقة وأخرج الحاكم بسند فيه الواقدي وهو حسن عندنا وسكت هو عليه عن عثمان بن الأرقم المخزومي أنه كان يقول أنا ابن سبع الاسلام أسلم أبو سابع سبعة وكانت داره على الصفا وهي التي كان النبي صلى الله عليه وسلم يكون فيها في الاسلام وفيها دعا الناس الى الاسلام فأسلم فيها خلق كثير منهم عمر بن الخطاب رضى الله عنه فسميت دار الاسلام وتصدق بها الأرقم على ولده وذلك أن نسخة صدقة بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما قضى الأرقم الى أن قال لا تباع ولا تورث وفي الخلافات للبيهقي قال أبو بكر عبد الله بن الزبير الجيمدى تصدق أبو بكر رضى الله عنه بداره بمكة على ولده فهى 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 فهى الى اليوم وعمرو بن العاص بالوهط من الطائف وداره بمكة والمدينة على ولده فذلك الى اليوم قال وما لا يحضرنى كثير وهذا كله مما يستدل به على أبي حنيفة في عدم اجازته الوقف **فرع** اذا كنت الدار مشهورة ومعروفة صح وقفها وان لم تحدد استغناء لشهرتها عن تحديدها **فرع آخر** وقف عقار على مسجد أو مدرسة هيا مكانا البنائهما قبل أن يبنيا اختلف المتأخرون والصحيح الجواز وتصرف غلتهما الى الفقراء الى أن تبنى فإذا بنيت ردت اليها الغلة أخذ من الوقف على أولاد فلان ولأولاده حكوا بصحة وتصرف غلته للفقراء الى أن يولد لفلان **قوله** ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) كذا قال القدوري قال المصنف رحمه الله (وهذا على الارسال) أى على الاطلاق **قول أبي حنيفة رحمه الله** ثم قال القدوري (وقال أبو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبده جاز) والا كراهة الحارثون **وكذا آيات الحرائة** اذا كانت تبعاً للارض يجوز (لانها تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود) منها (وقد ثبت من الحكم تبعامالا ثبت مقصودا كبيع الشرب) والطريق لا يجوز مقصودا ويجوز تبعاً وهذا كثير مستغن عن العدة ولو مرض بعضهم فتعطل عن العمل ان كان الواقف جعل نفقتهم في مال الوقف وصرح بما فهى في مال الوقف والا لانفقة لهم وان لم يصرح به في مال الوقف فللقيم ان يبيع من عجز ويشتري بثمنه آخر يعمل كالأقوال فأخذ دينه عليه أن يشتري بها آخر ولو جنى أحدهم جناية فعلى القيم أن يتظر فان كان الاصلح دفع هذا العبد بالجناية دفعه أو فداءه فداءه من مال الوقف واذا فداءه بقديه تزيد على ارض الجناية فهو متطوع بالزيادة وليس لاهل الوقف من الدفع والفداء شئ فان فدوه كانوا متطوعين (ومحمد مع أبي يوسف فيه) يعنى فلا معنى لافراد أبي يوسف (لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده) أى عند محمد رحمه الله فتجوز تبعاً للعقار أولى وضمير لانه للشان أما لو وقف ضيعة فيم ابقروا وعبيده ولم يذكرهم فانه لا يدخل شئ

من قوله (ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) على الاطلاق مقصودا او تبعاً كراعا أو غيره تعاملاً وفيه أولاً قول أبي حنيفة والا كراهة جمع أكار وهو الزراع كأنها جمع آكرتة ديرا وقوله (والبناء في الوقف) أى في وقف الارض التي عليها ذلك البناء كوقف الخانات والرباطات وقوله (لانه لما جاز افراد بعض المنقول) يعنى من غير أن يجعل تبعاً لشيء كإلى المتعارف مثل الفأس والقدم والمرجل (عنده) أى عند محمد (فلان يجوز الوقف) أى وقف المنقول (تبعاً أولى) والمراد بالكرع هاهو الخليل لمناسبة ذكر السلاح

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 أولى) أقول هذا فيما فيه تعامل مسلم وأما مطلقاً فلا

تدبر

(وقال محمد يجوز حبس الكراع والسلاح) ومعناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس ان لا يجوز لما بيناه من قبل وجه الاستحسان الا نارا المشهورة فيسه منها قوله عليه السلام وأما خالده فقد حبس أدرعا وافر اساله في سبيل الله تعالى وطلحة حبس دروعه في سبيل الله تعالى ويري أكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها وعن محمد انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالقاس والمز والقدوم والمنشار والجنازة وثيابهم والقدور والمراجل والمصاحف وعند أبي يوسف لا يجوز لان القياس انما ابتكره بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه

من الآلات والبقر والعبيد في الوقف قال المصنف (وقال محمد يجوز حبس الكراع) وهي الخيل (والسلاح ومعناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف معه) أيضا في ذلك (على ما قالوا وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لما بيناه من قبل) من شرط التأييد والمنقول لا يتأبد (وجه الاستحسان الا نارا 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 فخرج ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ينقم ابن جميل الآن كان فقيرا فاعناه الله وأما خالده فاتكم نظلمون خالد اوقدا حبس ادرعه وأعتده في سبيل الله وأما العباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهي على ومثلها ثم قال أما شعرت ان عم الرجل صنوايه وأما ما ذكر المصنف من أن طلحة حبس دروعه وفي رواية ادرعه وأعتده فلم يعرف وكذا لم يعرف جمعه على اكراع لان فعلا لا يجمع على افعال بل على أفعال كعقاب وأعقب وانما ذكره في الصحاح صيغتي جمع قال فالجمع أكرع ثم أكارع الا أن الطبراني أخرجه عن ابن المبارك حدثنا جاد بن زيد عن عبد الله بن المختار عن عاصم بن بهدلة عن أبي وائل قال لما حضرت خالد بن الوليد الوفاة قال لقد طلبت انقتل فليقدر لي الا أن أموت على فراشي وما من عمل أربحى عندي من لا اله الا الله وأنا مترس ثم قال اذا أنامت فانظر واسلحي وفرسي فاجعلوه عدة في سبيل الله وذكر هذا الحديث بهذا السند في تاريخ ابن كثير وقال فيه ما من عمل أربحى عندي بعد لاله الا الله من ليلة نبتها وأنا مترس والسماء تهاني تنظر الصبح حتى تغير على الكفار واذا عرف هذا فالابل تدخل في حكمه بالدلالة لان العرب يغزون عليهم أتهر وى ان أم معقل جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان أبا معقل جعل ناخچه في سبيل الله واني أريد الحج فأركبه فقال صلى الله عليه وسلم اركبه فان الحج والعمرة من سبيل الله والحاصل ان وقف المنقول تبعا للعقار يجوز وأما وقفه مقصودا ان كان كراعاً أو سلاحاً جاز وفيما سوى ذلك ان كان مما يجر التعامل بوقفه كالتياب والحيوان ونحوه والذهب والفضة لا يجوز عندنا وان كان متعارفا كالجنازة والقاس والقدوم وثياب الجنازة ومما يحتاج اليه من الأواني والقدور وفي غسل الموتى والمصاحف قال أبو يوسف لا يجوز وقال محمد يجوز واليه ذهب عامة المشايخ منهم الامام السرخسي كذا في الخلاصة وفي الفتاوى لقاضيخان وقف بئاه بدون أرض قال هلال لا يجوز انتهى لكن في الخصاص ما يفيد أن الارض اذا كانت متفرقة للاحتسار جاز قائنه قال في رجل وقف ببناء داره دون الارض انه لا يجوز قيل له فما تقول في حوائت السوق ان وقف رجل حائوتا منها قال ان كان الارض اجارة في أيدى القوم الذين بنوها لا يجوز جهم السلطان عنها قال وقف جائز لانا نأخذ في أيدي أصحاب البناء يتوارثونها وتقسيم بينهم لا يتعرض لهم السلطان ولا يزعجهم عنها وانما علة أخذها وتداولها الخلفاء ومضى عليها الدهور وهي في أيديهم يتبايعونها وبواجر وتما وتجوز فيها اوصاياهم ويهدمون بناءها وينون غيره فأفاد أن ما كاز مثل ذلك جاز وقف البنين فيه والا فلا وذكر في موضع آخر في فتاوى قاضيخان اذ ابني قنطرة للسلمين جاز ولا يكون بناؤها ميراثا ثم ذكر أنه انما خص

وقوله (لما بيناه من قبل) يعني ما مران من شرطه التأيد والتأييد لا يتحقق في المنقول والمراجل قدور النحاس

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

وقوله (الحاقها بالمصاحف) يعني أن وقف المصاحف صحيح فكذلك الكتب ذكر في فتاوى فاضلخان اختلاف المشايخ في وقف الكتب
جوزها الفقيه أبو الليث وعليه الفتوى وقوله (كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله) احتراز عن الدراهم والدنانير فإن الانتفاع الذي خلقت
الدراهم والدنانير لأجله وهو الثمنية لا يمكن به مع بقاء أصله في ملكه (٥١) وقوله (ويجوز بيعة)

والجارية فإنه لا يجوز بيعه
فكذا وقفه عنده أيضا ولنا
أن الوقف في المنقول لا يتأبد
وهو ظاهر وما لا يتأبد لا يجوز
وقفه لأن التأبد لا بد منه
على ما بيناه فصارت المنقولات
كالدراهم والدنانير وقوله
(بخلاف العقار) جواب
عن اعتبارها بالعقار وقوله
(ولا معارض من حيث
السمع) جواب عن قوله
فأشبه الكراع والسلاح
يجوز وقف الكراع والسلاح
أيضا كالدراهم الأنا
تركناه بمعارض راجح من
حيث السمع وقوله (ولا
من حيث التعامل) جواب
عما قبل ترك الأصل في
الكراع والسلاح بمعارض
من حيث السمع وهو ليس
بوجود في المراحل والقدم
وغيرهما فلتكن صورة
التزاع مقبوضة على ذلك
ووجهه أن لهما معارضا
من حيث التعامل وليس
بوجود في صورة التزاع
كالعبيد والأهوالتياب
والبسط وأمثالها فتق على
أصل القياس وقوله (وهذا)
استظهار على أن الحاق غير
العقار والكراع والسلاح

ومحمد يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الأشياء وعن نصير بن
يحيى أنه وقف كنية الحاقها بالمصاحف وهذا صحيح لأن كل واحد يسلك للدين تعليما وتعلما وقراءة
وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد وما لاتعامل فيه لا يجوز عندهنا وقفه وقال الشافعي كل ما يمكن
الانتفاع به مع بقاء أصله لا يجوز بيعه يجوز وقفه لأنه يمكن الانتفاع به فأشبه العقار والكراع والسلاح
ولنا أن الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصارت كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من
حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على أصل القياس وهذا لأن العقار يتأبد ولا يهدأ سنام الدين
فكان معنى القرية قيم ما أقوى فلا يكون غيرهما في معناها

البناء بذلك لأن العادة أن تتخذ على جنبتي النهر العام وذلك غير بولك ثم قال وهذه المسئلة دليل على
جواز وقف البناء بدون الأصل ثم نقل عن الأصل أن وقف البناء بدون أصل الدار لا يجوز ولا يجوز وقف
البناء في أرض هي عارية أو آجارية وإن كانت ملكا لواقف البناء ما عند البعض وعن محمد إذا كان البناء
في أرض وقف جاز وقفه على الجهة التي تكون الأرض وبقا عليها ذكر الكل في الفتاوى وإطلاق
الآجارية يعارض قول الخصاص في أرض الحكور اللهم إلا أن يجعل تخصصها بسبب أنها صارت
كالملاك على ما ذكره وسمعت في الخلاصة إذا وقف مصفا على أهل المسجد لقراءة القرآن أن كانوا
يحصون جاز وإن وقف على المسجد جاز ويقرأ في ذلك المسجد وفي موضع آخر ولا يكون مقصورا على
هذا المسجد وأما وقف الكتب فكان محمد بن سلمة لا يجزئه ونصير بن يحيى يجزئه ووقف كتبه والفقيه
أبو جعفر يجزئه وبه نأخذ وجه قول أبي يوسف أن القياس بأباه والنص ورد في الكراع والسلاح على
خلافه فيقتصر عليه (ومحمد رحمه الله يقول القياس ينزل بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل
في هذه الأشياء) وعلى قول محمد أكثر فقهاء الأمصار وما لاتعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا) وقال الشافعي
رحمه الله كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه ويجوز وقفه وهذا قول مالك وأحمد أيضا وأما
وقف ما لا ينتفع به إلا بالتلاف كالذهب والفضة والمأكول والمشروب فغير جائز في قول عامة الفقهاء والمراد
بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس بجلي وأما الحلي فيصح وقفه عند أحمد والشافعي لأن حفصة
رضي الله عنها ابتاعت حيايا عشرين ألفا فحسبته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته وعن
أحمد لا يصح وقفه وأنكر الحديث ذكره ابن قدامة في الغني وحاصل وجه الجماعة القياس على الكراع
وعارضة المصنف بأن حكم الوقف الشرعي التأبد ولا يتأبد غير العقار غير أنه ترك في الجهاد لأنه سنام الدين
فكان معنى القرية قيم ما أقوى فلا يلزم من ثمرية الوقف فيها شراعية فيما هو دونها ولا يلحق دلالة
أيضا لأنه ليس في معناها وإذا عرفت هذا فقد زاد بعض المشايخ أشياء من المنقول على ما ذكره محمد
لمار أو من جريان التعامل فيها في الخلاصة وقف بقرة على أن ما يخرج من لبنها أو سمها يعطى لأبناء
السبيل قال إن كان ذلك في موضع غلب ذلك في أوقافهم رجوت أن يكون جائزا وعن الأنصاري وكان
من أصحاب زفر فبين وقف الدراهم أو الطعام أو ما يكال أو ما يوزن لا يجوز ذلك قال نعم قيل وكيف قال يدفع
الدراهم مضاربة ثم تصدق بها في الوجه الذي وقف عليه وما يكال وما يوزن يباع ويدفع ثمنه مضاربة
أو بضاعة قال فعلى هذا القياس إذا وقف هذا الكثر من الحنطة على شرط أن يقرض للفقراء الذين لا يدر
لهم ليزرعوا ولا أنفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الإدراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبدا على هذا

بمعنا غير جائز لأن غيرهما أقوى في معناها ولم يذكر التعامل اعتمادا على شهرة كون التعامل أقوى من القياس بخزان يترك به
قال المصنف (ولا بد منه على ما بيناه) أقول اللازم من الدليل هو تأبد الوقف مدة بقاء الموقوف وذلك موجود في محل التزاع أيضا
فلتأمل

قال (واذا صح الوقف لم يجز بيعه) أي إذا لم (٥٣) الوقف لم يجز بيعه ولا تملكه إلا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف فيطلب الشريك

القسمه فتصح مقاسمته
فقوله الآن يكون مشاعا
استثناء من قوله لم يجز بيعه
وهو منقطع أو متصل لأن
معنى المبادلة في قسمه
العقار راجع بفعل كأنه
بيع اتساعا أما امتناع
التملك فلما يبايعني ماروي
من قوله صلى الله عليه
وسلم تصدق بأصلها
لاتباع ولا توهب وما ذكره
من المعنى بقوله ولأن
الحاجة ماسة الخ وقوله
(وأما جواز القسمه)
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 خمسة ذراعا
وجب أن يكون القاسم
هنا غير الواقف لئلا يلزم
أن يكون الشخص الواحد
مطالباً ومطالباً فان مقاسم
النصف الذي هو الوقف
مطالب من مالك النصف
الذي هو غير وقف ومالك
النصف مطالب وهو
الواقف بعينه المقاسم
لنصف الوقف فكان
مطالباً ومطالباً وهو
لا يجوز فرفع أمره إلى
القاضي يقاسمه

(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 بان

قال (واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تملكه إلا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف فيطلب الشريك القسمه فيصح مقاسمته) أما امتناع التملك فلما يبايعني ماروي وأما جواز القسمه فلانها تميز وأما جواز القسمه فلانها تميز وأما جواز القسمه فلانها تميز وأما جواز القسمه فلانها تميز

السبيل يجب أن يكون جائزا قال ومثل هذا كثير في الري وناحية دنباوند والاكسية واسترة الموقى إذا وقف صدقة أبدأ جاز فندفع الاكسية للفقراء فينتفعون بها في أوقات لبسها ولو وقف ثورا لانتزاعهم لا يصح ثم إذا عرف جواز وقف الفرس والجمل في سبيل الله فلو وقفه على أن يمسه ما دام حيا ان أمسكه للجهاد جاز له ذلك لأنه لو لم يشترط كان له ذلك لأن الجمل فرس السبيل أن يجاهد عليه وان أراد أن ينتفع به في غير ذلك لم يكن له ذلك وضح جهله للسبيل يعني يبطل الشرط ويصح وقفه ولا يؤجر فرس السبيل إلا إذا احتج إلى نفقته فيؤاجر بقدر ما ينفق عليه قال في الخلاصة وهذه دلائل على أن المسجد إذا احتج إلى نفقة يؤاجر قطعة منه بقدر ما ينفق عليه اه وهذا عندى غير صحيح لأنه يه ودالي الفج الذي لا جله استثنى أبو يوسف المسجد من وقف المشاع وهو أن يتخذ مسجدا يصل فيه عاما واصططبا لا يربط فيه الدواب عاما ولو قيل انما يؤاجر لغير ذلك فنقول غاية ما يكون للسكنى ويستلزم جواز الجماعه فيه واقامة الخاقض والجنب فيه ولو قيل لا يؤاجر لذلك فكل عمل يؤجر له فيه تغيير أحكامه الشرعية ولا شك ان باحتياجه إلى النفقة لا تتغير أحكامه الشرعية ولا يخرج به عن أن يكون مسجدا ثم ان خرب ما حوله واستغنى عنه حينئذ لا يصير مسجدا عند محمد خلافا لابي يوسف وأما إذا لم يكن كذلك فوجب عمارته من بيت المال لأنه من حاجة المسلمين وفي الخلاصة أيضا يجوز وقف الغلمان والحواري على مصالح الرباط واذا زوج السلطان أو القاضي جارية الوقف يجوز ولو زوج عبد الوقف لا يجوز والفرق ظاهر وهو ان في الاول اكتسابا للوقف دون الثاني ولهذا الزوج أمة الوقف من عبد الوقف لا يجوز ومن فروع وقف المنقول وقف دار فيها جامات يخرج من ورجع في يدخل في وقفه الجماعات الاصلية قال الفقيه هو كوقف الضيعة مع الثيران وسئل أبو بكر عن وقف شجرة بأصلها والشجرة مما ينتفع بأوراقها وثمرها قال الوقف جائز وينتفع بثمرها ولا يقطع أصلها ان تفسد أغصانها فان لم ينتفع بأوراقها وثمرها فانه ما تقطع ويصرف ثمنها إلى سبيله فان نبت ثانيا ولا أغرس مكانها وسئل أبو القاسم الصفار عن شجرة وقف ببس بعضها وبقي بعضها فقال ما يبس منها فببيله سبيل غلثها وما بقي متروك على حالها (قوله وإذا صح الوقف) أي لزم وهذا يؤيد ما قدمناه في قول القدوري وإذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ثم قوله (لم يجز بيعه ولا تملكه) هو باجماع الفقهاء (الآن يكون مشاعا فيطلب شريكه القسمه عند أبي يوسف فتصح مقاسمته أما امتناع التملك فلما يبايعني) من قوله عليه الصلاة والسلام تصدق بأصلها لا يبيع ولا يوهب ومن المعنى وهو ان الحاجة ماسة إلى آخره ولأنه بالزوم خرج عن ملك الواقف وبلا ملك لا يمكن من البيع (وأما جواز القسمه) أي عندهما فان على قول أبي حنيفة لا يجوز وان قضى القاضي بصحة وقف المشاع لانها مبادلة ومعنى المبادلة هو الرجوع في غير المثلثات (فلانها تميز) معنى (وأما جواز القسمه) أن الغالب في غير المكمل والموزون معنى المبادلة إلا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظرا للوقف فلم تكن يباع وتملك ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية للواقف) عند أبي يوسف ووقف المشاع انما يجوز على قوله (و) لو طلب الشريك القسمه (بعدموته) فالقسمه (إلى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالقسمه طريقان أحدهما أن يقاسمه القاضي)

بان

من قوله ولا تملكه كما يدل عليه أول كلام المصنف نعم يفهم من آخره كونه استثناء بان

أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم ان أعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وان أعطى الواقف جاز ويكون بقدر الدراهم شراء قال (والواجب ان يتدأ من ارتفاع الوقف بممارته شرط ذلك الواقف أولم يشترط) لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا يتق دائما إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء

أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه ولو كان في القسمة فضل دراهم بأن كان أحد النصيبين أجود فدعت الضرورة إلى ادخال الدراهم في القسمة أو تضاعف على ذلك فإن ادخل الدراهم في القسمة لا يجوز إلا بضرورة أو بالتراضي على ماسية في كتاب القسمة ان شاء الله تعالى فلا يخلو إما أن يكون الواقف يأخذ الدراهم أو يعطيها فإن كان الأول لم يجز لأنه يعطى بمقابله الدراهم شيئا من الوقف وبيع الوقف لا يجوز وان كان الثاني جاز لأنه حينئذ يشتري شيئا بمقابله الدراهم ويقفه وهو جائز

بان يرفع الأمر اليه ويطلب منه القسمة فيأمر رجلا أن يقاسمه (الثاني أن يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه) ان أحب وهذا (لأن الواحد لا يصلح أن يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم) بأن كان أحد النصفين أجود من الآخر فجعل بازاء الجودة دراهم فان كان الاخذ للدراهم هو الواقف بان كان النصف الذي هو غير الوقف هو الاحسن لا يجوز لأنه يصير بائعا بعض الوقف وبيع الوقف لا يجوز وان كان الاخذ بشرطه بان كان النصيب الوقف أحسن جاز لان الواقف مشتري لا بائع فكأنه اشتري بعض نصيبه بشرطه فوقفه فقول (ان أعطى الواقف لا يجوز) يصح على بناءه للفعل ورفع الواقف ويصح على بناءه للفاعل ونصب الواقف لان المعنى فيه ما أنه أخذ الدراهم واعلم ان عدم جواز البيع في غير القسمة فيما اذا كان قائما عامرا أما اذا تم دم ولا حاصل له يعمر به فيجوز لانه يرجع إلى ملك الواقف ان كان حيا وإلى ورثته ان كان ميتا وقال الصدر الشهيد في جنس هذه المسائل نظير يعني لان الوقف بعد ما خرج إلى الله تعالى لا يعود إلى ملك الواقف وأنت تعلم ان قول محمد بن جوعه إلى ملك الواقف أولى من قوله في المسجد لان خلاصه لله تعالى أقوى من غيره من الاوقاف ولان ذلك بشرط الفائدة وقد تحقق انتفاؤها اذا لم يكن له ربيع يعاديه ولا يوجد من يستأجره فيعمره ومن ذلك حافوت احترق في السوق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر البنته وحوض محلة حرب وصار بحيث لا يمكن عمارة فهو للواقف ولو ورثته فان كان واقفه وورثته لا تعرف فهو لقطعة كذا في الخلاصة زاد في فتاوى الخاصي اذا كان كالقطعة يتصدقون به على فقير ثم يبيعه الفقير فينتفع بثمنه وعلى هذا فانما يصير لبيت المال اذا عرف الواقف وعرف موته وانقراض عقبه وروى عن محمد اذا ضعت الارض عن الاستغلال ويجهد القسيم بثمنها أخرى هي أكثر ريعا كان له أن يبيعها ويشتري بثمنها ما هو أكثر ريعا وأما قول طائفة من المشايخ فيما اذا خاف المتولى على الوقف من وراث أو سلطان يغلب عليه قال في النوازل يبيعها ويتصدق بثمنها قال وكذا كل قيم خاف شيئا من ذلك قالوا الفتوى على خلافه لان الوقف بعد ما أصبح بشرائطه لا يحتتمل البيع وهذا هو الصحيح حتى ذكر في شجرة جوز وقف في دار وقف خربت الدار لا تباع الشجرة لعمارة 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 يقتضى اذا تعين البيع كونه قبل الهدم دفعا لزيادة مؤنة الهدم الا أن تزيد القيمة بالهدم وفي زيادات أبي بكر بن حامد أجمع العلماء على جواز بيع بناء الوقف وحصره اذا استغوانه (قوله والواجب ان يتدأ من ارتفاع الوقف بممارته سواء شرط الواقف ذلك أولم يشترط) لان الغرض لكل واقف وصول الثواب مؤبدا وذلك (بصرف الغلة مؤبدا) ولا يمكن ذلك بلا عمارة فكانت العمارة مشروطة اقتضاء 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 والمراج والبذر وازراق الولاية عليها والعملة وأجور الحراس والحصادين والدراسين لان حصول منفعتهم في كل وقت لا يتحقق الا بدفع هذه المؤن من رأس الغلة قال شمس الأئمة وذلك وان كان يستحق بلا شرط عندنا لكن لا يؤمن جهل بعض القضاة

وقوله (لان الخراج بالضمان) هذا لفظ الحديث وهو من جوامع الكلم ولا حرازه معاني جمة جري مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة ومعناه ههنا ان غلة الوقف لما كانت للموقوف عليهم كانت العمارة عليهم ايضا ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم أي لا يفوز 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 حتما لانه قال فهو في ماله أي مال شاه وهذه الغلة أيضا من ماله فلولا يقيده بذلك تناقض كلامه وقوله (ولو كان الزنف على الفقراء) يعني لاعلى رجل بعينه فكذلك عند البعض أي لاتصرف غلة الوقف الى زيادة عمارة لم تكن في ابتداء الوقف بل تصرف الى الفقراء وعند آخرين يجوز ذلك والاول وهو ان يكون البناء الثاني مثل الاول لازائدا عليه أصح لما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (وان وقف دارا على سكتي ولده) ظاهر

ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانما على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم وأقرب أموالهم هذه الغلة فتجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه وأخره للفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حال حياته ولا يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبته وانما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وان خرب يبني على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت غلته مضمرة في الموقوف عليه فأما الزيادة على ذلك فليست بمسحقة عليه والغلة مسحقة له فلا يجوز صرفها الى شيء آخر الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والاول أصح لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة قال (فان وقف دارا على سكتي ولده فالعمارة على من له سكتي) لان الخراج بالضمان على ما صرف كنفقة العبد الموصى بخدمته (فان امتنع من ذلك أو كان فقيرا أجزاها الحاكم

فيذهب رأيه الى قسمه جميع الغلة فاذا شرط ذلك في صكها يقع الامن بالشرط قال المصنف (ولان الخراج بالضمان) أي الانتفاع بخراج الشيء كغلة العبد والداية ونحو ذلك بقيام ذلك الشيء أي لكون ذلك الشيء لو تلف تلف من ضمان المستعمل وروى أبو عبيد في كتاب غريب الحديث عن مروان الفزاري عن ابن أبي ذئب عن محمد بن أبي خفاف عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى ان الخراج بالضمان قال أبو عبيد معناه والله أعلم الرجل يشتري المملوك فيستغله ثم يجده عبيا كان عند البائع فقضى انه يرد العبد على البائع بالعبير ويرجع بالنن فيأخذه وتكون له الغلة طيبة وهو الخراج وانما طابت لانه كان ضامنا لعبد ولومات مات من مال المشتري لانه في يده اه وهذا الحديث نقض عمر بن عبد العزيز قضاءه حين قضى بالغلة للبائع وهذا الحديث من جوامع الكلم وفي معناه الغرم بالغرم وقد جرى لفظه مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة وقوله (وصار) أي عمارة الوقف (كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها) تكون (على الموصى له بها) (قوله) ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم) لا يتصور أن يلزموا العدم اجتماعهم ولعسرتهم (وأقرب أموالهم هذه الغلة) الكائنة للوقف (فتجب) العمارة فيها (قوله) وان كان الوقف على رجل بعينه) أو رجال (وأخره للفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حياته) فاذا مات من الغلة (ولا يؤخذ من الغلة) بعينا (لانه) رجل (معين يمكن مطالبته) ثم هو يعطى ان شاء من الغلة وان شاء من غيرها ثم العمارة المستحقة عليه انما هي (بقدر ما يبقى الموقوف به على الصفة التي وقف) عليها (فأما الزيادة فليست بمسحقة) 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 أصح) لانه صرف حق الفقراء الى غير ما يستحق عليهم ولا تؤخر العمارة اذا احتيج اليها وتقطع الجهات الموقوفة عليها لها ان لم يخف ضرر دين فان خيف قدم وأما الناظر فان كان المشروط له من الواقف فهو كأحد المستحقين فاذا قطعوا العمارة قطع الأنا يعمل كالفاعل والبناء ونحوهما فأي أخذ قدر أجرته وان لم يعمل لا يأخذ شيئا قال الامام نخر الدين قاضي بخان رجل وقف ضيعة على مواليه ومات فجعل القاضي الوقف في يد قيم وجعل له عشر الغلات مثلا وفي الوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة لاجحة فيها الى القيم وأصحاب هذه الطاحونة يسمون غلته لا يجب للقيم فيها ذلك العشر لان القيم لا يأخذ ما يأخذ الا بطريق الاجر فلا يستوجب الاجر بلا عمل اه فهذا عندنا قيم لم يشترط له الواقف شيئا أما اذا شرط كان من جهة الموقوف عليهم (قوله) فان وقف دارا على سكتي ولده) أو غير ولده (فالعمارة على من له السكتي لان الخراج بالضمان وصار كالعبد الموصى بخدمته فاذا امتنع من ذلك أو كان فقيرا أجزاها الحاكم

وقوله (والاول اولى) يريد بها جارة الحاكم وعمارتهما باخرتها ثم ردها الى من له السكنى (٥٥) والثاني هو ترك العماره واستفيد

وعمرها باخرتها واذا عمرها ردها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والاول اولى ولا يجبر الممتنع على العماره لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة فلا يكون امتناعه رضامنه بطلان حقه لانه في حيز التردد ولا تصح اجاره من له السكنى لانه غير مالك قال (وما نهى من بناء الوقف وآلتيه صرفه الحاكم في عماره الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيه ماله لانه لا بد من العماره ليبقى على التأيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفه انما هو الا أمسكها حتى لا تعذر عليه ذلك أو ان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر اعادته عينه الى موضعه ببيع وصرف ثمنه الى المرمه صرفا للبدل الى مصرف المبدل

وعمرها باخرتها) ثم ردها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والاول) وهو العماره (أولى) من الثاني وهو عدم عمارتها المدلول عليه بقوله لو لم يعمرها لان الجمع بين المصليتين أولى من ابطال احدهما (ولا يجبر الممتنع على العماره لما فيه من الزام الضرر) اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في ما اذا عقد عقد (المزارعة) وبين ان عليه البذر فامتنع من عليه البذر عن العمل لا يجبر عليه لذلك (ثم لا يكون امتناعه رضامنه بطلان حقه لان امتناعه في حيز التردد) يعني دلالة الامتناع على الرضا باسقاط حقه متردد فيها لجواز كون امتناعه لعدم القدرة على العماره ولرجائه اصطلاح القاضي كما يجوز كونه رضاه بابطال حقه (و) انما قال اجرها الحاكم لانه (لا تصح اجاره من له السكنى) وعلمه بقوله (لانه غير مالك) وفي تقريره قولان أحدهما انه ليس بمالك للمنفعة بل أبيع له الانتفاع وهذا ضعيف فان للوقوف عليه السكنى ان يعمر الدار والاعارة تملك المنافع بلا عوض والمسئلة في وقف الخصاص والآخرة ليس بمالك للعين والاجاره تتوقف عليه لانها بيع المنافع والمنافع معدومة فلا يتحقق ملكها اليها كما فاقمت العين مقام المنفعة ليرد عليها العقد فلا بد من كونها مملوكة وهو مشكل لانه يقتضي ان لا يصح اجاره المستاجر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل وان لا يصح من الموقوف عليه السكنى الاعارة لكنه يصح كما ذكرنا فالأولى أن يقال لانه تملك المنافع بلا بدل فلم يملك تملكها يبدل وهو الاجاره والمالك أكثر مما ملك بخلاف الاعارة وهذا الوجه والذي فيه يفتيد 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 الاجاره بل مملكه من المنافع بلا بدل ونص الاستروشنى انه رأى في المنقول ان اجاره الموقوف عليه لا تجوز وانما يملك الاجاره المتولى والقاضى ونقل عن الفقيه أبي جعفر انه ان كان الاجر كله للوقوف عليه اذا كان الوقف لا يستمر فحوزا جارتها وهذا في الدور والحوانيت وأما الاراضى فان كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للوقوف عليه أن يؤجر وان لم يشترط ذلك فيجب أن يجوز ويكون الخراج والمؤنة عليه هـ ذ او ان لم يرض الموقوف عليه السكنى بالعماره ولم يجز للقاضى من يستاجرها لم أر حكم هذه في المنقول من المذهب والحال فيها يؤدى الى أن تصير نقضاً على الارض كرماد تسفوه الرياح وخطرى انه يحجزه القاضى بين أن يعمرها فتسوفى منفعته او يبردها الى ورثة الواقف (قوله) وما نهى من بناء الوقف وآلتيه وهو بالجر كالخشب والقصب وقد بضم عطقا على ما صرفه الحاكم في عماره الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج اليه وانت تعلم ان بالانهدام تحقق الحاجة الى عماره ذلك القدر فلا معنى للشرط في قوله ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج وانما المعنى انه ان كان التبرؤ للعماره ثابتا في الحال صرفه اليها والا حفظه حتى يتم بذلك وتحقق الحاجة فان المنهدم قد يكون قليلا جدا لا يخل بالانتفاع

ذلك بقوله لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا وقوله (في حيز التردد) بيانه ان الامتناع يحتمل أن يكون لبطلان حقه ويحتمل أن يكون نقصان ماله في الحال ولرجائه اصطلاح القاضى وعمارته ثم رده اليه وقوله (ولا تصح اجاره من له السكنى) اضافة المصدر الى فاعله وهذا لان الاجاره تملك المنافع بعوض ولا تملك من غير المالك ومن له السكنى ليس بمالك وفوقض بالمستاجر فان له أن يؤجر الدار وليس بمالكها وأوجب بأنه مالك المنفعة ولهذا أقيمت العين في ابتداء العقد مقام المنفعة لتلازم تملك المنفعة المدومة ومن له السكنى أبيضته المنفعة ولهذا لم تتم العين مقام المنفعة في ابتداء الوقف ولا يلزم من جواز تملك المالك جواز تملك غيره قال (وما نهى من بناء الوقف وآلتيه) قال صاحب النهاية قوله وان لم يحتمل أن يكون مجردا بالعطف على البناء يعني ما نهى من من آله الوقف بأن يبلى خشب الوقف وفسد ويحتمل أن يكون مرفوعا بالعطف على ما الموصولة وهو المنقول عن الثقات لانه لا يقال انه دمت الآلة

والنقص بضم النون البناء المنقوض وفي الصحاح ذكره بكسر النون لا غير

وقوله (ولا يجوز على قياس قول محمد) بناء على ان التسليم الى المتولى شرط عنده ولم يوجد قال الصدرا الشهد والفتوى على قول أبي يوسف ترغيبا للناس في الوقف وقوله (فقد قيل يجوز بالاتفاق) وهو رواية الميسوط والذخيرة والتمتة وفتاوى قاضيان وهذا ظاهر على أصل أبي يوسف فإنه لو شرط بعض الغلة أو كلها لنفسه في حال حياته جازت لامهات أولاده أو أولى وأغنا الاشكال على قول محمد فإنه لا يجوز أن يشترط ذلك لنفسه واشترطه (٥٦) لامهات أولاده في حياته بمنزلة اشتراطه لنفسه ولكن يجوز ذلك استحسانا بالعرف

ولانه لا بد من تصحيح هذا الشرط
لهن لانهم يعتقدون بعونه
فاشترطه لهن كاشترطه
لسائر الاجانب فيجوز ذلك
في حياته أيضا تبعاً لما بعد
الوفاء وقد قيل هو على الخلاف
أيضا وهو الصحيح لان اشتراطه
لهم في حياته أي اشتراط
دفع الغلة في ابتداء الوقف
لامهات أولاده ومدبريه
وذكر الضمير تغليبا للمدبرين
على أمهات الاولاد كاشترطه
لنفسه ثم اشتراط صرف
الغلة لنفسه في ابتداء
الوقف جائز بدون واسطة
عند أبي يوسف فكذلك يجوز
اشتراط صرف الغلة الى
نفسه انتهاء بواسطة اشتراط
صرف الغلة الى أمهات
أولاده ومدبريه ووجه قول
محمد أن الوقف تبرع على
وجه التملك بالطريق الذي
قدمناه أي بطريق التقرب
الى الله تعالى فاشترطه
الكل أو البعض لنفسه
يبطله لان التملك من نفسه
لا يتحقق فصار كالصدقة
المنفذة فإنه لا يجوز ان يسلم
قدرا من ماله للفقير على

(ولا يجوز ان يقسمه) يعنى النقص (بين مستحقى الوقف) لانه جزء من العين ولا حتى للوقوف عليهم
فيه وانما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم قال (واذا جعل الواقف
غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه جاز عند أبي يوسف) قال رضى الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة
لنفسه وجعل الولاية اليه أما الاول فهو جاز عند أبي يوسف ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول
هلال الرازى وبه قال الشافعى وقيل ان الاختلاف بينهما ما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض
والافراز وقيل هي مسألة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء
وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء سواء ولو وقف وشرط البعض أو الكل
لامهات أولاده ومدبريه ماداموا أحياء فإذا ماتوا فاهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد
قيل هو على الخلاف أيضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهم في حياته كاشترطه لنفسه

بالوقف ولا يقرب به من ذلك فيكون وجوده كعدمه فيؤخر حتى تحسن أو تجب العمارة وان تعذر
اعارته بأن خرج عن الصلاحية لذلك لضعفه ونحوه باعه وصرف ثمنه في ذلك إقامة للبدل مقام المبدل
ولا يقسمه بين مستحقى 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 فيما ورد عليه ووقف
الواقف أما فيما اشترط المتولى من مستغلات الوقف فإنه يجوز بيعه بلا هذا الشرط وهذا لان في
صيرورته وقفا خلافا واختار أنه لا يكون وقفا لقيم أن يبيعه متى شاء لمصلحة عرضت (قوله واذا
جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه جاز عند أبي يوسف) فهذا ان فصلان
ذكرهما القدورى (شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه أما الاول فهو جاز عند أبي يوسف) وهو
قول أحد وابن أبي ليلى وابن شبرمة والزهرى ومن أصحاب الشافعى ابن سريج (ولا يجوز على قياس قول
محمد وهلال) الرأي وهو هلال بن يحيى بن مسلم البصرى وانما نسب الى رأى أى لانه كان على مذهب
الكوفيين ورأىهم وهو من أصحاب يوسف بن خالد السمنى البصرى ويوسف هذا من أصحاب أبي
حنيفة وقيل ان هلالا أخذ العلم عن أبي يوسف وزفر ووقع في الميسوط والذخيرة وغيرهما الرازى
وفى المغرب هو تجر يف بل هو الرأى بنسب يد الرء المهمة لانه من البصرة لامن الرى والرازى نسبة الى
الرى وهكذا صحح في مسند أبي حنيفة وغيره بقول محمد قال الشافعى ومالك والخلاف في شرط كل الغلة
لنفسه وبعده على الفقراء أو بعضها وبعده للفقراء ثم (قيل ان الاختلاف بينهما بناء على الخلاف
في اشتراط القبض) أى قبض المتولى قبل الشرطه محمد منع اشتراط الغلة لنفسه لانه حينئذ لا ينقطع
حقه فيه وما شرط القبض الا ليقطع حقه وما لم بشرطه أبو يوسف لم يمنعه (وقيل مسألة مبتدأة)
غير مثبتة وهو أوجه ثم وصل المصنف بهذه الخلافية ما اذا شرط الغلة لامهات أولاده ومدبريه ماداموا
أحياء فإذا ماتوا كان للفقراء بناء على جعل الخلاف المعروف جار يافيه اعلى ما صححه المصنف وقيل
بل صحة شرط الغلة لامهات أولاده ومدبريه بالاتفاق وهو الاصح وما قال المصنف مخالف لما في الميسوط

والحيط

وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه فقوله وشرط بالجر

عطا على قوله كالصدقة المنفذة ومعناه أن يجعل بعض المسجد لنفسه كان ما نعا عن الجواز في الكل فكذلك اذا جعل بعض الغلة لنفسه
قال المصنف (وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على) أقول في هذا البناء نوع تأمل ظاهرا لكن يظهر وجه البناء بما ذكره الخبازى قال
المصنف وقد قيل هو على الاختلاف أيضا وهو الصحيح) أقول مخالف رواية الكتب المذكورة (قوله لان اشتراطه لهم في حياته) أقول
ذكر الضمير في قوله لهم تغليبا للذكور على الاناث

وجه قول محمد رجه الله ان الوقف تبرع على وجه التملك بالطريق الذي قدمناه فاشترطه البعض أو الكل لنفسه يبطله لان التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفقة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ولا يويوسف ماروي أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يأكل من صدقته والمراد منها 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 كأنه تعالى لنفسه لأنه يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خاناً أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط 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

والحيط والخيرة والتممة وفتاوى قاضخان فان الكل جعلوا الصحة بالاتفاق وفرق في المبسوط لمحمد رجه الله بين شرط الغلة لنفسه حيث لا يجوز ولا مهادت أو لادته حيث يجوز مع أن شرطه له بن وسدريه كشرطه لنفسه بأن حرهم نبت بموته فيكون الوقف عليهم كالوقف على الاجانب ويكون ثبوته لهم في حالة حياته تبعاً لما بعد موته كما قال أبو حنيفة في أصل الوقف اذا قال في حياتي وبعد وفاتي يلزم أمالو الوقف على عبيده وإمائته فلا يجوز عند محمد لانهم لا يعقون بموته فلا تبعية ويجوز عند أبي يوسف كشرطه لنفسه (وجه قول محمد رجه الله أن الوقف تبرع على وجه التملك) للغلة أو للسكنى (فاشترط البعض أو الكل لنفسه يبطله لان التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفقة) بأن تصدق على فقير بمال وسلم اليه على أن يكون بعضه لم يجز لعدم الفائدة اذ لم يكن مملوكاً على هذا التقدير الا ما وراء ذلك القدر فكذا في الصدقة الموقوفة (وكشرط بعض بقعة المسجد لنفسه) بينا (ولابي يوسف ماروي 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 يشرط 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 حجر المدري أخبرني قال ان في صدقة النبي صلى الله عليه وسلم بأكل منها أهلها بالمعروف غير المتكسر (ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى فاذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار يملو كأنه تعالى لنفسه لانه جعل ملك نفسه لنفسه) كذا قرره المصنف وعلى ما سلف لنا في اشتراط التسليم الى المتولى عند محمد بن يعقوب أن يقره هكذا الموقوف ازالة الملك الكائن بالعين واسقاطه الى مالك ابتغاء مرضاة الله تعالى على وجهه يعتبر فيه شرطه الغير المنافي للقرية والشرع وشرط النفقة على نفسه منه لا ينافي في ذلك (كما اذا بنى خاناً أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن يشرب منها أو مقبرة وشرط أن يدفن فيها) قال صلى الله عليه وسلم نفقة الرجل على نفسه صدقة (روى معنى هذا الحديث من طرق كثيرة يبلغ بها الشهرة قروي ابن ماجه من حديث المقدم بن معاذ يكره عنه عليه الصلاة والسلام قال ما من كسب الرجل كسب أطيب من عمل يده وما أنفق الرجل على نفسه وأهله وولده وخادمه فهو صدقة وأخرجه النسائي عن بريدة عن جبير بن مطعم ما أنفق الرجل على نفسه وأهله فهو صدقة الحديث وأخرج ابن حبان في صحيحه عن أبي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل كسب مالا حلالاً فاطعمه نفسه أو كساه من دونه من خلق الله تعالى فان له زكاة ورواه الحاكم الا أنه قال فانه له زكاة وقال صحيح الاسناد ولم يخبر جاء وأخرج الحاكم أيضاً والدارقطني عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل معروف صدقة وما أنفق الرجل على نفسه وأهله فهو له صدقة وما وفق به عرضه صدقة الحديث وفيه فقلت لمحمد بن المنكدر ما معني وفق به عرضه قال أن يعطي الشاعر وذا اللسان المتفق وقال صحيح الاسناد وأخرج الطبراني عن أبي امامة عنه عليه الصلاة

وقوله (ولابي يوسف ماروي 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 أبداً بقوله له ما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك والى قوله (ولابي يوسف أن المقصود هو التقرب فعمل من هذا المجموع ان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القرية

قال المصنف (وجه قول محمد رجه الله تعالى عليه ان الوقف تبرع على وجه التملك) أقول فيه نوع مخالف للمسبق من أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك ولما قاله الشارحون من أن في الوقف اباحة المنفعة لامتلاكه كما سبق في الدرس السابق وجوابه ان المنفعة غير العلة

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

ولو شرط الواقف ان يستبدل به أرضاً أخرى اذا شاء ذلك جائز عند أبي يوسف كما هو مذهبه في التوسع في الوقف وعند محمد والوقف جائز والشرط باطل لان هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زواله والوقف يتم بذلك ولا يتقدم به معنى التأييد في أصل الوقف فيتم الوقف بشرطه ويبقى الاستبدال شرطا فاسدا فيكون باطلا في نفسه كالمسجد اذا شرط الاستبدال به أو شرط أن يصلى فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح فلهذا مثله

والسلام قال من أنفق على نفسه نفقة فهي له صدقة ومن أنفق على امرأته وأهلها وولده فهو له صدقة وفي صحيح مسلم عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال لرجل ابدأ بنفسك فتصدق عليها فان فضل شي فإلهك الحديث فقد ترجع قول أبي يوسف قال الصدر الشهيد والفتوى على قول أبي يوسف ونحن أيضا نفتي بقوله ترغيبا للناس في الوقف واختاره مشايخ بلخ وكذا ظاهر الهداية حيث أخرج وجهه ولم يدفعه ومن صور الاشتراط لنفسه ما لو قال على أن يقضى دينه من غلته وكذا إذا قال اذا حدثت على الموت وعلى ديني بسدأ من غلة هذا الوقف بقضاء ما على قفاضل فعلى سبيله كل ذلك جائز وفي وقف الخصاص اذا شرط أن ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف فجات غلته فباعها وقبض منها ثم مات قبل أن ينفق ذلك هل يكون ذلك لورثته أو لأهل الوقف قال يكون لورثته لانه قد حصل ذلك وكان له فقد عرف ان شرط بعض الغلة لا يلزم كونه بعضا معيننا كالنصف والرابع وكذلك اذا قال اذا حدثت على فلان الموت يعني الواقف نفسه أخرج من غلة هذا الوقف في كل سنة من عشرة أسهم مثلا سهم يجعل في الحج عنه أو في كفارات أعيانه وفي كذا وكذا أو سمي أشياء أو قال أخرج من هذه الصدقة في كل سنة كذا وكذا ادبرها لتصرف في هذه الوجوه ويصرف الباقي في كذا وكذا على ما سبله (قوله ولو شرط أن يستبدل بها أرضاً أخرى) تكون وقفا مكانه (فهو جائز عند أبي يوسف) وهو لال والخصاف وهو استحسان وكذا لو قال على ان أبيعها أو اشتري بغيرها أخرى مكانا وقال محمد يصح الوقف ويبطل الشرط وليس له بعد استبداله مرة أن يستبدل ثانيا لانتهاء الشرط بجرة الأناذ كعبارة يقبضه ذلك دائما وكذا بالنسب للقيم الاستبدال الأناذ ينص له بذلك وعلى وزان هذا لو شرط لنفسه ان ينقص من المعالم اذا شاء ويزيد ويخرج من شاء ويستبدل به كان له ذلك وليس لقيمة الأناذ يجعله واذا أدخل وأخرج مرة ليس له ثانيا الا بشرطه ولو شرطه للقيم ولم يشترطه لنفسه كان له ان يستبدل لنفسه لان افاذته الولاية لغيره بذلك فرع كونه يملكها ولو قيد شرط الاستبدال للقيم بحياة الواقف ليس له ان 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 اذا غصبها غاصب وأجرى عليها الماء حتى صارت بحرا لا تصلح للزراعة يضمن قيمتها ويشتري بها أرضاً أخرى فتكون وقفا مكانها وكذا أرض الوقف اذا قفل زلها بحيث لا تتحمل الزراعة ولا تنفضل غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح الارض في الاستبدال بأرض أخرى وفي نحو هذا عن الانصاري صحة الشرط لكن لا يبيعه الا باذن الحاكم وينبغي للحاكم اذا رفع اليه ولا منفعة في الوقف ان يأذن في بيعها اذا رآه أنظر لاهل الوقف واذا كان حاصله اثبات وقف آخر لم يكن شرطا فاسدا هو اشتراط عدم حكمه وهو التأييد هو التأييد معنى ولا يقال حكم الوقف اذا صح الخروج عن ملكه فلا يمكنه بيعه لاننا نقول حكم ذلك على وجهه يتفاد فيه شرطه الذي شرط في أصل الوقف اذا لم يخالف أمر شرعيا وقد بينا ان شرط الاستبدال لا يخالفه فوجب اعتباره وكون شمس الأعمدة كرمسئلة ثم قال ولهذا بين خطأ من يجوز استبدال الوقف وكذا ما عن ظهر الدين رجوعه عنه بعد ان كان يقضى به لا يوجب اتباعه مع قيام وجهه غيره ولو اريد تجوز الاستبدال بغير شرط الاستبدال فيما اذا كان أحسن للوقف كان حسنا والحاصل ان الاستبدال اما عن شرطه الاستبدال وهو مسئلة الكتاب أولا عن شرطه فان كان الخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليه به فينبغي ان لا يختلف فيه كالصورتين المذكورتين لقاضيان وان كان لالتكبل انفق انه أمكن أن يؤخذ بين الوقف ما هو خير منه مع كونه منتفعا به فينبغي ان لا يجوز لان الواجب ابقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة أخرى ولانه

ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف وعند محمد الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا

لاموجب لتجوز لان الموجب في الاول الشرط وفي الثاني الضرورة ولا ضرورة في هذا اذا لم تجب الزيادة فيه بل بتقيته كما كان ولعل محل ما نقل عن السير الكبير من قوله استبدال الوقف باطل الا في رواية عن أبي يوسف هذا الاستبدال والاستبدال بالشرط مذهب أبي يوسف المشهور عنه المعروف لا مجرد رواية والاستبدال الثاني ينبغي ان لا يختلف فيه كما قلنا وفي فتاوى قاضيان أجمعوا ان الواقف اذا شرط الاستبدال لنفسه يصح الشرط والوقف ويمك الاستبدال بما بالشرط أشار في السير الى أنه لا يملكه الا باذن القاضي ولا يخفى ان محل الاجماع المذكور كون الاستبدال لنفسه اذا شرطه له وفي القاضى فيما لا شرط فيه لا في أصل الاستبدال والافهوقد نقل الخلاف وعرف من هذا أن محل ما ذكرناه عن الانصارى ما اذا لم يشرطه لنفسه ثم اذا اشترى البديل للوقف صار وقفا ولا يتوقف وقيته على أن يقفه بلفظ يخصه وليس للقيم أن يوصى بالاستبدال لمن يوصى اليه عند موته بالوقف ومن فروع الاستبدال لو قال على أن يبيعها بقليل أو كثيرا وعلى أن يبيعها واشترى بثمنها عند انقضاء هلال على فساد الوقف كأنه قال على ان أبطؤها ولو انقصر على قوله على أن يبيعها واشترى بثمنها أرضا جاز استحسانا واذا قال على أن استبدل أرضا أخرى ليس له ان يجعل البديل دارا وكذا على العكس ولو قال بأرض من البصرة ليس له ان يستبدل من غيرها لان الاماكن قد تختلف في جودة الارض وينبغي ان كانت أحسن ان لا يجوز لانه خلاف الى خير ولو شرط الاستبدال ولم يذ كر شيئا استبدل ماشاء من العقار خاصة ولو باع الوقف بغير فاحش لا يجوز البيع ولو قبض الثمن ثم مات ولم يبين حاله فهو دين في تركه وكذا الواسع لم يملكه أما الوضاع الثمن في يده فلا ضمان عليه ولو اشترى بالثمن عرضا مما لا يكون وقفا فهو له والدين عليه ولو وهبه من المشتري صحته الهبة ويضمنه في قول أبي حنيفة ومنعه أبو يوسف أما لو قبض الثمن ثم وهبه فالهبة باطلة اتفاقا ولو باعه بعرض ففي قياس قول أبي حنيفة يصح وقال أبو يوسف وهلال لا يملك البيع الا بالنص أو بأرض تكون وقفا مكانها واذا باع الوقف ثم عاد اليه بما هو فسخ من كل وجه كأنه أن يبيعها ثانيا وان عادت بعقد جديد لا يملك بيعها لانها صارت وقفا فكانه اشترى غيرها الا أن يكون عمه لنفسه الاستبدال ولو ردت بعيب بقضاء أو بغير قضاء بعد القبض أو قبل القبض بقضاء عادت وقفا وكذا اذا قال المشتري قبل القبض أو بعده فله ان يصنع بالآخرى ماشاء ولو استحققت الاولى في القياس تبقى الثانية وقفا وفي الاستحسان لان النانسة كانت وقفا بدلا عن الاولى وبالاتسحاق انتقضت تلك المبادلة من كل وجه فلا تبقى الثانية وقفا ولو شرط لنفسه ان يستبدل فوكل به جاز ولو اوصى به عند موته لم يكن للوصى ذلك لان في الوكالة وهو وحى لو تمكن خاله أمكنه الاستبدال بخلاف الوصى ولو شرط الاستبدال لنفسه مع آخر على أن يستبدل ما افتقر بذلك الرجل لا يجوز ولو تفرد به الواقف حاله هو الذي شرطه لذلك وما شرط لغيره فهو مشروط له كما لو نصب قاضيا بلدين كل قضا كان لسلك أن يتصرف وحده ولو ان أحد هذين القاضيين أراد أن يعزل الذي أقامه القاضي الآخر قال اذا رأى المصلحة في ذلك كان له عزله والافلا (قوله ولو شرط) أي الواقف (الخيار لنفسه ثلاثة أيام) بأن قال وقفت دارى هذه على كذا على انى بالخيار ثلاثة أيام (جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الوقف باطل) وهو قول الشافعي وأحمد وهلال قال المصنف (وهذا بناء على ما ذكرنا) يريد الاصل المختلف فيه أعنى شرط التسليم فان محمد المباشر تمام القبض لينقطع حق الواقف فلا شك ان شرط الخيار يقوت معه الشرط المذكور لانه لا يتصور مع تمام القبض وأما أبو يوسف فمالم بشرط تمام قبض متول انبني عليه جواز شرط الخيار وروى عن أبي يوسف ان الوقف جائز والشرط باطل وهو قول يوسف بن خالد

ولو شرط الواقف الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والخيار عند أبي يوسف بناء على التوسعة كما مر وعند محمد الوقف باطل وانما قيد بقوله ثلاثة أيام لتكون مدة الخيار معلومة حتى لو كانت مبهمة لا يجوز الوقف على قول أبي يوسف أيضا (قوله وهذا) أي الخلاف (بناء على ما ذكرناه) إشارة الى ان جعل غلة الوقف لنفسه جائز عند أبي يوسف فانه لما جاز ان يستثنى الواقف الغلة لنفسه مادام حيا فكذلك يجوز اشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام ليروى النظر فيه وعند محمد لم يجز ذلك لم يجز اشتراط الخيار لنفسه أيضا وهذا البناء صرح في المبسوط ثم مالم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد ينقلب الوقف جائزا باطال الخيار بعد ذلك لان الوقف لا يجوز الا مسودا وشرط الخيار يمنع التأييد فكان شرط الخيار شرطا فاسدا في نفس العقد فكان المقسد قويا

(قوله فانه لما جاز ان يستثنى الى قوله أيضا) أقول وفي الملازمة الاولى نوع تأمل

بقوله وإذا جعل الواقف الى قوله جاز عند أبي يوسف وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب وذ كر هلال في وقفه وقال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم تكن له ولاية وهذا بظاهرة لا يستقيم على قول أبي يوسف لان له الولاية 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 فلهذا وله بعض مشايخنا وقالوا الاشبه أن يكون هذا قول محمد لان من أصله أن التسليم الخ ومعناه إذا سلمه الى المتولى وقد شرط الولاية لنفسه حين وقفه كان له الولاية بعد ما سلمه الى المتولى والدليل على ذلك ما ذكره محمد في السير اذا وقف ضيعة وآخر جهها الى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك الا أن يشترط الولاية لنفسه وأما إذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم قال قاضيان وهذه المسئلة بناء على ان عند محمد التسليم الى المتولى شرط لصحة الوقف فلا تبقى له ولاية بعد التسليم الا أن يشترط الولاية لنفسه أما على قول أبي يوسف فالتسليم الى

وأما فضل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب وذ كر هلال في وقفه 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 فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه السمتي لان الوقف كالاتفاق في أنه ازالة الملك لالي مالك ولو أعتق على أنه بالخيار عتق وبطل الشرط فكذا يجب هذا ولذا اتفقوا على أن شرط الخيار في المسجد يبطل ويتم وقف المسجد ومثل ذلك قال الهندواني على قول محمد ينبغي 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 كالا كراه على الوقف فلا يتم معه بخلاف المسجد فان القبض ليس شرطاً فيه عنده بل إقامة الصلاة فيه بجماعة وكذا في الاعتراف فان القبض فيه ليس شرطاً والحاصل انه ان تم له شرط التسليم في أصل الوقف تم له هذا وقد مناه فيه وتقييد الخيار بثلاثة أيام ليس قيداً بل أن يكون معلوماً حتى لو كانت مجهولة بأن وقف على أنه بالخيار لا يجوز بالاتفاق وكذا روى عن أبي يوسف أنه قال ان بين الخيار وقتنا جازا وقف والشرط وان لم يوقت له فالوقف والشرط باطلان ثم اذا لم يصح الوقف مع شرط الخيار عند محمد فلا يبطل الخيار قبل الثلاث لم يصح لان الوقف لا يجوز الا بموجب الخيار يمنع التأيد وكان شرط الخيار في نفس العقد بخلاف البيع فان الخيار فيه لا يمنع جوازه بل يفسده اذا شرطه أكثر من ثلاثة أيام لا يمنع لزوم العقد بعد الايام الثلاثة فلم يكن الفساد في صلب العقد فاذا أسقطه قبل الثلاث جاز ذكره في فتاوى قاضيان ولا يبطل الوقف بالشروط الفاسدة ولهذا الوقف أرضاً على رجل على أن يقرضه دراهم جاز الوقف وبطل الشرط وفي فتاوى قاضيان أيضاً قال الفقيه أبو جعفر اعتراف المشتري قبل القبض جائز وقبل نقد الثمن موقوف فكذا الوقف ولو اشترى أرضاً فوقفها ثم اطع على عيب رجع بنقصان العيب ولا يكون للوقف قبل له ان يصنع به ما شاء (فروع) اشترى أرضاً على أنه بالخيار فوقفها ثم أسقط الخيار صح ولو كان الخيار للبائع فوقفها المشتري ثم أسقط البائع الخيار لا تكون وقفاً ولو فوقفها البائع صح ولو وقف الموهوب له الأرض قبل قبضها ثم قبضها لا يصح الوقف وكذا الوقف الموصى له بما قبل موت الموصى ثم مات الموصى وكذا الوقف في الشراء الفاسد قبل قبضها (قوله) وأما فضل الولاية فقد نص فيه) أي القدروري (على قول أبي يوسف) حيث قال أو جعل الولاية اليه جاز على قول أبي يوسف (وهو قول هلال أيضاً) قال المصنف (وهو ظاهر المذهب وذ كر هلال في وقفه) فقال (وقال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له 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 يتنافى هذا الشرط أحجب بوجهين أحدهما أن تأويل ذلك أن يكون شرط الولاية لنفسه ثم سلمها الى المتولى فان الولاية تكون له عند محمد فانه ذ كر في فتاوى قاضيان ذ كر محمد في السير أنه اذا وقف ضيعة وأخرجها الى القيم لا تكون له ولاية بعد ذلك الا اذا كان شرط الولاية لنفسه وأما إذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم الى أن قال وهذه المسئلة بناء على أن عند محمد التسليم الى المتولى شرط الوقف فلا تبقى له ولاية بعد هذا التسليم الا أن شرط الولاية لنفسه وأما على قول أبي يوسف التسليم ليس بشرط فكانت الولاية له وان لم يشترطها ومثل هذا الذي ذكره في الكتاب مذ كر في التهمة والخيرة والآخر أن معنى قول محمد ان شرط الولاية لنفسه فهي له أنه اذا شرط الولاية لنفسه يسقط شرط التسليم عند محمد أيضاً لان شروط الواقف تراعى ومن

ولنا ان المتولى انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه اقرب الناس الى هذا الوقف فيكون أولى بولايته كمن اتخذ مسجداً يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه ولكن أعتق عبداً كان الولاية لانه اقرب الناس اليه ولو ان الواقف شرط بولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضى أن يترجمها من يده ونظر الفقهاء كماله أن يخرج الوصى نظراً للصغار وكذا اذا شرط ان ليس للسلطان ولا لقاض أن يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل

﴿فصل﴾

ضروبه وسقوط التسليم قال في النهاية كذا وجد في موضع يحيط ثقة وقد منافرعا 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 ان لا يكون له ولاية وغيره يستفيدها منه) ولقائل أن يمنع استفادة الولاية منه على تقدير كون التسليم شرطاً لانه بالتسليم يخرج عن ملكه فيصير أجنيا عنه فيجب كون الولاية فيه للحاكم بولي نفسه من شاء من يصلح لذلك وهو من لم يسأل الولاية في الوقف وليس فيه فسق يعرف بناء على خلو الخلق لله عز وجل لان الحاكم هو الذي يتولى حقوق الله تعالى وهو يخرج للشافعية فلا بد لكون الولاية له بعد خروجه عن ملكه وعدم اشتراطه لنفسه من دليل بخلاف ما اذا شرطها لنفسه وقد يتم قوله (ولانه اقرب الناس الى الوقف فكان أولى بولايته) دليلاً على ذلك فان القاضى ليس اقرب منه اليه والفرض أن الواقف عدل مأمون فهو أحق من القاضى لانه وان زال الملك فهو على وجه تعود منفعته للواقف بصرفه الى الجهات التي عينها وهو أنصح لنفسه من غيره فينتصب ولياً وقوله (كمن اتخذ مسجداً كان أولى بعمارته ونصب المؤذن وكن أعتق عبداً كان الولاية لانه اقرب الناس اليه) أما عمارته فلا خلاف يعلم فيه وأما نصب المؤذن والامام فقال أبو نصر فلا هل المحلّة وليس الباقى أحق منهم بذلك وقال أبو بكر الاسكاف الباقى أحق بنصبه مامن غيره كالمارة قال أبو الليث وبه نأخذ الآن يريد اماً ومؤذناً والقوم يريدون الاصل فلهم أن يفعلهوا ذلك كذا في النوازل (ثم اذا شرط الواقف الولاية لنفسه وكان غير مأمون على الوقف فللقاضى أن يخرجها نظر الفقهاء كماله ان يخرج الوصى نظر الصغار وكذا الوصى ان ليس للسلطان ولا لقاض ان يخرجها عنه ويوليها غيره) لا يلتفت الى شرطه اذا كان غير مأمون لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل وصرح بأن مما يخرج به الناظر ما اذا ظهر به فسق كشرب الخمر ونحوه وفي فتاوى قاضين كان جعل الواقف ولاية الوقف الى رجلين بعد موته فأوصى احدهم مالاً صاحبه في أمر الوقف ومات جاز تصرف الحى في جميع الوقف وعن أبي حنيفة لا يجوز لانه انما مضى برأيهم وفيها الوجه لرضه وقفاً فرض مرض الموت فجعل رجلاً وصى نفسه ولم يذكر من أمر الوقف شيئاً فان ولاية الوقف لا تكون الى الوصى ولو قال أنت وصى في أمر الوقف خاصة قال أبو يوسف هو كما قال وقال أبو حنيفة هو وصى في الاشياء كلها

﴿فصل﴾ لما اختلفت المسجداً بحكم مخالف أحكام مطلق الوقف عند الثلاثة فعند أبي حنيفة لا يشترط في زوال الملك عن المسجد حكم الحاكم ولا الايصاء به ولا يجوز مشاعاً عند أبي يوسف ولا يشترط التسليم الى المتولى عند محمد أفرده بفصل على حدته وآخره هذا ويمكن أن يجعل من ذلك أيضاً ما لو اشترى أرضاً شراء فاسداً وقبضها ثم وقفها على الفقراء جاز وعليه قيمتها للفقراء ولو اتخذها مسجداً قال الفقيه أبو جعفر ذكر محمد في كتاب الشفعة انه لو اشترى أرضاً شراء فاسداً وبناها بناء المسجد جاز عند أبي حنيفة وصلى الله عنه وعليه قيمتها للبائع وقول أبي يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الارض الى البائع بفساد البيع قال فاشترط البناء له دليل على ان لا يكون مسجداً قبل البناء عند الكل وذكروا لانه يصير مسجداً في قول

وقوله (ولنا ان المتولى انما يستفيد الولاية من جهته) استدلال لابي يوسف وعبر عنه بقوله ولنا اشارة الى انه المختار وكلامه الباقى ظاهر لا يحتاج الى شرح والله أعلم

﴿فصل﴾ فصل أحكام المسجد عما قبله في فصل على حدة لمخالفة أحكامه لما قبله في عدم اشتراط التسليم الى المتولى عند محمد ومنع الشيوخ عند أبي يوسف وخروجه عن ملك الواقف عند أبي حنيفة وان لم يحكم به الحاكم فرق أبو حنيفة بين الوقف والمسجد فان الوقف اذا لم يحكم به ما لم يكن موسى به ولا مضافاً الى ما بعد الموت كان له أن يرجع فيه وأما المسجد فليس له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لان الوقف اجتمع فيه معنيان الحبس والصدقة فاذا قال وقفت فكانت قال حبست العين على ملكي وتصدقت بالغلة ولو صرح بذلك لا يصح ما لم يوص به لان التصديق بالغلة المدومة لا يصح فاذا أوصى به أو أضافه الى ما بعد الموت كان لازماً بعد موته

﴿فصل﴾

وأما بني مسجد الميزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه وبأذن للناس بالصلاة فيه فاذا صلى فيه واحد زال عند أبي حنيفة عن ملكه (أما الأفران فلاه لا يخلص لله تعالى إلا به وأما الصلاة فيه فلاه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة فيه أو لأنه لما تعذر القبض فقام بتحقيق المقصود مقامه ثم يكتفي بصلاة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفة وكذا عن محمد لان فعل الجنس متعذر فيشترط أدناه وعن محمد أنه يشترط الصلاة بالجماعة لان المسجد بني لذلك في الغالب (وقال أبو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا) لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط للملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق

وأما اذا قال جعلت أرضي مسجدا فليس فيه ما يوجب البقاء على ملكه فلو أزاله الله تعالى لم يكن له أن يرجع كما لو أزاله بالاعتاق وكلامه واضح وقوله (وعن محمد أنه يشترط الصلاة فيه بالجماعة) وهو رواية عن أبي حنيفة أيضا ويشترط مع ذلك أن تكون الصلاة جهرية بأذن واقامة حتى لو صلى جماعة بغير أذن واقامة سرا لا يصير مسجدا عند أبي حنيفة ومحمد فان أذن رجلا واحدا وأقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان صلواته على هذا الوصف كالجماعة

واذا بني مسجدا

أصحابنا فصار فيه روايتان قال الفقيه أبو جعفر في الوقف أنصارا وابتان والفرق على احدهما عند هذا القائل أن في الوقف حق العباد كالبيع والهبة وأما المسجد فخاص حق الله تعالى وما هو خيب لا يصلح لله تعالى ولهذا قالوا واشترى دار الهاشمي فباعها مسجدا كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة وكذا اذا كان للبايع حق الاسترداد كان له أن يبطل المسجد (قوله واذا بني مسجد الميزل ملكه عنه حتى يفرزه بطريقه عن ملكه وبأذن للناس في الصلاة فيه فاذا صلى فيه واحد زال ملكه عند أبي حنيفة) ومحمد في رواية عنهما وفي رواية أخرى عنهما لا يزول إلا بالصلاة جماعة وعند أبي يوسف يزول ملكه بمجرد قوله جعلته مسجدا أما قوله ما فلان الملك لم يزول بمجرد القول فبني محمد على أصله في اشتراط التسليم لكن لا يتعين المتولى لان تعيينه لتحقيق التسليم الى من اخرج اليه وهو الله سبحانه وتعالى ولا يتحقق الا في ضمن التسليم الى العبد على ما مر لا كل عبد بل الذي تعود منفعتة اليه غير ان المتولى يقام مقامهم في القبض ومقام الواقف في اقبال الغلة لهم لكل وقف في العادة فتعين ولم تحجر العادة في المسجد بذلك اذ ليس له غلة يستحقها الناس فاقم حصول المقصود مقام التسليم وهو الصلاة فيه وعلى هذا يخرج عن الملك بصلاة المنفرد لان قبض الجنس متعذرا كتنفي بالواحد وعلى هذه الرواية اختلفت الوصلى الواقف بنفسه وحده والصحيح أنه لا يكتفي لان الصلاة انما تشترط لاجل القبض للعامة وقبضه من نفسه لا يكتفي فكذا صلواته ووجه رواية اشتراط الجماعة انها المقصود بالمسجد لا مطلق الصلاة فانما تتحقق في غير المسجد فكان تحقيق المقصود منه بصلاة الجماعة ولهذا يشترط كونها باذان واقامة عندهما ولو جعل له واحد مؤذنا واما ما فلان وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان أداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة ولهذا قالوا لا يكره بعد صلاة المؤذن هذه ان تعاد الجماعة لمن باقى بعده على هذا الوجه عند البعض وقولنا لا يتعين المتولى يفيد انه لو سلمه الى متولى جعله له صح 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 سأتى بأن لفظ الوقف والصدقة في قول الواقف جعلت أرضي صدقة موقوفة ونحوها لا يوجب الخروج عن الملك لان لفظ الوقف لا يني عنه والصدقة ليس معناها الا التصديق بالغلة وهي معدومة فلا يصح بل الوقف يني عن الإبقاء في الملك لتصل الغلة على ملكه فيصدق بها فيحتاج الى حكم الحاكم لاخرجه عن ملكه الى غير مالك في محل الاجتهاد بخلاف قوله جعلته مسجدا 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 امران أحدهما انه لا يحتاج في جعله مسجدا الى قوله وقتته ونحوه وهو كذلك وبه قال مالك وأحمد وقال الشافعي لا بد من قوله وقتته 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 يفيد الوقف على هذه الجهة فكان كالتعبير به فكان كمن قدم طعاما الى ضيفه أو نثر ثارا كان اذنا في أكله والتقاطه بخلاف الوقف على الفقراء لم تحجر عادة فيه بمجرد التخليه والاذن بالاستغلال ولو جرت به عادة في العرف

وقوله (وقد بيناه من قبل) إشارة إلى ما قال عند قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد بقوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وأنه يتأبد كالعتق والسرداب بكسر السين معرب سردابه وهو بيت يتخذ تحت الأرض للتبريد وقوله

(٦٣)

(فله أن يبيعه) أي لا يكون

مسجدا وهو ظاهر الرواية

لان المسجد ما يكون خالصا

تعالى قال تعالى وان المساجد

لله أضاف المساجد إلى

ذاته مع ان جميع الاماكن

له فاقضى ذلك خلوص

المساجد لله تعالى ومع بقاء

حق العباد في أسفله أوفى

أعداءه لا يتحقق الخلوص

قوله وعن أبي يوسف انه

جوز في الوجهين) يعني

فما اذا كان فحمة سرداب

أوفوقه بيت وعن محمد انه

أجاز ذلك كله أي ما تحت

سرداب وفوقه بيت مستغل

أود كالكين وانما ذكر قول

محمد بهذا الطريق ولم يقل

وعن أبي يوسف ومحمد مع

ان هذين القولين منهما في

الحكم سواء ليهتيا به ما ذكر

لكل واحد منهما من دخول

مخصوص في مصر مخصوص

ولانه ذكر زيادة التعميم

بلفظ الكل في قول محمد

وقوله لما قلنا يعني من

الضرورة قال (وكذلك

ان اتخذ وسط داره مسجدا)

وسط بالسكون لانه اسم

مبهم لذا خلى صحن الدار

لأنه معنى بين طرفي

الصحن وكلامه واضح

وقوله (ولانه أبقى الطريق

لنفسه) فلم يخلص لله تعالى

حتى لو عزل باباه إلى الطريق الا اعظم صار مسجدا

وقد بيناه من قبل قال ومن جعل مسجدا تحت سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه وان مات يورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ولو كان السرداب لصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه انه قال اذا جعل السفلى مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفلى دون العلو وعن محمد على عكس هذا لان المسجد معظم واذا كان فوقه مسكن أو مستغلا يتعد ذنر تعظيمه وعن أبي يوسف انه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة وعن محمد انه حين دخل الري أجاز ذلك كله لما قلنا قال (وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول فيه) يعني له أن يبيعه ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصير مسجدا ولانه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن محمد انه لا يباع ولا يورث ولا يوهب) اعتبره مسجدا وهكذا عن أبي يوسف انه يصير مسجدا لانه لما رضى بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا الا بالطريق يدخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الاجارة من غير ذكر

اكتفينا بذلك كسئلنا والثاني انه لو قال وقفته مسجدا ولم يأذن في الصلاة فيه ولم يصل فيه أحد لا يصير مسجدا بلا حكم وهو بعيد وأبو يوسف رحمه الله مر على أصله من زوال الملك بمجرد القول اذن في الصلاة أولم يأذن ويصير مسجدا بلا حكم لانه اسقاط كالاعتاق وبه قالت الائمة الثلاثة وينبغي أن يكون قول أبي يوسف ان كلاً من مجرد القول والاذن كما قال موجب لزوال الملك وصيرورته مسجدا المأذون كزمان العرف (قوله) ومن جعل مسجدا تحت سرداب) وهو بيت يتخذ تحت الأرض لتبريد الماء وغيره (أوفوقه بيت) ليس للمسجد واحد منهم ما ليس بمسجد (وله يبيعه ويورث عنه اذامات) ولو عزل باباه إلى الطريق (لبقاء حق العبد متعلقا به) والمسجد خالص لله سبحانه ليس لاحد فيه حق قال الله تعالى وان المساجد لله مع العلم بان كل شيء له فكان فائدة هذه الاضافة اختصاصه به وهو بانقطاع حق كل من سواه عنه وهو منتف فمأذون كزمانا اذا كان السفلى مسجدا فان لصاحب العلو حقا في السفلى حتى يمنع صاحبه أن يتقب فيه كوة أو يتدفيه وتداعى قول أبي حنيفة وباتفاقهم لا يحدث فيه بناء ولا مأوئن البناء الا باذن صاحب العلو وأما اذا كان العلو مسجدا فلا أن أرض العلو ملك لصاحب السفلى بخلاف ما اذا كان السرداب أو العلو موقفا لصاحب المسجد فانه يجوز اذامات في لا حد بل هو من تنب مصالح المسجد فهو كسرداب مسجد بيت المقدس هذا وهو ظاهر المذهب وروى عن أبي حنيفة انه اذا جعل السفلى مسجدا دون العلو جاز لانه يتأبد بخلاف العلو وهذا تعليل للحكم بوجود الشرط فان التأبد شرط وهو مع المقنن وانما ثبت الحكم معهما مع عدم المانع وهو تعلق 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 مسجدا وأذن للناس فيه) اذنا عاماله أن يبيعه ويورث عنه لان المسجد ليس لاحد حق المنع منه واذا كان ملكه محيطا بجوانبه (الاربع) كان له حق المنع فلم يصير مسجدا ولانه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن كل من أبي حنيفة ومحمد انه يصير مسجدا لانه لما رضى أن يكون مسجدا ولم يصير مسجدا الا بالطريق يدخل فيه الطريق حتى لو عزل باباه إلى الطريق الا اعظم صار مسجدا

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

(قوله ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه) على بناء المفعول (يبقى مسجد اعند أبي يوسف) الى ان قال وعند محمد يعود الى ملك الباني قال في النهاية وفي الحقيقة هذه المسئلة مبينة على ما سناه فان ابا يوسف لا يشترط في الابتداء اقامة الصلاة فيه ليصير مسجداً كذلك في الانتهاء وان ترك الناس الصلاة فيه لا يخرج من أن يكون مسجداً ومحمد يشترط في الابتداء اقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجداً فكذلك في الانتهاء واذا ترك الناس (٦٤) الصلاة فيه بالجماعة يخرج من أن يكون مسجداً وحكى ان محمد امر ببناء فقال

قال (ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه) لانه تجرد عن حق العباد وصار خالصاً لله وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى أصله فانقطع تصرفه عنه كافي الاعتاق ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجد اعند أبي يوسف لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد يعود الى ملك الباني أو الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قرربة وقد انقطعت فصار كصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه الآن ابا يوسف يقول في الحصري والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر

وصار داخل بلاذ كرجل يدخل في الاجارة بلاذ كر (قوله) ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع ولا يورث عنه) يعني بعد صحت بشرطه وفي فتاوى قاضيخان رجل له ساحة لآبناء فيها امر قوم أن يصلوا فيها بجماعة قالوا ان امرهم بالصلاة فيها أبداً أو امرهم بالصلاة بجماعة ولم يذ كر الا بآلة انه أراد الابد ثم مات لا يكون ميراثه وان امرهم بالصلاة شهر أو سنة ثم مات يورث لانه لا بد من التأييد والتوقيت يتأقسه ومقتضى هذا ان لا يصير مسجداً فيما اذا أطلق الا اذا عترف الورثة بأنه أراد الابد فان نيتهم لا تعلم فلا يحكم عليهم بمنع ارثهم عما يثبت ولو ضاق المسجد ويحنيه أرض وقف عليه أو حانوت جاز أن يؤخذ ويدخل فيه ولو كان ملك رجل أخذ بالقيمة كرها فلو كان طريقاً للعامة أدخل بعضه بشرط أن لا يضر بالطريق وفي كتاب الكراهية من الخلاصة عن الفقيه أبي جعفر عن هشام عن محمد أنه يجوز أن يجعل شيء من الطريق مسجداً أو يجعل شيء من المسجد طريقاً للعامة اه
يعني اذا احتاجوا الى ذلك ولاهل المسجد أن يجعلوا الرحبة مسجداً وكذا على القلب ويجعلوا الباب أو يجعلوا له باباً آخر ولو اختلفوا ينظر أيهم أكثر ولا يهله ذلك ولهم أن يهدموه ويجددوه وليس لمن ليس من أهل المحلة ذلك وكذا لهم أن يضعوا الحجاب ويعلقوا القناديل ويفرشوا الحصر كل ذلك من مال أنفسهم وأما من مال الوقف فلا يفسد غير المتولى الا باذن القاضي الكل من الخلاصة الا ان قوله وعلى القلب يقتضى جعل المسجد رحبة وفيه نظر وقد ذكر المصنف في علامة النون من كتاب التجنيس قيم المسجد اذا أراد أن يبنى حوانيت في المسجد أو في فناءه لا يجوز له أن يفعل لانه اذا جعل المسجد سكناً سقط حرمة المسجد وأما القضاء لانه تبع للمسجد (قوله) ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه) أي استغنى عن الصلاة فيه أهل تلك المحلة أو القرية بان كان في قرية تغربت وحولت مزارع يبقى 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 منها الى وقف آخر لما روي أن عمر كتب الى أبي موسى لما تقب بيت المال الذي بالكوفة انقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد (وعن محمد يعود الى ملك الواقف) ان كان حياً (والى ورثته) ان كان ميتاً وان لم يعرف بانيه ولا ورثته كان لهم بيعه والاستعانة بثمنه في بناء مسجد آخر وجه قوله انه (عينه) لقرربة وقد انقطعت فينقطع هو أيضاً وصار كصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه (وقد يله اذا خرب المسجد يعود الى ملك متخذه) وكما لو كفن ميتاً فترسه سبع عاد الكفن الى ملك مالكة

هذا مسجد أبي يوسف يريد به انه لما يقبل يعود الى ملك الباني بصير من بله عند تطاول المدة ومروا بيوستف باصطبل فقال هذا مسجد محمد يعني انه لما قال يعود ملكاً فربما يجعله المالك اصطبل بعد ان كان مسجداً فكل واحد منهما ما استبعد مذهب صاحبه لما أشار اليه استدلال 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 به عن ان يكون موضعاً للطاعة والقرية خالصاً لله تعالى فكذلك في سائر المساجد ومحمد يقول عين هذا الجزء من ملكه مصر وقال في قرية بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه أو ملك وارثه وصار كحشيش المسجد وحصره اذا استغنى عنه الآن ابا يوسف يقول في الحصري والحشيش ينقل الى مسجد آخر

قال المصنف (ولو خرب ما حول المسجد واستغنى

عنه يبقى مسجد اعند أبي يوسف الى قوله وعند محمد يعود الى ملك الباني) أقول قال الكافي حكي أن محمد امر ببناء فقال هذا مسجد محمد لانه لما عاد الى ملك الواقف ربما يجعله اصطبل لا يعود الزمان انتهى في توجهه عن أبي يوسف تأمل فان الاستبعاد في بقاءه مسجد اعلى تلك الحال كافي المزبلة على قول أبي يوسف وليس الاصطبل كذلك عند محمد فانه خرج عن أن يكون مسجداً فسقط ملكه في ذلك المقدار من الزمان وكهدى

وكهدى الاحصار اذا زال الاحصار فادرك الحج كان له أن يصنع بهديه ماشاء واستدل أبو يوسف
 وجهور العلماء بالكعبة فان الاجماع على عدم خروج موضعها عن المسجدية والقربة الأنا لقائل
 أن يقول القربة التي عينت له هو الطواف من أهل الآفاق ولم ينقطع الخلق عن ذلك زمان الفترة وان
 كان لا يصح منهم لكفرهم على أن الايمان لم ينقطع من الدنيا رأسا فقد كان لمثل قس بن ساعدة أمثال
 فالوجه أنه بعد تحقق سبب سقوط الملك فيه لا يعود كالتعق كالأبوعود اذا زال الى مالك من أهل الدنيا
 الاسبب بوجوب تجديد الملك فإلم تحقق لم يعد وأما ما قاس عليه من هدى الاحصار فليس بلازم لانه
 لم يزل ملكه قبل الذبح وكذا الكفن باق على ملك مالكه 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
 متخذ بل يحول الى مسجد آخر أو يبيعه قيم المسجد للمسجد ولأنه ما جعله مسجد اليصل فيه أهل تلك المحلة
 لا غير بل يصل في العامة مطلقا أهل تلك المحلة 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 حبيسا في سبيل الله فصار بحيث لا يستطاع أن
 يركب يباع ويصرف ثمنه الى صاحبه أو ورثته كافي المسجد وان لم يعلم صاحبه يشتري بثمنه فرس آخر
 يغزى عليه ولا حاجة الى الحاكم ولو جعل جنازة وملاحة ومغتسلا ووقفا في محلة ومات أهلها كلهم
 لا يرد الى الورثة بل يحمل الى مكان آخر فان صح ههنا من محمد فهو رواية في الحصر والبوارى أنها
 لا تعود الى الورثة وهكذا نقل عن الشيخ الامام الحلواني في المسجد والحوض اذا خرب ولا يحتاج اليه
 لتفرق الناس عنه انه يصرف أوقافه الى مسجد آخر أو حوض آخر واعلم أنه يتفرع على الخلاف بين
 أبي يوسف ومحمد فيما اذا استغنى عن المسجد لخراب المحلة والقربة وتفرق أهلها ما اذا انهدم الوقف
 وليس له من الغلة ما يمكن به عمارته أنه يبطل الوقف ويرجع النقص الى بانيه أو ورثته عند محمد خلافا
 لأبي يوسف وكذا احتوت في سوق احترق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر بشئ البتة يخرج عن
 الوقفية وكذا في حوض محلة خرب وليس له ما يعمر به فهو لوارثه فان لم يعرف فهو لقطعة وكذا الرباط
 اذا خرب يبطل الوقف وبصير ميراثا ولو بنى رجل على هذه الارض فالبناه الباني وأصل الوقف لورثة
 الواقف عند محمد فقول من قال في جنس هذه المسائل نظرت فلينا مل عند الفتوى غير واقع موقعه
 وفي الفتاوى الظهيرية سئل الحلواني عن أوقاف المسجد اذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للتولى بيعها
 ويشتري بثمنها أخرى قال نعم وروى هشام عن محمد أنه قال اذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين
 فللقاضي أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره وعلى هذا فينبغي أن لا يفتى على قوله برجوعه الى ملك الواقف
 وورثته بمجرد تعطله وخرابه بل اذا صار بحيث لا ينتفع به يشتري بثمنه وقف آخر يستغل ولو كانت
 غلته دون غلة الاول وكذا للتولى أن يبيع من تراب مسجلة 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 وقفا انتهى ويجب حفظ هذا فإنه قد تخرب الدار وصير كوما وهي بحيث لو نقل
 نقضها استأجر أرضها من بنى أو يغرس ولو بقليل فيغفل عن ذلك وتباع كلها للواقف مع أنه لا يرجع
 منها اليه الا النقص فان قلت على هذا تكون مسألة الرباط التي ذكرناها مقيدة بما اذا لم تكن أرضه
 بحيث تستأجر قلنا لا لان الرباط موقوف للسكنى وامتنعت بانهدامه بخلاف هذه فان المراد
 وقف يكون لاستغلال الجماعة المسمين ولو انهدم بعض بناء الدار وليس ثم ما يعاد به يباع ويحفظ
 ثمنه في يد القسام بأمر الواقف الى أن يحتاج الباقي الى العمارة فيصرف فيه وكذا اذا يبس بعض أشجار
 الارض الموقوفة يبيعه ولا يبيع من نفس الارض لذلك ولا يعطى المستحقون شيئا من ثمن النقص ولا من

قال (ومن بنى سقاية للمسلمين أو خاناً يسكنه بنو السبيل أو رباطاً أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة لأنه لم يقطع عن حق العبد الأثرى أن له أن ينتفع به فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم (وعند أبي يوسف يزول ملكه بالقول) كما هو أصله إذا التمس عليه ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد إذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لأن التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض ولو سلم إلى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه كلها لأنه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كعمل الموقوف عنه وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليماً لأنه لا تدبير للمتولى فيه وقيل يكون تسليماً لأنه يحتاج إلى من يكسبه ويغلق بابه فإذا سلم إليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لأنه لا متولى له عرفاً وقيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم إلى المتولى لأنه لو نصب المتولى بصره وان كان بخلاف العدة ولو جعل داره

وقوله (ومن بنى سقاية أو خاناً) ظاهر وقوله (بخلاف المسجد) يعني أن حكم الحاكم والإضافة إلى ما بعد الموت ليس بشرط في المسجد وقوله (وذلك بما ذكرناه) يعني أن التسليم يحصل بالاستتقاء والسكنى والتزول والدفن في السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله (في هذه الوجوه) أي في السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله (ويكتفى بالواحد) ظاهر

عينه بوجه من الوجوه لأنه لا حق لهم فيما سوى الغلبة بل الحال أنه إن أمكن شراء شيء يستغل ولو قليلاً أو اجارة الأرض بشيء ولو قليلاً فعل وحفظه لم يماره ما بقي ولو خرب الكل وتعدران يشتري بثمنه مستغل ولو قليلاً حينئذ يرجع إلى ملك الواقف (قوله ولو بنى سقاية للمسلمين أو خاناً يسكنه بنو السبيل أو رباطاً أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) ولو سلمه إلى متولى (لأنه لم يقطع حقه عنه الأثرى أنه ينتفع به) في الحال (فله أن يسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت) ليكون وصية فيلزم بعد الموت وله أن يرجع عنه قبل موته على ما مر (كما في الوقف على الفقراء) بل أولى لأن الثابت في كل من مال الظنبي عن الخروج عن الملك كما قدمناه في وقت وتصدقت وفي هذه الأمور مع ذلك ثبوت تعلق حقه انتفاعاً بعين الوقف كما ذكرناه بخلاف الوقف على الفقراء ونحوه (بخلاف المسجد) لا يشترط في زواله عن ملكه حكم ولا وصية لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله عز وجل بلا حكم وعند أبي يوسف يزول ملكه بمجرد القول كما هو أصله وقوله قول الأئمة الثلاثة كما مر (وعند محمد) لا يزول (حتى يستقى الناس من السقاية ويسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة لأن التسليم عنده شرط) وتسليم هذه (بما ذكرناه) من سكنها من الخان والرباط إلى آخره (ويكتفى بالواحد) في التسليم الموجب لزوال الملك (لتعذر فعل الجنس) أي تسليم الكل على تقدير تسليمهم (وعلى هذا البئر) إذا احتقره (والحوض) يزول الملك إذا استقى منهم ما واحد أو شربت دابة ومن ذلك ما لو أدخل قطعة أرض له في طريق المسلمين وجعلها طر يقاً يشترط فيه مرور واحد بانته على قول من يشترط القبض في الأوقاف وكذا القنطرة يتخذها للمسلمين تلزم مرور واحد ولا يكون بناؤها مسيراً (ولو سلم إلى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه) أعنى السقاية والخان والرباط والمقبرة والبئر والحوض (لأنه) أعنى المتولى (نائب عن الموقوف عليهم ففعله) أي تسليمه (كفعلهم) أي تسليمهم (وأما في المسجد) قيل لا يكون تسليماً وقيل يكون) وقد قدمناه مع وجهه ووجه المصنف الصحة (بأنه) أي المسجد (يحتاج إلى من يكسبه ويغلق بابه فإذا سلم إليه صح التسليم) لأنه متولى له عرفاً واختلف في المقبرة قيل كالمسجد على القول بأنه لا يكتفى في إزالة الملك عنه التسليم إلى متولى (لأنه لا متولى له) فلا يزول الملك إلا بالدفن فيها (وقيل كالسقاية فيصح التسليم إلى المتولى) (قوله ولو جعل داره

بمكة سكنى للحجاج والمعتمرين أو جعل داره في غير مكة سكنى للسكاكين أو جعلها في نجر من الثغور
سكنى للغزاة والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو
جائز ولا رجوع فيه لما بيننا الآن في الغلة تحمل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء
من البئر والسقاية وغير ذلك يستوى فيه الغني والفقير والفارق هو العرف في الفصلين فان أهل العرف
يريدون بذلك في الغلة للفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغني والفقير
في الشرب والنزول والغني لا يحتاج الى صرف هذا الغلة لغناه والله تعالى أعلم بالصواب

بمكة سكنى للحجاج والمعتمرين أو جعل داره في غير مكة سكنى للسكاكين أو جعلها في نجر من الثغور
سكنى للغزاة والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز
ولا رجوع فيها) أي في السقاية والمقبرة وفي الدار المسبلة عندهما للخروج عن ملكه بذلك القدر
وهو قول الأئمة الثلاثة بلا شرط الدفع إلى المتولى كقول أبي يوسف وعند أبي حنيفة له أن يرجع مال
يحكم بذلك ما كرم روى الحسن عنه انه اذا رجع بعد الدفن لا يرجع إلى المحمل الذي دفن فيه
ويرجع فيما سواه ثم اذا رجع في المقبرة بعد الدفن لا ينشأ لان النش حرام ولكن يسوى الأرض
ويزرع وهذا على غير رواية الحسن والتموى في ذلك كله على خلاف قول أبي حنيفة رضي الله عنه
للتعامل المتوارث هذا وتنفرد المقبرة غيرها بأنه لو كان في المقبرة أشجار وقت الوقف كان للورثة أن
يقطعوها لان موضعها لم يدخل في الوقف لانه مشغول بها كالجوهر داره مقبرة لا يدخل موضع البناء في
الوقف بخلاف غير المقبرة فان الأشجار والبناء اذا كان في عقار وقفه دخلت في الوقف تبعاً ولو بنيت
فيها بعد الوقف ان علم غارسها كانت للغارس وان لم يعلم فالرأي فيها للقاضي ان رأى بيعها وصرف عنها
على عمارة المقبرة فله ذلك وتكون في الحكم كأنها وقف ولو كانت قبل الوقف لكن الأرض موات
ليس لها مالك فاتخذها أهل القرية مقبرة فلا شجار على ما كانت عليه قبل جعلها مقبرة ولو أن رجلاً
غرس شجرة في المسجد فهي للمسجد أو في أرض موقوفة على رباط مثلاً فهي للوقف ان قال للقيم
تعاهدها ولو لم يقل فهي له يرفعها لانه ليس له هذه الولاية ولا يكون غارساً للوقف ولو غرس في طريق
العامه أو على شط النهر العام أو وسط الحوض القديم فهي للغارس لانه ليس له ولاية جعلها للعامه وكذا
على شط نهر القرية ولو قطعها فبنت من عروقها أشجار فهي للغارس ولو بنى رجل في المقبرة بيتاً لحفظ
البن ونحوه ان كان في الأرض سعة جاز وان لم يرض بذلك أهل القرية لكن اذا احتج إلى ذلك المكان
يرفع البناء ليقر فيه ومن حفر لنفسه قبراً لغيره أن يقر فيه وان كان في الأرض سعة إلا أن الأولى أن
لا يوحشه ان كان فيها سعة وهو كمن بسط سجادة في المسجد أو نزل في الرباط فجاء آخر لا ينبغي أن يوحش
الأول ان كان في المكان سعة وذكر الناطق أنه يضمن قيمة الحفر لجميع بين الحقيقين ولا يجوز لأهل القرية
الارتفاع بالمقبرة الدائرة فان كان فيها حشيش يحش ويخرج إلى الدواب ولا يرسل الدواب فيها ثم في جميع
ما ذكرناه من سكنى الخان ودار الغزاة والسقاية والاستقاء من البئر يستوى الغني والفقير بخلاف
وقف الغلة على الغزاة فانها تحمل للفقراء دون الاغنياء منهم قال المصنف (والفارق) فيه (العرف فان)
الواقفين من (أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء
ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول) لان الغني 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 لا يولى من طلب الولاية على الاوقاف كمن طلب القضاء لا يقلد
ولمتولى أن يشتري بما فضل من غلة الوقف اذا لم يحتج إلى العمارة مستغلاً ولا يكون وقفاً في الصحيح حتى

وقوله (سكنى للحجاج بيت الله
تعالى) الحجاج اسم جمع معنى
الحجاج كالسامر بمعنى
السمر في قوله تعالى سامراً
تجرون والثغر موضع
الخافة من فروع البلدان
ويقال رباط الجيش أقام
في الثغر بازاء العدو مرابطة
ورباط والله سبحانه وتعالى
أعلم

جاز بيعه ومن سكن دار الوقف غصباً وبأذن المتولى بلا أجره كان عليه أجره مثله سواء كان ذلك معدداً
 للاستغلال أو غير معدله حتى لو باع المتولى دار الوقف فسكنها المشتري ثم رفع إلى قاض هذا الأمر
 فأبطل البيع وظهر الاستحقاق للوقف كان على المشتري أجره مثله وللمتولى أن يستأجر من يتخدم المسجد
 بكنسه ونحو ذلك بأجره مثله أو زيادة يتغابن فيها فإن كان أكثر فالأجرة له وعليه الدفع من مال نفسه
 ويضمن لو دفع من مال الوقف وان علم الأجير أن ما أخذ من مال الوقف لا يحل له وله أن ينفق من ماله
 على حاجة الوقف ولو أدخل جذاً من ماله في المسجد كان له الرجوع كالوصي إذا أنفق على الصغير وله
 أن يشتري من غلة المسجد دهنًا وحصيراً وأجرًا وحاصل الفرش المسجدان كان الواقف وسع فقال بفعل
 ما يراه مصلحة وان وقف لبناء المسجد ولم يزد فليس له أن يشتري ذلك فإن لم يعرف له شرط يعمل ما عمل
 من قبله ولا يستدين على الوقف الا اذا استقبله أمر لا بد منه فيستدين بأمر القاضي ويرجع في غلة
 الوقف ونحو الناطق وكذلك أن يستدين لزراعة الوقف ويزره بأمر القاضي لان القاضي يملك الاستدانة
 على الوقف فصح بأمره بخلاف المتولى لا يملكه والاستدانة أن لا يكون في يده شيء فيستدين ويرجع
 أما إذا كان في يده مال الوقف فاشتري ونقد من مال نفسه فإنه يرجع بالاجماع لانه كالوكيل اذا اشتري
 ونقد الثمن من مال نفسه له أن يرجع وليس له ان يرهن دار الوقف فان فعل وسكنها المرتهن ضمن أجره
 المثل ولو أنفق دراهم الوقف في حاجة نفسه ثم أنفق من ماله مثلها في الوقف جاز ويرأ عن الضمان
 ولو خلط دراهم الوقف بمثلها من ماله كان ضامنا للكل ولو اجتمع مال للوقف ثم نابت نائمة من الكفرة
 فاحتج إلى مال لدفع شرهم قال الشيخ الامام ما كان من غلة وقف المسجد الجامع يجوز للعاكم أن يصرفه
 إلى ذلك على وجه القرض اذا لم تكن حاجة للمسجد اليه وله أن يبنى على باب المسجد ظله لدفع اذى
 المطر عن الباب من مال الوقف ان كان على مصالح المسجد وان كان على عمارته أو ترميمه فلا يصح
 والاصح ما قاله ظاهر الدين ان الوقف على عمارة المسجد ومصالح المسجد سواء اذا كان على عمارة
 المسجد لا يشتري منه الزيت والحصير ولا يصرف منه للزينة والشرفات ويضمن ان فعل ومن وقف
 وقفاً ولم يجعل له متولياً حتى حضرته الوفاة فأوصى إلى رجل قالوا يكون وصياً وقبها هذا في قول
 أبي يوسف لان التسليم ليس بشرط فصح الوقف في حياته بلا تسليم بخلاف ما لو جعل له قبماً
 ثم حضرته الوفاة فأوصى لا يكون هذا الوصي قبماً في الوقف قيم مسجد مات فاجتمع أهل المسجد على
 جعل رجل قبماً بغير أمر القاضي فقام وأنفق من غلات وقف المسجد في عمارته اختلف المشايخ
 في هذه التولية والاصح لا تصح بل نصب القسمة إلى القاضي لكن لا يضمن ما أنفق في العبارة
 من غلاته اذا كان أجر الوقف وأخذ الغلة فأنفق لانه اذا لم تصح ولايته فإنه غاصب والغاصب اذا أجر
 المغصوب كان الاجر له ويتصدق به كذا في فتاوى فاضيل خان وأنت تعلم أن المفتي به تضمين غاصب
 الاوقاف بخلاف ما اذا كان وقف على أرباب معلومين فان لهم أن ينصبوا متولياً من أهل الصلاح لكن
 قيل الاولى أن يرفعوا أمرهم إلى القاضي لينصب لهم وقيل بل الاولى في هذا الزمان أن لا يفعلوا
 وينصبوا لهم وليس للشرف أن يتصرف في مال الوقف بل وظيفة الحفظ لا غيره وهذا يختلف بحسب
 العرف في معنى المشرف وللمتولى أن يفوض إلى غيره عنده ماله كالوصي له أن يوصي إلى غيره الا انه
 لو كان الواقف جعل لذلك المتولى مالا مسمى لم يكن ذلك لمن أوصى اليه بل يرفع الأمر إلى القاضي اذا تبرع
 بعمله ليفرض له أجر مثله الا أن يكون الواقف جعل ذلك لكل متولٍ وليس للقاضي أن يجعل للذي
 أدخله ما كان الواقف جعله للذي كان أدخله لان الواقف في هذا ما ليس للعاكم وكذا اذا أخذ المتولى
 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 الغائبين ومات ولم يبين عندهم اودع والثالثة

القاضي اذا أخذ مال اليتيم وأودع غيره ثم مات ولم يبين عند من أودع لاضمان عليه أمواله كان القاضي
أخذ مال اليتيم عنده ولم يبين حاله حتى مات فقد ذكركه هشام عن محمد بنه يضمن ولو قال قبل موته ضاع
مال اليتيم عندي أو أنفقته عليه ومات لا يكون ضامنا أموالا مات قبل أن يقول ضمن وكذا الوباغ
المتولى دارالوقف ومات ولم يبين أين العن فإنه يكون دينيا في تركته والناس أن يأخذوا المتولى بتسوية
حائط الوقف اذا مال الى أملاكهم فإن لم تكن له غلة يرفع الى القاضي أيا امر بالاستدانة لاصلاحها وله أن
يبني قرية في أرض الوقف للاكرة وحفاظها وليجمع فيها الغلة وأن يبني بيوتا يستغلها اذا كانت الارض
متصلة ببيوت المصر ليست للزراعة فإن كان زراعتها أصح من الاستغلال لا يبني وفي النوازل في اراض
ما فضل من مال الوقف قال ان كان أرض الغلة أرجو أن يكون واسعاً ولا يؤثر الوقف اجارة طويلة وأكثر
ما يجوز ثلاث سنين وليس له الاقالة الا ان كانت أصح للوقف ولو زرع الواقف أو المتولى أرض الوقف
وقال زرعتم النفسى وقال المستحقون بل للوقف فالقول قوله وعلى الواقف والمتولى في هذا نقصان الارض
وليس عليهما أجر مثل الارض ويقول القاضي له ازرعها للوقف فإن قال ليس للوقف مال ازرعها به بأمره
بالاستدانة لذلك فإن قال لا يمكنه يقول لاهل الوقف استدينوا فإن قالوا لا يمكننا بل نزرع لأنفسنا
لا يمكنهم لان الوقف في يد الواقف فهو أحق به ولا يخرج عنه الا أن يكون غير ما مون ذكره هذه المسئلة
بقر وعها في فتاوى قاضيان وغيره وينعزل الناظر بالجنون المطبق اذا دام سنة نص عليه الخصاص لان
دام أقل من ذلك ولو عاد اليه عقله وبرأ من علمته عاد اليه النظر وللناظر أن يوكل من يقوم بما كان اليه
من أمر الوقف ويجعل له من جعله شأوله أن يعزله ويستبدل به أو لا يستبدل ولو حن انعزل وكيله ويرجع
الى القاضي في النصب ولو أخرج ما كرم قيمات أو عزل فتمت المحرج الى القاضي الثاني بأن ذلك
القاضي أخرجه بلا حجة لا يدخله لان أمر الاول محمول على السداد ولكن يكلفه أن يقيم عنده بيته انه
أهل وموضع للنظر في هذا الوقف فان فعل أعاده وكذا لو أخرجه لفسق وخيانة فبعد مدة أناب الى الله
وأقام بيته انه صار أهلاً لذلك فإنه يعيده وليس على الناظر أن يفعل الا ما يفعله أمثاله من الامر والنهي
بالمصالح ويصرف الاجر من مال الوقف للجهة بأيديهم ولذا قلنا الوعى أو طرش أو خرش أو فنج ان كان بحيث
يمكنه الكلام من الامر والنهي والاخذ والاعطاء فله الاجر الذي عينه له الواقف وللناظر في الوقف على
الفقراء أن يعطى قوما مده وله أن يقطعهم ويعطى غيرهم فكيف لا يدخل كثرة بحيث يحاصرونهم
وفي وقف الخصاص ان حكم القاضي أن لا يعطى غير هذا الرجل لم يعط غيره ومالم يكتم بذلك له أن يعطى غيره
ويحرمه لان في كل منهما تمهيد بشرط الواقف وقد استبعدت صحة هذا الحكم وكيف ساغ بالاشروط
حتى ظفرت في المسئلة بقوله ان هذا الحكم لا يصح ولا يلزم

الفصل الثاني في الموقوف عليه وقف على زيد ثم المساكين فرد زيد فهو لساكين وكذا على زيد
وعمر فرد أحدهما أو ظهر انه كان ميتا فنصيبه للمساكين وكذا اذا ردا جميعا ومن قبل بعد الرد لا يعود
ومن أخذ سنة ليس له أن يرد بعد ذلك أما لو قال لأقبلها سنة وأقبل ما سوى ذلك فإنه يجوز وحصلته من
هذه السنة للباقي من أهل الوقف ثم يشار كهم فيما بعدها ولو قبل سنين وسماها ليس له أن يرد هابل بعدها
على ولده وقوله على ولد فلان أي امانا تناسلوا فرد الموجودون صار للفقره فإذا جاء من بعدهم رجوع من
الفقراء اليهم الا أن يردوه ولو ردا واحدا منهم فقط فالغلة كلها من قبل ويجعل من لم يقبل كالميت بخلاف
مال أو وصى بثلثه لولد عبد الله وكانوا يوم مات أربعة فردوا حصته لورثة الموصى وهذه مما افترق فيه
الوصية والوقف والفرق ذكره هلال وغيره وعلى فلان وولده فرد فلان لم يعمل رده في رد مال ولده صغارا
كانوا أو كبارا وقف على ولده ثم لساكين فالولد صلبه يستوى فيه الذكر والانثى الا أن يخص صنفا 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 لصلبه يرجع من ابن الابن اليه ولو ضم الى الولد ولد الولد فقال علي ولدي وولد ولي ثم للساكن
 اشترك فيه الصليبيون وأولاد بنيه وأولاد بناته كذا اختاره هلال والنخاص وصححه في فتاوى قاضيخان
 وأنكر النخاص رواية حرمان أولاد البنات وقال لم أجدهم يقوم رواية ذلك عن أصحابنا وانما روى عن
 أبي حنيفة فيمن أوصى بثلثه لولد زيد بن عبد الله فان وجد له ولد ذكور وإنات لصلبه يوم يموت الموصي
 كان ينهم فان لم يكن له ولد لصلبه بل ولد لمن أولاد الذكور والانات كان لولد الذكور دون البنات
 فكانت لهم قسوا على ذلك وهذه هي وزان المسئلة الاولى وفرق شمس الأئمة بينها وبين هذه بأن ولد الولد اسم
 لمن ولده ولده و بنته ولده بخلاف قوله ولدي فان ولد البنت لا يدخل في ظاهر الرواية لان اسم ولده يتناول
 ولده لصلبه وانما وضع في ولد ابنته لانه ينسب اليه عرفا قال وزكر محمد رحمه الله ان ولد الولد يتناول ولد
 البنت عند أصحابنا لكن ذكر المصنف في التجنيس ان الفتوى على ظاهر الرواية فقد اختلفوا
 في الاختيار والوجه الذي ذكره شمس الأئمة من صدق ولد الولد على ولد البنت صحيح من حيث اللغة لكن
 وجه ظاهر الرواية التمسك فيه بالعرف فانه يتبادر من قول القائل ولد لفلان كذا وكذا ولد ابنته وكلام
 الواقفين منصرف الى العرف فان تخاطبهم به بخلاف ما اذا لم يصف الى الولد كما يقال ولدت فلانة فانه يقال
 أولدت ذكرا أو أنثى فان هذا الاستفهام ظاهر في عدم فهم الذكر بخصوصه واذا عرف الاختلاف
 في دخول أولاد البنات في أولاد أولادى فيجب فيما لو قال علي الذكور من أولادى وأولاد أولادى ادخال
 ابن البنت على الخلف لا يدخل على ظاهر الرواية لانه ليس ابن ولد الولد وعلى الرواية الاخرى يدخل ثم اذا
 انقرض ولد الولد لا يعطى لمن بعدهم بل للفقراء ولو قال ولدي وولد ولي وولد ولي صرفت الى أولاده أبدا
 ما تناسلوا ولا يصرف للفقراء قرا ما كان من نسله واحد ويستوى الاقرب والابعد الا أن ترتب الواقف
 ولو قال أولادى بلفظ الجمع يدخل التسلسل كله كذا كرات الطبقات الثلاث بلفظ ولدي ولو قال ولدي
 وأولادهم وله أولاد وأولادهم آباؤهم قبل الوفا لا يدخلون مع أولاد الاولاد الموجودين لانه لما قال بعد
 موت أولئك على أولادى فائما أراد الموجودين وضمير أولادهم يرجع اليهم خاصة بخلاف أولادى وأولاد
 أولادى لا موجب اقصره على الاولاد الموجودين فتدخل أولاد الذين ماتوا من قبل معهم ولو قال أولادى
 وهم فلان وفلان وفلان وبعدهم للفقراء فئات أحد الثلاثة أعطى نصيبه للفقراء اللباقيين من اخوته
 بخلاف ما لو لم يقل فلان وفلان وفلان بل أولادى ثم الفقراء يصرف الكل للواحد ان مات من سواه
 ولو قال علي بنى وله ذكرا ان صرف اليهم ما وان كان واحدا فله النصف والنصف الآخر للفقراء لان أقل
 الجمع اثنان فائما 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 يشك بأولادى فانه يصرف للواحد
 الكل الا أن يكون عرف في أولادى يخالف كل جمع لمادة غيره كبنى والمحتاجين ونحوه مما هو جمع غير
 لفظ أولادى ونقل الخلف بين أبي يوسف ومحمد فيما لو أعطى القيم نصيب الفقراء لواحد آجازه أبو 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 الذكور به قال بعض المشايخ في
 المسئلة روايتان انتهى والوجه الدخول لما عرف في أصول الفقه وعليه بنوا قول المستأمن 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 يعني فتدخل المرأة بلا تردد ولو لم يكن له البنات صرفت الغلة للفقراء وعلى
 بناتى لا تدخل الذكور ثم المستحق من الولد كل من أدرك خروج الغلة عالقيا بطن أمه حتى لو حدث ولد
 بعد خروج الغلة بأقل من ستة أشهر استحق ومن حدث الى تمامها فاعد الاستحقق لانا نتيقن بوجود

الاول في البطن عند خروج الغلظة فاستحق فلومات قبل القسمة كان لورثته وهذا في ولد الزوجة أمالو
 جاءت أمته بولد لقل من ستة أشهر فاعترف به لا يستحق لانه متمم في الاقرار على الغير أعني باقي المستحقين
 بخلاف ولد الزوجة فانه حين يولد ثابت النسب ولومات الواقف من غير تخال وقت يمكن فيه الرجوع الى
 أهله فجاءت بولد لسنتين من يوم وقف استحق من كل غلظة خرجت فيما بين ذلك وكذا لو طلقها عقب الوقف
 بلا تخال مدة كذلك بخلاف ما اذا كان الموت والطلاق بعد زمان يمكن فيه الرجوع لاحتمال انه من جل
 حدث وخرج الغلظة التي هي المناط وقت انعقاد الزرع حبا وقال بعضهم يوم يصير الزرع ممتة وما ذكره
 في فتاوى قاضيخان وهذا في الحب خاصة وفي وقف الخصاص يوم طلعت الثمرة وينبغي أن يعتبر وقت
 أمانه العاقبة كافي الحب لانه بالانعقاد بآمن العاقبة وقد اعتبر انعقاده وأما على طريقة بلادنا من اجارة
 أرض الوقف لمن يزرعها نفسه بأجرة تستحق على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فيجب اعتبار
 ادراك القسط فهو كادراك الغلظة فكل من كان مخلوقا قبل تمام الشهر الرابع حتى تم وهو مخلوق استحق
 هذا القسط ومن لا فلا وهذا كماه بخلاف ما لو قال على أصغر ولدى أو العيمان منها أو العور فان الوقف
 يختص بهم ويعتبر الصغر والعور والعبي يوم الوقف لا يوم الغلظة بخلاف الوقف على ساكني البصرة مثلا
 وبغداد يعتبر ساكني البصرة يوم الغلظة والاصل ان ما كان لا يزول فهو كالاسم العلم وكذلك اذا زال على وجه
 لا يمحتمل العود فيعتبر وجوده يوم الوقف بخلاف الفقر وسكني البصرة يمحتمل العود بعد الزوال ولو قال من
 خرج بسقط سهمه فخرج واحد ثم عاد لا يعود سهمه كالموقف على الايامي على أن من تزوجت سقط سهمها
 فتزوجت بواحد ثم طلقت لا يعود الا ان كان نصر على ذلك وكل من مات من المستحقين اذا لم يكن الواقف
 حال حصته بعد موته يقسم على الباقيين فقد تنتقض القسمة في كل سنة ويعطى الغني والفقير من الاولاد
 الا أن يعين المحتاجين من ولده فيلزم من ادعى الحاجة منهم لا يعطى ما لم يشتما عند القاضي ولو تعارضت
 بينتافقره وغناه حرم تعدد البينة غناه لانها أكثر اثباتا ومن ولد لقل من ستة أشهر من وقت خروج الغلظة
 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 الغلظة ولما لم يكن فيهم محتاج كان للساكنين ومن
 افتقر بعد الغني رجع اليه الكل وفي وقف الخصاص رجع الله لواجتمع عدتستين بلاقسمة حتى استغنى
 قوم وافتقر آخرون ثم قسمت يعطى من كان فقيرا يوم القسمة ولا أنظر الى من كان فقيرا وقت الغلظة ثم
 استغنى فأعطيه بخلاف من لم يكن موجودا وقت القسمة لا يعطى من هذه القسمة شيئا بل مما بعدها وكذا
 لو خص عيمان أو ولاده ونحوه تعيينا واحتياج الذي يصرف اليه من تدفع اليه الزكاة ولا يكون له أرض
 أو دار يستغلها وان لم تف غلظتها بكفايته حتى يبيعها وينفق منها أو يفضل منه أقل من نصاب بخلاف الدار
 التي يسكنها وعبد الخدمة وليس الموقوف عليهم الدار يسكنها بل الاستغلال كالموقف للموقوف عليهم
 السكنى الاستغلال واعلم انه اذا ذكر أولاده وأقاربه صح للغني والفقير منهم الا أن يختص الفقراء كما ذكرنا
 وأما غيرهم قال شمس الائمة اذا ذكر مصرفا فيهم تنصيص على الحاجة فهو صحيح سواء كانوا يحصون أولا
 يحصون لان المطلوب وجه الله تعالى ومتى ذكر مصرفا يستوى فيه الاغنياء والفقراء فان كانوا يحصون
 فذلك صحيح لهم باعتبار أعيانهم وان كانوا لا يحصون فهو باطل الا ان كان في لفظه ما يدل على الحاجة
 استعمالين الناس لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتامى فالوقف عليهم صحيح ويصرف للفقراء منهم دون
 أغنيائهم فأنبئ على هذه مال الوقف على الرجال أو النساء أو المسلمين أو الصبيان أو على مضر أو ربيعة أو
 على قوم أو بني هاشم لا يجوز نسي من ذلك لانه لا يميز بين الاغنياء والفقراء مع عدم الاحصاء ولا يميز في
 الاستعمال ونص الخصاص على ان الوقف على الزماني والعيمان والعور باطل من قبل انه ينظم الغني
 والفقير وهم لا يحصون وكذلك على قراءة القرآن وعلى الفقهاء وقال على أصحاب الحديث والشعراء كل ذلك

باطل لما ذكرنا والذي يقتضيه الضابط الذي ذكره شمس الأئمة انه يصح على الزمى والعميان وقراء القرآن
والفقهاء وأهل الحديث وبصرف الفقراء منهم كاليتامى لاشعار الاسماء بالحاجة استعمال الان العبي
والاشتغال بالعلم يقطع عن الكسب فيغلب فيهم الفقر 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 وقفاً على الغزاة انه يصح وبصرف الى فقراء الغزاة مع ان اسم الغزاة ينتظم الغنى والفقير وهم
لا يحصون غير انه يشعر بالحاجة ونصر في وقف هلال على جوارزه على الزمى ويدفع لفقراءهم وصرح في
وقف الخصاص بصحة الوقف على ارامل بنى فلان وانه لكل ارملة كانت يوم الوقف أو حدثت سواء كن
محصين أو لا وهو للفقراء ممن اذا كانت بالغة فن أعطى منهن أجزاء والارملة المستحقة كل بالغة كان لها
زوج وطفلها أو مات وخالفوا في الاباى فاذا وقف على اباى بنى فلان وبعدهن للسا كين أو اباى قرابى
ان كن يحصين فالوقف جائز وغلته للغنية والفقيرة وأن كن لا يحصين لم يجز الوقف فيكون للسا كين والايام
المستحقة كل أنى جومعت ولو يفجور ولا زوج لها بالغة أو لا ولو قال على كل نيب من بنى فلان أو من
قرابى فان كن يحصين جازهن ولكن من يحدث منهن وان كن لا يحصين في وقت قسمة من القسم فهو
باطل والغلة للسا كين والنيب كل من جومعت ولو يفجور ولها زوج أو لا وان لم تبلغ ولا بكار قرابى
أو بنى فلان فان كن يحصين فهو لهن ولن يحدث أبداً وان كن لا يحصين فالوقف عليهن باطل وهو
للسا كين واليكرم من لم يجامع وان كانت العذرة زائلة وفي كل ما لا يحصى من ذكرنا أنه لا يصح معه الوقف
لو قد فقال للفقراء ممن جاز ومن أعطى أجزاء كالوقف على الاقارب ووقف على أهل بيته ثم المسا كين
دخل الغنى والفقير من يناسبه الى الاب الذى أدرك الاسلام أسلم ذلك الاب أو لا ممن كان موجوداً حال
الوقف أو حدث بعد ذلك من الرجال والنساء والصبان لاقول من ستة أشهر من محي الغلة ولو كانوا
مرفوقين لقوم أو كفاراً وذيمة ولا يدخل في ذلك الاب ويدخل أبو الواقف وأجداده وولده لصلبه وأولاد
الذكور منهم وان سفوا ولا تدخل أبناء البنات من ولده الا اذا كان أباً وهم من يناسبه الى ذلك الجسد الذى
أدرك الاسلام ولا يدخل الواقف وأولاد عيانه ولا أولاد اخوانه اذا كان أباً وهم من قوم آخرين وقوله
على آلى وجنسى كأهل بيتى ولا يخص الفقراء منهم الا ان خصهم وقوله على الفقراء منهم وعلى من اقتصر
منهم سواء حيث يكون لمن يكون فقيراً وقت الغلة وان كان غنياً وقت الوقف ولا يتقيد عن كان غنياً فاقتصر
على الصحيح ولو وقف على قرابته فهو ان يناسبه الى أقصى أب في الاسلام من قبل أبيه أو الى أقصى أبه
في الاسلام من قبل أمه لكن لا يدخل أبو الواقف ولا أولاده لصلبه وفي دخول الجد روايتان وظاهر
الرواية لا يدخل ويدخل أولاد البنات وأولاد العتات والخالات والاجداد الاعوان والجدات ورجحى
وأرحمى وكل ذى نسب منى كالقرابة وعلى عمالي يدخل كل من كان في عماله من الزوج والولاد والجدات
ومن كان يعوله من ذوى الرحم وغير ذوى الرحم واذا عرف هذا فلو قال على أهل بيتى فاذا انقرضوا فعلى
قرابى فهو صحيح وتصرف بعدهم لمن يناسبه من قبل أبيه ولو عكس فقال على قرابى فاذا انقرضوا فعلى
أهل بيتى لم يصح ومثله لو قال على اخوتى فاذا انقرضوا فعلى اخوتى لابي وله اخوة متفرقون إذ بعد انقراض
الكل لا يبقى له أخ فيكون بعد انقراضهم للسا كين وعلى جيرانه يجوز ضمهم عند أبي حنيفة رضى الله عنه
الملاصقون فهو لجميع من في كل دار لاصقة من الاحرار ولو كانوا أهل ذمة والعبيد بالسوية قربت
الابواب أو بعدت وعند أبي يوسف هم الذين تجتمعهم محلة واحدة أو مسجد واحد فان جمعهم محلة واحدة
وتفرقوا في مسجدين فهي محلة واحدة ان كان المسجدان صغيرين متقاربين فان تباعدوا وكان مسجد
عظيم جامع فكل أهل مسجد جيران دون الآخرين وقال محمد بن الملازقون السكان سواء كانوا مالكين
لداراً أو لا وسياقى بنية هذا ان شاء الله تعالى ولا يدخل الارقا ومن انتقل من الجوار على الخلاف في
الجار بطل حقه من الوقف

﴿ كتاب البيوع ﴾

لما فرغ من ذكر أنواع حقوق الله تعالى وذكر بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقي منها وذكر البيوع بعد الوقف لان كلامهم ما مزيل للالك والبيع في اللغة تعليق المال بالمال وزيد عليه في الشرع فقيل هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب وهو من الاضداد لغة واصطلاحاً يقال باع الشيء اذا شراه ويقال باعه الشيء وباع منه ولاشتماله على الانواع الا في ذكرها جعوه وجواز ثابته بالكتاب بقوله تعالى وأحل الله البيع والسنة فانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتبايعون فقررهم على ذلك والتقرير بأحد وجوه السنة وبالاجماع فانه لم ينكره أحد من الملبين وغيرهم والمعقول وهو سبب شرعيته فان تعلق البقاء المقدور بتعاطيها يدل على ذلك وقد بينا ذلك في التقرير وركنه الايجاب والقبول أو ما دل على ذلك وشرطه من (٧٣) جهة العاقلين العقد والتميز ومن جهة

المحل كونه مالا متقوماً
مقدور التسليم وحكمه افادة
الملك وهو القدرة على
التصرف في المحل شرعاً فلا
يشكل بتصرف المشتري
في المبيع قبيل القبض
بالبيع فانه ممنوع مع كونه
ملكاً لان ذلك التصرف ليس
بشرعي مطلقاً انتهى النبي
صلى الله عليه وسلم عن بيع
مالم يقبض هذا هو المقصود
من شرعية البيع وقد
يترتب عليه غيره كوجوب
الاستبراء وثبوت الشفعة
وعتق القريب وملاك المنفعة
في الجارية والخيارات
بطريق الضمن وأنواعه
باعتبار المبيع أربعة بيع
السلع بمثلها ويسمى مقايضة
وبيعها بالدين أعني الثمن
وبيع الثمن بالثمن كبيع
النقدين ويسمى الصرف
وبيع الدين بالعين ويسمى
سلباً وباعتبار الثمن كذلك
المساومة وهي التي لا تنتفت

﴿ كتاب البيوع ﴾

﴿ كتاب البيوع ﴾

عرف ان مشروعات الشارع منسجمة الى حقوق الله تعالى خاصة وحقوق العباد خاصة وما اجتمع فيه
الحقان وحقه تعالى غائب وما اجتمع فيه وحق العباد غالب فحقوقه تعالى عبادات وعقوبات وكفارات
فابتدأ المصنف بحقوق الله تعالى الخاصة وغيرها حتى أتى على آخر أنواعها ثم شرع في حقوق العباد وهي
المعاملات ثم في ترتيب خصوص بعض الابواب على بعض مناسبات خاصة ذكر في مواضعها ووقع
في آخرها ترتيب أول أقسام حقوق العباد أعني البيع على الوقف ووجهه ان الوقف اذا صح خرج المملوك
عن ملك الواقف لاني مالك وفي البيع الى مالك فزل الوقف في ذلك منزلة البسيط من المركب والبسيط
مقدم على المركب في الوجود فقدمه في التعليم هكذا ذكر ولا يخفى شروعه في المعاملات من زمان فان
ما تقدم من اللقطة واللقيط والمفقود والشركة من المعاملات ثم البيع مصدر فقدير اذ به المقصود
فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع وقدير اذ به المعنى وهو الاصل لجمعه باعتبار أنواعه فان البيع يكون سلباً
وهو بيع الدين بالعين وقلبه وهو البيع المطلق وصرفاً وهو بيع الثمن بالثمن ومقايضة وهو بيع العين
بالعين وبخيار ومنجز أو مؤجل الثمن ومرا بحة وتولية ووضع وغير ذلك والبيع من الاضداد يقال باعه
اذا أخرج العين عن ملكه اليه وباعه أي اشتراه ويتعدى بنفسه وبالخرق باع زيد الثوب وباعه منه
وأما مفهومه لغة وشرعاً فقال نخر الاسلام البيع لغة مبادلة المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه
قيد التراضي اه والذي يظهر أن التراضي لا بد منه لغة أيضاً فانه لا يفهم من باعه وباعه زيد عبده الا أنه
استقبل به بالتراضي وان الاخذ غصبا واعطاء شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة باعه وشرعية
البيع بالكتاب وهو قوله تعالى وأحل الله البيع والسنة وهي قوله عليه الصلاة والسلام يا معشر
التجار إن بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة وبعث عليه الصلاة والسلام والناس
يتبايعون فقررهم عليه والاجماع منعقد عليه وسبب شرعيته تعلق البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجه
جميل وذلك ان الانسان لو استقل بائناً بعض حاجاته من حرث الارض ثم بذر القمح وخدمته وحراسته
وحصده ودراسته ثم تذرته ثم تنظيفه وطحنه بيده وبعثه وخبزه لم يقدر على مثل ذلك وفي الكتان
والصوف للسهو وبناء ما يظلم من الحر والبرد الى غير ذلك فلا بد من ان تدفعه الحاجة الى أن يشتري شيئاً

(١٠ - فتح القدير خامس)

﴿ كتاب البيوع ﴾

(قوله فقيل هو مبادلة الخ) أقول سيصرح الشارح في فصل في البيع من كتاب الوكالة بأن هذا الحد حد كل واحد من البيع والشراء
فكل ما صدق عليه هذا الحد بيع من كل وجه وشراء من كل وجه فراجعه (قوله فان تعلق البقاء المقدور) أقول من القدر (قوله ومن
جهة المحل كونه مالا متقوماً) أقول التقوم شرط البيع الصحيح والكلام فيما يبيع الفاسد أيضاً (قوله ببيع السلع الخ) أقول المراد بالسلعة
ما يتجر به مطلقاً عرضاً وعقاراً الا ما يقابل العقار فلا يحتل الحصر وسيجيء في هذا الكتاب بعد وقتين نعيم السلع للدور والعبود والنياب

قال (البيع ينقذ بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظي الماضي) مثل أن يقول أحدهما بعث والآخر اشترت لان البيع انشاء تصرف

ويقتدى من اوله شيء فلو لم يشترع البيع سبباً للملك في البدلين لاحتاج أن يؤخذ على التغالب والمقاورة أو السؤال والشحاذة أو يصبر حتى يموت وفي كل منهما لا ينجح من الفساد وفي الثاني من الذل والصغار ما لا يقدر عليه كل أحد ويرى بصاحبه فكان في شرعيته بقاء المكلفين 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 للذين يعقلان البيع وأثره في المبيع كونه مالا متقوماً مشرعاً مقدور التسليم في الحال أو في نائي الحال فيدخل السلم وقد قالوا شرطه منها بشرط الانعقاد وهو التمييز والولاية وكون المبيع متقوماً ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية حتى اذا باع ملك غيره توقف النفاذ على الاجازة بمن له الولاية وأما ركنه فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين أو من يقوم مقامهما الدال على الرضا بتبادل الملك فيما هو هذا مفهوماً الاسم شرعاً وقد يكون ذلك الفعل قولاً وقد يكون فعلاً غير قول كما في التعاطي كما سيأتي وقد يكون الرضا بائناً وقد لا يكون فان لفظ بعث مثل ليس عليه ثبوت الرضا بل أمانة عليه فقد يتحقق مع انتفائه كالغيم الربط للطرفين كما يتحقق بعث واشترت ولا رضا كما في بيع المكره وهذا على ما اخترناه من أن حقيقة التراضي ليس جزءاً مفهوماً البيع الشرعي بل شرط ثبوت حكمه شرعاً (قوله البيع ينقذ بالايجاب والقبول) يعني اذا سمع كل كلام الآخر ولو قال البائع لم أسمعه وليس به صمم وقد سمعه من في المجلس لا يصدق ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص المعلوم بحكمه وأما قلنا هذا لانه قال ينقذ بالايجاب والقبول فجعله ما غيره ثبتت هو به ما مع ان البيع ليس الا بالايجاب والقبول لانهم اركانها على ما حققناه آنفاً من ان ركنه الفعل الدال الى آخره هذا ولكن الظاهر ان المراد بالبيع هنا ليس الانفس حكمه لانه في ذلك الحكم وما قبل البيع عبارة عن معنى شرعي يظهر في المحل عند الايجاب والقبول حتى يكون العاقد قادر على التصرف ليس غير الحكم الذي هو الملك لانه هو الذي يثبت به قدرة التصرف فالمحقق من الشرع ليس الا ثبوت الحكم المعلوم من تبادل الملكين عند وجود الفعلين أعني الشطرين بوضعهما سبباً له شرعاً وليس هنا شيء ثالث فالملك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف فخرج نحو الوكيل فاذا امتنع أن يراد الفعل الخاص لزم الآخر والايجاب لغة الاثبات لا شيء كان والمراد هنا اثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أو لا سواء وقع من البائع كبعث أو من المشتري كان يبتدئ المشتري فيقول اشترت منك هذا بألف والقبول الفعل الثاني والافكل منهما ما يوجب أي اثبات فسمى الاثبات الثاني بالقبول تمييزاً له عن الاثبات الاول ولانه يقع قبولاً ورضاءً بفعل الاول وحيث لم تصح ارادة اللفظين بالبيع بل حكمه ما هو الملك في البدلين وجب أن يراد بقوله ينقذ بيبث أي الحكم فان الانعقاد انما هو للفظين لا للملك أي انضمام أحدهما الى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعي وقولنا في القبول انه الفعل الثاني يفيد كونه أعم من اللفظ وهو كذلك فان من الفروع ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم فأكله تم البيع وأكله حلال والركوب والبس بعد قول البائع اركبها بمائة والبسه بكذا رضا بالبيع وكذا اذا قال بعثتك بألف فقبضه ولم يقل شيئاً كان قبضه قبولاً بخلاف بيع التعاطي فانه ليس فيه ايجاب بل قبض بعدم معرفة الثمن فقط وسأيت في جعل مسألة القبض بعد قوله بعثتك بألف من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظروا في فتاوى قاضيان قال اشترت منك هذا بكذا فصدق به على هؤلاء فنقل البائع قبل أن يتفرق فجاز وكذا اشترت منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لي قبضاً فقطعه قبل التفرق وقوله (اذا كانا بلفظ الماضي مثل أن يقول أحدهما بعث والآخر اشترت) قال المصنف (لان البيع انشاء تصرف) أي اثبات تصرف يفيد حكماً يثبت جبراً

قال رحمه الله (البيع ينقذ بالايجاب والقبول) الانعقاد ههنا تعلق كلام أحد العقادين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل والايجاب الاثبات ويسمى ما تقدم من كلام العقادين ايجاباً لانه يثبت للآخر خيار القبول فاذا قبل يسمى كلامه قبولاً وحينئذ لا يخاف في وجه تسمية الكلام المتقدم ايجاباً والمتأخر قبولاً وشرطه أن يكون الايجاب والقبول بلنظيرين ماضيين مثل أن يقول الموجب بعث والمجيب اشترت لان البيع انشاء تصرف شرعي

قال المصنف (البيع ينقذ بالايجاب والقبول الخ) أقول يجي من المصنف في آخر باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب ان حد البيع بمبادلة المال بالمال بالتراضي

وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف به أما أن البيع انشاء فلان الانشاء اثبات ما لم يكن وهو صادق على البيع لا محالة
 وأما كونه شرعية فلان الكلام في البيع شرعا وأمان كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع لان تلقي الامور الشرعية لا يكون الا منه
 والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار لغة في الانشاء فينعتق 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 والاخر 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 يباع 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 فينعقد البيع وأسند ذلك الى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي
 ثم قيل في تعليقه لان صيغة الاستقبال تحمل الحال فصحت النية وقيل لان هذا (٧٥) اللفظ وضع للحال وفي وقوعه للاستقبال

والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعتق به ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ
 المستقبل والاخر لفظ الماضي بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك

(والانشاء) على هذا الوجه لا (يعرف) الا (بالشرع) لما فيه من اثبات معنى يكون اللفظ علة 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 لعنايه يطابقه أو لا يطابقه انشاء وهو يعنى ما ذكر وغيره
 مما يباينه الا ترى أن لفظ لعل زيدا يأتي ولتلى ما لا ليس علة لترجي ذلك وتمنيته بل دال على الترجي
 والتمني القائم بالتمكيم كانه أخبر عن قيامه غير أن أهل الاصطلاح لا يسمونه اخبارا لما قلنا
 بخلاف بيعت وطالق فانه علة تثبت به شرعا معان لا قدرة للتمكيم على اثباتها والحاصل ان الانشاء على هذا
 الوجه لا يمكن الايمان له الا خلق والامر تبارك الله رب العالمين سواء سمي غيره انشاء اصطلاحا ولا اذا كان
 الانشاء لا يعرف الا بالشرع ولم يوضع له في اللغة لفظ يخصه والشرع استعمل في اثباته من اللغة لفظ الخبر
 أى وضعه علة لاثباته تعالى ذلك المعنى عنده فينعتق أى يثبت به وأما تعليقه بان لفظ الماضي أدل على
 الوجود فانه لا يصدق الا بتحقق الوجود سابقا فاختير له فربما يعطى قصر العلية عليه وليس كذلك بل
 الوجه أنه تعليل أولوية لفظ الماضي بأن يستعمل فيه من غيره فانه لا يقتصر عليه كما ستمع (قوله)
 ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح) فانه اذا قال زوجي فقال زوجتك ينعقد
 بمجرد ذلك أما البيع فاذا قال بعنيه بألف فقال بعتك لا ينعقد حتى يقول الاول اشتريت ونحوه وهذا
 ونحوه مما قال الطحاوي انه ينعقد بثلاثة ألفاظ قال (وقدم الفرق هناك) يعنى قوله لان هذا
 توكيل يعنى زوجي فاذا قال زوجتك كان ممثلا أمر الموكل من وجهه ووليها من زوجها والواحد يتولى
 طرف عقد النكاح بخلاف البيع وقد مرنا من قال ان لفظ الامر في النكاح جعلت ايجابا لان النكاح
 لا يصرح بالخطبة فيه وطلبه الا بعد مراجعات وتأمل واستحارة غالبا فلا يكون لفظ طلبه أعنى زوجي
 مساومة بل تحقيقا فاعتبر ايجابا بخلاف البيع لا يكون مسهوقا بل ذلك فكان الامر فيه مساومة فلا
 يتم العقد بمجرد جواب الآخرو على هذا لا يتم فرق المصنف لانه مبنى على كونه توكيلا وأما الفرق بان
 رد النكاح بعد ايجابه يلحق الشين بالاولياء بخلاف رد البيع فبنى على جعل الامر فيه ايجابا ثم فيه نظر

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

المهودان المجاز يحتاج الى ما ينقضي ارادة الحقيقة لأن الحقيقة تحتاج الى ما ينقضي ارادة المجاز على أنه دافع للعقول دون الاثر فان قيل فما
 وجه ما ذكر في شرح الطحاوي فالجواب أن يقال المضارع حقيقة في الحال في غير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو اللفظ الماضي
 والمضارع فيها مجاز فيحتاج الى النية فقوله بخلاف النكاح) يعنى انه ينعقد بذلك فان أحدهما اذا قال زوجي فقال الآخرو زوجتك
 انعقد وقد مر الفرق هناك وهو ما قال ان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح

(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 توجيهه كلام شرح الطحاوي والثاني لا يتم به التقريب (قوله هو اللفظ الماضي) أقول أى في البيوع (قوله والمضارع فيها مجاز)
 أقول ضمير فيها راجع الى الحال وكذلك ضمير فيها من قوله والحقيقة الشرعية فيها راجع الى الحال أيضا

وقوله رضيت بكذا أو أعطيتك بكذا أو أخذته بكذا في معنى قوله بعث واشترت لانه يؤدى معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود

لانه لو صح لزوم امتناع رجوعه بعد قوله زوجني بتك قبل قوله زوجتك لانه أبيضاشين وانكسار بلحقهم وهذه ثمانية مواضع منها البيع والاقالة لا يكتب بالامر فيم - ما عن الايجاب ومنها التسكاح والخلع يقع فيهما ايجابا الخامسة اذا قال لعبدك اشتر نفسك مني بألف فقال فعلت عنق السادسة في الهبة قال هب لي هذا فقال وهبته منك تحت الهبة السابعة قال لصاحب الدين أبرئني عمالك على من الدين فقال أبرأتك تحت البراءة الثامنة الكفالة قال اكفل بنفس فلان لفلان قال كفلت تحت الكفالة فاذا كان غائبا فقدم وأجاز كفالته جاز واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو الذي يتصادق على نية الحال أما اذا تصادقا على نية البيع في الحال فينعتق به في القضاء لان صيغة الاستقبال تحتل الحال فيثبت بالنية ذكره في التحفة في صفة الاستقبال مطلقا وفي الكافي قصر الكلام على المضارع فقال الصحيح ما ذكره الطحاوي لان المضارع في الاصل موضوع للحال ووقوعه في الاستقبال نوع مجوز اه وعلى هذا ينبغي أن يقبل قوله اذا ادعاء وكذبه الآخر لانه حقيقة اللفظ بخلاف المستقبل وهو الامر فلو ادعى في قوله بعني أنه أراد معنى اشترت به بكذا ينبغي أن لا يصدقه القاضي مثال ذلك أن يقول أبيع منك هذا بكذا أو أعطيكه فقال اشترت به أو أخذته ونويا الايجاب للحال والحق ان المراد بالمستقبل الذي ينعتق به نية الحال هو المضارع وتسميته مستقبلا على أحد القولين والاختيار أنه موضوع للحال وأما الامر فلا يوجد في شيء من الكتب التمثيل به لذلك مع انه هو المستقبل في الحقيقة وذلك لانه انشاء وبينه وبين الاخبار كمال انقطاع فلا يجوز به فيه فلا يقال بعنيه والمراد اشترت به فلا ينعتق به الا في قوله أخذته بكذا فينعتق لثبوت الايجاب اقتضاء ومثل الامر المضارع القرون بالسين نحو سأبيعك فلا يصح بيعا ولا يجوز به في معنى بعثك في الحال فان ذكر السين يناقض ارادة الحال واعلم أن كون الواحد لا يتولى طرفي العقد في البيع مخصوص منه الاب يشترى مال ابنه لنفسه أو يبيع ماله منه والوصى عند أبي حنيفة اذا اشترى لليتيم من نفسه أو لنفسه منه بشرطه المعروف في باب الوصية وقيدته في نظم الزندو بسى بما اذا لم يكن نصبه القاضي (قوله وقوله رضيت) هذا بدرهم فقال بعثك وقال اشترت به بدرهم فقال رضيت أو قال بعثك بكذا فقال فعلت أو أجزت أو أخذت كل هذه الالفاظ من قبل البائع أو المشتري يتم بها البيع لا فادتها اثبات المعنى والرضاه وكذا اللفظة أخذته بكذا ينعتق به اذا قبل بان قال أخذته ونحوه لانه وان كان مستقبلا لكن خصوص مادته أعني الامر بالأخذ يستدعي سابقة البيع فكان كالماضى الآن استدعاء الماضى سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء أخذته سبقه بطريق الاقتضاء فهو كما اذا قال بعثك عبدى هذا بألف فقال فهو حر عتق ويثبت اشترت اقتضاء بخلاف ما لو قال هو حر بلا فاء لا يعتق وانما صح بهذه ونحوها (لانه يؤدى معنى البيع والمعنى هو المعتبر في هذه العقود) ألا يرى الى ما قالوا لو قال وهبتك أو وهبت لك هذه الدار وهذا العبد شيوك هذا فرضي فهو بيع بالاجماع قالوا انما قال في هذه العقود احتراز عن الطلاق والعتاق فان اللفظ فيهما مقام المعنى وأنت تعلم أن اقامة اللفظ مقام المعنى أثر في ثبوت حكمه بلانية ليس غير فاذا افرقت هذه العقود ذلك اقتضى أن لا يثبت بمجرد اللفظ بلانية فلا يثبت بلفظ البيع - حكمه الا اذا أراد به وحينئذ فلا فرق بين بعث وأبيع في توقف الانعقاد به على النية ولذا لا ينعتق بلفظ بعث هز لا فلامعنى لقوله ينعتق بلفظ الماضى ولا ينعتق بالمستقبل ثم تقيمه بما اذا لم ينوبه فانه ينعتق بلفظ الماضى وغيره بالنية ولا ينعتق بالماضى وغيره بلانية ومن الصور لفظة نعم تقع ايجابا في قول المستفهم اتبعني عبدك بألف فقال نعم فقال أخذته فهو بيع لازم وكذا أبيعك ومنها اشترت به منك بألف فقال نعم أو هات الثمن انعقد وكذا اذا قال هذا عليك بألف فقال فعلت

قال رحمه الله وقوله (رضيت أو أعطيتك) هذا البيان ان انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعث واشترت بل كل ما دل على ذلك ينعتق به فاذا قال بعث منك هذا بكذا فقال رضيت أو أعطيتك الثمن أو قال اشترت منك هذا بكذا فقال رضيت أو أعطيت أى المبيع بذلك الثمن انعقد لا فادة المعنى المقصود وكذا اذا قال اشترت هذا منك بكذا فقال أخذته بعني بالخذ بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فقد رالبيع اقتضاء فصار كل ما يؤدى معنى بعث واشترت سواء في انعقاد البيع به لان المعنى هو المعتبر في هذه العقود وقيدته بذلك لان بعض العقود قد يحتاج الى اللفظ ولا ينعتق بونه كافي المفاوضات اذا لم يبين جميع ما تنقصه ولهذا

(قوله لأن المعنى هو المعتبر الخ) أقول فيه أن الاعتبار في المعاوضة أيضا للمعنى كما صرح به المصنف هناك ومساس الحاجة الى اللفظ انما هو لبعده عن علم العوام

ولهذا ينعقد بالتعاطى في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقيق المراضة

ولو قال هولك بألف ان وافقك أو ان أعجبك أو ان أردت فقال وافقني أو أعجبني أو أردت اننعقد ولو قال بعتمك بكذا بعد وجود مقدمات البيع فقال اشتريت ولم يقل منك صح وكذا على العكس وكذا اذا قال بعدم معرفة الثمن ان أدبت ثمنه فقد بعته منك فأدى في المجلس جاز استحسانا ﴿فروع﴾ في اختلاف الايجاب والقبول قال بعتمك بألف فقال اشتريته بألفين جاز فان قبل البائع الزيادة تم بألفين والاصح بألف اذ ليس له ولاية ادخال الزيادة في ملكه بلارضاه ولو قال اشتريته بألفين فقال البائع بعتمك بألف جاز كأنه قبل بألفين وحط عنه ألفا ولو ساومه بعشرة فقال بعشرين فقبضه من يده ولم ينعه لم بعشرة فلو كان في يد المشتري من أول الامر فذهب به والباقي بحاله فبعشرين عندهم جميعا وقال الطحاوى يلزم باخروهم كلاما مطلقا ولو قال بعتمك بألف بعتمك بألفين فقال قبلت الاول بألف لم يجوز ان البائع قد رجح عنه وليس هكذا في الطلاق والعقاق فان قال قبلت البيعين جميعا بثلاثة آلاف فهو كقوله قبلت الاخر بثلاثة آلاف يعني يكون البيع بألفين والالف زيادة ان شاء قبلها في المجلس وان شاء ردها وكذا بألف بمائة دينار انما يلزمه الثاني وقبل يلزمه الثمان والاول في الزيادات وهو أوجه واذا قبل الزيادة في المجلس لزم المشتري (قوله ولهذا ينعقد) أى ولان المعتبر هو المعنى ينعقد (بالتعاطى في النفيس والخسيس) قيل النفيس نصاب السرعة فصاعدا والخسيس مادونه (وقوله هو الصحيح) احتراز من قول الكرخي انه انما ينعقد بالتعاطى في الخسيس فقط وأراد بالخسيس الاشياء المحترقة كالقبل والرغيف والبيض والجوز استحسانا للعادة 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 فلامعنى للتفصيل وفي الايضاح هو خلاف ما ذكره محمد في الاصل في مواضع اه وفي شرح الجامع الصغير لغير الاسلام في رجل قال لرجل بعني هذا العبد فلان فاشتراه ثم أنكرا أن يكون فلان أمر بذلك ثم جاء فلان فقال أنا أمرته قال ياخذ فلان فان قال لم أمره وقد كان اشتراه له لم يكن له الا أن يسلمه المشتري له فان سلمه وأخذ الذي اشتراه له كان بيعا للذي أخذ من المشتري وكان العهد عليه أى لا أخذ على المشتري فدل على صحة التعاطى في النفيس وفي المنتقى له على آخر ألف درهم فقال الذي عليه المال للذي له المال أعطيك بمالك دفانير ساومه بالذنانير ولم يقع بيع ثم فارقته فباعها فدفعها اليه يريد الذي كان ساوم عليه ثم فارقته ولم يستأنف بيعا جاز هذه الساعة وكذا الوساوم رجل اشترى عابسا معه وعاء ثم فارقته وجاءه بالوعاء فاعطاه الثمن وكال له جاز ومن صورته ما اذا جاء المودع بأمة غير المودعة وقال هذه أمتهك والمودع يعلم انها ليست اياها وحلف فأخذها حل الوطء للمودع واللامه وعن أبي يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتي فحلف الخياط انها هي وسعه أخذها ومنها قول الدلال للبراز هذا الثوب بدرهم فقال ضعه وفي أجناس الناطق لو قال بكم تبيع قفيز حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله فهو بيع وكذا لو قال للقصاب مثله فوزته وهو ساكت فهو بيع حتى لو امتنع القصاب من دفع الثمن وأخذ اللحم أو امتنع القصاب من دفع اللحم أجبرهما القاضي وكذا اذا قال زني ما عندك من اللحم على حساب ثلاثة أرطال بدرهم فوزن بخلاف ما لو قال زني ثلاثة أرطال فوزنه له الخيار لانه ليس بمعلوم بخلاف ما لو قال من هذا الجنب ومن هذا الفخذ وكذا قوله لمن جاء بوفر بطيخ فيه البكار والصغار بكم عشرة من هذه فقال بدرهم فعزل عشرة واختارها فذهب به والبائع ينظر أو عزل البائع عشرة فقبلها المشتري تم البيع واختاف في أن قبض البدين شرط في بيع التعاطى أو أحدهما كاف والصحيح الثاني ونص محمد رحمه الله على أن بيع التعاطى يشترط قبض أحد البدين وهذا ينظم الثمن والمبيع ونصه في الجامع على أن تسليم المبيع يكفي لا يفتى الاخر ومنها الوردة بخيار العيب والبائع متيقن انها ليست له فأخذها

(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 كالقبل وأمثاله ثم ان محمدا رحمه الله أشار في الجامع الصغير الى أن تسليم المبيع يكفي في تحقيقه

قال المصنف (لتحقق المراضة) أقول يصحح في باب الوكالة بالشراء بكفاية التسليم على وجه البيع للتعاطى وان لم يوجد نقد الثمن وفي النهاية في فصل ما يفعله الشاهد التعاطى بيع حكى وليس يبيع حقيقى

قال رحمه الله (وإذا أوجب) إذا قال البائع مثلاً بعثك هذا بكذا فالآخر بالخيار إن شاء قال في المجلس قبلت وإن شاء رد وهذا يسمى خيار القبول وهذا لأنه لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول لكان مجبوراً على أحدهما وانتفى التراضي فما فرضناه به عالم يمكن بعهاداً خلف وإذا كان إيجاب أحدهما غير مفيد للحكم بدون قبول الآخر كان للوجب أن يرجع عن إيجابه فلا ينعى عن إبطال حق الغير فإن قيل سئلناه أن إيجاب أحدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم ينحصر في ذلك فان حق التملك ثبت للمشتري بإيجاب البائع وهو حق للمشتري فلا يكون الرجوع خالياً عن إبطال حق الغير (٧٨) فالجواب أن الإيجاب إذا لم يكن مفيداً للحكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع وحق

التملك للمشتري إن سلم ثبوته بإيجاب البائع لا يمنع الحقيقة لكونها أقوى من الحق لا محالة ولا ينتقض بما إذا دفع الزكاة إلى الساعي قبل الحول فإن المزكي لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع لأن حقيقة التملك زالت من المزكي فعمل الحق عمله لا تنقاه ما هو أقوى منه (قوله وإنما يتدلى آخر المجلس) يجوز أن يكون جواباً عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ولم لا يبطل الإيجاب عقيب خلوه عن القبول أول لا يتوقف على ما وراء المجلس وتقرير الجواب إن في إبطاله قبل انقضاء المجلس عسراً بالمشتري وفي إبقائه فيما وراء المجلس عسراً بالبائع وفي التوقف على المجلس بسرهما جميعاً والمجلس جامع للتفرقات كما تقدم في أول الكتاب فعملت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقاً ليسر فإن قيل فلم لا يكون الخلع والعق على مال كذلك فالجواب أنهما اشتلتا على اليقين من جانب الزوج والمولى فكان

قال (وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رد وهذا خيار القبول لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه وإذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب أن يرجع عنه قبل قبوله لخلوه عن إبطال حق الغير وإنما يتدلى آخر المجلس لأن المجلس جامع للتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقاً ليسر

ورضى فهو بيع بالتعاطي (قوله) وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار وهذا خيار القبول إن شاء قبل وإن شاء رد) وللوجب أيهما كان بائعاً ومشترياً أن يرجع قبل قبول الآخر عن الإيجاب لأنه لم يثبت له حق يبطله الآخر بلا معارض أقوى لأن الثابت له بعد الإيجاب - حق التملك والموجب هو الذي أثبت له هذه الولاية فله أن يرفعها كعزل الوكيل ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك فلا يلزم بجزر الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك ودلالة الإجماع تنفيه ألا يرى أن اللاب 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 المجهلة ليس له حق استردادها لثبوت حق التملك للفقير وحاصل جوابه أن الأصل الموجب للدفع قائم وهو النصاب وإنما القائل وصفه وهو النماء فبعد أخذ السبب حكمه ثم الأمر وفيما نحن فيه لم يوجد الأصل بل شرطه فلا يكون البيع موحوداً وله أن يقبل مادام المجلس قائماً فان لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد واختلافه باعتراض ما يدل على الاعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه أما لو قام أحدهما ولم يذهب فظاهر الهداية وعليه منى جمع أنه لا يصح القبول بعد ذلك واليه ذهب قاضيان حيث قال فان قام أحدهما بطل يعني الإيجاب لأن القيام دليل الاعراض فان قيل الصريح أقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغي أن لا يثبت الاعراض فلنا الصريح وإنما كان أقوى ويعمل إذا بقي الإيجاب بعد قيامه وهنالك يبقى فان الأصل أن لا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه ولا يجتمع قوله قبلت به الآن للمجلس أثر في جمع التفرقات وبالقيام لا يبقى المجلس وقال شيخ الإسلام في شرح الجامع إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح واليه أشير في جمع التفرقات وهو ما شرح لقوله فيما يأتي وأيهما قام إلى آخره وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما إذا تبايعا وهما عيشان أو يسيران لو كانا على دابة واحدة فأجاب الآخر لا يصح لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية واختار غير واحد كالطحاوي وغيره أنه إن أجاب على فور كلامه متصلًا جاز وفي الخلاصة عن النوازل إذا أجاب بعد ما مشى خطوة أو خطوتين جاز ولا شك أنهما إذا كانا عيشان مشام متصلًا لا يقع الإيجاب إلا في مكان آخر بلا شبهة ولو كان الخاطب في صلاة فريضة ففرغ منها وأجاب صح وكذا لو كان في نافلة فضم إلى ركعة الإيجاب أخرى ثم قبل جاز بخلاف ما لو أكملها أربعاً ولو كان في يده كوز فشرى ثم أجاب جاز وكذا لو أكل لقمته لا يتبدل المجلس إلا إذا اشتغل بالكل ولو ناما جالسين لا يختلف ولو مضطجعين أو أحدهما نهى فرقة والسفينة كالبيت فلو عقدوا هي تجرى فأجاب

الآخر

ذلك مانعاً عن الرجوع في المجلس فيتوقف الإيجاب فيه ما على ما وراء المجلس

(قوله وهذا لأنه لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول) أقول أنت خير بانالم نفرض في صورة الرد بعهادتي يلزم خلاف المفروض مع أن صورة الرد لم تعرض لها المصنف ولا يعلق بها الغرض فالأولى في التعميل طي ذكره من بين أوثيق في التعميل يلزم أن لا يوجد أصلاً فليست أم (قوله فما فرضناه به عالم يمكن بعهاداً خلف) أقول وإنما يلزم ذلك إذا كان انتفاء التراضي مستلزماً لانتفاء البيع وهو ممنوع ألا يرى أن بيع المكره من عقد (قوله فالجواب أن الإيجاب الخ) أقول الظاهر أن هذا جواب بتغيير الدليل

قال رحمه الله (والكتاب كالخطاب) اذا كتب اما بعد فقد بعته عبدى فلانا بألف درهم أو قال لرسوله بعته هدا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب فأخبره بذلك فوصل الكتاب الى المكتوب اليه وأخبر الرسول المرسل اليه فقال في مجلس بلوغ الكتاب والرسالة اشترت أو قبلت ثم المبيع بينهما لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب وكان ذلك سواء في كونه مبلغا وكذلك الرسول معبر وسفير فقتل كلامه اليه قال رحمه الله (٧٩) (وليس له أن يقبل في بعض المبيع)

يعنى اذا أوجب البائع المبيع في شيئين فصاعدا وأراد المشتري قبول العقد في أحدهما لا غير فان كانت الصفقة واحدة فليس له ذلك لتضرر البائع بتفريق الصفقة عليه لان العادة فيما بين الناس انهم يضمون الجيد الى الرديء في البياعات ويتقصون عن عن الجيد لترويج الرديء به فلو ثبت خيار قبول العقد في أحدهما لقبيل المشتري العقد في الجيد وترك الرديء فزال الجيد عن يد البائع بأقل من ثمنه وفيه ضرر على البائع لاحالة وهذا التعليل في الصورة الموضوعه صحيح وأما اذا وضعت المسئلة فيما اذا باع عبدان ب ألف مثلا وقبل المشتري في نصفه فليس يصح والصحيح فيه أن يقال يتضرر البائع بسبب الشركة فان قيل فان رضى البائع في المجلس هل يصح أولا اجيب بأن القدورى قال انه يصح ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استثناف ايجاب لا قبولا ورضا البائع قبولا قال وانما يصح مثل هذا اذا كان

والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر بمجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة وليس له أن يقبل في بعض المبيع ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة

الآخر لا يقطع المجلس بمجرد بانه الانهما لا يمكن ان يقابها وقيل يجوز في الماشيين أيضا ما لم يتفرقا بذاتهما ما أمال المسير بلا افتراق فلا وهكذا في خيار الخيرة بخلاف سجدة التسلاوة ولو قال بعتهك بألف ثم قال لا آخر بعتهك بألف فقبلا فهى للثاني لا للاول ولو قال بعتهك بكذا فلم يقبل حتى قام البائع في حاجة بطل (قوله) والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر بمجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة) فصوره الكتاب أن يكتب أما بعد فقد بعته عبدى منك بكذا فلما بلغه الكتاب وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس انعقدت الرسالة أن يقول اذهب الى فلان وقل له ان فلانا باع عبدى فلانا منك بكذا فجاء فأخبره فأجاب في مجلسه ذلك بالقبول وكذا اذا قال بعته عبدى فلانا من فلان بكذا فاذهب يا فلان فأخبره فذهب فأخبره فقبل وهذا لان الرسول ناقل فسا قبل اتصل لفظه بلقظ الموجب حكما فلو بلغه بغير أمره فقبل لم يميز لانه ليس رسولا بل فضوليا ولو كان قال بلغه يا فلان فبلغه غيره فقبل جاز ولو كان المكتوب بعته بكذا فكتب بعتهك لا يتم ما يقبل الاول قبلت وأما ما ذكر في المبسوط لو كتب اليه بعنى بكذا فقال بعته يتم المبيع فليس مراد محمد هنامن هذا سوى الفرق بين الشكاح والمبيع في شرط الشهود لا بيان اللفظ الذى يقع فيه المبيع وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب فبمعنى من الحاضر يكون استيما عادة وأما من الغائب بالكتابة فيراد به أحد شرطى العقد وهذا يصح رجوع الكتاب والمرسل عن الايجاب الذى كتبه وأرسله قبل بلوغ الآخر وقبوله سواء علم الآخر أو لم يعلم حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم المبيع بخلاف ما لو وكل بالمبيع ثم عزل الوكيل قبل المبيع فباع الوكيل فانه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل المبيع فيه نافذ وعلى هذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة فأما 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 زوجى وهو غائب أو يقول العبد قبلت عتق سيدى الغائب على ألف فانه لا يتوقف بالاجماع وفي الشكاح من الخلاف فعند أبى يوسف يتوقف وعندهما لا (قوله) وليس له أن يقبل الى آخره) يعنى الأنا رضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض ويكون المبيع مما يقسم الثمن عليه بالاجزاء كعبد واحد أو مكيل أو موزون فان كان مما لا يقسم الا بالقيمة كتوبين وعبيدين لا يجوز وان قبل الآخر ولنتكلم على عبارة الكتاب هنا فانها مما وقع فيها تجاذب فنقول الظاهر من نظم الكلام أن ضميره في قوله وليس له راجع الى أحد المتعاقدين في قوله واذا أوجب أحد المتعاقدين المبيع أولا آخر وحينئذ يكون أهم من البائع والمشتري فعناه في البائع انه اذا أوجب المشتري المبيع بأن قال اشترت هذا الاثواب أو هذا الثوب بعشرة فليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع من أثواب أو اثوب لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة لانه قد يتعلق غرضه بالجملة بسبب حاجته الى الكل ويعسر عليه تحصيل باقى الاثواب لعزها وبعضها لا يقوم بحاجته فلولا انما المبيع في البعض انصرف ماله ولم تندفع حاجته وغير ذلك من الامور وأما في المشتري فعناه اذا أوجب البائع المبيع فليس للمشتري أن يقبل في بعضه اذا

للبيوع الذى قبله المشتري حصة معلومة من الثمن كالصورة المذكورة وفي القفيزين باعهما بعشرة لان الثمن يتقسم عليهما باعتبار الاجزاء فتكون حصة كل بعض معلومة فاما اذا أضاف العقد الى عبيدين أو توبين لم يصح العقد بقبول أحدهما وإن رضى البائع لانه يلزم المبيع بالحصة ابتداء وان لا يجوز كما سألنا وإن كانت الصفقة متفرقة كان له ذلك لانتهاء الضرر عن البائع

قوله لانه يلزم المبيع بالحصة ابتداء وان لا يجوز أقول ويجوز بقا ويجوز

واليه أشار بقوله (الاذا بين عن كل واحد لانها صفقات معنى) والصفقة ضرب البدعي اليه في البيع والبيعة ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه والعقد يحتاج الى المبيع وعن وبائع ومشتري وبيع وشراء وبالتحديد بعض هذه الاشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة وتفرقها بقها فاذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة وكذلك اذا اتحد سوى المبيع كقوله بعتمائة فقال قبلت واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كأن قال بعتمائة فقال قبلت أحدهما بستين والآخر بأربعين وذلك يكون صفقة واحدة أيضا كما ذكر في الكتاب واتحاد الجميع سوى البائع كأن قال بعنا هذا (٨٠) منك بمائة فقال قبلت يوجب اتحاد الصفقة واتحاد الجميع سوى المشتري كان

قال بعته منك بمائة فقال لا قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة وتفرق المبيع والثمن ان كان يتكرر لفظ المبيع فكذلك وكذا تفرقهما يتكرر لفظ الشراء هذا كله قياسا واستحسانا وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن والمبيع بلا تكرير لفظ البيع فكذلك تفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فوجب التفرق قياسا لاستحسانا وقيل لا يوجب التفرق على قول أبي حنيفة

ويوجب على قول صاحبيه قال وأيهما قام من المجلس قبل القبول بطل الايجاب هذا متصل بقوله ان شاء قبل في المجلس وإن شاءد وهو إشارة إلى أن رد الايجاب تارة يكون صريحا أو أخرى دلالة فان القيام دليل للاعراض والرجوع وقد ذكرنا أن الموجب الرجوع صريحا والدلالة تعمل على الصريح فان قيل الدلالة تعمل على الصريح إذا لم يوجد صريح يعارضها وههناو

قال بعته منك بمائة فقال لا قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة وتفرق المبيع والثمن ان كان يتكرر لفظ المبيع فكذلك وكذا تفرقهما يتكرر لفظ الشراء هذا كله قياسا واستحسانا وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن والمبيع بلا تكرير لفظ البيع فكذلك تفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فوجب التفرق قياسا لاستحسانا وقيل لا يوجب التفرق على قول أبي حنيفة ويوجب على قول صاحبيه قال وأيهما قام من المجلس قبل القبول بطل الايجاب هذا متصل بقوله ان شاء قبل في المجلس وإن شاءد وهو إشارة إلى أن رد الايجاب تارة يكون صريحا أو أخرى دلالة فان القيام دليل للاعراض والرجوع وقد ذكرنا أن الموجب الرجوع صريحا والدلالة تعمل على الصريح فان قيل الدلالة تعمل على الصريح إذا لم يوجد صريح يعارضها وههناو

قال بعته منك بمائة فقال لا قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة وتفرق المبيع والثمن ان كان يتكرر لفظ المبيع فكذلك وكذا تفرقهما يتكرر لفظ الشراء هذا كله قياسا واستحسانا وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن والمبيع بلا تكرير لفظ البيع فكذلك تفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فوجب التفرق قياسا لاستحسانا وقيل لا يوجب التفرق على قول أبي حنيفة ويوجب على قول صاحبيه قال وأيهما قام من المجلس قبل القبول بطل الايجاب هذا متصل بقوله ان شاء قبل في المجلس وإن شاءد وهو إشارة إلى أن رد الايجاب تارة يكون صريحا أو أخرى دلالة فان القيام دليل للاعراض والرجوع وقد ذكرنا أن الموجب الرجوع صريحا والدلالة تعمل على الصريح فان قيل الدلالة تعمل على الصريح إذا لم يوجد صريح يعارضها وههناو

قال بعته منك بمائة فقال لا قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة وتفرق المبيع والثمن ان كان يتكرر لفظ المبيع فكذلك وكذا تفرقهما يتكرر لفظ الشراء هذا كله قياسا واستحسانا وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن والمبيع بلا تكرير لفظ البيع فكذلك تفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فوجب التفرق قياسا لاستحسانا وقيل لا يوجب التفرق على قول أبي حنيفة ويوجب على قول صاحبيه قال وأيهما قام من المجلس قبل القبول بطل الايجاب هذا متصل بقوله ان شاء قبل في المجلس وإن شاءد وهو إشارة إلى أن رد الايجاب تارة يكون صريحا أو أخرى دلالة فان القيام دليل للاعراض والرجوع وقد ذكرنا أن الموجب الرجوع صريحا والدلالة تعمل على الصريح فان قيل الدلالة تعمل على الصريح إذا لم يوجد صريح يعارضها وههناو

قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترجم على الدلالة أحيب بأن الصريح انما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها كان

قال المصنف (الاذا بين عن كل واحد لانه صفقات معنى) اقول سيجي في آخر باب البيع الفاسد انه لا تعدد الصفقة بمجرد تفصيل الثمن فالمراد هنا تكرير لفظ البيع والشراء مع بيان عن كل واحد (قوله فاذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة) اقول تأمل في هذا التعبير (قوله وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن الخ) اقول ويعلم من هذا حال تعدد الثمن والمبيع بدون تفرق البائع والمشتري بالطريق الاولى وفيه شئ يمكن دفعه ولعل الاولى لا يتعرض لتعدد البائع والمشتري

(وإذا حصل الإيجاب والقبول لم البيع ولم يربح وليس لواحد من المتعاقدين الخيار الا من عيب أو عدم رؤية) خلافاً للشافعي رحمه الله فإنه أثبت لكل منهما خيار المجلس على معنى ان لكل من المتعاقدين بعد تمام العقد ان يرد (٨١) العقد بدون رضا صاحبه ما لم يتفرقا

بالإيدان واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) فان التفرق عرض فيقوم بالجوهر وهو الأيدان (ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر) وهو لا يجوز والجواب عن الحديث أنه محمول على خيار القبول وقد تقدم تفسيره وفيه إشارة إلى ذلك لان الأحوال ثلاث قبل قبوله ما وبعده وقبلها وبعد كلام الموجب قبل قول المجيب واطلاق المتبايعين في الأولين مجاز باعتبار ما يؤل إليه أو ما كان عليه والثالث حقيقة فيكون مراداً أو يحتمل أن يكون مراداً فيحتمل عليه والفرق بينهما أن أحدهما مراد والآخر محتمل للإرادة لا يقال العقود الشرعية في حكم الجواهر فيكونان متبايعين بعد وجود كلامهما لان الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما شرعاً لا حقيقة كلامهما والكلام في حقيقة الكلام وهذا التأويل منقول عن ابراهيم النخعي

وإذا حصل الإيجاب والقبول لم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب أو عدم رؤية وقال الشافعي رحمه الله يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه إشارة إليه فانهما متبايعان حالة المباينة لا بعدها أو يحتمل فيحتمل عليه

كان غرضه أن لا يبيعهما منه الاجل لم تكن فائدة اتعين عن كل منهما (قوله) وإذا حصل الإيجاب والقبول لم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب أو عدم رؤية) وهو قول مالك رحمه الله (وقال الشافعي) وأجدر جهما الله (لهما خيار المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) أو يكون البيع خياراً واه البخاري من حديث ابن عمر رضي الله عنهما وروى البخاري أيضاً أن ابن عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما صاحبه اختر وروى البخاري أيضاً من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه عليه الصلاة والسلام البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا السمع والقياس أما السمع فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود وهذا عقد قبل التخيير وقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم وبعد الإيجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض غير متوقف على التخيير فقد أباح تعالى كل المشتري قبل التخيير وقوله تعالى وأشهدوا إذا تباعتم أمر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجادل للبيع والبيع يصدق قبل الخيار بعد الإيجاب والقبول فلو ثبت الخيار وعدم لزوم قبله كان ابطال هذه النصوص ولا مخلص له من هذا إلا أن يمنع تمام العقد قبل الخيار ويقول العقد الملزوم يعرف شرعاً وقد اعتبر الشرع في كونه ملزماً اختيار الرضا بعد الإيجاب والقبول بالأحاديث الصحيحة وكذا اتمت التجارة عن التراضي الإبه شرعاً وانما أباح الاكل بعد الاختيار لاعتباره في التجارة عن تراض وأما حديث حبان بن منفذ رضي الله عنه حيث قال له إذا انتعت فقل لا خلاية ولي الخيار فقد أثبت له اشترط خياراً آخر وهو ثلاثة أيام فأنما يدل على أن خيار ثلاثة أيام لا يثبت الا بالاشترط في صلب العقد لا أصل الخيار ولا مخلص الا بتسليم امكان اعتبار الخيار في لزوم العقد وادعاء أنه غير لازم من الحديث المذكور كما فعل المصنف بناء على أن حقيقة المتبايعين المتشاعلان بأمر البيع لا من تم البيع بينهما وانقضى لانه مجازه والمتشاعلان يعني المساومين يصدق عند الإيجاب أحدهما قبل قبول الآخر فيكون ذلك هو المراد وهذا هو خيار القبول وهذا عمل ابراهيم النخعي رحمه الله تعالى لا يقال هذا أيضاً مجاز لان قبل قبول الآخر الثابت بأمر واحد لا متبايعان لا نقول هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيجز من معنى اللفظ كالتخيير لا حقيقة له الاحال التكلم بالخبر والخبر لا يقوم به دفعة لتصدق حقيقة حال قيام المعنى بل على التعاقب في أجزاءه فيالضرورة يصدق مخبراً حال النطق ببعض حروف الخبر والا لا يتحقق له حقيقة ولاننا نهم من قول القائل زيد وعمر وهناك يتبايعان على وجه التبادر أنهم متشاعلان بأمر البيع متراضان فيه فليكن هو المعنى الحقيقي والحمل على الحقيقي متعين فيكون الحديث دليل اثبات خيار القبول لنفي توهم أنهم اذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم أوجب أحدهما البيع يلزم الآخر من غير أن يقبل ذلك أصلاً للاتفاق والتراضي السابق في الزامه بكلام أحدهما بعد قال المصنف رحمه الله تعالى (أو) هو (يحتمل فيحتمل عليه) جمعاً بين ما ذكرناه من الآيات حيث كان المتبادر إلى 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 لا خياره لانه ممنوع بل الموجب أيضاً خياراً أن يرجع قبل قبول

(قوله) وقد تقدم تفسيره (الخ) أقول الذي تقدم تفسيره كان مختصاً بجانب المجيب والمذكور في الحديث يعنه وجانب الموجب فالنسخ

(١١ - فتح القدير خامس) أن يفسر خيار القبول هنا بأعم مما ذكر أو من خيار الرجوع كما لا يخفى (قوله والثالث حقيقة) أقول فيه بحث (قوله وهذا التأويل منقول الخ) أقول أي تأويل الخيار المذكور في الحديث بما ذكر

وقوله (والتفرق تفرق الاقوال) جواب عما قال التفرق عرض فيقوم بالجوهر ولقائل ان يقول جل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي أهل السنة فيكون اسناد التفرق اليها مجازا وما وجه ترجيح مجازكم على مجازهم وأجيب بأن أسناد التفرق اليه والتفرق الى غير الاعيان شائع فصار بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الاية وقال لانفرق بين أحد من رسله والمراد التفرق في الاعتقاد وقال صلى الله عليه وسلم ستفرق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة وهو أيضا في الاعتقاد وفيه نظر لان المجاز باعتبار ما يؤول إليه أو ما كان عليه أيضا كذلك على أن ذلك يصح على مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على مذهب أبي حنيفة فان الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده ولعل الأولى أن يقال جله على التفرق بالابدان رد الى الجهالة إذ ليس له وقت معلوم ولا غاية (٨٣) معروفة فيصير من أشباه بيع الملامسة والمنابذة وهو مقطوع بنفساده عادة وهذا

معنى قول مالك رحمه الله ليس لهذا الحديث حد معروف أو تقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني بالاشتراك اللفظي وترجح جهة التفرق بالاقوال بما ذكرنا من أداء جملته على التفرق بالابدان الى الجهالة وهذا التأويل أعنى جل التفرق على الاقوال منقول عن محمد بن الحسن رحمه الله قال رحمه الله (والاعراض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها) (الاعراض المشار اليها تمتنا كانت أو تمتنا لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف المتنافي للجهالة المقضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم الذين أوجبهما عقد البيع فان جهالة الوصف لا تقضى الى المنازعة لوجود ما هو أقوى منه في التعريف

والتفرق فيه تفرق الاقوال قال (والاعراض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع) لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تقضى الى المنازعة

الأخر وأن لا يرجع وعلى هذا فالتفرق الذي هو غاية قبول الخيار تفرق الاقوال وهو أن يقول الآخر بعد الايجاب لأشترى أو يرجع الموجب قبل القبول واسناد التفرق الى الناس مراد به تفرق أقوالهم كشرى الشرع والعرف قال الله تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة وقال صلى الله عليه وسلم افتقرت بنو اسرائيل على اثنين وسبعين فرقة وستفرق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة وحينئذ يفراد بأحدهما في قوله أو يقول أحدهما صاحبه اختر الموجب بقوله بعد ايجابه للأخر اخترا تقبل أو لا والاتفاق على أنه ليس المراد أن مجرد قوله اختر يلزم البيع بل حتى يختار البيع بعد قوله اختر فكذا في خيار القبول والله سبحانه وتعالى أعلم وأما القياس فعمل التكاح والخلع والعق على مال والكتابة كل منها عقده معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد الانتظ الدال على الرضا فكذا البيع وأما ما يقال تعلق حق كل من العاقدين ببسبب الآخر فلا يجوز ابطاله فيرد منه بأن ذلك بالشرع والشرع نفاه الى غاية الخيار بالحديث فانما يرجع الكلام فيه الى ما ذكرناه من معنى المتبايعين وأما ما قيل حديث التفرق واه مالك ولم يعمل به فلو كان المراد به ذلك لعل به فغاية في الضعف انترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره بل مالك عنده مجموع به (قوله والاعراض المشار اليها) سواء كانت مبيعات كالحبوب والثمار أو أمتنا كالدراهم والدنانير (لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع) فاذا قال بعثك هذه الصبرة من الحنطة وهذه الكور جنة من الارز والشاشات وهي مجهولة العدد بهذه الدراهم التي في يدي وهي مرثية له فقبل جازولزم لان الباقي جهالة الوصف يعني القدر وهو لا يضرد لا يمنع من التسليم والتسلم لتجمله بجهالة القيمة لا تمنع الصحة قال في الفتاوى قال غيره لك في يدي أرض خربة لا تساوي شيئا فبعها مني بتسعة دراهم فباعها وهو لا يعلم وقيمتها أكثر جازا لبيع بخلاف السلم لا يشار للعوض فيه للأجل فلا يصح في المسلم فيه اتفاقا ولا في رأس مال السلم اذا كان مكسلا أو موزنا عند أبي حنيفة رضي الله عنه لما يجيء ثم المسئلة مقيمة بغير الاموال الربوية وبالربوية اذا قبلت بغير جنسها أما الربوية اذا قبلت بجنسها كالحنطة بالحنطة والذهب بالذهب فلا يصح مع الاشارة اليها لاحتمال الربا واحتمال الربا مانع حقيقة الربا شرعا والتقييد بمقدارها في قوله لا يحتاج الى معرفة

مقدارها وكون التقابض ناجزا في البيع بخلاف السلم على ما سألني وهذا انما يستقيم اذا لم تكن الاعراض ربوية أما اذا كانت ربوية بجهالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربا وانما يقيد في الكتاب لان ذلك مما يتعلق بالربا وهذا الباب ليس لبيانه

(قوله والتفرق تفرق الاقوال الخ) أقول الافتراق أحد الاكوان الاربعة المعروفة بوجودها بالضرورة عند المتكلمين (قوله وأجيب بأن اسناد التفرق والتفرق الخ) أقول اسناد التفرق الى القول مجازا بالنسبة لا يستلزم وجود التفرق حقيقة كما في قوله أقدم مني بلدك حتى لي على فلان (قوله أو تقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني) أقول فلا بد من لزوم قيام العرض بالعرض من مدقع والظاهر انه منع كون ما يطلق التفرق مطلقا من الاعراض (قوله تمتنا كانت أو تمتنا) أقول وتفرق برصد الشرع صريح في أن المراد بالاعراض الأمتان فتأمل في الترجيح (قوله فان جهالة الوصف الخ) أقول والظاهر أن قول المصنف وجهالة الوصف الخ كلام مستأنف أتى به بيان الحال جهالة الوصف فيه (قوله ناجزا في البيع) أقول أي حاضر (قوله بجهالة المقدار تمنع الصحة) أقول اذا بيعت بجنسها

قال (والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة) الأثمان المطلقة (٨٣) عن الإشارة لا يصح بها العقد إلا أن تكون

معلومة القدر كعشرة ونحوها والصفة ككونها بخاراً أو سمراً قديلاً أو التسليم واجب بالعقد وكل ما هو واجب بالعقد يتمتع حصوله بالجهالة المفضية إلى النزاع فالتسليم يتمتع بها (وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم) ويفوت الغرض المطلوب من البيع قال (ويجوز البيع بثن حال) قال الكرخي رحمه الله المبيع ما يتعين في العقد والثن ما لم يتعين وهذا على المذهب فإن الدراهم تتعين عند الشافعي في البيع وهو عن الاتفاق وقال أبو الفضل الكرماني في الإيضاح الثمن ما كان في الذمة نقوله عن الفراء وهو منقوض بالمسلم فيه فإنه ثبت في الذمة وليس بثن وقيل المبيع ما يجعله العقد من الأعيان ابتداء

(قوله يتمتع حصوله بالجهالة الخ) أقول أي بجهالة ذلك الواجب (قوله إلى النزاع) أقول في ذلك الواجب (قوله والثن ما لم يتعين) أقول هذا أيضاً منقوض بالمسلم فيه ورأس مال السلم إذا كان عيناً (قوله وهو منقوض بالمسلم فيه فإنه يثبت في الذمة) أقول لا يبعد أن يقال المبيع هو المبيع المطلق والثن

(والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة) لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفاتها تمتع الجواز هذا هو الأصل قال (ويجوز البيع بثن حال ومؤجل إذا كان الأجل معلوماً)

مقدارها احتراز عن الصفة فإنه لو أراه دراهم وقال اشتريته بهذه فوجدته هازيماً أو نهرجة كان له أن يرجع بالجيد لأن الإشارة إلى الدراهم كالتنصيص عليها وهو ينصرف إلى الجيد ولو وجدها مستوفية أو رصاصاً فسد البيع وعليه القيمة إن كان أتلفها ولو قال اشتريتها بهذه الصرته من الدراهم فوجد البائع ما فيها خلاف نقد البلد فله أن يرجع بنقد البلد لأن مطلق الدراهم في البيع ينصرف إلى نقد البلد وإن وجدها نقد البلد جاز ولا خيار للبائع بخلاف ما لو قال اشتريتها بما في هذه الخابية ثم رأى الدراهم التي كانت فيها كان له الخيار وإن كانت نقد البلد لأن الصرته يعرف مقدار ما فيها من خارجها وفي الخابية لا يعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لأن خيار الرؤية لا يثبت في النقود (قوله والأثمان المطلقة) أي عن قيد الإشارة (لا تصح حتى تكون معلومة القدر) كعشرة وعشرة دراهم أو كرار حنطة بخلاف ما لو اشتري بوزن هذا الحجر ذهباً فإنه ليس عوضاً مشار إليه فإن المشار إليه الحجر ولا يعلم قدر جرم ما يوزن به من الذهب فلهذا إذا اشتري بوزن هذا الحجر ذهباً فوزن به كان له الخيار ومما لا يجوز البيع به البيع بقمته أو بما حل به أو بما تريد أو تحب أو برأس ماله أو بما اشتراه أو بمثل ما اشتري فلان لا يجوز أن علم المشتري بالقدر في المجلس فرضيه عادجاً وكذا لا يجوز بالف درهم الدينارا أو بمائة دينار الدرهما وكذا لا يجوز بمثل ما يبيع الناس إلا أن يكون شيئاً لا يتفاوت كالخبز واللحم (والصفة) كعشرة دراهم بخاراً أو سمر قديلاً وكذا حنطة بحجرية أو صعيدية وهـذا لأنها إذا كانت الصفة مجهولة تتحقق المنازعة في وصفها فالمشتري يريد دفع الأدون والبائع يطلب الأرفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد وهو دفع الحاجة بلا منازعة واعلم أن الأعراف في البيع إما دراهم أو دنائير فهي عن سواء قبلت بغيرها أو بغيرها وتكون صرفاً وإما أعيان ليست مكيلة ولا موزونة فهي مبيعة أبدأ ولا يجوز فيها البيع إلا عيناً إلا أنها يجوز فيه السلم كالثياب وكما ثبت الثياب مبيعا في الذمة بطريق السلم ثبتت ديناً مؤجلاً في الذمة على أتماعاً وحينئذ يشترط الأجل لأنها ثمن بل لتصبح ملحقة بالسلم في كونها ديناً في الذمة فلذا قلنا إذا باع عبداً بثوب موصوف في الذمة إلى أجل جازو يكون بعبا في حق العبد حتى لا يشترط قبضه في المجلس بخلاف ما لو أسلم الدراهم في الثوب وانما ظهرت أحكام المسلم في نفسه في الثوب حتى شرط فيه الأجل وامتنع بيعه قبل قبضه للاحاقه بالمسلم فيه أو مكيل أو موزون أو عددي متقارب كالبيض فإن قبلت بالنقود فهي مبيعات أو بأمثالها من المثلثات فما كان موصوفاً في الذمة فهو ثمن وما كان معينا فيبيع فإن كان كل منهما معينا فما صحب حرف الباء وألفظ على كان ثمناً ولا تخرب مبيعا وقال خواهره زاده رحمه الله في شهادات الجامع المكيل والموزون إذا لم يكن معينا فهو ثمن دخل عليه حرف الباء ولم يدخل فإذا لو قال اشتريته منك كذا حنطة بهذا العبد لا يصح إلا بطريق السلم فيجب أن يضرب الأجل للحنطة واعلم أن التقدير المشروط قديكون عرفاً كما يكون نصاً في الفتاوى لو قال اشتريته منك هذا الثوب أو هذه الدراهم وهذه البطيخة بعشرة ولم يقل دنائير أو دراهم إن كان في البلد يتباع الناس بالدنائير والدراهم والفلاس يتعقد البيع في الدار بعشرة دنائير وفي الثوب بعشرة دراهم وفي البطيخة بعشرة أفلاس وإن كان في بلد لا يتباع الناس بهذه الجلة ينصرف إلى ما يتباع الناس بذلك النقداً انتهى وحاصل هـذا أنه إذا صرح بالعدد فتعين المعدود من كونها دراهم أو دنائير أو فلو ساءت على ما يناسب المبيع ووقع شك فيما يناسب المبيع وجب أن لا يتم البيع (قوله ويجوز البيع بثن حال ومؤجل)

المطلق وهو ما يكون ثمناً بكل حال ففي التعريف ما كان في الذمة على كل حال بقريضة الاطلاق الذي يصرف على الكمال

وقوله ابتداء احتراز عن المستاجر فإنه انما يحمله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على أحد طرفي أصحابنا في الاجارة والتمن ما يقابله ويتقسم كل منهما الى محض ومتردد فالمبيع المحض هو الاعيان التي ليست من ذوات الامثال الا الثياب الموصوفة وقعت في الذمة الى أجل بدلا عن عين فانها أثمان وليس اشتراط الاجل لكونه غنابلا ليصير محلها بالسلم في كونها دينيا في الذمة والتمن المحض هو ما خلق للتمنة كالدرهم والدنانير والمترددين منهما كالكيليات والموزونات والعدديات المتقاربة فانها مبيعة نظر الى الانتفاع باعيانها أثمان نظر الى انها مثلية كالنقدين فان قابلها النقدان فهي معينة وان قابلها عين وهي معينة فهي مبيعة وأثمان لان البيع لا بد له منها ما وليس أحدهما أولى بان يجعل مبيعا من الآخر فجعل كل واحد مبيعا وتماوان كانت أعني الكيليات والموزونات غير معينة فان دخلت فيها البساء مثل أن يقال اشترت هذا العبد بكر حنطة وقد وصفها كانت ثمنها وان دخلت في غيرها كان يقال اشترت الكرم بهذا العبد كان مبيعا ولا يصح الاسما بشرطه هذا ملخص كلامهم في هذا الموضوع وأقول الاعيان ثلاثة نقود أعني الدرهم والدنانير وسلع كالثياب والادور والعبيد وغير ذلك (٨٤) ومقدارات كالكيليات والموزونات والعدديات المتقاربة وببيع غير النقدين بالنقدين

يشتمل على المبيع المحض والتمن المحض وما عدا ذلك فهو مترددين كونه مبيعا وتماوا للتمييز في اللفظ بدخول الباء وعدمه قال (والببيع بالتمن الحال والمؤجل جائز لاطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع ولما روى (أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى أجل ورهنه درعه) لكن لا بد وأن يكون الاجل معلوما لئلا يقضى الى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسلم فربما يطالب البائع في مدة قريبة والمشتري يؤخر الى بعيدها قال (ومن أطلق الثمن كان على غالب نقد البلد) ومن أطلق الثمن عن ذكر الصفة دون القدر كأن

لاطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع وعنه عليه الصلاة والسلام انه اشترى من يهودي طعاما الى أجل معلوم ورهنه درعه ولا بد أن يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالب به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها قال (ومن أطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد) لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف اليه

لاطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع) وما بمن مؤجل بيع وفي صحيح البخاري عن عائشة رضی الله عنها (لمشتري) رسول الله صلى الله عليه وسلم (طعاما من يهودي الى أجل ورهنه درعه) من حديد وفي لفظ الصحيحين طعاما بنديئة وقد سمي هذا لليهودي في سنن البيهقي أخرجه عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام رهن درعا عند أبي الشحيم رجل من بني ظفر في شعب (ولا بد أن يكون الاجل معلوما لان جهالته تفضي الى المنازعة في التسليم والتسلم فهذا يطالب به في قريب المدة وذلك في بعيدها) ولانه عليه الصلاة والسلام في موضع شرط الاجل وهو السلم اوجب فيه التعيين حيث قال من أسلف في عمر فليسلف في كيل مع لوم ووزن مع ابرم الى أجل معلوم وعلى كل ذلك انعقد الاجماع وأما البطلان فيما اذا قال بعثك بالف حالا وبالقيين الى سنة فلهالة الثمن ومن جهالة الاجل ما اذا باعه بالف على أن يؤدي اليه الثمن في بلد آخر ولو قال الى شهر على أن تؤدي الثمن في بلد آخر جاز بالف الى شهر ويبطل شرط الابقاء في بلد آخر لان تعيين مكان الابقاء فيما الاجل له ولا مؤنة لا يصح فلو كان له حل ومؤنة صح ومنه على قول محمد ما اذا باعه على أن يدفع اليه المبيع قبل أن يدفع الثمن فان البيع فاسد لان محمد ارجمه الله عليه بتضمنه أحلا مجهولا حتى لو سمي الوقت الذي يسلم اليه فيه المبيع جاز للبيع وأما أبو يوسف فانما عاله بالشرط الذي لا يقتضيه العقد (قوله ومن أطلق الثمن في البيع) أي أطلقه عن ذكر الصفة بمدد كالعديديان قال عشرة دراهم مثلا (انصرف الى غالب نقد البلد لانه هو المتعارف فينصرف) المطلق (اليه) فان كان اطلاق اسم الدراهم في العرف يختص بهما مع وجود دراهم غيرها فهو ونخصيص الدراهم بالعرف

قال اشترت بعشرة دراهم ولم يقل بخارج أو سمرقند باووقع العقد على غالب نقد البلد وان كان في البلد الذي وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسدا لأن بين أحدها واعلم اني أذكر لك في هذا الموضوع الاقسام العقلية المتصورة في هذه المسئلة اجمالا ثم أنزلها على متن الكتاب حلاله فاني ما وجدت من الشارحين من تصدى لذلك على ما ينبغي فأقول اذا كان في البلد نقود مختلفة فاما أن يكون الاختلاف في المالبية والرواج أو في المالبية دون الرواج أو في الرواج دون المالبية أو لا يكون في شيء منهما بل في مجرد الاسم كالمصري والدمشقي مثلا فان كان الاول جاز للبيع وانصرف الى الاروج وان كان الثاني لا يجوز لان الجهالة في المنازعة توقعه ما في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وان كان الثالث يجوز وتصرف الى الاروج تحريا للجواز وان كان الرابع فكذلك لان الجهالة ليست موقفة في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم واذا عرف هذا فقولوه

(قوله وقوله ابتداء احتراز عن المستاجر الخ) أقول ويجوز أن يكون احتراز عن الثمن (قوله والتمن ما يقابله) أقول أي يقابل ما يحمله العقد بأن يذكر حين العقد في مقابلته (قوله وأقول الاعيان ثلاثة الخ) أقول ولعل وجه العدول كما ذكره استلزامه فقد ان المبيع في بيع النقدين وفتدان الثمن في المقايضة بخلاف ما اختاره

(فان كانت النقود مختلفة) يعنى في المالية كالذهب المصرى والمغربى فان المصرى أفضل في المالية من المغربى اذا فرض استواءهما في الرواج (فالببيع فاسد) لان الجهالة تفضى الى المنازعة اشارة الى القسم الثانى الا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما فحينئذ يجوز وقوله (أو يكون أحدها أغلب وأروج حينئذ يصرف البيع اليه بحر بالجواز) اشارة الى القسم الاول أو الى القسم الثالث لان كون أحدهما أروج أعم من ان يكون مع اختلاف في المالية أروغ استواء والبيع جائز فيهما وقوله (وهذا) أى فساد البيع اذا كانت مختلفة في المالية يعنى مع الاستواء في الرواج اشارة الى القسم الثانى أعاده للتمثيل بقوله كالثنائى وهو ما يكون الاثنان منه دانقا والثلاثى وهو ما يكون الثلاثة منه دانقا والنصر في اليوم بسمرقند فانه بمنزلة الناصرى (٨٥) بخارى والاختلاف بين العدالى

بفرغانة وفقهاء ما وراء النهر يسمون الدرهم عدليا وكل هذا يختلف في المالية مع التساوى في الرواج وقوله (فان كانت سواء فيها) أى في المالية يعنى مع الاستواء في الرواج اشارة الى القسم الرابع وجزء الشرط قوله (جاز البيع اذا أطلق اسم الدراهم كذا قالوا) أى المتأخرون من المشايخ (وينصرف) اسم الدراهم (الى ما قدر به) من المفرد كعشرة ونحوها (من أى نوع كان) من غير تقييد بنوع معين لانه لا منازعة لاستواءهما في الرواج (والاختلاف في المالية) وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ رحمه الله فانه فصل بين قوله اذا كانت مختلفة في المالية ومثاله وهو قوله كالثنائى بالشرط وهو قوله فان كانت سواء وفصل بين الشرط وهذا وبين جزائه

(فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا أن بين أحدهما) وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا أن ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدها أغلب وأروج حينئذ يصرف اليه بحر بالجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء فيها كالثنائى والثلاثى والنصر في اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالى بفرغانة جاز البيع اذا أطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به من أى نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكابله القولى وهو من افراد ترك الحقيقة بدلالة العرف وان كان التعامل بهم فى الغالب كان من تركها بدلالة العادة وكل منهما واجب بحر بالجواز وعدم اهدار كلام العاقل (فان كانت النقود مختلفة) المالية كالذهب الاشرقى والناصرى بمصر لكنها في الرواج سواء (فالببيع فاسد) لعدم امكان الصرف الى أحدها بعينه دون الآخر لما فيه من التحكم عند التساوى في الرواج واذا لم يكن الصرف الى أحدها والحالة انها متفاوتة المالية جاءت الجهالة المفضية الى المنازعة لان المشتري يريد دفع الانقص مالية والبايع يريد دفع الاعلى فيفسد البيع الا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما في المجلس ورضى الآخر لارتفاع المفسد قبل تفرره وصار كما قال الدائى لمدونه يعنى هذا الثوب يبيع بعض العشرة التى لى عليك ويعنى هذا الآخر يباقي العشرة فقال نم كان محبب عدم افضاء جهالة الثمن الاول الى المنازعة بضم المبيع الثانى اليه اذ به يصيرت عشرة وهذا محمول على قبول الدائى بعد قول المدبون نم ونحوه وان كانت مختلفة المالية والرواج معا فالبيع صحيح ويصرف الى الاروج للوجه الذى تقدم من وجوب العمل بالعرف والعادة وكذا اذا كانت متساوية المالية والرواج يصح البيع ويؤدى من أيها شاء لانه لا فضل لاحدها فلو طلب البائع أحدها بعينه كان للمشتري أن يعطيه من الصنف الآخر لان الامتناع عن قبض ما أعطاه المشتري مع انه لا فضل للآخر عليه ليس فيه الاتعنت وبهذا قلنا الدراهم والدنانير لاتعين حتى لو أراه درهم اشتريه بعباءة ثم حبسه وأعطاه درهما آخر جاز يعنى اذا كانت متحدى المالية والثنائى والثلاثى اسماء دراهم كانت بيلا درهم مختلفة المالية وكذا الركنى والخليفة فى الذهب كان الخليفة أفضل مالية عندهم والعدالى اسم لدراهم (قوله) ويجوز بيع الطعام) وهى الخطبة وديقها خاصة فى العرف الماضى كما يدل عليه حديث الفطرة كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام أو صاعا من شعير فقوله (والحبوب) عطف العام على الخاص أو يقدر وكذا باقى أى وباقى الحبوب فلا يتناول الطعام (مكابله) أى بشرط عددهم الكيل والافى اللغة وهو قوله جاز البيع بقوله كالثنائى الى قوله جاز ولا يستقيم أن يجعل قوله كالثنائى الخ متعلقا بقوله فان كانت سواء لان ما كان اثنان منه دانقا وثلاثة منه دانقا لا يكونان فى المالية سواء لكن يمكن أن يكونا فى الرواج سواء هذا ما سنخى فى حل هذا الموضوع والله أعلم قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكابله)

قال المصنف (والاختلاف بين العدالى الخ) أقول والظاهر انه جملة معترضة لبيان مكان يوجد فيه الاختلاف بين النقود فى المالية أن ثبت اختلافها فيها (قوله وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ الى قوله هذا ما سنخى فى حل هذا الموضوع) أقول فيه بحث فان اسم الدراهم انما يطلق على اثنين من الثنائى وثلاثة من الثلاثى كما صرحوا فحينئذ يظهر استواءهما فى المالية وانه ليس فى كلام الشيخ تعقيد فليتامل

المراد بالطعام الخنطة ودقيقها لأنه يقع عليهم ما عرفوا سابقاً في الوكالة وبالحبوب غيرهما كالعدس والحبس وأمثالهما كل ذلك إذا بيع مكابلاً جازاً افسد سواه كان البيع بحسنه أو بخلافه وإذا بيع (مجازفة) فإن كان شيئاً لا يدخل تحت الكيل فكذلك وإن كان مما يدخل تحته لا يجوز إلا (بخلاف جنسه) لقوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم) لا يقال لادلالة في الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لأنه مفهوم من الشرط وهو ليس بحجة لأن الدليل على ذلك صدر الحديث ولأن الجهالة المانعة إذا منعت التسليم وهذه الجهالة غير مانعة فصارك إذا باع شيئاً لم يعلم العاقدان قيمته بدرهم بخلاف ما إذا باع بحسنه مجازفة لمانيه من احتمال الربا قال (ويجوز) بآباء بعينه إذا باع الطعام أو الحبوب (بآباء بعينه أو بوزن حجر بعينه لا يعرف مقدارهما جازاً) لأن الجهالة المانعة ما تفضي إلى المنازعة وهذه ليست كذلك لأن التسليم في البيع (٨٦) متجمل فيندر هلاك كل منهما من الأناء والحجر قبل التسليم وقبل يشكل على هذا

ما إذا باع أحد العبيد الأربعة على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام يأخذ أيهم شاء ويرد الباقي أو اشترى بأي ثمن شاء فإن الجهالة لم تفض إلى المنازعة والبيع باطل وليس بوارد لاناقلنا أن الجهالة المفضية إلى النزاع مفسدة للعقد وهذا لانزاع فيه ولم نقل أن كل ما هو باطل لا بد أن يكون للجهالة فيجوز أن يكون البيع باطلاً في آخر وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الأولى ولعدم الثمن في الثانية وروى عن أبي يوسف أن الجواز فيما إذا كان المكيل لا يتكسب بالكسب كالمصعة ونحوها أما إذا كان مما يتكسب كالزئيل ونحوه فإنه لا يجوز بخلاف السلم فإنه لا يجوز بآباء مجهول القدر وإن كان معيناً وكذا الحجر لأن التسليم فيه متأخر والهالك ليس

ومجازفة) وهذا إذا باع بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يبدأ بخلاف ما إذا باع بحسنه مجازفة لمانيه من احتمال الربا ولأن الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم فشا به جهالة القيمة قال (ويجوز بآباء بعينه لا يعرف مقداره و بوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) لأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لما أنه يتجمل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لأن التسليم فيه متأخر والهالك ليس بنادر قبله فتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضاً

المكابلة أن تكيل له ويكيل لك (ومجازفة) أي بلا كيل ولا وزن بل بأراءة الصبرة والحزف في الأصل الاخذ بذكره من قولهم جرفه في الكيل إذا كثروا مرجعه إلى المساهلة قال المصنف (وهذا) يعني البيع مجازفة مقيد بغير الأموال الربوية إذا بيعت بحسنها فأما الأموال الربوية إذا بيعت بحسنها فلا يجوز مجازفة لاحتمال الربا وهو مانع حقيقته الربا وهذا أيضاً مقيد بما يدخل تحت الكيل منها وأما ما لا يدخل كخنة جفتين فيجوز وفي الفتاوى الصغرى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرين فقال ما حرم في الكثير حرم في القليل والقديم مقيد أيضاً بما إذا باع غير الحبوب من الربويات بحسنها كفة بكفة فإنه لا يخرج عن المجازفة بسبب أنه لا يعرف قدره ومع ذلك لو باع الفضة كفة ميزان بكفة ميزان جاز لأن المانع انما هو احتمال الربا وهو باحتمال التفاضل وهو منتف فيما إذا وضع صبرة فضة في كفة ميزان ووضع مقابلتها فضة حتى وزنتها فيجوز والحديث الذي كرهه بمعناه وهو ما روى أصحاب الكتب الستة إلا البخاري عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ مثل العسل سواء عيسوا عيدا سيدفاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كانت يبدأ بيد (ولأن) هذه (الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم) لتجمل التسليم على ما تقدم فلا يمنع (فشا به جهالة القيمة) للبيع بعد رؤيته ومشاهدته فإنه لو اشترى من إنسان ما يساوي مائة بدرهم والبائع لا يعلم قيمة ما باع لزم البيع (قوله) ويجوز بآباء بعينه لا يعرف مقداره و بوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) قد قيدا لأنه لا يكون مما لا يتجمل الزيادة والنقصان كأن يكون من خشب أو حديد أو ما إذا كان يتجمل كالزئيل والحواتق فلا يجوز وعلى هذا بيع مل عقربة بعينها أو راوية من النيل عن أبي حنيفة أنه لا يجوز لأن الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة لكن أطلق في الحجر جوازه ولا بد من اعتبار القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقائين فلو أملا به أصغر منها لا يقبل وكذا راوية منه

بنادر قبله فتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة في رواية الحسن بن زياد أن البيع أيضاً لا يجوز كالمسلم بوفيه لأن البيع في المكابلات والموزونات إما أن يكون مجازفة أو يذكر القدر في المجازفة المعقود عليه هو ما يشار إليه ولا يعتبر بالمعيار وفي غيرها المعقود عليه هو ما يسمى من القدر ولم يوجد شيء منهما فإن الفرض عدم المجازفة والمكيل إذا لم يكن معلوماً ليسم شيء من القدر

(قوله) وإن كان مما يدخل تحته إلى قوله لا يقال لادلالة الحديث على المنع الخ) أقول أنت خير بان إيراد الحديث ليس للدلالة على المنع بل للدلالة على الجواز إذا بيع بخلاف جنسه وأما الدليل على المنع فهو قوله لمانيه من احتمال الربا تأمل نظهر لك سوء ترتيب الشارح في تقرير الكلام مخالفاً لما اختاره المصنف من النظام (قوله) وهو عدم المعقود عليه لكونه غير عين في الأولى الخ) أقول إذا كان غير عين يكون مجهولاً وسيجيء إن الفساد فيه للجهالة

والاول اصح واظهر

يوفيه في منزله وعن أبي يوسف اذا ملاءها ثم تراصبا جاز كما قالوا بواغ الحطب ونحوه احوالا يجوز ولو حمله على الدابة ثم باعه الحمل جاز لتعين قدر المبيع في الثاني وفي الخلاصة اشترى كذا كذا قر به من ماء الفرات جاز استحسانا اذا كانت القر به معينة وعن أبي يوسف أيضا يجوز في القرب مطلقا وفي المحيط بيع الماء في الحياض والآبار لا يجوز الا اذا جعل في وعاء ووجه في المسووط مسئلة الكتاب بأن في المعين مجازفة يجوز فمكيال غير معروف أولى وفيه نظر فان في المجازفة الاشارة الى عين المبيع ثابتة تفيد الا حاطة بمقدار حرمه وأقطاره ومثل هذا التمييز لا يحصل لها في كيل غير معلوم قبل أن يصب فالاولو به منتقبة بلا شك والوجه يقتضي أن يثبت الخيار اذا كاله أو وزن للشترى كافي الشراء بوزن هذا الحجر ذهبانص في جمع التوازن على أن فيه الخيار اذا علم به ومعلوم أن ذلك بالوزن وفي جمع التفريق عن محمد رحمه الله جواز الشراء بوزن هذا الحجر وفيه الخيار وينبغي أن يكون هـ هذا حمل الرواية عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا كما لا يجوز في السلم فقوله لا يجوز أي لا يلزم قال المصنف (والاول اصح) أي من جهة الرواية (وأظهر) أي من حيث الوجه المذكور في الكتاب وحاصله أن الجهالة وإن كانت ثابتة لكن لا تنفي الى المنازعة وهي المانعة وذلك لانه يتحمل فيقدر هلاكه بخلاف السلم لا يتحمل فقديم لك ذلك الكيل والحرفية عذر تسليم المسلم فيه ولا يخفى أن هذا الوجه لا يثبت الخيار وأقرب الامور الى ما نحن فيه قول أبي حنيفة في المسئلة التي تلي هـ وهي ما اذا باع صبرة كل فقيز بدرهمه إذا كان في المجلس حتى عرف المقدار صح ويثبت الخيار للشترى كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع مع أن الفرض انه رأى الصبرة قبل الكيل ووقعت الاشارة اليها لكن هذه الرواية أتم وصار كما اذا رأى الدهن في قارورة زجاج فانه يثبت الخيار بعد صبه هـ هذا وقد روي عن أبي يوسف اشتراط كون ما يوزن به لا يحتمل النقصان حتى لا يجوز بوزن هـ هذه البطيخة ونحوها لانها تنقص بالجفاف وعول بعضهم على ذلك وليس بشئ فان البيع بوزن حجر بعينه لا يصح الا بشرط تحميل السلم ولا جفاف يوجب نقصا في ذلك الزمان وما قد يعرض من تأخره يوما أو يومين ممنوع بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز الاسلام في وزن ذلك الحجر خشية الهلاك فيتم عذر التسليم وتقع المنازعة المانعة منه والفرض ان أقل مدة السلم ثلاثة أيام ولا شك أن تأخر التسليم فيه الى المجلس آخر يقضي الى المنازعة لان هـ لا كانه إن ندرا فالاختلاف في أنه هو أو غيره والتمه فيه ليس بنادر وكل العبارات تفيد تقييد صحة البيع في ذلك بالتحميل كافي عبارة المسووط حيث قال لو اشترى به هذا الاناء بايديه فلا بأس به ثم ان في المعين البيع مجازفة يجوز فمكيال غير معروف أولى وهذا ان التسليم عقيب البيع الى آخر ما ذكره وتقدم النظر في الاولو به هذا وأورد على التعليل بأن الجهالة لا تنفي الى المنازعة ما اذا باع عبدا من أربعة يأخذ المشتري أيهم شاء أو باع بآي ثمن شاء فالبيع باطل مع أنه لا ينفي الى المنازعة أوجب بان المبتل في المورد معني آخر وهو عدم المبيع والثمن لالجهالة وكان مقتضاه أنه لا يجوز في عبد من ثلاثة لكن جاز على خلاف القياس كما سألني ولا شك أن القياس ما عن أبي حنيفة في القرية من ماء النهر وانه كبيع الطير قبل أن يصطاده كولو باعه كرامن حنطة وليس في ملكه حنطة صرحوا بأنه لا يجوز الا أن يكون مسلما وأما الاستحسان الثابت بالتعامل فمقتضاه الجواز بعد أن يسمى نوع القرية في ديارنا بمصر اذا لم تكن معينة مثل قرية كافية أو سقاية أو رواسية كبيرة ثم بعد ذلك التفاوت يسيرا هـ في الماء ونظير ما نحن فيه ما اذا باع حنطة مجموعة 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 أن يظهر تحتها كان أي صفة ونحوها كذا في فتاوى القاضي وعن أبي جعفر باعه من هذه الحنطة قدر ما عيلا هذا الطشت جاز ولو باعه قدر ما عيلا هـ هذا البيت لا يجوز في الفتاوى

(والاول) اصح يعني من حيث الدليل فان المعيار المعين لم يتقاعده عن المجازفة (وأظهر) يعني من حيث الرواية

قال (ومن باع صبرة طعام) اذا قال البائع بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فاما ان يعلم مقدارها في المجلس بتسمية جملة القفران أو بالكيل في المجلس أو لافان كان الاول فالبيع جائز والمبيع جملة ما فهم من القفران وان كان الثاني فالبيع قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله وجملة القفران كالاول عندهما (٨٨) لابي حنيفة ان صرف اللفظ الى الكل متعذر لجهالة المبيع والتمن جهالة تقضي الى المنازعة

لان البائع يطلب تسليم الثمن أولا والثمن غير معلوم فيقع النزاع واذا تعذر الصرف الى الكل صرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفران أو بالكيل في المجلس وصار هذا كالأوفر وقال اغلان على كل درهم فعليه درهم واحد بالاجماع

قال (ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جازا البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة الا ان يسمى جملة قفزانه او قال يجوز في الوجهين) له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفران أو بالكيل في المجلس وصار هذا كالأوفر وقال اغلان على كل درهم فعليه درهم واحد بالاجماع

بعت منك مالى في هذه الدار من الرقيق والدواب والسياب والمشتري لا يعلم ما قيمه فهو فاسد لجهالة المبيع ولو قال مالى هذا البيت جاز وان لم يعلم به لان الجهالة يسيرة واذا جاز في البيت جاز في الصندوق والحوالي ولو قال بعت منك نصيبى من هذه الدار فشرط الجواز علم المشتري بنصيبه دون علم البائع وتصديق البائع فيما يقول ولو اشترى موز ونا باناء على أن يفرغه ويزن الاناء فيحفظ قدر وزنه من الثمن جاز وكما تمنع الجهالة السابقة كذلك تمنع اللاحقة قبل التسليم فلذا اختلفوا فيما اذا باع الجهد الكائن في الجمدة قبل الاجوز حتى يسلم أو لا ثم يبيع والاصح جوازه مطلقا وهو اختيار الفقيه أبي جعفر اذا سلم قبل ثلاثة ايام ولو سلم بعدها لا يجوز لانها تذب في كل ساعة وهو وجه من منع قبل التسليم غير أن النقص قليل قبل الايام الثلاثة غير معتبر فلها أهدر وجاز وقبل انه يختلف باختلاف الصيف والشتاء وغلا الجهد وخصه فينظر الى ما بعده الناس كثيرا بحسب الاوقات فيجوز اذا سلمه قبل وسياق من هذا الباب شئ في خيار الرؤية ان شاء الله تعالى (قوله ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جازا البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله) يعنى أن موجب هذا اللفظ والاشارة الى ايجاب البيع في واحد عنده و يتوقف في الباقي الى تسمية الكل في المجلس أو كيه فيه فيثبت حينئذ على وجه يكون الخيار للمشتري فان رضى هل يلزم البيع على البائع وان لم يرض أو يتوقف على قبوله أو يرضى أو يرضى عن أبي حنيفة أنه لا يجوز الا بتراضيهما وروى محمد خلافه حتى لو قسح البائع البيع بعد الكيل ورضى المشتري بأخذ الكل لا يعمل فسحبه وقال أبو يوسف ومحمد صح البيع في الكل وهو قول الأئمة الثلاثة ثم اذا جاز في قفيز واحد للمشتري فيه الخيار لتفرق الصفقة عليه دون البائع لان التفرق جاء من قبله بسبب عدم تسميته جملة القفران (له انه تعذر صرف البيع الى الكل لجهالة المبيع والثمن) ولا جهالة في القفيز فلزم فيه واذا زالت بالتسمية أو الكيل في المجلس ثبتت الخيار كما اذا ارتفعت بعد العقد بالرؤية اذا المؤثر في الاصل ارتفاع الجهالة بعد لفظ العقد وكونه بالرؤية ملغى بخلاف ما اذا علم ذلك بعد المجلس لتقرر الفساد وما في المحيط عن بعض المشايخ ان عنده يصح في الكل وان علم به المجلس بعد ان مالى المجلس كالنائب في صلب العقد بخلاف ما بعده ولا يلزم اسقاط خيار اربعة ايام بعد المجلس وكذا زال جهالة الاجل المجهول به هذه حيث يجوز العقد بزوال الفساد بعد المجلس لان الفساد فيهما لم يتمكن في صلب العقد فلا يتقيد برفع الفساد بالمجلس وهذا لان أثر الفساد فيهما لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الاجل واما ما ورد من أن الجهالة وان كانت ثابتة لكنها لا تنقض الى المنازعة لان بعد العلم بأن كل قفيز بدرهم لا يتفاوت الحال بين كون القفران كثيرا أو قليلا فجوابه ان الفساد هنا جهالة الثمن كية خاصة وقدرا لعدم الاشارة ولا معرف شرعاه غير ذلك واما الجواب بمنع كونها غير مفضية الى المنازعة لان البائع قد يطلب المشتري بتسليمه الثمن وهو لا يقدر على ذلك لعدم معرفة قدره فيتنازعان فتهاقت ظاهر لانه لا يتصور ان يطالبه الا بعد ان

(قوله لابي حنيفة الى قوله جهالة تقضي الى المنازعة) أقول ولعل الاولى أن يقول جهالة تقضي الى امتناع تسليم الثمن الواجب بالعقد (قوله لان البائع يطلب تسليم الثمن أولا الخ) أقول هذا غير معقول (قوله الا ان تزول الجهالة الخ) أقول تأمل في هذا الاستثناء (قوله فان قبل سلمنا انعقاده

فاسدا لكن يتقلب جائزا) أقول بلا تقيد بالمجلس (قوله كما اذا كان فاسدا بحكم أجل مجهول الخ) أقول كان يبيع الى النيروز والمهرجان وقدوم الحاج ثم اسقطا الاجل قبل حلوله وسيجيء تفصيله في أواخر البيع الفاسد (قوله أوجب بان الفساد في صلب العقد قوى الخ) أقول يراد ان يقال اذا كان الفساد في صلب العقد ينبغي أن لا يرتفع أصلا كما في بيع الدرهم بالدرهمين واسقاط الدرهم الزائد ويجوز ان يقال بان الفساد هنا محل الخلاف فضعف بخلافه

(ولهما ان هذه جهالة اذ التها في ايديهما وما كان كذلك فهو غير مانع) أما ان اذ التها بأيديهما فلا تنهاتر ترفع بكيل كل منهما وقيد بقوله بيدهما احتراز عن البيع بالرقم فإنه لا يجوز لان اذ التها إما سبب البائع ان كان هو الرقيم أو سبب الغير ان كان الرقيم غيره وعلى كل حال فالمشترى لا يقدر على اذ التها أو مان 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 الا ان اجوزناه استحسانا بالنص ومعناه انه في معنى ماورد به النص على ما سيأتي فيكون ثابنا بدلالة النص والاستحسان لا يتعدى الى غيره ولهذا لم يجوزه أبو حنيفة فيما نحن فيه قياسا واستحسانا ثم اذا جاز في قفيز 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 ما لم ير ما يأتي فلا خيار له وفيه بحث أما أولا فلان تفريق الصفقة لو استلزم الخيار لا طرد وليس كذلك فإنه اذا باع الرجلان عبدًا مشتركا بألف ثم اشترى أحدهما الكل بمائة قبل نقد الثمن فإنه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز في نصيبه ولا خيار له فههنا تفرقت الصفقة ولم يوجد الخيار وأما ثانيا فلان قياس قول أبي حنيفة أن لا يخبر المشتري لزوم انصراف البيع الى الواحد لعله كما لو اشترى قنما مع مدبر فإنه لا خيار له في القن لعلمه ان البيع ينصرف اليه والحاصل ان الخيار يوجب التفريق والتفريق انما يتحقق ان لو كان العقد واردا على الكل والمشتري يقبل البعض وليس كذلك ههنا على قول أبي حنيفة والجواب عن الاول اننا نسلم تفريق الصفقة لان الشراء لم يقع على الكل حتى يكون صرفه الى البعض تفريقا وانما وقع على نصيب شريك لا غير لان وقوعه على نصيبه يلزم شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وانه لا يجوز فصار كمن اشترى قنما ومدبر فان البيع ينصرف الى القن فقط لان المدبر لا يقبل النقل ولا خياره في القن وعن الثاني بان انصراف البيع الى قفيز واحد مجتهد فيه والعموم لاعلم لهم بأحكام المسائل المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفقة (٨٩) على قولهما وان لم يلزم على قول أبي حنيفة وهذا ضعيف لان قولهما

ولهما ان الجهالة بيدهما اذ التها ومثلها غير مانع وكما اذا باع عبد من عبد بن علي ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة فلم يشترى الخيار لتفريق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس أو سمي جلة قفيزا ثم انما علم ذلك الا ان فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع بكيه ليعرف القدر الذي يطالب به الا لا يمكن أن يطالبه الابكية خاصة مشار اليها أو مضبوطة الوزن وحينئذ يعلمها المشتري فيقدر على التسليم ولو امتنع بعد هذا التقدير كان مطالبا للمنازعة المفسدة (ولهما ان هذه جهالة بيدهما اذ التها) بان يكيل في المجلس والجهالة التي هي كذلك لانفضي الى المنازعة كبيع عبد من عبد بن أو ثلاثة على ان المشتري بالخيار بأخذ أي ما شاء وقد ورد عليه نقض اجالي لوضح ما ذكر من ان الجهالة التي بيدهما اذ التها غير مانعة من العهدة لم صحة البيع بالرقم عندهما وأنه يجوز

وهذا ضعيف لان قولهما ان الكل مبيع فن أين التفريق والاولى أن يقال قياس قول أبي حنيفة تفريق الصفقة لان الصيغة موضوعة للكثرة وقصد ههنا أيضا الكثرة ومائة مانع شرعي عن الصرف الى الجميع ولهذا لو علم المقدار في المجلس جاز

(١٢ - فتح القدير خامس) والصرف الى الاقل باعتبار تعدد الكل للجهالة صرف للعقد الى بعض ما دل عليه اللفظ من المبيع وقصد العاقدان وليس تفريق الصفقة الا ذلك بقي أن يقال فكان الواجب أن يثبت الخيار للعاقدين جميعا وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه (قوله وكذا اذا كيل في المجلس أو سمي جميع قفيزا) يعني كان للمشتري الخيار لكن لا بذلك التعليل بل بما قال لانه علم ذلك الا ن فرما كان في حدسه أو ظنه ان الصبرة تأتي بقدر ما يحتاج اليه فزادت وليس له من الثمن ما يقابلها ولا يتمكن من أخذ الزائد مجانا وفي تركه تفريق الصفقة على البائع أو نقصت فيحتاج ان يشتري من مكان آخر وهل يوافق أو لا فصار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع وهكذا في الموزونات والمعدودات المتقاربة

(قوله لان التفريق وان كان في حقه أيضا لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسميته جلة القفران وكان راضيا به وهذا صحيح اذا علمها ولم يسم الخ) أقول وعند أبي حنيفة أن محي التفريق من قبله بالامتناع عن التسمية بعم صورة عدم علمه بمثلها فإنه كان يمكنه أن ينزل ذلك الجهل بطريق ثم يشرع في البيع فحتم لم يفعل ذلك ولم يسم كان راضيا بوجبه فتأمل (قوله فالوجه انه نزل منزلة من باع ما لم ير ما يأتي فلا خيار له) أقول ان أرادانه لا خياره مطلقا ولو اذا تفرقت الصفقة عليه فليس كذلك وان أرادانه ليس له خيار لرؤية تسليمه وما نحن فيه ليس كذلك بل الخيار بتفريق الصفقة ثم الاولى تأخير قوله لما يأتي عن قوله فلا خيار له فليتأمل (قوله وعن الثاني بان انصراف البيع الى قفيز واحد مجتهد فيه الخ) أقول قيل الانصراف الى نصيب الشريك فيما سبق مجتهد فيه أيضا ولهذا لا يشيع الفساد على ما سيحكي في باب البيع القاسد لثا الفرق (قوله وهذا ضعيف لان قولهما ان الكل مبيع فن أين التفريق) أقول فيه انه يجوز ان يكون مراد الجيب انهما بقصد ان كون الكل مبيعا على مذهبهما والقاضي يحكم عذبه أي حنيفة فتفريق الصفقة عليهم ما فليتأمل (قوله ومائة مانع شرعي عن انصرف 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 اختاره أيضا

وأما إذا باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالببيع عند أبي حنيفة رجه الله في الجميع فاسد وقياس قوله الصرف الى الواحد كما في المكيلات الا ان التفاوت بين الشياه موجود وفي ذلك جهالة تقضى الى المنازعة بخلاف المكيلات وحكم المذروعات اذا بيعت مذاعة حكم الغنم اذا لم يبين جلة الذرعان وجلة 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 بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم أما الاولى فظاهرة وأما الثانية فلان العقود عليه معلوم وجلة الثمن صارت معلومة ببيان ذرعان الثوب وأما الثالثة فلانه لم يسمي لكل ذراع درهما وبين جلة الثمن صار جميع الذرعان معلوما وكذا كل معدود متفاوت كالخشب والاولى وأما عندهما فهو جائز في الكل لما قلنا

(قوله فهو جائز في الكل لما قلنا) أقول من ان ازالة الجهالة بيديهما

قال (ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة وكذلك من باع ثوبا مذاعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جلة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعند من ينصرف الى الواحد) لما يبين غير أن بيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة الى المنازعة فيه وتفضي اليها في الاول فوضح الفرق

بيع عبد من أربعة على أن المشتري يخبر في تعيينه وان يجوز البيع بأي عن شاء لكن البيع في الكل باطل أجيب بأن البيع بالرغم عنكنت الجهالة به في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم وصار بمنزلة القمار للخطر الذي فيه انه سيظهر كذا وكذا وجوازه اذا علم في المجلس بعقد آخر هو التعاطي كما قاله الحلواني بخلاف ما نحن فيه لانه كما يعلم بكيل البائع يعلم بكيل المشتري ومثل هذا القول البيع بأي عن شاء ومثله في أحد العبيد الاربعة في جانب المبيع فان البيع لا يتعقد في غير معين فكان بيعا بلا مبيع وكان مقتضى هذا أن لا يجوز في عيدين من ثلاثة الا أنه ثبت بدلالة نص شرط الخيار ثلاثة أيام ولا يخفى ان كل أحوبة هذه النقوض تصلح أدلة لابي حنيفة فانها تضمنت تسليم أن الجهالة وان كانت بيدهما اذا التبا بعد كونها في صلب العقد وهي أن تكون في الثمن كما يبيع بالرقم وبأي عن شاء أو في المبيع كبيع عبد من أربعة تمنع جواز البيع وجهالة الثمن على وجه يشبه القمار وعدم العلم به مع امكان ازالتهما ثابت في محل النزاع انجاز أن يظهر كونه مائة أو خمسين الا بكيل أحدهما وكون ذلك بكيل كل منهما وفي الرقم يظهر بالبائع فقط لا أثره في دفع منع الحظر والتمكن في صلب العقد وهو المفسد واذا فسد البيع في عيدين من أربعة والجهالة في مضبوط لا تحصرها في احتمالات أربعة لا تعداها فلان تفسد في صبرة لا تقف الاحتمالات في خصوص الثمن على كونه أربع امكانات أو عشرة أولى بل وسجل عليهم ما يبطلان قياسهما على بيع عبد من عبيدين اذ ظهر من الجواب أنه معدول عن القياس ولذا امتنع في أربعة أعيد وحينئذ ترجع قول أبي حنيفة وظهر أن كون العاقدين بيدهما ازالة جهالة في صلب العقد من الثمن والمبيع لا يوجب صحة البيع قبل ازالتهما بدلالة الاجماع على عدم الصحة في الصور المذكورة مع امكان ازالتهما فيها وغايتها اذا ازيلت في المجلس وهما على رضاها ثابت بعقد التراضي والمعاطاة لابين الاول كما ذكر في الرقم بل ولهذه القروع المذكورة أمثال يطول عدوها يبطل البيع فيها لجهالة في الثمن أو المبيع مع امكان ازالته أحد المتعاقدين لها وتأخير صاحب الهداية دليله ما ظهر في ترجيحه قولها وهو ممنوع وأما ما يحمل قول أبي حنيفة عليه ما ذكر في المبسوط من أن الاصل عنده أنه متى أضيف كلمة كل الى ما تعلم نهايته فالتماثل تناول أدناه لصيادته عن الالغاء كالافرار بأن عليه كل درهم انما يلزمه درهم واحد وكذا اجارة 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 (فرع) اشترى طعاما بغير جنسه خارج المصر وشرط أن يوفيه في منزل من المصر فالعقد فاسد لان المشتري يملكه بنفس العقد فاذا اشترط لنفسه منة منة الحمل فساد 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 واستحسن أبو حنيفة وأبو يوسف جوازه بالعرف فان الانسان يشتري الخطب والشعير على الدابة في المصر ولا يكتري دابة أخرى يحمله عليها بل البائع هو يحمله بخلافه خارج المصر وبعض المشايخ لم يفرقوا بين لفظ الحمل والايقاء في الاستحسان لان المراد منهما واحد واختار شمس الأئمة الفرق فان الايقاء من مقتضيات العقد فشرطه ملائم بخلاف الحمل (قوله) ومن باع قطيع غنم الخ) لما ذكر الصور السابقة في المثليات ذكر نظيرها في القيميات فاذا أضاف البيع على الوجه المذكور في الحيوانات بأن قال بعثك هذا القطيع كل شاة بدرهم أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم ولم يبين عدد الغنم ولا الذرعان ولا جلة الثمن فسد في الكل عند أبي حنيفة أما إذا سمي أحدهما فيصع

قال (ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فلا يجاوز عند الكيل من أن يكون مثل ذلك أو أقل منه أو أكثر فان كان الاول فذلك وان كان الثاني خيرا المشتري بين أخذ الموجود بمحضته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء البيع بانتفاء الرضا وان كان الثالث فالرائد للبائع لان البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكل ما وقع (٩١) على مقدار معين لا يتناول غيره الا اذا كان وصفا والقدر رأى القدر

قال (ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار ان شاء أخذ الموجود بمحضته من الثمن وان شاء فسخ البيع) لتفرق الصفقة 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 انها مائة ذراع فوجدها أقل فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بحملة الثمن وان شاء ترك) لان الذرع ووصف في الثوب الا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بمحضته

قال (ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار ان شاء أخذ الموجود بمحضته من الثمن وان شاء فسخ البيع) لتفرق الصفقة 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 انها مائة ذراع فوجدها أقل فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بحملة الثمن وان شاء ترك) لان الذرع ووصف في الثوب الا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بمحضته

بالانفاق للعلم بتمام الثمن مطابقة أو التزاما فيما اذا اقتصر على بيان عدد القطيع وعندهما يجوز في الكل لما قلنا من أن الجهالة بيدهما ازالتهما وعنده ينصرف الى الواحد لما يتبين من جهالة كل الثمن والغاء كون ارتفاعها بيدهما غير ان الا حادها متفاوتة فلم ينقسم الثمن على الجملة بالاجزاء فتقع المنازعة في تعيين ذلك الواحد ففسد في الكل ولهذا الوباغ شاة أو عشر من مائة شاة أو بطيخة أو عشر من مائة شاة أو قر بطيخ كان باطلا وأما الجواز فيما اذا عرلها وذهب والبائع ساكت فبالتعاطى على ما قدمنا قال العتاي ان ذلك في ثوب يضره التبعض أمافي الكبراس فينبغي أن يجوز عنده في ذراع واحد كافي الطعام وعلى هذا الخلاف كل معدود متفاوت كحمل بطيخة بقلس والمان والسفرجل والخشب والاراني والرقيق والابل ولو باع نصيبه من هذا الطعام روى الحسن عن أبي حنيفة لا يجوز وان يئنه بعد ذلك وكذا في الدار وهذا غير الاثني بأصله المذكور في الخلافية 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 كافي بيع الصبرة كل قفيز بدرهم وان كان العنب أجناسا لا يجوز البيع أصلا عند أبي حنيفة كقطع الغنم وعندهما يجوز اذا كان جنسا واحدا في كل العنب كل وقر بما قال وكذا اذا كان الجنس مختلفا هكذا أورد 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 قوله ما تنسرا للأمر على الناس انتهى وتفريع الصدر الشهيد أوجه (قوله ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة قفيز) مثلا (مائة) تعلق العقد على ذلك الكيل المسمى بعينه حتى لو وجدت ناقصة (كان للمشتري الخيار ان شاء أخذ الموجود بمحضته من الثمن) لان الثمن ينقسم بالاجزاء على أجزاء المبيع المثلي مكبلا وموزونا (وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة) الواحدة (عليه) وكذا الخلاصة في كل مكيل وموزون (وان وجدها زائدة فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين) ليس له جهة الوصفية فما زاد عليه لم يدخل في العقد فيكون البائع 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 الكيل للمشتري (ولو) كان (قال على انها مائة ذراع) مثلا (مائة) كل ذراع بدرهم فوجدها أقل فلم يشتري الخيار) ان شاء أخذ الموجود كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه (وان كان) وجدها أكثر فله الخيار ان شاء أخذ الكل كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع وأصل هذا

الاول يعني المكيل لان المقدار ليس بوصف فيقابلة الثمن فلهذا يأخذه بمحضته (قوله وان كان الثاني خيرا المشتري بين أخذ الموجود بمحضته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الخ) أقول قوله لتفرق الخ ينبغي أن يكون عملة الفسخ لا لقوله خيرا لا معنى له وأيضلا يكون الكلام مطابقا للشروح (قوله لتفرق الصفقة عليه) أقول فرق بين التفرق والتفريق فلا مخالفة لما سبق قال المصنف (ألا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض) أقول الان فيما نحن فيه عبارة عن الطول

(وقال الا أنه يخبر) استثناء من قوله بأخذ بكل الثمن وعلى هذا اذا وجدها أكثر من الذرع الذي سماه كان الزائد المشتري ولا خيار للبائع لانه وصف تابع للبيع لا يقابله شيء من الثمن فصار كما اذا باع عبدا على أنه أعمى فاذا هو بصير واعلم أن هذه المسئلة من أشكل مسائل الفقه وقد منع أن يكون الذرع في المذروعات وصفا والاستدلال بقوله الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض غير مستقيم لانه كما يجوز أن يقال شيء طويل وعريض يقال شيء قليل أو كثير ثم عشرة أفرزة أكثر من تسعة لا محالة فكيف جعل الذراع الزائد وصفا دون القفيز وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم في الاصل والوصف واختلفت عباراتهم في ذلك فقال بعضهم ما تعيب بالتنقيص فالزيادة والتنقص فيه وصف وما ليس كذلك فالزيادة والتنقص فيه أصل وقال بعضهم ما لوجوده تأثير في تقدم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره فهو وصف وما ليس كذلك (٩٣) فهو أصل وقيل ما لا ينقص الباقي بقوائمه فهو أصل وما لا يكون كذلك فهو وصف

وهو قريب من الثاني والمكيل لا يتعيب بالتعيب والمذروع يتعيب بعشرة أفرزة اذا انتقص منها قفيز فالسعة تشتري بالثمن الذي يخصها مع القفيز الواحد فيما اذا قال اشترت هذه الصبرة بعشرة دراهم على انها عشرة أفرزة وأما الذراع الواحد من الثوب أو الدار اذا انتقص فان الباقي لا يشتري بالثمن الذي كان يشتري معه فان الثوب العتاني اذن مثلا اذا كان خمس عشرة ذراعا فالسعة 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 الذرع وصف وهو اصطلاح يقع على ما هو المتعارف بين التجار فان قيل سلنا ان الذرع وصف لکن لان سلم ان الاوصاف لا يقابله شيء من الثمن فان

الا انه يتخير لقوات الوصف المذكور لتغير المعنوية عليه فيختل الرضا قال (وان وجدها أكثر من الذراع الذي سماه فهو المشتري ولا خيار للبائع) لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا باع معيبا فاذا هو سليم (ولو قال بعتهما على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم موجدتها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بمحضتها من الثمن وان شاء ترك) لان الوصف وان كان تابعا لکنه صار أصلا بافراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب

ان الذرع في المذروعات وصف لانه عبارة عن طول فيه لکنه وصف يستلزم زيادة أجزاء فان لم يفرده بثمن كان تابعا محضا فلا يقابل بشيء من الثمن وذلك فيما اذا قال على انها مائة بمائة ولم يزد على ذلك واذا كان تابعا محضا في هذه الصورة والتابع لا يقابلها شيء من الثمن كاطراف الحيوان حتى ان من اشترى جارية فأعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شيء من الثمن أو أعورت عند المشتري جازله أن يرجع على ثمنها بلا بيان فعليه تمام الثمن في صورة النقص وانما يتخير لقوات الوصف المشروط والمرغوب فيه كما اذا اشترى على أنه كتاب فوجد له لا يحسن الكتابة وله الزائد في الصورة الزائدة (كما اذا باعه) على انه معيب فوجد له سليما هذا اذا لم يفرده بالثمن فان أفرده بالثمن وهو ما اذا قال على انها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار أصلا وارتفع عن التسعة فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باعه هذه الرزمة من الثياب على انها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة يتخير بين أن يأخذ الأثواب الموجودة بمحضتها من الثمن وبين أن يفسخ لتفرق الصفة فكذا اذا وجد الذرع 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 كالأول يسلم له الثوب المفرد فيما اذا زادت عدد الثياب على المشروط وان كان بينهما فرق فان عدد الثياب اذا زادت فسد البيع لزوم جهالة المبيع لان المنازعة تجري في تعيين الثوب الذي يراد بالبايع بسبب انه أصل من كل وجه أما هنا فالذراع ليس أصلا من كل وجه لفسد ثبوتها للخيار بين أن يأخذ الزائد بمحضته وبين أن يفسخ لانه وان صح له أخذ الزائد لکنه بضرر يلحقه وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعقد البيع فكان له الخيار واذا ظهر أنهم اعتبروا الطول وصفا تارة وأصلا أخرى ولم يعتبروا القدر في المثليات الا أصلا دائما مع أن الطول والعرض أيضا يرجع الى القدر ويمكن أن يجعل القدر وصفا احتج الى الفرق فقيل لان المثلي لا تنقص قيمته بنقصان القدر فان الصبرة الكائنة مائة قفيز لو صارت الى قفيزين في القلة لم تنقص قيمة القفيز بخلاف الثوب والارض الا ترى أن الثوب الذي عادته عشرة وهو قدر ما يفصل قباء أو فرجبة كان بثمن

المبيع المعيب اذا امتنع رده رجح المشتري بنقصان العيب كمن اشترى عبدا أو أعتقه أو مات ثم اطاع على نقصان إصبع يرجع على بائعه بالنقصان وكال اصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف المذكور أحجب بأن كلامنا في الوصف لا في الوصف المقصود بالتناول فانه اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة كما اذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل التسليم أو حكما كما اذا امتنع الرد لحق البائع كما اذا تعيب المبيع عند المشتري أو لحق الشرع أن كان ثوبا فانها المشتري ثم اطاع على عيب أخذها بالاصل فأخذت سطا من الثمن ولو قال بعتهما 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 بمحضتها من الثمن أو تركه لان الوصف وان كان تابعا لکنه 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 بمحضهما من الثمن انما هو لانه لو أخذها بجميع الثمن لم يكن المشتري أخذها كل ذراع بدرهم وهو لم يبيع الا بشرط أن يكون كل ذراع بدرهم لان كلمة على تأتي للشرط كما عرف في موضعه ونوقض بالمسئلة الاولى لان الذراع لو أمكن أن يكون أصلا بذكر الثمن كان أصلا في المسئلة الاولى أيضا لانه ذكر عشرة دراهم في مقابلة عشرة أذرع ومقابلة الجملة بالجملة تقتضى انقسام الآحاد وأجيب بأن الذراع أصل من وجه من حيث انه من أجزاء العين التي هي مبيعة كالقفيز ووصف من وجه من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن كالجبال والكتابة ثم لو جعلنا عشرة أذرع متضمنة على الافراد عند ذكر كل ذراع لزم الغاء جهة الوصفية من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالاصلية عند ذكره عملا بالنسب بينه وفيه نظر لان قوله من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن معلول للوصفية فلا يكون علتهها والاولى أن يقال اذ لم يفرد كل ذراع بالذكر كان كون كل ذراع مبيعا ضمنا ولا معتبرا بذلك لما ذكرنا ان الوصف يصير أصلا اذا كان مقصودا بالتناول وان وجدت زائدة أخذ المشتري الجميع كل ذراع بدرهم أو فسخ أو ما خیار الفسخ فلانه ان حصل له الزيادة في الذراع لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر فكان في معنى خيار الرؤية في دفع الضرر فختيار وأما لزوم الزيادة فلما بينا أنه صار أصلا مشروطا لو أخذ بالاقول لم يكن أخذها بالمشروط وفيه بحث من وجهين أما الاول فهو ان كل ذراع ان كان بمنزلة ثوب على حدة (٩٣) فسد البيع اذا وجدها أكثر وأقل كالأول

كان العقد واردا على أبواب عشرة وقد وجدت أحد عشر أو تسعة على ماسياتي وأما الثاني فهو ان الذراع لو كان أصلا بافراد ذكر الثمن امتنع دخول الزيادة في العقد كما اذا باع صبرة على انها عشرة أفضرة فأذا هي أحد عشر فان الزيادة لا تدخل الا بصفقة على حدة وقد تقدم وههنا دخلت في تلك الصفقة والجواب عن الاول ان الأثواب مختلفة فتكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تقتضى الى المنازعة والذراع من ثوب واحد ليست كذلك وعن

وهذا لانه لو أخذ بكل الثمن لم يكن أخذها لكل ذراع بدرهم (وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع) لانه ان حصل له الزيادة في الذراع لزمه زيادة الثمن فكان نفسعا يشوبه ضرر فختيار وانما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلا لو أخذ بالاقول لم يكن أخذها بالمشروط قال (ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو جام فابيع فاسد عند أبي حنيفة وقالوا هو جائز وان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا) لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار أشبه عشرة أسهم اذا قسم على أجزائه يصيب كل ذراع منه مقدار ولو افرد الذراع وبيع عقده لم يساو في الاسواق ذلك المقدار بل أقل منه بكثير وذلك لانه لا يفيد الغرض الذي يصنع بالثوب الكامل فعلمنا ان كل جزء منه لم يعتبر كثوب كامل مفرد (قوله ومن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو جام فابيع فاسد عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالوا هو جائز) وبه قال الشافعي رحمه الله (وان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم) منها (جاز في قولهم جميعا) ومبني الخلاف على أن المؤدى من عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع فعندهما شائع كأنه باع عشر مائة وبيع الشائع جائز اتفاقا كما في بيع عشرة أسهم من مائة سهم وعنده مؤادة قدر معين والجواب مختلفة الجودة فتقع المنازعة في تعيين مكان العشرة ففسد البيع فلوا اتفقوا على أن مؤدى عشرة أذرع من مائة من هذه الدار شائع لم يختلفوا ولو اتفقوا على أنه معين لم يختلفوا فهو نظير اختلافهم في نكاح الصابئة مبني على انهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم أولهم كتاب فلوا اتفقوا على الثاني اتفقوا على جوازها وعلى الاول اتفقوا على عدم الجواز فالشأن في

الثاني بأن الذراع الزائد لم يدخل كان باع بعض الثوب وفسد البيع فحكمنا بالدخول نحو باقي الجواز والقفيز الزائد ليس كذلك قال (ومن اشترى عشرة أذرع) شراء عشرة أذرع (من مائة ذراع من دار أو جام) أعني أن يكون المبيع مما ينقسم أو مما لا تنقسم فاسد عند أبي حنيفة وعندهما هو جائز اذا كانت الدار مائة ذراع وشراء عشرة أسهم من مائة سهم جائز بالاتفاق (لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع) كعشرة أسهم من مائة سهم في كونها عشر اختصاص الجواز بأحدهما محكم

(قوله وفيه نظر لان قوله من حيث هو الخ) أقول تسامح في العبارة فان معلول الوصفية هو عدم مقابلة شيء من الثمن لانه لا هذا القول (قوله فلا يكون علتهها) أقول يجوز أن يكون العلم بالوصفية معلولا لما ذكر مع كون نفس الوصفية علته بل لزوم المصادرة (قوله والاولى أن يقال يعنى الارض) أقول فيه ان قول المصنف فنزل كل ذراع منزلة ثوب بنى 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 منزلة ثوب واحد ولعل هذا تأويل ما في النهاية (قوله فسد البيع اذا وجدها أكثر وأقل الخ) أقول ممنوع كما يظهر في مسئلة اشتراء العدل على انه عشرة أبواب (قوله وعن الثاني بأن الذراع الخ) أقول ويجوز ان يجاب عن الثاني بأنه لما كان في الذراع جهتا الاصلية والوصفية حكمه بدخول الزائد بزيادة الثمن مرعاة لتينك الجهتين ولعل هذا أولى مما ذكره الشارح

ولابي حنيفة ان الذراع حقة في الآلة التي يذرع بها و ارادتها ههنا متعذرة فصير مجازا لما يحمله بطريق ذكر الحال و ارادة الحمل وما يحمله لا يكون الامينا مخصصا لانه فعل سى يقتضى محلا حسيا او المشاع ليس كذلك فأيما يحمله لا يكون مشاعا فلا يستعمل فيه الذراع لعدم مجوز الجواز (وذلك) أى العشرة لا ذرع غير معلوم هنا ذلك يعلم أن العشرة من أى جانب من الدار فيكون مجهولا جهالة تقتضى الى المنازعة بخلاف السهم فانه أمر عقلي لا يقتضى محلا حسيا فيجوز أن يكون في الشائع فالجهالة لا تقتضى الى المنازعة فان صاحب عشرة أسهم يكون شريكا لصاحب تسعين سهم ما في جميع الدار على قدر نصيبهم ما منها وليس لصاحب الكثير أن يدفع صاحب القليل من جميع الدار في قدر نصيب من أى موضع كان ولا فرق عنده بين ما ذاعلم (٩٤) جملة الذرعان كما اذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من

لم يعلم كما اذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من غير ذرع ذرعان جميع الدار في الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز خلافا لما يقوله الخصاص ان الفساد انما هو عند جهالة جملة الذرعان واما اذا عرفت مساحتها فانه يجوز جعل هذه المسئلة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم اذا كان عدد جملة الشياه معلوما فانه يجوز عنده قال (ومن اشترى عدلا على انه عشرة أبواب) عدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الحمل اذا اشترى عدلا على انه عشرة أبواب بعشرة دراهم فكان تسعة أو أحد عشر فسد المبيع أما اذا زاد فله جهالة المبيع لان الزائد يدخل تحت العقد فيجب رده و الاثواب مختلفة فكان المبيع مجهولا جهالة تقتضى الى المنازعة واما اذا نقص فلو حوب سقوط حصة الناقص عن ذمة المشتري وهي مجهولة لانه لا يدري

وله أن الذراع اسم لما يذرع به واستعمل لما يحمله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند أبى حنيفة بين ما ذاعلم جملة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاص لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على انه عشرة أبواب فاذا هو تسعة أو أحد عشر فسد المبيع لجهالة المبيع أو الثمن (ولو بين لكل ثوب ثمانا في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولا يجوز في الزيادة) جهالة العشرة المبيعة ترجيح المبني فأوحيفة يقول (الذراع اسم لما يذرع به) ومعلوم انه لم يرد بالمبيع عشر من الخشب التي يذرع بها فكان مستعارا لما يحملهها وما يحمله معين فكان المبيع معيناً مقدرا بعشرة أذرع (بخلاف) عشرة أسهم لان السهم اسم للجزء الشائع فكان المبيع عشرة أجزاء شائعة من مائة سهم وقد يقال ان تعيين جملة ذرعان الدار قرينة على انه انما أراد بيع الشائع لان به يعرف نسبة العشرة من الكل انما بالعشر والافلا فائدة في تعيينه لان العشرة أذرع لا يتفاوت مقدارها بتعيين الكل وعدمه وقد يقال فائده لا تتعين في ذلك لجواز أن يرفع به الفساد فان بيع عشرة أذرع من ثوب لا يجوز على قول أبى حنيفة ولا على قولهما على تخريج طائفة من المشايخ وعلى قول آخرين يجوز لانها جهالة يدهما ازالها في ذرع الكل فيعرف نسبة العشرة وصحح هذا بناء على ما تقدم لهما من بيع صبيرة لجواز أن يكون العاقد يرى الرأى الاول وما وضع المسئلة في الجامع في عشرة أذرع من مائة ذراع ظهر ان ما قال الخصاص من أن الفساد عنده فيما اذا لم يعرف جملة الذرعان واما اذا عرف جملة المبيع عنده صحح غير واقع من جهة الرواية وكذا من جهة الدراية فان الفساد عنده لجهالة كقولنا وبمعرفة قدر جملة المبيع لا تقتضى الجهالة عن البعض الذي يبيع منه واختلاف المشايخ على قولها ما فيها اذا باع ذراعا أو عشرة أذرع من هذه الارض ولم يسم جملة اقل على قولها ما لا يجوز لان صحته على قولها باعتبار انه جزء شائع معلوم النسبة من الكل وذلك فرع معرفة جملة المبيع انه يجوز لانها جهالة بأيدى ما ازالها بان تقاس كما هي فيعرف نسبة الذراع أو العشرة منها فيعلم قدر المبيع (قوله ومن باع عدلا) صورتها أن يقول بعتك ما في هذا العدل على انه عشرة أبواب بمائة درهم مثلا ولم يفصل لكل ثوب ثمانا قابل المجموع بالمجموع (فاذا هو تسعة أو أحد عشر فسد المبيع لجهالة المبيع) في صورة الزيادة لما قرناه من قريب في الفرق بين الثوب والذراع الذي صار أصلا من وجه (والثمن) في صورة النقصان لان الثمن لا ينقسم اجزائه على حساب اجزاء المبيع القيمي والنياب منه فلم يعلم لثوب الزايب حصة معلومة من الثمن المسمى لينقص ذلك القدر منه فكان الناقص من الثمن قد راجح ولا يصير الثمن مجهولا (ولو) كان (فصل لكل ثوب ثمانا) قال كل ثوب بعشرة (جاز) المبيع (في فصل النقصان بقدره) أى بما سوى قدر الناقص لعدم الجهالة لكن مع ثوب الخيار لا يشتري لتفريق الصدقة عليه (ولم يجوز في الزيادة) لان جهالة المبيع لا ترتفع فيه لوقوع المنازعة في تعيين العشرة

انه كان جيدا أو وسطا أو رديا وحينئذ لا تدري قيمته بقين حتى تسقط فكانت جهالتها توجب جهالة الباقي من المبيعة الثمن فلا يشك في فساده واذا بين لكل ثوب ثمانا بقوله كل ثوب بدرهم جاز المبيع في فصل النقصان لكون الثمن معلوما وله الخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء ترك لانه تغير شرط عقده ولم يجوز في فصل الزيادة لجهالة العشرة المبيعة

قال المصنف (وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعمل لما يحمله الذراع) أقول قال الاتقاني كان القياس أن يقول استعيرت لانه أسند الى ضمير الذراع وهي مؤنثة لكن ذكر الفعل على تأويل الذراع بما يذرع به اه لكن قال في القاموس الذراع بالكسر من طرف المرفق الى طرف الاصبع الوسطى والساعد وقد يذرع كرفيم ما جمع أذرع وذرعان بالضم اه وذكر باعتبار الخبر

ومن مشايخنا من قال إن البيع فاسد عند أبي حنيفة في فصل النقصان أيضا لأنه جمع بين الوجود والمعدوم في صفقة فكان قبول
البيع في المعدوم شرطا لقبوله في الوجود فيفسد العقد كالجورج بين حرو وعبد في صفقة وسمى لكل واحد ثمانية لا يجوز البيع عنده في
الغن خلافا لهما كذلك هذا واستدل بما ذكره محمد في الجامع الصغير رجل اشترى (٩٥) ثوبين على انهما هرويان كل ثوب بعشرة

وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان أيضا وليس يصح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما
هرويان فاذا أحدهم مروى حيث لا يجوز فيه ما وان بين عن كل واحد منهما ما لأنه جعل القبول
في المروى شرطا للجواز العقد في الهروى وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترا

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 قولها أما
على قول أبي حنيفة فالعقد فاسد في الكل لأنه فسد في البعض فسد مقارن وهو العدم والاصل عند أبي
حنيفة أن العقد متى فسد في البعض فساد مقارن يفسد في الباقي وقد ذكر محمد مسألة في الجامع تدل
على هذا وهي رجل اشترى ثوبين على انهما هرويان كل ثوب بعشرة (فاذا أحدهم مروى)
بسكون الراء نسبة الى قرية من قرى الكوفة أما النسبة الى مرو والمعروفة بخراسان فقد التزموا فيها
زيادة الزاى فيقال مروى وكانه للفرق بين القرينتين قال فسد البيع في الثوبين جميعا عند أبي حنيفة
وعنده ما يجوز في الهروى والغائب في مسألة الجامع الصفة لأصل الثوب وقد فسد في الكل بقواته
فساده في الكل والنائب أحدها أولى واليه مال الخولاني وقال انه الصحيح عنده وكذا نسبة شمس الأئمة
السرخسي الى أكرم مشايخنا ثم قال والصحيح عندى أن هذا قولهم جميعا 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 شرطا في قبوله في الآخر وهما لوجوده فانها شرط قبول العقد
في المعدوم ولا قصد ايراد العقد على المعدوم بل على الوجود فقط فغلط في العدد بخلاف تلك المسئلة
فانه جعل قبول العقد في كل من الثوبين شرطا لقبوله في الآخر وهو شرط فاسد وأقول قوله ما شرط
قبول العقد في المعدوم ان كان صريحا معلوما ولا يضر فان في الثوبين أيضا ما شرط قبوله في المروى
صريحا وانما المقصود انه اذا أضاف العقد الى متعدد صفقة كان قبول العقد في كل شرط في قبوله
في الآخر كما في الثوبين ولا شك أن في العشرة أيضا كذلك فكان قبوله في العاشر شرطا لقبوله فيما سواه
ولا وجود للعاشر فكان قبوله في المعدوم شرطا الى آخره وحاصل قوله وما قصد الى آخره ما أشار اليه
المصنف وهو أن الشئيين الموجودين الموصوفين بوصف اذا دخل في عقد واحد كان قبول كل منهما
بذلك الوصف شرطا لقبول في الآخر بذلك الوصف فاذا انعدم ذلك الوصف في أحدهما كان ذلك شرطا
فاسدا في القبول في الآخر بخلاف ما اذا كان معدوما بذاته ووصفه فانه ليس حينئذ دخلا في
العقد حتى يكون قبوله شرطا للصحة العقد في الآخر لانه معدوم فيجعل ذلك غلطا فلما يجعل شرطا
لم يفسد العقد في الآخر فظهر أن محط الفرق اعتبار الغلط وعدمه ولا شك أن اعتبار الغلط انما
يتأني من جهة البائع على معنى انه انما أوجب في تسعة ولكنه عبر عنها بعشرة غلطا فالمشترى لما قبل
في عشرة ما كان غلطا فالتاقي الايجاب والقبول كالوعزل تسعة أو اب من عشرة وقال بعثك هذه
التسعة فقال قبلت في العشرة لا يتم العقد في التسعة ولا العشرة وان كان معنى غلظه انه قصد الايجاب
في عشرة وليس في الواقع الا تسعة لم يفسد الصحة لان المقود عليه معدوم وقد جعل قبول العقد فيه شرطا
لقبوله في التسعة وهذا لا يجاد في اعتقاد قيام العشرة فان لم يكن في ملكه فأحرى أن يكون البيع باطلا

فاذا أحدهم مروى والآخر
مروى فالبيع فاسد في
الهروى والمروى جميعا عند
ابن حنيفة رحمه الله وعندهم
يجوز في الهروى ووجه
الاستدلال أن الغائب في
الصفة مسألة الجامع الصغير
لأصل الثوب فاذا كان
فوات الصفة في أحد البلدين
فسد العقد على مذهبه
فقوات أحدهما من الاصل
أولى أن يفسد قال الشيخ
وليس يصح لان عن النافس
معلوم قطعا فلا يضر الباقي
وفرق بين هذه المسئلة
ومسئلة الجامع بقوله لانه
جعل القبول في المروى
شرطا للعقد في الهروى
وهو شرط فاسد لان المروى
غير مذكور في العقد فشرط
قبوله مما لا يقتضيه العقد
فكان فاسدا وهذا لا يوجد
هنا فانها ما شرط قبول العقد
في المعدوم ولا قصد ايراد
العقد على المعدوم لعدم
تصور ذلك فيه وانما قصد
ايراده على الموجود فقط ولكنه
غلط في العدد وهروى بفتح
الراء ومروى بسكونها
منسوب الى هراة ومرو
قريةان بخراسان

قال المصنف (فاذا أحدهم مروى) أقول قال ابن الهمام بسكون الراء نسبة الى قرية من قرى الكوفة وأما النسبة الى مرو والمعروفة
بخراسان فقد التزموا فيها بادة الزاى فيقال مروى وكانه للفرق بين قرينتين 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 اليها حين البيع فليستأمل

قال (ولو اشترى ثوبا واحدا) اذا اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فزاد وانقص نصف ذراع قال ابو حنيفة اذا زاد
 اخذه بعشرة بلا خيار وفي النقصان بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف اذا زاد اخذه بأحد عشر ان شاء وان نقص بعشرة ان شاء وقال محمد اخذه
 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 (٩٦) يجزى عليه أى على النصف حكم المقابلة ويخير كالمواضع بعشرة فنقص ذراع (ولابى

يوسف أن بافرد البديل صار
 كل ذراع) كتب على حدة
 والثوب اذا بيع على أنه كذا
 ذراعا فنقص ذراع لا يسقط
 شئ من الثمن ولكن يثبت
 له الخيار وقد تقدم ولا ي
 حنيفة رضى الله عنه قد ثبت
 ان الذراع وصف في الاصل
 لا يقابله شئ من الثمن وانما
 اخذ حكم الاصل بالشرط
 والشرط مقيد بالذراع
 ونصف الذراع ليس بذراع
 فكان الشرط معدوما وزال
 موجب كونه أصلا فاعد
 الحكم الى الاصل وهو الوصف
 فصارت الزيادة على العشرة
 والتسعة كزيادة صفة
 الجودة فسلم له مجانا وقيل
 هذه الاقوال الثلاثة في
 الثوب الذى متفاوت جوانبه
 كاسرا ويصل والتميص
 والاقبية أما في الكرباس
 الذى لا يتفاوت جوانبه لا تسلم
 الزيادة لانه وان اتصل
 ببعضه ببعض فهو في معنى
 المكمل والموزون لعدم
 تضرره بالقطع وعلى هذا
 قال المشايخ اذا باع ذراعا منه
 ولم يعين موضعه جاز كافي
 الحنطة اذا باع قفيزا منها

(ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف
 قال ابو حنيفة رحمه الله في الوجه الاول يأخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة ان
 شاء وقال ابو يوسف رحمه الله في الوجه الاول يأخذه بأحد عشر ان شاء وفي الثاني يأخذ بعشرة ان
 شاء وقال محمد رحمه الله يأخذ في الاول بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لان من
 ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجوز عليه حكمها ولا ييوسف رحمه الله أنه لما
 أفرد كل ذراع ببديل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولا يي حنيفة رحمه الله أن الذراع
 وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل
 وقيل في الكرباس الذى لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للشترى ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون
 حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قال ابو جزيع ذراع منه

كأذرفين باع كرامن حنطة وليس في ملكه حنطة للبيع باطل ولانه باع ما ليس عنده وفي المحيط روى
 قاضى الحرمين أن العقد فاسد في الفصل الاول وفيه أبيعك هذه الحنطة على أنها أقل من كرفوجدها
 كذلك جازا في رواية عن أبي يوسف وان وجدها كرا أو أكثر فالباع فاسد وكذا اذا قال على انها
 أكثر من كرفوجدها كذلك وان وجدها كرا أو دونه ففساد ولو قال كرا أو كرين جاز كيف ما كان غير
 أنه يخير في الأقل كما لو قال على أنها كرو على هذا اذا اشترى عن يميني كرم معين على أنه كذا وكذا منا وكذا في
 العدديات المتقاربة انتهى ووجه الفساد في الاكثر أنه لا يعلم قدر الزائد فانه ليس للاقل من الكرا والاكثر
 منه مقدار معين ليعرف الزائد عليه فيرد الى البائع بخلاف ما اذا قال كرا أو كرين ولا وجه للرواية عن
 أبي يوسف لان غاية ما في ذلك انه باع صبرة بشرط أن لا تبلغ المقدار الفلاني والله أعلم (قوله ولو اشترى
 ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال ابو حنيفة
 رحمه الله في الوجه الاول يأخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني يأخذ بتسعة ان شاء
 وقال ابو يوسف رحمه الله في الاول يأخذ بأحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله
 في الوجه الاول يأخذ بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير) وجه قوله (ان من
 ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجوز عليه حكم المقابلة) وحكمها أن يجب في
 مقابلة كل جزء إضافي من الذراع مثله من الدرهم فنصف الذراع بنصف الدرهم وربعه بربعه وعتمه بتمه
 وهكذا وفي بعض النسخ فيجزأ الدرهم عليه أى يقابل كل جزء له نسبة خاصة بجزءه كذلك من الاخر وضمير
 يجزأ يصح عوده الى كل من الذراع والدرهم الا أن الدرهم أقرب مذكور وانما يخير في الزيادة لان
 سلامة النصف بمقابلة ضرره فلا يلزمه الا بالتميزه وفي النقصان لفوات وصف مرغوب فيه وهو وصف
 العشرة (ولابى يوسف أنه لما أفرد كل ذراع بدرهم نزل كل ذراع منزلة ثوب مفرد) بيع على انه ذراع
 لما عرف أن أفراد الذراع بالثمن يخرج منه عن الوصفية الى الاصلية (وقد انتقص) عن الذراع فلا
 ينتقص شئ من الثمن وانما يثبت الخيار له لما ذكرنا من أن في الزيادة نفعا يشوبه ضرر وفي النقصان
 فوات الوصف المرغوب فيه (ولابى حنيفة أن الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط)

(قوله كالمواضع بعشرة فنقص ذراع)
 فنقص ذراع) أقول الاولى

هو تعميم الكلام لكلا طرفي الزيادة والنقصان بأن يقول كالمواضع بعشرة كل ذراع بدرهم
 فنقص منها أو زاد ذراع ولا بد لحد رحمه الله تعالى من الفرق بين هذه المسئلة وبين ما تقدم من انه اذا باع ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة
 فان ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم ثابتة هناك أيضا ولعله منع ذلك للتفاوت في اطراف الثوب الواحد ولا كذلك اطراف الذراع الواحد
 منه غالبا (قوله والثوب اذا بيع على انه كذا ذراعا الخ) أقول ولم يعين لكل ذراع عن بل بيع على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم مثلا

وكان

فصل مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين احدهما ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا دخل في المبيع وان لم يذكر صريحا والثانية ان ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعه في الدخول ونعني بالقرار الحال الثاني على معنى ان ما وضع لان يفصله بشر 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 لان اسم تناوله البناء في العرف (٩٧) فانه لم يدخل في باب الايمان التي مبنها على

العرف كما تقدم (لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها) وهي اذ لم تكن داعية للمين لا يتقدمها كما تقدم والبناء ليس بداع الى المين فلم يتقدم به وحخت بالدخول بعد الانتهاء (ولان البناء متصل به) أي بالارض على تاويل المكان (اتصال قرار) فيكون تابعه

فصل ومن باع دارا دخل بناؤها في المبيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل بها اتصال قرار فيكون تبعه

وكان الاولى أن يقول حكم الاصل أو التوب المنفصل بالشرط لان المقدار أيضا وصف على ما تقدم وأخذ حكم الاصل مقيد بكونه ذراعا فإذا لم يوجد ما أخذ حكم الاصل فيبقى على الاصل من كونه وصفا لا يقابله شيء من الثمن وإذا كان هكذا فلا وجه لثبوت الخيار له في فصل الزيادة لانه لم يلحقه ضرر في مقابلة الزائد بل نفع خالص كما لو اشتراه معيبا فوجده سليما ويتخير في النقصان لتفرق الصفة ثم من الشارحين من اختار قول محمد وفي الذخيرة قول أبي حنيفة أصح وذلك حاصل الوجه المذكور وفي قوله مقيد بكونه ذراعا إشارة الى الجواب عن قول محمد أنه ينقسم أجزاء الدرهم على أجزاء الذراع فقال هذا إذا كان تمام الذراع موجودا والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كله فكان لبعض منه حكم الوصف لانعدام المقابلة به

فصل ومن باع دارا (قوله مسائل هذا الفصل) أقول أي بعضها والا فبعضها بل أكثرها لا ينبغي 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 فاللصاف مقدر (قوله وما وضع لان يفصله الخ) أقول يعني واتصال ما وضع الخ (قوله لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها الخ) أقول لعل خلاصة الجواب انه عارض ذلك العرف عرف أقوى منه في المين اذ هي للامتناع عن الشيء والبناء لا يكون داعيا الى

فصل لماذا كرمنا بعبقده المبيع وما لا ينعقد ذكر ما يدخل في المبيع مما لم يسم وما لم يدخل واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك (قوله ومن باع دارا الخ) في المحيط الاصل ان كل ما كان في الدار من البناء أو متصلا بالبناء تبعها في بيعها كالمسلم المتصل والسور والدرج المتصلة والخارج الاسفل من الرحي ويدخل الحجر الاعلى عندنا استحضانا والمراد بحجر الرحي المبنية في الدار وهذا متعارف في ديارهم أما في ديار مصر لا تدخل رحا اليد لانها بحجر يهتقل ونحوه ولا يبنى فهي كالباب بالموضوع والباب الموضوع لا يدخل بالاتفاق في بيع الدار نعم لو ادعاه أحدهما لنفسه بأن قال هذا ملكي وضعت فان كانت الدار في يد البائع وادعاه المشتري لنفسه فالقول قول البائع وان كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري واستدل المصنف على دخول البناء (بأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء وبأنه متصل بها اتصال قرار) واستشكل الاول بمسئلة الحلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما نهدم بناؤها بحث فلو كان البناء من مسمى لفظ الدار لم يثبت وهذا الواجب التعليل الاول لا يضر بالمقصود من الحكم لثبوت العلة الاخرى ثم أجيب بأن البناء وصف فيها وهو لغوي المعينة فكأنه حلف على نفي الدخول في هذا المكان وتحقيقه انه حلف لا يدخل هذه التي تسمى الا تدارا فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونه دارا وقت الدخول وتدخل البئر الكائنة في الدار وان كان عليها بكرة تدخل ولا يدخل الدلو والحبل المعلقان عليها الا ان كان قال بمرافقتها ويدخل البستان الذي في الدار صغيرا كان أو كبيرا وان كان خارج الدار لا يدخل وان كان له باب في الدار قاله أبو سليمان وقال أبو جعفر ان كان أصغر من الدار ومفتحة فيها يدخل وان كان أكبر أو مثلها لا يدخل وقيل ان صغيرا دخل والا وقيل يحكم الثمن وفي المتنق اشترى حائطا يدخل ماتحته من الارض وكذا ذكر في التحفة من غير ذكر خلاف وفي المحيط جعله قول محمد والحسن وقول أبي يوسف لا يدخل وأما أسسه قيل الظاهر من مذهبه انه يدخل لانه جزء الحائط حقيقة ويدخل في بيع الحمام القدر ودون قصاعه وأما قدر النصارين والصباغين وأجاجين الغسالين

(١٣ - فتح القدير خامس) المين في أمثال قولهم والله لأدخل هذه الدار في عرف الناس فليتامل ثم أقول ويجوز أن يجب بقبول كون البناء جزءا من الدار فانه ركن زائد لا يتغير اسم الدار بتغيره الا يرى ان من حلف لا يكلم زيد افكلمه بعد ما قطع يده ورجله بحث مع كونهما داخلين في زيد واذا بيع دخل يده ورجله في البيع كما لا يخفى وهذا الكلام اجمالي وأصل ما ذكرنا في كتب الاصول في باب الاحكام (قوله اذ لم تكن داعية لا يتقدمها) أقول لا يتقدمها في العرف (قوله ولان البناء متصل به أي بالارض على تاويل المكان) أقول لم يتقدم ذكر الارض والاولى أن يقال أي بالعرصة نعم ما ذكره صحيح في قوله لانه متصل به للقرار

(ومن باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه) لانه متصل بها للقرار فأشبهه البناء

وخوابي الزياتين وجباهم وذنابهم وجذع القصار الذي يدق عليه الميثب كل ذلك في الارض فلا يدخل وان قال بحقوقها قلت ينبغي أن تدخل كما اذا قال بعرفتها وأما الطريق ونحوه فسيأتي ان شاء الله تعالى في باب الحقوق ﴿فروع﴾ باع فرسا دخل العذار تحت البيع والزمام في بيع البعير ولم يذكر في شيء من الكتب ما اذا باع فرسا وعليه سرج قيل لا يدخل الا بالتنصيص أو بحكم الثمن ولو باع حمارا قال الامام محمد بن الفضل لا يدخل الا كاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ولم يفصل بين ما اذا كان موكفاً وغير موكف في فتاوى فاضيلان وهو اظاهر فلا 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 والجارية ولا يدخل المقود في بيع الحمار لانه يتقادونه بخلاف الفرس والبعير ولينأمل في هذا باع عبداً أو جارية كان على البائع من الكسوة قدر ما وارى عورته فان بيعت في ثياب مثلها دخلت في البيع والبائع 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 عيبا لا يرجع على البائع بشيء 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 لغیره فباعها مارب الأرض باذن الآخر بألف وقيمة كل منهما خمسمائة فالثمن بينهما نصفان لاستوائهما فيه فلو هلك النخل قبل القبض بأقصة سماوية خيرا المشتري بين الترك وأخذ الأرض بكل الثمن لان النخل دخل تبعاً فلا يقابله شيء من الثمن ثم الثمن كله لرب الأرض لانتقاض البيع في حق النخل والثمن كله عقابله الاصل وهو له دون التسع ولو باع أنا ناله بحش أو بقره لها بمول اخلف قبل يدخلان وقبل لا يدخلان وقيل يدخل المحمول دون الحش ولو باع عبداً له مال ان لم يذ كر المال في البيع فماله للمولاه وان باعه مع ماله بكذا ولم يبين المال فسد البيع وكذا لو سمي المال وهو دين على الناس أو بعضه فسد البيع وان كان عينا جاز البيع ان لم يكن من الاتمان فان كان منها وكان الثمن من جنسه بأن كان دراهم والثمن كذلك فان كان الثمن أكثر جاز وان كان مثله أو أقل لا يجوز لانه يبيع للعبد بلا ثمن وان كان منها ولم يكن من جنسه بأن كان دراهم ومال العبد نائراً أو بالقلب جاز اذا تقابض في المجلس وكذا لو قبض مال العبد ونقد حصته فقط من الثمن وان اقرت قبل القبض بطل العقد في مال العبد اشترى دارا فوجد في بعض جذوعها مالا ان قال البائع هو لي كان له فيرد عليه لانها وصلت الى المشتري منه وان قال ليس لي كان كالكافة ولو قال صاحب علو وسفل لاخر بعت منك علو هذا بكذا فقبل جاز ويكون سطح السفلى لصاحب السفلى وللمشتري حق القرار عليه (قوله) ومن باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها اتصال قرار فأشبهه 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 لانهم الا تفرس القرار بل للقطع اذا كبر خشبها فصارت كالزرع ولما قال بعضهم ان الصغيرة لا تدخل وفي فتاوى فاضيلان ولو باع أرضا وفيها أشجار مغارة محمول في فصل الربيع وتباع ان كانت تقطع من أصلها تدخل في البيع وان كانت تقطع من وجه الأرض فهي للبائع الا بشرط نم الشجرة اليابسة لا تدخل لانها على شرف القاع فهي كحطب موضوع فيها ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الأرض والدار الا بذكر الحقوق وكذا في الاقرار والصلح والوصية وغيرها ولا يدخلان في الاحارة والرهن والوقف والقسمة لانها تعقد للانتفاع ولا انتفاع بدونها بخلاف البيع فانه ينعقد لملك الرقبة فقد يراد به الانتفاع بالتجارة فيها ولا يدخل الثمر الذي على رؤس الاشجار الا بالشرط وما كان من الاوراق وأوراق الفرساد

(واذا باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجرة) كبيرة كانت أو صغيرة مثمرة أو غيرها على الاصح (وان لم يسمه) للاتصال فأشبهه البناء

(ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية) لانه متصل بها للفصل فشابها المتاع الذي فيها (ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثم فثمرته للبائع الآن بشرط المتاع) لقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى أرضا فيها نخل فالثمره للبائع الآن بشرط المتاع ولان الاتصال وان كان حلقة فهو لقطع لا للبقاء فصار كالزرع

والنوت لانه بمنزلة الثمر ولو كان على الشجرة عار فثمرته المشتري له فأكله البائع سقطت حصته من الثمن ثم يثبت الخيار للمشتري في الصحيح لفرق الصفقة عليه عند أبي حنيفة بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فولدت ولدا يساوي خمسة فأكله البائع قال أبو حنيفة تلزمه الشاة بخمسة ولا خيار له والفرق غير خلاف وكما يدخل في البيع أشياء بلا تسمية وهو ما يدخل تبعا كذلك يخرج منه أشياء بلا تسمية كما إذا باع قرية يخرج منها الطريق والمساجد والقارفين وسور القرية لان السور يبقى على أصل الاباحة عند القسمة فلا يدخل في البيع وفي الفصل الثالث فيما يجوز بيعه وما لا يجوز من المخلصة باع قرية وفيها مسجد واستثناء هل بشرط ذكر الحدود واختلاف 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 لفصل الآدمي اياها بالاتقاع بها (فشابها المتاع الذي فيه) أي في البيع فأن دفع ما ورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحو البقرة الحامل فانه يدخل حملهما في البيع مع انه متصل للفصل بأن ذلك فصل الله تعالى وهذا المعنى متبادر فترك التسمية به وأيضا الام وما في بطنها محانس متصل فيدخل باعتبار الجزئية بخلاف الزرع ليس بمحانس الارض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الاصل فبهذا يتظر ان كان اتصاله للقرار كما في الشجر كان متصلا للحال وفي ثاني الحال فيدخل بطريق التبعية لشدة الاتصال بالجنسية والجزئية وان كان اتصاله للفصل في ثاني الحال كالزرع يجعل منفصلا فلا يدخل فان قيل ينبغي أن يدخل لان الاتصال قائم في الحال والانفصال معدوم فيه فترجح الموجود على المعدوم الجواب بأن الموجب للدخول اما شمول حقيقة المسمى في البيع له أو تبعيته له والتبعية بأن يكون مستقرا اتصاله به لا بمجرد اتصاله الحالى مع انه بعرضية الفصل وانقضاء المجانسة ظاهر فلم يتحقق موجب الدخول والله أعلم (قوله ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثم فثمرته للبائع الآن بشرط المتاع) لنفسه أي بشرط الشجرة مع الثمرة التي فوقها ولا فرق بين المؤثرة وغير المؤثرة في كونها للبائع الا بالشرط ويدخل في الثمرة الورد والياسمين والخلاف ونحوهما من المشهورات فالكل للبائع وعند الشافعي ومالك وأحمد بشرط في ثمر النخل التأبير فان لم تكن أبرت فهي للمشتري والتأبير التلقيح وهو أن يشق عناقيد الكم وينزفها من طلع الفحل فانه يصلح ثمرات النخل لما روى أصحاب الكتب الستة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع الآن بشرط المتاع ومن باع نخلا مؤبرا فالثمره للبائع الآن بشرط المتاع وفي لفظ البخاري من باع نخلا بعد أن يؤبر فثمرتها الذي باعها الآن بشرط المتاع وحاصله استدلال بمفهوم الصفة فن قال به يلزمه وأهل المذهب يتفون بحجته وقد روى محمد رحمه الله في شفعة الاصل عنه عليه الصلاة والسلام من اشترى أرضا فيها نخل فالثمره للبائع الآن بشرط المتاع من غير فصل بين المؤبر وغير المؤبر وهو الحديث الذي ذكره المصنف وما قيل ان في مرويهم تخصيص الشيء بالذكر فلا يدل على نفي الحكم عما عداه انما يلزمهم لو كان لقباليكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة عندهم كما ذكرنا 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 لا للبقاء فصار كالزرع وهو قياس صحيح وهم يقدمون القياس على المفهوم اذا تعارضوا حينئذ فيجب أن يحمل الأبار على الأعمار لانهم لا يؤخرونه عنه فكان الأبار علامة الأعمار

ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فشابها المتاع الموضوع في البار وفوقه بالجل فانه متصل بالام للفصل ويدخل في بيع الام والجواب انه غير وارد على التفسير المذکور فان البشر ليس في وسعه فصل الجل عن الام قال (ومن باع نخلا) باع نخلا (أو شجرا عليه ثم فثمرته للبائع) أي أن يقول المشتري اشتريته مع ثمرته (لقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى أرضا فيها نخل فالثمره للبائع الآن بشرط المتاع) وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لان المعقود عليه أرض فيها نخل عليه ثم فقال عليه السلام الثمرة للبائع الآن بشرط ولم يذكر النخل وقوله (ولان الاتصال وان كان خذفة) فيه اشارة الى ان الاعتبار للحال الثاني والحال الاولى لا فرق فيها بين أن يكون خذفة أو موضوطة

(قوله وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار الخ) أقول فيه تأمل فان تخصيص الثمر بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما لم يذكر على ما هو المذهب

(ويقال للبائع سلم المبيع) فأرغوا لوجوب ذلك عليه فهو مبر بتفرغ بيع ملك المشتري عن ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع (وقال الشافعي بتركه حتى يسد وصلاح الثمر ويستخصد الزرع لأن الواجب هو التسليم المعتاد والمعتاد أن لا يقطع) وقاسه على ما إذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يؤخر الى الحصاد (١٠٠) والجواب اننا نسلم أن المعتاد عدم القطع الى وقت البدو والاستخصد سلمناه

لكنه مشترك فانهم قد يبيعون للقطع سلمناه ولكن الواجب ذلك ما لم يمارضه ما يسقطه وقد عارضه دلالة الرضا بذلك وهي اقدمه على بيعهما مع علمه عظمة المشتري بتفرغ بيع ملكه وتسليمه اياه فالرغنا (قوله هناك) اشارة الى الجواب عن المقيس عليه وتفريره (التسليم واجب) في صورة انقضاء مدة الاجارة أيضا (ولا يتركه الاباجر وتسليم العوض تسليم العوض) لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك لماسيأتي (ولا فرق بين أن يكون الثمر بحاله قيمة أو لم يكن) في كونه للبائع (في الصحيح) وقيل اذا لم يكن له قيمة يدخل في البيع ويكون للمشتري وجه الصحيح أن يبعه منفردا يصح في أصح الروايتين وما صح بيعه منفردا لا يدخل في بيع غيره اذا لم يكن موضوعا للقرار

(ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع) وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفرغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رحمه الله بتركه حتى يظهر صلاح الثمر ويستخصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد والمعتاد أن لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب أيضا حتى يترك بأجر وتسليم العوض كالتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحاله قيمة أو لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما تبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر

فعلق به الحكم بقوله نخل ما مؤبر اربعين مثمرا وما نقل عن ابن أبي ليلى من أن الثمرة مطلقا للمشتري بعيدا إذ يضاد الاحاديث المشهورة (واذا) كانت الثمرة للبائع (يقال له اقطعها وسلم المبيع) وكذا اذا كان فيها زرع (يقال له اقلعه وسلم المبيع) لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفرغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي بتركه حتى يظهر صلاح الثمر ويستخصد الزرع) وهو قول مالك وأحمد رحمه الله (لان الواجب هو التسليم المعتاد ولهذا لا يجب في الدار تسليمها في الحال اذا بيعت ليلا وكان له فيها متاع بل ينتظر طلوع النهار ووجود الحالمين (وفي العادة لا يقطع الا بعد ما قلنا وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع) فانه يترك حتى يستخصد رضى المؤجر أو لم يرض واذا كان كذلك فلا يبالى بتضرر المشتري بالانتفاع بملكه بلا عوض لانه حين أقدم على الشراء والعادة ما ذكرنا كان ملتزما للضرر المذكور ويقال استخصد الزرع يستخصد بكسر الصاد اجارة وقت حصاده أوجب المصنف (بأن هناك) أي 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 يكلفه أن يقلعه في الحال وليس له ذلك فظهر أن التسليم المعتاد يجب اعتباره ثم يقول هو في البيع بتركه الى ما ذكرنا مجانا وفي الاجارة بتركه بأجر ولا مخلص من هذا الا أن يتم منع أنه معتاد في البيع كذلك والافاذا فرق بين البيع والاجارة بأن اقدم البائع على البيع مع علمه بأن المتاع يطالبه بتفرغ ملكه وتسليمه فارغ ادالة الرضا بقطعه فلم تجب رعايته جانبه بتبقية الارض والشجر على حكم ملكه بخلاف المستأجر فانه لم يوجد منه عند انقضاء مدة الاجارة فعل يدل على الرضا بقطع ثمره وزرعه فوجب رعايته جانبه بتبقيته على حكم ملكه بالاجرة المجرة أن يقال انما يكون اقدمه على البيع رضا بالقطع في الحال لولم يكن التأخير الى الصلاح معتادا أما اذا كان معتادا فلا وقد منعت العادة المستمرة بذلك بل هي مشتركة فقد يتركون وقد يبيعون بشرط القطع والله أعلم ثم هل تدخل أرض الشجر في البيع يبيعهان اشتراها للقطع لا تدخل بالاجماع وان اشتراها ببيع عام مطلقا لا تدخل عند أبي حنيفة وأبي يوسف لان الارض أصل والشجر تبع فلا يتقلب الاصل تبع وهو قول الشافعي وعند محمد وهو رواية عن أبي حنيفة وقول للشافعي يدخل ما تحتها بقدر غلط ساقها وفي جمع النوازل والقتاوى الصغرى هو المختار لانه اشترى الشجر وهو اسم للمستقر على الارض والافه ووجد وحطب فيدخل من الارض ما يتم به حقيقة اسمها فهو دخول بالضرورة فيقدر بقدرها وقيل قدر ساقها وقيل بقدر ظلها عند الزوال وقيل بقدر عروقها والعظام ولو شرط قدر افعلى ما شرط وقوله (ولا فرق) بين أن

في أمثال ذلك عدم القطع الى وقت البدو والاستخصد فتأمل والله الموفق للرشاد قال المصنف (قلنا) هناك التسليم واجب أيضا حتى يترك بأجر وتسليم العوض كالتسليم المعوض) أقول لا يقال الاجرة عوض المنفعة لالارض فلا يتم التقريب لان المعنى أقيم مقام المنفعة فيها على ما سيجي (قوله لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك لماسيأتي) أقول يعني سيأتي من أنه يكون صفقة في صفقة ثم قوله لماسيأتي في جواب عن قوله لا يقال الخ

(قوله وأما اذا بيعت الارض) يعني معطوف على قوله ولا فرق بين الثمر لا يدخل في البيع وان لم تكن له قيمة (وأما الارض اذا بيعت وقد بذرت فيها) صاحبها ولم ينبت فانه لا يدخل في البيع لانه مودع فيها كالتناع) وذ كر في فتاوى الفضلي ذلك فيما اذا لم يعرض البذر في الارض وأما اذا عفن فيها فهو للشترى وهذا لان بيع العفن بانفراده لا يصح فكان تابعا (١٠١) (ولونبت ولم يصر له قيمة) قال أبو القاسم الصفار

لا يدخل وقال أبو بكر الاسكاف
يدخل قال الشيخ (وكأن)
وصحح بعض الشارحين
تشديد النون (هذا بناء
على الاختلاف في جواز
بيعه) يعني في جواز بيعه
قبل أن تناله المشافر والمناجل
لم يجعله له تابعه الغيره ومن لم
يجوز به جعله تابعه مشفرا
كغير شفته والجمع مشافر
والمناجل ما يحصد به الزرع
والجمع مناجل قال (ولا
يدخل الزرع والثمر) اعلم
ان اللفاظ في بيع الارض
المزروعة والشجرة المثمرة
أربعة الاول أن يقول بعث
الارض أو الشجر ولم يزد على
ذلك وقد تقدم بيان ذلك
والثاني بعث بمحسوقها
ومرافقتها والثالث بعث
بكل قليل وكثيره في
ومنها من حقوقها أو من
مرافقتها والرابع بعث بكل
قليل وكثيره في اوله ولم يقل
من حقوقها أو من مرافقتها
وفي الثاني والثالث لا يدخل
الزرع والثمر لان الحق في
العادة يذ كر لما هو تبع لا بد
للبيع منه كالطريق والشرب
والمرافق ما يرتفق به وهو
مختص بالتابع كسبيل
الماء والزرع والثمر ليسا

وأما اذا بيعت الارض وقد بذرت فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالتناع ولونبت ولم
تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل
أن تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذ كر الحقوق والمرافق لانهم ليسا منها ولو قال بكل
قليل وكثيره فيهما ومنها من حقوقها أو قال من مرافقتها لم يدخل فيهما لانهما مودع فيهما لم يقل من حقوقها
أو من مرافقتها خلا فيه أما الثمر المجذوذ والزرع المحسود فهو بمنزلة المناع لا يدخل الا بالتصريح به
يكون له قيمة أولا في الصحيح احتراز عن قول البعض انه ان لم يكن له قيمة يدخل والصحيح لا يدخل في الخلتين
ان كان له قيمة أو لم تكن وعمله أن يبيعه بصح في أصح الروايتين مع كونه ليس للقرار وما يصح بيعه وليس
للقرار لا يدخل في البيع تبعه الغيره بخلاف البناء فإنه يجوز بيعه منفردا ولكنه موضوع للقرار (قوله
وأما اذا بيعت الارض وقد بذرت فيها صاحبها ولم ينبت لم يدخل لانه مودع فيها كالتناع) هكذا أطلق المصنف
وكذا أطلقه غير واحد وقيدته في الذخيرة بما اذا لم يعفن أما اذا عفن فهو للشترى لان العفن لا يجوز بيعه
على الانفراد فصاركجز من أجزاء الارض فيدخل في بيع الارض واختار الفقيه أبو الليث أنه لا يدخل
بكل حال كما هو اطلاق المصنف وفي فتاوى الفضلي كما في الذخيرة قال ولو عفن البذر في الارض فهو للشترى
والاقل البائع ولو سقاها المشتري حتى نبت ولم يكن عفن وقت البيع فهو للبائع والمشتري متطوع ولو باعها بعد
ما نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيكون للبائع وقيل يدخل ولم يرجح المصنف منها شيئا ورجح في
التجسس قال فيه قال الفقيه لا يدخل والصواب أنه يدخل نص عليه القاسم في شرحه وفي شرح
الاسيحاقي انتهى وقول الفقيه أبي الليث هو قول أبي القاسم وفي فتاوى قاضيخان قال الشيخ الامام أبو
بكر محمد بن الفضل هذا اذا صار الزرع متقوما أي لا يدخل فان لم يكن متقوما يدخل الزرع من غير ذلك
قال وانما تعرف قيمته بأن تقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فان كانت قيمتها مبذورة أكثر من قيمتها غير
مبذورة وعلم انه صار متقوما انتهى وبه هذا ظهر أن حكاية اتفاق المشايخ على عدم الدخول مطلقا ليست
واقعة بل قولان عدم الدخول مطلقا والتفصيل بين أن يعفن فيدخل أو لا فلا وكان المناسب أن يقول
تقوم الارض بلا ذلك الزرع وبه فان زاد فالزائد قيمته وأما تقوم بهامبذورة وغير مبذورة فانهما يناسب من
يقول اذا عفن البذر يدخل ويكون للشترى ويعلمه بأنه لا يجوز بيعه وحده لانه حينئذ ليس له قيمة قال
المصنف (وكأن 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 تقومه وعدمه فان القول بعدم جواز
بيعه وبدخوله في البيع كلاهما مبني على سقوط تقومه والاوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع
الخس كما ولد على رجاء حياته فينتفع به في ثانی الحال (قوله) لا يدخل الزرع والثمر بذ كر الحقوق والمرافق
الخ) يعني اذا باع أرضا فيها زرع وشجر وعليه ثمر أو باع شجرة فقط وعليه ثمر وقال بعثها أو اشترتها بجميع
حقوقها ومرافقتها لا يدخل الزرع والثمر بذلك لانهم ليسا من الحقوق والمرافق وكذا لو قال بكل قليل وكثير
هوله فيهما أو منها من حقوقها أو من مرافقتها يدخل أيضا الماذ كر تابعه ولو كان اقتصر على قوله بكل
قليل وكثيره فيهما أو منها أو على قوله بكل قليل فيهما أو منها دخلا هذا في المتصل بالارض والشجر

كذلك فلا يدخلان وفي الرابع يدخلان لمعوم اللفظ هذا اذا كان في الارض أو على الشجر وأما اذا كان الثمر مجذودا والزرع محسودا فهو بمنزلة المناع لا يدخلان الا بالتصريح به

(قوله وصحح بعض الشارحين) أقول أراد الاتقاني (قوله يذ كر لما هو تبع) أقول أي للبيع

قال (ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها) يبيع الثمر على الشجر لا يخلو ما أن يكون قبلي الظهور أو بعده والاول لا يجوز والثاني جائز بصلاحها بصلاحها لا انتفاع بني آدم أو علف الدواب أو لم يبد لانه مال منقوم لكونه منتفعا به في الحال أو في الزمان الثاني فصار كبيع الخش والمهر وذ كرمش الأئمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده أن البيع قبل أن ينتفع به لا يجوز انتهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر قبل أن يبد صلاحه ولأن البيع يختص بمال منقوم والثمر قبل بدو صلاحه ليس كذلك قال الشيخ والاول أصح يعني رواية ودراية أما الاولى فلما أشار إليه محمد رحمه الله في باب العشر ولو باع الثمار في أول ما نطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشتري فلولا يمكن الشراء جائز في أول ما نطلع لما وجب العشر على المشتري وأما الثانية فلانه مال منقوم في الزمان الثاني ونفي جواز مفض الى نفي جواز بيع المهر والخش (١٠٣) وهو ثابت بالاتفاق والجواب عن الحديث ان تأويله اذا باعه بشرط الترك

أوان المراد به النبي عن بهما سلبا بدليل قوله صلى الله عليه وسلم لم أر أبى لو أذهب الله الثمرة لم يستحل أحدكم مال أخيه وإنما يتوهم هذا اذا اشترى بشرط الترك الى أن يبد صلاحها أو بطريق السلم واذا جاز البيع وجب على المشتري قطعها في الحال تفريغ المالك البائع قوله (وهذا) إشارة الى الجواز أي الجواز اذا اشتراها مطلقا أو بشرط القطع) أما اذا قال اشترته على أني أتركه على النخل فقد فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد لان مطلق البيع يقتضى تسليم المعقود عليه فهو وشرط القطع سواء كان تركها على النخل شغل ملك الغير أو ان في هذا البيع صفقة في صفقة لانه اعارة في بيع أو اجارة فيه لان تركها على النخل اما أن

قال (ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها أو قد بدأ بصلاحها) لانه مال منقوم اما لكونه منتفعا به في الحال أو في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل أن يبد صلاحها والاول أصح (وعلى المشتري قطعها في الحال) تفريغ المالك البائع وهذا اذا اشتراها مطلقا أو بشرط القطع (وان شرط تركها على النخل فسد البيع) لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة في صفقة وهو اعارة أو اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا انتهى عظمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما قلنا أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود ففيها فلا يدخل ولو قال بكل قليل وكثير فهو فيها مالم ينص عليه والمجذوذ بدلين مهملتين ومجمعتين بمعنى واحد أي المقطوع غير أن المهملتين هنا أولى ليناسب المحصود (قوله) ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها) لا خلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر ولا في عدم جواز بيعه الظهور وقبل بدو صلاحه بشرط الترك ولا في جواز بيعه بدو صلاحه بشرط القطع فيما ينتفع به ولا في الجواز بعد بدو صلاحه لكن بدو صلاحه عندنا أن تأمن العاهة والفساد وعند الشافعي هو ظهور النضج وبدو الملاوة والخلاف انما هو في بيعها قبل بدو صلاحه على الخلاف في معناه لا بشرط القطع فعند مالك والشافعي وأحمد لا يجوز وعندنا ان كان بحال لا ينتفع به في الاكل ولا في علف الدواب خـلاف بين المشايخ قيل لا يجوز ونسبه قاضيان امامة مشايخنا والصحیح أنه يجوز لانه مال منتفع به في نائي الحال ان لم يكن منتفعا به في الحال وقد أشار محمد في كتاب الزكاة الى جواز فانه قال لو باع الثمار في أول ما نطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشتري فلولا يمكن جاز لم يوجب فيه العشر على المشتري وصحة البيع على هذا التقدير بناء على التعويل على اذن البائع على ما ذكرنا من قريب والافلا انتفاع به مطلقا فلا يجوز بيعه والحيلة في جوازها باتفاق المشايخ ان يبيع الكثيري أول ما تخرج مع أوراق الشجر فيجوز فيها بعد الاوراق كانه ورق كله وان كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جائز باتفاق أهل المذهب اذا باع بشرط القطع أو مطلقا ويجب قطعه على المشتري في الحال فان باعه بشرط الترك فان لم يكن تنهيه عظمه فالبيع فاسد عند الكل وان كان قد تنهيه عظمه فهو فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو القياس ويجوز عند محمد استحسانا وهو قول الأئمة الثلاثة واختاره الطحاوي إمامه الباقوي وفي المنتقى ذكر أبو يوسف مع محمد وجه قوله - حافي الصورتين (أنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة في صفقة) لانه ان شرط بلا اجرة فشرط اعارة في

يكون بأجر وغيره والثاني اعارة والاول اجارة وذلك منهى عنه وفيه تأمل لان ذلك انما يكون صفقة أن لو جازت اعارة الاشجار أو البيع اجارتها وليس كذلك نعم هو انما يستقيم فيما اذا باع الزرع بشرط الترك فان اعارتها او اجارتها اجارة في صفقة هذا اذا كانت الثمرة

(قوله) وأما الثانية الى قوله يعصم الى نفي جواز بيع المهر - وراي الخش وهو نائب بالاتفاق) أقول انما يستقيم القياس ان لو جازت تركها الى الزمان الثاني كما في المقيس عليه (قوله) والجواب عن الحديث اذا باعه بشرط الترك) أقول فيكون التقييم بقوله قبل أن يبد صلاحه بناء على أن اشتراط الترك في الاغلب يكون فيه (قوله) وانما يتوهم هذا) أقول أي اذهب الله الثمرة (قوله) فقد فسد البيع الى قوله لأن مطلق البيع يقتضى تسليم المعقود عليه) أقول أنت خبير بان شرط الترك على النخل لا ينافي في تسليم المعقود عليه على ما سيجي في مسألة حدوث ثمرة أخرى من أن تسليمه يحق بالتخلية في نقر رده كما لا يخفى وصحة كلام المصنف غنية عن أمثاله (قوله) وفيه تأمل الى قوله وليس كذلك) أقول اعارة الاشجار ينبغي أن تجوز ويبدل عليه ما نقله العلامة السكاكي عن الجامع الاصفهاني رحمه

لم يتناهى في عظمها وأما إذا تناهى عظمها فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وهو القياس لأن شرط الترك مما لا يقتضيه العقد
 وأما محمد رحمه الله فقد استحسن في هذه الصورة وقال لا يفسد البيع لتعارف الناس بذلك بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء
 المعدوم وهو الذي يزيد بمعنى في الأرض أو الشجر والحواب أن لا تسلمان التعامل جرى 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 فإن كان باذن البائع طاب له الفضل وإن كان بغيره تصدق
 بما زاد في ذاته بأن يقوم ذلك قبل الإدراك ويقوم بعده ويتصدق بفضل (١٠٣) ما بينهما ما زاد حصل بجهة محظورة وهي

حصولها بقوة الأرض
 المعصومة وإذا تركها بغير
 اذنه بعد ما تناهى لم يتصدق
 بشئ لأن هذا تغير حاله من
 الشيء إلى النضج لا تحقق
 زيادة في الجسم فإن الثمرة
 إذا صارت بهذه المثابة لا يزداد
 فيها من ملك البائع بغير اذنه
 شئ ببل الشمس تنضجها
 والقمر يلوئها والكواكب
 تعطىها الطعم وإن اشترىها
 مطلقاً عن الترك والقطع
 وتركها على التخييل باستحجار
 التخييل إلى وقت الإدراك
 طاب له الفضل لبطلان
 اجارة التخييل لعدم التعارف
 فإن التعارف لم يجز فيما بين
 الناس باستحجار الأشجار
 ولعدم الحاجة إلى ذلك لأن
 الحاجة إلى الترك بالاجارة
 إنما تحقق إذا لم يكن مخلص
 سواها وههنا يمكن للمشتري
 أن يشتري الثمار مع أصولها
 على ما سئذ كرهه وإذا بطلت
 الاجارة بقي الأذن معتبراً
 فيطيب له الفضل فإن
 قيل لأن سلم بقاء الأذن فإنه
 ثبت في ضمن الاجارة وفي

واستحسنه محمد رحمه الله للعادة بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد
 لمعنى من الأرض أو الشجر ولو اشترىها مطلقاً وتركها باذن البائع طاب له الفضل وإن تركها بغير اذنه
 تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وإن تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشئ لأن هذا تغير
 حالة لا تحقق زيادة وإن اشترىها مطلقاً وتركها على التخييل وقد استأجر التخييل إلى وقت الإدراك طاب له
 الفضل لأن الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة ففي الأذن معتبراً بخلاف ما إذا اشترى الزرع
 واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركها حيث لا يطيب له الفضل لأن الاجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثاً
 البيع أو بأجرة فشرط اجارة فيه ومثل هذا بيع الزرع بشرط الترك وجه قول محمد في المتناهي
 الاستحسان بالتعامل لأنهم تعارفوا بالتعامل كذلك فيما تناهى عظمه فهو شرط يقتضيه العقد وهذا
 دعوى الشافعي فيما تناهى عظمه وما لم يتناهى يجوز لأن العادة تركهم إنا إلى الحد إذ هو محمول معناه
 فيه لما فيه من اشتراط الجزء المعدوم وهو الأجزاء التي تزيد بمعنى من الأرض والشجر إلى أن يتناهى العظم
 ولا يخفى أن الوجه لا يتم في الفرق لعدم الإبداء عدم العرف فيما لم يتناه عظمه إذا القياس عدم الصحة
 للشرط الذي لا يقتضيه العقد في المتناهي وغيره يخرج منه المتناهي للتعامل فيكون ما لم يتناه على أصل
 القياس إنما يكون لعدم التعامل فيه والجزء المعدوم طرد ولو باع ما لم يتناه عظمه مطلقاً عن الشرط ثم تركه
 فأما باذن البائع إذا تجرد أو باذن في ضمن الاجارة بأن استأجر الأشجار إلى وقت الإدراك أو بلا اذن في
 صورتين الأولىين يطيب له الفضل والاكل أما في الأذن المجرد فقط وأما في الاجارة فلأنها اجارة باطلة
 لعدم التعارف في اجارة الأشجار والحاجة فإن الحاجة ليست بتعينة في ذلك وإنما تعين لو لم يكن مخلص
 إلا بالاستحجار وههنا يمكن أن يشتري الثمار مع أصولها فيستركها عليها ولا يخفى ما في هذان من العسرفانه
 يستدعى شراء ما لا حاجة له إليه أو ما لا يقدر على ثمنه وقد لا يوافق البائع على بيع الأشجار فالأولى
 وأصل الاجارة مقتضى القياس في البطلان الآن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل ولا تعامل في
 اجارة الأشجار المجردة فلا يجوز وكذا لو استأجر أشجار الجبف عليها ثابته لا يجوز ذكره الكرخي وإذا
 بطلت بقي الأذن معتبراً فيطيب بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك حيث لا يطيب
 له الفضل لأن الاجارة هنا فاسدة لأن الأرض يجوز اجارتها وإنما فاسدت للجهالة الأجل فأورثت خبثاً أما
 هنا الاجارة باطلة والباطل لا وجود له فلم يوجد إلا الأذن فطاب أما الفاسدة فله وجود فكان الأذن ثابتاً في
 ضمنه باعتبارها فنع وههنا صار الأذن مستقلاً بنفسه وهذا بناء على عدم عذره بالجهل في دار الإسلام إن
 كان جاهلاً بطلان الاجارة وفي الثالثة لا يطيب له ويتصدق بما زاد لأنه حصل بجهة محظورة أما إذا باع
 ما تناهى عظمه فتركه المشتري بغير اذن البائع فإنه لا يتصدق بشئ لأنه لم يزد في ذاته شئ وهذا قول
 المصنف (لأن هذا تغير حاله لا تحقق زيادة) أي تغير من وصف إلى آخر بواسطة انضاج الشمس عليه ثم

بطلان المتضمن بطلان المتضمن كالأولى الثانية في ضمن الرهن تبطل بطلان الرهن أحجب بأن الباطل معدوم لأنه هو الذي لا تحقق له
 أصلاً ولا وصفاً شرعاً على ما عرفت والمعدوم لا يتضمن شيئاً حتى يبطل بطلان بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الأذن فكان معتبراً
 بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك الزرع وتركه حيث لا يطيب له الفضل لأن الاجارة فاسدة للجهالة وقت الزرع فإن

(قوله وههنا يمكن للمشتري أن يشتري الثمار مع أصولها الخ) أقول إنما يمكن للمشتري ذلك أن لو باع البائع كذلك ويبلغ ما يقدر عليه المشتري
 من الثمن إلى مقدار قيمته ويكون له غرض في أصولها وليس كذلك ولا يشبهه غماراً للأشجار بالباذن بخان والباطح كما لا يخفى ثم أقول
 وصح ما ذكره من صحة الاجارة مطلقاً هذا المخلص بعينه بل المخلص فيه ما نقل عن أبي الليث السمرقندي رحمه الله تعالى

الادراك قد تقدم لشدة
الحر وقد يتأخر للبرد والفاقد
ماله تحقق من حيث الاصل
فأمكن أن يكون متضمنا
لشيء ويفسد ذلك الشيء
لفساد المتضمن واذا انتفى
الاذن كان الفضل حينئذ
وسيله التصديق ولو اشترى
الثمار مطلقا عن القطع
والترك على النخيل وتركها
وأعترت مدة الترك ثمرة أخرى
فان كان قبل القبض يعني
قبل تحلية البائع بين المشتري
والثمار ففسد البيع لانه
لا يمكن تسليم المبيع لتعذر
التمييز وان كان بعد القبض
لم يفسد البيع لان التسليم
قد وجد وحدث ملك للبائع
واختلط بملك المشتري
فيشتر كان فيه للاختلاط
والقول في مقدار الزائد
قول المشتري لان المبيع
في يده فكان الظاهر شاهدا
له هذا ظاهر المذهب وكان
شمس الأئمة الحلواني يفتي
بجوازها وينزع ما هو مروى
عن أصحابنا وحكى عن
الشيخ الامام الجليل أبي بكر
محمد بن الفضل البخاري
رحمه الله انه كان يفتي
بجوازها ويقول اجعل
الموجود أصلا وما يحدث
بعد ذلك تبعا ولهذا شرط
أن يكون الخارج أكثر
(قوله وكان شمس الأئمة
الحلواني رحمه الله تعالى
يفتي بجوازها) أقول في
الصورة الأولى أيضا

ولو اشترها مطلقا فأعترت ثم آخر قبل القبض ففسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز
ولو أعترت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره
عليه ثم غصب المنفعة يتعلق به لا بالعين المبيعة باثبات خبث فيها ووجه قول الشافعي وباقي الأئمة في
الخلافة ما في الصحيحين عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها
وعن بيع الخيل حتى تهوقيل وماتر هو قال تمحار أو تصفار وأخرج البخاري في الزكاة عن ابن عمر نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها وكان اذا سئل عن صلاحها قال حتى
تذهب عاهتها وأخرج أبو داود والترمذي وابن ماجه عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن
بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد قال الترمذي حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعا
الامن حديث حماد بن سلمة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولنا ما تقدم من قوله عليه الصلاة
والسلام من اشترى نخلا قد ابرت فثمره للبائع الا أن يشترط المبتاع فجعله للشرط بالشرط فدل على
جواز بيعه مطلقا لانه لم يقصد دخوله في البيع عند اشتراط المبتاع بكونه بيدا صلاحه وفي موطأ مالك عن
عمرة بنت عبد الرحمن قالت ابتاع رجل غرة حائط في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام حتى تبين
له النقصان فسأل رب الحائط أن يضع له أو يقبله خفف لا يقبل فذهبت بالمشتري الى النبي صلى الله
عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال يابى أن لا يقبل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فأقى النبي صلى الله عليه وسلم
فقال هو له ولولا حجة البيع لم تترتب الاقالة عليه أما انتهى المذكور فهم قدر كواظها ره 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 لموجب وهو عندهم تعديله عليه الصلاة والسلام بقوله صلى الله عليه وسلم
أرأيت ان منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه فانه يستلزم أن معناه انه نهى عن بيعها مذكورة
قبل الادراك ومنهية قبل الزهو وقد فسر أنس رضي الله عنه زهوها بأن تحمر أو تصفر وفسرها
ابن عمر بأن تأمن العاهة فكان النهى عن بيعها محمودة قبل الاحرار ومصرفة قبل الاصرار أو آمنة
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 نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع العنب
حتى يسود وهو لا يكون عنبا قبل السواد يفيد انه قبله حصره فكان معناه على القطع النهى عن بيع
العنب عنبا قبل أن يصير عنبا وذلك لا يكون الا بشرط الترك الى أن يبدو صلاح ويدل عليه
تعليل النبي صلى الله عليه وسلم بقوله أرأيت لو منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه فالعنى اذا
بعتوه عنبا قبل أن يصير عنبا بشرط الترك الى أن يصير عنبا فنع الله الثمرة فلم يصير عنبا بم يستحل أحدكم
يعنى البائع مال أخيه المشتري والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولا للنهى واذا صار
محل النهى ببيعها بشرط تركها الى أن تصل فقد قضينا عهدة هذا النهى فانا قد أفسدنا هذا البيع
وبقي بيعها مطلقا غير متناول للنهى بوجه من الوجوه فلهذا ترك المصنف الاستدلال لهم في هذه
الخلافة بالحديث وحديثنا الحديث المذكور لنا فيها أعنى حديث التأبير سالم عن المعارض وكذلك
المعنى وهو أنه مبيع منتفع به في الحال أو في نائي الحال الى آخره وبهذا التقرير يرطهر أن ليس حديث
التأبير عام عارضه خاص وهو حديث بدو صلاح وان الترجيح هنا ينبغي أن يكون للخاص لانه مانع
وحديثنا مبيع بل لا يتناول أحدهما ما يتناول الآخر والحاصل أن بيع مالم يبدو صلاحها ما بشرط
القطع وهو جائز اتفاقا لانه غير متناول للنهى لما ذكرنا وما مطلقا فاذا كان حكمة لزوم القطع كان عنبه
بشرط القطع فلم يبق محل النهى الا ببيعها بشرط الترك ونحن فائولون بأنه فاسد (ولو اشترها مطلقا
فأعترت ثم آخر قبل القبض ففسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز) فأشبهه هلا كقبل
التسليم (ولو أعترت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره) مع عينه

(لانه)

(قوله وكذا في الباذنجان والبطيخ) يعني أن البيع لا يجوز إذا حدث شيء قبل القبض وإذا حدث بعده بستر كان (والمخلص) أي الحيلة في جوازها فيما إذا حدث قبل القبض أن يشتري الأصول لتحصل الزيادة على ملكه وله إذا قال شمس الأئمة السرخسي إنما يجوز بجعل الموجود أصلا والحادث تبعاً إذا كان ثمة ضرورة ولا ضرورة ههنا لندفاعها ببيع الأصول (قال ولا يجوز أن يبيع ثمرة) إذا باع ثمرة (واستثنى منها الرطال معلومة لم يميز خلاف المال) ولم يبين أن مراده الثمرة على رؤس الخيل أو ثمرة مجذوزة وز كرفي بعض فوائده هذا الكتاب أن مراده ما كان على الخيل وأما بيع المجذوزة فخا تزوهو مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فإنه قال إذا باع الثمر على رؤس الخيل الأصل منها يجوز البيع لأن المستثنى معلوم كما إذا كان الثمر مجذوزاً وموضوعاً على الأرض فباع الكل الأصاعاً يجوز وهذا يدل على أن الحكم فيهما سواء واستدل بقوله (لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول) (١٠٥) والمجهول لا يرد عليه العقد

ولهذا يدل أيضاً على أن الحكم فيهما سواء (بخلاف ما إذا استثنى نخلاً معيناً لأن الباقي معلوم بالمشاهدة) كم هي نخلة قال المصنف (قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي) واعترض بأن الجهالة المانعة من الجواز ما كانت مفضية إلى النزاع وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك فلا تكون مانعة وأجيب بأننا نسلم أنهم ليست كذلك فربما كان البائع يطالب صاعاً من الثمر أحسن ما يكون والمشتري يدفع إليه ما هو أربأ الثمر فيقتضى إلى النزاع سلمنا ذلك لكن بجواز تراضيهما على شيء منه قد لا يكون الثمر الأقدر المستثنى فيختل والعقد عن الفائدة فلا يصح كما لا يصح مثله في المضاربة بهذا المعنى وعن هذا قال بعض

لأنه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص أن يشتري الأصول لتحصل الزيادة على ملكه قال (ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها الرطال معلومة) خلافاً لما لك 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 أما على ظاهر الرواية

(لأنه في يده وكذا في) بيع (الباذنجان والبطيخ) إذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتراكاً لما ذكرنا وكان الحلو أن يفتى بجوازها في الكل وزعم أنه مروى عن أصحابنا وكذا حكى عن الإمام الفضلي وكان يقول الموجود وقت العقد أصل وما يحدث تبع نقله شمس الأئمة عنه ولم يقمده عنه بكون الموجود وقت العقد يكون أكثر بل قال عنه جعل الموجود أصلاً في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً وقال استحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا ببيع ثمر الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزاع الناس من عاداتهم حرج وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد رحمه الله وهو يبيع الورد على الأشجار فإن الورد متلاحق ثم جواز البيع في الكل بهذا الطريق وهو قول مالك رحمه الله (والمخلص) من هذه الوازم الصعبة (أن يشتري) أصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث (على ملكه) وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن ويستأجر الأرض مدة معلومة يعلم غاية الإدراك وانقضاء الغرض فيها يباقي الثمن وفي ثمار الأشجار يشتري الموجود ويحل له البائع ما يوجد فإن خاف أن يرجع بفعل كما قال الفقيه أبو الليث في الأذن في ترك الثمر على الشجر وهو أن يأذن المشتري على أنه متى رجع عن الأذن كان مأذوناً في الترك بأذن جديد فيجعله على مثل هذا الشرط (قوله) ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها الرطال معلومة خلافاً لما لك) أجازة قياساً على استثناء شجرة معينة قلنا قياس مع الفارق لأن الباقي بعد استخراج المستثنى غير مشار إليه ولا معلوم الكيل المخصوص فكان مجهولاً بخلاف الباقي بعد استخراج الشجرة فإنه معلوم مفرز بالإشارة (قالوا هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول الطحاوي) والشافعي وأحمد رحمه الله وعلى ما ذكرنا من التعليل لا يرد ما قيل ينبغي أن يجوز البيع على كل حال لأنه ان بقي شيء بعد استخراج المستثنى فظاهر وإن لم يبق شيء يكون الاستثناء باطلاً لأنه مستغرق فيبقى الكل مبيعاً لأن ورود هذا على التعليل بجوز أن لا يبقى بعد الاستثناء شيء وتعليل المصنف بجهالة المبيع وهو يوجب الفساد وان ظهر ارتفاعها بالآخرة وانفق أنه بقي مقدار معين لأن الجهالة القائمة قبل ذلك في الحال هي المفسدة قال المصنف رحمه الله (فأما على ظاهر الرواية

(١٤ - فتح القدير خامس) الشارحين يشير إلى هذا قوله (رطالاً معلومة) ورد بأنه لو كان المستثنى صاعاً واحداً أو رطلاً واحداً فالحكم كذلك وبأنه لا يخلو ما أنه بقي شيء بعد الاستثناء أولاً وكل من التقديرين يقتضي صحة العقد أما الأول فلأن الباقي بعد الاستثناء معلوم يكون المستثنى معلوماً سلمنا أن الباقي غير معلوم وزنا لكن ذلك ليس بشرط إلا إذا باع موازنة وليس الفرض ذلك فجاز أن يكون البيع في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة وأما الثاني فإنه يكون حينئذ استثناء الكل من الكل فيبطل الاستثناء ويجوز البيع وأجيب بأن هذا باعتبار المال وأما في الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء شيء أو لا فصار مجهولاً وفيه نظر لأنهم ليست مفضية إلى النزاع فهو أول المسئلة ثم قال المصنف (أما على ظاهر الرواية

(قوله وهذا يدل على أن الحكم فيهما) أقول فيه بحث فإن اللازم منه أن من قال بالاول قال بالثاني والعكس ليس بلازم (قوله فيبطل الاستثناء

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 بانفراده يجوز استثناءه من العقد وبيع قفيزين صبرة جائز فكذا استثناءه وينعكس إلى أن ما لا يجوز إيراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثناءه وفي بيع أطراف الحيوان فيه وجله لا يرد عليه العقد بانفراده فكذا لا يجوز استثناءه وهذا لأن الاستثناء يقتضي أن يكون المستثنى مقصوداً معلوماً وإفراد العقد يقتضي أن يكون المقود عليه مقصوداً معلوماً فإشراكه في المقصد والعلم بما جاز أن يقع مقوداً عليه بانفراده جاز أن يستثنى وبالعكس وعلى هذا لو قال بعثك هذه الصبرة بكذا الأقفزاً منهم بدرهم صح في جميع الصبرة الأقفز لأنه استثنى ما يجوز إفراده بالعقد عليه وأما لو قال بعثك هذا القطيع من الغنم الأشاة منها بغير عيانتها درهم فلا يجوز لأنه استثنى ما لا يجوز إفراده بالعقد عليه ولو قال الأهذه الشاة بعينها جاز لأنه يجوز إفراده بالعقد عليه فيجوز استثناءه وكذا الحكم في جميع العدييات المتفاوتة (١٠٦) كالتياب والعبيد بخلاف الكبلي والوزني والعدي المتقارب فإن استثناءه قدر منه

ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناءه من العقد وبيع قفيزين من صبرة جائز فكذا استثناءه بخلاف استثناءه الجمل وأطراف الحيوان لأنه لا يجوز بيعه فكذا استثناءه (ويجوز بيع الخنطة في سنبلها والبقلاء في قشره) وكذا الأرز والسهم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر وكذا الجوز واللوز والفسق في قشره الأول عنده وله في بيع السنبل قولان وعندنا يجوز ذلك كله أن المقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فأنشبهه تراب الصاعغة إذا بيع بجنسه

ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناءه من العقد وبيع قفيزين صبرة جائز فكذا استثناءه بخلاف استثناءه الجمل (من الجارية الحامل أو الشاة وأطراف الحيوان لا يجوز) كما إذا باع هذه الشاة الألبها أو هذا العبد الأيد فيصير مشتر كما تميز بخلاف ما لو كان مشتر كاعلى الشبوع فإنه جائز وإنما قال ينبغي لأن جواب هذه المسئلة ليس مصرحاً به في ظاهر الرواية وهو أن كل ما جاز إفراده بإيراد العقد عليه جاز استثناءه وبصير الباقي مبيحاً إلا أن عدم الجواز أقيس بذهب أبي حنيفة في بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فإنه أفسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم في استثناءه إبطال معلومة مما على الأشجار وإن لم يفض إلى المنازعة فالحاصل أن كل جهالة مفضية إلى المنازعة مبطله فليس يلزم أن ما لم يفض إليها يصح معها بل لا بد مع عدم المفضية إلى المنازعة في الصحة من كون البيع على حد ود الشرع ألا يرى أن المتبايعين قد تراضوا على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع بأجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك صحيحاً وأما ما قيل في توجيه المنع لعل المبيع لا يبلغ الأبطال فإنه إذا شاهدته تفسد كون تلك الأبطال لا تستغرق السكل والأفلا يرضى المشتري حينئذ ذلك الاستثناء (قوله ويجوز بيع الخنطة في سنبلها والبقلاء في قشره وكذا الأرز والسهم وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر وكذا الجوز واللوز والفسق في قشره الأول عنده وله في بيع الخنطة (في السنبل قولان) وأجاز بيع الشعير والذرة في سنبلها (وعندنا يجوز ذلك كله أن المقود عليه) وهو المبيع (مستور بما لا منفعة فيه) فلا يجوز بيعه كتراب الصاعغة إذا بيع بجنسه

وإيراد العقد عليه جائز لأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة قيل ما الفرق بين قوله بعثك هذا القطيع من الغنم الأ هذه الشاة بعينها بدرهم فإنه جائز وبين قوله بعثك هذا القطيع من الغنم كله على أن في هذه الشاة الواحدة منه بعينها فإنه لا يجوز مع أنه قد استثنى الشاة المعنية من القطيع معنى وأجيب بأن في الاستثناء المستثنى لم يدخل في المستثنى منه لأنه لبيان أنه لم يدخل كما عرف في الأصول فلم يكن أفرادها إخراجاً بخصتها من الثمن فلا جهالة فيه وأما في الشرط فلأن الشاة دخلت أولاً في الجملة ثم خرجت بخصتها من الثمن وهي مجهولة فيفسد البيع في السكل وتظيره ما لو قال بعثك

هذا العبد الأ عشرة فإنه صحيح في تسعة أعشاره ولو قال على أن عشره لم يصح قيل ولقائل أن يقول سلمنا أن إيراد العقد بجماع على الأبطال المعلومة واستثناءها جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول والجواب أننا لا نسلم أن الباقي مجهول لما ذكرنا من المستثنى إذا كان معلوماً لم تسر منه جهالة إلى المستثنى منه إلا بحسب الوزن فيكون البيع في الباقي مجازفة وهي لا تحتاج إلى معرفة مقدار المبيع قال (ويجوز بيع الخنطة في سنبلها) بيع الشيء في غلافه لا يجوز إلا ببيع الحبوب كالخنطة والبقلاء (والأرز والسهم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر والجوز واللوز والفسق في قشره في قوله الأول) وكذا بيع الخنطة في قوله الجديد واستدل بأن المقود عليه مستور بما لا منفعة له والعقد في مثله لا يصح كما إذا بيع تراب الصاعغة بمثله

أقول فيه بحث (قوله وينعكس إلى أن ما لا يجوز إلخ) أقول ليس ما ذكره عكس تلك القضية (قوله واستثناءها جائز لكن لا نسلم) أقول فيه بحث فإنه بعد تسليم جواز الاستثناء لا معنى للتعامل

ولنا ما روى ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها وفيه نظر لأنه استدلال به فهو الغاية والاولى أن يستدل بقوله نهى فإن النهى يقتضى المشروعية كما عرف (قوله ولأنه حب منتفع به) كأنه جواب عن قوله مستور بما لا منفعة له وتقريره لأن سلم أنه لا منفعة فيه بل هو أى المبيع بقشره حب منتفع به ومن أكل الفولية شهد بذلك وان الحبوب المذكورة تدخر في قشرها قال الله تعالى فذروه في سنبله وهو ارتفاع الاحتمال فجاز البيع كبيع الشعير بجماع كونهما ما ينبتون من ثمرات الصاغة انما لا يجوز اذا بيع بجنسه لاحتمال الربا حتى اذا بيع بخلاف جنسه جاز وفي مستلثنا لو بيع بجنسه لا يجوز (١٠٧) أيضا الشبهة بالجهالة قدر ما في السنبل فان قيل ما الفرق بين مستلثنا

وبيض ويأمن العاهة ولأنه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مستلثنا لو باعه بجنسه لا يجوز أيضا الشبهة بالانه لا يدري قدر ما في السنابل (ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح أعلاقتها) لانه يدخل فيه الاعلاق لانها مركبة فيها البقاء والمفتاح يدخل في بيع العلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه

ولنا ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ولأنه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مستلثنا لو باعه بجنسه لا يجوز أيضا الشبهة بالانه لا يدري قدر ما في السنابل (ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح أعلاقتها) لانه يدخل فيه الاعلاق لانها مركبة فيها البقاء والمفتاح يدخل في بيع العلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه

بجماع استناره بما لا منفعة فيه والعول في الاستدلال به صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وفي هذا غرر فانه لا يدري قدر الحنطة الكائنة في السنابل والمبيع ما يريد به الا الحب لا السنابل 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) روى مسلم وأصحاب السنن الاربعة ويقال زها النخل والتمر يزهو وأزهي يزهي لغة في الاشتقاق من الزهو لغتان وأنكر الاصمعي الرباعية يزهي كأنقل الزمخشري عن الغير انكار يزهو الثلاثية لا يقال أنتم لم تعملوا بصدر الحديث لانا نقول قدينا أناعاملون وان الاتفاق على الخطاط النهى على بيعها بشرط الترك الى الزهو وقد منعنا ولأنه مال متقوم فظاهر واما انه مع لوم فلا لانه مشار اليه وبالاشارة كفاية في الحنطة لاحتمال الربا أما انه مال متقوم فظاهر واما انه مع لوم فلا لانه مشار اليه وبالاشارة كفاية في التعريف اذا المانع من رؤيته عينها لا يحل بدرك قدره في الجملة وليس معرفته على التحريم شرطا والامتنع بيع الصبرة المشاهدة وأورد المطالبة بالفرق بين ما اذا باع حب قطن في قطن بعينه أو نوى عن قطن بعينه أي باع ما في هذا القطن من الحب وما في هذا القطن من النوى فانه لا يجوز مع انه أيضا في غلافه أشار أبو يوسف الى الفرق بأن النوى هناك معتبر عماها السكا في العرف فانه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى في تمره ولا حب في قطنه ويقال هذه حنطة في سنبلها وهذا لوز فستق ولا يقال هذه قشور فيها 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 السنبل في الضرع واللحم والشحم في الشاة والاليسة والا كراع والجلد فيها والدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والعصير في العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز لان كل ذلك منعدم في العرف لا يقال هذا عصير وزيت في محله وكذا الباقي واعلم أن الوجه يقتضى ثبوت الخيار للمشتري بعد الاستخراج في ذلك كله لانه لم يره (قوله ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح أعلاقتها) المراد بالعلق ما تسميه ضبة وهذا اذا كانت مركبة لانها تتركب للبقاء لا اذا كانت موضوعة

فان الانتفاع بالدار لا يمكن الا بطريق ولا يدخل في بيع الدار فالجواب أن الداخل في الداخل في الشيء داخل الاحتمال وقوله الانتفاع بالدار لا يمكن الا بطريق قلنا الانتفاع بها لا يمكن الا بطريق مطلقا ومن حيث السكنى والاول ممنوع فانه يحتمل أن يكون مراد المشتري أخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها الاحتمال والثاني مسلم ولهذا

(قوله وفيه نظر لانه استدلال به فهو الغاية) أقول في نظره نظران (قوله والاولى ألى يستدل بقوله نهى الخ) أقول فيه بحث فان في الاستدلال ما ذكره اعترافا بفساد العقد (قوله والداخل في الداخل) أقول كيف يكون داخلا وقد قال كلجزه منه فتأمل (قوله والثاني مسلم الخ) أقول ولعل مثل هذا التردد يترتب في المتنازع فيه فتأمل

اذلا ينتفع به بدونه قال (وأجرة الكيل وناقدا الثمن على البائع) أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على
البائع ومعنى هذا اذا بيع مكاييل وكذا أجرة الوزن والذراع والعداد وأما النقد فالمدكور رواية ابن رستم
عن محمد لان النقد يكون بعد التسليم ألا ترى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز
ما تعلق به حقه من غيره أو ليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعه عنه على المشتري لانه يحتاج الى
تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال (وأجرة وزان
الثن على المشتري لما بناه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال (ومن باع سلعة بثمن
قبل للمشتري ادفع الثمن أولاً) لان حق المشتري تعيين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليعين حق البائع
بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين

في الدار ولهذا لا تدخل الاقفال في بيع الحوانيت لانها لا تتركب وانما تدخل الاواح وان كانت منفصلة
لانها في العرف كالابواب المركبة والمراد بهذه الاواح ما تسمى في عرفنا بمصدر راريب الدكان وقد
ذكر فيها عدم الدخول ولا معقول عليه (وقوله لانه لا ينتفع بها الابن) أجيب بجمع أن شراء الدار مقصور
على الانتفاع بذاتها بل قد يكون لغرض مجرد الملك لياخذ بها الشفعة بواسطة أو يتجر بها ولذا لما كان
العقد عليها مقصورا على ذلك كما في الاجارة أدخلنا الطريق ﴿ فرع ﴾ يناسب ما نحن فيه من حيث
انه يتناول البيع بلا تنصيص من المالك عليه وان كان في معنى آخر اشترى ما ينسارع اليه الفساد ولم
يقبضه المشتري ولم ينقد الثمن حتى غاب كان للبائع أن يبيعه من آخر ويحل للمشتري الثاني أن يشتره
وان كان يعلم بالحال لان المشتري الاول رضى به فذا فسح حذو دالة فيحل للبائع بيعه وحل للمشتري أن
يشتره وانما كتبتها لانها كثيرا ما تقع في الاسواق (قوله وأجرة الكيل ووزان المبيع وذراعه وعادته)
ان كان البيع بشرط الكيل والوزن أو الذراع أو العدة (على البائع) لان عليه ايفاء المبيع ولا يتحقق
ذلك الا بكيله ووزنه ونحوه ولا بكل من ذلك عزم ملكه عن ملك غيره ومعلوم أن الحاجة الى هذا اذا باع
مكاييل أو موازنة ونحوه اذ لا يحتاج الى ذلك في المجازفة وأجرة وزان الثمن على المشتري باتفاق الأئمة
الاربعة لانه يحتاج الى تسليم الثمن وتمييزه عنه فكانت مؤتمته عليه وأما أجرة ناقدا الثمن فاختلاف الرواة
والمشايع فروى ابن رستم عن محمد انه على البائع وهو المذكور في المختصر ووجهه ان التقدي يحتاج اليه
بعد التسليم وحيثئذ يكون في يد البائع وهو المحتاج اليه لاحتياجه الى تمييز حقه وهو الجهاد عن
غير حقه وروى ابن سماعه عنه انه على المشتري وبه كان يفتى الصدر الشهيد لانه يحتاج الى تسليم
الجيد وتعرفه بالنقد كما يعرف المقدر بالوزن فكان هو المحتاج اليه وعن محمد أجرة النقد على من عليه
الدين كما في الثمن انه على المشتري الا اذا قبض الدين ثم ادعى عدم النقد فالأجرة على رب الدين وفي
الخلاصة الصحيح انه على المشتري وكذا قال القدروري انه على المشتري الا اذا قبض البائع الثمن ثم جاء يرده
بمعيب الزيافة قال واختار في الواقعات انه على المشتري وفي باب العين لو اشترى حنطة مكاييل فالكيل على
البائع وصحباني وعاء المشتري على البائع أيضا هو المختار وفي المنتقى اخراج الطعام من السفن على
المشتري ولو اشترى حنطة في سفنها فاعلى البائع تخليصها بالدرس والتذرية ودفعها الى المشتري وهو
المختار وقطع الغيب المشتري جزافا على المشتري وكذا كل شيء باعه جزافا كالتموم والبصل والجزر اذا
خلى بينها وبين المشتري وكذا قطع الثمر يعني اذا خلى البائع بينها وبين المشتري السكل من الخلاصة
(قوله) ومن باع سلعة بثمن قبل للمشتري ادفع الثمن أولاً لان حق المشتري تعيين في المبيع فيقدم دفع
الثن لتعيين حق البائع بالقبض) لانه قبل القبض لم يتعين ولو عين دراهم اشترى بها (لما) عرف
(أنها لاتعين بالتعيين) في البيع فلا بد من تقدم قبضها 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

دخل الطريق في الاجارة
ولكن ليس الكلام في ذلك
والفقل ومفتاحه لا يدخلان
والسلم ان اتصل بالبناء من
خشب كان أو حجر يدخل
وان لم يتصل لا يدخل قال
وأجرة الكيل وناقدا الثمن اذا
باع المكيل مكاييل أو الموازن
موازنة أو المعدود عددا
واحتاج الى أجرة الكيل
والوزن والعداد فهى على
البائع لان التسليم واجب
عليه وهو لا يحصل الا بهذه
الافعال وما لا يتم الواجب
الابن فهو واجب وأما أجرة
ناقدا الثمن ففي رواية ابن رستم
عن محمد هي على البائع وهو
المذكور في المختصر وفي
رواية ابن سماعه عنه على
المشتري وجهه الاول 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 المعيب ليرده ووجه
الثانية ان المشتري هو المحتاج
الى تسليم الجيد المقدر
والجودة تعرف بالنقد كما
يعرف القدر بالوزن وبه
كان يفتى الصدر الشهيد
وأجرة وزان الثمن على المشتري
لانه المحتاج الى تسليم الثمن
وبالوزن يتحقق التسليم

تحقيقا لساواة قال (ومن باع سلعة بسلعة أو غنابثن قبل لهما مسلما معا) لاستواءهما في التعين فلا حاجة الى تقديم أحدهما في الدفع

ولو أخذ بالثن كفيلا أو رهن المشتري به رهنا أمالو أحال البائع به عليه وقبل سقط حق الحبس وكذا إذا أحال المشتري البائع به عند أبي يوسف وعن محمد بن فيه روايتان في رواية كقول أبي يوسف وفي رواية إذا أحال البائع به رجلا سقط وإذا أحال المشتري البائع به لا يسقط وما لم يسلم المبيع هو في ضمان البائع في جميع زمان حبسه فلا هلك في يد البائع بفسده أو بفعل المبيع بنفسه بان كان حيوانا فقتل نفسه أو بأمر سماوي بطل البيع فان كان قبض الثمن أعاده الى المشتري وان كان بفعل المشتري فعليه ثمنه ان كان البيع مطلقا وبشرط الخيار للمشتري وان كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسدا لزمه ضمان مثله ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيميا وان هلك بفعل أحق بالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وعاد المبيع الى ملك البائع ويضمن له الجاني في المثل والا فالقيمة فان كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل لا يطيب له وان كان من خلافه طاب وان شاء اختار البيع واتبع الجاني في الضمان فان له ذلك وعليه الثمن للبائع فان كان في الضمان فضل فعلى ذلك التفصيل (قوله ومن باع سلعة بسلعة أو غنابثن قبل لهما مسلما معا لاستواءهما في تعين حق كل منهما) قبل التسليم فيجب تقديم دفع أحدهما بعينه على الآخر تحكما فيدفعان معا ولا بد من معرفة التسليم والتسليم الموجب للبراءة في التجريد تسليم المبيع أن يخلى بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل وكذا تسليم الثمن وفي الاحتاس يعتبر في صحة التسليم ثلاثة معان أن يقول خليت بينك وبين المبيع وان يكون المبيع بحضور المشتري على صفة يتأني فيه الفعل من غير مانع وان يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره وعن الوري المتاع غير البائع لا يمنع فلو أذن له بقض المتاع والبيت صح وصار المتاع ودبعة عنده وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول القبض أن يقول خليت بينك وبين المبيع فقبضه ويقول المشتري وهو عند البائع قبضته فان أخذه برأسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض دابة كان أو بعيرا وان كان غلاما أو جارية فقال له المشتري تعال معي أو امس خطي 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 البيع الفاسد بالتخلية ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البائع المفتاح اليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض وان دفعه ولم يقل شيئا لا يكون قبضا ولو باع دارا غائبة فقال سلمتها اليك وقال قبضتها لم يكن قبضا وان كانت قريبة كان قبضا وهي أن تكون بحال يقدر على اغلاقها وما لا يقدر على اغلاقها فهي بعيدة وأطلق في المحيط أن بالتخلية يقع القبض وان كان المبيع بعد عنهما وقال الحلواني ذكر في النوادر اذا باع ضيعة وخلى بينها وبين المشتري ان كان يقرب منها يصير قابضا أو يبعد لا يصير قابضا 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 غائبا عنهم ما عند أبي حنيفة خلافا لهما وفي جمع التوازل دفع المفتاح في بيع الدار تسليم اذا تمها له فتحه من غير تكلف وكذا اذا اشترى بقرا في السمح فقال البائع اذهب واقبض ان كان يرى بحيث يمكنه الاشارة اليه يكون قبضا ولو باع خلا ونحوه في دن وخلى بينه وبين المشتري في دار نفسه وختم المشتري على الدن فهو قبض ولو اشترى ثوبا فأمره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى أخذه انسان ان كان حين أمره بقبضه أمكنه من غير قيام صح التسليم وان كان لا يمكنه الا بقيام لا يصح ولو اشترى طيرا في بيت والباب مغلق فأمره البائع بالقبض فلم يقبض حتى هبت ريح ففتحت الباب فطار لا يصح التسليم وان فتحه المشتري فطار صح التسليم لانه يمكنه التسليم بأن يحطاط في الفتح ولو اشترى فرسا في حظيرة فقال البائع سلمتها اليك ففتح المشتري الباب فذهب الفرس ان أمكنه أخذهما من غير عون كان قبضا وهو أو بل مسألة الطير وفي مكان آخر من غير عون ولا حبل ولو اشترى دابة والبائع

قال ومن باع سلعة ببيع السلعة معجلا إيمان يكون بثن أو بسلعة فان كان الاول يقال للمشتري ادفع الثمن أو لالان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن لبتعين حق البائع بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقا لساواة في تعين حق كل واحد منهما وفي المالية أيضا لان الدين أنقص من العين وعلى هذا اذا كان المبيع غائباعن حضرتهما فللمشتري أن يمنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليمكن من قبضه وان كان الثاني يقال لهما مسلما لاستواءهما في التعين فلا يحتاج الى تقديم أحدهما بالدفع والله أعلم بالصواب

باب خيار الشرط

قال (خيار الشرط جائز البيع نارة يكون لازما أو أخرى غير لازم) واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغيرها اللازم ما فيه الخيار ولما كان اللازم أقوى في كونه يبعاقدمه على غيره ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات لأنه يمنع ابتداء الحكم ثم خيار الرؤية لأنه يمنع تمام الحكم ثم خيار العيب لأنه يمنع (١١٠) لزوم الحكم وانما كان عمله في منع الحكم دون السبب لأن من حقه أن لا يدخل في

البيع لكونه في معنى القمار ولكن لما جاءت به السنة لم يكن بد من العمل به فأظهرنا عمله في منع الحكم تقليلا لعمله بقدر الامكان لأن دخوله في السبب مستلزم الدخول في الحكم دون العكس وهو على أنواع فاسد بالاتفاق كما إذا قال اشترت على اني بالخيار أو على اني بالخيار أبدا أو جازيا بالاتفاق وهو أن يقول على اني بالخيار ثلاثة أيام فسادونها ومختلف فيه وهو أن يقول على اني بالخيار شهرا أو شهرين فإنه فاسد عند أبي حنيفة وزفر والشافعي جائز عند أبي يوسف ومحمد سواء كان لاحد العاقدين أو لهما جميعا أو شرط أحدهما الخيار بغيره وجه قول أبي حنيفة في الخلافه ما روى ان حبان بن منقذ كان يبيع في البيعات للمأموه أصابت رأسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا باعت فقل لا خلاية في الخيار ثلاثة أيام والخلاية الخداع ووجه الاستدلال ان شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وكل ما هو

باب خيار الشرط

قال خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري (ولهما الخيار ثلاثة أيام فسادونها) والاصل فيه ما روى أن حبان بن منقذ بن عمر والنصارى رضى الله عنه كان يبيع في البيعات فقال له النبي عليه الصلاة والسلام اذا باعت فقل لا خلاية في الخيار ثلاثة أيام

را كهما فقال المشتري احقني معك فعمله فعطبت هلكت على المشتري قال القاضي الامام هذا الم يكن على الدابة سرج فان كان عليه اسرج وركب المشتري في السرج يكون قابضا والافلا ولو كانا را كبين فباع المالك منهما الاخر لا بصير قابضا كما اذا باع الدار والبائع والمشتري فيها معا

باب خيار الشرط

قد عرف أن البيع علة لحكمه من لزوم تعاكس المالكين في البديلين والاصل ان لا يتخلف حكم العلة عنها فقدم ما هو الاصل ثم شرع يذ كر ما يتعلق بالعلة التي يتخلف عنها مقتضاها وهو البيع بشرط الخيار وظهر أن شرط الخيار مانع ثابت على خلاف القياس لثبته صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ويقال للبيع المشروط فيه الخيار علة اسماء ومعنى لاحكاما والمستلزم علة اسماء ومعنى وحكما وقد عرف ذلك من اصطلاحهم في الاصول والموانع خمسة أقسام مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرية المبيع فلا ينعقد المبيع في الحر لانها لا تتعقد الا في محلها ومحل البيع المال والحر ليس بمال فلا وجود للبيع أصلا فيه كانه قطع الوتر يمنع أصل الرمي بعد القصد اليه ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف الى مال الغير كاصابة السهم بعد الرمي حاطا طرفه عن سننه ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استئثار المرعي اليه بترس يمنع من اصابة الغرض منه ومانع يمنع تمام الحكم بعد ثبوت خيار الرؤية للمشتري ومانع يمنع لزومه كخيار العيب واطرافه الخيار الى الشرط على حقيقة الاضافة وهي اضافة الخيار الى سببه اذ سببه الشرط وحين ورد شرعيته جعلناه داخلا في الحكم مانعا من ثبوته تقليلا لعمله بقدر الامكان وذلك لان ٤- له اثبات الخطر في ثبوت الملك وبذلك يشبهه القارفة للتشابه ولقائل أن يقول التمار ما حرم لعنى الخطر بل باعتبار تعليق الملك بماله يرضعه الشرع سببا للملك فان الشارع لم يضع ظهور العدد الفلاني في ورقة مثلا سببا للملك والخطر في ذلك لا أثر له نعم يتجه أن يقال اعتبرناه في الحكم تقليلا بخلاف الاصل وأما كونه فيه غرر وقد نهى عن بيع الغرر فذلك الغرر في المبيع وهذا في أن المالك هل يثبت أولا (قوله خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري وله ما ثلاثة أيام) يروى بنصب ثلاثة أيام على الطرفين أى في ثلاثة ويرفعها على انه خبر مبهمة محذوف أى هو ثلاثة أيام ثم في فتاوى فاضل بخان اذا شرط الخيار لهما لا يثبت حكم العقد أصلا ويثبت الخيار في البيع الفاسد كالصحیح (قوله والاصل فيه ما روى أن حبان بن منقذ بن عمر والنصارى رضى الله عنه كان يبيع في البيعات الحديث روى الحاكيم في

كذلك فهو مفسد الا ناجوز زاهم هذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المداة المذكورة فيه فان قيل كيف جاز للبائع المستدرك

باب خيار الشرط

(قوله ولما كان اللازم أقوى في كونه يبعاقدمه 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 فكأديتم فيمن له الخيار فليتعدي 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 (١١١) لان معنى الفرق يمكن زيادة المدة فيزداد

الغرور وهو مفسد
وله ما حديث ابن عمر

رضي الله عنهما أن النبي
صلى الله عليه وسلم أجاز

الخيار الى شهرين ولان
الخيار انما شرع للعاجلة

الى التأمل ليندفع الغبن
وقد تمس الحاجة الى الاكثر

فكان كثير المدة كقليلها
فيلحق به وصار كالتأجيل

في الثمن فانه جائز قلت المدة
أو كثرت للعاجلة

والجواب أن حديث حبان
مشهور وفلا يعارضه حكاية

حال ابن عمر سلنا انهم سواء
لكن المذكور في حديث

ابن عمر مطلق الخيار فيجوز
أن يكون المراد به خيار الرؤية

والعيب وانه أجاز الرديهما
بعد الشهرين ولان سلم أن

كثير المدة كالتأجيل في
الحاجة فان صاحب الخلافة

كان مصابا في الرأس فكان
أحوج الى الزيادة فلوزادت

كان أولى به فسد على أن
المقدر لتفي الزيادة سلمناه

لكن في الكثير معنى الغرور
أزيد وقد تقدم والقياس

على التأجيل في الثمن غير
صحح لان الاجل يشترط

للاقدرة على الاداء وهي انما
تكون بالاكسب وهو

لا يحصل في كل مدة فقد
يحتاج الى المدة طويلة

(ولا يجوز أكثر منها عند أي حنيفة) وهو قول زفر والشافعي وقالا (يجوز اذا سمي مدته مائة لحديث
ابن عمر رضي الله عنهما انه أجاز الخيار الى شهرين)

المستدرك من حديث محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر قال كان حبان بن منقذ بن عمرو رجلا
ضعيفا وكان قد أصابته في رأسه مأمومة فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار الى ثلاثة ايام
فيما اشتراه وكان قد نفل لسانه فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ليع وقول لا خلافة وكان يشتري
الشيء فيجبي به الى أهله فيقولون له هذا غال فيقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خبرني في بيعي
وسكت عليه وحبان يفتح الحاء المهملة ومنقذ بالمججمة ورواه الشافعي من طريق محمد بن اسحق قال أخبرنا
سفيان عن محمد بن اسحق به ثم قال الشافعي رحمه الله والاصل في بيع الخيار انه فاسد ولكن لما شرط
رسول الله صلى الله عليه وسلم في المصراة خيار ثلاثة ايام في البيع وروى انه جعل حبان بن منقذ خيار
ثلاث فيما ابتاع اتمينا 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 انه لا يزال يغبن في البيوع فقال له اذا بايعت فقل
لا خلافة ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال قال ابن اسحق فحدث به محمد بن يحيى بن حبان
قال كان جدي منقذ بن عمرو قد 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 أمة 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 يقتضي
أن المقول له منقذ بن عمرو لا حبان ابنه ولا شك أن هذا منقطع وغلط من عزاه لابن داود وكذا رواه
الخيار في تاريخه الاوسط عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو فذكره قال وعاش
مائة وثلاثين سنة والحديث وان دار على ابن اسحق فالأكثر على توثيقه ويرجع مالكا عما قال فيه ذكر
ذلك السهيلي في الروض الانف وكذا رواه ابن أبي شيبة عن محمد بن يحيى بن حبان قال قال عليه الصلاة
والسلام لمنقذ بن عمرو وقول لا خلافة واذا بيعت ببيع الخيارات ولا شك أن كون الواقعة لحبان أرجح
لان هذا منقطع وذلك موصول هذا وشرط الخيار يجمع عليه وأما ما روي في الموطأ والصحح عن ابن
عمر أن رجلا ذكروا لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه يخذع في البيوع فقال اذا بايعت فعل لا خلافة ولا خلافة
الخديعة فليس فيه دليل على المقصود والعجب ممن قال الاصل في جواز شرط الخيار ثم ذكر هذا الحديث
وهو لا يمس المطالب (فرع) يجوز لحاق خيار الشرط بالبيع لو قال أحدهما به البيع ولو بأيام جعلت
بالخيار ثلاثة ايام صحح بالاجماع حتى لو شرط الخيار بعد البيع البات شهرا ورضيا به فسد العقد عند
أبي حنيفة خلافا له ولو أحق به شرط فاسد بطل الشرط ولا يفسد العقد في قولهما ويفسد في قول
أبي حنيفة ولو باع على أنه بالخيار على أنه أن يستغله ويستخدمه جاز وهو على خياره ولو قال في بيع بستان
على أنه بالخيار على أن يأكل من ثمرته لا يجوز لان الثمرة حصه من الثمن وليس للبائع أن يطالب
بالثمن قبل أن يسقط المشتري خياره ولو قال له أنت بالخيار كان له خيار ذلك المجلس فقط ولو قال الى
الظهر فعند أي حنيفة يستمره الى أن يخرج وقت الظهر وعندهما لا تدخل الغاية (قوله ولا يجوز
أكثر منها) أي من ثلاثة ايام عند أبي حنيفة (وهو قول زفر والشافعي) وكما لا يجوز عند أبي حنيفة
اذا زاد على ثلاثة ايام كذلك لا يجوز اذا أطلق (وقال لا يجوز اذا سمي مدته مائة لحديث ابن عمر رضي
الله عنهما أجاز البيع الى شهرين) وهذا دليل جزء الدعوى لانها جاوزت أكثر من ثلاثة ايام طالت المدة

(قوله والجواب ان حديث حبان مشهور وفلا يعارضه حكاية حال ابن عمر رضي الله تعالى عنهما) أقول فيه بحث اذا لامعارضه بين ما
حتى يحتاج الى الترجيح فان مفهوم العدد ان كان حجة لا يساوي المنطوق حتى يعارضه فليتنامل فان لمنع مجالنا أقول ذكره حكاية الحال
يناسب الجواب الثاني والملاحم لهذا المقام تعرضه لعدم الشهرة

ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتأجيل في
 الثمن ولاي حنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو الزوم وانما يجوز ان يخالف القياس
 لما روينا من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتهت الزيادة

أوقصرت وحديث ابن عمر يفيد جواز أكثر من الثلاثة عدة خاصة لاغير (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 جازى مقصد ارضاء عليه وبقولها ما قال أحمد لقوله عليه الصلاة
 والسلام المسلمون عند شروطهم وقال مالك اذا كان المبيع مما لا يبقى أكثر من يوم كالفاكهة لا يجوز
 أن يشترط الخيار فيه أكثر من يوم وان كان ضئيلة لا يمكن الوقوف عليها في ثلاثة أيام يجوز أن يشترط
 أكثر من الثلاثة لانه شرع للحاجة ويمكن أن يقال لم يتعين اشتراط الاكثر بقالانه ان كان لا يمكن
 أن يذهب فيراها قبل الشراء ثم يشترى لاحاجة 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 فهذا لا يتوقف على أكثر من الثلاثة لانه يعرف بالسؤال والمراجعة للناس العارفين وذلك
 يحصل في مدة الثلاث وأما ما يتسارع اليه الفساد فكذلك مسطور في فتاوى القاضى اشترى شيئاً
 يتسارع اليه الفساد على أنه بالخيار ثلاثة أيام في القياس لا يجبر المشتري على شيء وفي الاستحسان يقال
 للمشتري اما أن يفسخ البيع وإما أن يأخذ المبيع ولا شيء عليك من الثمن حتى تجزى البيع أو يفسد
 المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين وهو نظير ما لو ادعى في يد رجل بشراء شيء يتسارع اليه الفساد
 كالسمكة الطرية ويجد المدعى عليه وأقام المدعى البينة ويخاف فسادها في مدة التزكية فان القاضى بأمر
 مدعى الشراء أن يتخذ الثمن ويأخذ السمكة ثم القاضى يبيعهما من آخر ويأخذ ثمنها ويضع الثمن الاول
 والثانى على يد عدل فان عدلت البينة يقضى لمدعى الشراء بالثمن الثانى ويدفع الثمن الاول للبائع ولو ضاع
 الثمنان عند العدل يضيع الثمن الثانى من مال مدعى الشراء لان بيع القاضى كبيعه ولو لم تعدل البينة
 فانه يضمن قيمة السمكة للمدعى عليه لان البيع لم يثبت وبقى أخذ مال الغير بجهة البيع فيكون مضموناً
 عليه بالقيمة وجه قول أى حنيفة (أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو الزوم) ثبت نصاً على
 خلاف القياس في المدة المذكورة للتروى فيما يدفع الغبن عنه ولا شك أن النظر لاستكشاف كونه في
 هذا المبيع مغبوناً أو غير مغبون مما يتم في ثلاثة أيام بل في أقل منها فان معرفة كونه مغبوناً في هذه
 الصفة أو لا ليس من العلوم البالغة في الخفاء والاشكال يحتاج في حصوله الى مدة تزيد عليه اذ كان الزائد
 على الثلاث ليس في محل الحاجة اليه لحصول المعنى المذكور فلا يجوز اطلاقه بالثلاث دلالة كمالاً يجوز
 بالقياس ولو فرض من الغباوة بحيث لا يستفيد كونه مغبوناً لم يعدر ولا يبنى الفقه باعباره لان مثله
 زائل العقل وبمذا ينظر أن قول ابن الجوزى في التحقيق في حديث حبان أنه خرج من حج الغالب غير
 صحيح ولانه عليه الصلاة والسلام ضرب الثلاث لمن كانت غاية في ضعف المعرفة على ما ذكر في أمر
 حبان انه كان رجلاً ضعيفاً وكان بدماعه مأمومة أفسدت حاله أو أنه منقذ وكان قد أصابته أمة في رأسه
 فكسرت لسانه ونازعت عقله وبلغ من السن مائة وثلاثين سنة كما في تاريخ الجاوى الاوسط فأى حالة
 تزيد على هذه من الضعف الاعدم 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 يفيقه صريحاً وهو وان لم يبلغ درجة الخلة فلا شك أنه
 يستأنس به بعد تمام الخلة وهو ما روى عبد الرزاق من حديث أبان بن أبى عمار عن أنس أن رجلاً
 اشترى من رجل بعيراً وشرط عليه الخيار أربعة أيام فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع وقال
 الخيار ثلاثة أيام لأنه أعل بابان مع الاعتراف بأنه كان رجلاً صالحاً وكذا أخرج الدارقطنى عن نافع

(قوله الا انه اذا اجاز يجوز ان يكون استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها ومعناه لا يجوز أكثر منها لكون لو ذكر أكثر منها وأجاز من له الخيار في الثلاث جاز ويجوز أن يكون من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجه المذكور والاول أولى لقوله خلافا لفرق تأمل وزفر يقول ان هذا عقد فاسد وانعقد فاسدا والغاسد لا يتقلب جائزا لان البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين أو اشترى عبدا بألف وورط لخر ثم أسقط الدرهم الزائد وأبطل الخمر وكن تزوج امرأة وتحتته أربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بحجة تكاح الخامسة ولا بي حنيفة أنه أسقط المفسد قبل تفرده اعلم ان المشايخ رحمهم الله اختلفوا في حكم هذه العقد في الابتداء على قول أبي حنيفة فذهب العراقيون الى انه ينعقد فاسدا ثم يتقلب صححا بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع وذهب أهل خراسان واليه مال شمس الأئمة السرخسي الى انه موقوف فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد قوله انه أسقط (١١٣) المفسد قبل تفرده أى قبل مضي ثلاثة أيام

تعليلا على الرواية الاولى وتقريره ان العقد فاسد في الحال بحكم الظاهر لان الظاهر دوامها على الشرط فاذا أسقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع زال الموجب للفساد فيعود جائزا وهذا لان هذا العقد يمكن فساد عينه بل لمسا فيه من تغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع فاذا زال المغير عاد جائزا فصار كما اذا باع بالرقم وهو ان يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلمها الدلال أو غيره عن 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 وقبله انقلب جائزا بالاتفاق (قوله ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع) تعليلا على الرواية الثانية وتقريره ان اشتراط الخيار

(الا انه اذا اجاز في الثلاث) جاز عند أبي حنيفة خلافا لفرق هو يقول انه انعقد فاسدا فلا يتقلب جائزا وله انه أسقط المفسد قبل تفرده فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم وأعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بغيره من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول

عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الخيار ثلاثة أيام وفيه أحد من ميسر متروك وأما ما استدلووا من حديث ابن عمر المذكور في الكتاب فلا يعرف في شيء من كتب الحديث والآثار وأما القياس على الاجل فنقول بوجوبه ولا يضرنا فان الشارع لما شرع الاجل على خلاف القياس شرعه مطلقا فعملنا باطلاقه وهنا لما شرع الخيار شرعه مقيدا بثلاثة أيام أو بثلاث ليال فعملنا بتقييده حتى له أنه لو شرع الاجل أيضا مقيدا بعدة كنا نقول لا يزد عليه أيضا ولو جوب الاقتصار على مورد النص نقل عن سفيان الثوري وابن شبرمة أن شرط الخيار للبائع لا يجوز لان نفس الخيار ما ورد للثبوت قلنا ممنوع بل للاعم فانه صلى الله عليه وسلم قال له اذا باعت وهو يصدق بكونه بائعا ومشتريا (قوله الا انه) استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها أى لا يجوز في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته داخل الثلاثة (عند أبي حنيفة رضي الله عنه خلافا لفرق) وبه قال الشافعي (هو) أي زفر (يقول انه) أى العقد (انعقد فاسدا فلا يتقلب جائزا) كما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لا يقع صححا أو باع عبدا بألف وورط لخر ثم أسقط الخمر وهذا لان البقاء على حسب الثبوت فان الباقي هو الذي كان قد ثبت (ولابي حنيفة أنه) أى من له الخيار (أسقط المفسد) وهو اشتراط اليوم الرابع (قبل تفرده) أى قبل ثبوته وتحققه لان ثبوته بغيره من اليوم الرابع فيعود جائزا (كما اذا باع بالرقم وعلمه بالمجلس فرضي به) وهذا لان المفسد ليس هو شرط الخيار بل وصله بالبيع وهو يعرض الفصل قبل مجيئه فاذا أسقطه فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صححا ثم اختلف المشايخ في حكم هذا العقد في الابتداء فعند مشايخ العراق حكمه الفساد بحسب الظاهر اذا انظر دوامها على الشرط فاذا أسقطه تين الامر خلاف الظاهر فينتقل صححا وقال مشايخ خراسان والامام السرخسي ونحو الاسلام وغيرهم ان مشايخ ما وراء النهر هو موقوف وبالاسقاط قبل الرابع ينعقد صححا واذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد لان وهو الوجه كذا في الظهيرية والذخيرة وذكر الكرخي نصا عن أبي حنيفة أن البيع موقوف على اجازة المشتري وأثبت البائع حق الفسخ قبل

(١٥ - فتح القدر خامس) غير مفسد للعقد وانما المفسد اتصال اليوم الرابع بالايام الثلاثة فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فكان صححا والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد وهو البطلان فلم يمكن دفعه وفي مسئلتنا في شرطه فامكن

(قوله لكن لو ذكر أكثر منها وأجاز من له الخيار في الثلاث جاز) أقول لكن لو ذكر أكثر منها وأجاز من له الخيار في الثلاث جاز (قوله ولا يجوز أكثر منها ومعناه لا يجوز أكثر منها لكون لو ذكر أكثر منها وأجاز من له الخيار في الثلاث جاز ويجوز أن يكون من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجه المذكور والاول أولى لقوله خلافا لفرق تأمل وزفر يقول ان هذا عقد فاسد وانعقد فاسدا والغاسد لا يتقلب جائزا لان البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين أو اشترى عبدا بألف وورط لخر ثم أسقط الدرهم الزائد وأبطل الخمر وكن تزوج امرأة وتحتته أربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بحجة تكاح الخامسة ولا بي حنيفة أنه أسقط المفسد قبل تفرده اعلم ان المشايخ رحمهم الله اختلفوا في حكم هذه العقد في الابتداء على قول أبي حنيفة فذهب العراقيون الى انه ينعقد فاسدا ثم يتقلب صححا بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع وذهب أهل خراسان واليه مال شمس الأئمة السرخسي الى انه موقوف فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد قوله انه أسقط (١١٣) المفسد قبل تفرده أى قبل مضي ثلاثة أيام

قال (ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن اذا اشترى على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما فهو على وجهه فاما ان قال على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع أو قال على انه ان لم ينقد الثمن أياما فلا بيع وهما فاسدان أو قال على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما وهو جائز عند علمائنا الثلاثة والقياس وهو قول زفر أن لا يجوز لما انه بيع شرط فيه فإلة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقذ واشترط الاتفاق في البيع مثل أن يقول بعثك هذا بشرط أن تقبل البيع مفسد لكونه على خلاف العقد فاشترط فاسدها أولى أن يفسد واستحسن العلماء جوازها ووجهه ان هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة اذا الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقذ تجزأ عن الماطلة في الفسخ وإذا كان في معناه كان ملحقا به وردبنا بالانسلم انه في معناه لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد وهما لو سكت حتى مضت المدة بطل العقد وأجيب بأن النظر (١١٤) في الالحاق انما هو الى المعنى المناط للحكم وهي الحاجة وهي موجودة

(ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ما جاز والى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز الى أربعة أيام أو أكثر فان نقذ في الثلاث جاز في قولهم جميعا) والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذا الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقذ تجزأ عن الماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به

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 الا أن يكون الفرض أن الفساد ثابت على وجه يرتفع شرعا باسقاطه خيار الرابع قبل مجيئه وهذا هو ظاهر الهداية حيث قال ينقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بخذف الشرط وقوله وهذا على الوجه الاول يعني قوله اسقط المفسد قبل تفرده وهو كالمقلب فان التعليل هو الذي يبنى على الاصل لأن أصل القاعدة يبنى على التعليل والجواب عن المسائل المقيس عليها زفر أن الفساد فيها في صلب العقد لانه بسبب المبيع وهو البديل فلم يمكن رفعه وهنا في شرطه وكما يقلب العقد جازا اذا اسقط الخيار قبل مضي الثلاثة كذلك لو اعتق العبد أو مات العبد أو المشتري أو أحدث به ما يوجب لزوم البيع يتقلب جازا في قول أبي حنيفة ويؤتمنه الثمن (قوله ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز) والمنفعة من هذا الشرط هنا هو البائع وكذا لو قبض الثمن وقال ان رده البائع الى ثلاثة أيام فلا بيع يجوز هذا البيع بهذا الشرط ويصير خيار الشرط حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو أعتقه المشتري لا يفد عتقه ولو أعتقه البائع نفذ (والى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف) فان نقذ الثمن قبل مضي الثلاثة تم البيع وان لم ينقد فيه فاسد البيع ولا يفسخ نص عليه ظهير 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 اشتراط الخيار فيلحق به دلالة لا قياسا والدلالة لا يشترط فيها سوى التساوي) وفهم المحقق بمجرد فهم الاصل مع فهم الاصل مع فهم اللغة وكل من علم صحة اشتراط الخيار للثمن في ثلاثة أيام لكل من المتبايعين تبادر اليه ان

فيها أو اما الزائد على ذلك فلا معتبر به وقد قررناه في التقرير فان قيل الحاجة تندفع باشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام فانه ان لم ينقد الثمن انفسخ العقد حتى يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه أجيب بأن من له الخيار لا يقدر على الفسخ في قول أبي حنيفة ومحمد الا بحضرة الآخر وعسى يتعذر ذلك فكانت الحاجة باقية وأما اذا زاد على ثلاثة أيام فقد اختلفوا فيه لم يجوزه أبو حنيفة وأبو يوسف وجوزه محمد

قال المصنف (ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام الخ) أقول قال الامام القاضي ظهير الدين ههنا مسئلة لا بد من حفظها وهي انه اذا لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام يفسد البيع

ولا يفسخ حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده نفذ عتقه وان كان في يد البائع لا يفد وعلى هذا اذا اشترى عبدا شرعيته ونقد الثمن على أن البائع ان رد الثمن فلا بيع بينهما جاز البيع بهذا الشرط بمنزلة شرط الخيار حتى اذا قبض المشتري يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو أعتقه المشتري لا يفد ولو أعتقه البائع نفذ اه ولا يخفى عليك مخالفة هذا المنقول لاشارة قول المصنف اذا الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقذ ولتصریح الشارحين أنه يفسخ العقد عند عدم النقذ الا أن ثبت في المسئلة روايتان (قوله) فان قيل الحاجة تندفع الى قوله يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه) أقول فيه بحث لأن شرط الخيار مخالف للقياس لكن المراد قياس زفر (قوله) أجيب بأن من له الخيار الى قوله لا يجوز البيع الا بخضرة الآخر الخ) أقول فيه بحث فانه ذكر ظهير الدين انه لا يفسخ بعض المدة بل يفسد العقد نقل عنه في النهاية وغيره

أما أبو حنيفة فقد مر على أصله في المحقق به ونفي الزيادة على الثلاث وكذلك محمد مر على أصله في تجويز الزيادة في المحقق به وأبو يوسف احتج إلى الفرق بين المحقق والمحقق به في جواز الزيادة في الثاني دون الأول ووجه ذلك ما قال المصنف وأبو يوسف أخذ في الأصل بالآثر وفي هذا القياس وتفسيره على وجهين أحدهما أن المراد بالأصل شرط الخيار وبقوله في هذا قوله وإن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام والمراد بالآثر ما روى عن ابن عمر أنه أجاز الخيار إلى شهرين ومعناه تركنا القياس في المحقق به وهو شرط الخيار بأثر ابن عمر وعلمنا بالقياس في المحقق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه والثاني أن يكون معناه أخذ أبو يوسف في الأصل أي في ثلاثة أيام بأثر ابن عمر وهو ما روى أن عبد الله بن عمر باع ناقه له من رجل بشرط أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة (١١٥) أيام فلا يبيع بينهما (وفي هذا) أي في

الزائد على الثلاثة أيام (بالقياس) وهو يقتضي عدم الجواز كما مر (قوله) وفي هذه المسئلة قياس آخر تقدم معناه قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) قد تقدم أن خيار الشرط قد يكون لاحد المتعاقدين وقد يكون لهما جميعا فإذا كان البائع فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق والثمن يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق وإذا كان للمشتري فالمبيع يخرج عن ملك البائع والثمن لا يخرج عن ملكه فإذا كان لهما لا يخرج شيء من المبيع والثمن عن ملك البائع والمشتري بالاتفاق فإذا خرج المبيع عن ملك البائع والثمن عن ملك المشتري هل يدخل في ملك المشتري والبائع فيه خلاف قال أبو حنيفة لا يدخل وقال لا يدخل أما دليل عدم خروج المبيع عن ملك البائع في الصورة الأولى فلما

وقدم أبو حنيفة على أصله في المحقق به ونفي الزيادة على الثلاث وكذا محمد في تجويز الزيادة وأبو يوسف أخذ في الأصل بالآثر وفي هذا القياس وفي هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زفر وهو أنه يبيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشترط الصحيح منها فيه مفسدا لا عقدا 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 ينفذ عقده ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه باذن البائع شرعيته للثروى لدفع ضرر الغبن في المبيع والثمن فيبتدأ إليه جواز لدفع الغبن في الثمن للماطلة وكون هذا ينفسخ بتمام المدة قبل دفع الثمن وذلك ينبرم بتمامها بلا رد لأثره لأن المعتسر في الدلالة الاشتراك في الجامع الذي يفهمه من فهم اللغة ألا أنك سمعت أنه لا ينفسخ بتمامها بل يرجع فاسدا (وقدم أبو حنيفة رضي الله عنه على أصله في المحقق به) وهو أنه لا يزداد على الثلاثة فكذلك في المحقق وكذلك محمد حيث جعله جازا بالقياس لعدم أبو يوسف فرق فأخذ في الأصل بالآثر 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 فحدث ابن البرصاع على ما سئذ كرهه في خيار التعيين هذا ما ذكر عن أبي يوسف هنا وقد روى عنه أنه يرجع إلى قول محمد رواه الحسن بن أبي مالك عنه وفي شرح المجمع الأصح أنه مع أبي حنيفة وكثير من المشايخ لم يرجعوا عنه شيئا وحكموا على قوله بالاضطراب (وفي هذه المسئلة قياس آخر) يقتضى أن لا يجوز هذا البيع أصلا (وهو أنه يبيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط) وهو عدم دفع الثمن في الثلاثة الأيام والإقالة لا تتعلق بالشرط لأن فيها معنى التملك حتى جعلت بعبا جديدا في حق ثالث وهو لو شرط الإقالة الصحيحة وهي التي لم تعلق بالشرط بأن قال بعثك على أن أقبلك وتقبلها أوقال اشتريت منك على أن تقبلني لا يصح لأنه شرط لا يقتضيه العقد (فاشترط الفاسدة أولى) وبهذا القياس قال زفر ومالك والشافعي وأحد فكلهم ممنوعوا صحة البيع والوجه عليهم ما قدمناه من الإلحاق بالدلالة لا بالقياس وهو المراد بقول المصنف وجه الاستحسان ما بيننا (قوله) وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لأن تمام هذا السبب (بالمراضة) لما عرف من قوله تعالى الآن تكون تجارة عن تراض منكم (ولا يتم) الرضا (مع الخيار) لأنه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه فلم يتم السبب في حق البائع لأنه لا يعمل إلا مع وجود الشرط وهو الرضا فلا يوجب حكمه في حقه فلا يخرج المبيع عن ملكه فلماذا جاز تصرفه فيه فنقد عقده فيه ولو كان في يد المشتري ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه باذن البائع لبقاء ملك البائع فيه بلا اختلاف وبالعليل المذكور يعرف أن خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه لا اتحاد نسبته إلى كل من له الخيار وأنه إذا كان الخيار لهما لا يخرج المبيع عن ملك

ذكره من قوله (لأن تمام هذا السبب) أي العلة (بالمراضة) تكون الرضا دخلا في حقيقة الشرعية ولا يتم المراضة بالخيار لأن البيع به يصير علة أسما ومعنى لاحكامه ابتداء الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه (ولهذا ينفذ عقده) ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه باذن البائع

(قوله وقوله وفي هذه المسئلة قياس آخر تقدم معناه) أقول يعني تقدم في هذا القول بنصف ورقة تخميناً وهو قوله والقياس وهو قول زفر أنه لا يجوز لما به بيع الخ (قوله) لكون الرضا دخلا في حقيقة الشرعية ولا يتم المراضة بالخيار) أقول فيه بحث فإن بيع المكره بيع مرتب عليه أحكامه ولا رضاه (قوله) لأن البيع به يصير علة أسما) أقول تأمل في صحة هذا التعليل

فان قبضه المشتري فهلك في يده في مدة الخيار (١١٦) ضمنه بالقيمة ان لم يكن مثليا خلافا لابن أبي ليلى هو بقول قبض ملك البائع بائنه

فكان أمانة في يده ونحن نقول البيع ينفسخ بالهلاك والمنفسخ به مضمون بالقيمة وذلك لان المعقود عليه بالهلاك صار الى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها فلا تلحقها الاجازة وهو معنى قوله (لائنه كان موقوفا) ولا نفاذ بدون المحل وقد فات بالهلاك وأما أن المنفسخ به مضمون بالقيمة فلانه مقبوض بجهة العقد وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وتحقيقه أن الضمان الاصلى الثابت بالعقد في القيمات هو القيمة وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقي الضمان الاصلى في مدة الخيار وأما اذا هلك بعدها فيزمنه الثمن لا القيمة لبطلان الخيار اذ ذلك بتمام الرضا ولو هلك المبيع في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري كما لو كان البيع صحيحا مطلقا عن الخيار قبل وانما ذكر الصحيح مع أن الحكم في الفاسد كذلك حلالا لحال المسلمين على الصلاح وأما دليل خروج وجه عن ملكه اذا كان الخيار للمشتري فهو أن البيع لازم من جانبه وتحقيقه ان الخيار انما يمنع خروج البديل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظر الدون الآخر وأما أن البديل اذا خرج عن ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك

(ولو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة) لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق قال (وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) لان البيع في جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البديل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظر الدون الآخر قال الا ان المشتري لا يملكه عند أي حنيفة وقال لا يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلولم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع

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 (لانفاذ بالمحل فبقي) في يد المشتري (مقبوضا) لاعلى وجه الامانة المحضة كالوديعة والاعارة كما نقل عن ابن أبي ليلى رجح الله ان له يضمنه لانه ما رضى البائع بقبضه الاعلى جهة العقد فقل ما فيه أن يكون كالمقبوض (على سوم الشراء وفي) المقبوض على (سوم الشراء القيمة) اذا هلك وهو قبيح والمثل في المثل اذا كان القبض بعد سمية الثمن أما اذا لم يسم عن فلا ضمان في الصحيح وعليه فرع ما ذكره الفقيه أبو الليث في العيون في رجل أخذ ثوبا فقال اذهب به فان رضيت اشتريته فضاغ في يده لم يلزمه شيء وان قال ان رضيت اشتريته بعشرة كان ضمانا 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 لا سبب قد تم بالايجاب والقبول وثبوت الخيار بثبوت حق الفسخ وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء حق الملك كخيار العيب قلنا قولك تم البيع بالايجاب والقبول ان أردت في حق حكمه معناه 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 يخرج ما اذا هلك بعدها وانما حينئذ يضمن بالثمن لانه هلك بعد ما تبرم البيع لعدم فسخ البائع في المدة (ولو هلك) المبيع (في يد البائع) والحال أن الخيار له الاشكال في أنه ينفسخ (ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق) عن شرط الخيار فان فيه اذا هلك المبيع في يد البائع قبل التسليم انفسخ البيع والتقييد بالصحيح ليس لاخراج الفاسد لان الحال في البيع الفاسد كذلك أعنى الانفساخ بهلاك المبيع في يد البائع بل لان الاعتبار بالاصالة له والفاسد يأخذ حكمه منه (قوله) وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) وقوله (لان البيع) الى آخره دليل لحذف وهو قولنا يخرج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانبه لازم بات فقد تم السبب في حقه وانتمى 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 أنه يوجب عدم الرضا بخروج ملكه عنه فلا يؤثر السبب في حقه لعدم شرط عمله فيبقى على ملكه كما كان وقوله (الا أن المشتري لا يملكه) بمعنى لكن وهو استدراك الامر متبادر عند قوله بخروج المبيع عن ملك البائع اذا كان الخيار للمشتري وهو المفدر الذي ذكرناه فانه يتبادر بحكم العادة انه اذا خرج المبيع عن ملك البائع يدخل في ملك المشتري وهذا (عند أبي حنيفة وقال لا يملكه) المشتري وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول (لانه لما خرج عن ملك البائع لو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى) ملك (مالك) ولا عهد لنا به في الشرع) في باب التجارة والمعاوضة فيكون كالتسوية فلا يراد شراء متولى أمر الكعبة اذا اشترى عبدا لسدانة الكعبة والضيعة الموقوفة بعبيدها اذا ضعف أحدهم فاشترى ببده آخرفانه لا يدخل في ملك المشتري لان ذلك ليس من هذا الباب بل من باب الاوقاف وحكم الاوقاف ذلك وكذا

لا ترد

وأما أن البديل اذا خرج عن ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك

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

عند أبي حنيفة رحمه الله فلا نه للمالم يخرج ماله عن ملكه لو دخل لزم اجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لأن المعاوضة تقتضي المساواة ونوقض بالمدرقان غاصبه اذا ضمن لصاحبه ملك البدل ولم يخرج المدبر عن ملكه فكان البدلان مجتمعين في ملك واحد واجب بأن قوله (حكماً للمعاوضة يدفع النقص فان ضمان المدبر ضمان جنائية وليس كالمناقبه ويدخل عندهما لأنه لما خرج عن ملكه فالو لم يدخل في ملك الآخر يكون زائلاً لا في (١١٧) مالك يعني سائبة ولا عهد لثابته

في الشرع ونوقض بما اذا اشترى متولى الكعبة عبدا لسدانه الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري وأجيب بأن كلا منافي التجارة وما ذكرتم ليس من مباحل هو ملحق بتوابع الاوقاف وحكم الاوقاف قد تقدم ورجح قول أبي حنيفة بأن شرعية الخيار نظر المشتري ليرتوي فيقف على المصلحة فلو دخل في البيع قربيه فيعتق عليه من غير اختياره فعاد على موضوعه بالنقص (قوله فان هلك في يده) أي ان هلك المبيع في يد المشتري فيما اذا كان اختياره هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع كما تقدم آنفا ومراده 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 لتعذر الرد وتبين بما

ولأبي حنيفة انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فالوقلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه لاجتماع البدلان في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظر المشتري ليرتوي فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك بما يعتق عليه من غير اختياره بأن كان قريبه فينفوت النظر قال (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 فيهك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن

لا ترد التركة المستغرقة بالدين فانها تخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء للقيود المذكور (ولأبي حنيفة رضي الله عنه انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فالوقلنا انه يدخل المبيع في ملكه لاجتماع البدلان) الثمن والمبيع (في ملك) أحد المتعاضين (حكماً للمعاوضة ولا أصل له في الشرع) وأني يكون (المعاوضة تقتضي المساواة) بين المتعاضين في تبادل ملككم ما بخلاف ضمان غاصب المدبر اذا أتى من عند سواهما فلنا انه بدل اليد والملك حيث لا يخرج المدبر به عن ملكه مالكة فيجتمع العوضان في ملك واحد فانه ضمان جنائية لا ضمان معاوضة شرعية وهذا لزم في الشرع مما ذكرناه فان المشتري للسدانة والوقف كائن في المعاوضة وهو يخرج ولا يدخل في ملك أحد (ولان خيار المشتري شرع نظرا ليرتوي فيقف على المصلحة) في رأيه (ولو أثبتنا الملك له) بمجرد البيع مع خياره الحقناه نقض مقصوده (اذربما) كان المبيع من (يعتق عليه) فيعتق (من غير اختياره) فيعود شرع الخيار على موضوعه بالنقص اذا كان مفقوداً بالنظر وذلك لا يجوز وقد أورد على هذا لو لم يثبت الملك للمشتري لم يستحق به الشفعة لأن استحقاقها بالملك ولذا لا تنبت بحق السكنى لكنه يستحقها اذا بيعت دار بجوارها بالاتفاق والاجماع أجيب بأنه انما استحقها لانه صار أحرق بها تصرفاً لانه ملكها كالعبد المأذون يستحقها اذا بيعت دار بجوارها بهذا المعنى وحاصل هذا منع قصر استحقاق الشفعة على حقيقة الملك بل هو أعمى معناه وهذا تكلف لا يحتاج اليه وستأتي المسئلة معللة بانبرام البيع في ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تصحيحها وما في الاجناس لو بيعت دار بجوارها فأخذها بالشفعة لا يبطل خيار الرؤية فله أن يردها اذا رآها ويبطل خيار الشرط (فان هلك) المبيع (في يد المشتري) ولو في مدة الخيار (هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب) لا يرجي زواله كان قطعت يده ولو بغير صنعته فانه يلزمه الثمن ويمتنع الرد بخلاف ما لو كان يرجي زواله في المدة بأن مرض فان المشتري على خياره لكن ليس له أن يرده مر يضابل حتى يبرأ في المدة فان مضت المدة ولم يبرأ لزم البيع فيه وعن أبي يوسف يبطل خيار المشتري في كل عيب بأي وجه كان الا في خصلة وهي ان النقصان اذا حصل في يد المشتري بفعل البائع لا يبطل خياره بل ان شاعرده وان شاء أجاز البيع 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 يملك بالقيمة وبين ما اذا كان للمشتري فهلك في يد المشتري فانه يملك بالثمن هو ان الهلاك لا يتخلو عن مقدمة عيب ودخول العيب يمنع الرد حال قيامه كائنا ما كان فاذا اتصل به الهلاك لم توجد حالة مجوزة للرد فيهك وقد انبرم العقد وانبرم العقد

ذكر ان هلاك المبيع وتعيينه بوجب القيمة على المشتري اذا كان الخيار للبائع وبوجب 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 فيهك والعقد قد لزم وتم فيلزم الثمن المسمى

قال المصنف (والعقد قد انبرم) أقول انبرم مطاوع قولهم أبرمت الامر ابراما اذا حكمته

وأما إذا كان الخيار للبائع فلم يمنع الرد على المشتري بدخول العيب لأن الخيار للبائع لانه فيهلك والمبيع موقوف فيلزم القيمة قال (ومن اشترى امرأته) هذه مسائل ترتب على الاصل المتقدم ذكره وهو أن الخيار إذا كان للمشتري يخرج المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري عنده وعندهما يدخل فعلى هذا إذا اشترى امرأته (على انه بالخيار ثلاثة أيام يفسد النكاح) لأنه لم يملكها وان وطئها له أن يردّها لان الوطء لم يكن بملك اليمين حتى يسقط الخيار الا اذا كانت بكرًا فليس له أن يردّها لان الوطء يتقصها وهذا يشير الى أن قوله (وان وطئها له أن يردّها) معناه اذا لم يتقصها الوطء فأما اذا تقصها فلا يردّها وان كانت ثيبًا ليسه أشير في شرح الطحاوي وعندهما يفسد النكاح وان وطئها لم يردّها وان كانت ثيبًا لانه ملكها ووطئها بملك اليمين ولهذه المسئلة نظائر في كونها مترتبة على الاصل المتقدم منها عتق المشتري على المشتري في مدة الخيار اذا كان قريبا للمشتري لا يعتق عليه عنده خلافا لهما ومنها ما اذا قال ان ملكك عبد افهوجر فاشترى بالخيار لا يعتق عنده خلافا لهما

بخلاف ما تقدم لان دخول العيب لا يمنع الرد حكما بخيار البائع فيهلك والعقد موقوف قال (ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة أيام يفسد النكاح) لانه لم يملكها له من الخيار (وان وطئها له أن يردّها) لان الوطء بحكم النكاح (الا اذا كانت بكرًا) لان الوطء يتقصها وهذا عند أبي حنيفة (وقالا يفسد النكاح) لانه ملكها (وان وطئها لم يردّها) لان وطئها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبًا 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 ملكك عبد افهوجر

بوجب الثمن لا القيمة بخلاف ما تقدم من كون الخيار للبائع فان نعيم المبيع لا يمنع الرد حكما بخيار البائع (فيهلك والعقد موقوف) فيبطل العقد فلا يضمن الثمن بل القيمة (قوله) ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة أيام يفسد النكاح) عند أبي حنيفة (لانه لم يملكها له من الخيار) والمبيع لا يدخل في ملك المشتري بالخيار فلورد البيع استمرت زوجة عنده وعندهما اذا فسخته رجعت الى مولاهن بلا نكاح عليهما (وان وطئها) بعد الشراء (له أن يردّها) بالخيار لان الوطء لا يلزم هنا أن يكون اجازة لان له في النكاح ملكا فأيما حصل له الوطء لم يلزم كون وطئها اجازة (الا اذا كانت بكرًا لان الوطء يتقص البكر) فيمتنع الرد للعيب الذي حدث عنده ومن هذا يعرف أنه لو تقصها الوطء وهي ثيب عتق الرد عنده أيضا للنقص الذي دخلها لذات الوطء فان قيل لما زوجها مولاهن الذي باعها فقد رضى بالنقصان بزوال البكارة وحين أثبت له الخيار فقد رضى بالرديف كون راضيا بردّها ناقصة أحبب جمع بقاء الرضا بذلك بعد البيع بل لما باعها نسخ ذلك الرضا الى الرضا عما هي أحكام هذا البيع وأحكام هذا البيع ما ذكرناه (وقالا يفسد النكاح لانه ملكها فان وطئها لا يردّها) ولو كانت ثيبًا لان الوطء بعد انفساخ النكاح ليس الا بملك اليمين فكان مسقطا للخيار ورضا بالبيع وهذه المسئلة من فروع الخلاف في ثبوت الملك في المبيع للمشتري بشرط الخيار وعدمه (ولها أخوات) ذكرها المصنف تقر بعلى الخلاف في ذلك (منها عتق العبد (المشتري على المشتري) بشرط الخيار (في مدة الخيار اذا كان قريبا) قرابة محرمة عندهما وعنده لا يعتق حتى تنقضي المدة ولم يقسخ لانه لم يملكه (ومنها أن من قال ان ملكك عبد افهوجر) فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه لا يعتق عند أبي حنيفة لانه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط وعندهما وجد فعتق لانه ملكه أما لو قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه يعتق بالاتفاق لوجود الشرط وهذا شراء فيكون كالمشترى للعتق بعده من حيث ثبوت الحرية لا من كل وجه ولذا لا يعتق عن الكفارة اذا نوى الخالف بشرائه أن يعتق عن كفارته ومنها لو اشترى جارية على أنه بالخيار فحاضت في مدة الخيار أو وجد بعض الحيضة فيها ثم اختار البيع عنده لا يجتزئ بثلاث الحيضة لانها قبل الملك والموجود بعد الملك بعض الحيضة فلا بد من حيضة أخرى لحل الوطء وعندهما يجتزئ بها لوجودها بعد الملك وينبغي أن يفسد بذلك بعد القبض لان السبب لوجوب الاستبراء الملك والمالك المؤكد يكون بالقبض ولو اختار الفسخ فردّها الى البائع لا يحتاج البائع الى استبرائها 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 الاستعدادات الملك بعد ملك المشتري الملك المؤكد بالقبض فيثبت نوبهم الشغل وأجمعوا أنها لعقد ولو كان بائنا ثم فسخ باقالة أو غيرها ان كان قبل القبض فالقياس أن يجب على البائع الاستبراء وفي الاستحسان غير واجب وان كان بعد القبض فلا استبراء واجب قياسا واستحسانا ولو كان الخيار للبائع ففسخ في المدة فظاهر الرواية أنه لا يجب عليه استبراء لانها لم تخرج عن ملكه وان اجازة فعلى

بمخلاف ما إذا قال ان اشترت لانه يصير كالمشني العتق بعد الشراء لان العلق بالشرط كالرسل عنده ولو أنشأ العتق بعد شرائه بالخيار عتق وسقط الخيار كذا هذا فان قيل لو كان كالمشني وجب أن ينوب عن الكفارة اذا اشترى المحلوف عليه بعته فواي عن الكفارة أجيبت بأنه جعل كالمشني نصحا لقوله فهو حر فلا يتعدى الى الوقوع عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت المين لانه كالمدر في الاستحقاق وفيه يعمل الانشاء للعتق لاعتن الكفارة كذلك هذا ومنها ان المشتراة اذا حاضرت بعد القبض في مدة الخيار حمضة أو بعضها فاختارها لا يجتزئ بتلك الحمضة من الاستبراء عنده خلافا لهما ولوردها على البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض أو بعده وعندهما اذا كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع (١١٩) 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 بالسكاح لا تصير أم ولد عنده قال صاحب النهاية لا بد من أحد تأويلين إما ان يكون معناها اشترى منكوحته وولدت في مدة الخيار قبل قبض المشتري بشرط الخيار أو يكون اشترى الامه التي كانت منكوحته وولدت منه ولذا قبل الشراء ثم اشترى بشرط الخيار لا تصير أم ولده في مدة الخيار عنده خلافا لهما وعلى هذا كان قوله في المدة نظر فالقوله لا تصير أم ولده لا ظرف الولادة وتقرير كلامه اذا ولدت المشتراة بالسكاح

بمخلاف ما إذا قال ان اشترت فهو حر لانه يصير كالمشني للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حمض المشتراة في المدة لا يجتزأ به عن الاستبراء عنده وعندهما ما يجتزأ ولوردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب ان اردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالسكاح 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 بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري احصة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ما ذوناله فأبرأه البائع من الثمن في المدة المشتري استبرأها بحمضة بعد الاجازة بالاجماع ومنها اذا ولدت منكوحته بعد ما اشترىها على أنه بالخيار في المدة لا تصير أم ولده وتصير أم ولده عندهما وقد قيد الشارحون كلام المصنف بأن تكون الولادة قبل القبض ولا بد منه لما ذكر في المبسوط لو ولدت عند المشتري ينقطع خياره لانها تعينت بالولادة وتصير أم ولد بالاجماع وصور الطحاوي هذه الخلافة فيما اذا ولدت قبل الشراء قال اشترى جارية وقد ولدت منه ولدا بشرط الخيار فعند أبي حنيفة لا تصير أم ولده وخياره على حاله الا اذا اختارها صارت أم ولده وعندهما تصير أم ولده بالشراء ويبطل خياره ويلزمه الثمن وكذا ذكره غيره وتقييده بكونه قبل القبض أحسن وهو يصدق بصورتين ما قبل القبض والشراء وما قبل القبض بعد الشراء (ومنها اذا قبض المشتري) بشرط الخيار له (المبيع باذن البائع ثم أودعه عنده 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 صحيحا وهلاك المبيع قبل القبض يبطل المبيع (وعندهما) بهلك (من مال المشتري احصة الايداع باعتبار قيام ملكه) وقد يقال عدم صحة الايداع باعتبار أن المالك لا يصلح مودعا للملك نفسه صحيح لكن الواقع أن المبيع يخرج عن ملك البائع بالاتفاق فلا يكون مودعا للملك نفسه فتصح ودبعية المشتري لتحقق ايداع غير المالك كالمضارب وغيره وقد يراد ملكه بحسب المال الا أنه ليس بالارزم بل وازان لا يؤول الى ملكه بأن يجتاز المشتري المبيع أمالو كان الخيار للبائع فسله الى المشتري ثم إن المشتري أودعه في مدة الخيار البائع فهلك في يده قبل نفاذ البيع أو بعده يبطل البيع في قولهم جميعا ولو كان البيع بائنا قبضه المشتري باذن البائع أو بغير اذنه وله فيه خيار رؤية أو عيب فأودعه البائع فهلك في يده هلك على المشتري ولزمه الثمن اتفاقا لان هذين الخيارين لا يمنعان ثبوت الملك فصح الايداع منه (ومنها لو كان المشتري) بالخيار (عبدا ما ذوناله فأبرأه البائع من الثمن في المدة) يصح ابرأه استحسانا لا قياسا لان البائع لم يملك

لا تصير أم ولده في مدة الخيار وفيه تعقيد لفظي كما ترى قال صاحب النهاية وانما احتجنا الى أحد التأويلين لانا لو أجزنا على ظاهر اللفظ وقلنا انه اذا اشترى منكوحته بشرط الخيار قبضها 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 أودعه عند البائع فهلك في يد البائع في مدة الخيار أو بعدها هلك على البائع لان القبض قد ارتفع بالرد اذا ودبعية لم تصح لعدم ملك المودع واذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وانه من مال البائع وعندهما المالك المشتري صححت الودبعية وصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده ومنها ما لو كان المشتري عبدا ما ذوناله فأبرأه البائع من الثمن في المدة

(قوله لانا لو أجزنا على ظاهر اللفظ) أقول يعني الاطلاق

بقي خياره لانه لم يملكه كان الراد امتناعا منه عن التملك وللاذون له ولا به ذلك وعندهما بطل خياره لانه لم يملكه كان الراد منه تملكا بغير عوض والمأذون ليس من أهله فان قلت اذا كان الخيار للشترى فالثمن لم يخرج عن ملكه فوجه ابراء البائع عن الثمن قبل أن يملكه أحب بأن القياس ينفي صحة هذا الإبراء وجواز استحسانه لخصه به بعد وجود سبب الملك وهو العقد ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خيرا بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما (١٢٠) وعنده بطل الخيار والبيع ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح

بقي على خياره عنده لان الراد امتناع عن التملك والمأذون له بليه وعندهما بطل خياره لانه لم يملكه كان الراد منه تملكا 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 بطل البيع لانه لم يملكها فلا يملكها باسقاط الخيار بعده وهو مسلم قال (ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة وله أن يجزئ فان أجاز بغير حضرة صاحبه حاز

واذا كان الخيار للبائع وأسلم بطل البيع بالاجماع واذا كان الخيار للشترى وأسلم البائع لا يبطل البيع بالاجماع لان العقد من جانبه بات فان اختاره المشتري صار له وان رد صار الحجر للبائع والمسلم من أهل أن يملك الحجر حكما قال (ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة) هذا العموم يتناول البائع والمشتري والاجنبي لان شرط الخيار يصح منهم جميعا فاذا كان الخيار للبائع فالاجازة تحصل بثلاثة أشياء بأن يقول أجزت وبموت في مدة الخيار لانه لا يورث كما سئذ كره فيكون العقبة نافذا وبأن تحصى مدة الخيار من غير فسخ واذا كان للشترى فبذلك وبأن يصير المبيع في يد المشتري الى حال لا يملك فسخه على تلك الحالة كهلاك المعقود عليه وانتقاصه كما تقدم وأما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد يكون حكما والثاني هو ما يكون بالفعل كان يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملاك كما

الثمن على المشتري بالخيار فلا يصح ابرأؤه مما لا يملكه وفي الاستحسان يصح لوجوب سبب ملكه للثمن وهو البيع واذا صح ابرأؤه بالاتفاق (بقي على خياره) في السلعة ان شاء أجاز البيع فإخذها بلا ثمن وان شاء رده فسر السلعة للبائع عند أبي حنيفة لانه لم يملك المبيع فكان رده امتناعا عن تملك شيء بلا عوض (والمأذون بليه) أي يملك ذلك كله أن يمنع عن قبول الهبة (وعندهما) لما برئ من الثمن والواقع أن المبيع يدخل في ملك المشتري بالخيار لورده كان متبرعا بملكه بغير عوض والعبد للمأذون ليس من أهل التبرعات فاذا امتنع الراد تبرع المبيع بلا شيء واستشكل تصوير المسئلة بسبب أن الثمن لا يخرج عن ملك المشتري بشرط الخيار فكيف يتصور ابراء منه والجواب أن ابراءه يعتمد على الذمة وليس من ضرورته زوال ملك المشغول ذمته عن مقداره الأبرئ أن المدبون مشغول الذمة ولم يزل ملكه عن شيء من ماله وانما اشتغلت ذمته لصحة السبب لان شرط الخيار ليس داخل على السبب بل على حكمه كما تقدم وبوجود البيع لا بد أن تشغل الذمة بالثمن ولا يظن انه يقارن وجوب أدائه بل الثابت أصل الوجوب وليس في أصل الوجوب طلب أصلا على ما عرف (ومنها اذا اشترى 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 ما لو اشترى مسلم من مسلم عسيرا بالخيار فتحه في المدة ففسد البيع عنده بالجزء عن تملكه باسقاط خياره وتم عنده ما بالجزء عن رده بفسخه ومنها ما اذا اشترى دارا على أنه بالخيار وهو ساكنها باجارة أو اعادة فاستدام سكنها قال الامام السرخسي لا يكون اختيارا وانما الاختيار ابتداء السكنى وقال خواهر زاده استدامة السكنى اختيار عندهما لانه يملك العين وعنده ليس باختيار لانه بالاجارة أو الاعارة لم يملك شيئا ومنها حال اشترى ظبية بالخيار فقبضه ثم أحرم والظبي في يده ينتقض البيع عنده ويرد الى البائع وقال يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع ولو كان للمشتري فأحرم البائع للمشتري أن يرده ومنها أن الخيار اذا كان للمشتري وفسخ العقد فالرأى ترد على البائع عنده لانهم لم تحدث على ملك المشتري وعندهما للمشتري لانها حدثت على ملكه (قوله ومن شرط له الخيار) سواء كان باذعنا أو مشتريا أو اجنبيا (له أن يجزئ) في مدة الخيار بالاجماع الفقهاء (وله أن يفسخ فان أجاز بغير حضرة صاحبه) يريد بغير عمله (جاز) فاذا كان الخيار للبائع فنفاذ البيع بأحدمعان ثلاث

اذا اعتق المبيع أو باعه أو كانت جارية فوطئها أو قبلها أو أن يكون الثمن عينا تصرف المشتري فيه تصرف الملاك فيما اذا كان الخيار للمشتري فان العقد يفسخ سواء في ذلك حضوره أو الآخر وعدمه لانه فسخ حكمي والشيء قد ثبت حكما وان كان يبطل قصدا

قال المصنف (لان الراد امتناع عن التملك) أقول الظاهر انه يقال عن التملك

بعضى مدة الخيار وعمومه وباعتماده وجنونه في المدة فان افاق فيها قال الاسيبي الاصح انه على خياره ولو سكر من الخمر لم يبطل بخلاف سكره من البعج ولو اردت فعلى خياره اجماعا فلو تصرف بحكم الخيار فهو موقوف عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما والمعنى الثالث أن يجيز البيع كان يقول أجزت البيع ورضيته واسقطت خيارى ونحو ذلك وإذا كان الخيار للمشتري فمفادها عاذا كزنا من الامور الثلاثة للبائع وبالفعل بأن يتصرف في المبيع تصرف المالك في مدة الخيار بأن يعتق أو يكتب أو يدبر أو يبيع المبيع أو يهبه ويسله أو يرهنه أو يؤجره وان لم يسلمه على الاصح وكذا اذا علق عقده في المدة فوجد الشرط فيها ومن ذلك أن يباشر في المبيع فعلا لا يحتاج اليه للامتحان ولا يحل في غير الملك بحال فان كان يحتاج اليه للامتحان ويحل في غير الملك فهو على خياره فالوطء حارة وكذا التقبيل بشهوة والمباشرة بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة لا بغير شهوة لان ذلك يحل في غير الملك في الجملة فان الطبيب والقابله يحل لهما النظر والمباشرة نعم التقبيل لا الا أن النظر اليه من حيث هو ومن ولو أنكر الشهوة في هذه كان القول قوله لانه ينكر سقوط خياره وكذلك اذا فعلت الجارية ذلك بسقط خياره في قول أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فعلها البتة اجازة للبيع لان شرط الخيار لا يختار هو ولا يختار عليه ولا يبي حنيفة أن حرمة المصاهرة تثبت بهذه الاشياء فكانت ملحقة بالوطء فصارت هذه الاشياء من حيث هي ملحقة بالوطء في ايجاب الحرمة كالضام الى الرجل وأما المباشرة مكرها كأن أومطوا واختار أما عند أبي حنيفة فظاهر وأما عند محمد فلان الوطء تنقيص حتى لو وجدت من غير المشتري بمنع الرد فاما المباشرة اذا ابتدأها والمشتري كاره ثم تركها وهو يقدر على الامتناع فهو اختيار وانما يلزم سقوط الخيار في غير المباشرة اذا أقر بشهوتها لان فعلها يلزم اسقاط خياره فمتوقف على اقراره بما يسقط خياره ولو دعا الجارية الى فراشه لا يسقط خياره والاستخدام ليس باجازة لانه بمنع به والاستخدام ثانيا اجازة الا اذا كان في نوع آخر وقد اختلف كلامه في الفتاوى الصغرى فقال الاستخدام مرارا لا يكون اجازة وقال في موضع آخر قال المرة الثانية تبطل الخيار وأكله المبيع وشربه ولبسه يسقط الخيار وفي فتاوى قاضيان اذا لبسه مرة واستخدم الخادم مرة لا يبطل خياره ويبطل بعمرتين وركوبها يسقطها أو يردّها ويعلقها اجازة وقيل ان لم يمكنه بدون الركوب لا يكون اجازة وأطلق في فتاوى قاضيان انه لا يبطل خياره فقال وركوبها يسقطها أو يردّها على البائع لا يبطل خياره استحسننا انما جعله الاستحسان ولو قطع حواف الدابة أو أخذ بعض عرفها لا يبطل ولو نسخ من الكتاب نفسه أو لغيره لا يسقط ولو درس فيه يسقط وقيل على العكس وبه أخذ أبو الليث وطلب الشفعة بالدار المشتراة رضاهما بخلاف خيار الرؤية والعيب ولو حدث به عيب في خيار المشتري بطل خياره سواء حدث بفعل البائع أو بغيره فعلى عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يلزمه العقد بفعل البائع لان البائع لا يقدر على الزام البيع ومتى قلنا انه يلزم بجوابته اثبتنا له قدرة الزامه فتصرف فائدة شرط الخيار للمشتري بخلاف ما اذا كان من أجنبي فان لزومه لا من قبله ولهما أن ما ينقص بفعل البائع في ضمان المشتري فيلزم العقد في ذلك القدر الذي تلف في ضمانه وتعدرت على البائع حصته من الثمن فبقى ردا الباقي كان تفرقا للصفقة 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 بغيره فهو غير مضمون على البائع وكذا لو سقطت اطرافه لم يسقط شيء من الثمن لكنه يغير المشتري ولو حدث بفعل البائع انتقص البيع لان ما انتقص مضمون عليه ويسقط حصته من الثمن فلو نفي الخيار تفرقت الصفقة على المشتري ولو بزغ الدابة فهو رضا ولو حلب لبنها فهو رضا عند أبي حنيفة رواه أبو يوسف عنه وقال أبو يوسف لا يكون رضا حتى يشربه أو يستهلكه ولو سقى حرثا في الارض فيما اذا اشترى الارض أو حصده الزرع أو وصل

وأما الأول فهو ما يكون بالقول (١٣٣) وهو أن يقول البائع أو المشتري فسخت فان كان ذلك بمضرة الأخرى بعلمه انفسخ

وان فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضر عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي والشرط هو العلم وإنما كنى بالمضرة عنه لأنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالأجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالمكيل بالبيع ولهما أنه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لأنه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب لساعته مشتريا فيما إذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيستوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الأجازة لأنه لا الزام فيه

منه شيئا فيما إذا اشترى الزرع فهو رضاء ولو سقي دوابه من النهر أو شرب هو فليس رضاء ولو طعن في الرحي فهو رضاء وقد ذكر فيها تفصيل وذلك في رحي الماء وليست في ديارنا ولو كان المبيع دارا فيها ساكن فطلب المشتري الأجرة من الساكن فهو أجازة ولو غسل العبد أو الجارية أو مشطها بالمشط والدهن وألبسها فليس رضاء (قوله وان فسخ) أي من له الخيار في المدة (بغير مضرة الأخرى) أي بغير علمه (لم يجز) عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول مالك (وإنما كنى بالمضرة عن العلم) حتى لو لم يبلغه الفسخ إلا بعد المدة تم البيع لعدم اعتبار ذلك الفسخ (وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي) وكذا الخلاف في خيار الرقبة والفسخ بالقول في المدة بأن 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 وكان مقتضى النظر أن من قال ببيع الفسخ بغير علم صاحبه بالقول أن يقول به فيما هو فعمل اختياري لأنه كالقول من حيث هو اختيار ثبت به الانفساخ بخلاف الموت وفعل الأمة ودخول العيب بغير صنعته والهلاك فان كان الخيار للبائع فهو أن يتصرف في المبيع تصرف الملاك كالتق والبيع والوطع جميع ما قدمنا أنه أجازة إذا صدر من المشتري من الأفعال فهو فسخ إذا صدر من البائع (له) أي لابي يوسف (أنه) أي الفاسخ منهما (مسلط على الفسخ من جهة صاحبه) يعني الذي لا خيار له (فلا يتوقف) فسخته (على علمه) كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل (ولهما) أنه تصرف في حق الغير وهو الذي لا خيار له (بالرفع ولا يعرى عن الضرر لأنه) أي الغير الذي لا خيار له (عساه يعتمد على تمام البيع السابق) إذا انقضت المدة ولم يظهر له الفسخ (فيتصرف) المشتري (فيه) فيما إذا كان الخيار للبائع والواقع أنه فسخ (فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك) وقد تكون القيمة أكثر من الثمن (ولا يطالب لساعته مشتريا) اعتمادا على نفاذ البيع للمالك بظهوره الفسخ في المدة اعتمادا على تمامه (فما إذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر) يجوز من قبل الأفراد بالفسخ فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل قصد حال عدم علمه لا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به كي لا يضرر بلزوم الثمن من ماله إذا كان وكيل بالشراء وبطلان قوله وتصرفه إذا كان وكيل بالبيع وربما يعتمد المشتري منه النفاذ فيتسبب الفساد والحاصل قياسان تعارضا قياس أبي يوسف على تصرف الوكيل وقياسه على عزل الوكيل ثم في قياسهما أمور طردية لا معنى لها وهو قوله تصرف في حق الغير بالرفع فان هذا لا أثر له في نفي الصحة بلا علم إنما أثره في نفي الصحة بلا إذن فان كونه حق الغير يمنع التصرف بلا إذن فهو بالنسبة إلى العلم طرد والاذن قد وجد في ضمن شرط الخيار له فان قيل لا نسلم أن شرط الخيار تضمن الاذن له بالفسخ مطلقا وإنما يكون ذلك لو لم يكن مظنة أن يلحقه ضرر أما إذا كان الفسخ بغير علمه طريق ضرر يلحقه فلا قلنا فاستقام حينئذ أن المؤثر ليس إلا كون فسخ مظنة ذلك الضرر وصح قولنا أن ماسواه لا أثر له من كونه تصرف في حقه بلا علمه وحينئذ فيقتصر النظر على اثبات الضرر ولا يخفى أن الضرر الذي ذكرناه يلحق المشتري إذا كان الخيار للبائع في حيز التعارض لأن ضرر لزوم القيمة إنما

العقد بالاتفاق وان كان بغير علمه فلا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رجوعهما الله وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي رجوعهما الله لابي يوسف ان من له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالأجازة وهو قياس منه لاحد شرطى العقد على الآخر ووضع ذلك بعدم اشتراط الرضاء وجعل ذلك كالمكيل بالبيع فان له أن يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا لأنه مسلط من جهته (ولهما ان الفسخ تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع وهو) لا يعرى عن المضرة) أما إذا كان الخيار للبائع فالمشتري عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد تكون القيمة أكثر من الثمن ولا خفاء في كونه ضررا وأما إذا كان للمشتري فالبايع عسى يعتمد تمامه فلا يطلب لساعته مشتريا وقد تكون المدة أيام رواج بيع المبيع وفي ذلك ضرر لا يخفى والتصرف المشتمل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة كما في عزل الوكيل والقياس

يكون

على الشرط الآخر فاستدعي القارق وهو الالزام

(قوله وهو قياس منه لاحد شرطى العقد) أقول فيه تسامح لظهور ان الفسخ ليس أحد شرطى العقد

ولانسل انه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لان التسليط على الفسخ من لا يملكه غير معقول ولا مشروع كاتملك من غير المالك وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لان معنى الالتزام على العلم لاعلى الرضا وتكونه لا بد منه في البياعات لانه لا التزام فيها وعورض بأن ما ذكرتم من الزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما يفتيه وهو انه لو لم ينفرد بالفسخ لربما اختفى من ليس له الخيار الى مضي المدة فيسلم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى وأجيب بأنه ضرر مرضي به منه حيث ترك الاستئناق بأخذ الكفيل مخافة الغيبة واعلم ان مدار دليله ما الزام ضرر زائد غير مرضي به فاذا فات المجموع أو بعضه في بعض الصور لا يكون نقضا فلا يرد ما قبل الطلاق والعناق والعفوع عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل الزام وهو مسوغ لان ذلك من الاسقاطات وما هو كذلك ليس فيه شيء من الالتزام كاسقاط الحمل عن الدابة ولا ما قبل الزوج بغير الرجعة وحكمها يلزم (١٢٣) المرأة وان لم تعلم لانه ليس فيها الزام لان

الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة الزام أمر جديد سلناه اسكن ليس فيه الزام ضرر لان النكاح من عوالى النعم فاستدامته بالرجعة لا تكون ضررا ولا ما قبل اختيار الخيرة ينفذ على زوجها وفيه الزام حكم الاختيار وان لم يعلم به لعدم الالتزام بل ذلك بالتزامه أو لانه لا ضرر فيه فان الايجاب فيه حصل منه ولو رأى ضررا ما أقدم عليه أو لانه غير زائد على موجب التخيير ولا ما قبل اختيار الامنة المعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه الزام لانه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار أو هو مرضي به بالاقدام على سببه ولا ما قبل اختيار المالك رفع عقد الفسوخ يلزم العاقدين بلا علم وفيه الزام عليه لانه

ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمعنى المدة قبل الفسخ

يكون بناء على زيادة القيمة على الثمن وهو غير لازم ولا أكثرى بل قد يكون الثمن أكثر من القيمة فهما في محل التعارض بل الغالب أن البيع يكون بما هو قيمة المبيع خصوصا بياعات الاسواق فبطل ذلك الشق وأما ضرر البائع باعتماده فلا يطلب سلته مشتربا فانما لحقه من نقصه حيث لم يستكشف من المشتري في المدة هل فسخت أولا فمثل هذا كثير في الفقه أعنى الزام ما هو ضرر ناقص سير من لزمه في احتياطه لنفسه مع المكنة بخلاف الوكيل فان ضرره لازم بالزام من ما يشتره عليه ان كان وكلا للشراء لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف فيتضرر بالزام عن ما لا عرض له فيه ولا حاجة له به وقد لا يكون مال المقداره وباهدار أقواله أعنى عقوده اذا كان وكيل بالبيع وهذا أضر على النفس من اقتراض المال دفع الدين لما يلزمه عند الناس من تحمير شأنه ووضع قدره فالوجه لابي يوسف والشافعي أقوى والله أعلم وقوله حينئذ (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 المدة فاذا منع تضمن شرط الخيار الاذن بلا علم للضرر فكان الاذن مقيدا بداء عدم محل الضرر وهو حال العلم فجوابه ما ذكرناه من انتفائه في صورة التعارض وعدم تأثيره في أخرى لتقصير من يلزمه وبهذا أجابوا عن المعارضة القائلة لو لم يتقدم له الخيار بالفسخ يتضرر هو ايضا لانه يمكن أن يختفي صاحبه في المدة حتى تنقضي فقالوا لهذا الضرر انما لزمه من جانبه بتقصيره في أخذ الكفيل وأما الجواب بأن الضرر بالاختفاء على صاحب الخيار لهجزه عن احضاره لا بالاختفاء في سعة فضل الله التجاوز عنه وقيل الظاهر انه لا يختفي لانه أمين حيث اثبت الخيار لصاحبه واعلم أن الالتزام بهذا النوع على احدي الروايتين في فتاوى قاضيخان جاء الى باب البائع ليرده فاخفى فيه فطلب من القاضي خصم باليرده عليه قال بعضهم ينصب نظرا للمشتري وقال محمد بن سلمة لا يجيبه لان المشتري ترك النظر لنفسه حيث لم يأخذ منه وكيل مع احتمال غيبته فلا يتظرله فان لم ينصب القاضي وطلب المشتري من القاضي الاعذار عن محمد وروايتان في رواية يجيبه فيبعث مناديا ينادى على باب البائع ان القاضي يقول ان خصمك فلان يريد ان يرد المبيع عليك فان حضرت والا

امتناع عن العقد لا الزام منه ولا ما قبل الطلاق يلزم العدة على المرأة وان لم تعلم لانه لا ضرر في العدة أو يكونه بايجاب الشرع نصادون الطلاق بخلاف الضرر المذكور في خيار الشرط فانه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد أو الاجارة وهو غير مرضي به من جانب الآخر فلا يلزمه الا بعلمه (قوله ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه) يشير الى ان الشرط هو العلم دون الحضور وليس المراد بقوله كفى هو الكناية الاصطلاحية لارباب البلاغة لكن المراد به ما استتره المراد

(قوله لان ذلك الى قوله من الالتزام الخ) أقول العناق اثبات القوة الحكيمة على ما بين لانه اسقاط والظاهر أن يقال ليس فيه ضرر (قوله لان النكاح من عوالى النعم الخ) أقول فيه يحث (قوله أو لانه غير زائد على موجب التخيير) أقول وكذلك الفسخ في مسئلتنا فالاولى أن يقال أو لانه مرضي به ولو لم لا أقدم على الايجاب (قوله أو هو مرضي به ولو لم لا أقدم على الايجاب بالاقدام على سببه) أقول سببه الاعتناق لا النكاح

نقضت البيع ولا ينقض القاضي بلا عذار وفي رواية لا يجيبه الى الاعذار أيضا وقيل لمحمد يعني على
 هذه الرواية كيف يصنع المشتري قال يذني للمشتري أن يستوثق فإخذ منه وكلا ثقة اذا خاف الغيبة
 حتى اذا غاب يرد على الوكيل وطريق نقض القاضي على احدي الروايتين أنه اذا قال الخصم اني
 أعذرت اليه وأشهدت فتواري فيقول القاضي أشهدوا انه زعم أنه أعذرت الي صاحبته في المدة كل يوم
 واخفى فان كان الامر كما زعم فقد أبطلت عليه الخيار فان ظهر وأنكر فعلى المدعي البينة بالخيار
 والاعذار وهذا لا يمكن من اقامة البينة على ذلك قبل ظهوره لانه لا يحكم على غائب ولا تسمع حال
 غيبته للحكم بها عليه واذا عرف هذا فالسائل الموردة نقضه سلمة لانها على وفق ما ترجح من قول أبي
 يوسف لكننا نورد هنا بناء على تسليم تمام الدليل فمنها ان الخيرة يتم اختيارها لنفسها بلا علم زوجها ويلزمه
 حكم ذلك وأجيب بأن لزوم حكم الطلاق على الزوج بايجابه نفسه وهو تخيير وهو بعد الرضا والعلم وهو
 مدفوع بأن اثبات خيار الفسخ مستزلة اثبات خيار الطلاق فان كان الطلاق بايجابه فيجوز حال غيبته
 فكذلك الفسخ بايجابه فيجوز حال غيبته ومنها الرجعة ينفردهم الزوج ويلزم حكمها المرأة حتى لو تزوجت
 بعد ثلاث حيض فسخ اذا أثبت الرجعة قبلها أجيب بأن الزوج لا يلزمها حكما جديدا لان الطلاق الرجعي
 لا يرفع النكاح وانما ثبت البينة عند فراغ العدة بشرط عدم الرجعة فكان عليها أن تستكشف
 شرط تصرفها هل هو موجود أولا ومنها الطلاق والعناق والعقود من القصاص فان حكمها يلزم غيره
 بلا علمه وأجيب بأنها اسقاطات لا يلزم بها شيء من اسقط عنه فلا يتوقف على علمه ومنها خيار المعتقة
 يصح اختيارها للفرقة بلا علم زوجها أجيب لاروايه فيها وعلى تقدير التسليم فالخيار أثبتتها لها الشرع
 مطلقا وله الولاية عليهم ما 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 فما الضرر الذي يلزمه أو لا حتى يحتاج الى جوابه قلنا امتناعه عن تزوج أمة بناء على
 قيام نكاح التي اعتمدت ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين أجيب بأن عقدهما
 لا وجود له في حق المالك اذا لا يلهما عليه فاذا رد فقد بقي عدم شرط الثبوت فأنعدم أصلا في حقه
 فانه يقع الانعقاد حكما ومنها العدة فانها تلزم على المرأة بتطليق الزوج وان كان بغير علمها أجيب بأن
 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 بازالة ملك أقدرة الله تعالى عليه فانما تلزم في ضمن الطلاق
 والعبرة للتمسك بالمتضمن وأما هنا فليس جواز الفسخ له بتسلط صاحبه لما ذكرنا وقد عرف ما فيه
 ﴿فروع﴾ اشترى باعلا ما على أنهما بالخيار فرضي أحدهما لاراد لا آخر عنده وقال له 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 بالفسخ ثم البائع بالاجازة ثم هلك في يد المشتري قيمته
 ولو تفاسخا العقد ثم هلك في يد المشتري قبل الرد يبطل حكم الفسخ ذكره في المحتجب وفي الفتاوى
 باع أرضا على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام وتقابضا ثم نقض البائع البيع تبقى الأرض مضمونة على
 المشتري وللمشتري جسمها الاستيفاء الثمن الذي كان دفعه الى البائع فان أذن البائع بعد ذلك للمشتري
 في زراعتها فزرعها تصير أمانة عند المشتري وكان للبائع أن يأخذها متى شاء قبل أن يرد الثمن وليس للمشتري
 جسمها لانه لما زرعها باذن البائع صار كأنه سلمها الى البائع ولو مرض العبد والخيار للمشتري فبقي البائع
 فقال له نقضت البيع ورددت العبد عليه فلم يقبل البائع ولم يقبضه فان مضت المدة والعبد مريض
 المشتري وان صح فيها فلم يرد حتى مضت كان له أن يرد على البائع بذلك الرد الذي كان منه ومن باع على
 أنه بالخيار فصالحه المشتري على دراهم أو عرض بعينه على أن يسقط الخيار ويمضي البيع جاز وطالب له

قال (واذامات من له الخيار بطل خياره) اذامات من له الخيار سواء كان البائع أو المشتري أو غيرهما سقط الخيار ولزم البيع بخلاف ما اذا مات من عليه الخيار فانه باق بالاجماع وقال الشافعي رحمه الله اذامات من له الخيار تنتقل الخيار الى وارثه لانه حق ثابت لازم في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب وكخيار تعيين المبيع بأن اشترى أحد الثوبين على انه بالخيار بأخذ أيهما شاء ولنا ان الخيار لا يقبل الانتقال لانه ليس الامشيه واراده وهما عرضان والعرض لا يقبل الانتقال والارث فيما يقبل الانتقال لانه خلافة عن المورث بنقل الايمان الى الوارث وهذا معقول لامعارض له من المنقول فيكون معمولاً به لا يقال قال عليه الصلاة والسلام من ترك ما لأو حقا فلورثته والخيار حق فيكون لورثته لان المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته على ما مر والخيار ليس كذلك قيل المالكية صفة تنتقل من المورث اليه في الايمان فهلا يكون الخيار كذلك وأجيب بأن المنتقل هو العين ونقل المالكية ضمنى قيل فليكن خيار الشرط كذلك بأن ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنا وأجيب بأن الخيار ليس من لوازم المبيع بل الاصل عدمه وكم من مبيع لا خيار فيه بخلاف المملوك فانه يستلزم مالكية مالك وفيه نظرفان الكلام (١٣٥) في المبيع بشرط الخيار لاقى مطلقة

والخيار يلزمه والصواب أن يقال الغرض الاصيل من نقل الايمان ملكيتها وليس الخيار في المبيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الاصيل انتقال ما ليس كذلك فان قيل القصاص ينتقل من المورث الى الوارث بذاته من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك أجيب بأنه ثبت للوارث ابتداء لانه شرع للتشفي وهما في ذلك سميان الا ان المورث متقدم فاذا مات زال التقدم وثبت للوارث بما ثبت للمورث أعنى التشفي والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقده ولا شرط لا يقال البيع بشرط الخيار غير لازم فيورث

قال (واذامات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى وورثته) وقال الشافعي يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الامشيه واراده ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فأما نفس الخيار لا يورث وأما خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لا اختلاط ملكه بملك الغير لان يورث الخيار اذا حصله زيادة في الثمن وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على أن يسقط الخيار ويحط عنه من الثمن كذا وبعبطيه 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 أو الاجنبي صح ولو وكاله بالشراء تو كيا صحح ما فهو على ما ذكرنا من التفصيل الا أن العقد متى لم ينفذ على الأمر ينفذ على المأمور بخلاف البيع لان الشراء اذا لم يجز فإذا نفذ على العاقد (قوله واذا مات من له الخيار بطل خياره) بائعا كان أو مشتريا (ولم ينتقل الى وورثته) واذا بطل خياره يلزم البيع فان كان الخيار للبائع دخل عن المبيع في ملك وورثته وان كان الخيار للمشتري دخل المبيع في ملك وورثته وللبائع الثمن في التركة ان لم يكن قبضه وقيد عن له الخيار لانه اذامات العاقد الذي لا خيار له فلا خر على خياره بالاجماع فان أمضى مضى وان فسخ انفسخ (وقال الشافعي يورث عنه) وبه قال مالك على ما هو في كتبهم المشهورة (لانه) أى الخيار (حق) للانسان (لازم) حتى إن صاحبه لا يملك ابطاله (فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين) فانه ما يورثان بالاتفاق (ولنا أن الخيار ليس الامشيه واراده فلا يتصور انتقاله) لانه وصف شخصي لا يمكن فيه ذلك (والارث فيما) يمكن (فيه الانتقال) وهو الايمان ولفظ مشيئة منصوب على انه خبر ليس وما في الشروح من أنه بدل من الخبر وتقديره أن الخيار ليس شيئا الامشيه مبنى على قول ضعيف في العربية من أن يقدر المجرى غير ما فرغ العامل له ويجعل ما بعد الابدله والمختار أن المفرغ له هو المجرى في مقام الازيد زيد فاعل بخلاف ما قاسوا عليه من خيار العيب

كذلك لا بطريق النقل فلا يفهمه ما ذكرتم لان كلامنا مع من يقول بالنقل وما ذكرنا يدل على انتفائه ولو اتزم ملتزم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد وفي حق الوارث والاول مسلم ولا كلام فيه والثاني عين النزاع (قوله بخلاف خيار العيب) جواب عما قاس عليه وتقريره لانه سلم انه بطريق النقل بل المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فكان ذلك نقلا في الايمان دون الخيار وذلك لان سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك الجزم من المال مستحق للمشتري بالعقد فاذا طالب البائع بالتسليم ويجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لانه بخلاف المشتري في ملك ذلك الجزم بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث وكذا خيار التعيين لا ينتقل بل الخيار سقط بالموت لكن الوارث ورث المبيع وهو صحيح ول ثبت له خيار التعيين ولكن اختلط ماله بمال رجل ثبت له خيار التعيين وهذا الخيار غير ذلك الخيار ألا ترى ان المورث كان له أن يفسخ قوله وكان خياره موقتا ما ووارث ليس له الفسخ وليس خياره بموقت

قال (ومن اشترى وشروط الخيار لغيره) تقرير كلامه ومن اشترى وشروط الخيار لغيره جاز حذفه لدلالة قوله فأيها أجاز جاز يعني من المشتري وذلك الغير على المحذوف واشتراط الخيار للغير لا يجوز في القياس وهو قول زفر لان الخيار اذا شرط في العقد صار حقا من حقوقه واجبا من واجباته بمقتضى الشرط المستوعب شرعا وما كان من مواجب العقد لا يجوز اشتراطه على غير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري أو اشتراط تسليمه على غيره أو اشتراط الملك لغيره لكن العلماء الثلاثة استحسنا جواز لان الحاجة قد تدعو الى اشتراط الخيار للاجنبي لكونه أعرف بالمبيع أو بالعقد فصار كالاتياع الى نفس الخيار

(قوله حذفه لدلالة قوله الخ) أقول يجوز أن يكون قوله فأيها أجاز جاز خبرا بالتأويل المشهور في وقوع الانشاء خبرا وهو تقرير بالقول 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 كبعث مواجب العقد

قال (ومن اشترى شيئا وشروط الخيار لغيره فأيها أجاز جاز الخيار وأيهما تنقض) وأصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري

لان الارث فيه للعين ومن جعلته الجزء المستحق فاذا دخل في ملكه تمام الاجزاء وبعضها محتبس عند انسان كأن يختار أن يترك حقه أو يطلبه وهذا معنى ثبوت خيار العيب غير أن طلبه لا يمكن شرعا الا برد الكل وأما خيار التعيين فجعله أصلا آخر الشافعي لا يصح على أصله لانه لا يجوز خيار التعيين فكأنه ذكره الزامنا وجوابه كذلك أن الموروث هو أحد العينين الخيري تعيينه فينتقل الى الوارث ذلك ولازمه اختلاط المالكين فصار كما اذا ورث مالا مشتركا فثبت حكم ذلك وهو وجوب التعيين والافراز وهو معنى الخيار فياء الخيار لازما للعين الموروث في الموضوعين ضمنه لا قصد اعلى وجه الاستقلال ولا يمكن ذلك فيما فيه خيار الشرط لان البيع ليس ملزوما للخيار لينتقل الى الوارث بما فيه على أنه لا يتصور فيما اذا كان الخيار للمشتري فإنه لم يدخل المبيع في ملكه عند أبي حنيفة فلا يورث ووجهه قوى على ما تقدم ويقال على أصل الدليل قولكم لا يتصور انتقال الوصف ان أردت حقيقة فليس لم يكن مرادنا بالانتقال أن يثبت للوارث شرعا ملك خلف ملك الميت أو استحقاقه لآعين ذلك الملك والاستحقاق المقيد بالاضافة الى الميت لان ذلك غير ممكن فالوجه في الاستدلال ليس الا أن يقال ثبوت ذلك شرعا في أملاك الاعيان معلوم متفق عاينه وأما ثبوته عن الشرع في غيرهما من الحقوق يتوقف على الدليل السهوي ولم يوجد ونفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي فان قالوا بل قد وجد وهو ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من ترك مالا أو حقا فلو رثته ومن ترك مالا أو عيالا فآلى قلنا الثابت قوله مالا في الصحيح وأما الزيادة الاخرى فلم تثبت عندنا وما لم يثبت لم يتم به الدليل وأما الجواب بأن الملك انما ينتقل في ضمن انتقال العين فيعد أنه في غاية الضعف اذ لا معنى ليكون الارث انتقالا لنفس ذات العين والمالك يتبعها بقليل تأمل فان حقيقة انتقالها انما هو في المكان فآلى الى أن المراد انتقال ملكها ليس غير ثم ينأى المراد بقولهم انتقل ملكها بما ينفي كل ذلك الكلام والمحاورات المكتوبة في بعض الشروح هذا ويلزمه على تقدير ثبوته أن يورث خيار المجلس عندهم والمنقول عنهم عدمه ثم نقول مقتضى النظر أن يتفرع عدم انتقال الخيار الى الورثة على قول أبي حنيفة أما على قولهما فينبغي أن يورث فانها ما يثبتان الملك للمشتري بالخيار في العين فينتقل الى الورثة عين مملوكة له فيم اخيار أن يفسخ كما في خيار العيب بعينه وفي خيار البائع ينتقل الثمن مملو كالمهم (قوله ومن اشترى شيئا وشروط الخيار لغيره) يعني لغير الذي ليس هو عاقد أو الافغيره يصدق على البائع (فأيها أجاز) من الشارط العاقد والمشرط له الذي هو غيره (جاز وأيهما تنقض) البيع (انتقض) فلغظ من مبتدأ الجملة الشرطية وهي أيها أجاز خبره واذا تضمن المبتدأ معنى الشرط جاز دخول الفاعل في خبره نحو الذي يأتي في فله درهم (وأصل هذا) أي جواز اشتراطه لغير العاقد (أن جوازه استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر) وقول الشافعي وبقولنا قال مالك وأحمد وهو الاصح من مذهب الشافعي الا أن ثبوته للعاقد مع ذلك الغير وجهين في وجه يثبت لهما وفي وجه يثبت للغير وحده وعلى قوله الموافق لقول زفر فيه وجهان في وجه بنفسه البيع وفي وجه يصح البيع وببطل الشرط وجه (قول زفر ان الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري) واشتراط ملك المبيع لغير المشتري واشتراط تسليم الثمن أو المبيع على غير العاقدين ولان هذا تعلق انفساخ البيع وانبرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك وقياسا على خيار الرؤية والعيب وجه الاستحسان أن الحاجة قد تدعو الى اشتراطه للغير لان شرعيته لاستقلال الرأي

وطريق ذلك أن يثبت بطريق النيابة عن العاقد اقتضاءه اذ لا وجه لاثباته بالغير اصاله فيجعل كأنه شرطه لنفسه وجعل الاجنبي نائباً عنه في التصرف تصححاً له بقدر الامكان وفيه بحث من وجهين أحدهما ان شرط الاقتضاء أن يكون المقتضى أدنى منزلة من المقتضى الأخرى ان من قال لعبد له خنت في عيونه كفر عن عيونه بالمال لا يكون ذلك تجزيراً لاقضاء لان التحرر أقوى من تصرف التكفير لكونه أصلاً فلا يثبت بعاقبته ولا حقاؤه ان العاقد أقر على مرتبة فكيف يثبت اختياره لاقضاء والثاني ان اشتراط الخيار للغير ولو جاز اقتضاء تصححاً لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بأن يجب الثمن على العاقد أو لا ثم على الغير ككفالة عنه كذلك واجب عن الأول بأن الاعتبار للقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الاصل نظر الى الخيار والعاقد أصل من حيث التملك لأن من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الاصل بتبعيه فرعه وأما التحرير فانه الاصل في (١٣٧) وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعاً لفرعه

ولنا ان الخيار للغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائباً عنه تصححاً للتصرف وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما منقض انتقض (ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق) لوجوده في زمان لا يراجعه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى وجه الأول ان تصرف العاقد أقوى لان النائب يستفيد الولاية منه

وقد يكون الانسان يعلم من نفسه قصور الرأي والتدبير غير واثق في ذلك بل بغيره عن يده لم حرمه وجوده رأيه ومعرفة بالقيم وأحوال البياعات فبشرط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته فيجب تصححها وأجنبيته عن العقد تمنع ان سلمنا صحة ما نعتبه لو أجزأه أصلاً مستقلاً لكننا لم نعتبره الاتبعان ثبوت الاشتراط للعاقد فيثبت اشتراط نفسه لاقضاء تصححاً للتصرف فيثبت لهما واستشكل باستلزامه ثبوت ما هو الاصل بطريق الاقتضاء والثابت به انما هو يكون تبعاً لثابت الملازمة ممنوعة لان المراد التبعية والاصالة بالنسبة الى ما هو المقصود وألا بالذات لا بالنسبة الى الوجود فالمقصود بالذات في قوله أعتق عبداً عني بألف انما هو العتق فكان التملك مقصوداً للغير تبعاً المقصود به ليصح العتق عنه وان كان أصلاً بالنسبة الى الوجود فكذلك انما المقصود وألا بالذات ليس الا اشتراط للاجنبي لانه هو الذي يحصل به مقصود العاقد بالفرض فكان ثبوته للعاقد تبعاً المقصود ليصح المقصود به فكان ثبوته بطريق الاقتضاء واقعا على ما هو الاصل في الاقتضاء وهذا هو التحقيق ان شاء الله تعالى ولا حاجة في جوابه الى تكلف زائد فان قيل فلم يجوز اشتراط الثمن على الأجنبي وتثبت كفالته اقتضاء كما يثبت الخيار له ويثبت للعاقد اقتضاء أوجب بأن الثمن دين على العاقد والكفالة ليس فيها نقل الدين على الكفيل فلو ثبتت الكفالة اقتضاء لا اشتراطه على الأجنبي أبطلت المقتضى وهو اشتراطه فانه انما يعني به ثبوته على المشتري عليه على ما هو ثابت على العاقد ثم لو كفه كفالة صريحة بالثمن الدين صح (وعند ذلك) أي صيرورة الخيار لهما (يكون لكل منهما الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما منقض) البيع (انتقض ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يراجعه فيه غيره ولو خرج الكلامان معا 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 الأجنبي (وجه الأول ان تصرف العاقد أقوى لان النائب يستفيد الولاية منه)

وعن الثاني بأن الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هي التزام المطالبة والمذكور ههنا هو الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضى لتصحح المقتضى ولو صححت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلاً للمقتضى وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل فليكن بطريق الحوالة فان فيها المطالبة بالدين فالجواب ان المشتري أصل في وجوب الثمن عليه فلا يجب وزان يكون تابعاً لفرعه وهو الحال عليه (وإذا ثبت الخيار لكل واحد منهما فأيهما أجاز جاز وأيهما منقض انتقض) ولو اختلف فعلهما في الاجازة والنقض اعتبار السابق لعدم ما يراجعه (ولو خرج الكلامان معا اختلفت الرواية) ففي رواية بيوع المسوط (يعتبر تصرف العاقد) فسحاً كان أو اجازة

(و) في رواية مادون المسوط يعتبر (تصرف الفسخ) سواء كان من العاقد أو من غيره (وجه) القول (الأول ان تصرف العاقد أقوى) والأقوى يقدم على غيره ووفق ذلك أن تصرف النائب انما يحتاج اليه عند انقضاء تصرف النوب وأما عند وجوده فلا احتياج اليه واستشكل عما اذا وكل رجلاً آخر بطلاق امرأته للسنة فطلقها الوكيل والموكل معان الوانغ طلاق أحدهما لا بعينه وأوجب بأن الترجيح يحتاج (قوله تصححاً له بقدر الامكان) أقول وهذا وجه ثبوت اقتضاء (قوله والثاني ان اشتراط الخيار للغير ولو جاز اقتضاء تصححاً لجاز اشتراط الخ) أقول في ظاهر عبارته تناقض يسانه انه جعل الخيار نائباً للعاقد في اقتضاء ثم جعل اشتراط الخيار للغير اقتضاء ودفع التناقض ان النيابة تثبت اقتضاء وان كان شرط الخيار يثبت بصرح 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 يجوز ان يقال هنا أيضاً الاعتبار للقاصد والغير هو مقصود الباقع عطالته الثمن وجوابه ان الثمن على المشتري بحسب وضع الشرع

و) في رواية مادون المسوط يعتبر (تصرف الفسخ) سواء كان من العاقد أو من غيره (وجه) القول (الأول ان تصرف العاقد أقوى) والأقوى يقدم على غيره ووفق ذلك أن تصرف النائب انما يحتاج اليه عند انقضاء تصرف النوب وأما عند وجوده فلا احتياج اليه واستشكل عما اذا وكل رجلاً آخر بطلاق امرأته للسنة فطلقها الوكيل والموكل معان الوانغ طلاق أحدهما لا بعينه وأوجب بأن الترجيح يحتاج (قوله تصححاً له بقدر الامكان) أقول وهذا وجه ثبوت اقتضاء (قوله والثاني ان اشتراط الخيار للغير ولو جاز اقتضاء تصححاً لجاز اشتراط الخ) أقول في ظاهر عبارته تناقض يسانه انه جعل الخيار نائباً للعاقد في اقتضاء ثم جعل اشتراط الخيار للغير اقتضاء ودفع التناقض ان النيابة تثبت اقتضاء وان كان شرط الخيار يثبت بصرح 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 يجوز ان يقال هنا أيضاً الاعتبار للقاصد والغير هو مقصود الباقع عطالته الثمن وجوابه ان الثمن على المشتري بحسب وضع الشرع

اليه عند تناق الفعليين كالفسخ والاجازة واما اذا انحدا فالمطلوب حاصل بدونه فلا حاجة اليه و(وجهه) القول (الثاني ان الفسخ اولى لان
 الاجازة يلحقه الفسخ كالأجازة والمبيع هلكت عند البائع (والمفسوخ لا يلحقه الاجازة) فان العقد اذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا تلحقه
 الاجازة ولا تخفاه في قوة ما يطرأ على غيره فيزيله على ما ليس كذلك ونوقض بما اذا لاقي من له الخيار غيره فمتناقضا للمبيع ثم هلكت المبيع عند
 المشتري قبل قبض البائع بحكم الاقالة فان على المشتري الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان للبائع فكان ذلك فسخا للفسخ وهو
 اجازة للمفسوخ واجيب بأن الكلام في ان الاجازة لا تلحق المفسوخ وما ذكرتم ففسخ الاجازة (وقيل الاول قول محمد والثاني قول أبي
 يوسف) في المبسوط قيل والثاني أصح ولعل قوله ولما ملك كل واحد منهما التصرف ربحنا بحال التصرف اشارة الى ذلك يعني لما كان كل
 منهما أصلا في التصرف من وجه العاقد من حيث التملك والاجنبي من حيث شرط الخيار له لم يترجح الامر من حيث التصرف فربحنا من
 حيث حال التصرف لا يقال الفسخ والاجازة من يوابغ الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار لان جهة تلك العقد عارضته في
 ذلك (قوله واستخرج ذلك) (١٢٨) يعني ان المنسوب اليهما ليس بمنقول عنهما (و) انما (استخرج) عما اذا باع الوكيل من أحد والموكل من

وجه الثاني ان الفسخ أقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد
 منهما التصرف ربحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد والثاني قول أبي يوسف واستخرج
 ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر برفيه تصرف الموكل وأبو يوسف
 يعتبرهما قال (ومن باع عبدين بألف درهم على انه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالباع فاسد وان
 باع كل واحد منهما بمائة على انه بالخيار في أحدهما ما بعينه جازا للبيع) والمسئلة على أربعة أوجه
 أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب

والتصرف الصادر عن اصالة أقوى من التصرف الصادر عن نيابة واستشكل بما اذا واكل رجلا آخر بطلاق
 امرأته فطلقاتها معا فالواقع طلاق أحدهما الاطلاق الموكل عينا ولو كان المرحج الاصيل تعيين طلاقه
 اجيب بأن الوكيل في الطلاق سفير كالموكل في النكاح فكانت عبارته عبارته فالصادر من كل منهما ما
 عين الصادر من الآخر (وجه الثاني أن) لا ترجح بكونه أصيلا أو وكيلا لان الوكيل بعد ما استفاد
 الولاية على الفعل كان مثله فاستويا ثم يترجح بنفس التصرف و(الفسخ أقوى) لانه يلحق المجاز فيبطله
 والاجازة لا تلحق المفسوخ فتبرمه قال شمس الأئمة الصحيح ما ذكر في المأذون ثم قالوا (الاول قول محمد
 والثاني قول أبي يوسف واستخرج) هذا الترجيح من مسئلة اختلفا فيها هي ما اذا واكل غيره يبيع عبده
 فباع الموكل من رجل والوكيل من آخر فمحمد جعل البيع من باع منه الموكل ترجحا لتصرفه للاصالة
 (وأبو يوسف يبعه برهما) على السواء فيجعل العبد مشتركا بينهما ويخير كل منهما بالتفرق الصفقة
 وعيب الشركة وقيل عند محمد يصح في النصف وينسخ في النصف أي فيما اذا شرط الخيار لغيره لكن
 يتخير صاحبه لتفرق الصفقة عليه (قوله) ومن باع عبدين بألف على انه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام
 فالباع 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 البداية لان الهداية

غيره معا فمحمد يعتبر به
 تصرف الموكل وأبو يوسف
 يعتبر تصرفهما) ويجعل
 العبد مشتركا بينهما بالنصف
 ويخير كل واحد من
 الشريكين 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 كإرجحه
 محمد فلما لم يرجح تصرف
 المالك ظهر أثر ذلك في مسئلة
 بيع الموكل والوكيل يكون
 العبد بين المشتريين بان نصف
 فلما ثبت الرجحان هناك
 لتصرف المالك للمالكية
 والرجحان ثابت هنا لتصرف
 الفسخ في نفسه لما ذكرناه
 وورد على الاجازة لا على
 العكس ربحنا بحال التصرف
 وهو تصرف الفسخ لانه

لامعارض لهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك فتناهي كذا في النهاية وهو كلام لا وضوح شرحها
 فيه لان عدم رجحان تصرف المالك للمالكية هناك لا يستلزم رجحان الفسخ هنا ولا يدل عليه نعم هو يدل على ترجيح الفسخ على الاجازة
 لا على وجه الاستخراج ولعل الاوضح في وجه ذلك ان يقال الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الاجنبي من العاقد ههنا في كون كل واحد
 منهما ما يستفيد الولاية من غيره فيترجح تصرف العاقد من محمد كترجح تصرف الموكل منه وترك ترجيح تصرف المالك من أبي يوسف
 واعتباره ما يدل على انه لا يتظر الى أحوال المتصرفين لتساويهم ما فيه فبق النظر في حال التصرف نفسه والفسخ أقوى لما ذكرنا
 قال (ومن باع عبدين بألف) هذه المسئلة على أربعة أوجه لان فيها تفصيل الثمن وتعيين من فيه الخيار فاما أن لا يحصل أحدهما
 أو حصل التفصيل دون التعيين أو العكس من ذلك فان كان الاول بأن باع عبدين بألف درهم على انه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام
 (قوله لان عدم رجحان تصرف المالك) أقول حاصله انه لا يدخل لعدم ثبوت الرجحان هناك لتصرف المالك في ترتب قوله ربحنا وكلمة
 ما تدل على الترتيب (قوله لان فيها تفصيل الثمن الخ) أقول والسلب فرغ تصور الايجاب

فسد البيع لجهالة المبيع والتمن وجهالة أحدهما مفسدة فجهالتهم ما أرى وذلك لأن الذي فيه الخيار كالتأخر عن العقد إذا عقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحاكم فكان الداخل في العقد أحدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك فتمنه مثله وإن كان الثاني وهو أن يبيع كل واحد منهما بمائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جازا للبيع لأن كل واحد من المبيع والتمن معلوم فإن قيل العبد الذي فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد في الآخر وهو شرط مفسد كقبول الخرفي عقد القن إذا جمع بينهما في البيع أجاب المصنف بأن ذلك غير مفسد للعقد لكونه من فيه الخيار محلا للبيع فكان داخل في العقد وإن لم يدخل في الحكم فصار كما إذا جمع بين قن ومدبر في البيع فإن المدبر محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسدا (١٣٩) للعقد في الآخر بخلاف ما إذا جمع

بين خروفقن فإن الحر ليس محل للبيع أصلا فلم يكن داخل في العقد ولا في الحكم واقائل أن يقول في الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسدا والجواب أنه ليس فيه نفع لأحد العاقدين ولا للعقود عليه فلا يكون مفسدا وأنه لمنظرة فضل تأمل منك فاحتط وإن كان الثالث مثل أن يقول بعتهما بألف كل واحد منهما بمائة على أني بالخيار في أحدهما فالبيع فاسدا أيضا لجهالة المبيع وإن كان الرابع فلجهالة التمن فإن قيل لو كان عدم التفصيل مفسدا للعقد في الآخر فمفسد في القن إذا جمع بينهما وبين المدبر أو أم الولد ولم يفصل التمن أوجب بأن عدم التفصيل مفسدا إذا أدى إلى البيع بالخصصة ابتداء فيما إذا منع عن انعقاد العقد في حق الحاكم مانع كشرط الخيار فإنه يجعل

وفساده لجهالة التمن والمبيع لأن الذي فيه الخيار كالتأخر عن العقد إذا عقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحاكم فبقى الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني أن يفصل التمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ناسيا في الكتاب وإنما جاز لأن المبيع معلوم والتمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما إذا جمع بين قن ومدبر والثالث أن يفصل ولا يعين والرابع أن يعين ولا يفصل فالعقد فاسد في الوجهين إما لجهالة المبيع أو لجهالة التمن

شرحها (وفسادهما لجهالة المبيع والتمن) جميعا وذلك أن الذي فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه في حق الحاكم فكان كائنه خارج عن البيع والبيع انما هو في الآخر وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار ثم غن المبيع مجهول لأن التمن لا ينقسم في مثله على المبيع بالأجزاء وثانيها هو الوجه الجائز أن يعين كلا بأن يقول بعتك كل واحد من هذين بمائة على أني بالخيار في هذا الانتفاء المفسد من جهالة أحد الأمرين فإن قيل إن أنتي مفسد لجهالة فقد يتحقق مفسد آخر وهو أنه جعل قبول العقد في الذي فيه الخيار وهو غير داخل في الحكم شرطاً لانعقاده في الذي ليس فيه الخيار وذلك مفسد كما لو جمع بين حر وعبد وحيث لا يجوز البيع في العبد أجاب عنه المصنف بعد الإشارة إلى السؤال بقوله (وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاد العقد في الآخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه) أي من فيه الخيار (محلا للبيع) فهو (كل لو جمع بين قن ومدبر) وباعهما بألف حيث ينفذ البيع في القن بخصته وإن كان قبول العقد في المدبر شرطاً فيه وذلك لدخول المدبر في البيع لخصته له في الجملة ولهذا الوقضى القاضي يجوز بيعه جازاً فكان القبول شرطاً صحيحاً بخلاف ما شبهه به من الجمع بين الحر والعبد لأن الحر ليس بمال أصلا فلا يدخل في البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد وفي الجمع بين القن والمدبر في البيع خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى في آخر البيع الفاسد وثالثها فصل ولم يعين الذي فيه الخيار كأن يقول البائع بعتك كل واحد من هذين بمائة على أني بالخيار في أحدهما ففساده لجهالة المبيع بسبب جهالة من فيه الخيار ورابعها أن يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل التمن وهو أن يقول بعتك هذين بألف على أني بالخيار في هذا الفساد فيه لجهالة التمن لأن المبيع وإن كان معلوماً بتعين من فيه الخيار إلا أن غنمه مجهول لما قلنا أن التمن لا ينقسم عليهما بالسوية فإن قلت ما الفرق بين الذي لم يعين فيه التمن وبين ما إذا جمع بين عسدين في البيع بتمن واحد فاذا أحدهما مدبراً ومكاتباً أو جاريتين فاذا أحدهما أم ولد حيث يبيع في القن بخصته من جهة التمن مع أن تمّن كل منهما مجهول السكينة حال العقد ولا يصح في المسئلة المذكورة في الكتاب بالخصصة أوجب بأن

(١٧ - فتح القدير خامس)

العقد فيما شرط فيه الخيار في حق الحاكم كالمعروف أو انعقد في حق الآخر انعقد بالخصصة ابتداء وهي مجهولة وليس فيما إذا جمع بين القن والمدبر مانع عن انعقاده في حق الحاكم ولهذا الوقضى القاضي يجوز تنفيذ فكان قسمة التمن في البقاء صيانة لحق محترم عند فسخ العقد على المدبر وأم الولد لا ابتداء بالخصصة

(قوله فكان الداخل في العقد) أقول أي خلاص الحكم (قوله وأنه لمنظرة فضل تأمل منك فاحتط) أقول وجه التأمل أن شرط الخيار فيه نفع لمن له الخيار حيث يترى في الجواب أن شرط الخيار لما كان مجوزاً تسرعاً على خلاف القياس غير مفسد للعقد لم يسر منه فساد إلى الآخر قائل

قال (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أي ماشاء) ومن قال اشترت أحدهذين الثوبين على أن لي أن أخذ أي ماشئت بعشرة دراهم الى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحسانا وكذا الأتواب الثلاثة وأما إذا كانت الأتواب أربعة فالبيع فاسد والقياس أن يفسد البيع في الاثنين والثلاثة فساده في الأربعة لان المبيع أحد الأتواب غير معين فهو مجهول جهالة مفضية الى النزاع لتفاوتها في نفسها وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر (١٣٠) والشافعي رحمه الله وجه الاستحسان أنه في معنى ما ورد فيه الشرع وهو خيار الشرط

فجاز الخاقان وبیان ذلك أن شرع خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الاوفق له والارفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه ربما يحتاج الى اختيار من يتق به) تجربته أو اختيار من يشتره لاجله كما مر أنه وبنته (والبائع لا يمكنه من الجل اليه الا بالبيع) فكان باعتبار الحاجة (في معنى ما ورد به الشرع) ولا نسلم ان (الجهالة تقضي الى المنازعة) لانه لما اشترط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم يتق له منازع فكان علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة تقضي الى المنازعة فأما عدم المنازعة فانه ثبت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الأتواب ثلاثة أو أكثر وأما الحاجة فانما تحقق في الثلاثة لوجود الجيد والوسط والردى فيه والزائد يقع مكررا غير محتاج اليه فاتت عن جزءه (قوله بعشرة دراهم الى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحسانا) أقول فيه انه ينبغي أن يزيد قوله ولي الخيار كما فعله المصنف فان المفهوم من

قال (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أي ماشاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز وكذا الثلاثة فان كانت أربعة أتواب فالبيع فاسد) والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الاوفق واللافتق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يتق به أو اختيار من يشتره لاجله ولا يمكنه البائع من الجل اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والردى وفيها والجهالة لاتقضي الى المنازعة في الثلاثة لتعيين من له الخيار وكذا في الارباع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت بأحدهما ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين

من مشيختان لم يشترط بالفرق وقال قياس ما ذكرهنا أن لا يجوز العقد في تلك المسائل في القن وبصير ما ذكرهنا رواية في تلك المسائل ومنهم من اشتغل بالفرق وهو الصحيح وهو أن المانع من حكم العقد هنا مقترن بالعقد لفظا ومعنى فأثر الفساد لان شرط الخيار يمنع الانعقاد في المشروط فيه فيكون كالمعذور فلم ينعقد فيه ابتداء فينعقد في الآخر بالحصة ابتداء في تلك المسائل فان المانع مقترن فيها معنى لا لفظا فيدخل المدبر ومن معه في البيع لما ذكرنا من محليتهم في الجملة ثم يخرجون بناء على استحقاتهم أنفسهم حكما شرعيا لم يتصل به حكم قاض يسقطه وعلى ما ذكرهنا يتفرع ما في فتاوى قاضيخان باع عبد بن علي أه بالخيار فيهم ما قبضه ما المشتري ثم مات أحد هدهما لا يجوز البيع في الباقي وان تراصيا على اجازته لان الاحارة حينئذ بمنزلة ابتداء العقد في الباقي بالحصة ولو قال البائع في هذه المسئلة نفقت البيع في هذا وفي أحدهما كان لغوا كأنه لم يتكلم وخياره فيه ما باق كما كان كالموابع عبد او احدا أو شرط الخيار لنفسه فنفق في البيع في نفسه (قوله ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ الخ) المراد أن يشترى أحد ثوبين أو ثلاثة غير معين على أن يأخذ أي ماشاء وهذا خيار التعيين يعني أي الثوبين أو الثلاثة شاء على أنه بالخيار ثلاثة أيام فيما يعينه بعد تعيينه للبيع أما إذا قال بعثك عبدان من هذين بمائة ولم يذ كر قوله على أنك بالخيار في أي ماشئت لا يجوز اتفاقا كقوله بعثك عبدان من عميدي وان اشترى أحد أربعة لا يجوز (والقياس أن يفسد البيع في الكل) في أحد الاثنين والثلاثة كما يفسد في الأربعة (وهو) أي القياس (قول زفر والشافعي رحمه الله وجه الاستحسان ان شرع الخيار في خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن ليختار 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 لعلاؤه والتجربا خصوصا اذا كانت أهله لا ينبغي له أن يتركها تلج الاسواق وتعارض الرجال لشراء حاجتهم فيحتاج أن يدفع اليه العدم من ذلك النوع ليختار الاوفق (ولا يمكنه البائع من حمله اليه الا مبعا فكان في معنى ما ورد به النص) فيجوز (غير ان الحاجة تندفع بالثلاث لتحقيق الجيد والردى والوسط فيها) فيندفع بجملة واحد من كل نوع من الثلاثة فلا تشرع الرخصة في الزائد لأن شرع الرخصة للحاجة وقول المصنف (والجهالة لاتقضي الى المنازعة) جواب عن تعديل زفر والشافعي

كلامه توقيت خيار التعيين لانه غير الى هذا اشارة الى وجوب توقيت خيار التعيين اذا تفرد عن خيار الشرط كما سيجيء بها (قوله فهو مجهول جهالة مفضية الخ) أقول لو كان منع الجهالة لانصائها الى المنازعة فقط لم يحتج جواز البيع في الأربعة 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 أنه وبنته والبائع لا يمكنه من الجل اليه) أقول ضمير اليه راجع الى من في قوله من يشتره

العهدة والحكم لا يثبت الابتسام علته واعلم أن محمد رجه الله ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير وفي المأذون وقال وهو بالخيار ثلاثة أيام
 وذكروا في الجامع الكبير وسكت عن ذلك وعلى ذلك اختلف المشايخ فيه فقال أكثرهم لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقام معلوما
 ثلاثة أيام فادونها عند أبي حنيفة وزيادة على ذلك في قولهما وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وقال بعضهم يصح العقد وان لم
 يذ كر الزيادة وذكروا في ما ذكره انفاقا لا قصد وهو اختيار غير الاسلام حجة الاولين ان جوازها بطريق الالتحاق بموضع السنة فلا
 يصح بدونها وفيه نظر لان عدم انفكاك الملتحق عن الملتحق به ليس بشرط في الالتحاق كما أن القضاء والكفارة يحتاجان الى الاكل والشرب
 عامدا في رمضان من جماع مع ان النص انما ورد به وحجة الآخر ان خيار التعمين مما لا يتوقت فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة
 ومعناه ان العقد في خيار التعمين مع خيار الشرط لازم في غير عين من غير توقيت على الايام الثلاثة وأما اذا كان من غير ذ كر خيار
 الشرط فلا بد منه وهذا لان الحال لا يتحول إما أن يذ كر خيار الشرط مع خيار التعمين (١٣١) أو لافان لم يذ كر فلا بد من توقيت

وهو المذ كور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذ كور في الجامع الكبير فيكون ذ كره على هذا
 الاعتبار وفاقا لشرطها اذا لم يذ كر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعمين بالثلاث عنده ومدة معلومة
 أيها كانت عندهما ثم ذ كر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح
 لان المبيع في الحقيقة أحدهما والاخر أمانة والاول تجوز واستعارة

بها واذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة الى اختيار ما هو الارفق والا وفق لمن يقع الشراء له حاضرا أو
 غائبا يظهر أنه لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعمين بالمشتري لان البائع لا حاجة له الى اختيار الا وفق
 والارفق لان المبيع كان معه قبل البيع وهو أدري بما لا عنه منه فيرد جانب البائع الى القياس فلهذا
 نص في المحرر على أنه لا يجوز في جانب البائع وذكرا الكرخي أنه يجوز استحسانا لانه يبيع بمجوز مع خيار
 المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على الشرط وانت عرفت الفرق ثم اختلف المشايخ في أنه هل
 من شرط جواز هذا البيع أعي البيع الذي فيه خيار التعمين أن يكون فيه خيار الشرط كما قدمناه في
 الصورة قيل نعم كما (هو المذ كور في الجامع الصغير) تصويرا على ما ذكرناه ونسبه قاضخان الى أكثر
 المشايخ وقال شمس الأئمة في جامعهم هو الصحيح (وقيل لا يشترط وهو المذ كور في الجامع الكبير) وغيره
 والمذ كور في الجامع الصغير من الصورة وقع اتفاقا لا قيدا وصححه غير الاسلام فقال الصحيح عندنا أنه ليس
 بشرط وهو قول ابن شجاع وجه الاشتراط وهو قول الكرخي أن القياس يأبي جواز هذا العقد بلهالة
 المبيع وقت لزوم العقد وانما جاز استحسانا بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونها ولا يخفى ضعف
 هذا الكلام فانه يقتضي أن شرط الالتحاق بالدلالة أن يكون في محل الصورة المذمومة الثابتة
 بالعبارة وكان يلزم أن لا يصح البيع بخيار التقدي الا في بيع فيه خيار الشرط لان صحة البيع على أنه ان
 لم يتقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا يبيع مما أثبت بدلالة نص خيار الشرط ولا يعلم اشتراط ذلك غير أنهم ان
 تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعمين ثبت حكمه وهو جواز أن يرد كلام من الثوبين الى ثلاثة أيام ولو
 بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع لان حاصل التعمين في هذا البيع الذي فيه شرط الخيار أنه عين المبيع
 الذي فيه الخيار لانه يسقط خياره ولو ردا أحدهما كان بخيار التعمين ويثبت البيع في الآخر بشرط

خيار التعمين بالثلاثة عند
 أبي حنيفة رحمه الله ومدة
 معلومة أي مدة كانت
 عندهما كما في الملتحق به
 فان قيل ينبغي أن لا يجوز
 خيار التعمين في الزائد على
 الثلاثة عند أبي يوسف
 لانه أخذ بالقياس في قوله
 ان لم يتقد الثمن الى أربعة
 أيام فلا يبيع بينهما أوجب
 بأن قوله ان لم يتقد الثمن الى
 أربعة أيام تعليق فلا يلحق
 بخيار الشرط فلا يكون
 الاثر الوارد في خيار الشرط
 واردا فيه بخلاف خيار
 التعمين فانه من جنس
 خيار الشرط لان في كل
 منهما خيارا بغير حرف
 التعليق فكان الاثر الوارد
 في خيار الشرط واردا فيه
 (قوله وان لم يذ كر الزيادة)
 أقول يعني قوله ولي الخيار
 الى ثلاثة أيام قال المصنف

(وهو المذ كور في الجامع الصغير) أقول لا يجوز أن يكون المذ كور في الجامع الصغير هو الخيار المعهود لا خيار التعمين (قوله وفيه نظر
 الخ) أقول ولأن تقول مراد الاولين من اشتراط الخيار لنفسه وقام معلوما اشتراط خيار التعمين لا خيار الشرط على ما قرره العلامة
 الزيلعي في شرح الكتفة لا يرد النظر اذ يعود الضمير على هذا الى خيار التعمين (قوله وحجة الآخر ان قوله ومعناه أن العقد الخ) أقول
 كما لو ثبت هذا الخيار بسبب الاختلاط كذا في الذخيرة والمحيط البرهاني وهذا هو الوجه وأما ما ذكره الشارح فخله بين فان التوقيت
 المذ كور فيما اجتمع فيه الخياران توقيت لهما ولهذا استدلل على وجوب التوقيت في خيار التعمين بعبارة محمد في الجامع الصغير على
 ما فصل في المحيط والذخيرة فيجب على التعمين بعدم مضي الايام الثلاثة وهذا هو أثر توقيت خيار التعمين كما اذا لم يذ كر خيار الشرط معه
 ووقت ومضت مدته بلافرق فتأمل ثم أقول محصل كلام الشارح أنه يبقى خيار التعمين بعد انقضاء مدة خيار الشرط اذا كان مجامعاه
 على ما كان قبله اذا لم يعين المشتري أحدهما فظهر أنه ينفك عن خيار الشرط فليتامل (قال المصنف والاول تجوز واستعارة) أقول ويجوز

(ولو هلك أحدهما أو تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة) حتى اذا هلك الآخر بعد هلاك الاول أو تعيب لا يلزم عليه من قيمته شيء وهذا لان المعيب ممنوع (١٣٣) الردلان رده انما يكون اذا لم يتعين مبيعا وهو في دعواه ذلك منهم فكان التعيب

ولو هلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف عن كل واحد منهما الشروع بالبيع والامانة فیهما

اختيارا دلالة فان قيل قبض الآخر لا يكون أفضل من القبوض على سوم الشراء وهناك تحب القيمة عند الهلاك أحب بأنه أقل من ذلك لان القبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع وهذا ليس كذلك لانه لم يقبض الآخر ليشتريه وقد قبضه باذن المالك فكان امانة فان قيل كيف انعكس حكم المسئلة فيما اذا طلق الرجل احدى امرأته أو أعتق أحد عبديه فماتت احدهما فان الباقية تتعين للطلاق دون الهالكة وكذلك في العتاق أجيب بأن المرأة اذا اشرفت على الهلاك خرجت عن محلية وقوع الطلاق فتعينت الباقية لذلك والثوب اذا اشرف عليه خرج عن محلية الرد لتعيينه فتعين لكونه مبيعا ولو هلكا جميعا معازمه نصف عن كل واحد منهما لعدم أولوية أحدهما لكونه مبيعا فشاع البيع والامانة فیهما

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 لان خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل الى الوارث ليميز ملكه من ملك غيره على ما ذكرنا ولهذا لا يتوقف في حق الوارث كما ذكره المصنف لانه صار بمنزلة الشرط المختلط ماله بماله غيره فماله يطلب شريكه القسمة لم يتعين عليه ولا يفوت وقته وان لم يتراضيا على خيار الشرط معه لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة كما في خيار الشرط لانه أصله وعندهما أي مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة وعلى هذا يجب أنه اذا كان فيه خيار الشرط قضت المدة حتى انبرم في أحدهما ولزم التعيين أن يقتيد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت وحينئذ فاطلاق الطحاوي قوله خيار الشرط موقت بالثلاث في قوله غير موقت بها عند ما وخيار التميز غير موقت فيه تطرو وقد طولب بالفرق على قول أبي يوسف حيث قصر المدة على الثلاث في خيار النقد أخذ بالقياس ولم يقصر في خيار التعيين عليها أحب بأن في خيار النقد تعليقا قصر بها بأداة الشرط فلا يكون الوارد في خيار الشرط وواردا فيه بخلاف خيار التعيين ليس في صريح التعليق فكان في معناه وهذا يوجب ان أخذه في خيار النقد في الثلاثة بأثر لابن عمر فيه ونفي الزائد بالقياس وأثر ابن عمر نقله الفقيه أبو الليث في شرح الجامع عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريح عن سليمان بن مولى ابن البرصاء قال بعث من عبد الله بن عمر جارية على أنه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع ينفأ جاز ان عمر هذا البيع ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه الا أنه لا يطابق قول المصنف في مسئلة خيار النقد فيما تقدم فأبو يوسف رجه الله أخذ في الاصل بالآثر وفي هذا بالقياس (قوله ولو هلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب) علله المصنف بامتناع الرد بالتعيب فيعرف منه أن هذا اذا كان بعد أن قبضه ما لامتناع رده بسبب العيب الذي حدث فيه عنده وتقدم أن الهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فلو هلك الآخر بعده هلك بغير شيء لانه تعين انه امانة أما لو هلك أحدهما قبل القبض أو تعيب فلا يبطل البيع والمشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بثمنه وان شاء ترك ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع (ولو هلك معا) بعد القبض (لزمه نصف عن كل واحد منهما الشروع بالبيع والامانة) فليس أحدهما أولى بكونه المبيع من الآخر وكذا اذا هلكا على التعاقب ولم يدر السابق منهما أو أثر هذا انما يظهر اذا كان بينهما متفاوت الكمية فان كانا متفقين فلا وكذا اذا هلكا على التعاقب فاختلغا في الهالك أولا فدعى البائع انه أكثرهما اثنا وقال المشتري الاقل فان القول قول المشتري مع عينه على ما استقر عليه قول أبي يوسف ومحمد وكان أبو يوسف يقول ولا يتحالفان فأيهما نكل لزمه دعوى الآخر وان حلفا بجعل كأنهما هلكا معا ثم رجعا الى ما ذكرنا من قول محمد وأيهما بين قبل فان أقاماها قضى بينة البائع لا يثبتها الزيادة ولو تعييا معا بطل خيار الشرط وامتنع عليه ردهما وخيار التعيين على حاله فيمسك أي ما شاء بثمنه ويرد الآخر ولا يفرض من قيمة عيب المرود شيئا استحسانا لان المعيب محل لا يتداه البيع أيضا بخلاف الهالك ليس محلا لا يتداه فليس محل لتعيينه ولو كان البيع فاسدا فقبضهما فأحدهما مضمون عليه بالقيمة والآخر امانة ولو ماتا جميعا ضمن نصف قيمة كل منهما بخلاف البيع الصحيح فانه يضمن نصف عن كل فان قيل من أين يتعين المعيب للبيع دون الامانة وأحدهما لا على التعيين مبيعا كما أن أحدهما لا على التعيين امانة وامتناع الرد للعيب المعل

أن يكون على حذف المضاف والقرينة القرينة (قوله فكان التعيب اختيارا دلالة) أقول فيه بحث (قوله لانه لم يقبض الآخر ليشتريه الخ) أقول أي ليستديم اشتراءه فان مقصوده

استدامة اشتراء أحدهما وقد تعين ذلك الاحد بالتعيب ففي الآخر امانة (أقول أحبب بأن المرأة اذا اشرفت على الهلاك خرجت عن محلية وقوع الطلاق) أقول فيه تأمل فان خروجها عن محلية وقوع الطلاق بالاشراف على الهلاك غير مسلم

وأما إذا كان خيار الشرط فيثبت له خيار الشرط وخيار التعيين لا يتوقف على الأيام فله أن يردهما بخيار الشرط في الأيام الثلاثة لانه أمين في أحدهما فإيرده بحكم الأمانة وفي الآخر مشترط بشرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده فاذا مضت الأيام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقي له خيار التعيين فإيردهما وان اختار أحدهما لزمه ثمنه لانه عين المبيع فيه ولزمه وكان في الآخر أمينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن ولومات المشتري في الأيام الثلاثة بطل خيار الشرط وبقي للوارث خيار التعيين فله أن يرد أحدهما أما بطلان خيار الشرط فلما تقدم من انه لا يورث وأما بقاء خيار التعيين فلا خلاط ملكه بملك الغير فان قيل هل لعموم قوله من له الخيار فائدة قلت كأنه إشارة الى ان خيار التعيين قد يكون للبائع فان الكرخي ذكر في مختصره انه يجوز استحسانا قالوا واليه أشار محمد في المأذون لان هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البيع قياسا على خيار (١٣٣) الشرط وذكر في المجرده أنه لا يجوز لان هذا

البيع مع خيار المشتري انما يجوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة الى اختيار ما هو الافرق بجزء من يقع الشراء وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع لانه لا حاجة له الى اختيار الارفق ان المبيع كان منه قبل البيع فيرد جانب البائع الى مقتضى القياس ولم يذكر محمد في بيوع الاصل ولا في الجامع الصغير وتبين مما ذكرنا ان المبيع أحد الثوبين والاخر أمانة والتركيب الدال على ذلك حقيقة ومن اشترى أحد الثوبين وقد اختلف نسخ الجامع الصغير كما ذكره المصنف في بعضها اشترى أحد الثوبين ولا يحتاج الى معذرة وفي بعضها تو بين وهو مجاز وأثبتها فخر الاسلام وقال في وجه المجاز

ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعا ولومات 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 (ومن اشترى دارا على انه بالخيار)

به فرع اعتبار انه هو المبيع وفيه التحكم اذا اعتبار انه المبيع ليس بأولى من اعتباره الأمانة أجيب بأن اعتبار المبيع عمل بالدليل الحادث وهو البيع فانه سبب لا يجب الضمان ذكره القاضي عبد الغني في مختلفاته وأما عدم الضمان على الامين فياستصحاب الحمال فان قيل لم يضمن الا آخر اذ اهلك ثانيا باعتبار انه مقبوض على سوم الشراء الجواب يمنع أنه كذلك بل المقبوض كل منه ما على حقيقة الشراء لاحدهما وليس هنا شيء على سوم الشراء لان ما على سوم الشراء لا يجوز فيه عقد بديل تعين الثمن فقط وهنا تجزئ تمام العقد فلزم بالضرة ان قبض العينين على ان أحدهما غير عين مبيعا وأحدهما غير عين أمانة فاذا فرض وجود ما يعين المبيع منه ما من الاسباب تعين الاخر للأمانة فان قيل لا شيء نكس حكم طلاق احدي الزوجتين وعق أحد العبدین هنا حيث يتعين للطلاق والعناق الباقي لا الهالك وهنا يتعين الهالك للبيع أجاب على القى بأنه لا فرق في الحاصل لان الهالك يملك 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 وانت تعلم أن حقيقة السؤال أنه لا شيء يجعل الهالك هنا هو المحل للتصرف دون الباقي وهناك جعل المحل للتصرف الباقي دون الهالك مع أن التصرف في الكل في الاحد الدائر بين المعينات فلا بد من الفرق وهو أن العبد هنا لما أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محالا للرد بالوجه الذي قلناه من المختلفات فتعين العقد فيه بتعين الباقي للضرورة وحين أشرفت الزوجة والعبد على الهلاك لم يخرج عن كونها محالا للطلاق والعناق وهو التصرف بتعين الباقي لها ضرورة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل واحد منهما عشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك أحدهما فانه يمنع عليه رد الاخر لان العقد تناولهما جميعا حتى ملك اتمام العقد فهما فاذا انعذر عليه رد أحدهما لا يتمكن من رد الاخر لما فيه من تفريق الصققة على البائع قبل التمام وهنا العقد انما يتناول أحدهما حتى لا يملك اتمام العقد فهما (قوله ومن اشترى دارا على انه بالخيار) ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر عندهما

ان كل واحد منهما مما احتمل أن يكون مبيعا قال (اشترى تو بين وقال غيره هو من باب اطلاق اسم الكل على البعض كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان اضاف الخروج اليهما وان كان يخرج من أحدهما قال (ومن اشترى دارا على انه بالخيار) رجل اشترى دارا بخيار الشرط

(قوله وأما إذا كان خيار الشرط) أقول معطوف على ما تقدم في هذا القول بنصف ورقة تخميننا وهو قوله فان لم يرد كره فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث (قال المصنف لان الباقي خيار التعيين للاختلاط) أقول يعني لا للشرط ولهذا لا يتوقف في حق الوارث الخ فقوله ولهذا البصاح لكون الباقي خيار التعيين الذي شرطه من له الخيار بل خيارا ابتدائي كما سبق ولهذا لا يتوقف وهذا ظاهر للتأمل فلا وجه لما قاله الاتقاني قال المصنف (ومن اشترى دارا الى قوله الى اختياره الملك) أقول لا يخفى عليك أن اللازم من هذا الدليل سقوط الخيار لطلب الشفعة بدون أخذها فليتنامل والظاهر أن المراد بالاختلاط القرب منه بطلبه

(فبيعت دار أخرى بجنيها في مدة الخيار فأخذها بالشفعة فذلك الاخذ رضا) يسقط به الخيار لان أخذه بطلب الشفعة وطلبه الشفعة دليل على اختيار الملك لان طلب الشفعة لا يثبت الادفع ضرر الجوار والجوار يثبت باستدامة الملك واستدامة الملك تقتضي الملك ولا ملك مع الخيار فيسقط الخيار ويثبت الملك من وقت الشراء فكان الجوار ثابتا عند بيع الدار الثانية وهو موجب الشفعة وهذا التقرير يحتاج اليه المذهب أبي حنيفة خاصة لان خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعة وأما عندهما فان المبيع يدخل في ملكه فيجوز له أن يأخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره لان الشفعة لدفع ضرر الجوار الدخيل والانسان لا يدفع ضرر الجوار في دار يريد ردها قال شمس الأئمة أما وجوب (١٣٤) الشفعة للمشتري فواضح على مذهبهما لانه مالك للدار المبيعة وأما عند أبي حنيفة

فلا تله صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة دارهما بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لان المشتري لم يصير أحق بالتصرف فيها ولو اشترى دار لم يرها فبيعت بجنيها دار أخرى فأخذ بالشفعة لم يسقط خيار الرؤية لانه لم يسقط بصرح الاستقاط بدون الرؤية فكذا بدلالته وسيأتي قال (واذا اشترى الرجلان عبدا على اتهم بالخيار ثلاثة أيام فرضى أحدهما دون الآخر فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة رحمه الله وقاله أن يرده) وكذا اذا اشترى به ورضى أحدهما بعبث فيه وكذا لو اشترى به ولم يرباه ثم رآه (قال المصنف فيثبت الملك من وقت الشراء) أقول

فبيعت دار أخرى بجنيها فأخذها بالشفعة فهو رضا) لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الادفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتمضم ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه المذهب أبي حنيفة خاصة قال (واذا اشترى الرجلان عبدا على اتهم بالخيار فرضى أحدهما فليس للآخر أن يرده) عند أبي حنيفة وقاله أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية (فبيعت دار إلى جنهها فأخذها بالشفعة فهو رضا) بالبيع فيسقط خياره واستفدنا من هذا أن من اشترى دارا بالخيار له أن يشفع بها فيما يباع بجنيها لان له الاجازة والرضا والشفعة بهارضاها لانها تدل على اختياره للملك فيما يشفع به (لانه) أي الشان (ما ثبتت) الشفعة (الادفع ضرر الجوار وذلك) أي ضرر الجوار يحصل (باستدامة) الملك حيث شفع دل على أنه مستقيم للملك (فيتمضم سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه المذهب أبي حنيفة خاصة) لانه القائل بأن المشتري بالخيار للمشتري لا يدخل في ملك المشتري فلا يشفع به او قد قال يشفع بها فاحتاج الى جعله فعلا يفيد الرضا بالبيع فينبرم البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار فيكون سابقا على شرهما فيه الشفعة أما على قولهما فلا حاجة لانهما قائلان بأن المشتري بالخيار ملكها فتجده الشفعة بها والوجه أنهم ما يضا يحتاجان الى زيادة ضميمه لان الملك وان كان ثابتا عندهما فله رفعه فهو منزل والشفعة لدفع الضرر المستمر فحين شفع دل على قصده استبقاء الملك فيسقط خياره فلا يشفع به وذلك وفي المسوط على تقدير أنه لم يملكها على قول أبي حنيفة وعدم هذا التقرير قال لانه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة الدار بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فان المشتري هنالك لم يصير أحق بالتصرف فيها ولو اعتبر المأذون والمكاتب كالوكيل عن السيد في الحال كان حسنا ورجع الاخذ بالشفعة الى سبب الملك هذا ولو كان خيار رؤية كان له أن يشفع في الدار المبيعة الى جانبها ولا يسقط به خيار الرؤية حتى اذا رآها كان له أن يردها بعد ما شفع بها وسيأتي أنه لو أسقط خيار الرؤية صريحا لا يسقط لانه معلق بالرؤية فعبها هو عدم حقيقة قولنا ثبت له خيار الرؤية أنه اذا رآها ثبت له خيار الرؤية وكذا لا يبطل خيار العيب بالاخذ بالشفعة به (قوله) واذا اشترى الرجلان عبدا مثلا (على أنهما بالخيار ورضى أحدهما بالبيع) بطل خيار الآخر (فليس له ان يرده عند أبي حنيفة رحمه الله وقاله أن يرده) وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية) بأن اشترى الرجلان شيئا فاطلعا على عيب فرضى به أحدهما دون الآخر لم يكن للآخر رده عنده وعندهما له ذلك واشترى بالمر بأقعد الرؤية رضى

انما قال من وقت الشراء اذا لامر جرح لاثبات الملك في الاوقات التي بعده حتى يتعين له (قوله) لا يثبت الادفع ضرر الجوار) أقول يعني فلا بد من الجواز (قوله) فيسقط الخيار ويثبت الملك الخ) أقول ولا يخفى عليك أن بين سقوط الخيار وثبوت الملك من وقت الشراء تنافيا لان سقوط الخيار يكون بعد ثبوته وثبوته لا يجمع الملك عند أبي حنيفة الخ قال المصنف (فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة الخ) أقول لقائل أن يقول لم يذهب أبو حنيفة أنه اذا ردا أحدهما فليس للآخر أن يرضى ومالذي يترجم به جهة الرضا على الرد

(لهما ان اثبات الخيار لهما اثبات الخيار لكل واحد منهما) وكل ما هو ثابت لكل واحد منهما لا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وفيه نظرا لانا نسلم ان اثبات الخيار لهما اثبات لكل واحد منهما ما لا تری ان من وكل وكيلين أثبتت الوكالة لهما وليس لاحدهما أن يتصرف دون الآخر وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فان البائع قبل المبيع كان متمكنا من الانتفاع متى شاء وبعده اذا ارد البعض لا يتمكن الامهابة والخيار ثبت نظر المن هو له على وجه لا يلحق الضرر منه بغيره وانما قيد الضرر بالزائد لان في امتناع الرضا أيضا المراد ان لا يمكن للمالك ان يغيره بل المحزره عن ايجاد شرط الرد كان دون الاول فان الضرر الحاصل من الغير أقطع وألج مع من الحاصل من نفسه فان قيل يبعه منهم رضاه من لعيب التبعض أحيب بأنه ان سلم فهو رضاه في ملكهما لا في ملك نفسه فان قيل حصل العيب في البائع بعه له لان تفرق (١٣٥) الملك انما هو بال عقد قبل القبض قلنا بل حصل بفعل المشتري برد

لهما ان اثبات الخيار لهما ما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد قال (ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك) أحدهما دون الآخر (لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل منهما فلا يسقط حقه باسقاط صاحبه) حقه (وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد) فان البائع كان بحيث ينتفع به متى شاء كيف شاء فصار بحيث لا يقدر على ذلك الا بطريق المهابة والخيار ما شرع لدفع الضرر عن أحدهما بالخيار الآخر 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 رضی بهذا العيب أحيب أنه انما رضی به في ملكهما فان قيل بل رضی به مطلقا لان الخيار مع اوم أنه قد يكون عند فسخ وقد يكون عند ابرام فشرطه رضا بكل من الامرين أحاب عنه المصنف بقوله (وليس من ضرورة) الى آخره يعنى لا يلزم من كونه شرطه له ما أن يكون راضيا بفسخ أحدهما لخواز كونه لرضاه بفسخهما فاذا جاز هذا كان هو الظاهر والظاهر أن التصرف من العاقل اذا احتمل كلام من أمرين في أحدهما ضرر دون الآخر أنه انما أراد المحتمل الذي لا ضرر فيه لان الظاهر بل اللازم عدم قصد العاقل الى ما يضره بلا فائدة (قوله ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب) أى عرفته ذلك (فكان بخلاف ذلك فاشترى بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه) ولو مات هذا المشتري انتقل الخيار الى ورثته اجماعا لانه في ضمن ملك العين وهذا الشرط حاصله بشرط وصف مرغوب فيه في المبيع ولو كان موجودا فيه دخل في العقد وكان من مقتضياته فكان شرطه اذا لم يكن فيه غرر صحيحا والاصل في اشتراط الاوصاف ان ما كان وصفا لا غرر فيه فهو جائز وما فيه غرر لا يجوز الا أن يكون اشتراطه يعنى البراءة من وجود وهو ما ليس مرغوبا فيه فعلى هذا ينفرع ما لو باع ناقة أو شاة على أنها حامل أو تحلب كذا فالبائع فاسد عندنا خلافا لاشافى 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 ذكرا أو أنثى وشرط كونه الثمن مكره ولا به ما لو اشترى جارية على أنها حامل

حصل بفعل المشتري برد نصفه والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له أن يرد به بحكم خياره لكن هذا العيب بعرض الزوال للمساعدة الآخر على الرد فاذا امتنع ظهر غله (قوله وليس من ضرورة اثبات الخيار) جواب لهما وتقريره ان اثبات الخيار لهما ما ليس عين الرضا برد أحدهما وهو ظاهر ولا الرضا برد أحدهما اللازم من لوازم اثبات الخيار لهما لتصور الانفكاك بتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما قال (ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب) رجل اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب فكان بخلافه بأن لم يعلم من الخبز والكتابة ما يسمي به الفاعل خبازا أو كاتباً

فهو بالخيار بين أخذ جميع الثمن وبين رده اذا لم يتنع الرب سبب من الاسباب فان امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية يقوم العيب كاتبا وخبازا على أدنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بطلاق الشرط لانه في ذلك كما في وصف السلامة المستحق بطلاق العقد وبقوم غير كاتب وخباز في نظر الى تفاوت ما بينهما فراجع عليه بذلك ما رده

(قوله وفيه نظرا لانا نسلم ان اثبات الخيار لهما) الخ أقول ولك أن تقول لو لم يثبت لكل واحد منهما الخيار لما انعقد البيع في نصيب من رضی بالمبيع لكنه متعدد ولا كذلك الوكيلان فليتمسك (قوله وليس لاحدهما أن يتصرف دون الآخر) أقول فيه أن ذلك أيضا لما فيه من ابطال حق الآخر (قوله ضرر المراد) أقول أى المراد الرد (قوله لان تفرق الملك انما هو بالعقد) أقول ان أراد تفرق الملك بين المشتريين فالبايع من الرد ليس كذلك وان أراد تفرقه بين البائع والراضى فلانسلم انه بالعقد بل بفعل المشتري (قوله ليس له أن يرد به الخ) أقول يعنى وكذا لا يرد اذا كان الرضا موقفا للعيب

فلا ن هذا الوصف وصف مرغوب فيه وهو ظاهر وهو احتراز عما ليس مرغوب فيه كما اذا باع على انه عور فاذا هو وسلم فانه لا يوجب الخيار وكل ما هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد الشرط لان الرجوعه الى صفة الثمن أو المثلن كان ملائما للعقد الا ترى انه لو كان موجودا في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر (١٣٦) فلا يكون مفسدا له ونوقض بما اذا باع شاة على انها حامل أو على انها تحلب كذا فان

لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم قوائمه يوجب التخيير لانه مارضى به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلته التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعده بمنزلة وصف الذكورة والافونة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة واذا أخذ هذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

فاختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز كالتافة والشاة وقيل يجوز لان الحبل في الجوارى عيب بخلاف البهائم فكان ذكره للبرائة عن هذا العيب وقيل ان اشتراها لئلا يتخذها طرفا بشرط انها حامل يعني ذكر غرضه ذلك للبائع فالبيع فاسد لانه شرط زيادة مجهولة في وجودها غير فكانت كالتافة وان لم يرد ذلك جازح لاقصد البرائة من عيب الحبل ومنه لو اشتراه على أنه معيب فوجده سليما صح وكان له عندا ومذهب الحسن عن أبي حنيفة في شرط الحمل في البقر والجارية أنه يجوز وروى ابن سماعة عن محمد في اشتراط انها حلوبة لا يجوز لان المشروط هنا أصل من وجه وهو اللبن قال محمد في مسئلتان فان قبضه المشتري ووجده كاتبا أو خبازا 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 شيئا بسيرا ناقصا في الوضع أو يخبز قدر ما يدفع عنه الهلاك بأكله واذا لم يجده كاذرا وامتنع الرد بسبب من الاسباب رجوع المشتري على البائع بحصته من الثمن بأن يقوم العبد كاتباً وغير كاتب فيرجع بالتفاوت رعن أبي حنيفة لا يرجع بشئ لان ثبوت الخيار للمشتري بالشرط لا بالعقد وتقدر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البائع فكذا هذا والصحيح ما في ظاهر الرواية وبه قال الشافعي لان البائع عجز عن تسليمه وصف السلامة كافي العيب ولو اختلف المشتري والبائع بعد مدة فقال المشتري لم أجده كاتبا وقال البائع سلمته اليك كاتبا ولو امكنه نسي عندك والمدة تحتمل 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 يطلع عليه الرجال حجة اذا تابت بمؤيد وان لم تتايد تعتبر في ثبوت توجه الخصومة لا في الزام الخصم اذا عرفه فاذا اختلفا قبل القبض أو بعده فقال المشتري ليس بهذا الوصف وقال البائع هو بهذا الوصف للعالم 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 بها ونسي عندك والمدة تحتمل ذلك والمشتري ينكر ذلك فالقول قول المشتري وورده 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 للعالم وان المشتري ثبت فان القاضي يريها النساء فان بكر لزم المشتري بلا عين البائع لان شهادتهن تأيدت هنا عؤ بدلان الاصل البكارة وان قلن نيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لان الفسخ حق قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتايد عؤ بد لكن يثبت حق الخصومة لتوجه البين على البائع اذ لا بد للمشتري من الدعوى والخصومة والخصومة حتى ضعيف لانها ليست بمقصودة لذاتها فجاز ان تثبت بشهادتهن فيحلف البائع بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبضه يحلف بالله لقد بدعتها وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشتري

البيع فيه وفي أمثاله فاسد والوصف مرغوب فيه وأجيب بأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وضم المعلوم الى المجهول يبصر الشكل مجهولا ولهذا الوشرط انها حلوب أو لبون لا يفسد لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكر والطحاوي سلمناه لكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله والى معرفة سبيل بخلاف ما نحن فيه فان له أن يأمره بالخبر والكتابة فيظهـرحاله وأما انتفاخ البطن فقد يكون من ربح وعلى تقدير كونه ولدا لا تعلم حياته وموته ولا سبيل الى معرفته واذا ثبت ذلك فقوائمه يوجب التخيير لان المشتري مارضى بالمبيع دون ذلك الوصف فيختبر ولا يفسد العقد لان هذا الاختلاف أى الذى يكون من حيث قوات الوصف المرغوب فيه هنا يرجع الى اختلاف النوع لقلته التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما اذا اشترى شاة على انها نجيبة فاذا هي حمل فصار الاصل ان الاختلاف الحاصل

بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الناخر في الاغراض كان راجعا الى الجنس كما اذا باع عبدا فاذا هي جارية وفسده العقد وان كان مما لا يوجب كذا كرنا من المثال فلا يفسد لكنه يوجب التخيير لفوات وصف السلامة وأما أخذ بجميع الثمن فلا ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد تدخل من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم والله أعلم

(قوله سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البائع الخ) أتول لا يظهر فائدة هذا التقيد فليتأمل

باب خيار الرؤية

قال (ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه) بجميع الثمن (وان شاعرده) وقال الشافعي لا يصح العقد أصلاً لان المبيع مجهول

وروي عن أبي يوسف ومحمد في رواية انها ترد بشهادتهم قبل القبض بلاعين من البائع وان لم يكن عند القاضي من النساء من يثق بهن لا يحلف البائع لان العيب لم يثبت للعالم فلا يثبت حق الخصومة فلا يتوجه اليقين على البائع فتلزم الجارية على المشتري الى أن يحضر من النساء من يثق بهن ولو قال بعثا وسلمتها اليك وهي بكر وزالت بكارتها 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 الصحة ويثبت للمشتري الخيار وتارة يستمر صحيحاً ولا خيار للمشتري وهو ما اذا وجد خيراً مما شرطه وضابطه ان كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والثياب اجناس أعنى الهروي والاسكندري والمروي والكتان والقطن والذ كرمع الاثني في بني آدم جنسان وفي سائر الحيوانات جنس واحد والضابط فحس التفاوت في الاعراض وعدمه فان اشترى ثوباً على انه اسكندري فوجده بلدياً أو هندي فوجده مروباً أو كان فوجده قطنياً أو أبيض مصبوغ بعصفر فاذا هو بزعفران أو دارا على أن بناءها آجر فاذا هو لبن أو على أن لانياء ولا تخل فيها فاذا فيها بناء أو نخل أو أراضا على أن جميع أشجارها مثمرة فوجده واحدة غير مثمرة أو على انه عبد فاذا هو جارية أو فصاعلى أنه ياقوت فاذا هو زجاج فهو فاسد في جميع ذلك ولو اشترى جارية على أنها مولدة الكوفة فاذا هي مولدة بغداد أو غلام على انه تاجر أو كاتب فاذا هو لا يحسنه أو على انه فحل فاذا هو خصي أو عكسه أو أنها بغلة فاذا هو بغل أو ناقة فكان جلاً أو لحم معز فكان لحم ضأن أو على عكسه ونحو ذلك فله الخيار ولو اشترى على انه بغل فوجده بغلة أو جارا أو بعيراً فاذا هو اتان أو ناقة أو جارية على انها رتقاء أو حبلبي أو ثيب فاذا هي بخلافه جاز ولا خيار له لانه صفة أفضل من الصفة المشروطة وينبغي في مسألة البعير والناقة أن يكون في العرب وأهل البوادي الذين يطلبون الدر والنسل أما أهل المدن والمكاتب فالبعير أفضل ولو باع داراً بما فيها من الخدوع والخشب والابواب والتخيل فاذا ليس فيها شيء من ذلك لا خيار للمشتري

باب خيار الرؤية

قدمه على خيار العيب لانه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم وللزوم 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 اذا رآه ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاعرده) سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها مثل أن يشتري جراباً فيه أبواب هروية أو زيتاً في رزق أو حنطة في غرارة من غير أن يرى شيئاً ومنه أن يقول بعثك ذرة في كمي صفتها كذا أو ثوباً في كمي صفته كذا أو هذه الجارية وهي حاضرة منتقبة فله الخيار اذا 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 المطلق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمى جنس المبيع أو لا وسواء أشار الى مكانه أو اليه وهو حاضر مستورا ولا مثل أن يقول بعث منك ماني كمي بل عامة المشايخ قالوا اطلاق الجواب يدل على الجواز عنده وطائفة قالوا لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه والظاهر أن المراد بالاطلاق ما ذكره من الأئمة وغيره كصاحب الاسرار والخزيرة لبعده القول بجواز ما يعلم جنسه أصلاً كان يقول بعثك شيئاً بعشرة وقول المصنف (وقال الشافعي لا يجوز العقد أصلاً) هو فيما لم يسم جنسه قولاً واحداً انه

باب خيار الرؤية

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه أقوى منه اذ كان تأثيره في منع تمام البيع وتأثير خيار العيب في منع لزوم الحكم قال القدوري من اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز معناه أن يقول الرجل لعبيره بعثك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا أو الذرة التي في كمي هذه وصفتها كذا أو لم يذكر الصفة أو يقول بعث منك هذه الجارية المنتقبة فانه جائز عندنا وله الخيار اذا رآه وعند الشافعي لا يجوز وكذا العيب الغائب المشار الى مكانه وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غير ماسمي والمكان معلوم باسمه والعين معلومة قال صاحب الاسرار لان كلامنا في عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصله لكان البيع جائزاً أي بالاجماع قال الشافعي المبيع مجهول والمجهول لا يصح بيعه كالبيع بالرقم

باب خيار الرؤية

قال العلامة الكاكي في المبسوط الاشارة اليه والى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه أو الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى أقول في كون الاشارة الى المبيع أو الى مكانه شرط جواز سمي بالاجماع كلام قائل

(ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار اذا رآه) وهو نص في الباب فلا يترك بلا معارض فان قيل هو معارض بحديث حكيم بن حزام وهو انه قال قال عليه (١٣٨) الصلاة والسلام لا تتبع ما ليس عندك والمراد ما ليس بمركب للشترى لاجتماعه على ان

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تنفي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرد فصار كجهالة الوصف في المعايين المشار اليه

لا يجوز وأما فيما سمي جنسه وصفته على ما نقل في شرح الوجيز والحلية أنه 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 رضي الله عنهم ما ذكره المصنف في وجه قوله ان المبيع مجهول مقتصر عليه يعني وكل ما كان كذلك لا يجوز بيعه انتهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ونهيه عن بيع ما ليس عند الانسان وما ذلك الا للجهالة فلنا ما انتهى عن بيع ما ليس عندك فالمراد منه ما ليس في الملك اذنا فاما لا ما ليس في حضرتك ونحن شرطنا في هذا المبيع كون المبيع مملوكا للبائع فقتضينا عهده وأما بيع الغرر فلفظه يفيد أنه غير ذلك ليس الا بان يظهر له ما ليس في الواقع فيدني عليه فيكون مغرورا بذلك فيظهره خلافه فيتضرر به وكيف كان فلا شك بعد القطع ونحن نقطع بأن النبي عن ذلك لما يلزم الضرر فيه ونقطع بأن لا ضرر فيما أجزأنا من ذلك انما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار اذا رآه فأما اذا أوجبنا له الخيار اذا رآه فلا ضرر فيه أصلا بل فيه محض مصلحة وهو ادراك حاجة كل من البائع والمشتري فانه لو كان له به حاجة وهو غائب واذا فقت جواز البيع على حضوره ورؤيته رخصة فثبت بأن يذهب فيساومه فيه آخر رآه فيشتره منه فكان في شرع هذا البيع على الوجه الذي ذكرنا من اثبات الخيار عند رؤيته محض مصلحة لكل من العاقدين من غير حقوق شيء من الضرر فأنى يتناول النبي عن بيع الغرر والاحكام لم تشرع الا للمصالح العبادتية فكان مشر وعاقطها فوجب أن يحمل الحديث على المبيع البات الذي لا خيار فيه لانه هو الذي يوجب ضرر المشتري والنهي قطع ما ليس الا لثالث فظهر ان كلا من الحديثين لم ينف ما أجزأناه فكان نفيه قولنا بلا دليل وكفانا في اثباته المعنى وهو أنه مال مقدور التسليم لا ضرر في بيعه على الوجه المذكور فكان جائزا وبيى الحديث الذي ذكره المصنف زيادة في الخبر وهو مارواه ابن أبي شيبة والبيهقي ومرسلا حدثنا اسمعيل بن عياش عن أبي بصير عن عبد الله بن أبي مريم عن مكحول رفته الى النبي صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء تركه والمرسل حجة عند أكثر أهل العلم وتضعيف ابن أبي مريم بجهالة عدلته لا يفي علم غير المضعفين بها وقد روى هذا الحديث أيضا الحسن البصري وسليمان بن الحبيب وابن سيرين وهو رأي ابن سيرين أيضا وعمل به مالك وأحمد وهو ممن نقل عنه تضعيف ابن أبي مريم فدل قبول العلماء على ثبوته والحق أن عمل من ضعف ابن أبي مريم على وفق حديثه يبنى على أن العمل على وفق الحديث هل هو صحيح له وهي مسألة مختلفة بين الاصوليين والاختار لا مال يعلم أن عمله عن الحديث وقد روى الحديث أيضا مرفوعا رواه أبو حنيفة عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذا رآه ورواه الدارقطني من طريق أبي حنيفة الآن في طريقه الى أبي حنيفة عمر ابن ابراهيم الكردى نسب الى وضع الحديث هذا ولا بد من كون المراد في الحديث بالرؤية العلم بالمقصود فهو من عموم المجاز عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية من افراد المعنى المجازي وهذا لوجود مسائل اتفاقية لا يكتفي بالرؤية فيها مثل ما اذا كان المبيع مما يعرف بالشتم كسكك اشتراه وهو يراه فانه انما يثبت الخيار له عند شتمه فله الفسخ عند شتمه بعد رؤيته وكذا لو رأى شيئاً ثم اشتراه فوجد منه متغيرا لان تلك الرؤية غير مرفقة للقصد الا نك وكذا الشراء الاعمي ثبت له الخيار عند الوصف له فأقيم فيه الوصف مقام الرؤية وقول المصنف (فصار كجهالة الوصف في المعايين المشار اليه) يعني فيما لو

المشتري اذا كان قد رآه فالعقد جائز وان لم يكن حاضرا عند العقد فلنا بل المراد النهي عن بيع ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضي الله عنه قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فاستجدها فاشترى بها فأسلها اليه فقال عليه الصلاة والسلام لا تتبع ما ليس عندك وقد أجمعنا على انه لو باع عينا مريثا لم يملكه ثم ملكه فلم يجز وذلك دليل واضح على ان المراد به ما ليس في ملكه والمعقول وهو ان الجهالة بعدم الرؤية لا تنفي الى المنازعة مع وجود الخيار فانه اذا لم يوافق رده ولا نزاع ثمة يقتضى خياره وانما أفضت اليها ولو قلنا بانها في العقد ولم نقل به فصار ذلك كجهالة الوصف في المعايين المشار اليه بأن اشترى ثوبا مشارا اليه غير معلوم عدد ذرعانه فانه يجوز ان يكونه معلوم العين وان كان ثمة جهالة لكونها لا تنفي الى المنازعة وعورض بأن البيع فوعان بيع عين وبيع دين وطريق المعرفة في الثاني هو الوصف وفي الاول المشاهدة ثم ما هو طريق الى الثاني اذا تراخي عن حالة العقد فسد العقد وكذلك ما هو طريق الى الاول وهو المشاهدة اذا تراخي فسد وأجيب بأن المعارضة ساقطة اشترى

(قوله فان قيل هو معارض الخ) أقول فيه كلام لان النهي يقتضى المشروعية

لان السلم انما يجوز عند ترك الوصف لاقضاء الجهالة الى المنازعة وما نحن فيه ايس كذلك (قوله وكذا اذا قال) تفريع على مسألة القدوري يعني كما أن له الخيار اذا لم يقبل رضىت فكذا اذا قال ذلك ولم يره ثم رآه لان الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذي روينا والمعلق بالشيء لا يثبت قبله لثلايلهم وجود المشروط بدون الشرط ولانه لو لم يقبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص عندها فما أدى الى ابطاله فهو باطل (قوله وحق الفسخ) جواب سؤال تفريع لم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لانه من نتائج ثبوت الخيار له كالتصديق فكان معلقا بما فلا يوجد قبلها وتقرر الجواب ان حق الفسخ يحكم انه عقد غير لازم لانه لم يقع منبرما فجاز فسخته لو شاء فيه الا ترى ان كل واحد من العقادين في عقد (١٣٩) 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 ان يثبته على وجه يؤدي الى بطلانه كما مر اننا وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار فهو ملزم للخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا ملزمه لان ما هو شرط للزوم فهو شرط للزوم (قوله ولان الرضا بالشيء) جواب سؤال آخر وتحقيقه ان الامضاء للرضا والرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم بأوصافه لان الرضا استحسان الشيء واستحسان ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور وأما الفسخ فاعلم هو لعدم الرضا وهو لا يحتاج الى معرفة المحسنات لا يقال عدم الرضا لاستقبال الشيء واستقبال ما لم يعلم ما يقبضه غير متصور لان عدم الرضا قد يكون باعتبار ما بدله

(وكذا اذا قال رضىت ثم رآه ان يرد) لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ قبل الرؤية يحكم انه عقد غير لازم لا يقتضى الحديث ولان الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضىت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت

اشترى ثوبا مشارا اليه لا يعلم عدد ذرعه ان يردت منه 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 الفاتح مجرد علم الوصف وقوله (وكذا اذا قال رضىت) الى آخره أى وكذا الخيار اذا رآه يعنى اذا قال رضىت كائنا ما كان قبل الرؤية ثم رآه ان يرد ان يرد لان ثبوت الخيار معلق في النص بالرؤية حيث قال فهو بالخيار اذا رآه والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت وقوله وحق الفسخ الخ جواب عن مقدرو هو طلب الفرق بين الفسخ والاجازة قبل الرؤية فانه اذا أجاز قبله الا يلزم واذا فسخ قبله ايلزم مع استواء نسبه التصرفين في تعليقهما بالشرط في الحديث ولا وجود للعقد قبل الشرط وحاصل الجواب أن المعلق بالشرط هو عدم قبل وجوده اذ لم يكن له سبب غير ذلك الشرط فان الشيء قد يثبت بأسباب كثيرة فالحديث لما علق الخيار بالرؤية ثبت به تعليق كل من الاجازة والفسخ به لان معنى الخيار أن له أن يجيز وان يفسخ ثم ثبت الاجازة بسبب آخر فبقى على عدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية بخلاف خيار العيب سببه وهو العيب قائم قبل الرؤية فاذا قال رضىت 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 كالعارية والوديعة والافهول لازم وقد فرض غير لازم هذا خلف وقد سلك المصنف رحمه الله مسلك الطحاوى في عدم نقل خلاف في جواز الرد قبل الرؤية ونقل في التحفة فيه اختلاف المشايخ منهم من منع وانه لا رواية فيه وأما قول المصنف (ولان الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضىت قبل الرؤية) فلو لم يلزم ان لا يصح البيع بشرط البراءة من العيوب لان حاصله الرضا بالبيع قبل رؤية العيب ثم ان يمنع الفسخ قبل الرؤية أن يمنع وجود سبب آخر غير الرؤية وقواكم عدم الزوم سبب آخر قبل الرؤية فلنا منع تحقق عدم الزوم بل نقول قبل الرؤية البيع بات فليس له فسخته فان الشارع علق اثبات قدرة الفسخ والاجازة التي هي الخيار بالرؤية فقبله يثبت حكم السبب وهو اللزوم الى غاية الرؤية ثم يرفعها عندها فثبت قدرة الفسخ والاجازة معا واعلم أن خيار الرؤية يثبت في أربعة مواضع ليس غير شراء الاعيان والاجازة والصلح عن دعوى مال على عين والقسمة وعرف من هذا أنه لا يكون في الديون فلا يكون في المسلم فيه ولا في الأثمان الخاصة بخلاف ما لو

من ارتفاع احتياجه الى المبيع أو ضياع ثمنه أو استغلائه فلا يلزم الاستقبال ذكر في التحفة ان جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه ولكن المشايخ اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياسا على الاجازة وقال بعضهم يصح دون الاجازة وهو مختار المصنف

(قوله وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار) أقول بل ذلك لعدم وقوعه منبرما لو شاء فيه على ما فصله المحجب غاية ما في البيان أن عدم الانبرام باعتبار انه يثبت له الخيار عند الرؤية وهذا لا يستلزم عدم وجوده بدون فليتم امل (قوله والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدون الخ) أقول هذا أيضا ممنوع لما سيجي في الصفحة القابلة أن المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر قال المصنف ولان الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق) أقول فيه أن عدم العلم بأوصافه غير مقروض فان غير المرئي قد يعلم بالوصف ويجوز أن يقال المراد هو العلم الشخصي بأوصافه

قال (ومن باع مالم يره) من ورث شيئا فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا وكان أبو حنيفة يفرجه الله يقول أولاه الخيار اعتبارا بخيار العيب فإنه لا يختص بمجانب المشتري بل إذا وجد البائع الثمن زبافه هو بالخيار إن شاء جوزه وإن شاء رده كالمشتري إذا وجد المبيع معيبا لكن العقد لا ينفسخ برد (١٤٠) الثمن وينفسخ برد المبيع لأنه أصل دون الثمن وبخيار الشرط فإنه يصح من الجانبين كما تقدم (وهذا) أي

الخيار للبائع انما هو باعتبار (ان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا) أي من جهة البائع (وثبوتا) أي من جهة المشتري (وتمام الرضا لا يتحقق الا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية) فان بالرؤية يحصل الاطلاع 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 اتمام الرضا فيلحق به دلالة أوجب بأنهم ليسا بسين فسه له الرد من جانب المشتري باعتبار انه كان يظنه خيرا عما اشترى فبرده لقوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رده بعبارة ان المبيع أزيد مما ظن فصار كالمبيع 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

قال (ومن باع مالم يره فلا خيار له) وكان أبو حنيفة يقول أولاه الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا والوثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه أنه معلق بالشراء لولا يثبت دونه وروي أن عثمان بن عفان باع أرضا له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة أنك قد غنيت فقال لي الخيار لاني اشتريت مالم أره وقيل لعثمان أنك قد غنيت فقال لي الخيار لاني بعث مالم أره فحكما بينهما ما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بحضور من الصحابة رضی الله عنهم

كان البيع انما من أحد التقديرين فان فيه الخيار ولو تباعا معا يثبت الخيار لكل منهما ومحل كل ما كان في عقد ينفسخ بالفسخ لا مالا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وان كانت أعيانا لانه لا يفيد فيها لان الرد المالم يوجب الانفساخ بقى العقد قائما وقيامه بوجوب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة فلو كان له أن يرده كان له أن يرد له أو ليس للبائع أن يبطل المشتري بالثمن مالم يسقط خيار الرؤية منه ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضا بل بمجرد قوله رددت ينفسخ قبل القبض وبعده لكن بشرط علم البائع عند أبي حنيفة ومحمد بخلافه لا يفسخ كالمهر بخلافه في الفسخ في خيار الشرط (قوله ومن باع مالم يره) بأن ورث عثمان من الاعيان في بلدة أخرى فباعها قبل أن يراها (فلا خيار له) وكان أبو حنيفة رضی الله عنه يقول أولاه الخيار اعتبارا بخيار العيب فإنه يثبت للبائع حتى جاز أن يرد الثمن بالزيادة (وخيار الشرط) فإنه يجوز له ما ولو اقتصر على خيار العيب كان أقرب لان ثبوته في العيب معقول لاحتباس ما هو بعض المبيع عند البائع فكان بسبيل من ترك حقه أو أخذ به بأخذ الثمن ورد المبيع بخلاف خيار الشرط وفي عدم الرؤية لتحصيلا شرط البيع وهو العلم التام بالمبيع غير انه يجوز متأخر المصلحة التي ذكرناها ثم تقرير المصنف حيث قال (وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا والالا) يعني في حق البائع (وثبوتا) في حق المشتري (ولا يتحقق ذلك) أي تمام الرضا (الا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية) بخال انه قياس بجماع عدم الرضا بالبيع على البتات وهو تعليل بالعدم وحاصله أن ثبوت الخيار لعدم تمام الرضا بأحكام العقد فكذا هنا ويرد عليه ان حكم الاصل أعني خيار الشرط متوقف شرعا على تراضيهما فقياسه أن يكون هكذا يثبت الخيار بتراضيهما لا اذا سكتا عنه فيلزم حينئذ فكذا هنا وليس الواقع هذا الظهور واختلاف حكم الاصل والفرع ولو لم يختلفا فالاصل معدول عن القياس فلا يقاس عليه فلذا حق له أن يرجع وذكروا للرجوع اليه وجهين أحدهما (انه معلق بالشراء لولا يثبت دونه) ولا يخفى انه نفي للحكم بفسخ الشرط اذا حصله انتفاء الحكم لانتفاء الشرط والثاني ما أخرجه الطحاوي ثم البيهقي عن علقمة بن أبي وقاص ان طلحة رضی الله عنه اشترى من عثمان بن عفان رضی الله عنه مالا فقيل لعثمان أنك قد غنيت فقال عثمان لي الخيار لاني بعث مالم أره وقال طلحة رضی الله عنه لي الخيار لاني اشتريت مالم أره فحكما بينهما ما جبير بن مطعم رضی الله عنهم فقضى ان الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان والظاهر أن مثل هذا يكون بحضور من الصحابة رضی الله عنهم لان قضية يجري فيها الخلاف بين رجلين كبيرين ثم انهم حكما فيها غيرهما فالغالب على الظن شهرتهم وانتشار خبرها فحين حكم جبير بذلك ولم يرو عن

واختيارين فليجز من البائع وأوجب بأنه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس سلمناه لكن القياس على مخالفة الاجماع باطل وتحكيم جبير بين عثمان وطلحة كان بحضور من الصحابة رضی الله عنهم أجمعين ولم ينكره أحد فكان اجماعا على ما ذكر في المتن فبطل الاطلاق دلالة وقياسا ولهذا يرجع 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 تعلق بالاطلاع على حال المبيع فأشبهه الردي العيب والاصح عندنا انه باق ما لم يوجد ما يبطله لانه ثبت حكما لانعدام الرضا فيبقى الى أن يوجد ما يبطله عن الرضا ثم ما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط في باب الضابط في ذلك ان المشتري بالخيار اذا فعل في المبيع ما يعجن به مرة ويحجل في غير المالك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار والابطال فائدة الخيار لانها المكان الردي عند عدم الموافقة بعد الامتحان فان لزمه البيع بفعل ما يعجن به أول مرة فانت فائدة الخيار ويعلم من هذا انه اذا فعل ما لا يعجن به أو يعجن به ولكنه لا يحجل في غير المالك بحال أو يعجن به ويحجل في غير المالك في الجملة فلو استخدمها مرة ثانية في هذا اذا اشترى جاره للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لانه مما يعجن به ويحجل في غير المالك في الجملة فلو استخدمها مرة ثانية في ذلك النوع من الخدمة كان اختيار المالك لعدم الحاجة اليها للحصول الامتحان بالاولى ولو وطئ ما يبطل خياره لانه وان كان مما يعجن به لان صلاحها الوطء قد لا يعلم بالنظر لكن لا يحجل الوطء في غير المالك فكان اختياره قيل بشكل على هذا الكلي مستلثان احدهما انه لو اشترى دارا لم يرها في بيعت يجنبها دارا فخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية في ظاهر الرواية وبطل خيار الشرط والثانية اذا عرض المبيع بشرط الخيار على المبيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية والمستلثان في فتاوى فاضيلان وأجيب بان الاصل فيهما هو ان خيار الرؤية لا يبطل بصرح الرضا قبل الرؤية لما ذكرنا فلا يبطل بدليل (١٤١) الرضا بالطريق الاولى لانه دونه ثم اخذ

بالشفعة والعرض على المبيع دليل الرضا فلذلك لا يعلمان في ابطال خيار الرؤية وفيه نظر لانه ليس بدافع والحق ان الاشكال ليس بوارد لانه قال وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية وهو ليس بكلي مطلق بل مقيد بان يكون تعيبا أو تصرفا يعنى في المبيع والاخذ بالشفعة والعرض على المبيع ليسا منهما فلا يكونان واردين ثم التصرف الذي يبطل خيار الرؤية

ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى أن يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاتفاق والتدبير أو تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لم ينعذر الفسخ بطل الخيار أحد خلافه كان اجنا عاسكو تيا ظاهرا (قوله ثم خيار الرؤية غير موقت) بوقت خلافا لما ذهب اليه بعض المشايخ من انه موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ فاذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ولزم البيع فيه واختار انه لا يتوقف (بل يبقى الى أن يوجد ما يبطله) يبطله (ما يبطل خيار الشرط من تعيب) يعنى بعد الرؤية (أو تصرف يبطل خيار الرؤية) بقيد تفصيل نذكره في التصرف لا مطلقا فلهذا وصله بقوله (ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه) للتصرف (كالاتفاق) للعهد الذي اشتره ولم يره (وتدبيره أو تصرفا يوجب حقا للغير) كالبيع ولو بشرط الخيار للمشتري لخلوص الحق فيه للمشتري وقوله (كالبيع المطلق) انما يريد به المطلق عن شرط الخيار للبائع لان به لا يخرج المبيع عن ملكه وكالجهة مع التسامح (والرهن والاجارة يبطل خيار الرؤية) سواء وجدت بعد الرؤية أو قبلها لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ واذا ان (نعذر الفسخ شرعا بطل الخيار) ووجب تقدير قيد في الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم له الخيار اذا رآه مقيدا بما اذا لم يوجب موجب شرعي عدمه

على ضربين تصرف يبطله قبل الرؤية وبعدها وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله بعدا فاما الاول فهو الذي لا يمكن رفعه كالاتفاق والتدبير او الذي يوجب حقا للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط والبيع بخيار الشرط للمشتري والرهن والاجارة وهذا لان هذا التصرف يعتمد الملك وملك المتصرف في العين فأنهم فصادف الخلل ونفذو وبعده نفوذ لا يقبل الفسخ والرفع فنعذر الفسخ وبطل الخيار ضرورة وكذلك تعلق حق الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو افقك الرهن أو مضت مدة الاجارة أو ورد المشتري عليه بخيار الشرط ثم آراه لا يكون له الرد وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قيل ان بطلان الخيار قبل الرؤية مخالف لحكم النص الذي رويناه والثاني ان هذه التصرفات إما أن تكون صريح الرضا أو دلالة وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية فكيف أبطلته وأجيب عن الاول بان ذلك فيما يمكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات لصدورها عن أهلها مضافة الى محلها انعقدت صحيحة وبعدهم لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة

(قوله فأشبهه الردي العيب) أقول فيه تأمل (قوله والضابط في ذلك) أقول يعنى أن الضابط يفهم مما ذكرنا قوله ويعلم (قوله ويحجل في غير المالك) في الجملة أقول يعنى باجازه المالك (قوله قيل بشكل على هذا الكلي الى قوله والثانية اذا عرض الخ) أقول ولك أن تقول هما أيضا يبطلانه بعد الرؤية وذلك يكفى في صحة الكلية فانه لم يقبل يبطل خيار الرؤية مطلقا (قوله والعرض على المبيع) أقول لان سلم أن العرض على المبيع ليس من التصرف في المبيع والسند ما يذكره المصنف من جعل المساومة منه (قوله مانع من الفسخ) أقول أى فسح البائع استقلالاً (قوله لا يمكن رفعها) أقول مطلقا ومن التصرف مستقلا

وعن الثاني بأن دلالة الرضا لا تبرع على صريحه اذ لم تكن من ضرورات صريح آخر وهما هذه الدلالة من ضرورة صحة التصرفات المذكورة والقول بصحة تمام انتفاء الاكراه محال وأما الثاني فهو الذي لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل الخيار قبل الرؤية لانه لا يبرع على صريح الرضا أي لا يزيد عليه وصريح الرضا لا يبطله قبل الرؤية فدلالته أولى به من اذالم يكن من ضرورات الغير ويبطله بعد ذلك لوجود الدلالة مع عدم المنافع (قال ومن نظر الى وجه الصبر) اعلم ان المبيع إما أن يكون شيئا واحدا أو أشياء متعددة والثاني إما أن يكون متفاوتا لا حد ولا فذلك أقسام ثلاثة فان كان الاول فليس رؤية الجميع شرطا لبطال خيار الرؤية لان رؤية الجميع قد تكون متعذرة كما اذا كان عبدا أو جارية فان في رؤية جميع بدنهم مارة بغيره ما وذاك في العبد لا يجوز أصلا فسخ العقد أول يفسخ وفي الامتة لو فسخ العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان النظر في عورتها واقعا في غير المثل لان العقد ارتفع بالفسخ من أصله (١٤٣) فصار كأنه لم يكن فكان النظر الواقع حراما وكذا اذا كان المبيع ثوبا مطويا فان

وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يبرع على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا (قال ومن نظر الى وجه الصبر) أو الى ظاهر الثوب مطويا أو الى وجه الجارية أو الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له) والاصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيمكن في رؤية ما يبدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع أشياء فان كان لا تتفاوت أحادها كالمكيل والموزون وعلامته أن يعرض بالتوزيع فيكتفي برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي اردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان تتفاوت أحادها كالتياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي وكان ينبغي أن يكون مثل الخنطة والشعر لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبر كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكمل يعرض بالتوزيع

البائع يتضرر بانكسار ثوبه بالمطوي والنشر فيكتفي برؤية ما يبدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد وان كان الثاني كالتياب والدواب والبيض والجوز فيما ذكره الكرخي فلا بد من رؤية كل واحد لان رؤية البعض لا تعرف الباقي لتفاوت في أحاده وان

اداراه وحاصله تقديره بخصوص بالعقل (وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار) للبائع (والمساومة وهبة) بلا تسليم لا يبطله قبل الرؤية) لانه لو أبطل الخيار كان باعتبار دلالاته على الرضا وصريح الرضا قبل الرؤية لا يبطل الخيار قبله لانه أولى ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا ولما كان قوله وما يبطل خيار الشرط يبطله مقيدا بالتفصيل المذكور سقط الاعتراض بالاخذ بالشفعة وبالعرض على البيع فانها اذا وجدت من المشتري الذي له خيار الشرط يبطل خياره ولا يبطل بهما خيار الرؤية بل له أن يأخذ بالشفعة ثم يرد الدار عند الرؤية بما ذكرنا من ان دلالة الرضا لا تعمل في اسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية ثم في التصرف الذي تعلق فيه حق الغير لو عاد الى ملكه برد قبضه أو بفك الرهن أو فسخ الاجارة قبل الرؤية ثم رآه لا خيار له لانه سقط فلا يعود الاسباب جديدة الا في رواية عن أبي يوسف وثبوت الخيار له بظاهر النص تقدم وجوب تخصيصه فكانت هذه الرؤية الكائنة بعد العود من محال التخصيص ومما يسقط خيار الرؤية أن يقبضه اذ اراد له دلالة القبض بعد الرؤية على الرضا به (قوله) ومن نظر الى وجه الصبر أو الى ظاهر الثوب مطويا أو الى وجه الجارية الخ) والاصل في هذا أن رؤية جميع أجزاء (المبيع غير مشروط) في انتفاء ثبوت خيار الرؤية (لتعذره) عادة وشرعا والاجاز أن يتظر الى

كان الثالث كالمكيل والموزون والعددي المتقارب والجوز والبيض على مامل اليه المصنف يكتفي برؤية واحد منهما الا برؤية البعض يعرف الباقي لعدم التفاوت وعلامته عدم التفاوت أن يعرض بالتوزيع الا أن يكون الباقي اردأ مما فعلى هذا اذا نظر الى وجه الصبر بطل الخيار لانه يعرف الباقي لانه مكمل يعرض بالتوزيع

(قوله وعن الثاني بأن دلالة الرضا) أقول والجواب عن الثاني عندي أن يقال ليس بطلان الخيار هنا دلالة الرضا عورة أو صريحه بل لضرورة تعذر فسخ من التصرفات على ما يبدل عليه سياق كلام المصنف (قال المصنف البيع بشرط الخيار والمساومة) أقول قال الاتقاني تقول سام البائع السلعة عرضها وكرهها وسامها المشتري بمعنى استامها سوما ومنه ولا يسوم الرجل على سوم أخيه أي لا يشتري كذا في المغرب انتهى وقال العلامة الكاكي المساومة طلب البائع والمشتري لبيع سلعة كذا في الفوائد انتهى (قوله فان في رؤية جميع بدنهم مارة بغيره) أقول لا يخفى عليك أن الكلام في الرؤية التي يبطل الخيار معها اذا وقع البيع بعدها والافلا يسقط الخيار برؤية وجه العبد بعد البيع ولو رآه ألف مرة فلا يستقيم هذا الكلام الذي ذكره الشارح بل الاولى أن يقال فان في رؤية جميع بدنهم مارة بغيره ما وهما ليسا في ملكه ما وهما حراما فليست أملا فانه يمكن أن يقال المقصود اثبات المدعى بالطريق الاولى وفيه ما فيه بل المراد الرؤية بعد البيع وهي تسقط الخيار اذا قبض بعدها

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 الكفل في الدواب فيعتبر برؤية المقصود ولا يعتبر برؤية غيره بشرط 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 القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعروف للمقصود عورة العبد والامة اللذين يريد أن يشترهما ولزم في صحة بيع الصبرة النظر الى كل حبة منها ولا قائل بذلك فيمكن في رؤية ما هو المقصود ودفادار آجعل غير المرئي تبعا للمرئي فاذا سقط الخيار في الأصل سقط في التسبع اذا عرف هذا النبي عليه أن من نظر الى وجه الجارية أو العبد ثم اشتراه فرأى الباقي فلا خيار له فليس له رده بخيار الرؤية بخلاف ما للورأى بطن ما أو ظهرهما أو ساثر أعضائهما الا الوجه فان له الخيار اذا رأى وجههما لان ساثر الاعضاء في الاما والعبيد تبع للوجه ولذا تنفوت القيمة اذا فرض تفاوت الوجه مع تساوى ساثر الاعضاء وفي الدواب يعتبر برؤية الوجه والكفل لانهم المقصودان فيسقط برؤيتهما ولا يسقط برؤية غيرهما منها وهو المروي عن أبي يوسف وقيل لا يسقط ما لم يرقوا عنها ونقل صاحب الاجناس عن المجرد عن أبي حنيفة في الدابة اذا رأى عنقها أو ساثرها أو فخذيها أو جنبها أو صدرها ليس له خيار الرؤية وان رأى حوافرها أو ناصيتها فله الخيار وعن محمد يكتفي بالوجه اعتبارا بالعبد وفي رواية المعلى 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 القنية 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 بالان البادي يعرف ما في الطي فلا يشرط فتحه لتضرر البائع بتكسرتوبه ونقصان به حخته وبذلك يتقص عنه عليه اللهم الآن يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين أو يكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم ثم قيل هذا في عرفهم أما في عرفنا فالمراد بان الثوب لا يسقط خياره لانه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر وفي المنسوط الجواب على قول زفر وفي المنسوط لا بد من رؤية جميعه ولو نظر الى ظهور المكعب لا يبطل خياره ولو نظر الى وجهه بدون الصرم يبطل قيل وينبغي أن ينظر الى الصرم في زماننا لتفاوته وكونه مقصودا وفي الجبة لا يبطل خياره برؤية باطنها ويبطل برؤية ظاهرها الا اذا كانت البطانة مقصودة بأن كان فيها فرو وأما الوسادة المحشوة اذا رأى ظاهرها فان كانت محشوة مما يشي بها مثلها يبطل خياره وان كان مما لا يشي به مثلها فله الخيار هذا اذا كان المبيع واحدا (فان دخل في البيع أشياء فان كانت الآحاد لا تتفاوت كالسكيل والموزون وعلامته أي علامة ما لا تتفاوت آحاده (أن يعرض بالتمزوج فيكتفي برؤية واحد منها) في سقوط الخيار (الا اذا كان الباقي أردا مما رأى حينئذ يكون له الخيار) يعني خيار العيب لا خيار الرؤية ذكره في الينابيع وفي الكافي اذا كان أردا له الخيار لانه اعراض بالصفة التي رآها لا بغيرها وهذا التعليل يبيدانه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المصنف والتحقيق انه في بعض الصور خيار عيب وهو ما اذا كان اختلاف الباقي يوصله الى حد العيب وخيار رؤية اذا كان الاختلاف لا يوصله الى اسم العيب بل الدون وقد يجتمعان فيما اذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكره البائع به عينا ثم أراه المبيع في الحال (وان كانت آحاده متفاوتة كالثياب والدواب والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد) لكن على الوجه الذي ذكرنا أعنى رؤية ما هو المقصود من كل واحد (والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الخي) قال المصنف (وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة) وبه صرح في المحيط وفي المجرد هو الاصح ثم السقوط برؤية البعض في السكيل اذا كان في وعاء واحد أما اذا كان في وعاءين أو أكثر اختلفوا في سائر العراق على أن رؤية أحدهما كرؤية الكل ومشايخ بلخ لا يكتفي بل لا بد من رؤية كل وعاء والصحيح أنه يبطل برؤية

(والنظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعرف البقية الا أن يكون في طيه ما كان مقصودا كموضع العلم)
 واذا نظر الى وجه الآدمي بطل الخيار لانه هو المقصود به في العبد والامة وسائر الاعضاء تبع له ألا ترى ان تفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوى في ساثر الاعضاء واذا نظر الى الوجه أو الكفل في الدابة يبطل الخيار لانهم مقصودان في الدواب هذا هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله بشرط بعضهم رؤية القوائم لانهم مقصودة في الدواب والعديد المتقارب في وعاءين فرأها في أحدهما فان كان ما في الآخر مثل ما رأى أو فروقه يبطل الخيار وان كان دونه فهو على الخيار لكن اذا ترددت السك لثلاثة تفرق الصفقة واذا اشترى شاة فلما أن تكون للحم أول القنية 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 المقصود

(قال ومن رأى صحن الدار فلا خيار له) رؤية صحن الدار أو خارجها رؤية أشجار البستان من خارج تسقط خيار الرؤية لان كل جزء من أجزائها متعذر الرؤية كما تحت السرور وبين الحيطان من الجدوع والاسطوانات وحينئذ تسقط شرط رؤية الكل فأقتار رؤية ما هو المنصود من الدار فقام رؤية الكل فإذا كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند وقال زفر رحمه الله وهو قول ابن أبي ليلى لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب أي القدرى على وفاق عادتهم بالكوفة أو بغداد في لابنية فانما يختلف بالضيقة والسعة وفيما وراء ذلك يكون كصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج فأما اليوم يريد به ديارهم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت في مالية الدور بقلة مرافقها وكثرتها فالنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالباطن وهذه نكتة زفر

(قوله يشترط رؤية الكل) أقول هذا كلام بعض المشايخ على ما علم من معراج الدراية ثم أقول كلام السراج في هذا المقام مخالف المشروح

(قال وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها) وكذلك اذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت والاصح أن جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فأما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل

البعض لانه يعرف حال الباقي هذا اذا ظهر له أن ما في الوعاء الاخر من له أو وجودا ما اذا كان أردأ فهو على خياره وان كان مما يتفاوت آحاده كالبطاخي والمان فلا يكتفي رؤية بعضها في سقوط خياره في الباقي ولو قال رضيت وأسقطت خيارى وفي شراء الرحيب لانه لا بد من رؤية الكل وكذا السراج بأدائه ولده لا بد من رؤية الكل (قوله) وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذا اذا رأى خارج الدار ورأى أشجار البستان من خارج) لان النظر الى جميع أجزائها متعذر اذا لا يمكن النظر الى ما تحت السرور الى ما بين الحيطان من الجدوع فيكتفي برؤية المقصود منها (وعند زفر لا بد من دخول البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفق عادتهم في الابنية) في الكوفة (فان دورهم لم تكن متفاوتة) وأما في ديارنا (فلا بد من الدخول داخل الدار) كما قال زفر (لتفاوت الدور) بكثرة المرافق وقلتها فلا يصير معلوما بالنظر الى صحنه وهو الصحيح وهذا لا يفيد الا أن يقال وكل من ذلك مقصود وعلى هذا ما ذكرنا من أنه لا يشترط رؤية العلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة على خلاف بلادنا بدار مصر وشرط بهضهم رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه كما قال الشافعي وهو المعتمد في ديار مصر والشام والعراق وأما ما ذكر في الاشجار من الاكتفاء برؤية رؤس الاشجار أو رؤية خارجها فقد أنكر بعض المشايخ هذه الرواية وقال المقصود من البستان باطنه فلا يكتفي برؤية ظاهره وفي جامع فاضيلان لا يكتفي برؤية الخارج ورؤس الاشجار انتهى وفي الكرم لا بد من رؤية غيب الكرم من كل نوع شيئا وفي الرمان لا بد من رؤية العلو والحامض ولو اشترى دهنا في زجاجة فرؤيته من خارج الزجاجة لا تكتفي حتى يصبه في كفه عند أبي حنيفة لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل وعن محمد يكتفي لان الزجاج لا يخفي صورة الدهن وروى هشام أن قول محمد موافق لقول أبي حنيفة وفي الخفة لو نظر في المرآة فرأى المبيع قالوا لا يسقط خياره لانه ما رأى عينه بل مثاله ولو اشترى سمكا في الماء يمكن أخذه من غير اصطياذ فقرأه 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 المبيع وأما اذا كان المبيع مغيبا في الارض كالجزر والبصل والنوم والفجل ونحوها لم يذكر في ظاهر الرواية وروى بشر عن أبي يوسف ان كان شيئا يكال أو يوزن به بعد القلع كالثوم والبصل والزعفران والسلمج ان باعه بعد ما نبت نباتا به هم به وجوده تحت الارض جاز البيع فان قلع البعض دل يثبت له الخيار حتى اذا رضى به يلزم البيع في الكل ان قلع البائع أو المشتري باذن البائع يثبت له الخيار فليرضى به يلزم البيع في الكل لما عرف ان رؤية بعض المكيل أو الموزون كروية الكل وان قلعه المشتري بغير إذنه ان كان المقلوع شيئا له من بطل خياره في الكل فلم يكن له أن يرد مرضى بالقلوع أو لم يرض وجسد في ناحية من الارض أقل منه أو لم يوجد لان بالقلع صار المقلوع معيبا لانه كان حيا ينمو وبعد صرامواته والتعيب في يد المشتري يمنع الرجوع الى الرؤية وان كان المقلوع شيئا لا يمكن له لا يبطل خياره لان وجوده كعدمه وان كان شيئا يباع عددا 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 كله وان قلعه المشتري بغير إذنه لا يباع بطل خياره وقد حكى فيه خلاف بين أبي حنيفة وبينهما ما ذكرا نقول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رؤية بعضه كروية كله وجعلناه كالمكيل والموزون

قال (ونظر الوكيل كمنظر المشتري) قبل صورة التوكيل أن يقول المشتري لغيره كن وكيلاً عنى في قبض المبيع أو وكلتك بذلك وصورة الأرسال أن يقول كن رسولاً عنى أو أرسلتك وأمرتك بقبضه وقيل لافرق بين الوكيل والرسول فيما إذا قال أمرتك بقبضه إذا نظر الوكيل بالقبض إلى المبيع وقبضه يسقط خيار المشتري فلا يرد له إلا بعيب علمه الوكيل أو لم يعلم وقال الفقيه أبو جعفر إذا كان عيباً يعلمه الوكيل يجب أن يبطل خيار العيب بالقبض إليه فإذا نظر الرسول وقبضه لا يسقط خيار المشتري فله أن يرد عند أبي حنيفة وقالوا نظر الرسول لا يسقط بالانفاق ونظر الوكيل كمنظره فهما سواء في عدم سقوط خيار المشتري وله أن يرد ولما كانت رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه كذلك فسر المصنف بقوله معناه (١٤٥) الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء

فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع لأن حقوق العقد ترجع إليه (لهما أنه توكل) أى قبل الوكالة (بالقبض دون اسقاط الخيار) وما لم يتوكل به لا يملك التصرف فيه وكالة (فلا يملك) اسقاط الخيار لأنه تصرف فيما لم يتوكل به فصار كمن اشترى شيئاً ثم وكل وكيلاً بقبضه فقبض الوكيل معياراً فيما عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل وكن اشترى بخيار الشرط وكل بقبضه فقبضه لم يسقط خيار الشرط للموكل وكذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستورا ثم رآه الوكيل فأسقط الخيار قصداً لا يسقط خيار الموكل ودليل أبي حنيفة رحمه الله مبنى على مقدمة هي (أن القبض على نوعين تام وهو أن يقبضه وهو يراه ونافض وهو أن يقبضه وهو مستور) (قوله وهذا) إشارة إلى تنوعه بالنوعين وبأنه (أن تمام القبض بتمام

قال (ونظر الوكيل كمنظر المشتري حتى لا يرد له إلا من عيب ولا يكون نظر الرسول كمنظر المشتري وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا هما سواء وله أن يرد) قال معناه الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع لهما أنه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصداً وله أن القبض نوعان تام وهو أن يقبضه وهو يراه ونافض وهو أن يقبضه مستورا وهذا لأن تمامه بتمام الصفقة ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل ومضى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل وإذا قبضه

والعددي المتقارب لأن بعضها يستدل في العادة على السك والاختلاف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري أخاف أن قلعتني لا يصلح لي ولا أقدر على الرد وقال البائع لو قلعتني فقد لا ترضى يتطوع إنسان بالقلع فإن تشاحا فسخ القاضي العقد بينهما (قوله ونظر الوكيل) إلى المبيع مكشوفاً يعني الوكيل بالقبض كما فسر المصنف وهو من يقول له الموكل وكلتك بقبضه أو كن وكيلاً عنى بقبضه (كمنظر المشتري حتى لا يرد) المشتري بعد قبض الوكيل ورؤيته (الامن عيب ولا يكون نظر الرسول كمنظر المرسل) والرسول هو من يقول له المشتري قل فلان يدفع إليك المبيع أو أنت رسولى إليه في قبضه أو أرسلتك لقبضه أو أمرتك بقبضه وعلى هذا إذا قال أذهب فاقبضه يكون رسولاً لا وكيلاً لأنه من ماصدقات أمرتك وقد قيل لافرق بين الرسول والوكيل في فصل الأمر بأن قال قبض المبيع فلا يسقط الخيار ومنهم من حكى هذا القول فيما إذا قال أمرتك بمادة ألف مبراء (وهذا عند أبي حنيفة وقالوا) يعني الرسول والوكيل بالقبض (سواء) فيرد الموكل الذي له الخيار ما قبضه وكيه كما يرد ما قبضه رسولاً (فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع لهما أنه توكل) أى قبل الوكالة (بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به) وإذا لم يملكه لا يثبت عن فعله (وصار كخيار العيب والشرط) بأن اشترى معيماً برعيه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يراه عيبه لا يسقط خيار العيب للموكل وكذا إذا وكل في قبض ما اشتراه بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط (و) صار أيضاً (كالاسقاط قصداً) بأن قبضه الوكيل بالقبض مستورا ثم رآه فأسقط الخيار قصداً لا يسقط (وله أن القبض على نوعين) قبض (تام) وهو أن يقبضه وهو يراه وإنما كان هذا قبضاً تاماً لأن خيار الرؤية يبطل به هذا القبض وبقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض فلما يبطل هذا القبض من المشتري كان هذا القبض تاماً (ونافض وهو أن يقبضه مستورا) وإذا كان كذلك كان القبض مع الرؤية متضمناً لسقوط خيار الرؤية فلاستلزامه تمام الصفقة ولا يتم دونه (ثم الموكل ملك القبض بنوعيه فكذا وكيه لاطلاق التوكيل) بخلاف ما إذا أسقط الخيار قصداً بأن قبضه مستورا ثم رآه

(١٩ - فتح القدر خامس) الصفقة ولا تتم الصفقة (مع بقاء خيار الرؤية) لأن تمامها تاهيها في الزوم بحيث لا يرد الإبراء أو قضاء وخيار الرؤية والشرط يمنع عن ذلك وإذا ظهر هذا قلنا الموكل ملك القبض بنوعيه وكل من ملكه بنوعيه ملكه وكذلك عند اطلاق التوكيل عملاً باطلاقه فان قيل لا نسلم ذلك فان الوكيل إذا قبضه قبضاً ناقصاً ثم رآه فأسقط الخيار قصداً لم يسقط والموكل لو فعل ذلك يسقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لاحتالة

(قوله فيما إذا قال أمرتك بقبضه) أقول فلا يسقط الخيار (قوله وهذا إشارة إلى تنوعه بالنوعين) أقول ولعله إشارة إلى كون القبض وهو يراه تاماً تاماً

أجاب المصنف رحمه الله بأن الوكيل إذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقى أجنبيا فلا يملك إسقاطه وفي هذا الجواب تعرض إلى رد قياسهما على الإسقاط القسدي وإلى رد قولهما دون إسقاط الخيار وتقرر به أنه لم يتوكل بإسقاط الخيار قصد أو ضمنا والاول مسلم ولكن إسقاط الخيار في القبض التام يثبت للوكيل في ضمن التوكل به وهو القبض حتى لو رأى قبل القبض لم يسقط به الخيار بخلاف الموكل وكمن شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصد والثاني ممنوع فان من توكل بشيء وكل بما يملكه لان ما لا يتم الواجب الآبه فهو واجب وقوله (بخلاف خيار العيب) جواب عن قوله ما فصار خيار العيب فانه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرتد به الا برضا وقضاء ومالم يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام (١٤٦) القبض ولهذا ملك رد العيب خاصة بعد القبض ولم يجعل تفريق الصفقة

لان تفريق الصفقة قبل تمامها ممنوع والمالم يمنع ههنا دل أنها كانت تامة وهو من موضحات ذلك أن خيار العيب اثبتت حتى المطالبة بالجزء الفائت وذلك للموكل ولم يصدر التوكيل بالقبض لإسقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه الوكيل وخيار الشرط لا يصلح مقبضا عليه لانه على هذا الخلاف ذكر القدرى أن من اشترى شيئا على أنه بالخيار فوكل وكيله بقبضه بعد مراه فهو على هذا الخلاف ولو سلم بقاء الخيار فالموكل لا يملك القبض التام لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط والخيار لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار لا يكون الا بعد القبض فكذا وكيله وقيد بالتام لان الموكل يملك الناقص فان القبض مع بقاء الخيار ناقص كما انه قبل الرؤية ناقص والرسول ليس

مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك إسقاطه قصد بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقاءه وخيار الشرط على هذا الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبيع الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في البيع قال (وبيع الاعمى وشراؤه جائز)

فأسقط الخيار لأن قبضه (مستورا انتهى التوكيل) بالقبض (الناقص فلا يملك) الوكيل بعد ذلك (إسقاطه) لانتفاء ولايته ونقض مسئلتين لم يقم الوكيل مقام الموكل فيهما احدهما ان الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار والموكل لو رأى ولم يقبض يسقط خياره والثانية لوقبضه الموكل مستورا ثم رآه بعد القبض فأبطل الخيار بطل والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل وأجيب بأن سقوط الخيار بقبض الوكيل انما يثبت ضمنا لتمام قبضه بسبب ولايته بالوكالة وليس هذا ثابتا بمجرد رؤيته قبل القبض وتقول بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره اذا رآه انما يتأني على القول بأن مجرد مضى ما يتمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو بالصحیح وبعد من الجواب الاول يقع الفرق في المسئلة الثانية لانه لم يثبت ضمنا للقبض الصحیح بل ثبت بعد انتهائه الوكالة بالقبض الناقص وقوله (بخلاف خيار العيب لانه) يثبت مع (تمام الصفقة) لانه لم يشرع لتتميم القبض بل لتسليم الجزء الفائت ضمن القبض مع بقاء الخيار ولذا كان له أن يرد المعب وحده فيما اذا اشترى شيئين وقوله في الكتاب الامن عيب قال حر الاسلام بحتمل الامن عيب لم يقبله الوكيل فان كان عليه يجب أن يبطل خيار العيب كذا ذكره الفقيه أبو جعفر ولم يسلم مسئلة خيار العيب والصواب عنه دنا أن لا يملك الوكيل بالقبض ابطل خيار العيب فيكون معناه علم أو لم يعلم وقوله (وخيار الشرط على هذا الخلاف الخ) يعني وخيار الشرط لانص فيه فلنا أن نمنعه فيكون على الخلاف ذكره القدرى وهو رواية الهندوانى لان القبض التام لا يحصل بخيار الشرط لان وجوده يجيز الفسخ فلا يتم القبض مع ذلك كخيار الرؤية بعينه (ولئن سلم) انه لا يبطل بالقبض التام وهو الاصح (فالموكل لا يملك التام منه) فاذا فرضنا أن التام لا يكون معه خيار الفسخ فلا يملكه الوكيل (بخلاف الرسول) بالبيع والشراء (فانه لا يملك شيئا) من القبض لا التام ولا الناقص لانه لم يؤمر بالقبض بل بأداء الرسالة ولذا لا يملك التسليم أيضا وصوره الارسال في البيع تقدمت أوائل كتاب البيوع وصورته بالشراء أن يقول قل لفلان انى اشتريت منك كذا وكذا بعين كذا وكذا (قوله وبيع الاعمى وشراؤه جائز) باتفاق الأئمة الثلاثة وقال الشافعي لا يجوز الا في السلم والشراء يمد في لغة الحجاز ويقصر لاهل نجد

كالوكيل فان اتمام ما أرسل به ليس اليه وانما اليه تبيع الرسالة كالرسول بالعقد فانه لا يملك القبض والتسليم قال (وبيع الاعمى وشراؤه جائز) ببيع الاعمى وشراؤه جائز عندنا

(قوله والثاني ممنوع فان من توكل بشيء الخ) أقول لو صح هذا لزم ان لا ينتهي التوكيل بالقبض الناقص كلام على السند الاخص فلا يجزى نفعاً (قوله لان الاختيار) أقول التتابع بالياء بنقطتين بعد التاء من والاختيار بالياء النقطه بنقطه تحتانية بعد التاء من الخبر قال المصنف (وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار) أقول فيه بحث فان الخيار معلق بالرؤية ولا يثبت قبلها كما سلف الا أن يراد بالخيار حق الفسخ مجازا والحق أن يجب أن المراد بالرؤية العلم بالمقصود مجازا على ما قالوا فلا اشكال الا أن قوله اذا اشترى بأبي عن هذا نوع إيهام فليتأمل

(وله الخيار) وقال الشافعي رحمه الله ان كان بصيرا فعمى فكذا الجواب وان كان أعمى فلا يجوز بيعه ولا شراؤه أصلا لانه لا علم له بالالوان والصفات وهو مجموع بمعاملة الناس العيانيين من غير تكبير وان من أصله ان لا يملك الشراء بنفسه لا يملك الأمر به غيره فاذا احتاج الأعمى الى ما يأكل ولا يتمكن من شراؤه كقول ولا التوكيل به مات جوعا وفيه من القبح ما لا يخفى ولنا (انه اشترى ما لم يره ومن اشترى شيئا لم يره فله الخيار بالحديث وقد قررناه من قبل) وفيه نظر لان قوله عليه الصلاة والسلام لم يره سلب وهو يقتضى تصور الايجاب وهو انما يكون في البصير والأولى أن يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس العيانيين (١٤٧) من غير تكبير فان ذلك أصل

في الشرع بمنزلة الاجماع ويسقط خياره مباشرة ما هو سبب العلم بالمقصود فان كان المبيع مما يعلم بحسه وان كان مما يعلم بالشم فشبهه وبذوقه في المذوقات وأما اذا كان شجرا أو ثمر اعلى شجرا أو عقارا فان خياره لا يسقط حتى يوصف له لان الوصف يقيم مقام الرؤية كما في السلم وقال بعض أئمة بلخ عيس الحائط والاشجار فاذا باشر بسبب العلم أو وصف له أو وصف ومس وقال رضى سقط الخيار وروى عن أبي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان الواقف بصيرا لراه وقد قال رضى سقط خياره لان التشبه يقوم مقام الحقيقة في موضع العجز كحريك الشفتين واجراء موسى في حق الأدمى والاصح واطلاق الرواية يدل على أنه يقول بذلك من غير اشتراط الوصف

(وله الخيار اذا اشترى) لانه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل (ثم يسقط خياره بحسه المبيع اذا كان يعرف بالجنس وبشبهه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق) كافي البصير (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) لان الوصف يقيم مقام الرؤية كافي السلم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لراه وقال قد رضى سقط خياره لان التشبه يقيم مقام الحقيقة في موضع العجز كحريك الشفتين يقيم مقام القراءة في حق الآخرس في الصلاة واجراء موسى مقام الخلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن بولكل وكيل لا يقبضه وهو يراه

(وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره) فيدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه (وقد قررناه من قبل) في أول الباب ولان الناس تعارفوا بمعاملة العيانيين بعا وشراء والتعارف بلا تكبير أصل في الشرع بمنزلة اجماع المسلمين (ثم يسقط خياره بحسه المبيع اذا كان يعرف بالجنس) كالشاة (وبشبهه اذا كان يعرف بالشم) كالطيب (وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق) كالعسل وقوله (كافي البصير) ظاهر في ان البصير اذا لم يره المبيع ولكن شبه فقط وهو مما يعرف بالشم كالمسك ونحوه فرضى به ثم رأى فلا خياره (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) في جامع العتابي هو ان يوقف في مكان لو كان بصيرا لراه ثم يذكر له صفته ولا يخفى أن ايقافه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط الخيار به فلذا لم يذكره في المبسوط واكتفى بذكر الوصف (لان الوصف قد أقيم مقام الرؤية كافي السلم) وعن أنكره الكرخي وقال وقوفه في ذلك الموضع وغيره سوا عفى انه لا يستفيد به علما (وعن أبي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لراه العقار وقال رضى سقط خياره لان التشبه يقيم مقام الحقيقة في موضع العجز كحريك الشفتين يقيم مقام القراءة للاخرس واجراء موسى 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 الشيء بمنزلة وقد ثبت شرعا اعتباره بمنزلة في السلم ووجوب اجراء موسى مختلف فيه وكذا التكرير غير لازم للأدمى وعن أبي يوسف أيضا انه اعتبر الوصف في غير العقار أيضا ولم يعتبر الشم ولا الذوق والجنس لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما ذكرنا وقال مشايخ بلخ عيس الحيطان والاشجار فاذا قال رضى سقط خياره لان الأعمى اذا كان ذكيا يقف على مقصوده بذلك وهو رواية بشر وابن سماعة في الدار وفي رواية هشام عن محمد انه يعتبر الوصف مع كل من الذوق واللمس والجنس لان التعريف الكامل في حقه يثبت بهذا الا فيملا لا يمكن بحسه كالمعنى 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 بولكل وكيل لا يقبضه وهو يراه)

قال محمد في الجامع الصغير قال أبو يوسف في الأعمى يشتري الشيء لم يره فيقول قد رضى قال له أن يردّه وان كان في مكان لو كان بصيرا لراه ثم قال قد رضى لم يكن له أن يردّه وقال الفقيه قال بعضهم يوقف في مكان لو كان بصيرا لراه ومع ذلك يوصف له وهذا أحسن الأقاويل قال وبه نأخذ وقال الحسن بولكل وكيل لا يقبضه وهو يراه

(قوله وفيه نظر لان قوله عليه الصلاة والسلام لم يره سلب) أقول فيه بحث لان التصور لا يستلزم التحقق الا يرى أن قولنا شريك الباري ليس بوجوده في الخارج صادق ويمتنع وجود الموضوع فيه والاولى ايراد النظر في قوله عليه الصلاة والسلام فله الخيار اذا رأى فان اذا تستعمل في التحقيق فليستأمل فان المراد بالرؤية العلم بالمقصود على ما صرحوا

وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لأن رؤية الوكيل بالقبض كروية الموكل كما تقدم ولو وصفه فقال رضيت ثم أبصر فلا خيار له لأن العقد قد تم وسقط الخيار فلا يعود ولو اشتري بصيرا ثم عي انتقل الخيار إلى الصفة لأن الناقل للخيار من النظر إلى صفة العجز وقد استوى في ذلك كونه أعمى وقت العقد وصيرورته أعمى بعد العقد قبل الرؤية قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشترىهما) قد تقدم إن في الجمع بين الأسماء المتفاوتة الأحاد في البيع رؤية بعضها لا يعرف الباقي بل لا بد من رؤية كل واحد منها وعلى هذا إذا رأى أحد الثوبين فاشترىهما ثم رأى الآخر فلا خيار لكن لا يرد الذي رآه وحده بل يردهما إن شاء كي لا يلزم تفريق الصفة قبل التمام وقد تقدم لنا معنى تمام الصفة وانما الاتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولو كان غير تامه يتمكن المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضاه فيكون الرد فسحا من الأصل لعدم العلم بصفات المعقود عليه فان تفرق الصفة منهى عنه لما جاء في الحديث نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن تفريق الصفة قبل تفريق الصفة منهى عنه وهو يقتضى ردهما جميعا إن شاء وقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره الحديث يدل على أنه لو أن برد الذي لم يره وحده فواجهه ترجيح حديث النهي على العجز وأجيب بأن موجب النهي مطرد في جميع صورته وموجب العجز ليس كذلك فإنه لا يملك الرد إذا تعيب أو اعتق أحد العبدان أو دبره أو المطرد راجع وبأنه محرم والمحرر راجع على المبيع أولاته متأخر عن المبيع لثلا يلزم نكح بالنسخ وبأن الرد كما كان غير ممكن لأن رد أحد الثوبين لا يكون رد الآخر فاشترى ثوبين لا أحدهما والرد انما يصح إن لو كان ذلك المردود على الحالة الأولى قبل النهي عن تفريقهما مطلقا وقد قيدتم بما قبل التمام فيكون متروك الظاهر ومثله مرجوح والجواب أن النهي (١٤٨) انما هو عن التفريق والتقيد بما قبل التمام بالقياس على ابتداء الصفة فإنه

إذا أوجب البيع في شئين لا يملك المشتري القبول في أحدهما لما فيه من الأضرار بالبائع بل بربان العادة فيما بين الناس بضم الردي على الجيد تر ويجاله بالجيد فاذا علم أن المانع من ردا أحدهما تفرق الصفة قبل التمام يندفع ما استشكل بالاستحقاق فان من اشترى ثوبين فاستحق أحدهما لا يرد الباقي وفيما نحن فيه انذار أحدهما فلا بد من رد الآخر أيضا لان فيما نحن فيه ردا أحدهما

وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لأن رؤية الوكيل كروية الموكل على ما مر آنفا قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشترىهما ثم رأى الآخر جازله أن يردهما) لان رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فيقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرد وحده بل يردهما كي لا يكون تفرق الصفة قبل التمام وهذا لان الصفة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاه ويكون فسحا من الأصل فيسقط بذلك خياره قال المصنف (وهذا أشبه بقول أبي حنيفة حيث جعل رؤية الوكيل كروية الموكل) ولو وصف للاعشى ثم أبصر لا خيار له لان خياره سقط فلا يعود الا بسبب جديد ولو اشترى البصير ثم عي انتقل الخيار إلى الوصف (قوله ومن رأى أحد الثوبين فاشترىهما ثم رأى الآخر جازله أن يردهما) لان رؤية أحدهما ليست رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فيقي الخيار فيما لم يره) فله رده بحكم الخيار (ثم لا) يتمكن من رده وحده (فردهما) ان شاء (كي لا يكون تفرق الصفة) على البائع (قبل التمام وهذا لان الصفة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) كخيار الشرط بدليل ان له أن يفسخه (بغير قضاء ولا رضاه ويكون فسحا من الأصل) لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم

يوجب تفرق الصفة قبل التمام لانها لا تتم مع بقاء خيار الرؤية وفي فصل الاستحقاق لم تفرق 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 والشرط 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 ردا لا آخر لدفع ضرر يلزم البائع

(قوله وقد تقدم لنا معنى تمام الصفة) أقول تقدم بورقة تخميننا وهو قوله ولا تتم الصفة مع بقاء خيار الرؤية لان تماماتها في الزوم قال المصنف (وهذا لان الصفة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) أقول قال العلامة السكاكي يعني فيما اذا قبضه مستورا كذا قبل ولا حاجة الى هذا لأن خيار الرؤية يبقى الى أن يوجد ما يبطله انتهى وفيه بحث يظهر ملاحظة ما مر في مسألة نظر الوكيل (قوله فان تفرق الصفة منهى عنه) أقول تعديل لقوله لثلا يلزم تفرق الصفة قبل التمام (قوله وقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيئا لم يره الحديث يدل على أنه لو أن برد الذي لم يره وحده فواجهه ترجيح حديث النهي) أقول وأنت خبير بأن المفهوم لا يعارض المنطوق حتى يحتاج الى الترجيح وأيضا المشتري هنا هو المجموع دون كل واحد فرؤية أحدهما دون الآخر كروية توجه الدابة دون كفلها وبالعكس فليتام (قوله أولاته متأخر عن المبيع الخ) أقول في التوضيح في فصل المعارضة والترجيح كلام متعلق بهذا المقام فراجع (قوله والجواب أن النهي انما هو عن التفريق التي قوله قبل التمام بالقياس) أقول تقيد المطلق نسخ وذلك لا يجوز بالقياس فلا يظهر بما ذكره في معرض الجواب دفع ما قبل (قوله يندفع ما استشكل بالاستحقاق) أقول أي يظهر ان دفاعه

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 بعد مدة فان كان على تلك الصفة التي رآه) عليها سقط الخيار لان العلم بأوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة وبقوات العلم بالأوصاف ثبت الخيار فيمن العلم بالأوصاف وثبت الخيار منقاة ويثبت أحد المتنافيين وهو العلم بالأوصاف (١٤٩) بتلك الرؤية فينتقي الآخر

وهو ثبت الخيار الا اذا كان لا يعلم انه هو الذي رآه كما اذا اشترى ثوباً ملقواً 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 علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالأوصاف وهنالمما كان المبيع مرثياً من قبل لم يتغير عنها كان العلم بها حاصلًا فلا يكون له الخيار وذلك لان الامر وان كان كذلك لكن شرطه الرضا به وحيث لم يعلم انه مرثيه لم يرض به فكان له الخيار وان وجدته متغيراً فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معاملة بأوصافه فكانت لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع عيئنه لان التغير حادث لانه انما يكون بغير أو تبديل هيئة وكل منعا عارض والمشتري يد به والبائع منكر ومتمسك بالأصل لان سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه وقيل هو الرؤية السابقة وقيل هو البيع البات الخالي عن

(ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط (ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له) لان العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبقواته ثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرثيه لعدم الرضا به (وان وجدته متغيراً فله الخيار) لان تلك الرؤية لم تقع معاملة بأوصافه فكانت لم يره وان اختلفا في التغير فالقول للبائع لان التغير حادث وسبب لزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري

بصفات المبيع ولذا لا يحتاج الى القضاء والرضا فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا استحق أحدهما لا يرد الباقي وهنا وفي خيار الشرط برذالا آخر اذا ردا أحدهما بعد القبض أجيب أن ردا أحدهما في خيار الرؤية والشرط بوجوب تفریق الصفقة قبل التمام لما علم ان الصفقة لاتتم معهما وفي الاستحقاق لو رد كان بعد التمام لان الصفقة تمت فيها كان ملك البائع ظاهراً فليثبت في الباقي عيب الشركة حتى لو كان المبيع عيباً واحداً فاستحق بعضه كان له أن يرد الباقي أيضاً كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق ولو كان قبض أحدهما ولم يقبض الآخر ثم استحق أحدهما له الخيار لتفرقها قبل التمام ولو كان المبيع مكيفاً أو موزوناً فاستحق بعضه بعد القبض لا يخير لان الشركة ليست بعيب فيه ولو استحق قبل القبض يخير لتفریق الصفقة قبل التمام ولو وجد أحدهما عيباً في مسألة الكتاب قبيل القبض ليس له أن يرده وحده لتفرق الصفقة قبل التمام لانها لاتتم قبل القبض هذا والمعنى في تفریق الصفقة قبل التمام وجوازها بعده لدفع الضرر الاكبر وذلك أن في تفریقها ثبوت ضرر من دائماً غير أنه قبل التمام يكون ضرر البائع أكثر فانه ضرر مال فانه قد لا يروج أحدهما الا بالآخر لوجوده أحدهما مرداة الاخر وهو فوق ضرر المشتري فان ضرره ليس الا بيطلان مجرد قوله اذا الزمناه ردهما وبعد القبض ضرر المشتري أكثر لانه متى رد الكل يبطل حقه عن البيع وضرر البائع موهوم إذ قد يبيع المرء ويبتن جيداً فعملنا بدفع أعلى الضررين فيهما (قوله ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث) على ما ذكرناه من الوجه (في خيار الشرط) وتقدم أن خيار الشرط والرؤية لا يورثان وخيار العيب والتعيين يورثان بالاتفاق (قوله ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فان وجدته على الصفة التي رآه) عليها (فلا خيار له لان العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة) فلم يتناول قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى ما يره فله الخيار اذا رآه لانه باطلاً في تناول الرؤية عند العقد وقيل (الا اذا كان) المشتري (لا يعلم مرثيه) أى لا يعلم أن المبيع كما قدره فيما مضى كأن رأى جارية ثم اشترى جارية منتقبة لا يعلم انها التي كان رآها ثم ظهرت اباهما كان له الخيار (لعدم) ما يوجب الحكم عليه (بالرضا) أو رأى ثوباً ملفف في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم أنه ذلك (وان وجدته متغيراً) عن الحالة التي كان رآه عليها (فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معاملة بأوصافه) فكانت رؤيته وعدمها سواء (فان اختلفا في التغير) فقال البائع لم يتغير وقال المشتري تغير (فالقول للبائع لان) دعوى (التغير) بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية ما يدل على المقصود من البيع دعوى أمر (حادث) بعده والاصل

الشروط المقدسة ظاهر والاصل لزوم العقد والقول قول المنكر مع عيئنه والبيئنة بينة مدعى العارض (قوله الا اذا بعدت المدة على ما قالوا)

قال المصنف (لان تلك الرؤية لم يقع معلماً) أقول الظاهر أن بقول معاملة (قوله وقيل هو الرؤية السابقة) أقول لا يظهر الفرق بين المعنيين الاوامين لأن المراد برؤية جزء من المعقود عليه هي الرؤية السابقة وبالرؤية السابقة هي رؤية جزء المعقود عليه (قوله وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المقدسة) أقول وعندى أنه البيع البات الخالي عن المفسد الواقع في محل مرئي فليتمامل

أى المتأخرون استثناء من قوله (١٥٠) فالقول قول البائع فإنه حينئذ يكون القول قول المشتري لان الظاهر يشهد له فان الشئ يتغير

بطول الزمان ومن يشهد له الظاهر فالقول قوله واليه مال شمس الأئمة السرخسي وقال أرايت لو كانت جارية شابة رأها فاشترها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البائع أنهم لم يتغير كان يصدق على ذلك وقوله (بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية) متصل بقوله فالقول قول البائع يعنى اذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول قول المشتري لان البائع يدعى عليه العلم بالصفات وانه حادث والمشتري منكر فكأن القول قوله مع اليقين قال (ومن اشترى عدل زطى) العدل بالكسر المثل ومنه عدل المتاع والزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية ومن اشترى عدل زطى ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا كذا لفظ الجامع الصغير وهو مراد المصنف لانه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فيه يبيع أو هبه فاذا قبضه فباع منه ثوبا أو هبه وسلمه لم يرد شيئا منها أى من الثياب الزطية الامن عيب ذكر الضمير في قوله ولم يره وغيره نظرا الى العدل وانث في قوله منها نظرا الى الثياب فانه اذا باع منه ثوبا لم يبق عدلا بل ثيبا من العدل وكذا اذا اشترى عدل زطى فبجاء الشرط فقبضه وباع ثوبا

بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لان امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله قال (ومن اشترى عدل زطى ولم يره فباع منه ثوبا أو هبه وسلمه لم يرد شيئا منها الامن عيب وكذلك خيار الشرط) لانه تعذر الرد فيها خرج عن ملكه وفي رد ما يبق تفریق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يعنان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لاتتم قبله وفيه وضع المسئلة

عدمه فلا تقبل الايبينة (بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية) فقال البائع رأته وقال المشتري لم أره فالقول للمشتري مع عيبه لان البائع يدعى امر ارضاهو العلم بصفته (والمشتري ينكره فالقول له) وكذا لو أراد أن يرد فباعت البائع ليس هذا الذى يعتكده وقال المشتري بل هو هو والقول للمشتري سواء كان ذلك في بيع بات أو فيه خيار الشرط أو الرؤية ولقائل أن يقول الغالب في البيعات كون المشتريين رأوا المبيع قد عوى البائع رؤية المشتري بتسك بالظاهر لان الغالب هو الظاهر والمذهب أن القول لمن يشهد له الظاهر لمن يتسك بالاصل الا ان 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 الخيارين يفسخ العقد بفسخه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف واذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافا في المقبوض فالقول فيه قول القابض ضمينا كان أو أمينا كالغاصب والمودع بخلاف الفسخ بالعيب لا ينفرد المشتري بفسخه ولكنه يدعى ثبوت حق الفسخ فى الذى أحضره والبائع ينكره وقوله (الا اذا بعدت المدة) استثناء من قوله القول قول البائع أى الا في صورة ما اذا طالت المدة (على ما قالوا) أى المشايخ (لان الظاهر شاهد للمشتري) اذ الظاهر أنه لا يبق الشئ فى دار التغيير وهى الدنيا زمانا طويلا لم يطرقة تغير قال محمد رحمه الله تعالى أرايت لو رأى جارية ثم اشتراها بعد عشرين أو عشرين سنة وقال تغيرت أن لا يصدق بل يصدق لان الظاهر شاهد له قال شمس الأئمة وبه أفتى الصدر الشهيد والامام المرغيناني فنقول ان كان لا يتفاوت فى تلك المدة غالبا فالقول للبائع وان كان التفاوت غالبا فالقول للمشتري مثاله لو رأى دابة أو جملا كاشترها بعد شهر وقال تغيرت فالقول للبائع لان الشهر فى مثله قليل (قوله) ومن اشترى عدل زطى لم يره وقبضه فباع منه ثوبا أو هبه (ثم رأى الباقي) ليس له أن يرد شيئا منها الامن عيب) وكذا لو اشترى العدل المذكور على أن له الخيار ثلاثة أيام وهو شرط الخيار والباقي بجعله أعتى فباع بعضها أو هبه سقط خياره فى الباقي وليس له أن يرد بخيار الشرط بل ان اطلع على عيب وهذا (لانه تعذر الرد فيما أخرجه عن ملكه) فلورد الباقي فقط كان تفریق الصفقة على البائع قبل التمام لمر من (أن) قيام (خيار الرؤية والشرط يمنع تمامها) وان كان بعد القبض (بخلاف خيار العيب فان الصفقة تتم معه بعد القبض وفيه) أى فى المقبوض (وضع المسئلة) لانها لو لم تكن مقيمة لم تصح صورتها اذ لا يصح بيع ما لم يقبض وهيته ولأنه لو كان قبل القبض كانت الخيارات كلها سواء هو أنه لا يرد أحدهما بل يردهما بخيار الرؤية ان شاء فلا يصح حينئذ قوله الامن عيب لانه اذا اشترى شيئين ولم يقبضهما حتى وجد أحدهما عيبا لا يرد المبيع خاصة بل يردهما ان شاء لا يقال فى عدم رد الباقي عند رؤيته ترك العمل بحديث الخيار لحديث النهى عن تفریق الصفقة مع انه متروك الظاهر فان تفریقها جائز بعد تمامها وحديث الخيار أقوى فلنالم نقل بعد عدم رد ما لم يقبل قلنا اذا ارده يرد معه الاخر فزنا شرط فى الرد عمل بحديث الصفقة لتكون عاملين بالحديثين معاجبا بينهما والعدل المثل والمراد هنا الغرارة التى هى عدل غرارة أخرى على الجمل أو نحوها أى يعاد لها وفيها أبواب والزط فى المغرب جيل من الهند تنسب اليهم الثياب

منه أو هبه وذلك لان الرد تعذر فيما خرج من ملكه وفي رد ما يبق تفریق الصفقة قبل التمام لان الخيارين يعنان تمامها كما مر وأما خيار العيب فانه لا يمنع تمامها بعد القبض وفيه وضع محمد المسئلة لانه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه

(فلو عاد) الثوب الذي باعه (الى المشتري بسبب هو فسخ) بان رد المشتري الثاني بالعيب بالقضاء ورجع في الهبة فهو أى المشتري الاول أو الواهب على خياره فجاز أن يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسى وعن أبي يوسف ان خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه) لان الساقط لا يعود (كخيار الشرط وعليه اعتمد القدورى)

باب خيار العيب

آخر خيار العيب لانه يمنع الزوم بعد التمام واضافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشيء الى سببه اذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضى وصف السلامة فعند فواته يتخير الرطية وقيل جيل بسواد العراق وذكر الضمير في قوله فباع منه على لفظ العدل ثم انشبه في قوله لم يرد شيئا منها على معناه فكان نظيره قوله تعالى وكم من قرية اهلكناها فجاءها بأسنا بياتا وهم قائلون هذا (ولو عاد) الثوب الذي باعه من العدل أو وهبه (الى المشتري بسبب هو فسخ) محض كارد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة (فهو) أى المشتري للعدل (على خياره) أى خيار الرؤية فله أن يرد الكل حيث يشاء بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسى وعن أبي يوسف) وهو رواية على بن الجعد عنه (انه) أى خيار الرؤية (لا يعود) لان الساقط لا يعود (كخيار الشرط) الاسباب جديد وصححه قاضيخان (وعليه اعتمد القدورى) وحقيقة المخط مختلف فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانع ازال فيعمل المقتضى وهو خيار الرؤية علمه ولحظ على هذه الرواية مسقطا واذ اسقط لا يعود لاسبب وهذا أوجه لان نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويطل الخيار قبل الرؤية وبعدها والله الموفق

فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الأئمة السرخسى وعن أبي يوسف انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدورى

باب خيار العيب

(واذا اطاع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضى وصف السلامة فعند فواته يتخير

الرطية وقيل جيل بسواد العراق وذكر الضمير في قوله فباع منه على لفظ العدل ثم انشبه في قوله لم يرد شيئا منها على معناه فكان نظيره قوله تعالى وكم من قرية اهلكناها فجاءها بأسنا بياتا وهم قائلون هذا (ولو عاد) الثوب الذي باعه من العدل أو وهبه (الى المشتري بسبب هو فسخ) محض كارد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة (فهو) أى المشتري للعدل (على خياره) أى خيار الرؤية فله أن يرد الكل حيث يشاء بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسى وعن أبي يوسف) وهو رواية على بن الجعد عنه (انه) أى خيار الرؤية (لا يعود) لان الساقط لا يعود (كخيار الشرط) الاسباب جديد وصححه قاضيخان (وعليه اعتمد القدورى) وحقيقة المخط مختلف فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانع ازال فيعمل المقتضى وهو خيار الرؤية علمه ولحظ على هذه الرواية مسقطا واذ اسقط لا يعود لاسبب وهذا أوجه لان نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويطل الخيار قبل الرؤية وبعدها والله الموفق

باب خيار العيب

تقدم وجه ترتيب الخيارات والاضافة في خيار العيب اضافة الشيء الى سببه والعيب والعيبه والعياب بمعنى واحد يقال عاب المتاع أى صار ذا عيب وعابه يزيد تبعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب وأيضا على الاصل والعيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعده ناقصا (قوله) واذا اطاع المشتري على عيب في المبيع (ولم يكن شرط البراءه من كل عيب) فهو بالخيار ان شاء أخذ (ذلك المبيع) بجميع الثمن وان شاء رده) هذا اذا لم يتمكن من ازالته بلامسقة فان تمكن فلا كاحرام الجارية فانه بسبيل من تحليلها ونجاسة الثوب وينبغي حله على ثوب لا يفسد بالغسل ولا ينتقص وانما ثبت له هذا الخيار (لان مطلق العقد) وهو الم بشرط فيه عيب (يقتضى وصف السلامة فعند فواته يتخير) بيان الاول من المنقول والمعنى أما المنقول فما علقه البخارى حيث قال ويذكر عن العدا بن خالد قال كتب الى النبي صلى الله عليه وسلم هذا ما اشتري محمد رسول الله من العدا بن خالد ببيع المسلم من المسلم عبد الاداء ولا خبيثة ولا غائلة ثم قال البخارى وقال قتادة الغائلة الزنا والسرقة والايان وروى ابن شاهين في المعجم عن أبيه قال حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشى قال حدثنا عبد بن ليث قال حدثنا عبد الحميد بن وهب أبو وهب قال قال الى العدا بن خالد بن هوزة الأقرم كذا كتابا كتبه لى رسول الله صلى الله عليه

على أن البيع يقتضى سلامة المبيع عن العيب ووصف السلامة بفوت وجود العيب فعند فواته يتخير لان الرضا داخل في حقيقة البيع

باب خيار العيب

العيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة (قوله) ووصف السلامة بفوت وجود العيب فعند فواته) أقول ضمير فواته راجع الى وصف (قوله لأن الرضا داخل في حقيقة البيع) أقول أى البيع اللازم

وعند فواته ينتفي الرضا فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به فان قيل تقرر بكلامه على الوجه المذكور يستلزم انتفاء البيع لان مطلق العقد اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما فاذا فاته الا لازم انتفى المزوم فالجواب ان المطلق ينصرف الى الكامل وهو العقد اللازم ومن انتفائه لا يلزم انتفاء العقد (١٥٣) وليس له ان يسكده وياخذ النقصان لان الفاتى وصف اذا العيب اما ان يكون بما

يوجب فوات جزء من المبيع أو بغيره من حيث الظاهر كالعيب والعور والشلل والزمانة والاصمبب الناقصة والسن السوداء والسن الساقطة واما ان يكون بما يوجب النقصان معني لاصورة كالعيب القديم وارتفاع الخيوض في زمانه والزنا والدفور والخسر في الجارية وفي ذلك كله فوات وصف والاصف لا يقابلها شيء من الثمن لان الثمن لما ان يقابل بالوصف والاصل أو بالاول دون الثاني أو بالعكس لاسيما الى الاول والثاني لئلا يؤدي الى مزاحمة التبعية والاصل فتعين الثالث (قوله في مجرد العقد) احتراز عما اذا كانت الاوصاف مقصودة بالتناول كما تقدم

(قوله ينتفي الرضا) أقول أي ظاهرا (قوله اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما) أقول هذا غير مسلم وانما يكون كذلك لو اقتضاه انتضاء تاما لا يجوز ان يتخلف عنه ومن أين ثبت ذلك (قوله وفي ذلك كله فوات وصف) أقول وكون

كي لا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له ان يسكده وياخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد

وسلم قال قلت بلى فأخرج لي كتابا هذا ما اشترى العدا من خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم غبدا أو أمة لاداء ولا غائلة ولا خبيثة بيع المسلم المسلم ففي هذا أن المشتري العدا وفي الاول أنه النبي صلى الله عليه وسلم وصحح في المغرب أن المشتري كان له عدا وتعلق البخاري انما يكون صحيحا اذا لم يكن به - بيعة التبريض كيد كبر بل ينحو قوله وقال معاذ لاهل اليمن ففي قوله عليه الصلاة والسلام ببيع المسلم المسلم دليل على أن بيع المسلم المسلم ما كان سليما ويبدل عليه قضاءه عليه الصلاة والسلام بالرد فيه على ما في سنن أبي داود بسنده الى عائشة أن رجلا ابتاع غلاما فأتاه ماشاء الله أن يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي صلى الله عليه وسلم فرده عليه فقال الرجل يا رسول الله قد استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وفسر الخطابي الداء بما يكون بالرفيق من الادواء التي يربدها كالجنون والجذام ونحوها والخبيثة ما كان خبيث الاصل مثل أن يسبي من له عهد يقال هذا سبي خبيثة اذا كان ممن يحرم بيه وهذا سبي طيبة بوزن خيرة ضده ومعنى الغائلة ما يقتال حقه من حيلة وما يداس عليك في المبيع من عيب وتفسيره للداء وفاق نفسه برأي يوسف له وأما أبو خنيفة ففسره فيمارة والحسن عنه بامراض في الجوف والكبد والرئة وفسر أبو يوسف الغائلة بما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقفة وهو قول الزمخشري الغائلة الخصلة التي تقول المال أي تهلكه من اباق وغيره والخبيثة هو الاستحقاق وقيل هو الجنون وأما المعنى فلا أن السلامة كانت هي الاصل في المخلوق انصرف مطلق العقد اليها ولأن العادة أن القصد الى ما هو متحقق من كل وجه لان دفع الحاجة على التمام به يكون والناقص معدوم من وجه فلا ينصرف اليه الا بذكره وتعيينه ولما كان القصد الى السلام هو الغالب صار كالمشروط فمتخير عند فقده (كي لا يتضرر بلزوم ما لم يرض به) (قوله وليس له أن يسكده وياخذ النقصان) أي نقصان العيب وبه قال الشافعي خلافا لاجل دلان الخيار يثبت لدفع الضرر عن المشتري فلا يتحقق على وجه يوجب ضررا على الآخر من غير التزام له والبائع يلتزمه لانه حين باعه بالمسمى لم يرض بزواله عن ملكه الا به وان كان معيبا وهذا لان الظاهر معرفته بالعيب فانزل عالمه بطول ممارسته له في مدة كونه في يده ولذا ابعينه اتفاق العلماء على انه اذا باعه على انه معيب فوجد له سليما لا خيار له ولا يقال انه مريض بالثمن المسمى الاعلى اعتبارا انه معيب فلا يكون راضيا به حين وجد له سليما لانه انزل عالمه بوصف السلامة فيه فثبت باعه بالمسمى كان راضيا بالثمن على اعتباره سليما فلا يرجع بشيء كما جعل عالمه بالعيب فأنزل غير راض فيه معيبا الا بذلك الثمن فلا يرجع عليه بشيء بل يتخير في أخذه أو رده فان ذلك يعتدل النظر من الجانبين في دفع ضرر لم يلتزمه واحد منهما به فهذا الوجه هو الاوجه وذو كالمصنف قبل قوله (ولان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن مجرد العقد) فليس له أن يأخذ في مقابلة فواته شيء أو هو هذا لان الثمن عين فانتفاء يقابله مثله والوصف دونه فانه عرض لا يحرز بانفراده فلا يقابل به الاتبع المعروفه غير منفردة عنه وقوله بمجرد العقد احتراز عما اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كالمضرب البائع الدابة فتعيبت فان الوصف حينئذ يفرد بالضمان ويتخير المشتري وكذا اذا قطع البائع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط نصف

فوات الجزء فوات الوصف يعلم مما أسلفه الشارح في أوائل كتاب البيع (قوله لئلا يؤدي الى مزاحمة التبعية) الثمن الاصل) أقول أنت خير بان المزاحمة في الاول وفي الثاني ترجيح التبعية على الاصل فليتنامل (قوله كما تقدم) أقول في أوائل كتاب البيع

(قوله ولا نه لم يرض بزواله) دليل اخذ على عدم جواز امساكه بأخذ النقصان أي قيمته أو رأسه وتقر به ان البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه بأقل من المسمى وفي امساكه وأخذ النقصان زواله بالأقل فلم يكن مرضيه وعدم رضا البائع بزوال المبيع مناف لو جود المبيع فيكون الزام على البائع بلا بيع وفيه من الضرر ما لا يخفى والمشتري وان كان يتضرر بالعيب أيضا لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرة فلا ضرورة في أخذ النقصان قبل البائع اذا باع معيبا فاذا هو سليم البائع يتضرر بل ان الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب ولا خيار له وعلى هذا فالواجب امتهول الخيار لهما أو عدمه لهما وأجيب بأن المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمانه فانزل عالمنا بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه وأما المشتري (١٥٣) فانه ما رأى المبيع فلوالزمن العقد

مع العيب يتضرر من غير علم حصل له فثبت له الخيار ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع ولم يرضه المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك أي رؤية العيب عند احدي الخالين رضيا بالعيب دلالة قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن) العيب ما يتخلو عنه أصل الفطرة السليمة وذكر المصنف رحمه الله ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال فقال (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان الضرر بنقصان المالية) ونقصان المالية (بانتقاص القيمة فالتنقص بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله) قال (والاياق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير) الذي يعقل اذا أتى من مولاه ما دون السفر من المصير الى القصرية أو بالعكس فذلك عيب لانه يفوت المنافع على المولى والسفر وما دونه

ولانه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري يمكن بالرد بدون تضرره والمراد عيب كان عند البائع ولم يرضه المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضاه قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب) لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله (والاياق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فأذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله أن يردده لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يردده لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لاداء في باطنه والاياق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقله المبالاة وهما بعد الكبر لخشب في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فأما الذي لا يعقل فهو ضال لا أتى فلا يتحقق عيبا

الثمن لانه صار مقصودا بالتناول أو حكما بان امتنع الرد لحق البائع كأن تعيب عند المشتري بعيب آخر أو لحق الشرع بأن حتى جنابة ولذا قلنا ان من اشترى بقرة فظلمها وشرب لبنها ثم ظهر له عيب لا يرددها لان تلك الزيادة التي أنفها جزع مبيع لانها تتبع محض (فرع) لو صالح المشتري البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز وبه قال مالك والشافعي في وجه وفي وجه لا يجوز والاتفق على عدمه في خيار الشرط والرؤية (قوله وكل ما أوجب نقصان الثمن) الذي اشترى به (في عادة التجار فهو عيب) وهذا ضابط العيب الذي يردده وهذا لان ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به والمرجع في كونه عيبا ولا لاهل الخبرة بذلك وهم التجار وأرأب الصنائع ان كان المبيع من المصنوعات وبمذاقات الاثمة الثلاثة وسواء كان ينقص العين أو لا يتقصها ولا يتقص منافعها بل مجرد النظر اليها كالظفر الاسود والصحيح القوي على العمل وكافي جارية تركية لا تعرف لسان الترك (قوله والاياق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير) وقوله (ما لم يبلغ) بمعنى مدة عدم بلوغه يجري مجرى البديل من الصغير واذا كان ذلك عيبا في الصغير فظهرت عند البائع ثم وجدت أيضا عند المشتري في الصغير لانه يردده ثم قال القدوري (فأذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) وقد أعطى المصنف معنى هذه الجملة حيث قال (ومعناه) أي معنى قوله فأذا بلغ الى آخره وحاصله انه اذا ظهرت هذه الاشياء عند البائع في صغره ووجدت عند المشتري بعد البلوغ لم يردده لانه غير ذلك الذي كان عند البائع وبينه (بأن سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش) للصغير (الضعف المثانة وبعد الكبر لاداء في الباطن والاياق في الصغير لحب اللعب والسرقة) في الصغير (قله المبالاة وهما بعد الكبر لخشب في الباطن) فاذا اختلف سببهما بعد البلوغ وقبله كان الموجود منهما بعد غير الموجود منها قبله واذا

(٣٠ - فتح القدير خامس) فيه سواء فلوا بقت الجارية من الغاصب الى مولاه فليس باق وان أبقته منه ولم ترجع الى مولاه ما علمت عنزله وتقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان فات أحدهما فليس بعيب واذا بال في الفراش وهو عيباً كل وحده ويشرب وحده فكذلك واذا سرق درهمان من مولاه أو من غيره فكذلك لاختلافها بالمقصود لانه لا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وتقطع يده في سرقة مال غيره فيكون عيبا لانه يفرق بين المولى وغيره الا في الماء كولاته لا كل فان سرقها من مولاه ليست بعيب فاذا وجدت هذه الاشياء من الصغير عند البائع والمشتري في حال صغره فهو عيب يردده واذا وجدت عندهما في حال كبره فكذلك وأما اذا اختلف فكان عند البائع في صغره وعند المشتري في كبره فلا يردده لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر على ما قال في الكتاب

قال (والجنون في الصغر عيب أبدا) ومعناه اذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه
أوفي الكبر يرد له لأنه عين الاول اذا السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه انه لا يشترط
المعاودة في يد المشتري

كان غيره فلا يرد به لأنه عيب حدث عنده بخلاف ما اذا ظهرت عند البائع والمشتري في الصغر أو ظهرت
عندهم بعد البلوغ فان له أن يرد به او اذا عرف الحكم وجب أن يقرر اللفظ المذكور في المختصر وهو
قوله فاذا بلغ فليس ذلك الذي كان قبله عند البائع بعيب اذا وجد بعده عند المشتري حتى يعاوده بعد
البلوغ عند المشتري بعد ما وجد بعده عند البائع واكتفى بلفظ المعاودة لان المعاودة لا تكون حقيقة
الا اذا اتحد الامر لأنه لا يقال عاد زيد فيما اذا ابتدأ غيره فعرض تحقق المعاودة بعد البلوغ بوجوه
منه قبل البلوغ أيضا والافلامعاودة وقوله ليس بعيب أي لا يرد به وقوله والمراد من الصغري الى آخره
تقييد للصغري الذي ذكرناه اذا وجد منه شيء من هذه الامور عند البائع والمشتري يرد بان يكون صغيرا
يعقل وأما الصغري الذي لا يعقل فهو اذا فقد ضال لا أتق وكذا لا يكون بوله وسرقته عيبا قال في الايضاح
السرقه والبول في الفراش قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لأنه لا يعقل ما يفعل وبعد
ذلك عيب مادام صغيرا وكذا روى أبو يوسف في الامالي عن أبي حنيفة وفي بعض المواضع ويستجبي
وحده واذا قدر بهما حذوما قدر به في الحضانة اقتضى أن يكون ابن سبع سنين اذا صدر منه ذلك لا يرد به
لانهم قدروا الذي يأكل وحده الى آخره بذلك لكن وقع التصريح في غير موضع بتقديره بدون خمس سنين
وفي الفوائد الظهيرية هنا مسألة بتجسيمه هي أن من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول في الفراش كان له
الرد ولو تعيب بعيب آخر عند المشتري كان له أن يرجع بالنقصان فاذا رجع به ثم كبر العبد هل
للبيع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ لا روايه فيها قال وكان الذي يقول ينبغي أن يسترد
استدلالا على ثلثين احدهما اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له أن يرد لها ولو تعيبت بعيب آخر
رجع بالنقصان فاذا رجع به ثم ابانها الزوج كان للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذا فيما
نحن فيه والثانية اذا اشترى عبدا فوجده من بضا كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان
فاذا رجع ثم برى بالمدواة لا يسترد والاشترى والبلوغ هنا بالمدواة فينبغي أن يسترد انتهى وفي فتاوى
فاضلحان اشترى جارية وادعى انها لا تحيض واسترد بعض الثمن ثم حاضت قالوا اذا كان البائع أعطاه
على وجه الصلح عن العيب كان للبائع أن يسترد ذلك وفيها أيضا اشترى عبدا وقبضه فمعه عنده وكان يحمم
عند البائع قال الامام أبو بكر محمد بن الفضل المسئلة محفوظة عن أصحابنا انه ان حم في الوقت الذي كان
يحمم فيه عند البائع كان له أن يرد به وفي غيره فلا يقل له فلو اشترى أرضا فنزلت عند المشتري وقد كانت تنز
عند البائع قال له أن يرد لان سبب النزواحد وهو تسفل الارض وقرب الماء الا أن يجي ماء غالب أو كان
المشتري رفع شيئا من ترابها فيكون النزغير ذلك أو يشتهه فلا يدرى انه عينه أو غيره قال القاضي الامام
يشكل عما في الزيادات اشترى جارية بيضاء احدى العينين ولا يعلم ذلك فأنجلى البياض عنده ثم عاد ليس له
أن يرد وجعل الثاني غير الاول ولو اشترى جارية بيضاء احدى العينين وهو يعلم ذلك فلم يقبضها حتى أنجلى
ثم عاد عند البائع ليس للمشتري الرد وجعل الثاني عين الاول الذي رضى به اذا كان الثاني عند البائع ولم
يجعل عينه اذا عاد البياض عند المشتري وقال لا يرد ثم قال القاضي الامام كنت أشاور شمس الأئمة
الجلواني وهو يشاور رمي فيما كان مشكلا اذا اجتمعنا فشاورة في هذه المسئلة فما استفدت منه فرقا
(قوله والجنون عيب أبدا) هذا لفظ محمد رحمه الله فلو جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري
في الصغر أو في الكبر يرد له لأنه عين الاول لان السبب للجنون في حال الصغر والكبر متحد (وهو فساد
الباطن) أي باطن الدماغ فهذا معنى لفظ أبدا المذكور في لفظ محمد (وليس معناه انه لا يشترط المعاودة)
للجنون (في يد المشتري) كإذهب اليه طائفة من المشايخ فأثبتوا حق الرد بمجرد وجود الجنون

قال (والجنون في الصغر عيب أبدا) معناه ان الجنون
فارق العيوب المذكورة في
عدم اشتراط اتحاد الحالتين
لان السبب في الحالتين واحد
وهو فساد الباطن فاذا جن
في يد البائع في صغره يوما أو
ساعة ثم عاوده عند المشتري
في كبره يرد به وليس معناه
ان المعاودة في يد المشتري
بشرط كمال اليه شمس
الأئمة الجلواني وشيخ الاسلام
وهو رواية المنتقى بناء على
أن آثاره لا ترتفع وذلك
تبين في حاليق عينيه

لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قبل ايزول فلا بد من المعاودة للرد (قال والبحر والدفتر عيب في الجارية) لان المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهمما يختلان به وليس بعيب في الغلام لان المقصود الاستخدام ولا يختلان به الا ان يكون من داء لان الداء عيب (والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام) لانه يحل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يحل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام

عند البائع وان لم يكن عند المشتري فهذا غلط (لان الله تعالى قادر على ازالته) أي ازاله سببه (وان كان قبل ايزول) وقد حققنا كثير من النساء والرجال جنوا ثم عوفوا بالمد او اذعان لم يعاوده جاز كون البيع صدر بعد ازاله الله سبحانه وتعالى هذا الداء وزوال العيب فلا يرد بل تحقق قيام العيب (فلا بد من معاودة الجنون بالرد) وهذا هو الصحيح وهو المسمى كور في الاصل والجامع الكبير واختاره الاستيعابي قال محمد بعد قوله اذا جن مرة واحدة فهو عيب لازم ابدان باسطر وان طعن المشتري بابق أو جنون ولا يعلم القاضي ذلك فانه لا يتخلف البائع حتى يشهد شاهدان أنه قد أبق عند المشتري أو جن صرح باشتراط المعاودة في الجنون وهذا بخلاف ما اذا اولدت الجارية عند البائع لامن البائع أو عند آخر فانها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وان لم تلد فانا عند المشتري لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذي حصل بالولادة لا يزول ابدان عليه الفتوى وفي رواية كتاب البيوع لا ترد وفي المحيط تكلموا في مقدار الجنون قيل هو عيب وان كان ساعة وقيل ان كان أكثر من يوم وليله فهو عيب ويوم وليله فمادونه ليس بعيب وقيل المطبق عيب وماليس يطبق ليس بعيب والسرقه وان كانت أقل من عشرة عيب وقيل مادون الدرهم فهو فليس أو فلسين ونحوه ليس عيبا والعيب في السرقة لا فرق فيه بين كونه من المولى أو من غيره الا في المأكولات فان سرقها الاجل الاكل من المولى ليست عيبا ومن غيره عيب وسرقته البيع من المولى وغيره عيب ونقب البيت عيب وان لم يسرق منه ولباق مادون السرقه عيب بلا خلاف واختلفوا في انه هل يشترط خروجه من البلد فقيل شرط فلو أبق من محله الى محله لا يكون عيبا ومن القرية الى مصر لابق وكذا على العكس ولو أبق من غاصبه الى المولى فليس بعيب ولو أبق منه ولم يرجع الى المولى ولا الى الغاصب فان كان يعرف منزله مولاه ويقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان لم يعرفه اولايه سدر فلا (قوله والدفتر الخ) هذه أربعة أشياء عيب في الجارية وليست عيبا في الغلام البحر والدفتر والزنا وولد الزنا لان الجارية قد يراد منها الاستفراش وهذه المعاني تمنع منه فكانت عيبا بخلاف الغلام فانه للاستخدام خارج البيت وهذه ليست مانعة منه فلا يعد عيبا الا اذا كان البحر والدفتر من داء فيكون عيبا في الغلام أيضا لان الداء عيب وفي فتاوى قاضيخان قال الا ان يكون فاحشا لا يكون مثله في عامة الناس فيكون عيبا وعن أبي حنيفة الدفر ليس عيبا في الجارية أيضا الا ان يفحش فيكون عيبا فيها دونه وقيل اذا كان العبد أمره يكون البحر عيبا به والصحيح انه لا فرق بين كونه أمره وغيره والدفتر نزع الابط يقال رجل أدفر وامرأة دفراء ومنه للسب يقال يادفار معدول عن دافرة ويقال شمت دفر الشيء ودفره بسكون الفاء وفتحها كل ذلك والبال مهملة وأما باجمام الدال فبفتح الفاء لا غير وهو حدة من طيب أوتنن ورعنا خص به الطيب فقيل مسك أدفر ذ كره في الجهمرة وفيها وصفت امرأه من العرب شيخا فقالت ذهب دفره وأقبل بخره قيل الرواية هنا والسماع بالذال غير المعجمة والجر بالميم عيب وهو انتفاخ تحت السرة ومنه سمي بعض الناس أبحر وفي الصحابة غالب بن أبحر أو قلبه وسمى به فرس لعنته وكذا الأدر وهو عظم الخصيتين والاذن عيب وهو من يسيل الماء من مخزبه والبحر الذي هو عيب هو الناشي من تغير المعدة دون ما يكون لتلح في الاسنان فان ذلك يزول بتنظيفها ووجه كون الجارية ولزنا عيبا بانه يحل بالمقصود من طلب الولد لانها اذا كانت ولدتنا

وهو المسمى كور في الاصل والجامع الكبير قال (والدفتر والبحر عيب في الجارية) الدفر راحة مؤذنة تجيء من الابط والذفر بالذال المعجمة شدة الراحة طيبة كانت أو كرهية ومنه مسك أدفر وابط دفراء وهو مراد الفقهاء من قولهم الدفر عيب في الجارية وهكذا في الرواية والبحر نعت راحة الفم كل من سما عيب في الجارية للاخلال بما عسى يكون مقصودا وهو الاستفراش وليس بعيب في الغلام لانه لا يحل بالخدمة المقصودة منه الا ان يكون فاحشا لا يكون في الناس مثله لانه حينئذ يكون من داء والداء نفسه يكون عيبا والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لان الاول يحل بالاستفراش والثاني يطلب الولد فان الولد يعبر بزنا أمه وليس باختلاف المقصود من الغلام وهو الاستخدام

(قوله ومنه مسك أدفر وابط دفراء وهو مراد الفقهاء من قولهم الخ) أقول فيه تأمل قال المصنف (والزنا وولد الزنا) أقول وكون المبيع ولد الزنا فخذف المضاف والمضاف اليه (قوله والثاني يطلب الولد) أقول خص الثاني باخلال طلب الولد مع أن الأول

محل به أيضا لاختصاص الثاني به (قوله فان الولد يعبر بزنا أمه) أقول وتأتي النفس من الاستيلاء بمن يعبر بمرآة ذلك الى ولده

الآن شكر ذلك منه على ما قال المشايخ فانه بصراحة ويحتاج الى اتباعه وهو محل بالخدمة قال (والكفر عيب فيهما) الكفر عيب في الجارية والغلام لان طبع المسلم ينفر عن محبته والنفرة عن المحبة تؤدي الى قلة الرغبة وهي تؤثر في نقصان الثمن فيكون عيبا ولا يمنع صرفه عن كفارة القتل بالاتفاق وعن كفارتي النبيين والظاهر عند بعض فبخل بالرغبة فان اشتراه على انه مسلم فوجده كافرا فلا شبهة في الرد فان اشتراه على انه كافر فوجده مسلما يرد عندنا لانه زوال العيب وزوال الشيء لا يكون اياه كما اذا اشترى معيبا فاذا هو مسلم فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على انه كافر للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بأن يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا لمحالة وقال الشافعي يرد به لانه شرط مرغوب لان الاولى (١٥٦) بالمسلم أن يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون العلوج والجواب ان هذا

أمر راجع الى الديانة ولا عبرة به في المعاملات فلو كانت الجارية بالغلة لا تحيض بأن ارتفع عنها في أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة وادعى المشتري بعد ثلاثة أشهر من وقت الشراء فيما روى عن أبي يوسف أو أربعة أشهر وعشر فيما روى عن محمد وأوسنتين فيما روى عن أبي حنيفة وزفر رجما الله انهما لم تحض لحبل بها أولاده كان ذلك عيبا ترديه والمرجع في الحبل قول النساء ويكتفي بقول امرأة واحدة في حق سماع الخصومة وفي الداء قول الاطباء يقبل فيه قول عدلين وقال أبو المعين يكفي قول عدل واحد منهم وقيد بأن تكون الدعوة بعد المدة المذكورة لانه اذا ادعى في مدة قصيرة لا يلزم القاضي الاضغاء الى ذلك وبأن تكون دعواه مشتتة على انضمام الحبل الى انقطاع الحيض أو على

الآن يكون الزنا عاده على ما قالوا لان اتباعه يحل بالخدمة قال (والكفر عيب فيهما) لان طبع المسلم ينفر عن محبته ولا يمنع صرفه في بعض الكفارات فتحتمل الرغبة فلما اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرد لانه زوال العيب وعند الشافعي يرد له لأن الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وقوات الشرط بمنزلة العيب (قال فلو كانت الجارية بالغلة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب) لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء

عبر الولد بأمه وقوله (الآن يكون الزنا عاده) استثناء من قوله دون الغلام وقوله (على ما قالوا) يعني المشايخ (لان اتباعه يحل بالخدمة) اذ كلما وجهه حاجة اتبع هواه وقال قاضيخان لو كان الزمانه مرارا كان عيبا لانه يضره عن بعض الاعمال ويزاد بالحدود وضعف في نفسه انتهى بل وفي عرضه ورجما أن اذى به عرض سيده ومن العيوب عدم الختان في الغلام والجارية المولدين البالغين بخلافهما في الصغيرين وفي الجلب من دار الحرب لا يكون عيبا مطلقا وفي فتاوى قاضيخان وهذا عندهم يعني عدم الختان في الجارية المولدة أما عندنا عدم الخفض في الجوارى لا يكون عيبا (قوله والكفر عيب فيهما) أي في الغلام والجارية (لان طبع المسلم ينفر عن محبة الكافر) للعداوة الدينية وفي الزامه به غاية الاضرار بالمسلم ولا يأمنه على الخدمة في الامور الدينية كما تخاذماه الرضوخ وحمل المحض اليه من مكان الى مكان ولا يقدر على اعتاقه عن كفارة قتل خطا فتقل رغبته والوجه هو الاول ولذا قلنا انه لو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرد لانه زائل العيب والنكاح والدين عيب في كل من الجارية والغلام وعند الشافعي تفصيل حسن في الدين وهو انه أن كان دينيا متأخر الى ما بعد العتق فلا خيار له برده كدين معاملة بأن اشترى شيئا بغير اذن المولى وان كان في رقبته بأن جنى في يد البائع ولم يفده حتى يباعه فله رده الآن يقال وبعد العتق قد يضره في نقصان ولائمه وميراثه (قوله) وانما كانت الجارية بالغلة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب لان انقطاع الحيض في أوانه (واستمراره علامة الداء) فكان الانقطاع والاستمرار دليل على الداء والداء عيب وقد يتولد المرض من الانقطاع في أوانه بخلاف ما اذا كانت بسن الاياس فان الانقطاع ليس عيبا حينئذ حقيقة العيب فيهما بالداء ولذا قال بعضهم اذا أراد ان يرد عيب الانقطاع فلا يدعى الانقطاع بل ينبغي أن يدعى بأحد السببين من الحبل أو الداء حتى تسمع دعواه لان الانقطاع بدونهما لا يعد عيبا والمرجع في الحبل الى قول النساء وفي الداء قول الاطباء ولا يثبت العيب بقول الاطباء حتى تسمع الخصومة مع البائع الآن يتفق منهم عدلان بخلاف العيب الذي لا يطلع عليه الا النساء فانه يقبل في وجه الخصومة قول امرأة واحدة وكذا في الحبل وفي الكافي نص على الاكتفاء في المرض الباطن بقول طبيب عدل ولا يشترط العدد ولقطة الشهادة

انضمام الداء اليه لان ارتفاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا وكذا اذا بلغت المدة المذكورة وحاضت ولم ينقطع كان ذلك عيبا لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء لان العادة في التي خلقت على السلامة الحيض في

(قوله ولائمه يمنع صرفه عن كفارة القتل) أقول الأولى ان يقال يمنع عن صرفه في كفارة القتل (قوله ولا عبرة به في المعاملات) أقول أي عند التجار (قوله وبأن تكون دعواه مشتتة) أقول معطوف على قوله بان تكون الدعوى بعد المدة (قوله لأن ارتفاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا) أقول فيه بحيث لا يرى ان التعليل الذي ذكره بقوله لان ارتفاع الدم علامة الداء لان العادة الخ (قوله وكذا اذا بلغت المدة المذكورة) أقول التقييد بالبلوغ الى المدة المذكورة في الاستمرار ضائع بل محل فان الاستمرار قبله عيب أيضا

ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقول الامة فقد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده وهو الصحيح

أو انه والمعاودة على وجه لا يدوم فاذا جاوزت أقصى العدد وهو سبع عشرة سنة ولم تحض أو حاضت ولم ينقطع كان ذلك لدا في بطنها والمداعيب ويعرف ذلك أي الارتفاع والاستمرار بقول الامة فان أنكر البائع ذلك لا ترد عليه الا بحجة ولا يقبل فيه قول الامة وحدها فيستخلف البائع فان نكل ترد عليه بنكوله سواء كان قبل القبض أو بعده في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة في توجه الخصومة فقط وعن أبي يوسف انه ترد قبل القبض بقول الامة وبشهادة النساء لان العقد قبل القبض لم يتأ كدخا أن يفسخ بشهادتهن

قال المصنف (وهو الصحيح) أقول قال ابن الهمام اخترت بقوله هو الصحيح عما روى عن أبي يوسف انه ترد قبل القبض بقوله مع شهادة القابلة وعن محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء انتهى وله كلام متعلق به بعد حقيقة

وهكذا نص عليه الشيخ أبو المعين في شرح الجامع الكبير وهو أوجه لانه لتوجه الخصومة لا الرد وفي التحفة اذا كان العيب باطنا لا يعرفه الا لخواص كالاطباء والنحاسين فان اجتمع عليه مسلمان أو قاله مسلم عدل قبل وثبت العيب في اثبات حق الخصومة وفي فتاوى قاضيان ان أخبر بذلك واحد ثبت العيب في حق الخصومة والدعوى ثم يقول القاضي هل حدث عندك هذا العيب فان قال نعم قضى عليه بالرد وان أنكر ولا يثبت استخلف كما سذكر (ويعتبر في الارتفاع) الموجب للعيب (أقصى غاية البلوغ وهو) أن يكون سنه (سبع عشرة سنة) عند أبي حنيفة ويعرف ذلك (أي الارتفاع والاستمرار) (بقول الامة) لانه لا طريق له الا ذلك (فاذا انضم الى قولها نكول البائع) اذا استخلف (قبل القبض أو بعده في الصحيح ردت) واحترز بقوله في الصحيح عما روى عن أبي يوسف انه ترد قبل القبض بقوله مع شهادة القابلة وعماعن محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء وجه الصحيح ان شهادتهن حجة ضعيفة فلا يحكم بها الا بما يؤيد وهو نكول البائع ثم ذكر في النهاية في صفة الخصومة في ذلك أن المشتري اذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدة الانقطاع فان ذكر مدة قصيرة لا تسمع دعواه وان ذكر مدة مديدة سمعت والمسيدة روى عن أبي يوسف مقدرة بثلاثة أشهر وعن محمد بأربعة أشهر وعشر وعن أبي حنيفة وزفر بنتمين ومادون المديدة قصيرة فان كان القاضي مجتهد أخذ بما أدى اليه اجتهاده والا أخذ بما اتفق عليه أصحابنا وهو سنتان واذا سمع الدعوى بسأل البائع أهى كاذر المشتري فان قال نعم رد على البائع بالتماس المشتري وان قال هي كذلك للعالم وما كانت كذلك عندى توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامه للعالم وان طلب المشتري عين البائع يخلف البائع فان حلف برى وان نكل ردت عليه وان شهد للمشتري شهودا لا تقبل شهادتهم على الانقطاع وتقبل على الاستحانة لانهم يمكن الاطلاع عليه ولا يمكن على الانقطاع الذي به دعوا وان أنكر البائع الانقطاع في الحال هل يستخلف عند أبي حنيفة لا وعندهما يستخلف وهذا ينبوع عن تقرير الكتاب وانما وافق تقرير الهداية مانقله صاحب النهاية بعدما ذكره هذا ما ذكر عن فتاوى قاضيان اشترى جارية فقبضها فلم تحض عند المشتري شهرا أو أربعين يوما قال القاضي الامام ارتفاع الحيض عيب واذا ناه شهر واحد اذا ارتفع هذا القدر عند المشتري كان له أن يرد اذا ثبت انه كان عند البائع انتهى وهذا كما ترى لا يشترط ثلاثة أشهر ولا أكثر وينبغي أن يقول عليه وما تقدم خلاف بينهم في استبراء ممتدة الطهر فعند أبي حنيفة وهو قول زفر سنتان وعند أبي يوسف ثلاثة أشهر وهو قول لابي حنيفة وعنه وهو قول محمد أربعة أشهر وعشر وفي رواية عن محمد شهران وخسة أيام وعليه الفتوى والرواية هناك ليست واردة هنا لأن الحكم هناك يستدعي ذلك الاعتبار فان الوطء ممنوع شرعا الى الحيضة لاحتمال الحمل فيكون ساقيا ماؤه زرع غيره فقدره أبو حنيفة وزفر هناك بستين لانه أكثر مدة الحمل فاذا مضت طهر انتفاؤه مجاز وطؤها هو أقيس وقدره محمد وأبو حنيفة في رواية بأربعة أشهر وعشر لانها اعتبرت عدة المتوفى عنها زوجها ولا فيها يظهر الحمل غالبوا كانت حامله لا وقدره أبو يوسف بثلاثة أشهر لانها جعلت عدة التي لا تحيض والحكم هناك ليس الا كون الامتداد عيبا فلا يتجه اناطته بستين أو غيرها من المدد لان كونه عيبا باعتبار كونه يؤدي الى الداء وطريقا اليه وذلك لا يتوقف على مضي مدة معينة مما ذكره وما ذكرنا ظهر أنه لا يحتاج في دعوى الانقطاع للرد به الى تعيين انه عن حبس أو داء في الدعوى فان كونه عيبا باعتبار كونه مفضيا الى الداء لانه لا يكون الا عن داء يتقدم عليه فلذا لم يتعرض فقيه النفس قاضيان لما ذكر من تعيين كون الانقطاع عن أحد هما بل اذا ادعى الانقطاع في أو انه فقد ادعى

العيب ويكتفى شهر واحد فان به يتحقق الانقطاع في أوانه وهو العيب لانه ان كان في الواقع مسببا عن
 داء فهو عيب وطرييقا اليه فكذلك فيكفي في الخصومة ادعاء ارتفاعه فقط وهو الذي يجب أن يعقل عليه
 والاقبل ما يظهر للطبيب داء بممتدة الطهر وكثيرا ما يكون الممتد طهرها شهرين وثلاثة صحيفة لا يظهر بها
 داء وهذا هو ظاهر الهداية الاترى الى قوله ويعرف ذلك بقول الامة وكذا قال الامام العتابي وغيره انما
 يعرف ذلك عند المنازعة بقول الامة لانه لا يقف على ذلك غيرها فلو كان اعتقاده لزوم دعوى الداء أو الحبل
 في دعوى عيب الانقطاع لم يتصور أن يثبت بقولها حينئذ توجه اليه على البائع بل لا يرجع الا الى قول
 الاطباء أو النساء فظهر ان ما ذكر في النهاية من لزوم دعوى الداء أو الحبل في دعوى انقطاع الحيض ثم انه
 يحتاج في توجه الخصومة الى قول الاطباء أو النساء ليس تقر بما في الكتاب بل ما ذكره مشايخ آخرون
 يغلب على الظن خطوهم وكذا ما ذكره من جعل هذه وزان المشتراة بكرة على قول أبي حنيفة وأبي
 يوسف انه اذا قال المشتري انست بكرة وقال البائع بكرة في الحال فان القاضي يريم النساء فان قلن هي بكرة
 لزم المشتري من غير عيين البائع لان شهادتهن تأيدت بمؤيدها أن الاصل البكارة وان قلن هي ثيب لا يثبت
 حق الفسخ بشهادتهن فيحلف البائع لقد سلمت ما يحكم البيع وهي بكرة ان كان بعد القبض وان كان قبله
 حلف أن ما بكرة غير موافق لان العيب هنا يوجب حق الخصومة بمجرد قولها حتى يتوجه عليه اليمين ويقضى
 بالنسكول على ما في الكتاب والعتابي وغيرهما وفي البكارة لا بد من رؤية النساء وكيف ولا طريق الى
 استعلام الانقطاع الا قولها بخلاف البكارة لها طريق تستعلم به فلا يرجع فيها الى قولها واذا عرف هذا فقول
 المصنف هو الصحيح ان كان احترازه عن قول أبي يوسف انه ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وما
 ذكرنا عن محمد فغير مناسب فان ما عن أبي يوسف ومحمد في ذلك انما هو في دعوى البكارة والرتق والقرن
 وقياس هذه عليها غير صحيح اذ لا يعرف ذلك الا من النساء وقول النساء هنا انما منقطعة الحيض غير معتبر
 وقد ذكرنا ان الشهادة على الانقطاع الكائن عيبا لا تقبل اذ لا يطلع عليه وترتيب الخصومة على ما في
 الهداية وقاضيان والعتابي وهو ما صححناه أن يدعى الانقطاع في الحال ووجوده عند البائع فان اعترف
 البائع به ما ردت عليه وان أنكر وجوده عنده واعترف بالانقطاع في الحال استخبرت الجارية فان ذكرت
 انها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلفه بالله ما وجد عنده فان نكل ردت عليه وهذا قول المصنف ترد اذا
 انضم اليه نكول البائع ولو اعترف بوجوده عنده وأنكر الانقطاع في الحال فاستخبرت فانكرت الانقطاع
 والغرض أن لا تقبل عليه بينة والمشتري يدعيه فقد صرح في النهاية بما فقد منا من أنه اذا أنكر الانقطاع
 في الحال لا يستحلف عند أبي حنيفة ويستحلف عندهما ويجب كون الاستحلاف على العلم بالله ما يعلم
 انها منقطعة عند المشتري فان نكل اتجهت الخصومة وان حلف تعذرت ولعمري قلما يحلف كذلك الا
 وهو باز من أبرزه العلم بانها عند المشتري لم تحض وكان المذكور في النهاية مبني على ما ذكره في صورة
 الخصومة وأما على ما في الهداية فان القول قولها في الانقطاع ويمكن أن يجرى فيه أيضا وهذا تعداد
 للعيوب عدة الجارية عن طلاق رجعي عيب لا عن بائن والنسكاح عيب فيهما وكثرة الخيلان وحجرة الشعر
 اذا خشبت بحيث يضرب الى البياض وكذا الشهط في غير أوانه دليل الداء وفي أوانه دليل الكبر والعشا
 أن لا يبصر ليلا والسن الساقطة ضرسا أو غيره وسواد الظفر والعسر وهو أن يعمل يساره ولا
 يستطيع العمل يمينه بخلاف أعسر يسره وهو أن يعمل يمينه ما فاته زيادة حسن والقشم وهو يوسه
 الجلد ونسج في الاعضاء والغرب وهو ورم في الاماقي وورم يسهل منه شيء فيصير صاحبه كصاحب
 الجرح السائل والحول والحوص نوع منه والشتر وهو انقلاب الجفن وبه سمي الاشتهر والظفر هو بياض
 يبدو في انسان العين وجرب العين وغيرها والشعر والقبل في العين ومنه قول الشاعر يصف خيلا
 * تراهن يوم الروع كالحد القبل * والماء في العين والسبل والسعال القديم اذا كان عن داء فأما

(قال واذا حدث عند المشتري

عيب) اذا حدث عند المشتري عيب با فسة سماوية أو غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب بأن يقوم المبيع سليما عن العيب القديم ومعيبا به فما كان بينهما من عشر أو ثمن أو سدس أو غير ذلك يرجع به عليه (ولا يرد المبيع لان في الرضا ضرارا بالبائع) بخروج المبيع من ملكه سليما من العيب الحادث وعوده اليه معيبا به والاضرار تمتنع (ولا بد من دفع الضرر عنه) أي عن البائع ويجوز أن يعود الى المشتري لانه أيضا يتضرر بالعيب لان مطلق العقد يقتضي السلامة والرجوع طريق صالح للدفع فتمتعين مدفعا الا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه الحادث لانه يرضى بالضرر والرضا اسقاط لحقه كما أن للمشتري أن يرضى أن يأخذه بعيبه القديم فان قيل أين قولكم الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن أجيب بانها اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة أو حكما كان لها حصة من الثمن وههنا كذلك كما مر

(قال واذا حدث عند المشتري عيب فاطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع) لان في الرضا ضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما و يعود معيبا فتمتع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لانه يرضى بالضرر

القدر المعتاد منه فلا والعزل وهو أن يعزل ذنبه الى أحد الجانبين والمشش وهو ورم في الدابة له صلابة والقدح وهو عوجاج في مفاصل الرجل والضعج وهو تباعد ما بين القدمين والصكك وهو صك احدى ركبتيه بالآخرى والرتق والقرن والعفل وهو امتلاطم الفرج والسلعة والقروح وآثارها والدخس وهو ورم يكون باطراف حافر الفرس والحمار والخنف وهو ميل كل من ايمهاى الرجل الى أخرى وقال محمد بن الاعرابي الاحتف الذي يمشى على ظهوه قدميه وتناسل شعر الرأس والصدف وهو التواء في أصل العنق وقيل ميل في البدن والشدق سعة مفرطة في الفم والتخنت قيل اذا فحش أو كان يأتي بافعال رديشة والحق وكونها مغنيسية وشرب الغلام وترك الصلاة وغيره من الذنوب وقوله الا كل في البقرة وفحوها وكثرته في الانسان وقيل في الجارية عيب لا الغلام ولا شك أنه لا فرق اذا أقرط وعدم المسيل في الدار والشرب للارض وكذا ارتفاعها بحيث لا تنسى الا بالسكر وكون الجارية محترقة الوجه لا يدري حسنها من قبحها بخلاف ما اذا كانت دمية أو سوداء والعشار في الدواب ان كان كثيرا فاحشا وكذا كل العذار والجوح والامتناع من اللجام وكذا الحرن عند العطف والسير وسيلان الاعاب على وجه يسيل الخلالة اذا علق عليه فيها وكثرة التراب في الخنطة ترد به بخلاف ما اذا كان معتادا ليس له أن يميز التراب ويرجع بحصته وكذا الراشترى خفا أو مكعبا ليس فلم يدخل رجله فيه فهو عيب ولو باع سويقا ملتوا على أن فيه كذا من السمن أو قيصا على أن فيه عشرة أذرع والمشتري ينظر اليه ويظهر خلافه فلا خياره (قوله واذا حدث عند المشتري عيب) با فسة سماوية أو غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب وليس له أن يرد المبيع لان الرضا ضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما) فلو أزمناه به معيبا يتضرر (ولا بد من دفع الضرر عن المشتري فتعين الرجوع بالنقصان الا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه) الحادث عند المشتري فله ذلك (لانه يرضى بالضرر) وما كان عدم الزامه المبيع الا لدفع الضرر عنه فاذا رضى فقد اسقط حقه اللهم الا أن يمتنع أخذه اياه لحق الشرع بان كان المبيع عسيرا فتمتع عند المشتري ثم اطلع على عيب فانه لو اراد البائع ان يأخذه بعيبه لا يمكن من ذلك لما فيه من غمليك الخمر وتلكها ومنعها من ذلك حق الشرع فلا يسقط براضيه ما على اهداره كالمو تراضيا على بيع الخمر وشرا ثم افاق قيل ينبغي أن يرجع جانب المشتري فيرجع بالنقصان ويرد المبيع لان البائع دلس عليه فكان مغرورا من جهته أجيب بأن المعصية الصادرة عنه لا تمنع عصمة ماله كالمغصب اذا عمل في الثوب المغصوب الخياطة أو الصبغ بالحمره لان الظالم لا ينظم والضرر عن المشتري ينسحق باثبات حق الرجوع بحصة العيب فان قيل فقد تقدم أن الاوصاف لاحصة لها من الثمن بانفرادها أجيب بانها اعتبرت اصولا وضرورة جبرحق المشتري والا يهدر كما صيرت اصولا بالقصد من اتلافها وكل ما يرجع بالنقصان فعناها أن يقوم العيب بدلا عيب ثم يقوم مع العيب وينظر الى التفاوت فان كان مقدارا عشر القيمة يرجع بعشر الثمن وان كان أقل أو أكثر فعلى هذا الطريق ثم الرجوع بالنقصان اذا لم يتمتع الرد بفعل مضمون من جهة المشتري أما اذا كان بفعل من جهته كذلك كان قتل المبيع أو باعه أو وهبه وسله أو اعنته على مال أو كاتبه ثم اطلع على عيب فليس له حق الرجوع بالنقصان وكذا اذا قتل عند المشتري خطأ لانه لما وصل البديل اليه صار كأنه ملكه من القاتل بالبديل فكان كالو باعه ثم اطلع على عيب لم يكن له حق الرجوع ولو امتنع الرد بفعل غير مضمون له أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع (فرع) لا يرجع بالنقصان اذا أتى العبد مادام حيا عند أبي حنيفة وبه قال الشافعي

فتمتع كالايجنى

قال (ومن اشترى ثوباً باقطة) ومن اشترى ثوباً باقطة (فوجد معيار جع بالعيب لا امتناع الرد بالقطع) الذي هو عيب حادث لا يقال البائع بتضرر برده معيباً والمشترى بعدم رده فكان الواجب ترجيح جانب المشتري في دفع الضرر لان البائع غيره بتدليس العيب لانا نقول المعصية لا تمنع عصمة المال كالغاصب اذا صبغ المعصوب فكان في شرع الرجوع بالعيب نظر لهما وفي الزام الرد بالعيب الحادث اضرار البائع للفعل باشره وفي عدم الردوان كان اضرار بالمشتري لكن العجز بما باشره فكان اسواء فاعتبر ما هو انظر لهما الا اذا قال البائع انا اقبله كذلك فان له ذلك لان الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضى به فكان اسقاطا لحقه فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا اشترى بعيراً فخره فلما شق بطنه وجد امعاءه فاسدة فانه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند أبي حنيفة رحمه الله اجيب بأن النحر افساداً لالبالية لصيرورة البعير به عرضة للتمن والفساد ولهذا لا تقطع يد السارق بسرقة فيختل معنى قيام المبيع فان باعه المشتري يعني بعد القطع ثم علم بالعيب (١٦٠) لم يرجع بشئ لانه جاز ان يقول البائع كنت اقبله كذلك فلم يكن الرد متمعاً برضا

قال (ومن اشترى ثوباً باقطة فوجد به عيباً يرجع بالعيب) لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث (فان قال البائع انا اقبله كذلك كان له ذلك) لان الامتناع لحقه وقد رضى به (فان باعه المشتري لم يرجع بشئ) لان الرد غير متمع برضا البائع فيصير هو بالبيع حابساً للمبيع فلا يرجع بالنقصان (فان قطع الثوب وخاطه أو صبغه أو جراوات السويق بسمن ثم اطلع على عيب يرجع بنقصانه) لا امتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه مع الازالة لانه ليست بمبيعة فامتنع اصلاً (وليس للبائع ان يأخذه) لان الامتناع لحق الشرع للاحقه (فان باعه المشتري بعد ما رأى العيب يرجع بالنقصان) لان الرد متمع اصلاً قبله فلا يكون بالبيع حابساً للمبيع

البائع فان المشتري يصير بالبيع حابساً للمبيع ولا رجوع بالنقصان اذ ذلك لا يمكن رد المبيع واخذ الثمن لولا البيع ولو قطع الثوب وخاطه أو صبغه أو جراوات السويق بسمن ثم اطلع على عيب يرجع بنقصان العيب لان الرد قد امتنع بسبب الزيادة لان الفسخ اما ان يرد على الاصل بدون الزيادة أو عليه معها ولا سبيل الى شئ من ذلك أما الاول فلانها لا تنفك عنه وأما الثاني فلان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد الاعلى محل العقد والامتناع بسبب الزيادة في حق الشرع لكونه با فليس للبائع أن يقول انا آخذته فتمتع بين الرجوع بالعيب مدفوعاً للضرر ولا يشكل بالزيادة

لان الرد موهوم فلا يصار الى خلفه وهو الرجوع بالنقصان الا عند الاياس من الاصل وعند أبي يوسف يرجع لتحقيق العجز في الحال والرد موهوم (قوله ومن اشترى ثوباً باقطة) يعني ولم يخطه (ثم وجد به عيباً يرجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع لانه عيب حادث فان قال البائع انا اقبله كذلك) أي مقطوعاً (كان له ذلك لان الامتناع) أي امتناع رده (لحقه وقد رضى به) أي برده معيباً فزال المانع (فان باعه المشتري) أي بعد القطع بعد علمه بالعيب أو قبله (لم يرجع بشئ لان الرد لم يتمتع) بالقطع (برضا البائع) حين باعه مع عدم امتناع رده مقطوعاً (صار حابساً للمبيع) بالبيع (فان) كان المشتري (قطع الثوب وخاطه أو صبغه أو جراوات السويق) بقافته بسمن ثم اطلع على عيب يرجع بنقصانه لانه امتنع الرد بسبب الزيادة (المتصلة وانما امتنع) لانه لا وجه للفسخ في الاصل (أعني الثوب بدونها كالصبغ مثلاً والخياطة والسمن لانه لا ينفك عنه ولا الى الفسخ معها) لان الزيادة ليست بمبيعة (والفسخ لا يرد على غير المبيع لانه رفع ما كان من البيع فيسبق ما كان من المبيع والثمن على ما كان فلورده على الزيادة لزم الربا فان الزيادة حينئذ تكون فضلاً مستحقاً في عقد المعاوضة بلا مقابل وهو معنى الربا أو شبهته ولشبهة الربا يحكم الربا فلا يجوز (فامتنع اصلاً وليس للبائع ان يأخذه) وان رضى المشتري بترك الزيادة (لان الامتناع) لم يتمتع لحقه بل لحقه وحق الشرع بسبب ما ذكرنا من لزوم الربا ورضاه باسقاط حقه لا يتعدى الى حق الشرع بالاسقاط واذا امتنع الرد بالفسخ (فلو باعه المشتري يرجع بالنقصان لان الرد)

المتصلة المتولدة من البيع كالسمن والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب لان فسخ العقد في الزيادة يمكن تبعاً للاصل لان الزيادة لها هنا تمتعت بتعال الاصل باعتبار التولد بخلاف الصغ والخياطة واعلم ان الزيادة اما متصلة أو منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع أو غير متولدة فالمتصلة المتولدة من المبيع كالجمال والحسن لا تمنع الرد في ظاهرها واية وغير المتولدة كالصبغ والخياطة تمنع عنه بالاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والتمر تمنع منه لما من التعليل وغير المتولدة كالسمن لا تمنع لكن طريق ذلك ان يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشتري مجانباً بخلاف الولد والفرق بينهما ان السمن ليس مبيعاً بحال لانه تولد من المنافع والمنافع غير الاعيان ولهذا كانت منافع الحرمالاوان لم يكن الحرمالا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز ان تسلم له مجانباً للمبيع من الربا فان باع المشتري الثوب المخط أو الثوب المصبوغ بالجمرة أو السويق المثلوث بالسمن بعد ما رأى العيب يرجع بالنقصان لان الرد كان متمتعاً بالمبيع فلا يكون المشتري بالبيع حابساً للمبيع ولو كان البيع قبل الخياطة كان حابساً والاصل في ذلك ان كل موضع يكون المبيع قائماً عليه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع فان أخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب وكل موضع يكون المبيع قائماً

فيه على ملك المشتري ويمكنه

الردوان رضى به البائع فان
أخرجه عن ملكه رجع
بنقصان العيب وعن هذا
أي عما قلنا إن المشتري متى

كان حابسا للمبيع لا يرجع
بنقصان العيب ومتى لم يكن

حابسا يرجع قلنا إن من اشترى
نو باقطة لباسا لولده الصغير

وخاطه ثم اطلع على عيب لم
يرجع بالنقصان) لان

لانه لما قطعه لباسا له كان
واهباله وقابضه لاجله فتمت

الهبة بنفس الايجاب
وقامت يده مقام يد الصغير

فالقطع عيب حادث وللمشتري
الرجوع بالنقصان والبائع

أن يقول أنا أقبله كذلك
لكن باعتبار ان القطع للولد

الصغير وهو تملك له صار
حابسا للمبيع فيمنع الرجوع

بالعيب وهذه نظير ما اذا
باع بعد القطع قبل الخياطة

وعلى هذا ذكر الخياطة في
هذه المسئلة ليس يحتاج اليه

الا أنه ذكرها بمقابلة الصورة
الثانية (ولو كان الولد كبيرا

رجع بنقصان العيب) لان
القطع عيب حادث فللمشتري

الرجوع بالعيب وبالخياطة
امتنع الرجوع حقا للشرع

بسبب الزيادة فبالتمليك
والتسليم بعد ذلك لا يكون

حابسا للمبيع لامتناع الرد
قبله وهذه نظير ما اذا باعه

بعد الخياطة والصبي والت
(قال ومن اشترى عبدا

وعن هذا قلنا إن من اشترى نو باقطة لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم اليه (قال ومن اشترى عبدا فاعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه)

لما امتنع لم يكن المشتري يبيعه حابسا له عن البائع (وعن هذا) الاصل وهو ان الرد اذا كان
ممكنا فأخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان لانه حابس وان كان مع عدم مكانه يرجع لانه غير حابس (قلنا
إن من اشترى نو باقطة لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان) لان التمليك
من الابن الصغير حصل بمجرد القطع للغرض المذكور قبل الخياطة مسلما اليه وهو نائبه في التسليم فصار
به حابسا للمبيع مع امكان الرد والخياطة بعد ذلك وجودها وعدمها سواء فلا يرجع بالنقصان (ولو كان
الولد كبيرا) والباقي بحاله (رجع) بالنقصان لانه لم يصر مسلما اليه الا بعد الخياطة فكانت الخياطة على
ملكه وكان امتناع الرد بسبب الزيادة التي هي الخياطة قبل اخراجه عن ملكه فبعد ذلك لا يتفاوت الحال
بين أن يخرج عن ملكه بالمبيع أو الهبة أولا في جواز الرجوع بالنقصان وهو معنى ما في الفوائد
الظاهرة من أن الاصل في جنس هذه المسائل أن كل موضع يكون المبيع قائما على ملك المشتري ويمكنه
الرد برضا البائع فأخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وكل موضع يكون المبيع قائما على ملكه ولا
يمكنه الردوان رضى البائع فأخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان انتهى وهذا أصل آخر في الزيادة اللاحقة
بالمبيع الزيادة متصلة ومنفصلة وكل منهما ضربان فالمتصلة غير متولدة من المبيع كالصبي والخياطة
والت بالسمن والغرس والبناء وهي تمنع الرد بالعيب بالاتفاق خلافا للشافعي وأحمد ولو قال البائع انا
أقبله كذلك ورضى المشتري لا يجوز لما ذكرنا من حق الشرع للربا ومن المتصلة غير المتولدة ما لو كان
حذقة فطحنها أو لحافشوا أو دقيقا فخبزها فلو باعه بعد ذلك يرجع بالنقصان لانه ليس بحابس للمبيع بل
امتنع قبل البيع لحق الشرع وفي كون الطحن والشئ من الزيادة المتصلة تأمل والمتولدة من الاصل
كالسمن والجمال وانجلاء بياض العين لا يمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية لان الزيادة تحضت تبعها للاصل
بتولدها منه مع عدم انفصالها فكان الفسخ لم يرد على زيادة أصلا والمنفصلة المتولدة منه كالولد والبن
والثمر في بيع الشجر والارث والعقر وهي تمنع الرد لعدم الفسخ عليها لان العقد لم يرد عليها ولا يمكن
التبعية للانفصال فيكون المشتري بالخيار قبل القبض ان شاء ردهما جميعا وان شاء رضى به ما يجتمع
الثنى وأما بعد القبض فيرد المبيع خاصة لكن بحصته من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمته وقت
العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض فاذا كانت قيمته ألفا وقيمة الزيادة مائة والثنى ألف سقط
عشر الثمن ان رده وأخذ تسعمائة وغير متولدة منه كالكسب وهي لا تمنع بحال بل يفسخ العقد في الاصل
دون الزيادة ويسلم له الكسب الذي هو الزيادة وهو قول أحمد والشافعي رحمه الله وفيه الحديث الذي
ذكرناه أول الباب الذي فيه قول البائع انه استغل غلاما فقال صلى الله عليه وسلم الخراج بال ضمان
وجعل الشافعي وأحمد حكم المنفصلة المتولدة في حكم الكسب لامكان الفسخ على الاصل بدونها
والزيادة للمشتري ونحن نفرق بين الكسب الذي تولد من المنافع وهي غير الايمان ولذا كانت منافع الحر
ما لامع ان الحر ليس بحال والعبد المكسوب للكاتب ليس مكاتباً والولد تولد من نفس المبيع فيكون له
حكمه فلا يجوز أن يسلم له بمجانا لما فيه من شبهة الربا ولو هلكت الزيادة باقعة مساوية ثبت له الرد كأنها
لم تكن وبه قال الشافعي قبل الحكم بالارث واتفاق المصنف بقوله أجزلتكون زيادة بالاتفاق فان
السواد عنده نقص كما ستعلم فهو كالمقطع وانتقاص المبيع في يد المشتري يمنع الرد بأي سبب كان
بالاتفاق (قوله ومن اشترى عبدا فاعتقه) المشتري (أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان

(٢١ - فتح القدير خامس) فاعتقه) اشترى عبدا فاعتقه (أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان

أما الموت فلا إن الملك ينتهي به) أي يتم وكل ما انتهى فقد لزمت الامتناع الرديئة وفيه اضطرار للمشتري بما ليس بفعله وهو الموت فيرجع بالنقصان دفعا للضرر فان قيل قوله (والامتناع حكى لافعله) يدل على ان الامتناع اذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما اذا صبح الثوب أجزرفاته امتنع الرديء بفعله ويوجب الرجوع بالعيب أوجب بأن امتناع الرديء هناك بسبب وجود الزيادة في المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربا ورياءه حينئذ يجب أن يقول والامتناع حكى لافعله الذي لا يوجب الزيادة والحق أن يقال في الجواب عدم الرد في المبيع بما حصل من فعله من وجود الزيادة في المبيع لا بفعله وأما الاعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع لانه لما كتب بسبب تعذر الرد كان حاسبا حكما فكانه في يده يحبس ويريد الرجوع فصار كالمقتل وفي (١٦٢) الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الادعى ما خلق في الاصل محلا للملك

أما الموت فلا إن الملك ينتهي به) والشيء بانتهائه يتقرر فكان الملك قائم والرد متعذر وقد اطع على الامتناع بفعله فصار كالمقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الادعى ما خلق في الاصل محلا للملك وانما ثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فان كان انهاء فصار كالموت وهذا لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاء بمنزلة لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكيم (وان أعتقه على مال لم يرجع بشيء) لانه حبس بدله وحبس البديل كحبس المبدل وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض (فان قتل المشتري العبد

وانما ثبت الملك فيه موقتا الى وقت الاعتاق والموت الى وقت ينتهي بانتهائه فكان الاعتاق انهاء كالموت (قوله وهذا) أي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر فصار حاسبا ألا ترى ان الولاة ثبت بالعتق والولاة لم يثبت آثار الملك فيقاؤه كبقاء أصل الملك (والتدبير والاستيلاء بمنزلة الاعتاق) لان النقل الى ملك البائع تعذر بالرد بالأمر الحكيم مع بقاء المحل والمالك فان قيل كيف يكونان كالاعتاق وهو منه دونهما فالجواب ان الانتهاء يحتاج اليه لتقرير الملك يجعل مالم يكن كائنا وههنا الملك متقرر فلا حاجة اليه (وان أعتقه على مال) أو كاتبه (لم يرجع بشيء)

أما الموت فلا إن الملك ينتهي به) والشيء بانتهائه يتقرر فكان الملك قائم والرد متعذر وقد اطع على عيب وذلك موجب للرجوع اذا امتنع الرديء انما يكون مانعا اذا كان عن فعل المشتري أما اذا ثبت حكما لشيء فلا وهنا ثبت حكما للموت فلا يمنع الرجوع بالنقصان واستشكل عليه ما اذا صبح الثوب أجزر واخواته فانه يرجع بالنقصان مع ان الامتناع بفعله وأوجب بأن امتناع الرد في ذلك انما هو بسبب الزيادة التي حصلت في المبيع حقا للشرع لزوم شبهة الربا قيل فكان ينبغي للمصنف ان يزيد فيقول لا بفعله الذي لا يوجب زيادة (وأما العتق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالمقتل وفي الاستحسان يرجع) وهو قول الشافعي وأحمد (لان العتق انهاء للملك لان الادعى ما خلق في الاصل للملك وانما ثبت الملك فيه) عن سببه (موقتا الى الاعتاق) فيثبت (انه انهاء فصار كالموت وهذا) وهو الرجوع بالموت وما في معناه بسبب انه انهاء (لان الشيء بانتهائه يتقرر) الى آخر ما قرناه وقوله (والتدبير والاستيلاء بمنزلة الاعتاق) أي بمنزلة الاعتاق وان لم يزل الملك كما يزيله الاعتاق (لانه يتعذر) معهما (النقل) من ملك الى ملك وبذلك يتعذر الرد وقوله (مع بقاء المحل) احتراز عن الموت والاعتاق وقوله (بالأمر الحكيم) أي بحكم الشرع لا بفعله المشتري كالمقتل (فان أعتقه على مال) ثم اطع على عيب (لم يرجع بشيء) وكذا لو كاتبه لان المشتري حبس بدله وحبس البديل كحبس المبدل (وعن أبي حنيفة رضي الله عنه انه) أي المعتق على مال (يرجع) بالنقصان وهو قول أبي يوسف وبه قال الشافعي وأحمد (لان العتق) سواء كان عمال أو بلا مال هو (انهاء للملك) أعني الرق وبهذا ثبت به الولاة في الوجهين واذا كان انهاء كان كالموت وكونه عمال أو بغيره طردا لوجه ما تقدم من كونه حاسبا له بحبس بدله (قوله فان قتل المشتري العبد) أي لم يمت عنده حنف أنفه

لانه حبس بدله وحبس البديل كحبس المبدل وعن أبي حنيفة انه يرجع لان الاعتاق انهاء للملك وان كان بعوض (أو لان المال فيه ليس بأمرأ لى بل من العوارض ولهذا ثبت الولاة وان قتل المشتري العبد

(قوله فان قيل قوله والامتناع حكى الى قوله لا يرجع بالنقصان) أقول ان أراد دلالة هذه العبارة على كون الامتناع بفعله سببا مستقلا لعدم الرجوع فهو ممنوع وان أراد دلالة على سببية في الجملة ولو بانضمام شرط أو رفع مانع فسلم ولا يرد النقض والرد الذي أوردته على جوابه ولك أن تقول الباء فيه للابتناع ولا يلزم الاطراء فتأمل وأنت خير بانلوه أو اردد النقض على قوله لان الامتناع بفعله لكان أظهر اذ لا يرد حينئذ ما أوردناه والحق أن يقال في الجواب عدم الرد أقول أنت خير بأن عبارة الجواب السابق لا تأتي عن الجملة على هذا المعنى (قوله فصار حاسبا) أقول فيه بحث لعدم مناسبة المقام (قوله فالجواب ان الانتهاء يحتاج الخ) أقول فيه بحث فان مراد القائل كيف يكونان كالاعتاق ولا يجري فيهما وجه الاستحسان فيقيان على القياس فتأمل

المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف انه (١٣٣) يرجع وذكر في النبايع قول محمد معه لان

قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم ذنبوي يفيد بدلا كالتصاص والدية فصار كالوث عرض على فراشه وقد تقدم حكمه وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج أى مبطل وسقوط القصاص والدية عن المولى في قتل عبده انما هو باعتبار الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضا بخلاف الاعناق فانه ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقا لعدم نفوذه ومن أحد الشرىكين اذا كان معسرا فقد تخلف عن الضمان فلم يصر به مستقضا فيمنع الرجوع واذا كان المبيع طعاما فأكله أو ثوبا فلبسه حتى تخرق لا يرجع عند أبي حنيفة استحسانا وعندهما يرجع لانه فعل بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبهه الله ان الرد نذر بفعل مضمون من المشتري في المبيع كما اذا باع أو قتل وذلك لان الاكل واللبس موجب للضمان في ملك الغير وباعتبار ملكه استفاد البراءة فذلك بمنزلة عوض سلمه والجواب عن قولهم انه لا يعتبر بكونه مقصودا لان المبيع مما يقصد بالشراء

أو كان طعاما فأكله لم يرجع بشئ عند أبي حنيفة رحمه الله أما القتل فالمد كور ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع (لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم ذنبوي فصار كالوث حنف أنفه فيكون انما هو وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعناق لانه لا يوجد الا بموجب الضمان لا محالة كاعتناق المعسر عبد امشتر كما واما الاكل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما ما أنه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبهه الاعناق وله أنه تعدد الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبهه المبيع والقتل ولا يعتبر بكونه مقصودا الا يرى أن المبيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع فان أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض

(أو كان) المبيع (طعاما) فأكله لم يرجع بشئ عند أبي حنيفة رضي الله عنه أما القتل فالمد كور من عدم الرجوع فيه (ظاهر الرواية) عن أصحابنا (وعن أبي يوسف انه يرجع) وذكر صاحب النبايع ان محمد معه وهو قول الشافعي وأحد (لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم ذنبوي) من قصاص أو دية (فيكون كالوث حنف أنفه) وانما يتعلق به حكم الآخرة من استحقاق العقاب اذا كان بغير حق (ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا) قال صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج أى مهدر (وانما يسقط الضمان) عن المولى (بسبب الملك) وكذا لو باشره في غير ملكه كان مضمونا ولما سقط الضمان عن المولى (صار كالمستفيد بالعبد عوضا) هو سلامة نفسه ان كان عبدا وسلامة الدية للمولى ان كان خطأ فكان كانه باعه (بخلاف الاعناق) لانه ليس بفعل مضمون لا محالة لانه في ملك الغير لا ينفذ وعمق أحد الشرىكين ان نفذ لا يتعلق به ضمان اذا كان معسرا بل اذا كان موسرا على تقدير فلم يوجب به بذاته فلم يستفد أى لم يلزم استفادته بالاعناق عن ملكه شيئا حقيقة ولا حكما (وأما الاكل فعندهما يرجع به) وبه قال الشافعي وأحد وفي الخلاصة عليه الفتوى وبه أخذ الطحاوي (وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق) ثم اطلع على عيب عنده لا يرجع وعندهما يرجع (لهما انه صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه) من الاكل واللبس حتى انتهى الملك به (فيكون كالاعتاق) بخلاف القتل والاحراق ونحوه من الاستهلاك ليس معتادا غرض من الشراء مقصودا به (وله انه أتلفه بفعل مضمون منه) لو وجد في غير ملكه غيرانه سقط أى انتهى الضمان للملك فكان كالمستفيد به عوضا (كالقتل) فلا يرجع (ولا يعتبر بكونه مقصودا) بالشراء لانه وصف طردى لا أثره في اثبات الرجوع (الأتري ان المبيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع) وجعل المصنف قول أبي حنيفة استحسانا مع تأخير جوابه عن دليلهما فيفيد مخالفته في كون الفتوى على قولهما وأورد عليه القطع والخياطة فانهما موجبان للضمان في ملك الغير مع انه يرجع بالنقصان فيهما أوجب بأن امتناع الرد فيه ما لحق الشرع لالفعله ولا كذلك هنا فانه امتنع لفعله لالحق الشرع وهذا يتم في الخياطة للزيادة أما في مجرد القطع فلا يتم ولذا الوقيله البائع مقطوعا كان له ذلك بخلافه مخيطا ومصبوغا بغير السواد (قوله ولو أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عنده) يعنى لا يرد ما تبقى ولا يرجع بالنقصان فيما أكل (لان الطعام كشيء واحد) حتى كان رؤيه بعضه كرويه كله يسقط الخيار (فصار كالوث باع بعضه) ثم اطلع على عيب فانه يبطل حقه في الرجوع من غير قول زفر فانه قال يرجع بنقصان العيب في الباقي الا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن وعن مار وابتان رواية أنه يرجع بنقصان العيب في الكل فلا يرد الباقي

ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق وان أكل بعضه ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض

قال المصنف (ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد) أقول ولقائل أن يقول المعتق يستفيد باعتاق الولاء فلم يجعل مستقضا

وعن أبي يوسف ومحمد رحمه الله روايتان في روايته يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام في حكم شيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب
 وأكل الكل عندهما لا يمنع الرجوع بالعيب فأكل البعض أولى وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعض فهو قادر على الرد في البعض كما
 قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما كاه وفي بيع البعض عنهم روايتان في احدهما لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة وهو المذكور
 ههنا لان الطعام شيء واحد فيبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الاخرى يرد ما بقي لانه لا يضره التبعض ولكن لا يرجع بنقصان العيب
 فيما باع اعتبار البعض بالكل قال (ومن اشترى بيضا أو بطيخا) اذا اشترى بيضا أو بطيخا (أو قنأه أو جوزا) أو شيئا من الفواكه (فكسره)
 غير عالم بعيبه (فوجد الكل فاسدا) (١٦٤) بان كان منتفعا ومرا أو خالبا بحيث لا يصلح لأكل الناس ولا العلف الدواب

وعندهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما أنه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعض (قال ومن
 اشترى بيضا أو بطيخا أو قنأه أو خيارا أو جوزا فكسره فوجد فاسدا فان لم ينتفع به رجوع بالثلث كله)
 لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليتها باعتبار اللب
 (وان كان ينتفع به مع فساده لم يرد) لان الكسر عيب حادث (و) ولكنه (يرجع بنقصان العيب) دفعا
 للضرر بقدر الامكان

ورواية يرد ما بقي لان الطعام لا يضره التبعض فكان قادر على الرد كما اخذه ويرجع بنقصان فيما
 أكل هكذا ذكر المصنف وهو نقل القسودري في كتاب الترتيب وفي شرح الطحاوي ان الاول قول أبي
 يوسف قال يرجع بالنقصان في الكل الا ان يرضى البائع أن يأخذ الباقي بمحضته من الثمن وان الثاني
 قول محمد قال وكان الفقيه أبو جعفر يفتي بقوله وهو اختيار الفقيه أبي الليث وفي شرح الجمع قال
 أبو يوسف يرد ما بقي ان يرضى البائع لان استحقاق الرد في الكل دون البعض فيتوقف على رضاه وقال
 محمد يرد ما بقي وان لم يرض لما ذكرنا ان التبعض لا يضره وفيما يروى البعض عنهما روايتان في رواية
 لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة لان الطعام كشيء واحد فيبيع البعض كبيع الكل وفي رواية يرد
 ما بقي لانه لا يضره التبعض ولكن لا يرجع بالنقصان فيما باع وفي المجتبى عن جمع البخاري أكل بعضه
 يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي وبه يفتي ولو أطعمه ابنه الكبير والصغير وأمر أنه أو مكاتبه أو ضيفه
 لا يرجع بشيء ولو أطعمه عبده أو مديرا أو ولده يرجع لان ملكه باق ولو اشترى دقيقا فخبز بعضه وظهر
 أنه مررد ما بقي ويرجع بنقصان ما خبز هو المختار ولو كان سمنا ذابا فأكله ثم أقر البائع انه كان وقعت
 فيه فأرر رجوع بالنقصان عندهما وبه يفتي وفي الكفاية كل تصرف يسقط خيار العيب اذا وجدته
 في ملكه بعد العلم بالعيب فلا رد ولا أرض لانه كالرضائه (قوله ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قنأه
 أو خيارا أو جوزا) أو قرعا أو فاكهة (فكسره) غير عالم بالعيب (فوجد فاسدا فان لم ينتفع به) كالقرع
 المر والبيض المذر (رجع بالثلث كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا) بخلاف مالوكسره عالما
 بالعيب لا يرد (ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره) بان كان في موضع يعز فيه الحطب وهو مما اشترى
 للوقود (على ما قيل) من انه اذا كان كذلك يرجع بحصة اللب ويصح العقد في قشره بمحضته من
 الثمن لان العقد فيه صاف محله (لان ماليتها الجوز) قبل الكسر ليس الا (باعتبار اللب) واذا كان
 اللب لا يصلح له لم يكن محل البيع موجودا فيظهر ان العقد وقع باطلا واختاره المصنف وأشار اليه الامام
 السرخسي (وان كان ينتفع به مع فساده) بأن يأكله الفقراء أو يصلح للعلف يرجع بحصة العيب
 لان الكسر عيب حادث عنده المشتري (فيمنع الرد فيرجع بالنقصان الا ان يتناول شيئا منه بعد العلم

ولم يتناول منه شيئا بعد
 مذاقته (فله أن يرجع بالثلث
 كله) لانه تبين بالكسره انه
 ليس بمال اذا لم ينتفع
 به لما في الحال ولما في المال
 والمذكور ليس كذلك
 وتفتن من القيود باضدادها
 فانه اذا كسره عالم بعيبه
 صار راضيا واذا صلح لأكل
 بعض الناس أو الدواب أو
 وجدته قليل اللب كان من
 العيوب لامن الفساد وان
 تناول منه شيئا بعد مذاقته
 صار راضيا واذا لم يكن مالا
 لا يكون محلا للبيع فيكون
 باطلا فان قيل التعليل صحيح
 في البيض لان قشره لا قيمة
 له وأما الجوز فربما يكون
 لقشره قيمة في موضع يستعمل
 استعمال الحطب لعزبه
 فيجوز أن يكون العقد صحيحا
 في القشر بمحضته لمصادفته
 المحل ويرجع على البائع
 بحصة اللب كما ذهب اليه
 بعض مشايخنا أجاب
 المصنف بقوله ولا يعتبر في
 الجوز صلاح قشره على

ما قيل لان ماليتها الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر واذا كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فلا
 يقع باطلا فيرد القشر ويرجع بكل الثمن وعلى هذا اذا كان المبيع بيضا النعامة فوجدتها بالكسر مذرة ذكر بعض المشايخ انه
 يرجع بنقصان العيب وهذا الفصل يجب أن يكون بلا خلاف لان ماليتها بيضا النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعا واذا
 كان مما ينتفع به في الجملة لم يرد له بعيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان من الجانبين

(قوله وان تناول منه شيئا بعد مذاقته صار راضيا الخ) أقول فيه بحث فانه اذا لم يكن مالا وكان يبيعه باطلا لا يفيد رضاه صحة البيع
 كما لو رضى بشراء الميتة والدم حيث لا يصح بيعه الشرع رضاه فالتقييد بما لا يستلزم الرضا صانع بل محل كالاختي على المتأمل

وقال الشافعي رحمه الله يرد له لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لاني ملكه فصار كما اذا كان ثوبا باقطة ولو وجد بهض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثني في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد (قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رده عليه بعيب فان قبض القاضى باقراره أو بينة أو بايعيين له أن يرد على بائعه) لانه فسخ من الاصل فجعل

فلا يرجع بشئ ولذا قال الخواري هذا اذا رده فوجده كذلك فتركه فان تناول شيئا منه بعد ما ذاقه لا يرجع بشئ وأما اذا اشترى بيض نعامة فوجدها مذبذبة ذكر بعض المشايخ في شرح الجامع أنه يرجع بنقصان العيب وهذا يجب أن يكون بلا خلاف لان مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعا وقول المصنف (وقال الشافعي يرد) يعني اذا وجده بعد الكسر بحيث ينتفع به أطلقه وفي شرح الاقطع قبله بما اذا كان الكسر مقدارا لا يعلم العيب الا به فله الرد في الصحيح من قوله انتهى وليس هذا التفصيل عندنا ولا في قول آخر للشافعي ثم وجه قول الشافعي على ما في الكتاب ان هذا الكسر بتسليط البائع فكأنه كسر بنفسه (قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لاني ملكه فصار كما اذا كان) المبيع (ثوبا باقطة) المشتري ثم اطلع على عيب فانه لا يرد مع انه سلطه على قطعه بالبيع فعرف بالاجماع على انه لا يرد وفي مسألة القطع ان تسليطه هذا هو ان التسليط المعتبر به هو ما لو سلطه ان يكسره وهو في ملكه أي ملك البائع بأن أمره بكسره فذلك هو التسليط المانع من الضمان على الكاسر وأما البيع فتسليط للمشتري على أن يكسره في ملك نفسه ولا أثر له ذاني نفي ولا اثبات (ولو وجد البعض فاسدا فان كان قليلا جاز البيع استحسانا لان كثيرا) من الجوز والبيض (لا يخلو عن قليل فاسد) فكان كقليل التراب في الخنطة والشعر فلا يرجع بشئ أصلا وفي القياس بقصد وهو ظاهر (وان كان كثيرا لا يجوز البيع ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد) في صفقة واحدة ولا نص في المسئلة ولكن فيه ضرورة ظاهرة وقال المصنف في القليل انه كالواحد والثمن وفي النهاية أراد بالكثير ما وراء الثلاثة لاما زاد على النصف وجعل الفقيه أبو الليث الخمسة والستة في المائة من الجوز فمعا قال لان مثل ذلك قد يوجد في الجوز فصار كالشاهد يعني عند البيع ولو اشترى عشر جوزات فوجد خمسة غاوية اختلفت فاقية قيل يجوز العقد في الخمسة التي فيها بالنصف الثمن بالاجماع وقيل يفسد في الكل بالاجماع لان الثمن لم يفصل وقيل العقد فاسد في الكل عند أبي حنيفة لانه يصير كالجمع بين الحي والميت في البيع وعندهما يصح في الخمسة التي فيها بالنصف الثمن وهو الاصح لان هذا يعني الثمن المفصل عندهما فان الثمن يتقسم على الاجزاء لا على القيمة (قوله) ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رده عليه بعيب فان قبضه بقضاء القاضى (د) سبب اقراره) بالعيب انه كان عنده ووجد عند المشتري منه وهو المشتري الآخر (أو بينة) على ذلك لتسكاه العيب أو بسبب تكوله عن البين على العيب (فله ان يرد على بائعه) الاول يعني له أن يخصم الاول ويفعل ما يجب معه الى أن يرد عليه وقيد في المبسوط بما اذا ادعى المشتري الثاني العيب عند البائع الاول أما ان أقام البينة أن العيب كان عند المشتري الاول لم يذكروه في الجامع وانما ذكروه في اقرار الاصل فقال ليس للمشتري الاول أن يخصم مع بائعه بالاجماع لان المشتري الاول لم يصرمكذبا فيما أقر به ولم يوجد هنا قضاء على خلاف ما أقر به فبقي اقراره بكون الجارية سليمة فلا يثبت له ولاية الرد هذا وانما يرد على ذلك التقدير لان الرد بهذا الطريق (فسخ من الاصل) يعني من كل وجه (الجعل

المشتري لاني ملك البائع لانه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط الا في ملك المشتري وذلك هو عدم ولا يثبت عليه فصار كما اذا باع ثوبا باقطة ثم وجده معيبا فانه يرجع بالنقصان بالاجماع وان حصل التسليط منه لكونه هدر اولو وجود البعض فاسدا فالفاسد اما أن يكون قليلا كما ثبت في المائة أو كثيرا كما فوقه ففي الاول جاز البيع استحسانا وليس له أن يخصم البائع لاجله لانه عند الاقدام على العقد الظاهر من حاله الرضا بالمعتاد والجوز في العادة لا يخلو عن هذا وفي الثاني لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره وذلك مفسد للعقد كالجمع بين الحر والعبد قال (ومن باع عبدا فباعه المشتري) ومن باع عبدا فباعه المشتري (ثم رده عليه بعيب) (أما ان قبضه بقضاء القاضى) أو بغير قضاء فان كان الاول فالأول كما يكون باقراره ومعنى القضاء في هذه الصورة ان الخصم ادعى على المشتري الافراد بالعيب والمشتري أنكر ذلك فأثبت الخصم بالبينة وانما احتج الى هذا التأويل لانه اذا لم يشكر اقراره لا يكون الرد محتاجا الى القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب

وحينئذ ليس له أن يرد على بائعه لانه اقالة واما أن يكون (بينة أو بايعيين) وفي كل ذلك له أن يرد على بائعه (لانه فسخ من الاصل فجعل

(قوله لانه اقالة الخ) أقول لعل المراد لانه كالاقالة

البيع الثاني كالمعدوم) والبيع الاول قائم فله الخصومة والرد بالعيب (قوله غايه الامر) اشارة الى جواب زفر عما قال اذا بخد العيب ليس له ان يدعى على البائع الاول ان به عيبا لكون كلامه متناقضا ووجهه ان غايه امر المشتري انكاره قيام العيب ولكنه لما صار مكذبا شرعا بقضاء القاضي ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيئا واقر ان البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحققه بالبينة لا يطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن (قوله وهذا بخلاف الوكيل) اشارة الى الجواب عما يقال اذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك رداعلى الموكل وفيما نحن فيه الرد على المشتري ليس رداعلى البائع ووجهه ان البيع في صورة الوكيل بيع واحد فرده على الوكيل رد على الموكل وفيما نحن فيه يعان و بردا حدهما لا يرتد الاخر

قال المصنف (لكنه صار مكذبا شرعا) اقول قال ابن الهمام وقد يقال تكذيب الشرع اياه باثبات العيب لا يرفع مناقضته وكونه مؤاخذا في حق نفسه بزعمه وهي الدافعة لخصومته للبائع الاول اه وفيه بحث

البيع كان لم يكن غايه الامر انه انكر قيام العيب ولكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فانت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذ ارد عليه بعيب بالبينة حيث يكون رداعلى الموكل لان البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان فيه شخ الثاني والاول لا يفسخ

البيع كان لم يكن) وقد اطلع على عيب فله ان يخاصم فيه اذ لا مانع من ذلك وما يخال ما تعامنه وهو ان القضاء بالبينة والنكول فرع انكاره العيب فخصومته البائع الاول فيه يكون مناقضا فلا تسبح خصومته ولذا قال زفر انه لا يرد عليه لانه تناقض المذكور وكذا بالاقرار فان معناه على ما فسره المصنف ان يدعى عليه انه اقر بالعيب فينكر الاقرار فيشهد عليه بالاقرار فان اقراره غير مقطوع به لجاوز كذب الشهود ووجهه ولهذا الوفا بعد الرد ليس به عيب لا يرد على البائع الاول بالاتفاق اجاب المصنف عنه بقوله (لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء) فان عدم انكاره العيب هذا بعد تسليم ان انكاره ظاهر في الصدق والاقبوز كونه لدفع الخصومة فان كثيرا من الناس يفعلون هذا فصار ظاهرا يعارض ظاهرا الديانة المقتضية لصدقه ثم لو كان ظاهرا في صدقه فقد ثبت كون هذا الظاهر غير واقع لتكذيب الشرع اياه بخلاف قوله لا عيب به بعد الرد لانه لا مكذب له وقد يقال تكذيب الشرع اياه باثبات العيب لا يرفع مناقضته وكونه مؤاخذا في حق نفسه بزعمه وهي الدافعة لخصومته البائع الاول وقوله وهذا بخلاف الوكيل متصل بقوله له ان يرد لان المعنى له ان يخاصم فيرده بخلاف الوكيل بالبيع اذ ارتما باعه بطريق الوكالة عليه بعيب بالقضاء بالبينة او باباهمين او باقرار من المأمور بالعيب كذا لفظ الجامع حيث يكون رداعلى الموكل من غير حاجة الى خصومة والرد عليه بالخصومة لان ذلك عند تعدد البيع حتى يكون البيع الاول قائما بعد انفساخ البيع الثاني فيحتاج الى الخصومة في الرد وهذا البيع واحد فاذا ارتفع رجوع الموكل من غير تكلف زيادة وقيد غير الاسلام بعيب لا يحدث مثله فقال له الرد بالبينة وباباهمين وبالاقرار في عيب لا يحدث مثله اما في عيب يحدث مثله يرد بالبينة وباباهمين ولا يرد المأمور مع الاقرار لان اقرار المأمور لا يسمع على الامر ومعنى اشتراط البينة أو النكول أو الاقرار والفرض انه لا يحدث مثله انه اذا اشبهه على القاضي ان هذا عيب قديم أو لا يعلم انه لا يحدث مثله في مده شهر ولم يثبت عنده تاريخ البيع فاحتاج المشتري الى اقامة البينة أو غيرها من الحجج ان تاريخ البيع منذ شهر فيعلم القاضي حينئذ ان العيب كان في يد البائع فيرده عليه اما اذا عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر فلا يحتاج الى شيء من ذلك فيكون الرد على الوكيل رداعلى الموكل بلا زيادة خصومة وقد اعترض قول محمد انه ينكول الوكيل يلزم الموكل فان النكول بذل عنده اقرار عندهما وبذل الانسان لا يثبت في حق غيره واقرار الوكيل بالعيب لم يلزم الامر في عيب يحدث مثله اوجب بانه ليس حقيقة بل جار مجراه الا ترى انه لو ادعى بمال على عبد ما ذون له في التجارة فانكر ونكل عن اليمين يحكم عليه به مع ان بذل المال لا يجوز الا في نحو الضيافة البسيرة وكذا عندهما لو نكل عن اليمين في كل حكم كان له ان يعود فيحلف ويسقط المال عن نفسه ولو كان اقرار المملك الرجوع عنه والشئ اذا اجرى مجرى الشئ لا يلزم كونه مجرى مجراه من كل الوجوه وهل حكمه حكم صريح الاقرار عند أبي يوسف لا وعند محمد نعم وتظهر ثمرته فيما قال في الدعوى من رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف لو ادعى دارا في يد رجل فانكر ونكل وقضى القاضي للدعي بها ثم اقام المدعي عليه البينة انه اشتراها من المدعي قال يسمع القاضي بينته وترد الدار عليه ولو اقام انه اشتراها من رجل آخر لا تقبل وقال محمد بن سماعة لا تقبل في الوجهين والنكول بمنزلة الاقرار وأبو يوسف يقول ليس بصريح الاقرار فيقبل وفي الايضاح ان رد على الوكيل بغير قضاء يلزمه خاصة سواء كان في عيب يحدث مثله أو لا يحدث مثله لان هذا الفسخ عهده جدي في حق ثالث والموكل ثالثهما انتهى يعني

(وان قبيل بغير قضاء القاضي ليس له أن يردّه) لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسحا في حقهما
والاول ثالثهما

الفسخ الذي بلا قضاء وقوله (وان قبيل) يعنى المشتري الاول (بغير قضاء القاضي) بل برضاه (لا يردّه)
على بائعه هذا هو الشق الثاني من ترديد المسئلة وحاصلها ان من اشترى عبدا أو غيره فباعه فرد عليه
بغيب بقضاء باحد الوجوه الثلاثة كان له أن يردّه على البائع الاول خلافا لرد فروان قبله بالتراضى ليس له
أن يردّه عليه لان الرد بالتراضى بيع جديد في حق الثالث والبائع الاول ثالثهما كأن المشتري الاول
اشتراه من المشتري الثاني ولو اشتراه المشتري الاول من المشتري الثاني لم يكن له أن يردّه على الاول فلا
خصوصية فكذا هذا ولهذا لو كان على المشتري الاول في الدار شفعة فأسقط الشفيع حقه فيما باعه ثم رد
بغيب بالتراضى تجدد للشفيع حق الشفعة كان المشتري الاول اشترى ثانيا ما باع فلا يكون له حق
الخصوصية في الرد ولا في الرجوع بالنقصان وقال الشافعي يردّه اذا قبله بلا قضاء لان الرد بالغيب عنده يرفع
العقد من أصله نص عليه الشافعي فلم يتفاوت الرد بالقضاء والرضا ونحن بينا الفرق بأنه بالقضاء ففسخ
وبالرضا بيع جديد في حق ثالث وان كان فسحا في حقهما فان قيل لما باشر سبب الفسخ وهو التسكول
أو الاقرار بالغيب يكون راضيا بحكم السبب فلا فرق بين القضاء والرضا في وجوب كونه بيعا في حق ثالث
أجيب بأن المسئلة فيما أقر بالغيب وأبى القبول فرد عليه القاضي جبراً فلا يتحقق فيه معنى البيع لعدم
الرضا وقد قدمنا ان معنى الاقرار الشهادة عليه به ولانه اذا قبله بغير قضاء فقد رضى بالغيب فلا يردّه على
بائعه واستشكل على هذا الاصل وهو انه فسخ من الاصل مسائل احدها المبيع لو كان عقاراً لا يبطل
حق الشفيع في الشفعة ولو كان الرد بالغيب بالبينة فسحاً من الاصل بطل حق الشفيع لبطلان البيع
من الاصل والثانية ما اذا باع أمته الجبلى وسلمها فردت بغيب بقضاء ثم ولدت ولدا فادعاه أبو البائع
لانصح دعوته ولو كان الرد بقضاء فسحاً من الاصل صححت كالأول بيعها لابن فادعاه الأب والثالثة ما لو أحوال
غريم بالثمن على المشتري ثم رد المشتري بغيب بقضاء لا تبطل الحوالة ولو كان فسحاً من الاصل بطلت
أجيب ببيان المراد وهو أن محمد اذ كرى مواضع أن بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك
الواهب فيما يستقبل لافيما مضى ألا ترى أن من وهب مال الزكاة الى رجل قبل الحول وسلمه اليه ثم رجع
في هبته بعد الحول فانه لا يجب على الواهب زكاة باعتبار ما مضى ولا يجعل الموهوب عائداً الى قديم ملك
الواهب في حق زكاة ما مضى من الحول وكذا الرجل اذا وهب داراً لآخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنبها
ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب وجعل
كأن الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له أن يأخذها بالشفعة واذا عرف هذا الاصل خرجت المسائل
المدكورة عليه أما الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتاً قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لافيما
مضى وكذا المسئلة الثانية لان الاب انما تصح دعوته باعتبار ولاية كانت له زمان العلق وهو معنى سابق
على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها بل يبقى ما كان من عدم ولاية هذه الدعوة وكذا المسئلة
الثالثة لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد في ابطالها ولأن صحته لا تنسحق عند نادينا
على المحال عليه ولهذا قال شيخ الاسلام قول القائل الرد بقضاء ففسخ وجعل العقد كأن لم يكن متناقض
لان العقد اذا جعل كأن لم يكن جعل الفسخ كأن لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم
العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل واذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لان عدم ما ينافيه لكن
يقال العقد كأن لم يكن على التفسير الذي قلنا وفي بعض المواضع قيده بعضهم بما اذا كان المبيع من غير
التقوداً ما من هافلا وذلك المسئلة تغلها في المحيط من المنتقى أن من اشترى ديناراً بدينارهم ثم باع الدينار من
آخر ثم وجد المشتري الآخر بالدينار عيباً وورده على المشتري بغير قضاء فانه يردّه على بائعه وذلك لمعنى وهو

وان كان الثاني فليس له أن
يرده لانه اقاله وهي بيع جديد
في حق ثالث والبائع الاول
ثالثهما هذا اذا رد المشتري
الثاني على الاول بعد
القبض وأما اذا كان قبل
القبض فلا فرق بين ما اذا
كان الرد بقضاء أو بغيره
لان الرد قبل القبض بالغيب
فسخ من الاصل في حق
الكل فصار كالتبخيخار
الشرط أو بخيار الرؤية

(قوله وان كان الثاني فليس
له أن يردّه) أقول معطوف
على ما تقدم في هذا القول
وهو قوله فان كان الاول
فأما أن يكون باقرار

ودر حيز كروضع الجامع الصغير لبتين أن الجوارق في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة والناقصة وفي عيب يحدث مثله كالقروح
والامراض سواء وان كان قديتهم أن العيب اذا كان مما لا يحدث وقد رده بغير قضاء فله أن رده على بائعه لتيقنه بوجودة في يد البائع وهو
الذي ذكر في بعض روايات ١٦٨ يوع الاصل والصحيح روايه الجامع الصغير لان الرد بغير قضاء اقالة تعتمد التراضي

فيكون بمنزلة بيع جديد في
حق غيره مما هو البائع
الاول فلا يعود الملك
المستفاد من جهة البائع الاول
ليخاصمه (قال ومن اشترى
عبدا فقبضه فادعى عيما لم
يجبر على دفع الثمن حتى
يحلف البائع أو يقيم المشتري
البينة) فان حلف البائع
دفع اليه الثمن وان أقام
المشتري البينة فهو ان
شاء يدفع الثمن أو المبيع
واستشكل هذه العبارة
لانه جعل غاية عدم الاجبار
امعين البائع أو بينة المشتري
وذلك بالنسبة الى الاول
صحح لان الباعين يتوجه
الاجبار والنسبة الى الثاني
ليس بصحيح لان باقامة البينة
يستمر عدم الاجبار لا ينتهي
به وأجابوا بأوجه بانه من
باب علفتها تبنوا ماء باردا
تقدره وسقيتها ماء باردا وان
يجعل الكلام متضمنا للفظ
عام يتدرج تحته الغايات
فيقال لم يجبر على دفع الثمن
حتى يظهر وجه الحكم أي
حكم الاجبار أو حكم عدم
الاجبار لان كل واحد من
الحلف واقامة البينة حكم
من الاحكام وهذا مثل
قول من قال في قوله علفتها

(وفي الجامع الصغير وان رد عليه باقراره بغير قضاء بعب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخاصم الذي باعه)
وبهذا يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع ان كان فيما لا يحدث
مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول (قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيما
لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة

ان المبيعين حية فثدي يكونان معدومين لان المعيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المعيب ملك البائع
فاذا رد على المشتري رده بخلاف المبيعين في غير النقود كمثل الهدايا فانها موجودة ان في ذلك اذا قبله
بدون القضاء فقد رضى بالعيب فلا يردده على بائعه واذا ن ما فيها من الاطلاق المذكور بالنسبة الى
موضوع المسئلة غير محتاج الى هذا القيد وقوله (وفي الجامع الصغير) الى آخره انما ذكره لان ظاهره
يخالف القدرى فانه لم يقيد المسئلة فيه بكون العيب لا يحدث مثله وقيد هذا في الجامع حيث قال وان رد
عليه بغير قضاء بعب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخاصم فقال انما يقيد به ليعلم انه كذلك فيما يحدث مثله
بطريق أولى لانه لما لم يتمكن من الرد فيما لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة والناقصة والسن الشاذية
فامتناعه فيما يحدث مثله كالمرض والسعال والقروح مع احتمال انه حدث عند المشتري أولى قال
المصنف (وفي بعض روايات البيوع) أي يوع الاصل (ان كان فيما لا يحدث مثله يرجع) يعنى
على البائع الاول اذا رده بالتراضي (للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول) وقد فعلا بغير قضاء ما لو
رفع الى قاض فعليه لان الرذمتين في هذا فكان فعلهما كعمل القاضى والمراد لا يحدث مثله مطلقا وفى
مدة كونه في ملك المشتري الاول الى رد المشتري الثاني قبل ووجه عامة الروايات ان هذا ردت بالتراضي
فكان كالبيع الجديد ولا نسلم انهما فعلا عن ما يفعله القاضى لان الحكم الاصلى في هذا هو المطالبة
بالسلامة وانما يصار الى الرد للجزء فاذا انقله الى الرد لم يصح في حق غيرها الا ترى ان الرد اذا امتنع وجب
الرجوع بحصة العيب وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول الى غيره فاقتربا هذا كله
فيما اذا كان الرد بالعيب من المشتري الثاني بعد قبضه أما اذا كان قبل قبضه فلم يشترى الاول أن يرد
على البائع الاول سواء كان بقضاء أو بغير قضاء كالمو باع المشتري الاول للمشتري الثاني بشرط اختياره
أو بيعا فيه خيار رؤية فانه اذا فسخ المشتري الثاني بحكم الخيار كان للمشتري الاول أن يرد مطلقا وعلمت
أن الفسخ بالخيارين لا يتوقف على قضاء قال في الايضاح الفقه فيه أن قبل القبض له الامتناع من
القبض عند الاطلاع على العيب فكان هذا تصرف دفع وامتناع من القبض وولاية الدفع عامة فظهر
أثره في حق الكل ولهذا لا يتوقف على القضاء فاما بعد القبض فوجب العقد وقد تنهى الا أن حقه في
صفة السلامة فامم فالذا لم يسلم له ثبت حق الفسخ فجاء من هذا أن حق الفسخ بالعيب ما ثبت أصلا لان
الصفقة تمت بالقبض بل بغيره وهو استدرار حقه في صفة السلامة وانما ظهر أثره في حق الكل لانه
ثبت بولاية عامة ولو كان بالتراضي ظهر أثره في حقه ما خاصة بخلاف الرد بخيار الرؤية والشرط لانه
فسخ في حق الكل لان حقه في الفسخ ثبت أصلا لانهم ما يسلبان اللزوم في أصل العقد فكان بالفسخ
مستوفيا حقه وولاية استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم ولذا لا يتوقف على القضاء (قوله ومن
اشترى عبدا وقبضه فادعى عيما لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة)

تبنائه بمعنى أطعمتها فانه يستعمل في السقي كما يستعمل في الطعم في معنى الشرب قال تعالى ومن لم يطعمه فانه منى أى ومن لم يشربه على

(قوله وأجابوا بأوجه بانه من باب علفتها الخ) أقول هذا الجواب للامام ظهره بالدين (قوله وان يجعل الكلام متضمنا الخ) أقول هذا
الجواب منقول عن العلامة حافظ الملة والدين الكاكي وفيه تأمل (قوله فيقال لم يجبر على دفع الثمن) أقول أى لم يحكم بشئ (قوله واقامة
البينة حكم من الاحكام) أقول أى وجه حكم فالضاف محذوف

وبأن الانتظار مستلزم لعدم الاجبار وذكر الازم وازادة الملزوم كناية والحق أن الاستسكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس
 بلازم (قوله لانه أنكر وجوب دفع الثمن) لتلبيح لعدم الاجبار لان المشتري أنكر وجوب دفع الثمن لانه أنكر تعين حقه بدعوى العيب
 وانكار تعين الحق انكار علة وجوب دفع الثمن لان وجوب دفع الثمن أو لا يس الاتعين حق البائع بازاء تعين المبيع حيث أنكر تعين
 حقه في المبيع لان حقه في السلم فقد أنكر علة وجوب دفع الثمن أولا وفي انكار العلة انكار المثلول فان نصب خصما ولا بد حينئذ من
 حجة وهي اماينة أو عين البائع فان قيل في هذا التعليل فساد الوضع لان صفة الانكار تقتضى اسناد اليمين اليه لا اقامة البينة بالحديث
 فالجواب الاعتبار بالمعنى لا بالصورة وهو فيه مدعى ما يوجب دفع الثمن أو لا وان كان في الصورة منكر (قوله ولانه لو قضى بالدفع)
 دليل آخر يتضمن جواب ما قبل الموجب للجبر وهو البيع مع القبض محقق وما ادعاه المشتري من العيب موهوم والموهوم لا يعارض
 المحقق وتقريره ان ما ادعاه المشتري وان كان موهوما لكن يجب على القاضي (١٦٩) اعتباره صوتا للقضاء عن النقص

فانه اذا قضى بالدفع فلعده
 يظهر العيب فينتقض
 القضاء قال (فان قال المشتري
 شهودي بالشام) اذا طلب
 من المشتري اقامة البينة
 على ما ادعاه فقال شهودي
 بالشام غيب (استحلف البائع)
 فان حلف دفع اليه الثمن
 لان في الانتظار ضررا بالبائع
 فان قيل في الزام المشتري
 دفع الثمن ضرره أيضا
 أجاب المصنف بقوله (وليس
 في دفع الثمن كبير ضرره
 لانه على حجة) يعني هو
 بسبيل من اقامة البينة
 عند حضور شهوده وفيه
 بحث من وجهين الاول
 ما قيل في بقاء المشتري على
 حجة بطلان قضاء القاضي
 وقد تقدم بطلانه والثاني
 ان الانتظار واقامة الحجة
 بعد الدفع مؤقتان بحضور
 الشهود فكيف كان
 أحدهما ضررا والاخر دونه

لانه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن أو لا يتعين حقه بازاء
 تعين المبيع ولانه لو قضى بالدفع فلعده يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضى به صوتا للقضاء (فان
 قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع الثمن) يعني اذا حلف ولا ينظر حضور الشهود
 لأن في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرره لانه على حجة

على البائع أن العيب كان عنده وعند غيره ومقتضى هذا التركيب أنه اذا أقام هذه البينة يجبر على دفع
 الثمن وهو فاسد فقد رظنه المدين الثاني خيرا هكذا يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم
 البينة على البائع أن العيب كان عنده فيستمر عدم الجبر انتهى ولا بد من تقدير آخر مع يحلف لان معناه
 ليس معنى يحلف البائع بل معناه يطلب منه الحلف وليس يلزم من طلب الحلف منه الجبر على دفع الثمن
 بل اذا حلف وهو غير لازم لجواز أن ينكحل فيستمر عدم الجبر فثبت مع احدى صورتى التحليف
 كما ثبت مع اقامة البينة وقيل بقدر فعل عام يدخل تحته الغايتان أعنى الحلف واقامة البينة هكذا
 يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم به أو بعدد ما بأن يحلف أو يقيم البينة ومنهم من أول
 لا يجبر ينتظر بدفع الثمن وانما قلنا انه لا يجبر على دفع الثمن اذا طالبه البائع به فادعى هو عيبا (لانه أنكر
 وجوب الثمن بدعوى العيب فانه أنكر تعين حقه) لان حقه في السلم ولم يقبضه فما قبضه ليس موجبا
 دفع الثمن عليه (و) وجوب (دفع الثمن أو لا يتعين حق البائع بازاء تعين) حق المشتري في (المبيع) ولم
 يتعين لانه السلم وقد أنكره أو رد عليه أن الموجب للجبر بقاء المانع وهو قيام العيب موهوم فلا
 يعارض المحقق فالجواب منع قيام الموجب لانه البيع للسليم أو هو مع قبضه وهو يتكره فهو محل
 النزاع وايضا قد ثبت ما ادعاه فيؤدي الى نقض القضاء بدفع الثمن وصيانة القضاء عن النقص ينبغي
 ما أمكن (ولو أن المشتري قال شهودي بالشام) مثلا فأهلنى حتى أحضرهم أو أتيتك بكتاب حكى
 من قاضى الشام لا يسمع ذلك بل (يستحلف البائع) ويقضى (بدفع الثمن ان حلف) وان نكل رد
 المبيع وانما قلنا هذا (لان في الانتظار بالبائع كبير اضرار) لان التأخير الى غاية غير معلومة يجرى
 مجرى الابطال خصوصا بعد قبض مال البائع على وجه المعاوضة وليس في الدفع كبير اضرار بالمشتري
 (لانه على حجة) اذله أن يقيم البينة بعد حلفه على العيب ويرد المبيع ويسترد الثمن بخلاف ما لو قال

(٢٢ - فتح القدير خامس)

(قوله والحق أن الاستسكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم) أقول فيه بحث لان مفهوم الغاية لزومه متفق عليه على
 ما صرح به في التساوي خصوصاً في الروايات وكلام المصنفين (قوله لان المشتري أنكر وجوب دفع الثمن لانه أنكره من حقه) أقول
 ضمير حقه راجع الى المشتري (قوله فالجواب الاعتبار بالمعنى الخ) أقول ولعل الصحيح في الجواب أن يقال ان صفة الانكار انما تقتضى
 اسناد اليمين اليه لو لم يكن انكاره في ضمن دعوى خلاف الظاهر وههنا في ضمن ذلك فان الظاهر في المبيع هو السلامة (قوله وان كان في
 الصورة منكر) أقول فيه بحث فانه مدعى صورة الأيرى انه يدعى وجود العيب وثبوت حق الرد (قوله وان كان موهوما لكن يجب على
 القاضي الخ) أقول اذا سلم كونه موهوما فلا يجب على القاضي اعتبار والاقتفاء بما يخالف قضاء عن أمر موهوم فلعلى للخصم مدفعا الآن
 يفرق بين موهوم وموهوم والحق منع تحقق موجب الجبر لأن البيع للسليم أو هو مع قبضه وفيه النزاع كما ذكره ابن الهمام

والجواب عن الاول ان القاضي ههنا قد قضى بأداء الثمن الى حين حضور الشهود لاملطفا فلا يلزم البطلان وعن الثاني بأنه في دعوى غيبة الشهود ومتم لجواز ان يكون ذلك مما طلة فلا يسمع قوله في حق غيره واذا طلب المشتري عين البائع فنسكل الزم العيب لان النكول حجة في ثبوت العيب فيل هو احتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالاجماع وعن النكول في الاشياء الستة عند أبي حنيفة قال (ومن اشترى عبدا فادعى ابا قال) اذا ادعى المشتري ابا العبد المشتري وكذبه البائع فالقاضي لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فان أقام بيينة انه أبق عنده يسمع دعواه وقال للبائع هل كان عندك هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري فان قال نعم رده عليه ان لم يدع الرضا والبراء وان أنكر وجوده عنده أو ادعى اختلاف الحالة قال القاضي للمشتري ألك بيينة فان أقامها عليه رده عليه وان لم يكن له بيينة وطلب الميمن يستخلف أنه لم يبق عنده وانما لم يخلف قبل إقامة المشتري البيينة لان القول وان كان قول البائع لكونه منكرا لم يكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري لان السلامة أصل والعيب عارض ومعرفة انما تكون بالحنة وفيه بحث من وجهين أحدهما أن البيينة (١٧٠) انما تقبل من المدعي والمشتري في هذه الصورة ليس بمدع بل فيما اذا ادعى

العيب في يد البائع والثاني أما اذا نسكل الزم العيب لانه حجة فيه (قال ومن اشترى عبدا فادعى ابا قال لم يخلف البائع حتى يقيم المشتري البيينة أنه أبق عنده) والمراد الخلف على أنه لم يبق عنده لان القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفة بالحنة

شهودي حضور فان الامهال هنا الى المجلس الثاني ولا ضرر في هذا القدر على البائع فيمهل ولو قال احضر بيئتي الى ثلاثة أيام اجملها وليس هذا مما يثبت فيه القضاء ظاهر او باطنا عند أبي حنيفة لان ذلك في العقود والفسوخ ولم يتناكر العقد بل حقيقة الدعوى هنا دعوى مال على تقدير القضاء ههنا يدفع الثمن الى غاية حضور الشهود بالمسقط وهذا صريح في قبول البيينة بعد الحلف ولا خلاف فيه في مثله أعني ما اذا قال في بيينة غائبة أو قال ليس لي بيينة حاضرة ثم أتى بيينة تقبل وأما اذا قال لا بيينة لي خلف خصمه ثم أتى بيينة في أدب القاضي تقبل في قول أبي حنيفة وعند محمد لا تقبل ولا يحفظ في هذا رواية عن أبي يوسف وفي الخلاصة من رواية الحسن عن أبي حنيفة تقبل وفي جمع النسبي في قبول البيينة عن أصحابنا روايتان نعم تخلف البائع في مسألة الكتاب يخالف ما في روضة القضاة اذا قال بيئتي غائبة لم يخلف عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يخلف وكذا لو قال لي بيينة حاضرة في المصنف فاحلفه ثم أتى بها لا يخلف في قوله خلافا لابي يوسف وقوله (أما اذا نسكل الزم العيب لانه) يعني النكول (حجة فيه) أي في ثبوت العيب وقيد به لان النكول ليس حجة في كل شيء انما ليس حجة في الحدود والقصاص بالاجماع ولا في الاشياء الستة عند أبي حنيفة (قوله ومن اشترى عبدا فادعى) المشتري (ابا قال) عنده وعند البائع فأراد تخلف البائع على عدم الأباق عنده (لا يخلف حتى يقيم المشتري البيينة انه أبق عنده) أي عند المشتري لانه حينئذ يثبت العيب فتصح الخصومة فيه وانما الزم ذلك (لان القول وان كان قوله) أي قول البائع لكن لا يعتبر انكاره ولا يتوجه الميمن عليه (الابعد) ثبوت قيام المدعي مسببا للرد (ومعرفة) أي معرفة قيام العيب (بالحنة) عند انكاره وهذا في دعوى نحو الأباق مما يشوق الرد فيه على وجود العيب عنده ما أمافي عيب لا يتوقف الرد فيه على عوده عند المشتري كولد الجارية وكذا الجنون

العيب في يد البائع والثاني أن سلامة الذم عن الدين أصل والشغل به عارض كما أن السلامة عن العيب أصل والعيب عارض فأى فرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا ادعى على آخر دنيا فأنكر المدعي عليه ذلك فان القاضي يسمع دعواه ويأمر الخصم بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال وأجيب عن الاول بأن إقامة هذه البيينة من تمة إقامة البيينة على أن العيب كان عند البائع لعدم تمكنه من تلك الأبيهة فكانت من المدعي بهذا الاعتبار وعن الثاني بان قيام الدين في الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعي الى احياء حقه لانه ربما

لا يكون له بيينة أو كانت له بيينة لكن لا يقدر على أقامتها الموت أو غيبة بخلاف ما نحن فيه لان توسل المشتري الى احياء حقه ممكن لان العيب اذا كان مما يعاين ويشاهد أمكن اثباته بالتعرف عن آثاره وان لم يعرف بالآثار أمكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل واذا ظهر هذا

(قوله قد قضى بأداء الثمن الى حين حضور الشهود لاملطفا) أقول واذا كان كذلك فلا يلزم البطلان في الصورة الاولى أيضا الا أن يقال التوقيت هنا ضرورة دفع الضرر والاصل الاطلاق ولا ضرورة هناك (قوله وعن الثاني بأنه في دعوى غيبة الشهود ومتمهم) أقول ولك أن تحجب أيضا بان تلف الضرر عن المشتري بل قلنا ان ضرر البائع أكثر من ضرره حيث اجتمع البدلان في يد المشتري دون البائع فلم تأمل (قوله لجواز أن يكون ذلك مما طلة) أقول اذ ليس له غاية معاملة (قوله هذا العيب في الحالة التي كانت الخ) أقول يعني في الكبير أو في الصغر (قوله وفيه بحث من وجهين الى قوله والثاني ان سلامة الذم الخ) أقول ولنا ان نحجب عن هذا البحث الثاني بأن في الرد بالعيب لا بد أن يوجد العيب عند البائع ويعود عند المشتري حتى يرد ولا يلزم ثبوت الدين في الحالتين للقضاء بالايقاع بل يكفي وجوده في الحال

فإذا أقام المشتري البيئته حالف البائع على البتات بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أتى عنده قط كذا ذكر في المبسوط وقيل المراد بالكتاب ههنا الجامع الصغير وإن شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعى أو بالله ما أتى عندك قط ولا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب لأن هذا العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى وبه يتضرر المشتري وكذلك لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأنه يوهم تعلقه بالشرطين جميعاً ولو أجاز أن يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم ويكون عرض البائع وعدم وجود العيب في الحالين جميعاً ففي وجوده في أحدهما يكون باراً لأن الكل يتحقق بانتفاء جزئه وبه يتضرر المشتري وإنما قال يوهم تعلقه بالشرطين جميعاً إشارة إلى أن أو يل البائع ذلك في عينه ليس بصحيح ولكنه يوهم لذلك بما ذكر لأن شمس الأئمة ذكر هذه العبارة في التحليف وقال الأئمة قالوا النظر للمشتري ينعدم (١٧١) إذا استخلفه بهذه الصفة وذكر

الوجه المبسوط ثم قال
والاصح عندي الأول لأن
البائع ينبغي العيب عند
البيع والتسليم فلا يكون
باراً في عينه إذا لم يكن العيب
منتفياً في الحالين جميعاً
وعلى هذا فلقائل أن يقول
في عبارة المصنف تسامح
لأنه قال (أما لا يحلفه بالله
لقد باعه وسلمه وما به هذا
العيب) وعمله (بأنه يوهم تعلقه
بالشرطين فيما تؤوله وقالوا
إنما قال يوهم لأن ذلك
التأويل ليس بصحيح فإذا لم
يكن التأويل صحيحاً كان
التحليف به جائزاً وهو يناقض
قوله لا يحلفه إلا إذا حل
التقي على الوجه الاحوط
فيستقيم فإن قيل الإباق
فعل الغير والتحليف على
فعل الغير إنما يكون على
العلم دون البتات فالجواب
أن الاستحلاف على فعل
نفسه في المعنى وهو تسليم
المعقود عليه سليماً كما

(فإذا أقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أتى عنده قط) كذا قال في الكتاب وإن شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعى أو بالله ما أتى عندك قط أما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأن فيه ترك النظر للمشتري لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والأول زهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيما تؤوله في العين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولو لم يجد المشتري بيئته على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أتى عنده يحلف على قولهما واختلاف المشايخ على قول أبي حنيفة رحمه الله لهما أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البيئته فكذا يترتب التحليف

على خلاف المختار فلا وعرف أن معنى المسئلة أن يدعى أبا قافينسك رقيامه في الحال فيحتاج إلى إثباته أما لو اعترف البائع فإنه يسأل عن وجوده عنده فإن اعترف رده عليه بالتاس المشتري وإن أنكروا طلب المشتري بالبيئته على أن الإباق وجد عند البائع فإن أقامها رده والأبى بالله عز وجل لقد باعه وسلمه وما أتى عنده قط قال المصنف (كذا قاله في الكتاب) أي الجامع فإن عبارته هكذا فإذا أقام على ذلك البيئته استخلف البائع بالله لقد باعه وقبضه وما أتى قط قالوا (وإن شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعى به أو بالله ما أتى) عندك قط كل من هذه العبارات حسنة بقيت عبارتان محتملتان وهما أن يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب أو لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب قالوا لا يحلف كذلك لأن فيه ترك النظر للمشتري لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد فإذا فرض حدوث العيب كذلك حلفه لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب كان باراً في عينه وأما بعبارة وسلمه وما به هذا العيب فكذلك لأن هذه العبارة صادقة هنا إذا كان حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فقد يكون حدوث العيب كذلك فيما تؤوله البائع في عينه أي يقصد تعاقب عدم العيب بالشرطين جميعاً وهما البيع والتسليم على ظن أن صدق لغة على تقدير قصده إليه يوجب بره شعراً وليس كذلك فإن تؤوله كذلك لا يخلصه عنده الله تعالى من ذلك البين بل هي بين غموس والأخصر مع الوفاء المقصود أن يحلف بالله ما أتى عندي قط (ولو لم يجد المشتري بيئته على وجود العيب عنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أتى عنده المشتري يحلف على قوله ما واختلف المشايخ في قول أبي حنيفة) هل يحلف أو يتحقق العجز عن الخصومة فعن القاضي أبي الهيثم أن الخلاف المذكور في النوادر عنده لا يحلف وعندهما تم وفي شرح الجامع الكبير للشيخ أبي المعين النسفي قال بعض مشايخنا منهم الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد

الترمه وقيل التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا ادعى الذي يحلف أنه لا علم له بذلك أما إذا ادعى أني علم بذلك فيحلف على البتات لادعائه العلم بذلك فإن لم يجد المشتري بيئته على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع بالله ما يعلم أنه أتى عنده المشتري هل له ذلك أو لا قيل له ذلك على قوله ما واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة وهو المذكور في النوادر ذكره الطحاوي وهو مختار المصنف وقيل لا خلاف في هذه المسئلة (لها أن الدعوى معتبرة لأنه يترتب عليها البيئته) وكل ما يترتب عليه البيئته (يترتب) عليه (التحليف) بالاستقراء (قوله وقيل المراد بالكتاب) أقول للقائل هو الاتقاني (قوله لأن شمس الأئمة إلى قوله والاصح عندي) أقول تصحیح شمس الأئمة لا يكون حجة على غيره (قوله وهو المذكور في النوادر) أقول أي الاختلاف هو المذكور (قوله وقيل لا خلاف في هذه المسئلة الخ) أقول بل قوله كقولهما

ولأبي حنيفة على قول من
يقول لا تخلف على مذهبه
أن الخلف يترتب على
دعوى صحيحة ولا تصح
الدعوى الامن خصم ولا
يصير المدعى وهو المشتري
ههنا خصما الا بعد قيام
العيب بالجملة الشرعية
وقد عجز عنها ولا نسلم ان كل
ما يترتب عليه البينة
يترتب عليه الخلف فان
دعوى الوكالة يترتب عليها
البينة دون الخلف والبينة
لا تستلزم الدعوى فضلا
عن صحتها بل قد تقوم على
مالا دعوى فيه أصلا كما
في الحدود بخلاف الخلف
والفرق ان الخلف شرع
لقطع الخصومة فكان
مقتضا سابقا لخصم وأن
يكون المشتري هنا خصما
الابعد اثبات قيام العيب
في يده ولم يثبت كما تقدم
وأما البينة ههنا مشروعة
لاثبات كونه خصما فلا
تستلزم كونه خصما (واذا
نكل عن اليمين عندهما
يخلف ثانيا للرد) على البتات
(على الوجه الذي قدمناه)
على ما تقدم

(قوله والفرق ان الخلف
شرع لقطع الخصومة)
أقول وكذلك البتات فاذا
كان لها حكم مخصوص
ههنا فلم لا يجوز أن يكون
للخلف حكم كذلك

وله على ما قاله البعض أن الخلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الامن خصم ولا يصير خصما
فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين عندهما يخلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه

لا خلاف في هذه المسئلة وتخصيص قولها بما لا يكره لا يدل على أن قول أبي حنيفة خلاف قولهما وانما
يخلف على العلم لانه حاف على فعل الغير بخلاف حلفه على انه ما كان عنده فقبل لانه وان كان على فعل
الغير ليكن الخلف على فعل الغير انما يكون على العلم اذ لم يكن الخالف مدعي العيب لانه اما اذا كان مدعي افلا
الترى أن المودع اذا ادعى قبض المودع لها يكون القول له ويخلف على البتات مع أنه فعل الغير وقيل
ليس حاصله فعل الغير بل فعل نفسه وهو تسليمه سلميا وهو قول الامام السرخسي والاول اوجه فان
معنى تسليمه سلميا ليس المراد منه السلامة في حال التسليم بل بمعنى سلمته والحال انه لم يفعل السرقة
عندي فيرجع الى الخلف على فعل الغير وأورد على الاول مسئلتان احدهما ما لو باع رجلان عبدا من
آخر صفقة واحدة ثم مات أحدهما فورثه البائع الآخر ثم ادعى المشتري عيبا فانه يخلف في نصيبه بالجزم
وفي نصيب مورثه بالعلم عند محمد مع انه يدعى العلم بانتفاء العيب الثانية اذا باع المتفاوضان عبدا وغاب
أحدهما فادعى المشتري عيبا يخلف الحاضر على الجزم في نصيب نفسه وعلى العلم في نصيب الغائب مع
ادعائه علم بذلك كما قلنا انتهى والوجه عندي أن يشكل ما نحن فيه على هاتين المسئلتين لانه لان
تحليفه في نصفه على العلم وفي نصفه الآخر على البتات وهو واحد أعني العيب في ذات واحدة هو المشكل
فالوجه ما ذكرنا والمسئلتان مشكلتان لانه ان علم بالعيب كان علمه بالنسبة الى النصفين أو جهله كان
أيضا كذلك الآن يكون معنى المسئلة أن العبد كان عند كل من الشريكين مدة فيخلف هـ ذا الوارث على
البتات في مدته ما أتى عندي وعلى العلم في مدة شريكه ما علم أنه أتى عند شريكه فليكن محملا لذلك
وعلى هذا فلو لم تكن اقامة العبد الا عند هذا الشريك لا يخلف الا على البتات ويكتفي بذلك الا أن هذا غير
معلوم فيخلف كما ذكرنا ولو لم تكن اقامته الا عند الذي مات لا يخلف الا على البتات لان العتد اقتضى
وصف السلامة واعلم ان ما تطارحناه انه لو لم يأتى عند البائع وأتى عند المشتري وكان أتى عند آخر
قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشتري ذلك وأثبتته برده لانه معيب والعقد واجب على هذا
البائع السليم ولو لم يقدر على اثباته له ان يحلفه على العلم وكذا في كل عيب يرد بتكرره (وجه قوله على)
تقدير الخلف وهو (ما قاله البعض ان الخلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الامن خصم ولا
يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب) واذا نكل البائع عن اليمين على وجود العيب عند المشتري (يخلف ثانيا
للرد على الوجه الذي قدمناه) لانه بشكوله أنزل مقر بوجود العيب عند المشتري فتوجهت الخصومة
فيه فيخلف على انه ما وجد عنده الى آخر ما ذكرنا وقوله الخلف يترتب على دعوى صحيحة قبل يفيد أن
البينة لا يلزم ترتبها عليها بل تكون بلا دعوى أصلا في الحدود وكذا على انه وكيل أو وارث ولا دعوى أصلا
ففي دعوى غير صحيحة أولى وفي الكافي الاصح أنه لا يخلف لان الخلف شرع لدفع الخصومة لا لاثباتها
وهذا والخلف البائع يحدث بينهما خصومة أخرى ولا يخفى ضعف هذا الكلام فان توجه اليمين هو من
الخصومة فيها انتهى خصومة لا تندفع وكثيرا ما يترتب خصومات بعضها على بعض يكون منتهى بعضها
مبدأ أخرى وأما قوله في الوجه الخلف انما يترتب على دعوى صحيحة فنقول ان كان المراد بالصحة
ما يستحق بها الجواب فهذه كذلك لانه اذا ادعى انه وجد عنده عيب في المبيع وقد وجد عند البائع فلا شك
أن القاضى يطلب جوابه عنه ألا ترى الى قولهم فان اعترف ان الامر كذلك رد عليه وان أنكر وجوده عنده
واعترف بوجوده عند المشتري فعلى المشتري البينة فان عجز عنها خلف الى آخره واعترف بوجوده عنده
وأنكر وجوده عند المشتري وكل ذلك فرع الزامه بالجواب بأحد هذه غير أنهم لا يوجبون عليه اليمين على
عدمه عنده حتى تثبت المقدمة الاولى وهو وجوده لان تحليفه على ذلك لا يفيد مقصودا للمشتري من الرد

قال رضي الله عنه اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما أتى منه ذبلع مبالغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ

ان لم يثبت عوده عنده فلا يترتب عليه فائدته الا بعدة فوجب تقديمه وكذلك لو كان العيب مما يمكن للرد وجوده عند البائع فقط كولد الخارية وكونها رادزا حلف عليه ابتداء غير متوقف على غير ذلك وبهذا ظهر ان لا فرق بين دعوى العيب ودعوى الدين في أن كلامهم ما يستدعي جوابا بما يليق بالحال وان تكافى الفرق مع ضعفه بناء على أن الخصومة هناك تنجيه قبل اثبات الدين وهنا لا تنجيه الا بعد اثبات العيب غلط وانما هذه خصومة الغرض منها رد المبيع وتلك خصومة الغرض منها رد الدين وكل منهما يستدعي الجواب فكما ان له أن يحجب هنا بانكار العيب عندهما أساسا كذلك له أن يحجب بانكار الدين رأسا بمعنى أنه لم يثبت قط ثم كأن عاينه أن يثبت دخول العيب في الوجود بالبينه أو النكول كذلك عليه ان يثبت دخول الدين في الوجود كذلك واذا ثبت دخوله في الوجود طالبه برده اليه فكذلك في العيب يطالبه برد الثمن ورده فاذا تأملت لا فرق والله اعلم فالوجه ما قاله من الزام اليمين على العلم ونفي الخلاف كما ذكر البعض لانه ادعى عليه معنى لو أقر بلزومه المال فعليه اليمين لرجاء النكول وكونه مجرد اليمين لا يثبت المال الا بعد يمين أخرى على وجوده عند البائع لا يضر لانه اذا توقف ثبوت الحلف على أمرين لم يكن بد من اثبات كل منهما ثم قال المصنف رحمه الله (قال العبد الضعيف) يعني نفسه (اذا كانت الدعوى في اباق) العبد (الكبير يحلف) البائع (ما أتى) عندي (منذ بلع مبالغ الرجال) لانه عساه أتى عنده في الصغر فقط ثم أتى عند المشتري بعد البلوغ وذلك لا يوجب الرد لاختلاف السبب على ما تقدم بل لو أزمناه الحلف ما أتى عنده قط اضمرنا به والزمانه ما لا يلزمه ولو لم يحلف أصلا اضمرنا بالمشتري فيحلف كما ذكرنا وكذا في كل عيب يدعى ويختلف فيه الحال فيما قبل البلوغ وبعده بخلاف ما لا يختلف كالجنون وقد ظهر مما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة في عيب الاباق ونحوه وهو كل عيب لا يعرف الا بالتجربة والاختبار كاسرقة والبول في الفراش والجنون والزنا بقي أصناف أخرى ذكرها فاضحان هي مع ما ذكرنا تامة أربعة أنواع الاول أن يكون عينا ظاهرا لا يحدث مثله أصلا من وقت البيع الى وقت الخصومة كالاصبع الزائدة والعمر والناقصة والسن السابعة أي الزائدة فالقاضي فيها يقضي بالرد اذا طلب المشتري من غير تحليف للتيقن به في يد البائع والمشتري الا أن يدعى البائع رضاه به أو العلم به عند الشراء والابراء منه فاذا ادعاه سأل المشتري فان اعترف امتنع الرد وان أنكر أقام البينة عليه فان عجز يستحلف ما علمه وقت البيع أو ما رضى ونحوه فان حلف رده وان نكل امتنع الرد الثاني أن يدعى عيبا باطنا لا يعرفه الا اطباء كوجع الكبد والطحال فان اعترف به عنده ما رده وكذا اذا أنكره فأقام المشتري البينة أو حلف البائع فنكل الا ان ادعى الرضا فيعمل ما ذكرنا وان أنكره عند المشتري يريه طبيين مسلمين عدلين والواحد يدعي والاثنان أحوط فاذا قال به ذلك يحصمه في أنه كان عنده الثالث أن يكون عيبا لا يطلع عليه الا النساء كدعوى الرق والقرن والعفل والنبابة وقد اشترى بشرط البكارة فعلى هذا الا أنه اذا أنكر قيامه في الحال أريت النساء والمرأة العدل كافية فاذا قالت ثيبا أو قرنا ردت عليه بقولها عندهما كما تقدم واذا انضم اليه نكوله عند تحليفه غير ان القرن ونحوه ان كان مما يحدث ترد عند قول المرأتين هي قرناء بخاصومة في أن ذلك كان عند البائع للتيقن بذلك كما في الاصبع الزائدة الا أن يدعى رضاه فعلى ما ذكرنا وفي شرح فاضحان العيب اذا كان مشاهدا وهو مما يحدث بؤم بالرد وان كان مما يحدث واختلف في حدوثه فالبينة للمشتري لانه يثبت الخيار والقول للبائع لانه ينكر الخيار وهذا يعرف مما قدمناه ولو اشترى جارية وادعى انها خنتي يحلف البائع لانه لا ينظر اليه الرجال ولا النساء ولو وجد به عيبا فقال له البائع أتبعه قال نعم يلزمه لانه عرض على البيع

قال المصنف (اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما أتى منه ذبلع مبالغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ) لما تقدم فلو حلف مطلقا كان ترك النظر في حق البائع لانه اذا أتى في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان أتى عند البائع في حالة الصغر وشمل هذا الاباق غير موجب للرد امتنع البائع عن اليمين حذرا عن اليمين الكاذبة فيقضى عليه بالرد لنكوله ويتضرره

قال (ومن اشترى جارية وتقباضا) ومن اشترى جارية وتقباض المتبايعان الثمن والمبيع (فوجد) المشتري (بها عيبا) فأراد البائع تخصيص الثمن على تقدير الرد (فقال البائع بعثك هذه وأخرى معها وقال المشتري بعثتها واحدة فالتقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض) لأنه أعرف بما قبض (كإفي الغصب) فإنه اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال المغصوب منه غصب مني غلامين (١٧٤) وقال الغاصب غلاما واحدا فالتقول قول الغاصب لأنه القابض (وكذا اذا اتفقا

على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض) في مقداره بأن كان المبيع جارين ثم اختلفا فقال البائع قبضت ما قبضت وقال المشتري ما قبضت الا احدهما فانقول قول المشتري (لما ينأ) ان في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض بل ههنا أولى لان كون المبيع شيتين أمارة ظاهرة على ان المقبوض كذلك لان العقد عليهما سبب مطلقا قبضهما ومع ذلك كان القول قول القابض فههنا أولى قال (ومن اشترى عبدتين صفقة واحدة) رجل قال لا خير بعثك هذين العبدتين بألف درهم فقبل (وقبض أحدهما) وهو سليم (فوجد بالآخر عيبا) ليس لأن يرد العيب خاصة بل يأخذهما أو يدعهما) جميعا (لان الصفقة تتم قبضهما) لما ان تصرف المشتري في المبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصفقة حينئذ وما تم قبضه الصفقة لا تتم قبضه رهضة لتوقفه على قبض الكل

(قال ومن اشترى جارية وتقباضا فوجد عيبا فقال البائع بعثك هذه وأخرى معها وقال المشتري بعثتها واحدة فالتقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب (وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض) لما ينأ قال (ومن اشترى عبدتين صفقة واحدة فقبض أحدهما ووجد بالآخر عيبا فإنه يأخذهما أو يدعهما) لان الصفقة تتم قبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبه بالعقد والتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو قال بعه فان لم يشترده على فعرضه لم يشترسقط الرد ولو وجد البائع الثمن زوفا فقال المشتري البائع انفقته فان لم يرج رده على فانفق ولم يرج رده استحسننا ولو كان ثوبا فقال هو قصير فقال البائع أراه الخياط فان قطعه والارده ففعل فاذا هو قصير فله الرد اشترى لميت كفنائهم وجد به عيبا لا يرده ولا يرجع بالاراش حتى يحدث به عيب مانع من الرد وفي القنية لو وجده معيبا خاصم بآثمه فيه ثم ترك الخصومة أياما ثم عاد اليها فقال له بائعه لم سكت عن الخصومة مدة فقال لا نظرائه يزول أولاه رده كذا في المجتبى (قوله) ومن اشترى جارية) أو غيرها من الاعيان (وتقباضا) فقبض البائع الثمن والمشتري الجارية (فوجد بها) المشتري (عيبا) فجاء ليردها فاعترف البائع بما وجب الردها لأنه (قال بعثك هذه وأخرى معها) وانما يستحق على رد حصة هذه فقط لا كل الثمن (وقال المشتري بعثتها واحدة) فارد جميع الثمن ولا ينأ لاحد (فالتقول قول المشتري لان هذا الاختلاف في مقدار المقبوض والقول) فيه (قول القابض) أمينا كان أو ضمينا لأنه يشكر زيادة يدعيها عليه البائع ولان البيع انفسخ في المردود وبالرد ذلك مسقط للثمن عن المشتري والبائع يدعي لنفسه بعض الثمن عليه بعد ما ظهر سبب السقوط والمشتري يشكر فالتقول قوله وصار (كالغصب) اذا ادعى المغصوب منه انه غصبه هذا مع آخر أو حدث فيه زيادة فإنه يكره الغاصب فالتقول قوله (وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع) بأن اتفقا على ان المبيع جارتان ثم قال البائع قبضت ما وانا استحق حصة هذه وقال المشتري لم أقبض من المبيع سوى هذه يكون القول قول المشتري (لما ينأ) من أن القول قول القابض (قوله) ومن اشترى عبدتين) أو ثوبين (صفقة واحدة وقبض أحدهما ووجد بالآخر) الذي لم يقبض (عيبا فإنه بالخيار) ان شاء أخذهما بجميع الثمن وان شاء ردهما وليس له أن يأخذ السليم ويرد المعيب بحصته من الثمن في هذه الصورة (لان الصفقة انما تتم بقبضهما) لانها انما تتم قبض المبيع ولم يوجد (فيكون) رد أحدهما وحده (تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا) أي كون رد أحدهما بعد قبض أحدهما فقط تفريقا للصفقة قبل تمامها بناء على أن تفريقها قبل القبض كتفريقها في نفس العقد فيما اذا قال بعثتك ههنا فأف فقال قبلت في هذا بخمس مائة وانما كان كذلك (لان القبض له شبه بالعقد) لأنه يثبت ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الرقبة ولأنه أعنى القبض مؤكدا لما ثبتته العقد حتى ان الشهود بالطلاق قبل الدخول اذ ارجعوا يضمون نصف المهر لانه كان على شرف الزوال بتمكينها ابن الزوج ونحوه فالشهود بشهادتهم أكدوا لزومه وحققوه وما قبل في تمامه وحكم المشبه بحكم المشبه به فان الصلاة للنفار وعلى النجاسة حرام ولو

اذنالك فاتفرق قبل قبضهم (تفرق بقبل التمام) وهو لا يجوز (لما ذكرنا) يعني قبيل باب خيار العيب صلى بقوله لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لاتتم قبله (وهذا) أي التفرق في القبض لا يجوز (لان للقبض شبهة بالعقد) من حيث ان القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كما ان العقد يثبت ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد (فالتفرق في القبض كالتفرق في العقد) ولو قال بعثت منك هذين العبدتين فقال قبلت أحدهما لم يصح فكذا هذا

(قوله لما ينأ الى قوله بل ههنا أولى) أقول فيه تأمل

قال (ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه) اذا وجد المشتري بالمقبوض عيبا فالواقي في شروح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه وكلام المصنف يشير الى ان الاختلاف بين العلماء فانه قال (ويروى عن أبي يوسف انه يردده خاصة) ووجهه ان الصفقة تامة في حق المقبوض فبالنظر اليه لا يلزم تفريق الصفقة (والاصح انه ليس له ذلك) لأن تمام الصفقة (١٧٥) بقبض المبيع وهو اسم للكل فهو كحبس

(المبيع) لاجل الثمن فانه لا يزول بقبض بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتبارا لاحد البدلين بالآخر (ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا له أن يردده خاصة) وقال زفر لافرق بينه وبين ما تقدم لان فيه تفريق الصفقة

ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن أبي يوسف فرجه الله أنه يردده خاصة والاصح أنه يأخذهما أو يرددهما لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصارت حبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضه ما تم وجد) بأحدهما عيبا يردده خاصة خلافا لفرهوي يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الرديء فأشبهه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا أنه تفريق الصفقة بعد التمام لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لانتم به على ما مر ولهذا الواستحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر (قال ومن اشترى شيئا مما يكال

(ولا يعرى عن ضرر اذا العادة جرت بضم الجيد الى الرديء فأشبهه ما قبل القبض) بجماع دفع الضرر (وأشبه خيار الرؤية والشرط) ولنا انه اذا قبضه ما جميعا فقد تمت الصفقة والتفريق بعده غير ضار بخلاف خيار الرؤية والشرط فان الصفقة لانتم بالقبض فيها على ما مر في خيار الرؤية ان الصفقة لانتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لوجود تمام الرضا من المشتري عند القبض على صفة السلامة كما أوجبته العقد والاصل صفة السلامة فكانت الصفقة تامة بظاهر العقد وتضرر البائع انما يلزم من تدليسه فلا يلزم المشتري لا يقال لو كان كذلك لزم التمكن من رد المعيب قبل

صلى وبين يديه نار وبقربه نجاسة كان مكرها ليس تمشيلا صححها فان الثابت الكراهة وانما يكون حكمه حكما لو ثبتت الحرمة هذا اذا كان العيب في غير المقبوض (فان وجد العيب في المقبوض اختلفوا فيه يروى عن أبي يوسف انه يردده خاصة) لان الصفقة تامة في المقبوض (والصحيح انه يأخذهما أو يرددهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل) فمالم يقبض الكل لانتم فيكون تفريقا قبل التمام (وصار) تمام الصفقة (كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول) الحبس (دون قبض جميعه) حتى لو بقي من الثمن درهم كان له أن يمنع المبيع عليه ولو قال المشتري أنا أمسك المعيب وأخذ النقصان ليس له ذلك (ف) اما (لو) كان (قبضهما) أعنى العبدین (ثم وجد بأحدهما عيبا) فان له أن يردده خاصة خلافا لفرهوي يقول فيه (أى في رده وحده) (تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة ضم الجيد الى الرديء) لترويج الرديء وفي الزامه المعيب وحده الزام هذا الضرر فاستوى ما قبل قبضهما وما بعده في تحقق المانع من رده وحده (وأشبهه خيار الشرط والرؤية) في أن الصفقة لانتم اذا كان فيها أحد الخيارين هكذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وقال القدوري في التقریب قال اصحابنا اذا اشترى عبدین صفقة فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض رده خاصة وان كان قبل القبض ردهما وقال زفر يرد المعيب في الوجهين لان العقد صح فيهما والعيب وجد بأحدهما فصار كما بعد القبض وذ ك صاحب المختلف والمنظومة مثل ما ذكر القدوري على خلاف ما ذكر المصنف وشمس الآئمة وهو محمول على اختلاف الرواية عن زفر (ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض يتم في خيار العيب بخلاف خيار الرؤية والشرط) والتفريق بعد التمام جائز شرعا بدليل انه (لو استحق أحدهما) بعد القبض (ليس له أن يرد الآخر) بل يرجع بحصة المستحق على البائع مع انه تفريق الصفقة على المشتري والضرر الذي لزم البائع جاء من تدليسه لما قد من ان الظاهر ان البائع عالم بحال المبيع وصار كما لو سمى لكل واحد منهما وشرط الخيار في أحدهما لنفسه ثم هذا فيما يمكن افراد أحدهما دون الآخر في الانتفاع كالعبدین أما اذا لم يمكن في العادة كنعلين أو خفین أو مصرای باب فوجد بأحدهما عيبا فانه يرددهما أو يعسكهما بالاجماع لانهما في المعنى والمنفعة كشيء واحد والمعتبر هو المعنى وفي الايضاح والفوائد الظهيرية ولهذا قال مشايخنا لو اشترى زوجي ثوبا وقبضه ما تم وجد بأحدهما عيبا وقد ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل دونه لا يملك رد المعيب خاصة (قوله) ومن اشترى شيئا مما يكال (كالخنطة والتمر

قبضهما أيضا لوجود التدليس منه لانه يستلزم التفريق قبل التمام وانه لا يجوز قيل هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد أحدهما بالانتداع كالعبدین وأما اذا لم يمكن كزوج الخف ومصرای الباب فانه يرددهما أو يعسكهما حتى لو كان المبيع ثوبا يرددهما بالآخر بحيث لا يعمل دونه لا يمكن رد المعيب خاصة (قوله) ولهذا) أى ولان الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم قبله (لو استحق أحد العبدین) بعد قبضهما (ليس للمشتري أن يرد الآخر) بل العقد قد لزم فيه لانه تفريق بعد التمام (قال) ومن اشترى شيئا مما يكال

أو وزن) تفریق الصفة لا يجوز إذا كان قبل القبض في سائر الاعيان وبعده يجوز في غير المكييل والموزون وأما فيه ما فلا يجوز إذا كان الجنس واحدا سواء كان في وعاء واحد أو في وعاءين على اختيار المشايخ وقيل إذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدین يجوز رد المعيب خاصة لأنه رده على الوجه الذي خرج من ضمان البائع ووجه الاظهار انه اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد اسما وحكما أما الأول فلا فإنه يسمى باسم واحد ككثير وقفيز (١٧٦) ونحوهما وأما الثاني فلأن المالية والتقوم فيهما باعتبار الاجتماع لان الحبة

بانفرادها ليست لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعل روية بعضها كروية كلها كالثوب الواحد وفي الثوب الواحد اذا وجد بعضه معيبا ليس له الورد الكل أو امسا كله لان رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمستري وهي في الاعيان المجتمعة عيب فرد المعيب خاصة رد عيب زائد وليس له ذلك فالقول لو كان كذلك وجب أن يكون له رد الباقي اذا استحق البعض بعد القبض كافي الثوب الواحد وهو باطل بالاجماع فالجواب انه على احدى الروايتين عن أبي حنيفة ساقط وعلى الاخرى انما لم يعقد في الباقي ولم يبق له خيار الرد فيه لأنه لا يضره التبعض لان استحقاق البعض لا يوجب عيبا في المستحق وغيره لانهم في المالية سواء والانتفاع بالباقي ممكن وما لا يوجب عيبا في المالية والانتفاع لا يوجب ضررا بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبا وميزه ابره لان تمييز المعيب من غير المعيب بوجوب زيادة عيب بخلاف الثوب الواحد فان التبعض يضره والشركة عيب فيه زائد فلم يبق الورد الكل أو امساكه

(أو وزن) فوجد بعضه عيبا رده كله أو أخذه كله) ومراده بعد القبض لأن المكييل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد لا يرى أنه يسمى باسم واحد وهو الكثر ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد فاذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدین حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر (ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي) لأنه لا يضره التبعض

(أو وزن) كالسمن والزعفران وغير ذلك (فوجد بعضه عيبا رده كله أو أخذه كله ومراده) اذا كان الاطلاع على العيب (بعد القبض) أمالو كان قبله فلا فرق بين المكييل والموزون وغيرهما كالثياب والعبيد من أنه يرد الكل أو يحبس الكل بخلاف ما بعد القبض فإنه يجوز رد المعيب خاصة في غير المكييل والموزون دونهما وانما قلنا بعد القبض يرد الكل (لان المكييل اذا كان من جنس واحد) كالحنطة أو الشعير (فهو كشيء واحد) فان الانتفاع والتقوم لا يتحقق باحد حبات القمح منفردة بل مجتمعة فكانت الاحاد المتعددة منها كالشيء الواحد ثوب أو بساط ونحوه (الترى انه يسمى) المتعدد منه المجتمع (باسم واحد كالسكر) والوسق والصبرة فلا يتمكن من رد البعض خاصة كما لا يتمكن من رد بعض الثوب بخلاف الثوبين والعبدین فإنه بعد قبضهما يرد المعيب خاصة لانهم ماشئان حقيقة وتقوموا وانتفاعا لا يوجب افراد أحدهما عن الآخر عيبا حاد ثانياه (قبل هذا) يعني كونه يرد الكل (اذا كان في وعاء واحد) أما (لو كان في وعاءين) كما اذا اشترى عدلى حنطة صفة فوجد بأحدهما عيبا فإنه يرد ذلك العدل خاصة كما ذكره في غير الاسلام قال لان تمييز المعيب من غيره بوجوب زيادة عيب في المعيب فإنه اذا كان مختلطا بالخير يكون أخف عيبا مما اذا انفرد فلورد كان مع عيب حدث عند المشتري بخلاف ما اذا كان في وعاءين فرد أحدهما بعينه فإنه لا يوجب زيادة عيب قال الفقيه أبو الليث هذا التأويل يصح على قول محمد خاصة واحدى الروايتين عن أبي يوسف لا على قول أبي حنيفة فإنه روى الحسن عن أبي حنيفة في الجرد أن رجلا واشترى اعدال من عرف فوجد بعدل منها عيبا فان كان التمر كله من جنس واحد ليس له أن يرد المعيب خاصة لان التمر اذا كان من جنس فهو بمنزلة شيء واحد وليس له أن يرد بعضه دون بعض وذكر الناطقي رواية بشر بن الوليد لداوشة تری زقین من سمن أو سلتین من زعفران أو جلین من القطن أو الشعير وقبض الجميع له رد المعيب خاصة إلا أن يكون هذا أو الآخر سواء فاما أن يرد كله أو يتركه فله فقهه رأيت كيف جعل انتمرا جنسا سمع أن الكل جنس التمر فعلى هذا يتقيد الاطلاق أيضا في نحو الحنطة فإنها تكون صعيدية وبحرية وهما جنسان يتفاوتان في الثمن والعجين ويتقيد الملاق غير الاسلام ان في الاعدال يرد المعيب خاصة بأن ذلك اذا كان باقي الاعدال من غير ذلك الجنس مما هو مندرج تحت مطلق جنسه بأن يكون بعض الاعدال برنيا أو بعضه البانة فبر ذلك خاصة أما اذا كان الاعدال من جنس واحد بأن يكون كاهارنيا أو صبحانيا أو لبانة أو عراقبة فبر ذلك الكل والصبرة كالعدل الواحد وان كثرت لجر بان ما ذكرنا من وجه منع رد المعيب وحده فيها (قوله ولو استحق بعضه) أي بعض المكييل أو الموزون فلا خيار للمشتري في رد ما بقي بل يلزمه أن لا يرد وروى عن أبي حنيفة أن له رده دفعا لضرر مؤنة القسمة (وجه الظاهر أنه لا يضره التبعض) لافي

اقية

ايرده لان تمييز المعيب بوجوب زيادة عيب بخلاف الثوب الواحد فان التبعض يضره والشركة عيب فيه زائد فلم يبق الورد الكل أو امساكه

قال المصنف (ومراده بعد القبض) أقول أما قبل القبض فالحكم في غير المثلي والموزون أيضا كذلك قال المصنف (وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد) أقول اختار هذا القول في فتاوى قاضيان ولم يذكر غيره (قوله لان رد الجزء المعيب) أقول فيه بحث

قوله والاستحقاق يجوز أن يكون جواب سؤال) تقرر به انتفاء الخيار في رد ما بقي يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام لان تمامها
 بارضا والمستحق لم يكن راضيا وبوجهه ان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها بارضا العاقد لا يرضى المالك لان العقد حق العاقد
 فتمامه يستدعي تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعقد ذلك ولهذا قلنا في الصرف والسلم اذا اجاز المستحق بعدما افتراق بقى العقد صح ما علم
 ان تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك (وهذا) أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض وأما اذا كان
 قبله فله أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وهذا يرشدك إلى أن تمام الصفقة يحتاج إلى رضا العاقد وقبض المبيع وانتفاء أحدهما
 يوجب عدم تمامها وان كان المبيع ثوبا واحدا وقد قبضه المشتري ثم استحق (١٧٧) بعض الثوب فله المشتري الخيار في

رد ما بقي لان التشخيص في
 الثوب عيب لانه يضر في
 ماله وانه الانتفاع به فان
 قيل حدث بالاستحقاق
 عيب جديد في يد المشتري
 ومثله يمنع الرد بالعيب
 أوجب المصنف بقوله (وقد
 كان وقت البيع) يعني انه
 ليس بجديد في يده بل كان
 في يد البائع حيث ظهر
 الاستحقاق فلا يكون مانعا
 بخلاف المكيل والموزون
 فان التشخيص ليس بعيب
 فيهما حيث لا يضر وتبني
 لكلام المصنف تجد حكم
 العيب والاستحقاق سمي
 قبيل القبض في جميع
 الصور أعني فيما يكال أو
 يوزن أو غيرهما أما العيب
 فظاهر وأما الاستحقاق
 فلقوله أما اذا كان ذلك قبل
 القبض ليس له أن يرد الباقي
 لتفرق الصفقة قبل التمام
 وتجد حكمهما بعد القبض
 كذلك الا في المكيل
 والموزون لانه كسرى

والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها بارضا العاقد لا يرضى المالك وهذا اذا كان بعد القبض
 أما لو كان قبل القبض فله أن يرد ما بقي لتفرق الصفقة قبل التمام قال (وان كان ثوبا فله الخيار) لأن
 التشخيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون (قال
 ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فاداه أو كانت دابة فركبها في حاجة فهو راضيا) لأن ذلك دليل قصده
 الاستيقان بخلاف خيار الشرط لأن الخيار هناك للاختيار وأنه بالاستعمال فلا يكون الركب
 القيمة ولا في المنفعة أما في القيمة فان المدمن القمح يساع على وزان ما يباع به الاردي والغرارة وأما في
 المنفعة فظاهر فلا يضر به بخلاف غيره فانه ان كان مما يفصل يصير معيبا بتبعضه فان الفضلة من
 الثوب كالذراع اذا ودى عليه في السوق لا تبلغ قيمته متصلا بباقي الثوب وان كان مما لا يفصل كالعبد
 يصير معيبا بعيب الشركة بخلاف المكيل لا يتعيب بالشركة فانها ما نساأقتسماه في الحال وانتفع
 كل بنصيبه كما يجب ومؤنة القسمة حقيقة وقد تكون بكيل عبدهما وغلماهما (وقوله والاستحقاق
 لا يمنع تمام الصفقة) جواب عن سؤال هو أنه ينبغي أن يكون له رد ما بقي في صورة الاستحقاق كي لا يلزم
 تفريق الصفقة على المشتري للمستحق عليه فأجاب بأن تفريق الصفقة انما يمنع قبل التمام لا بعده وقد
 تحقق تمام هذه الصفقة حيث تحقق القبض ولم يظهر بعد ذلك الا الاستحقاق والاستحقاق لا يمنع تمامها
 لان تمامها بارضا العاقد وقد تحقق (لارضا المالك) يعني المستحق ولذا قلنا اذا اجاز المستحق لبذل الصرف
 ورأس مال السلم بعد افتراق العاقدين يبقى العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد
 لا المالك وقوله (وهذا) أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد (اذا كان بعد القبض أما اذا كان
 قبيل القبض فله أن يرد الباقي لتفرق الصفقة) عليه (قبل التمام) لان تمامها بعد الرضا بالقبض
 (ولو كان) المستحق (ثوبا) ونحوه كعبد وكاب (فله الخيار لان التشخيص في الثوب عيب) والشركة
 في العبد عيب فله الخيار بين رد الكل أو بقاءه شرا بكلا يقال ينبغي أن لا يثبت له خيار رد الكل لانه
 حدث عنده عيب بالاستحقاق وأجاب بقوله (وقد كان) الى آخره أي هذا العيب أعني عيب الشركة
 كان ثابتا (وقت البيع) وانما تأخر ظهوره والظهور فرع سابقة الثبوت فلم يحدث العيب عند المشتري
 بل ظهر عنده فلم يمنع الرد بخلاف تميز الجديد من الردي في المكيل اذا كان في وعاء واحد أو كان صبرة فانه
 عيب حدث عنده فلا يمكنه الرد بالكل (قوله) ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا) ونحوه من مرض
 أو عرض فداهها (أو كانت دابة فركبها في حاجة نفسه) وفي بعض النسخ حاجته فهو راضيا لان ذلك دليل
 قصد الاستيقان بخلاف خيار الشرط) اذا ركب فيه مرة طاحه نفسه أو لبس الثوب مرة لا يكون
 مسقطا للخيار (لان ذلك) الخيار (للاختيار وهو بالاستعمال فلا يكون ركوبه) لحاجته مرة أو الاستخدام

(٢٣ - فتح القدير خامس)

الموزون رده كله أو أخذه ومراده بعد القبض ثم قال ولو استحق البعض لا خيار له في رد ما بقي قال (ومن اشترى جارية فوجد بها
 قرحا فاداه المشتري) جرح الجارية المشتراة وركوب الدابة في حاجته عد رضا بالعيب لان ذلك دليل قصد الاستيقان لان مداواة ازالة
 العيب وهي تمنع الرد لان تقيضه وهو قيام العيب شرط التمكن من الرد فكانت دليل قصد الامسك ودليل الشيء في الامور الباطنة
 يقوم مقامه فلا يمكن من الرد بذلك العيب وله ذلك بعيب آخر لان الرضا بعيب لا يستلزم رضاه بغيره وكذلك الركب لحاجته بخلاف
 خيار الشرط لانه للاختيار والاختيار بالر كعب فلا يكون مسقطا

مسقط (وان ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليسقيها لها علفا فليس رضا) أما الركب للرد فلا نه سبب
الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجد بدمنه إما الصعوبة أو العجزه أولكون
العلف في عدل واحد وما إذا كان يجد بدمنه لانه عدم ما ذكرناه يكون رضا قال (ومن اشترى عبدا قد
سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له أن يردّه وبأخذ الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وقال يرجع بما بين قيمته
سارقا إلى غير سارق)

(وان ركبها ليردها على بائعها
أو ليسقيها أو ليسقيها لها علفا
فليس ذلك رضا أما الركب
للرد فلا فرق) فيه بين أن
يكون له منه بدأ ولا أن
في الركب ضبط الدابة
وهو أحفظ لها من حدوث
عيب آخر وأما السقي
والعلف فمحمول على ما إذا
لم يجد منه بدأ لصعوبة
الدابة لكونها شمس أو سائر
لعجزه عن المشي لضعف
أو كبر أولكون العلف في
عدل واحد أما إذا وجد
منه بدأ لعدم الأولين
أولكون العلف في عدلين
وركب كان الركب رضا
لان حمله حينئذ يمكن
بدون الركب قال (ومن
اشترى عبدا قد سرق ولم
يعلم به الخ) رجل اشترى
عبدا قد سرق ولم يعلم به
المشتري لا وقت العقد ولا
وقت القبض فقطع عنده
فله أن يردّه وبأخذ الثمن كله
وله أن يسكه ويرجع بنصف
الثمن عند أبي حنيفة وقال
انه يقوم سارقا وغير سارق
فيرجع بفضل ما بينهما
من الثمن

حرة (مسقط) له نصارى من هذه المسائل ان كل تصرف من المشتري يدل على الرضا بالعيب بعد العلم
به يمنع الرد والارشق في ذلك العرض على البيع والاجارة والاس والركوب لحاجته والمداد والادوية والدهن
والكتابة والاستخدام ولو مرة بعد العلم بالعيب بخلاف خيار الشرط فانه لا يسقط الا بالمرّة الثانية
لان الاولى للاختيار الذي لا حله شرع الخيار فلم تكن الاولى دليل الرضا أما خيار العيب فشرعيته للرد
ليصل المشتري الى رأس ماله اذا عجز عن وصول الجزء الفائت اليه فبالمرّة الاولى فيه لا يصرفها عن كونها
دليل الرضا صارف هذا بالاتفاق انما الخلاف فيما اذا اخرج الرذم عن القدرة عليه بالتراضي أو بالخصومة
بان كان هناك حاكم فلم يفعل ولم يفعل ما يدل على الرضا عندنا لا يبطل خيار الرذم وعند الشافعي
يبطل والتقييد بحاجته لانه (لوركبها ليسقيها أو يردّها على بائعها أو يشتري لها علفا فليس رضا) وله
الرد بعد ذلك (أما الركب للرد فانه سبب الرد) فانه لو لم يركبها احتاج الى سوقها فربما لا يتقدا وتلف
مالا في الطريق للناس ولا يحفظها عن ذلك الا الركب (والجواب في السقي وشراء العلف محمول على
حاجته) الى ذلك فيها ما لا تكون صعبة ففي قودها ليسقيها أو يحمله عليها علفها ما ذكرناه مع
كونه قد يكون عاجزا عن المشي (أولكون العلف في عدل واحد) فلا يتكمن من حملها عليها الا اذا كان
راكبا وتقييده بعدل واحد لانه لو كان في عدلين فركبها يكون الركب رضا كره فاضحان وغيره ولا
يجوز أن الاحتمالات التي ذكرنا في ركوبها السقي انها لا تمنع الرذم معها تجري فيما اذا كان العلف في عدلين
ثم ركبها فلا ينبغي أن يطلق امتناع الرد اذا كان العلف في عدلين ولو اختلفا فقال البائع ركبته الحاجة
نفسك وقال المشتري لاردها عليك فالقول قول المشتري فأما لو قال البائع ركبته السقي بلا حاجة لانها
تقاد وهي ذلول ينبغي أن يسمع قول المشتري لان الظاهر ان المسوخ للركوب بلا ابطال حق الرد خوف
المشتري من شيء مما ذكرنا للاحتمال الجوع والصعوبة والناس يختلفون في تحمّل أسباب الخوف فرب
رجل لا يخطر بخطر من شيء مما ذكرنا لاسباب وأخر بخلافه نعم لو حمل عليها علفا غيرها كان رضار ركبها
أول يركبها (فرع) وجد بالدابة عيبا في السفر وهو يخاف على حمله حمله عليها ويردّه انقضاء
سفره وهو معدور (قوله) ومن اشترى عبدا قد سرق) عند البائع وعلى ما ذكرناه وقع في المطارحة
لا فرق بين أن يسرق عند البائع أو غيره (ولم يعلم) المشتري (به) أي بفعلة السرقة لا وقت البيع ولا
وقت القبض وسنأتي فائدة هذا القيد (نقطع عند المشتري فله أن يردّه) على بائعه (وبأخذ الثمن)
كأنه منه (عند أبي حنيفة) هكذا في عامة شروح الجامع الصغير وفي روايات المبسوط يرجع بنصف
الثمن ووفق بما ذكرنا في المبسوط حيث قال وعند أبي حنيفة يرجع بنصف الثمن بأن القطع كان مستحقا
بسبب كان عند البائع والمسلم الا أدى نصفه فينتقض قبض المشتري في النصف فيثبت للمشتري
الخيار ان شاء يرجع بنصف الثمن وان شاء رذم باقي ورجع بجميع الثمن كالأقضية يده عند البائع ولما ثبت
الخيار بين رده وامسأكه كان قول من قال يأخذ الثمن كله منصرفا الى اختياره رد العبد المقطوع وقول
من قال يرجع بنصف الثمن منصرفا الى اختياره إمساكه وفي شرح الطحاوي لا يستجاني لوقطعت يده
بعد القبض الى آخر الصورة ان شاء عرضي بالعبد الا قطع بنصف الثمن وان شاء ترك وفي قول أبي يوسف
ومحمد لا يردّه ولكنه يرجع بنقصان العيب بأن يقوم عبدا او يجب عليه القطع وعبد لم يجب عليه القطع

وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان في يد البائع من القتل العمد والرد له مان (١٧٩) الموجود في يد البائع سبب القطع أو

القتل وهو لا ينافي المالية الا ترى انه لو مات تقرر الثمن على المشتري وتصرفه فيه نافذ فتكون المالية باقية فينفذ العقد فيه لانه يعتمدها لکنه متعيب لان مباح البدأ والدم لا يشتري كالمسالم لانه أشد من المرض الذي هو عيب بالاجاع والمبيع المتعيب عند تعذر الرد يرجع فيه بنقصانه وههنا فقد تعذر الرد أما في صورة القتل فظاهر وأما في صورة القطع فلا ن الاستيفاء وقع في يد المشتري وهو غير الوجوب فكان كعيب حدث في يده ومشله مانع من الرد بعيب سابق كما تقدم فيرجع بالنقصان كما اذا اشتري جارية حاملا ولم يعلم بالحمل وقت الشراء والقبض فماتت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وما بين قيمتها غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع وسبب الوجوب يفضى الى الوجوب والوجوب يفضى الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كالمستحق والمستحق لا يتناول العقد فينتقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله اولانه باع مقطوع اليه يد فيرجع بجميع الثمن ان رده كالمستحق بعض العبد

وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عنده ما لم يمان أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لکنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشتري جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضى الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجد في يد الغاصب

ويرجع بازاء النقصان من الثمن الا اذا رضى البائع ان يرد فبرده ويرجع بجميع الثمن وحينئذ فلا يخفى ما في نقل المختصر في جواب المسئلة كالمصنف ان له ان يرد ويرجع بالكل وما في نقل المؤلف والمختلف فيما اذا قطعت يده عند المشتري بسرقة عند البائع انه يرجع بنصف الثمن من الابقاع في الالباس واقرب ما يظن انه ما روي بان عنده لولا ما ظهر من الجواب المفصل ابتداء كما ذكرنا وعبارة الهداية اخف فانه قال له ان يرد ويأخذ الثمن فانما لا تمنع ان له شيئا آخر لكن لا يجوز الاقتصار على هذا الا اذا كان ماله من الاخر المسكوت عنه متفقا عليه فاقصر على محل الخلاف لكن الغرض ان الخلاف ثابت في الاخر وهو اذا أمسك فانه يأخذ النصف عنده وعندهما لا بل يرجع بالنقصان ويمسكه (وقوله) وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد عند البائع من قتل عمدا أو رده ونحو ذلك يعني قتل عند المشتري يرجع بكل الثمن حتما وعندهما ما يقوم حلال الدم وحرامه فيرجع بمثل نسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن قال المصنف (فالحاصل انه) أي القطع والقتل أي ثبوت في العبد (عنزلة الاستحقاق) ولو استحق كله يرجع بالكل أو نصفه كان بالخيار بين ان يرد الباقي ويرجع بالكل وبين ان يرجع بنصف الثمن ويمسك النصف فكذا هنا (وعندهما) ذلك (عنزلة العيب) وفي البسوط فان مات العبد من ذلك القطع قبل ان يرد لم يرجع الا بنصف الثمن لان النفس ما كانت مستحقة في يد البائع لينتقض قبض المشتري في النصف (لهما ان الموجود عند البائع سبب القتل والقطع) وثبوت سبب ذلك لا ينافي مالية العبد ولذا صح بيعه وعتقه ولو مات كان الثمن مقررا على المشتري وليس لولي القصاص حق في ماليته ولذا لو كان ولي القصاص بأبي شراء المشتري باه سح شراؤه ولو كان له حق في ماليته لم يصح كالموازي المرتهن بيع عبد الرهن لم يصح لتعلق حق المرتهن بالمالية فعرف ان استحقاق العاقبة متعلق بآدميته لا بماليته والاستحقاق باعتبار المالية بالقتل وهو فعل أنشاء المستوفى باختياره في النفس بعد ما دخل في ضمان المشتري وبه لا ينتقض قبض المشتري لانه يتعلق بالمال المبيع وينتقض بأخذ المستحق له لانه فيه من حيث هو مال فكان استيفاء العقوبة عيبا حاد نافي يده فمات الرد فيرجع بالنقصان (وصار كما اذا اشتري حاملا) لا يعلم بحملها وقت الشراء ولا وقت القبض (فماتت) عنده (بالولادة) فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وغير حامل) ولفظة الى في قوله الى غير حامل ليس لها موقع (وله ان سبب وجوب القطع والقتل) وجد (في يد البائع والوجوب يفضى الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى سبب) القطع والقتل وهو سرقة الكائنة في يد البائع وقتله فصار موته مضافا اليه وقطعه وصار كأنه قطع أو قتل عند البائع الذي عنده السبب وضار كالعبد المغصوب اذا رده الغاصب على مالكه بعد ما حنى عند الغاصب فقتل عند المالك بها أو قطع فانه يرجع على الغاصب بتمام قيمته أو نصفها كالمقتل عند الغاصب بجماع استناد الوجود الى سبب الوجوب الكائنة عند الاول واذا كان كذلك فينتقض قبضه كما في الاستحقاق وصار سبب السبب بمنزلة علة العلة لتفاوت المالية فكان المستحق به كأنه المالية الا أنه لا يظهر أثر ذلك الا بحقيقة فعل الاستيفاء وقبله لا يتم في حق ذلك فتبقى المالية فيصح المبيع ونحوه فأما اذا قتل فقد تم

فرده وصار كما اذا غصب عبا فقتل العبد عند الغاصب رجلا عمدا فرده على المولى فاقصص منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته كالمقتل في يد الغاصب

والجواب عن مسألة الحمل انها ممنوعة فان ذلك قولها وأما على قول أبي حنيفة فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن اذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما اذا اقتصر من العبد (١٨٠) المشتري ولئن سلمنا فنقول ثم سبب الموت هو المرض المتلف وهو حصل عند المشتري

وما ذكر من المسئلة ممنوعة ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعندنا لا يرد به دون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبيلته البائع في ثلاثة الارباع لان اليد من الاذى نصفه وقد تلفت بالجنايتين

حينئذ الاستحقاق وبطلت المالمية فظهر أثره في نقض القبض فيرجع كما ذكرنا (وما ذكر من المسئلة) موت الحامل (ممنوعة) على قول أبي حنيفة بل يرجع على قوله بكل الثمن قاله القاضيان أبو زيد وفخر الدين قاضيخان رحمهما الله تعالى وان لم يذكر الخلاف في كتاب البيوع من الاصل استدل بالاجماع ذكر في الجامع الصغير في الامة المغصوبة اذا حبلت عند الغاصب ثم ردت فولدت في يد المالك وماتت له ان يضمن الغاصب جميع قيمتها فكذلك هنا عنده واقصر المصنف عليه وان سلمنا فنقول الموجود في يد البائع العلق وانما يوجب انفصال الولد لا الهلاك ولا يفضى اليه غالب السلامة فليس هنا وجوب يفضى الى الوجود فهو نظير موت الزاني من الجلد بخلاف مسئلة الغصب لان الرد لم يصح لان شرط صحته ان يرد كما أخذها ولم يوجد فصار كما لو هلكت في يد الغاصب وهنا الجبل لا يمنع من التسليم الى المشتري ثم ان تلفه بذلك بسبب كان الهلاك به مستحقا عند البائع فينتقض قبض المشتري فيه وان لم يكن مستحقا لا ينتقض ونفوقض بمسائل الاولى اذا اشترى جارية محجومة فلم يردا حتى ماتت عنده بالمجى لا يضاف الى السبب السابق حتى لا يرجع بكل الثمن بل بالنقصان مع ان موتها بسبب الحمى التي كانت عند البائع وثانيتها اذا قطع البائع أو غيره يد العبد ثم باعه ولم يعلم به المشتري فبات العبد منه عند المشتري يرجع بالنقصان لابلان وثانيتها اذا زوج أمته البكر ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم بالنسكاح ثم وطئها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وان كان زوال البكارة بسبب كان عند البائع ورابعها لوزني العبد عند البائع فجلد في يد المشتري فبات منه لا يرجع على البائع بالثمن وان كان موته بسبب كان عند البائع وخامسها لو سرق عند البائع فقطعت يده عند المشتري فمسرى القطع فبات يرجع بنصف الثمن لا بكله وان كان موته بسبب كان عند البائع أجيب بأن الجارية لا تعوت بمجرد الحمى بل بزيادة الام وذلك بسبب آخر عند المشتري لافي يد البائع فليس مما نحن فيه وأما الثانية فلان البيع لما ورد على قطع البائع أو الاجنبي قطع سراية القطع لان السراية حق البائع فنقطع ببيع من له السراية وفيما نحن فيه السراية لغير من كان البيع منه فيمنع انقطاع السراية بالبيع وأما الثالثة فان البكارة لا تستحق بالبيع حتى لو وجدها ثيبا لا يتمكن من الرد اذا لم يكن شرط البكارة فعدم وصف مرغوب فيه لا من باب وجود العيب وعن الرابعة بان المستحق هو الضرب المؤلم واستيفاء ذلك لا ينافي المالمية في المحل وموته بذلك الضرب انما هو لعارض عرض في يد المشتري وهو خرق الجلاد أو ضعف الجلود فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حدا مستحقا وأما الخامسة فقد تقدم جوابها من المبسوط (قوله ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما) أي بالسرقين جميعا (فعندهما يرجع بالنقصان) أي نقصان عيب السرقة الموجودة عند البائع (وعند أبي حنيفة) رحمه الله (ليس له أن يرد به بلارضا البائع للعيب الحادث) وهو السرقة عند المشتري والقطع بهما كقولهما ولو كان ان رضى البائع كذلك رده ورجع بثلاثة ارباع الثمن وان لم يرض به أمسكه ورجع بربع الثمن (لان اليد في الاذى نصفه) في حق الاتلاف وقد تلفت بالسرقين الكائنين عندهما فيتوزع نصف الثمن بينهما نصفين فيسقط ما أصاب المشتري ويرجع بالبائع ان رده بأن رضيه البائع وذلك لانه ار باع الثمن و بربعه ان أمسكه بأن لم يرض البائع لان نصف النصف لم يشتري فيسقط عن البائع وهذا لان البائع انما قبضه اقطع

وعن قولهما ما سبب القتل لا ينافي المالمية بأنه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالمية في هذا المحل لانه يستلزمه فكان معنى علة العلة وهي تقام مقام العلة في الحكم فن هذا الوجه صارت المالمية كأنها هي المستحقة وأما اذا مات في يد المشتري فمقرر الثمن عليه لانه لم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا هلك في ضمان المشتري واذا قتل فقد تم الاستحقاق ولا يبعد أن يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كذلك من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في حكم الاستيفاء حتى لو قتل من عليه القصاص خطأ كانت الدية لورثته دون من له القصاص قال (ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري الخ) اذا كان العبد المبيع سرق في يد البائع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرناه آنفا وعند أبي حنيفة لا يرد به الا برضا البائع بالعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده ثم الامر لا يخلو من أن يقبله البائع كذلك وأن لا يقبل فان لم يقبله يرجع

المشتري على البائع بربع الثمن لانها قطعت بالسببين فيرجع بما يقابل نصف اليد وان قبل يرجع بثلاثة ارباع الثمن لان اليد نصف الاذى وتلفت بالجنايتين

وفي احدهما الرجوع على البائع فيقسم النصف عليهم ما بنصفين والنصف الاخر يرجع فيه على البائع فبده العبد عليه فان قيل اذا حدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب كان عند البائع فقبله البائع كذلك رجع المشتري عليه بجميع الثمن فلم يكن ههنا كذلك احيب بان هذا على قول أبي حنيفة نظر الى جريانه مجرى الاستحقاق وما ذكرتم لا يتصور فيه فان قيل الاتذكرون ما تقدم ان حكم العيب والاستحقاق يستويان قبل القبض وبعده في غير المكيل والموزون فما الذي اوجب الاختلاف ههنا بينهما قلنا بلى لكن ليس كلامنا الا فيهما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والمعيب وما ينزل من منزلة الشيء لا يلزم ان يساوه في جميع الاحكام فمسي يتكفي شبها بين ما نحن فيه والاستحقاق كون العقد غير متناول لمتنقض القبض من الاصل لما مر آنفا قال ولو تداولته الايدي يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد البائع اذا تداولته الايدي بالبياعات ثم قطع العبد في يد الاخير ترجع الباعة وهو جمع بائع كالحاكة جمع حائك بعضهم على بعض عند أبي حنيفة كافي الاستحقاق لانه منزله وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه كافي العيب لانه بمنزلة وهذا لان المشتري الاخير لم يصرح باسما حيث لم يبعه (١٨١) ولا كذلك الاخر فان البيع يمنع الرجوع

لنقصان العيب لما تقدم
 (قوله وقوله في الكتاب)
 أي قول محمد في الجامع الصغير (ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبه لان) هذا مجرى مجرى العيب عندهما والعلم بالعيب رضاه ولا يفيد على مذهب أبي حنيفة في الصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لا يمنع الرجوع وقوله (في الصحيح) احتراز عما روى عن أبي حنيفة أنه لا يرجع لان حل الدم من وجهه كاستحقاق ومن وجهه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فليشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشئ لانه انما جعل

وفي احدهما الرجوع فيمتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير يرجع الباعة بهضهم على بعض عنده كافي الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله (في الكتاب ولم يعلم المشتري) يفيد على مذهبه لان العلم بالعيب رضاه ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع معبسا لامع ان يتحمل ما لزم المشتري من النقصان بالسبب المكائن عنده بل يتوزع النقصان عليهم ما كافي الغاصب للعبد اذا سرق عنده ثم رده فسرقت عند المالك فقطع بالسرقة فارجع المالك على الغاصب بنصف القيمة (قوله ولو تداولته الايدي) بعد ان سرق عند البائع ثم تداولته الايدي بعده (ثم قطع عند الاخير) بتلك السرقة (رجع الباعة بعضهم على بعض) بالثمن (كافي الاستحقاق عند أبي حنيفة) لانه اجراء مجرى الاستحقاق ولا يخفى ان هذا اذا اختار الرد لذلك علمت ان حكم المسئلة عنده انه باختيار بين ان يرد ويرجع بالكل أو يسكه ويرجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن (وعندهما يرجع الاخير) الذي قطع في يده (على بائعه) بالنقصان (ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب) أما رجوع الاخير فلا يبعه لم يصرح بالبيع مع امكان الرد بالعيب وعلمت ان يبيع المشتري للعيب حبس للبيع سواء علم بالعيب أو لم يعلم فلا يمكنه الرد بعد ذلك وقوله (في الكتاب) أي الجامع الصغير (ولم يعلم به) أي وقت البيع واول وقت القبض (يفيد على قولهما) لانه عيب (والعلم بالعيب) عند البيع أو القبض (مسقط للرد والارش) وأما عنده فعنسه روايتان في رواية كقولهما فلا يرجع اذا علم باستحقاق يده أو نفسه قال المصنف (تبع الشمس الائمة الصحيح انه يرجع وان علم بسرقة أو باحدا منه وقت البيع أو القبض لان هذا بمنزلة الاستحقاق من وجهه والعيب من وجهه فليشبهه بالاستحقاق قلنا يرجع بكل الثمن اذا لم يعلم ولشبهه بالعيب لا يرجع عند العلم بشئ عملا بالشبهين ونظر فيه بعضهم بان هذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن وكونه أجرى مجرى الاستحقاق

هذا كاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به واشتراه وقال شمس الائمة اذا اشتراه وهو يعلم بحل دمه في أصح الروايتين عن أبي حنيفة يرجع بالثمن أيضا اذا قتل عنده لان هذا بمنزلة الاستحقاق وقال فخر الاسلام الصحيح ان الجهل والعلم سواء لانه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قبل فيه نظر لاننا سلمنا ان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن لان سلمنا ان العلم بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن ولكنه أجرى مجرى الاستحقاق ونزل منزلته لاحقيقته لان في حقيقته يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعا سواء كان عالما بذلك أو جاهلا قبل القبض أو بعده وههنا لا يبطل البيع والجواب ان كونها أصح أو صحيحا يجوز ان يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال ويجوز ان يكون من حيث الدليل

(قوله والنصف الاخر الخ) أقول يعني الذي لم يتلف (قوله فان قيل الى قوله يستويان) أقول يعني ما تقدم بورقة تخميننا وهو قوله وتنبه كلام المصنف بتجديدهم العيب والاستحقاق سمين (قوله لمتنقض القبض من الاصل لما مر آنفا) أقول يعني ما تقدم بصحيفة تخميننا وهو قوله فيمتنقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله (قوله قيل فيه نظر) أقول أي فيما قاله فخر الاسلام (قوله والجواب ان كونها أصح أو صحيحا) أقول لا يخفى عليك ان نزاع القائل انما هو في صحة الدليل فلما ساس لجوابه الاول فليستأمل

وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع لانهم صرحوا انه بمنزلة العيب اوانه عيب من وجهه واذا كان كذلك فلا يلزم أن يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحسان بالدلائل المتقدمة فأجرى مجراه قال (ومن باع عبدا بشرط البراءة من كل عيب) البيوع بشرط البراءة من كل عيب صحيح سمي العيوب وعددها وأولها علمه البائع أول ما يعلمه وقف عليه المشتري أو لم يقف أشار اليه أو لا موجودا كان عند العقد والقبض أو حدث بعد العقد قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف في رواية وقال محمد لا يدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول زفر والشافعي ومالك وقال زفر اذا كان مجهولا صح البيوع وفسد الشرط (وقال الشافعي لا تصح البراءة من كل عيب) ما لم يقل من عيب كذا ومن عيب كذا وكان ابن أبي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين أبي حنيفة في مجلس أبي جعفر التواتيقي فقال له أبو حنيفة رأيت لو باع جارية في المأني منها عيب أ كان يجب على البائع أن يري المشتري ذلك الموضوع (١٨٣) منها رأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين باع عبدا برأس ذكره برص

(قال ومن باع عبدا بشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يريه بعيب وان لم يسم العيوب بعددها) وقال الشافعي لا تصح البراءة بناء على مذهبه ان الأبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في الأبراء معنى التملك حتى يرتد بالرد وتلك المجهول لا يصح ولنا أن الجهالة في الإسقاط لا تنفي الى المنازعة وان كان في ضمنه التملك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة

لا يخرج عن كونه عيبا (قوله من باع عبدا الخ) ليس العبد ببيع فان البيوع بشرط البراءة من كل عيب صحيح في الحيوان وغيره ويبرأ البائع به من كل عيب قائم وقت البيوع معلوم له أو غير معلوم ومن كل عيب يحدث الى وقت القبض أيضا خلافاً للحديث وأجمعوا ان البيوع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به لا يدخل الحادث في البراءة والشافعي قول كقولنا وقول انه لا يبرأ من عيب أصلا وثالثها وهو الاصح انه يبرأ ويروي عن مالك يبرأ البائع في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه لما روى أن ابن عمر رضي الله عنهم باع عبدا من زيد بن ثابت بشرط البراءة فوجد زيد به عيبا فأراد رده فلم يقبله ابن عمر فترافعا الى عثمان رضي الله عنه فقال عثمان لا نبي عمر تخلف انك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فرده عليه والفرق ان كتمان المعلوم تليد بخلاف غير المعلوم وأما في غير الحيوان فلا يبرأ من عيب متافذ كالمصنف خلافه مطلقا هو أحد أقواله قال وهذا (بناء على مذهبه ان الأبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح) فنصب الخلاف في المبني فقال (هو يقول في الأبراء معنى التملك ولهذا يرتد بالرد) حتى لو أبرأ من له الدين مدونه فرده المديون لم يبرأ وكذا لا يصح تعليق الأبراء لمعنى التملك (وتملك المجهول لا يصح) ولا تنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغرر وهذا بيع الغرر لانه لا يدري أن المبيع على أي صفة هو ولانه شرط على خلاف مقتضى العقد لان مقتضاه سلامة المبيع فهو كشرط عدم الملائ ولنا ان الأبراء اسقاط حتى يتم بلاقبول كالمطلوق والعناق بأن تطلق نسوته أو أعتق عبيده ولم يدركهم هم ولا أعيانهم كأن ورث عبيدا في غير بلد أو زوجته وليه صغيرا فبلغ وهي في غير بلده ولذا لا يصح تملك الأعيان بلفظ الأبراء ويصح الأبراء بلفظ الإسقاط كان يقول اسقطت عنك ديني عليك والإسقاط لا يبطله جهالة الساقط لان جهالته (لا تنفي الى المنازعة وان كان في ضمنه التملك) فاطهرنا أثره في صحة

أ كان يلزمه أن يري المشتري ذلك وما زال حتى أخفمه وضحك الخليفة مما صنع به والشافعي يقول اذا باع بشرط البراءة من كل عيب فالبيوع فاسد وفي قول آخره البيوع صحيح والشرط باطل بناء على مذهبه ان الأبراء عن الحقوق المجهولة لا تصح لان في الأبراء معنى التملك ولهذا الوأبرأ المديون عن دينه فرد الأبراء لم يصح الأبراء وتلك المجهول لا يصح ولنا ان الأبراء اسقاط لا تملك لانه لا يصح تملك العين بهذه اللفظة ويصح الأبراء بأسقطت عنك ديني ولا تنه يتم بلاقبول والتملك لا يتم بدونه والإسقاط لا تنفي الجهالة تيسره الى المنازعة لان الجهالة انما أبطلت التملكات لقوت التسليم

الواجب بالعقد وهو لا يتصور في الإسقاط فلا يكون مبطلا له ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم وقوله (وان كان في ضمنه التملك) إشارة الى الجواب عن قوله يرتد بالرد وتقريره أن ذلك لم ينافيه من معنى

(قوله وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع) أقول أنت خبير بان منع السند مما لا يجوز ما أحد فقوله ممنوع خارج عن الآداب وجوابه ان المنع متوجه الى ما جعله المعارض مبني لمنعه الى سنده وبينهما فرق بقى الكلام في صحة المنع بعد إقامة الدليل على المقدمة المنوعة بدون التعرض لدليله فليتأمل ثم أقول بقى ههنا شئ آخر وهو أن كونه عيبا لا يمكن أن ينازع فيه لظهور صدق تعريفه عليه وأيضا عادة الفقهاء اعتبار الشبهين ومراعاة الجهتين وليس في الدلائل المتقدمة ما يقتضي الغاء جهة العيب ولم يقل المعارض ان حكمه حكم العيب من كل وجه كما لا يخفى (قوله رأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين الخ) أقول ليس في هذا كثرة شناعة اذ لا يلزم رؤية البائع والحكي انه لو اشترى بعض حرم أمير المؤمنين عبدا كذا كان يلزمه أن يري ذلك (قوله ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم) أقول بأن زوج أو ولياه في صغرة نسوة لا يعلم كم هن والله أعلم

ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رحمه الله لأن البراءة تتناول الثابت ولا يبي يوسف أن الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

رده وعدم تعليقه بالشروط فانتفى المانع ووجد مقتضى وهو تصرف العاقل البالغ باسقاط حقوقه بخلاف التعليك فان جهالة المالك فيه تمنع من التسليم فلا ترتب فائدة التصرف عليه أما الاسقاط فان الساقط يتلاشى فلا يحتاج الى تسليم قطهر ان المبطل لتعليك الجهول ليس الجهالة بل عدم القدرة على التسليم ولذا جاز بيع قفيز من صبرة وانما امتنع ببيع شاة من قطيع للنازعة في تعيين ما يسهل للتفاوت وأما عدم الصحة في قوله ابرأت أحد كما في جهالة من له الحق كالم يصح قوله لرجل على ألف وصح لفلان على شيء ويلزم بالتعيين على أن من المشايخ من أجازوه وألزمه بالتعيين كطلاق إحدى زوجتيه وجه المختار ان الطلاق بعد وقوعه لاجهالة قيمه وكذا العتاق لمن له الحق لانه الله تبارك وتعالى ولذا لو اتفقا على ابطاله لم يبطل ويدل على ما قلناه حديث علي رضي الله عنه حين بعته النبي صلى الله عليه وسلم ليصلح بين بني خزاعة وذلك انه صلى الله عليه وسلم بعث أبا خالد بن الوليد فقتل منهم قتلى بعد ما اعتمهوا بالسكود فدفع صلى الله عليه وسلم الى علي ما لافوداهم حتى مبلغه الكلب وبقي في يده مال فتمال هذا لكم مما لا تعلمون ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسر به وهو دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة وروى أن رجلا اختمها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في موارث درست فقال صلى الله عليه وسلم استموا وتواخيما الحق ويلجل كل واحد منكم كما صاحبه وفيه اجماع على التسليم لان من حضر الموت في كافة الاعصار استحل من معاملته من غير تكبير والمعنى الفقهي ما ذكرنا والغرور والله أعلم لهم خلاف الثابت ومنه ولد المغرور للغرور بجرية امرأة ليتزوجها وليست حرة وحين شرط البراءة من العيوب فقد نهى على اجماع العيوب وبقيته في يده بها فلم يفره وقوله شرط ينافي مقتضى العقد وهو السلامة قلنا يوافق مقتضاه وهو اللزوم وكون السلامة مقتضاه ان اردت العقد المطلق سلمناه والمقيد بشرط البراءة من العيوب ان كانت منعناه والالزام ان لا يصح شرط البراءة من العيوب المسماة ان ظهرت وجوازها اتفاقا وقوله (ويدخل في هذا البراءة) يعني البراءة المذكورة في الكتاب فان الاشارة اليها وهي البراءة من كل عيب واحترز بالاشارة المذكورة عن البراءة من كل عيب به وقد ذكرنا انه لا يبرأ عن العيب الحادث بالاجماع والمراد بقوله (في قول أبي يوسف) ظاهره الراءه وايه عنه وهو قول أبي حنيفة (وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر) والحسن ابن زياد والشافعي ومالك ورأيه عن أبي يوسف (لان البراءة تتناول الثابت) فتصرف الى الموجود عند العقد فقط (ولا يبي يوسف أن) الملاحظ هو المعنى والغرض ومعلوم أن (الغرض) من هذا الشرط (الزام العقد باسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة) ليلزم على كل حال ولا يطالب البائع بحال (وذلك بالبراءة عن كل عيب) بوجوب المشتري الرد والحادث بعد العقد كذلك فاقضى القرض المعلوم دخوله وأورد أنه ذكر في شرح الطحاوي انه لو صرح بالبراءة من العيب الحادث لم يصح بالاجماع فكيف يصح من أبي يوسف ادخال الحادث بلا تنصيص وهو مع التنصيص عليه يبطله أجيب بمنع انه اجماع بأن في الذخيرة اذا باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند أبي يوسف خلافا ل محمد وذ كرفي المسوط في موضع آخر لارأيه عن أبي يوسف فيما اذا نص على البراءة من كل عيب حادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عنده باعتبار أنه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب الرد ولئن سلمنا فالفرق ان الحادث يدخل بهما لانه يقر بغيره ما وكمن شيء لا يثبت مقصودا ويثبت تبعا ولو اختلفا في عيب انه حادث بعد العقد وكان عنده لا أثر لهذا عند أبي يوسف

بجهالة لا تقوت التسليم كما اذا باع قفيزا من صبرة فلان لا يبطل الاسقاط الذي فيه معنى التعليك والمسقط متلاش لا يحتاج الى التسليم أولى ووجه قول محمد أن البراءة تتناول الثابت حال البراءة لان ما يحبس مجهول لا يعلم أي حدث أم لا وأي مقدار يحدث والثابت ليس كذلك فلا يتناوله وأبو يوسف يقول الغرض من الإبراء الزام العقد باسقاط حق المشتري عن صفة السلامة لتقدر على التسليم الواجب بالعقد وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث فان قيل لو نص بالحادث فقال يعت بشرط البراءة عن كل عيب أو ما يحدث فالبيع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة قلنا لا نسلم الاجماع فانه ذكر في الذخيرة انه يصح عند أبي يوسف خلافا ل محمد سلمناه ولكن الفرق لان ظاهر لفظه ههنا يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعا وقد يدخل في التصرف تبعا ما لا يجوز أن يكون مقصودا والجواب عن قوله ان ما يحدث مجهول ان مثله من الجهالة غير مانع في الاسقاط كما تقدم (قوله) ويدخل في هذه البراءة احتراز عما لو قال بعث هذا

العقد على ان يرى من كل عيب به فانه لا يبرأ عن الحادث بالاجماع لانه لما قال به اقتصر على الموجود

باب البيع الفاسد

وعند محمد القول قول البائع مع عينه على العلم أنه حدث لان بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهر بشرط البراءة وثبوت حق الفسخ بعيب حدث باطن فاذا ادعى باطننا ليزيل به ظاهر الايصاح لا يبيح وعند زفر القول للمشتري لانه هو المسقط لحقه فانقول في بيان ما اسقط قوله **﴿فروع﴾** جمعها في الدراية شرط البراءة من كل عيب به أو خص ضربا من العيوب لم ينصرف الى الحادث بالاجماع ويصح تخصيصه ولو شرطها من عيب واحد كشجرة فحدث عند المشتري عيب أو موت فاطلع على عيب آخر كشجرة أخرى فأراد أن يرجع بالنقصان لا امتناع الرد بالعيب الحادث اعتبر أبو يوسف نفع حصول البراءة للبائع فجعل الخيار في تعيين العيب الذي يرد به اليه وجعله محمد للمشتري فيرد بها ما شاء ولا يخفى أن هذا اذا لم يعين الشجرة المتبرأ منها عند البيع بل ابرأه من شجرة به أو عيب ولو ابرأه من كل غائبة فهي السرقة والابق والفجور وكذا روى عن أبي يوسف ولو ابرأه من كل داء فمن أبي حنيفة الداء ما في الباطن في العادة وما سواه يسمى مرضا وقال أبو يوسف يتناول الكل وتقدم أول الباب ذلك وفي جمع التفريق قطع الاصبع عيب والاصبعين عيبان والاصابع مع الكف عيب واحد ولو قبل في الثوب بعيوبه يبرأ من الخروق وتدخل الرقع والرفوف ولو تبرأ من كل سن سوداء تدخل الحمراء والخضراء ومن كل قرح تدخل القروح الدامية وفي المحيط ابرأه من كل عيب بعينه فاذا هو اعور لا يبرأ لانه عدمها لا عيب بها ولو قال أنا بري عن كل عيب الا باقه بري من اناقه ولو قال الا باق فله الرد بالابق ولو قال أنت بري عن كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرك ولو قال المشتري ليس به عيب لم يكن اقرارا بانتفاء العيوب حتى لو وجد به عيبا رده ولو عين فقال ليس باق صح اقراره ولو وجد به عيبا فاصطلمها على أن يدفع أو يحط دينار اجاز ولو دفعه المشتري ليرد لم يجز لانه رباوزوال العيب يبطل الصلح فيرد على البائع ما بذل أو حط اذا زال ولو زال بعد دخروجه عن ملكه لا يرد ولو صلح بعد الشراء من كل عيب بدرهم اجاز وان لم يجد به عيبا ولو قال اشترت منك العيوب لم يجز وحذف الحروف أو نقصها أو النقطة أو الاعراب في المصحف عيب ولو وجد به عيبا فاصطلمها على أن يحط كل عشرة ويأخذ الاجنبي بما وراه المحطوط ورضى الاجنبي بذلك اجاز وجاهز المشتري دون البائع ولو قصر المشتري الثوب فاذا هو متفروق وقال المشتري لأدرى تخرق عند القصار أو عند البائع فاصطلمها على أن يقبله المشتري ويرد عليه القصار درهمها والبائع درهمها اجاز وكذلك الوصلح على أن يقبله البائع ويدفع له القصار درهمها ويترك المشتري درهمها فيل هذا غلط وتأويله أن ضمن القصار أو لا للمشتري ثم يدفع المشتري ذلك للبائع وفي المجتبى أدخل المشتري القدر في النار أو حذ المنشار أو حلب الشاة أو البقرة لم يرد سواء كان في المصراة أو غيرها وفي المصراة يرد بقلة اللبن عند الشافعي ومالك وأحمد وزفر رواية عن أبي يوسف والمصراة شاة ونحوها سد مضرعها يجتمع لئنه لظن المشتري انها كثيرة اللبن فاذا حلبها ليس له ردها عندنا وهل يرجع بالنقصان في رواية الكرخي لا وفي رواية شرح الطحاوي يرجع لفوات وصف مرغوب فيه بعد حدوث زيادة منفصلة وقيل لو اختيرت هذه الفتوى كان حسنا لغرور المشتري بالتصريح ولو اغتر بقول البائع هي حلوب فتنبين خلافه بعد الولادة يرجع فكذا هنا ولو وقف الارض أو جعلها مسجدا ثم اطلع على عيب امتنع الرد والرجوع بالارش عند محمد وعند أبي يوسف يرجع بالارش ولو اشترى ضيعة مع غلاتها فوجدها معيبة ردها في الحال لانه ان جميع غلاتها فهو رضا وان تركها يرد العيب فيمتنع الرد

باب البيع الفاسد

البيع جائز وغير جائز والجائز ثلاثة أنواع بيع الدين بالدين وهو السلم وبيع العين بالعين وهو المقايضة وبيع

العين بالدين وهو البيع المطلق وغير الجائز ثلاثة أنواع باطل وفاسد وهو بيع ما ليس بعمال الحجر والمدير
 والمعدوم كالسمن في اللبن وغير مقدور التسليم كالآبق وموقوف حصره في الخلاصة في خمسة عشر بيع
 العبد والصبي المحجورين أي موقوف على اجازة السولى والاب والوصى وبيع غير الرشيد موقوف
 على اجازة القاضي وبيع المرهون والمستأجر وما في مزارعة الغير يتوقف على اجازة المرتهن
 والمستأجر والمزارع فلو تقاسمها الاجارة ورد الرهن لوفاء أو ابراءه أن يسلمه للمشتري وكذلك
 البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري يتوقف على اجازة المشتري وقبل القبض في المنقول
 لا ينعقد أصلاً حتى لو تقاسمها لا ينفذ في العقار على الخلاف المعروف وبيع المرتد عند أبي حنيفة
 والبيع برقه وبما باع فلان والمشتري لا يعلم موقوف على العلم في المجلس وبيع فيه خيار المجلس وبمثل
 ما يبيع الناس وبمثل ما أخذ به فلان وبيع المال المغصوب ذكره محمدان أقر الغاصب أو محمداً وللمغصوب
 منه يئتم البيع وبيع مال الغير وانتم ما يتعلق بالمرهون والمستأجر والمغصوب ذكرناه اذ رجع الرهن
 والمستأجر الى الراهن والمؤجر بفسخ أو بغيره يتم البيع وكذا اذا أجاز المستأجر والمرتهن فان لم يجز
 وطلب المشتري من الحاكم فسخ العقد فسخه وللمشتري الخيار اذا لم يعلم الرهن والاجارة وقت البيع وكذا
 ان علم عند محمد وعند أبي يوسف ان علم ليس له حق الفسخ فقبل ظاهر الرواية قول محمد وقيل بل قول أبي
 يوسف وليس للمستأجر حق فسخ البيع بخلاف وفي المرتهن خلاف المشايخ وليس للراهن والمؤجر
 حق الفسخ ولو هلك المغصوب قبل التسليم انتقض البيع وهو الاصح وقيل لانه أخلف بدلا وروى
 بشر بن محمد وابن سماعة عن أبي يوسف انه يجوز بيقوم المشتري مقام المالك في الدعوى وعن أبي حنيفة
 روايتان وتقدم ان المزارعة والاجارة سواء أعتى سواء كان البذر منه أو لا فان أجاز فلا أجر لعله وفي
 النوازل فلو أجاز المزارع فكلا التصيين للمشتري وكذا في الكرم وان كانت الارض فارغة في المزارعة
 ولم تظهر الثمار في الكرم جاز البيع وبه أخذ المرغيباني ذكره في المجتبى ثم وجه تقديم الصحيح عن الفاسد
 انه الموصل الى تمام المقصود فان المقصود سلامة الدين التي لها ثمرت العقود وليست دفع الغالب
 والوصول الى دفع الحاجة الدنيوية وكل منهما بالصحة وأما الفاسد فعقد مخالف للدين ثم انه وان أفاد
 الملك وهو مقصود في الجملة لكن لا يفيد تمامه اذ لم يتقطع به حق البائع من المبيع والمشتري من الثمن اذ
 لكل منهما الفسخ بل يجب عليه ثم لفظ الفاسد في قوله باب البيع الفاسد وفي قوله اذا كان أحدا العوضين
 أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد مستعمل في الاعم من الفاسد والباطل فالشارحون على أن ذلك الفاسد
 أعم من الباطل لان الفاسد غير المشروع بوصفه بل بأصله والباطل غير المشروع بواحد منهما ولا شك انه
 يصدق على غير المشروع بواحد منهما انه غير مشروع بوصفه وهذا يقتضى أن يقال حقيقة على الباطل
 لكن الذي يقتضيه كلام أهل الفقه والاصول انه يبيانه فانهم قالوا ان حكم الفاسد افادة الملك بطريقه
 والباطل لا يفيد أصله فاقبالوه وأعطوه حكماً يباين حكمه وهو دليل تباينهما وأيضا فانه مأخوذ
 في مفهومه أو لازم له انه مشروع بأصله لا بوصفه وفي الباطل غير مشروع بأصله فبينت ما تبين فان
 المشروع بأصله وغير المشروع بأصله متباينان فكيف يتصادقان اللهم الا أن يكون لفظ الفاسد
 مشتراكين الاعم والاخص المشروع بأصله لا بوصفه في العرف لكن نجهله مجاز عرفياً في الاعم لانه
 خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوي ولذا وجه بعضهم الاعمية بأنه يقال اللحم اذا
 صار بحيث لا ينتفع به للدود والسوس بطل اللحم واذا أنتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم فاعتبر معنى
 اللغة ولذا أدخل بعضهم أيضاً في البيع الفاسد يشموله المكروه لانه فائت وصف الكمال بسبب وصف
 مجاور ثم الفاسد بالمعنى الذي يم الباطل ثبت بأسباب منها الجهالة المفضية الى المازعة في المبيع أو الثمن
 فخرج نحو جهالة كمية ففران الصبرة وعدد الدراهم فيما اذا بيع صبرة طعام بصبرة دراهم وبعد ملك

تأخير غير الصحيح عن الصحيح لعله غير محتاج الى تبييه ولقب الباب بالفساد وان كان مشتقاً عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد أسبابه والباطل هو ما لا يكون صحيحاً اصلاً ووصفاً والفساد هو ما لا يصح وصفه او كل ما أورث خلافاً في ركن المبيع فهو مبطل وما أورثه في غيره كالسليم والتسلم الواجبين به والانتفاع المقصود منه وعدم الاطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا تفصل المسائل المذكورة في الكتاب فيقال البيع بالميتة لغسه وهو الذي مات حتف أنفه والدم والحجر باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند أحد من له دين سماوى وانما قيدنا بقولنا لغة لتخرج المخنوقة وأمثالها بالحجر وحة بالذبوحة في غير المذبح فان ذلك عندهم (١٨٦) بمنزلة الذبيحة عندنا ولهذا اذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره المصنف في التجنيس

وان كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف أنفه فان بيعه فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومته في بيعات المسلمين وغيرهم والبيع بالحجر والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهي مبادلة المال بالمال فانه أى المذكور من الحجر والخنزير مال متقوم عند بعض أهل الكفر وانما أولنا بذلك لانه مال عندنا بلا خلاف لكنه ليس يتمم لان الشرع ابطال تقويمها في حق المسلمين لثلاثي تولوها كما ابطال قيمة الجودة بانفرادها في حق المكيل والموزون ولو أراد بقوله عند بعض المسلمين يوجب تأويل لكنه خلاف الظاهر

(واذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والحجر وكذا اذا كان غير مملوك كالحر) قال رضى الله عنه هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبيته ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحجر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند أحد والبيع بالحجر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض

المبيع للبائع والفساد بمعنى البطلان الا في السلم أو مع الملك لكن قبل قبضه ومنها الحجر عن التسليم أو التسليم الا بضرر يحد من سقف ومنها الغرر كضربة القناص والشرط الفاسد بخلاف الصحيح وتدخل فيه مصفقتان في صفقة كبيع كذا على أن يبيعه كذا والاتباع مقصودا كجبل الحبله تدخل في عدم الملك وبيع الاوصاف كالية شاة حية يرجع الى ما في تسليمه ضرراً لا يمكن شرعاً الا ببيعها الذي قطعها حية يحز عن التسليم لانها تصير ميتة يبطل بيعها وكون البيع من البائع بما هو من جنس عن المتباع به وهو أقل منه قبل نقد الثمن وعدم التعيين في بيع كبيع هذا بقدر حنطة أو شعير مستدرك لدخوله في جهالة الثمن (قوله اذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والحجر وكذا اذا كان) أحدهما (غير مملوك كالحر) هذا اللفظ القدرى وقد ذكرنا أنفاً لفظ فاسد يراد به ما هو أعم من الباطل لان أحد العوضين يصدق على كل من المبيع والثمن إما حقيقة أو تغليباً كما قيل بناء على أن العوض خاص بالمبيع لانه يراد به العوض ولا شك أن المبيع اذا كان محرماً لا يصح فان كان ما لا فالبيع باطل كالخمر وكذا الثمن اذا كان محرماً ميتة فهو باطل فلذا قال المصنف رحمه الله (هذه فصول جمعها) أى في حكم واحد وهو الفساد (والواقع ان فيها تفصيلاً) يعنى ليس كلها فاسد فان منها ما هو باطل وهذا مما يبين لك أن المعروف في عرف فقهاء الثمانين بين الباطل والفساد فان الاعم لا ينقضي عن الاخص قال (فنقول البيع بالميتة والدم باطل) لافساد باجماع علماء الامصار (وكذا بالحجر) بأن يجعل الميتة والحجر ثنوباً مثلاً وذلك لانعدام ركن البيع الذى هو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند أحد) يعنى عن له دين سماوى فلذا كان البيع بالحجر باطلاً وان كان ما لا عند بعض الناس (و) أما (البيع بالخمر والخنزير) (فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه) أى كلام من الخمر والخنزير (مال عند البعض) وهم أهل الذمة كما سيصرح به في وجه الفرق حيث قال انه مال لاهل الذمة لملها عندهم وهذا من المصنف يقيد انقضاء المالية عنها بالسكينة في شرعنا وهو كذلك غاية الامران الاصطلاح على تسمية البيع بثمن هو مال في بعض الاديان فاسد وبما ليس مالا في دين سماوى باطل وهذا سهل وانما الاشكال في جعل حكمه الملك فلنا فيه نظر نذكر ان شاء الله تعالى ثم

(قوله ولقب الباب بالفساد الخ) أقول ولعل الاولى أن يقال في وجه التلقب أراد

بالفساد المعنى الأعم للباطل لا المقابل له (قوله كالتسليم والتسلم الواجبين به) أقول ضمير به قال راجع الى البيع قال المصنف (كالبيع بالميتة) أقول الميتة في اللغة وهو الذى مات حتف أنفه فلا يراد المخنوقة وأمثالها التي هي كالذبيحة عندهم حيث جاز بيعها فيما بينهم فانها ليست ميتة لغة وان كانت ميتة عندنا (قوله وعلى هذا الى قوله والبيع بالحجر والخنزير فاسد) أقول فيه بحث فان البيع بالخمر والخنزير يقضى بصحته عند أهل الذمة فكيف تستقيم ارادة العموم وجوابه انه ليس محرماً عندهم تأمل فان فيه ما لا يخفى (قوله أى المذكور من الحجر والخنزير مال متقوم الخ) أقول وأنت خير بأن قيدنا بقوم مما لا حاجة اليه في اثبات المطلوب (قوله وانما اولنا بذلك) أقول أشار به الى قوله متقوم (قوله لانه مال عندنا بلا خلاف) أقول فلا وجه لتخصيص البعض

وقوله (والباطل لا يفيد ملك

التصرف) كأنه إشارة إلى الفرق بين الباطل والفاسد) والباطل لا يفيد ملك التصرف وما لا يفيد ملك التصرف لا يفيد ملك الرقبة فالباطل لا يفيد ملك الرقبة (ولو هلك المبيع في يد المشتري في الباطل يكون أمانة عند بعض المشايخ) أي أجد الطواويس وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة نص على ذلك في السير الكبير نقله أبو المعين في شرح الجامع الكبير (لأن العقد) باطل والباطل (غير معتبر) والقبض باذن المالك فيكون أمانة (وعند بعض آخر) شمس الأئمة السرخسي وهو رواية ابن سماعة عن محمد بن (يكون مضمونا لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء) لوجود صورة العلة هنادون المقبوض على سوم الشراء وفيه القيمة فكذلك هنا والمقبوض على سوم الشراء وأن يسمى الثمن فيقول اذهب به إذا كان رضيته اشترته بعشرة أما إذا لم يسم الثمن فذهب به فهل عند الفقيه نص عليه الفقيه أبو الليث في العيون قيس وعليه الفتوى وقال محمد بن مسلمة البلخي (الاول) قول أبي حنيفة والثاني قوله كما في بيع أم الولد والمدر على ما بينه ان شاء الله تعالى

والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر في قبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كما في بيع أم الولد والمدر على ما بينه ان شاء الله تعالى

قال (اما بيع الخمر والخنزير) يعني اذا جعل مبيعا (فان كان بالدين كالدرهم والدنانير فالبيع باطل وان كان بعين) بيع المقايضة (ففاسد والفرق أن الخمر مال) في الجملة في شرع ثم أمر باهانتها في شرع نسخ الاول وفي غلظه بالعقد مقصود اعزازه حيث اعتبر المقصود من تصرف العقلاء بخلاف جعله غنما واذا بطل كون الخمر مبيعا فلان يبطل اذا جعل الميتة والخمر مبيعا أولى ومقتضى هذا أن يبطل في المقايضة بطريق أولى لان كلاهما مبيع لكن لما كان كل منهما غنما أيضا كان كلاهما مبيع ثبت صحة اعتبار الثمن والمبيعية في كل منهما فاعتبر الخمر غنما والثوب مبيعا والعكس وان كان ممكنا لكن ترجح هذا الاعتبار لما فيه من الاحتياط للقرب من تصحيح تصرف العقلاء المكلفين باعتبار الاعزاز لثوب مثلا فيبقى ذكر الخمر معتبرا لاعزاز الثوب لا الثوب لقيمة الثوب لا الخمر ولا فرق بين أن تدخل الباء على الثوب أو الخمر في جعل الثوب المبيع وجه البطلان في بيع هذه الاشياء النص لقوله صلى الله عليه وسلم عن الله تعالى ثلاثة أنا خصمهم يوم القيمة رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حرافا كل غنه ورجل استأجر اجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره ومعنى أعطى بي أعطى ذمة من الذمات ذكره في صحيح البخاري وقوله صلى الله عليه وسلم في الصحيح لعن الله الخمر الى أن قال وبأنعها وفي الصحيح لعن الله اليه وحرمت عليهم السحوم فجملاها فباعوها فآقا أو اتعنها وحديث ان الله تعالى اذا حرم شيئا حرم عنه وأما الاجماع فظاهر ثم المراد بالبيعة التي يبطل العقد بها وعليها التي ماتت حتمت أنفها أما المنخنة والموقوذة فهي وان كانت في حكم الميتة شرعا فانها تحكم بجوازها اذا وقعت بينهم لانها مال عندهم كالخمر كذا ذكره المصنف في التخصيص مطلقا عن الخلاف وفي جامع الكرخي يجوز بينهم عند أبي يوسف خلافا لمحمد وجه قول محمد ان أحكامهم كاحكامنا شرعا الا ما استثنى بعد الامان والذي استثنى الخمر والخنزير فيبقى ما سوى ذلك على الاصل وانفق الراية عن أبي حنيفة ان بيع الاشربة المحرمة تجوز الا الخمر ومنعها جواز كل ما حرم شره وثبوت الضمان على القولين فرع الاختلاف في جواز البيع وقوله في الذخيرة في المنخنة ونحوها البيع فاسد لا باطل صحيح لانها وان كانت ميتة عند نافهى مال عند أهل الذمة فيجب أن البيع فاسد فكانت كالخمر (الباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه) أي في البيع الباطل (يكون امانة عند بعض المشايخ) هو أبو نصر بن أحمد الطواويس وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة (لان العقد غير معتبر في قبض) مجرد (القبض باذن المالك) وذلك لا يوجب الضمان (وعند البعض) كشمس الأئمة السرخسي وغيره (يكون مضمونا) بالمثل أو القيمة وهو قول الأئمة الثلاثة (لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء) وقيل الاول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كما في الخلاف السكائت بينهم في (أم الولد والمدر) اذا بيعا فاعتد المشتري لا يضمنها عند أبي حنيفة ويضمنها عندهما والمقبوض على سوم الشراء هو المأخوذ ليشترى مع تسمية الثمن بلا التزام بيع كان يقول اذهب به إذا كان رضيته اشترته بعشرة فاذا هلك ضمن قيمته فاذا ضمن هذا مع انه لم يوجد فيه صورة العلة فلان يضمن فيما نحن فيه مع انه وجد ذلك أولى ولن ينصر المروى عنه من عدم الضمان ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء ان قلت انه عند صحة كون المسمى غنما كالدرهم على ما ذكرنا من قوله ان رضيته اشترته بعشرة سلمناه وهو منتف في تسمية المحرم كالخمر وان قلت عند التسمية مطلقا منعاه فيجب تفصيله وهو انه ان كان البطلان لعدم مالبة الثمن أصلا لا يضمن وان كان لعدم المبيع كالجواب عنه على انه

والمدر على ما بينه ان شاء الله تعالى

والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به) أي إذا كان ذلك القبض باذن المالك باتفاق الروايات وأما إذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس
غير اذن البائع ذكر في المأذون انه لا يملك فالوذلك محمول على ما إذا كان الثمن شيئاً لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير وأما إذا كان
شيئاً يملكه فقبض الثمن منه يكون اذنا بالقبض فان قيل لو أفاد ذلك الملك لحاز للمشتري وطع جارية اشتراها شرعاً فاسداً وجازاً أخذ الشفعة
للشفعة في الدار المشتراة بشره فاسد ويحل أكل طعام اشتراه كذلك لأن الملك مطلق له لكن ليس له ذلك فالجواب ان مال محل وطؤها
وأكله لم تثبت الشفعة في ذلك لأن الاشتغال بالطعام والاكل اعراض عن الرد في القضاء بالشفعة تقرير الفساد وتوابعه فلا
يجوز واعلم ان المشايخ اختلفوا في مبنى جواز التصرف للمشتري في المشتري بشره فاسد فذهب العراقيون الى انه مبنى على تسليط
البائع على ذلك لا على ملك العين واستدلوا بالمسائل المذكورة قالوا لو ملك العين ملك الامور المذكورة ولم يملكها ذهب مشايخ بلخ الى
ان جواز التصرف بناء على ملك العين واستدلوا بما إذا اشتري داراً بشره فاسد وقبضها فبيعت مجتهداً رآه أخرى فله المشتري أن يأخذها
بالشفعة لنفسه ولو اشتري جارية بشره فاسد وقبضها ثم ردها على البائع وجب عليه الاستبراء ولو باع الاب أو الوصي عبد يتيم بيعاً فاسداً
وقبضه المشتري ثم أعتقه حاز عتقه ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز لان عتقهما أو تسليطهما على العتق لا يجوز فعملهم هذه
الاحكام انه يملك العين وأجابوا (١٨٨) عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قبل وهو الاصح واذا كان مفيداً

والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضموناً في يد المشتري فمعه وفيه خلاف
الشافعي رحمه الله وسنبيته بعده هذا وكذا يبيع الميتة والدم والحرباطل لانها ليست أموالاً فلا تكون
محل للبيع وأما بيع الخمر والخنزير ان كان قوبل بالدين كالدرهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل
بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال
وكذا الخنزير مال عند أهل الزمة الا أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بآهاته وترك اعزازه وفي عتقه
بالعقد مقصود اعزازه وهذا لانه متى اشتراهما بالدرهم فالدرهم غير مقصود لكونها وسيلة لما انها
توجب في الزمة وانما المقصود بالخمر فسقط التقوم أصلاً بخلاف ما إذا اشتري الثوب بالخمر لان المشتري
لثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فبقي ذر الخمر معتبر في تملك الثوب لاني
حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجب قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر
شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة

للك عند اتصال القبض به
كان المبيع مضموناً في يد
المشتري فمعه أي في البيع
الفاقد وفيه خلاف
الشافعي وسنبيته بعده هذا
في أول الفصل الذي يلي
هذا الباب (قوله وكذا
بيع الميتة) يعني كما ان
البيع بهذه الاشياء باطل
فكذلك يبيع هذه الاشياء
لانها ليست أموالاً فلا
تكون محل للبيع وأما
بيع الخمر والخنزير فلا
يحل ولو ايمان يكون بالدين
كالدرهم والدنانير أو
بالعين فان كان الأول
فالبيع باطل لا يفيد ملك

الخمر ولا ما يقابلها وان كان الثاني فالبيع فاسد لا يفيد ملك الخمر
ويفيد ملك ما يقابلها من البدل بالقبض ووجه الفرق بين الصورتين ان الخمر مال وكذا الخنزير عند أهل الزمة الا انه غير متقوم أي غير
معزز يقابله قيمة لان الشرع أمر بآهاته وترك اعزازه وما أمر الشرع بترك اعزازه لا يكون معزوزاً فلا يكون متقوماً وفي تملكه بالعقد
مقصود أي بجعله مبيعاً اعزازه وهو خلاف المأمور به وبيانه ما ذكره بقوله وهذا لانه متى اشتراه بالدرهم والدنانير فالدرهم غير مقصود
لكونها وسيلة لما انها توجب في الزمة وانما المقصود بالخمر وفي جعله كذلك خلاف المأمور به فيسقط التقوم أصلاً لا يفضي الى خلاف
المأمور به وحينئذ يكون البيع باطلاً بخلاف ما إذا اشتري الثوب بالخمر لان المشتري الثوب بجعله مبيعاً انما يقصد تملك الثوب بوسيلة
الخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فلم يكن ذكراً لنفسها بل لغيرها وليس في ذلك اعزازها ولا خلاف ما أمر به فلا يكون باطلاً وفسدت
التسمية ووجب قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسداً وان وقع الخمر مبيعاً والثوب ثمنه دخول البائع لكونه
مقايضة وفيها كل من العوضين يكون ثمناً وثمانياً كما في الخمر جهة التسمية رجع جانب الفساد على جانب البطالان صوناً للتصرف
عن البطالان بقدر الامكان

(قوله فالجواب ان مال محل وطؤها) أقول وسيجيء في فصل أحكام البيع الفاسد منع قوم محل تناول الطعام المشتري شراء فاسداً وعدم
حل وطع الجارية المشتراة كذلك (قوله الا أنه غير متقوم) أي غير معزوز أقول عز لازم فالظاهر أن يقول غير معزز

قال (وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد) أي باطل وانما فسر بذلك اثلاثتهم انه يقيده الملك بانصال القبض والامر بخلافه والدليل على ذلك ما ذكره بقوله لان استحقاق العتق قد ثبت الخ وتحققه ان بين استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لان استحقاقه عبارة عن جهة حرية لا يدخل عليها الابطال وثبوت الملك يطلها وأحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت لقوله صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها فينتفي الآخر لا يقال هو متروك الظاهر لانه لا يوجب حقيقة العتق وأنتم تحملونه على حقه فلا يصلح دليلا لان المجاز مراد بالاجماع وكذلك المنافاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق المدير في الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لتنافي اللوازم لان الملك مع الحرية لا يجتمع معان فكذلك سبب الحرية والبيع وأحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال لانه لو لم يكن ثابتا في الحال لكان إما غير ثابت مطلقا أو ثابتا بعد الموت والاول باطل لانه يستلزم اهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والاعمال أولى وكذلك الثاني لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية فحق قلنا انه ينعقد سببا بعد الموت احتجنا الى بقاء الاهلية والموت

(١٨٩)

يناقها فعدت الضرورة الى القول بان عقاد التدبير سببا في الحال وتأخر الحكم الى ما بعد الموت وكذلك بين استحقاق المكاتب يداعلى نفسه لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة لكن استحقاق السيد للارزومة في حق المولى ثابتة لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب فينتفي الآخر وانما قيد بقوله في حق المولى لانها غير لازمة في حق المكاتب أقدرته على فسخها بتجيزه نفسه فان قيل لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحر وحيتن بطل بيع القن المضموم اليهم في البيع كالمضموم الى الحر والامر بخلافه فالجواب ان بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم محلية البيع أصلا بثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء

قال (وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد) ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في المدير في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يداعلى نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كاه فلا يجوز ولورضى المكاتب بالبيع ففيه روايتان والظاهر الجواز والمراد المدير المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي رحمه الله وقد ذكرناه في العتاق

البيع الفاسد أي بين الوجه من الجانبين (قوله وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد) هذا لفظ القدوري قال المصنف (ومعناه باطل لان استحقاق الحرية بالعتق ثابت لكل منهم) بجهة لازمة على المولى بقوله صلى الله عليه وسلم في أم الولد (اعتقها ولدها) وأقل ما يقتضيه هذا اللفظ ثبوت استحقاقها العتق على وجه الزوم وتصحیح التدبير شرعا وتصحیحه يوجب انعقاد التدبير سببا للعتق في الحال لانقاء أهلية الاعتاق عن السيد بعدموته والاجماع على عتقه بعده بذلك اللفظ فكان ذلك اللفظ سببا في الحال (والمكاتب استحق يداعلى نفسه لازمة في حق المولى) حتى لا يملك فسخ الكتابة (فلو ثبت الملك) للشترى (بالبيع بطل ذلك كاه فلا يجوز) البيع وما لا يفيد الملك من البيع فهو باطل وذكر في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الاولاد ممن غير الثلاث وقال لا يبعن في دين وحديث عتقها ولدها تقدم في باب الاستيلاء واذا كان أقل ما يوجب هذا اللفظ ثبوت استحقاق الحرية على وجه لازم فالجواز مراد منه بالاجماع (ولورضى المكاتب ففيه روايتان والظاهر جواز بيعه) وتفسخ الكتابة في ضمنه لان الزوم كان لحقه وقد رضى باسقاطه (والمراد) بالمدير (المدير المطلق) وتقدم خلاف الشافعي رحمه الله في جواز بيعه في كتاب العتاق أما المقيد فجواز بيعه اتفاق واستشكل حكم المصنف بأن بيع المدير وأخويه باطل فانه يوجب كونهم كالحر ولو كانوا كالحر لبطل بيع القن اذا جمع مع مدير أو أم ولد أو مكاتب كما اذا ضم الى حر وهو منتف بل يبيع القن ويلزم مشترتهم ما حصته من الثمن المسمى وأجيب بأن المراد من قوله باطل أنهم لا يملكون بالقبض كما لا يملك الحر فلو كانوا أمته فلو قال فاسد ظن أنهم يملكون وأما تملك القن المضموم

باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقة الفرق بينهما وللهذا جاز بيع أم الولد والمدير والمكاتب من أنفسهم ولو قضى القاضي بذلك نفذ قضاءه واذا كان كذلك دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلا في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم في القن بحصته من الثمن والبيع بالحصه بقاء جازر بخلاف الحر فانه لما يدخل لعدم المحلية لزم البيع بالحصه ابتداء وانه باطل على ما يجيء قال (ولورضى المكاتب بالبيع ففيه روايتان والظاهر الجواز الخ) لان عدمه كان لحقه فلما أسقط حقه رضاه انقضت الكتابة وجاز البيع وروى في النوادر انه لا يجوز والمراد من المدير هو المطلق دون المقيد بالتفسير المار في التدبير وفي المطلق خلاف الشافعي

قال المصنف (وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد ومعناه باطل) أقول قال الزبلي أي في حق نفسه لا فيما يقابله انتهى فان ما يقابله يملك بالقبض الا أنه يجيء في آخر هذا الباب ان البيع فيما ذكره موقوف (قوله لا يدخل عليها الابطال) أقول وللخصم أن ينازع فيه

وقد تقدم فيه وان ماتت أم الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقال لا يجب عليه قيمتها وهو رواية عن أبي حنيفة وهذا ليس على ظاهره بل

(١٩٠)

قال (وان ماتت أم الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقال عليه قيمتها) وهو رواية عنه له ما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به

اليهم فلدخولهم في البيع اصلاحيتم لذلك بدليل جواز بيع المدبر من نفسه ولذا اوقضى قاض بجواز بيعه نفذ وكذا أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف في أصح الروايتين وهذا الجواب عما يوهم أنه بيع فاسد ولكنه خص حكم الفاسد بعدم الملك بالقبض والحق أن لا حاجة الى الحكم بتخصيص فهو باطل وحكمه حكمه وجاز أن يختلف افراد نوع شرعي في الحكم الشرعي لخصوصية فان قيل التخصيص لازم على كل حال فانه ان كان فاسدا فلا يملك بالقبض فهو وتخصيص وان كان باطلا فهو يدخل في البيع حتى يملك الف المضموم اليه وهذا التخصيص للبطل فليكن فاسدا مخصوصا من حكم الفاسد فلا حاجة الى تأويله بالبطل قلنا نحن لم نعط حكم الباطل انه لا يدخل في العقد بوجه ايلزم تخصيصه ويتعدى للآزم على تقدير تأويله بالفاسد بالبطل وعدمه انما قلنا حكمه ان لا يملك بالقبض غاية الامر أنه انفق ان بعض ما هو مبيع باطل يدخل في العقد كالمدبر وبعضه لا يدخل كالحرف وأصل السؤال فاسد لانه مغالطة لان قوله في الكبرى لو كان كالحرف لم يملك القن المضموم اليه ممنوع وانما يلزم لو كان مثله من كل الوجوه وهو منتف فصار حاصل الصورة لو كان باطلا كان كالحرف في بعض الوجوه ولو كان مثله في بعض الوجوه لم يملك القن المضموم وحينئذ عدم الاستلزام ظاهر (قوله وان ماتت أم الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقال عليه قيمتها للبايع وقولهما) هذا (رواية عنه) وفي النهاية ان الروايتين عنه في المدبر أم الولد باتفاق الروايات عنه لا يضمن المشتري ولا الغاصب قيمتها اذ لا تقزم لام الولد عنده وانما تضمن بما يضمن الصبي الحرة اذا غصب ومعناه انه اذا نقلها الى أرض مسبعة أو كثيرة الحيات فماتت بنهش حية أو افتراس سبع فيها الدية على عاقلة الغاصب كما هو في غصب الصبي بشرطه أما المدبر فيضمن في البيع والغصب على روايتهم اهذه (لهما) في ضمان المدبر وأم الولد (انهما مقبوضان بجهة البيع فيكونان مضمونين عليه) بالقبض (كسائر الاموال) المقبوضة على سوم الشراء (وهذا) أي كونهما مقبوضين بجهة البيع بسبب انهما يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما مما يصح تملكه وتعليقه واذا قبض بعد لفظ العدة عليه وهو فيما يصح ان يباع في الجملة على ما ذكرناه من قريب فهو مقبوض بجهة البيع (بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه) لانه حريدا فلا يضمن بقبضه على احدي الروايتين أعني التي تبطل بيعه وان دخل تحت البيع اذا ضم اليه القن فلا يتحقق في حقه القبض (وهذا الضمان بالقبض) وقد يجهل المشار اليه بقوله وهذا كونهما مضمونين بالقبض وما صرنا اليه أحسن ان شاء الله تعالى لان المذكور بعده تعليل للمشار اليه وكونهما مضمونين بالقبض يصح تعليقه بما قبله من كونهما مقبوضين بجهة البيع فيناسب كون التعليل بالم بيعل اذا صلح له وهو صالح بل انصابه ليس الاعليه فانه دعوى انه مقبوض بجهة البيع ببيان أنه يدخل تحت البيع وأما كونه مقبوضا بفرض وقوعه حسا وأما تفسير المقبوض بجهة البيع بأنه المقبوض ليشترى بعد القبض ان وافقه فلوضح لزم ان لا يضمن لانهما لم يقبضا ليشترى بعد القبض أن وافقها لزم ان لا يضمن لانهما لم يقبضا ليشترى بعد القبض أن وافقها لزم ان لا يضمن لانهما لم يقبضا ليشترى بعد الموافقة وانما البيع بزمهما فالمد كور تفسير المقبوض على سوم الشراء فلا يكونان مقبوضين بجهة البيع فلا يضمنان فالقن ان المقبوض أعم من ذلك وهو مما صدقات المقبوض بجهة البيع

كما يضمن بالغصب وأما في حق أم الولد فانفتحت الروايات عن أبي حنيفة انما لا تضمن بالبيع والغصب لانها لا تقوم لما يمتها والفرق لابي حنيفة بين ضمان الغصب في المدبر وضمن بيعه في غير رواية المولى ان ضمان البيع وان أشبه ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض لكن لا يضمن من جهة البيع لان الملك انما يثبت به هذا الاعتبار فاذا لم يكن محلا للبيع انهدرت هذه الجهة فبقى قبضا باذن المالك فلا يجب الضمان له ما انه أي كل واحد منهما من المدبر وأم الولد مقبوض بجهة البيع لان المدبر وأم الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك ما يضم اليهما في البيع كما مر آنفا وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الاموال المقبوضة على سوم الشراء فان قيل لو كان الدخول تحت البيع وتعلق ما يضم اليه موجبا للضمان لكان في المكاتب كذلك أجاب بقوله بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه ان المدار هو القبض لا الدخول في العقد وتعلق المضموم

قال المصنف (وقال عليه قيمتها وهو رواية عنه) أقول قوله وهو أي تضمين قيمة المدبر دون أم الولد في كلامه تساهل وسجي في باب كتابة العبد المشترك من الاكل وغيره ان في تقويم أم الولد روايتين عن أبي حنيفة

ولابي حنيفة ان جهة البيع انما توجب الضمان في الاموال الخافضة بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما أي ام الولد المدبر لا يقبلان حقيقة البيع فلا تلحق الجهة به انصارا كالمكاتب في كونه غير قابل للحقيقة (قوله وليس دخولهما) جواب عن قوله ما يدخلان تحت البيع ومعناه ان فائدة الدخول لا تنحصر في نفس الداخل لجواز ان تكون (١٩١) عائدة الى غيره كتبوت حكم البيع فيما

ضم اليهما وليس ذلك بمستبعد بل له نظير في الشرع وهو ما اذا باع عبدا مع عبد المشتري من المشتري فانه يقسم الثمن على قيمتهما فباخذ المشتري عبد البايع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبده البائع فكذلك هذا قال (ولا يجوز بيع السمك في الماء قبل ان يصطاده) بيع السمك قبل الاصطاد يبيع ما لا يملكه البائع فلا يجوز واذا اصطاده ثم القاه في الحظيرة فلا يجزى او امان ان تكون صغيرة أو كبيرة لا يمكن الاخذ منها الا بتكاف واحتمال فان كانت كبيرة لا يجوز لانه غير مقدور التسليم وان كانت صغيرة جاز لانه باع مقدور التسليم واذا سلمها الى المشتري فله خيار الرؤية وان رآها في الماء لان السمك يتفاوت خارج الماء فصار كأنه اشترى مالم يره (قوله الا اذا اجتمعت) استثناء من قوله جاز يعني الحظيرة اذا كانت صغيرة تؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل فانه لا يجوز لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه غير

وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما وانما ذلك لينبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كالمشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما ينبت حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا قال (ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد) لانه باع ما لا يملكه (ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد) لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذته ثم القاه فيه اولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك

فالمقبوض بجهة البيع يصدق على المقبوض في البيع الصحيح والفاسد والباطل وعلى سوم الشراء وذلك التفسير يخص المقبوض على سوم الشراء وما نحن فيه ليس مقبوضا على سوم الشراء والاصار الاصل عين الفرع فالمقبوض على سوم الشراء هو الاصل فيما نحن فيه والمقبوض بالعقد الباطل هو الفرع الملحق (وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقة البيع فيما يقبل حقيقته) أي حقيقة حكمه وهو الملك لان ضمان القيمة في البيع انما هو مقابل بملك المبيع فلا بد من اعتبار جهة البيع ولا ملك متصور ههنا مع اعتبار جهته فبقي مجرد قبض باذن المالك فلوا وجبناها كان عدوانا محضاً بخلاف ضمان الغصب في المدبر عنده فانه لا يستدعي ذلك الاعتبار فكان مجرد القبض بغير اذن المالك وههنا الاذن موجود ودخوله ما في البيع ليس الا لينبت حكمه فيما ضم اليه ما فقطع انتفاء المانع وهو عدم الصلاحية لما ذكرنا من ثبوتها من قريب (فصار كالمشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده) ويدخل اذا ضم البائع اليه مال نفسه وباعه ما له صفقة واحدة حيث يجوز البيع في المضموم بالحصص من الثمن المسمى على الاصح وان كان قد قيل انه لا يصح أصلا في شيء واذا قسم الثمن على قيمتي المضموم وأم الولد والمدبر فاعلم ان قيمة أم الولد ثلث قيمتها وقيمة المدبر ثلثا قيمته وقيل نصفها وبقي وتقدم ذلك في العناق (قوله ولا يجوز بيع السمك في الماء) يبيع السمك في البحر أو النهر لا يجوز فان كانت له حظيرة فدخلها السمك فاما ان يكون أعدها لذلك أو لافان كان أعدها لذلك فادخلها ملكه وليس لاحد ان يأخذها ثم ان كان يؤخذ بغير حيلة اصطاد جاز بعه لانه مملوك مقدور التسليم مثل السمكة في حب وان لم يكن يؤخذ الا بحيلة لا يجوز بعه لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع وان لم يكن أعدها لذلك لا يملك ما يدخل فيها فلا يجوز بعه لعدم الملك الا ان يسد الحظيرة اذا دخل حينئذ يملكه ثم ينظر ان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بعه والا لا يجوز ولو لم يعده ذلك ولكنه أخذه ثم أرسله في الحظيرة ملكه فان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بعه لانه مملوك مقدور التسليم أو بحيلة لم يجز لانه وان كان مملوكا فليس مقدور التسليم وقال أبو يوسف في كتاب الخراج رخص في بيع السمك في الآجام أقوام فكان الصواب عندنا في قول من كرهه حدثنا العلاء بن المسيب بن رافع عن الحرث العكلى عن عمر بن الخطاب رضی الله عنه قال لا يتابعوا السمك في الماء فانه غرر وأخرج مثله عن ابن مسعود ومعلوم أن الاجرة قد يؤخذ منها السمك باليد والغرر والخطر وغير المملوك على خطر ثبوت الملك وعدمه فلذا جعل من يبيع الخطر (فروع) من مسائل التهيئة حفر حفرة فوقع فيها صيد فان كان اتخذها لصيده ملكه وليس لاحد أخذه وان لم يتخذها له فهو لمن أخذه نصب الشبكة للصيد فتعلق بها صيد ملكه ولو كان نصبها ليحفظها

مستثنى من المأخوذ الملقى في الحظيرة والمجتمع بنفسه ليس بداخل فيه وفيه اشارة الى أنه لو سد صاحب الحظيرة عليها ملكها ما بمجرد الاجتماع في ملكه فلا يكالو باض الطير في أرض انسان أو فرخت فانه لا يملك لعدم الارز لا يشكل عما اذا غسل النحل في أرضه فانه يملك بمجرد اتصاله بملكه من غير ان يجره أو يهيئه موضعا لان العسل انذاك قائم بأرضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسه فانه ليست فيها على وجه القرار

قال (ولا يجوز بيع الطير في الهواء) بيع الطير على ثلاثة أوجه الأول بيعه في الهواء قبل أن يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك والثاني بيعه بعد أن أخذه وأرسله من يده وهو أيضا لا يجوز لأنه غير مقدور التسليم والثالث بيع طير يذهب ويجيء كالجمام وهو أيضا لا يجوز في الظاهر وقد كره في فتاوى قاضيان (١٩٣) وإن باع طيراه يطير في الهواء أن كان داخليا يعود إلى بيته وقد كره في غير تكلف جاز

قال (ولا بيع الطير في الهواء) لأنه غير مملوك قبل الأخذ وكذا لو أرسله من يده لأنه غير مقدور التسليم قال (ولا بيع الحمل ولا النتاج) انتهى النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الحمل وحبل الحبله ولأن فيه غررا ولا اللين في الضرع للغرر) فعساه انتفاخ ولأنه يناع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره قال (ولا الصوف على ظهر الغنم) لأنه من أوصاف الحيوان ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم

من بلل فتعلق به لا يملكه وهو إن يأخذه الآن يأتي فيحوزه ومثله إذا هيا جمره لوقوع التشارف فيه ملك ما يقع فيه ولو وقع في جمره ولو لم يكن هيا له لذلك فلا واحد أن يسبق فأخذه ما لم يكف جمره عليه وكذا من هيا مكانا للسرقة فيه ما طرح فيه عند البعض وفي فتاوى الفضلي خلاف هذا قال أهل سكة يرمون في ساحة رجل الرماد والتراب والسرقة هولن يسبق سواء هيا المكان له أولا أما النخل إذا غسل في أرض إنسان فهو له بكل حال لأنه ليس صيدا بل قائم بأصله بأرضه كاشجر والزروع والبس كالصيد وكذا الفرخ لا يملك إلا بعد ادالمكان لذلك (قوله ولا بيع الطير في الهواء لأنه قبل أخذه غير مملوك) وبعد أخذه وأرسله غير مقدور التسليم عقيب العقد ثم لو قدر على التسليم بعد ذلك لا يعود إلى الجواز عند مشايخ بلخ وعلى قول الكرخي يعود وكذا عن الطعوى وكذا الحكم فيما إذا جعل الطير غنما لأن العين المجعولة غنما مبيع في حق صاحبه وذكر الترمذ في لو باع طيرا يذهب ويجيء كالجمام فالظاهر أنه لا يجوز وفي فتاوى قاضيان وإن باع طيراه يطير إن كان داخليا يعود إلى بيته وقد كره في غير تكلف جاز بيعه والافلا وقول المصنف فيما يأتي والجمام إذا علم عنددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مقدور التسليم يوافق (قوله ولا الحمل) بسكون الميم مافي البطن من الجنين (ولا النتاج) مافي العجيين والسنن عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبله وكان يبيعها يتاعه أهل الجاهلية كان الرجل يتباع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم ينتج الذي في بطنها وفي الموطأ أن أنابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال لا ربا في الحيوان وإنما نهى عن الحيوان عن ثلاث عن المضامين والملاقح وحبل الحبله وإنما بطل هذا البيع للغرر فعسى أن لا تلد تلك الناقة أو توت قبل ذلك وأما اللفظ الذي ذكره المصنف عن بيع الحبل وحبل الحبله فغير معروف والملاقح مافي الأرحام جمع ملقوح والمضامين مافي الأصلاب وقيل بالعكس جمع مضمون لقمعت الناقة وولدها ملقوح به لأنهم استعموه بلاياء يقال ضمن الشيء أي تضمنه قوله (ولا اللين) يجوز بالجر عطف على المضاف إليه وتقدير المضاف والرفع على أقامته مقام المضاف (لغير فعله انتفاخ) وبه قال الشافعي وأجد وأجازته مالك أياما معلومة إذا عرف قدر حلابها ويكون تسليمه بالتخليص كبيع التمر على رؤس النخل وهو مردود بالنهي عن بيع الغرر (لأنه يناع في كيفية الحلب) في الاستقصاء وعدمه وهو نزاع في التسليم والتسلم وما وضعت الأسباب الاقطه في بطل قول مالك لذلك ولجواز أن يحدث لبن قبل الحلب فيختلط مال البائع بمال المشتري على وجه يجوز عن التخليص (قوله ولا الصوف على ظهر الغنم لأنه من أوصاف الحيوان) لأنه يقوم به وألانه غير المقصود من الشاة فكان كالوصف من الذات وهو لا يفرد بالبيع (ولأنه ينبت من أسفل) ساعة (فيختلط المبيع بغيره) بحيث يتعذر التمييز (بخلاف القوائم) أي قوائم

بيعه والافلا (ولا يجوز بيع الحمل) أي الجنين (ولا نتاج الحمل) وهو حبل الحبل وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبل والنتاج في الأصل مصدر نتجت الناقة بالضم ولكن أريد به المنتوج ههنا والحبل مصدر حبلت المرأة حبلا فهي حبل فسمي به المحمول كما سمي بالحمل وإنما دخلت عليه التاء اشعارا لمعنى الاثونة فيه قيل معناه أن يبيع ما سوف يحمله الجنين إن كان أنثى وكان في الجاهلية يعتادون ذلك فأبطله رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن فيه غررا وهو ما طوى عنك عنه قال المغرب في الحديث نهى عن بيع الغرر وهو الخطر الذي لا يدري أيكون أم لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء قال (ولا اللين في الضرع للغرر الخ) وبيع اللين في الضرع لا يجوز لوجه ثلاثة للغرر لوزان يكون الضرع منتفخا يظن لبنا والغرر منهى عنه والنزاع في كيفية الحلب فإن المشتري يستقصي في الحلب والبائع يظالمه بأن يترك داعية اللين ولأنه يزداد ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها

عنده فيختلط المبيع بغيره واختلاط المبيع بماليس يبيع من مالك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع وبيع الصوف الخلف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين لأنه من باب أوصاف الحيوان لأن ما هو متصل بالحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فإنه عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل كما هو فان قيل القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها

(قوله لأن استحقاقه عبارة عن جهة لا يدخل عليها الابطال) أقول وللخصم فيه أن يناع فيه قوله لأن استحقاقه الخ تنظر هذه القولة لأن لم تعذر عليها اه صححه

أجاب بأنها تزيد من أعلاها فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خيطا في أعلاها وتركها أو ما بقي الخيط أسفل مما في رأسها الآن والاعلى ملك المشتري وما وقع من الزيادة وقع في ملكه أما الصوف فان غمره من أسفله (١٩٣) فان خضب الصوف على ظهر الشاة ثم ترك

حتى غمها فالحضوب يبقى على رأسه لا في أصله فان قيل القصيل كالصوف وجاز بيعه أجاب بأن القصيل وان أمكن وقوع النزاع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القطع فيقع وأما القطع في الصوف فتعين اذ لم يهد فيه القلع أي التنف فبعد ذلك يقع النزاع في موضع القطع وقد صرح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وعن سمن في لبن وهو حجة على أبي يوسف فيما روى عنه من جواز بيع الصوف على ظهر الغنم قال (ووجدع في سقف أذراع من ثوب يعني ثوبا يضره التبعض كالتبعض لا الكرباس فليبيع لا يجوز ذكرا القطع أولا لأنه لا يمكن التسليم الا يضر لم يوجب العقدة ومثله لا يكون لازما فيتمكن من الرجوع وتتحقق المنازعة بخلاف ما لم يكن في التبعض مضرة كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس فان بيعه جائز لاتفاه العلة

لانها تزيد من أعلى وبخلاف القصيل لأنه يمكن قلعها والقطع في الصوف متعين فيقع النزاع في موضع القطع وقد صرح انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وعن سمن في لبن وهو حجة على أبي يوسف رحمه الله في هذا الصوف حيث جوزه بيعه فيما روى عنه قال (وجدع في سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع أولم يذكرا) لأنه لا يمكن التسليم الا يضر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لأنه لا ضرر في تبعضه

الخلاف (لانها تزيد من أعلاها) ويعرف ذلك بأن توضع في مكان من القائمة علامة فانها بعد ذلك تصير أسفل ويرتفع عنها رأس القائمة ويرتفع غيرها مما يزيد من أسفل فالزائد يكون على ملك المشتري وقال الامام الفضلي الصحيح عندي أن بيع قوائم الخلاف لا يجوز لأنه وان كان ينمو من أعلاه فوضع القطع مجهول فهو كمن اشترى شجرة على أن يقطعها المشتري لا يجوز بلهاهه موضع القطع وما ذكره من منع بيع الشجر ليس متفقا عليه بل هي خلافية منهم من منعها اذ لا بد في القطع من حفر الارض ومنهم من أجازها للتعامل (بخلاف القصيل) لأنه يقع فلا تنازع في جاز بيعه فأما في الارض قال المصنف (وقد صح أنه صلى الله عليه وسلم نهى الى آخره) وذلك ان الطبراني قال حدثنا عثمان بن عمر الضبي حدثنا حفص بن عمر الحوضي حدثنا عمر بن فروخ حدثنا حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تباع ثمرة حتى تطعم ولا تباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع وأخرجه الدارقطني والبيهقي عن عمر بن فروخ قال الدارقطني وأرسله وكيع عن عمر بن فروخ ولم يذكر ابن عباس وهذا السند حجة وقول البيهقي تفرد به عمر بن فروخ وليس بالقوي لا يضره فانه ان كان كما قال فالمرسل حجة كالمرفوع لكن الحق خلاف ما قال في تضعيف ابن فروخ فقد نقل الذهبي وثبت عمر بن فروخ عن أئمة الشأن كأبي داود وابن معين وأبي حاتم والرفع زيادة وهي من الثقة مقبولة ورواه أبو داود في مراسيله عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه بسنده عن عكرمة عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى أن يباع لبن في ضرع أو سمن في لبن ورواه الدارقطني في سننه عن وكيع عن عمر بن فروخ عن حبيب بن الزبير عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ ابن أبي شيبة وروى مرة موقوفا على ابن عباس في مراسيل أبي داود وكذا رواه الشافعي رحمه الله قال أخبرنا سعيد بن سالم عن موسى بن عبيدة عن سليمان بن يسار عن ابن عباس انه كان ينهى عن بيع اللبن في ضرع الغنم والصوف على ظهورها فعرف بذلك ان كل ما يبيع في غلافه لا يجوز كاللبن في الضرع واللحم في الشاة الحية أو شحمها أو ألبانها أو أكارعها أو جلودها أو دفتي في هذه الخنطة أو سمن في هذا اللبن ونحو ذلك من الاشياء التي في غلفها لا يمكن أخذها وتسليمها الا بافساد الخنطة والحبوب في قشرها مستثنى من ذلك بما أسلفناه والذهب والفضة في تراجمها بخلاف جنسها والله الموفق (قوله وجدع من سقف) بالجرائ لا يجوز بيع جدع من سقف (وذراع من ثوب) أي ثوب يضره القطع كالعامة والتبعض أما ما لا يضره القطع كالكرباس فيجوز وقول الطحاوي في آجر من حائط أذراع من كرباس أو ديباج لا يجوز غمره في الكرباس أو محمول على كرباس بتبعضه أما ما لا يتبعض به فيجوز كما يجوز بيع قفيز من صبغة وكذا لا يجوز بيع حلية من سيف أو نصف زرع لم يدرك لأنه لا يمكن تسليمه الا بقطع جميعه وكذا يبيع فص خاتم مركب فيه ومثله نصيبه من ثوب مشترك من غير شريك وذراع من خشبة للزوم الضرر في التسليم في كل ذلك وأورد عليه انه ضرر لزم البائع بالتزامه أوجب بأنه التزم العقد ولا ضرر فيه ولا يخفى ما فيه وقولنا في الاسلام ان رضاه أن يرجع فيبطل البيع

(قوله فيتمكن من الرجوع

(٣٥ - فتح القدير خامس) وتتحقق المنازعة أقول فيه بحث فانه اذا كان متمكنا من الرجوع شرعا لا يعتبر بمنزلة اذ لا وجه لها والاولى عندي أن يقال بله ولا يكون لازما والبيع اذا لم يكن مشروطا فيه الخيار يكون لازما فيبطل فليتامل

(ولو لم يكن الجذع معينا لا يجوز لزوم الضرر والجهالة أيضا ولو قطع البائع الذراع أو قطع الجذع قبل أن يفسخ المشتري عاد البيع صحيحا لزوال المفسد) وهو الضرر (ولو باع النوى في التمر أو البزري البطيخ لم يصح وان شقه ما وأخرج المبيع لأن في وجودهما احتمالا) أي هوشى مغيب وهو في غلافه فلا يجوز بيعه فان قيل بيع الحنطة في سنبلها وأماها يبيع ما في وجوده احتمال فانه شئ مغيب في غلافه وهو جائز أجيب بأن جوازها باعتبار صحة (١٩٤) انطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به فان الحنطة اذا بيعت في سنبلها

انما يقال بعث هذه الحنطة فالذ كور صريحها والمعقود عليه فصحة العقد لا عمالا لتصحيح لفظه وأما بزري البطيخ ونوى التمر وحب القطن فاسم المبيع وهو البزري والنوى والحب لا ينطلق عليه اذ لا يقال هذا بزري ونوى وحب بل يقال هذا بطيخ وتمر وقطن فلم يكن المبيع مذكورا وما هو المذكور فليس يبيع وهذا على قول من يرى تخصيص العلة واضمح وطريق من لا يرى ذلك عرف في أصول الفقه وقوله (أما الجذع فعين موجودة) إشارة الى تمام الفرق بين البزري والنوى والجذع المعين في السقف بأن الجذع معين موجودا في الفرض فيه والبزري والنوى ليس كذلك فان قيل اذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح الشاة وبيع جلدها وسلبه لا يتقلب البيع جائزا وان كان الجلد عينيا موجودا كالجذع في السقف وكذا يبيع كرشها وأكارعها أجيب بأن المبيع

ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا والجهالة أيضا ولو قطع البائع الذراع أو قطع الجذع قبل أن يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر أو البزري البطيخ بحيث لا يكون صحيحا وان شقه ما وأخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا أما الجذع فعين موجود قال (وضربة القانص) وهو الآن يقطع أو يقلعه فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب صحيحا كذلك فان الرجوع لا يمكنه مع المزم وهو التزام العقد بما فيه من الضرر وأما اراد المحاباة فمدفوع بأنه ليس فيه استهلاك مال نعم يربيع الحباب التي لا تخرج الا بفتح الابواب على قول من أجاز والبعض قد منعه وأجيب بأن المتعيب الجدران دون الحباب وهذا يفيد أن المنظور اليه في المنع تعيب المبيع والكلام السابق يفيد انه تعيب غير المبيع وهو الظاهر والحق انه لا بد من بيع ما كمنع هذا وما يطبق به هذا هو المعزول عليه وذلك هو الحديث السابق من نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع اللبن في الضرع والسمن في اللبن أفاد ان المنع اذا كان لا يسلّم المبيع الا بعيب فيه ضرر بغير المبيع فان اللبن يدخله ضرر بتسليم السمن وأظهر من هذا ثبوت الاجماع على عدم جواز بيع أطراف الحيوان كيف شاء واليهما وحلها وهو معلل بما يلزم في التسلم من الضرر على البائع في المبيع فخرج بيع الحباب التي يحتاج في تسليمها الى هدم أكتاف الابواب على من يبيع بيعها (قوله ولو لم يكن معينا) يعني الجذع والذراع (لا يجوز لما ذكرنا) من لزوم الضرر (والجهالة) ومعنا ان هذا فيما يتعيب بالتعيب ويختلف بخلاف درهم من قطعة نقرة (ولو قطع البائع الجذع وقطع الذراع يعود العقد صحيحا لزوال المفسد) قبل نقض البيع ولو فعل بعد الفسخ لا يجوز وقوله (بخلاف ما اذا باع النوى في التمر أو البزري البطيخ) وكسرهما وسلم البزري والنوى قبل الفسخ (لا يعود صحيحا) لان الفساد للقرار (اذ في وجودهما احتمال) فكان كبيع بلا مبيع فوقع باطلا بخلاف الجذع فانه عين محسوسة قائمة وانما يفسد للزوم الضرر فاذا تحمله البائع وسلمه قبل الفسخ وقع التسليم في بيع صحيح لان الغرض ان البيع قائم لكن بوصف الفساد فاذا زال المفسد قبل زوال البيع صار بالضرورة بيعا بلا فساد وهو معنى الصحيح فهذا معنى قولهم انقلب صحيحا بخلاف الاول وقع باطلا وهو معنى المعدوم شرعا فليس هناك بيع قائم ليزول المبطل فيبقى بيعا بلا بطلان بل اذا زال المبطل بقي ملك المبيع بلا مانع من اراد العقد الصحيح عليه وعدم المانع من اراد العقد الصحيح واجداد ليس هو وجود البيع الصحيح ونقص بعدم جواز البيع فيما اذا باع جلد شاة معينة أو كرشها أو سواد بطنها فذبحها وأعطاه ذلك حيث لا يتقلب جائزا مع أنه تحمل الضرر بالذبح أجيب بأن المنع هناك لعله أخرى غير لزوم الضرر في التسليم وهو كونه متصلا بمتضمنه خلقه والنص بمنعه وهو النهي عن بيع الصوف على الظهر واللبن في الضرع والسمن في اللبن وقد يقال لا أثر لذلك فيما فيه الكلام وهو انه اذا زال المانع بالذبح والفصل فان قيل يتناول بعد الفصل النهي عنه قبل الفصل وحين وقع وقع منها فلنا وكذا الجذع في السقف سواء (قوله وضربة القانص) بالرفع والجر على قياس ما تقدمه (وهو) الصائد بقول

بعثك

وان كان موجودا فيه ولكنه متصل بغيره اتصال خلقه فكان تابعه

فكان العجز عن التسليم هناك معنى أصليا لانه اعتبر عاجزا حكما لمافيه من افساد شئ غير مستحق بالعقد وأما الجذع فانه عين مال في نفسه وانما ثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد والعجز عن التسليم حكى لمافيه من افساد بناء غير مستحق بالعقد فاذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز وحينئذ يجب تخصيص العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم قال (وضربة القانص) القانص الصائد يقال قنص اذا صاد وضربه القانص

ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة يقال ضرب الشبكة على الطائر القاها ومنه نهى عن ضربة وفي تهذيب الازهرى عن ضربة الغائص وهو الغواص على الالاتى وهو ان يقول للتاجر اغوص لك غوصة فما اخرجت فهو لك بكذا والمعنى فيها واحد وهو انه مجهول وان فيه غررا لانه يجوز ان لا يدخل في الشبكة شئ من الصيد وان لا يخرج من الغوصة شئاً قال (وبيع المزبنة) الرفع فيه والجرو الرفع فيما تقدم جازر والمزبنة وهو بيع الثمر بالتاء المثلثة على النخل بتمر بالتاء المشناة مجذوزة مثل كيل ما على النخل من الثمر حرزا وظنا لا حقيقيا لانه لو كان مثله كيلا حقيقيا لم يبق ما على الرأس غرابل تمرا مجذوزا كالذى يقابله من المجذوز لا يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزبنة والمحاولة والمحاولة بيع الخنطة في سنبها بخنطة مثل كيلها خرصا لانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصا لان فيه شبهة الزا بالمحققة بالحقيقة في التحريم كالمواضع عين على الارض وباع أحدهما بالآخر خرصا وبيع العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة أوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة أوسق وله في مقدار خمسة أوسق قولان استدل بأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزبنة ورخص في العرايا وفسرها بان يباع الثمر الذي على رأس النخل بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق وأنت

ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غررا قال (وبيع المزبنة وهو بيع الثمر على النخل بتمر مجذوز مثل كيله خرصا) لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزبنة والمحاولة فالزبنة ما ذكرنا والمحاولة بيع الخنطة في سنبها بخنطة مثل كيلها خرصا لانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بقرين الخرص كما اذا كانا موضوعين على الارض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رحمه الله يجوز فيما دون خمسة أوسق لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزبنة ورخص في العرايا وهو ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق قلنا العربية العطية لغة وتأويله ان يبيع المعري له ما على النخل من المعري بتمر مجذوز وهو بيع مجاز لانه لم يملكه فيكون رامبتدا

بعتك (ما يخرج من) القاء هذه (الشبكة مرة) بكذا وقيل بالغين والياء الغائص قال في تهذيب الأزهري نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص يقول اغوص غوصة فما اخرجت منه من الالاتى فهو لك بكذا فهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد فكان غررا وجهالة ما يخرج (قوله) وبيع المزبنة وهو بيع الثمر على النخل بتمر مجذوز مثل كيله خرصا لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزبنة) في الصحيحين من حديث جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزبنة والمحاولة وزاد مسلم في لفظ وزعم جابر ان المزبنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا والمحاولة في الزرع على نحو ذلك بيع الزرع القائم بالحب كيلا وأخرج البخاري عن أنس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاولة والمخاربة والملاسة والمناينة وقول المصنف (بمثل كيله خرصا) الخرص الخرز (وكذا العنب بالزبيب) لا يجوز ومعنى النهى أنه مال الربا فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل بتساويهما (كالمواضع عين على الارض وقال الشافعي رحمه الله تجوز) المزبنة بالتفسير الذي ذكرنا (فيما دون خمسة أوسق) لما في الصحيحين من حديث أبي هريرة أنه صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا وفي الصحيحين أيضا عن ابن عمر عن زيد بن ثابت رخص عليه الصلاة والسلام في بيع العرايا ان اتباع بخرصها وفي لفظ رخص في العربية أن تؤخذ بمثل خرصها تمرا بالكلية ووافق الشافعي أحمد

الضمير في قوله بخرصها على أنه جمع الثمرة قلنا بالقول بالموجب وهو ان يقول سلمنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا فان في الاحاديث الدالة على ذلك كثرة لا يمكن منعها لكن ليس حقيقة معناها ما ذكرتم بل معناها العطية لغة وتأويلها أن يبيع الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعري له في بستانه كل يوم لتكون أهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوزا بالخرض ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون خلفا

لوعدوه وبه نقول لان الموهوب لم يصير ملكا للموهوب له مادام متصل بالملك الواهب فما يعطيه من الثمر لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة ويسمى بيعا مجازا لانه في الصورة عوض يعطيه للخرز عن خلف الوعد واتفق أن ذلك كان فيما دون خمسة أوسق فظن الراوي أن الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده وفيه بحث من وجهين الاول أنه جاء في حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر بالتمر ورخص في العرايا فسيأقوله يدل على أن المراد بالعرايا بيع تمر بتمر والثاني أنه جاء في حديث جابر رضي الله عنه بلفظ الاستثناء الا العرايا والاصل حمل الاستثناء على الحقيقة والاستثناء من البيع حقيقة يبيع لوجوب دخوله في المستثنى منه والجواب عن الاول ان القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم وعن الثاني انه على ذلك التقدير ينافي قوله عليه الصلاة والسلام المشهور بالتمر بالتمر مثل غسل المشهور قاض عليه

(قوله قال وبيع المزبنة الى قوله من المجذوز لا يجوز) أقول قوله الرفع فيه أى وحده وقوله والجسر الرفع أى كلاهما وقوله والمزبنة مبتدأ وقوله لا تجوز خبره

قال (ولا يجوز البيع بالقاه
الحجر) سأم البائع السلعة
أي عرضها وذكركتها
وسامها المشتري بمعنى
استامها بيع الملامسة
هو أن يتساوم الرجلان
في السلعة فيلصقها المشتري
بيده فيكون ذلك ابتعا
لهارضي مالكها بذلك أولم
يرض وبيع المنابذة هو
أن يتراوض الرجلان على
السلعة فيجب مالها الزام
المساوم له عليها ايها
فينبذها اليه فيلزمه بذلك
ولا يكون له ردها عليه
وبيع القاه الحجر هو أن
يتساوم الرجلان على السلعة
فأذا وضع الطالب لشرائها
حصاة عليها تم البيع فيها
على صاحبها ولم يكن لصاحبها
ارتجاع فيها وهذه كانت
بيوعا في الجاهلية فنهى
عنها رسول الله صلى الله
عليه وسلم وعبارة الكتاب
تشير الى أن النهي عنه
بيع الملامسة والمنابذة
وبيع القاه الحجر ملحق بهما
لانه في معناه ما ولان فيه
تعليقا بالخطر والتملكات
لا تختم له لادائه الى معنى
القار لانه منزهة أن يقول
البائع للمشتري أي ثوب ألقيت
عليه الحجر فقد بعته وأي
ثوب لمسته بيدك فقد بعته
وأي ثوب نبذته الى فقد
اشترته

قال (ولا يجوز البيع بالقاه الحجر واللامسة والمنابذة) وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو أن يتراوض
الرجلان على سلعة أي يتساومان فإذا لمساها المشتري أو نبذها اليه الياغ أو وضع المشتري عليها حصاة
لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني المنابذة والثالث القاه الحجر وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن
بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر

في ذلك الا أنه لم يصحها الا للضرورة قال الطحاوي جاءت هذه الاثار وتواترت في الرخصة في بيع العرايا
فقبلها أهل العلم جميعا ولم يختلفوا في صحة مجيها ولكنهم تنازعوا في تأويلها فقال قوم العرايا أن يكون
له النخلة أو النخلتان في وسط النخل الكثير لرجل آخر قالوا وكان أهل المدينة اذا كان وقت النحر
خرجوا بأهلهم الى حوائطهم فيجي صاحب النخلة أو النخلتين فيضرب ذلك بصاحب النخل الكثير
فرض صلى الله عليه وسلم لصاحب الكثير أن يعطيه خرص ماله من ذلك ثم ينصرف هو وأهله عنه
وروي هذا عن مالك قال الطحاوي وكان أبو حنيفة يقول فيما سمعت أحمد بن أبي عمران يذكر أنه
سمع من محمد بن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال معنى ذلك عندنا ان يعرى الرجل الرجل النخلة
من نخله فلا يسل ذلك اليه حتى يبدوله فخرص له أن يجبس ذلك ويعطيه مكانه بخمره ثم قال الطحاوي
وهذا التأويل أشبه وأولى مما قال مالك لان العربية انما هي العطية ألا ترى الى الذي مدح الانصار كيف
مدحهم اذ يقول

فليست بسنها ولا رحيمة * ولكن عرايا في السنين الجوائح

أي انهم كانوا يعرون في السنين الجوائح أي يهبون ولو كانت كما قال ما كانوا يمدون حينها اذ كانوا
يعطون كما يعطون والحق ان قول مالك قول أبي حنيفة هكذا حكاه عنه محققو مذهبه واستدل
عليه بأن العربية مشهورة بين أهل المدينة متداولة بينهم كذلك ثم على قولهم تكون العربية معناها النخلة
ولا يعرف ذلك في اللغة وتخصيص مادون خمسة أوسق لانهم كانوا يعرون هذا المقدار وما قرب منه
ومعنى الرخصة هو رخصة أن يخرج من اخلاف الوعد الذي هو ثلث النفاق باعطاء هذا الترخصا
وهو غير الموعود دفعا للضرر عنه وكون اخلاف الوعد ثلث النفاق نقل عن عبد الله بن عمرو بن العاص
انه حين حضرته الوفاة قال زوج ابنتي من فلان فانه كان سبق اليه مني شبه الوعد فلا أتني الله بثلث
النفاق وجعله ثلثا لحديث عنه صلى الله عليه وسلم علامة المناق ثلاث ان حدث كذب وان وعد
أخلف وان أوعن خان وأماما ذكر من تأويل العربية الامام موفق الدين روي محمود بن لبيد قال قلت
لزيد بن ثابت ما عرايا كم هذه فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يتناعون به رطبيا كونه وعندهم فضول من الترفرخص لهم أن
يتناوعوا العربية بجرصها من الترفيا كونه رطبيا وقال منفق عليه فقد وهم في ذلك فان هذا ليس في
الصحيحين بل ولا في السنن ولا في شيء من الكتب المشهورة قال الامام الزبلي مخرج الحديث ولم أجده
سند بعد الفحص البالغ ولكن الشافعي ذكره في كتابه في باب العرايا من غير اسناد (قوله ولا يجوز البيع
بالقاء الحجر واللامسة) الى قوله (وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره) في الصحيحين من
حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة زاد مسلم
أما الملامسة فان يلس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل فيلزم اللامس البيع من غير خياره عند الرؤية
وهذا بان يكون مثلا في ظلمة أو يكون مطويا غير ثام متفقان على انه اذا لمسه فقد باعه وفساده لتعلق
التملك على أنه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس والمنابذة أن يندب كل واحد منهما ثوبه الى
الأخر ولم ينظر كل واحد منهما الى ثوب صاحبه على جعل التبذيعا وهذه كانت بيوعا بتعارفونها في
الجاهلية وكذا القاه الحجر ان يلقى حصاة وثمة أو ثوب فأي ثوب وقع عليه كان المبيع بلا تأمل وروية ولا

(ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع إلا أن يقول على أنك بالخيار أن تأخذهم ما شئت فإنه يجوز استحسانا وقد تقدم الكلام فيه قال (ولا يجوز بيع المراعى ولا جارتها) والمراد به الكلا وهو مال ليس له (١٩٧) ساق من الحشيش كذا روى عن محمد

وقيل مال ليس له ساق وما له ساق فهو كلا وانما سرق المراعى بذلك لان لفظ المرعى يقع على موضع الرعى وهو الارض وعلى الكلا وعلى مصدر رعى ولو لم يفسر بذلك لتوهم أن بيع الارض واجارتها لا يجوز وهو غير صحيح لان بيع الاراضى واجارتها صحيح سواء كان فيها الكلا أو لم يكن اما عدم جواز بيع الكلا غير المحرز فلانه غير مملوك لا اشتراك الناس فيه بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه ومعنى شركتهم فيها ان لهم الانتفاع بصونها والاصطلاحها والشرب وسقى الدواب والاستقاء من الابار والحياض المملوكة والانهيار المملوكة من الاراضى المملوكة والاحتشاش من الاراضى المملوكة ولكن له أن يمنع من الدخول في أرضه فان منع كان لغیره أن يقول له ان لى في أرضك حقا فاما ان توصلى الى حنى أو تحنشه فتدفعه الى أو تدعى آخذه كتوب لرجل وقع في دار انسان هذا اذا ثبت ظاهرا وأما اذا ثبته صاحب الارض بالنسب فففيه اختلاف

قال (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في أن يأخذهم ما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بقروعه قال (ولا يجوز بيع المراعى ولا جارتها) المراد الكلا أما البيع فلانه ورد على ما اعلمك لا اشتراك الناس فيه بالحديث

خيار بعد ذلك ولا بد أن يسبق تراوضهما على الثمن ولا فرق بين كون المبيع معينا فاذا تراوضا فالتقاء اليه البائع لزم المشتري فليس له أن يقبل أو غير معين كإذ كرهناه ومعنى النهى ما في كل من الجهالة وتعليق التمليك بالخطر فانه في معنى اذا وقع مجرى على ثوب فقد بعته منك أو بعته بكذا أو اذا المسته أو بذته والتساوم تفاعل من التسوم سام البائع السلعة عرضها البيع وذ كرهتها وسامها المشتري بمعنى استامها سوما ومنه لا يسوم الرجل على سوم أخيه أى لا يطلب البيع ويراض فيه حال مر اوضة أخيه فيه لأنه بمعنى لا يشتري كما قيل بل نهي عن التسوم ثبت التزاما لانه اذا نهي عن التسوم في الشراء فكيف بحقيقة الشراء (قوله ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع إلا أن يكون على هذا الوجه وهو أن يقول بعثك واحدا منهم ما على أنك بالخيار أن تأخذهم ما شئت فإنه يجوز استحسانا وتقدم ذكرها بقر وعها في خيار الشرط (قوله ولا يجوز بيع المراعى) ثم فسرهابا بالكلا دفعوا لهم أن يراد مكان الرعى فانه جائز (ولا جارتها) أما البيع فانه ورد على ما اعلمك لا اشتراك الناس فيه) اشتراك ابا حنة لملك ولانه لا يحصل به للشترى فائدة فان المقصود من الملك يحصل بلا بيع اذ يملكه بدونه (الحديث) الذي رواه أبو داود وفي سننه في البيوع عن حر بن زب عن عثمان عن أبي خراش بن حبان بن زيد عن رجل من الصحابة رضى الله عنهم قال غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فكتبت أسمعهم يقول المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والنار والكلا ورواه أحمد في مسنده وابن أبي شيبة وأسنده ابن أبي عمير في الكامل عن أحمد وابن معين أنهم قالوا في حر بن زبقة وجهالة الصحابي لا تضر ومعنى الشركة في النار الاصطلاحها وتحفيف الشيايب يعنى اذا أوقد رجل نارا فكل أن يصطلي بها أما اذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك إلا بإذن صاحبه كذا ذكره القدورى ومعناه في الماء الشرب وسقى الدواب والاستقاء من الابار والحياض والانهيار المملوكة وفي الكلا ان له احتشاشه وان كان في أرض مملوكة غير أن لصاحب الارض أن يمنع من الدخول في أرضه فاذا منع فلغيره أن يقول ان لى في أرضك حقا فاما ان توصلى اليه أو تحنشه أو تستقى وتدفعه لى وصار كتوب رجل وقع في دار رجل لاما أن يأذن للمالك في دخوله ليأخذها وما أن يخرجها اليه أما اذا حرز الماء بالاستقاء في آنية والكلا بقطعه جاز حينئذ يبيعه لانه بذلك ملكه وظاهر أن هذا اذا ثبت بنفسه فأما لو كان سقى الارض واعد لها النباتات فنبتت ففي الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لانه ملكه وهو مختار المصدر الشهيد وكذا ذكر في اختلاف أبى حنيفة وزفر نبت الكلا بانباته جاز بيعه وكذا لو حرق حول أرضه وهياها لالانبات حتى نبت القصب صار ملكا له ولا يجوز بيع كءة في أرضه قبل أن يقطعها ولا ماء قال القدورى لا يجوز بيع الكلا في أرضه وان ساق الماء الى أرضه وخطته مؤنة لان الشركة فيه ثابتة وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بمجازة والا كثر على الاول إلا أن على هذا القائل أن يقول ينبغي ان حافر البئر يملك بنائها ويكون بتكلف الحفر والطنى لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلا بتكلفه سوق الماء الى الارض لينبت فله منع المستقى وان لم يكن في أرض مملوكة ثم الكلا ذكر الخلوانى عن محمد انه مال ليس له ساق وما له ساق ليس كلا وكان الفضلى يقول هو أيضا كلا وفي المغرب هو كل مارعة الدواب من رطب

الرواية وذكر في المحيط والذخيرة والنوازل ان صاحبها يملكه وليس لاحد أن يأخذها بغير اذنه جاز بيعه وذكر القدورى انه لا يجوز بيعه لان الشركة في الكلا ثابتة بالنسب وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بمجازة للكلا فبقي على الشركة فلا يجوز بيعه

وأما عدم جواز الاجارة فلان من أحدهما وقوع الاجارة في عين غير مملوكة والثاني انعقادها على استهلاك عين مملوكة بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يصح فعل استهلاك عين مباح أولى وذلك لان المستحق بعقد الاجارة على الاجر المنافع لا الاعيان الا اذا كانت الاعيان آلة لا فامة العمل المستحق بالاجارة كالصبيغ في استئجار الصباغ والبن في استئجار الظئر لكونه آلة للمضانة والظئرة ولم يذكر ان اجارة الكلا وقعت فاسدة أو باطلة وذكروا في الشرب انها فاسدة حتى يملك الاجارة بالقبض وينفذ عتقه فيها قال (ولا يجوز بيع النخل) قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يجوز بيع النخل وقال محمد بن حمرزأ اذا كان محرزاً أي مجموعاً وهو قول الشافعي لانه حيوان منتفع به (١٩٨) حقيقة باستئجارها ما يحدث منه وشراؤه ما يمنع عنه شرعا وكل ما هو كذلك

يجوز بيعه وكونه غير مأكول اللحم لا ينافيه كالبغل والحمار ولهما منه من الهوام وهي المخوفة من الاحناش لا يجوز بيعها قال في الجامع الصغير رأيت ان وجد بها عيبا بكم بردها وفيه اشارة الى أن النخل لا يفهم لها ولا رغبة في عينها (قوله والانتفاع بما يخرج منه) جواب عن قوله حيوان منتفع به يعني لانسل انه منتفع به بعينه بل الانتفاع بما يحدث منه وذلك معدوم في الحال قبل قوله لا بعينه احتراز عن المهر والجش فانهما وان كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما في المال بأعيانهما وفيه بعد نظر وجههما بقوله يخرج منه واذا كان الانتفاع بما يخرج فقيل خروجه لا يكون منتفعا به حتى لو كان ما يخرج منه بأن باع كواره بضم الكاف وكسرهما وهي

وأما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوكة بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى قال (ولا يجوز بيع النخل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يجوز اذا كان محرزاً وهو قول الشافعي رحمه الله لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار وله ما منه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كواره فيها غسل بما فيها من النخل يجوز بيعه كذا ذكره الكرخي رحمه الله

ويابس وهو واحد الاكلاء (وأما الاجارة فلانها) لو صحت ملك بها الاعيان وحكمه الياس الاملك المنافع نعم اذا كانت الاعيان آلة لا فامة العمل المستحق كالصبيغ والبن في استئجار الظئر فيملك بعد اقامة العمل تبعا أما ابتداء فلا (وكذا الواستأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز) مع انها عقدت على استهلاك عين مملوكة (فهذا أولى) لانها على استهلاك عين غير مملوكة وهل الاجارة فاسدة أو باطلة ذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الاجارة بالقبض وينفذ عتقه فيه وقيل في لبن الادمية انه في حكم المنفعة شرعا بدليل ان عينه لا يجوز بيعه ولا يضمن من تلفه والحيلة في ذلك أن يستأجر الارض ليضرب فيها سطاطه أو ليجهله حظيرة لغنمه ثم يستيج المرعى فيحصل مقصودهما (قوله ولا يجوز بيع النخل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد بن حمرزأ اذا كان محرزاً وهو قول الشافعي رحمه الله لانه منتفع به حقيقة وشرعا) مقدور التسليم اذا كان محرزاً (فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار) يجوز بيعه وان لم يؤكل للانتفاع به ما والقدرة على تسليمهما (ولابي حنيفة وأبي يوسف انهن الهوام فلا يجوز بيعه) كما لا يجوز بيع الوزغ والعقرب والزنبور والحية وهذا هو أنه في نفسه من الهوام لانه غير منتفع به (و) انما (الانتفاع بما يتولد منه لا بعينه) بخلاف الجش فانه ينتفع به في فاني الحال قبل حدوث ما يتولد منه فقيل حدوث ما يتولد منه لا ينتفع به بل هو في نفسه هامة من الهوام ولذا قال في الجامع الصغير ان وجد بها عيبا بكم بردها اشارة الى أن النخل لا قيمة لها حتى لو باعها ببيع الكواره فيها غسل وهو فيها جازذ كره الكرخي كالشرب والطريق وقال القدوري انه حكى عن أبي الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع تبعا ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنخل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامعنا هذا التعليل بعينه عن أبي يوسف كالمفاتيح فالعسل تابع للنخل في الوجود والنخل تابع له في المقصود بالبيع والكواره بضم الكاف وتشديد الواو وعسل النخل اذا سوي من طين وفي التهذيب كواره النخل مخففة وفي المغرب بالكسر من غير

تشديد معسل النخل اذا سوي من طين فيها غسل بما فيها من النخل يجوز تبعا له كذا ذكر الكرخي في مختصره وقال القدوري في شرحه لهذا المختصر وأما اذا باع العسل مع النخل فالعقد يقع على العسل ويدخل النخل على طريق التبعية وان لم يجز افراده بالبيع كالشرب والطريق ثم قال وقد حكى عن الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع على طريق التبعية ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنخل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامعنا هذا التعليل بعينه عن أبي يوسف

(قوله لعدم ما يمنع عنه) أقول أي عن الايقاع (قوله قيل قوله لا بعينه احتراز الخ) أقول القائل هو الانقاني والخبازي (قوله وفيه بعد نظر وجهه الخ) أقول فيه تأمل فانه ينتفع بما يخرج ويحصل منهما في مستقبل الزمان من اولادهما فلا يخرج جانبه

قال (ولا يجوز بيع دود القز وبيضة) وهو البز الذي يكون منه الدود لا يجوز عند أبي حنيفة لانه من الهوام وبيضة مما لا ينتفع به بعينه بل بما يحدث منه وهو معدوم في الحال واز عند محمد لكونه منتفعا به ولمكان الضرورة في بيعه قبل وعليه الفتوى وأجاز أبو يوسف بيع دود القز اذا ظهر فيه القز تبعاله كبيع النحل مع العسل وبيع بيضة مطلقا (١٩٩) لمكان الضرورة ونقل عنه انه مع أبي حنيفة كما في دوده وهذه

العبارة تشير الى أن أبا حنيفة اعلم عددها وأمكن تسليمها جازيها لانه مال مقدور التسليم (ولا يجوز بيع الآبق) انتهى النبي عليه الصلاة والسلام عنه ولانه لا يقدر على تسليمه (الآن يبيعه من رجل زعم انه عنده) لان المنهي عنه بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولانه اذا كان عند المشتري اتفق العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده وكان أشهد عند أخذه لانه أمانة عنده

(ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة) لانه من الهوام وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز اذا ظهر فيه القز تبعاله وعند محمد رحمه الله يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به (ولا يجوز بيع بيضة عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز) لمكان الضرورة وقبل أبو يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله كما في دود القز والحمام اذا علم عددها وأمكن تسليمها جازيها لانه مال مقدور التسليم (ولا يجوز بيع الآبق) انتهى النبي عليه الصلاة والسلام عنه ولانه لا يقدر على تسليمه (الآن يبيعه من رجل زعم انه عنده) لان المنهي عنه بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولانه اذا كان عند المشتري اتفق العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده وكان أشهد عند أخذه لانه أمانة عنده

تسديد وقيده الزمخشري بفتح الكاف وفي الغريبين بالضم (قوله) ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة رحمه الله لانه من الهوام وعند أبي يوسف يجوز اذا ظهر فيه القز تبعاله) وأجاز بيع بز القز الذي يكون منه الدود (وعند محمد يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به) وأجاز السلم فيه كيلا اذا كان وقته وجعل منتهى الاجل في وقته وجوابه ما تقدم في المسئلة قبلها وهو أن المنتفع به ما يخرج منه فقبله يكون غير منتفع به والكلام في بيعه حينئذ والوجه قول محمد للعادة الضرورية وقد ضمن محمد متلف كل من النحل ودود القز وفي الخلاصة في بيعهما قال الفتوى على قول محمد ثم لا يخفى أن محمدا ناسب أصله في مسئلة بيع النحل في القول بجوازها وأبو حنيفة كذلك في قوله بعدمه وأما أبو يوسف فيجب أن يقول مثله في النحل وما قدمه المصنف في النحل عن الكرخي بجوازها اذا بيع تبعا للكوارة طاهره انه يجوز باتفاق حينئذ وعلى هذا يجب أن لا يختلف أبو حنيفة مع أبي يوسف في دود القز بل يقولان معان كان وحده لا يجوز لانه من الهوام وان كان تبعا للقز فيقولان بالجواز فيهما فلا معنى لافراد أبي حنيفة في هذه وقران أبي يوسف معه في تلك والاتفاق على عدم جواز بيع ما سواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والعظاية والقنافذ والجعل والضب ولا يجوز بيع شيء من البحر الا السمك كالضفدع والسرطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك وقال محمد اذا كان الدود وورق التوت من واحد والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما نصفين أو أقل أو أكثر لا يجوز وكذا لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان وفي فتاوى الولوالجي امرأة اعطت امرأة بز القز وهو بز الفيلق بالنصف فقامت عليه حتى أدرك فالفيلق لصاحبة البرز لانه حدث من بزها واهلها على صاحبة البرز قيمة الاوارق وأجر مثلها ومثله اذا دفع بقرة الى آخر بعلفها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف وأجر مثله وعلى هذا اذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف (قوله) والحمام اذا علم عددها وأمكن تسليمها جازيها (أما اذا كانت في بروجها ومخارجها مسدودة فلا اشكال في جواز بيعها) أما اذا كانت في حال طيرانها ومعلوم بالعادة انها تسبح فكذلك لان المعلوم عادة كالواقع فكان مملوكا مقدورا للتسليم وتجوز كونه لا يعود أو عروض عدم عوده لا يمنع جواز البيع كتجوز هلاك المبيع قبل القبض ثم اذا عرض الهلاك انفسخ كذا هنا اذا فرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ وصار كالطبي المرسل في برفانه يجوز وان جاز ان لا يعود (قوله) ولا يجوز بيع الآبق) الآبق اذا لم يكن عند المشتري لا يجوز بيعه باتفاق الأئمة الاربعة ويجوز عتقه غير انه اذا أعتقه

فاما أن يشهد على ذلك أو لا فان كان الاول لا يصير قابضا لانه أمانة عنده حتى لو هلك قبل الوصول الى المولى هلك من مال المولى قال المصنف (ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة) أقول لا بد لابي حنيفة من الفرق بين بيع النحل وبين بيع دود القز حيث جاز الاول تبعادون الثاني (قوله) وهذه العبارة تشير الى (أقول فيه تأمل) (قوله) والآن بن الذي الى قوله هل يصير قابضا بالرد

فاما أن يشهد على ذلك أو لا فان كان الاول لا يصير قابضا لانه أمانة عنده حتى لو هلك قبل الوصول الى المولى هلك من مال المولى قال المصنف (ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة) أقول لا بد لابي حنيفة من الفرق بين بيع النحل وبين بيع دود القز حيث جاز الاول تبعادون الثاني (قوله) وهذه العبارة تشير الى (أقول فيه تأمل) (قوله) والآن بن الذي الى قوله هل يصير قابضا بالرد

(قبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع) لان قبض الضمان أقوى لنا كده بالزوم والملك أما الزوم فلان المشتري لو امتنع عن قبض المبيع أجبر عليه وبعد القبض ليس للبائع فسحة بخلاف الامانة وأما الملك فلان الضمان ثبت الملك من الجانبين على ما هو الاصل بخلاف قبض الهبة وان كان الثاني يجب (٣٠٠) ان يصير قابضاً لانه قبض غصب وهو قبض ضمان وهو قول أبي حنيفة ومحمد

وذكر الامام الترمذي انه لا يصير قابضاً عند أبي يوسف وقول المصنف يجب ان يصير قابضاً كأنه اشارة الى أنه يلزم أبا يوسف القول بكونه قابضاً نظراً الى القاعدة ولو قال المشتري هو عند فلان فبعضه من قبضه لا يجوز لكونه أنقاضي حق المتعاقدين وغير مقدور التسليم اذا البائع لا يقدر على تسليم ما ليس في يده ولو باع الأبق ثم عاد من الأبق هل يتم ذلك العقد أو يحتاج الى عقد جديد ففي ظاهر الرواية وبه أخذ مشايخ بل أن ذلك العقد لا يتم ويحتاج الى عقد جديد لوقوعه باطلاً فان جزء الحمل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فأنعدم الحمل فصار كما اذا باع الطير في الهواء ثم أخذه وسلمه في المجلس وعرض بأن الاعتاق يجوز ولو فات الحمل لما جاز وأجيب بأن الاعتاق ابطال الملك وهو بلائ التوى بالابق بخلاف البيع فيه فإنه اثباته والتوى ينافيه وروى عن أبي حنيفة أن العقدي يتم اذا لم يفسخ والبائع ان امتنع عن تسليمه

وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضاً لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعضه من قبضه لا يجوز لانه ابقى في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الأبق ثم عاد من الأبق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلاً لعدم المحل كبيع الطير في الهواء وعن أبي حنيفة رحمه الله انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو المحجز عن التسليم كما اذا ابقى بعد البيع وهكذا يروى عن محمد رحمه الله

عن كسارة اشترط العلم بحياته ونجوز هبته لابنه الصغير أو لغيره في حجره بخلاف البيع لابنه الصغير حيث لا يجوز لان شرطه القدرة على التسليم عقيب البيع وهو متلف وما بقي له من اليد يصلح لقبض الهبة ولا يصلح لقبض البيع لانه قبض بازاعمال مقبوض من مال الابن وهذا قبض ليس بازائه مال يخرج من مال الولد فكفت تلك اليد نظر للصغير فانه لو عاد على ملك الصغير وله هذا جزاً يبيعه عن ذكراته في يده لتبوت التسليم والمقصود من القدرة على التسليم ثبوت التسليم فإذا كان ثابتاً حصل المقصود بخلاف ما لو جاء المشتري برجل معه وقال عبدك الأبق عند هذا فبعضه وأنا قبضه منه واعترف ذلك الرجل لا يجوز يبيعه لان تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز واذا جاز بيعه هل يصير قابضاً في الحال حتى لو رجع فوجد هلك بعد وقت البيع يتم القبض والبيع ان كان حين قبضه أشهد انه قبض هذا البرد على مالكه لا يصير قابضاً لان قبضه هذا قبض أمانة حتى لو هلك قبل أن يصل الى سيده لا يضمنه وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع فان هلك قبل أن يرجع اليه انفسخ البيع ورجع بالثمن وان لم يشهد يصير قابضاً لان قبضه اذا لم يشهد قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع ولو عاد من اباقه وقد باعه ممن ليس عنده هل يعود البيع جائزاً سلمه فعلى ظاهر الرواية لا يعود صحيحاً وهو مروي عن محمد كما اذا باع خراً ففصلت قبل التسليم أو باع طيراً في الهواء ثم أخذه لا يعود صحيحاً وهذا يفيد أن البيع باطل وهو مختار مشايخ بل والشلي لان وجود الشرط يجب كونه عند العقد وفي رواية أخرى عن محمد وهو رواية عن أبي حنيفة يجوز لقيام المالية والملك في الأبق ولناصع عنقه فكان كبيع المرهون اذا افتكه قبل الخصومة وفسخ القاضى للبيع وبه أخذ الكرخي وجماعة من المشايخ حتى اذا امتنع البائع من تسليمه أو المشتري من قبوله أجبر على ذلك لان هبة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ بخلاف ما اذا رجع بعد ان فسخ القاضى البيع أو تخاصما فإنه لا يعود صحيحاً اتفاقاً وهذا يقتضي أن البيع فاسد فالحق أن اخلاف الرواية والمشايخ فيه بنه على الاختلاف في أنه باطل أو فاسد فانك علمت ان ارتفاع المفسد في الفاسد برده صحيحاً لان البيع قائم مع الفساد وارتفاع البطل لا يرجع لان البيع لم يكن قائماً بصفة البطلان بل معدوماً فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم ووجه الفساد قيام المالية والملك والوجه عندى ان عدم القدرة على التسليم مفسد لا يبطل وهذا مما يخرج فيه الخلاف فانهم اختلفوا في بيع الطير في الهواء وان كان أخذه ثم أرسله فإنه لا يخرج عن ملكه وقد اختلفوا فيما لو أخذه بعد بيعه وسلمه فطائفه مع الكرخي يعود جائزاً والبلخيون لا يعود جائزاً فبالضرورة ان من قال بالجواز قائل بأنه فاسد مع عدم القدرة على التسليم وقول من قال المحلية كونه مالا مملوكاً مقدور التسليم ان عنى محلية البيع الصحيح فتم والا فلا

والمشتري عن قبضه أجبر على ذلك لان العقد قد انعقد لقيام المالية لان المولى لا يزول بالابق ولهذا جاز اعتاقه وتديبه والمانع وهو المحجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق مقتضى وانقضى المانع فيجوز وصار كما اذا ابقى العبد بعد البيع وهكذا يروى عن محمد وبه أخذ الكرخي وجماعة من مشايخنا وأما اذا رفعه المشتري الى القاضى وطلب منه التسليم وعجز البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد

قال (ولا ين امرأة في قدح) فيد بقوله في قدح لدفع ما عسى أن يتوهم أن يبعه في الضرع لا يجوز كسائر ألبان الحيوانات وفي القدح يجوز فقال انه لا يجوز في قدح وجوز الشافعي ببعه لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز كسائر الالبان وعقب بقوله طاهر احترازاً عن الخمر فانها ليست بطاهرة ولنا انه جزء الآدمي لان الشرع أثبت حرمة الرضاع لعنى البعضية وجزء الآدمي ليس بمال لان الناس لا يتولونه وما ليس بمال لا يجوز ببعه وعورض بأنه لو كان جزء الآدمي لكان مضموناً بالاتلاف كبقية أجزاء الآدمي أحيب بأننا لانسلم ان الاجزاء تضمن بالاتلاف بل المضمون ما انتقص من الاصل ألا ترى ان الجرح اذا اتصل به البرء (٣٠١) يسقط الضمان وكذا السن اذا نبتت

(قوله وهو) أي الآدمي بجميع أجزائه مكرّم بجوز أن يكون دليلاً آخر وتفسر به أن الآدمي بجميع أجزائه مكرّم مصون عن الابتذال وما يرد عليه البيع ليس بمكرّم ولا مصون عن الابتذال ولا يفرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن أبي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد البيع على نفسها فيجوز على جزئها اعتبار الجزء بالكل والجواب انه اعتبار مع وجود الفارق فلا يجوز وبيانه ان الرق حل نفسها وما حل فيه الرق جاز ببعه وأما اللبن فلارق فيه لان الرق يختص بحمل القوة التي هي ضد الرق يعني العتق وهو أي المحل هو الحي ومعناه انه ما صفتان يتعاقبان على موضع واحد فهما ضدان واذا لحياتة في اللبن لا يرد عليه الرق ولا العتق لانتفاء الموضوع والجواب عن قوله مشروب طاهر أن المراد به كونه مشروباً مطلقاً أو في حال الضرورة

قال (ولا يبيع ابن امرأة في قدح) وقال الشافعي رحمه الله يجوز ببعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه مكرّم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذلك اعلى جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فأما اللبن فلارق فيه لانه يختص بحمل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن

بل محل البيع المال المملوك للبايع أو غيره فان كان له فنافذ أو لغيره فموقوف ونافذاً ما صحح ان كان مبيعه مقدوراً لتسليم ليس فيه شرط فاسد أو افساد وأما حديث النهي عن بيع الآبق فروى اسحق بن راهويه أخبرنا سويد بن عبد العزيز الدمشقي قال حدثنا جعفر بن الحرث أبو الاشهب الواسطي قال حدثني من سمع محمد بن ابراهيم التيمي عن أبي سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن يبيع ما في ضر وعها وعن يبيع العبد وهو آبق ورواه ابن ماجه بسند فيه جهضم بن عبد الله عن محمد بن ابراهيم عن محمد بن زيد العبدى عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري رفعه الى أن قال وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغنم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة القناص وشهر مختلف فيه وقال أبو حاتم ان محمد بن ابراهيم مجهول وقيل فيه انقطاع أيضاً وعلى كل حال فالاجماع على ثبوت حكمه دليل على أن هذا المضعف بحسب الظاهر صحيح في نفس الامر (قوله ولا يبيع ابن امرأة في قدح) هذا القيد لبيان منع بعه بعد انفصاله عن محله فإنه لا يكون في قدح الا بعد انفصاله أما عين القدحة فليس قيداً بل سائر الآواني سواء وانما هو قيد باعتبار لازمه وهو انفصاله عن مقره كي لا يظن أن امتناع بعه مادام في الضرع كغيره بل على سائر أحواله لا يجوز ببعه ولا يضمن متلفه وهو مذهب مالك وأحمد (وعند الشافعي يجوز لانه مشروب طاهر) فيجوز ببعه ونحن نمنع انه مشروب مطلقاً بل للضرورة حتى اذا استغنى عن الرضاع لا يجوز شربه والاتفاغ به يحرم حتى منع بعضهم صبه في العين المرءاء وبعضهم أجازها اذا عرف انه دواء عند البرء (و) نقول (هو جزء من الآدمي مكرّم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة ولبن الامة وعن أبي يوسف انه يجوز في لبن الامة لانه لا يجوز ايراد العقد على كلها فيجوز على جزئها قلنا) الجواز يتبع المالبسة ولا مالبة للانسان الا ما كان محل الرق (وهو للحي ولا حياة في اللبن) ولان العتق قوة شرعية حاصلة لها قدرة تنبت له شرعاً على تصرفات شرعية ترد على الرق فتزعه ولا بد من اتحاد محلها ما وليس اللبن محل تلك القدرة فان قيل أجزاء الآدمي مضمونة فيجب كون اللبن كذلك يضمن بالاتلاف أحيب بمنع ضمان اجزائه مطلقاً بل المضمون ما انتقص من الاصل حتى لو نبت السن التي قلعت لاضمان الا ما يستوفى بالوطء فانه مضمون وان لم ينتقص شيئاً تغليظاً الامر البضع فجعل ما يستوفى بالوطء في حكم النفس بخلاف من يخرصوف

(٣٦ - فتح القدير خامس) والاول ممنوع فانه اذا استغنى عنه حرم شربه والثاني مسلم لانه غذاء في تربية الصغار لاجل الضرورة فانهم لا يتربون الا بلبن الجنس عادة ولكن لا يدل ذلك على كونه مالا كالبيضة تكون غذا عند الضرورة وليست بمال يجوز ببعه

(قوله لدفع ما عسى أن يتوهم) أقول هذا التوهم بعيد جداً بعد ما سبق قوله ولا اللبن في الضرع (قوله لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز) أقول الماء مشروب طاهر ولا يجوز ببعه قبل الاحراز كالكلاء فعمل أن مجرد ذلك لا يكفي (قوله وتقريره أن الآدمي بجميع أجزائه مكرّم الخ) أقول قياس من الشكل الثاني (قوله لا يرد عليه الرق) أقول يعني استقلالاً (قوله وليست بمال) أقول أي متقوم

قال (ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس (٣٠٣) العين) ونجس العين لا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة لان غيره

لا يعمل عليه فان قيل اذا كان كذلك وجب أن يجوز بيعه أجاب بأنه يوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى بيعه وعلى هذا قيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع جازيبيعه. لكن الثمن لا يطيب للبائع وقال أبو الليث ان كانت الاساقفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغى ان يجوز لهم الشراء ولو وقع في الماء أفسده عند أبي يوسف لان الاطلاق للضرورة ولا ضرورة الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع غير حالة الاستعمال وقال محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ووقوع الطاهر في الماء لا ينجسه وكان المصنف اختار قول أبي يوسف حيث أخره قيل هذا اذا كان منتزعا وما المجرز ووظاهر كذا في الترتاى وقاضيان قال (ولا يجوز بيع شعور الانسان الخ) بيع شعور الادميين والانتفاع بها لا يجوز وعن محمد انه يجوز الانتفاع بها استدلالا بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم حين خلق رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لمفعله اذا تجسس لانتبرك به وجه الظاهر أن الادمي مكرم غير مبتذل وما هو كذلك لا يجوز أن يكون شئ من اجزائه مبتذلا مهانا وفي البيع والانتفاع ذلك

قال (ولا يجوز بيع شعر الخنزير) لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل أفسده عند أبي يوسف وعند محمد رحمه الله لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولا يبيوع رحمه الله ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغيرها (ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع بها) لان الادمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز أن يكون شئ من اجزائه مهانا ومبتذلا

شاة فانه يضمن وان نبت غيره وباتلاف اللبن لا ينتقص شئ من الاصل ولان حرمة المصاهرة تثبت بشربه ففي اشاعته يبيعه فتحليب فساد الانسكحة فانه لا يقدر على ضبط المشترين والبائعين فيشيع فساد الانسكحة بين المسلمين وهذا وان كان يندفع اذا كانت حرمة شربه شائعة بالدار فيعملان شراء ليس بالمنفعة أخرى كشرء الامة المحوسبة بعد اشتها حرمة وطئها شرعا لكنهم يجوزون شربه للكبير هذا وقد أسند الفقيه أبو الليث الى محمد بن سنده متصل قال سمعت الفقيه أبا جعفر يقول سمعت الفقيه أبا القاسم أحمد بن حنبل قال قال نصير بن يحيى سمعت الحسن بن سيهوب يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها لانه لما جازت الاجارة ثبت أن سيده سبيل المنافع وليس سيده سبيل الاموال لانه لو كان مالا لم تجز الاجارة الا ترى ان رجلا لو استأجر بقرة على أن يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جازت اجارة الظئر ثبت أن لبنها ليس مالا هذا وأما المصنف فاتفق على منع أن الادمي مكرم بجميع اجزائه فلا يتبدل بالبيع وسيأتي باقيه (قوله) ولا يبيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له) أو رد عليه انه جعل البيع هنا في ابن المرأة اهانة مانعة من جواز البيع للزوم الاكرام والبيع ينفقه وجعله في مسئلة به ع الخمر والخنزير اعزازا فبطل للزوم الاهانة شرعا والبيع اعزاز وهذا تناقض الجواب أن الفعل الواحد قد يكون بالنسبة الى محل اهانة وبالنسبة الى آخر اكرام مثلا لو أمر السلطان بعض سائسى الدواب أن يلازم الوقوف بالحضرة مع الواقفين كان غاية الاكرام له ولو أمر القاضي بذلك كان غاية الاهانة له فانخر والخنزير في غاية الاهانة شرعا فلو جعل مبيعا مقابلا لبطل معزوز كالدرهم أو الثياب كان غاية اكرامه والادمي مكرم شرعا وان كان كافرا فايراد العقد عليه وابداله به والحاقه بالجادات اذلاله هذا وتعليل المصنف بالنجاسة لمنع البيع برد عليه بيع السرقين فالعمل عليه التعليل بالانتفاع والحاجة اليه مع امكان وجوده مباح الاصل فلا تناقض (ثم يجوز الانتفاع به للضرورة) فان الخرازين لا يتأتى لهم ذلك العمل بدونه (و) هو (يوجد مباح الاصل فلا حاجة الى بيعه) فلم يكن يبيعه في محل الضرورة حتى يجوز وعلى هذا قال الفقيه أبو الليث فلزم يوجد الا بالشراء جاز شراؤه لشمول الحاجة اليه وقد قيل أيضا ان الضرورة ليست ثابتة في الخرز به بل يمكن أن يقام بغيره وقد كان ابن سيرين لا يلبس خفاخر يشعر الخنزير فعلى هذا لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به وروى أبو يوسف كراهة الانتفاع به لان ذلك العمل يتأتى بدونه كما ذكرنا الآن يقال ذلك فرد تحمل مشقة في خاصة نفسه فلا يجوز أن يلزم العموم حرمانه ثم (قال أبو يوسف انه لو وقع في ماء قليل أفسده وعند محمد لا ينجس به لان حل الانتفاع به دليل طهارته) والصحيح قول أبي يوسف لان حكم الضرورة لا يتعداها وهي في الخرز فتكون بالنسبة اليه فقط كذلك وما ذكر في بعض المواضع من جواز صلا الخرازين مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم ينبغى أن يتخرج على القول بطهارته في حقهم أما على قول أبي يوسف فلا وهو الوجه فان الضرورة لم تدعهم الى أن يعلق بهم بحيث لا يقدر على الامتناع عنه وينجم على ثيابهم هذا المقدار (قوله) ولا يجوز بيع شعر الانسان مع قولنا بطهارته (والانتفاع به لان الادمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز أن يكون شئ من اجزائه مهانا ومبتذلا)

ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة والواصلة من تصل الشعر والمستوصلة من يفعل به اذلك فان قيل جعل المصفره الله الله يبيع شعر الخنزير اعزازا فيما تقدم وجعل يبيع شعر الادمى اهانة له والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز ان يكون موجب الامر من متنافيين واجيب بان البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع فان كان مما حقره الشرع فبيعه ومبادلته بما لم يحقره اعزازه فلا يجوز لافضائه الى اعزاز ما حقره الشرع وان كان مما كرمه وعظمه فبيعه ومبادلته بما ليس كذلك اهانة له فلا يجوز لافضائه الى تحقير ما عظمه الشرع فليس ذلك من البيع في شئ وانما هو من وصف المحل شرعا ثم ان عدم جوازهما ليس للنجاسة على الصحيح لان شعر غير الانسان لا ينجس بالمزيلة فشعره وهو طاهر اولى ولان في تناثر الشعور ضرورة وهي تنافي النجاسة وقال الشافعي نجس لحرمه الانتفاع به وهو محجوج بالضرورة ولا بأس باتخاذ القراميل وهي ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون (٣٠٣) النساء أى في اصول شعرهن بالتكثير

وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما رخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائهن قال (ولا يبيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) لانه غير منتفع به قال عليه الصلاة والسلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ) لانها قد طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصها ووصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله) لانها طاهرة لا يخلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل

وفي بيعه اهانة له وكذا في امتهانه بالانتفاع وقد قال صلى الله عليه وسلم فيما ثبت عنه في الصحيحين (لعن الله الواصلة والمستوصلة) والواصلة والمستوصلة فلا واصله هي التي تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة المعمول بها بانها رضاعا وهذا اللعن للانتفاع بما لا يحل الانتفاع به الا ترى أنه رخص في اتخاذ القراميل وهو ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء للتكثير فظهر أن اللعن ليس للتكثير مع عدم الكثرة والامنع القراميل ولا شك أن الزينة حلال قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده فلولا لزوم الاهانة بالاستعمال لصلها بشعر النساء أيضا وفي الحديث لعن الله النامصة والتمتصة أيضا والنامصة هي التي تنقش الحجاب لترقه والتمتصة التي يفعل بها ذلك (قوله ولا يبيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) لانها غير منتفع بها قال صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب) وتقدم في الصلاة تقريره وتحريمه ولا خلاف في هذا فان قيل نجاستها ليست الا لما يحاورها من الرطوبات النجسة فهي متنجسة فكان ينبغي أن يجوز بيعها كالثوب النجس أوجب بان النجس منها باعتبار أصل الخلقة فمالم يزاله فهي كعين الجلد فعلى هذا يكون الجلد نجس العين بخلاف الثوب والدهن النجس فان النجاسة فيه عارضة فلا يتغير به حكم الثوب بحاقبه وهذا السؤال ليس في تقرير المصنف ما يرد عليه أو لا يحتاج الى الجواب عنه فإنه ما عمل المنع الا بعدم الانتفاع به وانما يرد على من عطل بالنجاسة ولا ينبغي أن يعطل بها بطلان بيع أصلها فان بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهي عدم المماثلة فان بيع السرقة جائز وهو نجس العين للانتفاع به كما ذكرنا وأما جواز بيعها بعد الدباغ فحل الانتفاع بها حينئذ شرعا والحكم بطهارتها زيادة تثبت شرعا على خلاف قول مالك وتقدم في الصلاة (ويجوز بيع عظام الميتة وعصها ووصوفها وشعرها) وريشها ومفارقها وظلفها وحافرها

وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما رخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائهن قال (ولا يبيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) لانه غير منتفع به قال عليه الصلاة والسلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ) لانها قد طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصها ووصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله) لانها طاهرة لا يخلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل

وفي بيعه اهانة له وكذا في امتهانه بالانتفاع وقد قال صلى الله عليه وسلم فيما ثبت عنه في الصحيحين (لعن الله الواصلة والمستوصلة) والواصلة والمستوصلة فلا واصله هي التي تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة المعمول بها بانها رضاعا وهذا اللعن للانتفاع بما لا يحل الانتفاع به الا ترى أنه رخص في اتخاذ القراميل وهو ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء للتكثير فظهر أن اللعن ليس للتكثير مع عدم الكثرة والامنع القراميل ولا شك أن الزينة حلال قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده فلولا لزوم الاهانة بالاستعمال لصلها بشعر النساء أيضا وفي الحديث لعن الله النامصة والتمتصة أيضا والنامصة هي التي تنقش الحجاب لترقه والتمتصة التي يفعل بها ذلك (قوله ولا يبيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) لانها غير منتفع بها قال صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب) وتقدم في الصلاة تقريره وتحريمه ولا خلاف في هذا فان قيل نجاستها ليست الا لما يحاورها من الرطوبات النجسة فهي متنجسة فكان ينبغي أن يجوز بيعها كالثوب النجس أوجب بان النجس منها باعتبار أصل الخلقة فمالم يزاله فهي كعين الجلد فعلى هذا يكون الجلد نجس العين بخلاف الثوب والدهن النجس فان النجاسة فيه عارضة فلا يتغير به حكم الثوب بحاقبه وهذا السؤال ليس في تقرير المصنف ما يرد عليه أو لا يحتاج الى الجواب عنه فإنه ما عمل المنع الا بعدم الانتفاع به وانما يرد على من عطل بالنجاسة ولا ينبغي أن يعطل بها بطلان بيع أصلها فان بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهي عدم المماثلة فان بيع السرقة جائز وهو نجس العين للانتفاع به كما ذكرنا وأما جواز بيعها بعد الدباغ فحل الانتفاع بها حينئذ شرعا والحكم بطهارتها زيادة تثبت شرعا على خلاف قول مالك وتقدم في الصلاة (ويجوز بيع عظام الميتة وعصها ووصوفها وشعرها) وريشها ومفارقها وظلفها وحافرها

عظام الميتة وعصها ووصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يخلها الموت لعدم الحياة وقد تقدم في كتاب الصلاة

قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث) أقول قال الزبيلى انما الغنالا لا تنتفع به لما فيه من اهانة المكرم انتهى وفيه بحث (قوله وأجب بان البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع الخ) أقول فيه بحث اذ لو تم ما ذكره لكان البيع بما يماثل في التحقير والتعظيم جائزا وليس كذلك الأنا يقال لا نظير لذلك في الشرع وفيه تأمل أو يقال ما ذكرته كلام على السند واجل الاول أن يقال في جواب أصل السؤال ان بعض الاشياء خلق ما لكافعله مملوكا اهانة له لكونه حطاعا عن درجته وبعض الاشياء أخرجه الله عن دائرة الانتفاع والمملوكية فبعده مملوكا كرفع له عن مرتبته ولا بعد في ايجاب الشئ الواحد أمرين متنافيين في محلين مختلفين الا يرى أن الشمس تبيض الثوب وتسود وجهه القصار وتعقد الملح وتذيب الشمع فليتأمل (قوله فليس ذلك) أقول أى ما ذكر من الاهانة والاعزاز (قوله من المبيع في شئ) أقول لعل المراد أن المبيع ليس موجبا تاما للمعاملة في رد السؤال (قوله فالجواب انه نهى الخ) أقول فيه بحث

(والقبيل كالحنز بن نجس العين عند محمد) اعتبارا به في حرمة اللحم وغيرها قال لا تقع عليه الزكاة واذا دبغ جلده لم يطهر وعندده ما بمنزلة السباع يباع عظمه لانه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس العين بل كان كالكلب وسائر السباع قالوا بيع عظمه انما يجوز اذا لم تكن عليه دسومة واما اذا كانت (٣٠٤) فهو نجس فلا يجوز بيعه قال (واذا كان السفل لرجل وعلاه لاخر فسقطا

أوسقط العلو وحده فباع صاحب العلو لونه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لعدم امكان احرازه والمال هو المحلل للبيع) فان قيل الشرب حق الارض ولهذا قال في كتاب الشرب اذا اشترى أرضا لم يكن له شرب فينسبى أن لا يجوز اجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بل لانه حفظ من الماء لوجوب الضمان بالاتلاف فان من سقى أرض نفسه بماء غيره يضمن ولان له حظا من الثمن ذكره في كتاب الشرب قال في شاهدين شهد أحدهما بشراء أرض بشرها بألف والاخر بشراؤها بألف ولم يذكر الشرب لم تقبل لانهما اختلفا في ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب وانما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار انه ليس بمال بخلاف بيعه معها تبعاً لوالها باعتبار التبعية

قال المصنف (لانه حفظ من الماء) أقول فان قيل سلنا انه نصيب ولكن ليس ذلك

والقبيل كالحنز بن نجس العين عند محمد رجه الله وعندده ما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال (واذا كان السفل لرجل وعلاه لاخر فسقطا أوسقط العلو وحده فباع صاحب العلو لونه لم يجز) لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحلل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بل رجهم الله لانه حفظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب

فان هذه الاشياء طاهرة لا تحلها الحياة فلا يحلها الموت وتقدم في الصلاة (قوله والقبيل كالحنز بن نجس العين عند محمد) فيكون حكمه حكمه وعند أبي حنيفة وأبي يوسف هو كسائر السباع نجس السور واللحم للعين فيجوز بيع عظمه والاتفاق به في الحمل والمقابلة والركوب فكان كالكلب يجوز الاتفاق به قيل وروى ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى لقاطمة سوارين من عجاج وظهر استعمال الناس له من غير تكبر ومنهم من حكى اجماع العلماء على جواز بيعه وفي البخاري قال الزهري في عظام الميتة نحو القبيل وغيره ادركت ناسا من سلف العلماء ينشطون بها ويدهنون فيها لا يرون بأسا وقال ابن سيرين وابراهيم لابأس بتجارة العاج وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة منع بيع الفرد وروى الحسن عنه أنه يجوز بيعه وهو المختار لانه مما ينتفع به في بعض الاشياء (قوله واذا كان السفل لرجل وعلاه لاخر فسقطا أوسقط العلو وحده فباع صاحب العلو لونه لم يجز) لان المبيع حينئذ ليس الا حق التعلي (وحق التعلي ليس بمال لان المال عين يمكن احرازها) واما كها ولا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهواء وليس الهواء املا يباع والمبيع لابد ان يكون أحدهما وقول المصنف (والمال هو المحلل للبيع) تساهل أو تنزىل للتعلي بالمال منزلة المال (بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للارض باتفاق الروايات) فيما اذا كان الشرب شرب تلك الارض أما اذا باع أرضا مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يجوز مفردا كبيع الشرب يوما أو يومين حتى تزداد فوبته وجوزة مشايخ بل كابي بكر الاسكافي ومحمد بن مسلمة لان أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم اليه والقياس يترك بالتعامل كما جوز السلم للضرورة والاستصناع للتعامل (ولانه حفظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب) فانه قال فيه ادعى رجل شراء أرض بشرها بألف فشهد شاهد بذلك وسكت الاخر عن الشرب بطلت شهادتهم ما لا خلافهما في مقدار ثمن الارض لان الذي زاد الشرب نقص من ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب فصارتا مختلفا في مقدار الثمن وقيل لو باع أرضا بشرها فاستحق شربها يحط من الثمن نصيب الشرب واما ضمانه بالاتلاف وهو بان يسقى أرضه بشر غير فهو رواية البردوي وعلى رواية شيخ الاسلام لا يضمن وقيل يضمن اذا جاع الماء ثم أتاه ولا يضمن قبل الجمع وحينئذ فالزام به من رد المختلف فيه الى المختلف فيه فلا يلزم المخالف وعن الشيخ جلال الدين ابن المصنف انه قصر ضمانه بالاتلاف على ما اذا كان شهديه الا ثم رجع بعد القضاء وقال لا وجه للضمن بالاتلاف الا بهذه الصورة لانه لو ضمن بغيرها فاما بالسقي أو يمنع حق الشرب لا وجه الى الاول لان الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا الى الثاني لان منع حق الغير ليس سببا للضمن بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد واما أنه حفظ من الماء فهو عين أو شيء يتعلق بالعين فأورد

النصيب في ملكه وقت البيع وان وجد في أرضه فالماء ليس بملكه فلا يجوز بيعه لا تبعاً ولا منفردا عليه قلت لا حاجة الى وجود العين في ملكه للبيع وقت البيع كافي الاستصناع والسلم فيجوز بيعه أما قوله والماء ليس بملك قلنا اذا وجد في أرضه وأنفذه آخر يضمن علم أنه ملكه كذا في شرح شاهان الا أنه مخالف لما ذكره في شرح قول المصنف ولا يجوز بيع المراعي كما سبق فليتامل وسيجيء في آخر كتاب الشرب بأنه لا يضمن اذا سقى من شرب غيره

قال (وبيع الطريق وهبته جائزة) بيع رقبة الطريق وهبته جائز لكونه معلوما بطوله وعرضه ان بين ذلك وهو ظاهر والا قدر عرض باب الدار العظمى وهو شاهد محسوس لا يقبل النزاع وبيع رقبة المسيل من حيث هو مسيل وهبته اذ لم يبين الطول والعرض لا يجوز الجهالة حيث لا يدري قدر ما يشغله الماء والقيود الاول لانها لا يخرج بيع رقبة من حيث انه نهر فانه ارض مما لو كانت حاز بيعها ذكره شمس الآمنة السرخسي والثاني لانها لا يخرج بيعه من حيث هو مسيل اذ ابين حدوده وموضعه (٢٠٥) فانه جائز ايضا ذكره قاضيخان وهذا

أحد محتمل على المسئلة وبيع
حق المرور وهو حق التطرق
دون رقبة الارض جائز في
رواية ابن سماعة وجعل
في كتاب القسمة لحق المرور
قسما من الثمن حيث قال
دارين رجلين فيهما طريق
لرجل آخر ليس له منهما
من القسمة ويترك للطريق
مقدار باب الدار العظمى
لانه لاحق له في غير الطريق
فان باعوا الدار والطريق
برضاهم يضرب صاحب
الاصل بثلاثين عن الطريق
وصاحب الممر بثلاث الثمن
لان صاحب الدار اثنان
وصاحب الممر واحد
وقسمة الطريق تكون على
عدد الرؤس لأن صاحب
القليل يساوي صاحب
الكثير في الانتفاع
فقد جعل لحق المرور قسما
من الثمن وهو مما يدل على
جواز البيع وفي رواية
الزيادات لا يجوز وصححه
الفقيه أبو الليث لانه حق
من الحقوق وبيع الحقوق
بالانفساد لا يجوز وبيع
التسبيل وهو حق المسيل
لا يجوز وهذا محتملهما الآخر

قال (وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل) والمسئلة تحتل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسبيل فان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لانه له طول وعرض معلوما واما المسيل فجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على احدهما بينه وبين حق التسبيل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعليل وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعليل على احدهما الروايتان ان حق التعليل يتعلق بعين لا يتق عليه انه لو كان عينا ينبغي ان لا يجوز بيعه اذ لم يكن فيه ماء واجب بانه اذا جاوز للضرورة وهو عرضية وجوده كالمسك والاستصناع ثم يتقدر بانه حظ من الماء فهو مجهول المقدار فلا يجوز بيعه وهذا وجه منع مشايخ بخاري بيعه مفردا قالوا تعامل أهل بلدة ليس هو التعامل الذي يترك به القياس بل ذلك تعامل أهل البلاد ليصير اجاعا كالاستصناع والسلم لا يقاس عليه والضرورة في بيع الشرب مفردا على العموم منتفية بل ان تحقق حاجة بعض الناس في بعض الاوقات وبهذا القدر لا يخالف القياس **فرع** باع العلو قبل سقوطه جائز فان سقط قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل القبض **قوله** وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل قال المصنف (المسئلة تحتل وجهين) ان يكون المراد (بيع رقبة الطريق والمسيل) ان يكون المراد (بيع حق المرور) الذي هو التطرق (والتسبيل فان كان الاول) وهو بيع رقبة الطريق والمسيل أي مع اعتبار حق التسبيل (فوجه الفرق بينهما ان الطريق معلوم لانه له طول وعرض معلوما) فان بينه فلا اشكال في حق نفسه وان لم يبينه جاز ايضا وهو المراد بالمسئلة ههنا فانه يجعل مقدار باب الدار العظمى وطوله الى السكة النافذة (أما المسيل فجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله الماء) ومن هنا عرف ان المراد بالمسئلة ما اذ لم يبين مقدار الطريق والمسيل أما لو بين حد ما يسيل فيه الماء أو باع أرض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار حق التسبيل فهو جائز بعد ان يبين حدوده (وان كان) المراد (الثاني) وهو مجرد حق المرور والتسبيل (ففي بيع حق المرور) مجردا (روايتان) على رواية الزيادات لا يجوز وبه أخذ الكرخي لجهالته وعلى رواية كتاب القسمة يجوز فانه قال دارين رجلين فيهما طريق لرجل آخر ليس له منهما من القسمة ويترك للطريق مقدار باب الدار العظمى فانه لاحق له في غير الطريق فاذا بيعت الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلثين عن الطريق وصاحب الممر بثلاث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع انتهى فقد جعل اصحاب حق المرور قسما من الثمن فدل على جواز بيعه وهو قول عامة المشايخ واتفقت الروايات على ان بيع حق التسبيل لا يجوز (فوجه الفرق على احدهما) أي وجه الفرق (بين حق المرور وحق التسبيل) على الرواية المحيرة لبيع حق المرور (ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق أما التسبيل) فان كان على السطح (فهو نظير حق التعليل) لا يجوز باتفاق الروايات ومروجه فساد

وانا عرف هذا فان كان المراد المحتمل الاول فالفرق بينهما بالعلم والجهل كما مر آنفا وان كان المحتمل الثاني فعلى رواية الزيادات لا يحتاج الى الفرق لشمول عدم الجواز وأما على رواية ابن سماعة فالفرق بينهما ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم اما بالبيان أو التقدير كما هو وهو الطريق واما المسيل فاما ان يكون على السطح أو على الارض والاول حق التعليل وهو ليس بمال ولا متعانا به مع كونه مجهولا لاختلاف التسبيل بقله الماء وكثرته والثاني مجهول فعاد الى الفرق في المحتمل الاول وهذه الرواية أعني رواية ابن سماعة في جواز بيع حق المرور تلحق الى الفرق بينه وبين التعليل والفرق بينهما ما ذكره بقوله ان حق التعليل يتعلق بعين لا يتق

وهو البناء فأشبهه المنافع وهو البناء فأشبهه المنافع
وعقد البيع لا يرد عليها أما
حق المرور فيتعلق بعين
تبقى وهو الأرض فأشبهه
الاعيان والبيع يرد عليها
فظهر من هذا أن محل البيع
أما الاعيان التي هي أموال
أو حق يتعلق بها وفيه نظر
لأن السكنى من الأرملة
حق يتعلق بعين تبقى هو
مال ولا يجوز بيعه قال
(ومن باع جارية فاذا هو
غلام) اعلم أن الذكروالانثى
قد يكونان جنسين لفحش
التفاوت بينهما وقد يكونان
جنسا وواحد الغلته فالغلام
والجارية جنسان لأن الغلام
يصل لخدمة خارج البيت
كالتجارة والزراعة وغيرهما
والجارية لخدمة داخل البيت
كالاستفراش والاستيلاد
الذين لم يصلح لهما الغلام
بالكلية والسكس والنهجة
جنس واحد لأن الغرض
السكنى من الحيوانات الأكل
والركوب والحمل والذكر
والانثى في ذلك سواء فالمعتبر
في اختلاف الجنس
والتماثل تفاوت الأغراض
دون الاصل

قوله ومن اشترى عبادة
المصنف ومن باع الخ آقاده
العلامة البحر اوى وسأني
تظيرتها ومن اشترى جارية
الخ كتبه صححه

وهو البناء فأشبهه المنافع أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبهه الاعيان قال (ومن باع جارية
فاذا هو غلام فلا يبيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشاً فاذا هو نهجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق
ينبغي على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد وجه الله وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا في
مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدى الجنس يتعلق بالمشارك به وينعقد
لوجوده ويتخير لقوات الوصف كن اشترى عبداً على انه خباز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا الذكروالانثى
من بنى آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا
دون الاصل

وهو أنه ليس حقا متعلقا بما هو مال بل بالهواء وفي هذا نظر فان ذلك اذا باع حق التعلب بعد سقوط العلو
فانما يكون نظير ما اذا باع حق التسييل على السطح ولا سطح وان كان على الأرض وهو أن يسيل الماء عن
أرضه كي لا يفسدها فيمره على أرض غيره فهو مجهول لجهالة محله الذي يأخذه الماء بقيت حاجة الى
الفرق بين حق التعلب حيث لا يجوز وبين حق المرور حيث يجوز على رواية وإنما احتج الى الفرق لأنه
علل المنع في حق التعلب بأنه ليس بمال فيرد عليه ان حق المرور كذلك وقد جاز بيعه في رواية وفي كل منهما
بيع الحق لا يبيع العين وهو أن حق المرور يتعلق برقبة الأرض وهي مال هو عين فيا يتعلق به يكون
له حكم العين أما حق التعلب فيحق يتعلق بالهواء وهو ليس بعين مال وأما فرق المصنف بأن حق التعلب
يتعلق بالبناء وهو عين لا تبقى فأشبهه المنافع بخلاف الأرض فليس بذلك لان البيع كما يرد على ما يبقى
من الاعيان كذلك يرد على ما لا يبقى وان أشبهه المنافع ولذا صحح الفقيه أبو الليث رواية الزيادات المانعة
من جواز بيعه لان بيع الحقوق المجردة لا يجوز كالسييل وحق المرور (قوله ومن اشترى الى آخره)
اذا اشترى هذه الجارية فظهرت غلاما فالبيع باطل لعدم المبيع وهذه امثالهاتفتنى على الاصل الذي
تقدم في المهر انه اذا اجتمع تسمية وشارة الى شئ كما ذكرنا من هذه الجارية حيث أشار الى ذات وسمهاها
جارية فان المسمى مع المشار اليه جنسان مختلفان كانت العبرة للتسمية لان التسمية أبلغ في التعريف
من الاشارة لان الاشارة تعرف الذات الحاضرة والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فماتلك الذات
وغيرها من ذوات لا تخصي معرفة عند العقل بأشبهاتلك الذات وغيرها ونحن في مقام التعريف
فيتعلق بما تعرفه بلفه أبلغ وحينئذ يبطل العقد لعدم المبيع الذي هو المسمى ذكره المصنف وهو الظاهر
من قول محمد فانه عبرهنا بقوله فلا يبيع بينهما وقيل بل هو فاسد وان كانا من جنس واحد لأن اختلافهما
بالصفة فاحش كان أيضا كاختلاف الجنس فيكون البيع باطلا وان كان قليلا اعتبر الاشارة فينعقد
البيع لو روده على مبيع قائم الأنة ذكر فيه وصف امر غو بافيه فلم يجده المسمى ترى فيثبت له الخيار وقول
المصنف (والفرق يتنى على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد) لا يرد أن الاصل مختلف فيه بل
هو متفق عليه وإنما ذكره محمد في خلافته في المهر مستدلا به على قوله فيما اذا تزوج على هذا الدن من
انحل فاذا هو خرفن الجنسين كل ذكرا مع انثى من بنى آدم وان كان متحدى الجنس المنطقي وهو الذاتي
المقول على كثيرين مختلفين بعمه داخل فقد للحقا مختلفين ما بخلاف الذكروالانثى من سائر الهام
غير الأدي فان البيع ينعقد وثبت الخيار ونقل القدرى عن زفر انه جعل الذكر والانثى من بنى آدم
كالذكروالانثى من غيرهما حكمهم بجواز البيع وأجيب بالفرق بفحش اختلاف الأغراض منهم ما
فالخما بالجنسين فالغلام يراد لخدمة الخارج كالزراعة والتجارة والحراثة والانثى لخدمة الداخل كاللجن
والطبخ والاستفراش بخلاف الغلام فكان اختلافهما كاختلاف الجنس بل ليس الجنس في الفقه
الا المقول على كثيرين لا يتناوت الغرض منها فاحشاً فالجنسان ما يتفاوت منهم ما فاحشاً بل انظر الى الذاتي
وهذا قول المصنف (وهو المعتبر في هذا دون الاصل) يعني المعتبر في انهما جنسان أو جنس واحد تفاوت

كالخل والديس فانهم ما جنسان مع اتحاد أصلهما العنلم التفاوت والوذاري بكسر الواو وفتحها ثوب منسوب الى وذار قرية بسمرقند والزنديجي ثوب منسوب الى زندنه قرية بخاري جنسان مختلفان على ما قال المشايخ في شروح الجامع الصغير واذا عرف هذا فاذا وقعت الاشارة على مبيع ذكر بنسبته فان كان ذلك مما يكون الذكر والاثنى فيه جنسين كبنى آدم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل بانعدامه واذا قال بيتك هذه الجارية فاذا هي غلام يبطل المبيع لقوات التسمية التي هي ابلغ في التعريف من الاشارة فان التسمية لبيان الماهية يعني موصوفا بصفة والاشارة لتعريف الذات يعني مجردا عن بيان صفة (٣٠٧) والابلاغ في التعريف أقوى وان كان

مما يكونان جنسا واحدا فالعقد يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده لان العبرة اذالك للاشارة للتسمية لان ما سمي وجد في المشار اليه فصار حق التسمية مقضيا بالمشار اليه وقد ذكرنا تمام ذلك في كتاب الشكاح في تعلييل محمدرجه الله اذا باع كبشا فاذا هو نجيحة صح البيع لكنه يتخير لقوات الوصف المرغوب فانه اذا خرج عن كونه معرفا جعل للترغيب حذرا عن الاتقاء فصارت كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب فهو بالخيار وقد يشير كلام المصنف الى ثبوت خيار المشتري عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه أنقص لان الظاهر ان صفة الخبز لا تربو على الكتابة وقد ذكر صاحب المحيطة والعتابي كذلك وقال فخر الاسلام وأخوه صدر الاسلام والصدر الشهيد أن الموجودان كان أنقص من المشروط

كالخل والديس جنسان والوذاري والزنديجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما قال (ومن اشترى جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل ان ينقد الثمن الاول لا يجوز البيع الثاني)

الاغراض تفاوتها بعيدا فيكون من اختلاف الجنس أو قربا فيما فيكون من الجنس الواحد دون اختلاف الاصل يعني الثاني واذا قالوا (الخل مع الديس جنسان) مع اتحاد أصلهما بفتحش تفاوت الغرض منهما (والوذاري والزنديجي كذلك والوذاري بفتح الواو وكسرها واغمام الذا ل ثم راء مهملة نسبة الى وذار قرية من قري بمرقند والزنديجي بزاي ثم نون ثم دال مهملة ثم نون أخرى ثم ياء ثم جيم نسبة الى زندنه بفتح الزني والنون الاخيرة والجيم زيدت على خلاف القياس (مع اتحاد أصلهما) هكذا ذكره المصنف عن المشايخ وما ذكر لابي حنيفة في باب المهر يقتضى أنه اعتبر الخل مع الخمر جنسا واحدا ومقتضاه أن يعتبر الخل مع الديس كذلك ومن المختلفين جنسا ما اذا باع فصاعا على انه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل ولو باعه ليلاعلى انه ياقوت أحر قطهر أصفر صح ويخبر كما اذا باع ٣ عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب كذا ذكره المصنف وان كانت صناعة الكتابة أشرف عند الناس من الخبز كان المصنف ممن لا يفرق من المشايخين كون الصفة ظهرت خيرا من الصفة التي عيئت أولا في ثبوت الخيار كما أطلق في المحيطة ثبوت الخيار وذهب آخرون منهم صدر الاسلام وظهير الدين الى انه انما يثبت اذا كان الموجود انقص وصحح الاول لقوات غرض المشتري فان الظاهر ان غرضه من يوم يحتاجه التي عينها الاجماع ليس غرضه الا ان وكان مستندا المفضلين ما تقدم فممن اشترى عبدا على انه كافر فاذا هو مسلم لا خيار له لانه خير مما عين وقد يفرق بأن الغرض وهو استخدام العبد بما يابق به لا يتفاوت بين مسلم وكافر من الزراعة وأمورها أو التجارة وأمورها بخلاف تعيين الخبز والكتابة ونحوه فانه يفيد أن حاجته التي لاجلها اشترى هي هذا الوصف (قوله) ومن باع جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع قبل نقد الثمن (بمثل الثمن) أو أكثر جازان باعها من البائع باقل لا يجوز عندنا وكذا لو اشترى عبده أو مكاتبه ولو اشترى ولده أو والده أو زوجته فكذلك عنده وعندهما يجوز لتباين الاملاك وكان كالمواشتره آخر وهو يقول كل منهن بمنزلة الآخر ولذا لا تقبل شهادة أحدهما للآخر ولو اشترى وكيل البائع بأقل من الثمن الاول جاز عنده خلافا لهما لان تصرف الوكيل عنده يقع لنفسه فلذا يجوز للمسلم أن يوكل ذميا بشراء خروبيعها عنده ولكن ينتقل الملك الى الموكل كما في كان كالمواشتره لنفسه ذات فورته الباقع وعندهما عقد الوكيل كعقده ولو اشتراه وارثه يجوز في ظاهر الرواية عنهم وعن أبي يوسف لا يجوز ولو باعه المشتري من رجل أو وهبه ثم اشتراه البائع من ذلك الرجل يجوز لاختلاف الاسباب بلا شبهة وبه تختلف المسبيات ويقولنا قال مالك وأحمد وقد بقوله قبل نقد الثمن لان ما بعده يجوز بالاجماع بأقل من الثمن

الفائت كان له الخيار وان كان زائدا فهو للمشتري ونص الكرخي على ذلك في مختصره ولكل واحد منهما وجه أما الاول فلان المشتري قد يكون محتاجا الى خيار فبإلزام الكاتب يتضرر فلا يتم منه الرضا وأما الثاني فلما تقدم ان المشتري اذا وجد ثوب المسمى عشرة تسعة خير وان وجد أحد عشر فهو له بالخيار قال (ومن اشترى جارية بألف درهم) من اشترى شيئا بألف درهم (حالة أو نسيئة فقبضه ثم باعه من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن) (٣) قوله كما اذا باع الخ كذا في نسخ ولعلها نسخة وقعت للكامل اه مصححه

قال المصنف (والوذاري والزنديجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما) أقول الوذاري بفتح الواو وكسرها والذا ل المهملة ثوب منسوب الى وذار قرية بمرقند والزنديجي ثوب منسوب الى زندنه قرية بخاري كذا في المغرب

فالبائع الثاني فاسد خلافاً للشايعي هو يقول الملك قد تم فيه بالقبض والتصرف فيه جائز مع غير البائع فكذلك ما عهده وصار كالو باع بمثل الثمن الاول أو بالزيادة على الثمن الاول أو بالعرض وقيمته أقل من الالف وحاصل ذلك ان شراء ما باع لا يتخلو من أوجه اما أن يكون من المشتري بلا واسطة أو بواسطة شخص آخر والثاني جائز بالاتفاق مطلقاً عنى سواء اشترى بالثمن الاول أو بانقص أو بأكثر وبالعرض والاول اما أن يكون بأقل أو بغيره والثاني بأقسامه جائز بالاتفاق والاول هو المختلف فيه فالشايعي رحمه الله يجوز قياساً على الاقسام الباقية واما اذا باع من غير البائع فانه جائز أيضاً بالاتفاق ويحتمل يجوز به بالاثار والمعقول أما الاثر فقال محمد حدثنا أبو حنيفة يرفعه الى عائشة رضي الله عنها ان امرأه أسألتها فقالت اني اشتريت من زيد بن أرقم جارية بثمانمائة درهم الى العطاء ثم بهتت منه بستمانته درهم قبل محل الاجل فقالت عائشة رضي الله عنها بنس ما شريت وبس ما اشتريت أبلفي زيد بن أرقم ان الله أبطل حججه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يذب فأناها زيد بن أرقم معتذرا فقلت عليه قوله تعالى من جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ووجه الاستدلال انها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأجزبه الافعال لا تعلم بالرأى فكان مسموعاً من رسول الله صلى الله عليه وسلم والعقد الصحيح لا يجازى بذلك فكان فاسداً وان زيداً اعتذر اليها وهو دليل على كونه مسموعاً لان في المجهلات كان بعضه من مخالف بعضاً وما كان أحدهما يعتذر الى صاحبه وفيه بحث لجواز أن يقال الخاق الوعيد ليكون البيع الى العطاء وهو أجل مجهول والجواب انه ثبت من مذهبا (٢٠٨) جواز البيع الى العطاء وهو مذهب علي رضي الله عنه فلا يكون كذلك

ولأنها كرهت العقد الثاني حيث قالت بنس ما شريت مع عرائنه عن هذا المعنى فلا يكون لذلك بل لأنهم ما تطرقا به الى الثاني فان قيل القبض غير مذكور في الحديث فيمكن أن يكون الوعيد للتصرف في المبيع قبل قبضه أوجب بأن تلاوتها آية الر بادليل على أنه لا يبا لا لعدم القبض فان قيل الوعيد قد لا يستلزم الفساد كما في تفر يق الولد عن الوالد بالبيع فانه جائز مع وجود الوعيد أوجب بأن الوعيد

وقال الشافعي رحمه الله يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كالو باع بمثل الثمن الاول أو بالزيادة أو بالعرض ولنا قول عائشة رضي الله عنها تلك المرأة وقد باعت بستمانته بعدما اشترت بستمانته بنس ما شريت واشترت ابلفي زيد بن أرقم ان الله تعالى أبطل حججه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يذب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة

وكذا لو باعه بعرض قيمته أقل من الثمن (وقال الشافعي رحمه الله يجوز) كنهما كان كالو باعه من غير البائع بأقل من الثمن أو منه بمثل الثمن الاول أو أكثر أو بعرض قيمته أقل من الثمن بجماع قيام الملك فيه لانه هو المطلق في الاصول التي عينها وتقييمه بالعرض دون أن يقول كالو باعه بخلاف جنسه وقيمته أقل لانه لو باعه بذهب قيمته أقل من الدراهم الثمن لا يجوز عندنا استحساناً بخلافه فزفر وقياسه على العرض بجماع انه خلاف جنسه فان الذهب جنس آخر بالنسبة الى الدراهم وجه الاستحسان انهما جنس واحد من حيث كونهما ثمناً ومن حيث وجب ضم أحدهما الى الآخر في الزكاة فيبطل البيع احتياطاً والزمان اعتبارهما جنساً واحداً بوجوب التفاضل بينهما احتياطاً والجواب انه مقتضى الوجه ذلك ولكن في التفاضل عند بيع أحدهما بغير الآخر اجماع (ولنا قول عائشة) الى آخره ما نقله المصنف عن

عائشة

ليس للبيع ثمة بل لنفس التفر يق حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقاً وأما الثاني

فهو ما قال ان الثمن لم يدخل في ضمان البائع لعدم القبض فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بين الثمنين بقي له فضل خمسمائة بلا عوض وهو باق لا يجوز بخلاف ما اذا باعه من غيره لان الربح لا يحصل للبائع وبخلاف ما اذا اشترى البائع بواسطة مشتراً آخر لانه لم يعد اليه المستفاد من جهته لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان وبخلاف ما اذا اشترى بالثمن الاول لعدم الر باو بخلاف ما اذا اشترى بأكثر فان الربح هناك يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة وبخلاف ما اذا انعم المبيع عند المشتري ثم اشترى البائع بأقل من الثمن الاول لان النقصان يجعل في مقابلته الجزء الفائت الذي احتبس عند المشتري وبخلاف ما اذا اشترى بدنانير قيمتها أقل من الثمن الاول فيساو هو وقول زفر لان ربا الفضل لا يتحقق بين الدراهم والدنانير وفي الاستحسان لا يجوز لانهم من حيث الثمنية كالشي الواحد فيثبت فيه شبهة الربح

(قوله والثاني بأقسامه جائز بالاتفاق مطلقاً) أقول الامن وارثه نص عليه الاتقاني وغيره (قوله فقالت عائشة بنس ما شريت) أقول أي بيعت فان الشرا من الاضداد قال المصنف (ان الله أبطل حججه وجهاده مع رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم) أقول هذا على سبيل التويج والتهديد (قوله فلا يكون لذلك بل لأنهم ما تطرقا به) أقول قوله فلا يكون أي الوعيد وقوله لذلك أي لكون البيع الى العطاء قوله تطرقا به أي بالبيع الى العطاء (قوله دليل على انه لا يبا بالعدم القبض) أقول فيه بحث

عائشة يفيد أن المرأة هي التي باعت زيدا بعد أن اشترت منه وحصل له الربح لأن شريته بعناه بعته قال تعالى وشروه بثمن بخس أي باعوه وهو رواية أبي حنيفة فإنه روى في مسنده عن أبي اسحق السبيعي عن امرأة أبي السقران امرأة قالت لعائشة رضي الله عنها إن زيدا من أرقم باعني بثمانمائة درهم ثم اشترها مني بثمانمائة فقالت أبلغه عنى إن الله أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب في هذا أن الذي باع زيدا ثم اشتره وحصل له الربح ولكن رواية غير أبي حنيفة من أنه الحديث عكسه روى الامام أحمد بن حنبل حدثنا محمد بن جعفر حدثنا شعبة عن أبي اسحق السبيعي عن امرأة أنها دخلت على عائشة هي وأم ولد زيدا من أرقم فقالت أم ولد زيدا لعائشة انى بعته من زيد غلاما بثمانمائة درهم نسيته واشترته بثمانمائة فقد افقالت أبلغى زيد أن قد أبطلت جهادك مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الآن أنتوب بثمن ما اشتريته وبئس ما شريت وهذا فيه أن الذي حصل له الربح هي المرأة قال ابن عبد الهادي في التمتع هذا السناد جيد وان كان الشافعي قال لا يثبت مثله عن عائشة وقول الدارقطني في العالية هي مجهولة لا يحتج به فيه نظر فقد خالفه غير واحد ولولا أن عند أم المؤمنين عليا من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن هذا محرم لم تستجز أن تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد وقال غيره هذا مما لا يدركه بالرأى والمراد بالعالية امرأة أبي اسحق السبيعي التي ذكر أنهم دخلت مع أم الولد على عائشة قال ابن الجوزي قالوا إن العالية امرأة مجهولة لا يحتج بنقل خبرها قلنا هي امرأة جليظة القدر ذكرها ابن سعد في الطبقات فقال العالية بنت انفع بن شراحيل امرأة أبي اسحق السبيعي سمعت من عائشة وقولها بثمن ما شريت أي بعته قال تعالى وشروه بثمن بخس أي باعوه وانما ذمت العقد الاول لانه وسيلة وذمت الثاني لانه مقصود وبالفساد روى هذا الحديث على هذا النحو عبد الرزاق قال أخبرنا معمر والثوري عن أبي اسحق عن امرأة أنهم دخلت على عائشة في نسوة فسألتهن امرأة فقالت كانت لي جارية فبعتها من زيد بن أرقم بثمانمائة الى العطاء ثم ابتعتها منه بثمانمائة فنقدته الستمائة وكتب لي عليه ثمانمائة فقالت عائشة الى قولها الآن أنتوب وزاد فقالت المرأة لعائشة أرايت ان أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل فقالت فن جاءه وعظته من ربه فأنهت في فله ما سلف لا يقال إن قول عائشة وردها لجهالة الاجل وهو البيع الى العطاء فان عائشة كانت ترى جواز الاجل الى العطاء ذكره في الاسرار وغيره والذي عقل من معنى النهي انه استرجع ما ليس في ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجوع ما لم يضمن وهذا لان الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض فاذا عاد اليه المالك الذي زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن فهو يرجع حصوله لاعلى ضمانه من جهة من باعه وهذا الوجود فيما اذا اشتره بثمن أو أكثر فبطل الحاق الشافعي بذلك بخلاف ما لو باعه المشتري من غير البائع فاشتره البائع منه لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف الاعيان حكما وكذا لو دخل في المبيع عيب فاشتره البائع بأقل لان المالك لم يعد اليه بالصفة التي خرج فلا يتحقق رجوع ما لم يضمن بل يجعل النقصان مقابله الجزء الذي احتبس عند المشتري سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب أو دونه حتى لو كان النقصان نقصان سعر فهو غير معتبر في العقود لانه فتور في رغبات الناس فيه وليس من فوات جزء من العين ولذلك اذا اشتره بخس آخر غير الثمن جاز لان الربح لا يتحقق عينه مع اختلاف الجنس لان الفضل انما يظهر بالتقويم والبيع لا يعقب ذلك بخلافه بجنس الثمن الاول لظهوره بالتقويم وقد أورد عليه تجوز كون انكار عائشة لوقوع البيع الثاني قبل قبض المبيع اذا قبض لم يذكر في الحديث قلنا لا يصح هذا لانها ذمته لاجل الربا بقرينة تلاوة آية الربا وليس في بيع المبيع قبل القبض ربا ولا يخفى ضعف هذا الجواب لان تلاوة الآية ظاهرة في كونها الاشماله على قبول التوبة جوابا لبقول المرأة أرايت ان أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل كان هذا مع التوبة فقلت آية ظاهرة في قبول التوبة وان كان سوقها في القرآن في

قال (ومن اشترى جارية بمائة) هذه من فروع المسئلة المتقدمة لانها منبئة على شراء مائة باء باقل مما باء باء قبل نقد الثمن ولهذا يجوز البيع في التي اشترىها من البائع وبينه ما قال لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا الاخرى باقل مما باء وقد تقدم فساد ونوقض بما اذا باء مائة بالف وخمسة مائة فان البيع فاسد ذكرها في جامعها العلمان في الاتقان شمس الائمة وفخر الاسلام ولو كان الفساد في المسئلة الموضوع في الكتاب كاذ كترتم لفساد البيع لان عند القسمة يصيب كل واحد منهما أكثر من خمسة مائة فلا يجزى فيه الاصل المذكور واجب بان الفساد لتعدد جهات الجواز وبينه اننا لو جعلناه باءا مائة باءا فان جعلنا الف باءا جاز وهم جاز وليس البعض بالجل عليه أولى من بعض فامتنع الجواز وفيه نظر لان اضافة الفساد الى تعدد جهات الجواز يشبه الفساد في الوضع فلا تكون صحيحة على أنه معارض بان تجعل الجارية التي لم يشترها منه في مقابلة مائة ومائتين والمائة أو أقل أو أكثر فتعدد جهات الجواز وليس البعض أولى وبان كل جهة تصلح أن تكون علة للجواز فاعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز مرجحة عليها ترجيحاً بكثر الأداة وهو لا يجوز على ما عرف والاولى أن يقال جهات الجواز تقتضيه وجهات الفساد تقتضيه والترجح هنا للفسد ترجيحاً للمعروف ولا يسرى الفساد منها الى غير المشتراة لان الفساد ضعف فيها لا مورا لانه محتمد فيه بخلاف الشافعي المتقدم وفيه نظر أما اول فلان كونه محتمداً فيه ان كان لخلاف الشافعي فلا يكاد يصبح لان خلاف الشافعي كان بعد وضع المسئلة فكيف يوضع المسئلة بناء على شيء لم يقع بعد ولان أبا حنيفة رحمه الله أبطل اسلام القوهية في القوهية والمروية مع أن فساد العقد بسبب الجنسية محتمد فيه فانه لو أسلم قوهياً في قوهي جاز عند الشافعي ومع ذلك تعدى فساد (٣١٠) ذلك الى المقرون به وهو اسلام القوهي في المروي وأمالان الفساد في المشتراة باعتبار

شبهة الربا فلا تعتبرها في التي ضمت اليها كان ذلك اعتباراً للشبهة المشبهة وهي غير معتبرة وسببه أن في المشتراة شبهة أتر بأن في المسئلة الاولى انما لم يصح شراء مائة باء باقل مما باء قبل نقد الثمن لشبهة الربا لان الف وان وجب للبائع بالعقد الاول لكنها على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها عيباً فبردها فيسقط الثمن عن المشتري وبالبائع الثاني

قال (ومن اشترى جارية بمائة ثم باءها وأخرى معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بمائة فالبائع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى) لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا الاخرى باقل مما باء وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبنا ولا يشيع الفساد لانه ضيف فيها لكونه محتمداً فيه اولاً لانه باعتبار شبهة الربا ولا نه طارئ لانه يظهر بانفسام الثمن أو المقاصة الربا وأورد عليه طلب الفرق بين النهي عن بيع الولد الكائن مع أمه مفرداً لم يوجب الفساد فلم أوجبه هذا النهي أوجب بأن النهي اذا كان لا مبرر رجوع الى نفس البيع أو حبه وان كان لا مبرر خارج لا والنهي فيما ذكره للتفرقة بين النفس البيع حتى لو فرق بينهما بغير البيع ثم فیکره البيع في نفسه كالبيع وقت الذاء وهناه ولشبهة الربا وهو مخصوص بالبيع ولشبهة الربا بحكم حقيقته (قوله ومن اشترى جارية بمائة ثم باءها وأخرى معها من البائع) بمائة فالبائع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى) وهذا فرع المسئلة السابقة وهي ان شراء مائة باء من المشتري باقل مما باء به قبل نقد الثمن لا يجوز (و) وجهه (أنه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا الاخرى) والتي باءها (باقل مما باء وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبنا)

يقع الامن عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشترياً بالثمن بمائة من هذا الوجه والشبهة ملحقه بالحقيقة في باب وهي الربا وأمالان الفساد طارئاً وجهين أحدهما أنه قابل الثمن بالجاريتين وهي مقابلة صحيحة اذ لم يشترط فيها أن يكون باءا مائة باء من الثمن الاول لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض باءا مائة والبعض باءا مائة ففسد البيع فيما باء ولا شك في كونه طارئاً فلا يتعدى الى الاخرى ولا يشك كل بما اذا جاع بين عبد ومدر وباعها مائة ففسد المقارن لان قبول كل منهما شرط لصحة العقد في الآخر والعقد جائز في العبد لان شمس الائمة قد قال البيع في المدر غير فاسد ولهذا أجاز القاضي بيعه جازاً ولكنه غير نافذ حتى المدر وذلك المعنى فيه لا في العقد فانه لا يتعدى الى الآخر والثاني المقاصة فانه لم يباها بالف

(قوله وبينه اننا لو جعلناه باءا مائة باءا) أقول أنت الضمير الراجع الى الموصول باعتبار كونه عبارة عن الجارية (قوله والاولى أن يقال جهات الجواز تقتضيه وجهة الفساد تقتضيه) أقول فيه بحث ثم اعلم أن الضمير الاول في قوله تقتضيه راجع الى الجواز والضمير الثاني في تقتضيه راجع الى الفساد (قوله وفيه نظر أما أولاً فلأن كونه محتمداً فيه الخ) أقول يجوز أن يقال المراد من قوله محتمد فيه أنه محل للاحتجاج قابل له وقوله بخلاف الشافعي دليل على ذلك فانه لو لم يكن محتمداً لم يخالف الشافعي فيه فليتدبر (قوله ومع ذلك تعدى فساد ذلك الخ) أقول وأوجب بان السلم مبني على المضايقة فلذلك اعتبر فيه شروط لم تعتبر في مطلق البيع فيناسبه السرية بخلاف ما نحن فيه وأجاب في الكافي بجواب آخر فرأه (قوله لان شمس الائمة قد قال البيع في المدر) أقول تعليل قوله ولا يشك الخ (قوله والثاني المقاصة) أقول معطوف على قوله أحدهما انه قابل للثمن

وهي التي ضمت اليها وأورد عليه أن علم الفساد في التي باعها ثم اشتراها لو كان أصابة حصتها أيها أقل
 من خمسمائة المستلزم لشراؤها بأقل مما باعها به لزم أن لا يفسد البيع في التي اشتراها بخمسمائة لو باعها
 وأخرى معها ألف وخمسمائة لأن عند تقسيم الثمن عليها يصيب كل منهما أكثر من خمسمائة فليس
 فيه شراؤها بأقل مما باع قبل نقد الثمن لكن ذكره لأنه أيضا فاسد أوجب بأن الفساد في هذه
 لمعنى آخر وهو تكثر جهات الجواز وليس البعض في الحمل عليه أولى من البعض فامتنع الجواز بخلاف
 الاكراه وأمثاله حيث يتجرى الجواز فيها بتعيين جهة الجواز على ما يجي في كتاب الصرف وهذا
 لو صح لزم أن يمتنع ثبوت موجب له موجبات تثبت له دفعة فتمتنع تعدد العلل لأنه يقال فيها مثل ذلك
 ثم لا يشيع الفساد في الجارية تبين وما أشبع قول قائل إذا كثرت جهات الحل بلا معارض يحرم والحق
 أن ينه ما فرقا فان هناك الموجبات متحققة وهما الجوز موقوف على الاعتبار فإذا اعتبر واحد
 أمكن اعتبار غيره ولكنه لا يزيد النظر الا وكادة فان الآخر قبل الاعتبار لا وجود له ومع ذلك لم يعمل
 الجوز الذي وجد ونحقق بتحقيق الاعتبار فليستأمل وحين فهم بعض الشارحين ضعف هذا الوجه
 عدل الى وجهه ذكر أنه الوجه وهو أن من الممكنات أن يغتفر في مقابلة الجارية الاولى من الالف
 وخمسمائة أقل من خمسمائة واجتمع فيها محرم ومبيح فيفسد وليس هذا من المذهب في شيء بل اذا
 اجتمع فيه اعتبر وجه الصحة تصحها كما سيأتي في بيع قفيز حنطة وقفيز شعير بقفيز حنطة وشعير
 حيث يصح ويتجرى للجواز اعتبار التصحيح تصرف المسلم ولا اشكال فيه على قولهما بل على قوله لان
 مذهب أبي حنيفة أن البيع اذا فسد به فسد كله اذا كان الفاسد مقارنا دفعة المصنف بوجه
 أولها أن الفساد فيما بيعت أو لا ضعف لاختلاف العلماء فيه كما ذكرنا من مذهب الشافعي فلم
 يسر للآخر كما اذا اشترى عبدان فاذا أحدهما مد بولا يفسد في الآخر كذلك بخلاف الجمع بين
 حر وعبد واستشكل على الواسم قوهما في قوهي ومروى فانه باطل في الكل عنده وعندهما يصح في
 المروى كالأسم حنطة في شعير وزيت عنده يبطل في الكل وعندهما يصح في حصة الزيت مع ان فساد
 العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فان اسلام هروري في هروري جائز عند الشافعي ولا يخلص منه
 الابتغىر تعليل تعدى الفساد بقوة الفساد بالاجماع عليه الى تعليله بأنه يجعل الشرط الفاسد في
 أحدهما وهو شرط قبول العقد في هروري شرط القبول في المروى فيفسد في المروى بالشرط
 الفاسد وفي هروري بالتمام الجنس وكذا اعترف به شمس الأئمة بعد أن علل هو به في شرح الجامع
 ثانيها ان الفاسد في الاولى لشبهة الربا وسلامة الفضل للبايع الاول بلا عوض ولا ضمان يقابله وهو
 منتف في المضمونة فلوا اعتبرنا تلك الشبهة في التي ضمت الى المشتراة أولا كان اعتبارا لشبهة الشبهة
 وهذا أحسن من تقريرها فاضحان اعتبار الشبهة بأن الالف وهو الثمن الاول على شرف السقوط
 لاحتمال أن يجد المشتري بها عيبا فبرده فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يقع الامن عنه فيكون
 البايع بالعقد الثاني مشتريا فالبايع الخمسمائة ثالثها ان الفاسد في الاول طارئ غير مقارن وله وجهان
 أحدهما انهما لم يذكرا في العقد ما يوجب فساد فانه قابل الثمن بالجارية وبين هذه المقابلة صحيحة ولكن
 بعد ذلك ينقسم الثمن على قيمتها فيصير البعض بازاء ما لم يبيع فحينئذ يفسد البيع فيما باعه وهذا فساد
 طرأ الا لان الانقسام بعد وجوب الثمن أي بعد وجوب الثمن على البايع بالعقد الثاني فلا يتعدى
 الى الاخرى والاخر بسبب المقاصة فان المقاصة تقع بين الثمن الاول والثمن الثاني فيبقي من الثمن الاول
 فضل بلا عوض وذلك لان البايع الاول لم يباعه بألف ثم اشتراها بخمسمائة قبل النقد فتقاصا
 الخمسمائة بخمسمائة مثلها فيبقي للبايع من الثمن الاول فضل خمسمائة أخرى مع الجارية والمقاصة

ثم اشتراها قبل نقد الثمن
 بخمسمائة فتقاصا
 خمسمائة بخمسمائة مثلها
 بقي للبايع خمسمائة أخرى
 مع الجارية والمقاصة تقع
 عقيب وجوب الثمن على
 البايع بالعقد الثاني
 فيفسد عنددها وذلك
 لا شك في طرده

فلا يسرى الى غيرها قال (ومن اشترى زيتا على أن يزنه بظرفه الخ) اشترى زيتا على أن يزنه وبطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد فانه شرط ما لا يقتضيه (٢١٣) العقد فان مقتضاه أن يطرح عنه دون الظرف ما يوجد وعسى يكون

فلا يسرى الى غيرها قال (ومن اشترى زيتا على أن يزنه بظرفه في طرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد ولو اشترى على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز) لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال (ومن اشترى سمنيا في رزق فردا الظرف وهو عشرة أرطال) فقال البائع الرزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلاف في تعيين الرزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا وان اعتبر اختلاف في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة

تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عندها فهو طارئ فلا يظنه - ربي الاخرى كمن باع عبدين صفقة وبين ثمن كل ثم الحقاقي ثمن أحدهما أجلا هو وقت الحصاد فسد البيع فيه ولا يتعدى الى الآخر فكذا ما ضمن فيه وأورد ينبغي أن يفسد العقد في الآخر لمعنى آخر وهو انه جعل قبول العقد فيما لا يصح وهو ما باعه أو لا شرط القبوله في الآخر قلنا قبول العقد فيه ليس شرط فاسدا الا يرى أنه لو كان ثمنه مثل الثمن الاول أو خلاف جنسه كان صحيحا وانما الفساد لاجل الرجحان لا على ضمائه وهذا يقتصر على العبد الذي باعه ولا يتعدى الى العقد الثاني وفي المبسوط لو اشترى البائع مع رجل آخر جاز من الاجنبي في نصفه ولو ولدت الجارية عند المشتري ثم اشترى منه بأقل ان كانت الولادة نقصتها جاز كما لو دخلها عيب عند المشتري ثم اشترى منه بأقل وان لم تنقصها لا يجوز لانه يحصل به رجحان لا على ضمائه (قوله ومن اشترى زيتا في ظرف) صورته في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي خنيفة في رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو ألف رطل على أنه يزنه بظرفه في طرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا قال هذا فاسد وان كان على أن تطرح عن وزن الظرف فهو جاز لانه شرط يقتضيه العقد وهو شرط أن يتعرف قدر المبيع من غيره ليخص بالثمن بخلاف قوله على أن يزنه فتطرح عنه لكل ظرف عشرة أرطال أو خمسين فان البيع حينئذ فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين لان زنة الظرف قد تكون أقل من خمسين فيكون البيع بشرط ترك المبيع وهو نفع للمشتري وقد تكون أكثر منه فيكون البيع بشرط اعطاء ثمن لا في مقابلة مبيع وفيه نفع للبائع والمستثله بعدها فرع عليها وهو ما في الجامع رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الرزق كل رطل بدرهم فوزنه بترقه فبلغ مائة وقبضه المشتري فقال وجدت السمن تسعين رطلا والرزق هذا وزنه خمسة أرطال فالقول قول المشتري مع يمينه الآن يقيم البائع اليمنه (لان هذا) الاختلاف (ان اعتبر اختلاف ارجعها الى تعيين الرزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان) كالغاصب (أو أمينا) كالمودع ولان البائع يدعي علمه زقا آخر والمشتري ينكر الزيادة وان اختلفا في قدر السمن المقبوض فرجعه خلاف في قدر الثمن (فالقول قول المشتري لانه ينكر الزيادة) واستشكل مسألتين احدهما ما اذا باع عبدين وقبضهما المشتري ومات أحدهما عنده وجاء بالآخر برده بعيب فاختلفا في قيمة الميت فالقول للبائع كما سياتي في باب التحالف والثانية ان الاختلاف في الثمن يوجب التحالف وهنا جعل القول للمشتري على تقدير اعتباره اختلاف في الثمن أجيب عن الاول بأنهما مع هذه طرد فان كون القول للمشتري لانكاره الزيادة وهناك انما كان للبائع لانكاره الزيادة وعن الثاني بأن التحالف على خلاف القياس فيها عند ورود الاختلاف في الثمن قصدا وهنا الاختلاف فيه تبع لاختلاف فهم ما في الرزق المقبوض أهو هذا أو لا فلا

وزنه أقل من ذلك أو أكثر فشرط مقدار معين بخالف لمقتضاه وان اشترى على أن يزنه وبطرح عنه بوزن الظرف جاز لكونه موافقا لمقتضاه قال (ومن اشترى سمنيا في رزق الخ) ومن اشترى سمنيا في رزق وردا الظرف فوزن في عشرة أرطال فقال البائع الرزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري لان هذا الاختلاف أما ان يعتبر في تعيين الرزق المقبوض أو في مقدار السمن فان كان الاول فالمشتري قابض (والقول قول القابض ضمينا) كان كالغاصب (أو أمينا) كالمودع وان كان الثاني فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن (فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة) والقول قول المنكر مع يمينه فان قيل الاختلاف في الثمن يوجب التحالف فما وجه العدول الى الخلف أجيب بانه يوجب اذا كان قصدا وهذا ضمنى لو وقع في ضمن الاختلاف في الرزق والفقهاء فيه أن الاختلاف الابتدائي في الثمن انما يوجب التحالف ضرورة أن كل واحد منهما مدع عقد آخر

يوجب

وأما الاختلاف بناء على اختلاف فهم ما في الرزق فلا يوجب اختلاف فهم ما في العقد فلا يوجب

قال المصنف (ومن اشترى سمنيا في رزق فردا الظرف) أقول ذلك واستطردى فانه ليس من مسائل البيع الفاسد

قال (واذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خرا وشرا ثم افسحل جاز عند أبي حنيفة خلافا لهما) وحكم التوكيل في الخنزير ونوكيل المحرم حلالا ببيع صديده على هذا الخلاف فالموكل لا يلبى هذا التصرف فلا يولى غيره كتوكيل المسلم بجوسيات تزويج بجوسية ولان ما ثبت للتوكيل ينتقل الى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه ولو باشره بنفسه لم يجز فكذا التوكيل به وقال أبو حنيفة المعترف في هذا الباب أهليتان أهلية الوكيل وأهلية الموكل فالاولى أهلية العاقده هي أهلية التصرف (٢١٣) في المأموره وللنصراني ذلك

والثانية أهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكما للعقد لا يلزم انفكاك المازوم عن الأتري الى صحته ثبوت ملك الخمر للمسلم ارنا اذا سلم مورثه النصراني ومات عن خنجر وخنزير لا يقال الوراثه أمر جبري والتوكيل اختياري فأني يتشبهان لان ثبوت الحكم أعني الملك للموكل بعد تحقق العلة أعني مباشرة الوكيل جبري كذلك تثبت بدون اختياره كما في الموت الأتري أن المأذون له النصراني اذا اشترى خرا يثبت الملك فيها لمسواه المسلم بالاتفاق واذا ثبتت الاهليتان لم يمنع العقد بسبب الاسلام لانه جالب لاسباب ثم الموكل به ان كان خرا خله او ان كان خنزيرا سببه لكن قالوا هذه وكالة مكرهه أشد كراهة وقولهما الموكل لا يلبى فلا يولى غيره منقوض بالوكيل بشراء عبده بعتنه اذا وكل آخر بشرا لانه لنفسه فانه يثبت الملك للوكيل الاول وهو بنفسه لا يلبى الشراء لنفسه وبالقاضي اذا

قال (واذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خرا وشرا ثم افسحل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجوز على المسلم) وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا نوكيل المحرم غيره ببيع صديده لهما ان الموكل لا يلبى فلا يولى غيره ولان ما ثبت للتوكيل ينتقل الى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز ولا يلبى حنيفة رحمه الله ان العاقده هو الوكيل بأهليته وولايته وانتقال الملك الى الأمر أمر حكمي فلا يمنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خرا يخلله او ان كان خنزيرا يسيبه

يوجب التحالف (قوله) واذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خرا وخنزير أو شرا ثم افسحل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) حتى يدخل الخمر والخنزير في ملك المسلم الموكل فيجب أن يخل الخمر أو يرقها ويسبب الخنزير وهذا في الشراء وفيما اذا كان التوكيل بالبيع بأن كان في ملك المسلم خرا أو خنزير وصورته أن يكون كافرا فيسلم عليهم ويموت قبل أن يزيلهما وله وارث مسلم فيرثهما فيؤكل كافرا ببيعهما ما فعله أن يتصدق بثمنهما التمكن الخبث فيه قال صلى الله عليه وسلم ان الذي حرمها حرم بيعها وأكل غيرها وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى لا يصح هذا التوكيل وحاصل الوجه من جانبهم اثبات المانع الشرعي من هذا التوكيل ومن جانبه عدم المانع بالقدح في مانعية ما جعلوه مانعا فيبقى الجواز على الاصل لهم ان الموكل لا يملك بنفسه فلا يملك تولية غيره فيه وهذا معنى قول المصنف (الموكل لا يلبى غيره لا يولى) بنصب غيره لانه مفعول مقدم ليولى كما انه لم يملك تزويج الجوسية لا يملك توكيل غيره بتزويجها باها (ولان ما ثبت للوكيل) من الملك (ينتقل الى الموكل فصار كأنه باشر) الشراء أو البيع (بنفسه فلا يجوز ولا يلبى حنيفة ان الوكيل) في البيع (يتصرف بأهلية نفسه) لنفسه حتى لا يلزمه أن يضيف العقد الى موكله وترجع حقوق العقد اليه حتى يطالب بالثمن ويرد بالعيب عليه وهو أهل لبيع الخمر وشرا ثم افسحل فلا مانع شرعا من توكله والمسلم الموكل أهل لان يثبت له ما ثبت للوكيل من ثبوت الملك كما ذكرنا من صدوره ثبوت الملك الجبري له فيه ما فاتت في المانع الشرعي والملازمة الشرعية امتناع التوكيل لامتناع مباشرته ممنوعة بمسائل منها ان الوكيل بشراء عبده بعينه لا يملك شراءه لنفسه وملك التوكيل بشرا لانه لنفسه ومنها ان القاضي لا يملك بيع خرا أو خنزير خلفه ذي ورثه الى القاضي وملك توكله به وكذا الوصي المسلم الذي لا يملك بيع خره وملك التوكيل به والمريض مرض الموت لا يملك البيع بما يتبعان في مثله اذا كان عليه ديون مستغرقة ويجوز زمن وصيه به دمونه وكذا لا يبيع الام عرض الولد ووصيه باي يده اذ لم يكن من ميراثها فان قيل ان قلت ان عتق المسلم لها يثبت جبراً عن سبب جبري كالموت سلمناه أو عن سبب اختياري منعناه وهنا كذلك اذا التوكيل اختياري والملك مترتب عليه اذ لا وجود له في الشرع قلنا فاختار الثاني وتمنع ان التوكيل بسبب الملك بل الشراء وانما هو اختياري للوكيل لا الموكل وليست الوكالة سبباً بل شرط وانما سببه اختيار الوكيل واختياره ليس لازماً للوكالة ولا مسبباً عنها اذ لا يلزمه الشراء بقي أن يقال اذا كان حكم هذه الوكالة في البيع أن لا يتمتع بالثمن وفي الشراء أن بسبب الخنزير ويريق الخمر أو يخلله باقى نصران غير معقب لفائدته وكل ما هو كذلك ليس مشرووع وقد روي عن أبي حنيفة

أمر ذمياً ببيع خرا وخنزير خلفه ذي آخر وهو لا يلبى التصرف بنفسه وبالذمي اذا أوصى لمسلم وقد تر كهما فان الوصي بوكيل ذمياً بالبيع والقسمه وهو لا يلبى ذلك بنفسه والقياس على تزويج الجوسية مدفوع فان حقوق العقد في التساكن ترجع الى الموكل والوكيل سفير لا غير

قال المصنف (كما اذا ورثهما) أقول وصورته انهما بان كانا ذمياً فأسلم قات قبل التخليل والتسيب فورثهما الوارث (قوله لا يقال الى قوله لان ثبوت الحكم) أقول لان ثبوت الحكم الخ جواب لقوله لا يقال الوارث الخ

قال (ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يديره أو يكتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد) لان هذا بيع وشروط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشروط

أن هذه الواكالة تذكره أشد ما يكون من الكراهة وهي ليس الا كراهة التحريم فأى فائدة في الصحة (قوله) ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يديره أو يكتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشروط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشروط قال الطبراني في معجمه الوسيط حدثنا عبد الله بن أيوب المقرئ حدثنا محمد بن سليمان الذهلي حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال قدمت مكة فوجدت بها أبان خيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة فسألت أبان خيفة عن رجل باع بيعا وشروط شرطها فقال البيع باطل والشروط باطل ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال البيع جائز والشروط باطل ثم أتيت ابن شبرمة فسألته فقال البيع جائز والشروط جائز فقلت يا سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة فأتيت أبان خيفة فأخبرته فقال لا أدري ما قالوا حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع وشروط البيع باطل والشروط باطل ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته فقال ما أدري ما قالوا حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت أمرني النبي صلى الله عليه وسلم ان اشتري بريرة فأعتقتها البيع جائز والشروط باطل ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال ما أدري ما قالوا حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر رضي الله عنه قال بعث من النبي صلى الله عليه وسلم ناقة وشروط لي جلائم الى المدينة البيع جائز والشروط جائز وكذا رواه الحاكم في كتاب علوم الحديث ومن جهة الحاكم ذكره عبد الحق في أحكامه وسكت عليه وقد ظهر من هذا أن في المسئلة ثلاثة مذاهب مستدل عليها فلا بد من النظر فيها فأما حديث عمرو بن شعيب فلا يحتمل الا التخصيص فلهذا الساقى رحمه الله عليه واستثنى من منع البيع مع الشروط البيع بشرط العتق بحديث بريرة فان النبي صلى الله عليه وسلم ما ردني حديثها الا الولاء و ذكر الاقطع انها رواية عن أبي خنيفة رضي الله عنه وحديثها في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت جاءتني بريرة فقالت كانت أهلى على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني فقلت ان أحب أهلك ان أعد هاهم ويكون ولاؤك لي ففعلت فذهبت بريرة الى أهلها فقالت لهم فأبو اعلمها فباعت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت انى عرضت عليهم ذلك فأبوا الا أن يكون الولاء لهم فأخبرت عائشة رضي الله عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خذهم واشترطى لهم الولاء فان الولاء لمن أعتق ففعلت عائشة الحديث وفيه دليل على جواز بيع المكاتب اذا رضى بالبيع وفيه ابطال قول من منع بيعه وقال انما اشترطت عائشة الولاء بسبب ما وقع في بعض الروايات وهو ان أحبوا أن أفضى عنك كتابتك وذلك لانه صلى الله عليه وسلم قال انما الولاء لمن أعتق وردت في تراجمهم الولاء لانفسهم والعتق من عائشة رضي الله عنها وهذا الخلاف فيه ولو قال قائل ان الشرط اذا كان أمرا لا يحصل شرعا مثل أن يشترط أن لا يقع عتقك اذا أعتقته يبطل هودون البيع فانه لغو لا يمكن المشروط عليه أن يفعله فيتم البيع كأنه لم يذ كراذ كان خارجا عن طاعة من شرط عليه أمكن ويكون أصل هذا حديث بريرة وأما الخنيفة فأعمال مخصوصه به لان العام عندهم يعارض الخاص ويطلب معه أسباب الترجيح والمرجح هنا للعام وهو نهى عن بيع وشروط وهو كونه مانعا وحديث بريرة مبيح فيجمل على ما قبل النهى لان القاعدة الاصولية ان ما فيه الاباحة منسوخ بما فيه النهى وأما حديث جابر الذي استدل به ابن شبرمة فالشرط وهو استثناء جلاله لم يقع في صلب العقد كذا قاله الشافعى رحمه الله ونحن كذلك نقول مع الوجه الذي ذكرناه من تقديم العام فان قلت كيف قال الشافعى بافساد البيع بالشرط مع ان حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من قبيل المرسل عند

قال (ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري) شرع في بيان الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط وذكر أصلا جوامع الفروع أصحابنا وتقريره أن الشرط يتقسم أولا الى ما يقتضيه العقد وهو الذي يفيد ما يثبت بطلاق العقد كشرط الملك للمشتري وشروط تسليم الثمن أو المبيع والى ما لا يقتضيه وهو ما كان بخلاف ذلك وهذا يتقسم الى ما كان متعارفا والى ما ليس كذلك وهذا يتقسم الى ما فيه منفعة لاحد المتماقين والى ما ليس فيه ذلك وهذا يتقسم الى ما فيه منفعة للعتق وعليه وهو من أهل الاستحقاق والى ما هو بخلافه ففي القسم الاول جاز البيع والشروط يزيد وكافة لا يقال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشروط وهو باطلاقه يقتضى عدم جوازه

لانه في الحقيقة ليس بشرط حيث أفاد ما أفاده العقد المطلق وفي الاول من القسم الثاني وهو ما كان متعارفا كبيع النعل مع شرط التبريك كذلك لان التبريك فاض على القياس لا يقال فساد (٢١٥) البيع شرط ثابت بالحديث والعرف

ثم حجة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين أو للعقد عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربا اولانه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده الا ان يكون متعارفا لان العرف فاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده

كثير من أهل الحديث قلت ذلك اذ لم يصرح فيه بمجرد أبيه عبد الله بن عمرو بن العاص وقد ورد عنه التصريح به فيما أخرجه أبو داود والترمذي والسنائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يخل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح مالم يضمن ولا يبيع ما ليس عندك ولهذا قال الترمذي حديث حسن صحيح وروى هذا أيضا من حديث حكيم بن حزام في موطن مالك بلاغا وأخرجه الطبراني من حديث محمد بن سيرين عن حكيم قال نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أربع خصال في البيع عن سلف وبيع وشرطين في بيع وبيع ما ليس عندك وبيع مالم يضمن ومعنى السلف في البيع المبيع بشرط أن يقرضه دراهم وهو فرد من البيع الذي شرط فيه منفعة لاحد المتعاقدين وغير ذلك مما سياتي (قوله ثم حجة الامر فيه) أي في الشرط (انه ما أن يقتضيه العقد) كشرط أن يجبس المبيع الى قبض الثمن ونحوه فيجوز لانه مؤكد لموجب العقد ولا يقتضيه لكن ثبت صحه شرعا بالمرته كشرط الاجل في الثمن والمؤمن في السلم وشرط في الخيار فكذلك هو صحيح للاجماع على ثبوته شرعا رخصة أولا لا يقتضيه وليس مما ثبت كذلك لكنه متعارف كشرائه نعل على أن يحذوها البائع أو بشر كها فهو جائز أيضا مما سياتي وكذا اذا لم يكن كذلك ولكن يتضمن التوثق بالثمن كالبيع بشرط كقبيل بالثمن حاضر وقبل الكفالة أو بأن يرهنه به رهننا معلوما بالاشارة أو التسمية فهو جائز أيضا على الصحيح خلافا لفرقان حاصله التوثق للثمن فيكون كاشتراط الجوده فيه فهو مقرر لمقتضى العقد ولو لم يكن الكفيل حاضر الحضر وقبل قبل أن يتفرقا جازا فلا يبعده أو كان حاضر فلم يقبل لم يجز ولو لم يكن الرهن مستمى ولا مشارا اليه لا يجوز بالاتفاق لان وجوب الثمن في ذمة الكفيل يضاف الى البيع فيصير الكفيل كالمشتري فلا بد من حضوره العقد بخلاف الرهن لا يشترط حضرته لكن مالم يسلم البائع لا يثبت فيه حكم الرهن وان انعقد عقد الرهن بذلك الكلام فان سلم مضي العقد على ما عقدوا وان امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا بل يؤمر بدفع الثمن فان لم يدفع الرهن ولا الثمن خسر البائع في الفسخ وشرط الحوالة كالكفالة ولو كان الشرط مما لا يقتضيه وليس مما ذكرنا فاما ما فيه منفعة لاحد المتعاقدين أو للعقد عليه وهو من أهل الاستحقاق كان اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو يتركها في داره شهر أو ثوبا على أن يخطيه فالببيع فاسد وكذا شرط أن لا يبيع المشتري العبد لانه يجهه أن لاتتداوله الايدي وكذا على أن لا يخرج من مكة مثلا وفي الخلاصة اشترى عبدا على ان يبيعه جازو على ان يبيعه من فلان لا يجوز أي لا يجوز للبائع أن يشترط عليه البيع من فلان لان البيع منفعة ولها مطالب من جهة العباد وهو العبد لان له طابا وكذا اذا كانت المنفعة لغير العاقدين ومنه اذا باع ساحة على أن يبنى بها مسجدا أو طعما على أن يتصدق به فهو فاسد اأمالو كان المبيع ثوبا أو حيوانا غير آدمي فقد خرج الجواز مما ذكرنا في المزارعة من أن أحد المزارعين اذا شرط في المزارعة أن لا يبيع الآخرة نصيبه أو يهبه ان المزارعة جائزة والشرط باطل لانه ليس لاحد

ليس يقاض عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف يتيق النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث فلم يتيق من الموانع الا القياس على ما لعرف فيه بجماع كونه شرطا والعرف فاض عليه وفيما اذا لم يكن متعارفا وفيه منفعة لاحد المتعاقدين كبيع عبد بشرط استخدام البائع مدة يكون العقد فاسدا لوجهين لان فيه زيادة عارية عن العوض لانها لما قصدت المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض وهو الربا لا يقال لا تطلق الزيادة الاعلى الجائز للزيد عليه والمشرط منفعة فكيف يكون ربا لانه مال جازا أخذ العوض عليه ولم يعرض عنه بشئ فكان ربا ولانه يقع بسببه المنازعة في مقصوده فيعري العقد عن مقصوده من قطع النزاع لما عرف في بيان أسباب الشرائع وفيما اذا كان فيه منفعة للعقد عليه

(قوله لانه في الحقيقة الخ) أقول جواب لقوله لا يقال نهى النبي عليه الصلاة والسلام (قوله لانه معلول)

(الخ) أقول جواب لقوله لا يقال فساد البيع (قوله بجماع كونه شرطا) أقول مقضيا الى الزيادة العارية عن العوض وفيه بحث (قوله لانه مال) أقول جواب لقوله لا يقال لا تطلق الخ وقوله مال أي في حكم المال

كشروط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع فإن العبد يجب أن لا تنداوله الأيدي وتعام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم أنه حر كان البيع باطلا فاشترط منفعة كاشترط منفعة أحد المتعاقدين فهو فاسد بالوجهين وفيما إذا لم يكن فيه منفعة لأحد فالبيع صحيح والشرط باطل كشرط أن لا يبيع الدابة المبيعة لأنه لا مطالب له بهذا الشرط فلا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة فكان الشرط لغوا وهو ظاهر المذهب وفي رواية عن أبي يوسف أنه يبطل البيع به نص عليه في آخر المزارعة لتضرر المشتري به من حيث أنه يتعذر عليه التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين والجواب أن المتعبر بالمطالبة وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر وإذا ثبت هذا ظهر أن بيع العبد بشرط أن يعتقه المشتري أو يدره أو يكتبه أو أمة على أن يستولدها المشتري فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للعقود عليه لأن قضيتها الاطلاق في التصرف والتخيار لا الإلزام والشرط يقتضي الإلزام حتما والمنافاة بينهما ظاهرة وليس أحدهما من العقد والشرط أولى بالعمل من الآخر فمنها ما هو فاسد ومنها ما هو صحيح مشروعا بأصله غير مشرووع بوصفه بالنظر (٢١٦) الوجود ركن العقد كان مشروعا وبالنظر إلى عرض الشرط كان غير

مشروع فكان فاسدا ولا خلاف في هذه الجهة بيننا وبين الشافعي إلا في البيع بشرط العتق في قول فانه يجوز به ويقبضه على بيع العبد نسمة وفسره في المبسوط بالبيع بشرط العتق وفسره المصنف بأن يباع من يعلم أنه يعتقه لأن يشترط فيه فان كان تفسيره عند الشافعي ما ذكره المصنف صح قوله يقبضه لانها غيران فيصح قياس أحدهما على الآخران ظهر جامع وان كان تفسيره عنده ما ذكره في المبسوط فلا بد أن يفسر قول المصنف يقبضه بيلحقه بدلالة النص لئلا يلزم قياس الشيء على نفسه وبيان الحاقه بالدلالة أن يبيع العبد نسمة على

وهو الظاهر من المذهب كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لأنه انعدمت المطالبة فلا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة إذا ثبت هذا فنقول أن هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيتها الاطلاق في التصرف والتخيار لا الإلزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للعقود عليه والشافعي رحمه الله وان كان يخالف في العتق ويقبضه على بيع العبد نسمة فالجواب عليه ما ذكرناه وتفسير المبيع نسمة أن يباع من يعلم أنه يعتقه لان يشترط فيه

العاملين فيه منفعة وكذا ذكر الحسن في المجرى قال المصنف (وهو الظاهر من المذهب) لأنه إذا لم يكن من أهل الاستحقاق (انعدمت المطالبة) والمنازعة (فلا يؤدي إلى الربا) وما أبطل الشرط الذي فيه المنفعة البيع إلا لأنه يؤدي إليه لأنه زيادة عارية عن العوض في عقد البيع وهو معنى الربا ومن مثل الباطل يبيع العبد على أن يعتقه المشتري أو يكتبه أو يدره والشافعي يخالف في شرط العتق في أحد قوليه فيصححهما ثم ان أعتقه المشتري فذلك والاخير البائع في فسخ العقد ولا يجبر عليه في قول بعض أصحابه وفي قول آخر ينحصر في قول المصنف (ويقبضه) الشافعي (على بيع العبد نسمة) ثم فسره (بأن يبيعه من يعلم أنه يعتقه لان يشترط فيه ذلك) وعلى تفسير المصنف هذا تحقق صورة القياس وأما على تفسيره بأن يباع بشرط عتقه فلا يصح لأنه نفس القياس عليه الآن قوله لأن يشترط فيه يفهم من قوته أن تفسيره بما ذكره مخالف لتفسير الشافعي بذلك فنقاه وحينئذ بقوى الاعتراض عليه بأنه حينئذ لا قياس قال (والجواب عليه ما ذكرناه) يعني من الحديث والمعنى وأنت علمت أنه يرجع إلى تخصيص العام بالخاص كيفما وجد وهو مذهبه ولهذا خصه بحديث بريرة وجوابه ان ليس في حديث بريرة أصلا ان البيع كان بشرط العتق بل كان على وعد العتق منها وحينئذ فليس من تخصيص منع بيع بشرط في شيء ولا يصلح البيع من بطن عتقه أصل القياس البيع بشرط عتقه لعدم الجامع ونسمة منصوب على الحال بمعنى معرضا للعتق وعبر بالنسمة عنه لكثرة ذكرها فيما إذا أعتقت في مثل قوله صلى الله عليه وسلم فك الرقبة وأعتق النسمة فصيرت كالاسم لمعارض للعتق

ذلك التفسير ثبت بحديث بريرة إذ جاءت إلى عائشة رضي الله عنها تستعين في المكاتب فقالت إن شئت عدتها فعمدت لاهلك واعتقك فرضيت بذلك فاشترتها وأعتقها وانما اشترتها بشرط العتق وقد اجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرها في معناها في هذا الشرط فالخبر به دلالة وانما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لانها عند الشافعي قياس جلي على ما عرف في الأصول والحق عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول فالحديث نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشروط رواه أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفا لمقتضى العقد والجواب عن حديث بريرة أن تفسير النسمة ما ذكرناه وليس فيه اشتراط العتق في العقد وعائشة رضي الله عنها اشترت بريرة مطلقا ووعدت لها أن تعتقها الترضي بذلك فان يبيع المكاتب لا يجوز زيدون رضاها النسمة من نسيم الريح وسميت بهم النفس وانتصاب قوله نسمة على الحال على معنى معرضا للعتق وانما صح هذا لأنه لما كثرت ذكرها في باب العتق خصوصاً في قوله عليه السلام فك الرقبة وأعتق النسمة صارت كأنها اسم لما هو معرض للعتق (قوله فلا بد أن يفسر قول المصنف) أقول كيف يستقيم هذا الكلام بعدما فسره المصنف بما فسره (قوله وبيان الحاقه بالدلالة) أقول فيه تأمل

فعملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الافعال كذا في المغرب فان وفي بالشرط واعتق بعد ما اشتراه صح البيع ويجب الثمن عند أبي حنيفة وقال يبقى فاسدا كما كان فوجبت عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا يتقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع وكما اذا باع بشرط التدبير والاستيلاء والكتابة وقد وفي المشتري بشرط (٢١٧) أو لم يف فانه مضمون بالقيمة اعتبارا

لحقيقة الحرية بمحقق الحرية (ولابي حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه) من تقييد التصرف به المغاير للاطلاق (ولكن من حيث حكمه بلائحه لانه منه للملك والمنهى للشيء مقترره الا ترى أن العتق لا يمنع الرجوع بنقصان العيب) فما للنظر الى الجهتين توقفت الحال بين بقائه فاسدا كما كان وبين أن يتقلب جائزا بوجود الشرط (فاذا وجد فقد تحققت الملاءمة فيرجع جانب الجواز) عملا بالدليلين وتأمل حق التأمّل من ورطة شبهة لا تكاد تخل وهي أن هذا الشرط في نفسه إما أن يكون فاسدا أو لافان كان الاول فتحقيقه يقرر الفساد لثلايلزم فساد الوضع وان كان الثاني كان العقد به في الابتداء جائزا وذلك لانه فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملاءمة جائز من حيث الحكم فقلنا بالفساد في الابتداء عملا بالذات والصورة وبالجواز عند الوفاء عملا بالحكم والمعنى ولم نذكر لانام بحد جائزا يتقلب فاسدا ووجدنا فاسدا يتقلب

فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وقال يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا يتقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه واسكن من حيث حكمه بلائحه لانه منه للملك والشيء بانتهائه بتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف من وجه آخر لم تحقق الملاءمة فيتمت الفساد واذا وجد العتق تحققت الملاءمة فيرجع جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا قال (وكذلك لو باع عبد اعلى أن يستخدمه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهما أو على أن يهدي له هدية) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين

فعملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الفعل (قوله فلو اعتقه المشتري الخ) هذا فرع على قولنا بفساد البيع بشرط العتق وهو أن المشتري بهذا الشرط لو اعتقه بعد ما قبضه عتق ثم عند أبي حنيفة يرجع البيع صحيا حتى يجب الثمن عنده وعندهما لا يعود صحيا فتلزم قيمته واما لو اعتقه قبل القبض فلا يعتق بالاجماع لانه لا يملكه قبل القبض لفساد البيع وجه قوله ما انه تلف بعد أن ملكه بالقبض في بيع فاسد (فلا يتقلب جائزا كما لو تلف بوجه آخر) من موت أو قتل أو بيع أو هبة أو قياسا على تدبيره واستيلائها فان هناك الضمان بالقيمة اتفاقا فهو أوفى بالشرط اعتبارا لحقيقة الحرية بمحقق الحرية (ولابي حنيفة أن شرط العتق) وان كان (لا يلائم العقد على ما ذكرناه) يعني قوله لان قضية العقد الاطلاق في التصرف والتخير الى آخره (ولكنه من حيث حكمه) وهو ثبوت الحرية (بلائحه لانه) أي العتق (منه للملك) الذي هو أثر البيع (والشيء بانتهائه بتقرر) وجوده والفساد لا تفرقه فكان صحيا (وهذا لا يمنع الرجوع بنقصان العيب) اذا طلع عليه بعد أن اعتقه بخلاف ما اذا تلف بوجه آخر لانه لا يصير به هذا الشرط ملائعا فيبقى على مجرد جهة المفسدة ولذا الوما لا يتقلب صحيا لان موته لا يصير بشرط العتق ملائعا وهو المنظور اليه في افساد العقد وتصحيحه وكون شيء آخر كالموت ونحوه ملائعا لا يصير به هذا الشرط الذي وقع مفسدا ملائعا واما شرط التدبير والاستيلاء فكذلك لا يصير العقد صحيا اذا تبرم المشتري أو استولدها لانه لا يصير به شرط التدبير والاستيلاء ملائعا لانه يتيقن امتناع ورود الملك عليه ولم يوجد لجواز أن يحكم قاض بجهة بيعهما فيتمت الفساد وأورد لما كان فعل هذا الشرط معها ينبغي أن يكون العقد صحيا في الابتداء عند اشتراطه أوجب بأنه من حيث هو مخالف لمقتضى العقد وانما بلائحه باعتبار حكمه فعلنا في الابتداء قبل تحققه بمقتضى ذاته وعند تحقق حكمه بنفسه بمقتضى حكمه ولو اشترى أمة بشرط أن يطأها المشتري أو لا يطأها فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يجوز في الاول لانه ملائم للعقد قلنا الملائم له اطلاق الوطء لا الزامه وعند محمد يصح فيما الاول لما لا يوجب يوسف والثاني ان لم يقتضه العقد ولا يرجع نفعه لاحد فهو بشرط لا طالب له (قوله وكذلك لو باع عبد اعلى أن يستخدمه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهما أو على أن يهدي له هدية) أو تو باع على أن يقطعها المشتري قيصا أو بقاء فهو فاسد (لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين)

(٢٨ - فتح القدير خامس) جائزا كالبيع بالرقم بخلاف ما اذا تلف بوجه آخر فانه لم يتقلب جائزا لعدم تحقق الشرط والكلام فيه فنقرر الفساد وبخلاف التدبير والاستيلاء والكتابة فان الملك لا ينتهي بها بقين لاحتمال قضاء القاضي بجواز بيع المدر وأم الولد والما كتب مخير في الاجازة والانتهاء عملا بتحقيق اذا وقع الأمن عن الزوال من ملك المشتري الى ملك غيره كافي الاعناق والموت قال (وكذلك اذا باع عبد اعلى أن يستخدمه البائع شهرا الخ) البيع بهذه الشروط فاسد لانها شروط لا يقتضيا العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين

ولانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شئ من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اجارة في بيع وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن صفقتين في صفقة

ولم يستدل بالحديث لان المراد به هذا المذكور وانما قال على أن يقرضه المشتري درهما احترازا عما اذا قال بعثك هذه الدار على أن يقرضني فلان الاجنبي ألف درهم فقبله المشتري صح البيع لانهم يلزم الاجنبي لاضمانا عن المشتري لانهم ليست في ذمته فيجملها الكفيل ولا زيادة في الثمن لانه لم يقل على أي ضمان بخلاف اشتراط الاقراض على المشتري لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف وأيضا اشتراط الخدمة والسكنى يستلزم صفقتين في صفقة كما ذكره في المتن

وقد ورد في عين بعضها نهى خاص وهو (نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف) أي قرض ثم خص شرطى الاستخدام والسكنى بوجه معنوي فقال (ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شئ من الثمن) بأن يعتبر المسمى نمسا بازاء المبيع وبازاء اجرة الخدمة والسكنى (بكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اجارة في بيع وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة) فيتناول كلا من الاعتبارين المذكورين رواه أحمد عن اسود بن عامر عن شريك عن سمالك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة أما نبوته فقد رواه الزارقي مسنده عن اسود بن عامر وعل بعض طرقه ورج وقفه وبالوقف رواه ابو نعيم و ابو عبيد القاسم بن سلام وأما معناه ففسره المصنف بما سمعت وفسره ابو عبيد القاسم بن سلام بأن يقول الرجل للرجل أبيعك هذا نقدا بكذا ونسيئة بكذا ويفترقان عليه انتهى ورواية ابن حبان للحديث موقوفا الصفقة في الصفقتين ربأ تؤيد تفسير المصنف مع أنه أقرب تبادل من تفسير أبي عبيد وأكثرا ثمة فان كون الثمن على تقدير النقد الفواو على تقدير النسيئة ألفين ليس في معنى الربا بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة واعلم أنه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيعتين في بيعة ويظهر من كلام بعض من يتكلم في الحديث ظن انه معنى الاول وليس كذلك بل هذا أخص منه فانه في خصوص من الصفقات وهو البيع وفسره الشافعي بأن يقول أبيعك دارى هذه بكذا على أن تبعني غلامك بكذا فإذا وجب لي غلامك وجبت للدارى وهذا حديث صحيح رواه الترمذى والنسائى وقال الترمذى حسن صحيح ورواه مالك بلاغا وفي فتاوى اللؤلؤ الحى لوقال بعثك هذه الدار بألف على أن يقرضني فلان الاجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري ذلك البيع لا يفسد البيع لانه لا يلزم الاجنبي لانه لو لم يقرضه فاما بطريق الضمان عن المشتري أو بطريق الزيادة في الثمن لا وجه الى الاول لانه ليس في ذمة المشتري فكيف يتحملها الكفيل ولا الى الثاني لانه لم يقل على أي ضمان واذا لم يلزم الاجنبي لا يفسد البيع ولا خيار البائع لانه لو ثبت انما ثبت اذا لم يسلم له ما شرط في البيع على المشتري وقد سلم له ذلك وفي الفتاوى الصغرى قال بيع عبدك من فلان على أن الثمن على والعبد لفلان حكى عن أبي الحسن الكرخي أنه يجوز وهو خلاف ظاهر الرواية واستبعده أبو بكر الجصاص (فروع) باع أمة بشرط أن يطأها المشتري أو أن لا يطأها ففسد البيع عند أبي حنيفة فهم المأذكر من أن مقتضى العقد الاطلاق وهذا تعيين أحد الجانبين وعند أبي يوسف يفسد في الثاني لما قلنا ويصح الاول لان العقد يقتضيه وعند محمد يصح فيهما ولو كان في الشرط ضرر كان شرط أن يقرض أجنبيا لا يفسد العقد وذكر القدوري أنه يفسد ولو لم تكن فيه منفعة ولا مضرة كان اشترى طعاما بشرط أن يأكله أو يوطأ بشرط أن يلبسه جاز وذكر الامام قاضى خان العقود التي تتعلق تمامها بالقبول أقسام ثلاثة قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل وهي مبادلة المال بالمال كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا جهالة البدل وهو معاوضة المال بماليس عمال كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد وقسم له شبهة بالبيع والنكاح وهو الكتابة يبطلها جهالة البدل ولا يبطلها الشرط الفاسد وفي الخلاصة التي تبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقها بالشرط ثلاثة عشر البيع والقسمة والاجارة والاجارة والرجعة والصلح عن مال والبراءة الدين وعزل الوكيل في رواية شرح الطحاوى وتعليق ايجاب الاعتكاف بالشرط والمزارعة والمعاملة والاقرار

قال (ومن باع عيناً على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر الخ) الاجل في المبيع العين باطل (٣١٩) لاقضائه إلى تحصيل الحاصل فانه شرع

ترفيها في تحصيله باتساع
المدة فاذا كان المبيع أو
الثمن حاصلًا كان الاجل
لتحصيل الحاصل وانما
قيد بالعين احترازًا عن السلم
فان ترك اجل فيه مفسد
للحاجة إلى التحصيل قال
(ومن اشترى جارية الا
حجلها الخ) ذكر في هـ هذا
الموضع العقد المستثنى منه
وهو ثلاثة اقسام الاول
ما فسده العقد والاستثناء
والثاني ما صح فيه العقد
وبطل الاستثناء والثالث
ما صح فيه كلاهما أما
الاول فكالبيع والاجارة
والكتابة والرهن فان باع
جارية الاجلها أو أجر داره
على جارية الاجلها أو رهن
جارية الاجلها أو كاتب عبده
على جارية الاجلها ففسد
العقد لانها عقود تبطل
بالشروط الفاسدة لان غير
البيع في معناه من حيث
أنها معاوضة والبيع
يبطل بالشروط الفاسدة
لما تقدم فكذا ما في
معناه والاستثناء يصير شرطًا
فاسدًا فيها فيفسدها وذلك
لما ذكره من الاصل فيه
أن ما لا يصح افراده بالعقد
لا يصح استثنائه من العقد
والجل من هذا القبيل وقد
تقدم في أول البيوع وهذا
لان الجل بمنزلة اطراف الحيوان
لاتصاله به ينتقل بانتقاله

قال (ومن باع عيناً على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر فالببيع فاسد) لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطاً فاسداً وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيمليق بالديون دون الاعيان قال (ومن اشترى جارية الاجلها فالببيع فاسد) والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثنائه من العقد والجل من هـ هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقه ويبيع الاصل يتناولهما فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلا يصح

والوقف في رواية وما لا يبطل بالشروط الفاسدة ستة وعشرون الطلاق والخلع ولو بغير مال والعق
بمال وبلا مال والرهن والقرض والهبة والصدقة والوصاية والشركة والمضاربة والقضاء
والامارة والتحكيم بين اثنين عند محمد خ لا فالأبي يوسف والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة
والنسب والكتابة واذن العبد ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة التي فيها القصاص حالاً
ومؤجلاً وجناية الغصب والوديعة والمعارية اذا ضمنتها رجل وشرط فيها حوالة أو كفالة وعقد
الذمة وتعليق الرديع والبيع وتعليق الرد بجوار الشرط وعزل القاضى والنكاح لا يصح تعليقه ولا
اضافته لكن لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط وكذا الحجر على المأذون لا يبطل الحجر ويبطل الشرط
وكذا الهبة والصدقة والكفالة بالشرط المتعارف تصح هي والشرط وبغير المتعارف يبطل وتصح
الكفالة انتهى فالحاصل أن كل ما كان من قبيل التملكيات أو التقييدات لا يصح تعليقه فن الاول
الاقرار والابراء ومن الثاني عزل الوكيل والحجر على العبد والرجعة والتحكيم عند أبي يوسف من قبيل
التملكيات فلا يتعلق وعند محمد يتعلق لأنه من اطلاق الولاية كلقضاء والاذن والابراء والوكالة
وان جعل الوكالة في شرح الطحاوى من قبيل التملكيات بل هي بالولايات أشبه (قوله ومن باع عيناً
على أن لا يسلمه) ايها (الى رأس الشهر فالببيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطاً
فاسداً وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيمليق بالديون) لانها ليست بمعينة في البيع فيحصل بالاجل
الترفيه بخلاف المبيع العين فانه معين حاضر فلا فائدة في الزامه تأخير تسليمه اذا فادته الاستحصال به
وهو حاصل فيكون اضراراً بالبائع من غير نفع للشترى (قوله ومن اشترى جارية الاجلها ففسد البيع
والاصل) المهد لتعريف ما يصح استثنائه من العقد وما لا يصح استثنائه هو (أن ما لا يصح افراده
بالعقد) ابتداء (لا يصح استثنائه من العقد) وما يصح به وما لا يصح افراده بالعقد فلا يصح
استثنائه وهذا وهو كون الجل لا يصح افراده بالعقد (لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقه)
كرجل الشاة واليتها حتى انه يفرض بالمقراض واطراف الحيوان لا تصرف بالعقد اجماعاً ومن فروعه
بعتك هذه الصبرة الاقضية امنها بكذا يجوز لأن افراد قف بزمنها بالبيع يجوز ولو قال بعتك هذا القطيع
من الغنم الاشاة بألف لا يجوز لانه لا يجوز شراء اشاة من هذا القطيع بغير عينها بخلاف ما لو استثنى هذه
الشاة فانه يجوز لا تنقاه الجاهالة حيث يجوز لجوار افرادها بالعقد وكذا الحال في كل عددى متفاوت
ومنه ما اذا باع حيواناً واستثنى ما في بطنه لتنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الجبل وأما أن ما لا يفرد
بالعقد لا يجوز استثنائه فلان الاستثناء انما يخرج بعض ما تناوله الصدر عن حكمه وما يدخل تبعا ليس
مما يتناوله اللفظ كالمفاتيح لا يتناولها اسم الدار فلا تستثنى وأما قول المصنف (بيع الاصل يتناولهما)
أى الاصل والتبعية (فالاستثناء يكون على خلاف الموجب) فلا يفيد لان الاستثناء ليس الاخراجاً
من حكم الصدر وحكمه هو موجب فلو صح ذلك بطل الاستثناء واصلاًحه أن يريد بالتناول فيها الحكم
بترتيب التبعية والاستثناء يكون على خلاف الموجب أى طريق الاستثناء ومهيجه لاحقيقة موجهه

ويقر بقراره ويبع الاصل يتناولها فلا استثناء يكون على خلاف الموجب دلالة على أن المستثنى مقصود ودلالة العقد على أن الجل تابع

قال المصنف (لان الاجل في المبيع العين باطل) أقول قيد المبيع به احترازاً عن السلم فيه فانه مبيع دين ويصح الاجل فيه بالنص

فصير ذكوه شرطاً فاسداً (قوله غير أن المفسد في الكتابة) استثناء من قوله لأنها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه أن الشرط الفاسد في الكتابة إنما يكون مفسداً لها إذا كان متمكناً في صلب العقد منها كالكتابة على الخمر والخنزير أو على قيمته حيث دخل في البذل وأما إذا لم يكن في صلبه كما إذا شرط على المكاتب أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج والعقد صحيح لأن الكتابة تشبه البيع انتهاء لأنه مال في حق المولى ولا تصح الايديل معلوم ويحتمل الفسخ ابتداءً وتشبهه النكاح من حيث أنه ليس بمال في حق نفسه ولا تحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فألفقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد والنكاح فيما لم يكن فيه وأما الثاني فمكالمته والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لأن الفساد باعتبار افضائه الى الربا وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات وهذه تبرعات واسقاطات والهبة وان كانت من (٢٢٠) قبيل التملكيات لكننا عرفنا بالنص أن الشرط الفاسد لا يفسدها فإنه صلى الله عليه

فصير شرطاً فاسداً والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثاً واجارته وصية لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها

وذلك لا يجوز وإذا لم يصح الاستثناء بقي (شرطاً فاسداً) وفيه نفع للبايع (والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة) والا حسن أن يقال تبطل بالشروط الفاسدة لأنها عقود معاوضة فيجعل بطلانها بالشروط الفاسدة اثر المشابهة وتعلل المشابهة بأنها عقود معاوضات الآن المفسد في الكتابة شرط فاسد تمكن في صلب العقد وهو ما يقوم به العقد مثل أن يكتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته فالكتابة فاسدة لتمكن الشرط المفسد في صلب العقد بخلاف البيع فإنه يفسد بالشرط الكائن في صلب العقد وغيره وانما اختص فساد الكتابة بالشرط بذلك لتشبهه الاعتاق والنكاح من حيث إن أحد البسدين ليس بمال في حق نفسه وكونه معاوضة انما هو بالنسبة الى السيد في الانتهاء وكان له شأن شبه بالبيع وشبه بمال ليس بمعاوضة فيفسد بالمفسد القوي وهو ما يتحقق في صلب العقد باعتبار شبهه بالبيع ولم يفسد بمال ليس كذلك لتشبهه بالعتق والنكاح وهما لا يفسدان مطلقاً بالشرط الكائن في صلب العقد ولا في غيره (و) أما (الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد) فلا يبطل بالشروط الفاسدة ويبطل الشرط (لا تبطل باستثناء الحمل) فلو قال وهبتك أو تصدقت عليك بهذه الجارية الاجلها أو تزوجت على هذه الجارية أو اخلعتي عليها الاجلها أو اجعلها بدل الصلح الاجلها صححت هذه التصرفات وبطل الاستثناء ويدخل الحمل والهبة وان كانت من قبيل التملكيات لكن عرف بالنص أنها لا تبطل بالشرط الفاسد لأنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمري بشرط عود المعرف فصير العمري لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر وأما الوصية فلا تبطل باستثناء الحمل بل تصح بالاستثناء (حتى يكون الحمل ميراثاً واجارته وصية لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما إذا استثنى خدمتها) بأن أوصى بجارية الاخدمتها أو اخلعتها حيث لا يصح الاستثناء (لان الميراث لا يجري في الخدمة) والغلة بانفرادها حتى لو

وسلم أجاز العمري وأبطل شرطه للعمري حتى يصير لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر إذا شرط عودها فيصح العقد ويبطل الاستثناء وأما الثالث فكما الوصية إذا أوصى بجاريته لرجل واستثنى حملها فإنه يصح واجارته وصية والحمل ميراث أما عدم بطلان الوصية فلانها ليست من المعاوضات حتى تبطل بالشرط الفاسد وأما صحة الاستثناء فلماذا كرر أن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لأنه عين بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها لأنها ليست بعين وذكر ضمير الخدمة على تأويل المذكور واعتراض على قوله الاصل فيه أن ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناءه من العقد بأنه يلزم من ذلك أن ما يصح افراده بالعقد يصح استثناءه والخدمة في الوصية مما يصح افراده بالعقد بأن قال أوصيت بخدمته هذه الجارية فلان فوجب أن يصح استثناءه وأجيب بأن هذا العكس غير لازم ولئن سلم فلان سلم أن الوصية عقد الا ترى أنه يصح قبول الوصية له بعد موت الموصي ويدخل الموصي به في ملك وورثة الموصي له بدون القبول بأن مات الموصي له قبل القبول فلا يتناول لفظ العقد مطلقاً ولقائل أن يقول اعتبرتم الوصية عقداً وعكستم الاصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء في الحمل صحح الصحة افراده بالعقد ولم تعتبروا ذلك في الوصية بالجارية واستثناء الخدمة مع صحة افراده بالعقد فافرق بينهما والجواب أن ما منعنا العكس وجوباً وانما منعنا لزومه والفرق بينهما أن تصح الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لو ارث الموصي فاصح أن يكون موروثاً كالحمل صححناه وما لم يصلح كالخدمة منعناه

أوصى مما يصح افراده بالعقد بأن قال أوصيت بخدمته هذه الجارية فلان فوجب أن يصح استثناءه وأجيب بأن هذا العكس غير لازم ولئن سلم فلان سلم أن الوصية عقد الا ترى أنه يصح قبول الوصية له بعد موت الموصي ويدخل الموصي به في ملك وورثة الموصي له بدون القبول بأن مات الموصي له قبل القبول فلا يتناول لفظ العقد مطلقاً ولقائل أن يقول اعتبرتم الوصية عقداً وعكستم الاصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء في الحمل صحح الصحة افراده بالعقد ولم تعتبروا ذلك في الوصية بالجارية واستثناء الخدمة مع صحة افراده بالعقد فافرق بينهما والجواب أن ما منعنا العكس وجوباً وانما منعنا لزومه والفرق بينهما أن تصح الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لو ارث الموصي فاصح أن يكون موروثاً كالحمل صححناه وما لم يصلح كالخدمة منعناه (قوله والميراث يجري) أقول ان ارادته يجري فيه تبعاً له فلا يفسده وان اراد جريانه بطريق الاستقلال فظاهر انه ليس كذلك فليتأمل في دفعه

وللتعامل جوزنا الاستصناع قال (والبيع الى التسيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل) وهي مفضية الى المنازعة في البيع لا بتناها على المما كسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم معلومة بالايام فلا جهالة فيه

لكن جوزنا للتعامل جواز الاستصناع (والبيع الى التسيروز) معرب نوروز اول يوم من الربيع (والمهرجان) معرب مهر كان يوم في طرف انطريف (وصوم النصارى وفطر اليهود) ومعناه تأجيل الثمن الى هذه الايام فاسد اذا لم يعرف المتبايعان مقدار ذلك الزمان (لجهالة الاجل) المفضية الى النزاع لا بتناء المبايعة على المما كسة أى المجادلة في النقصان والمما كسة موجودة في المبايعة الى هذا الاجل فتكون الجهالة فيه مفضية الى النزاع ومثلها يفسد البيع (وان كانا يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما او كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز) لان مدة صومهم بالايام معلومة وهي خمسة وثمانون يوما فلا جهالة

في استخار الصباغ والظن والبن آلة فعلهما (وللتعامل جوزنا الاستصناع) مع انه بيع المعدوم ومن أنواعه شراء الصوف المنسوج على ان يجعله البائع فلفسوة بشرط ان يبطن لها البائع بطانة من عنده وهذه انواع آخر من الشرط وهو البيع بشرط أن به كذا وما تقدم كان المشروط معدوما فيشرط أن يفعل من هذا ذكر هشام عن محمد اشترى شاة على أنها حامل بفسد البيع وعن الشافعي قولان واحدهما يصح وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال بعض أصحابه القولان في غير الأدمى أما في الجوارى يصح قول واحد وهو قولنا ذكر هشام عن محمد اشترى جارية على أنها حامل بجوز البيع الا أن يظهر أن المشتري يريد الظن ففسد ولا يخفى ما فيه بعد فرض أن المشتري علم ذلك بل بشرطه وكونه اشترى خلاف ما يحصل غرضه لا يوجب فسادا بعد الرضا وعن الهندوانى شرط الحبل من البائع لا يفسد لأن البائع يذكره على بيان العيب عادة ولو وجد من المشتري بفسد لانه ذكروه على وجه اشتراط الزيادة ولو اشترى سمسا أو زيتونا أو حنطة على أن فيها كذا ذهنا أو يخرج كذا ذيقا فالبيع فاسد وبه قال الشافعي ولو شرط في الشاة أنها حامل أو لبون لم يذكره وادخل في نفسه فالكرخي يفسد والطحاوى لا يفسد وهو قول الشافعي لانه مرغوب فيه والوجه أن لا يجوز وقوع المنازعة في أن معنى الحلوب ما يكون لبنها هذا المقدار أو أكثر من هذا الى غاية كذا ولو كان منفعة الشرط لغیر العاقدین كالبيع على أن يقرض فلانا كذا ففيه اختلاف المشايخ وقال محمد كل شيء يشترط على البائع يفسد به البيع اذا شرط على أجنبي فهو باطل وكل شيء يشترط عليه لا يفسد به اذا شرط على أجنبي فهو جائز ويخير المشتري كالبيع عمائة على أن يحط فلان الاجنبى عشرة جازالبيع ويخير المشتري ان شاء أخذه عمائة وان شاء ترك وعن أبي يوسف لو اشترى على أن يهب البائع للمشتري أو فلان الاجنبى دينار من الثمن فالبيع فاسد وفي المتفق خلافه فيما اذا كانت الهبة من المشتري قال لو اشترى على أن يهب له دينار من الثمن جاز وهو حسن لأن حاصل هذا حطية مشرطة وما لها الى الشراء بالثمن النقص ولو باع رقبة الطريق على أن له حق المرور والسفل على أن له قرار العولجاء ولو باع عبدان على أنه شريك المشتري في نصف هذا فاسد ولو قال نصفهما جاز كالو باع هذا الثوب وقال ان شريكك في نصفه ومقتضى النظر أن يجوز الاول أيضا لانه في الحاصل يبيع أحدهما بعينه ونصف الآخر شاة عاصفة ولا مانع من ذلك ولو باع هذا بألف الانصفه بستائة فقه يبيع نصفه بأربعمائة (قوله والبيع الى التسيروز) وهو يوم في طرف الربيع وأصله نوروز عرب وقد تكلم به عمر رضى الله عنه فقال كل يوم لنا نوروز حين كان الكفار يتنهجون به والمهرجان يوم في طرف انطريف معرب مهر كان وقيل هما عيدان للجوس (وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل) وعرف بهذا التعليل أن المراد بالموجل هنا هو الثمن لا المبيع لان مجرد تأجيل المبيع مفسد ولو كان الى أجل معلوم فلا يناسب تعليل فساد تأجيل المبيع بجهالة الاجل وبقوله (اذا لم يعرف الى آخره أن الفساد) بالتأجيل الى هذه بناء على عدم معرفة خصوص أوقاتها عند المسلمين فلو كانا يعلمان ذلك صح قيل وتخصيصه اليهود بالفطر ظاهر في أن ابتداء صومهم غير معلوم والحاصل أن المفسد لجهالة فاذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الاوقات جاز ولذا قال (او كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام وهي معلومة) وهي خمسة وثمانون يوما واعلم أن كون التأجيل في

قال (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج) الحصاد بفتح الحاء وكسر هاء قطع الزروع (٢٢٣) والدياس أن يوطأ المحصول بقوائم الدواب

من الدوس وهو شدة وطه
الشيء بالقدم والقطاف
بكسر القاف قطع العنب
من الكرم والفتح فيه لغة
والجزاز قطع الصوف والنخل
والزرع والشعر والبيع
الى وقت قدوم الحاج والى
هذه الاوقات غير جائز للجهالة
المفضية الى النزاع بتقدم
هذه الاوقات وتأخرها
والكفالة الى هذه الاوقات
جائزة (لان الجهالة اليسيرة
متحملة في الكفالة الا ترى
انها تتحمل الجهالة في أصل
الدين بأن يكفل بما ذاب على
فلان ففي وصفه أولى) ليكون
الاصل أقوى من الوصف
(وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف
العصابة رضى الله عنهم فيها)
فعاثشة رضى الله عنها
كانت تجيز البيع الى العطاء
وان احتمل التقدم والتأخر
لكونها يسيرة وابن عباس
رضي الله عنهم مانعها ونحن
أخذنا بقوله وهذا قد
يشير الى أن الجهالة اليسيرة
ما كانت في التقدم والتأخر
والفاحشة ما كانت في
الوجود كهبوب الريح مثلا
والبيع لما لم يكن محتملا
للجهالة في أصل الثمن لم يكن
محتملا لها في وصفه ورد
بانه لا يلزم من عدم تحمل
أصل الثمن عدم تحمل
وصفه لان الأصل أقوى
انه يوجد بدون الوصف

قال (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتأخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف العصابة رضى الله تعالى عنهم فيها اولاً لأنه معلوم الاصل الا ترى انها تتحمل الجهالة في أصل الدين بأن تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف أولى بخلاف البيع فانه لا يتحملها في أصل الثمن فكذا في وصفه

الثمن يصح اذا كان الاجل معلوما هو في الثمن الدين أمواله كان مئاعينا فيفسد البيع بالاجل فيه لعنى الذي ذكرناه مفسدا لتأجيل المبيع عند قوله ومن باع عينا على أن لا يسلمه الى رأس الشهر وقوله (لا يتناثم على الماكسة) الماكسة استقصا الثمن والمكس والمكاس في معناه وهو موجود في البيع عادة وهو يوجب المنازعة فكانت المنازعة ثابتة في البيع لوجود موجبها في الجملة وعند جهالة وقت القبض يحصل أخرى على وجه يضر بالدين والنفس فلا يشرع العقود مع ذلك وحقبة هذا يصلح تعليلا لقولنا لا يتحمل البيع هذه الجهالة اليسيرة بخلاف الكفالة (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد بفتح الحاء وكسرهما (و) مثله (القطاف) وهو العنب (والدياس) وهو دوس الحب بالقدم لينقشر وأصله الدواس بالواو لانه من الدوس قلبت ياء الكسرة قلبها (والجزاز) أى جز صوف الغنم (لانها تتقدم وتأخر) وذ كر شمس الأئمة أن المراد به جزاز النخل (ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة اليسيرة مستدركة) أى قريب تداركها وازالة جهالتها وتحليل الدليل هكذا هذه جهالة يسيرة وكل جهالة يسيرة متحملة في الكفالة لانها عقد تبرع مبني على المسامحة فهذه متحملة فيها وعلى هذا فالسؤال المورد من قبل شمس الأئمة وهو كون الجهالة اليسيرة متحملة في موضع لا يدل على أن يكون التأجيل الى هذه الاوقات المجهولة متحملا الا ترى أن الصداق يتحمل الجهالة حيث يتحمل جهالة وصفه ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الآجال سؤال أجنبي عن هذا المحل ثم أجاب بأن الاصح صحة هذه الآجال في الصداق خلافا لقول البعض انها لا يصح تأجيل الصداق اليها وانما يرد هذا اذا قيل الجهالة اليسيرة متحملة في الصداق كجهالة الوصف فيورد عليه النقض بعدم تحمله جهالة هذه الآجال ويجاب بما ذكر وقوله (لاختلاف العصابة) أخرجه مخرج الاستدلال على انها جهالة يسيرة فان من العصابة من أجازها كعاثشة رضى الله عنها أجازت البيع الى العطاء وابن عباس منعه وبه أخذنا ولو كانت جهالة قوية لم يختلفوا في عدم الصحة معها وقد قالوا ان العطاء كان لا يتقدم ولا يتأخر فجاز كونه أجلا اذا صدق الخلفاء الراشدين في بيع عدهم في صرفه وأما الآن فيتأخر عن مواعيدهم كثيرا فلا يصح التأجيل اليه الا أن فان صح هذا فكيف يتصور من ابن عباس خلافه والظاهر أنه كان يتقدم ويتأخر قليلا بنحو يوم أو يومين فأهدرته عايشة واعتبره ابن عباس ثم قيل اليسيرة ما يكون الموجب للجهالة التردد في التقدم والتأخر والفاحشة هي ما يكون التردد في نفس الوجود كهبوب الريح وقوله (ولانه معلوم الاصل) أى ولان الدين معلوم فأعاد الضمير عليه لانه للكفالة اذ يستلزم دينا يعنى الاصل وهو الدين معلوم والجهالة في وصفه وهو كونه مؤجلا الى كذا الذي قد يتقدم ويتأخر وقوله (الأرى الى آخره) ابتدأه لانه لا تعليل لقوله لانه معلوم الاصل وحاصله أنه ثابت كون الجهالة يسيرة باختلاف العصابة في مثلها وأن الدين المكفول به معلوم الاصل فلم ينبق جهالة الا في الوصف وجهالة الوصف يسيرة ثم ارتفع الى أولوية صحة هذه الآجال في الكفالة بأن بعض الكفالة تحتتمل جهالة الاصل كالكفالة بما ذاب على فلان والذوب غير معلوم الوجود فلان يتحمل جهالة الوصف فيه أولى (بخلاف البيع فانه لا يتحملها في أصل الثمن فكذا في وصفه) فانجبه عليه أن يقال لا يلزم من عدم تحمل أصل الثمن الجهالة عدم تحمل وصفه وهو أخف لان الاصل أقوى أجيب أن الاشتراك في العلة يوجب في الحكم وعله عدم تحملها في الاصل الا قضاء الى المنازعة

الخاص دون عكسه وأجيب بان المانع من تحمل أصل الثمن الجهالة هو افضاؤها الى النزاع وهو موجود في جهالة الوصف فيمنعه

وإذا باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات صح لكونه تأجيل الدين (وهذه الجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة) لعدم إبتنائه على الماكسة ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لانه يفسد بالشرط الفاسد (ولو باع إلى هذه الأجل) أعني النيروز والمهر جان إلى آخر ما ذكرنا من القطف والجواز ثم تراصياً باسقاط الأجل قبل تحقق هذه الأوقات انقلب البيع جائزاً خلافاً لفرجه الله وهو يقول انعقد فاسداً فلا يتقلب جائزاً كاسقاط الأجل في النكاح يعني على أصلكم وأما على قول زفر فالنكاح إلى أجل جائز والشرط باطل كما تقدم في النكاح وهو استدلال (٢٢٤) من جانب زفر بما يقل به وليس على ما ينبغي وقد قررناه في التقرير وقد الفسد

للنازعة والمنازعة ما تحقق عند حلول الأجل فإذا أسقطه ارتفع المفسد قبل تقريره فيعود جائزاً فان قيل الجهالة تقررت في ابتداء العقد فلا يفسد سقوطها كما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد أجاب بأن هذه الجهالة في شرط زائد وهو الأجل لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما ذكرت فان الفساد فيه في صلب العقد واعترض بأنه إذا نكح بغير شهود ثم أشهد بعد النكاح فإنه لا يتقلب جائزاً وليس الفساد في صلب العقد وإذا باع إلى أن يهب الرمح ثم أسقط الأجل لا يتقلب جائزاً وأجيب عن الأول بأن الفساد فيه لعدم الشرط فهو قوي كالأول في صلب العقد ألا ترى أن من صلب بغير طهارة ثم طهر لم يتقلب صلاته جائزة وعن الثاني بأن هبوب الرمح ليس بأجل لأن الأجل ما يكون منتظراً والهبوب قد يكون متصلاً

بخلاف ما إذا باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات حيث جازلان هذا تأجيل في الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد (ولو باع إلى هذه الأجل) ثم تراصياً باسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جازاً للبيع أيضاً وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه وقع فاسداً فلا يتقلب جائزاً وصار كاسقاط الأجل في النكاح إلى أجل) ولنا ان الفساد للنازعة وقد ارتفع قبل تقريره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح إلى أجل لانه متممة وهو عقد غير عقد النكاح

وهو موجود في جهالة الوصف ثم أفاد أن ما ذكره من عدم تحمل البيع جهالة هذه الأجل هو إذا ذكرت في أصل العقد أما إذا عقدت بلا أجل وهو قوله (بخلاف ما إذا باع مطلقاً) أي عن ذكر الأجل حتى انعقد صحيحاً (ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات) فإنه يجوز فالتأجيل بعد الصحة كالصحة لا يتقلب إلى أجل لانه حينئذ تأجيل دين من الدين بخلافه في صلب العقد فإنه يبطل بالشرط الفاسد وقبول هذه الأجل شرط فاسد (قوله ولو باع إلى هذه الأجل) ثم تراصياً على اسقاط الأجل) قبل أن يجبي عباناً أسقطاه (قبل أن يأخذ الناس في الدياس والحصاد وقبل قدوم الحاج جازاً للبيع أيضاً) كما جاز إذا عقدت بلا أجل ثم ألقى هذه الأجل (وقال زفر لا يجوز) وتقييده بهذه الأجل لاخراج نحو التأجيل بهبوب الرمح ونزول المطر فإنه لو أجل بها ثم أسقطه لا يعود صحيحاً اتفاقاً وجهه قوله أن العقد فاسد (فلا يتقلب جائزاً كاسقاط الأجل في النكاح إلى أجل) وكالاته عليه بعد عقده بلا شهود لا يتقلب جائزاً ويبع الدرهم بالدرهمين إذا أسقط الدرهم لا يعود صحيحاً (ولنا) أن هذه الجهالة مانع من لزوم العقد وليس في صلب العقد بل في اعتباراً من خارج هو الأجل وصلب العقد البدلان مع وجود المقتضى للصحة وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي فإذا زال المانع قبل وجود ما يقتضى سبب الفساد وهو المنازعة عند المطالبة الكائنة عند مجيئ الوقت ظهر عمل المقتضى وهو معنى انقلابه صحيحاً بخلاف ما فاس عليه من الأسماء المتأخر فان عدم الأشهاد عدم الشرط وبعد وقوع المشروع فاسد لعدم الشرط لا يعود ذلك بعينه صحيحاً مثلاً إذا صلى بلا وضوء ثم توضأ لا تصير تلك الصلاة صحيحة وإنما نظير ما نحن فيه أن يتوضأ قبل عدم المفسد وهو عدم الشرط وذلك قبل الصلاة وأما النكاح إلى أجل فليس هو عقد النكاح بل عقد آخر لا وجود له في الشرع بعد نسخ المنعة وعقد من العقود لا يتقلب عقداً آخر فلا يصح اسقاط الدرهم (لان الفساد في صلب العقد) والذي يحتاج به هذا إلى الجواب ما إذا أسقط الرطل الخمر فيما إذا باع بألف ورطل خمر نص محمد على جواز البيع وانقلابه صحيحاً في آخر الصرف اللهم إلا أن يقال هو تباع للألف الثمن في بيع المسلم بخلاف ما إذا باع بالخمر فإنه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن ويفسد إذا لامست تباع هناك هذا والحاق زفر بالنكاح إلى أجل بطريق الأثر

بكلامه (قوله وبخلاف النكاح) جواب عن قياس زفر على النكاح وتقريره أننا قد قلنا ان العقد الفاسد قد يتقلب فإنه جائزاً قبل تقريره المفسد ولم نقل ان عقداً يتقلب عقداً آخر والنازعة إلى أجل متممة وهي عقد غير عقد النكاح فلا يتقلب نكاحاً

قال المصنف (وقبل قدوم الحاج جازاً للبيع أيضاً) أقول لفظ أيضاً من كلام صاحب الهداية قال المصنف (ولنا أن الفساد للنازعة وقد ارتفع قبل تقريره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه) أقول يعني على أصلكم أما عند زفر فالنكاح إلى أجل جائز والشرط باطل كما هو في النكاح

(قوله في الكتاب) أي القدرى ثم تراضيخ ج و فاقالان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال (ومن جمع بين حر و عبد
 أو شاة ذكبة وميتة الخ) اذا جمع في البيع بين حر و عبد أو شاة ذكبة وميتة بطل البيع فيهما مطلقا أعني سواء فصل الثمن أو لم يفصل عند أبي
 حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد ان سمي لكل واحد منهما مثل أن يقول اشترىتهما بألف درهم كل واحد منهما خمسمائة جاز
 العقد في العبد والذكبة (وان جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبده غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن عندهم خلافا لفرقة
 الله فيهما) أي في العبد والمدبر أو في الجمع بينهما (ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدر) فان قيل متروك التسمية
 مجتهد فيه فصار كالمدر فيجب جواز بيعه مع المذكي كبيع القن مع المدر أوجب بأنه ليس بمجتهد فيه بل خطأ بين مخالفة الدليل الظاهر
 وهو قوله تعالى ولاتا كأعماله كرام الله عليه حتى ان القاضي اذا قضى (٢٢٥) بحله لا ينفذ القضاة فكان بمنزلة

من جمع بين الحر والعبد
 في البيع (لنظر الاعتبار
 بالفصل الاول يعني بين
 الحر والعبد بجماع انتفاء
 المحلية في حق الجمع ولا ي
 يوسف ومحمد اذا سمي لكل
 ثمن أن الفساد بقدر الفساد
 اذا الحكم ثبت بقدر دليله
 والفسد في الحر كونه ليس
 بمحل للبيع وهو مختص به
 دون القن فلا يتعداه كما اذا
 جمع بين الاجنبية وأخته
 في عقد النكاح بخلاف
 ما اذا لم يسم عن كل واحد
 لان عن العبد مجهول ولا ي
 حنيفة رحمه الله وهو الفرق
 بين فصل الحر والمدر مع
 القن ان الحر لا يدخل
 تحت العقد أصلا لانه ليس
 بمحل والبيع صفقة واحدة
 بدليل ان المشتري لا يملك
 قبول العقد في أحدهما
 دون الآخر واذا كان كذلك
 كان قبول العقد فيما لا يصح
 فيه العقد شرطا لصحة العقد

وقوله في الكتاب ثم تراضيخ ج و فاقالان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال (ومن جمع
 بين حر و عبد أو شاة ذكبة وميتة بطل البيع فيهما) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف
 ومحمد رحمه الله ان سمي لكل واحد منهما مما تجاز في العبد والشاة الذكبة (وان جمع بين عبد ومدبر أو بين
 عبده وعبده غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن) عند علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله فسد
 فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدر لانه الاعتبار بالفصل الاول اذ محلبة
 البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر الفساد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين
 الاجنبية وأخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم عن كل واحد منهما لانه مجهول ولا ي حنيفة رحمه الله
 وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد أصلا لانه ليس بمحل والبيع صفقة واحدة

فانه يجزى النكاح الموقت ثم قول المصنف رحمه الله (وقوله في الكتاب تراضيخا) أي قول القدرى في
 مختصره (قوله ومن جمع بين حر و عبد أو شاة ذكبة وميتة بطل البيع فيهما) سواء فصل عن كل
 واحدا ولم يفصل (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله ان سمي لكل
 واحد منهما مما تجاز في العبد) بما سمي له وكذا في الذكبة واذا لم يسم بطل بالاجماع وبقول أبي حنيفة
 قال مالك وعن الشافعي وأحمد كل من القولين وعلى اختلاف ما اذا باع دينين خلا فاذا أحدهما حر
 (ولو جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبده غيره) ولم يفصل الثمن (صح البيع في العبد بحصته من الثمن
 عند الثلاثة وقال زفر رحمه الله فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدر)
 وأجمعوا أنه لو باع عبد من فاستحق أحدهما لا يبطل البيع في الآخر (لنظر الاعتبار بالفصل الاول)
 وهو ما اذا جمع بين عبد وحر ولم يفصل عن كل بجماع أنه باع ما لا يصح بيعه مع ما يصح مجموعا صفقة وهو
 يوجب انتفاء محلبة البيع بالاضافة الى المجموع اذ يصدق أن الكل من حيث هو كل ليس بمحل
 (ولهما) في الاول (أن الفساد لا يتعدى) محل الفساد وبعد تفصيل الثمن يقتصر الفساد وهو
 عدم المحلية على الحر ونحوه فلا يتعدى الى غيره لأنه حينئذ بلا موجب لأن كلامهم ما قد انفصل عن
 الآخر بتفصيل الثمن الا يرى أنه لو هلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الآخر لو كان كل منهما عبدا
 وصار كل واحد بين أخته واجنبية في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم عن كل منهما لان الفساد
 حينئذ في القن لجهالة ثمنه (ولا ي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين) أعني الجمع بين الحر والعبد والجمع
 بين الاجنبية وأخته والمدر والعبد (أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلا والبيع صفقة واحدة)

(٢٢٩ - فتح القدير خامس) فيما يصح فيه فكان شرطا فاسدا وفيه نظر أما ولا فلانه اذا بين عن كل واحد منهما كانت
 الصفقة متفرقة وحينئذ لا يكون قبول العقد في الحر شرطا للبيع في العبد وأما فانيا فلان الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة
 لاحد المتعاقدين أو للعقد وعليه حتى يكون في معنى الربا وليس في قبول العقد في الحر منفعة لاحدهما ولا للعقد وعليه فلا يكون شرطا
 فاسدا وأما ثالثا فلان قبول العقد في الحر انما يكون شرطا لقبول العقد في العبد اذا صح الايجاب فيهما لانه لا يتضرر البائع بقبول العقد
 في أحدهما دون الآخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالمدر وأوجب عن الاول بان الصفقة متحدة في مثله اذا لم يكرر
 البيع أو الشراء وقد تقدم في أول البيوع وعن الثاني بان في قبول العقد في الحر منفعة للبائع فانه اذا باعهما بألف والحر ليس بمحل
 يقابل به فكأنه قال بعث هذا العبد بمائة على أن يسلم الي خمسمائة أخرى فينتفع بفضل خال عن العوض في البيع وهو الربا

وعن الثالث بأن الإيجاب إذا صح فبها صح العقد والشرط جميعا فلا يكون فيما نحن فيه وإذا ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصلين وتم جواب زفر عن النسوية بينهما (قوله بخلاف النكاح) جواب عن قياسهما على النكاح بأن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع وقوله أما البيع في هؤلاء متصل بقوله لأن الحر لا يدخل تحت العقد وأراد به ولاء المدبر والمكاتب وأم الولد وعبد الغير فأنهم دخلوا تحت العقد لقيام المالية فانهم باعتبار (٢٣٦) الرق والتقوم وهما موجودان (قوله ولهذا ينفذ) يجوز أن يكون توضيحا

فكان القبول في الحر شرط البيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لأنه لا يبطل بالشرط الفاسد وأما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازه وفي المكاتب رضاه في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله إلا أن المالك باستحقاقه المبيع وهو لا يستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا إشارة إلى البقاء كما إذا اشترى عبيدين وهلاك أحدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا يباع بالحصصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

بدليل أنه ليس للقبول أن يقبل في أحدهما بعد جعل قبول العقد في كل شرطاني ببعده إلا أنه قد شرط في قبول العقد بقوله في الحر وهو شرط فاسد فيبطل بيع العبد (بخلاف النكاح فإنه لا يبطل بالشرط الفاسد أما بيع هؤلاء فموقوف) على القضاء في المدبر ورضا المكاتب في الاصح خلافا لما روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف وإجازة ذلك الغير (فقد دخلوا في العقد لقيام المالية) على قول بعض المجتهدين في أم الولد أيضا فدخلت أيضا على قول أبي حنيفة وأبي يوسف (الأن المالك) أي مالك العبد المضموم إلى عبد البائع (باستحقاقه المبيع وهو لا يستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع) بعد وجوده فيما يقبله وهذا في أم الولد بناء على صحة القضاء يبيعها عندها ما خلافا للمحد وهو بناء على أن إجماع التابعين اللاحق هل يرفع خلاف الصحابة السابق عندهما لا يقوى لرفع خلاف الصحابة وعند محمد نعم فلذا صح القضاء يبيعها عندهما نظرا إلى الخلاف وعندنا لا نظر إلى الإجماع وارتفاع الخلاف مع أن قول عبيدة لعلي رضي الله عنه لما قال بدلي رأي أنهن يبعن فقال رأيك في الجماعة أحب إلي من رأيك وحديثك ظاهر في أن أكثر الصحابة كانوا على منع بيعها أو كلهم الأعلى وقد ذكرنا كسر الخي رجوع أبي يوسف في مسألة الطوق والحارية إذا باعها بثمن مؤجل كما سيجي في الصرف فاستدلوا به على رجوعه في هذه المسائل إذ الفرق بينهما لا يتضح كذا في المتوسط قيل ينبغي أن يكون الجمع بين متروك التسمية عامدا وبين الذبيحة كإجماع بين القن والمدبر على قول أبي حنيفة لضعف الفساد في متروكها للاجتهاد أحجب بالفرق بأنه لا يحل بالقضاء ويصح بيع المدبر به والاجتهاد فيه غير معتبر بل نفس الاجتهاد خطأ لمصادمته ظاهر النص هذا وقد يجعل الخلاف بينهم بناء على الخلاف في تعدد الصفقة واتحادها فقد تقدم أول كتاب البيع أن تعددها عندهما بتعدد الثمن وتفصيله وعنده لا يحصل بذلك التعدد بل لا بد مع ذلك من تكرار لفظ البيع وما في الذخيرة أن البائع إذا فصل الثمن وسعى لكل ثمن على حدة واتحد الباقي كانت الصفقة متحدة هو على قول أبي حنيفة وأورد من قبلهما أن قبول العقد فيما لا يصح شرط ليس فيه منفعة فلا يكون مفسداً أوجب منع اشتراط النفع في فساد الشرط أولاً وليس بشيء ثم لو سلم ففيه نفع لأن في قبوله قبول بدله وهو مال متقوم والحر ليس بمال فيكون بدله خالي عن العوض فيكون ربا وقوله (وكان هذا) يعني رد البيع (إشارة إلى البقاء) يعني دخولهم تحت البيع لأن رد البيع بدون انعقاده لا يصح وإذا خر جوابا بعد دخولهم لا يكون فيه بيع بالحصصة ابتداء بل بقاء كما إذا باع عبيدين وهلاك أحدهما قبل القبض ينفسخ البيع فيه

لقوله موقوف فان البيع في عبد الغير موقوف على اجازته وفي المكاتب على رضاه في أصح الروايتين وفي المدبر على قضاء القاضي وكذا إذا قضى القاضي يجوز بيع أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله خلافاً للمحدثين على أن الإجماع اللاحق يرفع الاختلاف السابق عنده فيكون القضاء على خلاف الإجماع فلا ينفذ وعندهما لا يرفع فيكون القضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ فقد عرف ذلك في أصول الفقه فان قيل كيف يصح قوله موقوف وقد قال في أول الباب ويصح أم الولد والمدبر والمكاتب باطل فالجواب أنه باطل إذ الميزم المكاتب ولم يقض القاضي يجوز بيع المدبر وأم الولد يدل على ذلك تمام كلامه هناك ويجوز أن يكون توضيحا لقيام المالية فان الإجازة وقضاء القاضي لا ينفذ في غير محلها وإذا نفذ ههنا عرفنا المحلية فيها ولا محل للبيع الإقبام المالية فعرفنا أنهم دخلوا في العقد فكان

الواحد ان لا يكون العقد فيهم فاسداً إلا أن المالك باستحقاقه المبيع وهو لا يستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع وهذا وحده أي الرد بالاستحقاق لا يكون إلا في البقاء فكان كما إذا اشترى عبيدين وهلاك أحدهما قبل القبض بق العقد في الباقي بحصته من الثمن بقاء فلم يمنع من الصحة وهذا أي الجمع بين القن واحد المذكورين لا يكون شرطاً لقبول في غير المبيع ولا يباع بالحصصة ابتداء بعد ما ثبت دخولهم في المبيع ولهذا لا يشترط حالة العقد بيان ثمن كل واحد من العبد والمدبر ربه أي فيما إذا جمع بين القن والمدبر

فصل في أحكامه **✽** وإذا قبض المشتري المبيع لما كان حكم الشيء لكونه أثراً ثابتاً به يعقبه ذكر أحكام البيع الفاسد عقبيه والبيع عندنا يفسر باعتبار غير ما مر إلى صحيح وفاسد وباطل وموقوف وعند الشافعي إلى صحيح وباطل لا غير (وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع) يعني بانه (وفي العقد عوضان ما لان ملك المبيع ولزمته القيمة) ذكر القبض لترتيب الاحكام عليه وذكرا لبيع الفاسد لان الباطل لا يفيد شيئاً وان اتصل به القبض وأمر البائع يعني به الاذن في القبض أعم من كونه صريحاً أو دلالة والمعنى بدلالة الاذن هو ان يقبضه عقيب العقد بحضرة البائع فان لم يكن بحضرة البائع لم يملكه بخلاف الصريح فانه يفيد مطلقاً وقد ان يكون في العقد عوضان ما لان اثباته سنذكرها وقوله ملك المبيع هو قول عامة (٢٣٧) المشايخ سوى أهل العراق فانهم يقولون

المبيع في البيع الفاسد
مملوك التصرف لا مملوك
العين وقد تقدم الكلام
فيه (وقال الشافعي رحمه
الله القبض في البيع الفاسد
لا يفيد الملك لانه محظور)
والمحظور (لاتصاله بنعمة
الملك) لان المناسبة بين
الاسباب والمسببات لا بد منها
(ولان النهى نسخ للشرعية
التضاد) بين النهى والمشروعية
اذ النهى يقتضى القبح
والمشروعية تقتضى الحسن
وبينهما منافاة والمنسوخ
المشروعية لا يفيد حكماً
شريعياً (ولهذا لا يفيد قبل
القبض وصار كما اذا باع
الخر بالدرهم) أو الدنانير أو
بالمئة وقبضها المشتري فانه
لا يفيد الملك وانما ان البيع
الفاسد مشروع بأصله

فصل في أحكامه **✽** وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته) وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا يتال به نعمة الملك ولان النهى نسخ للشرعية للتضاد ولهذا لا يفيد قبل القبض وصار كما اذا باع بالمئة أو باع الخبز بالدرهم ولنا ان ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله فوجب القول بان عقده ولا خفاء في الاهلية والمحلية

وحده وتجب حصة الآخر من الثمن وإذا كان المدبر وماعه محلاً للبيع لم يكن جمعه مع القن يتضمن اشتراط قبول العقد في غير المبيع **✽** فروع **✽** في الكافي جمع بين وقف وملك وأطلق صح في الملك في الاصح وقال الخواص يفسد فيه ما يرجع وقال جاز في الملك كافي العبد والمدبر ولو باع كرمافيه مسجد قد تم ان كان عامراً ففسد البيع والا لا وكذا في المقبرة ولو اشترى داراً فيه طريق للامة لا يفسد البيع والطريق عيب ولو اشترى داراً بطريقها تم استحق الطريق ان شاء أمسكها بمحضتها وان شاء ردها ان كان الطريق محتلطاً بها وان كان متميزاً لزمه الدار بمحضتها ومعنى اختلاطه كونه لم يذكره الحدود وفي المنتقى اذ لم يكن الطريق محذوفاً ففسد البيع والمسجد الخاص كالطريق المعلوم ولو كان مسجد جماعة ففسد البيع في الكل وفي بعض النسخ ولو كان مسجد جامع ففسد في الكل وكذا لو كان مهدوماً وأرضاً ساحة لا يبنء فيها بعد أن يكون أصله مسجد جامع كذا في المحتجب والظاهر ان هذا متفرع على قول أبي يوسف في المسجد الا ان كان من ريعه معلوم يعاديه ولو باع قرية وفيها مسجد واستثنى المسجد ما زال البيع

فصل في أحكامه **✽** قال (وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع) صريحاً أو دلالة كما سأتى (وفي العقد عوضان كل منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته) ومعلوم انه اذا لم يكن فيه خيار شرط لان ما فيه من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفاسد ولا يخفى ان لزوم القيمة عيناً انما هو بعد هلاك المبيع في يده أو مع قيامه في يده فالواجب رده بعينه (وقال الشافعي لا يملكه وان قبض لانه) أي البيع الفاسد (محظور فلا يتال به نعمة الملك ولا أن النهى نسخ للشرعية للتضاد) بين المشروعية والنهي والمراد ان النهى يتضمن انتفاء المشروعية (ولهذا) أي كونه غير مشروع (لا يفيد الملك قبل القبض) ولو كان مشروعاً ثبت قبضه كافي البيع الصحيح (وصار كما اذا باع الخبز بالمئة أو باع الخبز بالدرهم) فان الاتفاق على انه لا يفيد الملك في الوجهين وما ذاك الا لانتفاء مشروعية السبب (ولنا ان ركن العقد صدر من أهله في محله ولا خفاء في الاهلية ولا في المحلية

فصل في أحكامه **✽**
(قوله والبيع عندنا الخ)
أقول أي ما يطلق عليه
لفظ البيع (قوله غير
مامر) أقول في أول البيع

(قوله بخلاف الصريح) أقول هنا نوع مسامحة (قوله وقد ان يكون في العقد عوضان ما لان لفائدة سنذكرها) أقول ذكره بعد ورقة تخميناً وهو قوله وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مالاً لا يتحقق ركن البيع الخ (قوله وقد تقدم الكلام فيه الخ) أقول في أوائل البيع الفاسد قال المصنف (ولان النهى نسخ للشرعية) أقول جوابه وبالله العون ان أراد بالمشروعية ترتب الثمرات المطلوبة من النهى عنه عليه شرعاً فلا نسلم ذلك ولا نسلم التضاد من النهى والمشروعية بهذا المعنى كيف وهو أوّل المسئلة وان أراد بها المأذونية شرعاً فليس ولا يلزم من انتفاء المأذونية شرعاً انتفاء ترتب الاحكام فليتأمل (قوله أو بالمئة) أقول ظاهره عطف على الدرهم فلا يوافق المتن اذ لا تخصص فيه للمئة يجعله ثمناً للخر بل عام (قوله ولنا ان البيع الفاسد مشروع بأصله الخ) أقول لعل قوله مشروع مجاز عن مفيد الملك بقريته آخر كلامه ليوجد التلازم بين كلاميه فليتأمل

لان ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالتراضي صدر من أهله اذ الكلام في ان لاخل في العاقدين مضافا الى محله كذلك وكل بيع كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيد لا يقال قد يكون النهي مانعا عن ذلك لان النهي يقرر المشروعية عندنا لا اقتضائه التصور ليكون النهي عما يتكون ليكون العبد مبتلى بين أن يترك باختياره فشاب وبين أن يأتي به فيعاقب عليه فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النهي فعملناه في وصفه مجاورا كما في البيع وقت النداء عملا بالوجهين وقد قررنا هذا في التقرير على وجه أنهم واعترض بان (٣٣٨) المحطور في البيع وقت النداء مجاور وأما في المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل به

وصفا فلا يكون قوله كما في البيع وقت النداء صحيفا وأيضا الحكم هناك الكراهة وفي المتنازع فيه الفساد وأجيب بأن غرض المصنف من ذكر المجاورة بيان ان المحطور ليس لمعنى في عين المنهي عنه كما زعم الخصم والمجاور جمعوا والمتصل وصفا بيان في ذلك وبان غرضه ان يحكم المنهي عنه ليس البطلان كما يدعيه الخصم والكراهة والفساد يشتركان في عدم البطلان طالع التقرير تطلع على ذلك

وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لا اقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك وإنما المحطور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء

وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام) أى الكلام مفروض فيما اذا كان في العقد عوضان هما مالان قوله (نعمة) الملك لا تنال بالمحطور فلنا ممنوع بل ما وضعه الشرع سببا للحكم اذ انهى عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع رأينا من الشرع انه أثبت حكمه وأتمه أصله الطلاق وضعه لازالة العصمة ونهى عنه بوضع خاص وهو ما اذا كانت المرأة حائضا ثم رأينا انه أثبت حكم طلاق الحائض فأزال به العصمة حتى أمر ابن عمر بالراجعة رفعا للعصية بالقدر الممكن وأتم المطلق فصار هذا أصلا في كل سبب شرعى نهى عن مباشرته على الوجه الفلاني اذا بوشر معه بثبت حكمه وبه يصحى به وقوله النهي نسخ للمشروعية يعنى يفيد انتفاءها مع الوصف فنقول ما تريد بانتهاء مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف المذكور أو كونه لا يفيد حكمه ان أردت الاول سلما ومنعنا انه مع ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضى للنهي كما أريناك من الشرع وان أردت الثاني فهو محل النزاع وهو حينئذ مصادرة حيث جعلت محل النزاع جزءا الدليل لا يقال فلا فائدة للنهي حينئذ لان فائدته التحريم والتأنيب وهو موضع النهي فانه للتحريم أول الكراهة التحريم اذا كان ظني الثبوت وهذا بخلاف ما اذا لم يكن الثابت ركن العقد بأن لم يكن مالا بان عقد على النحر أو الميتة لعدم الركن فلم يوجد السبب أصلا فلا يفيد الملك فوضعنا الاصطلاح على الفاسد والباطل باعتبار اختلاف حكمهما متميزا فسمينا ما لا يفيد حكمه باطلا وما يفيد فاسدا أخذنا من مناسبة لغوية تقدمت أول باب البيع الفاسد ولاخفاء في حسن هذا التقرير ان شاء الله تعالى وكفائته وأما قول المصنف رحمه الله وغيره من المشايخ (النهي يقرر المشروعية لا اقتضائه التصور) يريدون ان النهي عن الامر الشرعى يقرر مشروعيته لأن النهي عن الشيء يقتضى تصور المنهى عنه واللام يكن للنهي فائدة فليس بذلك لان كونه يقتضى تصور المنهى عنه بمعنى امكان فعله مع الوصف المثير للنهي لا يفيد فانه اذا فعل هذا التصور يقع غير مشروع وان أرادوا تصور مشروعيته أى ما دون ما فيه شرعا ممنوع وان قالوا يزيد تصور مشروعيته بأصله لا مع هذا الوصف الذى هو مثير للنهي فلنا سلما ولكن الثابت في صورة النهي هو المقرون بالوصف فهو غير مشروع معه والمشروع وهو أصله بمعنى البيع مطلقا عن ذلك الوصف غير الثابت هنا فلا فائدة في هذا الكلام أصلا اذ نسلم انه مشروع بأصله أعنى ما لم يقرب بالوصف وهو مفقود فلا يجدى شيئا أو حيثئذ فقوله (فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك) يقال عليه ما تريد بنفس البيع الذى ليس فيه الوصف الذى هو متعلق النهي أو ما فيه ان قلت الذى ليس فيه سلما وبه تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذى ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المثير للنهي فلا ينال به نعمة الملك فيحتاج لما قرره من منع ان السبب اذا كان مع النهي لا يفيد الملك الى آخر ما ذكرنا وأما قوله وإنما المحطور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء) فالراد ان يجمع بين ما نحن فيه وبين البيع

قال المصنف (وركنه مبادلة المال بالمال) أقول يعنى حقيقته والافروكته الاحجاب والقبول أو مادل على ذلك قال المصنف (وفيه الكلام) أقول أى الكلام مفروض فيما اذا كان في العقد عوضان هما مالان قال المصنف (والنهي) أقول معارضة للدليل الثاني قال المصنف (بقرار المشروعية) أقول بمعنى ترتب الاحكام المطلوبة منه عليه شرعا لا بمعنى

المأذونة شرعا قال المصنف (لاقتضائه التصور الخ) أقول يعنى تصور موجود شرعا تصور مطابقا للواقع فاذا كان موجودا شرعا يرتب عليه الآثار والاحكام المطلوبة اذ هو معنى الوجود الخارجى على ما بين في موضعه قال المصنف (فنفس البيع) أقول مع قطع النظر عن وصفه قال المصنف (مشروع) أقول أى مأذون فيه فقوله فنفس البيع مناقضة وإشارة الى الجواب عن دليل الشافعى والفهاء ليست للتفريع بل عاطفة للتعقيب الذكرى (قوله قد يكون النهي مانعا عن ذلك) أقول أى عن المشروعية (قوله لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النهي) أقول قوله مقتضى النهي حال

(قوله وانما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي الى تقرير الفساد) جواب عن قوله ولهذا لا يفسد قبل القبض وتقرر بذلك انه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن ووجب على البائع تسليم المبيع لان ما من مواجب العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لانه واجب الرفع بالاسترداد وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تفرقه واذ كان واجب الرفع بالاسترداد يعني اذا كان المبيع مقبوضا فلا ان يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبة أحد المتعاقدين أو لى لكونه أسهل لسلامته عن المطالبة والاحضار والتسليم ثم الرفع بالاسترداد وعورض بأنه لو لم يفسد الملك قبل القبض لم يفده بعده لان كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالمبيع قبل القبض يمنع بعده كخيار الشرط وبأنه لو أفاد بعد القبض كان تقرر الفساد والجواب عن الاول انه ممنوع واللازم أن يكون الشيء مع غيره كالشيء لامع غيره وهو محال وخيار الشرط انما استوى فيه القبض وعدمه لان ثبوت الملك فيه معلق بسقوط الخيار معني لانه يقول على ابي بالخيار والعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود القبض وعدمه فلم يلزم أن يكون الشيء مع غيره كالشيء لامع غيره لان الشرط أهدر لا غير أعني القبض وعن الثاني ان تقرير الفساد بعد (٣٣٩) القبض ثبت في ضمن الضمان فان القبض

يوجب الضمان فان لم ينتقل الملك من المضمون له الى الضامن لاجتماع البدلان في ملك شخص واحد وهو لا يجوز والضمانات لا تعتبر بها (قوله ولان السبب دليل آخر على افادة البيع الفاسد الملك بعد القبض ووجه ان السبب يعني البيع الفاسد قد ضعف مكان اقترانه بالقيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم لان القبض شبهها بالايجاب فصار كأن ايجاب البيع الفاسد ازداد قوة في نفسه فهو كالهبة في احتياجه الى ما يعضده العقد من القبض (قوله والميتة ليست بمال) جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على

وانما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي الى تقرير الفساد المحاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فاعدم الركن ولو كان الحجر متمثلا فقد خرجناه وشئ آخر وهو ان في الحجر الواجب هو القيمة وهي تصلح مثلا لامتنا

وقت النداء في ثبوت الملك عند عدم كون الشيء لعين المنهي عنه كما اذا كان مع عدم ثبوت الركن والا فالنهي للمعاور بقيد الكراهة لا الحظر والنهي الوصف اللازم كما نحن فيه يفيد الحظر هذا الا اني أقول وبالله التوفيق مع ذلك ان الحجر والخيزران ليسا بمال في شرعنا فان الشارع أهاهنما بكل وجه حتى لعن حاملها ومعتصرها مع انها مقصودة حال الاعتصار بل الموجود حينئذ نسبة ان يصير خرا او ياتعها وآكل عنها وهي مال في شرع أهل الكتاب على زعمهم وحيث أمرنا ان نتركهم وما يدينون فقد أمرنا باعتبار بيعهم اباها وبيعهم بها فاذا كان أحد العوضين خرا أو خيزرا في بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك في البدل الاخر وان كان في بيعهم فحجيم والله أعلم وقوله وانما لا يثبت الملك قبل القبض الى آخره) جواب عن مقدروه انه اذا كان هذا البيع يفيد حكمة فواجه تراخيه عنه الى وقت القبض فأجاب وحاصل الوجه فيه اننا قد أريناك انه بسبب محذور وان ما هو بسبب محذور طلب الشرع رفعه بالقدر الممكن وان ترتب حكمة كما أمرنا براجعة الخائض فوجب ذلك في البيع وحيث أمرنا بآداه بعد فعله صار فيه ضعف ورأينا حكم السبب قد يتأخر عنه في الشرع بسبب من الاسباب فأخرناه الى القبض فانه به يتأكد العقد فيوجب حينئذ حكمة كالهبة لما ضعف السبب فلم يثبت الملك فيها الا بالقبض وقوله (كي لا يؤدي الى تقرير الفساد) أي الى زيادة تقريره فان المبادرة اليه تزيد وجوده مع انه واجب الرفع فلا يفعل ذلك وقوله (وان كان الحجر متمثلا فقد خرجناه) يريد ما قدمه من بطلان البيع اذا كانت مبيعا لان جعلها المقصود بالعقد اعز ازالها وقوله (وشيء آخر) أي وجه

البيع بالميتة وتقرر به ان الميتة ليست بمال وما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه ولو كان الحجر متمثلا وهو ما اذا اشترى الحجر بالدرهم فقد خرجناه يعني في أوائل البيع الفاسد وأراد به ما قاله وأما بيع الحجر والخيزران كان بالدين كالدرهم والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم من بطلان البيع فيما اذا كان الحجر متمثلا بطلان البيع في المتنازع فيه وفي شيء آخر أي دليل آخر سوى ما ذكرناه ناك وهو ان العقد الواقع على الحجر يوجب القيمة لعين الحجر لان المسلم ممنوع عن تسليم الحجر وتسلها فلو قلنا بان عقد البيع في الصورة المذكورة لجعلنا القيمة متمثلا لان كل عين يقابلها الدرهم أو الدنانير في البيع هو ممن لتعين الدرهم والدنانير لثمنه خلة وشرعا ولا عهد لنا بذلك في صورة من صور البياعات

(قوله لان ما من مواجب العقد) أقول الظاهر أن يقول من مواجب الملك الا أنه أراد بالملك الثابت به مجازا كما في رعينا غنينا (قوله والجواب عن الاول أنه ممنوع الخ) أقول لا يرد عدم ثبوت الملك بالقبض في البيع الباطل لكونه كالمال على السند (قوله لان الشرط أهدر الغير) أقول وللخصم أن يقول ان الفساد أهدر لا غير أيضا (قوله فان القبض يوجب الضمان) أقول ان أراد بعد الهلاك فسلم وليس الكلام فيه وان أراد حين قيام المبيع أو أعم فممنوع بل الواجب رد عينه فلا يلزم اجتماع البدلين في ملك شخص ولو وضع ما ذكره ملكا المعصوب بالقبض لخرين ما ذكره فيه فليتامل فان جواب النقص يظهر عما سبق في باب خيار الشرط من قوله حكما للمعاوضة والمقام بعد محل كلام

فالقول به تغيير الشرع حكما يبطلانه (قوله ثم شرط أن يكون القبض باذن البائع) اشارة الى صحة الاذن بالدلالة كما اذا قبضه بمجلس العقد بحضرة قبل الافتراق ولم ينه فانه يصح استحسانا (قوله وهو الصحيح) احتراز عما ذكره صاحب الايضاح وسماه الرواية المشهورة فقال وما قبضه بغير اذن البائع في البيع الفاسد فهو كالمقبض وهذه الرواية هي المشهورة وجه الصحيح ان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرة قبل الافتراق ولم ينه كان بحكم التسليط السابق فيكتفي به وعلى هذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وعلى رواية صاحب الايضاح (٢٣٠) يحتاج الى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد وذلك بان العقد اذا وقع فاسدا لم

يتضمن تسليطاً على القبض لان التسليط لو ثبت انما ثبت بمقتضى شرعاً والفاسد يجب اعداده فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على القبض بخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطاً على القبض استحساناً مادام في المجلس لان التصرف وقع صحيحاً فجاز أن يكون تسليطاً بمقتضاه وانما يتوقف على المجلس لان القبض ركن في باب الهبة وانه ينزل منزلة القبول في حق لحكم فكان القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عن هذا الاشتراط البيع بالمئنة والدم والحر والريح التي تهب والبيع مع نفي الثمن ويجعل الكل باطلا لعدم المالية في هذه الاشياء سواء كانت ثمناً او مئناً لكن ذكر جهة الاثمن ليعلم انها اذا كانت مبيعة كان البيع أولى بالبطلان

ثم شرط أن يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا أنه يكتفي به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد استحساناً وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرة قبل الافتراق ولم ينه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحساناً وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليحقق ركن البيع وهو مبادلة المال فيخرج عليه البيع بالمئنة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن

آخر لبطلان العقد اذا كانت مبيعة وهو ان الواجب حينئذ تسليم قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليمها وتسليمها والقيمة لا تكون الادراهم او دنائير فتصير القيمة مبيعة لقيامها مقام مبيع وهو خلاف وضع الشرع في سائر البياعات من ان المقابل للسلع من النقود عن لا يقال لا مانع من ذلك فان الدراهم والدنانير اذا قبلت بثمنها صار كل منهما مبيعاً وتما والخمر قد قبلت بالدراهم فاذا تزلت القيمة مكانها صارت دراهم مقابلة بدراهم لان نقول الثابت هنا كون كل مبيعاً وتما وهما يلزم مبيعاً ليس غير وقد يقال لما كان الواجب بقبض المبيع في الفاسد القيمة لا الثمن والمدفوع في بيع الخمر قيمتها آل الى الصرف فتكون القيمة مبيعاً وتما كالقيمة التي يدفعها المشتري (ثم شرط) في الملك (أن يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر) من المذهب (الا أنه يكتفي بالاذن دلالة كما اذا) اجتره (فقبضه في مجلس العقد) ولم ينه البائع (استحساناً وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرة قبل الافتراق ولم ينه كان بحكم التسليط السابق) أما اذا كان أمره بالقبض فانه يملكه ولو كان القبض مع غيبة البائع ولو قيل لا تسلم أن هذا البيع تسليط لما تقدم من ضعفه عن افادة حكمه بنفسه وهذا هو وجه الرواية المقابلة للصحيح وتسمى الرواية المشهورة فالجواب ان ضعفه انما يؤثر منع ثبوت حكمه بمجرد لا منع قبضه مطلقاً وصار كالهبة في ضعف السبب مع أن القبض فيها (في مجلس العقد يصح استحساناً) وأثر الضعف يكتفي فيه كون التسليط الذي يثبت مقيداً بالمجلس حتى لو قبضه في غير ذلك المجلس بحضرة ولم ينه لا يصح قبضه قياساً واستحساناً وعن الهنداوي انه قال يجب أن يكون القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير اذنه اذا كان أدى الثمن بما يملكه البائع بالقبض أخذ من اطلاق سيأتي وأما ما ذكر في المأذون من اشتراط اذن البائع في صحة القبض بعد الافتراق فتأويله اذا لم ينقد الثمن أو كان الثمن خراماً ملاحقاً لا يملك بالقبض فاما اذا ملك به فلا يحتاج الى الاذن ويكون قبض الثمن منه اذا منته بالقبض وفي المجتبى في التخلية باختلاف الروايات والاصح أنها ليست بقبض وفي الخلاصة التخلية كالقبض في البيع الفاسد في بيع الجامع الكبير وفي المحيط باع عبداً من ابنه الصغير فاسدا واشترى عبده لنفسه فاسدا لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله وفي جمع التفاريق لو كان وديعة عنده وهي حاضرة مملكتها وقوله (فيخرج عليه) أي على اشتراط المال في البيع الفاسد عدم (البيع) وبطلانه (بالمئنة والدم والحر والبيع بالريح والبيع مع نفي الثمن) كلها باطلة لعدم

المال

(قوله باذن البائع) اشارة الى صحة الاذن اقول في حصول الاشارة بما ذكره مخفاً وهل مراده

هذا القول الخ (قوله كما اذا قبضه) اقول ينبغي أن تكون الكافي زائدة على ما يدل عليه تفسيره الاذن دلالة في أول الفصل (قوله والفاسد يجب اعداده فلم يثبت المقتضى) اقول في التفريع كلام فان للبيع الفاسد وجوداً شرعياً ولا يكتفي بذلك في ثبوت المقتضى ثم اقول له يجب اعداده فلم يثبت المقتضى يعني يجب اعداده شرعاً فلم يثبت المقتضى شرعاً قال المصنف (ليتحقق ركن البيع) اقول يعني ليظهر تحققه فان الفاسد قد يستعمل في معنى العام الباطل أيضاً

وقوله أي قول القسورى لزمته قيمته معناه اذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيون والعديدات المتفاوتة فأما في ذوات الامثال كالتكليات والموزونات والعديدات المتقاربة فيجب المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب والحكم في الغصب كذلك بناء على ان المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه الا اذا تعذر قال (ولكل واحد من المتعاقدين فسخته رفعه للفساد الخ) لكل واحد من متعاقدي البيع الفاسد له فسح البيع رفعه للفساد سواء كان قبل القبض (٢٣١) أو بعده أما اذا كان قبل القبض

فلم تقدم انه لم يفد الحكم فكان الفسخ امتناعا من ان يفيد الحكم وأما اذا كان بعده فلا يجوز لما ان يكون الفساد في صلب العقد أى لمعنى في أحد البدلين كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر أو لشرط فاسد زائد كاشتراط ما ينتفع به أحد المتعاقدين والبيع الى النوروز والمهرجان ونحو ذلك فان كان الاول كان لكل منهما فسخته بمحضرة صاحبه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لقوة الفساد وعند أبي يوسف بمحضرة وغيبته وأن كان الشانى فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض وأما اذا كان بعده فلذلك له الشرط أن يفسخته بمحضرة صاحبه اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص وأما اذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل بطلب في شرح الطحاوى قبل المذكور في الكتاب قول محمد ووجهه ما ذكره أن العقد قوى فكان الواجب أن لا يكون لاحد المتعاقدين حتى يفسخ

وقوله لزمته قيمته في ذوات القسيح فأما في ذوات الامثال فيلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى قال (ولكل واحد من المتعاقدين فسخته) رفعه للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد بشرط زائد فلن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا أنه لم يتحقق المراعاة في حق من له الشرط

المال في العوض وقيد بنفي الثمن لانهما لو سكتا عن الثمن فليد كراهة بنفي ولا اثبات ان العقد فاسد او يثبت المالك بالقبض موجبا للقيمة لان مطلق البيع يقتضى المعاوضة فاذا سكت عن عوضه كان عوضه قيمته وكأنه باعه ب قيمته فيفسد البيع وقوله (لزمته قيمته) يعنى يوم القبض ولو زادت قيمته في يده فأنا أنه لانه انما دخل في ضمانه بالقبض فلا يتغير كالتغيب وقال محمد عليه قيمته يوم تلفه لانه بالاستهلاك تقرر عليه الضمان فتعتبر قيمته حينئذ كذا في الكافي وهذا (في ذوات التقيم فأما في ذوات الامثال فيلزمه المثل) ومنها العديدات المتقاربة (لانه مضمون بنفسه) أى بالقيمة واحترزه عن البيع الصحيح هذا والقول في القيمة والمثل قول المشتري لانه الضامن فالقول له في القدر والبيضة فيه بينة البائع (قوله ولكل واحد من المتعاقدين فسخته رفعه للفساد) أى المعصية فرفعها حق الله تعالى فان نفس العقد مكر وهوالجسرى على موجب بالتصرف في المبيع عليك أو انتفاع بطوء أو لبس أو كل كذلك أى بكرة لمافية من تفر بالمعصية وهى كراهة التحريم والوجه ان يكون حراما لان الاجماع على منعه شرعا قطعى بوجوب الحرمة وعرف من تعليل المصنف برفع المعصية ان الواجب ان يقال وعلى كل واحد فسخته غير انه أراد مجرد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوق تعليله أخص من دعواه وحاصل المقول في المسئلة انه اذا كان الفساد في صلب العقد وهو ما يرجع الى الثمن أو الثمن كبيع درهم بدرهمين أو ثوب بخمر فيملك كل فسخته بمحضرة الآخر عندهما لانه وان كان حق الشرع ففيه الزام موجب الفسخ فلا يلزمه الا بعباه وعند أبي يوسف بغير حضرة أيضا ولم يحك المصنف هذا الخلاف (وان كان الفساد بشرط زائد) كالبيع على أن يقرضه ونحوه أو الى أجل مجهول فكل واحد عليك فسخته قبل القبض وأما بعد القبض فيستقل (من له) منفعة (الشرط) والاجل بالفسخ كالبائع في صورة الاقراض والمشتري في الاجل بمحضرة الآخر (دون من عليه) عند محمد رحمه الله تعالى لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة عليه صح فسخته لانه يقدر ان يسقط الاجل فيصح العقد فاذا فسخته فقد أبطل حقه لقدرته على تصحيح العقد وعندهما كل منهما حتى يفسخ لانه مستحق حقا للشرع فان تقي الزوم عن العقد والعقد اذا كان غير لازم تمكن كل من فسخته كذا في الذخيرة والايضاح والكافي فعلى هذا المذكور هنا قول محمد وحده وهذا اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص أما اذا زاد المشتري في يد المشتري زيادة متصلة متولدة من الاصل أو لا متصلة كذلك أو انقص بأفقه سبوا به أو بفعل الغير بائعا أو مشتريا أو أجنبيا فسد ذكره وقوله (الا أنه) الى آخره جواب سؤال يرد على قوله لقوة العقد وهو أنه لما كان

لكن الرضا لم يتحقق في حق من له الشرط فله أن يفسخه وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فان تقي الزوم عن العقد وفي العقد الغير اللازم تمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخته

(قوله فان كان الاول كان الخ) أقول كان الظاهر أن يقول فان كان الاول فلذلك لقوة الفساد الا انه عدل عنه الى ما يرى لبعده المسافة عن قوله أما اذا كان بعده وليتعلق به قوله بمحضرة صاحبه فليتدبر (قوله فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض الخ) أقول لا يخفى عليك ان الكلام فيما بعد القبض وحكم ما قبل القبض مرجع دليبه في تقريره كما تظاهرة

كذا في الذخيرة والايضاح والكافي فان باع المشتري المقبوض بالشراء الفاسد نغذبيعه لانه ملكه بالقبض وكل من ملك بالقبض شيئاً
ملك التصرف فيه سواء كان تصرفاً لا يحتمل النقص كالاتفاق والتدبير أو يحتمله كالببيع والهبة وورد بأن المبيع لو كان ما كولا لم يحل
أكله ولو كانت جارية لم يحل وطؤها ذكراً في شرح الطحاوي فلم يملك التصرف مطلقاً وأوجب المبيع فان محمد انصر في كتاب الاستحسان
على حل تناوله قال لان البائع سلطه على ذلك وذكراً شمس الأئمة الخواصي بكرة الوطء ولا يحرم فالمدكور في شرح الطحاوي يحمل على عدم
الطيب ولئن سلم فالوطء مما لا يستباح بصريح التسليم فبدل لانه أولى وجواز التصرف باعتبار أصل الملك وهو ينقل عن صفة الحل وإذا
كان البيع نافذا سقط حق ارتداد البائع لتعلق حق العبد وهو المشتري الثاني بالبيع الثاني ونقض الاول لحق الشرع وإذا اجتمع
حق الشرع وحق العبد يقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع وفيه بحث لان التصرف ان كان اجارة أو تزويجاً لم يسقط حق استرداده
وكذا اذا مات المشتري وورث وارثه المشتري وان تعلق بذلك حق العبد فكان ذلك تحكماً وأوجب عن الاول بأن الاجارة عقد ضعيف
يفسخ بالاغذار وفساد الشراء عند زني فسخها كما يأتي ولم يذكر محمد من يفسخها وذكراً في النوادر ان القاضي يفسخها والتزويج يشبهه
الاجارة لوروده على المنفعة والبيع (٢٣٣) يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على

الرقبة والنكاح على حاله
قائم وعن الثاني بأن ملك
الوارث في حكم عين ما كان
للورث ولهذا يرد بالعيب
ويرد عليه وذلك الملك كان
مستحق النقص فانتقل الى
الوارث كذلك حتى لو مات
البائع كان لوارثه أن يسترد
المبيع من المشتري بحكم
الفساد وهذا بخلاف ما اذا
أوصى المشتري بالمشتري
اشخص ثم مات حيث لم يبق
للبيع حق الاسترداد من
الموصى له لان الموصى له بمنزلة
المشتري الثاني في ثبوت
ملك متجدد له سبب اختياري
ليس في حكم عين ما كان
للموصى ولهذا لا يرد بالعيب

قال (فان باع المشتري نغذبيعه) لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد
بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع بأصله دون ووصفه
والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليم من جهة البائع
قوياً ينبغي ان لا يكون لاحد ولاية الفسخ وان كان له منفعة الشرط فأجاب بأن القياس ذلك لأنه المالم
تتحقق المراضاة في حقه كان له الفسخ (قوله فان باعه) أي باع المشتري ما اشتراه فساداً ببيعاً
صحيحاً (نغذبيعه لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق) البائع الاول في (الاسترداد لتعلق حق
العبد) (العقد الثاني ونقض الاول) ما كان الا (لحق الشرع وحق العبد) عنده معارضة حق الله تعالى
(يقدم) باذن الله اغناه سبحانه وتعالى وسعة عفوه وجوده ووفر العبد وضيقة ولا يتقض بالصيد اذا حرم
مالكه وهو في يده حيث يقدم حق الشرع على العبد لانه يقول الواجب عليه اطلاقه لا اخراجه عن ملكه
فيطلقه بحيث لا يضيع عليه وهذا جمع بين الحقيقين ولا ينقض باسرداد وارث البائع اذا مات البائع من
المشتري مع انه تعاقب به حق العبد وهو الوارث لان الحق المتعلق للوارث هو نفس الحق الذي كان للمشتري
وكان مشغولاً بحق البائع في الرد فينتقل اليه كذلك أما الموصى له بالمبيع فكل المشتري الثاني فليس لورثة
البائع استرداده منه لان له ملكاً متجدداً بسبب اختياري لا يتصرف من المشتري ولو قيل المشتري الثاني
أيضاً لما ينتقل اليه المبيع مشغولاً بذلك الحق لان ذلك كان فيه للبائع الاول وليس في قدرته أن يبطل
حقه فلا يصل ما باعه الى المشتري المشغولاً بذلك احتاج الى الجواب (و) أيضاً (الاول مشروع
بأصله لا وصفه والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه) لزيادة قوته (ولانه) أي البيع الثاني
(حصل بتسليم من جهة البائع) أي البائع الاول لان التملك منه مع الاذن في القبض تسليط على

فان قيل قولهم اذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض بما اذا كان في يد حلال صيد ثم أحرم فإنه يجب
عليه ارساله وفيه تقديم حق الشرع أوجب بأن الواجب فيه الجمع بين الحقيقين لا مكانه بالارسال في موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح
فانه اغنا صار اليه اذا امتنع الجمع (قوله ولان الاول) دليل آخر على سقوط حق استرداد البائع ووجهه ان البيع الاول مشروع بأصله
دون وصفه لما تقدم من معرفة ماهية الفاسد عندنا والبيع الثاني مشروع بأصله ووصفه اذا لخل فيه له لافي ركبه ولا في عوارضه فلا
يعارضه مجرد الوصف وحاصله ان الفاسد لا يعارض الصحيح (قوله ولانه حصل بتسليم من جهة البائع) دليل آخر على ذلك ومعناه
ان البيع الثاني حصل بتسليم البائع الاول حيث كان القبض باذنه فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل ووقض باسرداده قبل
وجود البيع الثاني فانه نقض ما تم من جهته والجواب اننا نسلم التمام فيه فان كلاً من المتعاقدين يملك الفسخ فإين التمام فاذا باع المشتري
فقد انتهى ملكه ولهذا يملك الفسخ والمنهي مقرر واذا تقرر فقد تم ولم يكن ذلك الامنه ابتداء فيكون الاسترداد نقضاً لما تم من جهته

(قوله كذا في الذخيرة والايضاح والكافي) أقول وهو ظاهر كلام القدوري أيضاً ولا يخفى عليك ما في دليلهما من القوة (قوله وكل من
ملك بالقبض) أقول ليس في تقييده بقوله بالقبض كثير فائدة (قوله وجواز التصرف الخ) أقول لعل المراد من جواز التصرف هو
أن يترتب عليه الاثر كثبوت النسب

(قوله بخلاف تصرف المشتري) جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعا عن نقض التصرف لم ينقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه به لكن للشفيع أن ينقضها وتوجيه الجواب ما قال ان كل واحد من حق المشتري والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية فيجوز نقض أحدهما الآخر بدليل يقتضيه وحاصله أن تعلق حق الغير انما يمنع النقص اذا كان في مقابلته ما هو مرجوح عنده وأما اذا كان ما هو راجح فلا يمنع وحق الشفيع راجح لأنه عند صحة الاخذ تتحول الصفقة اليه فتبقى تصرفات المشتري بلا سند فينقض ولأنه ما حصل التسليم من جهة الشفيع ليكون نقضه نقضا لما تم من جهته وهذا لان التسليم انما يثبت بالاذن أو بإثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد (٣٣٣) من الشفيع شيء من ذلك قال (ومن اشترى عبدا بخرم أو خنزير فقضه الخ) ومن اشترى عبدا بخرم أو خنزير فقبضه باذن البائع وأعتقه أو باعه بعهما صح وأعاد لفظ البيع كراهة أن يغير لفظ محمد رحمه الله لو تركه (أو وهبه وسلمه فهو) أي ما فعل من هذه التصرفات جائز وعليه القيمة) أما جواز دفعه للماذ كرا أنه ملكه بالقبض) والمالك مطلق التصرف فينفذ وأما وجوب القيمة فيما تقدم انه مضمون بنفسه بالقبض فمشابه الغصب وبالاعتاق فدهلك) فصار كغصب هلك وفيه القيمة (وبالهبة) والتسليم (والبيع) انقطع حق الاسترداد على ما مر) أنفام من قوله لتعلق حق العبد بالثاني (والكتابة والرهن) نظير البيع لانهم بالازمان) فان الرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن كالتكتابة في حق المولى (الا ان حق الاسترداد يعود بمجرد المكاتب وفك الرهن لزوال

بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليم من الشفيع قال (ومن اشترى عبدا بخرم أو خنزير فقبضه وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة) لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض فننفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهم بالازمان الا انه يعود حق الاسترداد بمجرد المكاتب وفك الرهن لزوال المانع

التصرف فلا يتمكن من الاسترداد من المشتري الثاني والا كان ساعيا في نقض ما تم به ويؤدي الى المناقضة قيل عليه فقدم تمكنه من الاسترداد في بيع نفسه حينئذ أولى والجواب انه قبل بيع المشتري وتصرفه لم يكن باسترداده ساعيا في نقض ما تم به لان الكائن من جهته بتسليم على البيع وعنايته بأن يفعل المسلط وهذا التسليم نفسه معصية فجعل له رجة عليه أن يتدارك بالتوبة وذلك يكون قبل القوات بفعل المسلط فان لم يتدارك حتى فعل وتعلق به حق عبيد فقد فوت على نفسه المكنة بتقصيره وحقيقة الحال أن حق كل من البائع والمشتري ليس الالندارك رفع المعصية بالتوبة ومتى أخر حتى تعلق حق عبيد من المشتري والموهوب له والموصى له فقد فوته أما الوارث فانه ما مور بخلاص ميتة من المعصية ما أمكن فشرع له ذلك الحق لذلك وهذا بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة) بالبيع والهبة فانه لا يمنع حق الشفيع وله أن ينقض هذه التصرفات ويأخذها بالشفعة وان تعلق بها حق الغير لان حق الشفيع وحق البائع حق العبد يعارضه ويترجح الشفيع لانه أسبق ولانه لم يوجد من الشفيع تسليم على الشراء كافي البائع وأورد فينبغي أن يكون حق المشتري أحق من حق الشفيع لانه ان لم يكن ناسخا يجب بأنه انما ينسخ اذا كان مثله في القوة والسبق من أسباب الترجيح فتترجح الشفعة (قوله ومن اشترى عبدا بخرم) المراد اشترى عبدا شرا فاسدا بخرم أو غيره (فاعتقه أو باعه أو وهبه) وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا من أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته) فيه (و) انما وجبت القيمة لانه (بالاعتاق قد هلك) فوقع الاياس عن الاسترداد (فتعنت القيمة وبالبيع والهبة انقطع حق الاسترداد على ما مر) في المسئلة قبلهما من أنه تعلق به حق العبد أعني المشتري الثاني والاسترداد لحق الشرع وحق العبد مقدم فقد فوت المكنة بتأخير التوبة (والكتابة والرهن) بعد قبضه (نظير البيع) يعني اذا كاتب العبد المبيع بعه فاسدا أو رهنه فهو نظير البيع (لانهم بالازمان) لحق العبد فينقطع حق الاسترداد فتلزمه القيمة (الا أنه يعود بمجرد المكاتب وفك الرهن) ولا فائدة في تخصيصهما بذلك بل يعود حق الاسترداد في البيع والهبة اذا انتقضت هذه التصرفات كالرهن بالعيب والرجوع

اشترى عبدا بخرم أو خنزير فقضه الخ) ومن اشترى عبدا بخرم أو خنزير فقبضه باذن البائع وأعتقه أو باعه بعهما صح وأعاد لفظ البيع كراهة أن يغير لفظ محمد رحمه الله لو تركه (أو وهبه وسلمه فهو) أي ما فعل من هذه التصرفات جائز وعليه القيمة) أما جواز دفعه للماذ كرا أنه ملكه بالقبض) والمالك مطلق التصرف فينفذ وأما وجوب القيمة فيما تقدم انه مضمون بنفسه بالقبض فمشابه الغصب وبالاعتاق فدهلك) فصار كغصب هلك وفيه القيمة (وبالهبة) والتسليم (والبيع) انقطع حق الاسترداد على ما مر) أنفام من قوله لتعلق حق العبد بالثاني (والكتابة والرهن) نظير البيع لانهم بالازمان) فان الرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن كالتكتابة في حق المولى (الا ان حق الاسترداد يعود بمجرد المكاتب وفك الرهن لزوال

(٣٥ - فتح القدير خامس) المانع وهو تعلق حق العبد قيل وليس لتخصيصهما في عود الاسترداد فائدة زائدة فانه ثابت في جميع الصور اذا نقض التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء بالقيمة أو رجح الواهب في هبته عاد للبائع ولانه الاسترداد لعود قديم ملكه اليه ثم يعود حق الاسترداد في جميع الصور انما يكون اذا لم يقض على المشتري بالقيمة وأما اذا كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا قضى على الغائب بقيمة المغصوب الا أتى ثم عاد

(قوله لانه عند صحة الاخذ الخ) أقول الكلام في صحة الاخذ بعد ما تعلق بالدار حق الغير والظاهر أن يعلى الرجحان بسبق حق الشفيع كما سأتى في كتاب الشفعة (قوله على ما مر أنفام من قوله لتعلق حق العبد) أقول والاولى أن يجعل قوله على ما مر إشارة الى الأدلة الثلاثة التي ذكرها المصنف أيضا

(قوله وهذا) أي انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة (بخلاف الاجارة) فان حق الاسترداد فيها لا ينقطع لمذاكرنا
 (انها تفسخ بالاغذار ورفع الفساد) (٢٣٤) من أقوى الاغذار ولا نهان عقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا)

وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاغذار ورفع الفساد عذر ولا نهان عقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا قال (وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن (وان ما د البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن) لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالرهن

في الهبة ولو تغير قضاء لانه عاد الى قديم ملكه ثم حق الاسترداد انما يعوذا الم يقض بالقيمة على المشتري فان قضى بها عليه ثم عاد الى ملكه ليس للبائع أن يسترده لتحويل حقه من العين الى القيمة كالعبد المنصوب اذا أبق فقطى على الغاصب بقيمته ثم رجع ليس لما لكانه أخذها لما قلنا وقوله (وهذا بخلاف الاجارة) فانه اذا أجر المشتري شراء فاسدا لا ينقطع به حق الاسترداد (لان الاجارة تفسخ بالاغذار ورفع الفساد عذر ولان الاجارة تتعقد شيئا فشيئا فيكون) الاسترداد بالاضافة الى المنافع التي لم تحدث (امتناعا) عن العقد عليها والنكاح كالاجارة لانه عقد على منفعة فاذا زوج المشتري الحاربه المشتري الفاسدا كان للبائع أن يستردها لان حق الزوج في المنفعة لا يمنع حق البائع في الرقبة ولانه لا يفوته ملك المنفعة فان مع الاسترداد النكاح قائم كالزوجها البائع نعم تصير بحيث له منعها وعدم ثبوتها معه يتاغير أنه اذا اظفر بها له وطؤها ولو قطعت يد العبد المشتري شراء فاسدا وأخذ المشتري الارض أو ولدت الحاربه وأخذت موجب ذلك للبائع الفسخ ويرد الزيادة عليه ولو قطع الثوب وخاطه أو بطنه وحشاه انقطع الاسترداد كما في الغصب ولو صبغته فعن محمد رحمه الله يخير البائع بين أخذه وإعطاء ما زاد الصبغ فيه وتركه وتضمن قيمته كالغصب والحاصل أن كل تصرف لوفعه له الغاصب انقطع به حق المالك اذا فعله المشتري انقطع به حق الاسترداد للبائع وذ كر الكرخي أن الصبغ بالصفرة يمنع الاسترداد وعن محمد أنه كالغصب ولا يمنع الاسترداد بموت المشتري فيسترد البائع من الوارث ولا بموت البائع فيسترد وارثه من المشتري وزيادة المشتري شراء فاسدا لا تمنع الاسترداد الا اذا كانت بفعل المشتري كالحياطة والصبغ ونقصانه بفعل المشتري أو بفعله في نفسه أو بأفقه سماوية لا يمنع فيسترده البائع مع أرش النقصان وليس له أن يتركه عليه ويضمنه تمام القيمة وان كان بفعل أجنبي فله أن يأخذ الارض من المشتري وان شاء أخذه من الجاني وفي قتل الاجنبي ليس له تضمين الجاني ولو وطئ المشتري الحاربه لا يمنع الرد منه ولا الاسترداد من البائع فلو رد أو استرد لزمه العقر للبائع أمان أتلفها ضمن قيمتها (قوله وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) قيل يعنى القيمة التي أخذها من المشتري وليس بالزم بل قد يكون ذلك أو الثمن الذي تراضى به عليه كيف كان ليس له أخذه حتى يرد ما أخذه (لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن) وعلى هذا الاجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد اعتبارا بالعقد الجائر اذا انقضاء فلا مستأجر أن يجلس ما استأجره حتى يأخذ الاجرة التي دفعها للمؤجر وكذا المرتهن حتى يقبض الدين لان هذه عقود معاوضة فيجب التسوية بين البلدين (ولومات البائع) يبيع فاسدا أو المؤجر اجارة فاسدة أو الراهن أو المقرض كذالك فالذي في يده المبيع أو الرهن أحق بثمنه من غرماء الميت (لانه مقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته) الا أن الرهن مضمون بقدر الدين والمشتري بقدر ما أعطى فما نضل فللغرماء بخلاف ما اذا مات المحيل وعليه دين ولم يقبض المحتال الدين أو الوديعة من المحال عليه فانه لا يختص المحتال بالدين الحوالة أو الوديعة مع أن دين المحيل صار مشغولا بحق المحتال كما في الرهن لان الاختصاص انما يوجب ثبوت الحق مع اليد لا بمجرد الحق

ولعل في الجوابين اشارة الى المذهبين فيها قال (وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) قال في النهاية أي القيمة التي أخذها من المشتري وليس بواضح بل المراد به ما أخذ البائع في مقابلة المبيع عرضا كان أو نقدا ثمنا كان أو قيمة وهذا الحكم ثابت في الاجارة الفاسدة أيضا وغيرها (فيصير المبيع محبوسا بالمقبوض) فكان له ولاية أن لا يدفع المبيع الى أن يأخذ الثمن من البائع كفي الرهن لكنه يفارقه من وجه آخر وهو ان الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وها هنا المبيع مضمون بجميع قيمته كافي الغصب (وان مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه حال حياته) لما تقدم من أن للمشتري حق منع البائع من المبيع الى أن يأخذ ما أذى اليه وكل من يقدم عليه حال حياته يقدم على غرمائه وورثته بعد وفاته كالمرتهن فان الراهن اذا مات وله ورثة وغرماء فالمرتهن أحق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفي الدين

ولا

(قوله بل المراد به ما أخذ البائع في مقابلة المبيع عرضا كان أو نقدا ثمنا كان أو قيمة) أقول فيه بحث

(ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة بأخذها بعينها الا انها فيه (تتعين) بالتعيين على رواية أبي سليمان (وهو الاصح) وعلى رواية أبي حفص لا تتعين والقبض الفاسد وهو بيع دراهم بدراهم الى أجل في تعين المقبوض للردي على الروايتين وجه رواية أبي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه رواية أبي سليمان ما ذكره المصنف أن الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب في كونها مقبوضين لأعلى وجه مشروع وقيل في حكم النقض والاسترداد والدراهم المغصوبة تتعين للردي يجب رد عينها اذا كانت قائمة (وان كانت مستهلكة أخذ مثلها المائنا) أنه بمنزلة المغصوب والحكم فيه كذلك وذكر في الفوائد الظهيرية أن المبيع يساع لحق المشتري فان فضل شيء يصرف الى الغرماء كما في بيع الرهن بالدين قال (ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند أبي حنيفة (٢٣٥) وقال أبو يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الدار) وكذا اذا اشترى أرضا

وغيرس فيها وذكروا في الايضاح أن قول أبي يوسف هذا هو قوله الأول وقوله آخر اجمع أبي حنيفة (اهم أن حق الشفيع أضعف من حق البائع لأنه يحتاج فيه الى القضاء) أو الرضا (ويبطل بالتأخير) ولا يورث بخلاف حق البائع فإنه لا يحتاج الى ذلك وقد تقدم أن البائع يباع فاسدا اذا مات كان لورثته الاسترداد والاضعف اذا لم يبطل بشيء فلا أقوى لا يبطل به وهو يدعيه وحق الشفيع لا يبطل بالبناء والغرس حتى البائع كذلك (ولابي حنيفة أن البناء والغرس حصل للمشتري بتسليط من جهة البائع) وكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد كالمبيع الحاصل من المشتري بخلاف الشفيع اذا التسليط لم يوجد منه (ولهذا لو وهبها المشتري لم يبطل حق الشفيع وكذا

ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة بأخذها بعينها الا انها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة أخذ مثلها المائنا قال (ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها) عند أبي حنيفة رحمه الله رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية (وقال لا ينقض البناء وترد الدار) والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء فأقواهما أولى وله ان البناء والغرس مما يقصده الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالمبيع بخلاف حق الشفيع لأنه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعها فكذا بينا

ولا يدلل لاحتال (ثم ان كانت دراهم الثمن) التي دفعها (قائمة بأخذها) المشتري (بعينها الا انها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح) خلافا لما ذكر أبو حفص أنه لا تتعين كافي البيع الصحيح وهو رواية كتاب الصرف ورواية أبي سليمان تتعين وهو الاصح لكن سيأتي ما يقوى رواية أبي حفص (لان البيع الفاسد بمنزلة الغصب) والثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب (وان كانت مستهلكة) قال المصنف رحمه الله تعالى (له أخذ مثلها) وكذا ذكر قاضيخان وذكر في الفوائد الظهيرية وغر الا سلام وجماعة من شروح الجامع الصغير أنه يباع المبيع لحق المشتري فان فضل شيء عمدا دفعه بصرف الى الغرماء ولا شك أنه غير لازم لان الواجب له بعد الاستهلاك مثل حقه المستلزم وهو الدراهم (قوله) ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري) أو غرس فيها أشجارا (فعليه قيمتها) وانقطع حق البائع في استردادها بالبناء والغرس (وقال أبو يوسف ومحمد ينقض البناء) ويقطع الغرس (وتسترد الدار لهما أن حق الشفيع) في الدار التي يستحق فيها الشفعة (أضعف من حق البائع) يباع فاسدا في الاسترداد بدليل أنه (يحتاج) في ثبوت الملاك في الدار (الى القضاء ويبطل بالتأخير) بعد العلم ولا يورث وحق هذا البائع في الاسترداد لا يتوقف على قضاء ولا يبطل بالتأخير وينبث لورثته (والاتفاق على أن (حق الشفعة الاضعف لا يبطل بالبناء) والغرس (فأقواهما) وهو حق البائع (أولى) أن لا يبطل به مما ثبتت بدلالة ثبوته (ولابي حنيفة أن البناء والغرس مما يقصده الدوام وقد حصل بتسليط البائع فينقطع) به (حق الاسترداد كالمبيع) والهبة (بخلاف حق الشفيع فإنه) وان كان أضعف (لم يوجد) ما يبطله وهو تسليطه على الفعل أعني البناء فيعمل بمقتضاه وهو النقض والقطع (ولهذا لا يبطل بالمبيع والهبة) أيضا بل يأخذها من يد المشتري الثاني بالشفعة لان البيع ليس بتسليط منه وهذه المسئلة من المسائل التي أنكر فيها أبو يوسف الرواية لمحمد على الوجه المذكور في

لو باعها من آخر فانه يأخذ بالشفعة بالمبيع الثاني بالثمن أو بالأول بالقيمة وان كان لا شفعة في البيع الفاسد لان حق البائع قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط منه أقوى من حق البائع لوجوده منه وهذا التقرير يثبتك أن قوله مما يقصده الدوام لا مدخل له في الخجة قيل وانما أدخله فيها الإشارة الى الاحتراز عن الاجارة فان البناء والغرس بالاجارة لا يقصدهما الدوام ولهذا ذكره لان يلحقه بالبيع في كونه منهما مقرر الا انه لما قصد به الدوام أشبهه بالبيع فكان من باب الملاك فينقطع به حق الاسترداد كالمبيع واذا ثبت هذا كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لانقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء لصيرورته حينئذ بمنزلة المبيع الصحيح فينقض الشفيع بناء المشتري واعترض بأنه اذاوجب نقض البناء لحق الشفيع وفيه تقرير بالعقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بالطريق الاولى

(قوله والقبض الفاسد الى قوله على الروايتين) أقول قوله والقرض مبتدأ وقوله على الروايتين خبره

لان فيه اعدام الفاسد واذا توهم ما ذكر فليس وارد اذا البائع مسلط دون الشفيع ولا يلزم من نقضه لمن ليس مسلط نقضه لمسلط فانتفت
 الاولوية وبطلت الملازمة واعتراض ايضا بانه اذا نقض البناء لحق الشفيع وجب عود حق البائع في الاسترداد لوجود مقتضى وهو العقد
 التاسد وانتفاء المانع وهو البناء كما اذا باع المشتري شراء فاسدا بعيما صحح ما ورد عليه المبيع بما هو فسخ واجيب بوجود مانع آخر فان المانع
 من الاسترداد انما يتحقق بعد ثبوت الملك للشفيع وانه مانع آخر من الاسترداد وهذا لان النقض انما واجب ضرورة ابقاء حق الشفيع
 فصار النقض مقتضى صحة التسليم الى الشفيع فلم يجوز ان يثبت مقتضى على وجه يبطل به مقتضى وهو التسليم الى الشفيع
 روى وجوب القيمة في هذه المسئلة (٢٣٦) عن أبي حنيفة ويعقوب رجهما الله ثم شك بعد ذلك في حفظ الرواية عن

وشك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي حنيفة رجه الله وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة
 فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف
 الجامع فقول المصنف (وشك يعقوب رجه الله في حفظ الرواية عن أبي حنيفة) بذلك قالوا انه شك
 في حفظ الرواية عنه لافي مذهبه يعني أن مذهبه معروفاً انه لا ينقض البناء ولكن يجب القيمة على
 المشتري (فان محمد انص على) هذا (الاختلاف في كتاب الشفعة) فانه قال اذا باع في الدار المشتراة شراء
 فاسدا فله الشفعة عند أبي حنيفة رجه الله وعندهما لا شفعة فهذا دليل على أن الرواية عن أبي
 حنيفة ثابتة لان حق الشفعة في الدار المبيعة ببيعها فاسدا مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد فلو لا
 قوله بانقطاع حق الاسترداد بالبناء لم يوجب الشفعة فيها غير أن حكاية شمس الأئمة قول أبي يوسف لمحمد
 ما رويت لك عن أبي حنيفة انه يأخذ قيمتها وانما رويت لك أنه ينقض البناء فقال بل رويت لي أنه يأخذ
 قيمتها صريح في الانكار لافي الشك وصرح في أنه ينقل عن أبي حنيفة ما يوافق مذهبهما وعدم الخلاف
 وقول المصنف (فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف) معناه
 أن حق الشفعة وجودا وعدمه مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وجودا وعدمه ما فوجوده مبني على عدمه
 وعدمه مبني على وجوده وعلى هذا فثبوته على الاختلاف بالجر وجماعة من الشارحين قالوا وثبوته
 بالرفع مبتدأ وعلى الاختلاف خبره وهو عطف على مبني والمعنى ثبوت حق الشفعة مبني على انقطاع
 حق البائع بالبناء وثبوت حق الشفعة على الخلاف فعنده ثبتت حق الشفعة فهو قائل بانه ينقطع
 وعندهما لا يثبت حق الشفعة فيثبت حق الاسترداد والاقراب أن الأوجه ثبوته بثبوت انقطاع
 حق البائع في الاسترداد والمعنى حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت انقطاعه
 به على الخلاف عندهما لا ينقطع فله القلع والهدم وعنده ينقطع فلا يستردوا تفقت الروايات ان طلب
 حق الشفعة في البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البائع لا وقت الشراء وأورد على أبي حنيفة
 لما وجب نقضهما لحق الشفيع وفيه تقرير للفساد فأولى أن يجب نقضهما لحق البائع وهو أقوى
 وفيه اعدام الفساد اجيب بمنع الملازمة فان البائع جان ولا جناية من الشفيع فلا يلزم من النقض
 لأجل من لا جناية منه النقض لمن جنى فان قيل اذا نقض البناء والغرض لأجل الشفيع ينبغي أن
 يعود حق البائع في الاسترداد كما اذا فسخ البيع عن العبد اجيب بأن المانع من الاسترداد انما يزول
 بعد ملك الشفيع فيثبت حق نقض البناء والغرض حكم للملكه هذا وقولهما وجه لأن قول أبي حنيفة
 ان البناء ما يقصده الدوام يمنع للاتفاق في الاجارة على ايجاب القلع فظهر أنه قد يراد البقاء وقد لا فان قال
 المستأجر يعلم أنه يكلف القلع ففعله مع ذلك دليل على أنه لم يراد البقاء قلنا المشتري شراء فاسدا أيضا يكلف

أبي حنيفة لافي مذهبه
 والدليل على ان مذهبه
 ذلك تنصيص محمد رجه الله
 على الاختلاف في كتاب
 الشفعة أن عند أبي حنيفة
 للشفيع الشفعة في هذه
 الدار التي اشتراها المشتري
 شراء فاسدا وبنى فيها أو غرس
 وعندهما لا شفعة للشفيع
 فيه أو حق استحقات الشفعة
 مبني على انقطاع حق البائع
 في الاسترداد بالبناء والغرس
 وثبوته مختلف فيه فن قال
 بثبوته قال بانقطاع حق
 البائع ومن قال بانتفائه قال
 بعدم انقطاع حق البائع
 لان وجود الملزوم بدون لازمه
 محال وعلى هذا فن حفظ
 مذهب أبي حنيفة في ثبوت
 الشفعة لا يشك في مذهبه
 في انقطاع حق البائع في
 الاسترداد فلم يبق الشك
 الا في روايته عنه لمحمد
 رجه الله قال شمس الأئمة
 السرخسي هذه المسئلة هي
 المسئلة الثالثة التي جرت
 المحاوره فيها بين أبي يوسف

ومحمد قال أبو يوسف ما رويت عن أبي حنيفة انه يأخذ قيمتها وانما رويت لك أن ينقض البناء وقال محمد بل رويت لي عنه القلع
 انه يأخذ قيمتها وهذا كما ترى يشير الى أن الشك كان في الرواية حيث لم يقل مذهب أبي حنيفة كذا وانما قال ما رويت وفيه تأمل ولما
 كان هذا الموضوع محتاجا الى توكيد كثر المصنف قوله (شك يعقوب في الرواية) وفي كلامه نوع انغلاق لانه قال رواه يعقوب عنه في الجامع
 الصغير والراوي في الجامع الصغير عنه محمد لانه تصفيقه الا اذا اريد بالجامع الصغير المسائل التي رواها يعقوب عن أبي حنيفة لمحمد

(قوله وفيه تأمل) أقول لانه انما قال ما رويت لان النزاع كان في الرواية لافي المذهب فيجوز أن يكون الشك في المذهب أيضا بل لا يبعد
 أن يقال ذلك هو الظاهر ثم قوله (ما رويت) صريح في نفي الرواية لافي الشك فيها الا أن يراد بالشك خلاف اليقين مطلقا

قال (ومن اشترى جارية ببيعافاسد او تقابضا) اعلم ان الاموال على نوعين نوع لا يتعين في العقد كالدراهم والدنانير ونوع يتعين
كخلافهما وان ثبت أيضا على نوعين ثبت لفساد الملك وخبث لعدم الملك فأما الاول (٣٣٧) فإنه يؤثر فيما يتعين دون ما لا يتعين والثاني

قال (ومن اشترى جارية ببيعافاسد او تقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح وبطيب البائع ما ربح في
الثلث) والفرق أن الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير
لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصديق

القاع عندنا وقولكم لا يلزم ذلك محل النزاع فأقل الامر أن يعلم الخلاف ويجوز أن يكلف النقص ففعله
مع ذلك دليل قصده عدم البقاء الامدما وأما تلميل بعضهم له بأنه اتصل به حق العبد فصار كالبيع فبيع
عن الصواب لأن ذلك فيما إذا كان العبد عبداً خراشراه من اشتراه شرافاسد أو قبل الهبة فيه بطريق
صحیح وما نحن فيه نفس العاقدا لجانى بعقد هو الذى بنى فلا يستحق بجنائته وفعلة المقر لعصيته أن
يقطع حق القاصد للتوبة وهو في الحقيقة حق الله تعالى بخلاف ما اذا اتصل به حق من لاجنابة منه فإنه
جل وعلا أذن في تقديم حقه (قوله ومن اشترى جارية ببيعافاسد او تقابضا فباعها) المشتري (وربح
فيها تصدق بالربح وبطيب لبايعه ما ربح في الثمن) الذى قبضه من المشتري اذا عمل فربح والاصل
في هذا أن المال نوعان نوع لا يتعين في عقود المعاوضات كالدراهم والدنانير ونوع يتعين وهو ما سواهما
والخبث نوعان خبث في البذل لعدم الملك في المبدل وخبث لفساد الملك فالخبث لعدم الملك يجعل في
النوعين حتى إن الغاصب أو المودع اذا تصرف في المغصوب والوديعة وهما عرض أو نقد أو دياض ما نهما
وفضل ربح وجب التصديق به عند أبي حنيفة ومحمد لأنه بدل مال الغير فيما يتعين فثبت فيه حقيقة الخبث
وفيما لا يتعين إن لم يكن ما اشتراه به بدل مال الغير لان العقد لا يتعلق به بل يثله في الذمة لكنه انما توسل
الى الربح بالمغصوب أو الوديعة فتمكن فيه شبهة الربح بحال الغير من حيث له يتعلق به سلامة المبيع ان
تقد الدراهم المغصوبة أو بتقدير الثمن ان أشار الى الدراهم المغصوبة وتقدم غيرهما فيتصدق به لان الشبهة
معتبرة كالحقيقة في أبواب الربا والخبث لفساد الملك دون الخبث لعدم الملك فيوجب شبهة الخبث فيما
يوجب فيه عدم الملك حقيقة الخبث وهو ما يتعين كالجارية في مسئلتنا ويتعدى الى بدلها
وشبهة الشبهة فيما يوجب فيه عدم الملك الشبهة وهو ما لا يتعين وشبهة الشبهة غير معتبرة
لأن اعتبار الشبهة بخلاف الاصل بالنص وهو نهي عن الربا والريبة فلا يتعدى والاعتبار
مادونها كشبهة شبهة الشبهة وهلم فينسد باب التجارة وهو مفتوح فلذا قال بتصديق المشتري
بالربح فيها وبطيب البائع ما ربح في الثمن ولا شك أن هذا انما هو على الرواية القائلة أنه لا يتعين النكود في
البيع الفاسد أما على الرواية القائلة بتعين حكم الربح في النوعين كالنصب لا يطيب وقد ذكر المصنف
أن رواية التعين في البيع الفاسد هو الاصح حينئذ الاصح وجوب التصديق على البائع أيضا بربح في
الثلث غير أن هذه المسئلة بهذا التفصيل في طيب الربح صريح الرواية في الجامع فان فيه محمد عن يعقوب
عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية ببيعافاسد بألف وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما
قبض قال بتصديق الذى قبض الجارية بالربح وبطيب الربح الذى قبض الدراهم وحينئذ فالأصح أن
الدراهم لا يتعين في البيع الفاسد كما قال وقول المصنف (لا يتعين في العقود) أى عقود البياعات
بخلاف ما سواها من الشركة والوديعة والغصب وقول بعضهم احترازه عن الوديعة والغصب والشركة
انما يصح لو كان لفظ البياعات أو المعاوضات مذكورا للمصنف وليس كذلك وهذا التفصيل قول أبي
حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف بطيب له الربح مطلقا لأن عند شرط الطيب الضمان وقد وجد وعند
زفر والشافعي لا يطيب في الكل لأن الدراهم والدنانير تتعين حتى لو اشترى بهذه الدراهم فهلكت بطل
البيع عندهما كما في المبيع المتعين وعندنا لا يبطل وليس له أن يجسها ويعطى مثلها عندهما

يؤثر فيهما جميعا واذا ظهر
هذا فن اشترى جارية ببيعافاسد
وتقابضا فباعها وربح
فيها تصدق بالربح وان
اشترى البائع بالثلث شيئا
وربح فيه طاب له الربح لان
الجارية مما يتعين بالتعيين
فيتعلق العقد بها ويؤثر
الخبث في الربح والدراهم
والدنانير لا يتعينان فلم يتعلق
العقد الثاني بعينها فلم يؤثر
الخبث فيه لانه لفساد الملك
لا عدمه ومعنى عدم التعين
فيها انه لو أشار اليها وقال
اشترت منك هذا العبد
بهذه الدراهم كان له أن
يتركها ويدفع الى البائع
غيرها لما ان الثمن يجب في
ذمة المشتري لا يتعلق بعين
تلك الدراهم المشار اليها في
البياعات وهذا انما يستقيم
على الرواية الصحيحة وهى
انها لا تتعين لاعتلى الاصح
وهى التى تقدمت انها تتعين
في البيع الفاسد لانها بمنزلة
المغصوب ومن غصب جارية
وباعها بعد ضمان قيمتها
فربح فيها أو غصب دراهم
وأدى ضمانها واشترى بها
شيئا وباعه وربح فيه تصدق
بالربح في الفصلين عند أبي
حنيفة ومحمد

(قوله وهذا انما يستقيم
على الرواية الصحيحة وهى

انها لا تتعين الخ) أقول فيه بحث فان عدم التعين سواء كان في المغصوب أو في المبيع الفاسد انما هو في العقد الثاني ولا يضر تعينه
في الاول فقوله انما يستقيم الخ فيه ما فيه (قوله لاعتلى الاصح وهى التى تقدمت الخ) أقول يعنى تقدم ذكرها بورقة تخمينية بقوله ثم
اذا كانت دراهم الثمن فائمة ياخذها بعينها لانها فيه تتعين بالتعين على رواية أبي سليمان وهو الاصح

لان الخبث لما كان لعدم الملك أثر فيما يتبعين وفيما لا يتبعين وقال أبو يوسف يطيب له الربح لان شرط الطيب الضمان والغرض وجوده وله مان العقد يتعلق بما يتبعين حقيقة لعدم جواز الاستبدال (وفيما لا يتبعين شبهة من حيث سلامة المبيع أو تقدير الثمن) وبيانه انه اذا اشترى بها فلا يخلو اما ان أشار اليها ونقد منها وأشار اليها ونقد من غيرها فان كان الاول فقد يتعلق بسلامة المبيع لانه هو الواقع غنا وان كان الثاني فقد يتعلق به من حيث تقدير الثمن والربح في الاول حصل علك الغير من كل وجه وفي الثاني توسل اليه بمال الغير لان بيان جنس الثمن وقدره ووصفه أمر لا بد منه لجواز العقد وذلك حصل بمال الغير فيجب التصديق بالربح في الحقيقة والشبهة جميعا واذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة الخبث وهي التي تكون فيما يتبعين الى شبهة لان حصول الربح لم يكن بما هو ملك الغير من كل وجه بل بما له فيه شائبة ملك تنزل وشبهة الخبث وهي التي تكون فيما لا يتبعين الى شبهة الشبهة لان تعلق سلامة المبيع أو تقدير الثمن اللذين كانا شبهة خبث لحصولهما بمال الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل بما له فيه شائبة ملك والشبهة هي المعبرة لانه لا النازل عنها قيل بالحديث وهو ما روى أن النبي صلى (٢٣٨) الله عليه وسلم نهى عن الربا بالريبة والريبة هي الشبهة وهو دليل على أن الشبهة

معتبرة وأما أن شبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة لا غير وأما اذا كان شبهة الشبهة أيضا داخلية في الريبة فقد ثبت به خلاف المدعي والمعنى في ذلك أن شبهة الشبهة لو اعتبرت لا تعتبر مادونها أيضا دفعا للتحكم لكن لا يصح اعتباره لثلا ينسد باب التجارة اذ قلنا يخلو عن شبهة شبهة الشبهة فإدونها قال (وكذلك اذا ادعى الخ) رجل قال لا تخزني عليك ألف درهم فاقضها فاقضها ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد تصرف فيها المدعي وربح طاب له الربح ولا يجب التصديق به لان الخبث فيه

وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك أما الخبث لعدم الملك فعند أبي حنيفة ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتبعين حقيقة وفيما لا يتبعين شبهة من حيث إنه يتعلق بسلامة المبيع أو تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعبرة دون النازل عنها قال (وكذلك اذا ادعى على آخر ما لا يقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقدر ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح) لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتبعين

(قوله وكذلك الخ) قال في الجامع الصغير وكذلك لو ادعى على آخر ما لا يقضاه ثم تصادقا انه لم يكن له عليه شيء وقدر ربح المدعي في الدراهم التي قبضها على أنها دينه (يطيب له الربح) لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية أي بالقرار عند دعواه المال (ثم استحق بالتصادق) فكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين (وبدل المستحق مملوك) أي ملكا فإسداءه كان عينا أو ديناً أما عينا فبدل من اشتري عبداً بجارية أو ثوب ثم أعتق العبد واستحققت الجارية بصح عتق العبد ولو لم يكن بدل المستحق مملوك كالم يصح العتق اذ لا عتق في غير الملك والعبد بدل الجارية المستحقة واذا ملكه فإسداءه فيما لا يتبعين لا يعمل فيه خبثا فطاب له الربح وفي الجامع الكبير لقاضيخان بدل المستحق مملوك بدليل ما لو حلف لا يفارقه حتى يستوفى حقه فباعه المديون عبد الغنير بذلك الدين وقبضه ثم استحق العبد لا يحنث لأن المديون ملك ما في ذمته بهذا البيع فيكون مستوفيا حقه فلم يحنث وبيان فساد الملك في بدل المستحق أنه اذا استحق المبدل يجب رده ولا يبطل البيع فتمت. لكن فيه شبهة عدم الملك ولو حصل الربح في دراهم غير مملوكه تتمكن فيه شبهة الخبث فاذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا تعتبر واعلم أن ملكه باعتبار زعمه أنه قبض الدراهم بدلا عما يزعم أنه ملكه أما لو كان في أصل دعواه الدين متعمدا للكذب فدفع اليه لا يملكه اصلا لانه متيقن أنه لا ملك له فيه والله أعلم

لفساد الملك لان الدين ثبت بالتسمية بدعوى المدعي وأداء المدعي عليه وملك ما قبضه بدلا عنه فكان تصرفه مصادفا (فصل)

لملكه لكن لما تصادقا انه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البدل عن الملك لان بدل المستحق مملوك به اذا كان عينا يتبعين كما اذا اشترى عبداً بجارية وأعتقه فاستحققت الجارية فان العتق نافذ ولو لم يكن بدل المستحق مملوكا لما نفذ لامتناعه في غير الملك بالنص فاذا كان ما لا يتبعين أولى لكنه يفسد الملك اذا استحقاق قصد في مقابلة لافيه فلو كان فيه كان باطلا وخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتبعين

(قوله لان الخبث لما كان لعدم الملك الخ) أقول كتب في هامش هذا البحث ما هو صورته وقد استفسر كل قوله بعد ضمان قيمتها بأن الكلام في الخبث لعدم الملك وان أدى الضمان فقد ملك على أصله ثم اذار ربح بعد ذلك لم يكن الخبث لعدم الملك والجواب أن التقدير ليس من أسباب الملك وإنما ثبت الملك مستندا بالضمان وفي المستند شبهة العدم وشبهة العدم ملققة بحقيقة العدم فيما يتبعين على الشبهات والصدقة تقتضى عليها فكان الحكم فيه حكم عدم الملك بالنسبة الى الربح فالملك بعد الضمان يفيد طيب المعصوب لا طيب الربح الحاصل منه لانه بالنسبة اليه كعدمه ونحن نقول فعلى هذا يكون في ربح المعصوب المضمون شبهة الخبث وفي ربح الدرهم المعصوب المضمون شبهة الشبهة اذ على مقتضى تقريره يكون فيها شبهة الملك ولا يتفجع المبالغة التي ادعاها في الكلام حيث لا يخرج به الى الحقيقة فليتنامل

﴿فصل فيما يكره﴾ قيل المكروه أدنى درجة من الفاسد ولكن هو شعبة من شعبة فلذلك ألحق به وأخر عنه ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في أصول الفقه أن القبح إذا كان لامر مجاور كان مكروها وإذا كان بوصف (٢٣٩) متصل كان فاسدا وقد قررناه

في التقرير (ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجس) وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره وقال لا تتاجشوا قال (وعن السوم على سوم غيره) قال عليه الصلاة والسلام لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ولأن في ذلك إيحاشا وضرارا وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ عن في المساومة فاما إذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فهو يبيع من يزيد ولا بأس به على ما ذكره وما ذكرناه من النهي في التكاثر أيضا قال (وعن تلقى الجلب) وهذا إذا كان يضر بأهل البلد

﴿فصل فيما يكره﴾ لما كان دون الفاسد آخره عنه وليس المراد بكونه دونه في حكم المنع الشرعي بل في عدم فساد العقد والافهذه الكراهات كلها محرمة لانعلم خلافا في الاثم ومقتضى النظر عندى أن يكون على أصولنا الشراء على سوم الآخر بشرطه والحاضر للبادى في القمط والاضرار فاسدا وتلقى الجلب إذا لبس باطلا أو يثبت له الخيار وهذا لأن النهي مطلقه للتحریم الا للصارف وهذه المعاني المذكورة سببا للنهي تؤكده المنع لا تصرفه عنه فان في اعتراض الرجل على سوم الآخر بعد الركون وطيب نفس البائع بالمسمى إثارة للعداوة والبغضاء كالنكر والميسر فيجزم ذلك وشراء ما جى به في زمن الحاجة ليغالى على الناس ضرر عام للمسلمين وأهل الذمة فيجزم وكذا البيع من القادمين مع حاجة المقيمين فانه لم يرض بالثمن المذكور الا على تقدير كونه سعر البلد فيجب أن يكون غير معتقد لعدم الرضا به كقول مالك أو معتقدا وثبت له خيار الفسخ كقول الشافعي وكون الوصف مجاورا ولا زما لا يتنى ما ذكرنا إذا اصطلاحات لا تتنى المعاني الحقيقية المقتضية للبطلان أو الفساد على أن معنى الفساد ليس الا كون العقد مطلوب التفاضل للعصبة مباشرة المنهى عنه ويملك البديل منه بالقبض وتأخر المالك إلى القبض ليس الا لوجوب ربح المعصية برفعه وبجذب في هذه البياعات ذلك كله غير أنه لما كان المنع بأخبار الآحاد الظنية سموم مكروها على اصطلاحنا ولما كان الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى ثابتا جعلته فاسدا (قوله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجس وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره) بعدما بلغت قيمتها فانه تغير بالسلم ظاهرا فاما إذا لم تكن بلغت قيمتها فزاد القيمة لا يريد الشراء فجائز لأنه نفع مسلم من غير اضرار بغيره اذ كان شراء الغير بالقيمة (قال صلى الله عليه وسلم لا تتاجشوا) في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تتلقى الركب بالبيع ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا تتاجشوا ولا يبيع حاضر لباد والنجس بفتح نين ويروى بسكون الجيم (قوله وعن السوم) أي ونهى عن السوم في حديث ابن عمر في الصحيحين في لفظ لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له وفي الصحيحين من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الركب إلى أن قال وأن يستام الرجل على سوم أخيه وعرفت مشهرا وهو ما فيه من الإيحاش والاضرار بشرطه وهو أن يتراضيا بئمن ويقع الركون به فيجىءه آخره يدفع للمالك أكثر أو مثله غير أنه رجل وجبه فيديه منه لوجهته وأما صورة البيع على بيع أخيه بأن يتراضيا على ثمن سلعة فيجىءه آخره فيقول أنا أبيعك مثل هذه السلعة بانقص من هذا الثمن فيضرب صاحب السلعة فظهر تصوير البيع على بيع أخيه والسوم على سوم أخيه والوارد فيهما حديثان فلا حاجة إلى جعل لفظ البيع في قوله صلى الله عليه وسلم لا يبيع أحدكم على بيع أخيه جامعاً للبيع والشراء مجازا إنما يحتاج إلى ذلك لولم يرد حديث الاستيلاء وكذا المحل في الخطبة فان لم يتراضيا فهو يبيع من يزيد ولا بأس به كما سئذ ذكر (قوله وعن تلقى الجلب) في الصحيحين عن عبد الله بن عباس

الثمن وكذلك في التكاثر أما إذا لم يبخ فلا بأس بذلك لانه يبيع من يزيد وقد روى أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا يبيع من يزيد قال وعن تلقى الجلب أي ونهى عليه الصلاة والسلام عن تلقى الجلب أي المجلوب

وصورته المصري أخبر عجي قافلة بجمرة فلتقاهم واشترى الجميع وأدخله المصر ليبيعه على ما أراد فذلك لا يخلو إمام أن يضرب أهل البلد أو لا والثاني لا يخلو من أن يلبس السعري الواردين أولافان كان الأول بان كان أهل المصر في حط وضيق فهو مكروه باعتبار قبح التضيق الجوار المنفق وان كان الثاني فقد لبس السعري الواردين فقد غر وضر وهو قبيح في فكره والافلابأس بذلك (قال وبيع الحاضر للبادي) أي ونهى عليه الصلاة والسلام (٣٤٠) عن بيع الحاضر للبادي فقال عليه الصلاة والسلام لا يبيع حاضر لباد وصورته

الرجل له طعام لا يبيعه لاهل المصر ويبيعه من أهل البادية بمن غال فلا يخلو إمام أن يكون أهل المصر في سعة لا يتضررون بذلك أو في حط يتضررون فان كان الثاني فهو مكروه وان كان الاول فلا بأس بذلك وعلى هذا تكون الأم للبادي بمعنى من وقيل في صورته نظرا الى الام أن يتولى المصري البيع لاهل البادية ايغالي في القيمة قال (والبيع عند أذان الجمعة) أي ونهى عليه الصلاة والسلام عن البيع عند أذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع وتسميته منها باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة (قوله ثم فيه) بيان لقبح الجوار فان البيع قد يحل بواجب السعي اذا قعدا أو وقفا يتبايعان وأما اذا تبايعا عشيان فلا اخلال فيصح بلا كراهة وقد تقدم في كتاب الصلاة أن المعتبر في ذلك هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال (وكل ذلك) أي المذكور من أول الفصل الى هنا مكروه لما ذكرنا لافساد لان الفساد أي القبح لامر خارج زائد

فان كان لا يضرب فلا بأس به الا اذا لبس السعري الواردين فيمنه يذكره لما فيه من الغرور والضرر قال (وعن بيع الحاضر للبادي) فقد قال عليه الصلاة والسلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان أهل البلد في حط وعوز وهو أن يبيع من أهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم أما اذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر قال (والبيع عند أذان الجمعة) قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعترفية في كتاب الصلاة قال (وكل ذلك يكره) لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة

نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تتلقى الركان وان يبيع حاضر لباد قال لا يكون له سمسارا ولتلقى صورتان احدهما أن يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة لبيعه ومن أهل البلد زيادة وثابتها أن يشتري منهم بارخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر ولا خلاف عند الشافعية أنه اذا خرج اليهم لذلك أنه يعصى أما لو لم يقصد ذلك بل اتفق ان خرج فراهم فاشترى ففي معصيته قولان أظهرهما عندهم يعصى والوجه لا يعصى اذا لم يلبس وعندنا محتمل النهي اذا كان يضرب أهل البلد أو لبس أما اذا لم يضرب ولم يلبس فلا بأس (قوله وعن بيع الحاضر للبادي) تقدم النهي عنه ومحتمل النهي (اذا كان أهل البلد في عوز) أي حاجة (أو حط وهو يبيع من أهل البدو طمعا في الثمن الغالي) للاضرار بهم وهم جيرانه (أما اذا لم يكن كذلك فلا بأس لانعدام الضرر) وقال الحلواني هو أن يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع ويقول له لا تبع أنت انما أعلم بذلك منكم فيتموكل له ويبيع ويغالي ولو تركه يبيع بنفسه لخص على الناس وفي بعض الطرق زاد قوله صلى الله عليه وسلم دعوا الناس برزق الله بعضهم من بعض وفي المجتبى هذا التفسير أصح ذكره في زاد الفقهاء لما وافقته الحديث وعلى هذا تفسير ابن عباس بأن لا يكون له سمسارا ليس هو تفسير بيع الحاضر للبادي وهو صورة النهي بل تفسير لضدها وهي الجائزة فالعنى أنه نهى عن بيع السمسار وتعرضه فكأنه لما سئل عن لمية نهى ببيع الحاضر للبادي قال المقصود أن لا يكون له سمسار فنهى عنه لاسمسار (قوله والبيع عند أذان الجمعة قال تعالى) اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة الى قوله تعالى (وذروا البيع) كأنه يجعل الوقت من حين الاذان مشغولا بصلاة الجمعة تعظيما لها كما قالوا في النهي عن الصلاة بعد صلاة العصر قبل التغير (وفيه) زيادة أنه قد يقضى الى (الاخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعترفية في منع البيع في كتاب الصلاة) وهو ما يكون بعد دخول الوقت وقوله (كل ذلك يكره) أي كل ما ذكرناه من أول الفصل الى هنا يكره أي لا يحل على ما قدمناه (ولا يفسد به البيع) باتفاق علماءنا حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض وهو قول الشافعي لكن يثبت الخيار في تلقي الركان على ما قدمناه وقدمنا قول مالك بالبطلان فيه وفي النجش وكذا يبيع الحاضر للبادي وبه قال أحمد وعمل الحجة (بأن الفساد) فيه (في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة) واستشكاه في الكافي لان البيع يفسد بالشرط وهو خارج عن العقد ليس في صلبه قال الأبن يؤول الخارج بالمجاور وأنت علمت ما

عندنا

أي مجاور وليس في صلب العقد ولا في شرائط الصحة

قال المصنف (والبيع عند أذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع) أقول قال الزيلعي وذكر في النهاية أنه ما اذا تبايعا وهم باعشيان فلا بأس به وعزاه الى اصول الفقه لابي اليسر وهذا مشكل فان الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا فن أطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالرأى اه وفيه بحث

قال (ولابأس يبيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام باع قدحا وحلسا يبيع من يزيد ولأنه يبيع الفقراء والحاجة ماسة إليه نوع منه) قال (ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذورحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان أحدهما كبيرا) والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والده وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله تعالى عنه غلامين أخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعتهما أحدهما فقال أدرك أدرك وروى ارد داردد

عندنا في ذلك (قوله ولابأس يبيع من يزيد) وهو صفة البيع الذي في أسواق مصر المسمى بالبيع في الدلالة (لأنه صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا يبيع من يزيد) روى أصحاب السنن الأربعة من حديث أنس بن مالك أن رجلا من الانصار أتى النبي صلى الله عليه وسلم بسأله فقال له أما في بيتك شيء قال بلى حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه وقعب نشرب فيه الماء قال ائتني بهما فأناهما فأخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من يشتري هذين فقال رجل أنا أخذتهما بدرهم فقال من يزيد على درهم مرتين أو ثلثا فقال رجل أنا بدرهمين فأعطاهما أياه وأخذ الدرهمين فأعطاهما الانصارى وقال اشترى بأحدهما طعاما فأنبذته إلى أهلك واشترى بالآخر فأسألتني به فأنا به فشد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال اذهب فاحتطب وبيع ولا أرى نيك خمسة عشر يوما فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد أصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوبا وبعضها طعاما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لك من أن تجي المسئلة نكتة في وجهك يوم القيامة ان المسئلة لا تصلح الا لثلاثة لذى فقر مدقع أو لذى غرم مقطوع أولذى دم موم جمع وأخرجه الترمذى مختصرا أنه صلى الله عليه وسلم باع حلسا وقد حافين يزيد قال الترمذى حديث حسن لا نعرفه الا من حديث الاخضر بن عجلان عن عبد الله الحنفى وقد رواه غير واحد عن الاخضر بن عجلان وقال في علله الكبير سألت محمد بن اسمعيل عن هذا الحديث فقال الاخضر بن عجلان ثقة (قوله نوع منه) أى من البيع المذكور أى الذى لا يحل على ما عرفت أن الكراهة تحريمية وانما فصله لان الكراهة فيه لمعنى يرجع الى غير المعقود عليه وفيما تقدم لم يرجع اليه اولانها مسائل يجمعها معنى واحد هو التفریق بخلاف الاول (ومن ملك مملوكين) بأى سبب فرض من أسباب الملك شراء أو هبة أو ميراثا (صغيرين) أو (أحدهما وبينهما رحم محرمة لم يفرق بينهما) سواء كان يبيع أو هبة أو وصية وذكروه بصورة النبي بمبالغة في المنع ولا يتطرق في الوصية الى جواز أن يتأخر الموت الى انقضاء

زمان التحريم لان ذلك موهوم (والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم) فيجاءوا الترمذى عن أبى أيوب الانصارى رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (من فرق بين والده وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة) وقال حديث حسن غريب وصححه الحاكم على شرط مسلم ونظر فيه فان فيه حجة بن عبد الله لم يخرج له في الصحيح واختلف فيه والاختلاف فيه لم يصححه الترمذى ورواه أحمد بقصة وروى الحاكم في المستدرک عن عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ملعون من فرق بين والده وولدها وقال اسناده صحيح وفيه تطبيق بن محمد تارة برويه عنه عن عمران بن حصين وتارة عن أبى بردة وتارة عن تطبيق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسل قال الدارقطنى وهو المحفوظ وقول ابن القطان لا يصح لان تطبيقا لا يعرف حاله يريد خصوص ذلك والا فالحديث له طرق كثيرة وشهرة والفاظه وجب صحة المعنى المشترك فيه وهو منع التفریق الا فى سوقها طولا علينا وأما حديث على رضى الله عنه فأخرجه الترمذى وابن ماجه من حديث الحاج بن ارطاة عن الحكم بن عبيدة عن ميمون ابن أبى شبيب عن على رضى الله عنه قال وهب لى رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين فبعتهما أحدهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا على ما فعل غلامك فأخبرته فقال رده رده قال الترمذى

وتفسر يبيع من يزيد وروى أنس رضى الله عنه قد مر آنفا (نوع منه) أى هذا الذى يشرع فيه نوع من البيع المكروه ومن ملك صغيرين أو صغيرا وكبيرا أحدهما ذورحم محرم من الآخر كره له أن يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والده وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة (قوله ووهب) معطوف على قوله عليه الصلاة والسلام من حيث المعنى لان تقديره والاصل فيه ما قال عليه الصلاة والسلام ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلي غلامين أخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعتهما أحدهما فقال أدرك وروى ارد داردد

(قوله لقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والده وولدها فرق الله بينه الحديث) أقول قوله فرق الله يجوز أن يكون دعاء على من فرق بين والده وولدها ويجوز أن يكون خبرا لقوله والاصل فيه ما قال عليه الصلاة والسلام) أقول على أن تكون مامصدرية

ووجه الاستدلال بالاول هو الوعيد وبالثاني تكرار الامر بالادراك والرد والوعيد جاء للتفريق والامر بالادراك على بيع أحدهما وهو
تفريق ولم يتعرض للبيع فقلنا بكرة البيع لافضائه الى التفريق وهو مجاور يتفق عنه لجواز أن يقع ذلك بالهبة والمعنى المؤثر في ذلك
استثناس الصغير بالصغير وبالكبير وتعاهد الكبير للصغير وفي بيع أحدهما قطع الاستثناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرجحة على
الصغار وقد أوعد النبي على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ان كان المراد بترك
المرجحة تركها بالتفريق ويجوز أن يكون المراد في قطع الاستثناس والمنع من التعاهد ترك المرجحة وذلك متوعد بقوله عليه الصلاة والسلام
من لم يرحم صغيرنا ثم المنع عن التفريق انما هو باعتبار استثناس وتعاهد يحصل بالقرب المحرمة للسكاح بأن يكون أحدهما ذارح محرم
من الآخر كما ذكرنا في صدر الكلام بلا ضرر للولي أو الصغير قصد فلا يدخل محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا مالا محرمة بينهما
أصلا حتى لو كان أحدهما أختا رضاعيا (٣٤٣) للآخر أو كان أمة والآخر ابنها رضاعا أو كان أحدهما ولد عم أو خال أو كان

أحدهما زوج الآخر
التفريق بينهما لان النص
الثاني ورد بخلاف القياس
لان القياس يقتضى جواز
التفريق بوجود الملك
المطلق للتصرف من الجمع
والتفريق كما في الكبيرين
وكل ما ورد من النص بخلاف
القياس يقتصر على مورده
ومورده الوالدة وولدها
والاخوان فيسب في كلام
المصنف تناقض لانه علل
بقوله ولان الصغير يستأنس
بالصغير وقال ثم المنع معلول
بالقربة المحرمة للسكاح
ثم قال لان النص ورد بخلاف
القياس وما كان كذلك
لا يكون معلولا لفاء التناقض
والجواب ما أشرنا اليه
في تفسير كلامه ان مناط
حكم المنع عن التفريق
انما هو استثناس وتعاهد

ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير بتعاهده فكان في بيع أحدهما قطع الاستثناس
والمنع من التعاهد وفيه ترك المرجحة على الصغار وقد أوعد عليه ثم المنع معلول بالقرب المحرمة للسكاح
حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان
النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده

حديث حسن غريب وتعبه أبو داود بان ميمون لم يدرك عليا وهو على طريق بقتهم من أن المرسل من
أقسام الضعيف وعندنا ليس كذلك وأخرجه الحاكم والدارقطني من طريق آخر عن عبد الرحمن بن أبي
ليلى عن علي رضي الله عنه قال قدم على النبي صلى الله عليه وسلم سي فأمروني ببيع أخوين فبعتهما
وفرقت بينهما ثم أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته فقال أدركهما فأرتجعهما وبعهما جميعا فلا تفرق
بينهما وصححه الحاكم على شرط الشيخين ونفي ابن القطان العيب عنه وقال هو أولى ما اعتمد عليه في هذا
الباب ومن طريق آخر رواه أحمد والبخاري وفيه انقطاع ولا يضر على أصلنا على ما عرف قال المصنف
(ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير بتعاهده) أي يصلح شأنه (فكان في التفريق قطع
الاستثناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرجحة على الصغار وقد أوعد عليه) قال عليه الصلاة
والسلام من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا ورواه ابن أبي شيبة عن عمرو بن العاص وكذا
رواه البخاري في كتابه المفرد في الادب وروى الطحاوي في مشكل الآثارنا حديثنا بنون بن عبد الاعلى
حدثنا ابن وهب انبأ مالك بن أبي الخير الزبدي عن أبي قنبل عن عباد بن الصامت عن النبي صلى الله عليه
وسلم قال ليس منا من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا وفيه انقطاع ولا يضر على أصلنا على ما عرف قال المصنف
من حديث أبي هريرة وقد روى من حديث عدة من الصحابة فهو معنى مشهور لا شك فيه عن النبي صلى
الله عليه وسلم قال المصنف (ثم المنع معلول بالقرب المحرمة للسكاح حتى لا يدخله محرم غير قريب)
كعزم الرضاع وامرأة الاب (ولا قريب غير محرم) كابن العم (ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز
التفريق بينهما لانه على خلاف القياس فيقتصر على مورده) ومورده كان في المحرمة كما في الوالدة وولدها
والاخوين فان قيل لو كان كذلك وجب أن لا يمنع التفريق بين الخال وابن أخته والخاله وبنات أختها

يحصل بالقرب المحرمة للسكاح بدون ضرر للولي أو الصغير قصد فهو بيان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالادلة اذا ساواه لان
لا بيان الوصف الجامع بين المقس والمقس عليه فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس واذا ظهر
هذان انهما ليس في القرابة والمحرمة ولا ما فيه ضرر ما يساوي القرابة المحرمة للسكاح وما لا ضرر فيه حتى يلحق بهما فلا يرد ما قيل في الكتب
لو كان منع التفريق معلولا بالقرب المحرمة للسكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة لكنه جاز في سبعة مواضع وان كان أحدهما
صغيرا فكانت العلة منقوضة

(قوله ووجه الاستدلال بالاول) أقول لا حاجة في صحة الاستدلال بأدرك واردة الى التكرار نعم يتقوى الاستدلال بتكرار الامر
(قوله بقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدته وولدها الحديث) أقول الدعوى عامة والحديث مخصوص بالوالدة والولد (قوله فهو
بيان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالادلة اذا ساواه) أقول دعوى المساواة فيما اذا كان أحدهما عمًا أو خالا للمورد النص مشكلة
والاشارة الى ذلك قال عسى

ولزم التزام القول بتخصيص العمل الفاسدة عند عامة المشايخ والاول من المواضع السبعة ما اذا صار أحدهما في ملكه الى حال لا يمكنه بيعه كما اذا ذره أو استولده ان كانت أمة فانه لا بأس ببيع الآخر وان حصل التفريق والثاني اذا جنى أحدهما جناية نفس أو مال فان للولي أن يدفع وفيه تفرق مع انه مخير بين الدفع والقضاء وله ولاية المنع عن البيع بأداء القيمة والثالث اذا كان المالك حربيا جاز للسلم شراء أحدهما وكما يكره التفريق بالبيع يكره بالشراء والرابع اذا ملك صغيرا وكبيرين جاز بيع أحد الكبيرين استحسانا وان لزم التفريق والخامس اذا اشتراهما ووجد أحدهما معا عيبا كان له رد المعيب في ظاهر الرواية ولزم التفريق والسادس جاز اعتاق أحدهما على مال أو غيره وهو تفرق والسابع اذا كان الصغير مرافقا جاز بيعه برضاه ورضاء أمه ولزم التفريق واذا تأملت ما مهلك أنفا ظهر لك عدم ورودها فان ما خلا الاخيرين يشتمل على الضرر أما الاول فلان بيع أحدهما الممتنع لعني شرعي لو منع عن بيع الآخر تضرر المولى والمنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به لا يقال المنع عن تصرف التفريق مع وجود المثل المطلق له اضرار فكيف تحمل لانه لو لم يتحمل ذلك لزم اهمال الحديث وأما الثاني فلانه لو لزم المولى الفداء بدون اختياره تضرر وأما الثالث فلان منع التفريق لدفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم من شرائه تضرر الصغير قصدا وعاد على موضوعه بالنقض (٣٤٣) فان الحربي يدخله ما دار الحرب فينشأ ن

فيها وضرر ذلك ظاهر في الدنيا لعرضية الاسر والقتل وفي الآخرة لان ظاهر من ينشأ من صغره بينهم ان يكون على دينهم وأما الرابع فلان منع بيع أحد الكبيرين مع دفع ضرر الصغير بالآخر اضرار للولي وأما الخامس فجواز التفريق فيه ممنوع على ما روي عن أبي يوسف وعلى ظاهر الرواية انما جاز لان رد السلم عن العيب حرام من كل وجه وفي الزام العيب اضرار لشترى فيتعين رده دفعا للاضرار عنه وأما في السادس فلان الاعتاق هو عين الجمع بأكل الوجوه لان المعتق أو المكاتب صار أحق بنفسه فيدور هو

ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به

لان النص ما روي في الوالدة والاخوين فالجواب أن القرابة المحرمة تثبت معنى دلاليا وهو المفهوم الموافق في عرف الشافعية لقطع بأن خصوص الوالدة غير معتبر لان الوالد ايضا مثلها ففهم منه قرابة الولاد ثم جاء نص الاخوين فعلم أن لا قصر على الولاد بل القرابة المحرمة تثبت في الخال والحالة بالدلالة ومعلوم ان المحققين على عدم اشتراط الاولوية في الدلالة والمفهوم بقي ايراد قض العلة بثمانية مسائل يجوز التفريق فيهما مع وجود القرابة المحرمة منها الثلاثة التي ذكرها المصنف وهي ما اذا كان التفريق بحق مستحق كدفع أحدهما بجناية أو استيلاء دين لزم الصغير كاستيلاء مال الغير مع أنه في دفعه غير مجبور اذ له أن يدفع عنه الفداء والدين ويستبقه ورده وحده بعيب بخصته فيرده وحده وان كان عند أبي يوسف أنه يردهما جميعا أو يسكنهما كما في مصرعي الباب اذا وجد بأحدهما عيبا والرابعة أن يدرأ أحدهما أو يستولد الأمة وحينئذ جاز بيعه الآخر والخامسة أن يكون الحربي مستأمن فباع أحدهما فلمسلم ان يشتريه مع أن المنع كالمولد للبائع كذلك للشترى والسادسة لو كانوا ثلاثة في ملكه أحدهم صغير حصل بيع أحد الكبيرين مع انه يصدق التفريق بين الصغير والكبير والسابعة أنه يجوز أن يعتق أحدهما بمال وبلا مال ويكاتبه مع أنه حصول الفرقة بالانحراج عن ملكه والثامنة لو كان الولد مرافقا فرضى بالبيع واختاره ورضيته أمه جاز بيعه فالجواب عن الثلاثة الاول ما أشار اليه المصنف بقوله (لان المنظور اليه) في منع التفريق (دفع الضرر عن غيره) وهو الصغير (لا) الخاق (الضرر به) أي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين فيما تقدم فلو منعنا

حيثما دار أخوه ويتعاهد أموره على ما أراد ولا اعتبار بخبر وجهه عن ملكه بعد ما حصل المعنى الموجب في ابقائه ما جميعا مع زيادة وصف وهي استبداده بنفسه وأما في السابع فلان المنع عن التفريق للاحتراز عن الضرر بهما فلبارضيا بالتفريق اندفع الضرر فقيما عدا الاخيرين ضرر فلا يكون في معنى ما لاضرر فيه من كل وجه فيلحق به وأما السادس فلان تفريق فيه وأما السابع فن قيل اسقاط الحق ثم لا بد من اجتماعهما في ملك شخص واحد حتى لو كان أحدهما له والآخر لغيره لا بأس ببيع أحدهما لان التفريق لا يتحقق فيه وذكر الغير مطلقا ليتناول كل من كان غيره سواء كان الغير ابنا صغيرا له أو كبيرا وهو أمي مؤنته أو لا سواء كان زوجته أو مكاتبته ولا يجوز بيع أحدهما من أحدهما اذا كانا في ملكه لحصول التفريق بذلك (قوله ولو كان التفريق بحق مستحق) تقدم تقريره في أثناء الاسئلة وجوابها وروي عن أبي حنيفة رحمه الله انه قال اذا جنى أحدهما انه يستحب الفداء لانه مخير بين أن يدفع أو يتدى فكان الفداء أولى

قال المصنف (لا الاضرار به) أقول قال ابن الهمام أي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين اه وفيه بحث (قوله أو لزم التزام القول بتخصيص العمل) أقول فانه ظهر ان العلة هي الرحمة المحرمة الغير المستلزم ضررا بالمالك وبالصغير قصدا (قوله وأما الثالث فلان منع التفريق الخ) أقول فيه بحث

قال (فان فرق كرهه ذلك وجاز العقد) وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من أهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيلاء

التفريق كان الزاماً للضرر بالمالك والعلّة هي ما ذكرنا من الرحم المحرمة غير المستلزم ضرراً بالمالك فعند استلزامه تكون علّة المنع منتفية عندهم يمنع تخصيص العلة أو مخصوصة باستلزام ضرره عندهم يخصها وبهذا يجاب عن الرابع اذ يلزم المالك الحجر عليه عندهم من التصرف في ماله رأساً بخلاف ما قبل التدبير فانه يمكنه بيعهما والاتفاق بينهما وعن الخامس بأن مفسدة التفريق عارضها هنا بتقدير عدمه مفسدة أعظم فانه لم يشتره أحد يذهب به الى دار الحرب ومفسدة كونه هناك يشب ويكتمل أعظم من ضرر التفريق على الصغير لانه ضرر الدين والدنيا فالدين ظاهر والدينات غير يسه على القتل والسبي والسبي هلاك ويجوز مما ذكرنا على المذهبين في تخصيص العلة وعدمه وعن السادس بأن العلة ما هو مظنة الضياع والاستيحاء وقد بقي له من يقوم مقام الثالث على أن في رواية عن أبي يوسف يمنع بيع الثالث في الكفاية قد اجتمع في الصغير عد من أقاربه لا يفرق بينه وبين واحد اختلفت جهة القرابة كالم والحال أو اتحدت كخالين عند أبي يوسف لانه يستوحش بفراق الكل وعن السابع بأن العتق والكتابة عين الجمع لا التفريق فان المعتق والمكاتب يزول الحجر عنه فيمكن من الكون مع أخيه حينما كان وأينما صار وعن الثامن بانتفاء الضرر عنهم لما اختار ذلك فقد تحققنا خلق الوصف الظاهر المنضبط عن الحكمة فلا يشرع معه الحكم فالكل الى عدم العلة في الحقيقة ومن صور جواز التفريق ما في المبسوط اذا كان للذي عبده امرأة أو ولد من فاسلم العبد وولده صغير فانه يجبر الذي على بيع العبد وابنه وان كان تفرق بينهما وبين أمه لانه يصير مسلماً باسلام أبيه فهذا تفريق بحق (قوله فان فرق كرهه ذلك وجاز العقد) اذا كان المالك مسلماً حراً أو مكاتباً أو مأذوناً أما اذا كان كافراً فلا يلزمهم غير مخاطبين بالشرائع والوجه انه ان كان التفريق في ملتهم حلالاً لا يتعرض لهم الا ان كان بيعهم من مسلم فيمنع على المسلم وان كان ممنعاً في ملتهم لا يجوز (وعن أبي يوسف رحمه الله لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك) أي قرابة الولاد وغيرها وهو قول أحمد لما روي انما من حديث علي رضي الله عنه وقول النبي صلى الله عليه وسلم ادر كهما وار تجعهما فان الامر بالادراك والارتجاع لا يكون الا في البيع الفاسد (ولهما ان ركن البيع صدر من أهله في محله والكراهة لمعنى مجاور) والنهي للمجاورة لا يوجب الفساد بخلافه لوصف لازم (فشابه كراهة الاستيلاء) على سوم أخيه وحينئذ يجب تأويل الامر بالادراك والارتجاع على طلب الاقالة مع ظهور ان يقبله رغبة في ثواب الاقالة أو ان يبيع الاخ لاخر منه واعلم ان مدة منع التفريق انما تستد الى بلوغ الصغير بالاحتلام أو بالحيض وذكرفيه حديثاً في المبسوط عنه صلى الله عليه وسلم لا تجمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام والجارية وعن عبادة بن الصامت عنه عليه الصلاة والسلام لان فرقوا بين الام وولدها فقيل الى متى فقال الى أن يبلغ الغلام وتجبض الجارية رفعه في المبسوط وهو قول للشافعي وفي أظهر قوله الى زمان التمييز سبع أو ثمان بالتقريب والى زمان سقوط الاستئان والحديث المذكور ذكره الحالكوم وصححه وخطأه صاحب التنقيح وقال الاشبه انه موضوع وسببه ان في سنة عبد الله بن عمرو بن حسان قال الذهبي كذاب وقيل رماه ابن المدينة بالكذب غير أن الحكم المسد كوروهو التفريق بعد البلوغ حكم ثابت شرعاً وقال بعض مشايخنا اذا راهما ورخصياً بالتفريق فلا بأس به لانهما من أهل النظر لانفسهما واورعاً بما يريان المصلحة في ذلك

قال (فان فرق كرهه ذلك وجاز العدة الخ) فان فرق كرهه ذلك واطلاق التفريق يدل على انه مكروه سواء كان بالبيع أو القسمة في الميراث أو الغنائم أو الهبة أو غير ذلك والبيع جائز وعن أبي يوسف انه لا يجوز في قرابة الولاد لقوتها وضعف غيرها وعنه لا يجوز في جميع ذلك لما روي انما من قوله عليه الصلاة والسلام لعلي أدرك أدرك ولزيد بن حارثة ارد ارد وردد فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من أهله مضافاً الى محله والكراهة لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت النداء وهو مكروه لافاسد كالاستيلاء والجواب عن الحديث انه محمول على طلب الاقالة أو بيع الآخر ممن باع منه أحدهما

(قوله واطلاق التفريق يدل الخ) أقول لا يخفى عليك ان قوله وجاز البيع يدل على التقييد نعم لا كلام في اطلاق التفريق الواقع في الحديث (قوله والجواب عن الحديث انه محمول الخ) أقول في أدرك وردد (قوله أو بيع الآخر الخ) أقول في أدرك ثم لفظ أو ههنا لمنع الخلو

(وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لانه ليس في معنى ماورد به النص وقد صح انه عليه الصلاة والسلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين

(قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ماورد به النص) ليثبت فيه المنع الحاقا بالدلالة اذ كان أصله على خلاف القياس (وقد صح انه صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين) بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر في الاستيعاب قال البراء بعد ان غلطه للحديث طريق ذكره الحسن روى هذا الحديث عن بشير بن المهاجر بن حاتم بن اسمعيل ودلهم بن دهم انتهى وبشير عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال أهدى المقوقس القبطي لرسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين وبغلة كان يركبها فأما إحدى الجاريتين فتسراها فولدت له إبراهيم عليه السلام وهي مارية أم إبراهيم وأما الأخرى فوهبها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحسان بن ثابت وهي أم عبد الرحمن بن حسان وذكر ان هذا الحديث في صحيح ابن خزيمة وأخرجه البيهقي بسند آخر في دلائل النبوة مرسل أنه صلى الله عليه وسلم بعث حاطب ابن أبي بلتعة إلى المقوقس أن قال وأهدى له مع حاطب كسوة وبغلة مسروجة وجاريتين إحداهما أم إبراهيم وأما الأخرى فوهبها عليه الصلاة والسلام لجهيم بن قيس العبدى وهي أم زكريا بن جهيم الذي كان خليفة عمرو بن العاص على مصر وهذا مخالف لما تقدم وجمع بينهما بحديث آخر رواه البيهقي بسنده إلى حاطب قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المقوقس ملك الإسكندرية فحُتت بكتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأزلتني في منزله فأقت عنده ثم بعث إلى وجمع بطارفته إلى أن قال وهذه هدايا بعث بها معك إلى محمد فأهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث جوار منهن أم إبراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم وواحدة وهبها لابي جهيم بن حذيفة العدوي وواحدة وهبها لحسان بن ثابت فهذا يعلم من ألفاظ هذا الحديث وطرقه وليس في شيء منها ان الجاريتين كانتا أختين وهو موضع الاستدلال لاجرم ذكر أبو الربيع سليمان الكلاعي في كتاب الاكتفاء عن الواقدي باسناد له ان المقوقس أرسل إلى حاطب ليلة إلى أن قال فأرجع إلى صاحبك فقد أمرت له بهدايا وجاريتين أختين فارهتين وبغلة من مراكبي وألف منقار ذهباً وعشرين توباً من لين وغير ذلك وأمرت بالثمانمائة دينار وخمسة أبواب فأرحل من عندي ولا تسمع منك القبط حرقوا واحداً فهدموا مع توثيق الواقدي دليل على المطلوب وقد أسلفنا توثيقه وكرر ذلك ابن عبد البر في الاستيعاب ونقله أحمد بن عبد الله الطبري عن أبي عبيدة في حاشية مناقب امهات المؤمنين فأنه أعلم بذلك وانما يتوب أبو داود للتفريق بين المذكورات للحديث الذي في مسلم عن سلمة بن الأكوع قال خرجنا مع أبي بكر فغزونا فزارة إلى ان قال فحُتت بهم إلى أبي بكر وفيهم امرأة معها ابنة اهان من أحسن العرب فنظفني أبو بكر بئسها فقدمت المدينة فقال لي النبي صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لي المرأة فقلت هي لك فقدي بها أسارى مكة انتهى مختصراً فهذا التفريق وان كان من فعل أبي بكر لكن لا شك في أن النبي صلى الله عليه وسلم علمه واتهم الجارية ولم يردها إلى أم هانئ أبعد دارها حين فدي بها فهذا والله أعلم هو الدليل على التفريق بين الكبيرين والله أعلم ﴿فروع﴾ إذا كان مع الصغير أبواه لا يبيع واحداً منهم ولو كان معه أم وأخ أو أم وعممة أو أخالة أو أخ جاز يبيع من سوى الأم وروى هشام عن محمد أنهم لا يبيعون إلا مع اعتبار الاختلاف الجهة والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لان شفقة الأم تغني عن سواها ولذا كانت أحق بالحضانة من غيرها فهذه الصورة مستثناة من اختلاف الجهة والحدة كالألم فالوكان معه جد وعمة وأخالة جاز يبيع العمه والأخالة ولو كان معه عمه وأخالة لم يباعوا إلا مع اختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة ولو كان معه اخوان أو إخوة كبار في رواية الأمامي لا يباع واحداً منهم والصحيح انه يجوز بيع من سوى واحد منهم وهو الاستحسان لان الشفقة أمر باطن لا يوقف عليه فيعتبر السبب ولا يعتبر الأبعد مع الأقرب وعند الاتحاد في الدرجة والجهة

(قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لانه ليس في معنى ماورد به النص يشير إلى ان مراده فيما تقدم الحاق بدلالة النص كما قررناه وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين روى ان أمير القبط أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين وبغلة فكان يركب البغلة بالمدينة واتخذ إحدى الجاريتين سرية فولدت له إبراهيم وهي مارية ووهب الأخرى لحسان بن ثابت وكان اسمها سيرين بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر في كتاب الاستيعاب وهذا كله اذا كان المالك مسلماً كان أو مكاتباً أو أماً أو ناله وأما اذا كان كافراً فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر أعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع

باب الافالة

(الافالة) الخلاص عن خبث البيع الفاسد والمكروه لما كان الفسخ كان للاقالة تعلق خاص به ما فاعقب ذكرها ياهاه ما وهي من القبل لامن القول والهزمة للسلب كما ذهب اليه بعض بدليل قلت البيع بكسر القاف وهي جائزة لقوله صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة (٣٤٦) ندب صلى الله عليه وسلم اليها بما يوجب التحريض عليهما من الثواب إخباراً أو دعاءً وكلاهما

باب الافالة

(الافالة جائزة في البيع عثل الثمن الاول) لقوله عليه الصلاة والسلام من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة ولان العقد حقهما فملكنا رفعه دفعا لحاجتهما (فان شرطاً أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول) والاصل ان الافالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما

أحدهما يعني وكذا المملك ستة أخوة ثلاثة كبار أو ثلاثة صغار ارفع مع كل صغير كبير اجاز استحسانا فلو كان معه أخت شقيقة وأخت لاب وأخت لام باع غير الشقيقة ولو ادعاه رجلان فصارا أبوين له ثم ملكوا جلة القياس أن يباع أحدهما للاتحاد جهتهما وفي الاستحسان لا يباع لان الاب في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذي يبيع فيمتنع احتياطاً فصار الاصل أنه اذا كان معه عدد أحدهم أبعد جاز بيعه وان كانوا في درجة فان كانوا من جنسين مختلفين كلاب والام والخالة والعمة لا يفرق ولكن يباع الكل أو يسك الكل وان كانوا من جنس واحد كالأخوين والعمين والخالين جاز أن يسك مع الصغير أحدهما ويبيع ماسواه ومثل الخالة والعمة أخ لاب وأخ لام والله الموفق

باب الافالة

مناسبه الخاصة بالبيع الفاسد والمكروه أنه اذا وقع البيع فاسداً ومكروها واجب على كل من المتعاقدين الرجوع الى ما كان له من رأس المال صوناً له ما عن المحذور ولا يكون ذلك الا بالافالة الى آخر ما ذكر في النهاية وتبعه غيره وهو موضح بوجوب التماسخ في العقود المكروهة السابقة وهو حق لان رفع المعصية واجب بقدر الامكان وأيضا الافالة بيان كيف يرفع العقد وهو يستدعي سابقة ثبوتها وأبواب البياعات السابقة كلها مع البيع الفاسد والمكروه بيان كيف يثبت فأعقب الرفع معظم أبواب الاثبات ثم قيل الافالة من القول والهزمة للسلب فأقال بمعنى أزال القول أي القول الاول وهو البيع كاشكاه أزال شكايته ودفع بأنهم قالوا قلته بانكسر فهو يدل على أن عينه ياء لا واو فليس من القول ولانه ذكر الافالة في الصحاح من القاف مع الياء لا مع الواو وأيضا ذكر في مجموع اللغة قال البيع قبيلا وافالة فسخته (قوله الافالة جائزة في البيع عثل الثمن الاول) عليه اجماع المسلمين (قوله صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة) أخرجه أبو داود وابن ماجه عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أقال مسلما بيعته أقال الله عثرته زاد ابن ماجه يوم القيامة ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وقال على شرط الشيخين وأما لفظ نادما فعند البيهقي قال المصنف (ولان العقد حقهما فملكنا رفعه دفعا لحاجتهما) التي لها شرع البيع وغيره ولا يخفى أن النص المسذكور والمعنى انما يفيد مجرد جواز الافالة وأما لزوم كونه على الثمن الاول بعينه فلو جسه يفيد المعنى الذي مهد به بقوله (والاصل) أي الاصل في لزوم الثمن الاول حتى يبطل الاقل والاكثر (أن الافالة فسخ في حق المتعاقدين) وحقيقة الفسخ ليس الرفع الاول

لا يكون الا مشروع ولان العقد حقهما وكل ما هو حقهما يملكنا رفعه لحاجتهما وشرطها أن تكون بالثمن الاول (فان شرطاً أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل في ذلك ان الافالة فسخ في حق المتعاقدين) ولهذا يبطل ما نطقا به من الزيادة على الثمن الاول والنقصان منه ولو باع البائع المبيع من المشتري قبل أن يسترده منه جاز ولو كان بيعا لما جاز لكونه قبل القبض بيعا جديدا في حق غيرهما ولهذا تجب الشفعة للشفيع فيما اذا باع دارا فسلم الشفعة ثم تقابلا وعاد المبيع الى ملك البائع ولو كان فسخا في حق غيرهما يكن له ذلك وشرط التقابض اذا كان البيع صرفا فكانت في حق الشريفة يباع جديدا وهذا لان لفظها ينبي عن الفسخ كما سذكروا ومعناها ينبي عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال بالراضى وجعلها فسخا أو بيعا فقط اهمال لاحد الجانبين وعمالهما ولو بوجه أولى

كان

باب الافالة

فان قيل ما الجواب عن انتفاض حد البيع بالافالة قلنا المراد من المبادلة في تمديد البيع هو ما كان مبادلة ابتداء لاتراجعا بطر يق الرفع بقريته مقابلة الافالة للبيع (قوله ومعنى من القيل لامن القول) أفول في مجموع اللغة قال البيع قبيلا وافالة فسخته (قوله والهزمة للسلب) أقول فأقال بمعنى أزال القول أي القول الاول وهو البيع (قوله وشرطها أن تكون بالثمن الاول الخ) أقول لو كان شرطاً لاتنفي بانقضائه وليس كذلك بل الظاهر انه من أحكامه

فجعلناهما من حيث اللفظ فسحنا في حق المتعاقدين لقيامه بهما فنعين أن تكون بيعا في حق غيرهما فإن تعذر جعلها فسحنا بطلت كما إذا ولدت
 المبيعة بعد القبض ولذا فإن الزيادة المنفصلة تمنع فسح اللفظ فحقا للشرع وهذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هي بيع إلا أن يتعذر
 جعلها بيعا كما إذا تقابلا في المنقول قبل القبض فيجعل فسحنا إلا أن تعذر جعلها فسحنا فتبطل كما إذا تقابلا في العروض المبيعة بالدرهم
 بعد هلاكها وعند محمد هو فسح إذا تعذر ذلك كما إذا تقابلا بأكثر من الثمن الأول فيجعل بيعا إلا إذا تعذر ذلك فتبطل كما في صورة بيع
 العرض بالدرهم بعد هلاكه استدل محمد بالمعنى اللغوي فقال إن اللفظ للفسح والدفع يعني أن حقيقة ذلك يقال في الدعاء أقلني عثرتي وإذا
 أمكن العمل بالحقيقة لا يصار إلى المجاز فيجعلها وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو (٣٤٧) البيع لأنه يبيع في حق ثالث

واستدل أبو يوسف بعناه
 فانه مبادلة المال بالمال
 بالتراضى وليس البيع
 الأذلك واعتضد بثبوت
 أحكام البيع من بطلانها
 بهلاك السلعة والرد
 بالعيب وثبوت الشفعة
 وعورض بأنه لو كانت بيعا
 أو محتمله لكانت لا تعقد البيع
 بلقظ الاقالة وليس كذلك
 وأجيب بمنع بطلان اللازم
 على المروى عن بعض
 المشايخ وبالفريق بعد
 التسليم بأنه إذا قال ابتداء
 أقلتك العقد في هذا العبد
 بألف درهم ولم يكن بينهما
 عقد أصلا تعذر تصححها
 بهما لأن الاقالة إنما أضيفت
 إلى ما لا وجود له فتبطل في
 مخرجها وما نحن فيه ليس
 كذلك لأنها أضفت إلى
 ما له وجود أعني به سابقة
 العقد قبلها فلم يلزم من ارادة
 المجاز من اللفظ في موضع
 لوجود الدلالة على ما أراد من
 المجاز ارادة المجاز في سائر
 الصور عند عدم دلالة الدليل
 على المجاز وفيه نظر من وجهين

الآن لا يمكن جعله فسحا فتبطل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله هو بيع إلا أن
 لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسحا لأن لا يمكن فتبطل وعند محمد رحمه الله هو فسح إذا تعذر جعله فسحا
 فيجعل بيعا الآن لا يمكن فتبطل لمحمد رحمه الله أن اللفظ للفسح والرفع ومنه يقال أقلني عثرتي فتوفر عليه
 قضيته وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع الأتري أنه يبيع في حق الثالث ولا يبيع رحمه الله أنه
 مبادلة المال بالمال بالتراضى وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وثبت به الشفعة
 كان لم يكن فيثبت الحال الأول وثبوت الحال الأول هو يرجوع عين الثمن الأول إلى مالكة كان لم يدخل
 في الوجود غيره وهو يستلزم تعيين الأول ونفي غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس والاجل نعم
 لما لم يكن فعله ما ينفذ على غيرهما جعل بالنسبة إلى غيرهما يباع فاعطى بالنسبة إلى غيرهما ما حكم
 البيع كما سنذكره (فإن لم يمكن جعله فسحا) كان ولدت المبيعة بعد القبض وكذا إذا كان المبيع عرضا
 بالدرهم فهلك (تبطل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف هي بيع إلا أن لا يمكن جعله
 بيعا بأن وقعت الاقالة قبل القبض في مبيع منقول فيجعل فسحا فإن تعذر كونها بيعا وفسحا كالمالك كان
 المبيع عرضا بالدرهم فتقابلا بعد هلاك العرض فحينئذ تبطل وعند محمد قلب قول أبي يوسف فهمي
 فسح إلا أن يتعذر فيبيع الآن تعذر فتبطل والعجب أن قول أبي يوسف كقول أبي حنيفة رحمه الله
 في أن الاقالة تصح بلقظين أحدهما مستقبل كالمالك أقلني فقال أقلتك مع أنه يبيع عنده والبيع
 لا يتعقد بذلك على ما سلف ومحمد يقول أنها فسح ويقول لا تتعقد إلا بالمضى فيهما لأنها كالبيع فأعطى
 بسبب الشبه حكم البيع وأبو يوسف مع حقيقة البيع لم يعط حكمه لأن المساومة لا تجرى في الاقالة
 فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع هكذا في شرح القدرى وذكره في الدراية والذي في فتاوى
 قاضيان أن قول أبي حنيفة كقول محمد وفي الخلاصة اختاروا قول محمد ولا يتعين مادة قاف لا بل
 لو قال تركت البيع وقال الآخر رضيت أو اخترت تمت ويجوز قبول الاقالة دلالة بالفعل كما إذا قطعه
 قيصا في فور قول المشتري أقلتك وتنعقد بهما سخنك وتاركت وجه قول محمد (أن اللفظ) أي لفظ
 الاقالة وضع (للفسح والرفع) بدليل الاستعمال فانه (يقال أقلني عثرتي) بمعنى اسقط أثرها
 باعتبارها عدم ما بعد وجودها وهو المراد بالفسح: إذ حقيقة رفع الواقع عن أن يكون واقعا غير ممكن
 بعد الدخول في الوجود (فيوفر عليه قضيته وإذا تعذر) الفسح (يحمل على محتمله وهو البيع ولا يبيع
 يوسف أنه مبادلة المال بالمال بالتراضى وهذا هو حد البيع) وخصوص اللفظ لا عبرة به غاية الأمر
 أنه لم يسم فيه الثمن لأنه معلوم كافي التولية وأخذ الدار بالشفعة (ولهذا تبطل) الاقالة (بملاك المبيع)

أحدهما أنه يفهم منه أن أبو يوسف يجعل الاقالة بيعا مجازا وذلك مصير إلى المجاز مع إمكان العمل بالحقيقة وهو لا يجوز
 (قوله واستدل أبو يوسف بعناه الخ) أقول منقوض عما إذا كانت الاقالة بلفظا فسحنا أو تاركتك فانه حينئذ فسح اجتمع جريان
 الدليل فيه (قوله فلم يلزم من ارادة المجاز الخ) أقول أي المعنى المجازي (قوله وذلك مصير إلى المجاز مع إمكان العمل بالحقيقة)
 أقول الأتري أنه يجعله فسحا إذا لم يكن جعله تبعا ذلك أن تقول يجوز أن لفظ المجازية تجاز عن المنقول بعلاقة المشابهة فالمعنى لا يلزم
 من ازالة المعنى المنقول اليه في موضع لوجود الدلالة على ما أراد معنى النقل اليه ارادة المعنى المنقول اليه في سائر الصور عند عدم النقل
 عليك بالتدبر فان قيل بما أثبت النقل قلنا باستعماله في عرف الشرع في مبادلة تتفرع على مبادلة سابقة وتترتب عليه أحكام
 البيع على ما يفهم من كلام أبي يوسف فعنده مجاز شرعي في الفسح

والثاني ان قوله اقلتك العقد في هذا العدم معناه على ذلك التقدير بعنتك هذا العبد وذلك يقتضى نفي سابقة العقد واستدلاله بحسنة
 رحمه الله ان اللفظ ينبي عن الفسخ والرفع كما قلنا فهو حقيقة فيه والاصل اعمال الالفاظ في حقاقتها فان تعذر ذلك صرنا الى مجاز
 ان أمكن والابطال وههنا لم يمكن أن يجعل مجازا عن ابتداء العقد لانه لا يحتمل له كونه ماضيا واستعارة أحد الضدين لا آخر لا تجوز كما
 عرف في موضعه فان قيل الاقالة بيع جديد في حق الثالث ولولم يحتمل البيع لم يكن ذلك أجاب المصنف بأن ذلك ليس بطريق المجاز
 اذ الثابت بالمجاز ثابت بقضية الصيغة وهذا ليس كذلك اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليكون لفظهما عاملا في حقه بل هو امر ضروري
 لانه لما ثبت مثل حكم البيع (٣٤٨) وهو الملك للبائع تبدل ظاهره موجب في حق ثالث دونها لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد

وهذه أحكام البيع ولا يبي حنيفة رحمه الله ان اللفظ ينبي عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال
 الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لانه ضده واللفظ لا يحتمل
 ضده فتعين البطلان وكونه يبيعا في حق الثالث أمر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك
 لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذ ثبت هذا نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول
 بعد الاقالة قبل الرد ووجب للذي كان بائعا الردي العيب الحادث عند المشتري (وهذه أحكام
 البيع) فاذا ترتبت على شيء كان يباع غيره انه اذا تعذر جعله يباع كما اذا وقعت في منقول قبل قبضه
 صرنا الى مجازه يجعله فسحا تصحح الكلام العاقل ما أمكن وكونه لا يبتدأ عقد البيع بانشائه به ممنوع
 على قول بعض المشايخ فانه قال يجوز ان يعقد البيع ابتداء بلفظ الاقالة واتفاؤه في الصحيح لعدم تقدم
 البيع وهذا بيع هو فرغ بيع سابق فلا يتصور بدون سببه (ولا يبي حنيفة رحمه الله ان اللفظ ينبي
 عن الرفع على ما قلناه من درجة الله (والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية) وكونه يثبت به
 لوزام البيع من الردي العيب والهلاك بالنسبة الى ثالث لا يستلزم كونه من حقيقة اذ للوازم قد تكون
 عامة ترتب على حقيقتين مختلفتين فلا تكون الاقالة يبعها ذلك فان قيل فتكون يبعها ثبوت حقيقة
 معنى البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لانه ثبوت اللوازم الخارجية قلنا انما يبيد البيع
 ما كان مفيدا لهذه المبادلة ابتداء لاتراجعا بطريق الرفع حكما على الشرع بذلك أي بأنه وضع به هذا
 الاعتبار والارجع الى مجرد الاصطلاح على أن مسمى لفظ البيع هو المبادلة مطلقا شرعا وبقيد
 أن لا يكون تراجعا والاحكام الشرعية لا تختلف باختلاف الاصطلاح في الالفاظ بغير أمر آخر وهو
 أنها لم تستعمل في البيع مجازا عند تعذر الفسخ كما قال محمد أجاب عنه بقوله (ولا يحتمل ابتداء البيع
 ليحمل عليه عند تعذر الفسخ لانه) أي الرفع الذي هو المعنى الحقيقي (ضده) أي ضد العقد ونقيضه
 فلا يصح استعماله فيه وهذا طريق الفقهاء لان الاستعمال في الضد انما يكون لتكريم أو تلجح وليس
 ذلك في الفقه أو يكون لمشا كنه اللفظ وقع في صحته جزا مبيته مبيته وليس هنالك (فتعين البطلان
 وكونه يبيعا في حق ثالث) ليس باعتبار جعلنا اياه مجازا عنه ولكن (لامر ضروري) وهو انه لما ثبت
 (به مثل حكم البيع وهو الملك) تبدل ظهر في حق غيرهما اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليصرفا بموجب
 البيع عنه فيقتصر عليهما ويظهر يبيعا في حق غيرهما اولثا يفتوت مقصودا للشارع في بعض الصور
 كاشفعة شرعت لدفع ضرر الجوار أو الخلطة فاذا فرض ثبوت ذلك في عودها الى البائع ولم يثبت حق
 الشفعة تخلف مقصوده (قوله اذ ثبت هذا) أي هذا الخلاف في هذا الاصل (فتقول) تقر يباع عليه
 (اذا شرط) في الاقالة (الاكثر) كأن تقبلا على مائة والبيع بخمسين (فالاقالة على الثمن الاول) عند

وتقرير به بوجه البسط ان
 البيع وضع لاثبات الملك
 قصدا وزوال الملك من
 ضروراته والاقالة وضعت
 لازالة الملك وابطاله وثبوت
 الملك للبائع من ضروراته
 فيثبت الملك لكل واحد
 منهما فيما كان لصاحبه كما
 يثبت في المبيعة فاعتبر موجب
 الصيغة في حق المتعاقدين
 لان لهم اولا ولاية على أنفسهم ما
 فتعين اعتبار الحكم في حق
 غيرهما لانه ليس لهما ولاية
 على غيرهما ووجه آخر أن
 المدعى ان كون الاقالة يبيعا
 جديدا في حق ثالث ليس
 مقتضى الصيغة لان كونها
 فسحا بمقتضاها فلو كان
 كونها يبيعا كذلك لزم الجمع
 بين الحقيقة والمجاز وهو محال
 والجواب لا يبي حنيفة رحمه
 الله عما استدلل به أبو يوسف
 من ثبوت الاحكام ما قبل
 الشارع يبدل الاحكام فلا
 يغير الحقائق فانه أخرج دم
 الاستحاضة عن كونه
 حدثا وفسادا الاقالة عند

هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام فجاز أن يغير ويثبت في ضمن الاقالة وأما الاقالة فمن الحقائق فلا
 يخرجها عن حقيقتها التي هي الفسخ اذ ثبت هذا أي ما ذكر من الاصل نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول

(قوله معناه على ذلك التقدير بعنتك هذا العبد الخ) أقول مستعينا بالله تعالى لانسلم أن معناه ذلك بل معناه بعنتك هذا العبد الذي كنت
 بعته مني سابقا فانه ليس مجازا عن مطلق البيع بل عن بيع كإن بعد بيع بينهما في هذا المحل على ما ينادى عليه كلام الجيب وأيضا المجاز
 خلف عن الحقيقة في حق الحكم عند أبي يوسف ومحمد كما حقق في علم الاصول (قوله وذلك يقتضى نفي سابقة العقد) أقول الاول
 أن يقول لا يقتضى سابقة العقد (قوله لانه ليس لهما ولاية على غيرهما) أقول ليصرفا بموجب البيع عنه

لتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله والفسخ على الزيادة ليس كذلك لان فيه رفع مالم يكن ثابتا وهو محال فيبطل الشرط لاقالة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط يشبه الربا لان فيه نفعا لاحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة حال عن العوض والاقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع فان الزيادة فيه اثبات مالم يكن بالعقد فيستحق الربا لان في الشرط شبهة الربا وهي معتبرة وكذا اذا شرط الاقل من الثمن الاول لما بيننا من ان رفع مالم يكن ثابتا محال والنقصان لم يكن ثابتا فرفعه يكون محالا الا ان يحدث في المبيع عيب فجازت الاقالة بالاقل لان الخط يجعل بازا مافات بالعيب وصورة هذه المسائل الثلاث ما اذا اشترى جارية بألف درهم وتقابلا بألف درهم صحت الاقالة وان تقابلا بألف وخمسمائة صحت بالالف ولغاذ كر الباقي وان تقابلا بألف الامة فان لم يدخلها عيب صحت بألف ولغاذ النقص ووجب على البائع رد الالف على المشتري وان دخلها (٢٤٩) عيب صحت الاقالة بماسرط ويصير المحطوط بازا نقصان العيب

لانه لما احتبس عند المشتري جزء من المبيع جاز ان يحتبس عند البائع جزء من الثمن وجواب الكتاب مطلق عن أن يكون الخط بمقدار حصة العيب أو أكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه أولا وقال بعض المشايخ تأويل المسئلة ذلك هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد وان كانت فسحا لكنه في الزيادة غير ممكن وجعلها بيعا يمكن فاذا زاد تعذر العمل بالحقيقة فيصار الى المجاز صون الكلام العقلاء عن الالغاء ولا فرق في الزيادة والنقصان عند أبي يوسف لان الاصل عنده هو البيع وعند محمد

تعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع مالم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيستحق الربا مالا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بيننا الآن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الخط يجعل بازا مافات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله جعله بيعا يمكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا ابتداء البيع وكذا في شرط الاقل عند أبي يوسف رحمه الله لانه هو الاصل عنده وعند محمد رحمه الله هو فسخ بالثمن الاول لاسكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل وأقال يكون فسحا فهذا أولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بيننا ولو أقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ

أبي حنيفة ويبطل شرط الزيادة (لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة) وانما يبطل لان الاقالة رفع ما كان لا رفع مالم يكن لان رفع مالم يكن ثابتا محال) ولم يكن الثابت العقد بذلك القدر فلا يتصور رفعه على مائة توضيحه أن رفعه على مائة ترجع الى المشتري والحال أنه لم يكن في الوجود العقد بمائة رفع مالم يكن له وجود فلا رفع أصلا الا ان أصل العقد له وجود وياه عنيا بالاقالة غير أنهم ما زاداه شرط فاسدا فيثبت الرفع رفعه ما ويبطل بالشرط الفاسد الذي زاداه (بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها فيه ويحقق به الربا ويصير بيعا فاسدا فلا يتصور اثباتها في الرفع (وكذا اذا شرط الاقل) عنده يصح بقدر الثمن الاول (لما بيننا) أنه شرط فاسد فيبطل هو ويثبت قدر الاول (الآن) يكون (حدث بالمبيع عيب) فيصح بالنقصان جعل الخط بازا مافات بالعيب (وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد تعذر الفسخ على الزيادة فجعل بيعا وكذا في شرط الاقل عند أبي يوسف يصح به لانه بيع (وعند محمد هو فسخ بالثمن الاول) باعتباره مریدا الاول لكنه سكت عن بعضه (ولو سكت عن الكل) بأن قال أقلتك (يكون فسحا) عليه فاذا سكت عن بعضه (أولى بخلاف ما اذا زاد ولو دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بيننا) من جعل الخط بازا مافات من العيب **فرع** باع صابوناً طبا ثم تقابلا بعد ما جف فنقص وزنه لا يجب على المشتري شيء لان كل المبيع باق (قوله ولو أقال بغير الثمن الاول) بأن كان دراهم فأقال على دينار تبلغ قيمتها قدرها (فهو فسخ

(٣٣ - فتح القدير خامس) الفسخ ممكن في فصل النقصان لانه لو سكت عن جميع الثمن وأقال كان فسحا فهذا أولى واعترض بأن كونه فسحا اذا سكت عن كل الثمن إيمان يكون على مذهبه خاصة أو على الاتفاق والاول رد المختلف على المختلف والثاني غير باهض لان أبو يوسف انما يجعله فسحا لانتفاع جعله بيعا لانتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فان فيما يصلح تمنا فاذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل يعني بالاتفاق لما بيننا ان الخط يجعل بازا مافات بالعيب ولو أقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ

(قال المصنف اما لا يمكن اثباتها في الرفع) أقول لفظ اما هنا ليس في مقامه والظاهر أن يقول بده لكن (قوله والاول رد المختلف على المختلف) أقول رد المختلف على المختلف ليس محذور عنده وله نظائر في هذا الكتاب مع أن المقصود من هذا الكلام اثبات أن ذلك مذهبه فليتامل (قوله يعني بالاتفاق) أقول اتفاق أبي يوسف لا يتخلو عن بحث لعدم ظهور المانع من البيع

الزيادة ولو ولدت المبيعة ثم تقابلا بطلت الاقالة عنده لان الولد مانع من الفسخ هذا اذا ولدت بعد القبض أما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده وحاصله ما ذكره في الذخيرة ان الجارية اذا ازدادت ثم تقابلا فان كان قبل القبض صحّت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال أو منفصلة كالولد والارث والعقر لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة وان كانت الزيادة بعد القبض ان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند أبي حنيفة لانه لا يصحها الا فسحا وقد تعذر حقا للشرع وان كانت متصلة فهي صحيحة عنده لانها لا تمنع الفسخ بزمان له الحق في الزيادة بطلان حقه فيها والتقابل دليل الرضا فأمكن تصحيحها فسحا والاقالة في المنتول قبل القبض فسخ بالتساق لامتناع البيع وأما غيره كالعقار فانه فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وأما عند أبي يوسف فبيع لجواز البيع في العقار قبل القبض عنده قال (وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة الخ) وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة

بالتن الاول عند أبي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بيننا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقابلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما تكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنتول وغيره فسخ عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله كذا عند أبي يوسف رحمه الله في المنتول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لا مكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال (وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها) لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالبيع دون الثمن

بالتن الاول عند أبي حنيفة ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بيننا أنه عند أبي يوسف وعند محمد اذا تعذر جعله فسحا جعل بيعا (قوله ولو ولدت المبيعة ولدا) يعني بعد القبض (ثم تقابلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد) زيادة منفصلة والزيادة المنفصلة اذا كانت بعد القبض يتعذر معها الفسخ حقا للشرع بخلاف ما قبل القبض والحاصل أن الزيادة متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالولد والارث والعقر اذا كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ والرفع وان كانت بعد القبض متصلة فكذلك عنده وان كانت منفصلة بطلت الاقالة لتعذر الفسخ معها والاقالة لا تصح على قوله الا فسحا (وعندهما تكون بيعا) ومن غررات الخلاف أنهم قالوا تقابلا في منتول فقبل أن يسترد المبيع من المشتري باعه من المشتري فأبى جازا البيع خلافا لأبي يوسف لان الممنوع البيع قبل القبض في البيع لا الفسخ ولو باعه من غير المشتري لا يجوز اتفقا لانه يبيع في حق الغير ولو كان غير منقول جاز بيعه من غير المشتري في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعمرة كونها بيعا في حق غيرهما في مواضع أيضا منها أن المبيع لو كان عقاره شقيق فسلم الشفعة في أصل البيع ثم تقابلا وعاد إلى ملك البائع للشفقة أن يطلب الشفعة في الاقالة اتفقا ومنها أن المبيع لو كان صرفا كان التقاض من الجانبين شرطا في صحة الاقالة لانه مستحق الشرع فكانت يباعا جديدا في حق الشرع ومنها أنه لو اشترى شيئا فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من آخر ثم تقابلا وعاد إلى المشتري ثم أن البائع اشتراه من المشتري بأقل من الثمن قبل النقد جاز ويجعل في حق البائع كأنه ملكه بسبب جديد ومنها أن السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقابلا فليس الواهب الرجوع على البائع لان البائع في حق الواهب كأنه اشتراه (قوله وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها) ووجه الفرق أن المبيع مال حقيقة وحكايته لانه عين متعين بخلاف الثمن لانه إمالي ليس بمال بل دين حقيقة وحكايته فيما إذا لم يشرى إلى نقد وإمالي حقيقة فيما إذا أشار إليه لعدم تعلق العقد بما أشار إليه بل بعينه فذمته والدين مال حكايته حقيقة ولذا كانت البراءة منه تصح بلا قبول لعدم المالية الحقيقية غير أنها ترتب بالدلالة الحكيمية وهبة العين لا تصح بلا قبول بمجال ولا تنادي زكاة العين بالدين لان الدين انقص من العين في المالية ولا يتأدى الكامل بالتناقص ولذا لم يحنث من حلف لا مال له وله ديون عظام واذا كان للمبيع هذه المزية وجب اظهارها وقد تعذر ذلك في ابتداء البيع لان حاجته إلى المبيع والثمن سواء فظاهرناها في البقاء فباعتنا بقاء البيع حكما مضافا إلى قيام المبيع فاذا هلك ارتفع البيع وان كان الثمن الدراهم باقية فامتنعت الاقالة اذ رفعه الا لا وجود له لا يتصور وانما جازت الاقالة فيما اذا كان رأس مال السلم عرضا معا وقبضه المسلم اليه ثم هلك باعتبار أن السلم في هذا كبيع المقايضة لان المسلم فيه مبيع شرعا معقود عليه فقد اعتبر العين ثمن والدين عيننا مبيعا ولذا لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه فجازت الاقالة ويضمن قيمة الهالك أو مثله في الاقالة كافي حقيقة المقايضة كما سئذ كراما لتقابلها والبذلان فائتمان ثم هلك أحدهما بايا كان فالاقالة صحيحة

وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيام البيع فان رفع المبيع محال وقيام البيع بالمبيع دون الثمن لان الاصل وعليه هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن لانه بمنزلة الوصف ولهذا جاز العقد وان لم يكن موجودا كما عرف في الاصول

ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام المبيع فيه ولو تقايضا جازت الاقالة بعد هلاك أحدهما أي أحد العوضين ابتداء بان
 تباع عبدا بجمارية فهلك العبد في يد بائع الجمارية ثم أقال المبيع في الجمارية وجب رد قيمة العبد ولا تبطل بهلاك أحدهما بعد وجودهما
 لأن كل واحد منهما مبيع فكان المبيع قائما أما إذا كان أحدهما هالكًا وقت الاقالة والاخر قائمًا وصحت الاقالة ثم هلك القائم
 قبل الرد فقد بطلت الاقالة ولا يشك بالتمايز فانه لا يتقايضان إذا هلك أحد العوضين (٣٥١) قبل القبض أو كان أحدهما

(فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي) لقيام المبيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعده هلاك
 أحدهما ولا تبطل بهلاك أحدهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان المبيع باقيا والله أعلم بالصواب
 وعليه قيمة الهالك أو مثله (ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام المبيع فيه) قوله ولو
 تقايضا) بالبايع المتناهي من تحت أي تباع مبيع المقايضة فهلك أحد العوضين (جازت الاقالة لأن كلا
 منهما مبيع) من وجه (فكان المبيع باقيا) ببقاء العين القائمة منهما فإمكن الرفع فيه وعليه تفرغ
 ما لو اشترى عبدا بأمة وتقايا ثم اشترى العبد باع نصفه من رجل ثم أقال المبيع في الأمة جازت
 الاقالة وعليه لبائع العبد قيمة العبد وكذا لو لم يبيع ولكنه قطع يد العبد وأخذ الارش ثم أقال
 المبيع في الأمة ولو هلك البدل قبل الاقالة ارتفع المبيع فامتنعت الاقالة أمالوت تقايلا بعده هلاك
 أحدهما وصحت الاقالة ثم هلك الآخر قبل الرد بطلت الاقالة أيضا والفرق بين المقايضة والصرف
 فان هلاك البدلين في الصرف غير مانع من الاقالة وفي المقايضة مانع أنه في الصرف لا يلزمه رد المقبوض
 بعد الاقالة بل رده أو مثله فلم يتعلق الاقالة بعينه ما فلا تبطل بهلاكهما بخلاف غيره من
 البياعات فانه يتعلق بعين المبيع ولو تقايلا السلم ورأس المال مما لا يتعين قائم في يد المسلم اليه رده وان
 كان هالكًا فاعلم عليه رده مثله ولو تقايلا به بعد ما قبض المسلم فيه وهو قائم في يد رب السلم وصحت وعلى رب
 السلم رد عين ما قبضه لأن المقبوض بعقد السلم وان كان عقدا على دين معين ورد عليها العقد ولهذا يجوز
 بيعه مرابحة على رأس المال ذكره الاستيعابي (فروع) ما يمنع الرد بالعيب يمنع الاقالة ولذا إذا
 هلكت الزبادة المتصلة أو المنفصلة أو استعملت كحما أجنبي تتوقف الاقالة على القبول في المجلس وتجوز
 الاقالة من الوكيل بالمبيع والسلم في قول أبي حنيفة ومحمد كالأبراء خلافا لابي يوسف واقالة الوكيل
 بالشراء لا تجوز بالاجماع وفسخ الموكل مع المشتري جائز وفي جميع التفاريق اقالة الوارث جائزة وأطلق
 في الجامع جواز اقالة الوصي وهو مقيم بما إذا لم يبيع بأكثر من القيمة فان باع بأكثر منها لا تصح اقالته
 وكذا المتولى أيضا لو اشترى بأقل من القيمة ليس له الاقالة ولو كان الثمن عشرة دنانير ودفع اليه الدراهم
 عوضا عن الدنانير ثم تقايلا وقد رخصت الدراهم رجوع بالدنانير التي وقع العقد عليها بالاجماع وكذا
 لو رد بالعيب وكذا في الاجارة لو فسخت ولو عقد بدراهم ثم كسدت ثم تقايلا فانه يرد تلك الدراهم
 الكاسدة ولو عقد بائنين مؤجل ثم جدد اجمالا وعلى القلب انفسخ الاول وكذا لو عقد بدراهم ثم جدد
 بدنانير وعلى القلب أمالو جدد بدراهم أكثر وأقل فلا وهو حط من الثمن أو زيادة فيه وقالوا لو
 باع بائني عشر وحط عنه درهمين ثم عقد بعشرة لا ينفسخ الاول لانه مثله اذا لحط يلتحق بأصل العقد
 الا في العيين فيجوز لو كان حلف لا يشتره بائني عشر درهما ولو قال المشتري بعد العقد قبل القبض للبائع
 بعه لنفسك فان باعه جاز وانفسخ الاول ولو قال بعه لي أو لم يرد على قوله بعه أو زاد قوله عن شئت لا يصح
 في الوجوه لانه توكيل ولو باع المبيع من البائع قبل القبض لا ينفسخ المبيع ولو وهبه قبل القبض
 انفسخ يعني اذا قبل ولو قال البائع قبل القبض اعتمقه فأعتمقه جاز العتق عن البائع وانفسخ المبيع
 عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف العتق باطل وفي الفتاوى الصغرى يجوز ما عدا النكاح فسخ وعليه

هالكًا وقت المبيع فانها
 لا تصح مع ان كل واحد
 منهما في معنى الآخر لان
 الاقالة وان كان لها حكم
 المبيع لكنها ليست ببيع
 على الحقيقة فنجوز بعد
 هلاك العوضين بخلاف
 المقايضة فانها بيع على
 الحقيقة ولكل واحد من
 العوضين جهة كونه مبيعا
 فالحق بالمبيع من كل وجه
 وهلاك المبيع من كل وجه
 يبطل للعقد اذا كان قبل
 القبض وانما قيد بهلاك
 أحدهما لان هلاكهما
 جميعا يبطل الاقالة بخلاف
 التصارف فان هلاك
 البدلين جميعا فيه غير مانع
 عن الاقالة مع ان لكل
 واحد من العوضين فيه
 حكم المبيع والثمن كافي
 للمقايضة لانها مالم يتعينا
 لم تتعلق الاقالة بأعيانها
 لو كانا قائمين بل رد المقبوض
 ورد مثله سيان فصار
 هلاكهما كقيامهما
 وفي المقايضة تعلقت
 بأعيانها قائمين فتى هلكا
 لم يبق شيء من العقود عليه
 رد الاقالة عليه واعلم
 ان الاقالة تصح بلفظين

أحدهما يعبر به عن المستقبل نحو أن يقول أقلني فيقول الآخر أقلت عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا تصح اللفظين يعبر بهما
 عن الماضي مثل أن يقول أقلت المبيع فيقول الآخر قبلت اعتبارا بالمبيع ولهما ان الاقالة لا تكون الا بعد نظر وتأمل فلا يكون قوله
 أقلني مساومة بل كان تحقيقا للتصرف كما في النكاح وبه فارق المبيع

(قوله لان الاقالة وان كان الخ) أقول لتعليل لقوله ولا يشك بالمقايضة

باب المراجعة والتولية

لمافرع مما يتعلق بالاصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعها مشرع في بيان الانواع التي تتعلق بالثمن من المراجعة والتولية وغيرها وقد ذكرنا في أول البيوع ووعداً تفصيلها وهذا موضعه وعرف المراجعة بنقل ماملكة بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح واعترض عليه بأنه غير مطرد ولا منعكس أما الاول فلان من اشترى دنانير بالدرهم مراجعة لا يجوز بيع الدنانير مراجعة مع صدق التعريف عليه وأما الثاني فلان المغصوب الاتي اذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه من الغاصب مراجعة والتعريف ليس بصادق عليه لانه لا عقده وبأنه مشتعل على اجهام يجب عنه خلو التعريف وذلك لان قوله بالثمن الاول إما أن يراد به عين الثمن الاول أو مثله لاسيما (٢٥٢) الى الاول لان عين الثمن الاول صار ملكاً للبائع الاول فلا يكون عينه مراداً

باب المراجعة والتولية

قال (المراجعة نقل ماملكة بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح

مافرع في فتاوى فاضلحان وغيرها باع أمة فأنكر المشتري الشراء لا يحل للبائع وطؤها الا ان عزم على ترك الخصومة فيحل له حينئذ وطؤها لان بحود المشتري فسمح في حقه واذا عزم على ترك الخصومة فقد تم الفسخ منهما وكذلك أنكر البائع البيع والمشتري يدعى لا يحل للبائع وطؤها فان ترك المشتري الخصومة وسمع البائع بذلك حل له وطؤها ومثله لو اشترى جارية بشرط الخيار ثلاثة أيام وقبضها ثم رد على البائع جارية أخرى في أيام الخيار وقال هي التي اشتريتها وقبضتها كان القول له لانه أنكر قبض غيرها فان رضى البائع بها حل وطؤها لان المشتري لما رد أخرى فقد رضى بتلك البائع الثانية بالاولى فاذا رضى البائع بذلك تم البيع بينهما بالتعاطي وكذا القصار والاسكاف وكذا لو اشترى شيئاً مما يتسارع اليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة وذهب المشتري الى بيته ليحجي بالثمن فطال مكثه وخاف البائع فساده كان له أن يبيعه من غيره استخساناً وللمشتري منه أن ينتفع به وان كان يعلم ذلك لان البائع رضى بانفساخ البيع الاول والمشتري كذلك ظاهر اتم نظران كان الثمن الثاني أكثر من الاول فعليه أن يتصدق بالزيادة وان كان انقص فالتقصان على البائع لا على المشتري الاول ولو اختلف البائع والمشتري فقال المشتري بعته من البائع بأقل من الثمن الاول قبل نقده وفسد البيع بذلك وقال البائع بل أقلنا به فالقول للمشتري مع عينه في انكاره الاقالة فان كان البائع هو الذي يدعى انه اشترى من المشتري بأقل مما باعه والمشتري يدعى الاقالة يحلف كل على دعوى صاحبه

باب المراجعة والتولية

(قوله المراجعة نقل ماملكة بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ماملكة بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) أورد عليه ما لو باع دنانير اشترىها بدرهم مراجعة لا يجوز مع صدق التعريف عليه وأجيب عنه في بعض المواضع بأنه بيع مراجعة وكونه لا يجوز رضى آخر واعلم ان معنى السؤال المراجعة جائزة بلا استثناء شيء وهذا مما صدقناه فيجب ان يجوز لكنه لا يجوز والجواب عنه بأن المراد نقل ماملكة مما هو يبيع متعين بدلالة قوله بالثمن الاول فان كون مقابله تخاملاً لا يفيد أن ماملكة بالضرورة مبيع مطلقاً ثم انما تجوز المراجعة في ذلك لان بدلي الصنف لا يتعينان فلم تكن عين

في البيع الثاني ولا الى الثاني لانه لا يتخلوا ما أن يراد المثل من حيث الجنس أو المقدار والاول ليس بشرط لما ذكر في الايضاح والمحيط انه اذا باعه مراجعة فان كان ما اشترى به له مثل جاز سواء جعل الربح من جنس رأس المال الدرهم من الدراهم أو من غير الدراهم من الدنانير أو على العكس انا كان معلوماً يجوز به الشراء لان الكل عن الثاني يقتضى أن لا يضم الى رأس المال أجرة القصار والصباع والطرار وغيرها لانها ليست بثن في العقد الاول على ان الثمن ليس بشرط في المراجعة أصلاً فانه لو ملك ثوباً بجهة أو وصية فقومه ثم باعه مراجعة على تلك القيمة جاز والمستل في المبسوط قيل فعلى هذا الاولى أن يقال نقل ماملكة من السلع مما قام عنده

هذه

باب المراجعة والتولية

(قوله من البيوع اللازمة وغير اللازمة) أقول من الذي فيه الخيار ومن الفاسد (قوله أما الاول الى قوله فلان المغصوب) أقول المستل في فاضلحان (قوله وذلك لان قوله بالثمن الاول الخ) أقول الثمن الاول غير متعين فكيف تكون عينه ملكاً للبائع ويشهد عليه تعليل عدم جواز المراجعة في الصنف والاولى أن يقول لاسيما الى الاول اذ لا يتصور ذلك (قوله من جنس رأس المال الدرهم) أقول قوله الدرهم بدل من رأس المال (قوله من الدراهم) أقول على عطف على من جنس (قوله من الدنانير) أقول بيان لغير (قوله أو على العكس الخ) أقول بأن يكون رأس المال دنانير ولا يحقني علمك ان ما نقله من ذينك الكتابين انما يدل على عدم اشتراط مماثلة الربح لرأس المال جنساً لا على عدم شرطية مماثلة الثمن الثاني للاول في الجنس

والجواب عن الاول ان الانسليم صدق التعريف عليه فانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل وعن الثاني بان المراد بالعقد اعم من ان يكون ابتداء او انتهاء واذ افضى القاضي بالقيمة عاد ذلك عقدا حتى لا يقدر المالك (٣٥٣) على ردا القيمة واخذ المغصوب

والمراد بالمثل هو المثل في المقدار والعادة جرت بالحاق ما يزيد في المبيع أو قيمته الى رأس المال فكان من جملة الثمن الاول عادة واذا لم يكن الثمن نفسه مرادا يجعل مجازا عما قام عنده من غير خيانة قد دخل فيه مسألة المبسوط وانما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المراجحة فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة (قوله والتولية نقل ماملكة بال عقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) يرد عليه ما كان يرد على المراجحة من حيث لفظ العقد والثمن الاول والجواب الجواب (والبيعان جائزان)

(قوله والجواب عن الاول ان الانسليم صدق التعريف عليه الخ) أقول فيه بحث فانه لا يجوز البيع الفاسد ويصدق عليه مبادلة المثل بالمال ويجوز أن يقال المعروف ههنا المراجحة الصحيحة والمراد بالنقل هو النقل الصحيح الشرعي لان المطلق ينصرف الى الكامل ثم أقول ويمكن أن يجاب عن أصل الاعتراض الاول بأن يقال المراد بما ملكه هو المملوك المعهود الذي كان الكلام الى هنا فيه أعني السلع والمراد

والتولية نقل ماملكة بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) والبيعان جائزان

هذه الدنانير متعينة لتلزم مبيعها والذي يلزم وروده على التقدير الذي صححناه الايراد ما اذا اشتراه بثمن نسيئة لا يجوز أن يرايح عليه مع انه يصدق النقل بالثمن الاول الأ أن يقال اذا كان فيه أجل فالثمن الاول بمقابله شئين فلم يصدق في أحدهما أنه يمثل الثمن الاول والحق انه وورد على الطرد وكون المراجحة غير صحيحة هو معنى عدم وجودها شرعا فإيراد السؤال وعلى عكسه مسائل الاولى ما اذا أتى العبد المغصوب فقضى ب قيمته على الغاصب ثم عاد للغاصب أن يبيعه المراجحة على القيمة التي أداها فهذا يبيع مراجحة ولا يصدق عليه نقل ماملكة بالثمن الاول وكذا اذا باعه مراجحة بما قام عليه وكذا لو ملكه بهبة أو وارث أو وصية وقومه قيمته ثم باعه مراجحة على تلك القيمة انه يجوز وصورة هذه المسئلة ان يقول قيمته كذا أو رقه كذا فأرأى بحت على القيمة أو رقه ومعنى الرقم ان يكتب على الثوب المشتري مقدار اسواء كان قدر الثمن أو يزيد ثم يراجحه عليه وهو اذا قال رقه كذا وهو صادق لم يكن خائنا فان غبن المشتري فيه فن قبل جهله وأجيب بما حاصله أن الغصب ملحق بالمعاوضات ولذا صح اقرار المأذون به لما كان اقراره بالمعاوضات جائزا فالقيمة بالقضاء بما غنزه الثمن الذي اشتري به وصرح في الفتاوى الكبرى في مسألة الغصب انه يقول قام على بكذا وجواب الثانية يأتي في هذا الكتاب والثالثة ما ذكرنا من ان مبنى المراجحة على عدم انخيانته وهو اذا قال قيمته كذا أو رقه كذا وهو صادق لم يكن خائنا والحق انه لا يدفع ما على عكس الحد وهو ان المراجحة نقل ماملكة بالثمن الاول مع زيادة ربح ولا ثمن سابق أصلا والله أعلم وبما يرد أيضا ما اذا كان رأس المال عبدا مثلا فباع المبيع مراجحة على العبد عن صار اليه العبد يربح معين فانه يجوز مراجحة ولا يصدق عليه انه يمثل الثمن الاول فانه بعينه لا يمثله ويجاب بان هذا العبد في حكم عبدا خروا لاختلاف الاسباب بوجوب اختلاف الاعيان (قوله والبيعان جائزان) استدل على جوازهما بالمعنى وعلى التولية بالنص فقال ان النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره وفي التولية أحاديث لا شبهة فيها منها ما اخرج عبد الرزاق أخيرا من عمر بن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال التولية والآالة والشركة سواء لأبأس به ولا خلاف في مرسل سعيد أخبرنا ابن جريج عن ربيعة عن النبي صلى الله عليه وسلم حديثا مستفصا بالمدينة قال من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه ويستوفيه الا أن يشرك فيه أو يوليه أو يقبله وحديث أبي بكر الذي ذكره المصنف في البخاري عن عائشة وفيه ان أبا بكر قال للنبي صلى الله عليه وسلم خذ بي أي أنت وأمي احدي را حلقى هاتين فقال صلى الله عليه وسلم بالثمن أخرج في بده الخلق وفي مسند أحمد قال صلى الله عليه وسلم قد أخذتم بالثمن وفي الطبقات لابن سعد وكان أبو بكر قد اشتراها بثمانمائة درهم من نعيم بن قشير فأخذ احداهما وهي القصواء فإ رواه المصنف بصح بالمعنى وتفصيله قريب مما ذكر ابن اسحق في السيرة قال فيها فلما قرب أبو بكر را حلقين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم أفضلهما ثم قال له اركب فدالك أبي وأمي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أركب بعير اليس لي قال فهي لك يا رسول الله قال لا ولكن بالثمن الذي ابتعتها به قال كذا وكذا قال قد أخذتم بذلك قال هي لك يا رسول الله فركبا وانطلقا ذكر السهيلي عن بعض أهل العلم انه سئل لم يقبلها الا بالثمن وقد أنفق عليه أبو بكر أضعاف ذلك وقد دفع اليه حينئذ بعائشة ثنتي عشرة أوقية حين قال له أبو بكر ألا تبني بأهلك يا رسول الله فقال لا والصدق فدفع اليه ثنتي عشرة أوقية ونشأ والنش هناعشرون درهما فقال انما فعل لتكون الهجرة منه صلى الله عليه وسلم بنفسه وماله الرغبة منه صلى الله عليه وسلم في استكمال فضل الهجرة الى الله تعالى وان يكون على أمه أحوالها وهو جواب حسن

بالعقد الاول العقد المعهود الذي كئنته كلفه وهو يبيع العين بالثمن فان السلم والصرف لم يسبق الكلام فيهما والفرق بين الجوابين ظاهر فان الاول أشمل (قوله واذا لم يكن الثمن نفسه مرادا يجعل مجازا الخ) أقول لا بد للمجاز من قرينة وهي غير ظاهرة هنا

لاستجماع شرائط الجواز ولتعامل الناس من غير انكار ولساس الحاجة لان الغبي الذي لا يهتدى في التجارة والصفة كاشفة يحتاج الى ان يعتمد على فعل الذي المهتدى وتطيب نفسه بمثل ما اشتراه و بزيادة ربح وقد صحت التولية من النبي صلى الله عليه وسلم كما ذكره في الكتاب فوجب القول بجوازهما لوجود مقتضى وانتفاء المانع (ولهذا) أي للاحتياج الى الاعتماد كان مبسبى المبيعين أي بئ أو هـ ما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهها وأكذب قوله والاحتراز عن الخيانة وأصاب لاقضاء المقام ذلك وعن هـ هذا لم تصح المراجعة والتولية فيما اذا كان الثمن الاول من ذوات القيم لان المعادلة والممانعة في ذوات القيم انما تعرف بالحزر والظن فكان فيه شبهة عدم الممانعة بشبهة الخيانة كالم تجز (٢٥٤) المجازفة في الاموال الربوية لذلك وكل ما حرم حرم ما يشبهه لان الحرمة مما

لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدى في التجارة يحتاج الى أن يعتمد فعل الذي المهتدى وتطيب نفسه بمثل ما اشتري و بزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صرح ان النبي صلى الله عليه وسلم لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر رضى الله عنه بعيرين فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ولني أحدهما فقال هولك بعير شئ فقال عليه الصلاة والسلام أما بغير عن فلا قال (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل) لانه اذا لم يكن له مثل لوملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة (ولو كان المشتري باعه مراجعة ممن يملك ذلك البديل وقد باعه بربح درهم أو بشئ من المكيل موصوف جاز) لانه يقدر على الوفاء بما التزم (وان باعه بربح ده يازده لا يجوز) لانه باعه برأس المال وبيع بعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال

وأما المعنى فهو قوله (لاستجماع شرائط الجواز) ولما لم يكف ثبوت شرائط في الشرعية أفاد علمتها بقوله (والحاجة ماسة الى هذا النوع من التصرف لان الغبي الذي لا يهتدى في التجارة يحتاج الى أن يعتمد) على (فعل المهتدى وتطيب نفسه بمثل ما اشتري و بزيادة ربح فوجب القول بجوازهما) ولا يخفى انه لا يحتاج الى دليل خاص لجوازهما بعد الدليل المثبت لجواز البيع مطلقا بما تراضيا عليه بعد أن لا يحل بما علم شرط الصحة بل دليل شرعية البيع مطلقا بشرطه المعلومة هو دليل جوازهما اذا لزيادة فيهما الاقتران بما بأخبار خاص اذا حصل له أنه يبيعه بثمن كذا مخبراً بأن ذلك الثمن الذي اشترت به أو مع زيادة لأرضى بدونها ومن معرفة شروط صحة البيع بعلم المذكور بقوله (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض) يعنى الثمن (مما له مثل) كالنقدين والحنطة والشعير وما يكال ووزن والعددي المتقارب بخلاف غير المتقارب كالبطيخ والرمان ونحوهما (لانه لو لم يكن له مثل) بان اشترى ثوباً بعبء مقايضة مثلاً لورا بجمه أو ولاء اياه كان يباع بقيمة عبء صفته كذا أو بقيمة عبء ابتداء وهي مجهولة وذلك معلوم أنه لا يجوز ما لو كان ما اشتراه وصل الى من يبيعه منه فراجعه عليه بربح معين كان يقول أبيعك مراجعة على الثوب الذي يسدك و ربح درهم أو كر شعير أو ربح هذا الثوب (جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزمه) من الثمن بخلاف (مالو باعه) والحالة هذه (بربح ده يازده) فانه لا يجوز لانه باعه برأس المال و يبيع قيمته) فان معنى ده يازده كل عشرة أحد عشر وهذا فرع معرفة عدد العشرات وهو بتقويم العبء وهذا بناء على ان لفظ ده يازده ومعناه العشرة أحد عشر أي كل عشرة ربحها واحدا يقتضى ان يكون الحادى عشر من جنس العشرة ولا شك انه غير لازم من مفهوم ذلك ولا يمكن لزوم ذلك رفعا للجهالة ولا يثبت وحينئذ فالمرجحة على العبء بده يازده تقتضى انه باعه بالعبء و يبيعه بعضه أو بمثل بعضه وهو كل عشرة أجزاء من العبء ربحها جزء آخر منه وحين عرف ان المراد كل عشرة دراهم أحد عشر لزم حينئذ ما ذكر

يحتاج فيه قال (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل الخ) لا تصح المراجعة والتولية في ذوات القيم لما ذكرنا أنفاً ان مبناهما على الاحتراز عن الخيانة وشبهها والاحتراز عن الخيانة في القيمات ان أمكن وقد لا يمكن عن شبهة لان المشتري لا يشتري المبيع الا بقبضة ما وقع فيه من الثمن اذا لم يمكن دفع عينه حيث لم يملكه ولا دفع مثله اذ الفرض عدمه فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف بالحزر والظن فيتمكّن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان المشتري باعه مراجعة ممن ملك ذلك البديل من البائع الاول بسبب من الاسباب فانه يشترطه مراجعة ربح معاهم من دراهم أو شئ من المكيل والموزون الموصوف لاقتداره على الوفاء بما التزم وأما اذا

اشترى بربح ده يازده مثلاً أي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشر من درهما وهو كان الربح درهمين وان كان ثلاثين كان ثلاثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال وبيع قيمته لانه ليس من ذوات الامثال فصار البائع بائعاً للبيع بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلاً أو بجزء من احد عشر جزءاً من الثوب والجزء الحادى عشر لا يعرف الا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز ثمن الثمن الاول ان كان نقد البديل فالربح ينصرف اليه وان كان غيره فلا يجوز لانه ان يظلم الربح أو ينسب الى رأس المال فان كان الاول كما اذا قال بعتك بالعشرة و ربح درهم فالربح من نقد البلد وان كان الثاني كقوله بعتك بربح العشرة أو ده يازده فالربح من جنس الثمن الاول لانه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفته

ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجره القصار والطرز والصبغ والقتل وأجرة حمل الطعام) لأن العرف جار بالحق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار ولا يزال في المبيع أو الأصل وما عدناه بهذه الصفة لأن الصبغ واخوانه يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة تختلف باختلاف المكان (ويقول قام على بكذا ولا يقول اشترى به بكذا) كي لا يكون كاذباً وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف أجره الراعي وكراهية الحفظ لأنه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف أجره التعليم لأن ثبوت الزيادة لعنى فيه وهو حدائقته

وهو انه باع بالعبد وبيع قيمته **ومن فروغ ذلك** اشترى عبداً بعشرة خلاف نقد البلد وباعه بربح درهم فالعشرة مثل ما نقد والربح من نقد البلد اذا أطلقه لأن الثمن الاول يتعين في العقد الثاني والربح مطلق فيمنصرف الى نقد البلد فان نسب الربح الى رأس المال فقال بعتهك بربح العشرة أحد عشر أو بربحه يارزده فالربح من جنس الثمن لأنه عرفه بنسبته اليه وفي المحيط اشترى بنقد نيسابور وقال ببيع قام على بكذا أو باعته بربح مائة أو بربحه يارزده فالربح ورأس المال على نقد بيلج الان يصدقه المشتري انه نة نيسابور أو تة يوم بيته واذا كان نقد نيسابور في الوزن والجودة دون نقد بيلج ولم يبين فرأس المال والربح على نقد نيسابور وان كان على عكسه واشترى بيلج بنقد نيسابور ولم يعلم أنه أوزن وأجود فهو بالخيار ان شاء أخذ وان شاء ترك واعلم ان المعنى في المراجعة ما وقع العقد الاول عليه دون ما دفع عوضه حتى لو اشترى بعشرة فدفع عنها ديناراً أو ثوباً بقيمته عشرة أو أقل أو أكثر فان رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لأن وجوب هذا بعقد آخر وهو الاستبدال (قوله ويجوز أن يضيف الى رأس المال أجره القصار والصبغ) أسود كان الصبغ أو غيره (والطرز والقتل وأجرة حمل الطعام) برأ أو بجرا (لأن العرف جار بالحق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار والأصل ان كل ما يزيد في المبيع أو في القيمة يلحق به) أي برأس المال (وما عدناه بهذه الصفة لأن الصبغ واخوانه) من الطراز والقتل (يزيد في العين والحمل) من مكان الى مكان (يزيد في القيمة لا اختلاف القيمة باختلاف الاماكن) قال في الايضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتشبه في بعض المواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يتم المواضع كلها (و) اذا ضم ما ذكر (يقول قام على بكذا ولا يقول اشترى به بكذا) تجرزا عن الكذب وسوق الغنم) والبقر (كالحمل) يضمه (بخلاف أجره الراعي والبيت للحفظ لأنه لا يزيد في العين) ولا القيمة فلا يضم وكذا سائق الرقيق وحافظهم وحافظ الطعام والمتاع بخلاف سائق الغنم (و) كذا (أجرة تعليم العبد) صناعة أو قرناً أو علماً أو شعراً (لأن ثبوت الزيادة لعنى فيه) أي في المتعلم (وهو حدائقته) فلم يكن ما أنفق على المعلم موجبا للزيادة في المالمية ولا يلحق ما فيه اذ لا شك في حصول الزيادة بالتعلم ولا شك انه مسبب عن التعليم عادة وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا تمنع نسبته الى التعليم كما تمنع نسبته الى الصبغ فانما هو شرط والتعليم عادة عادية فكيف لا يضم وفي المبسوط أضاف نبي ضم المنفق في التعليم الى أنه ليس فيه عرف قال وكذا في تعليم الغنم والعربية قال حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحق برأس المال وكذا لا يلحق أجره الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق لأنه نادر فلا يلحق بالسائق لأنه لا عرف في النادر والحجامة والختان لعدم العرف وتضم أجره السمسار في ظاهر الرواية وفي جامع البرامكة لا تضم لان الاجارة على الشراء لا تصح الا ببيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف فيه وقيل ان كانت مشروطة في العقد تضم وقيل أجره الدلال تضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار ولا يضم من الجلال ونحوها في الدواب وتضم الثياب في الرقيق وطعامهم الا ما كان سرفاً وزيادة ويضم علف الدواب الا أن يعسود عليه شيء متسول منها كالبانم او صوفها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف ما اذا أجر الدابة أو العبد أو الدار فأخذ

ويجوز أن يضيف الى رأس المال أجره القصار والطرز والصبغ والقتل وأجرة حمل الطعام) لأن العرف جار بالحق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار ولا يزال في المبيع أو الأصل وما عدناه بهذه الصفة لأن الصبغ واخوانه يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة تختلف باختلاف المكان (ويقول قام على بكذا ولا يقول اشترى به بكذا) كي لا يكون كاذباً وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف أجره الراعي وكراهية الحفظ لأنه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف أجره التعليم لأن ثبوت الزيادة لعنى فيه وهو حدائقته

وهو انه باع بالعبد وبيع قيمته **ومن فروغ ذلك** اشترى عبداً بعشرة خلاف نقد البلد وباعه بربح درهم فالعشرة مثل ما نقد والربح من نقد البلد اذا أطلقه لأن الثمن الاول يتعين في العقد الثاني والربح مطلق فيمنصرف الى نقد البلد فان نسب الربح الى رأس المال فقال بعتهك بربح العشرة أحد عشر أو بربحه يارزده فالربح من جنس الثمن لأنه عرفه بنسبته اليه وفي المحيط اشترى بنقد نيسابور وقال ببيع قام على بكذا أو باعته بربح مائة أو بربحه يارزده فالربح ورأس المال على نقد بيلج الان يصدقه المشتري انه نة نيسابور أو تة يوم بيته واذا كان نقد نيسابور في الوزن والجودة دون نقد بيلج ولم يبين فرأس المال والربح على نقد نيسابور وان كان على عكسه واشترى بيلج بنقد نيسابور ولم يعلم أنه أوزن وأجود فهو بالخيار ان شاء أخذ وان شاء ترك واعلم ان المعنى في المراجعة ما وقع العقد الاول عليه دون ما دفع عوضه حتى لو اشترى بعشرة فدفع عنها ديناراً أو ثوباً بقيمته عشرة أو أقل أو أكثر فان رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لأن وجوب هذا بعقد آخر وهو الاستبدال (قوله ويجوز أن يضيف الى رأس المال أجره القصار والصبغ) أسود كان الصبغ أو غيره (والطرز والقتل وأجرة حمل الطعام) برأ أو بجرا (لأن العرف جار بالحق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار والأصل ان كل ما يزيد في المبيع أو في القيمة يلحق به) أي برأس المال (وما عدناه بهذه الصفة لأن الصبغ واخوانه) من الطراز والقتل (يزيد في العين والحمل) من مكان الى مكان (يزيد في القيمة لا اختلاف القيمة باختلاف الاماكن) قال في الايضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتشبه في بعض المواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يتم المواضع كلها (و) اذا ضم ما ذكر (يقول قام على بكذا ولا يقول اشترى به بكذا) تجرزا عن الكذب وسوق الغنم) والبقر (كالحمل) يضمه (بخلاف أجره الراعي والبيت للحفظ لأنه لا يزيد في العين) ولا القيمة فلا يضم وكذا سائق الرقيق وحافظهم وحافظ الطعام والمتاع بخلاف سائق الغنم (و) كذا (أجرة تعليم العبد) صناعة أو قرناً أو علماً أو شعراً (لأن ثبوت الزيادة لعنى فيه) أي في المتعلم (وهو حدائقته) فلم يكن ما أنفق على المعلم موجبا للزيادة في المالمية ولا يلحق ما فيه اذ لا شك في حصول الزيادة بالتعلم ولا شك انه مسبب عن التعليم عادة وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا تمنع نسبته الى التعليم كما تمنع نسبته الى الصبغ فانما هو شرط والتعليم عادة عادية فكيف لا يضم وفي المبسوط أضاف نبي ضم المنفق في التعليم الى أنه ليس فيه عرف قال وكذا في تعليم الغنم والعربية قال حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحق برأس المال وكذا لا يلحق أجره الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق لأنه نادر فلا يلحق بالسائق لأنه لا عرف في النادر والحجامة والختان لعدم العرف وتضم أجره السمسار في ظاهر الرواية وفي جامع البرامكة لا تضم لان الاجارة على الشراء لا تصح الا ببيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف فيه وقيل ان كانت مشروطة في العقد تضم وقيل أجره الدلال تضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار ولا يضم من الجلال ونحوها في الدواب وتضم الثياب في الرقيق وطعامهم الا ما كان سرفاً وزيادة ويضم علف الدواب الا أن يعسود عليه شيء متسول منها كالبانم او صوفها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف ما اذا أجر الدابة أو العبد أو الدار فأخذ

(فان اطلع المشتري على خيانة في المراجعة) إما بالبيئة أو باقرار البائع أو بسكوله عن المين (فهو بالخيار عند أي حنيفة ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن وقال أبو يوسف يحط فيهما) أي في المراجعة والتولية (وقال محمد يخير فيهما) لمحمد أن الاعتبار للتسمية لان الثمن يجب أن يكون معلوما ولا يعلم إلا بالتسمية واذا كان الاعتبارها (٢٥٦)

يتعلق العقد بالمسمى (والتولية والمراجعة ترغيب وترويح فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة) وفواته يوجب التخيير (ولابى يوسف ان الاصل في هذا العقد كونه مراجعة وتولية) لا التسمية ولهذا وقال وليتك بالثمن الاول أو بعثك مراجعة على الثمن الاول والحال انه معلوم واقتصر على التسمية صح العقد والتسمية كالتفسير فاذا ظهرت الخيانة بطلت صلاحيتها لذلك فبقى ذكر المراجعة والتولية فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول فيحط الخيانة في الفصلين جميعا غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وهو ظاهر وفي المراجعة من رأس المال والربح جميعا كما اذا اشترى ثوبا بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر الثمن الاول ثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ويحط من الربح درهما فيأخذ الثوب باثنى عشر درهما (ولابى حنيفة انه لولم يحط في التولية لا تبقى تولية) لانها تكون بالثمن الاول وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز

فان اطلع المشتري على خيانة في المراجعة فهو بالخيار عند أي حنيفة رجحه الله ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه (وان اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن وقال أبو يوسف رجحه الله يحط فيهما وقال محمد رجحه الله يخير فيهما) لمحمد رجحه الله ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية للمراجعة ترويح وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بقواته ولابى يوسف رجحه الله ان الاصل فيه كونه تولية ومراجعة ولهذا ينعت بقوله وليتك بالثمن الاول أو بعثك مراجعة على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فالبدء من البناء على الاول وذلك بالخط غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المراجعة منه ومن الربح ولابى حنيفة رجحه الله انه لولم يحط في التولية لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الخط وفي المراجعة لولم يحط تبقى مراجعة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخيير فلو هلك قبل ان يرد له أوجدت فيه ما يمنع الفسخ بلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن

أجرته فانه يرايح مع ضم ما نفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين وكذا إذا جاحة أصاب من بيضها يحتمس بماله وبما نفق ويضم الباقي وتضم أجرة التخصيص والتطين وحفر البئر في الدار والقناة في الارض ما بقيت هذه فان زالت لا تضم وكذا في الزرع والكرم وكسحه ولو قصر الثوب بنفسه أو طين أو عمل هذه الاعمال لا يضم شيئا منها وكذا لو تطوع بمهنة الاعمال أو باعارة (قوله فان اطلع المشتري على خيانة في المراجعة) إما باقرار البائع أو بالبيئة أو بسكوله عن المين وقد ادعاه المشتري هذا على المختار وقيل لا تثبت الا باقراره لانه في دعوى الخيانة مناقض فلا تصور بينة ولا نسكول والحق سماعها كدعوى العيب ودعوى الخط فانه تسمع (فهو بالخيار عند أي حنيفة رجحه الله ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه) وان اطلع عليه في التولية يحط قدرها (وقال أبو يوسف يحط فيهما) أي في المراجعة والتولية وهو قول الشافعي (وقال محمد يخير فيهما) وهو قول الشافعي رجحه الله تعالى (لمحمد أن الاعتبار فيهما ليس بالالتسمية) لان الثمن به يصير معلوما وبه ينعقد البيع ولاخبار بانه الثمن الاول فيها لا يتعلق بالانقضاء به انما هو (ترويح وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه) كوصف الكتابة والخياطة (فبقواته) بظهور أن الثمن ليس ذلك (يخبر ولابى يوسف ان الاصل فيه) أي في عقد المراجعة والتولية (كونه تولية ومراجعة) وذلك بالبناء على الثمن الاول فيتعلق به العقد باعتبار أنه تولية ومراجعة عليه (وذلك بالخط غير انه يحط في التولية مقدار الخيانة من رأس المال وفي المراجعة يحط منه ومن الربح) على نسبه حتى لو رايح في ثوب على عشرة بخمسة فظهر أن الثوب بثمانية يحط ثلاثة دراهم من الثمن درهمين من رأس المال ومن الربح خمسة وهو درهم (ولابى حنيفة) في الفرق بينهما كما قال أبو يوسف في التولية وهو (انه لولم يحط فيها لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول) والعقد انما يتعلق باعتبارها فيتغير التصرف الي بيع آخر بمن آخر ولم يوجد ذلك البيع الاخر (و) أما (في المراجعة لولم يحط) لا يخرج عن كونها مراجعة لتغير التصرف (وان كان يتفاوت الربح) فانه يظهر أن الربح أكثر مما ظنه المشتري (فأمكن القول) ببقاء العقد ولكن يتخير ما ذكره من فوات الوصف المرغوب فيه (فلوهلك) المبيع (قبل أن يرد) أو استهلكه (أو حدث فيه ما يمنع الفسخ) لانه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن

أن لا تبقى تولية لثلاثين غير التصرف فيتعين الخط وفي المراجعة لولم يحط تبقى مراجعة كما كانت من غير تغير الخيار الصرف لكن يتفاوت الربح فيتخير بذلك لفوات الرضا فلوهلك المبيع قبل أن يرد أو استهلكه أو حدث فيه ما يمنع الفسخ في بيع المراجعة فن قال بالخط كان له الخط (ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن

كخيار الرؤية والروية وقد تعذر الرد بالهلاك أو غيره فيسقط خياره بخلاف خيار العيب حيث لا يجب كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لاجل العيب لان المستحق للمشتري ثمة المطالبة بتسليم الجزء الفائت (٢٥٧) فسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه

وقيد بالرواية والظاهر احترازاً عما روي عن محمد في غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت أقل من الثمن دفعاً للضرر عن المشتري قال (ومن اشترى ثوباً بفاعه

العقد الثاني عقد متعدد منقطع الاحكام عن الاول) وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يجوز بناء المراجعة عليه كما اذا تخلل ثالث بأن اشترى من مشتري مشتريه (وقال أبو حنيفة شبهة حصول الرجوع الحاصل بالعقد الاول ثابتة) بالعقد الثاني لانه كان على شرف السقوط بأن يرد عليه بعيب فاذا اشتراه من المشتري تأكد ما كان على شرف السقوط ولتأكد في بعض المواضع حكم الايجاب كالمشهدوا على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعوا ضمنوا نصف المهر لتأكد ما كان على شرف السقوط واذا كانت شبهة الحصول ثابتة صار كأنه اشترى بالعقد الثاني ثوباً وخسة دراهم بعشرة فانخس بازاء الخمسة والتوب بخمسة فيبيعه المراجعة على خمسة احترازاً عن شبهة الحيانة فانها تحققت احتياطاً في بيع المراجعة

كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه المطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه قال (ومن اشترى ثوباً بفاعه بريح ثم اشتراه فان باعه من المراجعة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبيعه من المراجعة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال يبيعه من المراجعة على الثمن الاخير) صورته اذا اشترى ثوباً بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه من المراجعة بخمسة ويقول قام على خمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين من المراجعة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه من المراجعة أصلاً وعندهما يبيعه من المراجعة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متعدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المراجعة عليه كما اذا تخلل ثالث ولا يبيعه من المراجعة ان شبهة حصول الرجوع بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب الشبهة كالحقيقة في بيع المراجعة احتياطاً

كخيار الرؤية والشرط) وفيه ما يلزمه تمام الثمن قبل الفسخ فكذا هنا وهو المشهور من قول محمد (بخلاف خيار العيب) لان المستحق فيه جزء فائت يطالب به (فيسقط ما يقابله اذا عجز عن تسليمه) وأما على قول أبي يوسف فلو هلك المبيع أو انتقص يحط وقوله في الروايات الظاهرة احترازاً عما عن محمد من غير رواية الاصول أنه يفسخ البيع على القيمة ان كانت أقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشتري بناء على أصله في مسألة التحالف بعد هلاك السلعة أنه يفسخ بعد التحالف دفعاً للضرر عن المشتري ويرد القيمة ويسترد الثمن (قوله) ومن اشترى ثوباً بفاعه بريح ثم اشتراه من الذي باعه منه بمثل ما باعه (فان باعه من المراجعة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان) الرجوع (استغرق الثمن لم يبيعه من المراجعة) الا أن يبين (هذا عند أبي حنيفة) وهو مذهب أحمد (وقال أبو يوسف ومحمد يبيعه من المراجعة على الثمن الاخير) وهو قول الشافعي ومالك رحمه الله (صورته اذا اشترى ثوباً بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة) من باعه منه بعد التقاض فانه يطرح عن هذه العشرة التي اشتراه بها منه الخمسة التي ربحها (فيبيعه من المراجعة) على خمسة (ويقول قام على خمسة ولو اشتراه بعشرة فباعه بعشرين من المراجعة ثم اشتراه) من باعه منه (بعشرة لا يبيعه من المراجعة أصلاً) الا أن يبين فيقول هذا كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم اشترى به بعشرة وأنا أبيع بريح كذا على هذه العشرة (وعندهما يبيعه من المراجعة على) الثمن الاخير وهو (عشرة في الفصلين) من غير بيان (لهما أن العقد الثاني) وان كان من كان باعه منه فهو (عقد متعدد منقطع الاحكام عن الاول) ولذا لو كان في الاول خيار لا يكون في الثاني وعلى العكس فلا يدخل فيه ما قبله من المراجعة أو وضعية ولذا لو كان أصله هبة أو ميراثاً فباعه ثم اشتراه كان له أن يبيعه من المراجعة على الثمن الاخير ولا يعتبر ما كان قبله واللام تجز المراجعة أصلاً وهذا لان بالشراء الثاني يتجدد له ملك غير الاول لان اختلاف الاسباب كاختلاف العين على ما عرف وصار (كالمختل ثالث) بأن اشترى بعشرة من اشترى من المشتري منه بعشرين (ولا يبيعه من المراجعة) ان شبهة حصول الرجوع بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد بعد ما كان على شرف السقوط (ما كان على شرف السقوط) من ذلك الرجوع (بأن يظهر) المشتري (على عيب) فيرده فيقول الرجوع عنه فاذا اشتراه منه تأكد أي تقرر ملكه لذلك الرجوع ولتأكد في بعض المواضع حكم الايجاب كافي شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتأكد ما كان على شرف السقوط بتقيل ابن الزوج أو بارتداد وعلى اعتبار التأكد يفسخ الرجوع في مسألة اشتراى بالعقد الثاني ثوباً وخسة دراهم بعشرة دراهم فتكون الخمسة بازاه الخمسة ويبقى الثوب بخمسة وهذا الاعتبار واجب (لان الشبهة في المراجعة ملقحة بالحقيقة

(٣٣ - فتح القدير خامس) (قوله شبهة حصول الرجوع الحاصل الى قوله بالعقد الثاني) أقول قوله بالعقد الثاني متعلق بحصول (قوله لانه كان على شرف السقوط الخ) أقول سيجي نظيره في كتاب الاكراه

ولهذا لو كان لرجل على آخر عشرة دراهم فصالحه منها على قوب لا يبيع الثوب من اجمحة على العشرة لان الصلح مبناه على التجوز والحطيطة ولو وجدنا لخط حقيقة ما جاز البيع من اجمحة فكذا اذا تمكنت الشبهة وعورض بأنه لو كان كذلك ما جاز الشراء بعشرة فيما اذا باعه بعشرين لانه يصير في الشراء

(٣٥٨)

ولهذا لم تجز المراجعة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كأنه اشترى خمسة وثوباً بعشرة فيطرح عنه خمسة بخلاف ما اذا تمخّل ثالث لان التأكيّد حصل بغيره قال (واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه يبيعه من اجمحة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشترى فباعه من العبد) لان في هذا العقد شبهة العدم يجوز ان يبيعه مع المنافي فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة وبقي الاعتبار الاول فيصير كأن العبد اشترى للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني

الثوب بلا عوض وأجيب بأن التأكيّد له شبهة الايجاب في حق العباد احتراز عن الخيانة على ما ذكرنا في حق الشرع وشرعيته جواز المراجعة لمعنى راجع الى العباد فيؤثر التأكيّد في المراجعة وأما جواز البيع وعدمه في شبهة الربا في حق الشرع فلا يكون لانا كيد فيه شبهة الايجاب كذا نقل من فوائد العلامة حميد الدين بخلاف ما اذا تمخّل ثالث لان التأكيّد حصل بغيره ولم يستفد بربح الاول بالشراء الثاني فانتفتت الشبهة قال (واذا اشترى العبد المأذون) واذا اشترى العبد المأذون (له في التجارة ثوباً بعشرة) والحال انه مديون بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فان المولى يبيعه من اجمحة على عشرة وكذا ان كان المولى اشترى وباعه من العبد لان في هذا العقد أي بيع العبد من المولى وعكسه شبهة العدم لجواز مع المنافي وهو تعلق حق المولى بعمال العبد وقيل كون العبد

ولهذا لم تجز المراجعة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة) لان الغالب في الصلح ذلك فيجب أن يبيعه من اجمحة على خمسة فان قيل لو كان كذلك ينبغي أن لا يجوز الشراء بعشرة فيما لو باع بعشرين لانه على هذا التفسير يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوباً وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول الثوب بلا عوض أجيب بأن التأكيّد انما حصل بشبهة الايجاب احتراز عن الخيانة وذلك يتحقق بالنسبة الى العبد لا بالنسبة الى الشرع وشرعية المراجعة لمعنى راجع الى العباد لا للشرع ولذا اذا رضى المشتري به وقد علم بجوز ولو كان لحق الشرع لم يجز بتراضيهما كما في الربا لرضايه وأورد على هذا ما لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشترى بعشرة فإنه يبيعه من اجمحة بعشرة وأجيب بأنه ممنوع في رواية وبتقدير التسليم فالبيع الثاني وان كان بتأكيّد انقطع حق الواهب في الرجوع ولكنه ليس بعمال ولا تثبت هذا الوكيل في عقد يجري فيه الربا وأيضاً ليس فيه معنى يزداد في الثمن بخلاف ما اذا باعه بثمن حال من اجمحة بعدما اشترى بذلك الثمن مؤجلاً لانه معنى يزداد في الثمن وبخلاف ما اذا باعه بوصيف أو دابة أو عرض آخر ثم اشترى بعشرة فإنه يبيعه من اجمحة على عشرة لانه عاد اليه بعمال من جنس الثمن الاول ولا يمكن طرحه الا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المراجعة ولذا قلنا واشترى أشياء صنف واحدة بثمن واحد ليس له أن يبيع بعضها من اجمحة على حصتها من الثمن لان ذلك لا يكون الا باعتبار القيمة وتعيينها لا يتخلو عن شبهة الغلط خلافاً للساق في ذلك (وبخلاف ما لو تمخّل ثالث) لتأكيّد الربح بالبيع من الثالث ووقع الامن من البطلان به فلم يستفد المشتري الاول بالشراء الثاني تأكيّد الربح وهذا بخلافه (قوله واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه يبيعه من اجمحة على عشرة وكذلك اذا كان المولى اشترى بعشرة (فباعه من العبد) بخمسة عشر يجب أن يبيعه العبد من اجمحة على عشرة (لان في هذا العقد) أعني الذي جرى بين العبد والمولى وان كان صحيحاً لانه لم يكن من كسب العبد في كسبه ويسلم للمولى من كسبه ما لم يكن سالماً (فله شبهة العدم) لان الحاصل للعبد لا يتخلو عن حق المولى ولهذا كان للمولى أن يسبق ما في يده لنفسه ويقضى دينه من عنده وكذا في كسب المكاتب ويصير ذلك الحق حقيقة اذا عجز فرد في الرق فصار كأنه باع ملك نفسه أو اشترى ملك نفسه لنفسه ولكن للفائدة التي ذكرناها صححناه فظهر انه جائز (مع المنافي) وهو كونه عبده المستلزم لكون المال له لولا الدين (فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة وبقي الاعتبار الاول) عقد الاول وهو الكائن بعشرة فيصير كأن العبد اشترى بعشرة لاجل المولى في الفصل الاول) وهو ما اذا اشترى العبد وباعه من المولى (وكان يبيعه) اجل (المولى في الفصل الثاني) وهو

ما اذا

ملك للمولى ولهذا كان له أن يقضى الدين ويتفرد بكسب عبده فصار كالبائع

من نفسه فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة واذا عدم البيع الثاني لا يبيعه من اجمحة على الثمن

المذكور فيه

وانما يبيعه على الثمن المذكور في الاول وانما يقيد بالدين المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاه شيئاً لم يصح لانه لا يقيد للمولى شيئاً لم يكن له قبل البيع لاملأ الرقبة ولا مملأ التصرف هكذا قيد محمد رحمه الله في الاصل وكذا فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضيان ولم يقيد الطحاوي والعتابي والحق قيد لما ذكرنا قال (وان كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف) اذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف (فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من رب المال (٢٥٩) بخمسة عشر فانه يبيعه من اجمحة

بائني عشر ونصف) لان مبيعني هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهها وفي بيعه من اجمحة على خمسة عشر شبهة خيانة (لان هذا البيع) أي بيع الثوب من رب المال وان حكم بجوازه عندنا عند عدم الرجح خلافاً لرفرفيه شبهة العدم وجه قول زفر ان البيع مبادلة المال بالمال وهو انما يتحقق بغيره لا بعمال نفسه فلا يكون البيع موجوداً ووجه الجواز عندنا اشتماله على الفائدة فان فيه استفادة ولاية التصرف لان التسليم الى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه فبالسراء من المضارب يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود واذ كان مشتتاً على الفائدة يتعقد لان الانعقاد يتبع الفائدة الأتري أنه اذا جع بين عبده وعبده فاشترىها ماصفة واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده في عقده لفائدة انقسام الثمن وأمان فيه شبهة العدم فلما ذكرنا من تعليل زفر وقد استوضحه

فيعتبر الثمن الاول قال (واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه من اجمحة بائني عشر ونصف) لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الرجح خلافاً لرفرفيه الله مع انه اشترى ماله بماله لمافيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم الأتري انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه

ما اذا باعه المولى من عبده (فكان المعتبر الثمن الاول) وهذه المسئلة بالاتفاق وكذا الجواب اذا كان المأذون مكنب السيد بالاتفاق وقوله فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة يقيد انما اعتبر عدم المراجعة لالكونه معدوماً من وجه وسببه ان المراجعة بيع امانة تنفي عنه كل تهمة وخيانة والمساحة جارية بين السيد وعبده ومكاتبه فيتم بأنه اشتراه منه بزيادة أو باعته منه كذلك ولهذا قال أبو حنيفة اشترى شيئاً من أبيه أو أمه أو ولده أو اشترى هو لانه لا يبيع واحد منهم من اجمحة الاعلى الثمن الذي قام على البائع الا انهما خالفوا في هذه فقالا يبيعه من اجمحة على ما اشتراه من هؤلاء لتباين الاملاك والحقوق فكانا كالاخوين وأبو حنيفة يقول ما يحصل لكل من هؤلاء كأنه لا يخرج من وجه ولهذا اتقبل شهادة أحدهم لا آخر وتجرى المساحة بينهم فكان الاحتياط فيما ذكرنا ثم القيد المذكور وهو كونه مديوناً بما يحيط برقبته مصرح به في الجاهع من رواية محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة والمشايع في تقرير هذه المسئلة منهم من ذكره كقاضيان ومنهم من لم يقيد بالحيط كالصدر الشهيد فقال عبد مأذون عليه دين محيط برقبته أو غير محيط ومنهم من لم يذكر الدين أصلاً كشمس الأئمة في المبسوط فقال اذا اشترى من أبيه أو أمه أو مكاتبه أو عبده ولا شك ان ذكره وعدمه في الحكم المذكور سواء بل اذا كان لا يراجح الاعلى الثمن الاول فيما اذا كان عليه دين محيط مع انه اجنبي من كسبه فلان لا يرجح الاعلى فيما اذا لم يكن عليه دين أولى لانه حينئذ لا يتعد العقد الثاني أصلاً انما يبيع ماله من نفسه أو يشتريه وانما فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه والحكم المذكور على التقديرين لا يختلف ولو اشترى من شريكه ساعة ان كانت ايسر من شركته ما يراجح على ما اشترى ولا يبين وان كانت من شركته ما فانه يبيع نصيب شريكه على ضمانته في الشراء الثاني ونصيب نفسه على ضمانته في الشراء الاول نحو ان تكون السلعة اشترى ب ألف من شركتهما فاشترىها أحدهما من صاحبه بألف ومائتين فانه يبيعها من اجمحة على ألف ومائة لان نصيب شريكه من الثمن ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الاول خمسمائة فيبيعها على ذلك ومنه مسئلة الكتاب التي ذكرها بقوله (واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه من اجمحة بائني عشر ونصف) لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الرجح خلافاً لرفرفيه الله مع انه اشترى ماله بماله وهو وجه المنع لرفرفي لكتنا أجزاءه (لمافيه من) فائدة (استنادة ولاية التصرف وهو المقصود) بعد ما كانت منتفية لانقطاع ولاية التصرف عنه بالتسليم الى المضارب (والانعقاد يتبع النائدة ففيه شبهة العدم الأتري انه) أي المضارب (وكيل عنه) أي عن رب المال (في البيع الاول من وجه) وذلك يمنع صحة بيعه منه كالا يبيع الوكيل من موكله ما وكله بشرائه لانه ماله وتصرفه فيه جاز

المصنف بقوله الأتري انه يعني المضارب وكيل عن رب المال في البيع الاول من وجه

(قوله وانما يقيد بالدين المحيط برقبته الى قوله والحق قيد لما ذكرنا) أقول وانما لم يقيد اذ لا مدخل له في حق حكم المذكور وهو عدم جواز بيعه من اجمحة الاعلى الثمن الاول وانما فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه تأمل ثم في قوله والصدر الشهيد بحث وان شئت فعليك بطل العتابة البيان

وعلى هذا وجب أن لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل ووكيله فيما وكله فيه وإذا كان فيه شبهة العدم كان البيع الثاني كالمعدوم في حق نصف الربح لأن ذلك حق رب المال فيحط عن الثمن احترازاً عن شبهة الخيانة ولا شبهة في أصل الثمن وهو عشرة ولا في نصيب المضارب فيبيع مراجه على ذلك قال (ومن اشترى جارية سلمية فاعورت عند المشتري) بأفقه سماوية أو بفعل الجارية نفسها (أو وطئها وهي ثيب) ولم ينقصها الوطء (جازله أن يبيع مراجه ولا يجب عليه البيان) لعدم احتباس ما يقابلها الثمن لما تقدم أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن (قوله ولهذا) توضيح لقوله لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابلها الثمن ولهذا الوفاة العين قبل التسليم إلى المشتري لا يسقط شيء من الثمن وكذلك منافع البضع إذا لم ينقصها الوطء لا يقابلها شيء من الثمن وعورض بأن منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل أن المشتري إذا وطئها ثم وجد بها (٢٦٠) عيباً لم يتمكن من الرد وإن كانت ثيباً وما ذلك إلا باعتبار أن المستوفى من الوطء بمنزلة احتباس جزء من

المبيع عند المشتري وأجيب بأن عدم جواز الرد باعتبار أنه ان ردها فإما أن يردها مع العقر أو بدونه لا سبيل إلى الأول لأن الفسخ يرد على ما رده عليه العقد والعقد يرد على الزيادة فالفسخ لا يرد عليها ولا إلى الثاني لأنها تعود إلى قديم ملك البائع ويسلم الوطء للمشتري مجازاً والوطء يستلزم العقر عند سقوط العقر لا باعتبار احتباس جزء من المبيع (وعن أبي يوسف أنه لا يبيع في الفصل الأول) أي في صورة الأعور (من غير بيان) كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي بناء على مذهبه أن الأوصاف حصصة من الثمن من غير فصل بين ما كان التعب بأفقه سماوية أو بضع العباد (وأما إذا فاقها عنها) راجع إلى أول المسئلة وفي بعض

فأعتبر البيع الثاني عدماً في حق نصف الربح قال (ومن اشترى جارية فاعورت أو وطئها وهي ثيب يبيعها مراجه ولا يبين) لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابلها الثمن لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا الوفاة قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذلك منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما إذا لم ينقصها الوطء وعن أبي يوسف رحمه الله في الفصل الأول أنه لا يبيع من غير بيان كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رحمه الله (فأما إذا فاقها عنها بنفسه أو فاقها أجني فأخذار شهالم يبيعها مراجه حتى يبين) لأنه صار مقصوداً بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا إذا وطئها وهي بكر لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حسبها ومن وجبه آخره مال المضارب حتى إذا اشترى لا يجوز حجب رب المال عليه في البيع ولو اشترى المضارب جارية لا يجوز لرب المال وطؤها وإن لم يكن في المال ربح (فأعتبر البيع الثاني عدماً في حق نصف الربح) الذي هو حصصة رب المال بمثل ما ذكرنا في التي قبلها فيبيعه على أقل الثمنين للاحتياط وعلى حصصة المضارب من الربح لأن المضارب في ذلك المقدار بمنزلة الأجني فلا يتم فيه ولو اشترى بأسلعة فاقتهما فأراد أحدهما أن يبيع نصيبه مراجه على حصصة من الثمن إن كانت القسمة استيفاءً محضاً كالكيلى والوزنى والعسدي المتقارب جاز يبيعه مراجه وإن كانت مبادلة كالاشياء المتفاوتة لم يجز يبيعه مراجه لا بتناثه على التقويم وهو ممنوع في المراجعة كما ذكرنا (قوله ومن اشترى جارية فاعورت) أي من غير صنع أخذ بل بأفقه سماوية أو بصنعها بنفسها (يبيعها مراجه ولا يبين) أنه اشترى بذلك الثمن وليس به هذا العور (و) كذا لو (وطئها وهي ثيب) ولم ينقصها الوطء وهذا (لأن الأوصاف لا يقابلها) جزء من (الثمن) لأنها تابعة ما لم تكن مقصودة بالاتلاف (ولهذا الوفاة قبل التسليم) إلى المشتري بعد العقد (لا يسقط شيء من الثمن) وكذلك منافع البضع لا يقابلها الثمن وعن أبي يوسف في الفصل الأول) وهو ما إذا عورت الجارية (أنه لا يبيع) مراجه (من غير بيان) كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي) وزفر والاحتباس بفعله محل الاتفاق كما ذكره بقوله (وأما إذا فاقها عنها بنفسه أو فاقها أجني) بأمر المشتري أو غير أمره (فأخذار شهالم يبيعها مراجه حتى يبين) والتقييد بقوله المشتري والأجني احترازاً عن الوفاة عيناً بنفسها فإنه كما بالآفة السماوية لأنه لا يرد فلا يكون المشتري حاسباً شيئاً وأخذ الأرض ليس بقيد بل إذا عورها الأجني لا يراجع الإيذان لتحقيق وجوب الضمان والفرق لنا (أنه صار مقصوداً بالاتلاف) نخرج عن التبعية بالقصدية فوجب اعتباره (فيقابل ببعض الثمن) وكذا إذا وطئها وهي بكر لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حسبها)

النسخ قلنا فيكون جواب القول أبي يوسف والشافعي رحمه الله يعني إذا فاقها المشتري عينها (بنفسه أو فاقها أجني) سواء (و) من كان بأمر المشتري أو غيره وجب البيان عند البيع مراجه لأنه صار مقصوداً بالاتلاف أما إذا كان بأمر المشتري فلا نه كفعل المشتري بنفسه وأما إذا كان بغير أمره فلا نه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حاسباً بل جزء من المعقود عليه فيمنع المراجعة بدون البيان وعبارة المصنف تدل بالتنصيص على أخذار شهالم وهو المذكور في لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقال في النهاية كأن تذكر الأرض وقع اتفاقاً لأنه اتفاقاً الأجنبي وجب عليه ضمان الأرض ووجوب ضمان الأرض سبب لاخذ الأرض فأخذ حكمة ثم قال والدليل على هذا إطلاق ما ذكره في المسوط من غير تعرض لأخذ الأرض وذكر نقل المسوط كذلك (وكذا إن وطئها وهي بكر) لا يبيعها مراجه إلا بالبيان (لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن) وقد حسبها (فلا بد من البيان

(ولو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأرأى حرق نار يبيعه مراجحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه مراجحة حتى بين) والمعنى ما بيناه

(و) من هذا (ولو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأرأى حرق نار) أو طعاما فتغير (بيعه مراجحة من غير بيان) وقرض بالقاف وذكروا ليسر بالقاف (ولو تكسر) الثوب (بطيه ونشره) لزمه البيان لأنه بقله قال الفقيه أبو الليث وقول زفر أجد وبه نأخذ واختياره هذا حسن لأن مبنى المراجعة على عدم الحيانة وعدم ذكره أنها انتقصت إيهام المشتري أن الثمن المذكور كان لها ناقصة والغالب أنه لو علم أن ذلك ثمنها صحيحة لم يأخذها معيبة إلا بحطية وقد ذكر أول الباب أن سبب شرعية المراجعة اعتماد الغني أن الثمن قيمتها حيث اشترى من له خبرة به فيطيب قلبه بشرائها به مع زيادة ما يحلظنه أنه قيمتها وهذا يبين أنه لا يروم شراءها إلا بقيمتها كي لا يغبن وأنه لو علمه لم يرض فكان سكوتة تقرير له وقريب من هذا ما روى هشام عن محمد أن ذلك إذا انتقص العيب شيئا يسيرا فإن نقصه قدر لا يتعابن فيه لا يبيعه مراجحة يعني بلا بيان لكن قولهم هو كالتوقيع السحر بأمر الله تعالى فإنه لا يجب عليه أن يبين أنه اشتراه في حال غلته وكذا الوصفة في الثوب أطول من ثوب أو توسخ الزام قوي واستشكل على قوله القائل وصف لا يقابلها شيء من الثمن المشتري بأجل فإن الأجل وصف ومع ذلك لا يجوز بيعه مراجحة بلا بيان أوجب بأن الأجل يعطى لاجله جزء من الثمن عادة فيكون كالجزء فيلزمه البيان وعلى قوله منافع البضع لا يقابلها شيء من الثمن ما إذا اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيبا لم يتمكن من ردها وإن كانت ثيبا وقت الشراء وذلك لا اعتبار المشتري بالوطء جاسرا من المبيع عنده وأوجب بأن عدم الرد في هذا ليس لما ذكر بل لأنه لو ردها فإما مع العقر احتراز عن الوطء مجانا أو من غير عقر لا وجه إلى الأول لعدم الجارية مع زيادة والزيادة تمنع الفسخ لأنه لا يرد على الزيادة إلا إلى الثاني لأنها تعود إلى قديم ملكه ويسلم المشتري الوطء بلا عوض باعتبار البيع وذلك لا يجوز بخلاف الواهب إذا رجع بعد ووطء الموهوب له حيث يصح ولا يلزم الموهوب له شيء لأنها تسلم كلها للموهوب له بلا عوض فيجوز أن يسلم له الوطء بلا عوض ولا يجوز في ضرورة البيع أن يفسخ البيع ويسلم للمشتري أو للبائع زيادة متولدة من العين أو شيء واجب بالتلاف العين كالولد والأرض والعقر فكذلك الوطء (فروع) لو أصاب من غلة الدار أو الدابة شيئا راجح بلا بيان لأن الغلة ليست متولدة من العين إنما هو استيفاء منفعة واستيفاء المنفعة لا يمنع بيع المراجعة بخلاف ما لو أصاب من لبن الغنم وصوفها فإنه إذا راجح يسقط من رأس المال قدر ما أصاب من ذلك ويقول قام على تكذا وتقدم أنه إذا أنفق في طعام الرقيق والدواب أنه يضمنه في غير السرف ولو ولدت الجارية أو الغنم أو أثمر التخييل يبيع الأصل مع الزيادة مراجحة لأنه لم يجس شيئا من العقود عليه ولأن نقصان الولادة بغير فعل ثم الزيادة تجبره ولو استهلك المشتري الزيادة لم يبيع الأصل مراجحة حتى يبين ما أصاب منها لانها متولدة من العين والمتولد كجزء المبيع وكذا إذا استهلك الألبان والسمن فإنه لا يراجح الإيبان وفي المبسوط اشترى نصف عید بمائة واشترى آخر نصفه بمائتين ثم باعاه مراجحة أو تولية أو وصية فالثمن بينهما ثلاثا ولو باعاه مساومة يكون بينهما نصفين لأن المسمى فيه بمقابلة الملك ولهذا استوى فيه المشتري والموهوب وبيعهما في العبد سواء بخلاف تلك العقود فإن الثمن فيها مبني على الأول ولو حط البائع الأول من الثمن بعد ما باعاه المشتري مراجحة فإنه يحط ذلك من المشتري إلا ترمع حصته من الربح ولو كان ولا حط ذلك عندنا وعند زفر والشافعي لا يحط عن الثاني بهذا السبب شيء وأصله أن الحط يلتحق بأصل العقد عندنا وعنده لا بل هو هبة مبتدأة لاتم إلا بالتسليم وكذا الزيادة عندنا حتى يصير كأن العقد عقد مجلعي فيثبت ذلك في حق الشفيع والموكل وهذا بخلاف ما لو حط الكل في المراجعة والتولية فإن له أن يراجح على

(ولو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأرأى حرق نار) بالقرض إذا قطعه ونص أبو اليسر على أنه بالقاف (أو حرق نار) جاز أن يبيعه مراجحة من غير بيان لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن (ولو تكسر) الثوب (بنشره وطيه لا يبيعه مراجحة) بلا بيان لأنه صار مقصودا بالتلاف وقوله (والمعنى ما بيناه) إشارة إلى هذين الدليلين

قال (ومن اشترى غلاما بألف درهم نسبة فباعه برح مائة ولم يبين) ذلك للشري (فعل المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان الاجل فيها بالمبيع) فانه يراى في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا الباب ملحقه بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرا بجهة بتمنهما والمرابحة توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة ونوقض بأن الغلام السليم الاعضاء يراى في ثمنه لاجل سلامة الاعضاء بالنسبة الى غير السليم واذا فانت سلامة الاعضاء لم يجب البيان على البائع كما مر في مسئلة اعور رار العين وأجيب بأن الزيادة هناك ليست منصوصا عليها أنهم في مقابلة السلامة وما نحن فيه هو أن يقول ان أجلتى مدة كذا فتمنه يكون كذا بزيادة مقدا رفته ثبت زيادة الثمن في الاجل بالشرط ولا يثبت ذلك في سلامة (٢٦٢) الاعضاء وسيسير المصنف الى هذا بقوله ولو لم يكن الاجل مشروطا في

العقد وان هلك المبيع أو استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة لان الاجل لا يقابله شئ من الثمن يعنى في الحقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فباعته شبهة الخيانة كان له الفسخ ان كان المبيع قائما فأما ان يسقط شئ من الثمن بعد الهلاك فلا واللكان ما فرضناه شبهة حقيقة وذلك خلف باطل قال (وان كان ولاء اياه) يعنى أن التولية كالمرا بحة فيما اذا علم المشتري انه كان اشتراه باجل وباعه اياه من غير بيان فكان للشري الخيار لان التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمرا بحة لتكونه بناء على الثمن الاول بلا زيادة ولا نقصان (وان كان استهلكه ثم علم) بالخيانة (لزمه بألف حالة لما ذكرنا) أن الاجل لا يقابله شئ من الثمن حقيقة (وعن أبي يوسف انه رد القيمة

قال (ومن اشترى غلاما بألف درهم نسبة فباعه برح مائة ولم يبين فعل المشتري فان شاء رده وان شاء قبل) لان الاجل فيها بالمبيع الا يرى انه يراى في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقه بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرا بجهة بتمنهما والاقدام على المرابحة توجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت بخير كافي العيب (وان استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة) لان الاجل لا يقابله شئ من الثمن قال (فان كان ولاء اياه ولم يبين رده ان شاء) لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول (وان كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة) لما ذكرناه وعن أبي يوسف رحمه الله انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزئوف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق وسيأتيك من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بتمن حال و بتمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجى معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبيعه لان الثمن حال

كل الثمن ويؤليه (قوله ومن اشترى غلاما) أو غيره (بألف نسبة فباعه برح مائة ولم يبين) أنه اشتراه نسبة بالالف (فعل المشتري) بذلك (وله الخيار) ان شاء رده وان شاء قبل (بالالف والمائة حالة) وانما ثبت له الخيار (لان الاجل فيها بالمبيع الا يرى انه يراى في الثمن لاجل الاجل والشبهة ملحقه بالحقيقة فكان كأنه اشترى شيئين) بالالف (وباع أحدهما) بها على وجه المرابحة وهذا خيانة فيما اذا كان مبيعا حقيقة فاذا كان أحد الشئين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة وشبهة الخيانة ملحقه بالحقيقة في المرابحة (فاذا ظهرت بخير) على ما عرف من مذهب أبي حنيفة ومحمد ولو فرغ على قول أبي يوسف ينبغي أن يحط من الثمن ما يعرف أن مثله في هذا يراى لاجل الاجل هذا اذا علم الخيانة قبل هلاك المبيع (فلو علم) بعد ما هلك أو استهلكه (لزمه بألف ومائة حالة) لأن الاجل لا يقابله شئ حقيقة والذي كان ثابتا له مجرد رأى وقد تعذر بعد هلاكه وهكذا (لو كان ولاء اياه ولم يبين) أنه اشتراه الى أجل فعلم المشتري قبل الهلاك يعنى ثبت له خيار الرد وقبوله بالالف الحالة ولو فرغ على قول أبي يوسف ينبغي أن يفعل ما ذكرنا (وان كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرنا) من أن الاجل لا يقابله شئ من الثمن حقيقة (وعن أبي يوسف انه) بعد الهلاك (يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير) قوله (فيما اذا استوفى) صاحب الدين من دائته (مكان) الدين (الجياد زئوفا) وهو لا يعلم بزيافتها حتى أتفقها فانه عند أبي يوسف يرد مثلها من الزئوف ويسترد الجياد (وسيأتيك) ان شاء الله تعالى في مسائل مشورة (وقيل يقوم بتمن حال و بتمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما) على البائع قاله الفقيه أبو جعفر الهندواني (ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه معتاد التحميم قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبيعه لان الثمن) ما كان الا (حالا) في العقد أو لو فرضنا أنه باعه بلا شرط

ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزئوف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق وسيأتيك من بعد في مسائل) مشورة اجل قبيل كتاب الصرف وقال الفقيه أبو الليث روى عن محمد انه قال للشري أن يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت بمقامه وهذا على أصله في التحالف مستقيم فانه أقم القيمة بمقامه وقيل هو قول أبي جعفر البخني (يقوم بتمن حال و بتمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجى) معتاد كعادة بعض البلاد يشترطون بنقد ويسلمون الثمن بعد شهر او ما جله أو منجى ما قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل لا يجب بيانه لان الثمن حال

(قوله وسيسير المصنف الى هذا بقوله ولو لم يكن الاجل الخ) أقول في الاشارة خفاء

قال (ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد) بلهالة الثمن
(فان أعلمه البائع يعني في المجلس فهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه) لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل
العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا
يقبل الاصلاح ونظيره يبيع الشيء برقه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير
كافي خيار الرؤية

أجل فلم ينقده الى شهر مطا فلا شك انه يبيعه مرابحة بالالف (قوله ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه
ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد بلهالة الثمن فان أعلمه البائع يعني في المجلس) ما قام به
عليه (فهو بالخيار ان شاء رد البيع وان شاء قبل لان الفساد) وان كان في صلب العقد لكنه (لم يتقرر)
انما يتقرر بعضى المجلس وهذا بين ان هذا العقد ونحوه من البيع برقه قبل معرفة الرقم يتعقد فاسداً
عرضية الصحة وهو الصحيح بخلاف الماروي عن محمد انه صحيح له عرضية الفساد ولما كان المجلس جامعاً
للتفرقات يعتبر الواقع في أطرافه كالواقع معا كان تأخير البيان أي بيان قدر الثمن (كتأخير القبول
الى آخر المجلس) فانه يجوز ويصل بالايجاب السابق أول المجلس كذا هذا يكون سكوتة عن تعيين الثمن
في تحقق الفساد موقوف الى آخره فان تبين فيه اتصال بالايجاب الذي سكت فيه عنه وان انقضى
قبله تقرر الفساد فلا يتقلب بعده صحيحاً (وانما يتخير) بعد العلم في المجلس (لان الرضا لم يتم قبله) فلم
يتم البيع (كافي خيار الرؤية) لم يتم الرضا قبل الرؤية فعد وجودها يتخير (فروع) اشترى ثوباً
ليس له أن يراجح على ذراع منه لان الثمن لا ينقسم على ذراعته ولو راجح على ما له نسبة معلومة منه كنصفه
ثلثه ثمنه جاز ولو اشترى نصف عبد بمائة ثم اشترى النصف الاخر بمائتين فله أن يبيع أي النصفين شاء
مرابحة على ما اشتراه به وان شاء باع كله مرابحة على ثلثمائة ويقول قام على بكذا ولو وهب له البائع
الثمن كله فله أن يراجح على الثمن كله ولو وهب له أوسطه من بعضه ليس له أن يراجح الا على ما بقي ولو باعه
بالثمن عرضاً أو أعطى به رهناً فهاك كان له أن يراجح على الثمن لانه صار قابضاً بهذا الطريق ولو اشترى
بعشرة جيا دونقده ز يوافق تجوزها البائع فله أن يراجح على عشرة جيا ولو وهب ما اشتراه بعشرة ثم رجع
فيه له أن يبيعه مرابحة على العشرة وكذا ان باعه ثم عد عليه ببيع أو فساد يبيع أو خيار أو اقاله له أن
يراجح على الثمن الذي كان اشترى به ولو اشترى ثوباً بفسحة ثم رجع اليه بعير أو هبة لم يكن له أن يبيعه
مرابحة لانه ما عاد الى الملك المستند بالشراء الاول ولو وجد بالبيع عيباً فرضى به له أن يبيعه مرابحة
على الثمن الذي اشتراه به لان الثابت له خيار فاسقاطه لا يمنع من البيع مرابحة كالمالك فيه خيار شرط
أورؤية وكذا لو اشترى مرابحة فاطلع على خيانه فرضى به كان له أن يبيعه مرابحة على ما أخذه به
لما ذكرنا أن الثابت له مجرد خيار ولو اشترى شيئاً بغير فاحش أو بدين له على انسان وهو لا يشتري بذلك
القدر بالغير فليس له أن يبيعه مرابحة من غير بيان ولو اشترى بالدين ما يبيع عنه له جاز أن يراجح عليه
سواء أخذه بلفظ الشراء أو بلفظ الصلح في رواية وفي ظاهر الرواية بفرق بين الصلح والشراء لما تقدم
لكن الوجه انه اذا علم انه ثمنه وجب أن يراجح عليه لان منع المرابحة ما كان الاتهمة الخطيئة فاذا تبين
انتفاءها ارتفع المانع بينه وبين الله تعالى ولو اشترى رزمة ثياب فاقسمها ليس لاحدهما أن يبيع
ما خصه مرابحة بخلاف ما واشترى يامكيه لاجنسا واحداً فاقسمها حيث يجوز ذات ولو اشترى الرزمة
واحدة فومها ثوبان أو بالنس له أن يبيع ثوباً منها مرابحة على ما قسمها الا ما قدمنا من انه يقول قيمة هذا
الف أو قسم هذا بكذا أو أنا أبيعك مرابحة على هذه القيمة كما مر في الرقم باز يد من ثمنه أمالوا سلم في
ثوبين ووصفها بصفة واحدة ليس له أن يبيع أحدهما مرابحة على نصف رأس مال السلم عند أبي
حنيفة وعندهما يجوز ولو باعه نصف ما اشتراه مرابحة على نصف ثمنه ان كان ثوباً واحداً ليس له

قال (ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه الخ) اذا قال
وليتك هذا بما قام على يريد
به ما اشتراه به مع ما حقه من
المؤن كالصبيغ والقتل
وغير ذلك ولم يعلم المشتري
بكم قام عليه (فالبيع فاسد
بلهالة الثمن فان أعلمه
البائع في المجلس) صح البيع
ويتخير المشتري (ان شاء
أخذه وان شاء تركه) أما
الصحة فلا تفساد لم
يتقرر بعد فساد
يحتل الصحة فاذا حصل
العلم في المجلس جعل
كابتداء العقد لان ساعات
المجلس كساعة واحدة
وصار كتأخير القبول الى
آخر المجلس وبعد الافتراق
تقرر والفساد المتقرر
لا يقبل الاصلاح ونظيره
البيع بالرقم في صحته
بالبيان في المجلس وتقرر
فساده بعد ثمنه فيه وأما
خيار المشتري فللخلل في
الرضا لانه لا يتحقق قبل
معرفة مقدار الثمن
كما لا يتحقق قبل الرؤية
لجهل بالصفات فكان في
معنى خيار الرؤية فالخلق به

فصل وجه ايراد الفصل ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المراجعة ووجه ذكرها في باب المراجعة الاستطرد باعتبار تقيد هاتين بقيد اذ على البيع المجرى عن الاوصاف كالمراجعة والتولية قال (ومن اشترى شيئا مما ينقل) نقلا حسبا (و) هو المراد بقوله (يحول) فسر بذلك لثلاثتهم انه احتراز عن المدير (لم يجزله أن يبيعه حتى يقبضه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع مالم يقبض) وهو باطلاقه جهة على ما للرجحان في تخصيص ذلك بالطعام ولا تنسك له بما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم قال ان اشترى أحدكم طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه فان تخصص الطعام

يدل على ان الحكم فيما عداه بخلافه لان ابن عباس قال وأحسب كل شيء من مثل الطعام وذلك دليل على ان التخصيص لم يكن مرادا وكان ذلك معسروفا بين العصابة حدث الطحاوي في شرح الآثار مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوفيته لقيتني رجل فأعطاني به ربما حسنا فأردت أن أضرب على يده فأخذ رجل من خاني بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ابتياع السلع حيث تبتاع حتى تحوزها التجار الى رحالهم وانما قصد بالبيع ولم يقبل لم يجزله التصرف ليقع على الاتفاق فان الهبة والصدقة جائزة عند محمد وان كان قبل القبض قال كل تصرف لا يتم بالقبض فانه جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على

فصل ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له يبيعه حتى يقبضه لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض

ذلك وان كان مثليا وهو جنس واحد كطعام كل نصفه كان له ذلك لان تقسيم الثمن عليه بالاجزاء بخلاف الاول لان انقسامه عليه بالقيمة باعتبار الاوصاف اعنى الذرعان ولا يتقسم الثمن باعتبارها وعلى هذا ينبغي أن لا يباح في نصف العبد على نصف الثمن ولو اشترى ثيابا بصفة واحدة كل ثوب بكذا فانه أن يبيع كل واحد من اجزاء حنيقة وأي يوسف وقال محمد لا يباح حتى يبين انه اشتراه مع غيره ولو باعه بوضعية ذهبا زده فطريقه أن يجعل كل درهم من رأس المال أحد عشر جزأ فاذا كان الثمن عشرة فتكون الجملة مائة وعشرة فتسقط عشرة فيصير جملة الثمن تسعة وجزأ من أحد عشر جزأ من درهم

فصل قوله ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له يبيعه حتى يقبضه انما اقتصر على البيع ولم يقل أن يتصرف فيه لتكون اتفاقية فان محمدا يجز الهبة والصدقة به قبل القبض وقال مالك يجوز جميع التصرفات من بيع وغيره قبل القبض الا في الطعام لانه صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالتهمة في حديث رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه أخرجه الشيخان وفي لفظ حتى يقبضه فلما قدر رواه ابن عباس أيضا قال وأحسب كل شيء من مثل الطعام أخرجه عنه أئمة الكتب الستة وعرض قوله ما روى أبو داود عن ابن اسحق الى ابن عمر قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوفيته لقيتني رجل فأعطاني فيه ربما حسنا فأردت أن أضرب على يده فأخذ رجل من خاني بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ابتياع السلع حيث تبتاع حتى تحوزها التجار الى رحالهم ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرک وصححه وقال في التنقيح سنده جيد وقال ابن اسحق صرح فيه بالحديث وأخرج النسائي أيضا في سننه الكبرى عن يعلى بن حكيم عن يوسف بن ماهك عن عبد الله بن عصفية عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله اني رجل ابتاع هذه البيوع وأبيعتها في محل لي منها وما يحرم قال لا تبعه شيئا حتى يقبضه ورواه أحمد في مسنده وابن حبان وقال هذا الحديث مشهور عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام ليس بينهما ابن عصفية والحاصل أن المخرجين منهم من يدخل ابن عصفية بين ابن ماهك وحكيم ومنهم من لا وابن عصفية ضعيف جدا في قول بعضهم قال صاحب التنقيح قال ابن حزم عبد الله بن عصفية مجهول وصحح الحديث من رواية يوسف بن ماهك نفسه عن حكيم لانه صرح في رواية قاسم بن أصبغ بسماعه منه والصحيح أن بينهما عبد الله بن عصفية الجشمي يحجازي ذكره ابن حبان في الثقات وقال عبد الحق انه ضعيف وتبعه ابن القطان وكلاهما محطى وقد اشبهه عليه ما عبد الله بن عصفية هذا بالنسبي أو غيره من يسمي عبد الله بن عصفية

قبضه فقبضه لان تمام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه والجواب ان البيع أسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشبوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ثم البيع في المبيع قبل القبض لا يجوز لانه تعليق العين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة أولى

فصل ومن اشترى مما ينقل قوله احتراز عن المدير أقول فانه لا ينقل نقلا شرعيا قوله فان تخصص الطعام يدل على أن الحكم الخ) أقول فيه أن التخصيص ينازع في كون المفهوم جهة ولو سلم فلا يعارض المنطوق قوله معروفا بين العصابة) أقول فيه تأمل

(قوله) ولان فيه غرر انفساخ العقد استدلال بالعقول وتقريره في البيع قبل القبض (٣٦٥) غرر انفساخ العقد الاول على تقدير

هلاك المبيع في يد البائع
والغرر غير جائز لانه صلى الله
عليه وسلم نهى عن بيع الغرر
والغرر ما طوى عنك علمه وقد

تقدم واعترض بأن غرر
الانفساخ بعد القبض ايضا
متوهم على تقدير ظهور
الاستحقاق وليس مانع ولا يدفع
بأن عدم ظهور الاستحقاق
أصل لان عدم الهلاك كذلك
فاستويا وأجيب بأن عدم
جوازه قبل القبض ثبت
بالنص على خلاف القياس
لثبوت الملك المطلق لا تصرف
المطلق بقوله تعالى وأحل الله
البيع وليس ما بعد القبض في
معناه لان فيه غرر انفساخ
بالهلاك والاستحقاق وفيما
بعد القبض غرره بالاستحقاق
خاصة فلم يلحق به ويجوز بيع
العقار قبل القبض عند أبي
حنيفة وأبي يوسف وقال
محمد لا يجوز رجوعا الى
اطلاق الحديث واعتبارا
بالمقول بجامع عدم القبض
فيهما وصادر كالأجارة فانها
في العقار لا يجوز قبل القبض
والجامع اشتمالهما على
رجح مالم يضمن فان المقصود
من البيع الرجح ورجح مالم
يضمن منهى عنه شرعا
والنهي يقتضى الفساد
فيكون البيع فاسدا قبل
القبض لانه لم يدخل في
ضمانه كما في الاجارة

ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك (ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة
وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز) رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول
وصار كالأجارة

انتهى كلامه فالحق أن الحديث حجة والذي قبله كذلك والحاجة بعد ذلك الى دليل التخصيص بغير
العقار لا يبيح حنيفة بذلك هناك والاحاديث كثيرة في هذا المعنى ثم علل الحديث (لان فيه غرر انفساخ
العقد) الاول (على اعتبار هلاك المبيع) قبل القبض فبتبين حينئذ انه باع ملك الغير بغير اذنه
وذلك مفسد للعقد وفي الصحاح انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوى عنك علمه
والدليل على اعتبار هذا المعنى أن اربابنا التصرف في ابدال العقود التي لا تنسخ بالهلاك جائز اذ لا
يضرها غرر الانفساخ كالتصرف في المهر لها وبديل الخلع للزوج والعتق على مال وبديل الصلح عن دم
العهد قبل القبض جائز اذ كانت لا تنسخ بالهلاك فظهر أن السبب ما قلنا هذا وقد اختلفوا بالبيع
غيره فلا يجوز اجارته ولا هبته ولا التصديق به خلا للهدية والصدقة وكذا اقرضه ورهنه من
غير بائعه فلا يجوز شي من ذلك واذا أجاز محمد هذه التصرفات في البيع قبل القبض ففي الاجرة قبل
قبضها اذا كانت عينها أو في فصار الاصل أن كل عقد ينسخ به هلاك العوض قبل القبض لم يجز التصرف
في ذلك العوض قبل قبضه كالبيع في البيع والاجرة اذا كانت عينها في الاجارة وبديل الصلح عن الدين
اذا كان عينها لا يجوز بيع شي من ذلك ولان بشرط فيه غيبه الى آخر ما ذكرنا وما لا ينسخ به الهلاك
العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر اذا كان عينها وبديل الخلع والعتق على مال وبديل الصلح
عن دم العهد كل ذلك اذا كان عينها لا يجوز بيعه وهبته واجارته قبل قبضه وسائر التصرفات في قول
أبي يوسف ولو أوصى به قبل القبض ثم مات قبل القبض صححت الوصية بالاجماع لان الوصية أخت الميراث
ولو مات قبل القبض ورث عنه فكذا اذا أوصى به ثم قال محمد كل تصرف لا يستتم الا بالقبض كالهبة
والصدقة والرهن والقرض فهو جائز في البيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه ووجهه أن تمام
هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمنازع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه وقاسه بهبه
الدين لغير من عليه الدين فانها تجوز اذا سلطه على قبضه اذ لا مانع فانه يكون نائباعنه ثم يصير قابضا لنفسه
كالقول اطعم عن كفار في جاز ويكون الفقهين نائباعنه في القبض ثم قابضا لنفسه بخلاف البيع
وأبو يوسف يقول البيوع اسرع نقاذ من الهبة بدليل أن الشروع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة
دون البيع وأيضاً هذه التصرفات تنبني على الملك وغرر انفساخ يمنع تمامه فكان فاصرا في حق اطلاق
التصرف وأما عتق عن كفار في فانه طلب التملك لا تصرف مبنى على الملك القائم فان قبل لواعتراف الخمر
امتنع بعد القبض أيضا لاحتمال ظهور الاستحقاق فالجواب انه أضعف لان ما يتحقق به بعد القبض
يتحقق به قبله ويزيد باعتبار الهلاك أيضا فكان أكثر مظانا قبل القبض ولان اعتباره بعده يستدباب
البيع ولو باعه المشتري من بائعه قبل قبضه لا يجوز ولو وهبه يجوز على اعتباره مجازا عن الآالة فان
قبيل هذا النهي باعتبار امر مجاور فينبغي ان لا يوجب الفساد كالبيع وقت النداء أجيب بان الغرر في
المبيع لا مجاور له فانه باعتبار انه مملوك أو غير مملوك للمشتري على تقدير الهلاك وأورد على التأثيران بعد
تسليم أن البيع ينسخ به هلاك المبيع قبل القبض أي امتناع فيه فلم يكن كذلك وغاية الامر انه ظهر ان
البيع الثاني لم يصح في غير اذنان ومثله واقع في الشفعة والبيع بعد ظهور الاستحقاق (قوله) ويجوز
بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف) وهو قوله الآخر (وقال محمد لا يجوز)
وهو قول أبي يوسف الاول وقول الشافعي (رجوعا الى اطلاق الحديث) يعني عمومه وهو مافى

(قوله) وأجيب بأن عدم جواز
الخ) أقول الاعتراض كان

(٣٦٤ - فتح القدير خامس) متوجه على الدليل المعقول لاعلى الاستدلال بالحديث فلا يستقيم هذا الجواب
(قوله) فلم يلحق به) أقول أي بطريق الدلالة (قوله) رجوعا الى اطلاق الحديث) أقول أي عمومه

(ولهما ان ركن البيع صدر من أهله) لكونه بالغا عاقلًا غير محجور عليه (في محله) لانه محل مملوك له وذلك يقتضى الجواز والمانع وهو الغرر معدوم فيه لانه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادر فيه فصح العقد لوجود مقتضى وانتفاء المانع بخلاف المنقول فان المانع فيه موجود ومنع انتفاء المانع في العقار فانه غرر الانفساخ وقد وجد بالرد بالعيب وأجيب بأنه لا يصح لانه اذا جاز البيع فيه قبل القبض صار ملكا للمشتري وحينئذ لا يملك المشتري الاول الرد وقبه نظر لانه ان رد عليه بقضاء القاضي عادله الرد والاولى أن يقال كلامنا في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر الفسخ واذا كان الهلاك في العقار نادرا كان غرر انفساخ العقد المنهى عنه متنفيا والحديث معلول به فلم يدخل فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض بما يدل الجواز من الكتاب والسنة والاجماع واعترض بأنه تعليل في موضع النص وهو ما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض وهو عام والتعليل في موضع النص غير مقبول وأجيب بأنه عام دخله الخصوص لاجتماعه على جواز التصرف في الثمن والصدق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فتحمله على المنقول كذا في المبسوط وفيه بحث لان (٣٦٦) المراد بالحديث النهى عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام

وله ما ان ركن البيع صدر من أهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهى عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به لا بدلائل الجواز
 حديث حكيم من قوله صلى الله عليه وسلم لا تبعن شيئا حتى تقبضه بخلاف ما قبله من حديث ابن عمر فانه خاص بالمنقول أعنى قوله نهى عن بيع السلع حتى يجوزها التجار الى رحالهم وللهي عن ربيع مالم يقبض ولو باع العقار بربح يلزم ربيع مالم يقبض وصار بيع العقار كأجارته وأجارته قبل قبضه لا يجوز فكذا بيعه ولان السبب وهو البيع انما يتم بالقبض واهـ اذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالحادث عند العقد والملك انما يتأكد بتأكد السبب وفي هذا العقار والمنقول سواء (ولهما) أى لاني حنيفة وأبي يوسف (ان ركن البيع صدر من أهله في محله) والمانع المنهى وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف (فان هلاك العقار نادر) والتادرا لا عبرة به ولا يدنى الفقه باعتباره فلا يمنع الجواز وهذا لانه لا يتصور هلاكه الا اذا صار بحرا ونحوه حتى قال بعض المشايخ ان جواب أبي حنيفة في موضع لا يخشى عليه أن يصير بحرا أو يغلب عليه الرمال فاما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجوز كما في المنقول ذكره المحبوبي وفي الاختيار حتى لو كان على شط البر أو كان المبيع عـ لو لا يجوز بيعه قبل القبض والحديث الذي استدله به (معلول به) أى بغير الانفساخ والدليل عليه ان التصرف الذي لا يمنع بالغرر نافذ في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزوج عليه وبه يظهر فساد قولهم ان تأكد الملك بتأكد السبب وذلك بالقبض لان العتق في استعداء ملك تام فوق البيع ويجوز في المبيع قبل القبض العتق (واعاقلنا) التزوج لا يبطل بالغرر لانه لو هلك المهر العين لم يزج قيمته ولم يفسخ السكاح وأوردانه تعليل في مقابلة النص فانه تخصيص عمومه فيؤدى الى تقديم القياس والمعنى على النص وهو ممنوع الجواب انه خص منه أشياء منها جواز التصرف في الثمن قبل قبضه وكذا المهر يجوز لها بيعه وهبته وكذا الزوج في بدل الخلع وكذا ب الدين في الدين اذا ملكه غيره وسلطه على قبضه جاز وكذا أخذ

اذا ابتعت شيئا فلا تبعه حتى تقبض سلما انه نهى عن بيع مالم يقبض من ملكه الذي ثبت بسبب من الاسباب لكن الاجماع لا يصلح تخصيصه باسما من صلاحته لذلك لكن التخصيص لبيان انه لم يدخل في العام بعد احتماله تناوله واذا كان الحديث معلولا بغير الانفساخ لا يحتمل تناول ما ليس فيه ذلك اذ الشيء لا يحتمل تناول ما نافي به تناولا فرديا واعلم اني اذكر لك ما سنخ في هذا الموضوع بتوفيق الله تعالى على وجه يندفع به جميع ذلك وهو أن يقال الاصل أن يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزا لعموم قوله تعالى

وأحل الله البيع لكنه خص منه الربا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى وحرم الربا والعام المخصوص يجوز تخصيصه الشفيع بخبر الواحد وهو ما روي أنه نهى عن بيع مالم يقبض ثم لا يخلو إما أن يكون معلولا بغير الانفساخ أو لافان كان فقد ثبتت المطالب حيث لا يتناول المقار وان لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روي في السنن مسندا الى الاعرج عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وبينه وبين أدلة الجواز وذلك يستلزم الترتك وجعله معلولا بذلك اعمال اثبوت التوفيق حينئذ والاعمال متعين لا محالة وكالم يتناول العقار لم يتناول الصداق وبدل الخلع ويكون مختصا به قد يفسخ بملك المعوض قبل القبض هذا والله أعلم بالصواب

قال المصنف (ولهما ان ركن البيع الخ) أقول اذا استدلل محمد بأنه اذا باع العقار الغير المقبوض بربح يلزم ربيع مالم يقبض وهو منهي فاجوابها عنه (قوله ومنع انتفاء المانع في العقار فانه الى قوله وأجيب بأنه) أقول المجيب هو الانقاضي وضمير فانه راجع الى المانع وضمير بأنه في قوله وأجيب بأنه راجع الى الرد (قوله لكن التخصيص لبيان أنه لم يدخل في العام الخ) أقول فيه بحث فان لفظة مالم يقبض يتناول العـ قارا أيضا والقياس تخصيصه بالمنقول (قوله وان لم يكن وقع التعارض) أقول فيه تأمل اذا لا يظهر التعارض بينه وبين ما روي مسندا الى الاعرج (قوله وبينه وبين أدلة الجواز) أقول اذا كان تخصيصا لادلة الجواز فكيف يوجد التعارض

(قوله والاجارة) جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الاجارة وتقريره انها لا تصلح مقبلا لانها اعلى الاختلاف قال في الايضاح
 ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز اجارته لان صحة الاجارة بملك الرقبة فاذا ملك التصرف في الاصل وهو الرقبة ملك في التابع وقيل
 لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تملك المنافع فبمقتضى جوازها كبيع المنقول قال (ومن اشترى مكبلا
 مكابله أو موز وناموازته الخ) اذا اشترى المكبل والموزون كالحنطة والشعير والسمن والحديد وأراد التصرف فذلك على أربعة أقسام
 اشترى مكابله وبيع مكابله أو اشترى مجازفة وبيع كذلك أو اشترى مكابله وبيع (٣٦٧) مجازفة أو بالعكس من ذلك

ففي الاول لم يجز للشترى من
 المشتري الاول أن يبيعه
 حتى يعيد الكيل لنفسه
 كما كان الحكم في حق المشتري
 الاول كذلك لان النبي
 صلى الله عليه وسلم نهى عن
 بيع الطعام حتى يجرى فيه
 صاعان صاع البائع وصاع
 المشتري ولانه يحتل أن
 يزيد على المشروط وذلك
 للبائع والتصرف في مال
 الغير حرام فيجب التعرض عنه
 وهو بترك التصرف وهذه
 العلامة موجودة في الموزون
 فكان مثله وفي الثاني لا يحتاج
 الى كيل لعدم الافتقار
 الى تعيين المقدار وفي الثالث
 لا يحتاج المشتري الثاني الى
 كيل لانه لما اشتراه مجازفة
 ملك جميع ما كان مشارا
 اليه فكان متصرفا في ملك
 نفسه

والاجارة قبل على هذا الخلاف ولو سلم فالعاقبة ودعيله في الاجارة المنافع وهلا كما غير نادى قال (ومن
 اشترى مكبلا مكابله أو موز وناموازته فاكتاله أو تزته ثم يباعه مكابله أو موازته لم يجز للشترى منه
 أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن) لان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام
 حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتل أن يزيد على المشروط وذلك
 للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التعرض عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة
 الشفيع قبل قبض المشتري ولا شك ان غلظه حينئذ شرع قبل القبض فلو كان العقار قبل القبض
 لا يجمل التملك يبدل لم يثبت للشفيع حتى لاخذ قبل القبض وهذا يخرج الى الاستدلال بالاجماع
 على جواز بيع العقار قبل القبض وأما الحلق بالاجارة ففي منع الاجارة قبل القبض منع فانه قيل انه
 على هذا الخلاف والصحيح كما قال في الفوائد الظهيرية أن الاجارة قبل القبض لا تجوز بلا خلاف الا أن
 المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تملك المنافع فبمقتضى جوازها قبل القبض وفي الكافي وعليه الفتوى واذا
 عرف من الجواب ان التصرف في الثمن قبل القبض يجوز وفي المبيع لا يجوز كان تيممه بأن يذكرهنا
 ما يميز المبيع عن الثمن وان كان قد سلف فالدراهم والدنانير اثمان أبدأ وذوات القيم مبيعة أبدأ والمثلثات
 من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة اذا قوبلت بالثمن مبيعة أو بالاعيان وهي معينة ثمن
 أو غير معينة فبيعه كمن قال اشترت كرام من الحنطة بهذا العبد فلا يصح الا بشرائط السلم وقيل
 المثلثات اذا لم تكن معينة وقوبلت بغيرها ثمن مطلقا ولو دخل عليها الباء اذا عرف هذا فالاعنان يجوز
 التصرف فيها قبل القبض استبد الا في غير الصرف والسلم واختلف في القرض والاصح جواز
 والمبيعات تقدم حالها عند ذكرنا الحلق ولو باع عبد او سلمه ثم اقال فبيعه من المشتري قبل القبض يجوز
 ومن الاجنبى لا يجوز وللشافعى قولان والاصل ان البيع متى انفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه في حق
 كافة الناس فبيعه قبل القبض جائز من كل أحد وما هو فسخ في حق العاقدين بيع في حق ثالث يجوز
 من المشتري لا الاجنبى (قوله ومن اشترى مكبلا مكابله أو موز وناموازته) أى اشتراه على كذا كيل
 أو رطلا (فاكتاله أو تزته) لنفسه (ثم يباعه مكابله أو موازته) في الموزون (لم يجز للشترى منه أن
 يبيعه حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه
 صاعان صاع البائع وصاع المشتري) روى من حديث جابر هكذا لكن بلفظ الصاعان معرقا أسنده عنه
 ابن ماجه واسحق وابن أبي شيبة وأعل محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وبلغه من حديث أبي هريرة
 وزاد فيه فيكون صاحبه الزيادة وعليه التفصان رواه البراز حدثنا محمد بن عبد الرحمن حدثنا مسلم
 الجرمي حدثنا محمد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة وقال لانعله يروى
 عن أبي هريرة الامن هذا الوجه وله طريقان أخرين عن أنس وابن عباس ضعيفان وقال عبد الرزاق
 أخبرنا معمر عن يحيى بن أبي كثيران عثمان بن عفان وحكيم بن حزام كانا يبيتان التمر ويجعلانه في غرائر

قال المصنف (والاجارة
 قيل على هذا الاختلاف)
 أقول قال العلامة الكاكي
 وفي الايضاح ما لا يجوز
 بيعه قبل القبض لا تجوز
 اجارته لان صحة الاجارة
 بملك الرقبة فاذا ملك

التصرف في الرقبة ملك التصرف في التابع وما لا فلا وفي الفوائد الظهيرية وقيل الاجارة لا تجوز بلا خلاف وهو الصحيح لان المنافع
 بمنزلة المنقول والاجارة تملك المنافع فبمقتضى جوازها لذلك وفي الكافي وعليه الفتوى انتهى (قوله لان المنافع بمنزلة المنقول) في الفصل
 التاسع عشر من الفصول العمادية والشيخ الامام أبو الفضل الكرماني أو رد عليه اشكال انه اذا أجر المثلثات جاز قبل القبض يجوز ولو صح
 ما قال لا يجوز انتهى قال ابن البرازي وأنت خير بان العين قائم مقام المنفعة في حق ارتباط الاتنين فينظر أيضا الى ما قام به المنفعة انتهى
 وما ذكره تأييدا لاشكال الاجواب عنه كما هو ظاهر عبارته

قال المصنف (لان الزيادة) واعترض بأن الزيادة لا تصور في المجازفة وأجيب بأن من الجائز ان يشتري مكبلا مكابلا فاكذاله على انه عشرة أقفرة مثلا ثم باعه مجازفة فاذا هوائعا عشر في الواقع فيكون زيادة على المكبل الذي اشتراه المشتري الاول وفيه من التمهيل ما ترى وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البائع وذلك بان باع مجازفة وفي ذهنه انه مائة قفيز فاذا هوائعا فرائد على ما ظنه فالرائد لا يشتري ويجوز ان يجعل من باب الغرض ومعناه (٣٦٨) ان المانع من التصرف هو احتمال الزيادة ولو فرض في المجازفة زيادة كانت

للمشتري حيث لم يقع العقد مكابلا فهذه المانع على تقدير وجوده لم يمنع التصرف على تقدير عدمه أولى ويجوز فرض الحال اذا تعلق به غرض كقوله تعالى ان تدعوهم لا يسعوا دعاءكم ولو سعموا ما استجابوا لكم وفي الرابع يحتاج الى كيل واحد إما كيل المشتري أو كيل البائع بحضوره لان الكيل شرط لجواز التصرف فيما بيع مكابلا لمكان الحاجة الى تعيين المقدار الواقع مبيعا وأما المجازفة فلا يحتاج اليه لما ذكرنا فان قيل انتهى عن بيع الطعام الى الغاية المذكورة يتناول الاقسام الاربعه فما وجه تخصيصه بما في الكتاب فالجواب انه معلول باحتمال الزيادة على المشروط وذلك بما يتصور اذا بيع مكابلا فلم يتناول ما عداه ورد بأنه دعوى مجردة وأجيب بأن التنقيص عن عهد ذلك بان يقال قوله تعالى وأحل الله البيع يقتضى جوازه مطلقا وهو مخصوص بآية الربا فيجاز تخصيصه بخبر الواحد وفيه

لان الزيادة وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة اذا الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ثم يبعه بذلك الكيل فنهاها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبعه حتى يكيل لمن ابتاعه من ماله هذا الحديث حجة لكثرة تعدد طرقه وقبول الأئمة اياه فانه قد قال بقولنا هذا مالك والشافعي وأحمد رضي الله عنهم وحين علله الفقهاء يجعله من تمام القبض اذ بالكيل يتميز حقه عن حق البائع ادعى ان يكون أنقص أو يزيد فيضع ماله عند البائع أو مال البائع عنده فالحقوا يمنع البيع منع الا كل قبل الكيل والوزن وكل تصرف يبي على الملك كالهبة والوصية وما أشبههما والحق بالكيل الموزون وينبغي الحاق المعدود الذي لا يتفاوت كالجوز والبيض اذا اشتري معا دونه به قال أبو حنيفة في أظهر الروايتين عنه فافسد البيع قبل العد ثانيا لا تمام الجامع وهو وجوب تعرف المقدار وزال احتمال اختلاط المالكين فان الزيادة فيه للبائع خلافا لما روى عنهما من جواز البيع الثاني قبل العد ولما كان في المذروعات الزيادة عند الحنفية للمشتري لم يلحقوها فلما اشتري ثوبا على انه عشرة أذرع جاز ان يبعه قبل الذرع لانه لو زاد كان للمشتري ولو نقص كان له الخيار فاذا باعه بالذرع كان مسقطا خيابه على تقدير النقص وله ذلك ولما كان النهي عن بيع الطعام اقتصر على ما اذا كان المكبل أو الموزون مبيعا فلو كان ثمنه ان اشتري بهذا البر على انه كقبيضة جازت تصرفه فيه قبل الكيل والوزن لان التصرف في الثمن قبل قبضه جائز فالقول ان يجوز ان تصرف فيه قبل ما هو من تمام قبضه ثم لا يحنى ان ظاهر النص منع بيع الطعام الامكابلا فيقتضى منع بيعه مجازفة ولا نعم خلافا في ان ظاهره متروك وانه محمول على ما اذا وقع البيع مكابلا أما اذا اشتراه مجازفة بيع صبرة فله ان يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لان كل المشار اليه له فلا يتصور اختلاط المالكين وقول المصنف فيه (لان الزيادة) قيل معناه الزيادة على ما كان يظنه بأن ابتاع صبرة على ظن انها عشرة فظهرت خمسة عشر وتكلف غيره وكذا ما يفيد ظاهره من التزام جريان الصاعين محمول على ما اذا اشتراه البائع مكابلا وباعه كذلك أما اذا اشتراه مجازفة فانه يحتاج اذا باعه مكابلا الى كيل واحد للمشتري وقول الراوي حتى يجري فيه صاعان صاع البائع معناه صاع البائع لنفسه وهو محمول على ما اذا كان البائع اشتراه مكابلا أما لو كان ملكه بالارث أو الزراعة أو اشتري مجازفة أو استقرض حنطة على انها كثر ثم باعها فالحاجة الى صاع واحد وهو صاع هذا المشتري وان كان الاستقراض تخليكا بعوض كالشراء لكنه شراء بصورة عارية حكما لان ما يرد عين المقبوض حكما ولهذا لم يجب قبض بدله في مال الصرف فكان تخليكا بلا عوض حكما ولو اشتراه مكابلا ثم باعها مجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه وفي نوادر ابن سماعه يجوز واذا عرف ان سبب النهي أمر يرجع الى المبيع كان البيع فاسدا ونص على الفساد في الجامع الصغير ونص على انه لو أكله وقد قبضه بلا كيل لا يقال انه أكل حراما لانه أكل ملك نفسه الا أنه أكل حراما أمر به من الكيل فكان هذا الكلام أصلا في سائر المبيعات يباع فاسدا اذا قبضها فلكلها ثم أكلها وتقدم انه لا يحل أكل ما اشتراه شراء فاسدا وهذا بين ان ليس كل ما لا يحل أكله اذا أكله أن يقال فيه

ذكر جريان الصاعين وليس ذلك الاتعيين المقدار وتعيين المقدار انما يحتاج اليه عند توهم زيادة أو نقصان فكان في كل النص ما يدل على انه معلول بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان جائزا بلا كيل ثم في قوله اشترى مكابلا اشارة الى انه لو ملكه بهية أو ارث أو وصية جاز ان تصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره وكذا لو وقع ثمننا كاسياني وحكم ببيع الثوب مذارعة حكم المجازفة في المكبل لان الزيادة اذا الذرع وصف في الثوب فلم يكن هنالك احتمال الزيادة فلم تكن في معنى ما ورد به النص لتلحق به بخلاف القدر فانه مبيع لا وصف

ولامعتبر بكيل البائع وهو المشتري الاول قبل البيع وان كان بحضرة المشتري الثاني لان الشرط صاع البائع والمشتري وهذا ليس كذلك ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم اذ المبيع يصير به معلوما ولا تسليم الا بحضرة ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتب به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتب به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم وانتى احتمال الزيادة ومجمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما سياتى في باب السلم ان من أسلم في كثر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب المال بقبضه لم يكن قبضاً وان أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فأكاله ثم أكاله لنفسه جازلانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين واعلم ان في كلام المصنف رحمه الله ايهام التناقض وذلك لانه وضع المسئلة أولاً فيما اذا كان العقدان بشرط الكيل واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث ثم ذكر في آخر المسئلة ان الصحيح ان يكتب بالكيل الواحد وهو يقتضى أن يكون وضع المسئلة فيما يكون عقداً واحداً (٣٦٩) بشرط الكيل لما ان الاكثفاء

بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية انما هو في العقد الواحد بشرط الكيل وأما اذا وجد العقد بشرط الكيل فالاكثفاء بالكيل الواحد فيهما ليس بصحيح من الرواية بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين ودفعه بأن يكون المراد بالبائع في قوله ولو كاله البائع المشتري الاول والمشتري هو الثاني وباليبيع هو البائع الثاني ومعناه ان المشتري اذا باع مكابله وكاله بحضرة مشتريه يكتب بذلك لما ذكرنا من الدليل ويدل على ذلك قوله ومجمل الحديث اجتماع الصفقتين فانه يدل على ان في هذه الصورة اجتماع الصفقتين غير منظور اليه فكانه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين

ولامعتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرة ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتب به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتب به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومجمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما تبين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عدافه هو كالمذروع فيما روى عنهما لانه ليس بمال الربا وكالموزون فيما روى عن أبي حنيفة رحمه الله لانه لا تحل له الزيادة على المشروط قال (والتصرف في الثمن قبل القبض جائز)

أكل حراماً (قوله) ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع) من المشتري الثاني (وان كان) كاله لنفسه (بحضرة المشتري) عن شرائه هو (لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط) بالنص (ولا بكيله بعد البيع) الثاني (بغيبة المشتري) وغيبته وكيله في القبض لان التسليم الى الغائب لا يتحقق وهذا الكيل المأمور به لتسليم المقدار الواجب (وان كاله) أو وزنه (بعد العقد بحضرة المشتري) مرة فيه اختلاف المشايخ قال عامتهم كما هو ذلك حتى يحل للمشتري التصرف فيه قبل كيله ووزنه اذا قبضه وعند البعض لا بد من الكيل أو الوزن مرتين احتجاً بظاهر الحديث والصحيح قول العامة لان الغرض من الكيل والوزن صيرورة المبيع معلوماً وقد حصل بذلك الكيل واتصل به القبض ومجمل ظاهر الحديث اذا وجد عقدان بشرط الكيل بأن يشتري المسلم اليه من رجل كرا لاجل رب السلم وأمر رب السلم بقبضه اقتضاء عن سواه فان في ذلك بشرط صاعان أسلم اليه وصاع لرب السلم فيكيله للمسلم اليه ثم يكيله لنفسه بخلاف كيله بغيبته لانتفاء التسليم من الغائب فيثبت احتمال الاختلاط فلا يجوز ويصرح بنفيه ما في الجامع في بيع فقير من صبرة اذا كان البائع قفياً بزامتها بغير حضرة المشتري فهلك أن البيع قائم في قفيز مما بقي ولا يقع به الافراز ومن هنا ينشأ فرع وهو مالو كيل الطعام بحضرة رجل ثم اشتراه في المجلس ثم باعه مكابله قبل ان يكتبه بعد شرائه لا يجوز هذا البيع سواه كاله للمشتري منه أولاً لانه لم يكتب بعد شرائه هو لم يكن قابضاً به ببيع ما لم يقبض فلا يجوز (قوله) والتصرف في الثمن قبل القبض جائز) بالبيع والهبة والابارة والوصية سواء كان مما يتعين أو لا يتعين

فما اذا اجتمعت الصفقتان كافي أول المسئلة وما سياتى في باب السلم وأما فيما نحن فيه فلا هذا واذا نظرنا الى التعليل وهو قوله ولانه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع يقتضى أن يكتب بالكيل الواحد في أول المسئلة أيضاً كما ذكرنا ولو ثبت ان وجوب الكيلين عزيمة والاكتفاء بالكيل الواحد رخصة أو قياس أو استحسان لكان ذلك مدفوعاً جارية على القوانين لكن لم أظفر بملك ولو اشترى المعدود عدافه كالمذروع فيما روى عن أبي يوسف ومحمد وهو رواية عن أبي حنيفة لانه ليس بمال الربا ولهذا جاز بيع الواحد بالاثنتين فكان كالمذروع وحكمه قد مر أنه لا يحتاج الى إعادة الذرع اذا باع من اربعة وكالموزون فيما روى عن أبي حنيفة وهو قول السكري لانه لا تحل له الزيادة الا ترى ان من اشترى جوزاً على انما ألف فوجدها كثر لم تسلم له الزيادة ولو وجدها أقل يسترد حصة النقصان كالموزون فلا بد لجواز التصرف من العد كالموزون في الموزون قال (والتصرف في الثمن قبل القبض جائز) سواء كان مما لا يتعين كالنقد أو مما يتعين

كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلا بدراهم أو بكر من الحنطة جاز أن يأخذ به شيئاً آخر قال ابن عمر رضي الله عنهما كنا نبيع الأبل في البيع فأن أخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم وكان يجوز رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غير الانقضاء (٢٧٠) بالهلاك منتف لعدم تعينها بالتعيين أي في النقود بخلاف المبيع قال

أقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غير الانقضاء بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع قال (ويجوز للشترى أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للشترى في المبيع ويجوز أن يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) فالزيادة والحط يتحققان بأصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يصحان على اعتبار الاتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة عملاً لأنه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلحق بأصل العقد وكذا الحط لأن كل الثمن صار مقابلاً بكل المبيع فلا يمكن إخراجه فصار برامبتداً

عندنا سوى بدل الصرف والسلم لأن الملك مطاق وكان القياس ذلك أيضاً في المبيع إلا أنه منع بالنص لغرر الانقضاء وليس في الثمن ذلك لأنه إذا هلك الثمن المعين لا ينفسخ البيع وتلزمه قيمته وسائر الديون كالثمن لعدم الغرر بعدم الانقضاء بالهلاك كالمهر والجره وضمن المتلفات وغيرها واستثناء السلم لأن للقبوض حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز وكذا في الصرف وأيد السمع وهو ما في السنن الأربعة عن سمك عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر قال كنت أبيع الأبل بالبيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم وهو يريد أن يدخل حجرته فأخذت بثوبه فسألته فقال إذا أخذت واحداً منها بالآخر فلا يفارقك وينك وبينه بيع فإن هذا بيع الثمن الذي في الذمة قبل قبضه بالنقد المخالف له وقد صححه الحاكم والدارقطني وقول الترمذي لأن عرفه مرفوعاً إلا من حديث سمك لا يضره وإن كان شعبة قال حدثني قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر لم يرفعه وحدثني داود بن أبي هند عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر لم يرفعه وحدثني فلان أراه أيوب عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر لم يرفعه ورفعه سمك وأنا أهابه لأن المختار في تعارض الرفع والوقف تقديم الرفع لأنه زيادة والزيادة من الثقة مقبولة ولأن الظاهر من حال ابن عمر وشدة انبعاثه للأثر أنه لم يكن يقتضي أحد التقدين عن الآخر مستمر من غير أن يكون عرفه عنه صلى الله عليه وسلم وأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يفارقه وبينهما بيع معناه دين من ذلك البيع لأنه صرف ففنع النسبة فيه وأمال الميراث فالصرف فيه جائز قبل القبض لأن الوارث يخلف المورث في الملك وكان الميت ذلك التصرف فكذا الوارث وكذا الموصى له لأن الوصية أخت الميراث (قوله ويجوز للشترى أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للشترى في المبيع ويجوز أن يحط من الثمن) وسند كشرط كل منهما (ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) من المز يد عليه والزيادة حتى كان البائع حبس المبيع إلى أن يستوفي الزيادة إذا كان الثمن حالاً وليس للشترى أن يمنع الزيادة ولا مطالبة البائع بتسليم المبيع قبل إعطائها ولو سلمها تم استحقاق المبيع بجمعها مع أصل الثمن وفي صورة الحط للشترى مطالبة البائع بتسليم المبيع إذا سلم الباقي بعد الحط (وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يصحان) أي الزيادة والحط (على اعتبار الاتحاق) بأصل العقد (بل) الزيادة برامبتداً من البائع والشترى والحط إرادة من بعض الثمن متى رده يرتد وجهه قوله ما إن المبيع دخل في ملك الشترى بالقدر الأول فلا يلحق بالعقد صار ملكه وهو ما زاده بدلاً عن ملكه وهو المبيع وكذا الثمن دخل في ملك البائع فلا يجوز الزيادة في المبيع كان المزيد عوضاً عن ملكه أعني الثمن قلنا نعم أي يكون ما ذكرتم لو التحق بالعقد مع عدم تغييره لكننا إنما قلنا أنها

(ويجوز للشترى أن يزيد البائع في الثمن) إذا اشترى عينا بمائة ثم زاد عشرة مثلاً أو باع عينا بمائة ثم زاد على المبيع شيئاً أو حط بعض الثمن جاز والاستحقاق يتعلق بكل ذلك فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفي الأصل والزيادة ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من البائع حتى يدفعهما إليه ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك يعني الأصل والزيادة فإذا استحق المبيع بجمع المشتري على البائع بهما وإذا جاز ذلك فالزيادة والحط يتحققان بأصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الاتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة أي الهبة ابتداءً لأنهم الأبا بتسليم لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة عملاً لأن هذا التصحيح يصير ملكه عوض ملكه لأن المشتري ملك المبيع بالعقد المسمى عملاً فالزيادة في الثمن تكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز وفي الحط

بالزيادة

الثمن كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن إخراجه عن ذلك فصار برامبتداً

(قوله لعدم تعينها بالتعيين أي في النقود) أقول فيكون الدليل أخصر من المدعى قال المصنف (وكذا الحط لأن كل الثمن صار مقابلاً بكل المبيع فلا يمكن إخراجه فصار برامبتداً) أقول قوله وكذا الحط أي لا يلحق بأصل العقد (قوله فلا يمكن إخراجه أي إخراج كل الثمن عن المقابلة بكل المبيع)

ولنا ان البائع والمشتري بالخط والزيادة غير العقد بتراضيهم من وصف مشروع الى وصف مشروع لان البيع المشروع خاسر وراجح وعدل والزيادة في الثمن تجعل الخاسر عدلا والعدل راجحا والخط يجعل الراجح عدلا والعدل خاسرا وكذلك الزيادة في المبيع ولهما ولاية التصرف برفع أصل العقد بالاقالة فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير من وصف الى وصف لان التصرف في صفة الشيء أهون من التصرف في أصله وصار كإذا كان لاحد العاقدين أو لهما خيار الشرط فأسقطا أو شرطاه بعد العقد فصح الحاق الزيادة بعد تمام العقد وإذا صح يلتحق بأصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء لان نفسه فالزيادة تقوم بالثمن لان نفسها فان قيل لو كان حط البعض محكما لكان حط الكل كذلك اعتبارا للكل بالبعض أحاب المصنف بالفرق بقوله بخلاف حط الكل لانه تبديل بأصله لا تغيير بوصفه لأن عمل الخط في اخراج القدر المحطوط من أن يكون ثمنا فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض لوجود ما يصلح ثمنا وأما حط الجميع فتبديل للعقد لانه إما أن يبقى بيعا بلا لعدم الثمن حينئذ وقد علمت انه مالم يقصد اذالك أو بصيرته وقد كان قصدهما التجارة في المبيع دون الهبة فلا يلتحق بأصل العقد لوجود (٢٧١) المانع ولا يلزم من عدم الالتحاق

لمانع عدمه لا للمانع فيلتحق حط البعض بأصل العقد وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة وعلى الباقي في الحط فان البائع اذا حط بعض الثمن عن المشتري والمشتري قال لا خير وليت هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد الحط فكان الحط بعد العقد ملتقما بأصل العقد كان الثمن في ابتداء العقد وذلك في الزيادة يظهر حكمه ايضا في الشفعة حتى يأخذ الشفيع بما بقي في الحط

ولنا انهما بالخط والزيادة غيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه راجحا أو خاسرا أو عدلا ولهما ولاية الرفع فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير وصار كإذا أسقطا لخيار أو شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق بأصل العقد لان وصف الشيء يقوم به لان نفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لأصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط بالزيادة والخط غير العقد عن وجهه الاول وهو كونه بذلك المقدار الى كونه بمقدار أو رأينا الشرح أثبت لهما ولاية تحويل العقد من صفة الى صفة ومن وجوده بعد تحققه في الوجود الى اعدامه بلا سبب سوى اختيارهما أما الاول فتحوي به من عدم الزوم الى الزوم باسقاط الخيار وعكسه بالحاق الخيار وكذا من كونه حال الى مؤجل بالحاق الاجل كما سئذ كرفي تأجيل الثمن الحال عندنا وأما الثاني فبالاقالة وهي تعيده الى قديم الملك فأولى أن يثبت لهما تغييره من وصف كونه راجحا الى خاسر أو خاسرا الى راجح والى كونه عدلا ونبت صحة الحط شرعا في المهر بقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد القرية فبين انهما اذا تراضيا بعد تقدير المهر على حط بعضه أو زيادته جاز وان ثبت تصحيح ذلك لزم الالتحاق بأصل العقد ضرورة اذ تغييره يوجب كونه عقدا بهذا القدر فبالضرورة يلتحق ذلك به اذ وصف الشيء يقوم به بخلاف ما لو حط الكل لانه تبديل لأصله اذ بصير البديل الاخرهبة فيخرج عن كونه عقدا معاوضة الى عقد التبرع فلا يلتحق به واذا ثبت الالتحاق انتفى قولهم الزيادة عوض عن ملكه الى آخر ما ذكرنا (ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة فتجوز) (على الكل) من الاصل والرائدو يجب ان يراجع على المبيع الاول ومازاده البائع مبيعا لا الاول فقط وكذا التولية (ويباشر) العقد في المرابحة والتولية (على الباقي) بعد الحط (و) كذا (في الشفعة حتى يأخذها) الشفيع (بالباقي) فقط فان قيل لو التحق لزم أن يأخذها الشفيع في صورة الزيادة بالمجموع من

(قوله فصار) أي كل واحد من الزيادة والخط قال في الذخيرة وفي المحيط البرهاني في الفصل الحادي عشر من كتاب البيع اذا وهب بعض الثمن قبل القبض أو أبرأه عن بعض الثمن قبل القبض فهو حط أيضا وان كان البائع قد قبض الثمن ثم حط البعض أو وهب البعض بأن قال وهبت منك بعض الثمن أو قال حطت عندك بعض الثمن صح ووجب على البائع رد مثل ذلك على المشتري ولو قال أبرأتك عن الثمن بعد القبض لا يصح الأبراء انتهى ووجه الفرق مذكور في الكتابين المذكورين فراجعهم ما قاله مهمهم في الغاية (قوله واذا صح يلتحق بأصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له) أقول الزيادة في المسكيات والموزونات والمعدودات ليست بوصف فكيف يصح الالتحاق فيهما اذا كانت مبيعة (قوله ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء) أقول وعندى أن المراد بالوصف هو كون العقد خاسرا وراجحا وعدلا على ما يدل عليه سياق الكلام ولو صح ما ذكره لبقى التحاق الحط بلا دليل ولا يخفى ما فيه (قوله فان قيل لو كان حط البعض محكما لكان حط الكل كذلك الخ) أقول بعنى بطريق الالتحاق والخط الكل صحيح بطريق البر والصلة بالاتفاق (قوله فالشرط فيه قيام الثمن) أقول واللا يمكن بيعا (قوله لانه ما أن يبقى بيعا باطلا) أقول كما سبق في أحكام البيع الفاسد (قوله فيلتحق حط البعض) أقول لا يكفي لثبوت الالتحاق عدم المانع منه بل لا بد من المقضى أيضا ولم يبين فلا يستقيم التفريع

(قوله وانما كان للشفيع) جواب سؤال مقدر تقديره لو كانت الزيادة متحققة بأصل العقد لاخذ الشفيع بالزيادة كالمو كانت في ابتداء العقد وتقرير الجواب انما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لان حقه يتعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطال له وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير بتراضيهما (٢٧٢) وهذا كله اذا كان المبيع قائماً وما بعده هلاكه فلا تصح الزيادة في الثمن على ظاهر

وانما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكه ثم الزيادة لا تصح بعده هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حاله يصح الاعتراض عنه والشئ يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البديل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استناداً قال (ومن باع بثمن حال ثم أجله اجلا معلوما صار مؤجلاً) لان الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيراً على من عليه

الاصول والزائد وهو منتفبل لا يأخذ الا بدون الزيادة أو يقال فلم يفرق بين الحط والزيادة بالنسبة الى الشفيع اجاب بقوله (وانما كان للشفيع أن يأخذها) في صورة الزيادة (بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت) قبلها فان مجرد العقد الاول يتعلق حقه بأخذها ما وقع عليه التراضي الاول وعقدية الزيادة بعد ذلك في الثمن تصرف حدث منها ما يبطل حقه فلا ينفذ تصرفها ما ذلك عليه ثم شرع يذ كر شرط الزيادة والحط فقال (ثم الزيادة) الى آخره يعني ان شرطها قيام المبيع في ظاهر الرواية فلو هلك حقيقة بان مات العبد أو الدابة أو حياكبان أعتقه أو دبره أو كاتبه أو استولدها أو باع أو وهب أو سلم أو أجر أو رهن ثم باع من المستأجر والمرتهن أو وطخ اللحم أو طعن الخنطة أو نسج الغزل أو تخمر العصبير أو أسلم مشترى الخمر زمياً لا تصح الزيادة لفوات محل العقد اذا العقد لم يرد على المطعون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب أحق بها اذا فعل في المغصوب ذلك وكذا الزيادة في المهر شرطها بقاء الزوجية فلو زاد بعد موتها لا تصح بخلاف مال الزوج المبيعة ثم زاد حيث ثبتت الزيادة وكذا اذا أجر أو رهن أو غط الثوب أو اتخذ الحديد سيقاً أو قطع يد المبيع فأخذ المشتري ارشه حيث ثبتت الزيادة في كل هذه وانما لم تثبت فيما ذكرنا من صور الهلاك (لانه لم يبق على حاله يصح الاعتراض عنه) والالتحاق وان كان يقع مستنداً فاستند لا يثبت أولاً في الحال ثم يستند وثبونه متعذراً لتفاه المحل فتعذر استناده فلا يثبت كالبيع الموقوف لا يبرم بالا جازة اذا كان المبيع هالكاً وقتها (وقوله على ظاهر الرواية) احتراز عما روي الحسن في غير رواية الاصول عن أبي حنيفة ان الزيادة تصح بعده هلاك المبيع كما يصح الحط بعده هلاكه وفي المتوسط وكذا اذا كانت الزيادة من الاجنبي وضمنها لانه التزمها عوضاً وهذا الالتزام صحيح منه وان لم يملك شيئاً بما قبله كالمو خال امرأته مع اجنبي أو صالح مع الاجنبي من الدين على مال وضمنه صح وان لم يملك الاجنبي شيئاً بما قبله هذا في زيادة الثمن فاما الزيادة في المبيع ففي جمع التفاريق تجوز الزيادة في المبيع بعده هلاك المبيع وهكذا ذكر في المنتقى وتكون لها حصص من الثمن حتى لو هلكت قبل القبض سقطت حصصها من الثمن (بخلاف الحط) فانه يصح بعده هلاك المبيع لان المبيع بعد الهلاك بحيث يمكن حط (البديل) أي الثمن (عما يقابله) وحاصله اخراج القدر المحطوط عن أن يكون ثمناً قائماً بشرط فيه قيام الثمن دون المبيع والثمن باق فيثبت الحط ملحها باصل العقد الا ترى انه يصح الحط بسبب العيب بعد الهلاك فانه يرجع بالنقصان وبه يكون الثمن ماسوي ما يرجع به فاسقاط عوض المعدوم يصح والاعتراض عنه لا يصح (قوله) ومن باع بثمن حال ثم أجله اجلا معلوما صار مؤجلاً) وهو قول مالك خلافاً للشافعي وكذا قوله في كل دين حال لا يصير مؤجلاً بالاجل وهو قول زفر لانه بعد أن كان حال ليس الا وعداً بالتأخير قلنا (الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيراً على من عليه)

قال (ومن باع بثمن حال) ثم أجله باجل معلوم اذا باع شيئاً بثمن حال ثم أجله لا يجاوز أن يكون الاجل معلوماً أو مجهولاً وهذا فان كان الاول صح وصار مؤجلاً وقال زفر لا يلحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعي لانه دين فلا يتأجل كالقرض ولنا ان الثمن حقه فجاز أن يتصرف فيه بالتأجيل وفقاً عليه

(قوله والزيادة في المبيع جائزة) أقول بعد الهلاك

الرواية لان المبيع لم يبق على حاله يصح الاعتراض عنه اذا الاعتراض انما يكون في موجود والشئ يثبت ثم يستند ولم تثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا تستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البديل عما يقابله لكونه اسقاطاً والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط في الحال ويلتحق بأصل العقد استناداً روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة انه تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع ووجهه أن يجعل المعقود عليه قائماً تقديره وان جعل الزيادة تغييراً كما جعل قائماً اذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب وهذا لان قيام العقد بالعاقدين لا بالحل واشتراط المحل لانبات الملك أو ابقائه بطريق التجدد فلم يكن لبقاء العقد في حقه فائدة فاما فيما وراء ذلك ففيه فائدة تنفيق والزيادة في المبيع جائزة لانها تثبت في مقابلة الثمن وهو قائم ويكون لها حصص من الثمن حتى لو هلكت قبل القبض سقطت بحصتها من الثمن

ولان التأجيل اثبات برائة مؤقتة الى حلول الاجل وهو يملك البرائة المطلقة بالابراء عن الثمن فلان يملك البرائة المؤقتة أولى وان كان الثاني فلا يتخلوا إما أن تكون الجهالة قاحشة أو يسيرة فان كان الاول كما اذا أجله الى هبوب الريح ونزول المطر لا يجوز ان كان الثاني كالحصاد والدياس جاز كالكفالة لان الاجل لم يشترط في عقد المعاوضة فصح مع (٣٧٣) الجهالة اليسيرة بخلاف البيع

(وقد ذكرناه من قبل) يعني في أواخر البيع الفاسد قال (وكل دين حال اذا أجله صاحبه صار مؤجلاً) كل دين حال بتأجيل صاحبه يصير مؤجلاً (لما ذكرنا) انه حقه لكن القرض لا يصح تأجيله وهذا لان القرض في الابتداء صله واعارة فهو

ألا ترى أنه يملك ابراهه مطلقاً فكذلك مؤقتاً ولو أجله الى أجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز لانه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قال (وكل دين حال اذا أجله صاحبه صار مؤجلاً) لما ذكرنا (الاقراض) فان تأجيله لا يصح لانه اعارة وصلته في الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصى والصبي ومعاوضة في الانتفاء فعلي اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كافي الاعارة اذا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتفاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسبية وهو ربا وهذا بخلاف ما اذا وصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حق الموصى والله تعالى أعلم

بهذا الاعتبار من التبرعات ولهذا يصح بلفظ الاعارة (ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصى والصبي ومعاوضة في الانتفاء) لان الواجب بالقرض رد المثل لارد العين (فعلى اعتبار الابتداء لا يصح) أي لا يلزم التأجيل فيه (كافي الاعارة اذا جبر في التبرعات وعلى اعتبار الانتفاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسبية وهو ربا) وهذا يقتضى فساد القرض لكن ندب الشرع اليه وأجمع الأمة على جوازه فاعتمدنا على الابتداء وقلنا يجوز به بلا لزوم ونوقض (بما اذا وصى بأن يقرض من ماله ألف درهم فلانا الى سنة) فانه قرض مؤجل وأجله لازم (حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه) الى سنة وأوجب بأن ذلك من باب الوصية بالتبرع

وهذا لا يستلزم الدعوى وهو لزوم الاجل بالتأجيل فانه يقول لاشك ان له ان يؤخر انما الكلام في انه يلزم التأخير شرعا اذا أخر وقوله (ألا ترى) الى آخره يستدل به مستقلا في المطلوب وهو أن الشرع أثبت عند اسقاطه السقوط والتأجيل التزام الاسقاط الى وقت معين فيثبت شرعا السقوط الى ذلك الوقت كما ثبت شرعا سقوطه مطلقا باسقاطه مطلقا (ولو أجله الى أجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح) ويجوز المطر (لا يجوز) ولا يجوز التأجيل به ابتداء (وان كانت) يسيرة (كالحصاد والدياس يجوز) ويلزم كما اذا كفل اليها (وقد ذكرناه من قبل) يعني في آخر باب البيع الفاسد لان الاجل المجهول لم يشترط في عقد البيع ليقسده بل فيما هو دين (وكل دين اذا أجله صاحبه صار مؤجلاً) لما ذكرنا (الاقراض) فان تأجيله لا يصح ولو شرط الاجل في ابتداء القرض صح القرض وبطل الاجل وعند مالك يصح أيضا لان القرض صار في ذمته كسائر الديون ولومات المقرض فأجل ورثته صرح قاضيان بأنه لا يصح كالأجل المقرض وقول صاحب الميسر يوجب أن يصح على قول البعض لا يعارضه ولا يفيد ما يعتمد عليه ولا فرق بين أن يؤجل بعد استهلاك القرض أو قبله وهو الصحيح وليس من تأجيل القرض تأجيل بدل الدراهم والدنانير المستهلكة اذا استهلكها كما لا يصح قرضا والحيلة في لزوم تأجيل القرض ان يحيل المستقرض المقرض على آخر يدينه فيؤجل المقرض ذلك الرجل بحال عليه فيلزم حينئذ وجه المسئلة ان القرض تبرع (لانه صله في الابتداء واعارة حتى يصح) القرض (بلفظ أعرتك) هذه الالف بدل أقرضتك ونحوه (ولهذا) لا يملكه من لا يملك الصلات والتبرعات كالوصى والصبي والعبد والمكاتب (ومعاوضة في الانتفاء) لانه أعطاه لياخذ به بعد ذلك ولهذا يلزم رد مثله بعد ذلك وأخذ مثله (فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل كما) لا يلزم تأجيل (الاعارة) فانه لو اعاره المتاع الى شهر كان له ان يسترده في الحال اذا تأجيل في التبرع (وعلى اعتبار الانتفاء لا يصح) أيضا (لانه يصير) بهذه المعاوضة (بيع دراهم بثلاثين نسبية وهو ربا) ولانه لو لم يكن التبرع ما لم يصح المتبرع شيئا كالكف عن المطالبة فيما نحن فيه وهو ينافي في موضوع التبرعات قال تعالى ما على المحسنين من سبيل نفي السبيل عنهم على وجه نصوصية الاستغراق فلولا لم تحقق سبيل عليه ثم لئلا المراد وحكم العين كأنه رد العين ولولا هذا الاعتبار كان عليك دراهم بدراهم بلا قبض في المجلس فلزم اعتبارها شرعا كالعين واذا جعلت كالعين فالتأجيل في الاعيان لا يصح (بخلاف ما اذا وصى أن يقرض من ماله ألف لفلان الى سنة حيث يلزم) ذلك (من ثلثه لانه وصية بالتبرع) فيلزم كما يلزم الوصية بخدمة عبده وسكنى داره

(٣٥ - فتح القدير خامس) كالوصية بالخدمة والسكنى في كونها وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها

(قوله حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه) أقول العبارة الصحيحة أن يقرضوه من ثلثه لئلا يلزم تقديم ممول ما في حين أن عليه وتصحيح ما في الكتاب يجعل المذكور تفسير القدر قبل أن والله اعلم

الآتري أنه لو أوصى بثمره بستانه لفلان صح ولزم وان كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التأجيل في القرض حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقاً للموصى والله أعلم

﴿باب الربا﴾

لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله شرع في بيان أنواع بيوع نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا بأضعاف مضاعفة فان النهي يعقب الامر وهذا لان المقصود من كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعاً (٢٧٤) والحرام الذي هو الربا ولهذا لما قيل لمحمد ألا تصنف شيئاً في الزهد قال قد صنفت

﴿باب الربا﴾

قال (الربا محرم في كل مكيل أو موزون اذا بيع بجنسه متفاضلاً) فالعلة عندنا الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل

سنة مع أنه لو أعاره عبده أو داره سنة كان له أن يسترده في الحال وهذا لان باب الوصية أوسع من سائر التصرفات الآتري أنه لو أوصى بثمره بستانه جاز وان كانت الثمرة معدومة في الحال رعاية لحق الموصى ونظره فضلاً من الله ورحمة وللرحمة عليه أجازها الشرع وكان القياس أن لا تصح لانها تملك مضاف الى حال زوال مالكيته والله تعالى أعلم

﴿باب الربا﴾

هو من البيوع المنهية قطعاً بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا باسبب زيادة فيه فناسبته بالمرابحة أن في كل منهما زيادة الآن تلك حلال وهذه منهية والحل هو الاصل في الاشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه والربا بكسر الراء المهملة وفتحها خطأ (قوله الربا في كل مكيل أو موزون بيع بجنسه) وفي عدة من النسخ الربا محرم في كل مكيل الى آخره وفي كثير منها زيادة متفاضلاً الربا يقال لنفس الزائد ومنه ظاهر قوله تعالى لا تأكلوا الربا باى الزائد في القرض والسلف على المدفوع والزائد في بيع الاموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه وسنذكر تفصيلها ويقال لنفس الزيادة أعني بالمعنى المصدرى ومنه وأحل الله البيع وحرم الربا أى حرم أن يزداد في القرض والسلف على القدر المدفوع وأن يزداد في بيع تلك الاموال بجنسه اقدر ليس مثله في الاخر لانه حينئذ فعل والحكم يتعلق به ولا شك أن في قوله الربا في كل مكيل الاول بغير ايقاف محرم لا يرد كل منه ماله كذب على اسقاط لفظ متفاضلاً أو لافائدة فيه بتقدير اثباته فكان المراد حكم الربا وهو الحرمة أما على استعمال الربا في حرمة فيه فيكون لفظ الربا مجازاً أو على حذفه وادارته فيكون من مجاز الحذف والربا مراد به الزيادة مبتدأ والمجرور خبره أى حرمة الزيادة ثابتة في كل مكيل ثم قوله (فالعلة الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) مراد بها بانها لعرف أن الحكم المرتب على مشتق يوجب كون مبدأ الاشتقاق علة له ولما ترتب الحكم على المكيل والموزون مع الجنس تفرع عليه أن العلة الكيل مع الجنس (و) قد (يقال) بدل الكيل والوزن (القدر وهو أشمل) وأخصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح اذ يشبه العتد والذرع وليس من أموال الربا أى

كتاب البيوع ومراده بينت فيه ما يحل ويحرم وليس الزهد الا الاحتجاب من الحرام والرغبة في الحلال والربا في اللغة هو الزيادة من ربا المال أى زاد وينسب فيقال ربوي بكسر الراء ومنه الاشياء الربوية وفتح الراء خطأ ذكره في المغرب وفي الاصطلاح هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع قال (الربا محرم في كل مكيل أو موزون) أى حكم الربا وهو حرمة الفضل والنسيئة جاز في كل ما يباكال أو يوزن اذا بيع بمكيل أو موزون من جنسه (فالعلة) أى لوجوب المماثلة هو (الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) قال المصنف (ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل) لانه يتناولهما وليس كل واحد منهما بانفراده يتناول الآخر

﴿باب الربا﴾

(قوله لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها) أقول لا يقال البيوع الفاسد من جملة تلك الابواب وليس مما أمر الشارع بمباشرته لان كون أكثر الابواب مأموراً بالمباشرة يكفي لغرضه (قوله عن العوض المشروط) أقول صفة العوض تدل على تعريف السعنان في المكاتب بقوله الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه تدبر وبذلك عرف المصنف في هذه الصحيفة قال المصنف (الربا محرم في كل مكيل) أقول في أكثر النسخ الربا في كل مكيل أو موزون يبيع بجنسه ومعناه حكم الربا وهو ثبوت الحرمة ثابت أو داخل أو جار أو مستقر في كل مكيل قال المصنف (وهو أشمل) أقول وقال ابن الهمام لكنه يشمل المذكور والعدد وليس من أموال الربا انتهى ويمكن ان يقال الالف واللام في القدر للعهد والمراد الكيل والوزن

(والاصل فيه الحديث المشهور) الذي تلقته العلماء بالقبول (وهو قوله صلى الله عليه وسلم الخنطة بالخنطة مثلاً بمثل يدا بيد والفضل ربا وعد الاشياء الستة الخنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال) ومداره على عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وأبي سعيد الخدري ومعاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهم وروى بروايتين بالرفع مثل بمثل (٢٧٥) وبالنصب مثلاً بمثل ومعنى الاول

بيع الخنطة حذف المضاعف وأقيم المضاعف اليه مقامه وأعرب باعرايه ومثله خبره ومعنى الثاني بيعوا التمر مثلاً بمثل والمراد بالمائة المائة من حيث الكيل يدلل ما روى كيلاً بكيل وكذلك في الموزون وزناً بوزن فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن لا ما ينطلق عليه اسم الخنطة فان بيع حبة من خنطة بحبة منها لا يجوز لعدم التقوم مع صدق الاسم عليه ويخرج منه المائة من حيث الجودة والردافة بدليل حديث عبادة ابن الصامت جيدها وورديتها سواء وكلام رسول الله صلى الله عليه وسلم يفسر بعضه بعضاً فان قيل تقدير بيعوا بوجوب البيع وهو مباح أحجب بان الوجوب مصروف الى الضفة كقولك مت وأنت شهيد وليس المراد الامر بالموت ولكن بالكون على صفة الشهداء اذ مات وكذلك المراد الامر بكون البيع على صفة المائة (قوله يدا بيد) المراد به عندنا عين بعين وعند الشافعي قبض بقبض (قوله والفضل ربا) الفصل من حيث الكيل

والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام الخنطة بالخنطة مثلاً بمثل يدا بيد والفضل ربا وعد الاشياء الستة الخنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويرى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلاً ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القاسمين لكن العلة عندنا ما ذكرناه

علة تحريم الزيادة كونه مكبلاً مع اتحاد البدلين في الجنس فهي علة مركبة (والاصل فيه الحديث المشهور) أخرج الستة البخاري عن عبادة بن الصامت قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء يسواه يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد وأخرج مسلم من حديث أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من له سواء وزاد بعد قوله يدا بيد فن زاد أو استزاد فقد أربى وأخرج مسلم أيضاً من حديث أبي سعيد مثله وزاد بعد قوله فقد أربى الا ما اختلف ألوانه وليس فيه ذكر الذهب والفضة والتقدير في هذه الروايات بيعوا مثلاً بمثل وأما رواية مثل بالرفع ففي رواية محمد بن الحسن حدثنا أبو حنيفة عن عطاء بن العوف عن أبي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا وهكذا قال الى آخر الستة وكذا ما روى محمد في كتاب الصرف بإسناده الى عبادة بن الصامت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد هكذا الى آخر الاشياء الستة وذكر التمر بعد الملح آخر وفي رواية أبي داود عن عبادة بن الصامت الذهب بالذهب تبره وعينه والفضة بالفضة تبرها وعينها الى أن قال ولا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة أكثرهما يدا بيد وأمانيته فلا ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يدا بيد وأما النسبة فلا انتهى ومعلوم أن الجواز في بيع الذهب بالفضة والبر بالشعير لا يقتصر على زيادة الفضة والشعير بل لو كان الزائد الذهب والبر جاز ولكن ذلك محمول على ما هو المعتاد من تفضيل الذهب على الفضة والبر على الشعير (قوله والحكم) يعني حرمة الربا ووجوب التسوية (معلول باجماع القاسمين) أي القائلين بوجوب القياس عند شرطه بخلاف الظاهرية وكذا عثمان البتي فان عندهم حكم الربا مقتصر على الاشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها أما الظاهرية فلا تنهم يتنون القياس وأما عثمان البتي فلا يشترط في القياس أن يقوم دليل في كل أصل أنه معلول ولم يظهر له هنا ولا انه يبطل العدد ولا يجوز كما في قوله خمس من الفواستق قلنا تعليق الحكم بالمشقة كالطعام في قوله لا تبعوا الصاع بالصاعين كما سيأتي عند الشافعي دليل وسنقيم عليه الدليل وأما إبطال العدد فهو بناء على اعتبار مفهوم المخالفة وهو ممنوع ولو سلم فالقياس مقدم عليه بانفاق القائلين به والابطال الممنوع هو الابطال بالنقص أما بالزيادة بالعلة فلا وتخصيص هذه الستة بالذكر لان عامة المعاملات الكائنة يومئذ بين المسلمين كان فيها وعن نقل عنه قصر حكم الربا على الستة ابن عقيل من الحنابلة وهو أيضاً ما توار عن قتادة وطاوس قيل فانحرم قوله باجماع القاسمين (قوله لكن العلة عندنا ما ذكرناه) يعني القدر والجنس فعند اجتماعهما يحرم التفاضل والنساء بأحدهما مفردا يحرم النساء ويحل التفاضل

حرام عندنا وعند فضل ذات أحدهما على الآخر حرام (والحكم معلول باجماع القاسمين) احتراز عن قول داود من التأخرين وعثمان البتي من المتقدمين ان الحكم مقصور على الاشياء الستة والنسب غير معلول (لكن العلة عندنا ما ذكرناه) من القدر والجنس

(قوله ومعنى الثاني بيعوا التمر) أقول كان الظاهر بيعوا الخنطة (قوله وكذلك في الموزون الخ) أقول أي كذلك المراد بالمائة في الموزون المائة من حيث الوزن بدليل وزناً بوزن حذف قوله بدليل لدلالة سياق الكلام على تقديره

لأنه يكون نفعاً في حقهما فكون الفائدة أتم بعد القبض لكونه نفعاً في حقهما جميعاً ولقائل أن يقول هذه الأوجه الثلاثة المذكورة لاشتراط التماثل مما يجب تحققه في سائر البياعات لأنها لا تنفك عن التقابل وصيانة أموال الناس عن التوى وتتم الفائدة مما يجب فيجب التماثل في الجميع لثلاث تخلف العلة عن المعلول والجواب أن موجبها في الربا هو النص والوجوه المذكورة حكمتها لاعتلته لمتصور التخلف وإذا ثبت اشتراط المماثلة لم عند فوات حرمة الربا لأن المشروط ينتفي عند انتفاء شرطه ولقائل أن يقول إجماعنا لم يثبت حرمة الربا عند فوات شرط الحل إن لم توجد الوساطة بين الحل والحرمة وهو ممنوع لأن الكراهة واسطة بين الحل والحرمة ويمكن أن يجاب عنه بأن المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة فعند انتفاء الحل يثبت الحرام لغيره وقد قررناه في التقرير على وجه أتم فليطلب علة قوله والمماثلة بين الشئين) بيان علية القدر والجنس لوجوب المماثلة بين الشئين وذلك لأن المماثلة بين الشئين (باعتبار الصورة والمعنى) وهو واضح (والمعيار يسوي الذات) أي الصورة (والجنسية تسوي المعنى) فإن كميلاً من بريساوي كميلاً من درمن حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى وكذلك قفيز حنطة بقفيز شعير يتساويان صورة لا معنى ولقائل أن يقول (٢٧٧) قد تبين أن المماثلة شرط لجواز البيع في الربويات وعلتها وما

والمماثلة بين الشئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوتاً عرفياً ولأن في اعتباره سد باب البياعات الأشياء مثلاً بمثل وبهذا تبين أن الإباحة في بيع الأموال الربوية بعضها ببعض هي الأصل وقوله لا يتبعوا الطعام الحديث إنما ينصرف إلى ما بعد الانحصر وما جاء زيد الأراكما وحاصله الأمر بالتسوية عند بيعها ولا شك أن في إيجاب المماثلة تحقيقاً للمعنى البيع المنبئ عن التقابل إذ كان عقد معاوضة فاستدعى شئين كما أن المماثلة تستدعى شئين وكذا تحقيق معناه بالتماثل فإن كلامهما مساو ولا يخفى كونه مستدعى العقد فسوي بينهما في المماثلة عند اتحاد الجنس في القدر ليعتبر معنى البيع (أو) أوجب المماثلة (صيانة لأموال الناس عن التوى) فإنه إذا قوبل بمجنسه قابل كل جزء كل جزء فإذا كان فضل في أحدهما أصار ذلك الفضل تاروا على مالكه فلقد صدقنا أموال الناس عن التوى أوجب المماثلة بخلاف ما إذا قوبل المال بغير جنسه فإنه لا يتحقق فيه جزء يقابل بجزء من الآخر فلا يتحقق التوى إلا عند المقابلة بالجنس مع تحقق الفضل في إحدى الجهتين ثم من تنسيم التماثل المساواة في التقابض فإن الحال مزينة على المؤخر فإيجاب التقابض أيضاً لذلك وبه ظهر قصد المبالغ في الصيانة عن التفاوت حفظاً عليهم أموالهم (والمماثلة بين الشئين) تمامها (باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات) أي الصورة (والجنسية تسوي المعنى) فيظهر بذلك الفضل فيتحقق الربا لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه) أي في العقد وعلت أن الخلو في المعاوضة لا يتحقق إلا عند المقابلة بالجنس فلزم ما قلنا من الكيل أو الوزن مع الجنس (ولم يعتبر) في إثبات المماثلة عدم تفاوت (الوصف) أما لأنه لا يعد تفاوتاً عرفياً وفيه نظر (أو لأن في اعتباره سد باب البياعات) وهو الوجه لأنه قبلما يخلو عوضان من جنس عن تفاوت ما لم يعتبر وقوله

البيع في الربويات وعلتها وما بالقدر والجنس فكان ذلك تعليلاً لإثبات الشرط وذلك باطل والجواب أن التعليل للشرط لا يجوز لإثباته ابتداءً وأما يطرق التعسفية من أصل فيجوز عند جمهور الأصوليين وهو اختيار الامام المحقق فخر الإسلام وصاحب الميزان وما نحن فيه كذلك لأن النص أوجب المماثلة في الأشياء الستة شرطاً فانتباهه في غيرها تعسدية فكان جائزاً فإذا ثبت وجوب المماثلة شرطاً وهي بالكيل والجنس (يظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين

في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه) أي في العقد قال (ولا يعتبر الوصف) يجوز أن يكون جواب سؤال تقريره أن المماثلة كما تكون بالقدر والجنس تكون بالوصف وتقرير الجواب ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوتاً عرفياً فإن استوت الذاتان صورة ومعنى تساوي في المالية والفضل من حيث الجودة ساقط العبارة في المكيلات لأن الناس لا يعدون ذلك الآمن باب اليسير وفيه نظر لأنه لو كان كذلك لما تناضلا في القيمة في العرف (أو لأن في اعتباره سد باب البياعات لأن الخنطة لا تكون مثلاً للحنطة من كل وجه والمراد البياعات الربويات لا مطلق البياعات لأن في اعتبار الجودة في الربويات ليس سد باب مطلق البياعات

(قوله ولقائل أن يقول إلى قوله لأنها لا تنفك عن التقابل) أقول فيه بحث فإنه إذا لم يتحد الجنس لا يظهر انتفاء التقابل والتوى وانتفاء تنعيم الفائدة (قوله ولقائل أن يقول إجماعنا لم يثبت حرمة الربا عند فوات شرط الحل) أقول إذا كان مراعاة شرط الحل واجبا على ما يدل عليه الحديث فترك الواجب حرام لا مكره (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة) أقول فيه بحث فإن الحرام ما ثبت بدليل قطعي والمكروه هو الثابت بظني كالقروض والواجب ألا يرى إلى مقابلة البيع المكروه بالفاسد فيما سبق (قوله ولقائل أن يقول قد تبين أن المماثلة إلى قوله بالقدر والجنس الخ) أقول فيه بحث فإن المعلل هو وجوب المماثلة لأنفسها

أو لقوله عليه الصلاة والسلام جيدها وورديتها سواء والطعم والتمنية من أعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثل ما يمتثل جازا لبيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار ألا ترى الى ما روي مكان قوله مثلا يمتثل كيلا يكيل وفي الذهب بالذهب ووزنا بوزن (وان تفاضلا لم يجز) لتحقق الربا (ولا يجوز بيع الجيد بالردي بمخافه الربا الامتثال) لاهدار التفاوت في الوصف

صلى الله عليه وسلم جيدها وورديتها سواء وان صح يفيدُه والا فهو مفاد من حديث بيع التمر بالجنيب والاجماع عليه وعلة اهداره ما ذكرنا وعندنا أمل هذا الكلام بتبادر أن المناظرين لم يتوارد على محل واحد فان الشافعي وكذا مالك عینوا العلة بمعنى الباعث على شرع الحكم وهو لاعتناء العلة بمعنى المعرفة للحكم فان الكيل يعرف المماثلة فيعرف الجواز وعندنا هي معرفة الحرمة فالوجه أن يتحد المحل وذلك يجعلها الطعم والاقنيات الى آخر ما ذكرنا وعندنا هي قصد صيانة أموال الناس وحفظها عليهم وظهور هذا القصد من إيجاب المماثلة في المقدار والتقاضي أظهر من أن يخفى على من له أدنى لب فضل عن فقيه وأما الطعم فربما يكون التعليل به من فساد الوضع لان الطعم مما تشتهد الحاجة اليه اشتدادا تاما (والسبيل في مثل ذلك الاطلاق بأبلغ الوجوه دون التضييق) فان السنة الالهية جرت في حق جنس الانسان أن ما كانت الحاجة اليه أكثر كان اطلاق الشرع فيه أوسع كالماء والكلال للدواب فان قال دل الترتيب على المشتق عليه قلنا ذلك بشرط كونه صالحا مناسبا للحكم على أن يمنع أن الطعام مشتق بل هو اسم لبعض الاعيان الخاصة وهو البر والشعير لا يعرف المخاطبون بهذا الخطاب غيره بل التمر وهو غالب ما كوله لا يسهونه طعاما ولا يفهمونه من لفظ الطعام ألا ترى أن ما كفا فيما قدمنا أجاز التصرف في كل مبيع قبل القبض سوى الطعام قال لانه صلى الله عليه وسلم خصه بالذكرو لم يرد كل ما يؤكل أو يشرب من البقل والماء والطين الارمني وهو صحيح لولا دليل آخرعه والحاقه بالبيع فيه خلل لان البضع مصون شرعا وعرفا وعادة عن الابتدال والاباحة فكان الاشترط من تحقيق غرض الصيانة بخلاف باقي الاموال فان أصلها الاباحة ويوجد كثير من مباحا حتى الذهب والفضة وانما لزم فيها العقد بعد تعلق حق انسان به دفعا للفسدة التغالب فوضعها على ضد وضع البضع من الابتدال والامتنان دفعا للعوائج الاصلية فالخافه به غير صحيح الا أنهم لما حصروا المعرفة في الكيل والوزن أجازوا بيع ما لا يدخل تحت الكيل مجازفة فأجازوا بيع التفاحه بالتفاحتين والحفنة من البر بمحفتين لعدم وجود المعيار المعرفة للسواة فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف لا بالمثل وهذا في غير الجوز من العددي المتقارب أما فيه فكلام نفي الاسلام أن الجوزة مثل الجوزة في ضمن العدوان وكذا التمرة بالتمره لاني حكم الربا لان الجوزة ليست مثالا للجوزة لعدم دليل المماثلة ولو جرد التفاوت الا أن الناس أهذروا التفاوت فقبل في حقهم وهو ضمان العدوان فأما في حق الشرع وهو وجوب النسوية فلا ومن فروغ ضمان مادون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن قيمتها فان أبي الآن بأخذ عينيها أخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها وعند الشافعي لما كانت الطعم حرم الحفنة والتفاحه بثنتين وقالوا مادون نصف صاع في حكم الحفنة لانه لا تقدر في الشرع بما دونه فعرف أنه لو وضعت مكاييل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل به او هذا اذا لم يبلغ أحد البدلين نصف صاع فان بلغ أحداهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعدا بحفنة وفي جمع التفاريق قبل لارواية في الحفنة بقفيز والاب بالجوزة الصحيح ثبوت الربا ولا يسكن الخاطر الى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد الى صيانة أموال الناس تحريم التفاحه بالتفاحتين والحفنة بالحفتين أما ان كانت مكاييل أصغر منها كما في دينارنا من وضع ربع القدر وثمان القدر المصري فلا شك

(أو لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها وورديتها سواء) قال (والطعم والتمنية) جواب عن جعله الطعم والتمنية علة للحرمة وتقريره ان ذلك فاسد لان ما يقتضيان خلاف ما أضيف اليهما لان ما لما كانا من أعظم وجوه المنافع كان السبيل فيه الاطلاق لشدة الحاجة دون التضييق الا ترى ان الحاجة اذا اشتدت أترت في اباحة الحرام حالة الاضطرار فكيف تؤثر حرمة المباح بل سنة الله جرت في التوسيع فيما كثر اليه الاحتياج كالماء والماء وعلف الدواب وغير ذلك وعلى هذا فالاصل في هذه الاموال جواز البيع بشرط المساواة والفساد لوجود المفسد فلا تكون المساواة مخلصا عن الحرمة (واذا ثبت ما ذكرنا من تقرير الاصل من الجنابيين نقول اذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلا يمتثل) أي كيلا يكيل أو وزنا بوزن (جاز البيع) لوجود المقتضى وهو المبادلة المعهودة في العقود مع وجود شرطه وهو المماثلة في المعيار كما ورد في المروي وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربا بانتفاء الشرط والجودة ساقطة فلا يجوز بيع الجيد بالردي المماثلا

قال (ويجوز بيع الحفنة بالحفتين) أى ومما يترب على الأصل المذكور جواز بيع الحفنة بالحفتين والتفاحة بالتفاحتين لان عدم الجواز بتحقيق الفضل وتحقق الفضل يظهر بعدم وجود المساواة والمساواة بالكيل ولا كيل في الحفنة والحفتين فتنتفي المماثلة فينتفي تحقق الفضل واستوضح ذلك بقوله (ولهذا) أى ولان الحفنة والحفتين لم تدخل تحت المعيار الشرعى ولهذا (كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف) لامتثالها لوقبعت مكيلة أو موزونة لوجب مثلها فان المكيلات (٢٧٩) والموزونات كلها من ذوات

الامثال دون القيم وعند الشافعى رضى الله عنه لا يجوز لان علة الحرمة وهو الطم وقد وجلت والمخلص المساواة ولم توجد وعلى هذا لا يجوز عنده بيع حفنة بحفنة وتفاحة بتفاحة لوجود الطم وعدم المساوى وما دون نصف صاع فهو فى حكم الحفنة فلوا باع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه لا تقدر فى الشرع بمادونه وأما اذا كان أحد البدلين بلغ حد نصف الصاع والاخر لم يبلغه فلا يجوز كذا فى المبسوط ومن ذلك ما اذا تبايعا مكيلة أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالخص والحديد فانه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطم والتمنية قال فاذا عدم الوصفان اذا ثبت ان علة الحرمة شيان فاما أن يوجد أو يعدم أو يوجد أحدهما دون الآخر

(ويجوز بيع الحفنة بالحفتين والتفاحة بالتفاحتين) لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعى رحمه الله العلة هى الطم والمخلص وهو المساواة فيكرم وما دون نصف الصاع فهو فى حكم الحفنة لانه لا تقدر فى الشرع بمادونه ولو تبايعا مكيلة أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالخص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطم والتمنية قال (واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه محل التفاضل والنساء) لعدم العلة المحرمة والأصل فيه الاباحة واذا وجد احدهما حرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم هروى وبانى هروى أو حنطة فى شعير فخرمة بالفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما

وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية فى الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم اهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم اهداره ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا وروى المعلى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرين وقال كل شئ محرم فى الكثير فالقيليل منه حرام (و) يتفرع على الخلاف ما لو تبايعا مكيلة أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالخص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر (والجنس) مع التفاضل على ما قررناه للصيانة (وعنده يجوز لعدم الطم والتمنية) هذا ولكن يلزم على التعليل بالصيانة أن لا يجوز بيع عبد بعبدين وبغير بيعيرين وجوازه مجمع عليه اذا كان حالا فان قيل الصيانة حكمة فتناط بالمعرف لها وهو الكيل والوزن قلنا انما يجب ذلك عند خفاء الحكمة وعدم انضباطها ووصون المال ظاهر منضبط فان المماثلة وعدمها محسوس وبذلك تعلم الصيانة وعدمها غير أن المذهب ضبط هذه الحكمة بالكيل والوزن فتغاديا عن نقضه بالعبد بعبدين وثوب هروى بهروى وفى الاسرار ما دون الحنطة من الذهب والفضة لاقية له (قوله) واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه) وهو القدر (حل التفاضل والنساء) كبيع الحنطة بالدرهم أو الثوب الهروى عمروى الى أجل والجوز بالبيض الى أجل (لعدم العلة المحرمة) وعدم العلة وان كان لا يوجب عدم الحكم ولكن اذا التحدت العلة تزم من عدمها لعدم الابعنى أنها تؤثر العدم بل لا يثبت الوجود لعدم علة الوجود فيبقى عدم الحكم وهو الحرمة فيما نحن فيه على عدمه الاصلى واذا عدم سبب الحرمة (والاصل فى البيع) مطلقا (الاباحة) الا ما أخرجه دليل من اصنافه كان الثابت الحل (واذا وجد) أى الجنس والمعنى المضموم اليه وهو القدر (حرم التفاضل والنساء) كالشعير بالشعير لا يجوز الا مع التساوى والتقابض (لوجود العلة) المعرفة للحكم على ما بينا (واذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم ثوبا (هروى وبانى ثوب هروى) فى صورة اتحاد الجنس مع عدم المضموم اليه من الكيل أو الوزن لا يجوز وكذا اذا باع عبد بعبد الى أجل لوجود الجنسية ولو باع العبد بعبدين أو الهروى بهروى بين حاضر اجاز (أو حنطة فى شعير) فى صورة اختلاف الجنس مع اتحاد المضموم وهو المساوى وكذا حديث فى رصاص ومقتضاه أن لا يجوز فلاوس فى خبز ونحوه فى زماننا لانهما وزنية (فخرمة بالفضل بالوصفين) جميعا (وحرمة النساء بأحدهما)

فالاول مانقدهم والثانى يظهر عنده حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة وتحققه ما أشار اليه بقوله (والأصل فيه الاباحة) يعنى اذا كانت أصلا وقد تركزت لوجود العلة التى هى القدر والجنس يظهر عنده عدمهما لان العدم يثبت شيئا فاذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء (مثل أن يسلم هروى وبانى هروى أو حنطة فى شعير فخرمة بالفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما) حتى لو باع عبد بعبد الى أجل لا يجوز لوجود الجنسية وعنده يجوز

(وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الاشبهة الفضل) بالاتفاق (وحقيقة الفضل غير مانع) من الجواز في الجنس حتى جاز بيع الهروي بالهرويين والعبد بالعبد (فالشبهة أولى) قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكري في عدم تحريم النساء زيادة فائدة فان القدر عنده كذلك فانه يجوز اسلام الموزونات في الموزونات كالخديو والرصاص ويمكن أن يقال انما خصه بالذكري لان الحكم وهو حرمة النساء انما لم يوجد عنده في صورة الجنس وأما في صورة القدر فقد يوجد فانه لا يجوز بيع الذهب بالفضة نسبة وكذا بيع الخنطة بالشعر وان كان علة ذلك عنده غير القدر وهو أن التقابض شرط في الصرف وبيع الطعام عنده ولنا ما قال الصنف رحمه الله من انه مال الربا من وجهه وتحقيقه ما ثبت ان في باب اليا حقيقة وشبهة لا نزاع في ذلك والشبهة اذا انفردت عن الحقيقة يحتاج الى محل وعلة كالحقيقة ولا يجوز أن يكون محلها وعلتها محل الحقيقة وعلتها والالكات حقيقة أو مقارنة لها وهو خلاف الفرض فلا بد من شبهة محل وشبهة علة وما يجري فيه الربا النسبة مال الربا من وجه نظر الى ان القدر يجمعهما كما في الخنطة مع الشعر أو الجنس كالهروي مع الهروي اذا كان أحدهما نقداً والآخر نسبة وكل علة ذات وصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة الا بمافلكل منهما شبهة العلية وشبهة العلة تثبت بها شبهة الحكم والنقدية أوجبت فضلاً في المسالية فتتحقق شبهة الربا في محل صالح لعلة صالحة لها وشبهة الربا مانعة كالحقيقة وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قيل ان كونه من مال الربا من وجه شبهة وكون النقدية أوجبت فضلاً لشبهة فصارت شبهة الشبهة والشبهة (٢٨٠) هي المعتبرة دون المنازل عنها والثاني أن كون شبهة الربا كالحقيقة اما أن يكون

مطلقاً وفي محل الحقيقة والاول ممنوع والثاني مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب أن تكون الشبهة كذلك والجواب عن الاول ان الشبهة الاولى في المحل والثانية في الحكم وثة شبهة أخرى وهي التي في العلة وشبهة العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم لاشبهة الشبهة وعن الثاني ان القصة غير حاضرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة وهو ما ذكرنا كما ان الحقيقة مانعة في

وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الاشبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنتين فالشبهة أولى ولنا انه مال الربا من وجهه نظراً الى القدر والجنس والنقدية أوجبت فضلاً في المسالية فتتحقق شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة والنساء بالمسديس غير (وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم نساء) لانه دليل عليه وأيضاً الدليل على نفسه وهو ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم جهز جيشاً فأمرني أن اشتري بعيراً ببعيرين الى أجل وهذا يكون سلماً وعن ابن عمر أنه باع بعيراً بأربعة الى أجل وعن علي رضي الله عنه أنه باع بعيراً يقال له عصفور بعشرين بعيراً الى أجل والمعنى أن التأجيل في أحد البدين يظهر التفاوت فيه حكماً والتفاوت حقيقة أكثر تأثيراً منه حكماً فاذا كان التفاوت حقيقة في هذه الاموال بأن باع الواحد بالاثنتين لا يؤثر في منع الجواز بالاتفاق حتى جاز هذا البيع اذا كان حالاتها متفاوتة حكماً أولى وهذا معنى قول المصنف لان بالنقدية الى آخره (ولنا انه مال الربا تنظر الى القدر والجنس) وعرف أن (النقدية أوجبت فضلاً في المسالية) حتى تعرف البيع بالحال بأنقص منه بالموجب (فتتحقق) بوجوده (شبهة) علة (الربا) فتثبت شبهة الربا (وشبهة الربا مانعة كحقيقة الربا) بالاجماع على منع بيع الاموال الربوية بمجازفة وان ظن التساوي وعما نلت الصبر ان في الرتبة وليس

محالها اذا وجدت العلة بكالها فان قيل ما بال المصنف رحمه الله لم يستدل للجانبين بالحديث التي تدل على كل واحد فيه منهما كما استدلل بعض الشارحين بما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشاً فأمرني أن اشتري بعيراً ببعيرين الى أجل للشافعي رحمه الله وبما روى أبو داود في السنن عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسبة لنا فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق الاحتمالات للتأويل منعه عن ذلك فان قيل اجماع الصحابة على حرمة النساء فكان الاستدلال به أولى من المذكور في الكتاب فالجواب أن الخصم ان سلم الاجماع فله أن يقول انهم أجمعوا على النساء في كمال العلة لاني شبهتها

(قوله وان كان علة ذلك غير القدر الخ) أو اول اذا كان علة ذلك عنده غير القدر صدق أن القدر لا يحرم النساء فلا يظهر وجه التخصيص (قوله وشبهة العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم الى قوله لتحقق شبهة الربا الخ) أقول أنت خير بان الثابت بحقيقة العلة حقيقة حرمة الفضل لا حقيقة الفضل فينبغي أن يثبت بشبهة العلة حرمة الفضل لاشبهة الفضل فلا يجوز بيع الهروي بالهرويين والعبد بالعبد فإذ كرهه الشارح مغالطة لا يجدي شيئاً الا ترى الى قول المصنف بعد سطوره في هذا الوباغ الخنطة بنفسها الى ان قال لتوهم الفضل فليتامل (قوله وهو ما ذكرنا) أقول يعني قوله قبل تسعة أسطر تخميناً وهو قوله ما يجري فيه الربا بالنسبة مال الربا من وجه الخ (قوله فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق احتمال التأويلات منعه عن ذلك) أقول اذا تعارض المحترم والمبيح فالتدريج للمعتمد احتياطاً على ما فصل في كتب الاصول وهذا يكفي في الاستدلال لنا والشافعية يستدلون بما روى عن عبد الله كمالا يخفى على من نظر في كتبهم (قوله فان قيل اجماع الصحابة على حرمة النساء) أقول قوله اجماع الصحابة مبتدأ وقوله على حرمة النساء خبره

وقوله (الا انه اذا سلم) استثناء من قوله فاذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم التساوي فان ذلك يقتضى عدم اسلام النقود في الزعفران لوجود الوزن كاسلام الحديد في الصفر فاستثنى الزعفران ونحوه كالتفنن والحديد لانه وان جمعهما الوزن لكنهما مختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه أما الاول فلأن الزعفران بوزن بالامناء والنقود بالصنجات وهي معربة ٣ سنك تزنون ونقل عن الفراء أن السنين اقصع ونقل عن ابن السكيت الصنجات ولا يقال بالسني. وأما الثاني فلان الزعفران ممن يتعين بالتعيين والنقود ممن لا يتعين بالتعيين وأما الثالث فلا تلوه باع بالنقود موازنة بأن يقول اشترت هذا الزعفران (٢٨١) بهذا التقدير المشار اليه على أنه

عشرة دنانير مثلاً فقبضه
البائع صح التصرف فيه
قبل الوزن ولو باع الزعفران
بشرط أنه منون مثلاً وقبله
المشتري ليس له أن يتصرف
فيه حتى يعيد الوزن (وإذا
اختلفا في الوزن صورة ومعنى
وحكم لم يجمعهما القدر من
كل وجه فتزل الشبهة فيه الى
شبهة الشبهة) فان الموزونين
إذا اتفقا فالمنع للشبهة فاذا لم
يتفقا كان ذلك لشبهة الوزن
والوزن وحده شبهة فكان
ذلك شبهة الشبهة (وهي غير
معتبرة) لا يقال لم يخرج بذلك
عن كونهما موزونين فقد
جمعهما الوزن لان انطلاق
الوزن عليهما حينئذ
لا اشتراك اللفظي ليس الا
وهو لا يفيد الاتحاد بينهما
فصار كأن الوزن لم يجمعهما
حقيقة وفي عبارة المصنف
رحمه الله تسامح فانه قال فاذا
اختلفا صورة ولم يختلفا صورة
ولهذا قال شمس الأئمة بل
تقول اتفقا في معنى الوزن
صورة لا معنى وحكم الا اذا
حل قوله صورة على أن
معناه صفة كما قال في أول
التعليل في صفة الوزن

الا انه اذا سلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقا في صفة الوزن فان
الزعفران بوزن بالامناء وهو ممن يتعين بالتعيين والنقود بوزن بالصنجات وهو ممن لا يتعين بالتعيين
ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا
فيه صورة ومعنى وحكم لم يجمعهما القدر من كل وجه فتزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة
فيه الاشبهة ثبوت الفضل بل قالوا لو تباعا بمجازة ثم كيل بعد ذلك لظهر امتساويين لم يجز عندنا أيضا
خلاف الزفران العلم بالمساواة عند العقد بشرط الخوازل نبيه صلى الله عليه وسلم عن الربا والريبة وكذا
الاتفاق على أنه لا يجوز بيع الخنطة بالشعير نسيئة يؤيد ما ذكرنا والتحقيق أن المعول عليه في
ذلك ما تقدم من حديث عبادة بن الصامت مما أخرجه الستة الا البخاري من قوله في آخر الحديث فاذا
اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد فالزم التفاضل عند الاختلاف وهو
تحريم النسيئة وكذا ما تقدم من رواية أبي داود لقوله صلى الله عليه وسلم ولا بأس ببيع البر بالشعير
والشعير أكثرهما يدايد وأما النسيئة فلا وأخرج أبو داود أيضا قال حدثنا موسى بن اسمعيل حدثنا جاد
عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سمى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة
فقام دليلا على أن وجود أحد جزأى علة الر باعلة لتحريم النساء ثم علمنا بأن فيه شبهة الربا أعني الفضل
وانما قلنا هذا لان مقتضى ما ذكرنا من أن للشبهة حكم الحقيقة أن يحرم بأحد الوصفين التفاضل أيضا لان
شبهة العلة حكم العلة فيثبت به شبهة حكم العلة وحكم العلة هو حرمة التفاضل والنساء فيثبت فيهما
ثم يقدم هذا الحديث على حديث البعير ببعيرين لانه محرم وذلك مبيح أو يجمع بينهما بأن ذلك كان
قبل تحريم الربا ولما كان مقتضى ما ذكرنا لا يجوز اسلام النقود من الدراهم والدنانير في الزعفران
وفي سائر الموزونات كالتفنن والحديد والنحاس وهو جائز بالاجماع أجاب بالفرق بأن الوزن في النقود
وفي تلك الاموال مختلف فانه في النقود بالثاقيل والدراهم الصنجات وفي الزعفران بالامناء والقبان وهذا
اختلاف في الصورة بينهما وبينهما اختلاف آخر معنوي وهو أن النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران
وغيره يتعين وأخر حكى وهو انه لو باع النقود موازنة وقبضها كان له أن يبيعها قبل الوزن وتفسيره لو
اشترى دراهم أو دنانير موازنة فوزن البائع بغية المشتري وسلمها فقبضها اجاز له أن يتصرف فيها قبل
وزنها نانيا وفي الزعفران ونحوه بشرط إعادة الوزن في مثله (فاذا اختلفا) أي النقد والزعفران ونحوه
(فيه) أي في الوزن (صورة ومعنى وحكم لم يجمعهما القدر من كل وجه فتزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة
وهي غير معتبرة) وقوله صورة ومعنى وحكم نشر مرتب بعد الف ولا يخفى أن التعيين بالتعيين
وعدمه لا يتعلق بالوزن وليس الاختلاف باعتبار اختلافه في معنى الوزن وكذا الاول فان الزعفران
والمسك والزباديون بالصنجات أيضا وكذلك الاخير بل لا فرق بين النقد وغيره في ذلك
وقوله وفي الزعفران واشباهه لا يجوز ان اراد أنه بعد ما ترتبه من بائعه وقبضه ليس له أن يبيعه حتى

(٣٦٦ - فتح القدير خامس) فذلك اعتبار زائد على ما ذكره شمس الأئمة وقال العراقيون في وجه ذلك انما اجاز لان
الشرع رخص في السلم والاصل في رأس المال هو النقد فلو لم يجوز لوجود أحد الوصفين لانسداد باب السلم في الموزونات على ما هو الاصل
والغالب فأتى شرع الرخصة في العجز وهذا ظاهر من الفرق قال شمس الأئمة ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص العلة وللسان تقول به
(قوله) وأما الثاني فلان الزعفران ممن الخ) أقول لا يظهر كون هذا اختلافا في معنى الوزن بل ذلك اختلاف معنوي بين الموزونين (قوله
لأن انطلاق الوزن عليهما حينئذ بالاشتراك اللفظي) أقول لا يخفى عليك ان نبي اشترائه معنى الوزن مما ينفيه البدئية

قال (وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الخنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه ووزنا فهو موزون أبدا وان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة) لان النص أقوى من العرف والا أقوى لا يترك بالادنى

يعيد الوزن ممنوع بل له أن يبيعه موازنة من آخر ثم يلزم بعده هذا البيع أن يرتبه الاخر ليس له ليصح تصرف الاخر فيه وكذا نقول في الدراهم اذا قبضها او اما ان يقال اذا باع بالدراهم حتى كانت غمما او باعها له أن يتصرف فيها قبل قبضها بخلاف الزعفران لانه مبيع وذلك عن ويجوز التصرف في الثمن قبل قبضه بخلاف المبيع وعلى تقدير هذا الاختلاف الحكيم وحده لا يوجب اعتباره غير مشارك له في أصل الوزن واذا ضاع هذا فالوجه في هذا أن يضاف تحريم الجنس بانفراده الى السمع كذا كرنا ويلحق به تأثير الكيل والوزن بانفراده ثم يستثنى اسلام النقود في الموزونات بالاجماع كي لا ينسد أكثر أبواب السلم وسائر الموزونات خلاف النقد لا يجوز أن تسلم في الموزونات وان اختلفت اجناسها كاسلام حديد في قطن أو زيت في جبن وغير ذلك الا اذا خرج من أن يكون وزنا بالصنعة الا في الذهب والفضة فلو أسلم سيفا فيما يوزن جازا في الحديد لان السيف خرج من أن يكون موزونا ومنعه في الحديد لا يحد اجنس وكذا يجوز بيع انا من غير النقدين بمثل من جنسه يد ايد فحسما كان أو حديد او ان كان أحدهما أثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فانه يجري فيه بالفضل وان كانت لا تباع وزنا لان صورة الوزن منصوص عليها في ما فلا يتغير بالصنعة فلا يجوز أن يخرج عن الوزن بالعادة وأورد أنه ينبغي أن يجوز حينئذ اسلام الخنطة والشعير في الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن أوجب بأن امتناعه لا يمتنع كون النقد مسلمة لان المسلم فيه مبيع وهم امتنعان للثمنية وهل يجوز بيعا قيل ان كان بلفظ البيع يجوز بيعا بثمن مؤجل وان كان بالنظر السلم فقد قيل لا يجوز وقال الطحاوي ينبغي أن ينعقد بيعا بثمن مؤجل هذا واختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود فالخنطة والشعير جنسان عندنا وعند الشافعي وقال مالك الجنس واحد حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر من تفضالا لان اسم الطعام يقع عليهما قلنا بل جنسان لانهم مختلفان اسما ومعنى وافراد كل عن الآخر في قوله صلى الله عليه وسلم الخنطة بالخنطة والشعير بالشعير يدل على أنهما جنسان والاقال الطعام بالطعام وكون اسم الأعم يصح إطلاقه على الاخص لا يوجب أن جميع ما يصدق عليه يكون متماثلا كالحيو ان يطلق على أمور متباينة بلا شك كالانسان والفرس ولم يلزم من ذلك أن يكون جنسا واحدا بالمعنى الفقهية والثوب الهروي والمروى وهو يسكون الرأع جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثوب بها وكذا المروى المنسوج ببغداد وخراسان والبلد الارمني والاطالقاني جنسان والتمر كله جنس واحد والحديد والرصاص والشبه اجناس وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضأن والمعز والالبي والاعم وشحم البطن اجناس ودهن البنفسج والخيري جنسان والادهان المختلفة أصنافا لها اجناس ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ رطل مطبوخ مطيب لان الطيب زيادة (قوله وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه) حتى لا يجوز بيعه وزنا وان تماثلا في الوزن الا ان علم أنهم متماثلان في الكيل أيضا (وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبدا مثل الذهب والفضة لان النص أقوى من العرف) لان العرف جاز أن يكون على باطل كنعرف أهل زماننا في اخراج الشموع والسرج الى المقابر الى العيد والنص بعد ثبوته لا يمتثل أن يكون على باطل ولان حجة العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص حجة على الكل فهو أقوى ولان العرف انما صار حجة بالنص وهو

(قال وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا) كالخنطة والشعير والتمر والملح (فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه وكل ما نص على التحريم فيه وزنا) كالذهب والفضة (فهو موزون أبدا) لان النص أقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف والعرف ليس بحجة الاعلى من تعارف به والا أقوى لا يترك بالادنى

(ومالم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها) أي عادات الناس (دلالة) على جواز الحكم فيما وقعت عليه لقوله عليه الصلاة والسلام مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن (وعن أبي يوسف رحمه الله اعتبار (٣٨٣) العرف على خلاف المنصوص عليه

أيضا لان النص على ذلك) أي على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت انما كان للعادة فيه فكان المنظور اليه هو

العادة في ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب أن يثبت الحكم على وفاق ذلك (وعلى ذلك لو باع حنطة بجنسها متساويا وزنا أو ذهباً بجنسه متماثلاً كيلاً) حاز عنده اذا تعارفاً ذلك ولا يجوز

عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله وان تعارفاً وتوهم

الفضل على ماهو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة لكن

يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا على ما اختاره

الطحاوي لوجود الاسلام في معلوم فان المماثلة ليست

بمعتبرة فيه انما المعتبر هو الاعلام على وجه يتنى

المنازعة في التسليم وذلك كما يحصل بالكيل يحصل

بذكر الوزن وكري التتمة انه ذكر في المجرى عن أصحابنا

انه لا يجوز فكان في المسئلة روايتان قال المصنف (وعن

أبي يوسف انه يعتبر العرف على اختلاف المنصوص

عليه أيضا لان النص على ذلك لمكان العادة وكانت

هي المنظور اليها وقد تبدلت) أقول استقرار الدراهم

عددًا وبيع الدقيق وزنا

(ومالم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس) لانها دلالة وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلي هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا أو الذهب بجنسه متماثلاً كيلاً لا يجوز عندهما وان تعارفاً وذلك لتوهم الفضل على ماهو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم

قوله صلى الله عليه وسلم مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وفي المجتبى ثبت بهذا أن ما يعتاده أهل خوارزم من بيع الحنطة الربعية بالخريفية موزنا ومتساويا لا يجوز (ومالم ينص عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو محمول على عادات الناس) في الاسواق (لانها) أي العادة (دلالة) على الجواز فيما وقعت عليه لقوله صلى الله عليه وسلم مارآه المسلمون حسنا الحديث ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقاء لان العرف بمنزلة الاجماع عند عدم النص وزاد الشافعي أن ما كان مستخرجا من أصل فهو ملحق به لانه تبع له كالدقيق (وعن أبي يوسف رحمه الله انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضا لان النص على ذلك) الكيل في الشيء والوزن فيه ما كان في ذلك الوقت الا لان العادة اذ ذلك بذلك (وقد تبدلت) فتبدل الحكم وأوجب بأن تقر به صلى الله عليه وسلم اياهم على ما تعارفاً من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير العرف لان العرف لا يعارض النص كما ذكرناه آنفاً كذا وجه ولا يخفى ان هذا لا يلزم أبا يوسف لأن قصاره أنه كنهه على ذلك وهو يقول يصار الى العرف الطارئ بعد النص بناء على ان تغير العادة يستلزم تغير النص حتى لو كان صلى الله عليه وسلم حائلا النص عليه على وزان ما ذكرناه في سنية التزاوي مع أنه صلى الله عليه وسلم لم يواظب عليه بل فعله مرة ثم ترك لكن لما بين عذر خشية الافتراض على معنى لولا لو اظاب حكم بالسنية مع عدم المواظبة لانا أنما من بعده النسخ فكننا بالسنية فكذا هو تغير تلك العادة التي كان النص باعتبارها الى عادة أخرى تغير النص والله أعلم (فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا أو الذهب بجنسها متماثلاً كيلاً لا يجوز عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله (وان تعارفاً ذلك لتوهم الفضل في أحدهما) وقوله (الا أنه الى آخره) استثناء على قولهم ما من قوله فهو مكيل أبداً أي يلزم أن يتصرف فيه بالكيل أهما فهو بعمومه يمنع السلم في الحنطة ونحوها وزنا فاستثناءه وقال يجوز ذلك لان الصحيح فيه كون المسلم فيه معلوماً على وجه لا يكون بينهما فيه نزاع وذلك يتحقق بانفاقهما على الوزن بخلاف بيعها بجنسها فان الصحيح هناك التماثل بالمسوى الشرعي المعين فالميلن ذلك المسوى التحق بالخرف فلا يجوز وهذا مختار الطحاوي وروى الحسن عن أصحابنا رجهم الله أنه لا يجوز لانها مكيل بالنص والحاصل أن فيه روايتين والفتوى على الاول وقد عرفت الفرق وقوله في الكافي الفتوى على عادة الناس يقتضى أنهم لو اعتادوا أن يسلموا فيها كيلاً فاسلم وزنا لا يجوز ولا ينبغي ذلك بل اذا اتفقا على معرف كيل أو وزن ينبغي أن يجوز ولو جود الصحيح وانتفاء المانع وفي جمع التفاريق روى عنهم جواز السلم وزنا في المكيات وكذا عن أبي يوسف في الموزونات كيلاً انه يجوز وكذا أطلقه الطحاوي فقال لا بأس بالسلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلاً هذا الذي ذكره فرق بين الكيل تصالو وزني عادة وقلبه فأما الوزني نساو عادة كما في انامين من جنس واحد حديد أو ذهب أو فضة أحدهما أكثر وزنا من الآخر ففي الانامين من غير القدين يجوز بيع أحدهما بالآخر اذا كانت العادة أن لا يساعان وزنا لانه عددي متقارب وفي أواني الذهب والفضة لا يجوز زفانه يجري فيها بالفضل وان كانت لا تباع وزنا في العادة فان الوزن في الذهب والفضة منصوص عليه فلا يتغير للصنعة بالعادة وأما في الحديد ونحوه

على ماهو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبني على هذه الرواية

قال المصنف (وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه الخ) أقول استقرار الدراهم عددًا وبيع الدقيق وزنا على ماهو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبني على هذه الرواية

قال (وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني) (٢٨٤) الرطل بالكسر والفتح نصف من والاواقي جمع اوقية كائتمة واواق قيل

هي وزن سبعة مثاقيل
وذكر في الصحاح أنه أربعون
درهما والظاهر أنها تختلف
بالزمان والمكان وكل ما يباع
بالاواقي فهو وزني لأنها
قدّرت بطريق الوزن
اذ تعدلها انما يكون بالوزن
ولهذا يحتسب ما يباع
بالاواقي وزنا بخلاف
سائر المكاييل متصل بقوله
لأنها قدّرت بمعنى أن سائر
المكاييل لو تقدر بالوزن
فلا يكون للوزن فيه اعتبار
وعلى هذا اذا بيع الموزون
بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال
مثله لا يجوز ثبوتهم الفضل
في الوزن بمنزلة المجازفة ولو
كان المبيع مكيلا جازوا انما
قيد بقوله بمكيال لا يعرف
وزنه لأنه اذا عرف وزنه جاز
قال في المبسوط وكل شيء
وقع عليه كيل الرطل فهو
موزون ثم قال بر يديه الادهان
ونحوها لان الرطل انما يعدل
بالوزن الا أنه يشق عليهم وزن
الدهن بالامناء والسنجات
في كل وقت لأنه لا يستمسك
الافي وعاء في وزن كل وعاء
حرج فانخذ الرطل في ذلك
تيسيرا فعرفنا أن كل الرطل
يباع موزون بخلاف ما يبيع
الموزون به والاسلام فيه
بذ كر الوزن قال (وعقد
الصرف ما وقع على جنس
الاثمان الخ) عقد الصرف
ما وقع على جنس الاثمان
وهي النقود يعتبر فيه

قال (وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني) معناه ما يباع بالاواقي لأنها قدّرت بطريق الوزن حتى
يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلا يبيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال
مثله لا يجوز ثبوتهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال (وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان
يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس)

فالوزن فيه ثابت بالعرف فيخرج بالصنعة أيضا من أن يكون موزونا بالعرف (قوله وكل ما ينسب
الى الرطل فهو وزني) هذا في التحقيق تفسير بعض الفاظ ربما ينسب اليها المبيع بلفظ بقدر ولم يشتر
فيها اسم يربح الى الوزن كما اشتهر في المن والقطار أو الى الكيل كما في الصاع والمد فلا يدري أهذه
الاسماء من قبيل الوزن فيجوز حكمه الوزني على المبيع أو المكيل فيجوز حكمه الكيل وذلك كما سم
الرطل وهو بفتح الراء وكسرها والاقية فأد أن المنسوب اليها من المبيعات وزني فيجوز عليه ذلك فلا
يباع ما ينسب الى الرطل والاقية كيلا يكيل مقساو بين يعرف قدرهما كيلا ولا يعرف وزن ما يلحهما
لا يجوز لاحتمال عدم تساويهما في الوزن فيكون بيع الخراف ولو تبايعا كيلا متفاضلا وهما متساويا
الوزن صح وليس قولنا لاحتمال عدم تساويهما وزنا لا فائدة له لوظهر تساويهما وزنا يجوز فانما قد منا
ان أموال الرابوا يبع بمجازفة ثم ظهر تساويهما لا يجوز خلافا لفر وقول الشافعي كقولنا بل لا فائدة
انه لو علم تساويهما فيما يجب نسبتها اليه من الكيل والوزن كان جائزا ثم الرطل والاقية مختلف فيها
عرف الامصار ويختلف في المصر الواحد أمر المبيعات فالرطل الا بالاسكندر به وزن ثلثمائة
درهم واثنا عشر درهما وزن كل عشرة سبعة مثاقيل وفي مصر مائة وأربعة وأربعون درهما وفي الشام
أكثر من ذلك فهو أربعة أمثاله وفي حلب أكثر من ذلك وتفسير أبي عبيد الرطل بأنه مائة وعمانية
وعشرون تفسير للرطل العراقي الذي قدر به الفقهاء كيل صدقة الفطر وغيرها من الكفارات ثم في
الاسكندرية الرطل المذكور لغير الكتان ورطل الكتان مائتا درهم بوزن سبعة وكل رطل في عرف
ديار مصر والشام وأقطاره اثنا عشر اوقية وربما كان في غيرها عشرين اوقية وحينئذ لا يسكل
اختلاف كمية الاوقية باختلاف الرطل وفي زمنه صلى الله عليه وسلم كانت أربعين درهما ثم الاوقية
مثلا اثنا عشر كاذ كرنا وفي نحو المسك والزعفران عشرة والحاصل ان هذه الاسماء مع أسماء
أخر توقيفية من جهة الاصطلاح تعرف بالاستكشاف والسؤال عنها في عرف الحال وقوله بمكيال
لا يعرف وزنه الى آخره عرف تقريره (قوله وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان) ذهب اوقية
بجنسه أو بغير جنسه فان كان بجنسه اشترط فيه التساوي والتفاضل قبل اشتراط الايدان
وان اختلف الجنس حتى لو عقد العقد الصرف ومشاقر سخا ثم تقاضوا فترقاصح وان لا يكون به خيار
وكذا السلم ولا أجل كذا ذكر وهو مستدرك لان اشتراط التقاض يقيد ولو أسقط الخيار والاجل
في المجلس عاد صحح خلافا لفر وان كان بخلاف جنسه كالذهب بالفضة اشترط ما سوى التساوي
واستدل على اشتراط التقاض بقوله صلى الله عليه وسلم بالفضة بالفضة وبالاهاء وهاء وروي ابن أبي
شيبه من حديث ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب بالذهب وبالاهاء وهاء والورق بالورق
وبالاهاء وهاء والنبر بالبر وبالاهاء وهاء والشعير بالشعير وبالاهاء وهاء والتمر بالتمر وبالاهاء وهاء
ورواه أصحاب الكتب الستة الذهب بالورق وبالاهاء وهاء والبر بالبر بالبر بالبر بالبر بالبر بالبر بالبر بالبر
وألّف وهمزة بوزن هاء مبنية على الفتح ومعناه خذوها يعني هو ربا الا فيما يقول كل من مال صاحبه
خذ ومنه هاؤم اقرؤا كتابيه وفسره بأنه يعني يدا بيد في الحديث المتقدم ثم قال (وما سواه) أي ما سوى
عقد الصرف (عاقبه الربا) من بيع الاموال الربوية بجنسها وبخلاف الجنس يعتبر فيه التعمين ولا
يعتبر فيه التقاض فلو اقرقبا بعد تعيين البدلين عن غير قبض جاز عندنا (خلافا لشافعي في بيع الطعام)

اي (يعتبر فيه) خبر بان لقوله عقد الصرف ومعنى يعتبر يجب

(قوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة هاهو هاه) معناه يدا بيد وقد تقدم دلالة على الوجوب وهاهو هاه ومدود على وزن هاع ومعناه خذ أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاه فيتقايضان وفسره بقوله يدا بيد جري الى افادة معنى التعيين كالتعيين (وماسوى جنس الايمان) من الرويات (يعترفه التعيين دون القبض خلافا للشافعي في بيع الطعام) أي في كل مطعموم سواء بيع بنفسه كبيع كرخطة بكرخطة أو بغير نفسه ككرخطة بشعبرا أو عرفانه اذا اقر فالاعن قبض فسد العقد عنده استدلال على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف يدا بيد والمراد به القبض لان القبض يستلزمها لكونها آلة فهي كناية وبأنه اذا لم يقبض في المجلس بتعاقب القبض والنقد مزية فتثبت شبهة الربا كالحال والمؤجل (ولنا أنه مبيع متعين) لانه يتعين بالتعيين وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض كالثوب والعبد والذابة وغيرها وهذا أي عدم اشتراط القبض فيما يتعين لان الفائدة المطلوبة بالعقد انما هي التمكّن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا يحتاج الى القبض فان قيل لو كان كذلك لوجب القبض في الصرف أجاب بقوله بخلاف الصرف فان القبض فيه يتعين به فان النقود لا تتعين في العقود قوله (ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام) جواب عن استدلال الخصم بالحديث فانه اذا كان معناه عينا بعين لم يبق دليلا على القبض والدليل على ذلك ما رواه عبادة بن الصامت رضى الله عنه عينا بعين ووجه الدلالة ان اشتراط التعيين والقبض جميعا المدلول عليهما بالروايتين منتفيا بالاجتماع المركب أما عندنا فلان الشرط هو التعيين دون القبض وأما عنده فبالعكس فلا بد من جعل أحدهما على الآخر وقوله (يدا بيد) يحتمل أن يكون المراد به القبض لانه آله كما تقدم وان يكون التعيين لانه انما يكون بالإشارة باليد (وقوله عينا بعين) محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل على المحكم ولا يقال لزمكم (٢٨٥) العمل بعموم المشترك أو الجمع بين الحقيقة

والمجاز لانكم جعلتم يدا بيد بمعنى القبض في الصرف وبمعنى العين في بيع الطعام لان نقول جعلناه في الصرف بمعنى القبض لان التعيين فيه لا يكون الا بالقبض فهو في معنى العين في الحال كلها لكن تعيين كل شئ بحسبه ونوقض بأنه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض في انما ذهب ببيع بانما مثله لثلا يلزم تعيين المعين فان الاناء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط

اقوله عليه الصلاة والسلام الفضة بالفضة هاهو هاه معناه يدا بيد وسنين الفقه في الصرف ان شاء الله تعالى قال (وماسواء مما فيه الربا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقايض خلافا للشافعي في بيع الطعام) له قوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس فيتعاقب القبض والنقد مزية فتثبت شبهة الربا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكّن من التصرف و يترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه لا يتعين به ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت رضى الله عنه أي كل مطعموم حنطة أو شعير أو لحم أو فاكهة فانه يشترط فيه التقايض اقول صلى الله عليه وسلم يدا بيد ولانه حية تذهب التعاقب في القبض والنقد مزية فيكون كالمؤجل اذ يحصل التفاوت في البدلين (ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط في) صحة بيعه (القبض كالثوب) بالثوب والعبد بالعبد ونحو ذلك وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكّن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا حاجة الى اشتراط شرط آخر وهو القبض بخلاف الصرف لان التعيين لا يحصل فيه الا بالقبض فان الدرهم والدنانير لا تتعين بملاكة بالعقد الا بالقبض قال ومعنى (قوله يدا بيد عينا بعين) وكذا رواه عبادة بن الصامت تقدم روايه

قال المصنف (قوله عليه الصلاة والسلام الفضة بالفضة هاهو هاه) اقول قال الاتقاني قال المطرزي هاهو وزن هاع بمعنى خذ منه قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابه أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاه فيتقايضان والقصر خطأ انتهى وفي شرح مسلم للنووي فيه اغتان المد والقصر والمد أفصح وأشهر وأصله هالك فابدلت الهمزة من الكاف ثم قال وغط الخطائي وغيره من المحدثين في رواية القصر وقالوا الصواب المد والفتح وليس بلفظ بل هي صحيحة كما ذكرنا وان كانت قليلة (قوله وقد تقدم دلالة على الوجوب) اقول في أوائل هذا الباب وهو قوله فان قيل تقدير بيعوا بوجوب البيع وهو مباح أوجب بأن الوجوب مصر وف الى الصفة (قوله وهاهو هاه ومدود على وزن هاع ومعناه خذ) اقول بمعنى الحديث واقه تعالى أعلم ببيعوا الفضة بالفضة فان لا كل منكم لصاحبه هاهو هاه وفيه بحث بل المعنى متقائلين هاهو هاه (قوله أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه الخ) اقول لو صح هذا التفسير يلزم ان يكون القبض شرطا في غير الايمان أيضا اذ لفظ هاهو هاهو هاه في الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير فليتأمل (قوله المدلول عليهم) اقول يعني ظاهرا (قوله وأما عنده فبالعكس) اقول فيه بحث فان القبض اذا كان شرطا عنده يكون التعيين أيضا كذلك اذ لا يوجد القبض الا وان يوجد التعيين فان قيل مراده اشتراط التعيين من حيث دلالة الحديث قلنا انتفاؤه أيضا ممنوع عنده (قوله ولا يقال لزمكم العمل بعموم المشترك الخ) اقول لا يقال فيه بحث فان عموم المشترك ارادة كلاما معني المشترك من لفظ واحد وما نحن فيه ليس كذلك وكذا الكلام في الجمع بين الحقيقة والمجاز لانا لانسليم ان ما نحن فيه ليس كذلك الا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام المذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمالح بالمالح مثلا على يدا بيد الحديث على ما ذكر في الكتب المبسوطة

وأجيب بأنه وإن تعين لكنه لما كان (٣٨٦) تخالفة كان فيه شبهة عدم التعيين والشبهة في الربا كالحقيقة فاشتراط القبض دفعها

وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتاً في المال عرفاً بخلاف النقد والمؤجل قال (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمر بالتمرين والجوزة بالجوزتين) لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا والشاقفي يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر

عبادة بن الصامت يدا بيد وله رواية أخرى عند مسلم عينا بعين ولغظه في مسلم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ الاسواء بسواء عينا بعين فمن زاد او ازيد فقد أربى وفيه قصة وقوله يقع التعاقب فيحصل التفاوت بمنوع بل هذا القدر مهدر لا يعذر زيادة ما لم يذ كر الاجل وقد استشكل بأنه استدلال بيدا بيد على اشتراط التقابض قبل الافتراق في الصرف ثم استدلال به هنا على ان الشرط التعيين لا بالتقابض فيكون تعميماً للشتر أو للحقيقة في المجاز والجواب انه فسر هاهو هاء بيدا بيد وفسر يدا بيد بالتعيين لرواية عينا بعين واستدلاله به على التقابض في الصرف لا ينفيه لان الاستدلال به هناك انما هو على التعيين أيضاً لكن لما كان التعيين هناك بالتقابض يكون لا بغيره لما قلنا انما الاتعين الا بالقبض كان الاستدلال بها عليه استدلالاً عليه لكن ينبغي ان يقال حمل يدا بيد على معنى عينا بعين ليس أولى من قلبه وأجيب عنه بان رواية عينا بعين تفسير للتعين لان يدا بيد يحتمل معنيين فهي تفسير له ولو كان المراد منه القبض لم يبق لقوله عينا بعين فائدة لانه يحصل بالقبض ضرورة فلزم ان عينا بعين تفسير ليدا بيد ولقائل ان يدفعه بمنع الاحتمال بل هو ظاهر في التقابض ويجب ان يحمل عينا بعين عليه لان القبض اخص من التعيين وكل قبض يتضمن تعييناً وليس كل تعيين قبضاً و باب الربا باب احتياط فيجب ان تحمل العينية على القبض ويؤيده فهم عمر رضي الله عنه كذلك في الصحيحين ان مالك بن اوس اصطفى من طلحة بن عبيد الله صر فاجمائة دينار فأخذ طلحة الذهب بقلبه في يده ثم قال حتى يأتي خازني من الغابة وعمر يسمع ذلك فقال والله لا تفارقه حتى تأخذ منه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاهو هاء والبر بالبر ربا الا هاهو هاء والشعير بالشعير ربا الا هاهو هاء والتمر بالتمر ربا الا هاهو هاء وهذا استدلال ابن الجوزي على اشتراط التقابض على أبي حنيفة رضي الله عنه وكيف ومعنى هاهو هاء من أسماء الافعال ومنه هاهو اقرؤا كتابه وقال قائل

تمزج لي من بغضها السقاء * ثم تقول من يعيد هاه

وأما من نقل من قياس الشاقفي على الصرف في اشتراط التقابض قد دفع بان الاسم نفي هناك عن صرف كل الى الآخر ملق يده والمعاني الفقهية تعطف على الاسماء الشرعية وليس في الفرع ذلك الا انه لا حاجة له اليه لان الدليل السمي على الوجه الذي قرناه يستقل بطلوبه (قوله ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمر بالتمرين) الى آخره ومبني ذلك سبق وهو ظاهر غير ان ذلك كله مشروط بكونه يدا بيد أو هي من مسائل الجامع الصغير صورته فاقبه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في بيع بيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين وفسل بفسلسين وتمر بتمرين يدا بيد اذا كان بعينه وليس كلاهما ولا أحدهما ديناً وصوره أربع ان يبيع فلساً بغير عينه بفسلسين بغير أعينهما الا يجوز لان الفلوس الرابضة أمثال متساوية قطعاً لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة منها فيكون أحدهما فضلاً خالياً مشروطاً بالعقد وهو الربا وان يبيع فلساً بعينه بفسلسين بغير عينهما لا يجوز والامسك البائع الفلس المعين وطالبه بفسلس آخر أو سلم الفلس المعين وقبضه بعينه منه مع فلس آخر لا ستمحقاقه ففسلسين في ذمته فيرجع اليه عين ماله ويبقى الفلس الآخر خالياً عن العوض وكذلك باع ففسلسين باعيانهم بفسلس بغير عينه لانه لو جاز لقبض المشتري الففسلسين ودفع اليه أحدهما مكان ما استوجب عليه فيبقى الآخر فضلاً بلا عوض استحق بعقد البيع وهذا على تقدير ان رضي بتسليم المبيع قبل قبض الثمن والرابع ان يبيع

واعترض بأن ما ذكرتم انما هو على طريقكم في ان الامتنان لا تعين وأما الشاقفي فليس بقائل به فلا يكون ملزماً والجواب انه ذكره بطريق المبادئ ههنا لثبوته باللائحة الملزمة على ما عرف في موضعه (قوله وتعاقب القبض) جواب عن قوله ولانه اذا لم يقبض في المجلس ووجهه المانع تعاقب بعد تفاوتاً في المالية عرفاً كما في النقد والمؤجل وما ذكرتم ليس كذلك لان التجار لا يفتلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغيره بعد ان يكون حالاً معيناً قال (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين الخ) بيع العددي المتقارب بحسنه متفاوتاً جازان كانا موجودين لانعدام المعيار وان كان أحدهما نسبتاً لا يجوز لان الجنس باتفراده يحرم النساء فان قيل الجوز والبيض والتمر جعلت أمثالا في ضمان المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنتين أجيب بأن القائل في ذلك انما هو باصطلاح الناس على إهدار التفاوت فيعمل بذلك في حقهم وهو ضمان العدوان وأما الربا فهو حق الشارع فلا يعمل فيه باصطلاحهم فتعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوتة صغراً وكبراً وخالفنا الشاقفي فيه لوجود الطعم على ما مر

قال (ويجوز بيع الفلاس بالفلسين بأعيانها الخ) بيع الفلاس بجنسه متفاضلا على أوجه أربعة بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير أعيانها وبيع فلس بعينه بفلسين بغير أعيانها وبيع فلس بغير عينه بفلسين بأعيانها وبيع فلس بعينه بفلسين بأعيانها ما والكل فاسد سوى الوجه الرابع أما الأول فلان الفلاس الرائجة أمثال متساوية قطعاً لا اصطلاحاً للناس على اهدار قيمة الجوده منها فيكون أحد الفلسين فضلاً خالي عن العوض مشروطاً بالعقد وهو الربا وأما الثاني فلانه لو جاز أمسك البائع الفلاس المعين وطلب الآخر وهو فضل حال عن العوض وأما الثالث فلانه لو حاز قبض البائع للفلسين ورد إليه أحدهما مكان ما استوجبه في ذمته فيبقى الآخر بلا عوض وأما الوجه الرابع فيجوز أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لان الثمنية في الفلاس تثبت باصطلاح الكل وما ثبت باصطلاح الكل لا يبطل باصطلاحهما لعدم ولا يتم على غيرهما فقمت أعماناً وهي لا تتعين بالاتفاق فلا فرق بينه وبين ما إذا كانا بغير أعيانها ما وصار كبيع الدرهم بالدرهمين وبهذا يتبين ان الفلاس الرائجة مادامت رائجة لا تتعين بالتعيين حتى لو قولت بخلاف جنسها كما إذا اشترى ثوباً بفلاس معينة فهلك قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة (وله ما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية لغيرهما عليهما) وما ثبت باصطلاحهما في حقهما يبطل باصطلاحهما كذلك واعترض عليه بانها اذا كسدت بالاتفاق الكل لا تكون عننا باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا تكون عروضاً أيضاً باصطلاحهما اذا كان الكل متفقاً على تخييرهما سواهما وأجيب بأن الاصل في الفلاس ان تكون عروضاً فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الاصل فلا يجوز أن تكون عننا باصطلاحهما لو وقع على خلاف الاصل وأما اذا اصطالحنا على كونها عروضاً كان ذلك على وفاق الاصل فكان جائزاً وان كان من سواهما متفقين على الثمنية وفيه نظر لانه ينافي قوله أن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية لغير عليهما (٢٨٧) ويمكن أن يقال معناه ان الثمنية قبل الكساد تثبت باصطلاحهما

قال (ويجوز بيع الفلاس بالفلسين بأعيانها) عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا يبطل باصطلاحهما واذا بقيت أعماناً لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير أعيانها ما وكبيع الدرهم بالدرهمين وله ما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية لغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود ذمته لبقاء الاصطلاح على العدا في نقضه في حق العدا فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لان الثمنية خلقه وبخلاف ما اذا كانا بغير أعيانها لانه كالي بالكالي وقد نهى عنه وبخلاف ما اذا كان أحدهما بغير عينه لان الجنس باثراً به يحرم النساء

أو بشرط أن يكون من سواهما متفقين على الثمنية واذا بطلت الثمنية فلهودها عرضاً تتعين بالتعيين فان قيل اذا عادت عرضاً عادت وزنية فكان بيع فلس بفلسين ومن بيع قطعة صفر يقطعتهن وذلك لا يجوز اجاب المصنف رحمه الله بقوله ولا يعود

وزنيا لانها ما بالاقدام على هذا العقد ومقابلة الواحد بالاثنتين عرضاً عن اعتبار الثمنية دون العدم حيث لم يرجع الى الوزن ولم يكن العدم ملزوم الثمنية حتى ينتفي بانتفاها في مذهب معدود واستمدل على بقاء الاصطلاح في حق العدا بقوله اذ في نقضه يعني الاصطلاح في حق العدا فساد العقد وفيه نظر لانه مدعى الخصم ولو ضم الى ذلك والاصل حمله على الصحة كان له ان يقول الاصل حمل العقد عليها مطلقاً أو في غير الرويات والاول ممنوع والثاني لا يفيد (قوله فصار كالجوزة بالجوزتين) بيان لانفسك ان العدمية عن الثمنية وقوله (بخلاف النقود) جواب عن قوله كبيع الدرهم بالدرهمين لان الثمنية خلقه لا اصطلاحاً فلا يبطل باصطلاحهما وقوله (وبخلاف) جواب عما قال كما اذا كان بغير أعيانها ما فان ذلك لم يجوز لانه كالي بالكالي أي نسبته بنسبته وهو منهي عنه (قوله وبخلاف ما اذا كان أحدهما بغير عينه) جواب عن القسمين الباقيين لان عدم الجواز ثمة باعتبار ان الجنس باثراً به يحرم النساء

قال المصنف (ويجوز بيع الفلاس بالفلسين بأعيانها) أقول الضمير راجع الى البدلين (قوله اما الاول فلان الفلاس) أقول ولانه كالي بكالي (قوله واستمدل على بقاء الاصطلاح الخ) أقول لا أن تقول ليس قصد المصنف بذلك الاستدلال بل المبالغة في السند (قوله والاول ممنوع الخ) أقول الظاهر انه لا مجال للتعقيد فان الاصل في جميع العقود هو الحمل على الصحة ما لم يكن الحمل عليها جلالاً لمور المسلمين على الصلاح وتحسيناً للظن بهم ولا يخفى عليك ان كان حملها على الصحة ليس منصوصاً عليه في النكاح والتعارف في المسكوك مشترك تاركه يكون بالعد وتارة بالوزن فليتأمل قال المصنف (لانه كالي بالكالي وقد نهى عنه) أقول روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الكالي بالكالي قال أبو عبيدة هو النسبته بالنسبته وقال صاحب الفائق كلا الدين كالأفوه كالي اذا تأخر ومنه كلا الله بك

أ كلا العرأى اطوله وأشد تأخره وكلا تة أى انسانيه وكلا تة في الطعام أى أسلفت

الربا لانها مكيلة والمجانسة باقية من وجه لانها من أجزاء الدقيق والسويق من أجزاء الخنطة لان الطعن لم يؤثر إلا في تفسير بق الأجزاء واجتمع لا يصير بالتفريق شيئا آخر لأنه من وجه لان اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين الخنطة والشعير وقد زال الاسم وهو ظاهر وتبدلت الصورة واختلفت المعاني فان ما يتنى من الخنطة لا يتنى من الدقيق فانها تصلح لا تخاذ الكسك والهريسة وغيرهما دون الدقيق والسويق ووربا الفضل بين الخنطة والخنطة كان ثابتا قبل الطحن وبصيرورته دقيقا زالت المجانسة من وجه دون وجه فوق الشك في زواله واليقين لا يزول بالشك فان قيل لا يجلو اما ان يكون الدقيق خنطة أولا والثاني يوجب الجواز متساويا ومتفاضلا لانحالة الاول يوجب الجواز اذا كان متساويا كذلك أجاب بان المساواة انما تكون بالكيل والكيل غير مسو بينهما وبين الخنطة لاكتنازهما فيه وتخلل حبات الخنطة فصار كالجازفة في احتمال الزيادة

قال المصنف (لانها من أجزاء الخنطة) أقول وانما لم يقل أجزاءها لانها أيضا

قال (ولا يجوز بيع الخنطة بالدقيق ولا بالسويق) لان المجانسة باقية من وجه لانها من أجزاء الخنطة والمعياريهما الكيل لكن الكيل غير مسو بينهما وبين الخنطة لاكتنازهما فيه وتخلل حبات الخنطة

بالدرهمين ولهما ان تميمها في حقهما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فبطل باصطلاحهما واذا بطلت التمنية تعينت بالتعيين لصيرورتها عروضا اعترض عليه بان الفلوس اذا كسدت باصطلاح السك لا تكون غنما باصطلاح المتعاقدين فيجب ان لا يصير عروضا باصطلاح المتعاقدين مع اتفاق من سواهما على تميمها أجيب بان الفلوس في الاصل عروضا فاصطلاحهما على التمنية بعد الكساد كان على خلاف الاصل فلا يجوز ان تصير غنما باصطلاحهما لوقوع اصطلاحهما على خلاف الاصل وخلاف الناس واما اذا اصطالح على كونها عروضا فهو على الاصل فيجوز ان كان من سواهما على التمنية وقوله ولا يعودو زنيا وان صار عروضا جواب عما يقال يلزم ان لا يجوز بيع فلس بفلسين لانه حينئذ يبيع قطعة نحاس بقطعتين بغير وزن فأجاب بان الاصطلاح كان على أمرين التمنية والعددية واصطلاحهما على اهدار غنمتهما لا يستلزم اهدار العددية فانه لا يلزم بين عدم التمنية وعدم العددية بعد ثبوت التمنية مع عدم العددية كالنقدين والعددية مع عدم التمنية كالجوز والبيض بخلاف الدرهم بالدرهمين لان النقود للتمنية خاققة وبخلاف ما اذا كانا بغير عينهما لانه يبيع الكالئ بالكالئ وقد نهي عنه ولا يخفى ضعف قوله لان الجنس بانفراده يحرم النساء وانما يتم لو كان كون المبيع أو الثمن بغير عينه يستلزم النسبية وليس كذلك الأثرى ان البيع بالنقود يبيع بماليس معين ويكون مع ذلك حلالا فكونه بغير عينه ايس معناه نسبية وبخلاف ما اذا كان أحدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء والكالئ بالكالئ قال أبو عبيدة هو النسبية بالنسبية وفي الفائق كلاً الدين بالرفع كلاً فهو كالئ اذا تأخر قال الشاعر * وعينه كالكالئ الضمار * بهجور حلا يريد عينه عطيمته الحاضرة كالتأخر الذي لا يرجي ومنه كلاً الله بكأ كلاً العرأى أ كثره تأخيرا وتكلاآت كلاً أى استغسأت نسبية وحديث النهى عن الكالئ بالكالئ رواه ابن أبي شيبه واسحق بن راهويه والبخاري مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة بن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضى الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يباع كالئ بكالئ وضعفه أحمد بن موسى بن عبيدة فقيل له ان شعبة يروى عنه فقال لو رأى شعبة ماراً يسأله لم يرو عنه ورواه عبد الرزاق عن ابراهيم بن أبي يحيى الاسلمى عن عبد الله بن دينار وضعف بالاسلمى ورواه الحاكم والدارقطنى عن موسى بن عبيدة عن نافع عن ابن عمر وصححه الحاكم على شرط مسلم وغلطهما البيهقي وقال انما هو موسى بن عبيدة الزبيدى ورواه الطبرانى من حديث رافع بن خديج في حديث طويل وعن كالئ بكالئ والحديث لا ينزل عن الحسن بلا شك (قوله ولا يجوز بيع الخنطة بالدقيق) أى دقيقتها بوجه من الوجوه (ولا بالسويق) أى سويق الخنطة اما سويق الشعير فيجوز لان غاية ما يستلزم شبهة التفاضل وحقيقته جائزة لاختلاف الجنس فضلا عن شبهته وانما امتنع لان المجانسة بين الخنطة ودقيقتها وان انقمت اسمها وصورة ومعنى موجودة فان المفصود من الخنطة من نحو الهريسة والمقلوة واخراج النشامنتف في الدقيق فهى باقية من وجه لانها من أجزاء الخنطة وانما يقل أجزاءها لان من أجزاء الخنطة أيضا فالخنطة كسرت على أجزاء صغار وذلك لا يتنى المجانسة والمعياري في كل من الخنطة والدقيق والسويق الكيل والكيل لا يوجب النسوية بينهما لان بعارض ذلك التفسير صارت أجزاءها مكثرة (فيه) أى في الكيل أى منضمة انضما ماشددا والتمح في الكيل ليس كذلك فلا تحقق المساواة بينهما كالأبل هو محتتمل فصار

(فلا يجوز وان كان كيلا بكيلا) قيل حرمة الربا حرمة تنهاى بالمساواة فى الاصل وعلى ما ذكرتم فى هذا الفرع ثبت حرمة لا تنهاى
فصار مثل ظهار الذى على ما عرف وأجيب بان حرمة الربا تنهاى بالمساواة فى الحنطة أو فى الشبهة والثانى ممنوع فان حرمة النساء
لا تنهاى بالمساواة والاوّل مسلم لكن ما نحن فيه من الثانى ويجوز ان يقال الحرمة تنهاى بالمساواة فلا بد من تحققها وفيما نحن فيه
لا نتحقق ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا بكيلا لتحقيق الشرط وهو وجود المستوى ومتساويا كيلا بكيلا قيل حالان
متداخلان لان العامل فى الاول بيع وفى الثانى متساويا ويجوز ان يكونا مترادفين وفائدة ذكر الثانية نفي توهم جواز المساواة وزنا
حكى عن الشيخ الامام أبى بكر محمد بن الفضل رحمه الله ان بيع الدقيق بالدقيق اذا تساويا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين ولا يجوز بيع
الدقيق بالسويق عند أبى حنيفة متساويا ولا متفاضلا لان الدقيق اجزاء (٢٨٩) حنطة غير مقلمية والسويق

اجزأؤها مقلمية فكذلك
يجوز بيع اجزاء بعض
بالاخر لقيام المجانسة من
وجه فكذلك لا يجوز بيع
اجزاء بعض باجزاء بعض
آخر

فلا يجوز وان كان كيلا بكيلا (ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا) لتحقيق الشرط (وبيع
الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبى حنيفة متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلمية ولا بيع
السويق بالحنطة فكذلك بيع اجزأئها لقيام المجانسة من وجه

بيع أحدهما بالآخر كيلا كبيع الجزاف لذلك الاحتمال وحرمة الربا انما كانت منتزعة بالعلم بالمساواة
الا فملا اعتبار به مثل أن يتفق كبس فى كيل هذه الحنطة لم يتفق قدره سواء فى الاخرى فاذا لم يتحقق
العلم بها صارت منتزعة بالضرورة (فلا يجوز وان كانت كيلا بكيلا) مساووقولنا قول الشافى فى
الاظهر عنه وسفيان الثورى وأجد فى رواية خلافا لمالك وأجد فى أظهر قوله لان الدقيق نفس الحنطة
فرقت اجزأؤها فاشبهه ببيع حنطة صغيرة جدا بكبيرة جدا وما ذكرناه من عروض الجهل بالمساواة
بعروض الطعن يدفعه وبيع النخالة بالدقيق على هذا الخلاف الا أن الشافى أجازها لان النخالة ليست
من أموال الربا لانها لا تطعم وقولنا المعيار فى الحنطة والدقيق الكيل لاراد به الاقيما اذا بيع بمجنسه أما
بالدراهم فيجوز بيع الحنطة وزنا بالدراهم وكذلك الدقيق وغير ذلك (قوله ويجوز بيع الدقيق بالدقيق
متساويا كيلا) وهو قول أحمد وكذا استقرضه كيلا والسلم فيه كيلا ومنع الشافى بيع الدقيق
بالدقيق لانه لا يعدل فى الكيل لانه ينكس بالنكس فلا يتحقق التساوى فى الكيل ونحن نمنع كونه
لا يعلم بل يعلم وما يتوهم من التفاوت بالنكس يتوهم مثله فى كيل القمح وقد سقط اعتباره وفى الذخيرة
عن الامام الفضلى انما يجوز اذا تساويا كيلا انما كانا مكبوسين وهو حسن ولفظ متساويا نصب على
الحال ونصب كيلا على التمييز وهو تمييز نسبة مثل نصب عرفا والاصل متساويا كيله وفى بيع الدقيق
بالدقيق وزنا روايتان وفى الخلاصة لم يذكر غير رواية المنع فقال فى جنس آخر فى الزرع والثمار وكذا بيع
الدقيق بالدقيق وزنا لا يجوز وفيها أيضا سواء كان أحد الدقيقين أحسن أو أدق وكذا بيع النخالة بالنخالة
وفى شرح أبى نصر يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا على صفة واحدة من النعومة والذى فى الخلاصة
أحسن لا هذا ذلك القدر من زيادة النعومة وبيع الدقيق المتحول بغير المتحول لا يجوز الا مما تلاو وبيع
النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند أبى يوسف بان كانت النخالة الخالصة أكثر من النخالة التى فى
الدقيق ثم قال المصنف (وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز) أى لا يجوز بيع دقيق نوع من الحنطة أو الشعير
بسويق ذلك النوع عند أبى حنيفة متفاضلا ولا متساويا مادقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا

قال المصنف (فكذلك
بيع اجزأئها) أقول
كان الظاهر أن يقول
فكذلك باجزاءها ما الا أنه
عدل الى هذا اشارة الى
أنها مبيعة أيضا فى
أمثال هذا البيع (قوله
وأجيب بأن حرمة
الربا تنهاى بالمساواة فى
الحنطة أو فى الشبهة)
أقول قوله فى الحنطة أو
فى الشبهة يحتمل أن
يكون قيد المساواة فعنى
فوله فان حرمة النساء
لا تنهاى بالمساواة أى
بشبهة المساواة التى فى
النساء لاستلزام شبهة
الفضل شبهة المساواة

(٣٧ - فتح القدير خامس)

أيضا ويحتمل أن يكون قيد الربا وهو الا نسب بقوله
فان حرمة النساء الخ والاوّل أقرب فليتنامل وأنت خبير بأن قوله ويجوز أن يقال الخ بعين الاحتمال الثانى والا لزم التكرار
(قوله ويجوز أن يقال الحرمة تنهاى بالمساواة فلا بد من تحققها الخ) أقول بان يكون كالا البدلين نسبية فانه لا يجوز للزوم الكالى
بالكالى (قوله ومتساويا كيلا بكيلا حالان متداخلان) أقول فكذلك ينفعنى ان يكون بمعنى مكيلين لكن الظاهر عندى ان انتصاب
كيل على التمييز أى متساويا كيله كامل وسيجي من الشارح تفسير كيلا بقوله أى من حيث الكيل فى شرح قوله والرطب بالرطب
يجوز متماثلا كيلا فذلك كالتصريح بكون كيلا تميزا (قوله لقيام المجانسة من وجه) أقول مع انتفاء المستوى (قوله بأجزاء بعض
آخر) أقول لذلك أيضا

وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصود اذ هو بالذيق انما اذا الخبز والعصائد ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق بل المقصود به ان يلبت بالسمن أو العسل أو يشرب بالماء وكذلك الاسم واذا اختلف الجنس ان فيبعوا كيف ستم بعد ان يكون يدا بيد والجواب أن معظم المقصود وهو التغذي يشملها وفوات البعض لا يضر كالمقلية بغير المقلية (والعلكة بالسوسة) التي أكلها السوس والمقلية هي المشوية من قلى يقلى اذا شوى (٣٩٠) ويجوز مقارونة من قلابقو والعلكة هي الجيدة التي تكون كالعلك من صلابتها

تقدم من غير انقطاع والسوسة العثة وهي دودة تقع في الصوف والنباب والطعام ومنه حنطة مسوسة بكسر الواو المشددة قال ويجوز بيع اللحم بالحياوان) بيع اللحم بالحياوان على وجوه منها ما اذا باعه بحياوان من غير جنسه كما اذا باع لحم البقر بالشاة مثلا وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار الفلذة والكثرة كما في اللحمان المختلفة على ما تبين ومنها ما اذا باعه الحياوان من جنسه كما اذا باع لحم الشاة بالشاة لكنهما مذبوحة مفصولة عن السقط وهو جائز بالاتفاق ان كانا متساويين في الوزن والافلا ومنها ما اذا باعه بجنسه مذبوحة غير مفصولة عن السقط وهو لا يجوز الا ان يكون اللحم المفصول أكثر وهو أيضا بالاتفاق ومنها ما اذا باعه بجنسه حيا وهو مسوسة الكتاب وهو جائز عند محمد (الا اذا كان اللحم المقرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي

وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود قلنا هم المقصود وهو التغذي يشملهما فلا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالسوسة قال (ويجوز بيع اللحم بالحياوان) عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المقرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي

شك في حوازه (وعندهما يجوز) بيع الدقيق بالسويق متساويا ومتفاضلا (لانهما) أي دقيق الخنطة وسويقهما مثلا (جنسان) وان رجعا الى أصل واحد (لاختلاف المقصود) اختلافا كثيرا بعد القلى والطحن فان المقاصد من الدقيق مثل أن يصنع خبزا أو عصيدا أو طرية وهو شبه الرشال يتأني من السويق كما ان ما يقصد بالسويق وهو أن يذاب مع عسل ويشرب أو يلبت بسمن وعسل ويؤكل ليتأني من الدقيق واذا كانا جنسين جاز بيع أحدهما بالآخر متساويا ومتفاضلا أو بوجوه يمنع انهما جنسان وله طريقان أحدهما أن يبيع الخنطة المقلية بالخنطة غير المقلية لا يجوز اتفاقا وذلك ليس الا اعتبار اتحاد الجنس وعدم العلم بالتساوي مع مساواة الكيل لا كتناز أحدهما فيه دون الآخر والدقيق أجزاء غير المقلية والسويق أجزاء المقلية ولم يزد الدقيق على الخنطة الا بتكبيره بالطحن وكذا الآخر وذلك لا يوجب اختلاف الجنس بعد اتحادهما والثاني وعليه اقتصر المصنف أن يبيع الخنطة غير المقلية بالسويق لا يجوز وكذا يبيع الخنطة المقلية بالدقيق وليس ذلك الا لاستلزامه بالفضل ورب الفضل لا يثبت الامع المجانسة فكانت المجانسة ثابتة بين السويق والخنطة والدقيق أجزاء الخنطة فتثبت المجانسة بين الدقيق والسويق ثم يمتنع العلم بالمساواة فيمتنع البيع مطلقا قوا لهم اختلفت المقاصد وذلك اختلاف الجنس (قلنا أعظم المقاصد) هي متحدة فيه (وهو التغذي فلا يبالى بفوات بعضها) الذي هو دون المقصد الأعظم بدليل الحكم بالتحاد الجنس في الخنطة المقلية وغير المقلية حتى امتنع بيع أحدهما بالآخر كما ذكرناه بسبب اتحادهما في ذلك المقصود الأعظم مع فوات ما دونه من المقاصد فان المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا تطحن فيتخذ منها خبز (و) كذا (العلكة) أي الجيدة السائلة من السوس (مع المسوسة) ومع ذلك جعلها جنسا واحدا غير ان المسوسة يجوز بيعها بالعلكة كيلا متساويا والمقلية مع غير المقلية لا يجوز لما ذكرنا من أن الكيل لا يسوي بينهما فاما يبيع الخنطة المقلية بالمقلية فاختلافها قليل يجوز اذا تساوا وواو زاد كره في الذخيرة وقيل لا وعليه عقول في المبسوط وجهه أن النار قد تأخذ في أحدهما أكثر من الآخر والاول أولى ومسوسة بكسر الواو كأنها هي سوس أي أدخلت السوس فيها (قوله) ويجوز بيع اللحم بالحياوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف) سواء كان اللحم من جنس ذلك الحياوان أو لا مساويا لباقي الحياوان أو لا بشرط التعيين أما بالنسبة فلا لامتناع السلم في الحياوان واللحم وفصل محمد رحمه الله فقال إن باعه بلحم غير جنسه ك لحم البقرة بالشاة الحية ولحم الجزور بالبقرة الحية يجوز كيما كان وان كان من جنسه ك لحم شاة بشاة حية فشرطه أن يكون اللحم المقرز أكثر من اللحم الذي في الشاة ليكون لحم الشاة بمقابلة مثله من اللحم وباقي اللحم

(قوله لانهما جنسان لاختلاف المقصود) أقول

لا يقال اختلاف المقاصد حاصل في الخنطة مع الدقيق مع انهما جعلهما متحدى الجنس من وجه اذا المسئلة (بمقابلة) اتفاقية فيا بالهما انما يجعل الدقيق والسويق كذلك لان الخنطة اذا قليت صارت بالقلى كأنها جنس آخر لاختلاف المقاصد واذا فرقت الاجزاء يصير المتفرق غير المجتمع أيضا من وجهه ففي الخنطة مع الدقيق سبب الاختلاف من وجه حاصل مره وفي الدقيق مع السويق مرتين فافترقا فليتا مثل

بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك لتحقق الربا (لما من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم) والقياس معه لوجود الجنسية باعتبار ما في الضمن (فصار كالحل) أي الشيرج بالسهم ولهما أنه باع الموزون بماليس عوزون) لان اللحم موزون لعمالة الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن لانه يخفف نفسه مرة وينقل أخرى يضرب قوة فيه فلا يدري أن الشاة تخفت نفسها أو ثقلت بخلاف مسألة الحل بالسهم لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الشيرج يوزن (٣٩١) الشيرج وهو ثقله وهذا في الحقيقة

جواب عما يقال إن السهم لا يوزن عادة كالحيوان فقال لكن يمكن معرفته بالوزن ولا كذلك الحيوان والذي يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الحل والسهم عند التمييز بين الدهن والشيرج ولا يشمل اللحم والحيوان بحال وهذا لان الحل والسهم يوزنان ثم يميز الشيرج ووزن فيعرف قدر الحل من السهم والحيوان لا يوزن في الابتداء حتى اذا ذبح ووزن السقط وهو لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والامعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم فكان بيع اللحم به بيع موزون بماليس عوزون وفي ذلك اختلاف الجنسين أيضا فان اللحم غير حساس والحيوان حساس متحرك بالارادة والبيع فيه جائز متفاضلا بعد أن يكون يدا بيد فان قيل اذا اختلف الجنسان ولم يشملهما الوزن حاز البيع نسيئة وليس كذلك أوجب بأن النسيئة ان كانت في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان وان كانت في البديل الاخر فهو سلم في اللحم وكلاهما لا يجوز

بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم فصار كالحل بالسهم ولهما أنه باع الموزون بماليس عوزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة بصلايته وينقل أخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الشيرج و يوزن الشيرج

(بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا) لما في زيادة السقط ان كان اللحم المفروض مثل ما في الحيوان من اللحم أو في زيادة اللحم ان كان اللحم أقل مما في الشاة فصار كبيع الحل بالمهملة وهو دهن السهم لا يجوز الاعلى ذلك الاعتبار والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلق والجلد والا كراع ولو كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز اذا تساوى وزنا بالاجماع والمراد بالمسلوخة المفصلة من السقط وان كانت بسقطها لا يجوز الاعلى الاعتبار ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكل أما عندهما فظاهر لانه لو اشتراها باللحم جاز كيفما كان فكذلك اذا اشتراها بشاة مذبوحة وأما على قول محمد فانما يجوز لانه لحم بلحم وزيادة اللحم في احدهما مع سقطها بازاه السقط وعلى هذا شأن مذبوحتان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لم تسلم يجوز لان اللحم عنده وزيادة لحم الشاة بازاه الجلد ونحوه فالمراد هنا من المسلوخة وغيرها باعتبار الجلد وعدمه وقال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله لا يجوز بيع اللحم بالحيوان أصلا لا بطريق الاعتبار ولا بغيره خلافا للزني من أصحاب الشافعي فانه قال كقول أبي حنيفة وأبي يوسف ولو باعه بلحم غير جنسه كالحم البقرة بشاة فقال مالك وأحمد يجوز وللشافعي قولان والأصح لا يصح لعموم نهي صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله في الاطلاق (انه باع موزون بماليس عوزون) فغايبته اتحاد الجنس كما قال محمد باعتبار ما في الضمن كالعصير مع العنب والسبن مع السمن لكن اتحادهم مع اختلاف المقدرة انما يمنع به النساء فقلنا بشرط التعيين ولا يجوز النساء فيه وانما قلنا ان الحيوان ليس عوزون (لانه لا يوزن عادة) فليس فيه أحد المقدرين الشرعيين الوزن أو الكيل لان الحيوان لا يعرف قدر ثقله بالوزن لانه يتقل نفسه ويخففها فلا يدري حاله بخلاف الدهن والسهم (لان الوزن يعرف قدر الدهن اذا ميز من الشيرج ثم يوزن الشيرج) هذا على النزول والافهام على ما قال غير المصنف يعتبران لحم الشاة مع الشاة الحية جنسين أخذنا من قوله تعالى فكسونا العظام لحما ثم أنشأنا خاقا آخر أي بعد نفي الروح فعمل أن الحي مع الجهاد جنسان فيجوز بيع أحدهما بالآخر من غير اعتبار وانما امتنع النساء لانه حينئذ سلم وهو لا يجوز كما قدمناه واعلم أن السمع ظاهر في منع بيع اللحم بالحيوان ومنه ضعيف وقوي فمن القوي ما رواه مالك في الموطأ وأبو داود في المراسيل عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وفي لفظ نهي عن بيع الحي بالميت ومرسل سعيد مقبول بالاتفاق وقال ابن خزيمة حدثنا أحمد بن حفص السلمي حدثني أبي حدثني إبراهيم بن ظهيمان عن الحاج بن حجاج عن قتادة عن الحسن بن سمره نحوه قال البيهقي اسناده صحيح ومن أثبت سماع الحسن من سمره عنه موصولا ومن لم

(قوله والذي يظهر من ذلك ان الوزن يشمل الحل الخ) أقول أي وزن السهم في الحال عند المبيعة يشمل أي يظهر شموله اياها عند التمييز (قوله وهذا لان الحل والسهم يوزنان الخ) أقول يعني وزن الحل الذي جعل مبيعا فيعلم مقداره ووزن السهم الذي جعل في مقابله ويعلم قدره أيضا حينئذ يستخرج الدهن من السهم فيوزن الشيرج بعد العلم بقدر الشيرج يعرف قدر الحل المستخرج من غير احتياج الى وزنه فانما بل يكني الوزن الاول للسهم لتلك المعرفة فعمل المراد من تعريف الوزن اياه في الحال هو هذا (قوله وفي ذلك اختلاف الجنسين أيضا الخ) أقول هذا طريق آخر لهما لا يثبت مدعاها

(قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً) بيع الرطب بالتمر متفاضلاً لا يجوز بالاجماع ومثلاً مثل حوزة أبو حنيفة خاصة (وقال لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سعد بن أبي وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر) وقال (أينقص اذا جف فقبل نم قال لا اذا) أي لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف (٢٩٢) وفيه إشارة الى اشتراط المماثلة في أعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف وبالكيل في الحال

لا يعلم ذلك (قوله فقال عليه الصلاة والسلام) هو الدليل ولا بي حنيفة المتقول والمعقول أما الاول فلانه صلى الله عليه وسلم سمي الرطب تمرًا حين اهدى رطباً فقال أو كل تمر خبير هكذا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا من الحديث المشهور وأما المعقول فما روى أن أبان حنيفة رجحه الله لما دخل بغداد سئل عن هذه المسئلة وكنا شديداً عليه لمخالفته الخبر فاحتج بأن الرطب لا يخلو ما أن يكون تمرًا أو لافان كان تمرًا جاز العقيد بأول الحديث يعني قوله التمر بالتمر وان لم يكن جاز بقوله اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فأورد عليه حديث سعد فقال هذا الحديث دار على زيد بن عياش وهو ضعيف في الثقة واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن سلنا قوته في الحديث ولكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور واعتراض بأن التريد اند كور يقتضى جواز بيع المقلية بغير المقلية لان المقلية اما أن تكون حنطة فيجوز بأول الحديث أو لافان فيجوز بآخره فتم من قال ذلك كلام

قال (ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً) عند أبي حنيفة (وقال لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عنه أو ينقص اذا جف فقبل نم فقال عليه الصلاة والسلام لا اذا) وله ان الرطب تمر لقوله عليه الصلاة والسلام حين اهدى اليه رطب أو كل تمر خبير هكذا سماه تمرًا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرًا ثبتته فهو مرسل جيد وأنت تعلم ان المرسل عندنا حجة مطلقاً وأسند الشافعي الى رجل مجهول من أهل المدينة أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حتى يمت وأسند أيضاً عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه نهى عن بيع اللحم بالحيوان وبسنده الى القاسم بن محمد وعروة بن الزبير وأبي بكر بن عبد الرحمن أنهم كرهوا ذلك وهو لاء تابعون وحديث أبي بكر رضي الله عنه لعلة بالمعنى فان مشايخنا ذكره عن ابن عباس رضي الله عنهما أن جزورًا تمر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءه اعرابي بعنقه فقال اعطوني بهذا العناق لحما فقال أبو بكر رضي الله عنه لا يصح هذا وتأولوه على أنه كان من ابل الصدقة فخره لصدق به (قوله ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً) عند أبي حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد رجهم الله لا يجوز) فقد تفرّد أبو حنيفة بالقول بالجواز وأما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كإلزامنا للجماعة قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى مالك في الموطأ عن عبد الله بن يزيد مولى الاسود بن سفيان عن زيد بن عياش عن سعد بن أبي وقاص انه سئل عن البيضاء بالسلت فقال سعد أيها أفضل قال البيضاء فنهاه عن ذلك وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب اذا جف قال نعم فنهاه عن ذلك فهذا حكم منبه فيه على علمته وهو كونه ينقص في أحد البديلين في نافي الحال عن المساواة ومن طريق مالك رواه أصحاب السنن الاربعة وقال الترمذي حديث حسن صحيح (ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الرطب تمر لقوله صلى الله عليه وسلم حين اهدى له رطب أو كل تمر خبير هكذا سماه) أي سمي الرطب (تمرًا) وهذا التمر اذا كان المهدي رطباً وليس كذلك بل كان تمرًا أخرج الشيخان في الصحيحين عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أبا جنى عدى الانصاري رضي الله عنه فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل كل تمر خبير هكذا فقال لا والله يا رسول الله انالنا أخذ الصاع من هذا بالصاعين من الجمع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ولكن مثلاً بمثل أو يبعوا هذا واشتروا به من هذا وكذلك الميزان ولفظ آخر انالنا أخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بيع الجمع بالدرهم ثم ابتع بالدرهم جنيباً والجمع أصناف مجموعة من التمر وما ادعاه بعض الخلفيين فيمن حلف لا يأكل تمرًا فأكل رطباً انه يحنث فليس كذلك بل المذهب انه لا يحنث لان مبناها على العرف وسند كرتامه ثم قال المصنف (ولانه ان كان تمرًا) هذا اللفظ يحكى عن أبي حنيفة انه دخل بغداد وكانوا أشداء عليه لمخالفته الخبر فسألوه عن التمر فقال الرطب اما أن يكون تمرًا أو لم يكن فان كان تمرًا جاز العقيد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فأورد عليه الحديث فقال هذا الحديث دار على زيد بن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه وأبدله

حسن في المناظرة فدفع شعب الخصم والحجة لا تتم به بل عايننا من اطلاق اسم التمر عليه فنثبت ان التمر اسم المصنف لثمره خارجة من النخل من حيث تنقص صورتها الى أن تدرك والرطب اسم لنوع منه كالبرقي وغيره ويجوز أن يقال انه حنطة

(قوله لا اذا) أقول مقول قول لقوله عليه الصلاة والسلام (قوله فأورد عليه حديث سعيد) أقول الظاهر أن يقال سعد (قوله من اطلاق اسم التمر عليه) أقول أي اسم التمر

جازا البيع بأول الحديث وإن كان غير مرفيا آخره وهو قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما روياه على زيد بن عياش وهو ضعيف عنه النقلة قال (وكذا العنب بالزبيب) يعني على الخلاف والوجه ما بيناه

(قوله فيجوز بأول الحديث) قلنا إنما جاز أن لو ثبتت المماثلة بينهما كيلا ولا تثبت لما قيل ان القلي صنعة يغرر عليها الاعراض فصار كمن باع قضيزا بقضيز ودرهم لا يقال ذلك راجع الى التفاوت في الصفة وهو ساقط كالجودة لان التفاوت الراجع الى صنع الله ساقط بالحديث وأما الراجع الى صنع العباد فاعتبر بدليل اعتباره بين الندة والنسيئة فكل تفاوت ينبت على صنع العباد فهو مفسد كافي المقلية بغيرها والخنطة بالدقيق وكل تفاوت خلقى فهو ساقط العبارة كافي الرطب والتمر والجيد والردى والعنب بالزبيب على هذا الخلاف بالوجه المذكور ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف إشارة الى قوة دليل أبي حنيفة رحمه الله

(قوله وله عبر بالخلاف دون الاختلاف) أقول الفرق بين الخلاف والاختلاف سبق في باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب

المصنف بقوله (ضعيف عند النقلة) وغلط بعض الشارحين المصنف في قوله زيد بن عياش فان المذكور في كتب الحديث زيد أبو عياش وتبع في ذلك الشيخ علاء الدين مغطاي قال الامام الزيلعي المخرج رحمه الله ليس ذلك بصحيح قال صاحب التنقيح زيد بن عياش أبو عياش الدورقي ويقال الخزومي ويقال مولى بن زهرة المدني ليس به بأس وغير مشايخنا ذكره وأن أباحنيفة إنما قال هو مجهول وقد رددت بين كونه تورا وألابان هنا قسمائنا وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه بالآخر كالخنطة المقلية بغير المقلية لعدم تسوية الكيل بينهما فكذلك الرطب بالتمر لا يسويهما الكيل وإنما يسوي في حال اعتدال البدلين وهو أن يجف الآخر وأبو حنيفة يمنع ويعتبر التساوي حال العقد وعروض النقص بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال إذا كان موجه أمر اخلقيا وهو زيادة الرطوبة بخلاف المقلية بغيرها فإنا في الحال نتحكم بعدم التساوي لا كتناز أحدهما في الكيل بخلاف الآخر لاختلاف كثير ورد طعنه في أبي عياش أيضا بأنه ثقة كما نقلنا أنما من قول صاحب التنقيح وأيضا روى عنه مالك في الموطأ وهو لا يروي عن رجل مجهول وقال المنذرى كيف يكون مجهولا وقد روى عنه اثنان ثقتان عبد الله ابن زيد مولى الاسود بن سفيان وعمران بن أبي أنس وهما ممن احتج بهم ما سلم في صحيحه وقد عرفه أئمة هذا الشأن وقد أخرج حديثه مالك في الموطأ مع شدة تحريمه في الرجال وقال ابن الجوزي في التحقيق قال الامام أبو حنيفة زيد أبو عياش مجهول فان كان هو لم يعرفه فقد عرفه أئمة النقل ثم ذكر ما ذكرنا وقد أوجب أيضا بأنه بتقدير صحة السند فالمراد النهي عنه نسبة فإنه ثبت في حديث أبي عياش هذا زيادة نسبة أخرجه أبو داود في سننه عن يحيى بن أبي كثير عن عبد الله بن زيد أن أباعياش أخبره أنه سمع سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه يقول نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالرطب نسبة وبهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه وكذا رواه الطحاوي في شرح الآثار ورواه الدارقطني وقال اجتماع هؤلاء الاربعة على خلاف ما رواه ابن أبي كثير يدل على ضبطهم للحديث يريد بالاربعة مالكا واسماعيل بن أبي أمية والصحاح ابن عثمان وآخر وأنت تعلم ان بعد صحة هذه الزيادة يجب قبولها لان المذهب المختار عند المحدثين قبول الزيادة وان كان الاكثر لم يوردها الا في زيادة تفرد بها بعض الرواة الحاضرين في مجلس واحد ومثلهم لا يغفل عن مثلها فانها مردودة على ما كتبناه في تحرير الاصول وما نحن فيه لم يثبت انه زيادة لما في مجلس واحد اجتماعه فبسه فسمع هذا ما لم يسمع المشاركون له في ذلك المجلس بالسمع فما لم ينظروا ان الحال كذلك فالاصل انه قاله في مجالس ذكر في بعضها ما تركه في آخر والله الموفق لكن يبقى قوله في تلك الرواية الصحيحة أينقص الرطب اذا جف عن راي عن الفائدة اذا كان النهي عنه نسبة وما ذكره وان فائدة ان الرطب ينقص الى أن يحل الاجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة لليتم باعتبار نقصان عند الجفاف فنعه على طريق الاشفاق مبني على ان السائل كان ولي يتيم ولا دليل عليه (قوله وكذا العنب بالزبيب يعني على الخلاف) عند أبي حنيفة يجوز مع التساوي كيلا وعندهما لا يجوز وقوله (والوجه ما بيناه) لهما معنى في منع بيع الرطب بالتمر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أينقص اذا جف باعتبار اشتماله على العلة المنبهة عليها ولا يبي حنيفة ان الزبيب امان جنس العنب فيجوز منساو بأولا فيجوز مطلقا ونقل القدوري في التقريب عن أبي جعفر ان جواز بيع الزبيب بالعنب قولهم جميعا وذكر أبو الحسن أن عندهما لا يجوز الا على الاعتبار فقال المصنف

(وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبار الخنطة المقلية بغيرها) وهذه الرواية تقوى قول من قال الحجة انما تتم باطلاق اسم التم عليه فان النص لما ورد باطلاق اسم التم على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصناعي المفسد كما في المقلية بغيرها والرطب بالرطب لا يجوز تماثلا كيلا عندنا

لانه يبيع التم بالرطب وكذا يبيع الخنطة الرطبة أو المبلولة بتملها أو باليابسة أو التم أو الزبيب المنقع بالمنقع منهما تماثلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله وقال محمد رجه الله لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في أعدل الاحوال وهو المال وأبو حنيفة رجه الله يعتبره في الحال وكذا أبو يوسف رجه الله عملا باطلاق الحديث لأنه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناه لهما ووجه الفرق لخدمته الله بين هذه الفصول

(وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبار الخنطة المقلية بغير المقلية) فانه لا يجوز السبع لان القلي كائن بصنع العباد فتعدم اللطافة التي كانت الخنطة مماثلة بخلاف التفاوت الحاصل بأصل الخلقة كالرطب مع التم والعنب مع الزبيب لا يعتبر فهذا هو الاصل فصاري بيع العنب بالزبيب أربع روايات لا يجوز اتفاقا يجوز اتفاقا وهي رواية أبي جعفر على الخلاف وهي رواية الكتاب يجوز عنده وعندهما لا يجوز الاعلى الاعتبار لان الزبيب موجود في العنب فصار كالزيتون والفرق لابي حنيفة على رواية المنع بين العنب بالزبيب وجواز الرطب بالتمر الاستعمال ورد باطلاق اسم التم على الرطب ولم يرد مثل هذا في الزبيب فاستترقا (وأما الرطب بالرطب فيجوز تماثلا كيلا) وكذا العنب بالعنب يجوز (عندنا) وبه قال مالك وأحمد والشافعي وكذا الخلاف في كل غرة لها حال جفاف كالتمين والتمشس والجوز والكستري والرمان والاحاص لا يجيز بيع رطبه برطبه كما لا يجيز بيع رطبه بيابسه لانه لا يعرف قدر النقصان اذ قد يكون نقصان أحدهما أكثر من الآخر وكذا الخلاف في الباقلاء الاخضر عتملة لان بين الباقلاء اثنين فضاء بتفاوت فيمنع تعديله الكيل فكان كبيع الخنطة المقلية بغير المقلية وبيع الخنطة المبلولة بالمبلولة والرطبة بالرطبة أو المبلولة باليابسة يجوز وكذا يبيع التم المنقع والزبيب المنقع بالمنقع واليابس منه ما يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد في الفصول كلها من بيع الخنطة المبلولة الى هنا والمنقع اسم مفعول من أنتع الزبيب في الخابية فهو منقطع وأصله ان محمد اعتبر المساواة في أعدل الاحوال وهو المال عند الحفاف كما أشار اليه حديث سعد وذلك منتف في المبلولة والرطبة مع مثلها أو اليابسة أمام اليابسة فظاهر وأما المبلولة مع المبلولة فالتفاوت يقع في قدر البطل قال الحلواني الرواية محفوظة عن محمد أن يبيع الخنطة المبلولة باليابسة انما لا يجوز اذا انتفخت أما اذا بليت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة اذا تساوى كيلا وأبو حنيفة وأبو يوسف يعتبران المساواة بتأويل التساوي في الحال (عملا باطلاق الحديث) أي حديث عبادة بن الصامت وغيره (الأن أبابوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناه) من حديث سعد بن أبي وقاص وهو مخصوص من اقياس فلا يلحق به الا ما كان في معناه والخنطة الرطبة ليست في معنى الرطب من كل وجه والرطوبة في الرطب مقصودة وفي الخنطة عيب وفي المبسوط ذكر في بعض النسخ قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو قوله الآخر وقوله الاول كقول محمد وقد نقض ما تقدم من الاصل وهو ان التفاوت بصنع العباد معتبر في المنع وما بأصل الخلقة لا بالخنطة المبلولة فان الرطوبة الحاصلة فيها بصنع العباد وبها يحصل التفاوت مع انه جاز العقد أوجب بأن الخنطة في أصل الخلقة رطبة وهي مال الراباذ ذلك وبالبل بالمه يعيدها الى ما هو أصل الخلقة فيها فلم يعتبر بخلاف القلي (ووجه الفرق لمحمد بين هذما الفصول) من

الفرق بين هذه الفصول يعني بيع الخنطة الرطبة والمبلولة الى آخرها (قوله وهذه الرواية تقوى قول من قال الخ) أقول فيه بحيث فان تقويتها انما هي لاعتبار التفاوت الصناعي اذ بذلك لا يمكن الوقوف على المساواة سواء أطلق الاسم أو لا بعد أن يكون من جنسه

بيع

وبين بيع الرطب بالرطب حيث اعتبر المساواة فيها في أعدل الاحوال وفيه في الحال ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب وحاصله أن التفاوت اذا ظهر مع بقاء البدلين أو أحدهما على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو منفسد لسكونه في المعقود عليه واذا ظهر بعد زوال الاسم الذي عقد عليه العقد عن البدلين فليس بفسد اذا لم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يكون معتبراً (ولقائل أن يقول هذا انما يستقيم اذا كان العقد واراد اعلی البدلين بالتسمية وأما اذا كان بالإشارة إلى المعقود عليه فلا لان المعقود عليه هو الذات المشار إليها وهي لا تبدل قال (ولو باع البسر بالتمر الخ) يبيع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لانه غير لما ينأ (٢٩٥) أن التمر اسم لثمره النخل من أول ما تنعقد صورته وبيعه به

وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك فيكون تفاوتاً في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لان البسر غير بخلاف الكفري حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من أول ما تنعقد صورته لا قبله والكفري عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسبة لا يجوز للجهالة قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسهم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثرهما في الزيتون والسهم فيكون الدهن بمثابة الزيادة بالخبير)

بيع الخنطة الرطبة الى هنا حيث منعه (وبين الرطب بالرطب) حيث أجازوه وكذلك بين العنب بالعنب فإنه يجوز وحاصله (ان التفاوت) ان ظهر مع بقاء الاسم على البدلين أو أحدهما فسد العقد وان ظهر بعد زوال الاسم عنهم لا يفسد ففي الرطب بالرطب والعنب بالعنب يظهر التفاوت بعد خروج البدلين عن الاسم الذي عقد عليه العقد فان الاسم حينئذ التمر والزيتون فلا يكون تفاوتاً في المعقود عليه وفي الخنطة المبلولة وما في معناها لا يتغير فيظهر في نفس المعقود عليه فيمتنع (ولو باع البسر بالتمر) متساوياً يجوز (ومتفاضلاً لا يجوز لان البسر غير بخلاف الكفري) وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصوراً كم النخل وهو أول ما ينشئ (حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر) أي كيلاً من التمر بكيلين من الكفري وقلبه لانه ليس بتمر (لان) الكفري لم ينشأ بعد في صورة التمر (وهذا الاسم) أعني التمر له (من أول ما تنعقد صورته لا قبله) وبهذا استدلل بعضهم لابي حنيفة في بيع الرطب بالتمر فورد عليه انه لو حلف لآبأ كل تمر فأكل رطباً لا يحنث فكان غيره فأجاب بالمنع بل يحنث وليس يصحح بل المسئلة مسطورية في الكتب المذهبية المشهورة بأنه لا يحنث وكذا ادعى انه يحنث فيما اذا حلف لآبأ كل تمر فأكل بسراً ولم يكن به حاجة الى هذا الذي يكرهه ان الايمان مبنية على العرف وكلامنا فيه لغة وهم بعد ذلك مطالبون بتصحيح أن اسم التمر يلزم الخارج من حين انعقد الى أن يطيب ثم يحذف من اللغة ولا ينكر صحة الاطلاق باعتبار مجاز الاول وقوله (والكفري عددي متفاوت الى آخره) جواب سؤال هو أنه اذا لم يكن الكفري تمرًا ينبغي أن يجوز اسلام التمر فيه وشراء التمر به نسبة فقال الكفري عددي متفاوت بالكبر والصغر تفاوتاً غير مهدر فلا يجوز اسلامه فيه ولا أن يشتري به نسبة للجهالة فنفع المنازعة (قوله) ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسهم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج معلوماً أنه (أكثر مما في الزيتون والسهم) فلو جهل أو علم أنه أقل أو مساو لا يجوز فالاحتمالات أربع والجواز في أحدها بأنه اذا كان أكثر كان الخارج منه بمنزلة من الدهن المفرد (والزائد) منه (ب) مقابلة (الخبير) وفي فتاوى قاضيان رجه الله انما يشترط أن يكون الخالص

متساوياً من حيث التكيل يبدأ بجائز بالاجاع وبيع الكفري بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء وهو كم النخل سمي به لانه يستمر في جوفه بالتمر جائز متساوياً ومتفاضلاً يبدأ ببدلان الكفري ليس بتمر لكونه قبل انعقاد الصورة (قوله) والكفري عددي متفاوت) قيل هو جواب سؤال تقريره لولم يكن تمر الحجاز اسلام التمر في الكفري لكنه لم يجز وتقرر الجواب أنه عددي متفاوت بالصغر والكبر وتفاوت أحاده في المبالغة فلا يجوز اسلام فيه للجهالة قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت الخ) الزيتون ما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن الابيض ويقال للعصير قبل أن يتغير شيرج وهو نهر يب شيره والمراد به ههنا ما يتخذ من السمسم واعلم أن المجانسة بين الشيتين تكون تارة باعتبار العين وأخرى باعتبار

ما في الضمن ولا يعتبر الثاني مع وجود الاول ولهذا جاز بيع قفيز خنطة علكة بقفيز مسوسة من غير اعتبار ما في الضمن واذا لم يوجد الاول يعتبر الثاني ولهذا لم يجز بيع الخنطة بالدقيق والزيت مع الزيتون من هذا النوع فاذا بيع أحدهما بالاخر فلا يخلو إما أن تعلم كية ما يستخرج من الزيتون أو لا والثاني لا يجوز لانه هو الفضل الذي هو كالحق في هذا الباب

(قوله ولقائل أن يقول هذا انما يستقيم الخ) أقول ولك أن تقول المراد بالضمير الرجوع الى الاسم في قوله عقد عليه هو معنى السمي بطريق الاستخدام أو يقال المضاف مـ در أي مسماه بقريته جعله معقوداً عليه اظهر وأن ما عقد عليه العقد هو السمي حقيقة لا الاسم فاندفع الاشكال

والاول اما ان يكون المنفصل أكثر أو لا والثاني لا يجوز لتحقيق الفضل وهو بعض الزيت والتجيران نقص المنفصل عن المستخرج من الزيت والتجيرة وحده أي ساواه على تقدير أن يكون التجيرة ذقيمة وأما إذا لم يكن كافي الزبد بعد استخراج السمن إذا كان السمن الخالص مثل ما في الزبد من السمن فإنه يجوز (٢٩٦) وهو المروي عن أبي حنيفة والاول جائز لوجود المقتضى وانقضاء المانع والشريح

بالسهم والجوز بدهنه واللبين بسمنه والغنب بعصيره والتمر بدهسه على هذا الاعتبار ولقائل أن يقول مثلا السهم يشتمل على الشريح والتجيرة فاما أن يكون المجموع منظورا اليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشريح بالسهم مطلقا لان الشريح وزني والسهم كيلي أو من حيث الاقسار فيجوز بيع السهم بالسهم متفاضلا صرفا لكل واحد من الدهن والتجيرة الى خلاف جنسه كما اذا باع كزحنيطة وكز شعير بثلاثة أكرار حنيطة وكز شعيرا أو يكون أحدهما إما الدهن أو التجيرة منظورا اليه فقط والثاني منتف عادة والاول يوجب أن لا يقابل التجيرة بشيء من الدهن وليس كذلك والجواب أن المنظور اليه هو المجموع من حيث الاقسار ولا يلزم جواز بيع السهم بالسهم متفاضلا لقوله صرفا لكل واحد من الدهن والتجيرة الى خلاف جنسه قلنا ذلك اذا كانا منفصلين خلة كافي مسألة الا كرا

لان عند ذلك يعرى عن الزباد ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان أكثر أو مساويا له فالتجيرة وبعض الدهن أو التجيرة وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبين بسمنه والغنب بعصيره والتمر بدهسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكر باس بالقطن يجوز كيفما كان بالاجماع

أكثر اذا كان الثقل في البديل الآخر شيأه قيمة أما اذا كان لاقية له كافي الزبد بعد استخراج السمن منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المفرد يروى ذلك عن أبي حنيفة وقال زفر يجوز مع عدم العلم لانه متردد بين الفساد والصحة فلا يثبت الفساد بالشك والاصل الصحة وقلنا الفساد غالب لانه على تقدير النقصان والمساواة والصحة على تقدير الاكثرية فكان هو الظاهر فوجب الحكم به وعند الشافعي لا يجوز هذا البيع أصلا لعدم العلم بالتفاضل وقت العقد واعلم أن المجانسة تكون باعتبار ما في الضمن فتقنع النسبته كافي المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشريح مع السهم وتتقن باعتبار ما أضيفت اليه فيختلف الجنس مع اتحاد الاصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد وهو الزيت والشريح فصارا جنسين باختلاف ما أضيف اليه من الورد والبنفسج نظرا الى اختلاف المقصود والفرص ولم يبال باتحاد الاصل وعلى هذا دهن الزهر في ديارنا ودهن البان أصلهما اللوز يطبق بالزهر وبالاختلاف مدة ثم يعصر اللوز فيخرج منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع أحد الدهنين بالآخر متفاضلا وعلى هذا قالوا الوضوح الى الاصل ما طيبه دون الآخر جائز متفاضلا حتى أجازوا بيع قفيز بسهم مطيب بقفيز بنغير مطيب وعلى هذا يجوز بيع رطل لوز مطبق برطل لوز غير مطبق وكذا يجوز بيع رطل دهن لوز مطبق بزهر النارنج برطل دهن اللوز الخالص وكذا رطل زيت مطيب برطل زيت لم يطيب فجمعوا الرائحة التي فيها بازاء الزيادة على الرطل خلافا للشافعي فإنه لا يجيز الدهن المطيب وغيره الامثلة مثل وأورد أنه ينبغي أن يجوز بيع السهم بدهنه بأى وجه كان لان الدهن وزني والسهم كيلي أوجب بأنه لما كان المقصود من السهم ما في ضمنه من الدهن كان بيع الجنس بالجنس فان قيل فيجوز بيع السهم بالسهم متفاضلا صرفا لكل واحد من دهنه وتجييره الى خلاف جنسه أوجب بأن الصرف يكون عند الانفصال صورة كسئلة الا كرا ولا ضرورة هنا منفصلة وقوله (والجوز بدهنه واللبين بسمنه والغنب بعصيره والتمر بدهسه على هذا الاعتبار) يعني ان كان الدهن المفرد والسمن واللبين أكثر مما يخرج من الجوز واللبين والتمر جاز وقد علمت تقييده بما اذا كان الثقل له قيمة وأظن ان لاقية لثقل الجوز لأن يكون بيع بقشره فيوقد وكذا الغنب لاقية لثقله فلا تشتط زيادة العصير على ما يخرج والله أعلم (واختلفوا في القطن بغزله) فبعضهم لا يجوز زمتساو بالان القطن يتقص بالغزل فهو كالحنيطة مع الدقيق وقال بعضهم يجوز وفي فتاوى قاضيان لا يجوز الامتساو بالان أصلهما واحد وكلاهما موزون وان خر جا أو أحدهما عن الوزن جاز متفاضلا وبيع الغزل بالثوب جائز على كل حال وقال المصنف بالاجماع وعن محمد أن بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا وعنه أنه لا يجوز مطلقا وهكذا عن أبي حنيفة أيضا ثم ذكر

لظهور كمال الجنسية حينئذ والدهن والتجيرة يسا كذلك واختلفوا في جواز بيع القطن بغزله متساويا فبعضهم لا يجوز انه لان القطن ينقص بالغزل فهو نظير الحنيطة بالدقيق وقيل يجوز لان أصلهما واحد فكلهما موزون وان خر عا عن الوزن أو خر أحدهما من الوزن لا بأس ببيع واحد باثنين كذا في فتاوى قاضيان وبيع الغزل بالثوب جائز والكر باس بالقطن جائز كيفما كان بالاجماع وهذا مما انفرد به المصنف عن محمد ان بيع القطن بالثوب لا يجوز مطلقا

(قال ويجوز بيع اللحم الخ) كل ما يمكن به نصاب الاخر من الحيوان في الزكاة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقر والجواميس متفاضلا وعنه أنه لا يجوز والعرب والبخاري والمعر والضأن فلا يجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا وكل ما لا يكمل به نصاب الاخر فهو يوصف باختلاف كالبقر والغنم فيجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا وكذلك الابلان وعن الشافعي رحمه الله أن المقصود من اللحم شئ واحد وهو التغذي والتقوى فكان الجنس متحدا ولنا أنهم افروغ أصول مختلفة لما ذكرنا واختلاف الاصل بوجوب اختلاف الفرع ضرورة كالدهان وما ذكر من الاتحاد في التغذي فذلك اعتبار المعنى العام كالطم في المطهومات والتفكه في الفواكه والمعتبر في الاتحاد في المعنى الخاص ولا يشكل بالظهور فإن بيع لحم بعضها ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لان ذلك باعتبار انه لا يوزن عادة فليس يوزن ولا كيل فلم يتناول القدر الشرعي (٣٩٧) وفي مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا (قوله اذا لم

تبدل بالصنعة) قيل مراده ان اتحاد الاصول بوجوب اتحاد الفرع والاجزاء اذا لم تبدل بالصنعة فاذا تبدلت الاجزاء بالصنعة تكون مختلفة وان كان الاصل متحدا كالهروى والمروى وفيه نظر لان كلامه في اختلاف الاصول لاني اتحادها فكأنه يقول اختلاف الاصول بوجوب اختلاف الاجزاء اذا لم تبدل بالصنعة وأما اذا تبدلت فلا توجه وانما يوجب الاتحاد فان الصنعة كما تؤثر في تغير الاجناس مع اتحاد الاصل كالهروى مع المروى مع اتحادهما في الاصل وهو القطن كذلك تؤثر في اتحادهما مع اختلاف الاصل كالدهان المغشوشة المختلفة الغش

قال (ويجوز بيع اللحم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) ومراده لحم الابل والبقر والغنم فأما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز والضأن وكذا العرب مع البخاري قال (وكذلك ألبان البقر والغنم) وعن الشافعي رحمه الله لا يجوز زلناها جنس واحد للاتحاد المقصود ولنا أن الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة فكذا أجزاءها اذا لم تبدل بالصنعة قال (وكذا داخل الدقل بخجل العنب) للاختلاف بين أصليهما فكذا بين ما عيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين

أنه لا بأس ببيع المحلوج بالقطن والغزل بالقطن اذا كان يعلم أن الخالص أكثر مما في الآخر وهذا في المحلوج مع القطن ظاهر لان الفاضل بازاء حب القطن وهو ما ينتفع به وقد يعلف لبعض الدواب وأما في الغزل فكأنه ليكون الفاضل من القطن المقرب بازاء صنعة الغزل فنقل الاجماع اعماها باعتبار الاقوال المعول عليها دون الروايات (قوله ويجوز بيع اللحم) جمع لحم (المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم) لانها اجناس مختلفة لا اختلاف أصولها ولم يحدث في الجنس الواحد منها زيادة تصيره جنسين (فأما البقر والجواميس) (جنس واحد) لا يجوز بيع لحم البقر بلحم الجاموس متفاضلا (وكذا المعز والضأن والعرب مع البخاري) لا يجوز بيع شئ مع الآخر متفاضلا لاتحاد الجنس وانما جاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسمان مثلا والعصافير متفاضلا لانه ليس مال الربا لا يوزن لحم الطير ولا يكال وينبغي أن يستثنى من لحوم الطير الدجاج والاوز لانه يوزن في عادة يار مصر بعضهم وقوله ومراده الى آخره يحترز به عن قول مالك فان عنده اللحوم كلها لانه اجناس الطيور جنس والدواب أهليها وحشيشها جنس واحد والبحريات (وكذا البان البقر والغنم) يجوز متفاضلا لما ذكرنا من اختلاف الجنس باختلاف الاصلين (وعن الشافعي أن اللحوم والابلان جنس واحد للاتحاد المقصود) من الكل وهو التغذي وهذا قول الشافعي غير المختار والصحيح من قوله أنه مثل قولنا ثم دفع هذا القول بأن أصولها (مختلفة) الاجناس (فكذا أجزاءها اذا لم تبدل بالصنعة) فانها حينئذ تعد اجناسا ولهذا جاز بيع الخبز بال دقيق والسويق متفاضلا (وكذا داخل الدقل بخجل العنب) متفاضلا وكذا عصيرهما (لاختلاف أصليهما) جنسا وتخصيص الدقل وهو ردي والتمر باعتبار العادة لان الدقل هو الذي كان في العادة يتخذ خلا

(٣٨ - فتح القدر خامس) مثل الحديد والرصاص اذا كانت الفضة غالبية فانها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الاصول قال (وكذا داخل الدقل بخجل العنب الخ) الدقل هو أردأ التمر وبيع خله بخجل العنب متفاضلا جائز بديانيدوكذا حكم سائر التمور ولما كانوا يجعلون اخل من الدقل غالباً خرج الكلام على مجرى العادة وانما جاز التفاضل للاختلاف بين أصليهما ولهذا كان عصيراهما يعني الدقل والعنب جنسين بالاجماع

(قوله لان ذلك باعتبار انه لا يوزن عادة) أقول وينبغي ان يستثنى منه لحم الدباجة فانه يوزن في أكثر البلاد قال المصنف (فكذا اجزأوهما اذا لم تبدل بالصنعة) أقول ولعل المعنى وكذا تختلف أجزاء تلك الاصول بحسب اختلاف الاصول لاتحادها مع بعضها اذا لم تبدل بالصنعة فان تلك الاجزاء اذا تبدلت بالصنعة زال الاتحاد مع أصلها فلا يكون اختلافها لاختلاف أصولها بل الصنعة كالخبز والاناة والقمحمة على ما تبين فليتدبر (قوله قيل مراده) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله فكانه يقول اختلاف الاصول الخ) أقول ما أخوذ من الحجازية

(وشعر المعز وصف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد) فجاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا وهذا يشير إلى أن اختلاف المقصود كالتبديل بالصنعة في تغيير الأجزاء مع اتحاد الأصل فإن المقصود هو المقصود فاختلفه بوجوب التغيير واختلاف المقصود فمما ظاهر فإن الشعر يتخذ منه الحبال الصلبة والمسوح والصوف يتخذ منه البود والقفافة لا يقال لو اختلف الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لأن المقصود منهم ما متحد فكان الجنس متحدا لأننا نسلم ذلك فإن لبن البقر قد يضر حين لا يضر لبن الغنم فلا يتحد المقصد الهما والاولى أن يقال قلنا أن اختلاف المقصود بوجوب اختلاف الجنس عند اتحاد الأصول ولم نقل اتحاد المقصود بوجوب الاتحاد عند اختلاف الأصول فالأصل أن بوجوب اختلاف الأصول اختلاف الأجزاء والفروع إلا عند التبديل بالصنعة وان بوجوب الاتحاد الأصول اتحاد (٢٩٨) الفروع إلا عند التبديل بالصنعة أو اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر عليه

نقض ومن هذا يتبين أنه مانع راجع فلا يعارضه اتحاد الأصول ويسقط ما قبل شعر المعز وصف الغنم بالنظر إلى الأصل جنس واحد بالنظر إلى المقصود جنسان فينبغي أن لا يجوز التفاضل بينهما في البيع ترجيحاً لجانب الحرمة لأن المقصود راجع قال (وكذا شحم البطن بالاليسة أو باللحم) جاز لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً أما اختلاف الصور فلا أن الصورة ما يحصل منه في الذهن عند تصوره ولا شك في ذلك عند تصور هذه الأشياء وأما اختلاف المعاني فلا أنه ما يفهم منه عند إطلاق اللفظ وهما مختلفان لا بحالة وأما اختلاف المنافع فكافة الطب قال (ويجوز بيع

وشعر المعز وصف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد قال (وكذا شحم البطن بالاليسة أو باللحم) لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً قال (ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا) لأن الخبز صار عددياً وموزوناً فخرج من أن يكون مكيلاً من كل وجه والحنطة مكيلة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا خير فيه والفتوى على الأول وهذا إذا كانا نقدين فإن كانت الحنطة نسبة جازاً أيضاً وان كان الخبز نسبة يجوز عند أبي يوسف رحمه الله

(و) أما شعر المعز وصف الغنم (جنسان لاختلاف المقاصد) بخلاف لهما ولبنهما جعل جنساً واحداً كما ذكرنا لاتحاد الجنس مع عدم الاختلاف فإن ما يقصد بالشعر من الآلات غير ما يقصد بالصوف فصار ما بوجوب اختلاف الأمور المتفرعة ثلاثة أشياء اختلاف الأصول واختلاف المقاصد وزيادة الصنعة فإن قيل بالنظر إلى اتحاد الأصل في الصوف والشعر لا يجوز بيعهما متفاضلاً وزناً والنظر إلى المقاصد اختلف فيجوز متفاضلاً فينبغي أن لا يجوز متفاضلاً تغليباً للحرمة فالجواب أن ذلك عند تعارض دليلهما وتساويهما في مرجح المحرم وهذا ليس كذلك فإنه لا يقاوم الصورة المعنى والزم على تغليب جانب المعنى كون ألبان البقر والغنم جنساً واحداً لاتحاد المقصود وأجيب عن اتحاد فان لبن البقر يقصد للسمن ولبن الأبل لا يتأتى منه ذلك وكذا أغراض الأكل تتفاوت فإن بعض الناس لا يطيب له البقر ويتضرر به دون الضأن وكذا في الأبل ومن الاختلاف بالصنعة ما يقدمان جواز بيع أناء صفر أو حديد أحدهما أثقل من الآخر وكذا القممة بقمة قيمتين وإبرة بارتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين ما لم يكن شيء من ذلك من أحد النقيدين فيمتنع التفاضل وإن اصطالحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العدد والصورة (ويجوز بيع شحم البطن بالاليسة أو باللحم) واللحم بالاليسة متفاضلاً (لأنها أجناس لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً) وأما شحم الخبز ونحوه فتابع اللحم وهو مع شحم البطن والاليسة جنسان وكل ذلك لا يجوز نسبة لأن الوزن يجزمهما وأما الرأس والأكارع والجلود فيجوز زياداً كيفما كان لأن نسبة لأنه لم يضبط بالوصف حتى إن السلم فيه لا يجوز (قوله) ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلاً يداً بيد قيل وهو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة (لأن الخبز صار) أما (عددياً) في عرف (أوموزوناً) في عرف آخر (فخرج من أن يكون مكيلاً من كل وجه والحنطة مكيلة) فبفرض كون النسبة جمعاً ما اختلف القدر فجاز التفاضل والدقيق أما كلبى فكذلك أو وزني على ما عليه عرف بلادنا ومن جعله وزناً ثبت النسبة بينه

الخبز بالحنطة) بيع الخبز بالحنطة والدقيق أما أن يكون حال كونهما نقدين أو حال كون
أحدهما نقداً والآخر نسبةً فإن كان الأول جازلاً لأنه صار عددياً أو موزوناً فخرج عن كونه مكيلاً من كل وجه والحنطة مكيلة فاختلاف
الجنسان وجاز التفاضل

(قوله لا يقال لو اختلف الجنس الخ) أقول يعني إذا غلب جانب المقصود على جانب الأصل حتى غداً المختلفان مقصوداً مع اتحاد أصلهما جنسين مختلفين فينبغي أن بعد المختلفان فيه متحدان في الجنس إذا اتحد المقصود منهم ما بناء على ذلك التغليب فلا يجوز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلاً وإذا كان مراد القائل ما سمعت فلا يندفع ذلك بما ذكره السارح في حيزه والاولى كما لا يخفى بل لا بد من بيان الفرق (قوله فلان الصورة ما يحصل منه في الذهن الخ) أقول فعلي هذا يكون ذكر المعاني مستغنى عنه لعموم الصور لها والاطهر أن المراد بالصورة الأشكال

(وعليه الفتوى) وروى عن أبي حنيفة انه لا خير فيه أى لا يجوز والتركيب للباغية في النهي لانه نكرة في سياق النفي فتم نفي جميع جهات الخبر وان كان الثاني فلا يخالو إما أن تكون الحنطة والدقيق نسبة أو والخبز فان كان الاول جاز لانه أسلم موزوناً في مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره وان كان الثاني جاز عند أبي يوسف رحمه الله لانه أسلم في موزون ولا يجوز عندهما المأذ كقول المصنف (والفتوى على قول أبي يوسف) وهذا يعني عن قوله وكذا السلم في الخبر جائز في الصحيح يعني قول أبي يوسف وإنما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي لتلا بصير استبدالاً بالسلم فيه قبل القبض ولا خير في استقراره عند أبي حنيفة عدداً أو وزناً لانه يتفاوت بالخيز من حيث الطول والعرض والغلظ والرقه وبالخباز باعتبار حذقه وعدمه وبالتنوير في كونه جديداً فيجب عنده جيداً أو عتيقاً فيكون بخلافه وبالتقدم والتأخر فانه في أول التنوير (٣٩٩) لا يجبي مثل ما في آخره وهذا هو المانع عن جواز السلم عندهما

وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبر جائز في الصحيح ولا خير في استقراره عدداً أو وزناً عند أبي حنيفة رحمه الله لانه يتفاوت بالخيز والخباز والتنوير والتقدم والتأخر وعند محمد رحمه الله يجوز بهما التعامل وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز وزناً ولا يجوز عدداً للتفاوت في أحاده قال (ولاربا بين المولى وعبده) لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا وهذا اذا كان مأذوناً ولم يكن عليه دين

وبين الخبز فيجوز التفاضل أيضاً وروى عن أبي حنيفة انه لا خير فيه وهذه العبارة لنفي الجواز بطريق التأكيد للنكرة في النفي وبهذا القول قال الشافعي وأجد لشبهة المجانسة في الخبر أجزاء الدقيق أو ان الدقيق بعرض أن يصير خبزاً فيشترط المساواة ولا يدري ذلك (والفتوى على الاول) وهو الجواز وهو اختيار المتأخرين عدداً أو وزناً كيفما اصططحو عليه (وهذا اذا كانا قسدين) فاما بيعهما منسيئة (فان كانت الحنطة نسيئة) أو الدقيق بان أسلم الخبز فيهما فدفعه نقداً (جازاً يضاوان كان الخبز) نسيئة بان أسلم حنطة أو دقيقاً في خبز لم يجز عند أبي حنيفة لانه لا يوقف على حذله فانه يتفاوت في الصنعة عينا وخزاً وكذا عند محمد دلالة عددي عنده ويكون منه الثقيل والخفيف (ويجوز عند أبي يوسف لانه وزني) أو يجوز بشرط الوزن ان كان العرف فيه العدد والنضج وحسن العجن وصفات مضبوطون عموماً وخصوص ذلك القدر بعينه من العجن والنار مهدر واختاره المشايخ للفتوى اذا أتى بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي حتى لا يصير استبدالاً بالسلم فيه قبل قبضه اذ قبض متجوزاً ساهودون ماسمي صنعة واذا كان كذلك فالاحتياط في منعه لانه قل أن يقع الاخذ من النوع المسمى خصوصاً فيمن يقبض السلم فيه في أيام متعددة كل يوم كذا كذا عتيقاً قل ان لا يصير مستبدلاً (ولا خير في استقراره الخبز عند أبي حنيفة عدداً أو وزناً لانه يتفاوت بالخيز والخباز والتنوير) باعتبار كونه جديداً أو عتيقاً (والتقديم) في التنوير (والتأخير) عنه ويتفاوت جودة خبزه بذلك واذا منع أبو حنيفة السلم فيه وباب السلم أوسع حتى جاز في الثياب ولا يجوز استقرارها فهو لا استقراره أمنع (وعند محمد رحمه الله يجوز بهما) أى عدداً أو وزناً (للتعامل) بين الجيران بذلك والحاجة قد تدعو الى ذلك بين الجيران (وعند أبي يوسف يجوز وزناً لا عدداً للتفاوت في أحاده) ومحمد يقول قد أهدر الجيران تفاوته وبينهم يكون اقتراضه غالباً والقياس بترك التعامل وجعل المتأخر من الفتوى على قول أبي يوسف وأنا أرى أن قول محمد أحسن (قوله ولا ربا بين المولى وعبده) أى المأذون غير المذون (لانه وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربا)

وعند محمد يجوز استقراره عدداً ووزناً ترك قياس السلم فيه للتعامل وعند أبي يوسف يجوز وزناً ولا يجوز عدداً للتفاوت في أحاده قال (ولاربا بين المولى وعبده) لاربا بين المولى وعبد المأذون الذي لا دين عليه محبط برقبته لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع ولا يتحقق الربا لعدم تحقق الربا بعد وجود البيع بحقيقته في دار الاسلام مشتقاً على شرائط الربا دليل على عدم جواز البيع

قال المصنف (ولاربا بين المولى وعبده الخ) أقول قال العلامة الكاكي وفي المسنوط فسألو كان على العبد دين فليس بينهما ربا أيضاً ولكن على المولى ان يرد ما أخذ على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه

فلا يسلم له مال بقرغ من دينه كما أخذ لا بجهة العقد سواء اشترى منه درهما بدرهمن أو لالان ما أعطى ليس بعوض سواء قل أو كثر فعليه رد ما قبض لحق الغرماء وكذا أم الولد والمدبر لان كسبه مال بخلاف المسكن لان المسكن تاب صار كالخريد أو قصر فاني كسبه فيجزي الربا بينه وبين مولاه كما يجزي بينه وبين غيره انتهى وفيه إشارة الى انه لا ربا بين المولى وعبده اذا كان على العبد دين وما ذكره في الكتاب يدل على جريان الربا بينهما اذا كان عليه دين ولعل ما في المسنوط على مذهب الأمامين فان المولى يملك كسب المذون عندهما كما يجبي في المأذون فراجع (قوله لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع) أقول أى مع عدم تعلق أحده وانما قيدنا بذلك لتلايرد على التفرع اشكال بأن مجرد الملكية لا يبق البيع الأري الى ما استدل به أبو يوسف ومحمد على تحقق الربا بينهما اذا كان العبد مذبوناً فليتأمل (قوله لعدم تحقق الربا) أقول تأمل في صحة هذا التفرع فانه يلزم منه المصادرة (قوله بعد وجود البيع بحقيقته الخ) أقول أى صورة وظاهراً

(فإذا كان عليه دين يتحقق الربا بالان ما في يده ليس ملك المولود عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما) وان كان ملكه لكن لما (تعلق به حق الغرماء صار كالاجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) لاربا بين المسلم والحربي في دار الحرب عند (٣٠٠) أبي حنيفة ومحمد رحمه الله خلافا لابي يوسف والشافعي رحمه الله لهما الاعتبار

بالمستأمن من أهل الحرب في دارنا فإنه اذا دخل الحربى دارنا بأمان وباع درهمين بدرهم فإنه لا يجوز فكذا اذا دخل المسلم دار الحرب وفضل ذلك لا يجوز بجماع تحققه - الفضل الخالى عن العوض المستحق بعقد البيع ولا بى حنيفة ومحمد ما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لاربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ذكروه محمد بن الحسن ولان مال أهل الحرب في دارهم مباح بالاباحة الاصلية والمسلم المستأمن انما منع من أخذه لعقد الامان حتى لا يلزم الغدر فاذا بذل الحربى ماله برضا زال المعنى الذى حظر لاجله (قوله بخلاف المستأمن) جواب عن قياس وتقريره أن المستأمن منهم في دارنا لا يحل لاحد أخذ ماله لانه صار محظورا بعقد الامان ولهذا لا يحل تناوله بعد انقضاء المدة

فان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال (ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) خلافا لابي يوسف والشافعي رحمه الله لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لاربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فبأى طريق أخذ المسلم أخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان

لعدم تحقق البيع وكذا المدبر وأم الولد (فان كان عليه دين لا يجوز) أى البيع بطريق الربا (أما عند أبي حنيفة) فله عدم ملكه لما في يده عبده المأذون المدون فهو اجنبي عنه فيتحقق الربا بينهما (وعندهما) ان لم يزل ملكه عما في يده لكن (تعلق بما) في يده (حق الغرماء فصار) المولى (كالاجنبي) عنه (فيتحقق الربا) بينهما (كما يتحقق بينه وبين مكاتبه) وفي المبسوط ذكر أنه لا يتحقق الربا بينهما مطلقا ولكن على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كالأخذ لاجهة البيع سواء كان اشترى منه درهما بدرهمين أو لاجل خلاف المكاتب لانه صار كالخريد وتصرفه في كسبه فيجربى الربا بينهما (قوله ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي) ومالك وأحمد وعلى هذا الخلاف الربا بين المسلم الاصلى والمسلم الذى أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها فلو باع مسلم دخل اليهم مستأمنادرهما بدرهمين حل وكذا اذا باع منهم مائة أو خنزيرا أو قامرهم وأخذ المال يحل كل ذلك عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف ومن ذكرنا (لهم) اطلاق النصوص فانهم لم يقيدوا بالمنع بمكان دون مكان والقياس على المستأمن منهم في دارنا فان الربا يجربى بين المسلم وبينه فكذا الداخل من اهلهم بأمان ولا بى حنيفة ومحمد ما روى أنه صلى الله عليه وسلم (قال لاربا بين المسلم والحربي في دار الحرب) وهذا الحديث غريب ونقل ما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ذلك قال الشافعي قال أبو يوسف انما قال أبو حنيفة هذا لان بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لاربا بين أهل الحرب أظنه قال وأهل الاسلام قال الشافعي وهذا الحديث ليس بثابت ولا حجة فيه أسنده عنه البيهقي قال في المبسوط هذا مرسل ومكحول ثقة والمرسل من مثله مقبول ولان أبابكر قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى الم غلبت الروم الآية قالت له قريش ترون أن الروم تغلب قال نعم فقال هل لك أن تخاطرنا فخاطرهم فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم وهو القمار بعينه بين أبي ففعل وغلبت الروم فأسأفا أخذ أبو بكر خطره فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم وهو القمار بعينه بين أبي بكر ومشركى مكة وكانت مكة دار شرك (ولان مالهم مباح) واطلاق النصوص في مال محظور وانما يحرم على المسلم اذا كان بطريق الغدر (فاذا لم يأخذ غدر فبأى طريق يأخذه حل) بعد كونه برضا (بخلاف المستأمن منهم) عندنا (لان ماله صار محظورا بالامان) فاذا أخذه بغير الطريق المشروعة يكون غدرا وبخلاف الزنا ان قيس عليه الر بالان البضع لا يستباح بالاباحة بل بالطريق الخاص أما المال فيباح بطيب النفس به وابطاحته وهذا لا يفيد لعارضة اطلاق النصوص الا بعد ثبوت حجة حديث مكحول وقد يقال لو سلم بحجته فالزيادة بخبر الواحد لا تجوز واثبات قيد زائد على المطلق من نحو

(قوله صار كالاجنبي فيتحقق الربا) أقول أى شبهته اذ الشبهة كافية في الحرمات قال المصنف (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لاربا بين

المسلم والحربي في دار الحرب) أقول قال ابن العز قال في المغنى هذا خبر مجهول لم يروى في صحيح ولا مسند ولا كتاب موثوق به وهو مع ذلك مرسل محتمل ويحتمل ان المراد بقوله لاربا النهى عن الربا كقوله تعالى فلا ترفث ولا فسوق ولا جدال في الحج انتهى وعلى تقدير صحته لا يصلح مقيدا للمطلقات مثل لانا كل الربا اذا ليزاد بخبر الواحد على الكتاب قيسل المراد من النصوص الر باقى مال محظور ومال أهل الحرب غير محظور الا لعارض من الغدر فليتامل

﴿ باب الحقوق ﴾

قبل كان من حق مسائل هذا الباب ان تذكري في الفصل المتصل بأول كتاب البيع الا ان المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير المرتب بما هو من مسائله وهناك هكذا وقع وكذا ههنا ولان الحقوق نوابغ فليقذ كرها بعد ذك مسائل المتبوع قال (ومن اشترى منزلا فوفقه منزل) ذكر ثلاثة أسماء المنزل والبيت والدار فسر له ليسين ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج الى تصريح ما يدل على المرافق لدخولها وعدمه قال الدار اسم لما ادبر عليه الحدود والبيت اسم لما يات فيه والمنزل بين البيت والدار لانه يتأني فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدواب واذا عرف هذا فن اشترى منزلا فوفقه منزل الاعلى في العقد الا ان يشتر به ويصرح بذكراحدى هذه العبارات الثلاث بان يقول بكل حق هو له أو بعراقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه (ومن اشترى بيتا فوفقه بيت) وذكر احدى العبارات الثلاث (لم يدخل الاعلى ومن اشترى دارا مجردا) ولم يذكرا شيئا من ذلك

(دخل فيه العلو والكنيف) وهذا لان الدار لما كان

اسما لما ادبر عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وانما هو من نوابغ الاصل واجزائه دخل فيه والبيت اسم لما يات فيه والعلو مثله فلا يدخل فيه الا بالتخصيص بذكركه

والا كان الشيء تابعاً له بالمشاكل وهو لا يجوز ولا يشك بالمستعير فان له أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب فان له أن يكاتب لان المراد بالتعبية ههنا أن يكون اللفظ الموضوع لشيء يتبعه ماهومته له في الدخول تحت الدلالة لانه ليس بلفظ عام يتناول الافراد

﴿ باب الحقوق ﴾

(ومن اشترى منزلا فوفقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشتره بكل حق هو له أو بعراقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه ومن اشترى بيتا فوفقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى دارا مجردا فوفقه العلو والكنيف) جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما ادبر عليه الحدود والعلو من نوابغ الاصل وأجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يات فيه والعلو مثله والشيء لا يكون تبعاً له فلا يدخل فيه الا بالتخصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأني فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذا لا يكون فيه منزل الدواب فله شبه بالدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر النوابغ ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه

لأن كلوا الر باونحوه هو الزيادة فلا يجوز زودفع بالقطع بأن المطلقات مراد بمجملها المال المحظور بحق لمالكه ومال الحربى ليس محظور الا لتوقى العذر وهذا التقرير فى التحقيق يقتضى أنه لو لم يرد خبر مكحول أجازة النظر المذكور أعنى كون ماله مباحا للعارض لزوم العذر الا انه لا يخفى أنه انما يقتضى حل مباشرة العقد اذا كانت الزيادة يتأهلها المسلم والر بأعم من ذلك اذ يشمل ما اذا كان الدرهمان من جهة المسلم ومن جهة الكافر وجواب المسئلة بالحل عام فى الوجهين وكذا القمار قد يفضى الى أن يكون مال الخطر للكافر بأن يكون الغلب له فالظاهر أن الاباحة تفيد نيل المسلم الزيادة وقد التزم الاصحاب فى الدرس أن مرادهم من حل الر باو القمار ما اذا حصلت الزيادة للمسلم نظر الى العلة وان كان اطلاق الجواب خلافه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ باب الحقوق ﴾

محل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار (قوله ومن اشترى منزلا فوفقه منزل) حاصل ما ههنا أن

اذ فرض المسئلة فى معلوم ولا من لوازمه وليس فى الاعارة والكتابة ذلك فان لفظ المعبر ترك لم يتناول عاربه المستعير أصلا لاتباعه ولا أصالة وانما ملك الاعارة لانها تملك المنافع ومن ملك شيئا جاز أن يملكه لغيره وانما لا يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل حذرا من وقوع التغير به والمكاتب لما اختص بمكاتبه كان أحق بتصرف ما يوصله الى مقصوده وفى كتابه عبده تسبب الى ما يوصله الى ذلك فكانت جائزة وأما المنزل فلما كان شبيها بكل منهما أخذ حظا من الجانبين فله شبه بالدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر النوابغ ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه

﴿ باب الحقوق ﴾

(قوله فسر) أقول أى فسر كل واحد (قوله بكل حق هو له) أقول الباء للصاحبة (قوله لان المراد بالتعبية ههنا) أقول لتعليل لقوله ولا يشك الخ والحق ان يعم لدخول المتل اذا ذكر ما يدل على نوابغ الشيء بحسب النوابغ (قوله لانه ليس بلفظ عام الخ) أقول لتعليل لعدم جواز التعبية بالمعنى المذكور (قوله ولا من لوازمه) أقول أى من لوازم المعنى الموضوع له (قوله يدخل العلو فيه تبعاً) أقول فيه بحث فانه يدخل فى اللفظ الدال على النوابغ أصلا لان فى المنزل تبعاً

وفيه نظر لان الخلو وعدمه لم يكن له مدخل في الدليل ويقال معناه أن البيت في عرفنا لا يخلو عن علو وانه يدخل في عرفنا فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول متر وكما بالعرف وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف وهو المستراح لانه من توابعه ولا تدخل الظلة وهو الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر على دار أخرى أو على الاسطوانات في السكة ومفتحه في الدار كذافي الجامع الصغير لفاضيخان وفي المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي فوق الباب الابذ كرماد كرمنا وهو قوله بكل حق هو له عند أبي حنيفة لانه متى على هواء الطريق فأخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير كرمشي مماذ كرمنا يعني من العبارات المذكورة لانه من توابعه فشا به الكنيف وقوله ان كان مفتحه في الدار يضعف قول فاضيخان في تعريف الظلة لانه جعل المفتح في الدار قال (ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق) الا أن يذ كر احدى العبارات الثلاث (وكذلك الشرب والمسيل)

وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا تدخل الظلة الا بذ كرمنا عند أبي حنيفة ترجمه الله لانه مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير كرمشي مماذ كرمنا لانه من توابعه فشا به الكنيف قال ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق الا أن يشتريه بكل حق هو له أو يرافقه أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل) لانه خارج الحدود والانه من التوابع فيدخل بذ كر التوابع

الاسماء ثلاثة البيت والمنزل والدار فالبيت أصغرهما وهو اسم لمسقف واحد جعل لبيات فيه فتم من يقتصر على هذا ومنهم من يزيد دهيلا والجواب فيه ان علوه لا يدخل في بيعه يعني اذا باع البيت لا يدخل العلو وان قال بكل حق هو له أو بكل قليل وكثير ما لم يذ كر اسم العلو صرح بالان العلو مثله فانه مسقف بيات فيه والشئ لا يستتبع مثله بل ما هو أذى منه وأورد المستعبره ان يعبر ما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب يكتب عبده فأجيب بأن ذلك ليس بطريق الاستتباع بل للمالك المستعبر المنفعة بغير بدل كان له أن يملك مأملا كذا والمكاتب بعقد الكتابة لما صار أحق بمكاسبه كان له ذلك لان كتابته عبده من أكسبه والمنزل فوق البيت دون الدار وهو اسم لمكان يشتمل على بيتين أو ثلاثة ينزل فيه البلا ونهار اوله مطبخ وموضع قضاء الحاجة فيتأني فيه السكنى بالعيال مع ضرب قصور اذ ليس له سخن غير مسقف ولا اصطبل الدواب فلكون البيت دونه صالح أن يستتبعه فليس به بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذ كر التوابع غير متوقف على التنصيص عليه باسمه الخاص وهو أن يشتريه بكل قليل وكثير هو له أو منه أو بكل حق له أو يرافقه ولشبهه بالبيت لا يدخل بلاذ كر زيادة والدار اسم لاساحة أدير عليها الحدود وتشتمل على بيوت واصطبل وصحن غير مسقف وعلو فيجمع فيها بين الصحن للاسترواح ومنافع الابنية للاسكان ولا فرق بين كون الابنية بالتراب والماء أو بالخيام والقباب والعلو من توابع الاصل وأجزائه فيدخل فيه بلاذ كر زيادة على شراء الدار وكذا يدخل الكنيف الشارع والكنيف هو المستراح أما الظلة وهو الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار والاخر على دار أخرى أو على اسطوانات في السكة ومفتحتها في الدار المبيعة فعند أبي حنيفة لا يدخل في بيع الدار ما لم يقل ماذ كرمنا من قوله بكل حق هو لها أو يرافقه أو بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها (لانه) أي الظلة يتأويل الساباط (مبنى على هواء الطريق فأخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل) بلا ذ كر زيادة ولان مفتحه اذا كان في الدار كانت تبعها الدار كالكنيف الشارع قالوا هذا في عرفهم أي عرف أهل الكوفة (أما في عرفنا يدخل العلو) من غير ذ كر في الصور كلها سواء كان المبيع بيتا فوقه علواً أو منزلا كذلك لان كل مسكن يسمى خانه في بلاد العجم وله علو سواء كان صغيرا كالبيت أو غيره الا دار السلطان تسمى سراى (قوله) ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا فيها (أو مسكنا) فيها (لم يكن له الطريق) في هذه الدار الى ذلك المشتري (الا أن يشتريه) بكل حق أو يرافقه أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذ كرها) وفي المحيط المراد الطريق الخاص في ملك انسان فاما طريقها الى سكة غير نافذة والى طريق عام فيدخل وكذا ما كان له من حق تسهيل الماء والقاء الثلج في ملك انسان خاصة وقال فخر الاسلام اذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها في دار أخرى لا يدخل من غير ذ كر الحقوق لانه ليس من هذه الدار فلا يدخل الابذ كر الحقوق الا أن تعليه بقوله لانه ليس من هذه الدار يقتضى ان الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب فالحق

لانه خارج الحدود ولكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظر الى الاول ودخل بذ كر التوابع أي بقوله كل حق نظر الى الثاني ان

(قوله الابذ كرمنا وهو قوله بكل حق الخ) اقول الاستثناء ناظر الى قوله ولا تدخل الظلة وقوله وهو راجع الى ما في قوله ماذ كرمنا

(بمخلاف الاجارة) فان الطريق تدخل استجار الدور والمسيل والشرب في استجار الاراضي وان لم يذ كر الحقوق والمرافق لان الاجارة
 تنسقد لتمليك المنافع ولهذا لا تصح فيما لا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهر الصغير وبالانتفاع بالدار بدون الطريق
 وبالارض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق اذا المستأجر لا يشتري (٣٠٣) الطريق عاده ولا يستأجره فلا بد من

الدخول تحصيلاً للفائدة
 المطلوبة منه وأما البيع
 فتمليك العين بالمنفعة
 ولهذا يجوز بيع مالا
 ينتفع به في الحال كالارض
 السبخة والمهر والانتفاع
 بالمبيع ممكن بدونه لان
 المشتري يشتري الطريق
 والشرب والمسيل عادة
 ووحيد الضمير لكل واحد
 أو بتأويل المذكور وقد
 يستأجرها أيضاً وقد تكون
 مقصودة التجارة فيبعه
 من غيره فحصلت الفائدة
 المطلوبة

بمخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع فلا يتحقق الا به اذا المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره
 فيدخل تحصيلاً للفائدة المطلوبة منه أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد
 يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة والله تعالى أعلم

أن كلامهما لا يدخل لانه وان كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار انما اشترى شيئاً معيناً منها فلا
 يدخل ملك البائع أو ملك الاجنبي الا بذكره ثم قال فان قال البائع ليس للدار المبيعة طريق في دار أخرى
 فالمشتري لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له ان يرد بها بالعيب وكذا لو كانت جذوع دار أخرى على الدار
 المبيعة فان كانت للدائع يؤمر برفعها وان كانت لغيره كانت بمنزلة العيب وكذا لو ظهر في الدار المبيعة
 طريق لدار أخرى أو مسيل ماء فان كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له في الدار المبيعة وقوله (بمخلاف
 الاجارة) متصل به وله لم يكن له الطريق يعني في الاجارة يدخل الطريق والشرب والمسيل لان المقصود
 منها الانتفاع والانتفاع بغير دخول هذه الاشياء والبيع ليس كذلك فان المقصود منه في الاصل ملك
 الرقبة لا الانتفاع بعينها عينابل اما كذلك أو لي تجر فيها أو يأخذ من قضاها فلم تتعين فائدة للبيع فلا يلزم
 ولهذا جاز بيع الخش كل ولدوان لم ينتفع به في الحال وكذا الارض السبخة ولا تصح اجارة ذلك وفي الكافي
 ولهذا لو استأجر علواً واستثنى الطريق فسدت الاجارة بمخلاف ما لو اشترى علواً واستثنى الطريق يصح
 ولو استثنى العلو ثم أجزى البيع صح لان القضاء بالاستحقاق لا يوجب انفساخ البيوع الماضية في
 ظاهر الرواية ولا شيء لصاحب ساحة العلو من الثمن لانه بمقابلته المبيع والمبيع البناء لا الساحة لان حقه
 في الهواء فان قيل ما ذكرتم بشكل بالقسمه في دارين رجلين وفيها صفة فيها بيت وبابه في الصفة ومسيل
 ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقسمها فأصاب الصفة أحدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا
 طريقاً ولا مسيلاً وصاحب البيت لا يستطيع ان يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ولا يقدر ان يسيل
 ماءه في ذلك فالقسمه فاسدة فعلى قياس ما ذكرتم في الاجارة ينبغي ان يدخل الطريق والمسيل وان
 لم يذ كر الحقوق تجر بالجواز القسمه كما أدخلتموها تجر بالجواز الاجارة أوجب بأن الفرق بينهما لان
 موضع الشرب ليس مما تناولته الاجارة وانما يتوسل به الى الانتفاع والاجر انما يستوجب الاجرة
 اذا تمكن المستأجر من الانتفاع فني ادخال الشرب بغير المنفعة عليهم ما هذا بالاجرة وهذا بالانتفاع
 أما هنا فوضع الطريق والمسيل داخل في القسمه لانهما كانا داخلين في الملك المشترك فوجب القسمه
 اختصاص كل منهما بما هو نصيبه فلا أئبنا للاحدهما حاق في نصيب الآخر تضرره بالآخر ولا يجوز
 الاضرار دون رضاه وانما دليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق واعلم أنه اذا ذ كر الحقوق في البيع
 وهو بحيث يمكنه احداث طريق فيما اشتراه وتسيل ماءه فيه لم يلزمه ذلك الطريق والمسيل وفي القسمه
 اذا ذ كر الحقوق وأمكنه الطريق والتسيل فيما أصابه ليس له ذلك بل يتطرق ويسيل فيما أصابه فطوب
 بالفرق والفرق أن البيع ایجاد الملك من العدم لقصد الانتفاع به وان لم يلزم فيه ذلك فاشترطه يتم
 مطلقاً والمقصود بالقسمه تمييز الملك الثابت لهما لكل منهما ينتفع به على الخصوص بحيث لا يشركه
 فيه أحد ان لم يرد ذلك لخصوص لم يكن حاجة الى القسمه وانما يتم هذا اذا لم يدخل الطريق والمسيل
 فلا يدخلان الا برضا صريح ولا يكفي فيه ذ كر الحقوق والمرافق

(قوله وأما البيع فتمليك
 العين الخ) أقول
 مقتضى كلام المصنف ان
 كليهما يعقد الانتفاع
 لكن الانتفاع في الاجارة
 لا يمكن بدونه بمخلاف
 البيع فشرحه لا يطابق
 ظاهر المشروح وأيضاً
 ان أراد بقوله بالمنفعة انه
 ليس لتمليكها فقط فممنوع
 ولا يفيد وان أراد انه ليس
 لتمليكها أصلاً فسلم بل
 هو لتمليك العين والمنفعة
 أيضاً والانتفاع بالمهر
 والارض السبخة ممكن
 على ما ذكروه ويدفع
 بان أراد بالمنفعة في الحال

فليتأمل فان البيع من غيره ليس منفعه في الحال (قوله بالمنفعة) أقول يعني في الحال (قوله ووحيد الضمير الخ) أقول أي ووحيد الضمير في
 قوله يشتريه أو في قوله بدونه ونحن نقول فيه بحث فان توحيد الضمير لا يكونه لاطريق يشهد بذلك قوله لا يشتري الطريق وحكم الشرب
 والمسيل يعلم بالمقايسة كما لا يخفى

﴿ باب الاستحقاق ﴾

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للنسابة التي بينهما لفظا ومعنى قال (ومن اشترى جارية فولدت عنده لابنة فاستحقها رجل بينة فانه يأخذها وولدها وان اشترى بها رجل لم يتبعها وولدها ووجه الفرق ما ذكره ان البينة حجة مطلقة في حق الناس كافة ولهذا اذا أقامها ولم يجز البيع يرجع المشتري بالثمن على البائع وترد جميع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بهاملكه من الاصل والولد كان متصلا بها ويتفرع عنها وهي مملوكة فيكون له وأما الاقرار فحجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير يثبت الملك في الخبر به ضرورة صحة الاخبار لان الاقرار اخبار والاخبار لا بد له من خبر به والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تدفع باثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق (٣٠٤)

﴿ باب الاستحقاق ﴾

(ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بينة فانه يأخذها وولدها وان اشترى بها رجل لم يتبعها ولدها) ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبنية فيظهر بهاملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له أما الاقرار فحجة قاصرة يثبت الملك في الخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعاً وقيل بشرط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بازوائد قال محمد رحمه الله لا تدخل الزوائد في الحكم فكذلك الولد اذا كان في بدغيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعاً

﴿ باب الاستحقاق ﴾

حق هذا الباب أن يذكر بعد تمام أبواب البيع لانه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهراً ولكن لما تناسب الحقوق لفظاً ومعنى ذكر عقيبه (قوله ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل) فان كان (بينية) استحق ولدها معها ورثها ان كان (وان) كان (ب) مجرد (اقرار) المشتري (لهما) لا يستحق الولد بذلك (ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة) اي باثباته في حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضى عليه (فانها كاسمها مبنية) لما كان ثابتاً في نفس الامر قبل الشهادة به لان الشهود لا يمكنون من اثبات ملك في الحال لم يكن ثابتاً في الاصل ولا القاضي وانما تظهر البينة ما كان ثابتاً قبله قبلية لا تقف عند حد معين ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض فيما اذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق بقضاء بالبينة فانه ثبت انه قضاء على الكل ولا تسمع دعوى أحدهم انه مملوكه لان الكل صاروا مقضياً عليهم بالقضاء على المشتري الاخير كما لو ادعت في يد الاخير ان امره الاصل حيث يرجعون فالولد كان متصلاً بها في الزمان الذي ينسب عليه اظهار البينة الملك فيكون له (أما الاقرار فحجة قاصرة) على المقر حتى لا يتهدى الى غيره لانه لا ولاية على غيره ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالاقرار وانما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل باثباته في الحال والولد في الحال منفصل عنها والاقرار انما هو بها فقط فلا يتعدى اليه وهذا التوجيه يقتضى انه لو ادعاه المقر له لا يكون له وذكرا التمر تاشي انه انما لم يكن للمقر له اذا لم يدعه فلو ادعاه كان له لان الظاهر انه له واذا قلنا ان الولد للمستحق بالبينة فقطى القاضي بالام هل يدخل في القضاء فيصير هو ايضاً مقضياً به قيل نعم تبعاً كما أن ثبوت استحقاقه تبعاً (وقيل) لا بل (بشروط القضاء بالولد ايضاً) لانه اصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله فلا بد من الحكم به وهو الاصح من المذهب قال المصنف (واليه تشير المسائل) التي ذكرها محمد رحمه الله

بعض فلا يكون الولد له يعني اذا لم يدع المقر له الولد ما اذا ادعى الولد كان له لان الظاهر انه له كذا في النهاية نقلاً عن التمر تاشي ثم اذا قضى بالام للمستحق بالبينة هل يدخل الولد في القضاء بالام تبعاً أم لا قيل يدخل لتبعيته لها وقيل بشرط القضاء بالولد على حدة لانه يوم القضاء منفصل عن الام فكان مستتباً فلا بد من الحكم به قيل وهو الاصح لان المسائل تشير الى ذلك قال محمد رحمه الله اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوائد ثم تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا الولد اذا كان في يد رجل غائب فالتقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد

﴿ باب الاستحقاق ﴾

قال المصنف (وقيل يشترط القضاء بالولد) أقول في النهاية ومعراج الدراية ثم القضاء باستحقاق البيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي جرى

بينه وبين البائع ولكن يوجب وقفه على اجازة المستحق انتهى وفي غاية البيان خلاف ذلك وفي الفتاوى للتمر تاشي ظاهر فان الرواية انه لا يفسخ وقال ابن الهمام وفي الذخيرة ما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق ان استحقاق المبيع يوجب توقف العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى واعلم ان المنقول في ان البيع متى يفسخ أقوال قيل اذا قبض المستحق وقيل بنفس القضاء والصحيح انه لا يفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح انتمى كلام ابن الهمام (قوله وهي مملوكة فيكون له) أقول الواو في قوله وهي حاله (قوله والاخبار لا بدله) أقول أي لصدقه (قوله من مخبر به) أقول يعني محقق (قوله أما اذا ادعى الولد كان له لان الظاهر انه له) أقول لكن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق

قال (ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبده فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شي وان كان البائع لا يدري

فان محمدا قال اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعلم الزوائد لا تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا اذا كانت الزوائد في يد غائب لم تدخل بحيث لم يدخل القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر وهو امر جائز عرف انه يشترى القضاء بالولد بخصوصه ثم ذكر في النهاية ان القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي بينه وبين البائع ولكن يوجب توقيفه على اجازة المستحق وتبعه الجماعة فاعترضه شارح بأن غاية ما في الباب أن يكون بيع فضولي يعني بائع المشتري الذي قضى عليه بالاستحقاق وفيه اذا وجد عدم الرضا بنفسه العسقد واثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا يعني الموقوف المفسوخ لا يلحقه الاجازة واستوضح بما في الفتاوى الصغرى اشترى شيئا ثم استحق من يده ثم وصل الى المشتري يوما لا يومئ بالتسليم الى البائع لانه وان جعل مقر بالملك للبائع لم يكن مقتضى الشراء وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الاقرار ثم قال لا جرم لو اشترى عبدا قد اقرضه انه ملك البائع ثم استحق من يد المشتري ورجع بالثمن على البائع ثم وصل اليه يوما يومئ بالتسليم الى البائع لأن اقراره بالملك لم يبطل ونقله عن شرح قسمة خواهر زاده انتهى وما ذكره صاحب النهاية هو المتصور وقوله اثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا ان اراد دليل عدم الرضا بالمبيع فليس بلازم لا يجوز ان يكون دليل عدم الرضا بان يذهب من يده محبانا وذلك لانه لو لم يدع الاستحقاق ويثبتته استمر في يد المشتري من غير ان يحصل له عينه ولا بدله فائبا به ليحصل أحدهما اما العين أو البديل بأن يجيز ذلك البيع ويصل الثمن اليه فظهر أن اثبات الاستحقاق ليس ملازوما لعدم الرضا بالمبيع بل المحقق أنه ملازم لعدم الرضا بذهابه وذهاب بدل عينه وأما ما استوضح به من الفتاوى الصغرى فليس مقيدا له لأن المذكور فيها استحق من يده ثم وصل اليه ومعنى هذا أنه أخذ عينه من يد المشتري ثم وصل اليه ولا شك أنه اذا اتصل باثبات الاستحقاق أخذ المستحق للعبد بعينه فلا بد أن يرجع المشتري بالثمن ممن هو في يده فقد ظهر منه عدم الرضا بالمبيع والام بأخذوا اجازة فاین هذا من مجرد اثبات الاستحقاق والقضاء به حتى ظهر ملكه فيه والله سبحانه هو الفتح الجواد لا اله غيره ولا مرجع الاخيره وفي الذخيرة مما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق أن استحقاق المبيع يوجب توقف استحقاق العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى واعلم أن المنقول في أن البيع متى ينفسخ أقوال قبل اذا قبض المستحق وقيل بنفس القضاء والصحيح أنه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن حتى لو اجاز المستحق بعد ما قضى له أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه بصح وقال شمس الأئمة الحلواني الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسحا للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء وفي الزيادات روى عن أبي حنيفة أنه لا ينتقص ما لم يأخذ العين بحكم القضاء وفي ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم ينفسخ وهو الاصح انتهى ومعنى هذا أن بتراضيا على الفسخ لانه ذكر فيها أيضا اذا استحق المشتري فأراد المشتري نقض البيع من غير قضاء ولا رضا البائع ليس له ذلك لأن احتمال اقامة البيعة على النتائج من البائع أو على تملك الملك من المستحق ثابت الا اذا قضى القاضي فيلزم العجز فينفسخ انتهى يعني يلزم العجز عن اثبات ذلك والمراد أن يفسخ المستحق فانه هو المالك نعم لاشك في أنه لو فرض اتفاق عدم رجوع المشتري بعد ان قضى للمستحق وأخذ المبيع واستمر غير محجز أنه ينفسخ فان سكوته بعد الاخذ عن الاجازة قدر ما يتمكن فيه من الاجازة ولم يجز دليل ظاهر في عدم رضاه بالبيع (قوله ومن اشترى عبدا) أي اشترى انسانا (قال له اشترني فاني عبدا فاذا هو حر) أي فظهر أنه حر بينة أقامها (فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة) أي يدري مكانه (لا يرجع على العبد بشيء) من الثمن الذي قبضه بائعه للتمسك من الرجوع على القابض (واذا كان البائع لا يدري

قال (ومن اشترى عبدا فاذا هو حر الخ) رجل قال لا اشترني فاني عبدا فاشتره فاذا هو حر فلا يخلو إما أن يكون البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة واما أن يكون غائبا غيبة منقطعة لا يدري

(أين هو) فإن كان الأول فليس له على العبد شيء وإن كان الثاني رجع المشتري على العبد والعبد على البائع وإن لم يقل إنني عبد ليس على العبد شيء في قولهم وإن قال ارتبني فإني عبد فوجوده حرام لم يرجع المُرْتَبِيُّ عَلَى الْعَبْدِ بِحَالِ أَيِّ سِوَاءِ كَانَ الرَّاهِنُ حَاضِرًا أَوْ غَائِبًا بِيَسْمَاءِ غَيْبَةٍ كَانَتْ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْعَبْدِ فِي الْبَيْعِ وَالرَّهْنِ لِأَنَّ الرَّجُوعَ فِي هَذَا الْعَقْدِ مَا أَنْ يَكُونَ بِالْمَعَاوِضَةِ أَوْ بِالْكَفَالَةِ وَلَيْسَ شَيْءٌ مِنْهُمَا بِمَوْجُودٍ وَإِنَّمَا الْمَوْجُودُ الْإِخْبَارُ كَذَا بِإِفْصَارِ كَذَا إِذَا قَالَ الْإِجْنَبِيُّ ذَلِكَ أَوْ قَالَ ارْتَبَنِي فَأَنِّي عَبْدُكَ وَهِيَ الْمَسْئَلَةُ الثَّانِيَّةُ وَلَهُمَا ان الْمَشْتَرِي اعْتَمَدَ فِي شِرَائِهِ عَلَى أَمْرِهِ بِقَوْلِهِ اشْتَرَيْتَنِي وَأَقْرَارِهِ بِالْعِبُودِيَّةِ بِقَوْلِهِ فَأَنِّي عَبْدُكَ إِذَا قَوْلُهُ فِي الْحَرِيَّةِ أَقْرَبَ بِالْعِبُودِيَّةِ غَلَبَ ظَنُّ الْمَشْتَرِي بِذَلِكَ وَالْمُعْتَمِدُ عَلَى الشَّيْءِ بِأَمْرِ الْغَيْرِ (٣٠٦) وَأَقْرَارِهِ مَغْرُورًا مِنْ جِهَتِهِ وَالْمَغْرُورُ فِي الْمَعَاوِضَاتِ الَّتِي تَقْتَضِي سَلَامَةَ الْعَوْضِ

يجعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الامكان كما في المولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدي وقد اذنت له في التجارة فبايعوه فبايعوه وطلقته ديون ثم ظهر انه حرام فاتهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر قيمته بحكم الغرور وهو اذا غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد بظهور حريمته أهل الضمان فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للضرر ولا تعذر الافيمالا يعرف مكانه (قوله والبيع عقد معاوضة) انما صرح به مع كونه معلوما من قوله ان المشتري شرع في الشراء فلهما سببا للجواب عن الرهن واهتماما ببيان اختصاص موجبية الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا ان الرجل اناسأل غيره عن امن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكها فانما فيه لصوص

أين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وإن ارتبني عبدا مقررا بالعبودية فوجوده حرام يرجع عليه على كل حال) وعن أبي يوسف رجه الله أنه لا يرجع فيه - ما لان الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كاذبا قال الاجنبي ذلك أو قال العبد ارتبني فأني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على أمره واقراراه في عبد إذا القول له في الحرية فيجعل العبد بالأمر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الافيمالا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فأمكن ان يجعل الأمر به ضامنا للاسلامة كما هو موجوده بخلاف الرهن لأنه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الأمر به ضامنا للاسلامة

أين هو رجع المشتري على العبد) بما دفع الى البائع من الثمن (ورجع) العبد (على بائعه) بما رجع المشتري به عليه ان قدر وانما يرجع العبد على البائع مع أنه لم يأمره بالضمان عنه لأنه أدى دينه وهو مضطر في أدائه بخلاف من أدى عن آخرينا أو حقا عليه بغير أمره فليس مضطرا فيه فإنه لا يرجع به والتقييد بالقيدين لأنه لو قال أنا عبد وقت البيع ولم يأمره بشرائته أو قال اشتريني ولم يقل فأني عبد لا يرجع عليه بشيء (ولو ارتبني عبدا مقررا بالرق فظهر حراما) وقد كان قال ارتبني فأني عبد الراهن (لم يرجع عليه) أي على العبد (على كل حال) أي سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا يعرف مكانه أولا يعرف وهذا ظاهر الرواية (عنه) وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيهما) أي في البيع والرهن (لأن الرجوع بالمعاوضة) وهي المبيعة هنا (أو بالكفالة) وليس واحدا منهما ثابتا (بل) الثابت (ليس الا) مجزأ (الاخبار كاذبا فصار كاذبا قال اجنبي) لشخص (ذلك) وكقول العبد (ارتبني فأني عبد وهي المسئلة المذكورة فاني انا وله) ما أن المشتري شرع في الشراء معتمدا على أمره واقراراه فكان مغرورا من جهته والتغريز في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض تجعل سببا للضمان دفعا للضرر بقدر الامكان فكان يتقرر به (ضامنا) يدرك (الثن) له عند تعذر رجوعه على البائع ولا تعذر الافيمالا يعرف مكانه كالمولى اذا قال لاهل السوق (بايعوا عبدي فاني قد اذنت له) ففعلوا (ثم ظهر استحقاق العبد) فانهم (يرجعون على المولى بقيمة العبد) ويجعل المولى بذلك ضامنا لذلك ما ذاب عليه دفعا للغرور وعن الناس (بخلاف الرهن فإنه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه) فلو هلك يقع استيفاء الدين ولو كان معاوضة كان استبدالها بالمسلم فيه قبل قبضه وهو حرام واذ لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الأمر به ضامنا لانه ليس تغريزا في عقد معاوضة

سلبوا أموالهم لضمن الخبير شيئا ما انه غرور فيما ليس بمعاوضة وكذلك لو قال كل هذا الطعام فإنه غير مسموم فأكل ولهذا فبات فظهر بخلافه لكونه تغريزا في غير المعاوضة واذ اعرف هذا ظاهرا للفرق بين البيع والرهن فإنه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه ولهذا جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه واذ هلك يقع فيه الاستيفاء ولو كان معاوضة لكان استبدالها بأمر السلم أو بالمسلم فيه وهو حرام واذ لم يكن معاوضة لم يجعل الأمر به ضامنا للاسلامة

قال المصنف (وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيهما) أقول قوله فيهما أي البيع والرهن ولا يخفى عليك ما في قوله أو قال ارتبني من جعل الشيء مقبلا عليه لنفسه فليأمل فإنه يجوز ان يقال تغريزا بالكلام ما في الرهن في الجاع واماني البيع فلا أن الرجوع الخ وتروك التفصيل للاعتماد على الفهم (قال المصنف بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه الخ) أقول فيه بحث فأن شئت فراجع آخر كتاب الحجر

وبخلاف الاجنبي فإنه لا يعتبر بقوله فلا يتحقق الغرور ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو ان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى والعبد بعد ما قال اشترى فاني عبد ما ان ادعى الحرية أولاً والاول تناقض والثاني ينتفي به شرط الحرية والجواب أن قول محمد فاذا العبد حر يحتمل حرية الاصل والحرية بعناق عارض فان اراد الاول فله وجهان أحدهما ما قاله عامة المشايخ ان الدعوى ليست بشرط فيما عنده لتضمنه تحريم فرج الام لان الشهود في شهادتهم محتاجون الى تعيين الام وفي ذلك تحريمها وتحريم اخواتها وبناتها فإنه اذا كان حر الاصل كان فرج الام على مولاه حراما وحرمة الفرع من حقوق الله تعالى والدعوى ليست بشرط كما في عتق الامة واذا لم تكن الدعوى شرطاً لم يكن التناقض مانعاً (٣٠٧) والثاني ما قاله بعض المشايخ ان

الدعوى وان كانت شرطاً في حرية الاصل أيضاً عنده لكن يعذر في التناقض لخفاء حال العلق وكل ما كان مبني على الخفاء فالتناقض فيه معفو كما نذكر وان اراد الثاني فله الوجه الثاني وهو ان يقال التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لبنيته على الخفاء اذا المولى يستند به فربما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع فانها تقبل منها لان الزوج يتفرد بالطلاق فرجاً لم تكن عامة عند الخلع ثم علمت وانما قبل الثلاث لانه فيما دونه أمكن أن يقيم الزوج بيته انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي أنبته المرأة بينتها قبل يوم أو يومين وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك وكذا المكاتب يقيمها على الاعتراف قبل

وبخلاف الاجنبي لانه لا يعاب بقوله فلا يتحقق الغرور وتظير مسئلة تقول المولى بايعوا عبدى هذا فاني قد أدت له ثم ظهر الاستحقاق فانهم يرجعون عليه بقيمة ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل اذا كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلق وان كان الوضع في الاعتراف فالتناقض لا يمنع الاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتراف قبل الكتابة

ولهذا قالوا لو قال رجل لآخر وقد سأله عن أمن هذا الطريق فقال اسلكه فإنه آمن فسلكه فتهب ماله لم يضمن وكذا لو قال كل هذا الطعام فإنه ليس بسموم فأكله فمات لا قصاص عليه غير أنه استحق عند الله عند الابطاق (وبخلاف الاجنبي لانه لا يعاب بقوله) فالرجل هو الذي اغترق المصنف (ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول أبي حنيفة لأن الدعوى) أى دعوى الحرية تناقض تصريحه برقه فأجيب من جهة الدعوى لا تصح من هذا العبد للتناقض فان دعوى الحرية تناقض تصريحه برقه فأجيب من جهة بعض المشايخ أن هذه الدعوى ان كانت بجزء الاصل (فالدعوى ليست بشرط عنده) كقولها ما في دعوى الحرية مطلقاً (لتضمنه تحريم فرج أمه) على السيد وتحريم اخواتها وبناتها وحرمة الفرع حقه تعالى والدعوى ليست شرطاً في حق الله تعالى كما في عتق الامة حتى إن الشهود يحتاجون في شهادتهم الى تعيين الام والحرمة لا تحتاج في القضاء الى الدعوى واذا لم تنجح الى الدعوى لا يضر التناقض فيها (وقيل هو) أى الدعوى (شرط مطلقاً في حرية الاصل ودعوى الاعتراف في الكافي والصحيح أنه دعوى العبد شرط عند أبي حنيفة في حرية الاصل والعتق العارض (لكن التناقض) في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى بها أما في حرية الاصل (فخفاء) حال (العلق) فإنه يسبي مع أمه أو بدونها ولا يعلم بحريتها ورقها حال العلق به فيفسر بالرق ثم تظهر له حرية أمه فيدعى الحرية وفي الاعتراف العارض فلان المولى يتفرد به ولا يعلم العبد فيقر بالرق ثم يعلمه فيدعيه والتناقض في دعوى ما فيه خفاء يعذره فيه (وصار كالمختلعة تقيم البينة على تطلق) الزوج ابانها (ثلاثاً قبل اختلافها) تقبل (وكذا المكاتب يقيمها على الاعتراف قبل الكتابة) تقبل مع أن انفاهما على سؤال الخلع والكتابة اقرار بقيام العصمة والرق ولم يضرهما التناقض للخفاء فترجع المرأة والمكاتب يبدل الخلع ومال الكتابة وذلك كرهنا مسألة الجامع الكبير وهي أصل في الاستحقاق وهي رجل اشترى من آخر فوقفه فقيصا وخاطه ثم جاء مستحق فقال هذا القميص لي وثبته بالبينة فالمشترى لا يرجع بالثمن على البائع لأن الاستحقاق ما ورد

الكتابة ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد اقامة البينة على ما ادعيه

(قوله لتضمنه تحريم الى قوله الى تعيين الام) أقول أنت خبير بأن التضمن المذكور حاصل بدون التعيين أيضاً كما في تحريم فرج الاخوات والبنات ولعل التعرض للاحتياج الى التعيين ليكون التضمن فيه أظهر (قوله والدعوى ليست بشرط) أقول أى في حرمة الفرع (قوله لم يكن التناقض مانعاً) أقول اذا ادعى الحرية ولا ينتفي شرط الحرية اذا لم تدع قال المصنف (وقيل هو شرط) أقول تذكري الضمير الراجع الى الدعوى لكونها في تأويل ان يدعى وهذا ما ترد في المصادر المؤثمة أو في تأويل الادعاء أو باعتبار الخبر (قوله قبل يوم أو يومين) أقول من وقت الخلع (قوله وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك) أقول اذ فرض المسئلة فيما اذا لم يمكن انقضاء العدة والتحليل بعد الطلاق الذي أقامت البينة عليه

قال (ومن ادعى حقاني دار) من ادعى حقاً مجهولاً في دار
 من ادعى حقاً مجهولاً في دار بيد رجل فصالحه الذي
 في يده على مائة درهم فاستحق المداير الاذراعاً منها
 لم يرجع بشئ لان للبدعي أن يقول دعواي في هذا
 الباقي وان ادعى كلفا فصالحه على مائة فاستحق منها بشئ
 يرجع بحسابه اذا التوفيق غير ممكن والمائة كانت بدلا
 عن كل الدار ولم تسلم فتقسم المائة لان البدل يقسم
 على أجزاء البدل (ودلت المسئلة على ان الصلح عن
 المجهول على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط
 لاتنقض الى المنازعة) قالوا ودلت أيضا على ان صحة
 الدعوى ليست بشرط صحة الصلح لان دعوى الحق في الدار لا تصح للجهالة
 ولهذا لا تقبل البيئته على ذلك الا اذا ادعى اقرار
 المدعي عليه بذلك فيثبت تصح وتقبل البيئته

قال المصنف (ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز) أقول وسببها أيضا في مسائل شتى من كتاب أدب القاضي

قال (ومن ادعى حقاني دار) معناه حقاً مجهولاً (فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحق الدار الاذراعاً منها لم يرجع بشئ) لان للبدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي قال (وان ادعاها كلفا فصالحه على مائة درهم فاستحق منها بشئ) يرجع بحسابه لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع بيده عند فوات سلامة البدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لاتنقض الى المنازعة والله تعالى اعلم بالصواب

على ملك البائع لانه لو كان مديك في الاصل انقطع بالقطع والخطا بة كمن غصب ثوبا فاقطعه وخطاه ينتقل ملك المغصوب منه الثوب الى الضامن فالاصل ان الاستحقاق اذا ورد على ملك البائع الكاش من الاصل يرجع عليه وان ورد على ملك المشتري بعد ما صار الى حال لو كان غصبا لم يكتبه لا يرجع على البائع لانه متيقن الكذب ولهذا الواشراهما منذ شهرين فأقام رجل بيئته انما منذ شهر يقضى به الله ولا يرجع على بائعه وعرف ان المعنى ان يستحقه باسم التبيص ولو كان أقام البيئته انه كان له قبل هذه الصفة يرجع المشتري بالثمن وعلى هذا الجواب اذا اشترى حنطة وطحنها ثم استحق الدقيق ولو قال كانت قبل الطحن لي يرجع وكذا اذا اشترى لحما فشواه ولو اشترى شاة فذبحها وولحها فأقام البيئته رجل آخر أن الرأس والاطراف والدم والجلد له فقضى به ارجع المشتري على البائع لأن هذا استحقاق عين الشاة (قوله حقاني دار) أي مجهولاً فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحققت (الدار الاذراعاً لم يرجع) على الذي صالحه (بشئ) لتسكنه من أن يقول مرادى من الحق الذي ادعيته أو الحق الذي ادعيه هذا الباقي (ولو) كان ادعاها كلفا فصالحه فاستحق منها بشئ يرجع بحسابه لأن التوفيق هنا غير ممكن فوجب الرجوع بيده عند فوات سلامته ودلت المسئلة على (أمر من أحدهما) أن الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الابرأء عن المجهول جائز عندنا (لان الجهالة فيما يسقط لاتنقض الى المنازعة) والاخر أن صحة الدعوى ليست شرطا في صحة الصلح لأن دعوى الحق غير صحيحة للجهالة المدعى به ولذا لو أقام به بيئته لاتقبل أما اذا ادعى اقرار المدعي عليه بالحق قبلت البيئته (فروع) اشترى شيئا ثم قال هو ملك فلان وصدقه أو ادعاه فلان وصدقه هو أو أنكركل ففصل ليس له في شئ من ذلك الرجوع على البائع بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب فخلف فنسك بلزم الموكل لان التسكول من المضطر كالبيئته وهو مضطر في التسكول اذ لم يعلم عيبه ولا سلامته ولو أقام المشتري بيئته على أنه ملك فلان لا يقبل تناقضه فان اقدمه على الشراء اقرار منه بملك البائع فاذا ادعاه لغيره تناقض بخلاف ما لو برهن على اقرار البائع أنه ملك فلان يقبل لعدم تناقضه وبخلاف ما لو برهن على أنها حرة الاصل وهي تدعى ذلك أو أنهم املك فلان وهو أعتقها أو دبرها أو استولدها قبل شرائها حيث يقبل ويرجع بالثمن على البائع لأن التناقض في دعوى الحرية وفر وعها لا يمنع صحة الدعوى ببيع عقارات برهن أن ما باعه وقف لا يقبل لان مجرد الوقف لا يزيل الملك بخلاف الاعتراف ولو برهن أنه وقف محكوم بلزومه يقبل ولو برهنت أمة في يد المشتري الاخير أنها معتقة فلان أو مدبرته أو أم ولده يرجع الكل الامن كان قبل فلان * اشترى شيئا ولم يقبضه حتى ادعى آخر أنه له لا تسلم دعواه حتى يحضر المشتري والبائع لان الملك للمشتري والبيد للبائع والمدعي يدعيه ما بشرط القضاء عليهم ما حضورهما ولو قضى له به بحضورهما ثم برهن البائع أو المشتري على أن المستحق باعها من البائع ثم هو باعها من المشتري قبل ولزم البيع لانه يقرر القضاء الاول ولا ينتقض ولو فسح القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه بأخذها وتبقي له ولا يعود البيع المنتقض ولو قضى للمستحق بعد اثباته بالمستحق ثم برهن البائع على بيع المستحق منه بعد الفسخ تبقى الامة للبائع عند أبي حنيفة وليس له أن يلزمها المشتري لانه في القضاء بالفسخ باطنا وظاهرا عنده ولو استحققت من يد مشتري برهن الذي قبله على بيع المستحق من بائعه بائعه قبل لانه خصم

فصل في بيع الفضولي

مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق ظاهرة لان بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق لان المستحق انما يستحق ويقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باعك فانا باعك بغير اذني فهو عين بيع الفضولي والفضل يضم الفاء لا غير والفضل الزيادة وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه وقيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ قال (ومن باع ملك غيره بغير امره فالملك بالخيار الخ) ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالملك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وهو مذهب مالك واحمد في رواية وقال الشافعي في الحديث وهو رواية عن احمد لم ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدت وما لم يصدر عن ولاية شرعية لا ينعقد لان الانعقاد لا يكون الا بالولاية الشرعية

فصل في بيع الفضولي قال (ومن باع ملك غيره بغير امره فالملك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ) وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدت ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية

ولو برهن البائع الاول ان المستحق امره ببيعها وهلك الثمن في يده يقبل ولو استملكه او رده لا يقبل ولو اقر عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك اقام المستحق البينة واثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له ان يرجع على بائعه لان القضاء وقع بالبينة لا بالقرار لانه محتاج الى ان يثبت به يمكنه الرجوع على بائعه هكذا ذكر شهيد الدين في باب دعوى الدين بسبب وبغير سبب من فتاواه وذكر في باب ما يكون اقرارا من المدعي عليه من فتاواه المدعي لو اقام بينة على دعواه ثم اقر المدعي عليه بالملك له فالقاضي يقضى بالقرار لا بالبينة لان البينة انما تقبل على المنكر لا المقر وذكر في آخر كتاب الدعوى ادعى عيناتي يد رجل وانكر المدعي عليه فاقام بينة على ما ادعاه فقبل ان يقضى القاضي للمدعي بينته اقر المدعي عليه بالعين للمدعي يقضى بالبينة او بالقرار اختلف فيه المشايخ بعضهم قالوا بالقرار وبعضهم قالوا بالبينة لان المدعي حين اقام البينة كان المدعي عليه منكرا واستحق المدعي القضاء بالبينة فلا يبطل هذا الاستحقاق باقراره قال والاول اظهر واقرب الى الصواب وهو يناقض ما ذكره في باب دعوى الدين الا ان تخصص تلك بعارض الحاجة الى الرجوع وقصد القاضي الى القضاء باحدى الحجتين بعينها فيحصل انه اذا ثبت الحق بالبينة والقرار ينبغى على ما جعله الاظهر ان يقضى بالقرار وان سبقته اقامة البينة غير ان القاضي يتمكن من اعتباره قضاء بالبينة فعند تحقق حاجة الخصم الى ذلك ينبغى ان يعتبر قضاء به ليندفع الضرر عنه بالرجوع ولو قضى بالاستحقاق فطلب المشتري الثمن من البائع فرده اليه ثم ظهر فساد القضاء فليس للمشتري ان يسترد المستحق من البائع لثبوت التقابل ولو لم يترادوا ولكن القاضي قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ ولو احب البائع ان يأمن فائمه الرد بالاستحقاق فابراه المشتري من ضمان الاستحقاق فائمه لا يرجع بالثمن ان ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل مقاله لان البراء لا يصح تعليقه بالشرط قالوا والحيلة فيه ان يقر المشتري ان بائعي قبل ان يبيعه منى اشتراه منى فاذا اقر على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لانه لو رجع على بائعه فهو ايضا يرجع عليه باقراره انه باعه منه والله اعلم

فصل في بيع الفضولي مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة لان دعوى الاستحقاق تتضمن دعوى الفضولي على احسن الوجوه لانه يتضمن اذاعوا ان بائعك باع ملكي بغير امرى لخصبه او فضوله واحسن الخارج المتممة فيه فضوله والفضل جمع فضل غلب في الاشتغال بما لا يعنيه وما لا ولاية له فيه فقول بعض الجهلة لمن باع بالمعروف انت فضولي يخشى عليه الكفر (قوله ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالملك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ) وهو قول مالك واحمد (وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدت ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية) وصار كبيع الابن والطير في الهواء في عدم القدرة على التسليم وطلاق الصبي العاقل في عدم الولاية وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك فلنا المراد البيع الذي تجرى فيه المطالبة من الطرفين وهو النافذ والمراد ان يبيعه ثم يشتريه فيسلبه بحكم ذلك العقد وذلك غير ممكن لان الحادث ثبت مقصورا على الحال وحكم ذلك السبب ليس هذا بل ان يثبت بالاجارة من حين ذلك العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة وسبب ذلك النهي يفيد هذا وهو قول حكيم يارسول الله ان الرجل ياتيني فيطلب مني سلعة ليست عندى فابيعها منه ثم ادخل السوق فاشترى بها فاسلمها فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك وقال الكرخي حدثنا ابراهيم بن موسى الجوزي

فصل في بيع الفضولي (قوله لان بيع الفضولي صورة الخ) اقول لان الاستحقاق قد يكون بالهبة (قوله لان المستحق انما يستحق الخ) اقول كلمة انما لانها قوله صورة من صور

الاستحقاق (قوله لانها بالملك او باذن المالك) اقول ونحن نمنع انحصار طريق ثبوت الولاية الشرعية في ذينك

ولنا انه تصرف تملك وقد صدر من أهله ووقع في محله فوجب القول بان عقاده أما انه تصرف تملك من قبيل اضافة العلم الى الخاص كعلم الفقه فلا نزاع في ذلك وانما قال تصرف تملك ولم يقل تملك لان التملك من غير المالك لا يتصور فان قيل تصرف التملك شرع لاجل التملك فان المراد بالاسباب (٣٠) الشرعية أحكامها فاذا لم يفد للتصرف التملك كان لغوا فالجواب ان الحكم ثبت بقدر دليله

وهذا التصرف لما كان موقوفا لما نذكر أفراد حكم موقوفا كما ان السبب البات أفراد حكمها بانها أوان السبب انما يكون لغوا اذا خلا عن الحكم فاما اذا تأخر فلا كما في البيع بشرط الخيار وأما صدور من الأهل فلا ن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ وأما المحل فان محل البيع هو المال المتقوم وبتعدام المالك للعاقدي المحل لا تنعدم المالية والتقوم ألا ترى انه اذا باعه باذن المالك جاز والاذن لا يجعل غير المحل محلا وأما وجوب القول بان عقاده فلا ن الحكم عند تحقق المقتضى لا يمنع الامناع والمانع منتفان لان المانع هو الضرر ولا ضرر في ذلك لاحد من المالك والعاقدين أما المالك فلا نة مخير بين الاجازة والفسخ وله فيه منفعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وأما الفضولي فلا ن فيه صون كلامه عن الالغاء وأما المشتري فظاهر فثبت القدرة الشرعية تحصيلها لهذه المنافع فان قيل القدرة بالمالك أو بالاذن ولم يوجد

ولنا انه تصرف تملك وقد صدر من أهله في محله فوجب القول بان عقاده ان لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيلها لهذه الوجوه

قال حدثنا الحسن بن القزاز قال حدثنا سفيان عن شيبان بن غرقدة سمعه من قومه عن عروة البارقي وحدثنا ابراهيم قال حدثنا ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شيبان بن غرقدة حدثنا الحنظلي عن عروة البارقي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشتري به أخصية فاشترى شاتين فباع احدهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى ثراين لم يربح فيه وروى أنه صلى الله عليه وسلم دفع دينارا الى حكيم بن حزام ليشتري به أخصية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبر بذلك فقال صلى الله عليه وسلم بارك الله لك في صفقتك فأما الشاة فضعفها وأما الدينار فتصدق به وقولك لان عقاد الا بالقدرة الشرعية ان أردت لان عقاد على وجه النفاذ سلمنا ولا يضر وان أردت لان عقاد على وجه التوقف الى أن يرى المالك مصلحة في الاجازة فيجيز فعله أو عدمها فيبطله ممنوع ولا دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر ولا مانع شرعي فيدخل ثبوته في العمومات أما تحقق ما ذكرنا فان المالك يكفي مؤنة طلب المشتري ووقو الثمن وقراره ونفاق سلعته وراحته ومنها ووصوله الى البديل المطلوب له المحبوب والمشتري ووصوله الى حاجة نفسه ودفعها بالمبيع وارتفاع ألم فقدها اذا كان مهماله والعاقد بصون كلامه عن الالغاء والاهداء بل وحصول الثواب له اذا نوى الخير لله تعالى من الاعانة على حصول الفرق لآخيه المسلم ولما كان هذا التصرف خيرا لكل من جماعة عباده الله من غير ضرر ركان الاذن في هذا العقد بائنا لالة اذ كل عاقل يأذن في التصرف النافع له بلا ضرر يشينه أصلا وبالعمومات فوجب اعتباره وصار كالوصية من المديون المستغرقين وبأكثر من الثلث اذا كان المعقود عليه باقيا حيث يتوقف على اجازة المستحق بالاجماع فهذا أصل لقياس صحيح لا يقال فاذا ثبت الاذن دلالة ينبغي أن ينفذ العقد لانا نقول الثابت دلالة مالا ضرر فيه وذلك هو الالغاء موقوفا على رأى المالك فثبت بهذا القدر فأما نفاذه بلارأيه ففيه اضراره اذ قد لا يريد بيعه فيثبت بخلاف بيع الطير في الهواء والسماك في الماء لا يجوز لعدم المحل فان الطير ليس بمحل ولا قبله وما ليس بمحل لا يكون محلا للبيع وبيع الا بق يتعقد فاسدا وهو عندنا مفيد للمالك اذا اتصل به القبض وعدم توقف الصبي ولو بع مال الحق الشرع فله أن يره كالمجنون فيما نحن فيه وان كان عاقلا اذ صح تو كيه بذلك عن غيره وطلاق المرأة ضرر ظاهر فان عقد النكاح شرع لتراحم والتعاون وانتظام المصالح فلذا لم يتوقف ذلك منه لاعلى اجازة وليه ولا على اجازته بعد البلوغ بخلاف مالواشترى أوزوج أمته فان هذه التصرفات تتوقف على اجازة وليه أو اجازته بعد البلوغ فان قيل يجب أن يبلغ لعدم المقصود منه وهو المالك قلنا لا يلزم من عدم ترتيبه في الحال عدمه مطلقا بل هو مرجوف لا يلزم عدمه وكون متعلق العقد مرجوا كاف في صحة التصرف وعن هذا صح تعليق الطلاق والعناق بالشرط والافلا ووقوع في الحال ولا يقطع بوقوعه فكان ينبغي أن يبلغى لكن لما كان بحيث يرجي صح وانه قد سبب في الحال مضافا وعند الشرط كقولنا هذا وقول المصنف (تصرف تملك)

(قوله لان التملك من غير المالك لا يتصور) أقول فيه منع فان وصى اليتيم مثلا ليس بمالك لال اليتيم وملكه بالبيع بالاتفاق وأيضا اذا كان من اضافته من قبيل اضافة العلم الى الفقه يكون قولنا تصرف تملك في معنى تملك اذ معناه حينئذ تصرف هو تملك (قوله فلا ن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ) أقول الاولى هو القصر على العقل على ما سيجي في المأذون ويشمل بيع الصبي العاقل الفضولي

وكانت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والتمن بموكله للمالك امانة في يده الفضولي وان كان الثاني فيحتاج الى قيام خمسة اشياء ما ذكرنا من (٣١٢) الامور الاربعة وقيام ذلك العرض ايضا والاجازة اللاحقة اجازة تقيد بان

واذا اجاز المالك كان التمن بموكله امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة والفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان التمن دينافان كان عرضا معينانما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض التمن بموكله كالفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجهه والشراء لا يتوقف على الاجازة ولو هلك المالك لا ينفذ باجازه الوارث في الفصلين لانه يتوقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازه غيره

بالاجازة ولا تلزم الاحياء والمالك لان الاجازة تكون منه لا من وارثه (واذا اجاز المالك صار) المبيع ملكا للمشتري (والتمن بموكله امانة في يده) أي في يده الفضولي فلو هلك لا يضمه (كلو وكيل فان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة) من حيث انه باصارت تصرفه نافذا وان لم يكن من كل وجه فان المشتري من المشتري اذا اجاز المالك لا ينفذ بطل بخلاف الوكيل وهذا بسبب أن الملك البات اذا طرأ على الموقوف وهو ملك المشتري من الفضولي بطل الموقوف ولهذا الوتر وجتامة وطهمامولاها بغير اذنه فبات قبل الاجازة توقف النكاح الى اجازة الوارث لانه لم يطرأ ملك البات للوارث في البضع لبيطل وهذا يوجب تقييد الوارث بكونه من الولاد بخلاف نحو ابن العم (وللفضولي) أي في البيع (أن يفسخ قبل اجازة المالك) حتى لو اجاز لا ينفذ زال العقد الموقوف وانما كان له ذلك (ليدفع الحقوق عن نفسه) فانه بعد الاجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد اليه فيطلب التسليم ويخاصم في العيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه (بخلاف الفضولي في النكاح) ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل (لانه معبر محض) أي كناقيل عبارة فبالاجازة تنتقل العبارة الى المالك فتصير الحقوق منوطه به لا بالفضولي فلا يلزمه بالاجازة ضرر تعلق الحقوق وقد ثبت للمالك والولى حق أن يجيز وكذا بالفعل كان زوج امرأه رضاهما من غائب فقبل أن يجيز زوجته أختها توقف العقد الثاني أيضا بخلاف مالو وكه بعد عقده فصولا لأن زوجته امرأه فزوجه أختها فان العقد الاول يبطل لطرء البات على الموقوف (هذا) الذي ذكرناه فيما (اذا كان التمن دينافان كان عينا) بأن باع الفضولي ملكا غيره بعرض معين بيع مقايضة اشترط قيام الاربعة المذكورة وخامس وهو ذلك التمن العرض واذا اجاز مالك المبيع والتمن عرض فالفضولي يكون يبيع مال الغير مشتري بالعرض من وجهه والشراء لا يتوقف اذا وحده نقذا فينفذ على الفضولي فيصير مالكا للعرض والذي تقيده الاجازة انه اجاز للفضولي أن يتقدم على ما اشتراه من ذلك العرض من ماله كأنه قال اشتره هذا العرض لنفسك وانقدته من مالي هذا قرضا عليك فان كان مثليا فعليه من ماله وان كان قيما كتوب أو جارية فقيمه فيصير مستقرضا للجارية أو الثوب والقرض وان لم يجز في القيمات لكن ذلك اذا كان قصدا وهناتما ثبت ضمنا مقتضى صحة الشراء فيراعى فيه شرائط صحة المقتضى وهو الشراء لا غير كالتكفيل بالمسلم فيه اذا أداه من مال نفسه يصير مقرضا حتى يرجع بقيمته ان كان ثوبا بالثوب ممثلي في باب السلم فكذا فيما جعل تبغاله فكذا هناتما لصحة لشراء العبد الا بقرض الجارية والشراء مشروع فاني ضمنه يكون مشروعا هذا وانما ينفذ الشراء على المشتري اذا لم يفسخه الى آخره ووجد الشراء النفاذ عليه ولم يسبق بتوكيل للمشتري من آخر فاما ان كان كذلك فالشراء يتوقف وفي الو كالة ينفذ على الموكل فانه ذكر في شرح الطحاوى ولو اشترى رجل رجلا شيئا بغير امره كان ما اشتراه لنفسه اجاز الذي اشتراه له ولم يجز اما اذا اضافه الى آخر بان قال البائع بع عبدك من فلان بكذا فقال بعث وقبل المشتري هذا البيع لفلان فانه يتوقف وقوله (ولو هلك المالك لا ينفذ باجازه الوارث)

ينفذ البائع ما باع تمنا لما ملكه بالعقد لا اجازة عقد لان العقد لازم على الفضولي والعرض التمن بموكله له وعليه مثل المبيع ان كان مثليا وقيمه ان كان قيميا لان التمن اذا كان عرضا صار البائع من وجهه مشتريا والشراء اذا وجد نقدا على العاقد لا يتوقف على الاجازة وكان للمالك الفسخ فكذا لكل من الفضولي والمشتري لان حقوق العقد ترجع الى الفضولي فله أن يتحرز عن التزام العهدة بخلاف الفضولي في النكاح فان فسخته قبل الاجازة باطل لان الحقوق لا ترجع اليه وهو فيه معبر فاذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي ولو فسخت المرأة نكاحها قبل الاجازة انفسخ ولو هلك المالك لا ينفذ باجازه الوارث في الفصلين أي فيما اذا كان التمن دينافا أو عرضا لانه يتوقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز لاجازة غيره واستشكل بما اذا تزوجت امرأة لرجل فدو طهمامولاها بغير اذنه فبات المولى قبل الاجازة وورثها لانه فان النكاح توقف على اجازة الابن فان اجاز صح والافلا فهذه فضولية وتوقف عملها على اجازة الوارث

اجازة الوارث اجيب بان عدم التوقف لطر بان الحل البات على الحل الموقوف لانه يبطل وهناتما يطرأ قدمنا للوارث حل بات لكونه موطوءة الاب فيتوقف دفعا للضرر عن الوارث اذ هو قائم مقام المورث حتى لو لم تكن موطوءة الاب بطل نكاحها

(ولو أجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع) من حيث الوجود والعدم (جاز البيع في قول أبي يوسف وألا وهو قول محمد لان الأصل بقاؤه ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة وهو قيام المبيع فلا يثبت مع الشك فان قيل الشك هو ما استوى طرفاه وهما طرف البقاء راجح اذا الأصل البقاء ما لم يتيقن (٣١٣) بالزبل وهما لم يتيقن أوجب بأن

الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة ونحن ههنا نحتاج الى ثبوت المالك في العقود عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح فيه حجة قال (ومن غصب عبد اقباعه وأعتقه المشتري) قيل جرت هذه الحادثة في هذه المسئلة بين أبي يوسف ومحمد رجهما الله حين عرض عليه هذا الكتاب قال أبو يوسف ما رويت لك عن أبي حنيفة ان العتق جائز وانما رويت ان العتق باطل وقال محمد بل رويت ان العتق جائز وصورتها ما ذكره في الكتاب (ومن غصب عبد اقباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع والعتق جاز استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز لانه لا يعتق بدون الملك لقوله عليه الصلاة والسلام لا يعتق فيما لا يملك ابن آدم) ولما ثبت في ههنا لان (الموقوف لا يفيد الملك في الحال وما يثبت في الآخرة فهو مستند وهو ثابت من وجهه دون وجه وذلك غير صحيح للاعتاق اذ المصحح له هو الملك الكامل) المدلول عليه

ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف رحمه الله وألا وهو قول محمد رحمه الله لان الأصل بقاؤه ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك قال (ومن غصب عبد اقباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع فاعتق جائز) استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رجهما الله لا يجوز لانه لا يعتق بدون الملك قال عليه الصلاة والسلام لا يعتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجهه دون وجهه والمصحح للاعتاق الملك الكامل للماد ويناؤها

قدمنا الكلام فيه وهو بخلاف القسمة عند أبي حنيفة وأبي يوسف فان القسمة الموقوفة على اجازة الغائب الكبير جازت باجازه ورثته بعدم موته استحسانا لانه لا فائدة في نقض القسمة ثم الاعادة وقول محمد القسمة مبادلة كالمبيع فلا يجوز باجازه ورثته هو القياس والاستحسان مقدم ولو هلك المبيع قبل الاجازة قبل التسليم فلا ضمان على أحد وان هلك بعده فللمالك ان يضمن أيهما شاء البائع أو المشتري وأيها اختار برئ الآخر من الضمان لتضمن التضمنين عليك فاذا ملكه من أحدهما لا يتصور تملكه من الآخر فان اختار تضمين المشتري بطل البيع الموقوف لان أخذ القيمة كأخذ العين ويرجع المشتري بالثمن على الفضولي لاجماعتين وان اختار تضمين البائع نظر ان كان قبض البائع مضمونا عليه بنفذه بعه لان سبب ملكه وهو غصبه تقدم عقده وان كان قبض أمانة وانما صار مضمونا عليه بالتسليم لان نفذه بعه بالضمان لان سبب ملكه تأخر عن عقده وذكر محمد في ظاهر الرواية انه يجوز البيع بتضمن البائع وهو محمول على انه سله أو لاحق صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كالمغصوب هذا اذا باعه بثن دين فان كان بعين مما يتعين بالتعيين فهلك في يد البائع بطل البيع فلا تلحقه اجازة ويرد المبيع على صاحبه ويضمن البائع للمشتري مثل العرض أو قيمته ان كان قيميا لانه قبضه بعقد فاسد (ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف وألا وهو قول محمد) رجهما الله (لان الأصل بقاؤه) ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك (قوله) ومن غصب عبد اقباعه فأعتقه المشتري ثم أجاز مولى العبد البيع فاعتق جائز) كذا ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكر خلافا لكنهم اختلفوا مع زفر في بطلان العتق وهذه من المسائل التي جرت الحادثة بين أبي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال أبو يوسف ما رويت لك عن أبي حنيفة ان العتق جائز وانما رويت ان العتق باطل وقال محمد بل رويت ان العتق جائز واثبات مذهب أبي حنيفة في صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الأصل الفرع صريحا وأقل ما هنا ان يكون في المسئلة روايتان عن أبي حنيفة قال الحاكم الشهيد قال أبو سليمان هذه رواية محمد عن أبي يوسف ونحن سمعنا من أبي يوسف انه لا يجوز عتقه وسيجي ان شاء الله تعالى قالوا وقول محمد قاسم وقول أبي حنيفة استحسان وجهه قول محمد (أنه لا يعتق بلا ملك لقوله صلى الله عليه وسلم لا يعتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك) وقت العتق (ولو ثبت في الآخرة) أي عند الاجازة (ثبت مستندا وهو ثابت) وقت العتق (من وجهه دون وجهه والمصحح للاعتاق الملك الكامل للماد ويناؤها) من هذا الحديث وقد سلف تخريجه (ولهذا) أي لاجل ان الشرط

(٤٠ - فتح القدير خامس) باطلاق ما رويتنا ولا يشكل بالمكاتب فان اعتاقه جائز وليس الملك فيه كاملا لان محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه واستوضح المصنف رحمه الله بفروع تؤنس ذلك وهو قوله (ولهذا قال المصنف (وهو قول محمد لان الأصل بقاؤه) أقول اذا الظاهر بقاؤه وجد (قوله لان محل العتق هو الرقبة الخ) أقول لتعليل لقوله ولا يشكل الخ (قوله) ولهذا

لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان (وهو راجع الى قوله لانه لا يعتق بدون الملك وقوله (ولأن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع) وهو راجع الى قوله والموقوف لا يقصد الملك وقوله (وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب) يعني أن المشتري من الغاصب اذا باع من الغير ثم أجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذا اذا اعتق ينبغي أن يكون كذلك مع أن البيع أسرع نفاذا من العتق ألا ترى ان الغاصب اذا باع ثم ضمن نفذ بيعه ولو أعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه واذا لم ينفذ ما هو أسرع نفوذا فلأن لا ينفذ غيره أولى (قوله وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان ولهما ان الملك) فيه (ثبت موقوفا) والاعتاق يجوز أن يثبت موقوفا (٣١٤) على الملك الموقوف وينفذ بنفاذه أمانه ثبت فساو جواز مقتضى وهو

التصرف المطلق الموضوع لافادة الملك ولا تفتاء المانع وهو الضرر وأمانه موقوف لما تقدم وأمان الاعتاق يجوز أن يتوقف على ذلك فيما القياس على اعتاق المشتري من الراهن يجماع كونه اعتاقا في بيع موقوف وبالقياس على اعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالدين فإنه يصح وينفذ اذا قضى الدين بعد ذلك يجماع كونه اعتاقا موقوفا في ملك موقوف وهذا بعد من الاول ذكره المصنف رحمه الله لا يستظهر به واحترز بقوله المطلق عن البيع بشرط الخيار وقوله موضوع لافادة الملك عن الغصب فإنه ليس بموضوع لافادة الملك وعلى هذا يخرج جواب محمد عن المسائل المذكورة فان اعتاق الغاصب انما ينفذ بعد ضمان القيمة لان الغصب غير موضوع لافادة

لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولأن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أنه أسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا أدى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما هو متوقف الاعتاق من تبا عليه وينفذ بنفاذه فصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالدين يصح وينفذ اذا قضى الدين بعد ذلك

الملك الكامل (لا يصح ان يعتقه الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا المشتري) شرط (الخيار للبائع ثم يجيز البائع) البيع (وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع ان البيع أسرع نفاذا) من العتق (حتى نفذ من الغاصب اذا أدى الضمان) بعد أن باع (وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان) ولا الطلاق في الشكاح الموقوف حتى اذا أجزى لا يقع على المرأة وكل من الطلاق والعتق في الحاجة الى الملك على السواء وكذا اذا جعل فضولي أمرا أمرا أو رجل بيدها فطلقت نفسها ثم أجاز الزوج لا تطلق بل يثبت النفويض فان طلقت نفسها الآن طلقت حينئذ والا (ولهما أن الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر) أول الباب (فيثبت الاعتاق موقوفا من تبا عليه ثم ينفذ بنفاذه) ومطلق بفتح اللام واحترز به عن البيع بشرط الخيار فخرج جواب قوله لا يصح عتق المشتري والخيار للبائع لان ذلك ليس بتصرف مطلق اذا الخيار يمنع ثبوته في حق الحكم لباتا ولا موقوفا وقد يقر بكسر اللام والفتح أصح وبموضوع لافادة الملك عن الغصب فخرج الجواب عن قوله لا ينفذ من الغاصب اذا أعتق ثم أدى الضمان على ان الغصب ليس سببا موضوعا لافادة الملك انما يثبت الملك ضرورة أداء الضمان فهو بعرضية ان يعتبر سببا لانه وضع سببا فيقتصر على ذلك ولذا لا يتعدى الى الزوائد المنفصلة بخلاف البيع اذا أجزى يثبت الملك في المتصلة والمنفصلة وأما بيع المشتري من الغاصب فأنما لا يصح منه لبطلان عقده بالاجازة فان يها يثبت الملك للمشتري باتا والملك البات اذا ورد على الموقوف أبطله وكذا لو وهبه مولا للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورته فهذا كله يبطل الملك الموقوف لانه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات والافتقار كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف (وصار كاعتاق المشتري من الراهن) فإنه يتوقف بالاتفاق على اجازة المرتهن أو فك الرهن والجماع انه اعتاق في بيع موقوف (وكاعتاق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين يصح ثم ينفذ اذا قضى الدين

الملك قال في النهاية وبهذا التعليل لا يتم ما ادعاه فانه رد عليه أن يقال لما كان غير موضوع لافادة الملك وجب (واما) أن لا ينفذ بعنه أيضا عند اجازة المالك كما لا ينفذ عتقه عند اجازة المالك لمان كلاً من جواز البيع وجواز العتق محتاج الى الملك والملك هنا بالاجازة ولكن وجه تمام التعليل فيما ذكره في المتوسط

لا يصح ان يعتق الخ) أقول وعندى معنى قوله ولهذا أى ولو يكون المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك المستند قال المصنف (ولهما ان الملك ثبت موقوفا الخ) أقول لعلمه ما يقولان في الجواب عن تعلقه بالحدث ان المراد بالعتق هو العتق الكامل النافذ وهو عند نفاذ العتق مالك له ملكا تاما وان عم العتق للنافذ وغيره يعم الملك ايضا بالفرق فليستأمل (قوله وهذا أبعد من الاول الخ) أقول لان في الاول البائع مالك لرقبة المبيع والوقف لحق المرتهن

وقال وهذا بخلاف الغاصب اذا عتق ثم ضمن القيمة لان المستدبه حكم المالك لاحقيقة المالك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم المالك يكتفي لنفوذ البيع دون العتق لحكم ملك المسكين في كسبه وههنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة المالك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة والمنفصلة ولو قدر في كلام المصنف مضاف أي غير موضوع لاقادة حقيقة المالك لتساوي الكلامان على انه ليس بواردان البيع لا يحتاج الى ملك بل يكتفي فيه حكم المالك والغصب يفيد (قوله بخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع) جواب عن المسئلة الثانية فان البيع بالخيار ليس عطلق فالسبب فيه غير تام فان قوله على اني بالخيار مقرون بالعقد نصوصا وقران الشرط بالعقد يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط فينقضه أصل العقد ولكن يكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله (قوله وبخلاف بيع المشتري من الغاصب) جواب عن الثالثة ووجهه ما قال لان الاجازة تثبت للبائع ملكا بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره بطله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد وفيه بحث من وجهين الاول ان الغاصب اذا باع ثم أدى الضمان يتقلب بيع الغاصب جائزا وان طرأ للمالك الذي ثبت للغاصب بأداء الضمان على ملك المشتري الذي اشترى منه وهو موقوف الثاني أن طرأ للمالك البات على الموقوف لو كان مبطله لكان مانعا عن الموقوف لان الدفع أسهل من الرفع لكنه ليس مانع بديل ان عقداً ببيع الفضولي فان ملك المالك بات فكان يجب أن يمنع بيع الفضولي وليس كذلك وأجيب عن الاول بأن ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى الى ابطال حق المشتري وعن الثاني بأن البيع الموقوف غير موجود في حق (٣١٥) المالك بل يوجد من الفضولي

والمنع انما يكون بعد الوجود أما المالك اذا أجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملكا بات فباطل الموقوف لما ذكرنا ان الملك البات والموقوف لا يجتمعان في محل واحد وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود رفع لامنع وفي الحقيقة هو مغالطة فان كلامنا في ان طرأ للمالك البات يبطل الموقوف وليس ملك المالك طارئا حتى يتوجه السؤال وقوله (أما اذا أدى الغاصب الضمان) جواب عن الرابعة وتقر به

بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لاقادة المالك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس عطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم أصلا وبخلاف بيع المشتري من الغاصب اذا باع لان الاجازة تثبت للبائع ملكا بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره بطله وأما اذا أدى الغاصب الضمان ينقذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رحمه الله وهو الاصح
 وأما عتق المشتري من الغاصب (اذا أدى الغاصب الضمان) فنقول (ينفذ) كذا ذكره هلال الرأي ابن يحيى البصري في وقفه وهو من أصحاب أبي يوسف ذكر فيمن غصب أرضا فباعها فوقفها المشتري ثم أدى الغاصب ضمانا حتى ملك قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى وأما عدم وقوع الطلاق في النكاح الموقوف وفي التفويض الموقوف فالاصل فيه ان كل تصرف جعل شرعا سببا للحكم اذا وجد من غير ولاية شرعية فلا يستعقب حكمه ويوقف ان كان مما يصح تعليقه جعل معلقا والا حجبنا الى ان نجعله سببا في الحال متأخر احكامه ان أمكن فالبيع ليس مما يعلق فيجعل سببا في الحال فاذا زال المانع من ثبوت الحكم بوجود الاجازة ظهر أثره من وقت وجوده ولذا ملك الزوائد وأما التفويض فيحتمل التعليق فيجعلنا الموجود من الفضولي معلقا بالاجازة فعند ثبوت التفويض للحال لا مستندا فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وأما النكاح فلا يتعلق ولا يمكن ان يعتبر في حال التوقف سببا للملك الطلاق بل الملك المتعة المستعقب له اذا ثبت وهذا لانه لا يثبت لاجل صحة الطلاق مقصودا لان شرعيته لصد ذلك من انتظام المصالح بينهما لا لوقوع الشتات بالفرقة فلا يثبت ذلك الابناء على ثبوت المقصود ولا

أما اذا أدى الغاصب الضمان فلان سلم ان اعتاق المشتري منه لا ينفذ بل ينفذ كذا ذكره هلال في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى قال المصنف وهو الاصح ولئن سلم فنقول هناك المشتري يملكه من جهة الغاصب وحقيقة المالك لا تستند للغاصب كما تقدم فكيف تستندان بملكه من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه وههنا انما يستند المالك له الى وقت العقد من جهة المميز والمميز كان مال كاله حقيقة فيمكن اثبات حقيقة المالك للمشتري من وقت العقد

(قوله ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة والمنفصلة) أقول الى هنا كلام صاحب النهاية (قوله بل يكتفي فيه حكم المالك والغصب يفيد) أقول يعني الغصب يفيد حكم المالك (قوله الاول ان الغاصب اذا باع ثم أدى الضمان الخ) أقول انما قال ثم أدى الضمان لانه لو ملك الغاصب المعصوب من جهة المالك يبيع أو هبة أو اوارث بعد ما باعه من غيره بطل ذلك البيع لان الملك البات طرأ على الملك الموقوف فأبطله كذا في فتاوى التمر تاشي في باب بيع عبد غيره (قوله والمنع انما يكون بعد الوجود) أقول فسر العلامة الكاكي قول صاحب النهاية بعد الوجود بقوله أي بعد وجود التعارض ومنه يتنبه لدفع نظر الشارح فتنبيه (قوله وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود رفع الخ) أقول وفيه بحث فان توجه السؤال من الظهور بحيث لا يمكن ان يخفى على أحد لاسمها اذا نظر الى قوله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد (قوله فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى) أقول الوقف تحرير الارض كما ان العتق تحرير العبد ولعل الاولوية من حيث ان لزوم الوقف يحتاج الى أمر غير لفظ وقت بخلاف الاعتاق

قال (فان قطعت يد العبد الخ) اذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب وأخذ المشتري ارشها ثم أجاز المالك البيع فالارش للمشتري لان الملك بالا جازة قد تم للمشتري من وقت الشراء لان سبب الملك هو العقد وكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك له لما منع وهو حق المغصوب منه فاذا ارتفع بالا جازة ثبت الملك من وقت السبب لكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء فبين ان القطع حصل على ملكه فيكون الارش له وعلى هذا كل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد وكسب فان لم يسلم المالك المبيع أخذ جميع ذلك معها لان ملكه بقي متقرا فيها والكسب والارش والولد لا يملك الا بملك الاصل واعترض بما اذا غصب عبدا فقطعت يده وضمنه الغاصب فانه لا يملك الارش وان ملك المضمون وبالفضولي اذا قال لامرأة أمرت بي بملك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فأجاز صح التفويض دون التطلق وان ثبتت المالكية (٣١٦) لها من حين التفويض حكما للاجازة وأجيب عن الاول بأن الملك في المغصوب

ثبت ضرورة على ما عرف وهي تندفع بثبوته من وقت الاداء فلا يملك الارش لعدم حصوله في ملكه وعن الثاني بأن الاصل ان كل تصرف توقف حكمه على شيء يجب أن يجعل معلقا بالشرط لاسباب من وقت وجوده لثلا يتخلف الحكم عن السبب الا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فانه يعتبر سببا من وقت وجوده متأخرا حكمه الى وقت الاجازة فعندهما ثبتت الملك من وقت العقد والتفويض مما يحتمله فيجعل الموجود من الفضولي معلقا بالا جازة فعندها يصير كأنه وجد الا ان فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وهذه أي كون الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجوز الاعتاق في الملك الموقوف لانه لو لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الارش عند الاجازة كما في الغصب

قال (فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم أجاز المولى البيع فالارش للمشتري) لان الملك قد تم له من وقت الشراء فبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعدله ان الملك من وجه يكتفي لاستحقاق الارش كما يكتب اذا قطعت يده وأخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى فكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر (ويتصدق بما زاد على نصف الثمن) لانه

وهو منتف هنا لو ثبت لكان ليس الا حصة وقوع الطلاق بخلاف ملك اليمين فانه يجوز أن ينعدم مقصودا لصحة الاعتاق والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم لا تعتق الحديث النافذ في الحال وغاية ما يفيد لزوم الملك للعتق وهو ثابت هنا فان لم يوقعه قبل الملك فحاصل الخلاف كما قال الامام القاضى يرجع الى أن بيع الفضولي لا ينقد في حق الحكم عند محمد وهو الملك لانعدام الولاية فكان الاعتاق لافي ملك فيطل كالمو باعه المشتري من الغاصب وعندهما بوجهه موقوف الاصل اتصال الحكم بالسبب والتأخير لرفع الضرر عن المالك والضرر في نفاذ الملك لافي توفقه وبعد المقدمة القائلة في كلام محمد ان المصحح للاعتاق الملك الكامل لم يصرح فيه برفع ويمكن ان يستخرج من الدليل المذكور منع أنه يحتاج الى ملك كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك (قوله فان قطعت يد العبد) أي عند المشتري من غاصبه وحاصل وجوه هذه المسئلة المذكورة ان من غصب عبدا بعاه فاما ان يعتقه المشتري من الغاصب ثم يجزى المالك بيع الغاصب وإما أن لا يكون أحد هذين ولكن قطعت يده ونحوه من الجراحات الموجبة للارش فأخذ ارشها ثم أجاز بيع الغاصب وهو الذي يلي هذا الفرع وإما أن لا يكون شيء من ذلك ولكن مات في يده أو قتل ثم أجاز نفسي أو بعة فروع تنفرع على اجازة بيع الغاصب أولهما اذا أجاز بيع الغاصب بعد عتق المشتري منه وهي التي فرغ منها والثاني ما اذا أجاز بيع الغاصب بعد ان جنى على العبد جنباية فأخذ ارشها فان الارش يستحقه المشتري من الغاصب لان قطع يده لا يمنع صحة الاجازة اذا لم يفت المعقود عليه بقطعها بخلاف موته فاذا لحقته الاجازة ظهر انه قطع في ملكه فيستحق ارش يدملذ كرفا من ان البيع موضوع سببا للملك بخلاف ما لو قطعت في يد الغاصب ثم أدى الضمان فلك العبد فانه لا يكون له الزوائد لان الغصب لم يوضع سببا للملك وانما ثبتت الملك مستندا لوقت الغصب بطريق الضرورة فيظهر في المتصل لا المنفصل ثم (يتصدق) هذا للمشتري (بما زاد) من ارش اليد (على نصف الثمن لانه) أي ما زاد على نصف الثمن

حيث لا يكون له ذلك عند اداء الضمان والعدراى الجواب له عن هذه الحجة ان الملك من وجه كاف لاستحقاق الارش كما كتب (لم) اذا قطعت يده وأخذ الارش ثم رد رقيقا فان الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البيع فان الارش للمشتري لثبوت الملك من وجه بخلاف الاعتاق يعني لا ينفذ اعتاق المشتري فيما اذا كان الخيار للبائع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بطلاق وقران الشرط به يمنع انعقاده كذا في النهاية وقيل بخلاف الاعتاق متعلق بقوله ان الملك من وجه يكتفي لاستحقاق الارش يعني ان اعتاق المشتري من الغاصب بعد الاجازة لا ينفذ عند محمد لان المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه وقوله (على ما مر) اشارة الى قوله والمصحح للاعتاق هو الملك الكامل وهذا أقرب ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه (قوله وقيل بخلاف الاعتاق) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وهذا أقرب) أقول أي معنى وان كان أبعد لفظا

لم يدخل في ضمانه لأن ارش البعد الواحدة في الحرف نصف الدية وفي البعد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح مالم يضمن أو فيه شبهة عدم الملك لأن الملك ثبت يوم قطع اليد مستندا إلى وقت البيع وهو ثابت من وجهه دون وجه فلا يطيب الربح الحاصل به وفي الكافي إن لم يكن المبيع مقبوضا وأخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح مالم يضمن لأن البعد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان أخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود حقيقة وقت القطع وإنما ثبت فيه الملك بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجهه دون وجه وهذا كما ترى (٣١٧) توزيع الوجهين في الكتاب على

الاعتبارين قال (فإن باعه المشتري من آخر الخ) يعني ان باع المشتري من الغاصب مسن شخص آخر ثم أجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ان الاجازة في البيع الاول لم يجز بالاجازة ثبتت للبائع ملك بات والملك البات اذا طرأ على ملك موقوف لغيره أطله ولأن فيه غرر الانساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به قبل هذا التعليق شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي أيضا لأنه يحتمل أن يجزى المالك بيعهما وان لا يجزى ومع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولي موقوفا وأجيب بأن غرر الانساخ في بيعهما عارضه النفع الذي يحصل للملك المذكور فيما تقدم فبالنظر إلى الغرر يفسد وبالنظر إلى النفع وعدم الضرر يجوز قتلنا بالجواز الموقوف عملهما لا يقال الغرر محرم فترجح لأن الصحة في العقود أصل

لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك قال فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولا أن فيه غرر الانساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لأنه لا يؤثر فيه الغرر

(لم يدخل في ضمانه) لما ذكرنا ان اليد من الآدى نصفه والذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح مالم يضمن وهذا لأن ارش يد البعد نصف قيمته والحرف نصف ديتيه وعسى أن يكون نصف القيمة أكثر من نصف الثمن فلا يطيب له الفضل لأنه انما دخل في ضمانه بالثمن لا بالقيمة وذكر المصنف وجهها آخر وهو ان (فيه شبهة عدم الملك) لأن الملك في الارش ثبت يوم القطع مستندا إلى يوم البيع وهو ثابت من وجهه دون وجه وهو شبهة عدم الملك وأورد عليه لو وجب التصديق لشبهة عدم الملك في الزوائد ينبغي أن يتصدق بالكل لأن في الكل شبهة عدم الملك لعين المذكور في بيان شبهة عدم الملك في الزوائد ولو قيل شبهة عدم الملك انما تؤثر المنع مع كونه لم يضمن الا بانقراده دفع بأن كونه لم يضمن يستقل بالمنع اتفاقا فلا حاجة إلى زيادة شبهة عدم الملك اذ لا نقيس شيئا وزع في الكافي الوجهين فقال ان لم يكن البعد مقبوضا وأخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح مالم يضمن لأن البعد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان أخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود أي الملك حقيقة وقت القطع وإنما ثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجهه دون وجه ولو كان المشتري من الغاصب أعتق البعد ثم قطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الارش للبعد قال المصنف وهذه أي هذه المسئلة وفي بعض النسخ وهو (حجة على محمد) يعني كون الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجوز اعتاق المشتري من الغاصب اذا أجاز المالك بيع الغاصب فإنه اعتاق في ملك موقوف وهذا استحقاق ارش المالك مملك موقوف (والعدله) أي جوابه بالفرق (بأن الملك من وجهه يكتفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده فأخذ ارشها ثم) يجز (فردي الرقفا) ن (الارش للمولى) مع ان ملكه فيه حال الكتابة من وجهه لا من كل وجهه (وكذا اذا قطعت يد البعد في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز) البائع (البيع) يكون (الارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر) حيث لا يكتفي فيه الا للملك من كل وجهه والثالث من الفروع ما ذكره بقوله (فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الاول) أي بيع الغاصب (لم يجز البيع) أي بيع المشتري من الغاصب من الآخر (لما ذكرنا) يعني قوله لأن الاجازة تثبت للبائع ملكا باتا إلى آخره (ولأن فيه غرر الانساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول) أي بيع الغاصب بخلاف الاعتاق عندهما أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف (فإنه) أي الاعتاق (لا يؤثر فيه غرر) الانساخ بدليل أن المشتري لو أعتق البعد قبل قبضه يجوز ولو باعه لا يجوز وقد روي عن أبي حنيفة أنه

فعارضته على ان اعتبار الغرر مطلقا يستلزم اعتبار التروك اجماعا وهو أن لا يبيع أصلا لاسيما في المنقولات لاحتمال القسح بعد الانعقاد بهلاك المبيع قبل القبض وأما غرر الانساخ فيما نحن فيه فسامعيا يعارضه ان المشتري الاول لم يملك حتى يطلب مشريا آخر فتجوز البيع الثاني عرضه لغرر الانساخ فلم ينعقد بخلاف الاعتاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجحهما الله لأنه لا يؤثر فيه الغرر لا ترى ان البيع قبل القبض في المنقولات لا يبيع لغرر الانساخ والاعتاق قبل القبض يصح

(قوله اذا المشتري الاول لم يملك حتى يطلب مشريا آخر) أقول فيه تأمل (قوله لغرر الانساخ فلم ينعقد) أقول منظور فيه فان الشراح صرحوا في كتاب الاكراه ان المغصوب منه اذا أجاز بيعا من البيوع لوتنا سحنت المغصوب العقود نفذ ما أجاز خاصة ولو لم يتقبل لتنفذ

قال فان لم يبعه المشتري مات في يده أو قتل أي فان لم يبعه المشتري من الغاصب مات في يده أو قتل ثم أجاز المالك البيع أي يبيع الغاصب لم يجز بالاتفاق لما ذكرنا أن الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وقد فات بالقتل لا امتناع إيجاب البدل للمشتري بالقتل فلا يعد باقيا بقاء البدل (٣١٨) لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل لان ملكه ملك موقوف

وهو لا يصلح أن يكون مقابلا بالبدل بخلاف البيع الصحيح فانه اذا قتل المبيع قبل القبض لا ينقض لان ملك المشتري ثابت بات فامكن إيجاب البدل فيكون المبيع قائما بقيام خلقه وهو القيمة والمشتري باختيار فان اختار البدل كان البدل للمشتري (ومن باع عبد غيره بغير أمره) رجل باع عبد غيره بغير أمره فقال المشتري أرد البيع لانك بعني بغير أمر صاحبك وجد البائع ذلك (فأقام المشتري البيعة) أن رب العبد أو البائع أقر انه لم يأمر البائع ببيعه (لا تقبل بيئته) لانها اتتني على صحة الدعوى فان صحت الدعوى صحت البيعة والا فلا وههنا بطلت الدعوى (للتناقض) لان إقدام المشتري دليل على صحة الشراء وان البائع علك البيع ثم دعواه بعد ذلك انه باع بغير أمر صاحبه دليل على عدم صحة الشراء وان البائع لم يملك البيع فحصل التناقض المبطل للدعوى المستلزمة صحتها لقبول البيعة

قال (فان لم يبعه المشتري مات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز) لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن إيجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا بقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن إيجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلقه قال (ومن باع عبد غيره بغير أمره) وأقام المشتري البيعة على اقرار البائع أو رب العبد انه لم يأمره بالبيع وأراد رد المبيع لم تقبل بيئته) للتناقض في الدعوى اذا اقدم على الشراء اقرار منه بصحته والبيعة مبنية على صحة الدعوى

يتوقف البيع كما يتوقف الاعتراف واستشكل هذا التعليل بأنه شامل لبيع الفضولي مطلقا غاصبا أو غير غاصب اذ فيه غرر الانفساخ على تقدير عدم الاجازة ومع ذلك ينعقد موقوفاً ولحقه الاجازة أوجب بأن هناك معارضا لغير الانفساخ من جاعليه وهو ما تقدم من تحقق المصالح المتعدية والقاصرة من غير شائبة ضرر وليس مثله ثابتا في البيع الثاني لانه لم يملكه لمشتري الاول حتى يطلب مشتريا آخر فتجرد البيع الثاني عرضة للانفساخ فلم ينعقد أصلا وانما يجب تقديم ذلك المعارض لانه لو اعتبر مجرد غرر الانفساخ بلا اعتبار النفع لم يصح بيع أصل لان كل بيع فيه غرر الانفساخ خصوصاً في المنقولات لجواز هلاك البيع قبل القبض فينفسخ فالمعتبر مانعاً لغير الانفساخ الذي لم يشبهه نفع وفرق العتاي بغير هذا بين إعتاق المشتري من الغاصب حيث ينفذ بالاجازة وبين بيع المشتري من الغاصب حيث لا ينفذ بالاجازة بأن العتق منه للملك فهو مقر للملك حكما والمقرر للشيء من حقوقه فجاز أن يتوقف بتوقفه والبيع ازالته بلا انتهاء فكان ضداً للحكمة فلا يتوقف بتوقفه ولا ينفذ بنفذاه والدليل على الفرق بينهما ان المشتري اذا عتق ثم اطاع على عيب يرجع بالنقصان ولو باع ثم اطاع على عيب لا يرجع والرابع ما ذكره بقوله (فان لم يبعه المشتري) لكن (مات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز) لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت ظاهر وأما في القتل فلم يعتبر إيجاب البدل للمشتري بالقتل فيكون المعقود عليه باقيا بقاءه فتصح الاجازة كافي البيع الصحيح اذا قتل فيه العبد قبل القبض فان البيع لا ينفسخ كما ينفسخ بالموت بل يجعل قيامه كقيامه فيختار المشتري بين أن يختار البيع فيدفع الثمن ويرجع بيد العبد على فاته وبين أن يفسخه فيصير إلى البائع فمدار الفرق بأنه لا ملك للمشتري من الغاصب حال القتل ملكا يقابل بالبدل لانه ملك موقوف والمالك الموقوف لا يقابل بالبدل بخلافه في البيع الصحيح (قوله) ومن باع عبد غيره بغير أمره) قوله بغير أمره وان وقع في الجامع الصغير فليس من صورة المسئلة بل صورته باع عبد غيره من رجل فأقام ذلك المشتري بيعة على اقرار البائع انه لم يأمره ماله ببيعه أو أقام على قول رب العبد ذلك وأراد بذلك رد العبد فان هذه البيعة لا تقبل للتناقض على الدعوى اذا اقدم على الشراء دليل دعواه صحته وانه يملك بيعه ودعواه اقراره بعدم الامر يناقضه اذ هو دليل انه لم يصرح ولم يملك البائع البيع وقبول البيعة يدعي على صحة الدعوى حيث لم تصح لم تقبل ولو لم تكن بيعة بل ادعى البائع بعد البيع ان صاحبه لم يأمره ببيعه وقال المشتري أمره لاداعي المشتري عدم الامر فالقول لمن يدعي الامر لان الامر مناقض اذا قدمه على البيع أو الشراء دليل اعترافه بالصحة وقد ناقض دعواه عدم الامر بخلاف الآخر ولذا ليس له أن يستلطفه لان الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة ذكره في شرح

قال المصنف (فان لم يبعه

المشتري مات في يده) أقول قال الاتقاني لم يذكر محمد هذه المسئلة في الجامع الصغير ولكن ذكر وهافي الزبادات شرحه وصاحب الهداية أيضاً ذكرها تفرعاً انتهى فلا يكون قوله قال محمد في محله لما ذكره الاتقاني نفسه في أول باب الوطء الذي يوجب الحدان كل موضع يذكر فيه لفظة قال يريد به محمد أو القدروري

(وان أقر البائع بذلك) أي بأنه باعه بغير أمره (بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار) ألا ترى أن من أنكر شيئاً ثم أقر به صح اقراره إلا أن الاقرار حجة قاصرة لا ينفذ في حق الغير فاذا ساعده المشتري على ذلك تحقق الاتفاق بينهما فإزاً ان ينقض وذ كر المصنف رحمه الله مسألة الزيادة نقضاً على مسألة الجامع الصغير وتصورها ما قبل رجل ادعى على المشتري بأن ذلك العبد له وصدقه المشتري في ذلك ثم أقام البيعة على البائع انه أقر بأن المبيع لهذا المشتق تقبل البيعة وان تناقض في دعواه قال (وفرخوا) أي المشايخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادات (بأن العبد في هذه المسئلة) أي في مسألة الجامع الصغير (في يد المشتري) فيكون المبيع سالمه فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له لان شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع (وفي تلك) أي مسألة الزيادة العبد المبيع في يد المشتق فلا يكون المبيع سالمه للمشتري فثبت له حق الرجوع (٣١٩) لو جرد ان شرطه قيل في هذا الفرق

نظر لان وضع المسئلة في الزيادات أيضا في أن العبد في يد المشتري ولئن سلمنا انه في يد المشتق فلا يلزم قبول البيعة لبقاء التناقض المبطل للدعوى والأولى أن يقال ان المشتري أقام البيعة على اقرار البائع قبل البيع في مسألة الجامع الصغير فلم تقبل التناقض وفي مسألة الزيادات أقام البيعة على الاقرار بعد قبيلت البيعة قال صاحب النهاية ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذا بعد ان تأملت فيه برهة من الدهر وفيه نظر لان التوفيق في وضع الجامع الصغير يمكن لجواز ان يكون المشتري أقدم على الشراء ولم يعلم باقرار البائع بعدم الامر ثم ظهر له ذلك بأن قال عدول سمعناه قبل البيع أقر بذلك

(وان أقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع) ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار والمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلذلك شرط طلب المشتري قال رحمه الله وذ كر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم أقام البيعة على اقرار البائع انه للمشتق تقبل وفرخوا ان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المشتق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالمه للمشتري

الزيادات بخلاف مالو أقر البائع عند القاضي بذلك حيث يحكم بالبطان والردان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار ولذا صح اقراره بالثمن بعد انكاره اياه إلا أن الاقرار حجة قاصرة بعنى انما ينفذ في حق المقر خاصة فاذا وافقه المشتري نفذ عليهم اذ شرط طلب المشتري حتى يكون نقضا بانفاقهما لا يجرد اقرار البائع والمراد بفسخ القاضي أنه يرضى اقرارهما لأن الفسخ يتوقف على القضاء وفرخوا ان صاحب العبد اذا حضر وصدقه ما نفذ الفسخ في حقه وتقرر وان كذبهما وقال كنت أمرته كان القول قوله لما ذكرنا ان اقدامهم اقرارا منهما بالامر فلا يعمل رجوعهما في حقه ويعزم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لانه ويبطل عن المشتري الثمن لا أمر في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يبقى في ذمة المشتري لا أمر ويرجع المشتري على البائع بمثل الثمن بناء على أن الوكيل بالمبيع يملك ابراهه المشتري عن الثمن عند أبي حنيفة ومحمد ويملك الاقالة بغير رضا الأمر وعلى قول أبي يوسف لا يملك (قوله وذ كر في الزيادات) الى آخره صورة مسألة الزيادات اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ثم ادعاهما مستحق كان المشتري خصما لانه يدعيها لنفسه فان أقر بها للدعي أمر بتسليمها ولا يرجع بالثمن على بائعه لان اقراره بها لا يكون حجة على البائع وكذا لو جرد دعواه خلف فنشكل فقضى عليه بالنكول لان نكوله ليس حجة على غيره لانه كقاره فرق بين هذا وبين الوكيل بالمبيع اذ ارد عليه بعيب يحدث مثله باقراره لا يلزم الموكل وان رد عليه بنكوله يلزمه كرده بالبيعة لان المشتري مختار في النكول لانه امتنع عن البين مع وجود ما يطلق له الخلف وهو البيع الذي هو ظاهر في الملك ولو كان مضطرا فلا يضطر اذ الخلفه بمثل باشره بنفسه فلا يظهر حكم نكوله في حق الغير أما الوكيل فمضطر في النكول اذ لم يوجد ما يطلق له الخلف فان غير المالك يخفى عليه عيب ملك المالك ولو قال المشتري أنا أقيم البيعة ان المشتق لا يرجع على البائع لا ينفذ اليه

ويشهدون به ومثل ذلك ليس بمائع كما تقدم والواضح في الفرق ما ذكره المصنف على ما قررناه وما قبل ان التناقض المبطل للدعوى باق يجب عنه بأن المشتري غير متناقض من كل وجه لانه لا ينسك العقد أصلا ولا ملك الثمن للبائع فان بيع مال الغير من عقد وبدل المشتق مملوكا وانما ينسك وصف العقد وهو الصحة والالزام بعد الاقرار به من حيث الظاهر فكان متناقضا من وجه دون وجه فجعلا متناقضا في مسألة الجامع الصغير لانه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له اذ هو في يده ولم يجهله متناقضا في الفصل الثاني لانه يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه في يد غيره وكان ذلك عملا بالشبهين بقدر الامكان فصرنا اليه

(قوله قيل في هذا الفرق نظر) أقول الغائل هو الاتفاق (قوله وما قبل الى قوله يجب عنه بأن المشتري الخ) أقول هذا الجواب مذكور في التلخيص به وزيادات فاضحان ثم قوله يجب عنه خبر لقوله وما قبل ان التناقض الخ (قوله متناقضا من وجه) أقول أي من حيث اللفظ (قوله دون وجه) أقول أي من حيث الحقيقة والله أعلم

لانه مناقض في دعواه لان اقدامه على الشراء اقرار منه بملك البائع وبهجة البيع وبهذه البينة ناقض
 فرق بين هذا وبين ما ذكر في المأذون رجل اشترى عبدا وقبضه وتقد الثمن ثم أقام البينة ان البائع باع
 العبد قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبلة بينته مع انه مناقض ساع في نقض ماتمه والثانية ماروى
 ابن سماعة عن محمد اذا وهب لرجل جارية فاستولدها الموهوب به ثم أقام الواهب بينة انه كان دبرها
 أو استولدها قبلت بينته فيرجع على الموهوب به بالجارية والاعقر وقيمة الولد مع انه مناقض ساع
 في نقض ماتمه و فرق أما في مسألة الواهب فالفرق بان تناقضه فيما هو من حقوق الحرة كالتدبير
 والاستيلاء والتناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى وعندى ان هذا غير صحيح لان التناقض انما قبل في دعوى
 الحرة لانهم ما قد يخفى على المتناقض المدعى بها بعد اقراره بالرق والفاعل بنفسه للتدبير مثلا
 والاستيلاء لا يخفى عليه فعل نفسه من استيلاءه ووطئه فيجب ان لا يقبل تناقضه ولا يحكم بينته وأما في
 مسألة المأذون فبأنه لو أقام البينة على البيع من الغائب قبل البيع منه فقد أقامها على اقرار البائع انه
 ملك الغائب لان البيع اقرار من البائع بانتقال الملك الى المشتري ثم مسألة الاستحقاق لو أقامها على
 اقرار البائع انهما المستحق قبلت لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على البائع باقراره وهو خصم في ذلك
 ويثبت ما ليس يثبت وهو اقرار البائع ولو كان مناقضا للتناقض يرتفع بتصديق الخصم وهو يثبت بهذا
 تصديق للخصم ويجوز ان تقبل البينة على اقرار الخصم ولا تقبل على نفس الحق كما قال علماءنا فمن في
 يده عبدا فدعا رجليه فأقام صاحب اليد البينة انه لفلان الغائب لا تقبل بينته ما لم يدع الوصول اليه من
 جهة الغائب ولو أقامها على اقرار المدعى تقبل وان لم يدع الوصول اليه من جهته و فرق في شرح الزبادات
 بين هذا وبين مسألة الجامع المذكورة في الهداية وهو انه لا تقبل بينة المشتري على اقرار البائع انه لم
 يأمره كما لا تقبل على دعواه انه لم يأمره بأنه وضع المسئلة في الجامع فيما اذا كان المبيع في يد المشتري فهو
 سالم له من حيث الظاهر وسلامة المبيع من حيث الظاهر تمنع الرجوع بالثمن فلا يكون مدعي الحق
 الرجوع وفي الزبادات وضع فيما اذا أخذت الجارية من يد المشتري فكان مدعي النفسه حق الرجوع
 قال ولا يقال في مسألة المأذون المبيع في يد المشتري ومع هذا قبلت بينته لانا نقول ذلك محمول على ما اذا
 أخذ العبد من يده وهذا هو فرق المصنف وهو منظور فيه بأن وضع مسألة الزبادات أيضا في أن الجارية
 في يد المشتري كما سمعتك فالاولى ما ذكر في الفوائد الظهيرية عن بعض المشايخ ان مسألة الجامع محمولة
 على ان المشتري أقام البينة على اقرار البائع قبل البيع أما اذا أقامها على اقراره بعد البيع ان رب العبد
 لم يأمره بالبيع فتقبل لان اقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه اقرار البائع بعدم الامر قبل البيع
 ولا يناقض دعواه اقراره بعدم الامر بعد البيع قال ومسألة الزبادات محمولة على هذا أيضا فتقع الغنية
 عن التفرقة بين المستلمين انتهى وقيل مسألة الجامع محمولة على اقرار البائع أو رب العبد قبل البيع فلم
 تقبل للتناقض والزبادات على اقراره بعد البيع فلم يلزم التناقض فقبلت وعمما يناسب المسئلة باع عبد
 غيره بلا أمره ثم اشتراه من مولاة ثم أقام البائع البينة انه اشترى العبد من مولاة بعد بيعه أو ورثه بعد
 البيع قال محمد تقبل بينته ويبطل البيع الاول ومن فروغ مسألة الاستحقاق على ما في شرح الزبادات
 ما لو قال المشتري للقاضي سل البائع ان الامة للمستحق أوليست له اجابه القاضي الى ذلك لانه يدعى انه
 مظلوم وله حق الرجوع عليه بالثمن باقراره فبأنه القاضي فان أقر بذلك ألزمه الثمن وان أنكروا طلب
 المشتري تحليفه اجابه القاضي الى ذلك فنتهم من قال انما يحلفه لانه ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه فاذا
 جحد يستلطف كما في سائر الدعاوى فانه قيل نم هو كذلك لكنه مناقض لان شراءه اقرار منه بعخته ودعواه
 انه ملك المستحق انكار ذلك ولهذا لا تقبل بينته وكذا لا تقبل البينة الا بعد دعوى صحيحة لا يستلطف

الابد مدعوى صحة دل عليه ما في المأذون اشترى عبد شياً ثم قال أنا محجور وقال البائع مأذون فاراد
 العبدان يقيم البينة على ما ادعى لا تقبل ولا يستخاف خصمه وان أقربه البائع يلزمه وذكى الجامع
 ان المشتري لو أراد استخلاف البائع انك ما بعته من فلان قبل أن تبعة منى لم يكن له ذلك وان أقربه
 البائع يلزمه والجواب أن في مسئلتنا المشتري غير مناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد أصلاً ولا الثمن
 فان بيع مال الغير منع - قدو بدل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو اللزوم بعد الاقرار من
 حيث الظاهر فكان مناقضاً من وجهه دون وجهه فجعلناه مناقضاً في حق البينة ولم نجعله مناقضاً في حق
 اليمين ليكون عمالهم ما والعمل على هذا الوجه أولى لان البينة حجة متعددة فلا ولم نجعله مناقضاً في حقها
 بلزماً أن لا نجعله مناقضاً في حق اليمين بطريق الأولى بخلاف مسألة المأذون لان العبد منكر لحكم
 العقد أصلاً لان شراء المحجور لا يوجب ملك الثمن فكان مناقضاً من كل وجه وبخلاف مسألة الجامع
 لان ثمة المبيع في يد المشتري فلا يكون له حق الخصومة وهذا على طريق الموافقة للصنف في النرق قال ولو
 لم تستحق الجارية ولكن ادعت أنها حرة الاصل فان أقر المشتري بذلك أو استخلف فنسك وفضى القاضي
 بحريتها لم يرجع المشتري على البائع أما حرية الجارية فلانها كانت له من حيث الظاهر فصح اقراره
 ولا يرجع على البائع لان نكوله واقراره حجة عليه دون غيره منهم من قال قوله فاستخلف فنسك غلظ من
 الكاتب لان الاستخلاف لا يجري في دعوى الرق في قول أبي حنيفة وعندهما يجري الآن اليمين
 تكون على الامة فلامعنى لقوله فأبي المشتري اليمين ومنهم من قال بل هو صحيح لان موضوع المسئلة فيما
 اذا بيعت الامة وسلبت فانقادت لذلك فانه يادها كقرارها بالرق فدعواها الحرية كدعوى العتق
 العارض فيكون الثمن على المشتري لان الظاهر شاهد له فالوان المشتري أقام البينة على البائع أنها
 حرة قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن فرق بين هذا وبين الاستخفاف من وجهين أحدهما أنه ليس بمناقض
 في فصل الحرية لانه فيها يظهر بينته انه أخذ الثمن بغير حق وذلك دين عليه لان الحرية تنفي انعقاد
 العقد وملك اليمين للبائع فكانت البينة مظهرة أن اقدامه على الشراء لم يكن اقراراً بانعقاد العقد فلا
 يتحقق التناقض أما الاستخفاف فلا يمنع انعقاد العقد ولا ملك الثمن للبائع فلو قبلنا بينة المشتري انها
 للمستحق لا يظهر بينته أنها المستحق لان اقدامه على الشراء اقرار على اليمين للبائع ومع بقاء ذلك
 الاقرار يتحقق التناقض ويصير مكذباً بشهوده ساعياً في نقض ما تم به والوجه الثاني انه مناقض في
 الفصلين الآن هذا تناقض لا يحتمل النقض فلا يمنع صحة الدعوى كالزوج امرأته ثم أقامت البينة
 انها أخته من الرضاع أو أقامت البينة انه طلقها ثلاثاً ثم تزوجها قبل أن تنسك غيره وكذا لو أعتق
 عبده على مال ثم أقام العبد البينة انه اعتمه قبل ذلك قبلت واختلف أصحابنا رجحتم الله فيمن باع
 رضا ثم أقام بينة انه باع ما هو وقف منهم من قال لا يقبل لانه يحتمل الفسخ فصار كالبيع ومنهم من قال
 تقبل لانه لا يحتمل الفسخ بعد القضاء فصار بمنزلة التديب ونحوه وذكى أبو بكر الرازي رجح الله اعتمه تقبل
 بينة المشتري انها حرة لانها شهادة قامت على حرمة الفرج فتقبل من غير دعوى حتى لو كان مكان الامة
 عبد على قول أبي حنيفة - لا تقبل وعلى قوله ما تقبل لانها شهادة على عتق العبد فلا تقبل من غير
 دعوى والتناقض يمنع الدعوى ولو ادعى المستحق انها امته أعتمها أو وبرها أو ولدت منه فأقر المشتري
 بذلك أو أبي اليمين وفضى عليه لا يرجع على البائع بالثمن لما قلنا فان أقام المشتري البينة على البائع
 بذلك ان شهد الشهود على ان ذلك كان قبل الشراء قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن لانه يثبت بينته
 أنهم لم يتدخل في العقد فكان مدعي الدين فلا يكون مناقضاً فان شهد واعلى ان ذلك كان بعد الشراء
 بينهما لا تقبل بينته لانها وقت العقد كانت مملوكة محللاً للعقد والاعتناق المتأخر لا يبطل الشراء السابق

قال (ومن باع دارا لرجل وأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع) عند أبي حنيفة
 رحمه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخرا وكان يقول أولا يضمن البائع وهو قول
 محمد رحمه الله وهي مسألة غصب العقار وسنمينه ان شاء الله تعالى والله تعالى أعلم
 بالصواب

(قوله ومن باع دارا لرجل) أي عرصة غيره بغير أمره وفي جامع نحر الاسلام معنى المسئلة اذا
 باعها ثم اعترف بالغصب بعدما أدخلها المشتري في بنائه فكذب به المشتري (لم يضمن البائع عند
 أبي حنيفة) لمن أقر بالغصب منه (وهو قول أبي يوسف آخرا) وكان يقول أولا يضمن وهو قول
 محمد وهي مسألة غصب العقار هل يتحقق أولا عند أبي حنيفة لا فلا يضمن وعند محمد نعم فيضمن
 (فروع) تتعلق بهذا الفصل باع الامة فضولي من رجل وزوجها منه فضولي آخر فأجزا معا ثبت
 الاقوى فتصير مملوكة لازوجة ولو زوجها من رجل فأجزا بطلا ولو باعها من رجل فأجزا نصف
 بينهما ويخبر كل منهما بما بين أخذ النصف أو الترك ولو باعه فضولي وأجره آخر أو رهنه أو زوجته فأجزا معا
 ثبت الاقوى فيجوز البيع ويطل غيره لان البيع أقوى وكذا اثبت الهبة اذا وهبه فضولي وأجره
 آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها لانها لازمة بخلاف غيرها والاجارة أحق
 من الرهن لاقادتها ملك المنفعة بخلاف الرهن والبيع أحق من الهبة لان الهبة تبطل بالشيوع
 ففيما لا يبطل بالشيوع كهبة فضولي عبدا وبيع آخر اياه يستويان لان الهبة مع القبض تساوي البيع
 في افادة الملك وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فباخذ كل النصف ولو بايع غاصبا عرضي رجل واحده
 فأجزا لم يجز لان فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا
 العقد فلم ينعقد ولم تلحقه الاجارة ولو غصب من رجلين وتبايعا وأجزا للمالك جاز ولو غصب النقصين من
 واحد وعقدوا الصراف وتبايعا ثم أجزا لرجل لان الثقة ولا تتعين في المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين
 مثل ما غصب وتقدم ان المختار في بيع المرهون والمستأجر انه موقوف على اجازة المستأجر والمرتمن فلو
 وصل الى المالك بوفاء الدين أو البراءة أو فسخ الاجارة أو تمام المدة تم البيع ولو لم يجز للمشتري خيار الفسخ
 اذ لم يعلم وقت البيع بهما وان علم فكذلك عند محمد وقيل هو ظاهر الرواية وعند أبي يوسف ليس له الفسخ
 اذ علم وقيل هو ظاهر الرواية وليس للمستأجر فسخ البيع بخلاف وللالراهن والمؤجر وفي المرتن اختلاف
 المشايخ وفي مجموع النوازل بيع المغصوب موقوف ان أقر به الغاصب أو كان للمغصوب منه بينة عادية
 ولو أجزا تم البيع والافلا ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع وقيل لانه اخلف بدلا والاول أصح وروى
 ابن سماعة عن أبي يوسف وبشر عن محمد أن شراء المغصوب من غاصب جاحد يجوز ويقوم المشتري مقام
 البائع في الدعوى وعن أبي حنيفة روايتان رجل غصب عبدا وباعه ودفعه الى المشتري ثم ان الغاصب
 صالح المولى من العبد على شيء قال محمد ان صالحه على الدراهم والدنانير كان كأخذ القيمة من الغاصب
 فينذير الغاصب وان صالحه على عرض كان كالبيع من الغاصب فيبطل بيع الغاصب ومن البيع
 الموقوف بيع الصبي المحجور الذي يعقل البيع ويقصده وكذا اشترأه على اجازة وليه والده أو وصيه
 أو جده أو القاضي وكذا الذي باع سفها والمعتوه وكذا بيع المولى عبده المأذون المديون يتوقف على اجازة
 الغرماء في الصحيح خلافا لمن قال فاسد فلو قبض المولى الثمن فهلك عنده ثم أجاز الغرماء بيعه صححت اجازتهم
 ويملك الثمن على الغرماء وان أجاز بعضهم البيع ونقضه بعضهم بمحضرة العبد والمشتري لا تصح الاجازة
 ويبطل البيع ومنه بيع المريض عيتمن وارثه يتوقف على اجازة الورثة أو صحة المريض فان صح من
 مرضه نفذ وان مات منه ولم تجز الورثة بطل والله أعلم

قال (ومن باع دارا لرجل)
 قيل معناه باع عرصة غيره
 بغير أمره (وأدخلها المشتري
 في بنائه) قيل يعني قبضها
 وانما قيد بالادخال في البناء
 اتفاقا (لم يضمن البائع) أي
 قيمة الدار (عند أبي حنيفة
 وهو قول أبي يوسف آخرا
 وكان يقول أولا يضمن وهو
 قول محمد وهي مسألة غصب
 العقار) على ما سياتي

﴿ باب السلم ﴾

لما فرغ من أنواع البيوع التي لا يشترط فيها قبض العوضين أو أحدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك وقدم السلم على الصرف لتكون الشرط فيه قبض أحد العوضين فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو في اللغة عبارة عن نوع يبيع بمجل فيه الثمن وفي اصطلاح الفقهاء هو أخذ عاجل بأجل قبل فهو بالمعنى اللغوي الا ان في الشرع اقترنت به زيادة شرائط ورد بان السَّلعة اذا بيعت بثمن مؤجل وحده فيه هذا المعنى وليس يسلم ولو قيل يبيع بأجل بعاجل لاندفع ذلك وركنه الايجاب والقبول بأن يقول رب السلم لا خراست اليك عشرة دراهم في كتر حنطة أو أسلفت فيقول الاخر قبلت ويسمى هذا رب السلم والاخر المسلم اليه والحنطة المسلم فيه ولو صدر الايجاب من المسلم اليه والقبول من رب السلم صح بشرط جواز سبذ كرفي أثناء كلامه (٣٣٣) ان شاء الله تعالى قال (السلم عقد مشروع بالكتاب الخ) السلم عقد

مشروع وعد على ذلك الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه معناه اذا تعاملتم بدين مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله مسمى الاعلام بأن من حق الاجل أن يكون معلوما ووجه الاستدلال (ماروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أشهد أن الله أحل السلف المضمون وأنزل فيها) أي في السلف على تأويل المدائنة (أطول آية في كتاب الله وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم الآية) فان قيل هذا استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به قلنا عموم اللفظ بتناوله فكان الاستدلال به (قوله المضمون) صفة مقدره للسلف كافي قوله تعالى يحكمهم بها النبيون الذين أسألوهم معناه الواجب في الذمة

﴿ باب السلم ﴾

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المدائنة فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما أشهد أن الله تعالى أحل السلف المضمون وأنزل فيها أطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه الآية

﴿ باب السلم ﴾

تقدم أن البيوع ينقسم الى بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم لانه ما يبيع عين بثمن وهو المطلق أو قلبه وهو السلم أو عين بثمن فالصرف أو عين بعين فالمقايضة ولم يشترط في المطلق والمقايضة قبض فقدما بشرط في الآخر في في الصرف قبضها ما في السلم قبض أحدهما فقدم انتقالا بتدرج وخص باسم السلم لتحقق ايجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه أعني تسليم رأس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم اليق لكن لما كان وجود السلم في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الناس سبق الامه له ويعرف مما ذكر أن معناه الشرعي بيع أجل بعاجل وما قيل أخذ عاجل بأجل غير صحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل وعرف أيضا انه يصدق على عقده بلفظ البيع بأن قال المسلم اليه بعثك كذا حنطة بكذا الى كذا ويذكر باقي الشروط أو يقول المسلم اشترت منك الى آخره وفيه خلاف زفر وعيسى بن أبان وجماعة المذهب عنه عسر الوجه لان العبرة للعيني ومعنى أسلمت اليك الى كذا وبعثك الى كذا في البيع مع باقي الشروط واحد وان كان على خلاف القياس فذلك باعتبار أمر آخر لا بأمر يرجع الى مجرد اللفظ وعرف أن ركنه ركن البيع وسبب شرعيته شدة الحاجة اليه وسبب كرم المصنف شرائطه وأما حكمة فقبول المالك للسلم اليه في الثمن ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة أما في العين فلا يثبت الا قبضه على انه مقدم مبادلة أخرى على ما سببه عرف والمؤجل المطالبة بما في الذمة ومعناه لغة السلف فاعتبر في الشرع كأن الثمن يسلفه المشتري للبائع ليقضه اياه وجعل اعطاء العوض للسلم اليه فيه قضاء كأنه هو الا يصح الاستبدال فيه قبل القبض وجعل الهزرة في أسلمت اليك للسلب بمعنى أزلت سلامة رأس المال حيث سلمته الى مقلس ونحو ذلك بعيد ولا وجه له الا باعتبار المدفوع هالكا وصحة هذا الاعتبار تتوقف على غلبة ثوابه عليه وليس الواقع أن السلم كذلك بل الغالب الاستيفاء (قوله وهو) يعني السلم (عقد مشروع بالكتاب وهو آية المدائنة) أخرج الحاكم في المستدرک بسنده وصحة على

﴿ باب السلم ﴾

(قوله أخذ عاجل بأجل) أقول يجوز أن يقال المراد أخذ ثمن عاجل بأجل بقرينة المعنى اللغوي اذا الاصل هو عدم التغيير الا أن يثبت بدليل (قوله قبل فهو الخ) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله ورد بان السَّلعة) أقول الرادلا تقاني (قوله ولو قيل يبيع بأجل بعاجل الخ) أقول قوله ولو قيل الخ أيضا من كلام الاتقاني (قوله فان قيل استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به) أقول ان أراد أنه لا معتبر به مطلقا فظاهر أنه ليس كذلك وان أراد أنه لا معتبر به في نفي تناوله لما عدا ذلك السبب يسلم ولا يفيد اذ لا ينافي أحده في تناوله للسبب وان نوزع في تناوله لغيره كالا يخفى فلا حاجة الى اعتبار عموم اللفظ مع أن وجوده فيما نحن فيه محل تأمل وأيضا لو كان الاستدلال به لم يكن وجه الاستدلال ماروي عن ابن عباس فناقض آخر كلامه أوله

أنه نهي عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان بأياه واكتناز كناه عمار وبنه ووجه القياس انه بيع المعدوم اذا المبيع هو المسلم فيه قال (وهو جائز في المكيلات والموزونات) لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم والمراد بالموزونات شرطهما عن قتادة عن أبي حسان الاعرج عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أشهد أن السلف المضمون الى أجل مسمى قد أحله الله في الكتاب وأذن فيه قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه الآية وعنه رواه الشافعي في مسنده والطبراني وابن أبي شيبة وعزه بعض متأخري المصنفين الى البخاري وهو غلط فانه لم يخرج في صحيحه لابي حسان الاعرج واسمه مسلم والمصنف قد ذكر لفظ الحديث أحل السلف المضمون فقال بعض المشايخ المراد بالضمون المؤجل بدليل انه في بعض رواياته السلف المؤجل وعلى هذا فهي صفة مقررة لا مؤسسة ويكون ما روى الخرجون الذين ذكرناهم من قوله المضمون الى أجل جمع بين مقررين وقوله مسمى أي معين (و) كذا (بالسنة) الآن لفظ الحديث كذا كره المصنف فيه غرابه (وهو انه صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم) وان كان في شرح مسلم للقرطبي ما يدل على أنه عثر عليه بهذا اللفظ قيل والذي يظهر أنه حديث مر كمن حديث النهي عن بيع ما ليس عند الانسان رواه أصحاب السنن الاربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع الى أن قال ولا تبع ما ليس عندك قال الترمذي حسن صحيح وتقدم والرخصة في السلم رواه السنة عن أبي المنهال عن ابن عباس قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم والناس بسلفون في الثمر السنة والسنين والثلاث فقال من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم وفي البخاري عن عبد الله بن أبي أوفى قال ان كنا نسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما في الخنطة والشعير والتمر والزبيب ولا يخفى أن جوازه على خلاف القياس اذ هو بيع المعدوم وجب المصير اليه بالنص والاجماع للعاجزة من كل من البائع والمشتري فان المشتري يحتاج الى الاسترباح لنفقة عياله وهو بالسلم أسهل اذ لا بد من كون المبيع نازلا عن القيمة فير بمجه المشتري والبائع قد يكون له حاجة في الحال الى السلم وقدرة في المال على المبيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية الى قدرته المالية فلهذه المصالح شرع ومنع بعض من نقد الهداية قوله هم السلم على خلاف القياس لانه بيع المعدوم قال بل هو على وفقه فانه كالاتباع بمن مؤجل وأي فرق بين كون أحد العوضين مؤجلا في الزمة وبين الآخر بل هو على وفق القياس ومصالحة الناس قال وهذا المعنى هو الذي فهمه ترمذ بن القرآن ابن عباس وتلا الآية ثم قال بعد كلام اندفع فيه فالخامس أن قياس السلم على الاتباع بمن مؤجل أصح من قياسه على بيع المعدوم الذي لا يقدر على تسليمه عادة مع الحلول كسائر الديون المؤجلة وأطال كلاما وحاصلا مبني على اعتقاد أن القوم فاسوا السلم على بيع المعدوم فيكون على خلاف القياس وان قياسه على الثمن المؤجل أولى به وليس كلامهم هذا بل انه هو نفسه بيع المعدوم فهو على خلاف القياس الاصل في نفسه وكونه معدوما لا يقدر على تحصيله عادة ليس هو معتبرا في مفهوم السلم عندهم بل هو زيادة من عنده وقوله أي فرق الى آخره يفيد أنه على وفق القياس وكلامه يفيد الاعتراف بكون بيع المعدوم على خلاف القياس ثم الفرق ظاهر وهو أن المبيع هو المقصود من البيع والمحل لوروده فانه عدمه يوجب انعدام البيع بخلاف الثمن فانه وصف يثبت في الزمة مع صحة البيع فقد تحقق البيع شرعا مع عدم وجود الثمن لان الموجود في الزمة وصف يطبقه الثمن لا عين الثمن وليس في كلام ابن عباس ما يفهم انه رأى على خلاف القياس وكونه فيه مصالحة الناس لا يفتي أنه على خلاف القياس بل لأجل هذه المصلحة شرع

(قوله وهو يتضمن الجواز) أقول فان وجوب الوصف شرعا يتضمن جواز موصوفه شرعا وهذا هو مراده ظاهرا (قوله فالجواب أن الدليل قد دلل الخ) أقول وأيضا من الحديث الشريف تعلم طريق السلم وظاهر أن ذلك لا يكون ذلك الا بعد الجواز ولا شبهة في الآية الكريمة

غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا يكون ثمننا بل يكون مثنافلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد ببيع اثنين مؤجل
 تخصص الامتدادين بقدر الامكان والاعتبار في العقود للعاني (والاول قول عيسى بن ابيان والثاني قول ابي بكر الاعمش رجهما الله
 وهذا الاختلاف فيما اذا سلم حنطة او غيره هاهن العروض في الدراهم (٣٣٥) والدنانير لم يكن أن يجعل بيع حنطة

غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد أن يكون مثنافلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد ببيع اثنين مؤجل
 تخصص الامتدادين بقدر الامكان والاعتبار في العقود للعاني (والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقدي فيه ولا يمكن ذلك قال) وكذا في المذروعات
 لانه يمكن ضبطها بذكر الدرع والصدقة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم

وان كان على خلاف القياس قال المصنف رحمه الله والمراد بالموزونات أي التي يجوز السلم فيها
 (غير الدراهم والدنانير) أما الدراهم والدنانير فان سلم فيها دراهم أو دنانير فلا تنافق أنه باطل وان سلم غيرها
 من العروض كحجر حنطة أو ثوب في عشرة دراهم أو دنانير فلا يصح سلمها بالاتفاق لان المسلم فيه لا بد
 أن يكون مثنافا والثوب اثمان فلا تكون مسلما فيها واذ لم يصح فهل ينعقد ببيع الكرو والثوب بثن
 مؤجل أو يبطل رأسا حكى المصنف فيه خلافا (قيل يبطل) وهو قول عيسى بن ابيان (وقيل ينعقد
 ببيع اثنين مؤجل) ولا يبطل وهو قول ابي بكر الاعمش وجعل المصنف وغيره قول عيسى بن ابيان اصح
 لان تصحيح العقد انما يكون في المحل الذي اوجب المتعاقدان البيع فيه لافي غيره وهما لم يوجبا الا في
 الدراهم ولا يمكن تصحيح العقد باعتبار هابل باعتبار الثوب ولم يوجبا فيه فكأن في غير محله الا ان الاول
 عندي ادخل في الفقه لان حاصل المعنى الصادر بينهما اعطاء صاحب الثوب برضاه ثوبه الى الآخر بدراهم
 مؤجلة وهذا من افراد البيع بلا تأويل اذ هو مبادلة المال بالمال بالتراضي وكونه ادخل الباء على الثوب
 لا يقدح في أن الواقع بينهما هو هذا المعنى وفيه تصحيح تصرفهما وادخال الباء على الثوب كادخالها
 على الثوب المقابل بالخر فيما اذا اشترى خرا بثوب فانه لا يبطل بل يفسد وان كان يقتضى ان المبيع
 هو الخ وهو مبطل باعتبار التحصيل غرضها ما أمكن (قوله) وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها
 بذكر الدرع والصدقة والصنعة ولا بد منها) أي من هذه الثلاثة لضبط الذي هو شرط الصحة وعرف
 من تلمسه هذا ان شرط الصحة السلم كون المسلم فيه مضبوطا على وجه يمكن تسليمه من غير افضاء الى
 المنازعة فلهذا اجمع الفقهاء على جواز السلم في المذروعات من الثياب والبسط والحصر والبوارى اذا
 بين الطول والعرض وفي الايضاح يحتاج الى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباغ لبقاها التفاوت بعد
 ذكر الطول والعرض لانها تختلف باختلاف الوزن فان الديباغ كلما ثقل ازدادت قيمته والحرير كلما
 خف زادت انتهى وهذا في عرفهم وفي عرفنا ثياب الحرير ايضا وهي السمات الكمياء كل ما ثقل ازدادت
 القيمة فالحاصل انه لا بد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل أو بالخفة فان قيل ينبغي أن
 لا يصح السلم في غير المكيل والموزون لانه مشروع على خلاف القياس ولم يذكر في النص المقيده بشرعيته
 الا المكيل والوزن فلا يقاس عليه ما غيرهما لا يقال السلم مخصوص من عموم ما لا يتبع ما ليس عندك
 ودليل التخصيص جاز أن يعلل ويلحق بالخرج غير مبهلانا نقول ذلك مقيد بما اذا لم يخالف حكم دليل
 التخصيص القياس لا اتفاق كلمتهم على أن ما خالف القياس لا يقاس عليه غيره فالجواب أن شرعية
 السلم ليس من تخصيص العام بل من تقييد المطلق فالعام وهو لفظ ما ليس عندك الواقع في سياق التهمي
 وهو لا يتبع مطلقا بالنسبة الى ذكر الاجل فيما ليس عندك وعدمه وشرعية السلم تقييده بما اذا لم
 يذكر الاجل في المبيع أما اذا ذكر الاجل فيجوز بيع كل ما ليس عندك لا بعضه ليكون تخصيصا بما ليس

بدراهم مؤجلة بناء على
 أنهم ما قصدوا مبادلة الحنطة
 بالدراهم وأما اذا كان
 كلاهما من الاثمان بأن سلم
 عشرة في عشرة دراهم أو في
 دنانير فانه لا يجوز بالاجماع
 وما ذكره عيسى اصح لان
 التصحيح انما يجب في محل
 اوجبا العقد فيه وهما
 اوجبا في المسلم فيه وهو
 اذا كان من الاثمان لا يصح
 تصحيحه لانها لا تكون
 مثنافا وتصحيحه في الحنطة
 تصحيح في غير ما اوجبا
 فيه فلا يكون صحيحا قال
 (وكذا في المذروعات لانه
 يمكن ضبطها) أي وكجواز
 السلم في المكيات
 والموزونات جـ واره في
 المذروعات لكونها
 كالمكيات والموزونات
 في مناط الحكم وهو امكن
 ضبط الصفة ومعرفة المقدار
 لارتفاع الجهالة بخلافها
 بهما وعلى هذا التقرير
 سقط ما قيل انما يلحق
 بغيره دلالة اذا تساوى
 جميع الوجوه وليس المذروع
 مع المكيل أو الموزون
 كذلك لتفاوتهما في ماهو
 أعظم وجوه التفاوت وهو
 كون المذروع قيميا وهما
 مثلان لان المناط هو ما ذكرنا

اذا الجهالة المنقضية الى النزاع ترتفع بذلك دون كونه قيميا ومثلا فان قيل الدلالة لا تعمل اذا عارضها عبارة وقد عارضها قوله لا يتبع ما ليس
 عندك فانه عبارة اخذت منه المكيات والموزونات بقوله من سلم منكم الحديث فيق ما وراءها تحت قوله لا يتبع فالجواب أنا لان السلم
 صلاحية ما ذكرت للتخصيص لان القران شرطه وهو ليس بوجوده لانه عام مخصوص وهو دون القياس فلا يكون معارضا للدلالة

(قوله فالجواب أنا لان السلم صلاحية ما ذكرت الخ) أقول هذا منع لا يضر

وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم القدر مضبوط
 الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت
 عنده بل كل ما ليس عنده بلاذ كر أجل على عومه في منع البيع وكله مع ذكره يخرج من ذلك الحكم
 لكن بشرط ضبطه ومعرفة مكان ما عنده أيضا لا يجوز بيعه عن غير سلم مع جهالته وعدم ضبطه
 فالخاص أن كله مع شرطه من الضبط يجوز بيعه بأجل ولا يجوز بيعه بأجل وكون المذكور في
 الحديث الكيل والورن ليس تعيينا له ما ولا أمر بخصوصه ما على تقدير السلم بل حاصله أمر بتعيين
 الأجل والكيل على تقدير السلم في المكيل بيان الشرط الصحة وهو عدم الجهالة يدل عليه سياق الحديث
 وهو انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين والثلاث فقال من
 أسلم في شيء يعني من هذه الثمار فليكن الى أجل معلوم وفي كيل معلوم ثم انه صلى الله عليه وسلم زاد الوزن
 ليفيد عدم الاقتصار على الكيل فان سبب شرعية بيع ما ليس عنده الحاجة الى الاسترباح والتوسعة
 على المقل الرابح فأنيط عظفة ذلك من الاقدام على أخذ العاجل بالأجل واعطائه وشروط الضبط
 لدفع المنازعة والقدرة على التسليم ولذا أجمعوا على عدم الاقتصار على المكيل والموزون للقطع بأن
 سبب شرعيته لا يختلف وهو الحاجة الماسة الى أخذ العاجل بالأجل وهي ثابتة من القزازين في
 المذروع كافي أصحاب المكيلات والموزونات يفهم ذلك كل من سمع سبب المشروعية المنقول في أثناء
 الاحاديث سواء كان له رتبة الاجتهاد أو لم يكن فلذا كان ثبوت السلم في المذروعات بالدلالة أعني دلالات
 النصوص المتضمنة لسبب لمن سمعها فان قيل في المذروعات مانع وهو أن الضبط بالذرع ودونه
 بالكيل والوزن فلا يلحق بهما فالجواب حينئذ ان قلت الذرع لا يضبط القدر كما يضبط الكيل والوزن
 فليس يصحح بل الذراع المعين يضبط كمية البيع بلا شبهة فيه والاختلاف فيه ليس في الصنعة ونحن
 ما قلنا ان مجرد ذكر عدد الذرعان صحيح للسلم بل لا بد من ذكر الاوصاف حتى يضبط كما أن المكيل
 ايضا لا يكفي في صحة السلم فيه مجرد ذكر عدد الكيل بل لا بد ان يذكر الاوصاف معه فتأمل
 هذا التقرير فان في غيره خبطا والله أعلم (قوله) وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض
 أي يجوز السلم فيها عددا (لان العددي المتقارب مضبوط باعدمة مقدور التسليم فيجوز السلم فيه) عددا
 (والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت) بعد أن يكون من جنس واحد لان
 التفاوت حينئذ يسير لاعبرة به ولذا لا يتبع بيضة دجاجة بفلس وأخرى بفلسين وهذا هو الضابط
 في المعدود المتقارب وهو مروى عن أبي يوسف وعليه عول المصنف أعني ان ما تفاوتت مالته متفاوتت
 كالبطيخ والقرع والمان والرؤس والأكارع والسفرجل فلا يجوز السلم في شيء منها عددا للتفاوت في
 المأية الا اذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول وغلط ونحو ذلك ومن المعدودات المتفاوتة الجوالقات
 والفراء فلا يجوز فهم الا بد كرميزات وأجازوه في الباذنجان والكاغ عدد لا اهدار التفاوت وفيه
 نظر ظاهر أو يحمل على كاغ بقالب خاص والا لا يجوز وكون الباذنجان مهدر التفاوت له في باذنجان
 ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك بخلاف بيض النعام وجوز الهند لا يستحق شيء منه بالاسلام في بيض
 الدجاج والجوز الشامي والفرنج لعدم اهدار التفاوت من جنسين لكثرة التفاوت ويستترق مع العدد
 بيان الصفة أيضا فلوا سلم في بيض النعام أو جوز الهند جاز كما جاز في الاخرين وعن أبي حنيفة انه
 منعه في بيض النعام ادعاء متفاوت أحاده في المأية وهو خلاف ظاهر الرواية والوجه أن ينظر الى
 الغرض في عرف الناس فان كان الغرض في عرف من يبيع بيض النعام الاكل ليس غير كعرف أهل
 البوادي يجب أن يعمل بظاهر الرواية فيجوز وان كان الغرض في ذلك العرف حصول القشر ليجوز
 في سلاسل القناديل كما في ديار مصر وغيرها من الامصار يجب أن يعمل به هذه الرواية فلا يجوز السلم فيها

(وكذا في المعدودات المتقاربة
 وهي التي لا تتفاوت) أحادها
 (كالجوز والبيض لان العددي
 المتقارب معلوم مضبوط
 الوصف مقدور التسليم)
 فكان مناط الحكم موجودا
 كافي المذروعات (فجاز السلم
 فيه الحاقا بالمكيل والموزون
 والكبير والصغير سواء
 لاصطلاح الناس على
 اهدار التفاوت) فانه قلنا
 يباع جوز بفلس وآخر
 بفلسين وكذلك البيض

بمخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده متفاوتا فاحشا) فصارا لضابط في معرفة العددي المتقارب عن التفاوت تفاوت الاحاد في
المالية دون الافواع وهذا هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله ويؤيد ذلك ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله أن السلم لا يجوز في بيض
النعام لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيما في المعدودات (٣٣٧) المتقاربة عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز

لانه عددي لا كيلى وعنه
انه لا يجوز عددا أيضا لوجود
التفاوت في الاحاد ولنا
أن المقدر امره يعرف
بالعد وأخرى بالكيل فأمكن
الضبط بهما فيكون جائزا
وكونه معدودا باصطلاحهما
فجاز اهداره والاصطلاح
على كونه كيليا (قوله وكذا
في الفلاس عددا) ذكره
في الجامع الصغير مطلقا
من غير ذكر خلاف لاحد
وقيل هذا عند أبي حنيفة
وأبي يوسف وأما عند محمد
فلا يجوز أى لا يجوز السلم
في الفلاس لانها أثمان
والسلم في الأثمان لا يجوز
ولهما ان الثمن في
حق المتعاقدين ثابتة
باصطلاحهما لعدم ولاية
الغير عليهما فلهما بطلانهما
باصطلاحهما فاذا بطلت
الثنية صارت ممتنا تتعين
بالتعيين فجاز السلم وقد
ذكرناه في باب الربا في
مسئلة بيع الفلاس
بالفلسين ومن المشايخ من
قال جواز السلم في الفلاس
قول الكل وهذا القائل
يحتاج الى الفرق لهما بين
البيع والسلم وهو أن كون
المسلم فيه ممتنا من ضرورة

بمخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده متفاوتا فاحشا ويتفاوت الاحاد في المالية يعرف العددي
المتقارب وعن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في بيض النعام لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز
السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر رحمه الله لا يجوز كيلا لانه عددي وليس يمكن وعنه انه لا يجوز
عددا أيضا للتفاوت ولنا ان المقدر امره يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير
مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلاس عددا وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وعند محمد
رحمه الله لا يجوز لانها أثمان ولهما ان الثنية في حقهما باصطلاحهما ممتنا تبطل باصطلاحهما ولا تعود
وزنيا وقد ذكرناه من قبل (ولا يجوز السلم في الحيوان) وقال الشافعي رحمه الله يجوز لانه يصير معلوما
ببيان الجنس والسن

بعد ذكر العدد الامع تعيين المقدر واللون من نقاه البياض أو اهداره قال المصنف (وكما يجوز عددا
في العددي المتقارب يجوز كيلا) وقال زفر لا يجوز لانه ليس يمكن بل معدود وعنه لا يجوز عددا
أيضا للتفاوت) بين آحاده قلنا أما التفاوت فقد أهدر فلا تفاوت اذا لتفاوت في مالتيه وأما كونه
معدودا فسلم لكن لم لا يجوز كيلا مع أن اعتبار المقدر ليس الا بالضبط والضبط لم يخص في العديل
يتعرف بطريق آخر فان قيل الكيل غير معدول فيه لما بقي بين كل حوزتين وبيضتين من التخيل
قلنا فدع علمنا به ورضى رب السلم فاعلم وقوع السلم على مقدار ما يلا هذا الكيل مع تخيله وانما يمنع ذلك
في أموال الرابا اذا قبلت بجنسها والمعدول ليس منها وكذا كان باصطلاحهما فلا يصير بذلك مكيلا
مطلقا لكونه روبا واذا أجرناه كسلا فزنا أولى (قوله وكذا في الفلاس عددا) أى يجوز السلم
في الفلاس عددا هكذا ذكره محمد رحمه الله في الجامع من غير ذكر خلاف فكان هذا ظاهر الرواية عنه
وقيل بل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وأما عنده فلا يجوز بدليل منعه ببيع الفلاس بالفلسين في باب
الربا لانها أثمان وهذا ما أراد المصنف من قوله ذكرناه من قبل واذا كانت أثمانا لم يجوز السلم فيها على
ما ذكرناه وروى عنه أبو الوليث الخوارزمي أن السلم في الفلاس لا يجوز على وفق هذا التخرج لكن
ظاهر الرواية عنه الجواز والفرق له بين البيع والسلم ان من ضرورة السلم كون المسلم فيه ممتنا فاذا أقدم
على السلم فقد تضمن ابطالهما باصطلاحهما على الثنية ويصح السلم فيها على الوجه الذي يتعامل فيها به
وهو العدم بخلاف البيع فانه يجوز وروده على الثمن فلا موجب لخروجهما في حقه عن الثنية فلا يجوز
التفاضل فامتنع بيع الفلاس بالفلسين وقد تضمن الفرق المذكور جواب المصنف المذكور على تقدير
تخرج الرواية عنه وقولنا يصح السلم فيها على الوجه الذي الى آخره هو تقرير قول المصنف ولا يعود
وزنيا يعني اذا بطلت ثنيتها لا يلزم خروجهما عن العددي الى الوزنية اذ ليس من ضرورة عدم الثنية عدم
العددي كالجوز والبيض بل يبقى على الوجه الذي تعورف التعامل به فيها وهو العددي الا أن يدره أهل
العرف كما هو في زماننا فان الفلاس أثمان في زماننا ولا تقبل الاوزان فلا يجوز السلم فيها الاوزان
في ديارنا في زماننا وقد كانت قبل هذه الاصرار عددي في ديارنا أيضا (قوله ولا يجوز السلم في الحيوان)
دابة كان أوريقا وهو قول الثوري والاوزاعي (وقال الشافعي) ومالك وأحمد (يجوز) للمعنى
والنص أما المعنى (لانه يصير معلوما) أى منضبطا (بيان الجنس) كفرس أو ابل أو عبد (والسن)

جواز السلم فاقداهما على السلم تضمن ابطال الاصطلاح في حقه ما فاعاد ممتنا وليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع ممتنا فان
بيع الأثمان بعضها ببعض جائز فالأقدام على البيع لا تضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فبقي ثمتا كما كان وفسد بيع الواحد بالاثنين
(قوله ولا يجوز السلم في الحيوان) وهو لا يخلو ما أن يكون مطلقا وموصوفا والاول لا يجوز بلا خلاف والثاني لا يجوز عندنا لافا
لشافعي رحمه الله هو بقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالابل والسن كالجذع والثني

في العصافير والحمامات التي
تؤكل وأن السلم فيها لا يجوز
أن يكون عندكم وتقريره
أن عدم جواز السلم في
الحيوان ليس لكونه غير
مضبوط فانه يجوز في الديباج
دون العصافير ولعل ضبط
العصافير بالوصف أهون
من ضبط الديباج بل هو
ثابت بالسنة لا يقال النهي
عن الحيوان المطلق عن
الوصف والتمتاز فيه هو
الموصوف منه فلا يتصل
بمحل النزاع لان محمد بن
الحسن ذكر في أول كتاب
المضاربة ان ابن مسعود
رضي الله عنه دفع مالا
مضاربة الى زيد بن خليفة
فأسلمها زيد الى عتريس
ابن عرقوب في قلائص
معاوية فقال ابن مسعود
اردمنا اننا لا نسلم أمواتنا وهو
دليل على أن المنع لم يكن
لكونه مطلقا لان القلائص
كانت معاوية فكان لكونه
حيوانا لا يقال في كلام
المصنف تسامح لان الدليل
المذكور بقوله ولنا
منقوض بالعصافير لان
ذكر ذلك لم يكن من حيث
الاستدلال على المطلوب
بل من حيث جواب الخصم
وأما الدليل على ذلك فهو
السنة

وقد صح ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع أجناسه حتى
العصافير

سفيان عن معمر بن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن
بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ورأه عبد الرزاق حدثنا معمر به وكذا رواه الدارقطني والبخاري قال الزوار
ليس في الباب أجل اسنادا من هذا وقول البيهقي انه عن عكرمة مرسل بسبب أن منهم من رواه عن معمر
كذلك كأنه هو مبتدئ قول الشافعي رحمه الله ان حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة غير ثابت
لكن هذا غير مقبول بعد تصحيح الثقات بابن عباس كما ذكرنا وكذا رواه الطبراني في معجمه عن داود بن
عبد الرحمن العطار عن معمر به مسندا وغاية ما فيه تعارض الوصل والارسال من الثقات والحكم فيه الوصل
كما عرف وقد تأيد بعد تصحيحه بأحاديث من طرق منها ما أخرجه أصحاب السنن الاربعة عن الحسن عن
سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وقول البيهقي أكثر الحفاظ
لا يثبتون سماع الحسن من سمرة معارض بتصحيح الترمذي له فانه فرع القول بسماعه منه مع ان الارسال
عندنا وعند أكثر السلف لا يقدر مع أنه قد يكون شاهدا مقويا فلا يضره الارسال وأيضا اعتضد
بالوصول السابق أو المرسل الذي يرويه من ليس يروي عن رجال الآخرة وحديث آخر أخرجه الترمذي
عن الججاج بن ارطاة عن أبي الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيوان اثنين بواحد
لا يصلح نساء ولا بأس به يدا بيد قال الترمذي حديث حسن كأنه للخلاف في الججاج بن ارطاة وحديث آخر
أخرجه الطبراني عن ابن عمر نحوه وسواء قول البخاري مرسل وجوابه على نحو ما ذكرناه أتفا وتضعيف
ابن معين لمحمد بن دينار لا يضر لذلك أيضا مع أنه ليس كذلك وأخرج الامام أحمد حدثنا حسان بن محمد
حدثنا خلف بن خليفة عن أبي خباب عن أبيه عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا تبعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين فقال رجل يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس
بالفراس والخبيجة بالابل قال لا بأس اذا كان يدا بيد وحمل هذا الحديث على كون النهي فيما اذا
كان النساء من الجنائين حتى يكون بيع الكالئ بالكالئ تقييدا لا عم فانه أعم من ذلك فلا يجوز التصير
اليه بلا موجب وقال المصنف رحمه الله (صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان)
هو ما أخرجه الحاكم والدارقطني عن اسحق بن ابراهيم بن جوفى حدثنا عبد الملك الذماري حدثنا
سفيان الثوري عن معمر بن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى
عن السلم في الحيوان وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وتضعيف ابن معين بن جوفى فيه نظر بعد تعدد
ما ذكر من الطرق الصحيحة والحسان مما هو بعينه يرفعه الى الخبيجة بعينه لما عرف في فن الحديث وكذا
يجب أن يرجح على حديث أبي رافع ان صح لانه أقوى سنداً أعني حديث ابن جبان ولان المانع يرجح
على المبيح وفي الباب أثر أبي خنيفة عن جاد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي قال دفع عبد الله بن
مسعود الى زيد بن خويرة البكري الماضاربة فأسلم زيد الى عتريس بن عرقوب الشيباني في قلائص
فلما حلت أخذ بعضها وبقي بعض فأعسر عتريس وبلغه أن المال لعبد الله فأنه يسترفقه فقال عبد الله
أفعل زيد فقال نعم فأرسل اليه فسأله فقال عبد الله اردد ما أخذت وخذ رأس مالك ولا تسلمن ما لنا في شيء
من الحيوان قال صاحب التنقيح فيه انقطاع يريدين ابراهيم وعبد الله فانه اعما يروي عنه بواسطة علقمة
أو الاسود لان هذا غير قادم عندنا خصوصا من ارسال ابراهيم فقد تعارضت الاحاديث والطرق عن
ابن عباس وسمرة وجابر وغيرهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في المطلوب وما ذكرنا من معرفة البقرة
بالوصف فأنما ذكر الله لهم أوصافا ظاهرة ليطبقوها على معين موجود ولا شك في أن هذا مما تحصل به

قوله لا يقال في كلام المصنف
تسامح أقول يعني في

قال (ولافي أطرافه كالرؤس والاكارع) للتفاوت فيها اذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها قال (ولافي الجلود عددا

المعرفة وكلامنا في انه ينتهي معه التفاوت الفاحش مطلقا معناه وأما منعه صلى الله عليه وسلم وصف الرجل الحديث فلهوق الفتنة على السامع وهي لا تتوقف على انتفاء التفاوت الفاحش بين الوصف والشخص وأما ثبوته في الذمة في المهر والدية ونحوهما فلا أن الحيوان فيه ليس مقابلا بمال وهو ظاهر فتجري فيه المساهلة بخلاف ما قبل بحال فإنه تجرى فيه المشاحة بخبرنا على موجب ذلك وقلنا ما وقع من الحيوان بدل مال كالمبيع منه لا يجوز أن يثبت في الذمة لما يجرى فيه من المشاحة عادة بخلاف غيره كالمهر وما معه فإنه ليس عوضا عن مال خرج من يدا الأخر فيجوز فعلنا بالآثار فيها أو لئلا يقال أن يقول كون التفاوت بعد الاوصاف يبقى فأحشا لا يضر لأن ذلك باعتبار الباطن ولا يلزم المسلم اليه سوى ما تضمن ما ذكر من الاوصاف الظاهرة فإذا انطبق المذكور منها على ما يؤديه المسلم اليه حكم عليه بقبوله سواء كان التفاوت قليلا بسبب الباطن أو كثيرا لأن المقود عليه ليس الا الموصوف فقط نعم لو عين من الاوصاف الذكاء وجوده الفهم والاخلاق الحسنة ينبغي أنه لا يجوز لأن ذلك لا يعرف الا بعد زمان الاختبار وبعد تجرى المنازعة في أن اخلاقه ماهي وفي تحريمها فالفزع في ابطال السلم في الحيوان ليس الا السنة وهكذا قال محمد بن الحسن لماسأله عمرو بن أبي عمرو قال قلت له انما لا يجوز في الحيوان لأنه غير مضبوط بالوصف قال لا لانما يجوز السلم في الدبابيح ولا يجوز في العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الدبابيح ولكنه بالسنة وفي مضبوط شيخ الاسلام والعصافير وان كانت من العدديات المتقاربة لكنه في معنى المتقطع لأنه مما لا يقتنى ولا يجبس للتوادل ولا يتيسر أخذه ولا رجحان أخذه بيقام مقام الموجود بخلاف السمك الطير لرجحان امكان أخذه وهذا يقتضى جواز السلم فيما يقتنى منها كالحمام والقرى وهو خلاف المنصوص عن محمد وقدروى عن أبي يوسف أن ما لا تتفاوت أحاده كالعصافير يجوز السلم فيها وفي لحومها وهو مشكل على الدليل لانا ان علنا بعدم الضبط فالعبرة لعين النص للمعنى النص وان اعتبرنا عمومها وجب أن لا يجوز فإن قيل فالسمك الطير مخصوص من عموم الحيوان فجاز في العصافير قياسا على الثياب بقوله التفاوت قلنا انما يتم لو شرط حياة السمك الطير في المسلم فيه وليس كذلك بل كيفما كان حتى لو شرط ذلك كان لنا أن نمنع صحة السلم فيه (قوله ولافي اطرافه) أي لا يجوز السلم في أطراف الحيوان (كالرؤس والاكارع) وهو جمع كراع وهو مادون الركبة في الدواب قيل المانع مبنى على منع السلم في الحيوان وهذه ابعاضه وليس بشئ لانها لا يصدق عليها الحيوان ان كان النهى تعبدا ولا المعنى ان كان معلولا بالتفاوت الفاحش لان ذلك انما يكون في حالة الحياة وكان يلزم ان لا يجوز في الجلود لكنه جائز بذكر الطول والعرض والنوع والجودة ولذا يجوز السلم في الجلود وزنا والمصنف انما ذكر في منعه انما عددية متفاوتة ولا مقدر لها فامتنع السلم عددا وغير عدد لا تتفاه المقدر وعندى لا بأس بالسلم في الرؤس والاكارع وزنا بعد ذكر النوع وباقي الشروط فان الاكارع والرؤس من جنس واحد حينئذ لا تتفاوت تفاوتا فاحشا وقول مالك يجوز عدد بعد عدد ذكر النوع خلفه التفاوت جيد لكن يزاد انما رؤس مجاهيل أو ابقار كبار ونحوه في الغنم فان التفاوت بعد ذلك يسير (ولافي الجلود عددا) وكذا الاخشاب والحوالقات والفراء والسياب الخميطة والخفاف والقلانس الا أن يذكر العدد لقصد التعدد في المسلم فيه ضبط الكمية ثم يذكر ما يقع به الضبط كان يذكر في الجلود مقدارا من الطول والعرض بعد النوع كجلود البقر والغنم وكذا في الادييم بأن يقول طائفي أو برغالي وفي الخشب طوله وغلظه ونوعه كسنت أو حور ونحوه وقول بعضهم يجوز في الكاغد عدد المحمول على ما بعد تسمية طوله وعرضه ونخشه ورقته ونوعه الا أن يعني ذكر نسبتته عن قدره كورق حموي وفي الجواليق طوله

قال (ولافي اطرافه كالرؤس والاكارع) والكارع مادون الركبة من الدواب والاكارع جمع لانه عددي متفاوت لا مقدر له ولافي جلوده لانها اتباع عددا وهي عددية فيها الصغير والكبير فيفضي السلم فيها الى المنازعة ولا يتوهم أنه يجوز وزنا لثبوته عددا لان معناه انه عددي حيث لم يجز عددا لم يجز وزنا بطريق الاولى لانه لا يوزن عادة وكذا في الذخيرة أنه ان بين الجلود ضربا معلوما يجوز وذلك لانها المنازعة حينئذ

(ولا في الخطب حرزما) لكونه مجهولا من حيث طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك حاز كذا في المسوط ولا في الرطب بحر زانضم الجيم بعدها راه مفتوحة وزاي وهي القبضة من الفت ونحوه للتفاوت الا اذا عرف ذلك ببيان طول ما يشد به الحزمة انه شبر أو ذراع فانه يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا) وجود المسلم فيه من حين العقد الى حلول الاجل شرط جواز السلم عندنا وهذا ينقسم الى ستة اقسام فسمه عقلية حاصرة وذلك لانه اما ان يكون موجودا من حين العقد الى الحبل أو ليس موجودا أصلا أو موجودا عند العقد دون المحل أو بالعكس أو موجودا فيما بينهما أو معدوما فيما بينهما والاول جائز بالاتفاق والثاني فاسد بالاتفاق والثالث كذلك والرابع فاسد عندنا خلافا للشافعي والخامس فاسد (١٣٣)

خلاف المالك والشافعي له على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدوا صلاحها وهو حجة على الشافعي فانه عليه الصلاة والسلام شرط لصحة وجود المسلم فيه حال العقد ولان القدرة على التسليم انما تكون بالتصصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التصصيل والمنقطع وهو ما لا يوجد في سوقه الذي يباع فيه وان وجد في البيوت غير مقدور عليه بالاكتساب وهذا حجة عليهما واعترض بأنه اذا كان عند العقد موجودا كفي مؤثمة الحديث واذا وجد عند المحل كان مقدورا للتسليم فلان مانع عن الجواز واجب بان القدرة انما تكون موجودة اذا كان العاقبة باقيا الى ذلك الوقت حتى

ولا في الخطب حرزما ولا في الرطب حرزا) للتفاوت فيها الا اذا عرف ذلك بان بينه طول ما يشد به الحزمة انه شبرا أو ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين الحبل حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند الحبل أو على العكس أو منقطعاً فيما بين ذلك لا يجوز) وقال الشافعي رحمه الله يجوز اذا كان موجوداً وقت الحبل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدوا صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتصصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التصصيل

ووسعه وكذا كل ما كان ممزلا عن غيره فاطعاً للاشتراك (و) كذا (لا) يجوز (في) الخطب حرزما ولا في الرطب حرزما للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين طول ما يشد به الحزمة انه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز اذا كان لا يتفاوت وليس المعنى ان لا يجوز السلم فيها أصلاً بل لا يجوز بهذا العقد ولو قدر بالوزن في الكل جاز وفي ديارنا تعارفوا في نوع من الخطب الوزن فيجوز الاسلام فيه وزنا وهو واضط وأطيب وكون العرف في شيء من بعض المقدرات لا يمنع ان يتعامل فيه بمقدار آخر يصطلحان عليه الا ان يمنع منه مانع شرعي كما قلنا في البيض كبلاو عنه كان ظاهر المذهب جواز السلم في الحنطة وزنا بخلاف ما اذا قبل نحو الحنطة بجنسها وزنا وهو كيلي لما عرف في باب الربا اما السلم فليس يلزم فيه ذلك لان رأس مال السلم في الحنطة لا يكون حنطة وقد ضربنا بضبطه وزنا كي لا يصير تفاوت الحنطتين المتحدتي الوزن كيلا يوجب هذا تضعف روايه الحسن عن أبي حنيفة انه لا يجوز في الحنطة وزنا وذكر قاضيان أن الفتوى على الجواز لتعامل الناس ويجوز السلم في الفت وزنا والرطوبة القضب والجرب بضم الجيم وفتح الراء المهملة جمع حرزة وهي الحزمة من الرطب كحزمة الريحان ومحوه وأما الجرب بكسر الجيم وزاين أولهما مفتوحة فجمع حرزة وهي الصوف الجرزوز (قوله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين الحبل) بكسر الحاء مصدر مهي من الحمول (حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو على العكس أو منقطعاً فيما بين ذلك) وهو موجود عند العقد والمحل (لا يجوز) وهو قول الاوزاعي (وقال الشافعي) ومالك وأحمد واسحق (اذا كان موجوداً عند المحل جاز) وان كان منقطعاً وقت العقد أو بينهما لان اشتراط الوجود للقدرة على التسليم وهو بالوجود وقت المحل فاشترطه في غير ذلك بلا موجب بل دليل نفيه عدم دليل وجوده لان نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي ولههم أيضا اطلاق الحديث المتقدم أعني أنه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة فوجدهم يسلفون في الثمر السنة والسنتين والثلاث فأفاض في بيان الشرط الشرعي فلم يزد على قوله من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فلا كان عدم الانقطاع شرطاً لبيته وحين لم يبينه لم يثبت بل لزم انه ليس شرطاً بسكوته عنه بعد شروعه في

لومات كان وقت وجوب التسليم عقيسه وفي ذلك شك ورد بان الحياة ثابتة فمتى وأجيب بأن عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فمتى فان قيل بقاء الكيل في النصاب ليس بشرط في أثناء الحول فليكن وجود المسلم فيه كذلك أجيب بأن وجوده كالتصايب وجوده لا ككيله ووجوده شرط فوجود المسلم فيه كذلك

(قوله وهذا ينقسم الى ستة اقسام الخ) أقول بل الى ثمانية اقسام والقسمان الاخيران ان يكون موجودا عند العقد وما بعده دون المحل وان يكون موجودا عند المحل وما قبله دون وقت العقد الا انهما مندرجان في قوله عند العقد دون المحل أو بالعكس (قوله فليكن وجود المسلم فيه) أقول فيه تأمل

(ولو انقطع بعد المحل قرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده) لان السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كباقي المبيع قبل القبض

بيان ماهو شرط على ما عرف في مثله قلنا بل فيه مدرك شرعي وهو ما رواه أبو داود وابن ماجه واللفظه عن أبي اسحق عن رجل نجري قلت لعبد الله بن عمر أسلم في نخل قبل أن تطلع قال لا قلت لم قال لان رجلا أسلم في حديقة نخل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن تطلع النخل فلم تطلع النخل شيئا ذلك العلم فقال المشتري أو خرك حتى تطلع فقال البائع إنما النخل هذه السنة فاختصم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال البائع أخذ من نخلك شيئا قال لا قال ثم تستحل ماله ارد عليه ما أخذت منه ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه وجه الدلالة انه اول ما يصدق على السلم اذا وقع قبل الصلاح انه يبيع ثمرة قبل بدو صلاحها وفيه مجهول كما رأيت والحديث المعروف وهو انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها فيكون متناولا للنهي ويدل عليه ما أخرج البخاري عن ابي بصير قال سألت ابن عمر عن السلم في النخل قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح وعن يبيع الورق نساء بناجر وسألت ابن عباس رضي الله عنهما عن السلم في النخل فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يؤكل منه فقد ثبت عن هذين الصحابين الكبيرين في العلم والتبعية انهما فاهمان من نهي عن بيع النخل حتى يصلح يبيع السلم فقد دل الحديث على اشتراط وجوده وقت العقد والاتفاق على اشتراطه عند المحل فلزم اشتراط وجوده عندهما على خلاف قولهم وأما لزوم وجوده بينهما فأما لعدم القائل بالفصل لان الثابت فائلا ان قائل باشتراطه عند المحل فقط وقائل عندهما وفيما بينهما فالقول باشتراطه عندهما لا غير احداث قول ثالث أو تقول ذلك بتعليل النص على اشتراطه عند العقد مع أن الاداء يتأخر عنه فلا يضطر اليه عنده بأن اشتراطه القدرة على التسليم ظاهر لان الظاهر استمرار الوجود وبالأستمرار يتمكن من التحصيل فان أخذ السلم مظنة العدم وبالأخذ بذلك مظنة التحصيل شيئا فشيئا في مدة الأجل وباعتبار المظنة تناط الاحكام فلا يلتفت الى كون بعض من يسلم اليه قد يحصله دفعة عند حلول الاجل كالذراع وأهل النخل فان ما يسلم فيه لا يحصى وأكثرهم يحصل المسلم فيه بدفعات رأيت المسلم اليه في الجلود أيدى في عند حلول الاجل الف رأس يعطى جلودها رب السلم وكذا الاسماك المألحة والثياب والاشباب والاحطاب والاعسال والمشاهد في بعض من له فضل أوز يتون أن يأخذ أكثر مما يحصل له يعطى ما يخرج له ويشتري الباقي وكثير يأخذون ليستريحوا في رأس المال وينفقوا من فضل الكسب على عيالهم ويحصلوا المسلم فيه قليلا قليلا لان وضع السلم ثمرا لا اعتبار ظن ما ذكرنا فيكون هو السبب في اشتراط الشرع وجوده عند العقد ثم الانقطاع الذي يفسد العقدان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت ذكره أبو بكر الثلجي ورواه عن ابيه وفي مبسوط أبي الليث لو انقطع في إقليم دون اقليم لا يصح السلم في الاقليم الذي لا يوجد له لانه لا يحصل الا بمسقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو أسلم في الرطب بخاري لا يجوز وان كان بسجستان (ولو انقطع بعد المحل) أي حلول الاجل قبل التسليم لا يبطل العقد (لكن رب السلم بالخيار ان شاء فسخ وان شاء انتظر وجوده) وقال زفر يبطل العقد وهو قول الشافعي ورواه عن الكرخي للعجز عن التسليم قبل القبض فصار كالو هلك المبيع قبل القبض في المبيع المعين فان الشيء كما لا يثبت في غير محله لا يبقى عند فواته كالأشياء بفاوس ثم كسدت قبل القبض يبطل العقد فكذا هنا ولنا (أن السلم قد صح) ثم تعذر التسليم بعارض (عن شرف الزوال) فيخبر المشتري (كأولئك المبيع قبل القبض) وهذا لان المعقود عليه هنادين ومحل الدين النعمة وهي باقية فيبقى الدين ببقاء محله وانما تأخر التسليم اذا كان وجوده مرجوا بخلاف المبيع العين فان بهلا كه يفوت محل العقد وكذا الفلوس اذا كسدت فانها وان كانت في النعمة لكن الثمن السكائن

(قوله ولو انقطع بعد المحل) يعني أسلم في موجود حال العقد والمحل ثم انقطع فالسلم صحيح على حاله ورب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده (لان السلم قد صح) والعجز عن التسليم طارئ على شرف الزوال فصار كباقي المبيع قبل القبض) في بقاء المعقود عليه والعجز عن التسليم فان المعقود عليه في السلم هو الدين الثابت في الذمة وهو باق ببقائها كالعبد الا بوقوف قوله والعجز الطارئ على شرف الزوال اشارة الى جواب زفر عن قياسه المتنازع فيه على هلاك المبيع في العجز عن التسليم وفي ذلك يبطل البيع فكذلك ههنا ووجهه أن العجز عن التسليم اذا كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لانه غير ممكن الزوال عادة فكان القياس فاسدا

قال (ويجوز السلم في السمك المالح الخ) السلم في السمك لا يجوز عددا طريا (٣٣٣) كان أو ما لاختلاف وزنا ما

أن يكون في المالح أو الطري
فان كان في المالح جاز في
ضرب معلوم ووزن معلوم
لكونه مضبوط القدر
والوصف مقدور التسليم
لعدم انقطاعه وان كان
في الطري ان كان في حينه
جاز كذلك وان كان في غير
حينه لم يجوز لكونه غير
مقدور التسليم حتى لو كان
في بلد لا يتقطع جاز وروى
عن أبي حنيفة انه لا يجوز في
لحم الكبار التي تقطع
الاختلاف بالسمن والهزال
ووجه الرواية الاخرى ان
السمن والهزال ليس بظاهر
فيه فصار كالصغار قيل يقال
سمك ملج ومملوح ولا يقال
مالح الا في لغة رديئة وهو
المقدد الذي فيه ملح ولا
معتبر بقول الرابح
بصريه تزوجت بصريا *
يطعمها المالح والطريا
لانه مولد لا يؤخذ بلغته
قال الامام الزرنيخي كفي
بذلك حجة للفقهاء قال (ولا
خير في السلم في اللحم) خير
نكرة وقعت في سياق النبي
فتفيد نفي أنواع الخير بعمومه
ومعناه لا يجوز على وجه
المبالغة قال أبو حنيفة
لا يجوز السلم في اللحم وقال
اذا وصف منه موضعا
معلوما بصفة معلومة جاز
لكونه موزونا معلوما
كسائر الموزونات ولهذا

قال (ويجوز السلم في السمك المالح ووزنا معلوما وضربا معلوما) لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور
التسليم اذ هو غير منقطع (ولا يجوز السلم فيه عددا) للثبوت في السلم في السمك الطري
الا في حينه ووزنا معلوما وضربا معلوما) لانه يتقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا يتقطع يجوز
مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي
تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عند أبي حنيفة قال (ولا خير في السلم في اللحم عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز) لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن
بالمثل ويجوز استقراره وزنا ويجري فيه ربا بالفضل

فيها فلاس هي آثمان ولا وجود لها بعد الكساد فيفوت الحسل ثم هوليس على شرف الزوال بل الظاهر
استمراره في الوجود بخلاف ما نحن فيه لان لادراك الزرع والثمار وانما معلوما وكذلك غيرها أو ان يكثر
وجودها فيه من السنة برخص (قوله) ويجوز السلم في السمك المالح ووزنا معلوما وضربا معلوما
بأن يقول يورى أو راي وفي أسماك الاسكندرية الشفش والدونيس وغيرها (لانه) حينئذ معلوم
القدر مضبوط الصفة مقدور التسليم ولا يجوز السلم فيه عددا للثبوت في التحفة وأما الصغار فيجوز
فيه كيلا ووزنا سواء في الطري والمالح وفي المغرب سمك ملج ومملوح وهو المقدد الذي فيه الملح ولا
يقال مالح الا في لغة رديئة قال بعض الشارحين لكن قال الشاعر

بصريه تزوجت بصريا * أطعمها المالح والطريا

ثم نقل عن بعض المشايخ وكفي بذلك حجة للفقهاء وظاهر هذا الاستدراك انه ليس برىء ولم يجرد سوى
هذا البيت وهو لا ينافي قول المغرب الا في لغة رديئة وليس لهذا الاستدراك فائدة بل قال ابن دريد
ملح وملج ولا يلتفت الى قول الرابح * أطعمها المالح والطريا * ذلك مولد لا يؤخذ بلغته وأما
الطري فيجوز حين وجوده وزنا أيضا فاذا كان يتقطع في بعض السنة كما قيل انه يتقطع في الشتاء في
بعض البلاد فلا ينعقد في الشتاء ولو أسلم في الصيف وجب أن يكون منتهى الاجل لا يبلغ الشتاء
وهذا معنى قول محمد لا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه يعني أن يكون السلم مع شروطه في
حينه كي لا يتقطع بين العقد والحلول وان كان في بلد لا يتقطع جاز مطلقا وزنا لا عددا لما ذكرنا من
الثبوت في أحاده وعن أبي حنيفة في الكبار التي تقطع كما يقطع اللحم لا يجوز السلم في لحمها اعتبارا
بالسلم في اللحم فانه يمنع السلم في اللحم وعن أبي يوسف منع السلم في الكبار ووزنا مع اجازته في اللحم فان
هناك يمكن اعلام موضع القطع الجنب أو الظهر أو الفخذ ولا يتأني في السمك ذلك وطعن بعضهم على
محمد في قوله في حينه لان الاصطيد يتم في كل حين مدفوع فان الانقطاع عدم الوجود في بعض
البلاد وفي بعض السنة وهو لا يستلزم عدم الاصطيد ليرتد ما ذكره (قوله) ولا خير في السلم في اللحم) وهذه
العبارة تامة كيد في نبي الجواز كقوله لا خير في استقرار الخبز وقول من قال ان المجتهد يقول فيما
يستخرج من الحكم بالرأى تجوز عن القطع في حكم الله تعالى بالرأى بعيد فكل الاحكام القياسية
المنظونة معبر عنها في الفقه بلا يجوز كذا أو يجوز كذا وكلاهما من هذا القبيل لانه قد استقر عند أهل
العلم أنهم منظونات لا مقطوعات وأيضا المجتهد قاطع بأن حكم الله في حقه ذلك (وقالا اذا وصف من
اللحم موضعا معلوما بصفة) ككونه ذكرا أو خصيا أو سمينا بعد ان بين جنسه من نحو الضأن وسنه ثني ومن
الفخذ أو الكتف أو الجنب مائة رطل وفي الحقائق والعيون الفتوى على قولهما وهذا على الاصح من
ثبوت الخلاف بينهم وقد قيل لاختلاف فنع أبي حنيفة فيما اذا أطلق السلم في اللحم وقولهما ذابنا ما ذكرنا
ووجهه انه موزون في عادة الناس مضبوط بما ذكرنا من الوصف وقوله ولهذا يضمن بالمثل استدلال
على كونه موزونا وكذا كونه مضمونا بالمثل جاز الاستقراض وما ذكرنا من العادة المستمرة فيه في

يجوز ضمانه بالمثل واستقراضه وزنا ويجري فيه ربا بالفضل

فان قيل لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم اجاب بقوله لانه لا يمكن وصف موضع منه وهذا يشير الى ان عدم الجواز فيه متفق عليه وفي تعليقه تأمل لانه ان لم يمكن وصف موضع منه فوصفه ممكن بان يسلم في لحم الدجاج مثلا ببيان سمته وهزاله وسنه ومقداره ومن المشايخ من حمل المذكور من لحم الطيور (٣٣٤) على طيور لا تقتنى ولا تجس للتواد فيكون البطلان بسبب انه أسلم في المنقطع

بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته أو في سمته وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمن بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته أما الوصف فلا يكتفى به

سائر الاقطار قاطع فيه وما فيه من العظم غير مانع لانه اذا سمى موضعا ومعلوم انه فيه عظم كان تراضيا على قطعه بما تضمنه من العظم ولانه ثابت بأصل الخلقة كالنوى في التمر ولذا جاز السلم في الالبسة مع انها لا تخلو من عظم والسلم فيها وفي الشحم بالاجماع (بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه) لان عضو الطير صغير وهذا ظاهر في منعه مطلقا وحاصل الكلام فيه ان الما لا يصاد من الطيور ولا يجوز السلم فيه ولا في لحمه وما صيد قليل هو على الخلاف عندهما يجوز وعنده لا يجوز وقيل يجوز وعند الكل لان ما فيه من العظم لا يعتبره الناس وهو الصحيح فيجب ان يكون محمل ما في الكتاب من المنع مطلقا في مخلوع العظم فان العلة حينئذ ثابتة ثم يجب انه اذا أسلم في مائة رطل من لحم الدجاج مثلا ان يعين الموضع بعد كونه بعظم فان من الناس من لا يجب الصد منها فيقول أورا كأ وغير الصدر أو ينص على صدرها أو أورا كلها فان أطلق فقال من لحم الدجاج السمين يجب ان لا يجوز للمنازعة بسبب ما ذكرنا لا اختلاف اغراض الناس ولا في حنيفة رضي الله عنه وجهان أحدهما انه يقع سلما في الجهول لتفاوت اللحم بقلة العظم وكثرته بخلاف لحم السمك فان مضمونه من العظم قليل معلوم اهداره بين الناس ولذا هو فرق بين لحم السمك وغيره وقولهما اذا سمى موضعا كان تراضيا على قطعه بما تضمنه من العظم قلت للشاهد في بيع اللحم حلالا بعظمه جريان المما كسة بين البائع والمشتري في العظم حتى ان المشتري يستكرهه فيأمره بترعه بعضه والجزار يدسه عليه فكيف في المؤجل المستأخر التسليم وعلى هذا الوجه يجوز السلم في مخلوع العظم وهو رواية الحسن عنه فانها ما أنه يختلف بحسب الفصول سمنا وهزالا فلا يسمى السمين قد يكون انتهاء الاجل في فصل الهزال وحاصل هذا الوجه انه سلم في المنقطع وعلى هذا لا يجوز في مخلوع العظم وهو رواية ابن شجاع عنه قال المصنف (وهو الاصح) لان الحكم المعلل بعلمين مستقلين يثبت مع احدهما كما ثبت معهما وقولهما يضمن بالمثل ممنوع عمدا كرفي باب الاستحقاق من الجامع الكبير فيمن غضب لهما فتشواه ثم استحقه رجل لا يسقط ضمان العصب والمغصوب منه ان يضمنه قيمة اللحم قيل ولا توجد رواية بان من ذوات القيم الاثمان الجامع الكبير لكن ذكر صاحب الفتاوى الصغرى انه رأى وسط غضب المنتقى ان أبا يوسف روى عن أبي حنيفة اذا استهلك لهما قال عليه قيمته وحل عبارة المصنف (ان القبض) أي قبض اللحم القرض (يعاين فيعرف مثله) أي بالمقبوض أما السلم فليس فيه مقبوض معاين بل مجرد وصف فلا يكتفى به الى آخر ما ذكرنا وكذا الاستقراض وزنا أيضا ممنوع بل ذلك مذهبا وبعد التسليم أي تسليم ان ضمان اللحم بالمثل كما اختاره الاسيحياني انه يضمن بالمثل الا أن ينقطع من أيدي الناس وهو الوجه لان جريان بالفضل فيه قاطع بانه منقضي في فرق بين الضمان والسلم بان المعادلة في الضمان منصوص عليها وعمام المعادلة بالمثل لانه مثل صورة ومعنى أما القيمة فمثل معنى فقط لان الموجب الاصل رد العين والمثل أقرب الى العين بخلاف القيمة وكذا بتقدير تسليم استقراضه فالفرق بين

والسلم في مثله غير جائز عندهم اتفاقا وان ذكر الوزن فاما فيما يقضى ويجس للتواد فيجوز عند الكل لان ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس كعظم السمك واليه مال شيخ الاسلام وهذا يقوى وجه التأمل ولا في حنيفة طريقان أحدهما ان اللحم يشتمل على ماهو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ماهو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود ألا ترى انه تجرى المما كسة بين البائع والمشتري في ذلك بالتدليس والسزاع فكان المقصود مجهولا جهالة تقضى الى المنازعة ولا ترتفع ببيان الموضع والوزن وهذا يقتضى جوازه في منزوع العظم وهو مختار محمد بن الشجاع والثاني ان اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس في ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلا وكثرته والسلم لا يكون الاموجلا ولا يدري انه عند المحل على أي صفة يكون وهذا الجهالة متفضية

الى النزاع ولا ترتفع بالوصف وهذا يقتضى عدم جوازه في مخلوع العظم وهذا هو الاصح (قره والتضمن بالمثل) السلم جواب عن قولهما ولهذا يضمن بالمثل بالمنع وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة لان فيه رعاية الصورة والمعنى والقبض يعاين يعني أن الاستقراض حال فيعرف حال مثل المقبوض ولا تقضى الجهالة الى المنازعة والسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع به الجهالة فلا يكتفى به

قال (ولا يجوز السلم الا مؤجلاً) السلم الحلال لا يجوز عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى استدلل باطلاق رخص في السلم لا يقال مطلق فيجعل على المقيد وهو قوله عليه الصلاة والسلام الى أجل معلوم لما نذر كرهه لنا قوله عليه الصلاة والسلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم شرط جواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فان قيل معناه من اراد السلم مؤجلاً فليسلم الى أجل معلوم وبه نقول والحصر ممنوع وحينئذ لم يبق مقيداً فيجعل عليه المطلق والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم ووزن معلوم فانه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد فكان معناه في كيل معلوم (٣٣٥) ان كان كيلاً ووزن معلوم ان كان

قال (ولا يجوز السلم الا مؤجلاً) وقال الشافعي رحمه الله يجوز حالاً لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الى أجل معلوم فيما روينا ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفايس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص فبقى على الثاني السلم والقرض أن القبض في القرض معان محسوس فأمكن اعتبار المقبوض ثانياً بالاول أما السلم فأنما يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا تعرف مطابقتها للوجود عند القبض بمعرفة مطابقتها بعدد روية المقبوض الموجب للثقل وهذا معنى قوله أما الوصف فلا يكتفي به أي لا يكتفي بالوصف في معرفة الموافقة بين الموصوف والمقبوض كما هو بين المقبوض أولاً والمقبوض ثانياً ولما أهدر الشارع في باب الربا تكون الجوده فارقاً ثابتاً للربا بين نوعين متفاضلاً وان اختلفت موضعهما كلمه فخذم لحم ضلع (قوله ولا يجوز السلم الا مؤجلاً) وهو مذهب مالك وأحد وجهي ما لله (وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم الحلال) بان يقول مثلاً أسلمت هذه العشرة في كرخنة صفتها كذا وكذا الى آخر الشروط وبه قال عطاء وأبو ثور وابن المنذر (لاطلاق النص) وهو قوله (ورخص في السلم) والظاهر أنهم لا يدعون أن يكون به لانهم أهل حديث وهذا لا يثبت الا من كلام الفقهاء وانما الوجه عندهم أنه لا دليل في اشتراط الاجل فوجب نفيه وربما استدولوا على نفيه بأنه لو شرط الاجل لكان لتحصيل القدرة على التسليم التي هي شرط جواز العقد وهي ثابتة والظاهر من حال العاقد أنه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر عليه والقرض وجود المسلم فيه فيقدر عليه ولو لم يكن قادراً حقيقة فقد ثبتت قدرته بما دخل في يده من رأس المال ولهذا أو جينا تسليم رأس المال بخلاف الكتابة الحاله فان العبد يخرج بالكتابة من يدموله من غير أن يدخل في ملكه شيء فلا يصير قادراً على تسليم بدل الكتابة وأما استدلالكم بقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فليس معناه الامر بالتأجيل في السلم فيمنع الحلال بل معناه من أسلم في مكيل فليسلم في مكيل معلوم أو في موزون فليسلم في موزون معلوم أو الى أجل فليكن الى أجل معلوم لانه لو لم يكن كذلك لكان أيضاً أمراً بان يكون السلم في مكيل أو موزون فلم يجوز في المعدود والمذروع لان التسق في الفصول الثلاثة واحد ونحن نقول لاشك ان أهل الاجماع قاطبة في اخراجه من ذلك الحكم العام للترخيص للمفايس المحتاجين الى نفقة عاجلة قادرين على البدل بقدره آجلة فلا يتحقق محل الرخصة الا مع ذكر الاجل فلا يجوز في غيره وكونه قادراً حال العقد لم يتحقق المبيع في حقه ولما كان جواز الحاجة وهي باطنة أبيض بأمر ظاهر كما هو المسمى في قواعد الشرع كالسفر للشقة ونحوه وهو ذكر الاجل فلم يلتفت بعد ذلك الى كون المبيع معدوماً من عند المسلم اليه حقيقة أو موجوداً قادراً عليه فقول المصنف (ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص) معناه لو لم يذ كر الاجل والله تعالى أعلم وقوله الفرغ في

وزناً فيقدر الى أجل معلوم ان كان مؤجلاً فالجواب أن قضية العقل كفت مؤنة التميز فلا حاجة الى التقدير لانه خلاف الاصل سلمناه ولكن لا يلزم من تحمّل الهدور لضرورة تحمله لا للضرورة ولا ضرورة في التقدير في الاجل لا يقال العمل بالدليلين ضرورة فيتحتمل التقدير لاجله لان قوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي انما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحلال على أن سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الاجل فليتنامل ولان السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفايس اذا القياس عدم جواز بيع ما ليس عند الانسان وما شرع لذلك لا بد وان يثبت على وجه يندفع به حاجة المفايس والالم يكن مفيداً لما شرع له والسلم الحلال ليس كذلك لان دفع الحاجة يعتمد الحاجة والمسلم اليه فيه اما أن يكون قادراً على التسليم في الحال أو لا فان كان

الاول فلا حاجة فلا دفع فلا مرخص فبقى على الثاني وان كان الثاني فلا بد من الاجل ليحصل فيسلم والالادى الى النزاع الخرج للفلس وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل لو كان شرعية السلم كما ذكرتم لما جاز من عندها كرار حنطة أجيب بان السلم لا يكون الا بأدنى الثمنين وهو دليل على عدم حقيقة أمر باطن لا نطلع عليه فأقيم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبني عليه هذه الرخصة كما في رخصة المسافر (قوله فيجعل على المقيد الخ) أقول على ما هو مذهب الشافعي (قوله لما نذر كرهه) أقول اشارة الى ما نذر كرهه في حينئذ قيل وجواب لقوله لا يقال مطلق فيجعل على المقيد (قوله لان قوله رخص في السلم الخ) أقول وأيضاً العمل بالدليلين يوجد بجمل المطلق على المقيد على ما هو أصل الخصم ثم قوله لأن قوله رخص الخ جواب لقوله لا يقال العمل بالدليلين

قال (ولا يجوز الأجل معلوم) إذا ثبت اشتراط الاجل في السلم لا بد من كونه معلوما بما روي بناو بالمعقول وهو أن الجهة المفضية الى المنازعة كافي البيع فهذا يطالبه عدة قريبة وذلك يؤديه في بيعها واختلف في أدنى الاجل فقيل أدناه شهر استدلالا بمسئلة كتاب الامان حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في عينه فاذا كان مادون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلاثة أيام (٣٣٦) وهو ما ذكره أحمد بن أبي عمران البغدادي استاذ الطحاوي عن أصحابنا اعتبارا

قال (ولا يجوز الأجل معلوم) لما روي بناو لأن الجهة المفضية الى المنازعة كافي البيع والاجل أدناه شهر وقيل ثلاثة أيام وقيل أكثر من نصف يوم والاول أصح (ولا يجوز السلم بمكالم رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه) معناه اذا لم يعرف مقداره لانه تأخر فيه التسليم فر بما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد أن يكون المكالم مما لا يتقبض ولا ينسبط كلقصاع مثلا فان كان مما يتكسب بالكسب كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روي عن أبي يوسف رحمه الله قال (ولا في طعام قرية بعينها) أو غمرة نخلة بعينها لانه قد يعتبره آفة فلا يقدر على التسليم

السلم الحلال أقل منه في المؤجل بعد ما ذكرنا لا يفيد شيئا أعني بعد ما بينا من أن شرعيته لا دفع حاجة المحتاج الى المال العاجز عن العوض في الحلال فان القرر قد يحمل فيه تلك الحاجة وهي منتفية في السلم الحلال (قوله والاجل أدناه شهر الى آخره) في التحفة لارواية عن أصحابنا رضوان الله عليهم في المسبوط في مقدار الاجل واختلفت الروايات عنهم والاصح ما روي عن محمد أنه مقدر بالشهر لانه أدنى الاجل وأقصى العاجل وقال الصدر الشهيد الصحيح ما روي عن الكرخي أنه مقدر بما يمكن تحصيل المسلم فيه وهو حدير أن لا يصح لانه لا ضابط محقق فيه وكذا ما عن الكرخي من رواية أخرى أنه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في تأجيل مثله كل هذا تفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار العين من الزمان وفي الايضاح فان قدر انصف يوم جازو بعض أصحابنا قدروا بثلاثة أيام استدلالا بعدة خيار الشرط وليس بصحيح لان التقدير ثمة بالثلاث بيان أقصى المدة فأما أدناه فغير مقدر انتهى والتقدير بالثلاث يروي عن الشيخ أبي جعفر أحمد بن أبي عمران استاذ الطحاوي وصحح المصنف الاول لانه مروى عن محمد ولانه مأخوذ من مسئلة العين وهي ما اذا حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في عينه فكان مادون الشهر في حكم العاجل فالشهر وما فوقه أجل قالوا وعليه الفتوى (قوله ولا يجوز السلم بمكالم رجل بعينه وبذراع رجل بعينه) قال المصنف (معناه اذا كان لا يعرف مقداره) أما اذا عرف فيجوز لضبط المقدار ولو تلف ذلك المكالم والذراع وانما لا يجوز لما ذكرنا من احتمال هلاك ما قدر به فيتعذر الابفاء قال (وقد مر من قبل) يريد أول كتاب البيوع وهو قوله ويجوز البيع باناء بعينه لا يعرف مقداره ووزن حجر بعينه الى أن قال بخلاف السلم الى آخره وقد روي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز ان يضاف بيع العين بالعين لانه بيع ليس بمكالم ولا بمجازنة وبيع الخنطة انما يجوز على أحدهما والصحيح الاول والحصر ممنوع ويقدر التسليم فهذا بيع مجازفة ثم لا بد (أن يكون المكالم مما لا يتقبض وينسبط كلقصاع) والحديد والخزف (فان كان مما يتكسب بالكسب كالزنبيل) والغرارة (لا يجوز للمنازعة) عند التسليم (الا في قرب الماء فيما روي عن أبي يوسف للتعامل فيه) فانه أجازوه وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قربة من ماء النيل أو غمرة ذلك مثلا من هذه القربة وبعها جازا البيع ومقتضى القاعدة المذكورة أنه لا يجوز اذا عين هذه القربة والله أعلم ولكن بمقدارها والزر بيل بالفتح بلا تشديد وبالكسر مشدد الباء ويقال زنبيل أيضا (قوله ولا في طعام قرية بعينها) كخنطة بلدة الفهميين والمخلة ببلاد مصر (أو غمرة نخلة بعينها) أو بستان بعينه (لانه قد يعتبره آفة فتنفي قدرة التسليم)

بختيار الشرط وليس بصحيح لان الثلاثة ثم بيان أقصى المدة فأما أدناه فغير مقدر وقيل أكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يفتي المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف يوم وبه قال أبو بكر الرازي والاول أصح أنكونه مدة يمكن تحصيل المسلم فيه فيها وما ذكرنا من كتاب الامان قال (ولا يجوز السلم بمكالم رجل بعينه) لا يصح السلم بمكالم رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه اذا لم يعلم مقداره لان التسليم في السلم متأخر فر بما يضيع المكالم أو الذراع فيفضي الى المنازعة ويعلم من هذا ان المكالم اذا كان معلوم القدر والذراع كذلك أو باع بذلك الاتاه الجهول القدر يدا بيد لا بأس بذلك لحصول الامن من المنازعة وقد مر يعني في أول البيوع ان البيع يدا بيد بمكالم لا يعرف مقداره يجوز لان القبض يتجهل فيه فيندر الهلاك لكن لا بد أن يكون المكالم

مما لا يتقبض ولا ينسبط كما اذا كان من حديد أو خزف أو خشب أو نحوها أما اذا كان مما يتكسب بالكسب كالزنبيل قال بكسر الزاي لان فعلا بفتح الفاء ليس من أبنيتهم والجراب والغرارة والجوالق فانه لا يجوز لاقضائه الى المنازعة الا أن أبو يوسف رحمه الله استحسن في قرب الماء وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قربة بهذا القربة من ماء للتعامل قال (ولا في طعام قرية بعينها أو غمرة نخلة بعينها) لان انقطاعه عن أيدي الناس يعروض آفة موهوم (فتنفي القدرة عن التسليم)

أشار إلى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عن السلم في عمر فلان أما من عمر حائط فلان فلا أرى أن لو أذهب الله الثمر به يستحل أحدكم مال أخيه ولا خفاه في كونه منه عليه الصلاة والسلام بياناً بطريق التعليل لعدم (٣٣٧) الجواز في عمرة قرية بعينها وقوله مال أخيه

أراد به رأس المال أي لؤلؤ
تحصل الثمرة فبأي طريق
يحل رأس المال للسلم إليه
ولو كان النسبة إلى قرية
بعينها لبيان الصفة أي
ليبان ان صفة تلك الحنطة
التي هي المسلم فيه مثل
صفة حنطة تلك القرية
المعينة كالخشم راني
بخاري والبساخي بفرغانة
حاز العقدان تعيين
الخشم راني ليس باعتبار
أن تكون الحنطة منه
ليس الأبل باعتبار ان
صفة الحنطة مثلاً مثل
صفة حنطة الخشم راني
وعلى هذا ظهر الفرق بين
ماذا أسلم في حنطة من
حنطة هراة وبين ماذا
أسلم في ثوب هروي في جواز
الثوب دون الأول فان نسبة
الثوب إلى هراة لبيان جنس
المسلم فيه لا لتعيين المكان
فان الثوب الهروي ما ينسج
على صفة معلومة فسواء
نسج على تلك الصفة هراة
أو بغيرها يسمى هروياً وإذا
أتى المسلم إليه بثوب نسج
على تلك الصفة في غير هراة
أجبر رب السلم على القبول
بخلاف الحنطة فان حنطة
هراة ما نبتت بأرض هراة
والنابت في غيرها لا ينسب
إليها وان كان بتلك الصفة

والله أشار عليه الصلاة والسلام حيث قال أرى أن لو أذهب الله تعالى الثمر به يستحل أحدكم مال أخيه ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشم راني بخاري والبساخي بفرغانة قال (ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رحمه الله إلا بسبع شرائط جنس معلوم) كقولنا حنطة أو شعير (وفوق معلوم)

قال المصنف (والله أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله أرى أن لو ذهب عمرة هذا البستان به يستحل أحدكم مال أخيه) فان معنى هذا أنه لا يستحق بهذا البيع ثمنان لم يخرج هذا البستان شيئاً فسكان في بيع عمر هذا البستان غير الانفساخ فلا يصح بخلاف ما إذا أسلم في حنطة صعيدية أو شامية فان احتمال أن لا ينبت في الاقليم برتمه شيء ضعيف فلا يبلغ الغرر المانع من الصحة فيجوز فهذا الحديث يفيد عدم صحة البيع سواء كان وروده في السلم أو في البيع مطلقاً والواقع أن معناه ورد في السلم وفي البيع أما في السلم فما قدمناه من حديث أبي داود وابن ماجه في الذي أسلم في تلك الحنطة النخل فلم يطلع شيء فأراد المسلم اليه أن يمنعه الثمن الذي كان أخذه وقال إنما النخل هذه السنة حيث قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ من نخلك شيئاً قال لا قال به يستحل ماله اردد عليه ما أخذت منه الحديث وأما ما في مسلم عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو بعثت من أخيك عمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً تأخذ مال أخيك بغير حق فيصدق على كل من السلم والبيع ويمكن أن يكون دليلاً على أن هلاك المبيع يبطل البيع ويوجب رد الثمن فهو دليل هذه المسئلة أيضاً وفي الصحاح عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان لم ينبرها الله فبم يستحل أحدكم مال أخيه هذا (فلا كانت نسبة الثمرة إلى قرية) معينة (ليبان الصفة) لا لتعيين الخارج من أرضها بعينه (كالخشم راني والبساخي) بخاري وهي قرية حنطتها جيدة (بفرغانة لا بأس به) ولانه لا يراد خصوص النابت هناك بل الاقليم ولا يتوهم انقطاع الحنطة هناك لانه اقليم وكذا اذا قال من حنطة هراة يريد هراة خراسان ولا يتوهم انقطاع طعام اقليم بكالاه فالسلم فيه وفي طعام العراق والشام سواء وكذا في ديار مصر في قم الصعيد والذي في الخلاصة وذكر معناه في المحتجب وفي غيره لو أسلم في حنطة بخاري أو حنطة ممرقند أو اسيجاب لا يجوز لتوهم انقطاعه ولو أسلم في حنطة هراة لا يجوز وفي ثوب هراة وذكروا في شروط السلم يجوز لان حنطتها يتوهم انقطاعها اذا الاضافة لتخصيص البقعة فيحصل السلم في موهم الانقطاع بخلاف اضافة الثوب لانها لبيان الجنس والنوع لا لتخصيص المكان ولذا لو أتى المسلم اليه في ثوب هروي بثوب نسج في غير ولاية هراة من جنس الهروي يعنى من صفته وموثنه يجبر رب السلم على قبوله فظهر ان المانع والمقتضى العرف فان تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز والافلا. بينه ما في الخلاصة قال لو كان ذكر النسبة لا لتعيين المكان كالخشم راني فانه يذ كر لبيان الجودة لا يفسد السلم وان كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع مثل الثوب جاز السلم والا أما السلم في الحنطة الصعيدية والعراقية والشامية فلا شك في جوازه وفي شرح الطحاوي لو أسلم في حنطة حديثة قبل حدوثها فالسلم باطل لانها منقطعة في الحال وكونها موجودة في وقت العقد الى وقت المحل شرط لصحة السلم (قوله ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رضي الله عنه إلا بسبع شرائط) تذ كر في العقد وأما عندهما فهي الجنس الاولى ولا شك أن السلم شرطاً لغيرها ولكن لا يشترط لصحة السلم ذ كرها في العقد بل وجودها وشرائط جمع شرط فقول بعضهم في بعض النسخ سبع وهو الاصح ليس كذلك بل سبعة على تقدير كون المعدود شرطاً وسبع على تقديرها شرطاً وكل وارد على اعتبار خاص والمعروف من النسخ ليس الا المشهور بسبع شرائط (جنس معلوم حنطة شعير وفوق معلوم

(٤٣ - فتح القدير خامس) فكان تعيين المكان وهو موهم الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة عاد كالاول قال (ولا يصح السلم عند أبي حنيفة إلا بسبع شرائط) صحة السلم موقوفة على وجود سبع شرائط عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على خمسة فأما المتفق عليه فهو أن يكون في جنس معلوم حنطة أو غيرها ونوع معلوم

سقية أو بخسية والخسب خلاف السقي منسوب إلى الخس وهو الأرض التي تسمى السماء لأنها مبخوسة الحظ من الماء وصفة معلومة جيدة أو رديئة ومقدار معلوم عشرين كرا بمكيل معروف أو عشرين رطلا وأجل معلوم والاصل في ذلك من المنقول ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم (٣٣٨) منكم الخ ومن المعنى الفقهي ما بينا ان الجهالة فيه مفضية إلى النزاع فأما المختلف

فيه (فعرفة مقدار رأس المال ان كان مما يتوقف على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل) (نفتح الحاء) (ومؤنة) ومعناه ماله نقل يحتاج في حمله إلى ظهر أو أجرة جمال فهذا شرطان لعتمه عند أبي حنيفة وهو المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما خلافا لهما فالإلى المسئلة الأولى ان المقصود يحصل بالإشارة فأشبهه الثمن والأجرة يعني اذا جعل المكيل أو الموزون ثمن المبيع أو أجرة في الأجرة واشير اليه - ماجاز وان لم يعرف مقداره ما فكذا ينبغي ان يكتب بالإشارة في رأس المال بجماع كونه بدلا وصار كما اذا كان رأس المال ثوبا فان الإشارة فيه تكتفي اتفاقا وان لم يعرف ذرعانه ولا يحنيفة رحمه الله أنه ربما يوجد بعضها زوفا ولا يستبدل في المجلس فلولم يعلم قدره لا يدري في كم بقي وتحقيقه ان جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق رأس المال شيئا فشيئا

كقولنا سقية أو بخسية (وصفة معلومة) كقولنا جيد أو رديء (ومقدار معلوم) كقولنا كذا كيلاً بمكيل معروف وكذا وزناً (وأجل معلوم) والاصل فيه ما روينا والفقهاء فيه ما بينا (ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره) كالمكيل والموزون والمعدود (وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة) وقال لا يحتاج إلى تسمية رأس المال اذا كان معينا ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مستلثتان ولهما في الأولى أن المقصود يحصل بالإشارة فأشبهه الثمن والأجرة وصار كالثوب ولا يحنيفة أنه ربما يوجد بعضها زوفا ولا يستبدل في المجلس فلولم يعلم قدره لا يدري في كم بقي أو ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كالمحقق

كسقية) وهي ما يسقي سبجا (أو بخسية) وهي ما يسقي بالظرو ونسبت إلى الخس لانها مبخوسة الحظ من الماء بالنسبة إلى السبج غالبا (وصفة معلومة كجيد رديء) وسط مشعر سالم من الشعر (ومقدار معلوم كذا كيلاً بمكيل معلوم) فهذه أربعة تشترط في كل من رأس المال والمسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل فان ما يجوز كونه مسلما به يجوز كونه رأس السلم ولا ينعكس فان النقود تكون رأس مال ولا سلم فيه (و) الخامس (أجل معلوم) والاصل فيه أي في اشتراط هذه الخمسة ما روينا يعني قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم الحديث نص على شرطي القدر المعلوم والاجل المعلوم وثبت باقي الخمسة بالدلالة اظهره ارادة الضبط المنافي للنزاع وقوله (والفقهاء فيه ما بينا) يعني قوله ولان الجهالة مفضية إلى المنازعة (و) السادس (ذكرة مقدار رأس المال اذا كان رأس المال يتعلق العقد على قدره) يعني تنقسم أجزاء المسلم فيه على أجزائه وهو أن يكون الثمن من المكيلات أو الموزونات أو المعدودات المتقاربة وهذا الشرط في قدره احتراز عما اذا كان ثوبا لان الذراع وصف لا يتعلق العقد على مقداره واعلام الوصف بعد الإشارة ليس بشرط ولهذا واشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر تسلمه الزيادة ولو وجدته تسعة لا يحط عنه شيء من الثمن والمسلم فيه لا يتقسم على عدد الذراعان لا يشترط اعلامه لان الاوصاف لا يتبادلها شيء في جهالة قدر الذراعان لا تؤدي إلى جهالة المسلم فيه وهذا المسلم فيه بمقابلة المقدرات فيؤدي إلى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد وهذا شرط في المسلم فيه اتفاقا فصارت أحد عشر شرطا والثاني عشر تسمية مكان الأبناء وهو يخص المسلم فيه والثالث عشر ان لا يشتمل البدلين احدي على الر بالان انفراد أحدهما يحرم النساء وأن لا يكون فيه خيار الشرط والرابع عشر أن يتعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم في الدراهم والدينار وتقدم في التبر روايتان والخامس عشر انعقاد الثمن على قول أبي حنيفة كذا ذكر بسبب اشتراطه لاجل اعلام قدره (و) السابع (تسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان للمسلم فيه حمل ومؤنة) أي اذا كان نقله يحتاج إلى أجرة ونحوه لنقله (وقال لا يحتاج إلى تسمية رأس المال اذا كان معينا) يقبضه دفعة (ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مستلثتان) خلافتان بينهما وبينهما (لهما في الأولى) وبقوله ما قال مالك وأحمد والشافعي في قول أن المقصود من اعلام قدر رأس المال وهو التسليم بالامنازعة (يحصل بالإشارة) إلى العين الثمن المحمل فأغنى عن اعلام قدره وصار كمن المبيع المحمل والأجرة المحملة في الأجرة والمضاربة اذا دفع إلى آخر دراهم معينة غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف فانه جائز وكذا رأس المال الذي لا يتقسم المسلم فيه عليه

وربما يجيد بعض ذلك زوفا ولا يستبدل في مجلس الرديف يطل العقد بقدر ما رده فاذا لم يكن مقدار رأس المال معلوما كالثوب لا يعلم في كم انتقص السلم أوفي كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق فكذا ما يستلزمها وقوله (أو ربما) وجه آخر لفساده وهو ان المسلم اليه (قد يجز عن تحصيل المسلم فيه وليس لرب السلم حينئذ الأراس ماله) واذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك فان قيل ذلك أمر موهوم لا معتبر به فيماني على الرخص أجاب المصنف رحمه الله بأن (الموهوم في هذا العقد كالمحقق)

(الشرع مع المنافي) اذا القياس يخالفه ألا ترى أنه لو أسلم عكيل رجل بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك المكيال وعوده الى الجهالة لاسماعيل قول من اعتبر أدنى الاجل أكثر من نصف يوم فان قيل في هذا اعتبار للنازل عن الشبهة لأن وجود بعض رأس المال زيوفا فيه شبهة لاحتمال أن لا يكون كذلك وبعد الوجود الرد محتمل فقد لا يردو وبعد الرد ترك (٢٣٩) الاستبدال في مجلس الرد أيضا محتمل

والمعتبر هي دون النازل عنها فالجواب ما تقدم أن المعنى من الموهوم هو ذال وقيل بل هذه شبهة واحدة لان كلا منهما مبني على وجوده زيفا والاول أظهر (قوله بخلاف الثوب) جواب عما فاسده عليه من الثوب وتقر بره ان الثوب لا يتعلق العقد على مقداره (لان الذرع) في الثوب المعين (صفة) ولهذا لو وجدته زائدا على المسمى سلم له الزيادة مجانا ولو وجدته ناقصا لم يحط شيئا من الثمن وقد تقدم وليس كلامنا في ذلك وانما هو فيما يتعلق العقد على مقداره فكان قياسا مع الفارق ولم يجب عن الثمن والاجرة لان دليله تضمن ذلك فان البيع والاجرة لا ينفصلان برد الثمن والاجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد ومن فروغ الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال ماذا أسلم مائة في كرحنطة وكرشعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فانه لا يجوز عند أي حنفة رجه الله لان المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته

لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبالان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروغه اذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما وأسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما ولهما في الثانية أن مكان العقد يتعين

كالثوب والعبد فانه لا يشترط فيه اعلام كمية ذرعانه بالاتفاق وله ماروى عن ابن عمر أنه قال به وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس والقياس على المسلم فيه بجماع أنه عوض تناوله عقد السلم ولان جهالة قدر المسلم فيه مانع اتفاقا وجهالة رأس المال مؤديا الى الممتنع شرعا ممتنع شرعا بيان تأديته اليه أنه ربما يتفق رأس المال كما يفتقه المحتاجون فر بما يظهر فيه زيوفا فيختار الاستبدال به ورده وقد يكون أكثر رأس المال زيوفا فانه اذا رده واستبدل بها في المجلس بقصد السلم عند أي حنفة لانه لا يجز الاستبدال في أكثر من النصف خلافا لهما وقد لا يتفق الاستبدال بها في مجلس الرد فيتمسخ العقد في مقداره ذلك فاذا لم يكن قدر المكيال معلوما لم يدري كم انتقص وفي كم بقي فيصير المسلم فيه مجهول المقدار وكذا لو استحق بعضه يلزم هذا أيضا وهذا وان كان موهوما فالموهوم في هذا العقد حكمه حكم المعلوم (الشرع مع المنافي) وهو كون المبيع معدوما فان ما يشرع لذلك يكون ضعيفا في الشرعية فيؤثر فيه توهم الغر المذكور وهذا في الحقيقة لتعليل قوله صلى الله عليه وسلم رأيت لو أذهب الله ثمرة هذا الحائط لم يستعمل أحدكم مال أخيه (بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبالان الذرع وصف فيه) وكذا لو اشتراه على أنه عشرة فاذا هو خمسة عشر كان كله والمبيع لا يقابل الاوصاف فلا يتعلق العقد على قدره ولهذا لو ظهر الثوب أو الحيوان بالمجهول رأس مال محترقا يسمى عدد من الذرعان فيه فوجده المسلم اليه أنقص أو بعض أعضاء الحيوان تالفا لا ينتقص من المسلم فيه شيء بل المسلم اليه بالخيار ان شاء عرضي به بكل المسلم فيه وان شاء فسخ لقوات الوصف المرغوب فيه واستشكل بان هذا اعتبار لشبهة الشبهة أو أنزل منها فان في وجود الزيف احتمالا ثم اختيار الرد كذلك ثم عدم الاستبدال به في مجلس الرد فيه أيضا ذلك والمعتبر الشبهة لا النازل كما أفاده الحديث فان المعتبر فيه الشبهة لا غير وهو احتمال أن لا تخرج الثمرة أوجب تارة بأنها شبهة واحدة فان الكل مبني على وجود الزيف وتارة بأن السؤال فاسدان الشبهة ما يشبهه الثابت وليس بنات كالتقدم التسيئة وليس هذا كذلك وانما اعتبر الموهوم بالنص المذكور على أن طريق المنع ما انحصر في وجود الزيف بل ظهور واستحقاق رأس المال كما ذكرنا أن طريقه ويميل على صحة اعتبار الموهوم في هذا العقد اجاعنا على أنه لا يصح السلم عكيل رجل بعينه لا يعرف مقداره لاحتمال هلاك هذا الكيل قبل الحمول قال المصنف (ومن فروغه) أي من فروغ اختلاف في معرفة قدر رأس المال (اذا أسلم في جنسين) ككرحنطة وكرشعير عشرة مثلا (ولم يبين رأس مال كل منهما) من العشرة (أو أسلم جنسين) كدنانير ودرهم في جنس واحد كبر أو أسلم عر وحنطة معينين في كذا من الزعفران (ولم يبين مقدار أحدهما) يعني عرف مقدار أحدهما دون الآخر لا يصح السلم لبطان العقد في حصة مالم يعلم قدره فيبطل في الآخر أيضا للاتحاد الصفة أو (لجهالة حصة الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولا ولهما في) المسئلة (الثانية) وهي اشتراط مكان التسليم فيما له مؤنة (ان مكان العقد يتعين) للايضاه

الحزر فلا يكون مقدار رأس مال كل واحد منهما معلوما وعندهما يجوز لان الاشارة الى العين تكفي لجواز العقد وقد وجدت أو أسلم دراهم ودنانير في كرحنطة وقد علم وزن أحدهما دون الآخر فانه لا يجوز عنده لان مقدار أحدهما اذا كان مجهولا بطل العقد في حصته لعدم شرط الجواز في حصته فيبطل في حصة الآخر أيضا للاتحاد الصفة أو (لجهالة حصة الآخر) وعندهما يجوز لوجود الاشارة وقال في المسئلة الثانية ان مكان العقد يتعين للايضاه

لان العقد الموجب للتسليم وجد فيه وما كان كذلك يتعين كما في بيع حنطة بعينها فان التسليم يجب في موضع العقد ولانه لا يراجه
مكان آخر لعدم ما يوجب وما هو كذلك يتعين كأول أوقات الامكان في الاوامر فان الجزء الاول يتعين للسببية لعدم ما يراجه وقد
عرف في موضعه وصار كالقرض والغصب في تعيين مكانه ما للتسليم ونوقض بما اذا باع طعاما وهو في السواد فانه روى عن محمد رحمه الله
أن المشتري ان كان يعلم مكان الطعام فلا خياره وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار وعرض بان مكان العقد
لوتعين لبطل العقد بين مكان (٣٤٠) آخر كما في بيع العين فان من اشترى كثر حنطة وشرط على البائع الحمل الى منزله يفسد عقده اشتراها

في المصر أو خارجه بخنسه
أو بخلاف جنسه والجواب
عن النقض ان مكان البيع
يتعين للتسليم اذا كان المبيع
حاضرا والمبيع في السلم
حاضر لانه في ذمة المسلم اليه
وهو حاضر في مكان العقد
فيكون المبيع حاضر بحضوره
وفيه نظر لان فيه قيدالم
يد كفي التعليل ومثله بعد
انقطاعا وعن المعارضة بان
التعيين بالدلالة فاذا جاء
بصريح بخالفها يبطلها
وانما فسدت في بيع العين لانه
قابل الثمن بالمبيع والحمل
فتصرف صفقة في صفقة ولا ي
حنيفة رحمه الله ان السلم
تسلمه غير واجب في الحال
لاشترط الاجل بالاتفاق
وكل ما هو تسليمه غير واجب
في الحال لا يتعين مكان العقد
فيه للتسليم لان موضع
الالتزام انما يتعين للتسليم
يسبب يستحق فيه التسليم
بنفس الالتزام ليكون الحكم
نابتا على طبق سببه والسلم
لا يستحق تسليمه بنفس
الالتزام لكونه مؤجلا بخلاف
القرض والغصب والاستهلاك
فان تسليمها يستحق بنفس
الالتزام فيتعين موضعه قال

لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يراجه مكان آخر فيه فيصير نظير أول أوقات الامكان في الاوامر
فصار كالقرض والغصب ولا يحنيفة رحمه الله أن التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف
القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف
المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة
(لوجود العقد) فيه (الموجب للتسليم) ما لم يصرفه باشتراط مكان غيره وحاصله أنه مقتضى عقد مطلق
فلا يرد أنه لو كان مقتضى العقد لصاح اشتراط غيره فان تغيير مقتضى العقد مردوداً وهو مفسد على
ما هو رواية عن أحمد رحمه الله وصار كانشراطه الى غالب نقد البذل ما لم يسمنا نقداً غيره فينصرف
اليه ويلحق بالثمن فان العقد يقتضيه مامعا فلما اقتضى وجوب تسليم الثمن في مكان العقد وجب
في الاخر كذلك وصار للمكان كالزمان الذي هو أول أوقات الامكان حيث يتعين للوجوب لعدم
المزاحم أو لاداء على قول الكرخي في الامر المطلق وتقريره أن التسليم يحتاج الى مكان وهذا المكان
لا يراجه فيه غيره فيتعين كأول أوقات الامكان والحاقاً أيضاً بالقرض والغصب والاستهلاك حيث
يجب التسليم في مكان الغصب والقرض والاستهلاك ويرد أن كون تعيين غير مكان العقد غير مفسد
ينقض بما اذا اشترى كرا وشرط على البائع حمله الى منزله فيفسد سواء اشتراه في المصر أو خارجه أوجب
بالفرق بأن المشتري يملك العين بمجرد شرائها فاذا شرط حلا ففقد شرط عملا في ملكه مع الشراء ثم سمي الثمن
في مقابلة ذلك كله فصار بائعا أجرا ومشتريا مستأجرا معا فهو صفقة في صفقة فيفسد أما عقد السلم فلا
يملك المشتري به العين لان المعقود عليه دين لا عين فاعلمك العين بالقبض بالنقل من مكان الى آخر عمل
من البائع في ملكه نفسه فلا يكون بائعا وأجرا وأورد أيضا في الفوائد الظهيرية عن محمد رحمه الله
ما يدل على عدم تعيينه فانه قال في رجل باع طعاما والطعام في السواد ان كان المشتري يعلم مكانه فلا
خياره وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع مكانا للتسليم لم يكن له الخيار ثم قيل انما يجوز البيع
اذا كانت خواهي الحنطة في بيت واحد فان كانت في مصر وسواد فالبيع فاسد لان فضائه الى المنازعة
لان المشتري يطالبه بالتسليم في اقرب الاماكن والبائع يسلمه اليه في الابد وهذا كدليل أن مكان
البيع لا يتعين أحاب بأنه انما يتعين اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضر لانه في ذمة
البائع وهو حاضر في مكان العقد فالمبيع حاضر بحضوره وفي بيع العين اذا كان (ولا يحنيفة أن
التسليم) في السلم (غير واجب في الحال فلا يتعين) مكان العقد (بخلاف القرض والغصب) فان
التسليم فيه ما واجب في الحال فيتعين مكان سبب الوجوب في الحال وكذا اندفع قياسه على رأس
مال السلم فانه يجب تسليمه في الحال وتضمن منع ما قال من أن وجود العقد الموجب للتسليم وجب
تعيين مكانه بل العقد يوجب التسليم فقط الا ان اقتضى أمر آخر تعيين مكانه (فاذا لم يتعين فالجهالة
تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فلا بد من البيان) دفعا للمنازعة لان

أبو حنيفة رأيت لوعقد السلم في السفينة في لجة البحر أكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل هذا مما لا يؤوله المسلم
عاقل واذا ثبت ان مكان العقد لم يتعين للاباء بقى مكان الابقاء مجهولا لوجهالة تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن
ورب السلم يطالبه في موضع يكثر فيه السلم والمسلم اليه يسلمه في خلاف ذلك فصار كجهالة الصفة في اختلاف القيم باختلافها فلا بد من البيان

(قوله لان العقد الموجب الى قوله ولانه لا يراجه) أقول والظاهر عندي أن المجموع دليل واحد للمدعي اذا ليم أحدهما الا بالآخر
فليتدر (قوله قال رأيت لوعقد السلم الخ) (قول ناظر الى قوله ولا يحنيفة يعني قال أبو حنيفة رأيت الخ)

(وعن هذا) أي عما ذكرنا من جهالة المكان بجهالة الوصف (قال من قال من المشايخ ان الاختلاف في المكان يوجب التحالف) عنده
 كالاختلاف في الجودة والردافة في أحد البدلين (وقيل على عكسه) أي لا يوجب التحالف عنده بل القول للمسلم اليه وعندهما يوجب لان
 تعين المكان قضية العقد أي مقتضاه عندهما فكان الاختلاف في المكان (٣٤١) كالاختلاف في نفس العقد وعنده

لما لم يكن من مقتضياته صار
 بمنزلة الاجل والاختلاف
 فيه لا يوجب التحالف وعلى
 هذا الخلاف الثمن والاجرة
 والقسمة وصورة الثمن
 اشترى شيئا بمكيل أو موزون
 موصوف في الذمة يشترط
 بيان مكان الايفاء عنده
 وعندهما لا يشترط ويتعين
 مكان العقد وقيل انه
 لا يشترط بالاتفاق والاول
 أصح (وهو اختيار شمس
 الأئمة) لان الثمن مثل الاجرة
 وهي منصوص عليها في
 كتاب الاجارات وصورة
 الاجرة استأجر دارا أو دابة
 بمكيل أو موزون موصوف
 في الذمة يشترط بيان مكان
 الايفاء عنده خلافا لهما
 ويتعين في اجارة الدار مكانها
 وفي الدابة تسليم في مكان
 تسليمها وصورة القسمة
 اقتسمادارا وأخذ أحدهما
 أكثر من نصيبه والتزم في
 مقابلة الزائد مكيلا أو موزونا
 موصوف في الذمة يشترط
 عنده بيان مكان الايفاء
 خلافا لهما ويتعين مكان
 القسمة قال (ومالم يكن له
 حمل ومؤنة لا يحتاج فيه
 الى بيان مكان الايفاء الخ)

وعن هذا قال من قال من المشايخ رجعهم الله ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة
 وقيل على عكسه لان تعين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة
 وصورتها اذا اقتسمادارا وجعل الماع نصيب أحدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن
 والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وعندهما يتعين
 مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء قال (ومالم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء
 بالاجماع) لانه لا يختلف قيمته (ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه)

المسلم بطالبه بالتسليم في مكان يسقط عنه فيه مؤنة الحمل وترتفع قيمته والمسلم اليه على عكسه وبخلاف
 رأس المال لان تسليمه واجب للعالم فافتقر قاولا لحاقه بالامر في تعين أول الاوقات بالاجماع لكن
 لا يخفى أن قوله التسليم غير واجب للحال فلا يتعين مكان العقد مما يرد عليه المنع اذا ملازمه تظهر
 وما المانع من تعيينه مع تأخر التسليم حتى اذا حل الاجل وجب تسليمه في ذلك المكان فالاولى أن
 يقتصر على منع تعيين العقد المكان والحاقهما بالاستهلاك والقرض ظهر الفارق بينهما وبين السلم
 وبالثنى في العين محل النزاع لان أبا حنيفة في الصحيح عنه يرى أنه لا يتعين أيضا اذا كان مؤجلا
 وأنه يجب تعيينه أيضا كما سيذكره المصنف ورأس مال السلم يمنع فيه حكم الاصل فاننا لا نعين مكان
 العقد لتسليم رأس مال السلم بل أن يقبضه قبل الافتراق لنفي الكائي بالكائي فلو عقدا السلم ومشيئا
 فرس خاتم سلمه اليه قبل أن يفارقه جاز وقولهم الموجب للتسليم وجد فيه قلنا نعم ولا يستلزم
 الموجب في مكان أن يوجب مقتضاه في ذلك المكان فانه لا ملازمة عقلية في ذلك لانه يجب وزان يوجد
 في مكان وأثره الايجاب مطلقا ثبت هذه الملازمة الاسماع (قوله وعن هذا) أي وعن كون
 المكان يوجب اختلاف القيمة قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه يوجب التحالف عنده كما
 لو اختلفا في صفة الثمن أو الثمن فان اختلاف الصفة يوجب اختلاف القيمة فهو كما اذا اختلفا في
 جودته وردافته وقيل على عكسه أي لا يوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم اليه لان تعين
 المكان ليس قضية العقد عنده وعندهما يتعاقبان لان تعين المكان لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه
 كان من مقتضيات العقد والاختلاف فيها يوجب التحالف فالاختلاف فيه يوجب التحالف بالاجماع
 فكذا هنا قال (وعلى هذا الاختلاف الثمن) في البيع الناجز اذا كان له مؤنة حمل وهو مؤجل في بيع
 العين (والاجرة) بأن استأجر دارا مثلا بماله حمل ومؤنة وهو مؤجل عنده يشترط بيان مكان تسليمها
 وعندهما لا (والقسمة) فيما اذا اقتسمادارا وجعل الماع نصيب أحدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط
 ذلك في الثمن (بالاجماع) (والصحيح أنه يشترط) عنده (اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الأئمة
 السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار) في القسمة (ومكان تسليم الدابة) في الاجارة (للايفاء)
 (قوله) ومالم يكن له حمل ومؤنة) كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ يعني القليل منه والافتقد
 يسلم في امنان من الزعفران كثيرة تبلغ أحمالا وكذا المسك وصغار اللؤلؤ لا يشترط فيه بيان مكان
 الايفاء عندهم وهو الاصح من قول الشافعي (ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه) وكل ما قلنا يتعين
 مكان العقد معناه اذا كان مما يتأني التسليم فيه ومالا بأن أسلم اليه درهما في مركب في البحر أو جبل فانه

قد تقدم بيان ماله حمل ومؤنة فيعلم من ذلك مالم يكن له حمل ومؤنة وقيل مالم يكن له حمل ومؤنة هو الذي لو أمر انسانا بحمله الى مجلس
 القضاء جـ له مجانا وقيل هو ما يمكن رفعه بيد واحدة واتفقوا على أن بيان مكان الايفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة
 ولكن هل يتعين مكان العقد للايفاء فيه

قال المصنف (لا يختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه) أقول هذا الايلا ثم لاذ كره أبو حنيفة في تعليل المسئلة الثانية فتأمل

روايتان في (رواية الجامع الصغير ويوع الاصل) يتعين لانه موضع الالتزام فيرجع على غيره وذ كرفي الاجارات (بوفيه في أي مكان شاء وهو الاصح لان الاما كن كلها سواء اذا المالية لا تختلف باختلاف الاما كن فيه) (قوله ولا وجوب في الحال) جواب عما يقال يجوز ان يتعين مؤن العقد ضرره وجوب التسليم فقال التسليم في الحال ليس بواجب ليتعين باعتباره فلو عين مكانا قبل لا يتعين لانه لا يفيد حيث لا يلزم بنقله مؤنه ولا يختلف (٣٤٣) ماليته باختلاف الامكنة وقيل يتعين وهو الاصح لانه يفيد رب السلم سقوط

خطر الطريق ولو عين المصر فيما له محل ومؤنه يكتفي به لان المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا من انه لا يختلف قيمته باختلاف المحل وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثن والاجرة والقسمة وقيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما ولو كان بين فواحيه مثل فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يجز لان فيه جهالة مفضية الى المنازعة قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال) معناه أن السلم لا يبيح صحبا بعد وقوعه على الصحة اذا لم يقبض رأس المال في مكان العقد قبل أن يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا لامكان احتي لومشيا فرسخا قبل القبض ثم يفسد ما لم يتفرقا عن غير قبض فاذا افترقا كذلك فسد أما اذا كان رأس المال من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ أي النسبة بالنسبة وان كان عيننا فلان السلم أخذ

قال رضى الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذ كرفي الاجارات انه يوفيه في أي مكان شاء وهو الاصح لان الاما كن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عينها مكانا قبل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له محل ومؤنه يكتفي به لانه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه) أما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن الكالئ بالكالئ وان كان عيننا فلا نأخذ عاجل بأجل اذا الاسلام والسلاف ينبئان عن التجميل فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم

يجب في أقرب الاما كن التي يمكن فيها منه قال المصنف (وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع) يعني من أصل المبسوط وذ كرفي الاجارات من أصل المبسوط (بوفيه في أي مكان شاء وهو الاصح) والاصح من قول الشافعي أيضا (لان الاما كن كلها سواء) اذا المالية لا تختلف باختلاف الاما كن فيما لا محل له ولا مؤنه بل بعزوة الوجود وقتله وكثرة رغبات الناس وقتلها بخلاف ماله مؤنه فان الحنطة والخطب يوجد في المصر والسواد ثم يشتري في المصر بأكثر مما يشتري في السواد (ولو عينها مكانا قبل لا يتعين لانه لا يفيد) والشرط الذي لا يفيد لا يجوز (وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق) وهو الاصح وبه قال الشافعي وأحمد ذ كرفي الكفة (ثم لو عينها المصر فيما له محل ومؤنه يكتفي به لانه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا) يعني أن القيمة لا تختلف باختلاف المصر الواحد عادة قبل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين جوانبه نحو فرسخ لا يجوز الا أن يبين لانه مفض الى المنازعة ذ كره في المحيط ولو شرط أن يوفيه في مكان يحمله الى منزله لا خريفه ولو شرط الحمل الى منزله ابتداء قبل يجوز استحسانا وروى البلخي عن أصحابنا أنه لا يجوز السلم وقيل انما لا يجوز قياسا اذا شرط الايفاء في موضع ثم الحمل الى منزله أما لو شرط الايفاء في منزله فيجوز قياسا واستحسانا وفي بيع العين لو شرط على البائع في المصر أن يوفيه الى منزله والعقد في مصر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحسانا وعند محمد لا يجوز هذا اذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة فان كان لا يجوز البيع ولو اشترى طعاما بطعام من جنسه و شرط أحدهما التوفية الى منزله لم يجز بالاجماع كيفما كان ولو شرط أن يوفيه في مكان كذا فسله في غيره ودفع الكراء الى الموضع المشروط صار قابضا ولا يجوز أخذ الكراء وان شاء رده اليه ليس له في المكان المشروط لانه حقه (قوله ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه) بدنا تحقيقه أن قبض رأس المال قبل الافتراق شرط بقاء العقد على الصحة (أما اذا كان رأس المال (من النقود فلانه) لو لم يقبض (افتراق عن دين بدين) لانها لاتعين فلا يقع العقد الاعلى دين في النسيئة فيقع بدفع العين المقاصة عنه (وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ أي النسبة بالنسبة الا أن مال الكارجه الله يجيز التأخير ويقول اذا لم بشرط التأجيل لا يخرج به الى الدين عرفا وبقولنا قال الشافعي وأحمد (وان كان عيننا) ففي القياس

عاجل بأجل اذا الاسلام والسلاف ينبئان عن التجميل والمسلم فيه أجل فوجب ان يكون رأس المال عاجلا ليكون الحكم فابتاع على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والكفالة والحوالة فانها عودت تحت أحكامها بمقتضيات اسمائها لغة وهذا

(قوله وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثن والاجرة والقسمة) أقول لا يفتني عليك بعد هذا القيل (قوله فاذا افترقا كذلك) أقول يعني اذا افترقا من غير قبض (قوله وهذا)

وجه الاستحسان والقياس جوازها لان العروض تتعين في العقود فتترك شرط التججيل لم يؤد الى بيع الدين بالدين بخلاف الدراهم
ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم (ولهذا) أي ولاشترط القبض (قلنا لا يصح
السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لاحدهما لان خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وهو ثبوت
الملك والقبض مبني عليه وما كان مانعا من المبني عليه فهو مانع عن المبني وكذا لا يثبت في السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد لان
فائدته الفسخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم الدين وما أخذه عين فلورث المأخوذ عاد الى ما في ذمته فيثبت الخيار فيما أخذه ثانيا وثالثا الى
مالا يتناهي فاذا لم يقف فائدته لا يجوز اثباته وفي بيع العين يفيد فائدته لان العقد (٣٤٣) ينفسخ عند الرؤية اذا ارد المبيع لانه ردة

عين ما تناوله العقد فيفسخ
قبل فيه اشكالان أحدهما
أن الضمير في قوله فيه اما
أن يراد به رأس المال أو المسلم
فيه لاسيلا الى الاول لان
خيار الرؤية ثابت في رأس
المال صرح به في التحفة
وقال لا يفسد به السلم ولا
الى الثاني لانتفاء التقريب
لانه في بيان اشترط قبض
رأس المال قبل الافتراق
وثبوت الخيار في المسلم فيه
وعدمه لا مدخل له في ذلك
فكان اجنبيا والثاني أن
المبيع في الاستصناع دين
ومع ذلك المستصنع خيار
الرؤية والجواب عن الاول
انه يعود للمسلم فيه وذكره
استطرادا ويجوز ان يعود
الى رأس المال وهو ان كان
دينا في الذمة يتسلسل ولا
يقيد وان كان عينا واجب
ان لا يقيد لاقضائه الى التهمة
وعن الثاني اننا لانسلم ان
المعقود عليه في الاستصناع
دين بل هو عين على ما سيجي
في الاستصناع بخلاف
خيار العيب لانه لا يمنع تمام

ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح
السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في
حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض
لا يشترط تججيله لان عدم تسليمه لا يؤدي الى بيع دين بدين بل يبيع عين بدين وفي الاستحسان يشترط
اعمالا للمقتضى الاسم الشرعي لان الاسلام والاسلاف في كذا ينبغي عن تججيل المسلم دون الآخر لان
وضعها في الاصل لاخذ عاجل بأجل والشرع قرره كذلك فيجب أن يثبت على اعتبار المعنى الذي
اعتبر فيها لو فرضنا فرضا ثم اصارت اعلاما فأصل الوضع كافي باعتبار ما اعتبر في معناها من الاحكام
فلزم التججيل (ولانه لا بد من تسليمه ليتقلب فيه المسلم) اليه اذا الفرض افلاسه وحاخوته الى العقد
لا فلاسه فيتقلب فيه ليقدر على تحصيل المسلم فيه الى اجل (و) لهذا أي لا شترط التسليم قلنا
لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد
في حق الحكم) الذي هو الملك وهذا على قول أبي حنيفة ظاهر فانه وان خرج البديل عن ملك من لم يكن
له خيار لم يدخل في ملك الآخر وعلى قوله ما هو ملك متزلزل فانه بعرضية أن يفسخ من له الخيار فلا يتم
القبض لان تمامه مبني على تمام الملك في المقبوض وهذا بخلاف الاستحقاق فان رأس المال اذا ظهر
مستحقا لم يمنع استحقاقه من تمام قبضه لجواز اجازة المالك حتى لو أجاز قبضه صح العقد وان كان
الاستحقاق يمنع الملك لان منعه الملك ليس بقضية السبب بل السبب وجد مطلقا لانه مانع فيه سوى تعلق
حق الغير وجزا أن يجيز ذلك الغير فاذا أجاز التحقت الاجارة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط فان عدم
الملك قضية السبب نفسه ويجعله في حق الحكم كالتعلق بشرط سقوط الخيار وكان تأثيره أكثر من
تأثير عدم القبض فكان أولى بالابطال من عدم القبض وهذا لان المعلق بالشرط معدوم قبله فلا حكم
أصلا وهو الملك فلا قبض ولذا قلنا ان اعتاق المشتري لا يصح ولا يتوقف اذا كان في البيع خيار
للبائع واعتاق المشتري من الفضولي يتوقف (وكذا لا يثبت فيه) أي في السلم (خيار رؤية)
بالاجماع (لانه غير مفيد) اذا فائدة خيار الرؤية رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة فاذا ارد المقبوض
عاد دينا كما كان لانه لم يرد عين ما تناوله العقد فلا ينفسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله ولان اعلام
الدين ليس الا بذكر الصفة فقام ذكر الصفة مقام العين فلا يتصور خيار رؤية ذكره في الكافي ولا يشكل
بالاستصناع فانه دين في ذمة الصانع ويجرى فيه خيار الرؤية يعني اذا رد ما أتى به ينفسخ لانا لانسلم أن
المبيع فيه الدين في ذمة الصانع بل العين كما سأتى وأما خيار الرؤية في رأس المال فصحيح لانه لا يمنع
ثبوت الملك ذكره في التحفة وهذا اذا كان عينا مثليا أو قيميا (بخلاف خيار العيب) في المسلم فيه
فانه يصح (لانه لا يمنع تمام القبض) لان تمامه بتمام الصفة وتمامها بتمام الرضا وهو تمام وقت العقد
القبض لان تمامه بتمام الصفة وتمامها بتمام الرضا وهو موجود وقت العقد

وجه الاستحسان) أقول أشار بقوله هذا الى قوله فلان السلم أخذ عاجل بأجل (قوله والقياس جوازها الخ) أقول اذا كان رأس المال
عينا قال المصنف (ولانه لا بد من تسليم رأس المال) أقول في دلالة هذا على وجوب القبض قبل المفارقة كلام كالا ينبغي ثم اعلم ان قوله
ولانه لا بد الخ في قول الشارح معطوف على قوله فلان السلم أخذ عاجل بأجل (قوله لان خيار الشرط يمنع الى قوله والقبض مبني
عليه الخ) أقول فيه انه حينئذ يكون مانعا من القبض نفسه لانه مانع (قوله أحدهما ان الضمير في قوله فيه) أقول حيث قال
وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية (قوله ويجوز ان يعود الى قوله التهمة) أقول فيه بحث

(ولو أسقط) رب السلم (خيار الشرط قبل الافتراق) فلا يخلو ما أن يكون رأس المال قائماً أو لا فإن كان الثاني لم يصح العقد بالاسقاط لان ابتداءه رأس مال يهودين لا يجوز فكذلك التمامه باسقاط الخيار وفيه نظر فان البقاء أسهل من الابتداء والجواب أنه اتفاقاً فالتشكيك فيه غير مشروع وان كان الاول جاز (٣٤٤) خلافاً لزر فر قد مر نظيره وهو ما اذا باع الى أجل مجهول ثم أسقط الاجل قبل الحلول

فانه ينقلب جائزاً عندنا خلافاً لزر فر قال (وجملة الشروط جمعها) جمع المشايخ جملة شروط السلم في اعلام رأس المال وهو مشتمل على بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته وفي تجليله والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم وفي اعلام المسلم فيه وهو يشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر وفي تأجيله يعني الى أجل معلوم وقد تقدم بيان مقداره وفي بيان مكان الايقاع كما مر وفي القدرة على تحصيله وهو أن لا ينقطع كإيننا (فإن أسلم مائتي درهم في كرحنطة مائة منهادين على المسلم اليه ومائة تنقد فالسلم في حصة الدين باطل) سواء أطلق المائتين ابتداء أو أضاف العقد في احدهما الى الدين لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لا يستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذا السلم وقع صحيحاً أما اذا أطلق ثم جعل المائة من رأس المال قصاصاً بالدين فلا اشكال في طوره كالجواب عبيدين ثم مات أحدهما قبل القبض كان الباقي

ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافاً لزر فر قد مر نظيره (وجملة الشروط جمعها) في قوله هم اعلام رأس المال وتجييله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايقاع والقدرة على تحصيله فان أسلم مائتي درهم في كرحنطة مائة منهادين على المسلم اليه ومائة تنقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لا يستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذا السلم وقع صحيحاً ولهذا لو تقدم رأس المال قبل الافتراق صح الا أنه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع الا ترى انه لو تبايعا عبيدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل البيع فينقد صحيحاً

(قوله ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال السلم قائم جاز) السلم (خلافاً لزر فر) وانما قيد بقيام رأس المال لانهم لو أسقطاه بعد انفاقه وأستلوا كلاً لا يعود صحيحاً اتفاقاً لانه بالاهلاك صار ديناً في ذمة المسلم اليه فلو صح كان رأس مال يهودين وذلك لا يجوز كما لا يجوز في ابتداء العقد ولانه الآن في معنى الابتداء اذ قبل الاسقاط لم يكن للعقد وجود شرعاً وقول الشافعي ومالك كقول زر فر (وقد مر نظيره) في باب البيع الفاسد وهو ما اذا باع الى أجل مجهول ثم أسقط الاجل قبل حلوله ينقلب جائزاً عندنا خلافاً لهم قال المصنف رحمه الله (وجملة الشروط جمعها الى آخره) فاعلام رأس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتجييله تتم خمسة ومن صفته أن يذ كر من النقد الفلاني اذا كان في البلد نقود مختلفة المالمية متساوية في الراج كقولنا عدلية أو غطرية بقمه فان لم تختلف وتساوت رواجاً يعطيه من أيها شاء ولو تفاوتت رواجاً انصرف الى غالب نقد البلد كما في البيع وينبغي في ديارنا اذا سمي مؤيدية يعطيه الاشرافية والحققية لتعارف تسمية الكل مؤيدية والاسم تواءم في المالمية والرواج واعلام المسلم فيه يشتمل على مثلها خلاصاً لتجييله وتأجيله وبيان مكان الايقاع يتم أحد عشر وأما القدرة على تحصيله فالظاهر أن المراد منه عدم الانقطاع فان القدرة بالفعل في الحال ليس هو شرطاً عندنا ومعلوم أنه لو اتفق بجزءه عند الحلول واقفلاسه لا يبطل السلم وقد بقي ما قدمناه من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وان لا يكون حيواناً وانتقاد رأس المال اذا كان نقداً عند أبي حنيفة خلافاً لهما وان لا يشمل البدلين احدي علي الربا وعدم الخيار فظهر أن قوله وجلة الشروط لم يتم ثم فرغ على اشتراط القبض في السلم أنه لو أسلم مائتين في كرحنطة (منها مائة دين على السلم اليه ونقد مائة أن السلم في حصة الدين باطل لفوات قبضه ولا يشيع الفساد) في الكل خلافاً لزر فر رحمه الله وجه قوله أنه فساد قوي لم تكنه في صلب العقد وايضاً قد جعل قبول العقد في صحة الدين شرطاً لقبوله في صحة النقد فهذا شرط فاسد ولنا أن الفساد طارئ فلا يشيع في غير محل الفساد أما ان أضاف العقد الى مائتين مطاقاً بان قال أسلمت اليك مائتين في كذا ثم جعل احدهما الدين قطاهراً وأماناً أضاف الى الدين والعين جميعاً بان قال أسلمت مائة الدين وهذه المائة في كذا فكذلك وان قيل يفسد في الكل عند أبي حنيفة لما ذكرنا من اشتراط القبول في حصة الدين والصحيح أن الجواب فيها عدم الفساد عنده لان العقد لا يتقيد بالدين ولو قيد به بدليل من اشترى عبد ابدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل الا اذا كانا يعلمان عدم الدين فيفسد لامر آخر وهو أنهم ما حينئذ هما لان بالبيع حيث عقداً يباع بالثمن بخلاف ما لو كانت المائة على ثاب فانه يشيع الفساد ولذا قيد المصنف

مبيعاً بالحصه طارئاً وأما اذا أضاف الى الدين ابتداءً فكذلك ولهذا لو تقدم رأس المال قبل الافتراق صح وهذا لان النقود كون لا يتعين في العقد اذا كانت عيناً فكذا اذا كانت دينا فصار الاطلاق والتقييد سواء الأثرى انه لو تبايعا عبيدين ثم تصادقا ان لادين لا يبطل البيع حيث لم يتعين الدين فينقد السلم صحيحاً فيبطل بالافتراق لما بينا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ وقيد بقوله (مائة منهادين على المسلم اليه) لان الدين على غيره يوجب شيوع الفساد لانها ليست بمال في حقهما

قال (ولا يجوز التصرف في رأس المال والمسلم فيه الخ) لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لأنه شرط صحة السلم احتراز عن الكالئ بالكالئ فلوجاز التصرف بالبيع والهبة والوصية ونحوها فالتصريف الشرط (٣٤٥) وهو معنى قوله فلما فيه من

تفويت القبض المستحق بالعقد ولا في السلم فيه كذلك لأنه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا بأس به بعده لأن المقبوض بعقد السلم كالعين المشتري فرأس المال ان كان مثليا جازان يبيع مراجعة وان كان قيميا لا يجوز الا بمن عنده ذلك الثمن (ولا يجوز الشركة) وهو أن يشترك شخص آخر في السلم فيه (ولا التولية) وصورتها ظاهرة وانما خصهما بالذكري بعد ما دخل في العموم لانها أكثر وقوعا من المراجعة والوضعية وقيل احتراز عن قول البعض ان التولية جائزة لانها قائمة معروف فانه يولي غيره ما يولي (فان تقابلا السلم لم يكن لب السلم ان يشتري من المسلم اليه رأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلاما أو رأس مالك) يعني حالة البقاء وعند الفسخ وهذا نص في ذلك (ولانه أخذ شيئا بالمبيع)

قال (ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض) أما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد وأما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز (ولا يجوز الشركة والتولية في السلم فيه) لانه تصرف فيه (فان تقابلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم اليه رأس المال شيئا حتى يقبضه كله) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ الا سلاما أو رأس مالك أي عند الفسخ ولانه أخذ شيئا بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه

كون المائة دين على المسلم اليه لان المائة على الاجنبى ليست مالا في حقه ما وحين لم يتقيد بالدين لم يتحقق الفساد بمجرد ذلك بل بالافتراق بقبض تلك المائة ولهذا لو نقد المائة قبل الافتراق صح السلم وحينئذ لم يلزم قوله جعل القبول في الفساد شرطا الى آخره اذ لم يلزم الفساد بالاضافة لفظا الى الدين وكان الفساد طارئا بلا شبهة * وقال في المنظومة

ان كان رأس المال نوعين نقد * هذا ودين ذلك فالكل فسد ان لم يبين قسطا وقسطا ذا * والبر في الشعيير والزيت كذا

فاستشكلت على مسألة الكتاب فقبل انما قيد بالتوعين لانه اذا كان من جنس واحد لا يتعدى الفساد كاذ كرفي الهداية واستشكله صاحب الحواشي على قول أبي حنيفة لان عنده اذا ورد العقد قد على شيئين وفسد في أحدهما يفسد في الآخر لانه يصير قبول الفاسد شرطا الى آخره قال الأنا في الفساد المقارن الذي يمكن في صلب العقد لافي الطارئ وهذا طارئ لان قبض رأس المال شرط لبقاء العقد على الصحة أما العقد في نفسه فصحيح واستشكله الشيخ حافظ الدين في المصنف بأن هذا يقتضى أن لا يفسد في النقد اذا كان رأس المال نوعين أيضا ثم قال يحتمل أن الفساد باعتبار معرفة رأس المال شرط عنده ولم يبين حصة كل منهما من المسلم فيه فهى المسئلة التي قدمها المصنف تفر يعا على اشتراطه معرفة مقدار رأس المال اذا كان مما يتعلق العقد على قدره فاذا قوبل بشيئين كان الانقسام بطريق القيمة وذلك يعرف بالحزر والظن وهو مجهول انتهى وهو جيد ما فرعه المصنف على اشتراطه معرفة مقدار رأس المال الا أن على هذا الحاجة الى تقييد المنظومة بكون أحدهما ديناً فانه لو كان عينين فسد فيهما ذلك أيضا (قوله) ولا يجوز التصرف في رأس المال ولا المسلم فيه قبل القبض (أما الاول) وهو رأس المال فانما لا يجوز للمسلم اليه التصرف قبل قبضه لما في ذلك من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعا قبل الافتراق (وأما الثاني) وهو المسلم فيه (فانه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز) لما تقدم من الدليل فلا يجوز هبته ولا الاستبدال به أما لو دفع المسلم اليه ما هو أدرأ من المشروط فقبله رب السلم أو وجوده فانه يجوز ولا يكون له حكم الاستبدال فانه جنس حقه فهو كترك بعض حقه واسقاطه في حق رب السلم ومن جنس الفضاء في حق المسلم اليه وقول القدرى بعد ذلك (ولا يجوز الشركة) (ولا التولية) مع دخولهما في عموم التصرف في المسلم فيه لقرب وقوعهما في المسلم فيه بخلاف المراجعة والوضعية فانه غير معتاد ولا نهدين وفي الوضعية اضرار برب السلم فيبعد وجودهما بخلاف أخذه بمثل ما اشتراه به فانه قريب والشركة هي معنى أخذ بعضه بمثل ما اشتراه به وقيل هو احتراز عن قول البعض ان التولية تجوز عنده في بيع العين والسلم (قوله) فان تقابلا السلم لم يكن له) أي لب السلم (أن يشتري من المسلم اليه رأس المال شيئا حتى يقبضه كله) لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلاما أو رأس مالك) أخرج أبو داود وابن ماجه معناه عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره وهذا يقتضى أن لا يأخذ الا هو ورواه الترمذى وحسنه وقال لا يعرفه

(قوله) لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لانه شرط صحة السلم) أقول يعني ان القبض شرط صحة السلم (قوله) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ

(لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث) وهو الشرع والبيع يقتضى وجود المعقود عليه والمسلم فيه لا يصلح لذلك (السقوطه) بالاقالة (ذ) لا بد من (جعل رأس المال مبيعا) ليرد عليه العقد والالكان ما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف باطل وهو صالح لذلك لكونه دينامثل المسلم فيه واذا أمكن أن يكون الدين معقودا عليه ابتداء فيما هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم فلان يمكن ذلك انتهاء فيما هو بيع من وجه دون وجهه كان أولى واذا ثبت شبهه بالمبيع والمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض فكذلك ما أشبهه فان قيل اذا كان كذلك وجب قبض رأس المال في المجلس اعتبارا لانتهاء ابتداءه (لانه) أى لان عقدا الاقالة (ليس في حكم الابتداء من كل وجه) لانه بيع في حق الكل والاقالة بيع في حق ثالث (٣٤٦) لا غير وليس من ضرورة اشتراط القبض في الاول اشتراطه في الثاني

وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا لانه دين مثله الا أنه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر رحمه الله والحجة عليه ما ذكرناه قال (ومن أسلم في كرحنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا أو امر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء

مرفوعا الا من هذا الوجه وأخرج الدارقطني عن سعيد الجوهري وعلي بن الحسين الدرهمي باللفظ المذكور وقال اللفظ الدرهمي وقال ابراهيم بن سعيد فلا يأخذ الا ما أسلم فيه أو رأس ماله وهذا هو حديث المصنف وعطية العوفي وضعفه أحد وغيره والترمذي يحسن حديثه فهو مختلف فيه فحديث حسن ورواه عبد الرزاق موقوفا على ابن عمر أخبرنا معمر عن قتادة عن ابن عمر قال اذا أسلفت في شئ فلا تأخذ الا رأس مالك أو الذي أسلفت فيه وأسند عن أبي الشعثاء نحوه من قوله فقوله لا تأخذ الا لاسمك يعني حال قيام العقد أو رأس مالك أى عند الفسخ فاستنبط منه أنه اعتبر كالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه (وهذا) أى كونه أخذ شبا بالمبيع (ب) سبب (أن الاقالة بيع جديد في حق ثالث) غير المتعاقدين والشرع ثالث وعرف أن صححتها تنوقف على قيام المبيع الى القبض ألا ترى أنه لو هلك المبيع بعد اقالة البيع قبل القبض تبطل الاقالة وذلك غير ممكن هنا لان الاقالة يسقط المبيع لانه دين لا عين فيتلاشى فلا يعود لكنها قد صححت فيلزم أنه اعتبر رأس المال بمنزلة المبيع ضرورة لانه دين مثل المسلم فيه وجعل الدين مبيعا ليس محالا وأورد عليه لو كانت يبيعا جديدا كانت بيع سلم لانها اقالة بيع سلم فكان يلزم قبض رأس المال عند الاقالة في المجلس ولم يلزم بالاجماع فأجاب عنه المصنف (بأنه) يعني عقدا الاقالة (ليس في حكم الابتداء من كل وجه) وأجاب غيره بأن لزوم قبضه قبل الافتراق لثلا يفترقا عن دين بدين وذلك انما يكون اذا كان المسلم فيه مما يجب تسليمه ولم يجب ذلك بعد الفسخ بالاقالة ويمكن حمل جواب المصنف على هذا بتكلف يسير وحاصل جواب صاحب الايضاح أن رأس المال جعل كالمسلم فيه والقبض ليس شرطافيه فليس شرطاله (وفيه خلاف زفر) أى في منع الاستبدال برأس مال المسلم من المسلم اليه بعد اقالة السلم فعنده يجوز أن يشتري به ماشاء وهو القياس لانه بالاقالة بطل السلم وصار رأس المال ديناعند المسلم اليه فيستبدل به كسائر الديون قال (والحجة عليه ما ذكرناه) من الاثر والمعنى فهو استحسان بالاثرمقدم على القياس (قوله) ومن أسلم في كرا وهو ستون قفيرا أو أربعون على خلاف فيه والقفير ثمانية مكا كيك والمكوك صاع ونصف (فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا و امر رب السلم أن يقبضه قضاء) عن المسلم فيه فاقتضاه رب السلم بحقه بأن

بالضرورة فان ثبت بالتفسيه وهو ان اشتراط القبض في الابتداء كان للاحتراز عن الكالي بالكالي والمسلم فيه سقط بالاقالة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض والتأمل يفنى عن هذا السؤال لان رأس المال اذا صار معقودا عليه سقط اشتراط قبضه فالسؤال بوجود قبضه لا يرد لكن المصنف دفع وهم من عسى يتوهم نظرا الى كونه رأس المال وجوب قبضه ولو أبرز ذلك في مبرز الدليل على انقلابه معقودا عليه حيث لا يجوز قبضه ولو بقي رأس المال لوجب كان أدق على طريقة قوله في أول الكتاب ويجوز بأى اسان كان سوى الفارسية وهي طريقة قوله

ولا عيب فيهم غير ان سيوفهم من قول من قرا الكتاب (قوله وفيه) أى في جعل رأس المال بعد الاقالة

مبيعا (خلاف زفر) هو يقول رأس المال بعد الاقالة صار دينافى ذمة المسلم اليه فكما جاز الاستبدال بسائر الديون اكله جاز بهذا الدين (والحجة عليه ما ذكرناه) من الحديث والمعقول قال (ومن أسلم في كرا فلما حل الاجل الخ) رجل أسلم في كرا من الحنطة وهو ستون قفيرا (فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا و امر رب السلم بقبضه قضاء لحقه لم يكن قضاء) حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم كان من مال المسلم اليه

(قوله فيما هو بيع من وجهه دون وجه) أقول وهو الاقالة (قوله لأن عقدا الاقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه لانه بيع في حق الكل) أقول ضمير لانه راجع الى الابتداء (قوله وهي طريقة) أقول ليس ذلك على طريقته كما لا يخفى على من له أدنى مسكة

(وان أمره أن يقبضه لاجل

المسلم اليه ثم يقبضه فأكاله
له ثم أكاله لنفسه جازلانه
اجتمعت صفقتان بشرط
الكيل) الاولى صفقة المسلم
اليه مع بائعه والثانية
صفقته مع رب السلم (فلا بد
من الكيل مرتين لنهي
النبي صلى الله عليه وسلم عن
بيع الطعام حتى يجرى
فيه صاعان وهذا هو مجمل
الحديث على ما مر) في الفصل
المتصل بباب المراجعة
والتولية قال فيه ومجمل
الحديث اجتماع الصفقتين
على ما تبين (قوله والسلم
وان كان سابقا) جواب
ما يقال ببيع المسلم اليه مع
رب السلم كان سابقا على
شراء المسلم اليه من بائعه
فلا يكون المسلم اليه بائعا
بعد الشراء فلا تحقق
الصفقة الثانية لتدخل
تحت النهي وتقريره القول
بوجوب العلة لمن ذلك (لكن
قبض المسلم فيه لاحق)
وقبض المسلم فيه (بمنزلة
ابتداء البيع) لان المسلم
فيه دين في ذمته والمقبوض
عين وهو غير الدين حقيقة
وان جعل عينه في حق
حكم خاص وهو حرمة
الاستبدال ضرورة فلا
يتعدى فيبقى فيما وراءه
كالبيع فيتحقق البيع بعد
الشراء بشرط الكيل فقد
اجتمعت الصفقتان فلا بد
من تكرار الكيل

وان أمره أن يقبضه ثم يقبضه لنفسه فأكاله ثم أكاله لنفسه جازلانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان وهذا هو مجمل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا لكان قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء

اكتاله مرة وحازه اليه لم يكن مقتضيا حقه حتى لو هلك بعد ذلك لم يملك من مال المسلم اليه ويطلبه رب السلم بحقه (وان أمره أن يقبضه) أي للمسلم اليه (ثم يقبضه لنفسه فأكاله) أي رب السلم للمسلم اليه (ثم أكاله) مرة أخرى (لنفسه) صار مقتضيا مستوفيا حقه وهذا (لانه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان) صاع البائع وصاع المشتري (وهذا هو مجمل الحديث على ما مر) في الفصل الذي يلي باب المراجعة حيث قال المصنف ومجمل الحديث اجتماع الصفقتين والفقهاء فيه أن المستحق بالعقد ما سمي فيه وهو الكسر وهو انما يتحقق بالكيل فلن كان الكيل معينا للمستحق بالعقد وهذان عقدان ومشتريان فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه ألا ترى أن الثاني لو كاله فزاد لم تطب له الزيادة ووجب ردها حتى لو كان المشتري كاله لنفسه بمحضرة المشتري الثاني فقبضه الثاني لا بد من أن يكيه إقامة لحق العقد الثاني والصفقتان شراء المسلم اليه من بائعه الكسر والصفقة التقديرية التي اعتبرت بين المسلم اليه ورب السلم عند قبضه لان المسلم اليه بصير بائعا من رب السلم ما اشتراه لان المأخوذ ليس عين حقه فانه دين وهذا عين قاصصه به وقد أخذوا في صحة الامر أن يقبضه ثم يقبضه لنفسه وعندى بس هذا بشرط بل الشرط أن يكيه مرتين حتى لو قال له اقبض الكسر الذي اشتريته من فلان عن حقل فذهب فأكاله ثم أعاد كياله صار قابضا لان الفرض أنه لا يصير قابضا لنفسه بالكيل الاول بل الثاني فلما قال له اقبضه عن حقل والمخاطب يعلم طريق صيرورته قابضا لنفسه أن يكيه مرة ليقبض عن الآخر وانما يصير هو قابضا لنفسه ففعل ذلك صار قابضا حقه كأنه قال له اذهب فافعل ما تصير به قابضا ولفظ الجامع يفيد ما قلنا فانه لم يزد فيه على قولنا فأكاله ثم أكاله لنفسه جاز وقوله (والسلم وان كان سابقا الى آخره) جواب سؤال مقدر وهو ان يقال ببيع رب السلم مع المسلم اليه كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشراء اما اشتراه فلم تجتمع الصفقتان فلا يدخل تحت النهي فاجاب بقوله السلم وان كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه (لكن قبض) رب السلم (المسلم فيه لاحق) لشراؤه من بائعه (وانه) أي قبض المسلم فيه (بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة) واعتباره عينه في حق حكم خاص وهو صحة قبضه عن المسلم فيه كي لا يلزم الاستبدال به قبل قبضه لا يستلزم اعتباره اياه مطلقا أخذ العين عنه في حكم عقد جديد فيتحقق ببيع المسلم اليه بعد شراؤه من بائعه والدليل على هذا الاعتبار ما قال في الزيادات لو سلم مائة في كرم اشتري المسلم اليه من رب السلم كتر حنطة بمائتي درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكرم ليجز لانه اشتري ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن يريد أن رب السلم اشتري ما باعه وهو الكسر قبل نقد الثمن بأقل مما باعه وانما يلزم ذلك اذا جعل عند القبض كأنهم ما جددوا عقدا ومثل هذا فيما لو سلم في موزون معين واشتري المسلم اليه موزونا كذلك الى آخره لا يجوز قبض رب السلم بخلاف ما لو اشتري المسلم اليه حنطة مجازفة أو ملكها بارت أو هبة أو وصية أو وفاة رب السلم فأكاله مرة ونحوه يكتفي بكيل واحد لانه لم يوجد الا عقد واحد بشرط الكيل وهو السلم ولو اشتري المعدود وعدت او السلم في معدود فعلى الروايتين في وجوب إعادة العقد في بيع المعدود

(و) ان (كان) الكر (قرضا فاهم) المستقرض المقرض (بقبض الكر) ففعل (جاز لان القرض اعاره ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة) ولو لم يكن اعاره لزم عليك الشيء بحسنه ونسبته وهو ربا ولهذا (٣٤٨) لا يلزم التأجيل في القرض لان التأجيل في العواري غير لازم فيكون المرود

وان لم يكن سلما وكان قرضا فاهم بقبض الكر جاز لان القرض اعاره ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المرود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان قال (ومن أسلم في كرفأمر رب السلم أن يكيه المسلم اليه في غرأمر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء) لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرأمر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفعت اليه كيسا ليزم المديون فيه لم يصح قابضا ولو كانت الخنطة مشتراة والمسئلة بجها الصار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الأتري أنه لو أمره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري لصحة الامر وكذا اذا أمره أن يصبه في البصر في السلم بهلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتبني بذلك الكيل في الشراء في الصحيح

بعد شرائه عدا هذا (فلو لم يكن سلما) ولكن أقرضه (فأمره بقبض الكر) ولم يقل اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك فقبضه بأن اكتاله مرة (جاز لان القرض اعاره ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة) وكان المرود عين المأخوذ مطلقا فلم تجتمع صفقتان) فلم يجب الكيل لان هذا الاعتبار في القرض لو لم يكن ثابتا لزم تلك الشيء بحسنه ونسبته أو تفرق بلاقبض فيه وهو ربا ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لانه يبيع بحسنه ونسبته وكذا لو كان الدين الاول مسلما فلما حل اقترض المسلم اليه من رجل كرا أو أمر رب السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما ذكرنا وهذا لان عقد القرض عقد مساهلة لا يوجب الكيل بخلاف البيع مكابله أو موازته ولهذا الواستقرض من آخر حنطة على أنها عشرة أفرقة جازله أن يتصرف فيها قبل الكيل (قوله) ومن أسلم في كرفأمر رب السلم اليه أن يكيه له في غرأمر رب السلم) والموضع موضع الاضمار فيها ولكنه أظهره لدفع الالتباس (ففعل وهو) أي رب السلم (غائب لم يكن قضاء) حتى لو هلك هلك من مال المسلم اليه والتقييد بغيرته لانه لو كان فيها ورب السلم حاضر يصير قابضا بالاتفاق سواء كانت الغرأمر له أو للبائع (لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين لا العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرأمر منه جاعلا ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم فدفعت) الدائن اليه كيسا (لئتم المديون فيه لم يصح قابضا) هذا اذا لم يكن في غرأمر رب السلم طعام بل ترد فان كان قيل لا يصير قابضا لما قررنا أن أمره غير معتبر في ملك الغير قال في المبسوط والاصح عندي أنه يصير قابضا لان أمره بمخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يتميز بغيره فيصير به قابضا وهو نظير ما سجد في كتاب الصرف فبين دفع نصف درهم الى صائغ وقال زد من عندك نصف درهم وضع فيهما خاتما ففعل جاز وصار بالخلط قابضا (ولو كانت مشتراة) غير مسلم فيها (والمسئلة بمجالها) أي دفع المشتري غرأمره للبائع وأمره أن يكيه لها فيها ففعل بغيرته (صار قابضا لان الامر قد صح) هنا (لانه ملك عين الخنطة بمجرد البيع فصادف أمره ملكه) وتظيره ما لو أمره بطحن الخنطة المسلم فيما فطحنها المسلم اليه كان الدقيق للمسلم اليه فلما أخذ رب السلم الدقيق كان حراما لانه استبدل بالمسلم فيه قبل قبضه ولو كانت مشتراة فأمر المشتري البائع أن يطحنها فطحنها كانت للمشتري فلو هلك الدقيق في الاول هلك من ملك المسلم اليه ويعود دين رب السلم عليه كما كان ولو هلك في الثاني هلك من ملك المشتري وتقرر الثمن عليه ومثله (اذا أمر) رب السلم المسلم اليه (أن يصبه في البحر ففعل كان من مال المسلم اليه) ولو أمر المشتري البائع به كان قابضا فيهلك (من مال المشتري لما قلنا ولهذا يكتبني بذلك الكيل) الواحد (في الشراء في الصحيح

عين القبوض (مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان) وكذا الواستقرض المسلم اليه من رجل وأمر رب السلم بقبضه يكتبني فيه بكيل واحد قال (ومن أسلم في كرفأمر رب السلم الخ رجل أسلم في كرفأمر رب السلم أن يكيه المسلم اليه في غرأمر رب السلم ففعل وهو) أي رب السلم (غائب لم يكن) له في غرأمره طعام فانه لا يكون (قضاء) فلو هلك هلك من مال المسلم اليه (لان الامر بالكيل لم يصادف ملك الامر اذا حقه في الدين لا في العين فلا (يصح) الامر) وصار المسلم اليه مستعيرا للغرأمر من رب السلم وقد جعل ملكه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفعت اليه كيسا لئتم المديون فيه حيث لم يصح قابضا) ولو اشترى من رجل حنطة بعينها ودفع غرأمره الى البائع وقال له اجعلها فيها ففعل والمشتري غائب صار قابضا لانه ملكه بالشراء لا بحالة فصح الامر لمصادفته الملك واذا صح صار البائع وكذا عنه في امسالك الغرأمر فبقيت الغرأمر في يد المشتري حكما فما وقع فيها صار في يد المشتري (قوله الأتري) وتوضيح لتملكه

بالبيع (فانه اذا أمره بالطحن في السلم كان الطحين للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري) واذا أمره أن يصبه في البحر في السلم لانه ففعل هلك من مال المسلم اليه (وفي الشراء من مال المشتري) وليس ذلك الا باعتبار صحة الامر وعدمها وصحة موقوفة على الملك فلو لانه ملكه لم يصح أمره ويجوز أن يكون توضيحا لقوله لان الامر قد صح (ولهذا) أي ولان الامر قد صح (يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح

لان البائع نائب عنه في الكيل (فان قيل البائع مسلم فكيف يكون مسلماً أجا ببقوله (والقبض بالوقوع) أي وتحقق القبض بالوقوع (في غرأ المشتري) فلا يكون مسلماً ومتسلماً وانما قال في الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفي بكيل واحد كما بظاهر ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وقدم قبل باب الربا (ولو أمر المشتري البائع أن يكيه في غرأ البائع ففعل لم يصر) المشتري (فابضالاً لاستعار غرأه ولم يقبضها فلم تصر الغرأ في يده) لان الاستعارة تبرع فلا تتم بدون القبض فكذلك ما وقع فيها وصار كالو أمره أن يكيه ويغزله في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضاً لانه مستعير لم يقبض (قوله ولو اجتمع الدين والعين) صورته رجل أسلم (٣٤٩) في كرحطة فلما حل الاجل اشترى

من المسلم اليه كرا آخر بعينه وودع غرأه اليه ليحعل الدين) أي المسلم فيه والعين وهو المشتري فيها فلا يجزئ البائع من أن يجعل فيها أو لا الدين أو العين فان كان الثاني (صار) المشتري قابضاً لهما جميعاً أما العين فلصحة الامر فيه لمصادفته الملك فكان فعل المأمور كفعل الأمر ورد بأنه لا يصلح نائب عن المشتري في القبض كالو وكله بذلك ناصوا واجب بأنه ثبت ضمنها وان لم يثبت قصداً وأما الدين فلا تصال بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا ثبت القبض (كن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه ولكن دفع الى صائغ خاتماً وأمره أن يزيد من عنده نصف دينار) ففعل بغيره لزمه الزيادة وتقرر بدلها عليه لاتصال ملكه فيهما (وان بدأ بالدين) فكذلك في الغرأ (لم يصر قابضاً) أما في الدين فلعدم صحة الامر (لما قلنا (وأما) في (العين) فلانه يخلط بالمال المشتري) بجنسه من مال نفسه (يصير مستهلكاً عند أبي حنيفة فينتقض البيع) بهلاك المبيع قبل القبض لا يقال هذا الخلط ليس بتعديل يكون به مستهلكاً لانه بأمره أجا ب المصنف يمنع اذنه فيه على هذا الوجه لجواز كون مراده أن يفعل ذلك على وجه يصح وهو أن يبدأ بالعين (وعندهما) لما لم يكن استهلاكاً يصير المشتري (بالخيار ان شاء انتقض البيع) لعيب الشركة وان شاء شاركه في الخلو) وأورد أن صبغ الصباغ يتصل بالثوب ولا يصير مالاً قابضاً به أجا ب بأن المعقود عليه تمت

لانه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرأ المشتري ولو أمره في الشراء أن يكيه في غرأ البائع ففعل لم يصر قابضاً لانه استعار غرأه ولم يقبضها فلا تصير الغرأ في يده فكذلك ما يقع فيها وصار كالو أمره أن يكيه ويغزله في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضاً ولو اجتمع الدين والعين والغرأ للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضاً أما العين فلصحة الامر فيه وأما الدين فلا تصال بملكه وبمثله يصير قابضاً كن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه ولكن دفع الى صائغ خاتماً وأمره أن يزيد من عنده نصف دينار وان بدأ بالدين لم يصر قابضاً أما الدين فلعدم صحة الامر وأما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكاً عند أبي حنيفة رجحه الله فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء انتقض البيع وان شاء شاركه في الخلو لان الخلط ليس باستهلاك عندهما

لانه نائب عنه في الكيل والوقوع في غرأ المشتري) وقوله في الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفي الا بكيين على ما حر قبل باب الر بالو كان في البيع أمر المشتري البائع أن يكيه في غرأ البائع ففعل بغيره لم يصر قابضاً (لانه استعار غرأه ولم يقبضها) فلم تتم الاعارة لانها كانت عقد تبرع لم تتم الا بالقبض (فلم تصر الغرأ في يده فكذلك ما يقع فيه) على تأويل الطرف ونحوه (وصار كالو أمر المشتري) البائع (أن يكيه ويغزله في مكان من بيت البائع) ففعل بغيره لم يصر قابضاً (ولو اجتمع الدين والعين) بأن اشترى رب السلم من المسلم اليه كرا معيناً بعد حلول السلم فأمره أن يكيه في غرأ المشتري كليهما ففعل بغيره ان بدأ بالكر العين ثم بالمسلم فيه صار المشتري قابضاً لهما (أما العين فلصحة الامر فيه) لانه لا يملكه (وأما الدين فلا تصال بملكه وبمثله يصير قابضاً كن استقرض حنطة) ولم يقبضها (ثم أمر) المقرض (أن يزرعها في أرض المستقرض ولكن دفع الى صائغ خاتماً وأمره أن يزيد من عنده نصف دينار) ففعل بغيره لزمه الزيادة وتقرر بدلها عليه لاتصال ملكه فيهما (وان بدأ بالدين) فكذلك في الغرأ (لم يصر قابضاً) أما في الدين فلعدم صحة الامر (لما قلنا (وأما) في (العين) فلانه يخلط بالمال المشتري) بجنسه من مال نفسه (يصير مستهلكاً عند أبي حنيفة فينتقض البيع) بهلاك المبيع قبل القبض لا يقال هذا الخلط ليس بتعديل يكون به مستهلكاً لانه بأمره أجا ب المصنف يمنع اذنه فيه على هذا الوجه لجواز كون مراده أن يفعل ذلك على وجه يصح وهو أن يبدأ بالعين (وعندهما) لما لم يكن استهلاكاً يصير المشتري (بالخيار ان شاء انتقض البيع) لعيب الشركة وان شاء شاركه في الخلو) وأورد أن صبغ الصباغ يتصل بالثوب ولا يصير مالاً قابضاً به أجا ب بأن المعقود عليه تمت

لا يتجاوز الفاعل فلم يصر متصلاً بالثوب فلا يكون قابضاً وان كان الاول لم يصر قابضاً أما الدين فلعدم صحة الامر لعدم مصادفته الملك لان حقه في الدين لا في العين وهذا عين فكان المأمور يجعله في الغرأ متصرفاً في ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الأمر (وأما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم وهو استهلاك عند أبي حنيفة فينتقض العقد) فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فلا ينتقض البيع أجا ب بأن الخلط على هذا الوجه ما حصل باذن المشتري بل الخلط على وجه يصير به الأمر قابضاً والذي كان مأذوناً به وفي عبارة المصنف تسامح لانه حكيم يكون الخلط غير مرضي به جزماً واستدل بقوله (لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين) فيكون الدليل أعم من المدعى ولا دلالة للإعم على الاخص ويجوز أن يقال كلامه في قوة الممانعة فكأنه قال ولا نسلم ان هذا الخلط غير مرضي به (قوله لجواز) سند المنع فاستقام الكلام (وعندهما المشتري بالخيار ان شاء انتقض البيع وان شاء شاركه في الخلو لان الخلط ليس باستهلاك عندهما)

قال (ومن أسلم جارية في كرحنطة الخ) رجل أسلم جارية في كرحنطة ودفع الجارية إلى المسلم إليه ثم تقايلا فانت الجارية في يد المسلم إليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولم تبطل الأقالة بهلاك الجارية كما لا يتم ولو تقايلا بعد هلاك الجارية كانت الأقالة صحيحة لانها تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه وهو المسلم فيه فصحت الأقالة حال بقائه وإذا صح ابتداء صح انتهاء لان البقاء أسهل من الابتداء وإذا انسخ العقد في المسلم فيه انسخ في الجارية تبعاً فيجب ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها وقامت مقام الجارية فكان أحد العوضين كأن قام فلا (٣٥٠) يرد ما قبل أن الجارية قد هلكت والمسلم فيه سقط بالأقالة فصار كالهلاك العوضين في

المقايضة وهو منع الأقالة وقد تقدم في الأقالة ما يفرق بين المقايضة وبين بيع الجارية بالدرهم حيث بطلت الأقالة في البيع عندها كما بقاء وابتداء وما في الكتاب ظاهر لا يحتاج إلى شرح قال (ومن أسلم إلى رجل دراهم في كرحنطة الخ) إذا اختلف المتعاقدان في صحة السلم فن كان متعنتاً وهو الذي ينكر ما ينفعه كان كلامه باطلاً وهذا بالاتفاق ومن كان مخاصماً وهو الذي ينكر ما يضره كان القول قوله إن ادعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد القول قول المنكر وإن أنكر الصحة وعلى هذا إذا أسلم رجل في كرحنطة ثم اختلفا فقال المسلم إليه شرطت ردياً وقال رب السلم لم تشترط شيئاً فالقول قول المسلم إليه (لأنه متعنت) لأنه إنكار الصحة منكر ما ينفعه وهو المسلم فيه (لأنه متعنت في العادة) وإن كان رأس المال نفداً والمسلم فيه نسيئاً لأن العقلاء فاطبة على إعطاء هذا العاجل

قال (ومن أسلم جارية في كرحنطة وقبضها المسلم إليه ثم تقايلا فانت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز) لأن صحة الأقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه إنما هو المسلم فيه فصحت الأقالة حال بقائه وإذا جاز ابتداء فأولى أن يبقى انتهاء لان البقاء أسهل وإذا انسخ العقد في المسلم فيه انسخ في الجارية تبعاً فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها ولو اشتري جارية بألف درهم ثم تقايلا فانت في يد المشتري بطلت الأقالة ولو تقايلا بعد موتها فالأقالة باطلة) لان المعقود عليه في البيع إنما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الأقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الأقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه قال (ومن أسلم إلى رجل دراهم في كرحنطة فقال المسلم إليه شرطت ردياً وقال رب السلم لم تشترط شيئاً فالقول قول المسلم إليه) لان رب السلم متعنت في إنكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة

الفعل لا العين والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال (قوله) ومن أسلم جارية في كرحنطة) حاصل هذه والتي بعدها الفرق بين الأقالة في السلم والبيع بالثمن وبيع المقايضة في السلم تجوز الأقالة قبل هلاك الجارية وبعبارة أخرى لان صحة الأقالة تعتمد بقاء العقد وهو بقاء المبيع إلى أن يقبض في السلم المبيع قصده هو المسلم فيه فهلاك الجارية وعدمه لا يعدم الدين المسلم فيه فجازت الأقالة إذا ماتت قبل الأقالة أو بعدها قبل القبض لقيام المعقود عليه وهو المسلم فيه وإذا جازت انسخ في الجارية تبعاً فوجب ردها وقد عجز فيرد قيمتها يوم القبض لان السبب الموجب للضمان كان فيه فصار كالغصب وفيما لو كان اشتري جارية بألف درهم مثلاً لتجوز الأقالة بعدم موتها وتبطل لو ماتت بعد الأقالة قبل القبض لان الجارية هي المعقود عليه في البيع فلا تصح الأقالة بعدم موتها ولا تبقى على الصحة إذا هلكت بعدها ولو كان البيع مقايضة بأن دفع الجارية في ثوب تبقى الأقالة بعدها كما إذا كان العرض الآخر باقياً لان كلامهما مبيع من وجه (قوله) ومن أسلم إلى رجل إلى آخره) الاصل في هذه المسائل انها إذا اختلفا في الصحة فإن خرج كلام أحدهما مخرج التعنت وهو أن ينكر ما ينفعه كان باطلاً اتفاقاً والقول قول من يدعى الصحة وإن خرج مخرج الخصومة وهو أن ينكر ما يضره قال أبو حنيفة القول قول من يدعى الصحة أيضاً إذا اتفقا على عقد واحد وإن كان خصمه هو المنكر وقال القول قول المنكر وإن أنكر الصحة إذا عرف هذا حثنا إلى المسائل (أسلم إلى رجل في كرحنطة فقال المسلم إليه شرطت لك ردياً وقال رب السلم لم تشترط شيئاً فالقول قول المسلم إليه) بالاتفاق وهو قول الشافعي (لان رب السلم متعنت) لانه إنكار الصحة منكر ما ينفعه وهو المسلم فيه (لأنه متعنت في العادة) وإن كان رأس المال نفداً والمسلم فيه نسيئاً لأن العقلاء فاطبة على إعطاء هذا العاجل

السلم لان المسلم فيه يربو على رأس المال عادة فكان القول لمن يشهده الظاهر فانهم المتعنتون على عقد واحد بذلك واختلفا فيما لا يصح العقدونه وهو بيان الوصف والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهداً للمسلم اليه وقول من شهد له الظاهر أقرب إلى الصدق وفيه بحث لاننا نسلم ان المسلم فيه يربو على رأس المال

(قوله) ومن كان مخاصماً وهو الذي ينكر) أقول لا يخفى عليك مخالفة تعريف المخاصم لقوله وإن كان خصمه هو المنكر ظاهراً ودفعه باعتبار المعنى والصورة كما سيجي (قوله) لأن رب السلم متعنت في إنكاره صحة السلم لان المسلم فيه إلى قوله فانهم المتعنتون على عقد واحد الخ) أقول فعلى هذا التقرير يكون العرض لتعنت رب السلم ضاعبتهم المقصود بدونه

بل الامر بالعكس فان التقدير القليل خير من النسبته وان كانت كثيرة سلمناه لكنهم يروونه اذ كان حيدا واما اذا كان رديا فممنوع سلمناه لكنه مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البيعة على المدعى واليمين على من أنكر وهو باطلاته يقتضى أن يكون القول قول المنكر وان أنكر الصحة والجواب أن الناس مع وفور عقولهم وشدة تحريزهم عن الغبن في البيعات وكثرة رغبتهم في التجارة الرابحة يقدمون على السلم مع استغنائهم عن المسلم فيه في الحالة الراهنة وذلك أقوى دليل على ربا المسلم فيه وان كان رديا والاعتبار للمعاني دون الصورة فنسكرك صحة الصورة وان كان منكرا لكنه مدع في المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع اذا ادعى رد الوديعة وان انعكست المسئلة وهو أن يدعى رب السلم الوصف وأنكره المسلم اليه لم يذكرة محمد (٣٥١) في الجامع الصغير والمتأخرون من

المشايع (قالوا يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة لأنه يدعى الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لأنه منكر القول للمسلم اليه لأنه منكر وان أنكر الصحة) (قوله وسنقره من بعد) يريد به ما يذكرة بعد بخطوط القول لرب السلم عندهما وفي عبارته تسامح لانها تستعمل للبعيد والمطابق ونقره ولو قال المسلم اليه لم يكن له أجل وقال رب السلم كان له أجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره لانه ينكر ما يتقعه وهو الاجل فان قيل لانسلم أنه متعنت لانه بانكاره يدعى فساد العقد وسلامة المسلم فيه له وهو يريد على رأس المال في العادة فيكون القول للمسلم اليه وهو القياس أوجب المصنف (بان الفساد بعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد) فان السلم الخال

وفي عكسه قالوا يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة رجه الله لانه يدعى الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان أنكر الصحة وسنقره من بعد ان شاء الله تعالى (ولو قال المسلم اليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم) لان المسلم اليه متعنت في انكاره حقاله وهو الاجل والفساد عدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقاله عليه فيكون القول قوله وان أنكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر

بذال الاجل ولولائه بر بوعليه وان كان اجلا لم تطبق آراؤهم عليه وكلام المتعنت مردود فيبقى قول الآخر بلا معارض واما التوجيه بأن الظاهر الصحة الى آخره فيخص بأحقيقة تمشيتها في غير هذا المحل والمراد هنا توجيه الاتفاق على أن القول للاخر وهو ما لا يقول ان القول للمدعى الصحة دائما ليعلاها بنظهورها في مباشرة العقائد (وفي عكسه) بأن ادعى رب السلم شرط الردى وأنكر المسلم اليه الشرط أصلا لم يذكرة محمد في الكتاب (وقالوا) أي المشايخ يجب (أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة) وهو قول الشافعي (لانه يدعى الصحة وان كان صاحبه منكرا) وكلامه خصومة (وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان أنكر الصحة) وسيقرر المصنف الوجه في تلك المسئلة التي تلي هذه (ولو قال) (المسلم اليه لم يكن فيه أجل وقال رب السلم فيه أجل فالقول قول رب السلم) أي بالاتفاق وكذا في مقداره وهو قول الشافعي لان كلام المسلم اليه هنا تعنت لانه ينكر ما يتقعه وما هو حقه (وهو الاجل) لان الاجل لترقيه المسلم اليه وهذا استحسان وأورد عليه ينبغي أن يكون القول لمن يدعى الفساد لان المسلم فيه لما كان في العادة يروي على رأس المال كان انكار المسلم اليه الصحة خصومة فلا يكون متعنتا وهذا الايراد هو وجه القياس فأجاب عنه المصنف بقوله (والفساد لعدم الاجل ليس متيقنا) حتى يكون انكاره انكارا للصحة دا فعلا زيادة المسلم فيه لان السلم الخال جائز عند بعض المجتهدين (فلا يعتبر النفع في رد رأس المال) لانه ليس بلازم قطعاً (بخلاف عدم الوصف) كالرذاعة ومحورها على ما تقدم فانه ملزوم قطعاً للفساد (وفي عكسه) وهو أن يدعى المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره (القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقاله) وهو زيادة الربح الكاش في قيمة المسلم فيه على ما دخل في يده من رأس المال فصار (كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر

جائز عند الشافعي واذا لم يكن متيقنا بعدمه لم يلزم من انكاره رد رأس المال فلا يكون النفع برد رأس المال معتبرا بخلاف عدم الوصف وهو المسئلة الاولى فان الفساد بعدمه متيقن وفيه نظر لان بناء المسئلة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير صحيح فالاولى أن يقال ان الاختلاف كان فابتين الصحابة ان ثبت ذلك وليس عطا بل لاذكرة صاحب النهاية وغيره وفي عكسه وهو أن يدعى المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقاله وكل من هو كذلك فالقول قوله وان أنكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر

(قوله وان كان رديا) أقول مسلم اذا علم اشتراط العقدين رد اذاعة المسلم فيه (قوله فنسكرك صحة الصورة الخ) أقول الا صوب أن يقال للمدعى صورة منكرا في المعنى لطابق السؤال والاستشهاد (قوله لكنه مدع) أقول ان له حتى الضم

قال (ويجوز السلم في الثياب اذا بين طول او عرض او رقعة) لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حر يراد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه

بلوغك فالقول للزوج مع انه يدعي فساد العقد أحيب بأنه ما أقر بأصل العقد بل أنكروه حيث أسنده الى حال عدم الاهلية * واعلم أن انكار الاجل على ثلاثة أوجه أحدها في أصل الاجل وهي مسئلة الكتاب والثاني في مقدار الاجل والقول فيه قول من يدعي الأقل مع عينه فان قامت بينة لسدعي الاكثر قضى بها وان قامت لسلك منهما فالبينة بينة مثبت الزيادة والثالث في مضي الاجل اذا قال رب السلم مضى الاجل المسمى وقال المسلم اليه لا فالقول قول المسلم اليه مع عينه لانه ينكر بوجه المطالبة عليه ومن أقام بينة قضى له فان أقامها فالبينة بينة المطلوب لانها تثبت زيادة الاجل وهذا الاختلاف في مقدار الاجل لا يوجب التحالف عندنا خلافا للفرقة لانه ليس في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف الاختلاف في الصفة يعني انه ما هو فانها يتصافان لان الوصف جار مجرى الاصل وفي الخلاصة اذا شرط في السلم الثوب الجديد فباع بثوب وادعى انه جديد وأنكر الطالب فالقاضي يرى اثنين من أهل تلك الصنعة وهذا أحوط والواحد يكفي فان قال جيدا جبر على القبول واذا اختلفا في السلم يتحالفان استحسانا ويبدأ بين المطلوب عند أبي يوسف ثم يرجع وقال بين الطالب وهو قول محمد وان قامت لاحده ما بينة قضى بها وان قامت لهما بينة قضى بينة رب السلم بسلم واحد عند أبي يوسف والمسئلة على ثلاثة أوجه لان رأس المال امة بين أو دين وكل وجه على ثلاثة أوجه اتفقا على رأس المال واختلفا في المسلم فيه أو على القلب أو اختلفا فيهما فان كان رأس المال عينا واختلفا في المسلم فيه لا غير فقال الطالب هذا الثوب في كرحنطة وقال الآخري نصف كرا وفي شعير وفي الحنطة الرديئة وأقاما قضى بينة رب السلم بالاجماع وان اختلفا في رأس المال فقال أحدهما هذا الثوب وقال الآخري هذا العبد واتفقا على المسلم فيه انه الحنطة أو قال أحدهما هذا الثوب في كرحنطة وقال الآخري في كرشعير وأقاما البينة قضى بالسلمين نعمد مر على أصله وأبو يوسف يقول كل يدعي عقدا غير ما يدعيه الآخرون كان رأس المال دراهم أو دنانير ان اتفقا على رأس المال واختلفا في المسلم فيه وأقاما البينة فالبينة رب السلم ويقضى بسلم واحد عند أبي يوسف خلافا ل محمد وان كان الاختلاف على القلب فعلى هذا الخلاف ولو اختلفا فيهما فقال أحدهما عشرة دراهم في كرى حنطة وقال الآخري خمسة عشر في كرا وأقاما فعند أبي يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كرين ولا يقضى بسلمين وعند محمد يقضى بسلمين عقدا بخمسة عشر في كرا وعقد بعشرة في كرين ولو ادعى أحدهما أن رأس المال دراهم والآخري دنانير لم يذكر هذا وينبغي أن يقضى بسلمين كافي الثوبين وفيها أسلم في ثوب وشرط الوسط فجاء بجيد وقال خذ هذا وزدني دراهم فعلى وجوه اما ان كان كيليا أو وزنيا أو ذريا في الكيل في أسلم في عشرة أقدرة فجاء بأحد عشر وقال زدني درهما جاز لانه باع قفيزا بمن معلوم ولو جاء بتسعة وقال خذ وأرد عليك درهما فقبل جاز أيضا فانه اقالة في البعض فيجوز كافي الكل ولو جاء بحنطة أجود أو أرد فأعطى درهما لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز وقد منانته في الازداد والاجود يجوز بالاجماع اذا لم يكن معه شيء آخري وفي الثوب ان جاء بأز يدبذراع وقال زدني درهما جاز وهو يسع ذراع بدرهم يمكن تسليمه بخلاف بيعه مفردا وكذا اذا أتى بالزيادة من حيث الوصف فانه يجوز عندهم وان جاء بنقص فردمه درهما لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد لانه اقالة فيما لا يعلم حصته لان الذراع وصف وحصته مجهولة هذا اذا لم يكن لسلك ذراع حصته فان بين جاز بخلاف وكذا لو جاء بنقص وصفا لا يجوز ولو بازيد وصفا جاز الكل في الاصل (قوله ويجوز السلم في الثياب اذا بين طول او عرض او رقعة لانه اسلم في معلوم) والرقعة يراد بها قدر ولا خلاف في هذا بل في اشتراط وزنه اذا كان حر يراد عندي باقي الأئمة الثلاثة لا يشترطونه والوجه بها ظاهر وكذا

قال (ويجوز السلم في الثياب الخ) السلم في الثياب جاز اذا بين الطول والعرض والرقعة يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد غلظته ونخاته لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم وان كان ثوب حر يراد المتخذ من الابريسم المطبوخ لا بد من بيان وزنه أيضا لان قيمة الحرير يختلف باختلاف الوزن فذكر الطول والعرض ليس بكاف ولا ذكر الوزن وحده لان المسلم اليه رعاياتي وقت حاول الاجل بقطع حر يراد ذلك الوزن وليس ذلك عمدا لاجل الحالة وأما في الثياب فالوزن ليس بشرط وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله اشترط الوزن في الوداري وما يختلف بالنقل والحفة

قال (ولا يجوز السلم في الجواهر الخ) العدي الذي تتفاوت أحاده في المسالية كالجواهر واللاكي والمان والبطيخ لا يجوز السلم فيه لافضائه الى النزاع وفي الذي لا تتفاوت أحاده كالجوز والبيض جازاذا كان من جنس واحد وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم فيه لانه مما يعلم بالوزن (ولا بأس بالسلم في اللبن والاجر اذا سمي ملبنا معروفا لانه اذا سمي اللبن صار التفاوت بين لبن ولبن يسيرا فيكون ساقط الاعتبار فيلحق (٣٥٤) بالعددي المتقارب قال (وكل ما يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره

جاز السلم فيه الخ) هذه قاعدة كلية تشمل جميع جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز فيه بحث من وجهين أحدهما أنه عكسها فقال وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ولا يعكس قولنا كل انسان حيوان الى كل مالىس بانسان ايس بحيوان والثاني أنه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع والاصل ذكر القاعدة أولا ثم تفريع الفروع عليها والجواب عن الاول أن جواز السلم يستلزم إمكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم فليسلم في كبل معلوم الحديث وحينئذ كان مثل قولنا كل انسان ناطق وهو يتعكس الى قولنا كل مالىس بانسان ليس ناطق وع-ن الثاني أن تقديم القاعدة على الفروع يلبق بوضع أصول الفقه وأما في الفقه فالمقصود معرفة المسائل الجزئية فتقدم الفروع ثم يذكر ما هو الاصل الجامع للفروع

(ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز) لان أحادها متفاوتة تفاوتها فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن (ولا بأس بالسلم في اللبن والاجر اذا سمي ملبنا معلوما) لانه عددي متقارب لاسيما اذا سمي اللبن قال (وكل ما يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه) لانه لا يقضى الى المنازعة (وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه) لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة (ولا بأس بالسلم في طست أو قفص أو خفين أو نحو ذلك اذا كان يعرف) لاستجماع شرائط السلم (وان كان لا يعرف فلا خير فيه) لانه دين مجهول قال (وان استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا) للاجماع الثابت بالتعامل

يجوز في البسط والاكسية والمسوح والحوالي والبورى اذا بين الطول والعرض والصفة وكل ما اختلفت قيمته بالخفة والنقل من الثياب عرفا كالوذاري يشترط بيان وزنه ولو كان البيع ناجزا في المنتقى اذا باع نوى حرير يدا بيد لا يجوز الا وزنا ووزن وهذا هو الصحيح في السلم بخلاف البيع لان الاشارة يكتبي بتعريفها في البيع غاية الامر عدم معرفة ثقله وهو كعدم معرفة عدد قفزان الصبرة وهو غير مانع وفي الطول يذ كر عدد الدرغان يجب أن يتوسط عند الدرغ بين ارجاء الثوب ومدته ان كان الدرغ مختلف الطول فلا بد من تعيينه الا أن يكون أحدهما هو المتعارف واذا دخل ثياب الحرير لوزن لزم أن لا يجوز بيعها بجنسها جازا فلذا ذكر القدوري أن يبيع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لا يجوز الا وزنا كما وانى الصفر (قوله ولا يجوز السلم في الجواهر) بخلاف الامالاك (ولا في الخرز لان أحادها متفاوتة تفاوتها فاحشا) في المسالية فان الجواهر تين قد يتحدان وزنا ويختلفان قيمة باعتبار حسن الهيئة اللهم الا في الصغار التي تدق للكحل والتداوى ويجوز وزنا (ولا بأس بالسلم في اللبن والاجر اذا سمي ملبنا معلوما) لانه عددي متفاوت اذا سمي اللبن وقوله (لا سيما اذا سمي الى آخره) يعطى أنه متقارب فلا تشترط سمية اللبن بل اذا سمي يكون أحسن وليس كذلك بل يتفاوت تفاوتها فاحشا وذك كر بعضهم انه لا يجوز بيع مائة آجرة من أتون وفي عرف بلادنا يسمى قينا أو قيرا وهو الذي يبنى ايشوى فيه الاجر والحجارة تعمل حبر لانه يتفاوت في النضج تفاوتها فاحشا فلا يجوز بيعه وألحقناه في السلم بالتفاوت المتقارب (قوله وكل ما يمكن ضبط صفته الى آخره) لا خلاف فيه كالحظن والكتان والابرسم والنحاس والتبر والحديد والرصاص والصفر والحنا والوسمة والرياحين اليابسة والجذوع اذ بين طولها وعرضها وغلظها والقصب وصنوف الاخشاب ويجوز السلم في التبن كبل بالغرائر وقيل هو موزون وقيل يعتبر المتعارف وفي عرفنا كبله في شباك الليف يسمى منه أهل العرف شديفا (قوله ولا بأس بالسلم في طست أو قفص أو خفين أو نحو ذلك) كالكوز والانية من النحاس والزجاج والحديد والفلنسة والطواجن اذا ضبط واستقصى في صفته من الغلط والسعة والضيق بحيث ينحصر فلا يتفاوت الا يسيرا (قوله وان استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا) الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول اصنع خف أو مكعب أو أواني الصفر اصنع في خطاطوله كذا وسعته كذا أو دستاى برمة تسع كذا وزنها كذا على هيئة كذا

المتقدمة (ولا بأس بالسلم في طست أو قفص أو خفين أو نحو ذلك اذا اجتمع فيها شرائط السلم والافلا خير فيه) أى لا يجوز كذا لان الجواز خير فينتقى قال (وان استصنع شيئا من ذلك بغير ذكر الاجل جاز الخ) الاستصناع هو أن يجي انسان الى صانع فيقول اصنع لي شيئا صورته كذا وقدرة كذا بكذا درهم او يسلم اليه جميع الدراهم أو بعضها أو لا يسلم وهو لا يتخاها ما أن يكون فيما فيه تعامل واليه أشار بقوله شيئا من ذلك أى مما تقدم من طست وقفص وخفين أولا والثاني لا يجوز قياسا استحسانا كما سيجي والاول يجوز استحسانا (قوله أحدهما انه عكسها الخ) أقول فيه انه ليس عكس الاول بل الحكم الكلي في الثاني لاتفاه الشرط فتأمل

والقياس يقتضي عدم جواز لانه بيع المعدوم وقد نهي صلى الله عليه وسلم عن بيع مال من عند الانسان ورخص في السلم وهذا ليس بسلم لانه لم يضرب له أجل اليه أشار قوله بغير أجل وجه الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل فان الناس في سائر الاعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير تكبير والقياس يترك مثله كدخول الحمام ولا يشكل بالمزارة فان فيها للناس تعامل وهي فاسدة عند أبي حنيفة رجه الله لان الخلاف فيها كان ثابتا في الصدر الاول دون الاستصناع واختلفوا في جواز هبل هو بيع أو ععدة والصحيح أنه بيع لأعدة وهو مذهب عامة مشايخنا وكان الحاكيم الشهيد يقول هو مواعدة بن عقد العقد بالتعاطي اذا جاعبه مفروغا ولهذا ثبت لكل واحد منهما الخيار وجه العامة أنه سماه في الكتاب بعبارة أثبت فيه خيار الرؤية وذكر القياس والاستحسان ولأنه يجوز فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه كما اذا طلب من الخائف أن ينسج له ثوبا بغزل من عنده (٣٥٥) أو الخياط أن يخيط له قيصا بكرة باس من عنده والمواعدة تجوز

وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بعبارة المعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاعبه مفروغا لمن صنعته أو من صنعتها قبل العقد فأخذها جاز كذا بكذا ويعطى الثمن المسمى أو لا يعطى شيئا في عقد الاخر معه جاز استحسانا تبعاً للعين والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي اذا لا يمكن اجارة لانه استجار على العمل في ملك الاجير وذلك لا يجوز كما لو قال اجعل طعامك من هذا المكان الى مكان كذا بكذا أو اصبح ثوبك أحر بكذا الا يصح ولا يباع لانه بيع معدوم ولو كان موجودا لم لو كالغير العاقد لم يجوز فاذا كان معدوما فهو أولى بعدم الجواز ولكن يجوزناه استحسانا للتعامل الرابع الى الاجماع العملي من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليوم بلان تكبير والتعامل به هذه الصفة أصل مندرج في قوله صلى الله عليه وسلم لا تجتمع أمتي على ضلالة وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما واحتجهم صلى الله عليه وسلم وأعطى الخيام مع أن مقدار عمل الخاتمة وعدد كرات وضع المحاجم ومصها غير لازم عند أحد ومثله شرب الماء من السقاء وسمع صلى الله عليه وسلم بوجود الحمام فأباحه بغير شرط ولم يبين له شرطا وتعامل الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه الآن وهو أن لا يذكر عدد ما يصبه من ملء الطاسة ونحوها فنقصناه على ما فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه رجعنا فيه الى القياس كأن يستصنع حائكاً أو خياطاً لينسج له أو يخيط قيصا بغزل نفسه ثم اختلف المشايخ أنه مواعدة أو معاقدة فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلة وصاحب المنثور مواعدة وانما بن عقد عند الفراغ بعبارة بالتعاطي ولهذا كان للصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم والمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه ولا تلزم المعاملة وكذا المزارة على قول أبي حنيفة لتفسدها مع التعامل اثبت الخلاف فيهما في الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق والصحيح من المذهب جواز بيعه لان محمداً ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة ولانه جوزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه ولو كان مواعدة جاز في الكل وسماه شراء فقال اذا رآه المستصنع فهو بالخيار لانه اشترى ما لم يره ولان الصانع يملك الدراهم قبضها ولو كانت مواعدة لم يملكها واثبت أي اليسر الخيار لكل منهما ما لا يدل على أنه غير بيع ألا ترى أن في بيع المقايضة لو لم يركل منهما عين الآخر كان لكل منهما الخيار وحين لزم جواز علمنا أن الشارع اعتبر فيها المعدوم موجودا وفي الشرع كثير كذلك كطهارة المستحاضة وتسمية الذابح اذا نسها والرهن بالدين الموعود وقراءة المأموم وقوله (والمعقود عليه العين دون العمل) نفي لقول أبي سعيد البردعي

في الكل وثبت الخيار لكل منهما ما لا يدل على المواعدة ألا ترى أنهم اذا تبايعا عرضا بعرض ولم يركل واحد منهما ما اشتراه فان لكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة فان قيل كيف يجوز أن يكون بعبارة المعدوم لا يصلح أن يكون مبيعا أجب (بأن المعدوم قد يعتبر موجودا حكما) كالناسي للتسمية عند الذبح فان التسمية جعلت موجودا لعذر النسيان والظهارة للمستحاضة جعلت موجودة بعذر جواز الصلوات لثلاثتضاعف الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجودا حكما للتعامل فان قيل انما يصح ذلك أن لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع والمعقود عليه هو الصنع أجب (بأن المعقود عليه هو العين دون العمل حتى لو جاعبه مفروغا لمن صنعته أو من صنعتها قبل العقد فأخذها جاز كذا بكذا ويعطى الثمن المسمى أو لا يعطى شيئا في عقد الاخر معه جاز استحسانا تبعاً للعين والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي اذا لا يمكن اجارة لانه استجار على العمل في ملك الاجير وذلك لا يجوز كما لو قال اجعل طعامك من هذا المكان الى مكان كذا بكذا أو اصبح ثوبك أحر بكذا الا يصح ولا يباع لانه بيع معدوم ولو كان موجودا لم لو كالغير العاقد لم يجوز فاذا كان معدوما فهو أولى بعدم الجواز ولكن يجوزناه استحسانا للتعامل الرابع الى الاجماع العملي من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليوم بلان تكبير والتعامل به هذه الصفة أصل مندرج في قوله صلى الله عليه وسلم لا تجتمع أمتي على ضلالة وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما واحتجهم صلى الله عليه وسلم وأعطى الخيام مع أن مقدار عمل الخاتمة وعدد كرات وضع المحاجم ومصها غير لازم عند أحد ومثله شرب الماء من السقاء وسمع صلى الله عليه وسلم بوجود الحمام فأباحه بغير شرط ولم يبين له شرطا وتعامل الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه الآن وهو أن لا يذكر عدد ما يصبه من ملء الطاسة ونحوها فنقصناه على ما فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه رجعنا فيه الى القياس كأن يستصنع حائكاً أو خياطاً لينسج له أو يخيط قيصا بغزل نفسه ثم اختلف المشايخ أنه مواعدة أو معاقدة فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلة وصاحب المنثور مواعدة وانما بن عقد عند الفراغ بعبارة بالتعاطي ولهذا كان للصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم والمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه ولا تلزم المعاملة وكذا المزارة على قول أبي حنيفة لتفسدها مع التعامل اثبت الخلاف فيهما في الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق والصحيح من المذهب جواز بيعه لان محمداً ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة ولانه جوزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه ولو كان مواعدة جاز في الكل وسماه شراء فقال اذا رآه المستصنع فهو بالخيار لانه اشترى ما لم يره ولان الصانع يملك الدراهم قبضها ولو كانت مواعدة لم يملكها واثبت أي اليسر الخيار لكل منهما ما لا يدل على أنه غير بيع ألا ترى أن في بيع المقايضة لو لم يركل منهما عين الآخر كان لكل منهما الخيار وحين لزم جواز علمنا أن الشارع اعتبر فيها المعدوم موجودا وفي الشرع كثير كذلك كطهارة المستحاضة وتسمية الذابح اذا نسها والرهن بالدين الموعود وقراءة المأموم وقوله (والمعقود عليه العين دون العمل) نفي لقول أبي سعيد البردعي

هو العين دون العمل حتى لو جاعبه مفروغا لمن صنعته أو من صنعتها قبل العقد فأخذها جاز) وفيه نفي لقول أبي سعيد البردعي فانه يقول المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع طلب الصنع وهو العمل وعرض بأنه لو كان بعبارة باطل بعبارة أحد المتعاقدين ولكنه يبطل بعبارة أحدهما ذكره في جامع قاضيان وأجيب بأن الاستصناع شبهها بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبهها بالبيع

(قوله ولهذا ثبت لكل واحد منهما الخيار) أقول أي في رواية عن أبي حنيفة (قوله ألا ترى أنهم اذا تبايعا الخ) أقول ولما حكم الشهيد أن قول فيما ذكرتم كل واحد منهما لم يره غير ذلك وفيما نحن فيه لا يمكن أن يجعل الصانع مشتريا بالمالم يره فلا وجه لخياره الا ما قررناه فتأمل (قوله فان قيل انما يصح ذلك الخ) أقول الحصر ممنوع فانه يجوز أن يعتبر الصنع المعدوم موجودا الا أن يقال المشار اليه بقوله ذلك كونه بعبارة مواعدا

من حيث ان المقصود منه العين المستصنع فله شبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت أحدهما ويشبهه بالبيع وهو المقصود أجز ينافسه القياس والاستحسان وأثبتنا خيار الرؤية ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع فان قيل أي فرق بين هذا وبين الصباغ فان في الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع وذلك اجارة محضه أوجب بأن الصبغ أصل والصبغ آتية فكان المقصود فيه العمل وذلك اجارة وردت على العمل في عين المستأجر وهما الأصل هو العين المستصنع المماثل للصانع فيكون بينهما ما يمكن له وجود من حيث وصفه الا بالعمل أشبه الاجارة في حكم واحد لا غير (ولا يتعين) المستصنع (الا باختيار) المستصنع (حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وهذا كله) أي كونه بيعا لا عده وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم تعيينه الا باختياره (هو الصحيح) وهو احتراز عما قيل في كل منها على خلاف ذلك قال (وهو بالخيار ان شاء أخذه وان شأته كراه الخ) أي المستصنع بعد الرؤية بالخيار ان شاء أخذه وان شأته كراه لانه اشترى ما لم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط فيجبر على العمل لانه بائع ما لم يره ومن هو كذلك لا خيار له وهو الأصل صحيح بناء على جعله بيعا لا عده وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضا ان شاء فعل وان شأته ترك دفعه للضرر عنه لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وان لاق الخيط وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا أولا وأما المستصنع فلان الصانع أنف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل الى بذله فلو ثبت له الخيار لضرر الصانع لان غيره لا يشتر به بمثله الا ترى أن الواعظ اذا استصنع منبر اولم يأخذه فالعالم لا يشتر به أصلا فان قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا أوجب بجواز أن يكون الرضا (٣٥٦) على ظن أن المستصنع مجبور على القبول فلما علم اختياره عدم رضاه فان قيل ذلك

لجهل منه وهو لا يصلح عذرا في دار الاسلام أوجب بأن خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا ولم يجب على كل واحد من المسلمين في دار الاسلام علم أقوال جميع المجتهدين وانما الجهل ليس بعذر في دار الاسلام في الفرائض التي لا بد لقامة الدين منها لاني حياة اجتهاد جميع المجتهدين وفيه نظر لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة بصرتم بلغت فان لها اخبار البلوغ فان سكنت لجهلها بان لها

ولا يتعين الا باختيار حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال (وهو بالخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شأته كراه) لانه اشترى ما لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح لانه بائع ما لم يره وعن أبي حنيفة رحمه الله ان له الخيار أيضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا وأما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضربا بالصانع لانه ربما لا يشتر به غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالتياب لعدم الجور وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا أمكن اعلامه بالوصف ليتمكن التسليم وانما قال بغير أجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير مسلما عند أبي حنيفة بخلافها لهما ولو ضرب فيما لا تعامل فيه يصير مسلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيجمل على السلم الصحيح المعقود عليه العمل لان الاستصناع ينفي عنه كما قلنا والاديم والصرم بمنزلة الصبغ والدليل عليه ما ذكرناه من قول محمد لانه اشترى ما لم يره والواجب مفر وغالما من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز وانما تبطل بموت الصانع لشبهه بالاجارة وفي الذخيرة هو اجارة ابتداء ببيع انتهاء لكن قيل التسليم لا عند التسليم بدليل أنهم قالوا اذا مات الصانع يبطل ولا يستوفى المصنوع من تركته ذكره محمد في كتاب البيوع فان قيل لو انعقد اجارة أجبر الصانع على العمل والمستصنع على

الخيار بطل خياره لان الجهل في دار الاسلام ليس بعذر مع أنه ليس من الفرائض التي لا بد لقامة الدين منها ولا يجوز اعطاء الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والتمصان ابقاءه على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالاجماع وقوله بغير أجل في أول المسئلة احتراز عما اذا ضرب له أجل فيما فيه تعامل فانه حينئذ يكون مسلما عند أبي حنيفة رحمه الله بخلافها وما اذا ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه فانه يصير مسلما بالاتفاق والراد بضرب الاجل ما ذكره على سبيل الاستمهال أما المذكور على سبيل الاستمهال بان قال على أن يفرغ غدا أو بعد غد لا يصير مسلما لان ذكره حينئذ الفراغ للتأخير المطالبة بالتسليم ويحكى عن الهندواني أن ذلك المدة ان كان من قبل المستصنع فهو الاستمهال فلا يصير به مسلما وان كان من قبل الصانع فهو سلم لانه يذكره على سبيل الاستمهال وفيما اذا صار مسلما يعتبر شرائط السلم المذكورة لهما في الخلافية ان اللفظ حقيقة في الاستصناع وتقر به ان ذلك الاستصناع يقتضي أن لا يكون مسلما لان اللفظ حقيقة فيه وهو ممكن العمل وذلك الاجل يقتضي أن يكون مسلما لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل أن يكون للتعجيل واذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحمول الثاني على الاول (بخلاف ما لا تعامل فيه فلما استصناع فاسد فيجمل على السلم الصحيح

(قوله وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا) أقول ذلك كراه قبل أسطر وهو قوله لانه بائع ما لم يره (قوله اختيار بعض المتأخرين الخ) أقول بل هو ظاهر الرواية عن أئمتنا لانه لا منافاة بينهم ما تعامل (قوله وفيه نظر لأن غير الاب الخ) أقول لا ينبغي عليك ان مالك هذا النظر التام على السند الاخير وان لا يجدي نفعنا (قوله يعتبر شرائط السلم) أقول من تعجيل راس المال واستقصاء الوصف

ولابى حنيفة رحمه الله أنه دين يحتمل السلم) وتقريره لا نسلم أن اللفظ محكم في الاستصناع فان ذكر الاجل أدخله في حيز الاحتمال واذا كان محتملا للامرين كان جملة على السلم أولى لان جوازها بالاجماع بلا شبهة فيه (وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة) يريد به أن في فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة ولان السلم ثابت بآية المداينة والسنة دون الاستصناع

(٣٥٧)

﴿مسائل منثورة﴾

أى هذه مسائل من كتاب البيوع نثرت عن أبوابها ولم تذكرت فاستدركت بذكرها ههنا قال (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع) بيع الكلب وكل ذي ناب من السباع جائز معلما كان أو غير معلم في رواية الاصل أما الكلب المعلم فلاشك في جواز بيعه لانه آلة الطرسة والاصطياد فيكون محلا للبيع لانه منافع به حقيقة وشرعا فيكون مالا أو ما غير المعلم فلا يمكن أن ينتفع به بغير الاصطياد فان كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الاجانب عن الدخول في بيته ويحجز عن الخاني بنجاحه فساوى المعلم في الانتفاع به (وعن أبي يوسف أن بيع الكلب العقور) أى الجارح (لا يجوز لانه غير منافع به) ولانه صلى الله عليه وسلم نهى عن امساكه وأمر بقتله فلما كان قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد والماشية أو للزرع

ولابى حنيفة انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى والله أعلم

﴿مسائل منثورة﴾

قال (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) وعن أبي يوسف أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منافع به

اعطاء المسمى واجب بانه انما يجبر الصانع لانه لا يمكنه الا بالتسليم عين له من قطع الادب ونحوه والاجارة تفسخ بهذا العذر ألا ترى أن المزارع له أن لا يعمل اذا كان البذر من جهته وكذا رب الارض لانه لا يمكنه المضى بهذه الاجارة الا بذلك والمستصنع ولو شرط تعجيله لان هذه الاجارة في الاخرة كشر اعماله ولان جواز الاستصناع للعاجلة وهي في الجواز لا لزوم ولذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لان العدة غير لازم وأما بعد ما رآه فلا صح أنه لا خيار للصانع بل اذا قبله المستصنع أجبر على دفعه لانه بالاخيرة بائع والله أعلم

﴿مسائل منثورة﴾

المسائل التي تشذ عن الابواب المتقدمة فلم تذكر فيها اذا استدركت سميت مسائل منثورة أى منفردة عن أبوابها (قوله) ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) هكذا أطلق في الاصل فنبى بعضهم على اطلاقه كالفهد دورى وفي نوادر هشام عن محمد بن نصر على جواز بيع الكلب العقور وتضمن من قتله قيمته وروى الفضل بن قائم عن أبي يوسف نصه على منع بيع العقور وعلى هذا منى في المسوط فقال يجوز بيع الكلب اذا كان بحال يقبل التعليم ونقل في النوادر أنه يجوز بيع الجرو لانه يقبل التعليم وانما لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعليم وقال هذا هو الصحيح من المذهب قال وهكذا نقول في الاسد اذا كان يقبل التعليم ويصطاد به يجوز بيعه وان كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز قال والفهد والبارى يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز بيع الثمر بحال لانه لشره لا يقبل تعليما وفي بيع القرود روايتان عن أبي حنيفة رواية الحسن الجواز ورواية أبي يوسف بالمنع وقال أبو يوسف أكره بيعه لانه لا منفعة له انما هو لله وهذه جهة محترمة وجه رواية الجواز أنه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه رواية اطلاق بيع الكلب والسباع فانه مبني على أن كل ما يمكن الانتفاع بجلده أو عظمه يجوز بيعه ويجوز بيع الهرة لانها تصطاد الفأر والهوام المؤذية فهي منتفع بها ولا يجوز بيع هوام الارض كالخنفس والعقارب والفأرة والنمل والوزغ والقنافذ والضب ولا هوام البحر كالضفدع والسرطان وذكر أبو الليث أنه يجوز بيع الحيات اذا كان ينتفع بها في الادوية وان لم ينتفع فلا يجوز ويجوز بيع الدهن النجس لانه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين وأما العذرة فلا ينتفع بها الا اذا خلطت بالتراب فلا يجوز بيعها الا بعمال التراب

وعدم جواز خيار الرؤية (قوله) يريد به أن في فعل

الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة) أقول ظاهره مخالف لما أسلفه في رأس الصحيفة السابقة من الفرق بين الاستصناع والمزارعة ثم أقول قال الاتقاني في تعليل شبهة لأن السافعي يذكر الاستصناع انتهى وأنت خبير بأن قول الشارح أقرب من قول الاتقاني

﴿مسائل منثورة﴾

(وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت مهر البغي وخن الكلب) السحت هو الحرام والبغي الزانية
 فعيل بمعنى فاعل وترك التاء الحاقا بفعل بمعنى مفعول كفولهم لمخفة جديد (ولانه نجس العين) بدلالة نجاسة سوره فانه متولد من اللحم
 وما كان كذلك لا يجوز بيعه (٣٥٨) لان النجاسة تشعر به وان الخمل وجواز البيع باعزازه فكانا متنافيين والنجاسة

ثابتة فكان البيع منتقيا
 (وانما ان النبي صلى الله عليه
 وسلم نهى عن بيع الكلب
 الا كلب صيدا وماشية)
 وهي التي تحرم المواشي
 واعتبرض بأن الدليل
 أحصر من المدعى فان
 المدعى جواز بيع الكلاب
 مطلقا والدليل يدل على
 جواز بيع كلب الصيد
 والماشية لا غير وأجيب
 بأن ذكره لا بطلان شمول
 العدم الذي هو مدعى الخصم
 وأما اثبات المدعى فثبت
 بحديث ذكره في الاسرار
 برواية عبد الله بن عمرو بن
 العاص رضي الله عنه أنه
 قال قضى رسول الله صلى
 الله عليه وسلم في كلب
 بأربعين درهما من غير
 تخصيصه بنوع وفيه نظر
 لان الطحاوي حدث في
 شرح الآثار عن يونس
 عن ابن وهب عن ابن جريج
 عن عمرو بن شعيب عن أبيه
 عن جده عبد الله بن عمرو أنه
 قضى في كلب صيد قتله
 رجل بأربعين درهما وهذا
 مخصوص بنوع كذا ترى
 وقيل الاستدلال يدل على
 جواز بيع الكلب
 الملم وغير الملم سوى العقور

وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه الصلاة والسلام ان من السحت مهر البغي وخن الكلب
 ولانه نجس العين والنجاسة تشعر به وان الخمل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتقيا ولنا أنه
 عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيدا وماشية

المخلوط بخلاف الدم يمنع مطلقا (قوله وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب) مطلقا سواء كان للصيد
 أو لم يكن وأما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالاجماع لكن لا ينبغي أن يتخذ
 في داره الا ان خاف لصوا أو أعداء الصيد الصحيح من اقتني كلبا الا كلب صيدا وماشية نقص من
 أجره كل يوم فیرطان وجه قوله ما روى ابن حبان في صحيحه عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاب بن
 أبي رباح عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان مهر البغي وخن الكلب وكسب الحمام من
 السحت وأخرجه الدارقطني بسندين فيهما ضعف وفي الصحيحين عن أبي مسعود الانصاري أن رسول
 الله صلى الله عليه وسلم نهى عن خن الكلب ومهر البغي وخن الكلب وفي صحيح مسلم عن جابر أن
 النبي صلى الله عليه وسلم زجر عن خن الكلب (ولانه نجس العين والنجاسة تشعر به وان الخمل والبيع
 برفعه) فلا يجتمعان وعارضه المصنف بوجهين أحدهما (أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
 الكلب الا كلب صيدا وماشية) وهو غير صحيح بهذا اللفظ نعم أخرج الترمذي عن أبي هريرة قال نهى
 النبي صلى الله عليه وسلم عن خن الكلب الا كلب صيدا وضعفه الترمذي قال وقد روى أيضا عن جابر
 بن قريظ ولا يصح اسناده والاحاديث الصحيحة ليس فيها هذا الاستثناء لكن روى أبو حنيفة في مسنده
 عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أرخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في خن
 كلب الصيد وهذا سند جيد فان الهيثم ذكره ابن حبان في الثقات من أثبات التابعين فهذا الحديث على
 رأيهم يصلح مخصصا والمخصص بيان المراد بالعام فيجوز ان كان دونه في القوة عندهم حتى أجازوا تخصيص
 العام القاطع بخبر الواحد ابتداء فبطل مدعاهم من عموم منع البيع ثم دليل التخصيص مما يعمل ويخرج
 من العام مرة أخرى وتدل على إخراج كلب الصيد ما طع أنه لكونه منتفعا به وبخصوص الاصطباذ المغنى
 اذ لا يظهر موجب لذلك فصار الكلب المنتفع به خارجا سواء انتفع به في صيد أو حراسة ماشية وخرج
 العقور ومن مشى من أهل المذهب على التعميم في جواز بيع الكلب يقول كل كلب تنأق منه الحراسة
 فيجوز بيع الكل ورد عليه أنه حينئذ نسخ ولو جوب العام بالتعديل ولا نسخ بقياس فالوجه أن يعمل
 دليل التخصيص بنفع لا ترؤ عليه مفسدة ويدعى في العقور أن مفسدته ترؤ على منفعة حراسته لان
 منفعته خاصة يقترن بها ضرر عام للناس فيخرج ما سواه وقصر بعض الشارحين نظره على الحديث
 فحكم بأنه ليس دليل على المذهب بل ذكره لنتي مذهب الخصم أعني شمول المنع فيحتاج بعده الى
 دليل المذهب وايسر الالوجه الثاني وعلى تقريرنا يتم الاول أيضا وقد استدل في الاسرار وغيره من
 الشروح على عموم بيع الكلب بأن عبد الله بن عمرو بن العاص روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
 أنه قضى في كلب بأربعين درهما ولم يخص نوعا من أنواع الكلاب وهذا الحديث أولا لا يعرف
 الا موقوفا حدث به الطحاوي عن يونس وهو ابن عبد الاعلى عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو
 بن شعيب عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عمرو أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهما وقضى

والحديث يدل على الاول والثاني ملحق به دلالة

في

(قوله وترك التاء الحاقا الخ) أقول ويجوز أن يكون ترك التاء فيه كترك التاء في حامل وحائض (قوله كفولهم لمخفة جديد) أقول
 ويجوز أن يكون ترك التاء فيه على تأويل المخفة بالعاف (قوله قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب بأربعين درهما الخ) أقول
 ولو سلم فهذا حكاية حال فلا عموم له

(ولانه منتفع به حراسة واصطياد) لف ونشر (فكان مالا فيجوز بيعه) واعترض بوجهين أحدهما أن الانتفاع بمنافع الكلب لا بعينه وذلك لا يدل على مالبة بعينه كالأدعي ينتفع بمنافعه بالاجارة وهو ليس بحال والثاني أن شعر الخنزير ينتفع به الاسا كفة وليس بحال وأجيب عن الاول بأن الانتفاع بمنفعة الكلب يقع بملك العين لا قصد في المنفعة ألا ترى أنه تورث والمنفعة وحدها لا تورث فخري مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة وجميع مالا يؤكل لحمه وعن الثاني بأن الخنزير يحرم العين شرعا ثبتت الحرمة في كل جزء وسقط التقوم والاباحة لضرورة الخرز لا تدل على رفع الحرمة فيما عداها كإباحة لحمه (٣٥٩) حالة المختصة واذ ثبت أن مناط

الحكم الانتفاع ثبت في الفهد والنمر والذئب بخلاف الهوام المؤذية كالحيات والعقارب والزنابير لانها لا ينتفع بها (قوله والحديث محمول) جواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروي وتقريره ماروي عن ابراهيم أنه قال روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه رخص في عن كلب الصيد وذلك دليل على تقدم نهي انتسخ فانهم كانوا ألقوا اقتناء الكلاب وكانت تؤذى الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فسقط ذلك عليهم فأمر بابقول الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعا به من الكلاب فالحديث الذي رواه هو الذي كان في الابتداء ويجوز أن يقال الحديث مشترك الالتزام لانه قال ثمن الكلب والتمن في الحقيقة لا يكون الا في المبايعه (قوله ولا نسلم نجاسة العين)

ولانه منتفع به حراسة واصطياد اذ كان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء فلعله من عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم تناول دون البيع

في كلب ماشية بكبش وانما هو واقعة حال لا توجب العموم في أنواع الكلاب فيجعلها ليسلا على العموم خطأ ظاهر ثابته ما هو قوله (ولانه ينتفع به حراسة واصطياد اذ كان مالا) يعني مالا يملوكا متقوما أما كونه مالا فلا أن المال اسم لغير الأدمي خلق لمنفعة المطلقة شرعا وهذا كذلك فكان مالا وأما انه يملوك متقوم فلانه محرز ما دون شرعا في الانتفاع به والملك يثبت بالأحرار بدار الاسلام والتقوم بالتمول وكلاهما ما دون فيه شرعا فذقد أذن الشرع في اقتناء كلب المشايمة والصيد واذ كان كذلك جاز بيعه ولا يخفى أن هذا المعنى لا يترجم على النص الصريح الصحيح غاية ما في الباب أن يسلم أنه مال محرز متقوم لكن ثبت منع الشرع من بيع هذا النوع من المال فأجاب المصنف بأدعاء نسخ المنع من ذلك وذلك لما قلنا أول الكتاب من أن الأمر بقتل الكلاب كان أمر المحقق في الاول من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم علم نسخ ذلك برواية ترك قتلها على ما حدث الطحاوي عن أبي بكر قال حدثنا سعيد بن عامر قال حدثنا شعبة عن أبي التياح عن مطرف عن عبد الله بن المغفل قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب ثم قال مالي والكلاب ثم رخص في كلب الصيد وفي كلب آخر نسيه سعيد ولهذا المعنى طرق كثيرة وجب حمل ماروي من التشديد في سورها والتي هي عن ثمنها وبيعها ثم الترخيص في بيع النوع الذي أذن في اقتنائه الاول على الحالة الاولى والثاني على الثانية فكان منع البيع على العموم منسوخا باطلاق بيع البعض بالضرورة وأجاب عن قوله نجس العين بالمنع بدليل اطلاق الانتفاع به قال (ولو سلم فنجاسة عينه توجب حرمة أكله لا منع بيعه) بل منع البيع بمنع الانتفاع شرعا ولهذا جزأنا بيع السرقين والبرع مع نجاسة عينهما لا اطلاق الانتفاع به - ما عندنا بخلاف العذرة لم يطاق الانتفاع بها فنع بيعها فان ثبت شرعا اطلاق الانتفاع بمخروطة بالتراب ولو بالاستهلاك كالاستصباح بالزيت نجس كاقبل جاز بيع ذلك التراب التي هي في ضمنه وبه قال مشايخنا وانما امتنع بيع الحر لخص خاص في منع بيعها وهو قوله صلى الله عليه وسلم فيما أخرج مسلم عن عبد الرحمن بن وعلة قال سألت ابن عباس عما يعصر من العنب فقال ابن عباس رضي الله عنه - ما ان رجلا أهدي الى النبي صلى الله عليه وسلم راوية خرف فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل علمت أن الله حرم شرها قال لا قال فسأرت انسا نا فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم سار رته قال أمرته ببيعها فقال ان الذي حرم شرهم حرم بيعها قال ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها وأخرج البخاري عن جابر انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفخ يقول وهو بمكة ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقبل يارسل الله رأيت شعوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس قال لا هو حرام ثم قال فانس الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوه فباعوه وأكلوا ثمنه وهذا يتم به شرح المسئلة المذكورة بعد هذه المسئلة

جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع فان غلبك في حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك ولو سلم فيحرم تناول دون البيع كالسرقين عندنا على ما سيجيء

(قوله ويجوز أن يقال الخ) أقول أي في الجواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروي (قوله والتمن بالحقيقة لا يكون الخ) أقول له أن يقول اطلاق الثمن مجازا لكونه مصورا بصورته وقرينة الجواز قوله عليه الصلاة والسلام ان من سمحت كافي مهر البغي وفي حرم بيعها أو كل غنما

قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير بالسلّم غير جائز يعني أنه باطل وتقدم وقوعهما مبيعا وتناولهما يترتب على ذلك في البيوع واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شرهما حرم بيعهما وكل غنما قال محمد في كتاب الاثارة خبيرا أوحيفه قال حدثنا محمد بن قيس أن رجلا من ثقيف يكنى أبا عامر كان يهدي لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل عام راوية من خرف أهدي اليه في العام الذي حرمت راوية كما كان يهدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا أبا عامر ان الله تعالى قد حرم الخمر فلا حاجة لنا بخمرك قال فخذها يا رسول الله فبعها واستعن بئنها على حاجتك فقال له النبي صلى الله عليه وسلم يا أبا عامر ان الذي حرم شرهما حرم بيعهما وكل غنما قال (وأهل الذمة في البيعات كالمسلمين) قال محمد في الاصل لا يجوز بين أهل الذمة الر باولايه الحيوان

بالحيوان نسبته ولا يجوز المسلم يبيع في الحيوان والدرهم بالدرهمين بدائد ولا نسبته ولا الصرف نسبته ولا الذهب بالذهب الا مثلا غسل يدان يد وكذا كل ما يكال أو يوزن اذا كان صنفا واحدا هم في البيوع منزلة أهل الاسلام واستدل المصنف رحمه الله على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولاهم مكلفون يعني بالمعاملات بالاتفاق محتاجون الى ما ينسبى به نفوسهم كالمسلمين ولا تنبى الانفس الا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا تحصل هذه الاشياء الا مباشرة الاسباب المشروعة ومنها البيع فيكون مشروعا في حقهم كافي حق المسلمين الا الخمر والخنزير فان عقدهم عليهما كالعقد على العصير والشاة في كونها أموالا متقومة في اعتقادهم ونحن

قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير) لقوله عليه الصلاة والسلام ان الذي حرم شرهما حرم بيعهما وكل غنما ولانه ليس بمال في حقه وقد ذكرناه قال (وأهل الذمة في البيعات كالمسلمين) لقوله عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولاهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال (الا في الخمر والخنزير خاصة) فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها أموال في اعتقادهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر ولوهم بيعها ونحو العشر من أثمانها قال (ومن قال لغيره ببع عبدك من فلان بألف درهم على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ففعل فهو جائز وبأخذ الألف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على الضمين)

وقوله (وقد ذكرناه) يعني في باب البيع الفاسد ويقوم اشكاله على جواز بيع السرقة للههم الآن يقال لاشد انه لا بد من تقييد في نحو حرمت الخمر فاننا بينا في الاصول ان التحريم المضاف الى الاعيان تقييد اضافة الى ما هو المقصود من ذلك العين كالشرب من الخمر والا كل من الميتة واللبس من الحرير فقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ان الله اذا حرم شيئا بعني اذا حرم ما هو المقصود من الشيء حرم بيعه وأكله كالمقصود من الخمر والمقصود من الميتة والخنزير وهو الاكل والشرب وليس هذا الحديث في السرقة في ثبت فيه تحريم البيع فان التجاسة سبب قلنا ممنوع فبحتاج الى دليل آخر اما هذا الحديث فانه يقيدها تحريم ما هو المقصود من الشيء موجب لتحريم بيعه (قوله وأهل الذمة في البيعات كالمسلمين) يجوز لهم منها ما يجوز للمسلمين ويمتنع عليهم ما يمتنع عليهم لانهم مكلفون بوجوب البيعات والتصرفات محتاجون الى مباشرتها وقد التزموا احكامنا بالاقامة في دارنا واعطاء الجزية فلا يجوز منهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولا سلم في حيوان ولا نسبته في صرف وكذا كل ما يكال ويوزن هم في البيوع كالمسلمين (الا في الخمر والخنزير) فانما يحيز بيع بهضمه بعضا لخصوص فيه من قول عمر أخرجه أبو يوسف في كتاب الخراج عن اسرائيل بن ابراهيم عن عبد الاعلى قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر عمر بن الخطاب واجتمع اليه عماله فقال يا هؤلاء انه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال أجل انهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ذلك ولكن ولو أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم ولا تجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم والحديث الذي ذكره المصنف في ذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لم يعرف (قوله) ومن قال لغيره ببع عبدك من فلان بألف درهم على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فقال بعت فهو جائز) وهو جواب لكل سواء كان

أمرنا أن نتركهم وما يعتقدون دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لما له حين حضر واليه وقال لهم يا هؤلاء انه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال أجل انهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ذلك ولكن ولو أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم (قوله) ومن قال لغيره ببع عبدك من فلان بألف درهم وهو لا يبيع الا بألف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه الا بألف فيجيء آخره بقول لصاحب العبد ببع عبدك هذا من هذا الرجل بألف على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فهو جائز وبأخذ الألف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على الضامن

(قوله دل على ذلك قول عمر الخ) أقول وسبجي هذا الحديث في كتاب الغصب أيضا (قوله فلا تفعلوا ذلك ولكن ولو أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم) أقول مقول قول عمر رضي الله تعالى عنه

والفرق بينهما ما ذكره بناء على الأصل المأثور (ان الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافاً لفرق والشافعي رحمه الله لانه) أي الالتحاق (تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلاً أو خاسراً أو رابحاً ثم قد لا يستفيد المشتري بتلك الزيادة شيئاً بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها) فصار الفضل في ذلك كبدل الخلع في كونه لا يدخل في ملك المرأة في مقابلته شيء جازاً شرطاً على الاجنبي كهلوكن لا بد من تسمية الزيادة لتحقيق المقابلة بصورة وان فانت معنى ليخرج عن حيز الحرمة فإذا قال من الثمن وجد الشرط فيصح وإذا لم يقل صار ذكر خمسمائة من الضامن رشوة منه على البيع بما سمي من المال والرشوة (٣٦١) حرام لا تلزم بالضامن واعترض

وأصله أن الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافاً لفرق والشافعي لانه تعبير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلاً أو خاسراً أو رابحاً ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئاً بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فإذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح وإذا لم يقل لم يوجد فلم يصح

قول الضامن ذلك بعدم فإضحة بين فلان وسيد العبد بألف وابتداء قال في بعض الشروح ويكون البيع بعده دلالة على القبول لانه امثال بذلك كقول الرجل لامرأته طلق نفسك ان شئت فقالت طلقك يجعل قبولاً استحساناً فكذا هذا وفي بعضها ما يفيد أنه يجب فانه قال ولولم يكن اياه ولا مساومة وحصل الجواب العقد عقيب ضمان الرجل كان كذلك وهذا هو الصواب لأن قوله بع عبدك أمر ولفظه الأمر لا تكون في البيع إجباراً على ما مر من انه لو قال بعني هذا بكذا فقال بعني لا يتعقد حتى يقبل الآخر بعده بخلاف طلق نفسك في التفويض في الخلع فلا بد أن المشتري يقول بعدت من البائع اشتريت أو معناه على ما سلف هناك ولولم يقل من الثمن فباع جازاً البيع بألف فقط لانه اذا قال من الثمن فقد أضاف التزامه زيادة خمسمائة في الثمن الى بيعه والزيادة في الثمن جائزة عندنا خلافاً لفرق والشافعي رحمه الله والضممان جائزة الاضافة فقد وجد المقضى لزوم بلا مانع وإذا لم يقل من الثمن لم يلتزم الخمسمائة من الثمن بل التزم ما لا يعطيه اياه ان باعه بألف وهذه رشوة قد لم تقابل بالمبيع حيث لم يقل من الثمن فينقذ بألف فقط ثم في الاول ان كان بأمر المشتري كان له أن يحبس المبيع حتى يأخذ الخمسمائة من الضامن لان البيع على المشتري صار بألف وخمسمائة وللمشتري ان يراجع على ألف وخمسمائة ولو كانت داراً ولها شفع أخذها بألف وخمسمائة ولو رد بعيب أو تقابلاً بالبائع يرد الألف على المشتري والخمسمائة على الضامن ولو كان بغير أمره لم تثبت الزيادة في حق المشتري فليس للبائع حبس المبيع على الخمسمائة ويراجع على ألف أو يأخذها الشفع بألف ولو تقابلاً أو ردت بعيب أو تقابلاً البيع فلا جني أن يسترد الخمسمائة فان قيل ينبغي أن لا يصح هذا لان الشراء على أن الثمن على الاجنبي لا يجوز فكذا على أن يكون بعضه عليه أجاب السرخي بمنع كون الشراء على أن الثمن على الاجنبي لا يجوز اذ لا روايه فيه عن أصحابنا وذهب الرأزي بأن محمد انص على انه اذا اشترى بدين له على غير البائع لا يجوز لانه شرط في البيع كون تسليم الثمن على المشتري فأولى أن لا يجوز اذا كان أصل الثمن على غير المشتري ثم اختار أن القياس أن لا يجوز ولو كنا نرى كناه بمعنى حديث أبي قتادة في الذي امتنع النبي صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه للدين الذي عليه فالتمه أبو قتادة رضي الله عنه صلى الله عليه فقد التزم ديناً لا في مقابلة شيء يحصل للتمتع وهذه الزيادة من الاجنبي كذلك اذ لم يحصل للاجنبي في مقابلته شيء ودفع بانه لو كان بالنظر الى مقتضى هذا الحديث لزم جواز اشتراط كل الثمن على الاجنبي ولا يجوز ذلك فالجواب هو ما ذكره المصنف ان هذه الزيادة لها شبهة ببديل الخلع حيث لم يكن في مقابلته شيء يسلم للتمتع وبديل الخلع

بأوجه الاول كيف يجب شيء من الثمن عليه ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه الثاني لو كان خمسمائة ثم التوجهت المطالبة بها على المشتري ويكتمل عنه الضامن ولم توجهه عليه بالانفاق الثالث ان أصل الثمن لا يجوز أن يجب على الاجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة والفكر الصائب في أصل هذه المسئلة بغنى عن هذه الاسئلة والجواب عنها ولا بأس بتكرار ذلك لتحقيق فان ورود السؤال اذا كان لغرض فهم أصل الكلام فجوابه تكراره وذلك أن انا قد بينا أن فضول الثمن قد تستغنى عن أن تقابل بالمال جزأً جزأً فبما ان يكون بعض الثمن خالياً عما يقابله من البديل كالمزيد في الثمن اذا كان المبيع يساوي الثمن بلا زيادة فتكون الزيادة على المشتري بائنة بلا بدل ومثل ذلك يجوز أن يثبت على الاجنبي كبدل الخلع واذا جاز ذلك بطل عن التزمه لا غير والملتزم فيما نحن فيه الاجنبي

(٤٦ - فتح القدير خامس) فلا يتوجه الطلب على المشتري وظهر الفرق بينه وبين أصل الثمن فان أصل الثمن لا بد وأن يقابله شيء من المال فلا يكون كالزيادة وحينئذ لا يلزم من عدم جواز وجوبه على الغير عدم جواز ما لا يلزم وجوب شيء في مقابلته وقع في الكتاب والخمسمائة بالالف واللام في المضاف دون المضاف اليه وقيل لا خلاف في امتناعه وقال ابن عصفور رده في الكتاب يجوزون ذلك وهو قليل جداً وقيل اذا ورد مثل هذا ينبغي أن لا يعتد بزيادة الخمسة بل الجرف في المضاف اليه على حذف مضاف أي الخمس خمسمائة (قوله بناء على الأصل المأثور) أقول في فصل بعد باب المراجعة

قال (ومن اشترى جارية ولم
 الزوج جاز النكاح (لوجود
 سبب الولاية) للنكاح (وهو
 الملك في الرقبة على الكمال)
 ومائة مانع عن الجواز
 لان المنع عن التصرف في
 المبيع قبل القبض انما
 يكون عن تصرف يفسخ
 بهلاك المبيع قبل القبض
 كما تقدم والنكاح ليس
 كذلك وهذا التزويج
 يكون قبضاً لان الوطء لما
 كان بتسليط من جهة
 المشتري كان فعله كفعله
 (وان لم يطأها) الزوج (فليس)
 أي مجرد التزويج (قبضاً)
 استحصانا وفي القياس هو
 قبض وهو رواية عن أبي
 يوسف حتى ان هلكت بعد
 ذلك هلكت من مال المشتري
 لان التزويج عيب حكى
 حتى لو وجدها المشتري
 ذات زوج كان له ان يردھا
 والمشتري اذا عيب المعقود
 عليه صار قابضاً فصار
 كالاتفاق والتدبير والتعيب
 الحقيقي كقطع اليد وفوق
 العين وجه الاستحصان
 أن في التعيب الحقيقي
 استيلاء على المحل باتصال
 فعل منه اليه وبه يصير قابضاً
 وليس ذلك في الحكمي فلا
 يصير قابضاً والاتفاق
 والتدبير اطلاقاً للمالية
 وانهاء الملك ولهذا ثبت له
 الولاء ومن ضرورته ان يصير
 قابضاً

قال (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطها الزوج فالنكاح جائز) لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر (وهذا قبض) لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله (وان لم يطأها فليس يقبض). والقياس أن يصير قابضاً لانه تعيب حكى فعنبر بالتعيب الحقيقي وجه الاستحصان أن في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضاً ولا كذلك الحكمي فافتراً يجوز اشتراطه على الاجنبي وقد يقال هذا التعليل فاصرف ان الزيادة كما لا تكون في مقابلة شيء تكون في مقابلة شيء ووجودها في مقابلة شيء أكثر احوال العقد فان احواله ثلاثة كونه خاسراً او راجحاً وعدلاً وكونها الا في مقابلة شيء في وجه من الثلاثة وهو كونه راجحاً فلا يجوز اعتبار الاقل بل الواجب اعتبار الحال الاغلبية في المشابهة خصوصاً ان كان يبنى عليها حكم شرعي فالاولى ما قيل ان الزيادة ثبتت تبعاً لجاز ان ثبتت على الغير بخلاف أصل الثمن الثابت مقصوداً فان قيل لو ثبتت الزيادة ثمتنا والاجنبي ضامن له بالزم جواز مطالبة المشتري بها كالكفيل قلنا لا يلزم من صحة الكفالة توجه المطالبة على الاصيل الا ترى أن من قال لزيد على فلان ألف وأنا كفيل بها فأنكر فلان طولب الكفيل به بدون فلان جاز هنا كذلك وذلك لأن المشتري لم يلتزمها انما التزم هذا القدر من الثمن الاجنبي والحكم لا يثبت بلا سبب (قوله) ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطها الزوج فالنكاح جائز) ووطء الزوج قبض من المشتري خلافاً للآفة الثلاثة أما الاول فلوجود سبب ولاية النكاح على الامة (وهو ملك الرقبة على الكمال) بخلاف مال المولى كماله على الكمال كما في ملك نصفها الا على التزويج به وانما جاز انكاحها قبل القبض ولم يجز بهما قبله لان البيع يفسد بالغرر دون النكاح وفي البيع قبل القبض احتمال الانقضاء بالهلاكة قبل القبض والنكاح لا يفسخ بهلاك المعقود عليه أعني المرأة قبل القبض ولان القدرة على التسليم شرط في البيع وذلك انما يكون بعد القبض وليست بشرط صحة النكاح الا ترى أن بيع الابن لا يصح وتزويج الابنة يجوز وحاصل هذا أنه تعليل النبي عن البيع قبل القبض واذا كان كذلك لم يكن الوارد في منع البيع قبل القبض واردة في النكاح قبل القبض لانه يثبت بدلالته وأما الثاني فلان وطء الزوج حصل بتسليط من المشتري فصار فعله كفعل المشتري ولو وطئها المشتري كان قابضاً كذلك الزوج ولو لم يطأها الزوج لا يكون المشتري قابضاً استحصاناً حتى لو هلكت بعد التزويج قبل الوطء هلكت من مال البائع والقياس أن يصير قابضاً بمجرد التزويج وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله حتى اذا هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري لان التزويج عيب حكى منه للبيع وكذا ثبت خيار الراد اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج والمشتري اذا عيب المبيع يصير قابضاً لوجه الاستحصان أنه لم يتصل بها فعل حكى من المشتري والتزويج تعيب حكى بمعنى تقليل الرغبات فيها فكان كمنقصان السعول ولا قرار منه عليها بدين والمشتري اذا أقرب دين على العبد المبيع لا يصير بذلك قابضاً كذلك مجرد التزويج بخلاف الفعل الحسى كان فقاً عينها مثلاً وقطع يدها فانه انما يصير به قابضاً لما فيه من الاستيلاء على المحل واستشكل على هذا الاعتاق والتدبير فانه يصيرهما قابضاً وليس باستيلاء على المحل بفعل حسى والجواب انما قلنا ذلك فيما يكون نفس الفعل قبضاً والمعنى أن الفعل الذي يكون قبضاً هو الفعل الحسى الذي يحصل الاستيلاء والقبض الحاصل بالعق ضروري ليس مما نحن فيه وذلك أنه انهاء الملك ومن ضرورته انهاء الملك كونه قابضاً والتدبير من واديه لان به يثبت حق الجزية للتدبير ويثبت الولاء هذا واذا صح النكاح قبل القبض فلوانتقض البيع بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافاً لمحمد قال الصدر الشهيد والختمار قول أبي يوسف لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصاركاً أن لم يكن فكان النكاح باطلاً وقيد القاضي الامام أبو بكر بطلان النكاح بطلان البيع قبل القبض بما اذا لم يكن

قال (ومن اشترى عبد افغاب المشتري الخ) رجل اشترى منقولا فغاب المشتري قبل قبض المبيع ولم يتقد الثمن وطلب البائع من القاضي بيع العبد بثمنه لم يلتفت الى ذلك حتى يقيم البينة فدفع الالتمة فاذا قامها فلا يخلو ما ان تكون الغيبة معروفة اولافان كان الاول لم يبعه في الدين لان وصول البائع الى حقه بدون البيع ممكن وفي البيع ابطال حق المشتري وان كان الثاني باع العبد وأدى الثمن لأن ملك المشتري ظهر باقرار البائع فيظهر على الوجه الذي أقر به وقد أقر به مشغولا بحقه فيعتبر كذلك وهذا لان العبد في يده والقول قول الانسان فيما في يده فلا يدعى الملك كان مسموعا ولو أقر به لغیره كما لا يصح بحكم المدفك اذا أقر به ناقصا مشغولا بحقه ويثبت الملائه ناقصا على وجه يقتضي الاستيفاء وقد تعذر فبيعه القاضي فيه كالأمر اذا مات فان المرتهن أحق بالرهون يباع في دينه ان تعذر الاستيفاء والمشتري اذا مات قبل قبض المبيع مفسا فان (٣٦٣) المبيع يباع في ثمنه بخلاف ما اذا قبض

قال (ومن اشترى عبد افغاب فأقام البائع البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع) لانه يمكن اصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري (وان لم يدراين هو بيع العبد وأوفى الثمن) لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي أقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاءه من المشتري يبيعه القاضي فيه كالأمر اذا مات والمشتري اذا مات مفسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو أيضا

بالموت حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع (قوله ومن اشترى عبد افغاب) قبل القبض وقد الثمن (فأقام البائع البينة أنه باعه اياه) ولم يقبض الثمن (فان كانت غيبه) المشتري غيبه (معروفة لم يبعه) القاضي (في دين البائع لانه يمكن اصال البائع الى حقه بدون البيع) فيكون ابطال الحق المشتري في العين المبيعة من غير ضرورة (وان لم يدراين هو بيع العبد وأوفى الثمن) بنصب الثمن مفعولا ثانيا بالبيع (١) وقوله وان لم يدراين هو بين أن الغيبه المعروفة أن يعلم أن هو وقول المصنف في تعليل بيع القاضي (لان ملكا المشتري ظهر باقراره) يعني باقرار البائع (فيظهر على الوجه الذي أقر به) وهو كونه (مشغولا بحقه) بين أن البيع من القاضي ليس بهذه البينة لانها لا تقام لاثبات الدين على الغائب فهاهي الالكشاف الحال ليجيبه القاضي الى البيع تظر الغائب لا يثبت الدين عليه فانه لو لم يقمها لم يجبه الى ذلك (واذا تعذر استيفاءه) والفرص أنه أحق بمالية هذا العبد لانه كالأمر في يده الى استيفاء الثمن حتى لو مات المشتري مفسا كان البائع أحق بماليته من سائر الغرماء كالمترهين اذا مات الراهن فانه أحق من سائر الغرماء فيعينه القاضي على يبعه (بخلاف ما بعد قبض المبيع لان حقه) أي البائع (لم يبق متعلقا به) بل هو دين في ذمة المشتري والبينة حينئذ لا تثبت الدين ولا يثبت دين على غائب فلا يتمكن القاضي من البيع وقضاء الدين وهذا طريق الامام السرخسي رحمه الله وتقرير شيخ الاسلام يشعر بخلافه حيث قال القياس أن لا تقبل هذه البينة لانها على اثبات حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لا تصدى ولا حكمي فهو كمن أقامها على غائب لا يعرف مكانه لا تقبل وان كان لا يصل الى حقه وفي الاستحسان تقبل لان البائع يحجز عن الوصول الى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج الى أن ينفق عليه الى أن يحضر المشتري وربما تر والنفسه عن الثمن والقاضي ناظر لاحياء حقوق الناس فكان القاضي أن يقبلها دفع البلية بخلاف ما لو أقامها لثبت حقا

المشتري المبيع فان بينه البائع لم تقبل لان حقه لم يبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشتري فتكون البينة لاثبات الدين والاثبات على الغائب تمتع عندنا وفيه بحث من أوجه الاول أن إقامة البينة على الغائب لا تجوز لانها تعتمد انكار الخصم وذلك من الغائب مجهول الثاني أن القول بجواز البيع قول بجواز التصرف في المبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه الثالث أن ذلك يقضى الى القضاء على الغائب بزوال الملك وهو لا يجوز وفي ذلك لافرق بين كونه مقبوضا وغير مقبوض فالتفرقة بينهما تحكم والجواب عن الاول أن إقامة البينة كما ذكرنا لثبتي التهمة للقضاء وانما القاضي يقضى بموجب اقرار المفسر بما في يده وفي ذلك لا يحتاج الى انكار الخصم

وعن الثاني من وجهين أحدهما قول بعض المشايخ ان القاضي ينصب من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع المشتري فلا يجوز قبل القبض ورد بأن المشتري ليس له أن يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكذا لعمته وأجيب بأن ذلك حق البائع وقد يتساع بتأخيره والثاني أن البيع ههنا غير مقصود وانما المقصود النظر البائع احياء لحقه والبيع يحصل ضمنا ويجوز أن يثبت ضمنا ما لا ثبت قصدا وعن الثالث ما ذكرنا أن هذا ليس قضاء على الغائب وانما هو قضاء على الحاضر بالاقرار بما في يده وذلك انما يكون اذا لم يقبضه المشتري فاما اذا قبضه فلا يكون ذلك وحينئذ يظهر الفرق وان دفع التحكم (ثم اذا باعه فان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو) أي يتبع البائع المشتري

(قوله والثاني ان البيع ههنا غير مقصود الخ) أقول فيه تأمل (١) قول الفتح مفعولا ثانيا بالبيع صوابه لا وفي كما هو ظاهر كتبه رحمه

فان كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فال حاضر لا يملك قبض نصيبه حتى يتقد جميع الثمن فاذا انقده أجبر البائع على قبول نصيب الغائب وتسليم نصيب الغائب من العبد الى الحاضر واذا حضر الغائب فللعاصر أن يرجع عليه بما انقده لاجله وله أن يجبس نصيبه حتى يستوفي ما انقده عند أي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن ولو قبل لا يجبر على تسليم نصيبه من العبد والحاضر (٣٦٤) لا يقبض الا نصيبه مهما بآة لا غير فاذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغائب

قال (فان كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فللعاصر أن يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى يتقدشريكه الثمن كله وهو قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا عما أدى عن صاحبه) لانه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه وهو أجنبى عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما أنه مضطرفه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا بأداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقى شئ منه والمضطر يرجع كغير الرهن واذا كان له أن يرجع عليه كان له حق الحبس عنه الى أن يستوفي حقه كلو كيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه

على الغائب لينزع شياً من يده لا يقبلها والاجماع في منله دفع البلية عن البائع وليس فيه ازالة يد الغائب عما في يده لان البائع يستوفي حقه مما في يده وأورد عليه أنه يستأنز ببيع المقول قبل القبض أوجب بأن من المشايخ من قال ينصب القاضي من يقبضه ثم يبيعه وقال آخرون لا يحتاج الى ذلك لان هذا البيع يثبت ضمناً لانه غير مقصود بل المقصود النظر للبائع باحياء حقه والبيع ضمن له هذا اذا كان المشتري واحدا فغاب فلو كان المشتري اثنين فغاب أحدهما قبل اعطاء الثمن فال حاضر لا يملك قبض نصيبه الا بتقد جميع الثمن بالاتفاق فلو انقده اختلفوا في مواضع الاول هل يجبر البائع على قبول حصة الغائب عند أبي يوسف لا وعند أبي حنيفة ومحمد يجبر والثاني لو أنه قبل هل يجبر البائع على تسليم نصيب الغائب للحاضر عند أبي يوسف لا بل لا يقبض الا نصيبه على وجه المهايأة وعندهما يجبر والثالث لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما انقده عند أبي يوسف لا وعندهما يرجع وللحاضر حبس نصيب الغائب اذا حضر حتى يعطيه ما انقده عنه وجه أبي يوسف أن الحاضر قضى دين الغائب بغير أمره فكان متبرعا فلا يرجع واذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته لانه أجنبى عنها (ولهما أنه مضطرفه) أى في دفع حصة الغائب لانه لا يمكنه الانتفاع بملكه الا بأداء الجميع لان البيع الصادر اليهم من البائع صفقة واحدة والمضطر يرجع وله حق الحبس وصار كغير الرهن اذا أفلس الرهن وهو المستعير أو غاب فان المعير اذا افتكه يدفع الدين يرجع على الرهن لانه مضطرفه وصار كصاحب العلو اذا سقط بسقوط السفل كان له أن يبنى السفل اذا لم يبنه مالكة بغير أمره ليتوصل به الى بناء عاوه ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله مالم يعطه ما صرفه غير أن في مسألة السفل لا يفتقر الحال بين كون صاحبه غائباً أو حاضراً وفي مسألة التلا يثبت له حق الرجوع الا اذا كان غائباً لانه اذا كان حاضراً لا يكون مضطراً في ايفاء الكل اذ يمكنه أن يخصه الى القاضي في أن يتقد حصته ليقبض نصيبه بغيره لاف مسألة السفل فان صاحب العلو لو خصه في أن يبنى السفل لا يقضى عليه بينائه فكان مضطراً حال حضوره كغيبته (وله) أى للحاضر ومثل صورة حضورهما في عدم الاضرار مالوا استأجر رجلان دارا فغاب أحدهما قبل نقد الاجرة فنقد الحاضر جميعها يكون متبرعا لانه غير مضطرف في نقد حصة الغائب اذ ليس للأجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كذا ذكره الامام التمر تاشي (واذا ثبت له حق الرجوع كان له حق حبسه الى أن يستوفي الكل ولو بقى درهم كلو كيل بالشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه له أن يجبس

اذا حضر بما انقده لاجله وليس له حق الحبس على ذلك (وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه) لانه قضى دينه بغير أمره ولا رجوع في ذلك (وهو أجنبى عن نصيب صاحبه) فليس له القبض (ولهما انه مضطرفه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا بأداء جميع الثمن لا اتحاد الصفقة ولكون البائع له حق الحبس ما بقى شئ منه والمضطر يرجع كغير الرهن) فان من أعار شيئاً رجلاً ليرهنه فرهنه ثم أفلس الرهن وهو المستعير أو غاب فافتكه المعير فانه يرجع على الراهن بما أدى وان كان ذلك قضاء دين الغير بغير أمره لا يضطراره في القضاء وهذا مما لا ينكر فان للضرورات أحكاماً فان قبل لو كان التعليل بالاضطرار صحيحاً لما اختلف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته فانه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد صاحبه فالجواب أن الاضرار في حالة حضوره مفقود لا مكان أن يخصه الى الحاكم لينقد نصيبه

من الثمن فيمكن هو من قبض نصيبه من العبد بخلاف حال غيبته وعلى هذا ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا استأجر داراً فغاب أحدهما قبل نقد الاجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الاجرة فانه يكون متبرعا بالاجماع لكونه غير مضطرف في نقد نصيب صاحبه من الاجرة اذ ليس للأجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كذا ذكره الامام التمر تاشي (واذا ثبت له حق الرجوع كان له حق الحبس حتى يستوفي حقه كلو كيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه) على ما سيجي مان شاء الله تعالى

قال (ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة الخ) رجل اشترى جارية فقال اشتريتها بألف مثقال ذهب وفضة صح ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال (لانه أضاف المثقال اليهما على السواء) لانه (٣٦٥) عطف على المضاف اليه وهو عطف

مع الافتقار والعطف مع الافتقار يوجب الشركة وليس أولوية لاحدهما على الآخر فيجب التساوي قيل وكان الواجب ان يقيس المصنف بالجودة أو الرداءة أو الوسط لان الناس لا يتبايعون بالتبر ولا بد من بيان الصفة قطعاً للنازعة ولهذا قيد محمد رحمه الله به في الجامع الصغير ويوع الاصل ويجوز أن يقال تركه لكونه معلوماً من أول كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه ولو قال اشترت منك هذه الجارية بألف من الذهب والفضة وجب المشاركة كما في الأول للعطف الا أنه يجب من الذهب مثاقيل خمسمائة مثقال ومن الفضة دراهم خمسمائة درهم كل عشرة وزن سبعة لانه هو المتعارف في وزن الدراهم ولقائل أن يقول النظر الى المتعارف يقتضي أن ينصرف الى ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جيات الخ) رجل له على رجل عشرة دراهم جيات (فقضاء ز يوفاه) والقابض لم يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله

قال (ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان) لانه أضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثلها واشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه أضاف الالف اليه ما ينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جيات فقضاء ز يوفاه) وهو لا يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف رد يمثل ز يوفاه ويرجع بدراهمه) لان حقه في الوصف مرعى كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بحسنه فوجب المصير الى ما قلنا

البيوع عن الموكل الى أن يعطيه جميع الثمن (قوله) ومن اشترى جارية الخ) صورته أن يقول اشترت هذه الجارية بألف دينار ذهب وفضة أو يقول البائع بعثك هذه الجارية الخ ولفظ الجامع في رجل يقول لرجل أبيعك هذه الجارية بألف مثقال ذهب جيد وفضة قال هما نصفان خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها بخلاف ما لو قال بألف من الدراهم والدينار لا يحتاج الى بيان الصفة وينصرف الى الجيات وعرف من هذه العبارة أن البيوع يتعقد بانقضاء المضارع وان احتمل العدة إذا أراد به الحال وقيل بل هذه العبارة مساومة والمعنى أنه اذا قال له ذلك ثم باعه على هذا الوجه ثبت الانقسام وفيه أن اضافة المثقال الى الذهب ثم عطف الفضة عليه مرسل يوجب كون الفضة أيضاً مضافاً اليها المثقال وينبغي وهم أن يفسد لجهالة الفضة لان المثقال غالب في الذهب فتصير الفضة مرسله عن قيد الوزن بل ينصرف اليهما وكذا صفة الجودة لان العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المتعاطفين فالمثقال المتقدم فسر بالذهب والفضة ألا ترى أنه لو قال عبده حر غدا وأمر أنه طالق وقعا جميعاً غدا فم مضافان ذكره في كشف الغوامض وفي البسوط لو قال ألف من الدراهم والدينار فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لانه المتعارف في الدراهم فينصرف اليه وكذا لو قال ألف من الذهب والفضة وجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لان المتعارف في وزن الذهب والفضة ذلك وليس معهما ما ينصرف أحدهما عن المتعارف فيه فينصرف الى الوزن المعهود في كل منهما ويجب كون هذا اذا كان المتعارف في بلد العقد في اسم الدراهم ما بوزن سبعة والمتعارف في بعض البلاد الا أن كالشام والحجاز ليس ذلك بل وزن ربع وقيرا ط من ذلك درهم وأما في عرف مصر فلفظ الدرهم ينصرف الا أن الى زنة أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الا أن يقيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن سبعة فان مادونه تغل أو خف يسمونه نصف فضة وكذا هذا الانقسام في كل ما يقتر به من المكيل والموزون من الثياب وغيرها قرصاً أو سلماً أو غصياً أو ودبعة أو بيعاً أو شراءً أو مهراً أو وصية أو كفالة أو جعلاً في خلع ومنه ما لو قال على كرخطة وشعير وسهم كان عليه الثلث من كل جنس (قوله) ومن له على آخر عشرة دراهم جيات فقضاء عشرة ز يوفاه) أي رب الدين (لا يعلم) أن ز يوفاه (فهو قضاء) حتى لو أنفقها الدائن أو هلكت ثم علم ليس له أن يرجع بشئ وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له أن رد مثل الز يوفاه ويرجع بالجيات) وذكر نخر الاسلام وغيره أن قولهم ما قياس وقول أبي يوسف هو الاستحسان له أن حقه في الجودة مرعى حقه في المقدار وقد تعدد ضمان الوصف بانفراده (لانه لا قيمة له عند المقابلة بحسنه فوجب المصير الى ما قلنا)

وقال أبو يوسف رد يمثل ز يوفاه ويرجع عليه بالجيات لان حقه في الوصف مرعى) من حيث الجودة كأن حقه مرعى في الاصل من حيث القدر فلا تنص عن كمية حقه يرجع عليه بمقداره فكذا اذا تنص في كفيته ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف منفرداً لعدم انفسكا كوهده عند المقابلة بحسنه فوجب المصير الى ما قلنا

ولابى حنيفة ومحمد أن المقبوض من جنس حقه بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم جاز فكان الاستيفاء من حيث الاصل بالمقبوض حاصلًا فلم يبق حقه الا في الجودة وتداركها بما يجاب ضمانا غير ممكن شرعا لما ذكرنا أنها عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلا لعدم تصور الانفكاك ولا بإيجاب ضمان الاصل لان المضمون حينئذ هو الاصل والفرض أنه من حيث الاصل مستوف في إيجاب الضمان باعتباره (٣٦٦) إيجاب عليه ولا نظيره في الشرع واعتراض بوجهين أحدهما ان إيجاب

ولهما أنه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبق حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بما يجاب ضمانا لما ذكرنا وكذا بإيجاب ضمان الاصل لانه إيجاب له عليه ولا نظير له قال (واذا فرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه) وكذا اذا باض فيها (وكذا اذا تكس فيها طي) لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن أخذه وكذا البيض لانه أصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه وصاحب الارض لم يعد أرضه لذلك فصار كمن نصب شبكة للجفاف

من ضمان الاصل ليصل الى الوصف (ولهما أنه) أي الزئوف (من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال) به كالصرف ورأس مال السلم (جاز) وما جاز الا لانه لم يعتبر استبدال ابل بنفس الحق (فيقع به الاستيفاء وانما يبق حقه في الجودة ولا يمكن تداركها بما يجاب ضمانا) بعد هلاك الدراهم (لما ذكرنا) من أنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها (ولا بإيجاب ضمان الاصل لانه إيجاب له عليه) يعني هو إيجاب للقابض على نفسه (ولا نظيره) في الشرع الآن أبا يوسف يفتي بجمع أنه لا يمكن تداركها بل تداركها بما ذكرنا من إيجاب المثل يمكن وهذا كما لو وجدها ستوفة أو نهرجة فهلكت أليس يرد مثلها فان قال المستوفقة ليست من جنس الجياد حتى يصير مقتضيا حقه بما قلنا وكذلك لا يصير مقتضيا حقه بالزيف الا ان علم فرضي باعتبار انه حينئذ تارك لبعض حقه وهو صفة الجودة قولهم فيه مانع وهو كونه يجب له عليه لانه قبض جنس حقه فاذا ضمن مثله كان الوجوب لنفسه على نفسه اذا المدون لا يضمنه شياً قلنا يجوز ذلك اذا أفاد كملوئى اذا أنف بعض أكساب عمده المأذون وقد أفاد هنا تدارك حقه فصار كشرائه لانسان مال نفسه الا اذا أفاد ويجوز ان يشتري مال المضاربة أو كسب عمده المأذون المدون وبما ذكرنا يبطل قولهم لا نظيره في الشرع ويجب بجمع الاتحاد في المستشهد به بل الضمان في المأذون القرماء وهنا المقبوض كله ملك ومن له الحق ومن عليه واحد وهو رب الدين ولا نظيره وفي التوازل اشترى بالجياد ونقد الزئوف أخذها الشفيع بالجياد لانه انما يأخذ بما اشترى ولو باعها من راحة فان رأس المال الجياد وفي الاجناس اشترى بالجياد ونقد الزئوف ثم حلف أنه اشترى بالجياد قال أبو جعفر لا يحث وقال أبو يوسف يحث والله الموفق (قوله) ولو فرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكس فيها طي) أي دخل كسسه والكناس بيت الطي وفي بعض النسخ تكس أى وقع فيها تكس ويحترقه عمالو كسره رجل فيها فانه لذلك الرجل لا الاخذ ولا يختص بصاحب الارض (لانه) أي لان كلاً من الطير والبيض والفرخ وقد أصلى في نسخة لانها (مباح سبقت يده) أي يد الاخذ اليه (ولانه صيد وان كان يؤخذ بحيلة والصيد لمن أخذه والبيض أصل الصيد) فيلحق به (ولهذا يجب عنه الجزاء على المحرم بكسره أو شيه) لانه المقصود بقوله تعالى تناله أيديكم في قوله تعالى ليساؤنكم الله بشئ من الصيد تناله أيديكم ورماحكم كذا ذكره قوله (وصاحب الارض لم يعد أرضه لذلك) جلة حاله هي قيد لقوله فهو لمن أخذه أي انما يكون لا الاخذ اذا لم يكن صاحب الارض أعده لذلك بان حفر فيها بئر السقط فيها أو أعمد مكانا للفرخ يأخذها فان كان أعدها لذلك لا يملكها الا خذ بل رب الارض يصير بذلك قابضاً حكماً كمن نصب شبكة ليحفظها فتعقل بها

الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز اذا لم يقدوه هتايضيد فصار ككسب المأذون له المدون فانه مضمون على المولى وان كان ملكاً حتى لو اشترى صح والثاني ان المقصود الاصل هو احياء حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه ضمنى فلا يعتبر والجواب عن الاول ان الفائدة عمه انما هي القرماء فكان تضمين الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه وعن الثاني ان الوصف تابع فلا يجوز ان يكون الاصل تابعا له قال (واذا فرخ طير في أرض رجل الخ) اذا فرخ طير في أرض رجل ولم يعدها لذلك لم يملكه (فهو لمن أخذه) وكذلك اذا باض فيها أو تكس فيها طي) وفي بعض النسخ تكس فيها طي) لانه مباح سبقت يده اليه (فيملكه) ولانه حينئذ صيد والصيد لمن أخذه) بالحديث وكونه يؤخذ بغير حيلة لا يخرج عنه عن الصيدية كصيد انكسر رجله بأرض انسان فانه لا يحد دون صاحب الارض والتكس التستر ومعناه في الاصل دخل في

الكناس وهو موضع الطي ومعنى تكس انكسر رجله وقيد بذلك حتى لو كسره أحد فهو له (والبيض في معنى الصيد) صيد لانه أصله ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه) (قوله) وصاحب الارض لم يعد أرضه لذلك) اشارة الى أنه لو أعدها لذلك بان حفرها يقع فيها أو بغير ذلك مما يصاد به كان له فاما اذا لم يعدها فهي كشبكة نصبت للجفاف فتعقل بها صيد فهو لا أخذ

(قوله وعن الثاني ان الوصف تابع الخ) أقول هذا يرجع الى تغيير الدليل والله أعلم

وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع مانثر من السمك والدرهم في ثيابه مالم يكفه او كان مستعد له بخلاف ما اذا غسل النخل في أرضه لانه عد من أنزاله فيملكه تبع الارضه كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع في أرضه يجر بان الماء والله أعلم

﴿ كتاب الصرف ﴾

صيد فهو ان أخذته لاصحاب الشبكة لانه لم يعد لها الآن لاخذ وكذا اذا دخل الصيد داره ولم يعلم فأغلق بابه فهو لمن أخذته وان علم به وأغلق الباب عليه أو سد الكوة كان لاصحاب الدار وكذا اذا وقع في ثيابه النثار من السكر أو الدرهم فهو لمن أخذته مالم يكف ثوبه على الساقط فيه وما هذه مصدرية نائية عن ظرف الزمان أي لا أخذ في زمان عدم كفة الثوب وقوله أو كان مستعد له أي للثاب أن بسط ثوبه لذلك عطف على مقدر تقديره فاذا كفه أو كان مستعدا فهو له أما اذا غسل النخل في أرضه فهو لاصحاب الارض لانه عد من أنزاله أي من زيادات الارض أي ما ينبت فيها فيملكه تبع الارض كالشجر النابت فيها كالتراب والطين المجتمع فيها يجر بان الماء عليها والآن لا جمع نزل وهو الزيادة (١) وذ كرضيه لانه وهو عائد على الارض وهي مؤنثة على تأويل المسكان ومثله وقع في شعر العرب قال
فلا مزنه ودقت ودقها * ولا أرض اقبل ببقالها

ومن جنس هذه المسائل لو اتخذ في أرضه حظيرة للسمك فدخل الماء والسمك ملكه ولو اتخذت لغيره فن أخذ السمك فهو له وكذا في حفر الحفيرة اذا حفرها للصيد فهو له أو لغرض آخر فهو للاخذ وكذا صوف وضع على سطح بيت فابتل بالمطر فعصره رجل فان كان وضعه للماء فهو لاصحابه والا للماء لاخذ ولو باض صيد في أرض رجل أو تسكس فيها لغيره رجل لياخذ منه صاحب الارض فان كان في موضع يقدر صاحب الارض على أخذه قرر بياضه بان كان بحضوره كان الصيد لرب الارض كأنه أخذه عنده وان لم يكن بحضوره لا يملك

﴿ كتاب الصرف ﴾

لما كان قيوده أكثر كان وجوده أقل فقدم ما هو أكثر وجودا وأيضاً لما كان عقدا على الاثمان والثلث في الجلة تبع لها هو المقصود من البيع أخر عن البيوع المتضمنة للقاصد الاصلية أعني المبيعات ومفهومه لغة وشرا عايد كره المصنف وشرطه التقابض للبديلين قبل الاقتراق وان اختلف الجنس ولهذا لم يصح فيه أجل ولا خيار شرط لان خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه على الرايين منهم وذلك يحل بالقبض المشروط وهو القبض الذي يحصل به التعمين بخلاف خيار الرؤية والعيب لا يمنع الملك في المبيع فلا يمنع تمام القبض ولو اقتربا وفي الصرف خيار عيب أو رؤية جازا لأنه لا يتصور في النقد وسائر الديون خيار رؤية لان العقد ينعقد على مثلها لا عينها حتى لو باع هذا الدينار بـ هذه الدراهم لاصحاب الدينار أن يدفع غيره وكذا صاحب الدراهم بخلاف الاواني والحلي ولوا سقطا في المجلس خيار الشرط والاجل عادا الصرف صححنا خلافا لفرق وأورد عليه كيف جاز ان يقال التقابض شرط الجواز وهو متأخر عن العقد فانما هو حكمه والجواب أن المختار انه ليس إلا شرط بقائه على الصحة فالاشكال على قول البعض القائلين انه شرط الجواز وأجابوا بان تأخره ضرورة نفي إيجاب قبض ملاء الغير فهو معتبر مقارنة أو متقدما شرعا وان كان متأخرا ضرورة ولا يخفى أنه ينبغي أن يستغنى عن هذا التكلف بارتكاب القول الآخر وأما مفهومه شرعا فيبيع ما من جنس الاثمان بعضها ببعض وهذا قول

(وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع مانثر من السكر والدرهم في ثيابه مالم يكفه) أي يضمه الى نفسه (أو كان مستعد له بخلاف ما اذا غسل النخل في أرضه) فان غسل لاصحابها (لانه عد من أنزاله) أي من ازال الارض بتأويل المسكان جمع نزل وهو الزيادة والفضل منه والفرق بينهما ان العسل صار قائما بأرضه على وجه القرار فصار تابعاً لها (كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع بجر بان الماء بخلاف الصيد والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الصرف ﴾

(١) قول الفتح وذ كرضيه لانه الخ هكذا في الاصل ولعل في العبارة تحرر بفا والصواب وذ كرضيه أنزاله وهو عائد الخ كتبه مصححه

الصرف بيع خاص وهو الذي يكون كل واحد من العوضين من جنس الأثمان وقد تقدم ما يدل على تأخيره عن السلم في أول السلم وسمى هذا العقد صرفاً لأحد المعنيين أما للمعاجة إلى النقل في بدليه من يدي اليد والصرف هو النقل والدلغة وإمالاته لا يطلب به إلا الزيادة يعني لا يطلب بهذا العقد إلا زيادة تحصل فيما يقابلها من الجودة والصياغة إذ النقود لا ينتفع بعينها كما ينتفع بغيرها بما يقابلها من المطعوم والمبوس والركوب فالقول يطلب به (٣٦٨) الزيادة والعين حاصلة في يدهما كان فيه فائدة أصلاً فلا يكون مشروعا وقد

دل على مشروعيته قوله تعالى وأحل الله البيع الآية وقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب الحديث وإذا كان المطلوب به الزيادة (والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل) ناسب أن يسمى صرفاً (ومنه) أي من كون الصرف هو الزيادة لغة (سميت العبادة النافذة صرفاً) قال صلى الله عليه وسلم من انتهى إلى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً والعدل هو الفرض سمي به لكونه أداء الحق إلى المستحق وشروطه على الأجمال التقابض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل وأقسامه ثلاثة بيع الذهب بالذهب وبيع الفضة بالفضة وبيع أحدهما بالآخر

قال (الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان) سمي به للمعاجة إلى النقل في بدليه من يدي اليد والصرف هو النقل والدلغة أو لأنه لا يطلب منه إلا الزيادة إذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافذة صرفاً

القدروى (الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان) وإنما قال من جنس الأثمان ولم يقتصر على قوله بيع عن يمين ليدخل بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد فان المصوغ بسبب ما اتصل من الصنعة به لم يبق عناصر يحاها وهذا يتعين في العقد ومع ذلك بيعه صرفاً وإنما سمي اصطلاحاً به لأن مفهومه القوي هو النقل ومنه في دعاء الاستخارة فاصرفه عني واصرفني عنه ونقل كل من البدلين عن مالهما إلى الآخر بالفعل شرط جوازها فكان في المسمى معنى الغنة فسمى باسم ذلك المعنى المشروط فيه (أوهو) أي معناه القوي الزيادة وهذا العقد لا يقصد به إلا الزيادة دون الانتفاع بعين البدل الآخر في الغالب لأنه لا ينتفع بعينه بخلاف نحو الطعام والثوب والحجار والمراد أن قصد كل من المتعاقدين التجارة والرجح فيه بالنقل وإلا خلا العقد عن الفائدة والزيادة تسمى صرفاً وبه سميت العبادة النافذة صرفاً في قوله صلى الله عليه وسلم من انتهى إلى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً والمراد بالصرف النافذة التي هي الزيادة والعدل الفرض الذي هو حق مستحق عليه ولا شك في مناسبة تسمية الفرض عدلاً لقبيل عليه قد فسر المحشرى بغيره هذا قال في الفائق في ذكره صلى الله عليه وسلم لا امر المدينة من أحدث فيها حدثاً أو آوى محدثاً فعليه لعنة الله إلى يوم القيامة لا يقبل منه صرف ولا عدل الصرف التوبة لأنه صرف النفس عن الفجور إلى البر والعدل القديمة من المعادلة والقدار يعادل نفسه والمراد من إحداث الحدث فعل ما يوجب الحمد والجواب أن أهل اللغة اختلفوا في ذلك فقد ذكر في الجهرة عن بعض أهل اللغة الصرف الفريضة والعدل النافذة وفي الغربيين عن بعضهم الصرف النافذة والعدل الفريضة كاذ كره المصنف ولا اعتراض مع أنه الأنسب * وأعلم أن الأموال تنقسم إلى عن على كل حال وهي الدراهم والدنانير صحبها حرف الباء أو لا وسواء كان ما يقابلها من جنسها أو من غيره وإلى ما هو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات الأثمان من العروض كالثياب والحيوان وإلى ما هو ممن من وجهه مبيع من وجهه وهو المكيل والموزون فأنه إذا عرفت في العقد كانت مبيعة وإن لم تعين فإن صحبها حرف الباء أو لا يقابلها مبيع فهي ممن وإن لم يصحبها حرف الباء ولم يقابلها ممن فهي مبيعة وهذا لأن الثمن ما يثبت في الذمة ديناً عند المقابلة قال الفراء في قوله تعالى وشروه بئس الثمن ما يثبت في الذمة ديناً عند المقابلة والنقود لا تستحق بالعقد إلا ديناً خلافاً للإئمة الثلاثة فعندهم يتعين الذهب والفضة إذا عرفت حتى وهلك الدراهم المعينة في البيع قبيل القبض بطل البيع ولا يجوز استبدالها هذا تقسيم المال باعتبارها في نفسه وينقسم باعتبار الأصل مطلقاً على الثمنية وهو في الأصل سلعة فإن كانت رائجة فهي ممن لاتعين بالتعيين وإن كانت كسلعة فهي سلعة كالفلس

كتاب الصرف

(قوله وقد تقدم ما يدل على تأخيره عن السلم) أقول الذي يهيمه هو بيان سبب التأخير عن كتاب البيوع كما لا يخفى لكن ذلك يعلم منه أيضاً كتنفي به (قوله ما كان

فيه فائدة أصلاً فلا يكون مشروعا) أقول الاظهر أن يقول فلا يصدر من العاقل (قوله قد دل على مشروعيته) قوله وأحل الله البيع الخ) أقول البيوع الفاسدة والبيع وقت النداء يبيع وليس مشروع فان قيل ما ذكره مشروع بأصله قلنا فيمكن ما نحن فيه كذلك أيضاً وعليك بالتأمل الصادق (قوله وشروطه على الأجمال التقابض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل) أقول والشرط الأول لا يفتى عن الثالث إذا المراد شرط الصحة بحيث لا يكون فيه فساد أصلاً فإذا كان فيه تأجيل ثم أسقط ووقع التقابض يزول الفساد فتأمل

قال (فان باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز الا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة) لقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب مثلاً بمثل ووزناً بوزن يدا بيد والفضل رباح الحديث وقال عليه الصلاة والسلام جيدها ورديتها سواء وقد ذكرناه في البيوع قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الاقتراق)

قال (فان باع فضة بفضة الخ) فان باع رجل فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز الا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة بأن يكون أحدهما أجود من الآخر أو أحسن صياغة لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلاً بمثل الحديث والمراد به المماثلة في القدر لا في الصفة لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديتها سواء وقد ذكر ذلك في كتاب البيوع في باب الرباح حديث محمد رحمه الله في أول كتاب الصرف في الاصل عن أبي حنيفة عن الوليد بن سريج عن أنس بن مالك قال أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بآباء كسر واني قد أحكمت صياغته فبعثني به لايبيعه فأعطيت به وزنه وزيادة فذكر ذلك لعمر فقال أما الزيادة فلا قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الاقتراق) قبض عوض الصرف قبل الاقتراق بالابدان واجب بالمنقول وهو

(قوله فان باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز الا بمثل) يعني في العلم لا بحسب نفس الامر فقط (وان اختلفا في الجودة والصياغة) فيدخل الابعاد بالاناء فلو باعها مما تجاوزت ولم يعلمها كيمتها او كان في نفس الامر متساويين لم يجز ولو وزنا في المجلس فظهر امتساو بين يجوز وعند أبي حنيفة لا يجوز ولو وزنا بعد الاقتراق لا يجوز وان كانا متساويين خلافاً لفرهوه يقول الشرط التساوي وقد ثبت واشترط العلم به زيادة بلا دليل قلنا بل هو شرط بدليل وهو أن الموهوم في هذا العقد جعل كالمعلم شرعاً ومالم تعلم المساواة توهم الزيادة حاصل فيكون كسبوت حقيقة الزيادة ومقتضى هذا أن لا يجوز اناء وزناً في المجلس فظهر متساوياً أيضاً لكن جاز في الاستحسان عند اتحاد المجلس كأن العقد أنشئ الا أن لان ساعاته كساعة واحدة وأما عدم جواز بيع الخنطة بالخنطة وزانها بما لم يعلم العلم بالمساواة كيلا إذا المساواة وزناً لا تستلزمه بالنسبة الى الكيل والمعتبر فيما كان مكيلاً في عهد النبي صلى الله عليه وسلم التقدير بالكيل على ما سلف وعن هذا اذا اقتسم مكيلاً موازنة لا يجوز لان القسمة كالبيع واستدل المصنف على وجوب المساواة (بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلاً بمثل الحديث) وقد تقدم وتقدم وجه انتصابه أنه بالعامل المقدر أي بيعوا والاولى حيث كان الذهب مرفوعاً في الحديث أن يجعل عاملاً متعلقاً بالجزء الذي يباع بالذهب مثلاً بمثل نعم حديث الخديري في البخاري عنه صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الذهب بالذهب الا بمثل كما ظهر في أنه مفرغ الحال وبقيت الحديث ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق الا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائباً بناجز والشف بالكسر من الاضداد يقال للقصان والزيادة والمراد هنا لا تزيدوا بعضها على بعض ولا يتضح في معنى النقص والاقبال ولا تشفوا بعضها عن بعض وقوله وزناً بوزن بعد ذلك ولا تشفوا في حديث البخاري المذكور تفسيراً لمثل فان المثلية أعم ففسرها بانها من حيث القدر وتقدم حديث جيدها ورديتها سواء أيضاً وتخرج به وهو دليل سقوط اعتبار الجودة وسقوط زيادة الصياغة بخاروي محمد عن أبي حنيفة عن الوليد بن سريج عن أنس بن مالك قال أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بآباء كسر واني قد أحكمت صياغته فبعثني به لايبيعه فأعطيت به وزنه وزيادة فذكر ذلك لعمر فقال أما الزيادة فلا هذا في اطلاق المساواة المصوغ بالمصوغ والتبر بالآنية حتى لو باع اناء فضة أو ذهب بآباء فضة أو ذهب وأحدهما أثقل من الآخر لا يجوز بخلاف اناء من غيرهما نحاس أو شبهه حيث يجوز بيع أحدهما بالآخر وان تفاضلا وزاناً مع أن النحاس وغيره مما يوزن من الاموال الربوية أيضاً وذلك لان صفة الوزن في النقدين مخصوص عليهما فلا يتغير بالصنعة ولا يخرج عن كونه موزوناً بتعارف جعله عدلياً وتعرف ذلك بخلاف غيرهما فان الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزوناً بتعارف عدديته اذا صبغ وصنع (قوله) ولا بد من قبض العوضين قبل الاقتراق) باجتماع الفقهاء وفي فوائد القدرى المراد بالقبض هنا القبض بالبراحم لا بالتقليد يدا بيد وكرنا أنفساً أن المختار ان هذا القبض شرط البقاء على الصحة لا شرط ابتداء الصحة لظاهر قوله فاذا اقتراقنا بطل العقد وانما يبطل بعد وجوده وهو الاصح ونمرة الخلاف فيما اذا ظهر الفساد فيها هو صرف يفسد فيما ليس صرفاً

(ماروينا من قوله يدا بيد وقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره) وهو في الدلالة على وجوب القبض كآرى
 وبالمعقول وهو (أنه لا بد من قبض أحدهما الخراج للعقد عن الكالئ بالكالئ) وذلك يستلزم قبض الآخر تحقيقا للساواة تفهيمًا لتحقيق الربا
 (قوله في الكتاب فلا يتحقق الربا) قيل هو منصوب بجواب النبي وهو قوله ثم لا بد (قوله ولأن أحدهما) دليل آخر وتقريره أن أحد
 العوضين ليس أولى بالقبض من الآخر فيجب قبضهما معا (ولا فرق في ذلك بين ما كانا يتعينان كالمصوغ أو لا يتعينان كالضروب أو
 يتعين أحدهما دون الآخر لاطلاق ماروينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب الحديث وهو يتناول المصوغ وغيره
 (قوله ولأنه ان كان يتعين الخ) جواب عما يقال ببيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لانه كالئ بكالئ وبيع المصوغ بالمصوغ ليس
 كذلك لتعيينه بالتعيين وتقريره ان المصوغ وان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه مما خلقه فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في
 الربا فان قيل فعلى هذا التقرير (٣٧٠) يلزم في بيع المضروب بالمصوغ نسبة شبهة الشبهة لان في بيع المضروب

بالمضروب نسبة شبهة
 الفضل فاذا بيع مضروب
 بمصوغ ونسبته وهو مما
 يتعين كان بالنظر الى كونه
 خلقا مما خلقه عدم التعيين
 وتلك شبهة زائدة على الشبهة
 الاولى والشبهة هي المعتبرة
 دون النازل عنها أوجب
 بأن عدم الجواز في المضروب
 نسبة بقوله يدا بيد
 لا بالشبهة لان الحكم في
 موضع النص مضاف اليه
 لا الى العلة فتكون الحرمة
 في هذه الصورة باعتبار
 الشبهة (والمراد بالافتراق
 ما يكون بالابدان حتى لو
 مشيا معا الى جهة واحدة
 أو ناما في المجلس أو أغمى
 عليهما لا يبطل الصرف
 لقول ابن عمر رضي الله عنهما

قال المصنف (تحقيقا
 للساواة فلا يتحقق الربا)

لماروينا ولقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض أحدهما
 ليخرج العقد عن الكالئ بالكالئ ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للساواة فلا يتحقق الربا ولأن
 أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ أو لا يتعينان كالضروب
 أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ماروينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين
 لكونه مما خلقه فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهب عن المجلس
 عشرين معا في جهة واحدة أو ناما في المجلس أو أغمى عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنه
 عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يفد على القول الاصح وقوله (لماروينا) يعني قوله يدا بيد وكذا ماروينا
 من حديث البخاري قوله صلى الله عليه وسلم ولا يتبعوا مهناتها ثيابا ناجز وقول عمر وان استنظرك الى
 آخره ورواه مالك في الموطأ عنه قال لا يتبعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمنزل ولا يتبعوا الورق بالذهب أحدهما
 غائب والاخر ناجز وان استنظرك أن يلج بيته فلا تنظره الا يدا يدها وهاتان آخشي عليكم الربا
 وفي رواية قال الربا بالمميم وهو الربا ورواه عبد الرزاق وقال أن يدخل بيته ولما ثبت نص الشرع بالزام
 التقابض علة الفقهاء بما ذكره المصنف وحده ان للتقدم فريضة على النسبة فيتحقق الفضل في أحد
 العوضين وهو الربا ولما كان مظنة أن يقال هذا غير لازم في قبض العوضين لجواز أن يجعل معان نسبة
 قال لا بد شرعا من قبض أحدهما العوضين كي لا يلزم الكالئ بالكالئ أي الدين بالدين فلو لم يقبض الآخر
 لزم الربا بما قلنا وأيضا يلزم الترجيح بلا مرجح لانهم ماستويان في معنى الثمنية فاذا وجب قبض أحدهما
 فكذلك الآخر لعدم الاولوية فان قيل لتعليل الكتاب يخص الثمنين المحضين اللذين لا يتعينان والحكم
 وهو لزوم التقابض ثابت وان كان أحدهما يتعين بالتعيين كالمصوغ فأجاب بأن ذلك لا لاطلاق ماروينا
 من قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة وعمل الاطلاق المذكور بأن المتعين أيضا
 كالمصوغ فيه شبهة عدم التعيين اذ فيه شبهة الثمنية اذ قد خلقا مما والشبهة في باب الربا كالحقيقة على
 ما مر غير مرة ولما كان المعول عليه تناول النص باطلاقه لم يدفعه أن الثابت شبهة الشبهة بل وجب
 بالنص الحاق شبهة الشبهة بالثابت شبهة الربا في هذا الحكم وقوله في جهة واحدة لانهم الوشيا كل في

أقول سيحى بيان لزوم الربا من الشيخ أكل الدين في شرح قول المصنف ومن كان له على آخر عشرة دراهم فراجعه جهة
 (قوله قيل هو منصوب الخ) أقول صاحب القيل هو الاتفاقى والظاهر ان يكون معطوفا على قوله تحقيقا للساواة بحسب المعنى (قوله
 فان قيل الى قوله بالمصوغ نسبة الخ) أقول المراد بقوله نسبة اتفاه القبض لا التأجيل كما لا يخفى على المتأمل في السياق (قوله فاذا
 بيع مضروب بمصوغ نسبة) أقول أي بلا قبض (قوله كان بالنظر الى كونه الخ) أقول فاذا بيع بدون القبض لزم شبهة النسبة
 وتتمام تحقيق الكلام ويوضح المرام يظهر بالمراجعة الى ما سبق في باب الربا من التفصيل المتعلق بالخلاف الواقع بيننا وبين الشافعي في
 عدم اشتراط القبض في سائر الاموال الربوية فراجع (قوله أوجب بأن عدم الجواز في المضروب نسبة الخ) أقول أي بدون القبض
 (قوله بقوله يدا بيد) أقول اذ معناه عينا يتعين على ما سلف في باب الربا والتعيين في المضروب لا يتحقق الا بالقبض كما بينت اشتراط
 القبض فيه بالنص بخلاف المصوغ فان تعيينه لا يتوقف على القبض اذ هو مبيع متعين في نفسه الا أن فيه شبهة عدم التعيين بالنظر
 الى أصل خلقته فعدم جواز بيعه بلا قبض جامع من هذه الشبهة فليتأمل

وان وثب من سطح فئب معه) وقصته ماروى عن أبي جيلة قال سألت عبد الله بن عمر رضى الله عنهم ما قلت انا تقدم أرض الشام ومعا
 الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الكاسدة فبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بيع ورقك بذهب واشتر ورقهم
 بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفى وان وثب من سطح فئب معه وفيه دليل على ان المفتى اذا بين جواب ما سئل عنه لأبأس أن بين
 للسائل الطريق المحصل لمقصود مع التحرز عن الحرام ولا يكون ذلك مما هو مذموم من تعليم الحيل وقيد مشيما بجهة واحدة لأنه لو مشيا
 الى جهتين يوجب تفرق الابدان وهذا المذكور من التفرق هو المعترفى قبض رأس مال السلم (قوله بخلاف خيار الخيرة) يرجع الى قوله
 لم يبطل الصرف يريد أن مشى الخيرة مع زوجها وان كان الى جهة واحدة يبطل (٣٧١) خيارها لأنه يبطل بالاعراض

(وان باع الذهب بالفضة
 جاز التفاضل لعدم المجانسة
 ووجب التقابض لقوله
 صلى الله عليه وسلم الذهب
 بالورق وبالاهاء وهاء) على
 وزن هاع بمعنى خذ ومنه
 قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابه
 (قوله فان افتراقى الصرف)
 متعلق بقوله ولا بد من
 قبض العوضين بمعنى لبقاء
 العقد فان افتراق قبض
 قبض العوضين أو أحدهما
 بطل العقد لفوات شرط
 البقاء وهذا صحيح بخلاف
 قول من يقول ان القبض
 شرط الصحة فان شرط
 الشيء يسبقه والقبض
 انما هو بعد العقد وما
 أوجب به بأن شرط الجواز
 ما يشترط مقارنا لحالة العقد
 الا أن اشتراط القبض مقارنا
 لحالة العقد من حيث
 الحقيقة غير ممكن من غير
 تراخى لما فيه من اثبات
 اليد على مال الغير بغير
 رضاه فعلقنا الجواز بقبض

وان وثب من سطح فئب معه وكذا المعترفى ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم بخلاف خيار الخيرة لأنه
 يبطل بالاعراض فيه (وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل) لعدم المجانسة (ووجب التقابض) لقوله
 عليه الصلاة والسلام الذهب بالورق وبالاهاء وهاء (فان افتراقى الصرف قبل قبض العوضين أو
 أحدهما بطل العقد) لفوات الشرط وهو القبض

جهة كان افتراقا مطلقا وقول ابن عمر وان وثب من سطح فئب يفيد عدم بطلان العقد بمجرد اختلاف
 المكان بل اذا لم يوافقه الاخر فيه وهذا لان بمجرد وثوب أحدهما اختلف مكانهما ولم يعتبر ما نعا الا اذا لم
 يشمعه وحديث ابن عمر هذا غير صحيح كما من كتب الحديث وذكره في المبسوط فقال وعن أبي جيلة
 قال سألت عبد الله بن عمر فقلت انا تقدم أرض الشام ومعا الورق النافقة وعندهم الورق الخفاف
 الكاسدة فبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بيع ورقك بذهب واشتر ورقهم
 بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفى وان وثب عن سطح فئب معه وفيه دليل رجوعه عن جواز التفاضل
 كما هو مذهب ابن عباس وعن ابن عباس أيضا رجوعه وفيه دليل أن المفتى اذا أجاب لأبأس أن بين
 للسائل طريق الحصول مطلوبه كما فعل صلى الله عليه وسلم حيث قال لبس البع التمر ببيع آخر ثم
 اشتره انما المحذور تعليم الحيل الكاذبة لاسقاط الوجوبات قال (وكذا المعترفى قبض رأس مال السلم)
 يعنى أن يقبضه قبل الافتراق دون اتحاد المجلس (بخلاف خيار الخيرة) فانها لو قامت قبل الاختيار
 بطل وكذا اذا امتدت مع زوجها في جهة واحدة فان ذلك دليل اعراضها عما كانت فيه لان المعترفى
 الابطال هناك دليل الاعراض والقيام ونحوه دليله فلزم فيه المجلس ولتعلق الصحة بعدم الافتراق
 لا يبطل لو ناما في المجلس قبل الافتراق أو أغشى عليهما أو طال قعودهما وعن محمد رحمه الله جعل الصرف
 كخيار الخيرة يبطل بدليل الاعراض كالقيام من المجلس حتى لو ناما أو أحدهما فهو فرقة ولو ناما جالسين
 فلا وعنه القعود الطويل فرقة دون القصير ولو كان لرجل على آخر ألف درهم والاخر عليه مائة
 دينار فأرسل رسولا يقول له بعثك الدراهم التى لي عليك بالذنانير التى لك على فقال قبلت كان باطلا وكذا
 لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو من بعيد لانهم متفرقان وعن محمد لو قال الاب اشهد وأنى
 اشترت هذا الدينار من ابى الصغير بعشرة وقام قبل نقدها بطل هذا ويجوز الرهن ببدل الصرف
 والحوالة به كما فى رأس مال السلم (قوله وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة
 واشترط القبض) لما روى الستة من حديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه
 وسلم الذهب بالورق وبالاهاء وهاء وبالبر وبالاهاء وهاء والشعير بالشعير وبالاهاء وهاء والتمر بالتمر

يوجد في المجلس لان المجلس العقد كما في الايجاب والقبول فصار القبض الموجود بعد العقد في مجلسه كالموجود وقت العقد
 حكما ولو كان موجودا وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز كذا اذا كان موجودا حكما فعلى ما ترى فيه من التمهيل مع حصول
 المقصود ويجعله شرط البقاء

(قوله يرجع الى قوله لم يبطل الصرف) أقول بل يرجع الى قوله المراد منه الافتراق بالابدان فتأمل تدبر ثم قوله بالابدان على معنى دون المكان
 (قوله بخلاف قول من يقول ان القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه الخ) أقول فيه بحث وجوابه ظاهر (قوله وما أوجب به بأن شرط
 الجواز) أقول قوله وما أوجب مبتدأ وخبره يجبي بعد أسطر وهو قوله فعلى ما ترى فيه من التمهيل (قوله فعلقنا الجواز) أقول في التفريق تأمل
 لجواز أن يشترط القبض بالتراخي قبل العقد وأما لو قال لانيه من ايجاب اثبات اليد على مال الغير مع خلاف قوله من غير تراخى لاندفع ذلك

(ولهذا) أي ولأن الافتراق بلا قبض مبطل (لا يصح شرط الخيار في الصرف ولا الاجل) بأن يقول اشترت هذا الدينار بهذه الدراهم على أفى بالخيار ثلاثة أيام أو قال الى شهر (لان بالخيار لا يبقى القبض مستحقا) لمنعه الملك (وبالاجل يفوت القبض المستحق) والفرق بين العبارتين أن في الخيارية أخر القبض الى زمان سقوطه فلم يكن في الحال مستحقا وفي الاجل ذكر في العقد ما ينافي القبض وذكر منافي الشيء مفوت له كذا قيل وكأنه راجع الى أن في الاول (٣٧٣) استحقاق القبض فائت وفي الثاني القبض المستحق شرعا فائت (قوله الا اذا أسقط في المجلس)

يعني منهما ان كان الخيار لهما أو من له ذلك (فيعود الى الجواز لارتقاعه قبل تفرره) استخسانا خلافا لفرجه الله وهو القياس وان أسقط الاجل فكذلك وان أسقط أحدهما فكذلك في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف ان صاحب الاجل اذا أسقط الاجل لم يصح حتى يرضى صاحبه والفرق يعرف في شرح القدوري المختصر الكرخي وقيد بشرط الخيار لان خيار العيب والرؤية يثبتان في الصرف كما في سائر العقود الا أن خيار الرؤية لا يثبت الا في العيبين لا الذين فانه لا فائدة في رده بالخيار اذا العقد لا ينسخ برده وانما يرجع بمثله ويجوز أن يكون المقبوض مثل الردود أو ودونه فلا يفيد الرد فائدة قال (ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه الخ) التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه لا يجوز فاذا باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها أو بافسد البيع في الثوب لقوات القبض المستحق بالعقد

ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان بأحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثنائي يفوت القبض المستحق الا اذا أسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتقاعه قبل تفرره وفيه خلاف زفر رحمه الله قال (ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها أو بافسد البيع في الثوب فاسد) لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجوز فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين فيصرف العقد الى مطلقها ربنا الهاء وهاء قبل ومعنى قوله رب أي حرام باطلاق اسم الملزوم على اللازم ولا مانع من جعله في حقيقته شرعا وان اسم الربا ضمن الزيادة من الاموال الخاصة في أحد العوضين في قرض أو بيع ووجه الاستدلال انه استثنى حالة التقاض من الحرام بمحصار الحل فيها فينتفي الحل في كل حال غير ما يدخل في عموم المستثنى حالة التقاض والتساوي والمجازفة فيحل كل ذلك وقوله (الا اذا أسقط الخيار في المجلس) استثناء من لازم قوله لا يصح شرط الخيار وهو فوات الشرط المستلزم للبطلان أي شرط الخيار يفوت الشرط الا اذا أسقطه فلا يفوت فيعود الى الجواز وقد من ان نقل خلاف زفر فيه هذا وبين الفساد بتبرك القبض والفساد بالاجل فرق على قول أبي حنيفة في مسألة وهي ما اذا باع جارية في عنقها طوق فضة زنته مائة ألف درهم حتى انصرف للطوق مائة من الالف فيصير صرفا فيه وتسمة الجارية ببيعائه لو فسد تبرك القبض بطل في الطوق وبيع الجارية بتسمة مائة صحيح ولو فسد بالاجل فسد فيما عنده خلافا لهما وفرق بأن في الاول انعقد صحيحا ثم طرأ الفساد فيخص محله وهو الصرف وفي الثاني انعقد أو لا على الفساد فشاع وهذا على الصحيح من أن القبض شرط البتة على الصحة وفي الكامل لو أسقط الاجل من له الاجل دون الآخر صح في المشهور وليس في الدراهم والدينار خيار رؤية لان العقد لا ينسخ بردها لانه انما وقع على مثلها بخلاف التبر والحي والاواني من الذهب والفضة لانه ينتقض العقد برده لتعيينه فيه ولو وجد أحدهما أو كلاهما دون الافتراق بقاء واستوافق حكمه في جميع أبوابه الاستبدال والبطلان كراس مال السلم (قوله ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه) وكل منهما ممن الصرف فالحاصل أن لا يجوز التصرف في أحد بدل الصرف قبل قبضه بجهة ولا صدقة ولا بيع فان فعل بعض ذلك مع العاقد بأن وهبه البديل أو تصدق به عليه أو برأه منه فان قبل بطل الصرف لتعذر وجوب القبض واذا تعذر الشرط يفتي المشروط وان لم يقبل لا ينتقض لان البراعة وما معها سبب الفسخ فلا ينفرد به أحدهما بعد صحة العقد وفرع عليه (مالو باع دينارا بعشرة) مثلا (ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها أو بافسد البيع في الثوب فاسد لان القبض) في العشرة (مستحق حقا لله) فلا يسقط باسقاط المتعاقدين فلو جاز البيع في الثوب يسقط فلا يجوز بيع الثوب والصرف على حاله يقبض بدله من عاقده معه وأورد عليه ان فساد الصرف حينئذ حق الله ووجه بيع الثوب حق العبد فنعارضنا فيقدم حق العبد لتفضل الله سبحانه بذلك أجيب بأن ذلك بعد ثبوت الحقين ولم يثبت حق العبد بعد لانه يفوت حق الله بعد تحققه فممتنع لانه يرتفع والتقدم فيما اذا ثبتا فيرتفع أحدهما فضلا وقد

حق الله تعالى اذ الربا حرام حقا لله والقياس يقتضي جواز كانه نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين عينا كانت أو دينا فيصرف نقل العقد الى مطلق الدراهم اذا الاطلاق والاضافة الى بدل الصرف ان ذلك سواء وانما قال عن زفر لان الظاهر من مذهبه كذهب العلماء الثلاثة (قوله وكأنه راجع الى أن في الأول استحقاق القبض فائت وفي الثاني القبض المستحق شرعا فائت) أقول قوله استحقاق القبض فائت أي لعدم الملك وقوله القبض المستحق أي لكونه مالكا وقوله شرعا فائت أي للتأجيل (قوله حقا لله تعالى) أقول اذ القبض واجب بالسنة (قوله اذ الربا حرام) أقول يعني التيسئة

ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان الصرف بيع ولا يدفعه من مبيع وما عتسوى الثمن وليس أحدهما أولى بكونه مبيعا فيجعل كل واحد منهما مبيعا من وجهه ثمان وجهه وان كانا ثغين خلقه وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز كما فعلنا في المفاضة واعتبرنا كل واحد منهما ثمان وجهه مبيعا من وجهه ضرورة انعقاد البيع وان كان كل واحد مبيعا حقيقة قبل الانسليم الاولوية فان مادخله الباء أولى بالثمن وأجيب بأن ذلك في الأثمان الجملة كالكميات والموزونات التي هي غير الدراهم والذناير اذا كانت دينيا في الذمة لافي الأثمان الخلقية قال (وليس من ضرورة كونه) جواب عما يقال لو كان (٣٧٣) بدل الصرف مبيعا ووجب أن

يكون متعينا فقال كونه مبيعا لا يستلزم التعيين فان المسلم فيه مبيع بالاتفاق وليس بتعين وعورض بأن كل واحد منهما لو كان مبيعا لا يشترط قيام المالك بينهما وقت العقد وليس كذلك فانه لو باع دينار بدرهم وليس افي ملكه ما فاستقرضا في المجلس واقتراعا عن قبض صح وأجيب بأن الدراهم والذناير حالة العقد تن من كل وجه وانما اعتبره ثمنا بعد العقد لضرورة العقد فيجعل ثمنا بعده ثمنا قبله فلا يشترط وجوده قبله قال (ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة) اذا كان الصرف بغير الجنس صح مجازفة لان المساواة فيه غير مشروطة لكن القبض شرط لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق وبالاهاء وهاء وهو والمعقول المتقدم مراد بقوله لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة فانه لا يجوز اذا لم يعرف المثل الاقدان قدرهما وان كانا متساويين في الوزن في الواقع لان العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحته لان الفضل حينئذ

ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد منه ولا شيء سوى الثمن فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون متعينا كما في المسلم فيه قال (ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة) لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا

نقل عن فخر وجه الله صحة بيع الثوب لان الثمن في بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف لان النقد لا يتعين فاضافة الـ قدالي بدل الصرف كعدم اضافته فيجوز كما يجوز شراء ثوب بدراهم لم يصفها وهذا على احدي الروايتين عنه أن النقود لا تتعين في البياعات فأما على الرواية الاخرى عنه فيجب أن لا يصح بيع الثوب كقولنا قلنا قبض بدل الصرف واجب والاستبدال يفوته فكان شرط ايقاع الثوب من بدل الصرف شرطا فاسد فمتنع الجواز لاسقاط الثمن به كذا ذكر غير واحد ولا يخفى كثرة ما ذكرنا في عدم تعين النقد في البيع من انه لو أشار الى دراهم وعينها كان له أن يحبها ويدفع غيرها وحاصل شراء الثوب ببديل الصرف ليس الاتعيين الثمن الدراهم فلو كان ذلك شرطا فاسدا منع الجواز بطل ما ذكرنا في عدم تعين الدراهم في البيع وكان كلما تعينت الدراهم فسد البيع لانه لا يتعين لأجرم أن المصنف انما أجاب بأن الثمن في باب الصرف مبيع لاستدعاء البيع مبيعا ولا مبيع فيه سوى الثمن فكان كل ثمن منهما مبيعا وثمان وجهه بدل الثوب وثمانه بيع له وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز يعني واذا لم يجز لم يدخل في ملك بائع الثوب وأنت تعلم أن زفر انما قال يجوز بيع الثوب بناء على عدم تعين بدل الصرف ثمنا فجاز أن يعطى من غيره ولا شك أنه يقول بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض فاذا قال بصحة بيع هذا الثوب لعدم تعين نقدي بدل الصرف في غمته كان بالضرورة قائلا بان البيع انعقد موجبا دفع مثله ويكون تسمية بدل الصرف تقدير الثمن الثوب سواء سميت مبيعا أو ثمنا لانه اعجاب لزم بيع المبيع قبل القبض اذا لزم تسليمه بعينه وليس هنا هكذا فان كان هذا واقعا لم ينتهض ما دفع به المصنف من ذلك بل يجب صحة بيع الثوب واعطائه ثمنه بملكه البائع ولما لم يمكن تعليق بائع الثوب بدل الصرف لزم بالضرورة اعطائه غيره وهكذا نقل القدوري عنه أعني أن البيع الثاني جائز ويكون عن المبيع مثل الذي في زمة المشتري قال وهذا على احدي الروايتين عن زفر ان الدراهم لا تتعين فاذا لم يتعين يقع البيع بمثل بدل الصرف وعلى هذا فبطلان بيع الثوب مطلقا كما هو جواب المذهب مشكل وتظهير النهاية بغاصب الدراهم اذا اشترى وأشار اليها ودفع منها حيث يحرم الاتفاغ بذلك المبيع حيث غير مطابق لان اجازة بيع الثوب على ما ذكرنا بأن يدفع مثل بدل الصرف لان نفسه (قوله ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة) وكذا سائر الاموال الربوية بخلاف جنسها كالخنطة بالثمن غير لان المانع من المجازفة اشتراط العلم بالمساواة (والمساواة غير مشروطة فيه) أي في بيع الذهب بالفضة وكل جنسين مختلفين كذلك (لكن يشترط فيه القبض في المجلس لما ذكرنا) يعني قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق وبالاهاء وهاء

موهوم والموهوم في هذا الباب كالتحقق والني صلى الله عليه وسلم لم يرد المائنة في علم الله لانه لا يسيل الى ذلك وانما اراد المائنة في علم العاقدين ولم يوجد وان لم يوجد فان كانوا زنا في المجلس وعلم في المجلس تساويا كان القياس أن لا يجوز وقوع العقد فاسدا فلا ينقلب جازا لكتهم استحسنوا جوازه لان ساعات المجلس كساعة واحدة

قال المصنف (ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع) أقول ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلا يعتبر في كونه مبيعا فيما اذا جعل في مقابلة الثوب كما لا يخفى ويؤيد ذلك ما سيجي في بيع الدراهم الغالبة الغش عن ثمنها متفاضلا حيث شرط القبض في المجلس (قوله اذا كانت دينيا) أقول وقابلها مبيع

وقال زفر رحمه الله اذا عرف التساوي بالوزن جاز سواء كان في المجلس أو بعده لان الشرط هو المائتة والفرض وجودها في الواقع والجواب ما قلنا ان المراد بها ما هو في علمها قال (ومن باع جارية بغيرها ألف منقولة فضة الخ) الجمع بين النقود وغيرها في البيع لا يخرج النقود عن كونها صرفا عما يقابلها من الثمن باع جارية بغيرها ألف منقولة فضة وفي عنقها طوق فضة فيه ألف منقولة بأني منقولة ونقد من الثمن ألف منقولة ثم افترقا فالذي نقد عن الفضة لأن قبض حصة الطوق في المجلس واجب حقا للشرع لكونه بدل الصرف وقبض عن الجارية ليس بواجب ولا معارضة (٣٧٤) بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم الاتيان بالواجب تفرغ بالذمة

كما اذا ترك سجدة صلاتية وسها أيضا ثم أتى بسجدة في السهو وسلم تصرف إحدى سجدة في السهو إلى الصلواتية وان لم ينوها ليكون الاتيان بها على وجه العجعة وكذا لو اشتراها بأني منقولة ألف نسيئة وألف نقد فالنقد نقد عن الطوق لأن الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز وكذا الوباغ سيفاً محلي بمائة درهم وحلته خمسون ودفعت من الثمن خمسين فان دفع ساكتا عنهما ما جاز البيع وكان المقبوض حصة الحلية لما بينا أن الظاهر الاتيان بالواجب وان صرح بذكرهما فكذلك لأن الاثنين قد براد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرج من أحدهما ما في حمله عليه بقرينة الحال وان قال عن عن الحلية خاصة فلا كلام

قال (ومن باع جارية بغيرها ألف منقولة فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته ألف منقولة بأني منقولة فضة ونقد من الثمن ألف منقولة ثم افترقا فالذي نقد عن الفضة) لأن قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب (وكذا لو اشتراها بأني منقولة ألف نسيئة وألف نقد فالنقد نقد عن الطوق) لأن الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز وهو الظاهر منهما (وكذلك ان باع سيفاً محلي بمائة درهم وحلته خمسون فدفعت من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذا ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنها) لأن الاثنين قد براد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما فيحصل عليه لظاهر حاله (فان لم يتقابض حتى افترقا

لكن العادة في مثله أن يقول المارو بنائم المراد بالمجلس ما قبل الافتراق فغير بالمجلس عنه (قوله ومن باع جارية بغيرها ألف منقولة فضة وفي عنقها طوق فضة فيه ألف منقولة بأني منقولة فضة ونقد من الثمن ألف منقولة ثم افترقا) صرف المنقود إلى الطوق وان لم ينص الدافع عليه وكذا لو قال خذ هذه من حصة الطوق وصح البيع فيها تخرج بالجواز بتحكيم ظاهر حالهما اذا الظاهر قصدتهما إلى الوجه الصحيح لأن العقد لا يفيد تمام مقصودهما إلا بالصحة فكان هذا الاعتبار عملاً بالظاهر والظاهر يجب العمل به بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذه ألف من عن الجارية فان الظاهر حينئذ فرضه التصريح بخلافه فاذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق كما اذا لم يقبضه فان قلت ففي قوله خذ هذه من حصة الفضة أيضاً قلنا لان السلم لأن الثمن قد استعمل في الواحد أيضاً (قال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد من أحدهما) وهو البحر الملح وباعشر الجن والانس ألم يأتكم رسل منكم وانما الرسل من الانس في مذهب أهل الحق وقال تعالى نسيأحوتهم ما وانما نسيأه فتى موسى (وقال صلى الله عليه وسلم في) قصة مالك بن الحويرث وابن عمه اذا سافرتما فاذناوا فقيما وانما أراد ان يؤذن أحدهما) وقال تعالى قد أحييت دعوتكما والمراد دعوة موسى الأ أنه قد قيل ان هرون كان يؤمن على دعائه فاذا صح الاستعمال وكثر وجب العمل عليه لما قلنا وكذا ان كان قريباً من قريب أنه لو كان الفساد بسبب الاجل في العقد شاع الفساد في الجارية أيضاً على قول أبي حنيفة رحمه الله لأن الفساد في ابتداء العقد بخلافه عن الافتراق هذا ولقد وقع الافتراق في تصور المسئلة حيث جعل طوقها ألف منقولة فضة فانه عشرة أربال بالمصري ووضع هذا المقدار في العتق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب وعرف من هذا الوجه أن كون قيمته مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل الاصل أنه اذا بيع نقد مع غيره بنقد من جنسه لا بد أن يزيد الثمن على النقد المضموم اليه ومثل هذا فيما اذا باع سيفاً محلي بمائة وحلته خمسون ومائة وعشرة فدفعت من الثمن خمسين فانه يجب فيه هذه الاعتبارات ولو لم يتقابض في صورتين حتى افترقا

فيه وان قال عن ثمن السيف خاصة وقال الاخر نعم أو لا وتفرق على ذلك انتقض البيع في الحلية لأن الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد والاضافة ولا مساواة بعد تصريح من القول قوله ان المدفوع عن السيف فان لم يتقابض اشيا حتى افترقا

(قوله اذا عرف التساوي بالوزن الخ) أقول فيه بحث فانه اذا لم يوزن أصلاً فالعقد محكوم فيه بالجواز كما صرح به الشارع وغيره في مسألة السيف والحلية فلا وجه لتعليق الجواز بعرفة الوزن فليتامر في جوابه (قوله وان قال عن ثمن السيف الى قوله لان الترجيح الخ) أقول فيه بحث

بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها وأما في السيف فان كان لا يتخلص الا بضر فكذلك لعدم امكان التسليم بدونه ولهذ لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بلا ضرر جاز في السيف وبطل في الحلية لانه يمكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية (قوله وهذا اذا كانت الفضة المفردة) يعني الثمن (أزيد مما فيه) أي المبيع تعميم للكلام لان فرض المسئلة أن الحلية خسون والثن مائة فكان ذكره مستغنى عنه لكنه عم الكلام لبيان الاقسام الاخر وهي أربعة الاول أن يكون وزن الفضة المفردة أزيد من وزن الفضة التي مع غيرها وهو جائز لان مقدارها يقابلها والرائد يقابل الغير فلا يفضى الى الربا والثاني أن يكون وزن المفردة مشتل المنضمة وهو غير جائز لانه بالان الفضل ربا سواء كان من جنسها أو من غير (٣٧٥) جنسها والثالث أن تكون المفردة

أقل وهو أوضح والرابع أن لا يدري مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد وبوجه الفضل خلافا لفرق ان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فان لم يعلم به حكم بجوازه والجواب أن ما لا يدري يجوز في الواقع أن يكون مثلا وان يكون أقل وان يكون زائدا فان كان زائدا جاز والافسد فتعددت جهة الفساد فترجحت واعترض بأن كل جهة منهم ماعلة للفساد فلا تصلح للترجيح وأجاب شمس الأئمة الكردي رحمه الله بأن مراده أنه اذا كان أحدهما يكتفي للحكم فما ظنك بهما لا الترجيح الحقيقي اذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة قال (ومن باع اناه فضة ثم افترقا) ومن باع اناه فضة ثم افترقا

بطل العقد في الحلية) لانه صرف فيها) وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضر) لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر لوله - هذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف (وان كان يتخلص بغير ضرر جاز بالبيع في السيف وبطل في الحلية) لانه يمكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة أزيد مما فيه فان كانت مثله أو أقل منه أو لا يدري لا يجوز البيع للربا ولا احتمال وجهه الصحة من وجهه وجهه الفساد من وجهين فترجحت قال (ومن باع اناه فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما) لانه صرف كاه فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع قال (ولو استحق بعض الاناء فالشئ تری بالخيار ان شاء أخذ الباقي بحصته وان شاء رده) لان الشركة عيب في الاناء

بطل في حصة الطوق والحلية لانه صرف فيها و يصح في الجارية وأما السيف فان كانت الحلية لم يتخلص منه الا بضر ففيه فسد في السيف أيضا لانه لا يمكن تسليمه الا بضر ففيه ولهذ لا يجوز افراده بالبيع كما مر في جذع من سقف فان كان يتخلص بلا ضرر جاز فيه كالجارية لانه يمكن افراده بالبيع وبطل في الحلية خاصة ثم الجواب في المسئلة مقيدها اذا كانت الفضة المفردة يعني الثمن أكثر من الطوق والحلية فان كانت مثله أو أقل أو لا يدري واختلف المقومون في ذلك لا يجوز البيع للربا حقيقة فيما اذا كانت أقل أو مساوية بسبب زيادة البدل الاخر وهو المبيع الفضة زيادة من جنسه أو من غيره وهو نفس الجارية والسيف أو احتمال الربا فيما اذا لم يدر الحال وتقدم أنه لا بد من العلم بالمساواة فان قيل في صورة الاحتمال لم يقطع بالفساد أجاب بأن جهة الفساد متعددة فانها من وجهين وهو تجوز الاقلية والمساواة بخلاف الصحة فانها على تقدير واحد وهو الزيادة فترجحت جهة الفساد على أن مجرد احتمال الربا كاف في الفساد فلا حاجة الى الترجيح مع أنه يرد عليه أن الترجيح بما يصلح بنفسه علة للفساد ويحتاج الى الجواب بأن المعنى ان احتمال أحدهما فقط مفسد فكيف اذا اجتمعا وعلى هذا كل ما اشترى بالفضة فضة مع غيرها أو بالذهب ذهبا مع غيره (قوله ومن باع اناه فضة بفضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما) لانه صرف كاه فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يقبض و لا يشيع (الفساد في الكل لانه طارئ) بعد صحة العقد في الكل بناء على ما هو المختار من أن القبض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحة في الكل (فيصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع) ولا يتخير واحد من المتعاقدين لان عيب الشركة جاء بفعلها وهو الافتراق بلا قبض بخلاف ما لو استحق بعض الاناء فان المشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بحصته وان شاء رده (لان الشركة عيب) ولم يحدث بصنعه بخلاف ما لو باع قطعة

بطل البيع فيما لم يقبض ثمنه وصح فيما قبض واشتركا في الاناء لانه صرف كاه وقد وجد شرط بقاء العقد في بعض دون بعض فصح أي بقي صحه في بعض وبطل في آخر وهذا بناء على أن القبض في المجلس شرط البقاء على الجواز فيكون الفساد طارئا فلا يشيع لا يقال على هذا يلزم تفريق الصفقة وذلك فاسد لان تفريق الصفقة قبل تمامها لا يجوز وهناك الصفقة تامة فلا يكون مانعا وقد تقدم معنى تمام الصفقة قال (ولو استحق بعض الاناء الخ) أي ولو استحق بعض الاناء في هذه المسئلة فالمشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الاناء تعيب الشركة اذا الشركة في الاعيان المجتمعة تعدد عيبا لانتقاصها بالتبعض وكان ذلك بغير صنعه فيتخير بخلاف صورة الافتراق فان العيب حدث بصنعه منه وهو الافتراق لا عن قبض

قال (وباع قطعة نقرة الخ) المراد بالنقرة قطعة فضة مذابة فأضافه القطعة الى النقرة من باب اضافة العام الى الخاص واذا باع قطعة نقرة
 بذهب أو فضة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لان الشركة فيها ليست بعيب لان التبعض لا يضره بخلاف الاثاء قال
 (ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جازا البيع الخ) رجل باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جازا البيع وجعل كل جنس بخلافه
 وقال زفر والشافعي رحمهما الله (٣٧٦) لا يجوز وعلى هذا اذا باع كرشعير وكر حنطة بكرى شعير وكرى حنطة

والاصل أن الاموال الربوية
 المختلفة الجنس اذا اشتمل
 عليها الصنفة وكان في صرف
 الجنس الى الجنس فساد
 المبادلة يصرف كل جنس
 منها الى خلاف جنسها
 عند العلماء الثلاثة
 تصحح العقد بخلافهما
 قالان في الصرف الى خلاف
 الجنس تغير تصرفه لانه
 قابل الجملة بالجملة ومن
 قضية التقابل الانقسام
 على الشيوخ لاعلى التعيين
 ومعنى الشيوخ هو أن يكون
 لكل واحد من البدلين حظ
 من جملة الآخر والدليل على
 ذلك الوقوع فانه اذا اشترى قلبا
 أي سوارا بعشرة وثوبوا بعشرة
 ثم باعهما مائة لا يجوز
 وان أمكن صرف الربح
 الى الثوب وكذا اذا اشترى
 عبدا بألف ثم باعه مع عبد
 آخر قبل نقد الثمن من
 البائع بألف وخمسة مائة
 لا يجوز في المشتري بألف
 وان أمكن تصحيحه لصرف
 الالف اليه وكذا اذا جمع
 بين عبده وعبده غيره فقال
 بعثك أحدهما لا يجوز وان
 أمكن تصحيحه بصرفه الى
 عبده وكذا اذا باع درهما

(ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له) لانه لا يضره التبعض قال
 (ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جازا البيع وجعل كل جنس بخلافه) وقال زفر والشافعي
 رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كرشعير وكر حنطة بكرى شعير وكرى حنطة ولهما ان
 في الصرف الى خلاف الجنس تغير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوخ
 لاعلى التعيين والتغير لا يجوز ان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبوا بعشرة
 ثم باعهما مائة لا يجوز وان أمكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بألف درهم ثم باعه
 قبل نقد الثمن من البائع مع عبدا آخر بألف وخمسة مائة لا يجوز في المشتري بألف وان أمكن تصحيحه
 بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبده غيره وقال بعثك أحدهما لا يجوز وان أمكن تصحيحه
 بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبوا بدرهم وثوبوا بقرقان غير قبض فسد العقد في الدرهمين
 ولا يصرف الدرهم الى الثوب لمذاكرنا

نقرة ثم استحق بعضها حيث يأخذ الباقي بحصتها (ولا خيار له لانه لا يضره التبعض) فلم يلزم العيب
 وهو الشركة لا مكان أن يقطع حصته منها (قوله) ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جازا البيع
 (وجعل كل واحد من الجنسين بخلافه) فمعتبر الدرهم بالدينارين والدرهم بالدينارين (وقال زفر
 والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كرشعير وكر حنطة بكرى شعير وكرى حنطة)
 أو باع السيف المحلى بفضة بسيف محلى بفضة ولا يدرى مقدار الحليتين وكذا درهم ودينارين
 ودينارين (لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغير تصرفه) أي تصرف العاقد (لانه قابل الجملة
 بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوخ لاعلى التعيين) وهو أن يكون كل جزء على الشيوخ مقابلا
 لكل جزء على الشيوخ فيندرج فيه جنس ذلك الجزء بخلاف جنسه وجزءه جنسه أكثر اذا اجزاء
 دينارين أكثر من أجزاء دينار بالضرورة وليس المعنى أن كل جزء معين مقابل بكل جزء على العموم والا
 كانت الذرة من الدينار مقابلة بجميع الدينارين والدرهم فلم يبق للذرة ما يقابلها أو يقابل الكل بنفسه
 أشياء كثيرة وهو اعتبار يمكن ولكنه مستنكر وهو أن يقابل الذرة بألف ذرة ثم تكون هذه الالف بنفسها
 مقابلة للذرة أخرى وأخرى ولانه حينئذ يفتني الانقسام بادن في تأمل والدليل على أن الانقسام كما ذكرنا
 ما لو اشترى عبدا وجاهار بوثوب وقرس ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد في الثوب والقرس جميعا ولو لا
 أن الانقسام على الشيوخ لما رجع في الثوب والقرس جميعا وتغير تصرفهما لا يجوز وان كان فيه تصحيح
 التصرف بدليل الاجماع على أن من اشترى قلبا ووزنه عشرة وعشرة وثوبوا بعشرة ثم باعها مائة صفقة
 واحدة لا يجوز وان أمكن صرف الربح الى الثوب وحده لم يخلو القلب عن التفاضل وكذا اذا اشترى عبدا
 بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبدا آخر بألف وخمسة مائة لا يجوز وبفسد في المشتري بألف
 وان أمكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبده غيره وقال بعثك أحدهما لا يجوز
 وان أمكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبوا بدرهم وثوبوا بقرقان غير قبض فسد
 في الدرهمين ولا يصرف الى الثوب لمذاكرنا فهذه أحكام اجماعية كهادالة على أن تغير التصرف

وثوبوا بدرهم وثوبوا بقرقان غير قبض فسد البيع في الدرهم ولا يصرف الى الثوب وليس ذلك كله الاما لا يجوز
 ذكرنا أن قضية هذه المقابلة الانقسام على الشيوخ دون التعيين فالتعيين تغير والتغير لا يجوز

(قوله والدليل على ذلك الوقوع الخ) أقول لا يطابق المشروح (قوله لمذاكرنا قضية هذه المقابلة الخ) أقول ذلك في الثالث غير ظاهر
 ان ليس فيه مقابلة الجملة بالجملة فليتا مل

ولأن المقابلة المطلقة تحتل مقابلة الفرد بالفرد فكان جائز الإرادة فينبغي أن يكون مراداً ما أنه جائز الإرادة فلان كل مطلق بحتمل المقيد لصحالة ولهذا إذا باع كرحضه بكره ما فسد لان الكرف قابل الكر وفضل الآخر ما وجوب أن يكون مراداً فلا نه طريق متعين لتصحيح العقد فيجب سلوكه ولن منع تعيينه لذلك بإمكان أن يكون درهم من الدرهم من بمقابلة درهم الآخر بمقابلة دينار من الدينارين والدينار بمقابلة الدينار الآخر قلنا هذا غلط لاننا أردنا من الطريق الا لا صرف الى خلاف الجنس على أي وجه كان على ان فيما ذكرتم تغيرات كثيرة وما هو أقل تغييراً متعين والجواب عن قولهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه أن يقال فيه تغيير وصف التصرف أو أصله والاول مسلم ولا نسلم انه مانع عن الجواز والثاني ممنوع (٣٧٧) لان موجبه الاصل وهو ثبوت

الملك في الكل بمقابلة الكل باق على حاله لم يتغير وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحاً لتصرفه وان كان في ذلك تغيير وصف التصرف من الشروع الى معين لما كان أصل التصرف وهو ثبوت الملك في النصف باقياً ثم أجاب عن المسائل المستشهد بها أما الاولى أعني مسألة المراجعة فيقول له انه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب ولا يخفى لو من أن يكون مراده أنه تغيير في الاصل أو غير ذلك فان كان الثاني فليبينه وان كان الاول فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن والمثمن ان الانتقال من الزيادة الى النقصان تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وله له يجوز أن يقال ان ذلك في المساومة أما اذا صرحا بذكر المراجعة فالتغيير الى التولية في أصل

ولأن المقابلة المطلقة تحتل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيكمل عليه تصحيح التصرف وفيه تغيير وصفه لا أصله لانه يبقى موجبه الاصل وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحاً لتصرفه بخلاف ما عده من المسائل أمام مسألة المراجعة فلا نه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وفي الثالثة أضيف البيع الى المنكر وهو ليس بحمل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة العقد انعقد تصحيحاً والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء

لا يجوز وان كان يتوصل به الى تصحيحه قال امام الحرمين والمهتمد عدي في التعليل اننا بعدنا بالمائلة تحقيقاً وهنالم تحقق فيفسد العقد قال صاحب الوحي والخصم أن يقول تعبدنا بتحقيق المائلة فيما اذا تمحضت مقابلة الجنس بالجنس أم على الاطلاق فان قلت الثاني ممنوع وان قلت الاول فسلم وليس صورة الخلافية انتهى ببعض تغيير وحاصله ان على تقدير مقابلة الجملة بالجملة والجزء الشافع بالشائع لا يقتضى الربا والفساد وانما يقتضيه لو كان التفاضل لازماً حقيقة وذلك لا يكون الا اذا قبل معين معين وتفاضلا وحينئذ لا حاجة في التصحيح الى التوزيع وصرف كل الى خلاف جنسه عيناً لكن الاصحاب اقتحموه بناء على أصلي اجماعي وهو ان مهما أمكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يرتكب وله نظائر كثيرة ولهذا يحمل كلامه على المجاز وترك حقيقة ته اذا كان لا يصح على تقديره ويدرج في كلامه زيادة لم يتلفظ بها اذا كان لا يصح الا بذلك كأنهم نظر والى أن المقابلة على وجه الشروع ان لم تقتض حقيقة الربا استلزم شبهة وشبهة الربا معتبرة كحقيقته فقالوا العقد كذلك انما يقتضى مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل ولا الفرد بالفرد من جنسه أو من خلاف جنسه لان اللفظ مطلق غير متعرض لواحد منهما لكن مع عدم الاقتضاء يحتمل مقابلة الفرد بالفرد وهو الجنس المعين هنا بجنس معين بدليل أنه يصح تفسيره فانه لو قال بعث هذين الدرهمين والدينار بدينارين ودرهم على معنى أن الدرهمين بالدينارين والدينار بالدرهم صح وهو طريق متعين لتصحيحه فوجب حمله عليه وعلى هذا التقدير لا حاجة الى قول المصنف وفيه تغيير وصف العقد كأنه نظر الى أن الظاهر هو مقابلة الجملة بالجملة شأنها لأصله لانه يبقى موجبه وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار كما اتفقنا عليه فيما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحاً لتصرفه بخلاف المسائل المذكورة فان عدم الصرف فيها عدم الامكان والتعيين أمام مسألة المراجعة فعدم الصرف لانه يتغير أصل العقد اذا يصير تولية في القلب واعتراض بأن مقتضى ما تقدم من وجوب حمل المثني على الواحد في مسألة الطوق

(٤٨ - فتح القدير خامس) العقد لا في وصفه وأما الثانية فيقول له والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف للمشتري وقد تقدمت هذه المسئلة في شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وأما الثالثة فلا نه أضيف البيع الى المنكر والمنكر ليس بحمل للبيع والمعين ضده والشئ لا يتناول ضده وأما في الاخيرة فان العقد قد انعقد صححاً وفسد حالة البقاء بالافتراق بلا قبض وكلامنا في الابتداء يعني ان الصرف الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء وهو في الابتداء صحيح

(قوله فلان كل مطلق بحتمل المقيد الخ) أقول فيه بحث (قوله فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن) أقول لعل مراده هو المنع الغوى فلا يرد انه يؤل الى مقابلة المنع بالمنع

والجارية أن يحمل قوله بعت ما بعشرين مائة فيهما بعشرة أن يحمل فيهما على أحدهما يعني الثوب
 كما حل قوله خذ هذه الألف من عنم ما على عن أحدهما وهو الطوق وكون الطوق لم يصبر من الجحفة لا يصبر
 إذ يصدق أن العقد من الجحفة بثبوت الرجح في بعض مبيعات الصفقة الواحدة وفي المسئلة الثانية وهو
 ما إذا باع عبد الشتره بألف من اشتراه منه مع عبد آخر بألف وخمسة مائة طريق تصحيحه غير متعين أن
 يكون بصرف الخمسة مائة إلى العبد الآخر فيكون بائعا ما اشتراه من اشتراه منه بمثل ما اشتراه منه لأنه
 كما يكون بذلك يكون بصرف أكثر من الخمسة مائة بدرهم أو درهمين أو غير ذلك إلى العبد الآخر فيصير
 بائعا للشتره من اشتراه منه بأقل مما اشتراه منه ونقض بأن طريق الصفة أيضا ليس متعينا فيما
 قلتم بل له وجه آخر وهو أن يعتبر بمقابلة درهم من الدرهمين بمقابلة الدرهم ودينار من الدينارين بمقابلة
 الدينار والدينار الآخر بمقابلة الدرهم أوجب بأن التغيير ما يمكن تقليده متعين وتصحيح التصرف مع قلته
 التغيير لا يكون إلا بما قلنا فكان ما قلنا متعينا بخلاف ما فرض فان فيه ثلاث تغييرات وأيضا فان الذي
 ادعينا طريقه بقاء متعنا هو صرف الجنس إلى خلاف الجنس كيف كان لا بخصوص ذلك الطريق وما
 ذكرتم من ذلك ومن أن أن يصرف نصف درهم إلى نصف درهم والنصف الآخر بمقابلة الدينار في
 فروض كثيرة لا يخرج عن صرف الجنس إلى خلاف الجنس وإلى هذا يرجع قول صاحب الكافي
 في الجواب التعدد انما يمنع الجواز إذ لم يكن لاحد الوجه ترجيح بل تساوت لأنه حينئذ يلزم الترجيح
 بلا مرجح فتمتنع الوجه فيمتنع أما إذا كان فلا وفيما اعتبرناه ذلك لان العقد ورد على اسم الدرهم
 والدرهمين فلا يغير عنه ونحن أسلفنا لنا في أصل هذا الأصل نظر استناد الجواز بثبوت الشيء بعلم
 مستقلة اجتمعت دفعة وأما في المسئلة الثالثة وهي ما إذا باع بين عبده وعبده غيره وقال بعتك أحدهما
 فلان البيع أضيف إلى المنكر وهو ليس بعمل للبيع لجهالته ولأن المعين ضده فلا يحمل الشيء على
 ضده فليس بشيء لان المعرفة مما صدقات النكرة فان زيدا يصدق عليه رجل ولا شك انه يحتمله
 فيجب حله عليه وقد قال أبو حنيفة في قوله عبدى أوجارى حرانه يمتق العبد ويجعل استعارة المنكر
 للمعرفة وكذا ما قيل ان تصحيح العقد يجب في محل العقد وهو لم يصف إلى المعين واعلم أن ما أورد على
 دفع النقوض المذكورة ان لفظه جواب فذلك والافلا يضرك النقض في اثبات المطلوب اذا غابته
 انه خطأ في محل آخر اذا اعترف بخطئه في محل النقض وذلك لا يوجب خطأ في محل النزاع وأما في
 المسئلة الأخيرة وهي ما إذا باع درهما ما وثوب بدرهم وثوب واقترا قابض فليس مما نحن فيه فان العقد
 انعقد صححا وانما طرأ الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد وهو قد انعقد بفساد وكلامنا ليس
 في الفساد الطارئ فان قيل فليس صرف الجنس إلى خلاف جنسه ليقى صححا كما يصرف لبنه قد
 صححا والمقتضى واحد ففيه ما هو الاحتمال للصفة قلنا الفساد هناك ليس طريقه متحققا ولا مطلقا
 يجب اعتبار الصرف من أول الامر بل يتوهم لان الظاهر أنه ما يتقايضان بعد ما عقد قبل الافتراق
 فلا يحتاج إلى ذلك الاعتبار وأما المسئلة المستشهد بها أولا وهي الرجوع في عن الثوب والفرس فانما
 تشهد على أن المقابلة للجملة بالجملة على الشيوع ونحن نقول هو الأصل وانما قلنا إذا كان تصحيح
 العقد يخص ل باعتبار التوزيع وجب المصير إليه وهو ثابت في المسئلة المفروضة الأثرى إلى ما في
 الايضاح قال الأصل في هذا الباب ان حقيقة البيع اذا اشتملت على ابدال وجب قسمة أحد البدلين
 على الآخر وتظهر الفائدة في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما يجب
 فيه الشفعة فان كان العقد مما لا ربا فيه فان كان مما لا يتفاوت فالقسمة على الاجزاء وان كان مما يتفاوت
 فالقسمة على القيمة وأما فيما فيه الربا فانما يجب القسمة على الوجه الذي يصح به العقد مثلا باع
 عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد فان الخمسة بالخمسة والآخرى بازا الدينار وكذا

قال (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار الخ) المسئلة المتقدمة كان البدلان فيها جنسين من الاموال الربوية وفي هذه
أحدهما وهي صحيحة كالاول وتكون العشرة بعثتها والدينار بالدرهم لان شرط الصرف التماثل لما روينا من الحديث المشهور وهو
موجود ظاهر اذا الظاهر من حال البائع ارادة هذا النوع من المقابلة جلا على الصلاح وهو الاقدام على العقد الخايزدون الفاسد قال (ولو
تبايعا فضة بفضة الخ) ولو باع عشرة دراهم وشيا معه بخمسة عشر درهما قاما (٣٧٩) أن يكون عماله قيمة أولا والاول اما ان

تبلغ قيمته الفضة أولا فان
كان عماله قيمة كالتراب
مثلا لا يجوز البيع لان الزيادة
لم يقابلها عوض فتحقق الربا
وان كانت قيمته تبلغ الفضة
كثوب يساوي خمسة جاز
بلا كراهة وان لم تبلغ فهو
جاز مع الكراهة ككف
من زبيب أو جوزة أو بيضة
والكراهة امالانه احتيال
اسقوط الربا فيصير كبيع
العينة في أخذ الزيادة بالحيلة
وامالانه يرضى الى أن يألف
الناس فيستعملوا ذلك فيما
لا يجوز فان قيل فالمسئلة
المتقدمة مشتملة على
ما ذكرت ولم تذكر فيها
الكراهة أوجب بأنه انما
لم يذكره لانه وضع المسئلة
فيما اذا كان الدينار الزائد
بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار
تبلغ قيمة الدرهم ولا تزيد
وعلى هذا يكون الدينار غير
المصطلح وهو ما تكون قيمته
عشرة دراهم والحق ان
السؤال ساقط لان الكراهة
انما هي للاحتيال اسقوط
ربا الفضل وهو لا يتحقق في
المسئلة المتقدمة لان فيها
الظاهر من حاله ما ارادة

قال (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جازا ببيع وتكون العشرة بعثتها والدينار
بدرهم) لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار
وهو ما جنسان ولا يعتبر التساوي فيهما (ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب وأحدهما أقل ومع أقلهما
شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جازا ببيع من غير كراهية وان لم تبلغ فع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب
لا يجوز البيع) لتحقق الربا بالزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا قال (ومن كان له على آخر عشرة
دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينار بعشرة دراهم ودفع الدينار وبقاص العشرة بالعشرة فهو جائز)

لو قابل جنسين بنفسين كافي مسئلة الكتاب انتهى ونظير المسئلة المذكورة المسئلة التي تلي هذه وهي
(قوله) ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جازا ببيع) وتكون العشرة بعثتها والدينار
بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل وهو بذلك فيبقى الدرهم بالدينار وهو ما جنسان لا يعتبر
التساوي بينهما ثم فرع المصنف فرعا بينه فسه أن بعض هذه البياعات وان كانت جائزة في الحكم فهي
مكروهة فقال (ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب) يعني وأحدهما أقل من الآخر الا أن مع الأقل شيء
آخر كفلس أو غيرها ما يبلغ قيمته قدر الزيادة في البدل الآخر وأقل بقدر يتغابن فيه فالبيع جائز
من غير كراهة وان لم يكن فهو جائز مع الكراهة كأن يوضع معه كفلس من زبيب أو فلسين وقيل لمحمد
كيف تجده في فلبك قال مثل الجبل ولم ترو الكراهة عن أبي حنيفة بل صرح في الايضاح أنه لا بأس
به عند أبي حنيفة قال وانما كرهه محمد ذلك لانه اذا جاز على هذا الوجه ألف الناس التفاضل واستعملوه
فيما لا يجوز وهكذا ذكر في المحيط أيضا وقيل انما كرهه لانهم بانثرا الحيلة اسقوط الربا كبيع
العينة فانه مكروه لهذا وأوردوا لو كان مكروها كان البيع في مسئلة الدرهمين والدينار بدرهم
ودينارين وهي المسئلة الخلاقية مكرهة وهو لم يذكره أوجب بأنه انما يذ كر الكراهة هناك لانه وضع
المسئلة فيما اذا كان الزائد دينار بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم وتزيد وحينئذ لا كراهة
ولا يخفى أن العقد واحد وكما أن قيمة الدينار تبلغ وتزيد على قيمة الدرهم فالدرهم لا تبلغ قيمة الدينار
ولا تنقص بقدر يتغابن فيه فالحق مكرهه بالنظر الى الطرف الآخر والذي يقتضيه النظر أن يكون
مكروها اذا لفرق بينهما وبين المسئلة المذكورة في جهة الكراهة وغاية الامر أنه لم ينص هناك على
الكراهة فيه ثم ذكر أصلا كليا بفسده وينبغي أن يكون قول أبي حنيفة أيضا على الكراهة كما هو
ظاهر اطلاق كلام المصنف من غير ذكر خلاف وأما اذا ضم مال القيمة ككف من تراب لا يصح لانه
لم يقابل الزيادة مال (فرع) اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لانه ان لم يظهر في التراب شيء فظاهر
وان ظهر فهو بيع الفضة بالفضة مجازفة ولهذا اشترى تراب فضة لا يجوز لان البدلين هما الفضة
لا التراب ولو اشترى تراب بذهب أو بذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمائنة لا اختلاف الجنس فلو ظهر أن
لا شيء في التراب لا يجوز وكل ما جاز فاشترى التراب بالخيار اذا رأى لانه اشترى ما لم يره (قوله) ومن له على آخر
عشرة فباعه الذي عليه العشرة دينار بعشرة وقبض الدينار) فان كان أضاف الى العشرة الدين جاز

المبادلة بخلاف هذه المسئلة فان ارادة المبادلة بين حقة من زبيب والفضة الزائدة ليست بظاهرة (قوله) ومن كان له على آخر عشرة دراهم الخ
مسئلة يبين بها بيع النقد بالدين وهو على ثلاثة أقسام لانه اما أن يكون سابقا ومقارنا أو لاحقا فان كان سابقا وقد أضاف اليه العقد كما اذا
كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينار بالعشرة الذي عليه فانه يجوز بخلاف وسقطت العشرة عن ذمة من هو عليه

(قوله) وهو لا يتحقق في المسئلة المتقدمة) أقول فيه بحث (قوله) وهو على ثلاثة أقسام الخ) أقول ان اعتبر ما اضيف اليه العقد
فالأقسام اثنان سابق ومقارن وان اعتبر ما وقع به المقاصة فكذلك سابق ولاحق فلا وجه لجمعها ثلاثة

لانه ملكها يدل على الدين رغبة ما في الباب ان هذا عقد صرف وفي الصرف يشترط قبض أحد العوضين احتراز عن الكالي بالكالي ويشترط قبض الآخر احتراز عن الربا وذلك لان قبض أحد البدلين حصل الامن عن خطر الهلاك فلولا قبض الآخر كان فيه خطر الهلاك لان الدين في معنى التأدي فيلزم الربا وهذا معدوم فيما نحن فيه لان الدينار نقد وبذله وهو العشرة سقط عن بائع الدينار حيث سلمه فلم يبق له خطر الهلاك وحاصله ان تعيين أحد البدلين بعد قبض الآخر للاحتراز عن الربا ولا يفي دين بسقط وانما هو في دين يقع الخطر في عاقبته وان كان مقارنا بأن أطلق العقد ولم يصف الى العشرة التي عليه ودفع الدينار فاما أن يتقاصا وألا فان كان الثاني لم تقع المقاصة ما لم يتقاصا بالاجماع وان كان الاول جاز ووقعت المقاصة استحسانا والقياس يفيقه وبه قال زفر رحمه الله لانه استبدل ببدل الصرف وهو لا يجوز كالأخذ ببدل الصرف عرضا ووجه الاستحسان أنه يجب بهذا العقد من واجب التعيين بالقبض لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق بقوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة بين العين والدين لان بدل الصرف واجب التعيين بالقبض والدين قد سبق وجوبه لكنهما اذا أقدم على المقاصة بتراضيهما لا بدعة من تصحيح ولا صحة لهامع بقاء عقد الصرف فتجعل المقاصة منضمنة لفسخ الاول والاضافة الى الدين الذي كان عليه ضرورة اذ لو لا ذلك كان استبدال الابدل الصرف وهو لا يجوز وعلى هذا كان الفسخ ثابتا بالاقتضاء ولهما ذلك لانهما فسخ أصل العقد فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء أصله بالطريق الاولى وهو نظير ما اذا تباعا بألف ثم ألف وخسمائة وفيه بحث من أوجه الاول ان عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصة لما وقعت اذا أضيف العقد الى الدين السابق الثاني ان الثابت بالاقتضاء يجب ان يثبت على وجه لا يبطل به المقتضى واذا ثبت الفسخ المقتضى بطل المقتضى وهو المقاصة لانه يقتضى (٣٨٠) قيام العشرة الثابتة بالعقد ودفقات بالفسخ الثالث ان العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض

الدينار على المائع بحكم الأقالة لان الأقالة تصرف حكم الصرف والجواب عن الاول ما أشار اليه المصنف رحمه الله بقوله (وفي الاضافة الى الدين) يعني المعهود (تقع المقاصة بنفس العقد على ما بينه) وعن الثاني بل ان المقاصة تقتضى قيام العقد وهو موجود لانها لما أبطأ عقد الصرف صار كأنها عقد اعدا جديدا فصح المقاصة به وعن الثالث بأن الأقالة تضمنية ثبتت في

ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقه ووجهه انه يجب بهذا العقد من يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس المبيع لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لو لا ذلك يكون استبدال الابدل الصرف وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما بينه والفسخ قد ثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تباعا بألف ثم ألف وخسمائة وزفر بخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء اتفاقا ويجب بهذا العقد عشرة ثم لا يجب تعيينه بالقبض لان تعيين أحد البدلين في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر لا دفع الربا بالتساوي وقد اندفع الدين بالدين في هذه الصورة بقبض أحد العوضين وهو الدينار والقبض الذي يتحقق منه التعيين في البدل الآخر قد تحقق سابقا فعند الاضافة الى ذلك المقبوض يحصل به المقصود من المماثلة بين البدلين وهو كون كل منهما مقبوضا قبضا يحصل به التعيين بخلاف ما اذا لم يصف اليه لان موجب العقد حينئذ عشرة مطلقه لا يلزم أن تكون هذه العشرة الدين ولذا قال زفر رحمه الله فيما اذا باعه المديون بالعشرة دينارا بعشرة وهي مسئلة

ضمن المقاصة فجاز ان لا يثبت لذل هذه الأقالة حكم البيع وزفر رحمه الله حيث لم يقل بالاقتضاء لم يوافقهم في المسئلة فتعين له الكتاب وجه القياس فان قيل لم ترك المصنف رحمه الله الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو ما روى أنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اني أكرى ابلا بالبيع الى مكة بالدرهم فأخدمكم كما تهادنوا نيرا أو قال بالعكس فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس بذلك اذا اقرقما وليس بينكما عمل فالجواب أنه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة على انها كانا يضيفان العقد الى الدين الاول أو الى مطلقه فلم يكن فاطعا حتى يلتزمه زفر

(قوله ويشترط قبض الآخر احتراز عن الربا وذلك الخ) أقول أشار بقوله ذلك الى الربا (قوله بأن أطلق العقد الخ) أقول فانه اذا أطلق يكون بدل الدينار وهو العشرة يشار في ذمة المشتري مقارنا للعقد فان الفرض انه لم يتقبل تقاصا (قوله ما لم يتقاصا) أقول هذا زائد (قوله بقوله عليه الصلاة والسلام لا يدا بيد) أقول الاولى أن يقول لقوله عليه الصلاة والسلام هاهنا فان لفظ الحديث الدال على وجوب قبض العوضين في المجلس في بيع الذهب بالفضة وعكسه على ما رواه المصنف هذا الآن يكون من قبيل النقل بالمعنى (قوله فكان لهما تغيير وصف العقد) أقول فيه بحث أن هذا ليس بتغيير وصف قال المصنف (وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة) أقول فان اختلف في الثاني في صحة المقاصة في هذه الصورة فاعلم أن في الاضافة الى الدين لا يتعين الدين ولهذا اذا تصادقا أن لا يدل لا يبطل العقد كما يجب في كتاب الوكالة فمكان الاطلاق والتقييد سواء علمتا مل قال المصنف (على ما بينه) أقول قال الاتقاني اشارة الى قوله فكفى ذلك للجواز انتهى وفيه بحث (قوله فالجواب انه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة الخ) أقول الاطلاق وتركه التفصيل في موضع يحتاج اليه يكفي لعمدة الاستدلال

وان كان لاحقا بأن اشترى دينار بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم ان اشترى الدينار باع ثوباً من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم أراد ان يتقاصا ففسيه روايتان في رواية أبي سليمان وهي التي اخبرها نجر الاسلام وقال المصنف في أصح الروايتين تقع المقاصة وفي رواية أبي حفص واختارها شمس الأئمة وقاضيان لاتقع المقاصة لان الدين لاحق والنبي صلى الله عليه وسلم حوز المقاصة في دين سابق بحديث ابن عمر رضي الله عنهما ووجه الاصح ان قصدهما المقاصة يتضمن الانفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحویل العقد فيكون الدين حينئذ سابقاً على المقاصة هذا هو الموعود من الجواب عن السؤال الاول وهو ليس بدافع (٣٨١) كما ترى الا اذا أضيف أن القياس

يقضى أن لاتقع المقاصة بين الدين والعين أصلاً لعدم المجانسة الا انه استحسنت ذلك بالآثر ويقوى هذا الوجه ان الدين لاتعين بالتعيين كما تقدم فالملطوق والمقدم منه سواء وقد وقعت المقاصة اذا أضيف الى الدين السابق بالاتفاق فكذا باللاحق بعد نسخ العقد الاول والا لكان الدين يتعين بالتعيين وذلك خاف أو يقال المراد بعدم المجانسة عدم كونها موجبة عقد واحد فاذا أضيف الى الدين السابق تجانسا واذا أضيف الى دين مقارن عدم المجانسة بين العين والدين السابق وانما المجانسة حينئذ بينهما وبين الدين المقارن وهذا أوضح قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمي غلة الخ) الغلة من الدراهم هي المقطعة التي في القطعة منها قيراط أو طسوج أو حبة فيرد هابت المال لازماً فاتها بل لا يكون قطعاً وأخذها التجار وبيع درهم صحيح ودرهمي غلة بدرهمين

وهذا اذا كان الدين سابقاً فان كان لاحقاً كذلك في أصح الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحویل العقد فكفي ذلك للجواز قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمي غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) والغلة ما يرد بيت المال وبأخذة التجار ووجهه تحقيق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال (واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة واذا كان الغالب على الدينانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا يبيع بعضها ببعض الامتساوي في الوزن وكذلك يجوز الاستقراض به الاوزان) لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لاتنطبع الامع الغش وقد يكون الغش خلقياً كما في الردي منه الكتاب ثم نقاص لا يجوز لان موجب ذلك العقد عشرة مطلقة فلا تصير تلك العشرة المعينة ونحن نقول موجب العقد عشرة مطلقة تصير متعينة بالقبض والاضافة بعد العقد الى العشرة الدين صارت كذلك غير أنه بقبض سابق كاذرنا ولا يبالي به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة وعلى هذا التفرير لا حاجة الى اعتبار نسخ العقد الاول بالاضافة الى العشرة الدين بعد العقد على الاطلاق بخلاف ما لو باع بألف ثم بألف وخمسمائة فان الفسخ لازم لان أحدهما لم يصدق على الآخر بخلاف العشرة المطلقة مع هذه العشرة للصدق لان الاطلاق ليس قيداً في العقد بها والام يمكن قضاؤها أما اذا لا وجود للطلق بقيد الاطلاق وعلى ذلك مشوا وتفريرهم أنهم لما غيرا موجب العقد فقد فسخا الى عقد آخر اقتضاءه ولما لم يقل زفر بالاقتضاء وانما لم يقل في أعتق عبدك عنى بألف أنه يقع عن الامر اذا أعتقه المالك لم يفسخ فلا يتحول حكمه (وهذا اذا كان الدين سابقاً) على بيع الدينار (فان كان لاحقاً) قبل الافتراق والمسئلة بمحالها بان عقد اعلی الدينار بعشرة ثم باع مشتري الدينار من بائعه ثوباً بعشرة ثم قاصه بثمن الدينار عنهما في رواية لا يصح والاصح أنه يصح لما ذكرنا من حصول المقصود وعلى ما ذكر المصنف من حصول الانفساخ والاضافة الى الدين بعد تحققه وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اذا استقر من بائع الدينار عشرة من المشتري أو غضب منه فقد صار قصاصاً ولا يحتاج الى التراضي لانه قد وجد منه القبض (قوله ويجوز بيع درهمين صحيحين ودرهم غلة بدرهمي غلة ودرهم صحيح والغلة ما يرد بيت المال) لا لزماً بقوله لانها يافتة بل لانها دراهم مقطعة مكسرة يكون في القطعة ربع وغن وأقل وبيت المال لا يأخذ الا العالي وانما جازل للمساواة في الوزن والجودة فالصحة ساقطة الاعتبار لان الجودة في الاموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة (قوله واذا كان الغالب الخ) الدراهم والدينانير اما ان يكون الغالب عليها الذهب والفضة والغش أقل أو الغالب الغش والذهب والفضة أقل أو متساويين فان كان الغالب الذهب في الدينانير والفضة في الدراهم فهما كالذهب الخالص والفضة الخالصة اعتبار الغالب لانها على ما قيل قبلها تنطبع الا بقليل غش (وقد يكون الغش خلقياً كما في الردي عنده)

صحيحين ودرهم غلة جائز لوجود المقتضى وانتفاء المانع أما الاول فلصدوره عن أهله في محله مع وجود شرطه وهو المساواة وأما الثاني فلان المانع ان تصور ههنا في الجودة وهي ساقطة العبارة عند المقابلة بالجنس قال (وان كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم الخ) الاصل ان النقود لا تخلو عن قليل غش خلقية أو عادة فالاول كما في الردي هو الثاني ما يخلط للانطباع فانها بدونها تنفتت فاذا كان كذلك يعتبر الغالب لا الملووب في مقابلة الغالب كالمثل فاذا كان الغالب على الدراهم والدينانير الفضة والذهب كانا في حكم الفضة والذهب يعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد فلا يجوز بيع الخالص به ولا يبيع بعضها ببعض ولا الاستقراض به الامتساوي في الوزن

(قوله ويقوى هذا الوجه) أقول أي وجه الاصح

واذا كانت لاتروج فهي سلعة تتعين بالتعيين) كل رصاص والسوقه ويبطل العقد بلا كهاقبل التسليم اذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم وان لم يعلم أولم يعلم أحدهم أو علما ولكن لم يعلم كل منهما أن صاحبه يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد الذي علمها عاملات الناس دون المشار اليه (وان كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزوف لاتعلق العقد بعينها بل بجنسها زوفاً فان علم البائع خاصة لانهرضى بجنس الزوف وان لم يعلم تعلق العقد بجنسها من الجهاد لعدم الرضا منه بالزوف واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل النقد فترك الناس المعاملة (٣٨٣) بها بطل العقد عند أبي حنيفة

وقال أبو يوسف ومحمد لم يبطل وعليه قيمته الكسب عند أبي يوسف قيمته يوم البيع وعند محمد آخر ما تعامل الناس بها والمصنف فسر الكساد بترك الناس للمعاملة بها ولم يذكره في كل البلاد أو في البلد الذي وقع فيه العقد ونقل عن عيون المسائل أن عدم الزواج انما يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج في جميع البلدان لانه حينئذ يصيرها كالزوف ويبقى البيع بلائعن وأما اذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يملكه لكنه تعيب فكان البائع الخيارات شاء قال أعط مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء أخذ قيمة ذلك دنائير قالوا وما ذكر في العيون يستقيم على قول محمد وأما على قوله ما فلا يستقيم وينبغي أن يكتب بالفساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلاس بالفلسين

واذا كانت لاتروج فهي سلعة تتعين بالتعيين واذا كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزوف لاتعلق العقد بعينها بل بجنسها زوفاً ان كان البائع يعلم بحالها التحقق الرضا منه و بجنسها من الجهاد ان كان لا يعلم لعدم الرضا منه (واذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف رجحها الله عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رجح الله قيمتها آخر ما تعامل الناس بها) لهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع أو انه واذا بقي العقد وجمت القيمة لكن عند أبي يوسف رجح الله وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد رجح الله يوم الانقطاع لانه وان الانتقال الى القيمة ولا يوجب حنيفة رجح الله ان الثمن يملك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقى

(وان كانت غير رائجة فهي سلعة تتعين بالتعيين) ويبطل العقد بلا كهاقبل التسليم وهذا اذا كانا يعلمان بحالها ويعلم كل من المتعاقدين أن الآخر يعلم فان كانا لا يعلمان أو لا يعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل الآخر يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد بالمشارة اليه من هذه الدراهم التي لاتروج وان كان يقبلها البعض ويردها البعض فهي في حكم الزوف والنهرجة فيتم البيع بجنسها لا بعينها كما هو في الرائجة لكن يشترط أن يعلم البائع خاصة ذلك من أمرها لانهرضى بذلك وأدرج نفسه في البعض الذي يقبلها به وان كان البائع لا يعلم تعلق العقد على الأروج فان استوت في الزواج جرى التفصيل الذي أسلفناه في أول كتاب البيع وتعيين المصنف الجهاد تساهل (و) من أحكام هذه الدراهم التي غلب غشها انه (لو اشترى سلعة بمافكسدت) أي قبل قبضها (بطل البيع عند أبي حنيفة) فان كان المبيع قائماً مقبوضاً رده وان كان مستهلكاً أو هالكاً رجح البائع عليه بقيمتها ان كان قيمته مثله ان كان مثلياً وان لم يكن مقبوضاً فلا حكم له هذا البيع أصلاً وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد لا يبطل ثم اختلفوا (فقال أبو يوسف عليه قيمتها يوم البيع) قال في الذخيرة وعليه الفتوى (لانه مضمون به) أي بالبيع وهو نظير قوله في المعصوب اذا هلك ان عليه قيمته يوم الغصب لانه يوم تحقق السبب (وقال محمد عليه آخر ما تعامل الناس بها) وهو يوم الانقطاع (لانه وان الانتقال الى القيمة) وفي المحيط والتمتة والحقايق به يعني رفقاً بالناس (لهما أن البيع قد صح) بالاجماع (الا أنه تعذر التسليم) أي تسليم الثمن لانعدام الثمنية (بالكساد) والضمير ضمير الشار (وانه) أي الكساد (لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب) شيئاً (فانقطع) في (أو انه) بأن لا يوجد في الأسواق لا يبطل اتفاقاً ويجب القيمة أو ينتظر زمان الرطب في السنة الثانية فكذا هنا (ولا يوجب حنيفة أن الثمن يملك بالكساد) لان مالسة الفلوس والدراهم الغالبة الغش (بالاصطلاح) لا بانخلقة (وما بقى) الاصطلاح بل اتفق فانتفت الثمنية

عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بهض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكسب فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضاً (لها أن العقد قد صح) لوجود ركنه في محله من غير مانع شرعي (الا أنه تعذر التسليم بالكساد) وذلك لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد قال أبو يوسف وجب القيمة يوم البيع لانه مضمون بالبيع وقال محمد قيمته يوم الانقطاع أي الكساد لانه انتقل الحق منه الى القيمة في ذلك اليوم ولا يوجب حنيفة أن الثمن يملك بالكساد لان الدراهم التي غلب غشها ما جعلت غشاً بالاصطلاح فاذا ترك الناس المعاملة بها بطل واذا بطل الثمنية

(قوله يستقيم على قول محمد) أقول محمد لا يقول بأن الكساد يوجب الفساد فكيف يستقيم ذلك على قوله فليأتكم

بقي يباع بلائع وهو باطل) لا يقال العقد تناول عنها وهو باق بعد الكساد وهو مقدر التسليم لاننا نقول ان العقد تناولها بصفة الثمنية لانها مادامت رائجة فهي تثبت ديناً في الذمة وبالكساد ينعدم منها صفة الثمنية وصفة الثمنية في الفلوس والدرهم المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الاعيان ولوانعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض أو بتخمر العصور فسد البيع فكذا هذا والجواب عن الرطب أن الرطب مر جو الحصول (٣٨٤) في العام الثاني غالباً لم يكن حاله كامن كل وجه فلم يبطل لكنه يتخير بين الفسخ والصبر الى أن يحصل أما

فبقي يباع بلائع فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائماً وقيمتها ان كان هالكا كما في البيع الفاسد قال (ويجوز البيع بالفلوس) لانها مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع بها وان لم تتعين لانها آتمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها الا انها لم يرد من تعيينها (فبقي يباع بلائع) بخلاف النقدين فان ماليتهم ما بالخلفة لا بالاصطلاح كمالية العبد لما كانت بالحياة ذهبت بذهاب الحياة لا يقال فلتصير مبيعة اذا انتفت ثمنيتها لاننا نقول تصير مبيعة في الذمة والمبيع في الذمة لا يجوز لافي السلم واعترض في بعض الحواشي بأن انتفاء ثمنيتها يوجب أنه يصير بيع مقايضة فلا يستلزم كونه ديناً ولا يبطل بعدم القبض قبل الافتراق على ما قدمنا من ثبوت التعيين في البدلين بمجرد العقد فلا يلزم الافتراق عن دين بدين إلا أن الجيب نظر الى أن صورة المسئلة انه باع دراهم كذا وكذا غلب غشها وهذا لا يوجب أنه يصير بيع مقايضة اذا كسدت قبل القبض وليس في صورة المسئلة أحضر الدرهم وأشار اليها بعينها بل باعها على غط ما يباع بالآتمان وهذا لان الفرض أن البيع وقع حال رواجها آتماناً وانما كسدت بعده قبل القبض فلم ينتبه هذا المعترض لصورة المسئلة فلم يثبت لزوم كونه يباع بلائع ثم شرط في العيون أن يكون الكساد في سائر البلاد ولو كسدت في بعض البلاد دون البعض لا يبطل عند أبي حنيفة لانها لم تصير اليه البيع بلائع ولا يكن تعين فيكون البائع بالخيار ان شاء أخذ مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء أخذ قيمته دنائره قالوا وماذا كرفي العيون على قول محمد وأما على قولهما فلا وينبغي أن ينتفي البيع بالكساد في تلك البلاد التي وقع فيها البيع بناء على اختلافهم في بيع الفلوس بالفلوس عندهما ويجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعده محمد لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكل فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضاً وما ذكرناه في الكساد مثل في الانتقطاع والفلوس السابقة اذا كسدت كذلك هذا اذا كسدت أو نطقت فالزم كسده ولم تنقطع ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولا يتخير البائع وعكسه لو غلت قيمته وازدادت فالبيع على حاله ولا يتخير المشتري ويطلب بالنقد بذلك العيار الذي كان وقت البيع والجواب عن الرطب أن الرطب مر جو الوصول في العام الثاني غالباً فكان له مظنة يغلب ظن وجوده عندها بخلاف الكساد فانه ليس له مظنة محقة الوجود في زمن خاص يرجح فيه ابل الظاهر عدم العود لان الاصل في غالبية الغش الكساد وعدم الثمنية والشئ اذا رجع الى أصله قلما ينتقل عنه وفي الخلاصة عن المحيط دلال باع متاع الغير بغير اذنه بدراهم معلومة واستوفها فكسدت قبل أن يدفعها الى صاحب المتاع لا يفسد البيع لان حق القبض له (قوله ويجوز البيع بالفلوس) لانها انواع من انواع المال (فان كانت نافقة جاز البيع وان لم تتعين) بل لو عينت لاتعين وللعاقدة أن يدفع غير ما عين (لانها) حينئذ (آتمان) كالدراهم حتى لو هلك قبل القبض لا يفسخ العقد ويجوز ولو استبدلها جاز ولو باع فلان فلان يجوز على ما سلف في باب الربا ولو باع فلان بغير عينه فلان باعها بالآتمان لا يجوز لان الفلوس الرائجة أمثال متساوية وضعها بالاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجوده فيكون ربا وان كانت كاسدة فهي مبيعة لا يصح العقد عليها لم تتعين

ووصفه وانما قال كذلك اشارة الى وجوب بيان المقدار والوصف أو الاشارة اليه ثم انما ما أن تكون نافقة أو كاسدة (واذا حالة العقد فان كان الاول جاز البيع وان لم تتعين لانها آتمان بالاصطلاح فالمشتري بها لا يجبر على دفع ما عين بل هو مخير بين دفع ذلك ودفع مثله وان هلك ذلك لم يفسخ العقد وان كان الثاني فلا بد لجواز البيع بها من التعيين لانها سلع

(قوله لاننا نقول الى قوله فكذا هذا) أقول ولا بد من التأمل في الفرق بين تخمير العصور وانتقطاع الرطب حيث يفسد البيع في الاول دون الثاني مع أن كليهما مر جو الوصول الى العام الثاني

واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذي بيناه في كساد الدراهم المغشوشة قبل نقدها عند أي حنيفة بطل البيع خلافا لما قال الشارحون هذا الذي ذكره القدوري من الاختلاف بخلاف ما في المبسوط والاسرار وشرح الطحاوي حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف بين أصحابنا الثلاثة وذكرنا نقل الكتب المذكورة وليس فيه سوى السكوت عن بيان الاختلاف الا ما نقل عن الاسرار وهو ما قبل فيه (٣٨٥) اذا اشترى شيئا بفلوس في الذمة فكسدت

قبل القبض بطل الشراء عندنا وقال زفر لا يبطل لانه ليس تحت الكساد العجز عن تسليمه والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم البديل كما لو أتى العبد وكالوا سلم في الرطب فانقطع أو انه وهذا بظاهر قوله عندنا وان دل على الاتفاق لكن الدليل المذكور لئلا يفرجه الله عنه لان دليلهما في كساد الدراهم المغشوشة حيث قال الكساد لا يوجب الفساد فجعله مفسدا ههنا يقضى الى التحكيم الا اذا ظهر معنى فقهي يعتمد عليه في الفرق بينهما ولم أظفر بذلك قال رحمه الله (ولو استقرض فلوسا فكسدت) اذا استقرض فلوسا فكسدت يجب عليه رد مثلها عند أي حنيفة رحمه الله (لانه) أي استقرض المثل (اعارة) كان اعارته قرض (وموجب استقرض المثل

(واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) وهو نظير الاختلاف الذي بيناه (ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت عند أي حنيفة رحمه الله يجب عليه مثلها) لانه اعارة وموجبه

(واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت قبل القبض بطل البيع عند أي حنيفة خلافا لهما) وهو نظير الاختلاف الذي بيناه أي في الدراهم الغالبة الغش يبطل البيع عنده لانهما ثم تجب قيمته يوم البيع عند أبي يوسف وعند محمد يوم الانقطاع هكذا ذكر القدوري الخلاف والذي في الاصل وشرح الطحاوي والاسرار البطلان من غير ذلك خلاف سوي خلاف زفر رحمه الله استدل بما تقدم من انقطاع الرطب المشتري به وابق العبد المبيع قبل التسليم وتخمير العصير المشتري قبل التسليم لا يبطل العقد فيها وأوجب بما تقدم في الرطب وأما العبد فاليته لم يبطل بالابق بل هو مال باق حيث هو وانما عرض العجز عن التسليم وكذا بالتخمير لم يزل عن ملك المالك بل عجز عن تسليمه شرعا بخلاف الكساد لهلاك الثمن به الآن الذي يقتضيه النظر ثبوت الخلاف كما ذكر القدوري اذ لا فرق بين كساد المغشوشة وكساد الفلوس اذ كل منهما مسلبة بحسب الاصل عن الاصطلاح فان غالبية الغش الحكم فيها للعالم وهو النحاس مثلا فلو لم ينص على الخلاف في الفلوس وجب الحكم به وفي شرح الطحاوي لو اشترى مائة فلس بدرهم وقبض الفلوس أو الدرهم ثم اقر قاجازا البيع لانهم ما اقر قاجاز عن عين بدين وقد قدمناه فان كسدت الفلوس بعد ذلك فانه يتظر ان كان الفلوس هو المقبوض لا يبطل البيع لان كسادها كهلاكها وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع وان كان الفلوس غير مقبوض بطل البيع استحسانا لان كساد الفلوس كهلاكها وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد والقياس أن لا يبطل لانه قادر على اداء ما وقع العقد عليه وقال بعض مشايخنا انما يبطل العقد اذا اختار المشتري ابطاله فسبحان كسادها كعب فيها والمعقود عليه اذا حدث به عيب قبل القبض ثبت للشري فيه الخيار والاول أظهر ولو نقد الدرهم وقبض نصف الفلوس ثم كسدت الفلوس قبل أن يقبض النصف الآخر بطل البيع في نصفها وله أن يسترد نصف الدرهم وعلى هذا واشترى فاكهة أو شيئا بعينه بفلوس ثم كسدت وقد قبض المبيع فسد البيع وعليه أن رد المبيع ان كان قائما أو القيمة أو مثله وهذا معلوم مما ذكرنا الا أن أبا يوسف قال في هذا ان عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع وفرق بين هذا وبين المسئلة الاولى وهي ما اذا باع الفلوس بدرهم لان هناك لو أوجبنا رد قيمة الفلوس يتمكن فيه الربا وههنا لا يتمكن وفي المسئلتين جميعا اذ لم تكسد الفلوس غير أن قيمتها غلت أو رخصت لا يبطل البيع وعليه أن يدفع العدة الذي عينه منها (قوله ولو استقرض فلوسا فكسدت عند أي حنيفة رحمه الله رد مثلها) عددا اتفقت الروايات عنه بذلك وأما اذا استقرض دراهم غالبية الغش فقال أبو يوسف في قياس قول أي حنيفة عليه مثلها ولست أروى ذلك عنه ولكن لرواية في الفلوس اذا أقرضها ثم كسدت وقال أبو يوسف عليه قيمته من الذهب يوم القرض في الفلوس والدرهم وقال محمد عليه قيمتها في آخر وقت نفاقها وجه قوله (انه) أي القرض (اعارة وموجبه) أي موجب

قال المصنف (لانه اعارة) أقول الظاهر أن يقال لانه استعارة (قوله لانه أي استقرض المثل) أقول والاولى عندى ارجاع

(٤٩ - فتح القدير خامس) الضمير الى الاستقرض مطلقا فانه اعارة على ما سبق فيمن باب الربا أو الى استقرض الفلوس (قوله اعارة كان اعارته قرض) أقول قوله اعارة يعنى ابتداء كما سيجي تفصيل هذا البحث في العارية (قوله وموجب استقرض المثل الخ) أقول وعندى ان ما ذكره المصنف قياس من الشكل الاول تقريره لان الاستقرض اعارة لا يمكن الانتفاع به الا باهلاكه عنه وكل اعارة كذلك موجبها رد العين معنى فهذا كذا الا أنه لم يصرح بهذا القيد في الصغرى اعتمادا على فهم الناظرين أما ما ذكره الشارح فلا يخفى عليك ما فيه من سوء الارتباط

رد عينه معنى) وبالنظر الى كونه عارياً يجب رد عينه حقيقة لكن لما كان قرصاً والانتفاع به انما يكون بانلاف عينه فات رد عينه حقيقة فيجب رد عينه معنى وهو المثل ويجعل معنى العين حقيقة لانه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بحسنه نسبه وهو لا يجوز فان قيل كيف يكون المثلي بمعنى العين وقد فات وصف الثنية وانما كان بمعنى العين أن لو رد مثله حال كونه ناقصاً أوجب المصنف رحمه الله (بأن الثنية فضل فيه) أى فى القرض اذا القرض لا يختص به أى بمعنى الثنية ومعناه ان الثنية استعت عن القرض وهو ظاهر ولا لازم ان لوازمه فجاز أن ينفك القرض عن الثنية ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الامثال ألا ترى أن الاستقراض جائز في كل مكيل وموزون أو عددي متقارب وبالكساد لم يخرج عن كونه من ذوات الامثال بخلاف البيع لان دخولها في العقد فيه بصفة الثنية وقد فات ذلك بالكساد وتحقيقة ان المثل المجرى عن الثنية أقرب الى العين من القيمة فلا يصار اليها مادام ممكناً (وعندهما يجب قيمته لانه لما بطل وصف الثنية تعذر ردّها كما قبض) وليس المثل المجرى عنها فى معناها (فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثلياً (٣٨٦))

فانقطع لكن عند أبي يوسف يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل وأصل الاختلاف) يعنى بين أبي يوسف ومحمد رحمه الله (فمن غصب مثلياً فانقطع) فعند أبي يوسف يجب القيمة يوم الغصب وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع وسببى (وقول محمد رحمه الله أنظر) للقرض وللمستقرض لان على قول أبي حنيفة رحمه الله يجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول أبي يوسف يجب القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمة يوم القبض أكثر من قيمة يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد أنظر للجانبين (وقول أبي يوسف أيسر) لان قيمته يوم القبض معلومة للقرض

رد العين معنى والثنية فضل فيه اذا القرض لا يختص به وعند محمد ما يجب قيمته لانه لما بطل وصف الثنية تعذر ردّها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثلياً فانقطع لكن عند أبي يوسف رحمه الله يوم القبض وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل وأصل الاختلاف فمن غصب مثلياً فانقطع وقول محمد رحمه الله أنظر للجانبين (وقول أبي يوسف أيسر قال (ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس) وكذا اذا قال بدائق فلوس أو بقيراط فلوس جاز

عقد الاعارة (رد العين) اذ لو كان اسبقداً للاحقيقة موجباً للمثل استلزم الرب بالنسبة فكان موجباً رد العين الآن ما تضمنه هذا العقد لما كان تسليمك المنفعة بالاستهلاك لا مع بقائه العين لزم تضمنه لتسليمك العين فبالضرر ورا كفى برد العين معنى وذلك برد المثل ولذا يجبر المصنوب منه على قبول المثل اذا أتى به الغاصب فى غصب المثلي بلا انقطاع مع أن موجب الغصب رد العين وذلك حاصل بالكساد (والثنية فضل فى القرض) غير لازم فيه ولذا يجوز استقراضها بعد الكساد وكذا يجوز استقراض كل مثلي وعددي متقارب ولا غنية (ولهما ان الما بطل وصف الثنية تعذر ردّها كما قبضها فيجب رد قيمتها) وهذا لان القرض وان لم يقتض وصف الثنية لا يقتضى سقوط اعتبارها اذا كان المقبوض قرضاً موصوفاً به لان الاوصاف معتبرة فى الدين لانها تعرف بها بخلاف الاعيان المشار اليها بوصفها لغيرها لانها تعرف بذواتها وتاخير دليلها ما يجب عادة المصنف ظاهر فى اختياره قولهما (ثم أصل الاختلاف) فى وقت الضمان اختلافهما (فمن غصب مثلياً فانقطع وجبت القيمة عند أبي يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم القضاء) وقولهما انظر للمقرض من قول أبي حنيفة لان رد المثل اضراؤه ثم قول أبي يوسف انظره أيضاً من قول محمد لان قيمته يوم القرض أكثر من قيمته يوم الانقطاع (فكان قول محمد أنظر) للمستقرض من قول أبي يوسف (وقول أبي يوسف أيسر) لان القيمة يوم القبض معلومة ظاهرة لا يختلف فيها بخلاف ضبط وقت الانقطاع فانه عسر فكان قول أبي يوسف أيسر فى ذلك (قوله ومن اشترى شيئاً بنصف درهم) فاكهة أو غيرها بان قال مثلاً بمانع سلمة اشترى منك بنصف درهم فلوس فقال بعثك (انعمد موجباً لدفع ما يباع من الفلوس بنصف درهم فضة) وكذا اذا قال بدائق من الفلوس) وهو

والمستقرض وسائر الناس وقيمة يوم الانقطاع تشبهه على الناس ويختلفون فيها فكان قوله أيسر قال (ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز الخ) رجل قال اشترى هذا بنصف درهم فلوس يعنى ان ذلك النصف من الدراهم فلوس لانقرة وذلك معلوم عند الناس وقت العقد جاز ويجب عليه الوفاء بذلك القدر من الفلوس وكذا اذا قال بدائق فلوس وهو سدس الدرهم جازاً أو بقيراط فلوس

قال المصنف (وقول محمد أنظر) أقول قال الكافى وفى بعض النسخ أنظر للجانبين اه والظاهر أن كونه أنظر للجانبين المقترض بالنسبة الى قول أبي يوسف (قوله وهو ضرر بالمستقرض) أقول يعنى وجوب القيمة يوم القبض ضرر بالمستقرض فيه شئ ويجوز أن يقال هو ضرر على بعض التقادير وهو أن لا ينتفع بها حين كان قيمته مثل قيمته يوم القبض ثم قوله وهو ضرر أى وجوب القيمة يوم القبض ضرر (قوله بنصف درهم فلوس) أقول قوله فلوس صفة نصف درهم أو بدل (قوله أو بقيراط فلوس) أقول وهو نصف السدس

وقال زفر لا يجوز لانه اشترى بالفلوس وهي معدودة ونصف درهم ودانق وقيراط منه موزونة وكرها لا يعنى عن بيان العدد فبقى الثمن مجهول وهو مانع عن الجواز وقتنا فرض المسئلة فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوما من حيث العدد فكان مغنيا عن ذكر العدد واذا زاد على الدرهم جوزه أبو يوسف بناء على كونه معلوما وفصل محمد رحمه الله بين مادون الدرهم وما فوقه فجوزه فيما دون الدرهم خاصة لان في العادة المبيعة بالفلوس فيما دون الدرهم فكان (٣٨٧) معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم

قالوا والاصح قول أبي يوسف لاسيما في دينارنا على عدم المنازعة لكونه معلوما ولا اشتراك العرف قال رحمه الله (ومن أعطى صير فيا درهم الخ) هذه ثلاث مسائل * الاولى أن يعطى درهما كبيرا ويقول أعطنى بنصفه فلوسا وبنصفه نصفاً أى درهما صغيرا وزنه نصف درهم كبير الاحبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقى عندهما لانه قابل نصف الدرهم بالفلوس ولا مانع فيه عن الجواز وقابل النصف بنصف الاحبة وهو بافلا يجوز وعلى هذا قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل لاتحاد الصفة وقوة الفساد لكونه مجمعا عليه في شيع كما اذا جمع بين حرو وعبد وباعهم ما صفة واحدة وعبارة الكتاب تدل على انه لانص عن أبي حنيفة رحمه الله * والثانية ان تكرر لفظ الاعطاء والمسئلة بحالها فالحكم ان العقد في حصة الفلوس جائز بالاجماع لانه عقدان وفساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر كالأو

وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانما تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم - فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فأغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمي فلوس فكذا عند أبي يوسف رحمه الله لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد رحمه الله انه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبيعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبي يوسف رحمه الله أصح لاسيما في دينارنا قال (ومن أعطى صير فيا درهما وقال أعطنى بنصفه فلوسا وبنصفه نصفاً الاحبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقى عندهما) لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الاحبة ربا فلا يجوز (وعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل) لان الصفة متحدة والفساد قوي في شيع وقدم نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء

سدس درهم (أو بقيراط) وهو نصف السدس (وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وهي تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها) والا فالثمن مجهول ولان العقد وقع على الدانق والدرهم ثم شرط ايقاعه من الفلوس وهو صفة في صفة المعنى انه شرط أن يعطى بنصف الدرهم الذي هو الثمن فلوسا وهو أن يبيعه بالدانق فلوسا ونحن نقول ان ما يباع بالدانق وما ذكرنا من الفلوس معلوم وهو المراد بقوله بنصف درهم فلوس لانه لما ذكر نصف الدرهم ثم وصفه بأنه فلوس وهو لا يمكن عرف أن المراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس فأغنى عن ذكر العقد بخصوصه واذا صار كناية عما يباع بنصف درهم لم يلزم جهالة الثمن ولا صفة في صفة لان الثمن حينئذ من الابتداء ما يباع من الفلوس بنصف درهم (ولو قال بدرهم فلوس أو درهمين فكذا عند أبي يوسف وعند محمد لا يجوز الا فيما دون الدرهم لان المبيعة في العادة في الفلوس فيما دون الدرهم فيصير معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبي يوسف أصح ولا سيما في دينارنا) أى المصدق التي وراء النهر فانهم يشترى الفلوس بالدرهم ولان الدرهم هو العلم بما يباع بالدرهم من الفلوس مع وجوب الحمل عليه تصحها للعلم بأنه المراد ولا فرق في ذلك بين مادون الدرهم والدرهم فضلا عن الدرهم ولم يذكر في المسوط خلاف محمد والمذكور من خلافه خلاف ظاهر الرواية عنه وفي بعض النسخ سيما بغيره لا وهو استعمال لم يثبت في كلام من يتج بكامه في اللغة وفي بعضها على الصواب (قوله) ومن أعطى صير فيا درهم ما فقال أعطنى بنصفه) أو ربعه أو قيراط منه (فلوسا وبنصفه نصفاً الاحبة) وعلى وزنه أن يقول وبثلاثة أرباع درهم الاحبة وقس الباقى (جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقى) من النصف الآخر أو الثلاثة الأرباع وبقى الصور (لان بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز وبيع نصف درهم بنصف) درهم الاحبة ربا فلا يجوز وعلى قياس قول أبي حنيفة بطل في الكل لان الصفة متحدة والفساد قوي) مقارن الع - قد (في شيع وقدم نظيره) يعنى في باب البيع الفاسد في مسألة الجمع بين العبد والحر اذ لم يفصل الثمن بشيع الفساد اتفاقا واذا فصل لا يشيع عندهما وعنده بشيع (فلو كرر لفظ الاعطاء) بأن قال

قال يعنى بنصف هذه الالف عبدا وبنصفها دنانير فان البيع في العبد صحيح وفي الحر فاسد ولم يشع الفساد لفرقة الصفة وحكى عن الفقيه أبي جعفر الهندوانى والفقيه المظفر بن البيان والشيخ الامام شيخ الاسلام أن العقد لا يصح ههنا أيضا وان كرر لفظ الاعطاء (قوله) واذا زاد على الدرهم) أقول الاظهر ان يقال على مادون الدرهم (قوله) وفصل محمد رحمه الله) أقول في غير ظاهر الرواية عنه (قوله) كالأو قال يعنى بنصف هذه الالف عبدا وبنصفها دنانير من الحر) أقول الظاهر أن يقال يعنى بنصف هذه الالف عبدا وبنصفها دنانير من الحر يتكرر لفظ يعنى

الاتحاد الصفة فان قوله اعطى مساومة وتكرارها لا يتكرر البيع وهذا لان بذكر المساومة لا يتعقد البيع فان من قال بعني فقال بعثك لا يتعقد البيع ما لم يقل الاخر اشترت واذا كان لا يتعقد بذكر المساومة فكيف يتكرر بتكرارها قيل والاول هو الصحيح وهو اختيار المصنف رحمه الله والثالثة ان يقول اعطى نصف درهم فلوس وفي بعض النسخ فلوسا بدلا عن نصف ونصف الاحبة جاز والفرق بينها وبين الاولى انه لم يكرر لفظ بنصفه بل قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة فيكون نصف درهم الاحبة بمثله والباقي بازاء الفلوس قال المصنف رحمه الله (وفي أكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية) أراد قوله اعطى نصف درهم فلوس ونصف الاحبة وهي الثالثة فيما ذكرنا من ذلك ان المسئلة الاولى ليست بمذكورة في أكثر نسخ المختصر قال أبو نصر الاقطع في شرحه للمختصر وهو غلط من النسخ والله سبحانه وتعالى أعلم

كان جوابه بجوابه هو الصحيح لانهما يباعان (ولو قال اعطى نصف درهم فلوسا ونصف الاحبة جاز) لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة فيكون نصف درهم الاحبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رضى الله عنه وفي أكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية والله تعالى أعلم بالصواب

اعطى بنصفه فلوسا واعطى بنصفه نصف الاحبة (كان جوابه بجوابهما) في أن الفساد يخص النصف الآخر (لانها يباعان) لتعد الصفة وهذا هو المختار خلاف لما حكى عن الشيخ أبي جعفر وشيخ الاسلام والمظفر انه لا يجوز ان كرر لفظ الاعطاء لان تعدد الصفة عنده بتعدد البيع وهو الايجاب واقتضى اعطى مساومة واذا كان قوله بعني بكذا ليس ايجابا حتى لو قال بعث لا يتعقد ما لم يقل الاول قبلت فأعطى وليس من مادة البيع أولى وحينئذ لم يتعدد البيع فيشيع الفساد على قوله كالصورة الاولى وجه المختار ان ذلك صار معلوم المراد انه ايجاب وعلى هذا فلو تعورف في مثله صح أيضا لانهم لم يذكروه أو ان الكلام فيما اذا دفع اليه الخاطب قبل الاقتراق فانه يجعل يباع في النصفين بالمعاطة فيهما والله أعلم (ولو قال) حين دفع اليه الدرهم الكبير (اعطى نصف درهم فلوس ونصف الاحبة جاز) فيهما (لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة) يتحرى للجواز بأن (يكون نصف درهم الاحبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس) نعم قد يقال لما كان قوله نصف درهم فلوس معناه ما يباع من الفلوس به كان الحاصل اعطى بهذا الدرهم ما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة وما يباع بنصف درهم معلوم انه يخص بنصف الدرهم فصار كالاول كأنه قال اعطى بنصفه نصف درهم فلوس وبنصفه نصف درهم الاحبة وجوابه أن موجب التحرى التصحيح أن المعنى على ذلك التقدير اعطى بهذا الدرهم نصف درهم الاحبة وما يباع بنصف درهم فلوس وهذا بعيد أنه انما اشترى ما يباع من الفلوس بنصف درهم وجبته وما يباع من الفلوس بنصف درهم الاحبة بمثله قال المصنف رحمه الله (وفي أكثر نسخ المختصر) يعنى القدورى (ذكر المسئلة الثانية) ولم يذكرا لاولي ولذا قال شارحه وهو غلط من النسخ ويجوز في فلوس الجرصة لدرهم والنصب صفة للنصف (فروع) تقدم بعضها في ضمن التعديل فربما يغفل عنها تصارفا جنسا بجنس متساوا يافزاد أحدهما أو حط شيئا وقبل الآخر التحق بأصل العقد وبطل العقد وقال أبو يوسف لا يلحق فيما ولا يبطل وقال محمد لا يصح الحط فقط ويجعل هبة مبتدأة ولو تصارفا بغير الجنس فزاد أو حط جاز لعدم اشتراط المماثلة غير أن الزيادة يجب قبضها في مجلس الزيادة لانه عن الصرف وعند من لا يلحق الزيادة بأصل العقد كالمساقى وأجد رحمه الله لا يشترط لانها هبة ابتدائية ولو افتقرت الا عن قبضها بطل حصتها من البذل الآخر كأنه يباع الكل ثم فسدت في البعض لعدم القبض والحط جائز سواء كان قبل التفرق أو بعده ويرد الذي حط ما حط وان كان الحط قبض ذهب فهو شريك في الدينار مثلا لان في تبعيضه ضرر او كل مال يروي لم يجز بيعه من الحجة ولا مواضعة اذا اشترى بجنسه ويجوز بخلاف جنسه ولو اشترى مصوغا من فضة بفضة أو من ذهب بذهب وتقابضا فوجده المشتري معيبا له أن يرد به بالعيب فان رده بقضاء لا بأس به وان لم يقبض الثمن من البائع في مجلس الرد لانه فسح وبغير قضاء يشترط القبض في مجلس الرد فان قبض صح الرد والباطل وعاد البيع الاول لانه يبيع في حق الشرع فان تعذر الرد بان هلك في يده أو حدث عيب آخر يرجع بأرض العيب ان كان الثمن ذهبا تعذر الفسخ وان كان فضة لا يرجع لانه يؤدي الى الربا فان قبله البائع بعيبه له ذلك والخيار للمشتري بعد ولو اشترى دينار بدينار درهم ولاد ينار له ذاولا درهم لا آخر ثم اقترضا وتقابضا قبل التفرق جاز وفي المكمل لا يجوز وعن أبي حنيفة رحمه الله اشترى فلوسا بدينار درهم ولا فلوس ولاد درهم له ما تم نقدا أحدهما وتفرقا جاز ولو كان مكان الفلوس دينارا لم يجز وتقدم معناه في تقسيم

﴿ كتاب الكفالة ﴾

عقب البيوع بذكر الكفالة لانها تكون في البياعات غالباً ولا يراها اذا كانت بأمر كان فيها معنى المعاوضة انتهت فتناسب ذكرها عقب البيوع التي هي معاوضة (والكفالة في اللغة هي الضم قال الله تعالى (٣٨٩) وكفلهاز كريا) أي ضمها الى نفسه وقرئ

بتشديد الفاء ونصب زكريا أي جعله كافلاً لها وضامناً لمصالحها (وفي الشريعة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول أصح) لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولادين غة وكما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمونة لنفسها كما سجيء ولانه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وعورض بما اذا وهب رب الدين دينه للكفيل فانه يصح ويرجع به الكفيل على الاصيل ولو لم يصر الدين عليه لم يملك كما قبل الكفالة لان تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وأجيب بأن رب الدين لما وهبه للكفيل صح فجعنا الدين عليه حينئذ لضرورة تصحيح التصرف وجعلناه في حكم دينين وأما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم دينين

﴿ كتاب الكفالة ﴾

قال الامام السرخسي في مبسوطه في باب كتاب القاضى في الكفالة من كتاب الكفالة لو كتب القاضى الى القاضى بكتاب في كفالة بنفس رجل ولم

﴿ كتاب الكفالة ﴾

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلهاز كريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول أصح

الطحاوى اشترى سفا حليته مائة درهم فضة بمائة درهم ثم علم أن حليته مائتا درهم فقبل التفريق فان شاء زاد في الثمن مائة أخرى وان شاء فسح والمائة ليست بشرط بل يزيد شيئاً ليمتعض المائتان للعلمة ولو علم بعد التقابض والتفريق بطل العقد في السكك ولو كان ذلك في ابريق فضة يبطل العقد في نصف الا بريق والله تعالى أعلم

(بسم الله الرحمن الرحيم) ﴿ كتاب الكفالة ﴾

أورد الكفالة عقب البيوع لانها غالباً تكون تحقة في الوجود وعقب البيوع فانه قد لا يطمئن البائع الى المشتري فيحتاج الى من يكفله بالثمن أو لا يطمئن المشتري الى البائع فيحتاج الى من يكفله في المبيع وذلك في السلم فلما كان تحقها في الوجود غالباً بعدها وأوردها في التعليم بعدها ولها مناسبة خاصة بالصرف وهي ان التصير بالآخر معاوضة عما ثبت في الذمة من الاعمان وذلك عند الرجوع على المكفول عنه ثم لزم تقديم الصرف لانه من أبواب البيوع السابق على الكفالة فلزم الكفالة بعده ومحاسن الكفالة جليلة وهي تفرج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفيما وثمة ما أهمه ما وقتراً حاشه ما وذلك نعمة كبيرة عليهم ما ولذا كانت الكفالة من الافعال العالوية حتى امتن الله تعالى بها حيث قال وكفلهاز كريا في قراءة التشديد يتضمن الامتنان على مريم اذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بأن أتاح لها ذلك وسمى نبياً بذى الكفل لما كفل جماعة من الانبياء الملك أراد قتلهم وسب وجودها تضييق الطالب على المطلوب مع قصده الخارج رفعه عنه امانتاً راباً الى الله تعالى أو ازاله لا اذنى عن نفسه ما اذا كان المطلوب ممن يهمله ما أهمه وسبب شرعيتها دفع هذه الحاجة والضرر الذي ذكرناه آنفاً ودليل وقوع شرعيتها قوله تعالى ولن جاءه جمل بعير وأنا به زعيم وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن والاجماع وشرطها في الكفيل كونه من أهل التبرع فلا كفالة من صبي ولا عبد محجور ولا مكاتب ولا صحرى من المريض الا من التث في الدين أن يكون صحيحاً فلا كفالة في بدل الكتابة لانه ليس ديناً صحيحاً الا بالزوم دين للمولى على عبده ولزوم دين الكتابة بخلاف القياس ليصل العبد الى العتق وان يكون مقدر التسليم وأما مفهومها لغة فقال المصنف الضم سواء كان متعلقه عيناً ومعنى قال في المغرب تركيبه دال على الضم والتضمين ومنه كفل البعير كساء يدار حول سنامه كالخوبة يركب عليه وكفل الشيطان مركبه وأما في الشرع فما أشار اليه من قوله (ثم قيل هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين قال والاول أصح) فلا يشترط الدين في ذمة الكفيل بخلاف الشافعي ومالك وأحمد في رواية فثبت الدين في ذمة الكفيل ولا يسقط عن الاصيل ولم يرجع في المبسوط أحد القولين على الآخر وما يتخال من لزوم صيرورة الالف الدين الواحد دالين كما ذكره بعض الشارحين قال في المبسوط وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقاءه في ذمة الاصيل ما يوجب زيادته حق الطالب لان الدين وان ثبت في ذمة الكفيل

بين في كتابه انه كفل بأمره فانه لا يترخصه بذلك بمنزلة ما لو أقر أنه كفل بغير أمره وهذا لانه لو كفل عنه بغير أمره لم يكن عليه أن يخلفه من ذلك لانه التزم باختياره فكذلك اذا كفل بنفسه بغير أمره انتهى

فلاستيفاء لا يكون الامن أحدهما كالتغاصب مع غاصب الغاصب فان كلا ضامن للقيمة وليس حق المالك الا في قيمة واحدة لانه لا يسـتوفي الامن أحدهما واختياره تضمين أحدهما بوجوب براءة الآخر فكذا هتار يد باختياره التضمين القبض منه لا مجرد حقيقة اختياره لانه يتحقق برفاعة أحدهما ويجرد ذلك لا يبرأ الآخر ومما يدل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل انه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع الكفيل به على الاصيل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وكذا لو اشترى من الكفيل بالدين شيئا يصح مع ان الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح والحاصل أن ثبوت الدين في الذمة اعتبار من الاعتبار الشرعية فجاز أن يعتبر الذي الواحد في ذمة اثنين انما يتبع في عين ثبت في زمن واحد في ظرفين حقيقيين ولكن المختار ما ذكرنا أنه في مجرد المطالبة لا بالدين لان اعتباره في الذمتين وان أمكن شرعا لا يجب الحكم بوقوع كل يمكن الا بموجب ولا موجب لان التوثيق يحصل بالمطالبة وهو لا يسـتلزم ولا بد من ثبوت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو في ذمة الموكل وأما الجواب عن تسليم الهبة والدين فانا جعلناه في حكم الدينين تصحيصا تصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه بالفعل وقبله لا ضرورة فلا داعي الى ذلك ولا يخفى أن ما نقل من قول أبي حنيفة ان الدين فعل يقتضى أن الدين في ذمة الكفيل أيضا كما هو في ذمة الاصيل اذ فعل الاداء واجب عليه ثم الوجه أن تطلق المطالبة من غير تقييد بالدين فان الكفالة كما تكون بالدين تكون بالاعيان المضمونة بنفسها وهو ما يجب تسليبه بعينه فان هلك ضمن مثله ان كان له مثل وبقيمته ان لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيع بيعا فاسد او المقبوض على سوم الشراء تصح الكفالة بها ويجب تسليمها واذا هلكت يجب تسليم قيمتها اذا ثبت بالبينة أو بالاقرار والاعيان المضمونة بغيرها وهي الاعيان الواجبة التسليم قائمة وعند هلاكها لا يجب تسليم مثلها ولا قيمتها وهو المبيع قبيل القبض يضمن بالثمن وكالرهن يضمن بالدين ولو هلكت لا يجب على الكفيل قيمتها وأما الاعيان الواجبة التسليم وهي أمانة كالعارية والمستأجر في يد المستأجر تصح الكفالة بهم او متى هلكت لا تجب على الكفيل قيمتها بخلاف الاعيان الغير الواجبة التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح الكفالة بها أصلا وأما ركنها فالإيجاب والقبول بالالفاظ الآتية ولم يجعل أبو يوسف في قوله الاخير القبول ركنا فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده في الكفالة بالمال والنفس وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعي واختله واعي قول أبي يوسف فقيل ان الكفالة تصح من الواحد وحده موقفا على اجازة الطالب أو تصح نافذا ولطالب حتى الرد وفائدة الخلاف انما تظهر فيما اذا مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف يقول لا يؤاخذ به الكفيل وأما حكمها فثبوت حق المطالبة للكفيل متى شاء سواء تعذر عليه مطالبة الاصيل أو لا وفي رواية عن مالك لا يطالبه الا اذا تعذر ذلك وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود وأبو ثور ينتقل الحق الى ذمة الكفيل فلا يملك مطالبة الاصيل أصلا كما في الحوالة وما ذكر في المنظومة من نسبة ذلك الى مالك خلاف ما في مشاهير كتب أصحابه احتجوا بما روى أبو يوسف عيدا الخدرى رضى الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم حضر جنازة فقال هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان فقال صلوا على صاحبكم فقال على رضى الله عنه أنا لها ضامن فقام صلى الله عليه وسلم وصلى عليه ثم أقبل على رضى الله عنه فقال جزاك الله خيرا وفك رهانك كما فككت رهان أخيك فقيل يا رسول الله أله نجاسة أم للناس كافة فقال للناس كافة فدل أن المضمون عنه برئ من الضمان والعمامة قوله صلى الله عليه وسلم نفس المؤمن معاقبة بدنه حتى يقضى عنه وقوله في خبر أبي قتادة الا أن بردت جلده وصلاته صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه لانه بالضمان صار وفاء وانما امتنع عن الصلاة على مديون لم يخلف وفاء وقوله فك الله رهانك لانه كان بحال لا يصلى عليه فلما ضمن عنه فكك عن ذلك ولا يخفى انه لم يقع الجواب بعد فان الدليل يتم بصلاته عقيب ضمانه على ان الضمان تم بذلك

قال (الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه لانه رقباني مثله لا يتقاده ليسله ولانه لا قدرته على نفس المكفول به شرعا اما اذا كان غير امره فظاهر واما اذا كان بأمره فلا ن أمره بالكفالة لا يثبت له (٣٩١) عليه ولاية في نفسه ليسله كما أن أمره

بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية ليؤدى المال من المكفول عنه بخلاف الكفالة بالمال لانه ولاية على مال نفسه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم) أى الكفيل ضامن ووجه الاستدلال انه باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعها لا يقال هو مشترك الا لزام لانه عليه الصلاة والسلام حكم فيه بحمة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيأ لان الغرم ينبي عن لزوم ما نضر وهو موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم الكفيل الاحضار وهو يتضرر به (قوله ولانه يقدر على تسليمه) جواب عما قال الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه وتقريبه انا لانسلم انه لا يقدر على تسليمه (قوله اذ لا قدرته على نفس المكفول به) ممنوع فان قدرة كل شئ بحسبه وهو يقدر أن يعلم الطالب مكانه ويخفى بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضى على ان قوله لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا

قال (الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرته على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه فيخفى بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضى في ذلك والحاجة ماسة اليه وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه

(قوله قال) أى القدورى (الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال) ويدخل في الكفالة بالمال الكفالة بالاعيان التي ذكرناها (والكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به) ثم نقل عن الشافعي ان الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول مخالف للقول الاظهر عندهم وهو انها جائزة كقولنا واستدل لقوله المضعف (بأنه التزام ما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرته على نفس المكفول به) فكان كبيع الطير في الهواء وهذا لانه لا يتقاده ولا ولاية له عليه خصوصا اذا كفل غير أمره وكذا بأمره لان أمره بكفالاته لا يثبت له ولاية عليه وصار كالكفالة بيدن الشاهدين (و) استدلل للذهب بما أخرج من قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم) باعتبار عومعه وقوله (بنوعيه) أى نوعى عقد الكفالة واعتراض بأنه مخصص بالزعيم في المال من نفس الحديث حيث قال غارم والكفيل بالنفس لا غرم عليه للمال وأجيب بأن الغرم لا يختص بالمال بل الغرم أداء ما يلزمه مما يضمره والغرام الا لازم ذكره في الجملة والكفيل بالنفس يلزمه الاحضار وقد ثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما أشار اليه المصنف بقوله (والحاجة اليه ماسة وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة) وحاصله الحاجة يجامع عوم الحاجة اليها احياء للحقوق مع الايجاب والقبول والشرائط وماطر أمن اتقاء الشرط بانتفاء القدرة على تسليمه ممنوع لان الظاهر أنه يتقاد اذا كان بأمره وان كان بلا أمره يمكنه احضاره بالاستعانة بأعوان الحاكم وأبطل بعضهم قوله لا يقدر على نفس المكفول بأنه مبنى على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليلا ولا يخفى أن ليس المراد بالقدرة المنفية القدرة الشرعية لبيكون مبنيا على عدم جواز الكفالة فيلزم الدور بقيل تأمل وروى أنه صلى الله عليه وسلم كفل رجلا في تهمة وكان بين على وعمر رضى الله عنهما خصومة فكفلات أم كاثوم بنفس على رضى الله عنه واعتراض بالمنافضة في الحدود والقصاص فان الكفالة بالنفس فيهما لا تصح وان كان تسليم النفس واجبا كتسليمها للجواب والجواب منع عدم صحتها مطلقا بل المنصوص في الاصل صحة الكفالة بنفس من عليه حد القذف والسرقه والقصاص في النفس وما دون النفس ووجهه أنهم من حقوق العباد من وجهه في بعضها ومن كل وجهه في بعضها وأما حد الزنا والشرب فعدم صحة الكفالة للزوم التنافي فان الحد يمتثل في درته وصحة الكفالة للاستيناق والاحتمال لاستيفائه فقام المانع فيهما وأما الجبر على اعطاء الكفيل فيها في الحدود لا يجبر بالاجماع وفي القصاص كذلك عند أبي حنيفة خلافا لهما وأما عدم صحة الكفالة بنفس الشاهد ليؤدى فلا ن الكفالة لا تفيد لان الشاهد عند مطالبة الطالب له بالاداء ما أن يجيب ويحضر أولا ففى الاول لا حاجة الى الكفالة وفي الثاني يلزم فسقه

مبنى على عدم جواز الكفالة فلا يصلح دليلا له (قوله والحاجة ماسة) استظهاره بعدم الدليل وذلك لان معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة قد تحقق فيه والمانع منتف لما ذكرنا والحاجة وهي احياء حقوق العباد ماسة فلم يبق القول بعدم الجواز الاتعنا وعنادا

(قوله مبنى على عدم جواز الكفالة) أقول فيه أن البناء على ذلك ممنوع فان الخصم أثبته بالقياس على الكفالة بالمال بالأمر كما أمر أنفا

قال (وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان الخ) لما فرغ من انواع الكفالة شرع في ذكر الالفاظ المستعملة فيها وهي في ذلك على قسمين قسم يعبر به عن البدن حقيقة كقوله تكفلت بنفس فلان أو بجسده أو ببدنه وقسم يعبر عنه عرفاً كقوله تكفلت بوجهه ورأسه وبرقبته فان كلاهما مخصوص (٣٩٢) بعضوخاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمل بطريق العرف وكذا اذا

عبر بجزء شائع كصنف أو ثلث لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تنجزاً فبان ذكر بعضها شائعاً كذكر كلها كما مر في الطلاق من صحة اضافته اليه بخلاف ما اذا قال تكفلت ببدن فلان أو برجله لانه لا يعبر به ما عن البدن حتى لا تصح اضافة الطلاق اليهما وكذا تنعقد اذا قال ضمنته لانه صريح بموجب عقد الكفالة وكذا اذا قال على لانه صيغة الالتزام وكذا اذا قال الى لانه في معنى على في هذا المقام قال صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك مالا أو عيالاً من يعول أي يتفق عليه ويجوز أن يكون عطف تفسير فيكون المراد بهما العيال وكذا اذا قال أنا زعيم به لان الزعامة هي الكفالة وقدروا ينافيه أو قبيل لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة الصك

قال (وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه وكذا ببدنه وبوجهه) لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة أو عرفاً على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تنجزاً فكان ذكر بعضها شائعاً كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت ببدن فلان أو برجله لانه لا يعبر به ما عن البدن حتى لا تصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم تصح (وكذا اذا قال ضمنته) لانه تصريح بموجبه (أو قال) هو (على) لانه صيغة الالتزام (أو قال الى) لانه في معنى على في هذا المقام قال عليه الصلاة والسلام ومن ترك مالا فلورثته ومن ترك مالا أو عيالاً فالى (وكذا اذا قال أنا زعيم به أو قبيل به) لان الزعامة هي الكفالة وقدروا ينافيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال أنا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة

فلا تقبل شهادته لو حضره الكفيل بخلاف ما نحن فيه (قوله وتنعقد اذا قال تكفلت الخ) شروع في ذكر الالفاظ التي تثبت بها الكفالة وهي صريح وكنية فالصريح تكفلت وضمنت وزعيم وقبيل وحيل وعلى والى ولك عندي هذا الرجل وعلى أن أوفيك به أو على أن ألقاك به أو دعه الى وحيل بالحاء المهملة بمعنى كفيل به يقال حيل به حيلة بفتح العين في الماضي وكسرهما في المضارع وروى في الفائق الخليل ضامن وأما القبيل فهو أيضاً معنى الكفيل ويقال قبل به قبالة بفتحها في الماضي وضهها وكسرهما في المضارع وهذه الالفاظ توجب لزوم موجب الكفالة اذا أضيفت الى جملة البدن أو ما يعبر به عن الجملة حقيقة في اللغة والعرف وما لا فلا على وزان الطلاق على ما مر مثل كفلت أو أنا حيل أو زعيم بنفسه أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه أو ببدنه أو وجهه لان هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن وعرفاً ولغة مجازاً كهو رأس وتحجر برقبته وتقدم في الطلاق ولم يذكر محمد رحمه الله ما اذا كفل بعينه قال البخاري رحمه الله لا يصح كافي الطلاق الا أن ينوي به البدن والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق اذا العين ما يعبر به عن الكل يقال عاب القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفاً في زمانهم أما في زماننا فلا شك في ذلك بخلاف ما لو قال بيده أو برجله وينتفى في دمه ما تقدم في الطلاق (وكذا) اذا أضاف الى جزء شائع منه ككفلت (بنصفه أو ثلثه أو بجزء منه) لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تنجزاً فذكر بعضها شائعاً كذكر كلها) ووجه ضمننت (بأنه تصريح بموجبه) لان موجب الكفالة لزوم الضمان في المال في أكثر الصور (وعلى صيغة التزام والى في معناه قال صلى الله عليه وسلم من ترك مالا) أي يتيماً (فالى) لان العطف يقتضى المغايرة وقوله (وقدروا ينافيه) اقتصر في بعض النسخ وفي بعضها الحديث يريد قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم في الصحيحين عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك مالا فلينساوا أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن المقدم بن معديكرب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فالى ومن ترك مالا فلورثته وأنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه وانحال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه ورواه ابن حبان في صححه وفي لفظ لابي داود وأنا أولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك ديناً أو ضيعة فالى (بخلاف ما لو قال أنا ضامن لمعرفته) لانه التزم به الكفالة (لانه التزم المعرفة دون المطالبة) وكذا بعرفته وكذا أنا ضامن لك على أن أوفئك عليه أو على أن أدلك عليه أو على منزله ولو قال أنا ضامن لعرفته أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ والوجه أن يلزمه لانه مصدر متعد الى اثنين ففسد التزم أن يعرفه الغريم بخلاف معرفته فانه

لا يقتضى

فهو كفالة على قول أبي يوسف وعلى هذا معاملة الناس

(قوله وكذا اذا عر الخ) أقول في صحة عطفه تأمل قال المصنف (لانه لا يعبر به ما عن البدن) أقول لاحقيقة ولا عرفاً فلا يرد النقص بمثل قوله تعالى تبت يدا أبي لهب

قال (فان شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طال به في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره برئت ذمته وان لم يحضره لا يستجمل في حبه لعلمه مادري لما يدعي) فاذا علم ذلك وامتنع فاما ان يكون لعجز أو مع قدرة فان كان الثاني حبه الحاكم وان كان الاول فاما ان يعلم مكانه أولا فان كان الاول أمهله الحاكم مدة ذهابه وبجيشه (٣٩٣) فان مضت المدة ولم يحضره حبه لم تحقق

امتناعه عن ابقاء الحق وان كان الثاني فالطالب اما ان يوافق على ذلك أولا فان كان الاول سقطت المطالبة عن الكفيل للحال حتى يعرف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم للحال وان كان الثاني فقال الكفيل لا عرف مكانه وقال الطالب تعرفه فان كانت له خرجة معروفة يخرج معها الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك معروفاً منه فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل بالمكان ومنكر لزوم المطالبة اياه وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل وبجسه الحاكم الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يقول فان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب اليه واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة قال (واذا احضره وسلمه في مكان الخ) اذا احضر الكفيل

قال (فان شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طال به في ذلك الوقت) وفاء بما التزمه فان احضره والا حبه الحاكم لا امتناعه عن ابقاء حق مستحق عليه ولكن لا يحبه أول مرة لعلمه مادري لما اذا يدعي ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه وبجيشه فان مضت ولم يحضره يحبه لم تحقق امتناعه عن ابقاء الحق قال (وكذا اذا ارتدوا العباد بالله ولحق بدار الحرب) وهذا لانه عاجز في المدة فينظر كالذي أعسر ولو سلمه قبل ذلك برئ لان الاجل حقه فبذلك اسقاطه كافي الدين المؤجل قال (واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن يكون في مصر

لا يفتى الا معرفة الكفيل للطالب وعن نصر قال سأل ابن محمد بن الحسن أباسلمان الجوزجاني عن رجل قال لا آخر أنا ضمن لعرفة فلان قال أبو سلمان أما في قول أبي حنيفة وأبي حنيفة شي وأما أبو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم قال الفقيه أبو الليث في النوازل هذا القول عن أبي يوسف غير مشهور والظاهر ما عن أبي حنيفة ومحمد وفي خزانة الواقات وبه يقتضى أي بظاهر الرواية لكن نص في المنتقى أن في قول أبي يوسف فبين قال أنا ضمن لك بعرفة فلان يلزمه وعلى هذا معاملة الناس وفي فتاوى النسب في لوقال الدين الذي لك على فلان أنا دفعه اليك أو أسله اليك أو أقضه لا يكون كنفالة مالم يتكلم بما يدل على الالتزام وفي الخلاصة عن متفرقات خاله قيده بما اذا قاله مخبر افلومعلقا يكون كفالة نحو أن يقول ان لم يؤد فأنا أؤدى نظيره في النذر لوقال أنا أخرج لا يلزمه شي ولو قال ان دخلت الدار فأنا أخرج يلزمه الحج (قوله فان شرط في الكفالة) أي بالنفس (تسليم المكفول به في وقت بعينه) أي يوم (لزمه احضاره حبه والا حبه الحاكم لا امتناعه عن ابقاء حق مستحق عليه) وهذا اذا لم يظهر عجزه عن احضاره فيه فان ظهر لا يحبه اذ لا فائدة في حبه كما اذا مات المكفول به فان الكفالة تبطل فان غاب وعلم مكانه لا يطالب الكفيل للحال ويؤجل الى مدة يمكنه الاحضار فيها فان لم يحضره ظهرت مماثلة الكفيل فيجس الى أن يظهر للقاضي تعذرا للاحضار عليه بدلالة الحال أو بشهه وبن ذلك فيخرج من الحبس وينظر الى وقت القدرة كالاعسار بالدين واذا أخرج لا يحول بينه وبين المكفول له فيلزمه ولا يمنع من أشغاله ولو لم يكن يعلم مكانه سقطت المطالبة الكفيل فلو قال الطالب تعرف مكانه وقال الكفيل لا أعرف فان كانت له خرجة معروفة يخرج اليها الى موضع معلوم للتجارة فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب اليه لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك فالقول للكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة وقيل لا يلتفت الى قول الكفيل ويحس حتى يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه بالضمن فلا يصدق في دعوى ما يسقطها فان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب اليه وفي بعض النسخ قوله (وكذا اذا ارتدوا ولحق بدار الحرب) يعني بجسه الحاكم مدة ذهابه الى دار الحرب ان كان يشا وبينهم موادة فان لم يكن لا يؤخذ الكفيل للعجز عنه والحق وان كان موثاقه وحكى في ماله ليعطى الاقرب اليه أما حقوق العباد فثابتة على حالها ولم يفصل في المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة للشافعية فيما اذا كانت مسافة القصر وجهان أحدهما لا يسقط الطلب كما هو فيمادونها والثاني يسقط الحاقا بالغبية المنقطعة (قوله واذا احضره وسلمه اليه في مكان يقدر المكفول له) على (أن يخاصمه مثل أن يكون في مصر) من الامصار

(٥٠ - فتح القدير خامس) المكفول بنفسه وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه مثل أن يكون في مصر

قال المصنف (فان شرط في الكفالة الى قوله في ذلك الوقت) أقول لا قبله كافي الدين المؤجل فقوله في ذلك يجوز أن يكون من باب التنازع (قوله وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل) أقول وعمل القضاة اليوم على هذا

برئ الكفيل لان المقصود بالكفالة بالنفس هو الحاكمة عند القاضي فاذا سلمه في مثل ذلك المكان حصل المقصود فبرئ الكفيل لانه ما التزم التسليم الا مرة واحدة وقد حصل ذلك بما قلنا وان كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وهو القدرة على الحاكمة وقال شمس الأئمة السرخسي المتأخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم في ذلك الوقت أما في زماننا اذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرأ بالتسليم (٣٩٤) في غير ذلك المجلس لان الظاهر المعاونة على الامتناع لغلبة أهل الفسق والفساد لا على

برئ الكفيل من الكفالة) لانه أتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة (واذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ) لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا (وان سلمه في ربه لم يبرأ) لانه لا يقدر على الخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة للقدرة على الخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد تكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على الخاصمة فيه (برئ الكفيل من الكفالة) سواء قبله الطالب أولا كالدون اذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب (وهذا لانه ما التزم التسليم) بالكفالة (الامر) وقد حصلت ثم الشرط عندهما أن يكون ذلك المصر هو المصر الذي كفل فيه وعن أبي حنيفة ليس ذلك بشرط وهي المسئلة الاخيرة من مسائل التسليم ووضعها هنا أنسب وجه قوله أنه يثبت بذلك قدرة الخاصمة في الجملة وهما يقولان المقصود من التكفيل بنفسه تحصيله في وقت يقدر فيه على محاصمته وهذا لا يكون ظاهر الا في مصره لان شهوده ظاهر فيه لا في غيره من الامصار ولا يقيد التكفيل فائدة المقصود به وقوله ما أوجه وفي الفتاوى القاضي اذا أخذ كفيل من المدعي عليه بنفسه فان الكفيل اذا سلمه الى القاضي أو الى رسوله برئ وان سلم الى المدعي لا وهذا اذا لم يصف الكفالة الى المدعي فان أضاف بأن قال كفل للمدعي فالجواب على العكس أما ان عين مجلس القاضي أو المسجد الجامع فالذهب أنه اذا سلمه في السوق برئ لان المقصود من الكفالة يحصل بذلك وهو قدرة الخاصمة وحين اختلف الزمان رأى المشايخ انه لا يبرأ بذلك لان البراءة كانت باعتبار انه يقدر على ايصاله الى حضرة القاضي بمعاونة الناس وعبار الطريق الا أن لا يقدر ان يفعلوا ان قدروا فكان التقييد مفيدا وقد روى عن أبي يوسف نسا وقال لان الناس لا يعمنون للاحضار قيل ويجب أن يفتى بهذا ولو شرط تسليمه عند الامر فسلمه عند القاضي أو عزل ذلك القاضي وولى غيره فدفعه عند الثاني جازد كره في الخلاصة (ولو سلمه في ربه أو سواد لا يبرأ) اتفاقا (ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على الحاكمة فيه) وفي المنتقى رجل كفل بنفسه محبوس ينبغي للقاضي أن يخرج حتى يدفعه الكفيل الى المكفول له ثم يعيده الى السجن ومفهوم قوله وقد حبسه غير الطالب يدل عليه وفي العيون لو ضمن بنفسه رجل وحبس المطلوب في السجن فأتى به الذي ضمنه الى مجلس القاضي فدفعه اليه قال محمد لا يبرأ لانه في السجن ولو ضمنه وهو في السجن يبرأ ولو خلى عن الحبس ثم حبس ناسا فدفعه اليه وهو في الحبس ان كان الحبس الثاني من أمور التجارة ونحوها صح الدفع وان كان في أمر من أمور السلطان لا يبرأ ولو حبس الطالب المطلوب ثم أخذ الطالب الكفيل فقال ادفعه الى فدفعه وهو في الحبس قال محمد برئ بتسليمه اليه وهو في حبسه ومفهوم هذا التقدي في قول المصنف وقد حبسه غير الطالب ولو قال المطلوب في السجن دفعت بنفسى اليك عن كفالتة كان جائزا أيضا برئ الكفيل وفي الواقعات رجل كفل بنفسه رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه يحجز

الاحضار والتقييد بمجلس القاضي مفيد وان سلمه في ربه لم يبرأ لعدم المقصود وهو القدرة على الحاكمة وكذا اذا سلم في سواد لعدم قاض يفصل الحكم وان سلمه في مصر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة رجه الله للقدرة على الخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه قاله تسليم لا يقيد المقصود والجواب ان شهوده كما يتوهم أن يكون فيما عينه يتوهم أن يكون فيما سلمه فيه فتعارض الموهومان وبقي التسليم متحققا من الكفيل على الوجه الذي التزمه فيبرأ وهذا لان المعتبر عنك من أن يحضره مجلس القاضي اما لثبت الحق عليه أو يأخذ منه كفيلا وقد حصل وقيل هذا اختلاف عصر وأوان فان أبا حنيفة رجه الله كان في القرن الثاني وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق فكانت الغلبة لاهل الصلاح والقضاء لا يرغبون الى الرشوة وعامل كل مصر منقاد لامر الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم اليه

في ذلك المصر أو في مصر آخر ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن أبي يوسف ومحمد رجهما الله فظهر الفساد والميل من القضاء الى أخذ الرشوة فقدم التسليم بالمصر الذي كفل له فسلمه دفعه للضرر عن الطالب ولو سلمه في السجن فان كان الطالب هو الطالب برئ وان كان غيره لم يبرأ لانه لم يقدر على الحاكمة فيه وذلك في الواقعات رجل كفل بنفسه رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه يحجز عن احضاره ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى يأتي به لانه حال ما كفل قادر على الاتيان به

(قوله فتعارض الموهومان) أقول فيه بحث لان الظاهر هو كونهم في مكان التكفيل بحكم الاستصحاب فلا تعارض

قال (واذا مات المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس) بقاء الكفالة بالنفس ببقاء الكفيل والمكفول به وموتهما أو وث
أحدهما مسقط لهما ما اذا مات المكفول به فلأن الكفيل بعجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل
وأما اذا مات الكفيل فلا ينعجز عن تسليم المكفول بنفسه لانه لا يحالة فان قيل فليؤد الدين من ماله أجاب بأن ماله لا يصلح لبقاء هذا
الواجب وهو احضار المكفول به وتسليمه الى المكفول له الاصاله وهو ظاهر لانه لم يلتزم المال ولا نيابة لانه لا ينسب عن النفس بخلاف
الكفيل بالمال فان الكفالة لا تبطل بموته لان ماله يصلح نائباً اذا المقصود ابقاء حق (٣٩٥) المكفول له بالمال ومال الكفيل صالح لذلك

قال (واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة) لانه بعجز عن احضاره ولانه سقط الحضور
عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادر على تسليم المكفول
بنفسه وماله لا يصلح لبقاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولومات المكفول له فلا وصى أن يطالب
الكفيل فان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت قال (ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك
فأنا برئ فدفعه اليه فهو برئ) لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط
قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالاته صح لانه

عن احضاره (قوله) واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه بعجز عن احضاره ولانه
سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل (يعني برئ) لانه لم
يبق قادر على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لبقاء هذا الواجب (الذي هو احضار النفس
(بخلاف الكفيل بالمال) اذا مات فانه يطالب بأداء ما كفل به لان ماله يصلح الوفاء بذلك فطالب به
الوصى فان لم يكن فالوارث لقيامه مقام الميت وترجع ورثة الكفيل على الاصيل أعني المكفول عنه ان
كانت الكفالة بأمره كما في الحياة ولو كان الدين مؤجلاً ومات الكفيل قبل الاجل يؤخذ من تركه
حالا ولا ترجع ورثته على المكفول عنه الا بعد حلول الاجل لان الاجل باق في حق المكفول عنه لبقاء
حاجته اليه وعن زفر لا يحل عوت الكفيل لانه مؤجل على الكفيل أيضاً أما لومات المكفول له فلا
تسقط الكفالة بالنفس كالاتسقط بالمال لان الكفيل موجود على قدرته والوصى أو الوارث يقوم مقام
الميت في المطالبة بذلك (قوله) ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فأنا برئ فدفعه
اليه فهو برئ لانه أي دفع المطلوب هو (موجب التصرف) يعني الكفالة فلا يحتاج في ثبوتها الى
التنصيص عليه كالمالك موجب البيع فيثبت عنده من غير أن يشترط والتحقيق أن موجب الكفالة
وجوب الدفع عند المطالبة وجواز عدها والبرائة موجب الدفع فكانت حكم متعلق موجب
الكفالة فاذا وجد وجدت وقد وجد ان قد فرض الدفع فتثبت من غير حاجة الى اشتراطها وقوله (كما في
قضاء الدين) يعني اذا سلم المديون الدين للدائن ولا مانع من القبض برئ وان لم يقبضه كالغاصب اذا رد
المغصوب على المالك برئ مع أنه جان فهنا أولى والبائع اذا سلم المبيع الى المشتري قال الفقيه أبو الليث
انما ذكر هذا للدفع توهم انه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة الى أن يستوفي حقه لان الكفالة
ما أريدت الائتوني لاستيفاء الحق فمال يستوفيه يجب عليه تسليمه الى أن يستوفيه فأزال هذا الوهم
ببيان أن عقد الكفالة يوجب التسليم مرة لا بقيد التكرار (قوله) ولو سلم المكفول به نفسه من كفالاته
أي من كفالة الكفيل وذلك بأن يقول سلمت نفسي أو دفعت نفسي اليك من كفالة فلان (صح) عن
كفالاته برئ الكفيل بذلك قال شمس الأئمة لانه لم يعلم فيه خلافاً قال المصنف (لانه) أي المكفول

فيؤخذ من تركه ثم ترجع
ورثته بذلك على المكفول
عنه اذا كانت الكفالة
بأمره كما في الحياة واذا
مات المكفول له فلا وصى أن
يطالب الكفيل ان كان له
وصى وان لم يكن فلوارثه
أن يفعل ذلك لقيام كل
منه مقام الميت قال
(ومن كفل بنفس آخر الخ)
ومن كفل بنفس آخر
بالاضافة ولم يقل فاذا دفعت
اليك فأنا برئ فدفعه اليه
برئ لانه يعني البرائة وذكروا
لذلك خبر وهو الموجب
ومعناه الكفالة بالنفس
موجبها البرائة عند التسليم
وقد وجد والتنصيص على
الموجب عند حصول الموجب
ليس بشرط كثبوت المالك
بالشراء فانه يثبت بالشرط
لانه موجب التصرف وكل
الاستماع فانه يثبت بالنكاح
الصحيح لكونه موجباً وكذا
في سائر الموجبات وقال في
النهاية لانه موجب التصرف
أي لان دفع المكفول به الى
المكفول له موجب تصرف

الكفالة بالنفس والموجبات تثبت في التصرف بدون ذكرها صريحاً وليس بشئ لان الكلام في ان البرائة تحصل بدون التنصيص لا دفع
المكفول به الى المكفول له قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير انما أورد هذا النبي الاشتباه لان تسليم النفس محتاج اليه وقتا بعد
وقت حتى يصل اليه حقه فلعل الطالب يقول ما لم أستوف حتى من المطلوب لا يبرأ الكفيل ولكن يقال له قد أوجب على نفسه التسليم ولم
يذكر التكرار اذا وجد التسليم ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين لان الكفيل يبرئ نفسه بابقاء عين ما التزم فلا يتوقف
على قبول صاحبه فالوقوف له بما امتنع عن ذلك ابقاءً لخلق نفسه فيتضرر به الكفيل والضرر مدفوع بقدر الامكان ولو سلم الاصيل نفسه
عن كفالاته أي كفالة الكفيل وقال دفعت اليك نفسي من كفالة فلان برئ الكفيل وصار كسليمه الكفيل لان المكفول به

مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل اذا طواب به فهو يبرئ نفسه عن ذلك بهذا التسليم لكن اذا قال دفعت نفسي من كفالة فلان لان تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين من جهة نفسه ومن جهة الكفيل فلم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ وعلى هذا فماذا كفي النماه من قوله لانه مطالب بالخصومة أي لان المكفول به مطالب بالحضور فلا يكون تسليم نفسه الى الطالب متبرعا فيه نظرا لانه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه عن الكفيل ليبرأ به لان ثمة جهة أخرى كما بينا ولانه يستلزم أن يبرأ الكفيل وان لم يقل عن كفالة فلان وهو خلاف ما في المبسوط والشامل وغيرهما وتسليم وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه كتسليمه قال (وان تكفل بنفسه على انه ان لم يوافق به الى وقت كذا الخ) رجل قال ان لم أوافق بفلان الى شهر فهو ضامن لماعليه وهو أوف فلم يحضره في الوقت المذكور ضمن المال وافاه أي آناه من الوفاء وقيد بقوله لماعليه وهو مفيد لانه ان لم يقبله لم يلزم الكفيل شيء عند عدم الموافقة على قول محمد خلافا لهما وبقوله وهو أوف وهو غير مفيد لانه اذا قال فعلى مالك عليه ولم يسم الكمية جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لا بتناهم اعلى التوسع ولهذا الوفاة كفلت لك بما أدركت في هذه الجارية التي اشتريتها من ذلك صحت وكذلك الكفالة بالشجة (٣٩٦) صحيحة مع انهم لم تعلم هل تبلغ النفس أو لا ثم الحكم في هذه المسئلة شيان أحدهما

صحة الكفالة وفيه خلاف الشافعي رحمه الله والثاني عدم بطلان الكفالة بالنفس عند ادعاء ما تكفل به من المال بعد وجود الشرط والدليل على الاول قوله لان الكفالة بالمال يعني في هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافقة وهو ظاهر لتصرحه بذلك في كفاية الشرط وهذا التعليق يريد به تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافقة صحيح لانه شرط متعارف وسند كذا تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح فاذا صح التعليق ووجد الشرط لزمه المال وعلى الثاني قوله لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة

مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه قال (فان تكفل بنفسه على انه ان لم يوافق به الى وقت كذا فهو ضامن لماعليه وهو أوف فلم يحضره الى ذلك الوقت لزمه ضمان المال) لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافقة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال (ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس) لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما - ما للتوثيق وقال الشافعي لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق بسبب وجوب المال بالخطر فأشبهه البيهقي

(مطالب بالخصومة) وفي بعض النسخ مطالب بالحضور يعني اذا طالب الكفيل فكان بتسليمه نفسه على هذا الوجه مسقطا ذلك عن نفسه اذا طاب له بمجمل الدين الذي عليه فلا يكون متبرعا كالحليل اذا قضى الدين بنفسه يصح قبل الطالب أو لم يقبله (وكذا اذا سلمه رسول الكفيل أو وكيله لقيامهما مقامه) يعني اذا قال سلمت اليك نفسه عن الكفيل بخلاف ما اذا لم يقبل ذلك بل سلم نفسه ولم يزد على ذلك أو سلمه الوكيل ولم يقل ما ذكرنا لا يبرأ الكفيل ولو سلمه أجنبي لا بأمر الكفيل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل بذلك الا ان يقبله الطالب فيبرأ الكفيل حينئذ بخلاف ما لو سكت الطالب فلم يقل شيئا لا يبرأ (قوله فان تكفل بنفسه على انه ان لم يوافق به الى وقت كذا فهو ضامن لماعليه وهو أوف فلم يحضره الى ذلك الوقت فهو ضامن) للالف (لان الكفالة بالمال) في هذا معلقة بشرط عدم الموافقة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة (لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل منهما للتوثيق) ولعله بطالبه بحق آخر فهذا من مطالبان أما الاول فخالف فيه الشافعي فقال لا تصح هذه الكفالة (لانه) أي لان تعليق الكفالة (تعليق بسبب وجوب المال بالخطر فأشبهه البيهقي) فكل لا يجوز تعليق البيهقي كان يقول اذا دخلت الدار فقد بعتمك كذا بما عاينته فقبيل

بنفسه وتقريره ان الكفالة بالنفس لما تحققت حقا للمكفول له لا تبطل الا بما ينافيها من التسليم أو ابراء أو موت وليست الكفالة بالمال منافية لهما - ما لاجتماعهما وان كلا منهما للتوثيق فلا تبطلها وكيف تبطلها وقد يكون له عليه مطالبات أخرى وابطالها يفضي الى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع وعورض بأن الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة بالنفس ووجوب البديل ينافي وجوب البديل منه كما في خصال الكفارة وأجيب بأن بدليتها ممنوعة فان كلا واحد منهما مأمشروع للتوثيق كما مر ككفالة بالنفس بعد تبطلها وان اجتماعهما صحيح والوفاء بهما اذا لزم الواجب بخلاف خصال الكفارة على الصحيح وقال الشافعي هذه الكفالة أي المعلقة بالشرط لا تصح لانه أي تعليق الكفالة تعليق بسبب وجوب المال بالخطر فأشبهه البيهقي في لزوم المال بالعرض بالرجوع على الاصيل اذا كان بأمره وتعليق بسبب وجوب المال بالخطر في البيهقي لا يجوز فكذا ههنا والجواب اننا لانسلم ان فيه تعليق بسبب وجوب المال بالخطر لان الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال السلماه ولكن أشبه البيهقي مطلقا أو من وجهه والاول ممنوع والثاني يفيد المطلوب

(قوله فيه نظرا لانه لا يلزم من انتفاء التبرع الخ) أقول فيه تأمل ثم ان الضمير في قوله فيه نظرا راجع الى ما في قوله فماذا كفي في النهاية

ولنا أنه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث أنه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بطلاق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح شرط متعارف عملاً بالشبهين والتعليق بعدم الموافقة متعارف قال (ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يوافق به غدا فعليه

الآن لا يثبت البيع عند الدخول كذلك هذا (ولنا أنه) أي عقد الكفالة (يشبه البيع) في الانتفاء من حيث ان الكفيل بالامر يرجع على المكفول عنه بما أدى فصار كالمعاوضة (ويشبه النذر) ابتداء (من حيث أنه) تبرع في الابتداء (الترام) المال فبالنظر الى الشبه الاول فقط لا يصح تعليقه وبالنظر الى الثاني فقط يجوز مطلقاً فان النذر يصح تعليقه مطلقاً فلما بالشبهين (فقلنا ان كذا) التعليق (بشرط متعارف) بين الناس أي تعارفوا وتعلقها به (صح) عملاً يشبه النذر وان كان بغير متعارف (ك) دخول الدار و (هبوب الريح) ونحوه لا يجوز عملاً يشبه البيع والتعليق بعدم الموافقة متعارف) ثم ذكر خصوص الكمية في صورة المسئلة وهي الالف اتفاني في التصوير فان الكفالة لا تتوقف صحته على معلومية القدر المكفول به بل لا تضر جهالة المكفول به لو قال كفلت للشيخ كذا عليه صح ومه مائت بالينة انه عليه لزمه وأما الثاني فقد نقل عن الشافعي عدم صحة الكفالتين وهو على خلاف الصحيح عنه بل الكفالة بالنفس جائزة فاما لا تصح الكفالة الثانية للتعليق وأما ثبوت صحته ما لم يقتضى وهو الكفالة بالنفس أو لأم الكفالة بالمال ثانياً معلقة وقد وجد الشرط فتحتم كفاتان متعددتا الواجب لان موجب تلك تسليم النفس وموجب الاخرى تسليم المال وليس اسقاط أحدهما مسقطاً لاخر بل وازان يكون له مال آخر يدعى به غير المال الذي كفل به معلقاً وليس في اللفظ ما يوجب أن التزام الكفالتين على البديل الاول كانت العبارة كفلت بنفسه على أي ان لم يوافق به الى كذا كنت كفيلاً بما عليه بدل نفسه ولم يذكر كذلك بل اللفظ على ثبوت الكفالة بالنفس منجز بقوله كفلت بنفسه وعلى تعليق كفالة أخرى بالمال بعدم الموافقة به وقد وجد الشرط فتثبت الكفالتان ولا يخفى حينئذ انه لو كانت المعلقة عملاً عليه بأن كذل بنفسه على أنه ان لم يوافق به الى كذا فهو كفيل بكل مال عليه ينبغي أنه اذا ثبت له عليه مال قد دفعه ثم اعترف بأنه لم يبق له قبله حق أن تبطل الكفالة بالنفس حينئذ ولو توارى المكفول له عند مجيء الوقت فلم يجده الكفيل ليدفعه اليه وحاق لزوم المال عليه برفع امره الى القاضي لينصب وكيلاً فيسلمه اليه وعلى هذا ما عرى أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام فتوارى حتى كادت تمضي برفع المشتري الى القاضي لينصب وكيلاً عن الغائب ويرد عليه قال الفقيه أبو الليث هذا خلاف قول أصحابنا وانما روى في بعض الروايات عن أبي يوسف ولو فعله القاضي فهو حسن ذكره في الخلاصة وفيها كفيل بنفس رجل على أنه ان لم يوافق به غداً للمال الذي للطالب على فلان رجل آخر وهو كذا على الكفيل جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف الاول وهما ثلاث مسائل احدها أن يكون الطالب والمطلوب واحداً في الكفالتين وانه جائز استحساناً والثانية أن يكون الطالب مختلفاً فيما يقبل الكفالة بالمال سواء كان المطلوب واحداً أو اثنين وان كان الطالب واحداً والمطلوب اثنين فهو المختلف فيه ولو كفل بنفسه الى غداً فان لم يوافق به غداً في المجلس مثلاً فعليه المال الذي عليه واشترط الكفيل على الطالب ان لم يوافق غداً التقبضه متى فأنا برى عنه فالتقيا بعد الغد فقال الكفيل قد وافيت وقال الطالب قد وافيت ولم يوافق أنت لم يصدق واحد منهما فلو أقام المطلوب بينة على الموافقة برئ من الكفالتين وكما كفل على انه ان لم يوافق به فعليه المال فادعى الكفيل أنه وافى به لا يصدق ولو كفل بنفسه وقال فان غاب فلم أوافقك به فأنا صامن بما عليه فهذا على أن يوافق بعد الغيبة (قوله) ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يوافق به غداً فعليه

لانه يشبه البيع من وجه كما هو ويشبه النذر من حيث الالتزام فشبّه البيع يقتضى أن لا يجوز التعليق بالشروط كلها وشبه النذر يقتضى جواز ذلك وأعمال الشبهين أولى فقلنا لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملاً بهما والتعليق بعدم الموافقة متعارف فان الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال بعد الموافقة بالنفس ورجبتهم في ذلك أكثر من رجبتهم في مجرد الكفالة بالنفس قال (ومن كفل بنفس رجل الخ) ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يوافق به غداً فعليه

قال المصنف (ولنا أنه يشبه البيع ويشبه النذر الخ) أقول تعليق النذر بالشرط صحيح قال في البدائع اذا قال ان كملت فلانا فعلى أن أتصدق بهذه الدراهم فكم فلانا واجب عليه أن يتصدق بها انتهى

المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقيق الشرط وهو عدم الموافاة وهذه مسألة الجامع الصغير في وان وافقت مسألة القدوري المذكورة في ان في كل منهما لو جب المال بعدم الموافاة بالشرط لكنهما اعدمها ههنا بالموت وفيما تقدمت بغيره فذكرها بيانا لعدم التفرقة بين عدم الموافاة بالموت وبغيره وفيه شبهة قوية وهي أن الكفالة بالنفس اذا سقطت وجب أن يسقط ما يترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالنكاح كيدلها ليست مقصودة ولهذا اذا وافي بالنفس لم يلزمه المال وقد سقطت اذا سقطت الاولى بالبراء فيجب أن تسقط فيما نحن فيه لان الاولى سقطت بالموت لما تقدم ان الكفيل بالنفس يبرأ بموت المكفول به والا لزم أن يكون ما فرضناه تأكيدا للغير مقصودا بالذات وذلك خلف باطل وأجاب الامام ظهير الدين رحمه الله في فوائده بأن البراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له فبالبراء تنفسخ الكفالة من كل وجه (٣٩٨) وبالموت تنفسخ فيما يرجع الى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل

عن التسليم المستحق بعد الكفالة لان المستحق به تسليم يقع ذريعة الى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم ولا ضرورة الى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق هذا ما ذكره ولا يلزم ضرورة التأكد مقصودا لان المؤكد لم يسقط بالنسبة اليه فهو تأكيدا كما كان فان قيل اذن يتضرر الكفيل وهو مدفوع فلما الاتراحي منه غير مدفوع وقد التزم حيث تيقن باحتمال الموت ولم يستثن فان قيل ترك الاستثناء ظنا منه ان بالموت تنفسخ الكفالة بالنفس فكذا ما يترتب عليها فلماذا عوى منه على خلاف اطلاق لفظه في ان لم يوافق فلا يفيد في اضرار غيره قال (ومن ادعى

المال فان مات المكفول عنه ضمن المال) لتحقيق الشرط وهو عدم الموافاة قال (ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها أول بينهما حتى تكفل بنفسه رجل على أنه ان لم يوافق به غدا فعليه المائة فلم يوافق به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه) لانه علق بالمطلق بخاطر الا يرى أنه لم ينسبه الى ما عليه ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها

المال فان مات المكفول عنه) يعني بعد الغد (ضمن المال) للمكفول له ويرجع على ورثة المكفول به ان كانت الكفالة باذنه فان قيل ينبغي أن لا يجب المال اذا مات المكفول به لأن شرط صحة هذه الكفالة بالمال بقاء الكفالة بالنفس وهي قد زالت بموت المكفول به على ما عرف وصار كما لو أبرأ المكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت أوجب بالفرق بأن البراء وضع لفسخ الكفالة فتفسخ من كل وجه بخلاف الانفساخ بالموت انما هو ضرورة العجز عن التسليم المقيد فيقتصر اذا لضرورة الى تعديها الى الكفالة بالمال وأما جواب المحبوبي والمبسوط بأن صححها بطريق التقديم والتأخير بأن يجعل كأنه كفل بالمال للحال ثم علق ابراءه بعدم الموافاة فخرج عن الظاهر احتياطاً لا يجب للمال لتحقيق الشرط وهو عدم الموافاة ولم يذكري في أكثر نسخ الجامع الصغير لفظ الغد ولهذا لم يذكري في الاسلام والصدور الشهيد وقاضيان فيثبت الفرق بين مسألة الجامع والقدوري بأن هذه مطلقة وتلك مقيدة بالوقت فلذا ذكرها المصنف والوجه أن هذه تفيده فائدة أخرى وهي أن عدم الموافاة اذا كان لعجز الموت لا أثر له ويثبت عنده الضمان وانما كان يتوهم أن العجز الموجب لعدم الموافاة يكون عن نقص من الكفيل بخلاف موت المكفول عنه لانه غلب عن ذلك بأمر سماوي لا حيلة له في دفعه ولا تقصير منه فيه والافكون تلك مقيدة وهذه مطلقة لا يفيد عدم معرفة حكم هذه اذ قد عرف أن المدار وجود الشرط والافرق بين المقيد والمطلق فيه هذا اذا مات المكفول به فلو مات الكفيل قبل مجيء الوقت هل يجب للمال ديناً في تركته اذا مضى الوقت قال ظهير الدين في الاصل اشارة الى أنه يجب فانه قال ان وافي ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل المال وان أبي القبول يجبر عليه لانهم حقا في ذلك وهو أن لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة (قوله ومن ادعى على آخر الخ) صورته في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل لزم رجل الا وادعى عليه مائة دينار بينها أول وبينها أول لزمه ولم يدع مائة دينار فقال له رجل دعوه وأنا كفيل بنفسه الى غدا فان لم وافك به غدا فعلى

على آخر مائة دينار الخ) ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها بأمر حنيفة أو مصرية أو مصرية أو مصرية مائة حتى تكفل بنفسه رجل على أنه ان لم يوافق به غدا فعليه المائة قطعه ولم يوافق به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف آخر وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل به ثم ادعى بعد الكفالة مائة موصوفة بصفة لا تسمع دعواه فلا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة وذلك لوجهين أحدهما ان الكفيل علق في كفالته مالا مطلقاً عن النسبة حيث لم ينسبه الى ما عليه بأمر متردد فيكون وقد لا يكون وهو عدم الموافاة بالمدعي عليه غدا ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان يبين الاحتمال انه لم يلتزم المال الذي هو على المدعي عليه بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة ليرك المدعي عليه في الحال وهذا الوجه منسوب الى الشيخ الامام أبي منصور المازني وهو كما ترى يقتضى أن لا تصح الكفالة وان بين المال وبه صرح المصنف

والثاني ان الدعوى بلا بيان غير صحيحة فلم يجب احضار النفس وحينئذ لا تصح الكفالة بالنفس فلا يصح ما ينبنى عليها وهذا منسوب الى الشيخ الامام أبي الحسن الكرخي وهو يقتضي الصحة اذا كان المال معلوما عند الدعوى (٣٩٩) ولهما ان المال ذكره معرفا لانه قال

ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان فلا يجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما ذابن ولهما ان المال ذكره معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجال في دعاوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه لا يجبر عليه عند وقال لا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد فيلحق بهما الاستيثاق كما في التعزير

مائة دينار فرضي بذلك فلم يوافق به عند اقال عليه المائة الدينار في الوجهين جميعا اذا ادعى ذلك صاحب الحق انه له وهذا قول أبي يوسف وقال محمد ان ادعى ولم يبينها حتى كفل له المائة دينار أو ادعاها به بذلك لم يلتفت الى دعواه وأراد بالوجهين ما ذابن أي ذكر أيها جيدة أو ردية أو وسط أو نحو ذلك أو لم يذكر كذا قيل والأفود أن يراد بالوجهين ما اذا ادعى المائة عينها أو لولا ما ذابن يدعي شيئا حتى كفل له ثم ادعى المقدر الذي سماه الكفيل لمحمد وجهان أحدهما أنه علق التزام مال مطلق بخطر هو عدم الموافقة اذ لم ينسب المائة الى ما عليه وهو رشوة على أن يترك المطلوب في الحال فلا يصح التزام هذا المال أو كلامه يحتمل ذلك كما يحتمل ما يدعيه فلا يثبت ذلك بالشك وعلى هذا الوجه عول أبو منصور المتريدي وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس الثاني أن الكفالة بالنفس باطلة لان صحته موقوفة على صحة الدعوى (ولم تصح) مع جهالة المدعي به (من غير بيان فلم يجب احضار النفس فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح بالمال لانه بناء عليه) واذا لم تصح الاولى لم تصح الثانية وعلى هذا الوجه عول الكرخي وهو مبطل للكفالتين قال المصنف (ولهما أن المال ذكره معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجال في دعاوى) قبل الحضور الى مجلس القاضي احتراز عن حمل الخصوم ثم يقع البيان فيه (فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فيتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها) صحة (الثانية) ونحن قد أسميناك عبارة الجامع الصغير والمال منكر فيه حيث قال فعلى مائة دينار وكذا ذكر غير واحد وكذا في المبسوط فالوجه أن يترك المقدمة الاولى ويقال انه اذا ظهرت الدعوى بألف ظهر انه أراد الالف التي سيدعيها كما نبان الكفيل كان يدري خصوص دعواه تصح كالكلام العاقل ما أمكن فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر وحاصل هذا أن الالف كحال صدورهما بالفساد بل الامر موقوف على ظهور الدعوى بذلك القدر فاذا ظهرت ظهر أنه انما كفل بالالف المدعي به وفي الخلاصة قال اذا كفل بنفس رجل على انه ان لم يوافق به غدا فعليه ألف درهم ولم يقل التي عليه فغضى غد ولم يوافق به ولا يقول لاشي على والطالب يدعي ألفا والكفيل ينكر وجوبه على الاصيل فعلى الكفيل ألف درهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد لاشي عليه وهذا يقتضي أن الحاصل ان أبا حنيفة وحده ويستفاد من أن الالف يجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وان كان الكفيل ينكر وجوبه على الاصيل وسنذكر ما يظن فيها (قوله) ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رضي الله عنه قال المصنف (معناه لا يجبر) على اعطاء الكفيل (عنده) وقال لا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد (وفي القصاص) لانه خالص حق العبد) ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك وفيه حق الله لاخلاء الارض عن الفساد

فعلى المائة فينصرف الى ما عليه وتكون النسبة موجودة فخرج عن كونه رشوة فكان المال معلوما والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لتكونها مبنية على الاولى وهذه التكنة في مقابلة التكنة الاولى لمحمد وقوله والعادة جرت في مقابلة الثانية وتقرر بيان المال اذ لم يكن معلوما لأبأس بذلك لأن العادة جرت بالاجال في دعاوى في غير مجلس القضاء دفعا لحيل الخصوم والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فكان انه أراد المائة المطلقة في الابتداء الاخرة وعلى هذا صحت الكفالة بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله في هذا البيان لانه يدعي صحة الكفالة قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس الخ) من توجه عليه الحد أو القصاص اذا طلب منه كفيل بنفسه بأن يحضره في مجلس القضاء لاثبات ما يدعي المدعي عليه فامتنع عن اعطائه لا يجبر عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجوز

اجبار الكفالة بخذف المضاف واسناد الجواز الى الكفالة مجاز وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد فيجبر عليها كما في سائر حقوقهم وفي القصاص لانه خالص حق العبد أي لان

(قوله وفي القصاص لانه خالص حق العبد) أقول معطوف على قوله لا يجبر في حد القذف

المغلب فيه حق العبد على الخلوص لما عرف أن القصاص مشتمل على الحقين وحق العبد غالب وليس تفسير الجبر ههنا الجنس بل الامر بالالزامه بأن يدور الطالب مع المطلوب أينما دار كي لا يتعيب فاذا انتهى الى باب داره وأراد الدخول يستأذنه الطالب في الدخول فان أذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وان لم يأذنه بالدخول يجلسه على باب داره وينعه من الدخول بخلاف الحدود الخاصة لله كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا تجوز الكفالة بها وان طابت نفس الكفيل به سواء أعطاها قبل إقامة البينة أو بعدها أما قبل إقامتها فلا أن أحد لم يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا تسمع دعوى احد في الزنا وشرب الخمر فهذا لم يكفل بحق واجب على الاصل وبعد إقامة البينة قبل التعديل (٤٠٠) يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا حاجة الى أخذ الكفيل (ولابي حنيفة رحمه الله

قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد من غير العبد منه وبين ما هو خالص حق الله قبل هذا من كلام شرح لامن كلام النبي صلى الله عليه وسلم ذكره الخصاص في أدب القاضي عن شرح وقال الصدر الشهيد في أدب القاضي روى هذا الحديث مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم (ولان مبني الحدود والقصاص على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بالتكفيل) فان قيل حبس باقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس أتم من أخذ الكفيل أجيب بأن الحبس للتممة على ما يذكره لا للاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرى بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير) فانه محض حق العبد

بخلاف الحدود الخاصة لله تعالى ولابي حنيفة رحمه الله عليه الصلاة والسلام لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبني الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرى بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير (ولو سمعت نفسه به يصح بالاجماع) لانه أمكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم ومعنى الجبر ليس أنه يجبس حتى يعطى بل يلزمه ولا يدعه يدخل بيته الا وهو معه أو يجلس معه خارج البيت أو يعطى كفيلا (بخلاف الحدود الخاصة حق الله) كحد الزنا والشرب لا تجوز الكفالة وان طابت نفس المدعى عليه باعطاء الكفيل بعد الشهادة وقبله الا قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا يسمع دعوى أحد في الزنا والشرب فلم تقع الكفالة بالنفس لحق واجب على الاصل وبعد إقامة البينة قبل التعديل أو شهادة واحد عدل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا معنى للكفالة بخلاف ما فيه حق العبد فان حضوره مجلس الحكم مستحق عليه بمجرد دعوى القذف والقذف حتى يجبره القاضي على الحضور ويجوز بينه وبين أشغاله فصحة الكفالة باحضاره وأورد عليه ينبغي أن لا يحبس بذلك لان معنى الاستيثاق فيه أكثر أوجب بأن الحبس في هذا ليس للاحتياط لا ثبات الحد بل لثمة الأعادة والفساد تعزير أو اذا لم يكفل به ماذا يصنع قال يلزمه الى وقت قيام القاضي عن المجلس فان أحضر البينة فيها والاخلى سبيله وروى عن أبي يوسف في الذي يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلاة قال أحبسه وأؤذبه ثم أخرجه ومن يتم بالقفل والسرقة وضرب الناس فاني أحبسه وأخلده في السجن الى أن يتوب لان شر هذا على الناس وشر الاول على نفسه (ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد) رواه البيهقي وقال تفرده عمر بن أبي عمر الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وهو من مشايخ بنية المجهولين ورواه ابن عدى في الكامل عن عمر الكلاعي وأعله به قال مجهول لا أعلم روى عنه غير بنية كما روى عن سائر المجهولين (ولان مبني الكل) يعنى الحدود الخاصة حق الله تعالى والتي فيها حق العبد كالقصاص (على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرى بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير) حيث يجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيه بنفسه هذا (ولو سمعت نفسه) أي نفس المطلوب (باعطاء الكفيل بلا جبر) يعنى في حد القذف والقصاص (جاز لانه أمكن ترتيب موجبه عليه) وهو تسليم النفس (لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم) ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة اذا سمع بها في الحدود الخاصة حق الله لان تسليم النفس واجب فيها لكن نص في الفوائد الخبازية والشاهسية على أن ذلك في الحدود التي فيها العباد حق كحد القذف لا غير كما ذكرناه من قريب ولانه معارض بوجوب الدرء

يسقط باسقاطه وثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة ويحلف فيه فيجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيه كافي (ولا الاموال) (ولو سمعت نفسه) أي لو تبرع المدعى عليه باعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في القصاص (وحد القذف صح بالاجماع لانه أمكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل وتحقق معنى الكفالة وهو الضم) وألحق الامام المحبوبي حد السرقة بمحد القذف على المذهبين

قال المصنف (قوله قيل هذا الى قوله مرفوعا) أقول القائل هو الاتماني وقال في شرحه ولفظ دفعه تقرر (قوله بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرى بالشبهات) أقول تأمل في هذا التعليل كيف يثبت المعلل

قال (ولا يجبس فيها حتى يشهد شاهدان الخ) لا يجبس الحاكم في الحدود من وجبت عليه وفي بعض النسخ فهم أي في حد القذف والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه أي يعرف الحاكم كونه عدلاً لأن الحبس ههنا للثمة أي لثمة الفساد لا للثبات المدعى لأنه يحتاج إلى حجة كاملة والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة أما العدد أو العدالة لأن الحبس للثمة من باب دفع الفساد وهو من باب البيانات والبيانات تثبت بأحد شطريهما وقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً بالثمة بخلاف الحبس في باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت إلا بحجة كاملة وحاصل الفرق أن ما كان الحبس فيه أقصى عقوبة تكفي في الأموال إذا ثبتت وعدم موجبات السقوط وامتنع عن الإبقاء لا يجبس فيه إلا بحجة كاملة وما كان أقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحودود والقصاص فإن الأقصى فيها القتل أو القطع أو الجلد جاز الحبس قبل ثبوته للثمة ولقائل أن يقول الحبس للثمة قبل ثبوت المدعى بالحجة ينافي الدرء بالشبهات والدرء ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم ادروا الحدود بالشبهات وبالاجماع على ذلك فيتبني الحبس للثمة ويمكن أن يجاب عنه بأن يحمل قولهم للثمة على أن المراد به اتهام الحاكم أيضاً بالثمة أو ببيان أن (٤٠١) الدرء ما موربه والترك والتمتاون حرام

لافضائه إلى فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه فإذا وجد أحد شطري الشهادة ولم يجبس الحاكم اتهم بأنه متماون في ذلك وهو فادح في عدلته والإبقاء من أمثاله ما موربه فيحبس بأحد شطري الشهادة إذا اتهم المدعى عليه بالفساد دفعاً للثمة عن الحاكم والحبس من النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك وقع تعليماً للجواز حيث لم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ممن يتهم بذلك ثم إذا سمع الحجة الكاملة تحمّل الدرء والله أعلم بالصواب وذكر في كتاب أدب القاضي لا يجبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد عندهما لأن أخذ الكفيل لما جاز عندهما جاز أن

قال (ولا يجبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) لأن الحبس للثمة ههنا والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة أما العدد أو العدالة بخلاف الحبس في باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت إلا بحجة كاملة وقد كرر في كتاب أدب القاضي أن على قوله لا يجبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد حصول الاستيقاق بالكفالة قال (والرهن والكفالة جائزان في الخراج) لأنه دين مطالب به يمكن الاستيقاق

(ولا يجبس في الحدود حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) أنه عدل لتبني المجهول (لأن الحبس ههنا للثمة) للاستيفاء الحد (والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة أما العدد أو العدالة) فإذا وقعت التهمة حبس بالنص وهو ما روي من حكيم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً بالثمة وقدمنا تخريج الكلام فيه في الحدود (بخلاف الأموال لأن الحبس أقصى عقوبة فيه) أي في المال فإنه لو ثبت المال بالبيننة العادلة وامتنع من الإبقاء يجبس فكان أقصى عقوبة فيها أما الحدود والقصاص فأقصى العقوبة فيها القتل والحبس نوع عقوبة فجاز أن يعاقب بالحبس قبل ثبوت الحدود والقصاص وفي الصحاح والمغرب التهمة بالتحريك وأصل التأنيق وهو من أسمى أهمة وهم من باب ضرب أي وقع في خلدي والوهم ما يقع في القلب من الخاطر واتهمت فلانا بكذا أو الاسم التهمة بالتحريك أصله واتهمت كذا أو تكلمت أصله أو تكلمت بمعنى اعتمدت قلبت الواو لأنه لا تكسار ما قبلها ثم أبدلت منها وأدغمت في تاء الافتعال قال المصنف (وذكر في أدب القاضي أن على قوله لا يجبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد حصول الاستيقاق بالكفالة) إذ هما بقول الجواز الكفالة فيحصل بها المقصود فكان عنهما روايتان في رواية يجبس ولا يكفل وفي أخرى يكفل ولا يجبس لحصول المقصود بأحدهما ويجمع بينهما ما بأن المراد بالأولى لا يجبس أن لم يقدر على كفيل وبالتالي يكفل بلا حبس إن قدر على الكفيل ولا يخفى أن المراد بالحدود حد القذف والقصاص (قوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج) لأن الكفالة ضم في المطالبة بالدين والخراج دين مطالب به من جهة العباد

(٥١ - فتح القدير خامس) يستوثق به فيستغنى عن الحبس وقبل معنى كلامه أن في الحبس في الحدود والقصاص عنهما روايتين في رواية يجبس ولا يكفل وفي رواية أخرى عكسه لحصول الاستيقاق بأحدهما وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء لا محالة قال (والرهن والكفالة جائزان في الخراج الخ) أو رده هذه المسئلة ههنا دفعاً لما عسى يتوهم أن أخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلوات دون الديون المطلقة فإن مهمة الكفالة تقضي ديناً مطالباً به مطلقاً والخراج كذلك

(قوله أي لثمة الفساد لا للثبات المدعى) أقول لا يظهر للثبوت (قوله ينافي الدرء) أقول لا نسلم ذلك وإنما ينافيه لو كان وضع الحبس للاستيقاق ككافي التكفيل وليس كذلك بل الحبس يكون للتقرير وما نحن بصدد ذلك وقد صرحوا في الوصايا وغيرها بأن الاعتبار للوضويعات الأصلية فلا حاجة إلى ما ذكره في معرض الجواب مع اشتماله على ما لا يخفى فليتأمل (قوله ثم إذا سمع الحجة الكاملة تحمّل الدرء) أقول فينبغي أن يكون الاتهام أكثر فليتأمل (قوله وقيل معنى كلامه) أقول القائل هو الكافي (قوله أو رده هذه المسئلة ههنا الخ) أقول أنت خير بأنه لا يدل على وجه إيرادهما في أثناء مسائل الكفالة بالنفس وهل المهم بيانه إلا ذلك ولكن الظاهر أن المراد أن الكفالة بالنفس جائزة في الخراج وإن كان المفهوم من الشرح الكفالة بالخراج والامر هين.

الاترى أنه يحبس به ويمنع وجوب الزكاة ويلزم من عليه لاجله فصحت الكفالة عنه وانما قبل مطلقا يعنى في الحياة والمات احتراماً عن الزكاة فانها يطالب بها أما في الاموال الظاهرة فالطالب هو الامام وأما في الباطنة فلا كهالكونهم نواب الامام والكفالة بها لا يجوز لانها غير مطالب بها بعد الموت ولما كان الرهن توثيقاً كالكفالة استطرذاً كره في باب الكفالة فقوله (لانه دين مطالب به) اشارة الى صحة الكفالة فان كل دين صحيح تصح المطالبة به في الحياة والمات تصح الكفالة به بالاستتراء ولو لم يوجد ما شرع الكفالة لاجله فيه وقوله (يمكن الاستيفاء) اشارة الى صحة الرهن فانها تعتمد امكن الاستيفاء لكونه توثيقاً يجنب الاستيفاء فيرتب موجب العقد في الرهن والكفالة عليه قيل في كلام المصنف الف وشر مشوش ولا بعد في قصده ذلك قال (ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه الخ) تعدد الكفلاء عن شخص واحد صحيح كفلاً بجملة أو على التعاقب (٤٠٢) لان موجب عقد الكفالة التزام المطالبة أى أن يلتزم الكفيل ضم ذمته الى ذمة

الاصيل في المطالبة بأن يكون مطلوباً باحضار المكفول عنه كما انه مطلوب بالحضور بنفسه ولهذا قلنا ان ابراء الكفيل لا يرتد برده لرجوعه الى الزام من له الطلب على الطلب وهو خلف باطل والمقصود بشرع الكفالة التوثيق وبالثانية يزداد التوثيق وما يزداد به الشيء لا ينافيه البتة فكان المقتضى لجوازه موجوداً والمنازع منتفياً فالقول بامتناعه قول بلا دليل واذا صحت الثانية لم يبرأ الاول لانا انما صححناها ليزداد التوثيق فالو برئ الاول ما زاد الامتناع فما فرضناه زيادة لم يكن زيادة هذا خلف باطل وقال ابن ابي ليلى يبرأ الكفيل الاول لان التسليم لماوجب على الثاني فلوقتي واجبا على الاول كان واجبا في موضعين

فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال (ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفلاً آخر فهما كفيلان) لان موجب التزام المطالبة هو متعددة والمقصود التوثيق وبالثانية يزداد التوثيق ولا يتنافيان (وأما الكفالة بالمال فخاتمة معلوماً كان المكفول به أو مجهولاً اذا كان ديناً صححنا مثل أن يقول تكفلت عنه بألف أو بمالك عليه أو بما يدرك في هذا البيع) لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة

حتى يحبس به ويلزم ويمنع من وجوب الزكاة فصحت الكفالة به والرهن لاستيفاء الدين منه والخراج يمكن استيفاءه من الرهن (فأمكن ترتيب موجب العقد) أى كل من عقد الكفالة وهو مطالبة الكفيل وعقد الرهن وهو الاستيفاء للخراج من الرهن فصح كل من عقد الكفالة والرهن به وظهر بما قررناه ان قوله مطالب به يمكن الاستيفاء ونشر فالمطالبة ترجع الى الكفالة والاستيفاء يرجع الى الرهن وانما نص على خصوص هذا الدين لدفع توهم أنه لا تجوز الكفالة به لان الخراج في حكم الصلوات ووجوبه لحق الشرع كالزكاة لكن لما كان ملازماً للوازم الدين كاذكر ناصح العقدان المذكوران بخلاف دين الزكاة فإنه وان كان له مطالب من العباد وهو الامام في الاموال الظاهرة والمالك في الباطنة لا تصح الكفالة به فانه ليس حقيقة الدين لان حاصله ايجاب عليك طائفة من المال شكر الله على نعمة الغنى ولذا لا يؤخذ من تركته جبراً للورثة عندنا ولم يخص كونه له مطالب من العباد عن شبهة عدم ذلك فان المالك للعين يتحقق مطالباً من جهة العباد حقيقة بل حقيقة ذلك أن يكون غير المالك مطالباً بالمالك فالمالك مطالب بفتح الام ليس غير ومطالبة الامام ليس لا يصل المستحقين الى املاكهم بل الى ما يستحقون لا بطريق المالك بخلاف سائر الديون فانها مملوكة (قوله ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلاً آخر) بنفسه جاز (وهما كفيلان) بالنفس (لان موجب التزام المطالبة) وجاز تعدد الملتزمين به لزيادة التوثيق ثم اذا أسلم أحدهما بنفس المكفول به لا يبرأ الآخر بالاجماع بخلاف الكفالة بالمال ان كفلاً او ما يطول كل بما يخصه أو على التعاقب جازت مطالبة كل واحد بالكل مثلاً كفل ثلاثة معاً بألف لا يطالب أحدهم الا بثلاثها ولو كفلاً بها على التعاقب طول كل واحد بالالف وأهم قضى سقطت عن الباقي (قوله وأما الكفالة بالمال) هو عدل قوله أول الباب الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال من حيث المعنى فان المعادلة

وهو بناء على أصله ان الكفيل اذا كفل بالدين برئ المطلوب فكذلك ههنا والجواب ان ذلك يخالف الحقيقة اللغوية الصريحة والاصل موافقتها وبغضى الى عدم التفرقة بين الكفالة والخوالة فان فيها ايبرأ المحيل وذلك باطل ثم اذا أسلم أحد الكفيلين نفس الاصيل الى الطالب برئ دون صاحبه قال (وأما الكفالة بالمال فخاتمة الخ) لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال وهي جائزة سواء كان معلوماً كقوله تكفلت عنه بألف أو مجهولاً ولا كقوله تكفلت عنه بمالك عليه أو بما يدرك في هذا البيع يعنى من الضمان بعد ان كان ديناً صححاً لان مبنى الكفالة على التوسع فانما تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به بسيرة وغيرها بعد ان كانت متعارفة

قال المصنف (فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما) أقول قال الاتقاني الضمير في عليه راجع الى الخراج وفي فهم ارجع الى الكفالة والرهن انتهى والظاهر أن ضمير عليه للعقد وضمير فيهما للكفالة والرهن بالخراج (قوله قيل في كلام المصنف الف ونشر مشوش) أقول القائل هو الاتقاني (قوله لرجوعه الى الزام من له الطلب الخ) أقول فيه تأمل

وقوله (وعلى الكفالة بالدرك) بفتح الراء وسكونه وهو التبعة دليل على جوازها بالجهول وفيه اشارة الى نفي قول من يقول ان الضمان بالجهول لا يصح لانه التزام مال فلا يصح مجهولا كالتن في البيع وقلنا الضمان بالدرك صحيح بالاجماع وهو ضمان بالجهول وصار الكفالة بمال مجهول كالكفالة بشجرة أى شجرة كانت اذا كانت خطأ فأنها صحيحة وان كانت بمجهول (٤٠٣) لاحتمال السراية والاقصا

وانما قيل خطأ لانها اذا كانت عمدا وقد سرت وكانت الشجرة بآلة جارحة فانها توجب القصاص والكفالة به لا تصح ولما مر ذلك في كلامه لم يحتاج الى التقييده (وشرط أن يكون

المكفول به ديناً صحيحاً) وفسره بأن لا يكون بدل الكتابة لانه ليس بدين صحيح اذ الدين الصحيح هو الذي له مطالب من جهة العباد حق لنفسه والمطلوب لا يقدر على اسقاطه من ذمته الا بالانفاء وبذل الكتابة ليس كذلك لاقتدار المكاتب أن يسقط البديل بتجزئه نفسه وقيل لان المولى لا يجب له على عبده شئ فيطالب به به قال (والمكفول له بالخيار الخ) المكفول له مخير بين أن يطالب الذي عليه الاصل أى الدين ويسمى الدين أصلاً لان المطالبة مبنية عليه فان مطالبة الدين بغير دين غير متصور فكانت المطالبة فرعا وهذا التخيير بناء على ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وذلك يقتضى قيام الاول لبراءة عنها الا اذا شرطت البراءة

وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل لشجرة صحت الكفالة وان احتملت السراية والاقصا وشرط أن يكون ديناً صحيحاً ومراده أن لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك في موضعه ان شاء الله تعالى قال (والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي علمه الاصل وان شاء طالب كفله) لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضى قيام الاول لبراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فينبئنا ذلك بتعقد حوالة اعتباراً للمعنى كأن الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة (ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما) لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار تضمين أحد الغاصبين لان اختياره أحدهما

الصريحة لو قال أما المالك فإله بالنفس وهو ما قاله فالكفالة بالنفس الخ والكفالة بالمال عندنا جائزة وان كان المال المكفول به مجهول المقدار وبه قال مالك وأحمد والشافعي في القديم وقال في الجديد هو وابن أبي امية والليث وابن المنذر لا تجوز بالجهول لانه التزام مال مجهول فلا يجوز للابدن تعيينه لوقوع المالكات في مبادلة المال بالمال والكفالة عقد تبرع كالنذر لا يقصد به سوى ثواب الله أو رفع الضيق عن الحبيب فلا يباي بما التزم في ذلك ويدل على ذلك اقدمه بلا تعيينه للمقدار حين قال ما كان عليه فعلى فكان منها التوسع فتحملت فيها الجهالة ومن آثار التوسع فيها جواز الكفالة بشرط الخيار عشرة أيام بخلاف البيع وما فوض به من انه لو قال أنا ضامن لك ببعض مائة على فلان فإنه لا يصح ممنوع بل يصح عندنا والخيار للضامن وبإلزام أن يبين أى مقدار شاء (وعلى ضمان الدرك اجماع) وضمن الدرك أن يقول للمشتري أنا ضامن للثمن ان استحق المبيع أحد مع جواز أن يظهر استحقاق بعضه أو كله وقد نقل نص الشافعي رضى الله عنه على جواز ضمان الدرك وأما الاستدلال بقوله تعالى ولمن جاءه حمل بغيره رأياً به زعيم على أن شرع من قبلنا شرع لنا اذا قصه الله تعالى ولم يعقبه بانكار فيمكن أن يدعى أن حمل البعير كان مقدراً معيناً كما يتعارف في زماننا أن الحمل الصادر رسماً ثمرة طر فلا يتم الاستدلال به (وصار كما لو كفل بشجرة) أى خطأ فان العمد على تقدير السراية يجب القصاص اذا كانت بآلة جارحة ولا كفالة بالقصاص وانما كانت خطأ ففي الكفالة بها جهالة المكفول به فانها ان سرت الى النفس وجب دية النفس والافارش الشجرة ومع ذلك صح وقد منان المراد من الدين الصحيح ما لا يكون بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح لان العبد متمكن من اسقاط هذا الدين بنفسه بأن يعجز نفسه ولانه للسيد على عبده وولادته يثبت للسيد على عبده وكذا يحترزه عن دين الزكاة فانه دين حتى يمنع وجوب الزكاة لكنه ليس حقيقة الدين من كل وجه لما ذكرنا والدرك التبعة وفيه فتح الراء وسكونها (ثم المكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي علمه الدين وان شاء طالب الكفيل) وهو قول أكثر أهل العلم وعن مالك لا يطالب الكفيل الا اذا تعذرت مطالبة الاصيل (وله مطالبتهما) جميعاً لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة وذلك يسوغ مطالبتهما أو مطالبة أيهما شاء الا اذا شرط في الكفالة براءة الاصيل فينبئنا ذلك بطالب الاصيل بناء على أنها حينئذ حوالة عقدت بلفظ الكفالة تجوز بها فيما فجرى حينئذ أحكام الحوالة كأن الحوالة بشرط أن لا يبرأ الاصيل تتعقد كفالة اعتباراً للمعنى فيما (بخلاف المالك) المغصوب منه (اذا اختار تضمين أحد الغاصبين) يعنى المأصوب والغاصب الغاصب اذا قضى القاضى عليه بذلك ليس له أن يضم الآخر (لان اختياره) تضمين (أحدهما) أى ان قضى القاضى عليه

قتصر حوالة اعتباراً للمعنى كأن الحوالة بشرط أن لا يبرأ المحيل تكون كفالة فعلى هذا أنه يطالبهما جميعاً ومتعاقباً بخلاف المالك اذا اختار أحد الغاصبين أى الغاصب والغاصب الغاصب فانه اذا اختار تضمين أحدهما لا يقدر على تضمين الآخر لانه اختياره أحدهما

(قوله ولما مر ذلك) أقول فيه بحث (قوله وقيل لان المولى الخ) أقول فيه شئ وبندفع بقولنا قياساً نامل

يتضمن التملك منه فلا يمكنه التملك من الثاني أما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التملك فوضع الفرق قال (ويجوز تعليق الكفالة بالشروط) مثل أن يقول ما بيعت فلانا فعلى أو ما ذاب لك عليه فعلى أو ما غصبك فعلى والاصل فيه قوله تعالى ولن جاءه جمل بعير وأنا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقه بالشروط مـ لا ثم لها مثل

(يتضمن التملك منه) فيبر الأخر بالضرورة بخلاف المطالبة عن الكفالة لا تقتضى التملك ولو قضى عليه ما لم توجد حقيقة الاستيفاء (قوله) ويجوز تعليق الكفالة بالشروط) مثل أن يقول ما بيعت فلانا فعلى وما ذاب لك عليه أى ما وجب وثبت فعلى من ذوب الشحم لان المعنى ان يباعته فعلى ذلك البيع وان ذاب لك عليه شئ فعلى وكذا ما غصبك فعلى واذا صحت فعليه ما يجب بالمبايعه الاولى فلو يباعه مرة بعد مرة لا يلزمه ثمن المبايعه الثانية ذكره في المجرى عن أبي حنيفة نصا وفي نوادر أبي يوسف برواية ابن سماعة يلزمه كله ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبايعه صح حتى لو بايع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شئ وقيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه - مع - لو ما فان جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة لجهالة المكفول في الاضافة ولو قال ما بيعت من الناس فعلى ضمنا فهو باطل اتفاحش الجهالة بجهالة المكفول عنه وبخلاف انفراد جهالة المكفول به فانها حينئذ قليلة تتحمل والحاصل ان جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقا و جهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا و جهالة المكفول عنه في التعليق والاضافة تمنع صحة الكفالة وفي التخيير لا تمنع مثال ذلك لو قال ما ذاب لك على أحد من الناس أو ما بيعت أحد فهو على لا تصح لجهالة المضمون عنه في الاضافة وكذلك لو قال ما ذاب لأحد عليك فهو على لا تصح لجهالة المكفول له ولو قال ما غصبك فلان أو سرقك فعلى جاز لا تنفأهما ومن المثل ما غصبك أهل هذه الدار فأنا له ضامن لا تصح الكفالة كأنه قال ما يجب لأعلى واحد من الناس فعلى وفيه لا تصح لجهالة المكفول عنه ومن بايع فلانا اليوم من يبيع فعلى لا يلزم الكفيل شئ لجهالة المكفول له لانه ضمن لواحد من الناس بخلاف ما لو قال لجماعة حاضر من ما يبيعتموه فعلى يصح فأبهم يباعه لزم الكفيل لانه ضمن لمعينين وحينئذ يجب كون أهل الدار في المسئلة التي قبلها ليسوا معينين مع لومين عند المخاطبين والافلا فرق ومنه ما لو قال لرجلين كذلت اهدأ بعالي على فلان وهو آفأ وله ذاب بعالي عليه فهو باطل لجهالة المكفول له ولو قال لرجل كذلت بعالي على فلان أو ما ذاب لك على فلان رجل آخر جاز لانها جهالة للمكفول عنه في غير تعليق ويكون الخيار للكفيل فيحتاج الى فرقين فرق بين المكفول له وعنه في التخيير حيث يصح مع جهالة المكفول عنه دون المكفول له و فرق بين المكفول عنه في التخيير والاضافة حيث يصح في التخيير دون الاضافة أما الاول فماذا كرفي الذخيرة ان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع والمكفول له كالبائع لانه تملك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل فلا بد من التعيين ولا يصح بدون قبول المشتري وقبوله يستلزم تعيينه فكانت جهالة الطالب مانعة جوازها بجهالة المشتري مانعة للبيع والكفالة في حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعناق حيث صح من غير قبوله وأمره فلا تمنع جهالته جوازها كما لا تمنع جهالة المعتق جواز العتق وأما الفرق بين جهالة المكفول عنه في الارسال والتعليق ان القياس بأبي حوازاضافة الكفالة لانها تملك في حق الطالب وانما يجوز استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما فاذا كان مجهولا يبقى على القياس وحاصل هذا أن الما بطل هو الاضافة لجهالة المكفول عنه اذا عرف هذا جئنا الى مسئلة الكتاب فاستدل المصنف وأكثر الاحصاب بقوله تعالى ولن جاءه جمل بعير وأنا به زعيم ونقل عن أبي بكر الجصاص تضعيف الاستدلال به لجواز أن يكون لبيان العمالة لا الكفالة وكذا قال أصحاب الشافعي لان هذا القائل ضامن عن نفسه وهذا حال المستأجر لانه ضامن للأجرة عن نفسه بحكم الاجارة لا الكفالة

يتضمن التملك اذا قضى للقاضي بذلك فلا يتمكن من التملك من الثاني أما المطالبة بالكفالة فلا تتضمن التملك قال (ويجوز تعليق الكفالة بالشروط الخ) يجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم مثل

أن يكون شرطاً وجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع أو لا مكان الاستيفاء مثل أن يقول إذا قدم زيد وهو المكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة أو إذا مات ولم يدع شيئاً أو إذا حل مالك عليه ولم يوف به فعلى ولا يجوز بشرط مجرد عن الملازمة كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر وقيد بكون زيدا كقولنا لا يبيع إلا إذا كان أجنبياً كان التعليق به كما في هبوب الريح واستدل بقوله تعالى وإن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم فإن منادى يوسف عليه السلام علق الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو الجحى بصواع الملك وكان نداهه بأمر يوسف عليه السلام وشريعة من قبلنا ثم ربيعة لنا إذا قصم الله ورسوله من غير انكار وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قال بعض الشافعية ان هذه الآية محمولة على بيان العمالة بان يأتي به للبيان الكفالة فهو كقول من أبق عبده من جاء به فله عشرة فلا يكون كفالة لان الكفالة انما تكون إذا التزم عن غيره وههنا قد التزم عن نفسه والثاني ان الآية متروكة الظاهر لانها اشتملت على جهالة المكفول له وهي تبطل الكفالة والجواب عن الاول ان الزعيم حقيقة في الكفالة والعمل بهامهما ممكن واجب فكان معناه والله أعلم أن يقول المنادى للغير ان الملك يقول لمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم بذلك فيكون ضامناً (٤٠٥) عن الملك لا عن نفسه فتتحقق حقيقة الكفالة وعن

أن يكون شرطاً وجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع أو لا مكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر

وضمن العمالة على هذا الوجه جائز لكن أبق عبده فقال من جاء به فله كذا والدليل على انه ليس من باب الكفالة بل هو من العمالة ان المكفول له في الآية مجهول ولا كفالة مع جهالته الا في مسألة واحدة سنأتي وعامة المشايخ قالوا الاستدلال به صحيح فان الزعيم حقيقة الكفيل والمؤذن انما نادى العبر عن غيره وهو الملك فان المعنى الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير لانه انما نادى بأمره ثم كفل عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه الا أن فيه جهالة المكفول له فقد اشتملت على أمرين جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجوازها مضافة وقد علم انتساخ الاول بدلالة الاجماع على منعها مع جهالة المكفول له وهو لا يستلزم نسخ الآخر كما قلنا بجواز الكفالة عن الميت المفلس وبطلانها مع جهالة المكفول له وغيبته لحديث أبي قتادة في قصة الميت المدون بدرهمين فقال على هما على فصر على علمه الصلاة والسلام عليه فدل على جواز الامرين ثم قام الدليل على انتساخ أحدهما وهو جوازها مع غيبة المكفول له ولم يتم على الآخر وهو الكفالة عن الميت المفلس ولولم يتم هذا كفي ما تقدم من المعنى فيها ومن الاجماع على صحة ضمان الدرل وما كان اضافة الكفالة على خلاف القياس لما ذكرنا من شبهه بالبيع الى آخر ما تقدم اقتصر على ما يناسب مورد النص وهو أن يكون شرطاً ملائماً وملازمة الشرط بأحد ثلاثة أمور أحدها أن يكون سبباً للزوم الحق وهو الذي عبر عنه المصنف (أن يكون شرطاً وجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع) فان استحقاقه سبب وجوب الثمن على البائع لثبته ومن هذا القبيل ما في الآية فان الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو الجحى بصواع الملك فانه سبب وجوب الجعل الثاني (أن يكون شرطاً لا مكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم فلان وهو مكفول عنه) فان قدمه سبب موصل للاستيفاء منه الثالث (أن يكون سبباً لتعذر الاستيفاء مثل ان غاب عن البلد) أو هرب أو مات ولم يدع شيئاً ومن

حقيقة الكفالة وعن الثاني بان في الآية أمرين ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له وضافته الى سبب الوجوب وعدم جواز أحدهما بدليل لا يستلزم عدم جواز الآخر فان قلت ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له فان الاولى لا تمنع الجواز أصلاً والثانية تمنعه اذا كانت الكفالة مضافة كقوله تكفلت بما بايعت أحداً من الناس والثالثة تمنعه مطلقاً فالجواب ان الاولى منصوص على جوازها لانه قال تعالى حمل بعير وهو غير مع لوم لانه يختلف باختلاف البعير فلم تمنع

مطلقاً والثانية انما تمنعه لا بسبب الاضافة لانه جهالة فان الكفالة المضافة الى المستقبل بأبي القياس جوازها على ما يأتي وانما جوزت استحساناً للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول منه معلوماً فالجمل هو باق على أصل القياس والثالثة انما تمنعه مطلقاً لان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع حتى لا تصح من غير قبول الطالب وفي حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعناق حتى تصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعناق من غير قبول أصلها وان كان بمنزلة البيع في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما ان جهالة المشتري مانعة من البيع بخلاف جانب المطلوب فان جهالته لا تمنع كما ان جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق وهذا هو الموعد بقولنا على ما يأتي

قال المصنف (وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه) أقول أي في معنى الذي ذكرناه وهو أن كل شرط ملائم لعقد الكفالة يصح تعليقه بها به قال المصنف (فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط) أقول ولا تصح الكفالة أيضاً كما ذكره الشارحون (قوله وجهالة المكفول له الخ) أقول كما اذا قبل من غيبته أنت وقتلته فأنا كفيل له عنك (قوله وهذا هو الموعد) أقول الاشارة الى كون الكفالة يباعى حتى الطالب فانه اذا كانت الكفالة تملك في حقه واطرافه التملك الى المستقبل لا تصح لم تصح اضافة الكفالة الى المستقبل في القياس فليست اصل

(قوله وكذا اذا جعل كل واحد منهما أجلا) أى كما لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ويجب المطر كذا لا يصح جعلهما أجلا للكفالة
 وفي كلامه نظر من أوجه الاول ان قوله لا يصح التعليق يقتضى نفي جواز التعليق لاني جواز الكفالة مع ان الكفالة لا تجوز الثاني ان
 قوله وكذا اذا جعل معطوف على قوله فأما لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح اذا جعل ولا يتخلوا ما أن يكون فاعل يصح هو التعليق
 أو الكفالة اذ لم يذ كر بالثا والاول لا يجوز اذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق اذا جعل كل واحد منهما أجلا والثاني كذلك لقوله بعده
 الا أنه تصح الكفالة والثالث ان الدليل لا يطابق المدلول لان المدلول بطلان الاجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقه بالشرط
 وعدم بطلانها بالشرط الفاسدة (٤٠٦) ومع ذلك فليس يستقيم لانها تبطل بالشرط المحض وهو أول المسئلة ويمكن أن يجاب

عن الاول بأن حاصل الكلام
 نفي جواز الكفالة المتعلقة
 بهما والمجموع ينتفي بانتفاء
 جزئه لا يقال نفي الكفالة
 المؤجلة كنفي المتعلقة ولا تنتفي
 الكفالة بانتفاء الاجل
 لان الإيجاب العاق نوع
 اذا التعليق يخرج العلة
 عن العلية كما عرف في
 موضعه والاجل عارض
 بعد العقد فلا يلزم من
 انتفائه انتفاء معروضه
 وقد تقدم في الصرف
 ما يقاربه ان كان على ذكر
 منك وعن الثاني بأن
 فاعل يصح المقدر هو
 الاجل وتقديره وكما لا يصح
 التعليق لا يصح الاجل اذا
 جعل كل واحد منهما
 أجلا وعن الثالث بأن
 المراد بالتعليق بالشرط
 الاجل مجاز بقريضة قوله
 (ويجب المال حالا) وتقديره
 لان الكفالة لما صح
 تأجيلها بأجل متعارف
 لم تبطل بالأجل الفاسدة
 كالطلاق والعاق ويجوز
 الجواز عدم الثبوت في

وكذا اذا جعل واحد منهما أجلا الا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها
 بالشرط لا تبطل بالشرط الفاسدة كالطلاق والعاق (فان قال تكفلت بمالك عليه فقامت البينة
 بألف عليه ضمنه الكفيل) لان الثابت بالبينة كالثابت معانية فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به
 (وان لم تقم البينة

الصور المرورية عن محمد رحمه الله تعالى ضمنته مالك على فلان ان توى وان حل مالك عليه ولم يوافق به
 وفي الخلاصة نقل عن الاصل قال للمودع ان تلف المودع وديعتك أو بحدك فأنا ضامن لك صح وكذا اذا
 قال ان قلت ابنك فلان خطأ فأنا ضامن للديه صح بخلاف ان اكلك سبع وشحوه بالس ملائما كان دخلت
 الدار اقدم فلان وهو غير مكفول عنه أو هبت الريح أو جاء المطر لا يصح هذا التعليق (وكذا اذا جعل
 واحد منهما أجلا) يعنى من هبوب الريح ويجب المطر كأن يقول كفلت به أو بمالك عليه الى ان تهب الريح
 أو الى أن يجي المطر لا يصح الا أن الكفالة تثبت حاله ويبطل الاجل بخلاف ما لو علقها بهما فتحوا اذا هبت
 الريح فقد كفلت بمالك عليه فان الكفالة باطلة أصلا ولو جعل الاجل الحصاد أو الدباس أو
 المهرجان أو العطاء أو صوم النصارى جازت الكفالة والتأجيل فالخاصل ان الشرط الغير الملائم لا تصح
 معه الكفالة أصلا ومع الاجل الغير الملائم تصح حاله ويبطل الاجل لكن تعدل المصنف لهذا بقوله
 (لان الكفالة لما صح تعليقه بالشرط لا تبطل بالشرط الفاسدة كالطلاق والعاق) يقتضى أن في
 التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حاله وانما يبطل الشرط والمصرح به في المبسوط وفتاوى فاضيلان
 أن الكفالة باطلة فتصحح أن يحمل لفظ تعليقه على معنى تأجيلها بجماع أن في كل منهما عدم ثبوت
 الحكم في الحال وقد المصنف في هذا الاستعمال لفظ المبسوط فانه ذكر التعليق وأراد التأجيل هذا
 وظاهر شرح الاتقاني المشي على ظاهر اللفظ فانه قال فيه الشرط اذا كان ملائما جاز تعليق الكفالة به
 ومثل بقوله اذا استحق المبيع فأنا ضامن الى أن قال وان كان بخلاف ذلك كهبوب الريح ويجب المطر
 لا يصح التعليق ويبطل الشرط ولكن تنعقد الكفالة ويجب المال لان كل ما جاز تعليقه بالشرط
 لا يفسد بالشرط الفاسدة أصله الطلاق والعاق وفي الخلاصة كفل بمالك على أن يجعل له الطالب
 جعله فان لم يكن مشروطا في الكفالة فالشرط باطل وان كان مشروطا فيها فالكفالة باطلة انتهى
 وهذا يفيد انها تبطل بالشرط الفاسدة ان كانت في صلها (قوله فان قال تكفلت بمالك عليه) هذا
 شروع في بيان خصوص وقت الوجوب على الكفيل وهذا على اختلاف اللفاظ التي تقع بها الكفالة
 فن ذلك ما ذكر من قوله تكفلت بمالك عليه فلا يجب على الكفيل شيء الا أن تقوم البينة بمقدار ألف
 أو غيرها (لان الثابت بالبينة كالثابت معانية فيتحقق بهما عليه) فوجب عليه (ولو لم تقم بينة

الحال في كل واحد منهما (فان قال تكفلت بمالك عليه فقامت البينة بألف ضمنه الكفيل
 لان الثابت بالبينة كالثابت معانية) ولو عاين ما عليه وكفل عنه لم يضمنه ما عليه فكذلك اذا ثبت بالبينة فصح الضمان به (وان لم تقم البينة

قال المصنف (وكذا اذا جعل واحد منهما أجلا) أقول أى وكذا لا يصح التعليق على أن يكون المراد به التأجيل على
 طريقة الاستخدام قال المصنف (لان الكفالة لما صح تعليقه بالشرط) أقول أراد بالتعليق بالشرط التأجيل مجازا أى بأجل
 متعارف (قوله فاعل يصح هو التعليق) أقول يجوز أن يقال فاعله ضمير التعليق مراد به التأجيل على طريقة الاستخدام

فالقول قول الكفيل مع عينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر الزيادة) وانما كان القول قوله لانه مال مجهول لزمه بقوله فصار كما اذا أقر بشي مجهول وانما كان مع عينه لان من جعل القول قوله فيما كان هو خصما فيه والشئ (٤٠٧) مما يصح بذله كان القول قوله مع

عينه كالمدعى عليه بالمال
فالقول قول الكفيل مع عينه في مقدار ما يعترف به) لانه منكر الزيادة (فان اعترف المكفول عنه
بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله) لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه (و يصدق في حق نفسه) لولايته
عليها قال (وتجاوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره) لاطلاق ماروينا ولانه التزام المطالبة
وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه

عنه كالمدعى عليه بالمال
واليه أشار بقوله لانه منكر
للزيادة (فان اعترف المكفول
عنه بأكثر مما أقر به لم يصدق
على كفيله لانه اقرار على
الغير ولا ولاية له عليه ويصدق
في حق نفسه لولايته عليها)
كلريض اذا أقر في مرض
الموت يصح اقراره في حق
نفسه ولا يصح في حق غرماء
ديون الصحة حيث يقدمون
على المقر له في حالة المرض قال
(وتجاوز الكفالة بأمر المكفول
عنه وبغير أمره الخ) الكفالة
بأمر المكفول عنه وهو أن
يقول ضمن عني أو تنكفل عني
وبغير أمره سيان في الجواز
لان الدليل الدال على جوازها
وهو قوله صلى الله عليه
وسلم الزعيم غارم وأمثاله
لا يفصل بين كونها بأمره أو
بغيره ولان الكفالة التزام أن
يطالب بما على الغير وذلك
تصرف في حق نفسه وكل
ما هو تصرف في النفس
فهو لازم اذا لم يتضرر به غيره
وغير المتصرف هنا هو
الطالب والمطالب فقط
والطالب غير متضرر

فالقول قول الكفيل في مقدار ما على المكفول عنه) مع عينه (فان اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك
لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق) المكفول عنه (في حق نفسه)
بما أقر به على نفسه (لولايته عليها) بخلاف قوله ما ذاب لك على فلان فهو على أو ما نبت فأقر المطلوب
بمال لزم الكفيل لان الثبوت حصل بقوله وكذلك ذاب فانه معني حصل وقد حصل باقراره بخلاف
الكفالة بمالك عليه فانها نادين القاسم في الحال وما ذاب ونحوه الكفالة بما يجب والوجوب ثبت
باقراره بخلاف ما قضى عليه لك لا يلزم الا أن يقضى القاضي ومثل مالك ما أقر لك به أمس فلو قال المطلوب
أقررت له بألف أمس لم يلزم الكفيل لانه قبل ما لا واجبا عليه لا ما لا يجب عليه في الحال ولم يثبت أنه
واجب عليه فان قال ما أقر به فأقر في الحال يلزمه ولو قامت بينة أنه أقر له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه
لانه لم يقل ما كان أقر لك ولو أجب المطلوب اليه فالزمه القاضي لم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار
بل بذل وفي الخلاصة رجل قال ما أقر فلان به فهو على فمات الكفيل ثم أقر فلان بالمال لازم في تركه
الضامن وكذلك ضمان الدرك وفيها رجل قال لاخر بايع فلانا فبايعته من شئ فهو على صح فان قال
الطالب بعته متاعا بألف وقبضه مني وأقر به المطلوب وبجد الكفيل يؤخذ الكفيل به استحسانا بلا
بينة ولو بجد الكفيل والمكفول عنه البيع وأقام الطالب البينة على أحدهما أنه باعه وسلمه لزمه ما
ولو قال ان لم يعطك فلان مالك عليه فأنا ضامن بذلك لاسيما فيه عليه حتى يتقاضاه فيقول لا أعطيك
ولومات المطالب قبل أن يتقاضاه لزم الضمان أيضا ولو لم يعط لكته قال أنا أعطيك ان أعطاه مكانه أو
ذهب الى السوق فأعطاه أو قال اذهب الى المنزل حتى أعطيك مالك فأعطاه فهو جائز فان قال ذلك ولم
يعطه من يومه لزم الكفيل ولو قال ان تقاضيت فلانا مالك عليه ولم يعطك فأنا مالك عليه ضامن فمات
المطالب قبل أن يتقاضاه بطل الضمان ولو قال ان عجز غريمك عن الاداء فهو على فالعجز يظهر
بالحس ان حسبه ولم يؤد لزم الكفيل وفي فتاوى النسبي رجل كفل لرجل عن رجل بمال على أن
يكفل عنه فلان بكذا من المال فلم يكن فلان الكفالة لازمة وليس له خيار في ترك الكفالة وفي مجموع
النوازل جماعة طمع الوالي أن يأخذ منهم شيئا بغير حق فاخذت في بعضهم وطفروا الى بعضهم فقال
المتخفون الذين وجدتهم الوالي لا تطعوهم علينا وما أصابكم فهو علينا بالخصص فلو أخذ الوالي منهم شيئا
فلمهم الرجوع قال هذا مستقيم على قول من يقول بجواز ضمان الجباية وعلى قول عامة المشايخ لا يصح
ولو كفل بماله على أن يعطيه من ودعة المكفول عنه التي عنده جازا إذا أمره بذلك وليس له أن يسترد
الودعة منه فان هلكت برئ الكفيل والقول قول الكفيل انها هلكت فلو غصه هارب الودعة أو غيره
أو استهلكها برئ الكفيل والحالة على هذا ولو ضمن بألف على أن يعطيه اياه من ثمن هذه الدار فلم يبعها
لم يكن على الكفيل ضمان ولا يلزمه بيع الدار (قوله) وتجاوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره
لاطلاق ماروينا) وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه أعسم من كونه باذن وبلاذن (ولانه)
أي عقد الكفالة (التزام المطالبة وهو) أي هذا الالتزام (تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب بلا ضرر

قال المصنف (لانه اقرار على
الغير ولا ولاية له عليه) أقول
قال الزيلعي بخلاف ما اذا
قال ما ذاب لك على فلان

فعلى فأقر فلان على نفسه بألف فأنكر الكفيل ما أقر به حيث يلزمه ما أقر به المطلوب استحسانا والقياس لا يلزمه شئ لما بينا وجه
الاستحسان أنه تنكفل بما استحب له عليه فيشترط الوجوب عليه فيما أتى بأي طريق كان في مسألة الكتاب تنكفل بما عليه في الحال
فاذا أخبر الطالب أو المطالب ما عليه كان متهما فلا يصدق ما لم يقم البينة اه وفيه بحث

بل منتفع لا بحالة والمطلوب ان تضرر فانتما تضرر بالرجوع عليه وذلك لا يكون الا عند الامر فامر لم يتضرر وان امر فقد رضى
والضرر الرضى غير ضار فثبتين (٤٠٨) ان الكفالة بنوعها بما يقتضيه المقتضى مع انتفاء المانع وكل ما هو

كذلك فالقول بجواز
واجب ثم ان كفل بأمره
رجع بما أدى عليه لانه
قضى دين غيره بأمره ومن
قضى دين غيره بأمره يرجع
عليه ولا ينتقض بما اذا كان
المكفول عنه صبيًا محجورًا
عليه أو عبداً كذلك
وأمر الكفيل فانه اذا
أدى لا يرجع على الصبي
أصلاً ولا على العبد
مادام رقيقاً لان المراد
بالامر ما هو معتبر شرعاً
وما ذكرتم ليس كذلك
ولما اذا قال لغيره أدعني
زكاة مالي أو أطعم عني
عشرة مساكين ففعل
فقد أدى دين غيره بأمره
ولا يرجع عليه ما لم يقل
الامر على أي ضامن
لان المراد بالدين هو
الدين الصحيح وما ذكرتم
ليس كذلك على ما تقدم
وان كفل بغير أمره لم
يرجع

على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند أمره وقد رضى به (فان كفل بأمره يرجع بما أدى عليه) لانه
قضى دينه بأمره (وان كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه)

على المطلوب) لان ضرره (ثبوت الرجوع) ولا رجوع عليه (لانه) أي الرجوع (عند أمره) وعند أمره
يكون (قد رضى به) فان كفل بأمره يرجع بما أدى لانه قضى دينه بأمره (مقيداً بمرين أحدهما
أن يكون المطلوب عن يمينه من الامر فلو كان صبيًا أو محجوراً أو امرئ من كفل فلا رجوع له عليه ولو كان
عبداً محجوراً فانتما يرجع عليه بعد عتقه فلو كان الصبي مأذوناً صح أمره ويرجع الكفيل عليه
لصحة أمره بسبب الاذن فانهما أن يشتمل كلامه على لفظة عني كأن يقول كفل عني اضمن عني
افلان أو على قوله وأنا ضامن ونحوه فلو قال اضمن الالف التي لفلان على لم يرجع عليه عند الاداء
لان الكائن مجرد الامر بالضمن والاعطيه بخلاف أن يكون القصد ليرجع وان يكون القصد لطلب تبرعه
بذلك فلم يلزم المال وهذا قول أبي حنيفة ومحمد ببديل ما في اشارات الاسرار اذا قال لرجل اضمن لفلان
ألف درهم أو اقضه ألف درهم ففعل لم يرجع على الامر الا اذا كان خليطاً أو شريكاً وقال أبو يوسف
يرجع لانه وجد القضاء بناء على الامر فلا بد من اعتبار الامر فيه وأن يكون كذلك الا اذا كان قضاء من
جهة الذي أمر فصار كالموالات ارض عني ويتضمن ذلك استقرضت منه ومتى قلنا لا يقع عن الذي أمر
لغالب الامر لانه يصير قاضياً عن نفسه فيصير وجود الامر وعدمه سواء أمان الخليط في يرجع فيه
بالاجماع والخليط هو الذي يتاد الرجل مدينته والاختذ منه ووضع الدراهم عنده والاستجرار منه
وأورد مطالبه بالفرق بين الامر في الكفالة وبين ما اذا قال أدعني زكاة مالي أو أطعم عني عشرة مساكين
فأدى عنه لا يرجع على الامر ما لم بشرط الضمان فيقول على أي ضامن فلم يكن مجرد الامر في الرجوع
وان ذكر فيه لفظة عني بل حتى يشترط الضمان وفي الكفالة اكتفى به وأجاب في الذخيرة وبمبسوط
شيخ الاسلام بأن الامر طلب التملك من المأمور في الفصول كلها لانه أمره أن يؤدي عنه وينقض
عنه وأن يكون قاضياً عنه الابد أن يصير المقضي به ملكاً للامر الا أن الملك لا أمر انما ثبت في
ضمن ملك القابض فيثبت على وفقه فمتى ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل ثبت للامر مثل ذلك
والاقول في قضاء الدين انما ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل لانه انما تملكه بالمثل وهو الدين السابق له
حتى لو ظهر أن لادين عليه يسترد منه المقبوض فيثبت للامر ملك مضمون بالمثل وليس ذلك الا للقرض
وفي باب الزكاة والكفارة ثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل حتى لو ظهر أن لازكاة عليه لا يسترد من
الفقير ما قبض فيثبت للامر ملك مثل ذلك فلا ضمان عليه الا بالشرط والحاصل ان الامر في الكفالة
تضمن طلب القرض اذا ذكر لفظة عني وفي قضاء الزكاة والكفارة طلب اتمام ولو ذكر لفظة عني
لما ذكرنا أن الملك انما ثبت للكفول عنه على الوجه الذي ثبت للقابض وقوله (وان كفل بغير
أمره لم يرجع) هو قول الشافعي ورواية عن أحمد وقول مالك ورواية عن أحمد يرجع كالمكيل
بأمره لان الطالب بالاستيفاء منه كالمالك للماعلى المطلوب من الكفيل أو كالمقيم له مقام نفسه في
استيفاء المال من الاصيل وقلنا تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وحيث تساهلنا في شيء
من ذلك فانما عناه التشبيه أي هو كالمالك وفي الكفالة بالامر يجب المال للكفيل على الاصيل
حكما للكفالة كما وجب للطالب بها على الكفيل لكن يتأخر الى أدائه وهذا لا يكون في كفاله بلا أمره

قال المصنف (لانه قضى
دينه بأمره) أقول المراد
أمره المعهود (قوله لان
المراد بالامر ما هو معتبر
شرعاً وما ذكرتم ليس
كذلك) أقول فيه تأمل
فانه لو لم يكن معتبراً لم
يرجع على العبد بعد

ما عتق ثم قوله لان المراد جواب لقوله ولا ينتقض الخ (قوله لان المراد بالدين هو الدين الصحيح) أقول جواب
لقوله ولا بما اذا قال لغيره الخ

(لانه)

لانه متبرع بأدائه والمتبرع لا يرجع وقال مالك الكفيل اذا أدى رجع سواء كفله بأمره أو بغير أمره لان الطالب بالاستيفاء ملك المال من الكفيل أو أقامه مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل والجواب أن عليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وإذا كفله بأمره فبنيقس الكفالة كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب الكفيل على الاصيل ولكنه يؤخر الى أدائه وهذا لا يكون عند كفاله بغير أمره (قوله رجع بما أدى) اعلم أن الكفيل عليك المكفول به في فصول منها الاداء الى صاحب الدين ومنها هبته اياه ومنها ارثه اياه ومنها صلحه اياه على جنس آخر فاما الفصل الاول فعلى نوعين أحدهما أن يكون أدى ما ضمن وفيه الرجوع بما أدى لانه أدى مثل ما ضمن والثاني أن يكون أدى خلاف ما ضمن كما إذا أدى زو فابدل ما ضمن من الجياد ويجوز له ذلك أو بالعكس من ذلك وفيه الرجوع بما ضمن لا بما أدى قال المصنف (لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب) والطالب لم يكن له أن يطالبه الا بما في ذمته فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على فصل الهبة وهو أن يهب المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه للكفيل فان الكفيل يملكه ويرجع على الاصيل بما ضمن وعلى فصل الميراث وهو أن يموت المكفول له ويرثه الكفيل فانه عليك الدين ويرجع بما ضمن لقيامه (٤٠٩) مقام الطالب وفيه بحث من وجهين

أحدهما أن هبة الدين للكفيل عليك الدين من غير من عليه الدين اذا الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لافي الدين والثاني ان الهبة والميراث المملوك واحد لا تعدد فيه وهو ما ضمن وأما في الاداء بخلاف ما ضمن فقد تعدد الامر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فمات من الرجوع به فيما تعدد أعنى ما أدى وما ضمن والجواب عن الاول بوجهين أحدهما أن عليك الدين من غير من عليه الدين يصح استحسانا اذا وهبه وأذن له في القبض فقبضه وهذا لان ذلك انما لا يصح لانه عليك ما لا يقدر على تسليمه واذا أذن له بالقبض صار كأنه أخرجه من الكفالة ووكاله بالقبض فقبضه ثم وهبه اياه وحينئذ يكون

لانه متبرع بأدائه وقوله يرجع بما أدى معناه اذا أدى ما ضمنه أما اذا أدى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة أو بالارث وكذا اذا ملكه المحتمل عليه (لانه متبرع) ولا يمكن اثبات المال في ذمة المطلوب بلارضاه ولذلك لا يرجع وقوله (رجع بما أدى معناه اذا أدى ما ضمنه أما اذا أدى خلافه) فانما (رجع بما ضمن) حتى لو كان الدين زو فافأدى عنها جيادا فانما يرجع بالزوف أو كان الدين جيادا فأدى عنها زو فافأدى بها فارجع بالجياد بخلاف الامور بأداء الدين فانه يرجع بما أدى فلو كان الدين جيادا فأدى زو فافأدى بها فارجع بالزوف ولو كان زو فافأدى جيادا رجع بالزوف أيضا لان رجوعه بحكم الامر ولم تدخل صفة الجورة فيما اذا كان الدين زو فافأدى تحت الامر أما الكفيل فانما يرجع بحكم الكفالة وحكمها أنه عليك الدين بالاداء فيصير كالتالي نفسه فارجع بنفس الدين فصار كما اذا ملك الكفيل الدين بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه فان ماله عينه وكذا اذا وهب الطالب الدين للكفيل أو تصدق به عليه فانه يملكه ويطلب به المكفول بعينه فان قيل ينبغي أن لا تصح هبة الدين من الكفيل لان هبة الدين انما تصح عن عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار وهذه المسئلة استدلل من قال ان الكفالة ضم في الدين أوجب بأن هبة الدين من غير من عليه الدين انما لا يجوز اذا لم يأذن للغير في قبضه فاما اذا وهب الدين من آخر وأذن له في قبضه جاز استحسانا وهنالمأدى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب كذا قيل والوجه أن يقال بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الاداء وانما اخترنا هذه العبارة لان قبض الطالب من الكفيل سقطت ولا يثبت عن الدين الذي على المطلوب اذ صار ملكا لغيره مما جاز من غير اختيار من الطالب فلا عليك التسليط على ما ليس في ملكه والوجه اما اعتبار الدين في ذمة الكفيل كما هو في ذمة الاصيل ويسقط عنهما باداء أحدهما كما هو أحد القولين أو باعتباره كذلك عند الهبة فصح بالتصرف واذا وهب الكفيل الدين لا بد من قبوله بخلاف ما اذا أبرأه لان الواجب عليه المطالبة وبالبراءة تسقط فلا يحتاج الى القبول ولا يرتد بالرد وقوله (وكذا ملك المحتمل عليه الدين) بالاداء الى المحتمل بأن أحال

(٥٢ - فتح القدير خامس) عليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز والثاني أن الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة اذا لم يكن هناك ضرورة وأما اذا كانت فيجوز أن يجعل في الدين وهنما قد وجدت الضرورة لان الهبة موضوعة للملك ومن ضرورة ذلك أن يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يملك ما عليه لا ما على غيره وأمكن ذلك لانه لا يثقل الدين اليه باحالة الدين عليه فأمكن أن يجعل ذلك مقتضى تصرفهما وهذا يرشدك الى الفرق بين ابراء الدين وهبته له في أن ابراء الدين للهبة ترتد به فان ابراءه اسقاط محض كالعتاق والطلاق يكتفي مؤنته بوجوب المطالبة وذلك موجود فلا يرتد بالرد والهبة لما كانت عليك اقتضت ملكا مقدورا التسليم وذلك في غير من عليه الدين غير متصور فست الحاجة الى نقل الدين ليصح التملك والتملك يرتد بالرد فكلاهما وهب الدين من الاصيل صح الرد فكذا من الكفيل وعن الثاني بأن التشبيه انما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود في الجميع ثم انزل منزلته والطالب ليس له أن يطلب الا ما ضمن له فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على صورة الحوالة وهو أن يحمل المديون طلبه على رجل ليس له عليه دين وأدى الحال عليه ذلك بخلاف ما ضمن فان الحال عليه يرجع على المحيل بما ضمن لا بما أدى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب

(قوله كما يجب المال للطالب على الكفيل) أقول فيه شئ فانه لا دين على الكفيل في الاصح

(قوله عماذ كرنافي الحوالة) قبل يريد به حوالة كفاية المنتهى (قوله بخلاف المأمور بقضاء الدين) حوالب دخل تقرره الكفيل لا يرجع الا اذا أدى بأمر المكفول عنه ونحن نذكر لافرق بينه وبين المأمور بقضاء الدين والمأمور بجمع مما أدى فكذلك الكفيل وتوجيهه ان يقال المأمور بقضاء الدين لم يجب له على الامر شئ حيث لم يلزم بالكفالة فلا يملك الدين بالاداء حتى ينزل منزلة الطالب ف يرجع بما ضمن وانما الرجوع بحكم الامر بالاداء فلا بد من اعتبارهما فلو أدى الزئوف على الجياد وبجوز له ذلك يرجع به بدون الجياد لان أداء المأمور به لم يوجد وان عكس فكذلك لان الامر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعا بها وعلى هذا فقوله يرجع بما أدى باطلاقه فيه تسامح وأما اذا صالح الكفيل رب الدين فهو (٤١٠) على نوعين أحدهما ان يصالحه على أقل من الدين كما اذا صالح عن الالف على

عماذ كرنافي الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لانه لم يجب عليه شئ حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا أبرأ الكفيل قال (وليس الكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه) لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه عقد بينهم مبادلة حكيمه قال (فان لوزم بالمال كان له أن يلزم المكفول عنه حتى يخلصه) وكذا اذا حبس كان له أن يجسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله (واذا أبرأ الطالب المكفول عنه واستوفى منه برئ الكفيل) لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه

المديون رجلا على رجل ليس له عليه دين فقبل الحوالة وأدى فانه يملك الدين الذي على المحيل فيرجع به لاجمأ أدى حتى لو أدى عروضا ودراهم عن الدين لا يرجع الا بالدين كالكفيل وكذا لو وهب المحتال الدين للجمال عليه أو تصدق به عليه أو ورثه المحتال عليه من المحتال وقوله (كأذ كرنافي الحوالة) أي حوالة كفاية المنتهى (بخلاف المأمور بأداء الدين فانه يرجع بما أدى لانه لم يملك الدين بالاداء) فانما يرجع بما أدى كما ذكرناه قريبا (وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف) المكفول بها (على خمسمائة) حيث يرجع بما أدى وهو الخمسمائة لاجمأ ضمن وهو الالف (لانه اسقاط) وهو ابراء عن بعض الدين فيسقط البعض ولا ينتقل الى الكفيل وقوله (فصار كولو أبرأ الكفيل) يعني عن خمسمائة وأخذ منه خمسمائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه الا بخمسمائة فكذلك اذا صالح على خمسمائة عن الالف لا يرجع الا بخمسمائة أو المعنى اذا أبرأ الكفيل عن كل الدين لا يرجع شئ فكذلك عن بعضه لا يرجع بخلاف ذلك البعض اعتبارا البعض بالكل (قوله وليس الكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه لانه) أي الكفيل (لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث له أن (يرجع) على الموكل بالثنى قبل أن يؤديه لانه انعقد بينهم مبادلة حكيمه) فان الموكل لا يستفيد الملك الا من قبل الوكيل فكان الوكيل كالبايع ولذا كان له حبس المشتري قبل قبض الثمن وللبائع المطالبة بالثنى قبل تسليم المبيع فكذا الوكيل (فان لوزم) الكفيل (بالمال فله أن يلزم المكفول عنه) اذا كانت الكفالة توجب الرجوع (حتى يخلصه) وكذا اذا حبس كان له أن يجسه (خسلا فالشافعي في الاظهر قال لانه لا دين له عليه اذا الدين لا ينتقل اليه بالاداء ولم يؤد بعد وقلناه لازمه وحبسه معه كما جاز أن يكون للدين حاز أن يكون لانه الذي أدخله في ذلك فعله خلاصه والايضا عليه بمثل ما عامله به (قوله) واذا أبرأ الطالب المكفول عنه واستوفى منه حقه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل) بالاجماع (لان الدين عليه) أي على الاصيل

خمسائة وفيه يرجع بما أدى لاجمأ ضمن لانه اسقاط فكان ابراء فيما وراءه الصلح وفيه لا يرجع الكفيل على المكفول عنه على ما ذكره والثاني أن يصالحه على جنس آخر وفيه تملك الدين فيرجع بما ضمن وسيأتي قال (وليس الكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال) الكفيل بالمال ليس له أن يطالب المكفول به عنه قبل أن يؤدي عنه لان الموجب للمطالبة هو التملك وهو لا يملكه قبل الاداء فاتفق الموجب بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لان الموجب قد وجد في حقه حيث انعقد بينهما أي بين الموكل والوكيل مبادلة حكيمه ولهذا وجب التحالف اذا اختلفا في مقدار الثمن والوكيل ولا به حبس المشتري عن الموكل لاجل الثمن كالبايع والمبادلة توجب الملك الموجب لجواز المطالبة

قال (فان لوزم بالمال الخ) اذا لوزم الكفيل له أن يلزم المكفول عنه اذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل لانه هو (في) الذي أوقعه في هذه الورطة فعلية خلاصه وكذا اذا حبسه كان له أن يجسه اذا كانت الكفالة بأمره وقال الشافعي رحمه الله ليس له ذلك لانه لا يتعلق له حق على الاصيل قبل الاداء وقلناه هو مورط فعلية الخلاص فاذا أبرأ الطالب المكفول عنه واستوفى دينه برئ الكفيل لانه أبرأ الاصيل وبراء الاصيل يستلزم ابراء الكفيل لان المطالبة بوجود الدين وقد سقطت بالبراء فلم تبقى المطالبة على الاصيل وهو ظاهر ولا على الكفيل لان الدين لم يكن عليه في الصحيح ولم يكن عليه الا المطالبة وقد انتهت بانتهاء علمتها

(قوله فلا بد من اعتبارهما) أقول فيه تأمل

وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ بوجوب أصل الدين في ذمة الكفيل أيضا على ما تقدم ولا يتوهم أن على ذلك القول براءة الاصيل لا بوجوب براءة الكفيل فان ذلك بالاجماع ويعلم بأن الكفالة لا تكون الا فيما هو مضمون على الاصيل وقد سقط الضمان عن الاصيل بالاداء والابراء فيسقط عن الكفيل أيضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوبه على الاصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا فان قيل قولهم براءة الاصيل بوجوب براءة الكفيل منقوض بما اذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة فان براءة الاصيل فيه موجودة ولم يوجب براءة الكفيل فلنا لا نقض في ذلك فاننا قلنا ان براءة الاصيل بوجوب براءة الكفيل واذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة لم يبق هناك كفيل بل الباقي اذ ذلك المحال عليه ولم نقل بان براءة الاصيل بوجوب براءة المحال عليه (١١٤٤) (وان أبرا الطالب الكفيل لم يبرأ الاصيل) لان على الكفيل

في الصحيح (وان أبرا الكفيل لم يبرأ الاصيل عنه) لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدون جازر (وكذا اذا أخرج الطالب عن الاصيل فهو تأخير عن الكفيل ولو أخرج عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الذي عليه الاصيل) لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأجل عن الاصيل لانه لاحق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما ههنا فبخلافه (في الصحيح) خلافا لمن ذكر ان الدين في ذمة الكفيل كذا قيل وليس لهذا الخلاف أثر هنا بل القائل ان الدين في ذمة الكفيل والقائل بانه ليس الا في ذمة الاصيل قائل بان براءة الاصيل بوجوب براءة الكفيل لان ضمان الكفيل بشرط بقاء ضمان الاصيل ويشترط قبول الاصيل أو موته قبل القبول والرد فان ذلك يقوم مقام القبول ولو رده ارتد دين الطالب على حاله واختلف المشايخ ان الدين هل يعود الى الكفيل أم لا فبعضهم يعود وبعضهم لا بخلاف الكفيل فانه اذا ابرأ صح قبل أو لم يقبل ولا يرجع على الاصيل لما ذكرنا فربما ولو كان ابراء الاصيل أو هبته أو تصدق عليه بعدم موته فعند أي يوسف القبول والرد للورثة فان قبلوا صح وان ردوا ارتد وقال محمد لا يرتد بدهم كألو ابرأهم في حال حياته ثم مات وهذا يختص بالابراء (وان أبرا الكفيل لم يبرأ المكفول عنه لان عليه) أي على الكفيل (المطالبة) دون الدين (وبقاء الدين بدون) أي بدون المطالبة على تأويل الطالب (جائز) فلم يلزم من عدم المطالبة عدم الدين على الاصيل فلا يبرأ الاصيل ببراءته (وكذا اذا أخرج عن الاصيل فهو تأخير عن كفيله ولو أخرج عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الاصيل لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد) فان قبل الابراء المؤبد لا يرتد الكفيل والموقت يرتد بده وبراء الاصيل يرتدان كلاهما والجواب ان الفرق بينهما في حكم لا يستلزم الفرق بينهما في كل حكم وسبب الافتراق في ذلك الحكم وهو الارتداد بالرد وعليه ما ذكر في الذخيرة ان الابراء المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه تمليك مال لما ذكرنا ان الواجب بالكفالة محجرد المطالبة والاسقاط المحض لا يحتمل الرد لتلاشي الساقط كاسقاط الخيار وأما الابراء الموقت فهو تأخير مطالبة وليس باسقاط الأثرى ان المطالبة تعود بعد الاجل والتأخير قابل للإبطال بخلاف الاسقاط المحض فاذا عرف هذا قلنا لم يقبل الكفيل التأخير والاصيل فمال حال يطالبان به الحال وهذا (بخلاف مالو كفل بالمال) أي بالدين (الحال مؤجلا الى شهر) مثلا (فانه يتأجل عن الاصيل) الى الشهر (لانه) أي المكفول له (لاحق له حال الكفالة الا في الدين) فليس اذ ذلك حتى يقبل التأجيل سواء (فكان الاجل) الذي يشترطه الكفيل (داخلا فيه) فبالضرورة يتأجل عن الاصيل (أما ههنا) وهو ما اذا كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل (فبخلافه)

المطالبة دون أصل الدين وسقوط المطالبة عنه لا يوجب سقوط أصل الدين لان بقاء الدين على الاصيل بدون الطلب أو بدون الكفيل جائز الأثرى انه لو مات الكفيل ما سقط الدين عن الاصيل (وان أخرج الطالب عن الاصيل فهو تأخير عن كفيله وان أخرج عن كفيله لا يكون تأخيرا عن الاصيل لان التأخير ابراء موقت) لاسقاط المطالبة الى غاية (فيعتبر بالابراء المؤبد) ورد بان هذا اعتبار مع عدم التساوي وهو باطل الأثرى ان الكفيل لو رد الإبراء المؤبد لم يرتد بالرد بل يثبت الابراء وتسقط عنه المطالبة ولو رد الابراء الموقت ارتد بالرد ووجب عليه أداء ما ضمنه حالا والجواب ان اعتبار شئ بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه والا لا يبقى الاعتبار نعم يحتاج الى ذكر فارق عند

من يقول بجواز هذين قبول أحدهما الرد دون الآخر وهو ما ذكره وان الابراء المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل لا تمليك فيه حيث لم يكن عليه الا مجرد مطالبة والاسقاط المحض لا يقبل الرد كاسقاط الخيار وأما الابراء الموقت فهو تأخير مطالبة ليس فيه اسقاط ولهذا يعود بعد الاجل والتأخير قابل للرد (قوله بخلاف ما اذا كفل) يجوز أن يكون جواب تقريره لأن سلم ان التأخير عن الكفيل لا يكون تأخيرا عن الاصيل فان الكفيل اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يكون تأخيرا عن الاصيل ووجه ذلك انه ليس بتأخير عن الكفيل بل هو تأخير لا يصل الدين لانه لما شرط التأجيل في ابتداء الكفالة ولم يكن حينئذ حق للطالب سوى الدين لان المطالبة الحاصلة بالكفالة لم تثبت بعد تعينه تأخيره واذا كان تأخير الاصل الدين وهو في ذمة الاصيل تأخر عنه وعن الكفيل جميعا (أما ههنا) أي فيما اذا حل بعد الكفالة فاعلم ان تأخير المطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تأخير أصل الدين

قال (فان صالح الكفيل رب المال الخ) مصالحة الكفيل رب المال على أقل من قدر الدين بحنسه على أربعة أوجه هو أن يشترط براءتهما جميعا وبراءة المطلوب خاصة أو براءة الكفيل خاصة أو لم يشترط شي من ذلك ففي الأول والثاني برئنا جميعا وفي الثالث برئ الكفيل عن خمسمائة لا غير والالف بحاله على الاصيل والطالب بالخيار ان شاء أخذ جميع دينه من الاصل وان شاء أخذ خمسمائة من الكفيل وخمسمائة من الاصيل ويرجع الكفيل (٤١٣) على الاصيل بما أدى ان كان الاصل والكفالة بأمره وفي الرابع وهو مسئله الكتاب

قال (فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل) لانه أضاف الصلح الى الالف الدين وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة لانه اسقط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئنا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بأمره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة حكمية فلكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة قال (ومن قال لكفيل ضمن له ما لا قدر برئت الى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه)

لانهم اتفقوا على التاجيل انه جواز المطالبة ثم طرأ التأجيل عن الكفيل فينصرف الى ما تقرر عليه بالكفالة وهو جواز المطالبة (قوله فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة) ان شرط براءتهما جميعا عن الخمسمائة أو شرط براءة المطلوب برئنا جميعا وان شرط براءة الكفيل وحده برئ الكفيل عن خمسمائة والالف بتامها على الاصيل فيرجع الكفيل بخمسمائة ان كان بأمره والطالب بخمسمائة بخلاف ما لو صالحه على خمسمائة على ان يهبه الباقي حيث يرجع الكفيل بألف وان لم يشترط براءة واحد منهما بأن لم يزد على قوله صالحتك عن الالف على خمسمائة وهي مسئله الكتاب (برئنا جميعا) عن خمسمائة (لانه) أي الكفيل (أضاف الصلح الى الالف الدين وهو) أي الدين (على الاصيل) فيبرأ الاصيل (من خمسمائة) ومن ضرورته ان يبرأ الكفيل منها على ما ذكرنا ويرجع الكفيل على الاصيل بالخمسمائة التي أوفاهها ولا خلاف في هذا (بخلاف ما لو صالح الجنس آخر لانه) أي الصلح بجنس آخر (مبادلة فيملكه) أي الدين (فيرجع بجميع الالف) وعند الأئمة الثلاثة يرجع بالاقبل من الدين ومن قيمة السلعة التي صالح بها لانه أوفى هذا القدر ولا يجعل الصلح بجنسه مبادلة لان الخمسمائة لا تجعل عوضا عن الالف لما فيه من الرابا ولا يمكن تملكها من الكفيل لان تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ولا يمكن أن تجعل واحدة في ذمة الكفيل تصحها للصلح مع الكفيل حتى تصير البراءة عن خمسمائة مشروطة للكفيل كالمصالح على خلاف الجنس لان وجوبها في ذمة الكفيل عند الحاجة الى التملك وفي خلاف الجنس يحتاج الى التملك وفي الجنس لا يحتاج لما فيه من الرابا بل هو اسقاط الخمسمائة فكانت البراءة عن خمسمائة مشروطة للاصيل فنسقط عنها ثم يرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كان كفل بأمره (ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل) لان الواجب بالكفالة المطالبة والبراءة منها من الكفالة فيبقى حال المطالبة على ما كان قبل الكفالة وجعل في النهاية صورة هذه المسئلة ما في المسوط لو صالحه على مائة على ابراء الكفيل خاصة من الباقي يرجع الكفيل على الاصيل بمائة ويرجع الطالب على الاصيل بتسعمائة لان ابراء الكفيل فسخ للكفالة (قوله) ومن قال لكفيل ضمن له ما لا بأمر المكفول عنه (قد برئت الى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه) بجميع الدين لان لفظ الى لا انتهاء الغاية والمتكلم وهو رب الدين هو المنتهي في هذا التركيب فلا بد ان يكون ثم مبتدأ وليس الا الكفيل المخاطب فأفاد التركيب براءة من المال مبتدؤها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين وهذا معنى الاقرار من رب الدين وبالقبض من الكفيل كانه قال

فان قال الكفيل للطالب صالحتك عن الالف على خمسمائة ولم يزد على ذلك برئنا جميعا عن خمسمائة لان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل حيث لم يكن على الكفيل سوى المطالبة فيبرأ الاصيل من ذلك وبراءته توجب براءة الكفيل لما تقدم ثم برئنا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما أدى لانه أوفى هذا القدر بأمره وان قال صالحتك عما استوجب بالكفالة كان فسحا للكفالة لانه اسقط الاصل الدين فيأخذ الطالب خمسمائة من الكفيل ان شاء والباقي من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما أدى ومصالحته اياه بخلاف الجنس تملك الاصل الدين منه بالمبادلة فيرجع بجميع الالف واعترض بأنه يلزم تملك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز وأجيب بأنه جعل الدين في ذمة الكفيل لتصير الدناير بدلا من الدين ويكون تملك الدين من عليه الدين وتكون البراءة مشروطة للكفيل فيرجع على الاصيل لان

براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل بخلاف ما اذا صالح على خمسمائة حيث لا يمكن أن تكون خمسمائة بدلا عن الالف لكونه ربا فيبقى الدين في ذمة الاصيل والبراءة مشروطة له وبراءته توجب براءة الكفيل فيبرأ عن خمسمائة ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كفل بأمره كما ذكرنا قال (ومن قال لكفيل ضمن له ما لا الخ) ذكره هنا ثلاث مسائل تتعلق بالبراءة احدها ما ذكره ابتداء البراءة من المطلوب وانتهائها الى الطالب والثانية أن يذكر ابتداءها من الطالب والثالثة بالعكس

(قوله ان كان الصلح والكفالة بأمره) أقول لو جوب كون الصلح بأمره تأمل

فالاولى أن يقول لكفيل ضمن له بأمره ما لا قد برئت الى من المال وفيها يرجع الكفيل على الاصيل لما ذكر ان البراءة التي يكون
ابتداؤها من المطلوب أى الكفيل وانتهائها الى الطالب لان تكون الاباء ابقاء فكان بمنزلة أن يقول دفعت الى المال أو قبضته منك وهو
اقرار بالقبض فلا يكون لب الدين مطالبة من الكفيل ولا من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل والثانية أن يقول أبرأتك وفيها
لا رجوع للكفيل على الاصيل ولكن لب الدين أن يطلب ماله من الاصيل لان ما دل عليه اللفظ براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط
فلا يكون اقرارا بالاباء وهاتان بالاتفاق والثالثة أن يقول برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه قال محمد رحمه الله هو مثل أن يقول أبرأتك
لانه يحتمل البراءة بالاداء والبراءة بالابراء والثانية أدناهما فثبت (قوله ولا يرجع الكفيل بالشك) يجوز أن يكون دليلا آخر وتوجيهه
أن يقال تيقنا بحصول البراءة بأى الامرين كان وشككنا فى الرجوع لان البراءة ان كانت بالاداء يرجع الكفيل وان كانت بالابراء
يرجع فلا يرجع بالشك وقال أبو يوسف هو مثل أن يقول برئت الى لانه اقر ببراءة ابتداءها من المطلوب فلهذا كره فى الخطاب وهو
التاء وذلك انما يكون بفعل يضاف اليه على الخصوص كما اذا قيلت وقعت (٤١٣) مثلا وهو فيما نحن فيه الابقاء لانه يضع

المال بين يدي الطالب
ويختل بينه وبين المال
فتقع البراءة وان لم يوجد
من الطالب صنع فأما
البراءة بالابراء فما لا يوجد
بفعل الكفيل لا تحالة
وقيل أبو حنيفة مع أن
يوسف رحمه الله فى هذه
المسئلة وكأن المصنف
اختاره فأخره وهو أقرب
الاحتمالين فالصير الى أولى
وقيل فى جميع ما ذكرنا اذا
كان الطالب حاضرا يرجع
فى البيان اليه لانه هو
المحمل وأما اذا كان غائبا
فلاستدلال على الوجوه
المذكورة واعتراض
بوجهين أحدهما هو ان
المحمل ما لا يمكن العمل به
الابيان المحمل وقد ظهر
عما ذكر ان العمل به يمكن

معناه بما ضمن له بأمره لان البراءة التي ابتداءها من المطلوب وانتهائها الى الطالب لان تكون الاباء
فيكون هذا اقرارا بالاداء ف يرجع (وان قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه) لانه براءة
لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالابقاء ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثانى
لانه يحتمل البراءة بالاداء اليه والابراء فيثبت الادنى اذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال أبو يوسف رحمه الله
هو مثل الاول لانه اقر ببراءة ابتداءها من المطلوب واليه الابقاء دون الابراء وقيل فى جميع ما ذكرنا
اذا كان الطالب حاضرا يرجع فى البيان اليه لانه هو المحمل

دفعت الى فلا يرجع على واحد منهم ما يرجع الكفيل على الاصيل ان كان كفيل بأمره والحواله كالكفالة
فى هذا وهنالك مسائل أحدها هذه والثانية قال أبرأتك من المال ليس اقرارا بالقبض حتى كان
للتالب ان يأخذ الاصيل به والثالثة برئت من المال ولم يقل الى فهذا اقرارا بالقبض عند أبى يوسف
كقوله برئت الى وعند محمد كقوله أبرأتك انما لا ادنى وهو براءة الكفيل اذ فى الزائد عليه شك فلا
يثبت وفرق محمد بين هذا وبين ما لو كتب فى الصك برئ الكفيل من الدراهم التي كفلهما فانه اقرار
بالقبض عندهم جميعا كقوله برئت الى بضمية العرف فان العرف بين الناس ان الصك يكتب على
التالب بالبراءة اذا حصلت بالابقاء وان حصلت بالابراء لا يكتب الصك عليه فجعلت الكتابة اقرارا
بالقبض عرفا ولا عرف عند الابراء وأبو يوسف يقول هو مثل برئت الى لانه اقرار ببراءة ابتداءها
من المطلوب وهو الكفيل المخاطب وحاصله اثبات البراءة منه على الخصوص مثل وقعت وقعدت والبراءة
الكائنة منه خاصة كلابقاء بخلاف البراءة بالابراء فانها لا تحقق بفعل الكفيل بل بفعل الطالب
فلا تكون حينئذ مضافة الى الكفيل وما قاله محمد انما يتم اذا كان الاحتمالان متساويين واختلف
المتأخرون فيما اذا قال المدعى عليه أبرأتى المدعى من الدعوى التي يدعى على منهم من قال هو اقرار
بالمال كقوله قال أبرأتى من هذا المال الذى ادعاه ومنهم من قال لا يكون اقرارا لان الدعوى تكون
بحق وباطل ولو قال الكفيل أنت فى حل من المال فهو كقوله أبرأتك لان لفظه الحل تستعمل فى البراءة

والثانى ان حكم المحمل التوقف قبل البيان وهنالك اتفاقا على العمل فى الوجه الاول والثانى بالاثبات والنفي فكيف يكون مجمل مع انتفاء
لازمه وأجيب بأن قوله برئت الى وان كان بمنزلة الصريح فى حق ابقاء للكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال لكنه ليس
بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بأن يقال برئت الى لاني أبرأتك وان كان بعيدا عن الاستعمال وما ذكره فى تعليل الالوجه الثلاثة
استدلالا لصريح فى الابقاء وغير الابقاء فكان العمل به عند المعز عن العمل بالنص فلما أمكن العمل بصريح البيان من الطالب فى ذلك
سقط العمل بالاستدلال وان كان واضحنا فى دلالة على المراد وكونه غير صريح فى الابقاء والابراء هو الذى سوغ استعمال لفظ المحمل
والرجوع الى بيان الطالب صريحاً وقت حضوره ليكون العمل به عملا بدليل لاشبهه فيه وهذا تطويل لا طائل تحته ان كان المراد بالمحمل
المحمل الاصطلاحى وان كان المراد به المحمل اللغوى وهو ما كان فيه ابهام فالخطب اذا هم هونا

قال المصنف (لانه براءة لا تنتهي الى غيره) أقول الضمير فى قوله لانه راجع الى ما فى ضمن أبرأتك من البراءة والمعنى لان البراءة الحاصلة
بأبرأتك براءة لا تنتهي

قال (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط الخ) تعليق البراءة من الكفالة بالشرط مثل أن يقول إذا جاء غدا فأت برى من الكفالة لا يجوز لأن ما ليست باسقاط محض لما فيه من معنى التملك كما في سائر البراءات والتعليق إنما يصح في الاسقاط المحض وردت بما وكفل بالمال بالنفس وقال إن وافيتك به غدا فأنا برى من المال فوافقاه من الغد فهو برى من المال فقد جوز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بوافاة المكفول به والمسئلة في الايضاح و يروى أنه يصح لأنهم اسقاط محض كالطلاق لان على الكفيل المطالبة دون الدين على الصحيح ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل والاسقاط المحض يصح تعليقه وقيل في وجه اختلاف الروايتين ان عدم الجواز إنما هو اذا كان الشرط شرطاً محضاً لا منفعة للطالب فيه أصلاً كقوله إذا جاء غدا ونحوه لانه غير متعارف فمابين الناس كما لا يجوز تعليق الكفالة بشرط ليس الناس فيه تعامل فأما اذا كان بشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعلق البراءة به صحيح كالمسئلة المنقولة من الايضاح فان الطالب له فيه نفع لما فيه من ابراء بعض واستيفاء بعض ومثله متعامل الأتري ان صاحب الدين اذا قال بحل خمسمائة على أنى أبرأتك من الباقي كان صحيحاً وان علق البراءة على البعض بتجمل البعض فرواية عدم الجواز محمولة على ما اذا كان الشرط شرطاً محضاً غير متعامل ورواية (٤١٤) الجواز على ما يقابله قال (وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لانصح

الكفالة به الخ) ذكر ضابطا لما لا تصح الكفالة به ومعنى قوله لا يمكن لا يصح لان إمكان الضرب أو حزر الرقية ليس بمنتهى الاحتمال لكنه لا يصح شرعاً وعبر عنه بعدم الامكان مبالغة في نفي الصحة فاذا كفل رجل عن آخر بما عليه من الحد والقصاص لم تصح كفالته حيث لا يصح الاستيفاء منه لان الاستيفاء يعتمد الايجاب عليه وهو متعذر ان الوجوب عليه اما أن يكون اصاله والقرض خلافه أو نيابة وهي لا تجرى في العقوبات قالوا لان المقصود هو الزجر وهو بالاقامة على النائب لا يحصل وفيه تشكيك وهو ان الزجر اما أن يكون الجاني بأن لا يعود الى مثل ما فعل أو غيره فان كان الاول فقد لا يحصل المقصود كما ترى بعض المتشككين يعودون الى الجناية وان كان الثاني فقد يحصل المقصود بالاقامة على النائب هذا في الحدود وما في القصاص فالاول منتف قطعاً لعدم تصوره بعد الموت أصلاً لا محالة والثاني كما في الحد ولعل الاستدلال على ذلك بالاجماع أولى فانه لم يرو عن أحد من أهله خلاف في جريانها في العقوبات فيكون التشكيك حينئذ تشكيكاً في المسلمات وهو غير مسموع قال (واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز الخ) الكفالة بالثمن عن المشتري جائزة بخلاف لانه دين صحيح كسائر الديون وعلى هذا يكون ذكره تعهداً لكر الكفالة بالمبيع والاعيان المذكورة بعده واعلم ان الاعيان بالنسبة الى جواز الكفالة يمتد بالقسمة الاولى الى ما هو أمانة لا يضمن كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة والى ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم الى ما هو مضمون بغيره كالمبيع والمرهون والى ما هو مضمون بنفسه كالمبيع بغيره فاسد والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب والكفالة بها كما هو اما أن تكون بذواتها أو بتسليمها

الجباني بأن لا يعود الى مثل ما فعل أو غيره فان كان الاول فقد لا يحصل المقصود كما ترى بعض المتشككين يعودون الى الجناية وان كان الثاني فقد يحصل المقصود بالاقامة على النائب هذا في الحدود وما في القصاص فالاول منتف قطعاً لعدم تصوره بعد الموت أصلاً لا محالة والثاني كما في الحد ولعل الاستدلال على ذلك بالاجماع أولى فانه لم يرو عن أحد من أهله خلاف في جريانها في العقوبات فيكون التشكيك حينئذ تشكيكاً في المسلمات وهو غير مسموع قال (واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز الخ) الكفالة بالثمن عن المشتري جائزة بخلاف لانه دين صحيح كسائر الديون وعلى هذا يكون ذكره تعهداً لكر الكفالة بالمبيع والاعيان المذكورة بعده واعلم ان الاعيان بالنسبة الى جواز الكفالة يمتد بالقسمة الاولى الى ما هو أمانة لا يضمن كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة والى ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم الى ما هو مضمون بغيره كالمبيع والمرهون والى ما هو مضمون بنفسه كالمبيع بغيره فاسد والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب والكفالة بها كما هو اما أن تكون بذواتها أو بتسليمها

(قوله فان كان الاول) أقول ويجوز أن يعكس فيبين بطلان الاول بما ذكره في وجه بطلان الثاني وبالعكس بل هذا أظهر (قوله فقد لا يحصل المقصود) أقول تأمل فان عدم الحصول نادر لا يضرنا

فان كان الاول لم تصح الكفالة فيما يكون امانة أو مضمونا بالغير وتصح فيما يكون مضمونا بنفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فعلى هذا لا تجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بأن يقول الكفيل المشتري ان هلك المبيع فعلى بدله لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن ولا بالرهون لانه مضمون بالدين ولا بالوديعة والمستعار والمستأجر لانها امانة وتجوز في المبيع بعبا فاسدا او المقبوض على سوم الشراء والمغصوب ويجب على الكفيل تسليم العين مادام قائما وتسليم قيمته عند الهلاك لانها اعيان مضمونة بعينها ومعنى ذلك أن يجب قيمتها عند الهلاك ومالم يجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره كما مر ومنع الشافعي رحمه الله الكفالة بالاعيان مطلقا بناء على أصله ان موجب الكفالة التزام أصل الدين في الذمة فكان محلها الديون دون الاعيان وان شرط صحتها اقدرة الكفيل على الايفاء من عنده وذلك بتصوير في الديون دون الاعيان وقتلنا بناء على أصلنا ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة والمطالبة تقتضي أن يكون المطلوب مضمونا على الاصيل لا تحالة والامانات ليست كذلك والمضمون بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والرهون المضمون بالدين والقيمة غير مضمون على الاصيل حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانفسخ العقد ولو هلك الرهن في يد المرتهن (٤١٥) صار مستوقفا ليدنه ولا تلزمه

مطالبته فلا تتصور الكفالة وان كان الثاني أعنى الكفالة بتسليم الاعيان المذكورة فما كان مضمونا بغيره كالمبيع اذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن والرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الراهن بعد استيفاء المرتهن الدين جاز وكرر في الذخيرة ان الكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن أو برده حتى قضى الدين ولعل مجملها اختلاف الروايتين فان هلك المبيع فلا شيء على الكفيل لان العقد قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن والكفيل لا يضمن الثمن وان هلك

(وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح) لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بعبا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والرهون ولا بما كان امانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن أو بتسليم المستأجر الى المستأجر جاز

الكفيل بدلا عن المكفول عنه ولا يضرب وتقدم (قوله وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح عندنا خلافا للشافعي) اعلم أن الاعيان امام مضمونة على الاصيل أو غير مضمونة بغير المضمونة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية عندنا والمستأجر في يد المستأجر والمضمونة امام مضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض فانه مضمون بالثمن والرهن فانه مضمون بالدين فالثلاثة الاول لا تصح الكفالة بها أصلا بناء على انها غير واجبة التسليم فلا يجب على الكفيل شيء وقالوا رد الوديعة غير واجب على المودع بل الواجب عدم المنع عند طلب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها بخلاف العارية فان تسليمها واجب فصح التكفيل بتسليمها وكذلك الباقي من القسمين يصح بالتسليم ولا تصح الكفالة بها على معنى انه بعينه يجب على الكفيل فان هلك فعليه بدله لان هذا القدر لا يجب على الاصيل بل لو هلك المبيع انما يسقط الثمن أو الرهن سقط من الدين بقدره والباقي ظاهر فلا يجب على الكفيل وعلى معنى الكفالة بتسليم العين يصح كما ذكرنا ومتى هلك فلا شيء على الكفيل وفائدته حينئذ الزام احضار العين وتسليمها ولو عجز بأن مات العبد المبيع أو الرهن أو المستأجر انفسخت الكفالة على وزان الكفالة بالنفس سواء وما ذكره من الأئمة السرخسي ان الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل فقد نص في الجامع الصغير أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة وكذا في المسوط ونص القدوري انها بتسليم المبيع جائزة ونص في التحفة على جميع ما أوردها ان الكفالة بالتسليم صحيحة والوجه

الرهن عند المرتهن فكذلك لان عين الرهن ان كان بمقدار الدين أو زائدا عليه والزيادة عليه من ماله كان امانة في يد المرتهن ولا ضمان فيها وما كان امانة فان كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فان الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم ولا تجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كما لا تجوز بعينها وان كان واجب التسليم كالمستأجر بفتح الجيم اذا ضمن رجل تسليمه الى المستأجر كمن استأجر دابة وجعل الاجر ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صححت الكفالة والكفيل مؤاخذ بتسليمها مادامت حية فان هلك فليس على الكفيل شيء لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل عن كونه مطالبا بتسليمها وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل به وترك المصنف رحمه الله ذكر المستعار كما ترك ذكر الوديعة اشارة الى عدم جوازها وأظنه تابع شمس الأئمة السرخسي في ذلك فانه قال الكفالة بتسليم العارية باطلة قبيح وهذا ليس بصواب فقد نص محمد رحمه الله في الجامع ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه نظر لان شمس الأئمة ليس ممن لم يطلع على الجامع بل لعله قد اطلع على رواية أقوى من ذلك فاخترها

(قوله ومالم يجب قيمته عند الهلاك) أقول الموصول عبارة عن الاعيان المضمونة (قوله فان الواجب فيها عدم المنع الخ) أقول هو أيضا بعد تسليمنا في نفي أن تجوز الكفالة به على ما ذكره بعض مشايخنا (قوله قبل وهذا ليس بصواب) أقول القائل هو الكافي

(قوله لانه التزم فعلا واجبا) دليل لما ذكره وفيه اشارة الى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون كما فصلناه (قوله ومن استأجر دابة للعمل) اعلم ان من استأجر دابة (٤١٦) معينة للعمل فكفل بتسليمها رجل صحت لما تقدم آنفا وان استأجر غير معينة للعمل فكفل

رجل بالجل فكذلك لان المستحق هو الرجل وهو قادر عليه بالجل على دابة نفسه وان استأجرها معينة للعمل فكفل بالجل لم يصح قال المصنف (لانه) أى الكفيل (عاجز عنه) أى عن الرجل على الدابة المعينة لان الدابة المعينة ليست في ملكه والجل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة وفيه نظر لان عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير لو منع صحته لما حجت بالاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله واستدل به على عدم جوازها في الاعيان مطلقا وما ذكر في الايضاح جوابا للشافعي رحمه الله وهو قوله تسليم ما التزمه متصور في الاعيان المضمونة في الجملة فصح التزامه لان ما يلزمه بعقده يعتبر فيه التصور غير دافع لان تسليم ما التزمه متصور في الجملة فكان الواجب صحته فيما نحن فيه أيضا (وكذا اذا استأجر عبدا بعينه للخدمة فكفل له رجل بخدمته لم تصح لما بينا) أنه عاجز عما كفل به

لانها التزم فعلا واجبا قال (ومن استأجر دابة للعمل عليها فان كانت بعينها لاتصح الكفالة بالجل) لانه عاجز عنه (وان كانت بغير عينها حازت الكفالة) لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والجل هو المستحق (وكذا من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل) لما بينا

عندي أن لافرق بين الثلاثة الاول من الوديعة ومال المضاربة والشركة وبين العارية وما مهمان الامانات اذ لا شك في وجوب الرد عند الطلب فان قال الواجب التحلية بينه وبينه الارهاق اليه فنقول فليكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو ان يحصلها ويحلي بينه وبينها بعد احضاره اليها ونحن نعني بوجوب الرد ما هو أعم من هذا ومن حمل الرد واليه قال في الذخيرة الكفالة بتمكن المودع من الاخذ صحيحة وأما مضمونة بنفسها كالمصوب والمبيع بعافاسدا والمقبوض على سوم الشراء فتصح الكفالة بها ويجب على الكفيل ما يجب على الاصيل وهو دفع العين فان عجز وجب قيمته أو مثله على الكفيل وفي المبسوط ادعى عبدا في يدرجل فلم يقدمه الى القاضي وأخذ منه كفيل بنفسه وبالعبادات العبد في يد المطلب وأقام المدعي البيعة ان العبد عنده بقضى القاضي بقبضته على المطلوب وان شاء على الكفيل لان البيعة ظهر أن العبد كان مغصوبا والكفالة بالعين المقصوبة توجب على الكفيل أداء القيمة عند تعذر العين كما ان الواجب على الاصيل كذلك والقول قول الكفيل في قيمته لانه لا يكاره الزيادة كالاصيل أعنى الغاصب فان أقر الغاصب بأكثر زومه الفضل ولا يصدق على الكفيل وفي المبسوط كفل بالرهن وفيه فضل على الدين فهل عند المرتهن ليس على الكفيل شيء لان عين الرهن والزيادة على مقدار الدين من الرهن أمانة في يد المرتهن ولا يضمن الكفيل شيئا من ذلك بالكفالة ولو ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه وكانت قيمة الرهن تسعمائة والدين ألف مثلا ضمن الكفيل مائة لانه التزم بالكفالة دينه مضمونا في ذمة الاصيل ولو استعار الرهن المرهون من المرتهن على ان أعطاه كفيلابه فهل عند الرهن لم يلزم الكفيل شيء لانه لا ضمان للمرتهن على الاصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل أيضا ولو كان الرهن أخذ به بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل وأخذ به لان الرهن ضامن مائة العين هنا ألا ترى انه لو هلك في يده ضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمصوب ولفظ المستأجر في كلام المصنف بالفتح في الموضوعين وقد مرنا أنه متى هلك كل من المبيع والرهن والمستأجر بعد الكفالة بتسليمه لا شيء على الكفيل ففي المبيع والرهن تقدم ما يفيد وجوه وفي المستأجر لان الاجارة تنفسخ به وخرج الاصيل من أن يكون مطايبا بتسليم العين وانما وجب رد الاجرة والكفيل ما كفل الاجر (قوله) ومن استأجر دابة للعمل فان كانت بعينها) أى أجره أن يحمله على هذه الدابة (لاتصح الكفالة لانه عاجز عن الفعل) الواجب على الاصيل وهو حمله على هذه الدابة لانه لا ملك له في هذه الدابة ليحمله عليها (وان كانت بغير عينها حازت لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه) أو على دابة يستأجرها (والجل هو المستحق) وهو مقدور للكفيل فصحت كفالته به (ووزانه من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا) من انه عاجز عنه اذ لا ملك العبد أمالو كفل بنفس العبد المستأجر فهو صحيح على ما عرف ولو هلك لاشئ على الكفيل وقال شارح في الفرق بين الرجل على العين وغير المعين بأن الدابة اذا كانت بعينها فالواجب على المؤجر تسليم الدابة لا الرجل فالكفالة بالجل كفالته بما لم يجب على الاصيل فلا تصح بخلاف ما اذا كانت غير معينة لان الواجب هو الرجل ويمكن استيفاء ومن الكفيل فصحت الكفالة انتهى واعترض الاحصاح بأن الواجب ان كان ليس الاتسليم الدابة المعينة بسبب ان تحميلة الذي هو فعله غير معقود عليه وانما المعقود عليه جل الدابة فكذلك اجارة حمله على دابة الى مكان كذا ليس عليه سوى تسليم أى

(قوله وما ذكر في الايضاح) أقول قوله وما ذكر مبتدأ أخبره بجوابه بعد سطرين وهو قوله غير دافع

الخ (قوله لأن تسليم ما التزمه متصور في الجملة الخ) أقول لعل المراد من قوله متصور في الجملة أن التسليم متصورا ما باعتبار عينه أو باعتبار قيمته ولا يستقيم ذلك في الرجل على دابة معينة فليتامل

قال (ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس الخ) لاتصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد
 رجهما الله وهو قول أبي يوسف وأولوا وقال آخر تجاوز اذا أجاز حين بلغه ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة قبل أي نسخ كفالة المسوط
 وفيه تنويه بأن نسخ كفالة المسوط لم تتعدد وانما هي نسخة واحدة فالوجود في بعضها دون بعض يدل على تركه في بعض أوز بآدته
 في آخره ذكر في الايضاح وقال أبو يوسف يجوز ثم قال وذ كرقوله في الاصل في موضعين فشرط الاجازة في أحدهما دون الآخر
 وعلى هذا يجوز أن يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ المسوط وهذا الخلاف ثابت بينهم في الكفالة بالنفس والمال جميعا
 لابي يوسف رجه الله في وجه الرواية التي لم تشترط الاجازة فيها أنه تصرف (٤١٧) التزام وهو ظاهر وكل ما هو كذلك

يستتبعه الالتزام كالاقرار
 والنذر فهذا يستتبعه
 الالتزام ومنع كونه التزاما
 فقط وبان الاقرار اخبار
 عن واجب سابق والاخبار
 يتم بالخبر والنذر من
 العبادات ومن له العبادات
 لا يشترط قبوله لعدم
 العلم به وله في وجه رواية
 التوقف على الاجازة
 ما ذكرنا في الفصولي في
 السكاح وهو ان يجعل
 كلام الواحد كالعقد التام
 فيتوقف على ما وراء
 المجلس لانه لا ضرر في هذا
 التوقف على أحد ومنع
 عدم الضرر بجواز رفع
 الامر الى قاض يرى براءة
 الاصيل عن حق الطالب
 كما هو مذهب بعض العلماء
 في أن الكفالة اذا صحت
 برئ الاصيل وفي ذلك ضرر
 على الطالب ولهما أن في
 عقد الكفالة معنى التملك
 لان فيه تملك المطالبة
 من الطالب فلا يتم
 بعد الايجاب الا بقبول

قال (ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله وقال أبو
 يوسف رجه الله آخر يجوز اذا بلغه فأجاز ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس
 والمال جميعا لانه تصرف الالتزام فيستتبعه الالتزام وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه
 في الفصولي في السكاح ولهما أن فيه معنى التملك وهو تملك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود
 شرطه فلا يتوقف على ما وراء المجلس (الا في مسألة واحدة)

دابة كانت اذا لا يجب تحميله الذي هو فعله لانه لم يستأجر الرجل نفسه فلا فرق فينبغي ان لا تجوز
 الكفالة فيه أيضا لان الحمل أيضا غير واجب على الاصيل بعين ما في التي قبلها والحاصل أنه ان كان
 الحمل على الدابة تسليما فينبغي ان تصح الكفالة فيه ما لان الكفالة بتسليم المستأجر صحيحة ولم يمنع منه
 كون المستأجر مسلما للغير الكفيل وان كان التحميل ينبغي ان لاتصح فيه ما لان التحميل غير واجب
 على الاصيل والحق ان الواجب في الحمل على الدابة معينة أو غير معينة ليس مجرد تسليمها بل المجموع
 من تسليمها والاذن في تحميلها وهو ما ذكر في النهاية من التركيب وما ذكرنا من الحمل عليها في المعينة
 لا بقدر على الاذن في تحميلها اذ ليست له ولاية عليها بل صح اذنه الذي هو معنى الحمل وفي غير المعينة
 يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه أو دابة استأجرها (قوله) ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في
 المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله وقال أبو يوسف يجوز اذا بلغه الخبر فأجاز ولم يشترط في
 بعض النسخ) أي نسخ كفالة الاصل عن أبي يوسف (الاجازة) بل انه نافذ ان كان المكفول له غائبا
 وهو الاظهر عنه والحاصل أن عنه رايتين (والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا) وجه رواية
 النفاذ أنه التزام فيستتبعه الالتزام ولا يتعدى له ضرر في المكفول له لان حكمه لا يوجب عليه شيئا
 لانه مختار في المطالبة لا ملزوم فان رأى مطالبته طالبه والا وأحال المصنف وجه التوقف على
 ما ذكره في الفصولي في السكاح وهو ان شرط العقد يتوقف حتى اذا عقد فصولي لامرأة على آخر
 توقف على الاجازة كما اذا كان عقدا تاما بأن خاطب عنه فصولي آخر وعندهما لا يتوقف الا ان خاطبه
 فصولي آخر فلا يتوقف عندهما الا العقد التام (ولهما ان فيه معنى التملك وهو تملك المطالبة منه
 فيقوم بهما جميعا والموجود) من الموجب وحده (شرط العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس) وهذا
 يقتضى انه لو تم عقدا بقبول فصولي آخر يتوقف وقد صرح بذلك عندهما قالوا اذا قبل عنه قابل يتوقف
 بالاجماع وحينئذ قوله في وضع المسئلة لاتصح الا بقبول المكفول له في المجلس غير صحيح بل الشرط ان
 يقبل في المجلس ان كان حاضرا فتنفذ أو يقبل عنه فصولي آخر ان كان غائبا فتتوقف الى اجازته
 أورده وقوله (الا في مسألة واحدة) استثناء من قوله لاتصح الا بقبول المكفول له في المجلس فان هذه

(٥٣ - فتح القدير خامس) والموجود شرط العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس وعلى هذا الوقبله عن الطالب
 فصولي يتوقف على اجازته لوجود شرطه قال (الا في مسألة واحدة الخ) استثناء من قوله لاتصح الكفالة الا بقبول المكفول له فكانته
 قال لا يصح ذلك عندهما الا في مسألة واحدة استحسانا

(قوله لان نسخ كفالة المسوط لم تتعدد) أقول أي من محمد فلا ردني تأمل (قوله فالوجود في بعضها الخ) أقول فيه بحث (قوله)
 في بعض مواضع نسخ المسوط) أقول فينبغي أن يطرح لفظ النسخ من البين والامر حين (قوله ومنع كونه التزاما فقط) أقول
 مستندا بأنه عقد تبرع كالهبة والصدقة فلا بد من القبول (قوله وبأن الاقرار الخ) أقول في العطف تأمل

والقياس عدمها الماهر أن الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان إلا بقبوله ولأن الصحيح لو قال ذلك لورثته أو لاجنبي لم يصح فكذا المريض والاستحسان وجهان أحدهما أن يقال إذا قال المريض لوارثه تكفل عني بما على من الدين فكأنه قال أو ف عني ديني وذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وإن لم يسم المكفول لهم وقد تقدم أن جهالة المكفول له نفس الكفالة ولهذا قال المشايخ إنما تصح هذه الكفالة إذا كان له مال عند الموت تصح المعنى الوصية وإذا كان في معناها لا يكون القبول في المجلس شرطاً قبل في كلام المصنف تسامحاً لأنه في معنى الوصية لأنه وصية من كل وجه لأنه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض وقد ذكر في المبسوط أن هذا لا يصح في حالة الصحة وليس كذلك لأنه قال (٤١٨) لأن ذلك وصية في الحقيقة ومثل هذه العبارة تستعمل عند المحصلين فيما

وهي أن يقول المريض لوارثه تكفل عني بما على من الدين فكفيل به مع غيبة الغرماء جاز) لأن ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا إنما تصح إذا كان له مال أو يقال أنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه نفر يغالتمته وفيه نفع الطالب فصار كما إذا حضر بنفسه وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهراً في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه

المسئلة صححت من غير قبول في المجلس ولا قبول فضولي عنه (وهي أن يقول المريض) المديون (لوارثه تكفل عني بما على من الدين فكفيل) عنه (به مع غيبة الغرماء) فإنه يصح استحساناً فللغرماء مطالبته وذكر للاستحسان وجهين أحدهما أن قوله تكفل عني وصية أي فيه معنى الوصية إذ لو كانت حقيقة الوصية لم يفترق الحال بين حال الصحة والمرض في ذلك وقد ذكر في المبسوط أن ذلك لا يصح منه في حال الصحة وإذا كان معنى الوصية فكأنه إنما قال لهم اقضوا ديوني فقالوا نعم إذا قالوا تكفلنا بها فلذا قال المشايخ إنما يتم ذلك إذا كان له مال فإن لم يكن له مال لا تؤخذ لورثته بدون ولو كان حقيقة الكفالة لا تؤخذ وأباحت تكفلوا ثانياً ما زاد كرفي المبسوط والإيضاح أن حق الغرماء يتعلق بتركته في مرض موته لا بذمته لضعفها بمرض الموت ولذا امتنع تصرفه في ماله كيف شاء واختار فنزل نائباً عن الغرماء المكفول لهم عام إلا لهم ما في ذلك من المصلحة بتفريغ ذمته وفيه نفع للطالب المكفول له كما إذا حضر بنفسه فان قيل غاية الأمر أن يكون كطالب حضر بنفسه فلا بد من قبوله فان الصادر منه حينئذ قوله تكفل ولو قال تكفل لي بما على علي فلان فقال كفلت لا يتم الآن يقول بعد ذلك قبلت أو نحوه كالبيع إذا قال بعني بكذا فقال بعث لا ينعقد حتى يقول إلا أمر قبلت أجاب المصنف بقوله (إنما لا يشترط القبول) بعد قول الوارث تكفلت (لأنه) أي لأن قوله تكفلت (لا يراد به المساومة) وإنما احتج في البيع كذلك لأنه يراد به المساومة وهذا لا يراد به إلا التحقيق بدلالة هذه الحالة فان حالة الموت ظاهرة في الدلالة على قصد التحقيق الكفالة لتخليص نفسه لا على المساومة بها (فصار) الأمر هنا (كالامر بالنكاح) فيما لو قال زوجي بنتك فقال زوجتكها انعقد وإن لم يقل قبلت حيث كان النكاح لا تجرى فيه المساومة (ولو قال المريض ذلك لاجنبي) فضمن (اختلف المشايخ) منهم من قال لا يجوز لأن الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام فكان المريض في حق الاجنبي والصحيح سواء ولو قال ذلك لاجنبي أو لوارثه لا يصح إلا أن يقبل الطالب ومنهم من قال يصح من الاجنبي وينزل المريض منزلة الطالب لحاجته لتضييق الحال عليه كما ذكرنا في الوارث وهو أو وجهه وما في المبسوط

أذال لفظ بظاهره على معنى وإذا نظر في معناه يؤل إلى معنى آخر وحينئذ لا فرق بين أن يقول في معنى الوصية أو وصية في الحقيقة والثاني أن يقال إن المريض قائم مقام الطالب لحاجته إليه أي إلى قيامه بمقامه لوجود ما يقتضيه من نفع المريض بتفريغ ذمته وانتفاء المانع بوجود ما ينافيه من نفع الطالب فصار كأن الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث تكفل عني بما على فان قيل قيامه مقام الطالب وحضوره بنفسه ليس محل النزاع وإنما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرط وهنا أجاب المصنف بقوله (وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق) أي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقيق الكفالة لا المساومة نظراً إلى ظاهر حالته التي هو

عليها فصار كالامر بالنكاح كقول الرجل لامرأته زوجيني نفسك فقالت زوجت فان ذلك بمنزلة قولها من زوجت وقبلت وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب للاستثناء وتمثيله بالامر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما ويجوز أن يكونا مسلمين في هذه المسئلة قال (ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ الخ) إذا قال المريض لاجنبي تكفل عني بما على من الدين ففعل الاجنبي ذلك اختلف المشايخ

(قوله وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة) أقول الظاهر أن مراده بذلك أنه لا يشترط صريح القبول بعدما كفل الوارث بل يكفي أمره قبل ذلك بقوله تكفل عني ولا أدري كيف يذهب إلى ما ذكره وفيه تفكيك النظم وعدم ممارسته في الكلام على ما لا يخفى

فمنهم من لم يصح ذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه لافي الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه سواء ولو قال الصحيح ذلك لاجنبي اولوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له فكذلك المريض ومنهم من صحه لان المريض قصديه النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بأمره يرجع في تركه فيصح هـ. ذامن المريض على أن يجعل قائما مقام الطالب لتضيق الحال عليه بمرض الموت كما تقدم ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فتر كناه على القياس أو على انه بطريق الوصية كما هو الوجه الآخر من الاستحسان ولهذا جاز مع جهالة المكفول له وجواز ذلك في المرض للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح لعدمها قال (واذامات الرجل وعليه ديون الخ) اذا مات المديون مفلسا ولم يكن عنه كفيل فكفل عنه دينه انسان وارثا كان أو اجنبيا لم تصح الكفالة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالاهي صححة وهو قول الاثمة الثلاثة لهم ان الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الاصيل وكل كفالة هـ. ذاشأنها هي صححة بالاتفاق فهذه صححة واتفاقنا كفل بدين صحيح ثابت لأن كونه ديناصحها هو المفروض وثبوته ما أن يكون بالنسبة الى الدنيا أو الآخرة لا كلام في ثبوته وبقائه في حق أحكام الآخرة وأما في حق أحكام الدنيا فهو ثابت أيضا لانه واجب (١٩٤) لحق الطالب بلا خلاف وما وجب لا ينتفي الا بإبراء من له الحق أو بأداء

قال (واذامات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة رحمه الله وقال تصح) لانه كفل بدين ثابت لانه واجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط وله ذابقي في حق أحكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا بقي اذا كان به كفيل أو مال وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفلـعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب

من قوله وهذا من المريض صحيح وان لم يبين الدين ولا صاحب الدين فانه انما يصح بطريق الوصية لورثته بأن يقضوا دينه والجهالة لا تمنع صحة الوصية مبنية على غير الوجه الارجح وهو انها كفالة ولا حاجة الى ذلك بل هي كفالة وجهالة المكفول به وهو الدين لا تضرب في الكفالة وقد فرض ان المريض قائم مقام المكفول له وهو معين فلم يكن المكفول له مجهولا حكاه هذا الاعتبار (قوله) واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا) بل مات مفلسا (فكفل رجل للغرماء بما عليه لا تصح عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد) والاثمة الثلاثة وأكثراهل العلم (تصح لانه كفل بدين ثابت) عموم قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وما روى أنه صلى الله عليه وسلم أتى بجنائزة أنصاري فقال هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان أو ديناران فقال صلوا على صاحبكم فقام أبو قتادة وقال هما على فصلى صلى الله عليه وسلم عليه فولم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعد الكفالة ولانه كفل بدين ثابت (لانه) أي الدين (وجب) في حياته (لحق الطالب) وهو باق (ولم يوجد المسقط) وهو الاداء أو الأبراء وانفساخ سبب وجوبه ولم يتحقق بالموت شيء من ذلك ويدل على بقاءه كونه يطالب به في الآخرة (و) أنه (لو تبرع به انسان جاز) أخذ الطالب منه ولو سقط بالموت ما حل له أخذه وأنه لو كان به كفيل قبل موته بقيت الكفالة ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الكفيل بسقوطه عن الاصيل (ولابى حنيفة رحمه الله أنه كفل بدين ساقط) في حكم الدنيا لا مطلقا والكفالة من أحكام الدنيا لا تنطبق لآخذها فيها لافي الآخرة فلا يتصور لها وجود بلادين كذلك (لان الدين فعل حقيقة ولذا يوصف بالوجوب)

الابرا من له الحق أو بأداء من عليه أو بفسخ سبب الوجوب والمفروض عدم ذلك كاه فدعوى سقوطه دعوى مجردة عن الدليل وبما يدل على ثبوته في حق أحكام الدنيا أنه لو تبرع به انسان صح ولو برئ المفلس بالموت عن الدين لم يحل لصاحبه الاخذ من المتبرع واذا كان به كفيل أوله مال فان الدين باق بالاتفاق فدل على ان الموت لا يغير وصف الثبوت وبما يدل على ذلك ان المشتري لو مات مفلسا قبل أداء الثمن لم يبطل العقد ولو هلك الثمن الذي هو دين عليه بوجهه مفلسا لبطل العقد كمن اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل

العقد بل لانه الثمن ولم يبطل ههنا علم ان الدين باق عليه في أحكام الدنيا ولا يحنيفة رحمه الله ان الدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة وكل فعل يقتضى القدرة والقدرة انما تكون بنفسه أو بخلفه وقد انتفت باتفاهم ما فتنتي الدين ضرورة ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة ان المقصود الفائدة الحاصلة منه هو فعل الاداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب

(قوله) فمنهم من لم يصح ذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه لافي الحياة ولا بعد موته الخ) أقول بخلاف الوارث اذا كان فانه مطالب بعدموت المكفول عنه لانتقال ما يملكه اليه وتعلق حق الطالب بتركه الحاصل أن الوارث اذا كان مطالباً بقضاء دين المورث باعتبار تعلق الدين بتركه وكون الوارث أقرب الناس اليه حتى خلفه في ماله الفاضل عن حاجته فبالتزامه الدين أولى أن يطالب به وأمكن حينئذ ترتيب موجب الكفالة بخلاف الاجنبي لانه لا يطالب بدينه بدون الالتزام أصلا فمالم يتحقق حقيقة شرائط صحة الكفالة لا تصح فاقتربا ولقائل أن يقول اذا كان الوارث مطالباً بدينه في الجملة كان فيه شبهة الكفالة عن نفسه فكان ينبغي أن لا يجوز كفالته فاذا جاز كفالة الوجهين المذكورين في الكتاب فكفالة الاجنبي وهي سالم من هذا المانع أولى أن تصح فتأمل (قوله) والقدرة انما تكون بنفسه أو بخلفه الخ) أقول فيه شيء

يقال دين واجب كما يقال الصلاة واجبة والوصف بالوجوب حقيقة انما هو في الافعال فان قلت لزم حينئذ قيام العرض بالعرض وهو غير جائز باتفاق متكلمي أهل السنة فعلمك بما ذكرنا من الجواب في التقرير في باب صفة الحسن للأمر به وان قلت فقد يقال المال واجب أوجب المصنف بقوله (لكنه) أي الدين (في الحكم مال) لان تحقق ذلك الفعل في الخارج ليس الا بتبليط طائفة من المال فوجوب المال بالوجوب لان الاداء الموصوف به يؤل اليه في المال فكان وصفا مجازيا فان قلت العجز بنفسه وبخلفه يدل على تعذر المطالبة منه وذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن كفل عن عبد محجور أقر بدين فانها تصح وان تعذر المطالبة في حالة الرق قلنا غلط بعدم التفرقة بين ذمة صالحة لوجوب الحق عليها ضعف بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم تبقى أهلا للوجوب عليها وهذا التقرير كما ترى يشير الى أن المصنف ذكر دليل أبي حنيفة بطريق المعارضة ولو أخرجه الى سبيل الممانعة بأن يقول لان تسليم ان الدين ثابت بل هو ساقط وسيد كراسن بقوله فان الدين (٤٢٠) هو الفعل كان أحق في وجوه النظر على ما لا يخفى على المحصلين وتنبه

لهذه النكتة واستغن عن اعادتها فيما هو نظيره فيما سيأتي (قوله والتبرع لا يعتمد قيام الدين) جواب عما قالوا ولو تبرع به انسان صح يعني ان التبرع لا يعتمد قيام الدين فان من قال فلان على ألف درهم وأنا كفيل به صححت الكفالة وعليه أدائه وان لم يوجد الدين أصلا ولان بطلان الدين انما هو في حق الميت لا المستحق لان الموت يخرج من قام به عن الحلية واذا كان باقيا في حق المستحق حل له أن يأخذ بدينه ما تبرع به الغير وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشتري مفسلا بقائه في حق البائع فان السقوط في حق الميت لضرورة فوت المحل فلا يتعدى الى غيره بخلاف الفلوس اذا كسدت فان الملك قد يبطل في حق المشتري فلذلك انتقض

لكنه في الحكم مال لانه يؤل اليه في المال وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل أولا له مال فخلفه أو الاضفاء الى الاداء باق والموصوف بالاحكام الافعال (وقد عجز عنه بنفسه وبخلفه) وهو الكفيل الكائن قبل سقوطه فسقط في أحكام الدنيا ضرورة (والتبرع لا يعتمد قيام الدين) ولو كان بقيد الاضافة أي التبرع بالدين وهو الحق فانما يعتمد قيامه بالنسبة الى من عليه دون من له والكفالة نسبة بين كل من المكفول له والاصيل لانه التزام ماعلى الاصيل للمكفول له ولو كان به كفيل لم يعجز بخلفه فلم يسقط الدين بموته بخلاف الكفالة بعده وموته فانها كفالة بعد السقوط (ولو كان له مال فالاقضاء الى الاداء باق) فلم يسقط الدين فصحت كفالته عن الميت الملىء وأما حديث أبي قتادة فليس فيه صريح انشاء الكفالة بل يحتمل قوله هما على كلاً من انشائها والاخبار بها على حد سواء ولا عموم لواقعة الحال فلا يستدل به في خصوص محل النزاع ويحتمل الورد بها وان كان مرجوحا وامتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه ليظهر طريق ابقائه ما لا يقيد طريق الكفالة فلما ظهر بوعدها أو بالقرار بالكفالة به ما حصل المقصود فصلى عليه وفوق اثبات سقوط الدين مسائل أحدها لو مات المشتري مفسلا قبل أدائه الثمن لا يبطل البيع ولو سقط الثمن بطل ولو اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض يبطل البيع به لالك الثمن في نفسه فعلم أن سقوط الدين بالنسبة الى الدنيا لا يبطل الدين فانما أنه لو كان بالدين كفيل يبقى على حاله اذا مات مفسلا ولو سقط في أحكام الدنيا لم يبق الكفالة فانها لو كان بالدين رهن بقى الدين عليه بعدموته مفسلا وبقاء الرهن انما يكون ببقاء الدين ولان تعذر المطالبة لمعنى لا يوجب بطلان الدين في حال الحياة كالعبد المحجور اذا أقر بدين فكفل عنه به كفيل صح وان كان لا يطالب به في حال رقه فكذا في حال الموت أوجب عن الاول بأن الدين لا يبطل بموته في حق المستحق حتى جاز أن يأخذه من المتبرع والكفالة تعتمد قيام الدين في حق الاصيل كما ذكرنا وقد سقط به هذا الاعتبار لضرورة بطلان المحل فيتقدر بقدر الضرورة وعن الثاني بأن كساد الفلوس يبطل الملك في حق المشتري فلذلك انتقض العقد وهنا الدين باق في حق صاحب الدين فلا يبطل العقد وعن الثالث بأن ذمة الكفيل السابق كفالته خلف عن ذمته فلا تبطل ذمته بالموت ومثله الرهن وأما العبد فله ذمة صالحة فتصح الكفالة وتأخر المطالبة

العقد (قوله واذا كان به كفيل) جواب عن قولهما وكذا يبقى اذا كان به كفيل أولا له مال وبيانه ان القدر شرط لحق الفعل اما بنقص القادر أو بخلفه واذا كان به كفيل أولا له مال فان اتقى القادر فخلفه وهو الوكيل أو المال في حق بقاء الدين باق (قوله أو الاضفاء) على ما هو السماع وعليه أكثر النسخ تنزل وكانه قال الكفيل والمال ان لم يكونا خلفين فالاقضاء (الى الاداء) بوجودهما (باق) بخلاف ما اذا عدا ما يجوز أن يكون في الكلام لف ونشروا تقديره فخلفه وهو الوكيل أو الاضفاء الى ما يقضى الى الاداء وهو المال باق (قوله فعليك عماد كرا من الجواب في التقرير الخ) أقول من انه صفة اضافية اعتبارية لا معنى قائم بالذات وصفت الذات بها على الحقيقة حتى يلزم ما ذكرتم هذا ما ذكره في التقرير قبيل باب صفة الحسن للأمر به في كلامه مساهلة (قوله ولو أخرجه الى سبيل الممانعة الخ) أقول أنت خير بان منع المقدمة التي أقيم الدليل عليها خارج عن الآداب وفيما نحن بصدده كذلك فان قوله وجب لحق الطالب الخ اشارة الى دليل الثبوت فليأمل (قوله وسيد كراسن بقوله الخ) أقول ذلك القول دليل السند كما لا يخفى

وعلى هذا بشرط في القدرة ما نفس القادراً وخلفه أو ما يفضى الى الاداء وقد وقع في بعض النسخ اذا انفضا على وجه التعليل لقوله فخلفه
وعلى هذا يكون تقدير الكلام فخلفه باق حذفه لدلالة المذكور عليه كافي قوله

نحن بما عندنا وأنت بما * عندك راض والرأي مختلف

وبمعناه كل واحد من الكفيل والمالك خلف للبيت لان رجاء الاداء منهم باق فان الخلف ما به يحصل كفاية امر الاصل عند عدمه وهما
كذلك فكانا خلفين وفيه ما ترى من التكاف مع الغنية عنه بالاولى فان قيل ان استدلال الخصم باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم
فانه لا يفصل بين الحي والميت وباروى أنه عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة أنصاري ليصلي عليه فقال عليه الصلاة والسلام فهل علي
صاحبك دين فقالوا نعم درهمان أو ديناران فامتنع من الصلاة عليه وقال صلوا على صاحبكم فقام على أو أوقفتا رضى الله عنهما على
اختلاف الروايتين وقال هما على يا رسول الله فصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه ولو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه
بعدها كما امتنع قبلها فماذا يكون جواب أبي حنيفة عن ذلك فالجواب ان قوله الزعيم غارم يدل على ان الكفيل يغرّم ما كفل به والكلام
في كفيل الميت المفلس هل هو زعيم أو لا وما حديث الانصاري فانه يحتمل أن يكون ذلك من على أو أوقفتا اقرارا بكفالة سابقة
فان لفظ الاقرار والانشاء فيهما - ماسواء ولا عموم لحكاية الحال ويحتمل أن يكون وعدا بالتبرع ونحن نقول بجواز بدله - ما روى أنه
عليه الصلاة والسلام كان يقول لعلي ما فعل الديناران حتى قال يوما قضيتهما فقال الآن (٤٣١) بردت عليه جلده ولم يجبره على الاداء

ولو كان كفالة لأجبره على ذلك والحق ان من قال بأن الكفالة ضم ذمة الى ذمة لزمه القول ببطلان الكفالة عن الميت المفلس لعدم ما يضم اليه وجاهده متساهل حيث لم يثبت من الشرع جعل الذمة المعدومة موجودة والله أعلم قال (ومن كفل عن رجل بألف الخ) رجل كفل عن رجل بألف بأمره بألف عليه فقضى الاصل الكفيل الالف قبل أن يعطى المال فلا يتحول ما ان يكون

قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاء الالف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها) لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كن عمل زكاته ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض امانة في يده

لحق المولى كما أن الدين ثابت في ذمة المفلس الحي وان كان لا يطالب به (قوله ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاء) أي قضى الرجل المكفول عنه الكفيل (الالف) التي كفل بها (قبل أن يعطيه) أي قبل أن يعطى الكفيل الالف (صاحب المال) وذ كرهير يعطيه على تأويل المال أو المكفول به اللازم من قوله كفل عن رجل وصاحب المال مفعول أول ليعطى والمفعول الثاني هو ضمير المال المقدم في يعطيه (فليس له) أي ليس للرجل المكفول عنه (أن يرجع فيها) وهو وجهه للساقى وفي وجه آخر له أن يرجع وهو قول مالك وأحمد بناء على أنه أمانة عنده ما لم يقض الاصيل ونحن نبين أنه يملكه وان الأمانة ما اذا كان دفعه الى الكفيل على وجه الرسالة الى الطالب ولو لم يملكه فقد تعلق به حقه وهذا الوجه الاول من الوجهين الاذنين ذ كرهما المصنف (لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال) الخاقان بالزكاة المحملة للساعي تعلق به حق القابض على احتمال أن يتم الحول والنصاب كامل فلم يجز استرداده شرعا ما بقي هذا الاحتمال (و الوجه الثاني (أنه) أي القابض (ملكه بالقبض على ما نذكر) يريد ما ذكره بعد سطر في تعليل طيب

قضاء على وجه الاقتضاء بان دفع المال اليه وقال اني لا آمن من أن يأخذ الطالب منك حقه فخذها قبل أن تؤدي فقبطه أو على وجه الرسالة وهو أن يقول الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع الى الطالب فان كان الاول فليس للاصيل ان يرجع فيها أي في الالف المدفوع وأنشبه باعتبار الدراهم لانه تعلق به حق القابض وهو الكفيل على احتمال قضائه الدين فمالم يبطل هذا الاحتمال بأداء الاصيل بنفسه حق الطالب ليس له أن يسترده لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه مادام باقيا لا يكون سعياني نقض ما أوجبه وهذا كن عمل الزكاة ودفعها الى الساعي لانه ليس له أن يسترده لان الدفع كان لغرض وهو أن يصير زكاة بعد الحول فادام الاحتمال باقيا ليس له الرجوع ولان الكفيل ملكه بالقبض على ما نذكر و ان كان الثاني فليس له أن يسترده أيضا لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب والمطلوب يبطل ذلك باسترداده فلا يقدر عليه لكنه لم يملكه لانه تمحض في يده أمانة

(قوله فالجواب أن قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم الخ) أقول لو صح هذا لم يتم استدلال الحنفية على صحة الكفالة بالنفس بهذا الحديث فليتأمل (قوله ولو كان كفالة لأجبره على ذلك) أقول في الملازمة كلام فان الاجبار موقوف على طلب الدائن حقه (قوله والحق ان قوله لعدم ما يضم اليه) أقول اعلمهم بقولون بضعف الذمة بالموت كما ذكر في كتب الاصول لانها تخرب قال المصنف (فليس له أن يرجع فيها) أقول الضمير المؤنث في فيها راجع الى الالف على تأويل الدراهم (قوله لأن الدفع اذا كان لغرض لا يجوز) أقول قال الاتقاني وهذا الدفع لغرض وهو أن يصير المدفوع حقا للقابض على تقدير أداء الدين من مال الكفيل انتهى وفيه شيء

فان تصرف الكفيل فيما قبضه على وجه الاقتضاء يرجح فيه فالرجح له لا يجب عليه التصديق به لانه ملكه حين قبضه والرجح الحاصل من ملكه طيبه لا لاحتالة واعمالنا انه ملكه حين قبضه لان قضاء الدين امان يحصل من الكفيل او من الاصيل فان كان الاول فظاهر لانه قبض ما وجب له فملكه من حين قبضه كمن قبض الدين المؤجل بمجال وان كان الثاني فلا نه وجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل قال في النهاية وذلك لان الكفالة توجب دينين ديناً للطالب على الكفيل وديناً للمكفول عنه على الكفيل على الكفيل حال ودين الكفيل مؤجل الى وقت الاداء من حيث تأخير المطالبة بما وجب له على المكفول عنه الى ما بعد الاداء ولهذا لو أخذ الكفيل من الاصيل رهناً بهذا المال صح عزلة مالوا خذرهنا بدين مؤجل ولو أبرأ الكفيل الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين او وهبه منه يجوز حتى لو اداه الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الاصيل وقال كذا ذكره الامام فاضيلان والامام المحبوبي وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهراً والمسائل المستشهد بها ولكن لا يوافق ما تقدم من ان الصحاح ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة فانه على هذا التقدير الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب على الاصيل من المطالبة الآن مطالبة الطالب حالة ومطالبة الكفيل أخرت الى وقت الاداء فنزل ما وجب للكفيل على الاصيل من المطالبة منزلة الدين المؤجل ولهذا أي لكونه نازلاً منزلة لو أبرأ الكفيل (٤٢٢) المطلوب قبل أدائه صح وكذا اذا أخذ رهناً او وهبه منه والى هذا ذهب

بعض الشارحين وجعل ضمير عليه للمكفول عنه ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله أي الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما توجب للطالب على الكفيل من المطالبة وفيه من التمسك ما ترى من تنزيل المطالبة منزلة الدين المؤجل وقيل ما قبض بمجرد ماله من المطالبة من ان المطالبة لا تستلزم الملك كالوكيل بالخصومة أو القبض فان له المطالبة ولا يملك ما قبض ولعل الصواب أن يكون توجيهه

(وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به) لانه ملكه حين قبضه أما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه أخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح فكذا اذا قبضه بملكه الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين

الرجح للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله (لانه ملكه حين قبضه أما اذا قضى الدين فظاهر وكذا الوضوي المطلوب بنفسه) الدين ولم يقض الكفيل (وثبت) للمطلوب (الاسترداد) بما دفعه للكفيل وانما سلكنا بنهوت ملكه اذا قضى الاصيل بنفسه (لانه) أي الكفيل (وجب له) بمجرد الكفالة (على الاصيل مثل ما وجب للطالب) على الكفيل وهو المطالبة (الا) أي لكن (أخرت) مطالبة الكفيل الى أدائه فنزل) ماله الكفيل على الاصيل (بمنزلة الدين المؤجل) ولو عمل المدينون الدين المؤجل ملكه الدائن بقبضه فكذا هذا (ولهذا) أي والدليل أن للكفيل حق المطالبة متأخر أنه (لو أبرأ الكفيل الاصيل قبل أدائه) أي قبل أداء الكفيل (يصح) حتى لا يرجع على الاصيل بعد ذلك اذا أدى وجاز أخذ الكفيل من الاصيل رهناً به قبل أدائه (فكذا اذا قبضه بملكه) يعني اذا كان بحيث يصح الإبراء منه كان بحيث يملكه اذا قبضه وانما ملكه كان الرجح له (الا) أي لكن استثناء منقطع (فيه نوع خبث) على قول أبي حنيفة (نبينه) عن قريب (فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين) وهو الالف التي قضاه اياها لان

كلامه لانه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل وحينئذ لا منافاة بينه وبين ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لان بالنسبة الى الطالب ليس على الكفيل الا المطالبة وأما أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب فلا ينافي ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلاث مطالبات دين ومطالبة حالين للطالب على الاصيل ومطالبة فقط له على الكفيل بناء على ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة ودين ومطالبة للكفيل على الاصيل الآن المطالبة متأخرة الى وقت الاداء فيكون دين الكفيل مؤجلاً ولهذا ليس له أن يطالبه قبل الاداء كما تقدم فان قيل فما معنى قوله فنزل منزلة الدين المؤجل وهو مؤجل قلنا معناه فنزل هذا الدين المؤجل منزلة دين مؤجل لم يكن بالكفالة وفي ذلك اذا قبضه بمجاله ملكه فكذا هنا هذا ما سنحلى والله أعلم بالصواب الا ان فيه أي في الرجح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد أدى الاصيل الدين نوع خبث على مذهب أبي حنيفة بينه في مسألة الكفالة بالسكر والخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يتعين

(قوله والرجح الحاصل من ملكه طيب له) أقول اذا لم يكن مانع كما في مسألة السكر (قوله ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله الخ) أقول كما في شرح الانتقائي

وقد قررناه في البيوع في آخر فصل أحكام البيع الفاسد وأما إذا قضاها الكفيل فلا خيب فيه أصلا في قولهم جميعا وإذا قبضه على وجه الرسالة فالرجح لا يطيب له في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمه الله - لأنه يرجح من أصل خيب وفي قول أبي يوسف يطيب لان الخراج بالضمان أصله المودع إذا تصرف في الوديعة ويرجح فانه على الاختلاف قال (ولو كانت الكفالة بكر حنطة الخ) ما مر كان في حكم الرجح فيما لا يتعين أما إذا كانت الكفالة فيما يتعين ككرم من حنطة قبضها الكفيل من الاصيل قبل أن يؤدي إلى الطالب وتصرف فيها ويرجح له في القضاء لما بينا انه ملكه قال أبو حنيفة وأحب إلى أن يرد على الذي قضاها يعني المكفول عنه ولا يجب ذلك في الحكم وهذا رواية الجامع الصغير عن أبي حنيفة - رحمه الله - وفي رواية كتاب البيوع عنه الرجح له لا يتصدق به ولا يرد على الاصيل وبه أخذ أبو يوسف ومحمد - رحمه الله - وفي رواية كتاب الكفالة عنه أنه لا يطيب له (٤٣٣) ويتصدق به وجه رواية كتاب البيوع

وهو دليلهما ما أنه يرجح في ملكه على الوجه الذي يبيناه ومن رجح في ملكه يسلم له الرجح ووجه رواية كتاب الكفالة أنه يمكن الخيب مع الملك لأحد الوجهين أما لان الاصيل بسبيل من الاسترداد على تقدير أن يقضى الكرم بنفسه وإن كان كذلك كان الرجح حاصلا في ملك متردد بين أن يقتر وأن لا يقتر - ومثل ذلك ملك قاصر ولو عدم الملك أصلا كان خيبنا فاذا كان قاصرا تمكن فيه شبهة الخيب وأما لانه رضى به أن يكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار قضاؤه فاذا قضاها الاصيل بنفسه لم يكن راضيا به فتمكن فيه الخيب وهذا الخيب أي الذي يكون مع الملك يعمل فيما يتعين وهو راجع إلى أول الكلام وتقرر به يمكن

وقد قررناه في البيوع (ولو كانت الكفالة بكر حنطة قبضها الكفيل فباعها ويرجح فيها فالرجح له في الحكم) لما بينا انه ملكه (قال وأحب إلى أن يرد على الذي قضاها الكرم ولا يجب عليه في الحكم) وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - في رواية الجامع الصغير وقال أبو يوسف ومحمد - رحمه الله - هوله ولا يرد على الذي قضاها وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما أنه يرجح في ملكه على الوجه الذي يبيناه فبسلم له وله انه تمكن الخيب مع الملك أما لانه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه أو لانه رضى به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاها بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخيب يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصديق في رواية ويرده عليه في رواية لان الخيب لحقه وهذا أصح لكنه استحباب لأجبر لان الحق له

البراهم لا تتعين (وقد قررناه في البيوع) في آخر فصل في أحكامه (قوله ولو كانت الكفالة بكر حنطة) فدفعه الاصيل إلى الكفيل والباقي بحاله (فالرجح له) أي الكفيل (لما بينا انه ملكه) أي ملك الكرم وانما يبينه في ضمن بيان انه ملك المقبوض (قال وأحب إلى أن يرد على الذي قضاها الكرم ولا يجب عليه وهذا عند أبي حنيفة في لفظ الجامع الصغير) ولا شك ان ضمير قال لأبي حنيفة فقوله وهذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير انما ذكره ليه دلنصب الخلاف بذكر قولهما حيث لم يصرح بقاعل قال (وقال هوله لا يرد عليه وهو رواية) أخرى (عن أبي حنيفة) وهو رواية كتاب البيوع من الاصل (وعنه) أي عن أبي حنيفة (رواية) ثالثة (انه يتصدق به) وهي رواية كتاب الكفالة منه (لها أنه يرجح في ملكه على الوجه الذي يبيناه) في ثبوت ملكه من أنه وجب له على الاصيل الخ (فيسلم له ولا ي حنيفة انه تمكن الخيب مع الملك اما) لفصور ملكه بسبب أن الاصيل (بسبيل من استرداده بأن يقضى) هو الطالب فينتقض ملك الكفيل فيما قبض (أولانه) انما (رضى به) أي بملك الكفيل فيه (على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاها بنفسه لم يكن راضيا به) والوجه أن يعطف بالواو وانما - ما وجهان لأن الوجه أحد هما بل كل منهما ثابت وهو قصور الملك بسبب ثبوت تلك الخيبة وعدم رضا الاصيل بملك الكفيل عماد دفعه اليه الاعلى ذلك التقدير وهو منتف (وهذا الخيب يعمل فيما يتعين) وهو الكرم لا فيما لا يتعين كاللاف مثلا (فيكون سبيله التصديق في رواية ويرده عليه في رواية) أخرى (وهي الاصح لان الخيب لحق الاصيل) لالحق الشرع فيرده اليه ليصل إلى حقه (لان الحق له) وهذا يقيد انه يطيب له فقيرا كان أو غنيا وفيه روايتان والوجه طيبه له وان كان غنيا لما ذكرنا من أن الحق له (الا أنه استحباب لأجبر) لان الملك للكفيل واعلم انه تكرر في هذه المسئلة مقابلة الاستحباب بالحكم فقال

الخيب مع الملك وكل خيب تمكن مع الملك يعمل فيما يتعين لما تقدم في البيوع فهذا الخيب يعمل في الكرم لانه مما يتعين والخيب سبيله التصديق فيصدق به وجه رواية الجامع الصغير ان الخيب لحقه أي الحق الذي قضاها فاذا ارد اليه وصل الحق إلى مستحقه وهذا أصح لان الحق للكفول عنه لكنه استحباب لأجبر فاذا ارد عليه فان كان فقيرا اطاب له وان كان غنيا فقيهه روايتان قال الامام فخر الاسلام والاشبه أن يطيب له لانه انما رده عليه باعتبار أنه حقه هذا إذا قبضه على وجه الاقتضاء وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد لا يطيب الرجح للكفيل وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب

(قوله وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف الخ) أقول يعني ما تقدم بنصف حنيفة وهو قوله وإذا قبضه على وجه الرسالة فالرجح لا يطيب له (قوله وعند أبي يوسف يطيب) أقول مخالف لما في شرح الكتر الزيلعي من انه إذا دفع اليه على وجه الرسالة لا يطيب له الرجح بالاتفاق فليطلب التفصيل ثمه الآن يكون عن أبي يوسف فيه روايتان

قال (ومن كفل عن رجل بألف الخ) إذا أمر الاصيل الكفيل أن يعامل انسانا بطريق العينة وفسره المصنف بأن يستقرض من تاجر عشرة فيتمتأبى عليه ويبيع منه ثوباً يساوى عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة لبيعه المشتري المستقرض بعشرة ويحمل خمسة ففعل الكفيل ذلك فالشراء واقع له والربح الذى ربحه البائع عليه لاعلى الاصيل وسعى هذا البيع عينه لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لان فيه الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة للخل الذى هو مذموم وكان الكره حصل من المجموع فان الاعراض عن الاقراض ليس بمكروه والخل الحاصل من طلب الربح فى التجارات كذلك والالكانت المراجعة مكروهة والالزم الربح للكفيل دون الاصيل لانه اما كفالة فاسدة على ما قيل نظراً الى قوله على فانه كلمة ضمان لكنه فاسدان الكفالة والضمان انما يصح بما هو مضمون على الاصيل والخسران ليس بمضمون على أحد فلا يصح ضمانه كرجل قال لا خربع متاعك فى هذا السوق على ان كل وضيعه وخسران يصيبك فانا ضامن به لك فانه غير صحيح

قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فأمره الاصيل ان يتعين عليه حرى راف فعل فالشراء الكفيل والربح الذى ربحه البائع فهو عليه) ومعناه الامر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتمتأبى عليه ويبيع منه ثوباً يساوى عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة لبيعه المستقرض بعشرة ويحمل عليه خمسة سعى به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم للخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظراً الى قوله على وهو فاسد وليس بتوكيل

أولاً أحب الى أن يردده ولا يجب فى الحكم أى فى القضاء ما نبال كنه استحباب لاجبر يعنى لا يجبره الحاكم على ذلك فاذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضى يكون المعنى لا يجبره القاضى ولكن يفعله هو ولا يلزم من عدم جبر القاضى عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى اذ قد عرف ان المراد بالاستحباب عدم جبر القاضى عليه فجاز أن يكون واجبا فيما بينه وبين الله تعالى وهو مستحب فى القضاء غير مجبور عليه والعبارة المنقولة عن فخر الاسلام فى وجه قول أبى حنيفة وهو الاستحسان قال ووجه الاستحسان أن ما قبضه الكفيل مما لو له ملك فاسد اذ من وجهه فان للاصيل استرداده حال قيام الكفالة بقضائه بنفسه واسترداد المقبوض حال قيام العدة وحكم ملك فاسد كما فى البيع الفاسد وانما قلنا حال قيام الكفالة لان الكفالة لا تبطل باءاء الاصيل ولكن تنتهى كما لو أدى الكفيل بنفسه فكان المقبوض ملكا فاسدا من وجه صحيحا من وجه ولو كان فاسدا من كل وجه بأن اشترى مكبلا أو موزونا ملكا فاسدا وربح فيه يجب التصديق بالربح أو الرد على المالك لان الخبث كان لحقه فيزول بالرد عليه كالغاصب اذا أجر المغصوب ثم رده فان الاجر له تصدق به أو يردده على المغصوب منه فكذا فى الملك الفاسد من كل وجه ولو كان الملك صحيحا من كل وجه لا يجب التصديق بالربح ولا رده فاذا قدم من وجه وصح من وجه يجب التصديق أو الرد على الاصيل علام بالشهين بقدر الامكان ظاهرة فى وجوب رده فيما بينه وبين الله تعالى أو التصديق به غير أنه ترجح الرد هذا كله اذا أعطاه على وجه القضاء فلو أعطاه على وجه الرسالة الى الطالب فتصرف وربح ما ربحه مع أبى حنيفة فى انه لا يطيب له الربح وطاب له عند أبى يوسف لما عرف فيمن غصب من انسان ما لا وربح فيه يتصدق بالفضل فى قولهما لانه استفاد من أصل خبيث ويطيب له فى قول أبى يوسف مستند لا يحدث الخراج بالضمان (قوله ومن كفل عن رجل بألف بأمره وهو أن يشتري له حرى رابن هو أكثر من قيمته لبيعه بأقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالاقل الذى اشتراه به ويدفع ذلك الاقل الى بائعه فيدفعه بائعه الى المشتري المديون فيسلم الثوب للبائع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الاقل وانما وسطا الثانى تجرأ عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وأما تفسيره بأن يستقرض فيما يقرض الا أن يبيعه عينا تساوى عشرة مثلاً فى السوق بائنى عشر فيفعل فيبيع البائع درهمين رغبة عن القرض المذموب الى البخل وتحصيل غرضه من الربا بطريق المواضع فى البيع فلا يصح هنا اذ ليس المراد من قوله تعين على حرى اذهب فاستقرض فان لم يرض المسؤل أن يقرضك فاشتر منه الحرى بأكثر من قيمته بل المقصود اذهب فاشتر على هذا الوجه فاذا فعل الكفيل ذلك كان مشتريا لنفسه والمالك له فى الحرى و الزيادة التى يخسرها عليه لان هذه العبارة حاصلها (ضمان لما يخسر المشتري نظراً الى قوله على) كأنه أمره بالشراء لنفسه فاشترى فعلى و ضمان الخسران باطل لان الضمان لا يكون الا بمضمون والخسران غير مضمون على أحد حتى لو قال بايع فى السوق على أن كل خسران يلحقك فعلى أو قال لمشتري العبدان أتق عبدك هذا فعلى لا يصح

وأما وكالة فاسدة تظر الى قوله تعين يعني اشترى برابعينه ثم يبعه بالنقد بأقل منه واقض ديني وفسادها باعتبار ان الحرير غير متعين أي غير معلوم المقدار والتمن كذلك فان قيل الدين معلوم والمأمور به هو مقداره (٤٣٥) فكيف يكون التمن مجهولاً أجب بقوله الجهالة

ما زاد على الدين فانه داخل في التمن واذا فسدت الكفالة أو الوكالة كان المشتري للمشتري وهو الكفيل والربح أي الزيادة على الدين عليه لانه هو العاقد ومن الناس من صور للعينة صورة أخرى وهو أن يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثاً في الصورة التي ذكرها في الكتاب فيبيع صاحب الثوب الثوب باثني عشر من المقرض ثم ان المقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعه الى المقرض فتدفع حاجته وانما توسط ثالث احترازاً عن شراء باع بأقل مما باع قبل نقد التمن ومنهم من صور بقدر ذلك وهو مذموم اخترعه أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال اذا تبايعت بالعين وتبعتم بالعين وتبعتم أذنا البقر ذلكم وظهر عليكم عدوكم وقيل اياك والعينة فانها العينة ثم ذموا البياعات الكائنات الا ان أشد من بيع العينة حتى قال مشايخ بلخ منهم محمد بن سلمة يبلغ للتجار ان العينة التي جاءت في الحديث خير من بياعاتكم وهو صحيح فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغير ذلك استقر الحال فيها على وزنها مظروفة ثم اسقاط مقدار معين على الطرف وبه يصير البيع فاسداً ولا شك ان البيع الفاسد يحكم الغصب المحرم فأين هو من يبيع العينة الصحيح المختلف في كراهته ثم الذي يبيع في قلبي أن ما يخرج الدافع ان فعلت صورة يعود فيها اليه هو أو بعضه كعود الثوب أو الحرير في الصورة الاولى وتعود العشرة في صورة اقراض الخمسة عشر فكرهه والا فلا كراهة الا خلاف الاولى على بعض الاحتمالات كأن يحتاج المدينون في أبي المسؤول أن يقرض بل أن يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر الى أجل فيشتريه المدينون ويبيعه في السوق بعشرة حالة ولا بأس في هذا فان الاجل قابل قسط من التمن والقرض غير واجب عليه دائماً بل هو مندوب فان تركه لغير درغبة عنه الى زيادة الدين كما كرهه أول عارض يعذر به فلا وانما يعرف ذلك في خصوصيات المواد وما ترجع اليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة لانه من العين المسترجعة لا العين مطلقاً والافضل بيع بيع العينة (قوله ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام) رجل (بينه على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لا يقبل) القاضي

وقيل هو تو كيل فاسدان الحرير غير متعين وكذا التمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيفما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح أي الزيادة عليه لانه العاقد قال (ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعي بينة على الكفيل بأن له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل بينته)

(وقيل هو تو كيل فاسد) ومعنى على منصرف الى التمن فاذا كان التمن عليه يكون المبيع له فأغنى عن قوله لي فهو تو كيل ولكنه فاسد لانه غير معين مقداره ولا تمنه فلا تصح الوكالة كما لو قال اشترى حنطة ولم يبين مقدارها ولا ثمنها ولو فرضنا أن التمن معلوم بينه ما هو قدر ما يقع به الا يفاء كان الحاصل اشترى حريراً يكون ثمنه الذي تبعه به في السوق قدر الدين الذي علمنا وهو لا يبيع قدر عن الحرير الموكل بشرائه بل ما يباع به بعد شرائه لان الزائد على القدر الذي يقع به الا يفاء غير معلوم (وكيفما كان) تو كيلاً فاسداً أو ضمناً باطلاً (يكون الشراء للمشتري وهو الكفيل والربح أي الزيادة التي يخسرها) عليه لانه العاقد ومن صور العينة أن يقرضه مثلاً خمسة عشر ثم يبيعه تو يساوي عشرة بخمسة عشر ويأخذ الخمسة عشر المقرض منه فلم يخرج منه الا عشرة وثبت له خمسة عشر ومنها أن يبيع متاعه بألفين من المقرض الى أجل ثم يبعث متوسطاً يشتره بنفسه بألف حالة ويقبضه ثم يبيعه من البائع الاول بألف ثم يحيل المتوسطاً تبعه على البائع الاول بالتمن الذي عليه وهو ألف حالة فيدفعها الى المقرض ويأخذ منه ألفين عند الحلول قالوا وهذا البيع مكره لقوله صلى الله عليه وسلم اذا تبايعت بالعين وتبعتم أذنا البقر ذلتم وظهر عليكم عدوكم والمراد بائع أذنا البقر الحارث للزراعة لانهم حينئذ يتركون الجهاد وتألف النفس الحين وقال أبو يوسف لا يكره هذا البيع لانه فعله كثير من الصحابة وجدوا على ذلك ولم يعدوه من الر باحتي لو باع كأغدة بألف يجوز ولا يكره وقال محمد بن جرير هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذمهم اخترعه أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذا تبايعت بالعين وتبعتم أذنا البقر ذلتم وظهر عليكم عدوكم أي اشتغلتم بالحرب عن الجهاد وفي رواية سلط عليكم شراركم فيدعو خياركم فلا يستجاب لكم وقيل اياك والعينة فانها العينة ثم ذموا البياعات الكائنات الا ان أشد من بيع العينة حتى قال مشايخ بلخ منهم محمد بن سلمة يبلغ للتجار ان العينة التي جاءت في الحديث خير من بياعاتكم وهو صحيح فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغير ذلك استقر الحال فيها على وزنها مظروفة ثم اسقاط مقدار معين على الطرف وبه يصير البيع فاسداً ولا شك ان البيع الفاسد يحكم الغصب المحرم فأين هو من يبيع العينة الصحيح المختلف في كراهته ثم الذي يبيع في قلبي أن ما يخرج الدافع ان فعلت صورة يعود فيها اليه هو أو بعضه كعود الثوب أو الحرير في الصورة الاولى وتعود العشرة في صورة اقراض الخمسة عشر فكرهه والا فلا كراهة الا خلاف الاولى على بعض الاحتمالات كأن يحتاج المدينون في أبي المسؤول أن يقرض بل أن يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر الى أجل فيشتريه المدينون ويبيعه في السوق بعشرة حالة ولا بأس في هذا فان الاجل قابل قسط من التمن والقرض غير واجب عليه دائماً بل هو مندوب فان تركه لغير درغبة عنه الى زيادة الدين كما كرهه أول عارض يعذر به فلا وانما يعرف ذلك في خصوصيات المواد وما ترجع اليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة لانه من العين المسترجعة لا العين مطلقاً والافضل بيع بيع العينة (قوله ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام) رجل (بينه على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لا يقبل) القاضي

(٥٤ - فتح القدير خامس) فأقام المدعي بينة على الكفيل ان له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل بينته حتى يحضر المكفول عنه لان قبولها يعتمد صحة الدعوى ودعواه هذه غير صحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به

(قوله وهو مذموم الخ) أقول لو صح ذلك تكون الزراعة مذمومة أيضاً (قوله لعدم مطابقتها الخ) أقول فيه شيء

وذلك لان المال المكفول به اموال مقضى به على الاصيل لدلالة ما قضي بصراحة عبارته ودلالة ما ذاب باستلزامه على ذلك فان معنى ذاب
 تقرر والتقرر انما هو بالقضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما واما مال يقضى به يجعل لفظ الماضي معنى المستقبل كقوله اطلال
 الله بقاءك فهو وان كان ضعيفا لان ارادة معنى المستقبل من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لسكنة تتعلق بعلم البلاغة غير
 مطابق لدعواه لا اطلاقها وتفيد المكفول به حتى قيل ان ادعى على الكفيل ان قاضى بلد كذا قاضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بانف
 درهم واقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة حينئذ والشارحون ذهبوا في تعليل هذه المسئلة الى ان المكفول به مال قضى او
 يقضى به بعد الكفالة والمدعى يدعى التناهي ان يكون قبل عقد الكفالة وبعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك وليس في لفظ المصنف
 ما يدل على ذلك اصلا كما ترى والتعليل بدون ذلك صحيح لان المكفول به اموال مقضى ولم يدعه او مال يقضى به ومع غيبة الاصيل لا يصح
 لكونه قضاء على الغائب فلا تكون الدعوى صحيحة فلا تقبل البينة ومن اقام البينة ان له على فلان ألف درهم وان هذا كقيل عنه
 بأمره قضى به على الحاضر والغائب (٤٣٦) جميعا وان ادعى الكفالة بغير أمره قضى به على الحاضر خاصة وههنا يحتاج الى ثلاثة فروق

ذ ك المصنف منها اثنين

لان المكفول به مال مقضى به وهذا في لفظه القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو
 بالقضاء او مال يقضى به وهذا ما مضى أو يدبه المستأنف كقوله اطلال الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك
 فلا تصح (ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كقيل عنه بأمره فانه يقضى به على الكفيل
 وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير أمره يقضى على الكفيل خاصة)

هذه البينة ولا يقضى به الا انه قضاء على غائب لم ينتصب عنه خصم اذ الكفيل في هذه الصورة لا يكون
 خصما عنه لانه انما كفل عنه بمال مقضى بعد الكفالة لانه وان كان ماضيا فالمراد به المستقبل كقولهم
 اطلال الله بقاءك وهذا لانه جعل الذوب شرطا والشرط لا بد من كونه مستقبلا على خطر الوجود فإلما يوجد
 الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا (والدعوى مطلق عن ذلك) والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب
 بعد الكفالة فلم تقم على من اتصف بكونه كفيلا عن الغائب بل على أجنبي اذ لا ينتصب خصما (وهذا
 في لفظه القضاء ظاهر وكذا في الاخرى) وهي لفظه ذاب (لان معنى ذاب تقرر) ووجب (وهو بالقضاء)
 بعد الكفالة حتى لو ادعى اني قدمت الغائب الى قاضى كذا واقمت عليه بينة بكذا بعد الكفالة وقضى لي
 عليه بذلك واقام البينة على ذلك صار كفيلا وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصما
 عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمره أو بغير أمره الا انه اذا كانت بغير أمره يكون القضاء على الكفيل
 خاصة وقد من من مسائل الذوب ونحوه عند مسئلة تعليق الكفالة بالشرط ولو ضمن عن ماباعه أو
 دانه أو أقرضه فغاب المطلوب فبرهن الطالب على الكفيل انه كفل به وقد دانه أو أقرضه بعده ووجد
 الكفيل ذلك قضى على الكفيل والغائب بلا خلاف لان الضمان مقيد بصفة ولا يمكن القضاء به الا بعد
 القضاء على الغائب فينتصب الكفيل خصما عنه فيقع القضاء عليهما (قوله ومن اقام البينة) صورتها
 في الجامع وقال يعقوب ومحمد رجهما الله اذا كفل عن رجل بمال مؤجل بأمر المكفول عنه فغاب
 المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فأقام عليه بينة ان له على فلان كذا وان هذا كفل له بأمر فلان
 عن فلان فاني أفضى بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغائب فان كانت الكفالة بغير أمر

(قوله فهو وان كان ضعيفا
 الخ) أقول لا يخفى عليك ان
 حكمه بالضعف لا يوافق
 المسئلة الآتية بعد سطرين
 ولعل تصديرها بصيغة
 التمرير يشار الى ذلك
 قوله فلا يدخل تحت
 الكفالة بالشك) أقول لو
 صح هذا لم يتم الجواب في
 المسئلة التي مرت آنفا
 لمكان الشك (قوله وليس
 في لفظ المصنف ما يدل على
 ذلك) أقول وليس فيه
 ما يأتى عنه (قوله او مال
 يقضى به) أقول ولم يدعه
 أيضا كما لا يخفى (قوله ومع
 غيبة الاصيل لا يصح)
 أقول وليس في كلام
 المصنف ما يدل على ذلك
 أيضا كما لا يخفى (قوله لكونه

الغائب

قضاء على الغائب الخ) أقول قال المحشى الشهير يعقوب باشا في ان القضاء على الغائب صحيح في مثل

هذه المسئلة قال في الفصول العمادية اذا ادعى رجل انه كفل من فلان بما يذوب له عليه فأقر المدعى عليه الكفالة وأنكر الحق واقام
 المدعى البينة انه ذاب له على فلان كذا فانه يقضى به في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعا حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت
 الى انكاره انتهى ونحن نقول يمكن أن يجاب عنه بأن يقال ان الكفيل يكون هناك خصما بخلاف ما نحن فيه ويؤيد هذا الجواب
 ما ذكره العلامة السكاكي في شرحه حيث قال لانه كفل بما قضى له على الاصيل بعد الكفالة فإلما يصر المال مقضيا به على المكفول عنه
 لا يكون الكفيل كفيلا فلا يكون خصما ولا يمكن القضاء على الاصيل بهذه البينة حال غيبته لانه يكون قضاء على الغائب وهو لا يصح
 عندنا وأجدو يصح عند الشافعي ومالك ولذلك توقف قبول البينة والقضاء على المكفول عنه الى أن يحضر حتى يكون الكفيل بالدين
 المقضى به على الاصيل كما شرط في عقد الكفالة الا يرى انه لو أقر الكفيل على الاصيل بمال الطالب لا يلزمه اذا حضر الاصيل واذا حضر

الاصيل ومضى عليه فحينئذ يلزم الكفيل الخ

أحدهما ان البينة قبلت ههنا دون ما تقدم لان المكفول به ههنا مال مطلق عن التوصيف لكونه مقضيا به أو يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للدعي به فصحت وقبلت البينة لابتنائها على دعوى صحيحة بخلاف ما تقدم كما مر ومن الفرق بينهما ان هناك لو صدقه فقال قد كفلت لك بما ذاب لك عليه أي بما قضى لك عليه ولكن ليس لك عليه شيء لم يلزمه شيء من المال وههنا لو قال كفلت لك عنه بألف درهم لكن ليس لك شيء لم يلتفت اليه والثاني الفرق بين الكفالة بأمر والكفالة بغير أمر مع ان القضاء على الغائب لا يجوز فكان الواجب عدم التفرقة في أن لا يكون الكفيل خصما عن الاصيل بين أن يكون بأمر وبين أن يكون بغيره ووجه ذلك ما ذكره بقوله لانهم ما يتغيرون لان الكفالة بأمره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمره تبرع ابتداء وانتهاء وكل ما كان كذلك فهم ما غيران لا محالة واذا ثبت ذلك فبدعوا أحدهما لا يقضى له بالأخر لأن الحماكم انما يقضى بالسبب الذي يدعيه المدعي ألا ترى أنه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان حكمهما واحدا وهو الملك فاذا ادعى المدعي الكفالة بالأمر (٤٣٧) وقضى بالكفالة بالأمر بيينة ثبت أمره

وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالأمر وعدمه لانهم ما يتغيرون لان الكفالة بأمره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمره تبرع ابتداء وانتهاء فبدعوا أحدهما لا يقضى له بالأخر واذا قضى بها بالأمر ثبت أمره وهو يتضمن الاقرار بالمال فصيرمه مقضيا عليه والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه لانه تعتمد صحته اقيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الأمر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكد باشرعا

الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل مخصص عن الغائب انتهى يعني فلا يقع القضاء على الاصيل وانما خص قوله بما بالذكر لانه لم يحفظ عن أبي حنيفة نصا لان في المسئلة اختلاف (وانما قبلت) هذه البينة ولم تقبل فيما قبلها (لان المكفول به) هنا (مال مطلق) ودعوى المدعي مطلقة أيضا فصحت فقبلت البينة لانها بناء على صحة الدعوى (بخلاف ما قبلها) لان المكفول به هناك مال مقيد بكون وجوبه بعد الكفالة وان كان مقيدا بخصوص كمية ولم يطابقها دعوى للدعي ولا البينة (وانما اختلف) القضاء (بالأمر وعدمه) حتى يقع القضاء عليهما في الأمر فيرجع الكفيل ولو حضر الغائب لا يحتاج الى اقامة البينة عليه بالمال لانه قد قضى عليه به وعلى الكفيل وحده اذ لم يكن أمره فلا يرجع (لانهم) أي الكفالة بالأمر وبغير الأمر (بتغيرون لان الكفالة بالأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير الأمر تبرع ابتداء وانتهاء فدعوا أحدهما) وهو مجرد التبرع ابتداء وانتهاء (لا يقضى له بالأخر) وهو المعاوضة لثبت له الرجوع ويكون الغائب مقضيا عليه (واذا قضى بها) أي بالبينة (بالأمر ثبت أمره) أي أمر المكفول عنه (وأمره يتضمن اقرار الاصيل بالمال) اذ لا يأمر غيره بقضاء ما عليه الا وهو معترف بأن عليه للقضى له ديننا (فصير مقضيا عليه بخلاف الكفالة بغير أمره) فانها (لا تمس جانبه) أي جانب الاصيل (لان صحة الكفالة) بلا أمر المكفول (انما تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل) اذ زعمه لا يلزم غيره (ثم في الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الأمر) حيث ثبت الأمر (وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره) وهو الاصيل (و نحن نقول) قد (صار) الكفيل في انكاره الدين على الاصيل (مكد باشرعا) بقيام

بحجة كاملة والأمر بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه فلو حضر الغائب بعد ذلك لا يحتاج الى اقامة البينة عليه واذا ادعاها بغير أمره فانها لا تمس جانب الغائب اذ ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الاصيل لانه أي الشأن ان صحة الكفالة بغير أمر تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل حتى لو قال فلان على فلان ألف درهم وأنا به كفيل وجب المال عليه وان لم يجب على الاصيل شيء فلا يتعدى الدين عن الكفيل الى الاصيل والفرق الثالث بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما اذا أجهم فادعى على رجل انه كفل له عن فلان بكل مال له قبله ولم يفسر وأقام على

ذلك بيينة ان له على الغائب ألف درهم كانت له قبل الكفالة فانه يقضى بها على الكفيل والاصيل سواء ادعى الكفالة بأمر أو بغيره ووجهه ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغائب اذ لم يكن اثبات ما يدعى على الحاضر الا باثبات ما يدعى على الغائب والكفالة اذا كانت معلوم يمكن القضاء عليه بدون القضاء على الاصيل لانه معلوم ومعروف بذاته واذا كانت مجهول لا تصح ما لم يكن على الاصيل لان المجهول يحتاج الى التعريف والتعريف انما يحصل بما كان على الاصيل فيصير كأنه قال ان كان لك على فلان مال فأنا كفيل فأثبتته المدعي وسيأتي تمام ذلك (قوله وفي الكفالة بأمر) يجوز ان يكون فرقا آخر بين ما اذا أقام البينة على الكفالة بأمر وبين ما اذا أقام عليها بغيره فان الثابت بالبينة كالنائب عيانا ولو ثبتت الكفالة بالأمر عيانا يرجع الكفيل بما أدى على الاصيل فكذلك اذا ثبتت بالبينة وقال زفر لما أنكر الكفيل الكفالة فقد زعم ان الطالب ظلمه والمظلوم لا يظلم غيره وقتلنا ما قضى القاضي عليه صار مكد باشرعا

فبطل ما زعمه كمن اشترى شيئا واقر بأن البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالبينة على البائع بالثمن لان الشرع كذبه في زعمه وفوقض بما قال محمد فبين اشترى عبدا فباعه ورد عليه به يعيب بالبينة بعدما انكر العيب به ثم اراد ان يرد على بائعه لم يكن له ذلك عند محمد رجه الله (٤٣٨) خلافا لابي يوسف حيث لم يبطل زعمه مع ان القاضي الما قاضي عليه

فبطل ما زعمه قال (ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم) لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ماتم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع

البينة بخلافه (فيبطل زعمه) فيثبت حكم الكفالة بالامر وهذا كمن اشترى عبدا واعترف بانه ملك البائع ثم استحق بالبينة فانه يرجع على البائع بثمنه وان كان معترفا بان البائع ظلم واستشكل عليه قول محمد فبين اشترى عبدا فباعه فرد عليه يعيب بالبينة بعد انكاره العيب فعند محمد لا يرد على بائعه خلافا لابي يوسف فلم يبطل زعمه بالقضاء بالبينة اوجب بانه انما لا يرد لان قوله لا يعيب فيه نفي للعيب في الحال والماضي والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس شرطا للرد على الثاني وفي الجامع الكبير جعل المسئلة على أربعة اوجه فقال اما ان تكون الكفالة مطلقة نحو ان يقول كفلت بمالك على فلان او مقيدة نحو ان يقول كفلت لفلان عن فلان بأف درهم وكل وجه على وجهين اما ان تكون الكفالة بأمر المكفول عنه او بغير أمره فان كانت مطلقة فالقضاء على الكفيل قضاء على الاصيل سواء كانت بأمره او بغير أمره لان الطالب لا يتوصل الى اثبات حق الكفيل الا بعد اثباته على الاصيل لما ذكرنا ان القول قول الكفيل انه ليس للطالب على الاصيل شيء واذا كان كذلك صار الكفيل خصما عنه وان كان غائبا والمسذهب عندنا ان القضاء على الغائب لا يجوز الا اذا ادعى على الحاضر حقا لا يتوصل اليه الا باثباته على الغائب قال مشايخنا وهذا طريق من اراد اثبات الدين على الغائب من غير ان يكون بين الغائب والكفيل اتصال وكذا اذا خاف الطالب موت الشاهد بتواضع مع رجل ويدعى عليه مثل هذه الكفالة فيمقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعى البينة على الدين فيعضي به على الكفيل والاصيل ثم يسبر الكفيل وكذا الحوالة على هذه الوجوه وكذا كل من ادعى حقا لا يثبت على المدعى عليه الا بالقضاء على الغائب يكون الحاضر خصما عن الغائب كمن قذف رجلا فدعى المذوق الحد فقال القاذف قذفته وهو عبد فأقام المذوق عليه بينة انه كان عبدا فلان وأنه اعتقه قضي بعتقه على فلان لانه ادعى حقا وهو الحد لا يتوصل الى اثباته الا باثبات العتق فصار القاذف خصما عن فلان سيد العبد الغائب وثبت القضاء عليه وكذا عبد مأذون عليه دين فقال رجل لصاحب الدين انا ضامن لدينك ان اعتقه مولاه فأعتقه ثم أقام صاحب الدين بينة ان مولاه أعتقه بعد كفالة الكفيل وان كان فيه قضاء على الغائب وقضاء الغائب وهذا كله استحسان استحسنه علماءنا وصيانة الحقوق (قوله) ومن باع دارا فكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم) وقديما ان ضمان الدرك هو قبول الثمن عند استحقاق المبيع وقوله تسليم أي تصديق من الكفيل أن المبيع ملك البائع فلا بداعاه لنفسه لانه لا يسمع دعواه اذ لو صح رجوع المشتري بالثمن على الكفيل بحكم الكفالة فلا يفيد أيضا (فالكفالة ان كانت مشروطة في البيع) بأن باع بشرط أن يكفل له (فتمام البيع بقبوله) أي بقبول الكفيل (ثم بالدعوى يسعى في نقض ماتم منه) ولهذا تبطل شفيعته لو كان الكفيل شفيعا (وان لم يكن) أي عقد الكفالة (مشروطا فيه فالمراد به أحكام البيع

بالرد بالعيب كذبه في زعمه واجيب بأنه انما لم يكن له أن يرد على بائعه لان قوله لا يعيب فيه نفي للعيب في الحال والماضي والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس بشرط للرد على الثاني فافترا قال (ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك الخ) ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك وهو التبعة على ماهر والمراد بقول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم أي تصديق من الكفيل بأن الدار ملك البائع فلا بداعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لانه لا يسمع دعواه لان الكفالة اما أن تكون مشروطة في البيع أولا فان كان الاول وهو شرط ملائم للعقد اذ الدرك يثبت بلا شرط كفاية والشرط يزيد وكافة فتمام البيع انما يكون بقبول الكفيل فكأنه هو الموجب للعقد فالدعوى بعد ذلك منه يسعى في نقض ماتم من

جهته وهو باطل ولهذالو كان الكفيل شفيعا بطلت شفيعته وبطلان السعي في نقض ماتم من جهته من جهته من مسلمات هذا الفن لا يقبل التشكيك بالاقالة ونحوها فانها صحيحة وان كان طلبها سعي في نقض ماتم من جهة الطالب على ان المراد بالنقض ما يكون بغير رضا الخصم والاتالة ليست كذلك فهي فسح لانقض وان كان الثاني فالمراد بالكفالة أحكام البيع

(قوله وبطلان السعي في نقض ماتم الخ) أقول فيه تأمل

وترغب المشتري لاحتمال أن لا يرغب المشتري في شراء المبيع مخافة الامتصاق فتكفل تسكيننا قلبه فصار كأنه قال اشتره هذه الدار ولا تبال فانها ملك البائع فان أدركك ذلك فأنا ضمن وذلك اقرار بملك البائع ومن أقر بملك البائع لا تصح دعواه بعد ذلك وانما قال فنزل منزلة الاقرار لانه يؤل اليه في المعنى قال (ولو شهد وختم الخ) لو شهد الشاهد على بيع الدار وختم شهادته بأن كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجرى عليه التزوير والتبديل كذا ذكره شمس الأئمة الحلواني ولم يكفل لم يكن ذلك تسليما وهو على دعواه قبل قوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا فان الحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أو لا فان ادعى لنفسه تسمع دعواه وتقبل شهادته لغيره أيضا لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع لعدم الملاممة ولا هي باقرار بالملك لان البيع تارة يوجد من المالك وأخرى من غيره فالشهادة على انه باع لا تكون اقرارا بأنه باع ملكه ولعله انما كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فانه اقرار (٤٣٩) بالملك لما تقدم قال مشايخنا ما ذكر ان

الشهادة على البيع لا تكون تسليما محمول على ما ذالم يكتب في الصك ما يوجب صحة البيع ونفاذه مثل أن يكون المكتوب فيه باع فلان أو جرى البيع بين فلان وفلان فشهد على ذلك وكتب شهد فلان

وترغب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع قال (ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه) لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي باقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه أو يباعا تانا فاذا هو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين
فصل في الضمان قال (ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن أو مضارب ضمن عن متاع رب المال فالضمان باطل) لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه

البيع أو جرى البيع بمشهدى وأما اذا كتب فيه ما يوجب صحته ونفاذه مثل أن يقول باع فلان كذا وهو يملكه وكتب الشاهد شهد بذلك فانه تسليم فلا تصح دعواه الآن يشهد على اقرار المتعاقدين فانه ليس بتسليم وان كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ

وترغب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه الا بالكفالة تسكيننا قلبه (فينزل) عقد الكفالة (منزلة الاقرار بملك البائع) والا كان تغريرا فلا تصح دعواه اياه أيضا بعد ذلك هذا اذا كفل فاما اذا لم يكفل ولكن شهد على البيع ثم ادعاها بعد شهادته ان كان رسم مكتوبا على الصك وفي الصك ما يفيد الاعتراف بملك البائع مثل باع فلان بن فلان جميع الدار الجارية في ملكه يباعا تانا فاذا تم كتب بذلك أو كتب جرى ذلك فكذلك لا تسمع دعواه اياها وان لم يقد ذلك مثل ان يكتب في الصك باع فلان من فلان جميع الدار أو اقر بالبيع بحضوري والشراء ثم كتب شهدت بذلك أو كتب جرى ذلك لا تسمع دعواه فيها فاعلمه كتب الشهادة ليحفظ الحادثة ليسمى بعد ذلك في تثبيت البينة وقوله (وختم) هو أمر كان في زمانهم اذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يطرقة التبديل وليس هذا في زماننا

فصل في الضمان الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل الجامع الصغير ذكرت فيه بلفظ الضمان أو ردها مترجمة بذلك (قوله ومن باع لرجل ثوبا) اللام في لرجل لام الملك أي باع ثوبا لرجل بطريق الوكالة عنه في بيعه (وضمن) الوكيل (له) أي للرجل المالك (الثمن أو مضارب ضمن عن متاع رب المال فالضمان باطل لان الكفالة) وهي الضمان (التزام المطالبة والمطالبة اليهما) أي الى الوكيل والمضارب (فصير كل منهما ضامنا لنفسه) فيصير مطالب بالمطالبة وهذا لان حقوق العقد ترجع اليهما حتى لو حلف المشتري مالوكل عليه دين ولو حلف مالوكل عليه شئ حنث

مسائل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها الغفار في اللفظ واعلم أن كل من رجع اليه حقوق العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجيبه فمن وكل رجلا ببيع ثوب فضعل وضمن له الثمن فالضمان باطل وكذا المضارب اذا باع من المتاع شيا وضمن لرب المال لان الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة اليهما أي الى الوكيل والمضارب لان حق القبض للوكيل بجهة الاصل في البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع الى الوكيل حتى لو حلف المشتري مالوكل عليه شئ كان بارا في عينه ولو حلف مالوكل عليه شئ كان حاثا وكذا المضارب واذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم أن يكون الشخص ضامنا لنفسه وفساده لا يجني ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فانه أمر اعتباري لا يظهر عندنا خصوصية

ولان المال امانة في أيدي الوكيل والمضارب وهو ظاهر فلو صح ضمانهم المالكنا ضامينين فما فرضناه امانة يمكن امانة ذلك خلف باطل فيكون الضمان تغيير الحكم الشرع وليس للعبد ذلك لثبته الى الشركة في الربوية وقد قررنا بطلان ذلك في التقرير بتقرير ان امانة عليه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير فانما لو ضمننا الوديعه والعارية للمودع والمعير لم يميز لذلك ولقائل أن يقول الوكيل بائنا فإرادها مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز أن يكون المال امانة بأيديهم ما اذا لم يضمننا فاما اذا ضمننا فيكون ذلك رفعه للامانة الى الضمان وتحولا من حكم شرعي الى حكم شرعي فصار كما اذا باع بألف ثم باع بألف وخمسمائة والجواب أن رفع الامانة انما يكون ببطلان الوكيل لثبته لا يتخلف المعلول عن علته وبطلان ما حينئذ انما يكون ضرورة صحة الكفالة والكفالة ههنا بمنزلة الفرع للوكالة لانه كفل بما وجب بالوكالة فلا يجوز أن تصحح على وجه يبطل به أصلها بخلاف مسألة البيع فان الثاني ليس فرع الاول وكذلك اذا باع رجلان عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن شائعا صار ضمانا لنفسه وقد تقدم فساداه وان صح في نصيبه مفرزا أدى الى قسمة الدين قبل قبضه وذلك لا يجوز لان القسمة افراز وذلك اما أن يكون حسا أو بوصف مميز وكلاهما فيما في الذمة من الدين غير متصور وذكر في الفوائد الظهيرية في تعليقه لان ما يستحق بنصيب أحدهما فلا تخرا أن يشاركه فيه اذا كان مالا بديل ان أحدهما واشترى بنصيبه (٤٣٠) منه شيئا كان للاخر ولاية المشاركة ولو صح الضمان فيما يؤديه الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له أن

يرجع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع ويصير كأنه ما أدى الا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى أن لا يبقى شيء فهذا معنى قول مشايخنا ان في تجوز هذا الضمان ابتداء ابطاله انتهاء فقلنا ببطلانه ابتداء ولا معنى لما قيل في تعليل هذه المسائل لو صح الضمان اما أن يصح بنصف شائع أو بنصف هو نصيب شريك لان الضمان يضاف الى

ولان المال امانة في أيديهما والضمان تغيير الحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير (وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن) لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضمانا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف الوكيل بالسكاح عن المرأة حيث يصح ضمانه المهر لها عن الزوج لانه سفير لا ترجع اليه حقوق العقد فليس له المطالبة بالمهر على ما سلف فلا يصير ضمانا لنفسه (ولان المال في يد كل من الوكيل والمضارب امانة) فلا يصير مضمونا عليه ما ولا يصح الضمان لاستلزامه تغيير حكم الشرع وصار (كاشتراط الضمان على المودع والمستعير وكذلك) أي لا يصح الضمان أيضا فيما (اذا باع رجلان عبدا) مثلا بينهما (صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة) بأن ضمن نصف الثمن مطلقا (يصير ضمانا لنفسه) لان كل جزء من الثمن مشترك بينهما فما يستحق بنصيب أحدهما فلا تخرا أن يشاركه فيه فيما يؤديه الضامن للشريك يكون بينه وبين المضمون له فكان له الرجوع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع الرجوع فيه ويصير كأنه ما أدى الا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى أن لا يبقى شيء أو يبقى الجزء الذي لا يجزأ فظهر ولزم بطلان الضمان من حيث صح (ولو كان ضمن نصيب شريك خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه وهو لا يجوز) لانه في الذمة لا يقبل القسمة لانها افراز ولا يمكن الا في عين خارجية والدين وصف اعتباري ويرد عليه اختيار الثاني ونقل الاجماع على ان أحدهما واشترى بنصيبه من الدين

نصيب شريك فكيف يصح شائعا وقوله ولا وجه الى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لامعنى لهذا أيضا يجوز لانه قاعدا الاجماع على أن أحدهما واشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة فكذا اذا ضمن أحدهما بنصيب صاحبه ولكن التعويل على ما ذكرنا نقله صاحب النهاية وغيره وفيه نظر لان قوله فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع انما يصح ان لو كان الرجوع باعتبار نقض ما أدى وهو ممنوع بل هو من حيث انه استيفاء لما يستحقه عليه ولم يبق له حق فيما بقي بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه وقوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريك فكيف يصح شائعا يجب عليه بأن نصيب الشريك وهو النصف مثلا له اعتباران اعتباران نصف شائع في كل جزء من أجزاء الثمن واعتباران نصف مفرز في بعض افراده لا تعلق له بالباقي من الافراد ولا خفاء في اختلافهما وتغييرهما فترك ذلك نقص في التعقل وقوله لامعنى لهذا أيضا لانه قاعدا الاجماع الخ يجب عنه بأنه انما تلزم القسمة فيه

(قوله كان للاخر ولاية المشاركة) أقول غير مسلم قال صاحب الهداية في فصل في الدين المشترك من كتاب الصلح ولا سبيل للشريك على الشوب لانه ملكه بعهده (قوله ولو صح الضمان فيما يؤديه الضامن) أقول الظاهر أن يقال فيما يؤديه (قوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريك) أقول لتعليل لقوله ولا معنى لما قيل الخ (قوله وليس فيه معنى القسمة) أقول أجاب عنه الشارح في كتاب الصلح بأن القسمة في صورة البيع ضمنية فلا معتبر لها فراجع (قوله نقله صاحب النهاية) أقول نقله من الفوائد الظهيرية (قوله يجب عنه بان نصيب الشريك الخ) أقول فيه تأمل

وأما النوائب فقد رادها ما يكون بحق وقد رادها ما ليس بحق والاول ككبرى الانهار المشتركة وأجر الحارس للمحلة وما وظف الامام لتجهيز الجيش وقداء الاسارى بأن احتاج الى تجهيز الجيش لقتال المشركين أو الى فداء أسرى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف ما لى الناس لذلك والضمان فيه جائز بالاتفاق أو جوب أدائه على كل مسلم أو وجه الامام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين والثاني كالجبايات في زماننا وهي التي يأخذها الظلمة في زماننا ظلماً كالقبيح ففيم اخلاف المشايخ قال بعضهم لا يصح الضمان به لان الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعاً ولا شئ عليه ههنا شرعاً وقال بعضهم يصح وعن عيال اليه الامام البرزوى يري بدفخر الاسلام رحمه الله لان صدر الاسلام عن مال الى عدم صحته قال فخر الاسلام وأما النوائب فهي ما يلحقه من جهة السلطان من حق أو باطل أو غير ذلك مما ينبو به صحت الكفالة به الانهاديون في حكم توجه المطالبة به او العبرة في الكفالة للطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهـ ذاقلنا ان (٤٣٣) من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والعدالة كان مأجوراً

وأما النوائب فان أريد بها ما يكون بحق ككبرى النهر المشتركة وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وقداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة به على الاتفاق وان أريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيم اخلاف المشايخ رجهم الله وعن عيال الى الصحة الامام على البرزوى وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو حصه منها والرواية بأو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبه والمراد بالنوائب ما ينبو به غير راتب والحكم ما بيناه

وهو ما يجب فيما يخبر به فانه غير واجب في الزمة (وأما النوائب فان أريد بها ما يكون بحق ككبرى النهر المشتركة) للعامة (وأجرة الحارس) للمحلة الذي يسمى في ديار مصر الخفير (والموظف لتجهيز الجيش) في حق (وقداء الاسارى) اذ لم يكن في بيت المال شئ (وغيرها) مما هو بحق (فالكفالة به جائزة بالاتفاق) لانها واجبة على كل مسلم موسر بايجاب طاعة ولي الامر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال أولزمه ولا شئ فيه (وان أريد بها ما ليس بحق كالجبايات) الموظفة على الناس (في زماننا) ببلاد فارس على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان في كل يوم أو شهر أو ثلاثة أشهر فاطمها ظلم فاختلف المشايخ في صحة الكفالة بها فقيل تصح اذ العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة بما بحق أو باطل ولهذا اقلنا ان من تولى قسمتها بين المسلمين فعدل فهو مأجور وينبغي ان كل من قال ان الكفالة ضم في الدين يمنع صحتها ههنا ومن قال في المطالبة يمكن أن يقول بصحتها يمكن أن يمنعها بناء على أنهم في المطالبة بالدين أو بمعناه أو مطلقاً (وعن عيال الى الصحة الامام البرزوى) يري بدفخر الاسلام أما أخوه صدر الاسلام فابى صحة الكفالة بها (وأما القسمة فقيل هي النوائب بعينها أو حصه منها) اذا قسمها الامام ولا حاجة الى كون الرواية قسم بلاهء لان قسمة في القرآن بمعنى قسم قال تعالى ونبتهم ان الماء قسمة بينهم اذ لمعنى ضمان حقيقة القسمة بالمعنى المصدرى لكن لو كان كذلك لكان ينبغي كون الرواية بالواو وليكون من عطف الخاص على العام لكن الرواية بأو (وقيل النائبة الموظفة الراتبه والمراد بالنوائب) ما هو منها غير راتب) فتغايا (والحكم) يعنى في القسمين (ما بيناه) من الصحة في أحدهما واخلاف في الاخرى ثم من أحصا بناس قال الأفضل للانسان ان يساوى أهل محله في اعطاء النائبة قال شمس الأئمة

وان كان من جهة الذي يأخذ باطلا ولهـ ذاقلنا ان من قضى نائبة غيره باذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحصانا بمنزلة عن المبيع قال شمس الأئمة هذا اذا أمر به لاعن اكره اما اذا كان مكرها في الامر فلا يعتبر أمره في الرجوع وأما قوله وقسمته فقد ذكر عن أبي بكر بن سعيد أنه قال وقع هذا الحرف غلطان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون وأجيب بأن القسمة قد تعجى بمعنى النصيب قال الله تعالى ونبتهم أن الماء قسمة بينهم والمراد النصيب وكان الفقيه أبو جعفر الهندوانى يقول معناه ان أحد

هذا

الشريكين اذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك ضمن انسان ليقوم مقامه في القسمة جاز

ذلك لان القسمة واجبة عليه وقال بعضهم معناه اذا اقسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمه بالضمير لا بالتاء وقد علمت ان القسمة بالتاء تعجى بمعنى القسم بلا تاء وقال بعضهم هي النوائب بعينها وقد ذكر تفسير النوائب بحق وغيره وعلى هذا فذكره بالواو والبيان من باب العطف للتفسير أو حصته منها أى من النوائب يعنى اذا قسم الامام ما ينوب العامة نحو مؤنة كبرى النهر المشتركة فأصاب واحد شئ من ذلك فيجب أدائه فكفيل به رجل صحت الكفالة بالاجماع قيل ولكن كان ينبغي أن يذكر الرواية على هذا التقدير وقسمته بالواو وليكون عطف الخاص على العام كافي قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسوله وجبريل وميكال فأشار المصنف رحمه الله الى أن الرواية بأو على تقدير أن تكون القسمة حصه من النوائب لان القسمة اذا كانت حصه منها فهو محل أو أما اذا كانت هي النوائب بعينها فهو محل الواو امر وقيل هي النائبة الموظفة الراتبه والمراد من النوائب ما ينبو به غير راتب قيل وعن قال بهذا القول الامام فخر الاسلام والحكم ما بيناه يعنى جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق واخلاف المشايخ فيما كان بغير حق

قال (ومن قال لا آخر لك على مائة الى شهر الخ) ومن قال لا آخر لك على مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي لكونه اماله وان قال ضمننت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن وروى عن أبي يوسف ابراهيم بن يوسف ان القول فيهما للمقره وقال الشافعي القول فيهما للمقر له ان الدين نوعان حال ومؤجل فاذا أقر بالمؤجل فقد أقر بأحد النوعين فالقول قوله اعتبارا بالكفالة واجب بنفسه لاعتبار لان الاجل في الدين عارض كما سألني ولابي يوسف انه ما تصادق على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الا بجهة اعتبار بالاقرار بالدين وأجيب بما أجيب به الشافعي ووجه الفرق بينهما ان المقر أقر بالدين مدعيها حقاً لنفسه وهو تأخير المطالبة الى أجل فكان ثمة اقرار على نفسه ودعوى على غيره والاول مقبول والثاني يحتاج الى برهان فاذا عجز عنه كان القول للسكر وفي الكفالة ما أقر بالدين لانه ليس عليه دين في الصحيح كما تقدم وانما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر فوضع الفرق بينهما واقائل أن بقول هب انه لا دين عليه فيقر به أليس انه قد أقر بالمطالبة فللغصم (٤٣٣) أن يقول أقر بالمطالبة مدعيها حقاً لنفسه وهو تأخيرها الى أجل فكان

(ومن قال لا آخر لك على مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي ومن قال ضمننت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن) ووجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقاً لنفسه وهو تأخير المطالبة الى أجل وفي الكفالة ما أقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح وانما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولأن الأجل في الدين عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كافي الخيار أما الأجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلاً على الاصل هذا كان في ذلك الزمان لانه اعانة على الجائحة والجهاد أما في زماننا فكثر النوائب تؤخذ ظملاً ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له وان أراد الاعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقير يستعين به الفقير على الظلم وينال المعطى الثواب وقوله والحكم ما بيننا يعني ما ذكره من ان الكفالة فيما كان بحق جائز وبغير حق فيها خلاف (قوله ومن قال لا آخر) المراد الفرق بين المستثنين احدهما من أقر بدين مؤجل لرجل فاعترف بالدين المقر له وأنكر الاجل القول للمقر له ولو أقر بكفالة لرجل بدين مؤجل فاعترف المقر له وأنكر الاجل القول للكفيل في ظاهر الرواية بخلاف الشافعي حيث ألحق الاول بالثاني فجعل القول في المستثنين للمقر ولابي يوسف على رواية ابراهيم بن رستم حيث ألحق الثاني بالاول فجعل القول فيهما للمقره وما وقع في أكثر نسخ الهداية من عكس ذلك وهو ان الشافعي ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف قلبه سهو من الكتاب وجه قول الشافعي رحمه الله ان الدين نوعان حال ومؤجل فاعترافه بالمؤجل اعتراف بنوع كالا اعتراف بدينه أو جبهه مدة فلا يلزم النوع الا آخر فالقول للمقر كالكفيل وجه قول أبي يوسف انه ما تصادق على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاحل على صاحبه وهو ينكر فلا يصدق الا بجهة كافي الاول وصار الاجل كالخيار فيما لو أقر بالكفالة على أنه بالخيار أو أنكر الطالب القول للطالب في انكاره الخيار وجه المذهب أن المقر بالدين أقر بما هو سبب المطالبة في الحال اذا الظاهر ان الدين كذلك لانه انما يثبت بدلائل فرض أو اتلاف أو بيع ونحوه والظاهر ان العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال الا ببدل في الحال فكان الحلال الاصل والاجل عارض فكان الدين المؤجل معروضاً معارضاً لانواعاً (ثم ادعى لنفسه حقاً وهو تأخيرها) والا آخر ينكره (وفي الكفالة ما أقر بالدين) على ما هو الاصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها في

ثمة اقرار على نفسه الى آخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق وعلى تقدير تمامه فهو معارض بأن يقال الكفالة لما كانت التزام المطالبة في الحال وجب ان لا يثبت الاجل عند دعواه الكفيل لانه اذا ثبت بطلت الكفالة وفيه من التناقض ما لا يخفى والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول اثناعيناً ما جدياً لدفع الخصم في المجلس وذكر الثاني لمن له زيادة استبصار في الاستقصاء على ما ذكر وان الكفالة التزام المطالبة أعم من كونها في الحال أو في المستقبل والثاني موجود فيما نحن فيه فلا مناقضة (قوله ولان الاجل في الدين عارض) هو الفرق الثاني ومعناه على ان ما لا يثبت بشئ الا بشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضاً والاجل في الدين بهذه المثابة لان ثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الاجل فيها الا بالاشروط وفي الكفالة ليس كذلك فانه يثبت مؤجلاً من غير شرط اذا كان مؤجلاً على الاصل فكان الاجل ذاتياً لبعض الكفالة متوَعَّاه كالتاليق المنوع لبعض الحيوان وهذا أقصى ما يتصور في الفقه من الدقة في اظهار المأخذ واذا كان الاجل في الدين عارضاً لا يثبت الا بشرط كان القول قول من أنكره مع اليمين كافي شرط الخيار واذا كان في الكفالة ذاتياً كان اقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله ووقع في المتن

(٥٥ - فتح القدير خامس) كان من عوارضه وما يثبت له بدونه كان ذاتياً له وهو حسن لانا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضاً والاجل في الدين بهذه المثابة لان ثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الاجل فيها الا بالاشروط وفي الكفالة ليس كذلك فانه يثبت مؤجلاً من غير شرط اذا كان مؤجلاً على الاصل فكان الاجل ذاتياً لبعض الكفالة متوَعَّاه كالتاليق المنوع لبعض الحيوان وهذا أقصى ما يتصور في الفقه من الدقة في اظهار المأخذ واذا كان الاجل في الدين عارضاً لا يثبت الا بشرط كان القول قول من أنكره مع اليمين كافي شرط الخيار واذا كان في الكفالة ذاتياً كان اقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله ووقع في المتن (قوله وأجيب بما أجيب به الشافعي) أقول يعني بنفسه لاعتبار وفيه شئ (قوله والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول الخ) أقول وعندى ان الفرق الاول أيضاً صحيح لا يرد عليه ما أورده فان المقر بالدين أقر بوجوب نفس الدين في ذمته في الحال وادعى تأخر وجوب أدائه والمقر له ينكر ذلك والمقر بالكفالة لم يقر بشئ في الحال بل يدعي ذلك المكفول له والكفيل ينكره فتأمل وهذا كلام اجالي كتبته نذكرة

والشافعي ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف فيما يرى عنه ألحق الاول بالثاني والعكس هو المشهور ومن مذهبهما فن الشارحين من حمله على الروايتين عن كل واحد منهما أو منهما من حمله على الغلط من الناسخ ولعله أظهر (قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك الخ) ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك (٤٣٤) وقد تقدم معنا فاستحقت الجارية لم يأخذ المشتري الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع برد الثمن لان

احتمال الاجازة من المستحق ثابت وثبوته يمنع أن يأخذ الكفيل بالثمن لان مجرد قضاء القاضي يثبت موت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية ما لم يقض له برد الثمن عليه فلو كان الثمن عبدا فاعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ اعتاقه واذالم ينتقض لم يجب الثمن على الاصيل واذالم يجب على الاصيل لم يجب على الكفيل وانما قال على ظاهر الرواية احترازا عما قال أبو يوسف في الامالي ان يأخذ الكفيل قبل أن يقضى له على البائع لان الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك يجب على الكفيل فان قيل فاذا قضى الحاكم بالحريه فيه مجرد القضاء يثبت للمشتري حق الرجوع فما الفرق بينهم ما بين الاستحقاق وأجاب المصنف بقوله بخلاف القضاء بالحريه لان البيع يبطل به لعدم المحلية فيرجع المشتري على البائع وكفيه له ان شاء وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الاصل أراد بترتيب الاصل

والشافعي رحمه الله ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف رحمه الله فيما يرى عنه ألحق الاول بالثاني والفرق قد أوضحناه قال (ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع) لان مجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحريه لان البيع يبطل به لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وعن أبي يوسف أنه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الاصل

الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له وهذا لان التزام المطالبة يتنوع الى التزامها في الحال أو في المستقبل كالكفالة بما ذاب والدرك فانما أقر بنوع منهم ما فلا يلزم بالتنوع الآخر بخلاف الكفالة على أنه بالخيار فانها ضعيفة لقل وجودها فترتبت منزلة العدم وهذا مخلص عن ادعى مال او هو مؤجل في الواقع فان اعترف به مؤجلا لا يصدق وان أنكر يكون كاذبا وخاف ان اعترف به كذلك لا يصدق في الاجل فالحيلة أن يقول للمدعي هذا المال الذي تدعيه مؤجل أم مجهل فان قال مؤجل حصل المقصود وان قال مجهل فينكر وهو صادق وفي العيون من عليه دين مؤجل اذا حلف ماله اليوم قبله شيء أرجو أن لا يكون به بأس ان كان لا يقصد به انواعه (قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل) وفاعل يأخذ ضمير من والكفيل مفعول يعنى لم يطالبه (حتى يقضى له بالثمن على البائع لان مجرد الاستحقاق) أو القضاء به وبالبيع (لا ينتقض البيع) أي لا ينسخ (على ظاهر الرواية) واحتراز ظاهر الرواية عن رواية الامالي عن أبي يوسف أنه يأخذ الكفيل قبل أن يقضى على البائع بالثمن لان الضمان توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك على الكفيل وجه الظاهر ما ذكر من أن مجرد الاستحقاق لا ينسخ البيع فالضرورة لا يجب الثمن على البائع وهو على ملكه ولا يعود الى ملك المشتري حتى لو كان الثمن عبدا فاعتقه البائع بعد القضاء بالاستحقاق نفذ اعتقه وكذا لو كان المشتري باعها من غيره فاستحقت من يد الثاني ليس للمشتري الاول أن يرجع على بائعه مالم يرجع عليه المشتري الثاني كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد واذالم يجب الثمن على الاصيل لا يجب على الكفيل بخلاف ما لو قضى بحريه العبد ونحوه لان البيع يبطل به لعدم المحلية للبيع فيكون استحقاقه بطلا للراك رأسا وما نحن في حقه استحقاق ناقل للملك فحليته للملك باقية واحتمال اجازة المستحق للبيع القائم ثابت فبقي هذا الاحتمال يبقى المالك بخلاف ما اذا قضى على البائع برد الثمن لارتفاعه حينئذ وصح في فصول الاستروايني أن للمستحق أن يجيز بعد قضاء القاضي وبعد قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه بالثمن والرجوع بالقضاء يكون فسحاثم من الاستحقاق المبطل دعوى النسب ودعوى المرأة الحرة العليظة ودعوى الوقف في الارض المشتركة أو انها كانت مسجدا أو يشارك الاستحقاق الناقل في أن كلامهم ما يجعل المستحق عليه ومن تمام ذلك الشيء من جهته مستحقا عليهم حتى انه لو أقام واحد منهم البينة على المستحق بالملك المطلق لا تقبل بينته ويختلفان في أن كل واحد من الباعة في الناقل لا يرجع على بائعه مالم يرجع عليه ولا يرجع على كفيل الدرك ما لم يقض على المكفول عنه وأسلفنا من مسائل الاستحقاق حمله وقوله (وموضعه) أي الاستحقاق (أوائل الزيادات في ترتيب الاصل) يريد ترتيب محمد فانه بدأ باب المأذون واحتراز بالاصل عن ترتيب الكاش الآتي فانه ترتيب

ترتيب محمد فانه افتتح كتاب الزيادات باب المأذون مخالفا لترتيب سائر الكتب تبركاً بما لم يبه أبو يوسف فان محمد أخذ ابى ما أملى وبين أبو يوسف بابا بابا وجعله أصلا وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب فكان أصل الكتاب من تصنيف أبي يوسف (قوله ووجب للمشتري الخ) اقول فيه شيء الآن يكون ووجب بمعنى ثبت

وزيادته من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتداء ملاءم أبي يوسف في هذا الكتاب من باب المأذون ولم يغيره محمد تبركابه
 ثم رتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم (ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل) ذكره هنا ثلاث
 مسائل الاولى ضمان العهدة وقال انه باطل ولم يحك خلافا والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص وقد
 اختلفوا فيه فاما باطل لان الاولى فلان هذه اللفظة مشتبهة لا اشتراك وقع في استعمالها فانها تقع على الصك القديم الذي عند البائع وهو
 ملك البائع غير مضمون عليه وما ليس بضمون على الاصطلاح لا تصح الكفالة به وقد تقع على العقد لانها مأخوذة من العهد والعهد
 والعقد واحد وقد تقع على حقوق العقد لانها من غرات العقد وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق وعلى
 خيار الشرط كما جاء في الحديث عهددة الرقيق ثلاثة ايام أي خيار (٤٣٥) الشرط فيه ولكل ذلك وجه يجوز الحمل به

عليه فصار بهما عذر
 العمل به وأما جواز الثاني
 أي ضمان الدرك فان العرف
 فيه استعماله في ضمان
 الاستحقاق فصار مبيئته
 فوجب العمل به وأما الثالث
 فأبو حنيفة رحمه الله قال
 هو عبارة عن تخليص
 المبيع وتسليمه لاحتمال أي
 على كل حال وتقدير وهو
 التزام ما لا يقدر على الوفاء به
 لانه ان ظهر مستحقا فربما
 لا يساعده المستحق أو حرا
 فلا يقدر مطلقا والتزام
 ما لا يقدر على الوفاء به باطل
 وهما جعلاه بمنزلة الدرك
 تصحح للضمان وهو تسليم
 المبيع ان قدر عليه
 أو تسليم الثمن ان عجز عنه
 وضمن الدرك صحيح وأجيب
 بأن فراغ الذمة أصل فلا
 تشتغل بالشك والاحتمال
 ذكر أبو يزيد في شرطه

(ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل) لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك
 القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على المقدم وعلى حقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل
 ذلك وجه فتعذر العمل به بخلاف الدرك لانه استعماله في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص
 لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لاحتمال وهو غير قادر عليه
 وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فصح

أبي عبد الله الزعفراني تلميذ محمد بن الحسن فانه غير ترتيب محمد الى ما هي عليه الآن وانما سماه محمد
 بالزيادات لان اصول أبوابه من أمالي أبي يوسف فكان محمد يجعل ذلك الباب من كلام أبي يوسف أصلا ثم
 يزيد عليه تقريرا بتسميته (قوله) ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل لان هذه اللفظة
 مشتبهة المراد فانها (تقال للصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه) وقال الشيخ أبو بكر الرازي هو
 كتاب الشراء وهو ملك المشتري فهو بمنزلة من ضمن له رجل ملكه وفي بلادنا يقال لخلاص منه وهو مكتوب
 شراعا لجوارى وتقال لنفس العبد لان العهد من العهد كالعهد من العقد والعهد والعقد واحد
 وتقال على حقوق العقد لانها امراته وعلى خيار الشرط وهي في الحديث عهددة الرقيق ثلاثة ايام أي خيار
 الشرط فيه ولكل ذلك وجه قدينا واذا تعددت المناهي تعذر العمل بها قبل البيان (بخلاف) ضمان
 (الدرك) فانه استعمال في ضمان الاستحقاق عرفا) فلا تعذر وذكر بعض المشايخ ان عند أبي حنيفة
 ضمان العهدة هو ضمان الدرك (ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة لانه عبارة عن تخليص
 المبيع وتسليمه وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع) ان قدر عليه
 (أو) تسليم (قيمه) وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي الخصاص أن تفسير الخلاص والدرك
 والعهد واحد عند أبي يوسف ومحمد يعني فيكون صحيحا لانه ضمان الدرك عندهما تصحح الكلام
 فتمت اللفاظ ثلاثة ضمان الدرك جائز بالاتفاق وضمن العهدة لا يجوز باتفاق ظاهر الرواية وضمن
 الخلاص مختلف فيه في ظاهر الرواية وقد ذكر أبو يزيد في شرطه أن أبو حنيفة وأبو يوسف كانا يكتبان
 في الشروط فما أدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو رد الثمن وان لم يذ كر رد الثمن يفسد لانه يبقى
 الضمان بتخليص المبيع وعلم من هذا أن الخلاف فيما اذا ذكر ضمان الخلاص مطلقا ما اذا قال
 خلاص المبيع أو رد الثمن أو أراد ذلك واتفقا على ارادته فيجوز بالاجماع

ان أبو حنيفة وأبو يوسف رحمه الله كانا يكتبان في الشروط فما أدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو رد الثمن فهذا يشير الى ان
 بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا اما اذا انضم اليه رد الثمن فهو جائز قيل وعلى هذا في كلام المصنف نظر لان الواجب عند
 العجز عن تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بأن المراد به الثمن مجازا شهرة أمره معذرة وبلاغة التركيب باستعمال المجاز
 فيما لا يتبس فضيلة هذا ما يدل عليه كلام المصنف وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي الخصاص ان تفسير الخلاص والدرك
 والعهد واحد عند أبي يوسف ومحمد وهو تفسير الدرك وهذا يدل على ان الخلاف في العهدة أيضا ثابت وذكر في الفوائد الظهيرة
 وأما ضمان العهدة فقد ذكره هنا في الجامع الصغير انه باطل ولم يحك خلافا وذكر بعض مشايخنا ان عند أبي حنيفة ضمان
 العهدة ضمان الدرك وهو خلاف ما ذكره المصنف فكانت اعتمد على ما في الجامع الصغير وذكر بطلانه من غير ذلك خلاف
 والله أعلم بالصواب

﴿ باب كفالة الرجلين ﴾

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لسان الاثنين بعد الواحد طبعاً آخر وضع المناسب الوضع الطبع قال (وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه الخ) إذا اشترى الرجلان عبداً بألف فالتمن دين عليهما لا محالة فان كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف ف يرجع بالزيادة لأن كل واحد من الشريكين في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل وكل من كان في النصف أصيلاً وفي النصف الآخر كفيلاً فما أدى إلى تمام النصف كان عملاً عليه بحق الاصله تصرفاً إلى أقوى ما عليه كالأشترى فبأربعة دراهم بعشر من درهمه أفنقده في المجلس عشرة جعل المنقود عن الصرف لأن الواجب به أقوى لحاجته إلى القبض (٤٣٦) في المجلس وما عليه بحق الاصله أقوى لأنه دين وما عليه بحق الكفالة مطالبه لادين

﴿ باب كفالة الرجلين ﴾

(وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما إذا اشترى عبداً بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة) لأن كل واحد منهما ما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصله وبحق الكفالة لأن الأول دين والثاني مطالبته ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فمقع عن الكفالة ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فصاحبه أن يرجع لأن أدائها عليه كآدائه

﴿ باب كفالة الرجلين ﴾

لما نزل هذا مما قبله منزلة المركب من المفرد ذكره عقبيه (قوله وإذا كان الدين على اثنين بأن اشترى معاً عبداً بألف) أو اقترضا معاً (وكفل كل منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة) وجهين أحدهما (ان كلا منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصله وما عليه بحق الكفالة) لقوة الاول وضعف الثاني (لأن الاول دين) عليه (والثاني مطالبه) بلادين (ثم هو تابع) فوجب صرف المؤدى عن الأقوى ثم يدعى على الأضعف على ما هو مقتضى العقل والعادة لا يقال ان هذا يقتضى أن على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة يكون المؤدى بينهما كما هو قول طائفة من مشايخنا ونقله ابن قدامة عن الأئمة الثلاثة لهذا الأثر لأن بصرفه بنيته أو بلفظه إلى أحدهما لأننا نقول الحكم عندنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا فان الدين الثابت عليه بطريق الكفالة ليس بقوة الكائن عليه بطريق الاصله الأثرى ان المريض اذا اشترى في مرض موته شيئاً كان من جميع المال ولو كفل كان من الثلث وأيضاً واشترى المريض وعليه دين جاز ولو كفل وعليه دين لا يجوز وأما كونه بصرف بنيته قلنا التعيين في الجنس الواحد لغو وهذا دين واحد حتى لو كان نصف الدين بقرض مثلاً ونصفه ببيع وعين صح اذ في الجنسين يتم تعيينه لأنه حينئذ مقيد نانيمهما (انه لو وقع في النصف عن صاحبه) لكفالة كان له أن يرجع عليه به (فصاحبه أن يرجع) بعين ما يرجع عليه به المؤدى (لأن أدائها عليه) يعني كفيله بأمره (كآدائه) بنفسه ولو أدى بنفسه يرجع فكذلك بانائه لكن اذا جعله كله

وهي تابعة للدين لا بنتائمه
على الدين فان المطالبة بالدين بدون الدين غير متصورة فلا يعارضه بل يرجع الدين عليه او يصرف المصروف اليه الى تمام النصف وفي الزيادة عليه لا معارضة ان لم يكن عليه فيما بحق الاصله متى فانتفى المعارضة بانتفاء أحد المتعارضين وفي النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجحاً للانتفاء (قوله ولأنه) دليل آخر على ذلك أو رده بقياس الخلف فانه جعل نقيض المدعى وهو الرجوع على صاحبه مستلزماً للمحال وهو الرجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فانه قال لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع عليه لكن ليس لصاحبه أن يرجع عليه لأنه يؤدي إلى الدور فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه وقوله (لأن أداءه)

نائبه كآدائه) بيان للضرورة وتقريره ان صاحب المؤدى يقول له أنت أديته عنى فأمرى فيكون ذلك كآدائى ولو أديت عنى بنفسى كان لى أن أجعل المؤدى عنك فان رجعت على وأنا كفيل عنك فأنا أجعله عنك فأرجع عليك لأن ذلك الذى أديته عنى

﴿ باب كفالة الرجلين ﴾

(قوله وفي النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجحاً للانتفاء) أقول ضميراً انتفاؤها راجع إلى المعارضة وضمير الانتفاء راجع إلى أحدهما (قوله مستلزماً للمحال وهو الرجوع صاحبه عليه) أقول قوله وهو راجع إلى المحال قال المصنف (لأن أدائها عليه كآدائه فيؤدى إلى الدور) أقول في الملازمة ما لا يخفى قوله لأن أدائها عليه كآدائه ان أريد كآدائه عن نفسه بحق الاصله أو ما يعمه فمسل ولا يفيد وان أريد كآدائه بحق الكفالة فممنوع وكيف يكون أداءه كفيله عنه كآدائه عن كفيله فليست أمثل

فهو أدنى في التدبير فلو أدبت حقيقة رجعت عليك في تقدير أدنى كذلك والشريك الآخر يقول مثل ما قال فأدى الى الدور ولم يكن في الرجوع فائدة فبعلمنا المؤدى عن نصيبه خاصة الى تمام النصف لمنقطع الدور بخلاف الزيادة على النصف فإنه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه ان يرجع عليه اذ ليس على الشريك بحكم الاصل (٤٣٧) الا النصف فيفيد الرجوع (واذا كفل

رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه) بكل المال وعن الاصيل كذلك فاجتمع على كل واحد من الكفيلين كفالان كفالة عن الاصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما ما مطالبة له على الاصيل وأخرى على الكفيل فصح الكفالة عن الكفيل لان موجب الكفالة التزام المطالبة وعلى الكفيل مطالبته فصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح حوالة المحتال عليه بما التزم على آخر وهو معنى قوله ومعنى المسئلة في الصحيح (وكل شيء أداء أحدهما رجوع على شريكه بنصفه قليلا كان المؤدى أو كثيرا) لان ما أدى أحدهما وقع شائعا عنهما ما اذ الكفل بالتزام المطالبة فتصح الكفالة عن الاصيل وبالكفل عن الشريك والمطالبة متعددة) من غير نظر الى أنهما مع الدين أولا (فتجتمع الكفالان وموجبهما التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل) لانه التزام ما على الكفيل من المطالبة بما كفل به (كما تصح عن الاصيل) بالتزام المطالبة بما عليه (وكما تصح الحوالة من المحتال عليه) للمحال بما أحيل به عليه على آخر (واذا عرف هذا فما أداء أحدهما وقع شائعا عنهما اذ الكفل كفالة) ما عن نفسه وما عن الكفيل الآخر (فلا ترجع للبعض على البعض) ليقع النصف الاول عن نفسه خاصة (بخلاف ما تقدم) واذ لم يرجع ما عليه من جهة المدون وما عليه من جهة الكفيل الآخر (فارجع على شريكه بنصف جميع ما أدى ولا يؤدي الى الدور لان قضية هذا الاستواء) للاستواء في العلة وهي الكفالة (وقد حصل برجوع أحدهما) وهو المؤدى بنصف ما أدى فنقضه برجوع غير المؤدى بلا موجب بخلاف ما تقدم (لا استواء فيه في العلة فان أحدهما علمته أقوى من الآخر فلم يستويا فلم يستويا فلهذا يرجع الاجماد على

فيؤدي الى الدور (واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه فكل شيء أداء أحدهما رجوع على شريكه بنصفه قليلا كان أو كثيرا) ومعنى المسئلة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكفل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه واذا عرف هذا فما أداء أحدهما وقع شائعا عنهما اذ الكفل كفالة فلا ترجع للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم

عن صاحبه فنقول بذلك ليرجع بجميع ما رجع به صاحبه والالم يكن له أن يرجع الا بنصف ما رجع به صاحبه بيانه أدى الاول مائتين ورجع بنصفها لانه في احدى المائتين أصيل فاذا رجع به على صاحبه لم يقدر صاحبه أن يرجع بكتنهما الا اذا اعتبر بنفسه مؤديا كماها عن صاحبه المؤدى حقيقة والالم يرجع الا بنصفها لانه لو أداءها حقيقة بنفسه انصرف منها خسون الى ما عليه اصالة وخسون الى ما عليه كفالة وانما يرجع بما عليه من الكفالة (فيؤدي الى الدور) وما يؤدي اليه ممنوع فيمنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه والالتفات حكم الشرع اذ الوقوع عن صاحبه حكمه جواز الرجوع وقد علمت أنه امتنع للدور واعلم ان ليس المراد حقيقة الدور فانه توقف الشيء على ما يتوقف عليه ورجوع المؤدى ليس متوقفا على رجوع صاحبه بل اذا رجع للآخر أن يرجع ولا يلزم كونه في مال واحد بل ان شاء أعطاه ما أخذ منه فاذا رجع الآخر استفادته أو أعطاه غيره وكذا الاول فاللازم في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما فيمنع الرجوع المؤدى اليه والحق ان هذا الوجه باطل لان رجوع المؤدى عنه لا يمكن أن يسوغه شرعا اعتبار المؤدى عنه انه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدى لانه اعتبار باطل يؤدي الى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى الى الطالب وهو نقيض ما يقطع به من الشرع ان المؤدى هو الذي يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى وكيف يكون أداء الانسان عن غيره سبب لان يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر هذا مجازفة عظيمة (قوله) واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه فكل شيء أداء أحدهما رجوع على شريكه بنصفه قليلا أو كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكفل عن الشريك والمطالبة متعددة) من غير نظر الى أنهما مع الدين أولا (فتجتمع الكفالان وموجبهما التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل) لانه التزام ما على الكفيل من المطالبة بما كفل به (كما تصح عن الاصيل) بالتزام المطالبة بما عليه (وكما تصح الحوالة من المحتال عليه) للمحال بما أحيل به عليه على آخر (واذا عرف هذا فما أداء أحدهما وقع شائعا عنهما اذ الكفل كفالة) ما عن نفسه وما عن الكفيل الآخر (فلا ترجع للبعض على البعض) ليقع النصف الاول عن نفسه خاصة (بخلاف ما تقدم) واذ لم يرجع ما عليه من جهة المدون وما عليه من جهة الكفيل الآخر (فارجع على شريكه بنصف جميع ما أدى ولا يؤدي الى الدور لان قضية هذا الاستواء) للاستواء في العلة وهي الكفالة (وقد حصل برجوع أحدهما) وهو المؤدى بنصف ما أدى فنقضه برجوع غير المؤدى بلا موجب بخلاف ما تقدم (لا استواء فيه في العلة فان أحدهما علمته أقوى من الآخر فلم يستويا فلم يستويا فلهذا يرجع الاجماد على

برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم

قال المصنف (وبالكل عن الشريك) أقول فيه بحث قال المصنف (فتجتمع الكفالان على ما مر) أقول قبل ورقتين في تعليل قوله ومن أحدهما رجوع كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان

لان كل واحد منهما يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشرائه بنفسه ونصفه بكفالة من شريكه وجعل المؤدى عن الكفالة يؤدي الى الدور كما تقدم وانما قال في الصحيح ليعتاقى الفروع المبينة على ذلك فانه قال (ثم يرجعان على الاصيل لانهما أدبا عنه أحدهما بنفسه والاخر بنائبه) ولو لم يكن كل منهما كفيلا عن الاصيل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه لانهما اوقال (وان شاء) يعني من أدى منهما شيئا (رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه بجميع المال بأمره) ولو كان أحدهما كفيلا عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الاصيل وقال (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والاخر كفيل عنه بكله (٤٣٨) على ما بيناه) من قوله أن تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وانهذا أخذ به وهو ظاهر

قال (واذا افرق المتفاوضان فلا صحاب الدين أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين الخ) اذا افرق المتفاوضان وعليهما مدين فلا صحابه أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع ذلك فان أدى أحدهما شيئا لم يرجع على شريكه بشئ حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لانها تنعقد على الكفالة بما كان من ضمان التجارة وحينئذ كان للقرء أن يطالبوا أيهما شاءوا بجميع الدين لان الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق فاذا طلبوا أحدهما وأخذوا الدين منه ليس له أن يرجع على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال (واذا كوتب العبدان كتابة واحدة الخ) واذا كوتب العبدان كتابة واحدة بان قال المولى كاتبكم على ألف الى كذا

ثم يرجعان على الاصيل لانهما أدبا عنه أحدهما بنفسه والاخر بنائبه (وان شاء رجوع بالجميع على المكفول عنه) لانه كفل بجميع المال عنه بأمره قال (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والاخر كفيل عنه بكله على ما بيناه وانهذا أخذ به قال (واذا افرق المتفاوضان فلا صحاب الدين أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين) لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف) لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال (واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداه أحدهما يرجع على صاحبه بنصفه) ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في حق وجوب الالف عليه فيكون عتقهما معلقا بأدائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه

النصف وهذا الفرق باعتبار الوجه الاول في المسئلة الاولى ولو كان الوجه الثاني صحيا لم يقع فرق باعتباره لان مسوغ رجوع المؤدى عنه اعتبار نفسه أدى ما أداه عنه المؤدى واحتمابه به عن المؤدى وهذا يمكن هنا بعينه بأن يقول هذا الذي ترجع على به بسبب أنك أدبته عنى هو كأدبى بنفسى فسكافى أنا الذى أدبته واحتمبته عنك فأنا أراجع عليك به ولا شك في بطلان هذا فلا يقع الفرق الا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الاول (ثم يرجعان) يعني الكفيلين المتكافلين (على الاصيل لانهما أدبا عنه أحدهما بنفسه والاخر بنائبه وان شاء رجوع الكفيل المؤدى بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه بجميع المال بأمره) ثم أداه (ولو أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والاخر كفيل عنه بكله) (قوله) واذا افرق المتفاوضان فلا صحاب الدين أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف (الشركة) من ان شركة المفاوضة تنعقد على وكالة كل منهما عن الآخر وكفالة كل عن الآخر الاما استثنى (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين) المدونين بدين واحد والله الموفق (قوله) واذا كوتب العبدان كتابة واحدة) بأن قال مثلا كاتبكم على ألف الى عام وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداه أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه ووجهه ان هذا العقد وهو عقد الكفالة (جائز استحسانا) خلافا للائحة الثلاثة كالو كانت الكفالة واحدة فقط ولانه كفالة تبطل الكتابة وهو باطل وأيضا شرط فيه كفالة المكاتب وهو باطل والكتابة تبطل بالشروط الفاسدة ووجه الاستحسان

وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه صرح ذلك استحسانا والقياس بخلافه لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة تبطل الكتابة وكل واحد منهما على انفراد باطل فعند الاجتماع أولى أن يكون باطلا أما بطلان كفالة المكاتب فلان الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه وأما بطلان الكفالة ببطلان الكتابة فلما مر من أنها تقتضى دين صحى او بطلان الكتابة ليس كذلك ووجه الاستحسان أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقهما معلقا بأدائه أى بأداء كل واحد منهما كأنه قال لكل واحد منهما ان أدب ألف فانت حر وهذا وإن يجعل كل واحد منهما كفيلا بالالف عن صاحبه

قال المصنف (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) أقول ليس هذا موضع مال (قوله أى بأداء كل واحد منهما) أقول الاولى أن يطرح كلمة كل فانهم يبايعان بأداهما واحدهما

كاستذكره في المكاتب وهذا انما يستقيم اذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قد يهاو اما اذا اختلفت الكتابتان فان عتق كل واحد منهما تعلق بمال على حدة فتعذر تصحيحه بهذا الطريق واذا عرف ذلك عرف استواءهما في الوجوب عليهم بالاستواء في العلة اعني الكفالة فكان كل البذل مضمونا على كل واحد منهم ما لو هذا لا يعنى واحد منهم ما لم يؤد جميع البذل فما اداه احدى ارجع بنصفه على صاحبه لاستواءهما ولو رجع بالكل اولى يرجع بشئ لان نفع المساواة ولو لم يؤد ياشأ حتى اعنى المولى احدى ما صح العتق لمصادفة العتق ملكه ويرى المعتق عن النصف لانه ماضى بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل بقربتهم ما حتى يكون موزعا منقسما عليهم وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان فكان ضرور بالابتعادى غير موضعها واذا اعنى استغنى عنه (٤٣٩) وانتفى الضرورة فاعتبر مقابلا بقربتهم

ولهذا ينصف وعورض بأنه اذا كان مقابلا لهم كان على كل واحد منهما بعضه فيجب أن لا يصح الرجوع ما لم يرد المؤدى على النصف ائلا يلزم الدور كما مر وأوجب بأن الرجوع بنصف ما أدى انما هو للتحرز عن تفريق الصفقة على المولى لان المؤدى لو وقع عن المؤدى على الخصوص

وسنذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك فما اداه احدى ارجع بنصفه على صاحبه لاستواءهما ولو رجع بالكل لا تحقق المساواة قال (ولو لم يؤد ياشأ حتى اعنى المولى احدى ما جاز العتق لمصادفة ملكه ويرى عن النصف لانه ماضى بالنصف لان المال الا ليكون وسيلة الى العتق وما يبق وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل بقربتهم وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا بقربتهم ما فلها هذا يتنصف للمولى أن يأخذ بخصه الذي لم يعنى أيها ما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالامالة فان أخذ الذي اعنى رجع على صاحبه بما يؤدى لانه مؤد عنه بأمره وان أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشئ لانه أدى عن نفسه والله أعلم

باب كفالة العبد وعنه

انه يمكن أن يعتبر به وجه بصريه فيحمل عليه وهو أن يجعل المال على احدى ما عتق الآخر معلقا بأدائه كما في اولاد المولى في الكفاية فيجعل كل منهما في حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر معلقا بأدائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الاصل لا الكفالة وفي الحقيقة المال مقابل بهما ما فينقسم عليهم ما بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما لان عتق كل منهما معلق بماله على حدة فتعذر تصحيحه وقها ورا ذلك الاعتبار الصحيح الحقيقة هي العترة حتى ان ما اداه احدى ارجع بنصفه على صاحبه لاستواءهما (ولو لم يؤد ياشأ) حتى ان المولى (اعتق احدى ارجع لمصادفة ملكه ويرى عن النصف لانه ماضى بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى عتقه ولم يبق وسيلة) للحصول عتقه بطريق آخر (فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل بقربتهم وانما جعل على كل منهما احتيالا لتصحيح الضمان) والحامل عليه تشوف الشارع الى العتق (فأذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا بقربتهم ما فوجب أن يتنصف للمولى أن يأخذ بخصه الذي لم يعنى أيها ما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالامالة) وأورد عليه انه يستلزم كون الرقيق ضامنا للبذل الكفاية وهو لا يجوز أجيب بأن هذا في حالة البقاء لاني الابتداء كالمات شهود النكاح (فان أخذ الذي عتق رجع على صاحبه بما أدى وان أخذ الآخر لم يرجع) على الذي عتق (لانه) رجا (أدى عن نفسه)

باب كفالة العبد وعنه

وهي باطلة وأجاب بأن كل واحد منهما كان طالبا بجميع الالف والباقي بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت فان أخذ الذي اعنى رجع على صاحبه بما أدى لانه اداه عنه بأمره وان أخذ ارجع لم يرجع عليه بشئ لانه أدى عن نفسه

باب كفالة العبد وعنه

حق هذا الباب التأخير لان العبد متى أخر عن الحرام المشرقه واما لان الاصل في بني آدم هو الحر به ووضع ترتيبه يقتضى تقديم كفالة العبد في البحث ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق وفيه ما فيه

باب كفالة العبد وعنه

(قوله ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق) أقول وبد بالكفالة عن العبد القرب (قوله وفيه ما فيه) أقول فان عادة المصنفين ذكر الاجمال على وفق التفصيل وفيه منع

قال (ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه الخ) قوله لا يجب عليه صفة مالا وجواب المسئلة قوله فهو حال وعدل عن عبارة محمد رحمه الله في الجامع الصغير وهي قول محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حاله ولا غير حال الى عبارته في الكتاب لان عبارة محمد تحتاج الى تأويل فان العبد اذا استهلك المال عيانا يؤخذ به في الحال قال فخر الاسلام مراده اذا أقر بالاستهلاك وكذبه المولى وقال بعضهم مراده العبد المحجور عليه البالغ اذا أودع مالا فاستهلكه فانه لا يؤخذ به في الحال بل بعد الاعتاق عن أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وأما عبارته في الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حاله ولا غيره (٤٤٠) فلا يحتاج الى شئ لتناوله ما اذا أقر العبد باستهلاكه لاهل وكذبه المولى أو أقرضه

انسان أو باعه وهو محجور أو وطئ امرأة بشبهة غير اذن المولى أو أودعه انسان فاستهلكه فانه لا يؤخذ بذلك كله لاهل أما صحة الكفالة في هذه الوجوه فلانه كفل بمال مضمون على الاصيل مقدور والتسليم للكفيل فتصح كافي سائر الدين سواء كانت في ذمة المولى أو المفلس وأما كونها حالا فلان المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسر اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين بملكه وهذا المانع غير متحقق في حق الكفيل لانه غير معسر فيجب العمل بالمقتضى وصار كالكفالة عن غائب تصح ويؤخذ به الكفيل حالا وان عجز الطالب عن المطالبة الاصيل وكالكفالة عن مفلس بتشديد اللام فانها تصح ويؤخذ به الكفيل في

(ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حاله ولا غيره فهو حال) لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا أنه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر عن مؤخر ثم اذا أدى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه (ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ

آخر ما يتعلق به لتأخره بالرد بالرق (قوله ومن ضمن عن عبد مالا) موصوفاً بكونه (لا يجب على العبد حتى يعتق) كأن أقر باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه انسان أو باعه وهو محجور فانه لا يجب عليه الا بعد عتقه وكذا اذا أودع شيئاً فاستهلكه أو وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى بخلاف ما لو كان استهلاكه للمال معانين ماعلم ما فانه يؤخذ به في الحال فانما كفل رجل عن العبد بالمال الذي لا يجب عليه الا بعد الحرية من غير ان يشترط في الكفالة تأجيلاً (و) هذا هو المراد بقوله (لم يذكر حاله ولا غيره لزوم) الكفيل (حالا لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول الذمة) وعدم الاجل وكيف والعتق لا يصلح أجالاً لجهالة وقت وقوعه وقد لا يقع أصلاً (و) انما (لا يطالب به لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى لم يرض بتعلقه به) أي يتعلق الدين بملكه (والكفيل غير معسر) فالمانع الذي تحق في الاصيل منتف من الكفيل مع وجود المقتضى وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل فيطالب به في الحال (فصار كالمؤجل عن مفلس أو غائب) يلزمه في الحال مع أن الاصيل لا يلزمه وهذا أحسن في حياول هذه الكفالة بخلاف وجه تأخير الدين الى العتق وهو العسر وعدم رضا المولى فانه لو تم لزوم تأخير دين الاستهلاك المعين لعسرته وعدم رضا المولى بل الوجه عدم نفاذ تصرف غير المولى في حقه بما يضره أعني تصرف المقرض والبائع للعبد ولم يرض بايداع المودع عند عبده ولا يتمكن المرأة وعدم نفاذ قول العبد في حق المولى اذا كان يكذبه بخلاف الاستهلاك المعين فانه ليس فيه أحد هما فينفذ في حقه دفعا لضرر لم يتسبب فيه على نفسه فيجب الدين في الحال فيؤخذ من كسبه ان كان له كسب والاتباع رقبته فيه الا أن يفديه المولى هذا هو المرجح في قول محمد في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب حتى يعتق (بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر عن مؤخر) صحيح ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعين ينبغي أن يرجع قبل العتق اذا أدى لانه دين غير مؤخر الى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه وبحسب أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الامر بالكفالة من العبد أو السيد وقوى عندي كون المعتبر امر السيد لان الرجوع في الحقيقة عليه (قوله ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ

الحال وان كان في حق الاصيل متأخر الى الميسرة فان قيل اذا لم يؤخذ من العبد الا بعد العتق فلم يجعل هذا الكفيل بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل أيضاً الا بعد الاجل أجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر يعني ان الدين متأخر عن الاصيل بمؤخر أي بأمر يوجب التأخير وهو التأجيل لا يمنع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالاً وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه مؤجلاً ثم اذا أدى الكفيل رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال (ومن ادعى على عبد مالا الخ) الكفالة بالنفس لا تتفاوت بين ما اذا كان المكفول بنفسه حراً أو عبداً فانه عبوته يبرأ

(قوله الى عبارته في الكتاب) أقول قوله الى متعلق بقوله عدل في قوله وعدل عن عبارة محمد

الكفيل لبرائة الاصيل كالمو كان حرا واذ كرهه تمهد التي بعدها وليان الفرق بينهما (فان ادعى رقبة العبد على ذى اليد فكفل به رجل
فبات العبد فاقام المدعى البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد الرقبة على وجه يخلفها القيمة) عند العجز عن ردها
واذا وجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة (٤٤١) بما على الاصيل وقد انتقل

الضمان في حق الاصيل
الى القيمة فكذا في حق
الكفيل بخلاف الاول اى
الضمان الاول لان محل
ما التزمه وهو العبد قد
فات وسقط عن العبد
تسليم نفسه فكذا عن
كفيله وانما قيده باقامة
البينة احترازا عما اذا
ثبت الملك له باقرار ذى
اليد او بنكوله عن البين
حيث تقضى بقيمة العبد
المتم على المدعى عليه
ولا يلزم الكفيل لان
الاقرار حجة قاصرة الا اذا
أقر الكفيل بما أقر به
الاصيل قال (واذا
كفل العبد عن مولا
بأمره الخ) اذا كفل
العبد عن مولا بأمره
فالحال لا يخلو اما ان
يكون عليه دين مستغرق
اولا فان كان الاول لم تصح
كفالة خلق الغرماء وان
كان باذن المولى وان كان
الثانى صححت ان كانت بأمره
لان ماليته لمولاه فله ان
يجعلها بالدين بالرهن
والاقرار بالدين واذا كفل
المولى عن عبده فهى
صححة سواء كانت بالنفس
او المال مدونا كان العبد

الكفيل) لبرائة الاصيل كما اذا كان المكفول عنه بنفسه حرا قال (فان ادعى رقبة العبد فكفل به
رجل فبات العبد فاقام المدعى البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته) لان على المولى ردها على وجه يخلفها
قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف
الاول قال (واذا كفل العبد عن مولا بأمره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق
لم يرجع واحد منهما على صاحبه) وقال زفرير جمع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى
تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بأمره أما كفالته عن العبد فتصح على كل حال لانه تحقق
الموجب الرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع
لان المولى لا يستوجب على عبده ديناً وكذا العبد على مولا فلا تنقلب موجبة أبداً لكن كفل عن غيره
الكفيل لبرائة الاصيل) وهو ظاهر لا فرق في ذلك بين كون المكفول به حراً او عبداً وانما فرضها في العبد
ليرتب عليها مسئلة دعوى الرقبة وهى قوله (فلو كان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فبات العبد فاقام
المدعى البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد رقبة العبد على وجه يخلفها قيمتها وقد
التزم الكفيل ذلك وبعد الموت القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل) فهو كالمو كفل بالمعصوب
حيث يؤخذ برده عن غير قيمته فانه عجز بقيمته فخالصه انه كفل بمال هو رقبة العبد والمكفول عنه المولى بخلاف
ما لو كفل بالمال الذى على العبد فبات يجب ضمانه والمكفول عنه فيه هو العبد وكذا عن الحرفات
المرمفلس الا يبرأ الكفيل في قولهم جميعا بخلاف من كفل عن المقتلس بعد موته على ما تقدم من
الخلافاً فيه (قوله) واذا كفل العبد عن مولا بأمره فعتق فأدى او كان المولى كفل عن عبده وأدى
بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على الآخر) بشئ (و) نقل (عن زفرير رحمه الله) في شرح الجامع
(انه يرجع) قال المصنف (ومعنى الوجه الاول) يعنى ضمان العبد عن سيده (أن لا يكون على
العبد دين حتى تصح كفالته عن سيده) وهذا لان الاصل ان كفالة العبد لا تصح مطلقاً لان الكفالة
انما تصح من يصح منه التبرع على ما قدمناه اول الباب فلذا لا تصح من الصبي غير المأذون غير أن أمر
السيد بهافك للعجز عنه فيه فتصح حتى يتابع رقبته في دين الكفالة اذا كفل لغير السيد باذن السيد فاذا
كان على العبد دين لا يملك السيد ماليته لتعلق حق الغرماء بها فلا يعمل أمره اياه بالكفالة بخلاف
ما اذا لم يكن عليه دين فان لمولاه الحق في ماليته فيعمل اذنه له في أن يكفل عنه وفي بعض نسخ الهداية
ومعنى المسئلة أن يكون عليه دين وليست صححة لما بينا أما كفالة السيد عن العبد فصحة على كل حال
سواء كان على العبد دين أو لا فان قيل دين العبد الذى يظهر في حق المولى يقضى من ماليته وهى ملك
المولى فأى فائدة في هذه الكفالة أوجب بأن الفائدة تشغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين أو لامعه ليقضى
من جميع أمواله بخلاف ما اذا لم يكفل فانه لا يلزمه عينا الا أن يسلمه لبيع وقد لا يفي ثمنه بالدين فلا يصل
الغرماء الى تمام الدين وبالكفالة يصلون (لزفرير رحمه الله) انه تحقق الموجب الرجوع وهو الكفالة
بأمره والمانع وهو كونه عبده) ولا يستوجب واحد من السيد والعبد ديناً على الآخر (قد زال)
بالعتق فان الاداء منهما بعده فيجب الرجوع (ولنا انها وقعت) من كل منهما (غير موجبة للرجوع) بما
قلنا ان واحد منهما لا يستوجب ديناً على الآخر (فلا تنقلب موجبة أبداً لكن كفل عن غيره

(٥٦ - فتح القدير خامس) أو غير مدبون فاذا صححت الكفالة وأدى العبد ما كفل به بعد عتقه أو أدى المولى ذلك بعد
عتق عبده لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفرير جمع لان الموجب الرجوع وهو الكفالة بالامر بتحقيق والمانع وهو الرق قد زال
وقلنا هذه الكفالة قد انعقدت غير موجبة للرجوع لان العبد لا يستوجب على مولا ديناً اذ لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى
لا يستوجب على عبده ديناً بحال وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة أبداً لكن كفل عن غيره

بغير أمره فبلغه فأجاز فان الكفيل بعد الاداء لا يرجع على الاصيل بشئ لذلك وفوض بأن الراهن اذا اعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد في الدين فانه يرجع به على المولى مع أن العبد هناك لا يستوجب ديناً على مولاه وأجيب بأنه مغالطة فان كلامنا في أن العبد لا يستوجب على مولاه ديناً وفيماد كرت الحر يستوجب ديناً لأن استيجاب الدين عليه انما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق فلا يكون مما نحن فيه ولا تجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكتابة تكفل به حر أو عبد وانما قال بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البديل وكل دين يكون للمولى عليه أيضاً غير بدل الكتابة أما في بدل الكتابة فلانه دين غير مستقر لثبوته مع المنافي وهو الرق فان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فكان القياس أن لا يصح ايجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا أن المولى لا يستوجب على عبده شيئاً من المال لكن قول القياس بقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقر أي ثابتاً من وجهه دون وجهه فلا يظهر في حق صحة الكفالة لاقتضائهم ادينامستقر الا انها لتوثيق المطالبة واذا كان غير مستقر جاز أن يسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة فائدة بل قد تكون هزواً ولباعاً (قوله ولانه) دليل آخر على عدم استقراره فانه اذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين ما لا يسقط الا بالاداء أو البراء وقوله (ولا يمكن اثباته) دليل (٤٤٣) آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببديل الكتابة وتقريره أن الكفالة ان صحمت به فلا

يحتاجوا ما أن يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل وهو أن يسقط بتعجز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجز الاصيل نفسه أو مطلقاً ولا سبيل الى كل واحد منهما أما الاول فظاهر لان الاصيل بتعجز نفسه يرد رقبته للمولاه كما كان والكفيل ليس كذلك وأما الثاني فلفوات شرط الضم الذي هو ركن الكفالة لان من شرطه الاتحاد في صفة الواجب بالكفالة تحقيقاً للمعنى الضم ونفيها للزيادة على المتزم الأثرى ان الدين لو كان على الاصيل مؤجلاً كان على الكفيل كذلك في الكفالة المطلقة ولو كان جيداً أو زيفاً على

بغير أمره فأجازه (ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به أو عبد) لانه دين ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقاً ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد

بغير أمره) فبلغه (فأجاز فادى الكفيل لا يرجع) لان معنى الامر وان تحقق في حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع لان الاصل ان ما يقع لازماً لا يكون لبقائه حكم الابتداء وهذه الكفالة حين وقعت وقعت غير موجبة للرجوع لما قلنا من أن كل واحد من السيد والعبد لا يستوجب على الآخر ديناً الا أن يكون العبد مديوناً فثبت له الدين على السيد واذا وقعت غير موجبة فلا انقلبت موجبة كان في حال البقاء وليس لبقائها حكم الابتداء لانها تقع لازمة وقد تطلب بالفرق بين هذه وبين الراهن اذا اعتق العبد المرهون وهو معسر فان العبد يسرى في ذلك الدين ثم يرجع به على سيده فلم لا يرجع هنا أجيب بأن استيجاب الدين على مولاه وقع بعد العتق فلم يكن فيه تناف وقت استيجاب الدين لحر يتم اذ ذلك فجاز أن يرجع على المولى اما هنا فزمان استيجاب الدين وهو زمان الكفالة كان عبداً فيه (قوله ولا تجوز الكفالة ببديل الكتابة حر تكفل به أو عبد) وكذا لا تجوز بمال آخر للسيد على المكاتب (لانه) أي عقد الكتابة (ثبت مع المنافي) وهو عبديته للسيد المكاتب لانه عبد ما بقي عليه درهم وذلك يقتضى نفي الدين للسيد على عبده وان ثبت قائماً ثبتت على خلاف القياس بالنص لتحقيق العتق لتشوف الشارع اليه فيقتصر عليه (فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولان المكاتب لو عجز نفسه سقط) هذا الدين (ولا يمكن اثباته) أي اثبات هذا الدين (على هذا الوجه على الكفيل) وهو كونه اذا عجز الكفيل نفسه يسقط عنه (واثباته مطلقاً) في ذمة الكفيل عن هذا الوصف (ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد) ولو ائتمناه على الاطلاق على الكفيل وعلى

الاصيل كان على الكفيل كذلك والمطلق غير متقدم مع المقيد فلو ائتمناه مطلقاً لم الزام الزيادة على ما التزم وهو غير جائز وأما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز نفسه يسقط عنه بفسخ الكتابة سقوط بدلها لا بتناؤها عليها الاذ لاها لم يستوجب المولى عليه شيئاً

(قوله وانما قال بمال الكتابة الخ) أقول فيه رد لصاحب النهاية حيث قال التخصيص بمال الكتابة غير مفيد فانه كما تجوز الكفالة بمال الكتابة عن المكاتب للمولى لا تجوز بدين آخر للمولى سوى بدل الكتابة على المكاتب ذكره في المسوط انتهى الا أن في تعليل مال الكتابة لما سوى بدل الكتابة تأملاً (قوله أما في بدل الكتابة الى قوله وتقريره أن الكفالة ان صحمت الخ) أقول وتقريره الاول عندى ان مال الكتابة دين ثبت مع المنافي في النص وكل ما هو كذلك لا يظهر في غير مورد النص فهذا الدين لا يظهر في حق الكفالة وتقريره الثاني انه دين لو عجز نفسه سقط وكل ما هو كذلك لا يصح الكفالة به لانه لو كان ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل والكفالة لتوثيق المطالبة فلا فائدة فيما فليتأمل ثم أقول قوله ولانه دليل آخر على عدم استقراره محل بحث اذا لم يخفى نبوء كلام المصنف عما ذكره بل الظاهر أن قوله ولانه دليل آخر على المدعى وقوله ولا يمكن اثباته تميم للدليل وانه الهادى الى مستقيم السبيل (قوله أما الاول فظاهر) أقول فيه تأمل (قوله وأما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز الخ) أقول معطوف على ما تقدم بنصف صحيحة وهو قوله أما في بدل الكتابة فلانه دين غير مستقر (٢) قوله ان ما يقع في نسخة العلانة البحر اوى أن ما يقع وكتب عليها بالهامش أصل النسخ بمحذوف لانه في نسخة فلنستأمل مع ما يأتي اه

(وبدل السعاية كمال الكتابة) في عدم جواز الكفالة به للولي (على قول أبي حنيفة رحمه الله لكونه ديناً غير مستقر لثبوتها مع المناقاة) لمان
 أحكام المستسعى أحكام العبد عنده من عدم قبول الشهادة وتزوج المراتين وتنصيف الحد ود وغيرهما وعلى قوله ما تصح لان بدل
 الكتابة لم يكن مستقر السقوطه بالتعجيز وهو في السعاية لا يتحقق فكان كالحرم المديون والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب الحوالة ﴾

الحوالة تناسب الكفالة من حيث ان فيها التزاما بما على الاصيل كما في الكفالة ولهذا جاز استعارة كل منهما الا اذا اشترط موجب
 احدهما للاخرى عند ذكر الاخرى لكنه آخر الحوالة لانها تتضمن براءة (٤٤٣) الاصيل والبراءة تقفوا الكفالة

فكذا ما يتضمنها والحوالة
 في اللغة هي النقل
 وحروفها كيفما تركبت
 دارت على معنى النقل
 والزوال وفي اصطلاح
 الفقهاء تحوّل الدين
 من ذمة الاصيل الى ذمة
 المحتال عليه على سبيل
 التوثيق به وأما شرطها
 فنسند كره في أثناء
 الكلام وكذا حكمها
 وأنواعها

وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة لانه كالمكاتب عنده

﴿ كتاب الحوالة ﴾

تمكينه من اسقاطه على الاصيل لم يتعهد الدين عليهما (وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي
 حنيفة رحمه الله لانه كالمكاتب عنده) للعلة الاولى لان له أحكام العبد عنده حتى لا تقبل شهادته ولا
 يتزوج أكثر من ثنتين وينصف حده وقسمها دون العلة الثانية اذا لا يقدر على أن يقطع عنه دين السعاية
 بتعجيز نفسه وعندهما تصح الكفالة به لانه حرم مديون عندهما وأما الكفالة للمكاتب بدين له على السيد
 ليس من جنس بدل الكتابة بخاتمة وأما العبد التاجر اذا كان مولاه ديناً فان لم يكن على العبد دين وأخذ
 منه كفيلاً له فالكفالة باطلة لان العبد لا يستوجب على مولاه ديناً وان كان عليه دين صححت الكفالة
 لان كسبه حق الغرماء لا السيد فكان الدين واجبا في ذمته كما في ذمة غيره فصحت الكفالة والكفالة
 بالنفس مثل ذلك ان لم يكن على العبد دين لا تصح وان كان صححت

﴿ كتاب الحوالة ﴾

الحوالة تناسب الكفالة لان كلامهم ما عقد التزام ما على الاصيل للتوثيق الا ان الحوالة تتضمن براءة الاصيل
 براءة مقيدة على ما ستعلم بخلاف الكفالة لا تتضمنه فكانت كالركب مع المفرد والمفرد مقدم فأخر الحوالة
 عنها وايضا أثر الكفالة أقرب الى الاصل وهو عدم السقوط بعد الثبوت وأثر الحوالة أبعد منه والحوالة اسم
 من الاحالة ومنه يقال أحلت زيداً عمله على عمرو فأحلت أي قبل فأنا نحيل وزيد محال ويقال محتمل والمحال
 محتمل به والرجل محال عليه ويقال محتمل عليه فتقدير الاصل في محتمل الواقع فلا محتمل بكسر الواو
 وفي الواقع مفعول محتمل بالفتح كما يقدر في مختار الفاعل مختير بكسر الياء وبفتحها في مختار المفعول وأما
 صـ له مع المحتمل الفاعل فلا حاجة اليها بل الاصل مع المحال عليه لفظه عليه فوهما محتمل ومحتمل عليه
 فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه وفي المغرب تركب الحوالة يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل
 وهو نقل الشيء من محل الى محل ويقال للمحتمل حويل أيضا فالمحتمل هو المديون والمحتمل رب الدين
 والمحتمل عليه والمحتمل عليه هو الذي التزم بذلك الدين للمحتمل والمحتمل به نفس الدين وهي في الشرع نقل
 المطالبة من ذمة المديون الى ذمة الملتزم بخلاف الكفالة فانها ضام في المطالبة لان نقل فلا يطالب المديون
 بالاتفاق وانما اختلف المشايخ ان الدين أيضا ينتقل أو لا وسند كره من قريب فلا يريد التعرف على

﴿ كتاب الحوالة ﴾

قال في البدائع الاصل أن
 كل ما لا تصح الكفالة به
 لا تصح الحوالة به انتهى
 وفي التتارخانية أنه يجوز
 احالة المكاتب سيده على
 رجل مقيدة بدين أو
 غصب أو ودعية وإذا
 صححت الحوالة برئ
 المكاتب وعتق وقال فيه
 وان أحال سيده غيره
 على مكاتبه ولم يقيد به
 الكتابة لا تصح وان قيد
 ببذل الكتابة صححت وصار

المكاتب وكلا عن السيد باداء بدل الكتابة الى غريمه ولا يعتق ما لم يؤد فان مات سيده قبل الاداء الى آخر ما ذكر في التتارخانية قال
 الاتقاني يحتاج ههنا الى معرفة أربعة أشياء المحتمل وهو الذي عليه الدين والمحتمل له وهو الدائن والمحتمل عليه وهو الذي قبل الحوالة والمحتمل
 به وهو المال انتهى وفي معراج الدراية يقال أحلت زيداً عمله على رجل فأحلت أي قبل فأنا نحيل وزيد محال ومحتمل والمحال محتمل
 به والرجل محتمل عليه ومحتمل عليه وتقدر المحتمل في الفاعل على محتمل بكسر الواو وفي المفعول بالفتح وقولهم للمحتمل له لغو لانه
 لا حاجة الى هذه الصلة ويقال للمحتمل حويل (قوله والبراءة تقفوا الكفالة) أقول اذا لم يكن بأمر (قوله وفي اصطلاح الفقهاء تحوّل
 الدين الخ) أقول هذا التعريف بناء على الصحيح مما اختلف فيه المشايخ على ما سيجي

قال (وهي جائزة بالدين الخ) الحوالة جائزة بالدين دون الاعيان أما الجواز فيبدل عليه النقل والعقل أما الاول فما روى أبو داود وفي السنن وقال حدثنا القعني عن مالك عن أبي الزناد عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبسح وقال الترمذي في جامعه بعد ما روى الحديث باسناده إلى أبي هريرة حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح ومعناه إذا أحيل أحدكم على ملي فليجتمل أمره بالاتباع والاتباع بسبب ليس بمشروع ولا يكون ما موراه من الشارع فدل على جوازها وأما الثاني فلا لأنه قادر على إيفاء ما التزمه وهو ظاهر وذلك يوجب الجواز كالكفالة وأما اختصاصها بالدين فلا لأنها تنبئ عن التحويل لما ذكرنا والتحويل في الدين لافي (٤٤٤) العين وتقريره الحوالة تحوّل شرعي والتحويل الشرعي انما يتصور في محمول شرعي وهو الدين لأنه وصف شرعي في الذمة يظهر أثره عند المطالبة فبما أن يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه وأما العين إذا كان في محل محسوس فلا يمكن أن يعتبر في محل آخر ليس هو فيه لأن الحس يكذب فلا يتحقق فيه إلا النقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه قال (وتصح برضا المحيل والمحتمل والمحتال عليه) أما المحتمل فلأن الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذم متفاوتة فلا بد من رضاه وأما المحتمل عليه فلا لأنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتمل عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه

وهو الدين لأنه وصف شرعي في الذمة يظهر أثره عند المطالبة فبما أن يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه وأما العين إذا كان في محل محسوس فلا يمكن أن يعتبر في محل آخر ليس هو فيه لأن الحس يكذب فلا يتحقق فيه إلا النقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه قال (وتصح برضا المحيل والمحتمل والمحتال عليه الخ) شرط صحة الحوالة رضا المحتمل لأن الدين حقه وهو أي الدين ينتقل بالحوالة والذم متفاوتة فلا بد من رضاه ولا خلاف في ذلك لأحد من أهل العلم وأما رضا المحتمل عليه فهو شرط عندنا وقال الشافعي إن كان للمحيل دين عليه فلا يشترط وبه قال مالك وأحد لأنه محل التصرف فلا يشترط رضاه كإلحاق عبدا فإنه لا يشترط رضاه لأن الحق للمحيل عليه فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره كإلحاقه في الاستيفاء أما إذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه بالإجماع وقلنا إنه الزام الدين ولا لزوم بدون الالتزام لا يقال الزام الحاكم بالبيعة على المنكر الزام بدون الالتزام لأن الحاكم يظهر للالتزام الزام وأما رضا المحيل فقد شرطه القدوري وعسى يعمل بأن ذوى المرآت فديانتهون يتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم وذكر في الزيادات أن الحوالة تصح بدون رضاه لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه

قال (وهي جائزة بالدين) قال عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملي فليتبسح ولأنه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختلفت بالدين لأنها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لافي العين قال (وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتمل والمحتال عليه) أما المحتمل فلأن الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذم متفاوتة فلا بد من رضاه وأما المحتمل عليه فلا لأنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتمل عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه

قول الناقلين بخصوصهم قيل نقل الدين أو قول الناقلين قيل نقل المطالبة فقط (قوله وهي جائزة بالدين) قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبسح متفق عليه وأما بافظ أحيل مع لفظ يتبسح كما ذكره المصنف فرواه الطبراني عن أبي هريرة في الوسط قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مطل الغني ظلم ومن أحيل على ملي فليتبسح ورواه أحمد وابن أبي شيبة ومن أحيل على ملي فليجتمل قيل وقد روي فإذا أحيل بالفاء فيفيد أن الأمر بالاتباع للذمة على معنى أنه إذا كان مطل الغني ظلما فإذا أحيل على ملي فليتبسح لأنه لا يقع في الظلم والله أعلم ثم أكثر أهل العلم على أن الأمر المذكور أمر استحباب وعن أحمد لا وجوب والحق الظاهر أنه أمر إباحة هو دليل جواز نقل الدين شرعا أو المطالبة فإن بعض الاملاء عند من اللاد في الخصومة والتعسير ما تكثرت به الخصومة والمضارفة فن علم من حاله هذا الاطلب الشارع اتباعه بل عده لمأفية من تكثير الخصومات والظلم وأما من علم منه الملاءة وحسن القضاء فلا شك في أن اتباعه مستحب لمأفية من التخفيف على المدينين والتيسير عليه ومن لا يعلم حاله فباح لكن لا يمكن إضافة هذا التفصيل إلى النص لأنه جمع بين معنيين مجازين للفظ الأمر في إطلاق واحد فان جعل للاقرب أضمر معه القيد والافهود دليل الجواز لا لاجماع على جوازها دفعا للمعاجة وانما اختلفت بالدين لأن النقل الذي تضمنه نقل شرعي وهو لا يتصور في الاعيان بل المتصور فيها النقل الحسي فكانت نقل الوصف الشرعي وهو الدين (قوله وتصح برضا المحيل والمحتمل والمحتال عليه) أما المحتمل فلأن الدين حقه وهو (أي الدين) الذي ينتقل بها (أي بالحوالة) والذم متفاوتة في حسن القضاء والمطل (فلا بد من رضاه) والالزم الضرر بالزامه اتباع من لا يوفيه (وأما المحتمل عليه فلا لأنه) الذي (يلزمه الدين ولا لزوم الا بالالتزامه) ولو كان مدونا للمحيل لأن الناس يتفاوتون في الاقتضاء من بين سهل ميسر ومعب معسر (وأما المحيل فالحوالة تصح بلا رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتمل عليه تصرف في حق نفسه وهو) أي المحيل (لا يتضرر به بل فيه نفعه)

عاجلا
يستوفيه بنفسه وبغيره كإلحاقه في الاستيفاء أما إذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه بالإجماع وقلنا إنه الزام الدين ولا لزوم بدون الالتزام لا يقال الزام الحاكم بالبيعة على المنكر الزام بدون الالتزام لأن الحاكم يظهر للالتزام الزام وأما رضا المحيل فقد شرطه القدوري وعسى يعمل بأن ذوى المرآت فديانتهون يتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم وذكر في الزيادات أن الحوالة تصح بدون رضاه لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه

(قوله وقلنا إنه الزام الدين الخ) أقول فيه يبحث فان الدين كان ثابتا في ذمته فليتاأمل قال صاحب البدائع ولنا أن الحوالة تصرف على المحتمل عليه بنقل الحق إلى ذمته فلا يتم الا بقوله ورضاه بخلاف التوكيل بقبض الدين لأنه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب إليه ابتداء بل هو تصرف بادا الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه انتهى فيه تأمل

لان المحال عليه لا يرجع عليه اذ لم يكن بأمره قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الرجوع عليه اذا كانت بأمره وقيل لعل موضوع ما ذكر في القدوري أن يكون للحيل على المحتمل عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فانما حينئذ تكون اسقاطا لمطالبة المحيل عن المحال عليه فلا تصح الا برضا والتظاهر أن الحوالة قد يكون ابتداء أو ايمان من المحيل وقد يكون من المحتمل عليه والاول حالة وهو فعل اختياري لا يتصور بدون الارادة والرضا وهو وجه رواية القدوري والثاني احتيال يتم بدون ارادة المحيل بارادة المحتمل عليه ورضاه وهو وجه رواية الزبادات وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه الاثمة الثلاثة بناء على أن ايقاع الحق حقه فله ايقاؤه من حيث شاء من غير قسم عليه بتعيين بعض الجهات أو عدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين بناء على رواية الزبادات ليس على ما ينبغي قال (واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول الخ) اذا تمت الحوالة برئها وشروطها كان حكمها براءة المحيل من الدين وقوله بالقبول متعلق بقوله اذا تمت الحوالة والمراد به رضاه من رضاه شرط فيها على ما تقدم وقوله من الدين اختيار منه لما هو الصحيح مما اختلف فيه منساجنا فان منهم من ذهب الى أنها توجب براءة ذممة المحيل عن المطالبة والدين جميعا ومنهم من ذهب الى أنها توجب براءة عن المطالبة ومنشأ ذلك كرمحمد رحمه الله أحكاما تدل على القولين فاما يدل على الاول ما قال ان المحتمل اذا ذهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين بعد الحوالة لا تصح هبته ولا ابرأه ولو بقي الدين في ذمته وحب أن تصح ولو أبرأ المحال عليه أو ذهب الدين منه صح وهذا يقتضي تحول الدين الى ذمة المحال عليه وبراءة المحيل عنه وما يدل على الثاني أن المحتمل اذا أبرأ المحال عليه صح ولا يرتد بالرد كبراء الكفيل (٤٤٥) ولو انتقل أصل الدين الى المحال عليه وجب أن يرتد به كالأبرأ المحيل

لانه لا يرجع عليه اذ لم يكن بأمره قال (واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول) وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما

عاجلا بان دفاع المطالبة عنه في الحال وأجلا بعدم الرجوع عليه (لانه لا يرجع الا بأمره) وحيث تمت الحوالة بغير رضاه كان بغير أمره وأول في الاوضاع المذكور في القدوري بما اذا كان للحيل على المحتمل عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فان قبول الحوالة حينئذ من المحتمل عليه يكون اسقاطا لمطالبة المحيل عن نفسه أعني نفس المحتمل عليه فلا تصح الا برضا كذا في الخبازية واشترط رضا المحيل قول الاثمة الثلاثة قالوا لان للحيل ايقاع ما عليه من أي جهة شاء فلا يتعين عليه بعض الجهات فهرا ونقل ابن قدامة ان رضا المحيل لا خلاف فيه ليس بصحيح وصورته أن يقول رجل لصاحب الدين لك على فلان بن فلان ألف فاحتل بها على فرضي الطالب وأجازت الحوالة حتى لا يكون له أن يرجع بعد ذلك وسنين الحق فيه عندها هذا ولا تصح الحوالة في غيبة المحتمل في قول أبي حنيفة ومحمد كما قلنا في الكفالة إلا أن يقبل رجل الحوالة للغائب فتتوقف على اجازته اذ بلغه وكذا لا يشترط حضرة المحتمل عليه حتى لو أقال على غائب فبلغه فأجازت (قوله) واذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل من الدين) هذا قول طائفة من المشايخ وهو المصحح من المذهب وقول طائفة أخرى لا يبرأ الا من المطالبة فقط (وقال زفر لا يبرأ) من المطالبة أيضا

أن يرتد به كالأبرأ المحيل قبل الحوالة والأصيل في الكفالة فان ابرأ حينئذ يكون تملك الدين من عليه الدين وان تملك يرتد بالرد ومنها ان المحيل اذا تقدم ما للمحتمل بغير المحتمل على القبول ولو انتقل الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعا في نقد المال كالأجنبي والأجنبي اذا تبرع بقضاء الدين لا يجبر رب المال لا تصح لبرأته بالحوالة وعند محمد على قوله قالوا والاول هو الصحيح لانه تصرف في تحويل الدين فيجب

تحويله وقيل الاول قول أبي يوسف والثاني قول محمد والفاصلة تظهر فالرهن اذا حال المرتحم بالدين هل يسترد الرهن فعند أبي يوسف يسترده كالأبرأ عن الدين وعند محمد لا يسترده كالأصل الدين بعد الرهن وفيما اذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة عند أبي يوسف تصح لبقاء الدين في ذمته اذا التحول بها هو المطالبة لا غير لا يقال ما ذكره المصنف يدل على وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لذلك رها لان انتقال الدين بلا مطالبة يستلزم وجود الملتزم وبلا لازم وهو تمتنع فاكتفي بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها اياه وقال زفر رحمه الله لا يبرأ لان الحوالة كالكفالة لان كل واحد منهما اعقدت وفي الكفالة لا يبرأ فكذا في الحوالة وقال ابن أبي ليلى ونقل ذلك عن مالك رحمه الله الكفالة كالحوالة لما ذكرناه وفي الحوالة يبرأ فكذا في الكفالة وجوابها واحد وهو أن الحكم غير مضاف الى ما ذكرتم من المشترك بل الى الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما بمفهوم الآخر

(قوله قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الخ) أقول ضمير اشتراطه راجع الى الرضا ثم ان القائل هو السكاكي (قوله وقيل لعل الخ) أقول القائل هو الخبازي نقلنا من الاوضح (قوله وعلى هذا اشتراطه الخ) أقول قوله اشتراطه مبتدأ وقوله ليس على ما ينبغي خبره (قوله لان انتقال الدين بلا مطالبة الخ) أقول لا يقال لو كانت المطالبة لازمة للدين لم يكن للقول بانتفاء المطالبة دون الدين مجال لاستلزامه ما ذكرتم لان المطالبة ليست بلازمة للدين نفسه بل لا تنقله اذ لا فائدة في انتقاله بدونها بخلاف وجود أصل الدين بدونها فان فائدتها الرجوع على تقدير التوى فليتامل فان الكلام محللا بعد قال المصنف (اذ كل واحد منهما اعقدت) أقول وليس من الوثيقة براءة الاول بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الاول من غير تعين كافي الكفالة فيها كما تقدم

عقد توثيق ولنا ان الحوالة للتقل لفة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها ما الكفالة
فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثيق باختيار الاملا والا حسن في القضاء
وانما يجبر على القبول اذا تقدم المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا

فالنظر في خلاف المشايخ اولا حتى يثبت المذهب ثم ينظر في خلاف زفره القائلون ان المذهب لا يبرأ عن
الدين استدلو بمسائل ذكرها محمد تقتضى ذلك فمنها ان المحتال اذا برأ المحتال عليه يصح ولا يرتد برده
كإبراء الكفيل ولو انتقل أصل الدين الى ذمة المحتال عليه ووجب أن يرتد برده كالأبرأ المحتال المحيل قبل
الحوالة لما فيه من معنى التمسك ومنها ان المحتال اذا تقدم المحتال ماله بعد الحوالة يجبر على القبول فلو
انتقل أصل الدين بالحوالة كان متبرعا بما لم يحتال فلا يجبر على قبوله لغيره ومنها ان المحتال اذا وكل المحيل
بقبض مال الحوالة من المحتال عليه لا يصح ولو انتقل الدين صار المحيل أجنبيا عنه وتوكيل الاجنبي
بقبض الدين صحيح ومنها ان المحتال اذا برأ المحتال عليه لا يرجع المحتال عليه بذلك على المحيل
ولو كانت الحوالة بأمر المحيل ولو وهب من المحتال عليه يرجع به على المحيل كافي الكفيل الا ان لم يكن
للمحيل عليه دين والا التقيافا صاولو كان الدين يتحول الى ذمته كان الأبرأ والهبه في حقه سواء فضلا
يرجع والقائلون ان المذهب ينتقل الدين استدلو بأن المحتال اذا وهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين
بعد الحوالة لا يصح ابرأه وهبته ولو بقي الدين في ذمته صح وجعل شيخ الاسلام هذا الخلاف بين
أبي يوسف ومحمد فعند أبي يوسف ينتقل الدين والمطالبة وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين قال وفائدة
هذا الخلاف تظهر في مسألتين احدهما ان الراهن اذا أحال المرتهن بالدين فله ان يسترد الرهن عند
أبي يوسف كالأبرأ عنه وعند محمد لا يسترده كالأبرأ جعل الدين بعد الرهن والثانية اذا أبرأ الطالب
المحيل بعد الحوالة لا يصح عند أبي يوسف لانه برئ بالحوالة وعند محمد يصح وبرئ المحيل لان أصل الدين
باق في ذمته وانما تحولت المطالبة ليس غير وقد أنكر هذا الخلاف بينهما بعض المحققين وقال لم ينقل
عن محمد نص ينقل المطالبة دون الدين بل ذكر أحكاما متشابهة واعتبر الحوالة في بعضها تأجيلا وجعل
المحول بها المطالبة لا الدين واعتبرها في بعض الاحكام ابراء وجعل المحول بها المطالبة والدين وانما فعل
هكذا لان اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين اذا الحوالة منبثه عن النقل وقد أضيف الى
الدين واعتبار المعنى يوجب تحويل المطالبة لان الحوالة تأجيل معنى ألا ترى انه اذا مات المحتال عليه
مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل وهذا هو معنى التأجيل فاعتبر المعنى في بعض الاحكام واعتبر الحقيقة
في بعضها ثم يحتاج الى بيان كيفية خصوص الاعتبار في كل مكان وسيجيب المصنف عن بعضها في
خلافية زفره اذا عرف المذهب حينئذ بحثنا الى خلاف زفره الاعتبار بالكفالة بجماع ان كلامهما
عقد توثيق ولم ينتقل فيهما دين ولا المطالبة بل تحقق فيها اشتراك في المطالبة ولان عدم الانتقال أدخل في
معنى التوثيق اذ يصير له مكنة ان يطالب كلا منهما فكذا هذا (ولنا ان الحوالة للتقل لفة ومنه حوالة
الغراس) فوجب نقل الدين (والدين اذا انتقل عن الذمة لا يبقى فيها ما الكفالة فللضم) لغة لانها من
الكفل وهو الضم فوجب فيها اعتبار ضم الذمة الى الذمة (لان الاحكام) يعنى العقود (الشرعية)
المسماة باسماء تعتبر فيها معاني تلك الاسماء وهو فائدة اختصاصها باسمائها (قوله عقد توثيق) والتوثيق
أن يطالب كلا منهما ما قلنا بل التوثيق لم ينحصر في ذلك بل يصدق باختيار الاملا والا يسر في القضاء
فيكتفى به في تحقيق معنى التوثيق في معنى لفظ الحوالة غير متوقف على خصوص ما ذكر من التوثيق
وهذا الدليل ينتهض على زفره انه قال ببقاء الدين والمطالبة على الاصل اما الطائفة من المشايخ القائلون
بنقل المطالبة دون الدين فلا فانه اذا قال الحوالة تنبى عن النقل فيعتبر فيها ذلك فالواستلنا واعتبار نقل
المطالبة كاف في تحقيق معنى النقل غير متوقف على نقل الدين كما قلت لزفره ان تحقيق التوثيق يحصل

وهو يقتضى بناء ما يضم اليه
والاصل موافقة الاحكام
الشرعية للمعاني اللغوية
واعترض بالحوالة بغير أمر
المحيل فانها حوالة صحيحة
كأمر ولا نقل فيها ولا تحويل
وهو منتزح اجالى والحواب
أنا لانسلم أن لا نقل فيها فانها
بعد أداء الدين ظاهر التحقيق
ولهذا لا يبقى على المحيل شيء
(قوله والتوثيق باختيار
الاملا) حوالب زفره وقريره
سلما أن كل واحد منهما
عقد توثيق لكن براءة المحيل
لاتنافيه لان التوثيق يتحقق
معها باختيار الاملا أى
الا قدر على الايفاء بسوطة
سهمة ذات اليد والاحسن
قضاء بان يوفيه بالاجود
بلا ماطلة وهو في الحقيقة
تنزل في الحوالب بالقول
بالموجب وقوله (وانما
يجبر على القبول) حوالب
نقض يرد على قوله والاحكام
الشرعية على وفاق المعاني
اللغوية وتقرر به لوصح
ذلك لان نقل الدين من المحيل
وصار أجنبيا منه فاذا تقدمه
كان الواجب أن لا يجبر
المحتال على القبول أى لا ينزل
منزلة القاض اذا ارتفعت
الموانع بين المحتال والمنقود
لكون المحيل اذا ذلك متبرعا
كالا جنبي وبإداء الاجنبي
المتبرع لا يجبر الطالب على
القبول وتقرر بالحواب
لانسلم أن المحيل متبرع في
النقد وانما يكون متبرعا كالا جنبي ان لولم يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى وهو محتمل فلا يكون متبرعا

قال (ولم يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه الخ) عطف على قوله برئ المحيل أي إذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل ولم يرجع المحتال على المحيل بشئ إلا أن يتوى حقه على ما يأتي من معنى التوى وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى لان براءة المحيل حصلت مطلقة أي عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى وهو ظاهر حيث لم يكن ثمة ما يدل على التقييد وكل ما كان كذلك لا يعود الاسباب جديد كما في البراءة وأيضا يرد عن ابن المسيب أنه كان له على علي رضي الله عنه دين فأحاله به على آخر فأتى المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال أبعده الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يجزله الرجوع قلنا البراءة حصلت مطلقة لفظا (٤٧٤) أو مطلقا والثاني ممنوع والاول

قال (ولا يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه) وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى لان البراءة حصلت مطلقة فلا تعود الاسباب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه لانه اذ هو المقصود أو تنسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ

باختيار الامسالخ غير متوقف على كل كما يحصل به التوثق وقوله وانما يجبر الخ جواب نقض من قبل زفر وهو مما سبق من أدلة القائلين من المشايخ بعدم نقل الدين وهو أن المحيل إذا قد احتال الدين المحال به قبل نقد المحال عليه أجبر المحتال على القبول فلو لم يكن الدين باقيا على المحيل لم يجبر لانه حينئذ متبرع بشئ من ماله فلا يجبر على قبوله أجاب بأنه لا يلزم على تقدير النقل أن يكون متبرعا محضا وانما يكون ذلك لو لم يكن عود الدين المستعمل اليه بعينه ممكنا نحو فاقدي يتوقع فاما ان كان فلا لانه على ذلك التقدير دفع عن نفسه المطالبة على تقدير تحقق سببها فهذا الجواب يدفع هذا الوارد من حيث هو نقض لزفر ودليل لتلك الطائفة وقد نقض من قبل زفر بوجود الحوالة ولا تنقل أصلا عما إذا وقعت بتغير اذن المحيل وأجيب بأن معنى النقل يتحقق فيه بعد أداء المحتال عليه حتى لا يبقى اذ ذلك على المحيل شئ الا انه قد يقال لوضح هذا الصح أن يقال الكفالة بتغير أمر المكفول عنه فيما نقل الدين أيضا بهذا الوجه لانه اذا أدى الكفيل لا يبقى على المكفول عنه شئ والحق أن أصل الجواب ساقط فان انتفاء الدين عن المحيل بأداء المحال عليه ليس هو نقل الدين بل انتفاءه من الوجود بالكيفية وليس هذا نقله بل نقله تحوله من محل الى محل هو ذمة المحال عليه وعندى ان الجواب هو ان الحوالة بتغير اذن المحيل ليست حوالة من كل وجه لانه حقيقة الحوالة ان كان فعل المحيل الاحالة أو الحاصل من فعله فهو منتف لا انتفاء الفعل منه والنقل انما هو في حقيقتها ولهذا أجاز المالكية هذا المعنى وأخرجوه من الحوالة وسموه جماله وحكمها شطر حكم الحوالة وهو اللزوم على المحيل دون الشطر الآخر وهو انتقال الدين عن المدينين فلم تكن حوالة والا استعقت تمام حكمها وهذا ما وعدناه (قوله) ولم يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى) بموت أو افلاس أو غيره وهو قول أحد واليثة وأبي عبيد وعن أحد اذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم الطالب بذلك فله الرجوع إلا أن يرضى بعد العلم وهو قول مالك لأن الافلاس عيب في المحال عليه فله أن يرجع بسببه كالمبيع ولأن المحيل غره فهو كالمودس المبيع يرجع به (لان البراءة) الحاصلة بالانتقال (حصلت مطلقة فلا تعود الاسباب جديد) ولا سبب فلا يعود ويؤيده ما روى عن ابن المسيب أنه كان له على علي رضي الله تعالى عنه دين فأحاله به على آخر فأتى المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال له أبعده الله فمنع رجوعه ولم يمنع كون البراءة مطلقة بل هي مقيدة بمعنى بشرط السلامة وان كانت مطلقة وهذا التقييد ثبت بدلالة الحال وهو ان المقصود من شرع الحوالة ليس بمجرد الوجوب على الثاني لان الذم باعتبار هذا القدر متساوية وانما تفاوت في احسان التضاء وعدمه فالقصد التوصل الى الاستيفاء من المحل

مسلم لكن لا يقيد كم لجواز أن تكون مقيدة بدلالة الحال أو العرف أو العادة فنقول انها حصلت مقيدة بسلامة حقه وان كانت مطلقة لفظا بدلالة الحال لان المقصود من شرع الحوالة التوصل الى استيفاء الحق من المحل الثاني لانفس الوجوب لان الذم لا يختلف في الوجوب وانما تختلف بالنسبة الى الايفاء فصارت سلامة الحق من المحل الثاني كالمشروط في العقد الاول لكونه هو المطلوب فاذا فات الشرط عاد الحق الى المحل الاول فصار وصف السلامة في حق المحال به كوصف السلامة في المبيع بان اشترى شيا فهلك قبل القبض فانه ينسخ العقد ويعود حقه في الشئ وان لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق للشئ وهذا يشير الى أن الحوالة تنسخ ويعود الدين وهو عبارة بعض المشايخ وقوله أو تنسخ الحوالة لفواته

أي لفوات المقصود وهو السلامة لانه قابل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت وكل ما هو قابل لاداءات المقصود منه ينسخ كالمشترى اذا وجد المبيع معيبا واختر رده فانه ينسخ المبيع ويماد الثمن وان لم يشترط ذلك في العقد لما اشارت الى عبارة آخرين منهم وهو يشير الى أن الحوالة تنسخ ويعاد الدين على المحيل فالمنصف رحمه الله جمع بين طريق المشايخ رحمه الله

(قوله) كان له على علي رضي الله تعالى عنه الخ) أقول ليس في حديث على كرم الله وجهه ما ينافي ما قلنا لعدم دلالة على موت المحال عليه مفلسا كما لا يخفى

واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فهما معنيين مختلفين ويؤيد ما ذهبنا اليه ماروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال اذا توى المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم ولم يعرف في ذلك مخالف فحل الاجماع وعورض بأن المحال وقت الحوالة مخير بين أن يقبل الحوالة فينتقل حقه الى ذمة المحال عليه وبين أن ياباها ببقاء حقه في ذمة المحيل وكل مخير بين شيئين اذا اختار أحدهما (٤٤٨) تعين عليه ولا يعود الى الآخر كالمغصوب منه اذا اختار تضمين

فصار كوصف السلامة في المبيع قال (والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله أحد الأمرين اما أن يجهد الحوالة ويخلف ولا ينسب له عليه أو يموت مفلسا)

الثاني على الوجه الاحسن والالم ينتقل عن الاول فصارت السلامة من المحل الثاني كالمشروط في العقد الاول فاذا لم يحصل المشروط عاد حقه على الاصيل فصار كالمغصوب على عين فهلكت قبل التسليم يعود الدين لان البراءة ما ثبتت مطلقة بل بعوض فاذا لم يسلم يعود يؤيد ما روى عن عثمان رضي الله عنه مرفوعا وموقوفا في المحتال عليه اذا مات مفلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولقظ الاسرار قال اذا توى المال على المحتال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم وذكر محمد في الاصل عن شريح يمثل ذلك وهذا ان الحديثان متعارضان فان كانا صحيحين ولم يثبتنا فقد تكافأ هذا واختلفت عباراتهم في كيفية العود فقبيل بفسخ الحوالة أي بفسخها المحتال ويعاد الدين كالمشترى اذا وجد بالمبيع عيبا وقبيل تنفسح ويعود الدين كالمبيع اذا هلك قبل القبض وقيل في الموت عن افلاس تنفسح ويعود وفي الجحود بفسخ ويعاد وفي طريقة الخلاف قالوا لو مات المحيل والمحال عليه مفلسين لا يرجع فكذا ما نحن فيه فلما لا نسلم بل له الرجوع الا أنه سقطت المطالبة بالاعسار وله - هذا كلما ظهر لاحدهما مال أخذه كافي الكفيل والمكفول عنه اذا ماتا مفلسين تبطل الكفالة ثم لا يدل على ان المطالبة لا تثبت حالة حياة المكفول عنه قالوا مال الحوالة يجعل كالمقبوض لانه لو لم يكن كالمقبوض لأدى الى الاستراق عن دين يدين ولانه تجوز الحوالة برأس مال السلم والصرف ولولائه كالمقبوض لم تجز الحوالة واذا مات المحيل مفلسا لا يكون المحتال اسوة للغرماء واذا كان كالمقبوض لا يرجع قلنا ليس كالمقبوض والالجاز للمحتال أن يشتري شيئا من غير المحتال عليه كما يجوز أن يشتري به من المحتال عليه وقواهم لو لم يكن كالمقبوض صار ديننا بدين انما يلزم لو كان القصد منه المعاوضة وليس كذلك كالقرض وأما الصرف والسلم فحجة لنا لانه لو كان كالمقبوض لجاز أن يتفرقا عن المجلس من غير قبض وليس كذلك فإنه اذا أحالهم ما فلو اقرت فامن غير قبض يفسد العقد ولو كانت الحوالة قبضا لكان هذا اقرارا بعد القبض فلا يفسد العقد وأما كون المحتال لا يصير اسوة للغرماء اذا مات المحيل ولا مال له سوى ما على المحتال عليه فممنوع قال في الجامع الكبير ولو أن المحال آخر الحويل سنة ثم مات المحيل وعليه دين آخر سوى دين المحال يقسم دينه على الحويل بين المحال وبين الغرماء بالحصص لان هذا مال المحيل ولم يصير بالحوالة ملكا للمحال لان تملك الدين من غير من عليه الدين لا يتصور ولكن تعاق به حق المحال وبهذا لا يصير المحال أخص به ما لم تثبت اليد دليل ان العبد المأذون اذا كان عليه دين يتعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو وجب بعد ذلك دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالحصص انتهى واذا عرف أنه يرجع بالتوى بين التوى بقوله (والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله بكل من أمرين اما أن يجهد الحوالة ويخلف ولا ينسب له عليه) للمحتال ولا للمحيل فقوله (له) يعني كلا من المحيل والمحتال (أو يموت مفلسا) لا مال له معين ولا دين ولا كفيل عنه يدين

أحد الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الآخر بشئ وكالسولي اذا اعتق عبده المسجون فاختار الغرماء استسماء العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشئ والجواب أن قوله اذا اختار أحدهما تعين عليه اما أن يريد به شيئين أحدهما أصل والآخر خلف عنه أو كل واحد منهما أصل فان كان الثاني فليس مما نحن فيه فقياسه عليه فاسد وان كان الاول فلا نسلم أنه اذا اختار أحدهما تعين بهل اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع الى الاصل لان اختيار الخلف وترك الاصل لم يكن للتوثق فاضافة انواع الحق الى وصف يقتضى ثبوته فاسدة في الوضع قال (والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله أحد الأمرين الخ) توى المال اذا تلف وهو عند أبي حنيفة يتحقق بأحد الأمرين اما أن يجهد المحال عليه الحوالة فيخلف ولا ينسب له المحال ولا للمحيل على المحال عليه لانه حينئذ لا يقدر على مطالبته واما أن يموت مفلسا

المحتال

لا يقدر على مطالبته واما أن يموت مفلسا

قال المصنف (فصار كوصف السلامة في المبيع) أقول بأن اشتري شيئا فهلكت قبل القبض فإنه يفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق للشترى وهذا التقرير ناظر الى الكلام الاول فالمصنف جمع بين طريق المشايخ واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فهما معنيين مختلفين

لان العجز على الوصول الى الحق وهو التوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما أما في الاول فلماذا كرنا وأما في الثاني فلانه لم يبق نعمة
يتعلق بها الحق فسقط عن المحال عليه وثبت للتحال الرجوع على المحيل لان براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لارادة اسقاط فلما
تعذر الاستيفاء وجب الرجوع وقالاهذان ووجه ثالث وهو أن يحكم الحماكم بافلاسه بالشهود حال حياته وهذا الاختلاف بناء على أن
الافلاس بتفليس الحماكم عنده لا يتحقق خلافا لهما قال التوى هو العجز عن الوصول الى الحق وقد حصل ههنا لانه عجز عن استيفاء حقه
فصار كوت المحال عليه وقال عجز عن ذلك عجزا بتوهم ارتفاعه بحدوث المال لان مال الله غادورائح وقد تقدم معناه في الكفاية فلم يكن
كلوت ولو مات المحال عليه فقال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ذكر في المسوط وعن الشافعي أن القول قول الطالب مع عيینه على
علم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة يقال أفلس الرجل اذا صار ذا فليس بعد (٤٤٩) أن كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان

افتقر وفسله القاضي أى
قضى بافلاسه حين نظهره
حاله كذا في الطلبة قال
(واذا طالب المحتال عليه
المحيل الخ) اذا طالب المحتال
عليه بمثل مال الحوالة مدعى
قضاء دينه من ماله فقال
المحيل أحلت بدين لي عليك
لم يقبل قوله ويجب عليه
مثل الدين لان سبب الرجوع
وهو قضاء دينه بأمره قد
تحقق باقراره الا أنه يدعى
عليه ديناً وهو ينكر والقول
قول المنكر والبينة للمحيل
فان أقامها بطل حق المحتال
عليه في الرجوع فان قيل
لم لا يجوز أن تكون الحوالة
اقراراً منه بالدين عليه
أجاب بقوله لانها قد تكون
بدونه أى الحوالة قد تكون
بدون الدين المحال عليه فيجوز
انفكاكه عنه وحينئذ
يكون التقييد بالدين
تقييداً بلا دليل (واذا طالب
المحيل المحتال بما أحاله به فقال

لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة (وقالاهذان الوجهان ووجه
ثالث وهو أن يحكم الحماكم بافلاسه حال حياته) وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده
خلافا لهما لان مال الله غادورائح قال (واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل
أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين) لان سبب الرجوع قد تحقق وهو
قضاء دينه بأمره الا أن المحيل يدعى عليه ديناً وهو ينكر والقول للمنكر ولا تكون الحوالة اقراراً منه
بالدين عليه لانها قد تكون بدونه قال (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال انما أحلتك
لتقبضه لي وقال المحتال لا بل أحلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل) لان المحتال يدعى عليه
الدين وهو ينكر ولقطة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع عيینه

المحتال وعندهما بدين ووجه آخر وهو أن يحكم الحماكم بافلاسه وهذا بناء على ان تفليس القاضي يصح
عندهما وعند من لا يصح لانه يتوهم ارتفاعه بحدوث ماله فلا يعود بتفليس القاضي على المحيل والتوى
التلف يقال منه توى بوزن علم يتوى وهو توتوا ولو قال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ففي
الشافعي والمسبوط القول للطالب مع العيين على العلم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة ولو كان حيا فزعم
انه مفلس فالقول له فكذلك بعدمونه وفي شرح الناصحي القول للمحيل مع العيين لانكاره عود الدين
(قوله) واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل (انما) أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله
وعليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق في حقه وهو قضاء دينه بأمره ولان المحيل يدعى ديناً عليه
وهو ينكر والقول للمنكر) ولا يقال قبول الحوالة من المحتال عليه اقراراً بالدين عليه لاننا نقول
ليس من ضرورة قبول الحوالة ذلك بل قد تكون بما عليه وهي المقيدة وقد تكون مطلقة والمطلقة هي
حقيقة الحوالة أما المقيدة فو كالة بالاداء من وجهه والقبض (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به
وقال انى أحلتك لتقبضه لي فقال المحتال بل أحلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعى
عليه) أى على المحيل (دينا وهو ينكر) فالقول له لان فراغ الذمة هو الاصل ووجه قال الشافعي في وجه
وفي وجه آخر القول للطالب لان الحوالة بالدين ظاهر افعال المحيل تو كيل فهو خلاف الظاهر وهو
قول أحد وقول المصنف (ولقطة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع عيینه) جواب
عنه وهو بناء على تساويهما في الاستعمال ومنع كونها بالدين أظهر فالحوالة متواطئ فيهما والافاداة
مجازاً متعارفاً يخص قوله ما فان الحقيقة عند أبي حنيفة مقدمة على الجواز المتعارف وقد تكلف شمس

(٥٧ - فتح القدير خامس) انما أحلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل أحلتني بدين لي عليك فالقول قول المحيل
فان قيل الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى المحيل أنه أحاله لتقبضه خلاف الحقيقة بلا دليل أجاب بقوله ولقطة الحوالة ومعناه أن
دعواه تلك دعوى ماهو من محتملات لفظه وهو الوكالة فان لفظ الحوالة يستعمل فيها مجازاً لما في الوكالة من نقل التصرف من الموكل الى
الوكيل فيجوز أن يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق ولكنه مع عيینه لان في ذلك نوع مخالفة للظاهر

(قوله فان لفظ الحوالة الخ) أقول كاسيحي في كتاب المضاربة أحل بمعنى وكل فراجعه قال العلامة الكاكي قيل المجاز لا يعارض الحقيقة
فاحتمال المجاز لا يخرج عن ارادة الحقيقة أوجب هذا مجاز متعارف فيمكن أن يخرج عن ارادة الحقيقة ولو لم يخرج عن كان محتملاً فلا
يدل على الاقرار انتهى وفيه تأمل (قوله لما في الوكالة من نقل التصرف الخ) أقول فيه شئ

قال (ومن أودع رجلاً ألف درهم الخ) اعلم أن الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة على نوعين أحدهما أن يقيد المحيل الحوالة بالعين
الذي له في المحال عليه بالوديعة أو الغصب والثاني أن يقيدها بالدين الذي له على المحال عليه والطلقة وهي أن يرسلها الراسل لا يقيدها
بدين له على المحال عليه ولا بعين له في يده وأن كان له ذلك عليه أوفى يده أو أن يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له في يده عين أيضاً على
نوعين حالة ومؤجلة فالحالة هي أن يحيل المديون الطالب على رجل بألف حالة فإنها تكون على المحال عليه كذلك لأنها التحويل الدين
من الأصل فيتحول على الصفة التي على الأصل والفرض أنها كانت على الأصل حالة فكذلك على المحال عليه وليس للمحال عليه أن
يرجع على الأصل قبل الأداء لكنه يفعل به ما فعل به كما تقدم في الكفالة والمؤجلة هو أن يكون الدين على الأصل مؤجلاً فيحيل
مؤجلاً على المحال عليه بذلك الاجل (٤٥٠) فان المال يكون على المحال عليه الى ذلك الاجل لأنه قبلها كذلك اذا عرف

هذا فقوله ومن أودع رجلاً
ألف درهم وأحالها عليه
آخرفه جازليمان جواز
الحوالة المقيدة بالعين
الذي يدا المحال عليه ووديعة
وقوله لأنه أقدر على
القضاء دليل جوازه وذلك
لوجهين أحدهما أن
الأدائها يتحقق من عين حق
المحيل وحينئذ لا يصعب
عليه الأداء فكان أقدر
والثاني أن الوديعة حاصلة
بعينها لا تحتاج الى كسب
والدين قد يحتاج اليه
وإذا كان أقدر على
القضاء كان أولى بالجواز
فكانت جائزة بالدين فلا أن
تكون جائزة بالعين أجدر
فان هلك الوديعة برئ
المودع وهو المحال عليه
وليس للمحال شيء عليه
لتقيدها بما أي لتقيد الحوالة
بالوديعة لأنه ما التزم الأداء
الامنها فيتعلق بها ويبطل

قال (ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحالها عليه آخرفه جازلانه أقدر على القضاء فان هلكت
برئ) لتقيدها بما فانها ما التزم الأداء الامنها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى
خلف كلافوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً وحكم المقيدة في هذه الجملة أن لا يملك المحيل
مطالبة المحال عليه

الأئمة حين استبعد التواطؤ وتقديم الجواز المتعارف فعملها على ما اذا استوفى المحال الالف المحال بها وقد
كان المحيل باع متاعاً من المحال عليه بهذه الالف فيقول المحال كان المتاع ملكي وكنت وكيلاً في بيعه
عني والمقبوض مالي ويقول المحيل كان المتاع ملكي وانما بعته لنفسي فالقول للمحيل لان أصل المنازعة
وقع بينهما في ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل فالظاهر انه انتهى وظاهره تخصيص المسئلة بنحو هذه
الصورة وليس كذلك بل جواب المسئلة مطلق في سائر الامهات والحق انه لا حاجة الى ذلك بعد تجوز
كون لفظ أحلتك بألف يراد به ألف للمحيل لان ثبوت الدين على الانسان لا يمكن بمثل هذه الدلالة بل لا بد
من القطع بها من جهة اللفظ أو دلالاته مثل له على أوفى ذمتي لان فراغ الذمة كان ثابتاً بقين فلا يلزم
فيه ضرر شغل ذمته الا بمثل من اللفظ ومنه نحو قوله اتزمت في جواب لي عليك ألف للتيقن بعود الضمير
في اتزمتها على الالف المدعاة بخلاف مجرد قوله أحلتك (قوله ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحالها عليه
آخرفه جازلانه أقدر على القضاء) لتيسر ما يرضى به وحضوره بخلاف الدين عليه (فان هلكت برئ)
المحال عليه وهو المودع (لتقيدها بما) أي لتقيد الحوالة بالوديعة التي هلكت (فانه) أي الرجل
(ما التزم الأداء الامنها بخلاف ما اذا كانت الحوالة مقيدة) عين (مغصوب) عرض أو ألف درهم
مثلاً فانه اذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لان الواجب على الغاصب رد
العين فان عجز رد المنزل أو القيمة فاذا هلك في يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ (لان) له خلفاؤ (الفوات الى
خلف كلافوات) فبقيت متعلقة بخلفه فيرد خلفه على المحال (وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين
أيضاً) بأن يحيله بدينه الذي له على فلان المحال عليه فصارت المقيدة بالتفصيل ثلاثة أقسام مقيدة
بعين أمانة وبعين مضمونة وبعين خاص (وحكم المقيدة في هذه الجملة) أعني الاقسام الثلاثة (أن
لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه) بذلك العين ولا بذلك الدين (لان الحوالة) لما قيدت بها

بملاكها كلز كالأمتعلقة بنصاب معين وقوله بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب بأن كان الالف تعلق

مغصوباً عند المحال عليه وقيد الحوالة بها ببيان لجوازه بالعين المغصوبة وانما اذا هلكت لا يبرأ الغاصب لان المغصوب اذا هلك وجب
على الغاصب مثله ان كان مثلياً وقيمته ان كان قيمياً كان الفوات بملاكه فواتاً الى خلف وذلك كلافوات فكان باقياً حكماً وقوله وقد
تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً ببيان لجوازه مقيدة بالدين كما اذا كان لرجل على آخر الف درهم والمديون على آخر كذلك وأحال
المديون الطالب بدينه على مديونه بألف على أن يؤدبه من الالف التي للطلوب عليه فانها جائزة وحكم الحوالة المقيدة في هذه الجملة وهي
الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت أو غصبا بالدين أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين أو الدين الذي قيدت الحوالة به بعدها

(قوله والمطلقة الى قوله على نوعين حالة ومؤجلة) أقول قوله والمطلقة مبتدأ وقوله على نوعين خبره (قوله وقوله بخلاف الخ) أقول
قوله وقوله مبتدأ وقوله بيان لجوازه آخيره

لانه تعلق به حق الخصال فانه انما رضى بنقل حقه الى المحال عليه بشرط أن يوفى حقه مما للجمل عليه أو يبدئه فتعلق به حق استيفائه وأخذ
الجمل ذلك يبطل هذا الحق فلا يتمكن من أخذه ولو دفعها المودع أو غيره الى الجمل ضمن لانه استهلك محلا مشغولا بحق الغير على مثال
الرهن فان الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق الاخذ من يد المرتهن لثلا يبطل حق (٤٥١) المرتهن وقوله وان كان أسوة للغرماء

اشارة الى حكم آخر يخالف

حكم الحوالة حكم الرهن
بعد ما انفق في عدم بقاء
حكم الاخذ للجمل
والراهن وهو أن الحوالة اذا
كانت مقيدة بالعين أو
الدين وعلى الجمل ديون
كثيرة ومات ولم يترك شيئا
سوى العين الذي له يبد
المحال عليه أو الدين الذي
عليه فالمحال أسوة للغرماء
بعد موته خلافا لفرجه
أنه وهو القياس لان دين
غرماء الجمل تعلق بحال
الجمل وهو صار اجنبيا
من هذا المال ولهذا
لا يكون له أن يأخذ في حال
حياته فكذا بعد وفاته
ولان المحال كان أسبق تعلقا
بهذا المال لتعلقه في صحته
وحق الغرماء لم يتعلق في
صحته فيقدم المحال على
غيره كالمرتهن قلنا العين
الذي بدأ المحال عليه للجمل
والدين الذي له عليه لم يصر
مما كالمحال بعد الحوالة
لا بد او هو ظاهر ولا رغبة
لان الحوالة ما وضعت
للتملك وانما وضعت للنقل
فتكون بين الغرماء وأما
المرتهن فانه ملك المرهون
يدا وحسباً فثبت له نوع

لانه تعلق به حق الخصال على مثال الرهن وان كان أسوة للغرماء بعد موت الجمل وهذا لانه لو بقي له
مطالبته فأخذ منه لبطلت الحوالة وهي حق الخصال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا
تبطل الحوالة بأخذ ما عليه أو عنده

(تعلق حق الطالب به) وهو استيفاء دينه منه (على مثال الرهن) وأخذ الجمل يبطل هذا الحق
فلا يجوز فلودفع المحال عليه العين أو الدين الى الجمل ضمنه للطالب فانه استهلك ما تعلق به
حق الخصال كما اذا استهلك الرهن أحد يضمه للمرتهن لانه يستحقه ولما كان تشبيه المصنف
بالرهن يتبادر انه لو هلك الجمل وعليه دين آخر غير دين الخصال ينبغي أن يختص الخصال بذلك الدين الذي
أحميل به أو العين وليس كذلك بينه المصنف فقال (وان كان) أي الخصال (أسوة الغرماء) فيه (بعد
موت الجمل وهذا لانه لو بقي) للجمل (حق المطالبة) بما أحال به من الامر المعين (فبأخذ منه بطلت
الحوالة) الواقع (انما حق الخصال) فليس له أن يبطل حقه وترك الفرق بين الرهن والمحال به ديننا
أوعينا والفرق ما قدمناه انه وان كان حق الخصال متعلقا بالعين المخصوصة أو الدين كما يتعلق حق الدائن
بالرهن المعين لكن ليس له يد ولا ملك والمرتهن له يد ثابتة مع الاستحقاق فكان له زيادة اختصاص واذا
كان الخصال أسوة للغرماء فلا يقسم ذلك الدين أو العين بين غرماء الجمل وأخذ الخصال حصته لا يكون له
أن يرجع على المحال عليه ببقية دينه وهو ظاهر لتقدير الحوالة بذلك المقسم هذا ومن أحكام الحوالة
المقيدة بالدين أو العين انه لو أبرأ الخصال المحال عليه صح البراءة وكان للمجمل أن يرجع على المحال عليه
بدينه ولو وهب الخصال دينه من الخصال عليه أو مات الخصال له وورثه الخصال عليه لا يكون للمجمل أن يرجع
على الخصال عليه والفرق أن الهبة من أسباب الملك وكذا الارث فلك الخصال عليه ما في ذمته بالهبة فهو كما
لوملكه بالاداء ولو أدى لا يرجع الجمل عليه فكذا اذا ملكه بالهبة بخلاف البراءة في الاصل موضوع
للاسقاط فلا يملك به الخصال عليه ما في ذمته وانما خرج به عن ضمانه لانه محتال دينه وهو الشاغل لدين الجمل
فبقي دين الجمل على الخصال عليه بلا شاغل فيرجع به عليه (وقوله بخلاف المطلقة) بتصل بقوله لا يملك
الجمل مطالبة الخصال عليه بالعين المحال به والدين والحاصل أن الحوالة قسمان مقيدة كما ذكرنا ومطلقة
وهي أن يقول الجمل للطالب أحلتك بالالف التي لك على هذا الرجل ولم يقل ليؤديه من المال الذي لي
عليه فاذا أحال كذلك وله عند ذلك الرجى ودبعة أو مخصوبة أو دين كان له أن يطالب به (لانه) أي الشأن
(لا تعلق حق الخصال به) أي بذلك العين أو الدين لوقوعها مطلقا عنه (بل بذمة الخصال عليه) وفي
الذمة سعة (فبأخذ دينه أو عينه من الخصال عليه لا تبطل الحوالة) وما عليه يرجع الى الدين أو الغصب أو
عنده يرجع الى الوديعة ومن المطلقة أن يجمل على رجل ليس له عنده ولا عليه شيء وتنقسم المطلقة الى
حالة وموجلة فالحالة أن يجمل الطالب بأنف وهي على الجمل حالة فتكون على الخصال عليه حالة لان
الحوالة لتحويل الدين فيتحول باصفة التي هي على الاصيل وليس للمعتال عليه أن يرجع على الاصيل
قبل أن يؤدي ولكن له اذا لزم أن يلازمه واذا احس أن يجسه والمطلقة الموجلة له على رجل ألف الى
سنة فأحال الطالب عليه الى سنة كانت عليه الى سنة ولو حصلت الحوالة مبهمه لم يذكره محمد وقالوا ينبغي
أن تثبت موجلة كافي الكفالة لانه تحمل ما على الاصيل بأى صفة كان فلو مات الجمل لم يحمل المال على

اختصاص بالرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه (قوله وهذا) اشارة الى قوله أن لا يملك الجمل وتقريره ما ذكرناه آنفا
وقوله بخلاف المطلقة لبيان الحوالة المطلقة وانها لا تبطل بأخذ الجمل ماله عند المحال عليه من العين أو عليه من الدين لان الضمير للشأن
لا تعلق لخلق المحال به أي بما عند المحال عليه أو عليه بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه وفي الذمة سعة فأخذ ماله عنده أو عليه لا يبطل الحوالة
وعلى هذا ليس للودع والغاصب أن يؤدي دين المحال من الوديعة والغصب وللجمل أن يأخذ ماله مع بقاء الحوالة كما كانت

قال (وتكره السفائح الخ) السفائح جمع سفيحة بضم السين وفتح التاء فارسي معرب أصله سفينة يقال لشيء المهكم وسمى هذا القرض به لاحكام امره وصورتها أن يدفع الى تاجر ما لا يقرضه يدفعه الى صديقه وقيل هو أن يقرض انسانا ما لا يقضيه المستقرض في بلديده المقرض وانما يدفعه على (٤٥٣) سبيل القرض لاعلى سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وهو نوع نفع

قال (ويكره السفائح وهي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق) وهذا نوع نفع استفاد به وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جزر نفعاً وقيل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة وأما اذا لم تكن فلا بأس بذلك ثم قيل انما أورد هذه المسئلة في هذا الموضوع لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة فانها معاملة أيضاً في الديون والله أعلم

كتاب أدب القاضي

المحتمل عليه لان حلول الاجل في حق الاصيل لاستغنائه عن الاجل بموته ولا يتأني ذلك في حق المحال عليه لانه حتى محتاج الى الاجل ولو حل عليه انما يحل بناء على حلوله على الاصيل فلا وجه له لان الاصيل برئ عن الدين في أحكام الدنيا والتحقق بالاجانب ولو مات المحال عليه قبل الاجل والمحيل حتى حل المال على المحتمل عليه لاستغنائه عن الاجل بموته فان لم يترك وفاه مرجع الطالب على المحيل الى أجله لان الاجل سقط حكماً للحوالة وقد انتقضت الحوالة بموت المحتمل عليه مفسداً فتنقض ما في ضمنها وهو سقوط الاجل كإلزام المديون بدين مؤجل عبد من الطالب ثم استحق العبد اعادة الاجل لان سقوط الاجل كان بحكم البيع وقد انتقض كذا هنا (قوله ويكره السفائح) جمع سفيحة بضم السين وفتح التاء وهو تعريب سفينة وهو الشيء المهكم سمي هذا القرض به لاحكام امره وصورته أن يدفع في بلدة الى مسافر قرضاً يدفعه الى صديقه أو وكيله مثلاً في بلدة أخرى ليستفيد به امر خطر الطريق لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جزر نفعاً واه الحرت بن أبي أسامة في مسنده عن حفص بن حمزة أنبأ ناسوار بن مصعب عن عمارة الهمداني قال سمعت علياً رضي الله عنه يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل قرض جزر نفعاً فهو ربا وهو مضعف بسوار بن مصعب قال عبد الحق متروك وكذا قال غيره ورواه أبو الجهم في جزئه المعروف عن سوار أيضاً وأخرج ابن عدي في الكامل عن جابر بن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم السفائح حرام وأعدله بعد مروان بن موسى بن وجيه ضعفه البخاري والنسائي وابن معين وذكره ابن الجوزي في الموضوعات وأحسن ما هنا ما عن الصحابة والسلف ما رواه ابن أبي شبة في مصنفه حدثنا خالد الأجر عن حجاج عن عطاء قال كانوا يكرهون كل قرض جزر نفعاً وفي الفتاوى الصغرى وغيرها ان كان السفائح مشروطاً في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد ولو لم يكن مشروطاً جاز وصورته الشرط ما في الواقعات رجل أقرض رجلاً ما لا على أن يكتب له به الى بلد كذا فانه لا يجوز ان أقرضه بغير شرط وكتب جازو كذا الوفا قال كتب لي سفيحة الى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا خير فيه وفي كفاية البيهقي سفائح التجار مكرهة ثم قال إلا أن يقرض مطلقاً ثم يكتب السفيحة فلا بأس به كذا روى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ألا ترى أنه لو قضاها بأحسن مما له عليه لا يكره اذا لم يكن مشروطاً قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهراً فان كان يعرف ان ذلك يفعل لذلك فلا والذي يحكى عن أبي حنيفة انه لم يقعد في نخل جدار غيره فلا أصل له لان ذلك لا يكون انتفاعاً بملكه كيف ولم يكن مشروطاً ولا استعاراً وانما أورد التدوير هذه المسئلة هنا لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة والله أعلم

كتاب أدب القاضي

الارحام ولا ينبغي له أن يردهم أكثر من مرة أو مرتين ان طمع في الصلح لان في الزيادة على ذلك اضراراً للصاحب الحق وان لم يطمع في الصلح أنفذ القضاء بينهم من قبل أن يردهم فهو في سعة من ذلك وليس بواجب عليه ردهم وانما الواجب عليه ما قلده من العمل وهو القضاء بالحق وقد أتى بذلك

استفيد بالقرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جزر نفعاً وقيل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة وأما اذا لم تكن فلا بأس بذلك ثم قيل انما أورد هذه المسئلة في هذا الموضوع لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة فانها معاملة أيضاً في الديون والله أعلم

كتاب أدب القاضي

(قوله ثم قيل) أقول القائل صاحب النهاية

كتاب أدب القاضي

قال في لطائف الاشارات في كتاب الرجوع من شهادة السكافي القاضي بتأخير الحكم أتم وعزل وعزرائته في قال الامام السرخسي في مبسوطه وان طمع القاضي أن يصلح الخصمان فلا بأس بأن يردهما ويؤخر تنفيذ الحكم بينهما لعلهما أن يصلحهما الحديث عـ رضي الله تعالى عنه قال ردوا الخصوم حتى يصلحوا فان فصل القضاء بوث بين القوم الضغائن وفي رواية ردوا الخصوم من ذوى

لما كان أكثر المنازعات تقع في البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضى والقاضى يحتاج الى خصال جيدة يصلح بها القضاء
وهذا الكتاب لبيان ذلك والادب اسم يقع على كل باضة محمودة لذلك يخرج بها الانسان في فضيلة من الفضائل فله أوز يد ويجوز
أن يعرف بأنه ملكة تعصم من قامت به عما يشبهه ولا شك أن القضاء بالحق من أقوى الفرائض وأشرف العبادات بعد الايمان بالله
عالي أمر الله به كل مرسل حتى خاتم الرسل محمد صلوات الله عليهم أجمعين (٤٥٣) قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة فيها

هدى ونور يحكم بها النبيون
وقال وأن احكم بينهم بما
أنزل الله ولا تتبع أهواءهم
قال (ولا تصح ولاية القاضى
الحق) لا تصح ولاية القاضى
حتى يجتمع في المولى بلفظ
اسم المفعول واختاره على
المثولى بلفظ اسم الفاعل
اشارة الى أن القاضى ينبغي
أن يكون قاضيا بتولية
غيره لا بطلبه التولية شرائط
الشهادة من الاسلام
والحرية والعقل والبلوغ
ويكون أى المولى من أهل
الاجتهاد أما الاول يعنى
اشتراط شرائط الشهادة
فلان حكم القضاء يستحق
أى يستفاد من حكم
الشهادة

قال (ولا تصح ولاية القاضى حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) أما
الاول فلان حكم القضاء يستحق من حكم الشهادة

لما كان أكثر المنازعات في الديون والبياعات والمنازعات محتاجة الى قطعها عقبها بما هو القاطع لها
وهو القضاء والادب الخصال الجيدة والقاضى محتاج اليها فأفادها وهو أن ذكر ما ينبغي للقاضى أن
يفعله ويكون عليه وسيمت الخصال الجيدة أدبالانها تدعو الى الخير والادب في الاصل من الادب بسكون
الدال هو الجمع والدعا هو أن تجميع الناس وتدعوهم الى طعامك يقال منه أدب زيد بأدب أدبا بوزن
ضرب يضرب ضربا اذا دعاك الى طعامه فهو أدب والمادبة الطعام المصنوع المدعوايه ومنه قول
طرفة بن العبد يمدح قومه بني بكر بن وائل

ورثوا السؤدد عن آبائهم * ثم سادوا سؤددا غير زمير
نحن في المشتاة ندعو الحقلى * لا ترى الأدب فينا يناتقير

ومنه ما ذكر أبو عبيد في قول ابن مسعود ان هذا القرآن مأدبة الله فمن دخل فيه فهو آمن وروى عنه
أيضا مأدبة الله فتمعلوا من مأدبته بفتح الدال أى تأديبه وكان الاجمير يجعلها لغتين قال أبو عبيد لم اسمع
أحدا يقول هذاعيره وأما القضاء فقال ابن قتيبة يستعمل لمان كلها ترجع الى الختم والقراغ
من الامر يعنى با كاله وفي الشرع براديه الازام ويقال له الحكم لما فيه من منع الظلم عن الظلم من
الحكمة التى تجعل فى رأس الفرس وأما وصف القضاء ففرض كفايه فلا امتنع الكل أعوا هذا اذا
كان السلطان لا يفصل بنفسه فان فعل لم يأتموا كفى البرازية ولا سلطان أن يكره من يعلم قدرته عليه لانه
لا بد من اصال الحقوق الى أربابها بالزام المانعين منها ولا يكون ذلك الا بالقضاء وقد أمر الله تعالى به
نبىه صلى الله عليه وسلم فقال تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله وقبله صلى الله عليه وسلم داود بقوله تعالى
فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى وبعث صلى الله عليه وسلم عليا قاضيا على اليمن ومعاذوا وقال له بم
تقضى فقال بكتاب الله قال فان لم تجد قال بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فان لم تجد قال اجتهد
برأى فأقره وعليه اجماع المسلمين (قوله لا تصح ولاية القاضى حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة
ويكون من أهل الاجتهاد) هذا لفظ القدرى وذ كر المولى على لفظ المفعول للاشعار بأنه أتى عليه
الفعل من غير طلب له منه كاهو الاولى (أما الاولى) وهو أنه لا بد أن يكون من أهل الشهادة (فلان حكم
القضاء يستحق من حكم الشهادة) يعنى كل من القضاء والشهادة يستمد من أمر واحد هو شروط الشهادة
من الاسلام والبلوغ والعقل والحرية وكونه غير أعمى ولا مجنون وفى كذا فى الكمال فيه أن يكون عدلا
عفيفا عالما بالسنن وطريق من كان قبله من القضاء (فرع) فلد عبد فعتق جاز أن يقضى بتلك
الولاية من غير حاجة الى تجديد كالتوهم الشهادة حال الرق ثم عتق كذا فى الخلاصة فى أول كتاب
القضاء وذ كر بعدد رقة لو قلد قضاء مصر لصي فأدره ليس له أن يقضى بذلك الامر ولو قلد كافر القضاء
فأسلم قال محمد هو على قضائه ولا يحتاج الى تولية ثانية فصار الكافر كالعبد والفرق ان كلامهم ماله ولاية
وبه مانع وبالعق والاسلام يرتفع أما الصبي فلا ولاية له أصلا وما فى الفصول لو قال لصبي أو كافر اذا

(قوله لما كان أكثر المنازعات
الح) أقول ما ذكره يقتضى
إيراده عقب كتاب الدعوى
وأىضا كان ينبغي أن يبين وجه
التأخير عن الكتاب الذى
قبله على ما هو دأبهم (قوله
قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة
الح) أقول ليس فى الآية
دلالة على أمر الله تعالى
كل مرسل به قال المصنف
(حتى يجتمع فى المولى)
أقول قال فى الكفاية المولى

على صيغة اسم المفعول ليكون فيه دلالة على تولية الغير اياه بدون طلبه وهو الاولى للقاضى على ما يجب ان شاء الله تعالى انتهى وفى
وجه الدلالة نوع خفاء فإنه يطلق عليه المولى وان طلبه (قوله لا يطلبه التولية) أقول كما يدل عليه صيغة التفعّل فانها بالتكليف الذى
يستلزم الطلب (قوله شرائط الشهادة) أقول أى شرائط أداء الشهادة على المسلمين وقوله شرائط فاعل لقوله يجتمع الذى تقدم فى قوله
حتى يجتمع فى المولى

على صيغة اسم المفعول ليكون فيه دلالة على تولية الغير اياه بدون طلبه وهو الاولى للقاضى على ما يجب ان شاء الله تعالى انتهى وفى
وجه الدلالة نوع خفاء فإنه يطلق عليه المولى وان طلبه (قوله لا يطلبه التولية) أقول كما يدل عليه صيغة التفعّل فانها بالتكليف الذى
يستلزم الطلب (قوله شرائط الشهادة) أقول أى شرائط أداء الشهادة على المسلمين وقوله شرائط فاعل لقوله يجتمع الذى تقدم فى قوله
حتى يجتمع فى المولى

لان كل واحد من القضاء والشهادة من باب الولاية وهي تنفيذ القول على الغير شاء أو أبي وكل ما يستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة فيشترط له شرائط الشهادة لان ولاية القضاء لما كانت أعم أو أكل من ولاية الشهادة أو مرتبة عليها كانت أولى باشرطها ووربما توح المصنف بقوله فيستقي استعارة للاستفادة الى ذلك وعلى هذا كل من كان أهلا للشهادة كان أهلا للقضاء والعكس فالفاسق أهل للقضاء لاهليته للشهادة حتى لو قلد جازا لأنه لا ينبغي أن يقلد لأنه لا يؤتمن في أمر الدين لقلته مبالاة فيه كافي حكم الشهادة فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا بناء على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة نظر الى أهل ذلك العصر الذي شهد لهم صلى الله عليه وسلم بالخيرية والى ظاهر حال المسلم في غيرهم ولو كان عدلا ففسق بأخذ الرشوة بضم الراء وكسر ها وهي معروفة أو غيرهما مثل الزنا وشرب الخمر لا يعزل اذ لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم ويستحق العزل فيعزله من له الأمر وهذا يقتضي نفوذا أحكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يعزل واليه أشار الامام البرزوي وقوله وهذا الإشارة الى أن استحقاق العزل دون العزل وهو ظاهر المذهب وروى عن الكرخي أنه يعزل بالفسق وهو اختيار (٤٥٤) الطحاوي وعلى الرازي صاحب أبي يوسف ويجوز أن يكون إشارة الى ذلك والى ما تقدم

من جواز تقليد الفاسق القضاء فان اختيار الطحاوي أن الفاسق اذا قلد القضاء لا يصير قاضيا

لان كل واحد منهم مامن باب الولاية فكل من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح إلا أنه لا ينبغي أن يقلد كافي حكم الشهادة فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا يعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله

(قوله لان كل واحد الخ) أقول في دلالة على الصغرى كلام يدفع عا في النهاية من اعتبار الأشهرية قال في النهاية هذا من قبيل بيان حكم المرجع أي مرجعهما الى أصل واحد وهو أن يكون القاضي حرا مسلما باعناعا قلا عدلا كافي الشهادة لأن يكون حكم القضاء مبنيا على حكم الشهادة لكن أوصاف الشهادة أشهر عند الناس يعرف أوصاف القضاء بأوصاف الشهادة بهذا الطريق لذلك ولان أصل الولاية ثبت بأهلية الشهادة كمال الولاية بالقضاء كمال الشيء

أدركت فصل بالناس أو اقض بينهم جاز لا يخالف ما ذكر في الصبي لان هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط وما تقدم تحيز واذ لم تصح ولاية الصبي قاضيا لا يصح سلطانا فإني زمانا من تولية ابن صغير للسلطان اذا مات فقد استله في فتاوى النسفي وصرح بعدم ولايته وقال ينبغي أن يكون الاتفاق على وال عظيم يصير سلطانا وتقليد القضاء منه غير أنه يعد نفسه تبعاً لابن السلطان تعظيما وهو السلطان في الحقيقة انتهى ومقتضى هذا أنه يحتاج الى تجديد بعد بلوغه وهذا لا يكون الا ان عزل ذلك الوالي العظيم نفسه من السلطنة وذلك أن السلطان لا يعزل نفسه وهذا غير واقع وأما المذكورة فليست بشرط الا للقضاء في الحدود والدماء فتقضى المرأة في كل شيء الا فيهما وقد اختلف في قضاء الفاسق فأكثر الأئمة على أنه لا تصح ولايته كالشافعي وغيره كالاتقبل شهادته وعن علمائنا الثلاثة في النوادر مثله لكن العزالي قال اجتماع هذه الشروط من العدالة والاجتهاد وغيرهما متعذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وأن كان جاهلا فاسقا وهو ظاهر المذهب عندنا فالوقلد الجاهل الفاسق صح ويحكم بقضوي غيره ولكن لا ينبغي أن يقلد والحاصل أنه ان كان في الرعية عدل عالم لا يحل تولية من ليس كذلك ولو ولي صح على مثال شهادة الفاسق لا يحل قبولها وان قبل نفذ الحكم بها وفي غير موضع ذكر الاولوية بمعنى الاولى أن لا تقبل شهادته وان قبل جاز ومقتضى الدليل أن لا يحل أن يقضى بها فان قضى جاز ونفذ (ولو كان عدلا) قبل الولاية قولي (فسق) وجاز (بأخذ الرشوة وغيرها) من أسباب الفسق (لا يعزل ويستحق العزل هذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا)

لا يكون بدون أصله فيصلح أن يكون أهلية الشهادة أصلا لأهلية القضاء وهذا لان الشهادة توجد بدون وصف القضاء ولا يوجد وصف القضاء بدون وصف الشهادة فكانت ولاية القضاء فرع الشهادة من هذا الوجه فيصح هذا الكلام انتهى (قوله لان ولاية القضاء الخ) أقول هذا الدليل لا يثبت الكبرى الكلية (قوله أو أكل من ولاية الشهادة) أقول اذ به قطع النزاع (قوله أو مرتبة عليها كانت أولى الخ) أقول في ثبوت الاولوية في صورة الترتيب بحيث لا يخفى لا يقال ان القضاء بالشهادة لما كان مشروطا بها يكون شرط الشهادة شرطها بالطريق الاولى لكونه مشروطا بذلك الشرط لانه مغالطة كما لا يخفى (قوله ولو قبل جاز الى قوله في غيرهم) أقول فيه ان ما ذكره لا يدل على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة بل على عكس ذلك فتأمل نعم يدل عن عدم اشتراط التعديل ولا يفيد لكن المراد العدالة الظاهرة المعلومة فتأمل فإنه لا يصح أن يكون ما ذكره من جواز قبول شهادة الفاسق (قوله وهذا يقتضي نفوذ أحكامه الخ) أقول مسلم كما لا يخفى فان قضاء فيما ارتشى عمل لنفسه والقضاء عمل لله فلا يكون ما فعله قضاء (قوله وهذا الإشارة الى أن استحقاق الخ) أقول الظاهر اسقاط أن في قوله الى أن الخ ثم أقول وعلى الاول تدل عبارة الكافي حيث قال ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا يعزل ويستحق العزل في ظاهر الرواية انتهى (قوله ويجوز أن يكون إشارة الى ذلك) أقول بتأويل ما ذكر

والاول أظهر لقوله (وعن علمائنا الثلاثة رجعهم الله في النواذر أنه لا يجوز قضاؤه وهو قول الشافعي فإنه لا يجوز قضاؤه عنده كالاتقبل
 شهادته عنده) وقيل هذا بناء على أن الإيمان يزيد وينقص فإن الأعمال من الإيمان عنده فاذا فسق فقد انتقص إيمانه (وقال بعض
 المشايخ أنه اذا قلد الفاسق يصح ولو قلده وهو عدل ففسق ينزل به لان المقلد اعتمد عدلته في تقليده فلا يكون راضيا بتقليده دونها) فكان
 التقليد مشروطا بقاء العدالة فيمنع في باتفاقها واعترض بأن قول الفقهاء البقاء (٤٥٥) أسهل من الابتداء في جواز

التقليد مع الفسق ابتداء
 والعزل بالفسق الطارئ
 والاول ثابت لانه من مسلمات
 هذا الفن ينبنى عليه أحكام
 كثيرة كبقاء النكاح بلا
 شهود وامتناعه ابتداء
 بدونها وجواز الشروع في
 الهبة بقاء لا ابتداء فينتفي
 الثاني وهو ثبوت القضاء
 بالفسق ابتداء والعزل
 بالفسق الطارئ والجواب
 يؤخذ من الدليل المذكور
 وهو أن التقليد كان معلقا
 بالشرط فان تعليق القضاء
 والامارة بالشرط جائز بتدليل
 ما روي أن رسول الله صلى
 الله عليه وسلم بعث جيشا
 وأمر عليهم زيد بن حارثة ثم
 قال ان قتل زيد فجعفر
 أميركم وان قتل جعفر
 فعبد الله بن رواحة أميركم
 وكذلك تعليق عزل القاضي
 بالشرط جائز كره في باب
 موت الخليفة من شرح
 أدب القاضي والمعلق بالشرط
 ينتفي باتفاقه والفرق بين
 القضاء والامارة والامارة
 في أن الامام أو الامير اذا
 كان عدلا وقت التقليد

وقال الشافعي رحمه الله الفاسق لا يجوز قضاؤه كالاتقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة رجعهم الله
 في النواذر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ رجعهم الله اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلده وهو عدل
 ينزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدلته فلم يكن راضيا بتقليده دونها
 الحضاريون والسمرقنديون ومعنى يستحق العزل أنه يجب على السلطان عزله ذكره في الفصول وقيل اذا
 ولي عدلا ثم فسق ان عزل لان عدلته في معنى المشروطة في ولايته لانه حين ولاه عدلا اعتمد عدلته
 فكانت ولايته مقيدة بعدلته فتزول بزوالها ولا شك انه لو لم ذلك ان عزل فان الولاية تقبل التقييد
 والتعليق بالشرط كما اذا قال له اذا وصلت الى بلدة كذا فأنت قاضيا واذا وصلت الى مكة فأنت أمير
 الموسم والاضافة كأن يقول جعلتك قاضيا في رأس الشهر ويستثنى منها كأن يقول جعلتك قاضيا
 الا في قضية فلان أو لا تنظر في قضية كذا لکن لا يلزم ذلك اذ لا يلزم من اختيار ولايته صلاحه تقييدها
 به على وجه تزول بزواله فلا ينزل وبهذا التفرقة يرد دفع المورد من أن البقاء أسهل من الابتداء وفي
 الابتداء يجوز ولاية الفاسق في البقاء لا ينزل وانفقوا في الامارة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق
 لانها مبنية على القهر والغلبة ثم الدليل على جواز تعليق الامارة وادائها قوله صلى الله عليه وسلم حين
 بعث البعث الى موته وأمر عليهم زيد بن حارثة ان قتل زيد جعفر أميركم وان قتل جعفر فعبد الله
 ابن رواحة وهذه الفصحة مما اتفق عليها جميع أهل السير والمغازي ثم الرشوة أربعة أقسام منها
 ما هو حرام على الآخذ والمعطى وهو الرشوة على تقليد القضاء والامارة ثم لا يصير قاضيا الثاني ارتشاء
 القاضي ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين ثم لا ينفذ قضاؤه في تلك الواقعة التي ارتشى فيها سواء كان
 بحق أو باطل أما في الحق فلانه واجب عليه فلا يحل أخذ المال عليه وأما في الباطل فأظهر
 وحكي في الفصول في نفاذ قضاء القاضي فيما ارتشى فيه ثلاثة أقوال لا ينفذ فيما ارتشى فيه وينفذ فيما
 سواه وهو اختيار شمس الأئمة لا ينفذ فيما ينفذ فيه ما هو ما ذكر البرزوي وهو حسن لان حاصل أمر
 الرشوة فيما اذا قضى بحق يجابها فسقه وقد فرض أن الفسق لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه
 بحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر وغاية ما وجه به أنه اذا ارتشى عامل لنفسه أو ولده يعنى
 والقضاء عمل لله تعالى وارتشاء القاضي أو ولده أو من لا تقبل شهادته له أو بعض أعوانه سواء اذا كان
 بعلمه ولا فرق بين أن يرتشى ثم يقضى أو يتقاضى ثم يرتشى وفيه لو أخذ الرشوة ثم بعث الى شافعي ليقتضى
 لا ينفذ قضاء الثاني لان الاول عمل في هذا نفسه حين أخذ الرشوة وان كان كتب الى الثاني ليسمع
 الخصومة وأخذ من مثل أجر الكتاب صح المكتوب اليه والذي قلده بواسطة الشفعة كالذي قلده احتسابا في
 أنه ينفذ قضاؤه وان كان لا يحل طلب الولاية بالشفعة الثالث أخذ المال بسوى أمره عند السلطان
 دفعا للضرر أو جلبا للنفع وهو حرام على الآخذ لا الدافع وحيلة حلها لا أخذ أن يستأجره يوما الى الليل
 أو يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله في الذهاب الى السلطان للامر الفلاني وفي القضية قسم
 الهدية وجعل هذا من أقسامها فقال حلال من الجانبين كالاهداء لا تؤدد وحرام من الجانبين

ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة أن مبني الامارة على السلطنة والقهر والغلبة ألا ترى ان من الامر امن قد غلب وجار وأجازوا
 أحكامه والصحابة تقلدوا الاعمال منه وصلا خلفه وأما مبني القضاء فإنه على العدالة والامانة واذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة

(قوله والاول أظهر لقوله الخ) أقول وفيه تأمل لطفه دلالة ما ذكره على الاظهرية (قوله وقيل هذا بناء الخ) أقول فيه بحث (قوله
 والاول ثابت) أقول يعنى قوله بقاء أسهل (قوله وامتناعه الخ) أقول يعنى امتناع النكاح بلا شهود (قوله وجواز الشروع في الهبة الخ)
 أقول كما اذار جمع الواهب في البعض الشائع واستحق البعض الشائع (قوله وأما مبني القضاء الخ) أقول اذا كان عدلا وقت التقليد

(والفاسق هل يصلح مفتيا قيل لانه من أمور الدين والفاسق لا يؤتمن عليها وقيل يصلح لانه يخاف، أن ينسب الى الخطا فلا يترك الصواب
 وأما الثاني) يعني اشتراط الاجتهاد للقضاء فان لفظ القدوري يدل على أنه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق لا يصح وقد ذكر محمد في الاصل
 أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا لكن (الصحيح أن أهلية الاجتهاد بشرط الاولوية) قال الخصاص القاضي بقضي باجتهاد نفسه اذا كان له
 رأى فان لم يكن له رأى وسأل فقها أخذ بقوله (قوله فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا) يحتتمل أن يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكره
 في مقابلة المجتهد وسماه (٤٥٦) جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسباق الكلام ويحتتمل أن يكون المراد به

من لا يحفظ شيئا من أقوال
 الفقهاء وهو المناسب
 لسباق الكلام وهو قوله
 (خلافا للشافعي) فانه علة له
 بقوله (ان الامر بالقضاء
 يستدعي القدرة عليه ولا
 قدرة دون العلم) ولم يقل
 دون الاجتهاد وشبهه بالتحري
 فان الانسان لا يصل الى
 المقصود لتحرى غيره
 بالاتفاق فلوصلى بتحري
 غيره لم يعتبر ذلك والاول
 هو الظاهر (ولنا أنه يمكنه
 أن يقضى بفتوى غيره لان
 المقصود من القضاء هو أن
 يصل الحق الى المستحق)
 وذلك كما يحصل باجتهاد
 نفسه يحصل من المقلد اذا
 قضى بفتوى غيره وبؤيده
 ما ذكره أحمد بن حنبل
 رحمه الله في مسنده عن
 علي رضي الله عنه قال
 أنفذني رسول الله صلى الله
 عليه وسلم الى اليمن وأنا
 حديث السن فقلت تنفذني
 الى قوم يكون بينهم أحداث
 ولا علم لي بالقضاء فقال ان
 الله تعالى سيهدي لسانك
 ويثبت قلبك فاشككت

وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لانه من أمور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وقيل يصلح لانه يجتهد
 كل الجهد في اصابة الحق حذارا بالنسبة الى الخطا وأما الثاني فالصحيح أن أهلية الاجتهاد بشرط الاولوية فأما
 تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه
 ولا قدرة دون العلم ولنا أنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصه بل وهو ا يصل الحق
 الى مستحقه

كلاهما دايعينه على الظلم حلال من جانب المهدي حرام على الآخر أخذ وهو أن يهدي ليكيف عنه الظلم
 والحيلة أن يستأجر الخ قال هذا اذا كان فيه شرط أما اذا كان الاهداء بلا شرط ولكن يعلم بقيننا انه
 انما يهدي اليه ليعينه عند السلطان فشا يخضع له لانه لا بأس به ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فأهدى
 اليه بعد ذلك فهو حلال لا بأس به وما نقل عن ابن مسعود من كراهته فورع الرابع ما يدفع لدفع
 الخوف من المدفوع اليه على نفسه وماله حلال للدافع حرام على الآخر لان دفع الضرر عن المسلم
 واجب ولا يجوز أخذ المال ليفعل الواجب (وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لانه من أمور الدين) وقد
 ظهرت خيانتها للدين (وقيل يستدعي لأنه يجتهد كل الجهد حذارا أن ينسبه فقهاء عصره الى الخطا وأما
 الثاني) وهو اشتراط أهلية الاجتهاد (فالصحيح أنها ليست شرطا للولاية بل للاولوية فأما تقليد الجاهل
 فصحيح عندنا) ويحكم بفتوى غيره (خلافا للشافعي) ومالك وأحمد وقولهم رواية عن علمائنا من
 محمد في الاصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا ولكن المختار خلافه قالوا القضاء يستدعي القدرة عليه
 ولا قدرة دون العلم قلنا يمكنه القضاء بفتوى غيره (ومقصود القضاء وهو ا يصل الحق الى مستحقه)
 ورفع الظلم (يحصل به) فاشترطه ضائع والمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه بل ما ينظنه المجتهد دفاته
 لا قطع في مسائل النسخه واذا قضى بقول مجتهد فيه فقد قضى بذلك العلم وهو المطلوب وكون معاذ قال
 اجتهد رأي لا يلزمه اشتراطه واعماله يذ كرمه ماذا الاجماع لانه لم يكن حجة في زمنه صلى الله عليه وسلم
 وقد قدمنا أيضا عن الغزالي توجيه خلافه فيقول في هذا الزمان وفي بعض نسخ الهداية الاستدلال على
 تقليد المقلد بتقليد النبي صلى الله عليه وسلم عليا اليمن ولم يكن مجتهدا فليس بشي فانه عليه الصلاة
 والسلام دعاه أن يهدى الله قلبه ويثبت لسانه فان كان بهم هذا الدعاء رزق أهلية الاجتهاد فلا اشكال
 والافقد حصل له المقصود من الاجتهاد وهو العلم والسداد وهذا غير ثابت في غيره وسند كرسند حديث
 علي رضي الله عنه واعلم أن ما ذكر في القاضي ذكر في المفتي فلا يبقى الا المجتهد وقد استقر رأي
 الاصوليين على أن المفتي هو المجتهد وأما غير المجتهد ممن يحفظ أقوال المجتهد فليس يفتي والواجب
 عليه اذا سئل أن يذ كر قول المجتهد كما في حنيضة على جهة الحكاية فعر ف أن ما يكون في زماننا من
 فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي وطريق نقله كذلك عن
 المجتهد أحد أمرين اما أن يكون له فيه سند اليه أو بأخذ من كتاب معروف تداولته الابدى نحو كتب

محمد

في قضاء بين اثنين بعد ذلك فانه يدل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجواز لان عليا حينئذ لم يكن من أهل الاجتهاد

(قوله ويحتتمل أن يكون المراد به من لا يحفظ شيئا من أقوال الفقهاء) قوله ولا قدرة دون العلم ولم يقل دون الاجتهاد) أقول لعل المراد بالعلم هو العلم المعهود أعني العلم بالحكام
 الشرعية من أدلتها التفصيلية بقرينة المقام (قوله وشبهه بالتحري) أقول يعني شبه المصنف على ما وجد في بعض النسخ بعد قوله دون العلم
 فصار كالتحري فانه لا يصل بفتوى غيره (قوله فانه يدل على أن الاجتهاد الخ) أقول الكلام في صحة ولاية المستمر على الجهل

وينبغي للقلد أن يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين

محمد بن الحسن ونحوهما من التصانيف المشهورة للجهتدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم أو المشهور هكذا ذكر الرازي فعلى هذا لو وجدنا بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحل عزومها فيا الى محمد ولا الى أبي يوسف لانهم تشتهر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول نعم اذا وجد النقل عن النوادر مثلا في كتاب مشهور معروف كالهداية والمبسوط كان ذلك تعويلا على ذلك الكتاب فلو كان حافظا لا قايلا المختلفة للجهتدين ولا يعرف الخجة ولا قدرته على الاجتهاد للترجيح لا يقطع بقول منها يفتي به بل يحكمها للمستفتي فيختار المستفتي ما يقع في قلبه انه الاصوب ذكره في بعض الجوامع وعندى انه لا يجب عليه حكاية كها بل يكفيه أن يحكي قولها فان المقلد ان يقلد أي مجتهد شاء فاذا ذكر أحد ما قلده حصل المقصود نعم لا يقطع عليه فيقول جواب مسئلتك كذا بل يقول قال أبو حنيفة حكم هذا كذا نعم لو حكي الكل فالأخذ بما يقع في قلبه انه الاصوب اولى والعامي لا عبرة بما يقع في قلبه من صواب الحكم وخطئه وعلى هذا اذا استفتي فقيهان أعني مجتهدين فاختلفا عليه الاولى أن يأخذ بما عيّل اليه قلبه منها وعندي أنه لو أخذ بقول الذي لا يعيّل اليه قلبه جاز لان ميله وعدمه سواء والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصاب ذلك المجتهد وأخطأ وقالوا المنتقل من مذهب الى مذهب آخر باجتهاد وبرهان أو ثم يستوجب التعزيز قبل اجتهاد وبرهان اولى ولا بد أن يراعى هذا الاجتهاد معنى التكري وتحكيم القلب لان العامي ليس له اجتهاد ثم حقيقة الانتقال انما تحقق في حكم مسألة خاصة قلده وعمل به والافقولة قلدت بأب حنيفة فيما أفتى من المسائل مثالا التزم العمل به على الاجمال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة التقليد بل هذا حقيقة تعليق التقليد أو وعده به لانه التزم أن يعمل بقول أبي حنيفة فيما يقع له من المسائل التي تعين في الوقائع فان أرادوا هذا الالتزام فلا دليل على وجوب اتباع المجتهد المعين بالزمام نفسه ذلك قولاً أو بنية شرعاً بل الدليل اقتضى العمل بقول المجتهد فيما احتاج اليه لقوله تعالى فاستأوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون والسؤال انما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة وحينئذ اذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عليه عمله والغالب أن مثل هذه الزامات منهم لكف الناس عن تباع الرخص والا أخذ العامي في كل مسألة بقول مجتهد قوله أخف عليه وأنا لا أدري ما يمنع هذا من النقل أو العقل وكون الانسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ذمه عليه وكان صلى الله عليه وسلم يجب ما خفف عن أمته والله سبحانه أعلم بالصواب (قوله) وينبغي للقلد وهو من له ولاية التقليد (أن يختار من هو اقدر وأولى) لديانته وعفته وقوته دون غيره ويرزقه من بيت المال ولا بأس للقاضي أن يأخذوا ان كان غنيا مثيرا وان احتسب فهو أفضل والاصل فيه قوله تعالى في مال اليتيم اذا عمل فيه الوصي ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل كل بال معروف ودكر عن عمر رضي الله عنه انه كان يرزق سليمان بن ربيعة الباهلي على القضاء كل شهر خمسمائة درهم لانه فرغ نفسه للعمل للمسلمين فكانت كفايته وعياله عليهم قالوا وكان عمر رضي الله عنه يرزق شريحا كل شهر مائة درهم ورزقه على خمسمائة وذلك لقله عياله في زمن عمر رضي الله عنه أو رخص السعر وكثرة عياله في زمن علي رضي الله عنه أو غلاء السعر فرزق القاضي لا يقدر بشئ لانه ليس بأجر لانه لا يحل على القضاء وانما يختار الاولى لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه البخاري في المستدرک عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من استعمل رجلا على عصابة وفي تلك العصابة من هو ارضى لله منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وقال صحيح الاسناد وتعبق بحسين بن قيس فانه ضعيف وضعفه العقيلي وقال انما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رضي الله

(نعم ينبغي للقلد أن يختار الاقدر والاولى لقوله صلى الله عليه وسلم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين) وهو حديث ثبت بنقل العدول فلا يلتفت الى ما قيل انه خارج عن المدونات فانه طعن بلا دليل فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل

(قوله فلا يلتفت الى ما قيل الخ) أقول وقد مر في باب الاحرام من كتاب الحج

(قوله وفي حد الاجتهاد) اشارة الى معنى الاجتهاد اجمالا فان بيانه تفصيلا موضعه أصول الفقه وقد ذكرناه في التقرير مفصلا (وحاصل ذلك أن يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وأصاحب فقه له معرفة بالحديث لتلاشئغل بالقياس في المنصوص عليه) والفرق بين العبارتين (٤٥٨) نير (وقيل أن يكون مع ذلك) أي مع ما ذكرنا من أحد الأمرين (صاحب قريحة) أي

وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وأصاحب فقه له معرفة بالحديث لتلاشئغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل أن يكون مع ذلك صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لأن من الأحكام ما يتقن عليها قال (ولأبأس بالدخول في القضاء لمن يتقن بنفسه أن يؤدي فرضه) لأن الصحابة رضی الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولأنه فرض كفاية لكونه أمر بالمعروف

عنه وأخرجه الطبراني من غير طريق حسين هذا عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تولى من أمر المسلمين شيئا فاستعمل عليهم رجلا وهو يعلم أن فيهم من هو أولى بذلك وأعلم منه بكتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد خان الله وسوله وجماعة المسلمين وروى أبو يعلى الموصلي في مسنده عن حذيفة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أعمار رجل استعمل رجلا على عشرة أنفس وعلم أن في العشرة من هو أفضل منه فقد غش الله ورسوله وجماعة المسلمين والذي له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذي نصبه الخليفة وأطلق له التصرف وكذا الذي ولاه السلطان ناحية وجعل له خراجها وأطلق له التصرف فان له أن يولي ويعزل كذا قالوا ولا بد من أن لا يصرح له بالمنع أو يعلم ذلك يعرفهم فان نائب الشام وحلب في دييارنا يطلق لهم التصرف في الرعية والخراج ولا يولون القضاء ولا يعزلون ولو ولي حكم المولى ثم جاء بكتاب للسلطان لا يكون ذلك امضاء للقضاء والحرية شرط في السلطان وفي التقليد بالاصالة لا بطريق النيابة فان السلطان اذا امر عبده على ناحية وأمره أن ينصب القاضي جاز فان نصبه كنصب السلطان بنفسه (قوله وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه وحاصل ذلك) الكلام (أن يكون صاحب حديث له معرفة في الفقه ليعرف معاني الآثار وأصاحب فقه له معرفة بالحديث لتلاشئغل بالقياس في المنصوص عليه) والفرق بين القولين ان على الاول نسبتته الى معرفة الحديث أكثر من معرفته بالفقه وفي الثاني عكسه ثم ان المصنف رتب على الاول كونه حينئذ يعرف معاني الآثار والمراد بمعاني الآثار المعاني التي هي مناطة الاحكام الدالة عليها الفاظ الحديث وعلى الثاني سلامته من القياس مع معارضة النص وقد وقع التصريح بانهم ما قولان ولا شك في ذلك لانهما متضادان لان كونه أدري بالحديث من الفقه يضاد كونه أدري بالفقه من الحديث وأنت تعلم أن المجتهد يحتاج الى الأمرين جميعا وهو تحرزه من القياس في معارضة النص ومعرفة معاني الآثار ليتمكن من القياس فالوجه أن يقال صاحب حديث وفقه ليعرف معاني الآثار ويمتنع عن القياس بخلاف النص والحاصل أن يعلم الكتاب والسنة بأقسامهما من عبارتهما وإشارتهما وماود لالتهمما واقتضائهما وما باقي الاقسام باسمتهما ومنسوخهما ومنسوخها ومناطاة أحكامهما ومشروط القياس والمسائل المجمع عليها الثلاث يقع في القياس في مقابلة الاجماع وأقوال الصحابة لانه قد تقدمه على القياس فلا يقس في معارضة قول الصحابي ويعلم عرف الناس وهذا قوله (وقيل أن يكون صاحب قريحة الخ) فهذا القيل لا بد منه في الاجتهاد فمن أتقن هذه الجملة فهو أهل للاجتهاد فيجب عليه أن يعمل بأجتهاده وهو أن يبذل جهده في طلب الظن بحكم شرعي عن هذه الأدلة ولا يقلد أحدا (قوله ولأبأس بالدخول في القضاء لمن يتقن بنفسه أن يؤدي فرضه لان الصحابة رضوان الله عليهم تقلدوا ولأنه فرض كفاية لكونه أمر بالمعروف)

طبيعة جيدة خالصة من التشكيكات المكندة ينتقل من المطالب الى المبادئ ومنها الى المطالب بسرعة يترب المطالب على ما يصلح أن يكون سببها من عرف أو عادات فان من الاحكام ما يتقن عليها مخالفا للقياس كدخول الحمام وتعاطي العجين وغير ذلك قال (ولا بأس بالدخول في القضاء الخ) ولأبأس بالدخول في القضاء لمن يتقن بنفسه أنه اذا ولاه قام بما هو فريضة وهو الحق لان القضاء بالحق فرض أمر به الانبياء قال الله تعالى اداود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال لنبينا صلى الله عليه وسلم انا أنزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس فمن وثق بنفسه أنه يؤدي هذا الفرض فلا بأس بالدخول فيه لان الصحابة رضی الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولأنه فرض كفاية لكونه أمر بالمعروف ونهيا عن المنكر واعترض بأن الدخول في فرض الكفاية ان لم يكن واجبا فلا أقل من التدب كما في صلاة الجنائز وغيرها

اما

وأجيب بانه كذلك الآن فيه خطر الوقوع في المحذور

(قوله وحاصل ذلك أن يكون الخ) أقول قوله له خبره ويجوز أن يكون حالا وان يكون صفة بل هو أولى (قوله من عرف أو عادات) أقول للتخفيف والتعبير (قوله وتعاطي العجين) أقول أي استقرضه فان القياس بأبي جواز لعدم إمكان معرفة المساواة فيه لعدم إمكان معرفة ما دخل في كل منهما من الماء (قوله وقال لنبينا عليه الصلاة والسلام الخ) أقول فيه تأمل

فكان به بأس قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف وهو الجور فيه كرهه الدخول فيه كي لا يصير الدخول فيه شرطا أي وسيلة إلى مباشرة القبيح وهو الحيف في القضاء وإنما عبر بلفظ الشرط لأن أكثر ما يقع من الحيف انما هو بالميل إلى حطام الدنيا بأخذ الرشا وفي الغالب يكون ذلك مشروطا بمقدار معين مثل أن يقول لي على فلان أو له على مطالبة بكذا فان قضيت لي فلك كذا وكره بعض العلماء أو بعض السلف الدخول فيه مختارا سواء وثقوا بأنفسهم أو خافوا عليها وفسر الكراهة ههنا بعدم الجواز قال الصدر الشهيد في أدب القاضي ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه الا مكرها الا ترى ان أبا حنيفة رحمه الله دعى إلى القضاء ثلاث مرات فأبى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشير أصحابي فاستشار أبو يوسف رحمه الله فقال أبو يوسف لو تقلدت لنفعت الناس فنظر إليه أبو حنيفة نظر المغضب وقال رأيت لو أمرت أن أعبر البحر سباحة كنت أقدر عليه وكأني بك فاضيا وكذا دعى محمد رحمه الله إلى القضاء فأبى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد واستبدل المصنف على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكن رواه أبو هريرة رضي الله عنه وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي وجه تشبيهه القضاء بالذبح بغير سكن قال لان السكن يؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكن يؤثر في الباطن بازهاق الروح ولا يؤثر في الظاهر ووبال القضاء لا يؤثر في الظاهر فان ظاهره جاه وعظمة لكن في باطنه هلاك وكان شمس الأئمة الحلواني رحمه الله يقول لا ينبغي لاحد أن يردى هذا اللفظ كي لا يصيبه (٤٥٩) ما أصاب ذلك القاضي فقد حكي ان

قاضي روى له هذا الحديث فازدراه وقال كيف يكون هذا ثم دعاني مجلسه بمن يسوي شعره ففعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فأصابه الموسى وألقى رأسه بين يديه ثم قال المصنف (والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا في إقامة العدل) روى الحسن عن أبي يوسف ومحمد أنه اذا قلد من غير مسئلة لا بأس به وقال (الترك عزية لانه قد يخطئ ظنه)

قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه) كي لا يصير شرطا لمباشرة القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه الصلاة والسلام من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكن والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزية لانه قد يخطئ ظنه ولا يوفق له أو لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو أهلا للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقليد صيانة لحقوق العباد واخلاد العالم عن الفساد

أما ان العصابة تقلدوا فحديث معاذ معروف وكذا على رضي الله عنهم الرواية أبي داود عن علي قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن فاضيا فقلت يا رسول الله ترسنتني وأنا حديث السن ولا أعلم لي بالقضاء فقال ان الله سيهدى قلبك وينبت لسانك فاذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الاول فانه احرى أن يبين لك القضاء قال فانزلت قاضيا أو ماشككت في قضاء بعد ورواه أحمد واسحق بن راهويه والطبرسي والحاكم وقال صحيح الاسناد وأخرجه ابن ماجه وفيه فضر بصدري وقال اللهم اهد قلبه وثبت لسانه قال فماشككت الحديث وصححه أيضا الحاكم في المستدرک عن ابن عباس قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم عليا رضي الله عنه الى اليمن فقال علمهم الشرائع واقض بينهم الحديث وصححه ثم قلد على شريحا الامام وأمانه فرض كفاية

فما اجتهد (ولا يوفق له) اذا كان مجتهدا (أو لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة) ان كان غير مجتهد وقال شمس الأئمة السرخسي في شرح أدب القاضي للخصاف دخل في القضاء قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون وترك الدخول فيه أصح وأسلم لانه يلتزم أن يقضى بحق ولا يدري أي قدر على الوفاء به أولا وفي ترك الدخول صيانة لنفسه وهذا اذا كان في البلد غير من يصلح للقضاء (فأما اذا كان هو الاهل دون غيره فحينئذ يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد) في حقهم (واخلاد العالم عن الفساد) في الحدود والقصاص فاذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه أمموان كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم والا فلا ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الاثم لادائه الى تضييع أحكام الله تعالى

(قوله فكان به بأس) أقول سبق من الشارح في أول فصل التنفيل أن قول من قال كلمة لا بأس تستعمل فيما يكون تركه أولى ليس مجرى على عومه (قوله كي لا يصير الدخول فيه شرطا أي وسيلة إلى مباشرة القبيح) أقول فيه بحث فان شرط مباشرة القبيح على ما ذكره ليس بالدخول في القضاء فلا يطابق المشروح ولا يبعد أن يدعى كون الدخول شرطا لصدق تعريفه عليه فتأمل (قوله الا ترى ان أبا حنيفة الخ) أقول فيه أن قصة أبي حنيفة لا تدل على جواز الدخول فيه ولو مكرها الا ترى أنها كرهه عليه ولم يدخل قال المصنف (والصحيح الخ) أقول فالحديث محمول على القاضي الجائر أو الطالب (قوله لانه قد يخطئ ظنه فيما اجتهد الخ) أقول فيه بحث فان المجتهد اذا أخطأ يثاب وعندى الا صواب أن يقال فلعله يخطئ ظنه أي ظنه قبل الدخول في القضاء بأنه يقضى بالحق اعلمه يخطئ اذ ربما يظهر الطمع الكامن الذي كان غافلا وغير ذلك من الغضب والتعصب والميل الى بعض الاشياء والخوف (قوله ان كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم) أقول أي لا يفصل الخصومات بين الناس كما ينبغي

قال (وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها) لقوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم

فقد قدمناه غير أن مقتضاه أن يكون الدخول فيه مستحبا وعبارة لا بأس أكثر استعمالها في المباح وما تركه أولى وحاصل ما هنا أنه ان لم يأمن على نفسه الخيف أى الجور أو عدم إقامة العدل كرهه الدخول كراهة تحريم لان الغالب الوقوع في محظوره حيث ذوان أمن أيجر خصه والترك هو العزيمة لانه وان أمن فالغالب هو خطأ ظن من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه فيؤخره عن الاستحباب هذا اذا لم تنحصر الاهلية فيه وان انحصرت صار فرض عين وعليه ضبط نفسه الا ان كان السلطان ممن يمكن أن يقصل الخصومات وينفخ لذلك وحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من جعل على القضاء فة تدبج بغير سكين حسنه الترمذى وأخرجه ابن عدى فى الكامل من حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من استقضى فة تدبج بغير سكين وحكى أن بعض القضاة استخف بهذا الحديث ثم دعاهم بسوى له لحيته فيمنها هو يخلو له تحت لحيته فى حلقومه اذ عطس القاضى فألقى الموسى رأسه وقد حاه فى التحذير من القضاء ما روى قد احتجته أبو حنيفة وصبر على الضرب والسجن حتى مات فى السجن وقال البحر عميق فكيف أعبره بالسباحة فقال أبو يوسف البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم فقال أبو حنيفة كائى بك قاضيا و قول أبي حنيفة كقول أبي قلابة ما وجدت القاضى الا كساجح فى بحر فكم يسبح حتى يفسرق وكان دعى للقضاء فهرب حتى أتى الشام فوافق موت قاضيا فهرب حتى أتى اليمامة واجتنبه كثير من السلف وقيد محمد بن الحسن بنىفا وثلاثين يوما ونيفا وأر بعين يوما ليقبله وقد أخرج مسلم عن أبي ذر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له يا أبا ذر انى أحب لك ما أحب لنفسى لا تأمرن على اثنين ولا تولين مال اليتيم وأخرج أبو داود عن أبي بردة عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاة ثلاثة اثنان فى النار وواحد فى الجنة رجل عرف الحق ففضى به فهو فى الجنة ورجل عرف الحق فلم يقض ورجل عرف الحق فهو فى النار ورجل لم يعرف الحق ففضى للناس على جهل فهو فى النار وروى صحيح ابن حبان عن عائشة رضى الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يدعى بالقاضى العادل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يمتنى أنه لم يقض بين اثنين فى عمره وأخرج الحاكم عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ولى عشرة فكم يكذبونهم بما أحبوا أو كرهوا حى به يوم القيامة مغالوة يداها الى عنقه فان حكم بما أنزل الله ولم يرتس فى حكمه ولم يخف فك الله عنه غله وان حكم بغير ما أنزل الله وارتشى فى حكمه وحاف فيه شددت بساره الى عينه ثم رمى به فى جهنم وروى النسائى عن مكحول لو خيرت بين ضرب عنق وبين القضاء لا خيرت ضرب عنق وأخرج ابن سعد فى الطبقات قال استعمل أبو الدرداء على القضاء فأصبح الناس يهنونه بالقضاء فقال آتهم نونى بالقضاء وقد جعلت على رأس مهواة منزلتها بعد من عدن آيين وأما ما فى البخارى سبعة يظلمهم الله فى ظله يوم لا ظل الا ظله امام عادل فلا ينافى حججه أو لا مغالوة يده الى عنقه الى أن يفكها عدله فيظلمه الله تعالى فى ظله فلا يعارض (قوله وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل الى نفسه الخ) أخرجه أبو داود والترمذى وابن ماجه من حديث أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولفظ أبي داود من طلب القضاء واستعان عليه وأخرجه الترمذى أيضا على أنس مرفوعا من ابغى القضاء وسأل فيه شفعاء وكل الى نفسه ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكا يسدده وقال حسن غريب وهو أصح من حديث اسرا ئيل بن يونس سند الاول وأصح من الكل

قال (وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها الخ) من صلح للقضاء ينبغى له أن لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسألها بلسانه لما روى أنس ابن مالك رضى الله عنه من قوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده وكل بالتخفيف أى فوض أمره اليها ومن فوض أمره الى نفسه لم يهد الى الصواب لان النفس أمارة بالسوء لان من طلب القضاء فقد اعتمد فقهه وورعه وذكاه وأعجب فيحرم التوفيق وينبغي أن لا يشتغل المرء بطلب ما لو نال يحرم به واذا أكره عليه فقد اعتمص بحبل الله مكسور والقلب بالا كراه على ما لا يجبه ورضاه وتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق

(ثم يجوز التقليد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل) لان الصحابة رضی الله عنهم تقلدوه من معاوية رضی الله عنه والحق كان يبدع على رضی الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وكان جازرا الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقليد بخلاف ما اذا كان يمكنه

حديث البصري قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الامارة فانك ان اوتيتها عن مسألة وكالت اليها وان اوتيتها عن غير مسألة أعنت عليها واذا كان طلب الولاية أن يوكل الى نفسه وجب أن لا يحصل لانه حينئذ معلوم وقوع الفساد منه لانه محذور (قوله ويجوز التقليد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضی الله عنهم تقلدوه من معاوية رضی الله عنه والحق كان يبدع على رضی الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج) هذا تصريح بجور معاوية والمراد في خروجه لافي أفضيته ثم اعيايتم اذا ثبت انه ولي القضاء قبل تسليم الحسن له وأما بعد تسليمه فلا ويسمى ذلك العام عام الحاجة واستتضى معاوية بأالدرداء بالشام وبهاتم وكان معاوية رضی الله عنه استشاره فبين بولي بعده فأشار عليه بفضالة بن عبيد الانصاري فولاه الشام بعده وقوله في نوبته نوبة علي التي ذكرها المصنف هي كونه رابعا بعد عثمان وقيد بنوبته احترازا عن قول الروافض انه كان أحق بها في سائر النوب حتى من أبي بكر رضی الله عنه وانما كان الحق معه في تلك النوبة لصحة بيعته وان عقادهما فكان على الحق في قتال أهل الجبل وقتال معاوية بتصفين وقوله عليه الصلاة والسلام لمارستك الفتنة الباغية وقد قتل أصحاب معاوية بصريح بانهم بغاة ولقد أظهرت عائشة رضی الله عنها الندم كما أخرجه ابن عبد البر في الاستيعاب قال قالت رضی الله عنها لابن عمر يا أبا عبد الرحمن ما منعك أن تنهاني عن مسيرى قال رأيت رجلا غلب عليك يعني ابن الزبير فقالت أما والله لو نهيته ما خرجت وأما الحجاج فعاله معروف في تاريخ البصري بسنده عن أبي اسحق قال كان أبو بردة بن أبي موسى على قضاء الكوفة فعزله الحجاج وجعل أخاه مكانه وأسنده في موضع آخر عن ضمرة قال استتضى الحجاج بأبردة بن أبي موسى وأجلس معه سعيد بن جبير ثم قتل سعيد بن جبير ومات الحجاج بعده بستة أشهر وفي تاريخ أصبهان للعافظ أي نعم عبد الله بن أبي مرجم الأموي ولي القضاء بأصبهان للحجاج فعزله الحجاج وأقام محبوسا بواسط فلما هلك الحجاج رجع الى أصبهان وتوفي بها وقال ابن القطان في كتابه في باب الاستسقاء طلحة بن عبد الله ابن عوف أبو محمد الذي يقال له طلحة الندي ابن أخي عبد الرحمن بن عوف تقلد القضاء من يزيد بن معاوية على المدينة وهو تابعي يروي عن ابن عباس وأبي هريرة وأبي بكر رضی الله عنهم وقوله (الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق) استثناء من قوله يجوز التقليد من السلطان الجائر (لان المقصود لا يحصل من التقليد) حينئذ وهو ظاهر هذا واذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة في بلاد المغرب الآن وبلنسية وبلاد الحبشة وأقروا المسلمين عندهم على مال يؤخذ منهم يجب عليهم أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولى قاضيا أو يكون هو الذي يقضى بينهم وكذا يصبوا لهم أمانا يرضى بهم الجمعة (فروع في العزل) للسلطان عزل القاضي بريبة وبلارية ولا يعزل حتى يبلغه العزل ويعزل نائبه بعزله بخلاف ما اذا مات القاضي يعزل نائبه وكثير من المشايخ على أن النائب لا يعزل بعزل القاضي لانه نائب للسلطان ويعزل القاضي بعزله نفسه اذا بلغ السلطان ومالم يبلغه لا يعزل كعزل الوكيل نفسه لا يعزل حتى يبلغ الموكل وقيل لا يعزل القاضي بعزل نفسه لان قضاءه صار حقا للعدالة فلا يمكن إبطاله وعن أبي يوسف لا يعزل بعزل السلطان حتى يأتي قاض آخر صيانة لحقوق الناس ومثله وصى القاضي اذا عزل نفسه بشرط علم القاضي ويجوز تعليق العزل بالشرط ومن صورها اذا كتب الخليفة اليه اذا وصلك كتابي هذا فأنت معزول لا يعزل حتى يصل اليه الكتاب ولم يجز تطهير الدين تعليق العزل وليس بشيء ويعزل خلفاء القاضي بموته ولا يعزل امرأ

(قوله ثم يجوز التقليد)

تفريع على مسألة القدوري يتبين أنه لا فرق في جواز التقليد لاهلين أن يكون المولى عادلا أو جائرا فكلما جاز من السلطان العادل جاز من الجائر وهذا لان الصحابة رضی الله عنهم تقلدوا القضاء من معاوية وكان الحق مع علي رضی الله عنه ما في نوبته دل على ذلك حديث عماد ابن ياسر وانما قيد بقوله (في نوبته) احترازا عما يقوله الروافض ان الحق مع علي رضی الله عنه في نوبة أبي بكر وعمر وعثمان رضی الله عنهم أجمعين وليس الامر كما قالوا بل أجمع الامة من أهل الحل والعقد على صحة خلافه ان خلفاء قبله وموضعه باب الامامة في أصول الكلام وعلماء السلف والتابعين تقلدوه من الحجاج وجوره مشهور في الآفاق وقوله (الا اذا كان لا يمكنه من القضاء) استثناء من قوله يجوز التقليد من السلطان الجائر فانه اذا كان لا يمكنه من القضاء (لا يحصل المقصود بالتقليد) فلا فائدة لتقليده بخلاف ما اذا كان يمكنه

(قوله احترازا عما يقوله

الروافض) أقول ويحتمل

أن يكون احترازا عن

خلافه معاوية استقلالا

قال (ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضي الذي كان قبله الخ) من ثوى القضاء بعد عزل آخر تسلّم ديوان القاضي الذي كان قبله والديوان هو الخراط التي فيها السجلات وغيرها من المحاضر والصلوك وكتاب نصب الاوصياء وتقدير النفقات لانها أى السجلات وغيرها انما وضعت في الخراط لتكون حجة عند الحاجة فيجعل في يده من له ولاية القضاء والا لتفيد وسمها حجة وان لم يكن المكتاب منفردا عن التذكير والبينة حجة لانها تؤل اليها بالتذكير ثم البياض أى الذي كتب فيه الحادثة ورقا كان أو رقلا يخلو عن أمور ثلاثة اما أن يكون من بيت المال أو من مال الخصوم أو من مال القاضي الاول فان كان الاول فوجه تسليم القاضي اياه ظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعله وقد انتقل الى المولى وكذا ان كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذته تدينا لا تعزولا وقوله في الصحيح في الصورتين (٤٦٢) احتراز عما قاله بعض المشايخ ان البياض اذا كان من مال الخصوم

قال (ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضي الذي كان قبله) وهو الخراط التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فيجعل في يده من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذته تدينا لا تعزولا ويبعث أمينين ليقبضاها بحضرة المعزول أو أمينه وبساله شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة كي لا يشته على المولى

الخليفة ولو قلدر رجل قضاء بلدة لها قاض هل يعزل الاول عن أبي يوسف لا يعزل قال في الخلاصة وهو الاشبه ولو شرط في القضاء شرطاً مثل أن لا يجتمع أمر أحد فخالف ان عزل وعن أبي حنيفة لا يتوك القاضي على القضاء أكثر من سنة ثم يعزله ويقول أشغلناك اذهب فاشتغل بالعلم ثم ائتنا (قوله ومن قلد القضاء يسأل) أى أول ما يبدأ به من الاعمال هذا وهو أن يسأل أى يطلب من القاضي المنعزل ديوانه ثم يفسر ديوانه بأنه (الخراط التي فيها السجلات وغيرها) من كتب الاوقاف وكتب نصب الاوصياء والمحاضر والصلوك وتقدير النفقات للانتماء وغيرهم مما اقتضاه الحال وانما يطلبه (لانها) انما وضعت عند القاضي (لتكون حجة) ووثيقة محفوظة (عند) القاضي اذا وقعت (الحاجة) الى الحجة ومعرفة الاحوال (فيجعل عنده من له ولاية النظر) في أمورهم وما كانت عند الاول الا لانه كذلك (ثم ان كان البياض) الذي كتب فيه القاضي ورقاً أو رقاً (من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال أرباب القضاة في الصحيح لانه رضى به) لانه للقاضي لانه ملك الذات (وقد انتقل) القضاء (الى) القاضي (المولى) وان كان ملك القاضي فكذلك في الصحيح لانه اتخذته تدينا ليحفظ به أمور الناس وحاجاتهم (لا تعزولا ويبعث) المولى (اثنين) أو واحداً مونا (ليقبضاها بحضرة المعزول أو) من (أمينه وبساله) أعني الامينين (المعزول شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة) مثلا الصكوك في خريطة والنفقات في خريطة وكتب الاوقاف في خريطة ليكون أسهل للتناول بخلاف ما اذا خلط الكل فان في الكشف عنه حيث عسر اشديداً وفي عرف ديوانه ليس عند القاضي صكوك الناس ولا

أعمال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه لانه ملكه أو وهبه ولكن الصحيح فيهما ما ذكر (قوله ويبعث أمينين) بيان لكيفية التسليم وهو أن يعث المولى رجلين من ثقائه وهو أحوط والواحد يكتفي (فيقبضاها بحضرة المعزول أو أمينه وبساله شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة على حدة كي لا يشته على المولى) وهذا لان السجلات وغيرها لما كانت موضوعة في الخراط بيد المعزول رجا لا يشته عليه ما يحتاج اليه وقت الطلب وأما المولى فلم يتقدم له عهد بذلك فان تركت مجتمعة تشته على

المولى فلا يتصل الى المقصود وقت الحاجة أو يتعسر عليه ذلك

كتب

(قوله واللاتفيد) أقول يعنى فائدتها المطلوبة منها (قوله لانها تؤل اليها بالتذكير) أقول لم يذ كر البينة لان الحجة عند قيام البينة هي البينة لا الكتاب الشرعي بخلاف صورة التذكير فانه لما كان سبب التذكير الذى هو الحجة حقيقة جعل حجة فتأمل فان في عبارة تؤل اليها فروع سهو عما قلنا ولكن الامر سهل بقى ههنا بحث لان الحجة بالتذكير انما تكون بالنسبة الى القاضي الذى وضعها فيها ووقعت الحادثة بين يديه فلا فائدة في تسليم القاضي الجديد اياها (قوله لانه ملكه أو وهبه له) أقول لو اقتصر على قوله لانه ملكه لان تنظيم الصورتين وانما ذكر قوله أو وهبه له تشبيها على طريق تملكه اندر بما يحتج على بعض الافهام فتأمل ثم قوله لانه ملكه أى في الثاني وقوله أو وهبه له أى في الاول

وأما ههنا فان الحق للغائب ثابت يبين نظرا الى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا تكون الكفاية لامر موهوم وقيل أخذ الكفيل ههنا أيضا على الخلاف فلا يحتاج الى فرق وقد كفي المحيط الصحيح ان أخذ الكفيل ههنا بالاتفاق فالفرق المذكور يكون محتاجا اليه وان قال لا كنفيل لي أولا أعطى كفيله لانه لم يجب على شئ نادى عليه شهرا ثم خلاه لأن طلب الكفيل كان احتياطا فاذا امتنع احتياط بوجه آخر وهو يحصل بالنداء عليه شهرا (وينظر المولى في الودائع وارتفاع الوقوف) لانه نصب ناظرا في أمور الناس (فيجعل في المذكور على) حسب ما تقوم به البيئته أو باعتراف من هو بيده) لانه لا بد لعمله من جهة (وكل ذلك جهة ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة إلا أن يعترف ذواليدان المعزول سلمها اليه فيقبل فيها قول المعزول لانه باقرار ذى اليد ثبت ان اليد كانت للمعزول فيصح اقرار المعزول به كأنه بيده للحال) ولو كان بيده عما تصح اقراره به فكذا اذا كان بيده مودعه لان يدا المودع كيدا المودع (الاذا بدأ ذواليد بالقرار تغير من أقره القاضى فانه يسلم الى المقر له الاول (٤٦٤) لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضى باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة

القاضى) والحاصل ان هذه المسئلة على خمسة أوجه وذلك لان من بيده المال اما ان يقر بشئ مما أقر به المعزول أو يجحد كله فان كان الثاني فالقول قوله ولا يجب بقول المعزول عليه شئ وان كان الاول فاما ان يقول دفعه القاضى الى وهو لفلان بن فلان من أقر له القاضى وهو المذكور في الكتاب أو لا بتعليه واما ان يقول دفعه القاضى الى ولا أدري لمن هو وحكمه حكم المذكور في الكتاب والتعليل التعليل واما ان يقول دفعه الى القاضى المعزول وهو لفلان غير من أقره القاضى وحكمه ما تقدم لانه لما بدأ بالدفع من القاضى فقد أقر باليد فصار كأنه المال في يده لما مر ثم أقر أنه

(وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيجعل فيه على ما تقوم به البيئته أو يعترف به من هو في يده) لان كل ذلك جهة (ولا يقبل قول المعزول) لما بيناه (الأأن يعترف الذى هو في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها) لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضى فيصح اقرار القاضى كأنه في يده في الحال الا اذا بدأ بالقرار لتغيره ثم أقر بتسليم القاضى فيسلم ما في يده الى المقر له الاول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضى باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضى

فينادى عليه وصفته أن يأمر كل يوم اذا جلس مناديا ينادى في محله من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليات الى القاضى يفعل ذلك أياما فاذا حضر وادعى وهو على جوده ابتداء الحكم بينهما وان لم يحضر أخذ منه كفيلا بنفسه اذعله محبوس بحق لغائب وأمارته انه في حبس قاض والظاهر أنه بحق فان قال لا كنفيل لي وأبى أن يعطى كفيلا وجب أن يحتاط فورا آخر من الاحتياط فينادى شهران لم يحضر أحد أطاعه وقيل أخذ الكفيل هنا قوله ما أعلى قول أبي حنيفة فلا كما قال في أصحاب الميراث اذا قسموا على ما سبأني والمختار ان أخذ الكفيل هنا اتفاق والفرق لابي حنيفة ان المال ظاهر احق لهذا الوارث وفي ثبوت وارث آخر شك فلا يجوز تأخير حقه الى زمان حصول الكفيل لامر موهوم وههنا الظاهر ان حبسه بحق لظهور أن فعل القاضى بحق ولكنه مجهول فليس أخذ الكفيل لموهوم ولو قبل قبل النظر الى هذا الظاهر يجب أن لا يطلقه بقوله اني مطلوب حتى تضى مدة يطلق فيها مدعى الاعسار كان جيدا (قوله وينظر في الودائع وارتفاع الاوقاف) الكائنة تحت أيدي أمناء القاضى والذي في ديارنا من هذا أن أموال الاوقاف تحت أيدي جماعة يوليهم القاضى النظر أو المباشرة فيها وودائع اليتامى تحت يدا الذي يسمى أمين الحكم (فيجعل) فيها (على) حسب (ما تقوم به البيئته) انه لفلان أو غير ذلك (أو يعترف) الذى هو في يده (ولا يقبل قول المعزول) على من هي في يده اذا أنكرو وقال هي لي الا بيئته (لما بينا) انه الحق بواحد من الرعايا بخلاف القاضى لانه هو المخصوص بان يتكفى بقوله في الالزام حتى ان الخليفة الذى قلد القاضى لو أخبر القاضى انه شهد عنده الشهود بكذا الاية قضى به حتى يشهد عنده الخليفة مع آخر (والواحد لا يقبل قوله) (الأأن يعترف الذى في يده ان) القاضى (المعزول سلمها اليه)

لفلان وهو لا يصح واما ان يقول هو لفلان لان غير من أقره القاضى ودفعه الى القاضى وهو المذكور في الكتاب آخر فيثبت وحكمه ان المال يسلم الى المقر له أولا لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضى باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضى ان كان مثلها وقيمتها ان كان قيميا وهذا ان اقراره الاول لما صح وجب تسليم المال الى المقر له واذا قال بعد ذلك دفعه الى القاضى وهو يقول لفلان آخر فقد أقر ان اليد كانت للقاضى وباقراره لغير من أقره القاضى أنف المال على من أقره القاضى فكان ضامنا للمثل أو القيمة كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر والشهد وغيره وفيه نظران الاقرار الاول اما ان يبطل ما بعده أولا وعلى كل واحد من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدأ ذواليد بالدفع من القاضى وبين ما بدأ بالقرار للغير لشمول الضمان أو لشمول العدم ولم أر أحدا ذكر الضمان للمقر له

(قوله فان الحق للغائب ثابت يبين نظرا الى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا تكون الكفاية لامر موهوم وقيل أخذ الكفيل ههنا أيضا على الخلاف فلا يحتاج الى فرق وقد كفي المحيط الصحيح ان أخذ الكفيل ههنا بالاتفاق فالفرق المذكور يكون محتاجا اليه وان قال لا كنفيل لي أولا أعطى كفيله لانه لم يجب على شئ نادى عليه شهرا ثم خلاه لأن طلب الكفيل كان احتياطا فاذا امتنع احتياط بوجه آخر وهو يحصل بالنداء عليه شهرا (وينظر المولى في الودائع وارتفاع الوقوف) لانه نصب ناظرا في أمور الناس (فيجعل في المذكور على) حسب ما تقوم به البيئته أو باعتراف من هو بيده) لانه لا بد لعمله من جهة (وكل ذلك جهة ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة إلا أن يعترف ذواليدان المعزول سلمها اليه فيقبل فيها قول المعزول لانه باقرار ذى اليد ثبت ان اليد كانت للمعزول فيصح اقرار المعزول به كأنه بيده للحال) ولو كان بيده عما تصح اقراره به فكذا اذا كان بيده مودعه لان يدا المودع كيدا المودع (الاذا بدأ ذواليد بالقرار تغير من أقره القاضى فانه يسلم الى المقر له الاول (٤٦٤) لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضى باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضى) والحاصل ان هذه المسئلة على خمسة أوجه وذلك لان من بيده المال اما ان يقر بشئ مما أقر به المعزول أو يجحد كله فان كان الثاني فالقول قوله ولا يجب بقول المعزول عليه شئ وان كان الاول فاما ان يقول دفعه القاضى الى وهو لفلان بن فلان من أقر له القاضى وهو المذكور في الكتاب أو لا بتعليه واما ان يقول دفعه القاضى الى ولا أدري لمن هو وحكمه حكم المذكور في الكتاب والتعليل التعليل واما ان يقول دفعه الى القاضى المعزول وهو لفلان غير من أقره القاضى وحكمه ما تقدم لانه لما بدأ بالدفع من القاضى فقد أقر باليد فصار كأنه المال في يده لما مر ثم أقر أنه

فأبى الوجه الرابع ويمكن أن يجاب عنه بأن الاقرار الاول ان كان باليد يختار ابطال ما بعده والا فلا وذلك لان الاقرار من لايده
لصدوره عن الاجنبى عن المقر به فاسد فاذا أقر باليد لشخص ثم أقر بعده بالملك لغيره بطل اقراره الثانى لصدوره عن لايملكه وانما أقر
بالملك لغيره بما فى يده صح اقراره ثم بالقرار باليد لغيره يريد أن يبطل (٤٦٥) الاول وليس له ذلك لكونه اقرارا فى حق

غيره ولكنه يسمع فى حق
المودع لكونه اقرارا على
نفسه باتلاف حقه باقراره
لغيره فى وقت يسمع منه ذلك
والله أعلم قال (ويجلس
للحكم جلوسا ظاهر فى
المسجد الخ) الحاكم يجلس
للقضاء جلوسا ظاهر فى
المسجد كى لا يتستره كانه عن
الغرباه وبعض المقيمين
وروى عن أبى حنيفة رحمه
الله أنه قال والمسجد الجامع
أولى لانه أشهر وأرقى بالناس
قال الامام على السبزوئى
هذا اذا كان الجامع فى وسط
البلدة وأما اذا كان فى طرف
منها يختار مسجدا فى وسطها
كى لا يلحق بعض الخصوم
زيادة مشقة بالذهاب اليها
وقال الشافعى رحمه الله بكرة
الجلوس فى المسجد لفصل
الخصومة لانه يحضره
المشرك وهو نجس لقوله
تعالى انما المشركون نجس
ويحضره الحائض وهى
ممنوعة عن الدخول فى
المسجد وفصل مالك بين
ما كان الحاكم فى المسجد
فيتقدم اليه الخصمان
وبين الذهاب اليه لفصل
الخصومة ولم يكره الاول
وكره الثانى ولتأماروى

قال (ويجلس للحكم جلوسا ظاهر فى المسجد) كى لا يشبهه مكانه على الغرباه وبعض المقيمين والمسجد
الجامع أولى لانه أشهر وقال الشافعى رحمه الله بكرة الجلوس فى المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو
نجس بالنص والحائض وهى ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام انما بنيت المساجد
لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة فى معتكفه وكذا الخلفاء
الراشدون كانوا يجلسون فى المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها فى المسجد
كالصلاة

فحينئذ ما أن يقول سلمها الى ولا أدري لمن هى أو يقول سلمها الى وقال هى لفلان بن فلان وهو الذى أقره
القاضى المعزول فى هذين يقبل قول المعزول فيما لانه ثبت باقراره من فى يده أن اليد فيها كانت للقاضى
فقبل اقرار القاضى فيها كالمو كانت فى يده حال اقراره أو بقوله دفعه الى القاضى المعزول وهو لفلان
وقال المعزول بل لفلان رجل آخر فقول ما قال المعزول ويدفع لمن أقر به لانه أقر باليد للقاضى فصار
كان المال فى يده فأقر به لواحد وأقر به لهذا الرجل الآخر وفيه يكون القول قول القاضى فكذا هذا
أوبدا بالقرار لفلان فقال هو افلان بن فلان ثم قال دفعه الى القاضى فى هذا يوم بالتسليم الى من أقره
الامين ويضمن مثله ان كان مثليا أو قيمته للمعزول فيدفعه المعزول الى من أقر به لانه لم يبدأ بالقرار صرح
اقراره ولزم لانه أقر بما هو فى يده فلما قال دفعه الى القاضى فقد أقر أن اليد كانت للقاضى والقاضى يقرب به
لغير من أقره به لانه فيصير هو متلفا لذلك على من أقره القاضى باقراره لغيره فيضمنه هذا وأما لو شهد
قوم أنهم سمعوا القاضى الاول يقول استودعت فلانا مال فلان اليتيم وعهد من فى يده أو شهدوا على بيعه
مال فلان اليتيم فانه يقبل ويؤخذ المال لمن ذكره وكذا الوصيات الاول واستقضى غيره فشهد بذلك
ففرع يناسب هذا لو شهد شاهدان أن القاضى قضى لفلان على فلان بكذا أو قال القاضى لم أقض
بشئ لا تجوز شهادتهم معا عندهما ويعتبر قول القاضى وعند محمد تقبل وينفذ ذلك (قوله ويجلس للحكم
جلوسا ظاهرا كى لا يشبهه مكانه على الغرباه وبعض المقيمين) وفى الخلاصة ولا يتعب نفسه فى طول
الجلوس ولكن يجلس فى طرفى النهار وكذا المنقضى والفقهاء (والمسجد الجامع أولى لانه أشهر) ثم الذى
تقام فيه الجماعات وان لم تصل فيه الجمعة قال فخر الاسلام هذا اذا كان الجامع فى وسط البلدة أما اذا كان فى
طرف منها فلا لزوم زيادة المشقة على أهل الشقة المقابلة فالأولى أن يختار مسجدا فى وسط البلد وفى السوق
ويجوز أن يحكم فى بيته وحيث كان الا أن الاول ما ذكرنا وبقولنا قال أحمد ومالك فى الصحيح عنه (وقال
الشافعى بكرة الجلوس فى المسجد للقضاء لانه أى القضاء يحضره المشرك وهو نجس بالنص) قال
تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد (والحائض وهى ممنوعة عن دخوله) ولان المساجد بنيت
للسلاة والذكر والخصومات تقترب بالمعاصى كثير من اليمين الغموس والكذب فى الدعاوى (ولنا)
ما فى الصحيحين من حديث اللعان من حديث سهل بن سعد وفيه فتلا عننا فى المسجد وأنا شاهد ولا بد من
كون أحدهما كاذبا حائشا فى يمين غموس وفى الصحيحين أيضا عن كعب بن مالك انه تقاضى ابن أبى حردرد
دينا كان له عليه فى المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى بيته
فخرج اليهما حتى كشف حجرتهم فنادى يا كعب فقال لبيك يا رسول الله فأشار بيده أن يضع الشطر

(٥٩ - فتح القدير خامس) أن صلى الله عليه وسلم قال انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله
صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة فى معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون فى المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء بالحق
من أشرف العبادات فيجوز فى المسجد كالصلاة

(قوله وروى عن أبى حنيفة انه قال والمسجد الجامع أولى) أقول يعنى انه قال والمسجد عطف على الكلام السابق

ونجاسة المشرك في اعتقاده لافي ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي إليها
أولى باب المسجد أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في
داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها

من دينك قال كعب قد فعلت يا رسول الله قال قم فاقضه وأخرج الطبراني مسند إلى ابن عباس قال
بينما رسول الله صلى الله عليه وسلم يحطبن يوم الجمعة إذ أتى رجل فتحطى الناس حتى قرب إليه فقال
يا رسول الله أقم على الحد فقال اجلس فجلس ثم قام الثانية فقال يا رسول الله أقم على الحد فقال اجلس
فجلس ثم قام الثالثة فقال يا رسول الله أقم على الحد قال وما حدك قال أتيت امرأة حراما فقال صلى الله
عليه وسلم لعليّ وابن عباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضى الله عنهم انطلقوا به فاجلدوه ولم يكن
تزوج فقيل يا رسول الله ألا تجد التي خبث بها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم من صاحبك قال
فلا إني قد عاها ثم سألتها فقال يا رسول الله كذب عليّ والله اني لا أعرفه فقال صلى الله عليه وسلم من
شاهدك فقال يا رسول الله مالي شاهد فأمر به فجلد حد الفرية ثمانين جلدة وأمان الخلفاء الراشدين
كأنوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات فنقل بالمعنى يعني وقع منهم هذا ولا يكاد يشك في أن عمر
وعثمان رضى الله عنهم ما وقع لهم ما ذلك ومن تتبع السير رأى من ذلك شيئا كثيرا في البخاري لا عن عمر عند
منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأسند الامام أبو بكر الرازي إلى الحسن أنه رأى عثمان يقضى في المسجد
وذكر القصة في ذلك فاقبل انه غريب مبنى على أن المراد رواية هذا اللفظ وليس كذلك وفي الطبقات
لابن سعد بنده إلى ربيعة بن أبي عبد الرحمن انه رأى أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم يقضى في المسجد
عند القبر وكان على القضاء بالمدينة في ولاية عمر بن عبد العزيز وأسند إلى سعيد بن مسلم بن بابك قال
رأيت سعد بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يقضى في المسجد وكان قدولى قضاء المدينة وإلى محمد
ابن عمر قال لما ولي أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم امرأة المدينة لعمر بن عبد العزيز ولي أبا طولة
القضاء بها فكان يقضى في المسجد قال أبو طولة ثقة يروي عن أنس بن مالك وإلى اسمعيل بن أبي خالد
قال رأيت شريحا يقضى في المسجد وإلى الأسود بن شيبان قال رأيت الشعبي وهو يومئذ قاضي الكوفة
يقضى في المسجد وكل قضاء صدر من هؤلاء كان بين السلف مشهورا وفيهم الصحابة والتابعون ولم يرو
انكاره عن أحد وأما الحديث الذي ذكره المصنف انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم فلم يعرف وانما
أخرج مسلم حديث الاعرابي الذي قام بسول في المسجد فقال أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم مه
فقال صلى الله عليه وسلم لا تزموه دعوه فتر كوه حتى يال ثم دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان
هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر وانما هي لذكر الله تعالى والصلاة وقرآءة القرآن قال
وأمر رجلا من القوم فدعا بدم من ماء فشنه عليه وأما نجاسة المشرك في الاعتقاد على معنى التشبيه
(والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي إليها القاضي) أو يرسل نائبه (كلو كانت الدعوى في دابة ولو جلس
في داره فحسن به) شرط (أن يأذن للناس) على العموم ولا يمنع أحد من الناس لان لكل أحد حقا
في مجلسه وعلى قياس ما ذكرنا في المسجدان الاولي أن يكون في وسط البلد وفي الميسر ولا يقضى
وهو عشي أو يسير على دابته لانه ان ذلك غير معتدل الحال ولما فيه من الاستخفاف بالقضاء ولانه مشغول
عما هو فيه ولا بأس بأن يتكئ لانه نوع جلسة كالتربع وغيره وطباع الناس في الجلوس مختلفة وينبغي
أن لا يقضى وهو غضبان أو فرحان أو جائع أو عطشان أو مهموم أو ناعس أو في حال برد شديد أو حر أو وهو
يدافع الاخبثين أو به حاجة الى الجماع والحاصل انه لا يقضى حال شغل قلبه وأصل حديث لا يقضى
القاضي وهو غضبان معلول به ولا ينبغي أن يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس ولا يسمع من رجل
يحتج فأكثرا لا أن يكون الناس قليلا ولا يقدم رجلا جاءه الاخر قبله ولا يضرب في المسجد حدا ولا

(قوله ونجاسة المشرك)
جواب عن دليل الشافعي
وتقرر به نجاسة المشرك في
اعتقاده لافي ظاهره فانه
ثبت أن النبي صلى الله عليه
وسلم كان ينزل الوفود في
المسجد (فلا يمنع من دخوله)
اذ لا يصيب الارض منه
شيء (والحائض تخبر بحالها
فيخرج القاضي إليها أولى
باب المسجد أو يبعث القاضي
من يفصل بينها وبين خصمها
كما إذا كانت الخصومة في
الدابة) فان قيل يجوز أن
تكون الحائض غير مسلمة
لا تعتمد حرمة الدخول في
المسجد فتخبر عن حالها قلنا
الافتقار ليسوا بمخاطبين
بفروع الشرائع فلا بأس
بدخولها (ولو جلس القاضي
في داره لا بأس بذلك) قال
الامام فخر الاسلام اذا كان
داره في وسط البلدة كان تقدم
في المسجد فاذا جلس فيها
يأذن للناس في الدخول
إليها لان لكل أحد حقا في
مجلسه

(ويجلس معه من كان يجلس معه لو كان في المسجد) حتى يكون أبعدهم من التهمة (اذنى الجلوس وحده تهمة) الظلم وأخذ الرشوة قال (ولا يقبل هدية الامن ذى رحم محرّم منه الخ) الحاكم لا يقبل الهدية الامن ذى رحم محرّم له أو ممن جرت عادته بالمهاداة قبل القضاء أما انه لا يقبل الهدية فلا تهمه من جواب القضاء اذ لم يكن على صفة المستثنى وهو حرام والاصل في ذلك ما روى البخارى باسناده الى عروة بن الزبير عن ابي حنيفة الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا من الازديقال له ان الاتية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدي لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهل اجلس في بيت أبيه أو بيت أمه (٤٦٧) فينظر أي هدى له أم لا واستعمل

عمر رضى الله عنه بأهريّة رضى الله عنه فقدم عمال فقال من أين لك هذا فقال نتاجت الخيول وتلاحقت الهدايا فقال أى عدو الله هلا فعدت في بيتك فتنظر أي هدى اليك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال فعرضا ان قبول الهدية من الرشوة اذا كان بهذه الصفة وأما القبول من ذى رحم محرّم ولا خصومة له فانه من جواب القرابة وهو مندوب الى صلة الرحم وفي الرد معنى القطعية وهو حرام ولفظ الكتاب أعم من أن يكون بينهما مهاداة قبل القضاء وأن لا يكون وعبارة النهاية تدل على ان المهاداة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالأجنبي وأما القبول ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته ولم يزد فانه ليس بأكل على القضاء بل هو جرى على العادة حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة والحاصل ان المهدي للقاضي اما أن يكون ذا خصومة أولا والاو لا يجوز قبول هديته مطلقا

ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة قال (ولا يقبل هدية الامن ذى رحم محرّم أو ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته) لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما لو اراء ذلك بصيرا كلابقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة لانه لا جمل القضاء فيهما

تعزير (و) ينبغي أن يجلس معه من كان يجلسه قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة (الرشوة والظلم وروى أن عثمان رضى الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربع من الصحابة ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم وكان أبو بكر يحضر وعثمان وعليما حتى قال أجد يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشك عليه وفي المبسوط فان دخله حصر في قعودهم عنده أو شغله عن شئ من أمور المسلمين جلس وحده فان طباع الناس يختلفونهم من يمنعه حشمة الفقهاء من فصل القضاء ومنهم من يزداد قوة على ذلك فاذا كان ممن يدخله حصر جلس وحده وفي المبسوط ما حاصله انه ينبغي للقاضي أن يعتذر للقضى عليه وبين له وجه قضائه وبين له انه فهم حجته ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضى القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك أدفع لشكائته للناس ونسبته الى انه جار عليه ومن يسمع محل فربما تفسد العامة غرضه وهو يرى عواذاً أمكن إقامة الحق مع عدم ايقار الصدور كان أولى (قوله ولا يقبل الهدية) الحاصل أن المهدي امله خصومة أولا فان كانت لا يقبل منه وان كان له عادة بمهاداته أو ذار رحم محرّم وان لم يكن خصومة فان لم يكن له عادة بذلك قبل القضاء بسبب قرابة أو صداقة لا ينبغي أن يقبل وان كان له عادة بذلك جاز بشرط أن لا يزد على المقدار المعتاد قبل القضاء فان زاد لا يقبل الزيادة وذلك فخر الاسلام إلا أن يكون مال المهدي قد زاد بقدر ما زاد ماله اذا زاد في الهدية لأبأس بقبولها وهذا يقتضى أن لا يقبل الهدية من القريب الا اذا كان له عادة بالمهاداة كغيره فان لم يكن للقريب قبل القضاء عادة فأهدى بعد القضاء لا يقبل وعبارة الهداية مع القدوري حيث قال ولا يقبل الهدية الامن ذى رحم محرّم أو ممن له عادة قبل القضاء تفيد قبولها من القريب الذي ليس له عادة بالمهاداة قبل اذ لم تكن خصومة والوجه هو ظاهر النهاية ثم صرح في مسألة الدعوة عن شيخ الاسلام بأنه لا فرق بين القريب والبعيد في أنه لا يقبل هديته الا اذا كان له عادة نعم يمكن أن يقال في القريب الذي ليس له عادة بمهاداة قبل القضاء ان كان ذلك لفقير ثم أيسر بعد ذلك بعد ولا يهقر بيه قصار مهدي اليه جاز لان الظاهر ان المانع ما كان الا الفقرو وهذا على شبه قول فخر الاسلام في الزيادة اذا أكثر ماله ثم اذا أخذ الهدية في موضع لا يباح أخذها قبل يضعها في بيت المال لانها بسبب عمله لهم وعامتهم على أنه يرد على أربابها ان عرفهم واليه أشار في السير الكبير وان لم يعرفهم أو كانوا بعيدا حتى تعذر الرد ففي بيت المال ويكون حكمها حكم اللقطة فان جاء المالك يوما يعطاها وكل من عمل للمسلمين عملا حكمه في الهدية حكم القاضي وفي شرح الاقطع الفرق بين الرشوة والهدية ان الرشوة يعطيه بشرط

أى سواء كان قريبا أو مهاديا يقبل القضاء أو لم يكن والثاني اما أن يكون قريبا أو ممن جرت له العادة بذلك أولا والثاني كذلك لانه أكل بالقضاء فيجاء ماله والاو لا يجوز قبوله ان لم يزد من له العادة على المعتاد وقال الامام فخر الاسلام ان زاد على المعتاد عندما زاد ماله لا يتقدر ما زاد في المال لأبأس بقبوله ثم ان أخذ القاضي ماله له أخذ ما يرضى به اختلف المشايخ فبعضهم قالوا يرضع في بيت المال وعامتهم قالوا يرد على أربابها ان عرفهم واليه أشار في السير الكبير وان لم يعرفهم او يعرفهم الا ان الرد يتعذر لبعدهم يضعها في بيت المال وحكمه حكم اللقطة وانما يرضع في بيت المال لانه انما أهدي اليه لعله وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم

(ولا يحضر القاضي دعوة إلا أن تكون عامة) قبل وهي ما تكون فوق العشرة وما دونه خاصة وقبل دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة وذكر المصنف (٤٦٨) ان الدعوة الخاصة هي ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها وهو اختيار

شمس الأئمة السرخسي رحمه الله واطلاق لفظ التبروي لا يفصل بين القريب وغيره وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله انه يجب دعوة القريب وان كانت خاصة كالهدية وقبل في الفرق لهما بين الضيافة والهدية حيث يجوز قبول هدية ذي الرحم المحرم ولم يجوز حضور دعوته ان ما قالوا في الضيافة محمول على قرب لم يكن بينهم مائة دعوة ولا مهادة قبل القضاء وانما أحدث بعده وما ذكره في الهدية محمول على ما اذا كان بينهم ما مهادة قبل القضاء صلة للرحم وذكر صدر الاسلام أبو اليسر اذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي أن لا يجيب القاضي دعوته وان كانت عامة لانه يؤدي الى اذناء الخصم الاخر أو الى التهمة قال (ويشهد الجنازة ويعود المريض الخ) الحاكم يشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم قال صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم سنة حقوق روى أبو أيوب رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمسلم على المسلم سنة خصال واجبة

ولا يحضر دعوة إلا أن تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء فيتهم بالاجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما عن محمد رحمه الله انه يجيبه وان كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال (ويشهد الجنازة ويعود المريض) لان ذلك من حقوق المسلمين قال عليه الصلاة والسلام للمسلم على المسلم سنة حقوق وعدهمنا هذين ان يعينه والهدية لا شرط معها انتهى والاصل في ذلك ما في البخاري عن أبي حميد الساعدي قال استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الازديت قال له ان التسمية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا لي قال عليه الصلاة والسلام هلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أي هدى له أم لا قال عمر بن عبد العزيز كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ذكره البخاري واستعمل عمر رضي الله عنه أبا هريرة فقدم بحال فقال له من أين لك هذا قال تلاحت الهدايا فقال له عمر رضي الله عنه أي عدو لله فلا تعدت في بيتك فتتظر أي هدى لك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم دلائل على تحريم الهدية التي سبها الولاية ولهذا لو زاد المهدي على المعتاد وكانت له خصومة كره عندنا وعند الشافعي هو محرم كالرشوة هذا ويجب أن يكون هدية المستقرض للقرض كالهدية للقاضي ان كان المستقرض له عادة قبل استقراره فأهدى الى المقرض فلما قرض أن يقبل منه فدرما كان يهديه بلا زيادة (قوله) ولا يحضر دعوة الا اذا كانت عامة) يعني ولا خصومة صاحب الولاية العامة (ويدخل في هذا الجواب قريبه) فلا يجيب دعوته الا اذا كانت عامة ولا خصومة له (وعن محمد يجيب قريبه وان كانت خاصة) هكذا حكى الخلف الطحاوي وقال الخفاف يجيب الخاصة اقربيه بلا خلاف لصلته بالرحم وعلى تقدير الخلاف طولب بالفرق في القريب بين الهدية قال يقبل منه مطلقا ولم يفصل بين جرى العادة وغيره وفي الدعوة فصل بين العامة والخاصة كما ذكر في المتن قال شيخ الاسلام قالوا ما ذكر في الضيافة محمول على ما اذا كان المحرم لم يجز بينهما الدعوة والمهارة وصلة القرابة وأحدث بعد القضاء ذلك فاذا كانت الحالة هذه فهو والاجنبى سواء وما في الهدية محمول على انه كان جرى بينهم المهارة وصلة القرابة قبل القضاء فاذا أهدى بعد القضاء لا بأس بقبوله انتهى فقد آل الحال الى أنه لا فرق بين القريب والغريب في الهدية والضيافة سوى ذلك الامكان الذي قد نما واختلف في الخاصة والعامة فقبل ما دون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة وقال المصنف (الخاصة) هي التي لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها) والعامة هي التي يتخذها يحضرها القاضي أولا وعندي أن ما حكى عن القاضي أبي علي النسفي وهو ان العامة دعوة العرس والختان وما سواها خاصة حسن فان الغالب هو كون الدعوة العامة هاتين وربما مضى عمر ولم يعرف من اصطنع طعاما عاما ابتداء لعامة الناس بل ليس الالهاتين الخصلتين أو لمخصوص من الناس ولانه أضبط فان معرفة كون الرجل لو لم يحضر القاضي لم يصنع أو يصنع غير محقق فانه أمر مبطن وان كان عليه لو أنح ليس كضبط هذا ويكفي عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ما ذكر النسفي والله أعلم وعند الشافعي وأحمد يحضره الولاء مطلقا لانه صلى الله عليه وسلم كان يحضر وهو الذي كان يقضى قلنا كان صلى الله عليه وسلم معلوم العصمة عند الكل لا يحضره حضور ولا قبول هدية فلقد أبدت (قوله) ويشهد الجنازة ويعود المريض المراد مريض لا خصومة له والا لا يعود وانما وجب ذلك لما روى مسلم عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حق المسلم على المسلم خمس رد السلام وتشميت العاطس واجابة الدعوة وعبادة المريض واتباع الجنائز واذا استعصمك فانصحه فهذه هي السادسة ورواه ابن حبان وقال فيه واذا ان ترك شيئا منها فقد ترك حقا واجبا عليه اذا دعاه أن يجيبه واذا مرض أن يعود واذا مات أن يحضره واذا القيه عطس أن يسلم عليه واذا استعصمك أن ينصحه واذا عطس أن يشتمه كذا في تشبيه الغافلين

ان ترك شيئا منها فقد ترك حقا واجبا عليه اذا دعاه أن يجيبه واذا مرض أن يعود واذا مات أن يحضره واذا القيه عطس أن يسلم عليه واذا استعصمك أن ينصحه واذا عطس أن يشتمه كذا في تشبيه الغافلين

(ولا يضيف أحد الخصمين لانه عليه الصلاة والسلام) روى عن علي رضي الله عنه أنه قال إنها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نصف الخصم إلا أن يكون خصمه معه (ولأن الضيافة والخلوة تورث التهمة) قال (وإذا حضر أسوي بينهما الخ) إذا حضر الخصمان بين يدي القاضي فإن كان أحدهما من ولاة والاخر فقيرا أو كانا أبوابنا (٤٦٩) يسوي بينهما في المجلس فيجلسان

بين يديه على الأرض لانه لو أحلسهما في جانب واحد كان أحدهما أقرب إلى القاضي فتقوم التسوية ولو أحلس أحدهما عن يمينه والاخر عن يساره فكذلك

لفضل اليمين وان خاصم رجل السلطان إلى القاضي فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الأرض يقوم القاضي من مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد على الأرض ثم يقضى بينهما ما كى لا يكون مفضلا لأحد الخصمين على الاخر وفيه دليل على أن القاضي يجوز له أن يحكم على من ولاة وكذلك يسوي بينهما في الاقبال وهو التوجه والنظر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر قال (ولا يسأرا أحدهما ولا يشير اليه) لا يكلم القاضي أحد الخصمين سرا ولا يشير اليه ولا يرأسه ولا يحاجبه (ولا يلقنه حجة ولا يضحك في وجهه لان في ذلك كله تهمة) وعليه الاحتراز عنها (ولان فيه كسر القلب الاخر فيخصيه عن طلب

(ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) لان النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن ذلك ولان فيه تهمة قال (وإذا حضر أسوي بينهم ما في الجلوس والاقبال) لقوله عليه الصلاة والسلام إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر (ولا يسأرا أحدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة) للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الاخر فيترك حقه (ولا يضحك في وجه أحدهما) لانه يجترى على خصمه (ولا يمازحهم ولا واحدا منهم) لانه يذهب بمهابة القضاء

عظم فحمد الله يشتمه وروى البخاري في كتابه المفسر في الادب من حديث عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الاقري قال كنا غزاة في البحر زمن معاوية فانضم مركبنا إلى مركب أبي أيوب الأنصاري فلما حضر غدا أو أرسنا إليه فأتانا وقال دعوتوني وأنا صائم فلم يكن لي بد من أن أجيئك لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان للسلام على أخيه من خصال واجبة ان ترك شيئا منها فقد ترك حقا واجبا عليه لا يخيه يسلم عليه اذ لقيه ويجيبه اذا دعاه ويشتمه اذا عطس ويعوده اذا مرض ويحضره اذا مات وينحبه اذا استنحبه ولا يدمن حمل الوجوب فيه على الاعم من الوجوب في اصطلاح الفقه الحادث فان ظاهره وجوب الابتداء بالسلام وكون الوجوب وجوب عين في الجنازة فالمراد به أمر ثابت عليه أعم من كونه ندبا أو وجوبا بالاصطلاح (قوله ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) الاخر لما روى اسحق بن راهويه في مسنده عن الحسن قال جاء رجل فنزل على علي رضي الله عنه فأضافه فلما قال اني أريد أن أخاصم قال له علي رضي الله عنه تحول فان النبي صلى الله عليه وسلم نهي أن أنضيف الخصم الا ومعه خصمه وكذا رواه عبد الرزاق ثم الدارقطني (ولان فيه تهمة) المثل (قوله) وإذا حضر أسوي بينهم في الجلوس والاقبال) لما روى اسحق بن راهويه في مسنده أخرنا بقية بن الوليد عن اسمعيل بن عباس حدثني أبو بكر التميمي عن عطاء بن يسار عن أم سلمة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الاخر وأخرجه الدارقطني في سننه عن عباد بن كسير عن عبيد الله عن عطاء بن يسار عن أم سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لفظه وشارته ومقعده وروى عن عمر رضي الله عنه انه كتب إلى أبي موسى عبد الله بن قيس الأشعري أن أس بين الناس في وجهك وعدلك ومجاسدك حتى لا يطمع شريف في جيفك ولا يياس ضعيف من عدلك (ولا يسأرا أحدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الاخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه أحدهما لانه يجترى بذلك على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء) والمستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه ولا يجلس واحدا عن يمينه والاخر عن يساره لان لليمين فضلا ولذا كان صلى الله عليه وسلم يخص به أبي بكر دون عمر وفي أبي داود أن عبد الله بن الزبير خاصمه عمرو بن الزبير إلى سعيد بن العاص وهو على السرير فبدأ جلس عمرو بن الزبير على السرير فلما جاء عبد الله بن الزبير وسع له سعيد من شقه الاخر فقال هنا فقال عبد الله الأرض الأرض فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم أو قال سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي وفي التوازل والفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الأرض ثم يقضى

حقه فيتركه) وفيه اجترام من فعل به ذلك على خصمه (ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء) وينبغي أن يقم بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه في غير وقته ويمنعهم عن اسافة الادب ويقال له صاحب المجلس والشرط والعريف والجلوا من الجلوة وهي المنع ويكون معه سوط يجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضي ويمنع من رفع الصوت في المجلس

قال (ويكره تلقين الشاهد) ومعناه أن يقول له أتشهد بكذا وكذا وهذا لأنه اعانة لاحد الخصمين فيكره
كتلقين الخصم واستحسنه أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لها به المجلس
فكان تلقينه احياء الحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل

بينهما وبهذه المسئلة يظهر أن القاضي يصلح قاضيا على السلطان الذي ولاه والدليل عليه قصة شرح
مع على فانه قام فأجلس عليا رضي الله عنه مجلسه ونبغى للخصمين أن يجثوا بين يديه ولا يترعان ولا
يقعيان ولو فعل ذلك منعهما القاضي تعظيما للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له فيكون
بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحو ذلك من غير أن يرفعأصواتهما ويسند القاضي ظهره الى الحراب وهذا
رسم زماننا فالواو هو أحسن لانه موافق لفعله صلى الله عليه وسلم أما في زمن الخصاص وغيره فكان
القاضي يجلس مستقبلا للقبلة وهو مستحب عند الأئمة الثلاثة ويقف أعوان القاضي بين يديه ليكون
أهيب وإذا حضر فالقاضي بالخيار ان شاء ابتداء فقال مالك الجاوان شاعر كهما حتى يتدثما بالنطق
وبعض القضاة يختار السكوت ولا يكلمهما بشيء غير ما بينهم ما فإذا تكلم المدعي أسكت الآخر حتى
يفهم حجته لان في تكلمهما معاشعا وقلة حشمة لمجلس القضاة ثم يستنطق الآخر وان لم يسأل المدعي
ذلك وقيل لا الا بعد سؤال المدعي بأن يقول سأله لكي يتفكر في الدعوى لتظهر له صحتها والاقال قم فصيح
دعواك وإذا صحت الدعوى يقول فإذا تريد أن أصنع فإن قال أريد جوابه سأله والاصح عندنا أنه
يستنطقه ابتداء للعلم بالمقصود وإذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلا بد من تقدمهن معهم واختار
محمد أن يقدم الدعوى الاول فالاول ويضع على ذلك أمينا لا يرثى يعزفه السابق وليبكر على باب
القاضي ولا يكون عنده طمع ولو أشكل السابق يقرع بينهم ولا يستعمل على الخصوم بل يتهم معهم فان
بالجملة تنقطع الحجة ويذهل عنها وهذا لا يخوفهم فيكون مهيبا لاختافه الناس وأنكر الأئمة مارا أو من
أخذ بواب القاضي شيئا ليكنه من الدخول وهو يعلم فالواو هذا فساد عظيم ليس لاحد أن يمنع أحدا من
التقدم الى باب القاضي في حاجة والمأخوذ على ذلك رشوة محرمة وعلى هذا يقاس حال الذي يسمى
في زماننا قيب القاضي قيل وينبغي أن يقوم بين يديه إذا جلس للحكم رجل يمنع الناس من التقدم اليه
مع سوط يقال له الجلواز وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهود يقرب من القاضي
واعلم أن القيام بين يدي القاضي للخصومة لم يكن معروفا بل أن يجلس معا على ما ذكرنا فهذه أيضا من
المحدثات لما فيه من الحاجة اليه وعن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان إذا سافر استحب رجلا سيئ
الادب فقيل له في ذلك فقال أما علمت ان الشر بالشر يدفع والمقصود ان الناس محتفلوا بالاحوال والادب
وقد حدثت في هذا الزمان أمور وسفهاة فيعمل بمقتضى الحال مراد به الخبير لا حشمة النفس المؤدى الى
الاجباب والاحول ولا قوة الابانة ويستحب أن يكون فيه عسبة بلا غضب وان يلزم التواضع من غير
وهن ولا ضعف ولا يترك شيئا من الحق ويتخذ كتابا أمينا صالحا يكتب المحاضر والسجلات عارفا بها
كي لا يقع السجل فاسدا بالاخلال ببعض الشروط كما هو مذكور في كتاب السجلات والمحاضر وبه عده
حيث يرى ما يكتب ويكتب خصومة كل منهما وشهادة شهودهما في صحيفة وهي المحضر في عرف الفقهاء
بخلاف عرف العادة اليوم عصر (قوله ويكره تلقين الشاهد) وهو أن يقول له القاضي كلاما يستفيد
به الشاهد علما عليه الأئمة الثلاثة وعن أبي يوسف وهو وجه للشافعي لا بأس به لمن استولته الخيرة
أو الهيبة فترك شيئا من شرائط الشهادة فيعيه بقوله أتشهد بكذا وكذا بشرط كونه (في غير موضع
التهمة) أما فيها بأن ادعى المدعي ألفا وخمسائة والمدعي عليه ينكر الخمسائة وشهد الشاهد بألف
فيقول القاضي يحتمل أنه أبراه من الخمسائة واستفاد الشاهد بذلك علما فوفق به في شهادته كما وفق
القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق كما وقع في غير قول أبي

قال (ويكره تلقين الشاهد الخ) تلقين الشاهد وهو أن
يقول القاضي ما يستفيد
به الشاهد علما يتعلق
بالشهادة مثل أن يقول
أتشهد بكذا وكذا مكره
لانه اعانة لاحد الخصمين
فيكره كتلقين الخصم وهو
قول أبي يوسف الاول ثم
رجع واستحسن التلقين
رخصة في غير موضع التهمة
لان القضاء مشرع لحياء
حقوق الناس وقد يحصر
الشاهد عن البيان لها به
مجلس القاضي فكان في
التلقين احياء للحقوق بمنزلة
الاشخاص والتكفيل وأما
في موضع التهمة مثل ان
ادعى المدعي ألفا وخمسائة
والمدعي عليه ينكر خمسمائة
وشهد الشاهد ان بالالف
فالقاضي ان قال يحتمل
أنه أبراه من الخمسائة
واستفاد الشاهد علما بذلك
ووفق في شهادته كما وفق
القاضي فهذا لا يجوز
بالاتفاق وتأخير قول أبي
يوسف يشير الى اختيار
المصنف رحمه الله والاشخاص
هو ارسال الراجل لا حضار
الخصم

(قوله تلقين الشاهد الى
قوله مكره لانه اعانة الخ) أقول
تلقين الشاهد مبتدأ وقوله
مكره خبره

﴿ فصل في الحبس ﴾

منه عن اكتساب ما يجرب اليه تهمة الميل وثلاثين الشاهد لا يخلو منه وقول أبي يوسف رخصة فانه لما بنى بالقضاء شاهداً المحصر عند أداء الشهادة لان مجلس القضاء مهاب فيضيع الحق اذالم يعنه على أداء الشهادة ويحصر مضارع حصر من باب علم اذا امتنع عليه وضاق صدره به وتقدمت هذه اللفظة في كتاب الصلاة وأيضاً أمر باكرام الشهود فان الله يحبهم المحقوق وهذا التلقين اعانة واكرام حيث لا ينسب اليه القصور وقوله عزلة الاشخاص هو ارسال شخص لباي شخصه يقال شخص من بلد الى بلد اذا ذهب من حدمع قيل وتأخر قول أبي يوسف وتسميته بالاستحسان دليل على انه مختار المصنف وهذا بناء على أن قوله استحسنة معناه له دليل الاستحسان الاصطلاحى وقد لا يلزم ويكفي كونه أخرج ليله في ذلك وفي فتاوى قاضيان لا ينبغي للقاضي أن يبيع ويشترى بنفسه بل يفوض ذلك الى غيره وبه قالت الأئمة الثلاثة وعن أحمد يتخذ وكيله لا يعرف انه وكيل القاضي فخر زاعن المهاجرة بشرط شرح على عمر حين ولاده ان لا يبيع ولا يشتري ولا أرتشى وقال بعض أشياخ المالكية ينبغي للقاضي أن يرتفع عن طلب العواري من الماعون والداية وما أشبه ذلك وعن محمد لا بأس أن يبيع ويشترى في غير مجلس القضاء وينبغي للخصوم اذا وصلوا أن لا يسلموا على القاضي فاذا سلموا لا يجب على القاضي رد سلامهم فان رد يقتصر على قوله وعليكم ويخرج في أحسن نيابه والله الموفق

﴿ فصل في الحبس ﴾ أحكام القضاء كثيرة فذكر منها ما ذكر ومنها الحبس لأنه اختص بأحكام كثيرة فأفرده بفصل على حدته والحبس مشروع بالكتاب لانه المراد بالنفي المد كور بقوله تعالى أو ينفوا من الارض وبالسنه على ما سلف أنه صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً في تهمة وزكر الخصاص ان ناس من أهل الحجاز اقتلوا فقتلوا بينهم قتيلاً لبعث اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حبسهم ولم يكن في عهده صلى الله عليه وسلم وأبي بكر سجن انما كان يحبس في المسجد أو الدهليز حتى اشتري ورضى الله عنه دار إمامة بأربعة آلاف درهم واتخذ محبسا وقيل بل لم يكن في زمن عمر ولا عثمان أيضاً الى زمن على رضي الله عنه فبناه وهو أول سجن بني في الاسلام قال في الفائق ان علياً بنى سجنان قصب فسماه نافعا فنقبه اللصوص ونسب الناس منه ثم بنى سجنان مدر فسماه محبسا وفي ذلك يقول على رضي الله عنه الأترابي كيسا مكيسا * بنيت بعد نافع محبسا * بابا حصينا وأميننا كيسا

والحبس موضع التخييس وهو التذليل والكيس حسن التاني في الامور والمكيس المنسوب الى الكيس وأراد بالامين السجنان الذي نصبه فيه والمحبوس في الدين لا يخرج لصوم رمضان ولا عيد ولا الجمعة ولا الصلاة جماعة ولا الحج فريضة وللحضور جنازة بعض أهله ولو أعطى كفيلا بنفسه لانه شرع ليضجر قلبه فيسارع للقضاء وهذا قالوا ينبغي أن يكون موضعا خشنا ولا يبسط له فرش ولا وطاء ولا يدخل له أحد يستأنس به وقيل يخرج بكفيل للجنازة والوالدين والاجداد والجدات والاولاد وفي غيرهم لا وعليه الفتوى وقوله نظر لانه ابطال حق آدمي بلا موجب وموت الاب ونحوه غير مبطل بنفسه نعم اذالم يكن لهم يقوم بمقوق دفنه فعلى ذلك وسئل محمد عما اذا مات والده أخرج فقال لا ولو مرض في السجن فأضناه ان كان له خادم لا يخرج حتى يموت وان لم يكن له خادم يخرج لانه قد يموت بسبب عدم المرض ولا يجوز أن يكون الدين مفضيا للتسبب في هلاكه ولو احتاج الى الجماع تدخل زوجته أو جاريتها فيطوؤها حيث لا يطلع عليه وقيل يمنع منه لان الجماع ليس من الحوائج الاصلية ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه الى الام عليه لانه قد يقضى الى المقصود من الإبقاء بمشورتهم ورأيهم ويعنون من طول المكث والمال غير مقرر في الحبس فيحبس في الدرهم ومادونه لان ظلمه يتحقق بجمع ذلك

وهو مشروع بقوله تعالى أو ينفوا من الارض فان المراد به الحبس وبالسنه وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً بالتهمة خلاه لم يكن في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم سجن وكان يحبس في المسجد أو الدهليز حيث أمكن ولما كان زمن على رضي الله عنه أحدث السجن بناء من قصب وسماه نافعا فنقبه اللصوص فبنى سجنان مدر فسماه محبسا ولان القاضي نصب لا يصلح المحقوق الى متحققها فان امتنع المطلوب من أداء حق الطالب لم يكن للقاضي بد من أن يجبره على الاداء ولا خلاف ان لا جبر بالضرب فيكون بالحبس أولى

﴿ فصل في الحبس ﴾ قوله وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً الخ أقول وقد مر ذلك من المصنف في أوائل كتاب الحدود (قوله فسماه محبسا) أقول حبس تخييسا ذلك فخييس بالخاء المعجمة قال في القاموس محبس كعظم انتهى قال في النهاية المحبس بالكسر أي المذل من التخييس وهو التذليل

وروى بفتح الباء وهو موضع التخييس وهو الذي اختاره في المغرب

قال (واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه الخ) اذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يحلو اما أن يثبت بالاقرار أو بالبينة فان كان الاول لم يجعل بالحبس وأمره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واذا ثبت الحق باقراره لم يظهر كونه مماطلا في أول الامر لان من حجته أن يقول ظنت أنك تعهنتي فلم أستعجب المال فان آيت أو فيك حقت فان امتنع بعد ذلك فقد ظهر مظهره فيجب وان كان الثاني حبسه كما سبق لظهور المماطلة بانكاره وروى عن شمس الأئمة السرخسي رحمه الله عكس ذلك ووجهه أن الدين اذا ثبت بالبينة كان له أن يعتد بذكره ويقول ما علمت له ديناً على فاذا علمت الآن لأتواني في قضائه ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الاقرار والمال غير مقدور في حق الحبس بحبس في الدرهم ومادونه لان مانع ذلك ظالم فيجازي به والمحجوس في الدين لا يخرج لحي رمضان والفطر والاضحى والجمعة وصلاة مكتوبة وبوجه فريضة وحضور رجحانة بعض أهله وموت والده وولده اذا كان غنماً من يكفنه ويغسله لان حقوق الميت تصير مقامة بغيره وفي الخروج تفويت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن ذلك لانه لم يترك القيام بحق الوالدين (٤٧٢) وليس في هذا القدر من الخروج كثير ضرر الطالب وان مرض وله

خادم لا يخرج لانه شرع ايضاً جبر قلبه فيتسارع الى قضاء الدين وبالمرض يزداد الضجر وان لم يكن له خادم أخرجه لانه اذا لم يكن له من يعرضه ربما يموت بسببه وهو ليس بحقوق عليه ولو احتاج الى الجماع دخلت عليه زوجته أو جاريته فيطوئهما حيث لا يطلع عليه أحد لانه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن فكذا شهوة الفرج وقيل الوطء ليس من أصول الحوائج فيجوز أن يمنع بخلاف الطعم ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه عليه ليشاورهم في قضاء الدين ويعنعون من طول المكث عنده قال

قال (واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يجعل بحبسه وأمره بدفع ما عليه) لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في أول الوهلة فلهذا طمع في الامهال فلم يستعجب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مظهره اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور الماطل بانكاره قال (فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كتمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة) لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناؤه واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على أدائه والمراد بالمهر مجمله دون مؤجله

(قوله واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحبه حبس غريمه لم يجعل بحبسه حتى يأمره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة) بقوله صلى الله عليه وسلم الى الواجد يجعل عرضه وعقوبته رواه أبو داود وفسر عبد الله بن المبارك احلال عرضه باغلاظ القول له وعقوبته بالحبس (فلا بد من ظهور المماطلة) ولم تظهر عجزه ثبت الحق بالاقرار (اذ لعله طمع في الامهال فلم يستعجب المال) وانما يظهر اذا أمره بعد اقراره فامتنع (اما اذا ظهر بالبينة فيجب حبسه كما ظهر لظهور المماطلة بانكاره) وفي الفوائد الظهيرة وعن شمس الأئمة السرخسي عكس هذا وهو أنه اذا ثبت بالبينة لا يحبس لاول وهلة لانه يعتد بذكره بانى ما كنت أعلم أن على دينه بخلافه بالاقرار لانه كان عالماً بالدين ولم يقضه حتى أحوجه الى شكواه وعلى قول الخصاف لا يحبس حتى يأمره في الاقرار والبينة (قوله فان امتنع) أي بعد أمره بقضائه (حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده) كالتزيم والقرض (وتمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة) لانه اذا ثبت المال في يده ثبت غناؤه والمراد بالتمن القدرة على الايفاء والافالدين قد يكون دون النصاب ويحبس به بعض اذ ادخل المال في يده ثبت قدرته على ايفائه وما لم يكن بدل مال ولكنه لزمه عن عقد التزيم كالمهر والكفالة لان اقدمه على مباشرة ما يلزم ذلك المال دليل القدرة عليه فيجب حبسه ولا يسمع قوله انى

(فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن) فان امتنع الغريم عن أداء ما عليه حبسه اذا طلب فقير

الخصم ذلك كما مر ولا يسأله عن غناؤه وقدره فان ادعى الاعسار وأنكره المدعى اختلف المشايخ في قبول دعواه فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد كالتن والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعى وقد ذكر القدرى هذا القول بقوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كتمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة واستدل المصنف على ذلك بقوله لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناؤه وزواله عن المكتمل والثابت لا يترك بالتمن وبقوله واقدمه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا بما يقدر على أدائه وهذا واجب التسوية بين ما كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن ويخرج عنه ما لم يكن ديناً مطلقاً كالنفقة وغيرها كما سئذ كره والمراد بالمهر مجمله دون مؤجله لان العادة جرت بتسليم المجل فكان اقدمه على النكاح دليل على قدرته

(قوله فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد الخ) أقول العقد قول يكون له حكم المستقبل فلا عقد في صورة التعاطي فهذا قابل القدرى ما التزمه بعقد ما لزمه بدلا عن مال فتأمل

قال القدوري (ولا يحسبه فيما سوى ذلك) يعني ضمان الغصب وأرش الجنائيات (إذا قال أتى فقير) لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول المدعي عليه (الآن يثبت المدعي أن له مالا بينة فيحسبه وروى الخصاص عن أصحابنا رحمهم الله أن القول قول المدعي عليه في جميع ذلك) أي فيما كان بدلا عن مال ومالم يكن (لان الاصل هو العسرة) إذا ادعى بولد ولا مال له والمدعي يدعي عارضوا القول قول من تمسك بالأصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المدعي مع عيونه (ويروي أن القول قوله إلا فيما بدله مال) وهو مروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لأنه عرف دخوله في ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعي ومالم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعي عليه لأنه لم يدخل في ملكه شيء ولم يعرف قدرته على القضاء فبقي متمسكا بالأصل وهو العسرة فذلك ثلاثة أقوال وفي المسئلة قولان آخران أحدهما أن كل ما كان سبيله سبيل البر (٤٧٣) والصله فالقول فيه قول المدعي عليه

كافي نفقة المحارم والآخر
ان يحكم الزى ان كان زى
الفقراء كان القول له وان
كان زى الاغنياء كان القول
للمدعي الا في أهل العلم
والاشراف كالعباسية
والعباسية فانهم يتكفون
في الزى مع حاجتهم حتى
لا يذهب ماء وجههم فلا
يكون الزى فيهم دليل
اليسار وقوله (وفي النفقة)
بيان لما هو المحفوظ من
الرواية ذكر في كتاب النكاح
ان المرأة اذا ادعت على
زوجها أنه موسر وادعت
نفقة الموسر ين وادعى
الزوج أنه معسر وعليه
نفقة المعسر ين فالقول
قول الزوج وفي كتاب العتاق
أن أحد الثمر يكتن إذا
أعتق نصيبه من العبد
وزعم أنه معسر كان القول
قوله وهاتان مسئلتان
محفوظتان تؤيدان القولين
الاخيرين أما تأييدهما

قال (ولا يحسبه فيما سوى ذلك) إذا قال أتى فقير الآن يثبت غرضه ان له مالا فيحسبه (لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعي اثبات غناه ويروي أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة و يروي أن القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسئلتان تؤيدان القولين الاخيرين
فقير لانه كالمناقض لوجود دلالة اليسار (ولا يحسبه فيما سوى هذين) النوعين (إذا قال أتى فقير الآن يثبت غرضه ان له مالا فيحسبه) حينئذ (لانه وجد دلالة اليسار) أي قدرته على الدين المدعي به هكذا ذكر في الكتاب (ويروي أن القول لمن عليه في جميع ذلك) أي فيما كان بدل مال أولزمه بعد تدأ وحكما لفعله لا لعتد كالاتلاف وضمان الغصب وهو قول الخصاص (لان الاصل هو العسرة) في حق كل أحد لانه خلق عديم المال ولهذا قال اذا ثبت الحق فلا يحسبه حتى يسأله الك مال أولا فان قال لا استخلفه فان نكل حبه وان حلف أطلقه الآن يقيم المدعي البينة على قدرته وعندنا يحسبه ولا يسأله فان قال أنا فقير حينئذ ينظر (ويروي أن القول له) أي للمدين (الا فيما بدله مال) كالفرض وعن المبيع بخلاف المهر والكفالة فان القول فيه ما قول المدعي ونسب الخصاص هذا القول لابي حنيفة وأبي يوسف ومن العلماء من قال يحكم الزى ان كان زى الفقراء فالقول قوله في الفقر الا ان يثبت المدعي قدرته وان كان يزى الاغنياء فالقول للمدعي الا في الفقهاء والعلوية والعباسية لا يحكم الزى فيهم لانهم يتكفون في لباسهم مع فقرهم وحاجتهم وعلى هذا القول لو كان على المطالب زى الفقراء فادعى المدعي أنه غير زيه وقد كان عليه زى الاغنياء قبل أن يحضر مجلس الحكم فان القاضي يسأل المدعي البينة على ذلك فان أقام البينة انه كان عليه زى الاغنياء جعل القول قول المدعي فان لم يقدر على البيان حكم زيه في الحال فيجعل القول قول المدين وكلمات عارضت بينة اليسار والاعسار قدمت بينة اليسار لان معها زيادة علم اللهم الا أن يدعى المدعي أنه موسر وهو يقول أعسرت بعد ذلك وأقام بينة بذلك فانها تقدم لان معها علم بما حدث وهو حدوث ذهاب المال ثم ذكر المصنف مسئلتين محفوظتين نصاعن أصحابنا بخلاف أحدهما أن المرأة اذا ادعت أنه موسر لتأخذ نفقة اليسار وقال انه معسر لعطى نفقة الاعسار أن القول للزوج والثانية أحد الثمر يكتن إذا أعتق نصيبه وزعم أنه معسر فلا يضمن لساكت شيئا ولكن يستسعى العبد وقوله شر يكتن بل موسر ليضمنه كان القول قول المعتق قال المصنف (والمسئلتان تؤيدان القولين الاخيرين) يعني قول القائل القول لمن عليه في جميع ذلك

(٦٠ - فتح القدير خامس) للذي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلانه جعل القول قول الزوج والمولى

(قوله يعني ضمان الغصب) أقول فيه ان ضمان الغصب دين لزمه بدلا عن مال حصل في يديه فوجد فيه دليل اليسار فينبغي أن يكون القول قول المدعي كما صرح به في البدائع وجوابه أن وضع المسئلة فيما اذا ثبت هلاك المغصوب أو غصبه منه عند الثاني وما في البدائع فيما اذا باعه لا خرمه لا (قوله والمدعي يدعي عارض الخ) أقول ولا يخفى أن العارض ثبت بدليه الذي ذكره المصنف أنفا والأصل انقاؤه حتى يظهر خلافه (قوله ولم يعرف قدرته على القضاء) أقول بل علم باقدامه على التزامه باختياره (قوله فلانه جعل القول قول الزوج الخ) أقول لا يخفى أن ما ذكره مغالطة منشؤها اشتراك لفظ اليسار والعسار بين المعينين فان المراد باليسار في قولهم واقدامه عن التزامه باختياره دليل يساره وهو القدرة على الإبقاء ولا كذلك في النفقة

مع أنهم باشر عقد النكاح والاعتاق فلو كان الصحيح ما ذكر أولاً كان القول قول المرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار وأما تأييدهما الذي كان القول لمن عليه الا فيما بدله مال فلانه لما لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الاعتاق ما جعل القول قول من عليه فعلم أن الصحيح هو القولان الاخيران وقوله (والخبر صحيح على ما قال في الكتاب) يعني القدرى جواب عن المستثنين نصرته لئلا يورد ربه وتقرير ما نه أى النفقة على تأويل الانفاق ليس بدين مطابق بل فيه معنى الصلة ولهذا تسقط بالموت بالاتفاق وقد تقدم ان الدين الصحيح هو ما لا يسقط الا ببراءة من له أو بإفائه من عليه (٤٧٤) وكذا ضمان الاعتاق عند أبي حنيفة رحمه الله وحينئذ لا يرد نقضاً على ما في الكتاب وهو قوله

حسبه في كل دين لزمه بدلا عن مال أو التزمه بعقد لان المراد بالدين هو المطلق منه اذ به يحصل الاستدلال على القدرة لانه اذا علم أنه لا يحصل الخلاص منه في حياته وممانه من جهته الا بالبقاء وأقدم عليه دل على أنه قادر عليه ثم فيما كان القول فيه قول المدعى ان له مالا أو ثبت ذلك عليه بالبينه فيما اذا كان القول قول من عليه يحسبه الحاكم شهرين أو ثلاثة ثم يسأل بغيره وأهل خبرته عن بشاره واعساره أما الحبس فلظهور ظلمه بالمطل في الحال وأما توفيقه فلانه لا يظهر ماله ان كان يحضيه فلا بد من مدة ليفيد هذه الفائدة فقد راجد كروى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر وهو اختيار الطحاوى لان مادونه عاجل والشهر آجل قال شمس الأئمة الخوانى وهو أرفق الاقوال بل في هذا الباب وروى الحسن عن أبي حنيفة أربعة أشهر الى ستة أشهر

والخبر صحيح على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند أبي حنيفة رحمه الله ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعى ان له مالا أو ثبت ذلك بالبينه فيما كان القول قول من عليه يحسبه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالجس لظهور ظلمه في الحال وإنما يحسبه مدة ليعلم ماله لو كان يحضيه فلا بد من ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقد راجد كروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة أشهر الى ستة أشهر

وقول القائل القول لمن عليه الا فيما بدله مال أما تأييدهما الاول فلانه جعل القول قول الزوج والمعتق فلو كان الصحيح المذكور أولاً كان القول للمرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار وأما تأييدهما الثاني فلانه لما لم يكن بدل المهر وبدل العتق ما جعل القول قول من عليه فعلم به هذا ان الصحيح هو القولان الاخيران كذا في النهاية ومنهم من استروح في الاول فقال اما تأييدهما القول من قال القول له في جميع ذلك فظاهر وذكري الثاني ما ذكر في النهاية ولا يخفى انهما يبطلان لان القول المفصل في الكتاب بين كون الدين ملتزماً بحال أو بعد فقد لا يكون القول للطلب لئلا يوجب لفهما فالقول للطلب لئلا يوجب فان البدل فيه مما لم يترجم بعد أو شبهه وهو الفعل الحسن الموضوع سبباً عن العتق ويؤيدان القول الاخير وهو أن القول للديون الا فيما بدله مال فان البدل في المسئلة ليس مالا ويجعل القول للديون تأييد القول بأن ما بدله ليس بحال يكون القول فيه للطلب وان التزمه بعد ثم هذه الثانية باعتبار صدقها مع جزء كل من القولين عطائقة كل منهما بوجه أنه يفيد الشمول والا فلا يلزم من كون القول للطلب فيما اذا التزم به بعد والبدل ليس بحال كون القول له في جميع الديون فما في النهاية والدرية وغيرهما من قوله بعد توجيه التأييد فكان الصحيح هما القولان تساهل ظاهر وكيف يمكن أن يجمع بينهما في الصحة وهما متباينان فان كون القول للطلب في الكل اذا كان هو الصحيح لا يكون المفصل بين كون بدل الدين مالا فالقول للبدل أو غير مالا فالقول للطلب صححهما فالذي لا شبهة فيه انما يبطلان القول المذكور في الكتاب ليس غير وأجاب المصنف عن الابطال المذكور بأن دين النفقة وضمن العتق ليس بدين مطلق بل هو صلة واجبة ولذا سقطت النفقة بالموت بالاتفاق وكذا ضمان الاعتاق عند أبي حنيفة وهذا معنى قوله (والخبر صحيح على ما قال في الكتاب الخ) فلم يرد ان نقضاً في جميع قول الكتاب المفصل على قوته وثبوته (ثم فيما) اذا (كان القول قول المدعى ان له مالا أو ثبت ذلك بالبينه يحبس) المديون (شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه) فالجس لظهور الماطلة ثم انما يحبس مدة ليعلم ماله (فيؤدى ما عليه) فلا بد ان تمتد تلك المدة ليفيد هذه الفائدة فقد راجد كروى (وهو شهران أو ثلاثة وهو رواية محمد عن أبي حنيفة في كتاب الحوالة والكفالة) (ويروى غير ذلك من التقدير بشهر) وهو اختيار الطحاوى لان ما زاد على الشهر في حكم الاجل وما دون الشهر في حكم العاجل فصار أدنى الاجل شهر أو الاقصى لا غاية له فيقدر بشهر وروى (أو أربعة أشهر الى ستة أشهر) وهو رواية الحسن

(قوله مع انهما باشر عقد النكاح والاعتاق) أقول أنت خير بأن الالتزام في

صورة الاعتاق وقوف على ثبوت بشار المعتق فلا يدل الاعتاق مجرداً على الالتزام فلان نقض (قوله بدل المهر) أقول الظاهر عن أن يقول بدل النفقة (قوله فعلم أن الصحيح هو القولان الاخيران) أقول كيف يجتمعان على الصحة وهما متباينان الا أن يقال المراد أن الصحيح لا يعدو هما لان كلامهما صحيح (قوله أى النفقة على تأويل الانفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة) أقول الاتفاق لا يكون ديناً فلا وجه لهذا التأويل والاصوب أن يقال على تأويل الدين وان يرجع الضمير الى كل من النفقة وضمن الاعتاق (قوله وقد تقدم أن الدين الصحيح الخ) أقول في الكفالة (قوله ويروى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر) أقول قوله بشهر متعلق بقدر

والصحيح ان شيئا من ذلك ليس بثقة - بل هو مفوض الى رأى القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص فيسه في الناس من يضجر في السجن في مدة قليلة ومنهم من لا يضجر كثير بخبر بمقدار تلك المدة التي ضجر الآخر فان وقع في رأيه ان هذا الرجل يضجر بهذه المدة ويظهر المال ان كان له ولم يظهر سأل عن حاله بعد ذلك فان أُل عنه فقامت بثقة على عسرته أخرجه القاضى من الحبس ولا يحتاج في البيعة الى اقبطة الشهادة والعديد اذا أخبر بذلك ثقة عمل بقوله والاثنان أحوط اذا لم يكن حال منازعة اما اذا كانت كما اذا ادعى المطلوب الاعسار والطالب اليسار فلا بد من اقامة البيعة فان شهد شاهدان أنه معسر خلى سبيله وليس هذا شهادة على النفي لان الاعسار بعد الدار أمر حادث فتكون الشهادة بأمر حادث لا بالنفي وان استخلف المطلوب الطالب على أنه لا يعرف أنه معدم حلقة القاضى فان نكل أطلقه وان حلف أبدأ الحبس وقال شيخ الاسلام هذا السؤال من القاضى عن حال المدين بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي وهي ليست بحجة فللقاضى أن يعمل برأيه ولكن لو سأل كان أحوط قبيل محمد رحمه الله قبل البيعة على اليسار وهو لا يثبت الا بالملك وتعذر التضام لان الشهود لم يشهدوا بمقداره ولم يقبل فيما اذا أنكر المشتري حوار الشئبع وأنكر ملكه في الدار التي بيده في جنب الدار المشتركة فأقام الشئبع بيعة ان له نصيبا في هذه الدار ولم يبينوا مقدار نصيبه فان القاضى لا يقضى بهذه البيعة فما الفرق بين ما أوجب بأن الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين والقدرة عليه انما تكون ملك مقدار الدين فيثبت بهذه الشهادة قدر الملك ان يكون قدر الدين معلوما في نفسه اما الشاهد على النصيب فليس بشاهد على شيء معلوم لان القليل والكثير في استحقاق الشفعة سواء فوضح الفرق بين ما قال (فان لم يظهر له مال خلى سبيله الخ) فان لم (٤٧٥) يظهر للعبوس مال بعد مضى المدة التي

رأها القاضى برأيه أو بعد مضى المدة التي اختارها بعض المشايخ كشم - رأوشهرين أو أربعة أشهر على ما تقدم خلى سبيله لانه استحق النظره الى المسيرة لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فكان الحبس بعده ظلما وفي بعض الشروح جعل قوله يعنى بعدم مضى المدة متعلقا بقوله خلى سبيله فقال المفهوم من كلامه أنه لا يحل به مالم

والصحيح ان التقدير مفوض الى رأى القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص فيه فان لم يظهر له مال خلى سبيله) يعنى بعدم مضى المدة لانه استحق النظره الى المسيرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البيعة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ رجعهم الله قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسند كره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

عن أبي حنيفة أي ما بين أربعة أشهر الى ستة أشهر رواية الحسن عن أبي حنيفة (قوله والصحيح الخ) ذكر هشام عن محمد بن نحو وكذا الصدر الشهيد فالتقدير في هذا غير معتبر بل هو مفوض الى رأى القاضى اذا التصوب بالحبس أن يضجر قلبه فيقبضه ان كان له مال وهذا يختلف باختلاف الناس ان غاب على ظن القاضى بعدمه انه لو كان له مال فرج عن نفسه فيسأل عنه جيرانه وأهل الخبرة فان شهد شاهدان عنده انه قادر على قضاء الدين أبدأ حبسه وان قالوا انه ضيق الحال أطلقه ولو رأى أن يسأل قبل انقضاء مدة الحبس كان له ذلك وأما السؤال قبل الحبس وقبول بيعة الاعسار ففيه اختلاف الرواية عن محمد في رواية تقبل قبل الحبس وبه أفتى محمد بن الفضل واسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة ونصير بن يحيى

غض المدة وليس كذلك فان أحصاها كروا في نسخ أدب القاضى وقالوا اذا ثبت اعساره أخرجه من الحبس وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شيء من ذلك (ولو قامت البيعة على افلاسه قبل مضى المدة) بأن أخبر واحد ثقة أو اثنان أو شهد بذلك شاهدان أنه مفلس معدم لان علمه لا مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اخترنا أمره سرا وعلائية فقيه روايتان (تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعليها عامة المشايخ) وان كان ذلك قبل الحبس فعن محمد بن روايتان في رواية لا يحبس به وبه كان يقضى الشيخ الجليل أبو بكر محمد بن الفضل وهو قول اسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة رجعهم الله وفي أخرى وعليها عامة مشايخ ما وراء النهر أنه يحبس ولا يلتفت الى هذه البيعة لانها على النفي فلا تقبل الا اذا تأيدت بمؤيد وقيل الحبس ما تأيدت فاذا حبس ومضت مدة فقد تأيدت به اذا الظاهر ان القادر على خلاص نفسه من مرارة الحبس لا يتحملها (قال في الكتاب) أي القدرى (خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام) يعنى المنع عن ملازمة المدينون بعد اخرجه من الحبس (في الملازمة) هل للطالب ذلك أولا (وسند كره في باب الحجر بسبب الدين ان شاء الله تعالى)

(قوله وفي بعض الشروح جعل قوله الى قوله وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شيء من ذلك) أقول المراد من البعض هو الاتقانى وسيظهر جواب آخر أيضا بان ما في الكتاب على رواية الاصل فاندفع الاشكال على أن ثبوت الاعسار يكون بالنية وعدم الظهور لا يلزم أن يكون بها فالمراد خلى سبيله بمجرد عدم ظهور المال على ما يفهم من الشرطية فافهم (قوله فان أحصاها كروا الى قوله أخرجه من الحبس) أقول ممنوع فانه يفهم مما ذكره أيضا انه اذا لم يظهر له قبل مضى المدة لا يحل به قال المصنف (ولا تقبل في رواية) أقول وهذا اذا كان أمره مشكلا وافلاسه غير ظاهر بين الناس والا فلا يحبس (قوله وهذا الكلام يعنى المنع عن ملازمة المدينون) أقول لعل الصواب يعنى عدم المنع كما لا يخفى

(وذ كرفي الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فانه يجبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا أبدحسبه وان كان معسرا خلى سبيله) وهذا بظاهره يناقض ما ذكر في أول الفصل ان الحق اذا ثبت بالاقرار لا يجبسه أول وهله فيحتاج الى تأويل فلهذا ذكر المصنف تأويله بقوله (ومراده) أي مراد محمد (٤٧٦) اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة قبل ذلك فظهرت مما طلته) وهذه الرواية تصلح

وفي الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فانه يجبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا أبدحسبه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مما طلته والحبس أولا ومدته قد بيناه فلا نعبده قال (ويحبس الرجل في نفقة زوجته) لانه نظام بالامتناع (ولا يحبس والد في دين ولده) لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحودود والقصاص (الا اذا امتنع من الانفاق عليه) لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك اسقوطها بمضى الزمان والله أعلم

وهو قول الشافعي وأحمد والا أكثر على انها لا تقبل قبل الحبس وهو قول مالك قبل وهو الاصح فان بينة الاعسار بينة على النبي فلا تقبل حتى تتأيد بمؤيد وبعد مضي المدة أيدت اذا الظاهر انه لو كان له مال لم يتحمل ضيق السجن ومرارته واعلم أن سؤال القاضي بعد المدة لا احتياط والاف بعد مضي المدة التي يغلب على ظن القاضي انه لو كان له مال دفعه وجب اطلاقه ان لم يقم المدعي بينة يساره من غير حاجة الى سؤال واليه يشير قوله فان لم ينكشف له مال خلى سبيله ولو طالب المدون بمين المدعي انه ما يعلم انه معسر حلف فان نكل أطلقه ولو قبل الحبس وان حلف أبدحسبه ولا شد أن معناه ما لم تقم بينة على حدوث عسرته قال أبو القاسم في كيفية تهادة الاعسار أن يقول أشهد انه مفلس لانعلم له مال سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اخترنا أمره سرا وعلاية بخلاف ما اذا مضت المدة فقال فانه يكفي الواحد العدل في اخباره بالعسرة والاثنان أحوط ولا يشترط فيها اللفظة الشهادة ذكره في باب الحبس من كفالة شيخ الاسلام (قوله وفي الجامع الصغير رجل أقر بدين عند القاضي فانه يجبسه ثم يسأل عن حاله) اعلم انه في ظاهره من المخالفة لما قدمه من قوله اذا ثبت الدين بالاقرار لا يجبسه في أول وهله فان هذا ظاهره في وصل الحبس باقراره فذكره لم يؤخره بقوله (ومراده اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مما طلته فترافعا) الى القاضي فانه يجبسه بمجرد جوابه انه لم يعطه الى الا ت شيا (قوله ويحبس الرجل في نفقة زوجته) لانه نظام بالامتناع) ويتحقق ذلك بأن تقدمه في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وان كان مقدار النفقة قليلا كالدانق اذا رأى القاضي ذلك فأما مجرد فرضه لو طلبت حبسه لم يجبسه لان العقوبة تستحق بالظلم والظلم بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق وهذا يقتضي انه اذا لم يفرض لها ولم يتفق الزوج عليها في يوم ينبغي اذا قدمته في اليوم الثاني أن يأمره بالانفاق فان رجح فلم يتفق أو جعه عقوبة وان كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو نظام لها وهو قياس ما أسلفناه في باب القسم من قولهم اذا لم يقسم لها فرفعت الى القاضي بأمره بالقسم وعدم الجور فان ذهب ولم يقسم فرفعت أو جعه عقوبة وان كان ما ذهب لها من الحق لا يقضى ويحصل بذلك ضرر كبير (قوله ولا يحبس والدي في دين ولده فانه عقوبة) ولا يستحق الوالد عقوبة لاجل الولد لان التأفيف لما حرم كان الحبس حراما لانه فرفعه وكذا لا يجده اذا قذفه ولا يقتص منه اذا قتله أما اذا امتنع من الانفاق عليه فانه يحبس وكذا كل من وجبت عليه النفقة فأبى عن الانفاق) أبا كان أو أم أو وحدا لان في ترك الانفاق سعي في هلاكهم ويجوز أن يحبس الوالد لانه قد صدق الى اهلاك الولد ولانه لا يتدارك اسقوطها) أي اسقوط النفقة (بعض الزمان) بخلاف الدين فانه لا يسقط وفي الذخيرة والعبد لا يحبس لمولاه لان المولى لا يستوجب عليه دين ولا المولى لبعده المأذون غير المديون لان كسبه لمولاه فكيف يحبس له فان كان

أن تكون معتمد شمس الأئمة السرخسي فيما نقل عنه من العكس كما تقدم في أول الفصل أو يجعل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر هو التأويل (قوله والحبس أولا) يعني ان المذكور في الجامع الصغير من الحبس أولا ومدته على ما بيننا ليس فيه مخالفة لما بيناه فيحتاج الى ذكرها فلا نعبده قال (ويحبس الرجل في نفقة زوجته الخ) اذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته أو اصطالحا على مقدار ولم يتفق عليها ورفعت الى الحاكم حبسه لظهور ظلمه بالامتناع (ولا يحبس والدي في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحودود والقصاص) قال الله تعالى ولا تنقل لهما أف واخضض لهما جناح الذل من الرحمة الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده) وفي ترك سعي في هلاكه ويجوز أن يحبس الوالد لانه قد صدق انفاق مال الولد (ولان النفقة تسقط بمضى الزمان فلا يمكن تداركها) وسائر الديون لم تسقط به فاقترها وكذا لا يحبس المولى

لعبده اذا لم يكن عليه دين فان كان حبس لان ذلك لحق الغرماء وكذا العبد لمولاه لانه لا يستوجب عليه دين وكذا الدين عليه مكاتبه اذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة واذا كان من غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب في حق كسبه بمنزلة الحر فيحبس المولى لاجله وكذا المكاتب لدين الكتابة لانه من اسقاطه فلا يكون بالمنع ظالم ولا يحبس في غيره لانه لا يمكن من الفسخ بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وقيل تجب التسوية بينهما لانه متمكن من تجزئ نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة والله أعلم

باب كتاب القاضي الى القاضي

أورد هذا الباب بعد فصل الحس لان هذا من عمل القضاء أيضا الا ان السجين يتم بقاض واحد وهذا باثنين والواحد قبل الاثنين والقياس بأبي جواز العمل به لانه لا يكون أقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه (٤٧٧) وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به

القاضي فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير اذا لخط يشبه الخط وانما انما انما انه حوز لما حاجة الناس لما روى ان علماء رضى الله عنه حوزه كذلك وعليه أجمع الفقهاء قال (ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق الخ) يقبل كتاب القاضي الى القاضي في حقوق تمت بالشهادات دون ما يندرج بها اذا شهد به بضم الشين عند المكتوب اليه للحاجة وهو نوعان المسمى سجلا والمسمى الكتاب الحكمي وذلك لان الشهود اما ان يشهدوا على خصم أو لا وتذكيره يشير الى أنه ليس المدعى عليه اذ لو كان اياهما احتج الى الكتاب والكتاب لا يدمنه لثلايق القضاء على الغائب فالمراد به كل ما يمكن أن يكون خصما فان كان الاول حكم بالشهادة لوجود الحجية وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا لان السجل لا يكون الا عند الحكم وان كان الثاني لم يحكم لانه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم بها المكتوب اليه وهو الكتاب الحكمي والفرق بينهما ان الاول اذا وصل الى المكتوب اليه ليس له الا التنفيذ ووافق رأيه أو خالفه لا تصال الحكم به وأما الثاني فان وافقه نفذ

باب كتاب القاضي الى القاضي

قال (ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده) للحاجة على مانبيين (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) لوجود الحجية (وكتب بحكمه) وهو المدعو سجلا (وان شهدوا به بغير حضرة الخصم لم يحكم) لان القضاء على الغائب لا يجوز (وكتب بالشهادة) ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي

عليه دين حس لانه لغرماء في التعميق ويحس مولى المكتوب الى كتاب اذ لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة لان في الجنس له حق أخذه فاذا أخذ بكتابة قصاصا في غير جنسه لا تقع المقاصدة والمكاتب في كسابه كالحرف له حق المطالبة فيحس اطله أما المكاتب فلا يحس دين الكتابة لمولاه لانه بالامتناع لا يصير ظالموا لو كان عليه دين غير بدل الكتابة يحس فمه لانه لا يتمكن من فسخ ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وعن بعض مشايخنا مساواة لانه يتمكن من اسقاطه بتجزئ نفسه فيسقط الدين عنه لان المولى لا يسقط عليه دينه وفي ظاهر الرواية ان بدل الكتابة صالحة من وجه بخلاف سائر الديون

باب كتاب القاضي الى القاضي

هذا أيضا من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق في الوجود الا بقاضين فهو كالمركب بالنسبة الى الحس والعمل بكتاب القاضي الى القاضي على خلاف القياس لانه لا يزيد على اخباره بنفسه والقاضي لو أخبر قاضي البلد الاخرى بأنه ثبت عنده بينة قبلها حق فلان على فلان الكائن في بلد القاضي الاخر لم يجز العمل به لان اخبار القاضي لا يثبت حجة في غير محل ولا يثبت فمكابه أولى أن لا يعمل به لانه جاز باجماع الصحابة والتابعين لحاجة الناس الى ذلك فان الانسان قد لا يقدر على أن يجمع بين شهوده والمدعى عليه بان كانا في بلدين يجوز اعانته على ارسال الحقوق لمستحقيها وما وجه القياس به لسانه من شبهة التزوير فان الخط وانتم يشبه الخط وانتم فليس بذلك لان هذه الشهادة متفقة باسقاط شهادة الشهود وعلى نسبة ما فيه الى القاضي المرسل وأنه ختمه وقيل أصله ما روى الضمالي بن سفيان أنه عليه الصلاة والسلام كتب أن ورث امرأته أشيم الضبابي من دينه زوجهارواه أبو داود والترمذي وأجمع الفقهاء عليه لا ينال لانه لم يمسس الحاجة الى كتاب القاضي لان الشاهد ين على الكتاب يجوز أن يشهد على شهادة الاصول ويؤدون عند القاضي الثاني فلم يحتج اليه لانا نقول في الشهادة على الشهادة يحتاج القاضي الثاني الى تعديل الاصول وقد ثبت ذلك في بلده وبالكتاب يستغنى عن ذلك لانه يكتب بعد الله الذين شهدوا عنده (قوله) ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق) أي التي تثبت مع الشهادات بخلاف الحدود والقصاص (اذا شهد به) أي بالكتاب (عند القاضي) المكتوب اليه على مانبيين من أن المشهود فيه ماهو عن قريب ثم فصل فقال (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) يريد بالخصم الحاضر من كان وكيل من جهة المدعى عليه أو وصي أو هو من ينصبه القاضي وكيل عن الغائب ليسمع الدعوى عليه والاول أراد بالخصم المدعى عليه لم يبق حاجة الى الكتاب الى القاضي الاخر لان الخصم حاضر عند هذا القاضي وقد حكم عليه (و) اذا حكم (كتب بحكمه) الى قاضي البلد التي فيها الموكل ليقضى منه الحق (و) هذا الكتاب المتضمن للحكم (هو المدعو سجلا) في عرفهم (و) اذا شهدوا بالخصم حاضر لم يحكم) لانه حينئذ قضاء على غائب (و) انما يكتب بالشهادة الى القاضي الاخر ليحكم) هو (بها وهذا هو الكتاب الحكمي) في عرفهم نسبوته الى الحكم باعتبار

باب كتاب القاضي الى القاضي

(قوله ليحكم بها المكتوب اليه) أقول وما يفعله القضاة من ارسال المدعى عليه مع المدعى الى القاضي الكتاب اذا طلب ذلك منهم فعمل مستندهم فيه ما سيجي في هذا الكتاب والنهاية وغيره في شرح قوله ولا يقضى القاضي على غائب

والا فلا عدم اتصال الحكم به وقد يشير الى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة وتختص بشرائط منها العلم الخمسة وهي أن تكون من معلوم الى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم وسند كرماعداها ان شاء الله (قوله وجوازه) هو الموعود بقوله على ما نيز وهو يشير الى أن جوازه ثابت بمشابهته للشهادة على الشهادة لاتحاد الماط وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم فكما جوز الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق العباد فكذلك جوز الكتاب لذلك ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم أنه يخاف للقياس فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان وقوله (يعنى القدورى) في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجرودة (والمضاربة المجموعة لان كل ذلك بمنزلة الدين) والدين يجوز فيه الكتاب فكذلك فيما كان في منزلته (قوله وهو يعرف) أى الدين (يعرف بالوصف) يشير الى ثلاثة أشياء الى ان الدين انما يجوز فيه الكتاب لانه يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة والى ان ما يحتاج فيه الى الاشارة لا يجوز فيه الكتاب والى ان الامور المذكورة بمنزلة الدين في انما تعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة واعترض بأن ماسوى الدين يحتاج اليها فان الشاهد يحتاج الى الاشارة الى الرجل والمرأة في دعوى (٤٧٨) النكاح من الجانبين وكذلك في الباقي فكانت بمنزلة النكاح والحيوان وكتاب

القاضى الى القاضى لا يجوز فيها في ظاهر الرواية وأجيب بأن الاشارة الى الخصم شرط فيما ذكرت وهو ليس بدعى به اغما هو نفس النكاح والامانة وغير ذلك مما هو من الافعال أترى ان الاشارة الى الدائن والمدين لا بد منها عند دعوى الدين وليس ذلك بمنافع بالاجماع (و يقبل كتاب القاضى الى القاضى في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتعديد) وذلك لا يحتاج الى الاشارة (ولا يقبل في الاعيان المنقولة للمحاجة اليها) عند أبى حنيفة ومحمد رحمه الله ولهذا لم يجوزوا في العبيد والجواري واستثنى أبو يوسف في العبيد دون الاماء غلبة الاباق في

وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى وجوازه لماس الحاجة لان المدعى قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده ونخصمه فأشبهه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجموعة والمضاربة المجموعة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتعديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للمحاجة الى الاشارة وعن أبى يوسف رحمه الله انه يقبل في العبيد دون الامانة غلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيها بشرائط تعرف في موضعها ما يؤل (وهو في الحقيقة نقل الشهادة) الى ذلك القاضى وسند كشرط الحكم من القاضى الثانى به والفرق بين الحكامين أن السجل يلزم العمل به وان كان المكتوب اليه لا يرى ذلك الحكم لصدر الحكم في محل مجتمه دفيه والكتاب الحكمى لا يلزم اذا كان يخالفه لانه لم يقع حكم في محل اجتهاد فله أن لا يقبله ولا يعمل به (ويندرج في الحقوق الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجموعة والمضاربة المجموعة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف غير محتج الى الاشارة) واستشكل بأن في دعوى النكاح لا بد من الاشارة الى الرجل والمرأة وكذا في الامانة والمغصوب فكانت هذه بمنزلة الاعيان المدعى بها وأجيب بأن المدعى به نفس النكاح والغصب ونحوه وذلك لا يحتاج الى الاشارة لانها من الافعال وان كان يلزم في ضمنه الاشارة الى الرجل والمرأة اذ كل خصم والاشارة الى الخصم شرط ولا يخفى ما فيه لان الاشارة اذ الزمت به أى طريق كان ضمنا أو قصدا تتعدى على شهود القاضى الكتاب فالحق أن الاشارة لا تلزم من الاصول الى الخصم الغائب بل يشهدون على مسمى الاسم الخاص والنسب والشهرة فاذا وصل الكتاب هناك يقع التعيين كما سئذ كرنا شاء الله تعالى فيكتب فيها كما يكتب في الدين والعبد (ويقبل في العقار أيضا) اذا بين حدودها الاربع (لان التعريف يحصل به ولا يقبل في الاعيان المنقولة) كالجوار والنوب والعبد (للمحاجة الى الاشارة) فيها (وعن أبى يوسف أنه يقبل في العبيد دون الامانة غلبة الاباق في العبد) لانه يستخدم خارج البيت فباقيه

العبد دون الامانة) فان العبد يستخدم خارج البيت غالباً فيقدر على الاباق فتمس الحاجة الى الكتاب بخلاف الامانة فانها متمسرة تستخدم داخل البيت غالباً (وعنه) أى عن أبى يوسف (أنه يقبل فيها بشرائط تعرف في موضعها) يعنى الكتب المدسوسة كالمسوط وشروح أدب القاضى وصحة ذلك بخارى أبى عبد الله الى سمرقندة من بلاد أذربايجان وشهدوا للمولى بخارى فطلب من قاضى بخارى أن يكتب بشهادة شهوده عند مجيب الى ذلك ويكتب شهد عندى فلان وفلان بأن العبد الذى من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعى وهو اليوم بسمرقندة بيد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين ويعلمهما ما فيه ويرسلهما الى سمرقندة فاذا انتهت الى المكتوب اليه يحضر العبد مع من هو بيده بشهادة عنده عليه بالكتاب وبما فيه فتقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد الى المدعى ولا يقضى له به لان شهادة شاهدى الملك لم تكن بحضرة العبد وبأخذ كفيلا من المدعى بنفس العبد ويجعل في عنق العبد خاتمان رصاص

(قوله والافسلا) أقول بان كان مما اختلف فيه الفقهاء (قوله وأجيب بأن الاشارة الى الخصم شرط) أقول فان قبل اذا كان شرطاً ينبغي أن لا يجوز بدونه فلما جاوز الاستحسان على خلاف القياس

وعن محمد رجه الله انه يقبل فى جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون

متيسر فلما ساس الحاجة فيه جوزه بخلاف الامه لانها داخل البيت فلا يتيسر لها تيسره (وعن محمد أنه يقبل فى جميع ما ينقل) من الدواب والسياب والاماء (وعليه المتأخرون) ونص الاستيعابى على أن الفتوى عليه وبه قال مالك وأحمد والشافعى فى قول فان المانع منه ما كان الا الحاجة الى الاشارة فى الاعيان وهى غائبة فى بلد المكتوب اليه ولا شك ان فى الدين أيضا لا بد من الاشارة الى المديون ليقضى عليه ومع ذلك اکتفى باسمه وشهرته فى الاثبات عليه وقبول القاضى الكتاب الشهادة عليه وما ذلك الا لان عند القضاء من الثانى يتحقق معنى الاشارة والتعيين ويتبين ذلك بايراد الصور فصورة الدين اذا شهدوا على فلان بن فلان بن فلان الفلانى أن يكتب كذا كره الحسن فى المجرى من فلان قاضى كورة كذا الى فلان قاضى كورة كذا سلام عليك فأتى أحد اليك الله الذى لا اله الا هو أما بعد فان رجلا أتاني فقال له فلان بن فلان وذكرا ان له حقا على رجل فى كورة كذا ولم يذكر فى المجرى يقال له فلان بن فلان الفلانى على فلان بن فلان الفلانى ولا بد منه كما سئد كر وسألتنى ان اسمع بينته وأكتب اليك بما يستقر عندى من ذلك فسألته البينة فأتاني بعدة منهم فلان وفلان وفلان ويحلمهم وينسبهم فشهدوا عندي ان فلان بن فلان الفلانى على فلان بن فلان الفلانى كذا وكذا دره ما ديتا حالا وسألتنى ان أحلته بالله ما قبض منها شيئا ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتال بشئ منها وحلفته خلف بالله الذى لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذى قامت به البينة عندي ولا قبضه له وكيل ولا حاله ولا قبضه له قابض وأنه له عليه فسألتنى أن أكتب له كتابا اليك بما استقر عندي من ذلك فمكتبت اليك هذا الكتاب وأشهدت عليه شهودا أنه كذبى وخاتمى وقرأته على الشهود قال ثم طوى الكتاب ويختم عليه فان ختم عليه شهودا فهو أوثق ثم يكتب عليه عنوان الكتاب من فلان قاضى كورة كذا الى فلان قاضى كورة كذا ثم يرفعه الى المدعى فاذا أتى به المدعى الى القاضى الذى بالكورة فذكر أن هذا كتاب القاضى اليه سأله البينة على كتاب القاضى ولا ينبغي أن يسمع بينة المدعى حتى يحضر الخصم فاذا أحضره وأقر أنه فلان ابن فلان الفلانى فقبل بينته وسمع منه فان أنكر قال له جئنى بالبينة ان هذا فلان بن فلان الفلانى فان جاءهم أو عدلوا سمع بينة المدعى حينئذ على ان هذا كتاب القاضى الذى ذكر فيقول لهم أقرأ عليكم ما فيه فاذا قالوا قرأه عاينا وأشهدنا ان هذا كتابه وختمه فاذا سمع منهم لا يفك الخاتم حتى يسأل عنهم فاذا عدلوا لا يفكك أيضا حتى يحضر الخصم فاذا حضر فمعه وقرأ عليهم وعليه فان أقر الزمها اياه وان أنكر قال ألك حجة والاقضيت عليك فان لم يكن له حجة قضى عليه وان كانت له حجة قبلها وان قال استأنا فلان بن فلان الذى شهدوا عليه بهذا المال لزيد بل هو آخر قال له هات بينة ان فى هذه الصناعة أو القبيلة رجلا ينتسب بمثل ما انتسب اليه والا الزمته ما شهد به الشهود فان جاءه بينة على أن فى تلك القبيلة أو الصناعة من ينتسب بمثل ما انتسب اليه أ بطل الكتاب وان لم يكن فى تلك القبيلة أو الصناعة أحد على اسمه واسم أبيه قضى عليه انتهى فقد علمت ان التعيين الذى هو المقصود بالاشارة يحصل بأخرة الامر قبل القضاء عليه وفى هذه الصورة مواضع وان كانت ظاهرة تنبئ عليها منها قوله فى شهود الكتاب منهم فلان وفلان ويحلمهم وينسبهم لم يذكر كتب عدالتهم ولا بد منها وقالوا كتب وأقام شهودا عدلوا عرفتهم بالعدالة أو سألت عنهم فعدلوا كفى عن تسميتهم ونسبهم وعندي لا بد أن يقول أحرار عدلوا اذا لم يسمهم والذى يظهر من كلام محمد وعرفه انه لا بد من تسميتهم ونسبهم كل منهم ومصلاه وحرفته ان تاجر اقتباجا ومن ارفار ع والمقصود تميم تعريف الشهود ثم يذكر انه عرفهم بالعدالة أو عدلوا

فاذا وصل الى قاضى بخارى وشهدا بالكتاب وختمه أمر المدعى باعادة شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد أنه حقه وملكه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضى بما ثبتت عنده ليعبرأ كفيله وفى رواية عن أبى يوسف ان قاضى بخارى لا يقضى للمدعى بالعبد لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى قاضى سمرقند فيه ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد الى سمرقند حتى يقضى له بمحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصفة الكتاب فى الجوارى صفته فى العبيد غير أن القاضى لا يدفع الجارية الى المدعى ولكنه يبعث بها معه على يد أمين لتلايطاها قبل القضاء بالملك زاعما أنها ملكه ولكن أبو حنيفة ومحمد رجهما لله قال هذا استحسان فيه بعض قبح فانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهرا ويستعمله فيما كل من غلته قبل القضاء بالملك وربما يظهر العبد لغيره لان الحلية والصفة تشبهان فان المختلفين قد يتفقان فى الحلى والصفات

فالاخذ بالقياس أولى (وعن محمد رجه الله أنه يقبل فى جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون) وهو مذهب مالك وأحمد والشافعى فى قول

لان الخصم اذا حضره الثاني قد يكون له مطعن فيهم أو في أحدهم فلا بد من تعيينهم له ليتمكن من الطعن ان كان والا فيقول سموهم لي فاني قد يكون لي فيهم مطعن ومنها قوله الى فلان قاضي كورة كذا انما يصح اذا كان القاضي واحدا فان كان لها قاضيان لا يصح ومنها قوله في المدعي يقال له فلان بن فلان يتم التعريف في قوله ما وعنده لا بد من ذكر الحد وكذا الخلاف لو ذكر قبيلته أو صناعته وان ذكر اسمه ولم يذكر اسم الاب لكن نسبه الى قبيلته أو فخذة فقال فلان التميمي أو الكوفي وما أشبه ذلك لا يكون تعريفا بالاتفاق وان كان مشهورا لا يحتاج الى هذا وقيل ولا بد أن يذكر ادعى المدعي انه غائب من هذا البلد مسيرة سفر لان بين العلماء اختلافا في المسافة التي يجوز فيها كتاب القاضي الى القاضي جماعة من مشايخنا قالوا لا يجوز فيما دون مسافة القصر وبه قال الشافعي وأحمد في وجه وحكي الطحاوي عن أبي حنيفة وأصحابه انه يجوز فيما دون مسافة القصر وقال بعض المتأخرين هذا قول أبي يوسف ومحمد وبه قال مالك والذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة أنه لا يجوز كالشهادة على الشهادة ومنها ختم اليهود ليس بالزمن بل هو أوثق كما قال ومنها قوله وعدلوا ظاهره في انه لا يفيد الختم حتى يعدل شهود الكتاب وفيه خلاف سيدكر وان كانت دارا قال وادعى ان له دارا في بلد كذا في محلة كذا وكذا وكذا في يدرجل يقال له فلان بن فلان يعرفه على وجه التمام ولو ذكر ثلاثه حدود كفي استحسانا خلافا لفرز ولو غلطوا في بعض الحدود بطل الكتاب وصورة كتاب العبد الا أتى من مصر بعد العنوان والسلام أن يكتب شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا واقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا مالك فلان المدعي وقد أتى الى الاسكندرية وهو اليوم في يد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين مسافرين الى الاسكندرية على ما فيه وعلى ختمه كما سيدكر فاذا وصل وفعل القاضي ما تقدم وقع الكتاب دفع العبد الى المدعي من غير أن يقضى له به لان الشهود الذين شهدوا بكتاب العبد للمدعي لم يشهدوا بحضرة العبد و يأخذ كفيلا بنفس العبد من المدعي ويجعل خاتما من القاضي في كتف العبد ولا حاجة الى هذا الادفع من يتعرض له ويتمه بسرقة فاذا لم يكن لا حاجة ويكتب كتابا الى قاضي مصر ويشهد ان على كتابه على ما عرف فاذا وصل الكتاب اليه فعل ما يفعل المكتوب اليه ثم يأمر المدعي أن يحضر شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد أنه ملكه فاذا شهدوا قضى له به وكتب الى قاضي الاسكندرية بما ثبت عنده ليبرئ كفيله وفي بعض الروايات ان قاضي مصر لا يقضى بالعبد للمدعي لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى قاضي الاسكندرية ويذكر فيه ماجرى عنده ويشهد على كتابه وختمه ويرد العبد معه اليه ليقضى به بحضرة المدعي عليه فيفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصورته في الجوارى كما في العبد الا ان القاضي المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعي بل يعتمها على يد أمين لاحتمال انه اذا أرسلها مع المدعي يطؤها لاعتقاده انها ملكه قال في المبسوط ولكن أبو حنيفة ومحمد قالاه اذا فيه بعض القبح فانه اذا دفع العبد يستخدمه فهورا ويستغله فيا كل من غلبه قبل أن يثبت ملكه فيه بالقضاء وما ينظر العبد لغيره ولا يخفى ان ضم محمد مع أبي حنيفة بناء على ظاهر الرواية عنه وكلامنا على الرواية عن محمد المختارة للفتوى الموافقة لوجهه والأئمة الثلاثة واذا عرفت هذا فالزوجة المدعي باستحقاقها في بلد القاضي المكتوب اليه لا بد أن تجعل من قبيل الامة فيجرب فيها ما يجرب فيها لانه بعد أن تجرب مجرب الديون لانها اذا قالت استأناف لانه المشهود على انها زوجة المدعي المذكور ولم تقدر على بينة ان في قبيلتها من هو على اسمها ونسبها أن تدفع الى المدعي يطؤها

قال (ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين الخ) لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا بحجة تامة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أما
اشترط الحجة فلانه ملزم ولا الزام بدونها وأما قبول رجل وامرأتين فلانه حق لا يسقط بالشبهات وهو مما يطبع عليه فيقبل فيه شهادة
النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق وكان الشعبي يقول بجواز كتاب القاضي الى القاضي بغير بيينة قساعلى كتاب أهل الحرب
وأجاب المصنف بقوله بخلاف كتاب الاستئمان يعني اذا جاء من ملك أهل الحرب (٤٨١) في طلب الأمان فانه مقبول بغير بيينة حتى لو

أمنه الامام صح لانه ليس يلزم
فان لا امام رأيا في الامان
وتركه وبخلاف رسول
القاضي الى المزكي وعكسه
فانه يقبل بغير بيينة لان
الالزام على الخا كم ليس
بالتزكية بل هو بالشهادة
الآتري أنه لو قضى بالشهادة
بالتزكية صح وقوله وبخلاف
رسول القاضي الى المزكي
قبل قد يشير الى أن رسول
القاضي الى القاضي غير
معتبر أصلا في حق لزوم القضاء
عليه بيينة وبغيرها والقياس
يقضى اتحاد كتابه ورسوله في
القبول كما في البيع فانه كما
ينعقد بكتابه ينعقد برسوله أو
اتحادهما في عدمه لان
القياس يأبى جوازهما وفرق
بينهما ووجهين أحدهما
ورود الأثر في جواز الكتاب
واجتماع التابعين على الكتاب
دون الرسول فبقي على
القياس والثاني ان الكتاب
كالخطاب والكتاب ووجد
من موضع القضاء فكان
كالخطاب من موضع القضاء
فيكون حجة واما الرسول
فمقام المرسل والمرسل
في هذا الموضوع ليس بقاض

قال (ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) لان الكتاب يشبه الكتاب فلا
ينبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب لانه ليس
يلزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية
(قوله ولا يقبل الكتاب) أي لا يقبل المكتوب اليه الكتاب (الابتهادة رجلين أو رجل وامرأتين)
على أنه كتاب القاضي فلان الكتاب وانتهت وان فيه كذا وكذا ولا بد من اسلامهما فلا تقبل شهادة
الذميين على كتاب قاضي المسلمين ولو كان الكتاب لذي على ذمهم يشهدون على فعل المسلم وهذا
لان قبول شهادة بعضهم على بعض كان له اجتهاد والضرورة اذ قلنا يحضر المسلمون معاملة لهم خصوصا
الانكحة والوصايا وهذا لا يتحقق في كتاب القاضي ونحوه ولم يشترط الشعبي الشهادة عليه وكذا الحسن
أسند الخفاف الى عمر بن أبي زائدة أو غير قال حدث بكاتب من قاضي الكوفة الى اباس بن معاوية فحدث
وقد عزل واستقضى الحسن فدفعت كتابي اليه فقبله ولم يسألني البيينة عليه ففتحه ثم نشره فوجدت
فيه شهادة شاهدين على رجل من أهل البصرة بخمسة مائة فقال لرجل يقوم على رأسه اذهب بهذا
الكتاب الى زياد فقل له أرسل الى فلان فخذ منه خمسمائة درهم فادفعها الى هذا وبه قال أبو ثور
والاصطخري من الشافعية وأبو يوسف في رواية فالشرط عندهم ان يكون المكتوب اليه يعرف خط
القاضي الكاتب ونحوه قياسا على كتاب الاستئمان وعلى رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى
القاضي قلنا الفرق ان هذا نقل ملزم اذ يجب على القاضي المكتوب اليه ان ينظر فيه ويعمل به ولا بد للزم
من الحجة وهي البيينة بخلاف كتاب أهل الحرب فانه ليس ملزما اذ لا امام أن يعطيهم ما طلبوه لانه لا
وأما الرسول فلان التزكية ليست مكرمة وانما الملزم هو البيينة وأما الفرق بين رسول القاضي وبين
كتابه حيث يقبل كتابه ولا يقبل رسوله فلا نغايه رسوله أن يكون بنفسه وقد مناه لوز كرماني
كتابه لذلك القاضي بنفسه لا يقبله وكان القياس في كتابه كذلك لأنه أجزى باجماع التابعين على خلاف
القياس فاقصر عليه فان قلت فكيف عمل الحسن بالكتاب وهو لم يكتب الا الى قاض آخر غيره
فالجواب يجوز أن يكون قال الى اباس القاضي بالبصرة والى كل قاض يراه من قضاة المسلمين فانه اذا
كتب كذلك كان لكل قاض رفع اليه أن يعمل به بلا خلاف بخلاف ما لو كتب من الاول الى من
يلغى كتابي هذا من قضاة المسلمين فانه لا يجوز العمل به لاحد من القضاة وأجازة أبو يوسف أيضا قال
في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم ﴿ فرع ﴾ يجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة كما جاز
فيه شهادة النساء لانه ثبت مع الشبهات ولو كتب القاضي الى الامير الذي ولاه أصل الله الامير ثم
قص القصة وهو معه في المضر فجاهبه ثقة يعرفه الامير في الفتاوى لا يقبل لان ايجاب العمل بالبيينة
ولأنه لم يذكر اسمه واسم أبيه وفي الاستئمان يجوز للامير أن يعضبه لانه متعارف ولا يلبق بالقاضي
أن يأتي في كل حادثة الى الامير ليخبره ولانه لو أرسل اليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كعبارة
في جواز العمل به فكذا اذا أرسل كتابه ولم يجز الرسم في مثله من مصر الى مصر فشرطنا هناك شرط كتاب

(٦١ - فتح القدير خامس)

قال المصنف (ولا يقبل الكتاب) أقول أي لا يعمل به لانه لا يأخذه ليخالف ما سيجي من قوله فاذا سلمه (قوله الأتري انه لو قضى بالشهادة
الخ) أقول في هذا التنوير بحث فان صحة القضاء أمر والالزام أمر آخر لتحقق الاول بدون الثاني وجوابه ان صحة الحكم قبل التزكية
اذا كانت بالشهادة والالزام بعدهما فيكون بها أيضا (قوله قيل قد يشير الخ) أقول في وجه الاشارة خفاء لا يخفى (قوله في حق لزوم
القضاء عليه بيينة) أقول على كونه رسول القاضي

قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه الخ) شرط أبو حنيفة ومحمد رحمه الله علم ما في الكتاب وحفظه وانتم بحضرة الشهود ولهذا يجب أن يقرأ الكتاب كتابه عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به لانهم ان لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة قال الله تعالى الامن شهد بالحق (٤٨٣) وهم يعلمون ويحتمه بحضرتهم ويسلمه الى الشهود كي لا يتوهم التغيير اذا كان

بغير ختم أو بيد الخصم وهذا قولهما وقال أبو يوسف انه يدفع الكتاب الى الطالب وهو المدعى ويدفع اليهم كتابا آخر غير محتوم ليكون معهم معاونة على حفظهم فان فات شيء من الامور المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما وقال أبو يوسف آخر شيء من ذلك ليس بشرط بل اذا أشهدهم القاضي ان هذا كتابه وختمه فشهدوا على الكتاب وانتم عند القاضي المكتوب اليه كان كافيا وعنه ان الختم ليس بشرط أيضا سهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وانما قال آخر لان قوله الاول مثل قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله واختار شمس الأئمة السرخسي قول أبي يوسف تيسيرا على الناس

قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به) لانه لا شهادة بدون العلم (ثم يحتمه بحضرتهم ويسلمه اليهم) كي لا يتوهم التغيير وهذا عند أبي حنيفة ومحمد لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما وهذا يدفع اليهم كتاب آخر غير محتوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال أبو يوسف رحمه الله آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشروط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه وعن أبي يوسف ان الختم ليس بشرط أيضا سهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قول أبي يوسف رحمه الله

القاضي الى القاضي (قوله ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم) شروع في بيان الشروط الموعود بذكرها في قوله ويختص بشرائط تذكرها والحاصل ان شهدا الشهود على ما في الكتاب فلا بد حينئذ من ان يقرأ عليهم أو يعلمهم ما فيه أي باخباره لانه لا شهادة بلا علم بالشهود به كما لو شهدوا بان هذا الصك مكتوب على فلان لا يفيد ما لم يشهدوا بما تضمنه من الدين واشترط عليهم عما في كتاب القاضي قول أبي حنيفة ومحمد والشافعي وأحمد ومالك في رواية ومن ان يشهدوا ان ختمه وذلك بان يحتمه بحضرتهم ويسلمه اليهم وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ولا بد ان يكون الكتاب معنونا أي مكتوبا فيه العنوان الذي قد مناه وهو اسم الكاتب واسم المكتوب اليه ونسبهما والشروط العنوان الباطن فان لم يوجد وكان معنونا في الظاهر لا يتقبله لتهمة التغيير وعن هذا قيل ينبغي ان يكون معه نسخة أخرى مفتوحة ليستعينوا بها على حفظ ما في الكتاب فانه لا بد من التذكرة من وقت الشهادة الى وقت الاداء عندهما (وقال أبو يوسف رحمه الله آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشروط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه) بعدما كان أو لا يقول كقول أبي حنيفة (وعن أبي يوسف أيضا ان الختم ليس بشرط أيضا رخص في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة وهذا اختيار شمس الأئمة السرخسي) ولا شك عندى في صحته فان الفرض اذا كان عند الشهود وهم حلة الكتاب فلا يضره كونه غير محتوم مع شهادتهم انه كتابه نعم اذا كان الكتاب مع المدعى ينبغي ان يشترط الختم لاحتمال التغيير الا ان يشهدوا بما فيه حفظا فالوجه ان كان الكتاب مع الشهود ان لا يشترط معرفتهم لما فيه ولا الختم بل تكفي شهادتهم انه كتابه مع عدالتهم وان كان مع المدعى اشترط حفظهم لما فيه فقط ومن الشروط ان يكتب فيه التاريخ فلو لم يكتب لا يقبل وذلك لينظر هل هو كان قاضيا في ذلك الوقت أو لا وكذا ان شهدوا على أصل الحدائنه ولم يكن مكتوبا لا تقبل وفي خزانة الفقه يجوز كتاب القاضي الى القاضي في المصرين ومن قاضي مصر الى قاضي رستاق ولا يجوز من قاضي رستاق الى قاضي مصر انتهى والذي ينبغي ان بعد عدالة شهادة شهود الاصل والكتاب لا فرق ولو كان العنوان من فلان الى فلان أو من أبي فلان الى أبي فلان لا يقبل لان مجرد الاسم أو الكنية لا يعرف به الا ان تكون الكنية مشهورة مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى وكذلك النسبة الى أبيه فقط مثل عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وقيل تقبل الكنية المشهورة كآبي حنيفة على رواية أبي سليمان ولا تجوز في سائر الروايات لان الناس يشتركون في الكنى غير أن بعضهم يشتهر بها فلا يعلم المكتوب اليه ان المكتنى هو الذي اشتهر بها أو غيره بخلاف ما لو كتب الى قاضي بلدة كذا فانه في الغالب يكون واحدا فيحصل التعريف بالاضافة الى محل الولاية ولم يشترط أبو يوسف

قال المصنف (ويسلمه اليهم) أقول قال في النهاية أي الى الشهود وعلى القضاة اليوم أنهم يسلمون المكتوب الى المدعى وهو قول أبي يوسف وهو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمة وعلى

العنوان قول أبي حنيفة يسلم المكتوب الى الشهود كذا وجدت بخط شيخى انتهى ثم قال وأجمعوا في الصك ان الشهادة لا تصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب فاحفظ هذه المسئلة فان الناس اعتادوا بخلاف ذلك اه

قال (واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بمحضرة الخصم الخ) لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضي الكتاب شرع في بيان الاحكام المتعلقة بجانب المكتوب اليه فاذا وصل الكتاب اليه لم يقبله الا بمحضرة الخصم لان ذلك بمنزلة أداء الشهادة وذلك لا يكون الا بمحضرة الخصم فكذلك هذا بخلاف سماع القاضي الكتاب فانه جاز بغيبة الخصم لان سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزا وان كان بغيبته وقال في شرح الاقطع وقال أبو يوسف يقبله من غير حضور الخصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له أن يقبله والحكم بعد ذلك يقع بماعلمه من الكتاب فاعتبر بحضور الخصم عند الحكم به قال (فاذا سلمه الشهود اليه الخ) اذا سلم الشهود الكتاب الى المكتوب اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وأزمه بما فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف اذا شهدوا أنه كتاب فلان وختمه قبله وفتحه للمأمراة لم يشترط شيئا من ذلك ولم يشترط في القدوري ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فاذا شهدوا واعدلوا قال المصنف والصحيح أنه يفيض الكتاب أي يفتح بعد العدالة كذا ذكره الخصاص لانه اذا لم تظهر العدالة ربما احتاج (٤٨٣) المدعي الى أن يزيد في شهوده

واغمايكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم يشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي وختمه فاما اذا فك الخاتم فلا يمكنهم ذلك وهذا يري أنه دور ظاهر فان المدعي انما يحتاج الى زيادة الشهود اذا كانت العدالة شرطا ولم تظهر فاما اذا لم تكن شرطا فكما أدوا الشهادة جاز فضا فلا يحتاج الى زيادة شهود والجواب أنا لان سلم أنه لا يحتاج الى زيادة شهود بعد الفتح بل يحتاج اليها اذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك بعد الفتح غير ممكن وقد استدل على ذلك بأن فك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب لا يعمل به ما لم تظهر عدالة الشهود

قال (واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بمحضرة الخصم) لانه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكتاب لانه للنقل لا للحكم قال (فاذا سلمه الشهود اليه نظرا الى ختمه فاذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وأزمه بما فيه) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله اذا شهدوا انه كتابه وختمه قبله على مأمراة ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفيض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاص رحمه الله لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود واغمايكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم

العنوان أيضا بل اذا لم يكن معنوا وكان محتوما وشهدوا بالختم كفي (قوله) واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بمحضرة من الخصم وفي بعض النسخ لم يقبله الا بمحضرة من الخصم كما ذكرنا في ماتقدم والمراد انه لا يقرؤه الا بحضوره لا مجرد قبوله فانه لا يتعلق به حكم وترتيب الحال انه اذا وصل المدعي الى القاضي جمع بينه وبين خصمه فان اعترف استغنى عن الكتاب وان أنكر قال له هل لك حجة فان قال معي كتاب القاضي اليك طال به بالبينه عليه فاذا حضروا أحضر خصمه ان لم يكن حاضر افيشهدون بحضوره انه كتاب القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا فحينئذ افسكه وقرأه عليه وانما لم يقرأه الا بحضوره (لانه) أي الكتاب في المعنى (بمنزلة الشهادة) على الشهادة لان القاضي يتقبل ألفاظ الشهود بكتابته الى المكتوب اليه كما شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الاصل بعبارة (بخلاف القاضي الكتاب) فانه يسع من الاصول الشهادة وان كان الخصم المدعي عليه غائبا (لان سماعه ليس للحكم بل للنقل) فكان سماعه بمنزلة تحمل الفرع لشهادة الاصل وفي التحمل لا يشترط حضور الخصم كذا هذا وهذا كله قول أبي حنيفة ومحمد وقد علمت أن قول أبي يوسف الاكتفاء بشهادة انه كتابه وختمه (ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة) في شهود الكتاب (للفتح) حيث قال فاذا شهدوا الخ فتحه ولم يقل فاذا شهدوا واعدلوا قال المصنف (والصحيح انه يفيض الكتاب بعد ثبوت العدالة ذكره الخصاص) واحترزه به عماد كوفي المعنى فانه قال فيه وذكر الخصاص لا يفتح قبل ظهور العدالة ثم قال ما ذكر محمد أصح أي تجوز الفتح قبل

على الكتاب وفيه نظر لان فك الخاتم عمل للكتاب لانه ولعل الاصح ما قاله محمد رحمه الله من تجوز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود كذا نقله الصدر الشهيد في المعنى والمكتوب اليه

قال المصنف (واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بمحضرة الخصم) أقول وفي المحيط ولو قبل الكتاب من غير حضرة خصمه جاز ولو سمع البينة على ان هذا كتاب القاضي من غير حضرة الخصم لا يجوز فحضرة الخصم شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب اه وفيه أيضا الاولى أن يكون الفتح بمحضرة الخصم وان فتح بغير محضر منه جاز اه (قوله) لما فرغ الى قوله بجانب المكتوب اليه أقول وأنت خبير ان قوله ولا يقبل الكتاب الا من الاحكام المتعلقة بالمكتوب اليه وجوابه ان قوله لا يقبل على بناء المفعول والمقبولية وعدمها من أحكام الكتاب (قوله) فاما اذا لم يكن شرطا أقول كما هو مذهب أبي حنيفة على ما سيجي في الشهادة (قوله) وقد استدل على ذلك أقول قوله وقد استدل أي بوجه آخر وقوله على ذلك أي على اشتراط العدالة (قوله) بأن فك الخاتم نوع عمل بالكتاب الخ) أقول لا يخفى عليك عدم تكرار الحد الاوسط فان الباع في الصغرى للباسة وفي الكبرى للسبيبة وأيضا للقاتل بعدم الاشتراط منع الكبرى فليتأمل (قوله وفيه نظر الخ) أقول فيه تأمل

انما يقبل الكتاب اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو خرج عن أهلية القضاء بمجرد أو انحاء أو فسق اذا تولى وهو عدل ثم فسق على ما مر من قول بعض المشايخ قبل وصول الكتاب أو بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب وقال أبو يوسف في الامالي يعمل به وهو قول الشافعي رحمه الله لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه يكتبه بنقل شهادة الذين شهدوا وعنده بالحق الى المكتوب اليه والنقل (٤٨٤) فدم بالكتاب فكان بمنزلة شهود الفروع اذا ما تولى بعد أداء الشهادة قبل

وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلاً للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضياً آخر في غير عملها وفي غير عملها وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعاله وهو معرف

ظهورها بعد الشهادة بأنه كاتبه ووجهه المصنف بما ذكره الخصاص من انه ربما يحتاج الى زيادة الشهود بأن ارتاب في هؤلاء فيقول زدي شهوداً ولا يمكن أداء الشهادة من المزيدين الاحال قيام الختم **فرع** لو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي الى قاضي بلدة فهرب الى بلدة أخرى كان للقاضي المكتوب اليه أن يكتب الى قاضي تلك البلدة بما ثبت عنده من كتاب القاضي فكما جوز الاول الكتابة فجاز الثاني والثالث وهلم جرا للحاجة ولو كتب فلم يخرج من يده حتى يرجع الخصم ليحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود الكتاب بل يعيد المدعي شهادتهم لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولا به القضاء وانما يستفيد به لو كان الخصم حاضراً وقت شهادتهم (وانما يقبله المكتوب اليه) هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به وهو أن يكون القاضي الكاتب على قضائه الى أن يمضي أمر الكتاب فلاواته مات أو عزل قبل أن يصل الى المكتوب اليه أو خرج عن أهلية القضاء بمجرد أو فسق وانما يخرج على القول بالعزل بالفسق بطل الكتاب وقال أبو يوسف والشافعي يعمل به وبه قال أحمد لان كتاب القاضي الى القاضي كالثبوت على الشهادة لانه ينقل به شهادة الذين شهدوا وعنده الى المكتوب اليه والنقل فدم بالكتابة فكان كشهود الفروع اذا ما تولى بعد أداء الشهادة قبل القضاء أو مات الاصل بعد أداء الفروع فانه لا يمنع القضاء وحاصل الجواب في الذخيرة منع تمام النقل بمجرد الكتابة بل حتى يصل ويقرأه لان هذا النقل بمنزلة القضاء ولهذا لا يصح الا من القاضي فلا يتم الا بوجوب القضاء ولا يجب الا بقراءته وبهذا تبين أن العبارة الجيدة أن يقال لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله لان وصوله قبل ثبوته عند المكتوب اليه وقراءته لا يوجب عليه شيئاً فقول المصنف (التحق بواحد من الرعايا) يعني قبل تمام القضاء (ولهذا لا يقبل اخباره قاضياً آخر) غير المكتوب اليه (في غير عمله أو غير علمهما) ولو كان على قضائه لانه بالنسبة الى العمل الاخر كواحد من الرعايا غير أن الكتاب خص من ذلك بالاجماع ولو مات بعد وصول الكتاب وقراءته عمل به المكتوب اليه هكذا ذكر في ظاهر الرواية (وكذا لو مات المكتوب اليه) أو عزل وولى غيره لا يعمل الذي قام مقامه عندنا (الا اذا) كان (كتب الى فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعاله) وقد قدمنا ما هنا وقال الشافعي وأحمد يعمل به لان المعقول عليه شهادة الشهود على ما تحمله ومن يحمل وشهد وجب على كل قاض الحكم بشهادته وصار كالمكتوب والى كل قاض وصل اليه وأجيب بأن الكتاب لما خص الاول بالكتابة فقد اعتمد عدالته وأمانته والقضاة متفاوتون في أداء الامانة فصح التعيين بخلاف ما اذا أردفه بقوله والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان هناك اعتمد على علم الكل وأمانتهم فكان الكل مكتوب اليهم معينين أما لو كتب ابتداء الى كل من يصل اليه كابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فقد منأنا أنه

القضاء وانه لا يمنع القضاء ولنا القول بالوجوب وهو ان الكاتب وان كان ناقلاً الا أن هذا النقل له حكم القضاء بدليل أنه لا يصح الا من القاضي ولم يشترط فيه العدد ولفظة الشهادة ووجب على الكاتب هذا النقل لسماع البيينة وما وجب على القاضي بسماع البيينة قضاء لكنه غير تام لان تمامه بوجوب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء عليه قبل وصوله اليه وقبل قراءته عليه فبطل كما في سائر الاقضية اذا مات القاضي قبل اتمامها واستدل المصنف بقوله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخبار قاض آخر في غير عمله أو في غير علمهما وهذا ظاهر فيما اذا عزل أما في الموت أو في الخروج عن الاهلية فليس بظاهر لان الميت والمجنون لا يلتحقان بواحد من الرعايا ويمكن أن يقال يعمل ذلك بالاولي وذلك لانه اذا كان حياً وعلى أهلية القضاء لم يبق كلامه حجة فلان لا يبقى بعد الموت أو الخروج عن الاهلية اولي وكذا لو مات المكتوب اليه بطل كتابه

وقال الشافعي يعمل به من كان قائماً مقامه في القضاء كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا أن اجازة القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وأمانته والقضاة يتفاوتون في أداء الامانة فصاروا كالأمناء في الاموال وهناك قد لا يعتمد على كل أحد فكذا هنا الا اذا صرح باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه أتى بما هو شرط وهو أن يكون من معلوم الى معلوم ثم صير غيره تبعاله

بخلاف ما اذا كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلدة كذا الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فانه لا يصح عند أبي حنيفة وقيل الظاهر ان محمدا معه لانه من معلوم الى مجهول والعلم فيه شرط كما هو وهو رد لقول أبي يوسف في جواز فانه حين ابتلى بالقضاء وسع كثيرا تسهلا للامر على الناس (ولومات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم بمقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده (ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص) وقال الشافعي في قول (٤٨٥) يقبل لان الاعتماد على الشهود

(ولنأنا فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة) وهي غير مقبولة فيهما (ولان مبناها على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما)

بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا رجهم الله لانه غير معروف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه بمقامه (ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص) لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة لان مبناها على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما
فصل آخر (ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص) اعتبارا بشهادتها

أجازة أبو يوسف وهو مذهب الشافعي وأحمد ومنعه أبو حنيفة والظاهر أن محمدا مع أبي حنيفة والوجه قول أبي يوسف لان اعلام المكتوب اليه وان كان شرطا فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الأجل والتجهيل فصار قصديته وتبعيته سواء (ولومات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه بمقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده (قوله ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص) وهو قول للشافعي وفي قول آخر يقبل وهو قول مالك وأحمد لان الاعتماد على الشهود وقدمه شاهدنا (لان فيه) أي في كتاب القاضي (شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة) لقيامها الحد لان مبنى الحدود والقصاص على الاسقاط بالشبهات (وفي قبول الكتاب سعي) واحتياط (في اثباتهما) وعرف من تقريرنا أن المعنى على عدم الواو في قوله ولان مبناها الخ والله أعلم واعلم أن ذكر ما تطلع على فروع كثيرة في الكتب فيها تصریح بمنع الكتاب فيها مثل ما ذكر في الخلاصة وغيرها في رجل وامرأة ادعىا ولدا وقالوا هو معروف بالنسب منا هو في يد فلان استترقه في بلدة كذا وطلبنا الكتاب لا يكتب في قول أبي حنيفة ومحمد وان ادعىا النسب ولم يذكر الاسترقاق يكتب بالاتفاق لانه دعوى النسب مجردا فكان كدعوى الدين بخلاف المسئلة الاولى لانه يريد دفع الرق فهو كدعوى انه عبدي **فرع** هل يكتب القاضي بعلمه في الخلاصة هو كالقضاء بعلمه والتفاوت هنا أن القاضي يكتب بالعلم الخاص قبل القضاء بالاجماع كذا قال بعضهم ولو أقام شاهدا واحدا عند القاضي وسأل أن يكتب بذلك كتابا الى قاض آخر فعل فانه قد يكون له شاهد في محل المكتوب اليه ويكتب في الدين المؤجل وبين الاجل ليطالبه اذا حل هناك ولو قال استوفى غريمي دينه أو برأني منه وأقام عليه بينة وأنا أريد أن أقدم البلدة التي هو فيها وأخاف أن يأخذني به فعند محمد يكتب وعند أبي يوسف لا يكتب وأجمعوا أنه لو قال بحمدني الاستيفاء أو الابرارمة يكتب وكذا اذا ادعى أن الشفيع الغائب سلم الشفعة وأقام بينة وطلب أن يكتبه هل يكتب هو على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد وكذا امرأة ادعت الطلاق على زوجها الغائب وأشهدت وطلبت الكتاب هو على الخلاف أيضا ولو قالت طلقني ثلاثا وانقضت عدتي وتزوجت بأخر وأخاف أن ينكر الطلاق فأحضرته وقالت للقاضي سلمه حتى اذا أنكرت عليه بينة فالقاضي يسأله بلا خلاف والقياس في الكل سواء وهذا احتياط

أجازة أبو يوسف وهو مذهب الشافعي وأحمد ومنعه أبو حنيفة والظاهر أن محمدا مع أبي حنيفة والوجه قول أبي يوسف لان اعلام المكتوب اليه وان كان شرطا فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الأجل والتجهيل فصار قصديته وتبعيته سواء (ولومات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه بمقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده (قوله ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص) وهو قول للشافعي وفي قول آخر يقبل وهو قول مالك وأحمد لان الاعتماد على الشهود وقدمه شاهدنا (لان فيه) أي في كتاب القاضي (شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة) لقيامها الحد لان مبنى الحدود والقصاص على الاسقاط بالشبهات (وفي قبول الكتاب سعي) واحتياط (في اثباتهما) وعرف من تقريرنا أن المعنى على عدم الواو في قوله ولان مبناها الخ والله أعلم واعلم أن ذكر ما تطلع على فروع كثيرة في الكتب فيها تصریح بمنع الكتاب فيها مثل ما ذكر في الخلاصة وغيرها في رجل وامرأة ادعىا ولدا وقالوا هو معروف بالنسب منا هو في يد فلان استترقه في بلدة كذا وطلبنا الكتاب لا يكتب في قول أبي حنيفة ومحمد وان ادعىا النسب ولم يذكر الاسترقاق يكتب بالاتفاق لانه دعوى النسب مجردا فكان كدعوى الدين بخلاف المسئلة الاولى لانه يريد دفع الرق فهو كدعوى انه عبدي **فرع** هل يكتب القاضي بعلمه في الخلاصة هو كالقضاء بعلمه والتفاوت هنا أن القاضي يكتب بالعلم الخاص قبل القضاء بالاجماع كذا قال بعضهم ولو أقام شاهدا واحدا عند القاضي وسأل أن يكتب بذلك كتابا الى قاض آخر فعل فانه قد يكون له شاهد في محل المكتوب اليه ويكتب في الدين المؤجل وبين الاجل ليطالبه اذا حل هناك ولو قال استوفى غريمي دينه أو برأني منه وأقام عليه بينة وأنا أريد أن أقدم البلدة التي هو فيها وأخاف أن يأخذني به فعند محمد يكتب وعند أبي يوسف لا يكتب وأجمعوا أنه لو قال بحمدني الاستيفاء أو الابرارمة يكتب وكذا اذا ادعى أن الشفيع الغائب سلم الشفعة وأقام بينة وطلب أن يكتبه هل يكتب هو على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد وكذا امرأة ادعت الطلاق على زوجها الغائب وأشهدت وطلبت الكتاب هو على الخلاف أيضا ولو قالت طلقني ثلاثا وانقضت عدتي وتزوجت بأخر وأخاف أن ينكر الطلاق فأحضرته وقالت للقاضي سلمه حتى اذا أنكرت عليه بينة فالقاضي يسأله بلا خلاف والقياس في الكل سواء وهذا احتياط
فصل آخر (قوله ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص) وقال الأئمة الثلاثة لا يجوز لان المرأة ناقصة العقل ليست أهلا للخصومة مع الرجال في محافل الخصوم قال صلى الله عليه وسلم

الخ) قضاء المرأة جائز عندنا في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها

قال المصنف (بخلاف ما اذا كتب ابتداء الخ) أقول قال ابن الهمام في شرح قوله ولا يقبل الكتاب الخ وأجازة أبو يوسف أيضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم اه
فصل آخر (قوله والاولى أن يجعل هذا فصلا آخر الى قوله وهذا فصل آخر) أقول نعم هذا فصل آخر في أدب القاضي لكن الفصل بين الفصلين يباب كتاب القاضي الى القاضي بدون أن يورده عقب الفصل الاول يحتاج الى سبب وذلك ما قاله صاحب النهاية

وقدم الوجه أي في أول أدب القاضى أن حكم القضاء يستقي من حكم الشهادة لأن كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان من أهل الشهادة يكون أهلا للقضاء وهي أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص فهي أهل للقضاء في غيرهما وقيل أراد به ما مر قبل بخطوط من قوله لأن فيه شبهة البدلية فإنه يدل على أن ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيه ما وشهادتها كذلك كما سيجي هو قضاءها مستفاد من شهادتها (وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء) (٤٨٦) بعذرو بغيره (الآن يفوض اليه ذلك لأنه قد القضاة دون التقليديه) أى

وقدم الوجه (وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء الآن يفوض اليه ذلك) لأنه قد القضاة دون التقليديه فصار كموكيل الوكيل بخلاف الأمور بأقامة الجمعية حيث يستخلف لأنه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذا بالاختلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثانى بمحض من الاول أو قضى الثانى فأجاز الاول جاز كافي الوكالة

لن يفلح قوم ولو أمرهم أمره رواه البخارى قال المصنف (وقدم الوجه) يعنى وجه جواز قضائهما وهو أن القضاء من باب الولاية كالشهادة والمرأة من أهل الشهادة فتكون من أهل الولاية وقيل هو قوله قبل لأن فيه شبهة البدلية ولا يخفى أن هذا التمايخص وجه استثناء الحدود والقصاص والاحسن أن يجعل كلامهما والمصنف لم ينصب الخلاف ليجتاج الى الجواب عن الدليل المذكور والجواب أن ما ذكر غاية ما يفيد منع أن تستقضى وعدم حمله والكلام في مال ولو ليت وأتم المقلد بذلك أو حكمها خصمان فقضت قضاء موافقا لدين الله أ كان ينفذ أ لم ينفذ دليل على نفيه بعدم موافقته ما أنزل الله الآن يثبت شرعاً سلب أهليتها وليس في الشرع سوى نقصان عقلها ومعدوم أنه لم يصل الى حد سلب ولايتها بالكيفية الأ ترى أنها تصلح شاهدة وناظرة في الأوقاف ووصية على المتألمة وذلك النقصان بالنسبة والأضافة ثم هو منسوب الى الجنس فجاز في الفرد خـ لافه الأ ترى الى نصريحهم بصدق قولنا الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض أفراد النساء خيراً من بعض أفراد الرجال ولذلك النقص الغريزي نسب صلى الله عليه وسلم لمن يواهم عدم الفلاح فكان الحديث متعرضاً للمولين ولهن بنقص الحال وهذا حق لكن الكلام في مال ولو ليت فقضت بالحق لماذا يبطل ذلك الحق (قوله وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء) في صحة ولا مرض (الآن يفوض ذلك اليه) فيملكه كما أنه اذا صرح فيه بالمنع يمنع منه وهذا (لأنه قد القضاة دون التقليديه فصار كالوكيل) ليس له أن يوكل (بخلاف الأمور بأقامة الجمعية حيث) جاز له أن (يستخلف) لأنه لتوقته بحيث لو عرض في وقته ما يمنعه كان لا الى خلف ومعلوم أن الانسان عرض للاعراض فكان المولى له أذن في استخلافه دلالة بشرط أن يكون المستخلف سمع الخطبة أما اذا لم يكن سمعها فلا لانها من شرائط افتتاح الجمعية بخلاف ما لو سمعها من الخطبة لم يشهد الخطبة حيث يجوز لان المأمور هناك بان وليس بفتح و الخطبة شرط الافتتاح وقد وجد في حق الأصل ولذا لو أفسدها هذا الخليفة واستفتح يجوز وان لم يشهد الخطبة لان شروعه فيها صحيح وبهذا الشرع والتحقق عن شهد الخطبة حكماً وبخلاف المستعير فان له أن يعير بشرطه لأنه يملك المنافع لنفسه فكان له تملكها بخلاف ولاية القضاء فانها هي اذن في أن يعمل لغيره وهذا ما قالوا من قام مقام غيره لا يكون له اقامة غيره مقام نفسه ومن قام مقام غيره لنفسه كان له وبخلاف الوصى يملك الأيضاء والتوكيل بطريق الدلالة أيضاً لان ثبوتها بعد الموت وربما يعجز الوصى عن المباشرة بنفسه والموصى قد مات فلا يمكن رجعه الى رأيه فتضمن الأيضاء الاذن بالاستخلاف وقوله (ولو قضى الثانى بمحض من الاول أو قضى) بغيره فبلغه (فأجاز جاز كافي الوكالة) اذا وكل الوكيل غيره فتصرف بمحضه

بالقضاء (فصار كالوكيل) لا يجوز له التوكيل الا اذا فوض اليه ذلك (بخلاف الأمور بأقامة الجمعية حيث) يجوز له أن يستخلف لأن أداء الجمعية على شرف الفوات لتوقته (بوقت يفوت الاداء بانقضائه) فكان الامر به من الخليفة اذنا له بالاستخلاف دلالة) لكن انما يجوز اذا كان ذلك الغير سمع الخطبة لانها من شرائط افتتاح الجمعية فلا يفتح الاول الصلاة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهدا جاز لان المستخلف بان لا مفتح واعترض عن أفسد صلانه ثم افتتح بهم الجمعية فانه جائز وهو مفتح في هذه الحالة لم يشهد الخطبة وأجيب بأنه لما صح شروعه في الجمعية وصار خليفة للاول التحق عن شهد الخطبة وأرى ان الحاقه بالباقي لتقدم شروعه في تلك الصلاة أولى قتأمل (قوله ولا كذلك القضاء) أى ليس القضاء كجمعية لأنه غير موقت بوقت يفوت بالتأخير عند العذر في أذن بالجمعية مع علمه أنه قد يعرض له عارض يمنعه من أدائها في الوقت فقد رضى بالاستخلاف

بخلاف القضاء (فلو) فرضنا أنه استخلف و (قضى الثانى بمحض من الاول أو قضى الثانى) عند غيبة الاول (فأجاز الاول أو جاز) اذا كان من أهل القضاء (كافي الوكالة) فان الوكيل اذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بمحض الاول أو أجاز الاول جاز

(قوله وقيل أراد به الخ) أقول القائل صاحب النهاية وفيه تأمل قال المصنف (بخلاف الأمور بأقامة الجمعية) أقول قال في الكافي مطلقاً اه أى مطلقاً عن الاذن بالاستخلاف

وقوله (لانه حضره رأى الاول) يصلح دليلا للمستثنى أما في هذه المسئلة فلان الخليفة رضى بقضاء حضره رأى القاضى وقت نفوذه لاعتماده على علمه وعمه والحكم الذى حضره القاضى أو أجازة قضاء حضره رأى القاضى فيكون راضيا به وأما في الو كالة فسبجى وفي كتاب الو كالة قيل الاذن في الابتداء كالأجازة في الانتهاء فاختلغا في الجواز وعدمه وأجيب بالمنع فان البقاء أسهل من الابتداء وأن الحكم الذى أذن له القاضى به في الابتداء قضاء لم يحضره رأى القاضى وكان رضا الخليفة بتولية القاضى مقيدا به (قوله وإذا فوض اليه ملكه) أى إذا قال الخليفة للقاضى ول من شئت كان له أن يولى غيره (فمصر الثانى نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله) لانه صار قاضيا من جهة الخليفة فلا يملك الاول عزله الآن يقول واستبدل من شئت فملك الاول عزله وهذا بناء على أن أمر القاضى لا يتعدى الى غير ما فوض اليه فاذا قال الخليفة ول من شئت واقصر على ذلك كان أمره بالتولية والعزل خلافه وإذا أضاف الى ذلك واستبدل من شئت كان أمره بهما فكانا له فاذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضى القضاة كان اذنا بالاستخلاف والعزل دلالة لان قاضى القضاة هو الذى يتصرف فى القضاة بتقليد وعزلا كذا فى الذخيرة قيل ما الفرق بين الوصى والقاضى فان كلامهما مفوض اليه من جهة الغير والوصى يملك التفويض الى غيره تو كيلا وايضاء وأجيب بأن أو ان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يجوز الوصى عن الجرى على موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع الى الموصى فيكون الموصى له راضيا باستعانته بغيره ولا كذلك القضاء وقيل القاضى يملك التوكيل والايضاء ولا يملك التقليد والتعليل المذ كور فى التقليد يجرى فيهما وأجيب بأن المقلد (٤٨٧) يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصى

فكون توقع الفساد فى القضاء أكثر قال (وإذا رفع الى القاضى حكم حاكم أمصاه الخ) اذا تقدم رجل الى قاض وقال حكم على فلان القاضى بكذا وكذا نفذه ان لم يكن مخالفا للكتاب كالحكم بحمل متروك التسمية عدا فانه مخالف لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه أو السنة أى المشهورة كالحكم بحمل المطلقة ثلاثا الزوج الاول بمجرد النكاح

وهذا لانه حضره رأى الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثانى نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله الا اذا فوض اليه العزل هو الصحيح قال (واذا رفع الى القاضى حكم حاكم أمصاه الآن يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع بأن يكون قول لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمصاه)

أو بغيبته فأجازة نفذ (لانه حضره رأى الاول وهو الشرط) فانه المقصود بتوكيله وتحقيق حاله أنه فوض الى ابتداء وكيل انتهائه ولا يتمتع اذ قد يجوز فى الانتهاء والبقاء ما لا يجوز فى الابتداء خصوصا وقد فرض زوال المانع من الصحة فى الابتداء وهو كونه ايس مما حضره رأيه (واذا فوض اليه) الاستخلاف (بملكه فيصير الثانى نائبا عن الاصيل) يعنى السلطان (حتى لا يملك الاول عزله) الا اذا كان المقلد قال له ول من شئت واستبدل من شئت فمضى ذلك عزله أو قال جعلتك قاضى القضاة فان قاضى القضاة هو الذى يتصرف فيهم مطلقا تقليدا وعزلا وفيه خلاف الشافعى وأجد (قوله واذا رفع الى القاضى حكم حاكم أمصاه الآن يخالف الكتاب أو السنة المشهورة) أو الاجماع بأن يكون قول لا دليل عليه) وفي بعض نسخ القدورى أو يكون قول الخ (وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمصاه) قالوا انما أعاده لان فى عبارة الجامع فائدتين

بدون اصابه الزوج الثانى فان اشترط الدخول ثابت بحديث العسيلة وقد ذكرناهما فى التقرير على ما ينبغى أو الاجماع كالحكم بطلان قضاء القاضى فى الجهد فيه أو يكون قول لا دليل عليه قبل كما اذا مضى على الدين سنون فتحكم بسقوط الدين عن علمه لتأخير المطالبة فانه لا دليل شرعى يدل على ذلك وفي بعض النسخ بأن يكون وهو تعليل للاستثناء فكأنه يقول عدم تنفيذه اذا كان مخالفا للدلالة المذ كورة بسبب أن يكون قول لا دليل وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمصاه وفيه فائدتان احدهما أنه قيد بالفقهاء اشارة الى أن القاضى اذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد لا ينفذه المرفوع اليه على قول العامة كذا فى الذخيرة

(قوله وان الحكم الذى الخ) أقول التعويل على الجواب الثانى (قوله فيكون الموصى له راضيا) أقول كى لا نفوت مصالحه (قوله وقيل القاضى يملك الخ) أقول المذ كور فى الفتاوى ان القاضى لا يملك نصب الوصى اذا لم يكن ذلك مكتوبا فى منشوره فلا يحتاج الى الفرق (قوله والتعليل المذ كور الخ) أقول بمعنى قوله لأنه قلد القضاء دون التقليد (قوله وهو تعليل للاستثناء) أقول فيه بحث بل هو احتراز عن الاحكام المخالفة للكتاب أو السنة أو الاجماع لكنها مستندة الى دليل قوى من تلك الثلاثة أيضا قال فى الكافى بأن يكون قول لا دليل عليه أى لا دليل يعتمد عليه اه فتأمل (قوله اذا لم يعلم الخ) أقول أنت خير بأنه لا دلالة فى عبارة الجامع على كونه عالما بالخلاف انما مفاده ان ما اختلف الفقهاء فيه فى نفس الامر فقضى القاضى بذلك الذى اختلف فيه عالما بأنه مختلف فيه أولا فانه أعم من كونه عالما بغير ما يفيد كون الثانى عالما بالخلاف وليس الكلام فيه بل فى القاضى الاول فتأمل

ليستاقى القدوري احداها تقييده بالفقهاء أفاد أنه لو لم يكن عالما بالخلاف لا ينفذ قال شمس الأئمة وهو ظاهر المذهب وعليه الاكثر والثانية التقييد بكون القاضي يرى غير ذلك فان القدوري لم يتعرض لهذا فيحتمل أن يكون مراده انه اذا كان رأيه في ذلك موافقا للحكم الاول أمضاء وان كان مخالفا لا يعضيه فأبانت رواية الجامع أن الامضاء عام فيما سوى المستثنيات سواء كان ذلك مخالفا لرأيه أو موافقا يعنى بالطريق الاولى ولا يخفى أنه لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالما بالخلاف وانما مفاده ان ما اختلف فيه الفقهاء في نفس الامر فقضى القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالما بأنه مختلف فيه أو غير عالم فانه أعم من كونه عالما بما جاء قاض آخر يرى خلاف ذلك الذي حكم به هذا أمضاء فر بما يفيد أن الثاني عالم بالخلاف وليس الكلام فيه فان هذا هو المنفذ والكلام في القاضي الاول الذي ينفذ هذا الاخر حكمه وليس فيه دليل على انه كان عالما بالخلاف بطريق من طرق الدلالة نعم في الجامع التنصيص على أنه ينفذه وان كان خلاف رأيه وكلام القدوري يفيد أيضا فانه قال اذا رفع اليه حكم ما كأمضاء وهو أعم ينتظم ما اذا كان موافقا لرأيه أو مخالفا وانما في الجامع النصوصية عليه اذا كان مخالفا وقوله الآن يخالف الخ حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد ومنه يعلم كون المحل مجتهدا فيه حتى تجوز مخالفته أولا فشرط حمل الاجتهاد أن لا يكون مخالفا للكتاب أو السنة يعنى المشهورة مثل البيضة على المدعى والمبني على من أنكرك فلو قضى بشاهدين لا ينفذ ويتوقف على امضاء قاض آخر ذكره في أقضية الجامع وفي بعض المواضع ينفذ مطلقا ثم يراد بالكتاب الجمع على مراده أو ما يكون مدلول لفظه ولم يثبت نسخه ولا تأويله بدليل يجمع عليه فالاول مثل حرمت عليكم أمهاتكم الآية لو قضى قاض بحل أم امرأته كان باطلا لا ينفذ والثاني مثل ولانا كلوا مما لا بد لكم منه عليه ولا ينفذ الحكم بحل متروك التسمية عمدا وهذا لا ينضب فان النص قد يكون مؤولا فيخرج عن ظاهره فاذا منعناه بحباب بأنه مؤول بالذبح للانصاب أيام الجاهلية فيقع الخلاف في أنه مؤول أو ليس بمؤول فلا يكون حكم أحد المتناظرين بأنه غير مؤول قاضيا على غيره منع الاجتهاد فيه نعم قد يترجم أحد القولين على الآخر بنسبوت دليل التأويل فيقع الاجتهاد في بعض أفراد هذا القسم انه مما يسوغ فيه الاجتهاد أولا ولذا منع نحن نفاذ القضاء في بعض الاشياء ويميزونه بالعكس ولقد نقل الخلاف في المحل عندنا أيضا وان كان كثير لم يحكموا بالخلاف فسنى الخلاصة في رابع جنس من الفصل الرابع من أدب القاضي قال وأما القضاء بحل متروك التسمية عمدا فجاز عندهم وعند أبي يوسف لا يجوز انتهى وأما عدم تسوية الاجتهاد بكونه مخالفا للاجماع وسواء كان ذلك على الحكم أو على تأويل السمي أو بنقل عدم تسوية فقهاء العصر اجتهاده وذلك مثل اجتهاد ابن عباس رضي الله عنهم في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه فلو قضى به قاض لا ينفذ حتى يروى انه رجع عنه وهذا هو مراد المصنف بقوله وفيما اجمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض ولا يعنى انه لا يعتبر في انعقاد الاجماع بل لا يعتبر في جواز الاجتهاد ولم يرد ببعض مادون النصف أو مادون الكل بل الواحد والاثنين والالم يعتبر قضاء في محل مجتهد فيه أصلا إذ ما من محل اجتهاد الا واحد الفريقين أقل من الفريق الآخر لا يضبط تساوي الفريقين ولذا لم يمتلوه قط الا بخلاف ابن عباس وشحوه وهو خلاف رجل واحد فالمراد اذا اتفق أهل الاجماع على حكم مخالفتهم واحد لا يصير المحل بذلك محل اجتهاد حتى لا ينفذ القضاء به قول ذلك الواحد في مقابلة قول الباقيين ثم هذا أعم من كونهم سوغوا اجتهاده ذلك أولا والذي صححه شمس الأئمة واختاره أن الواحد المخالف ان سوغوا له اجتهاده لا يثبت حكم الاجماع وان لم يسوغوا الا يصير المحل مجتهدا فيه قال واليه أشار أبو بكر الرازي لان ذلك كما قال المصنف خلاف لا اختلاف ثم قال المصنف المتعبر بالاختلاف في الصدر الاول يعنى أن يكون المحل محل اجتهاد يتحقق الخلاف فيه بين الصحابة وقد يحتمل بعض العبارات ضم

والثانية أنه قيد بقوله يرى غير ذلك إشارة إلى أن الحكم اذا لم يكن مخالفا للدلالة المذكورة ينفذ سواء كان موافقا لرأيه أو مخالفا فانه اذا نفذ وهو مخالف لرأيه ففيما يوافقه أولى ورواية القدوري ساكنة عن الفائدتين جميعا

(قوله ورواية القدوري الخ) أقول عبارة القدوري أعم تتناول ما اذا كان موافقا لرأيه أو مخالفا وليس في عبارة الجامع الا التنصيص على ما اذا كان مخالفا ويعلم حال الموافقة بالاولوية كما ذكره الا انه لا يثبت بهذا القدر اولوية عبارة الجامع من عبارة القدوري فتدبر

التابعين وعليه فرع الخصاف ان للقاضي أن يتقضى القضاء ببيع أم الولد لانه مخالف لاجماع التابعين وقد حكى في هذا الخلاف عندنا فقبل هذا قول محمد أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف في يجوز قضاؤه ولا يفسخ وفي النوازل عن أبي يوسف لا ينفذ القضاء به فاختلفت الرواية عن أبي يوسف وقيل شمس الأئمة السرخسي هذه المسئلة تبني على أن الاجماع التأخير رفع الخلاف المتقدم عند محمد وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يرفع يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعهن فعن علي الجواز وعمر وغيره على منعه ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيعهن فكان قضاء القاضي به على خلاف الاجماع عند محمد فيبطله الثاني وعندهم المالم يرفع اختلاف الصحابة وقع في محل الاجتهاد فلا ينقضه الثاني ولكن قال القاضي أبو زيد في التوفيم ان محمد اروي عنهم جميعا أن القضاء ببيع أم الولد لا يجوز فقد علمت ما هنا من تشعب الاختلاف في الرواية وبناء على اشتراط كون الخلاف في الصدر الاول في كون المحل اجتهاديا قال بعضهم ان للقاضي أن يبطل ما قضى به القاضي المالك والشافعي برأيه يعني انما يلزم اذا كان قول مالك أو الشافعي وافق قول بعض الصحابة أو التابعين المختلفين فلا ينقض باعتبار أنه مختلف بين الصدر الاول لا باعتبار أنه قول مالك والشافعي فلو لم يكن فيها قول الصدر الاول بل الخلاف مقتضب فيها بين الامامين للقاضي أن يبطله اذا خالف رأيه وعندى أن هذا لا يقول عليه فان صح ان مالك أو أبا حنيفة والشافعي مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهاديا والافلا ولا شك أنهم أهل اجتهاد ورفعة ولقد نرى في أثناء المسائل جعل المسئلة اجتهادية بخلاف بين المشايخ حتى ينفذ القضاء بأحد القولين فكيف لا يكون كذلك اذ لم يعرف الخلاف الا بين هؤلاء الأئمة يؤيده ما في الذخيرة عن الحلواني أن الاب اذا خلع الصغيرة على صداقها ورأه خيرا الهابان كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فان على قول مالك يصح ويرزول الصداق عن ملكها ويبرأ الزوج عنه فاذا قضى به قاض نفذ وفي حيز منتهاج الشريعة عن مالك فحين طلقها قضى عليها ستة أشهر لم ترد ما فاتم اتعتد بعده بثلاثة أشهر فاذا قضى بذلك قاض ينبغي أن يتفد لانه مجتد فيه الا أنه نقل مثله عن ابن عمر قال وهذه المسئلة يجب حفظها لانها كثيرة الوقوع ثم ذكر في المنتقى أن العبرة بكون المحل مجتد فيه اشتباه الدليل لاحقيقة الخلاف قال الأثرى أن القاضي اذا قضى بابطال طلاق المكره نفذ لانه مجتد فيه لانه موضع اشتباه الدليل اذا اعتبار الطلاق بسائر تصرفاته يتق حكمه وكذا الوقضى في حد أو قصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع الى قاض آخر يرى خلاف ذلك ينقضه وليس طريق القضاء الاول كونه في مختلف فيه وانما طريقه ان القضاء الاول حصل في موضع اشتباه الدليل لان المرأة من أهل الشهادة اذ ظاهر قوله تعالى فرحل وامرأتان أن يبدل على جواز شهادتهن مع الرجال مطلقا وان وردت في المدائنة لان العبرة لعموم اللفظ ولم يرد نص قاطع في ابطال شهادة النساء في هذه الصورة ولو قضى بجواز نكاح بلا شهود نفذ لان المسئلة مختلف فيها مالك وعثمان النبي بشرط ان الاعلان لا للشهود وقد اعتبر خلافهما لان الموضوع موضع اشتباه الدليل اذا اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضى أن لا تشترط الشهادة انتهى ولا يخفى انه اذا كانت معارضة المعنى للدليل السمي النص توجب اشتباه الدليل فيصير المحل محل اجتهاد ينفذ القضاء فيه فكل خلاف بين الشافعي ومالك أو بيننا وبينهم أو أحدهم محل اشتباه الدليل حينئذ اذ لا يتخلو عن مثل ذلك فلا يجوز نقضه من غير توقف على كونه بين الصدر الاول ولا بأس بذكر مواضع نص فيها أهل المذهب بعينها اذا قضى القاضي بالقصاص بحلف المدعى أن فلا ناقتة وهناك لوث من عداوة ظاهرة كقول مالك لا ينفذ لخالف السنة المشهورة البينة على المدعى واليمين على من أنكرمع أن معه ظاهرا في حديث محيصة وحويسة نذكره في القسامة ان شاء الله تعالى رب العالمين ولو قضى بحل المطلقة ثلاثا بجمرد عقد الثاني بلا دخول كقول سعيد بن المسيب لا ينفذ ذلك أيضا وهو

(والاصل) في تنفيذ القاضى ما رفع اليه اذ لم يكن مخالفا للادلة المذكورة (ان القضاة متى لاقى فصلا مجتهدا فيه بنفذ ولا يردده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول) في ان كلامهما محتمل الخطأ (وقد ترجح الاول باتصال القضاة به فلا يتقض بما دونه) درجة وهو ما يتصل القضاة به ولقائل أن يقول القضاء (٤٩٠) في المجتهد فيه متفرع على رأى المجتهد فكيف يصلح الفرع مرجحا للاصله

والاصل ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه بنفذ ولا يردده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاة به فلا يتقض بما هو دونه (ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه

حديث العسيلة وفي السير من الجامع الكبير اذا قضى ان الكفار لا يملكون ما استولوا عليه لا ينفذ لانه لم يثبت في ذلك اختلاف الصحابة ولو قضى بشهادة الزوج لزوجه نفاذ وفي الفصول نقلا عن فتاوى رشيد الدين الزوج الثاني اذا طلقها بعد الدخول ثم تزوجها ثانيا وهى في العدة ثم طلقها قبل الدخول فتزوجها الاول قبل انقضاء العدة وحكم الحاكم بصحته هذا النكاح ينفذ لان الاجتهاد فيه مساغا وهو صريح ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فالحكم عليهن من عدة تعتدونهن وهو ايضا مذهب زفر ولو قضى في المأذون في نوع أنه مأذون فيه فقط كذهب الشافعي بصير متفقا ولو قضى بنصف الجهاز فبين طلقت قبل الدخول وقد قبضت المهر فتجهز لا ينفذ لانه خلاف الجمهور وينفذ القضاء بجواز بيع المدبر ولو قضى بعدم جواز عقور الزوجة عن دم العمدة بناء على قول البعض انه لاحق لها في الفصول لا ينفذ ولو زنى بأم امرأته فقضى باقرار البنت معه نفذ وحكى في الفصول فيما اذا زنى بامرأة ثم تزوج بنتها قضى بجوازه خلافا عند أبي يوسف لا ينفذ لانه عليه وعند محمد يجوز وبصحته السلم في الحيوان ينفذ وينفذ بالقرعة في رقيق أو عتق الميت واحد منهم وبالشهادة لابييه وعكسه ينفذ عند أبي يوسف ولا ينفذ عند محمد وبالشهادة على الشهادة فيما دون مدة السفر نفذ وبشهادة شهود على وصية محتومة من غير أن يقرأها عليهم الميت أمضاه الآخر وبصحته النكاح الموقت بأيام نفذ ولو عقد امرقا بلنظ المتعة ومتعيني بنفسك عشرة أيام لا ينفذ ولو قضى برذو زوجته بالعيوب من العمى والجنون نفذ لان عمر رضى الله عنه يقول ردها بالعيوب الخمسة وكذا بصحته رد الزوجة له ولو قضى بسقوط المهر بالتقدم بلاقرار ولا ينفذ لم ينفذ وكذا اذا قضى أن لا يوجر العينين هذا في القضاء بالمجتهدين فيه أما اذا كان نفس القضاء مجتهدا فيه فهذه فريعات منه وأصلها ان الخلاف اذا كان في نفس القضاء الواقع توقف على امضاء قاض آخر فان أمضاه ليس الثالث نقضه لان قضاء الثاني هو الذى وقع في مجتهدين فيه أعنى قضاء الاول وعليه فرع اذا قضى بالجر على المفسد للفساد لا ينفذ لتحقق الخلاف في القضاء فيتوقف على امضاء قاض آخر وقبل أن يعضيه الثاني نقضه لانه ليس قضاء في مجتهدين فيه وكذا لو قضى لامرأة بشهادة رجلين فالقاضى الثاني مخير بين أن يجيزه أو يردده لان الخلاف وقع في نفس القضاء ومنه ما لو قضى المحمدا والاعمى وأما قضاء السلطان في أمر فالاصح انه ينفذ وقيل لا ينفذ على القول بأنه لا ينفذ يحتاج في نفاذه الى أن ينفذه قاض آخر وقيل في مسألة الحجر في صحة نقض الثاني أن قضاء الاول ليس بقضاء لعدم المقضى له وعليه نفذ قضاء الثاني باطلا عنه عن الحجر (قوله والاصل) حاصله توجيهه أن القاضى الثاني ينفذ خلاف رأيه في المرفوع اليه وهو أن اجتهاد الثاني في البطلان كاجتهاد الاول في الصحة مثلا فتعارض اجتهاداهما وترجع الاول باتصال القضاة به فلا ينفذه الثاني باجتهاده ودونه (قوله ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه

ويمكن أن يجاب عنه بأن القسرع لا يصلح مرجحا لاصله من حيث هو منه أو مطلقا والثاني ممنوع فانه يجوز أن يكون مرجحا لاصله من حيث بقاء الاصل عند وجود ما رفعه من أصل بالرفع اذا شئى المساوى للشئى في القوة لا يرفع ما يساويه فيها مع شئ آخر والاول مسلم وليس الكلام فيه ويؤيده ما روى عن عمر رضى الله عنه انه لما شغله أشغال المسلمين استعان يزيد ابن ثابت رضى الله عنه فقضى زيد بن جليلين ثم لقي عمر رضى الله عنه أحدا الخصمين فقال ان زيدا قضى على يا أمير المؤمنين فقال له عمر لو كنت لقضيت لك فقال ما يمنعك يا أمير المؤمنين الساعة فأقض لي فقال عمر لو كان هنانص آخر لقضيت لك ولكن ههنا رأى والرأى مشترك (ولو قضى القاضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه

(قوله ولأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول الخ) أقول وفيه ان اعتقادنا المذهب

الغير انه خطأ يحتمل الصواب ومذهبنا صواب يحتمل الخطأ فلا يكون الثاني كالاول عندنا (قوله ويؤيده ما روى عن عمر الخ) أقول قال الزبلي وقد صح ان عمر لما كثرت أشغاله قلد القضاء بألدرداء وساق القصة

ناسبا

ناسي المذنبه نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان عامدا ففيه روايتان) ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ
بيقين وعندهما لا يتصدق في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى

ناسي المذنبه نفذ عند أبي حنيفة) رواية واحدة (وان كان عامدا ففيه روايتان) عنه (ووجه
النفاذ أنه ليس بخطأ بيقين) لان رأيه يحتمل الخطا وان كان الظاهر عنده الصواب ورأى غيره يحتمل
الصواب وان كان الظاهر عنده خطأ فليس واحدا منهم ما خطأ بيقين فكان حاصله قضاء في محل مجتهد فيه
فينفذ ووجه عدم النفاذ ان قضاءه مع اعتقاده انه غير حق عبث فلا يعتبر بمن اشبهت عليه القبلة توفيق
تحريره الى جهة فصلي الى غيرها الا يصح لاعتقاده خطأ نفسه فكذا هذا ووجه الاثمة الاورجندى
وبالاول أخذ الصدر الشهيد وفتح بعضهم عليه أن ما يفعله القضاء من الارسال الى شافعي ليحكم بطلان
اليمين المضافة لا يجوز الا بشرط كون القاضي المرسل يرى بطلانه كالشافعي والا كان مقلدا غيره ليفعل
ما هو الباطل عنده وهو باطل قال الشيخ أبو المعين هذا خلاف ما عليه السلف فانهم كانوا يتقلدون القضاء
من الخلفاء ويرون ما يحكمون به نافذا وان كان مخالفا لأي الخلفاء انتهى وأؤكد الامور في هذا احكم شرح
بما يخالف رأى على كثيرا وهو يعلم ووافقته كما علم في رده شهادة الحسن له وعمر قبله فقبل صح عن عمر
رضي الله عنه انه قلدا بالدرء القضاء فاختص اليه رجلا ن قضى لاحدهما ثم لقي القاضي عليه عمر
فسأله عن حاله فقال قضى على فقال لو كنت مكانه قضيت لك قال فما عنك فقال عمر ليس هنا نص والرأى
مشترك وغير ذلك وتحقيقه أن القاضي المرسل يقطع بأن ما يفعله القاضي المرسل اليه مأمور به من عند
الله فظنه بطلانه معناه ظنه عدم مطابقتها لحكم الله الثابت في نفس الامر لكن القطع بأن المكلف به
منه تعالى ليس اصابه ذلك بل العمل بظنونه وان خالف حكمه تعالى فقد أوجب عليه أن يعمل بخلاف
حكمه تعالى فكان ارسال الخنفي اليه ارسالا لأن يحكم بما أمره الله تعالى ولا جناح عليه في ذلك مع علمه
ان الله جوز له أن يقول هذا القول وأن يعمل به من افتاءه بأحكامه وعليه واقتصار المصنف على وجه
النفاذ دليل انه المرجح عنده هذا عند أبي حنيفة (وعندهما لا يتصدق في الوجهين) يعني وجه النسيان
والحمد (لانه قضى بما هو خطأ عنده) وقد تضمن وجه أبي حنيفة جوابه بيسير تأمل ومع ذلك ذكر المصنف
كصاحب المحيط الفتوى على قولهما وذ كر في الفتاوى الصغرى أن الفتوى على قول أبي حنيفة فقد
اختلف النتموى والوجه في هذا الزمان أن يبقى بقوله مالان التارك لمذنبه عمدا لا يفعله الا لهوى باطل
لا تصد جميل وأما الناسي فلان المقلد ما قلده الا ليحكم بمذنبه لا بمذنب غيره وهذا كله في القاضي
المجتهد فأما المقلد فاعماله ليحكم بمذنب أبي حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى
ذلك الحكم هذا وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الاقدام على القضاء بخلاف مذهبه وقال وجه
من قال بالجواز أن القاضي مأمور بالمشاورة وقد تقع على خلاف رأيه وجه المنع قوله تعالى وأن
احكم بينهم بما أنزل الله الآية واتباعه غير رأيه اتباع هوى غيره والوجه الصحيح أن المجتهد مأمور بالعمل
بمقتضى ظنه اجماعا وهذا بخلاف مقتضى ظنه وعمله هناديس الاقضاء بخلاف المرسل الى من يرى
خلاف رأيه ليحكم هو فانه لم يحكم فيه بشئ هذا ومن تسمية اليمين المضافة انه اذا فسح اليمين المضافة
بعد التزوج لا يحتاج الى تجديد العقد ولو وطئها الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسح حكمي عن برهان
الاثمة يكون الوطء حلالا ولو كانت اليمين كل امرأة تزوجها فتزوج امرأه وفسخت اليمين ثم تزوج
بأخرى هل يحتاج الى الفسخ في كل امرأة ذكر فيه خلاف عند أبي يوسف يحتاج وعند محمد لا وفي
المنتقى ذكر أن عند أبي حنيفة يحتاج وعند أبي يوسف لا يحتاج واختلف فيه المشايخ أيضا وحيلة
أن لا يحتاج في كل امرأة أن يقضى القاضي عند تزوج امرأه بطلان اليمين الواقعة مطلقا من
غير قيد فسحها في حق تلك المرأة وسند كوفي في أمر الفتوى فيها كلاما آخر في باب التحكيم

أيضا بطريق الاولى (أنه
ليس بخطأ بيقين) لكونه
مجتهدا فيه وما هو كذلك
فالحكم به نافذ كعامته
المجتهدات ووجه عدمه
أنه زعم فساد قضائه
وهو مؤاخذ بزعمه (وقال
أبو يوسف ومحمد رجما
الله لا يتصدق في الوجهين
لانه قضى بما هو خطأ
عنده) فيعمل به بزعمه
قال المصنف (وعليه
الفتوى)

قال المصنف (وان كان
عامدا ففيه روايتان)
أقول قال النسيان في
الكافي وفي الصغرى اذا
قضى في محل الاجتهاد
وهو لا يرى ذلك بل يرى
خلافه يتصدق عند أبي
حنيفة وعليه الفتوى
اه قال ابن الهمام الوجه
في هذا الزمان أن يبقى
بقوله ما لأن التارك
لمذنبه عمدا لا يفعله
الا لهوى باطل لا تصد
جميل ثم قال وأما الناسي
فلان المقلد ما قلده
الا ليحكم بمذنبه لا بمذنب
غيره وهذا كله في القاضي
المجتهد وأما المقلد فاعماله
ولا ليحكم بمذنب أبي
حنيفة مثلا فلا يملك
المخالفة فيكون معزولا
بالنسبة الى ذلك الحكم
اه (فوله بطريق

قال (ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفاً لما ذكرنا) لماذا ذكرنا حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماضٍ أراد أن يبين المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيه ما لا يكون مخالفاً لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والاجماع فإذا حكم ما حكم بخلاف ذلك ورفع إلى آخر لم يتقدمه بيل بيطله حتى لو تقدم ثم رفع إلى قاض ثالث نقض لانه باطل وضلال والباطل لا يجوز عليه الاعتماد بخلاف المجتهد فيه فإنه إذا رفع إلى الثاني نفذ كما مر فان نقضه فرفع إلى ثالث فإنه ينفذ القضاء الاول ويبطل الثاني لان الاول كان في محل الاجتهاد وهو نافذ بالاجماع والثاني مخالف للاجماع ومخالف الاجماع باطل لا ينفذ والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الاب وجاريته التي وطئها الاب فلو حكم ما حكم بجواز ذلك نقضه من رفع اليه (والمراد بالسنة المشهورة منها) كما ذكرنا والمراد بالجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور أي جل الناس وأكثرهم (ومخالفة البعض غير معتبرة لان ذلك خلاف للاختلاف) فعلى هذا إذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه الاكثر كان حكمه على خلاف الاجماع نقضه من رفع اليه وينبغي أن يحمل كلام المصنف هذا على ما إذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده ذلك كقول ابن عباس في جواز ربا الفضل فإنه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه أحد وانكروا عليه فإذا حكم ما حكم بجواز ذلك وجب نقضه لان الاجماع منعقد على الحرمة بدونها فما إذا سوغ له ذلك لم ينعقد الاجماع بدونها كقول ابن عباس رضي الله عنهما في اشتراط حجب الام من الثلث إلى السادس بالجمع من الاخوة وفي اعطائها ثلث الجميع بعد فرض أحد الزوجين فان حكم به ما حكم لم يكن مخالفاً للاجماع وهذا هو المختار عند شمس الاعمة ولعله اختيار المصنف ولا يحمل على قول من يرى ان خلاف الأقل غير مانع لان عقاده لانه ليس بصحيح عند عامة العلماء قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول) معناه ان الاختلاف الذي يجعل محل مجتهد فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا إذا حكم الشافعي أو المالكي رأيه بما يخالف (٤٩٣) رأى من تقدم عليه من الصدر الاول ورفع ذلك إلى ما حكم لم يرد ذلك كان له أن يقضه

ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفاً لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال (وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتعريم الخ) كل ما قضى به القاضي بتعريمه في الظاهر أي فيما بيننا فهو في الباطن أي عند الله حرام وكذا إذا قضى بالحل وهذا إذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر في النكاح

(قوله وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتعريمه فهو في الباطن كذلك) أي هو عند الله حرام وان كان الشهود الذين قضى بهم كذبة والقاضي لا يعلم ذلك (وكذا إذا قضى بالحل) يكون حلالاً عند الله تعالى وان كان بشهادة الزور (وهذا) عند أبي حنيفة وهو مشروط بما (إذا كانت الدعوى بسبب معين)

قال (وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتعريم الخ) كل ما قضى به القاضي بتعريمه في الظاهر أي فيما بيننا فهو في الباطن أي عند الله حرام وكذا إذا قضى بالحل ولكن بشرط أن تكون الدعوى بسبب معين كنيكاح أو بيع أو طلاق أو عتاق لافي الاملاك المرسلة وهي مسألة قضاء القاضي في

العقود والفسوخ بشهادة الزور فن العقود ما إذا ادعى على امرأة نكاحاً وانكرت فأقام عليها شاهد زور وقضى القاضي للحل بالنكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل للمرأة التمكين منه على قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الاول خلافاً للمحمد وزفر والشافعي وهو قول أبي يوسف الآخر وكذا إذا ادعت على رجل وانكر ومنها ما إذا قضى بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل أن قال بتعني هذه الجارية أو من جهة البائع مثل أن يقول اشترت مني هذه الجارية فإنه يحل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعاً سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهداً فيه وبالبيع بثمن قيمة الجارية أو بأقل مما يتبعان فيه الناس أو لا عند بعض المشايخ لان الشهادة شرط لانشاء النكاح قصدوا الانشاء ههنا ثبت اقتضاء فلا تسترط الشهادة وأن البيع يعين فاحش مبادلة ولهذا علكه العبد المأذون له والمكاتب وان لم يملك التبرع فكان كسائر المبادلات وقال بعضهم انما يثبت النكاح والبيع إذا كان القضاء بمحض من الشهود لانها شرط صحة العقد ولم يكن البيع يعين فاحش لان القاضي يصير منسماً وانما يصير منسماً فيما له ولاية الانشاء وليس له ولاية البيع يعين فاحش لانه تبرع ومن الفسوخ ما إذا ادعى أحد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية وأقام شاهدي زور فضح القاضي حل للبائع وطؤها ومنها ما إذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثاً وأقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطؤها ظاهر او باطناً علم أن الزوج الاول لم يطلقها بان كان أحد الشاهدين أو لم يعلم بذلك وقالان كان عالماً بحقيقة الحال لا يحل له ذلك الوطء لان الفرقة عندهما لم تقع باطناً وان لم يعلم بها حل له ذلك وأما الزوج الاول فلا يحل له الوطء عند أبي يوسف آخر وان كانت الفرقة لم تقع باطناً لانه لو فعل ذلك كان زانياً عند الناس فيجذونه وذكر شيخ الاسلام أن على قول أبي يوسف الآخر يحل وطؤها سرا وعلى قول محمد يحل للاول وطؤها ما لم يدخل بها الثاني فإذا دخل بها لا يحل سواء علم الثاني بحقيقة الحال أو لم يعلم

(قوله لان القاضي يصير منسماً) أقول الظاهر أن يقال منسئ (قوله لانه تبرع) أقول أي من وجهه (قوله فاذا دخل بها لا يحل) أقول لوجوب العدة كالمسكوحة اذا وطئت بشبهة

قال (ولا يقضى القاضي على غائب الخ) القضاء على الغائب وله عندنا لا يجوز إلا إذا حضر من يقوم مقامه وقال الشافعي إن غاب عن البلد أو عن مجلس الحكم واستقر في البلد جاز ولا يصح في الأصح لأن في الاستتار تضييع الحقوق دون غيره واستدل بأن ثبوت القضاء بوجود الحجية وهي البينة فإذا وجد ظهر الحق فيعمل للقاضي العمل بمقتضاها ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة لأن الشهادة خير مما يصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل إلا أن الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة ولهذا إذا كان الخصم حاضرا وأقر بالحق لأحاجة إليها ولا منازعة إلا بعد الانكار ولم يوجد (٤٩٣) فإن قال قد علمت بالشهادة بدون

الانكار إذا حضر الخصم وسكت أوجب بأن الشرع أنزله منكرًا جلالاً أمره على الصلاح إذا تظاهر من حال المسلم أن لا يسكت إن كان عليه دين أو رفعاً لظلمه إن أراد بسكوته توقيف حال المدعي عن سماع الحجية فكان الانكار موجوداً حكماً وإن قال سلمنا أن المنازعة إلا بالانكار لكنه موجود تظاهراً فيما نحن فيه فإن الأصل عدم الإقرار إذ الأصل في اليد الملك قلنا ممنوع فإن التظاهر من حالة الإقرار أن المدعي صادق تظاهراً بوجود ما بصره عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك الإقرار لعقله ودينه أيضاً وإن قال لو أنكسر ثم غاب كان الواجب سماع الحجية وليس كذلك قلنا إذا كانت شرطاً فاللزامة ممنوعة لأن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط وسيأتي له جواب آخر وإن قال وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور الحق

قال (ولا يقضى القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه) وقال الشافعي رحمه الله يجوز لو وجد الحجية وهي البينة فظهر الحق ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد للحل والحرمة كالبيع والنكاح والطلاق وهذه المسئلة هي التي تقدمت في النكاح المعنونة بأن القضاء بالعقود والقسوخ بشهادة الزور بغير علم القاضي نافذة عند أي حنيفة باطنا خلافاً لصاحبيه وباقي الأئمة ومن المثل ادعى رجل على امرأة نكاحاً وهي جاحدة وأقام بينة زور فقضى بالنكاح بينهما حل للمدعي وطؤها ولها التمسكين خلافهم وكذا إذا ادعت نكاحاً على رجل وهو يجده ومنها قضى ببيع أمة بشهادة زور بان ادعى على رجل أنه باعها منه أو أنكأه اشتريتها حل للنكر وطؤها إذا قامت البينة الزور وقضى بها وكذا في القسوخ بالبيع والاقالة وفي الهبة روايتان ومنها ادعت أن الزوج طلقها ثلاثاً وهو ينكر فأقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر حل له وطؤها عند الله تعالى وإن علم بحقيقة الحال ولا يحل عند الأئمة إذا كان عالم بالكذب اليهود ومن صور التحريم صبي وصبيته سبياً فكبراً أو اعتقاً ثم تزوج أحدهما بالآخر فجهاد حري مسلماً وأقام بينة أنهم ما ولداه قضى القاضي بينهما بالفرقة فإن رجع الشهود أو تبين أنهم مشهودون ولا يحل للزوج وطؤها عنده لأن القضاء بالحرمة نفذ باطنا وتظاهراً ومحمد في هذا الفرع مع أبي حنيفة لأنه لا يعلم حقيقة كذب الشهود وأجمعوا في الأملاك المرسلة عن تعيين سبب أنه لا يحل باطنا والوجه في الأصل والفرق تقدم قبيل باب الأولياء والاكتفاء ومن الأوجه لابي حنيفة أنه لو فرق بينهما بأمر الزوج نفذ تظاهراً أو باطنياً أمر الله أولى والقاضي مأمور بذلك منه حل وعلا وأما الاستنهاد بتفريق الثلاثين فينفذ باطنياً وإن كان أحدهما كاذباً فليس بشيء وفي الخلاصة وأجمعوا على أنه لو أقر بالطلاق الثلاث ثم أنكسر وحلف فقضى له بها لا يحل وطؤها وإن الشهود لو تظاهروا وعبيداً وكفاراً أو محدودين لا ينفذ باطنا وفيها رجل قال لامرأته أنت طالق البتة ونوى واحدة بائنة أو رجعية فقضى القاضي بأنها ثلاثاً فأخذ يقول على نفذ القضاء تظاهراً أو باطنياً ثم بعد ذلك إن كان الزوج مجتهداً يتبع رأى القاضي عند محمد وعند أبي يوسف يتبع رأى القاضي إن كان مقضياً عليه وإن كان مقضياً له يتبع أشد الأمرين عليه وإن كان عامياً فإن استفتى فما أفتاه به المقتضى صار كالثابت بالاجتهاد عنده وإن لم يستفت أخذ بما قضى به انتهى والوجه عندى قول محمد لأن اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضي يرجع على اجتهاد الزوج والأخذ بالراجح متعين وكونه لا يراه حلالاً إنما ينعمه من القربان قبل القضاء أما بعده وبعد نفاذه باطنا كما فرضت المسئلة فلا (قوله ولا يقضى القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز) إذا كان غائباً عن البلد أو فيها وهو مستر قولاً واحداً وهو قول مالك وأحمد وإن كان في البلد غير مخفف فله قولان أحدهما لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك والفرق إن في المستر تضييع الحقوق لولم يحكم وفي غيره لا احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر فاشتراط حضور الخصم زيادة عليه بلا دليل ولنا

بالبينة لأنه إن حضر فأقر لزم الدعوى وإن أنكسر فكذلك فالحجوب بأن النزاع في ظهور الحق بالبينة فانه عندنا لا يظهر بها إلا بالنزاع وبأنه مفيد لاحتمال أن يطعن في الشهود ويثبت أو يسلم الدعوى ويدعى الادعاء ويثبت أو يقر قبل القضاء بالبينة فيسقط الحكم بالبينة ووقوع ذلك بعد الحكم يمكن وفيه إبطاء وصون الحكم عن البطلان من أجل الفوائد

(قوله قلنا إذا كانت شرطاً الخ) أقول فيه تأمل ثم التظاهر أن يقال إذا كان بدل قوله إذا كانت (قوله بأنه مفيد الخ) أقول ومن هذا يعلم وجه ما يفعله قضاة زماننا حيث يرسلون المدعي عليه مع المدعي إلى القاضي الكاتب إذا طلب ذلك منهم

(قوله ولانه يحتمل الاقرار الخ) دليل آخر على المطالب والضمير للشان ويجوز ان يتنازع أن يشبهه في وجه القضاء وأعمل الثاني ومعناه أن الشأن يحتمل الاقرار والانتكار أو وجه القضاء يحتملها من الخصم فيشبهه على الحاكم وجه القضاء لان أحكامها مختلفة فان حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة وقد تقدم في أول باب الاستحقاق من البيوع أن الرجل اذا اشترى جارية فقولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه يأخذها وولدها وان أقر بها الرجل لم يأخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبنية فيظهر ملك الحاربه من الاصل فيكون الولد متفرعا عن جارية تملوكه للاستحقاق ولهذا ترجع الباعثة بعضهم على بعض بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا يرجع الباعثة بعضهم على بعض فان استدل الخصم بقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي فانه لا يفصل بين كون الخصم حاضرا أو غائبا أو محدث هندا حيث قالت يارسول الله ان أبسفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال خذني من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فقد قضى عليه بالنفقة وهو غائب (٤٩٤) أجبناه عن الحديث الأول بأنه يدل على أن من ادعى شيئا فعليه اقامة

البينة وهو مع كونه متروك الظاهر لان الخصم اذا أقر ليس على المدعي اقامة البينة ليس بعمل للنازع وانما النزاع في أن القاضي هل يجوز له أن يحكم على الغائب أو لا وليس فيه ما يدل على نفي أو اثبات وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين بعته الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين بشئ حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضى رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن وعن حديث هندا بأنه عليه الصلاة والسلام كان عالما باستحقاق النفقة على أبي سفيان الأثرى

ولانه يحتمل الاقرار والانتكار من الخصم فيشبهه وجه القضاء لان أحكامها مختلفة ولو أنكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانتكار وقت القضاء وفيه خلاف أبي يوسف فارجعه الله ومن يقوم مقامه قد يكون نائبا بانابته كالوكيل أو بانابته الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعى على الحاضر

قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين استقضاه على اليمن لا تقض لاحد الخصمين بشئ حتى تسمع كلام الآخر وقد مناه من رواية أبي داود وغيره وتصحيحه ومخبره فاعلم ان جهالة كلامه مانعة من القضاء ذلك ثابت مع غيبته وغيبته من يقوم مقامه ولان حجة البينة على وجه يوجب العمل بها موقوف على عجز المنكر عن الدفع والطعن فيها والعجز عنه لا يعلم الا مع حضوره أو نائبه ولان شرط العمل بها الانتكار حتى لا تسمع على مقر ولا يقضى بها اذا اعترض الاقرار قبل القضاء بغيبته بقوت العلم بوجود شرط العمل بها وهو الانتكار وما لم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بثبوت المشروط وهو صحة الحكم ولا يكفي في الحكم بثبوت كونه الاصل لانه يترتب علمه بوجوده امر فلا بد من ثبوت وجوده ولذا قلنا جميعا فمن قال لعنده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فبقي اليوم وقال السيد دخلت وقال العبد لم أدخل لا يحكم بوجود العتق لوجود الشرط بناء على أن الاصل عدم الدخول لما ذكرنا أنه جعل شرط الحدوث امر آخر فلا يحكم بوجوده بناء على الاصل فان قيل ان الخلاف ثابت فيما لو حضر وأنكر ثم غاب قلنا لان بقاء الانتكار شرط القضاء بالبينة وهو محتمل لجواز الرجوع عنه الا بالنظر الى الاصل ولا عبرة به وانما يقضى عليه بالبينة اذا حضر وسكت لا تزال الشرع اياه منكر الا لأنه غير منكر وما قيل وقف البينة على حضوره غير مقيد لانه اما أن يقرأ أو ينكر وعلى الوجهين الدعوى لازمة عليه فليس بشئ لان مع حضوره يحتمل أن يقر فيبطل حكم البينة أو لا يقطع في البينة ويثبت أو لا يقطع فيقضى عليه بالبينة ومع غيبته يشبهه وجه القضاء فلا يجوز وهذا لان حكم الحاكم بالبينة أن يتقضى حق سائر الناس وبالاقرار يقتصر على المقر ويظهر

أنهم تقم البينة (قوله ولو أنكر ثم غاب فكذلك) يعني لا يقضى القاضي في غيبته وان وجد منه الانتكار وكذا اذا أنكر ذلك وسمعت البينة ثم غاب قبل القضاء (لان الشرط قيام الانتكار وقت القضاء) لان البينة انما تصير حجة بالقضاء وهو الجواب الموعود بقولنا سيأتي (وفيه خلاف أبي يوسف) فانه يقول الشرط الاصرار على الانتكار الى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب وأجيب بأن الاستصحاب يصلح للرفع لا للاثبات قال (ومن يقوم مقامه الخ) لما ذكرنا أن القضاء على الغائب لا يجوز الا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك واعلم أن قيام الحاضر مقام الغائب اما أن يكون بفعل فاعل أو يكون حكما شرعيا والاول اما أن يكون الفاعل هو الغائب كما اذا وكل شخصا هو ظاهر أو القاضي كما اذا أقم وصيا من جهته والثاني اما أن يكون ما يدعى به على الغائب سببا لادعاء ما يدعى به على الحاضر

(قوله والضمير للشان) أقول فيه بحث فان الجملة بعده تحتمل ضميره الا أن يراد بضمير الشأن ما هو المصطلح (قوله ويجوز أن يتنازع أن ويشبهه الخ) أقول وأتى بضميره في الاول والاضمار قبل الذكر جائز في باب التنازع الا أن جواز تنازع الحرف والفعل في اسم بعدهما يحتاج الى البيان (قوله وعن حديث هندا الخ) أقول ولانه لم يكن قضاء وانما كان فتوى (قوله وفيه خلاف أبي يوسف الخ) أقول وفيه تأمل (قوله واعلم ان قيام الحاضر الخ) أقول كأنه يشير الى أن المضاف مقدر قبل قوله ومن يقوم مقامه أي وقيام من يقوم

أو شرط الحقة فان كان سببها لا مساواة كان المدعى واحدا كما اذا ادعى دارا في يد رجل أن ملكه وأنكر ذوال اليد فأقام المدعى بينة أن الدار داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فان المدعى وهو الدار شئ واحد وما ادعى على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب للملك لا محالة أو شيئين مختلفين (٤٩٥) كما اذا شهد شاهدان لرجل على رجل

بحق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عدا فلان الغائب فأقام المشهود له بينة ان فلانا الغائب أعتقه وما هو يملكهما تقبل هذه الشهادة والمدعى شيئا من المال على الحاضر والعتق على الغائب والمدعى على الغائب سبب المدعى على الحاضر لامحالة لان ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال فالقضاء فيهما على الحاضر قضاء على الغائب والحاضر ينتصب خصما عن الغائب لان المدعى شئ واحد في الاول أو كشيء واحد في الثاني لعدم الانفكاك فاذا حضر الغائب وأنكر لا يلتفت الى انكاره ولا يحتاج الى اعادة البينة وله ما انتظر في الكتب البسيطة والمصنف لم يتعرض الاليسبية وأما ان يكون المدعى شيئا واحدا أو شيئين مختلفين فلم يتعرض له الحصول المقصود بالسبب اللازم فان الشئ اذا ثبت ثبت بلوازمه وقدنا السبب بقولنا لا زما احترازا عما اذا كان سببا في وقت

وهذا في غير صورة في الكتب أما اذا كان شرط الحقة

ذلك فبين اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة يأخذها وولدها ولو أقر به الرجل لم يأخذ ولدها ولا يرجع بالثمن على بائعها وبالبينة ترجع الباعة بعضهم على بعض وما ذكرناه فيما لو أنكر ثم غاب قول أبي حنيفة لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف أبي يوسف فانه قال يحكم بها لان انكاره سمع نصابا فوجد شرط حجيتها كما لو أقر ثم غاب يقضى بالقرار وفي نوادر ابن سماعة عن محمد أنه لا يقضى بالبينة ويقضى بالقرار وهو قول أبي حنيفة لان في البينة للمدعى عليه حق الطعن في البينة والقضاء عليه حال غيبته يبطل هذا الحق أما نيس له حق الطعن في اقراره فالقضاء عليه حال غيبته ثم لا يبطل حقاله وكان أبو يوسف يقول ألا لا يقضى بالبينة والقرار على الغائب جميعا ثم يرجع لما تبلى بالقضاء وقال يقضى فيهما جميعا واستحسنه حفظ الاموال الناس فاذا علمنا انه لا بد من حضوره أو حضور من يقوم مقامه فن يقوم مقامه أحد ثلاث نائب بانابته كوكيله أو بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما يعني شخصا يقوم مقامه حكما أي يكون قيامه عنه حكما لا مراما له و اقتصر المصنف عليها نفيًا للسخر من جهة القاضي فان فيه اختلاف الروايتين وهو الذي نصبه القاضي لسمع عليه الدعوى وكذا لو حضر المدعى رجلا غير خصمه لسمع القاضي الخصومة والقاضي يعلم أنه ليس بخصم لسمع الخصومة عليه ولا على المسخر من جهته وانما يجوز نصب القاضي الوكيل عن خصم اختفى في بيته ولا يحضر مجلس الحكم ولكن بعد أن يبعث أمناءه الى باب داره فينادي على باب داره ويقول احضر مجلس الحكم والايحكم عليكم أما في غير ذلك الموضع فلا وذلك كرجل في الجامع رجل غاب وجاء رجل فادعى على رجل ذكر انه غريم الغائب والغائب وكاه يطلب كل حق له على غرمانه بالكوفة وبالخصومة والمدعى عليه ينكر وكالته فأقام بينة على وكالته قضي عليه بالوكالة يعني على الغائب قال شيخ الاسلام فيه دليل على جواز الحكم على المسخر فانه قال ذكر انه غريم الغائب ولم يقل هو غريم الغائب قال الامام الشافعي هذا محمول على ما اذا لم يعلم القاضي أنه مسخر والوجه أن يحمل على احدى الروايتين كما ذكر ظهير الدين في فتاواه أن في نفاذ قضاء القاضي على الغائب روايتين ذكر شمس الأئمة السرخسي وشيخ الاسلام أنه ينفذ وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينفذون في مفقود خواهر زاده لا ينبغي للقاضي أن يقضى للغائب من غير خصم كما لا ينبغي للقاضي أن يقضى على الغائب إلا أن مع هذا لو وكل وكه لا وأنفذ الخصومة بينهم فهو جائز وعليه الفتوى انتهى والذي يقتضيه النظر أن يقال ان نفاذ القضاء على الغائب موقوف على امضاء قاض لان نفس القضاء هو المحتمل فيه فهو قضاء محدود في نفي ونحوه وحيث قضي على غائب فلا يكون عن اقرار عليه ومن فرغ منه مسألة تجزية في الفصل الاول من الفتاوى الصغرى عين في يد رجل ادعى آخر انه ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدقه ذوال اليد فالقاضي لا أمر ذا اليد ان يسلمها الى المدعى حتى لا يكون قضاء على الغائب بالشراء باقراره وهو عجيبة لانه اعترف بالملك للمدعى ولا يقضى عليه بالتسليم قال وأحال الصدر الشهيد هذه المسئلة الى باب اليمين من أدب القاضي ولم أجد هاتئة وأما الثالث فما اذا كان ما يدعيه على الغائب سببا لامحالة لما يدعيه على الحاضر بحيث لا ينفك عنه (وهو في غير صورة في الكتب بخلاف ما اذا كان ما يدعيه على الغائب (شرط الحقة)

دون وقت فان الحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب كما اذا قال رجل لامرأة رجل غائب ان زوجك فلانا الغائب وكلني أن أجلك اليه فقالت انه كان قد طلقني ثلاثا وأقامت على ذلك بينة قبلت بينهما في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق اثبات الطلاق على الغائب حتى اذا حضر وأنكر الطلاق يجب عليها اعادة البينة لان المدعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعى على الحاضر

(قوله فالقضاء فيهما على الحاضر الخ) أقول جراء فان كان في قوله فان كان سببا لا زما الخ المتقدم عليه بسبعة أسطر فحسبنا

وهو قصر بده فان الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بان لم يكن وكيلا بالجل قبل الطلاق وقد يوجب بان كان وكيلا بالجل قبل الطلاق فكان المدعي على الغائب سببا لثبوت المدعي على الحاضر من وجه دون وجهه فقلنا بقضي بقصر اليد دون الطلاق علا بهما فان قيل كلام المصنف (٤٩٦) ساكت عن هذا القيد قلت اكتفى بالاطلاق لصرف المطلق الى الكمال عن

فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع

لا سببا لاحالة او قد يكون سببا وقد لا يكون (فانه لا معتبر به في جعل الحاضر خصما عن الغائب) قال المصنف (وقد عرف تمامه في الجامع) مثال السبب المزموم لاحالة في ست مسائل ثلاث فيما يكون المقضي شيئين وثلاث فيما يكون واحدا اما ثلاث الواحد احدها ادعى دارا في يد رجل انها ملكه وانكر ذواليد فاقام البينة انها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فانه يقضي بها في حق الحاضر والغائب لان الشراء سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر لان الشراء من المالك سبب لاحالة للملكه والثانية ادعى على آخره كفضل عن فلان الغائب ما يدعيه عليه فاقدم المدعي عليه بالكد خالة وانكر الذوب فاقام المدعي البينة انه ذاب له على فلان ألف يقضي بها على الكفيل والغائب حتى لو حضر وانكر لا يلتفت الى انكاره الثالثة ادعى شفعة في دار في يد انسان فقال ذواليد الدار ادري ما اشتريتها من أحد فاقام المدعي البينة ان ذاليد اشتراها من فلان الغائب بألف وهو يملكها وانا شفعيها يقضي بالشراء في حق ذواليد والغائب ومثال ثلاث الشئين احدها قذف محصنا فادعى عليه الحد فقال القاذف انا عبد وعلى حد العبيد وقال المدعي القذوف بل اعتقك مولانا فعليك حد الاحرار والمولى غائب فاقام البينة على ذلك تقبل هذه البينة ويقضي بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعا حتى لو حضر وانكر العتق لا يلتفت الى انكاره فالتعق سبب لكمال الحد وهو المدعي على الحاضر فهما شيان الثانية شاهدان شهدا على رجل محال فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغائب فاقام المشهود له البينة ان مولاهما اعتقهما قبل هذا وهو يملكهما تقبل البينة ويثبت العتق في حق المشهود عليه والمولى الغائب لان العتق لا ينفك عن ولاية الشهادة الثالثة رجل قتل رجلا عدا له وليان غاب أحدهما وادعى الحاضر على القاتل ان الغائب عفا عن نصيبه وانقلب نصيبه مالا وانكر القاتل فاقام المدعي البينة على ذلك تقبل ويقضي بها على الحاضر والغائب جميعا فان قيل هذا منتقض عما اذا كان العبد بين غائب وحاضر فادعى العبد على الحاضر منه ما ان الغائب اعتق نصيبه وهو موسر وادعى قصر يد الحاضر عن نفسه لصير ورثه مكاتباً عند أبي حنيفة واقام البينة على الحاضر بذلك لا تقبل هذه البينة أصلا مع ان اعناق الغائب نصيبه سبب لقصر يد الحاضر عنه لاحالة أجيب بان عدم القبول عنده هنا لعدم الخصر عن الغائب بل لجهالة المقضي عليه بالكاتب لان الساكت اذا اختار تضمين العتق بصير العبد مكاتباً من جهة العتق وان اختار الاستعانة بصير مكاتباً من جهة الساكت فكان المقضي عليه بالكاتب مجهورا فلا يقبل وأما ما لا يكون فيه ما يدعى به على الغائب سببا لاحالة لما يدعيه على الحاضر بل قد يكون وقد لا يكون فقد يكون أيضا شيئين وقد يكون واحدا وبيانه في مسألتي احدهما قال العبد رجل مولانا وكنتي بحملك اليه فاقام العبد البينة ان مولاه اعتقه تقبل في حق قصر يد الحاضر ولا تقبل في حق العتق على الغائب حتى لو حضر الغائب وانكر العتق يحتاج العبد الى اعادة البينة به والثانية رجل قال لامرأة غائب وكنتي زوجك بحملك اليه فاقامت بينة انه طلقها ثلاثا يقضي بقصر يد الوكيل عنهم دون الطلاق فلو حضر وانكر الطلاق يحتاج الى اعادة البينة اخرى فالمدعي العتق وقصر اليد والطلاق وقصر اليد لان العتق والطلاق قد يتحقق ولا يوجب انعزال الوكيل بان لا يكون هناك وكالة وقد يتحقق موجبا لانعزال بان وجد بعد الوكالة فليس انعزال الوكيل حكما أصليا للطلاق

التقيسد وان كان أعنى ما يدعى به على الغائب شرطا لحقه أي لحق المدعي على الحاضر كمن قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فأنت طالق فادعت امرأة الخائف عليه ان فلانا طلق امرأته وأقامت على ذلك بينة قال المصنف فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وهو قول عامة المشايخ لان بينت على فلان الغائب لا تصح لان ذلك ابتداء القضاء على الغائب وقال الامام فغسر الاسلام وشمس الأئمة الاوز جندى ان البينة تقبل ويجعل الحاضر خصما عن الغائب كما في السبب لان دعوى المدعي كما تتوقف على السبب وتتوقف على الشرط لا يقال المعتبر هو السبب للالزم والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين لان المعتبر توقف ما يدعى على الحاضر على ما يدعى على الغائب وهو في الشرط موجود وأخرج المصنف المسخر من جهة القاضي وهو من ينصبه وكيلا عن الغائب ليسمع الخصومة عليه بقوله كالوصي من جهة القاضي لان كلامه فين يقوم مقام الغائب والمسخر لا يقوم مقامه ذكره في الذخيرة وهو احدى الروايتين فيه فكانت اختاره

والعتاق

(قوله والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين) أقول فيه تأمل (قوله وأخرج المصنف الى قوله كالوصي) أقول فيه شي فان كاف التبيه تدل على خلاف ما ذكره

قال (ويقترض القاضي أموال البنائى الخ) للقاضى أن يقترض أموال البنائى ويكتب الصك لاجل (٤٩٧) تذكر الحق وهو الاقراض لان

في اقراض أموالهم مصطلحهم
لبقائهم محفوظة فان القاضى
لكثرة أشغاله قد يعجز
عن الحفظ بنفسه وبالوعدة
ان حصل الحفظ لم تكن
مضمونة بالهلاك فلم تكن
مضمونة وبالقرض
تصير محفوظة مضمونة
فيقرضها فان قيل نعم هو
كذلك لكن لم يؤمن الثوى
بوجود المستقرض أجب
بقوله والقاضى يقدر على
الاستخراج لكونه معلوما له
وبالكتابة يحصل الحفظ
وينتفى التسيان بخلاف
الوصى فانه ليس له أن يقترض
فان فعل ضمن لان الحفظ
والضمان وان كانا
موجودين بالاقراض لكن
مخافة الثوى باقية لعدم
قدرته على الاستخراج لانه
ليس كل قاض يعدل ولا
كل بينة تعدل والاب كالوصى
في أصح الروايتين لانه
عاجز عن الاستخراج وهو
اختيار الامام فخر الاسلام
والصدر الشهيد والعقابي
وفي رواية يجوز ذلك
لان ولاية الاب تم المال
والنفس كولاية القاضى
وشفقته تمنع من ترك النظر
له والظاهر أنه يقرضه ممن
يامن بحوده وان أخذه
الاب قرضاً لنفسه فالقرض
يحوز وروى الحسن عن
أبي حنيفة أنه ليس له ذلك

قال (ويقترض القاضي أموال البنائى ويكتب الصك لاجل) لان في الاقراض مصطلحهم لبقاء الاموال
محفوظة مضمونة والقاضى يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه (وان أقرض الوصى ضمن) لانه
لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصى في أصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

والعتاق فمن حيث انه ليس سبيل الحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر فيه خصما عن الغائب ومن حيث
انه قد يكون سبيلنا البينة فيما يرجع الى حق الحاضر في قصر يده وانعزاله عن الو كالة لانه ليس من
ضرورة انعزال الوكيل تحقق الطلاق والعتاق ولا من ضرورة تحقق الطلاق والعتاق انعزال الوكيل
فلا يقضى بالطلاق والعتاق ومن هذا القسم وهو دعوى شئيين الا ان ما يدعيه على الغائب ليس
سبيل ما يدعيه على الحاضر الا باعتبار البقاء فيما يدعي مسائل احداها فالواقفين اشترى جارية فادعى
المشترى على البائع انه كان زوجهما من فلان الغائب ولم يعلم المشترى ويريد ان يرد هاهنا العيب وانكر
البائع فاقام المشترى على ذلك بينة فانه لا يقضى بها لافي حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعى
شيان الرد بالعيب على الحاضر والنكاح على الغائب والنكاح المدعى به على الغائب ليس سبيل ما
يدعى على الحاضر الا باعتبار البقاء لجواز أن يكون تزوجهما مطلقها فان اقام البينة على البقاء بان شهدوا
على انها امرأته للعالم لا تقبل ايضا لان البقاء تبع للابتداء والثانية المشترى شراء فاسدا اذا اراد
البائع الاسترداد فاقام البينة انه باع من فلان الغائب لا تقبل لابطال حق الاسترداد لافي حق الحاضر
ولا في حق الغائب لان نفس البيع ليس سبيل بطلان حق البائع في الاسترداد لجواز انه باع ثم انفسخ
البيع بينهما فيعد ودفع البائع في الاسترداد واذ لم يكن خصما في اثبات نفس البيع لم يكن خصما
في اثبات البقاء لان البقاء تبع للابتداء كما ذكرنا الثالثة رجل في يده دار بيعت بجنبها دار فأراد ذو اليد
أن يأخذ المشتراة بالشفعة فقال المشتري له الدار التي بيدك ليست لك انما هي لفلان فاقام الشفيع
البينة انما داره اشتراها من فلان الغائب لا يقضى بالشراء لافي حق الحاضر ولا في حق الغائب لان
المدعى شيان والمدعى على الغائب من شراء الدار ليس سبيل الثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت البقاء لانه لو
فسخ بعد الشراء أو ازالها عن ملكه بسبب من الاسباب لا يكون له شفعة وانما تكون الشفعة باعتبار البقاء
ولا بينة عليه ولو اقام على البقاء تقبل ايضا كما ذكرنا وأما ما يكون شرط اقامة المشايخ فيه على أنه
لا ينتص الحاضر خصما عن الغائب فيما يدعيه وصورته حال الامر أنه ان طلق فلان امرأته فأنت طالق
فادعت ان فلانا طلق زوجته وأقامت البينة على ذلك لا يقضى بوقوع الطلاق بها لانه ابتداء القضاء
على الغائب وقد أفتى بعض المتأخرين كفخر الاسلام والاوزجندى فيه بان تصاب الحاضر خصما عن
الغائب ويقضى بوقوع الطلاق كما لو قال ان دخل فلان الدار فأنت طالق فبرهنت على دخول فلان
حيث يصح وان كان فلان غائبا والجواب انه ليس في هذا قضاء على الغائب بشئ اذ ليس فيه ابطال حق
له فصار الاصل ان ما كان شرط الثبوت الحق للحاضر من غير ابطال حق الغائب قبلت البينة فيه اذ ليس
فيه قضاء على الغائب وما تضمن اطلاقا عليه لا يقبل (قوله) ويقترض القاضي أموال البنائى ويكتب
ذكر الحق) وهو المسمى في عرفنا بالصك والحق هنا هو الاقراض وهذا (لان في الاقراض مصطلحهم)
لان بقاءه على وجه الارض لا يؤمن معه السارق والغاصب المكاروف والقرض بقاؤها محفوظة
عن ذلك مضمونة (والقاضى يقدر على الاستخراج) فكان النظر في الاقراض بخلاف الوصى فانه
لا يقدر على الاستخراج اذ ربما لا يوافق الشهود ولا يجدهم ولو وجدهم فليس كل بينة تعدل ولا
كل قاض يعدل وفي الجملة يدى القضاة ذل وصغار فكان اضرارا بالصغار على الاعتبار (والاب
كالوصى في أصح الروايتين) لانه لا يقدر على الاستخراج ووجه الاخرى أنه أعم ولاية من الوصى

(٦٣ - فتح القدير خامس) (قوله ويكتب الصك لاجل تذكره الحق الخ) أقول فيه اشارة الى ان ان تصاب ذكر
الحق لكونه مفعولا له يكتب وعندى ان قوله ذكر الحق علم للصك كما يفهم من قول المصنف في أواخر مسائل شتى

باب التحكيم

لانها في المال والنفس كولاية القاضي ويزيد عليها بزيادة الشفقة المانع من ترك النظر والظاهر انه يقرض
 عن يامن بجوده وعلى هذا قالوا لو اخذ الالب قرض لنفسه يجوز وان روى الحسن عن ابي حنيفة انه
 لا يجوز والجواب ان الاعتبار في جواز القرض وعدمه ليس اقرب القرابة ولا لزيادة الولاية بل لتسام
 القدرة على الاسترجاع بعد وجود اصول الولاية ولا قدرة للاب عليه بخلاف القاضي فانه لو لم يجد
 الشهود لموت أو غيبة قضى بعلمه واستخرج ولا يخفى أن قدرته هذه انما تفيد مع وجود المسئلة
 أموال أو عسر المستقرض صار القاضي كغيره في عدم القدرة وعن هذا قال الخصاص بنبى القاضي
 أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم المال حتى لو اختلف حال أحد منهم بأخذ منهم المال قبل أن يسر فلا
 يقدر وكذلك كان المستقرض معسرا في الابتداء لا يجوز للقاضي اقرضه وقد انتظم ما ذكرنا حكم
 القاضي بعلمه ولنفسها فعندنا وفي قول للشافعي أنه يجوز وظاهر مذهب مالك وأحمد لا يجوز
 وعن كل منهم ما رواه بالجواز كقولنا لانه صلى الله عليه وسلم قال لهندي بنت عتبة خذني
 من ماله ما يكفينك وولدك بالمعروف فهذه اذ قضاه بعلمه وشرطه عند ابي حنيفة أن يعلم في حال قضائه
 في المصر الذي هو قاضيه بحق غير حدث خالص لله من قرض أو بيع أو غصب أو تطلق رجل امرأته
 أو قتل عمداً أو حدث فذف وأما اذا علم قبل القضاء في حق العباد ثم ولي فرفعت اليه تلك الحادثة أو
 علمها في حال قضائه في غير مصره ثم دخله فرفعت اليه لا يقضى عنده وقال يقضى وفي الخبر يجعل
 قول محمد مع ابي حنيفة ولو علم في رستاق مصره عندهما يقضى واختلاف المشايخ على قول ابي
 حنيفة وسواء كان مقلدا للرساق أو لم يكن وأصل هذا أن قضاء القاضي في القرية والمفازة لا ينفذ
 عند ابي حنيفة ومحمد ونص أصحاب الامالي عن ابي يوسف أنه ينفذ قضاؤه في السواد وهكذا في
 النوادر عن محمد ولو علم بمحاذنة وهو قاض في مصره ثم عزل ثم أعيد الى القضاء فعند ابي حنيفة لا يقضى
 وعندهما يقضى وأما في حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقا والله الموفق

باب التحكيم

هذا باب من فروع القضاة وتأخيره من حيث ان المحكم أدنى مرتبة من القاضي لاقتصار حكمه على من رضى بحكمه وعموم ولاية القاضي وهو مشروع بالكتاب والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكيمان من أهله وحكيمان أهلها والعصاة رضى الله عنهم كانوا مجتمعين على جواز التحكيم

باب التحكيم

(قوله وعموم ولاية القاضي) أقول المراد بعموم ولاية القاضي هو تعدى الحكم الصادر عنه الى غير المتخاصمين كما في صورة القتل خطأ وامثاله لانه يجب أن يكون مولى على آحاد كثيرة من الناس فانه قد يفرض اليه الحكم في قضية واحدة بين الشخصين المعينين كما لا يخفى الا انه يمكن ان يقال لا يطلق اسم القاضي لمثل ذلك المولى كما يعلم من المبسوط

باب التحكيم

هذا ايضا من فروع القضاة والمحكم أحط رتبة من القاضي فان القاضي يقضى فيما لا يقضى المحكم فأخره عنه ولهذا قال أبو يوسف انه لا يجوز تعليق التحكيم بالشرط وضافته بخلاف القضاء لان حكمه بمنزلة الاصلاح والواقع منه كالصلح أو هو صلح من وجه فلا يكون مثله بالشك والتحكيم جائز بالكتاب قوله تعالى فابعثوا حكيمان من أهله الآية وفيه نظر وأما السنة فاقال أبو بشر يحيى بن ابراهيم ان قومي اذا اختلفوا في شئ فأوتى فحكمت بينهم فرضى عنى الفريقان فقال عليه الصلاة والسلام ما أحسن هذا رواه النسائي وأجمع على أنه صلى الله عليه وسلم عمل بحكم سعد بن معاذ في بني قريظة لما تفقت اليهود على الرضا بحكمه ففهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى انه كان بين عمرو وأبي بن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت فأتياه فخرج زيد وقال لعمره لا بعثت الي فأتيك يا أمير المؤمنين فقال عمر في بيته يؤتى الحكم فدخلا بيته فألقى لعمر وسادة فقال عمر هذا أول جورك فكانت اليمين على عمر فقال زيد لابي لو أعفيت أمير المؤمنين فقال عمر بين لزمته فقال ابي نعمي أمير المؤمنين ونصده وليعلم أنه لا يظن بأحد منهما في هذه الخصومة التلبيس وانما هي لاشتباه الحادثة عليهم ما تقدمت الى الحكم للتبيين لا للتلبيس وفي الحديث جواز التحكيم وان زيدا كان معروفا بالفقه وقدر روى ان ابن عباس رضى الله عنهما كان يختلف اليه ويأخذ به كاه عند ذكره وقال هكذا أمرنا ان نضع بنقها ثنا فقبل زيديده وقال هكذا أمرنا ان نضع بأشرفنا وفيه ان الامام لا يكون قاضيا في حق نفسه وانه ينبغي أن من احتاج الى العلم يأتي

(واذا حكم رجلان رجلا بحكم بينهم اورضيا بحكمه جاز لان لهم اولاية على أنفسهم افصح تحكيمهما واذا حكم لهما) لصدر حكمه عن ولاية عليهما (وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لانه عزله فيما بينهما) واعترض بأنه لو كان كذلك لما وقع الفرقة بينهما في حق التعليق والاضافة الى المستقبل على قول أبي يوسف لكنهما وقعت فانما حازان في القضاء دون التحكيم عنده وأوجب بأن التحكيم صلح معني حيث لا يثبت الا بتراضي الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يعلق ولا يضاف بخلاف القضاء والامارة لانه تفويض (واذا كان المحكم عزله الحاكم) اشترط له أهلية القضاء (فلو حكم امرأة فيما يثبت بالشبهات جاز لانها من أهل الشهادة فيها) قال (ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) قد تقدم أن أهلية القضاء بأهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يقدح كما ولا يحكم كإفلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي ان حكمه المسلمون وان حكمه أهل الذمة جاز

وتراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان اياه وتقليد الذي يحكم بين أهل الذمة صحيح دون الاسلام فكذا تحكيمه والمحدود في القذف وان تاب لانه ليس من أهل الشهادة عندنا كما سيأتي والقاسق والصبي لعدم أهلية الشهادة فيهما لكن اذا حكم القاسق يجب أن يجوز عندنا كما في أول أدب القاضى أن القاسق لا ينبغي أن يقد القضاء ولو قلد جاز

(واذا حكم رجلان رجلا بحكم بينهم اورضيا بحكمه جاز) لان لهم اولاية على أنفسهم افصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لانه عزله القاضي فيما بينهما فاشترط أهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي والمحدود في القذف والقاسق والصبي لانعدام أهلية القضاء اعتبارا بأهلية الشهادة والقاسق اذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى

الى العالم في بيته ولا يبعث اليه لياثبه وان كان أوجه الناس وأما القاضى زيد الواسعة فاجتهاد من قوله صلى الله عليه وسلم اذا اتاكم كريم قوم فأكرموه وبسط النبي صلى الله عليه وسلم رداءه لعدى بن حاتم وان الخليفة ليس كغيره واجتهاد عمر على تخصيص هذه الحالة من عموم الاول وانه لا بأس بالخلف صادقاً وامتناع عثمان عن العيين حين لزمته كان لامرأه وآخرون العيين حق المدعى له أن يستوفى وتسقط باسقاطه (قوله واذا حكم رجلان رجلا) أو امرأة (فحكم بينهم اورضيا بحكمه) الى أن حكم (جاز لان لهما ولاية على أنفسهم افصح تحكيمهما) وسند كره لهذا تخصيصات أولها قوله (وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم) بأن يكون أهلاً للشهادة (فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي) الا أن يحكمه ذمياً لانه من أهل الشهادة عليهم فهو من أهل الحكم عليهم (و) كذلك (المحدود في القذف والقاسق) لا يجوز تحكيم أحد من هؤلاء (لعدم أهلية القضاء لعدم أهلية الشهادة والقاسق اذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى) القاسق ينفذ حكمه وقوله (وينفذ حكمه عليهما) عطف على جواب المسئلة أعني قوله جاز وهذا مشروط التحكيم فقدمنا على الجواب ولو قدم المجرور فقال وعليهما ينفذ حكمه كان مفيداً للحصر فيفيد انه لا ينفذ على غيرهما ولو حكمه في عيب بالمبيع فقط يرد ليس للبائع أن يرد على بائعه الا أن يتراضى البائع الاول والثاني والمشتري على تحكيمه فحينئذ يرد على الاول ولو اختلفت الوكيل بالبائع مع المشتري منه في العيب فحكم يرد على الوكيل لم يلزم المولى اذا كان العيب يحدث مثله رواية واحدة الا أن يرضى الموكل بتحكيمه معهم وان كان العيب لا يحدث مثله ولم يدخل الموكل معهم في التحكيم ففي لزومه للموكل روايتان وانما اقتصر حكمه ولم يتعد لانه كالمصالح ثم تشترط هذه وقت التحكيم ووقت القضاء جميعاً حتى لو حكمه بعد ما عدا فاعتق أو صيباً أو ذمياً فبلغ وأسلم ثم حكم لا ينفذ كما في المقلد وكذا لو كان مسلماً وقت التحكيم ثم ارتد لا ينفذ حكمه ثم الاضافات في قوله ولا يجوز تحكيم العبد الخ من اضافة المصدر الى المفعول ولو اعتبرت الى الفاعل جاز في بعضه دون بعض وفي المعنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحرة وتحكيم الذي ذمياً يحكم بينه وبين ذمى يجوز لما ذكرنا

قال المصنف (فيشترط أهلية القضاء) أقول وفي المحيط يشترط أن يكون الحكم أهلاً للشهادة وقت التحكيم ووقت الحكم جميعاً حتى انه اذا لم يكن أهلاً للشهادة وقت التحكيم وصار أهلاً للشهادة وقت الحكم بان كان الحكم عبداً فاعتق وحكم لا ينفذ حكمه هكذا ذكر صاحب الاقضية

والشيخ الامام شيخ الاسلام في شرح كتاب الصلح وقد ذكرنا مسئلة في فصل التقليد والعزل بخلاف هذا انتهى المسئلة المذكورة في فصل التقليد هو انه اذا استقضى الصبي ثم أدركه ليس له أن يقضى بذلك الامر في باب الجمعة من مسئلة المتفق رواه ابراهيم عن محمد والعبد اذا استقضى ثم عتق كان له أن يقضى بذلك الامر انتهى واشترط أهلية الشهادة وقت التحكيم والحكم مذكور في النهاية ومعراج الداربية أيضاً (قوله ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) أقول في المحيط ويجوز تحكيم المكاتب والصبي المأذون كما يجوز تحكيم الحر انتهى وفي شرح الكافي المعنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحرة وقال في النهاية هو من قبيل اضافة المصدر الى الفاعل هناك انتهى فلا يخافه كما هو ثم قوله تحكيم الكافر من قبيل اضافة المصدر الى المفعول يقال حكمه أى فوض الحكم اليه (قوله فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي الخ) أقول المراد بالكافر ما عدا الذي بقسرة المقابلة

(ولكل واحد من المحكمين أن يرجع قبل أن يحكم عليهم لأنه مقلد من جهتهما) لاتفاقهما على ذلك (فلا يحكم الا برضاهما جميعا) لان ما كان وجوده من شئين لا بد له من وجودهما أو اعدامه فلا يحتاج الى عدمهما بل بعدم أحدهما وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الاخراج الا باتفاقهما أيضا فان قيل اخرج أحدهما سمي في نقض ماتم من جهته فلنا ماتم الامر وانما التمام بعد الحكم ولا نقض حينئذ فانه لا رجوع لواحد منهما الزوم الحكم بصدوره عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزله السلطان فانه لازم (واذا رفع حكمه الى الحاكم فوافق مذهب امضاه لانه) اذا نقضه لم يحكم الا بذلك (لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه) وفائدة ابرامه أنه لو رفع الى الحاكم بخلاف مذهب لم يتمكن من نقضه ولو لم يصح لتمكين لان امضاه الاول عزلة حكم نفسه (وان خالفه أبطله لان حكم المحكم لا يلزم الحاكم لعدم التحكيم منه) (٥٠٠) بخلاف حكم الحاكم كما تقدم فلانه لا يبطله الثاني وان خالف مذهبه لعموم ولايته فكان

قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز لقاض آخر أن يردّه قال (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص الخ) لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقا لله الى باتفاق الروايات لان الامام هو المتعين لاستيفائها أو ما في حد القذف والقصاص فقد اختلف المشايخ قال شمس الأئمة من أصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز وكري الذخيرة عن صلح الاصل أن التحكيم في القصاص جائز لان الاستيفاء اليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كافي الاموال وكذا كرى الخصاص أن التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المصنف واستدل بقوله لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يمكن الاباحة وهو دليل القصاص ولم يدكر دليل

(ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما) لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا (واذا حكم لزمهما) لصدور حكمه عن ولاية عليهما (واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهب امضاه) لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه (وان خالفه أبطله) لان حكمه لا يلزم لعدم التحكيم منه (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يمكن الاباحة فلا يستباح برضاهما قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما وهو صحيح الا انه لا يبقى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام

(قوله ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهم) اذ هما المولى له فلهما عزله قبل أن يحكم كأن السلطان أن يعزل القاضي قبل أن يحكم ولو حكم قبل عزله فقد عزله بعد ذلك لا يبطله فكذا هذا (واذا نقض حكمه لزمهما الصلح) دور حكمه عن ولاية كاملة عليهما فقط لانه لا يكون دون الصلح وبعد ماتم الصلح ليس لواحد أن يرجع (قوله) واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهب امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه على ذلك الوجه) بعينه (وان خالفه أبطله) وقال مالك وابن أبي ليلى هو كالمقلد لا يبطله الا أن يكون جورا ينال مختلف فيه أهل العلم ونحن فرقنا بان ولاية القاضي عامة على الناس لعموم ولاية الخليفة المقلد بخلاف المولى لانه انما هو ولاية على أنفسهما فقط لا على القاضي فلا يلزم حكمه القاضي لانه لم يحكمه ولان تقليد دمهما اياه عزلة اصطلاحهما على شئ في المجتهدات كان للقاضي أن يبطله أو ينفذه فكذا هذا وهذا بين لك أن المراد من قوله وان خالفه أبطله ليس ما يعطيه ظاهره من لزوم ابطال القاضي اياه بل جواز أن يبطله وان ينفذه وعبارة المبسوط بعد أن ذكر الوجه فلا يجب تنفيذ حكمه على القاضي (قوله) ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) وهذا احدى الروايتين في القصاص وهي رواية الخصاص قال شمس الأئمة في شرح أدب الخصاص من أصحابنا من قالوا هذا في الحدود والخالص حقا لله تعالى لان الامام هو المتعين لاستيفائها وليس لهما ولاية على سائر الناس وأما القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم فيهما ولكن صاحب الكتاب يريد الخصاص أطلق وقال لا يجوز وهو الصحيح لان حكم الحكم عزلة الصلح ولا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف بالصلح ولانهمما يندران بالشبهات وفي حكمه شبهة لانه حكم في حقهما أو أي شبهة أعظم من هذا قال المصنف (قالوا) وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو صحيح) وفي

الحدود وقالوا في ذلك لان حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا تستوفى بالشبهات وهذا كما ترى أشمل من تعليل المصنف (قوله وقالوا) أي قال المتأخرون من مشايخنا (وتخصيص القصاص دورى الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات) كالكتابان في جعلها رعية والطلاق المضاف وهو الظاهر عن أصحابنا (وهو صحيح) لكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك قال شمس الأئمة الخلو في مسألة حكم المحكم تعلم ولا يبقى بها وكان يقول ظاهر المذهب أنه يجوز الآن الامام الاستاذ بأعلى النسب كان يقول يكتم هذا الفصل ولا يبقى به كي لا يتطرق الجهال الى ذلك فيؤدى الى هدم مذهبنا

(قوله وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الاخراج الا باتفاقهما) أقول كالبصير فانه لا يفسخ الا باتفاق المتبايعين ففي الجواب كلام قال المصنف (واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهب امضاه) أقول فعلى هذا حكم المحكم يلزم الوقف على مذهبهما في ديارنا يحضيه الحاكم الحنفى بهذا الدليل بعينه اذ الفتوى على قولهما ما يؤخذ على القضاة الحكم بالاصح

وان حكمه في دم خطا لا ينفذ الا في صورته لانه ما ان يحكم بالدية على العاقلة او في مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا يحكم من جهتهم وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين وان كان الثاني رده القاضي ويقضى بالدية على العاقلة لانه يخالف رأيه ومخالف لنص حديث حمل بن مالك قوموا فدوه كما سياتي في كتاب المعامل ان شاء الله تعالى (قوله الا اذا ثبت) استثنى من قوله رده القاضي اى رد قضاءه بالدية في ماله الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله (٥٠١) واما اروش الجراحات فان كانت

بمحيث لا تتحملها العاقلة وتجب في مال الجاني بان كانت دون ارض الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار والنكول أو كان عمدا وقضى على الجاني جاز لانه لا يخالف حكم الشرع وقد رضى الجاني بحكمه عليه فيجوز وان كانت بمحيث تتحملها العاقلة بان كانت خمسمائة فصاعدا وقد ثبتت الجناية بالبينة وكانت خطأ لا يجوز قضاؤه بها أصلا لانه ان قضى بها على الجاني خالف حكم الشرع وان قضى على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا بحكمه (قوله ويجوز ان يسمع البينة) يعنى أهلها صار حكمهم ما يتسليطهما جاز ان يسمع البينة (ويقضى بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع واذا أخبر المحكم باقرار أحد الخصمين) بان يقول لأحدهما اعترف عندي لهذا بهذا (أو بعدالة الشهود) مثل أن يقول قامت عندي عليك بينة لهذا بهذا فعدلوا عندي وقد أزمته ذلك وحكمت به لهذا عليك فأنكر المقضى عليه أن يكون أقر عنده بشئ

وان حكمه في دم خطا لا ينفذ الا في صورته لانه ما ان يحكم بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا يحكم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضى بالدية على العاقلة لانه يخالف رأيه ومخالف للنص أيضا الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله (ويجوز ان يسمع البينة) ويقضى بالنكول وكذا بالاقرار) لانه حكم موافق للشرع ولو أخبر باقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قاطنة

الخلاصة قضاء الحكم في الطلاق والعناق والنكاح والكفالة بالمال والنفس والديون والبيع والكفارات والقصاص وأرض الجناب وقطع يد عمدا بيينة عادلة جائزا ووافق رأى القاضي وعن أبي حنيفة لا يجوز في القصاص ونقل الناصحى عن أبي بكر الرازى في القصاص ينبغى أن يجوز لان ولى القصاص لو استوفى القصاص من غير أن يرفع الى السلطان جاز فكذا اذا حكم فيه لانه من حقوق بنى آدم وتوجيه المصنف بأنهم لا ولاية لهم على دمه ولذا لا يمكن الاباحة يعنى لو قال لشخص اقتلنى لا يصح أمره ولا يحل الاخر قتله لا يدفعه وهذا لان المقضى عليه هو الاصل في التحكيم والاخر اعنى الطالب تبع فكون أحد هما هو الذى يحكمه ليس الاقوى بملك أن يستوفيه لانه مقضى صحة التحكيم فيه بل حتى يرضى الاخر ولا خلاف انك ما حكم فيه فلا يصح التحكيم فيه وفي الفتاوى الصغرى حكم المحكم في الطلاق المضاف بنفسه ذلك لا يفتى به وفيها روى عن أصحابنا ما هو أوسع من هذا وهو أن صاحب الحادثة لو استفتى فقيهاعدا لافقاه يبطلان اليمين المضافة وسعه اتباع فتواه وامسالك المرأة الخلاف بطلاقها وروى عنهم ما هو أوسع من هذا وهو أنه اذا استفتى أو لافقها فافتاه يبطلان اليمين وسعه امسالك المرأة فان تزوج أخرى وكان حلف بطلاق كل امرأه تزوجها فاستفتى فقيه آخر فافتاه ببيعة اليمين فانه يفارق الاخرى ويمسك الاولى ولا يفتواهما وفي الذخيرة فبين تزوج امرأه بغير ولى فطلقها ثلاثا فبعث القاضي الى شافعى ليحكم بينهما يبطلان ذلك النكاح ويبطلان الثلاث ويجوز وكذا لو حكم بذلك حكمه لا يجوز ولا يفتى به لما روى عنى ما قدمه من خشية تجاسر العوام يعنى على هدم المذهب قال وكذا من غاب عن امرأته غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة فبعث الى شافعى ليحكم بفسخ النكاح لعجز النفقة ويجوز ثم قال المصنف (ولو حكمه في دم خطا يقضى بالدية على العاقلة لا ينفذ لانه لا ولاية له على العاقلة اذ لم يحكمه وكذا لو حكم على القاتل بالدية في ماله) فان القاضي (رده ويقضى) بما هو الحق وهو كونه (على العاقلة لانه يخالف رأيه وللنص) وهو حديث حمل بن مالك (الا اذا ثبت القتل) وهو قتل الخطا (باقراره) فحينئذ يجوز قضاؤه بالدية حينئذ على القاتل لان العواقل لا تعقل القتل الثابت بالاقرار كالاتعقل العمد والصلح على الدية لان اقراره لا ينفذ في حقهم اذ لا ولاية له عليهم فاقصر على نفسه فوجبت الدية في ماله وعلى هذا التفصيل اروش الجراحات ان كانت بمحيث لا تعقلها العاقلة بل تجب في مال الجاني بان كانت دون ارض الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار والنكول أو كان عمدا وان بلغ خمسمائة فقضى الحكم على الجاني جاز لانه لا يخالف الشرع وان كانت بمحيث

أوقامت عليه بيينة بشئ لم يلتفت الى قوله وقضى القاضي ونفذ لان الحكم عليه بذلك (اذا كانا على تحكيمهما) فبملاك الاخبار كالقاضي المولى اذا قال في قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك أو ببيينة قامت عندي على ذلك (فانه يصدق في ذلك) قوله وثبت ذلك بالاقرار والنكول) أقول فيه انه اذا ثبت بالبيينة يكون في مال الجاني أيضا فلا وجه للتفديد بالاقرار والنكول (قوله وقد أزمته ذلك الخ) أقول انشاء للزام والحكم أيضا

ولا يلتفت الى انكار المقضى عليه فكذا ههنا (وان اخبر بالحكم مثل أن يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا (لم يصدق) لانه اذا حكم صار معزولا ولا يقبل قوله اتي حكمت بكذا كالفاضي المولى اذا قال بعد عزله حكمت بكذا (وحكم الحاكم لابو به وزوجته وولده باطل) لان أهلية الشهادة شرط (٥٠٣) للقضاء والشهادة لهؤلاء لا غير مقبولة فكذلك الحكم (ولافرق في ذلك بين المولى

والحكم بخلاف ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك القضاء واذا حكم رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج الى الرأي) ولو حكم أحدهما لا يجوز لانهم ما انفارضا برأيهما ورأي الواحد ليس كإحدى المنين ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكم حتى يشهد على ذلك غيرهما لانهم ما بعد القيام انعزلوا فصارا كسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باسراء

مسائل شتى من كتاب القضاء

مسائل شتى أى متفرقة من شئت تشئت اذا فرق ذكر في آخر كتاب أدب القاضى مسائل منه كما هو أدب المصنفين أن يذكرها في آخر الكتاب مسائل تتعلق بمقابلها استدرا كما لمافات من الكتاب ويرجونه بمسائل شتى أو منشورة أو متفرقة قيل وعلى هذا كان القياس أن يسؤرها الى آخر كتاب القضاء ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكر

ولو أخبر بالحكم لا يقبل قوله لان قضاء الولاية كقول المولى بعد العزل (وحكم الحاكم لابو به وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء) وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لان قضاء التهمة فكذلك القضاء ولو حكم رجلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الرأي والله أعلم بالصواب

مسائل شتى من كتاب القضاء

قال (واذا كان عالورا رجل وسفل لا خرفليس لصاحب السفل أن يتدفيه وتداول لا يقب فيه كوة تهما بالعاقله لا يجوز قضاؤه بها أصلا لانه ان قضى على الجاني خالف الشرع وعلى العاقله لا يجوز لانهم لم يحكموه (قوله ولو أخبر) يعنى الحكم لو قال لاحدهما أقررت عندى أو قامت عندى بينة عليك فهذا يعدلوا عندى وقد أزمك ذلك وحكمت به هذا فانكر المقضى عليه أن يكون أقرأ أو أقام البينة لم يلتفت الى قوله ومضى القضاء عليه مادام المجلس باقيا لان الحكم مادام تحكيمهما قائما كالفاضي المقلد ولو قال المقلد ذلك لا يلتفت الى انكار المقضى عليه فكذلك الحكم الا أن يخرج المخاطب عن الحكم ويعزله قيل أن يقول حكمت عليك ثم قال الحكم ذلك أو قاله بعد ان قام من المجلس لانه بالقيام من المجلس ينعزل كما ينعزل بعزل أحدهما قبل الحكم فصار كالفاضي اذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق كذا هذا (قوله وحكم الحاكم) سواء كان فاضيا أو محكما (لابو به وولده وزوجته) وكل من لا تقبل شهادته له (باطل لمكان التهمة) بخلاف ما اذا حكم عليهم بجوز لا يتقائما (قوله ولو حكم رجلين لا بد من اجتماعهما لان الحكم امر يحتاج فيه الى الرأي) وانما رضى الخصمان برأيهما فلا ينفرد أحدهما ثم لا يصدق الحكمان في اخبارهما عن الحكم اذا قاما لما ذكرنا من انعزالهما فالتحقبا سائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باسراء حتى يشهد على ذلك غيرهما ولو شهد عند الحكيمين شاهدان ثم مات الشاهدان أو غابا فسأل المدعى الحكيمين أن يشهدا له على شهادتهما لم يجز لانهم ما جلاهما فلا يجوز أن يشهدا على شهادتهما واذا عرف أن أحد الحكيمين لا ينفرد فلو حكما عبد او حر لم يجز ولو حكم مسلم ومشرقا فحكم بينهما ثم قتل المرتد أو لحق بدار الحرب لم يجز حكمه عليهما ولو أمر الامام رجلا بأن يحكم بين الناس وهو ممن تجوز شهادته جازو يصير كالفاضى ولو أمر القاضى رجلا لم يجز الا بأذن الامام الا أن يجيزه بعد الحكم أو يترضى به الرجلان بعد الحكم ولو حكم رجلا فأخرجه القاضى من الحكومة فحكم بعده بينهما فأجازاه جاز وليس للحكم أن يفرض الى غيره ولو فرض وحكم الثانى بلارضاهما فأجاز القاضى لم يجز الا أن يجيزاه بعد الحكم وقيل ينبغي أن يكون كالو كسل الاول اذا أجاز فعل الوكيل الثانى ولو حكم واحد فحكم لاحدهما ثم حكم آخر ينفذ حكم الاول ان كان جائزا عنده وان كان جورا أبطله وكتاب الحكم الى القاضى وقبله لا يجوز فان كتب اليه فاض فرضى به الخصمان حكم حينئذ بقضى الكتاب

مسائل منشورة من كتاب القضاء

(قوله) واذا كان عالورا رجل وسفل لا خرفليس لصاحب السفل أن يتدفيه وتداول لا يقب فيه كوة

بعدها القضاء بالمواريث والرحم وانه ليدبر بالتأخير لا بحالة (واذا كان عالورا رجل وسفل لا خرفليس لصاحب السفل عند أن يتدفيه وتداول أن يقب فيه كوة

مسائل شتى من كتاب القاضى

(قوله مسائل شتى أى متفرقة من شئت تشئت) أقول بل من شئت يشئت شتاوشتاواوشئتينا اذا فرق واقترق

بغير رضا صاحب العلو) وليس لصاحب العلو أن يبني على علوه ولا أن يضع عليه جذعاً لم يكن له ولا يحدث كيفية الإبرضا صاحب السفلى
 عند أبي حنيفة رحمه الله وقال جاز لكل واحد منهما أن يصنع ما لا يضر به وقيل هذا تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله (بعضي أن أبا حنيفة إنما
 منع عما منع إذا كان مضراً وأما إذا لم يكن مضراً فلا يمنع كاهو قولهم ما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر
 فصلاً مجعاً عليه لأن التصرف حصل في ملكه فيكون المنع بعلة الضرر (٥٠٣) أصاحبه (وقيل) ليس ذلك بتفسيره

وإنما (الأصل عندهما
 الإباحة لأنه تصرف في
 ما = والمالك يقتضى
 الاطلاق) فلا يمنع عنهما إلا
 بعارض الضرر فإذا لم يكن
 ضرراً لم يمنع بالاق (تفاوت) إنما
 تظهر ثمره الخلاف (إذا
 أشكل) فعندهما (لم يجز المنع)
 لأن الاطلاق بينهما
 واليقين لا يزال بالشك
 (والأصل عنده الحظر لأنه
 تصرف في محل يتعلق به
 حق محترم للغير) وهو
 صاحب العلو لأن قراره
 عليه ولهذا يمنع من الهدم
 اتفاقاً وتعلق حق الغير بملكه
 يمنع المالك من التصرف
 كما منع حق المرتب من
 والمستأجر المالك عن
 التصرف في المرهون
 والمستأجر (والاطلاق
 بعارض) وهو الرضا بدون
 عدم الضرر فتأمل (فإذا أشكل
 لا يزال المنع) لما ذكرنا
 (قوله على أنه لا يعرى عن
 نوع ضرر بالعلو من توهين
 بناء أو نقضه فيمنع عنه)
 استظهار على المنع لافادة
 ما قبله ذلك

عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه بغير رضا صاحب العلو (وقال يصنع ما لا يضر بالعلو) وعلى هذا
 الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه قيل ما يحكى عنهم ما تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله فلا
 خلاف وقيل الأصل عندهما الإباحة لأنه تصرف في ملكه والمالك يقتضى الاطلاق والحرمه بعارض
 الضرر فإذا أشكل لم يجز المنع والأصل عنده الحظر لأنه تصرف في محل يتعلق به حق محترم للغير كحق
 المرتب والمستأجر والاطلاق بعارض فإذا أشكل لا يزال المنع على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من
 توهين بناء أو نقضه فيمنع عنه

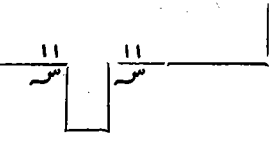
عند أبي حنيفة رضي الله عنه أي بغير رضا صاحب العلو) وكذا ليس له أن يدخل فيه جذعاً والاتفاق
 على أن ليس له أن يهدم سفة له لما فيه من إبطال حق صاحب العلو في سكنه العلو (وقال يصنع ما لا يضر
 بالعلو وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه) أو يضع عليه جذعاً أو يشرع كيفية
 والكوة بفتح الكاف ويقال وتد وتد ابتدئه من باب ضربه (قيل ما حكى عنهم ما تفسير لقول أبي حنيفة)
 لأنه إنما يمنع ما فيه ضرر ظاهر لا ما لا يضر فيه (فلا خلاف) بينهم (وقيل) بل بينهما خلاف وهو في
 محل وقوع الشك فالاشك في عدم ضرره كوضع مسمار صغير أو وسط يجوز اتفاقاً وما فيه ضرر ظاهر كفتح
 الباب ينبغي أن يمنع اتفاقاً وما يشك في الضرر به كدق الوتد في الجدار والسقف فعندهما لا يمنع لأن
 (الأصل) فيه (الإباحة لأنه تصرف في ملكه والحظر بعارض الضرر فإذا أشكل لم يجز المنع) لأن اليقين
 لا يزال بالشك كإلزام نصيبه من العبد المشترك يجوز ولو كاتب نصيبه لا يجوز وللشريك حق فسحبه
 (وعنده الأصل الحظر لأنه تصرف في محل يتعلق به حق محترم للغير) ولهذا يمنع من هدمه اتفاقاً وتعلق
 حق الغير بملكه يمنع تصرفه به كالمرهون والمستأجر يتعلق به حق المرتب فنع الرهن من التصرف فيه
 وذ كرشخ الإسلام عن بعضهم أن على قول أبي حنيفة صاحب العلو لا يملك التصرف فيه وإن لم يضر
 بالسفل رواية واحدة وقال شيخ الإسلام أيضاً إذا أشكل تصرف صاحب العلو هل يضر بالسفل أولاً
 لا يملكه بالاتفاق وقال الصدر الشهيد المختار أنه إذا أشكل لا يملكه وإذا لم يضر يملك وذ كر قاضيان لو
 حفر صاحب السفلى في ساحة تروا ما أشبه ذلك عند أبي حنيفة له ذلك وإن تضرر به صاحب العلو
 وعندهما الحكم مع الأول بعلة الضرر وعلمت أن ليس لأصاحب السفلى هدمه فلو هدمه يجبر على
 بنائه لأنه تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو كما رهن إذا قتل المرهون والمولى إذا قتل عبده
 المديون وهذا الأصل كلى كل من أجبر على أن يفعل مع شر بكمه فإذا فعل أحدهما بغير أمر شر بكمه فهو
 متطوع لأنه طريق وهو المطالبة بالمشاركة في الفعل كنه بينهما المتع أحدهما عن كرهه وكري
 الآخر أو سفينة تتخوف الغرق أو بيت أو دار أو جام أو طاحونة فأصلحه أحدهما أو عبداً مشتركين
 ففداه أحدهما فهو متطوع لأن الآخر يجبر وإن كان لا يجبر لم يكن متطوعاً كراهول رجل وسفل الآخر
 وسقط السفل فبناء الآخر لا يكون متطوعاً لأنه لا يجبر صاحب السفلى على بنائه فكان في بنائه إياه مضطراً

(قوله وإنما تظهر ثمره الخلاف) أقول فيه بحث (قوله إذا أشكل) أقول كهذه الأشياء المذمومة (قوله وهو الرضا بدون عدم الضرر)
 أقول وفيه بحث يظهر من ملاحظة السياق ألا يرى أن المراد اشكال الضرر وعدمه قال الزيلعي وهو عدم الضرر بيقين انتهى الباء
 متعلق بالعدم لا بالضرر (قوله فتأمل) أقول كتب في هامش الكتاب نقلاً عن خط الشارح ما هو صورته أمر بالتأمل تنبيهاً على
 أن العدم أمر لا يثبت له ليعرض ولو عرض لزم أن يكون الضرر قبله موجوداً وعرض العدم وليس كذلك انتهى وأقول يجوز أن يكون
 اطلاق العارض عليه من باب المشاكلة

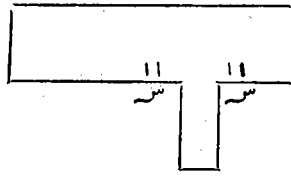
قال (واذا كانت زائغة مستطيلة تشعب منها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائغة الاولى أن يفتحوا بابا في الزائغة القصوى) لأن قصه للورور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما يبيع فيها حق الشفعة

ليصل الى حقه واذا بناه وبنى عليه علوه له منع صاحب السفلى من الانتفاع به والسكنى حتى يؤدي قيمته واختاف في ان القيمة هل تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع والصحيح وقت البناء وانما قلنا في الدار والميت والطاحونة والحمام ما ذكرنا اذا كان يمكنه قسمة الساحة ليبنى في نصيبه وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحائط وعمارته قال وذو كرا الحاصف أنه يرجع عما أتفق وهذا عندى في غاية الحسن اذا كان بقضاهو يجب أن لا يضمن لوعلا بناء السفلى على قدر ما كان عليه ذلك القدر أما اذا كانت الساحة صغيرة لا يمكن بناء ذلك فيها بعد القسمة فإنه اذا بنى لا يكون متطوعا وكذا اذا انهدم بعضه لانه لا يمكن الانتفاع بنصيبه الا ببنائه فلا يكون متطوعا وفي فتاوى النسبى دار الجارين سطح احدهما أعلى ومسيل ماء العلي على الاخرى فأراد صاحب السفلى أن يرفع سطحه أو يبنى عليه لذلك وليس للجار منعه ولكن يطالبه بتسديل مائه الى طرف المزبأ واذا انهدم السفلى أو هدمه المالك ليس للآخر أن يكافه العمارة لاجل اسالة الماء لكن يبني هو ويمنع صاحبه من الانتفاع انتهى فرق بين حق التعلو وبين حق التسديل حيث لو هدم في الاول يجبر على البناء ولو هدم في الثاني لا يجبر وفي الحائط بين اثنين لو كان لهما عليه خشب فبني أحدهما للباقي أن يمنع الآخر من وضع الخشب على الحائط حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيا وفي الافضية حائط مشترك أراد أحدهما انقضه وأبى الشريك ان كان يحال لا يخاف سقوطه لا يجبر وان كان بحيث يخاف عن الامام أبي بكر محمد بن الفضل يجبر وان هدمه وأراد أحدهما أن يبني وأبى الآخر ان كان أس الحائط عرضا يمكنه أن يبني حائطاً في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك وان كان لا يمكن يجبر كذا عن الامام أبي بكر محمد بن الفضل وعليه الفتوى وتفسير الخبر أنه ان لم يوافق الشريك وأنفق على العمارة يرجع على الشريك بنصف ما أنفق ان كان الحائط لا يقبل القسمة وفي شهادات فتاوى الفضلى لو هدماه وامتنع أحدهما يجبر ولو انهدم لا يجبر ولكن يمنع من الانتفاع به ما لم يستوف نصف ما أنفق فيه ان فعل ذلك بقضاء القاضى وان كان بلا قضاء فينصف قيمة البناء انتهى فلو حل ما تقدم من كون الرجوع بقيمة البناء على ما اذا كان بلا قضاء وقول الحاصف مع قول ابن الفضل عما أنفق على ما اذا كان بقضاء ارتفع الخلاف الظاهري فليكن هو الحمل وهذا لانه لا كان مضطرا في البناء كان له تضمين ما صرف لذلك غير أنه ليس مضطرا في تركه مراجعة من له الولاية على الشريك وهو القاضى فيرجع بالقيمة ولو كان الحائط صحيحا فهدم أحدهما باذن الشريك لا شك أنه يجبر الهادم على البناء ان أراد الآخر كالهدمه وان هدمه بغير اذن الشريك وفي كتاب الخيطان رجل أراد أن يهدم داره ولاهل السكة ضرر لانه يخرّب السكة المختار انه يمنع فلو هدم مع هذا وانه يضرب بالخير ان كان قادر على البناء يجبر على البناء قيل والاصح أنه لا يجبر وفي كتاب الغصب من الخلاصة رجل هدم داره فانه هدم دار جاره لا يضمن (قوله وان كانت زائغة مستطيلة تشعب منها زائغة أخرى مستطيلة وهي غير نافذة) يعنى المنشعبة (فليس ل) أحد من (أهل الزائغة الاولى) اذا كان له جدار في الزائغة المنشعبة ان يفتح في جداره ذلك بابا في الزائغة المنشعبة وهذه صورتها

قال (واذا كانت زائغة مستطيلة الخ) سكة طويلة غير نافذة تشعب عن يمينها أو يسارها مثلها على هذه الصورة



ليس لاهل الزائغة الاولى أن يفتحوا بابا في الزائغة القصوى لان فتح الباب للورور ولا حق لهم في المرور لان المرور فيها لاهلها خاصة لكونها غير نافذة بمنزلة دار بين قوم ليس لاحد أن يفتح بابا بغير اذنتهم فكذا هذا ألا ترى أنه لو بيعت دار في تلك السكة القصوى ليس لاهل السكة العظمى أن يأخذوا بالشفعة لان تلك السكة لهم خاصة



بجـ خلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة ثم قيل المنع من المرور لان فتح الباب لان الفتح رفع بعض جداره وله أن يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه أو لى ولهذا لو فتح كوة أو بابا بالاستضاءة دون المرور لم يمنع والاصح (٥٠٥) أنه يمنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور

كل ساعة ولانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد ربما يدعى الحق في القصد وى بتركيب الباب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على أن الزائفة الاولى غير نافذة وقد صرح بذلك الامام التمسرتاشي والفقهاء أبو الليث الا اذا جعلت الضمير موضوعا موضع اسم الاشارة حتى يكون تقديره وذلك غير نافذة فيجوز أن يكون حالا من الزائفتين جميعا لان الاشارة بذلك الى المنى في الجمع صحيحة فيكون من قبيل قوله تعالى قل أرايتم ان أخذ الله سمعكم وأبصاركم وختم على قلوبكم من اله غير الله بآياتكم به أى بذلك على أحد الوجهين وأن كانت الزائفة القصوى مستديرة قد لزق طرفاها بمعنى سكة فيها اعوجاج حتى يبلغ اعوجاجها رأس السكة والسكة غير نافذة فلعل واحدهم أن يفتح بابه في أى موضع شاء لانها سكة واحده اذ هي ساحة مشتركة

بجـ خلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لان فتح الباب لانه رفع بعض جداره والاصح أن المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب (وان كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم أن يفتحوا) بابا لكل واحد منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها

والذي يمكنه أن يفتح بابا في الزائفة القصوى هو صاحب الدار التي في ركن الزائفة الثانية وانما قلنا ليس له ذلك لان فتحه للروور ولا حق لاهل الزائفة الاولى في المرور في الزائفة القصوى بل هو لاهلها على الخصوص ولذا لو بيعت دار في القصوى لم يكن لاهل الاولى شفعة فيها بخـ خلاف اهل القصوى فان لاحدهم أن يفتح بابا في الاولى لان له حق المرور فيها و (بخـ خلاف النافذة فان المرور فيها حق العامة) ولا خلاف ان له أن يفتح قال بعض المشايخ لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لان فتح الباب رفع بعض جداره وله أن يرفعه كله فكذلك له أن يرفع بعضه والاصح أن يمنع من الفتح لانه منصوص عليه في الرواية بنص محمد في الجامع ولان المنع بعد الفتح لا يمكن اذا لم يكن مراقبته ليلا ونهارا في الخروج فيخرج ولانه عساه يدعى بعد تركيب الباب وطول الزمان حتى في المرور يستدل عليه بتركيب الباب فيكون تركيب الباب مبهما لنفسه دعوى حق المرور ويكون القول قوله للظاهر الذي معه وهو فتح الباب (ولو كانت) المشعبة (مستديرة فلهم أن يفتحوا لكل منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة) غاية الامر أن فيها اعوجاجا (ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها) وهذه صورتها

باب في

وفي الحيطان زقاق غير نافذ أراد انسان يعنى من أهله أن يتخذ طينتان ترك من الطريق قد ردم المر للناس ويرفعه سر يعاوى فعل في الاحايين مرة لا يمنع منه وكذا لو أراد أن يبني آريا أو دكانا وهو الذي نسميه في عرفنا مصطبة ولو استأذن رجلا في وضع جدوع على حائطه أو حفر سرداب تحت داره ففعل ثم باع الاذن داره للشترى أن يأخذ برفعها الا اذا شرط بقاءها عند البيع وكذا لو كان نصب أعمدة ملاصقة لجدار الرجل مقابلة لبابه ونصب عليها وعلى وجه داره سقيفة للشترى أن يطالبه بازالتها الا اذا شرطها ولو أن لرجل حائطا ووجهه في دار رجل فأراد أن يطين حائطه ولا سبيل اليه الا بدخول دار الرجل أو انهدم الحائط فوقه نقضه في داره فأراد أن يدخل لبيل الطين وغيره فنعى صاحب الدار وله مجرى ماء في داره فأراد حفره واصلاحه ولا يمكن الا بدخول دار الرجل وهو ينعى به يقال له ما أن تتركه يدخل ويصلح ويفعل بما له أو تفعل بما لك كذا روى عن محمد بن عبد الله بن أبي الليث وفي وقف النوازل دار مشتركة بين قوم لبعضهم أن يربطوا الدابة فيها وأن يضعوا الخشب على وجهه لا يضر بصاحبه وان يتوضؤوا بحيث لا تضيق عليهم الطريق لروورهم ولو عطب بها أحد لا يضمن ولو حفر الارض يؤمر أن يسويها فان نقص الحفر يضمن النقصان وكذا لو كان الطريق بين قوم وهو غير نافذ فذبحه في الطريق لا يضمن نقصان

(٦٤ - فتح القدير خامس) لكل واحد منهم حق المرور في كلها ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها بهذه الصورة

باب في

(قوله فيجوز أن يكون حال الخ) أقول الجواز لا يستلزم الدلالة في اتصال الاستثناء تأمل (قوله لان الاشارة بذلك الى المنى في الجمع صحيحة) أقول يعنى أن الاشارة بلفظ ذلك الى المنى والجمع صحيحة بتأويل ما ذكر

الحفر وفي أول قسمة الاصل قبيل باب قسمة الدار رجل أصاب ساحة في القسمة فأراد أن يبنها ويرفع
بناها وأراد ألا يرفعها وقال تدعى الريح والشمس له أن يرفع بناءه وله أن يتخذ فيها جاماً أو تنورا
وان كف عما يؤذى جاره فهو حسن ولا يجبر على ذلك ولو فتح صاحب البناء في علوبنايه باباً أو كوة لم يكن
لصاحب الساحة منعه ولصاحب الساحة أن يبنى في ملكه ما يستمره به ولو اتخذ نورا في ملكه
أو كراً أو بالوعة فنزمتها حائط جاره وطلب جاره منه تحويله لم يجبر عليه فان سقط الحائط من ذلك
لا يضمن هذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية وحكي عن أبي حنيفة أن رجلاً شكك اليه من
يترحفرها جاره في داره فقال احفر في دارك بقرب تلك البئر بالوعة ففعل فسحبت البئر فكسبها صاحبها
ولم يفتنه بمنع الحافر بل هداه الى هذه الحيلة وبذلك كان يفتي الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني وفي
مضاربة النوازل لو اتخذ داره حظيرة للغنم والخيران يتأذون من تن السرقين ولا يأمنون على الرعاة ليس
لهم في الحكم منعه وبه قال الشافعي وأحمد ولو حفر في داره بئر فنزمتها حائط جاره ليس له منعه قال في
فصول العمادي نقل عن الذخيرة بعد ان نقل عن نصير بن يحيى أن للفاضل منع الجار من ذلك وذكر
غيره عسكهم بقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار والوجه ان ظاهر الرواية لان صاحب البناء
كان ينتفع به وملك صاحب الساحة قبل البناء فصاحب الساحة اذا سد الهواء بالبناء فانتفع به
عن الانتفاع بملكه ولم يتلف عليه ملكه ولا منفعة فصار كالجوارح من شجرة يستظل بها جاره فأراد
قطعها لا يمنع من ذلك وان تضر به الجار بمنعه من ذلك الانتفاع وتصير هذه المسئلة رواية في مسئلة
لاروايه لها في الكتب وصورتها بالفارسية في الذخيرة وغيرها وحاصلها بالعربية بيتان لرجلين لكل
منهما سقف واحد فأراد أحدهما أن يرفع البناء ويجعله ذاسقفين قال في الفتاوى الصغرى ان كانا في
القديم بسقف واحد لا يخرآن منعه وان كانا بسقفين فليس له منعه قال وحده القديم أن لا تحفظ أقرانه
وراء هذا الوقت كيف كان قال في الخلاصة فلما قام أحدهما البيعة على انه قديم والاخر على انه محدث
فبيعة القديم أولى قال ولا تقبل شهادة أهل السكة في هذا قال في الذخيرة ينبغي أن لا يكون له المنع على
قياس هذه المسئلة لان صاحب البيت الاخر يجعل بيته ذاسقفين ومنعه من الانتفاع به وملك نفسه
انتهى وعلى تقدير الفرق فالفرق ان في هذه المسئلة وهي مسئلة البيتين يريد أن يمنع من الضوء والضوء
من الحوائج الاصلية وفي مسئلة الاصل يمنع عن الشمس والريح وذامن الحوائج الزائدة انتهى وأما
قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فلا شك انه عام مخصوص للقطع بعدم امتناع كثير من الضرر
كالتعازير والحدود ونحوها وطبخ ينتشر به دخان قد ينجس في خصوص أما كن فيتضرر به
جيران لا يطبخون لفسادهم وحاجتهم خصوصاً اذا كان فيهم مريض يتضرر به وكأثر نبالك من
التضرر بقطع الشجرة المملوكة للقاطع فلا بد أن يحمل على خصوص من الضرر وهو ما يؤدى الى هدم
بيت الجار ونحوه من الضرر البين الفاحش وفي الذخيرة حكى عن بعض مشايخنا رحمه الله أن الدار
اذا كانت مجاورة لدار فأراد صاحب الدار أن يبنى فيها تنورا للبخير الدائم أو رحي للطنن أو مدقة للقصارين
يمنع منه لانه يتضرر به جيرانه ضرراً فاحشاً قبل وأجوعوا على منع الدق الذي يهدم الحيطان ويوهنها
ودوران الريح من ذلك والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل صاحب الملك ما بدله
مطلقاً لانه يتصرف في خالص ملكه وان كان يلحق الضرر بغيره لكن يترك القياس في موضع يتعدى
ضرره الى غيره ضرراً فاحشاً كما تقدم وهو المراد بالبين فيما ذكر الصدر الشهيد وهو ما يكون سبب الهدم
وما يوهن البناء سببه أو يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع من الحوائج الاصلية كسد الضوء
بالكلية على ما ذكر في الفرق المتقدم واختار والفتوى عليه وأما التوسع الى منع كل ضرر مما يسد
باب الانتفاع بملك الانسان كما ذكرنا قريبا ومنه ما ذكر أبو الليث في فتاواه بخره وسطها ووسط جاره

قال (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده الخ) دار بدرجل ادعى عليه آخران له فيها حقاً وأنكر ذواليدتم صالح منها جاز الصلح وهي مسألة الصلح على الانكار وسأق الكلام فيه في الصلح ان شاء الله تعالى فان قيل كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى ومعلومية مقدره شرط صحة الدعوى الا ترى أنه لو ادعى على انسان شبه المصح دعواه أجاب بأن المدعى وان كان مجهولاً فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط والجهالة فيه لا تنفي الى المنازعة والمنازع منها ما أفضى اليها ولقائل أن يقول جهالة المدعى اما أن تكون مانعة صحة الدعوى أو لا فان كان الثاني صح (٥٠٧) دعوى من ادعى على انسان شيئاً

لكنها لم تصح ذكره في النهاية تأقلا عن الفوائد الظهيرية وان كان الاول لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعى لكنه صحح والجواب باختيار الشق الاول ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه لان صحة الدعوى ليست بشرط احصاء الصلح لانه لقطع الشغب والخصام وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غاية ما في الباب ان الحاكم يقول للمدعى دعواك فاسد لا تبرتب عليها شيء ويمكنه ازالة الفساد باعلام مقدره مما يدعى فلا يكون رده مفيداً قال (ومن ادعى داراً في بدرجل الخ) اذا ادعى داراً في بدرجل أنه وهبها له منذ شهرين مثلاً وسلمها اليه وانما ملكه بطريق الهبة والتسليم وبجدد دعواه ذواليد فمسئل البيئنة فقال لي بيئنة تشهد على الشراء لاني طلبت منه فجددني

قال (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهو مسألة الصلح على الانكار) وسند كرها في الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان مجهولاً فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تنفي الى المنازعة على ما مر قال (ومن ادعى داراً في يد رجل انه وهبها له في وقت كذا فاستل البيئنة فقال بحمدني الهبة فاشترى بها منه

متساويان فأخذ جاره حتى يتخذ حائطاً بينه وبين جاره ليس له ذلك فلو أراد أن ينفعه من الصعود حتى يتخذ ستره ان كان اذا صعد يقع بصره في دار جاره لم يمنع وان كان لا يقع لكن يقع اذا كفوا على السطح ليس له المنع قال في فصول العمداد وعلى قياس المسئلة المتقدمة وهي أن لا يمنع صاحب الساحة من أن يفتح صاحب العلو كوة ينبغي أن يقال في هذه ليس للجار حق المنع من الصعود وان كان بصره يقع في دار جاره الا ترى أن محمد ارحمه الله لم يجعل لصاحب الساحة حق منع صاحب البناء عن فتح الكوة في عـلوه مع أن بصره يقع في الساحة والمراد من قوله يأخذ جاره يبنء الساحة أن يشاركه في بنائها الا أن يستقل هو بذلك ويدل عليه بعض العبارات في كتاب الحيطان دارين رجلين قسمهاها وقال أحدهما بنى حائراً بيننا ليس على الآخر اجابته وان كان أحدهما يؤذى الآخر بالاطلاع عليه كان للقاضي أن يأمرهما ببناءه يتخارجان نفقته بقدر حصة كل منهما يفعل القاضى للصحة وتظيرها في فتاوى أبي الليث رجل في داره شجرة فصر صاذاً ارتقاها يطلع على عورات الجار يمنع القاضى منه اذا رآه قال في الذخيرة وعلى قياس مسألة فتح الكوة ليس للجار ولا به المرافعة ولا للقاضى المنع انتهى ولقد أحسن الصدر الشهيد في واقعاته حيث قال المختاران المرتقي يخبرهم وقت الارتقاء مرة أو مرتين حتى يستر وأنفسهم لان هذا جاع بين الحقين (قوله) ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهو مسألة الصلح على الانكار وسند كرها في الصلح ان شاء الله تعالى) ونقل في النهاية عن بعضهم انه أراد بالدعوى مقدار معيناً كالثمن ونحوه لتصح الدعوى فانها لا تصح مع جهالة المدعى به ونقل عن والظهير الذين انه كان يقول الصلح عن الدعوى انما يصح اذا كانت صحيحة لان الصلح انما يصح لاقتداء العيين واليمين انما يتوجه اذا صححت الدعوى قال وهو هذا يشكل على قول أبي حنيفة فانه لو ادعى رجل على امرأته كاحاقصا حنثه على مال دفعته اليه صح مع أن العيين لا تتصور في النكاح عنده فالقول أن الصلح يتحقق لدفع الشغب والخصام صححت الدعوى أو لم تصح ولذلك قال المصنف (والمدعى وان كان مجهولاً فالصلح عن مجهول على معلوم جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تنفي الى المنازعة) يعني وهو المانع (قوله) ومن ادعى داراً في بدرجل انه وهبها له في وقت كذا فاستل البيئنة كقوله منذ شهر وسلمها اليه فلكتما هو الا أن في يده وأطالبه يدفعها اليه فطالبه القاضى بالبيان فقال ليس لي بيئنة على الهبة بل على الشراء لانه بعد الهبة والتسليم ظفر بها فحبسها عنى فاشترى بها منه

الهبة فاضطرت الى شرائها منه فاشترى بها منه وأشهدت عليه

(قوله) فان قيل كيف يصح الصلح الخ) أقول الانسب أن يقرر السؤال الاول هكذا كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى جهالة مقدره لسائر القود فيفسد الصلح أيضاً ويجب بان المفسدة هي الجهالة المفضية الى النزاع وهذه ليست كذلك لانها جهالة في الساقط وأما على تقريره فلا يرتبط الجواب الاول بل الجواب حينئذ هو ما أجيب به عن السؤال الثاني كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله) لجهالة المدعى أقول فلا تصح الدعوى فلا يتوجه العيين على المدعى عليه حتى يقتدى بالصلح على ما سيجي (قوله) لانه لقطع الشغب) أقول ولا يلزم أن يكون لاقتداء العيين على ما كتبنا من النهاية ومراجع الدراية في الهامش

وأقام البينة على الشراء فان شهدت على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض من وجهين أحدهما من حيث ان المدعى ادعى الشراء بعد الهبة حيث قال جحدي الهبة فاشترى بها منه والفاء للتعقيب والشهود وشهروا بشراء قبلها فكانت الشهادة مخالفة للدعوى والثاني من حيث الدعوى نفسها ان ثبت موجب الشهادة فهو تقدم وقت الشراء على وقت الهبة لانه حينئذ يكون قائلا وهب لي هذه الدار وكانت ملكا لي بالشراء قبل الهبة فكيف يثبت الملك بالهبة بعد ثبوته بالشراء وان شهدوا بالشراء بعد الوقت الذي ادعى فيه الهبة قبلت (٥٠٨) شهادتهم لوضوح التوفيق ووقع في بعض النسخ وهم يشهدون به قبله أي قبل عقد

وأقام المدعى البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل بينته (لظهور التناقض اذ هو يدعى الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدي الهبة فاشترى بها ثم تقبل أيضا ذكره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعدت مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملكه عندها (ومن قال لا آخر اشترى مني هذه الحارة فأنكر الاخر ان أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يباطأ لان المشتري لما جحد كان فسحان من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحدا

وأقام بينة فشهدوا وأرخوا وقتا قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة (لا تقبل لظهور التناقض) بين الدعوى والبينة لان الدعوى ان الشراء في تاريخ بعد تاريخ الهبة وهم يشهدون بانه قبل الهبة وبين نفس اجزاء الدعوى لانه بمقتضى البينة وقوله كما قال وهب لي هذا الشيء وكان ملكي بالشراء قبل فلا يثبت الملك بالهبة بعد الشراء فكان مناقضا (ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق) الذي وفقه (ولو ادعى الهبة) يعني وأرخ فطوب بالبينة (فقامت على الشراء قبله ولم يقل جحدي الهبة فاشترى بها) توفيقا (لم تقبل أيضا ذكره في بعض النسخ) كما أنه يريد نسخ الاصل (لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعدت مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملك الواهب عندها) أي عند الهبة ولو لم يؤرخ الشراء تقبل البينة كما لو ذكر تاريخا بعد الهبة لا يمكن الحمل على ما ينبغي به التناقض وهذا على احدى الروايتين في تصحيح الدعوى اذا أمكن التوفيق وان لم يوفق المدعى وشاهده ما ذكر في رجل ادعى دارا في يد رجل انهداره اشتراها من أبيه في صحته وهو يشكره وأقام المدعى على ذلك بينة ولم تترك أولم تقم بينة وحلف المدعى عليه ثم أقام بينة انهداره ورثها من أبيه قبل القاضي بينته ولا يكون دعواه الارث تناقضا ولو ادعى الارث من الاب أو الام ادعى الشراء منه بعد ذلك وأقام عليه بينة لا يقضى له بالدار لا مكان التوفيق في الاول بخلاف الثاني قال شيخ الاسلام اذا أمكن التوفيق تصح الدعوى وان لم يدع المدعى التوفيق وفي دعوى المبسوط اشارة الى انه لا تقبل بينة الا أن يوفق المدعى فكان التوفيق من المدعى شرط في رواية وليس شرط في أخرى وفي المحيط قيل ما قالوا يوفق بغير دعوى المدعى قياسا وما قالوا لا يوفق بدون دعواه استحسان فان قيل ينبغي أن لا تقبل هذه البينة لانه يدعى شراء ما ملكه بالهبة والتسليم أحجب بأن سائر العقود تنسخ بالتجاحد الا النكاح وهنا كذلك فان الفسخ يتحقق من جهة الواهب بمجرد وجهه وحين أقدم الآخر على الشراء منه فقد رضى بذلك فانقضت الهبة بتراضيهما فاذا اشترى هو ذلك فقد اشترى ما لا يملكه (قوله ومن قال لا آخر اشترى مني هذه الحارة فأنكر ان أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يباطأ) (وان المشتري لما جحد كان فسحان من جهته اذ الفسخ يثبت بالجحد كما اذا تجاحدا)

الهبة أو وقتها وفي بعضها قبلها أي قبل الهبة وكذا في قوله ولو شهدوا به بعده ولو كان المدعى ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبل عقد الهبة أو وقتها ولم يقل جحدي الهبة فاشترى بها منه لم تقبل أيضا لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عند الهبة ودعوى الشراء قبلها رجوع عنه فعدت مناقضا وأما اذا ادعى الشراء بعد الهبة قبلت لانه يقرر ملك الواهب عندها فليس مناقض قيل ينبغي أن لا تقبل في هذه الصورة أيضا لانه ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء ما ملكه بالهبة وأجيب بأنه لما جحد الهبة فقد فسحها من الاصل وتوقف الفسخ في حق المدعى على رضاه فاذا أقدم على الشراء منه فقد رضى بذلك الفسخ فيما بينهما فانقضت الهبة بتراضيهما واشترى ما لا يملكه فكان صحيحا قال (ومن قال لا آخر اشترى مني هذه الحارة الخ) رجل قال لا آخر اشترى

منى هذه الحارة فأنكره ان أجمع على ترك الخصومة أي عزم بقلبه وقيل أن يشهد بل انه على العزم بالقلب معا أن لا يخاضم معه وسعه أي حل له أن يباطأ الحارة لان المشتري لما جحد العقد كان ذلك فسحان من جهته اذ الفسخ يثبت به لان الجحد انكار للعقد من الاصل والفسخ رفع له من الاصل فيتلاقيان بقاءه ان يقوم أحدهما مقام الآخر ولو تجاحدا فإنه يجعل فسحا لا محالة (قوله ان ثبت موجب الشهادة) أقول وجعلناه مدعى على وفقها قال المصنف (بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة) أقول المراد هو الدعوى الثابت بموجب الشهادة تأمل

فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين قيل لو جاز قيام الجود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لامرأة جحد زوجها النكاح وعزمت على ترك الخصومة أن تتزوج بزواج آخر اقامة لهما مقام الفسخ لكن ليس لها ذلك وأجيب بأن الشيء يقوم مقام غيره اذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع فان قيل مجرد العزم قد لا يثبت به الحكم كعزم من له شرط الخبر على الفسخ فان العقد لا يفسخ بمجرد تنزل المصنف في الجواب فقال وبمجرد العزم ان كان لا يثبت به الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو امسالك الحاربه ونقلها من موضع الخصومة الى بيته وما يضاهاه كالاستخدام لان ذلك لا يحل بدون الفسخ فتحقق الانفساخ لو جود الفسخ منهم مادلالة وبه يندفع ما قال زفرانه لا يحل له وطؤها لان البائع متى باعها من المشتري بقيت على ملكه ما لم يبعها أو يتقايلا ولم يوجد ذلك لان التقابل موجود دلالة (قوله ولانه) دليل آخر فان المشتري لما جحد العقد تمذرا استيفاء الثمن ولما تمذرات رضا البائع وفواته بوجوب الفسخ لفوات ركن البيع فيستقل بفسخه فيجعل عزمه فسخا على ما مر والفرق بين الدليلين أن الانفساخ كان في الاول مترتبا على الفسخ من الجانبين وجعل (٥٠٩) جوده فسخا من جانبه والعزم

على ترك الخصومة من جانب البائع وفي الثاني يرتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده قال (ومن أقرانه قبض من فلان عشرة دراهم الخ) ومن أقرانه قبض من فلان عشرة دراهم قرضا أو ثمن سلعة له عنده أو غير ذلك ثم قال انه زبوف صدق سواء كان مفصولا أو موصولا دل على ذلك دلالة ثم في الكتاب والتصريح به في غيره وفي بعض نسخ الجامع الصغير وقع في موضع قبض اقتضى والمعنى ههنا واحد والحكم فيهما سواء ووجه ذلك ان الزبوف من جنس الدراهم الانهاميية دليل أنه لو تجاوز به فيما لا يجوز الاستدلال في بدله كالصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنسها كان التجوز

فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امسالك الحاربه ونقلها وما يضاهاه ولانه لما تمذرت استيفاء الثمن من المشتري فأت رضا البائع فيستبد بفسخه قال (ومن أقرانه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زبوف صدق) وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض أيضا

معاجيت يفسخ قطعا (فان عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ) وأورد عليه ان مجرد العزم لا يحصل به الفسخ الا ترى ان من له خيار الشرط اذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا يفسخ الجواب بأن المراد العزم المؤكد بفعل اقترن به من امساكها ونقلها الى بيته فان امساكها لا يحل بلا فسخ فكان الفسخ ثابتا به دلالة كمن قال لاخر اجرتك هذه الدابة يوما بكذا التركها الى مكان كذا فاخذ المستأجر ليركها كان ذلك قبولا دلالة لان الاخذ والاستعمال لا يحل بلا قبول وفي المحيط نفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكتفي بمجرد النية وبني في الفوائد الظهيرية عليه فراعاه في الجامع اشترى عبدا ثم باعه من آخر فجدد المشتري الثاني البيع فخاصمه المشتري الاول الى القاضي ولا يئنه له فعزم المشتري الاول على ترك الخصومة ثم اطلع على عيب كان عند البائع الاول وأرادرده فاحتج البائع الاول عليه بدعواه البيع على الثاني فان كان عزم المشتري على ترك الخصومة بعد تحليف الثاني يرده أو قبله فلا يئنه غير مضطر في فسخ البيع الثاني وهذا بخلاف ما لو جحد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك الخصومة لم يكن لها أن تتزوج والنكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الاسباب الوجه الثاني التزام ان الفسخ يحصل بواحد وهو قوله ولانه لما تمذرت استيفاء الثمن من المشتري فأت رضا البائع فيستبد بفسخه لفوات شرط البيع وهو التراضي وسند كرتنظر صاحب الكافي في تدافع الوجهين قريبا (قوله ومن أقر) ههنا مسائل الاقرار بالقبض ومسائل الاقرار بالدين امام مسائل القبض ما اذا أقر (انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زبوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو أيضا القبض) يعني أقرانه قبض من مسدونه بدين قرض

استبد الا وهو فيها لا يجوز كما تقدم فان قيل الاقرار بالقبض يستلزم الاقرار بقبض الحق وهو الجهاد جلا لخاله على ماله حق قبضه لا ماله ليس له ذلك ولو أقر بقبض حقه ثم ادعى أنه زبوف لم يسمع منه فكذا ههنا ذأ اجاب المصنف بقوله والقبض لا يختص بالجهاد وهو منع للازمة وقوله جلا لخاله على ماله حق قبضه مسلم والزبوف له حق قبضه لانه دون حقه وانما المنوع من القبض ما يز يدعى حقه واذا لم يكن القبض مختصا بالجهاد فالقرار به لا يستلزم الاقرار بقبض الجهاد فدعواه الزبوف لم يكن متناقضا بل هو منكر قبض حقه والقول قول المتكسر باليمين والنهر جة كلز بوف لكونها من جنس الدراهم لما تقدم

(قوله تنزل المصنف في الجواب الخ) أقول في العبارة تسامح (قوله لأن ذلك لا يحل بدون الفسخ) أقول فيه شيء حيث يفهم منه أن يتقدم الفسخ على النقل وما يضاهاه والمفهوم من السياق هو التأخر بوجه غير خفي (قوله لفوات ركن البيع) أقول فيه بحث لان الرضا شرط الآن يجعله ركنا مجازا (قوله أو ثمن سلعة) أقول فيه بحث (قوله ثم قال انه زبوف) أقول اي المقبوض زبوف (قوله دل على ذلك الخ) أقول أي على استوائهما فانه اذا صدق في قوله مفصولا على ما يدل عليه ثم يعلم تصديقه موصولا بالطريق الاولى

وعلم من هذا أنه لو أقر بالحياد وهو حقه أو بحقه أو بالثمن أو بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زيوفاً ونهرجه لم يصدق لأقراره بقبض الحياد مريحاً في الأول ودلالة في الباقي لأن حقه في الحياد والثمن جواد والاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزوف متناقضاً ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيباً في المبيع على البائع وأنكره فإن القول بقول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لأن المشتري أقر بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول بقوله فكان من القمبل الثاني أعنى المقر بقبض الحق فلا يرد نقضاً على القمبل الأول قال صاحب النهاية جمع بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فإنه إذا أقر أنه قبض الدراهم بالحياد ثم ادعى أنها زوف فإنه لا يصدق لامفصولة ولا موصولة وبما بقي لا يصدق مفصولة ولكن يصدق موصولة والفرق هو أن في قوله قبضت مالي عليه أو حتى عليه جعل مقراً بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح كالأول قال افلان على ألف المائة فأما إذا قال قبضت عشرة جياذ فقد أقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فإذا قال الانهاز يوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كمن قال لفلان على مائة درهم ودينار الأديتارا كان الاستثناء باطلاً وإن ذكره موصولة كذا ههنا (قوله وفي الستوق لا يصدق) يعني لو ادعاه بعد الإقرار بقبض العشرة لم يصدق لأنه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يحز فكان متناقضاً في دعواه قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقاً وليس كذلك ونقل عن المبسوط في آخر كتاب الإقرار ما يدل على أنه إن ادعى الرصاص بعد الإقرار بقبض الدراهم إن كان مفصولة لم يسمع وإن كان موصولة يسمع والستوق أقرب إلى الدراهم من الرصاص فإذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوق أولى وكان الاعتراضين وقع الزهول عن التدقيق (٥١٠) في كلام المصنف فان كلامه فيما إذا قال مفصولة بدلالة قوله ثم ادعى

فإنه لا تراخي ولا نزاع في غير الزوف والنهرجة أنه إذا ادعاه لا يقبل موصولة وأما أنه هل يقبل موصولة أو لا لم يصرح بذلك على أنه لما كان بيان تغيير وهو لا يقبل مفصولة ويقبل موصولة وذكر أحد الجانبين فهم الجانب الآخر بقى الكلام فيما إذا أقر بالدراهم

فإنه لا تراخي ولا نزاع في غير وجهه إن الزوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز والقبض لا يخضع بالحياد فيصدق لأنه أنكر قبض حقه بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الحياد أو حقه أو بالثمن أو استوفى لأقراره بقبض الحياد صريحاً أو دلالة فلا يصدق والنهرجة كل زوف وفي الستوق لا يصدق لأنه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز أن يرف ما يرفه بيت المال والنهرجة ما يرد التجار والستوق ما يغلب عليه الغش

أقرضه أو عن مبيع أو بدلا جارة أو قال غصب منه أو أودعني ألف درهم ثم قال الأناهاز يوف أو نهرجه أو قال بعد نعم هي زيوف أو نهرجه يصدق في الوصل والفصل وفي المبسوط أقر الطالب أنه قبض بماله على فلان مائة درهم ثم قال وجدته زيوفاً فالقول بقوله وصل أم فصل وإطلاق المصنف قوله صدق يفيد وهو بخلاف ما إذا أقر بالدين في المبسوط في باب الإقرار بالدين لوقال افلان على ألف

الحياد وادعى أنها زوف فإنه لا يقبل مفصولة ولا موصولة كما تقدم ويجب أن ذلك بأن المنع هنا لا عن قبول الموصول أنما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر لأن حيث أنه بيان تغيير إن صح ذلك عن الاحتجاب أو عن المشايخ وقد اختاره المصنف

(قوله لو أقر بالحياد وهو حقه أو بحقه) أقول قوله أو بحقه معطوف على قوله بالحياد قال المصنف (أو استوفى) أقول معطوف على قبض الحياد والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام (قوله فكان في دعواه الزوف متناقضاً) أقول لو صح هذا ينبغي أن لا يصدق إذا وصل أيضاً والجواب هو المنع (قوله ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيباً في المبيع على البائع وأنكره فإن القول بقول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لأن المشتري أقر بقبض حقه الخ) أقول قوله أنكر أي في زعم السائل وقوله أقر أي دلالة ثم أقول قال العلامة الزيلعي وبخلاف ما إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول بقول البائع لأن المبيع متعين في البيع فإذا قبضه فقد أقر أنه استوفى قبض عين حقه دلالة ثم يدعوه العيب بعد ذلك صار متناقضاً فلا يقبل كلامه بخلاف ما نحن فيه فإن الدراهم لا تمنع وحقه ثابت في الذمة ولم يقر بقبض حقه وإنما أقر بقبض الدراهم وهي متنوعة فبالإقرار بقبضها لم يكن مقراً بقبض حقه انتهى توضيح ما ذكره في دعوى العيب وفيه بحث لأنه لو صح يلزم أن لا يسمع شهوده لأنه فرع صحة الدعوى ولا صحة مع تناقض (قوله وليس الحكم فيها على السواء) أقول لأن قوله جواد مفسر لا يقبل التأويل بخلاف غيره لأنه ظاهر أو نص فيصمّل التأويل هكذا قيل (قوله والفرق هو أن في قوله قبضت مالي عليه الخ) أقول ولا يخفى على ذلك دعواه كونها زيوفاً لا يلزم أن يكون بطريق الاستثناء حتى يستقيم الفرق (قوله وذكر أحد الجانبين) أقول يعني البيان مفصولة (قوله فهم الجانب الآخر) أقول جواب لما (قوله وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر) أقول فيه ما مر

درهم من ثمن مبيع أو فرض أو اجارة إلا انها زوف أو نهر حقه لم يصدق في دعوى الزيادة وصل أم فصل
 في قول أبي حنيفة وعندهما يصدق ان وصل لان فصل ولو قال فلان على ألف درهم من غير ذكر
 سبب تجارة أو غصب قال بعض المشايخ هو على الخلاف أيضا لان مطلق الاقرار بالدين ينصرف الى
 الالتزام بالتجارة اذ هو الاثني بحال المسلم وقيل يصدق هنا اذا وصل بالاتفاق لان صفة الجوده تصير
 مستحقة بعقد التجارة فاذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجوده مستحقة وتأتي الخرج ان
 شاء الله تعالى من الجانبين وقال الشافعي وأحمد اذا فصل لا يقبل في جميع الصور لانه كما ذكر العشرة
 فهم الجياد وقوله هي زوف رجوع عما أقر به قلنا في مسئلتنا عما أقر بقبض الدراهم وقبض
 الدراهم لا يختص بالجياد لان اسم الدراهم لا يختص بالجياد بل يقع على الزوف والنهر حقه
 فاذا قال هي زوف أو نهر حقه كان حاصله انه اعترف بقبض عدته من الدراهم منكر انه
 قبض حقه أعني الجياد فيصدق مع عينه اذا كان الاخر يكذب ولم يكن رجوعا عن شيء لان
 الاعم يصدق على كل أخصر فاذا نفي انه بعد ما صدق عليه بعينه وانه مما صدق فانه الاخرى لا يكون
 مناقضا بخلاف ما لو قال هي ستوفة أو رصاص لا يقبل لانها ليست من جنسها فكان رجوعا وأما
 لو اعترف انه قبض الجياد وحقه أو الثمن أو استوفى ماله عليه لا يصدق في دعواه الزوف والنهر حقه
 لانه في هذه تقر بقبض الجياد صريحا في الاول ودلالة فيما بعده لان حقه والثمن وكذا بدل الاحارة هي
 الجياد قال في النهاية جمع المصنف بين هذه المسائل الاربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها
 على السواء فانه اذا أقر بقبض الجياد ثم ادعى انها زوف لا يصدق لا موصولا ولا مفصلا وفيما بقي
 يصدق موصولا ولا مفصلا والذوق ان قوله قبضت مالي عليه أو حتى اقرار بقبض القدر والجوده بلفظ
 واحد فاذا استثنى الجوده فقد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما لو قال على ألف الامانة أما اذا
 قال قبضت عشرة جياد فقد أقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجوده بلفظ على حدة فاذا قال الا أنها
 زوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجوده وذلك باطل كما اذا قال على مائة درهم ودينار الدينارا
 فان الاستثناء باطل وان كان موصولا فان قيل يجب أن لا يصح استثناء الجوده وان دخلت تحت الاقرار
 بلفظ واحد لان الجوده تبع للدراهم وصفة لها واستثناء التبع موصولا لا يصح كاستثناء البناء من
 الدار لا يصح وان كان موصولا قلنا نعم لا يصح استثناء البناء لانه دخل تحت اسم الدار تبعه فلا يجوز
 اخراجه موصولا وأما الجوده فدخلت تحت اللفظ مقصودا كالوزن لانه أقر بقبض ما عليه وكما عليه
 تسليم الوزن عليه الجوده فكانت داخله تحت قوله مالي عليه وحقي عليه مقصودا لانه ما يجوز استثناءه
 موصولا انتهى وقال صاحب الدرابة بعد ان نقله فيه نوع تأمل وعندى ان التأمل يشده لا يردده وكأنه
 والله أعلم أشكل عليه تبعية الجوده لما ذكر في السؤال من انها تبع وصفة للدراهم والصفة أبدأ تابعة
 للموصوف وهذا هو عن قوله دخلت تحت اللفظ مقصودا فحصل رده على السائل ان ما يكون تبعا
 في الوجود قد يكون مقصودا للحكم باللفظ وصحة الاستثناء باعتبار كونه مقصودا من اللفظ كقصده
 الباقي سواء كان تبعا في الوجوده أو أصلا مثله وانما كانت الستوفة ليست من جنس الدراهم لان غشها
 غالب واسم الدراهم باعتبار الفضة والنسبة الى الغالب متعين فاذا كان الغالب هو الغش فليست
 دراهم الا مجازا ولذا قيل هو معرب سه طاقه يعني ثلاث طاقات الطاق الاعلى والاسفل فضة والوسط
 نحاس وهي شبه الموهو وتعب في النهاية اطلاق قوله في الستوفة لا يصدق بل ذلك اذا قال مفصلا أما
 في الموصول يجب أن يصدق لانه قال في اقرار الميسوط لو أقر أنه قبض خمسمائة درهم عماله على المديون
 ثم قال بعد ما سكت هو رصاص لم يصدق لان اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة وان قال موصولا
 فالقول قوله لان الرصاص من الدراهم صوره وان لم يكن منها معنى فكان بيان ما غير الظاهر كلامه الى

فانه ما عزا الى شيء من
 النسخ وتغيثه باستثناء
 الدينار قد لا ينهض لان
 الجوده وصف لا يصح
 استثناءه فكأنه لم يستثن
 ثم فسر الزوف بما يفه
 بيت المال أي رده والنهر حقه
 بما رده التجار ولعله أراد
 من الزيف والسستوفة
 ما يغاب عليه الغش فيل
 هو معرب ستو وهي أراد
 من النهر حقه حتى خرج
 من جنس الدراهم

(قوله لا يصح استثناءه)
 أقول مطلقا واذا كان
 دخوله في المستثنى منه
 تبعا لمقصودا والثاني مسلم
 ولا كذلك فيما نحن فيه
 والاول ممنوع

قال (ومن قال لا خرك على ألف درهم الخ) اعلم أن الاقرار إما أن يكون بما يحتمل الابطال أو بما لا يحتمل له فان كان الاول فاما أن يستقل المقر بآبائه أو الاول يرتد المقر له مستقلاً بذلك كما أن المقر يستقل بآبائه والثاني يحتاج الى تصديق خصمه فعلى هذا اذا قال لا خرك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء لان المقر أقر بما يحتمل الابطال وهو مستقل بآبائه ما أقر به (٥١٢) لا محالة وقد رده المقر له فيريد وقوله بل لي عليك ألف درهم غير مفيد لانه دعوى

فلا بد لها من حجة أي بينة أو تصديق الخصم حتى لو صدقه المقر بآبائه لزمه المال استحساناً وإذا قال اشترت مني هذا العبد فأنكره أن يصدقه بعد ذلك لان اقراره وان كان بما يحتمل الابطال لكن المقر لم يستقل بآبائه فلا يتفرد أحد العاقدين بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد يعني المقر له لا يتفرد بالرد كما أن المقر لا يتفرد بآبائه والمعنى أنه حقه ما بقي العقد فعمل التصديق أما المتره يتفرد برب الاقرار فاقترقا

قال (ومن قال لا خرك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء) لان اقراره هو الاول وقد ارتد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال لغيره اشترت وأنكره الآخر له ان يصدقه لان أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد والمعنى أنه حقه ما بقي العقد فعمل التصديق أما المتره يتفرد برب الاقرار فاقترقا ما هو محتمل فيصح موصولاً في السنخوة أولى لان الرصاص أبعد منها الى الدراهم وذ كر المحبوب في جامع مصر حافظ قال فاما اذا قال وجدتهم استوقه أو رصاصاً قال شيخ الاسلام خواهر زاده ذ كر محمد انه يصح اذا كان موصولاً وقد مننا أن القول قول القابض مع عيینه فلا يعين على الطالب انها كانت جباراً في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أحلفه اذا اتهمته (قوله ومن قال لا خرك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء) أو قال هي لك أو قال هي لفلان فقد ردا اقراره فلو عاد الى تصديقه وادعى الالف لم يسمع منه الا ان عاد المقر الى الاقرار به بعد رد المقر له فصدقه بعد الاقرار الثاني فانه ثبت استحساناً لا قياساً بخلاف ما لو أقر سيد العبد بنسبه لانسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند أبي حنيفة رحمه الله لان الاقرار بالنسب لا يرتد بالرد حتى كان للراد أن يعودو يدعيه فلما لم يبطل بالرد بقي مقره بنسبه لغيره فلا يمكن أن يدعيه لنفسه (ولو كان الاقرار بسبب المال مثل أن يقول اشترت مني وأنكره أن) يعود (بصدقه لان أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ) فانكاره ان كان فسحاً من جهته لا يحصل به الانفساخ وكان العقد قائماً بعد انكاره فله أن يصدقه بعد ذلك (أما المقر له) بالمال (فيتفرد بالرد فاقترقا) وناقضه في الكافي بأنه ذ كر هنا أن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ وفيما تقدم يعني من مسألة التماجد قال ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فان رضا البائع فستبد بالفسخ والتوفيق بين كلاميه صعب انتهى وهو صحيح ويقتضى انه لو تعذر الاستيفاء مع الاقرار بأن مات ولا يئنه أنه أن يفسخ ويستمتع بالجارية فالوجه ما قدمه أولاً (وهذه فروع) ذكرها في النهاية لو صدقه ثم ردا اقراره لا يرتد ولو هبت المرأة صدقها زوجها وقبل ثم رده فرده باطل وكذا الوكيل المدون الابرار ثم رده وكذا لو قال لعبد هبت لك رقبتك فرده لا يرتد بالرد لانه اعتاق هذا كله في رد المقر له اقراراً فاما لو رد المقر اقراره بنفسه كأن أقر بقبض المبيع أو الثمن ثم قال لم أقبض وأراد تحليف الآخر أنه أقبضه أو قال بعد ان أقر بقبض المبيع لم أقبض أو قال هذا فلان ثم قال هو لي وأراد تحليف فلان أو أقر بدين ثم قال كنت كاذباً وأراد تحليف الدائن انه أقبضه لا يحلف في المسائل كلها عند أبي حنيفة ومحمد لانه متناقض فهو كما لو قال ليس لي على فلان شيء ثم ادعى عليه ما لا وأراد تحليفه لا يحلف وعند أبي يوسف والشافعي يحلف وهو رواية عن أحمد لان العادة جرت على هذه الاشياء قبل تحققها تحريراً من امتناع القابض عن الاشهاد بعد أن يسلمه فيجب أن يراعى العادة وصار كما لو أقر بالمبيع وقال كان ناعته وطلب عين الآخر حلف عليه كذا هذا وقال الصدرا الشهيد الرأي في التحليف الى الفاشي يريد أنه يجتهد في

فلا بد لها من حجة أي بينة أو تصديق الخصم حتى لو صدقه المقر بآبائه لزمه المال استحساناً وإذا قال اشترت مني هذا العبد فأنكره أن يصدقه بعد ذلك لان اقراره وان كان بما يحتمل الابطال لكن المقر لم يستقل بآبائه فلا يتفرد أحد العاقدين بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد يعني المقر له لا يتفرد بالرد كما أن المقر لا يتفرد بآبائه والمعنى أنه حقه ما بقي العقد فعمل التصديق بخلاف الاول فان أحدهما يتفرد بالاثبات فيتفرد الآخر بالرد قلت ان عزم المقر على ترك الخصومة وجب أن لا يقبده التصديق بعد الانكار فان الفسخ قد تم وله ذلك لو كانت جارية حل وطؤها كما تقدم ويجوز أن يقال ان قوله ثم قال في مكانه إشارة الى الجواب عن ذلك فان العزم والنقل كانا دليل الفسخ وبه سقط ما قال في الكافي ذ كر في الهداية ان أحد العاقدين لا يتفرد بالفسخ وذ كر قبله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فان رضا البائع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب وذلك لانه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد وهنالمأ أقر المشتري في خصوص مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ وان كان الثاني كما اذا أقر بنسب عبده من انسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فانه لا يثبت منه النسب عند أبي حنيفة رحمه الله لان الاقرار بالنسب اقرار بما يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد وان واقفه المقر على ذلك قال المصنف (فلا بد من الحجة) أقول كيف تقبل حجته وهو مناقض في دعواه تأمل في جوابه (قوله فان العزم والنقل الخ) أقول النقل قد يكون بالامر للغلام نفسه او لغيره والا أمر في مكانه

فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب وذلك لانه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد وهنالمأ أقر المشتري في خصوص مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ وان كان الثاني كما اذا أقر بنسب عبده من انسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فانه لا يثبت منه النسب عند أبي حنيفة رحمه الله لان الاقرار بالنسب اقرار بما يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد وان واقفه المقر على ذلك قال المصنف (فلا بد من الحجة) أقول كيف تقبل حجته وهو مناقض في دعواه تأمل في جوابه (قوله فان العزم والنقل الخ) أقول النقل قد يكون بالامر للغلام نفسه او لغيره والا أمر في مكانه

قال (ومن ادعى على آخر ما لا يقال ما كان لك على شيء قط ومعناه نفي الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستغراق فأقام المدعى البينة على مادعاه وأقام المدعى عليه البينة أنه قضاء أو على الإبراء قبل بيئته وقال زفر وهو قول ابن أبي ليلى أنها لا تقبل لأن القضاء يتلو الوجوب وقد أنكروه فكان مناقضاً في دعواه وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة ولنا أن التوفيق يمكن لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب ألا ترى أنه يقال قضي بباطل كما يقال قضي بحق وقد يصلح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا إذا قال ليس لك على شيء والمسئلة بمجالها لان التوفيق أظهر لان ليس (٥١٣) لنفي الحال فاذا أقام المدعى البينة على

المدعى به والمدعى عليه على القضاء أو الإبراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض أصلاً فالوادات المسئلة على قبول البينة عند إمكان التوفيق من غير دعواه واستدل الخصاص المسئلة الكتاب بفصل دعوى

قال (ومن ادعى على آخر ما لا يقال ما كان لك على شيء قط فأقام المدعى البينة على ألف وأقام هو البينة على القضاء قبلت بيئته) وكذلك على الإبراء وقال زفر رحمه الله لا تقبل لأن القضاء يتلو الوجوب وقد أنكروه فيكون مناقضاً ولنا أن التوفيق يمكن لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب ألا ترى أنه يقال قضي بباطل وقد يصلح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا إذا قال ليس لك على شيء قط لان التوفيق أظهر (ولو قال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك لم تقبل بيئته على القضاء) وكذا على الإبراء لعدم التوفيق لانه لا يكون بين اثنين أخذوا وعطوا وقضاء واقضاء ومعاملة بدون المعرفة وذكروا القدوري رحمه الله انه تقبل أيضاً لان المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على باه فبأمر بعض وكلاهما بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق

الخصائص والرق فقال ألا ترى انه لو ادعى على رجل دم عمد فلما ثبت عليه أقام المدعى عليه بينة على الإبراء والعفو أو الصلح معه على مال قبلت وكذا لو ادعى رقيقة جارية فأنكرت وأقام البينة على رقيتها ثم أقامت هي بينة على انه أعتقها أو كاتبها على ألف وانما أدت الألف اليه قبلت ولو قال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك أو ما أشبهه كقوله ولا رأيتك ولا جرى بيني وبينك مخالطة والمسئلة بمجالها لم تقبل بيئته على القضاء وكذا على الإبراء لعدم التوفيق اذا لا يكون بين اثنين أخذوا وعطوا وقضاء واقضاء ومعاملة بلا خلطة ومعرفة وذكروا القدوري عن أصحابنا انه أيضاً تقبل لان المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على

خصوص الوقائع فان غلب على ظنسه انه لم يقبض حين أقروا وشهد بحلف له خصمه وان لم يغلب على ظنه فيه ذلك لا يحلفه وهذا انما هو بالنفوس في الخصام والله الهادي (قوله ومن ادعى على آخر ما لا) معلوم القدر وما تصح به الدعوى (فقال) المدعى عليه (ما كان لك على شيء قط فأقام المدعى البينة على ألف وأقام هو بيئته على القضاء قبلت بيئته وكذلك) لو أقامها (على الإبراء وقال زفر لا تقبل) ونقل عن ابن أبي ليلى (لان القضاء يتلو الوجوب وقد أنكروا الوجوب) حيث قال ما كان لك على شيء قط فاذا أقام بيئته على انه قضاء ناقض (ولنا أن التوفيق يمكن لأن غير الحق قد يقضى دفعا للشغب) وان لم يكن عليه حق (ويبرأ منه) لذا (يقال قضي بباطل و) أيضاً (قد يصلح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا لو قال ليس لك على شيء قط لان التوفيق أظهر) لانه نفي في الحال وهو لا يستلزم النفي مطلقاً بل هو القضاء أو الإبراء بعد اللزوم فينتفي في الحال بعد وجوده وهذا الاطلاق يقتضي قبول البينة اذا احتاج الى التوفيق من غير دعوى التوفيق وفي بعض المواضع شرط محمد دعوى التوفيق ولم يذكري في بعض المواضع فقبل يشترط الدعوى في الكل ويحمل ما سكت فيه على ما ذكر فيه حتى قال في الاقضية لا ينبغي للقاضي أن يوفق لانه نصب لفصل الخصومات لالانشائها ولان القاضي لا يدرى ما يوفق به المدعى وفي الفوائد الظهيرية كان والذي بقي بان التوفيق اذا كان يمكنه يجب على الحاكم التوفيق كي لا تعطل جميع الشرع والتوسط في هذا أن وجه التوفيق اذا كان ظاهراً متبادراً يجب أن يسمع البينة بلا توفيق المدعى كقوله ليس لك على شيء ثم أقامها على انه قضاء وشحوه وان كان متمكلاً فلا يعتبره القاضي واقعامالم يذكره المدعى والله سبحانه أعلم وذلك مثل قوله وهبالي ثم أنكرفا شريتها وكذا فيما أتى في الجارية لم أبعها له ولا يمكن أقام بيئته كاذبة بالبيع فسألته أن يبرئني من العيوب فان مثل هذا في الحقيقة تلقين للحجة هذا (فالق) زاد على ذلك (فقال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك) أو قال ولا رأيتك أو قال ولا جرى بيني وبينك مخالطة ولا أخذوا وعطوا أو ما اجتمعت معك في مكان وما أشبه ذلك ثم أقام بيئته على القضاء أو الإبراء (لم تقبل) لتعذر التوفيق (وذكروا القدوري) عن أصحابنا (انها تقبل أيضاً لان المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على باه فبأمر بعض ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق) فعلى هذا قالوا

(٦٥ - فتح القدير خامس) باه فبأمر بعض وكلاهما بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق يمكنها ولو ادعى على هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بيئته وقيل تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل بانفاق الروايات لانه يتحقق بالامعرفة

قال المصنف (ولنا أن التوفيق يمكن لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ) أقول مخالف لما سألني في الاقرا في تعلييل كون قوله قضيتكمها اقراراً قال المصنف (وكذا إذا قال ليس لك الخ) أقول لان ليس لنفي الحال في وضع اللغة فلا يكون مناقضاً في دعوى القضاء لاظهاره ولا حقيقة بخلاف قوله ما كان لانه لنفي الماضي فيكون مناقضاً من حيث الظاهر

قال (ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته هذه الخ) ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته هذه فقال المدعى عليه لم أبعها منك قط فأقام المدعى البينة على الشراء (٥١٤) فوجد بها عيبا لم يحدث منه في مثل تلك المدة كالأصبع الرائدة وأراد ردّها

على البائع فأقام البينة على أنه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينته ذكراه في الجامع الصغير ولم يحك خلافا والخصاف أثبتته عن أبي يوسف وأشار إليه المصنف بقوله وعن أبي يوسف أنها تقبل اعتبارا بما ذكرنا من صورة الدين فإنه لو أنكروه أصلا ثم أقام البينة على القضاء والابراء قبلت لأن غير الحق قد يقضى فأمكن التوفيق فكذلك يجوز زهنا أن يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سأته أن يبرئني من العيب فأرأى وجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره وذلك يقتضى وجود أصل العقد لأن الصفة بدون الموصوف غير متصورة وهو قد أنكروه فكان مناقضا بخلاف مسألة الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا على ما مر قال (ذكرك حق كتب في أسفله الخ) إذا أقر على نفسه وكتب صكا وكتب في آخره ومن قام به ذلك كالحق فهو ولي ما فيه وأراد بذلك من أخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فهولاء ذلك إن شاء الله تعالى أو

قال (ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته فقال لم أبعها منك قط فأقام المشتري البينة على الشراء فوجد بها أصعبا زائدة فأقام البائع البينة أنه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع) وعن أبي يوسف رحمه الله أنها تقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعى وجود البيع وقد أنكروه فكان مناقضا بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا على ما مر قال (ذكرك حق كتب في أسفله ومن قام بهذا الذكرك الحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى أو كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكركاه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال إن شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بهذا الذكرك الحق وقولهما استحسان ذكركه في الأقرار) لأن الاستثناء ينصرف

بجاء التفصيل فإن كان المدعى عليه عن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل بينته والاقبلت وفي الشافعي لو قال لم أدفع إليه شيئا ثم ادعى الدفع لم يسمع لأنه يستحيل أن يقول لم أدفع إليه شيئا وقد دفعته أما لو ادعى إقراره بالدفع إليه أو القضاء ينبغى أن يسمع لأن المناقض هو الذي يجمع بين كلامين وهنالك يجمع ولهذا الصدقة المدعى عيانا لا يكون مناقضا ذكركه التمر تاشي وقيل تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لأن الإبراء يتحقق بالمعرفة (قوله) ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته فقال لم أبعها منك قط فأقام المدعى البينة على شرائه (إياها منه فقبحها) فوجد بها أصعبا زائدة) أو نحوه من عيب لا يحدث عنه في تلك المدة ليعلم أنه كان في يد البائع وأراد ردّها (فأقام البائع بينة أنه برئ اليه من كل عيب لم يقبل وعن أبي يوسف أنها تقبل اعتبارا بما ذكرنا) يعني التوفيق في الدين وقوله وعن أبي يوسف يشير إلى أنها ليست ظاهر الرواية عنه ولذا لم يذكر محمد فيه خلافا بين أصحابنا في الجامع الصغير وإنما حكاه الخصاف عن أبي يوسف رحمه الله ووجه التوفيق هنا أن يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سأته أن يبرئني من العيب فأرأى قال شارح ولأن البيع غير البراءة من العيب فبعدوا أحدهما لا يجمع دعوى الآخر ولا يخفى ما فيه وذكركه في وجه التوفيق أيضا أن يكون البائع وكبلا عن المسالك في البيع فكان قوله للمالك ما بعته لك قط صدقا فأقامة البينة على البراءة من العيوب ليس مناقضا لوجه أعم لأنه لو كانت هذه الدعوى على الوكيل نفسه لا يوفق بذلك وتظيره ما ذكركه التمر تاشي أقام بينة على الشراء وذو اليد يسكر ثم أقام المنكر بينة على أن المدعى قد رد البيع قبلت ولا يبطل إنكاره البيع بينته لأنه يقول أخذها مني بينة كاذبة ثم استقلتها فأقالي (ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعى وجود البيع وقد أنكروه فكان مناقضا بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا) ولا يخفى أن كلام من وجهي التوفيق الأول والثالث يدفع هذا (قوله ذكرك حق) يعني صكا في إقرار بدين (قال في آخره ومن قام به هذا الذكرك فهو ولي ما فيه) يعني من أخرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق ثم كتب (إن شاء الله) متصلا بهذه الكتابة أو صك شراء كتب فيه وما أدرك فلانا المشتري من الدرك فعلى فلان خلاصه إن شاء الله (فعند أبي حنيفة يبطل الصك كله) الدين في الأول والشراء في هذا والخلاص (وعندهما كل من الدين والشراء صحيح وقوله إن شاء الله ينصرف إلى ما يليه) وهو وكالة من قام به وضمن الدرك خاصة (وقولهما استحسان له أن الكل بواسطة العطف كشيء واحد) اتصل به الاستثناء (فينصرف إلى الكل) للاتفاق على أن قول القائل عبده حروا أمر أنه طالق وعليه المشي إلى بيت الله إن شاء الله يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر (ولهما أن الاستثناء ينصرف

التي كتب في كتاب شراء ما أدرك فيه فلانا من درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكركاه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال الاستثناء ينصرف إلى قوله على فلان خلاصه والى من قام بهذا الذكرك الحق والشراء صحيح والمال المقربه لازم لأنه استثناء والاستثناء ينصرف

الى ما يليه لانه الاستيثاق والتوكيد وصرفه الى الجميع مبطل فما فرض الاستيثاق لم يكنه هذا خلف باطل ولان الاصل في الكلام الاستعداد فلا يكون ما في الصك بعضه من تطايع بعض فيصرف الاستثناء الى ما يليه وهذا استحسان والحواب ان الذي للاستيثاق مطلقا واذ لم يكتب في آخره ان شاء الله تعالى والثاني مسلم ولا كلام فيه والاول عين النزاع والاصل في الكلام الاستعداد اذ لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الكل فيما نحن فيه كشيء واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما لو قال عبده حروا امر انه طالق وعليه المنشي الى بيت الله ان شاء الله تعالى فانه ينصرف الى الجميع هذا اذا كتب الاستثناء متصلا من غير فرجة بياض ليصير بمنزلة الاتصال في الكلام واما اذا ترك فرجة قبيل قوله (٥١٥) ومن قام بهذا الذي كرفقد قالوا لا يلحق به ويصير كفاصل السكوت وفائدة كتبه ومن قام بهذا الذي كرف في الشروط اثبات الرضا من المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول أبي حنيفة فان التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح بلا ضرورة وكونه توكيلا مجهولا ليس بضائر لانه في الاسقاط فان للمقر ان لا يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم معه لما يلحقه من زيادة الضرر بتفاوت الناس في الخصومة فاذا رضى فقد أسقط حقه واسقاط الحق مع الجهالة جائز كما تقدم وقيل هو للاحتراز عن قول ابن أبي ليلى لانه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم الا اذا رضى بوكالة وكيل مجهول لاعتنا مذهب أبي حنيفة فان الرضا بوكالة المجهولة عنده لا يثبت فوجوده كعدمه

الى ما يليه لان الذي للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستعداد وله أن الكل كشيء واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حروا امر انه طالق وعليه المنشي الى بيت الله تعالى ان شاء الله تعالى ولو ترك فرجة قالوا لا يلحق به ويصير كفاصل السكوت والله اعلم بالصواب

فصل في القضاء بالمواريث قال (واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته الى ما يليه لان الذي للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستعداد) فقام العلم بالمقصود من كتب الصك دلالة على قصر انصرافه الى الاخير هذا هو العادة وعليه يحمل الحادث لانه قد يكتب للابطال لغرض قديتفق وظاهر الوجه من الجانبين أن ان شاء الله اجري بالاتفاق مجرى الاستثناء غير أن أبا حنيفة خالف بقضاءه وهو انصراف الاستثناء الى ما يليه خاصة بسبب العطف وهما سلما ذلك لولا عروض فهم الغرض من كتبه وهو بعد اذ لو كان كذلك لم يتصور وجود جمل متعددة ببعضها استثناء فينصرف الى الاخير لان وجود الجمل المتعددة انما يكون بالعطف فاذا كان العطف يصيرها كواحد لزم في كل استثناء متصل بحمل منسوق بعضها على بعض أن ينصرف الى الكل ويستحيل وجود المسئلة بل الوجه أن ان شاء الله شرط وحكم الشرط اذا تعقب جملا منسوقة بعضها على بعض أن ينصرف الى الكل ولذلك لم يعتق ولم تطلق ولم يلزم النذر فيما ذكرنا فشيء أبو حنيفة على حكمه وهما آخر جاصور كتب الصك من عمومها يعارض اقضي تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملا متعاطفة وهو ما ذكرناه ولذا كان قوله ما استحسانا راجحا على قوله هذا اذا كان ان شاء الله مكتوبا متصلا بالكتابة فلو فصل بياض وهو الفرجة صار كفاصل السكوت فلا يعمل شيئا اتفاقا وقد ورد أن هذا الكلام يقتضي انه لو لم يكتب ان شاء الله لم يبطل شيء ويلزمه جهة الوكالة المجهول بالخصومة في قوله ومن قام بهذا الذي كرف هو ولي ما فيه وتوكيل المجهول لا يصح أجيب بأن الغرض من الكتابة اثبات رضا المدعى عليه بتوكيل من يوكله المدعى فلا يمنع المديون عن سماع خصومة الوكيل بالخصومة عند أبي حنيفة فان التوكيل بالخصومة لا يصح الا برضا الخصم عنده ودفع يانه لا يفيد على قوله لان هذا يثبت الرضا بتوكيل وكيل مجهول والرضا بتوكيل وكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله أيضا وقيل بل فائدته التحرز عن قول ابن أبي ليلى فانه لا يصح التوكيل بالخصومة بلا رضا الخصم الا اذا وجد الرضا بتوكيل وكيل مجهول فيمنشئ يجوز ولكن ذكر في كتب المذاهب الاربعة أن عند ابن أبي ليلى يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم مطلقا

فصل في القضاء بالمواريث (واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته) فانا

قد تقدم لنا الكلام فيما يجب تأخير هذا الفصل الى هذا الموضع قال (واذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة الخ) ذكره مستلثين مما يتعلق اثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت امر في وقت بناء على ثبوته في وقت آخر وهو على نوعين أحدهما أن يقال كان ثابتا في الماضي فيكون ثابتا في الحال كحياة المفقود والثاني أن يقال هو ثابت في الحال فيحكم بثبوته في الماضي كحجران ماء الطاحونة كما سنده وهو حجة دافعة لا مثبتة عندنا كما عرف في أصول الفقه فاذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته

قال المصنف (وله ان الكل الى قوله ان شاء الله) أقول لا يقال كيف خالف أبو حنيفة أصله فان الاستثناء ينصرف الى الجملة الاخرية على أصله لان ذلك في الاستثناء بالا وقوله ان شاء الله شرط ساغ اطلاق الاستثناء عليه في عرفهم وليس اياه حقيقة فتأمل والله تعالى أعلم

فصل في القضاء بالمواريث

وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول للورثة وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث بالاتفاق والحادث يضاف الى اقرب الاوقات لذلك ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال لاختلاف الدينين وكل ما عو ثابت في الحال يكون ثابتا فيما مضى فحكيما للعالم أي باستصحاب الحال كما في جريان ماء الطاحونة اذا اختلف فيه المتعاقدان بعدمضى مسدة فانه يحكم الحال فان كان الماء جاريا في الحال كان القول للآجر وهو صاحب الطاحونة وان كان منة طعاما كان القول للمستأجر (قوله وهذا) يعني تحكيم الحال أو الحال (ظاهر نعتيه لدفع استحقاقها الميراث) وهو صحيح (وهو) أعنى زفر (يعتبره للاستحقاق) وهو ليس بصحيح عندنا وفيه نظر لان زفر لم يجعل استحقاقها للميراث بالحال بل بأن الاصل في الحادث الاضافة الى اقرب الاوقات ويجوز أن يجاب بأن ذلك أيضا ظاهر والظاهر استصحابا كان أو غيره لا يعتبره للاستحقاق على أنه يتنزه العمل بالاستصحاب كما سيظهر

(قوله كان القول للآجر وهو صاحب الطاحونة) أقول أنكر صدر الشريعة في شرح الوقاية صحة اطلاق لفظ الآجر على المؤجر فراجعه قال في النهاية ومعراج الدراية فان قيل الماء اذا كان جاريا في مسألة الطاحونة يجعل حجة لصاحب الطاحونة فيستحق الآجر فقهه دستمكتم بالحال لا ثبت استحقاقه الآجر قلنا اتفاقا على سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلفا في التأكيد والظاهر يصلح حجة للتأكد وفي مسألة الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما أي الزوج والزوجة في الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجة فان قيل يشكل هذا بمسئلة ذكرها في الاصل اذا مات وترا ابنين فقال أحدهما مات أبي مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضا أسلمت حال حياته وكذب ابن المتفق على اسلامه فالقول قول الابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حجة على اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال (٥١٦) وهو البتة قلنا ما ذكرنا من الطريق انما يصار اليه اذا اختلفا في الماضي في ثبوت ما هو

ثابت في الحال أما اذا اختلفا في الماضي على خلاف ما هو ثابت في الحال غير أنهما اختلفا في مقداره فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان السبب قائما لا يرى ان في مسألة الطاحونة اذا اختلفا على الانتطاع في بعض مدة الاجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعما

وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة (وقال زفر رحمه الله القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى فحكيما للعالم كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتيه للدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق

أستحق في ميراثه (وقالت الورثة) بل (أسلمت قبل موته) فلا ميراث لك (فالقول قول الورثة) وكان الاولى أن يقال بدل قوله فالقول قول الورثة لان تصدق الابنة لأن العادة ان من كان القول له يكون مع عيونه ولا حلف عليهم الا ان ادعت أنهم يعلمون كفرها بعد موته فلها أن تحلفهم على العلم (وقال زفر القول لها لان الاسلام حادث) الظاهر (اضافته الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان) من الميراث (ثابت في الحال فيثبت فيما مضى فحكيما للعالم كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر) هو استصحاب أعنى استصحاب الماضي للعالم (نعتيه للاستحقاق وما ذكره) استصحاب هو عكس ذلك لان الاستصحاب

شهرين وقال الآجر بل انقطع شهر فالقول للمستأجر مع عيونه منقطعما كان أو جاريا في الحال لانهما اختلفا في جريان مقدروا انقطاع مقدرو ذلك غير ثابت للعالم وفي مسألة الابنين ومسئلة الكتاب حاصل الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لافي نفس الاسلام والثابت في الحال نفس الاسلام مقدرو فهذا هو المأخذ في المسئلة وذكر الامام الترمذ في مسألة وهي ترد أيضا شبهة على الاصل وهو ان الاستحقاق لا يثبت بالظاهر فقال لو ادعت المرأة أنه أبان في المرض بعين صاره هو فاربه وقالت الورثة في الصحة فالقول قول المرأة لأنها أنكرت المانع وهو الطلاق في الصحة يعني الاصل عدم المانع انتهى وفيه تأمل ثم أقول في قوله فان قيل يشكل هذا الى قوله مع قيام السبب في الحال وهو البتة يثبت ظاهره ان يجوز أن يقال السبب هنا البتة مع الاتفاق في الدين عند الموت كما في الزوجية لا البتة فقط (قوله وهذا أي تحكيم الحال الى قوله وفيه نظر لان زفر الخ) أقول فالضمير البارز في يعتبره راجع الى الظاهر لا الى الحال كما لا يخفى

٣ (قول المحشي الى تحكيم الحال الى آخر القولة) كذا في نسخة وفي أخرى بدله الى الاشهاد بل يجوز للشاهد أن يشهد بخلاف الشهادة على الشهادة اه قال القاضل الشهير بخضر شاه عليه رحمة الله كذا في النهاية وليس كما ينبغي بل معنى ان ثبت الحكم بنفسه أنه يثبت ما وضعه الشارع له وحكمه يترتب عليه من غير أن يحتاج الى غيره من قضاء قاض كالبيع فانه يثبت حكمه أعنى الملك بنفسه وكذا الاقرار يفيد ظهور المقر به بنفسه وعلى هذا الخلاف الشهادة اذا تحملها الشاهد فانه لا يثبت الحكم بنفسه بل اذا نقله الى مجلس القاضي وحكم القاضي بها ولم يرد ان هذا من الظهور وفيه بحث لا يخفى على من له أدنى مسكة فضلا عن هادي الاعلام اه وقيل معناه ان حكم البيع لثبوت الملك للمستترى في البيع وفي الثمن للبايع يثبت بنفس العقد وكذا في تطايره أما الشهادة فاما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي هذا والظاهر ما في في النهاية لسان الذي يتحملة الشاهد والشهادة بناء على الكلام النفسي لا المشهود به ولان تقدير الكلام يشهد به كما لا يخفى

(ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجهات مسلمة بعدموته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعدموته فالقول قول الورثة أيضا ولا يحكم الحال) لان تحكيمه يؤدي الى جعله حجة للاستحقاق الذي هي محتاجة اليه وهو لا يصلح لذلك وجه القدر يتم الدليل وقوله (أما الورثة فهم الدافعون) اشارة الى معنى آخر وهو ان في كل مسألة منها اجتماع نوع الاستصحاب أما في الاولى فلان نصرانية امرأه النصراني كانت ثابتة فيما مضى ثم جهات مسلمة وادعت اسلاما حاديا بالنظر الى ما كانت (٥١٧) فيما مضى والاصل فيه أن يبنى هو

من النوع الاول وبالنظر الى ما هو موجود في الحال والاصل فيه أن يكون موجودا فيما مضى هو من النوع الثاني فلما اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال منبثا وهو باطل فاعتبرنا الثاني ليكون دافعا فكان القول قوله وأما في الثانية فلان نصرانية كانت ثابتة والاسلام حادث فالنظر الى النصرانية يقتضي بقاها الى ما بعد الموت والنظر الى الاسلام يقتضي أن يكون ثابتا قبل موته فلما اعتبرناه لزم أن يكون الحال منبثا وهو لا يصلح فاعتبرنا الاول ليكون دافعا والورثة هم الدافعون فيفيدهم الاستدلال به وقوله (ويشهد لهم) دليل آخر وهو أن الاسلام حادث والحادث يضاف الى أقرب الاوقات فان قيل ان كان ظاهر الحدوث معتبرا في الدلالة كان ظاهر زفر في المسئلة الاولى معارضا للاستصحاب ويحتاج الى مرجع والاصل عدمه فالجواب أنه معتبر في الدفع

ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجهات مسلمة بعدموته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعدموته فالقول قولهم -م أيضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه أما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضا قال (ومن مات وله في يدرجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه)

يكون من الماضي للحال ومن الحال الى الماضي ولكنه (اعتبره للاستحقاق) وليس حكم الاستصحاب كذلك والمراد بجران ماء الطاحونة ما اذا اختلف مالكها مع المستأجر اذا طال به مدة فقال كان الماء منقطعاً حكم جريانه في الحال فاذا كان منقطعاً في الحال فيعطف على الماضي لدفع استحقاق أجره الماضي فكذلك هذا التعبير بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر فان ما يثبت به الاستحقاق كثيرا ما يكون ظاهرا كاخبار الآحاد قد أثبت ما يوجب استحقاقا (ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجهات مسلمة بعدموته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعدموته فالقول لهم أيضا ولا يحكم الحال) هنا لان الاستصحاب للاستحقاق وهي محتاجة اليه أما الورثة فهم الدافعون (والاستصحاب يكفي لهم في ذلك وهو استصحاب ما في الماضي من كفرها الى ما بعد موته فالمسئلتان مبنيتان على أصل واحد وهو أن الاستصحاب اعبر فيه بالدفع للاستحقاق فان قيل اعتبار الحال في ماء الطاحونة شاهد للماضي عمل باثبات الاستحقاق بالاستصحاب فان به يستحق مالكها أجر الماضي اذا كان جاريا بأجره بان هنالك اتفاقا على وجود سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلفا في التأكيده والظاهر يصلح حجة للتأكد وفي مسألة الميراث نفس السبب محتلف فيه وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين في الدين عند الموت واستشكك بمخاطبة في الاصل اذا مات وترك ابين فقال أحدهم ماتت أبي مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضا أسلمت حال حياته وكذب الابن المتفق على اسلامه وقال بل أسلمت بعد موته فالقول للابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حجة على اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البينة أوجب بأنه انما يبصر لما ذكر من الطريق اذا اختلفا في تمام الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال وأما اذا اختلفا في مقدار منه فلا يبصر الى تحكيم الحال وان كان السبب قائما حتى ان في مسألة الطاحونة اذا انقطع على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعاً شهرين وقال الآخر شهرين فالقول للمستأجر مع عيونه منقطعاً كان الماء أوجاريا في الحال لانهم اختلفا في جريان مقدوره وغير ثابت للحال وفي مسألة الابنين ومسئلة الكتاب الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لاني نفس الاسلام انه كان أو لم يكن والثابت في الحال نفس الاسلام لاسلام مقدر فهذا هو المأخذ في المسئلة وذكر الامام الترمذي مسألة وهي ترد أيضا شبهة على الاصل أعني كون الاستحقاق لا يثبت بالظاهر وهو لو ادعت المرأة أنها أبانها في المرض فصارت أفا نارت وقالت الورثة بل في الصحة فالقول قولها لانها أنكرت المانع من الارث وهو الطلاق في الصحة يعني والاصل عدم المانع (قوله) ومن مات وله في يدرجل أربعة آلاف درهم) مثلا (وديعة فأقر المستودع أنه ابن الميت لا وارث له غيره)

لاني الاثبات وزفر يعتبره للاثبات ونوقض بنقض اجمالي وهو أن ما ذكرتم على أن الاستصحاب لا يصلح للاثبات لو كان صحيحا بجميع مقدماته لما قضى بالاجر على المستأجر اذا كان ماء الطاحونة جاريا عند الاختلاف لانه استدلال به لا يثبت بالاجر والجواب انه استدلال لدفع ما يدعي المستأجر على الآخر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الاجر وأما ثبوت الاجر فانه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لا موجبا واعتبر هذا واستغن عما في النهاية من التطويل قال (ومن مات وله في يدرجل أربعة آلاف درهم وديعة الخ) رجل مات وله في يدرجل أربعة آلاف درهم وديعة فأقر المودع لرجل أنه ابن الميت لا وارث له غيره يقضى الحاكم عليه بدفعه الى المقر له

لانه اقر ان ما في يده حق الوارث وملكه خلافة ومن اقر بملك منخص عنده وجب دفعه اليه كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض أو انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع لانه اقر بقيام حق المودع لكونه حيا فيكون اقراره على مال الغير ولقائل أن يقول كان الواجب في المسئلة الاولى أن لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت في المال باعتبار ما يوجب قيامه فيه حاجته اليه كالدين (٥١٨) وغيره فان خلافة الوارث متأخرة عن ذلك والجواب ان استحقاق الوارث ثبته بأقراره بيقين

وما يوجب قيام حق الميت في المال متوهم فلا يؤثر اليقينية به فاذا امتنع في الوديعة حتى هلك هل يضمن أو لا قيل يضمن وقيل لا يضمن وكان ينبغي أن يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع وفي المنع عنه يضمن فكذا من وكيله وان سلمها هل له أن يستردها قيل لا علمك ذلك لانه بصير ساعيا في نقض ماتم من جهته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لانه ليس فيه اقراره على الغير بل الاقرار فيه على نفسه لان الديون تقضى بأمثالها ولو اقر المودع بعد الاقرار الاول لرجل آخر بأنه أيضا ابن الميت وأتكره الاول بأن قال ليس له ابن غيري قضى بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول في وقت لامر احمل له انقطع يده عن المال فالأقرار الثاني يكون اقراره على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لم يكذب

لانه اقر ان ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض أو انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقراره على مال الغير ولا كذلك بعدمونه بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بأمثالها فيكون اقراره على نفسه فيؤمر بالدفع اليه (فلو قال المودع لا خرهذا انه أيضا وقال الاول ليس له ابن غيري قضى بالمال للاول) لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقراره على الاول فلا يصح اقراره للثاني كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لم يكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب فلم يصح

فان القاضي يقضى عليه بالدفع اليه (لانه اقر ان ما في يده حق الوارث) ملك له (خلافة فهو كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر) المودع (لرجل انه وكيل المودع بالقبض) أي بقبض الوديعة (أو انه اشتراه) أي اشترى الوديعة التي في يده من المودع (حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع) وملكه في الوديعة الا ان (اذ هو حي فيكون اقراره على مال الغير ولا كذلك بعدمونه) لزوال ملكه فانه اقره بملكه لما في يده من غير ثبوت ملكه للمالكين فيه للحال وفي فصل الشراء وان كان قد اقر بزوال ملك المودع لكن لا ينقضي حق غيره أعني المالك لانه لا يملك ابطال ملكه بأقراره فصار كالأقرار بالوكالة بقبض الوديعة ثم لو دفع الى الذي اعترف له بالوكالة بقبض الوديعة هل له أن يستردها قيل لانه بصير ساعيا في نقض ماتم وقال ظهير الدين كان والدي يتردد في جواب هذه المسئلة ولو لم يدفع الوديعة للذي اقره بالوكالة حتى هلكت قيل يضمنها لانه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كالوالمنعها من نفس المودع وقيل لانه لم يجب عليه الدفع (بخلاف المديون اذا اقر لرجل أنه وكيل الدائن بقبض ماله عليه) فانه يؤمر بالدفع اليه لانه غير مقرر على مال غيره (اذا الديون تقضى بأمثالها) والمثل ملك المقر (فانما اقر على نفسه) حتى يرجع عليه الدائن اذ لم يعترف بالوكالة اذ اقدم (فيؤمر بالدفع ولو قال المودع لا خرهذا انه أيضا وأتكره الابن الاول قضى بالمال للاول) وحده (لانه لما صح اقراره للاول) على ذلك الوجه (انقطع يده عن المال فيكون اقراره على) الغير وهو الابن (الاول فلا يصح كالأول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لم يكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب) وهو الاول (فلا يصح) وهل يضمن لابن الثاني شيئا قال في غاية البيان انه لا يغرر المودع لابن الثاني شيئا بأقراره لان استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف وهذا لانه لا يلزم من مجرد ثبوت البتة ثبوت الارث فلا يكون الاقرار بالبتة اقرارا بالمال وفي الدراية والنهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما أدى لابن الثاني الذي اقره اذا دفع الوديعة بغير قضاء القاضي وبه قال الشافعي في قول واحد في قول وفي قول لا يضمن لان اقراره الثاني صادق ملك الغير فلا يلزم منه شيء وقال في النهاية فان قيل كان ينبغي أن يضمن المودع لابن الثاني الذي اقره انه ابن الميت كالأول المودع بالاقرار لغير القاضي المعزول بالوديعة ثم اقر بتسليم القاضي اليه وقد ذكر في أدب القاضي من الكتاب انه يضمن للقاضي قيمته فلنا هنا أيضا يضمن اذا دفع الوديعة الى الابن الاول

أحد فصح اقراره وحين اقر للثاني كذبه الاول فلا يصح واعترض بأن تكذيب غيره ينبغي أن لا يؤثر في اقراره فيجب عليه ضمان نصف ما أدى للاول وأجابوا بالتزام ذلك اذا دفع الجميع بلا قضاء كالذي اقر بتسليم الوديعة من القاضي بعدما اقر لغير من اقره القاضي وقد تقدم في أدب القاضي وأما اذا كان الدفع بقضاء كان في الاقرار الثاني مكذبا شرعا فلا يلزمه الاقرار به

(قوله كان في الاقرار الثاني مكذبا شرعا الخ) أقول وأما في المسئلة المتقدمة فلم يكن مكذبا شرعا في قوله تسلمت من القاضي اذ لمناطه بين تسلمت منه وكونه من اقره فانهم

قال (وإذا قسم الميراث بين الغرماء الخ) إذا حضر رجل وادعى دارا في يد آخرها كانت لآبيه مات وتركها ميراثا له فاما أن يقربه ذوالبدن أولا فان كان الثاني وأطام على ذلك بينة فهو على ثلاثة أوجه أحدها أنهم قالوا تر كها ميراثا لورثته ولم يعرفوهم ولا عددهم وفيه لا تقبل الشهادة ولا يدفع اليه شيء حتى يقيم بينة على عدد الورثة لا لهم ما لم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم والقضاء بالمجهول متعذر والثاني أنهم شهدوا أنه ابنه ووارثه لا يعرف له وارثا غيره وفيه يقضى الحاكم بجميع التركة من غير تلوم وهاتان بالاتفاق والثالث أنهم إذا شهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في (٥٩) شهادتهم لا يعرف له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى

وقدر الطحاوى مدة التلوم بالحول فان حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ان كان الحاضر ممن لا يجب حرمانا كالأب والابن فان كان ممن يجب بغيره كالجد والابن فانه لا يدفع اليه وان كان ممن يجب نقصانا كالزوج والزوجة يدفع اليه أوفر النصيبين وهو النصف والربع عند محمد رحمه الله وأقلهما وهو الربع والثلث عند أبي يوسف رحمه الله وقول أبي حنيفة مضطرب فاذا كان ممن لا يجب ودفع الدار اليه هل يؤخذ منه كقبيل بما دفع اليه قال أبو حنيفة رحمه الله لا يؤخذ ونسب القائل به الى الظلم قبل أراد به ابن أبي ليلى وقاله ذلك وان كان الأول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكونه الاقرار حجة قاصرة

قال (وإذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فانه لا يؤخذ منهم كقبيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود ولا تعلم له وارثا غيره

بغير قضاء القاضي نصف ما أدى الى الاول انتهى وهذا هو الصواب واختلف في اللقطة اذا أقر الملتقط بها لرجل هل يؤمر بالدفع اليه مذكور في اللقطة وفي الجامع الصغير لو ادعى الوصية وصدقه مودع الميت أو الغاصب منه لا يؤمر بالدفع هذا كما في الابن فلوا أقر المودع لرجل انه أخو الميت شقيقه وانه لا وارث له غيره وهو يدعيه أولم ادعى وصية بألف مثلا انه صادق فالقاضي يتأني في ذلك لان استحقاق الاخ بشرط عدم الابن بخلاف الابن لانه وارث على كل حال غير انه احتمل مشاركة غيره وهو موهوم والبنت كالابن وفي الوصية هو مقرر على الغير لانه أقر انه ليس بخلف عن الميت واذا أتاني ان حضر وارث آخر دفع المال اليه لانه خلف عن الميت وكان القول قوله في الوصية وان لم يتضر وارث آخر أعطى كل مدع ما أقر به لكن بكفيل ثقة وان لم يجد كفيل أعطاه المال وضمنه ان كان ثقة حتى لا يهلك أمانته وان كان غير ثقة تلوم القاضي حتى يظهر انه لا وارث للميت أو أكبر رأيه ذلك ثم يعطيه المال ويضمنه ولم يقدر مدة التلوم شيء بل موكول الى رأى القاضي وهذا أشبه بأبي حنيفة وعندهما مقدر بحول هكذا حكى الخلاف في الخلاصة عن الاقضية قال وعن أبي يوسف مقدر بشهر هذا اذا قال ذوالبدن وارث له غيره فان قال له وارث ولا أدري أم لا يدفع الى أحد منهم شيئا قبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعى بينة تقول لا تعلم له وارثا غيره وكل من يرث في حال دون حال كالأخ والاب والام والبنت كالابن ولو ادعى انه أخو الغائب وانه مات وهو وارثه لا وارث له غيره وادعى انه ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو كانت امرأة وادعت أنها ميتة أو خالته أو بنت أخيه وقال لا وارث له غيري وادعى آخر انه زوج أو زوجة للميت أو ان الميت أوصى له بجميع ماله أو ثلثه وصدقهما ذوالبدن وقال لا أدري للميت وارثا غيرهما أولا لم يكن للمدعى الوصية شيء بهذا الاقرار ويدفع القاضي الى الاب والام والاخ ومولى العتاقة أو العمة أو الخالة أو بنت الاخ اذا انفردا ما عند الاجتماع فلا يترجح مدعى البنوة مدعى الاخوة لكن مدعى هذه الاشياء اذا زاحمه مدعى الزوجية أو الوصية بالكل أو الثلث مستد لا باقرار ذي اليد مدعى الاخوة أو البنوة أولى بعدما يستحلف الابن ما هذه زوجة الميت أو موصى له هذا اذا لم تكن بينة على الزوجية أو الوصية فان قام أخذها وهل يؤخذ منه الكفيل تقدم ولو أقر ذوالبدن الميت أقر ان هذا ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو أوصى له بالكل أو ثلثه أو ان هذه زوجته فالمال للابن والمولى كالأول عايناه أقر بخلاف النكاح وولاء الموالاة والوصية لان ذوالبدن أقرب بسبب منتقض (قوله) وإذا قسم الميراث بين الغرماء أو بين الورثة لا يؤخذ منهم كقبيل) عند أبي حنيفة (و) قال (هذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم) كأنه عنى به ابن أبي ليلى فانه كان يدفعه بالكوفة (وقالا يؤخذ الكفيل) أى لا يدفع اليهم حتى يكفلوا (والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود ولا تعلم له وارثا غيره) أما اذا ثبتا بالاقرار فيؤخذ الكفيل

قال المصنف (وإذا قسم الميراث) أقول فيه تسامح (قوله) ولم يقولوا في شهادتهم لا يعرف له وارثا غيره

أقول أو غير بما غيره كما يعلم من الوقاية وشرحه (قوله) هل يؤخذ منه كقبيل الخ) أقول وفي الدرر بالنفس (قوله) وان كان الأول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكونه الاقرار حجة قاصرة) أقول قال في النهاية قال الامام الترمذى لو قال المودع لرجل هو ابن الميت ولم يدعيه فالقاضي يتأني في ذلك زمانا على حسب ما يرى وذكر بكران كل موضع ذكر يتلوم القاضي يكون ذلك مفوضا الى القاضي وقدر الطحاوى مدة التلوم بالحول وان لم يظهر له وارث آخر أمر بدفع المال وبأخذ كقبيل لاحتمال أن يظهر وارث آخر هذا أقولها مع عند أبي حنيفة لا يأخذ وقيل يأخذ عند الكل لأن الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينه اه

أقول أو غير بما غيره كما يعلم من الوقاية وشرحه (قوله) هل يؤخذ منه كقبيل الخ) أقول وفي الدرر بالنفس (قوله) وان كان الأول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكونه الاقرار حجة قاصرة) أقول قال في النهاية قال الامام الترمذى لو قال المودع لرجل هو ابن الميت ولم يدعيه فالقاضي يتأني في ذلك زمانا على حسب ما يرى وذكر بكران كل موضع ذكر يتلوم القاضي يكون ذلك مفوضا الى القاضي وقدر الطحاوى مدة التلوم بالحول وان لم يظهر له وارث آخر أمر بدفع المال وبأخذ كقبيل لاحتمال أن يظهر وارث آخر هذا أقولها مع عند أبي حنيفة لا يأخذ وقيل يأخذ عند الكل لأن الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينه اه

لهما أن القاضي ناظر للغيب والظاهران في التركة وارثا غائباً أو غيرهما غائبان الموت قد يقع بغتة
فيحتمل بالكفالة كما إذا دفع الآبق والقطعة إلى صاحبه وأعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولا ي
حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر ثابت قطعاً أو ظاهراً فلا يؤخر لحق موهوم إلى زمان التكفيل كن
أثبت الشراء من في يده وأثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه لا يكفل

بالاتفاق وإذا قال الشهود لا نعلم له وارثاً غيره لا يكفل بالاتفاق ولا يتأني القاضي سواء كان ذلك الوارث
من يوجب أو لا يوجب ولو قالوا الوارث له غيره فكذلك استحسننا ثم ما ذكر من نفي الدفع إذا لم يقل
الشهود لا نعلم له وارثاً آخر هو قبيح إذا كان وارثاً لا يوجب بغيره وتفصيل المسئلة في أدب القاضي للصدر
الشهيد قال وإذا حضر الرجل وادعى داراً في يد رجل أنها كانت لابيه مات وتر كهاميراً له وأقام
على ذلك بينة ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم بل قالوا وتر كها لورثته لا تقبل ولا يدفع اليه شيئاً
حتى يتقيد بينة على عدد الورثة ليصير نصيب هذا الواحد معلوماً والقضاء بغير المعلوم متعذر وهنا ثلاثة
فصول الأولى هذا وهو ما إذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم والثاني أن يشهدوا أنه ابنه
ووارثه لا نعلم له وارثاً غيره فان القاضي يقضى بجميع التركة بلا تلوم الثالث أن يشهدوا أنه ابن فلان
ماله هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا لا نعلم له وارثاً غيره فان القاضي يتلوم زماناً على قدر
ما يرى فان حضر وارث آخر قسم المال بينهم وان لم يحضر دفع الدار إليه وبأخذ كفيلاً عندهما
ولا يأخذ عن أبي حنيفة رضي الله عنه ثم انما يدفع إلى الوارث الذي حضر جميع المال إذا كان من
لا يوجب كالأب والابن فان كان يوجب بغيره كالأخ والأخت لا يدفع اليه وان كان من يوجب
سحب نقصان كل زوج والزوجة يدفع اليه أقل النصيبين عند أبي يوسف وعند محمد وأفرهما وهو النصف
للزوج والرابع للزوجة وقول أبي حنيفة مضطرب هذا إذا ثبت الدين والارث بالشهادة فأما إذا
ثبت بالأقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق ومن صورته ما إذا أقر المودع لرجل أنه ابن الميت ولم يرد عليه
فالقاضي يتأني على حسب ما يرى ولا تقدير فيه وهو اليتيم بقول أبي حنيفة رحمه الله وهو أن ينتظر زماناً
يغلب على ظنه أنه لو كان ابن آخر لظهر وقدره الطحاوي بعام فان لم يظهر وارث آخر دفع المال
وأخذ كفيلاً لاحتمال أن يظهر وارث آخر قيل هذا قولهما وعند أبي حنيفة لا يأخذ وقيل بأخذ
عند الكل لان الثابت بالأقرار دون الثابت بالبينة (لهما أن القاضي ناظر للغيب) أي أمور بالنظر
لهم (والظاهران في التركة وارثا غائباً أو غيرهما غائبان الموت قد يقع بغتة فيحتمل بالكفالة كما إذا
دفع) القاضي (الآبق والقطعة إلى) الذي أثبت عنده انه (صاحبه) أخذ كفيلاً للآبق الذي ذكرنا
وهو ان القاضي ما مور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه (و) كذا إذا (أعطى امرأة الغائب) يعني
إذا كانت تستنفق أي تطالب (النفقة) وزوجها غائب وله في يد رجل ودبعة وهو مقر بالزوجية
والودبعة فالقاضي يعطيها (من ماله) وبأخذ كفيلاً (ولا ي) حنيفة رحمه الله ان الحق ثابت قطعاً
أي فيما إذا كان الوارث الآخر معدوماً (أو ظاهراً) فيما إذا كان موجوداً والقاضي لا يكلف باظهاره
على وجه يوجب حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده (فلا يؤخر) الى زمان التكفيل
(لحق موهوم) أدأت لولم يجد كفيلاً كان منع حقه هذا ظاهراً وصار (كن أثبت الشراء من في يده)
لا يؤخذ كفيل من المشتري بعدما أثبت شراؤه بالحنة (و) لا يؤخذ الكفيل من رب الدين (الذي أثبت
دينه على العبد) بالبينة (حتى يبيع) العبد (لأجل دينه) وان كان يتوهم حضور مشتراً آخر

لهما ان القاضي ناظر للغيب
ولا نظر بترك الاحتمال
في أخذ الكفيل فيحتمل
القاضي بأخذه كما إذا دفع
القاضي العبد الآبق
والقطعة إلى رجل أثبت
عنده أنه صاحبه فانه يأخذ
منه كفيلاً وكما أعطى نفقة
امرأة الغائب إذا استنفقت
في غيبته وله عند انسان
ودبعة يقربهم المودع
وبقيام النكاح فانه يفرض
لها النفقة وبأخذ منها كفيلاً
ولا ي حنيفة ان حق الحاضر
ثابت قطعاً ان لم يكن له وارث
آخر يبقين أو ظاهراً ان
كان له وارث آخر في الواقع
لم يظهر عند الحاكم فانه
ليس مكلف باظهاره
بل بما ظهر عنده من
الحنة فكان العمل بالظاهر
واجبا عليه والثابت قطعاً
أو ظاهراً لا يؤخر لموهوم
كن أثبت الشراء من ذي
الميد أو أثبت الدين على
العبد حتى يبيع فيه فانه
يدفع المبيع إلى المشتري
والدين إلى المدعي من غير
كفيل وان كان حضور
مشتراً آخر قبله وغيره
آخر في حق العبد متوهم
فلا يؤخر حق الحاضر
لحق موهوم الى زمان
التكفيل

(قوله ولان المكفول له) دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل وذلك لما تقدم أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وههنا المكفول له مجهول فلا يصح كفالو كفال لا احد الغرماء فان قيل اذا اقر به ذواليد يؤخذ منه كفيل بالاتفاق كما تقدم وذلك كفالة لمجهول اوجب بأنه اذا اقر به لم يبق له فيه ملك ولم يثبت للقر له بجملة كاملة فكان مظنة ان ثمة مال الكالا محالة وأقل ذلك يثبت المال وهو معلوم فكان التكفيل له ونقل التمر تثنى فيه خلافا فان ثبت فلا اشكال لا يقال الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه لانه ليس بمخصص ولا لبيت لان الكفالة لتوثيق المطالبة كما مروى من الميت غير متصورة وعورض بأن القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع على ما رآه وفي ذلك تأخير لخلق ثابت قطعاً وظاهراً كما ذكرتم لخلق موهوم فدل على أن التأخير جائز وأوجب بأن التلوم ليس للحق الموهوم بل انما هو أمر يفعله القاضي لنفسه احتياطاً في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للحاضر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود ولا وارث له غيره في الدلالة على ذلك فان هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة لان الشهادة (٥٣١) على النفي باطلة بل خبر يستأنس به على

ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم وأما الأبق واللقطة ففيه روايتان والأصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلمة اللقطة أو اقرار العبد بكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع وقوله ظلم أي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظننه البعض

قبله وغيره آخر العبد (ولان المكفول له مجهول فهو كفالو كفال لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت والزوج معلوم فأما الأبق واللقطة ففي) أخذ (الكفيل روايتان عنه والأصح انه على الخلاف وقيل ان دفع اللقطة بعلمة أو باقرار العبد بكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع) مع العلامة واقرار العبد بالابق لا يقال بأخذ الكفيل لنفسه صيانة لقضائه عن النقص لانه ليس بمخصص ولا يقال بأخذ لبيت لان حقه في تسليم ماله الى وارثه وقد ثبت وراثته فلا معنى للاشغال بأخذ الكفيل فان قيل القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع ذكره في الاسرار وكذا ذكر الصدر الشهيد والتلوم انما هو تلوم وارث أو غيرهم آخر وبعد التلوم ما انتفعت الشبهة فمبني أن يأخذ الكفيل لبقاء الشبهة ويدفع الى الحاضر لقيام الحجة لان الحجة راجحة على الشبهة فأنظرنا ربخاتها في الدفع اليه فيجب أن يظهر قيام الشبهة في حق الكفيل عملاً بالجهتين اوجب بأن العمل يجب بالحجة بعد قيامها بالاشبهة وليس التكفيل كالتلوم لان التلوم اطلب علم زائد له ليعلمه بالقدر الممكن فان التلوم يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره فان هذا ليس بشهادة لانها على النفي بل هو خبر يؤكده ظن انتفاء غيره أما الكفالة فطلب أمر زائد من المستحق فلا يجوز الا بتوجه حق عليه ولا يتوجه بالموهوم قال المصنف (وقوله ظلم) أي قول أبي حنيفة (يكشف عن مذهبه أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظننه البعض) انه قائل بأن كل مجتهد مصيب كقول المعتزلة جزمهم الى هذا القول بوجوب الاصح فكان صيانة المجتهد من الخطأ وتقريرهم على الصواب واجبا وسبب نسبة هذا القول الى أبي حنيفة ما روى عنه انه قال ليوسف بن خالد السمتي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد ولو جعل على ظاهره لكان متناقضاً اذ قوله والحق عند الله واحد يفيد أنه ليس كل مجتهد أصاب الحق والالكان الحق متعددا فلزم ان معنى قوله كل مجتهد مصيب أي يصيب حكم الله تعالى بالاجتهاد فانه تعالى أوجب الاجتهاد على

نفي الشريك والتلوم من القاضي يقوم مقامه في افادة ذلك في حقه وليس ثمة طلب شيء زائد من المستحق بخلاف طلب الكفالة وقوله (بخلاف النفقة) جواب عما استشهد به من المسائل امام مسألة النفقة فدان التكفيل فيها لخلق ثابت وهو ما يأخذ الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج معلوم أيضا فصحت الكفالة (وأما الأبق واللقطة ففي كل واحد منهما روايتان) قال في رواية لا أحب أن يأخذ منه كفيلا وقال في رواية أحب أن يأخذ منه كفيلا قالوا في شروع الجامع الصغير والصحيح أن الرواية الاولى قول أبي حنيفة فلا يصح القياس حينئذ وقال

(٦٦ - فتح القدير خامس)

العتابي (ان دفع العبد باقراره الى المدعي واللقطة باخبار المدعي عن علامة فيه يكفل بالاجماع) قال المصنف (لان الحق غير ثابت) ولهذا كان له أن يمنع (قوله وقوله) أي قول أبي حنيفة (ظلم أي ميل عن سواء السبيل) انما ذكره تمهيداً لما ذكره بقوله (وهذا) أي اطلاق الظلم على المجتهد فيه (يكشف عن مذهبه أبي حنيفة رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب) ويقصر أن مذهب أصحابنا المتقدمين براه عن مذهب أهل الاعتزال في أن كل مجتهد مصيب وادعائهم ان ذلك مذهب أبي حنيفة وأصحابه رحمه الله وقد قررنا ذلك في التقرير بربعون الله تعالى مستوفى

(قوله اوجب بأنه اذا افسر به الخ) أقول في الجواب في مسألة الأبق واللقطة ثم الكفالة تكون بالدين الصحيح (قوله وعورض بأن القاضي الخ) أقول ويمكن توجيهه تنظيراً كما لا يخفى (قوله وأوجب بأن التلوم ليس للحق الموهوم) أقول لا ترى أن الوهم موجود وان قال الشهود لا تعلمه وارثا آخر

قال (واذا كانت الدار في يد رجل الخ) دار في يد رجل أقام آخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يدي اليد ولا يؤخذ من ذي اليد كقبيل وهذا أي ترك النصف الآخر في يدي من في يده عند أبي حنيفة فترجعه الله وأما عدم الاستيناق بالكفيل ههنا فبالاجماع وقالوا من في يده الدار ان كان جاحدا أخذ منه النصف الآخر وجعل في يدي أمين والترك في يدي لان الجاحد خائن والخائن لا يترك مال الغير في يده والمقر أمين فيجوز أن يترك المال بيده ولا يبي حنيفة أن القضاء وقع لبيت مقصودا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ومن وقع له القضاء يعتبر فيمن المقضى بيده كونه مختار له وهو ثابت فيما نحن فيه فلا تنقض بيده بيد من هو غير مختار له وإنما قال واحتمال كونه لان كون المال بيد من هو بيده باختيار الميت ليس بقطعي واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتمق (٥٣٣) به كما اذا كان من بيده مقرا فانه انما يترك الباقي بيده كذلك (قوله وهو بجوده)

جواب عماد كراهه وجهه أن الخيانة بالجود اما أن تكون باختيار ماضى أو ماسى والاول قد ارتفع بقضاء القاضى فكذلك لا يزمه والثانى ظاهر لعدم لأن الحادثة لما صارت معاملة للقاضى ولم يسهده ذلك وكتبت في الخريطة الظاهر أن لا يجحد في المستقبل لعلمه بعدم الفائدة لا يقال موت القاضى والشهود ونسب ما ينحل للعائنة واحتراق الخريطة أمور محتملة فكان الجود محتملا لأن ذلك نادر والنادر لاحكم له ولو كانت الدعوى في منقول والمثلية بحالها (فقد قيل ينزع من يده) النصف الآخر (بالاتفاق) والفرق بينه وبين العقار أن المنقول يحتاج فيه الى الحفظ وما يحتاج فيه الى الحفظ فالنزع أبلغ فيه أما أنه يحتاج فيه الى الحفظ

قال (واذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يدي الذى في يده ولا يستوفى منه بكفيل وهذا عند أبي حنيفة وقالوا ان كان الذى في يده جاحدا أخذ منه وجعل في يدي أمين وان لم يجحد ترك في يده) لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه أمين وله أن القضاء وقع لبيت مقصودا واحتمال كونه مختار الميت ثابت فلا تنقض بيده كما اذا كان مقرا وجوده قد ارتفع بقضاء القاضى والظاهر عدم الجود في المستقبل لضرورة الحادثة معاملة له والقاضى ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع أبلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها وله هذا ملك الوصى بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصى الام والاخ المتأهل له فاذا اجتهد فقد أصاب بسبب قيامه بالواجب وقال محمد ولو تلاعننا ثلاثا فافرق القاضى بينهما نفذ وقد أخطأ السنة (قوله) واذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يدي الذى في يده) الى أن يحضر الغائب (ولا يستوفى منه بكفيل وهذا قول أبي حنيفة فترجعه الله تعالى وقالوا ان كان الذى في يده) قد (جحد) فأقيمت عليه البينة (أخذ منه) النصف (فوضع على يدي أمين وان لم يكن يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن) ظهرت خيانتها بالجحد (فلا يترك في يده) لقسر ب أن يتصرف فيه اما لا اعتقاده أنهم املكه وان البينة كذبة أو للخيانة (بخلاف مالواقر) أنها مال الميت مودع عنده فانه لم تظهر منه خيانة وقد رخصه الميت فكان أولى بحفظها (ولا يبي حنيفة أن القضاء) انما (يقع) أولا (لبيت مقصودا) لانه بعد ثبوت انه ماله حينئذ تقضى ديونه ويقسم المال (وكونه مختار الميت ثابت) مع جرده (فلا تنقض بيده كالمقر وجوده قد ارتفع بقضاء القاضى) بها الميت (والظاهر عدم بجوده بعد ذلك لضرورة الحادثة معاملة له والقاضى) وموت القاضى وعزله قبل أن يصل الغائب وكذا احتراق المحضر والتلف نادرا لا يوجب اختلاف الحكم لندرته (ولو كانت الدعوى في منقول) وأتكرر والباقي بحاله (فقد قيل يؤخذ منه) النصف (بالاتفاق لانه يحتاج الى الحفظ والنزع أبلغ في الحفظ) من تركه في يده اندر بما يتصرف فيه متولا كما ذكرنا أو خيانة (بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها وله هذا) أى ولا جحد أن المنقول يحتاج الى الحفظ دون العقار والنزع أبلغ في حفظه من تركه (بملك الوصى بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصى الام والاخ

فلانه ليس يحضن بنفسه اقبول الاتفصال من محل الى محل أو ما أن النزع أبلغ فيه فلان النزع أبلغ في الحفظ والام لا يجحد من يسهده بما يتصرف في خيانتها أولزعه أنه ملكه واذا نزعها الحاكم ووضعها في يدي أمين كان هو عدلا لظاهر افكان المال به محفوظا بخلاف العقار فانها محصنة بنفسها وله هذا ملك الوصى بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا وصى الام والاخ

قال المصنف (والظاهر عدم الجود في المستقبل لضرورة الحادثة معاملة له الخ) أقول قال في الكافي أى لذي اليد وجوده باعتبار اشتباه الامر عليه وقد زال اه يعنى ان الظاهر ذلك وأنت خير بانه يفهم من ذلك إمكان منع قولهما ان الجاحد خائن قال المصنف (والنزع أبلغ فيه) أقول أى في المنقول كذا في معراج الدراية والنهاية الظاهر أن يقال أى في الحفظ كما يدل عليه تقرير الكافي (قوله) أولزعه أنه ملكه) أقول أى ان كان عدلا

والعم على الصغير) وانما خصهم بالذكر لانه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من باب (ومن المشايخ من قال المنقول أيضا على الخلاف وقول أبي حنيفة فيه أظهر) بناء على ما ذكرنا من حاجته الى الحفظ فاذا ترك في يده كان مضمونا عليه ولو أخذ منه لم يكن مضمونا على الذي يضعه القاضي في يده فكان التركة تبلغ في الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لان ما قيل انه لما جحد من في يده بما يتصرف لخياسته أولع به أنه ملكه ساقت العبرة بنظر الى ما تقدم من علم القاضي وطائفة من الناس وكتابته في الخريطة وذلك ثابت مقتض ثبوت الخلاف في العقار فسه طاف الفرق (قوله وانما لم يؤخذ الكفيل) راجع الى قوله ولا يستوثق منه بكفيل ومعناه أخذ الكفيل انشاء خصومة لأن من بيده الباقي قد لا تسمح نفسه باعطائه والقاضي يطالبه به فينشئ الخصومة والقاضي لم ينصب لانشاء ما قبل لقطعها فان قيل هب أن القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضي يقطعها بحكمه باعطائه قلت يجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل ههنا انشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها بما فرضناه رافعا لشي كان منشأه هذا خلاف (قوله واذا حضر الغائب) اختلف المشايخ في وجوب إعادة البيعة اذا حضر ففهم من قال بذلك على قياس قول أبي حنيفة في القصاص اذا أقام الحاضر البيعة على أنه قتل أباه عدائهم حضر الغائب فإنه يحتاج الى اعادة اومنتهم من نفاها وهو اختيار المصنف قال الامام فخر الاسلام وهو الاصح (لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقي فيما يستحق للبيعة مطلقا وعليه) ان كان الكل بيده كما سيجي (٥٣٣) دينا كان أو عيننا لأن المقضى له وعليه في

الحقيقة انما هو الميت (لما ذكرنا (وواحد من الورثة يصلح خلفه عنه في ذلك) كالوكيل بالخصومة اذا غاب أحدهما كان للآخر ان يخاصم ولهذا قلنا اذا ادعى رجل على أحدهم دينا على الميت وأقام عليه البيعة ثبت في حق الكل وكذا اذا ادعى أحدهم دينا للميت على رجل وأقام عليه البيعة ثبت في حق الكل فان قيل لو صلح أحدهم للخلافة لكان كالميت وحازله استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع أجاب بقوله (بخلاف

والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف أيضا وقول أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر لحاجته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها لان انشاءها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى إعادة البيعة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقي فيما يستحق له وعليه دينا كان أو عيننا لان المقضى له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خلفه عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائب عن غيره ولهذا لا يستوفى الا نصيبه وصار كما اذا قامت البيعة بين الميت

والعم على الصغير) يملك سبع المنقول مع أن هؤلاء ليس لهم ولاية في المال (وقيل المنقول على الخلاف أيضا) عنده يترك في يد الذي جحد وعندهما يؤخذ منه (وانما لا يؤخذ الكفيل) على قول أبي حنيفة من الذي هي في يده (لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها) وهذا لا يجرى لاجد كفيلا أو لا يسمح باعطائه والاخ الحاضر يطالبه به فتشور الخصومة (ثم اذا حضر الغائب لا يحتاج الى إعادة البيعة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء) الكاش في غيبته (لان أحد الورثة ينتصب خصما عن بقية الورثة فيما لهم وعليهم دينا كان أو عيننا) فقد قامت على خصم حاضر بالنسبة الى كل الورثة وهذا منهم وقوله (لان المقضى له وعليه انما هو الميت في الحقيقة) على ما ذكرنا من قريب (وواحد من الورثة يصلح خلفه عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء) أي استيفاء نصيبه (لانه عامل فيه لنفسه) لا للميت (فلا يصلح نائب عن غيره فلهذا لا يستوفى الا نصيب نفسه وصار كما اذا قامت البيعة بين الميت)

الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح أن يكون نائب عن غيره) ولقائل أن يقول فليكن عاملا لنفسه في نصيبه ونائب عن غيره فما زاد ولا محظور فيه وجوابه أن المسائل قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يقبل التمسك وقوله (وصار كما اذا قامت البيعة بين الميت) أي بين الميت أو عليه كما ذكرناه بيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خلفه عنه وتقرر به ما مر

(قوله فاذا ترك في يده كان مضمونا عليه) أقول يعني لجوده السابق وفيه بحث فانه قد ارتفع مع لازمه الذي هو الخيانة بقضاء القاضي كما صرح به آنفا فينبغي أن لا يضمن (قوله ومعناه أخذ الكفيل) أقول الأولى طلب الكفيل (قوله والقاضي يطالبه به) أقول فيه اشارة الى أن ما في النهاية من قوله والاخ الحاضر يطالبه بالكفيل ليس على ما ينبغي لعدم مطابقتها المشروح (قوله فان قيل هب الخ) أقول ويمكن أن يجاب بأن الحاضر ليس يخصص عن الغائب في استيفاء ملكه فليس له المطالبة بالكفيل (قوله وهو مشروع لقطع الخ) أقول لقطع الخصومة المتقدمة ثم أقول فيه بحث لأنه ان أراد كيا منوع ألا يرى الى ضمان الدرك وان أراد جزئيا فلم ولا يفيد الالهم الا أن يخص بحيث يشمل محل النزاع ثم لا نسلم انه ليس ههنا خصومة متقدمة الا أن يقال ارتفع ذلك بقضاء القاضي فليستأمل (قوله اذا أقام الحاضر البيعة الخ) أقول التفصيل في باب الشهادة في القتل (قوله وجوابه أن المسائل الخ) أقول اعتراف بورود السؤال على كلام المصنف والتجاء الى جواب آخر وأنت تعلم ان كونه نائب عن غيره فرع التوكيل من الغير ولم يوجد فليستأمل ولا مجال لقيامه مقام الميت لأن الاستيفاء ليس له بخلاف الأبيات فليستأمل

وقوله (الأنه) استثناء من قوله لأن أخذ الورثة ينتصب خصما إلى قوله وعليه يعني أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة ديناً على الميت يكون خصماً عن جميع الدين إن كان جميع التركة بيده كره في الجامع والا كان خصماً عما في يده لأنه لا يكون خصماً بدون اليد فقتصر القضاء على ما في يده قال (ومن قال مالي (٥٣٤) في المساكين صدقة الخ) رجل قال مالي في المساكين صدقة ووجب عليه أن يتصدق بجميع

الأنه انما ثبت استحقاق الكل على أحد الورثة إذا كان الكل في يده كره في الجامع - لأنه لا يكون خصماً بدون اليد فقتصر القضاء على ما في يده قال (ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة وان أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء) والقياس أن يلزمه التصديق بالكل وبه قال زفر رحمه الله لعدم عموم اسم المال كإفي الوصية وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى فيمنصرف إيجابه إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال

فإنه يقضى بالكل ولا يأخذ إلا بنصيب نفسه وقوله (الأنه انما ثبت استحقاق الكل على أحد الورثة) استثناء من قوله لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقي فيما يستحقه وعليه ويكون قضاء على جميع الورثة (إذا كانت) التركة كلها (في يده) أي في يد الحاضر حتى لو كان البعض في يده يتصدق به لأنه لا خصوصية بدون اليد كره في الجامع الكبير قال في شهادات الموارث ولومات وترك داراً وثلاثة بنين وابنان غائبان والدار في يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقص عليه القصة وقال مات والدنا وأخو أي فلان وفلان قبضنا نصيبهما وأودعنا في غابا وقال المدعي كنت دارى في يد أبيكم وأعلم أن الغائبين قبضنا لثمنها شائعاً وأودعنا عندك وأنا أقيم البينة أنها دارى تقبل وذو اليد خصم لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت فيما يدعى عليه فإن حضر الغائبان وصدق في الأثر وجدحاق المدعي فالقضاء ساخ وان كذابه وقال لا تترثهما من أين نابل ثلثها لثنا لا بالأثر يقال للمدعي أعبدينتك عليه ما في ثلثي الدار لأن ذلك على غير خصم لأن إقرار الحاضر يعمل في حقه لا في حق الغائبين قال العتاني قال مشايخنا هذا إذا لم تكن الدار مقسومة أما إذا اقتسموها وأودع اثنتان نصيبهما الحاضر وغابا لا تقبل بينة المدعي في نصيبهما على الحاضر والتحق هذابا بأموالهم ما فلا يكون الحاضر خصماً فيمما بخلاف ما قبل القسمة لأنه مبق على حكم ملك الميت على ما عرف ولو كان ثلثا الدار في يد رجل مقسوم أو غير مقسوم أو دعه عند الغائبان وهو مقر بانه ودعية لهم ميراث من أيهما لم يكن خصماً للمدعي وكذلك الابن الحاضر لا يكون خصماً في ذلك لأن الوارث انما يكون خصماً للمدعي على الميت فيما في يده لا فيما في يد غيره قال الاستروشنى فالخاص أن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في عين هو في يده لا في عين ليس في يده حتى إن من ادعى عيناً من التركة وأحضر وارثاً ليس في يده ذلك العين لا تسمع دعواه وفي دعوى الدين ينتصب خصماً عن الميت وإن لم يكن في يده شيء (قوله) ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة) فيلزمه التصديق بجميع ما يملكه من النقدين والسواهم وأموال التجارة ويمسك قوته فاذا أصاب شيئاً تصدق بقدر ما أمسك وإذا وجب التصديق بلكه فلا فرق بين أن يبلغ ما عنده نصاباً أو لا لأن المعتبر جنس ما فيه الزكاة دون قدره ولذا قالوا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين محيط بكل ماله لزمه أن يتصدق به فان قضى به ديناً لزمه أن يتصدق بما يكتسبه بعد إلى أن يوفى (ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل مال والقياس أن يلزمه التصديق بالكل) فيهما (وبه قال زفر) والبيهي والنخعي والشافعي وقال مالك وأحمد يتصدق بثلث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لا يبي لبساة حين قال إن من يوفى أن الخلع من مالي صدقة يميز ثلث الثلث (لعموم اسم المال كالوصية) وقال عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه (وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى فيمنصرف إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة)

ما يملكه من أجناس الاموال التي تجب فيها الزكاة كالنقدين والسواهم وأموال التجارة يبلغ النصاب أو لا لأن المعتبر هو جنس مال الزكاة والقليل منه ولهذا قالوا إذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين محيط بماله لزمه التصديق به فان قضى به دينه لزمه التصديق بقدره عند ملكه لأن المعتبر جنس ما تجب فيه الزكاة وان لم تجب الزكاة ولا يجب التصديق بالاموال التي لا تجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقيق وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك (وان أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس) في الاول أيضاً (أن يقع على كل شيء كما قاله زفر) لأن اسم المال عام يتناول الجميع (وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله) إذ ليس للعبد ولاية الإيجاب مستبداه لثلا ينزع إلى الشركة

(قوله يعني أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة ديناً الخ) أقول فيه أنه يجب أن يكون المراد دعوى العين فان الدين يثبت على الوارث الحاضر وغيره وان لم يكن في يد

الحاضر شيء على ما صرحوا ويمكن أن يجب بأن المراد يكون خصماً في جميع الدين في حق الاستحقاق عليه وما يقتصر القضاء بالاستحقاق عليه على ما في يده فليتنامل قال المصنف (ومن قال مالي في المساكين الخ) أقول وفي إيراد مسألة النذر في فصل القضاء بالموارث نظروا هذه كرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي أخت الميراث (قوله) وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر الخ) أقول ليس معناه أن إيجاب العبد معتبر من كل الوجوه بإيجاب الله تعالى والإيجاب له التصديق بكل ماله وهو ظاهر

واجباب الشرع في المال من الصدقات مضاف الى اموال خاصة فكذا يجاب العبد ولا يرد الاعشكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شئ وهو معتبر لانه ثبت في مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات اولانه في معنى الصلاة لانه لا يتظارا وقات الصلاة ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنظر للصلاة كانه في الصلاة (أما الوصية فهي أخت الميراث لانها خلافة كالوراثة) من حيث انها مشتقان للمال بعد الموت (ولا يختص الميراث بمال دون مال) في الشرع فكذا الوصية (قوله ولان الظاهر) دليل آخر يعني أن الظاهر من حال الناذر (التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة) لان الحياة مظنة الحاجة الى ما تقوم به حوائجها الاصلية فيختص النذر بمال الزكاة (أما الوصية فانها تقع في حال الاستغناء عن الاموال فتتصرف الى الكل والارض العشرية تدخل (٥٣٥) في النذر عند أبي يوسف رحمه الله لانها

أما الوصية فأخت الميراث لانها خلافة كهي فلا تختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة أما الوصية تقع في حال الاستغناء فتتصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية عند أبي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده وعند محمد رحمه الله لا تدخل لانها سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا تدخل أرض الخراج بالاجماع لانه يختص مؤنة ولو قال ما أملك صدقة في المساكن فقد قيل يتناول كل مال لانه أعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا يختص في لفظ الملك فبقي على العموم

وما أوجب به التصديق كره بلفظ العموم وعلق ايجاب بعضه قال تعالى خذ من أموالهم صدقة ولم يعم كل مال وهذا بناء على أن مقتضى اللفظ انما يصدق بالاخذ من كل مال وذكرنا في الاصول ان بالاخذ من جنس الاموال يصدق بانه اخذ من أموالهم حقيقة وانما ذلك قول الشافعي والاحسن أن حمله على العموم مخالف للشرع اذ منع منه قوله تعالى ولا تبسطها كل البسط فوجب تقيدها ببعضها ثم عينا ذلك البعض بتعيين الله تعالى اياها بايجاب التصديق منها وأما قوله عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطبع الله فليطعه لا ينأق به لان اخراج ما ذكرنا من أجناس المال طاعة وانما يلزم لو تقيده بجميع ما تلذذ به وهو منتف بزوم المعصية وحديث أبي لبابة ليس فيه تصريح بانه نذر ذلك فهو على انه نوى ذلك وقصده وأما الوصية فجر بنا فيها على نحو ذلك أيضا قلنا أو وصى بجميع ماله وله وورثة لا يتخذ لان في تنفيذ ارتكاب المعصية فيقتصر على الثلث المفسوح له فيه مع وجود الورثة وأما نفاذه في الكل اذ لم يكن له وورثة فلا تعلقها بما توجب ذلك في حال استغنائه بما توفى فانتهى المانع الشرعي وهذا لان النبي ما كان في حالة الحياة الا لقيام حاجته الناجزة في الحياة وعدم البداءة بنفسه المأمور بها في قوله صلى الله عليه وسلم ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فيؤدى الى ضيق نفسه وحر جهاه وهو قد يكون سبب المعصية وهذا المعنى منتف بعد الموت وقول المصنف (ولان الظاهر انه انما يلتزم الصدقة الخ) يصلح تقرير الابداء المخصص يعني أن العموم وان كان ثابتا لكن هناعني يخصه وهو أن الظاهر من ارسال لفظ عام بالخروج عن كل ماله مع قيام حاجته المستمرة لنفسه وعياله عدم كونه على وجه يدخل الضرر عليه وعليهم فكان ظاهرا في ارادة الخصوص وما ذكرناه من لزوم المعصية بتقدير اعتبار عمومها هو ايضا من ابداء المخصص وهذا من أفراد ترك الحقيقة بدلالة وهل تدخل الارض العشرية فيجب التصديق بها عند أبي يوسف نعم لان جهة الصدقة غالبية في العشر وروى ذلك عن أبي حنيفة وعند محمد لان جهة المؤنة غالبية عنده ولا تدخل الخراجية اتفاقا لانه عجز الخراج مؤنة ولذا اوجب في أرض الصبي والوقف (ولو) كان (قال ما أملك صدقة قيل يجب الكل)

سبب الصدقة اذ جهة الصدقة عنده راجحة في العشر فصارت الارض العشرية كما هو الحال التجارية لانها من جنس الاموال التي يجب فيها الصدقة (ولا تدخل عند محمد) وذكر الامام الترمذي قول أبي حنيفة مع محمد رحمه الله (لانه) أي الارض العشرية والتذكير لتذكير الخبر (سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده) فصارت مثل عبد الخدمة (وأما الارض الخراجية فلا تدخل بالاجماع لانه يتمحض مؤنة) لان مصرفه المقاتلة وفيهم الاغنياء (ولو قال ما أملك صدقة في المساكن فقد قيل يتناول كل مال) زكوايا وغيره وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة ذكرها في الامالي لان ما أملك أعم من مالي لأن الملاك يطلق على المال وغيره يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك النفقة والمال لا يطلق

على ما ليس بمال واذا كان أعم ينصرف الى غير أموال الزكاة أيضا يظهر الزيادة وعمومه فان قيل الصدقة بالاموال مقيدة في الشرع بأموال الزكاة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب العناية اجاب (بأن المقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال ولا يختص في لفظه الملك فبقي على العموم) وفيه نظر لانه حينئذ لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع

(قوله واجباب الشرع في المال الخ) أقول اذا عبر عنه بلفظ المال كقوله تعالى خذ من أموالهم صدقة (قوله فكذا ايجاب العبد) أقول اذا أضاف ايجاب الى لفظ المال (قوله وفيه نظر لانه حينئذ لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع) أقول ممنوع فان ايجاب الله تعالى الصدقة في جنس الاملاك يكفي لا اعتبار ايجاب العبد به كما في ايجاب الاعشكاف على ما مر آنفا يرى أنه لو قال كل مال أملك مما يتصدق به فهو صدقة ينصرف الى مال الزكاة والبذلة والمهنة كما صرح به في النهاية مع انه ليس من الله تعالى ايجاب على هذا الوجه فليتأمل

(والصحيح أنهما) أي لفظ مالي وما أمالك (سواء) فيما نحن فيه فيختصان بالأموال الزكوية وهو اختيار الامام شمس الأئمة السرخسي (لأن المترم باللفظين الفاضل عن الحاجة) قال في النهاية إن قوله (على ما مر) إشارة إلى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله إن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى وليس واضح لأنه أبطل ذلك الوجه بقوله والمفيد إيجاب الشرع وهو لفظ المال ولعله إشارة إلى قوله ولأن الظاهر التزام الصدقة من (٥٣٦) فاضل ماله وقد قررناه من قبل فأرجع إليه (ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل

والصحيح أنهم سواء لأن المترم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب بمسك من ذلك قوته ثم إذا أصاب شيئاً تصدق بمثل ما أمسك لأن حاجته هذه مقدمة ولم يقدر محمد بشي لاختلف أحوال الناس فيه وقيل المحترف بمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم إلى المال وعلى هذا صاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع إليه ماله قال (ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئاً من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في الفصل الأول أيضاً أن الوصاية آتية بعد الموت فتعتبر بالآتية قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر أن الوصاية بخلافه لاضافتها إلى زمان بطلان الآتية

لأن المقيّد في الشرع المذكور بلفظ المال قال المصنف (والصحيح أنهم سواء لأن المترم باللفظين الفاضل عن الحاجة) وهذا يؤيد ذلك بقصد هم إلى التخصيص بذلك المعنى بقليل تأمل وكان مقتضى ما ذكر في اللفظين أن ثبت مثله في قوله لله على أن أهدي جميع مالي أو جميع ملكي الآن الطحاوي ذكر أنه يجب الكل بخلاف ما لو حلف به فقال إن فعلت كذا فله على أن أهدي جميع مالي حيث يجب الكل بلا إشكال لأن عقد الميراث يمنع النفس عن المذكور بالتزام ما يكرهه على تقديره فانفتح باب ارادة العموم الآن هذا على جعل المحصر المعنى الذي عينه المصنف وأما على جعله لزوم المعصية فيجب أن يخص أيضاً فكان تعويلهم ليس عليه وقوله (على ما مر) يريد وجه الاستحسان هذا (ثم إذا لم يكن له مال إلا ما دخل تحت الإيجاب) يعني مال الزكاة على بعد ذلك (بمسك منه قوته) ويتصدق بما سواه (وإذا استفاد شيئاً تصدق بقدر ما أمسك ولم يقدر محمد) مقداراً في أصل المبسوط (لاختلاف أحوال الناس) من قوته العيال وكثرتهم والرخاء والغلاء فيختلف الاعتبار (وقيل المحترف بمسك ليوم) لأنه يكتسب يومافوما (وصاحب الغلة) وهو من له حوائث أو دور ويجيبها بمسك (شهر) لأن يده تصل إلى نفقته بعد شهر (وصاحب الضياع لسنة) لأن غلتها كذلك وأما في عرف ديارنا فبعضهم كذلك وبعضهم يؤجرها بدارهم على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فينبغي أن يمسك إلى تمام أربعة أشهر (وعلى هذا فإصاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع إليه ماله) (قوله) ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئاً من التركة فالبيع جائز وهو وصي (بخلاف الوكيل إذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ لأنه لا يصير وكيله حتى يعلم) (وعن أبي يوسف لا يجوز في الوصية أيضاً أن الوصاية آتية) أي استنباه المعروف من اللغة في الآتية إنما هو معنى الرجوع والاقلاع من أناب إلى الله واستدل في النهاية أنها بمعنى الاستنباه باستعمال الرخصى لها كذلك في تفسير سورة الروم والرخصى نفسه يفعل كذلك فينزل علم المتكلم بمنزلة روايته فرمما يستشهد به بيت لابي تمام وأبي الطيب (ووجه الفرق على ظاهر الرواية) بين الوصاية والتوكيل (أن الوصاية بخلافه) في التصرف عن الميت كالو رائة فلا تتوقف على العلم كالوكالة (لاضافتها) إلى ما بعد الموت فيتصرف كتصرف الوارث ولذا الو باع شيئاً ثم ظهر موت المورث ظهر نفاذه حين صدر الوصاية استخلاف مضاف (إلى) ما بعد الموت أيضاً وهو (زمان بطلان الآتية

تحت الإيجاب بمسك من ذلك - ونه لأن حاجته هذه مقدمة) إذ لو لم يمسك لاحتجاج أن يسأل الناس من يومه - وقبيح أن يتصدق بماله ويسأل الناس من يومه - ثم إذا أصاب شيئاً تصدق بما أمسك ولم يبين محمد في المبسوط (مقدار ما يمسك لاختلاف أحوال الناس فيه) بكثرة العيال وقتلتها (وقيل المحترف بمسك قوته يومه) لأن يده تصل إلى ما ينفق يومافوما (وصاحب الغلة) وهو صاحب الدور والحوائث والبيوت التي يؤجرها للانسان (شهر) لأن يده تصل إلى ما ينفق شهراً فشهراً (وصاحب الضياع لسنة) لأن يده ينفق سنة فصل (وصاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع إليه ماله) وفي إيراد مسألة الذر فيما نحن فيه من فصل القضاء في الموارث نظراً ولعله ذكره باعتبار الفرق بينهما وبين الوصية التي هي أخت الميراث قال (ومن أوصى إليه ولم يعلم الخ) وجه إيراد مسألة الوكالة في فصل

القضاء في الموارث ما ذكرنا آنفاً ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئاً من التركة فهو فلا وصى وبيعه جائز وإذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه وعن أبي يوسف أنه اعتبار الأول بالثاني لأن وصف الآتية أي النيابة جامع فإن الوصاية آتية بعد الموت والوكالة آتية قبله وكالم يجز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية أن الوصاية بخلافه لا نيابة لأنها مضافة إلى زمان بطلان النيابة

الخلاف لا تتوقف على العلم في التصرف كما اذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم موت المورث فانه صحيح بخلاف الوكالة فانها اقامة قيام ولاية المستنيب والائابة تتوقف على العلم لانها تتوقف عليه لم يفت النظر لقدرة الموكل وفي الاول لو توقفت على علمه فان لم يجز الموصى فان قيل اذا قال رجل اشترى عبدى من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده صح من غير توقف على علمه اوجب بانه على الرويتين ووجه الفرق على رواية الجواز انه ثبت ضمنا والكلام في الوكالة ثبت قصدا وهذا كما اذا قال بايعوا عبدى ولم يعلم به العبد فان فيه روايتين في احدهما صح تصرفه وان لم يعلم بالاذن لثبوت ضمنا فاذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من اعلام من أعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغامس لعدلا وعلى اضداد ذلك بعدما كان (٥٣٧) مبرزا تصرفه لانه اثبات حق لا الزام

أمر أى اطلاق محض لا يشتمل على شئ من الالزام وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف وأما النهى عن الوكالة فلا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل عند أى خفيفة رجحه الله وقال هو والاول سواء لانه من جنس المعاملات وحسبها يثبت بخبر الواحد الفاسق كالأولى واذن العبد في التجارة ولا ي خفيفة أنه خبر ملزم أما أنه خبر فلانه كلام يحتمل الكذب يحصل به الاعلام وأما أنه ملزم فلانه ينفي جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو معنى الشهادة من وجه لانه بالنظر الى كونه خبرا كالتحيز بالتوكيل والاذن وغيرهما ليس في معناها والنظر الى ما فيه من نوع الزام كان في معناها فيشترط أحد شرطي الشهادة وهو العدداً والعدالة عملاً بالوجهين بخلاف الاول فانه لا يمكن

فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث أما الوكالة فائابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانها لو توقفت لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصى (ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه) لانه اثبات حق لا الزام أمر قال (ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل) وهذا عند أبي حنيفة رجحه الله وقال هو والاول سواء لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجهه فيشترط أحد شرطيها وهو العدد أو العدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال

فلا يتوقف على العلم كالورثة (لقيام ولاية المنوب عنه) ولهذا ينزل الوكيل بالموت بخلاف الميت فيتوقف على العلم (وهذا لانه) اذا وقضاه على العلم (لا يفوت النظر) لقيام ولاية الموكل وقدرته (وفي الاول يفوت لعجز الموصى) بالموت وهذا اذا ثبتت الوكالة قصداً أما اذا ثبتت في ضمن الامر بالفعل ففيه روايتان وذلك مثل أن يقول لعبد اذهب الى فلان يبيعك أو لامرأته اذهبي الى فلان يطلقك أو اذهب ببغدي الى فلان فيبيعه منه فذهب كما أخبره ففعل ذلك محمد بن كعب في كتاب الوكالة انه ما تزود في الزيادة انه لا يجوز فكان فيه روايتان في احدهما لا يتوقف على العلم وفي أخرى لا بد من العلم وذكر في المأذون ما يوافق الاول وهو انه اذا قال للناس بايعوا عبدى فاني أذنت له في التجارة فبايعوه جازع انه لا علم للعبد بالاذن واذا توقفت الوكالة على العلم قلند كرمهاذا يحصل العلم المثبت للوكالة فقال (كل من أعلمه بالوكالة جازبه تصرفه) بشرط كونه مبررا رجلا كان أو امرأة فداقاً كان أو عدلاً مسلماً كان أو ذمياً وقال الشافعي وأحمد لا تثبت الوكالة بخبر الواحد أصلاً لانها تتضمن عقداً كغيره من العقود (ولانه) تسليط على مال الغير قلنا (انه اثبات حق) هو حق أن يتصرف (لا الزام أمر) فانه مختار في القول وعدمه وكان كقبول الهدية ممن ذكر انها على يده وهو محل الاجماع والنصر فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والنقي ويشترى من الكافر (وأما العزل عن الوكالة فعندهما هو والاخبار بها سواء وعند أبي حنيفة لا يثبت حتى يشهد عنده شاهد عدل أو شاهدان) أي مخبران لان لفظة الشهادة ليست بشرط عدلا أو لم يعدلا (وجهه قولهما انه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية) وروى الحسن عنه أنه لا بد من عدالة المخبر واحداً كان أو أكثر وبه أخذ الفقيه أبو جعفر الهندواني وزعم انه مذهب أبي حنيفة وقال معنى اطلاق الكتاب أن لا يعلم حالهما إلا أن يعلمهما بالقسق وقيل بل هو على اطلاقه لان تأثير العدد فوق تأثير العدالة الاتري ان القضاء واحد عدل لا ينفذ وبفاسقين ينفذ بطريق أولى يثبت به وهو الصحيح (وهذا لانه خبر ملزم) أي من كل وجه فانه يمنع الوكيل من التصرف من كل وجه وما قيل ملزم من وجه دون وجه بناء على مجرد اصطلاح أن يراد بالملزم من

فيه الزام أصلاً لم يكن في معناها أصلاً فلم يشترط فيه شئ من ذلك وبخلاف رسول الموكل فانه لا يشترط فيه أيضاً شئ من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال اذ عملاً لا يتفق لكل أحد في كل وقت بالغ عدل يرسلها الى وكيله

(قوله انه ثبت ضمناً) أقول أى في ضمن أمر الحاضر بالتصرف (قوله والوكلام في الوكالة ثبت قصداً) أقول قوله يثبت حال قال المصنف (فيشترط الى قوله أو العدالة) أقول فيه اشارة الى أن العدالة لا تشترط في العدداً وان قوله عدل صفة رجل قال في التلويح وهو الاصح (قوله كعبارة المرسل للحاجة) أقول فكذلك لا تشترط العدالة في المرسل لا تشترط في الرسول أيضاً (قوله اذ عملاً لا يتفق الخ) أقول عليه لكون عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال

(قوله وعلى هذا الخلاف) يعني التخيذ كره بين أبي حنيفة وصاحبيه في اشتراط أحد شرطيهما في جباية الزام المسائل المذكورة قال في
 النهاية انهاست مسائل ثلاث منها ذكرها محمد في المبسوط واثنان ذكرهما في النوادر والسادسة قاسها المشايخ عليها والمصنف ترك منها
 مسألة أما الأولى فهي التي ذكرناها من عزل الوكيل والثانية على ترتيب المبسوط العبد المأذون إذا أخبره واحد بالخبر من تلقاء نفسه
 وهو عدل أو اثنان ثبت بالخبر صدق العبد أو كذب وان كان فاسقا وكذبه ثبت عندهم اخلاقه وقيد بتلقائه نفسه لأن حكم الرسول حكم
 مرسله كما مر وهذه المسئلة لم يذكرها المصنف ههنا والثالثة العبد الجاني إذا أخبر المولى بجنايته اثنان أو واحد عدل فتصرف فيه
 بعده بعقوب أو بيع كان اختيارا منه (٥٢٨) للفداء وان أخبره فاسق وصدقه فكذلك والافعلي الاختلاف عنده لا يكون اختيارا

خلافهما وأولى النوادر
 المسلم الذي لم يهاجر إذا أخبره
 اثنان أو عدل بما عليه من
 الفرائض لزمته وبتركها
 يجب عليه القضاء وان
 أخبره فاسق وكذبه فعلى
 الاختلاف وشمس الأئمة
 السرخسي جعله رسول
 رسول الله صلى الله عليه
 وسلم فالزمه وثانها الشفيع
 إذا أخبره اثنان أو عدل
 بالبيع فسكت سقطت
 وان أخبره فاسق به وكذبه
 فعلى الاختلاف
 والسادسة إذا بلغ البكر
 تزويج الولى فسكت فان
 أخبره اثنان أو عدل كان
 رضا بخلاف وان أخبرها
 فاسق فعلى الاختلاف قال
 (وإذا باع القاضى أو أمينه
 عبيد الغرماء) إذا باع
 القاضى أو أمينه عبد الميبت
 لأجل أصحاب الدين (وقبض
 الثمن فضع الثمن واستحق
 العبد لم يضمن) العاقده هو
 القاضى أو أمينه (لان أمين
 القاضى قائم مقام القاضى
 والقاضى قائم مقام الامام

وعلى هذا الخلاف إذا أخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر اليها قال (وإذا
 باع القاضى أو أمينه عبيد الغرماء وأخذ المال فضع واستحق العبد لم يضمن) لان أمين القاضى قائم
 مقام القاضى والقاضى مقام الامام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كى لا يتقاعد عن قبول هذه
 الامانة فضع الحقوق ويرجع المشتري
 كل وجه ما كان الزام على خصم منكر بشرط لفظ الشهادة وحكم الحاكم ولم يكن هذا الزام
 كذلك كان الزام فيه قصور ووجوب الضمان لو تصرف بناء على الزام من وجه ثم يكتفى لاشتراط
 العدد والعدالة كونه ملزما من وجه بالمعنى الذي ذكرنا بخلاف الاعلام بالو كاله فانه لم يكن فيه
 الزام أصلا لم يلزم أحد شرطى الشهادة وأجمعوا على ان الخبر بالعزل لو كان فاسقا وصدقه ينزل
 (قوله) وعلى هذا إذا أخبر المولى بجناية عبده الخ) هذه ست مسائل ذكر محمد منها ثلاثة في الاصل
 واثنين في النوادر والسادسة قاسها مشايخنا على هذه أما الثلاثة فأحدها عزل الوكيل والثانية
 العبد المأذون إذا أخبره واحد بالخبر ان كان رسولا لا يخبر فاسقا كان أو عدلا وان كان فضوليا يشترط
 أحد شرطى الشهادة فيخبر صدقه العبد أو كذبه وان كان فاسقا ان صدقه الخبر والا فلا مسألة
 على الخلاف والثالثة العبد إذا جنى جناية ولم يعلم به المولى حتى أعتقه أو باعه يلزمه الاقل من قيمته ومن
 الدية فان أخبره واحد بالجناية فكذلك ان كان فاسقا ان صدقه ثم باع أو أعتق يصير مختارا للدية وان
 كذبه فهو على الخلاف عند أبي حنيفة لا يكون مختارا للدية وعندهما يصير مختارا لها وأما اثنان
 في النوادر فأحدهما الحرى إذا أسلم في دار الحرب فأخبره انسان بما عليه من الفرائض ان كان الخبر
 عدلا أو أخبره اثنان لزمته حتى لو ترك شيئا منها كان عليه قضاؤه اجماعا وان كان فاسقا فان صدقه
 فكذلك وان كذبه فعلى الخلاف قال شمس الأئمة السرخسي الاصح عندي أنه يلزمه القضاء ههنا اتفاقا
 لان الخبر له رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه نظرد كرهنا في كتابنا المسمى ببحر الاصول
 والثانية الشفيع إذا أخبر بالشراء فسكت فعلى ما قلنا ان أخبره فاسق فصدقه ثبت الشراء في حقه وان
 كذبه فهي على الخلاف فإذا سكت لا تبطل شفيعته عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تبطل والسادسة
 البكر إذا زوجت بلا استئذان فأخبرت فسكت فهو على ما ذكرنا من الوجوه (قوله) وإذا باع القاضى
 أو أمينه عبيد الغرماء) أى لا جملهم ليوفى ديونهم التي كانت على الميبت (وأخذ المال) أى الثمن
 (فضع) عنده (ثم استحق العبد) أو مات قبل قبض المشتري (لم يضمن) القاضى ولا أمينه
 للمشتري شيئا (لان أمين القاضى بمنزلة القاضى والقاضى كالامام وكل من هؤلاء لا يلحقه ضمان
 كى لا يتقاعد الناس عن قبول هذه الامانة) إذا لم يرجع المشتري على البائع من هؤلاء (يرجع) بالثمن

والامام لا يضمن كى لا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فضع الحقوق ويرجع المشتري (على)

(قوله) والثالثة العبد الجاني إذا أخبر المولى بجنايته اثنان أو واحد عدل الخ) أقول قوله اثنان أى فضوليان وقوله أو واحد أى فضولي (قوله) إذا
 أخبر المولى اثنان أو واحد عدل الخ) أقول وفي كشف البردوى قال عليه الصلاة والسلام نضر الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم
 آداها الى من لم يسمعهما وفي حديث آخر ألا فيبلغ الشاهد الغائب اه والأولى الاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام بلغوا عني
 ولو آية فليتامل (قوله) وشمس الأئمة السرخسي جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فالزمه) أقول لعدم اشتراط العدالة في الرسول

على الغرماء لأن البيع واقع لهم ولهذا يباع بطلبهم) ومن وقع له البيع يرجع عليه المشتري إذا تعذر الرجوع على العاقد (كما إذا كان العاقد صبيا محجورا أو عبدا) (محجورا عليه) وههنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرناه يرجع المشتري على الغرماء (فإن أمر القاضي الوصي ببيع العبد للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع الثمن يرجع (٥٣٩) المشتري على الوصي لأنه عاقد نيابة) فإن

أوصى إليه الميت قطاهر وإن أقامه القاضي فكذلك لأن القاضي إنما أقامه نيابة عن الميت لا عن نفسه وعقد النائب كعقد المتوب عنه (فصار كما إذا باعه) الميت (بنفسه) في حياته وفي ذلك كان يرجع المشتري عليه فههنا يرجع على من قام مقامه (ثم يرجع الوصي على الغرماء لأنه عامل لهم وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه يدينه) أي يأخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم للوصي في ذلك المال ففيه اختلاف (فالوا يجوز أن يرجع بذلك أيضا لأن هذا الضمان لحقه في أمر الميت) وقيل ليس له ذلك لأنه إنما ضمن من حيث إن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره (والوارث إذا بيع له كان بمنزلة الغريم لأنه إذا لم يكن في الشركة دين كان العاقد عاملا له)

على الغرماء لأن البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما إذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم) (وإن أمر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع المال يرجع المشتري على الوصي) لأنه عاقد نيابة عن الميت وإن كان باقامة القاضي عنه فصار كما إذا باعه بنفسه قال (ورجع الوصي على الغرماء) لأنه عامل لهم وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه يدينه قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضا لحقه في أمر الميت والوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم لأنه إذا لم يكن في الشركة دين كان العاقد عاملا له (فصل آخر) (وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجعه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل) وعن محمد رحمه الله أنه يرجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعين الحجية

(على الغرماء) أو الغريم (لأن البيع) والتصرف (واقع لاجلهم) فترجع العهدة عليهم وصار (كما إذا كان العاقد محجورا عليه) عبدا أو صبيا يعقل البيع وكله رجل يبيع ماله جاز العقد مباشرة ما ولا تتعلق الحقوق به ما بل يجوز لكلهما أن التزام العهدة لا يصرح منها القصور الألهية في الوصي وحق السيد في العبد والاصل أنه إذا تعذر تعلق الحقوق بالعاقد تتعلق بأقرب الناس إلى العقد وأقرب الناس في مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم الأري أن القاضي لا يأمر الوصي أو أمينه بالبيع حتى يطلب الغريم فلذا يرجع المشتري بالثمن عليه عند الاستحقاق (ولو كان البائع الوصي يرجع المشتري عليه بالثمن لأنه عاقد نيابة عن الميت وإن كان باقامة القاضي إياه عنه ثم الوصي يرجع به على الغريم) وكذا الوبايع الوصي العبد لنفقة الوارث فإن المشتري يرجع على الوصي والوصي يرجع على الوارث لما قلنا إن البيع لاجله وهو الذي ينتفع به فلو كان الوارث صغيرا نصب القاضي عنه من يقضى دينه (فلا ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه يدينه) بلا شك وهل يرجع بما ضمن للمشتري قال المصنف (فالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضا) يريد بالمائة ما ضمن للمشتري فرضها مائة (لأنه لحقه) ذلك (في أمر الميت) وينبغي أن يكون هذا بالاتفاق أعني جواز أن يقال وأما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن ففيه خلاف قيل نعم وقال مجدد الأئمة السرخسي لا يأخذ في الصحيح من الجواب لأن الغريم إنما ضمن من حيث إن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره وفي الكافي الأصح الرجوع لأنه قضى ذلك وهو مضطر فيه فقد اختلف في التصحيح كما سمعت

(فصل آخر) لما كانت مسائل هذا الفصل ترجع إلى أصل واحد وهو أن قول القاضي بانقراده هل يقبل مولى ومغزولا أخرى (قوله) وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجعه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل) بمجرد اخباره هذا (وعن محمد رحمه الله أنه يرجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعين الحجية) التي عنها حكم فيه بذلك قال الفقيه أبو الليث روى عن محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن أنه قال لا يسهه ذلك ما لم تكن الشهادة محضته وزاد جماعة على هذا فقالوا أو يشهد مع القاضي شاهد عدل على ذلك وهذا يفيد أن القاضي يشهد وليس معناه إلا أن يشهد القاضي والعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد الأعلى حكم القاضي والاك كان القاضي شاهدا على فعل نفسه وليس هنا من يشهد عنده إلا الأمور باقامة الحد وهذا بعيد في العادة أعني أن يشهد القاضي

(٦٧ - فتح القدير خامس) قد قضيت الخ) إذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجعه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وعن محمد أنه يرجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله ما لم تكن الشهادة بحضورك وهو رواية ابن سماعة عنه

(فصل آخر) (قوله ما لم تكن الشهادة بحضورك) أقول وألاقرار بحضورك

لأن قوله يحتمل الغلط والتدراك غير ممكن واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاة زماننا وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه أيضا
الأهم تركه خوفاً من العاجلة اليه وجه ظاهر الرواية أن القاضي أخبر عما يملك انشاءه لان المتولي يتمكن من انشاء القضاة ومن يتمكن
من الانشاء مما أخبر به لم يتم في خبره وفيه بحث وهو أنه متمكن من ذلك بجملة أو بدونها والثاني ممنوع والاول يجرى غير ظاهر الرواية من
معانة الخطة ولان القاضي من أولى الامر وطاعة أولى الامر واجبة وفي تصديقه طاعته فجب تصديقه وظاهر الرواية يدل على جواز
الاعتماد على قوله من غير استفسار وقالوا به (٥٣٠) اذا كان القاضي عدلاً فقيهاً وعلى هذا تنافي الأقسام العقلية كما قال الآمام أبو منصور

لان قوله يحتمل الغلط وانحطاً والتدراك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ
هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة في زماننا الا في كتاب القاضي للعاجلة اليه وجه ظاهر الرواية انه أخبر
عن أمر يملك انشاءه فيقبل غلوه عن التهمة ولان طاعة أولى الامر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام
أبو منصور وجه الله ان كان عدلاً عالمياً يقبل قوله لانعدام تهمة الخطا والخيانة وان كان عدلاً جاهلاً
يستفسر فان أحسن التفسير وجب تصديقه والافلا وان كان جاهلاً فاسقاً أو عالمياً فاسقاً لا يقبل الا أن
يعاين سبب الحكم لتهمة الخطا والخيانة قال (واذا عزل القاضي فقال لرجل

عند الجلاد بأنه شهد على فلان وفلان ويؤدي الأمر عنده ولذا اقتصر محمد على معانة حضور الشهادة
من المأمور وهذا (لان الغلط والخطأ في الحكم محتمل) لان القطع بنفيهما ليس الا لانياء عليهم الصلاة
والسلام (وعلى هذا لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي) لان الاعتماد فيه على خبر القاضي الكاتب بمفرده
(واستحسن المشايخ هذه الرواية في هذا الزمان لفساد حال أكثر القضاة الا في كتاب القاضي الى القاضي)
لان فيه ضرورة احياء الحقوق ولما كان عدم الاعتماد معللاً بالفساد والغلط اقتضى الحال التفصيل
١ في التوقف لا اطلاقه (فقال الامام أبو منصور ان كان القاضي عدلاً عالمياً يقبل قوله لانتفاء التهمة)
في الدين بالعدالة والخطأ في الحكم بالعلم (وان كان عدلاً جاهلاً استفسر فان أحسن) في بيان سبب حكمه
وشروطه (وجب تصديقه) للعدالة ٢ وترك المصنف قسمين آخرين وهو ما اذا كان فاسقاً عالمياً
أو جاهلاً فان الفسق مانع من الركون لاخباره بالاستفسار وحكمه بقصد المخالفة فلا يؤخذ بقوله ولا
بتفسيره (وجه الظاهر أنه أخبر عن أمر يملك انشاءه) في الحال (فيقبل غلوه عن التهمة) لان التهمة انما
تتحقق في اخبارها بما لا يمكن انشاؤه في الحال فيحتمل عدم المطابقة أما اذا كان ذلك مما يقدر على انشاءه
في الحال فيجوز كانه انشاءه في الحال معانة الحاضر من ولا يخفى أن الذي يملك انشاءه ليس الا الحكم وهو
لا يفيد فان الاحتمال المانع قائم اذا عاين الحكم وان لم يعاين الشهادة والشروط ولذا قال محمد لا يسعه ذلك
مالم تكن الشهادة بحضوره ولم يقل الحكم فلا يفيد هذا الوجه شيئاً وما زاد من زاد على ما ذكر محمد قولهم
أو يشهد مع القاضي عدل على ذلك احتاجوا أن يزيدوا وجه آخر وهو أن العادة أن ينصب في كل بلدة
قاضي واحد ولو لم يكن خبر القاضي بانفراده حجة في الازم لقلد في كل بلد قاضيان وأنت سمعت ما قدمناه
في تلك الزيادة وعلمت أن الاحتمال المذكور لا يزول الا بالعلم بسبب القضاء وهذا لا يتحقق عند التأمور
الا أن يحضر وقوع السبب أو يشهد عنده عدلان أنه شهد عند القاضي الأمر فلان وفلان على الوجه
الفلاني ويشهدوا توفر الشروط وهذا لا يتوقف على تكثير القضاة بل على وجود الشهود وقضاة كانوا
أولاً فلا يلزم لذلك تكثيرهم فاللازمة بين عدم قبول خبره بانفراده وتكثير القضاة ممنوعة (قوله واذا عزل
القاضي فقال لرجل الخ) صورتهما عزل القاضي فادعى عليه رجل أنه أخذ منه الغابغير حتى أوقف

فان كان عدلاً عالمياً يقبل
قوله لعدم تهمة الخطا لعله
والخيانة لعدالته وهذا
القسم لا يحتاج الى الاستفسار
بالاتفاق وان كان عدلاً
جاهلاً يستفسر عن قضائه
لبقاء تهمة الخطا فان
أحسن تفسير القضاء بأن
فسر على وجه اقتضاه
الشرع من مثل أن يقول
مثلاً استفسرت المقر بالزنا
كما هو المعروف فيه وحكمت
عليه بالرحم وثبت عندي
بالحجة أنه أخذ نصاباً من حرز
لا تشبهه فيه وأنه قتل عدماً
بلا شبهة وجب تصديقه
وقبول قوله والافلا لانه
ر بما يظن بسبب جهله غير
الدليل دليلاً أو التشبهية غير
دائرة وان كان جاهلاً فاسقاً
أو عالمياً فاسقاً لا يقبل الا أن
يعاين سبب الحكم لتهمة
الخطا في الجهل والخيانة في
الفسق قال (واذا عزل
القاضي فقال لرجل الخ) لما
فرغ من بيان ما يخبر به
القاضي من قضائه في زمن
ولا ينسبه شرعاً في بيان ذلك
بعد عزله فاذا أخبر

يده

القاضي المقضى عليه بعد العزل بما قضى وأسند الى حال ولا يته فلا يتخلو إما أن يصدقه فيما قال فلا كلام فيه

(قوله لأن قوله يحتمل الغلط) أقول لعل المراد بالغلط ما يعم الكذب (قوله وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه أيضاً) أقول يعني مطلقاً
(قوله ومن يتمكن من الانشاء الخ) أقول فيه ركازة

١ كتب بهامش نسخة العلامة البحر اوى قوله في التوقف كذا في النسخ ولعله في القبول لا اطلاقه أي القبول فقوله لا اطلاقه نقي لمافي
الجامع الصغير من عدم تقييده بالعام العدل فتدبر
٢ قوله وترك المصنف الخ لعل النسخة التي كتب عليها الشارح لم يكن فيها القسم المذكور ان اه

أو يكذبه في حقيقته ويصدق في كونه في زمن الولاية أو يكذبه فيه فان كان الاول فالقول للقاضي بلا خلاف وان كان الثاني فكذلك في الصحيح فعلى هذا اذا قال الرجل أخذت منك ألفا ودفعتم الي فلان قضيت بها عليكم وقال لا خر قضيت بقطع يدك في حق فقال المأخوذ منه المال والمقطوع عيه فعلت ذلك في حال قضائك طلبا فالقول قول القاضي لان - ما لم توافقا فانه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذا القاضي لا يقضى بالجور ظاهرا او القبول لمن يشهد له الظاهر لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي لأن ايجابها عليه يفرض الى تعطيل أمور الناس بامتناع الدخول في القضاء وفي هذه الصور قولا أو القاطع أو الاخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضا لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي وأمره بالشئ صحيح كما اذا كان دفعه المال الى الآخر موعينا في حال القضاء فانه لا يضمن الاخذ حينئذ فكذلك ههنا وكذا اذا كان أمره بالقطع موعينا في حال القضاء وان قال المأخوذ ماله والمقطوع عيه فعلت ذلك قبل التقليد

(قوله أو يكذبه في حقيقته) أقول ظاهره لا يقابل الاحتمال الأول (قوله لانه ثبت فعله الخ) (٥٣١) أقول فيه بحث حيث غير

ترتيب المصنف فلم يظهر كون قوله لانه ثبت الخ تعليلا لأي شيء قال المصنف (ولا يمين على القاضي) أقول قال في الكافي لانه لو لم يمين لصار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ اه وفيه بحث والاولى

أخذت منك ألفا ودفعتم الي فلان قضيت بها عليكم فقال الرجل أخذتها طلبا فالقول قول القاضي وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق هذا اذا كان الذي قطعت يده والذي أخذ منه المال مقرين انه فعل ذلك وهو قاض (ووجهه انه ما لم توافقا فانه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذا القاضي لا يقضى بالجور ظاهرا (ولا يمين عليه) لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي (ولو أقر القاطع والاخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضا) لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان موعينا (ولو زعم المقطوع يده والمأخوذ ماله انه فعل قبل التقليد

أن يقال انالو أو جينا اليمين والضمان عليه في مواضع اليمين والضمان لا تمتنع الناس عن الدخول في القضاء فتمتطل أمور الناس قال المصنف (ولو زعم المقطوع يده الخ) أقول قال شمس الأئمة السرخسي اذا زعم المدعي ان القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي لأن هذا الفعل حادث فيضاف الى أقرب أوقانه ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق

يده غير حق فقال قضيت بها عليكم لانه ودفعتم اليه وقضيت بقطعك في حق فالقول قول القاضي ولم يهلك في هذا جريان تلك الآية عن محمد ربه الله لان هذا في أمورات فلا بد أن يكون القول للقاضي والامتنع الناس من قبول القضاء اذا كان يتوجه عليه بعد العزل خصوصيات في أنفس وأموال لا تحصر حينئذ فلا بد من كون القول له في هذا بخلاف ما قبله لان القتل والقطع بعد لم يقع فكان أعمال ذلك الاحتمال مفيدا ثم كون القول له على الاتفاق مقيدا اذا كان المدعي مقر بان فعل ذلك وهو قاض لان ما لم توافقا على ذلك صار كأن هذه الدعوى جرت وهو قاض والقول قوله في ذلك لما قلنا (و لان الظاهر انه لا يقضى بالجور ثم لا يمين) على المعزول (لانه ثبت فعله) وهو (في) حال (قضائه بالتصادق) (ولو ادعى عليه في حال قضائه بذلك (لا يمين عليه) فكذا بعده (ولو أقر القاطع) (أو الاخذ) للمال بأمر القاضي (بما أقر به القاضي) وهو أن القاطع منه والاخذ كان بقضاء القاضي بالاخذ وأمره بالدفع (لا يضمن أيضا) كالقاضي لانه أقر أنه فعله في حال قضائه وهو كالمأخوذ كان دفع القاضي المال الى الآخر موعينا للمأخوذ منه في حال قضائه ويصير القاطع باقرار المقطوع أنه قطعه في حال قضائه كالمعين للعالم الذي رفع اليه المقطوع واقعتة (ه) أما (لو زعم المقطوع والمأخوذ ماله أنه فعله قبل التقليد)

الاجحة لان الاصل انه متى وقعت المنازعة في الاسناد يحكم الحال كما اذا اختلفا في جريان ما الطاحونة وهو لو فعل في هذه الحالة يجب عليه الضمان فلا يصدق في الاسناد الاجحة بخلاف المسئلة الأولى لانه ثبت الاسناد بمصادقتهما والصحيح هو الاول وهو اختيار فخر الاسلام على البرزوي والصدور الشهيد وتظهره اذا قال العبد لغيره قطعت يدك وأنا عبد وقال المقر له بل قطعتها وأنت حر كان القول قول العبد وكذا اذا قال المولى لعبد قد اعتقه أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد وقال المعتق أخذتها بعد العتق كان القول قول المولى وكذا الوكيل بالبيع اذا قال بعث وسلمت قبل العزل وقال المولى كل بعد العزل كان القول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما فالقول قول المولى كل لانه أخبر عمالكم الانشاء فيصير مدعيها وكذا في مسئلة الغلة لا يصدق في الغلة القائمة لانه أقر بالاخذ وبالاضافة يدعى عليه التملك كذا في شرح الزبلي والنهاية ومعراج الدراية والعبارة للزبلي وقال الزبلي أو ردد في النهاية على المسائل المقدمة ما اذا أعتق المولى أمته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي فقالت هي قطعتها وأنا حرة كان القول قولها وكذا في كل شيء أخذته منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع انه منكر للضمان باسناده الفعل الى حالة منافاة له وأجاب بالفرق بين ما من حيث ان المولى أقر بأخذ

أوبعد العزل فالقول أيضا للقاضي (٥٣٣) في الصحيح لأن القاضي أسند فعله الى حالة منافية للضمان لما مر أن حالة القضاء تنافي

أوبعد العزل فالقول للقاضي أيضا هو الصحيح لانه أسند فعله الى حالة معهوده منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت وأعتقت وأنا مجنون والجنون منه كان معهودا (ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي

أوبعد والقاضي يقول بل فعلته في حال قضائي ففيه خلاف (والصحيح أن القول أيضا للقاضي لانه) أي القاضي (أضافه الى حالة معهوده منافية للضمان فصار كما اذا) انقعا على الطلاق والعناق وقالت المرأة والعبد كان ذلك في صحة عقلك و (قال) بل وأنا مجنون وكان جنونه معهودا) فالقول له وكألو قال أقررتك وأنا ذاهب العقل من رسام وهو معلوم أنه كان به واحترز بقوله هو الصحيح عما قال شمس الأئمة في شرحه للجامع الصغیر ان القول للمدعي لان هذا الفعل حادث فيضاد الى أقرب الاوقات وهذا يخص ما اذا كانت الدعوى بعد العزل خاصة وكذا أقرضه شمس الأئمة فانه قال فاما اذا زعم أي المدعي أنه فعل ذلك بعد العزل فان القول قوله لان هذا الفعل حادث الخ قال ومن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق الابينة فالصحيح يخص ما اذا كانت دعواه انه فعله بعد العزل وليكنه ذكر في تعليقه ما يعبرون القول للقاضي فانه قال لان الاصل ان المنازعة متى وقعت في الحالة الماضية يحكم الحال كسئلة الطاحونة وفي الحال فعليه موجب للضمان عليه وبهذا الاسناد يدعى سقوطه بخلاف الاول حيث تصادقانه فعله وهو قاض الى آخر ما ذكره ولكن المذكور في عامة نسخ شروح الجامع أن القول للقاضي وهو اختيار غير الاسلام والصدور الشهيد لانه بالاسناد الى الحالة المعهوده المنافية للضمان منكر للضمان فالقول قوله كما لو قال الوكيل بالبيع بعد العزل بعث وسلمت قبل العزل فقال الموكل بعده فالقول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما بعينه لم يصدق لانه أخبر عن أمر لا يملك انشاءه فيصير مدعيا وكذا لو قال العبد بعد العتق رجل قطعت يدك خطأ وأنا عبد وقال المقر له بل وأنت حر فالقول للعبد ولا ضمان وكذا اذا قال أخذت مني كل شهر كذا من المال بعد العتق فقال السيد قبله فالقول للسيد ان كانت الغلة هالكه وان كانت قائمة فالقول للعبدو يأخذ من المولى لانه أقر بالاخذ ثم بالاضافة يريد التملك عليه فكان مدعيا وكذا الوصي لو ادعى به بدل و غ اليتيم انه أنفق عليه كذا وهو في يده وادعى اليتيم أنه استملكه فالقول قول الوصي ذكره المحبوبي واستشكل عماد كره في باب جنابه المملوك فبين أعتق جاريته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمي فقالت بل وأنا حرة فالقول لها وكذا كل ما أخذ منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع انه منكر باسناده الى الحالة المعهوده المنافية للضمان ولو قلت أقر هنالك بسبب الضمان وهو القطع ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع فههنا أيضا أقر بسبب الضمان وهو اقراره للمقر له بشي ثم ادعى ما يبرئه بذهاب العقل وكذا القاضي اذا أقر بعد العزل بالاخذ ثم ادعى ما يبرئه بالاسناد وكذا الوصي أجيب بالفرق بأن المولى أقر بأخذ مال الغير وادعى جهة التملك لنفسه فنصدق في الاقرار لافي جهة التملك كما لو قال أخذت منك الفاهي ديني عليك أو الهبة التي وهبتها وأنكر الآخر كان القول للآخر وكذا لو قال أكلت طعامك باذنك وقال غيري اذني فالقول لصاحب الطعام بخلاف القاضي والوكيل والوصي لانهم ما ادعوا جهة التملك لانفسهم وكذا في دعوى الطلاق والعناق ما ادعوا التملك لانفسهم ما هو مملوك الغير ف كان القول قولهم في اضافتهم الى الحالة المعهوده المنافية (قوله ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل) وهو فصل زعم المأخوذ منه والمقطوع ان القاضي فعل ذلك قبل التقليد أوبعد العزل فأقر القاطع والقباض أي فعلت ذلك بأمر القاضي وهو عي في قضائه والمأخوذ منه والمقطوع يده يقول بل قبله أوبعد

الضمان فالقاضي بذلك الاسناد منكر والقول للينكر فصار اسناد القاضي ههنا كاسناد من عهد منه الجنون اذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون اذا كان ذلك منه معلوما بين الناس فان القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعناق لا يضافه الى حالة منافية للايقاع وانما قال هو الصحيح احترازا عما قال شمس الأئمة السرخسي ان القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على أن المنازعة اذا وقعت في الماضي تحكم الحال وفي هذه الحال فعليه موجب للضمان عليه وهو بهذا الاسناد يدعى ما يسقط الضمان عنه وأما في الاولى فقد تصادقانه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهرا لان الأصل أن يكون قضاؤه حقا ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا أن القول للقاضي (ولو أقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي

مالها ثم ادعى التملك لنفسه فيصدق في اقراره ولا يصدق في دعواه التملك له وكذا لو قال لرجل أكلت طعامك باذنك فأنكر الاذن يضمن المقر وهذا الفرق ليس بمخلص والله أعلم اه لعدم جريانه في صورة النزاع

(بضمنان)

في أخذ غلة العبد وقطع يد الامة كما لا يخفى (قوله كاسناد من عهد منه الجنون الخ) أقول في التشبيه لطافة لا تخفى (قوله في هذه الصورة) أقول في الاطلاق تأمل

ضمنا لانهما أقر بسبب الضمان وقول القاضى مقبول في دفع الضمان عن نفسه لافي ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق (لا يقال الآخذ والقاطع في الصورة الثانية أسندا (٥٣٣) الفعل الى حالة منافية للضمان

فكان الواجب أن لا يضمننا كالقاضى لان جهة الضمان راجحة لان اقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية وقضاء القاضى حجة ظاهرة والظاهر لا يعارض القطعى وهذا يقتضى وجوب الضمان على القاضى أيضا لکن ذلك يؤدى الى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول فى القضاء محافاة الضمان (ولو كان المال باقيا فى يد الآخذ وأقر بما أقر به القاضى أخذ منه المال) سواء صدقه الآخوذ منه المال فى أنه فعله فى قضائه أو ادعى أنه فعله فى غير قضائه (لان الآخذ أقر أن اليد كانت للآخوذ منه فلا يصدق فى دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة) فيه لكونه شهادة فرد والله أعلم

(قوله لأن اقرار الرجل الى قوله لا يعارض القطعى) أقول الاقرار دليل ظاهر كما فى أول كتاب الحدود الآن يرد بالقطعية كونه أقوى من قضاء القاضى (قوله لکن ذلك يؤدى الى تضييع الحقوق الخ) أقول هذا جواب عن النقض بتغيير الدليل والاولى أن يجب كما فى النهاية يمنع قوله الآخذ

يضمنان) لانهما أقر بسبب الضمان وقول القاضى مقبول في دفع الضمان عن نفسه لافي ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق (ولو كان المال فى يد الآخذ قائما وقد أقر بما أقر به القاضى والمآخوذ منه المال صدق القاضى فى أنه فعله فى قضائه أو ادعى انه فعله فى غير قضائه يؤخذ منه) لانه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق فى دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة

(يضمنان) ولا يضمن القاضى (لانهما أقر بسبب الضمان) وهو مباشرتهما الآخذ والقاطع (وقبول قول القاضى) فى ذلك (لدفع الضمان عن نفسه) بسبب يخصه وهو كى لا يمتنع الناس عن قبوله فتضييع الحقوق وهى مفسدة عظيمة فلا يوجب بطلانه عن غيره لعدم الاشتراك فى ذلك السبب وقوله (ولو كان المال فى يد الآخذ قائما) هذا قيد فيما يلزم جواب المسئلة المذكورة فى الصورتين بحسب الظاهر فان لازم كون القول للقاضى والقاطع والآخذ فى صورة التصديق على أن الفعل كان فى حالة القضاء أنه لا رجوع بالمال المآخوذ للآخوذ منه مطلقا فانه قد حكم بنفاذ قوله فأدان ذلك أعنى عدم الرجوع فيما اذا كان المآخوذ هالكا أما اذا كان قائما فيؤخذ من القابض سواء صدق القابض فى أنه أخذ فى حال قضائه أو كذبه وقال بل قبل التقليد أو بعد العزل عليه محمدى الزيادة فقال لان الشئ قائم بعينه فلا يصدق أنه أخذه على وجه الحكم فالوا معناه أن القاضى لما أقر بالآخذ يصير شاهدا للغيره بالكلام الثانى واقاره بالآخذ صحيح وشهادته بالملك للغيره باطله ولان القابض أقر بسبب الضمان حيث أقر أن اليد كانت للآخوذ منه فلا تسمع دعواه التملك عليه الا بينة وقول المعزول ليس بينة عليه لانه ليس شاهدا بالدين بل بفعل نفسه المتناق للضمان

٢

تم الجزء الخامس ويليها الجزء السادس أوله كتاب الشهادات

والقاطع أسند الفعل الى حالة منافية للضمان فان حالة القضاء لا تنافى الضمان فى حق غير القاضى لانه كم من غاصب يغصب مال غيره والقاضى فى منصب القضاء قائم وأخذه بأمر القاضى لم يثبت لعدم الحجية اذا الكلام فيه وكذا حال القطع فليست أم والله أعلم

﴿ فهرست الجزء الخامس من فتح القدير ﴾

صحيفة	صحيفة
٢٦٤ فصل ومن اشترى شيئاً مما ينقل ويحول الخ	٢ (كتاب الشركة)
٢٧٤ باب الربا	١٤ فصل لا تنعقد الشركة الخ
٣٠١ باب الحقوق	٣١ فصل في الشركة الفاسدة
٣٠٤ باب الاستحقاق	٣٥ فصل وليس لاحد الشريكين أن يؤدي زكاة
٣٠٩ فصل في بيع الفضولي	مال الآخر الا باذنه
٣٢٣ باب السلم	٣٧ (كتاب الوقف)
٣٥٧ مسائل منسورة	٦١ فصل اختص المسجد بأحكام
٣٦٧ (كتاب الصرف)	٦٧ الفصل الاول في المتولى
٣٨٩ (كتاب الكفالة)	٦٩ الفصل الثاني في الموقوف عليه
٤٢٩ فصل في الضمان	٧٣ (كتاب البيوع)
٤٣٦ باب كفالة الرجلين	٩٧ فصل لما ذكر ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد
٤٣٩ باب كفالة العبد وعنه	الخ
٤٤٣ (كتاب الحوالة)	١١٠ باب خيار الشرط
٤٥٢ (كتاب أدب القاضي)	١٣٧ باب خيار الرؤية
٤٧١ فصل في الحبس	١٥١ باب خيار العيب
٤٧٧ باب كتاب القاضي الى القاضي	١٨٤ باب البيع الفاسد
٤٨٥ فصل آخر	٢٣٧ فصل في أحكامه
٤٩٨ باب التصكيم	٢٣٩ فصل فيما يكره
٥٠٢ مسائل منسورة من كتاب القضاء	٢٤٦ باب الاقالة
٥١٥ فصل في القضاء بالمواريث	٢٥٢ باب المراجعة والتولية
٥٢٩ فصل آخر	