

UNIVERSAL
LIBRARY

OU-234713

UNIVERSAL
LIBRARY

فقرة ٤
١٣٥
A.R.F.13.
١٣٩٥

A 1095

المجزء الخامس

من شرح فتح القدير للعبقر الفقيه تآليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن محمد بن عبد الواحد السبوي 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 النسخة على مذهب الامام الاعظم أبي حنيفة راجعهم الله ونفعنا بهم
آمين

وتم امته شرح العناية على الهداية للامام اكمل الدين محمد بن محمود الباري المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدى جلبي وبسعدى أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

تنبية قد جعلنا الهداية وفتح القدير في الصلب الأول في صدر الصحيفة ويليها الثاني مفضولا بينهم مجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى جلبي في صدر الهامش ويليها الثاني فليعلم

(محل مبعه) مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوني وأخيه بحوار المسجد الحسيني بمصر

﴿ الطبعة الأولى ﴾

بالمطبعة الكبرى الاميرية بيولاقي مضمرا الحمية

سنة ١٣١٦

هجريه

(بالنسم الادبي)

﴿ كتاب الشركة ﴾

مناسبة ترتيب الابواب
المارة انسافت 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
عقبه وهي عبارة عن اختلاط
نصيبين فصاعدا بحيث
لا يعرف أحد النصيبين
من الآخر ثم هي العقد
الخاص بهما وان لم يوجد
اختلاط النصيبين لان
العقد سببه

﴿ بسم الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب الشركة ﴾

﴿ كتاب الشركة ﴾

﴿ كتاب الشركة ﴾

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

هو باسكان الراء في المعروف أو رد الشركة عقب المقفود لتناسيمها بوجهين كون مال أحدهما أمانة
في يد الآخر كأن مال المقفود أمانة في يد الحاضر وكون الاشتراك قد يتحقق في مال المقفود كالموت
مورثه وله وارث آخر والمفقود حتى وهذه مناسبة خاصة بينهما والاولى عامة بينهما وفي الآتي واللقيط
واللقطة على اعتبار وجود مال مع اللقيط وانما تقدم المقفود عايمه أو اولادها لابق لشهول عرضية الهلاك
كلام من نفس المقفود 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 يتميز أحدهما وما قيل انه اختلاط النصيبين تساهل فان الشركة اسم المصدر والمصدر الشركة
مصدر شركت الرجل أشركه شركا فظهر أنها فعل الانسان وقوله الخلط وأما الاختلاط فصفة تثبت للمال
عن فعلهما ليس له اسم من المادة ولا يظن أن اسمه الاشتراك لان الاشتراك فعلهما أيضا مصدر اشتراك
الرجلان افتعال من الشركة ويعدى الى المال بمجرد فيقال اشتركا في المال أي حقا الخلط فيه
فالمال مشترك فيه أي تعلق به اشتركا في أي خلطهما وركنهما في شركة العين اختلاطهما وفي شركة
لعقد اللقط المقيد له هذا ويقال الشركة على العقد نفسه لانه سبب الخلط فاذا قبل شركة العقد

(الشركة جائزة) لأنه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه قال (الشركة ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الأملاك العين يرتها رجلان أو يشتريانها فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي) وهذه الشركة تهتق في غير المذكور في الكتاب كما إذا اتهم رجلان عينا أو ملكاها بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع أحدهما أو بخلطهما

بالإضافة فهي إضافة بيانية (قوله الشركة جائزة إلى آخره) قيل شرعيتها بالكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى فهم شركاء في الثلث وهذا خاص بشركة العين دون المقصود الأصلي الذي هو شركة العقد وقوله تعالى وإن كثيرا من الخلطاء أي من المشتركين لا ينص على جواز كل منهما مع أنه حكاية قول داود عليه الصلاة والسلام أخبار الخصمين عن شريعتهم اذذاك فلا يلزم استمراره في شريعتنا وأما السنة فما في أبي داود وابن ماجه والحاكم عن السائب بن أبي السائب أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم كنت شريك في الجاهلية فكنت خير شريك لا تدارى ولا تمارى وروى أحمد ابن حنبل من حديث عبد الله بن عثمان بن خثيم عن مجاهد عن السائب أن النبي صلى الله عليه وسلم شاركه قبل الإسلام في التجارة فلما كان يوم النسخ جاءه فقال عليه الصلاة والسلام مرحبا بأخي وشريكى كان لا يدارى ولا يعارى بالسائب قد كنت تعمل أعمالا في الجاهلية لا تقبل منك وهي اليوم تقبل منك وكان ذاسلف وصداقة واسم السائب صبي بن عائذ بن عبد الله بن عمر بن مخزوم وقول السهيلي فيه أنه كثير الاضطراب فتم من يرويه عن السائب ومنهم من يرويه عن قيس بن السائب ومنهم من يرويه عن عبد الله بن السائب وهذا اضطراب لا يثبت به شيء ولا تقوم به حجة إنما يصح إذا أراد الخجة في تعيين الشريك من كان أم غرضنا وهو ثبت ومشاركته صلى الله عليه وسلم فثبت على كل حال قال ابراهيم الحاربي في كتابه غريب الحديث يدارى مهموز في الحديث أي يدافع ثم أراد المشايخ هذا التام فبعد أن الشركة كانت على عهد الجاهلية وهو جزء الدليل أعني أنه بعث وهم يتشاركون فقرروهم ومفيد الجزء الثاني ما في أبي داود ومستدرك الحاكم عن أبي هريرة رضي الله عنه عنه عليه الصلاة والسلام قال الله تعالى أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خانا خرجت من بيننا زاد رزين وجاءه الشيطان وضعفه القطان بجهالة والدابي حيان وهو سعيد فان الرواية عن أبي حيان عن أبيه وهو سعيد بن حيان ورواه غيره عن أبي حيان مرسلًا ورواه الدارقطني يدا الله على الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهم ولا شك أن كون الشركة مشروعة أظهر ثبوتها بما ثبتت من هذا الحديث ونحوه إذا التوارث والتعامل بهما من ابن النبي صلى الله عليه وسلم وهم جرام متصل لا يحتاج فيه إلى اثبات حديث بعينه فلهذا لم يرد المصنف على ادعاء نقره صلى الله عليه وسلم عليها (قوله الشركة ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الأملاك العين يرتها الرجلان أو يشتريانها) وظاهر هذا الجمل من القدوري القصر فذكر المصنف أنها لا تقتصر على ما ذكر بل تثبت فيما إذا اتهم عينا أو ملكاها بالاستيلاء بأن استولى على مال حربي يملكه بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع من أحدهما بأن انفق كسبهما المتجاوران فاختلف ما فيه ما أو اختلط بخلطهما ما خلطت مع التمييز كالخطة بالخطة أو بتعسر كالخطة بالشعر ولو قال العين يملكها كان شاملا إلا أن بعضهم ذكر من شركة الأملاك الشركة في الدين فقبل مجاز لأن الدين وصف شرعي لا يملك وقد يقال بل يملك شرعا ولذا أجازته عن عليه وقد يقال إن الهبة مجاز عن الاسقاط ولذا لم تجز من غير من عليه والحق ما ذكرنا من ملكه ولذا ملك ما عنه من العين على الاشتراك حتى إذا دفع من عليه إلى أحدهما شيئا كان الآخر الرجوع عليه بنصف ما أخذ وليس له أن يقول هذا الذي أخذته حصتي وما بقي على المديون حصتك ولا يصح من المديون أيضا أن

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

قال المصنف (شركة الأملاك العين) أقول أي شركة العين فالمصنف مقدر قال المصنف يرتها رجلان أو يشتريانها) أقول قوله يرتها صفة العين كما في قوله تعالى كمثل الجار يجمل أسفارا

قوله ابن خثيم بضم الخاء كما في أسماء الرجال لابن حجر اه

خاطئ يمنع التمييز رأساً والأبجرح ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شركه في جميع الصور ومن غير
شركه بغير إذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى
(والضرب الثاني شركه العقود وركنها الايجاب والقبول وهو أن يقول أحدهما مشاركتك في كذا
وكذا ويقول الآخر قبلت)

يعطيه شيئاً على أنه قضاء وآخر الآخر قالوا والحيلة في اختصاص الآخر أخذت من شركته أن يهبه من
عليه مقدار حصته ويبرئه هو من حصته وحكم هذه الشركه أنه لا يجوز أن يتصرف في نصيب شركته
الابأمره لان كلامه ما في نصيب الآخر كالأجنبي عن الشركه لعدم تضمنها وكالة وأنه يجوز له أن يبيع
نصيبه من الشركه في جميع الصور (و) أما (من غير الشركه) فيجوز بغير إذنه في جميع الصور الا في صورة
الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز) بيع أحدهما نصيبه من غير الشركه (الاباذن الشركه) قال
المصنف (وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى) وحقيقة الفرق ما أشار إليه في الفوائد الظهريه وهو
أن الشركه اذا كانت بين سمان من الابتداء بأن اشترى باحطه أو ورثها كانت كل حصة مشتركة بينهما فيبيع
كل منهما نصيبه شائعاً بمنزلة الشركه والأجنبي بخلاف ما اذا كانت بالخلط والاختلاط لان كل
حصة مملوكة بجميع اجزائها لا يملكها الاخر فبها شركه فاذا باع نصيبه من غير الشركه لا يقدر على
تسليمه الا بالخلط او بائنه نصيب الشركه فيتوقف على اذنه بخلاف بيعه من الشركه للقدره على التسليم
والنسلم وأما ما ذكره شيخ الاسلام من أن خلط الجنس بالجنس تعدى سبب لزوال الملك عن المخلوط ماله الى
المخلوط فاذا حصل بغير تعدى يكون سبب الزوال ثابتاً من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد اثلاً
الى الشركه في حق البيع من الاجنبى غير زائل في حق البيع من الشركه فقد يمنع ثبوت الزوال من
وجه فان تمام السبب فيه هو التعدى فعند عدمه لا يثبت من وجه والا لكانت جميع المسببات
ثابته من وجه قبل اسبابها وأيضاً فالزوال الى الخلط عيناً الى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب
كل منهما زائلاً الى الشركه الاخر عند البيع من الاجنبى بل المترتب عليه اعتباره زائلاً الى الشركه
المخلوط عيناً فلا يلزم اعتبار نصيب كل منهما زائلاً الى الشركه في البيع من الاجنبى بل اعتبار نصيب
غير المخلوط فقط اذا باع من الاجنبى وانما قلنا إن تمام السبب التعدى لان الخلط لا يظهر أثره في ذلك
واعتباريين به أى تعدى هو السبب في زوال الملك في هذا المال فيقال التعدى في خلطه (قوله والضرب
الثاني شركه العقود وركنها الايجاب والقبول) ثم فسرها المصنف بقوله (وهو أن يقول أحدهما
شركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت) أى في كذا من المال وفي كذا من التجارات البرازيه
أو البقاليه في العنان أو في كل مالى ومالك وهما متساويان وفي جميع التجارات وكل كقبل عن الآخر
في المفاوضه ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المفاوضه كما سأتى وليس اللفظ المذكور بل يلزم بل
المعنى ولهذا لودفع ألفاً الى رجل وقال أخرج مثلها واشترها ما كان من ربح فهو بيننا وقبل الآخر
أو أخذها وفضل انعقدت الشركه وينسب الأشهاد عليها وذلك من وجه الله كيفية كتابته فقال
هذا ما اشترى عليه فلان وفلان اشترى على تقوى الله تعالى وأداء الامانه ثم بين قدر رأس مال كل
منهما ويقول ذلك كله في أيديهما يشترى به ويبيعان جميعاً وشترى ويعمل كل منهما برأيه ويبيع بالنقد
والتسيئته وهذا وان ملكه كل بطلاق عقد الشركه الا أن بعض العلماء يقول لا يملكه واحد منهما الا
بالتصریح به فلا تحرز عنه يكتب هذا ثم يقول فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رؤس أموالهما وما
كان من وضعه أو تبعه فكذلك ولا خلاف ان اشتراط الوضعية بخلاف قدر رأس المال باطل واشتراط
الربح متفاوتاً عندنا صحيح فيما سبذ كرفان كانا شرطاً التفاوت فيه كبناء كذلك ويقول اشترى كعلى
ذلك في يوم كذا في شهر كذا وانما يكتب التاريخ كي لا يدعى أحدهما لنفسه حقا فيما اشتراه الاخر قبل

وقوله (خطأ يمنع التمييز رأساً
كخلط الخلط بالخلطه
أو الأبجرح كخلطها
بالشهر وقوله (فإنه لا يجوز)
يعنى البيع (من الاجنبى) الا
بإذن شركه وقوله (وقد
بيننا الفرق في كفاية المنتهى)
قبل الفرق أن خلط الجنس
بالجنس على سبيل التعدى
سبب لزوال الملك عن المخلوط
الى الخلط فاذا حصل بغير
تعدى كان سبب الزوال ثابتاً
من وجه دون وجه فاعتبر
نصيب كل واحد اثلاً الى
الشركه في حق البيع من
الاجنبى غير زائل في حق
البيع من الشركه كأنه
يبيع ملك نفسه فمبلا
بالشبهين

وقوله (قابلا لوكالة) احتراز عن الشركة في التكدى والاحتشاش والاختطاب (٤) والاصطبا فان الملك في هذه الصور

يقع لمن يشره سببه خاصا
لاعلى وجهه الاشتراك
أى شركة العقود كلها
متضمنة لعقد الو كالة ثم
شركة المفاوضات من بينها
مخصوصة يتضمن عقد
الكفالة ثم علل تضمن هذه
العقود الكفالة بقوله
(ليكون ما يستفاد بالتصرف
مشتركا بينهما ما في تحقق
حكمه المطلوب منه) أى
من عقد الشركة وشرح
هذا ان هذه العدة وانما
تضمنت الو كالة لان من حكم
الشركة ثبوت الاشتراك
في المستفاد بالتجارة ولا
يصير المستفاد بالتجارة
مشتركا بينهما الا أن 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 فيقتضى
عقد الشركة وقوله ثم هي
أربعة أوجه ذكر في
وجه الحصر على ذلك ان
الشريكين اما ان يذكرا
المال في العقد أو لافان
ذكرا فاما ان يلزم اشتراط
المساواة في ذلك المال في
رأسه ووجهه أو لافان لزم
فهى المفاوضات والافالنان
وان ليد كراه فاما ان يشترط
العمل فيما بينهما في مال
الغير أو لافالاول الصنائع

وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة (ليكون ما يستفاد بالتصرف
مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه) (ثم هي أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع
وشركة الوجوه فأما شركة المفاوضات فهى أن يشترك الرجلان في مالهما وتصرفهما وديتهما)
لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي
من المساواة قال قائلهم

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

أى متساوين

هذا التاريخ (قوله) وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة) وعقد الشركة
منصوب على المصدر معمول للعقود وكل صور عقود الشركة يتضمن الوكالة وتختص المفاوضات بالكفالة
وانما شرط ذلك (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه) أى حكم عقد الشركة
(المطلوب منه) وهو الاشتراك في الربح اذ لو لم يكن كل منهما وكيل عن صاحبه في النصف وأصلا في
النصف الآخر لا يكون المستفاد مشتركا لاختصاص المشتري بالمشتري واحترازه عن الاشتراك في
التكدى والاختطاب والاحتشاش والاصطبا فان الملك في كل ذلك يختص عن بشر السبب (قوله
ثم هي) أى شركة العقود على (أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه)
قيل في وجه الحصر ان العقد إما أن يذكر فيه مال أو لاف في الذكرا أن تشترط المساواة في المال ووجهه
وتصرفه ونفعه وضرره أو لافان شرط ذلك فهو المفاوضات والافوالعنان وفي عدم ذكر المال (اما أن
يشترط العمل في مال الغير أو لافالاول الصنائع والثاني الوجوه وقيل عليه أنه يقتضى أن شركة الصنائع
والوجوه لا يكونان مفاوضة ولا عنانا وليس كذلك كما سئذ كره فيما أبان في وجهه التقسيم ما ذكره الشيخان
أبو جعفر الطحاوى وأبو الحسن الكرخى حيث قالوا الشركة على ثلاثة أوجه شركة بالاموال وشركة بالاعمال
وشركة بالوجوه وكل منهما على وجهين مفاوضة وعنان وسبب البيان ان شاء الله تعالى (قوله) فأما شركة
المفاوضة فهى أن يشترك الرجلان في مالهما وتصرفهما وديتهما) ويكون كل منهما وكيل
عن الآخر في كل ما يلزمه من عهده ما يشترطه كإلزامه وكيل عنه (لانها شركة عامة) يفوض كل منهما الى
صاحبه على العموم (في التجارات) والتصرفات لان الفوضة الشركة والمفاوضة المساواة فلزم مطلق
المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فعم التساوى في ذلك ولا يخفى أن قول المصنف اذ هي من المساواة تساهل
لانها مادة أخرى فكيف يتحقق الاشتقاق بل هي من التفويض أو الفوض الذى منه فاض الماء اذا عم
وانتشر وانما اراد ان معناها المساواة واستشهد بقول الافوه الاودى

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

وبعد

اذا تولى سراة الناس أمرهم * ناعلى ذلك أمر القوم وازدادوا

وقيل بعده

تهدى الامور بأهل الرأى باصلحت * فان تولت فبالجهال ينقادوا

ومعنى البيت اذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون اليه بل كان كل واحد مستقلا
ينفذ مراده كيف كان تحققت المنازعة كما في قوله تعالى لو كان فيهم - ما آلهة الا الله لفسدنا والسراة
جمع سرى وهو السيد وحقه صاحب الفصل اسم جمع له كركب في راكب والسرى فاعيل جمع على
فعله بالتعريف وأصله سرورة تجررت الواو وانفتح ما قبلها قلبت الفاف صار سراة وأصل سرى سرى

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 عزيز لا يعرف غيره وقيل هو اسم جمع للسرى

وقوله فلا بد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء ما ابتداء فظاهر سناه على ما ذكر من ما أخذ استنطاقه واما انتهاء فلان المفاوضة من العقود الجائزة فان لكل واحد منهم ما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان له واما حكم الابتداء وفي ابتداء المفاوضة تشتط المساواة فكاننا في الانتهاء (وقوله وذلك) أي تحقق المساواة (٦) في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولاية بر التفاضل فيما لا تصح فيه

الشركة كالعروض والديون والعقار حتى لو كان لاحدهما عروض أو ديون على الناس لا تبطل المفاوضة ما لم تقبض الديون وقوله (كل ذلك بانفراده فاسد) أي كل من الوكالة والكفالة في الجهول فاسد حتى لو وكل رجلا وقال وكنك بالشراء أو بشراء الثوب كان فاسدا وكذلك الكفالة للجهول بالمعلوم باطل فالكفالة للجهول بالجهول أولى بالاطلان فان قيل الوكالة العامة جائزة كما اذا قال لا آخرو وكنك في مالي اصنع ما شئت فانه يجوز له ان يتصرف في ماله بأجيب بأن العموم ليس عمرا هناه فانه لا تثبت الو كالة في حق شراء الطعام والكسوة لاهله فاذا لم يكن عاما كان تو كيدا بجهول 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 تبين ان شاء الله تعالى) أقول إشارة الى قوله ولا يبين

فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه وكذا في التصرف لانه لو ملك أحدهما تصرفا لملك الآخر فان التساوي وكذلك في الدين لما تبين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا استحضانا في القياس لا يجوز وهو قول الشافعي وقال مالك لا يعرف ما المفاوضة وجه القياس انها تضمنت الوكالة بجهول الجنس والكفالة بجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم فارضوا فانه أعظم للبركة اجتمعنا وسبقت احدهما بالسكون فنقلت الو او ياء ثم ادغمت في الياء وسيا في 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 فما يمنع 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 زاد بعد الشراء بالمالي 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 فيلزم اشتراطه خروج ولان المساواة قائمة معنى لان الآخر لما ملك نصف المشتري ما نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف ما لم يستحق به لصاحبه غير انه لا يشترط اتحادهما صفة فلو كان لاحدهما دراهم سود ولا آخر مثلها بيض وقيمتاهما متساوية صححت المفاوضة بخلاف ما لو زادت وكذا لو كان لاحدهما ألف ولا آخر مائة دينار وقيمتها ألف صححت فان زادت صارت عنانا وكذا لو ورث أحدهما دراهم أو أتمها تنقلب عنانا ثم المراد بالمالي الذي يلزم فيه التساوي ما تصح به الشركة من الدراهم والدنانير والفلوس على قولهم مادون العروض ولو كان لاحدهما اربعة نفقلم 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 يملكه الآخر فان التساوي وكذا في الدين لما تبين عن قريب (قوله) وهذه الشركة جائزة في قول أصحابنا رحمه الله استحضانا والقياس ان لا يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله وقال مالك رحمه الله لا يعرف ما المفاوضة) وهذا لا يلزم تناقض به كما قيل اذا لم يعرفها فكيف حكم بفسادها لان العالم يقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد والمعنى لا وجود للمفاوضة على الوجه الذي ذكرتموه في الشرع وما لا وجود له شرعا لا صحته وقد حكى عن أصحاب مالك ان المفاوضة تجوز وهي أن يفوض كل منهما الى الآخر التصرف في غيبته وحضوره وتكون يده كيد غير ان لا يشترط التساوي في المسالين وعن روى عنه القول بالمفاوضة الشعبي وابن سيرين ذكره الشيخ أبو بكر الرازي (وجه) قوله ما هو وجه (القياس) أنها تضمنت الو كالة (ب) شراء (بجهول الجنس والكفالة بجهول وكل بانفراده فاسد) ولو قال وكنك بشراء عبد أو ثوب لم يجوز حتى يبين نوعه وصفته ولو كفل لمن سيدينه بما يلزمه لا يصح فاجتماعها يزيد فسادا فان قيل الو كالة العامة جائزة كما لو قال لا آخرو وكنك في مالي اصنع فيه ما شئت حتى يجوز له ان يفعل فيه ما شاء قلنا العموم غير مراد فانه لا يثبت وكالة كل في شراء طعام أهل الآخرو وكسوتهم فاذا لم يكن عاما كان تو كيدا بجهول الجنس (وجه الاستحسان) أمران أحدهما (ما روى عنه صلى الله عليه وسلم) انه قال فارضوا فانه أعظم للبركة) أي ان عقد المفاوضة أعظم للبركة وقوله صلى الله عليه وسلم اذا فاضتم

المسلم والكافر قال المصنف (وقال مالك لا يعرف ما المفاوضة) أقول قال في الكافي فاحسنوا وهو تناقض لانه اذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد اذا تصديق بالانصوري ودهذا بان قوله لا أدري ما يكون حكما بالفساد ولا بالجواز حتى يلزم التناقض اه وفيه بحث

وكذا الناس يعاملونهم غير تكبر وبه يترك القياس والجهالة متعملة تبعاً كما في المضاربة (ولا تتعقد
 الابلغظة المفاوضة) بعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعتبر هو
 المعنى قال (فتجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين أو ذميين لتحقيق التساوي وان كان أحدهما كتابياً
 والآخر مجوسياً بتجوزاً 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 ما 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 فيهن البركة البيع الى اجل والمقارضة واخلاق البر بالشعير للبيت للبيوع وفي
 بعض نسخ ابن ماجه المفاوضة بدل المقارضة ورواه ابراهيم الحاربي في كتاب غريب الحديث وخطبه
 المعارضة بالعز والاضاد وفسر هادي بيع عرض بعرض مثله (والآخر) ما ذكره من (أن الناس تعاملوا
 بها من غير تكبر وبه يترك القياس) لان التعامل كالأجماع ولومعظ ظهور التعامل بها على الشروط
 التي ذكرتم من المساواة في جميع ما يملكه كل من النقود بل 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 (كما في المضاربة) فانها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس وكذا شركة العنان فلا يتم
 الا لزام وانتظم الكلام الكلي وهو قوله والجهالة متعملة تبعاً الجواب عن الزام الكفالة للمجهول وفصل
 الجواب فيها في المبسوط فقال وأما الجهالة فعينها لا تبطل الكفالة ولكن يمكن المنازعة بسببها وهو
 منعدم هنا لان كل واحد انما يصير رضاهما عن صاحبه مالزمه بتجارته وعند اللزوم المضمون له والمضمون
 به معلوم وكان المصنف انما يرجع عليه لانه لو صح صحت الكفالة للمجهول ابتداء لان عند اللزوم
 لا بد ان يتعين المذكور له فاكتفى بنفي الا لزام بما ذكر من ان الشيء قد يصح تبعاً لقصد ولا يلزم من عدم
 صحة الكفالة كذلك قصد عدم صحتها ضمناً وعلى هذا يمكن اثبات صحتها بشرعاً أخذ من هذا الجواب
 هكذا تصرف نافع لمانع فيه في الشرع فوجب صحتها والمانع وهو الوكالة للمجهول والكفالة للمجهول
 يمنع اذا ثبت قصد اذ ثبت قصد اذ ثبت قصد اذ ثبت ضمناً فان قيل فن أين اشتراط
 المساواة في المال قلنا هذا امر يرجع الى مجرد الاصطلاح وذلك أن الشركة في صورة يكون الشريكان
 متساويي المائين على وجه التنبؤ بل على العموم جائزة بلا مانع كما في صورة عدم تساويهما فقلنا ان
 عقد ا على الوجه الاول سمي الشركة مفاوضة والاسميناها عنانا غير اننا كتفينا بلفظ المناوضة في ثبوت
 الشرط المذكور بلعنا اياه علماء على تمام المساواة في أمر الشركة فاذا ذكرنا اثبت أحكامها اقامة اللفظ
 متسام المعنى بخلاف ما اذا لم يذكرها لعدم تحقق رضاها بأحكامها الا أن يذ كر اتمام معناها بان يقول
 أحدهما وهما حران مسلمان بالغان أو ذميان شاركتهما في جميع ما أملاك من نقد و قدر ما أملاك على وجه
 التفويض العام من كل منالالاخر في التجارات والتقدم والنسيئة وعلى ان كلامنا ضمناً على الآخر
 ما يلزمه من أمر كل بيع وهذا قول المصنف (وتتعد بلفظ المناوضة بعد 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 عنانا 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
 تعدد المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحداً منهما ما الا باذن المولى

قوله والجهالة متعملة
 تبعاً كما في المضاربة) يعني
 الوكالة بمجهول الجنس
 موجودة في المضاربة وهي
 جائزة هناك تبعاً فكذلك
 ههنا ألا 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) يوضحه ان
 الكفالة بشرط براءة الاصيل
 حوالة والحوالة بشرط
 ضمان الاصيل كقالة وقوله
 (لما قلنا) اشارة الى قوله
 لتحقيق التساوي أي في
 كونهما 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 يتساويان في التصرف فان الجوسى يتصرف في الموقوذة لا اعتقاده المالية فيها او الكتابى لا يتصرف فيها وكذلك الكتابى بواجز نفسه للذبح دون الجوسى لان ذبيحته لا تحل وكذلك تصح بين الحنفى والشافعى (أ) مع وجود التفاوت بينهما كما قال أبو يوسف وأجيب بأن عدم المساواة مبطل

للعندلا بحالة والتفاوت في الموقوذة لم يعتبر لان من جعل الموقوذة مالا متقوما لا يفصل فيه بين الكتابى والجوسى فتتحقق المساواة وأما ما أوجره نفسه للذبح فان المساواة بينهما ثابتة في ذلك معنى لان كل واحد من الكتابى والجوسى من أهل ان يتقبل ذلك العمل على أن يقبضه بنفسه أو بنائبه جارة الجوسى للذبح صحة يستوجب بها الاجروان كان لا تحل ذبيحته وأما مسألة الحنفى والشافعى فان المساواة بينهما ثابتة لان دلالة قامت على ان متروك التسمية عامد اليس يعال متقوم ولا يجوز التصرف فيه للحنفى والشافعى جميعا بيبوت ولاية الازام بالمحاجة فتتحقق المساواة بينهما فى المال والتصرف وقوله (ولابن الصبيبين) يعنى وان أذن لهما أبوهما لان بنى المفاوضة على الكفالة وهم اليسامن أهل ذلك وكذلك المكاتبان وقوله (ان هو) أى العنان قد يكون خاصا وقد يكون عاما

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 يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشفعوى والحنفى فانها جائزة وتفاوتان فى التصرف فى متروك التسمية الا انه يكره لان الذى لا يمتدى الى الجائز من العقود ولهما انه لا تساوى فى التصرف فان الذى لو اشترى رأس المال خورا أو خنازير يصح ولو اشترىها مسلم لا يصح (ولا يجوز بين العبدین ولا بين الصبيین ولا بين المكاتبین) لان عدم صحة الكفالة وفى كل موضع لم تصح المفاوضة لفقده شرطها ولا يشترط ذلك فى العنان كان عننا الاستحجام 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 أبي حنيفة ومحمد والله وقال أبو يوسف رحمه 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 والحنفى فانها جائزة وتفاوتان فى العقد على متروك التسمية الا انه يكره) أى عقد الشركة بين المسلم والكافر (لان الذى لا يمتدى الى الجائز من العقود ولا يجتر من الربا فيكون سببا لوقوع المسلم فى أكل الحرام) وقوله الا انه يكره استثناء من قوله قال أبو يوسف يجوز ببناء على استعمال الجواز فى أعم من الاباحة بمعنى استواء الطرفين وهو ما لا يعاقب عليه وفيه نظر لان قضية الاستثناء ان ينتفى الحكم عما بعد الا فيكون قد أخرج الكراهة التى يتضمنها الجواز عنه فلا يثبت فانها هو واستدراك من الجواز فان مطلقه ينصرف الى غير المكروه فاستدرك منه الكراهة أى لکنه مكروه وبعض أهل الدرس قالوا يريد الاستثناء المنقطع لما رأوه بمعنى لکن وهو غلط لان المستثنى فى المتصل والمنقطع يخرج من حكم الصدر فالجواز لم يجزى فى قولك جاؤا الاحراما فيقتضى اخراج الكراهة عن ثبوت الجواز فلا تثبت الكراهة (ولهما انه لا تساوى فى التصرف فان الذى لو اشترى رأس ماله خورا أو خنازير يصح ولو اشترىها مسلم لا يصح) لكن بقى قول أبي يوسف كالمفاوضة بين الحنفى والشافعى مع التفاوت فيما يملك لم يجب عنه وكذا بين الكتابى والجوسى فان الجوسى يتصرف فى الموقوذة لانه يعتقد ما للمتا دون الكتابى وكذا الكتابى بواجز نفسه للذبح دون الجوسى وأجيب بأن منهم من جعل الموقوذة مالا متقوما فى حقهم فلا فصل بين الجوسى والكتابى 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 الاجروان كان لا تحل ذبيحته وأما الحنفى والشافعى فالمساواة ثابتة لان الدامل على كونه ليس مالا متقوما قائم وولاية الازام بالمحاجة ثابتة بانحداد الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعى كالحنفى وأما المسلم المرتد فلا يجوز الشركة بينهما فى قولهم هكذا ذكره الكرخى وذكر فى الاصل قياس قول أبي يوسف انه يجوز عنده (قوله ولابن الصبيبين) يعنى ولو أذن وليهما لهما اليسامن أهل الكفالة ولا بين العبدین والمكاتبین (قوله وفى كل موضع لم تصح المفاوضة لفقده شرطها الخ) وذلك كما لو عقد بالغ وصبي أو حر وعبد أو مكاتب أو شرط عدم الكفالة تصير عننا وان عم التصرف والمال وتساوى بافیه لان عقد

عامة فيها جازان يذ كر لفظ المفاوضة ويراد معنى العنان كما يجوز اثبات معنى الخصوص بلفظ العموم شركة

(قوله على أن يقبضه بنفسه أو بنائبه الخ) أقول فيه بحيث فان المسلم أبضامن أهل ان يشتري الخمر والخنزير بنائبه كما سيجى فى كتاب الو كالة وجوابه ان احارة نفسه صحه دون اشتراء المسلم الخمر فتأمل

(قوله وتنعقد على الوكالة والكفالة) أي تنعقد شركة المعاوضة على الوكعة كعامة الشركات ليحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه في قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً على الكفالة هو على معنى أن يطالب كل واحد من شريكي المعاوضة بما يشاء الآخر وإليه أشار بقوله لتحقيق المساواة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما جميعاً وقوله (لأن مقتضى العقد تعليل المستثنى منه) وهو قوله قد يكون على الشركة وقوله (لما بينا) إشارة إلى هذا التعليل وقوله (وللبائع) أي لبائع الطعام والكسوة (قوله) فما يصح الاشتراك فيه المبيع والشراء والاستحجار أما صورة البيع والشراء فظاهرة وأما صورة الاستحجار فهو أن يستأجر أحد المتفاوضين أجيراً في تجارتهم أو دابة أو شيئاً من الأشياء فلم يؤثر أن يأخذ أيهما شاء لأن الأجرة من عقود التجارة وكل واحد منهما ما كفى عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك أن استأجره لم حاجة نفسه أو استأجره لبلد إلى مكة فيحج عليها فلا يكره أن يأخذ أيهما شاء إلا أن شريكه إذا أدى من خالص ماله رجع به عليه لأنه أدى ما كفل عنه بأمره وإن أدى (٩) من مال الشركة رجع عليه بنصيب من المؤدى

وأما في شركة العنان فلا يؤخذ

بغير الذي استأجره لأنه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه ومن القسم الآخر الجنابة على بن آدم والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة فلو أدى رجل على أحد المتفاوضين جراحة خطأها ارش مقدر واستخلفه خلف ثم أراد أن يستخلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لأن كل واحد منهم ما كفى عن صاحبه فيما يلزمه بسبب التجارة فإما ما يلزمه بسبب الجنابة فلا يكون الآخر كفيلاً به إلا ترى أنه لو ثبت باليمنة أو عناية السبب لم يكن على الشريك من وجهه شيء ولا خصومة للجنى عليه معه وكذلك المهر والخلع والصلح عن جنابة العمد والنفقة إذا ادعاه على أحدهما وحلّقه

قال (وتنعقد على الوكالة والكفالة) أما الوكالة فتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه وأما الكفالة فتحقق المساواة فيما هو من موجبات التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعاً قال (وما يشتر به كل واحد منهما ما يكون على الشركة الاطعام أهله وكسوتهم) وكذا كسونه وكذا الأدم لأن مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف وكان شراء أحدهما كشرائه ما لا استثناء في الكتاب وهو استحسان لأنه مستثنى عن المعاوضة للضرورة فإن الحاجة الراتبية معلومة الوقوع ولا يمكن إيجابه على صاحبه إلا بالتصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس أن يكون على الشركة لما بيننا (وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء) المشتري بالأصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع التكفيل على المشتري بخصته مما أدى لأنه قضى ديناً عليه من مال مشترك بينهما قال (وما يلزم كل واحد منهما من الدين بدلا عما يصح فيه الاشتراك) فالأخر ضامن له تحقيقاً للمساواة فيما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستحجار ومن القسم الآخر الجنابة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة

شركة العنان قد يكون عاماً كما يكون خاصاً بخلاف المعاوضة لا تكون إلا عامة (قوله وتنعقد) أي المعاوضة (على الوكالة والكفالة) وإن لم يصرح بهما فإن ذلك موجب اللفظ فيثبت بذكره أي وكالة كل منهما عن الآخر في نصف ما يشتر به وكفالة كل منهما الآخر (أما) انعقادها على (الوكالة) لتحقيق غرض الشركة وقوله (على ما بيناه) يريد قوله ليكون ما يستفاد به على الشركة فيتحقق الاشتراك في البيع (وأما الكفالة) فتحقق المساواة التي هي مقتضى المعاوضة (فما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما) بسبب ما هو من أفعالها وما يشبه ما هو وتجارة (وما يشتر به كل واحد منهما ما يكون على الشركة الاطعام أهله وكسوتهم) فيختص به ومع ذلك يكون الآخر كفيلاً عنه حتى كان لبائع الطعام والكسوة ولعياله وأدامهم أن يطالب الآخر ويرجع الآخر بما أدى على الشريك المشتري بخلاف ما لو اشترى أحدهما جارية للوط عبادهن شريكه فإنه يختص بهما على ما سأل في آخر الشركة إن شاء الله تعالى وإنما اختص بذلك ولم يقع على الشركة استحساناً بالضرورة (فإن الحاجة الراتبية معلومة وقوعها) أي المستتر من قوله هم رتب الشيء إذا دام ومنه أمر ترتب أي دائم بفتح التاء الثانية وضمها (ولا يمكن إيجاب نفقة عياله على صاحبه) فكان مستثنى ضرورة (والقياس وقوعه على الشركة لما بيننا) من أن مقتضى العقد المساواة ثم كفالة كل الآخر انتهى فيما هو ومن ضمان التجارة

(٣ فتح القدير - خامس) عليه ليس له أن يحلّ الآخر لما بيننا وصورة الخلع ماذا كانت المرأة عقدت عقداً للمعاوضة ثم خالعت مع زوجها فلزم عليهما من بدل الخلع لا يلزم شريكها وكذا الوأقرت ببذل الخلع لا يلزم على شريكها ومن هذا يتبين صورة غيره

قال المصنف (وللبائع أن يأخذ بالثمن إلى قوله ما أدى) أقول ما ثبت بالضرورة بتقدير ضرورة ولهذا لم يتعد إلى الكفالة وبقيت على مقتضى القياس فلستأمل قال المصنف (فما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستحجار) أقول قال الاتقاني ولنا في عبارة صاحب الهداية نظراً لأن حق الكلام أن يقول فما يصح فيه الاشتراك من المشتري وأجرة ما استأجره لأنه هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستحجار كذلك حق الكلام أن يقول ومن القسم الآخر الجنابة والمهر والنفقة الخ لأن ما هي الدين الواقعة بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الجنابة والنكاح والخلع أنفسها إلى آخر ما قال في علم بأدنى فتران شاء الله تعالى اه وفيه بحث وفي قوله لأنه 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 فيما يصح الاشتراك فيه المشتري والمستأجر وقس عليه

(قوله ولو كفل أحدهما) ظاهر (قوله ولو صدر) يعني عقد الكفالة وإنما قيد بحال المرض لأن المريض لو أقر بالكفالة السابقة في حال الصحة يعتبر ذلك من جميع المال بالاجماع لأن الإقرار بها يلاقى حال بقائها وفي حال البقاء الكفالة معاوضة (قوله فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المفاوضة) يعني (١٠) وحاجتها هنا إلى البقاء إذا المطالبة نتوجه بعد الكفالة لأنها حكمها فالزم المال على

قال (ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة وقال لا يلزمه) لأنه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالأقراض والكفالة بالنفس ولا بي حنيفة أنه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لأنه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر إلى الابتداء لم تصح من ذكره وتصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لأنها تبرع ابتداء وانتهاء وأما الأقراض فعن أبي حنيفة أنه يلزم صاحبه ولو سلم فهو إعارة

أما ويشبه ضمان التجارة فيكون صاحب الدين بالخيار إن شاء أخذ المشترى منه بدينه وإن شاء أخذه شريكه وضمن التجارة كمن المشتري في البيع الجائر وقيمتها في الفاسد وأجرة ما استأجره سواء استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة وما يشبه ضمان التجارة ضمان غصب أو استهلاك عند أبي حنيفة أو ودیعة إذا جدها أو استهلكها وكذا العارية لأن تقرر الضمان في هذا الموضع يفيد له ثلث الأصل فتصير في معنى التجارة ولو لحق أحدهما ضمان لا يشبهه ضمان التجارة لا يؤخذ به كاروش الجنایات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص وعن هذا ليس له أن يخلف الشريك على العلم إذا أنكر الشريك الجنائي بخلاف ما لو ادعى على أحدهما ما يبيع خادم فأنكر فلم يدعي أن يخلف المدعي عليه على البنات وشريكه على العلم لأن كل واحد لو أقر بما ادعاه المدعي يلزمه ما بخلاف الجنائية لو أقر أحدهما ما لا يلزم الآخر فلا فائدة في الاستحلاف وصورة الخلع ما لو عقدت امرأة شركة مفاوضة مع رجل أو امرأة ثم خالعت زوجها على مال لا يلزم شريكها وكذا لو أقرت ببذل الخلع أو التزمت أحد الشريكين وهو أجنبي (قوله ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يلزم صاحبه لأنه) أي الكفيل (متبرع ولهذا التصح) الكفالة (من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولهذا) أيضا (لو صدر) أي عقد الكفالة (من المريض مرض الموت صح من الثلث وصار كالأقراض) إذا أقرض أحدهما من مال التجارة لأنسان لا يلزم الشريك وإنما اقتصر على صدور عقد الكفالة في المرض لأن المريض لو أقر بكفالة سابقة على المرض لزمته في كل المال بالاجماع لأن الإقرار به يلاقى حال بقائها وهي في حال البقاء معاوضة على ما سئذ كرهه في الأسرار وكون الأقراض 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 إلى الأيضاح وعبارة الأيضاح نقلها في النهاية وغريها هكذا قال يضمن بمعنى المقرض لشريكه توى المال ولم يتو وقياس قول أبي يوسف يضمن المقرض حصته 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 أنه) أي عقد الكفالة (عقد تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء) كالهبة بشرط العوض (لأنه) أي الكفيل المدلول عليه بالكفالة (يستوجب الضمان على المكفول عنه بما يؤدي عنه) إذا كفل بأمره فيلزم شريكه بعد ما لزم عليه (فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر إلى الابتداء لا يصح من ذكره) والوجه أن يقول ممن ذكره يعني الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولا يبعد أن يكون مبنيا

الشريك الضامن لزم على الآخر ولهذا هو حالة البقاء بخلاف الصبي وغيره لأن كلامنا في الابتداء أنه هل يلزمه أو لا فاعتبرنا جهة التبرع فيه ولم نعتبر هنا لأن الابتداء نمة محتاج إليه ولا كذلك هنا الصحة الابتداء لكون الضامن من أهل الضمان دون الصبي (قوله لم يصح من ذكره يريد به الصبي والمجنون الخ) وأما الأقراض فعند أبي حنيفة يعني أن فيه روايتين قال في المسوط إن أقرض أحد المتفاوضين يلزم شريكه عند أبي حنيفة لأنه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لأنه تبرع (قوله ولئن سلم فهو إعارة) أي ولئن سلمنا إن أقرض أحد المتفاوضين لا يلزم صاحبه فأما لا يلزم لأن الأقراض إعارة لمعاوضة بدليل جوازها إذ لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسيئة في الأموال الربوية فعلم بهذان ما يأخذ المقرض بعد الأقراض حكم عين ما أقرضه لا حكم بدله كافي الإعارة الحقيقية

قيد صدور بحال المرض قال المصنف (لأنه يستوجب الضمان) أقول تغليل لكون الكفالة معاوضة للمفعول فيها بقاء قال المصنف (وبالنظر إلى الابتداء لم يصح من 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 المبنى للمفعول فلعله وقع هكذا من قلم الكاتب اه والامرفيه سهل فان الضمير المستتر راجع إليهما بتأويل المذكور بل من ذكر

(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) اشارة 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 مذهب اليه الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير من التفرقة بينهما وأجاب عن اطلاق جواب الكتاب أي الجامع الصغير بأنه محمول على المفيد وهو الكفالة بالامر لانه حينئذ تكون معاوضة انتهاء والإفهاء متبرع ابتداء وانما فلا يلزم شريكه (١١) وضمنان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة

عند أبي حنيفة يعني في انه يلزم شريكه وعند محمد ضمنان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة في أنه يلزمه أيضا وعن أبي يوسف في غير رواية الاصول انه لا يلزم الشريك وتلمح تحرير المذاهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما عترض 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 وجب بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كارش الخناية ولهم أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة لانه بدل مال محتوم للشركة فانه يجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمنان وكذلك يصح اقرار المأذون له

فيكون مثلها احكم عينها الاحكم 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

للمقول بلا ضمير وان سقط من قلم الكاتب ما يشبه الهاء وهذا لان الكفالة في الابتداء تبرع فلا يتصور تمامها معاوضة لان التمام بناء على الابتداء وقد يقال ان الكفالة تلاقى الذمة والذمة في المأذون كالشركة بينه وبين المولى حتى يصح اقرار المولى عليه في الذمة بقدر قيمته فلم تلاق الكفالة حقه بخلاف الحر البالغ لانها لاقت حقه فصحت ثم تمت معاوضة فلزمت الشريك لان لزومها ليس في حال البقاء لانا انما نقول يلزم شريكه بعد ما يلزم 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 لمعاوضة والا كان يبيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية (فيكون مثلها) أي للمثل الدرهم أو الدينار المقروضة (حكم عينها الاحكم البدل ولهذا لا يصح فيه التأجيل) أي لا يلزم ان يجري على موجب التأجيل في الاعارة والقرض والالزام الجبر فيما فيه تبرع وهو باطل على ان عن أبي حنيفة رواية الحسن في القرض انه يلزم الشريك بناء على شبيه المعاوضة بلزوم المثل فلنا ان نمنع (قوله ولو كانت الكفالة بغير أمره) أي امر المكفول عنه (لا يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة) انتهاء أيضا اذ لا يتمكن من الرجوع عليه وقوله في الصحيح يشير الى خلاف المشايخ وما ذكره المصنف مختار الفقيه أبي الليث وحمل مطلق جواب الجامع الصغير عليه وعامة المشايخ جروا على الاطلاق ولم يتعروضا للتفرقة بين كونها بأمره أولا (قوله وضمنان الغصب والاستهلاك) وكذا ضمان الخالفة في الوديعة والعارية والاقرار بهذه الاشياء تلزم شريكه ولا معنى لتخصيص المصنف بأحنيقة هنا لان في ضمان الغصب والاستهلاك محمدا مع أبي حنيفة في انه يلزم شريكه وفي الكفالة مع أبي يوسف كانه نفا لابي يوسف فيهما انه ضمان وجب بسبب غير تجارة فلا يلزم شريكه كارش الخناية ولانه بدل المستهلك والمستهلك لا يتحمله الشركة ولهما ان ضمان الغصب والاستهلاك كضمنان التجارة ولهذا يصح اقرار المأذون به عبدا كان أو صبياحرا وكذا المكاتب ويؤاخذ به في الحال ثم هو بدل مال نصح فيه الشركة لانه انما تجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك وكذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمنان واذا كان كذلك كان كل من المتفاوضين ملتزما له ضرره ونقصه وفي الكافي الاعارة للرهن نظير الكفالة خلافا وتعميلا 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 شهادته لم يلزم الآخر عند أبي حنيفة ويلزمه عندهما وأصله ان الوكيل لا يملك العقد مع هؤلاء عنده خلافا

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 سأتى لهما ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة فليتمل في التوجيه (قوله يظهر لك سقوط ما عترض به) أقول فيه بحث والمعتزلة بالسبب والكاكي (قوله فانه يجب بأصل السبب الخ) أقول فيه اشارة الى جواب سؤال بأن المستهلك لا يحتمل الشركة انما لعدم غير قابل للملك (قوله ولهذا ملك المغصوب الخ) أقول مستندا الى أصل السبب (قوله وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون الخ) أقول الظاهر ان هذه الواو ازايدة وان اتفقت على اثباتها النسخ والمأذون صفة الصبي

وقوله (وان ورث أحدهما مالا) بالتوين (١٣) أي المال الذي أصبح فيه الشركة كالدرهم والدنانير والفولس الناقصة بطلت

المفاوضة لما ذكر في الكتاب وقوله (فان المساواة ليست بشرط فيه) أي في العنان ابتداء وكل ما ليس بشرط ابتداء ليس بشرط فيه وما لأن لدوامه 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 اعترض عليه بأن عقد الاجارة عقد لازم ومع هذا فلدوامه حكم الابتداء حتى انها لا تبقى بموت أحد المتعاقدين حينئذ كيف يصح التعليل بعدم اللزوم 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 مطلوبنا لان الموجبة الكلية لا تنعكس كنفها وان ورث أحدهما عرضا فهو ولا تنفسد

قال (وان ورث أحدهما مالا) أي المال الذي أصبح فيه الشركة أو وهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا) لفوات 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 لانه كان فان المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم (وان ورث أحدهما عرضا فهو ولا تنفسد المفاوضة) وكذا العقار لانه لا تنصح فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه

وهما وسياق ان شاء الله تعالى (قوله وان ورث أحدهما مالا) أي المال الذي أصبح فيه الشركة فبطلت المفاوضة وصارت عنانا) وكذا اذا وهب له فقبضه أو تصدق به عليه أو وصى له به أو زادت قيمة دراهم أحدهما البيض على دراهم الآخر السودا ودنانيره قبل الشراء على ما قدمنا كل ذلك اذا وصل الى يده صارت عنانا ولو ورث مالا تنصح فيه الشركة كالعقار والعروض اختص به ولا تبطل المفاوضة وكذا في باقي الاسباب التي ذكرناها وانما بطلت لفوات المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة اذ هي أي المساواة شرط لبقاء محتمل ابتداء وبقائه وانما كان ما هو شرط ابتداءها بشرط لبقائها لكونه أي عقد الشركة عقدا غير لازم فان أحدهما بعد العقد ولو أراد فسحها فسحها أو ورد عليه كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لأن لبقائها حكم الابتداء والاجارة عقد لازم حتى لا ينفرد أحد العاقدين فيها بالفسح بل يجبر القاضي الممتنع على المضي ومع ذلك لدوامها حكم الابتداء حتى لا تبقى بموت أحد المتعاقدين فتبين 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 واللزوم أصل في المعاوضات تحققالانظر من الجانبين وانفساخه بموت أحدهما مالا باعتبار ان لدوامه حكم الابتداء بل باعتبار فوت المستحق لان الدار تنتقل الى ملك الوارث بموت المستأجر فلو بقيت لزوم اثار المنفعة المجردة هي لا تورث ولهذا الوصية لا تجوز له بخدمة العبد تبطل الوصية ولا تنتقل الى ورثته لان المنفعة المجردة لا تورث وان كانت الوصية لازمة ولا بأس ان تذكر فروعاً 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 اشتراه 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 وكه 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 اشتري هذا العبد بيني وبينك فقال نعم ثم اشتراه المأمور فالعبد بين الأمرين نصفين ولا شيء للشري في نفسه لان الاول وكه بشراه نصفه له وقبل فصار بحيث لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه فكذلك غيره لانه انما يملك لغيره ما يملك شراه لنفسه ولما أمره الثاني ان يشتريه بينهما فقد أمره بشراه نصفه له فينصرف الى النصف الآخر لان مقصودهما صحيح هذا العقد وقد قبل ولا يمكن تصحيحه الا بذلك ولو اشترى رجل عبدا وقبضه فطلب اليه آخر ان يشتريه فاشترى فيه فله نصفه بمثل نصف الثمن الذي اشتراه به وهذا بناء على ان مقتضى الشركة يقتضى التسوية قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث الا أن يبين خلافه ولو 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 مملكا فنصف نصيبه فيجتمع له نصف العبد وفي الاستحسان له ثلثه لانهم احب من اشركه سويا بانفسهما وكان كأنه اشترى العبد مدعهما ولو اشركه

أحد الرجلين في نصيبه ونهيب الآخر فأجاز شريكه ذلك كان الرجل نصفه وللشريكين نصفه وهو ظاهر وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رجه - ما لله أن أحد الشريكين إذا قال لرجل أشركتك في هذا العبد فأجاز شريكه كان بينهما - مائتا لنان الأجازة في الانتهاء كالأذن 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 سماعة عن أبي يوسف كان مملوكا جميع نصيبه منه بمنزلة قوله قد أشركتك بنصفه ألا ترى أن المشتري لو كان واحدا فقال لرجل أشركتك في نصفه كان له نصف العبد كقوله أشركتك بنصفه بخلاف ما لو قال أشركتك في نصيبه فإنه لا يمكن أن يجعل به - ذا اللفظ مملوكا جميع نصيبه بأفامة حرف في مقام حرف الباء فإنه لو قال أشركتك بنصبي كان باطلا فلهذا كان له نصف نصيبه واعلم أن ثبوت الشركة فيما ذكرنا كونه ينبت على ضرورة المشتري بأعماله الذي أشركه وهو استفاد الملك منه فأنبت على هذا أن من اشترى عبدا فلم يقبضه - حتى أشرك فيه رجلا لم يجز لأنه يبيع ما لم يقبض كالأول ولا ياباه ولو أشركه بعد القبض ولم يسلمه له - حتى هلك لم يلزمه من أن هلك المبيع في يد البائع قبل التسليم يبطل البيع ويعلم أنه لا بد من قبول الذي أشركه لأن لفظ أشركتك صار واجبا للبيع ولو قال أشركتك في نفسه على أن تنقد عني الثمن ففعل كانت شركة فاسدة لأنه يبيع بشرط فاسد وهو أن تنقد عنه ثمن نصفه الذي هو له ولو قد غنه بجمع عليه بما نقد لأنه قضى دينه بأمره ولا شيء له في العبد لأن الاشتراك كان فاسدا والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيئا ولو قبض نصف المبيع ثم أشرك فيه آخر مملوك الآخر نصف العبد لأن النصف الذي قبضه لأن الاشتراك يقتضي التسوية وإنما يصح إذا انصرف اشراكه إلى الكل ثم يصح في المقبوض لوجود شرطه لأن تصحيح التصرف يكون على وجه لا يخالف اللفظ وقضية اللفظ اشراكه في كاه ولو قال رجل لا خرايأنا اشترى هذا العبد فقد أشرك فيه صاحبه أو فصاحبه فيه شريكه فهو جائز لأن كلامه - ماموكل لصاحبه بأن يشتري نصف العبد له فأيهما اشتراه كان مشتريا نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه فإذا قبضه فهو كقبضهما لأن يد الوكيل كيد الموكل ما لم يمنع حتى لو مات كان من مالهما فإن اشترياه معا واشترى أحدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الآخر كان بينهما التمام مقصود كل منهما - ما ولو قد أحدهما كل الثمن في هذه الصورة ولو غير أمر صاحبه بجمع نصفه عليه - لأن بالعقد السابق بينهما صار كل منهما وكيلًا عن الآخر في نقد الثمن من ماله كالأول اشتراه أحدهما ونقد الثمن فان أذن كل منهما لشريكه في بيعه فباعه أحدهما على أنه نصفه كان بأعنا نصيب شريكه بنصف الثمن ولو باعه الآخر نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينهما وبين شريكه نصفيين في قياس قول أبي حنيفة وفي قولهما البيع على نصف الأمور خاصة ومبناه على فصلين أحدهما أن عند أبي حنيفة أن الوكيل يبيع العبد بملك يبيع نصفه ولو وكيل يبيع نصفه بملك يبيع ذلك النصف وعندهما لا يملك والثاني أن من قال بعثك هذا النصفه بألف كان بأعنا للنصف بألف ولو قال بعثك بألف على أن لي نصفه كان بأعنا للنصف بجمسائة لأن الكلام المقيد بالاس - تننا عبارة عما وراء المستثنى فكانه قال بعثك نصفه بألف فأما قوله على أن لي نصفه فإفصاه ضم نفسه إلى المشتري فيما باعه منه وهذا وإن كان في ملكه ولكنه إذا كان مفيدا تصح كافي شراء مال المضاربة من المضارب فكان للمشتري هو مال نفسه مع المشتري فينقسم الثمن عليهما فيسقط نصفه عنه فيبقى نصف العبد بنصف الثمن على المشتري **مسئله** اشترى نصف عبدا بمائة واشترى آخر نصفه الآخر بمائتين ثم باعه مسأومة بثلاثمائة أو بمائتين فالثمن بينهما نصفين ولو باعه مرابحة بر مائة أو بال عشرة أحد عشر كان الثمن بينهما اثلاثا لأن الثمن في بيع المسأومة يقابل الملك فيعتبر الملك في المحل دون الثمن الأول وأما بيع المرابحة والتولية

فصل لما كان البحث عما تنعقد به شركة المفاوضة غير البحث عنها فصل عما قبله في فصل على حدته وقال (ولا تنعقد الشركة) أي شركة المفاوضة لأن الكلام فيما إذا ذكر فيها المال إلا بالدراهم والدنانير وانما قيد بقولنا إذا ذكر فيها المال لأن ذكر المال ليس ببحث فيها فان المفاوضة تجوز في شركة الوجوه والتقبل ولا يشترط فيها المال وكلامه واضح غير أن في ذلك خلاف ما لك رحمه الله نظر لما تقدم من قوله وقال مالك لأعرف ما المفاوضة (١٤) الا اذا ثبت عنه روايتان أو يكون تفرعاً على قول من يقول بها صبيح

فصل (ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلس النافقة) وقال مالك تجوز بالعروض والمكيل والموزون أيضاً إذا كان الجنس واحداً لا تنعقدت على رأس مال معلوم فأشبهه القود بخلاف المضاربة لأن القياس بأبها لما فيها من ربح مالم يضمن

والوضعية فباعتبار الثمن الأول الأثرى أنه لا تستقيم هذه البيوع في الغصوب لعدم الثمن ويستقيم ببيع المساومة فيه وكذلك كان مشتري بعوض لا مثل له والثمن الأول كان اثلاً لا يبينه ما فكذلك الثاني يوضحه أن الواضع برنا في بيع المراجعة المالك في قسمة الثمن دون الثمن الأول كان البيع مراً بجهة في حق أحدهما ووضعية في حق الآخر وقد نص على بيع المراجعة في نصيبهما فلا بد من اعتبار الثمن الأول كذلك بخلاف المساومة الكل من المتوسط

فصل لما ذكرنا اشتراط المساواة في رأس مال شركة المفاوضة احتجنا إلى بيان أي مال تصح به فقال (لا تنعقد الشركة أي شركة المفاوضة إلا بالدراهم والدنانير والفلس النافقة) يعني لا تنعقد المفاوضة إذا

ذكر فيها المال إلا بذلك وانما قلنا هذا لأنه ذكر في المتوسط أن المفاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل فيصع قولنا المفاوضة تنعقد في الوجوه والتقبل بالأمال فصدق بعض المفاوضة تنعقد بلا دراهم ودنانير وفلس وهو يناقض قوله لا تنعقد المفاوضة إلا بالدراهم الخ لأن الإيجاب الجزئي يناقض السلب الكلي والتقييد بما ذكره من العروض والدين والعروض وهو قول أحمد والشافعي في وجهه وفي وجهه يجوز بالعرض المثلي وقال مالك تجوز بالعروض إذا التحد جنسها وقال الأوزاعي وحادي بن أبي سليمان تجوز الشركة والمضاربة بالعروض ولو وقع تفاضل في بيعها يرجع كل بقية عرضه عند العقد وكالات تجوز عندنا بالعرض لا يجوز أن يكون رأس مال أحدهما عرضاً والآخر دراهم أو دنانير ولم يشترط حضور المال وقت العقد وهو صحيح بل الشرط وجوده وقت الشراء وتقدم أنه لو دفع إلى رجل ألفاً قال أخرج مثلها واشترها وبيع فأرجحت فهو بيننا ففعل صح إلا أنه لا بد أن يقيم البيعة أنه فعل ليلزم الأمر الم يصدق له ثبتت وضعية وقيد بالدراهم والدنانير لاخراج الحلي والتبر فلا يصلح أن رأس مال الشركة الأقياس سند كره وأما الفلوس النافقة فلم يذكر القدر والحاكم أبو الفضل في الكافي فيها خلافاً لبقية اقتصر على أن قال ولا تجوز الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلس ونخص الكرخي الجواز بالفلس على قوله ما وبعضهم جعل الظاهر الجواز وعدم الجواز رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وقال لو كان رأس مال أحدهما فلوساً لم تجز الشركة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأنها انما صارت ثمناً باصطلاح الناس وليست ثمناً في الأصل وهم لم يتعاملوا أن يجعلوا رأس مال الشركة وعند محمد يجوز وهو قول أبي يوسف الأول وقال المصنف (قالوا) يعني المتأخرين (هذا قول محمد) واستدل عليه بمسئلتين أحدهما أن الفلوس لا تنعقد بين بالتعيين ولا يجوز بيع فلس بفلسين إذا كانا بعينهما عند محمد خلافاً لما وسأبني الوجه والتقييد بأعيانهم ما احترازوا عملوا باع فلساً بفلسين ديناً فإنه لا يجوز اتفاقاً لأن حرمة النساء تثبت باتحاد الجنس وجه قول مالك أن الجنس إذا كان متحداً فقد انعقدت على رأس مال معلوم فكانت كالتقود (بخلاف المضاربة) حيث لا تجوز إلا بالتقود لأنها شرعت على خلاف القياس (لما فيها من ربح مالم يضمن)

أبي حنيفة في المزارعة ثم قوله (لا تنعقدت) يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضي جوازها وان كان الجنس مختلفاً ولم يقل به مالك وقوله (بخلاف المضاربة) يعني أن المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير لأن القياس بأبي جوازها لما فيها من ربح مالم يضمن

فصل (ولا تنعقد الشركة الخ) قوله لا تنعقدت يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضي جوازها) أقول قوله ثم قوله مبتدأ وقوله يقتضي جوازها خبره (قوله وان كان الجنس مختلفاً 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 إلا أن ثبت عنه روايتان اه ثم رأيت السؤال والجواب بعينهما في غاية البيان في كتاب المضاربة

قال المصنف (لأن القياس بأبها لما فيها من ربح مالم يضمن الخ) أقول لزوم ربح مالم يضمن في الشركة إذا كان الشراء بالتقديرات في غاية الظهور على مذهب مالك فان عنده يلزم في المضاربة إذا كان رأس المال أحد التقديرات ربح مالم يضمن كما لا يخفى على المتأمل في دليله فلا بد له من الفرق ولم يعلم فليتبدر والفرق هو أنه لا بد عنده من الخلط فلا يؤدي إليه 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
 الاقباض ورد الشرع به وهو الدرهم والدنانير وأما في الشركة فان كل واحد من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوى فيه العروض
 والنقود كالعمل كل واحد منهما في مال نفسه من غير شركة فتصح (قوله) لانه يؤدي الى ربح مال يضمن) وبيان ذلك ان الرجلين اذا عقدا
 الشركة في العروض ثم باع أحدهما رأس ماله باضعاف قيمته وباع الآخر بمثل قيمته وصححت الشركة كأن شريكين في الربح الذي حصل
 في مبيع أحدهما حينئذ أخذ بالذي باع رأس ماله بمثل قيمته من (١٥) مال صاحبه فيكون ذلك المال ربح مال يضمن ولم يملك وذلك

فيقتصر على مورد الشرع ولنا أنه يؤدي الى ربح مال يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله
 وتفاضل الثمن فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح مال يملك ومال يضمن بخلاف الدراهم
 والدنانير لان ما يشتريه في ذمته اذ هي لاتعين فكان ربح ما يضمن ولان أول التصرف في العروض
 البيع وفي النقود الشراء وبيع أحدهما ماله على ان يكون الآخر شريكاً في غنمه لا يجوز وشراء أحدهما
 شراً ماله على ان يكون المبيع بنفسه وبين غير جائز وأما الفلوس النافقة فلا تها تروج وراج الاثمان
 فالتحقت بها قالوا هـ ذاقول محمد لانهم المصلحة بالنقود عند حقه لاتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين
 بواحد بأعيانها على ما عرفنا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لا تجوز الشركة والمضاربة
 به الا ان غنيمتها تقبل ساعة فساعة وتفسيره

لا يجوز بخلاف الدراهم
 والدنانير لان ما يشتري كل
 واحد منهما ما برأس المال
 لا يتعلق به البيع بل يثبت
 وجوب الثمن في الذمة اذ
 الاثمان لاتعين بالتعيين
 فلما كان الثمن واجبا عليهما
 في ذمتها كان الثمن والربح
 الحاصل منه بينهما ضرورة
 فكان الربح ربح ما ضمن
 ومعنى قوله (وتفاضل
 الثمن) أي فضل أحدهما
 على الآخر كما ذكرنا وأما
 تفاضلهما معا فحال (قوله)
 ولان أول التصرف في
 العروض) دليل آخر وقد
 قرره في النهاية على وجه
 يبيحه الى ربح مال يضمن
 وذلك لانه قال لان صحة
 الشركة باعتبار الوكالة
 فبني بكل موضع لا تجوز
 الوكالة بتلك الصفة لا تجوز
 الشركة ومعنى هذا ان
 الوكيل بالبيع يكون
 أمناً فاذا شرط له جزء من
 الربح كان هذا ربح مال يضمن
 فأما الوكيل بالشراء فهو

فان المال غير مضمون على المضارب ويستحق ربحه (فيقتصر على مورد الشرع ولنا ان رأس
 مال الشركة) في العروض والمكيل والموزون (يؤدي الى ربح مال يضمن) لانه اذا باع كل منهما عرضة
 واتفق تفاضل الثمنين (فما يستحقه أحدهما من الزيادة على حصة رأس ماله) الذي هو من عرضه (ربح
 مال يملك) ولم يضمنه (بخلاف النقود) فان كل واحد تم وكيل عن صاحبه في الشراء بماله وما يشتريه كل
 منهما ما لا يتعلق برأس المال لعدم التعيين فيكون واجبا في ذمته فربح ما ضمنه فان قيل هذا
 لا يلزم لانه يشترط خلط العرضين لانحداجنسهما امكيلين أو موزونين أو غيرهما متحدى القيمة ككتاب
 الكبريت من بابة واحدة قلنا الخلط لا يوجب الاشتراك في كل ثوب وجمعة مثلاً فاذا باع اجمل في وقت
 طلوع السعر من ذلك لم يعلم أن عدداً يبيع من الاجزاء وقبضه المشتري منساويان بل الظاهر أنهما
 متفاوتان فيه لزم اختصاص أحدهما بزيادة ربح لزيادة ملكه والتخلص عنه ليس الا بضبط قدر ملكه
 وهو مجهول فقد أدى الى تعذر الوصول الى قدر حقه وربح الآخر مال يضمن ولان القيمة لاتعرف
 الا بالحزب والظن ولا يفيدان العلم بالقيمة فيؤدي الى المنازعة فيه وهذا انما يلزم لو اعتبر رأس المال قيمة
 العروض أما اذا كان هون نفس العروض من جنس واحد متحدة القيمة وقت العقد وقد خلطاه فيه
 فلا تنازع زم اللازم ربح مال يضمن وتعذر ما يدفعه (ولان أول التصرف في العروض البيع وفي النقود
 الشراء وبيع الانسان ماله على أن يكون الآخر شريكاً في غنمه لا يجوز وشراءه شيئاً ماله على أن يكون
 الآخر شريكاً في غنمه) وعلمت أن الخلط لا يثبت ذلك (وجه قول محمد أن الفلوس اذا كانت نافقة تروج
 رواج الاثمان فالتحقت بها) ولا يبيح حنيفة وأبي يوسف (أن غنيمتها تبدل ساعة فساعة) فانها باصطلاح
 الناس لا بالخلقة ففي كل ساعة تنتفي بانتفاء الخلقة وتصير غنماً باصطلاح القائم ولا يخفى أن هذا
 انما هو في الملاحظة أما في الخارج فهي عن مستمر ما استمرار الاصطلاح عليها ولذا قال الاسيحياني الصحيح
 ان عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل لانها صارت غنماً باصطلاح الناس ولهذا واشترى

ضامن بالثمن في ذمته فاذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما ضمن وقوله (قالوا هذا) أي جواز الشركة بالفلوس النافقة (قول محمد)
 وقيد (بأعيانها) لتظهر غمرة الخلاف فانه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسبة لا يجوز بالاجماع المركب وأما عندهما فلوجود النسبة في
 الجنس الواحد وأما عند محمد فلا هذا والمعنى الثمنية وأما اذا كانت بأعيانها فاعندهم 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 الا انه فرار من المطر الى المزاب فلنأمل

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

وروى عن أبي يوسف مثل قول محمد والاول أقيس وأظهر وعن أبي حنيفة صحة المضاربة بها قال (ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك إلا أن يتعامل الناس بالنبر) والنقرة فتصح الشركة بهم - ما هكذا ذكر في الكتاب (وفي الجامع الصغبر ولا تكون المفاوضة بمناقيل ذهب أو فضة) ومراده التبر فعمل هذه الرواية التبر سلعة تتعین بالتعيين فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات وذكري في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعین بالتعيين حتى لا يفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما وهذا ما عرف انه ما خلقا متعینين في الاصل الا ان الاول أصح لانهم اوان خلقت للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا تصرف الى شيء آخر ظاهرا إلا أن يجري التعامل باستعمالهما متنازلا في التعامل بمنزلة الضرب فيكون متنازلا يصلح رأس المال ثم قوله ولا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكييل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما مباح متاعه وعمله 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 المالكين واشتراط التفاضل في الربح

رحمه الله (قوله تصلح رأس المال فيها) أي في الشركة والمضاربة (قوله وهذا لما عرف) إشارة الى ان النقرة لا تتعین بالتعيين لهما) أي الذهب والفضة (قوله الا ان الاول) يعني رواية الجامع الصغبر (أصح) وجعل ذلك في المتوسط ظاهر الرواية (قوله لانها) أي لأن مناقيل الذهب والفضة (قوله الا أن يجري

التعامل باستعمالهما) استثناء من قوله الا ان الاول أصح يعني ان عدم جواز الشركة بمناقيل الذهب والفضة أصح الا عند جريان التعامل باستعمالهما حينئذ تجوز الشركة بهما كذا قيل والاولى أن يجعل استثناء من قوله لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص بدلالة السياق (قوله ولا خلاف فيه) أي في عدم جواز الشركة بالمكييل والموزون قبل الخلط فيما بيننا وان خلطنا ثم اشتركا كافي الاختلاف المذكور في الكتاب وغرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالكين واشتراط

شأنه بالفلس بعينهما تتعین تلك الفلوس حتى لا يفسد العقد لهما كما قال المصنف (وروى عن أبي يوسف مثل قول محمد والاول أقيس وأظهر) لان قوله مع أبي حنيفة مستقر في بيع فلس بفلسين (وعن أبي حنيفة جواز المضاربة بها) وعلى ما ذكر من مبسوط الاستيعاب يجب أن يكون قول الكل الا أن على جواز الشركة والمضاربة بالفلس النافعة وعدم التعيين وعلى منع بيع فلس بفلسين كما ذكر فيما يليه حيث قال (ولا تجوز الشركة بما وراء ذلك إلا أن يتعامل الناس بها كالنبر) 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 فعلى هذه التبر سلعة تتعین بالتعيين فلا تصلح رأس مال الشركات والمضاربات وذكري في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعین بالتعيين حتى لا يفسخ العقد بهلاكه كما قبل التسليم فعلى هذا تصلح رأس مال فيهما وهذا ما عرف انه ما خلقا متعینين ثم قال (الا ان الاول أصح) يعني دراية لانهم ما خلقا للتجارة (لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص) فخرج ضربهما احليسا فانها تتعین بالثنية وينفسخ العقد بهلاكه كما قبل التسليم ولم يجز التعامل بهما ثم قال (الا ان يجري التعامل بهما) أي بالنبر والنقرة استثناء من قوله أصح وهو كونهما لا تصح الشركة بهما ما كان الثابت أنهم اذا تعاملوا بقطع الذهب والفضة صلحت رأس مال في الشركة والمضاربة ثم قال المصنف قوله أي القدر وروى (لا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكييل والموزون والمعدود المتقارب ولا خلاف فيه) بيننا (قبل الخلط) لانها عروض محضة (لكل منهما متاعه وعمله ووضعيته) ويخص برحمة (وكذا ان خلطنا ثم اشتركا عند أبي يوسف) أي لكل منهما متاعه يخصه برحمة ووضعيته لا تنفاه شركة العقد والوضعية خسارة التاجر يقال منه مبنيا للفعول وضع التاجر وكس في سلعته بوضع وضعية أي خسر وقال قوم من العرب وضع بوضع كوجه ليوصل (وعند محمد رحمه الله تصح شركة عقد) اذا كان المخلوط جنسا واحدا (وغرة الاختلاف تظهر في اشتراط التفاضل في الربح) فعند أبي يوسف لا يصح وعند محمد يلزم

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

قال المصنف (ومراده التبر) أقول قال في الكافي التبر هو ما كان غير مضروب من الذهب والفضة اه لكن اذا قوبل بالفقود يراد به الذهب الغير المضروب (قوله بدلالة السياق) أقول ولانه أقرب

فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف (لأنه أي المذكور من المكبل والموزون والعددي المتقارب) بتعين بالتعيين بعد الخلط كما بتعين قبلة وهو ظاهر وشرط جواز الشركة أن لا يكون رأس المال مباعا بتعيين بالتعيين لسلا يلزم ربح مالم يضمن (ووجه قول محمد أنها) أي المكبل والموزون والعددي المتقارب (عن من وجه حتى جاز البيع بهادينا في الذمة ومبيح) من وجه (من حيث أنه يتعين بالتعيين فعلنا بالشبهين بالإضافة إلى الخالين) يعني الخلط وعدمه فلهما بالبيع قلنا لا يجوز (١٧) الشركة بها قبل الخلط وأشبهها بالتمن فلنا

تجاوز الشركة بها بعد الخلط وهذا لأن إضافة العقد إليها تضعف باعتبار الشبهين فيستوقف ثبوتها على ما يقو بها وهو الخلط لأن الخلط ثبتت شركة الملك فتنا كسبه شركة العقدة لا محالة بخلاف العروض لأنها ليست تمنا بحال فلو اختلفا حنسا كالخنطة والشعير والزيت والسمن خلطًا لا تتعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمجرد أن الخلو من جنس من ذوات الأمتثال ومن جنس من ذوات القيم فتتم. لكن الجهالة كافي العروض وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد يبيّن في كتاب القضاء (وقول أبو يوسف هو ظاهر الرواية) عن أبي حنيفة لأنه يتعين بالتعيين فكان عرضا محضا فلا يصح رأس مالها وما لا يصح رأس مال الشركة لا يختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه كما أن ما يصح من النقود لا يختلف في الخلط وعدمه وهذا لأن المناع قبل الخلط هو كونه يؤدي إلى ربح مالم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزداد تقررا لأن الخلو لا يكون إلا معينا فية تقررا للمعنى المفسد فكيف يكون صحيحا للعقد (قوله) ولمحمد مده الله أنها) أي المكبل والموزون والعددي المتقارب (عروض من وجه حتى تتعين بتعيين عن من وجه حتى يصح الشراء بهادينا في الذمة) وهو من حكم الأتمان (فعلنا بالشبهين بالإضافة إلى الخالين) وهما الخلط وعدمه بشبه العرض قبل الخلط فلا تجوز الشركة به قبله وبشبهه الأتمان بعد الخلط فتجاوز الشركة به بعد عدمه وهذا لأن الخلط ثبتت شركة الملك فتنا كسبه بشركة العقد (بخلاف العروض) المحضة (فإنها ليست تمنا بحال) وظاهر الرواية هو الظاهر وجهه لأن المكبل والموزون قبل الخلط ليس شيئا غير العرض له شبهة به بل هو عرض محض وازداد في العرضية في الجملة وكون الشيء متاصلا في حقيقة وله شبهة بأخرى لا يقال له شبهة ونحوها ثبوت أن الثبوت في الذمة عرض عام لحققتين مختلفتين والمفسد وهو ربح مالم يضمن لا يخلط بالخلط والالزم قول مالك وقد بيناه ولو كان الخلو لها ما جنس كخنطة 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 الأمتثال) حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل منهما وقت القسمة باعتبار المثل (و) الخلو (من جنس من ذوات القيم) حتى يلزم متلفه قيمته (فتتم) كمن الجهالة) لأنه لا يمكن أن يصل كل منهما إلى غير حقه من رأس المال وقت القسمة (كافي العروض) (قوله) فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء) قيل أراد قضاء الجامع الصغير ولم يتفق في هذا الكتاب ويمكن تأويله أنه يبيّن في غيره إلا أنه خلاف المعتاد من المصنفين في إطلاق هذه العبارة والحاصل أن الخلط تعديا يضمن نصيب الخلو مال إذا خلطه بنفسه أو بخلاف جنسه ولا يتميز كشيء ربح خلطه بزيت غيره أو يتميز بعسر كخنطة خلطها بشعير لأنه انقطع حق مالكها بهذا الخلط فان هذا الخلط استهلاك بخلاف ما ينسرمه كخلط الأسود بالببيض من الدراهم ليس موجبا للضمنان لأنه يتمكن المالك من الوصول إلى عين ملكه وحيث وجب الضمان يجب على الخالط سواء كان أجنبيا عن الخلو مال كغير المودع وغير من في عياله كبيرا كان أو صغيرا أو كان في عياله فان لم يظفر بالخالط فقال أحد المالكين أنا أخذ الخلو وأعطى صاحبي مثل ما كان له فرضي صاحبه جاز لان الحق لهما فاذا رخصنا بذلك صح وان أبي يباع الخلو ويقسم

فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف رحمه الله لأنه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما بتعين قبلة ولمحمد أنها عن من وجه حتى جاز البيع بهادينا في الذمة ومبيح من حيث أنه يتعين بالتعيين فعلنا بالشبهين بالإضافة إلى الخالين بخلاف العروض لأنها ليست تمنا بحال ولو اختلفا حنسا كالخنطة والشعير والزيت والسمن خلطًا لا تتعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمجرد أن الخلو من جنس واحد من ذوات الأمتثال ومن جنس من ذوات القيم فتتم. لكن الجهالة كافي العروض وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد يبيّن في كتاب القضاء (وقول أبو يوسف هو ظاهر الرواية) عن أبي حنيفة لأنه يتعين بالتعيين فكان عرضا محضا فلا يصح رأس مالها وما لا يصح رأس مال الشركة لا يختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه كما أن ما يصح من النقود لا يختلف في الخلط وعدمه وهذا لأن المناع قبل الخلط هو كونه يؤدي إلى ربح مالم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزداد تقررا لأن الخلو لا يكون إلا معينا فية تقررا للمعنى المفسد فكيف يكون صحيحا للعقد (قوله) ولمحمد مده الله أنها) أي المكبل والموزون والعددي المتقارب (عروض من وجه حتى تتعين بتعيين عن من وجه حتى يصح الشراء بهادينا في الذمة) وهو من حكم الأتمان (فعلنا بالشبهين بالإضافة إلى الخالين) وهما الخلط وعدمه بشبه العرض قبل الخلط فلا تجوز الشركة به قبله وبشبهه الأتمان بعد الخلط فتجاوز الشركة به بعد عدمه وهذا لأن الخلط ثبتت شركة الملك فتنا كسبه بشركة العقد (بخلاف العروض) المحضة (فإنها ليست تمنا بحال) وظاهر الرواية هو الظاهر وجهه لأن المكبل والموزون قبل الخلط ليس شيئا غير العرض له شبهة به بل هو عرض محض وازداد في العرضية في الجملة وكون الشيء متاصلا في حقيقة وله شبهة بأخرى لا يقال له شبهة ونحوها ثبوت أن الثبوت في الذمة عرض عام لحققتين مختلفتين والمفسد وهو ربح مالم يضمن لا يخلط بالخلط والالزم قول مالك وقد بيناه ولو كان الخلو لها ما جنس كخنطة 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 الأمتثال) حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل منهما وقت القسمة باعتبار المثل (و) الخلو (من جنس من ذوات القيم) حتى يلزم متلفه قيمته (فتتم) كمن الجهالة) لأنه لا يمكن أن يصل كل منهما إلى غير حقه من رأس المال وقت القسمة (كافي العروض) (قوله) فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء) قيل أراد قضاء الجامع الصغير ولم يتفق في هذا الكتاب ويمكن تأويله أنه يبيّن في غيره إلا أنه خلاف المعتاد من المصنفين في إطلاق هذه العبارة والحاصل أن الخلط تعديا يضمن نصيب الخلو مال إذا خلطه بنفسه أو بخلاف جنسه ولا يتميز كشيء ربح خلطه بزيت غيره أو يتميز بعسر كخنطة خلطها بشعير لأنه انقطع حق مالكها بهذا الخلط فان هذا الخلط استهلاك بخلاف ما ينسرمه كخلط الأسود بالببيض من الدراهم ليس موجبا للضمنان لأنه يتمكن المالك من الوصول إلى عين ملكه وحيث وجب الضمان يجب على الخالط سواء كان أجنبيا عن الخلو مال كغير المودع وغير من في عياله كبيرا كان أو صغيرا أو كان في عياله فان لم يظفر بالخالط فقال أحد المالكين أنا أخذ الخلو وأعطى صاحبي مثل ما كان له فرضي صاحبه جاز لان الحق لهما فاذا رخصنا بذلك صح وان أبي يباع الخلو ويقسم

(٣ فتح القدر - خامس) قوله قد بيناه بلفظ الماضي يعني ولو كان مراده كتاب القضاء من هذا الكتاب اقال سنيته والذي بينه هنا في كتاب الوديعة ان الخنطة اذا كانت وديعة عند رجل خلطها الرجل بشعير نفسه ينقطع حق المالك الى الضمان (قوله حتى جاز البيع الخ) أقول ويلزم ربح مالم يضمن اذا باع أحدها حصته بنصف ما باع به الا خر فليتامل (قوله وهذا لأن إضافة العقد) أقول أي عقدة الشركة (قوله فيستوقف ثبوتها على ما يقو بها) أقول فيستوقف على ثبوتها

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

الثن بينهما على قيمة الخنطة والشعير على ما ذكر وهو ان يضرب صاحب الخنطة بقيمة الخنطة بالشعير
وصاحب الشعير بقيمة غير مخلوط بالخنطة لان الخنطة تنقص باختلاطها بالشعير وقد دخلت في
البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمة الا بالصفة التي بيعت بها والشعير يزداد قيمة بالاختلاط لكن هذه
الزيادة من مال صاحب الخنطة فلا يستحق أن يضرب بمخلوطها لهذا يضرب بقيمة الشعير 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 وحقهما في ذمته فلا يباع ماله في دينه ما لم يبيع من الخبز عليه أبو حنيفة لا يرى ذلك
والاصح أنه قولهم جميعا لان ملكهما وان انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق ما لم يصل كل منهما الى
بدل ملكه ولهذا لا يباح للخالط الانتفاع بالمخلوط قبل أداء الضمان فبقاء حقه ما يكون له ما أن
يستوفيا حقه ما من المخلوط إما صلحا بالتراضي أو بعا وقسمة الثمن وان انقضا على الخلط ورضايه وهو
جنس واحد مكمل أو موزون صار عينيا مشتركة فإذا باعه انقسم على قدر ملك كل منهما ما ولو كان المخلوط
غير مثلي كالتياب فباعا هاتين واحد اقسما على قيمة متاع كل منهما ما يوم باعه لان كلا منهما بائع للملكة
والثمن بمقابلته جميع ما دخل في العقد من العرض فيقسم عليهم ما باعاهما بالقيمة وان كانا جنسين مثلين
فالثن بينهما ما اذا باع على قدر قيمة متاع كل منهما ما يوم خلطاه بمخلوط الا ان الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة
ملك كل منهما وملك كل منهما ما كان مع لوما بالقيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة لكن لمخلوطا ان لم يزد
بالخلط قيمة أحدهما لانه دخل في البيع بهذه الصفة فان كان أحدهما يزيد الخلط خيرا فانه يضرب
بقيمه يوم يقتسمون غير مخلوط مثلا قيمة الشعير يزداد اذا خلط بالخنطة وقيمة الخنطة تنقص فصاحب
الشعير يضرب بقيمته غير مخلوط لان تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب
به معه وصاحب الخنطة يضرب بقيمتها بمخلوطه بالشعير لان النقصان حاصل بعمل هو راض به وهو الخلط
وقيمة ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب الا بذلك القدر وقد طعن عيسى رحمه الله في الفصلين جميعا
فقال قوله في الفصل الاول انه تعتبر قيمته يوم خلطاه وفي الفصل الثاني يوم يقتسمون غلط بل الصحيح
يقسم الثمن على قيمة كل منهما ما يوم المبيع لان استحقاق الثمن به وصار كالمخلوط باع السكك جملة
فان قسمة الثمن على القيمة تكون وقت البيع الا أن 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 منهما ما وقت البيع فاذا تعد هذا وجب المصير الى التقويم في وقت
يمكن معرفة قيمة ملك كل منهما ما كما في جارية مشتركة بين اثنين أعتق أحدهما ما في بطنها فهو ضمان
لقيمة نصيب شريكه وقت الولادة لتعذر معرفتها وقت العتق فيصير الى تقويمه في أول الاوقات التي يمكن
معرفة القيمة فيها وهو ما بعد الولادة فكذا هنا يصير 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 منهما ما من ذوات الامثال فيجعل حق كل منهما ما يوم الخلط كالباقى في
المثل الى وقت القسمة فينقسم الثمن على ما هو حق كل منهما ما بخلاف ما اذا لم يخلط لان تقويم ملك كل
منهما ما وقت البيع هنالك يمكن فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهما ما وقت البيع (قوله) واذا أراد الشركة
في العروض باع كل منهما ما نصف عرضه بنصف عرض الآخر فتصير شركة ملك ثم عقدا الشركة)

قال (واذا أراد الشركة
بالعروض) لما كان جواز
عقد الشركة منحصرا في
الدراهم والدينانير والفلس
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 منهما ما نصف ماله
بنصف مال الآخر صار نصف
مال كل واحد منهما مضمونا
على الآخر بالثمن فكان
الربح الحاصل ربح مال
مضمون فيكون العقد

قال المصنف رحمه الله (وهذه شركة ملك للمباينان العروض لاتصلح رأس مال شركة) واستشكله الشارحون بأنه لو كان المراد بالشركة شركة الملك لم يحتج الى قوله ثم عقدا الشركة وبان العروض لاتصلح رأس مال الشركة اذ لم يبيع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر أما اذا باع فهو الحيلة في جوازها ثم أجاب بعضهم بأن معنى قوله ثم عقدا 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 ما شركة ملك وان عقدا الشركة لان هذا العقد كالعقد لكون رأس المال عرضا ونظم كلام المصنف لا يساعده وأنا أذ كرنا ما ذكره شيخنا العلامه عبدالعزيز في هذا المقام من غير زيادة ولا نقصان لانه حل مفيد في هذا المعنى قال عدم جواز الشركة بالعروض مبنى على معنى أحدهما ربح مالم يضمن كما بينا والثاني جهالة رأس المال فاذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقدا 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 مباح مال مضمون عليهم ما فيجوز ولهذا يباع أحدهما عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم عقدا شركة عنان أو مفاوضة يجوز زوال الجهالة لصيرورة العروض مشتركة بينهما فكذا هذا وقيل على قياس قول محمد رحمه الله يجوز كما في المكيل والموزون بعد الخلط وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز إلا أن يكون مضافا الى المستقبل وعقد الشركة يشمل الاضافة لانه عقد توكيل فعلى هذا يكون العقد على الدراهم واختار شمس الأئمة السرخسي وصاحب الهداية انه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق وهو أقرب الى الفقه لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة بخلاف المكيل والموزون بعد الخلط عند محمد زوال الجهالة أصلا لانها من ذوات الامتثال وبخلاف ما اذا 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 الشربة تبعا للارض 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) لما بينان العروض لاتصلح رأس

مال الشركة ونظيره ما ذكره القدوري ويستحب للتوضيح أن ينوي الطهارة ثم عدل المصنف بقوله والنية في الوضوء سنة وله في هذا الكتاب

قال (وهذه شركة ملك) لما بينان العروض لاتصلح رأس مال الشركة وتأويله اذا كان قيمة متاعها على السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة مفاوضة أو عنانا فليل 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) نظيره ما اذا كان قيمة عروض أحدهما أربع مائة درهم مثلا وقيمة عروض الآخر مائة درهم يبيع صاحب الاقل أربعة أجناس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المنافع كلها أجناسا ويكون الربح بينهما على قدر رأس مالهما والله أعلم

و (قوله أن العروض لاتصلح 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 كرنا ما ذكره شيخنا العلامه عبدالعزيز الخ) أقول شيخ الشارح هو الامام العلامه 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 كما في العروض (قوله وصاحب شرح الطحاوي) أقول أراد به الامام أبابكر الرازي المعروف بالخصاص فانه قال في شرحه لمختصر الطحاوي قال محمد ان أراد الشركة في العروض باع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف 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 امتسأوا بان في المال شريك فيها ولا يحتاج عند القسمة الى اعتبار القيمة لان جميع ما يحصل من الثمن يكون بينهما منصفين الى هنا لفظ أبي بكر نقله الاتقاني عنه اذا علمت هذا علمت أن قوله وهو أقرب الى الفقه لبقاء الجهالة منظور فيه فاتجاهه الى التقضي الى النزاع والمفسد بالعقود من الجهالات ما يفضي الى المنازعة وانما قلنا لا تقضي الى النزاع لانه لا يحتاج عند القسمة الى اعتبار القيمة ليحصل رأس المال حتى يظهر الربح فيقسمة ما به 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 اذا باع أحدهما ما يخصه من الملك بمائة مثلا والاخر بمائة فان حصة الآخر غير مضمون على الاول مع أنه يكون شهر بكامه في المائتين فليتأمل

قال (وأما شركة العنان فتتعد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يترك اثنان في نوع برأ وطعام أو يشتر كان في عموم التجارات ولا يذكر ان الكفالة) وان عقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا تتعد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعراض يقال عن له أى عرض وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ (ويصح التفاضل في المال) للعاجزة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة

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 عرض في هذا القدر لا على عموم الوكالة والكفالة وقيل انه مأخوذ من عنان الفرس لان الفارس يمسك العنان باحدى يديه ويتصرف بالآخرى فكذلك الشريك هنا شارك في بعض ماله وانفرد بالباقي وكلامه ظاهر وقوله (كما بيناه) اشارة الى قوله من قبل وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه

قال المصنف (أو يشتركان الخ) أقول قال الاتقاني عطف على سبيل القطع تقديره وهو ما يشتركان انتهى وقد تهمل 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 الآن يقال المراد لا يثبت بلا دليل خارج ولم يوجد

قال (وأما شركة العنان فتتعد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يترك اثنان في نوع برأ وطعام أو يشتر كان في عموم التجارات ولا يذكر ان الكفالة) وان عقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا تتعد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعراض يقال عن له أى عرض وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ (ويصح التفاضل في المال) للعاجزة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة

الآن تكون مضافة الى حال بيعه - ما العروض بالدرهم فانه يجوز لانه حينئذ مضاف الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الاضافة لانه عقدتوكيل فاما يثبت العقد بالدرهم والحق أن جواز هذا لا يختص بقول واحد منهم - ما وقد نوردت 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 منتف فيكون كل ما يربحه أحدهما ما هو مضمون عليه ولا تحصل جهالة في رأس مال كل منهما لانه لا يحتاج الى تعريف رأس مال كل منهم - ما عند القسمة حتى يكون ذلك بالخزرف تقع الجهالة لانها مستويان في المال شريكان فيه فبالضرورة يكون كل ما يحصل من الثمن بينهما مناص - فان وعلى هذا فقول المصنف وهذه شركة ملك مشكل ومن المشايخ من حزم بأنه قصد الى الخلاف حقيقة اختيار امسه لعدم الجواز وان لم يضعه على طريقة الخلاف كما قال القدوري أول الكتاب ويستحب للتوضي أن ينوى الطهارة فقال المصنف والنبة في الوضوء سنة ولم يضع الخلاف وضعه المعروف ولذا اختار شمس الأئمة السرخصى عدم جواز الشركة لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة ولا يخفى ضعف هذا وفسادها بالعروض ليس لذات العروض بل للازم الباطل وعلت انه منتف (قوله وأما شركة العنان فتتعد على الوكالة دون الكفالة) وهو ان يترك اثنان في نوع من التجارات برأ وطعام أو يشتركا في عموم التجارات ولا يذكر ان الكفالة) لانها خاصة بالمفاوضة وعلى هذا فلوز كراها وكانت باقى شروطها متوفرة انعقدت مفاوضة لما تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة في انعقادها بعد ذكر جميع مقتضياتها وان لم تكن متوفرة ينبغى ان تتعد عناينا ثم هل تبطل الكفالة يمكن ان يقال تبطل لان العنان معتبر فيها عدم الكفالة ويمكن ان يقال لا تبطل لان الاعتبار فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها فتصح عناينا ثم كفالة كل الاخر زيادة على نفس الشركة أى كما أنها تكون عناين مع العموم باعتبار ان الثابت فيها عدم اعتبار العموم لاعتبار عدم العموم الآن الاول قد يرجح بان هذه الكفالة لمجهول فلا تصح الا ضمنها فاذ لم تكن مما تضمنتها الشركة لم يكن ثبوتها الا تصح بخلاف ما لو عقدت المفاوضة بغير لفظ المفاوضة بأن ذكر كل مقتضياتها فان منها الكفالة وتصح فان هذا التفصيل بمنزلة الاسم المركب المرادف للمفرد الداخلة في مفهومه الكفالة بخلاف العنان ليس المفرد معتبر في مفهومه الكفالة (قوله من عنى كذا) أى عرض قال امرؤ القيس

فمن لنا سرب كان نعاجه * عذارى دوارى في ملامه مذبل

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 وفتحها وقوله في ملاء تشبيهه نعاج البقر في استرخاء لجهالته منها بالعدارى والملاء المذبل أى الطويلات الذيل وهذا الاشتقاق لا يقتضى المساواة بل عروض عرض تعلق بقدر من الاختلاط قليله وكثيره وعمومه وقيل مأخوذ من عنان الفرس كما ذهب اليه الكسائى والاسمى فانه جعل كل منهما عنان التصرف في بعض ماله لرفيقة وبعضه لنفسه اولانه يجوز نفاوتهما في المال والربح كما يتفاوت العنان في كف الفارس طولاً وقصر في حالتي الارخاء وضده الأنة

ويصح أن يتساوى في المال ويتفاضل في الربح وبجملته القول في ذلك أن ما شرط العمل عليه ما شرط التفاوت في الربح مع التساوي في رأس المال جاز عند علمنا الثلاثة ويكون الربح بينهما ما على ما شرطوا من عمل أحدهما دون الآخر وأما الذي شرط العمل على أحدهما فان شرط الربح بينهما ما على قدر رأس مالهما جاز ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضعته 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 ما 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 كما في المضاربة) اعترض عليه بأنه إذا ألحقتم

(ويصح أن يتساوى في المال ويتفاضل في الربح) وقال زفر والشافعي لا تجوز لأن التفاضل فيه يؤدي إلى الربح ما لم يضمن فان المال إذا كان نصفين والربح أثلاثا فإصحاب الزيادة يستحقها بالاضمان إذا الضمان بقدر رأس المال ولأن الشركة عندهما في الربح للشركة في الأصل ولهذا اشتراطان الخلط فصار ربح المال بمنزلة ثمن الأعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم الربح على ما شرطوا والوضعية على قدر المالين ولم ينص لولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فست الحاجة إلى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما لأنه يخرج العقدة من الشركة ومن المضاربة أيضا إلى فرض باشرطه للعامل أو إلى بضاعة باشرطه لرب المال وهذا العقدة يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسمها وعملائها ما يعملان فعملنا يشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان ويشبه الشركة حتى لا تبطل باشرط العمل عليها

هذا العقد بالمضاربة صار في التقدير كأنه قال عمل في مالك وربحك وإعمل في مالي وربح بيننا وفي المضاربة إذا 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 سئذكرناه يشبهها من وجه وما أشبه الشيء من وجه لا يلزم أن يأخذ حكمه من كل وجه وقوله (بخلاف اشتراط جميع الربح) جواب عما يقال إذا شرط جميع الربح لأحدهما لا يجوز فكذلك إذا شرط الفضل والجامع العدول بالربح عن التفسير على قدر المال ووجه الجواب أن بشرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة والمضاربة إلى فرض أو بضاعة

اشتهاق غير صحيح الأفياس مع ولا بد منه كما في استعجر الطين وأمناله (قوله ويصح أن يتساوى في رأس المال ويتفاضل في الربح) وعكسه بان يتفاضل في رأس المال ويتساوى في الربح وهو قول أحمد وقال مالك والشافعي وزفر لا يجوز وقوله ويتفاضل لا الخ ليس على إطلاقه بل ذلك فيما إذا شرط العمل عليهما سواء عملا أو عمل أحدهما أو شرطاه على من شرط له زيادة الربح وان شرط العمل على أقلهما بما لا يجوز وجه قول الثلاثة أن ذلك يؤدي إلى الربح ما لم يضمن لأن استحقاق أحدهما الثلث الزيادة بالاضمان لأن الضمان بقدر رأس المال وصار كوضعية فانها لا تكون الأعلى 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 كما في المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأقوى فلا يرضى بالمساواة فست الحاجة إلى التفاضل) ورأينا (هذا العقد) أي شركة العنان يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال غيره وهو (الشريك) ويستخرج به (ويشبه شركة المفاوضة اسمها وعملائها ما يعملان فعملنا يشبه المضاربة) في اشتراط الزيادة لأحدهما وهو الذي شرط عمله منفردا أو مع الآخرون كان ربحا بالاضمان ويشبه المفاوضة حتى أجرنا شرط العمل عليهما وكون المضاربة تفسد باشرط العمل

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 اسمها وعملائها ما يعملان معافعملنا يشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان فان اشتراط زيادة الربح موجود في المضاربة وهو جائز مع ذلك بالإجماع وهذا يتضمن الجواب عن قوله هـ ان اشتراط زيادة الربح لأحدهما يؤدي إلى الربح ما لم يضمن وعملنا يشبه الشركة حتى لا يبطل باشرط 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 (إذا الضمان بقدر الخ) أقول هذا ممنوع وقد سبق بعض التفصيل قال المصنف (فعملنا يشبه المضاربة) أقول قال الاتقاني هـ إذا جواب لقول زفر والشافعي إن التفاضل في الربح مع تساوي المال يؤدي إلى الربح ما لم يضمن بعد التسليم وانما قال بعد التسليم لأنه يبين في أوائل الفصل عدم لزوم ربح ما لم يضمن

قال (ويجوز أن يعقدها كل واحد الخ) أي يجوز أن يعقد شركة العنان كل واحد منهم ما ببعض ماله دون البعض لأن المساواة في المال ليست بشرط فيه أي في هذا العقد إذا لفظ أي لفظ العنان لا يقتضيه أي لا يقتضي المساواة بتأويل الإبتواء بخلاف لفظ المفاوضة (قوله للوجه الذي ذكرناه) يعني ما ذكره في أول هذا الفصل أنه يؤدي إلى ربح ما يضمن وقوله (ويجوز أن يشتركا) ظاهر وقوله (فإن كان لا يعرف ذلك الإبقوله) يعني إذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه أو من مال الشركة الإبقوله فعليه إقامة البينة فإن عجز عن ذلك فأقول لصاحبه مع عينه (قوله (٢٣) فإذا هلك مال الشركة) ظاهر وقيد الو كالة بالمفردة احترازاً عن الو كالة الثابتة

في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فإنها فيما تبطل ببطلان ما تضمنت من الشركة والرهن لأن المتضمن يبطل ببطلان المتضمن تبعاً وأما الو كالة المفردة كمن وكل رجل ابتداءً بعد ودفع اليه دراهم فهلكت فإنها لا تبطل وأما المضاربة فقد قال غير الإسلام في شرح الزيادات بخلاف المضاربة والشركة فإنها تتعين حتى إذا هلك قبل التسليم بطلت المضاربة وهو مخالف لما ذكره المصنف انتهى بتعيين فيها بالقبض فعمل في المسئلة روايتين

قال (ويجوز أن يعقدها كل واحد منهم ما ببعض ماله دون البعض) لأن المساواة في المال ليست بشرط فيه إذا لفظ لا يقتضيه (ولا يصح الإعيان) أن المفاوضة تفصح للوجه الذي ذكرناه (ويجوز أن يشتركا ومن جهة أحدهما دانير ومن الآخر دراهم وكذا من أحدهم ما دراهم وبض ومن الآخر سود) وقال زفر والسافعي لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فإن عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنينه من بعد أن شاء الله تعالى قال (وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طوبى بثمنه دون الآخر لما ينبتا) أنه يتضمن الو كالة دون الكفالة والوكيل هو الأصل في الحقوق قال (ثم يرجع على شريكه بحصته منته) معناه إذا أدى من مال نفسه لأنه وكيل من جهته في حصته فإذا تقدم من مال نفسه يرجع عليه فإن كان لا يعرف ذلك الإبقوله فعليه الخصة لأنه يدعي وجوب المال في ذمته الآخر وهو يشكر والقول للتكرع عينه قال (وإذا هلك مال الشركة أو أحد المالكين قبل أن يشترى باسمها بطلت الشركة) لأن المعقود عليه في عقد الشركة المال فإنه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لأنه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وإنما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما إذا هلك المالكان

على رب المال لا يبطل اعتبار شريكها الآخر الذي باعتبار أجرنا الزيادة في الربح لأحدهما بخلاف ما لو شرط كل الربح لأحدهما فإنه لا يجوز لأن العقد حينئذ يخرج عن الشركة والمضاربة أيضاً إلى قرض إن شرط للعامل كأنه أقرضه ماله فاستحق جميع ربحه وإلى بضاعة إن شرط لرب المال لأنه يرد ما تقدم من المضاربة على خلاف القياس فلا يقاس عليها فلا يعتبر شريكها إلا أن يمنع ويقال بل الربح يستحق في الشرع تارة بالعمل وتارة بالمال والمشروط له الزيادة مشروط عمله وإن شرط عمل الآخر لكان قد يكون ذلك أحذق وأقوى الخ (قوله إذا لفظ) أي لفظ العنان (لا يقتضي المساواة) ولا ينبت عنه ليعتبر في مفهومه فلذا جاز أن يعقدها كل ببعض ماله ويجوز إذا كان من جهة أحدهما دانير ومن الآخر دراهم ويجوز بدراهم سود من جهة أحدهم ما وبض من جهة الآخر وإن تفاوتت قيمتهما والربح على ما شرط فيما تساوى أو تفاوتت على قدر قيمة دراهمهما بشرطه الذي بيناه (قوله) وإذا هلك مال الشركة كله بطلت الشركة) وكذا لو هلك أحد المالكين قبل الخلط وقبل الشراء يهلك من مال صاحبه وحده سواء هلك في يد مالكه أو يد شريكه لأنه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك عليهما لعدم التمييز فبطلت الشركة أما الأول فلأن مال كل واحد قبل الشراء وقبل الخلط باق على ملكه وأما بطلان الشركة (فلأن المعقود عليه عقد الشركة هو المال) المعين (لأنه يتعين) بالتعيين في الشركة) والهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لا يتعين المال فيهما بالتعيين وإنما يتعينان بالقبض حتى لو اشترى الو كيل بمثل ذلك المال في ذمته كان مشترياً بالموكاه حتى لو هلك المال بعد الشراء يرجع عليه بمثله أما لو هلك قبل الشراء فأعنا

(قوله يعني إذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه الخ) أقول وفي شرح الانتقائي ثم إذا كان لا يعرف أداء الثمن من مال نفسه لإمن مال الشركة الإبقوله والظاهر أن هذا هو الصحيح لأن مال الشركة أمانة في يده والقول للأمين مع التبيين تأمل فإن مراد الشارح من مال الشركة هو مال نفسه الذي عقد عليه

الشركة فكلامه صحيح أيضاً (قوله فإنها فيما تبطل الخ) أقول وإن لم يقبض المال (قوله كمن وكل رجل الخ) أقول مخالف للشروح الأبرى إلى قول المصنف وإنما يتعينان بالقبض ويمكن أن يجاب بأن الدفع قد يكون بلا قبض فإنه يوجد بالتخلية والوضع بين يديه شرح بذلك المصنف من كتب الأقرار قال المصنف (بخلاف المضاربة) أقول قال الانتقائي فسه نظر لأن النقود تتعين في المضاربة والشركة جميعاً قبل القبض والتسليم حتى إذا هلك قبل التسليم بطلت انصر علمه في الزيادات في باب من الو كالة بالشئ يكون على غير ما أمر انتهى قال الكل ولعل فيهما روايتين

(قوله لانه ماضى بشركة صاحبه فى ماله) أى الشريك الذى لم يهلك ماله ماضى بشركة صاحبه الذى هلك ماله الاعلى تقدر ببقاء ماله
 شركته فى ماله كما يشترك هو فى مال هذا (قوله وأيهما هلك هلك من مال صاحبه) ظاهر وقوله (ثم الشركة شركة عقد عند
 محمد بخلاف الحسن بن زياد) فائدة تظهري فى حق جواز بيع الكل فعند محمد أيهما باع جاز ببعه
 (٢٣٣)

لان الشركة قد تمت
 فى المشتري فلا تنتقض
 بهلاك المال بعد تمامها
 كما لو كان الهالك
 بعد الشراء بالمالين جميعا
 وعند الحسن بن زياد
 لا ينفذ بيع أحدهما
 الا فى حصته لان شركة
 العقد قد بطلت بهلاك
 المال كما لو هلك قبل
 الشراء بمال الآخر وانما
 يبقى ما هو حكم الشراء
 وهو الملك فكانت شركتهما
 فى المتاع 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 فى ماله الا لشركته فى ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا
 بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته وأيهما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك فى يده فظاهر وكذا اذا كان
 هلك فى يد الآخر لانه أمانة فى 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 بخلاف الحسن بن زياد حتى ان أيهما باع جاز ببعه لان الشركة قد
 تمت فى المشتري فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها قال (ويرجع على شريكه بحصة من ثمنه)
 لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد سناه هذا اذا اشترى أحدهما بأحد المالين أو لاثم
 هلك مال الآخر أما اذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بمال الآخر ان بطلت فالو كالة المصرح بها قائمة فكان
 الشركة فالمشتري مشترك بينهما على ما شرطنا لأن الشركة ان بطلت فالو كالة المصرح بها قائمة فكان
 مشترك بالحكم الو كالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن

يبطل العقد لان الموكل لم يرض بكون الثمن ديناً فى ذمته فلا تبطل المضاربة والو كالة المفردة بهلاك
 المال واحترز بالمفردة عن الو كالة النيابة فى ضمن الشركة فانما تبطل بطلان الشركة وهذا ظاهر فيما
 اذا هلك المالان (وكذا اذا هلك أحدهما لانه) أى الشريك الذى لم يهلك ماله (لم يرض بشركة صاحبه
 فى ماله الا لشركته) هو أيضا (فى ماله) بتقدير بقاءه (فاذا فات ذلك) ظهر وقوع ما (لم يكن راضيا) به عند
 عقد الشركة (فيبطل العقد لعدم فائدته) وهى الاشتراك فيما يحصل (قوله فان اشترى أحدهما
 بماله ثم هلك مال الآخر فالمشتري بينهما على ما شرطنا لان الملك حين وقوعه مشترك بينهما لقيام
 الشركة وقت الشراء) لان الهلاك لم يقع قبله ليبطل فيختص المشتري بما اشتراه (فلا يتغير الحكم) أى
 حكم (الشركة بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة) الواقعة فى هذا المشتري بعد هلاك مال الآخر
 (شركة عقد عند محمد بخلاف الحسن بن زياد رحمه الله) فانما شركة ملك عنده حتى لا ينعقد ببيع أحدهما
 الا فى نصيبه وجه قوله ان شركة العقد بطلت بهلاك المال فصار كولو هلك قبل الشراء بمال الآخر ولم
 يبقى الاحكام ذلك الشراء وهو الملك فيلزم انفراد الملك لعدم ما يوجب زيادة عليه ولمحمد وعليه اقتصر
 المصنف ان هلك مال أحدهما اذا وقع بعد حصول المقصود بمال الآخر وهو الشراء به فلا يكون
 الهلاك مبطلا لشركة العقد بينهما ما بعد تمامها كما لو كان 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 لاثم هلك مال الآخر أما اذا هلك مال أحدهما ثم
 اشترى الآخر (يعنى الذى فى يده المال) بالمال الآخر ان صرحا بالو كالة فى عقد الشركة) بان فالعقد
 عقد الشركة على ان ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركا بيننا كذا صورته فى المبسوط) فالمشتري
 مشترك بينهما على ما شرطنا لان الشركة ان بطلت فالو كالة المصرح بها قائمة فتكون شركة ملك) وبهذا
 جمع فى المبسوط بين التناقض الواقع فى جواب المسئلة حيث قال محمد رحمه الله فى بعض المواضع فاشترى
 بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه وفى بعضهما اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون بينهما
 فجعل محمل الاول ان لم يكن فى الشركة وكالة مصرح بها ومحمل الثانى اذا صرحا بماله على ما ذكر

(قال المصنف بخلاف
 للحسن بن زياد) أقول
 فاق الاتقانى فان عنده
 شركة ملك فقط حتى
 لا ينفذ ببيع أحدهما
 الا فى نصيبه وجه قول
 الحسن ان الشركة التى
 عقدها وترفعت بهلاك
 مال الآخر وانما يبقى
 ما هو حكم الشراء وهو
 الملك فلم يجز لأحدهما

ان يتصرف فى نصيب الآخر انتهى ويؤيد قول الحسن أن ادوام الامور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء فليتامل فى دفعه
 فان رأس المال لم يندم هنا صلاحية المشتري له بقاء (قوله لم يبيناه اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته) أقول والا اقرب 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 المحمل أى محل الشركة هو المال ولهذا يضاف اليه ويقال عقد شركة المال ويستترط تعيين رأس المال وما اعتبره بالتعيين الائتكون 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 باتحاد الجنس) يعنى بناء على أصله ما ذلك فانه اذا كان رأس مال أحدهم ادراهم والاخر ذنانيرتعد عقد الشركة بينهم ما صححة عندنا خلافا لزر والشافعي وكذلك ان كان رأس مال أحدهم ما ييضى والاخر سودا ولا تجوز 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 مبنيا 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 الاصلة وفى بعضه بطريق الوكالة فكان العقد علة العلة وجزآن يضاف الحكم الى علة العلة كما جزآن يضاف الى عين العلة واذا كان الاصل هو العقد وهو موجود ثبت الحكم فى الفرع وهو الربح وان لم يخلط المالا والدليل الثانى وهو قوله ولان الدراهم والذنانير لاتعيين كالشرح للدليل الاول فان قيل لو كان العقد هو الاصل دون المال لما بطلت الشركة بهلاك المال قبل أن يشتريه شيأ لان هلاك المال وبقائه اذ ذلك بمنزلة لكون الاصل وهو العقد قد وجد والمال موجود فلا يبالى بعد ذلك ببقائه أوجب بأن بقاء الاصل شرط لوجود الفرع والاصل قد اتفقنا بتفقائه شرطه وهو المحل فكذلك الفرع واعترض أيضا بان المالكين اذا لم يخلط ببقائه متميزين ولا شركة مع التمييز كما فى العروض وأوجب بأن علة فساد الشركة فى العروض ليست التمييز بل هى ما ذكرنا من الافضاء الى الربح ما لم يضمن

لما بيناه وان ذكرنا مجرد الشركة ولم ينع على الوكالة فيها كان المشتري للذى اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التى تضمنتها الشركة فاذا بطلت بطل ما فى ضمها بخلاف ما اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة قال (وتجوز الشركة وان لم يخلط 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 ويستترط 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 باتحاد الجنس ويستترط الخلط ولا يجوز التفاضل فى الربح مع التساوى فى المال ولا تجوز 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 شرطا ولان الدراهم والذنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه فى النصف أصيل وفى النصف وكيل واذا تحقققت الشركة فى التصرف بدون الخلط وقوله (لما بيناه) يريد قوله لانه وكيل من جهته الخ (قوله وتجوز الشركة وان لم يخلط المال) به فان مالك وأحد رجهما الله تعالى الا أن مالك شرط أن يكون تحت يدهما بان يكون فى حانوت أو فى يدوكيلهما (وقال زفر والشافعي رجهما 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) لما سلف من أن معناها الاختلاط أو الخلط على ما حققناه فلا تحقق شركة بالخلط وقد اتفقنا على ان المعتبر فى كل عقد شرعى ما هو مقتضى اسمه قال المصنف (وهذا) أى كون الربح فرع المال (أصل كبير لهما) حتى تفرع عليه (اعتبار اتحاد الجنس) فلا تجوز الشركة اذا كان لاحدهما ادراهم وللاخر ذنانير ولا اذا كان لاحدهما ببيض وللاخر سودا لعدم تحقق الخلط والاختلاط بحيث لا يميز ما لاحدهما عن الاخر (ولا تجوز 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)

حاصل

(قوله وما اعتبره بالتعيين الائتكون الشركة فى الثمن الخ) أقول الانسب للتفرع ببع أن يقال الائتكون الثمرة مستندة الى المال (قوله وكل ما هو مستند اليه فهو الاصل الخ) أقول كان الاظهر ان يتول وكل ما هو مستند الى العقد فالعقد اصل له فقامل ثم قوله مستند اليه بفتح النون (قوله فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه) أقول وذلك لا يكون الا بجمع الشركة فى الربح مستندة اليه وعلى ما قاله لا احتياج فى الشركة فى الربح الى العقد أصلا اذا الشركة فى الملك 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 فقد كر صدر الكلام حتى يظهر لنا ورود المنع

تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوى في الربح وتصح شركة التقبيل قال (ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح) لانه شرط بوجوب 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 فيما كرهه كذاله أن يودعه لانه معتاد ولا يجرد التاجر منه بدا قال (ويدفعه مضاربة) لانهادون الشركة فتتضمنها

حاصل تقرر بالشارحين ان الربح يضاف الى التصرف في المال وهو العلة والى العقد الذي هو علة التصرف والحكم كما يضاف الى العلة يضاف الى علة العلة وأنت تعلم ان الاضافة الى علة العلة بطريق المجاز فان الحكم بالذات انما يضاف الى علة العلة لا الى العلة البعيدة في الحكم وحقيقة الاضافة أولى بالاعتبار من مجازها في حكم ينبغى على الاضافة وانما وجهه التقرير المراد ان الربح المستحق شرعا لكل من الشريكين في مال الآخر ليس مضافا الا الى العقد الشرعى الذي به حصل تصرفه في مال غيره لا الى نفس المال ولا التصرف فيه لان اضافة الربح الى التصرف في المال معناها انه اكتسب عن التصرف فيه وليس هذا مفيد لنا اذ هو معلوم وانما حاجتنا الى ثبوت حل الربح لكل منهما ولا شك أن حله انما يضاف الى العقد الشرعى لا التصرف فان نفس التصرف في المال وان كان مأذونا فيه شرعا لا يوجب حل الربح للتصرف كافي بالمضغ والوكيل بالبيع فلم يحل الا بعقد الشركة متحققا فيه معنى اسمه فيه لان هذا العقد الشرعى 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 لتحقيقها خارج عنه ثم قال المصنف (ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان يعنى عند الشراء بهما) ما فيه الربح حتى جاز أن يدفع غيره ما لم يكن الربح مستفادا بعين رأس المال حتى يلزم فيه الخلط بل بالتصرف واذا ظهر تحقق الشركة بلا خلط (تحققت في المستفاد بدونه) أي بدون الخلط (وصار كالمضاربة) تحقق الشركة في الربح بلا خلط فان قيل فعلى هذا ينبغي أن لا تبطل به لانه المال قبل الشراء لوجود المال وقت العقد لانه انما عقد في المحل قلنا انما بطلت لعارض آخر وهو ان هلاك المحل قبل حصول المقصود وباله قد منه يبطله كالمبيع يبطل به لانه 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 والتساوى) في رأس المال ولا (في الربح وتصح شركة التقبيل) وقوله ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح قال ابن المنذر لا خلاف في هذا لا حدم من أهل العلم ووجهه ما ذكره المصنف بقوله لانه شرط بوجوب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى فيكون اشتراط جميع الربح لاحدهما على ذلك التقدير واشتراطه لاحدهما يخرج العقد عن الشركة الى قرض أو بضاعة على ما تقدم وقوله (ونظيره في المزارعة) يعنى اذا شرط لاحدهما قفرا مسماة بطلت لانه عسى أن لا يخرج الارض غيرها (قوله) ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان ان يضع المال لانه 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 وخبره الظرف (قوله) وكذاله أن يودعه لانه معتاد ولا يجرد التاجر بدامنه) في بعض الأوقات والمضاييق 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 والتساوى في الربح وتصح شركة التقبيل (قوله) ولا تجوز الشركة) واضح وقوله (ونظيره في المزارعة) يعنى أنه اذا شرط لاحدهما قفرا مسماة كانت فاسدة لان الشركة تنقطع به ومن شرط المزارعة أن يكون الخارج بينهم ماشاءت عا فالواحد من المتفاوضين هذا بيان ما يجوز للشريك شركة مفوضة أو عنان أن يفعل وأن لا يفعل يجوز له أن يذبح لانه معتاد في عقد الشركة والمعتاد جازله العمل به ولان له أن يستأجر على العمل بخصم الربح بلا خلاف وكل من جازله أن يستأجر لتحصيل الربح جازله أن يذبح لان الاستئجار تحصيل بعوض والابضاع بدونه فكان الاستئجار على ومن ملك الاعلى ملك الأدنى وأن يودع المال لانه معتاد ولا يجرد التاجر منه بدا وان يدفع مضاربة لانهادون الشركة ألا ترى انه ليس على المضارب شئ من الوضعية وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شئ من الربح هذا ظاهر الرواية

(وعن أبي حنيفة ليس له ذلك لأنه) أي عقد المضاربة (نوع شركة) لأنه يجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لأحد الشريكين أن يشارك (٣٦) مع غيره بمال الشركة فكذلك لا يدفعه مضاربة (والأول) أي وهو والدفع مضاربة (أصح وهو

رواية الأصل لان الشركة) يعني في المضاربة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح وهو ثابت بالمضاربة فيملكه أحد الشريكين كالواستأجر أجير العمل فإنه يجوز ولا واحداً فهذا أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمته فإن المضارب اذا عمل ولم يحصل الربح لا يجب على رب المال شيء بخلاف الاجارة فان الاجير اذا عمل في التجارة ولم يحصل شيء من الربح يكون المستأجر ضامناً للاجرة بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله فان قيل هذا منقوض بالمكاتب فإنه حازه أن يكاتب عبده والعبد المأذون له حازه أن يأذن لعبده فالجواب ان ذلك ليس من قبيل الاستتباع فان كل واحد منهما أطلق في الكسب وأسبابه وهذا من أسباب الكسب المطلقة لهما لأنه من المستتبعات وأن يوكل من يتصرف فيه وهو ظاهر واعتراض بان الحكم الثابت مقصوداً أعلى حالاً من الحكم الثابت في ضمن شيء آخر لا محالة والوكيل الذي كانت وكالته مقصوداً ليس له توكيل غيره فالو كيل الذي تنبت

وعن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة والأصح هو الأول وهو رواية الأصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استأجره بأجر بل أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله قال (ويوكل من يتصرف فيه) لان التوكيل بالبيع والشراء من أنواع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك أن يوكل غيره لأنه عقد خاص طالب 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 لأنه نوع شركة) في الربح (والأصح هو الأول وهو رواية الأصل لان الشركة) في الربح غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح (فصار) كما اذا استأجره باجرة) ليعمل له بعض أعمال التجارة (بل أولى لأنه تحصيل 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 واقتداء المفترض والمتنفل بعلهما والناسخ مثل المنسوخ وأجيب بأن ملكه ما ذلك ليس بطريق الاستتباع بل باطلاق التصرف مطلقاً وكذا الاقتداء ليس صلاة الامام مستتبعة لصلواتهما بل تلك مبنية عليها وحقيقة الناسخ مبين لا غير على انه ليس وزان ما نحن فيه بتأمل يسير ولكل واحد ان يشتري بالنسيئة وان كان مال الشركة في يده استحسننا وليس لأحد شريكي العنان الرهن أي رهن من مال الشركة يدين من التجارة عليه والارتهان يدين له بخلاف المفاوضات له ان يرهن ويرهن على شريكه فان رهن في العنان متاعاً من الشركة يدين عليه ما لم يجز وكان ضامناً للرهن ولو ارتهن يدين لهما لم يجز على شريكه فان هلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء ذهب بخصته ويرجع شريكه بخصته ويرجع المظلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء شريك المرتهن ضمن شريكه خصته من الدين لان هلاك الرهن في يده كالاستيفاء وكذا اذا باع أحدهم مالاً ليس للآخر قبضه وللمدين أن يمتنع من دفعه فان دفعه اليه برئ من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر وليس لواحد منهما ما أن يجاديه فيما اذانه الآخر أو باعه والخصومة للذي باع وعلمه ولا أن يؤخر ديناً فان أخر لم يمس على الآخر وكذا الأيمضى اقراراً أحدهم ما يدين في تجارته ما على الآخر فان أخر وانكر الآخر لم يمس المقترب جميع الدين ان كان هو الذي وليه لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد وكيلا كان أو مباشراً وان أخر انهما ولياه وانكر الآخر لم يمس نصفه ولو اشترى أحدهم ما شيئاً فوجده عيماً يكن للآخر ان يردّه لان ذلك من حقوق العقد ولو أخذ أحدهم مالا مضاربة اختص برحمته لان مال المضاربة ليس من مال الشركة وعلى هذا لو شهد أحدهم مالاً صاحبه بما ليس من شركته ما فهو جائز بخلاف المفاوضات في جميع ذلك ويمضى اقراره عليه ويشارك شركة عنان ويمضى على الآخر بخلاف شريك العنان ويجوز قبض كل من المفاوضات ما اذانه الآخر أو اذانه أو واجب لهم ما على رجل من غصب أو كفالة أو غير ذلك ويرد بعيب ما اشتره الآخر وكل منهما خصم عن الآخر يطالب بما على صاحبه وتقام عليه الدية 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 لها بخلاف الوكيل (صريحاً) بالشراء ليس له أن يوكل به لأنه عقد خاص طالب به) شراء شيء بعينه فلا يستتبع مثله وكل ما كان لأحدهم أن

وكالته في ضمن الشركة كيف حازه أو وكيل غيره وأجيب بذلك الجواب المشهور وهو قولهم كم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً كبيع الشرب وغيره والشبهة وجه القياس في هذه المسئلة وجوابها وجه الاستحسان (قوله) وأجيب بذلك الجواب المشهور (الخ) أقول وسيجيء نظير هذا من الشارح أيضاً في آخر كتاب الشركة ثم أقول فيه بحث

قال (ويده في المال يدأمانة) لانه قبض المال باذن المالك لاعلى وجه البديل والوثيقة فصار كالوديعة

يعمله اذا نماه شر بيك عنه لم يكن له فله فان عمله ضمن نصيب شر بيك وله هذا القول احدهما ما خرج له ما يطا
ولا تجاوزها حتى وافى ذلك المال ضمن حصه شر بيك لانه نقل حصته بغير اذنه وكذا الوثيقة عن بيع
النسيئة بعد ما كان اذن له فيه (قوله ويده) أي يد الشريك مطلقا في المال يدأمانة لانه قبض المال باذن
المالك لاعلى وجه البديل والوثيقة) فيكون أمانة بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه قبضه على وجه
اعطاء البديل فيكون مضمونا بخلاف الرهن فانه مقبوض للتوثيق بدينه فيضمن بذلك الدين واذا 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 أحد المتفاوضين ولم يبين حال الذي كان في يده
فانه لا يضمن لشر بيك نصيبه والاخرى في السير اذا أودع الامام بعض الغنائم في دار الحرب قبل القسمة
عند بعض الخندقات وتذكر الثالثة في الوقف ان شاء الله تعالى (فروع في اختلاف المتفاوضين)
قد علم انه ليس لأحد المتفاوضين أن يقرض ولا يهب ولا يتصدق ولا يعير دابة من شركتهما ولو ادعى
على آخر أنه شاركنه مفاوضة فأنكر والمال في يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع عيونه وعلى المدعى البينة
لانه يدعى العقد واستحقاق ما في يده وهو منكر فان أقام البينة فشهدوا أنه مفاوضه أو زادوا على هذا
فقالوا المال الذي في يده من شركتهما أو قالوا هو بينهما نصفان قضى للمدعى بنصفه لان الثابت بالبينة
كالثابت بالاقرار وجميع ما ذكره مقتضاه انقسام ما في يده فيقبض بذلك فلو ادعى الذي في يده المال
بعد ذلك ان هذا العين لي ميراثا ما في يده وأقام على ذلك بينة قبلت عند محمد ولم تقبل عند أبي يوسف
لأن ذلك المصدار مقضيا عليه بنصف ما في يده وبينة المقضى عليه في اثبات الملك لا تقبل الا أن يدعى
تلقى الملك من قبل المقضى له كالأول كانت الشهادة مفسرة ولو ادعى ذوالسيد عينا في يده انها له خاصة وهب
شر بيك منه حصته وأقام البينة على الهبة والقبض قبلت لانه اتى المدعى بتلقي الملك منه ولو ادعى انه
مفاوضه والمال في يد المدعى عليه فأقر وقضى عليه ثم ادعى عينا ما كان في يده أو ميراثا أو هبة وأقام
بينة قبلت والفرق لأبي يوسف ان ذوالسيد ما مقر بالمفاوضة مدع الميراث ولا منافاة بينهما وقد أثبت
دعواه بالبينة وفي الاول ذوالسيد جاحد مدعى عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه ألا ترى انه لو لم
يكن أقام البينة في صورة الانكار لم يتكلم في حقه واذامات أحد المتفاوضين والمال في يد الحى
فادعى الورثة بالمفاوضة وبمحمد الحى ذلك فأقاموا البينة بذلك بقض لهم بشئ فيما في يد الحى لانهم ما
شهدوا بعد قد علم ارتفاعه لا تنقض المفاوضة بموت أحدهما ما ولا لانه لا حكم فيما شهد به في المال الذي
في يده في الحال لأن المفاوضة فيما مضى لا توجب أن يكون المال الذي في يده في الحال من شركتهما
الا أن يقيموا انه كان في يده في حياة الميت أو انه من شركتهما فانهم حينئذ شهدوا بالنصف للميت وورثته
حلفاؤه ولو كان المال في يد الورثة وبمحمد والشركة فأقام الحى البينة على المفاوضة وأقاموا ان
أباهم مات وتركه هذا ميراثا من غير مفاوضة بينهم لم تقبل منهم لانهم جاحدون فاعلموا بيمينهم على
النفي وقد أثبت المدعى الشركة فيما في أيديهم فبعضى له بنصفه وصحح شمس الأئمة ان هذا قولهم جميعا
ولو قالوا مات جدنا وتركه ميراثا لنا أو أقاموا البينة على هذا لا تقبل في قول أبي يوسف وتقبل في قول محمد
كألو 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 قاضى ببلدة كذا قضى
بذلك عليه وسما المال وانه 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 بالآخر 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 البديل)
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 (لا تفيد مقصودهما) أي مقصود الشريكين وهو التمييز ظاهر وفي بعض النسخ لا تفيد مقصودها أضاف المقصود إلى الشركة وان كان المقصود للشريكين بأدنى مسابسة وهو تلبس الشريكين به عند الشركة (قوله ولا يشترط فيه) أي في هذا العقد اتحاد العمل والمكان خلافا لزرر ومالك رحمهما الله فالان اتفاق الأعمال كالتصاريح اشتراك أو صبغين جاز وان اختلفت كصبغ وقصار اشتراكا (٣٨) لا يجوز لان كل واحد منهما عاجز عن العمل الذي يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صنغته

فلا يتحقق مقصود الشركة ولان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه ان المقصود منه التخصيل وهو ممكن بالتوكيل لا تتفاوت باتحاد العمل والمكان أو اختلافهما أما الاول فلان التوكيل يتقبل العمل صحيح عن محسن مباشرة ذلك العمل وعن لا يحسن لانه لا يتعين على المتقبل اقامة العمل بيديه بل له أن يقيم باعوانه واجرائه وكل واحد منهم ما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحا وأما الثاني فلان أحد الشريكين لو عمل في دكان والاخر في دكان آخر لا يتفاوت الحال وهو ظاهر فان قيل قد تقدم ان من الفروع المترتبة على أصل زرر والشافعي في مسألة الخلط ان شركة التقبيل لا تجوز فكيف يصح قول زرر مع مالك رحمهما الله في جوازها اذا كانت الاعمال منقطة أجيب بان زرر له 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 (كالخياطين والصبغين يشتركان على أن يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك) وهذا عندنا وقال زرر والشافعي لا يجوز لان هذه شركة لا تفيد مقصودها وهو التمييز لانه لا بد من رأس المال وهذا لان الشركة في الربح بتقضى على الشركة في المال على أصلهما على ما قررناه ولنا أن المقصود منه التخصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيل في النصف أصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزرر فيهما 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 ويتراذان الفضل (قوله وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبيل) وشركة الابدان وشركة الاعمال (فخو الخياطين والصبغين يشتركان في ان يتقبل كل الاعمال) أو نحو الصباغ والخياط بفعلان ذلك (ويكون الكسب بينهما فيجوز عندنا وقال الشافعي لا يجوز لانها شركة لا تفيد مقصودها) أي المقصود منها وفي بعض النسخ مقصودها بالتثنية أي الشريكين (وهو التمييز) أي الربح (لانه لا بد) في الربح (من رأس المال) لانه يبنى عليه على ما قررناه في الخلاف في عدم اشتراط الخلط (ولنا ان المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح) على الاشتراك وهو لا يقتصر على المال بل جاز العمل أيضا كما مر في جاز بالتوكيل بان يوكل الاخر بقبول العمل عليه كما يقبله لنفسه فيكون كل أصيلا في نصف العمل المتقبل ووكيلا في نصفه 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 معين الشريك في مالزمه بتقبله عليه وهو جائز لان المشر وط مطلق العمل لا عمل المتقبل بنفسه أو وكيله بنفسه ألا ترى ان نحو الخياط يتقبل ثم يستأجر من يعمل ويدفعه الى مالكه فتطيب له الاجرة ومن صور هذه الشركة أن يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف القياس أن لا يجوز لان من أحدهما العمل ومن الاخر الحانوت واستحسن جوازها لان التقبيل من صاحب الحانوت عمل (قوله ولا يشترط فيه) أي في جواز هذه الشركة (اتحاد العمل والمكان خلافا لزرر ومالك) وأورد عليه أنه قدم في اشتراط الخلط لزرر ان من ثمراته عدم جواز شركة التقبيل وهو يناه في اشتراطه لصحتها اتحاد العمل والمكان أجيب بان زرر في جواز شركة التقبيل رواه تين ذكره ما في البسوط 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 (لا يتفاوت) بين كون العمل في دكانين أو دكان وكون الاعمال من اجناس أو جنس فلا وجه لاشتراط شرط بلا دليل يوجهه (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 زرر (لان الضمان هنا انما هو بقبول العمل) أي لانه لا مال

عقدت

الرواية التي لا يشترط ولكن أطلق في اللفظ ولم يذ كراختلاف الروايتين فيرى ظاهره متناقضا

(قوله ولو شرط العمل نصفين) أي اذا شرط في شركة التقبيل ولم يكن مفاوضة ان يكون العمل نصفين والربح الحاصل اثلاثا جاز استحسانا والقياس ان لا تصح لان الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن في يجوز العدة اتاديته اليه أي الى ربح مالم يضمن فصار كشركة الوجوه في ان التفاوت فيها في الربح لا يجوز اذا كان المثلث ترضى بينهما على السواء واما اذا اشترط 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 بجزء من الأرباح إنما يكون عند اتحاد الجنس والهداها لولا استأجر دارا بعشرة دراهم ثم أجرها بثوب يساوي خمسة عشر جازنا إن الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن فيه لم يتحدد رأس المال عمل والربح مال فكان ما يأخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيقدر ما يقوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال للعمل فيقدر بقدر ما يقوم به ولا يحرم لأنه لم يؤد إلى ربح مالم يضمن بخلاف (٢٩) شركة الوجوه لأن جنس المال

متفق وهو الثمن الواجب في ذمتهم مادراهم كانت أو دنائير والربح يتحقق في الجنس المتفق وقوله (وربح مالم يضمن) تقديره لوجاز اشتراط زيادة الربح كان ربح مالم يضمن وذلك لا يجوز الا في المضاربة وانما جاز فيها لوقوعه بمقابلة العمل في جانب المصارب وبمقابلة المال في جانب رب المال وليس واحدا منهم في شركة الوجوه ولا الضمان بمقابلة الربح موجودا فيلزم 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 أن يكون معناه ويبرأ 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) إشارة الى لزوم

فإن زيادة عليه ربح مالم يضمن فيتم بجزء العقد لتأديته اليه وصار كشركة الوجوه ولكننا نقول ما يأخذه لا يأخذه بجزء من الأرباح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لأن رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيقدر ما يقوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لأن 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 إن كل واحد منهم يطالب بالعمل ويطلب بالاجر (ويبرأ الدافع بالدفع اليه) وهننا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان أن هذه الشركة

عقدت الشركة عليه فزيادة الربح لا تحدهما (ربح مالم يضمن فلم تجز) كالم تجز شركة الوجوه مع شرط التفاضل في ربح ما يباع مما اشترى بالوجوه وأما كون التفاضل يجري فيها اذا شرطت التفاوت في ملك المشتري فان اشترى كاعلى ان ما اشتراه كل منهم يكون للاخر ربحه فقط فينقسم الربح على قدر ملكهما فذلك في الحقيقة عدم التفاوت في الربح قلنا لا يجوز من هذه الشركة ليس ربحا حقيقة لأن حقيقة الربح إما أن تكون عند اتحاد جنس الربح وما به الاسترباح وهو هنا مختلف لأن 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 أحذق في العمل وأهدى وعلى هذا الوجه خلاف بعض المشايخ فيما لو شرطت الزيادة لاكثرهما فلا وجه ولا يجوز لأن الربح لضمان العمل لا بحقيقة العمل ولذا لو مرض أحدهما أو غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح بينهما بخلاف يعلم وقوله (بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق) 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 يميز العقد وصار كشركة الوجوه يعطى ظاهره بطلان العقد بشرط الزيادة والوجه أنه تبطل الزيادة فقط ويستحق مثل الاجر فانه 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 بعلمه والشريك الذي لم يتقبل العمل أن يطلب رب الثوب مثلا بالاجرة ويبرأ الدافع بدفع الاجرة اليه وان كان انما عمله الذي تقبله قال المصنف (هذا) وهو ضمان كل منهما مع عمل ما تقبله الآخر ومطالبة كل باجرة الآخر وبراءة الدافع اليه الاجرة (ظاهر) فيما اذا عقدت شركة 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 لأن الشركة وقعت مطلقة) واذا وقعت مطلقة انصرفت الى العنان فلم تثبت المفاوضة الا بانص عليها أو على معناه وجه ذلك أن لا فرق بين اطلاق الشركة والتخصيص 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 لأن الشركة وقعت مطلقة عن ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها حتى تثبت وان لم تذكر وانما هي مقتضى المفاوضة فلا يثبت لمعها 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 بازاء الغنم فاذا كان كذلك (جرى) هذا العقد (بجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البديل) وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل وانما قيد بجرى بانه بجرى المفاوضة في هذين الشئين لان فيما عدا ذلك لم يجر هذا (٣٠) العقد بجرى اها حتى قالوا اذا أقر أحدهما بدين من عن اشنان أو صابون أو أجر

أجيرا وأجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه الا بينة وتلزمه خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار بوجوب المفاوضة قال (وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان شركة الوجوه) وهو أن يشترك الرجلان ولأمال لهما (على أن يشترى بوجوههما) أي بوجاهتهما وأمانتهما عند الناس صحيحة عندنا (على هذا) أي على كونها يشترى بوجوههما أي سميت شركة الوجوه لانه لا يشترى بالنسيئة الا لمن له وجاهة 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 عنانا لان المطلق ينصرف اليه لكونه المعتاد فيما بين الناس وهي أي شركة الوجوه جائزة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والوجه من الجانبين ما بيناه في شركة التقبل وهي

(مقتضية للضمان الأتري أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه) بجرى بجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البديل قال (وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولأمال لهما على أن يشترى بوجوههما) ببيعنا فتصح الشركة على هذا) سميت به لانه لا يشترى بالنسيئة الا لمن له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال واذا أطلقت تكون عنانا لان مطلقه ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركة التقبل قال (وكل واحد منهما ما وكيل الآخر فيما يشترى به) لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة أو بولاية ولا ولاية فتتبعين الوكالة (فان شرط أن المشتري بينهما نصفان والربح كذلك يجوز

(مقتضية للضمان) في القدر الذي ذكرناه لا أنهم اتضمت بوكيل تقبل العمل على صاحبه فكان العمل بالضرورة مضمونا على الآخر ولذا استحق من الاجرة بعض ماسمي للآخر (بسبب نفاذ تقبله عليه بجرى) هذا العقد وان كان عنانا (بجرى المفاوضة في ضمان العمل) عن الآخر (واقتضاء البديل) وان لم يتقبل ضرورة بخلاف ماسوى هذين الأمرين هو فيها على مقتضى العنان ولذا لو أقر أحدهما بدين من أمر الصناعة كثن صابون أو صبيغ أو بدين للعملة عن عملهم أو بجره بيت أو كان لمدة مضت لا يصدق على صاحبه الا بينة لان نفاذ الاقرار على الآخر موجب المفاوضة ولم ينصاعليها 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 الوجوه فالرجلان يشتركان ولأمال لهما يشترى بوجوههما) أي بوجاهتهما ووجههما والربح بينهما مالان الجاه مقلوب الوجه لسا عرف غيران الو او انقلب حين وضعت موضع العين للوجوب لذلك ولذا كان وزنه عسل (وانما تكون مفاوضة) بان يكونان من أهل الكفالة والمشتري بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه وتساوي في الربح وتلفظا بلانظ المفاوضة أو بذكر مقتضياتها كما سلف (فتحقق الوكالة والكفالة في الابدال) أي الاثمان والمبيعات وان فات شيء مما ذكرنا كانت عنانا لان 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 انلا تصحح فكذا الشركة التي تضمنت هذه الوكالة وتقدم معنى الباقي غير الفرق بين الوجوه والعنان من جهة أن في شركة الوجوه لا يصح التفاوت في الربح ويصح في العنان مع ان الربح في كل منهما ما من جنس الاصل ففرق بان شركة العنان في معنى المضاربة من حيث ان كلا عامل في مال صاحبه بخلاف شركة الوجوه فصح اعمال شبه المضاربة في العنان في اجازة تفاوت الربح بخلاف الوجوه والحاصل ان شبه المضاربة انما حوز زيادة ربح أحدهما في العنان باعتبار عمله في مال الآخر وليس في شركة الوجوه أحدهما عاملا في مال الآخر وعلى هذا فلا يجعل الاستحقاق في

ان الربح عنده فروع 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 نردستعان في دفع تلك المصادرة بما ذكره الشارح الزيلعي في شرح البكر

(قوله ولا يجوز ان يتفاضل فيه) أي في الزميج وان شرط لاحدهما الفضل بطل الشرط والزميج بينهما على قدر ضمانتهما (قوله وهذا) إشارة الى تختم المساواة في اشتراط الزميج (قوله بالنصف) قيد اتفاقي فانه يجوز ان يلقي بأقل من النصف ولا يستحق بمساواها فان قيل لم لا يجوز ان يستحق الزيادة لزيادة اهتدائه وممانته رأيه وتديبره في الامور العامة والخاصة وعلمه بالتجارة أوجب بأن اشتراط الزيادة في الزميج بزيادة العمل انما يجوز اذا كان في مال معلوم كما في العنان والمضارب ولم يوجد هنا (وقوله الا ترى) توضيح لقوله ولا يستحق عما سواها (قوله واستحقاق الزميج في شركة الوجوه) عود الى المبحث لاتمام المطلوب يعني ان صورة النزاع استحقاق الزميج فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل (قوله على ما بيناه) قيل هو إشارة الى ما ذكره في شركة التقبل بقوله لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن وقيل هو إشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق الخ (٣١) وتقرر كلامه استحقاق الزميج في شركة الوجوه

بالضمان والضمان على قدر الملك في المشتري فكان الزميج الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة 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 المضاربة فليس بمضمون على المضارب ولا العمل على رب المال بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فيلحق بهما قيسل فيه نظر لان ربح مالم يضمن لو جاز في العنان لشبهه المضاربة لصح الشركة بالعروض في العنان لان العنان مشبه بالمضاربة فكان علة تجوز ربح مالم يضمن موجودة لكن لا يجوز ذلك لما تقدم أنه يؤدي الى ربح مالم يضمن والجواب ان

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

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

المضاربة على خلاف القياس واللام يجوز الخاق غيره به لشيء به بل نقول الزميج 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 لشبهه بالمضاربة يصح الشركة بالعروض في العنان ونحسن انعام تجوزها لادائها الى ربح مالم يضمن لان في جعل رأس مال الشركة عروض مضارب مالم يضمن لافي مقابلة عمل المستحق في مال الآخر لانه يلزم من أول الامر عند بيع العرض متفاوتة الثمن فان قيل لم لا يجوز باعتبار فضل العمل كما في الصنائع أوجب بانه انما يجوز فيما يكون العمل في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد هنا

فصل في الشركة الفاسدة وجه تقديم الصحبة على الفاسدة ظاهر (قوله ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد) وكذا الاحتشاش والتكدي وسؤال الناس (وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه) أو أصابه من التكدي (فهو له دون صاحبه) وعلى هذا الاشتراك في كل مباح) كالأخذ الحطب والثمار من الجبال كالجوز والتين والفسق وغيرها وكذا في نقل الطين وبيعها من أرض مباحة أو الحصى أو الملح أو الثلج أو الكحل أو المعدن أو الكنوز الجاهلية وكذا اذا اشتركا على أن يلبنا من طين غير مملوك ويطبخا أجزا ولو كان الطين مملوكا أو سهلة الزجاج فاشتركا على أن يشتريا ويطبخا وبيعا

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

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

(قوله قيسل هو إشارة الى ما ذكره في شركة التقبل 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 الماذا كرنا) أقول في رأس الصحيفة السابقة (قوله والجواب أن العنان بالعروض الخ) أقول والاولى عندي في الجواب أن يقال جواز ربح مالم يضمن في المضاربة على خلاف القياس ولهذا يقتصر على مورد النص وهي الدراهم والديناير فالتشبيه بها لا يكون علة التجوز فيهما يجوز فيه فليست أم

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 بأخذه 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 معافوه بينهما ما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل وان عمل أحدهما وأعان الآخر في عمله بأن قلعه أحدهما وجعه الآخر أو قلعه وجعه وحله الآخر فلهما عين أجر المثل بالغامابلق عند محمد وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف عن ذلك وقد عرف في موضعه

جاز وهو شركة الصنائع وكل ذلك جائز عند مالك وأحمد لان هذه شركة الأبدان كالصباغين ويؤيده ما رواه أبو داود عن ابن مسعود قال اشترى كناناً وأبو عمار وسعد يوم بدر فلم أجبني أنا وعمار بشئ وجاء سعد بأسيرين فأشرك بينهما النبي صلى الله عليه وسلم أجيب بأن الغنيمة مقرومة بين الغانين بحكم الله تعالى فيمنع أن يشترك هؤلاء في شئ منها بخصوصهم وقوله صلى الله عليه وسلم انما هو تنفيل قبل القسمة أو أنه كان قد درما يخصهم وعلى قول بعض الشافعية أن غنائهم بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم بتصرف فيها كيف شاء ظاهر (قوله لان امر الموكل به) أي بأخذ المباح (غير صحيح) لعدم ملكه ولايته (والوكيل عليه) أي على المباح (بدون أمر الموكل فلا يصلح الوكيل نائباً) عن الموكل لان التوكيل اثبات ولايته لم تكن ثابتة للوكيل وهذا لو يوجد ههنا فإذ لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة واستشكل بالتوكيل بشراء عبد بغير عينة فإنه يجوز زرع أن الوكيل على شراء لنفسه قبل التوكيل وبعده وحاصل الجواب أن الوكيل ليس قادراً باعتبار آخر وهو شغل ذمة الموكل بالتمن لولا الوكالة فيها تثبت له ولاية أن يشغل ذمته به بعد أن لم يكن بقدر عليه وحاصل هذا أن التوكيل بما يوجب حقاً على الموكل يتوقف على اثباته الولاية عليه في ذلك والكلام في التوكيل بخلافه وانما الوجه أن الشرع جعل سبب ملك المباح سبق اليد إليه فإذا وكاه به فاستولى عليه سبق ملكه له ملك الموكل ولو قيل عليه هذا إذا استولى عليه بقصده لنفسه فاما إذا قصده ذلك لغيره فلم لا يكون للغير يوجب بأن اطلاق نحو قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث لا يفرق بين قصد وقصد (قوله فان أخذه جميعاً) يعني ثم خلطاه وباعاه قسم الثمن على كيل أو وزن ما لكل 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 فإظهار أنه بينهما ما نصفان والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله ولا يصدق على الزيادة على النصف الا بيئته لانه يدعى خلاف الظاهر (وان أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل) لوجود السبب منه (وان عمل أحدهما وأعان الآخر) بأن قلعه أحدهما وجعه الآخر أو قلعه أحدهما وجعه الآخر وحله فلهما عين أجر مثله بالغامابلق عند محمد وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف عن ذلك (وقوله) وقد عرف في موضعه) يعني كتاب الشركة من المبسوط فيل يوسف رحمه ما الله في الكتاب وكذا تقديم دليل أي يوسف على دليل محمد في المبسوط دليل على أنهم اختاروا قول محمد وجه قول أبي يوسف أنه رضى بنصف المجموع وان كان ذلك

مجهولاً في الحال لانه يعلم في المال وكانت جهالته على شرف الزوال فإنه بعرضية أن يصير معلوماً عند الجمع هو

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

فاذا كان راضيا في الابتداء بنصف المجموع وقد فسد العقد كان راضيا بنصفه من (٣٣٣) المجموع في الانتهاء فلا يجاوز به نصفه لانه

يعتبر رضاه في اسقاط حقه
عن مطالبته الزيادة ووجه
قول محمد أنه لا يمكن تقريره
أي تقرير أجر المثل بنصف قيمة
المجموع لانه مجهول جهالة
متفاحشة جنسا وقد درا
حيث لا يدري أي نوع
من الحطب يصيبان وأي
قدر منه يجتمعان ولا يدران
أيضا هل يجدان ما عقدا
عليه عقد الشركة أو لا يجدهانه
فاذا كان كذلك لا يمكن أن
يقال ان المعين رضى بنصف
المسمى من الحطب أو غيره
لان الرضا بالمجهول لا يتحقق
فيجب الاجر بالغما ما بلغ الأ
يرى أنه لو أعانه عليه فلم يصيبا
شيأ كان له الاجر بالغما
ما بلغ فهنا أولى لان ما
أصابا وقوله (واذا اشتركا
ولا أحدهما 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 لان تكون
الامن جلدتين بقام بجسد
ثالث بينهما يتسع والجمع
مزاد ومزاييد وقوله (لان
الريح فيه تابع للمال فيقدر
بقدره) فيه نظر لان الريح
عندنا فرع للعقد كما هو وكل
فرع تابع وكونه تابعا للمال
انما هو مذهب الشافعي
رحمه الله كما تقدم فكان
الكلام متناقضا والجواب

قال (واذا اشتركا ولا أحدهما بغل وللاخر راوية يستقي عليها الماء فالكسب بينهما ما لم تصح الشركة
والكسب كله للذي استقى وعليه أجر مثل الراوية ان كان العامل صاحب البغل وان كان صاحب
الراوية فعليه أجر مثل البغل) أما فساد الشركة فلان عقادها على احراز المباح وهو الماء وأما وجوب
الاجر فلان المباح اذا صار ملكا للحرز وهو المستقي 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 الريح
فيه تابع للمال فتقدر بقدره كما ان الربيع تابع للبدن في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد
فسدت بقي الاستحقاق على قدر رأس المال

هو النائب عن الفاعل (فرع) لهما كلب فأرسلهما فأصاب بينهما ولو كان لاحدهما أو أرسله
جميعا كان ما أصاب للمالكه (قوله) واذا اشتركا ولا أحدهما بغل وللاخر راوية يستقي عليها الماء وما
يحصل بينهما ما تصح الشركة) اعلم أن الراوية في الاصل هو الجمل الذي يحمل عليه الماء سمي به لانه يرويه
ويقال رويته للقوم اذا سقيت لهم وكثر ذلك حتى قيل للمزادة وهي الجلود الثلاثة المصنوعة لنقل
الماء فعلى الاول أن يكون لهذا جمل وللاخر بغل فاشتركا على أن كلايؤجر مال لكل واحد فغرز قافه هو
بينهما وذلك باطل لان حاصل معنى هذان كلا قال لصاحبه بع منافع دابته ليكون ثمنه بيننا
ومنافع دابتي على ان ثمنه بيننا ولو صرحا به اذا كانت الشركة فاسدة ثم ان أجرهما ما أجر مع لوم
صفقة واحدة في عمل معلوم قسم الاجر على مثل أجر البغل ومثل أجر الجمل لان الشركة لما فسدت
والاجارة صحيحة لان عقادها على منافع معلومة بيد لوم كان الاجر مقسوما بينهما كذلك كما قسم
الثلث على قيمة المبيعين المختلفين بخلاف ما لو اشتركا على ان يتقبلا الحوليات المعلومة باجرة معلومة ولم
يؤجرا 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 كما صباغين لاحدهما آلة الصبغ
وللاخر بيت يعمل فيه اشتركا على تقبل الاعمال ليعمل بها الا في ذلك البيت وان اجرا البعير أو البغل
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 وبالغما يبلغ على قول محمد وكذا لو دفع دابته الى رجل ليؤجرها وما
أطعم الله تعالى بينهما نصفان كان الاجر كله لمالك الدابة وكذا في السفينة والبيت لما بيننا اذ تقدره
انه قال بع منافع دابتي ليكون الاجر بينهما الاجر كله لصاحب الدابة لان العاقد عقد العقد على ملك
صاحب الدابة باجره وللعاقد أجر مثله لانه لم يرض أن يعمل بجانبنا بخلاف ما لو دفع اليه دابة ليبيع عليها
طعاما المدفوع اليه على ان الربح بينهما نصفان فان الشركة فاسدة والربح لصاحب الطعام ولصاحب
الدابة أجر مثلها لان العامل استوفى منافع الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلها والربح للعامل وهو
صاحب الطعام لانه كسب ماله وعلى الثاني أن يكون هذان بغل وللاخر مزادة فاشتركا على ان يستقيا
الماء فيها على البغل فالشركة فاسدة وهو ظاهر قول الشافعي وبه قال أحمد والاجر كله للذي استقى وعليه
أجر مثل المزادة ان كان صاحب البغل وأجر مثل البغل ان كان صاحب المزادة وجمع المزادة مزاد ومزاييد
(أما فساد الشركة فلان عقادها على احراز المباح وهو) نقل (الماء) وأما وجوب الاجر فلان المباح قد
صار ملكا للحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجر المثل (قوله) وكل شركة
فاسدة فالرجح فيها على قدر رأس المال الخ) كآلف لأحدهما مع الفين لالاخر فالرجح بينهما اثلاثا وان
كان شرط الربح بينهما نصفين بطل ذلك الشرط ولو كان لكل مثل مال الاخر وشرط الربح أثلاثا باطل
شرط التفاضل وانقسم نصفين بينهما (لان الربح في) وجوده (تابع للمال) وانما طاب على التفاضل

(٥ - فتح القدير خامس) أنه تابع للعقد اذا كان العقد موجودا وهما قد فسد العقد فيكون تابعا للمال لانه شرط فان العلة اذا لم تصلح لاضافة الحكم اليها تنضاف الى الشرط والربح عبارة عن الزيادة يقال أخرجت الارض ربعا أي غلة لانها زيادة

وقوله (على ما ينه من قبل) إشارة الى ما ذكره في باب أحكام 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) لكون موت الموكل يوجب عزل الوكيل حكما نحو بيل ملكه الى وراثته فلا يتوقف حكمه على ثبوت العلم به الا ترى أن الوكيل يتعزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته وقوله (واذا 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 يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع وأجيب بأن الوكالة تابعة للشركة من حيث انها شرطها انصح الشركة بدون الوكالة أشار المصنف الى ذلك آتيا بقوله ولا بد منها أى الوكالة لتحقق الشركة واذا كانت شرطا لا يتحقق بقاء المشروط بدونه وقوله (لانه) أى الفسخ (عزل قصدى) فيتوقف على

(واذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا اذا قضى القاضي 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 فسخ أحد الشريكين الشركة ومال الشركة ذراهم ودنانير حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدى والله أعلم

بالتسمية في العدة وقد بطلت ببطان العقد فيبقى الاستحقاق على قدر رأس المال المولد له ونظيره البرز في المزارعة والربح الزيادة (قوله) واذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) مفاوضة كانت أو عينا اذا قضى بلحاظه على البتات حتى لو عاد مسالم يكن بينهما مسامحة وان لم يقض القاضي بلحاظه انقطعت على سبيل التوقف بالاجماع فان عاد مسالم 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 القاضي بالبطلان حتى أسلم عادت المفاوضة وان مات بطلت من وقت الردة واذا انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف هل تصير عينا عند أى حنيفة رحمه الله لا وعندهما تبقى عينا ناذ كرهه الولوالجي وانما بطلت الشركة بالموت لانها تتضمن الوكالة أى مشروط ابتداءها وبقاؤها باضرورة قائمها لا يتحقق ابتداءها الا بولاية التصرف لكل منهما في مال الآخر ولا تبقى الولاية الا ببقاءه أو كاله وجه هذا التقرير اندفع السؤال القائل الوكالة تثبت تبعا ولا يلزم من بطلان التابع بطلان الأصل 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 نفذه الشرع حيث نقل المالك بخلاف ما اذا فسخ أحد الشريكين الشركة وماله ذراهم أو دنانير حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدى لانه نوع حجر فبشرط علمه دفعا للضرر عنه وتقييمه بما اذا كان مال الشركة ذراهم أو دنانير لانه لو كان عروضا فلا رواية في ذلك عن أصحابنا وانما الرواية في المضاربة وهى ان رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فان كان مال المضاربة ذراهم أو دنانير صرح فيه غيرانه بصرف الدراهم بالدنانير 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 اليهم مامعافمك كل منى صاحبه عن التصرف في ماله نقدا كان أو عروضا بخلاف مال المضاربة فانه بعد ما صار عرضا ثابت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال نهيه **فروع** انكار الشركة فسخ وقوله لا عمل فسخ حتى لو عمل الآخر كان ضامنا لقيمة 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 فاشتراه 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 براضا صاحبه اه وهذا غلط وقد صحح هو انفراد الشريك بالفسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ما ذكر في التجنيس فان أحد المتفاوضين لا يملك تغيير مرجحها الا براضا صاحبه وفي الرضا احتمال يعنى اذا كان ساكنا والمراد بوجوبها وقوع المشتري على الاختصاص ولا يشك على هذا ما ذكر في الخلاصة في ثلاثة اشتركوها شركة صحيحة على قدر رؤس أموالهم فخرج واحد الى ناحية من النواحي لشركتهم فشاركه الخاضران آخر على ان ثلث الربح له والثلثين بينهم أنلا ثلثا لثلاثة للعاشرين وثلاثة للعاشر فعمل المدفوع اليه بذلك المال

فصل ولما كانت أحكام هذا الفصل أبعد عن مسائل الشركة من قبيل أنها ليست من مسائل التجارة آخرها في فصل على حدة وكلامه واضح لا يحتاج إلى شرح سوى ما ذكره وقوله (أما إذا أدى معاشر كل واحد منهم أنصيب صاحبه) يعني عند أبي حنيفة خلافا لهما وقوله (لان الظاهر أنه لا يلتزم الضرر) يعني أداءه بعض ماله على يد الوكيل الادفع الضرر أي بقاء الواجب في ذمته وقوله (لانه عزل حكيم) اعترض عليه بأنه يشكل بالوكيل بقضاء الدين فان هناك اذا قضى الموكل بنفسه ثم قضى الوكيل فان علم بأداء الموكل فهو ضامن وان لم يعلم لم يضمن شيئا فمفروق هناك بين العلم وعدمه مع أنه حصل العزل الحكيم هناك أيضا بأداء الموكل وأجيب بأن الوكيل قضاء الدين مأمور بأن يجعل المؤدى مضمون على القابض على ما هو الاصل لان الدين تقضى بامثالها وذلك يتصور بعد أداء الموكل لم يكن أداءه موجبا لعزل الوكيل حكما فوضح الفرق أن هناك لولم يوجب الضمان على الوكيل بحمله بأداء الموكل لالحق الموكل فيه ضرر لانه يتمكن من استرداد المقبوض من القابض وتضمينه ان كان هالكا وههنا (٣٥) لولم يوجب الضمان أدى الى لحاق الضرر

بالموكل لانه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه والضرر مدفوع فلهذا وجب الضمان بكل حال واعترض عليه 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 الاداء وأجيب عنه بأنه أمره بأداء الزكاة عنه في حال استقرار الزكاة على الأمر وعند ما يؤدي الموكل عن نفسه الزكاة الحاله حاله زوال الزكاة وسقوطها عنه فلا يوصف في هذه الحاله أنها حاله استقرار الزكاة فكان أدائها على غير الوجه المأذون فكان مخالفا لأمره فإلذلك

فصل وليس لاحد الشريك ان يؤدي زكاة مال الآخر الا بذنه لانه ليس من جنس التجارة فان أذن كل واحد منهما لصاحبه أن 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 ادعى على التعاقب أما اذا أدى معاشر كل واحد منهم ما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف للمأمور بأداء الزكاة اذا تصدق على الفقير بعد ما أدى الأمر بنفسه لهما انه مأمور بالتلمذ من الفقير وقد أتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التلمذ لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمأمور ببيع دم الاحصار اذا بيع بعد ما زال الاحصار ورجع الأمر لم يضمن المأمور علمه ولا ولا يضمن حنيفة انه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى لم يقع زكاة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا للبيع الضرر وهذا المقصود حصل بأدائه وعرض أداء المأمور عنه فصار معزولا ولم يعلم لانه عزل حكيم وأما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسألتنا

سنتين مع الحاضرين ثم جاء الغائب فلم يتكلم بشي فاقسمه واولم يزل يعمل معهم هذا الرابع حتى خسر المال أو استملكه فأراد الغائب أن يضمن شريكه لاضمان عليهم اوعله بعد ذلك رضيا بالشركة لان هذا أخص من السكوت الثابت لما فيه من زيادة العمل

فصل لما كانت أحكام هذا الفصل بعيدة عن الشركة انذلت من أمور التجارة والاسترباح أفردوا بفصل وأخره (قوله واذا أذن كل أن يؤدي زكاة أمواله اذا حال الحول فحال فأدى) وقد أدى الاذن المالك ضمن لشريكه ما أداءه (علم بالاداء ولم يعلم عند أبي حنيفة رحمه الله) وعندهما لا يضمن ما لم يعلم بأدائه هكذا ذكر في كتاب الزكاة من المبسوط ونقل اللؤلؤ الحلي ان في بعض المواضع لا يضمن عندهما وان علم بأداء المالك ونص في زيادات العتابي ان عندهما لا يضمن علم بأدائه أولم يعلم قال وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف لو دفع مالا الى رجل ليكفر عنه فكفر الا بمفرده ثم كفر المأمور (وعلى هذا المأمور بأداء الزكاة) وهذا الخلاف فيما اذا ادعى على التعاقب فان أدى معاشر كل نصيب

ضمن وقوله وأما دم الاحصار جواب عن قوله فصار كالمأمور ببيع دم الاحصار وتقديره أنا لان سلم أن المأمور ببيع دم الاحصار لا يضمن اذا بيع بعد زوال الاحصار وثبت سلمنا أنه لا يضمن بالاتفاق لكن الفرق بينهما أن دم الاحصار ليس بواجب البتة لانه لو صبر الى أن يزول الاحصار لم يطالب بدم الاحصار فلم يكن أمرا مقصودا فلم يمكن أن يقال ان المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المأمور فعرضي فعل المأمور عن المقصود بخلاف أداء الزكاة فانه واجب وكان اسقاط الواجب أمرا مقصودا وقد حصل هذا المقصود بأداء الأمر نفسه فعرضي فعل المأمور عن المقصود فيضمن

فصل وليس لاحد الشريك ان يؤدي زكاة مال الآخر الا 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 أمأ على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يضمن التوكيل في جميع الاحوال فعلى هذا لا يحتاج أبو حنيفة الى الفرق (قوله واعترض عليه أيضا الى قوله وأجيب عنه بأنه أمره الخ) أقول هذا الاعتراض والجواب للاتقاني

وقوله (واذا أذن أحد المتفاوضين) صورة المسئلة ظاهرة وتفرير 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 لأن الملك واقع له خاصة بدليل حل وطؤها والتمن بمقابلة الملك (٣٦) فكان الدين عليه خاصة ولا يحنيفة رضئ الله عنه إن الجارية دخلت في الشركة على

الابتات وأدى المشتري
ثمنها من مال الشركة وكل
مادخل في الشركة وأدى
المشتري ثمنها من مال الشركة
فانه لا يرجع عليه صاحبه
بشيء كما لو اشتراها قبل الأذن
وأدى ثمنها من مال الشركة
فانه لا يرجع عليه بشيء
وبين دخولها في الشركة بقوله
(جربا على مقتضى الشركة)
أي شركة المفاوضة فان
ذلك يقتضى دخول مال ليس
بمستثنى كاطعام والكسوة
تحتها وشراء الجارية ليس
بمستثنى فيدخل تحتها انهما
لا يمكنان تغيير مقتضى
الشركة مع بقائها الأتري
أنهما لو شرطا 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 إذا وهبه نصيبه بعد
الشراء بغير إذن وقوله (غير
أن الأذن يتضمن هبة نصيبه)
استثناء من قوله فأشبهه
حال عدم الأذن فانه كان
مما يوهبهم أن يقال كيف
يشبه حال عدم الأذن وهناك
لم يحل وطؤها وبعد الأذن

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

الأخر عند أبي حنيفة وعندهما لا يضمن ذكوره في المبسوط وزيادات العتاي وعمل فيما نقل عن المبسوط بان زكاة كل منهما تقع بمأداه بنفسه وأدائه بنفسه بوجوب عزل الوكيل ولا يخفى انه لا يفيد لأنه بعد تسليم ان أدائه يتضمن عزل الوكيل وهو لا ينعزل الا بعد العلم والكلام فيه وجه قولهما في خلافية الكتاب انه أداه بالامر ولا ضمان مع الامر ولا يقال انما أمره 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 الاداء ولهذا الودفع الى رجل ليقضى به ديناً عليه ثم أدى الدافع الدين لا يضمن اذا دفع ولم يعلم وصار أيضاً كدم الاحصار اذا نزع المأمور بعد زوال الاحصار (ولا يحنيفة انه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى) بعد أدائه (لم يقع زكاة فصار مخالفاً وهذا لان الظاهر ان لا يلتزم الضرر) بتقصيص المال الا لدفع الضرر الدينى وقد دخل أدائه عن ذلك (فصار بأدائه معزولاً علم ولم يعلم لانه عزل حكيمى) لا يتوقف على العلم بالعزل بالموت كما ذكرنا آنفاً وأما ما التزمتم به من المستثنى قيل يمنع تسليم أبي حنيفة الجواب فيها وقيل بل هو على الاتفاق والفرق (ان الدم ليس بواجب على الأمر المحصر لانه يمكنه أن يصبر حتى يزول الاحصار) أدرك الحج أو لم يدركه ويفعل أفعال فائت الحج (وفي مستلثنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه) وأما مسئلة الدين فالفرق انه أمره بدفع مضمون على الآخذ وذلك ثابت وان كان الآخذ ذاته وهذا لان عين الدين لا يمكن دفعه بل دفع مال مضمون على القابض ثم يصير الضمان بالضمان قصاصاً وقد وقع ولم يفت لامكان الرجوع عليه بعد العلم بالقضاء ولا يخفى انه لم يقع الجواب عن قوله ماليس في وسعه ايقاعه زكاة فكان المأمور به دفعه الى المصرف وقد وجد وكونه عزلاً حكيمياً لما أن ينعمه لانه موقوف على كون الامر صحيح بدفعه مقيد برقوعه زكاة وهو ممنوع وقد قيل انه لما أمره بأداء الزكاة كان ناوياً بالها فلو بادرا الى الاداء وقع المأمور به فإما أخر حتى أدى الأمر كان بتأخير منسباً لوقوعها غير زكاة ولا يخفى ما فيه (قوله) واذا أذن أحد المتفاوضين للآخر ان يشتري جارية ويطأها ففعل (فهى له بغير شيء عند أبي حنيفة وقال لا يرجع عليه) شركته (بنصف) ما أدى (لانه أدى ديناً عليه من مال الشركة) لان الملك فيها له خاصة كطعام أهله (وله ان الجارية دخلت في الشركة جرباً) على موجب المفاوضة (اذ لا يمكنان تغييره فكان كحال عدم الأذن) ثم (الأذن) 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

يحل فأزال ذلك بقوله غير أن الأذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطء لا يحل الا بالملك ولا وجهه الى اثباته بالبيع يعنى لا يمكن أن يقال حل الوطء بناء على أنه اشترى جميعها بنفسه لما بينا أنه مخالف مقتضى الشركة يريد به ما ذكره آنفاً من قوله جربا على مقتضى الشركة فثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الأذن فكانه قال اشترى جارية بيننا وقد وهبت نصيبى منها لك تجازت الهبة في الشائع لان الجارية مما لا تنقسم

ملكهما

بخلاف الطعام والكسوة حيث يقع للشترى 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 ثم ادخلت في الشركة وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعتق عبدك عنى
ولم يذ كر المال ففعل لا يصير هبة عند أبي حنيفة ومحمد والعتق يقع عن الأمور (٣٧) لانتهاء القبض الذي هو شرط الهبة

فكيف صار هبة فيما نحن
فيه والثاني أن الماين ثبت
في نصيب الشركة بالهبة
حكما لا ذن بالوطء والملك
لا يثبت في الجارية بالهبة
حكما لا لاجلال فان من قال
غيره أحلت لك وطء هذه
الجارية لاتصير ملكا
للمخاطب حكما للهبة
بالاحلال والجواب عن
الاول أن ذلك إنما يصير
هبة لانتهاء القبض الذي

بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا
دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضي ديننا عليهم الماينا (والبائع ان يأخذ بالثمن أي ما شاء
بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

كتاب الوقف

ملكهما ما تغير مقتضى العقد ولان الشريك لعدم تعيين الثمن فكان هبة وان كان شائعا واستشكل
بأنه لو ثبت الملك حكما لا لاجلال لكان قول الرجل للرجل أحلت لك وطء هذه الامه تملكها لمنه وهو
منتف وأوجب بالفرق بأن الجارية المشتركة أقبل لتملك الشريك لها من الجارية التي لا يملك المخاطب
بالاحلال شقصاصتها ولذا كان أحد الشريكين يملكها بالاستيلاء دون الاجنبي فأما من له حق التملك
كأب والجد فالرأية غير محفوظة في تملك الجارية بالاحلال

كتاب الوقف

مناسبة بالشركة ان كلاً منهما اراد الاستبقاء الاصل مع الانتفاع بالزيادة عليه الا ان الاصل في الشركة
مستبقى في ملك الانسان وفي الوقف يخرج عنه عند الاكثر ومحاسن الوقف ظاهرة وهي الانتفاع الدار
البيتي على طبقات المحبوبين من الذرية والمحتاجين من الاحياء والموتى لما فيه من ادامة العمل الصالح
كفي الحديث المعروف اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية الحديث ثم يحتاج الى
تفسيره لغة وشرا وبیان سببه وشرطه وركنه وحكمه امان تفسيره لغة فالجس مصدر وقف وقف أفق حبست
قال عنتره

ووقفت فيما ناقتي فكأنها * فدن لا قضي حاجة المتلوم

وهو أحد ما جاء على فعلته ففعل يتعدى ولا يتعدى ويحتم معان في قولك وقفت زيدا أو الجار فوقف وأما
أوقفته بالهمز فلغة رديئة وقال أبو الفتح ابن جنى أخبرني أبو علي الفارسي عن أبي بكر عن أبي العباس
عن أبي عثمان المازني قال يقال وقفت دارى وأرضى ولا يعرف أوقف من كلام العرب ثم اشترا المصدر
أعنى الوقف في الموقوف فقبل هذه الدار وقف فلذا جمع على أفعال فقبل وقف وأوقاف كوقف
وأوقات وأما شرا فحس العين على ملك الواقف والنصدق بمنفعتهم أو صرف منفعتهم على من أحب
وعندهما حبسهما الأعلى ملك أحد غير الله تعالى الخ وقد انتظم هذا بيان حكمه وسببها في تمامه فلا حاجة
لافراد هنا أيضا وانما قلنا أو صرف منفعتهم لان الوقف يصح لمن يجب من الاغنياء بلا قصد القرية وهو
وان كان لا بد في آخره من القرية بشرط التأييد وهو بذلك كالفقراء وصالح المسجد لكنه يكون وقفا
قبل انقراض الاغنياء بلا تصدق وسببه ارادة محبوب النفس في الدنيا بين الاحياء وفي الآخرة بالتقرب
الى رب الارباب جسد وعز وأما شرطه فهو الشرط في سائر التبرعات من كونه حرا بالغا قافلا وان
يكون من جنس غير معلق فلو قال ان قدم وولدي فداری صدقة موقوفة على المساكين جاء ولده لا يصير
وقفا وأما الاسلام فليس بشرط فلو وقف الذمي على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين جاز ويجوز أن

كتاب الوقف

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

ضمنا ولا يثبت قصدا) أقول قد سبق نظيره هذا الجواب من الشارح قبل ثلاث ورقات ونحن نقول فيه بمبحث فان الهبة اذا ثبت حكما
لا لاجلال يكون ثبوته ضمنا أيضا والاولى أن يقال ان الجارية المشتركة أقبل لتملك الشريك لها من الجارية التي لا يملكها المخاطب
بالاحلال شقصاصتها ولذا كان أحد الشريكين يملكها بالاستيلاء دون الاجنبي

كتاب الوقف

يعطى لمساكين المسلمين وأهل الذمة وان خص في وقفه مساكين أهل الذمة جاز ويفرق على اليهود والنصارى وأنجوس منهم إلا أن خص صنفاً منهم فلو دفع القيم إلى غيرهم كان ضامناً وان قلنا ان الكفر كله ملة واحدة ولو وقف على ولده ونسب له ثم للفقراء على أن من أسلم من ولده فهو خارج من الصدقة لزم شرطه وكذا ان قال من انتقل إلى غير النصرانية خرج اعتبر نص على ذلك الخصاص ولا نعلم أحداً من أهل المذهب تعقبه غير متأخر يسمى الطرسوسى شنع بأنه جعل الكفر سبب الاستحقاق والاسلام سبب الحرمان وهذا للبعد من الفقه فان شرائط الواقف معتبرة اذا اختلف الشرع والواقف مالك له أن يجعل ماله حيث شاء ما لم يكن معصية وله أن يخص صنفاً من الفقراء دون صنف وان كان الوضع في كلهم قربة ولا شك أن التصديق على أهل الذمة قربة حتى جاز أن تدفع اليهم صدقة الفطر والكفارات عندنا فكيف لا يعتبر شرطه في صنف دون صنف من الفقراء رأيت لوقف على فقراء أهل الذمة ولم يذكر غيرهم أليس يحرم منه فقراء المسلمين ولودفع المتولى إلى المسلمين كان ضامناً فهاذا مثله والاسلام ليس سبباً للحرمان بل الحرمان لعدم تحقق سبب تملكه هذا المال والسبب هو اعطاء الواقف المالك وشرط صحة وقفه أن يكون قربة عندنا وعندهم فلو وقف على بيعة مثلاً فاذا خربت يكون للفقراء كان ابتداء ولو لم يجعل آخره للفقراء كان ميراً ما عنده نص عليه الخصاص في وقفه ولم يحك خلافاً ومعلوم أن خلاف أبي حنيفة في الوصية فانه انما شرط أن يكون قربة عندهم فقال صاحب المحيط الوقف كالوصية ولو أنكرفشهد عليه ذمياً عدلان في ملتهم قضى عليه بالوقف ولو وقف على أن يحج به أو يعتمر لم يجز لانه ليس قربة عندهم بخلاف مالو وقف على مسجد بيت المقدس فانه يجوز لانه قربة عندنا وعندهم وأما المرتد اذا وقف حال رده ففي قول أبي حنيفة هو موقوف ان قتل على رده أو مات بطل وقفه وقول محمد اذا انتحل ديناً جاز منه ما تجيزه لأهل ذلك الدين أما المرتد فابو حنيفة يجزى وقفها لانها لا تقتل وأما المسلم اذا وقف وقفاً حياً في أى وجه كان ثم ارتد يبطل الوقف ويصير ميراً ما سواء قتل على رده أو مات أو عاد إلى الاسلام الا ان أعاد الوقف بعد عودته إلى الاسلام وحكى الخصاص في وقف المرتدين خلافاً بين أصحابنا مبني على الخلاف في الذي يتزندق يهودياً أو نصرانياً أو مجوسياً قال بعضهم أقره على ما اختاره وأقر الجزية عليه لاني ان أخذته بالرجوع فاعاد رده من كفر إلى كفر ولا أرى ذلك وقال بعضهم لا أقره على الزنقة وأما الصابئة فان كانوا هريقة يقولون ما يهلكنا الا الدهر فهم صنف من الزنادقة وان كانوا يقولون بقول أهل الكتاب صح من وقفهم ما يصح من أهل الذمة وجميع أهل الأهواء بعد كونهم من أهل القبلة حكم وقفهم ووصاياهم حكم أهل الاسلام ألا ترى إلى قبول شهدائهم على المسلمين فهذا حكمهم باسلامهم وأما الخطابية فاعلم يقبلوا لانه قيل انهم يشهد بعضهم لبعض بالزور على من خالفهم وقيل لانهم يتدينون صدق المتدعي اذا حلف أنه محق ومن الشروط الملك وقت الوقف حتى لو غصب أرضاً فوقفها ثم اشتراها من مال الكهأودفع ثمنها إليه أو صالح على مال دفعه إليه لا تكون وقفاً لانه انما ملكها بعد ان وقفها هذا على أنه هو الواقف أما لو وقف ضيعة غيره على جهات فبلغ الغير فأجازه بشرط الحكم والتسليم أو عدمه على الخلاف الذي سنذكره وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولى وستأتيك فروع أخر مبنية على هذا الشرط ومن شرطه أن لا يكون محجوراً عليه حتى لو حجج القاضى عليه لسفه أو دين فوقف أرضه لا يجوز لان حججه عليه كى لا يخرج ماله عن ملكه ليضر بأرباب الدين أو بنفسه كذا أطلقها الخصاص وينبغي انه اذا وقفها في الحجر لسفه على نفسه ثم لجهة لا تقطع أن يصح على قول أبي يوسف وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل اذا حكم به حاكم هذا وأما عدم تعلق حق الغير كالرهن والاجارة فليس بشرط فلواجر أراضاعا من فوقه قبل مضيه لزم الوقف بشرطه فلا يبطل عقد الاجارة فاذا انقضت المدّة رجعت الأرض إلى ما جعله له من الجهات وكذا الورهن

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

أنا يتعدى ولا يتعدى ووقف
الذارعلى المساكين ووقفها
وأوقفتم الغرة رديئة وعرفه
شمس الأئمة السرخسي
رحمه الله بأنه حبس المملوك
عن التمليك من الغير وسببه
طلب الزنبي وشرطه كون
الوقف حرا بالغامقلا وكون
المحل غير منقول وركنه
أرضى هذه صدقة
موقوفة مؤبدة على المساكين
وحكمه خروج الوقف أى
الموقوف عن ملك الواقف
وعدم دخوله فى ملك
الموقوف عليه وكلامه واضح

قال أبو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته فيقول إذا مات فقد
وقف دارى على كذا

أرضه ثم وقفها قبل أن يفتكها لزم الوقف ولا يخرج عن الرهن بذلك ولو أقامت سنتين في يد المرتهن
فافتكها تعود إلى الجهة فلو مات قبل الاستكاف وترك قدرا يفتك به افتك به لزم الوقف وإن لم يترك وفاء
بيعت وبطل الوقت وفي الاجارة إذا مات أحد المتأجرين تبطل وتصير وقفا وأما شرطه الخاص لخروجه
عن الملك عند أبي حنيفة الاضافة إلى ما بعد الموت وهو الوصية به أو أن يلحقه حكم 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 يحتمل القسمة ومسلما إلى متول وأما ركنه فالالفاظ الخاصة كان يقول أرضى هذه صدقة
موقوفة مؤبدة على المساكين ولا خلاف في ثبوتها بهذا اللفظ بعد شرطه ولا بأس أن نسوق شيئا من
الالفاظ أرضى هذه صدقة أو قال تصدقت بأرضى هذه على المساكين لا تكون وقفا بل نذرا يوجب
التصدق بعينها أو بقيتها فان فعل خرج عن عهدة النذر والورث عنه كن عليه زكاة أو كفارة فمات
بلا إيصاء تورث عنه وموقوفة فقط لا تصح الا 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 بل يفتون بقول أبي يوسف ونحن نفقه بقوله أيضا
لمكان العرف وبهذا يندفع رد هلال قول أبي يوسف بأن الوقف يكون على الغنى والفقير ولم يبين في بطل
لان العرف إذا كان بصرفه للفقراء كان كالتنصيص عليهم فلو قال موقوفة على الفقراء صح عند هلال
أيضا لزال 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 ووقف مؤبدا على الفقراء كان
كذلك والأسئل فان قال اردت الوقف صاروقفا لأنه محتمل لفظه أو قال اردت معنى صدقة فهو نذر
فيتصدق به أو يمتنها وإن لم ينو كانت ميراثا ذكره في النوازل وقال في قوله جعلتها للفقراء ان تعارفوه
وقفا على به والأسئل فان أراد الوقف فهى وقف أو الصدقة فهو نذر وكذا عند عدم النية لأنه أدنى فائباته
به عند الاحتمال أولى واعترضه في فتاوى الخاصى بأنه لا فرق بينهما وذكر في احدهما إذا لم تكن له نية
يكون ميراثا ولا يخفى أن كونه ميراثا لا ينافى كونه نذرا لأن النذر ورثه إذا مات الناذر ولم يوف بنذره يكون
ميراثا لأنه اقتصر على تمام التفصيل في احدهما والافلاشك أن فى كل منهما ما 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
صحة لأنه لما ذكر صدقة عرف مصرفه وانتفى بقوله موقوفة احتمال كونه نذرا وكذلك حبس صدقة
وكذلك صدقة محرمة قيل ومحرمة بمنزلة وقف وهى معرفة عند أهل الحجاز بخلاف ما لو قال حبس أو
محبوسة موقوفة لأنه بمعنى موقوفة فكان كافر اللفظ موقوفة وفي النوازل لو قال جعلت نزل كرمى ووقفها
وفيه ثم وألا يصير الكرم ووقفها وكذا لو قال جعلت غلته ووقفها تصحح الكلام ما لم يكن كأنه قال جعلت
كرمى بما فيه ووقفها وينبغى أن لا تدخل الثمار لما سئل كره ولوراد فقال صدقة موقوفة على الفقراء ينبغى أن
لا يختلف فيه كالموقف مع ذلك مؤبدا وهو موضع اتفاق مجزى الوقف على أنها العبارة الواضحة لأن قوله
فى الاسرار ولو لم يقل مؤبدا كان وقفا على قول عامة من يجزى الوقف يفيد أن فيه خلافا ولا ينبغى فان التأييد
أن يجعله فى أول الامر أو آخره لجهة لا تنقطع وجعله للفقراء يفيد ذلك وقوله موقوفة لله تعالى بمنزلة
صدقة موقوفة (قوله قال أبو حنيفة نسبة رجه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به حاكم)
أى بخبر وجهه عن ملكه (أو يعلقه) أى يعلق الوقف (عوته فيقول إذا مات فقد وقت دارى على كذا)

الامير ووجه على أوقف كوقت وأوقات (قوله وهو مصدر وقت الدابة ووقفها) أقول فيه بحث لان فى مصدر وقف اللازم يجيء ووقفا
على ما اعترف به لاوقفا والحواب أن مقصوده انه مصدر ووقفها أى ناذر ووقف الدابة للتوطئة بدل على ذلك ذكر مصدر الاول دون الثانى

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 وأوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند أبي حنيفة
 حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالصدق
 بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف أصلا عنده وهو المنفوط 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 رحمه
 الله يتمنى أن لا يصح الوقف
 لانه قال والتصدق بالمنفعة
 والتصدق بالمعدوم لا يصح
 وقوله (وهو راجع) الى
 قوله (فلا يجوز الوقف أصلا
 عنده وهو المنفوط في الاصل)
 يعنى المبسوط ولكنه نقله
 بالمعنى لا يعنى لفظه فان لفظ
 المبسوط فأما أبو حنيفة
 فكان لا يجيز ذلك ثم قال
 فماده أنه لا يجعله لازما فأما
 أصل الجواز فنثبت عنده
 كالعارية تصرف المنفعة
 الى جهة الوقف ونسب العين
 على ملك الواقف فله أن
 يرجع ويجوز بيعه ويورث
 عنه ولا يلزم الا بقر يقين
 قضاء القاضي يلزمه لكونه
 محتمدا فيه واخراجه محرج
 الرصية بأن يقول أوصيت
 بغلة دارى فحينئذ يلزم
 عندهما 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 قدمنا صحة الوقف به وقال محمد (لا يزول حتى يجعل للوقف
 متوليا ويسلمه اليه) بعد ذلك القول وبه 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 وما لم يستمر فيه كالمصدق بمنفعته فلم
 يحدث الواقف الامشيمة 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 يجيز
 الوقف وهو ما أراد المصنف بقوله (وهو المنفوط في الاصل) يعنى المبسوط وحينئذ فنقول من أخذ بظاهر
 هذا اللفظ فقال الوقف عند أبي حنيفة لا يجوز صحيح لانه ظهر انه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن واذا
 لم يكن له أثر زائد على ما كان قبله كان كالمعدوم والجواز والنفاذ والصحة فرع اعتبار الوجود ومعلوم
 أن قوله لا يجوز ولا يجيز ليس المراد التلنظ بل لفظ الوقف بل لا يجيز الاحكام التي ذكر غيره أنها أحكام
 ذكر الوقف فلا خلاف اذن فأبو حنيفة لا يجيز الوقف أى لا تثبت الاحكام التي ذكرت له الا ان يحكم
 بها احكام وقوله بمنزلة العارية لانه ليس حقيقة العارية لانه لم يسلمه الى غيره فظاهر وان أخرجه
 الى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفى لمنفعته **(فرع)** يثبت الوقف بالضرورة وصورته ان
 يوصى بغلة هذه الدار لساكين أبدا أو لفلان وبعده لساكين أبدا فان هذه الدار تصير وقفا بالضرورة
 والوجه انها كتوله اذا امت نقد وقت 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 فاضحان الا ان عند أبي يوسف ومحمد اذا صح الوقف يزول ملك الواقف
 الى مالك فيلزم ولا يملك وهذا هو الاصح عند الشافعى وأحمد وقال بعضهم لم وللشافعى قول وهو
 رواية عن أحمد ينقل الى ملك الموقوف عليه ان كان أهلا للملك لا امتناع السائبة وعند 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 للشافعى وأحمد لانه صلى الله عليه وسلم قال حبس الاصل وسبل الثمرة او هذا أحسن
 الاقوال فن خلاف الاصل والقياس ثابت في كل من القوانين وهو خروجه لالى مالك وثبوت ملكه
 أو ملك غيره فيه مع منعه من بيعه وهبته وكل منهما له نظير في الشرع فن الاصل المسجد وغيره ومن الثانى
 أم الولد يكون الملك فيها بائنا ولا يباع ولا يورث وكذا المديون المطلق عندنا فكل منهما يمكن ان
 يقع بالدليل ولا شك ان ملك الواقف كان متيقن الثبوت والمعلوم بالوقف من شرطه عدم البيع ونحوه
 فليثبت ذلك القدر فقط ويبقى الباقي على ما كان حتى يتحقق المزيل ولم يتحقق فان الذى في الحديث في
 بعض الروايات تصديق باصله مع انه ليس على ظاهره والانخرج الى مالك آخر ثم رأينا غيره بينه بقوله ان
 شئت حبست أصلها وتصديق بها أى بالثمرة والغلة وظاهره حبسها على ما كان فلم يخص دليله بل يوجب
 الخروج عن الملك وكذا المعنى الذى استدل به المصنف وهو قوله ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم

واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قول النبي صلى الله عليه وسلم لعرضي 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 لعرضي الله عنه تصدق وقوله حبس والمفهوم أن مختلفان لأن معنى تصدق بأصلها ملكة الفقير لله سبحانه ومعنى حبس أحبسه أي على ما كان ولا يمكن أن يراد به ما لا معنى لأحدهما والآخر صلى الله عليه وسلم بحبس العرضي الله عنه في حادثة واحدة بأمرين متناقضين فأما أن يحمل حبس على معنى تصدق والاتفاق على نفيه لئلا 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 منعه بيعه وصورة حكم الحاكم الذي به زوال الملك عنده إن يسلمه إلى متول ثم يظهر الرجوع فيخاصمه إلى القاضي فيقضي القاضي بلزومه فالواقدان خاف الواقف أن يبيعه قاض قبل أن يحكم به يكتب في صدك الوقف فإن أبطله أو غيره قاض فهذه الأرض بأصلها وجميع ما فيها وصية من فلان الواقف تباع ويتصدق بثمنها لأنه إذا كتب هذا الاختصاص أحد في إبطاله لعدم الفائدة له في ذلك والوصية تحتمل التعليق بالشرط وإذا أبطله قاض يصير وصية يعتبر من جميع ماله كذا في فتاوى قاضيه خان وينبغي أن يكون هذا إذا وقف في صحته أما إذا كان وقف في مرضه فينبغي أن يعتبر من الثلث وعلى هذا التقدير فقد يكون في نقضه وبيعه فائدة للورثة فحمل 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 إذ ليس من مقتضيات لفظ وقف دارى أو حبسها خروجهما عن الملك فيصدق مع كل منهما فالترجيح أي ترجيح الخروج وعدمه بالدليل ولا يخفى أن الأدلة المذكورة من قبلها إنما تفيد لزوم الخروج عن الملك ومن قبله تفيد نفي كل منهما فلا دليل من الجانبين يفيد تمام المطلوب ثم ابتدأ بدليلهما فاذ كر حديث ثمغ وهو بالشاء المثلثة المفتوحة بعدها ميم سا كنه ثم غين مجمة وذ كر الشيخ حافظ الدين أنه بالانتوين للعلمية والتأنيث وفي غاية البيان أنهما في كتب غرائب الحديث الصحيحة عند الثقات متونا وغير ممنون كما في دعد قال محمد بن الحسن في الأصل أخبرنا صخر بن جويرية عن مولى عبد الله بن عمران عن ابن الخطاب كانت له أرض تدعى ثمغ وقال كان نخلنا نفيسا قال فقال يا رسول الله أتى استفتت ما لا هو عندي نفيس أفأ تصدق به قال فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق عمرته قال فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب والضيف والساكنين وابن السبيل ولذي القربى لا جناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يؤكل صدقا غير متمول فيه وحديث عمر هذا في الصحيحين وباقي الكتب الستة عن ابن عمر قال أصاب عمر أرضا بخيبر فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال أصابت أرضا لم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرني به قال إن شئت حبست أصلها وتصدق بها فتصدق بها ببيعها لا يباع أصلها ولا يورث ولا يوهب في الفقراء والقريبى والرقاب وفي سبيل الله والضيف الحديث وفي بعض طرق البخارى فقال عليه الصلاة والسلام تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق عمرته ثم استدل بالمعنى وهو قوله ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف لحاجته إلى أن يصل ثوابه إليه على الدوام وقد أشار الشرع إلى أعمال ما يدفع هذه الحاجة فيما روى الترمذي بسنده إلى أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد صالح يدعوه ولا طريق إلى تحقيق دفع هذه الحاجة وثبات هذه الصدقة الجارية إلا 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 تطير في الشرع وهو المسجد) لسان نبي استبعاد أن يخرج من ملك الواقف ولا تدخل في ملك غيره فان اتخذ المسجد لازماً بالاتفاق وهو اخراج تلك البقعة عن ملكه من غير أن تدخل في ملك أحد ولكن انما يصير محبوساً لنوع قربته فصدفها فكذلك في الوقف ولا يبي حنيفته قوله (عليه الصلاة والسلام) (٤٣) لا حبس عن فرائض الله أي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين

ورثته لكنهم يحملون هذا الاثر على ما كان عليه أهل الجاهلية من الجيرة والسائبة والوصيلة والحامى ويقولون الشرع أبطل ذلك كله واكتناقول النكرة في موضع النبي ثم فتناول 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 شريعتنا انا حجة لذلك وقوله (كالسائبة) هي السائفة التي تسبب لندرو كان الرجل يقول اذا قدمت من سقري أو برئت من مرضى فناقني سائبة ومعناه أن الوقف بمنزلة تسبب أهل الجاهلية من حيث ان العين لا تخرج من أن تكون مما لو كنه له منتفع بما فانه لو سبب دابته لم يخرج عن ملكه فكذا اذا وقف أرضه أو داره وقوله (بمخلاف الاعتاق) جواب عما يقال لو كان ازالة الملك لا الى مالك غير مشروع لما جاز العتق فانه ازالة الملك الثابت في العبد من غير تملك لاحد وقوله (وبمخلاف المسجد) جواب عن قياسهم الوقف على المسجد

اذله نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولا يبي حنيفته 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 وانصب القوام فيها الا أنه يتصدق بنفسه فصار شبيهه العارية ولانه يحتاج 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 وبمخلاف المسجد لانه جعل خالصاً لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصرف خالصاً لله تعالى

بلزومه فلم يلزم زوال الملك من هذا المعنى فلا يقدح فيما رجحناه من الاقوال فيما مضى ثم على تقريرنا يحصل مطلوبهم ما لانه اذا ثبت الدلالة على لزومه خروج عن ملكه بموافقتنا لهما على ذلك لا اعتقاد الاثمة الثلاثة رحيم الله التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه وقوله كالمسجد نظير ما خرج عن الملك بالاجماع الى مالك وكذا الاعتاق وسيجيب بالفرق بين المسجد والعتق ومطلق الوقف (قوله وله) أي لابي حنيفته رحمه الله 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 نزل فيها الفرائض نهي عن الحبس وروى هذا الحديث الدارقطني وفيه عبد الله بن الهيثم عن أنيسه وضعفوه ما رواه ابن أبي شيبه موقوفاً على عني حدثنا هشيم عن اسمعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال قال علي رضي الله عنه لا حبس عن فرائض الله الا ما كان من سلاح أو كراع وينبغي أن يكون له هذا الموقوف حكم المرفوع لانه بعد ان علم ثبوت الوقف ولهذا استثنى الكراع والسلاح لانه قال الاسماعا والافلا محل والشعبي أدرك علياً وروايته عنه في البخارى ثابتة وأما حديث شريح فرواه ابن أبي شيبه 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 رفع الحديث فهو حديث مرسل يخرجه به من يخرجه بالمرسل (قوله ولان الملك الخ) ظاهره مصادره لعله الدعوى جزء الدليل والاولى انه امتداد كره ليصل الدليل بالدعوى وتقرر 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 واتفقنا على أنه لا يكون ملكاً لغيره من العباد فوجب أن يكون ملكاً للواقف وكذا الاستيضاح بنصب القوام وصرف غلته بحسب الاصل يكون عن ملكه العين الا أن يوجب موجب لا مرد له خروجه عن ملكه وان تصرفه بولاية غير الملك ولم يثبت ذلك ثم شرع في الفرق وحاصله أن المسجد جعل لله تعالى على الخلوص محرراً عن ان يملك العباد فيه شيئاً غير العبادة فيه وما كان كذلك يخرج عن ملك الخلق اجمعين أصله الكعبة والوقف غير المسجد ليس كذلك بل ينتفع العباد به به زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع بالملوكات وما كان كذلك ليس كالمسجد فيلحق بالكعبة كما أخلق المسجد بها أو ايضاً قضية كون الحاصل منه صدقة دائمة عن الواقف أن يكون ملكه باقياً لا تصدق بملكه فاقضى قيام الملك فاما الاعتاق فانلاف للولك بالكلية وليس الوقف كذلك وجواب شمس الاثمة أن الادعى خلق ما لا غير مملوك وانما عرض فيه المملوكية وبالاعتاق يعود الى ما كان بخلاف ما سواه لانها خلقت لتتملك فبالوقف لا تعود الى

قال المصنف (والملك فيه للواقف الا ترى ان له ولاية التصرف) أقول ومعنى الملك على ما سيجي من الشراخ في أول البيوع هو القدرة على التصرف شرعاً في المحل (قوله الا ما قام عليه دليل) أقول كلوصية

وقوله (قال في الكتاب) يعني مختصر القدوري لا يزول ملك الواقف الا أن يحكم به الحاكم أو بعلقة بجوته صورة الخدم ان يسلم الواقف ما وقفه الى المتولى ثم يريد ان يرجع عنه فينازعه بعد الزوم فيخصمان (٤٣) الى القاضي فيقضى بلزومه وقوله (قال الصحيح انه لا يزول ملكه) يعني أن

قال رضى الله عنه قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف الا أن يحكم به الحاكم أو بعلقة بجوته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في مجتهده فيه أما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم 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 أبا حنيفة يجعل عدم الخروج ملزوما لعدم لزومه صدقة أو برا وليس كذلك بل هما منفكان كما ذكرنا من أم الولد والمدير والحق ترجح قول عامة العلماء بلزومه لان الاحاديث والآثار متظافرة على ذلك قولنا كما صح من قوله عليه الصلاة والسلام لا يباع ولا يورث الى آخره وتكرر هذا في احاديث كثيرة واستمر عمل الامة 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 كإبراهيم بن إبيات وبنو آث الناس أجمعون ذلك فلا تعارض في مثل الحديث الذي ذكره على أن معنى حديث شريح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحامى ونحوه وبالجملة فلا يبعد أن يكون إجماع الصحابة العملي 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 فيلزم) وان لم يخرج عن ملكه لانه بمنزلة اذ 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 بالشروط ولذا قال اذا امت من مرضى هذا فقد وقفت أرضى الى آخره فمات لم تصر وقفا وله أن يبيعه قبل الموت بخلاف ما لو قال اذا امت فاجعلوها وقفا فإنه 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 باعتبار وصية قالوا ولو قال دارى هذه موقوفة على مصالح مسجد كذا بعد موتى صح وله الرجوع لان الوقف بعد الموت وصية والوصية يصح الرجوع عنها ما لو قال ان قدم ولدى فعلى ان أفت هذه الدار على ابن السبيل فقدم فهو ندر يجب الوفاء به فان وقفه على ولده وغيره ممن لا يجوز دفعه كانه الهم جازى في الحكم وندره 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 بنفسه 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 بالمال والشئت جعلتها صدقة صح بهذا الكلام المتصل بخلاف ما لو قال ان كانت هذه الدار في ملكي فهى صدقة موقوفة فظهر انها كانت في ملكه وقت التكلم فانها نصير وقفا لانه تعليق على أمر كائن والتعليق على أمر كائن تجبيز والمراد بالحاكم يعنى في قوله أو يحكم به الحاكم القاضي وأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يرفع الخلاف للقاضى أن يبطل الوقف بعد حكمه (قوله) ولو وقف في مرض الموت قال الطحاوي هو كالوصية بعد الموت) حتى يلزم

أصل هو عدم الملوكية بل الى الحبس على ملكه والتصدق بالمنفعة وهذا حق ويؤيد ما اخترناه من عدم الخروج عن ملكه لكن أبا حنيفة يجعل عدم الخروج ملزوما لعدم لزومه صدقة أو برا وليس كذلك بل هما منفكان كما ذكرنا من أم الولد والمدير والحق ترجح قول عامة العلماء بلزومه لان الاحاديث والآثار متظافرة على ذلك قولنا كما صح من قوله عليه الصلاة والسلام لا يباع ولا يورث الى آخره وتكرر هذا في احاديث كثيرة واستمر عمل الامة 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 كإبراهيم بن إبيات وبنو آث الناس أجمعون ذلك فلا تعارض في مثل الحديث الذي ذكره على أن معنى حديث شريح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحامى ونحوه وبالجملة فلا يبعد أن يكون إجماع الصحابة العملي 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 فيلزم) وان لم يخرج عن ملكه لانه بمنزلة اذ 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 بالشروط ولذا قال اذا امت من مرضى هذا فقد وقفت أرضى الى آخره فمات لم تصر وقفا وله أن يبيعه قبل الموت بخلاف ما لو قال اذا امت فاجعلوها وقفا فإنه 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 باعتبار وصية قالوا ولو قال دارى هذه موقوفة على مصالح مسجد كذا بعد موتى صح وله الرجوع لان الوقف بعد الموت وصية والوصية يصح الرجوع عنها ما لو قال ان قدم ولدى فعلى ان أفت هذه الدار على ابن السبيل فقدم فهو ندر يجب الوفاء به فان وقفه على ولده وغيره ممن لا يجوز دفعه كانه الهم جازى في الحكم وندره 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 بنفسه 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 بالمال والشئت جعلتها صدقة صح بهذا الكلام المتصل بخلاف ما لو قال ان كانت هذه الدار في ملكي فهى صدقة موقوفة فظهر انها كانت في ملكه وقت التكلم فانها نصير وقفا لانه تعليق على أمر كائن والتعليق على أمر كائن تجبيز والمراد بالحاكم يعنى في قوله أو يحكم به الحاكم القاضي وأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يرفع الخلاف للقاضى أن يبطل الوقف بعد حكمه (قوله) ولو وقف في مرض الموت قال الطحاوي هو كالوصية بعد الموت) حتى يلزم

انه 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 كالتارئة 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 ثبت 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 كالضاف الى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلث ماله والصحيح انه لا يلزم عند أبي حنيفة الا أن يحكم به فله بيعه ويورث عنه اذ امانات قبل الحكم الا أن تميز الورثة وعندهما يلزم الا أنه من الثلث لتعلق حق الورثة بخلافه في العصمة وفي فتاوى فاضيل بن مرزوق وقف وعليه ديون تحميط بماله يباع وينقض الوقف كما لو وقف داراً ثم جاء الشفيع كان له أن يأخذها بالشفعة وينقض الوقف انتهى من غير تقييد يكون ذلك قبل الحكم وهذا بخلاف ما لو وقف المديون الصحيح وعليه ديون تحميط بماله فان وقفه لازم لا ينقضه أرباب 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 الاثمة الثلاثة وقول أكثر أهل العلم لانه اسقاط الملك كالتعق وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولى لان للواقف أن يجعله لله فيصير حقه له وحقه انما ثبتت مسلمات في 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) المنجزة ولا يخفى ان التملك لله تعالى لا يتحقق لام مقصودا 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 عهدة 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 له نائمه في قبض حقه وذلك بقبض المستحق لا المتولى كالزكاة ويمكن أن لا يلاحظ شئ من ذلك بل المقصود ليس الافعل ما واجب بالوقف فلذا كان قول أبي يوسف أوجه عند المحققين وفي المنية الفتوى على قول أبي يوسف وهذا قول مشايخ بلخ وأما البصريون فأخذوا بقول محمد رحمه الله كما تقدم وفي المبسوط وكان القاضي أبو عاصم يقول قول أبي يوسف من حيث المعنى أقوى الا انه قال وقول محمد أقرب الى الموافقة الا ما روي عن أبي يوسف من قوله لا يبرأ من وقفه في يد حفصة وغير ذلك ورده في المبسوط بأنه لا يلزم كونه فعلاً له ليمت الوقف بل لشغله وخوف التفتير في أمره وكذا جميع من ينصب المتولين لا يخطر له غير نقر بغير نفسه 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 جوابه منع ذلك بان التبرع بالسبب الموجب لخروج ما في يده يوجب عليه استحقاق يده كعتق العبد الكائن في يده المعتق له والتأذير بالعين الكائنة في يدهى 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 لنفسه ولولاده وأخرجه من يده وسلمه الى متول فهذا ما ترتض عليه في السائر الكبير لان هذا شرط لا يحل بشرائط الوقف ولو لم بشرط ذلك لنفسه وأخرجه من يده الى قيم قال محمد لا ولاية له والولاية للقيم وكذلك الوماث وله وصى فلا ولاية لوصيه والولاية للقيم ولو أراد الواقف أن يعزل القيم ويرده لنفسه أو يولي غيره ليس له ذلك وقال أبو يوسف الولاية للواقف وله أن يعزل القيم في حياته 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 ثبت التملك من الله تعالى ضمناً للتملك من غير الله تعالى وان كان لا يثبت التملك من الله تعالى قصداً فبأخذ حكمه من الله تعالى حتى يشترط فيه التسليم والقبض (قوله) في منزل منزلة الزكاة والصدقة) يعني ينزل التملك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم الى العبد بمنزلة تملك المال من الله تعالى في الزكاة حيث يتحقق التملك منه في ضمن التسليم الى الفقير

قال (واذا صح الوقف على اختلافهم) أي اذا صح الوقف على ما اختلف فيه المشايخ من حيث انه يصح عندهما ولا يصح عند أبي حنيفة على ما هو 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 جازاه اخراجه من ملكه كسائر املاكه ولما انتقل الى من بعده من شرطه الواقف لكن ليس كذلك بالاتفاق وقوله (يجب ان يكون قولها على الوجه الذي سبق تقريره) اعترض عليه بأنه قد قبل هذا لا يزول ملك الواقف الا أن 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 الغلة كما اذا اعتق عبده بشرط أن يصرف غلته الى كذا أو يجعل أرضه مسجدا بشرط أن يصلى فيه فلان دون فلان فان التصرف في غيره لم يكن صحيحا والجواب عن الاول انما ذكره في الكتاب ههنا انما هو في الصحة وما ذكره قبله هذا فانما هو في اللزوم والصحة لا تستلزم اللزوم فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف اذا صح الوقف قولها - ما لا قول أبي حنيفة الا اذا حكم به الحاكم فانه حينئذ يكون خروج الوقف عن ملك الواقف قول الكل سلما أن الصحة ههنا بمعنى اللزوم ولكن لا يلزم من اللزوم الخروج عن (٤٥) ملك الواقف عند أبي حنيفة لان الوقف عنده

معرفة بحسب العين على ملك الواقف والتصديق بالمنفعة وذلك يمنع عن الخروج للمحالة وعن الثاني بان خروج الملك الى الله تعالى قربة لا يمنع التصرف فيه من خروج عنه الا ترى ان القربان تصير بالارادة الى الله تعالى ثم ان صاحبه يتصرف فيه بالاكل والاطعام والتصديق به بتولية الشرع لكونه المتقرب به فجاز أن يكون امر الواقف كذلك بخلاف العبد فانه يصير مال المنافعة فلا يعمل فيه تصرف غيره وأما المسجد فالاصل الكعبة والمسجد الحرام فيه سواء العاكف والباد فعلمنا أن الله تعالى لم يول التخصيص الى الذي جعله مسجدا وانما الحقة

قال (واذا صح الوقف على اختلافهم) 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 ينفذ ببيعته كسائر املاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر املاكه قال رضي الله عنه قوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولها على الوجه الذي سبق تقريره قال (وقف المشاع جائز عند أبي يوسف) لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تمته وقال محمد لا يجوز لان أصل القبض عنده بشرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة واما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشروع عند محمد أيضا لانه يعتبر بالهبة والصدقة

يعزله وينزل بموته الا اذا جعل له قيمة في حياته وبعد موته وكذا يمتن 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 يتكلى والمختار الاول لانه لو دخل في ملكه لم ينتقل عنه بشرط المالك الذي هو الواقف لانه لا ملك له فيه لكنه ينتقل للجماع على صحة قوله ثم من بعد فلان على كذا ثم قال المصنف وقوله أي القدوري (خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولها) لان الصحة غير اللزوم وهو لم يقل اذا لم يخرج 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 والكعبة (قوله لان القسمة من تمام القبض) بيانه أن القبض للحيارة والحيارة فيما يقسم انما هي بالقسمة (قوله ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف) لا خلاف بينهم ما أن القسمة فيما يقسم من تمام القبض وانما الخلاف بينهم في أن أصل القبض شرط أو لا عند أبي يوسف ليس بشرط فكذا انما هو وعند محمد بشرط فكذا انما هو وأما فيما لا يقسم فمبدأ أيضا يجوز ويعتبر كالهبة والصدقة

قال المصنف (وقوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولها على الوجه الذي سبق تقريره) أقول يجوز أن يكون المراد بالصحة الصحة المستقرة بقرينة الاطلاق فان ما هو على شرف الزوال كأنه ليس بوجوده بقرينة النسخة الاخرى فان الاستحقاق بعد الصحة المستقرة فيكون ذلك قول أبي حنيفة أيضا فليأمل (قوله سلما أن الصحة ههنا بمعنى اللزوم) أقول فيه تأمل اذ حينئذ يشكل أمر الاستثناء بقوله الا أن يحكم به حاكم كمالا يخفى (قوله وذلك يمنع عن الخروج للمحالة) أقول لان ذلك فانه يجوز أن يكون المعروف هو المعنى المصدرى اعني احدات الوقف وانما هو أو يكون المعروف هو حقيقة الوقف بدون مخالطة امر آخر من حكم الحاكم فليأمل (قوله وعن الثاني بان خروج الملك الخ) أقول فيه بحث فانهم عرفوا الملك بالقدرة على التصرف في المحل شرعا فلو صح ما ذكره لان نقض تصرف الملك ويجوز أن يصح بملاحظة قوله بتولية الشرع بان راد بالقدرة الاصلية لا القدرة المستفادة كقدرة الوكيل بالبيع ونحوه

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 فيها في غاية القبح بأن يقبر فيه الموقى سنة ويزرع سنه ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف لا مكان الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد لان الشيوع مقارن

لا يشترط قبض المتولى فلا يشترط ما هو من عامه فمن أخذ بقول أبي يوسف في خروجه بمجرد اللفظ وهم مشايخ بلج أخذ بقوله في هذه ومن أخذ بقول محمد في تلك وهم مشايخ بخارى أخذ بقوله في وقف المشاع وأما الحاق محمد رحمه الله بالهبة والصدقة (المنفذة) أى المنجزه في الحال فانها لا تكون مشاعا فكذا الصدقة المستمرة ففرق أبو يوسف بان اشتراط القبض في تملك لما فيها من التملك للغير وأما الوقف فليس فيه عليك من الغير حتى يشترط قبضه وانما هو اسقاط الملك بلا عليك فلا يرد العتق والطلاق فلا موجب لاشتراط القسمة فيه والحاصل ان المشاع اما أن يحتمل القسمة أو لا يحتملها ففما يحتملها أجاز أبو يوسف وقفه الا المسجد والمقبرة والخان والسقاية ومنعه محمد رحمه الله مطلقا وفيما لا يحتملها اتفقوا على اجازة وقفه الا المسجد والمقبرة فصارا لانفاق على عدم جعل المشاع مسجدا أو مقبرة مطلقا أى سواء كان مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها والخلاف مبنى 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 مالكا قبل أن يقفه لكن يمنع من تمام القبض فلذا منعه محمد رحمه 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 فأتى الانتفاع كالبيت الصغير والحمام فكتفى 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 مستقيم وهو أن يكون المكان مسجدا سنة واصطبلا للدواب سنة ومتبرة عاما وضرعة عاما أو ميسأة عاما أو النباش فليس بل لازم من المهاياة بل ليس للشريك ذلك ثم فيما يحتمل القسمة اذا قضى القاضى بحتمه وطلب بعضهم القسمة لا يقسم عند أبي حنيفة ويتهايون وعندهما يقسم وأجمعوا ان الكل لو كان وقفا على الارباب وأرادوا القسمة لا تجوز وكذا التهايب وعليه فرع مال الوقف داره على سكنى قوم بأعيانهم أو ولده ونسله ما ناسلوا فاذا انقرضوا كانت غلتهما للسالكين فان هذا الوقف جائز على هذا الشرط واذا انقرضوا تكرر وتوضع غلتهما للسالكين وليس لاحد من الموقوف عليهم السكنى أن يكرهها ولو زادت على قدر حاجة سكناء نعم له الاعارة لا غير ولو كثر أولاد هذا الواقف وولدوله ونسله حتى ضاقت عليهم الدار ايسر لهم الاسكناء تقسط على عدددهم 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 يجدا الا خر 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 المنضيق وخرج أو جلسا معا كل في بقعة الى جنب الآخر والاصل المذكور في الشرع والفرع في أوقاف الخصاص ولم يخالفه أحد فيما علمت وكيف يخالف وقد نقلوا اجاعهم على الاصل المذكور ولو اتفقت على الواقف للمشاع وشريكه على القول بلزوم القسمة بعد القضاء وقبله على قول أبي يوسف فوقع نصيب الواقف في محل مخصوص كان هو الوقف ولا يجب عليه أن يقفه تابسا (قوله) ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه (يعنى شائعا) (بطل الوقف عند محمد رحمه الله) لان بالاستحقاق

المنفذة أى 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 الذى لا يحتمل القسمة لا يجوز أصلا لا قبل القسمة وهو حال كونه مشاعا ولا بعدها أما قبلها فان بقاء الشركة يمنع الخلوص على ما سيجىء وأما بعدها فلان فرض المسئلة فيما اذا كان الوضع غير صالح لذلك لصغره فيبقى أن يكون بطريق المهاياة والمهاياة فيها في غاية القبح الخ مانكره في الكتاب وهو ظاهر

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

كالتوقيت في البيع قيل في كلام المصنف رحمه الله تناقض على قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه ذكر في أول كتاب الوقف أن الوقف عنده حبس العين على 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 بصفة الوقف ولزمه حينئذ يخرج الوقف عن ملك الواقف بالاتفاق وهذا وفق وأقول هذا ليس عناسب لما تقدم من قول المصنف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق نقر به ولا يبيح 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 جهة تتأبد فيصح في الوجهين

كافي الهبة بخلاف ما إذا رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقده وبه أو وقفه وفي مرضه في المال ضيق لأن الشروع في ذلك طارئ ولو استحق جزءا معينه لم يبطل في الباقي لعدم الشروع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة قال ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبدا وقال أبو يوسف إذا سمي فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسهم لهم ما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وأنه يتأبد كالعتق فإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فهذا كان التوقيت مبطلا كالتوقيت في البيع ولا يبيح 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

ظهر أن الشروع كان مقارنا للوقف (كافي 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 الثالث فإنه لا يبطل الباقي لأن الشروع طارئ وإذا بطل الوقف في الباقي رجع إلى الواقف لو كان حيا وإلى ورثته إن ظهر الاستحقاق بعد موته وليس على الواقف أن يبيع ذلك ويشترى بثمنه ما يجعله وقفا (ولو كان المستحق جزءا معينه لم يبطل في الباقي لعدم الشروع) ولهذا جاز في الابتداء أن يقف ذلك الباقي فقط (وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة) لو استحق منهما جزءا فبطلت ولو استحق معين لا تبطل ولو كانت الأرض بين رجلين فوقها على بعض الوجوه ودفعاها إلى وال يقوم عليها كان ذلك جائزا عند محمد لأن المانع من تمام الصدقة شروع في المحل المتصدق به ولا شروع هنا لأن الكل صدقة غاية الأمر أن ذلك مع كثرة المتصدقين والقبض من الوالي في الكل وجد جلة واحدة فهو كالتصدق به رجل واحد وسواء بخلاف ما لو وقف كل منهما ما نصفها شاعرا على حدة وجعل لها واليا على حدة لا يجوز لأنهما صدقتان فإن كل منهما تصدق بنصيبه بعقد على حدة لا ترى أنه جعل لنصيبه واليا على حدة ومثل ذلك في الصدقة المنفذة أيضا لا يجوز حتى لو تصدق بنصفها مشاعا على رجل وسلم ثم تصدق الآخر بالنصف عليه وسلم لم يجزئ من ذلك لأن قبض كل منهما لا في جزأها فكذلك قبض الوالين هنا ولو وقف كل منهما ما نصيبه وجعل الوالي واحدا فاسمها إليه جميعا جاز لأن تمامها بالقبض والقبض مجتمع (قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبدا) كالمساكين ومصالح الحرم والمساجد بخلاف ما لو وقف على مسجد معين ولم يجعل آخره لجهة لا تنقطع لا يصح لاحتمال أن يخرب الموقوف عليه (وقال أبو يوسف إذا سمي جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسهم) هذا كلام القدروري وهذا كما ترى لا يناسب استدلال المصنف على أبي يوسف بقوله (أن موجب الوقف) يعني بعد التسمية إلى المتولى عند محمد رحمه الله وبعد الحكم عند أبي حنيفة (زوال الملك بلا تملك) وزواله يتأبد بعتق وإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه (ولهذا كان التوقيت مبطلا) كالموقف عشر من سنة لا يصح اتفاقا لأنه إنما يلزمه لو قال يجوز انقطاعه وعوده إلى الواقف بعد انقطاع تلك الجهة أو إلى ورثته وهو لم يقل ذلك بل قال إذا

قال المصنف (لهم 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 بصفة الوقف ولزمه إلى آخره) أقول فيه أنه إذا حكم الحاكم بصفة الوقف ولزمه فيما إذا سمي جهة تنقطع ينبغي أن يتم الوقف لمصادفة حكمه محلا بمقتضاه فليتأمل قال المصنف (ولا يبيح يوسف رحمه الله تعالى عليه) أقول تأخير دليل أبي يوسف يدل على أن قوله هو المختار

وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان عند أبي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف والصدقة
منشئة عنه لما بينا انه ازالة الملك بدون التمسك كالتعق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار
بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة
أو بالغلة وذلك قد يكون موقفا وقد يكون مؤبدا فطلقه لا ينصرف الى التأبيد فلا بد من التنصيص
قال (ويجوز وقف العقار)

انقطعت صار للفقراء ثم نقل القدوري انه هو على ما ذكره المصنف ثابتا عنه من التأبيد حيث قال
(وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان أبي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظ الوقف والصدقة منبئ
عنه لما بينا انه ازالة الملك كالتعق) وعنده ما يشترط قال المصنف (وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر
التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة) ان كان وقف للسكنى (أو بالغلة) ان لم يكن ذكر السكنى
(وقد يكون ذلك، وبدا وقد يكون غير مؤبدا فطلقه لا ينصرف الى المؤبد) بعينه (فلا بد من التنصيص)
عليه فكان الاولى أن يولى هذين الوجهين لما نقله من عبارة القدوري ثم يذكر الرواية الاخرى ويذكر
دليلهما الاول فاما الوجه الاول فاما ما يناسب الرواية عن أبي يوسف بانه بعد انقطاع الجهة يرجع الى ملك
الواقف أو ذريته وقد نقل من الفروع ما يدل على كل منهما عند أبي يوسف فمنها ما في المبسوط فيما اذا
تصدق على أمهات أولاده في حياته وجعل لهن السكنى بعد وفاته وأي امرأة تزوجت ممن أخرجت
منتهلة الى غيره فلا حق لها في السكنى ونسبها مردود على من بقيت ممن فذلك جائز اعتبار السكنى بالغلة
وهذا الشرط يصح منه لهن في الغلة الى ان قال وان لم يحد من بقى ممن كان ميراثا على فراض الله تعالى
عند أبي يوسف لما بينا انه يتوسع في أمر الوقف فلا يشترط التأبيد واشترط العود الى الورثة عند زوال
حاجة الموقوف عليه لا يفوت موجب العقد عنده فاما عند محمد رحمه الله التأبيد شرط واشترط العود
الى الورثة يبطل هذا الشرط فيكون بطلان الوقف الا أن يجعل ذلك وصية عند موته فيجوز كالوصية
المعلوم بسكنى داره بعد موته مدة معلومة فانه جائز أن 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 وعلمه القسوي واذا عرف عن أبي يوسف جواز
عوده الى الورثة فقد يقول في وقف عشرين سنة بالجواز لانه لا فرق أصلا ومنها ما ذكر في البرامكة قال
أبو يوسف اذا انقض الموقوف عليهم بصرف الوقف الى الفقراء قال في الاجناس فصل عنه روايتان
وأما الشرط الذي تقدم وهو قوله من تزوجت وأخرجت منتهلة عنه فلا حق لها فصحيح فلوطقة هارزوجهما
أومات أو عادت بعد ما انتقلت لا يرجع لهما ما كان لها في الوقف بل قد سقط لانه قطع استحقا فها بنا حد
هذه الصفات فلا يعود الا أن ينص على ذلك فيقول فان عادت أو فارقت عادما كان لها (قوله ويجوز
وقف العقار) وهو الارض مبنية كانت أو غير مبنية ويدخل البناء في وقف الارض تبعاً فيكون وقفها
معها وفي دخول الشجر في وقف الارض روايتان ذكرهما في الخلاصة وفي فتاوى قاضيخان تدخل
الاشجار والبناء في وقف الارض كما تدخل في البيع ويدخل الشرب والطريق استحسانا لان الارض
لا يوقف الا للاستغلال وذلك لا يكون الا بالماء والطريق فيدخلان كما في الاجارة ولا تدخل الثمرة القائمة
وقت الوقف سواء كانت مما تؤكل أو لا كالورد والراحين ولو قال وقفها بحقة وقفها بجميع ما فيها ومنها قال
هلال لا تدخل في الوقف أيضا ولكن في الاستحسان يلزم التصديق به على وجه النذر لانه لما قال صدقة
موقوفة بجميع ما فيها ومنها فمدة تكلم بما يوجب التصديق ولا تدخل الزروع كلها الا ما كان له أصل
لا يقطع في سنة والحاصل ان كل شجر يقطع في سنة فهو للواقف وما لا يقطع في سنة فهو داخل في الوقف
فيدخل في وقف الارض أصول الباذنجان وقصب السكر ويدخل في وقف الحمام القدر ومطقي سرقينه

وعلى هذا وانقطع الجهة
عاد الوقف الى ملكه ان كان
-يا والى ملك ورثته ان
كان ميتا وقاتل أن يقول
هذا التعليل غير مطابق لما
ذكر عن أبي يوسف لانه قال
وصار بعدها للفقراء وان لم
يسمهم وذلك يدل على أن
التأبيد شرط والجواب أن
المسروى عن أبي يوسف
أمران أحدهما أنه لا يشترط
التأبيد أصلا والثاني أنه
يشترط لكن لا يشترط
ذكره باللسان والمصنف
أشار الى القول الاول بالتعليل
والى الثاني بذكر المذهب
واستدل عليه بقوله وقيل
ان التأبيد شرط بالاجماع
الخ وفي كلامه تعقيدا لاجالة
وقوله (وهذا على الإرسال)
أي ما ذكره القدوري

(قوله والجواب ان المسروى
الخ) أقول هذا ما يسم في
كثير من المواضع

لان جماعة من الصحابة رضوا لئن 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 بيقراها أو كرتها وهم عبيده جاز) وكذا سائر آيات الجرائد لانه ينبغ للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد ثبت من الحكم تبعاً لما لا يثبت مقصوداً كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومجتمعه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعاً لولى

ورماده ولا يدخل مسيل ماء في أرض مملوكة أو طريق وقوله (لان جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أجمعين وقفوه) قدمنا ذكر جماعة من رجال الصحابة ونسأهم وقفوا وأسانيدهم المذكورة في وقف الخصاص ومنها ما تقدم من وقف عمر رضى الله عنه أرضه غنغ وأخرج إبراهيم الحارثي في كتابه غرب الحديث حديثاً أبو بكر بن أبي شيبه حدثنا حفص بن غياث عن هشام بن عروة عن أبيه أن الزبير بن العوام رضى الله عنه وقف داره على المردودة من بنائه قال والمردودة هي المطلقة والفاقدة التي مات زوجها وفي البخارى وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضاً وجعلها لابن السبيل صدقة وأخرج الحاكم بسنده في الواقدي وهو حسن عندنا وسكت هو عليه عن عثمان بن الأرقم المخزومي أنه كان يقول أنا ابن سبع الاسلام أسلم أبي سبع سبعة وكانت داره على الصفا وهي التي كان النبي صلى الله عليه وسلم يكون فيها في الاسلام وفيها دعا الناس الى الاسلام فأسلم فيها خلق كثير منهم عمر بن الخطاب رضى الله عنه فسميت دار الاسلام وتصدق به الأرقم على ولده وذكر أن نسخة صدقته 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 الجدي 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 وداره 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 ومالا يحضرنى كثير وهذا كما مما يستدل به على أبي حنيفة في عدم اجازته الوقف **﴿ فرع ﴾** اذا كنت الدار مشمورة ومعروفة صرح وقفها وان لم تحدد داسه تغناء لشهرتها عن تحديدها **﴿ فرع آخر ﴾** وقف عقار على مسجد أو مدرسة هيأ مكانا بناها ثم قبل أن يبنيا اختلف المتأخرون والصحيح الجواز وتصرف غلته الى الفقراء الى أن تبني فإذا بنيت ردت اليها الغلة أخذ من الوقف على أولاد فلان وأولاده حكموا بصحة وتصرف غلته للفقراء الى أن يولد فلان **﴿ 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 بيقراها أو كرتها وهم عبيده جاز) والكرة الحراتون **﴿ وكذا آيات الجرائد ﴾** اذا كانت تبعاً للارض يجوز (لانها تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود) منها (وقد ثبت من الحكم تبعاً لما لا يثبت مقصوداً كبيع الشرب) والطريق لا يجوز مقصوداً ويجوز تبعاً وهذا كثير مستغن عن العتد ولو مرض بعضهم فتعطل عن العمل ان كان الوافف جعل نفقتهم في مال الوقف وصرح بهم فهى في مال الوقف والالتففة لهم وان لم يصرح به في مال الوقف فللقيم ان يبيع من محض ويستري بثمنه آخر يعمل كالأوقاف فأخذت عليه أن يشتري بها آخر ولو جنى أحدهم جناة فعلى القيم أن ينظر فان كان الاصلح دفع هذا العمد بالجناية دفعه أو فداءه فداء من مال الوقف وإذا فداءه بقضية تزيد على ارش الجناية فهو متطوع بالزيادة وليس لأهل الوقف من الدفع والفداء شئ فان فدوه كانوا متطوعين (ومحمد مع أبي يوسف فيه) يعنى فلامعنى لأفراد أبي يوسف (لانه لما جاز افراد بعض المنقولات بالوقف عنده) أى عند محمد رحمه الله فتجوز تبعاً للعقار أولى وضمير لانه لسان أما لو وقف ضيعة فيم ابقرو عبيده وليذكرهم فانه لا يدخل شئ

من قوله (ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) على الاطلاق مقصوداً او تبعاً كراعا أو غيره تعاملوا فيه أو لا قول أبي حنيفة والا كرتة جمع أكار وهو الزرع كائنها جمع أكرتة ديرا وقوله (والبناء في الوقف) أى فى وقف الارض التي عليها ذلك البناء كوقف الخانات والرباطات وقوله (لانها لما جاز افراد بعض المنقول) يعنى من غير أن يجعل تبعاً لى كفى المتعارف مثل الفأس والقدم والمراجل (عنده) أى عند محمد (فلان يجوز الوقف) أى وقف المنقول (تبعاً لولى) والمراد بالكراع هنا هو الخيل لمناسبة ذلك 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 لولى) أقول هذا فيما فيه تعامل مسلم وأما مطلقاً فلا تدبر

(وقال محمد بن يحيى زحبيس الكراع والسلاح) ومعناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس أن لا يجوز لما بيناه من قبل وجه الاستحسان إلا نار المشورة فيسه منها قوله عليه الصلاة والسلام وأما خالد فقد حبس أدرعا وافرأه في سبيل الله تعالى وطلحة حبس دروعه في سبيل الله تعالى ويروي أكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الإبل لأن العزب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها وعن محمد بن يحيى وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالقاس والمز والقدوم والمنشار والخنزارة وثيابهم والقدور والمراجل والمصاحف وعند أبي يوسف لا يجوز لأن القياس اغنايتك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه

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

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

من الآلات والبقر والعميد في الوقف قال المصنف (وقال محمد بن يحيى زحبيس 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 التأيد والمنقول لا يتأيد (وجه الاستحسان إلا نار المشورة 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 فجمع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ينتم ابن جميل الآن كان فقيرا فإغناه الله وأما خالد فانكم تظلمون خالد وقد احتبس أدرعه وأعتده في سبيل الله وأما العباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهي على وتملها ثم قال أما شهدت أن عم الرجل صنوايه وأما ما ذكر المصنف من أن طلحة حبس دروعه وفي رواية أدرعه وأعتده فلم يعرف وكذا لم يعرف جمع على الكراع لأن فعلا لا يجمع على أفعال بل على أفعال كعقاب وأعقب وانما ذكره في الصحاح صيغتي جمع قال فالجمع أكرع ثم أكرع الآن الطبراني أخرجه عن ابن المبارك حدثنا 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 القتل فليقدر لي الآن أموت على فراشي وما من عمل أرجى عندي من لاله إلا الله وأنا متمسك ثم قال إذا نامت فانظر واسلحي وفرسي فأجعلوه عدة في سبيل الله وذكري هذا الحديث بهذا السند في تاريخ ابن كثير وقال فيه ما من عمل أرجى عندي بعد لاله إلا الله من ليله ثم وأنا متمسك والسماء تهاني ننظر الصبح حتى نغير على الكفار وإذا عرف هذا فالإبل تدخل في حكمه بالدلالة لأن العرب يغزون عليها مع أنه روى أن أم معقل جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن أبا معقل جعل ناخحة في سبيل الله واني أريد الحج فأركبه فقال صلى الله عليه وسلم أركبها فإن الحج والعمرة من سبيل الله والحاصل أن وقف المنقول تبعا له مقار يجوز وأما وقفه مقصودا أن كان كراعاً وسلاحاً حازر فمما سوى ذلك أن كان مما لم يجز التعامل بوقفه كالناب والحموان وتحوه والذهب والفضة لا يجوز عندنا وإن كان متعارفا كالخنزارة والقاس والقدوم وثياب الخنزارة ومما يحتاج إليه من الأواني والقدور في غسل الموتى والمصاحف قال أبو يوسف لا يجوز وقال محمد بن يحيى زحبيس واليه ذهب عامة المشايخ منهم الإمام السرخسي كذا في الخلاصة وفي الفتاوى المتأخيرة أن وقف بناء بدون أرض قال هلال لا يجوز انتهى لكن في الخصاف ما يفيد أن الأرض إذا كانت متقررة للاحتكار جازفانه قال في رجل وقف بناء داره دون الأرض لا يجوز قيل له فما تقول في حوائب السوق وقف رجل حائوتها قال إن كان الأرض اجارة في أيدي القوم الذين بنوها لا يجز جهنم السلطان عنها قال وقف جائز لأننا ما في أيدي أصحاب البناء بتوارثهم أو تقسيم بينهم لا يتعرض لهم السلطان ولا يربحهم عنها وانما غلبت أخذها وتداولها الخلفاء ومضى عليها الدهور وهي في أيديهم يتبايعون أو يواجرونها وتجز فيها أو صاهاهم ويهدمون بناءها ويبنون غيره فأفاد أن ما كان مثل ذلك جازوقف البنين فيه والافلا وذكري موضع آخر في فتاوى قاضيخان إذا بنى قنطرة للمسلمين جاز ولا يكون بناؤها ميراثا ثم ذكر أنه انما خص

وقوله (الحاقها بالمصاحف) يعني أن وقف المصاحف صحيح فكذلك الكتب ذكر في فتاوى فاضلخان اختلاف المشايخ في وقف الكتب
حوزة 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 ما مع بقاء أصله في ملكه (٥١) وقوله (ويجوز بيعه) احتراز عن حمل الناقدة

والجارية فإنه لا يجوز بيعه
فكذا وقفه عنده أيضا وإنما
أن الوقف في المنقول لا يتأيد
وهو ظاهر وما لا يتأيد لا يجوز
وقفه لأن التأيد لا بد منه

على ما بيناه فصارت المنقولات
كالدراهم والدنانير وقوله
(بخلاف العقار) جواب

عن اعتباره بالعقار وقوله
(ولا معارض من حيث
السمع) جواب عن قوله
فأشبه الكراع والسلاح
ووجه أن الأصل أن لا

يجوز وقف الكراع والسلاح
أيضا كالدراهم الأنا
تركتاه بمعارض راجح من
حيث السمع وقوله (ولا

من حيث التعامل) جواب
عما قيل ترك الأصل في
الكراع والسلاح معارض
من حيث السمع وهو ليس

بوجود في المراحل والقدم
وغيره فما لم تكن صورة
التزاع قبيسة على ذلك
ووجه أن له ما معارضا

من حيث التعامل وليس
بوجود في صورة النزاع
كالعبيد والاماء والنياب
والبسط وأمثالها ففي على

أصل التماس وقوله (ومذا)
استظهار على أن الحاق غير
العقار والكراع والسلاح
بـ ما غير جائز لأن غيرهما القوتهم ليس في معناهما ولم يذكر التعامل اعتمادا على شهرة كون التعامل أقوى من القياس بخزان يترك به

ومحمد يقول القياس قد يترك بالتعامل كإفي الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الأشياء وعن نصير بن
يحيى أنه وقف كنيته الحاقها بالمصاحف وهذا صحيح لأن كل واحد يسلك للدين تعليميا وتعلما وقراءة
وأكثر فقهها الامصار على قول محمد وما لا تعامل فيه لا يجوز عنده ناوقفه وقال الشافعي كل ما يمكن
الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لأنه يمكن الانتفاع به فاشبهه العقار والكراع والسلاح
ولنا أن الوقف فيه لا يتأيد 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 يتأيد والجهاد سنم الذين
فكان معنى القرية قيم ما أقوى فلا يكون غيرهما في معناهما

البناء بذلك لأن العادة أن تتخذ على جنبتي النهر العام وذلك غير ملوك 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 اجارة وإن كانت ملكا لواقف البناء جاز عند البعض وعن محمد إذا كان البناء
في أرض وقف جاز وقفه على الجهة التي تكون الأرض وفتا على ما ذكر الكلي في الفتاوى وإطلاق
الاجارة يعارض قول الخصاص في أرض الحكور اللهم إلا أن يجعل تخصيصها بسبب أنها صارت
كالملاك على ما ذكره وسمعت في الخلاصة إذا وقف مصفا على أهل المسجد لقراءة القرآن أن كانوا
يحصون جاز وإنه 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 يجيزه ونصير بن يحيى يجيزه ووقف كتبه والفقيه
أبو جعفر يجيزه 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 كإفي الاستصناع وقد وجد التعامل
في هذه الأشياء وعلى قول محمد أكثر فقهها الامصار وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا) وقال الشافعي
رحمه الله كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه وهذا قول مالك وأجد 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 بجي وأما الخبي فيصح وقفه عند أجد والشافعي لأن حفصة
رضي الله عنها ابتاعت حيا بعشرين ألفا فبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج كانه وعن
أجد لا يصح وقفه وأنكر الحديث ذكره ابن قدامة في المغني وحاصل وجه الجماعة القياس على الكراع
وعارضه المصنف بأن حكم الوقف الشرعي التأيد ولا يتأيد غير العقار غير أنه ترك في الجهاد لأنه سنم الذين
فكان معنى القرية قيم ما أقوى فلا يلزم من شرعية الوقف فيها شرعية فيما هو دونها ولا يلحق دلالة
أيضا لأنه ليس في معناهما وإذا عرفت هذا فقد زاد بعض المشايخ أشياء من المنقول على ما ذكره محمد
لمار أو من جريان التعامل فيها ففي الخلاصة وقف بقرة على أن ما يخرج من لبنها وسمتها يعطى لأبناء
السبيل قال إن كان ذلك في موضع غلب ذلك في أوقافهم رجوت أن يكون جائزا وعن الانصاري 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 يتصدق بها في الوجه الذي وقف عليه وما يكال وما يوزن ببيع ويدفع عنه مضاربة
أو بضاعة قال فعلى هذا القياس إذا وقف هذا الكثر من الحنطة على شرط أن يقرض للفقراء الذين لا بد
لهم ليزرعوا لا تقسم ثم يؤخذ منهم بعد الإدراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبدا على هذا

بـ ما غير جائز لأن غيرهما القوتهم ليس في معناهما 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 تأيد الوقف مدة بقاء الموقوف وذلك موجود في محل النزاع أيضا

قال (واذا اجمع الوقف لم يجز بيعه) أي اذا لم (٥٣) الوقف لم يجز بيعه ولا تخليكه الا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف فيطلب الشريك

قال (واذا اجمع الوقف لم يجز بيعه ولا تخليكه الا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته) أما امتناع التملك فلما بينا وأما جواز القسمة فلأنها تميز وافر ازغاية الامر ان الغالب في غير المكمل والموزون معنى المبادلة الا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظر الوقف فلم تكن بيما وتلك كما ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية للواقف وبعد الموت الى وصيه وان وقف نصف عقار خاص له فالذي يقاسمه القاضي

السبيل يجب أن يكون جائزا قال ومن مثل هذا كثير في الري وناحية ديباوند والاكسية واسترة الموقى اذا وقف صدقة أبدأ جازت دفع الاكسية للفقراء فينتفعون بهم في أوقات اسبهم ولو وقف ثورا لارتزاه بقهرهم لا يصح ثم اذا عرف جواز وقف الفرس والجمال في سبيل الله فلو وقفه على ان يمسه مادام حيا ان أمسكه للجهاد جاز له ذلك لانه لو لم يشترط كان له ذلك لان الجاعل فرس السبيل أن يجاهد عليه وان أراد أن ينتفع به في غير ذلك لم يكن له ذلك وصح جعله للسبيل يعني يبطل الشرط ويصح وقفه ولا يؤثر فرس السبيل الا اذا احتج الى نفقته فيؤاجر بقدر ما ينفق عليه قال في الخلاصة وهذه دلائل على ان المسجد اذا احتج الى نفقته يؤاجر قطعة منه بقدر ما ينفق عليه اه وهذا عند غير صحيح لانه يعود الى الفسخ الذي لا جله استثنى أبو يوسف المسجد من وقف المشاع وهو أن يتخذ مسجدا يصلي فيه عاما واصطبلا يرطفيه الدواب عاما ولو قيل انما يؤاجر لغير ذلك فنقول غاية ما يكون للسكنى ويستلزم جواز الجماعة فيه واقامة الخائض والجنب فيه ولو قيل لا يؤاجر لذلك فكل عمل يؤجر له فيه تغيير أحكامه الشرعية ولا شك ان باحتياجه الى النفقة لا تتغير أحكامه الشرعية ولا يخرج به عن ان يكون مسجدا ثم ان خرب ما حوله واستغنى عنه فحينئذ لا يصير مسجدا عند محمد خلافا لابي يوسف وأما اذا لم يكن كذلك فوجب عمارته من بيت المال لانه من حاجة المسلمين وفي الخلاصة أيضا يجوز وقف الغلمان والجوارى على مصالح الرباط واذا زوج السلطان أو القاضي حاربه 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 فيه اجسام يتجرن ويرجعن يدخل في وقفه الحمامات الاصلية قال الفقيه هو كوقف الضيعة مع الثيران وسئل أبو بكر عن وقف شجرة بأصلها والشجرة مما ينتفع بأوراقها وعمرها قال الوقف جائز وينتفع بثمرها ولا يقطع أصلها ان تفسد أعصانها فان لم ينتفع بأوراقها وعمرها فانه يقطع ويصرف ثمنها الى سبيله فان نبت ثابا والاغرس مكانه او سئل أبو القاسم الصغار عن شجرة وقف بيس بعضها وبقي بعضها فقال ما يبس منها فسيله سبيل غلثا وما بقي متروك على حالها (قوله واذا اجمع الوقف) أي لزم وهذا يؤيد ما قدمناه في قول القدروري واذا اجمع الوقف خرج عن ملك الواقف ثم قوله (لم يجز بيعه ولا تخليكه) هو باجماع الفقهاء (الا أن يكون مشاعا فيطلب شريكه القسمة عند أبي يوسف فتصح مقاسمته أما امتناع التملك فلما بينا) من قوله عليه الصلاة والسلام تصدق بأصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ومن المعنى وهو ان الحاجة ماسة الى آخره ولانه بالازوم خرج عن ملك الواقف وبلا ملك لا يتمكن من البيع (وأما جواز القسمة) أي عندهما فان على قول أبي حنيفة لا يجوز وان قضى القاضي بصحة وقف المشاع لانها مبادلة ومعنى المبادلة هو الرجوع في غير الثليات (فلانها تميز) معنى (وافر ازغاية الامر ان الغالب في غير المكمل والموزون معنى المبادلة الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم تكن بيعا وتلك كما ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية للواقف) عند أبي يوسف ووقف المشاع انما يجوز على قوله (و) لطلب الشريك القسمة (بعد موته) فالقسمة (الى وصيه وان وقف نصف عقار خاص له) فالقسمة طريقان أحدهما أن (يقاسمه القاضي)

القسمة فتصح مقاسمته فقوله الا أن يكون مشاعا استثناء من قوله لم يجز بيعه وهو منقطع أو متصل لان معنى المبادلة في قسمة العقار راجع بخصم كأنه بيع انشاعا اما امتناع التملك فلما بينا يعني ما روى من قوله صلى الله عليه وسلم تصدق بأصلها لا يتبع ولا يوهب وما ذكره من المعنى بقوله ولان الحاجة ماسة الخ وقوله (وأما جواز القسمة) فظاهر وقوله (فهو الذي يقاسم) أي الواقف هو الذي يقاسم شريكه لا القاضي وقوله (خالص) صفة عقار أي لو كان له عقار مائة ذراع وهو خالص له لا شركة لغيره فيه فوقف منه خمسين ذراعا ووجب أن يكون القاسم ههنا غير الواقف لثلا 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 فيرفع امره الى القاضي ليقاسمه

(قوله استثناء من قوله لم يجز بيعه الخ) أقول بل من قوله ولا تخليكه كما يدل عليه أول كلام المصنف ثم يفهم من آخره كونه استثناء بان المجموع والامر سهل

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 ثم شراء قال (والواجب ان يبتدأ من ارتفاع الوقف بمارته شرط ذلك الواقف أولم يشترط) لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة 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 الى ادخال الدارهم في القسمة او تراضيا على ذلك فان ادخل الدارهم في القسمة لا يجوز الا للضرورة أو بالتراضي على ماسية أي في كتاب القصة ان شاء الله تعالى فلا يخول ما أن يكون الواقف يأخذ الدراهم أو يعطيها فان كان الاول لم يجز لأنه يعطى بمقابلته الدراهم شيئا من الوقف وبيع الوقف لا يجوز وان كان الثاني جاز لأنه حينئذ يشتري شيئا بمقابلته الدراهم ويقفه وهو جائز

بان يرفع الامر 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 (لان الواحد لا يصلح أن يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم) بأن كان أحد النصيبين أجود من الآخر فجعل بازاء الجوده دراهم فان كان الاخذ الدراهم هو الواقف بان كان النصف الذي هو غير الوقف هو الاحسن لا يجوز لانه يصير بائعا بعض الوقف وبيع الوقف لا يجوز وان كان الاخذ ثم يبيع بان كان النصيب الوقف أحسن جاز لان الواقف مشتري لا بائع فكأنه اشتري بعض نصيب ثم يبيع فوقه فقوله (ان أعطى الواقف لا يجوز) يصح على بناءه للفعل وبيع الواقف ويصح على بناءه للفعل ونصب الواقف لان المعنى فيها انه أخذ الدراهم واعلم ان عدم جواز البيع في غير القسمة فيما اذا كان قائما عامرا أما اذا تدمر ولا حاصل له يعمر به فيجوز لانه يرجع الى ملك الواقف ان كان حيا والى ورثته ان كان ميتا وقال الصدرا الشهيدي في جنس هذه المسائل نظير يعني لان الوقف بعد ما خرج الى الله تعالى لا يعود الى ملك الواقف وأنت تعلم ان قول محمد بن جرير في ملك الواقف أولى من قوله في المسجد لان خلاصه الله تعالى أقوى من غيره من الاوقاف ولان ذلك بشرط الفائدة وقد تحقق انتفاؤها اذ لم يكن له ربيع يعاد به ولا يوجد من يستأجره فيعمره ومن ذلك حانوت احترق في السوق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر البتة وحوض محله خرب وصار بحيث لا يمكن عمارة فهو للواقف ولورثته فان كان واقفه وورثته لا تعرف فهو لاطقة كذا في الخلاصة زاد في فتاوى الخصاصي اذا كان كالا لقطعة يتصدقون به على فقير ثم يبيعه الفقير فينتفع بثمنه وعلى هذا فانما يصير لبيت المال اذا عرف الواقف وعرف موته وانقرض عقبه وزوي عن محمد اذا ضمنت الارض عن الاستغلال ويجوز القسيم بثمنها أخرى هي أكثر ربيعا كان له أن يبيعه أو يشتري بثمنها ما هو أكثر ربيعا وأما قول طائفة من المشايخ فيما اذا خاف المتولى على الوقف من وارث أو سلطان يغلب عليه قال في النوازل يبيعه أو يتصدق بثمنها قال وكذا كل قيم خاف شيئا من ذلك قالوا فالفتوى على خلافه لان الوقف بعد ما صح بشرائطه لا يحتمل البيع وهذا هو الصحيح حتى ذكر في شجرة جوز وقف في دار وقف خربت الدار لا تباع الشجرة لعمارة الدار بل تكرر الدار ويستعان بنسب الجوز على العمارة ثم اذا جاز بيع الأشجار الموقوفة لا يجوز قبل القطع بل بعده هكذا عن الفضلي في الأشجار المثمرة وفي غير المثمرة قال يجوز قبل القاع لانها هي الغلة وبناء الوقف والنبات لا يجوز قبل الهدم والتلع كالمثمرة كذا قيل والوجه يقتضي اذا تعين البيع كونه قبل الهدم دفعا لزيادة مؤنة الهدم الآن تزيد القيمة بالهدم وفي زيادات أبي بكر بن حامد أجمع العلماء على جواز بيع بناء الوقف وحصيره اذا استغوا عنه (قوله والواجب أن يبتدأ من ارتفاع الوقف بمارته 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 والتراج والبذر وازراق الولاية عليها والعمله 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 لكان لا يؤمن جهل بعض القضاة

وقوله (لان الخراج بالضممان) هذا اللفظ الحديث وهو من جوامع الحكم ولا حرازه معاني جمة جرى مجرى المثل واستعمل في كل مضرة متبالة منفعة ومعناه ههنا ان غلة الوقف لما كانت للوقوف عليهم - هم كانت العمارة عليهم - هم أيضا ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفروهم أي لا يفوز المتولي بهم لعدم تعيينهم وعسرتهم وأقرب أموالهم الى المتولي 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 شاء وهذه الغلة ايضا من ماله فلولم يقيده بذلك تناقض كلامه وقوله (ولو كان الرفق على الفقراء) يعني لا على رجل بعينه فكذلك عند البعض أي لا تصرف غلة الوقف الى زيادة عمارة لم تكن في ابتداء الوقف بل تصرف الى الفقراء وعند آخرين يجوز ذلك والاول وهو ان يكون البناء الثاني مثل الاول لازما عليه اصح لما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (وان وقف دارا على سكنى ولده) ظاهر

ولان الخراج بالضممان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانما على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفروهم - هم وأقرب أموالهم - هذه الغلة فتجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره 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 صفتها صارت غلته مضمومة الى الموقوف عليه فأما الزيادة على ذلك فليست بمسحقة عليه والغلة المسحقة له فلا يجوز صرفها الى شيء آخر الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والاول اصح لان الصرف الى العمارة تصرف ابقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة قال (فان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له سكنى) لان الخراج بالضممان على ما مر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته (فان امتنع من ذلك أو كان فقيرا أجرها الحاكم

فيذهب رأيه الى قسمة جميع الغلة فاذا شرط ذلك في صكك يقع الامن بالشرط قال المصنف (ولان الخراج بالضممان) أي الانتفاع بخراج الشيء كغلة العبد والذابة ونحو ذلك بقيام ذلك الشيء أي ليكون ذلك الشيء لو تلف تلف من ضمان المستغل 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 بالضممان قال أبو عبيد معناه والله أعلم الرجل يشتري المملوك فيسخره ثم يجده عبيا كان عند البائع فقضى انه يرد العبد على البائع بالعيب ويرجع بالثمن فيما خذه وتكون له الغلة طيبة وهو الخراج وانما طابت لانه كان ضاهنا للعبد ولو مات مات من مال المشتري لانه في يده اه - وهذا الحديث نقض عمر بن عبد العزيز قضاءه حين قضى بالغلة للبائع وهذا الحديث من جوامع الحكم وفي معناه الغرم بالغرم وقد جرى لفظه مجرى المثل واستعمل في كل مضرة متبالة منفعة وقوله (وصار) أي عمارة الوقف (كنفقة العبد الموصى بخدمته فانما) تكون (على الموصى له بها) (قوله) ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفروهم) لا يتصور ان يلزموا عدم اجتماعهم وعسرتهم (وأقرب أموالهم - هذه الغلة) الكائنة للوقف (فتجب) العمارة فيها (قوله) وان كان الوقف على رجل بعينه) أوجال (وأخره للفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حياته) فاذا مات فن الغلة (ولا يؤخذ من الغلة) عينا (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 الآخرين يجوز ذلك) أي الزيادة (والاول اصح) لانه صرف حق الفقراء الى غير ما يستحق عليهم ولا تؤخر العمارة اذا احتيج اليها وتقطع الجهات الموقوفة عليها لها ان لم يخف ضرر بين فان خيف قدم وأما الناظر فان كان المشروط له من الواقف فهو كأحد المستحقين فاذا قطعوا العمارة قطع الأنا يعمل كالفاعل والمنشاء ونحوه ما فإخذ قدر أجرته وان لم يعمل لا يأخذ شيئا قال الامام نضر الدين فاضل خان رجل وقف ضيعة على مواليه ومات فجعل القاضي الوقف في يديهم وجعل له عشر الغلات مثلها وفي الوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة لاحاجة فيها الى القيم وأصحاب هذه الطاحونة يقسمون غلتها لا يجب للقيم فيها ذلك العشر لان القيم لا يأخذ ما يأخذه الا بطريق الاجر فلا يستوجب الاجر بلا عمل اه - فهذا عندنا فمن لم بشرط له الواقف شيئا أما اذا شرط كان من جملة الموقوف عليهم (قوله) فان وقف دارا على سكنى ولده) أو غيره ولده (فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضممان وصار كالعبد الموصى بخدمته فاذا امتنع من ذلك أو كان فقيرا أجرها الحاكم

وقوله (والاول اولي) يريد به اجارة الحاكم وعمارتهما باجرتها ثم ردها الي من له السكنى (٥٥) والثاني هو ترك العماره واستفيد

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 اصلاح القاضى وعمارته ثم رده اليه وقوله (ولا تصح اجارة من له السكنى) اضافة المصدر الى فاعله وهذا لان الاجارة تملك المنافع بعوض ولا تملك من غير المالك ومن له السكنى ليس بمالك ونفوض بالمستأجر فان له أن يؤجر الدار وليس بمالكها وأجيب بأنه مالك المنفعة ولهذا أقيمت العين في ابتداء العقد مقام المنفعة لئلا يلزم تملك المنفعة المدومة ومن له السكنى أبيضت له المنفعة ولهذا لم تتم العين مقام المنفعة في ابتداء الوقف ولا يلزم من حوازيلك المسائل حوازيلك غيره قال (وما تم من بناء الوقف وآلته) قال صاحب النهاية قوله وآلته يحتمل أن يكون مجرورا بالعطف على البناء يعني ما تم من آلة الوقف بأن يسلي خشب الوقف وفسد ويحتمل أن يكون مرفوعا بالعطف على ما الموصولة وهو المنقول عن الثقات لانه لا يقال انهدمت الآلة

وعمرها باجرتها واذا عمرها ردها الي من له السكنى) لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والاول اولي ولا يجبر الممتنع على العماره لما فيه من اتلاف ماله فأشبهه امتناع صاحب البذر في المزارعة فلا يكون امتناعه رضامنه ببطلان حقه لانه في حيز التردد ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك قال (وما تم من بناء الوقف وآلته) صرفه الحاكم في عماره الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيه ماله لانه لا بد من العماره لسبقه على البناء فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفها فيه او الا أمسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك أو ان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر عادة عينه الى موضعه يبيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف المبدل

وعمرها باجرتها) ثم ردها الي 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 عمارته المدلول عليه بقوله لو لم يعمرها لان الجمع بين المصليتين أولى من ابطال احدهما (ولا يجبر الممتنع على العماره لما فيه من) الزام الضرر (ب) اتلاف ماله فأشبهه 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 ببطلان حقه لان امتناعه في حيز التردد) يعني دلالة الامتناع على الرضا باسقاط حقه متردد فيها الجواز كون امتناعه لعدم القدرة على العماره أو لرجائه اصلاح القاضى كما يجوز كونه لرضاه بابطال حقه (و) انما قال أجرها الحاكم لانه (لا تصح اجارة من له السكنى) وعمله بقوله (لانه غير مالك) وفي تقريره قولان أحدهما انه ليس بمالك للمنفعة بل أبيض له الانتفاع وهوذا ضعيف فان للوقوف عليه السكنى ان يعمر الدار والاعارة تملك المنافع بلا عوض والمسئلة في وقف الخصاص والآخرة ليس بمالك للعين والاعارة تتوقف عليه لانها يبيع المنافع والمنافع معدومة فلا يتحقق ملكها اليها كماها فقيمت العين مقام المنفعة ليرد عليها العقد فلا بد من كونها مملوكة وهو مشكل لانه يقتضى ان لا يصح اجارة المستأجر فيما لا يختلف باختلاف الاستعمال وان لا يصح من الموقوف عليه السكنى الاعارة لكنه يصح كما ذكرنا فالأولى أن يقال لانه تملك المنافع بالبدل فلم يملكها كما يبدل وهو الاجارة والاملاك أكثر مما ملك بخلاف الاعارة وهذا الوجه والذي قبله يفيد أن لا فرق بين الموقوف عليه السكنى وغيره حتى ان الموقوف عليه الدار المستحق للغة أيضا ليس له أن يؤجر لانه ليس بمالك للعين فلا يمكن اقامة العين مقام منافعها ليرد عليه عقد الاجارة بل ما ملكه من المنافع بالبدل ونص الاستروشني انه رأى في المنقول ان اجارة الموقوف عليه لا تجوز وانما تملك الاجارة المتولى أو القاضى ونقل عن الفقيه أبي جعفر انه ان كان الاجر كله للوقوف عليه اذا كان الوقف لا يستمر تجوز اجارته وهذا في الدور والحوانيت وأما الاراضى فان كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للوقوف عليه أن يؤجر وان لم بشرط ذلك فيجب أن يجوز ويكون الخراج والمؤنة عليه وهذا وان لم يرض الموقوف عليه السكنى بالعماره ولم يجسد القاضى من يستأجرها لم أر حكيم هذه في المنقول من المذهب والحال فيها يؤدي الى أن تصرفه نقضا على الارض كرماد تفوه الرياح وخطر لي انه يجبره القاضى بين أن يعمرها فاستوفى منفعتها وبين أن يردّها الى ورثة الواقف (قوله) وما تم من بناء الوقف وآلته) وهو بالجر كالخشب والتصب وقد يضم عطا على ما صرفه الحاكم في عماره الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج اليه وأنت تعلم ان بالانه عدم تحقق الحاجة الى عماره ذلك القدرة لا معنى للشرط في قوله ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج وانما المعنى انه ان كان التمسك للعماره ثابتا في الحال صرفه اليها والاحفظه حتى يتم بذلك وتحقق الحاجة فان المنهدم قد يكون فليس الاجر بالبدل بالانتفاع

والنقض 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 المبسوط والذخيرة والتمتة وفتاوى قاضيخان وهذا ظاهر على أصل أبي يوسف فإنه لو شرط بعض الغلة أو كلها لنفسه في حال حياته حازت لامهات أو أولاده أولى وانما الأشكال على قول محمد فإنه لا يجوز أن بشرط ذلك لنفسه واشترطه (٥٦) لامهات أو أولاده في حياته عنزلة اشتراطه لنفسه ولكن يجوز ذلك استصحابا للعرف

(ولا يجوز ان يقسمه) يعنى النقص (بين مستحقى الوقف) لانه جزء من العين ولا حق 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 ذلك كرفصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه أما الاول فهو جائز عند أبي يوسف ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرازى وبه قال الشافعى وقيل ان الاختلاف بين 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 لالفقراء سواء ولو وقف بشرط البعض أو الكل لامهات أو أولاده ومدبريه ماداموا أحياء فإذا ماتوا فهو للفقراء والمسكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف أيضا وهو الصحيح لان اشتراطهم في حياته كاشتراطه لنفسه

بالوقف ولا يقرب به من ذلك فيكون وجوده كعدمه فيؤخر حتى تحسن أو تجب العمارة وان تعذرت اعارته بأن خرج عن الصلاحية لذلك لضعفه ونحوه باعه وصرف ثمنه في ذلك اقامة للبدل لمقام المبدل ولا يشتمه 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 اشتتره المتولى من مستغلات الوقف فإنه يجوز بيعه بلا هذا الشرط وهذا لان في سيرورته وقفا خلافا والمختار 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) فهذان فصلان ذكرهما القصدورى (شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه أما الاول فهو جائز عند أبي يوسف) وهو قول أحمد وابن أبي ابيلى وابن شبرمة والزهرى ومن أصحاب الشافعى ابن مريج (ولا يجوز على قياس قول محمد وهلال الرازى) وهو هلال بن يحيى بن مسلم البصرى وانما نسب الى الرازى لانه كان على مذهب الكوفيين ورأىهم وهو من أصحاب يوسف بن خالد السميتى البصرى ويوسف هذان من أصحاب أبي حنيفة وقيل ان هلالا أخذ العلم عن أبي يوسف وزفر ووقع في المبسوط والذخيرة وغيرهما الرازى وفي المغرب هو منحرف بل هو الرازى بن شبيب الرازى المهملة لانه من البصرة لامن الري والرازى نسبة الى الري وهكذا صحح في مسند أبي حنيفة وغيره بقول محمد قال الشافعى ومالك والخلاف في شرط كل الغلة لنفسه وبعد موته على الفقراء أو بعضها وبعد موته للفقراء ثم قيل ان الاختلاف بين ما بناء على الخلاف في اشتراط القبض (أى قبض المتولى فلما شرطه محمد منع اشتراط الغلة لنفسه لانه حينئذ لا يقطع حقه فيه وما شرط القبض الا ليقطع حقه وما لم بشرطه أبو يوسف لم يمنعه (وقيل مسألة مبتدأة) غير مبنية وهو أوجه ثم وصل المصنف بهذه الخلافية ما اذا شرط الغلة لامهات أو أولاده ومدبريه ماداموا أحياء فإذا ماتوا كان للفقراء بناء على جعل الخلاف المعلوم جازيا بينهم على ما صححه المصنف وقيل بل صحة شرط الغلة لامهات أو أولاده ومدبريه بالاتفاق وهو الاصح وما قال المصنف مخالف لما في المبسوط

لانه لا بد من تصحيح هذا الشرط لهن لانهن يعتقن بعونه فاشتراطه لهن كاشتراطه لساير الاجانب فيجوز ذلك في حياته أيضا تبعا لما بعد لوفاة وقد قيل هو على الخلاف أيضا وهو الصحيح لان اشتراطهم في حياته أى اشتراط صرف الغلة في ابتداء الوقف لامهات أو أولاده ومدبريه وذكر الضمير تعالينا للدبرين على أمهات الاولاد كاشتراطه 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 أو أولاده ومدبريه وجه قول محمد أن الوقف تبرع على وجه التليد بالطريق الذى قدمناه أى بطريق التقرب الى الله تعالى فاشتراطه الكل أو البعض لنفسه يبطله لان التليد من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة فإنه لا يجوز ان يسلم قدرا من ماله لفقير على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه له وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه فقوله وشرط بالجر عطا على قوله كالصدقة المنفذة ومعناه أن يجعل بعض المسجد لنفسه كان ما نعا من الجواز في الكل فكذلك اذا جعل بعض الغلة لنفسه

قال المصنف (وقيل ان الاختلاف بين ما بناء الخ) أقول في هذا البناء نوع تأمل ظاهرا لكن يظهر وجه البناء بما ذكره البخارى قال المصنف وقد قيل هو على الاختلاف أيضا وهو الصحيح) أقول مخالف لرواية الكتب المذكورة (قوله لان اشتراطهم في حياته) أقول ذكر الضمير في قوله لهم تغليباً للذكور على الاناث والمحيط

وجه قول محمد رحمه الله ان الوقف تبرع على وجه التملك بالطر بنى الذي قدمناه فاشترطه البعض أو الكل لنفسه يبطله لان التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة بشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ولا يابى يوسف ماروى أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يأكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط فذل 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 مملوكا لله تعالى لنفسه لا أنه يجعل ملكا لنفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خاناً أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة بشرط أن ينزله أو يشرب منه أو يدفن فيه ولان مقصوده القرية وفى الصرف الى نفسه ذلك قال عليه الصلاة والسلام نفقة الرجل على نفسه صدقة

وقوله (ولا يابى يوسف ماروى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته) ذكر الحديث شيخ الاسلام فى مبسوطه والمراد منه الصدقة الموقوفة ولا يحل الاكل منه الا بالشرط بالاجماع فذل على صحته وقوله (على ما بيناه) اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره الى جهة لا تنقطع أبدا بقوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك والى قوله ولا يابى يوسف أن المقصود هو التقرب فعلم من هذا المجموع ان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القرية

قال المصنف (وجه قول محمد رحمه الله تعالى عليه ان الوقف تبرع على وجه التملك) أقول فيه نوع مخالفة لما سبق من أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك ولما قاله الشارحون من أن فى الوقف اباحة المنفعة لانتفاعك كما سبق فى الدرر السابق وجوابه ان المنفعة غير العلة

والحيط والذخيرة والتممة وفتاوى قاضى خان فان الكل جعلوا الصحة بالاتفاق وفرق فى المبسوط لمحمد رحمه الله بين شرط الغلة لنفسه حيث لا يجوز ولا مهات أو لادته حيث يجوز مع أن شرطه لهن ولم يدبره كشرطه لنفسه بأن حرمتهم ثبتت بموته فيكون الوقف عليهم كالوقف على الاجانب ويكون ثبوتهم لهم حالة حياته تبعاً لمابعد موته كما قال أبو حنيفة فى أصل الوقف اذا قال فى حياتي وبعد وفاتي يلزم مال الوقف على عبيده وإمائته فلا يجوز عند محمد لانهم لا يمتقون بموته فلا تبعية ويجوز عند ابي يوسف كشرطه لنفسه (وجه قول محمد رحمه الله ان الوقف تبرع على وجه التملك) للغلة أو للسكنى (فاشترط البعض أو الكل لنفسه يبطله لان التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة) بأن تصدق على فقير بمال وسلم اليه على أن يكون بعضه لم يجوز لعدم الفائدة اذ لم يكن مملوكا على هذا التقدير الامور اه ذلك القدر فكذا فى الصدقة الموقوفة (وكشرط بعض بقعة المسجد لنفسه) بيتا (ولا يابى يوسف ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته والمراد صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط) فان الاجماع على أن الواقف اذا لم يشترط لنفسه الاكل منها لا يحل له أن يأكل منها وانما الخلاف فيما اذا شرطه والحديث المذكور بهذا اللفظ لم يعرف الا أن فى مصنف ابن ابي شيبة حدثنا ابن عيينة عن ابن طاوس عن ابيه قال ألم تر أن حجر المدينى أخبرنى قال ان فى صدقة النبي صلى الله عليه وسلم يأكل منها أهلها بالمعروف غير المتكرر (ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى فاذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لانه جعل ملكا لنفسه لنفسه) كذا قرره المصنف وعلى ما سلف لنا فى اشتراط التسليم الى المتولى عند محمد ينبغي أن يقرر هكذا الموقوف ازالة الملك الكائن بالعين واسقاطه لالى مالك ابتغاء مرضاة الله تعالى على وجهه يعتبر فيه شرطه الغير المنافى للقرية والشرع وشرط النفقة على نفسه منه لا ينافى فى ذلك (كما اذا بنى خاناً أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة بشرط أن يشرب منها أو مقبرة أو بشرط أن يدفن فيها) قال صلى الله عليه وسلم نفقة الرجل على نفسه صدقة (روى معنى هذا الحديث من طرق كثيرة يبلغ بها الشهرة قروى ابن ماجه من حديث المقدم بن معديكرب عنه عليه الصلاة والسلام قال ما من كسب الرجل كسب أطيب من عمل يده وما أنفق الرجل على نفسه وأهله وولده وخادمه فهو له صدقة وأخرجه النسائى عن ببيعة عن مجير بلغظ ما أطمعت نفسك فهو لك صدقة الحديث وأخرج ابن حبان فى صحيحه عن ابي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل كسب مالا حلالاً فاطمعه نفسه أو كساهن دونه من خلق الله تعالى فان له زكاة ورواه الحاكم الأئمة قال فانه له زكاة وقال صحيح الاسناد ولم يخبر رجاء وأخرج الحاكم أيضاً والدارقطنى عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل معروف صدقة وما أنفق الرجل على نفسه وأهله فهو له صدقة وما وفى به عرضه صدقة الحديث وفيه فقلت لحمد بن المنكدر ما معنى وفى به عرضه قال أن يعطى الشاعر وذو اللسان المتقى وقال صحيح الاسناد وأخرج الطبرانى عن ابي امامة عنه عليه الصلاة

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

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

والسلام قال من أنفق على نفسه نفقة فهي له صدقة ومن أنفق على امرأته وأهل بيته فهو له صدقة وفي صحيح مسلم عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال رجل ابدأ بنفسك فتصدق عليها فان فضل شيء فلاهلك الحديث فقد ترجع قول أبي يوسف قال الصدر الشامي والفتوى على قول أبي يوسف ونحن أيضا نفتي بقوله ترجيبا للناس في الوقف واختاره مشايخنا وكذا ظاهر الهداية حيث أخرج وجهه ولم يدفعه ومن صور الاشتراط لنفسه ما لو قال على أن يقضى دينه من غلته وكذا اذا قال اذا حدثت على الموت وعلى ديني سيد من غلة هذا الوقف بقضاء ما على غلتي فما فضل فعلي سيده كل ذلك جائز وفي وقف الخصاص اذا شرط أن ينتق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف بقاء غلته فباعها وقبض ثمنها ثم مات قبل أن ينتق ذلك هل يكون ذلك لورثته أو لاهل الوقف قال يكون لورثته لانه قد حصل ذلك وكان له فقد عرف ان شرط بعض الغلة لا يلزم كونه بعضا معيننا كالنصف والربع وكذلك اذا قال اذا حدثت على فلان الموت يعني الواقف نفسه أخرج من غلة هذا الوقف في كل سنة من عشرة أسهم مثلا هم يجعل في الحج عنه أو في كذا زارات أعيانه وفي كذا وكذا وسمى أشياء أو قال أخرج من هذه الصدقة في كل سنة كذا وكذا درهم ما تصرف في هذه الوجوه ويصرف الباقي في كذا وكذا على ما سببه (قوله ولو شرط أن يستبدل بها أرضاً أخرى) تكون وقفا مكانه (فهو جائز عند أبي يوسف) وهلال والخصاف وهو استحسان وكذا لو قال على ان أبيعها أو اشتري بثمنها أخرى مكانا وقال محمد يصح الوقف ويبطل الشرط وليس له بعد استبداله مرة أن يستبدل ثانيا لانتهاء الشرط بمره إلا أن يذكر عبارة تنقيده له ذلك دائما وكذا ليس للقيم الاستبدال إلا أن ينص له بذلك وعلى وزان هذا لو شرط لنفسه ان ينقص من المعاليه اذا شاء ويزيد ويخرج من شاء ويستبدل به كان له ذلك وليس لقيمة الأمان يجعله له واذا أدخل وأخرج مرة ليس له ثانيا إلا بشرطه ولو شرطه للقيم ولم بشرطه لنفسه كان له ان يستبدل لنفسه لان افادته الولاية غيره بذلك فرع كونه ملكها ولو قيد بشرط الاستبدال للقيم بحياة الواقف ليس له ان يستبدل بعد موته وفي فتاوى قاضيان قول هلال وأبي يوسف هو الصحيح لان هذا الشرط 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 ضمن قيمتها ويشتري بها أرضاً أخرى فتكون وقفا مكانها وكذا أرض الوقف اذا قل زلها بحيث لا تحتل الزراعة ولا تفضل غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح الارض في الاستبدال بأرض أخرى وفي نحو هذا عن الانصاري صحة الشرط لكن لا يبيعه إلا 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 التأيد هو التأيد بمعنى ولا يقال حكم الوقف اذا صح الخروج عن ملكه فلا يمكنه بيعه لانا نقول حكم ذلك على وجهه ينقد فيه شرطه الذي شرط في أصل الوقف اذا لم يخالف أمر الشارع وقد بينا ان شرط الاستبدال لا يخالفه فوجب اعتباره وكون شمس الأمتد كرمسألة ثم قال ولهذا تبين خطأ من يجوز استبدال الوقف وكذا ما عن ظهير الدين رجوعه عنه بعد ان كان يقضى به لا يوجب اتباعه مع قيام وجه غيره ولو أريد تجوز الاستبدال بغير شرط الاستبدال فيما اذا كان أحسن للوقف كان حسنا والحاصل ان الاستبدال اما عن شرطه الاستبدال وهو مسألة الكتاب أولا عن شرطه فان كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليهم به فينبغي ان لا يختلف فيه كالصورتين المذكورتين لقاضيان وان كان لا يملك بل انفق انه يمكن أن يؤخذ بثمن 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 له لان الموجب في الاول الشرط وفي الثاني الضرورة ولا ضرورة في هذا اذا لم يجز الزيادة فيه بل ببقية 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 فاضلحان أجمعوا أن الواقف اذا شرط الاستبدال لنفسه بصرح الشرط والوقف وبذلك الاستبدال إما بالشرط أشار في السير الى أنه لا يمكنه الا باذن القاضي ولا ينبغي ان محل الاجماع المذكور كون الاستبدال لنفسه اذا شرطه له وفي القاضي فيما لا شرط فيه لا في أصل الاستبدال والافهوق قد نقل الخلاف وعرف من هذا أن محل ما ذكرناه عن الانصاري ما اذا لم بشرطه لنفسه ثم اذا اشترى البديل للوقف صار وقفاً ولا يتوقف وقفه على أن يبقه بل يلفظ يخصه وليس للقيم أن يوصى بالاستبدال لمن يوصى اليه عند موته بالوقف ومن فروع الاستبدال لو قال على أن أبيعها بقليل أو كثيراً وعلى أن أبيعها وأشترى بثمنها عبدانص هلال على فساد الوقف كأنه قال على ان أطلبها ولو انقصر على قوله على أن أبيعها وأشترى بثمنها أرضاً جاز استحساناً واذا قال على أن استبدل أرضاً أخرى ليس له ان يجعل البديل داراً 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 شيئاً استبدل ماشاء من العقار خاصة ولو باع الوقف بغير فاحش لا يجوز البيع ولو قبض الثمن ثم مات ولم يبين حاله فهو دين في تركته وكذا الواسية تمسكه أما لو ضاع الثمن في يده فلا ضمان عليه ولو اشترى بالثمن عرضاً مما لا يكون وقفاً فهو له والدين عليه ولو وهبه من المشتري صحته الهبة ويضمنه في قول أبي حنيفة ومنعه أبو يوسف أما لو قبض الثمن وهبه فالهبة باطلة اتفاقاً ولو باعه بعرض ففي قياس قول أبي حنيفة يصح وقال أبو يوسف وهلال لا يملك البيع بالانص أو بأرض تكون وقفاً مكانها اذا باع الوقف ثم عاد اليه بما هو فسخ من كل وجه كأنه ان يبيعها ثانياً وان عادت بعقد جديد لا يملك بيعها لانها صارت وقفاً كأنه اشترى غيرها الا أن يكون عمه لنفسه الاستبدال ولو ردت ببيع بقضاء أو بغير قضاء بعد القبض أو قبل القبض بقضاء عادت وقفاً وكذا اذا قال المشتري قبل القبض أو بعده فله ان يصنع بالآخرى ماشاء ولو استحققت الاولى في القياس تبقى الثانية وقفاً وفي الاستحسان لان الثانية كانت وقفاً لاعتن الاولى وبالاتساق انتقضت تلك المبادلة من كل وجه فلا تبقى الثانية وقفاً ولو شرط لنفسه ان يستبدل فوكل به جاز ولو أوصى به عند موته لم يكن للوصي ذلك لان في الواو كالة وهو وحى لو تمكن خاله أمكنه الاستبدال بخلاف الوصي ولو شرط الاستبدال لنفسه مع آخر على أن يستبدل ما افتقر بذلك الرجل لا يجوز ولو تفرده الواقف جاز لانه هو الذي شرطه لذلك وما شرط لغيره فهو مشروط له كما لو نصب فاضلاً بلدين كل قيساً كان لكل أن يتصرف وحده ولو ان أحد هذين القاضيين أراد ان يعزل الذي أقامه القاضي الآخر قال اذا رأى المصلحة في ذلك كان له عزله والا فلا (قوله ولو شرط) أي الواقف (الخيار لنفسه ثلاثة أيام) بأن قال وقتت 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 الما شرط تمام القبض لينقطع حق الواقف فلا شك ان شرط الخيار يفوت معه الشرط المذكور لانه لا يتصور مع تمام القبض وأما أبو يوسف فلما لم بشرط تمام قبض متول ابنته 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 مجهولة لا يجوز الوقف على قول أبي يوسف أيضاً (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 حياً فكذلك يجوز اشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام ليروى النظر فيه وعند محمد لم يجز ذلك لم يجز اشتراط الخيار لنفسه أيضاً وهذا البناء صريح في المبسوط ثم لم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد لم ينقلب الوقف جائزاً باطل الخيار بعد ذلك لان الوقف لا يجوز الا مسوداً بشرط الخيار يمنع التأييد فكان شرط الخيار شرطاً فاسداً في نفس العقد فكان المفسد قويا

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

وأما فصل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه وقال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية وان لم يشترط له ولاية مشايخنا الاشبهه أن يكون هوذا قول محمد لان من أصله أن التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه

السمي لان الوقف كالاعتاق في أنه ازالة الملك الى مالك ولو اعتق على انه بالخيار عتق وبطل الشرط فكذا يجب هذا ولذا اتفقوا على أن شرط الخيار في المجد 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 اقامة الصلاة فيه بجماعة وكذا في الاعتاق 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 الوقف 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 مؤبداً والخيار يمنع التأبد وكان شرط الخيار في نفس العقد بخلاف البيع فان الخيار فيه لا يمنع جوازه بل يفسده اذا شرطه أكثر من ثلاثة أيام لامتناع لزوم العدة بعد الايام الثلاثة فلم يكن الفساد في صلب العدة فاذا أسقطه قبل الثلاث جاز ذكروه في فتاوى قاضيان ولا يبطل الوقف بالشرط الفاسد ولهذا الوقف أرضاعاً 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 اطعم على عيب رجوع بنقصان العيب ولا يكون للوقف بل له ان يصنع به ماشاء (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 وقفها البائع صح ولو وقف الموهوب له الارض قبل قبضها ثم قبضها لا يصح الوقف وكذا لو وقفها الموصى له بها قبل موت الموصى ثم مات الموصى وكذا لو وقفها في الشراء الفاسد قبل قبضها (قوله) وأما فصل الولاية فقد نص فيه (على قول أبي يوسف) حيث قال أو جعل الولاية اليه جاز على قول أبي يوسف (وهو قول هلال أيضاً) قال المصنف (وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه) فقال (وقال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية وان لم يشترط له ولاية قال مشايخنا الاشبهه 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 ذكر في فتاوى قاضيان ذكر محمد في السير أنه اذا وقف ضعيعة وأخرجها الى القيم لا تكون له ولاية بعد ذلك الا اذا كان شرط الولاية لنفسه وأما اذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم 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 المتولى ليس بشرط فكانت الولاية للواقف وان لم يشترط الولاية لنفسه

بقوله واذا جعل الواقف الى قوله جاز عند أبي يوسف وهو قول هلال أيضاً وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه وقال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية وان لم يشترط له ولاية وهذا بظاهرة لا يستقيم على قول أبي يوسف لانه الولاية شرط أوسكت ولا على قول محمد لان التسليم الى المتولى شرط لصحة الوقف فكيف يصح ان يشترط الواقف الولاية لنفسه وهو يمنع التسليم الى المتولى فلهذا أوله بعض مشايخنا وقالوا الاشبهه أن يكون هذا قول محمد لان من أصله أن التسليم الخ ومعناه اذا سلم 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 ضعيعة وأخرجها الى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك الا أن يشترط الولاية لنفسه وأما اذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم قال 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

ولنا ان المتولى انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه أقرب الناس الى هذا الوقف فيكون أولى بولايته كمن اتخذ مسجداً يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن أعتق عبداً كان الولاء له لانه أقرب الناس اليه ولو أن الواقف شرط ولأيته لنفسه وكان الواقف غيره مأمون على الوقف فللقاضى أن ينزعها من يده نظراً للفقراء كاله أن يخرج الوصى نظراً للصغار وكذا اذا شرط ان ليس للسلطان ولا القاضى أن ينزعها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيقبل

فصل

ضروره وسقوط التسليم قال في النهاية كذا وجددت في موضع يحظ نفة وقد منافرعا خر على اشتراط التسليم عند الكلام عليه ثم استدل المصنف على قول أبى يوسف الذى جعله ظاهر المذهب بقوله (ولنا أن المتولى انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيد هامة) ولقائل أن يمنع استفادة الولاية منه على تقدير كون التسليم شرطاً لانه بالتسليم يخرج عن ملكه فيصير أجنبياً عنه فيجب كون الولاية فيه للعاكم بولى فيه من شاء من يصلح لذلك وهو من لم يسأل الولاية في الوقف وليس فيه فسق يعرف بناء على خلو ص الحق لله عز وجل لان الخاكم هو الذى 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 يتيم قوله (ولانه أقرب الناس الى الوقف فكان أولى بولايته) دليلاً على ذلك فان القاضى ليس أقرب منه اليه والفرض أن الواقف عدل مأمون فهو أحق من القاضى لانه وان زال الملك فهو على وجه تعود منفعته للواقف بصرفه الى الجهات التى عينها وهو أنصح لنفسه من غيره فينصب ولياً وقوله (كمن اتخذ مسجداً كان أولى بعمارته ونصب المؤذن وكمن أعتق عبداً كان الولاء له لانه أقرب الناس اليه) أما عمارته فلا خلاف يعلم فيه وأما نصب المؤذن والامام فقال أبو نصر فلا هل المحلة وليس الباقى أحق منهم بذلك وقال أبو بكر الاسكاف الباقى أحق بنصبه من غيره كالعامة قال أبو الليث وبه نأخذ الآن يريد ما مأمون ومؤذنا والقوم يريدون الاصلح فلهم أن يفعله لذلك كذا فى النوازل (ثم اذا شرط الواقف الولاية لنفسه وكان غيره مأمون على الوقف فللقاضى أن ينزعه نظراً للفقراء كاله ان يخرج الوصى نظراً للصغار وكذا لو شرط أن ليس لسلطان ولا قاضى ان ينزعه عنه ويوليها غيره) لا يلتفت الى شرطه اذا كان غيره مأمون لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيقبل وصرح بأن مما يخرج به الناظر ما اذا ظهر به فسق كشرب الخمر ونحوه وفى فتاوى قاضى خان لوجه الواقف ولاية الوقف الى رجلين بعد موته فأوصى احدهما الى صاحبه فى أمر الوقف ومات جازتصرف الحى فى جميع الوقف وعن أبى حنيفة لا يجوز لانه اعترض برأيهم ما وفيها الوجه لرضه ووقفاً فرض مرض الموت فجعل رجلاً وصى نفسه ولم يذكر من أمر الوقف شيئاً فان ولاية الوقف لا تكون الى الوصى ولو قال أنت وصى فى أمر الوقف خاصة قال أبو يوسف هو كما قال وقال أبو حنيفة هو وصى فى الاشياء كلها

فصل لما اختلفت المسجداً بحكم مخالف أحكام مطلق الوقف عند الثلاثة فعند أبى حنيفة لا يشترط في زوال الملك عن المسجد حكم الخاكم ولا الايصاء به ولا يجوز مشاعاً عند أبى يوسف ولا يشترط التسليم الى المتولى عند محمد أفرد به فصل على حديثه وأخره هذا ويمكن أن يجعل من ذلك أيضاً ما لو اشترى أرضاً شرها فاسداً وقبضها ثم وقفها على الفقراء جاز وعليه قيمتها الفقراء ولو اتخذها مسجداً قال الفقيه أبو جعفر ذكر محمد فى كتاب الشفعة انه لو اشترى أرضاً شرها فاسداً وبنائها بناء المسجد جاز عند أبى حنيفة وصى الله عنه وعليه قيمتها للبايع وقول أبى يوسف ومحمد يتقض البناء وترد الارض الى البايع بفساد البيع قال فاشترط البناء له دليل على أن لا يكون مسجداً قبل البناء عند الكل وذكروا لاله يصير مسجداً فى قول

فصل

وإذا بنى مسجد الميرل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه وبأذن للناس بالصلاة فيه فإذا صلى فيه واحد زال عند أبي حنيفة عن ملكه) أما الأفران فلا يخلص لله تعالى إلا به وأما الصلاة فيه فلا نه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد ويشترط تسليم نوحه 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 لأن فعل الجنس متعذر فيشترط أدناه وعن محمد أنه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد بنى لذلك في الغالب (وقال أبو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجداً) لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط الملك العبد فيصير خالصاً لله تعالى بسقوط حق العبد و صار كالاعتاق

وأما إذا قال جعلت أرضي مسجداً فليس فيه ما يوجب البقاء على ملكه فلأولئك 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 أيضاً ويشترط مع ذلك أن تكون الصلاة جهرية بأذن وإقامة حتى لو صلى جماعة بغير أذن وإقامة سرا لا يصير مسجداً عند أبي حنيفة ومحمد فان أذن رجل واحد وأقام وصلى وحده صار مسجداً بالاتفاق لأن صلواته على هذا الوصف كالجماعة

وإذا بنى مسجداً .

أصحها بناءً صار فيه روايتان قال الفقيه أبو جعفر في الوقف أبيضار وابتان والفرق على أحدهما عند هذا القائل أن في الوقف حق العباد كالبيع والهبة وأما المسجد فخالص حق الله تعالى وما هو خبيث لا يصلح لله تعالى ولهذا قالوا واشترى دار الهاشمية فجعلها مسجداً كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة وكذا إذا كان للبائع حق الاسترداد كان له أن يبطل المسجد (قوله وإذا بنى مسجد الميرل ملكه عنه حتى يفرزه بطريقه عن ملكه وبأذن للناس في الصلاة فيه فأذا صلى فيه واحد زال ملكه عند أبي حنيفة) ومحمد في رواية عنهم ما وفي رواية أخرى عنهم لا يزول إلا بالصلاة جماعة وعند أبي يوسف يزول ملكه بمجرد قوله جعلته مسجداً أما قوله ما فلان الملك لم يزول بمجرد القول فمدى محمد على أصله في اشتراط التسليم لكن لا يتعين المتولى لأن تعيينه لتحقيق التسليم إلى من أخرج إليه وهو الله سبحانه وتعالى ولا يتحقق إلا في ضمن التسليم إلى العبد على ما مر لا كل عبد بل الذي تعود منفعة إليه غير أن المتولى يقام مقامهم في القبض ومقام الواقف في قبالة الغلة لهم لكل وقف في العادة فتعين ولم تجر العادة في المسجد بذلك إذ ليس له غلة يستحقها الناس فأقيم حصول المقصود مقام التسليم وهو بالصلاة فيه وعلى هذا يخرج عن الملك الصلاة المنفرد لأن قبض الجنس متعذراً كقوله الواحد وعلى هذه الرواية اختلفت الوصلى الواقف بنفسه وحده والصحيح أنه لا يكتفي لأن الصلاة إنما تشترط لاجل القبض العامة وقبضه من نفسه لا يكتفي فكذا صلواته ووجه رواية اشتراط الجماعة أنها المقصود بالمسجد لا مطلق الصلاة فانها تحقق في غير المسجد فكان تحقق المقصود منه بصلاة الجماعة ولهذا يشترط كونها بأذن وإقامة عندهما ولو جعل له واحد مؤذناً وأقام وصلى وحده صار مسجداً بالاتفاق لأن أداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة ولهذا قالوا بأكبره بعد صلاة المؤذن هذه أن تعاد الجماعة لمن يأتي بعده على هذا الوجه عند البعض وقولنا لا يتعين المتولى بقيد أنه لو سلمه إلى متولى جعله صح وان لم يصل فيه أحد وفيه اختلاف المشايخ والوجه العصاة لأن التسليم إلى المتولى أيضاً يحصل تمام التسليم إليه تعالى لرفع يده عنه ووجه قول أبي حنيفة في الفرق بين المسجد وغيره في الخروج عن الملك بلا حكم مما سياتي بأن لفظ الوقف والصدقة في قول الواقف جعلت أرضي صدقة موقوفة ونحوها لا يوجب الخروج عن الملك لأن لفظ الوقف لا يبنى عنه والصدقة ليس معناها إلا التصديق بالغلة وهي معدومة فلا يصح بل الوقف يبنى عن الإبقاء في الملك لتصل الغلة على ملكه فيتصدق بها فيحتاج إلى حكم الحاكم لاخرجه عن ملكه إلى غير مالك في محل الاجتهاد بخلاف قوله جعلته مسجداً فإنه ليس منبئاً عن إبقاء الملك ليجتاز إلى القضاء بزواله فاذا أذن في الصلاة فيه فصل إلى كذا كرافضى العرف في ذلك بخروج وجه عنه ومقتضى هذا أمران أحدهما أنه لا يحتاج في جعله مسجداً إلى قوله وقفته ونحوه وهو كذلك وبه قال مالك وأحمد وقال الشافعي لا بد من قوله وقفته أو حبسته ونحو ذلك لأنه وقف على قرية فكان كالوقف على الفقراء ونحن نقول إن العرف جاربان الأذن في الصلاة على وجه العموم والخصية بقيد الوقف على هذه الجهة فكان كالتعبير به فكان كمن قدم طعاماً إلى ضيفه أو نثر ثماراً كان أذناً في أكله والنقاطه بخلاف الوقف على الفقراء لم تجر عادة فيه بمجرد الخصية والأذن بالاستغلال ولو جرت به عادة في العرف

وقوله (وقد بيناه من قبل) اشارة الى 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 (٦٣) يتخذ تحت الارض للتبريد وقوله

(فله أن يبيعه) أي لا يكون مسجدا وهو ظاهر الرواية لان المسجد ما يكون خالصا ل تعالى قال تعالى وان المساجد لله أضاف المساجد الى ذاته مع ان جميع الاماكن له فاقتضى ذلك خلوص المساجد لله تعالى ومع بقاء حق العباد في أسفله أو في أعلاه لا يتحقق الخلوص (قوله وعن أبي يوسف انه يجوز في الوجهين) يعني فيما اذا كان تحت سرداب أو فوقه بيت وعن محمد انه أجاز ذلك كله أي ما تحت سرداب وفوقه بيت مستغل أو دكاكين وأغراض كقول محمد بهذا الطريق ولم يقل وعن أبي يوسف ومحمد مع ان هذين القولين منهما في الحكم سواء ليتها له ما ذكر لكل واحد منهما من دخول مخصوص في مصر مخصوص ولانه ذكر زيادة التعميم بلفظ الكل في قول محمد وقوله لما قلنا بعنى من الضرورة قال (وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا) وسط بالسكون لانه اسم مبهم لدخول ضمن الدار لاشئ معين بين طرفي الحسن وكلامه واضح وقوله (ولانه أبقى الطريق لنفسه) فلم يخلص لله تعالى حتى لو عزل بابه الى الطريق الا اعظم صار مسجدا

وقد بيناه من قبل قال ومن جعل مسجدا تحت سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه وان مات يورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقائه حق العبد متعلقا به ولو كان السرداب اصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه انه قال اذا جعل السفلى مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد ما يتأبد وذلك يتحقق في السفلى دون العلو وعن محمد على عكس هذا لان المسجد معظم واذا كان فوقه مسكن أو مستغل يتعدى تعظيمه وعن أبي يوسف انه يجوز 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 بالاطريق دخل 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 أول ما أذن ويصير مسجدا بلا حكم لانه اسقاط كالاتفاق وبه قالت الأئمة الثلاثة وينبغي أن يكون قول أبي يوسف ان كذا من مجرد القول والاذن كما قال موجب لزوال الملك وصيرورته مسجدا ما ذكرنا من العرف (قوله ومن جعل مسجدا تحت سرداب) وهو بيت يتخذ تحت الارض لتبريد الماء وغيره (أوفوقه بيت) ليس للمسجد واحد منهما فليس بمسجد (وله يبيعه ويورث عنه اذامات) ولو عزل بابه الى الطريق (لبقائه حق العبد متعلقا به) والمسجد خالص لله سبحانه ايسر لأخذه حق قال الله تعالى وان المساجد لله مع العلم بان كل شئ له فكان فائدة هذه الاضافة اختصاصه به وهو بانقطاع حق كل من سواه عنه وهو منتف فيما ذكرنا ما اذا كان السفلى مسجدا فان لصاحب العلو حق في السفلى حتى يمنع صاحبه أن ينقب فيه كوة أو يتدفعه وتداعلى قول أبي حنيفة وباتفاقهم لا يحدث فيه بناء ولا ما يوهن 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 اذ لا ملك فيه لاحد بل هو من تميم مصالح المسجد فهو كسرداب مسجد بيت المقدس هذا هو ظاهر المذهب وروى عن أبي حنيفة انه اذا جعل السفلى مسجدا دون العلو جاز لانه يتأبد بخلاف العلو وهذا دليل للحكم بوجود الشرط فان التأبد شرط وهو مع المقتضى وانما يثبت الحكم معهما مع عدم المنع وهو تعلق حق واحد وعن محمد عكسه لان المسجد معظم وهو تعديل بحكم الشئ وهو متوقف على وجوده (وعن أبي يوسف انه يجوز ذلك في الاولين لما دخل بغداد ورأى ضيق الاماكن و) كذا (عن محمد لما دخل الري) وهذا تعديل صحيح لانه تعاميل بالضرورة (وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس فيه) اننا عاملا له أن يبيعه ويورث عنه لان المسجد ليس لاحد حق المنع منه واذا كان ملكه محيطا بجوانبه (الاربع) كان له حق المنع فلم يصير مسجدا ولانه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن كل من أبي حنيفة ومحمد انه يصير مسجدا لانه لما رضى أن يكون مسجدا ولم يصير مسجدا الا بالاطريق دخل فيه الطريق حتى لو عزل بابه الى الطريق الا اعظم صار مسجدا

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

(قوله ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه) على بناء المفعول (يبقى مسجد عند أبي يوسف) الى ان قال وعند محمد يعود الى ملك الباني قال في النهاية وفي الحقيقة هذه المسئلة مبنية على ما بناه فان ابا يوسف لا يشترط في الابتداء اقامة الصلاة فيه ليصير مسجداً فكذلك 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 وحكي ان محمد امر عزبلة فقال

هذا مسجد أبي يوسف يريد به انه لما يقبل بعوده الى ملك الباني يصير من بلة عند تطاول المدة ومروا بيوستف باصطبل فقال هذا مسجد محمد يعني انه لما قال يعود ملكا فربما يجعه له المالك اصطبل بعد ان كان مسجد افكل واحدمهم ما استبعد مذهب صاحبه لما أشار اليه استدل أبو يوسف بأنه سقط ملكه في ذلك المقدر 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 موضع الاطاعة والقربة خالصاته تعالى فكذلك في سائر المساجد ومحمد يقول عين هذا الجزء من ملكه مصر وقال قربة بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه أو ملك وارثه وصار كخشيش المسجد وحصره اذا استغنى عنه الا أن ابا يوسف يقول في الحصر والخشيش ينقل الى مسجد آخر

قال المصنف (ولو خرب ماحول المسجد واستغنى

قال (ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه) لانه تجرد عن حق العباد وصار خالصاته وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى أصله فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجداً عند أبي يوسف لانه اسقط منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد يعود الى ملك الباني أو الى وارثه بعد موته لانه عينه لتو ع قربة وقد انقطعت فصار كحصر المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه الا أن ابا يوسف يقول في الحصر والخشيش انه ينقل الى مسجد آخر

وصار داخل بلاذ كركم يدخل في الاجارة بلاذ كركم (قوله ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع ولا يورث عنه) يعني بعد صحتة بشرطه وفي فتاوى قاضيخان رجل له ساحة لابنائه فيها امر قوم أن يصرفوا فيها بجماعة قالوا ان أمرهم بالصلاة فيها أبداً أو أمرهم بالصلاة بجماعة ولم يذ كر الا بانه أراد الابد ثم مات لا يكون ميراثاً عنه وان أمرهم بالصلاة شهراً أو سنة ثم مات يورث لانه لا بد من التأييد والتوقيت يتأقده ومقتضى هذا أن لا يصير مسجداً فيما اذا أطلق الا اذا عترفت الورثة بأنه أراد الابد فان نيته لا تعلم فلا يحكم عليهم بمنع امرتهم بما ثبت ولو ضاق المسجد وبجانبه أرض وقف عليه أو حانوت جاز أن يؤخذ ويدخل فيه ولو كان ملك رجل أخذ بالقصة كرها فسلو كان طريقاً للعامّة أدخل بعضه بشرط أن لا يضر بالطريق وفي كتاب الكراهية من الخلاصة عن الفقيه أبي جعفر عن هشام عن محمد أنه يجوز أن يجعل شئ من الطريق مسجداً ويجعل شئ من المسجد طريقاً للعامّة اه يعني اذا احتاجوا الى ذلك ولاهل المسجد أن يجعلوا الرحبة مسجداً وكذا على القلب ويجعلوا الباب أو يحسدوا له باباً آخر ولو اختلفوا بنظر أيهم أكثر ولاية له ذلك ولهم أن يهدموه ويجددوه وليس لمن ليس من أهل المحلة ذلك وكذا لهم أن يضعوا الحباب ويعلقوا القناديل ويفرشوا الحصر كل ذلك من مال أنفسهم وأما من مال الوقف فلا يشهد 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 سكنات سقط حرمة المسجد وأما القضاء لانه تبع للمسجد (قوله ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه) أي استغنى عن الصلاة فيه أهل تلك المحلة أو القرية بان كان في قربة فخربت وحولت مزراع يبقى مسجد على حاله عند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي وعن أحمد يباع نقضه ويصرف الى مسجد آخر وكذا في الدار الموقوفة اذا خربت يباع نقضها ويصرف عنها الى وقف آخر لما روي أن عمر كتب الى أبي موسى لما نقب بيت المال الذي بالكوفة أنقل 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) لقربة وقد انقطعت فينقطع هو أيضاً وصار كحصر المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه (وقد نبه اذا خرب المسجد يعود الى ملك متخذه وكما لو كفن ميتاً فاقرسه سبع عاد الكفن الى ملك مالكه

عنه يبقى مسجداً عند أبي يوسف الى قوله وعند محمد يعود الى ملك الباني) أقول قال الكاكي حكي أن محمد امر عزبلة فقال هذا مسجد أبي يوسف وأبو يوسف مر باصطبل فقال هذا مسجد محمد لانه لما عاد الى ملك الواقف ربما يجعله اصطبلاً يعود الزمان انتهى في توجه طعن أبي يوسف تأمل فان الاستبعاد في بقائه مسجداً على تلك الحال كما في المزبلة على قول أبي يوسف وليس الاصطبل كذلك عند محمد فانه يخرج عن أن يكون مسجداً فسقط ملكه في ذلك المقدر من الزمان

وكهدى الاحصار اذا زال الاحصار فادرك الحج كان له أن يصنع بهديه ماشاء واستدل أبو يوسف
 وجهه ورأى العلماء بالكعبة فان الاجماع على عدم خروج موضعها عن المسجدية والقربة الا أن لقائل
 أن يقول القربة التي عينت له هو الطواف من أهل الآفاق ولم ينقطع الخلق عن ذلك زمان الفترة وان
 كان لا يصح منهم الكفرهم 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 كالمعتق كما لا يعود اذا زال الى مالك من أهل الدنيا
 الاسباب بوجوب تحدد الملك فمالم يتحقق لم يعد وأما ما قاس عليه من هدى الاحصار فليس بلازم لانه
 لم يزل ملكه قبل الذبح وكذا الكفن باق على ملك مالكة انما أباح الانتفاع به على ملكه وقد استغنى
 المستعير فيعود الى المعير وأما الحصر والقنديل فالصحيح من مذهب أبي يوسف أنه لا يعود الى ملك
 متخذ بل يحول الى مسجد آخر أو يبيعه قيم المسجد للمسجد ولأنه ما جعله مسجداً أصلي فيه أهل تلك المحلة
 لا غير بل يصلى فيه العامة مطلقاً أهل تلك المحلة وغيرهم وأما استدلال أحدنا كتبته عمر لا يفيد
 لانه يمكن أنه أمره باتخاذ بيت المال في المسجد واستدلاله بالانتفاع بالاستبدال مردود بالحديث
 المشهور وفي الخلاصة قال محمد بن الفرس اذا جع له حيسا في سبيل الله فصار بحيث لا يستطاع أن
 يركب يبيع ويصرف عنه الى صاحبه أو ورثته كافي المسجد وان لم يعلم صاحبه يشتري بثمنه فرس آخر
 يغزى عليه ولا حاجة الى الحاكم ولو جعل جنازة وملاة ومغتسل ووقف في محلة ومات أهلها كاهم
 لا يرد الى الورثة بل يحمل الى مكان آخر فان صح هذا من محمد فهو رواية في الحصر والبقاى أنها
 لا تعود الى الورثة موهكذا نقل عن الشيخ الامام الخلواني في المسجد والحوض اذا خرب ولا يحتاج اليه
 لتفرق الناس عنه انه بصرف أو فاقه 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 دخلافا
 لابي يوسف وكذا حانوت 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 فالبناء للباقي وأصل الوقف لورثة
 الواقف عند محمد فقول من قال في جنس هذه المسائل نظر فليتاأمل عند الفتوى غير واقع موقعه
 وفي الفتاوى انظهيرية سئل الخلواني عن أوقاف المسجد اذا تعطلت وتعدت راسه تغلاهاهل للتولى بيها
 ويشترى بثمنها أخرى قال نعم وروى هشام عن محمد أنه قال اذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين
 فللقاضي أن يبيعه ويشترى 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 يشترى بثمنه وقف آخر يستغل ولو كانت
 غلته دون غلة الاول وكذا للتولى أن يبيع من تراب مسبله اذا كان فيه مصلحة وفي فتاوى قاضيخان
 وقف على مسجين خرب ولا ينتفع به ولا يستأجر أصله يبطل الوقف ويجوز بيعه وان كان أصله يستأجر
 بشئ قليل يبقى أصله وقفنا انتهى ويجب حفظ هذا فانه قد تخرب الدار وتصير كوما وهي بحيث لو نقل
 نقضها استأجر أرضها من بيني أو يغرس ولو بقليل فيعقل عن ذلك وتباع كاهل الواقف مع أنه لا يرجع
 منها اليه الا النقص فان قلت على هذا تكون مسئلة الرباط التي ذكرناها مقيدة بما اذا لم تكن أرضه
 بحيث تستأجر قلنا لان الرباط موقوف للسكنى وامتنعت بانها بخلاف هذه فان المراد
 وقف يكون لاستغلال الجماعة المسجين ولو انهدم بعض بناء الدار وليس ثم ما يعاديه يباع ويحفظ
 عنه في يد القائم بأمر الواقف الى أن يحتاج الباقي الى العمارة فيصرف فيه وكذا اذا يبس بعض أشجار
 الارض الموقوفة يبيها ولا يبيع من نفس الارض لذلك ولا يعطى المستحقون شيئا من عن النقص ولان

قال (ومن بنى سقاية للمسلمين أو خاناً يسكنه بنو السبيل أو رباطاً أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة لأنه لم ينقطع عن حق العبد الأتري أن له أن ينتفع به فيسكن في الختان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الأضافة 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 الختان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لأن التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفي بالواحد لتعدر فعل الجنس كما وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض ولو سلم إلى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه كلها لأنه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليماً لأنه لا تدبير للمتولى فيه وقيل يكون تسليماً لأنه يحتاج إلى من يكسسه ويغلق بابه فإذا سلم إليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لأنه لا متولى له عرفاً وقيل هي بمنزلة السقاية والختان فيصح التسليم إلى المتولى لأنه لو نصب المتولى يصح وإن كان بخلاف العادة ولو جعل داره

وقوله (ومن بنى سقاية أو خاناً) ظاهر وقوله (بخلاف المسجد) يعني أن حكم الحاكم والأضافة إلى ما بعد الموت ليسا بشرط في المسجد وقوله (وذلك بما ذكرناه) يعني أن التسليم يحصل بالاستمقاء والسكنى والنزول والدفن في السقاية والختان والرباط والمقبرة وقوله (في هذه الوجوه) أي في السقاية والختان والرباط والمقبرة وقوله (ويكتفي بالواحد) ظاهر

عنه بوجه من الوجوه لأنه لاحق لهم فيما سوى الغلبة بل الحال أنه إن أمكن شراء شيء يستغل ولو قليلاً أو اجارة الأرض بشئ ولو قليلاً فعل وحفظه لعمارة ما بقي ولو خرب الكل وتعذر أن يشتري بثمنه مستغل ولو قليلاً حينئذ يرجع إلى الملك 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 ينقطع حقه عنه الأتري أنه ينتفع به) في الحال (فله أن يسكن في الختان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الأضافة 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 منه ما لفظ بنى عن الخروج عن الملك كما قدمناه في وقفت ونصفت وفي هذه الأمور مع ذلك ثبوت تعلق حقه أتمه ما عاب عن الوقف كما ذكرنا 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 الختان والرباط ويدفنوا في المقبرة لأن التسليم عنده شرط) وتسليم هذه (بما ذكرناه) من سكنها الختان والرباط إلى آخره (ويكتفي بالواحد) في التسليم الموجب لزوال الملك (لتعدر فعل الجنس) أي تسليم الكل على تقدير تسليمهم (وعلى هذا البئر) إذا احتفزه (والحوض) يزول الملك إذا استقى منه ما واحد أو شربت دابة ومن ذلك ما لو أدخل قطعة أرض له في طريق المسلمين وجعلها طريقاً يشترط فيه مرور واحد بذنه على قول من يشترط القبض في الأوقاف وكذا القنطرة يتخذها للمسلمين تلزم مرور واحد ولا يكون بناؤها ما يراها (ولو سلم إلى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه) أعني السقاية والختان والرباط والمقبرة والبئر والحوض (لأنه) أعني المتولى (نائب عن الموقوف عليهم فله) أي تسليمه (كفعلهم) أي تسليمهم (وأما في المسجد فقيل لا يكون تسليماً وقيل يكون) وقد قدمناه مع وجهه ووجه المصنف الصحة (بأنه) أي المسجد (يحتاج إلى من يكسسه ويغلق بابه فإذا سلم إليه صح التسليم) لأنه متولى له عرفاً واختلاف في المقبرة فقيل كالمسجد على القول بأنه لا يكتفي 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

عكة سكنى الحاج بيت الله والمعتمرين أو جعل داره في غير مكة سكنى للساكنين 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 تجل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواها من سكنى الخان والاستقاء
من البئر والسقاية وغير ذلك يستوى فيه الغني والفقير والفارق هو العرف في الفصليين فإن أهل العرف
يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولأن الحاجة تشمل الغني والفقير
في الشرب والنزول والغني لا يحتاج إلى صرف هذا الغلة لغناه والله تعالى أعلم بالصواب

عكة سكنى للحاج والمعتمرين أو جعل داره في غير مكة سكنى للساكنين 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) أى في السقاية والمقبرة وفي الدار المسبلة عنه هذه الخرج عن ملكه بذلك التدرج
وهو قول الأئمة الثلاثة بلا شرط الدفع إلى المتولى كقول أبي يوسف وعند أبي حنيفة له أن يرجع ما لم
يحكم بذلك حاكم ثم روى الحسن عنه أنه إذا رجع بعد الدفن لا يرجع إلى المحل الذي دفن فيه
ويرجع فيما سواها ثم إذا رجع في المقبرة بعد الدفن لا ينقبها لأن النقب حرام ولكن يسوى الأرض
ويزرع وهذا على غير رواية الحسن والنتوى في ذلك كله على خلاف قول أبي حنيفة رضي الله عنه
للتعامل المتوارث هذا وتفارق المقبرة غيرها بأنه لو كان في المقبرة أشجار وقت الوقف كان للورثة أن
يقطعوها لأن موضعها لم يدخل في الوقف لأنه مشغول بها كالجعل داره مقبرة لا يدخل موضع البناء في
الوقف بخلاف غير المقبرة فإن الأشجار والبناء إذا كان في عقار وقفه دخلت في الوقف تبعاً ولو بنيت
فيها بعد الوقف ان علم غارسها كانت للغارس وإن لم يعلم فالرأى فيها للقاضي إن 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 فالأشجار 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 إن قال للقيم
تعاهدتها ولو لم يقل فهي له يرفعها لأنه ليس له هذه الولاية ولا يكون غارس للوقف ولو غرس في طريق
العامه أو على شط النهر العام أو وسط الحوض القديم فهي للغارس لأنه ليس له ولاية جعلها للعامه وكذا
على شط نهر القرية ولو قطعها فنبت من عروقها أشجار فهي للغارس ولو بنى رجل في المقبرة بيتاً لحفظ
اللبن ونحوه إن كان في الأرض سعة جاز وإن لم يرض بذلك أهل القرية لكن إذا احتج إلى ذلك المكان
يرفع البناء لمقبرته ومن حفر لنفسه مقبرة لغيره أن يقبر فيه وإن كان في الأرض سعة إلا أن الأولى أن
لا يوحشه إن كان فيها سعة وهو يكن بسطه سجادة في المسجد أو نزل في الرباط لجاء آخر لا ينبغي أن يوحش
الأول إن كان في المكان سعة وذكر الناطقي أنه يضمن قيمة الحفر ليجمع بين الحقين ولا يجوز لأهل القرية
الانتفاع بالمقبرة الدائرة فإن 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 فأنتم تجل للفقراء دون الاغنياء منهم قال المصنف (والفارق) فيه (العرف فإن)
الواقفين من (أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء
ولأن الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول) لأن الغني لا يقدر على استصواب ما يشربه في
كل مكان ولا على أن يشتري ذلك في كل منزلة من السفر وعلى هذا فيجب في الرباط أن يخص سكناء
بالفقراء لأن العرف على أن بناء الرابطة للفقراء وهذا فصلان في المتولى والموقوف عليه
الفصل الأول في المتولى قالوا لا يولى من طلب الولاية على الاوقاف كمن طلب القضاء لا يقلد
وللتولى أن يشتري بما فصل من غلة الوقف إذا لم يحتج إلى العمارة مستغلاً ولا يكون وقفاً في الصحيح حتى

وقوله (سكنى الحاج بيت الله
تعالى) الحاج اسم جمع بمعنى
الحجاج كالسامر بمعنى
السما في قوله تعالى سامر
تمجرون والثغر موضع
الخافة من فروج البلدان
ويقال رباط الجيش أقام
في الثغر بازاء العدو مرابطة
ورباطا والله سبحانه وتعالى
أعلم

جاز بيعه ومن سكن دار الوقف غصباً وبأذن المتولي بالأجرة كان عليه أجرة مثله سواء كان ذلك معدداً
 للاستغلال أو غير معدله حتى لو باع المتولي دار الوقف فسكنها المشتري ثم رفع إلى قاض هذا الأمر
 فأبطل البيع وظهر الاستحقاق للوقف كان على المشتري أجرة مثله وللتولي أن يستأجر من يخدم المسجد
 بكنسه ونحو ذلك بأجرة مثله أو زيادة يتغابن فيها فإن كان أكثر فلا جارة له وعليه الدفع من مال نفسه
 ويضمن لو دفع من مال الوقف وإن علم الأجير أن ما أخذ من مال الوقف لا يحل له وله أن ينفق من ماله
 على حاجة الوقف ولو أدخل جنداً من ماله في المسجد كان له الرجوع كالوصي إذا أنفق على الصغير وله
 أن يشتري من غلة المسجد دهنًا وحصيرا وأجراً وحصاناً وفرش المسجد إن كان الواقف وسع فقال يفعل
 ما يراه مصلحة وإن وقف لبناء المسجد ولم يزد فليس له أن يشتري ذلك فإن لم يعرف له شرط يعمل ماعمل
 من قبله ولا يستدين على الوقف إلا إذا استقبله أمر لا بد منه فبمستدين بأمر القاضي ويرجع في غلة
 الوقف وذكر الناطقي وكذلك أن يستدين لزراعة الوقف وبزره بأمر القاضي لأن القاضي يملك الاستدانة
 على الوقف فصيح بأمره بخلاف المتولي لا يملكه والاستدانة أن لا يكون في يده شيء فبمستدين ويرجع
 أما إذا كان في يده مال الوقف فأشترى ونقد من مال نفسه فإنه يرجع بالاجماع لأنه كالوكيل إذا اشترى
 ونقد الثمن من مال نفسه له أن يرجع وليس له أن يرهن دار الوقف فإن فعل وسكنها المرتهن ضمن أجرة
 المثل ولو أنفق دراهم الوقف في حاجة نفسه ثم أنفق من ماله مثلها في الوقف جاز ويبرأ عن الضمان
 ولو خلط دراهم الوقف بمثلها من ماله كان ضماناً للكل ولو اجتمع مال للوقف ثم نابت نائبة من الكفرة
 فاحتج إلى مال يدفع شرهم قال الشيخ الإمام ما كان من غلة وقف المسجد الجامع يجوز للحاكم أن يصرفه
 إلى ذلك على وجه القرض إذا لم تكن حاجة للمسجد إليه وله أن يبني على باب المسجد ظله لدفع أذى
 المطر عن الباب من مال الوقف إن كان على مصالح المسجد وإن كان على عمارته أو ترميمه فلا يصح
 والأصح ما قاله نزهة الدين إن الوقف على عمارة المسجد ومصلح المسجد سواء وإذا كان على عمارة
 المسجد لا يشتري منه الزيت والحصير ولا يصرف منه للزينة والشرفات ويضمن أن يفعل ومن وقف
 وقفاً ولم يجعل له متولياً حتى حضرته الوفاة فأوصى إلى رجل قالوا يكون وصياً وفيما هذا في قول
 أبي يوسف لأن التسليم ليس بشرط فصح الوقف في حياته بالتسليم بخلاف ما لو جعل له وصياً
 ثم حضرته الوفاة فأوصى لا يكون هذا الوصي قسماً في الوقف قيم مسجد مات فاجتمع أهل المسجد على
 جعل رجل قسماً بغير أمر القاضي فقام وأنفق من غلات وقف المسجد في عمارته اختلف المشايخ
 في هذه التولية والأصح لا تصح بل نصب القسمة إلى القاضي لئلا يضمن ما أنفق في العماره
 من غلاته إذا كان أجر الوقف وأخذ الغلة فأنفق لأنه إذا لم تصح ولايته فإنه غاصب والغاصب إذا أجر
 المغصوب كان الأجر له ويتصدق به كذا في فتاوى قاضيخان وأنت تعلم أن المفتي به تضمين غاصب
 الاوقف بخلاف ما إذا كان وقف على أرباب معلومين فإن لهم أن ينصبوا متولياً من أهل الصلاح لكن
 قيل الأولى أن يرفعوا أمرهم إلى القاضي لينصب لهم وقيل بل الأولى في هذا الزمان أن لا يفعلوا
 وينصبوا لهم وليس للشرف أن يتصرف في مال الوقف بل وظيفته الحفظ لا غيره وهذا يختلف بحسب
 العرف في معنى المشرف وللتولي أن يفوض إلى غيره عند موته كالوصي له أن يوصي إلى غيره إلا أنه
 لو كان الواقف جعل لذلك المتولي ما لا يسمى لم يكن ذلك لمن أوصى إليه بل يرفع الأمر إلى القاضي إذا تبرع
 بعمله ويفرض له أجر مثله إلا أن يكون الواقف جعل ذلك لكل متول وليس للقاضي أن يجعل للذي
 أدخله ما كان الواقف جعله للذي كان أدخله لأن الواقف في هذا ما ليس للحاكم وكذا إذا أخذ المتولي
 من مال الوقف ومات بلا بيان لا يضمن فالامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل الأفي ثلاث هذه
 أحداها والثانية إذا أودع السلطان الغنمية عند بعض الغائبين ومات ولم يبين عندهم من أودع والثالثة

القاضي اذا أخذ مال اليتيم وأودع غيره ثم مات ولم يبين عند من أودع لاضمان عليه أمواله كان القاضي
أخذ مال اليتيم عنده ولم يبين حاله حتى مات فقد ذكركه هشام عن محمد بنه يضمن ولو قال قبل موته ضاع
مال اليتيم عندي أو أنفقته عليه ومات لا يكون ضامنا أموال مات قبل أن يقول ضمن وكذا الوباغ
المتولى دار الوقف ومات ولم يبين أين الثمن فانه يكون ديننا في تركه وللناس أن يأخذوا المتولى بتسوية
حائط الوقف اذا مال الى أملا كهم فان لم تكن له غلة يرفع الى القاضي يأمر بالاستدانة لاصلاحها وله أن
يبني قرية في أرض الوقف للاكره وحفاظها وليجمع فيها الغلة وأن يبني بيوتها يستعملها اذا كانت الارض
متصلة ببيوت المصر ليست للزراعة فان 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 يؤجر الوقف اجارة طوبى له وأكره
ما يجوز ثلث سنين وليس له الاقالة الا ان كانت أصح للوقف ولو زرع الواقف أو المتولى أرض الوقف
وقال زرعته لنفسه وقال المستحقون بل للوقف فالقول قوله وعلى الواقف والمتمولى في هذا نقصان الارض
وليس عليهما أجر مثل الارض ويقول القاضي له ازرعها للوقف فان قال ليس للوقف مال ازرعها به بأمره
بالاستدانة لذلك فان قال لا يمكنني يقول لاهل الوقف استدينوا فان قالوا لا يمكننا بل نزرع لا نفسنا
لا يمكنهم لان الوقف في يد الواقف فهو أحق به ولا يخرج عنه الا أن يكون غير مأمون ذكركه هذه المسئلة
بفرعها 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 شيئاً وله أن يعزله ويستبدل به أو لا يستبدل ولو جن انعزل وكيله ويرجع
الى القاضي في النصب ولو أخرج ما كرم في غلات أو عزل فتقدم المخرج الى القاضي الثاني بأن ذلك
القاضي أخرجه بلا حجة لا يدخله لان أمر الاول محمول على السداد وليكن يكلفه أن يقيم عنده بيته انه
أهل وموضع للنظر في هذا الوقف فان فعل أعاده وكذا الأخرجه لفسق وخيانه فبعد مدة أناب الى الله
وأقام بيته انه صار أهلاً لذلك فانه يعيده وليس على الناظر أن يفعل الا ما يفعله أمثاله من الامر والنهي
بالمصالح ويصرف الاجر من مال الوقف للعملة بأيديهم ولذا قلنا الوصي أو طرش أو خرس أو فلج ان كان بحيث
يمكنه الكلام من الامر والنهي والاخذ والاعطاء فله الاجر الذي عينه له الواقف وللناظر في الوقف على
التقراء أن يعطى قوماً مدة 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 وما لم يحكم بذلك له أن يعطى غيره
ويجرمه لان في كل منهما انه في شرط الواقف وقد استبعدت صحة هذا الحكم وكيف ساغ بالشرط

حتى ظفرت في المسئلة بقوله ان هذا الحكم لا يصح ولا يلزم

الفصل الثاني في الموقوف عليه وقف على زيد ثم المساكين فرديده فهو للمساكين وكذا على زيد
وعمر وفرديدهما أو ظهر انه كان ميتاً فنصيبه للمساكين وكذا اذا ردا جميعاً ومن قبل بعد الرد لا يعود
ومن أخذ سنة ليس له أن يرد بعد ذلك أمواله قال لأقبلها سنة وأقبل ما سوى ذلك فانه 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 أبداً ما تناسلوا فزده الموجود دون صار للفقراء فإذا جاء من بعدهم رجح من
الفقراء اليهم الا أن يردوه ولو ردوا واحد منهم فقط فالغلة كلها من قبل ويجعل من لم يقبل كالميت بخلاف
مال أو وصى بثلثه لولد عبد الله وكانوا يوم مات أربعة فردوا واحد حصته لورثة الموصى وهذه مما ائتمرت به
الوصية والوقف والفرق ذكره هلال وغيره وعلى فلان وولده فرده فلان لم يعمل رده في رد مال ولده صغاراً
كانوا أو كباراً وقف على ولده ثم للمساكين فلو ولد صلبه يستوى فيه الذكر والانثى الا أن يخص صنفاً مادام
واحد منهم فالملك له فان لم يكن له ولد وقت الوقف بل ولد ابن كان له لا يشركه من دونه من البطون فان

كان ابن بنت لا يدخل في ظاهر الرواية وبه أخذ هلال وعن محمد يدخل وصحح ظاهر الرواية ثم اذا اولد
 للواقف ولد لصلبه يرجع من ابن الابن اليه ولو ضم الى الولد ولد الولد فقال على ولدي وولد ولدي ثم للساكنين
 اشترك فيه الصليبيون وأولاد بنيه وأولاد بناته كذا اختار هلال واينصاف وصححه في فتاوى قاضيخان
 وأنكر الخصاص رواية حرمان أولاد البنات وقال لم أحد من يقوم برواية ذلك عن أصحابنا وانما روى عن
 أبي حنيفة فمن أوصى بثلاثه لولد زيد بن عبد الله فان وجد له ولد ذكورا وإنثا لصلبه يوم يموت الموصي
 كان بينهم فان لم يكن له ولد لصلبه بل ولد ولد من أولاد الذكور والاناث كان لولد الذكور دون البنات
 فسكانهم قاسوا 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 اصله وانما وضع في ولد ابنته لانه ينسب اليه عرفا قال وذ كرم 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 صحح من حيث اللغة لكن
 وجه ظاهر الرواية التمسك فيه بالعرف فانه يتبادر من قول القائل ولد ولد فلان كذا وكذا اولاد ابنته وكلام
 الواقفين منصرف الى العرف فان مخاطبتهم به بخلاف ما اذا لم يصف الى الولد كما يقال ولدت فلانة فانه يقال
 أولدت ذكرا أو أنثى فان هذا الاستفهام ظاهر في عدم فهمه الذي كرم بخصوصه واذا عرف الاختلاف
 في دخول أولاد البنات في أولاد أولادى فيجب فيما لو قال على 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 ولدي وولد ولدي صرفت الى أولاده أبا
 ما تناسلوا ولا يصرف للفقراء قراء ما كان من نسله واحدا ويستوى الاقرب والابعد الا أن يرتب الواقف
 ولو قال أولادى بلفظ الجمع يدخل النسل كله كذا كرات الطبقات الثلاث بلفظ ولدي ولو قال ولدي
 وأولادهم وله أولاد وأولادهم آباؤهم قبل الوقف لا يدخلون مع أولاد الاولاد الموجودين لانه لما قال بعد
 موت أولئك على أولادى فانما أراد الموجودين وضمير أولادهم يرجع اليهم خاصة بخلاف أولادى وأولاد
 أولادى لا موجد بقصره على الاولاد الموجودين فتدخل أولاد الذين ماتوا من قبل معهم ولو قال أولادى
 وهم فلان وفلان وفلان وبعدهم للفقراء فمات أحد الثلاثة أعطى نصيبه للفقراء الباقين من اخوته
 بخلاف ما لو لم يقل فلان وفلان وفلان بل أولادى ثم الفقراء يصرف الكل للواحد اذا مات من سواء
 ولو قال على بنى وله ذكرا ان صرف اليهما وان كان واحدا فله النصف والنصف الآخر للفقراء لان أقل
 الجمع اثنان فانما جعل مستحق كل اثنين وعليه فرع ابن الفضل قوله على المحتاجين من ولدي وليس
 في ولده محتاج الا واحد ان النصف له والنصف الآخر للفقراء غير أنه 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 الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيما لو أعطى القيم نصيب الفقراء لو أحازه 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 وعلمه بنوا قول المستأمن آمنوني على
 بنى تدخل البنات قال في الخلاصة وهذا التماسي تقيم 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 عاقل في بطن أمه حتى لو حدث ولد
 بعد خروج الغلة بأقل من ستة أشهر استحق ومن حدث الى تمامها فصاعدا لا يستحق لانا نتيقن بوجود

الاول في البطن عند خروج الغلة فاستحق فلومات قبل القسمة كان لورثته وهذا في ولد الزوجة أما لو
 جاءت أمته بولد لاقبل من ستة أشهر فاعترف به لا يستحق لانه منهم في الاقرار على الغير أعني باقي المستحقين
 بخلاف ولد الزوجة فإنه حين بولدت ثابت النسب ولومات الواقف من غير تخمل وقت يمكن فيه الرجوع الى
 أهل الخوات بولد لستين من يوم وقف استحق من كل غلة خرجت فيما بين ذلك وكذا لو طلقها عقيب الوقف
 بلا تخمل مدة كذلك بخلاف ما اذا كان الموت والطلاق بعد زمان يمكن فيه الرجوع لاحتمال أنه من حمل
 حدث وخرج الغلة التي هي المناط وقت انعقاد الزرع حبوا وقال بعضهم يوم يصير الزرع منته وما ذكره
 في فتاوى قاضيخان وهذا في الحب خاصة وفي وقف الخصاص يوم طلعت الثمرة وينبغي أن يعتبر وقت
 أمانه العاهة كما في الحب لانه بالانعقاد يأمن العاهة 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 الغلة 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 ولدي أو العميان منه أو العور فان الوقف
 يختص بهم ويعتبر الصغر والعور والعبي يوم الوقف لا يوم الغلة بخلاف الوقف على ساكني البصرة مثلا
 وبغداد يعتبر ساكني البصرة يوم الغلة والاصل ان ما كان لا يزول فهو كالاسم العلم وكذلك اذا زال على وجه
 لا يحتمل العود فيعتبر وجوده يوم الوقف بخلاف الفقير وسكني البصرة يحتمل العود بعد الزوال ولو قال من
 خرج يسقط سهمه فخرج واحد ثم عاد لا يعود سهمه كما لو وقف على الايامي على أن من تزوجت سقط سهمها
 فتزوجت بواحد ثم طلقت لا يعود الا ان كان نص على ذلك وكل من مات من المستحقين اذا لم يبين الواقف
 حال حصته بعد موته يقسم على الباقيين فقد تنتقض القسمة في كل سنة ويعطى الغني والفقير من الاولاد
 الا أن يعين المحتاجين من ولده فيلزم في ادعى الحاجة منهم لا يعطى ما لم ينبت عند الناضي ولو تعارضت
 بينت فقره وغناه حرم تغد على بيته غناه لانها كثيرا ما تأتي من ولد لاقبل من ستة أشهر من وقت خروج الغلة
 لا يستحق عند هلال لانه لا يوصف بالحاجة في بطن أمه ولذا لم يجعل نفقة الحامل في مال من في بطنها
 واستحق عند الخصاص لانه كان مخلوقا قبل مجيء الغلة ولا مال له ولو لم يكن فيهم محتاج كان للساكنين ومن
 افتقر بعد الغنى رجع اليه الكل وفي وقف الخصاص رجع الله لواجتمع عدة سنين بلا قسمة حتى استغنى
 قوم وافتقر آخرون ثم قسمت يعطى من كان فقيرا يوم القسمة ولا أنظر الى من كان فقيرا وقت الغلة ثم
 استغنى فأعطيه بخلاف من لم يكن موجودا وقت القسمة لا يعطى من هذه القسمة شيئا بل مما بعدهما وكذا
 لو خص عيانه وأولاده ونحوه تعيينا والحتم الذي يصرف اليه من تدفع اليه الزكاة ولا يكون له أرض
 أو دار يستغلها وان لم تغلها بكفايته حتى يبيعها وينفق منها أو يفضل منه أقل من نصاب بخلاف الدار
 التي يسكنها وعباد الخدمة وليس الموقوف عليهم الدار يسكنها بل الاستغلال كالمس للموقوف عليهم
 السكنى الاستغلال واعلم انه اذا ذكر أولاده وأقاربه صح للغني والفقير منهم الا أن يختص الفقراء كما ذكرنا
 وأما غيرهم قال شمس الأئمة اذا ذكر مصرفا فيهم تنصب 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
 استعمالا بين الناس لا باعتبار حقيقة اللفظ كليتماي فالوقف عليهم صحيح ويصرف للفقراء منهم دون
 أغنيائهم فأنبئني على هذه مالو وقف على الرجال أو النساء أو المسلمين أو الصبيان أو على مضر أو ربيعة أو
 على غيم أو بنى هاشم لا يجوز شي من ذلك لانتظامه الاغنياء والفقراء مع عدم الاحصاء ولا يميز في
 الاستعمال ونص الخصاص على ان الوقف على الزنى والعميان والعور ان باطل من قبل أنه ينتظم الغنى
 والفقير وهم لا يحصون وكذا على قراءة القرآن وعلى الفقهاء أو قال على أصحاب الحديث أو الشعراء كل ذلك

باطل لما ذكرنا والذي يقتضيه الضابط الذي ذكره شمس الأئمة انه يصح على الزمى والعيان وقراء القرآن
والفقهاء وأهل الحديث و بصرف للفقراء منهم كاليتامى لاشعار الاسماء بالحاجة استعجالا لان الهى
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 وهى ما اذا جعل
غلة أرضه ووقفها على الغزاة انه يصح و بصرف الى فقراء الغزاة مع ان اسم الغزاة ينتظم الغنى والفقير وهم
لا يحصون غير انه يشعر بالحاجة ونص في وقف هلال على جوازها على الزمى ويدفع للفقراء منهم وصرح في
وقف الخصاف بصحة الوقف على أراملى بنى فلان وانه لكل امرأة كانت يوم الوقف أو حدثت سواء كن
يحصين أو لا وهو لانه قرأه منهن اذا كانت بالغة فمن أعطى منهن أجزاء والأرمل المستحقة كل بالغة كان لها
زوج وطلقها أو مات وخالفوا في الأياحى فاذا وقف على أياحى بنى فلان وبعدهن للساكنين أو أياحى قرابتي
ان كن يحصين فالوقف جائز وغلته للغنية والفقيرة وأن كن لا يحصين لم يجز الوقف فيكون للساكنين والأيم
المستحقة كل أنى جومعت ولو بقبور ولا زوج لها بالغة أو لا ولو قال على كل نيب من بنى فلان أو من
قرابتي فان كن يحصين جازهن ولكل من يحدث منهن وان كن لا يحصين في وقت قسمة من القسم فهو
باطل والغلة للساكنين والنيب كل من جومعت ولو بقبور ولها زوج أو لا وان لم تبلغ ولا بكر قرابتي
أو بنى فلان فان كن يحصين فهو لهن ولمن يحدث أبدا وان كن لا يحصين فالوقف عليهن باطل وهو
للساكنين والبكر من لم يجامع وان كانت العذرة زائلة وفي كل ما لا يحصى عن ذكرنا أنه لا يصح معه الوقف
لو قيد فقال للفقراء منهن جاز ومن أعطى أجزاء كالوقف على الأقارب ووقف على أهل بيته ثم المساكين
دخل الغنى والفقير من يناسبه الى الأب الذى أدرك الاسلام أسلم ذلك الأب أو لا من كان موجودا حال
الوقف أو حدث بعد ذلك من الرجال والنساء والعيان لافل من ستة أشهر من محي الغلة ولو كانوا
موقوفين لقوم أو كفار أو ذميين ولا يدخل في ذلك الأب ويدخل أبو الواقف وأجداده وولده لصلبه وأولاد
الذكور منهم وان سفخوا ولا تدخل أبناء البنات من ولده الا اذا كان أبأؤهم من يناسبه الى ذلك الجد الذى
أدرك الاسلام ولا يدخل الواقف ولا أولاد عمامه ولا أولاد اخوانه اذا كان أبأؤهم من قوم آخرين وقوله
على آلى وجنسى كأهل بيتي ولا يخص الفقراء منهم الا إن خصهم وقوله على الفقراء منهم وعلى من افتقر
منهم سواء حيث يكون لمن يكون فقيرا وقت الغلة وان كان غنيا وقت الوقف ولا تقيد من كان غنيا فافتقر
على الصحيح ولو وقف على قرابته فهو لمن يناسبه الى أقصى أب فى الاسلام من قبل أبيه أو الى أقصى أب له
فى الاسلام من قبل أمه لكن لا يدخل أبو الواقف ولا أولاده لصلبه وفي دخول الجد روايتان وظاهر
الرواية لا يدخل ويدخل أولاد البنات وأولاد العمات والحالات والأجداد الاعلان والجدات ورحمى
وأرحامى وكل ذى نسب منى كالقرابة وعلى عمالى يدخل كل من كان فى عياله من الزوج والولد والجدات
ومن كان يعوله من ذوى الرحم وغير ذوى الرحم واذا عرف هذا فلو قال على أهل بيتي فاذا انقرضوا فعلى
قرابتي فهو صحيح وتصرف بعدهم لمن يناسبه من قبل أبيه ولو عكس فقال على قرابتي فاذا انقرضوا فعلى
أهل بيتي لم يصح ومثله لو قال على اخوتي فاذا انقرضوا فعلى اخوتي لابي وله اخوة متفرون إذ بعد انقراض
الكل لا يبقى له أخ فيكون بعد انقراضهم للساكنين وعلى جيرانه يجوز ثمهم عند أبى حنيفة رضى الله عنه
الملاصتون فهو لجميع من فى كل دار لاصقة من الاحرار ولو كانوا أهل ذمة والعميد بالسوية قربت
الابواب أو بعدت وعند أبى يوسف هم الذين تجتمعهم محله واحدة أو مسجد واحد فان جمعهم محله واحدة
وتفرقوا فى مسجدين فهى محله واحدة ان كان المسجدان صغيرين متقاربين فان تباعدوا كان مسجد
عظيم جامع فكل أهل مسجد جيران دون الآخرين وقال محمد بن الملازقون السكان سواء كانوا مالكيين
لدارا ولا وسياى بقة هذا ان شاء الله تعالى ولا يدخل الارقا ومن انتقل من الجوار على الخلاف فى
الجار بطل حقه من الوقف

﴿ كتاب البيوع ﴾

لما فرغ من ذكر أنواع حقوق الله تعالى و ذكر بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقي منها و ذكر البيوع به و هو الوقف لان كلامهم ما
 من يزل للملك و البيع في اللغة تعليق المال بالمال و زيد عليه في الشرع فقيل هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب و هو من
 الاضداد لغة و اصطلاحا يقال باع الشيء اذا شراه و يقال باعه الشيء و باع منه و لا شمله على الانواع الا في ذكرها جمعوه و جوازها ثابت
 بالكتاب بقوله تعالى و أحل الله البيع و بالسنة فانه صلى الله عليه وسلم بعث و الناس يتبايعون فقر رهم على ذلك و التقرير بأحد وجوه
 السنة و بالاجماع فانه لم ينكره أحد من الملبين و غيرهم و بالمعقول و هو سلب شرعيته فان تعلق البقاء المقدور بتعاطيها يدل على ذلك
 و قد بينا ذلك في التقرير و ركنه الايجاب و القبول أو ما دل على ذلك و شرطه من (٧٣) جهة العاقرين العقد و التميز و من جهة

المحل كونه مالا متقوما
 مقدورا التسليم و حكمه افادة
 الملك و هو القدرة على
 التصرف في المحل شرعا فلا
 يشكل بتصرف المشتري
 في المبيع قبيل القبض
 بالبيع فانه ممنوع مع كونه
 ملكا لان ذلك التصرف ليس
 بشرعي مطلقا انتهى النبي
 صلى الله عليه وسلم عن بيع
 ما لم يقبض هذا هو المتصود
 من شرعية البيع و قد
 يترتب عليه غيره كوجوب
 الاستبراء و ثبوت الشفعة
 و عتق القريب و ملك المتعة
 في الجارية و الخيارات
 بطريق الضمن و أنواعه
 باعتبار المبيع أربعة بيع
 السلع بمثلها و يسمى مقايضة
 و بيعها بالدين أعني الثمن
 و بيع الثمن بالثمن كبيع
 النقدين و يسمى الصرف
 و بيع الدين بالدين و يسمى
 سلما و باعتبار الثمن كذلك
 المساومة و هي التي لا تنتفت

﴿ كتاب البيوع ﴾

﴿ كتاب البيوع ﴾

عرف ان مشروعات الشارع منقسمة الى حقوق الله تعالى خاصة و حقوق العباد خاصة و ما اجتمع فيه
 الحقان و حقه تعالى غالب و ما اجتمع فيه و حق العباد غالب فحقوقه تعالى عبادات و عقوبات و كفارات
 فابتدأ المصنف بحقوق الله تعالى الخاصة و غيرها حتى أتى على آخر أنواعها ثم شرع في حقوق العباد و هي
 المعاملات ثم في ترتيب خصوص بعض الابواب على بعض مناسبات خاصة ذكر في مواضعها و وقع
 في آخرها ترتيب أول أقسام حقوق العباد أعني البيع على الوقف و وجهه ان الوقف اذا صح خرج المملوك
 عن ملك الواقف لا الى مالك و في البيع الى مالك فنزل الوقف في ذلك منزلة البسيط من المركب و البسيط
 مقدم على المركب في الوجود فقدمه في التعليم هكذا ذكر و لا يخفى شرعه في المعاملات من زمان فان
 ما تقدم من اللقطة و اللقيط و المفقود و الشركة من المعاملات ثم البيع مصدر فسد يراد به المفعول
 فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع و قد يراد به المعنى و هو الاصل فجمعه باعتبار أنواعه فان البيع يكون سلما
 و هو بيع الدين بالدين و قلبه و هو البيع المطلق و صر فاهو بيع الثمن بالثمن و مقايضة و هو بيع العين
 بالعين و بخيار و منجز أو مؤجل الثمن و مرابحة و تولية و وضيعة و غير ذلك و البيع من الاضداد يقال باعه
 اذا أخرج العين عن ملكه اليه و باعه أي اشتراه و يتعدى بنفسه و بالحرف باع زيد الثوب و باعه منه
 و أمام مفهومه لغة و شرعا فقال نخر الاسلام البيع لغة مبادلة المال بالمال و كذا في الشرع لكن زيد فيه
 قيد التراضي اه و الذي يظهر أن التراضي لا بد منه لغة أيضا فانه لا يفهم من باعه و باع زيد عبده الا أنه
 استبدل به بالتراضي و ان الاخذ غصبا و اعطاء شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة باعه و شرعية
 البيع بالكتاب و هو قوله تعالى و أحل الله البيع و السنة و هي قوله عليه الصلاة و السلام يا معشر
 التجار إن بيعكم هذا يحضره اللغو و الكذب فشو به بالصدقة و بعث عليه الصلاة و السلام و الناس
 يتبايعون فقر رهم عليه و الاجماع منعه عليه و سبب شرعيته تعلق البناء المعلوم فيه لله تعالى على وجه
 جميل و ذلك ان الانسان لو استقل بانه بعض حاجاته من حرث الارض ثم بذر القمح و خدمته و حراسته
 و حصده و دراسته ثم تذر يته ثم نظيفه و طحنه بيده و بجمه و خبزته لم يقدر على مثل ذلك و في الكتابان
 و الصوف للبس و بناء ما ينظره من الحر و البرد الى غير ذلك فلا بد من ان تدفعه الحاجة الى أن يشتري شيئا

(١٠ - فتح القدير خامس)

﴿ كتاب البيوع ﴾

(قوله فقيل هو مبادلة الخ) أقول سيصرح الشارح في فصل في البيع من كتاب الوكالة بأن هذا الحد و كل واحد من البيع و الشراء
 فكل ما صدق عليه هذا الحد بيع من كل وجه و شراء من كل وجه فراجعه (قوله فان تعلق البقاء المقدور) أقول من القدر (قوله و من
 جهة المحل كونه مالا متقوما) أقول التقوم شرط البيع الصحيح و الا كلام فيما يبم الفاسد أيضا (قوله بيع السلع الخ) أقول المراد بالسلعة
 ما يتجر به مطلقا عرضا أو عقارا لا ما يقابل العقار فلا يختل الحصر و سيجي في هذا الكتاب بعد وقتين تعميم السلع للدور و العبيد و الثياب

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

ويبتدئ من اوله شيء فلو لم يشرع البيع سبباً للتعليم في البدلين لاحتاج أن يؤخذ على التغالب والمقاهرة أو السؤال والشحاذة أو يصير حتى يموت وفي كل منهما ما لا يخفى من الفساد وفي الثاني من الذل والصغار ما لا يقدر عليه كل أحد ويرى بصاحبه فكان في شرعيته بقاؤه المالكين المحتاجين ودفع حاجاتهم على النظام الحسن وشرطه في المباشرة التمييز والولاية الشرعية السكائنة عن ملك أو وكالة أو وصية أو قرابة وغير ذلك فصح بيع الصبي والمعتوه اللذين يعقلان البيع وأثره في البيع كونه مالا متقوماً شرعاً مقدر التسليم في الحال أو في ثأني الحال فيدخل السلم وقد قالوا بشرطه منها شرط الانعقاد وهو التمييز والولاية وكون المبيع متقوماً ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية حتى اذا باع ملك غيره توفى النفاذ على الاجازة ممن له الولاية وأما ركنه فالعمل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين أو من يقوم مقامهما الدال على الرضا بتبادل الملك فهما وهذا مفهوم الاسم شرعاً وقد يكون ذلك الفعل قولاً وقد يكون فعلاً غير قول كما في التعاطي كما سبأني وقد يكون الرضا ثابتاً وقد لا يكون فان لفظ بعث مثلاً ليس عليه ثبوت الرضا بل أمارة عليه فقد يتحقق مع انتفائه كالغيم الرطب للطرف فكذا يتحقق بعث واشتريت ولارضا كما في بيع المكره وهذا على ما اخترناه من أن حقيقة التراضي ليس جزءاً منه - وم البيع الشرعي بل شرط ثبوت حكمه شرعاً (قوله البيع ينقذ بالايجاب والقبول) يعني اذا سمع كل كلام الآخر ولو قال البائع لم اسمعه وليس به صمم وقد سمعه من في المجلس لا يصدق ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص المعلوم حكمه وانما قلنا هذا لانه قال ينقذ بالايجاب والقبول فجعله ما غيره يثبت هو بهما مع ان البيع ليس الا بالايجاب والقبول لانهم اركناه على ما حقهناه انفساً من ان ركنه الفعل الدال الى آخره هذا ولكن الظاهر أن 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 قادراً على التصرف ليس غير الحكم الذي هو الملك لانه هو الذي يثبت به قدرة التصرف فالتحقق من الشرع ليس الا بوثب الحكم المعلوم من تبادل المالكين عند وجود التسعين أعني الشطرين بوضعها ما سببها 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 اشتريت منك هذا بألف والقبول الفعل الثاني والافعل منه الايجاب أي اثبات فسمي الاثبات الثاني بالقبول تمييزاً له عن الاثبات الاول ولانه يقع قبولاً ورضاً بفعل الاول وحيث لم تصح ارادة الاقطين بالبيع بل حكمه ما هو الملك في البدلين وجب أن يراد بقوله ينقذ ثبت أي الحكم فان الانعقاد انما هو للاقطين لا للملك أي انضمام أحدهما الى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعي وقولنا في القبول انه الفعل الثاني بقيد كونه أعم من اللفظ وهو كذلك فان من الفروع ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم فأكاه تم البيع وأكاه حلال والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها بمائة والسه بكذا رضا بالبيع وكذا اذا قال بعثتك بألف فقبضه ولم يقل شيئاً كان قبضه قبولاً بخلاف بيع التعاطي فانه ليس فيه ايجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط وسيأتي في جعل مسألة القبض بعد قوله بعثتك بألف من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظر وفي فتاوى قاضخان قال اشتريت منك هذا بكذا فصدق به على هؤلاء ففعل البائع قبل أن يتفرق فاجاز وكذا اشتريت منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لي فمصافطه قبل التفرق وقوله (اذا كانا بلفظي الماضي مثل أن يقول أحدهما بعث والآخر اشتريت) قال المصنف (لان البيع انشاء تصرف) أي اثبات تصرف يفيد حكمه كما ثبت جبراً

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

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

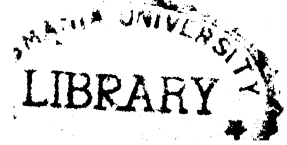
وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف به أما أن البيع انشاء فلان الانشاء اثبات ما لم يكن وهو صادق على البيع لا محالة
 وأما كونه شرعياً فلان الكلام في البيع شرعاً وأما أن كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع لان تلقى الامور بالشرعية لا يكون الا منه
 والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار لغة في الانشاء فينعتقده 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 بلائذ المستقبلي)
 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 وقبل هذا اذا كان اللفظان أو
 أحدهما مستقبلياً بدون نية الايجاب في الحال وأما اذا كان المراد ذلك فينعتقده البيع وأسند ذلك الى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي
 ثم قيل في تعليقه لان صيغة الاستقبال تحتمل الحال فصحت النية وقيل لان هذا (٧٥) اللفظ وضع للحال وفي وقوعه للاستقبال

ضرب يتجاوز وفيه بحث لان
 المذكور لفظ المستقبل
 وهو انما يكون بالسبب
 أو سوف وهو لا يحتمل الحال
 ولا وضع له فان أراد الشيخ
 من لفظ المستقبل ذلك فلا
 خفاء في عدم انعقاد البيع
 به ونسبة الحال غير صحيحة
 لعدم مصادفتها للحال وان
 أراد ما يحتمل الاستقبال
 وهو صيغة المضارع فيجوز
 أن يقال انه لم يقبل بالخوازيه
 وان كان بالنسبة لانها انما
 تعمل في المشتبهات لاني
 الموضوعات الاصلية والفعل
 المضارع عند الفقهاء
 حقيقة في الحال على ما عرف
 فلا يحتاج الى النية ولا
 ينعقد به لما مر من اثر
 والمعقول لا يقال سلمانه
 حقيقة في الحال لكن النية
 انما هي لدفع المحتمل وهو
 العدة لا لارادة الحقيقة لان

والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعتقده 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 عليه والعبد
 لا يقدر على ذلك انما له قدرة الاخبار عن الكائن أو ما سيكون وطلبه فقوله من الانشاء التخي والتخي
 والقسم والاستفهام اصطلاح في تسمية ما لا خارج لعنايه بطابقه أو لا يطابقه انشاء وهو يم ماذ كر وغيره
 مما يباينه ألا ترى أن لفظ لعل زيدا يأتي وليت لي ما لا ليس عليه تخرج ذلك وتمييزه بل دال على التخي
 والتخي القائم بالمتكلم كأنه أخبر عن قيامه بما به غير أن أهل الاصطلاح لا يسمونه اخباراً لما قلنا
 بخلاف بعث وطاق فانه عليه تثبت به شرعاً معان لا قدرة للتكلم على اثباتها والحاصل ان الانشاء على هذا
 الوجه لا يمكن الايمان له الخلق والامر تبارك الله رب العالمين سواء سمي غيره انشاء اصطلاحاً ولا اذا كان
 الانشاء لا يعرف الا بالشرع ولم يوضع له في اللغة لفظ يخصه والشرع استعمل في اثباته من اللغة لفظ الخبر
 أي وضعه عليه لاثباته تعالى ذلك المعنى عنده فينعتقده أي يثبت به وأما تعليقه بان لفظ الماضي أدل على
 الوجود فانه لا يصدق الا بتحقق الوجود سابقاً فاختير له فرعاً يعطى قصر العلية عليه وليس كذلك بل
 الوجه أنه تعليق أولوية لفظ الماضي بأن يستعمل فيه من غيره فانه لا يقتصر عليه كما سئمت (قوله)
 ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح) فانه اذا قال زوجني 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) يعني قوله لان هذا
 توكيل يعني زوجني فاذا قال زوجتك كان ممثلاً لامر الموكل من وجاله ووليها من زوجها والواحد يتولى
 طرفي عقد النكاح بخلاف البيع وقدمنا من قال ان لفظ الامر في النكاح جعلت ايجاباً لان النكاح
 لا يصرح بالخطبة فيه وطلبه الا بعد اجماعت وتأمل واستقارة غالباً فلا يكون لفظ طلبه أعني زوجني
 مساومة بل تحقيقاً فاعتبر ايجاباً بخلاف البيع لا يكون مسبوقاً بذلك فكان الامر فيه مساومة فلا
 يتم العقد بمجرد جواب الآخر وعلى هذا لا يتم فرق المصنف لانه مبني على كونه توكيلاً وأما الفرق بان
 رد النكاح بعد ايجابه يلحق الشين بالاولياء بخلاف رد البيع فبني على جعل الامر فيه ايجاباً ثم فيه نظر

المعهود ان المجاز يحتاج الى ما ينفي ارادة الحقيقة لان الحقيقة تحتاج الى ما ينفي 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 فصاح الى النية فقوله بخلاف النكاح) يعني انه ينعقد بذلك فان أحدهما اذا قال زوجني فقال الآخر 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 تميم الطحاوي والثاني لا يتم به التقريب (قوله هو اللفظ الماضي) أقول أي في البيوع (قوله والمضارع فيها مجاز)
 أقول ضمير فيها راجع الى الحال وكذلك ضمير فيها من قوله والحقيقة الشرعية فيها راجع الى الحال أيضاً



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

لانه لو صح لزمت امتناع رجوعه بعد قوله زوجني بنتك قبل قوله زوجتك لانه يضا شين وانكسار يطهقهم وهذه ثمانية مواضع منها البيع والاقالة لا يكسني بالامر فيم - ما عن الايجاب ومنها النكاح والخلع يقع فيهما ايجابا الخامسة اذا قال لعبد اشتر نفسك مني بألف فقال فعلت عنق السادسة في الهبة قال هب لي هذا فقال وهبته منك تمت الهبة السابعة قال لصاحب الدين أبرئني عمالك على من الدين فقال أبرئك تمت البراءة الثامنة الكفالة قال اكفل بنفس فلان فلان قال كفلت تمت الكفالة فاذا كان غائبا فقدم وأجاز كفالته جاز واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو اذالم يتصادق على نية الحال أما اذا تصادقا على نية البيع في الحال فينعقد به في القضاء لان صبغة الاستقبال تحتمل 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 تجوز اه وعلى هذا ينبغي أن يقبل قوله اذا ادعا وكذبه الآخر لانه حقيقة اللفظ بخلاف المستقبل وهو الامر فلا يدعى في قوله بعنى أنه أراد معنى اشترت به بكذا ينبغي أن لا يصدق القاضى مثال ذلك أن يقول أبيع منك هذا بكذا أو أعطيكه فقال اشترت به أو آخذه ونوبا الايجاب للحال والحق ان المراد بالمستقبل الذي ينعقد به نية الحال هو المضارع وتسميته مستقبلا على أحد القولين والافتخار 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 ينعقد به الا في قوله خذ بكذا فينعقد لثبوت الايجاب اقتضاء ومثل الامر المضارع المقرون بالسین نحو سأبيعك فلا يصح بيعا ولا يجوز به في معنى بعثك في الحال فان ذكر السین ينافى 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 الزندويستی بما اذا لم يكن نصه القاضى (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 لافادتها اثبات المعنى والرضاه وكذا اللفظة خذ بكذا ينعقد به اذا قبل بان قال آخذه ونحوه لانه وان كان مستقبلا لكن خصوص مادته أعنى الامر بالآخذ يستدعى سابقة البيع فكان كالماضى الآن استدعاء الماضى سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذ 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 (لانها تؤدى معنى البيع والمعنى هو المعترف في هذه العقود) ألا يرى الى ما قالوا لو قال وهبتك أو وهبت لك هذه الدار وهذا العبد بشوبك هذا فرضى فهو بيع بالاجماع قالوا انما قال في هذه العقود احتراز عن الطلاق والعناق فان اللفظ فيهما مقام المعنى وأنت تعلم أن اقامة اللفظ مقام المعنى أثر في ثبوت حكمه بلانية ليس غير فاذا افاقت ههنا العقود ذلك اقتضى أن لا يثبت بمجرد اللفظ بلانية فلا يثبت بلفظ البيع حكمه الا اذا اراده به وحينئذ فلا فرق بين بعث وأبيع في توقف الانعقاد به على النية ولذا لا ينعقد بلفظ بعث ههنا لانه في المعنى لقوله ينعقد بلفظ الماضى ولا ينعقد بالمستقبل ثم تقييده بما اذا لم ينوبه فانه ينعقد به في الماضى وغيره بالنية ولا ينعقد بالماضى وغيره بلانية ومن الصور لفظة نعم تقع ايجابا في قول المستفهم اتبعنى عبدك بألف فقال نعم فقال آخذه 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 ينعقد 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 لافادة المعنى المقصود وكذا اذا قال اشترت هذا منك بكذا فقال خذ بهنى بالاختصاص فقدر البيع اقتضاء فصار كل ما يؤدى معنى بعث واشترت سواء في انعقاد البيع به لان المعنى هو المعترف في هذه العقود وقيد بذلك لان بعض العقود قد يحتاج الى اللفظ ولا ينعقد بونه كإحدى المفاوضات اذا لم يبينها جميع ما تقتضيه ولهذا

(قوله لأن المعنى هو المعترف 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 يعتقد بالتعاطى في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة

ولو قال هولاك بآلف ان وافقك أو ان أعجبك أو ان أردت فقال وافقنى أو أعجبنى أو أردت ان عقد ولو قال بعثك بكذا بعد وجود مقدمات البيع فقال اشتريت ولم يقل منك صح وكذا على العكس وكذا اذا قال بعدم معرفة الثمن ان أدبت عنه فقد بعته منك فأدى في المجلس جازا استحسانا **فروع** في اختلاف الإيجاب والقبول قال بعثك بآلف فقال اشتريته بآلفين جازان قبل البائع الزيادة ثم بالفين والاصح بآلف اذ ليس له ولاية ادخال الزيادة في ملكه بلارضاه ولو قال اشتريته بآلفين فقال البائع بعثك بآلف جاز كأنه قبل بالفين وحط عنه ألفا ولو ساومه بعشرة فقال بعشرين فقبضه من يده ولم ينعه لم يبع عشرة فلو كان في يد المشتري من أول الامر فذهب به والباقي بحاله فبعشرين عندهم جميعا وقال الطحاوى يلزم بائعهم كلاما مطلقا ولو قال بعثك بآلف بعثك بآلفين فقال قبلت الاول بآلف لم يجز لان البائع قد رجع عنه وليس هكذا في الطلاق والعتاق فان قال قبلت البيعتين جميعا بثلاثة آلاف فهو كقوله قبلت الاخر بثلاثة آلاف يعني يكون البيع بالفين والالف زيادة ان شاء قبلها في المجلس وان شاء ردها وكذا بآلف بمائة دينار عما يلزمه الثاني وقيل يلزمه الثمن والاول في الزيادات وهو أوجه واذا قبل الزيادة في المجلس لم يشتري **قوله** ولهذا يعتقد أى ولان المعتبر هو المعنى يعتقد بالتعاطى في النفيس والخسيس قيل النفيس نصاب السرعة فصاعدا والخسيس مادونه **وقوله** هو الصحيح احتراز من قول الكرخي انه انما يعتقد بالتعاطى في الخسيس فقط وأراد بالخسيس الاشياء المحترقة كالقبل والرخيف والبيض والجوز استحسانا للعادة قال أبو معاذ رأيت سفيان الثوري جاء الى صاحب الرمان فوضع عنده فلسا وأخذ رمانه ولم يتكلم ومضى وجه الصحيح ان المعنى وهو دلالة على التراضى يشمل الكل وهو الصحيح فلا معنى للتفصيل وفي الايضاح هو خلاف ما ذكره محمد في الاصل في مواضع ٨٥ وفي شرح الجامع الصغير لغرض الاسلام في رجل قال لرجل بعنى هذا العبد فلان فاشتراه ثم أنكرا أن يكون فلان أمره 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 هذه الذى اشتراه له كان يبع الذى أخذ من المشتري وكان العهدة عليه أى لا أخذ على المشتري فدل على صحة التعاطى في النفيس وفي المنتقى له على آخر ألف درهم فقال الذى عليه المال الذى له المال أعطيك بمالك فانيرفساومه بالدينير ولم يبق بيع ثم فارقه فباعها فدفعتها اليه يريد الذى كان ساوم عليه ثم فارقه ولم يستأنف ببيعها جاز هذه الساعة وكذا لو ساوم رجلا بشئ وليس معه وعاء ثم فارقه وجاء بالوعاء فأعطاه الثمن وكال له جاز ومن صور ما اذا جاء المودع بأمة غير المودعة وقال هذه أمتك والمودع يعلم انها ليست اياها وحلف فأخذها حل الوطء للمودع وللأمة وعن أبي يوسف لو قال للخباط ليست هذه بطانتي فحلف للخباط انها هي وسعه أخذها ومنها قول الدلال للبراز هذا النوب بدرهم فقال ضعه وفي أجناس الناطني لو قال بكم تبيع فبيع فبيع حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله فهو بيع وكذا لو قال للقصاب مثله فوزنه وهو ساكت فهو بيع حتى لو امتنع القصاب من دفع الثمن وأخذ اللحم أو امتنع القصاب من دفع اللحم أجزهما القاضي وكذا اذا قال زن لى ما عندك من اللحم على حساب ثلاثة أرطال بدرهم فوزن بمخلاف ما لو قال زن لى ثلاثة أرطال فوزنه الى الخيار لانه ليس معلوم بمخلاف ما لو قال من هذا الخبز ومن هذا الفخذ وكذا قوله لمن جاء بقر بطبخ فيه البكار والصغار بكم عشرة من هذه فقال بدرهم فعزل عشرة واختارها فذهب بها والبائع ينظر أو عزل البائع عشرة فقبلها المشتري ثم البيع واختلف في أن قبض البديلين شرط في بيع التعاطى أو أحدهما كاف والصحيح الثاني ونص محمد رحمه الله على أن يبيع التعاطى بثبوت قبض أحد البديلين وهذا ينتظم الثمن والمبيع ونصه في الجامع على أن تسليم المبيع يكفي لا يفتى الاخر ومنها لو ورد بختيار العيب والبائع متيقن انها ليست له فأخذها

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

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

قال رحمه الله (وإذا أوجب) إذا قال البائع مثلاً بعثك هذا بكذا فالأخر بالخيار إن شاء قال في المجلس فبطلت وإن شاء رد وهذا يسمى خيار القبول وهذا لأنه لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول كان محبوراً على أحدهما وانتفى التراضي فما فرضناه به يعلم يمكن به هذا خلف وإذا كان يجب أحدهما غير مفيد للحكم بدون قبول الآخر كان للوجب أن يرجع عن إيجابه لخلوه عن ابطال حق الغير فإن قيل سلناه أن إيجاب أحدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم يخص في ذلك فإن حق التملك ثبت للمشتري بإيجاب البائع وهو حق للمشتري فلا يكون الرجوع خالياً عن ابطال حق الغير (٧٨) فالجواب أن الإيجاب إذا لم يكن مفيداً للحكم وهو الملك كان الملك حقيقةً للبائع وحق

الملك للمشتري إذ سلم ثبوته بإيجاب البائع لا يمنع الحقيقة كقولهم أقوى من الحق لا محالة ولا يتنقض بما إذا دفع الزكاة إلى الساعي قبل الحول فإن المزكى لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفع لأن حقيقة الملك زالت من المزكى فعمل الحق عمله لا تنفاه ما هو أقوى منه (قوله وإنما عتد إلى آخر المجلس) يجوز أن يكون جواباً عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ولم لا يبطل الإيجاب عقيب خلوه عن القبول أولم لا يتوقف على ما وراء المجلس وتقرير الجواب إن في ابطاله قبل انقضاء المجلس عمراً بالمشتري وفي ابقائه فيما وراء المجلس عمراً بالبائع وفي التوقف على المجلس بسراهما جميعاً والمجلس جامع للمتفرقات كما تقدم في أول الكتاب فجعلت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعمس وتحقياً للسعر فان قيل فلم لا يكون الخلع والعقد على مال كذلك فالجواب أنهم ما اشتلوا على البين 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 يفسد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب أن يرجع عنه قبل قبوله لخلوه عن ابطال حق الغير وإنما عتد إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعمس وتحقياً للسعر

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 فلم يلزم الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك ودلالة الاجماع تنفيه ألا يرى أن اللاب حق التملك للمال 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 الفاتت وصفه وهو النصاب 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 واختلفا فله باعتراف ما يدل على الاعراض من الاثنتغال 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 يبطل يعني الإيجاب لأن القيام دليل الاعراض فان قيل الصريح أقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت بنبي أن لا يثبت الاعراض فلما الصريح إنما كان أقوى ويعمل إذا بقي الإيجاب بعد قيامه وهنالك يبقى فان الأصل أن لا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه ولا يجتمع قوله قبلت به إلا أن المجلس أترافى جمع المتفرقات وبالقيام لا يبقى للمجلس وقال شيخ الاسلام في شرح الجامع إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح واليه أشير في جمع التفاريق وهذا شرح لقوله فيما يأتي وأبهما 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 بعدما مشى خطوة أو خطوتين جاز ولا شك أنهما إذا كانا عيشان مشياً متصلًا لا يقع الإيجاب إلا في مكان آخر بلا شبهة ولو كان الخاطب في صلاة فريضة ففرغ منها وأجاب صح وكذا لو كان في نافذة فضم إلى ركعة الإيجاب أخرى ثم قبل جاز بخلاف مالوا كلمها أربعا ولو كان في يده كوز فشرب ثم أجاب جاز وكذا لو أكل لقمة لا يتبدل المجلس إلا إذا اشتغل بالاكل ولو ناما جالسين لا يختلف ولو مضطجعين أو أحدهما فهدى فرقة والسفينة كالبيت فلو عقدا وهى تجرى فأجاب

الآخر

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

(قوله) وهذا لأنه لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول) أقول أنت خبير بانالم نفرض في صورة الرد بيعاً حتى يلزم خلاف المفروض مع أن صورة الرد لم يتعرض لها المصنف ولا يتعلق بها الغرض فالأولى في التعليل طى ذكره من البين أو يقال في التعليل يلزم أن لا يوجد بيع أصلاً فلنأمل (قوله) فما فرضناه به يعلم يمكن به هذا خلف) أقول إنما يلزم ذلك إذا كان انتفاء التراضي مستلزماً لانقضاء البيع وهو ممنوع ألا يرى أن بيع المكره منقذ (قوله) فالجواب أن الإيجاب الخ) أقول الظاهر أن هذا جواب بتغيير الدليل

قال رحمه الله (والكتاب كالخطاب) اذا كتب امان بعد فقد بعته عبدى فلا باءا ف درهم أو قال رسوله بعته هذا 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 تم المبيع بينهما لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يبلغ نارة بالكتاب ونارة بالخطاب وكان ذلك سواء في كونه مبلغا وكذلك الرسول معبر وسفير فنقل كلامه اليه قال رحمه الله (٧٩) (وليس له ان يقبل في بعض المبيع)

والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتم بر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولأن يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق الصفة

يعنى اذا أوجب البائع المبيع في شيئين فصاعدا وأراد المشتري قبول العقد في أحدهما لاغير فان كانت الصفة واحدة فليس له ذلك لتضرر البائع بتفريق الصفة عليه لان العادة فيما بين الناس انهم يضمون الجيد الى الرديء في البياعات ويتقصون عن ثمن الجيد لترويج الرديء به فلوثبت خيار قبول العقد في أحدهما لقبيل المشتري العقد في الجيد وترك الرديء فزال الجيد عن يد البائع بأقل من ثمنه وفيه ضرر على البائع لاحتمال الصورة الموضوعه صحيح وأما اذا وضعت المسئلة فيما اذا باع عبدا بألف مثالا وقبل المشتري في نصفه فليس بصحيح والصحيح فيه أن يقال بتضرر البائع بسبب الشركة فان قبل فان رضى البائع في المجلس هل يصح أولا أجيب بأن القدوري قال انه يصح ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استثناف ايجاب لاقبولا ورضا البائع فقولاً قال وانما يصح مثل هذا اذا كان

الآخر لا يقطع المجلس بجزء من الأثر - ما لا يمكن ان يقعها وقيل يجوز في الماشيئين أيضا ما يتفرقا بذاتهم - ما أمال المسير بلا افتراق فلا وهكذا في خيار الخيرة بخلاف سجدة التسلاوة ولو قال بعته بألف ثم قال لا خير بعته بألف فقبلا فهي الثانية لا الاول ولو قال بعته بكذا فلم يقبل حتى قام البائع في حاجة بطل (قوله) والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتم بر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة (فصورة الكتاب أن يكتب امان 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 عبدا فلانا منك بكذا فآخبره 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 لما قبل اتصل لفظه بلفظ 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 بعته لا يتم ما يقبل الاول قبلت وأما ما ذكر في المبسوط لو كتب اليه بعنى بكذا فقال بعته يتم المبيع فليس مراد محمد هنا من هذا سوى الفرق بين الشكاح والمبيع في شرط الشهود لا يمان اللفظ الذي ينعقد به المبيع وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب فبمعنى من الحاضر يكون استئماما عاده وأمان 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 فبيعه 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 زوجي وهو غائب أو يقول العبد قبلت عتق سيدي الغائب على ألف فانه لا يتوقف بالاجماع وفي الشكاح من الخلاف فعند أبي يوسف يتوقف وعندهما لا (قوله) وليس له أن يقبل الى آخره) يعنى الآن 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 كثوبين وعبيدين لا يجوز وان قبل الآخر ولتتكلم على عبارة الكتاب هنا فانها مما وقع فيها تنجاذر فنقول الظاهر من نظم الكلام أن ضميره في قوله وليس له راجع الى أحد المتعاقدين في قوله واذا أوجب أحد المتعاقدين المبيع أو الآخر وحينئذ يكون أعم من البائع والمشتري فعناء في البائع انه اذا أوجب المشتري المبيع بأن قال اشترت هذه الاثواب أو هذا الثوب بعشرة فليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع من أثواب أو ثوب لعدم رضا الآخر بتفريق الصفة لانه قد يتعلق غرضه بالجملة بسبب حاجته الى الكل ويعسر عليه تخصيصه لباقي الاثواب لعزتها وبعضها لا يقوم بحاجته فلولا انما المبيع في البعض انصرف ماله ولم تندفع حاجته وغير ذلك من الامور وأما في المشتري فعناء اذا أوجب البائع المبيع فليس للمشتري أن يقبل في بعضه اذا

لبعض الذى قبله المشتري حصة معلومة من الثمن كالصورة المذكورة وفي القفيزين باعها بعشرة لان الثمن يتقسم عليهم باعتبار الاجزاء فتكون حصة كل بعض معلومة فاما اذا أضاف العقد الى عبيدين أو ثوبين لم يصح العقد بقبول أحدهما لان رضى البائع لانه يلزم المبيع بالحصة ابتداء وان لا يجوز كما سألني وإن كانت الصفة متفرقة كان له ذلك لانتفاء الضرر عن البائع

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

وقوله (والتفرق تفرق الاقوال) جواب عما قال التفرق عرض فيقوم بالجوهرولقائل ان يقول حمل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي أهل السنة فيكون اسناد التفرق اليها مجازا فما وجه ترجيح مجازكم على مجازهم وأجيب بأن اسناد التفرق والتفرق الى غير الاعيان سائق فصار بسبب فساوا الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا به وقال لا تفرق بين أحد من رسوله 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 اليه أو ما كان عليه أيضا كذلك على أن ذلك يصح على مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على مذهب أبي حنيفة فان الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده ولعل الأولى أن يقال حله على التفرق بالابدان رد الى الجهالة إذ ليس له وقت معلوم ولا غاية (٨٣) معروفة فيصير من أشباه بيع الملامسة والمباينة وهو موقوف بفساده عادة وهذا

معنى قول مالك رحمه الله ليس لهذا الحديث حد معروف أو تقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني بالاشتراك اللفظي وترجع جهة التفرق بالاقوال بما ذكرنا من أدائها على التفرق بالابدان الى الجهالة وهذا التأويل أعنى حمل التفرق على الاقوال منقول عن محمد بن الحسن رحمه الله قال رحمه الله (والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها) الاعواض المشار اليها ثمننا كانت أو ثمننا لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف المتناهي للجهالة المفضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم اللذين أوجبهما عقد البيع فان جهالة الوصف لا تنفضي الى المنازعة لوجود ما هو أقوى منه في التعريف

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

الاخر وأن لا يرجع وعلى هذا قال التفرق 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 كثر في الشرع والعرف قال الله تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعدهم جاءتهم البينه وقال صلى الله عليه وسلم افتقرت بنو اسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة وستفرق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة وحينئذ يفراد بأحدهما في قوله أو يقول أحدهما صاحبه اختر الموجب بقوله بعد ايجابه للاخر اخترا تقبل أو لا والاتفاق على أنه ليس المراد أن مجرد قوله اختر يلزم البيع بل حتى يختار البيع بعد قوله اختر فكذلك في خيار القبول والله سبحانه وتعالى أعلم وأما القياس فعلى التكاح والخلع والعتيق على مال والكتابة كل منها عقده معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد الانظ الدال على الرضا فكذلك البيع وأما ما يقال تعلق حق كل من العاقدين ببذل الآخر فلا يجوز ابطاله فيرد منه بآن ذلك بالشرع والشرع نفاه الى غاية الخيار بالحديث فإمّا يرجع الكلام فيه الى ما ذكرناه من معنى المتبايعين وأما ما قيل حديث التفرق روه مالك ولم يعمل به فلو كان المراد به ذلك لعل به فغاية في الضعف اذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره بل مالك عنده محجوج به (قوله والاعواض المشار اليها) سواء كانت مبيعات كالحبوب والنياب أو ثمننا كالدرهم والدنانير (لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع) فإذا قال بعتك هذه الصبرة من الخنطة أو هذه الكورجة من الارز والشاشات وهي مجهولة العدد بهذه الدراهم التي في يدي وهي مرثية له فقبل جازولزم لان الباقي جهالة الوصف يعنى القدر وهو لا يضر اذا لم ينح من التسليم والتسلم لتجهله بجهالة القيمة لا تمنع الصحة قال في الفتاوى قال لغيره لك في يدي أرض خربة لا تساوي شيئا فبعها مني بتسعة دراهم فباعها وهو لا يعلم قيمتها أكثر جازا لبيع بخلاف السلم لا يشار للعرض فيه للاجل فلا يصح في المسلم فيه اتفاقا ولا في رأس مال السلم اذا كان مكبلا أو موزنا عند أبي حنيفة رضي الله عنه لما يجيء ثم المسئلة مقيدة بغير الاموال الربوية وبالربوية اذا قوبلت بغير جنسها أما الربوية اذا قوبلت بجنسها كالخنطة بالخنطة والذهب بالذهب فلا يصح مع الاشارة اليها لاحتمال الربا واحتمال الزمان كحقيقة الربا سماعا والتمسك بغيره في قوله لا يحتاج الى معرفة

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

(قوله والتفرق تفرق الاقوال الخ) أقول الافتراق أحد الاكوان الاربعة المعلوم وجودها بالضرورة عند المتكلمين (قوله وأجيب بأن اسناد التفرق والتفرق الخ) أقول اسناد التفرق الى القول مجازا بالسببية لا يستلزم وجود التفرق حقيقة كما في قوله أقدمني ببلدك حتى على فلان (قوله أو تقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني) أقول فلا بد من لزوم قيام العرض بالعرض من مدفع والظاهر انه منع كون ما يطلق التفرق مطلقا من الاعراض (قوله ثمننا كانت أو ثمننا) أقول ونقرر صمد الشرع صريح في أن المراد بالاعواض الأثمان فنأمل في الترجيح (قوله فان جهالة الوصف الخ) أقول والظاهر أن قول المصنف وجهالة الوصف الخ كلام مستأنف أتى به بيانا للحال جهالة الوصف فيه (قوله ناجزا في البيع) أقول أي حاضر (قوله بجهالة المقدار تمنع الصحة) أقول اذا بيعت بجنسها

قال (والإيمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة) (الاعتقان المطلقة (٨٣) عن الإشارة لا يرفعها العقد إلا أن تكون

(والإيمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيتمتع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمتع الجواز هذا هو الاصل قال (ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الأجل معلوماً)

مقدارها احتراز عن الصفة فانه لو اراه دراهم وقال اشترى به هذه فوجدها زبوا أو نهرجة كان له أن يرجع بالجيد لان الإشارة الى الدراهم كالنصيب علمها وهو ينصرف الى الجيد ولو وجدها مستوية أو رصاصاً فقد البيع وعليه القيمة ان كان أتلفها ولو قال اشترى بها هذه الصرة من الدراهم فوجد البائع ما فيها خلاف نقد البلد فله أن يرجع بنقد البلد لان مطلق الدراهم في البيع ينصرف الى نقد البلد وان وجدها نقد البلد جاز ولا خيار للبائع بخلاف ما لو قال اشترى بها في هذه الخابية ثم رأى الدراهم التي كانت فيها كان له الخيار وان كانت نقد البلد لان الصرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها وفي الخابية لا يعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لان خيار الرؤية لا يثبت في النقود (قوله والاعتقان المطلقة) أي عن قيد الإشارة (لا تصح حتى تكون معلومة القدر) كعشرة دراهم أو اكرار حنطة بخلاف ما لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهباً فانه ليس عوضاً مشاراً اليه فان المشار اليه الحجر ولا يعلم قدر جرم ما يوزن به من الذهب فلهذا اذا اشترى بوزن هذا الحجر ذهباً فوزن به كان له الخيار وبما لا يجوز البيع به بقيمة أو بما حصل به أو بما تريد أو تحب أو برأس ماله أو بما اشتراه أو بمثل ما اشترى فلان لا يجوز فان علم المشتري بالقدر في المجلس فرضيه عاد جازاً وكذا لا يجوز بالف درهم الا ديناراً أو بمائة دينار الا درهماً وكذا لا يجوز عمل ما يبيع الناس إلا أن يكون شيئاً لا يتفاوت كالخبز واللحم (والصفة) كعشرة دراهم بخاربه أو سمرقندية وكذا حنطة بحرية أو صعيدية وهـ هذا لانها اذا كانت الصفة مجهولة تتحقق المنازعة في وصفها فالمشتري يريد دفع الادون والبائع يطلب الارتفاع فلا يحصل مقصود شرعية العقد وهو دفع الحاجة بلا منازعة واعلم ان الاعراض في البيع إما دراهم أو دنائير فهي ممن سواها فقلت بغيرها أو بمجنسها وتكون صر فإما أعيان ليست مكيلة ولا موزونة فهي مبيعة أبداً ولا يجوز فيها البيع الا عيننا الا فيما يجوز فيه السلم كالتياب وكما ثبت في الباب مبيعة في الذمة بطريق السلم تثبت ديناً مؤجلاً في الذمة على انها ممن وحينئذ يشترط الاجل لانها ممن بل لتصير ملققة بالسلم في كونها ديناً في الذمة فلذا قلنا اذا باع عبداً بثوب موصوف في الذمة الى أجل جازو يكون بيعاً في حق العبد حتى لا يشترط قبضه في المجلس بخلاف ما لو أسلم الدراهم في الثوب وانما ظهرت أحكام المسلم فيه في الثوب حتى شرط فيه الاجل وامتنع ببيع قبل قبضه للاحاقه بالمسلم فيه أو مكيل أو موزون أو عددي متقارب كالبيض فان قوبلت بالنقود فهي مبيعات أو بأمثالها من المثليات فما كان موصوفاً في الذمة فهو ممن وما كان معيناً فبيع فان كان كل منهما مبيعاً صحبه حرف الباء وألفظ على كان ثمناً والاخر مبيعاً وقال خواهره زاده رحمه الله في شهادات الجامع المكمل والموزون اذا لم يكن معيناً فهو ممن دخل عليه حرف الباء أو لم يدخل فلذا لو قال اشترى منك كذا حنطة بهذا العبد لا يصح الا بطريق السلم فيجب أن يضرب الاجل للحنطة واعلم ان التقدير المشروط قد يكون عرفاً كما يكون نصاً في الفتاوى لو قال اشترى منك هذا الثوب أو هذه الدراهم وهذه البطيخة بعشرة ولم يقل دنائير أو دراهم ان كان في البلد يتباع الناس بالدنائير والدراهم والفلاس ينعقد البيع في الدار بعشرة دنائير وفي الثوب بعشرة دراهم وفي البطيخة بعشرة أفلاس وان كان في بلد لا يتباع الناس بهذه الجملة ينصرف الى ما يتباع الناس بذلك النقد انتهى وحاصل هـ هذا انه اذا صرح بالعقد فتمتع بين المعدود من كونها دراهم أو دنائير أو فلاس يثبت على ما يناسب المبيع و وقع شك فيما يناسب المبيع وجب أن لا يتم البيع (قوله ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل)

معلومة القدر كعشرة ونحوها والصفة ككونها بخار يا أو سمرقندي لان التسليم واجب بالعقد وكل ما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية الى النزاع فان التسليم يمتنع بها (وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيتمتع التسليم والتسلم) ويقوت الغرض المطلوب من البيع قال (ويجوز البيع بثمن حال) قال الكرخي رحمه الله المبيع ما يتعين في العقد والثمن ما لم يتعين وهذا على المذهب فان الدراهم تتعين عند الشافعي في البيع وهو ممن بالاتفاق وقال أبو الفضل الكرماني في الايضاح الثمن ما كان في الذمة نقله عن الفراء وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة وليس ممن وقيل المبيع ما يحله العبد من الاعيان ابتداء (قوله يمتنع حصوله بالجهالة الخ) أقول أي بجهالة ذلك الواجب (قوله الى النزاع) أقول في ذلك الواجب (قوله والثمن ما لم يتعين) أقول هذا أيضاً منقوض بالمسلم فيه ورأس مال السلم اذا كان عيناً (قوله وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة) أقول لا يبعد أن يقال المعروف هو المبيع المطلق والثمن

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

وقوله ابتداء احتراز عن المستاجر فإنه اغماحجه العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على أحد طرفي أصحابنا في الاجارة والتمن ما يقابله وينقسم كل منهما الى محض ومتردد فالبيع 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 غمنا بل ليصير للمقابلة السلم في كونها دين في الذمة والتمن المحض هو ما خلق للتمنية كالدراهم والدنانير والمتردد بينهما ما كالمكيمات والموزونات والعديدات المتقاربة فانها مبيعة نظرا الى الانتفاع بأعيانها أثمان نظرا الى انها مملوكة كالتقديرات 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 فيجعل كل واحد مبيعا وغمنا وان كانت أعني المكيمات والموزونات غير معينة فان دخلت فيها الباء مثل أن يقال اشترت هذا العبد بكذا حنطة وقد وصفها كانت غمنا وان دخلت في غيرها كان يقال اشترت الكرم هذا العبد كان مبيعا ولا يصح الاسلام بشرطه وهذا المخلص كالمهم في هذا الموضع وأقول الاعيان ثلاثة تقود أعني الدراهم والدنانير وسلع كالثياب والدور والعبيد وغير ذلك (٨٤) ومقدارات كالمكيمات والموزونات والعديدات المتقاربة وتبيع غير التقديرات بالتقديرات

يشتمل على المبيع المحض والتمن المحض وما عد ذلك فهو مترددين كونه مبيعا وغمنا والتميز في اللفظ بدخول الباء وعدمه قال (والبيع بالتمن الحمال والموجب جائز لاطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع ولما روي (أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى أجل ورهنه درعه) لكن لا بد وأن يكون الاجل معلوما للبايع في 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 التقدير كان

لاطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع وعنه عليه الصلاة والسلام انه اشترى من يهودي طعاما الى أجل معلوم ورهنه درعه ولا بد أن يكون الأجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه 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 بين مؤجل بيع وفي صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها (اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما من يهودي الى أجل ورهنه درعه) من حديد وفي لفظ الصحاح طعاما بنسبة وقد سمي هذا اليهودي في سنن البيهقي أخرجه عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام رهن درعا عند أبي الشحم رجل من بني ظفر في شعبير (ولا بد أن يكون الاجل معلوما لان جهالته تقضي الى المنازعة في التسليم والتسلم فهذا يطالبه في قريب المدة وذلك في بعيدها) ولانه عليه الصلاة والسلام في موضع شرط الاجل وهو السلم أو يجب فيه التعيين حيث قال من أسلف في عمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم وعلى كل ذلك انعقد الاجماع وأما البطلان فيما اذا قال بعثك بألف حالا وبالفين الى سنة فلهالة الثمن ومن جهالة الاجل ما اذا باعه بألف على أن يؤدي اليه الثمن في بلد آخر ولو قال الى شهر على أن تؤدي الثمن في بلد آخر جاز بألف الى شهر ويبطل شرط الايفاء في بلد آخر لان تعيين مكان الايفاء في 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 البيع وأما أبو يوسف فاعلمه بالشرط الذي لا يقتضيه العقد (قوله) ومن أطلق الثمن في البيع أي أطلقه عن ذكر الصفة بعد ذكر العدد بان قال عشرة دراهم مثلا (انصرف الى غالب نقد البلد لانه هو المتعارف فيصرف) المطلق (اليه) فان كان اطلاق اسم الدراهم في العرف يختص بهامع وجود دراهم غيرها فهو مخصص الدراهم بالعرف

قال اشترت بعشرة دراهم ولم يقل بخاريا أو سمرقنديا وقع العقد على غالب نقد البلد وان كان في البلد الذي وقع فيه العقد تقود مختلفة كان العقد فاسدا الا أن يبين أحدها واعلم اني أذكر لك في هذا الموضع الاقسام العقلية المتصورة في هذه المسئلة اجالا ثم أنزلها على متن الكتاب - لانه فاني ما وجدت من الشارحين من تصدى لذلك على ما ينبغي فأقول اذا كان في البلد تقود مختلفة فاما أن يكون الاختلاف في المائلة والرواج أو في المائلة دون الرواج أو في الرواج دون المائلة أو لا يكون في شيء منهما بل في مجرد الاسم كالمصري والدمشقي مثلا فان كان الاول جاز البيع وانصرف الى الارجح وان كان الثاني لا يجوز لان الجهالة في المنازعة توجب ما في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وان كان الثالث يجوز وينصرف الى الارجح تخرج بالجواز وان كان الرابع فكذلك لان الجهالة ليست موقوفة في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم واذا عرف هذا فقول

(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 التقديرات فقد ان الثمن في المنازعة بخلاف ما اختاره

(فان كانت النقود مختلفة) يعني في المالية كالذهب المصري والمغربي فان المصري افضل في المالية من المغربي اذا فرض استواءهما في الراج (فالبائع فاسد) لان الجهة التي تفضى الى المنازعة اشارة الى القسم الثاني الا ان ترتفع الجهالة ببيان أحدهما فحينئذ يجوز وقوله (أو يكون أحدها أغلب وأروخ فحينئذ يصرف البائع اليه بخر بالجواز) اشارة الى القسم الاول أو الى القسم الثالث لان كون أحدها أروخ أعم من ان يكون مع اختلاف في المالية أو مع استواءه والبائع جائز فيهما وقوله (وهذا) أي فساد البائع اذا كانت مختلفة في المالية يعني مع الاستواء في الراج اشارة الى القسم الثاني أعاده للتشبه بقوله كالثنائي وهو ما يكون الاثنان منه دانقا والثلاثي وهو ما يكون الثلاثة منه دانقا والنصر في اليوم بسمه قند فانه بمنزلة الناصري (٨٥) يضاري والاختلاف بين العدالي

(فان كانت النقود مختلفة فالبائع فاسد الا ان بين أحدهما) وهذا اذا كان الكل في الراج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدها أغلب وأروخ فحينئذ يصرف اليه بخر بالجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصر في اليوم بسمه قند والاختلاف بين العدالي بقرعانه جاز البائع اذا أطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به من أي 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 في الغالب كان من تركها بدلالة العادة وكل منهما واجب بخر بالجواز وعدم اهدار كلام العاقل (فان كانت النقود مختلفة) المالية كالذهب الاثري والناصرى بصرى لكنها في الراج سواء (فالبائع فاسد) لعدم امكان الصرف الى أحدها بعينه دون الآخر لما فيه من التصكم عند التساوى في الراج واذا لم يكن الصرف الى أحدها والحالة انهما متفاوتة المالية جاءت الجهالة المفضية الى المنازعة لان المشتري يريد دفع الانقص مالية والبائع يريد دفع الاعلى فيفسد البائع الا ان ترتفع الجهالة ببيان أحدهما في المجلس ورضى الآخر لارتقاع الفساد قبل تفرره وصار كالموالات الدائن لديونه يعني هذا الثوب ببعض العشرة التي لي عليك ويعنى هذا الآخر بباقي العشرة فقال نعم كان صحيحا لعدم افضاء جهالة الثمن الاول الى المنازعة بضم البيع الثاني اليه اذ به يصير ثمنها عشرة وهذا محمول على قبول الدائن بعد قول المدينون نعم ونحوه وان كانت مختلفة المالية والراج مع البائع صحيح ويصرف الى الراج لوجه الذي تقدم من وجوب العمل بالعرف والعادة وكذا اذا كانت متساوية المالية والراج 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 الا تمنع وبهذا قلنا الدرهم والدنانير لاتعين حتى لو أراه درهما اشتري به فباعه ثم حسبه وأعطاه درهما آخر جاز به اذا كانا متحدى المالية والثاني والثلاثي اسم دراهم كانت ببلادهم مختلفة المالية وكذا الركني والخليفة في الذهب كان الخليفة أفضل مالية عندهم والعدالي اسم دراهم (قوله ويجوز بيع الطعام) وهي الخنطة ودقيقها خاصة في العرف الماضي كما يدل عليه حديث الفطرة كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام أو صاعا من شحم فبقوله (والحبوب) عطف العام على الخاص أو يقدر وكذا باقي أي وباقي الحبوب فلا يتناول الطعام (مكابله) أي بشرط عد من الكيل والافنى اللغة

بقرعانه وفقهاء ما وراء النهر يسمون الدرهم عدليا وكل هذا يختلف في المالية مع التساوى في الراج وقوله (فان كانت سواء فيها) أي في المالية يعني مع الاستواء في الراج اشارة الى القسم الرابع وجزء الشرط قوله (جاز البائع اذا أطلق اسم الدرهم كذا قالوا) أي المتأخرون من المشايخ (وينصرف) اسم الدرهم (الى ما قدر به) من المقدار كعشرة ونحوها (من أي نوع كان) من غير تقييد بنوع معين لانه لا منازعة لاستوائهما في الراج (ولا اختلاف في المالية) وظهر من هذا تعقيب كلام الشيخ رحمه الله فانه فصل بين قوله اذا كانت مختلفة في المالية ومثاله وهو قوله كالثنائي بالشرط وهو قوله فان كانت سواء وفصل بين الشرط وهذا وبين جزائه

وهو قوله جاز البائع بقوله كالثنائي الى قوله جاز ولا يستقيم أن يجعل قوله كالثنائي الخ متعلقا بقوله فان كانت سواء لان ما كان اثنان منه دانقا وثلاثة منه دانقا لا يكونان في المالية سواء ولكن يمكن أن يكونا في الراج سواء هذا ما سنخلى في حل هذا الموضوع والله أعلم قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكابله)

قال المصنف (والاختلاف بين العدالي الخ) أقول والظاهر انه جملة معترضة لبيان مكان يوجد فيه الاختلاف بين النقود في المالية أن ثبت اختلافها فيها (قوله وظهر من هذا تعقيب كلام الشيخ الى قوله هذا ما سنخلى في حل هذا الموضوع) أقول فيه بحث فان اسم الدرهم انما يطلق على اثنين من الثنائي وثلاثة من الثلاثي كما صرحوا فحينئذ يظهر استواءهما في المالية وانه ليس في كلام الشيخ تعقيب فلنامل

المراد بالطعام الخنطة وإفقهه لانه يقع عليه ما عرفنا وسأقي في الوكالة وبالحبوب غيرهما كالعدس والحصى وأمثالهما كل ذلك اذا بيع مكابله جازا اعتدوا وكان البيع بجنسه أو بخلافه واذا بيع (بمجازفة) فان كان شيئا لا يدخل تحت الكيل فكذلك وان كان مما يدخل تحته لا يجوز الا (بمخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم) لا يقال لادلالة في الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لانه مفهوم من الشرط وهو ليس بحجة لان الدليل على ذلك صدر الحديث ولان الجهالة مانعة اذا منعت التسليم وهذه الجهالة غير مانعة فصارك اذا باع شيئا لم يعلم العاقدان قيمته بدرهم بخلاف ما اذا باع بجنسه بمجازفة لما فيه من احتمال الربا قال (ويجوز) بائنا بعينه اذا باع الطعام والحبوب (بائنا بعينه أو بوزن حجر بعينه لا يعرف مقدارهما جاز) لان الجهالة المانعة مانعة من ان ينعى الى المنازعة وهذه ليست كذلك لان التسليم في البيع (٨٦) متجمل فيندر هلاك كل منهما من الاناء والحجر قبل التسليم وقبل يشكل على هذا

وما اذا باع أحد العبيد الاربعة على ان المشتري بالخيار ثلاثة أيام يأخذ أيهم شاء ويرد الباقي أو اشترى بأى عن شاء فان الجهالة لم تنفض الى المنازعة والبيع باطل وليس بواردا لاننا ان الجهالة المفضية الى النزاع مفسدة للعقد وهذا لانواع فيه ولم نقل ان كل ما هو باطل لا بد وان يكون للجهالة فيجوز ان يكون البيع باطلا لانه آخر وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الاولى وعدم الثمن في الثانية وروى عن أبي يوسف ان الجواز فيما اذا كان المكيل لا يتكسب بالكسب كالتصعبة ونحوها أما اذا كان مما يتكسب كالزبيب ونحوه فانه لا يجوز بمخلاف السلم فانه لا يجوز بائنا مجهول القدر وان كان معيناً وكذا الحجر لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس

ومجازفة) وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد بخلاف ما اذا باعه بجنسه بمجازفة لما فيه من احتمال الربا لان الجهالة غير مانعة من التسليم والتسليم فشابها جهالة القيمة قال (ويجوز بائنا بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) لان الجهالة لا تنفض الى المنازعة لما انه يتجمل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا المكيالة أن تكيل له ويكيل لك (ومجازفة) أي بلا كيل ولا وزن بل براءة الصبرة والحزف في الاصل الاخذ بكثرة من قولهم جزف له في الكيل اذا أكثر وجره الى المساهلة قال المصنف (وهذا) يعنى البيع بمجازفة مقيد بغير الاموال الروبية اذا بيعت بجنسها فاما الاموال الروبية اذا بيعت بجنسها فلا يجوز بمجازفة لاحتمال الربا وهو مانع تحقيقه الربا وهذا ايضا مقيد بما يدخل تحت الكيل منها وأما ما لا يدخل كحفنة بفتنتين فيجوز وفي الفتاوى الصغرى عن محمد أنه كره التمرة بالترتين فقال ما حرم في الكثير حرم في القليل والقيد مقيد ايضا بما اذا باع غير الحبوب من الرويات بجنسها كقفة بكفة فانه لا يخرج عن المجازفة بسبب أنه لا يعرف قدره ومع ذلك لو باع الفضة كقفة ميزان بكفة ميزان جاز لان المانع انما هو احتمال الربا وهو باحتمال التفاضل وهو منتف في ما اذا وضع صبرة فضة في كفة ميزان ووضع مقابلتها فضة حتى وزنتها فيجوز والحديث الذي ذكره بعينه وهو ما روى أصحاب الكتب الستة الا البخارى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمالح بالمالح مثل لا يعمل سواه بسواه ايدى بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كانت يدا بيد (ولان) هذه (الجهالة غير مانعة من التسليم والتسليم) لتجمل التسليم على ما تقدم فلا ينع (فشابها جهالة القيمة) للبيع بعد رؤيته ومشاهدته فانه لو اشترى من انسان ما يساوى مائة بدرهم والبائع لا يعلم قيمة ما باع لزم البيع (قوله) ويجوز بائنا بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) قد قيل ان البائع يكون مما لا يحتمل الزيادة والنقصان كأن يكون من خشب أو حديد أما اذا كان يحتمل كالزبيب والجوارق فلا يجوز وعلى هذا يبيع ملء قربة بعينها أو راوية من النيل عن أبي حنيفة أنه لا يجوز لان الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة لكن أطلق في الحجر جوارزه ولا بد من اعتبار القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقائين فلو ملاه بأصغر منها لا يقبل وكذا راوية منه

بنادر قبله فتتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة في رواية الحسن بن زياد ان البيع ايضا لا يجوز كالتسليم لان البيع في المكيلات والموزونات إيمان يكون بمجازفة أو يذكر القدر في المجازفة المعقود عليه وهو ما أشار اليه ولا معتبر بالمعيار وفي غيرها المعقود عليه هو ما يسمى من القدر ولم يوجد شيء منها فان الفرض عدم المجازفة والمكيل اذا لم يكن معلوما لم يسم شي من القدر

(قوله وان كان مما يدخل تحته الى قوله لا يقال لادلالة للحديث على المنع الخ) أقول أنت خبير بان ايراد الحديث ليس للدلالة على المنع بل للدلالة على الجواز اذا بيع بخلاف جنسه وأما الدليل على المنع فهو قوله لما فيه من احتمال الربا تأمل بظهوره ترتيب الشارح في تقرير الكلام مخالفا لما اختاره المصنف من النظام (قوله وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الاولى الخ) أقول اذا كان غير عين تكون مجهولا ولا يصح بان الفساد فيه للجهالة

بوفيه

بوفيه في منزله وعن أبي يوسف اذا ملاه هاتم تراصيا جاز كما قالوا لو باع الحطب ونحوه اجمالا لا يجوز ولو سحله
 على الدابة ثم باعه الحمل جاز لتعين قدر المبيع في الثاني وفي الخلاصة اشترى كذا كذا قرنة من ماء الفرات
 جاز استحسانا اذا كانت القرنة معيثة وعن أبي يوسف أيضا يجوز في القرب مطلقا وفي المحيط بيع الماء في
 الحياض والآبار لا يجوز الا اذا جهله في وعاء ووجهه في المدسوط مسئلة الكتاب بأن في المعين مجازفة يجوز
 فبمكيال غير معروف أولى وفيه نظر فان في المجازفة الاشارة الى عين المبيع ثابتة تفيد الاحاطة بقدر حرمة
 واقطاره ومثل هذا التمييز لا يحصل لها في كبل غير معلوم قبل أن يصب فالاولوية منتفية بلا شك والوجه
 يقتضي أن يثبت الخيار اذا كاله أو وزن للمشتري كما في الشراء بوزن هذا الحجر ذهبانص في جمع التوازن
 على أن فيه الخيار اذا علم به ومعلوم أن ذلك بالوزن وفي جمع التفاريق عن محمد رحمه الله جواز الشراء بوزن
 هذا الحجر وفيه الخيار وينبغي أن يكون هـ ذاجمل 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 لكنها لا تفضي الى المنازعة وهي
 الممانعة وذلك لانه يتجهل فينذر هلاكه بخلاف السلم لا يتجهل فقديم لك ذلك الكيل والحجر فبعتك تسليم
 المسلم فيه ولا يخفى أن هذا الوجه لا يفتي ثبوت الخيار وأقرب الامور الى ما نحن فيه قول أبي حنيفة في
 المسئلة التي تلى هـ وهي ما اذا باع صبرة كل قفيز بدينهم أنه اذا كان في المجلس حتى عرف المقدار صح
 ويثبت الخيار للمشتري 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 روى عن أبي يوسف اشتراط كون ما يوزن به لا يحتمل النقصان حتى لا يجوز بوزن هـ هذه البطيخة
 ونحوها لانها تنقص بالخفاف وعول بعضهم على ذلك وليس بشئ فان البيع بوزن حجر بعينه لا يصح الا
 بشرط تجهيل السلم ولا خفاف 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 فبعتك تسليم وتقع المنازعة الممانعة
 منه والفرض ان أقل مدة السلم ثلاثة أيام ولا شك أن تأخر التسليم فيه الى مجلس آخر يفضي الى المنازعة
 لان هـ لا كذا ندرقا لاختلاف في أنه هو أو غيره والتمه فيه ليس بنادر وكل العبارات تفيد تقييد صحة
 البيع في ذلك بالتجهيل كما في عبارة المدسوط حيث قال لو اشترى بمذا الا ناعدا بيدة فلا بأس به ثم ان في المعين
 البيع مجازفة يجوز فبمكيال غير معروف أولى وهذا لان التسليم عقيب البيع الى آخر ما ذكر وتقدم
 النظر في الاولوية هذا أو رد على التعليل بأن الجهالة لا تفضي الى المنازعة ما اذا باع عبدا من أربعة
 بأخذ المشتري أيهم شاء أو باع بأي ثمن شاء فالبيع باطل مع أنه لا يفضي الى المنازعة أوجب بان المبطل في
 المورد معنى آخر وهو عدم المبيع والتمن لالجهالة وكان مقتضاه أنه لا يجوز في عبدا من ثلاثة لكن جاز
 على خلاف القياس كما سأتى ولا شك أن القياس ما عن أبي حنيفة في القرينة 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 القرينة في ديار ناعدا لم تكن معينة
 مثل قرنة كافية أو سقاوية أو رواسية كبيرة ثم بعد ذلك التفاوت بسير أهدر في الماء ونظير ما نحن فيه
 ما اذا باع حنطة بمجموعة في بيت أو مطمورة في الارض والمشتري لا يعلم مبلغها ولا منتهى حفرة الحفيرة ان
 له الخيار اذا علم ان شاء أخذها بجمع الثمن وان شاء ترك وان كان يعلم منتهى المطمورة ولا يعلم مبلغ
 الحنطة جاز ولا خيار له الا أن يظهر تحتها كان أي صفة ونحوها كذا في فتاوى القاضي وعن أبي جعفر
 باعه من هذه الحنطة قدر ما عملا هذا الطشت جاز ولو باعه قدر ما عملا هـ ذا البيت لا يجوز وفي الفتاوى

(والاول) اصح يعني من حيث
 الدليل فان المعيار المعين
 لم يتقاعدا 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 جلة القفزان أو بالكيل في المجلس أو لافان كان الاول فالبيع جائز والمبيع جله ما فيها من القفزان وان كان الثاني فالبيع قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله وجهه القفزان كالاول عندهما (٨٨) لابي حنيفة ان صرف اللفظ الى الكل متعذر لجهالة المبيع والثن جهالة تقضي الى المنازعة

قال (ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جازا البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة لأن يسمى جلة قفزانها وقال لا يجوز في الوجهين) له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثن فيه تصرف الى الاقل وهو معلوم لأن نزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس وصار هذا كالأقر وقال لقان 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 بانه على أن يزرعه ويزن الاناء فيحفظ قدر وزنه من الثمن جاز وكما تمنع الجهالة السابقة كذلك تمنع اللاحقة قبل التسليم لهذا الاختلاف فيما اذا باع الجملد الكائن في الجمدة قيل لا يجوز حتى يسلم أو لا يتم بيعه والاصح جوازه مطلقا وهو اختيار الفقيه أبي جعفر اذا سلم قبل ثلاثة ايام ولو سلم بعدها لا يجوز لانها تدوب في كل ساعة وهو وجهه من منع قبل التسليم غير أن النقص قليل قبل الايام الثلاثة غير معتبر فلهذا اهدر وجاز وقيل انه يختلف باختلاف الصيف والشتاء وغلاء الجملد وخصه فينظر الى ما بعده الناس كثيرا بحسب الاوقات فيجوز اذا سلمه قبل وسيأتي 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 ايجاب البيع في واحد عنده ويتوقف في الباقي الى تسمية الكل في المجلس أو كيله فيه فيثبت حينئذ على وجه يكون الخيار للمشتري فان رضى هل يلزم البيع على البائع وان لم يرض أو يتوقف على قبوله أيضا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يجوز الا بتراضيهما وروى محمد خلافه حتى لو تسخ البائع البيع بعد الكيل ورضى المشتري بأخذ الكل لا يعمل فضحه وقال أبو يوسف ومحمد ربح 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 جلة القفزان (له انه تعذر صرف البيع الى الكل لجهالة المبيع والثن) ولا جهالة في القفيز فلزم فيه واذا زالت بالتسمية أو الكيل في المجلس بنيت 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 بعد المجلس بعد لان مافى المجلس كالنائب في صلب العقد بخلاف ما بعده ولا يلزم اسقاط خيار ربيعة أيام بعد المجلس وكذا زال جهالة الاجل المجهول بهه حيث يجوز العقد بزوال الفساد بعد المجلس لان الفساد فيها لم يتمكن في صلب العقد فلا يتقيد رفع الفساد بالمجلس وهذا لان أثر الفساد فيه - ما لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الاجل وأما ما ورد من أن الجهالة وان كانت ثابتة لا يمكن التفاوض الى المنازعة لان بعد العلم بان كل قفيز بدرهم لا يتفاوت الحال بين كون القفزان كثيرا أو قليلا فجوابه ان الفساد هنا جهالة الثمن كمية خاصة وقدرا لعدم الاشارة ولا معرف شرعاه غير ذلك وأما الجواب بمنع كونه غير مفضية الى المنازعة لان البائع قد يطالب المشتري بتسليمه الثمن وهو لا يقدر على ذلك لعدم معرفة قدره فيتنازعا فتهافت ظاهرا لانه لا يتصور ان يطالبه الا بعد أن

لان البائع يطلب تسليم الثمن أولا والثن غير معلوم فيقع النزاع واذا تعذر الصرف الى الكل صرف الى الاقل وهو معلوم لأن نزول الجهالة في المجلس بأحد الامرين المذكورين فيجوز لان ساعات المجلس - منزلة ساعة واحدة كما تقدم فان قيل سلمنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جائزا كما اذا كان فاسدا بحكمكم أجل مجهول أو شرط الخيار أربعة ايام أحجب بان الفساد في صلب العقد قوي يمنع من الانقلاب ويقيده بالمجلس وماذا كرتم فالفساد فيه ليس في صلب العقد بل لاهر عارض فلا يتقيد بالمجلس له - مضمه لظهور أثره في اليوم الرابع وبامتداد الاجل

(قوله لابي حنيفة الى قوله جهالة تقضي الى المنازعة) أقول ولعل الاولى أن يقول جهالة تقضي الى امتناع تسمية الثمن الواجب بالعقد (قوله لان البائع يطلب تسليم الثمن أو لا الخ) أقول هذا غير معقول (قوله الا أن نزول الجهالة الخ) أقول تأمل في هذا الاستثناء (قوله فان قيل سلمنا انعقاده

فاسدا لكن ينقلب جائزا) أقول ولا تقيد بالمجلس (قوله كما اذا كان فاسدا بحكمكم أجل يكيله مجهول الخ) أقول كان يبيع الى النيروز والمهرجان وقدوم الحاج ثم اسقط الاجل قبل حلوله وسبب تفصيله في أوخر البيع الفاسد (قوله أحجب بان الفساد في صلب العقد قوي الخ) أقول يراد أن يقال اذا كان الفساد في صلب العقد ينبغي أن لا يرتفع أصلا كما في بيع الدرهم بالدرهمين واسقاط الدرهم الزائد ويجوز أن يقال بأن الفساد هنا محل الخلاف فضعف بخلافه ثمة

(وله ما ان هذه جهالة ازالتها في أيديهما وما كان كذلك فهو غير مانع) أما ان ازالتها بأيديهما فلا تنهاتر ترفع بكل كل منهما وقد بقوله بيدهما احترازا عن البيع بالرغم فانه لا يجوز ان ازالتها لما بدأ البائع ان كان هو الراقم أو بيد الغير ان كان الراقم غيره وعلى كل حال فالمشتري لا يقدر على ازالتها وأما ان كل ما هو كذلك فهو غير مانع فكما اذا باع عبد من عبد بن علي ان المشتري بالخيار وأجيب لابي حنيفة ان القياس فيه الفساد أيضا الا ان اجوزناه استحسانا بالنص ومعناه انه في معنى ما ورد به النص على ما سيأتي فيكون ثابتا 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 جهالة القفران فكان راضيا به وهذا صحيح اذا علمنا لم يسم وأما ان يعلم بها فالوجه انه نزل منزلة من باع مالم يره لمسا بآتي فلا خيار له وفيه بحث أما أولا فلا نرى تفريق الصفقة لو استلزم الخيار لا طرد وليس كذلك فانه اذا باع الرجلان عبدا مشتركا بألف ثم اشترى أحدهما الكل بخمسة مائة قبل نقد الثمن فانه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز في نصيبه ولا خيار له فهنا تفريق الصفقة ولم يوجد الخيار وأما ثانيا فلان قياس قول أبي حنيفة أن لا يخبر المشتري لزوم انصراف البيع الى الواحد لعلمه كما لو اشترى قناعا مع مدبر فانه لا خيار له في القن فقط لان المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له في القن وعن الثاني بأن انصراف البيع الى قفيز واحد ومندبر فان البيع ينصرف الى القن فقط لان المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له في القن وعن الثاني بأن انصراف البيع الى قفيز واحد مجتهد فيه والعوام لاعلم لهم بأحكام المسائل المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفقة (٨٩) على قولهما وان لم يلزم على قول أبي حنيفة وهذا ضيف لان قولهما ان الكل مبيع فن أين التفريق والاولى أن يقال قياس قول أبي حنيفة تفريق الصفقة لان الصيغة موضوعة للكثرة وقد صددهما أيضا الكثرة ومائة مانع شرعي عن الصرف الى الجميع ولهذا لو علم المقدار في المجلس جاز

وله ما ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع وكما اذا باع عبد من عبد بن علي ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة فله مشتري الخيار لتفريق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس أو سمي جهالة القفران لانه علم ذلك الا ان فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع بكيله ليعرف القدر الذي يطالب به اذا لم يكن أن يطالبه الابكية خاصة مشار اليها أو مضبوطة الوزن وحينئذ يعلمها المشتري فيقدر على التسليم ولو امتنع بعد هذا التقدير كان مطاللا المنازعة المفسدة (وله ما ان هذه جهالة بيدهما ازالتها) بان يكيل في المجلس والجهالة التي هي كذلك لانفضي الى المنازعة كبيع عبد من عبد بن علي أو ثلاثة على أن المشتري بالخيار بأخذ أي ما شاء وقد أورد عليه نقض اجمالي لوضح ما ذكر من أن الجهالة التي بيدهما ازالتها غير مانعة من الصحة لزم صحة البيع بالرغم عندهما وأنه يجوز

(١٢ - فتح القدير خامس) والصرف الى الاقل باعتبار تعدد الكل للجهالة صرف للعقد الى بعض ما دل عليه اللفظ من المبيع وقصده 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 قفرانها) يعني كأن للمشتري الخيار لكن لا بذلك التعليل بل بما قال لانه علم ذلك الآن فر بما كان في حدسه أو ظنه ان الصبرة تأتي بمقدار يحتاج اليه فزادت وليس له من الثمن ما يقابلها ولا يتمكن من أخذ الزائد مجانا وفي تركه تفريق الصفقة على البائع أو نقصت فيحتاج أن يشتري من مكان آخر وهل يوافق أو لا فصار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع وهكذا في الموزونات والعدودات المتقاربة

(قوله لان التفريق وان كان في حقه أيضا لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جهالة القفران وكان راضيا به وهذا صحيح اذا علمنا لم يسم الخ) أقول وعندى أن محي التفريق من قبله بالامتناع عن التسمية يتم صورة عدم علمه بجهالتها فانه كان يمكنه أن يزيل ذلك الجهل بطريق ثم يشرع في البيع بحيث لم يفعل ذلك ولم يسم كان راضيا بوجبه فتأمل (قوله فالوجه انه نزل منزلة من باع مالم يره لمسا بآتي فلا خيار له) أقول ان أراد ان لا خيار له مطلقا ولو ان تفريق الصفقة عليه فليس كذلك وان أراد ان ليس له خيار الرؤية فليس كذلك بل الخيار بتفريق الصفقة ثم الاولى تأخير قوله لمسا بآتي 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 الناسد في الفرق (قوله وهذا ضيف لأن 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 عذب أبي حنيفة فتفريق الصفقة عليهم ما فليتأمل (قوله ومائة مانع شرعي عن الصرف الى الجميع الخ) أقول فيه بحث فان الجهالة مانعة كما اعترف به (قوله وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه) أقول وقد تقدم ما في الجواب الذي 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 تفضي الى المنازعة بخلاف المكيلات وحكم المذروعات اذا بيعت مذاعة حكم الغنم اذا لم يبين جملة الذرعان وجملة الثمن وأما اذا بينهما أو أحدهما كما إذا قال بعثك هذا الثوب وهو عشرة أذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم أو قال بعثك هذا الثوب وهو عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أو قال بعثك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فصحيح أما الاولى فظاهرة وأما الثانية فلان المعقود عليه معلوم وجملة الثمن صارت معلومة ببيان ذرعان الثوب وأما الثالثة فلان للماسمى لكل ذراع درهما وبين جملة 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 بيدهما

قال (ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد الببيع في جميعها عند أبي حنيفة وكذلك من باع ثوبا مذاعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت ومخدوما يجوز في الكل لما قلنا) وعند من ينصرف الى الواحد لما يباين 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 بين عبد من أربعة على أن المشتري يخبر في تعيينه وان يجوز الببيع بأي ثمن شاء لكن الببيع في الكل باطل أوجب بأن الببيع بالرقم تمكن الجهالة به في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم وصار بمنزلة القمار للخطر الذي فيه انه سيظهر كذا او كذا 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 الببيع بأي ثمن شاء ومثله في أحد العبيد الأربعة في جانب المبيع فان الببيع لا ينعقد في غير معين فكان بيعا بلا مبيع وكان مقتضى هذا أن لا يجوز في عبد من ثلاثة الا أنه يشب بدلالة نص شرط الخيار ثلاثة أيام ولا يخفى ان كل أجوبة هذه النقوض تصلح أدلة لابي حنيفة فانها تضمنت تسليم أن الجهالة وان كانت بيدهما ازالها بعد كونها في صلب العقد وهي أن تكون في الثمن كالببيع بالرقم وبأي ثمن شاء وفي المبيع كبيع عبد من أربعة تمنع جواز الببيع وجهالة الثمن على وجه يشبه القمار وعدم العلم به مع امكان ازالتها ثابت في محل النزاع انجاز أن يظهر كونه مائة أو خمسين الا بكيل أحدهما او كون ذلك بكيل كل منهما وفي الرقم يظهر بالبائع فقط لا أثر له في دفع منع الخطر والتمكن في صلب العقد وهو المفسد واذا قسد الببيع في عبد من أربعة والجهالة في مضبوط لا تحصرها في احتمالات أربعة لاتعداها فلان تفسد في صبرة لا تقف الاحتمالات في خصوص الثمن على كونه أربع امكانات أو عشرة أو لى بل ويسجل عليهم ما يبطلان قياسهما على بيع عبد من عبيدين اذ ظهر من الجواب أنه معدول عن القياس ولذا امتنع في أربعة عبيد وحينئذ ترجع قول أبي حنيفة وظهر أن كون العاقدين بيدهما ازالة جهالة في صلب العقد من الثمن والمبيع لا يوجب صحة الببيع قبل ازالته بدلالة الاجماع على عدم الصحة في الصور المذكورة مع امكان ازالته فيها وغايتها اذا أزيلت في المجلس وهما على رضاها ثابت بعقد التراضي والمعاطاة لا يعين الاول كما ذكر في الرقم بل ولهذا القروع المذكورة أمثال يطول عددها يبطل الببيع فيها بالجهالة في الثمن أو المبيع مع امكان ازالة أحد المتعاقدين لها وتأخير صاحب الهداية دليلهما ظاهر في ترجيحهما وهو ممنوع وأما ما يحمل قول أبي حنيفة عليه مما ذكر في المبسوط من أن الاصل عنده أنه متى أضيف كلمة كل الى ما لا تعلم نهايته فانما يتناول أدناه لصيانتها عن الاعناء 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 نبوت الجهالة في المجموع والتيقن في الواحد فهو نفسه أصل هذا الاصل **فروع** اشترى طعاما بغير جنسه خارج المصر وشرط أن يوفيه في منزله من المصر فالعقد فاسد لان المشتري يملكه بنفس العقد فاذا اشترط لنفسه منفعة 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 الحطب والشعير على الدابة في المصر ولا يكثر دابة أخرى يحمله عليها بل البائع هو بحمله بخلافه خارج المصر وبعض المشايخ لم يفرقوا بين لفظ الحمل والايقاء في الاستحسان لان المراد منهما واحد واحتراس من الأئمة الفرق فان الايقاء من مقتضيات العقد فشرطه ملائم بخلاف الحمل **قوله** ومن باع قطيع غنم الخ (لما ذكر الصورة السابقة في المشتريات ذكر نظيرها في القيميات فاذا أضاف الببيع 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 جملة الثمن فسد في الكل عند أبي حنيفة أما إذا سمي أحدهما فيصح

قال (ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة ففيز بمائة درهم فلا يخول وعند التكيل من أن يكون مثل ذلك أو أقل مثله أو أكثر فان كان الاول فذلك وان كان الثاني خيرا المشتري بين أخذ الموجود بحصته 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 أي القدر

قال (ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة ففيز بمائة درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته 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 ثلثه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أراضا على انها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها أقل فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بحجملة الثمن وان شاء ترك) لان الذرع وصف في الثوب الا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا يأخذ به بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذ بحصته

الرائد على المقدار المعين ليس بوصف فالبيع لا يتناوله فكان للبائع لا يجب تسليمه الا بصفقة على حدة وكذا قبض المشتري وكان كل من العاقدین مخيرا فيما ان شاء باشرها أو تركها واذا كان المشتري مذبورا كان اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أراضا على انها مائة ذراع فوجدها أقل خيرا المشتري بين أخذ الموجود بجميع الثمن المسمى وبين تركه لان الذرع وصف في الثوب المبيع وكل ما هو وصف في البيع لا يقابله شيء من الثمن فالذرع في الثوب لا يقابله شيء من الثمن اما أنه وصف فقد بينه بقوله الا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض وهما من الاعراض واما ان الوصف لا يقابله شيء من الثمن فقد بينه بقوله كاطراف الحيوان فان من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص من الثمن شيء فلهذا أي فلكون الذرع وصفا لا يقابله شيء من الثمن يأخذ الموجود بكل الثمن بخلاف الفصل

بالاتفاق للعلم بتمام الثمن مطابقة أو التزاما فيما اذا اقتصر على بيان عدد القطيع وعندهما يجوز في الكل لما قلنا من أن الجهالة بيدهما ازالها وعند منصرف الى الواحد لسا بينا من جهالة كل الثمن والغناء كون ارتفاعها بيدهما ما غير ان الاحاد هنا 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 وقربطخ كان باطلا واما الجواز فيما اذا عزلها وذهب والبائع ساكت فبالتعاطى على ما قدمنا قال العتاني ان ذلك في ثوب يضره التبعض اما في الكرايس فينبغي أن يجوز عنده في ذراع واحد كما في الطعام وعلى هذا الخلاف كل معدوم متفاوت كعمل بطيخ كل بطيخة بفلس والمان والسفرجل والخشب والاداني والرقيق والابل ولو باع نصيبه من هذا الطعام روى الحسن عن أبي حنيفة لا يجوز وان بينه بعد ذلك وكذا في الدار وهذا غير الايتي باصله 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 كما في بيع الصبرة كل ففيز بدرهم وان كان العنب اجناسا لا يجوز البيع أصلا عند أبي حنيفة كقطيع الغنم وعندهما يجوز اذا كان جنسا واحدا في كل العنب كل وقر بما قال وكذا اذا كان الجنس مختلفا هكذا أورد الصدرا الشهيد والفقهاء أبو الليث جعل الجواب بالجواز فيما اذا كان العنب من جنس واحد متفقا عليه وان كان من اجناس مختلفا فيه ثم قال الفقهاء والفتوى على قوله ما تبسرا لا امر على الناس انتهى وتفرغ الصدرا الشهيد أوجه (قوله ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة ففيز بمائة) تعلق العقد على ذلك الكيل المسمى بعينه حتى لو وجدت ناقصة (كان للمشتري الخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن) لان الثمن ينقسم بالاجزاء على اجزاء المبيع المثل مكيلا أو موزونا (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 للبائع ولو كان المشتري ثوبا أو أراضا على أنه عشرة بعشرة أو مائة ذراع بمائة فوجدها المبيع أقل فان شاء أخذ الموجود بكل الثمن وان شاء ترك وان وجدها زائدة على العشرة والمائة كان البك للمشتري (ولو) كان (قال على انها مائة ذراع) مثلا (بمائة) كل ذراع بدرهم فوجدها أقل فالمشتري بالخيار) ان شاء أخذ الموجود كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه (وان كان) وجدها أكثر فله الخيار ان شاء أخذ البكل كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع وأصل هذا

الاول يعني المكيل لان المقدار ليس بوصف فيقابله الثمن فلهذا يأخذ بحصته

(قوله وان كان الثاني خيرا المشتري بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الخ) أقول قوله لتفرق الخ ينبغي أن يكون عمله للفسخ لا لقوله خيرا لا معنى له وأصله لا يكون الكلام مطابقا للشروح (قوله لتفرق الصفقة عليه) أقول فرق بين التفرق والتفريق فلا مخالفة لما سبق قال المصنف (الأيرى أنه عبارة عن الطول والعرض) أقول الا ان في ما نحرفه عبارة عن الطول

(وقال الا انه يتغير) استلزامه من قوله ياخذ به بكل الثمن وعلى هذا اذا وجدها أكثر من الذرع الذي سماه كان الزائد للشترى ولا خيار للبائع لانه وصف تابع للبيع لإيقاله شيء من الثمن فصار كما اذا باع عبدا على أنه أعمى فاذا هو بصير واعلم أن هذه المسئلة من أشكال مسائل الفقه وقدمت 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 أفضرة أكثر من تسعة لاصحاله فكيف جعل الذراع الزائد وصفا دون القفيز وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم في الاصل والوصف واختلفت عباراتهم في ذلك فقال بعضهم ماتعيب بالتنقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه أصل وقال بعضهم ما يوجد تأثير في تقدم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره فهو وصف وما ليس كذلك (٩٣) فهو أصل وقيل ما لا ينقص الباقي بفواته فهو أصل وما لا يكون كذلك فهو وصف

وهو قريب من الثاني والمكيل لا يتعيب بالتعيب والمذروع يتعيب وعشرة أفضرة اذا انتقص منها قفيز فالتسعة تشتري بالثمن الذي يخصها مع القفيز الواحد فيما اذا قال اشترت هذه الصبرة بعشرة دراهم على انها عشرة أفضرة وأما الذراع الواحد من الثوب أو الدار اذا انتقص فان الباقي لا يشتري بالثمن الذي كان يشتري معه فان الثوب الغنابي اذن مثلا اذا كان خمس عشرة ذراعا فان خمسة 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 ماهو المتعارف بين التجار فان قيل سلمنا ان الذرع وصف لكن لان سلمنا ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فان

الا انه يتغير لفوات الوصف المذكور لتغير المعنى فبمقتضى الرضا قال (وان وجدها أكثر من الذراع الذي سماه فهو للشترى ولا خيار للبائع) لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا باع معيبا فاذا هو سليم (ولو قال بعتمكها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم موجودها ناقصة فالمشترى بالخيار ان شاء أخذها بمحضتها من الثمن وان شاء ترك) لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار أصلا بافراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب

ان الذرع في المذروعات وصف لانه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة أجزاء فان لم يفرده بثمن كان تابعا محضاً فلا يقابل بشيء من الثمن وذلك فيما اذا قال على انها مائة بمائة ولم يزد على ذلك واذا كان تابعا محضاً في هذه الصورة والتوابع 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 غيرها بلا بيان فعليه تمام الثمن في صورة النقص وانما يتغير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما اذا اشترى على انه كاتب فوجد له لا يحسن الكتابة وله الزائد في الصورة الزائدة (كما اذا باعه) على انه معيب فوجد له سليماً هذا اذا لم يفرده بالثمن فان أفرده بالثمن وهو ما اذا قال على انها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار أصلاً وارتفع عن التسمية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باعه هذه الزمة من الثياب على انها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة بخير بين أن يأخذ الاثواب الموجودة بمحضتها من الثمن وبين أن يفسخ لتفرق الصفقة فكذا اذا وجد الذرعان ناقصة في هذه الصورة وهذا لانه لو أخذها بكل الثمن لم يكن أخذ كل ذراع بدرهم ولو وجدها زائدة لم تسلم له الزيادة لصيرورته أصلاً كالمو يسلم له الثوب المقرد 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 بالبائع بسبب انه أصل من كل وجه أما هنا فالذرع ليس أصلاً من كل وجه لفسد فيثبت له الخيار بين أن يأخذ الزائد بمحضته وبين أن يفسخ لانه وان صح له أخذ الزائد لكنه بضرر يلحقه وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعهده البيع فكان له الخيار واذا ظهر أنهم اعتبروا الطول وصفاً تارة وأصلاً أخرى ولم يعتبروا القدر في المثليات الاً اصلاً كما مع أن الطول والعرض أيضا يرجع الى القدر ويمكن أن يجعل القدر وصفاً احتيج الى الفرق فليل لأن 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 قد مرما بفصل قباهة أفرجية كان بثمن

اذا

المبيع المعيب اذا امتنع رده رجوع المشتري بنقصان العيب لكن اشترى عبداً أو أعتقه أو مات ثم اطاع على

نقصان أصبح يرجع على بائعه بالنقصان وكالاصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف المذكور واجب بأن كلامنا في الوصف لا في الوصف المقصود بالتناول فانه اذا صار مقصوداً بالتناول حقيقة كما اذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل التسليم أو حكا كما اذا امتنع الرد لحق البائع كما اذا تعيب المبيع عند المشتري أو لحق الشرع أن كان ثوباً باخاطه المشتري ثم اطاع على عيب أخذتها بالاصل فأخذ قسطاً من الثمن ولو قال بعتمكها يعني الثياب أو المذروعات كذا في النهاية وفيه نظر لان المبيع ان كان ثياباً 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 لكنه صار أصلاً بافراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع بمنزلة ثوب

وهذا معنى قولهم ان الوصف يقابله شيء من الثمن اذا كان مقصودا بالتناول وهذا أي أخذها بمحضها من الثمن انما هو لانه لو أخذها بجميع الثمن لم يكن المشتري 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 ذ كر عشرة دراهم في مقابلة عشرة أذرع ومقابلة الجملة بالجملة تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد وأجيب بأن الذراع أصل من وجه من حيث أنه من أجزاء العين التي هي مبيعة كالفيزر ووصف من وجه من حيث أنه لا يقابله شيء من الثمن كالجمال والكتابة ثم جعلنا عشرة أذرع منقسمة على الافراد عند ذكر كل ذراع لزم الغاء جهة الوصفية من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالاصلية عند ذكره عملا بالشبهين وفيه نظر لان قوله من حيث أنه لا يقابله شيء من الثمن معلول للوصفية فلا يكون علمها والاولى أن يقال اذا لم يفر د كل ذراع بالذ كر كان كون كل ذراع مبيعا ضمنا ولا يعتبر بذلك ما ذكرنا ان الوصف يصير أصلا اذا كان مقصودا بالتناول وان وجدت زائدة أخذ المشتري الجميع كل ذراع بدرهم أو فسخ ما خبار الفسخ فلانه ان حصل له الزيادة في الذرع لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر فكان في معنى خيار الرؤية في دفع الضرر في تخير وأما لزوم الزيادة لما بينا أنه صار أصلا مشروطا ولو أخذ بالشرط وفيه بحث من وجهين أما الاول فهو ان كل ذراع ان كان بمنزلة ثوب على حدة (٩٣) ففسد البيع اذا وجدها أكثر أو أقل كما لو كان العقد واردا على أنواع عشرة وقد وجدت أحد عشر أو تسعة على ماسياني وأما الثاني فهو ان الذراع لو كان أصلا بافراد ذكر الثمن امتنع دخول الزيادة في العقد كما دأب صبرة على انها عشرة أفقرزة فاذا هي أحد عشر فان الزيادة لا تدخل الا بصفقة على حدة وقد تقدم وهنأ دخلت في تلك الصفقة والجواب عن الاول ان الأنواع مختلفة فتكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضي الى المنازعة والذرعان 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 الذرع لزمه زيادة الثمن فكان نفعها يشوبه ضرر في تخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلا ولو أخذ بالاقبل لم يكن أخذها بالشرط قال (ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام 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 افر د الذراع وبيع مفرد 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 حمام 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) ومضى الخلاف على أن المؤدى من عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع فعندهما شائع كأنه باع عشر مائة وبيع الشائع جائزا اتفاقا كما يبيع عشرة أسهم من مائة سهم وعنده مواد قدر معين والجوانب 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 متعين لم يختلفوا فهو نظير اختلافهم في نكاح الصابئة مبني على أنهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم أولهم كتاب فلوا اتفقوا على الثاني اتفقوا على جوازه وعلى الاول اتفقوا على عدم الجواز فالشأن في

الثاني بأن الذراع الزائد لم يدخل كان باع بعض الثوب وفسد البيع فكنا بالدخول فخر يافي الجواز والقضير الزائد ليس كذلك قال (ومن اشترى عشرة أذرع) شراء عشرة أذرع (من مائة ذراع من دار أو حمام) أعنى أن يكون المبيع مما ينقسم أو مما لا 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 ا فخصيص الجواز بأحدهما تحكم

(قوله وفيه نظر لان قوله من حيث هو الخ) أقول تساع في العبارة فان معلول الوصفية هو عدم مقابله شيء من الثمن لاهذا القول (قوله فلا يكون علمها) أقول يجوز أن يكون العلم بالوصفية معلولا لما ذكر مع كون نفس الوصفية علمه بل لزوم المصادرة (قوله والاولى أن يقال يعني الارض) أقول فيه ان قول المصنف فنزل كل ذراع منزلة ثوب يبنى عن ارجاع الضمير الى الارض كما لا يخفى ثم يجوز أن يرجع الضمير الى الثوب باعتبار كونه مائة ذراع أو لسكونه منزلة الثوب حيث نزل كل ذراع منزلة ثوب واحد ولعل هذا ناو بل ما في النهاية (قوله فسد البيع اذا وجدها أكثر أو أقل الخ) أقول ممنوع كما يظهر في مسألة اشتراء العدل على انه عشرة أبواب (قوله وعن الثاني بأن الذراع الخ) أقول ويجوز أن يجاب عن الثاني بأنه لما كان في الذراع جهتا الاصلية والوصفية حكم بدخول الزائد بزيادة الثمن مراعاة لتينك الجهتين ولعل هذا أولى مما ذكره الشارح

ولاي حنيفة ان الذراع حنيفة في الالة التي يذرع بها وارادتها هنامتعدرة فصبير مجاز المايحمله بطر بقو ذكر الحال وارادة الحمل وما يحمله لا يكون الامعنا مشخصا لانه فعل حسي يقتضى محلا حسي او المشاع ليس كذلك فما يحمله لا يكون مشاعا فلا يستعمل فيه الذراع لعدم مجوز الجواز (وذلك) اى العشرة الاذرع غير معلوم هنا اذ لم يعلم ان العشرة من اى جانب من الدار فيكون مجهولا بجهالة تقضى الى المنازعة بخلاف المهم فانه امر عقلي لا يقتضى محلا حسي فمجوز ان يكون في الشائع فالجهالة لا تقضى الى المنازعة فان صاحب عشرة أسهم يكون شريكا لصاحب تسعين سهم ما في جميع الدار على قدر نصيبهما منها او ليس لصاحب الكثير ان يدفع صاحب القليل من جميع الدار في قدر نصيب من اى موضع كان ولا فرق عنده بين ما اذا علم (٩٤) جملة الذرعان كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار من مائة ذراع وبين ما اذا

لم يعلم كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار في الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز خلاف المايقوله 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 اذرع) عدل الشى يكسر العين مثله من جنسه في مقدار ومثله عدل الحمل اذا اشترى عدلا على انه عشرة اذرع او عشرة دراعم فكان تسعة اذرع او عشرة دراعم ففسد البيع اما اذا زاد فاجهالة المبيع لان الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده والاذرع مختلفة فكان المبيع مجهولا بجهالة تقضى الى المنازعة واما اذا نقص فالوجوب سقوط حصة الناقص عن ذمة المشتري وهى مجهولة لانه لا يدري

وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعمل لما يحمله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند ابي حنيفة بين ما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاص لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على انه عشرة اذرع او ثوب فاذا هو تسعة او احدى عشرة ففسد البيع لجهالة المبيع او الثمن (ولو بين اكل ثوب ثمانا جز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة) بجهالة العشرة المبيعة ترجيح المبني فابو حنيفة يقول (الذراع اسم لما يذرع به) ومعلوم انه لم يرد بالمبيع عشرة من الخشب التي يذرع بها فكان مستعارا لما يحمله وما يحمله معين فكان المبيع معينه اذ قد رابع عشرة اذرع (بخلاف) عشرة أسهم لان السهم اسم للجزء الشائع فكان المبيع عشرة اجزاء شائعة من مائة سهم وقد يقال ان تعيين جملة ذرعان الدار قرينة على انه انما اراد بيع الشائع لان به يعرف نسبة العشرة من الكل انما بالعشر والافلا فائدة في تعيينه لان العشرة اذرع لا يتفاوت مقدارها بتعنى الكل وعدمه وقد يقال فائدته لا تتعين في ذلك لجواز ان يرفع به الفساد فان بيع عشرة اذرع من ثوب لا يجوز على قول ابي حنيفة ولا على قولهما على تخريج طائفة من المشايخ وعلى قول آخرين يجوز لانها جهالة بيدهما ازالتهما يذرع الكل فيعرف نسبة العشرة ويصح هذا بناء على ما تقدم لهما من بيع صبرة لجواز ان يكون العاقد يرى الرأى الاول وما اوضح المسئلة في الجامع في عشرة اذرع من مائة ذراع ظهر ان ما قال الخصاص من ان الفساد عنده نما اذ 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 تنتفى الجهالة عن البعض الذي يبيع منه واختلاف المشايخ على قوله ما فيما اذا باع ذراعا او عشرة اذرع من هذه الارض ولم يسم جملة اذرع على قولهما لا يجوز لان صحته على قولهما باعتبار انه جزء شائع معلوم النسبة من الكل وذلك فرع معرفة جملة المبيع انه يجوز لانها جهالة بأيديهما ازالتهما بان تقاس كلها فيعرف نسبة الذراع او العشرة منها فيعلم قدر المبيع (قوله ومن باع عدلا) صورتها ان يقول بعثك ما في هذا العدل على انه عشرة اذرع او ثوب بمائة درهم مثلا ولم يفصل لكل ثوب ثمانا قابل المجموع بالمجموع (فاذا هو تسعة او احدى عشرة ففسد البيع لجهالة المبيع) في صورة الزيادة لما قرره من قريب في الفرق بين الثوب والذراع الذي صار اصلا من وجه (والثمن) في صورة النقصان لان الثمن لا يتقسم اجزائه على حسب اجزاء المبيع القيمي والنياب منه فلم يعلم للثوب الذهاب حصة مع لومة من الثمن المسمى لينقص ذلك الفدر منه فكان الناقص من الثمن قدر مجهولا فيصير الثمن مجهولا (ولو) كان (فصل لكل ثوب ثمانا) قال كل ثوب بعشرة (حاز) المبيع (في فصل النقصان بقدره) اى بما سوى قدر الناقص لعدم الجهالة لكن مع ثبوت الخيار لا يشترى لتفرق الصفقة عليه (ولم يجز في الزيادة) لان جهالة المبيع لا ترتفع فيه لوقوع المنازعة في تعيين العشرة

انه كان جيدا او وسطا او رديا وحينئذ لا تدري قيمته بقين حتى تسقط فكانت جهالتها ووجب جهالة الباقي من المبيعة الثمن فلا يشك في فساده واذا بين لكل ثوب ثمانا بقوله كل ثوب بدرهم جاز البيع في فصل النقصان لتكون الثمن معلوما وله الخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء تركه لانه تغير بشرط عقده ولم يجز في فصل الزيادة لجهالة العشرة المبيعة

قال المصنف (وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعمل لما يحمله الذراع) اقول قال الاتقانى كان القياس ان يقول استعبرت لانه استندالى ضمير الذراع وهى مؤنثة لكن ذكر الفاعل على تأويل الذراع بما يذرع به اه لكن قال في القاموس الذراع بالكسر من طرف المرفق الى طرف الاصبع الوسطى والساعد وقد يد كرفيمها جمع اذرع وذرعان بالضم اه وذكرا 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 شرط القبول في الوجود فيفسد العقد كالجويع بين حرو وعبد في صفقة وسمى لكل واحد ثنائيا لأنه لا يجوز البيع عنده في الفن خلافا لهما كذلك هذا واستدل بما ذكره محمد في الجامع الصغير رجل اشترى (٩٥) ثوبين على أنهما هرويان كل ثوب بعشرة

وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان أيضا وليس يصح بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فإذا أحدهما مروى حيث لا يجوز فيه ما وان بين عن كل واحد منهما لأنه جعل القبول في المروى شرط الجواز العقد في الهروى وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فاقترا

المبيعة من الاحد عشر (وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز) البيع (في فصل النقصان أيضا) قال في الذخيرة وأكثرت مشايخنا على أن ما ذكر في الكتاب من أن البيع جائز في الثياب الموجودة قولها ما ما على قول أبي حنيفة فالعقد فاسد في الكل لأنه فسد في البعض بمقدار ما كان وهو العدم والاصل عند أبي حنيفة أن العقد متى فسد في البعض بفساد مقارن يفسد في الباقي وقد ذكر محمد مسألة في الجامع تدل على هذا وهي رجل (اشترى ثوبين على أنهما هرويان) كل ثوب بعشرة (فاذا أحدهما مروى) بسكون الراء نسبة إلى قرية من قرى الكوفة أما النسبة إلى مرو والمعروفة بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الزاى فيقال مروى وكانه للفرق بين القريةين قال فسد البيع في الثوبين جميعا عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في الهروى والغائب في مسألة الجامع الصفة لأصل الثوب وقد فسد في الكل بقوانه فساد في الكل والثابت أحدهما أولى واليه مال الخواري وقال إنه الصحيح عنده وكذلك شبهه شمس الأئمة السرخسى إلى أكثر مشايخنا ثم قال والصحيح عندى أن هذا قولهم جميعا يعنى عدم الفساد في الباقي لأن أبا حنيفة في نظائر هذه المسئلة إنما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة وهو أنه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرط في قبوله في الآخر وهناك ما يوجد فإنه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد إيراد العقد على المعدوم بل على الوجود فقط فغلط في العدد بخلاف تلك المسئلة فإنه جعل قبول العقد في كل من الثوبين شرط القبول في الآخر وهو شرط فاسد وأقول قوله ما شرط قبول العقد في المعدوم إن كان صريحاً معلوماً ولا يضر فإن في الثوبين أيضاً ما شرط قبوله في المروى صريحاً وانما المقصود أنه إذا ضاف العقد إلى متعدد صفقة كان قبول العقد في كل شرط في قبوله في الآخر كما في الثوبين ولا شك أن في العشرة أيضاً كذلك فكان قبوله في العاشر شرط القبول فيما سواه ولا وجود للعاشر فكان قبوله في المعدوم شرطاً إلى آخره وحاصل قوله وما قصد إلى آخره ما أشار إليه المصنف وهو أن الشئيين الموجودين الموصوفين بوصف إذا دخل في عقد واحد كان قبول كل منهما بذلك الوصف شرطاً لقبول الآخر بذلك الوصف فإذا انعدم ذلك الوصف في أحدهما كان ذلك شرطاً فاسداً في القبول في الآخر بخلاف ما إذا كان معدوماً بذاته ووصفه فإنه ليس حينئذ داخل في العقد حتى يكون قبوله شرطاً لاجتماع العقد في الآخر لأنه معدوم فيجعل ذلك غلطاً فيما لم يجعل شرطاً لم يفسد العقد في الآخر فتدبر أن محط الفرق اعتبار الغلط وعدمه ولا شك أن اعتبار الغلط انما يتأتى من جهة البائع على معنى أنه انما أوجب في تسعة ولكنه غير عاشر غلطاً فالمشترى لما قبل في عشرة ما كان غلطاً انما لا في الإيجاب والقبول كالجواز تسعة أو ثوب من عشرة وقال بعتك هذه التسعة فقال قبلت في العشرة لا يتم العقد في التسعة ولا العشرة وإن كان معنى غلطه أنه قصد الإيجاب في عشرة وليس في الواقع التسعة لم يفسد الصحة لأن المعقود عليه معدوم وقد جعل قبول العقد فيه شرطاً لقبوله في التسعة وهذا لأنه جاز في اعتقاد قيام العشرة فإن لم يكن في ملكه فآخرى أن يكون البيع باطلاً

فاذا أحدهما هروى والآخر مروى فالبيع فاسد في الهروى والمروى جميعاً عند ابن حنيفة فرجه الله وعندهم يجوز في الهروى ووجه الاستدلال أن الغائب في الصفة مسألة الجامع الصغير لأصل الثوب فإذا كان فوات الصفة في أحد البدين مفسد للعقد على مذهبه فقوات أحدهما من الاصل أولى أن يفسد قال الشيخ وليس يصح لأن الثمن النافض معلوم قطعاً فلا يضر الباقى وفرق بين هذه المسئلة ومسئلة الجامع بقوله لأنه جعل القبول في المروى شرطاً للعقد في الهروى وهو شرط فاسد لأن المروى غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسداً وهذا لا يوجد ههنا فإنه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد إيراد العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه وانما قصد إرادته على الموجود فقط ولو كانت غلط في العدد وهو مروى بفتح الراء ومروى بسكونها منسوب إلى هراة ومروى قرينان بخراسان

قال المصنف (فاذا أحدهما مروى) أقول قال ابن الهمام بسكون الراء نسبة إلى قرية من قرى الكوفة وأما النسبة إلى مرو والمعروفة بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الزاى فيقال مروى وكانه للفرق بين قريةين اه وفيه كلام (قوله لأن المروى غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد) أقول لا يقال إذا كان غير مذكور فبأى شيء علم الشرط لأنه لا يعلم من إشارته اليها حين البيع فليتأمل

قال (ولو اشترى ثوباً واحداً) اذا اشترى ثوباً واحداً على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فزاد وانقص نصف ذراع قال أبو حنيفة اذا زاد أخذه بعشرة بلا خيار وفي النقصان بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف اذا زاد أخذه بأحد عشر ان شاء وان نقص بعشرة ان شاء وقال محمد أخذ 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) يجري عليه أي على النصف حكم المقابلة ويخير كالأول بعشرة فنقص ذراع (ولاب)

(ولو اشترى ثوباً واحداً على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة رجه الله في الوجه الاول بأخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف رجه الله في الوجه الاول يأخذه بأحد عشر ان شاء وفي الثاني بأخذ بعشرة ان شاء وقال محمد رجه الله يأخذ في الاول بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير) لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجزي عليه حكمها ولا ييوسف رجه الله أنه لما أفرد كل ذراع ببديل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولا يي حنيفة رجه الله أن الذراع وصف في الاصل وانما أخذ حكم المقادير بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للشترى ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا ويجوز بيع ذراع منه

يوسف أن بافراد البديل صار كل ذراع) كثوب على حدة والثوب اذا بيع على أنه كذا ذراعاً فنقص ذراع لا يسهط شي من الثمن ولكن يثبت له الخيار وقد تقدم ولا يي حنيفة رضي الله عنه قد ثبت ان الذراع وصف في الاصل لا يقابله شي من الثمن وانما أخذ حكم الاصل بالشرط والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع فكان الشرط معدوماً وزال موجب كونه أصلاً فعاد الحكم الى الاصل وهو الوصف فصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة صفة الجوده فسلم له مجازاً وقيل هذه الاقوال الثلاثة في ثوب الذي تتفاوت جوانبه كاسر او يبل والقيص والاقبية أما في الكرباس في لا يتفاوت جوانبه لا تسلم الزيادة له لانه وان اتصل به بعضه ببعض فهو في معنى المكيل والموزون لعدم تضارره بالقطع وعلى هذا قال المشايخ اذا باع ذراعاً منه ولم يعين موضعه جاز كما في الخنطة اذا باع قفيزاً منها

كأذرع كزمن باع كزمن حنطة ولبس في ملكه حنطة البيع باطل ولانه باع ما ليس عنده وفي المحيط روى قاضي الحرمين أن العقد فاسد في الفصل الاول وفيه أبيعك هذه الخنطة على أنها أقل من كزفوجدها كذلك جاز الا في رواية عن أبي يوسف وان وجدها كزاً أو أكثر فالببيع فاسد وكذا اذا قال على انها أكثر من كزفوجدها كذلك وان وجدها كزاً أو دونه ففساد ولو قال كزاً أو كزاً كيف ما كان غير أنه يخير في الأقل كما لو قال على أنها كز على هذا اذا اشترى عنباني 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 الكز والاكتر منه مقدار معين ليعرف الزائد عليه فيرد الى البائع بخلاف ما اذا قال كزاً أو كزاً 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 ثوباً واحداً على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة رجه الله في الوجه الاول بأخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف رجه الله في الوجه الاول بأخذه بعشرة ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير) وجه قوله (ان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجزي عليه حكم المقابلة) وحكمها أن يجب في مقابلة كل جزء إضافي من الذراع مثله من الدرهم فنصف الذراع بنصف الدرهم وربعه وثمانته بثمانته وهكذا في بعض النسخ فيجزأ الدرهم عليه أي يقابل كل جزء له نسبة خاصة بجزءه كذلك من الاخر ويخير بجزء أيضاً يعود الى كل من الذراع والدرهم الا أن الدرهم أقرب من كز و وانما يخير في الزيادة لان سلامة النصف بمقابلة ضرره فلا يلزمه الا بالتزامه 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 افراد الذراع بالثمن يخرج رجه عن الوصفية الى الاصلية (وقد انتقص) عن الذراع فلا ينتقص شي من الثمن وانما يثبت الخيار له لما ذكرنا من أن في الزيادة نفعاً يشوبه ضرر وفي النقصان فوات الوصف المرغوب فيه (ولابى حنيفة أن الذراع وصف في الاصل وانما أخذ حكم المقادير بالشرط)

(قوله كالأول بعشرة فنقص ذراع) أقول الاول

هو تعميم الكلام لكلا طرفي الزيادة والنقصان بأن يقول كالأول بعشرة كل ذراع بدرهم - وكان
 فنقص منها أو زاد ذراع ولا بد لمحمد رجه الله تعالى من الفرق بين هذه المسئلة وبين ما تقدم من انه اذا باع ثوباً على انه عشرة أذرع بعشرة فان ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم ثابتة هناك أيضاً ولعل عن ذلك للتفاوت في اطراف الثوب الواحد ولا كذلك اطراف الذراع الواحد منه غالباً (قوله ولو اشترى ثوباً واحداً على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم) أقول ولم يعين لكل ذراع ثمن بل بيع على انه عشرة أذرع بعشرة دراهم مثلاً

فصل مسائل هذا الفصل منبئة على قاعدتين احدهما ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرف داخل 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 البشر في ثاني الحال ليس باتصال قرار وما وضع لالان يفصله فيه فهو اتصال قرار وعلى هذا (دخول بناء الدارق بيعها وان لم يسمه لانه اسم الدار يتناول العرصه والبناء في العرف) لا يقال لان اسم تناوله البناء في العرف (٩٧) فانه لم يدخل في باب الايمان التي مبناها على العرف كما تقدم (لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها) وهي اذ لم تكن داعية للبين لا يتقدم بها كما تقدم والبناء ليس بداع الى البين فلم يتقدم به وخفت بالدخول بعد الانهدام (ولان البناء متصل به) أي بالارض على تأويل المكان (اتصال قرار) فيكون تابعه

فصل ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصه والبناء في العرف ولانه متصل به اتصال قرار فيكون تبعه

وكان الاولى ان يقول حكم الاصل أو الثوب المنفصل بالشرط لان المقدار أيضا وصف على ما تقدم وأخذ حكم الاصل مفيد بكونه ذراعا فإذا لم يوجد لم يوجد ما أخذ حكم الاصل فبيد على الاصل من كونه وصفا لا يقابله شيء من الثمن وان كان هكذا فلا وجه لثبوت اختياره 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 مفيد بكونه ذراعا إشارة الى الجواب عن قول محمد انه ينقسم أجزاء الدرهم على أجزاء الذراع فقال هذا اذا كان تمام الذراع موجودا والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كله فكان لبعض منه حكم الوصف لانعدام المقابلة به

فصل لما ذكر ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد ذكر ما يدخل في المبيع مما لم يسم وما لم يدخل واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك (قوله ومن باع دار الخ) في المحيط الاصل ان كل ما كان في الدار من البناء أو متصلا بالبناء تبعها فأي دخل في بيعها كالمسلم المتصل والسور والدرج المتصلة والحجر الاسفل من الرحي ويدخل الحجر الاعلى عندنا استحيانا والمراد بجحر الرحي المنبئة في الدار وهذا متعارف في ديارهم أما في ديار مصر لا تدخل رحا اليد لانها يججر بها تنقل وتحول ولا تنفي فهي كالباب الموضوع والباب الموضوع لا يدخل بالاتفاق في بيع الدار نعم لو ادعاه أحداهما لنفسه بأن قال هذا ملكي وضعته 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 العرصه والبناء وبأنه متصل بها اتصال قرار) واستشكل الاول بمسئلة الحلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما تقدم بناؤها يخفت فلو كان البناء من مسمى لفظ الدار لم يخفت وهذا الواو بطل التعليل الاول لا يضر بالمقصود من الحكم لثبوت العلة الاخرى ثم أجيب بأن البناء وصف فيها وهو العرف المعينة فكانت حلف على نبي الدخول في هذا المكان وتحقيقه انه حلف لا يدخل هذه التي تسمى الان دارا 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 ومثقه فيها يدخل وان كان أكبر أو مثلها لا يدخل وقيل ان صغيرا دخل والا وقيل يحكم الثمن وفي المتقي اشترى حائط يدخل ما تحته من الارض وكذا ذكر في الصحفة من غير ذكر خلاف وفي المحيط جعله قول محمد والحسن وقول أبي يوسف لا يدخل وأما أساسه قيل الظاهر من مذهبه انه يدخل لانه جزء الحائط حقيقة ويدخل في بيع الحمام القدر ودون قصاعه وأما قدر القصارين والصباعين وأجاجين الغسالين

فصل ومن باع دارا (قوله مسائل هذا الفصل) أقول أي بعضها والا فبعضها بل أكثرها لا ينبي على واحدة منهما (قوله منبئة على قاعدتين) أقول بمعنى انه لا يتناول البناء على واحدة منهما (قوله على معنى انه ما وضع الخ) أقول أي اتصال ما وضع الخ فالضام 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 البين اذ هي للامتناع عن الشيء والبناء لا يكون داعيا الى

(١٣ - فتح القدر خامس) البين في أمثال قولهم والله لا أدخل هذه الدار في عرف الناس فليتأمل ثم أقول ويجوز ان يجب بقبول كون البناء جزءا من الدار فانه ركن زائد لا يتغير اسم الدار بتغيره ألا يرى ان من حلف لا يكلم زيد ان يكلمه بعد ما قطع يده ورجله يخفت مع كونه مادا خليا في زيد واذا بيع دخل يده ورجله في البيع كالا يخفى وهذا الكلام اجابى وأصل ما ذكرنا في كتب الاصول في باب الاحكام (قوله اذ لم تكن داعية لا يتقدم بها) أقول لا يتقدم بها في العرف (قوله ولان البناء متصل به أي بالارض على تأويل المكان) أقول لم يتقدم ذكر الارض والاولى ان يقال أي بالعرصة نعم ما ذكره صحيح في قوله لانه من العرف

الارض والاولى ان يقال أي بالعرصة نعم ما ذكره صحيح في قوله لانه من العرف

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

وخوابى الزياتين وجبابهم ودنانهم وجذع القصار الذي يدق عليه الميث كل ذلك في الارض فلا يدخل
وان قال بحقها قلت ينبغي أن تدخل كما اذا قال بمرافقها وأما الطريق ونحوه فسيأتي ان شاء الله تعالى
في باب الحقوق ﴿ فروع ﴾ باع فرسا دخل العبد ارتحت البيع والزمام في بيع البعير ولم يذكر
في شيء من الكتب ما اذا باع فرسا وعليه سرج قيل لا يدخل الا بالتمنيص أو يحكم الثمن ولو باع جارا
قال الامام محمد بن الفضل لا يدخل الا كاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ولم يفصل بين ما اذا كان
موكفاً وغيره وكف في فتاوى قاضيان وهو الظاهر فالأ كافي فيه كالمسرح في الفرس وقال غيره
يدخل الاكاف والبرذعة تحت البيع وان كان غير موكف وقت البيع واذا دخل بلا ذكر كان
الكلام فيه ما قلنا في ثوب العبد والجارية ولا يدخل الموقوف في بيع الجارية لانه يتقادونه بخلاف الفرس
والبعير وليتأمل في هذا باع عبداً أو جارية كان على البائع من الكسوة قدر ما وارى عورته فان بيعت
في ثياب مثله ادخلت في البيع والبائع أن يمسك تلك الثياب ويدفع غيرها من ثياب مثله يستحق ذلك
على البائع ولا يكون للثياب قسط من الثمن حتى لو استحق الثوب أو وجد بالثوب عيباً لا يرجع على البائع
بشيء ولا يرد عليه الثوب ولو هلك الثياب عند المشتري أو تعبت ثم رد الجارية بعيب ردها بجميع الثمن
لانه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن وعلى هذا ما ذكر في الكافي من رجل له أرض وفيها
نخل لغيره فباعها حارب الارض باذن الآخر بألف وقيمة كل منها خمسة مائة فالثمن بينهما مائة فان
لاستوائهم حاقبه فلو هلك النخل قبل القبض بأفة سماوية خير المشتري بين الترتك وأخذ الارض بكل الثمن
لان النخل دخل تبعاً فلا يبايه شيء من الثمن ثم الثمن كله لرب الارض لانتفاض البيع في حق النخل
والثمن كله بمقابله الاصل وهو له دون التبع ولو باع أنا الهامحش أو بقرة لها عمول اختلف قيل يدخلان
وقيل لا يدخلان وقيل يدخل العمول دون الحش ولو باع عبد الله مال ان لم يذ كر المال في البيع فماله لولاه
وان باعه مع ماله بكذا ولم يبي بين المال فسد البيع وكذا لو سمي المال وهو دين على الناس أو بعضه فسد
البيع وان كان عينا جاز البيع ان لم يكن من الاثمان فان كان منها وكان الثمن من جنسه بأن كان دراهم
والثمن كذلك فان كان الثمن أكثر جاز وان كان منه له وأقل لا يجوز لانه يبيع للعبد بل الثمن وان كان منها
ولم يكن من جنسه بان كان دراهم ومال العبد نائراً وبالقلب جاز اذا تقاضى المجلس وكذا لو قبض مال
العبد ونقد حصته فقط من الثمن وان افترقا قبل القبض بطل العقد في مال العبد اشترى دارا فوجد
في بعض جذوعها مالان قال البائع هو لي كان له فيرد عليه لانها وصلت الى المشتري منه وان قال ليس لي
كان كالقطة ولو قال صاحب علو وسفل لاخر بعت منك علوهذا 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 خلافاً لما قال بعض المشايخ ان غير المثمرة لا تدخل الا بالذكر
لانها انفرس للقرار بل للقلع اذا كبر خشبها فصارت كالزرع ولما قال بعضهم ان الصغيرة لا تدخل
وفي فتاوى قاضيان ولو باع أرضا وفيها اشجار غار تحول في فصل الربيع وتباع ان كانت تطلع من
أصلها تدخل في البيع وان كنت تقطع من وجه الارض فهي للبائع الا بشرط نم الشجرة اليابسة
لا تدخل لانها على شرف القلع فهي كحطب موضوع فيها ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الارض
والدار الا بذكر الحقوق وكذا في الاقرار والصلح والوصية وغيرها ويدخلان في الاجارة والرهن والوقف
والسمة لانها تعقد للانتفاع ولا تنتفع بدونها بخلاف البيع فانه بعد قدامك الرقبة فقد رادبه الانتفاع
بالتجارة فيها ولا يدخل الثمر الذي على رؤس الاشجار الا بالشرط وما كان من الاوراق وأوراق الفرص

(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 الابالتسمية) لانه متصل بها للفصل فشاها المتاع الذي فيها (ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثمر فثمره للبائع الآن بشرط المتاع) لقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى أرضا فيها نخل فالثمره للبائع الآن بشرط المتاع ولان الاتصال وان كان خلة فهو لقطعه لا للبقاء فصار كالزرع

والثوت لانه بمنزلة الثمر ولو كان على الشجر ثمار فثمره المشتري له فأكله البائع سقطت حصته من الثمن ثم ثبت الخيار للمشتري في الصحيح لتفرق 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 اذا باع قرية يخرج منها الطريق والمساجد والغارقين وسور القرية لان السور يبقى على أصل الاباحة عند القسمة فلا يدخل في البيع وفي الفصل الثالث فيما يجوز بيعه وما لا يجوز من الاصل باع قرية وفيها مسجد واستثناءه بشرط ذكر الحدود واختلاف المشايخ واستثنى الحياض وفي المقبرة لا بد من ذكر الحدود الآن تكون ربوة (قوله ولا يدخل الزرع في بيع الارض الابالتسمية لانه متصل بها للفصل) أي لفصل الآدمي اياها لا تتفاعة بها (فشاها المتاع الذي فيه) أي في المبيع فاندفع ما ورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحو البقرة الحامل فانه يدخل جملها في البيع مع انه متصل للفصل بأن ذلك فصل الله تعالى وهذا المعنى متبادر فترك التقييد به وأيضا الام وما في بطنها مجانس متصل فمدخل باعتبار الجزئية بخلاف الزرع ليس مجانس الارض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الاصل فبعد ذلك يتظر ان كان اتصاله للقرار كافي الشجر كان متصلا للعالم وفي ثانی الحال فمدخل بطريق التبعية لشدة الاتصال بالجنسية والجزئية وان كان اتصاله للفصل في ثانی الحال كالزرع يجعل منفصلا فلا يدخل فان قيل ينبغي أن يدخل لان الاتصال قائم في الحال والانفصال معدوم فيه فيترجح الموجود على المعدوم الجواب بأن الموجب للدخول اما شمول حقيقة المسمى في البيع له أو تبعية له والتبعية بأن يكون مستقرا الاتصال به لا مجرد اتصاله الحال مع انه بعرضية الفصل وانتفاء المجانسة ظاهرة فلم يتحقق موجب الدخول والله أعلم (قوله ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثمر فثمره للبائع الآن بشرط المتاع) لنفسه أي يشترى الشجرة مع الثمرة التي فوقها ولا فرق بين المؤبرة وغير المؤبرة في كونها للبائع الا بالشرط ويدخل في الثمرة الورود والياسمين والخلاف ونحوها من المشهورات فالكل للبائع وعند الشافعي ومالك وأحمد بشرط في ثمر النخل التأخير فان لم تكن أبرد فهي للمشتري والتأخير التلقح وهو أن يسبق عناقيد الكرم ويذوقها من طلع الفحل فانه يصلح ثمر انث النخل لما روي أصحاب الكتب السنة 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 مفهوم الصفقة من قال به يلزمه وأهل المذهب يتفون بحجته وقدرى محمد رجه 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 مرويه تخصيص الشيء بالذكرك فلا يدل على نفي الحكم عما عداه انما يلزمهم لو كان لبا يكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة عندهم كما ذكرنا ولو صح حديث محمد رجه الله فهم يحمون المطلق على المقيد وعلى أصول المذهب أيضا يجب لانه في حادثة واحدة في حكم واحد والذي يلزمهم من الوجه القياس على الزرع وهو المذكور في الكتاب بقوله انه متصل للقطع لا للبقاء فصار كالزرع وهو قياس صحيح وهم يتقدمون القياس على المفهوم اذا تعارضوا حينئذ فيجب أن يحمل الابار على الاعمار لانهم لا يؤخرونه عنه فكان الابار علامة الاعمار

ولا يدخل الزرع في بيع الارض الابالتسمية لانه متصل به للفصل فشاها المتاع (الموضوع في المار) ونوقض بالحل فانه متصل بالام للفصل ويدخل في بيع الام والجواب انه غير وارد على التفسير المذكور فان البشر ليس في وسعه فصل الحمل عن الام قال (ومن باع نخلا) باع نخلا (أو شجرا عليه ثمر فثمره للبائع) الا أن يقول المشتري اشترته مع ثمره (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 المفقود عليه أرض فيها نخل عليه ثمر فقال عليه السلام الثمرة للبائع الآن بشرط ولم يذكر النخل وقوله (ولان الاتصال وان كان خلة) فيه اشارة الى ان الاعتبار للحال الثاني والحال الاولى لا فرق فيها بين أن يكون خلة أو موضوعا

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

(و يقال للبائع سلم المبيع) فارغاً لوجوب ذلك عليه فيؤمر بتفريغ ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع (وقال الشافعي بتركه حتى يسد وصلاح الثمر ويستحصد الزرع لأن الواجب هو التسليم المعتاد والمعتاد ان لا يقطع) وقاسه على ما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يؤخر الى الحصاد (١٠٠) والجواب انما لا نسلم أن المعتاد عدم القطع الى وقت البدو والاستحصاد سلمناه

(و يقال للبائع اقطعها وسلم المبيع) وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رحمه الله بتركه حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد والمعتاد ان لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك بأجر وتسليم العوض كالتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال له 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 نخلنا مؤبرايه من مؤبرا وما نقل عن ابن أبي ليلى من أن الثمرة مطلقا للمشتري بعيدا إذا بضاد الاحاديث المشهورة (وإذا) 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 تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي بتركه حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع) وهو قول مالك وأحمد رحمه الله (لان الواجب هو التسليم المعتاد ولهذا لا يجب في الدار وتسليمها في الحال اذا بيعت ليلاً وكان له فيها متاع بل ينتظر طلوع النهار ووجود الجالين (وفي العادة لا يقطع الا بعد ما قلنا وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع) فانه يترك حتى يستحصد رضى المؤجر أو لم يرض واذا كان كذلك فلا يباي بتضرر المشتري بالانتفاع بملكه بلا عوض لانه حين أقدم على الشراء والعادة ما ذكرنا كان ملتزماً للضرر المذكور ويقال استحصد الزرع يستحصد بكسر الصاد جاء وقت حصاده أوجب المصنف (بأن هناك) أي في الاجارة (أي يجب التسليم) ولذا تجب الاجرة 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 تركه الى ما ذكرنا مجازاً وفي الاجارة بتركه بأجر ولا يخص من هذا الآن يتم منع أنه معتاد في البيع كذلك. والافاذا فرق بين البيع والاجارة بأن اقدم البائع على البيع مع علمه بأن المبتاع يطالبه بتفريغ ملكه وتسليمه فارغاً لانه لا يرضى بقطعه فلم تجب رعاية 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 رعاية جانبه بتبقية ملكه بالاجرة التي تجب عليه أن يقال انما يكون اقدمه على البيع رضا بالقطع في الحال لولم يكن التأخير الى الصلاح معتاداً أما اذا كان معتاداً فلا وقد منعت لعادة المستمرة بذلك بل هي مشتركة فقد يتركه وقد يبيعون بشرط القطع والله أعلم ثم هل تدخل أرض الشجر في البيع ببيعها ان اشتراها لقطع لا تدخل بالاجماع وان اشتراها ببيعها مطلقاً لا تدخل عند أبي حنيفة وأبي يوسف لان الارض أصل والشجر تبع فلا ينفصل الاصل تبعاً وهو قول الشافعي وعند محمد وهو رواية عن أبي حنيفة وقول للشافعي يدخل ما تحتها بقدر غلظ ساقها وفي جمع النوازل والفتاوى الصغرى هو المختار لانه اشترى الشجر وهو اسم للمستقر على الارض والافهوج سدع وحطب فيدخل من الارض ما يتم به حقيقة اسمها فهو دخول بالضرورة فيتم قدرها وقيل قدر ساقها وقيل بقدر ظلها عند الزوال وقيل بقدر عروقها والعظام ولو شرط قدرها على ما شرط وقوله (ولا فرق) بين أن

لكنه مشترك فانه قد يبيعون لقطع سلمناه ولكن الواجب ذلك ما لم يعارضه ما يسقطه وقد عارضه دلالة الرضا بذلك وهي اقدمه على بيعها مع علمه بمطالبة المشتري بتفريغ ملكه وتسليمه اياه فارغاً (قوله هناك) اشارة الى الجواب عن المقيس عليه وتقديره (التسليم واجب) في صورة انقضاء مدة الاجارة أيضاً (ولا يتركه الا بأجر وتسليم العوض تساميم المعوض) لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك لماسياً (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 منفرداً يصح في أصح الروايتين وما صح يبعه منفرداً لا يدخل في بيع غيره اذا لم يكن موضوعاً للقرار

(قوله وقد عارضه دلالة الرضا بذلك) أقول أنت خبير بأنه لا يظهر لقوله وقد عارضه دلالة الرضا وجه بعد تسليم ان العرف

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

(قوله وأما إذا بيعت الأرض) يعني معطوف على قوله ولا فرق يعني الثمر لا يدخل في البيع وإن لم تكن له قيمة (وأما الأرض إذا بيعت وقد بذر فيها) صاحبها ولم ينبت فإنه لا يدخل في البيع لأنه مودع فيها كالمناج (وذكر في فتاوى الفضلي ذلك فيما إذا لم يعفن البذر في الأرض وأما إذا عفن فيها فهو للشترى وهذا لأن بيع العفن بانفراده لا يصح فكان تابعاً (١٠١) ولو نبت ولم يصرفه قيمة) قال أبو القاسم الصفار

لا يدخل وقال أبو بكر الاسكاف
يدخل قال الشيخ (وكان)
وصح بعض الشارحين
تشديد النون (هذا بناء
على الاختلاف في جواز
بيعه) يعني فن جواز بيعه
قبل أن تناله المشافر والمناجل
لم يجزعه له تابعه غيره ومن لم
يجوز جعله تابعاً مشافراً
كغير شفته والجمع مشافر
والمناجل ما يحصد به الزرع
والجمع مناجل قال (ولا
يدخل الزرع والنثر) اعلم
ان الانناط في بيع الأرض
المزروعة والشجرة المثمرة
أربعة الأول أن يقول بعث
الأرض أو الشجر ولم يزد على
ذلك وقد تقدم بيان ذلك
والثاني بعث بحقوقها
ومرافقها والثالث بعث
بكل قليل وكثير هوله فيها
ومنها من حقوقها أو من
مرافقها والرابع بعث بكل
قليل وكثير هوله فيها ولم يقل
من حقوقها أو من مرافقها
وفي الثاني والثالث لا يدخل
الزرع والنثر - لأن الحق في
العامة يذكر لها وتبع لا بد
لبيعه منه كالطريق والشرب
والمرافق ما يرتفق به وهو
مختص بالتوابع كسبيل
الماء والزرع والثمر ليسا

وأما إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لأنه مودع فيها كالمناج ولو نبت ولم
تصرفه 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 والنثر بذكر الحقوق والمرافق لأنهما ليسا منها ولو قال بكل
قليل وكثير هوله فيها ومنها من حقوقها أو قال من مرافقها لم يدخل فيه لما قلنا وإن لم يقل من حقوقها
أو من مرافقها خلا فيه أما النثر والمجدوز والزرع المحصود فهو بمنزلة المناج لا يدخل إلا بالتصريح به

يكون له قيمة أولاً في الصحيح احتراز عن قول البعض إن لم يكن له قيمة يدخل والصحيح لا يدخل في الخالتي
إن كان له قيمة أولاً لم تكن وعلمه أن بيعه يصح في أصح الروايتين مع كونه ليس للقرار وما يصح بيعه وليس
لقرار لا يدخل في البيع تبعاً لغيره بخلاف البناء فإنه يجوز بيعه منفرداً ولكنه موضوع للقرار (قوله
وأما إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت لم يدخل لأنه مودع فيها كالمناج) هكذا أطلق المصنف
وكذا أطلقه غير واحد وقيدته في الذخيرة بما إذا لم يعفن أما إذا عفن فهو للشترى لأن العفن لا يجوز بيعه
على الانفراد فصارت كجزء من أجزاء الأرض فيدخل في بيع الأرض واختار الفقيه أبو الليث أنه لا يدخل
بكل حال كما هو إطلاق المصنف وفي فتاوى الفضلي كما في الذخيرة قال ولو عفن البذر في الأرض فهو للشترى
والأقرب البائع ولو سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن وقت البيع فهو للبائع والمشتري متطوع ولو باعها بعد
ما نبت ولم تصرفه قيمة فقد قيل لا يدخل فيكون للبائع وقيل يدخل ولم يرجح المصنف منها شيئاً ورجح في
التجسس قال فيه قال الفقيه لا يدخل والصواب أنه يدخل نص عليه القاسم ودور في شرحه وفي شرح
الاسيحاقي انتهى وقول الفقيه أبي الليث هو قول أبي القاسم وفي فتاوى قاضيخان قال الشيخ الإمام أبو
بكر محمد بن الفضل هذا إذا صار الزرع ممتوماً أي لا يدخل فإن لم يكن ممتوماً يدخل الزرع من غير ذلك
قال وإنما تعرف قيمته بأن تقوم الأرض مبدورة وغير مبدورة فإن كانت قيمته مبدورة أكثر من قيمته غير
مبدورة وعلم أنه صار ممتوماً انتهى وبه - إذ ظهر أن حكاية اتفاق المشايخ على عدم الدخول مطلقاً ليست
واقعة بل قولان عدم الدخول مطلقاً والتفصيل بين أن يعفن فيدخل أو لا فلا وكان المناسب أن يقول
تقوم الأرض بل ذلك الزرع وبه فإن زاد فالأرض قيمته وأما تقويمها بمبدورة وغير مبدورة فأنما يناسب من
يقول إذا عفن البذر يدخل ويكون للشترى ويعلمه بأنه لا يجوز بيعه وحده لأنه حينئذ ليس له قيمة قال
المصنف (وكان هذا) بتشديد النون يعني الاختلاف في دخول الزرع الذي ليست له قيمة وعدمه (بناء
على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل) من قال لا يجوز بيعه قال يدخل ومن قال
يجوز قال لا يدخل ولا يخفى أن كلاماً من الاختلافين مبني على سقوط تقويمه وعدمه فإن القول بعدم جواز
بيعه وبدخوله في البيع كلاهما مبني على سقوط تقويمه والأوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع
الحش كالأول على رجاء حياته فينتفع به في ثانی الحال (قوله) لا يدخل الزرع والنثر بذكر الحقوق والمرافق
الح) يعني إذا باع أرضاً فيها زرع وشجر وعليه ثمر أو باع شجراً فقط وعليه ثمر وقال بعثها أو اشتريتها بجميع
حقوقها ومرافقها لا يدخل الزرع والنثر بذلك لأنهما ليسا من الحقوق والمرافق وكذا لو قال بكل قليل وكثير
هوله فيها أو منها من حقوقها أو من مرافقها لم يدخل أيضاً لما ذكرنا بعينه ولو كان اقتصر على قوله بكل
قليل وكثير هوله فيها أو منها أو على قوله بكل قليل فيها أو منها دخلاً - هذا في المتصل بالأرض والشجر

كذلك فلا يدخل - لأن وفي الرابع يدخلان أمور اللفظ - هذا إذا كان في الأرض أو على الشجر وأما إذا كان الثمر مجذوزاً والزرع محصوداً
فهو بمنزلة المناج لا يدخلان إلا بالتصريح به

(قوله وصح بعض الشارحين) أقول أراد الاتقاني (قوله يذكر لها وتبع) أقول أي للبيع

قال (ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها) يبيع الثمر على الشجر لا يخلو ما أن يكون قبل الظهور أو بعده والاول لا يجوز والثاني جائز بصلاحها
بصلاحها لا انتفاع بنى آدم أو علف الدواب أو لم يبد لأنه مال منقوم لكونه منتفعا به في الحال أو في الزمان الثاني فصار كبيع الخش
والمهر وذ كرمس الأعمى المرخصى وشيخ الاسلام خواهر زاده أن البيع قبل أن ينتفع به لا يجوز انتهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع
التمر قبل أن يبد وصلاحه ولأن البيع يختص بمال منقوم والتمر قبل بدو صلاحه ليس كذلك قال الشيخ والاول أصبح يعنى رواية
ودراية أما الاولى فلما أشار إليه محمد رحمه الله في باب العشر ولو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك فالعشر على
المشترى فلولا يمكن الشراء جازا في أول ما تطلع لما وجب العشر على المشتري وأما الثانية فلأنه مال منقوم في الزمان الثاني ونفي جوازه
مفوض الى نفي جواز بيع المهر والخش (١٠٣) وهو ثابت بالاتفاق والجواب عن الحديث أن تأويله إذا باعه بشرط الترك

أو ان المراد به النبي عن
بها ما يدل قوله صلى
الله عليه وسلم لم أرايت لو
أذهب الله الثمرة بم يستحل
أحدكم مال أخيه وإنما
يتوهم هذا إذا اشترى بشرط
الترك الى أن يبد وصلاحها
أو بطريق السلم وإذا جاز
البيع وجب على المشتري
قطعها في الحال تفريغ المالك
البائع قوله (وهذا) إشارة
الى الجواز أى الجواز إذا
اشترها مطلقا أو بشرط
القطع) أما إذا قال اشترته
على أن أتزك على النخل
فقد فسد البيع لأنه شرط
لا يقتضيه العقد لان مطلق
البيع يقتضى تسليم العقود
عليه فهو وشرط القطع
سواء كان تركها على النخل
شغل ملك الغير أو ان فى هذا
البيع صفقة فى صفقة لانه
إعارة فى بيع أو إجارة فيه
لان تركها على النخل ما أن

قال (ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها أو قد بدأ بالبيع) لأنه مال منقوم أما لكونه منتفعا به في الحال
أو في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل أن يبد وصلاحها والاول أصح (وعلى المشتري قطعها في الحال)
تفريغ المالك البائع وهذا إذا اشترها مطلقا أو بشرط القطع (وان شرط تركها على النخل فسد البيع)
لأنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو صفقة فى صفقة وهو إجارة أو إجارة فى بيع وكذا
بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا إذا انتهى عظمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما قلنا
أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فيها فلا يدخل ولو قال بكل قبيل وكثير هو فيها ما ينص عليه والمحدود
بدلين مهملتين ومجهولتين بمعنى واحد أى المقطوع غير أن المهملتين هنا أولى ليناسب المحصود (قوله
ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها) لا خلاف فى عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر ولا فى عدم جوازه بعد
الظهور قبل بدو صلاح بشرط الترك ولا فى جوازه قبل بدو صلاح بشرط القطع فيما ينتفع به
ولا فى الجواز بعد بدو صلاح لكن بدو صلاح عندنا أن تأمن العاهة والفساد وعند الشافعى هو
ظهور النضج وبدو الإلاوة والخلاف إنما هو فى بيعها قبل بدو صلاح على الخلاف فى معناه لا بشرط
القطع فعند مالك والشافعى وأحمد لا يجوز وعندنا أن كان بحال لا ينتفع به فى الاكل ولا فى علف الدواب
خلاف بين المشايخ قيل لا يجوز ونسبه فاضحان لهامة شايخنا والصحیح أنه يجوز لانه مال منتفع به
فى نائى الحال ان لم يكن منتفعا به فى الحال وقد أشار محمد فى كتاب الزكاة الى جوازه فانه قال لو باع الثمار
فى أول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشتري فلولا يمكن جازا لم يوجب فيه العشر
على المشتري وصحة البيع على هذا التقدير بناء على التعويل على اذن البائع على ما ذكرنا من قريب
والا فلا انتفاع به مطلقا فلا يجوز بيعه والحيلة فى جوازه باتفاق المشايخ ان يبيع الكثيرى أول
ما تخرج أوراق الشجر فيجوز فيها تبع الا لأوراق كانه ورق كله وان كان بحيث ينتفع به ولو علفا
للدواب فالبيع جائز باتفاق أهل المذهب إذا باع بشرط القطع أو مطلقا ويجب قطعه على المشتري فى
الحال فان باعه بشرط الترك فان لم يكن تنهى عظمه فالبيع فاسد عند الكل وان كان قد تنهى عظمه
فهو فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو القياس ويجوز عند محمد استحسانا وهو قول الأئمة الثلاثة
واختاره الطحاوى العموم البلوى وفى المنتقى ذكر أبو يوسف مع محمد وجه قوله ما فى الصورتين (أنه
شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير وهو صفقة فى صفقة) لانه ان شرط بالأجرة فشرط إجارة فى

يكون بأجر أو غيره والثاني إجارة والاول إجارة وذلك منهى عنه وفيه تأمل لان ذلك إنما يكون صفقة أن لو جازت إجارة الأشجار أو البيع
أجازتها وليس كذلك نعم هو انما يستقيم فيما إذا باع الزرع بشرط الترك فان إعارتها وإجارتهما جائزة فيلزم صفقة فى صفقة هذا إذا كانت الثمرة

(قوله وأما الثانية الى قوله يعصى الى نفي جواز بيع المهر والخش وهو نائب بالاتفاق) أقول انما يستقيم القياس ان لو جاز تركه الى
الزمان الثاني كما فى المقس عليه (قوله والجواب عن الحديث إذا باعه بشرط الترك) أقول فيكون التقييم بقوله قبل أن يبد وصلاحه بناء
على أن اشتراط الترك فى الأغلب يكون فيه (قوله وإنما يتوهم هذا) أقول أى أذهب الله الثمرة (قوله فقد فسد البيع الى قوله لأن
مطلق البيع يقتضى تسليم العقود عليه) أقول أنت خبير بان شرط الترك على النخل لا ينافى فى تسليم العقود عليه على ما سيحى وفى
مسئلة حدثت ثمرة أخرى من أن تسليمه يتحقق بالتخلية فى نقر يرد كما لا تخفى وصحة كلام المصنف غنية عن أمثاله (قوله وفيه تأمل
الى قوله وليس كذلك) أقول إجارة الأشجار ينبغى أن تجوز ويدل عليه ما نقله العلامة السكاكى عن الجامع الأصغر فرأجه

لم يتناه 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 الحزب
 المعدوم وهو الذي يزيد لغيره في الأرض أو الشجر والجواب أنا لا نسلم أن 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 وتر كها فإن كان باذن البائع طاب له الفضل وإن كان بغيره تصدق
 بما زاد في ذاته بأن يقوم بذلك قبل الإدراك ويقوم بعده ويتصدق بفضله (١٠٣) ما بينهما إلا ما زاد حصل بجهة محظورة وهي

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

واستحسنه محمد رحمه الله للعادة بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الحزب المعدوم وهو الذي يزيد
 لمعنى من الأرض أو الشجر ولو اشترىها مطلقاً وتر كها باذن البائع طاب له الفضل وإن تركها بغير إذنه
 تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وإن تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشئ لأن هذا تغير
 حالة لا يتحقق زيادة وإن اشترىها مطلقاً وتر كها على النخيل وقد استأجر النخيل إلى وقت الإدراك طاب له
 الفضل لأن الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فيبقى الأذن معتبراً بخلاف ما إذا اشترى الزرع
 واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتر كها حيث لا يطيب له الفضل لأن الاجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبيثاً
 البيع أو بأجرة فشرط اجارة فيه ومنه هذا يبيع 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 عنه يجوز لأن العادة تركهم إياه إلى الحد الذي يقول بغيره
 فيه لما فيه من اشتراط الحزب المعدوم وهو الاجراء التي تزيد معنى من الأرض والشجر إلى أن يتناهى العظم
 ولا يخفى أن الوجه لا يتم في الفرق لعمد الأبداء عدم العرف فيما لم يتناه عظمه إذ القياس عدم العدة
 للشرط الذي لا يقتضيه المقدم في المتناهي وغيره خرج منه المتناهي للتعامل فكأن ما لم يتناه على أصل
 القياس إنما يكون لعدم التعامل فيه والحزب المعدوم طرد ولو باع ما لم يتناه عظمه مطلقاً عن الشرط ثم تركه
 فاما باذن البائع إذا نجح أو باذن في ضمن الاجارة أن استأجر الأشجار إلى وقت الإدراك أو بلا إذن ففي
 صورتين الأولىين يطيب له الفضل والا كل أمافي الأذن الجرد فقط أمافي الاجارة فلأنها اجارة باطلة
 لعدم التعارف في اجارة الأشجار والحاجة فإن الحاجة ليست بمتعينة في ذلك وإنما تعين لو لم يكن مخلص
 إلا بالاستئجار وهما يمكن أن يشتري الثمار مع أصولها فيستركها عليها ولا يخفى ما في هذا من العسر فإنه
 يستدعي شراء ما لا حاجة له إليه أو ما لا يقدر على ثمنه وقد لا يوافق البائع على بيع الأشجار فالأولى
 وأصل الاجارة مقتضى القياس فيما البطلان إلا أن الشراء أجازها للحاجة فيما فيه تعامل ولا تعامل في
 اجارة الأشجار الجردة فلا يجوز وكذا لو استأجر أشجار الجندف 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 فسدت للجهالة الأجل فأورثت خبيثاً أما
 هنا الاجارة باطلة والباطل لا وجود له فلم يوجد الأذن فطاب أما الفاسدة له وجود فكان الأذن ثابتاً في
 ضمنه باعتبارها فنع وهما صار الأذن مستقلة 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 إذن البائع فإنه لا يتصدق بشئ لأنه لم يزد في ذاته شئ وهذا قول
 المصنف (لأن هذا تغير حاله لا يتحقق زيادة) أي تغير من وصف إلى آخر بواسطة انضاج الشمس عليه ثم

بطلان المتضمن بطلان المتضمن كالو كالة الثانية في ضمن الرهن تبطل ببطلان الرهن أجيب بأن الباطل معدوم لأنه هو الذي لا يتحقق له
 أصلاً ولا وصفاً شرعاً على ما عرف والمعدوم لا يتضمن شيئاً حتى يبطل ببطلان بل كان ذلك الكلام ابتداءً عبارة عن الأذن فكان معتبراً
 بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتر كها حيث لا يطيب له الفضل لأن الاجارة فاسدة للجهالة وقت الزرع فإن
 قوله وهما يمكن للمشتري أن يشتري الثمار مع أصولها الخ أقول إنما يمكن لا يشتري ذلك أن لو باعه البائع كذلك ويبلغ ما يقدر عليه المشتري
 من النقود إلى مقدار قيمته ويكون له غرض في أصولها وليس كذلك ولا يشبهه عمار الأشجار بالبازنجان والبطيخ كما لا يخفى ثم أقول
 وهو ما ذكره من تصهر الاجارة مطلقاً هذا المخلص بعينه بل المخلص فمما نقل عن أبي الليث السمرقندي رحمه الله تعالى

الادراك قد يتقدم لشدة
 الحر وقد يتأخر للبرد والفساد
 ماله تحق من حيث الاصل
 فأمكن أن يكون متضمنا
 اشئ ويفسد ذلك الشئ
 لفساد المتضمن واذا اتفق
 الاذن كان الفضل حينئذ
 وسيله التصديق ولو اشترى
 الثمار مطلقا عن القطع
 والترك على الخيل وتركها
 وأثمرت مدة الترك مرة أخرى
 فان كان قبل القبض يعنى
 قبل تحلية البائع بين المشتري
 والشارف 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
 فيشترى 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 وزعم انه مروى
 عن أصحابنا وحكى عن
 الشيخ الامام الجليل أبي بكر
 محمد بن الفضل البخارى
 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 فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض ففسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز
 ولو أثمرت بعد القبض يشترى فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره
 عليه ثم غصب المذنبعة يتعلق به لا بالعين المبيعة باثبات خبث فيها وجه قول الشافعي وباقي الأئمة في
 الخلافية ما في الصحيحين عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها
 وعن بيع النخل حتى ترهوقيل وماتزهو قال حماد أو تصفأز وأخرج البخارى 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 يشتمد قال الترمذي حديث حسن غريب لا يعرفه مرفوعا
 الا من حديث حماد بن سلمة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولانما تقدم من قوله عليه الصلاة
 والسلام من اشترى نخلا قد ابرت فثمرته للبائع الا أن يشترط الممتاع لجهل المشتري بالشرط فدل على
 جواز بيعه مطلقا لانه لم يقم دخوله في البيع عند اشتراط الممتاع بكونه بيدا صلاحه وفي موطا مالك عن
 عمرة بنت عبد الرحمن قالت ابتاع رجل ثمرة حائط في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فعالجها وقام حتى تبين
 له النقصان فسأل رب الحائط أن يضع له أو يقيه له خنفا لا يفعله فذهبت بالمشتري الى النبي صلى الله
 عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال يأبى أن لا يفعله خيرا فسمع بذلك رب الحائط فأبى النبي صلى الله عليه وسلم
 فقال هو له ولولا صحة البيع لم تترتب الاقالة عليه أما النهى المذكور فهم قدر كواظها ره فانهم أجازوا
 البيع قبل أن يبدو صلاحها بشرط القطع وهذه معارضة صريحة لمنطوقه فقد اتفقنا على انه ترك
 الظاهر وهو لا يحل ان لم يكن لموجب وهو عندهم فعليه 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 رضى الله عنه زهوها بأن تحمر أو تصفر وفسرها
 ابن عمر بأن تأمن العاهة فكان النهى عن بيعها محمودة قبل الاحرار ومصرفه 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 عنيا قبل السواد يفيد فانه قبله حصر م فكان معناه على القطع النهى عن بيع
 العنب عنيا قبل أن يصير عنيا وذلك لا يكون الا بشرط الترك الى أن يبدو الصلاح ويدل عليه
 تعليل النبي صلى الله عليه وسلم بقوله أرأيت لو منع الله الثمرة بم أخذكم مال أخيه فالمعنى اذا
 بعتموه عنيا قبل أن يصير عنيا بشرط الترك الى أن يصير عنيا فنع الله الثمرة فلم يصير عنيا بم يستحل أحدكم
 يعنى البائع مال أخيه المشتري والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولا للنهى واذا صار
 محل النهى بيعها بشرط تركها الى أن تصلح فقد قضينا عهد هذه النهى فانا قد أفسدنا هذا البيع
 وبقي بيعها مطلقا غير متناول للنهى بوجه من الوجوه فلهذا ترك المصنف الاستدلال لهم في هذه
 الخلافية بالحديث وحديثه فالحديث المذكور لنا فيها أعني حديث التأبير سالم عن المعارض وكذلك
 المعنى وهو أنه يبيع منتفع به في الحال أو في نال الحال الى آخره وبه هذا التقرير يظهر أن ليس حديث
 التأبير عاما عارضا خاص وهو حديث بدو الصلاح وان الترجيح هنا ينبغي أن يكون للخاص لانه مانع
 وحديثنا مبيع بل لا يتناول أحدهما ما يتناول الآخر والحاصل أن بيع ما لم يبد صلاحها ما بشرط
 القطع وهو جائز انقا لانه غير متناول للنهى لما ذكرنا وما مطلقا فاذا كان حكمة لزوم القطع كان بمنه
 بشرط القطع فلم يبق محل النهى الا بيعها بشرط الترك ونحن فائلون بأنه فاسد (ولو اشترها مطلقا
 فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض ففسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز) فأشبهه هلا كما قبل
 التسليم (ولو أثمرت بعد القبض يشترى فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره) مع يمينه

(لانه)

(قوله وكذا في الباذنجان والبطيخ) يعني أن البيع لا يجوز إذا حدث شيء قبل القبض وإذا حدث بعده يشتركان (والمخلص) أي الحيلة في جوازها فيما إذا حدث قبل القبض أن يشتري الأصغر لتحصل الزيادة على ملكه وله - إذا قال شمس الأئمة السرخسي إنما يجوز بعمل الموجود أصلا والحادث تبعاً إذا كان ثمة ضرورة ولا ضرورة ههنا لا ندفعها ببيع الأصول (قال ولا يجوز أن يبيع ثمرة) إذا باع ثمرة (واستثنى منها الرطال معلومة لم يجز خلافها لك) ولم يبين أن مراده الثمرة على رؤس النخيل أو ثمرة بحدودها كرق في بعض فوائده هذا الكتاب أن مراده ما كان على النخيل وأما بيع الحدود فإثره وهو مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فإنه قال إذا باع الثمر على رؤس النخيل - الرطال معلومة لم يجز البتة لان المستثنى معلوم كما إذا كان الثمر بحدودها وموضوعه على الأرض فباع الكل الأصاعاً يجوز وهذا يدل على أن الحكم فيها سواء واستدل بقوله (لان الباقي بعد الاستثناء مجهول) (١٠٥) والجمهور لا يرد عليه العقد

وهذا يدل أيضاً على أن الحكم فيها سواء (بخلاف ما إذا استثنى نخلاً معيناً لان الباقي مع - يوم 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 بأن الانسليم أنهما ليست كذلك فربما كان البائع يطلب صاعاً من الثمر أحسن ما يكون والمشتري يدفع إليه ما هو أردأ الثمر فيفضي إلى النزاع - سألنا ذلك لكن بجواز تراضيهما على شيء منه - قد لا يكون الثمر الاقدر المستثنى فيخلو له العقد عن الفائدة فلا يصح كلاً يصح مثله في المضاربة بهذا المعنى وعن هذا قال بعض

لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الأصول لتحصل الزيادة على ملكه قال (ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها الرطال معلومة) خلافاً لما لا رجحان له لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما إذا باع واستثنى نخلاً معيناً لان الباقي معلوم بالمشاهدة قال رضي الله عنه قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي أما على ظاهر الرواية

(لانه في يده وكذا في) يبيع (الباذنجان والبطيخ) إذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتراكاً لما ذكرنا وكان الحدواني يفتي بجوازها في الكل وزعم أنه مروى عن أصحابنا وكذا حكى عن الامام الفضلي وكان يقول الموجود وقت العقد أصل وما يحدث تباع عنه من الأئمة عنه ولم يقيد عنه بكون الموجود وقت العقد يكون أكثر بل قال عنه اجعل الموجود أصلاً في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً وقال استحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعلموا ببيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزاع الناس من عادتهم - مخرج وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد رحمه الله وهو يبيع الورد على الاشجار فان الورد متلاحق ثم جوز البيع في الكل بهذا الطريق وهو قول مالك رحمه الله (والمخلص) من هذه اللوازم 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 الادراك وانقضاء الغرض فيها ياتي الثمن وفي ثمار الاشجار يشتري الموجود ويحل له البائع ما يوجد فان خاف أن يرجع بفعل كما قال الفقيه أبو الليث في الاذن في ترك الثمر على الشجر وهو أن يأذن المشتري على أنه متى رجع عن الاذن كان مأذوناً في الترك باذن جديد فيحمله على مثل هذا الشرط (قوله) ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها الرطال معلومة خلافاً لما لا) أجازة قياساً على استثناء شجرة معينة فلنا قياس مع الفارق لان الباقي بعد اخراج المستثنى غير مشار إليه ولا معلوم الكيل المخصوص فكان مجهولاً بخلاف الباقي بعد اخراج الشجرة فإنه معلوم مفرز بالاشارة (قالوا هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول الطحاوي) والساقى وأجدر جهنم الله وعلى ما ذكرنا من التعليل لا يرد ما قيل ينبغي أن يجوز البيع على كل حال لانه ان بقي شيء بعد اخراج المستثنى فظاهر وان لم يبق شيء يكون الاستثناء باطلاً لانه مستغرق فيبقى الكل مبيعاً لان ورود هذا على التعليل يجوز ان لا يبقى بعد الاستثناء شيء وتعليل المصنف بجهالة المبيع وهو يوجب الفساد وان ظهر ارتفاعها بالآخرة وانفق انه بقي مقدار معين لان الجهالة القائمة قبل ذلك في الحال هي المفسدة قال المصنف رحمه الله (فأما على ظاهر الرواية

(١٤ - فتح القدر خامس) الشارحين يشير الى هذا قوله (رطال معلومة) وردت بان لو كان المستثنى صاعاً واحداً أو رطلاً واحداً فالحكم كذلك وبأنه لا يخلو إما أن يبقى شيء بعد الاستثناء أو لا وكل من التقديرين يقتضي صحة العقد أما الاول فلان الباقي بعد الاستثناء معلوم استثنى معلوماً سلماً أن الباقي غير معلوم وزناً لكن ذلك ليس بشرط الا اذا باع موازنه وليس الفرض ذلك فجاز أن يكون البيع في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة وأما الثاني فلانه 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 لانها ليست مفضية إلى النزاع فهو أول المسئلة ثم قال المصنف (أما على ظاهر الرواية

(قوله وهذا يدل على أن الحكم فيها سواء) أقول فيه ببحث فان اللازم منه أن من قال بالاول قال بالثاني والعكس ليس بلازم (قوله فيبطل الاستثناء

ينبغي أن يجوز) يربطه على قياس ظاهر الرواية فإن حكم هذه المسئلة لم يذكري في ظاهر الرواية صريحاً ولهذا قال ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثنائه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثنائه وينعكس إلى أن ما لا يجوز إيراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثنائه وفي بيع أطراف الحيوان فيه وجلا لا يرد عليه العقد بانفراده فكذا لا يجوز استثنائه وهذا لأن الاستثناء يقتضي أن يكون المستثنى مقصوداً معلوماً وافراده العقد يقتضي أن يكون المقود عليه مقصوداً معلوماً فاشتراك في المقصد والعلم فما جاز أن يقع مقوداً عليه بانفراده جاز أن يستثنى وبالعكس وعلى هذا لو قال بعتك هذه الصبرة بكذا الاقفيزاً منهم درهم صح في جميع الصبرة الاقفيزاً لانه استثنى ما يجوز افراده بالعقد عليه وأما لو قال بعتك هذا القطيع من الغنم الاشارة منها بغير عينها بمائة درهم فلا يجوز لانه استثنى ما لا يجوز افراده بالعقد عليه ولو قال الا هذه الشاة بعينها جاز لانه يجوز افراده بالعقد عليه فيجوز استثنائه وكذا الحكم في جميع العدييات المتفاوتة (١٠٦) كالثياب والعبيد بخلاف الكملي والوزني والعددي المتقارب فان استثناء قدر منه

وايراد العقد عليه جائز لأن الجهالة لا تقضى إلى المنازعة قيل ما الفرق بين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم الا هذه الشاة بعينها بمائة درهم فانه جائز وبين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم كله على أن في هذه الشاة الواحدة منه بعينها فانه لا يجوز مع انه قد استثنى الشاة المعينة من القطيع معنى وأجيب بأن في الاستثناء المستثنى لم يدخل في المستثنى منه لانه لبيان انه لم يدخل كما عرف في الاصول فلم يكن افرادها اخرجاً بمحضتها من الثمن فلا جهالة فيه وأما في الشرط لأن الشاة دخلت أولاً في الجملة ثم خرجت بمحضتها من الثمن وهي مجهولة فيفسد البيع في الكل ونظيره ما لو قال بعتك

ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثنائه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثنائه بخلاف استثنائه الحامل وأطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثنائه (ويجوز بيع الخنطة في سنبلها والباقي في قشره) وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقي الا خضر وكذا الجوز واللوز والفسق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبل قولان وعندنا يجوز ذلك كله انه أن المقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فأشبهه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه

ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثنائه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثنائه بخلاف استثناء الحامل (من الجارية الحامل أو الشاة) وأطراف الحيوان لا يجوز) كما اذا باع هذه الشاة الا لبيتها وهذا العبد الا يده فيصير مشتر كتميز بخلاف ما لو كان مشتر كأبي الشيوخ فانه جائز وانما قال ينبغي لان جواب هذه المسئلة ليس مصرحاً به في ظاهر الرواية وهو ان كل ما جاز افراده بإيراد العقد عليه جاز استثنائه ويصير الباقي مبيعاً الا أن عدم الجواز أقيس بذهب أبي حنيفة في بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فانه أفسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم في استثناءه ابطال معلومة مما على الأشجار وان لم يقض إلى المنازعة فالخاصل ان كل جهالة مقضية إلى المنازعة مبطله فلا يسب بلزم ان ما لم يقض اليها يصح معها بل لا بد مع عدم المقضية إلى المنازعة في العهدة من كون البيع على حدود الشرع الا 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 الا تلك الارطال فبعدمه اذا المشاهدة تفسد كون تلك الارطال لا تستغرق السك والافلا يرضى المشتري حينئذ بذلك الاستثناء (قوله ويجوز بيع الخنطة في سنبلها والباقي في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقي الا خضر وكذا الجوز واللوز والفسق في قشره الاول عنده وله في بيع الخنطة (في السنبل قولان) وأجاز بيع الشعير والذرة في سنبلها (وعندنا يجوز ذلك كله ان المقود عليه) وهو المبيع (مستور بما لا منفعة فيه) فلا يجوز بيعه كتراب الصاغة اذا بيع بجنسه

هذا العبد الا عشرة فانه صحيح في تسعة اعشاره ولو قال على ان في عشرة لم يصح قيل ولقائل أن يقول سلماً أن إيراد العقد بجماع على الارطال المعلومة واستثناءها جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول والجواب اننا لانسلم ان الباقي مجهول لما ذكرنا من المستثنى اذا كان معلوماً لم تسر منه جهالة إلى المستثنى منه الا بحسب الوزن فيكون البيع في الباقي مجازفة وهي لا تحتاج إلى معرفة مقدار المبيع قال (ويجوز بيع الخنطة في سنبلها) بيع الشئ في غلافه لا يجوز الا لبيع الحبوب كخنطة والباقي (والارز والسمسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقي الا خضر والجوز واللوز والفسق في قشره في قوله الاول) وكذلك بيع الخنطة في قوله الجديد واستدل بأن المقود عليه مستور بما لا منفعة له والعقد في مثله لا يصح كما اذا بيع تراب الصاغة بمثله

أقول فيه بحث (قوله وينعكس إلى أن ما لا يجوز الخ) أقول ليس ما ذكره عكس تلك القضية (قوله واستثناءها جائز لكن لا نسلم) أقول فيه بحث فانه بعد تسليم جواز الاستثناء لا معنى للبحث فاقبل

ولنا ما روى ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبلي حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها وفيه نظر لأنه استدلال بمفهوم الغاية والاولى أن يستدل بقوله نهى فإن النبي يقتضي المشروعية كما عرف (قوله ولأنه حب منتفع به) كأنه جواب عن قوله مستنور بما لا منفعة له ونظر به لأن سلم أنه لا منفعة فيه بل هو أي المبيع بقشره حب منتفع به ومن أكل كل الفولية شهيد بذلك وإن الجوز المذكور قد خرف في قشرها قال الله تعالى فذروه في سنبله وهو الانتفاع لاحتمال جازي البيوع كبيع الشعير بجماع كونهما مالين متقومين ينتفع بهما وبيع تراب الصاغة إنما لا يجوز إذا بيع بجنسه لاحتمال الرباحي إذا بيع بخلاف جنسه جازي في مستثلثا لبيع بجنسه لا يجوز (١٠٧) أيضا الشبهة الربا لجهالة قدر ما في السنبلة فإن قيل ما الفرق بين مستثلثنا

وبين ما إذا باع حب قطن في قطن بعينه أو نوى عرقي عر بعينه وهما سيبان في كون المبيع مغلفا أوجب بأن الغالب في السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة وهي في سنبله ولا يقال هذا حب وهو في القطن وإنما يقال هذا قطن وكذلك في التمر إليه أشار أبو يوسف رحمه الله قال (ومن باع دار الخ) الاغلاق جمع غلق بفتح اللام وهو ما يغلط ويفتح بالفتاح إذا باع دارا دخل في البيوع أغلقها بنساء على ما تقدم ان ما كان موضوعا فيه لا قدر ار كان داخلا والاغلاق كذلك لانها مركبة فيها البقاء والفتاح يدخل في بيع الغلق بلا تسمية لأنه كالجزء منه إذا انتفع به بدونه والداخل في الداخل في الشيء داخل في ذلك الشيء فإن قيل عدم الانتفاع بدون شيء لا يستلزم دخوله في بيعه

ولنا ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبلي حتى يبيض ويأمن العاهة ولأنه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجماع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الرباحي لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مستثلثنا لبيع بجنسه لا يجوز أيضا الشبهة الربا لأنه لا يدري قدر ما في السنبلي (ومن باع دارا دخل في البيوع مفتاح أغلقها) لأنه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها البقاء والفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لأنه بمنزلة بعض منه

بجماع استناره بما لا منفعة فيه والمعول في الاستدلال نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع العرور وفي هذا عرر فإنه لا يدري قدر الحنطة الكائنة في السنبلي والمبيع ما يريد به الا الحب لا السنبلي فرجع الى جهالة قدر المبيع والزم على هذا ان لا يجوز بيع اللوز ونحوه في قشره الثاني لانه تركه للتعامل المتوارث (ولنا ما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبلي حتى يبيض) رواء مسلم وأصحاب السنن الاربعه ويقال زها النخل والتمر يزهو وأزهي يزهي لغة في الاشتقاق من الزهو لغتان وأنكر الاصمعي الرباعية يزهي كما نقل الزمخشري عن الغير انكار يزهو الثلاثية لا يقال أنتم لم تعملوا بصدر الحديث لاننا نقول قدينا ناعاملون وان الاتفاق على انحطاط النهي على بيعها بشرط الترك الى الزهو وقد منعناه ولأنه مال متقوم مع لوم (فيجوز بيعه كالشعير في سنبله) بخلاف بيعه بمثله في سنبلي الحنطة لاحتمال الربا ما أنه مال متقوم فظاهر واما أنه مع لوم فلأنه مشار اليه وبالإشارة كفاية في التعريف اذا المانع من رؤية عينها لا يحل بذكر قدره في الجملة وليس معرفته على التخصر بشرط والامتنع بيع الصبرة المشاهدة أو رد المطالبة بالفرق بين ما إذا باع حب قطن في قطن بعينه أو نوى عرقي عر بعينه أي باع ما في هذا القطن من الحب وما في هذا التمر من النوى فإنه لا يجوز مع أنه أيضا في غلافه أشار أبو يوسف الى الفرق بأن النوى هناك معتبر عماها الكافي العرف فإنه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى في تمره ولا حب في قطنه ويقال هذه حنطة في سنبله وهذا لوز فستق ولا يقال هذه قشور فيها لوز ولا يذهب اليه وهم (بخلاف تراب الصاغة فإنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا) حتى لو باع بخلاف جنسه جازي بما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن في الضرع واللحم والشحم في الشاة والالية والا كارع 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 يقتضي ثبوت الخيار للشترى بعد الاستخراج في ذلك كله لأنه لم يره (قوله ومن باع دارا دخل في البيوع مفتاح أغلقها) المراد بالغلق ما نسبه ضبة وهنئا اذا كانت مركبة لانها تركب 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 لاحتمال وقوله الانتفاع بالدار لا يمكن الا بطريق قلنا الانتفاع به لا يمكن الا بالطريق مطلقا أو من حيث السكنى والاول ممنوع فإنه يحتمل أن يكون مراد المشتري أخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها الاحتمال والثاني مسلم ولهذا

(قوله وفيه نظر لأنه استدلال بمفهوم الغاية) أقول في نظره نظران (قوله والاولى أن 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 كالجزم منه فتأمل (قوله والثاني مسلم الخ) أقول ولعل مثل هذا التمسك في المتنازع فيه فتأمل

دخول الطريق في الاجارة
ولكن ليس الكلام في ذلك
والقفل ومفتاحه لا يدخلان
والسلم ان اتصل بالبناء من
خشب كان أو حجر يدخل
وان لم يتصل لا يدخل قال
وأجرة الكيال وناقدا الثمن اذا
باع المكمل مكابله أو الموزون
موازنة أو المعدود عددا
واحتاج الى اجرة الكيال
والوزان والعداد فهى على
البائع لان التسليم واجب
عليه وهو لا يحصل الا بهذه
الافعال وما لا يتم الواجب
الايه فهو واجب وأما اجرة
ناقدا الثمن ففي رواية ابن رستم
عن محمد بن علي البائع وهو
السد كور في المختصر وفي
رواية ابن سماعه عنه على
المشتري وجهه الاولى 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 وزن الثمن على المشتري
لانه المحتاج الى تسليم الثمن
وبالوزن يتحقق التسليم

اذ لا ينتفع به بدونه قال (وأجرة الكيال وناقدا الثمن على البائع) أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على
البائع ومعنى هذا اذا بيع مكابله وكذا أجرة الوزن والذراع والعداد وأما النقد فالمدكور رواية ابن رستم
عن محمد لان النقد يكون بعد التسليم الا 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 وزن
الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال (ومن باع سلعة بثمن
قبل للمشتري ادفع الثمن أولا) لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليعتد به حق البائع
بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين

في الدار ولهذا لا تدخل الاقفال في بيع الحيوانات لانها لا تتركب وانما تدخل الاواح وان كانت منفصلة
لانها في العرف كالاواب المركبة والمراد به هذه الاواح ما تسمى في عرفنا بصرد راريب الدكان وقد
ذكر فيها عدم الدخول ولا معقول عليه (وقوله لانه لا ينتفع بها الا به) اوجب بجمع ان شراء الدار مقصور
على الانتفاع بذاتها بل قد يكون الغرض مجرد الملك لا يأخذ بالنفقة واسطتها أو يتجر بها ولذا لما كان
العقد عليها مقصورا على ذلك كافي الاجارة أدخلنا الطريق **فرع** يناسب ما نحن فيه من حيث
انه يتناول البيع بالانصيص من المالك عليه وان كان في معنى آخر اشترى ما ينسار ع اليه الفساد ولم
يقبضه المشتري ولم ينفذ الثمن حتى غاب كان للبائع ان يبيعه من آخر ويحل للمشتري الثاني ان يشتريه
وان كان يعلم بالحال لان المشتري الاول رضى به هذا ففسخ دلالة فيحل للبائع بيعه وحل للمشتري ان
يشترى به وانما كتبها لانها كثيرا ما تقع في الاسواق (قوله وأجرة الكيال ووزان المبيع وذراعه وعاده)
ان كان البيع بشرط الكيل والوزن والذراع أو العدة (على البائع) لان عليه ايفاء المبيع ولا يتحقق
ذلك الا بكيله ووزنه ونحوه ولان بكل من ذلك يميز ملكه عن ملك غيره ومعلوم ان الحاجة الى هذا اذا باع
مكابله أو موازنه ونحوه اذ لا يحتاج الى ذلك في المجازفة وأجرة وزن الثمن على المشتري باتفاق الاثمة
الاربعة لانه يحتاج الى تسليم الثمن وتمييزه عنه فكانت مؤنثة عليه وأما اجرة ناقدا الثمن فاختلف الرواة
والمشاخ فروى ابن رستم عن محمد بن علي البائع وهو المدكور في المختصر ووجهه ان النقد يحتاج اليه
بعد التسليم وحينئذ يكون في يد البائع وهو المحتاج اليه لاحتياجه الى تمييز حقه وهو الجيد عن
غير حقه وروى ابن سماعه عنه انه على المشتري وبه كان يفتى الصدر الشهيد لانه يحتاج الى تسليم
الجيد وتعرفه بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن فكان هو المحتاج اليه وعن محمد اجرة النقد على من عليه
الدين كافي الثمن انه على المشتري الا اذا قبض الدين ثم ادعى عدم النقد فالاجرة على رب الدين وفي
الخلاصة الصحيح انه على المشتري وكذا قال القدرى انه على المشتري الا اذا قبض البائع الثمن ثم جاء يرد
بمعيب الزايفة قال واختار في الواقعات انه على المشتري وفي باب العين لو اشترى حنطة مكابله فالكيل على
البائع وصحتها في وعاء المشتري على البائع أيضا هو المختار وفي المنتقى استخراج الطعام من السفن على
المشتري ولو اشترى حنطة في سنبها فاعلى البائع تخلفها بالدرس والتذرية ودفعها الى المشتري وهو
المختار وقطع الغنبي المشتري جزافا على المشتري وكذا كل شئ باعه جزافا كالثوم والبصل والجزر اذا
خلى بينها وبين المشتري وكذا قطع الثمر يعني اذا خلى البائع بينها وبين المشتري الاكل من الخلاصة
(قوله) ومن باع سلعة بثمن قبل للمشتري ادفع الثمن أولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع
الثمن لتعنين حق البائع بالقبض) لانه قبل القبض لم يتعين ولو عين دراهم اشترى بها (لما) عرف
(انها لا تتعين بالتعيين) في البيع فلا بد من تقديم قبضها لئلا يساوي ولو كان المبيع غائبا لا يلزم المشتري
دفع الثمن والبائع حبس جميع المبيع ولو بقي من ثمنه درهم واحد ولا يسقط حق حبس البائع للبيع

تحقيقاً للمساواة قال (ومن باع سلعة بسبعة أو ثمانية قيل لهما سلعا) لاستواءهما في التعيين فلا حاجة إلى تقديم أحدهما في الدفع

ولو أخذ بالثمن كقبول أورهن المشتري به رهناً مالاً أو حالاً البائع به عليه وقبل سقط حق الحبس وكذا إذا أحال المشتري البائع به عند أبي يوسف وعن محمد فيه روايتان في رواية كقول أبي يوسف وفي رواية إذا أحال البائع به رجلاً سقط وإذا أحال المشتري البائع به لا يسقط وما لم يسلم المبيع هو في ضمان البائع في جميع زمان حبسه فلو هلك في يد البائع بنفسه أو بفعل المبيع بنفسه بان كان حيواناً فقتل نفسه أو بأمر سماوي بطل البيع فان كان قبض الثمن أعاده إلى المشتري وان كان بنفسه المشتري فعله عنه ان كان البيع مطلقاً أو بشرط الخيار للمشتري وان كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسداً لزمه ضمان مثله ان كان مثلياً وقيمه ان كان قيمياً وان هلك بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وعاد المبيع إلى 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 بسبعة أو ثمانية قيل لهما سلعا مع الاستواء ما في تعين حق كل منهما) قبل التسليم فيجب تقديم دفع أحدهما بعينه على الآخر تحكماً 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 الاجناس يعتبر في صحة التسليم ثلاثة معان أن يقول خليت بينك وبين المبيع وان يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتأتى فيه الفعل من غير مانع وان يكون مذكوراً غير مشغول بحق غيره وعن الوري المتاع غير البائع لا يمنع فلا إذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع ودية عنده وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول القبض أن يقول خليت بينك وبين المبيع فأقبضه ويقول المشتري وهو عند البائع قبضته فان أخذه رأسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض دابة كان أو بعيراً وان كان غلاماً أو جارية فقال له المشتري تعال معي أو امس خطمي معه فهو قبض وكذا لو أرسله في حاجته وفي الثوب ان أخذه بيده أو خلى بينه وبينه وهو موضوع على الأرض فقال خليت بينك وبينه فأقبضه فقال قبضته فهو قبض وكذا القبض في البيع الفاسد بالتخلية ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البائع المفتاح إليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض وان دفعه ولم يقل شيئاً لا يكون قبضاً ولو باع داراً غائبة فقال سلمتها اليك وقال قبضتها لم يكن قبضاً وان كانت قريبة كان قبضاً وهي أن تكون بحال بقدر على اغلاقها وما لا يقدر على اغلاقها فهي بعيدة وأطلق في المحيط أن بالتخلية يقع القبض وان كان المبيع بعيداً عنهما وقال الحلواني ذكر في النوادر اذا باع ضيعة وخلى بيننا وبين المشتري ان كان يقرب منها يصير قبضاً أو بعدد لا يصير قبضاً قال والناس عنه غافلون فانهم يشتركون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض وفي جامع شمس الأئمة يصح القبض وان كان العقار غائباً عنهم ما عند أبي حنيفة خلافاً لهما وفي جمع النوازل دفع المفتاح في بيع الدار تسليم اذا تم بأله فتحه من غير تكلف وكذا اذا اشترى بقرا في السمح فقال البائع اذهب واقبض ان كان يرى بحيث يمكنه الاشارة اليه يكون قبضاً ولو باع خيلاً ونحوه في دن وخلى بينه وبين المشتري في دار نفسه وختم المشتري على الدن فهو قبض ولو اشترى ثوباً فأمره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى أخذه انسان ان كان حين أمره بقبضه أمكنه من غير قيام صح التسليم وان كان لا يمكنه الا بقيام لا يصح ولو اشترى طيراً 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 يحتاط في الفتح ولو اشترى فرساً في حظيرة فقال البائع سلمتها اليك ففتح المشتري الباب فذهب الفرس ان أمكنه أخذها من غير عون كان قبضاً وهو تأويل مسألة الطير وفي مكان آخر من غير عون ولا حبل ولو اشترى دابة والبائع

قال ومن باع سلعة ببيع السلعة مجزئاً إيمان يكون بثن أو بسبعة 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 تحقيقاً للمساواة في تعين حق كل واحد منهما وفي المالية أيضاً لان الدين أنقص من العين وعلى هذا اذا كان المبيع غائباً عن حضرتهما فلا يشتري أن يعتنق عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليمكن من قبضه وان كان الثاني يقال لهما سلعا الاستواء ما في التعيين فلا يحتاج إلى تقديم أحدهما بالدفع والله أعلم بالصواب

﴿ باب خيار الشرط ﴾

قال (خيار الشرط جائز البيع تارة يكون لازماً وأخرى غير لازم) واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار ولما كان اللازم أقوى في كونه ببعاقدمه 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 عله في منع الحكم دون السبب لأن من حقه أن لا يدخل في

البيع لكونه في معنى القمار ولكن لما جاءت به السنة لم يكن بدم من العمل به فأظهرنا عمله في منع الحكم تقليلاً لعمه بقدر الامكان لأن دخوله في السبب مستلزم الدخول في الحكم دون العكس وهو على أنواع فاسد بالاتفاق كما إذا قال اشترت علي اني بالخيار أو على اني بالخيار أياماً أو على اني بالخيار أداً أو جائزاً بالاتفاق وهو أن يقول علي اني بالخيار ثلاثة أيام فادونها ومختلف فيه وهو أن يقول علي اني بالخيار شهراً أو شهرين فإنه فاسد عند أبي حنيفة وزفر والشافعي جائز عند أبي يوسف ومحمد سواء كان لأحد العاقدين أو لهما جميعاً أو شرط أحدهما الخيار بغيره وجه قول أبي حنيفة في الخلافية ما روى ان حبان بن منقذ كان يفتن في البيعات للمأمومة أصابت رأسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا باعت فقل لا خلاية ولى الخيار ثلاثة أيام والخلاية الخداع ووجه الاستدلال ان شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وكل ما هو كذلك فهو مفسد الانا يجوزنا بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه فان قيل كيف جاز للبائع المستدرك

﴿ باب خيار الشرط ﴾

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

راكبها فقال المشتري اجاني معك فعمله فعميت هلكت على المشتري قال القاضي الامام هذا اذا لم يكن على الدابة سرج فان كان عليه سرج وركب المشتري في السرج يكون قابضاً والافلا ولو كانا راكبين فباع المالك منهما الآخر لا يصير قابضاً كما اذا باع الدار والبائع والمشتري فيها معا

﴿ باب خيار الشرط ﴾

قد عرف أن البيع عله لحكمه من لزوم تعاكس الملتك في البديلين والاصل ان لا يتخلف حكم العلة عنها فقدم ما هو الاصل ثم شرع يذكر ما يتعلق بالعلة التي تخلف عنها مقتضاها وهو البيع بشرط الخيار وظهر أن شرط الخيار مانع ثابت على خلاف القياس لثبوت حقه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ويقال للبيع المشروط فيه الخيار علة اسماء ومعنى لاحقاً وللمستلزم علة اسماء ومعنى وحكماً وقد عرف ذلك من اصطلاحهم في الاصول والموانع خمسة أقسام مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرة المبيع فلا ينعقد المبيع في الحر لانها لا تنعقد الا في محلها ومحل البيع المال والحر ليس بمال فلا وجود للبيع أصلاً فيه كانه قطاع الوتر يمنع أصل الرمي بعد القصد اليه ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف الى مال الغير كاصابة السهم بعد الرمي حائطاً فرده عن سنته ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استئثار المرء اليه بترس يمنع من 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 داخلاً في الحكم مانعاً من ثبوته تقليلاً لعمه بقدر الامكان وذلك لان علة اثبات الخطر في ثبوت الملك وبذلك يشبهه القمار فلهذا ولقائل أن يقول القمار محرم لمعنى الخطر بل باعتبار تعليقه الملك على ما يضعه الشرع سبباً للملك فان الشارع لم يضع ظهور العدد القلاني في ورقة مثلاً سبباً للملك والخطر طرف في ذلك لا أثر له نيم نيمه أن يقال اعترضناه في الحكم تقليلاً بخلاف الاصل وأما كونه فيه غير روقد نهي عن بيع الغرر فذلك الغرر في المبيع وهذا في أن المالك هل يثبت أولاً (قوله خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري وله ما ثلاثة أيام) يروى بنصب ثلاثة أيام على الطرف أي في ثلاثة ورفعهما على انه خبر مبتدأ محذوف أي هو ثلاثة أيام ثم في فتاوى فاضل بجنان اذا شرط الخيار لهما لا يثبت حكم العقد أصلاً وينتج الخيار في البيع الفاسد كالصحح (قوله والاصل فيه ما روى أن حبان بن منقذ بن عمرو والنصارى رضى الله عنه كان يفتن في البيعات الحديث روى الحاكك في

﴿ باب خيار الشرط ﴾

(قوله ولما كان اللازم أقوى في كونه ببعاقدمه على غيره) أقول فان قيل ما قدمه ليس هو البيع اللازم بل البيع المطلق المتناول لللازم وغيره قلنا يكفي في التقديم تناوله اللازم وأمر العبارة سهل

والمدكور في النص هو المشتري فكما عدتيم فمن له الخيار فليتعذر في مدته فالجواب ان في النص اشارة الى ذلك وهو لفظ المفاعلة ولان
البائع في معنى المشتري في معنى المتأط فيلحق به دلالة وكثير المدة ليس كقليلها (١١١) لان معنى الفرق يمكن بزيادة المدة فيزيد

الغرور وهو مفسد
وله ما حديث ابن عمر
رضي الله عنهما ان النبي
صلى الله عليه وسلم اجاز
الخيار الى شهرين ولان
الخيار انما شرع للعاجزة
الى التأمل ليندفع الغبن
وقد تمس الحاجة الى الاكثر
فكان كثير المدة كقليلها
فيلحق به وصار كالتأجيل
في الثمن فانه جائز قلت المدة
او كثرت للعاجزة
والجواب ان حديث حبان
مشهور فلا يعارضه حكاية
حال ابن عمر سلما انهما سواء
لكن المذكور في حديث
ابن عمر مطلق الخيار فيجوز
ان يكون المراد به خيار الرؤية
والعيب وانه اجازا لردهم ما
بعد الشهرين ولان سلم ان
كثير المدة كقليل في
الحاجة فان صاحب الخلاصة
كان مصابا في الرأس فكان
أحوج الى الزيادة فلوزادت
كان أولى به فدل على أن
المقدر لنفي الزيادة سلما
لكن في الكثير معنى الغرور
أزيد وقد تقدم والقياس
على التأجيل في الثمن غير
صحيح لان الاجل يشترط
للاذرة على الاداء وهي انما
تكون بالهكسب وهو
لا يحصل في كل مدة فقد
يحتاج الى مدة طويلة

(ولا يجوز أكثر من عند أبي حنيفة) وهو قول زفر والشافعي وقالا (يجوز اذا سمى مدته معلومة لحديث
ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز 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 مومة فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار الى ثلاثة ايام
فما اشتره وكان قد ثقل لسانه فقال له النبي صلى الله عليه وسلم لم يبع وقل لا خلابه وكان يشتري
الشيء فيجيء به الى أهله فيقولون له هذا غال فقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خبرني في بيعي
وسكت عليه وحبان بفتح الحاء المهملة ومنقذ بالمجزة ورواه الشافعي من طريق محمد بن اسحق قال أخبرنا
سفيان عن محمد بن اسحق به ثم قال الشافعي رحمه الله والاصل في بيع الخيار أنه فاسد ولكن لما شرط
رسول الله صلى الله عليه وسلم في المصرة خيار ثلاثة ايام في البيع وروى أنه جعل لحبان بن منقذ خيار
ثلاث فيما ابتاع انتمينا الى ما قال صلى الله عليه وسلم وأخرجه البيهقي في سننه عن ابن عمر سمعت رجلا
من الانصار يشكو الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يزال يغبن في البيوع فقال له اذا بايعت فقل
لا خلابه ثم أتت بالخيار في كل ساعة ابتعت ا ثلاث ليل قال ابن اسحق فحدث به محمد بن يحيى بن حبان
قال كان جدي منقذ بن عمرو وقد أصيب في رأسه وكان يغبن في البيع فذكر نحوه ورواه ابن ماجه عن
محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو وكان قد أصابه 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 ولا حبان ابنه ولا شك أن هذا منقطع وغلط من عزاه لابي داود وكذا رواه
البخاري 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 ورجوع مالك عما قال فيه ذكر
ذلك السهلي في الروض الانف وكذا رواه ابن أبي شيبة عن محمد بن يحيى بن حبان قال قال عليه الصلاة
والسلام لمنهذين عمر وقل لا خلابه واذا بيعت بيعا فانت بالخيار ولا شك أن كون الواقعة لحبان أرجح
لان هذا منقطع وذلك موصول هذا وشرط الخيار مجمع عليه وأما ما روى في الموطأ والصحيح عن ابن
عمر أن رجلا ذكروا لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه يخدع في البيوع فقال اذا بايعت فعل لا خلابه والخلابة
الخديعة فليس فيه دليل على المقصود والعجب من قال الاصل في جواز شرط الخيار ثم ذكر هذا الحديث
وهو لا يمس المطلوب (فرع) يجوز لخالق خيار الشرط بالبيع لو قال أحدهما له ابيع ولو بأيام جعلتك
بالخيار ثلاثة ايام صح بالاجماع حتى لو شرط الخيار بعد البيع البات شهرا ورضيابه فسد العقد عند
أبي حنيفة خلافا له ما ولو لأحقابه شرطا فاسدا بطل الشرط ولا يفسد العقد في قولهما ويقصد في قول
أبي حنيفة ولو باع على أنه بالخيار على أن له أن يستغله ويستخدمه جاز وهو على خياره ولو قال في بيع بستان
على أنه بالخيار على ان له أن يأكل من ثمره لا يجوز لان الثمر له حصص 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 فعدت أبي 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 (وقالا لا يجوز اذا سمى مدته معلومة لحديث ابن عمر رضي
الله عنهما اجاز البيع الى شهرين) وهذا دليل جزمه الدعوى لانها جازها أكثر من ثلاثة ايام طالت المدة

قوله والجواب ان حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر رضي الله تعالى عنهما) أقول فيه بحث اذا معارضة بينهما
حتى يحتاج الى الترجيح فان مفهوم العدد ان كان حجة لا يساوى المنطوق حتى يعارضه فليست أمثل فان للتعرج لا يتم أقول ذكره حكاية الحال
يناسب الجواب الثاني والملائم لهذا المقام تعرضه لعدم الشهرة

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

أو قصرت وحديث ابن عمر يفيد جواز أكثر من الثلاثة عدة خاصة لا غير (لان الخيار انما شرع
 للحاجة الى التروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتأجيل في الثمن) شرع للحاجة
 الى التأخير مخالفاً لمقتضى العقد ثم جازى مقتضى العقد تراضياً عليه وبقولهما 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 مكان
 أن يذهب فيها قبل الشراء ثم يشترط الحاجة الى شرط الخيار أصلاً لان خيار الرؤية ثابت له ولو تأخرت
 رؤيته سنة وان كان للتروى في أمرها هل تساوى الثمن المذكور أولاً 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 القاضي اشترط شيئاً
 يتسارع اليه الفساد على أنه بالخيار ثلاثة أيام في القياس لا يجبر المشتري على شيء وفي الاستحسان يقال
 للمشتري اما أن تفسخ البيع ولما أن تأخذ المبيع ولا شيء عليك من الثمن حتى تجيز البيع أو يفسد
 المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين وهو نظير ما لو ادعى في يد رجل بشراء شيء يقسده اليه الفساد
 كالسمكة الطرية ويحذر المدعى عليه وأقام المدعى البيئته ويخاف فسادها في مدة التزكية فان القاضي يأمر
 مدعى الشراء أن يتقدم الثمن ويأخذ السمكة ثم القاضي يبيعهما من آخره يأخذ ثمنه ويضع الثمن الاول
 والثاني على يد عدل فان عدت البيئته يقضى لمدعى الشراء بالثمن الثاني ويدفع الثمن الاول للبائع ولو ضاع
 الثمنان عند العدل يضيع الثمن الثاني من مال مدعى الشراء لان بيع القاضي كبيعه ولو لم تعدل البيئته
 فانه يضمن قيمة السمكة لمدعى عليه لان البيع لم يثبت وبقى أخذ مال الغير بجهة البيع فيكون مضموناً
 عليه بالقيمة وجه قول أبي حنيفة (أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم) ثبت نصاً على
 خلاف القياس في المدة المذكورة للتروى فيما يدفع الغبن عنه ولا شك أن النظر لاستكشاف كونه في
 هذا المبيع مغبوناً وغير مغبون مما يتم في ثلاثة أيام بل في أقل منها فان معرفة كونه مغبوناً في هذه
 الصفة أولاً 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 الحاقه بالثلاث دلالة كما لا يجوز
 بالقياس ولو فرض من الغباوة بحيث لا يستفيد كونه مغبوناً لم يعد ذرو ولا يبني الفقه باعتبار ذلك لان مثله
 زائل العقل وبهذا يظهر أن قول ابن الجوزي في التحقيق في حديث حبان أنه خرج مخرج 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 البخاوي الاوسط فأي حالة
 تزيد على هذه من الضعف لا عدم العقل بالكلية ومع ذلك لم يجعل له النبي صلى الله عليه وسلم سوى ثلاثة
 أيام فلا شك في منع الزائد مع أنه وجد في السمع ما يفيقه صريحاً وهو وان لم يبلغ درجة الحجية فلا شك أنه
 يستأنس به بعد تمام الحجية وهو ما روى عبد الرزاق من حديث أبان بن أبي عياش 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 الا أنه أعل بابان مع الاعتراف بأنه كان رجلاً صالحاً وكذا أخرجه الدارقطني عن نافع

(قوله الا انه اذا اجاز يجوز ان يكون استثناء من قوله ولا يجوز اكثر منها وعنه لا يجوز اكثر منها لكن لو ذكر اكثر منها او اجاز من له الخيار في الثلاث جاز ويجوز ان يكون من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور والاول اولى لقوله خلافا لفرقتا مل وزفر يقول ان هذا عقد فاسد او الفاسد لا ينقلب جائزا لان البقاء على وفق الثبوت فكان كبايع الدرهم بالدرهمين او اشترى عبدا بألف ورطل بخر ثم اسقط الدرهم الزائد وبطل الخمر وكمن تزوج امرأة وتحتنه أربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة ولاي حنيفة انه أسقط المفسد قبل تفرغه اعلم ان المشايخ رحمهم الله اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتداء على قول أبي حنيفة فذهب العراقيون الى انه ينعقد فاسدا ثم ينقلب صحيحا بخذف 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 تفرغه أي قبل مضي ثلاثة أيام

تعليل على الرواية الاولى وتقريره ان العقد فاسد في الحال بحكم الظاهر لان الظاهر دوامها على الشرط فاذا أسقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع زال موجب الفساد فيعود جائزا وهذا لان هذا العقد لم يكن فاسدا عينه بل لمفاته 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 يعلم 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) تعليل على الرواية الثانية وتقريره ان اشتراط الخيار

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

عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الخيار ثلاثة أيام وفيه أحد بن ميسرة متروك وأما ما استدلوا من حديث ابن عمر المذكور في الكتاب فلا يعرف في شيء من كتب الحديث والآثار وأما القياس على الأجل فنقول بوجوبه ولا يضرنا فان الشارع لما شرع الأجل على خلاف القياس شرعه مطلقا فعملنا باطلاقه وهما المشايخ الخيار شرعه مقيدا بثلاثة أيام أو بثلاث ليال فعملنا بتقييده حتى له أنه لو شرع الأجل أيضا مقيدا بعدة كنا نقول لا يزد عليها أيضا ولو جوب الاقتصار على مورد النص نقل عن سفيان الثوري وابن شبرمة أن شرط الخيار للبائع لا يجوز لان نفس الخيار ما ورد الا للمشتري قلنا ممنوع بل للاعم فانه صلى الله عليه وسلم قال له اذا بايعت وهو يصدق بكونه بائعا ومشتريا (قوله الا أنه) استثناء من قوله ولا يجوز اكثر منها أي لا يجوز في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته داخل الثلاثة (عند أبي حنيفة رضي الله عنه خلافا لفرقه) وبه قال الشافعي (هو) أي زفر (يقول انه) أي العقد (انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا) كما اذا باع الدرهم بدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لا يقع صحيحا أو باع عبدا بألف ورطل بخر ثم أسقط الخمر وهذا لان البقاء على حسب الثبوت فان الباقي هو الذي كان قد ثبت (ولابي حنيفة أنه) أي من له الخيار (أسقط المفسد) وهو اشتراط اليوم الرابع (قبل تفرغه) أي قبل ثبوته وتحققه لان ثبوته بجزء ثلاثة أيام فيعود جائزا (كما اذا باع بالرقم وعلمه بالمجلس فرضي به) وهذا لان المفسد ليس هو شرط الخيار بل وصله بالرقم وهو بعرض الفصل قبل مجيئه فاذا أسقطه فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيحا ثم اختلف المشايخ في حكم هذا العقد في الابتداء فعند مشايخ العراق حكمه التمسك بحسب الظاهر اذا ظاهر دوامها على الشرط فاذا أسقطه تين الامر خلاف الظاهر فينقلب صحيحا وقال مشايخ خراسان والامام السرخسي وغيرهم من مشايخ ما وراء النهر هو موقوف وبالسقاط قبل اليوم الرابع ينعقد صحيحا واذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الا وهو الواجب كذا في الظهيرية والذخيرة وذكر الكرخي نصابا عن أبي حنيفة أن البيع موقوف على اجازة المشتري وأثبت للبائع حق الفسخ قبل

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

(قوله لكن لو ذكر اكثر منها او اجاز من له الخيار في الثلاث جاز) أقول لكن لو ذكر الخ يشترى الى ان الاستثناء منقطع والظاهر الاولى ان يحتمل على الاتصال أي لا يجوز اكثر منها في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته في الثلاث فليست بوجوبه (فقتصر على المدة المذكورة) من تمة الدليل فلا يلام ذلك الخلاف في حيز الاستثناء المعلق به (قوله والاول اولى لقوله خلافا لفرقه) أقول يعني ان ذلك الخلاف يدل على تعلق الاستثناء بتقرر المسئلة على ما هو رأيهم في تفرغ الخلاف (قوله والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد الخ) أقول وكذلك الفساد في السعر بالرقم في صلب العقد بلهالة الثمن فلا بد من الفرق

قال (ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن اذا اشترى على انه ان لم ينقد الثمن فلا يبيع بينهما وعلى وجهه فاما ان قال على انه ان لم ينقد الثمن فلا يبيع أو قال على انه ان لم ينقد الثمن أياما فلا يبيع وهما فاسدان أو قال على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا يبيع بينهما وهو جاز عند علماءنا الثلاثة والقياس وهو قول زفر أن لا يجوز ما انه يبيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقذ واشترط الاقالة في البيع مثل أن يقول بعتمك هذا بشرط أن تقبل البيع مفسدا لكونه على خلاف العقد فاشترط فاسدا أولى أن يفسد واستحسن العلماء جوازه ووجهه ان هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة اذا الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقذ تجوزا عن الماطلة في الفسخ وإذا كان في معناه كان ملحقا به ورد بأننا لم نعلم انه في معناه لان هناك لو سكت حتى مضت المدة ثم العدة وههنا لو سكت حتى مضت المدة بطل العقد وأجيب بأن النظر (١١٤) في اللاحق انما هو الى المعنى المناط للحكم وهي الحاجة وهي موجودة

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 إلا 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 القاضى ظهير الدين ههنا مسألة لا بد من حفظها وهي انه اذا لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام بفسد البيع

(ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا يبيع بينهما جاز والى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد 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 تجوزا 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 حقيقة القولين لا فساد قبل الرابع بل موقوف ولا يتحقق الخلاف إلا أن يكون الفرض أن الفساد ثابت على وجه يرتفع شرعا باسقاطه خيار الرابع قبل مجيئه وهذا هو ظاهر الهداية حيث قال ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بخذف الشرط وقوله وهذا على الوجه الاول يعني قوله أسقط المفسد قبل تقريره وهو كالتعليق فان التعليق هو الذي يبنى على الاصل لأن أصل القاعدة يبنى على التعليق والجواب عن المسائل المقيس عليهم الزفر أن الفساد فيها في صلب العقد لانه بسبب المبيع وهو البديل فلم يكن رفعه وهنأ في شرطه وكما ينقلب العقد جازا اذا أسقط الخيار قبل مضي الثلاثة كذلك لو اعتق العبد أو مات العبد أو المشتري أو أحدث به ما يوجب لزوم البيع ينقلب جازا في قول أبي حنيفة ويلزمه الثمن (قوله ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا يبيع بينهما جاز) والمنفعة به هذا الشرط هنا هو البائع وكذا لو قبض الثمن وقال ان رده البائع الى ثلاثة أيام فلا يبيع يجوز هذا البيع بهذا الشرط ويصير خيار الشرط حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو أعتقه المشتري لا ينفذ عتقه ولو أعتقه البائع نفذ (والى أربعة أيام لم 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 وأكثر) 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 لاقياسا والدلالة لا يشترط فيها سوى التساوى) 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 أن

ولا يفسخ حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده نفذ عتقه وان كان في يد البائع لا ينفذ وعلى هذا اذا اشترى عبدا شرعيته ونقد الثمن على أن البائع ان رد الثمن فلا يبيع بينهما جاز البيع بهذا الشرط بمنزلة شرط الخيار حتى اذا قبض المشتري يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو أعتقه المشتري لا ينفذ ولو أعتقه البائع ينفذ اه ولا يخفى عليك مخالفة هذا المنقول لاشارة قول المصنف اذا الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقذ وتصریح الشارحين أنه يفسخ العقد عند عدم النقذ الا أن يثبت 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 الاخر الخ) أقول فيه بحث فانه ذكر ظهير الدين انه لا يفسخ بعض المدة بل يفسد العقد نقل عنه في النهاية وغيره

أما أوحنيفة فقد مر على أصله في الملقق به ونفي الزيادة على الثلاث وكذلك محمد مر على أصله في تجويز الزيادة في الملقق به وأبو يوسف احتج إلى الفرق بين الملقق والملقق به في جواز الزيادة في الثاني دون الأول ووجه ذلك ما قال المصنف وأبو يوسف أخذ في الأصل بالآثر وفي هذا بالقياس وتفسيره على وجهين أحدهما أن المراد بالأصل شرط الخيار بقوله 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 الملقق به وهو شرط الخيار بأثرين عمر وعلمنا بالقياس في الملقق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه والثاني أن يكون معناه أخذ أبو يوسف في الأصل أي في ثلاثة أيام بأثرين عمر وهو ما روى أن عبد الله بن عمر باع ناقه له من رجل بشرط أنه أن 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 للبائع فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق والثمن يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق وإذا كان للمشتري فالمبيع يخرج عن ملك البائع والثمن لا يخرج عن ملكه فإذا كان لهما لا يخرج شيء من المبيع والثمن عن ملك البائع والمشتري بالاتفاق فإذا خرج المبيع عن ملك المشتري هل يدخل في ملك المشتري والبائع فيه خلاف قال أوحنيفة لا يدخل وقال يدخل أما دليل عدم خروج المبيع عن ملك المشتري هل يدخل في ملك

وقدم أبو حنيفة على أصله في الملقق به ونفي الزيادة على الثلاث وكذا محمد في تجويز الزيادة وأبو يوسف أخذ في الأصل بالآثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زفر وهو أنه يبيع شرط فيه أقاله فاسدة لتعلقها بالشرط واشترط الصحيح منها فيه مفسدة العقد فاشترط الفاسد أولى ووجه الاستحسان ما بينا 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 لا تروى لدفع ضرر الغبن في المبيع والثمن فيمتد إليه جوازه لدفع الغبن في الثمن للماطلة وكون هذا ينفسخ بتمام المدة قبل دفع الثمن وذلك لئلا يتهم بتمامها بل لا بد لأثره لأن المعتبر في الدلالة الاشتراك في الجامع الذي يفهمه من فهم اللغة ألا أنك سمعت أنه لا ينفسخ بتمامها بل يرجع فاسدا (وقدم أبو حنيفة رضى الله عنه على أصله في الملقق به) وهو أنه لا يزداد على الثلاثة فكذلك في الملقق وكذلك محمد حيث جعله جائزا بالانقياس عدة وأبو 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 فحديث ابن البرصاء على ما سئذ كرهه في خيار التعيين هذا ما ذكر عن أبي يوسف هنا وقد روى عنه أنه يرجع إلى قول محمد ورواه الحسن بن أبي مالك عنه وفي شرح المجمع الأصح أنه مع أبي حنيفة وكثير من المشايخ لم يرجعوا عنه شيئا وحكموا على قوله بالاضطرار (وفي هذه المسئلة قياس آخر) يقتضي أن لا يجوز هذا البيع أصلا (وهو أنه يبيع شرط فيه أقاله فاسدة لتعلقها بالشرط) وهو عدم دفع الثمن في الثلاثة الأيام والأقاله لا تتعلق بالشرط لأن فهمه عنى التملك حتى جعلت بيعا جديدا في حق ثالث وهو لشرط الأقاله الصحيحة وهي التي لم تعلق بالشرط بأن قال بعثك على أن أقبلك وتقبلها أو قال اشتريت منك على أن تقبلني لا يصح لأنه شرط لا يقتضيه العقد (فاشترط الفاسدة أولى) وبهذا القياس قال زفر ومالك والشافعي وأحمد فكلهم منعوا صحة البيع والوجه عليهم ما قدمناه من الالحاق بالدلالة بالقياس وهو المراد بقول المصنف ووجه الاستحسان ما بينا (قوله) وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لأن تمام هذا السبب (بالمراضة) الذي هو البيع (بالمراضة) لما عرف من قوله تعالى إلا أن 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 فلهذا جاز تصرفه فيه فنقد عقده فيه ولو كان في يد المشتري ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه باذن البائع لبقاء ملك البائع فيه بالاختلال والتعليل المذكور يعرف أن خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه لا تتحد نسبتها إلى كل من له الخيار وأنه إذا كان الخيار له لا يخرج المبيع عن ملك

ذ كره من قوله (لأن تمام هذا السبب) أي العلة (بالمراضة) تكون الرضا دخلا في حقيقة الشرعية ولا تتم المرضاة بالخيار لأن البيع به بصيرة اسم 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 ناه بيع الخ (قوله) لكون الرضا دخلا في حقيقة الشرعية ولا تتم المرضاة بالخيار) أقول فيه بحث فإن بيع المكره يبيع مرتب عليه أحكامه ولا رضاه (قوله) لأن البيع به بصيرة اسمها) 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 يقول قبض ملك البائع بانته

فكان أمانة في يده ونحن نقول البيع ينفسخ بالهلاك والمنفسخ به مضمون بالقيمة وذلك لان المعقود عليه بالهلاك صار الى حالة لا يجوز ابداء العقد عليه فيما افلطحها الاجازة وهو معنى قوله (لانه 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 فيلزمه الثمن لا القيمة لبطان الخساراذ ذلك بتمام الرضا ولو هلك المبيع في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري كما لو كان البيع مهيجا مطلقا عن الخيار قبل وانما ذكر الصحیح مع أن الحكم في الفاسد كذلك جلا لحال المسلمين على الصلاح وأما دليل خروج وجهه عن ملكه اذا كان الخيار للمشتري فهو أن البيع لازم من جانبه وتحقیقه ان الخيار انما يمنع خروج البديل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظر له دون الآخر وأما أن البديل اذا خرج عن ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك لا ترد

(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 له دون الآخر قال الا ان المشتري لا يملكه عند أي حنيفة وقال لا يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولا عهد له 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 نفاذ به بالهلاك لانه (لانفاذ بلا محل فبقي) في يد المشتري (مقبوضا) لاعلى وجه الامانة المحضة كالوديعة والاعارة كما نقل عن ابن أبي ليلى رحمه الله انه لم يضمنه لانه ما رضى البائع بقبضه الا على جهة العقد فقل ما فيه أن يكون كالمقبوض (على سوم الشراء وفي) المقبوض على (سوم الشراء القيمة) اذ هلك وهو قيمي والمثل في المثل اذا كان القبض بعد سمية الثمن أما اذا لم يسم عن فلا ضمان في الصحیح وعليه فرع ما ذكره الفقيه أبو الليث في العيون في رجل أخذ ثوبا فاقبال اذهب به فان رضيته اشترته فضاغ في يده لم يلزمه شيء وان قال ان رضيته اشترته 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 له لان السبب 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 منعناه أو تمت صورته فسلم ولا يفيد في ثبوت حكمه حتى يوجد شرط عمله وهو تمام الرضا على ما ذكرنا وتقييد المصنف بالهلاك بكونه في مدة الخيار يخرج ما اذا هلك بعدها وانه حينئذ يضمن بالثمن لانه هلك بعدما تبرم البيع لعدم فسخ البائع في المدة (ولو هلك) المبيع (في يد البائع) والحال أن الخيار له لا اشكال في أنه ينفسخ (ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق) عن شرط الخيار فان فيه اذ هلك المبيع في يد البائع قبل التسليم انفسخ البيع والتقييد بالصحیح ليس لخراج الفاسد لان الحال في البيع الفاسد كذلك أعنى الانفساخ بملاك المبيع في يد البائع بل لان الاعتبار بالاصالة له والفاسد بدأخذ حكمه منه (قوله) وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) وقوله (لان البيع) الى آخره تهليل لخدوف وهو قولنا فيخرج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانبه لازم بات فقد تم السبب في حقه وانتفي ما يمنعه من عمله ان كان خيار المشتري لا يمنعه 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 اسناد الامر متبادر عند قوله بخروج المبيع عن ملك البائع اذا كان الخيار للمشتري وهو المفرد 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 له بانته في الشرع) في باب التجارة والمعاوضة فيكون كالسائبة فلا يرشدها متولى أمر الكعبة اذا اشترى عبدا لسدانة الكعبة والضيعة الموقوفة بعيدها اذا ضعف أحد منهم فاشترى ببدله آخر فانه لا يدخل في ملك المشتري لان ذلك ليس من هذا الباب بل من باب الاوقاف وحكم الاوقاف ذلك وكذا

له الخيار لانه شرع نظر له دون الآخر وأما أن البديل اذا خرج عن ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك لا ترد (قوله قيل الى قوله لحال المسلمين على الصلاح) أقول ولانه يعلم منه حاله بالولاية

عند أبي حنيفة رحمه الله فلا نه للم يخرج ماله عن ملكه لو دخل لزم اجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكم المعاوضة ولا أصل له في
الشرع لان المعاوضة تقتضى المساواة ونوقض بالمدرفان غاصبه اذا ضمن لصاحبه ملك البدل ولم يخرج المدبر عن ملكه فكان البدلان
مجتبئين في ملك واحد واجب بقوله (حكم المعاوضة يدفع النقض فان ضمن المدبر ضمان جنباية وليس كالمناقبه ويدخل
عندهما لانه لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل في ملك الآخر يكون زائلا لالى (١١٧) مالك يعنى سائبة ولا عهس لها نابه

في الشرع ونوقض بما اذا
اشترى متولى الكعبة عبدا
لسدانة الكعبة يخرج
العبد عن ملك البائع ولا
يدخل في ملك المشتري
وأوجب بأن كلاً من في
التجارة وما ذكرتم ليس
منه بابل هو ملحق بتوابع
الاقواق وحكم الاوقاف
قد تقدم ورجح قول أبي
حنيفة بأن شرعية الخيار
نظر المشتري ليرتوي فيقف
على المصلحة فلو دخل في
ملكه ربما يكون عليه لاله
بان كان المبيع قريبه
فيعتق عليه من غير اختياره
فعدا على موضوعه بالنقض
(فسوله فان هلك في يده)
أى ان هلك المبيع في يد
المشتري فيما اذا كان
الخيار له 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 أن يفسخ
بعد الارتفاع وأما اذا
مضت والعيب قائم لزم
العقد لتعذر الرد وتبين بما

ولأبي حنيفة انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه لاجتماع البدلان في ملك
رجل واحد حكم المعاوضة ولا أصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضى المساواة ولان الخيار شرع
نظر المشتري ليرتوي فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك بما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه
فيه نوت النظر قال (فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب) بخلاف ما اذا كان الخيار
للبيع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يتنعق الرد والهلاك لا يعبرى عن مقدمه عيب فيه كالعقد قد انبرم
فيلزمه الثمن

لا ترد التركة المتسغرة بالدين فانها تخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء لا قيد
المدكور (ولأبي حنيفة رضى الله عنه انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا انه يدخل المبيع في ملكه
اجتمع البدلان) الثمن والمبيع (في ملك) أحد المتعاضين (حكم المعاوضة ولا أصل له في الشرع)
وأى يكون (والمعاوضة تقتضى المساواة) بين المتعاضين في تبادل ملكيهما بخلاف ضمان غاصب
المدبر اذا أتى من عنده سواء قلنا انه بدل اليد والملك حيث لا يخرج المدبره عن ملكه مالكة فيجتمع
العوضان في ملك واحد فانه ضمان جنباية لاضمان 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 نظر له ليرتوي فيقف على المصلحة) في رأيه (ولو أثبتنا الملك له) بمجرد البيع مع خياره الحقة نقض
مقصوده (اذ ربما) كان المبيع من (يعتق عليه) فيعتق (من غير اختياره) فيعود شرع الخيار
على موضوعه بالنقض اذا كان مفقودا بالنظر وذلك لا يجوز وقد أورد على هذا القول ثبت الملك للمشتري لم
يسحق به الشفعة لأن استحقاقها بالملك ولذا لا تثبت بحق السكنى لكنه يستحقها اذا بيعت دار بجوارها
بالاتفاق والاجماع أوجب بأنه انما استحقها لانه صار أحق بها تصرفا لانه ملكها كالعبد المأذون يستحقها
اذا بيعت دار بجوارها بهذا المعنى وحاصل هذا منع قصر استحقاق الشفعة على حقيقة الملك بل هو أومافى
معناه وهذا تكلف لا يحتاج اليه وستأى المسئلة معللة بانبرام البيع في ضمن طلب الشفعة فيثبت
مقتضى تعميمها وما فى الاجناس لو بيعت دار بجوارها فأخذها بالشفعة لا يبطل خيار الرؤية فله أن يردّها
اذا رآها ويبطل خيار الشرط (فان هلك) المبيع (في يد المشتري) ولو فى مدة الخيار (هلك بالثمن وكذا
اذا دخله عيب) لا يرجى زواله كان قطعت يده ولو غير صنعه فانه يلزمه الثمن ويتمنع الرد بخلاف ما لو كان
يرجى زواله في المدة بان مرض فان المشتري على خياره لكن ليس له أن يردّه مر بضايل حتى يبرأ في المدة
فان مضت المدة ولم يبرأ لزم البيع فيه وعن أبي يوسف يبطل خيار المشتري في كل عيب بأى وجه كان الا
في خصلة وهي ان النقصان اذا حصل في يد المشتري بفعل البائع لا يبطل خياره بل ان شاهده وان شاء
أجاز البيع وأخذ الارش من البائع وقوله (بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع) متصل بقوله هلك بالثمن
يعنى الفرق بين ما اذا كان الخيار للبائع فهلك المبيع في يد المشتري فانه يملك بالقيمة وبين ما اذا كان
للمشتري فهلك في يد المشتري فانه يملك بالثمن هو ان الهلاك لا يلحق عن مقدمه عيب ودخول العيب يمنع
الرد حال قيامه كائنا ما كان فاذا اتصل به الهلاك لم توجد حالة تجوز الرد فيه كقد انبرم العقد وانبرم العقد

ذكر ان هلاك المبيع وتعيبه وجب القيمة على المشتري اذا كان الخيار للبائع ووجب الثمن اذا كان للمشتري فاحتاج الى التصريح ببيان
الفرق ووجهه أن المبيع اذا تعيب في يد المشتري والخيار له تمذر الرد كما قبض وكذلك اذا هلك والهلاك لا يعبرى عن مقدمه عيب فيه ك
والعقد قد لزم وتم فيلزم الثمن المسمى

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

وأما إذا كان الخيار للبائع فلم يمنع الرد على المشتري بدخول العيب لأن الخيار للمبتاع لانه فيملك والمبيع موقوف فيلزم القيمة قال (ومن اشترى امرأته) هذه مسائل تترتب على الاصل المتقدم ذكره وهو أن الخيار اذا كان للمشتري يخرج المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري عنده وعندهما يدخل فعلى هذا اذا اشترى امرأته (على انه بالخيار ثلاثة أيام يفسد النكاح) لانه لم يملكها وان وطئها له أن يردّها لان الوطء لم يكن بملك الميمن حتى يسقط الخيار الا اذا كانت بكرًا فليس له أن يردّها لان الوطء ينقصها وهذا يشير الى أن قوله زوان وطئها له أن يردّها) معناه اذا لم ينقصها الوطء فأما اذا نقصها فلا يردّها وان كانت ثيبا اليه أشير في شرح الطحاوى وعندهما يفسد النكاح وان وطئ الم يردّها وان كانت ثيبا لانه ملكها ووطئها بملك الميمن 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 افه وحر فاشترى بالخيار لا يعتق عنده خلافا لهما

بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمنع الرد كما بخيار البائع فيملك والعقد موقوف قال (ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة أيام يفسد النكاح) لانه لم يملكها الماله من الخيار (وان وطئها له أن يردّها) لان الوطء بمحكم النكاح (الا اذا كانت بكرًا) لان الوطء ينقصها وهذا عند أبي حنيفة (وقال يفسد النكاح) لانه ملكها (وان وطئ الم يردّها) لان وطئها بملك الميمن فيمنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة أخوات كلها تنبثق 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 افه وحر

يوجب الثمن لالقيمة بخلاف ما تقدم) من كون الخيار للبائع فان تعيب المبيع لا يمنع الرد كما بخيار البائع (فيملك 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 الماله من الخيار) والمبيع لا يدخل في ملك المشتري بالخيار فالرد البائع استمرت زوجته عنده وعندهما اذا فسخته رجعت الى مولاهن بلا نكاح عليها (وان وطئها) بعد الشراء (له أن يردّها) بالخيار لان الوطء لا يلزم هنا أن يكون اجازة لان له في النكاح ملكا قائما يحصل له الوطء فلم يلزم كون وطئها اجازة (الا اذا كانت بكرًا لان الوطء ينقص البكر) فيمنع الرد للعيب الذي حدث عنده ومن هذا يعرف أنه لو نقصها الوطء وهي ثيب فيمنع 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 بالرد فيكون راضيا بربها ناقصة أوجب منع بقاء الرضا بذلك بعد البيع بل لما باعها نسخ ذلك الرضا الى الرضا عما هي أحكام هذا البيع وأحكام هذا البيع ماذكرناه (وقال يفسد النكاح لانه ملكها فان وطئ الم يردّها) ولو كانت ثيبا لان الوطء بعد انفساخ النكاح ليس الا بملك الميمن فكان مسقط للخيار ورضا بالبيع وهذه المسئلة من فروع الخلاف في ثبوت الملك في المبيع للمشتري بشرط الخيار وعدمه (ولها أخوات) ذكرها المصنف تفريعا على 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 يفسخ لانه لم يملكه (ومنها أن قال ان ملكك عبد افه وحر) فاشترى عبد بشرط الخيار فانه لا يعتق عند أبي حنيفة لانه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط وعندهما وجد فعتق لانه ملكه أمالوا قال ان اشترى عبد افه وحر فاشترى عبد بشرط الخيار فانه يعتق بالاتفاق لوجود الشرط وهذا شراء فيكون كالمشى للعتق بعده من حيث ثبوت الحرية لامن كل وجه ولذا لا يعتق عن الكفارة اذا نوى الحالف بشرائه أن يعتق عن كفارته ومنها لو اشترى جارية على أنه بالخيار فخاصت في مدة الخيار أو وجد بعض الحيضة فيها ثم اختار البيع عنده لا يجتزئ بتلك الحيضة لانها قبل الملك والموجود بعد الملك بعض الحيضة فلا بد من حيضة أخرى لحلل الوطء وعندهما يجتزئ بها لوجودها بعد الملك وينبغي أن يقيس بذلك بعد القبض لان السبب لوجوب الاستبراء الملك والملاك المؤكد يكون بالقبض ولو اختار الفسخ فردّها الى البائع لا يحتاج البائع الى استبرائها عنده أي 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 استبرائها وقياسا واستحسانا الاستحسان لا يستحدث الملك بعد ملك المشتري الملك المؤكد بالقبض فيثبت نوبهم الشغل وأجمعوا أنه لا يعدلوا كان بائنا ففسخ باقالة أو غيرها ان كان قبل القبض فالقياس أن يجب على البائع الاستبراء وفي الاستحسان غير واجب وان كان بعد القبض فالاستبراء 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

بخلاف ما إذا قال ان اشترت لانه يصير كالمشئى للعق بعد الشراء لان المعلق بالشرط كالمرسل عنده ولو انشأ العتق بعد شرائه بالخيار
عنى وسقط الخيار كذا هذا فان قيل لو كان كالمشئى وجب أن ينوب عن الكفارة اذا اشترى المخلوف عليه بعتقه فلو باع عن الكفارة
أجيب بأنه جعل كالمشئى تعصيما لقوله فهو حر فلا يتعدى الى الوقوع عن الكفارة بعد استحقاها الحرة وقت العتق لانه كالمديون في
الاستحقاق وفيه يعمل الانشاء للعق لاعتن الكفارة كذلك هذا ومنها ان المشتراة اذا حاضرت بعد القبض في مدة الخيار حاضرة
أو بعضها فاخترها لا يجزئ بثلاث الحاضرة 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 استحصانا والقياس أن

يجب لتجدد الملك وان كان
بعده يجب الاستبراء على
البائع قياسا واستحصانا
وأجمعوا في البيع البات
يفسخ باقالة أو غيرها ان
الاستبراء واجب على البائع
اذا كان الفسخ قبل القبض
قياسا وبعده قياسا
واستحصانا ومنها اذا ولدت
المشتراة في المدة بالنكاح
لا تصير أم ولد عنده قال
صاحب النهاية لا بد من
أحد تأويلين إما ان يكون
معناه اشترى منكوحته
وولدت في مدة الخيار قبل
قبض المشتري بشرط الخيار
أو يكون اشترى الأمة
التي كانت منكوحته وولدت
منه ولذا قبل الشراء ثم
اشترىها بشرط الخيار لا تصير
أم ولده في مدة الخيار عنده
خلافا لهما وعلى هذا كان
قوله في المدة طرفا لقوله
لا تصير أم ولده لا طرف
الولادة وتقرير كلامه اذا
ولدت المشتراة بالنكاح

بخلاف ما إذا قال ان اشترت فهو حر لانه يصير كالمشئى للعق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها
ان حوض المشتراة في المدة لا يجزئ به عن الاستبراء عنده وعندهما ما يجزئ ولو وردت بحكم الخيار الى البائع
لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة
بالنكاح لا تصير أم ولده عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم أودعه عند البائع
فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لا ارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري
احسن الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ما أدوناله فأبرأه البائع من الثمن في المدة
المشتري استبرأؤها بحضرة 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
تعهدت بالولادة وتصير أم ولد بالاجماع وصورة 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 عندهما تصير أم ولده بالشراء ويبطل خياره ويلزمه الثمن وكذا
ذكره غيره وتقييمه 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
عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع) عنده (لا ارتفاع القبض بالرد) لانه لم يملكه
ارتفع القبض بالايديع لان البائع لا يصلح أن يكون مودعا للملك نفسه فلا يكون الايداع صحيحا وهلاك
المبيع قبل القبض يبطل البيع (وعندهما) يهلك (من مال المشتري احسن 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 الأناه ليس بالزجر لجواز أن لا يؤل الى ملكه بأن
يختار المشتري البيع أم لو كان الخيار للبائع فسلمه الى المشتري ثم ان المشتري أودعه في مدة الخيار
البائع فهلك في يده قبل نفاذ البيع أو بعده يبطل البيع في قولهم جميعا ولو كان البيع بانا قبضه
المشتري باذن البائع أو بغير اذنه وله فيه خيار روية أو عيب فأودعه البائع فهلك في يده هلك على المشتري
ولزمه الثمن اتفاقا لان هذين الخيارين لا يمنعان ثبوت الملك فصح الايداع منه (ومنها لو كان المشتري
بالخيار) (عبدا ما أدوناله فأبرأه البائع من الثمن في المدة) يصح ابرأه استحصانا لقياسا لان البائع لم يملك

لا تصير أم ولده في مدة الخيار وفيه تعديد لفظي كما ترى قال صاحب النهاية وانما احتجنا الى أحد التأويلين لاننا لو أجرينا 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 رد هاهنا بعد ما تعهدت 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 بعده هلك على البائع لان القبض قد ارتفع بالرد اذا الودبعية لم تصح لعدم ملك المودع واذا ارتفع القبض
كان هلاك المبيع قبل القبض وانه من مال البائع وعندهما المالك المشتري صحته الودبعية وصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده
ومنها ما لو كان المشتري عبدا ما أدوناله فأبرأه البائع من الثمن في المدة

(قوله لاننا لو أجرينا على ظاهر اللفظ) أقول بمعنى الاطلاق

بقي خياره لانه لم يملكه كان الرادمتناعا منه عن التملك وللاذون له ولا به ذلك وعندهما بطل خياره لانه لم يملكه كان الرادمنه تملكه بغير
 عوض والمأذون ليس من أهله فان قلت اذا كان الخيار للشترى فالتن لم يخرج عن ملكه فواجبه ابراء البائع عن التملك قبل أن يملكه
 أجيب بأن القياس ينفي صحة هذا البراء وجوازه استحسانا لخصوله بعد وجود سبب الملك وهو العقد ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خرا
 بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما (١٣٠) وعنده بطل الخيار والبيع ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح

بقي على خياره عنده لان الرادمتناع عن التملك والمأذون له بليبه وعندهما بطل خياره لانه لم يملكه كان الرد
 منه تملكه بغير عوض وهو ليس من أهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خرا 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 يقسخ في المدة وله أن يبيز فان أجاز بغير
 حضرة صاحبه جاز

التن على المشتري بالخيار فلا يصح ابرأؤه مما لا يملكه وفي الاستحسان يصح لوجوب سبب ملكه للثن
 وهو البيع واذا صح ابرأؤه بالاتفاق (بقي على خياره) في السدعة ان شاء أجاز البيع فيما خذها بالثن
 وان شاء رده فسد السدعة للبائع عند أبي حنيفة لانه لم يملك المبيع فكان رده امتناعا عن تملك شيء بلا
 عوض (والمأذون بليبه) أي يملك ذلك كماله أن يمنع عن قبول الهبة (وعندهما) لما برئ من التملك
 والواقع أن المبيع يدخل في ملك المشتري بالخيار لورده كان متبرعا بملكه بغير عوض والعبد للمأذون
 ليس من أهل التبرعات فاذا امتنع الرادمنم البيع بلا شيء واستشكل تصوير المسئلة بنسب أن
 التملك لا يخرج عن ملك المشتري بشرط الخيار فكيف يتصور ابراء منه والجواب أن ابراء
 يعتمد على الذمة وليس من ضرورته زوال ملك المشغول ذمته عن مقداره الأري أن المدنون
 مشغول الذمة ولم يزل ملكه عن شيء من ماله وانما اشغلت ذمته لصحة السبب لان شرط الخيار ليس
 داخلا على السبب بل على حكمه كما تقدم بوجود البيع لا بد أن تشغل الذمة بالثن ولا يظن انه
 يقارن وجوب أدائه بل الثابت أصل الوجوب وليس في أصل الوجوب طلب أصله على ما عرف
 (ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خرا 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 أمواله كان الخيار للبائع وأسلم فبطلان البيع
 بالاجماع هذا آخر ما فرعه المصنف ومن الفروع أيضا على الخلاف في دخول المبيع في ملك
 المشتري بالخيار مالوا اشترى مسلم من مسلم عهده بالخيار فتقهر في المدة فسد البيع عندهم بغيره عن
 تملكه باسقاط خياره وتم عندهما ما لم يجزه عن رده بقصحه ومنها ما اذا اشترى دارا على أنه بالخيار وهو
 ساكنها باجارة أو اعارة فاستدام سكنها قال الامام السرخسي لا يكون اختيارا وانما الاختيار ابتداء
 السكنى وقال خواهر زاده استدامة السكنى اختيارا عندهما لانه يملك العين وعنده ليس باختيار لانه
 بالاجارة أو الاعارة لم يملك شيئا ومنها حلال اشترى نطيبا بالخيار فقبضه ثم أحرم والطبي في يده ينتقض
 البيع عنده ويرد الى البائع وقال يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع ولو كان للمشتري
 فأحرم البائع للمشتري أن يرد ومنها أن الخيار اذا كان للمشتري وقسخ العقد فالرائد ترد على البائع عنده
 لانهم تحدث على ملك المشتري وعندهما للمشتري لانها حدثت على ملكه (قوله) ومن شرط له الخيار
 سواء كان باعنا أو مشتريا أو اجنيا (له أن يبيز) في مدة الخيار باجتماع الفقهاء (وله أن يقسخ فان أجاز
 بغير حضرة صاحبه) يريد بغير علمه (جاز) فاذا كان الخيار للبائع فنفاذا البيع بأحد معان ثلاث

واذا كان الخيار للبائع
 وأسلم بطل البيع بالاجماع
 واذا كان الخيار للمشتري
 وأسلم البائع لا يبطل البيع
 بالاجماع لان العقد من
 جانبه بات فان اخذاره
 المشتري صار له وان رد صار
 الخ لرب البائع والمسلم من أهل
 أن يملك الخ محركا قال
 (ومن شرط له الخيار فله أن
 يقسخ في المدة) هذا العموم
 يتناول البائع والمشتري
 والاجنب لان شرط الخيار
 يصح منهم جميعا فاذا كان
 الخيار للبائع فالاجازة تحصل
 بثلاثة أشياء بان يقول
 أجزت وبعونه في مدة الخيار
 لانه لا يورث كما سئل كره
 فيكون العقد نافذا بان
 تمضي مدة الخيار من غير
 فسح واذا كان للمشتري
 فبذلك وبأن يصير المبيع في
 يد المشتري الى حال لا يملك
 فسح على تلك الحالة
 كهلاك العقود عليه
 وانتقاصه كما تقدم وأما
 الفسخ فقد يكون حقيقة
 وقد يكون حكما والثاني هو
 ما يكون بالفعل كأن
 يتصرف البائع في مدة
 الخيار تصرف المسلك كما

اذا اعتق المبيع أو باعه أو كانت جارية قوطها أو قبلها أو أن يكون التملك عينا تصرف
 المشتري فيه تصرف الملاك فيما اذا كان الخيار للمشتري فان العقد يفسخ سواء في ذلك حضوره والآخر وعنده لانه فسح حكما والشي
 قد ثبت حكما وان كان يبطل قصدا

قال المصنف (لان الرادمتناع عن التملك) أقول الظاهر انه يقال عن التملك

بعضى مدة الخيار وعمومه وبانغمائه وجنونه في المدة فان افاق فيها قال الاسيحي الاصح انه على خياره
 ولو سكر من الخمر لم يبطل بخلاف سكره من البنج ولو اردت على خياره اجماعا فلو تصرف بحكم الخيار فهو
 موقوف عند أبي حنيفة رحمه الله بخلافه ما والمعنى الثالث أن يجيز البيع كان يقول أجزت البيع
 ورضيته واسقطت خيارى ونحو ذلك واذا كان الخيار للمشتري فنفاذه بما ذكرنا من الامور الثلاثة للبائع
 وبالقول بان يتصرف في المبيع تصرف المالك في مدة الخيار بأن يعتق أو يكاتب أو يدبر أو يبيع
 المبيع أو يهبه أو يسلمه أو يرهنه أو يؤجره وان لم يسلمه على الاصح وكذا اذا علمت عقته 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 اجازة وكذا التقبيل بشهوة والمباشرة
 بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة لا بغير شهوة لان ذلك يحل في غير الملك في الجملة فان الطبيب والقابلة يحل
 لهما النظر والمباشرة نعم التقبيل لا الا أن النظر اليه من حيث هو مس 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 ليختاره ولا ليختار عليه ولا بي حنيفة أن حرمة المصاهرة
 تثبت بهذه الاشياء فكانت ملحقة بالوطء فصارت هذه الاشياء من حيث هي ملحقة بالوطء في ايجاب
 الحرمة كالمضاف الى الرجل وأما المباشرة مكرها كان أو مطاوعا اختار أما عند أبي حنيفة فظاهر
 وأما عند محمد فلا نوطء تنقيص حتى لو وجدت من غير المشتري بمنع الرد فأما المباشرة اذا ابتدأتها
 والمشتري كاره ثم تركها وهو يقدر على الامتناع فهو واختيار وانما يلزم سقوط الخيار في غير المباشرة اذا
 أقر بشهوتها لان فعلها يلزم اسقاط خياره فتمتوقف على اقراره بما يسقط خياره ولو دعا الجارية الى
 فراشه لا يسقط خياره والاستخدام ليس باجازة لانه يمتحن 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 وأما المبيع وشربه ولبسه يسقط الخيار وفي فتاوى قاضيخان اذا لبسه
 مرة واستخدم الخادم مرة لا يبطل خياره ويبطل بعمرتين وركوبها يسقيها أو يردّها ويعلقها اجازة وقيل
 ان لم يمكنه بدون الركوب لا يكون اجازة وأطلق في فتاوى قاضيخان انه لا يبطل خياره فقال وركوبها
 يسقيها أو يردّها على البائع لا يبطل خياره استحسانا لجعله الاستحسان ولو قطع حوافر الدابة أو أخذ
 بعض عرفها لا يبطل ولو نسخ من الكتاب نفسه أو غيره لا يسقط ولو درس فيه يسقط وقيل على
 العكس وبه أخذ أبو الليث وطلب الشفعة بالدار المشتراة رضابها بخلاف خيار الرؤية والعيب ولو
 حدث به عيب في خيار المشتري بطل خياره سواء حدث بفعل البائع أو بغيره عند أبي حنيفة وأبي
 يوسف وقال محمد لا يلزمه العقد بفعل البائع لان البائع لا يقدر على الزام البيع ومتى قلنا انه يلزم بجنابته
 اثبتنا له قدرة الزامه فتفتوت 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
 وتعذرت على البائع حصته من الثمن فتى رد الباقي كان تفريقا 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 شئ من الثمن لكنه يتخير المشتري ولو حدث بفعل البائع انتقص البيع لان
 ما انتقص مضمون عليه ويسقط حصته من الثمن فلو نظيت 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 يستملكه ولو سقى حرنًا في الارض فيما اذا اشترى الارض أو حصده الزرع أو قصل

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

وان فسح لم يجز الا أن يكون الاخر حاضر عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي والشرط هو العلم وانما كنى بالمضرة عنه انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجارة ولهذا لا يشترط رضاه وعسار كالكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب لساعته مشتر بافما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه

منه شيئا فيما اذا اشترى الزرع فهو رضاه ولو سقي دوابه من النهر أو شرب هو فليس رضاه ولو طعن في الرعي فهو رضاه وقد ذكر فيها تفصيل وذلك في رعي الماء وليست في ديارنا ولو كان المبيع دارا فيها ساكن فطلب المشتري الاجرة من الساكن فهو اجازة ولو غسل العبد أو الجارية أو مسطها بالمسط والدهن والبسه فليس رضاه (قوله وان فسح) أي من له الخيار في المدة (بغير مضرة الاخر) أي بغير علمه (لم يجز) عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول مالك (وانما كنى بالمضرة عن العلم) حتى لو لم يباغعه الفسخ الابعاد 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 الاخر وأما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقا وكان مقتضى النظر أن من قال ببيع الفسخ بغير علم صاحبه بالقول أن يقول به فيما هو فعل اختياري لانه كالقول من حيث هو اختيار ثبت به الانفساخ بخلاف الموت وفعل الامة ودخول العيب بغير صنعته والهلاك فان كان الخيار للبائع فهو أن يتصرف في المبيع تصرف الملاك كالعتيق والبيع والوطع وجميع ما قدمنا انه اجازة اذا صدر من المشتري من الافعال فهو فسح اذا صدر من البائع (له) أي لابي يوسف (انه) 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 لانه أي الغير الذي لا خيار له (عساه يعتمد على تمام البيع السابق) اذا انقضت المدة ولم يظهر له الفسخ (فيتصرف) المشتري (فيه) فيما اذا كان الخيار للبائع والواقع أنه فسح (فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك) وقد تكون القيمة أكثر من الثمن (ولا يطاب لساعته مشتر با) اعتمادا على نفاذ البيع لمالم يظهر له الفسخ في المدة اعتمادا على تمامه (فما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر) يجزى من قبل الانفراد بالفسح فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل قصد احوال عدم علمه لا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به كي لا يتضرر بلزوم الثمن من ماله اذا كان وكيله بالشراء وبطلان قوله وتصرفه اذا كان وكيله بالبيع ورعا يعتمد المشتري منه النفاذ فينشعب الفساد والحاصل قياسان تعارضا قياس أبي يوسف على تصرف الوكيل وقياسه ما على عزل الوكيل ثم في قياسهما أمور طردية لا معنى لها وهو قوله تصرف في حق الغير بالرفع فان هذا لا اثر له في نفي الصحة بلا علم انما اثره في نفي الصحة بلا إذن فان كونه حق الغير يمنع التصرف بلا إذن فهو بالنسبة الى العلم طرد والاذن قد وجد في ضمن شرط الخيار فان قيل لان سلم أن شرط الخيار تضمن الاذن له بالفسح مطلقا بما يكون ذلك لولم يكن مظنة أن يلحقه ضرر أما اذا كان الفسخ بغير علمه طرد بضرر يلحقه فـ لا قلنا فاسـ تمام حينئذ أن المؤثر ليس الا كون فسح مظنة ذلك الضرر وصح قولنا أن ما سواه لا اثر له من كونه تصرف في حقه بلا علمه وحينئذ فيقتصر النظر على اثبات الضرر ولا يخفى ان الضرر الذي ذكرناه يلحق المشتري اذا كان الخيار للبائع في حين التعارض لان ضرر لزوم القيمة انما

العقد بالاتفاق وان كان بغير علمه فلا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رجحهما الله وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي رجحهما الله لابي يوسف ان من له الخيار مسلط على فسح العقد من جهة صاحبه وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالاجارة وهو قياس منه لاحد شرطى العقد على الاخر ووضع ذلك بعدم اشتراط الرضا وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فان له أن يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا لانه مسلط من جهته (ولهما ان الفسخ تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع) هو (لا يعرى عن المضرة) أما اذا كان الخيار للبائع فالمشتري عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد تكون القيمة أكثر من الثمن ولا يخفى في كونه ضررا وأما اذا كان للمشتري فالبايع عسى يعتمد تمامه فلا يطلب لساعته مشتر با 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 على الشرط الاخر فاسد لقيام الفارق وهو الالزام

يكون

على الشرط الاخر فاسد لقيام الفارق وهو الالزام

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

ولا نسلم انه مسلط من جهه صاحبه على الصيخ لان التسليط على الصيخ من لاي ملكه غير معقول ولا مشروع كما تملك من غير المال وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لان معنى الالتزام على العلم لاعلى الرضا وتكونه لا بد منه في البياعات لانه لا الزام فيها وعورض بأن ما ذكرتم من الزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو انه لو لم ينفرد بالفسخ لربما اختفى من ليس له اختيار الى مضي المدة فيسألزم 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 فاق الجموع أو بعضه في بعض الصور لا يكون نقضا فلا يرد ما قيل الطلاق والعناق والعقود عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل الزام وهو موسوع لان ذلك من الاسقاطات وما هو كذلك ليس فيه شيء من الالتزام كاسقاط الحمل عن الدابة ولا ما قيل الزوج ينفرد بالرجعة وحكمها يلزم (١٣٣) المرأة وان لم تعلم لانه ليس فيها الزام لان

الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة الزام أمر جديد سلمناه

لكن ليس فيه الزام ضرر لان النكاح من عوالى النعم فاستدامته بالرجعة لا تكون ضررا ولا ما قيل اختيار الخفية ينفذ على زوجها وفيه الزام حكم الاختيار وان لم يعلم به لعدم الزام 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 قيل اختيار الامة 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 قيل اختيار المالك رفع عقد الفصولي يلزم العاقدين بلا علم وفيه الزام عليهم لانه

ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لاي ملك 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 به 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 في البياعات الاسواق فبطل ذلك الشق وأما ضرر البائع باعتماده فلا يطلب لسلطته مشترا فاعلمنا الحق من تقصيره حيث لم يستكشف من المشتري في المدة هل فسخت أولا ومثل هذا كثير في الفقه أعنى الزام ما هو ضرر لتقصيره من لزمه في احتياطه لنفسه مع المكنة بخلاف الوكيل فان ضرره لازم بالزام عن ما يشترطه عليه ان كان وكيلاً للشراء لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف فيتضرر بالزام عن ما لا عرض له فيه ولا حاجة له به وقد لا يكون مال الكالمقذاره وباهدار أقواله أعنى عقوده اذا كان وكيلاً بالبيع وهذا أضر على النفس من اقراض المال لدفع الدين لما يلزمه عند الناس من تحقير شأنه ووضع قدره فالوجه لابي يوسف والشافعي أقوى والله أعلم وقوله حينئذ (ولا نقول انه مسلط) من جهته (وكيف وهو لاي ملك الفسخ فلا يملك تسليطه) مشاحنة لفظية فان المراد من سلطه اذن له في التصرف في حقه ذلك بالرفع في المدة فاذا منع تضمن شرط الخيار الاذن بلا علم للضرر فكان الاذن مقيداً بعدم محل الضرر وهو حال العلم فهو باه ما ذكرنا من انتفائه في صورة التعارض وعدم تأثيره في أخرى لتقصيره من يلزمه وبهذا اجابوا عن المعارضة القائلة لو لم ينفرد من له الخيار بالفسخ يتضرر هو أيضا لانه يمكن أن يخفى صاحبه في المدة حتى تنقضي فقالوا وهذا الضرر انما يلزمه من جانبه بتقصيره في أخذ الكفيل وأما الجواب بأن الضرر بالاختفاء على صاحب الخيار لهجزه عن احضاره لا بالاختفاء ففي سعة فضل الله التجاوز عنه وقيل الظاهر انه لا يخفى لانه أمين حيث اثبت الخيار لصاحبه واعلم أن الالتزام بهذا النوع على احدى الروايتين في فتاوى فاضل خان جاء الى باب البائع ليرده فاختفى فيه فطلب من القاضي خصم اليرده عليه قال بعضهم ينصب نظرا للمشتري وقال محمد بن سلمة لا يجيبه لان المشتري ترك النظر لنفسه حيث لم يأخذ منه وكيلامع احتمال غيبته فلا يتظرله فان لم ينصب القاضي وطلب المشتري من القاضي الاعذار عن محمد وروايتان في روايته يجيبه فيبعث مناديا ينادي على باب البائع ان القاضي يقول ان خصمك فلانا يريد ان يرد المبيع عليك فان حضرت والا

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

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

نقضت البيع ولا ينقض القاضي بلاء اذار وفي رواية لا يجيبه الى الاعذار أيضا وقيل لمجد يعنى على
 هذ الرواية كيف يصنع المشتري قال يبنى للمشتري أن يستوثق فيما خدمته وكلائقه اذا خاف الغيبة
 حتى اذا غاب يرد على الوكيل وطريق نقض القاضي على احدى الروايتين أنه اذا قال الخصم انى
 أعذرت اليه وأشهدت فتواري فيقول القاضي اشهدوا انه زعم أنه أعذرت الى صاحبه في المدة كل يوم
 واحتج فان كان الامر كما زعم فقد أبطلت عليه الخيار فان ظهر وأنكر فعلى المدعى البينة بالخيار
 والاعذار وهذا لانه لا يمكن من اقامة البينة على ذلك قبل ظهوره لانه لا يحكم على غائب ولا تسمع حال
 غيبته للحكم به اعليه واذا عرف هذا فالمسائل الموردة نفاضة لانها على وفق ما ترجح من قول أبى
 يوسف لكن انورد هاهنا على تسليم عام الدليل فمن ان المخيرة 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 - نزلة اثبات خيار الطلاق فان كان الطلاق بايجابه فيجب وز حال غيبته
 فكذا الفسخ بايجابه فيجب وز حال غيبته ومنها الرجعة ينفردها 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 البيئونة عند فراغ العدة بشرط عدم الرجعة فكان عليها أن تستكشف
 شرط تصرفها هل هو موجود أولا ومنها الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص فان حكمها يلزم غيره
 بلا علمه وأجيب بأنهم اسقاطات لا يلزم بهاشي من أسقط عنه فلا يتوقف على علمه ومنها خيار المعتقة
 يصح اختيارها الفرقه بلا علم زوجها أجيب لاروايه فيها وعلى تقدير التسليم فالتخيير أثبتة لها الشرع
 مطلقا ولا ولاية عليهم ما ولا يخفى أن هذا من فساد الوضع فان كون الشرع أثبت حكم التصرف على
 الآخر بغير علمه في خيار المخيرة يقتضى أن الشرع لا يتوقف صحة التصرف على علم الآخر في ثبوت حكمه
 في حقه فان قلت فما الضرر الذي يلزمه أولا حتى يحتاج الى جوابه قلنا امتناعه عن تزوج أمة بناء على
 قيام نكاح التي اعتقت ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين أجيب بأن عقدهما
 لا وجود له في حق المالك اذ لا ولاية لهم ما عليه فاذا رد فقد بقي عدم شرط الثبوت فانه عدم أصلا في حقه
 فانه يقع الانعقاد حكما ومنها العدة فانها تلزم على المرأة بتطبيق 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 بالتضمن لا للتضمن وأما ما نفيس جواز الفسخ له بتسلط صاحبه لما ذكرنا وقد عرف ما فيه
 ﴿فروع﴾ اشتريا غلاما على أنهما بالخيار فرضى أحدهما لارادلا آخر عنده وقال له رد نصيبه ولو كان
 الخيار للعاقدين فقال البائع بمحضور المشتري أجرته ثم قال المشتري فسخته بمحضوره انفسخ فان
 هلك في يد المشتري سقط الثمن ولو بدأ المشتري بالفسخ ثم البائع بالا جازة ثم هلك في يد المشتري قيمته
 ولو تفاسخا العتد ثم هلك في يد المشتري قبل الرد يبطل حكم الفسخ ذكره في المحتجبي وفي الفتاوى
 باع أرضا على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام وتقباضا ثم نفض البائع البيع تبقى الأرض مضمونة على
 المشتري وللمشتري حبسها لاستيفاء الثمن الذي كان دفعه الى البائع فان أذن البائع بعد ذلك للمشتري
 في زراعتها فزرعتها تصير أمانة عند المشتري وكان للبائع أن يأخذها متى شاء قبل أن يرد الثمن وليس للمشتري
 حبسها لانه لما زرعتها باذن البائع صار كأنه سلمها الى البائع ولو مرض العبد والخيار للمشتري فلقى البائع
 فقال له نقضت البيع وردت العبد فلم يقبل البائع ولم يقبضه فان مضت المدة والعبد مريض لم
 المشتري وان صح فيها فلم يرد حتى مضت كان له أن يرده على البائع بذلك الرد الذي كان منه ومن باع على
 أنه بالخيار فصالحه المشتري على دراهم أو عرض بعينه على أن يسقط الخيار ويعضى البيع جاز وطاب له

قال (واذا مات من له الخيار بطل خياره) اذا مات من له الخيار سواء كان البائع أو المشتري أو غيرهما سقط الخيار ولزم البيع بخلاف ما اذا مات من عليه الخيار فإنه باق بالاجماع وقال الشافعي رحمه الله اذا مات من له الخيار انتقل الخيار الى وارثه لانه حق ثابت لازم في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب وكخيار تعيين المبيع بأن اشترى أحد الثوبين على انه بالخيار يأخذ أيهما شاء ولما ان الخيار لا يقبل الانتقال لانه ليس الامشيه وارادة وهما عرضان والعرض لا يقبل الانتقال والارث فيما يقبل الانتقال لانه خلافة عن المورث ينقل الاعيان الى الورث وهذا معقول لامعروض له من المنقول فيكون معمولاً به لا يقال قال عليه الصلاة والسلام من ترك ما لا أوحى فلورثته والخيار حق فيكون لورثته لان المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته على ما مر والخيار ليس كذلك قبل المسالكية صفة تنتقل من المورث اليه في الاعيان فهلا يكون الخيار كذلك وأجيب بأن المنتقل هو العين ونقل المسالكية ضمنه فيقول فليكن خيار الشرط كذلك بأن ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمناً وأجيب بأن الخيار ليس من لوازم المبيع بل الاصل عدمه وكم من مبيع لا خيار فيه بخلاف المملوك فإنه يستلزم مالكية ماله وفيه نظر فان الكلام (١٢٥) في المبيع بشرط الخيار لا في مطلقة

والخيار يلزمه والصواب أن يقال الغرض الاصلى من نقل الاعيان ملكيتها وليس الخيار في المبيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الاصلى 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 بعقد ولا شرط لا يقال البيع بشرط الخيار غير لازم فيورث

قال (واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته) وقال الشافعي يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولما ان الخيار ليس الامشيه وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سلمياً فكذلك الوارث فأما نفس الخيار لا يورث وأما خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختصاصه بملكه بملك الغير لان يورث الخيار اذا حصله زيادة في الثمن وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه للبائع على أن يسقط الخيار ويحيط عنه من الثمن كذا ويعطيه هذا العرض جاز لانه زيادة في المبيع أو حط من الثمن ولو أمره ببيع عبده على أن يشترط الخيار له ثلاثة أيام فباعه مطلقاً لم يجز ولو أمره مطلقاً فباعه بشرط الخيار لا أمراً ولا اجنبياً صح ولو وكاه بالشراء أو كذا صححوا فهو على ما ذكرنا من التفصيل إلا أن العدم متى لم يتذ على الأمر يتذ على الأمر بخلاف البيع لان الشراء اذا لم يجز تدفقاذا نفذ على العاقد (قوله) واذا مات من له الخيار بطل خياره) بانها كان أو مشترياً (ولم ينتقل الى ورثته) واذا بطل خياره يلزم البيع فان كان الخيار للبائع دخل عن المبيع في ملك ورثته وان كان الخيار للمشتري دخل المبيع في ملك ورثته وللبائع الثمن في التركة ان لم يكن قبضه وقيد بمن له الخيار لانه اذا مات العاقد الذي لا خيار له فالأخر على خياره بالاجماع فان أمضى مضى وان فسخ انفسخ (وقال الشافعي يورث عنه) وبه قال مالك على ما هو في كتبهم المشهورة (لانه) أي الخيار (حق) للانسان (لازم) حتى إن صاحبه لا يملك ابطاله (فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين) فانهم ما يورثون بالاتفاق (ولما ان الخيار ليس الامشيه وارادة فلا يتصور انتقاله) لانه وصف شخصي لا يمكن فيه ذلك (والارث فيما) يمكن (فيه الانتقال) وهو الاعيان وانظ مشيئة منصوب على انه خبر ليس وما في الشرع من أنه بدل من الخبر وتقديره أن الخيار ليس شيئاً الامشيه مبنى على قول ضعيف في العربية من أن يقدر الممول غير ما فرغ العامل له ويجعل ما بعد الابدله والمختار أن المفرغ له هو الممول 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 ونقر به لانه بطريق النقل بل المورث استحق المبيع سلمياً فكذلك الوارث فكان ذلك نقلاً في الاعيان دون الخيار وذلك لان سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك الجزء من المال مسحق للمشتري بالعقد فاذا طالب الباقع بالتسليم ويجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لانه بخلاف المشتري في ملك ذلك الجزء بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث وكذا خيار التعيين لا ينتقل بل الخيار يسقط بالموت لكن الوارث ورث المبيع وهو صحيح وول فثبت له خيار التعيين وكن اختلط ماله بمال رجل ثبت له خيار التعيين وهذا الخيار غير ذلك الخيار الأخرى ان المورث كان له أن يفسخ قوله وكان خياره موقفاً ما والوارث ليس له الفسخ وليس خياره موقوف

قال (ومن اشترى وشروط الخيار لغيره) تقرير كلامه ومن اشترى وشروط الخيار لغيره جاز حذفه لدلالة قوله فأي ما أجاز جاز يعني من المشتري وذلك الغير على المحذوف واشتراط الخيار للغير لا يجوز وفي 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 واشتراط الملك لغيره لكن العلماء الثلاثة استحسنوا جوازها لان الحاجة قد تدعو الى اشتراط الخيار للاجنبي لكونه أعرف بالمبيع أو بالعقد فصار كالاتياج الى نفس الخيار

(قوله حذفه لدلالة قوله الخ) أقول ريب وزان يكون قوله فأي ما أجاز جاز خبرا بالتأويل المشهور في وقوع الانشاء خبرا وهو تفسير القول قال المصنف (لأن الخيار من مواجب العقد) أقول فيه بحث (قوله واجبا من واجباته) أقول فيه بحث والظاهر أن يحمل الكلام على التشبيه والمبالغة فيه أي كعوض مواجب العقد

قال (ومن اشترى شيئا وشروط الخيار لغيره فأي ما أجاز جاز الخيار وأيه ما تبعض انتقض) 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 برذالك وأما خيار التعيين فجهله أصلا آخر للشافعي لا يصح على أصله لانه لا يجيز خيار التعيين فكل ما ذكره الزاملنا وجوابه كذلك أن الموروث هو أحد العينين المخير في تعيينه فينتقل الى الوارث ذلك ولازمة اختلاط الملكين فصار كما اذا ورث مالا مشتركا فثبت حكم ذلك وهو وجوب التعيين والافراز وهو معنى الخيار جازا الخيار لازم للعين المورثة في الموضوعين ضمنه لا تصداع على وجه الاستقلال ولا يمكن ذلك فيما فيه خيار الشرط لان البيع ليس منزوما 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 قوي على ما تقدم ويقال على أصل الدليل قولكم لا يتصور انتقال الوصف ان أردت حقيقة فم لم لكن مرادنا بالاتصال أن يثبت للوارث شرعا ملك خلف ملك الميت أو استحقاقه لعين ذلك الملك والاستحقاق المقيد بالاضافة الى الميت لأن ذلك غير ممكن فالوجه في الاستدلال ليس الا أن يقال ثبوت ذلك شرعا في أملاك الاعيان معلوم متفق عليه وأما ثبوته عن الشرع في غيرهما من الحقوق يتوقف على الدليل السهبي ولم يوجد ونفي المدرك الشرعي يكفي انبي الحكم الشرعي فان قالوا بل قد وجد وهو ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من ترك مالا أو حقا فلورثته ومن ترك كلابا أو عيالا فالي فلنا الثابت قوله مالا في الصحيح وأما الزيادة الاخرى فلم تثبت عندنا وما لم يثبت لم يتمه الدليل وأما الجواب بأن الملك انما ينتقل في ضمن انتقال العين نعتا أنه في غاية الضعف اذ لا معنى لكون الارث انتقالا لنفس ذات العين والملك يتبعها بقليل تأمل فان حقيقة انتقالها انما هو في المكان فآل الى أن المراد انتقال ملكها ليس غير ثم يبيأن المراد بقوله لم ينتقل ملكها ما ينبغي كل ذلك الكلام والمحاورات المكتوبة في بعض الشروح هذا ويلزمه على تقدير ثبوته أن يورث خيار الجماس 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 فانهم ما يثبتان الملك للمشتري بالخيار في العين فينتقل الى الورثة عين مملوكة له فيها خيار أن يفسخ كافي خيار العيب بعينه وفي خيار البائع ينتقل الثمن مملو كالم (قوله ومن اشترى شيئا وشروط الخيار لغيره) يعني لغير الذي ليس هو عاقدا او لغيره يصدق على البائع (فأي ما أجاز) من الشارط العاقد والمشرط له الذي هو غيره (جاز وأيها ما تبعض) البيع (انتقض) فلفظ من مبتدأ والجملة الشرطية وهي أيها ما أجاز خبره واذا تضمن المبتدأ معنى الشرط جاز دخول الفاء في خبره نحو الذي يأتي في ذرهم (وأصل هذا) أي جواز اشتراطه لغير العاقد (أن جوازها استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر) وقول الشافعي وبقولنا قال مالك وأحمد وهو الأصح من مذهب الشافعي الآن في ثبوته للعاقدة مع ذلك الغير وجهين في وجه يثبت لهما وفي وجه يثبت للغير وحده وعلى قوله الموافق لقول زفر فيه وجهان في وجه يفسد البيع وفي وجه يصح البيع ويبطل الشرط وجه (قول زفر 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 يتعلق انفساخ البيع وانبرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك وقياسا على خيار الرؤية والعيب وجه الاستحسان أن الحاجة قد تدعو الى اشتراطه لغير لان شرعيته لاستقلال الرأي

وطريق ذلك ان ثبت بطريق النيابة عن العاقد اقتضاه اذ لا وجه لاثباته بالغير اصاله فيجعل كأنه شرطه لنفسه وجعل الاجنبي نائباً عنه في التصرف تصححاله بقدر الامكان وفيه بحث من وجهين أحدهما ان شرط الاقتضاء أن يكون المقتضى أدنى منزلة من المقتضى الأخرى ان من قال لعبد له حنف في عمنه كفر عن عمنك بالمال لا يكون ذلك محرم بر الاقتضاء لان التمير أقوى من تصرف التكنيد لكونه أصلاً فلا يثبت تبع الفرع ولا خفاء ان العاقد أعلى مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصححاله جازاً اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد أولاً ثم على الغير كقالة عنه كذلك وأوجب عن الاول بان الاعتبار للقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الاصل نظر الى الخيار والعاقد أصل من حيث التملك لأمن حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الاصل بتبعيه فرعه وأما التمير فاقاد الاصل في (١٣٧) وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبع الفرع

وعن الثاني بان الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هي التزام المطالبة والمذكور ههنا هو الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضى التصحيح المقتضى ولو صححت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلاً للمقتضى وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل فلا يمكن بطريق الحوالة فان فيما المطالبة بالدين فالجواب ان المشتري أصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز ان يكون تابعاً لفرعه وهو الحال عليه (واذا ثبت الخيار لكل واحد منهما فأيم ما أجاز جاز وأيم ما نقض انتقض) ولو اختلف فعلهما في الاجازة والنقض اعتبر السابق لعدم ما راجحه (ولو خرج الكلامان معا اختلفت الرواية) ففي رواية بيوع المبسوط (يعتبر تصرف العاقد) فسحاً كان أو اجازة

ولنا ان الخيار للغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائباً عنه تصححاله تصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فأيم ما أجاز جاز وأيم ما نقض انتقض (ولو أجاز أحد هـ ما وفسخ الآخر يعتبر السابق) لوجوده في زمان لا يراجحه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما ما يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى وجه الاول ان تصرف العاقد أقوى لان النائب يستفيد الولاية منه وقد يكون الانسان يعلم من نفسه قصور الرأى والتدبير غير وانتم في ذلك بل بغيره عن علم حزمه ووجوده رأيه ومعرفة بالقيم وأحوال البياعات فبشرط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته فيجب تصححه وأجنبيته عن العقدان تمنع ان سلماً صحة مانعته لو أجزأه أصلاً مستقلاً لئلا ينال معتبره الا بتبع الثبوت الاشتراط للعاقد فيثبت اشتراطه لنفسه اقتضاء تصححاله تصرفه فيثبت لهما واستشكل باسئلامه ثبوت ما هو الاصل بطريق الاقتضاء والثابت به انما هو يكون تبعاً قلنا الملازمة ممنوعة لان المراد التبعية والاصالة بالنسبة الى ما هو المقصود أولاً وبالذات لا بالنسبة الى الوجود فالمقصود بالذات في قوله أعتق عبداً عنى بألف انما هو العتق فكان التملك مقصوداً لغيره بتعالق قصدده ليصح العتق عنه وان كان أصلاً بالنسبة الى الوجود فكذلك انما المقصود أولاً وبالذات ليس الا لاشترط للاجنبي لانه هو الذي يحصل به مقصود العاقد بالفرض فكان ثبوته للعاقد تبعاً للمقصود ليصح المقصود به فكان ثبوته بطريق الاقتضاء واقعا على ما هو الاصل في الاقتضاء هذا هو التحقيق ان شاء الله تعالى ولا حاجة في جوابه الى تكلف زائد فان قيل فلم يجوز اشتراط الثمن على الاجنبي وتثبت كفالته اقتضاء كما يثبت الخيار له ويثبت للعاقد اقتضاء أوجب بان الثمن دين على العاقد والكفالة ليس فيما نقل الدين على الكفيل فلو ثبتت الكفالة اقتضاء لاشتراطه على الاجنبي اطلت المقتضى وهو اشتراطه فانه انما يعني به ثبوته على المشتري عليه على ما هو ثابت على العاقد نعم لو كفله كقالة صريحة بالثمن الدين صح (وعند ذلك) أي صبرورة الخيار لهما (يكون لكل منهما الخيار فأيم ما أجاز جاز وأيم ما نقض) البيع انتقض ولو أجاز أحد هـ ما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يراجحه 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 الاجنبي (وجه الاول ان تصرف العاقد أقوى لان النائب يستفيد الولاية منه)

(و) في رواية مادون المبسوط يعتبر (تصرف الفسخ) سواء كان من العاقد أو من غيره (وجه) القول (الاول ان تصرف العاقد أقوى) والاقوى يقدم على غيره وفقه ذلك ان تصرف النائب انما يحتاج اليه عند انتفاء تصرف المذوب وأما عند وجوده فلا احتياج اليه واستشكل بما اذا وكل رجلاً آخر بطلاق امرأته لسنة فطلقها الوكيل والموكل معافان الوانغ طلاق أحدهما لا يعينه وأوجب بان الترجيح يحتاج

(قوله تصححاله بقدر الامكان) أقول وهذا وجه ثبوت اقتضاء (قوله والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصححاله جازاً اشتراط الخ) أقول في ظاهر عبارته تناقض يسانه انه جعل الخيار ثابتاً للعاقد من اقتضاء ثم جعل اشتراط الخيار للغير اقتضاء ودفع التناقض ان النيابة تثبت اقتضاء وان كان شرط الخيار يثبت بصريح اللفظ للغير وأما اشتراط الخيار للعاقد فيثبت اقتضاء لانه لم يثبت صريحاً فتأمل ذلك (قوله فالجواب ان المشتري أصل الخ) أقول فيه بحث لا يتم لا يجوز ان يقال هنا أيضاً الاعتبار للقاصد والغير هو مقصود البائع مطلقاً لانه الثمن وجوابه ان الثمن على المشتري بحسب وضع الشرع

اليه عند تنافي الفعلين كالفسخ والاجازة وما اذا المحذوا فالمطلوب حاصل بدونه فلا حاجة اليه و (وجهه) القول (الثاني ان الفسخ أولى لان الجواز يلحقه الفسخ كالأجواز والمبيع هلكت عند البائع) والمفسوخ لا يلحقه الاجازة فان العقد اذا انفسخ لم يملك المبيع عند البائع لا يلحقه الاجازة ولا يخفاء في قوة ما بطرأ على غيره فيزيده على ما ليس كذلك ونوقض بما اذا لاقى من له الخيار غيره فتمت اقصا المبيع ثم هلكت المبيع عند المشتري قبيل قبض البائع بحكم الاقالة فان على المشتري الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان للبائع فكان ذلك فسخا للفسخ وهو اجازة للمفسوخ واجب 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 وعل قوله ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف اشارة الى ذلك يعنى لما كان كل منهما أصلا في التصرف من وجه العاقدين حيث التملك والاجنبى من حيث شرط الخيار له لم يترجم الامر من حيث التصرف فربحنا من حيث حال التصرف لا يقال الفسخ والاجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار لان جهة تملك العقد عارضته في ذلك (قوله واستخرج ذلك) (١٣٨) يعنى ان المنسوب اليهما ليس بمنقول عنهما (و) انما (استخرج) بما اذا باع الوكيل من أحد الموكل من

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

والتصرف الصادر عن اصاله أقوى من التصرف الصادر عن نيابة واستشكل بما اذا وكل رجلا آخر بطلاق امرأته فطلقاتها معا فالواقع طلاق أحدهما الاطلاق الموكل عينا ولو كان المرح الاصيل تعين طلاقه أوجب بأن الوكيل في الطلاق سفير كالأوكيل في النكاح فكانت عبارته عبارته فالصادر من كل منهما ما عين الصادر من الآخر (وجهه الثاني أن) لا ترجح بكونه أصيلاً أو وكيلاً لان الوكيل بعدما استفاد الولاية على الفعل كان مثله فاستموا ثم يترجم بنفس التصرف (والفسخ أقوى) لانه يلحق الجواز فيبطله والاجازة لا تلحق المفسوخ فتبرمه قال شمس الاثمة الصحيح ما ذكر في المأذون ثم قالوا (الاول قول محمد والثاني قول أبي يوسف واستخرج) هذا الترجيح من مسئلة اختلفا فيها هي ما اذا وكل غيره يبيع عبده فباع الموكل من رجل والوكيل من آخر فعمد جعل البيع من باع منه الموكل ترجيحاً للتصرفه للاصالة (وأبو يوسف يعمد بهما) على السواء فيجعل العبد مشتركا بينهما ويخير كل منهما بالتفرق الصفقة وعيب الشركة وقيل عند محمد يصح في النصف وينفسخ في النصف أي فيما اذا شرط الخيار لغيره ولكن يتخير صاحبه بالتفرق الصفقة عليه (قوله) ومن باع عبدين بألف على انه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبائع فاسد الخ والمسئلة على أربعة أوجه) في ثلاثة البيوع 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) والاطهر أنه يريد به البداية لان الهداية

غيره مع الفسخ يعتبر فيه تصرف الموكل وأبو يوسف يعتبر تصرفهما) ويجعل العبد مشتركا بينهما بالنصف ويخير كل واحد من الشريكين ان شاء أخذ النصف بنصف الثمن وان شاء قبض البيع ووجه لاستخراج ان تصرف الفاسخ أقوى عند أبي يوسف من هذه المسئلة أنه لم يرجح تصرف المالك كإرجحه محمد فليتامر رجح تصرف المالك ظهر أن ذلك في مسئلة بيع الموكل والوكيل يكون العبد بين المشتري بالنصف فلما لم يثبت الرجحان هناك لتصرف المالك للمالك كنيته والرجحان ثابت هنا لتصرف الفسخ في نفسه لما ذكرنا انه وارد على الاجازة لا على العكس رجحنا بحال التصرف وهو تصرف الفسخ لانه

لامعارض لهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك فتلناه به كذا في النهاية وهو كلام لا وضوح شرحها فيه لان عدم رجحان تصرف المالك للمالك كنيته 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 أن يقال الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الاجنبى من العاقدين ههنا في كون كل واحد منهما ما يستفيد الولاية من غيره فيترجم تصرف العاقدين من محمد كترجيح تصرف الموكل منه وترك ترجيح تصرف المالك من أبي يوسف واعتبارها ما يدل على انه لا يتظر الى أحوال المتصرفين اتساوهم ما فيه بقي 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 لأحدهما أو حصلا جميعا 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 ترتيب قوله رجحناه وكلمة لم تتدل على الترتيب (قوله لان فيها تفصيل الثمن الخ) أقول والسلب فرع تصور الايجاب

فسد البيع لجهالة المبيع والتمن وجهالة أحدهما مفسدة فجهالتم ما أولى وذلك لان الذي فيه الخيار كالتاريخ عن العقد اذا العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد أحدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك فثمنه مثله وان كان الثاني وهو أن يبيع كل واحد منهما بمائة على انه بالخيار في أحدهما بعينه جازا لبيع لان كل واحد من المبيع والتمن معلوم فان قيل العبد الذي فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد في الآخر وهو شرط مفسد كقبول الخرتي عقد القن اذا جمع بينهما في البيع أجاب المصنف بأن ذلك غير مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محل للبيع فكان داخل في العقد وان لم يدخل في الحكم فصار كما اذا جمع بين قن ومدبر في البيع فان المدبر محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسدا (١٣٩) للعقد في الآخر بخلاف ما اذا جمع

بين حروقن فان الحرس ليس بمحل للبيع أصلا فلم يكن داخل في العقد ولا في الحكم واقائل أن يقول في الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسدا والجواب انه ليس فيه نفع لاحد العاقدين ولا للعقود عليه فلا يكون مفسدا وانه لمنظنة فضل تأمل منك فاحتط وان كان الثالث مثل أن يقول بعتهما بألف كل واحد منهما بمائة على اني بالخيار في أحدهما فالبيع فاسدا أيضا لجهالة المبيع وان كان الرابع فجهالة التمن فان قيل لو كان عدم التفصيل مفسدا للعقد في الآخر ففسد في القن اذا جمع بينهما وبين المدبر أو أم الولد ولم يفصل التمن أوجب بان عدم التفصيل مفسد اذا أدى الى البيع بالحصص ابتداء فيما اذا منع عن انعقاد العقد في حق الحكم مانع كشرط الخيار فانه يجعل

وفساده لجهالة التمن والمبيع لان الذي فيه الخيار كالتاريخ عن العقد اذا العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقى الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني أن يفصل التمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والتمن معلوم وقبول العبد في الذي فيه الخيار وان كان شرط لان العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محل للبيع كما اذا 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 (وفساده لجهالة المبيع والتمن) جميعا وذلك أن الذي فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه في حق الحكم فكان كأنه خارج عن البيع والبيع اغما هو في الآخر وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار ثم ثمن المبيع مجهول لان التمن لا يتقسم في مثله على المبيع بالاجزاء وثانها هو الوجه الجائز أن يعين كلا بأن يقول بعتك كل واحد من هذين بمائة على أني بالخيار في هذا الانتفاء المفسد من جهالة أحد الاخرين فان قيل ان اتفق مفسد لجهالة فقد يتحقق مفسد آخر وهو أنه جعل قبول العقد في الذي فيه الخيار وهو غير داخل في الحكم شرط لان انعقاده في الذي ليس فيه الخيار وذلك مفسد كما لو جمع بين حر وعبد وحيث لا يجوز البيع في العبد أجاب عنه المصنف بعد الاشارة الى السؤال بقوله (وقبول العبد في الذي فيه الخيار وان كان شرط لان انعقاد العقد في الآخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه) أي من فيه الخيار (محل للبيع) فهو (كالمجمع بين قن ومدبر) وباعهما بألف حيث ينفذ البيع في القن بخصته وان كان قبول العقد في المدبر شرط فيه وذلك لدخول المدبر في البيع لمصلحة له في الجملة ولهذا الواقضي القاضي يجوز بيعه جازا فكان القبول شرطاً صحيحاً بخلاف ما شبه به من الجمع بين الحر والعبد لان الحر ليس بمحل أصلا فلا يدخل في البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد وفي الجمع بين القن والمدبر في البيع خلاف سمي أني ان شاء الله تعالى في آخر البيع الناسد وثانها ينصل 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 والفساد فيه لجهالة التمن لان المبيع وان كان معلوماً بتعين من فيه الخيار الا أن ثمنه مجهول لما قلنا ان التمن لا يتقسم عليهما بالسوية فان قلت ما الفرق بين الذي لم يعين فيه التمن وبين ما اذا جمع بين عبيدين في البيع بتمن واحد فاذا أحدهما مدبر أو مكاتب أو جاريتين فاذا أحدهما أم ولد حيث يصح البيع في القن بخصته من جملة التمن مع أن ثمن كل منهما مجهول الكمية حال العقد ولا يصح في المسئلة المذكورة في الكتاب بالحصص أوجب بأن

(١٧ - فتح القدير خامس)

العقد فيما شرط فيه الخيار في حق الحكم كالمعذور فلوان عقد في حق الآخر انعقد بالحصص ابتداء وهي مجهولة وليس فيما اذا جمع بين القن والمدبر ما يمنع عن انعقاده في حق الحكم ولهذا الواقضي القاضي يجوز بيعه فكان قسمة التمن في البقاء صيانة لحق محترم عند فسخ العقد على المدبر وأم الولد لا ابتداء بالحصص

(قوله فكان الداخل في العقد) أقول أي نخلص الحكم (قوله وانه لمنظنة فضل تأمل منك فاحتط) أقول وجه التأمل ان شرط الخيار فيه نفع لمن له الخيار حيث يتروى في الجواب ان شرط الخيار لما كان مجوزا شرعا على خلاف القياس غير مفسد للعقد لم يسر منه فساد الربا الآخر قنأما

قال (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أحدهم ماشاء) ومن قال اشترت أحد هذين الثوبين على اني ان آخذ أحدهم ماشئت بعشرة دراهم الى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحسانا وكذا الأتوب الثلاثة وأما إذا كانت الأتوب أربعة فالبيع فاسد والقياس أن يفسد البيع في الاثنين والثلاثة فسادا في الأربعة لان المبيع أحد الأتوب 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 انه في معنى ما ورد فيه الشرع وهو خيار الشرط

قال (ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ أحدهم ماشاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز وكذا الثلاثة فان كانت أربعة أتوب فالبيع فاسد) والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والادق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحقة لانه يحتاج الى اختيار من يشتره لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالمبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والردي وفيها الوجه الهال لتفضي الى المنازعة في الثلاثة لتعيين من له الخيار وكذا في الأربع الا ان الحاجة اليها غير متحقة 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 مشايخنا من لم يشغل بالفرق وقال قياس ما ذكرهنا أن لا يجوز العقد في تلك المسائل في القن ويصير ما ذكرهنا رايه في تلك المسائل ومنهم من اشغل بالفرق وهو الصحيح وهو أن المانع من حكم العقد هنامقتن بالعقد لفظا ومعنى فأثر الفساد لان شرط الخيار يمنع الانعقاد في المشروط فيه فيكون كالمعذور فلم ينعقد فيه ابتداء فينعد في الآخر بالحصة ابتداء بخلاف تلك المسائل فان المانع مقتن فيها معنى لا لفظا فيدخل المسدور من معنى البيع لما ذكرنا من محليتهم في الجملة ثم يخرجون بناء على استحقاقهم أنفسهم حكما شرعيا لم يتصل به حكم قاض يسقطه وعلى ما ذكرهنا بفتح عماني فتاوى قاضيخان باع عبد دين على أنه بالخيار فيهما ما قبضهما المشتري ثم مات أحدهما لا يجوز البيع في الباقي وان تراصيا على اجازته لان الاجازة حينئذ بمنزلة ابتداء العقد في الباقي بالحصة ولو قال البائع في هذه المسئلة نفقت البيع في هذا أو في أحدهما كان لغوا كأنه لم يتسكّم وخياره فيهما باق كما كان في البيع عبد او احد أو شرط الخيار لنفسه فنقض البيع في نصفه (قول زفر ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ الخ) المراد أن يشترى أحد ثوبين أو ثلاثة غير معين على أن يأخذ أحدهم ماشاء وهذا خيار التعيين يعني أي الثوبين أو الثلاثة شاء على أنه بالخيار ثلاثة أيام فيما يعينه بعد تعيينه للمبيع أما إذا قال بعنتك عبدان هذين بمائة ولم يذ كر قوله على انك بالخيار في أي ماشئت لا يجوز اتفاقا كقوله بعنتك عبدان عميدى 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 رفع الغبن ليختار ما هو الارفق والادق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحقة لان الانسان) قد (يحتاج الى رأي غيره) في اختيار المبيعات وهو ليس بحضور وليس بحيث يضر له أو أوجبها خصوصا اذا كانت أهله لا ينبغي له أن يتركها بلج الأسواق وتعارض الرجال لشراء حاجتها فيحتاج أن يدفع اليه العدم من ذلك النوع ليختار الأوفق (ولا يمكنه البائع من جملة اليه الا مبيعا فكان في معنى ما ورد به النص) فيجوز (غير ان الحاجة تندفع بالثلاث لتحقق الجيد والردي والوسط فيها) فيندفع بحمل واحد من كل نوع من الثلاثة فلا تشرع الرخصة في الزائد لأن شرع الرخصة للحاجة وقول المصنف (والجهالة لتفضي الى المنازعة) جواب عن تعلييل زفر والشافعي

فجاز الحاقه وبيان ذلك أن شرع خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الادق والارفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحقة لانه ربما يحتاج الى اختيار من يشتره لاجله أو اختيار من يشتره لاجله كما مر أنه وبنته (والبائع لا يمكنه من الحمل اليه الا بالمبيع) فكان باعتبار الحاجة (في معنى ما ورد به الشرع) ولا نسلم ان (الجهالة تفضي الى المنازعة) لانه لما اشترط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازع فكان علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة تفضي الى المنازعة فأعدم المنازعة فانه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الأتوب ثلاثة أو أكثر وأما الحاجة فانما تحقق في الثلاثة لوجود الجيد والوسط والردي فيه والزائد يقع مكررا غير محتاج اليه فان تنفي عنه جزء (قوله بعشرة دراهم الى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحسانا) أقول فيه انه ينبغي أن يزيد قوله ولي الخيار كما فعله المصنف فان المفهوم من

كلامه توقيت خيار التعيين لانه غير الى هذا اشارة الى وجوب توقيت خيار التعيين اذا انفرد عن خيار الشرط كما سيبيحها (قوله فهو مجهول جهالة مفضية الخ) أقول لو كان منع الجهالة لانضائها الى المنازعة فقط لم يجز جواز البيع في الأربعة الى مريض 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 الحمل اليه) أقول ضمير اليه راجع الى من في قوله من يشتره

العله والحاكم لا يثبت الا بتمام علمته واعلم ان محمدا رحمه الله ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير وفي المأذون وقال وهو بالخيار ثلاثة ايام
 وذكر في الجامع الكبير وسكت عن ذلك وعلى ذلك اختلف المشايخ فيه فقال اكثرهم لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتام معلوما
 ثلاثة ايام فادونها عند أبي حنيفة وزيادة على ذلك في قوله ما هو اختيار ثمن الاثمة السرخسي وقال بعضهم يصح العقد وان لم
 يذكر الزيادة وذكرها فيما ذكر كان اتفاقا لا قصد وهو اختيار نحر الاسلام حجة الاولين ان جوازه بطريق الالتحاق بموضع السنة فلا
 يصح بدونه وفيه نظر لان عدم انفكاك الملتحق عن الملتحق به ليس بشرط في الالتحاق كما ان القضاء والكفارة يحتاجان الى الاكل والشرب
 عامدا في رمضان من جماع مع ان النص انما ورد به وحجة الآخريين ان خيار التعيين مما لا يتوقفت فلا يتعلق جوازا العقد بتلك الزيادة
 ومعناه ان العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط لازم في غير عين من غير توقيت على الايام الثلاثة وأما اذا كان من غير ذلك كخيار
 الشرط فلا بد منه وهذا لان الحال لا يتحول بما أن يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين (١٣١) أو لا فان لم يذكر فلا بد من توقيت
 خيار التعيين بالثلاثة عند

وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا
 الاعتبار وفاقا لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده ومدة معلومة
 أيها كانت عندهما ثم ذكر 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 للمعاجة الى اختيار ما هو الارقق والأوفق لمن يقع الشراء له حاضرا أو
 غائبا يظهر أنه لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشتري لأن البائع لا حاجة له الى اختيار الأوفق
 والارقق لان المبيع كان معه قبل البيع وهو أدري بما لاه منه فيرد جانب البائع الى القياس فلهذا
 نص في المجرى على أنه لا يجوز في جانب البائع وذكر الكرخي أنه يجوز استحسانا لانه يبيع بمجوز مع خيار
 المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على الشرط وأنت عرفت الفرق ثم اختلف المشايخ في أنه هل
 من شرط جواز هذا البيع أعني البيع الذي فيه خيار التعيين أن يكون فيه خيار الشرط كما قدمناه في
 الصورة قيل نعم كما (هو المذكور في الجامع الصغير) تصويرا على ما ذكرناه ونسبه قاضيان الى أكثر
 المشايخ وقال شمس الأئمة في جامع هو الصحيح (وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير) وغيره
 والمذكور في الجامع الصغير من الصورة وقع اتفاقا لا قيدا وصححه نحر الاسلام فقال الصحيح عندنا أنه ليس
 بشرط وهو قول ابن شجاع وجه الاشتراط وهو قول الكرخي أن القياس بأبي جواز هذا العقد لجهالة
 المبيع وقت لزوم العقد وانما جاز استحسانا بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه ولا يخفى ضعف
 هذا الكلام فانه يقتضى أن شرط الالتحاق بالدلالة أن يكون في محل الصورة الملتقة الصورة الثابتة
 بالعبارة وكان يلزم أن لا يصح البيع بخيار النقد الا في بيع فيه خيار الشرط لأن صحة البيع على أنه ان
 لم يتقدم الثمن الى ثلاثة ايام فلا يبيع مما ثبت بدلالة نص خيار الشرط ولا يعلم اشتراط ذلك غير أنهما ان
 تراصيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه وهو جواز أن يرد كلام من الثوبين الى ثلاثة ايام ولو
 بعد تعيين الثوب الذي فيه المبيع لان حاصل التعيين في هذا البيع الذي فيه شرط الخيار أنه عين المبيع
 الذي فيه الخيار لانه يسقط خياره ولوردا أحدهما كان بخيار التعيين ويثبت البيع في الآخر بشرط

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

(وهو المذكور في الجامع الصغير) أقول لم يجوز أن يكون المذكور في الجامع الصغير هو الخيار المعهود ولا خيار التعيين (قوله وفيه نظر
 الخ) أقول ولك أن تقول مراد الاولين من اشتراط الخيار لنفسه وقتام معلوما اشتراط خيار التعيين لا خيار الشرط على ما قرره العلامة
 الزيلعي في شرح الكوفة لا يريد النظر اذ يعود الضمير على هذا الى خيار التعيين (قوله وحجة الآخريين الى قوله ومعناه أن العقد الخ) أقول
 كما ثبت هذا الخيار بسبب الاختلاط كذا في الذخيرة والمحيط البرهاني وهذا هو الوجه وأما ما ذكره الشارح فخلله بين فان التوقيت
 المذكور فيما اجتمع فيه الخياران توقيت له ما وله هذا استدلال على وجوب التوقيت في خيار التعيين بعبارة محمد في الجامع الصغير على
 ما فصل في المحيط والذخيرة فيجبر على التعيين بعدم مضي الايام الثلاثة وهذا هو أثر توقيت خيار التعيين كما اذا لم يذكر خيار الشرط معه
 ووقت ومضت مدته بلا فرق فأنتم ثم أقول محصل كلام الشارح أنه يبقى خيار التعيين بعد انقضاء مدة خيار الشرط اذا كان مجامعاه
 على ما كان قبله اذا لم يعين المشتري أحدهما فظهر أنه يتفك عن خيار الشرط فليتامل (قال المصنف والاول تجوز واستعارة) أقول ويجوز

(ولو هلك أحدهما أو تعيب لم 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 تم تعين مبيعا وهو في دعواه ذلك منهم فكان التعيب

اختيارا دلالة فان قيل قبض الآخر لا يكون أقل من المقبوض على سوم الشراء وهناك تجب القيمة عند الهلاك أوجب بأنه أقل من ذلك لان المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع وهذا ليس كذلك لانه لم يقبض الآخر ليشتره وقد قبضه باذن المالك فكان امانة فان قيل كيف انعكس حكم المسئلة فيما اذا طلق الرجل احدى امرأته أو اعتق أحد عبده فماتت احدهما فان الباقية تعين للطلاق دون الهالكه وكذلك في العتاق أوجب بأن المرأة اذا اشرفت على الهلاك خرجت عن محلبة وقوع الطلاق فتعينت الباقية لذلك والثوب اذا اشرف عليه خرج عن محلبة الردان عليه فتعين لكونه مبيعا ولو هلكا جميعا معازمه نصف عن كل واحد منهما العدم اولوية أحدهما لكونه مبيعا فشاغ البيع والامانة فيهما

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

الخيار ولو مضت الثلاثة قبل رد شيء وتعيينه بطل خيار الشرط وانبرم البيع في أحدهما وعليه أن يعين ولومات المشتري قبل الثلاثة تم بيع أحدهما وعلى الوارث التعيين لان خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل الى الوارث ليميز لمكده من ملك غيره على ما ذكرنا ولهذا لا يتوقف في حق الوارث كما ذكره المصنف لانه صار بمنزلة الشرط المختلط ماله بمال غيره فمال يطلب شريكه القسمة لم يتعين عليه ولا يقوت وقته وان لم يتراضيا على خيار الشرط مع لادم نوقيت 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 فضت المدة حتى انبرم في أحدهما ولزم التعيين أن يتقيد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت وحينئذ فطلاق الطحاوي قوله خيار الشرط موقت بالثلاث في قوله غير موقت به عندهما وخيار التميز غير موقت فيه نظروا وقد طوب بالنرق على قول أبي يوسف حيث قصر المدة على الثلاث في خيار النقد أخذنا بالقياس ولم يقصر في خيار التعيين عليها أوجب بأن في خيار النقد تعليقا صرا بآداة الشرط فلا يكون الوارد في خيار الشرط وورد فيه بخلاف خيار التعيين ليس في صريح التعليق فكان في معناه وهذا يوجب ان أخذه في خيار النقد في الثلاثة باثر 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 يتقصد الثمن الى ثلاثة أيام فلا يبيع ينشأ فأجاز ابن عمر هذا البيع ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه الا أنه لا يطابق قول المصنف في مسألة خيار النقد فيما تقدم فأبو يوسف رحمه الله أخذ في الاصل بالاثرو في هذا بالقياس (قوله ولو هلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب) عليه المصنف بامتناع الرد بالتعيب فيعرف منه أن هذا اذا كان بعد ان قبضه المامتناع رده بسبب العيب الذي حدث فيه عنده وتقدم أن الهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فلو هلك الآخر بعد 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 هلكا 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 ثمنهما متفاوت الكمية فان كانا متفقين فلا وكذا اذا هلكا على التعاقب فاختلغا في الهالك أو لاداعي البائع انه أكثرهما ثمنًا وقال المشتري الأقل فان القول قول المشتري مع عينه على ما استقر عليه قول أبي يوسف ومحمد وكان أبو يوسف يقول أو لا يتخالفان فأيهما نكل لزمه دعوى الآخر وان خلفا يجعل كأنهما هلكا معا ثم يرجع الى ما ذكرنا من قول محمد وأيهما بين قبل فان أقامها قاضى بينه البائع لاثباتها الزيادة ولو تعيبا مع بطل خيار الشرط وامتنع عليه ردهما وخيار التعيين على حاله فيمسك أيهما شاء بثمنه ويرد الآخر ولا يغرم من قيمة عيب المراد وشأ استحسنانا لان المعيب محل لا بداء البيع أيضا بخلاف الهالك ليس محلا لا بدائه فليس محلالتعيينه ولو كان البيع فاسدا فقبضه فاحدهما مضمون عليه بالقيمة والآخر امانة ولو ماتا جميعا ضمن نصف قيمة كل منهما ما خلف البيع الصحيح فانه يضمن نصف عن كل فان قيل من أين يتعين المعيب للبيع دون الامانة وأحدهما الاعلى التعيين مبيعا كان أحدهما الاعلى التعيين امانة وامتناع الرد للعيب المعل

استدماة اشتراء أحدهما وقد تعين ذلك الاحد بالتعيب فبقي الآخر امانة (أقول أوجب بأن المرأة اذا اشرفت على الهلاك خرجت عن محلبة وقوع الطلاق) أقول فيه تأمل فان خروجها عن محلبة وقوع الطلاق بالاشراف على الهلاك غير مسلم به

وأما إذا ذكر خيار الشرط فيبنت له خيار الشرط وخيار التعيين لا يتوقف على الأيام فله أن يردهما بخيار الشرط في الأيام الثلاثة لانه أمين في أحدهما فغيره بحكم الأمانة وفي الآخر مشترط بشرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده فاذا مضت الأيام بطل خيار الشرط فلا يملك رده وما بقي له خيار التعيين فيرد أحدهما وان اختار أحدهما الزمه نفسه لانه عين المبيع فيه وولمه وكان في الآخر أميناً فان ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن ولو مات 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 فلاختلاط ملكه بملك الغير فان قيل هل العموم قوله من له الخيار فائدة قلت كأنه إشارة الى ان خيار التعيين قد يكون للبائع فان الكرخي ذكر في مختصره انه يجوز استحساناً قالوا والله أشار محمد في المأذون لان هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البيع قياساً على خيار (١٣٣) الشرط وذكر في المجرده انه لا يجوز لان هذا

البيع مع خيار المشتري انما يجوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة الى اختيار ما هو الارفق بحضرة من يقع الشراء له وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع لانه لاحاجة له الى اختيار الارفق اذا المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البائع الى مقتضى القياس ولم يذكره 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 ففي بعضها اشترى أحد الثوبين ولا يحتاج الى معذرة وفي بعضها ثوبين وهو مجاز وأثبتها فخر الاسلام وقال في وجه المجاز

ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعاً ولو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقف في حق الوارث وأما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل قال (ومن اشترى داراً على انه بالخيار)

به فرع اعتبار انه هو المبيع وفيه التحكم اذا اعتبر انه المبيع ليس بأولى من اعتباره الأمانة أوجب 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 الحاصل فان قيل لم يضمن الاخر اذا هلك ثانياً 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 ينجز فيه عقد بل تعين الثمن فقط وهنا تنجز تمام العقد فلزم بالضرورة ان قبض العينين على ان أحدهما غير عين مبيعا وأحدهما غير عين أمانة فاذا فرض وجودها يعين المبيع منهم امن الاسباب تعين الاخر للأمانة فان قيل لا شيء فيعكس حكم طلاق احدي الزوجتين وعق أحد العبدین هنا حيث يتعين للطلاق والعناق الباقي لا الهالك وهذا يتعين الهالك للمبيع أوجب على التقي 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 وأنت تعلم أن حقيقة السؤال أنه لا شيء يجمع الهالك هنا وهو المحلل للتصرف دون الباقي وهناك جعل المحلل للتصرف الباقي دون الهالك مع أن التصرف في الكل في الاحداث الدائر بين المعينات فلا بد من الفرق وهو أن العبد هنا لما أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محل للرد بالوجه الذي قلناه من المختلفات فتعين العقد فيه بتعين الباقي بالضرورة وحين أشرفت الزوجة والعبد على الهلاك لم يخرج جاعن كونهما محل للطلاق والعناق وهو التصرف فتعين الباقي اهما ضرورة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك أحدهما فانه يمنع عليه رد الاخر لان العقد تناولهما جميعاً حتى ملك اتمام العقد فهما فاذا انعز عليه رد أحدهما لا يمكن من رد الاخر لما فيه من تفریق الصفة على البائع قبل التمام وهنا العقد انما يتناول أحدهما حتى لا يملك اتمام العقد فهما (قوله ومن اشترى داراً على أنه بالخيار) ثلاثة أيام وأقل أو أكثر عندهما

ان كل واحد منهما مما احتمل أن يكون مبيعا قال (اشترى ثوبين وقال غيره هو من باب اطلاق اسم الكل على البعض كما في قوله تعالى يخرج منه ما للؤلؤ والمرجان أصناف الخروج اليهما وان كان يخرج من أحدهما قال (ومن اشترى داراً على انه بالخيار) رجل اشترى داراً بخيار الشرط

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

(فبيعت دار أخرى بجنبها 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 أي حنيفة خاصة لان خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لا لتحقيق 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 مذهبهم لانه مالك للدار المبيعة وأما عند أبي حنيفة

فلا نه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملك رقبته دارهما بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع لان المشتري لم يصير أحق بالتصرف فيها ولو اشترى دار المبرها فبيعت بجنبها دار أخرى فأخذ بالشفعة لم يسقط خيار الرؤية لانه لم يسقط بصريح الاسقاط بدون الرؤية فكذا بدلالته وسيأتي قال (واذا اشترى الرجلان عبيدا على أنهم بالخيار ثلاثة أيام فرضى أحدهما دون الآخر فليس للآخر أن يردّه عند أبي حنيفة رحمه الله وقاله أن يردّه وكذا اذا اشترى به ورضى أحدهما بعب فيه وكذا لو اشترى به ولم يراه ثم رآه قال المصنف فيثبت الملك من وقت الشراء) أقول

فبيعت دار أخرى بجنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا) لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الادفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتمضمّن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيثبت ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه المذهب أي حنيفة خاصة قال (واذا اشترى الرجلان عبيدا على أنهم بالخيار فرضى أحدهما فليس للآخر أن يردّه) عند أبي حنيفة وقاله أن يردّه وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية

(فبيعت دار إلى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا) بالمبيع فيسقط خياره واستفدنا من هذا أن من اشترى دارا بالخيار له أن يشفع بها فيما يباع بجنبها لان له الاجازة والرضا والشفعة بهارضها لانها تدل على اختياره للملك فيما يشفع به (لانه) أي الشان (ما ثبتت) الشفعة (الادفع ضرر الجوار وذلك) أي ضرر الجوار يحصل (باستدامة) الملك فثبت شفعه دل على أنه مستقيم للملك (فيتمضمّن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيثبت ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه المذهب أي حنيفة خاصة) لانه القائل بأن المشتري بالخيار للمشتري لا يدخل في ملك المشتري فلا يشفع بها وقد قال يشفع بها فاحتاج الى جعله فعلا فيفيد الرضا بالمبيع فينبرم البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار فيكون سابقا على شراء مافيه الشفعة أما على قولهما فلا حاجة لانهم ما قائلان بأن المشتري بالخيار ملكهما فتحبه له الشفعة بها والوجه أنهم ما أيضا يحتاجان الى زيادة ضميمه لان الملك وان كان ثابتا عندهما فله رقبته وهو من زل والشفعة لدفع الضرر المستمر فحين شفع دل على قصده استبقاء الملك فيسقط خياره فلا يشفع به وذلك وفي المبسوط 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 يملك رقبته الدار بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع فان المشتري هناك لم يصير أحق بالتصرف فيها ولو اعتبر المأذون والمكاتب كلوكيل 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 يردّها بعد ما شفع بها وسيأتي أنه لو أسقط خيار الرؤية صريحا لا يستتط لانه معلق بالرؤية فقبلها 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 عبيدا مثلا (على أنهم بالخيار ورضى أحدهما بالمبيع) بطل خيار الآخر (فليس له ان يردّه عند أبي حنيفة رحمه الله وقاله أن يردّه وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية) بأن اشترى الرجلان شيئا فاطلعا على عيب فرضى به أحدهما دون الآخر لم يكن للآخر رده عنده وعندهما ذلك أو اشترى بالمرابحة رضى وما الذي

انما قال من وقت الشراء اذا مرجح 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 يجامع الملك عند أبي حنيفة الخ قال المصنف (فليس للآخر أن يردّه عند أبي حنيفة الخ) أقول لتأمل أن يقول لم يذهب أبو حنيفة أنه اذا رد أحدهما فليس للآخر أن يرضى وما الذي يترجم به جهة الرضا على الرد

قيد الضرر والرائد لان في امتناع الرضا بغيره أيضا لا يمكن من التغيير بل للجزء عن إيجاد شرط الرد كان دون الاول فان الضرر
 الحاصل من الغير أقطع وأبخر من الحاصل من نفسه فان قيل يبعه منهم رضاه من العيب التبعض أحيب بأنه ان سلم فهو رضاه في
 ملكهما لا في ملك نفسه فان قيل حصل العيب في البائع بغيره لان تفرق (١٣٥) الملك انما هو بالعقد قبل القبض قلنا بل

حصل بفعل المشتري برد
 نصفه والمشتري اذا عيب
 المعقود عليه في البائع
 ليس له أن يرد بمحكم خياره
 لكن هذا العيب بعرض
 الزوال للمساءلة الآخر
 على الرد فاذا امتنع ظهر عمله
 (قوله وليس من ضرورة
 اثبات الخيار) جواب لهما
 وتفسيره ان اثبات الخيار
 لهما ما ليس عين الرضا برد
 أحدهما وهو ظاهر ولا
 الرضا برد أحدهما لازم 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 يسمى
 به القاء لخباز أو كاتب

لهما ان اثبات الخيار لهما ما اثباته اكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه
 وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشر كذا فلورده 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 تركه)
 أحدهما دون الآخر (لهما ان اثبات الخيار لهما ما اثباته اكل منه ما فلا يسقط حقه باسقاط صاحبه)
 حقه (وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشر كذا فلورده أحدهما رده معيبا به وفيه الزام
 ضرر زائد) فان البائع كان بحيث ينفع به متى شاء كيف شاء فصار بحيث لا ينفعه ذلك الا بطريق
 المهابة والخيار ما شرع لرفع الضرر عن أحدهما بالحق الضرر بالآخر فان قيل هذا الضرر حصل في
 ملك البائع قلنا ممنوع لانه بعد خروجه عن ملكه فان مع خيار المشتري يخرج المبيع عن ملك البائع فان
 قيل لما شرط الخيار لهما فقد رضى بهذا العيب أحيب أنه انما رضى به في ملكهما فان قيل بل رضى به
 مطلقا لان الخيار مع لوم أنه قد يكون عند فسخ وقد يكون عند ابرام فشرطه رضا بكل من الامر من أجاب
 عنه المصنف بقوله (وليس من ضرورة) الى آخره يعني لا يلزم من كونه شرطا له ما أن يكون راضيا
 بفسخ أحدهما لجواز كونه لرضاه بفسخهما فاذا جازها هذا كان هو الظاهر والظاهر أن التصرف من
 العاقل اذا احتمل كلام من أمرين في أحدهما ضرر دون الآخر 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)
 أي حرفه ذلك (فكان بخلاف ذلك فالمشتري 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 شرط وصف
 مرغوب فيه في المبيع ولو كان موجودا فيه دخل في العقد وكان من مقتضياته فكان شرطه اذا لم يكن
 فيه غير صحيحا والاصل في اشتراط الاوصاف ان ما كان وصفا لا عرفه فهو جائز وما فيه غير لا يجوز
 الا أن يكون اشتراطه بمعنى البراهة من وجود وهو ما ليس مرغوبا فيه نعم في هذا يتفرع ما لو باع ناقة
 أو شاة على أنها حامل أو تحلب كذا فالبيع فاسد عندنا خلافا للشافعي على الاصح عنده لانه شرط زيادة
 مجهولة لعدم العلم بها حتى لو شرط انها حامل جاز كما اذا شرط في الفرس انه هملاج وفي الكتاب أنه صائد
 حيث يصح ومنه شرط كونه ذكرا أو أنثى وشرط كون الثمن مكدولا به أمالوا واشترى جارية على أنها حامل

فهو بالخيار بين أخذه بجميع الثمن وبين رده اذا لم يتبع الرضا بسبب 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 كافي وصف
 السلامة المستحق بطلاق العقد ويقوم غير كاتب وخباز في نظر الى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك أمره

(قوله وفيه نظرا لاننا نسلم ان اثبات الخيار لهما) الخ أقول ولت أن تقول لو لم يثبت لكل واحد منهما الخيار لما انعقد البيع في نصيب من رضو
 بالمبيع لكنه متعدد ولا كذلك الوكيلان فليتأمل (قوله وليس لاحدهما أن يتصرف دون الآخر) أقول فيه أن ذلك أيضا لما فيه من
 ابطال حق الآخر (قوله ضرر الراد) أقول أي المريد 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 والراضي فلانسلم انه بالعقد بل بفعل المشتري (قوله ليس له أن يرد ما الخ) أقول يعني
 وكذا لا يرد اذا كان الرضا موجب للعيب

فلان هذا الوصف وصف مرغوب فيه وهو ظاهر وهو احتراز عما ليس مرغوب فيه كما اذا باع على انه أعور فاذا هو سليم فانه لا يوجب الخيار وكل ما هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد بالشرط لانه الرجوع الى صفة الثمن أو الثمن كان ملائماً 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

البيع فيه وفي أمثاله فاسد والوصف مرغوب فيه واجب بأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول ونظم المعلوم الى المجهول بصير الشكل مجهولا ولهذا لو شرط انها حلوب أو لبون لا يفسد لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكره الطحاوي سلمناه لكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله والى معرفة سبيل بخلاف ما نحن فيه فان له أن يأمره بالخبر والكتابة فيظهرحاله وأما انتفاخ البطن فقد يكون من ريح وعلى تقدير كونه ولدا لا تعلم حياته وموته ولا سبيل الى معرفته وإذا ثبت ذلك فقواته يوجب التخيير لان المشتري ماضى بالمبيع دون ذلك الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لان هذا الاختلاف أى الذى يكون من حيث فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع الى اختلاف النوع لقله التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما اذا اشترى شاة على انها نجمة فاذا هي حمل فصار الاصل ان الاختلاف الحاصل بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الناخر في الاغراض كان راجعا الى الجنس كما اذا باع عبد فاذا هي جارية وفسده العقد وان كان مما لا يوجبه كان راجعا الى النوع كما ذكرنا من المثال فلا يفسده لكونه يوجب التخيير لفوات وصف السلامة وأما أخذه بجميع الثمن فلا ان الأوصاف لا يقابلها شئ من الثمن لكونها تابعة في العقد تدخل من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم والله أعلم بقوله سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البائع الخ

لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ماضى به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقله التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة واذا أخذه بجميع الثمن لان الأوصاف لا يقابلها شئ من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

فاختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز كالناقة والشاة وقيل يجوز لان الحمل في الجوارى عيب بخلاف البهائم فكان ذكره للبراءة عن هذا العيب وقيل ان اشترىها ليتخذها طرا فشرط انها حامل بمعنى ذكر غرضه ذلك للبائع فالبيع فاسد لانه شرط زيادة مجهولة في وجودها غير فاسد كانت كالناقة وان لم يرد ذلك جازح لانه قصد البراءة من عيب الحمل ومنه لو اشترى على أنه معيب فوجده سليما صح وكان له عذا ومدى الحسن عن أبي حنيفة في شرط الحمل في البقر والجارية أنه يجوز وروى ابن سماعة عن محمد في اشترى انها حلوبة لا يجوز لان المشروط هنا أصل من وجه وهو اللبن قال محمد في مسئلتنا فان قبضه المشتري ووجده كتابا أو خبازا على أدنى ما يطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد ومعناه أن يوجد منه أدنى ما يطلق عليه اسم الكائنة والخباز أعنى الاسم الذى يشعر بالحرفة فان فعل من ذلك ما ليس كذلك كان له حق الرد بان يكتب شيئا يسيرا ناقصا في الوضع أو يخبر قدر ما يدفع عنه الهلاك بأكله واذا لم يجده كاذرا وامتنع الرد بسبب من الاسباب رجوع المشتري على البائع بخصته من الثمن بأن يقوم العبد كاتباً وغير كاتب فيرجع بالتفاوت رعن أبي حنيفة لا يرجع بشئ لان ثبوت الخيار للمشتري بالشرط لا بالعقد وتعد 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 للعيب ولو اختلف المشتري والبائع بعد مدة فقال المشتري لم أجده كاتباً وقال البائع سلمته اليك كاتباً ولكنه 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 بفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة اذا تابت بمؤيد وان لم تتابت تعتبر في ثبوت توجه الخصومة لافي الزام الخصم اذا عرفه فاذا اختلفا قبل القبض أو بعده فقال المشتري ليس بهذا الوصف وقال البائع هو بهم هذا الوصف للعالم يؤمر بالخبر والكتابة فان فعل ما يطلق عليه الاسم على ما ذكرنا من المشتري ولا يرد ولا يعتبر قول العبد في ذلك وان قال البائع سلمته بها ونسي عندك والمدة تحتمل ذلك والمشتري يسكر ذلك فالقول قول المشتري و برده 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 وقال المشتري ثيب فان القاضي يريها النساء فان بكر لزم المشتري بلا عين البائع لان شهادتهن تأيدت هنا عو بدلان الاصل البكارة وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لان الفسخ حق قوى وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد عو بد لكن ثبت حق الخصومة لتوجه اليقين على البائع اذ لا بد للمشتري من الدعوى والخصومة والخصومة حق 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 بعتهما وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشتري

بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الناخر في الاغراض كان راجعا الى الجنس كما اذا باع عبد فاذا هي جارية وروى وفسده العقد وان كان مما لا يوجبه كان راجعا الى النوع كما ذكرنا من المثال فلا يفسده لكونه يوجب التخيير لفوات وصف السلامة وأما أخذه بجميع الثمن فلا ان الأوصاف لا يقابلها شئ من الثمن لكونها تابعة في العقد تدخل من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم والله أعلم

بقوله سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البائع الخ

﴿ باب خيار الرؤية ﴾

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

وروي عن أبي يوسف ومحمد في رواية انهما ترد بشهادتهما قبل القبض بلايين من البائع وان لم يكن عند القاضي من النساء من يثق بهن لا يخلف البائع لان العيب لم يثبت للعالم فلا يثبت حق الخصومة فلا يتوجه اليمين على البائع فتلزم الجارية على المشتري الى أن يحضر من النساء من يثق بهن ولو قال بعثتها وسلمتها اليك وهي بكر وزالت بكارتها في يدك فالقول قوله لان الاصل هي البكارة ولا يبره القاضى 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 وجدته خيراً مما شرطه وضابطه ان كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والنياب اجناس أعنى الهروى والاسكندري والمرى والكتان والقطن والذ كرمع الاثني في بني آدم جنسان وفي سائر الحيوانات جنس واحد والضابط نفس التفاوت في الاغراض وعدمه فان اشترى ثوباً على انه اسكندري فوجده بلدياً أو هندي فوجده مرورياً أو كان فوجده قطناً أو أبيض مصبوغ بعصفر فاذا هو بزعفران أو دار على أن بناءها آجر فاذا هو ابن أو على أن لانياء ولا تخسل فيها فاذا فيها بناء أو تخسل أو أراض على أن جميع أشجارها مثمرة فوجدوا واحدة غير مثمرة أو على انه عبد فاذا هو جارية أو فصاعلى أنه باقوت 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 بغيلة فاذا هو بغل أو ناقه فكان جلاً أو لحم معز فكان لحم ضأن أو على عكسه ونحو ذلك فله الخيار ولو اشترى على انه بغل فوجده بغلة أو جاراً أو بعيراً فاذا هو اتان أو ناقه 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 والناقه أن يكون في العرب وأهل البوادي الذين يطلبون الدر والنسل أما أهل المدن والمكارية فالبعير أفضل ولو باع داراً بما فيها من الجذوع 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 واللزم بعد التمام والاضافة من قبيل اضافة الشيء الى شرطه لان الرؤية شرط نبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لنبوت الخيار عند الرؤية (قوله) ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده) سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها مثل أن يشتري جراباً فيه أبواب هروية أو زيتاً في زق أو حنطة في غرارة من غير أن يرى شيئاً ومنه أن يقول بعثتك ذرة في كمي صفتها كذا أو ثوباً في كمي صفتها 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 والى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى لكن المطلق الكتاب يقتضى جواز البيع سواء سمى جنس المبيع أو لا وسواء أشار الى مكانه أو اليه وهو حاضر مستوراً ولا مثل أن يقول بعثت 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 شمس الأئمة وغيره كصاحب الاسرار والذخيرة ابعداً القول بجواز ما لم يعلم جنسه أصلاً كان يقول بعثتك 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 لغيره بعثتك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا أو الذرة التي في كمي هذه وصفتها كذا أو لم يذكر الصفة أو يقول بعثت منك هذه الجارية المنتقبة فانه جائز عندنا وله الخيار اذا رآه وعند الشافعي لا يجوز وكذا العيب الغائب المشار الى مكانه وليس في ذلك المسمى بذلك الاسم غير مسمى والمكان معلوم باسمه والعين معلومة قال صاحب الاسرار لان كلامنا في عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصلة 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 سميها بالاجماع كلام فتأمل

(ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذ ارآه) وهو نص في الباب فلا يتكلم بالامعارض فان قيل هو معارض بهديث حكيم بن حزام وهو انه قال قال عليه (١٣٨) الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك والمراد ما ليس بمرئي للمشتري لاجتماعنا على ان

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذ ارآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تنقض الى المنازعة لانه لو لم يوافق يرد فصار كجهالة الوصف في المعايين المشار اليه

المشتري اذا كان قد رآه
فالتقيد جائز وان لم يكن
حاضرا عند العقد قلنا 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 فأبعتها
منه ثم ادخل السوق
فاستجدها فاشترتها فأسلمها
اليه فقال عليه الصلاة
والسلام لا تبع ما ليس عندك
وقد اجتمعنا على انه لو باع
عينا من ثيابك ثم ملكه
فلم يجز ذلك دليل
واضح على ان المراد به ما ليس
في ملكه والمعقول وهو ان
الجهالة بعدم الرؤية لا تنقض
الى المنازعة مع وجود الخيار
فانه اذا لم يوافق رده ولا نزاع
تمة يقتضى خياره وانما
أفضت اليها قلنا بانها
العقد ولم نقل به فصار ذلك
كجهالة الوصف في المعايين
المشار اليه بان اشترى ثوبا
مشارا اليه غير معلوم عدد
ذرعانه فانه يجوز لكونه معلوم
العين وان كان تمة جهالة
لكونها لا تنقض الى المنازعة
وعورض بان البيع فوعان
بيع عين وبيع دين وطريق
المعرفة في الثاني هو الوصف
وفي الاول المشاهدة ثم ما هو
طريق الى الثاني اذا تراخي

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 وطهعة رضي الله عنهما وذلك 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 الالجهالة قلنا أما النهي عن بيع ما ليس عندك فالمراد منه ما ليس في الملك اذنا فاما لا ما ليس في حضرتك ونحن شرطنا في هذا البيع كون المبيع معلوما كالبايع فقتضينا عهده وأما بيع الغرر فلفظه يفيد أنه غير ذلك ليس الا بأن يظهر له ما ليس في الواقع فيبني عليه فيكون مغرورا بذلك فيظهر له خلافه فيتضرر به وكيف كان فلا شك بعد القطع ونحن نقطع بأن النهي عن ذلك لما يلزم الضرر فيه ونقطع بأن الضرر فيما أجزنا من ذلك انما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار اذ ارآه فاما اذا أوجبنا له الخيار اذ ارآه فلا ضرر فيه أصلا بل فيه محض مصلحة وهو ادراك حاجة كل من البائع والمشتري فانه لو كان له به حاجة وهو غائب واوقفت جواز البيع على حضوره ورؤيته مع عتاقوت 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 لحقوق شيء من الضرر فأنى يتناول النهي عن بيع الغرر والاحكام لم تشرع الا لمصالح العباد قطعها فكان مشرعا وقاطعا فوجب أن يحمل الحديث على البيع البات الذي لا خيار فيه لانه هو الذي يوجب ضرر المشتري والنهي قطع ما ليس الا للذات فظهر ان كلا من الحديثين لم ينف ما أجزناه فكان نفيه قولنا بلا دليل وكفانا في اثباته المعنى وهو أنه مال مقدور التسليم لا ضرر في بيعه على الوجه المذكور فكان جائزا ويبقى الحديث الذي ذكره المصنف زيادة في الخبر وهو ما رواه ابن أبي شيبة والبيهقي مرسلنا حديثنا اسمعيل بن عياش عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن مكحول رفته الى النبي صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذ ارآه ان شاء أخذها وان شاء تركها والمرسل حجة عند أكثر أهل العلم وتضعيف ابن أبي مريم بجهالة عدلته لا ينفي علم غير المضعفين بها وقد روى هذا الحديث أيضا الحسن البصري وسلمة بن المحبق 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 الأصوليين والمختار 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 شيئا لم يره فهو بالخيار اذ ارآه ورواه الدارقطني من طريق أبي حنيفة الا أن في طريقه الى أبي حنيفة عمر ابن ابراهيم الكندي 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 اتفافية لا يكتفي بالرؤية فمما مثل ما اذا كان المبيع مما يعرف بالشتم كسك اشتراه وهو براه فانه انما يثبت الخيار له عند شتمه فله الفسخ عند شتمه بعد رؤيته وكذا لو رأى شيئا ثم اشتراه فوجد منه متغيرا لان تلك الرؤية غير مترفة للمقصود الا وكذا اشتراه الا على يثبت له الخيار عند الوصف له فاقم فيه الوصف مقام الرؤية وقول المصنف (فصار كجهالة الوصف في المعايين المشار اليه) يعني فيما لو

عن حالة العقد فسد العقد فكذلك 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 لافضاه الجهة الى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك (قوله وكذا اذا قال) تفرغ على مسألة القدوري يعني كما ان له الخيار اذا لم يفسل رضيت فكذا اذا قال ذلك ولم يره ثم رآه لان الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذي روينا والمعلق بالشيء لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط ولانه لو لم يلزم العقد بالرضا قبل الرؤية لم يلزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص عندها فما أدى الى ابطاله فهو باطل (قوله وحق الفسخ) جواب سؤال تقريره لو لم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لانه من نتائج ثبوت الخيار له كالتبطل فكأن معلقا بما فلا يوجد قبلها وتقرر الجواب ان حق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لانه لم يقع منبر ما فجاز فسخته لوهاه فيه الاترى ان كل واحد من العاقدين في عقد (١٣٩) الوديعه والعاريه والوكاله يملك الفسخ

باعتبار عدم لزوم العقد وان لم يكن له خيار لا شرطا ولا شرعا بخلاف الرضا فانه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز ان يمانه على وجه يؤدي الى بطلانه كما مر آنفا وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار فهو ملازم للخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا ملازمه لان ما هو شرط للازم فهو شرط للملزم (قوله ولان الرضا بالشيء) جواب سؤال آخر وتحقيقه ان الامضاء الرضا والرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم بأوصافه لان الرضا استعسان الشيء واستحسان مالم يعلم ما يحسنه غير متصور وأما الفسخ فانهما هو لعدم الرضا وهو لا يحتاج الى معرفة المحسنات لا يقال عدم الرضا لاستقباح الشيء واستقباح مالم يعلم ما يقبحه غير متصور لان عدم الرضا قد يكون باعتبار ما بدله

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

اشترى ثوبا مشار اليه لا يعلم عدد زرعه ان يرد تشبيهه بذلك في مجرد ثبوت الجواز لا بقيد ثبوت الخيار لانه لا خيار في المشبه به أعنى الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس في هذا البيع فيبقى الفاسد مجرد علم الوصف وقوله (وكذا اذا قال رضيت) الى آخره أى وكذا له الخيار اذا رآه يعني اذا قال رضيت كائنا ما كان قبل الرؤية ثم رآه ان يرد لانه ثبوت الخيار معلق في النص بالرؤية حيث قال فهو بالخيار اذا رآه والمعلق بالشرط عدم قبيل وجوده والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت وقوله وحق الفسخ الخ جواب عن مقدر وهو طاب الفرق بين الفسخ والاجازة قبل الرؤية فانه اذا جاز قبلها الا يلزم واذا فسخ قبلها لم يلزم مع استواء نسبه التصرفين في تعليقهما بالشرط في الحديث ولا وجود للمعلق قبل الشرط وحاصل الجواب ان المعلق بالشرط هو عدم قبيل 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 ان له ان يجوز ان يفسخ ثم لم تثبت الاجازة بسبب آخر فبقي على العدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية بخلاف خيار العيب سببه وهو العيب قائم قبل الرؤية فاذا قال رضيت قبل الرؤية سقط خياره اذا اطلع عليه لرضاه بالعيب قبل ذلك وأما الفسخ فنبت له سبب آخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشتري وما كان غير لازم عليه له ان يفسخه بالضرورة كالعاريه والوديعه والا فهو لازم وقد فرض غير لازم هذا خلف وقد سلك المصنف رحمه الله مسلك الطحاوى في عدم نقل خلاف في جواز الرد قبل الرؤية ونقل في التحفة فيه اختلاف المشايخ منهم من منع وانه لا روايه فيه وأما قول المصنف (ولان الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت 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 وقولكم عدم لزوم سبب آخر قبل الرؤية فلنا منع تحقق عدم اللزوم بل نقول قبل الرؤية البيع بات فليس له فسخته فان الشارع علق اثبات قدرة الفسخ والاجازة التي هي الخيار بالرؤية فقوله يثبت حكم السبب وهو اللزوم الى غاية الرؤية ثم يرفعه عندها فتثبت قدرة الفسخ والاجازة معا وعلم 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 الدين فلا يكون في المسلم فيه ولا في الأيمان الخاصة بخلاف ما لو

من انتفاء احتياجه الى المبيع أو ضياعه أو اشتغاله فلا يلزم الاستقباح ذكر في التحفة ان جواز الفسخ قبل الرؤية لا روايه 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 منبر ما لوهاه فيه على ما فصله المحيب غاية ما في البيان أن عدم الانبرام باعتبارانه يثبت له الخيار عند الرؤية وهذا لا يستلزم عدم وجوده بدون فليتأمل (قوله والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها 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 مقرر ورض فان غير المرئي قد يعلم بالوصف ويجوز أن يقال المراد هو العلم الشخصي بأوصافه

قال (ومن باع مالم يره) من ورث شيئاً فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولاه الخيار اعتباراً بخيار العيب فإنه لا يختص بجانب المشتري بل إذا وجد البائع الثمن زيفاً فهو بالخيار إن شاء جوزه وإن شاء رده كالمشتري إذا وجد المبيع معيباً لكن العقد لا يفسخ برد (١٤٠) الثمن وينفسخ برد المبيع لأنه أصل دون الثمن وبخيار الشرط فإنه يصح من الجانبين كما تقدم (وهذا) أى

قال (ومن باع مالم يره فلا خيار له) وكان أبو حنيفة يقول أولاه الخيار اعتباراً بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لأن لزوم العقد بتمام الرضا والوثبوت ولا يتحقق ذلك إلا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضياً بالزوال ووجه القول المرجوع إليه أنه معلق بالشرع الماروينا فلا يثبت دونه وروى أن عثمان بن عفان باع أرضه بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة أنك قد غبت فقال لى الخيار لاني أشتريت مالم أراه وقيل لعثمان أنك قد غبت فقال لى الخيار لاني بعثت مالم أراه فحكيا بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بحضور من العصاة رضى الله عنهم

كان البيع انما من أحد النقيدين فان فيه الخيار ولو تباعاً بما يرضى ثبت الخيار لكل منهما ومحل كل ما كان في عقد يفسخ بالفسخ لا بالانفساخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وان كانت أعياناً لأنه لا يفيد فيها لأن الرد المأمور به لا يوجب الانفساخ بقى العقد قائماً وقيامه بوجوب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة فلو كان له أن يرد كان له أن يرد أو ليس للبائع أن يطالب المشتري بالثمن مالم يسقط خيار الرؤية منه ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضاً بل بمجرد قوله رددت يفسخ قبل القبض وبعده لكن بشرط علم البائع عند أبي حنيفة ومحمد بخلافه لا يفسخ في الفسخ في خيار الشرط (قوله) ومن باع مالم يره) بأن ورث عثمان من الأعيان في بلدة أخرى فباعها قبل أن يراها (فلا خيار له) وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول أولاه الخيار اعتباراً بخيار العيب) فإنه يثبت للبائع حتى جاز أن يرد الثمن بالزيادة (وخيار الشرط) فإنه يجوز له ما ولو اقتصر على خيار العيب كان أقرب لأن ثبوته في العيب معقول لاحتباس ما هو بعض المبيع عند البائع فيكون سبباً من ترك حقه أو أخذه بأخذ الثمن ورد المبيع بخلاف خيار الشرط وفي عدم الرؤية لتكسب المبيع وهو العلم التام بالمبيع غير أنه يجوز متأخر المصلحة التي ذكرناها ثم تقر المصنف حيث قال (وهذا لأن لزوم العقد بتمام الرضا والرضا) يعنى في حق البائع (وثبوتاً) في حق المشتري (ولا يتحقق ذلك) أى تمام الرضا (الإبالة العلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية) بخلافه قياساً بجماع عدم الرضا بالبيع على التبت وهو تعليل بالعدم وحاصله أن ثبوت الخيار لعدم تمام الرضا بحكم العقد فكذلكها ويرد عليه أن حكم الأصل أعني خيار الشرط متوقف شرعاً على تراضيها فقياسه أن يكون هكذا يثبت الخيار بتراضيها ما إذا استكتاعه فيلزم حينئذ فكذلكها وليس الواقع هذا الظهور باختلاف حكم الأصل والفرع ولو لم يختلفا فالأصل معدول عن القياس فلا يقاس عليه فلذا حق له أن يرجع وذكروا المرجوع إليه وجهين أحدهما (أنه معلق بالشرع الماروينا فلا يثبت دونه) ولا يخفى أنه نفي للحكم بمفهوم الشرط إذ حاصله انتفاء الحكم لاتقاء الشرط والثاني ما أخرجه الطحاوى في البيهقي عن علقمة بن أبي وقاص أن طلحة رضى الله عنه اشترى من عثمان بن عفان رضى الله عنه مالا فقيل لعثمان أنك قد غبت فقال عثمان لى الخيار لاني بعثت مالم أراه وقال طلحة رضى الله عنه لى الخيار لاني اشتريت مالم أراه فحكيا بينهما جبير بن مطعم رضى الله عنهم فقضى ان الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان والظاهر أن مثل هذا يكون بحضور من العصاة رضى الله عنهم لأن قضية يجرى فيها التفاضل بين رجلين كبيرين ثم انهم ما حكيا فيها غيرهما فالغالب على الظن شهرتهم وانتشار خبرهما فحين حكم جبير بذلك ولم يرو عن

الجانبين كما تقدم (وهذا) أى الخيار للبائع انما هو باعتبار (ان لزوم العقد بتمام الرضا زوالاً) أى من جهة البائع (وثبوتاً) أى من جهة المشتري (وتام الرضا لا يتحقق الا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية) فان بالرؤية يحصل بالاطلاع على دقائق لا تحصل بالعبارة (فلم يكن البائع راضياً بالزوال) فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ (وجهه) القول المرجوع إليه انه معلق بالشراء فلا يثبت دونه) كما تقدم فان قيل البائع مثل المشتري في الاحتياج لتمام الرضا فيلحق به دلالة أوجب بأنهم ماليسا بسين فيه لان الرد من جانب المشتري باعتبارانه كان يظنه خيراً مما اشترى فبرده لفوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رددته باعتبار ان المبيع أزيد مما ظن فصار كما لو باع عبداً 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

والخيارين فلم يجز من البائع وأوجب بأنه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس سلمناه لكن القياس على مخالفة الإجماع باطل وتحكيم جبير بين عثمان وطلحة كان بحضور من العصاة رضى الله عنهم أجمعين ولم ينكره أحد فكان إجماعاً على ما ذكر في المتن فطل الاطلاق دلالة وقياساً ولهذا يرجع أبو حنيفة حين بلغه الخبر الحديث

قال (ثم خيار الرؤية غير موقت) قبل خيار الرؤية بوقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه لانه خيار يتعلق بالاطلاع على حال المبيع فاشبهه الرذبا العيب والاصح عندنا انه باق مالم يوجد ما يبطله لانه ثبت حكما لانعدام الرضا فيبقى الى ان يوجد ما يبطله عدم الرضا ثم ما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية وليد كرم ما يبطل خيار الشرط في باه والضابط في ذلك ان المشتري بالخيار اذا فعل في المبيع ما يتحقق به مرة ويحتمل في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار والابطال فائدة الخيار لان المكان الرذ عند عدم الموافقة بعد الامتحان فان لزومه البيع بفعل ما يتحقق به أول مرة فانت فائدة الخيار ويعلم من هذا انه اذا فعل ما لا يتحقق به أو يتحقق به لكنه لا يحتمل في غير الملك بحال أو يتحقق به ويحتمل في غير الملك في الجملة فلوا استخدمها مرة ثانية في هذا اذا اشترى جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لانه مما يتحقق به ويحتمل في غير الملك في الجملة فلوا استخدمها مرة ثانية في ذلك النوع من الخدمة كان اختيار الملك لعدم الحاجة اليها والحصول الامتحان بالاولى ولو وطئها بطل خياره لانه وان كان مما يتحقق به لان صلاحها للوطء قد لا يعلم بالنظر لكن لا يحتمل الوطء في غير الملك فكان اختياره قبل بشكل على هذا الكلي مستلثان احدهما انه لو اشترى دارا لم يرها فبقيت بحسبها اذا رآها فخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية في ظاهر الرواية وبطل خيار الشرط والثانية اذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية والمستلثان في فتاوى فاضيلان وأجيب بان الاصل فيهما هو ان خيار الرؤية لا يبطل بصرح الرضا قبل الرؤية لانه لو لم يفسخ قبل الخيار

(١٤١)

بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضا فلذلك لا يبرهان 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 بكل مطلق بل مقيد بان يكون تعيبا أو تصرفا يعنى في المبيع والاخذ بالشفعة والعرض على البيع ليسا منه ما فلا يكونان واردين ثم التصرف الذي يبطل خيار الرؤية

ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان 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 يفسخ قبل الخيار

أحد خلافه كان اجماعا سكو 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 ان 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 فلذا اوصله بقوله (ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه) للتصرف (كالاتفاق) للعهد الذي اشتراه ولم يره (وتدبيره أو تصرفا يوجب حقا للغير) كالبيع ولو بشرط الخيار للمشتري فتلخص الحق فيه للمشتري وقوله (كالبيع المطلق) انما يريد به المطلق عن شرط الخيار للبائع لان به لا يخرج المبيع عن ملكه وكالهبه مع التمام (والرهن والاجارة يبطل خيار الرؤية) سواء وجدت بعد الرؤية أو قبلها لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ واذا (عذر الفسخ شرعا بطل الخيار) ووجب تقدير قيد في الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم (ثم خيار الرؤية اذا رآه مقيدا بما اذا لم يوجب موجب شرعي عدمه

على ضربين تصرف يبطله قبل الرؤية وبعدها وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله بعدا فما الاول فهو الذي لا يمكن رفعه كالاتفاق والتدبير أو 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 قائم فصادف المحل ونفذ وبعده نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع فتعذر الفسخ وبطل الخيار ضرورة وكذلك تعلق حق الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو افقك الرهن أو مضت مدة الاجارة أو رد المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قيل ان بطلان الخيار قبل الرؤية مخالف لحكم النص الذي روينا والثاني ان هذه التصرفات إما أن تكون صريح الرضا أو دلالة وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية فكيف ابطالته وأجيب عن الاول بان ذلك فيما يمكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات له دورها عن أهلها مضافة الى محلها انعقدت صحيحة وبعدها يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة

(قوله فاشبهه الرذبا العيب) أقول فيه تأمل (قوله والضابط في ذلك) أقول يعنى أن الضابط يفهم مما ذكرنا قوله ويعلم (قوله ويحتمل في غير الملك) في الجملة أقول يعنى باجازه الملك (قوله قبل بشكل على هذا الكلي الى قوله والثانية اذا عرض الخ) أقول ولك أن تقول هما أيضا يبطلانه بعد الرؤية وذلك يكفي في صحة الكفاية فانه لم يقبل يبطل خيار الرؤية مطلقا (قوله والعرض على البيع) أقول لان سلم أن العرض على البيع ليس من التصرف في المبيع والتسند ما يذكره المصنف من جعل المساومة منه (قوله مانع من الفسخ) أقول أى فسخ البائع استقلالا (قوله لا يمكن رفعه) أقول مطلقا ومن التصرف مستقلا

وعن الثاني بأن دلالة الرضا لا تبرع على صريحه اذ لم تكن من ضرورات صريح آخر وههنا 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 بمعنى اذ لم يكن من ضرورات الغير ويبطله بعد دها لوجود الدلالة مع عدم المنافع (قال ومن نظر الى وجه الصبرة) اعلم ان المبيع إما أن يكون شيئا واحدا أو أشياء متعددة والثاني إما أن يكون متفاوتا لا حادا ولا فذلك أقسام ثلاثة فان كان الاول فليس رؤية الجميع شرطا بطلان خيار الرؤية لان رؤية الجميع قد تكون منهذرة كما اذا كان عبدا أو جارية فان في رؤية جميع بدنهم - ما رؤية عورتهم ما وذلك في العبد لا يجوز أصلا فسخ العقد أو لم يفسخ وفي الامه لو فسخ العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان النظر في عورتها واقعا في غير المثل لان العقد ارتفع بالفسخ من أصله (١٤٢) 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 الصبرة 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 فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع أشياء فان كان متفاوتا آحادها كالمكيل والموزون وعلامته أن يعرض بالنموذج فيكتفي برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي ارد أمرا أي غيما شذيكون له الخيار وان كان متفاوتا آحادها كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فبما ذكره الكرخي وكان ينبغي أن يكون مثل الخنطة والشعر لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكمل يعرض بالنموذج

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

اذا رآه وحاصله تقدير مخصص بالعقل (وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار) للبائع (والمساومة وهبته بلا تسليم لا يبطله قبل الرؤية) لانه لو أبطل الخيار كان باعتبار دلالة على الرضا وصريح الرضا قبل الرؤية لا يبطل الخيار قبل دلالته أولى ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا ولما كان قوله وما يبطل خيار الشرط يبطله مقيدا بالتفصيل المذكور سقط الاعتراض بالاختصاص بالشفعة وبالعرض على البيع فانهم ما اذا وجد من المشتري الذي له خيار الشرط يبطل خياره ولا يبطل بهما خيار الرؤية بل له أن يأخذ بالشفعة ثم يرد الدار عند الرؤية لما 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 برقبضه 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 وثبت الخيار له بظاهر النص تقدم وجوب تخصيصه فكانت هذه الرؤية الكائنة بعد العود من تحال التخصيص وبما يسقط خيار الرؤية أن يقبضه اذا رآه دلالة القبض بعد الرؤية على الرضا به (قوله) ومن نظر الى وجه الصبرة 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 والالجاز أن ينظر الى

كان الثالث كالمكيل والموزون والعددي المتقارب والجوز والبيض على مامل اليه المصنف فيكتفي برؤية واحد منهم الا ان برؤية البعض يعرف الباقي لعدم التفاوت وعلامة عدم التفاوت أن يعرض بالنموذج الا أن يكون الباقي ارد أمرا فاعلى هذا اذا نظر الى وجه الصبرة بطل الخيار لانه يعرف الباقي لانه مكمل يعرض بالنموذج

(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 يدل عليه سياق كلام المصنف (قال المصنف البيع بشرط الخيار والمساومة) أقول قال الاتقاني تقول سام البائع السلعة عرضها وكرمتها وسامها المشتري بمعنى استامها وسوما 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 ما رؤية عورتها) أقول لا يخفى عليك أن الكلام في الرؤية التي يبطل الخيار معها اذا وقع البيع بعدها والاذلا يسقط الخيار برؤية وجه العبد بعد البيع ولو رآه أنف مرة فلا يستقيم هذا الكلام الذي ذكره الشارح بل الاولى أن يقال فان في رؤية جميع بدنهم ما رؤية عورتها وما هو ليس في ملكها وهي حرام فليتامل 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 كوضع 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 يشتريهما ولزم في صحة بيع الصبرة النظر الى كل حبة منها ولا قائل بذلك فيكتفى برؤية ما هو المقصود فاذا رآه جعل غير المرقي تبعا للمرقي فاذا سقط الخيار في الأصل سقط في التسبع اذا عرف هذا النبي عليه أن من نظر الى وجه الخارية أو العبد ثم اشتراه فرأى الباقي فلا خيار له فليس له رده بخيار الرؤية بخلاف ما لو رأى بطنها أو ظهرها أو سائر أعضائها إلا الوجه فان له الخيار اذا رأى وجهها لان سائر الأعضاء في الاما والعبيد تبع للوجه ولذا اتفوت القيمة اذا فرض تفاوت الوجه مع تساوي سائر الاعضاء وفي الدواب يعتبر رؤية الوجه والكفل لانهم ما المقصود ان فيسقط برؤيتهما ولا يسقط برؤية غيرهما من المروي عن أبي يوسف وقيل لا يسقط ما لم يرقوا عنها ونقل صاحب الاجناس عن المجتهد عن أبي حنيفة في الدابة اذا رأى عنقها أو ساقها أو فخذهما أو جنبها أو صدرها ليس له خيار الرؤية وان رأى حوافرها أو ناصيتها فله الخيار وعن محمد يكتفى بالوجه اعتبارا بالعبد وفي رواية المعلى عن أبي حنيفة يعتبر في الدواب عرف التجار (وفي شاة اللحم لا بد من الجس) باليد فلا يكتفى 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 لان البادي يعرف ما في الطي فلا بشرط فتحه انضمر البائع بتكسرتوبه ونقصان جرحته وبذلك يتقص منه عليه اللهم الا أن يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين أو يكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعالم 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 المبسوط الجواب على قول زفر وفي البساط 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 بما يحشى بها مثلها يبطل خياره وان كان مما لا يحشى به مثلها فله الخيار هذا اذا كان المبيع واحدا (فان دخل في البيع اشياء فان كانت الاحاد لتفاوت كالتكيل والموزون وعلامته) أي علامة ما لا يتفاوت آحاده (أن يعرض بالتموج فيكتفى برؤية واحد منها) في سقوط الخيار (الا اذا كان الباقي أردا مما رأى حينئذ يكون له الخيار) يعني خيار العيب لاخبار الرؤية ذكره في الينابيع وفي الكافي اذا كان أردا له الخيار لانه انما رضى بالصفة التي رآها لا بغيرها وهذا التعليل يفيد انه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المصنف والتحقيق انه في بعض الصور خيار عيب وهو ما اذا كان اختلاف الباقي يوصله الى حد العيب وخيار رؤية اذا كان الاختلاف لا يوصله الى اسم العيب بل الدون وقد يجتمعان فيما اذا اشترى ما لم يره فله بقية 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 عن رؤية ما هو المقصود من كل واحد (والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي) قال المصنف (وكان ينبغي أن يكون مثل الخنطة والشعر انكوتها متقاربة) وبه صرح في المحيط وفي الجرد هو الاصح ثم السقوط برؤية البعض في التكيل اذا كان في وعاء واحد أما اذا كان في وعاءين أو أكثر اختلفوا في المساجح العراق على أن رؤية آحادهما كرؤية الكل ومشايخ بل لا يكتفى بسلا بد من رؤية كل وعاء والصحيح أنه يبطل برؤية

(والنظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعرف بالقيمة الا أن يكون في طيه ما كان مقصودا كوضع العلم)
 واذا نظر الى وجه الآدمي بطل الخيار لانه هو المقصود به في العبد والامة وسائر الاعضاء تبع له الا ترى ان تفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوي في سائر الأعضاء اذا نظر الى الوجه أو الكفل في الدابة بطل الخيار لانهم ما المقصود ان في الدواب هذا هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله وبشرط بعضهم رؤية القوائم لانهم مقصودة في الدواب فان كان التكيل والموزون والعسدي المنقارب في وعاءين فرآها في آحدهما فان كان ما في الآخر مثل ما رأى أو فوقعه بطل الخيار وان كان دونه فهو على الخيار لكن اذا ردت الكل لثلاثة فرق الصفة واذا اشترى شاة فاما أن تكون اللحم أو القنية أي الد والنسل في الاول لا بد من الجس لان المقصود انه يعرف به وفي الثاني لا بد من رؤية الضرع وفي المطعوما لا بد من الذوق لانه المعروف للمقصود

(قال ومن رأى صحن الدار
فلا خيار له) رؤية صحن الدار
أواخر جهار رؤية أشجار
الاستمان من خارج تسقط
خيار الرؤية لان كل جزء من
أجزائها متعذر الرؤية كما
تحت السرور وبين الحيطان
من الجذوع والاسطوانات
وحينئذ تسقط شرط رؤية
الكل فأقتار رؤية ما هو
المقصود من الدار فام رؤية
الكل فإذا كان في الدار
بيتان شتويان وبيتان صيفيان
يشترط رؤية الكل كما يشترط
رؤية صحن الدار ولا يشترط
رؤية المطبخ والمزبلة والعلو
الاقى بلديكون العلومقصودا
كافي سمرقند وقال زفر
رحمه الله وهو قول ابن أبي
ليلى لا بد من دخول داخل
البيوت والاصح ان جواب
الكتاب أي القدوري على
وفاق عادتهم بالكوفة أو بغداد
في لانية فأنما تختلف بالضيق
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
نكتته زفر

(قوله بشرط رؤية الكل)
أقول هذا كلام بعض المشايخ
على ما يعلم من معراج
الدراية ثم أقول كلام الشارح
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 الاستمان 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 لا يخرج منه له أو أجود أما اذا كان أردأ
فهو على خياره وان كان مما يتفاوت أحاده كالباطنج والمان فلا يكتفي رؤية بعضه في سقوط خياره
في الباقي ولو قال رضيت وأسقطت خياري وفي شراء الرخي بالانه لا بد من رؤية الكل وكذا السرج
بأدائه ولبدنه لا بد من رؤية الكل (قوله) وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذا اذا
رأى خارج الدار ورأى أشجار الاستمان من خارج) لان النظر الى جميع أجزائها متعذر اذا لا يمكن النظر
الى ما تحت السرور والى ما بين الحيطان من الجذوع 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 صحنها وهو الصحيح وهذا لا يفيد الآن يقال وكل من ذلك
مقصود وعلى هذا ما ذكرنا من أنه لا يشترط رؤية العلو الا في بلديكون العلومقصودا كافي سمرقند
ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة على خلاف بلادنا بديار مصر وشرط بعضهم رؤية الكل وهو الاظهر
والاشبه كما قال الشافعي وهو المعتبر في ديار مصر والشام والعراق وأما ما ذكر في الأشجار من الاكتفاء
برؤية رؤس الأشجار أو رؤية خارجة فقد أنكر بعض المشايخ هذه الرواية وقال المقصود من الاستمان
باطنه فلا يكتفي برؤية ظاهره وفي جامع قاضيخان لا يكتفي برؤية الخارج ورؤس الأشجار 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 فرؤية من خارج الزجاجة لا تكفي حتى يصيبه 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 الكفة لو نظر في المرأة فرأى المبيع قالوا لا يسقط خياره لانه ما رأى عينه
بل مثاله ولو اشترى سمكا في الماء يمكن أخذه من غير اصطياد فرأى 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 كالحزر والبصل والثوم
والفجل ونحوها لم يذكر في ظاهر الرواية وروى بشر عن أبي يوسف ان كان شيئا بكال أو بوزن بهد
القلع كالثوم والبصل والزعفران والسلجم ان باعه بهد ما نبت نباتا فهو بهد وجوده تحت الارض جاز
البيع فان قلع البعض هل يثبت له الخيار حتى اذا رضى به يلزم المبيع في الكل ان قلع البائع أو المشتري
بأذن البائع يثبت له الخيار فلو رضى به يلزم المبيع في الكل لما عرف ان رؤية بعض المكيل أو الموزون
كروية الكل وان قلعه المشتري بغير انذنه ان كان المقلوع شيئا له ثمن بطل خياره في الكل فلم يكن له أن
يرده رضى بالمقلوع أو لم يرض وجد في ناحية من الارض أقل منه أو لم يوجد لان بالقلع صار المقلوع
معيبا لانه كان حيا ينمو ويعدده صار مواتا والتعيب يد المشتري يمنع الرجوع بالرؤية وان كان المقلوع
شيئا لا ثمن له لا يبطل خياره لان وجوده كعدمه وان كان شيئا يباع عددا ان قلعه البائع أو المشتري بأذنه
له الخيار في الباقي حتى لو رضى به لا يلزم المبيع في الكل لانه عددي متفاوت فرؤية بعضه لا تكون كروية
كله وان قلعه المشتري بغير انذنه البائع بطل خياره وقد حكى فيه خلاف بين أبي حنيفة وبينهما
ذكرنا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رؤية بعضه كروية كاه وجعلاه كالمكيل والموزون

قال (ونظر الوكيل كمنظر المشتري) قيل صورة التوكيل أن يقول المشتري لغيره كن وكيلاً عني في قبض المبيع أو وكلتك بذلك وصورة الأرسال أن يقول كن رسولاً عني أو أرسلتك وأمرتك بقبضه وقيل لافرق بين الوكيل والرسول فيما إذا قال أمرتك بقبضه إذا نظر الوكيل بالقبض إلى المبيع وقبضه بسقط خيار المشتري فلا يرد إلا بعيب علمه الوكيل أو لم يعلم وقال الفقيه أبو جعفر إذا كان عيباً بعلمه 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 بالاتفاق ونظر الوكيل كمنظره فهم سواء في عدم سقوط خيار المشتري وله أن يرد ولما كانت رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالثمراء ليس حكمه كذلك فسر المصنف بقوله معناه (١٤٥) الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء

فرويته تسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع إليه (لهما أنه توكل) أي قبل الوكالة (بالقبض دون اسقاط الخيار) وما لم يتوكل به لا يملك التصرف فيه وكالة (فلا يملك) اسقاط الخيار لانه تصرف فيما لم يتوكل به فصار كمن اشترى شيئاً وكل وكيل بقبضه قبض الوكيل معياراً ما عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل وكن اشترى بخيار الشرط وكل بقبضه قبضه لم يسقط خيار الشرط للموكل وكذا وكل بقبض المبيع قبضه مستورا ثم رآه الوكيل فأسقط الخيار قصداً لا يسقط خيار الموكل ودليل أبي حنيفة رحمه الله مبني على مقدمة هي (أن القبض على نوعين تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه وهو مستور) (قوله وهذا) إشارة إلى تنوعه بالنوعين وبيانه (أن تمام القبض يتم

قال (ونظر الوكيل كمنظر المشتري حتى لا يرد إلا من عيب ولا يكون نظر الرسول كمنظر المشتري وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا هما سواء له أن يرد) قال معناه الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء فرويته تسقط الخيار بالاجماع 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 وناقص وهو أن يقبضه مستورا وهذا لأن تمامه بتمام الصفقة ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل وإذا قبضه

والعدي المتقارب لان بعضها يستدل في العادة على السك والاختلاف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري أنا خاف ان قلعته لا يصلح لي ولا أقدر على الرد وقال البائع لو قلعته فقد لا ترضى يتطوع انسان بالقلع فان تشاح ما سخ القاضى العدي بينهما (قوله ونظر الوكيل) إلى المبيع مكشوفاً يعني الوكيل بالقبض كما فسر المصنف وهو من يقول له الموكل وكلتك بقبضه أو كن وكيلاً عني 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 لفلان يدفع اليك المبيع أو أنت رسولى إليه في قبضه أو أرسلتك لقبضه أو أمرتك بقبضه وعلى هذا إذا قال اذهب فاقبضه يكون رسولا ولا وكيلاً لانه من مصادقات 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 بمائة ألف ميم راء (وهذا عند أبي حنيفة وقالوا) يعني الرسول والوكيل بالقبض (سواء) فيرد الموكل الذي له الخيار ما قبضه وكيه كما يرد ما قبضه رسوله (فأما الوكيل بالشراء فرويته تسقط الخيار بالاجماع لهما أنه توكل) أي 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 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 ان القبض على نوعين) قبض (تام) وهو أن يقبضه وهو يراه وانما كان هذا قبضاً تاماً لان خيار الرؤية يبطل بهذا القبض وبقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض فلما يبطل بهذا القبض من المشتري كان هذا القبض تاماً (وناقص وهو أن يقبضه مستورا) وإذا كان كذلك كان القبض مع الرؤية متضمناً لسقوط خيار الرؤية لانه متلزامه تمام الصفقة ولا يتم دونه (ثم الموكل ملك القبض بنوعيه فكذا وكيله لاطلاق التوكيل) بخلاف ما إذا أسقط الخيار قصداً بأن قبضه مستورا ثم رآه

(١٩ - فتح القدر خامس) الصفقة (لان تمامها تنهاها في اللزوم بحيث لا يرد الا برضاء أو قضاء وخيار الرؤية والشرط يمنعان 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 لا يسقط والموكل لو فعل ذلك يسقط الخيار فليس الوكيل للموكل في القبض الناقص لا محالة

(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

أجاب المصنف رحمه الله بأن الوكيل إذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقى أجنبيا فلا يملك اسقاطه وفي هذا الجواب
 تعرض المراد قياسه على اسقاط القصدى والى رد قوله مادون اسقاط الخيار وتقرر به أنه لم يتوكل باسقاط الخيار قصد الأوضحنا
 والاول مسلم ولكن اسقاط الخيار فى القبض التام يثبت للوكيل فى ضمن التوكل به وهو القبض عتي لورأى قبل القبض لم يسقط به
 الخيار بخلاف الموكل وكمن شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصد والثانى ممنوع فان من توكل بشئ أو كل بشئ أو كل بما يثبت له لان ما لا يثبت الواجب الابه
 فهو واجب وقوله (بخلاف خيار العيب) جواب عن قوله ما قصار كخيار العيب فانه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يترده الا برضا أو قضاء
 ومالم يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام (١٤٦) القبض ولهذا ملك رد المعب خاصة بعد القبض ولم يجعل تقرر بقا الصفقة

لان تقرر بقا الصفقة قبل تمامها ممنوع والمالم يمنع ههنا دل أنها كانت تامة وهو من موصحات ذلك أن خيار العيب ثبوت حق المطالبة بالجزء الفائت وذلك للوكل ولم يصدر التوكيل بالقبض لاسقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه الوكيل وخيار الشرط لا يصلح مقبضا عليه لانه على هذا الخلاف ذكر القدورى أن من اشترى شيا على أنه بالخيار فوكل وكيله بقبضه بعد مآراء 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 والزسول ليس

مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصد اعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه 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 شيا وانما اليه تبيع الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا فى البيع قال (وبيع الاعمى وشراؤه جائز)

فأسقط الخيار لأن بقبضه (مستورا انتهى التوكيل) بالقبض (الناقص فلا يملك) الوكيل بعد ذلك (اسقاطه) لانتهاء ولايته ونقض مسلماته لم يقم الوكيل مقام الموكل فيما احدهما ان الوكيل لورأى قبل القبض لم يسقط برؤيته والخيار والموكل لورأى ولم يقبض يسقط خياره والثانية لو قبضه 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 هـذا ثابتا فى مجرد رؤيته قبل القبض ونقول بل الحكم المذكور للوكل وهو سقوط خياره اذا رآه انما يأتى على القول بأن مجرد مضى ما يمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو بالصحيح وبعين الجواب الاول يقع الفرق فى المسئلة الثانية لانه لم يثبت ضمنا للقبض الصحيح بل ثبت بعد انتهاء الوكالة بالقبض الناقص وقوله (بخلاف خيار العيب لانه) يثبت مع (تمام الصفقة) لانه لم يشرع التميم القبض بل لتسليم الجزء الفائت ضمن القبض مع بقاء الخيار ولذا كان له أن يرد المعب وحده فيما اذا اشترى شيئين وقوله فى الكتاب الامن عيب قال نخر الاسلام بحتمل الامن عيب لم يعلمه الوكيل فان كان علمه يجب أن يبطل خيار العيب كذا ذكره الفقيه أبو جعفر ولم يسلم مسئلة خيار العيب والصواب عندنا أن لا يملك الوكيل بالقبض ابطال خيار العيب فيكون معناه علم أو لم يعلم وقوله (وخيار الشرط على هذا الخلاف الخ) يعنى وخيار الشرط لانه لا يملكه فلما ان غنعه فيكون على خلاف ذكره القدورى وهو رواية الهندوانى لان القبض التام لا يحصل بخيار الشرط لان وجوده يجرى 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 شيا) من القبض لا التام ولا الناقص لانه لم يؤمر بالقبض بل بأداء الرسالة ولذا لا يملك التسليم أيضا وصورا الارسال فى البيع تقدمت أوائل كتاب البيوع وصورتها بالشراء أن يقول قبل لفلان انى اشتريت منك كذا وكذا بعين كذا وكذا (قوله) وبيع الاعمى وشراؤه جائز) باتفاق الأئمة الثلاثة وقال الشافعى لا يجوز الا فى السلم والشراء فى 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 (وله) (وبيع الاعمى وشراؤه جائز) وبيع الاعمى وشراؤه جائز عندنا

(قوله) والثانى ممنوع فان من توكل بشئ الخ) أقول لو صح هذا الزمان لا ينتهى التوكيل بالقبض الناقص كلام على السنن الاخص فلا يجدى نفعا (قوله لان الاختيار) أقول التابع بالياه بنقطتين بعد التامين والاختيار بالياه المنقطة بنقطة تحتانية بعد التامين الخير قال المصنف (وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار) أقول فيه بحث فان اختياره معلق بالرؤية ولا يثبت قبلها كما سلف الآن يراد بالخيار حق الفسخ مجازا والحق أن يجب أن المراد بالرؤية العلم بالمقصود مجازا على ما قالوا فلا اشكال الآن قوله اذا اشترى بأبى عن هذا نوع اباه فلما لم

(وله الخيار) وقال الشافعي رحمه الله ان كان بصيرا فمعي فكذا الجواب وان كان أعمى فلا يجوز بيعه ولا شراؤه أصلا لأنه لا علم له بالألوان والصفات وهو مجموع بمعاملة الناس العيانيين من غير تكبير وان من أصله ان من لا يملك الشراء بنفسه لا يملك الأمر به غيره فاذا احتاج الأعمى الى ما ياكل 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 يقتضي ضرورة الايجاب وهو وانما 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 بمباشرة ما هو سبب العلم بالمقصود فان كان المبيع مما يعلم بحسه فخياره يسقط بحسه وان كان مما يعلم بالشئ فبشئ وبدوقه في المذوقات وأما اذا كان شجرا أو غرا على شجر أو عقارا فان خياره لا يسقط حتى يوصف له لان الوصف

وله الخيار اذا اشترى) لانه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل (ثم يسقط خياره بحسه المبيع اذا كان يعرف بالجلس وبشئ اذا كان يعرف بالشئ وبدوقه اذا كان يعرف بالذوق) كما في البصير (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) لان الوصف بتمامه مقام الرؤية كما في السلم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لراه وقال قد رضيت سقط خياره لان التشبه بتمامه مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين بتمامه مقام القراءة في حق الأخرس في الصلاة واجراء الموسيقى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن بولكل وكيل لا يقبضه وهو يراه

ببصيره وان كان مما يعلم بالشئ فبشئ وبدوقه في المذوقات وأما اذا كان شجرا أو غرا على شجر أو عقارا فان خياره لا يسقط حتى يوصف له لان الوصف بتمامه مقام الرؤية كما في السلم وقال بعض أئمة بلخيس الحائط والاشجار فاذا باشر بسبب العلم أو وصفه أو وصف ومس وقال رضيت سقط الخيار وروى عن أبي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان الواقف بصيرا لراه وقد قال رضيت سقط خياره لان التشبه يقوم مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين واجراء الموسيقى في حق الأعمى والاصلح واطلاق الرواية يدل على أنه يقبول بذلك من غير اشتراط الوصف

(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 بالانكسار أصل في الشرع بمنزلة اجماع المسلمين (ثم يسقط خياره بحسه المبيع اذا كان يعرف بالجلس) كالشاة (وبشئ اذا كان يعرف بالشئ) كالطيب (وبدوقه اذا كان يعرف بالذوق) كالعسل وقوله (كما في البصير) ظاهر في ان البصير اذا لم يره المبيع ولكن شمه فقط وهو مما يعرف بالشئ كالسك ونحوه فرضي به ثم رأى فلا خياره (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) في جامع العتاي هو أن يوقف في مكان لو كان بصيرا لراه ثم يذكره صفتا ولا يخفى أن ايقافه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط الخيار به فلذا لم يذكره صفتا ولا واكتفى بذكر الوصف (لان الوصف قد أقيم مقام الرؤية كما في السلم) ومن أنكره الكرخي وقال وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء في انه لا يستفيد به علما (وعن أبي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لراه العقار وقال رضيت سقط خياره لان التشبه بتمامه مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين بتمامه مقام القراءة للأخرس واجراء الموسيقى على رأس من لا شعر له) في الاحلال من الاحرام ولا يخفى ضعفه لان العجز لا يتحقق الا بتحقق العجز عن الوصف فان القائم مقام الشئ بمنزلة وقد ثبت شرعا اعتباره بمنزلة في السلم ووجوب اجراء الموسيقى محتلف فيه وكذا التجريك غير لازم للائمة وعن أبي يوسف أيضا انه اعتبر الوصف في غير العقار أيضا ولم يعتبر الشئ ولا الذوق والجلس لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما ذكرنا وقال مشايخ بلخيس الحيطان والاشجار فاذا قال رضيت سقط خياره لان الأعمى اذا كان ذكيا يقف على مقصوده بذلك وهو رواية بشر وابن سماعه في الدار وفي رواية هشام عن محمد انه يعتبر الوصف مع كل من الذوق والجلس لان التعريف للكامل في حقه يثبت بهذا الا فيما لا يمكن بحسه كالنمر على رؤس الشجر فيعتبر فيه الوصف لا غير في أشبه الروايات وهو المروي عن أبي يوسف ومحمد في شرح الجليلع العيم غير لابي الليث (وقال الحسن بولكل وكيل لا يقبضه وهو يراه)

قال محمد في الجامع الصغير قال أبو يوسف في الأعمى يشترى الشئ لم يره فيقول قد رضيت قال له أن يردّه وان كان في مكان لو كان بصيرا لراه ثم قال قد رضيت 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 التحقن الا يرى أن قولنا شريك الباري ليس بوجود في الخلق صادق ويتنوع وجود الموضوع فيه والأولى ايراد النظر في قوله عليه الصلاة والسلام لام فله الخيار اذا رآه فان اذا تستعمل في الحقيقة فليست كما قلنا لان الرؤية 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 أن في الجمع بين الأشياء المتفاوتة الأحادي 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 له لكن لا يرد الذي رآه وحده بل يردهما إن شاء كي لا يلزم تفريق الصفة قبل التمام وقد تقدم لنا معنى تمام الصفة وإنما الاتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ويكونا غير تامه يتمكن المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضاه فيكون الرد فسحا من الأصل لعدم العلم بصفات المعقود عليه فإن تفرق بق الصفة منهي عنه لما جاء في الحديث نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن تفريق الصفة قيل تفرق بق الصفة منهي عنه وهو يقتضى ردهما جميعا إن شاء وقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره الحديث يدل على أن له أن يرد الذي لم يره وحده فواجه ترجيح حديث النهي على الجيز وأجيب بأن موجب النهي مطرد في جمع صورته وموجب الجيز ليس كذلك فإنه لا يملك الرذات تعيب أو أعتق أحد العبدين أو دبره والمطر دراجح وبأنه محرم والمحرر راجح على المبيع وأولاه متأخر عن المبيع لئلا يلزم تكرير النسخ وبأن الرد كما كان غير ممكن لأن رد أحد الثوبين لا يكون رد الالة اشترى ثوبين لأحدهما والرد إنما يصح إن لو كان ذلك المرود على الحالة الأولى قبل النهي عن تفريقهما مطلقا وقد قدمتم بما قبل التمام فيكون متروك الظاهر ومثله مرجوح والجواب أن النهي (١٤٨) إنما هو عن التفريق والتقييد 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 بان العادة فيما بين الناس بضم الردي على الجيد تر ويجاله بالجيد فإذا علم أن المانع من رد أحدهما تفرق بق الصفة قبل التمام يندفع ما يشكك بالاستحقاق فإن من اشترى ثوبين فاستحق أحدهما لا يرد الباقي وفيما نحن فيه إذا رد أحدهما فلا بد من رد الآخر أيضا لأن فيما نحن فيه رد 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) لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر لتفاوت في الثياب فبق الخيار فيما لم يره ثم لا يرد وحده بل يردهما كي لا يكون تفرق بق الصفة قبل التمام وهذا لأن الصفة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاه ويكون فسحا من الأصل فيستبذل خياره قال المصنف (وهذا أشبه بقول أبي حنيفة حيث جعل رؤية الوكيل رؤية الموكل) ولو وصف للاعبي ثم أبصر فلا خيار له لأن خياره سقط فلا يعود إلا بسبب جديد ولو اشترى البصير ثم عي انتقل الخيار إلى الوصف (قوله ومن رأى أحد الثوبين فاشترىهما ثم رأى الآخر جازله أن يردهما) لأن رؤية أحدهما ليست رؤية الآخر لتفاوت في الثياب فبق الخيار فيما لم يره) فله ردده بحكم الخيار (ثم لا) يتمكن من رده وحده (فيردهما) إن شاء (كي لا يكون تفرق بق الصفة) على البائع (قبل التمام وهذا لأن الصفة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) كخيار الشرط بدليل أن له أن يفسخه (بغير قضاء ولا رضاه ويكون فسحا من الأصل) لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم

بوجوب تفرق بق الصفة قبل التمام لأنها لا تتم مع بقا خيار الرؤية وفي فصل الاستحقاق لم تفرق على المشتري قبيل التمام بل تمت فيما كان ملك البائع غير معيب بعيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له رد الباقي كإختيار الرؤية والشرط لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض به لكن في صورة الاستحقاق له ولاية رد الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري فإن شاء رضى وإن شاء رد وفي خيار الرؤية عليه رد الآخر لدفع ضرر يلزم البائع

(قوله وقد تقدم أنما معنى تمام الصفة) أقول تقدم بورقة تخميننا وهو قوله ولا تتم الصفة مع بقا خيار الرؤية لأن تمامها تنهاها في الزوم قال المصنف (وهذا لأن الصفة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) أقول قال العلامة السكاكي يعني فيما إذا قبضه مستورا كذا قبل ولا حاجة إلى هذا لأن خيار الرؤية يبقى إلى أن يوجد ما يبطله انتهى وفيه بحث يظهر على لائحة ما مرفق مسألة نظر الوكيل (قوله فأن تفرق بق الصفة منهي عنه) أقول لتبديل لقوله لئلا يلزم تفرق بق الصفة قبل التمام (قوله وقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيئا لم يره الحديث يدل على أن له أن يرد الذي لم يره وحده فواجه ترجيح حديث النهي) أقول وأنت خبير بأن المفهوم لا يعارض المنطوق حتى يحتاج إلى الترجيح وأيضا المشتري هنا هو المجموع دون كل واحد فرؤية أحدهما دون الآخر كروية وجه الدابة دون كفلها أو بالعكس فليتنامل (قوله أولاه متأخر عن المبيع الخ) أقول في التوضيح في فصل المعارضة والترجيح كلام متعلق بهذا المقام فراجع (قوله والجواب أن النهي إنما هو عن التفريق إلى قوله قبيل التمام بالقياس) أقول تقييد المطلق نسخ وذلك لا يجوز بالقياس فلا يظهر بما ذكره في معرض الجواب دفع ما قبل (قوله يندفع ما يشكك بالاستحقاق) أقول أي يظهر اندفاعه

قال (ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) فقد 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 يثبت الخيار فيبين العلم بالأوصاف وثبوت الخيار منافاة ويثبت أحد المتنافيين وهو العلم بالأوصاف (١٤٩)

وتلك الرؤية قيمتني الآخر وهو ثبوت الخيار الا اذا كان لا يعلم انه هو الذي رآه كما اذا اشترى ثوباً بمثلها كان رآه من قبل وهو لا يعلم ان المشتري ذلك المرئي فان له الخيار حينئذ اهدم الرضا به وانما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى أن يتوهم أن علته انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالأوصاف وههنا لما كان المبيع مرئياً من قبل لم يتغير عنها كان العلم بها حاصلًا فلا يكون له الخيار وذلك لان الامر ان كان كذلك امكن شرطه الرضا به وحيث لم يعلم انه مرئيه 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 عيبه لان التغير حادث لانه انما يكون بعيب أو تبديل هيئة وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبائع منكر وتمسك بالأصل لان سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه وقبل هو الرؤية السابقة وقبل 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 يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلم مرئيه 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 وهما في خيار الشرط برّد الاخر اذا رد أحدهما بعد القبض أوجب أن رد أحدهما في خيار الرؤية والشرط بوجب تفريق الصفقة قبل التمام لما علم ان الصفقة لا تتم معهما وفي الاستحقاق لو رد كان بعد التمام لان الصفقة تمت فيما كان ملك البائع ظاهر فلم يثبت في الباقي عيب الشركة حتى لو كان المبيع عبداً واحداً فاستحق بعضه كان له أن يرد الباقي أيضاً كافي خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق ولو كان قبض أحدهما ولم يقبض الاخر ثم استحق أحدهما له الخيار لتفرقهما قبل التمام ولو كان المبيع مكبلاً أو موزوناً فاستحق بعضه بعد القبض لا يخير لان الشركة ليست بعيب فيه ولو استحق قبل القبض بخير لتفريق الصفقة قبل التمام ولو وجد باحدهما عيباً في مسألة الكتاب قبل القبض ليس له أن يرده وحده لتفرق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم قبل القبض هذا والمعنى في تفريق الصفقة قبل التمام وجوازها بعده لدفع الضرر الاكبر وذلك أن في تفريقها ثبوت ضررين دائماً غير أنه قبل التمام يكون ضرر البائع أكثر فانه ضرر مال لا يروح أحدهما الا بالآخر لحدوده أحدهما ما وردة الاخر وهو فوق ضرر المشتري فان ضرره ليس الا بطلان مجرد قوله اذا الزمان ردهما وبعد القبض ضرر المشتري أكثر لانه متى رد الكل يبطل حقه عن السيد وضرر البائع موهوم اذ قد يبيع المرء بئس 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 لم يره فله الخيار اذا رآه لانه باطلا فنه يتناول الرؤية عند العقد وقبله (الا اذا كان) المشتري (لا يعلم مرئيه) أي لا يعلم أن المبيع كما قدره في الماضي كأن رأى جارية ثم اشترى جارية منتقبة لا يعلم أنها التي كان رآها ثم ظهرت اباها كان له الخيار (لعدم) ما يوجب الحكم عليه (بالرضا) أو رأى ثوباً فلف 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 المفسدة لظاهر والاصل لزوم العقد والقول قول المشكر مع عيبه والبينة 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 الاولييين 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 المفسدة) أقول وعندى أنه البيع البات الخالي عن المفسد الواقع في محل مرئي فلتأمل

أى المتأخرون استثناء من قوله (١٥٠) فالقول قول البائع فإنه حينئذ يكون القول قول المشتري لأن الظاهر يشبهه ظن الشيء بتغير

بطول الزمان ومن يشهد له الظاهر فالقول قوله وبالله مال شمس الأئمة المرخسى وقال أ رأيت لو كانت جارية شابة رأها فاشتراها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البائع أنهم لم يتغير كان يصدق على ذلك وقوله (بمخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية) متصل بقوله فالقول قول البائع يعنى إذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول قول المشتري لأن البائع يدعى عليه العلم بالصفات وأنه حادث والمشتري منكر فكان 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 لأنه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فيه يبيع أو هبة فإذا قبضه فباع منه ثوبا أو وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها أى من الثياب الزطية الامن عيب ذكر الضمير في قوله ولم يره وغيره نظرا الى العدل وأنت في قوله منها نظرا الى الثياب فإنه إذا باع منه ثوبا لم يبق عدلا بل ثيابا من العدل وكذا إذا اشترى عدل زطى بخيار الشرط قبضه وباع ثوبا

بمخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية لأنهم أمر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله قال (ومن اشترى عدل زطى ولم يره فباع منه ثوبا أو وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الامن عيب وكذلك خيار الشرط) لأنه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفرق الصفقة قبل التمام لأن خيار الرؤية والشرط يعنعان تمامها بخلاف خيار العيب لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم قبله وفيه وضع المثلة

عدمه فلا تقبل الابينة (بمخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية) فقال البائع رأيت والمشتري لم أره فالقول للمشتري مع عينه لأن البائع يدعى أمر اعراضها والعلم بصفته (والمشتري ينكره فاقول له) وكذا لو أراد أن يرد فقول البائع ليس هذا الذى بعته وكذا المشتري بل هو هو القول للمشتري سواء كان ذلك في بيع بات أو فيه خيار الشرط أو الرؤية ولقائل أن يقول الغالب في البياعات كون المشتريين رأوا المبيع فدعوى البائع رؤية المشتري تسمى عيبا بالظاهر لأن الغالب هو الظاهر والمذهب أن القول لمن يشهد له الظاهر لا لمن يمسك بالأصل إلا أن لم يعارضه ظاهر فالوجه أن يكون القول للبائع في الرؤية بخلاف ما إذا كان له خيار العيب فإن القول للبائع في أنه غير المبيع مع عينه وهذا لأن المشتري في الخيارين ينفخ العقد بنفسه بل لا يوقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف وإذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافا في المقبوض فالقول فيه قول القابض ضمينا كمن أو أمينا كالغاصب والمودع بخلاف الفسخ بالعيب لا ينفرد المشتري بنفسه ولكنه يدعى ثبوت حق الفسخ في الذى أحضره والبائع ينكره وقوله (إلا إذا بعدت المدة) استثناء من قوله فالقول قول البائع أى فى صورة ما إذا طالت المدة (على ما قالوا) أى المشايخ (لأن الظاهر شاهد للمشتري) إذا الظاهر أنه لا يبقى الشئ فى دار التغيير وهى الدنيا ما ناطوب بالام بطرقه تغير قال محمد رحمه الله تعالى أ رأيت لو رأى جارية ثم اشتراها بعد عشرين أو عشرين سنة وقال تغيرت أن لا يصدق بل يصدق لأن الظاهر شاهد له قال شمس الأئمة وبه أفتى الصدر والشهد والامام المرغينانى فنقول ان كان لا يتفاوت في تلك المدة غالبا فالقول للبائع وإن كان التفاوت غالبا فالقول للمشتري مثله لو رأى دابة أو مملوكا فاشتراه بعد شهر وقال تغير قال قول البائع لأن الشهر فى مثله قليل (قوله) ومن اشترى عدل زطى لم يره وقبضه فباع ثوبا منه أو وهبه) 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 أعنى فباع بعضها أو وهبه سقط خياره فى الباقي وليس له أن يرد بخيار الشرط بل إن اطلع على عيب وهذا (لأنه تعذر الرد فيما أخرجه عن ملكه) فلورد الباقي فقط كان تفرق الصفقة على البائع قبل التمام لاسم من (أن) قيام (خيار الرؤية والشرط يمنع تمامها) وإن كان بعد القبض (بمخلاف خيار العيب فإن الصفقة تتم معه بعد القبض وفيه) أى فى المقبوض (وضع المسئلة) لأنها لو تكن مقبوضة لم تصح صورتها إذ لا يصح بيع ما لم يقبض وهبته ولأنه لو كان قبل القبض كانت الخيارات كلها سواء وهو أنه لا يرد أحدهما بل يردهما بخيار الرؤية إن شاء فلا يصح حينئذ قوله الامن عيب لأنه إذا اشترى شيئين ولم يقبضهما لم يرد أحدهما عيبا لا يرد المعيب خاصة بل يردهما إن شاء لا يقال فى عدم رد الباقي عند رؤيته ترك العمل بحدث الخيار الحديث النهى عن تفرق الصفقة مع أنه متروك للظاهر فإن تفرق بها جاز بعد تمامها وحديث الخيار أقوى قلنا لم نقل بعدم رددهم مطلقا بل قلنا إذا زوده برده معه إلا أن يردنا شرط على الرد ولا يرد الصفقة لتكون عاملين بالحديثين معا جبا بينهما والعدل المثل والمراد هنا الغرارة التى هى عدل غرارة أخرى على الجمل أو نحوها أى يعادله لو فيها أبواب والزط فى المغرب جيل من الهند تنسب اليهم الثياب

منه أو وهب وذلك لأن الرد تعذر فيما خرج من ملكه وفي رد ما بقي تفرق الصفقة قبل التمام إلا أن الخيارين الزطية يعنعان تمامها كما هو وأما خيار العيب فإنه لا يمنع تمامها بعد القبض وفيه وضع عهد المسئلة لأنه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه

(وهو عدم التوب ببيع باعه والى المشتري بسبب هو مسخ) بان رد المشتري الثاني بالغيب بالقضاء ويرجع في الهبة فهو اى المشتري الا ول
 او الواهب على خياره فلما ان رد الكل بخيار الرؤية لا ارتفاع 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 الشئ الى سببه اذا
 اطع المشتري على عيب
 في المبيع فهو بالخيار ان
 شاء اخذه بجميع الثمن وان
 شاء رده لان مطلق العقد
 يقتضى وصف السلامة
 أى سلامة العقود عليه
 عن العيب لما روى أن رسول
 الله صلى الله عليه وسلم
 اشترى من عدا بن خالد
 ابن هوزة عبدا وكتب في
 عهدته هذا ما اشترى محمد
 رسول الله من العدا بن خالد
 ابن هوزة عبدا لاداء ولا
 غائلة ولا خشة ببيع المسلم
 من المسلم ونفسه لاداء فيما
 رواه الحسن عن أبي حنيفة
 المرض في الجوف والكبد
 والرئة فان المرض ما يكون
 في سائر البدن والداء
 ما يكون في الجوف
 والكبد والرئة وفيما
 روى عن أبي يوسف أنه
 قال الداء المرض والغائلة
 ما تكون من قبيل الافعال
 كالاباق والسرقة والخبثة
 هي الاستحقاق وقيل هي
 الجنون وفي هذا تنصيص

فلو عاد اليه بسبب هو مسخ 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

الزطية وقيل جيل بسواد العراق وذكر الضمير في قوله فباع منه على لفظ العدل ثم انثنه في قوله لم يرد
 شيئا منها على معناه فكان نظير قوله تعالى وكم من قرية اهلكناها فجاءها بأسنا بياتا وهم قائلون هذا
 (ولو عاد) الثوب الذى باعه من العدل او وهبه (الى المشتري بسبب هو مسخ) محض كارد بخيار الرؤية
 أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة (فهو) أى المشتري للعدل (على خياره) أى خيار
 الرؤية فله أن رد الكل حينئذ بخيار الرؤية لا ارتفاع 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) وحققيقة الملاحظ مختلف فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانع ازال فيمحل المقتضى وهو
 خيار الرؤية عملده ولحظ على هذه الرواية مستقطا واذ اسقط لا يعود بلا سبب وهذا أوجه لان نفس هذا
 التصرف يدل على الرضا بيبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها والله الموفق

باب خيار العيب

تقدم وجه ترتيب الخيارات والانتافة في خيار العيب اضافة الشئ الى سببه والعيب والعيبة والعياب
 بمعنى واحد يقال عاب المتاع أى صار ذا عيب وعابه زيدت عدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب
 أيضا على الاصل والعيب ما مخلو عنه أصل الفطرة السليمة ما يعده بواقفا (قوله) واذا اطاع المشتري
 على عيب في المبيع) ولم يكن شرط البراءة من كل عيب (فهو بالخيار ان شاء اخذ) ذلك المبيع (بجميع
 الثمن وان شاء رده) هذا اذا لم يتمكن من ازالته بلا مشقة فان تمكن فلا كحرام الجارية فانه بسبيل من
 تحميلها ونجاسة الثوب وينبغي حمله على ثوب لا يفسد بالغسل ولا ينتقص وانما ثبت له هذا الخيار
 (لان مطلق العقد) وهو ما لم بشرط فيه عيب (بقتضى وصف السلامة فعند فواته يتخير) بيان الاول
 من المقول والمعنى أما المنة قولنا عاقبه البخارى حيث قال ويذكر عن العدا بن خالد قال كتب الى
 النبي صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى محمد رسول الله من العدا بن خالد ببيع المسلم من المسلم عبدا لاداء
 ولا خشة ولا غائلة ثم قال البخارى وقال فتاوة الغائلة الزنا والسرقة والاباق وروى ابن شاهين في المعجم
 عن أبيه قال حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشى قال حدثنا عبد بن ليث قال حدثنا عبد الحميد
 ابن وهب أبو وهب قال قال لي العدا بن خالد بن هوزة ألا أفرئك كتابا كتبه لى رسول الله صلى الله عليه

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

باب خيار العيب

العيب ما مخلو عنه أصل الفطرة السليمة (قوله) ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته) أقول ضمير فواته راجع الى وصف
 (قوله لان الرضا داخل في حقيقة البيع) أقول أى البيع اللازم

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

يوجب فوات جزء من المبيع أو بغيره من حيث الظاهر كالعمى والعور والشلل والزمانة والاصم والناقص والسن السوداء والسن الساقطة واما أن يكون بما يوجب النقصان معني لاصورة كالسعال القديم وارتفاع الحمى في زمانه والزنا والدفء والخبر في الجارية وفي ذلك كله فوات وصف والاصف لا يقابلها شيء من الثمن لان الثمن إما أن يقابل بالوصف والاصل أو بالاول دون الثاني أو بالعكس لاسيما في الاول والثاني لثلايؤدي الى مزاحمة التبع 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 اقتضاء تاما لا يجوز أن يتخلف عنه ومن أين ثبت ذلك (قوله وفي ذلك كله فوات وصف) أقول وكون

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

وسلم قال قلت بلى فأخرج لي كتابا هذا ما اشتري العدا من خالد بن حذافه من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا أو أمة لاداء ولا غائلة ولا خبثه ببيع المسلم المسلم ففي هذا أن المشتري العتداء وفي الاول أنه النبي صلى الله عليه وسلم وصحح في المغرب أن المشتري كان العتداء وتعليق البخاري انما يكون صحيحا اذ لم يكن به - بيعة التمريض كيد كره بل بنحو قوله وقال معاذ لاهل اليمن ففي قوله عليه الصلاة والسلام ببيع المسلم المسلم دليل على أن بيع المسلم المسلم ما كان سليما ويبدل عليه قضاءؤه عليه الصلاة والسلام بالرذيفة على ما في سنن أبي داود بسنده الى عائشة أن رجلا ابتاع غلاما فام عنده ما شاء 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 بالريق من الادواء التي يرد بها الجثثون والجذام ونحوها والخبث ما كان خبيث الاصل مثل أن يسبي من له عهد يقال هذا سبي خبثا اذا كان ممن يحرم بيته وهذا سبي طيبة بوزن خيرة ضده ومعنى الغائلة ما يقتال حقا من حيلة وما يدلس عليك في المبيع من عيب وتفسيره للداء بوافق نفسه يرأى يوسف له وأما أبو حنيفة ففسره في مداراه الحسن عنه بامراض في الجوف والكبد والرئة وفسر أبو يوسف الغائلة بما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقفة وهو قول الزنجشري الغائلة الخصلة التي تقول المال أي تمسكه من اباق وغيره والخبثه هو الاستحقاق وقيل هو الجنون وأما المعنى فلا أن السلامة ما كانت هي الاصل في المخلوق انصرف مطلق العقد اليها ولأن العادة أن القصد الى ما هو متمحقق من كل وجه لان دفع الحاجة على التمام به يكون والناقص معدوم من وجه فلا ينصرف اليه الا بذكره وتعيينه ولما كان القصد الى التمام هو الغالب صار كالمشروط فيتمتع عند فقده (كي لا يتضرر بالزام ما لم يرض به) (قوله وليس له أن يسكده ويأخذ النقصان) أي نقصان العيب وبه قال الشافعي خلافا لاحمد لان الخيار يثبت لدفع الضرر عن المشتري فلا يتحقق على وجه يوجب ضررا على الآخر من غير التزام له والبايع يلتزمه لانه حين باعه بالمسمى لم يرض بزواله عن ملكه الابنه وان كان معيبا وهذا لان الظاهر معرفته بالعيب فأنزله عليه لطول ممارسته له في مدة كونه في يده ولذا اذ عينه اتفق العلماء على انه اذا باعه على انه معيب فوجده سليما لا خيار له ولا يقال انه مريض بالثمن المسمى الاعلى اعتبارا انه معيب فلا يكون راضيا به حين وجده سليما لانه انزل عليه بالوصف السلامة فيه فثبت باعه بالمسمى كان راضيا بالثمن على اعتباره سليما فلا يرجع بشيء كما جعل عالميا بالعيب فأنزله غير راض فيه معيبا الا بذلك الثمن فلا يرجع عليه بشيء بل يتخير في اخذها أو رده فان بذلك يعتدل النظر من الجانبين في دفع ضرر لم يلتزمه واحد منهما به فهذا الوجه هو الواجب وذكر المصنف قبل قوله (ولان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد) فليس له أن يأخذ في مقابلة فواته شيئا وهذا لان الثمن عين فاعتناءه يقابلها 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 كالموضرب البائع الدابة فتعيبت فان الوصف حينئذ يترد 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 المبيع (قوله لثلايؤدي الى مزاحمة التبع) الثمن الاصل) أقول أنت خبير بان المزاحمة في الأول وفي الثاني ترجيح التبع على الاصل فليتنامل (قوله كما تقدم) أقول في أوائل كتاب المبيع

(قوله ولانه لم يرض بزواله) دليل اخر على عدم جواز امساكه باخذ النقصان أى قيمته أو أورشه وتقرر بان 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 أيضاً لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرة فلا ضرورة في أخذ النقصان قبل البائع اذا باع معيباً فاذا هو سليم البائع يتضرر لما أن الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب ولا خياره وعلى هذا فالواجب اما شمول الخيار لهما أو عدمه لهما وأجيب بأن المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمانه فانزل عالماً بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه وأما المشتري (١٥٣) فإنه ما رأى المبيع فلو الرضا للعقد

مع العيب تضرر من غير علم حصل له فثبت له الخيار ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك أى رؤية العيب عند احدى الحالتين رضاً بالعيب دلالة قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن) العيب ما يخلو 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 التضرر بنقصان المالية) ونقصان المالية بانتقاص القيمة فالتقص بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله) قال (والأباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير) الذى يعقل اذا أتى من مولاه مادون السفر من المصر الى القسرية أو بالعكس فذلك عيب لانه يفوت المنافع على المولى والسفر ومادونه

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 يره 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 (والأباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله أن يرد له لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يرد له لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لدهاء في باطنه والأباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلّة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فأما الذى لا يعقل فهو وضال لا أتق فبالا يتحقق عيباً

الثمن لانه صار مقصوداً بالتناول أو حكماً بان امتنع الرد لحق البائع كأن تعيب عند المشتري بعيب آخر أو لحق الشرع بأن حتى جنابة ولذا قلنا إن من اشترى بقره فخلبها وشرب منها ثم ظهر له عيب لا يردّها لان تلك الزيادة التى أتلفها جزء مبيع لانها تابع محض (مخرج) لو صالح المشتري البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز وبه قال مالك والشافعي في وجه وفي وجه لا يجوز والانفاق على عدمه في خيار الشرط والرؤية (قوله وكل ما أوجب نقصان الثمن) الذى اشترى به (في عادة التجار فهو عيب) وهذا ضابط العيب الذى يرد به وهذا لان ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به والمرجع في كونه عيباً ولا لاهل الخبرة بذلك وهم التجار وأرأى باب الصنائع ان كان المبيع من المصنوعات وبهذا قالت الاثمة الثلاثة وسواء كان ينقص العين أو لا ينقصها ولا ينقص منافعها بل مجرد النظر اليها كالظفر الاسود والصنج القوي على العمل وكفى جارية تركية لا تعرف لسان الترك (قوله والأباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير) وقوله (ما لم يبلغ) بمعنى مدة عدم بلوغه مجرى مجرى البديل من الصغير واذا كان ذلك عيباً في الصغير فظهرت عند البائع ثم وجدت أيضاً عند المشتري في الصغره لانه أن يرد به ثم قال القدوري (فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) وقد أعطى المصنف معنى هذه الجملة حيث قال (ومعناه) أى معنى قوله فاذا بلغ الى آخره وحاصله انه اذا ظهرت هذه الاشياء عند البائع في صغره ووجدت عند المشتري بعد البلوغ لم يرد به لانه غير ذلك الذى كان عند البائع وبينه (بان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش) للصغير (الضعف المثانة وبعد الكبر لدهاء في الباطن والأباق في الصغير لحب اللعب والسرقة) في الصغير (قلّة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن) فاذا اختلف سبب ابعده البلوغ وقبله كان الموجود منها بعد غير الموجود منها قبله واذا

(٣٠ - فتح القدير خامس) فيه سواء فلو أبت الجارية من الغاصب الى مولاه فليس بأباق وان أبت منه ولم ترجع الى مولاه عالمة بمنزله 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 لاخلالها بالمقصود لانه لا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وتقطع يده في سرقة مال غيره فيكون عيباً لانه لا يفرق بين المولى وغيره الا في الماء كولات للا كل فان سرقها من مولاه ليست بعيب فاذا وجدت هذه الاشياء من الصغير عند البائع والمشتري في حال صغره فهو عيب يرد به واذا وجدت عندهما في حال كبره فكذلك وأما اذا اختلف فكان عند البائع في صغره وعند المشتري في كبره فلا يرد به 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 أوفى الكبير رده لانه عين الاول اذا السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه انه لا يشترط المعاودة في يد المشتري

كان غيره فلا يرد به لانه عيب حادث عنده بخلاف ما اذا ظهرت عند البائع والمشتري في الصغر أو ظهرت عندهما بعد البلوغ فان له أن يرد به ما 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 لانه لا يقال عاود زيد فيما اذا ابتدأ غيره فعرض بتحقيق المعاودة بعد البلوغ بوجوده منه قبل البلوغ أيضا والافلامعاودة وقوله ليس بعيب أي لا يرد به وقوله والمراد من الصغري أي آخره تقييد للصغير الذي ذكرناه اذا وجد منه شيء من هذه الامور عند البائع والمشتري يرد بأن يكون صغيرا يعقل وأما الصغير 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 وبشرب وحده ليس بعيب لانه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك عيب مادام صغيرا وكذا روى أبو يوسف في الامالي عن أبي حنيفة وفي بعض المواضع ويستحب وحده واذا قدر بهما حذوا وقدر به في الحضنة 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 مسئلة عجيبة هي أن من اشترى عبدا صغيرا فوجده يدول في الفراش كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر عند المشتري كان له أن يرجع بالنقصان فاذا رجع به ثم كبر العبد هل للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ لأرواه فيها قال وكان والذي يقول ينبغي أن يسترد استدلالا بمسئلتين احدهما اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له أن يرد ها 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 مريضا كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع ثم ترى بالمد او اء لا يسترد والاشترى والبلوغ هنا بالمد او اء فينبغي أن يسترد انتهى وفي فتاوى قاضيخان 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 فم عنده وكان يحتم عند البائع قال الامام أبو بكر محمد بن الفضل المسئلة محفوظة عن أصحابنا انه ان حم في الوقت الذي كان يحتم فيه عند البائع كان له أن يرد وفي غيره فلا يقل له فلواشترى أرضا فنزعت عند المشتري وقد كانت تنز عند البائع قال له أن يرد لان سبب النزوح واحد وهو تسفل الارض وقرب الماء الا أن يجي عماء غالب أو كان المشتري رفع شيئا من ترابها فيكون النزوح ذلك أو يشبهه فلا يدري انه عينه أو غيره قال القاضي الامام بشكل بما في الزيادة 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 انجلى ثم عاد عند البائع ليس للمشتري الرد وجعل الثاني عين الاول الذي رضى به اذا كان الثاني عند البائع ولم يجعله عينه اذا عاد البياض عند المشتري وقال لا يرد ثم قال القاضي الامام كنت أشاور رمس الأئمة الحلواني وهو يشاور رمي فيما كان مشكلا اذا اجتمعنا فشاورة في هذه المسئلة فاستفتت منه فرقا (قوله والجنون عيب أبدا) هذا لفظ محمد رحمه الله فلا وجن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري في الصغر أوفى الكبير رده لانه 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) كاذب 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 كما مال اليه رمس الأئمة الحلواني وشيخ الاسلام وهو رواية المنتقى بناء على أن آثاره لا ترتفع وذلك تبين في حاله عينيه

والجامع الكبير قال (والدفر
والبحر عيب في الجارية)
الدفر راحة مؤذبة نجية
من الابط والذفر بالذال
المعجمة شدة الراحة طيبة
كانت او كريمة ومنه مسك
اذفر وابط دفر وهما مراد
الفقهاء من قولهم الدفر
عيب في الجارية وهكذا في
الرواية والبحر نبت راحة
الغم كل منه ما عيب في
الجارية للاخلال بما عسى
يكون مقصودا وهو
الاستفراش وليس بعيب
في الغلام لانه لا يخل
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 يخل بالاستفراش
والثاني يطلب الولد فان الولد
يعبر بزنا أمه وليس باعجلين في
المقصود من الغلام وهو
الاستخدام

لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قلميزول فلا بد من المعاودة للرد (قال والبحر والدفر عيب في الجارية) لان المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهو ما يخلان به وليس بعيب في الغلام لان المقصود الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون من داء لان الداء عيب (والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام) لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل 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 قلميزول) وقد حققنا كثير من النساء والرجال جنوا ثم عوفوا بالمسدا واطا فان لم يعاوده جاز كون البيع صدر به ازالة الله سبحانه وتعالى هذا الداء وزوال العيب فلا يرد بلا تحقق قيام العيب (فلا بد من معاودة الجنون بالرد) وهذا هو الصحيح وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير واختاره الاسيحاقي قال محمد بعد قوله اذا جئ مرة واحدة فهو عيب لازم ابدا باسطر وان طعن المشتري باياق أو جنون ولا يعلم القاضي ذلك فانه لا يستخاف البائع حتى يشهد شاهدان أنه قد أبق عند المشتري أو جئ شرح باسئراط 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 فانها عند المشتري لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذي حصل بالولادة لا يزول ابدا وعامه 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 وليس يطبق ليس بعيب والسرقة وان كانت أقل من عشرة عيب وقيل مادون الدرهم نحو فلس أو فلسين ونحوه ليس عيبا والعيب في السرقة لا فرق فيه بين كونه من المولى أو من غيره الا في المأكولات فان سرقة الاجل الاكل من المولى ليست عيبا ومن غيره عيب وسرقة البيع من المولى وغيره عيب ونقب البيت عيب وان لم يسرق منه وياق مادون السرقة عيب بلا خلاف واختلفوا في انه هل يشترط خروجه من البلد فقيل شرط فلا يبق من محلة الى محلة 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 منزل مولاه ويقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان لم يعرفه أو لا يقدر فلا (قوله والدفر الخ) هذه أربعة أشياء عيب في الجارية وليست عيبا في الغلام والبحر والدفر والزنا وولد الزنا لان الجارية بقدر ادمنها الاستفراش وهذه المعاني تمنع منه فكانت عيبا بخلاف الغلام فانه لا يستخدم خارج البيت وهذه ليست مانعة منه فلا يعد عيبا الا اذا كان البحر والدفر من داء فيكون عيبا في الغلام أيضا لان الداء عيب وفي فتاوى قاضيان قال الا ان يكون فاحشا لا يكون مثله في عامة الناس فيكون عيبا وعن أبي حنيفة الدفر ليس عيبا في الجارية أيضا الا ان يفض فيكون عيبا فيها دونه وقيل اذا كان العبد امردي يكون البحر عيبا به والصحيح انه لا فرق بين كونه امرد وغيره والدفر نثر ريح الابط يقال رجل اذفر وامرأة دفر ومنه للسب يقال يادفر معدول عن دافرة ويقال شمت دفر الشيء ودفره بسكون الفاء ونحوها كل ذلك والدال مهملة وأما باجم الدال فبفتح الفاء لا غير وهو حدة من طيب أو نثر ورعما خص به الطبيب فقيل مسك اذفر ذكره في الجهمرة وفيها وصفت امرأة من العرب شيا فقالت ذهب ذفره وأقبل بجزه قيل الرواية هنا والسماع بالدال غير المعجمة والبحر بالجيم عيب وهو انفتاح تحت السرة ومنه سمى بعض الناس البحر وفي العمابة غالب بن البحر أو قلبه وسمي به فرس لعنته وكذا الادرو وهو عظم الخسيتين والاذن عيب وهو من يسهل الماء من مخزبه والبحر الذي هو عيب هو الناسي من تغير المعدة دون ما يكون اقل في الاسنان فان ذلك يزول بتنظيفها ووجه كون الجارية وولد زنا عيبا بانها يخل بالمقصود من طلب الولد لانها اذا كانت وولد زنا

(قوله ومنه مسك اذفر
وابط دفر وهما مراد
الفقهاء من قولهم الخ)
أقول فيه تأمل قال المصنف
(والزنا وولد الزنا) أقول وكون
المبيع وولد الزنا خذف
المضاف والمضاني اليه
(قوله والثاني يطلب الولد)
أقول خص الثاني باخلال
طلب الولد مع أن الاول

محل به أيضا لاختصاص التامية (قوله فان الولد يعبر بزنا أمه) أقول وتامى النفس من الاستيلاء بمن يعبر بسبب اية ذلك الى ولده

الآن تنكر ذلك منه على ما قال المشايخ فإنه بصير عادة ويحتاج الى اتباعهن وهو محل بالخدمة قال (والكفر عيب فيهما) الكفر عيب في
 الجارية والغلام لان طبع المسلم ينفر عن محبته والنفرة عن المحبة تؤدى الى قلة الرغبة وهى تؤثر في نقصان الثمن فيكون عيبا ولانه يمنع
 صرفه عن كفارة القتل بالاتفاق وعن كفارتي اليمين والظهار عند بعض فيخل بالرغبة فان اشتراه على انه مسلم فوجده كافرا فلا شبهة
 في الرد فان اشتراه على انه كافر فوجده مسلما برده عندنا لانه زوال العيب وزوال الشيء لا يكون اياه كما اذا اشترى معيبا فاذا هو سليم فعلى
 هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على انه كافر للبراءة عن عيب الكفر لالاشترط بأن يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا محالة وقال الشافعي برده
 به لانه فات شرط مرغوب لان الاولى (١٥٦) بالمسلم أن يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون العالوج والحواب ان هذا

الأب أن يكون الزنا عادة على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة قال (والكفر عيب فيهما) لان طبع
 المسلم ينفر عن محبته ولانه يمنع صرفه في بعض الكفارات فتحتمل الرغبة فلوا اشتراه على انه كافر فوجده
 مسلما لا يرد لانه زوال العيب وعند الشافعي يرد لأن الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وفوات
 الشرط بمنزلة العيب (قال فلو كانت الجارية بالغلة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب) لأن ارتفاع
 الدم واستمراره علامة الداء

غير الولد بأمره وقوله (الآن يكون الزنا عادة) استثناء من قوله دون الغلام وقوله (على ما قالوا)
 يعنى المشايخ (لان اتباعهن يخل بالخدمة) اذ كلما وجهه الحاجة اتبع هواه وقال قاضيخان
 لو كان الزنا منه مرارا كان عيبا لانه يضره عن بعض الاعمال ويزداد بالحدود وضعه في نفسه انتهى
 بل وفي عرضه وربما نادى به عرض سميده ومن العيوب عدم الختان في الغلام والجارية المولدين
 البالغين بخلافهما في الصغيرين وفي الجليب من دار الحرب لا يكون عيبا مطلقا وفي فتاوى قاضيخان
 وهذا عندهم يعنى عدم الختان في الجارية المولدة أما عندنا عدم الخفض في الجوارى لا يكون عيبا
 (قوله والكفر عيب فيهما) أى 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 كالتخاذم
 الرضوخ وحمل المصحف اليه من مكان الى مكان ولا يقدر على اعتاقه عن كفارة قتل خطاقتل 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 ان كان دينيا يتأخر الى
 ما بعد العتق فلا خيار له يرد به كدين معاملة بأن اشترى شيئا بغير اذن المولى وان كان في رقبته بأن جنى
 في يد البائع ولم يفده حتى باعه فله رده الا أن يقال وبعد العتق قد يضره في نقصان ولائه وميراثه (قوله)
 واذا 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 الايام فان الانقطاع ليس عيبا حينئذ حقيقة التعيب فيهما بالداء ولذا
 قال بعضهم اذا أراد أن يرد بعيب الانقطاع فلا يدعى الانقطاع بل ينبغى أن يدعى بأحد السببين من الجلب
 أو الداء حتى تسمع دعواه لان الانقطاع بدونهما لا يعد عيبا والمرجع في الجلب الى قول النساء وفي الداء
 قول اطباء ولا يثبت العيب بقول اطباء حتى تسمع الخصومة مع البائع الا أن يتفق منهم عدلان
 بخلاف العيب الذي لا يطلع عليه الا النساء فانه يقبل في توجه الخصومة قول امرأة واحدة وكذا في الجلب
 وفي الكافي نص على الاكتفاء في المرض الباطن بقول طبيب عدل ولا يشترط العدد ولقطة الشهادة

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 أو سنتين فيما روى
 عن أبي حنيفة وزفر رجها
 الله انها لم تحض للجبيل بها
 أولاده كان ذلك عيبا ترد به
 والمرجع في الجلب قول
 النساء ويكتفى بقول امرأة
 واحدة في حق سماع الخصومة
 وفي الداء قول اطباء يقبل
 فيه قول عدلين وقال أبو
 المعين يكتفى بقول عدل واحد
 منهم وقد بان أن تكون
 الدعوة بعد المدة المذكورة
 لانه اذا ادعى في مدة قصيرة
 لا يلزم القاضي الاصغاء الى
 ذلك وبأن تكون دعواه
 مشتتة على انضمام الجلب
 الى انقطاع الحيض أو على

وهكذا

انضمام الداء اليه لان الارتفاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا وكذا اذا بلغت

المدة المذكورة وحاضت ولم يتقطع كان ذلك عيبا لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء لان العادة في التي خلقت على السلامة الحيض في

(قوله ولا ينع صرفه عن كفارة القتل) أقول الأولى ان يقال ينع عن صرفه في كفارة القتل (قوله ولا عبرة به في المعاملات) أقول
 أى عند التجار (قوله وبأن تكون دعواه مشتتة) أقول معطوف على قوله بان تكون الدعوى بعد المدة (قوله لأن الارتفاع 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 التعميد بالبلوغ الى المدة المذكورة في الاستمرار رضا فلو لم يخل فان الاستمرار قبله عيب أيضا

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

أوانه والمعاودة على وجهه لا يدوم فإذا جاوزت أقصى العدد وهو سبع عشرة سنة ولم تحض أو حاضت ولم ينقطع كان ذلك لدا في بطنها والداء عيب ويعرف ذلك أي الارتفاع والاستمرار بقول الامه فان أنكر البائع ذلك لترده عليه الابحجة ولا يقبل فيه قول الامه 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 الامه وبشهادة النساء لان العقد قبل القبض لم يتأكد بخاز أن يفسخ بشهادتهن

قال المصنف (وهو الصحيح) أقول قال ابن الهمام احترز بقوله هو الصحيح عماروي 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 صحفة

وهكذا نص عليه الشيخ أبو المعين في شرح الجامع الكبير وهو أوجه لانه لتوجه الخصومة لا للرد وفي التحفة اذا كان العيب باطنا لا يعرفه الا الخواص كالاطباء والخاسين فان اجتمع عليه مسلمان أو قاله مسلم عدل قبل ويثبت 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 له استخلاف كما سئذ كر (ويعتبر في الارتفاع) الموجب للعيب (أقصى غاية البلوغ وهو) أن يكون سنه (سبع عشرة سنة) عند أبي حنيفة ويعرف ذلك أي الارتفاع والاستمرار (بقول الامه) لانه لا طريق له الا ذلك (فاذا انضم الى قوله انكول البائع) اذا استخلف (قبل القبض أو بعده في الصحيح ردت) واحترز بقوله في الصحيح عماروي عن أبي يوسف انه ترد قبل القبض بقوله مع شهادة القابلة وعماعن محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء ووجه الصحيح ان شهادتهن حجة ضعيفة فلا يحكم بها الا بمؤيد 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 والمديدة روى عن أبي يوسف مقدرة بثلاثة أشهر وعن محمد بأربعة أشهر وعشر وعن أبي حنيفة وزفر بسنتين ومادون المديدة قصيرة فان كان القاضي مجتهد أخذ بما أدى اليه اجتهاده والا أخذ بما اتفق عليه أصحابنا وهو ستان وأذا سمع الدعوى يسأل البائع أهى كما ذكر المشتري فان قال نعم ردها على البائع بالتماس المشتري وان قال هي كذلك للعالم وما كانت كذلك عندي توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامه للعالم وان طلب المشتري يمين البائع يحلف البائع فان حلف برئ وان نكل ردت عليه وان شهد للمشتري شهود لا تقبل شهادتهم على الانقطاع وتقبل على الاستحسان لانهما يمكن الاطلاع عليه ولا يمكن على الانقطاع الذي به دعيا وان أنكر البائع الانقطاع في الحال هل يستخلف عند أبي حنيفة لا وعندهما يستخلف وهذا ينبوع تقرير الكتاب وانما وافق تقرير الهداية مانقله صاحب النهاية بعد ما ذكره هذا ما ذكر عن فتاوى قاضيان اشترى جارية فقبضها فلم تحض عند المشتري شهرا أو أربعين يوما قال القاضي الامام ارتفاع الحيض عيب وادناه شهر واحد اذا ارتفع هذا القدر عند المشتري كان له أن يرده 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 ستان وعند أبي يوسف ثلاثة أشهر وهو قول لابي حنيفة وعنه وهو قول محمد أربعة أشهر وعشر وفي رواية عن محمد شهران وخمسة أيام وعليه الفتوى والرواية هناك ليست واردة هنال ان الحكم هنالك يستدعي ذلك الاعتبار فان الوطء ممنوع شرعا الى الحيضة لاحتمال الحمل فيكون ساقيما أو زرع غيره فقدره أبو حنيفة وزفر هنالك بسنتين لانه أكثر مدة الحمل فاذا مضت اطهر انتفاؤه بخاز وطؤها وهو أقبس وقدره محمد وأبو حنيفة في رواية بأربعة أشهر وعشر لانها اعتبرت عدة المتوفى عنها زوجها لان فيها يظهر الحمل غالبو كانت حاملا وقدره أبو يوسف بثلاثة أشهر لانها جعلت عدة التي لا تحيض والحكم هنالك لا يكون الا كون الامتداد دعيا فلا يتجه اناطته بسنتين أو غيرها من المدد لان كونه عيبا باعتبار كونه يؤدي الى الداء وطير بقا اليه وذلك لا يتوقف على مضي مدة معينة مما ذكره عماد كرا ناطهر أنه لا يحتاج في دعوى الانقطاع للرد به الى تعيين انه عن حمل 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 أحدهما بل اذا ادعى الانقطاع في أو انه فقد ادعى

العيب ويكنى شهر واحد فان به يتحقق الانقطاع في أوامره وهو العيب لانه ان كان في الواقع مسيبا عن
 داء فهو عيب وطريقاله فكذلك فيكنى في الخصومة ادعاء ارتفاعة فقط وهو الذي يجب أن يعول عليه
 والاقلميا يظهر للطبيب داء بممتدة الطهر وكثيرا ما يكون الممتد طهرها شهرين وثلاثة صحيحة لا يظهر بها
 داء وهذا هو ظاهر الهداية التي ترى 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 اليمين 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 والنساء ليس تقرر بما في الكتاب بل ما ذكره مشايخ آخرون
 يغلب على الظن خطوهم وكذا ما ذكر غيره من جعل هذه وزان المشتراة بكرة على قول أبي حنيفة وأبي
 يوسف انه اذا قال المشتري ليست بكرة وقال البائع بكرة في الحال فان القاضي يريه النساء فان قلن هي بكرة
 لزم المشتري من غير يمين البائع لان شهادتهن تأيدت بمؤيدها وان قلن هي نيب لا يثبت
 حق الفسخ بشهادتهن فيحلف البائع لقد سلمتكم البيع وهي بكرة ان كان بعد القبض وان كان قبله
 حلف أمه بكرة غير موافق لان العيب هنا يوجب حق الخصومة بمجرد قولها حتى يتوجه عليه اليمين ويقضى
 بالسكول على ما في الكتاب والعتابي وغيرهما وفي البكارة لا بد من رؤية النساء وكيف ولا طريق الى
 استعمال الانقطاع الا قولها بخلاف البكارة لها طريق تستعمل به فلا يرجع فيها الى قوله او اذا عرف هذا فقول
 المصنف هو الصحيح ان كان احترازا عن قول أبي يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وما
 ذكرنا عن محمد فقير 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 انها منقطعة الحيض غير معتبر
 وقد ذكر وان الشهادة على الانقطاع السكائن عيبا لا تقبل اذ لا يطلع عليه وترتيب الخصومة على ما في
 الهداية وقاضيخان 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 فان تكررت الانقطاع
 والغرض أن لا تقبل عليه بينة والمشتري يدعيه فقد صرح في النهاية بما قد مناه من أنه اذا أنكر الانقطاع
 في الحال لا يستخلف عند أبي حنيفة ويستخلف عندهما ويجب كون الاستخلاف على العلم بالله ما يعلم
 انها منقطعة عند المشتري فان نكل اتجهت الخصومة وان حلف تعذرت ولم يري قلبا يحلف كذلك الا
 وهو بازم من أين له العلم بأنها عند المشتري لم محض وكان المذكور في النهاية مبنى على ما ذكره هو في صورة
 الخصومة وأما على ما في الهداية فان القول قولها في الانقطاع ويمكن أن يجري فيه أيضا وهذا تعداد
 للعيوب عدة الجارية عن طلاق رجعي عيب بائن والنكاح عيب فيها وكثرة الخيلان وحجرة الشعر
 اذا فشت بحيث يضرب الى البياض وكذا الشط في غيرا وانه دليل الداء وفي أوامره دليل الكبر والعشا
 أن لا يبصر ليلا والسن الساقطة ضرسا وغيره وسواد وسواد الظفر والعسر وهو أن يعمل يساره ولا
 يستطيع العمل بيمينه بخلاف أعسر يسره وهو أن يعمل يمينه ما كانه زيادة حسن والقشم وهو ييوسه
 الجلد ونشيج في الاعضاء والغرب وهو ورم في الاماقي ورم يابس سيل منه شيء فيصير صاحبه كصاحب
 الجرح السائل والحول والحوص فوع منه والشر وهو انقلاب الحفن وبه سمي الاشر والظفر هو بياض
 يبدو في انسان العين وجرب العين وغيرها والشعر والقبل في العين ومنه قول الشاعر يصف خيلا
 * تراهن يوم الروع كالحلد القبل * والماء في العين والسبل والسعال القديم اذا كان عن داء فأما

(قال واذا حدث عند المشتري

عيب) اذا حدث عند المشتري

عيب باقصة سماوية أو

غيرها ثم اطلع على عيب

كان عند البائع فله أن يرجع

بنقصان العيب بأن يقوم

المبيع سليماً عن العيب

القديم ومعيباً به فما كان

بينهما من عشر أو ثمن أو

سدس أو غير ذلك يرجع به

عليه (ولا يرد المبيع لان في

الرضا ضراراً بالبائع) بخروج

المبيع من ملكه سليماً من

العيب الحادث وعوده اليه

معيباً به والاضرار ممتنع (ولا

يضمن دفع الضرر عنه) أي

عن البائع ويجوز أن يعود

الى المشتري لانه أيضاً يتضرر

بالمعيب لان مطلق العقد

يقضى السلامة والرجوع

طريق صالح للدفع فتمت

مدفعا إلا أن يرضى البائع

أن يأخذه بعيبه الحادث

لانرضى بالضرر والرضا

اسقاط لحقه كما أن للمشتري

أن يرضى أن يأخذه بعيبه

القديم فان قيل أين قولكم

الاصناف لا يقبلها شيء

من الثمن أجيب بانها اذا

صارت مقصودة بالتناول

حقيقة أو حكماً كان لها حصة

من الثمن وههنا كذلك كما

قال المصنف (ولا يضمن

دفع الضرر عنه) أقول

أي عن البائع ويجوز أن

يعود الى المشتري والثاني

أولى عندى فان ما يتعلق

بحال البائع تم عند قوله

فامتنع كالأصناف

(قال واذا حدث عند المشتري عيب فاطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع) لأن في الرضا ضراراً بالبائع لأنه يخرج عن ملكه الماء ويعود معيباً فامتنع ولا يضمن دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لانهرضى بالضرر

القدر المعتاد منه فلا والعزل وهو أن يعزل ذنبه الى أحد الجانبين والمشش وهو ورم في الدابة صلابة والقدح وهو عوج جاج في مفصل الرجل والفتج وهو تباعاً 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 ارجل الرجل الى أخرى وقال محمد بن الاعرابي الاحتف الذي عشى على ظهرو قدميه وتناسل شعر الرأس والصدف وهو التواء في أصل العنق وقيل ميل في البدن والشدق سعة مفرطة في الفم والتخنت قيل اذا خش أو كان يأتي بافعال رديئة والحق وكونها مغنيسية وشرب الغلام وترك الصلاة وغيره من الذنوب وقلة الاكل في البقرة ونحوها وكثرته في الانسان وقيل في الجارية عيب لا الغلام ولا شك أنه لا فرق اذا فرط وعدم المسيل في الدار والشرب للارض وكذا ارتفاعها بحيث لا تنسقى بالاسكر وكون الجارية محترقة الوجه لا يدرى حسنهما من قبحها بخلاف ما اذا كانت دميمة أو سوداء والعثار في الدواب ان كان كثيراً فاحشا وكذا كل العذار والجوح والامتناع من اللجام وكذا الحرن عند العطف والسير وسيلان العباب على وجه يسيل المحلاة اذا علق عليه فيها وكثرة التراب في الخنطة تردبه بخلاف ما اذا كان معتاد اليس له أن يميز التراب ويرجع بخصته وكذا الراشترى خفاً ومكعبا للبس فلم يدخل رجله فيه فهو عيب ولو باع سو بقا ملتوا على أن فيه كذا من السمن أو قيصا على أن فيه عشرة أذرع والمشتري يتظر اليه وظهر خلافه فلا خياره (قوله واذا حدث عند المشتري عيب) باقصة سماوية أو غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب وليس له أن يرد المبيع لان الرضا ضراراً بالبائع لانه يخرج عن ملكه الماء فلا يجوز أن يأخذه بعيبه يتضرر (ولا يضمن دفع الضرر عن المشتري فتمت الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه) الحادث عند المشتري فله ذلك (لانهرضى بالضرر) وما كان عدم الزامه المبيع الا لدفع الضرر عنه فاذا رضى فقد اسقط حقه اللهم إلا أن يمتنع أخذه اياه لحق الشرع بان كان المبيع عصياً فاختمر عند المشتري ثم اطلع على عيب فانه لو اراد البائع ان يأخذه بعيبه لا يمكن من ذلك لما فيه من تليق النهر وتملكها ومنعهما من ذلك حق الشرع فلا يسقط بتراضيهما على اهداره كالأصناف تراضياً على بيع الخمر وشراً ثم قيل ينبغي أن يرجع جانب المشتري فيرجع بالنقصان ويرد المبيع لان البائع ليس عليه فكان مغروراً من جهته أجيب بأن المعصية الصادرة عنه لا تمنع عصمة ماله كالتغصب اذا عمل في الثوب المغصوب الخباطة أو الصبغ بالحرة لان الظالم لا يظلم والضرر عن المشتري يندفع بانبات حق الرجوع بخصه العيب فان قيل فقد تقدم أن الاوصاف لاحصة لها من الثمن بانفرادها أجيب بانها اعتبرت اصولاً لضرورة جبر حق المشتري والايهدر كما سيرت اصولاً بالنقصان من اتلافها وكل ما يرجع بالنقصان فعنه أن يقوم العيب بدلا عيب ثم يقوم مع العيب وينظر الى التفاوت فان كان مقدراً عشر القيمة يرجع بعشر الثمن وان كان أقل أو أكثر ففي هذا الطريق ثم الرجوع بالنقصان اذا لم تمنع الرد بفعل مضمون من جهة المشتري أما اذا كان بفعل من جهته كذلك كان قتل المبيع أو باعه أو وهبه وسلمه أو اعتمه على مال أو كاتبه ثم اطلع على عيب فليس له حق للرجوع بالنقصان وكذا اذا قتل عند المشتري خطأ لانه لما وصل البديل اليه صار كأنه ملكه من القائل بالبديل فكان كالأصناف 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 أبقى العيب مادام حياً عند أبي حنيفة وبه قال الشافعي

قال (ومن اشترى ثوبا فاقطعه) ومن اشترى ثوبا فاقطعه (فوجد فيه عيبا يرجع بالعيب لامتناع الردي بالقطع) الذي هو عيب حادث لا يقال البائع بتضرر برده معيبا والمشتري بعدم رده فمكان الواجب ترجيح جانب المشتري في دفع الضرر لان البائع غيره بتدليس العيب لا تا نقول المعصية لا تمنع عصمة المال كالغاصب اذا صبغ المغصوب فكان في شرع الرجوع بالعيب نظرا له ما وفي الزام الردي بالعيب الحادث اضرار للبائع لافسده على باشره وفي عدم الردوان كان اضرار بالمشتري لكن للجزء بما باشره فكانا سواء فاعتبرا معا وانظر لهما الا اذا قال البائع انا قبله 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 بعيرا فخره فلما شق بطنه وجد امعاء فاسدة فانه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند أبي حنيفة رحمه الله احيب بأن النحر افساد للالبية لصيرورة البعير به عرضة للثمن والفساد وللهذا لا تقطع يد السارق بسرقة فيختل معنى قيام المبيع فان باعه المشتري يعنى بعد القطع ثم علم بالعيب (١٦٠) لم يرجع بشئ لانه جاز ان يقول البائع كنت اقبله كذلك فلم يكن الرد متعابرا رضا

البائع فان المشتري يصير بالمبيع حابسا للمبيع ولا رجوع بالنقصان اذ ذلك لا يمكن رد المبيع واخذ الثمن لولا البيع ولو قطع الثوب وخطاه أو صبغته أو حرأوت السويق بيمين ثم اطلع على عيب يرجع بنقصان العيب لان الرد قد امتنع بسبب الزيادة لان الفسخ اما أن يرد على الاصل بدون الزيادة أو عليه معها ولا يسبيل الى ثمن من ذلك أما الاول فلأنها لا تنفك عنه وأما الثاني فلان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد الاعلى محل العقد والامتناع بسبب الزيادة في حق الشرع لكونه ربا فليس للبائع أن يقول انا آخذته فتم عين الرجوع بالعيب مسددا فلان الضرر ولا يشك بالزيادة

قال (ومن اشترى ثوبا فاقطعه فوجد فيه عيبا يرجع بالعيب) لانه امتنع الردي بالقطع فانه عيب حادث (فان قال البائع انا قبله كذلك كان له ذلك) لان الامتناع لحقه وقد رضى به (فان باعه المشتري لم يرجع بشئ) لأن الرد غير ممنوع برضا البائع فيصير هو بالمبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان (فان قطع الثوب وخطاه أو صبغته أو حرأوت السويق بيمين ثم اطلع على عيب يرجع بنقصانه) لامتناع الردي بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدون الزيادة لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلا (وليس للبائع أن يأخذها) لان الامتناع لحق الشرع لاحقه (فان باعه المشتري بعد ما رأى العيب يرجع بالنقصان) لأن الرد ممنوع أصلا قبله فلا يكون بالمبيع حابسا للمبيع

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 ثوبا فاقطعه) يعنى ولم يخطه (ثم وجد فيه عيبا يرجع بالعيب لانه امتنع الردي بالقطع لانه عيب حادث فان قال البائع انا قبله كذلك) أى مقطوعا (كان له ذلك لان الامتناع) أى امتناع رده (لحقه وقد رضى به) أى برده معيبا فزال المانع (فان باعه المشتري) أى بعد القطع بعد علمه بالعيب أو قبله (لم يرجع بشئ لان الرد ممنوع) بالقطع (برضا البائع) حين باعه مع عدم امتناع رده مقطوعا (صار حابسا للمبيع) بالمبيع (فان) كان المشتري (قطع الثوب وخطاه أو صبغته أو حرأوت السويق بيمين ثم اطلع على عيب يرجع بنقصانه لانه امتنع الردي بسبب الزيادة) المتصلة وانما امتنع (لانه لا وجه للفسخ في الاصل) أعنى الثوب بدونها كاصبغ مثلا والخطاطة والسمن لانه لا ينفك عنه ولا الى الفسخ معها (لان الزيادة ليست بمبيعة) والفسخ لا يرد على غير المبيع لانه رفع ما كان من المبيع فيبقى ما كان من المبيع والثن على ما كان فلورده على الزيادة لزم الربا فان الزيادة حينئذ تكون فضلا مستحقا في عقد المعاوضة بلا مقابل وهو معنى الربا أو شبهته ولشبهة الربا يحكم الربا فلا يجوز (فامتنع أصلا وليس للبائع أن يأخذها) وان رضى المشتري بترك الزيادة (لان الامتناع) لم يتمحض لحقه بل لحقه وحق الشرع بسبب ما ذكرنا من لزوم الربا ورضاه باسقاط حقه لا يعمد الى حق الشرع بالاسقاط واذا امتنع الردي بالفسخ (فلو باعه المشتري يرجع بالنقصان لان الرد)

المتصلة المتولدة من البيع كالسمن والجمال فانها لا تمنع الردي بالعيب لان فسخ العقد في الزيادة يمكن تبعا للاصل لان الزيادة هنا تمحضت تبعا للاصل باعتبار التولد بخلاف الصنع والخطاطة واعلم ان الزيادة اما متصلة أو منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع أو غير متولدة فالمتصلة المتولدة من المبيع كالجمل والحسن لا تمنع الردي في ظاهر الرواية وغير المتولدة كالصبغ والخطاطة تمنع عنه بالاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والثر تمنع منه لما من التعديل وغير المتولدة كالنكسب لا تمنع لكن طريق ذلك أن يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف الولد والفرق بينهما أن النكسب ليس بمبيع بحال ما لا تولد من المنافع والمنافع غير الاعيان ولهذا كانت منافع الحر ما لا وان لم يكن الحر ما لا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز أن تسلم له مجانا لما فيه من الربا فان باع المشتري الثوب المخطى أو الثوب المصبوغ بالحرمة أو السويق المثلوث بالسمن بعد ما رأى العيب يرجع بالنقصان لان الرد كان ممنوعا قبل البيع فلا يكون المشتري بالمبيع حابسا للمبيع ولو كان البيع قبل الخطاطة كان حابسا او الاصل في ذلك ان كل موضع يكون المبيع قائما عليه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع فان أخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب وكل موضع يكون المبيع قائما

فيه على ملك المشتري ويمكنه

الردوان رضى به البائع فان
أخرجه عن ملكه رجوع
بنقصان العيب وعن هذا
أي عاقلنا إن المشتري متى
كان حابسا للمبيع لا يرجع
بنقصان العيب ومتى لم يكن
حابسا يرجع قلنا إن من اشترى
ثوبا فاقطعه لباسا الولده الصغير
وخاطه ثم اطلع على عيب لم
يرجع بالنقصان لان
التملك حصل قبل الخياطة
لانه لما قطعه لباسا له كان
واهباله وقابضه الاجله فتمت
الهبة بنفس الايجاب
وقامت يده مقام يد الصغير
فالقطع عيب حادث وللمشتري
الرجوع بالنقصان وللبائع
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 بمحتاج اليه
الا أنه ذكرها مقابلة 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 والصبيغ والتم
قال ومن اشترى عبدا

وعن هذا قلنا إن من اشترى ثوبا فاقطعه لباسا الولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التملك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم اليه (قال ومن اشترى عبدا فاعنته أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجوع 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 امكانه يرجع لانه غير حابس (قلنا
إن من اشترى ثوبا فاقطعه لباسا الولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان) لان التملك
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 بصير 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 أو لا في جواز الرجوع بالنقصان وهو معني ما في الفوائد
الظهير يفهم 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 كالصبيغ والخياطة
والتم بالسنن والغرس والبناء وهي تمنع الرد بالعيب بالاتفاق خلافا للشافعي وأحمد ولو قال البائع أنا
أقبله كذلك ورضى المشتري لا يجوز لما ذكرنا من حق الشرع للربا ومن المتصلة غير المتولدة ما لو كان
حظية فطمعها أو لمحا فشموا أو دقيقا فخبزه فلرباعه 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
كالسنن والجمال وانجلاء بياض العين لا يمتنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية لان الزيادة تمحضت تبعا للاصل
بتولدها منه مع عدم انفصالها فكان الفسخ لم يرد على زيادة أصلا والمنفصلة المتولدة منه كالولد واللبن
والتمر في بيع الشجر والارث والعقر وهي تمنع الرد لعدم ذر الفسخ عليها لان العقد لم يرد عليها ولا يمكن
التعبية للانفصال فيكون المشتري بالخيار قبل القبض ان شاء ردهما جميعا وان شاء رضى بهما بمجموع
التمن وأما بعد القبض فيرد المبيع خاصة لكن بمحضته من التمن بأن يقسم التمن على قيمته وقت
العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض فاذا كانت قيمته ألفا وقيمة الزيادة مائة والتمن ألف سقط
عشر التمن ان رده وأخذت مائة 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 غلامي فقال صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان
وجعل الشافعي وأحمد حكم المنفصلة المتولدة في حكم الكسب لا مكان الفسخ على الاصل بدونها
والزيادة للمشتري ونحن نفرق بين الكسب الذي تولد من المنافع وهي غير الايمان ولذا كانت منافع الحتر
مالا مع ان الحتر ليس بمال والعبد المكسوب للكاتب ليس مكاتباً والولد تولد من نفس المبيع فيكون له
حكمه فلا يجوز أن يسلمه مجانا لما فيه من شبهة الربا ولو هلكت الزيادة بأقفة سماوية ثبت له الرد كما أنها
لم تكن وبه قال الشافعي قبل الحكم بالارث وانما قيد المصنف بقوله أحر لتكون زيادة بالاتفاق فان
السواد عند منقص كما ستعلم فهو كالقطع وانتقاص المبيع في يد المشتري يمنع الرد بأي سبب كان
بالانفاق (قوله) ومن اشترى عبدا فاعنته (المشتري) أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجوع بالنقصان

أما الموت فلا أن الملك ينتهي به) أي يتم وكل ما انتهى فقد لزم لامتناع الرد حينئذ وفيه اضرار للشري بما ليس بفعله وهو الموت فيرجع بالنقصان دفعا للضرر فان قيل قوله (والامتناع حكى لا بفعله) يدل على ان الامتناع اذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما اذا صبح الثوب أجزافه امتنع الرد بفعله ويوجب الرجوع بالعيب أوجب بأن امتناع الرد هناك بسبب وجود الزيادة في المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربا ورد بأنه حينئذ يجب أن يقول والامتناع حكى لا بفعله الذي لا يوجب الزيادة والحق أن يقال في الجواب عدم الرد في الصبح 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 فكأنه في يده يحبس ويريد الرجوع فصار كالمقتل وفي (١٦٢) الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك

وانما ثبت الملك فيه موقتا الى وقت الاعتاق والموت الى وقت ينتهي بانتهائه فكان الاعتاق لإنهاء كل موت (قوله وهذا) أي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر فصار حاسبا ألا ترى ان الولاء ثبت بالعتق والولاء لزم من آثار الملك فبقاؤه كبقائه أصل الملك (والتعديب والاستيلاء بمنزلة الاعتاق) لان النقل الى ملك البائع تعذر بالرد بالامر الحكى مع بقاء المحل والملك فان قيل كيف يكونان كالاعتاق وهو منه دونهما فالجواب ان الانتهاء يحتاج اليه لتقرر الملك بجعل ما لم يكن كائنا وهنالك متقرر فلا حاجة اليه (وان اعتقه على مال) أو كاتبه (لم يرجع بشئ)

أما الموت فلا أن الملك ينتهي به والامتناع حكى لا بفعله وأما الاعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالمقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما ثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار كل موت وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر والتعديب والاستيلاء بمنزلة الاعتاق لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكى (وان اعتقه على مال لم يرجع بشئ) لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض (فان قتل المشتري العبد

أما الموت فلا أن الملك ينتهي به) والشيء بانتهائه يتقرر فكان الملك قائم والرد متعذر وقد اطلع على عيب وذلك موجب للرجوع اذا امتنع الرد انما يكون مانعا اذا كان عن فعل المشتري أما اذا ثبت حكما لشيء فلا وهنالك ثبت حكما للموت فلا يمنع الرجوع بالنقصان واستشكل عليه ما اذا صبح الثوب أجزافه فانه يرجع بالنقصان مع ان الامتناع بفعله وأوجب بأن امتناع الرد في ذلك انما هو بسبب الزيادة التي حصلت في المبيع حقا للشرع للزوم شبهة الربا قيل فكان ينبغي للصنف 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 الآدمي ما خلق في الاصل للملك وانما ثبت الملك فيه) عن سببه (موقتا الى الاعتاق) فيثبت (انه انهاء فصار كل موت وهذا) وهو الرجوع بالموت وما في معناه بسبب انه انهاء (لان الشيء بانتهائه يتقرر) الى آخر ما قررناه وقوله (والتعديب 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 (بالامر الحكى) أي بحكم الشرع لا بفعله المشتري كالمقتل (فان اعتقه على مال) ثم اطلع على عيب (لم يرجع بشئ) وكذلك كاتبه لان المشتري حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل (وعن أبي حنيفة رضي الله عنه انه) أي العتق على مال (يرجع) بالنقصان وهو قول أبي يوسف وبه قال الشافعي وأحمد (لان العتق) سواء كان بمال أو بلا مال هو (انهاء للملك) أعني الرق وبهذا يثبت به الولاء في الوجهين واذا كان انهاء كان كل موت وكونه بمال أو بغيره طرد والوجه ما تقدم من كونه حاسبا له بحبس بدله (قوله فان قتل المشتري العبد) أي لم يمت عنده حتم أنه

لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن أبي حنيفة انه يرجع لان الاعتاق لإنهاء الملك وان كان بعوض (أو لان المال فيه ليس بأمرأ لم يبل من العوارض ولهذا يثبت الولاء به 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 قسم ولا يرد النقض والرد الذي أوردته على جوابه ولك أن تقول الباء فيه للإلحاح ولا يلزم الاطراد فتأمل وأنت خبير بأنه لو أورد النقض على قوله لان الامتناع بفعله لكان أظهر اذ لا يرد حينئذ ما أوردناه والحق أن يقال في الجواب عدم الرد أقول أنت خبير بأن عبارة الجواب السابق لا تأتي عن المحل على هذا المعنى (قوله فصار حاسبا) أقول فيه بحث لعدم مناسبة المقام (قوله فالجواب ان الانهاء محتاج الى) أقول فيه بحث فان مراد القائل كيف يكونان كالاعتاق ولا يجري فيهما وجه الاستحسان فيبقيان على القياس فتأمل

المبيع ثم اطلع على عيب ارجع بنقصان العيب في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف انه (١٩٣) يرجع وذكروا في النبايع قول محمد معه لان

قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم ذنبوى بغيره بدلا كالتقصاص والدية فصارت كالموت عرض على فراشة وقد تقدم حكمه وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج أى مبطل وسقوط التقصاص والدية عن المولى

في قتل عبده انما هو باعتبار الملك فصارت كالمستفيد بالملك عوضا بخلاف الاعتراف فانه ليس بواجب للضمان في غير الملك مطلقا لعدم نفوذه ومن أحد الشريكين اذا كان معسرا فقد تخلف عن الضمان فلم يصر به مستغنيا فيمنع الرجوع واذا كان المبيع طعاما فأكله أو ثوى بانفسه حتى تخرق لا يرجع عند أبي حنيفة استحسانا وعندهما يرجع لانه فعل بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبهه الاعتراف ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الرد تعذر بفعل مضمون من المشتري في المبيع كما اذا باع أو قتل وذلك لان الاكل واللبس موجب للضمان في ملك الغير وباعتباره ملكه استغناء البراءة فذلك بمنزلة عوض سلم له والجواب عن قولهم ما انه لا يعتبر بكونه مقصودا لان البيع مما يقصد بالشراء

أو كان طعاما فأكله لم يرجع بشئ عند أبي حنيفة رحمه الله أما القتل فالمد كوز ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع) لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم ذنبوى فصارت كالموت حنف أنفه فيكون انما وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتراف لانه لا يوجد الا مضمونا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما أنه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبهه الاعتراف وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبهه المبيع والقتل ولا يعتبر بكونه مقصودا لا يرى أن البيع مما يقصد بالشراء فهو يمنع الرجوع فان أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الطعام كشيء واحد فصارت كبيع البعض

(أو كان) المبيع (طعاما فأكله لم يرجع بشئ) عند أبي حنيفة رضي الله عنه أما القتل فالمد (كوز) من عدم الرجوع فيه (ظاهر الرواية) عن أصحابنا (وعن أبي يوسف انه يرجع) وذكر صاحب النبايع ان محمد معه وهو قول الشافعي وأحمد (لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم ذنبوى) من قصاص أو دية (فكان كالموت حنف أنفه) وانما يتعلق به حكم الآخرة من استحقاق العقاب اذا كان بغير حق (وجه 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 بالبد عوضا) هو سلامة نفسه أن كان عمدا وسلامة الدية للمولى ان كان خطأ فكان كأنه باعه (بخلاف الاعتراف) لانه ليس بفعل مضمون لا محالة لانه في ملك الغير لا ينفذ وعق أحد الشريكين ان نفذ لا يتعلق به ضمان اذا كان معسرا بل اذا كان موسرا على تقدير فلم يوجب بذاته فلم يستفد أى لم يلزم استفادته بالاعتراف عن ملكه شيئا حقيقة ولا حكما (وأما الاكل فعندهما يرجع به) وبه قال الشافعي وأحمد وفي الخلاصة عليه الفتوى وبه أخذ الطحاوى (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 (فكان كالاتفاق) بخلاف القتل والاحراق ونحوه من الاستهلاك ليس معتادا عرضا من الشراء مقصودا به (وله انه أتلفه بفعله مضمون منه) لو وجد في غير ملكه غير انه سقط أى انتفى الضمان للملكه فكان كالمستفيد به عوضا (كالقتل) فلا يرجع (ولا يعتبر بكونه مقصودا) بالشراء لانه وصف طردى لا أثر له في اثبات الرجوع (الأتري ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع) وجعل المصنف قول أبي حنيفة استحسانا مع تأخيره جوابه عن دليلهما بغيره مخالفته في كون الفتوى على قولهما وأورد عليه القطع والخطابة فانها موجبان للضمان في ملك الغير مع انه يرجع بالنقصان فيهما أوجب بأن امتناع الرد فيهما ما لحق الشرع للفعله ولا كذلك هنا فانه امتنع لفعله لا لحق الشرع وهذا يتم في الخطابة للزيادة أما في مجرد القطع فلا يتم ولذا الوفاء له 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 يبي ولا يرجع بالنقصان فيما أكل (لان الطعام كشيء واحد) حتى كان رؤيته بعضه كروية كانه يسقط الخيار (فصار كالمبيع بعينه) ثم اطلع على عيب فانه يبطل حقه في الرجوع من غير قول زفر فانه قال يرجع بنقصان العيب في الباقي الآن يرضى البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن وعنه ما رواه ابن رواحة 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 فصارت كبيع البعض

قال المصنف (وجه الظاهر ان القتل لا يوجد) أقول ولقائل أن يقول المعنى يستفيد باعتقاق الولاء فلم يجعل مستغنيا

البيع الثاني كالمعدوم) والبيع الاول قائم فله الخصومة والرد بالعيب (فوله غاية 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 غاية امر المشتري انكاره قيام العيب لكنه لم يصر مكدباشرا ببقاء القاضي ارفعت المناقضة وصرحت اشتري شيئا واقر ان البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن (قوله وهذا بخلاف الوكيل) اشارة الى الجواب عما يقال اذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك رد على الموكل وفيما نحن فيه الرد على المشتري ليس رد على البائع ووجهه ان البيع في صورة الوكيل بيع واحد فرده على الوكيل رد على الموكل وفيما نحن فيه يبعان وبرد احدهما لا يرتد الاخر

قال المصنف (لكنه صار مكدباشرا) 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 غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكدباشرا بالقبض او بمعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون رد على الموكل لان البيع هناك واحد والموجود ههنا يبعان في حق الثاني والاول لا ينقض

البيع كان لم يكن) وقد اطع على عيب فله ان يخاصم فيه اذ لا مانع من ذلك وما يخال ما نعامنه وهو ان القضاء بالبينة والنسكول فرع انكاره العيب فخصومته البائع الاول فيه يكون مناقضا فلا تسمع خصومته ولذا قال زفر انه لا يرد عليه لانتقاض 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 لجواز كذب الشهود ووجههم ولهذا اقول بعد الرد ليس به عيب لا يرد على البائع الاول بالاتفاق اجاب المصنف عنه بقوله (لكنه صار مكدباشرا بالقضاء) فان عدم انكاره العيب هذا بعد تسليم ان انكاره ظاهر في الصدق والافيحوز كونه لدفع الخصومة فان كثيرا من الناس يفعلون فصار ظاهرا يعارض ظاهر 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 مكدب 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 اذا رد ما بعه بطريق الوكالة عليه بعيب بالقضاء بالبينة او باياه بين او باقرار من الامور بالعيب كذا لفظ الجامع حيث يكون رد على 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 وهما البيع واحد فاذا ارتفع رجع الى الموكل من غير تكلف زيادة وقيد نحر الاسلام بعيب لا يحدث مثله فقال له الرد بالبينة و باياه المين وبالاقرار في عيب لا يحدث مثله اما في عيب يحدث مثله يرد بالبينة و باياه المين ولا يرد بالمأمور مع الاقرار لان اقرار المأمور لا يسمع على الامر ومعنى اشتراط البينة او النسكول او الاقرار والفرص انه لا يحدث مثله انه اذا اشتمه على القاضي ان هذا عيب قديم او لا واولا واولا علم انه لا يحدث مثله في مدة شهر ولم يثبت عنده تاريخ البيع فاحتاج المشتري الى اقامة البينة او غيرها من الحجج ان تاريخ البيع منذ شهر فيعلم القاضي حينئذ ان العيب كان في يد البائع فيرده عليه اما اذا عين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر فلا يحتاج الى شيء من ذلك فيكون الرد على الوكيل رد على الموكل بلا زيادة خصومة وقد اعترض قول محمد انه ينسكول الوكيل يلزم الموكل فان النسكول بذل عنده اقرار عندهما وبذل الانسان لا يثبت في حق غيره و اقرار الوكيل بالعيب لم يلزم الامر في عيب يحدث مثله اوجب بأنه ليس حقيقة بل جار مجراه الا ترى انه لو ادعى بمال على عبدا دون له في التجارة فانكروا ونكل عن المين يحكم عليه به مع ان بذله المال لا يجوز الا في نحو الضيافة البسيرة وكذا عندهما ونكل عن المين 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 عمرته فيما قال في الدعوى من رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف لو ادعى دارا في يد رجل فانكروا ونكل وقضى القاضي للذي بها ثم اقام المدعى عليه البينة انه اشتراها من المدعى قال يسمع القاضي بينته وترد الدار عليه ولو اقام انه اشتراها من رجل آخر لا تقبل وقال محمد بن سماعة لا تقبل في الوجهين والنسكول بمنزلة الاقرار او أبو يوسف يقول ليس بصريح الاقرار فيقبل وفي الايضاح ان رد على الوكيل بغير قضاء يلزمه خاصة سواء كان في عيب يحدث مثله او لا يحدث مثله لان هذا الصريح علة جديدة في حق ثالث والموكل ثالثهما انتهى يعني

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

الفسخ الذي بلا قضاء وقوله (وان قبل) يعني المشتري الاول (بغير قضاء القاضي) بل برضاه (لا يردّه)
على بائعه هـ ذاهو 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 لرفروان قبله بالتراضي ليس له
أن يردّه عليه لان الرد بالتراضي بيع جديد في حق الثالث والبائع الاول ثالثهما كأن المشتري الاول
اشترى من المشتري الثاني ولو اشترى 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 بالتراضي 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
العدة من أصله نص عليه الشافعي فلم يتفاوت الرد بالقضاء والرضا ونحن بينا الفرق بأنه بالقضاء فسخ
و بالرضا بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقه ما فان قيل لما بشر سبب الفسخ وهو النكول
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 رتبى 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 فسخا من الاصل بطل حق الشفيع لبطلان البيع
من الاصل والثانية ما اذا باع أمته الحبلى وسلمها فردت بغيب بقضاء ثم ولدت ولدا فادعاه أبو البائع
لانصح دعوته ولو كان الرد بقضاء فسخا من الاصل صححت كالمولم ببعها الابن فادعاه الاب والثالثة ما لو أحال
غيره بالثمن على المشتري ثم رد المشتري بغيب بقضاء لا تبطل الحوالة ولو كان فسخا من الاصل بطلت
أجيب ببيان المراد وهو أن محمداً ذكر في مواضع أن بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك
الواهب فيما يستقبل لانها ماضى 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 ماضى ولا يجعل الموهوب عائداً الى قديم ملك
الواهب في حق زكاة ماضى 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 تم تزل عن ملك الواهب كان له أن يأخذها بالشفعة واذا عرف هذا الاصل خرجت المسائل
المدكورة عليه أما الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما
مضى وكذا المسئلة الثانية لان الاب انما تصح دعوته باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق 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 ولان صحتم الاتساع عند نادينا
على المحال عليه ولهذا قال شيخ الاسلام قول القائل الرد بقضاء فسخ 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 لانعدام ما ينافيه لكن
يقال العقد كان لم يكن على التفسير الذي قلنا وفي بعض المواضع فيه بعضهم بما اذا كان المبيع من غير
النقود ما منهن فلا وذلك المسئلة تقه في المحيط من المنتقى أن من اشترى دينار بدرهم ثم باع الدينار من
آخر ثم وجد المشتري الاخر بالدينار عيما ورده على المشتري بغير قضاء فانه يردّه على بائعه وذلك لمعنى وهو

وان كان الثاني فليس له أن
يرده لانه آفالة 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
الشكل فصار كالرد بخيار
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
فاما أن يكون بافرا

ودر محد كروض الجامع الصغير لبتين أن الجوار في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة أو الناقصة وفي عيب يحدث مثله كالقروح والامراض سواء ان كان قد يتوهم أن العيب اذا كان مما لا يحدث وقد رده بغير قضاء فله أن يردّه على بائعه ليقبضه بوعوده في يد البائع وهو الذي ذكر في بعض روايات ١٦٨ يسوع الاصل والصحيح رواية الجامع الصغير لان الرد بغير قضاء اقاله تعتمد التراضي

(وفي الجامع الصغير وان رد عليه باقراره بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخصم الذي باعه) وهذا 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 عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة

ان المبيعين حيفئد يكونان معدومين لان المعيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المعيب ملك البائع فاذا رد على المشتري يردّه بخلاف المبيعين في غير النقود كسئلة الهداية فانهم موجودان في ذلك اذا قبله بدون القضاء فقد رضى بالعيب فلا يردّه على بائعه واذن ما فهم من الاطلاق المذكور بالنسبة الى موضوع المسئلة غير محتاج الى هذا القيد وقوله (وفي الجامع الصغير) الى آخره انما ذكره لان ظاهره يخالف القدروري فانه لم يقيد المسئلة فيه بكون العيب لا يحدث مثله وقيد هاهنا في الجامع حيث قال وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخصم فقال انما يقيد به ليعلم انه كذلك فيما يحدث مثله بطريق اولي لانه لما لم يتمكن من الرد فيما لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة والناقصة والسن الشاعبة فامتناعه فيما يحدث مثله كالرض والسعال والقروح مع احتمال انه حدث عند المشتري اولي قال المصنف (وفي بعض روايات البيوع) أي يسوع الاصل (ان كان فيما لا يحدث مثله يرجع) يعني على البائع الاول اذا رده بالتراضي (للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول) وقد فعل بغير قضاء ما لو رجع الى قاض فعليه لان الرد متعين في هذا فكان فعلهما كفعل القاضى والمراد لا يحدث مثله مطلقا وفي مدة كونه في ملك المشتري الاول الى رد المشتري الثاني قيل ووجه عامة الروايات ان هذا ردت بالتراضي فكان كالبيع الجدي ولا نسلم انهم ما فعلوا ما فعله القاضى لان الحكم الاصلى في هذا هو المطالبة بالسلامة وانما يصار الى الرد بالعجز فاذا انقلنا الى الرد لم يصح في حق غيرهما الا ترى ان الرد اذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول الى غيره فافترا هذا كله فيما اذا كان الرد بالعيب من المشتري الثاني بعد قبضه أما اذا كان قبل قبضه فله مشتري الاول أن يردّه على البائع الاول سواء كان بقضاء أو بغير قضاء كالجواب المشتري الاول للمشتري الثاني بشرط الخيار له أو بغيره فيه خيار روية فانه اذا فسح المشتري الثاني بحكم الخيار كان للمشتري الاول أن يردّه مطلقا وعات أن الفسخ بالخيار 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 تنهاى الى الآن حقه في صفة السلامة فائم فاذا لم يسلم له ثبت حق الفسخ فجاء من هذا أن حق الفسخ بالعيب ما ثبت أصلا لان الصفة تمت بالقبض بل بغيره وهو استدراء 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 فسح في حق الكل لان حقه في الفسخ ثبت أصلا لان 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 عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة)

فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيره - ما هو البائع الاول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الاول ليخصمه (قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة) فان حلف البائع دفع اليه الثمن وان أقام المشتري بينة فهو ان شاء يدفع الثمن أو المبيع واستشكل هذه العبارة لانه جعل غاية عدم الاجبار اما بين البائع أو بينة المشتري وذلك بالنسبة الى الاول صحيح لان المبيعين يتوجه الاجبار بالنسبة الى الثاني ليس بصحيح لان باقاة البينة يستمر عدم الاجبار لا ينتهي به وأجابوا بوجه بانه من باب علقتهما بتساوما باردا تقديره وسقيتهما ماء باردا بان يجعل الكلام متضمنا للفظ عام يندرج تحته الغائبان 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 علقتهما

بتناها بمعنى أطعمتها فانه يستعمل في السقي كما يستعمل في الطعم في معنى الشرب قال تعالى ومن لم يطعمه فانه مني أي ومن لم يشربه على (قوله وأجابوا بوجه بانه من باب علقتهما الخ) أقول هذا الجواب للامام ظهره بالدين (قوله وبأن يجعل الكلام متضمنا الخ) أقول هذا الجواب منقول عن العلامة حافظ الملة والدين الكاكي وفيه تأمل (قوله فيقال لم يجبر على دفع الثمن) أقول أي لم يحكم بشئ (قوله واقامة البينة حكم من الاحكام) أقول أي وجه حكم فالصاف محذوف

و بان الاستطارة مستلزما لعدم الاجبار و كون الالزام و ارادة الملزوم لذاته و الحق ان الاستسكال اعما هو بالنظر الى مفهوم العاية وهو ليس
 بلازم (قوله لانه انكرو وجوب دفع الثمن) لتلبيح لعدم الاجبار لان المشتري انكرو وجوب دفع الثمن لانه انكرو تعين حقه بدعوى العيب
 وانكار تعين الحق انكار علة وجوب دفع الثمن لان وجوب دفع الثمن اولاً ليس الالتمين حق البائع بازاء تعين المبيع بحيث انكرو تعين
 حقه في المبيع لان حقه في السلم فقد انكرو علة وجوب دفع الثمن اولاً وفي انكار العلة انكار المثل فان تصب خصمها ولا بد حينئذ من
 حجة وهي امانة او عين البائع فان قيل في هذا التعليل فساد الوضع لان صفة الانكار تقتضي اسناد اليمين اليه لا اقامة البيعة بالحديث
 فالجواب الاعتبار بالمعنى لا بالصورة وهو فيه مدعى ما يوجب دفع الثمن اولاً وان كان في الصورة منكر (قوله ولانه لو قضى بالدفع)
 دليل آخر يتضمن جواب ما قبل الموجب للغير وهو البيع مع القبض متحقق وما ادعاه المشتري من العيب موهوم والموهوم لا يعارض
 المتحقق وتقريره ان ما ادعاه المشتري وان كان موهوماً ولكن يجب على القاضى (١٦٩) اعتباره صوتاً للقضائه عن النقص

فانه اذا قضى بالدفع فله
 يظهر العيب فينتقض
 القضاء قال (فان قال المشتري
 شهودى بالشام) اذا طلب
 من المشتري اقامة البيعة
 على ما ادعاه فقال شهودى
 بالشام غيب (استخلف البائع)
 فان حلف دفع اليه الثمن
 لان في الانتظار ضرر بالبائع
 فان قيل في الزام المشتري
 دفع الثمن ضرره ايضا
 اجاب المصنف بقوله (وليس
 في دفع الثمن كبير ضرره
 لانه على حجة) يعنى هو
 بسبيل من اقامة البيعة
 عند حضور شهوده وفيه
 بحث من وجهين الاول
 ما قيل في بقاء المشتري على
 حجة بطلان قضاء القاضى
 وقد تقدم بطلانه والثانى
 ان الانتظار واقامة الحجة
 بعد الدفع مؤقتان بحضور
 الشهود فكيف كان

لانه انكرو وجوب دفع الثمن حيث انكرو تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولاً ليعتد به حقه بازاء
 تعين المبيع ولانه لو قضى بالدفع فله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضى به صوتاً للقضائه (فان
 قال المشتري شهودى بالشام استخلف البائع ودفع الثمن) يعنى اذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود
 لان في الانتظار ضرر بالبائع وليس في الدفع كبير ضرره لانه على حجة
 على البائع ان العيب كان عنده وعند غيره وقتضى هذا التركيب انه اذا قام هذه البيعة يجب برى على دفع
 الثمن وهو فاسد فقد ظهر لغير الدين للثانى خبراً هكذا لم يجب برى على دفع الثمن حتى يحالف البائع او يقيم
 البيعة على البائع ان العيب كان عنده فيستمر عدم الجبر لعدم الجبر يثبت مع احدى صورتي التحليف
 ليس معنى يحالف البائع بل معناه يطلب منه الحلف وليس يلزم من طلب الحلف منه الجبر على دفع الثمن
 بل اذا حلف وهم غير لازم لجواز ان ينكحل فيستمر عدم الجبر لعدم الجبر يثبت مع احدى صورتي التحليف
 كما يثبت مع اقامة البيعة وقيل بقدر فعل عام يدخل تحته الغايتان اعنى الحلف واقامة البيعة هكذا لم
 يجب برى على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم به او بعده بان يحلف فيحالف او يقيم البيعة ومنهم من اول
 لا يجبر بينتظر بدفع الثمن وانما قلنا انه لا يجب برى على دفع الثمن اذا طالبه البائع بقا دعوى هو عيباً (لانه انكرو
 وجوب الثمن بدعوى العيب فانه به انكرو تعين حقه) لان حقه في السلم ولم يقبضه فما قبضه ليس موجبا
 دفع الثمن عليه (و) وجوب (دفع الثمن اولاً ليعتد به حق البائع بازاء تعين) حق المشتري في (المبيع) ولم
 يتعين لانه السلم وقد انكروه واورد عليه ان الموجب للجبر قائم والمانع وهو قيام العيب موهوم فلا
 يعارض المتحقق فالجواب منع قيام الموجب لانه البيع للسليم او هو مع قبضه وهو ينكره فهو محصل
 النزاع وايضا فقد ثبت ما ادعاه فيؤدى الى نقض القضاء بدفع الثمن وصيانة القضاء عن النقص ينبغي
 ما يمكن (لو ان المشتري قال شهودى بالشام) مثلاً فامهلى حتى احضره ثم اوتيت بكتاب حكى
 من قاضى الشام لا يسمع ذلك بل (يستخلف البائع) ويقضى (بدفع الثمن ان حلف) وان ينكحل رد
 المبيع وانما قلنا هذا (لان في الانتظار بالبائع كبير اضرار) لان التأخير الى غاية غير معلومة يجرى
 مجرى الابطال خصوصاً بعد قبض مال البائع على وجه المعاوضة وليس في الدفع كبير اضرار بالمشتري
 (لانه على حجة) اذله ان يقيم البيعة بعد حلفه على العيب ويرد المبيع ويسترد الثمن بخلاف ما لو قال

(قوله والحق ان الاستسكال اعما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم) اقول فيه بحث لان مفهوم الغاية لزومه متفق عليه على
 ما صرح به في التسليم خصوصاً في الروايات وكلام المصنفين (قوله لان المشتري انكرو وجوب دفع الثمن لانه انكرو تعين حقه) اقول
 ضمير حقه راجع الى المشتري (قوله فالجواب الاعتبار بالمعنى الخ) اقول ولعل الصحيح في الجواب ان يقال ان صفة الانكار انما تقتضي
 اسناد اليمين اليه لولم يكن انكاره في ضمن دعوى خلاف الظاهر وههنا في ضمن ذلك فان الظاهر في المبيع هو السلامة (قوله وان كان في
 الصورة منكر) اقول فيه بحث فانه مدعى صورة الاى انه يدعى وجود العيب وثبوت حق الرد (قوله وان كان موهوماً ولكن يجب على
 القاضى الخ) اقول اذا سلم كونه موهوماً فلا يجب على القاضى اعتبار والافعال ما يحل للقضاء عن أمر موهوم فلعل للخصم مدعى الا ان
 يفرق بين موهوم وموهوم والحق منع تحقق موجب الجبر لان البيع للسليم او هو مع قبضه وفيه النزاع كما ذكره ابن الهمام

والجواب عن الاول ان القاضى ههنا قد قضى بأداء الثمن الى حين حضور الشهود لاملطافا بلزم البطلان وعن الثانى بأنه في دعوى غيبة الشهود دمهم لجواز ان يكون ذلك مما طاله فلا يسمع قوله في حق غيره واذا طلب المشتري عين البائع فنسكل الزم العيب لان النكول حجة في ثبوت العيب فيسبل هو احتراز عن النكول في الحدود ودواقص بالاجماع وعن النكول في الاشياء الستة عند أبي حنيفة قال (ومن اشترى عبد افادعى ابا قال) اذا ادعى المشتري ابا العبد المشتري وكذبه البائع فالقاضي لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فان اقام بيينة ان ابا بق 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 والابراء وان انكر وجوده عنده او ادعى اختلاف الحالة قال القاضي للمشتري ألك بيينة فان اقامها عليه رده عليه وان لم يكن له بيينة وطلب الميئين يستخلف أنه لم يأتق عنده وانما لم يخلف قبل اقامة المشتري البيينة لان القول وان كان قول البائع لكونه منكرا لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري لان السلامة أصل والعيب عارض ومعرفة انما تكون بالحجة وفيه بحث من وجهين أحدهما أن البيينة (١٧٠) انما تقبل من المدعى والمشتري في هذه الصورة ليس بمدعى بل فيما اذا ادعى

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 آخردينا فأنكر المدعى عليه ذلك فان القاضى يسمع دعواه ويأمر الخصم بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال وأجيب عن الاول بأن اقامة هذه البيينة من تينة اقامة البيينة على أن العيب كان عند البائع لعدم تمكنه من تلك الاجهزة فكانت من المدعى بهذا الاعتبار وعن الثانى بان قيام الدين في الحال لو كان شرط الاستماع الخصومة لم يتوسل المدعى الى احياء حقه لانه ربما

أما اذا نسكل الزم العيب لانه حجة فيه (قال ومن اشترى عبد افادعى ابا قال لم يخلف البائع حتى يقيم البيينة انما بق عنده) والمراد الخليف على أنه لم يأتق عنده لأن القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفة بالحجة

شهودى حضور فان الامهال هنا الى المجلس الثانى ولا ضرر في هذا القدر على البائع فيمهل ولو قال احضر بيئتي الى ثلاثة ايام اجعلها وليس هذا مما ينفذ فيه القضاء ظاهر او باطنا عند أبي حنيفة لان ذلك في العقود والنسوخ ولم يتناكرا العقد بل حقيقة الدعوى هذا دعوى مال على تقدير فاقضاء هذا يدفع الثمن الى غاية حضور الشهود بالمسقط وهذا صريح في قبول البيينة بعد الخلف ولا خلاف فيه في مثله أعنى ما اذا قال في بيينة غائبة أو قال ليس لي بيينة حاضرة ثم أتى بيينة تقبل وأما اذا قال لا بيينة لي فخلف 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 روايه الحسن عن أبي حنيفة تقبل وفي جمع النسفي في قبول البيينة عن أصحابنا روايتان نعم تخلف البائع في مسألة الكتاب يخالف ما في روضة القضاء اذا قال بيئتي غائبة لم يخلف عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يخلف وكذا الوفاى بيينة حاضرة في المصر فأخلفه ثم أتى بها لا يخلف في قوله خلافا لابي يوسف وقوله (أما اذا نسكل الزم العيب لانه) يعنى النكول (حجة فيه) أى في ثبوت العيب وقيد به لأن النكول ليس حجة في كل شئ انما ليس حجة في الحدود واقصاص بالاجماع ولا في الاشياء الستة عند أبي حنيفة (قوله ومن اشترى عبد افادعى) المشتري (ابا قال) عنده وعند البائع فأراد تخلف البائع على عدم الاباق عنده (لا يخلف حتى يقيم المشتري البيينة انه ابا بق عنده) أى عند المشتري لانه حينئذ يثبت العيب فتصح الخصومة فيه وانما لم ذلك (لان القول وان كان قوله) أى قول البائع لكن لا يعتبر انكاره ولا يتوجه الميئين عليه (الابعد) ثبوت قيام المدعى مسبب الرد (ومعرفة) أى معرفة قيام العيب (بالحجة) عند انكاره وهذاني دعوى نحو الاباق بما يتوقف الرد فيه على وجود العيب عنده ما أبا في عيب لا يتوقف الرد فيه على عوده عند المشتري كولدادة الجارية وكذا الجنون

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

(قوله قد قضى بأداء الثمن الى حين حضور الشهود لاملطافا) أقول واذا كان كذلك فلا يلزم البطلان في الصورة الاولى أيضا الا أن يقال التوقف هنا للضرورة ودفع الضرر والاصل الاطلاق ولا ضرورة هناك (قوله وعن الثانى بأنه في دعوى غيبة الشهود دمهم) أقول ولك أن تحجب أيضا بانالم تنف الضرر عن المشتري بل فلنا ان ضرر البائع أكثر من ضرره حيث اجتمع الدلائل في يد المشتري دون البائع فلنأمل (قوله لجواز أن يكون ذلك مما طاله) أقول انما ليس له غاية معلومة (قوله هذا العيب في الحالة التي كانت الخ) أقول يعنى في الكبر أو في الصغر (قوله وفيه بحث من وجهين الى قوله والثاني ان سلامة الذم الخ) أقول ولنا ان تحجب عن هذا البحث الثاني بأن في الرد بالعيب لا بد أن يوجد العيب عند البائع و يعود عند المشتري حتى رده ولا يلزم ثبوت الدين في الحالتين للقضاء لا يباع بل يكفمه وجوده في الحال

فإذا أقام المشتري البيئته حلف البائع على البتات بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أبق عنده قط كذا ذكر في المبسوط وقيل المراد بالكتاب ههنا الجامع الصغير وإن شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عندك قط ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب لأن هذا العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب الرد وفي ذلك غفلة لمن 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 غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعاً ففي وجوده في أحدهما يكون باراً لأن الكل ينتفي بانتفاء جزئه وبه يتضرر المشتري وإنما قال يوهم تعلقه بالشرطين جميعاً إشارة إلى أن أويل البائع ذلك في عينه ليس بصحيح ولكنه يوهم لذلك بما ذكره لأن شمس الأئمة ذكره هذه العبارة في التحليف وقال إلا أنهم قالوا النظر للمشتري ينعدم (١٧١) إذا استخلفه بهذه الصفة وذكر

الوجه المسدود ثم قال والأصح عندي الأول لأن البائع ينفي العيب عند البيع والتسليم فلا يكون باراً في عينه إذا لم يكن العيب منتفياً في الحالين جميعاً وعلى هذا فلا قائل أن يقول في عبارة المصنف تسامح لأنه قال (أما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب) وعلله (بأنه يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله 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 حمل النفي على الوجه الاحوط فيستقيم فإن قيل الأباقي فعل الغير والتحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم دون البتات فالجواب أن الاستخلاف على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود عليه سلمياً كما

(فإذا أقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أبق عنده قط) كذا قال في الكتاب وإن شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق 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 ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيما تأوله في العين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولولم يجد المشتري بيئته على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق عنده يحلف على قولهما واختلاف المشايخ على قول أبي حنيفة رحمه الله هما أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البيئته فكذا يترتب التحليف

على خلاف المختار فلا وعرف أن معنى المسئلة أن يدعي أباها فينكر قيامه في الحال فيحتاج إلى إثباته أما لو اعترف البائع فإنه يسأل عن وجوده عنده فإن اعترف رده عليه بالتماس المشتري وإن أنكر طوالب المشتري بالبيئته على أن الأباقي وجب عند البائع فإن أقامه رده والأحلاف بالله عز وجل لقد باعه وسلمه وما أبق عنده قط قال المصنف (كذا قاله في الكتاب) أي الجامع فإن عبارته هكذا فإذا أقام على ذلك البيئته استخلف البائع بالله لقد باعه وسلمه وما أبق قط قالوا (وإن شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي به أو بالله ما أبق) 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 بعته وسلمه وما به هذا العيب كان باراً في عينه وأما بعته وسلمته وما به هذا العيب فكذلك لأن هذه العبارة صادقة هنا إذا كان حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فقد يكون حدوث العيب كذلك فيتأوله البائع في عينه أي يقصد تعلق عدم العيب بالشرطين جميعاً وهما البيع والتسليم على ظن أن صدقه لفة على تقدير قصد إليه بوجوبه شرعاً وليس كذلك فإن تأوله كذلك لا يخلصه عنده الله تعالى من ذلك إلا بين بل هي بين غموس والأخصر مع الوفاء المقصود أن يحلف بالله ما أبق عندي قط (ولولم يجد المشتري بيئته على وجود العيب عنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق عند المشتري يحلف على قولهما واختلاف المشايخ في قول أبي حنيفة) هل يحلف أو يتحقق العجز عن الخصومة فعن القاضي أبي الهيثم أن الخلاف مذکور في النوادر عنده لا يحلف وعندهما نعم وفي شرح الجامع الكبير للشيخ أبي المعين النسفي قال بعض مشايخنا منهم الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد

التزمه وقيل التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا ادعى الذي يحلف أنه لا علم له بذلك أما إذا ادعى أن له علم بذلك فيصالح على البتات لأدعائه العلم بذلك فإن لم يجد المشتري بيئته على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع بالله ما يعلم أنه أبق عند المشتري هل له ذلك أولاً قيل له ذلك على قولهما واختلاف المشايخ على قول أبي حنيفة وهو المذکور في النوادر ذكره الطحاوي وهو محتمل المصنف وقيل لا خلاف في هذه المسئلة (لها ما أن الدعوى معتبرة لأنه يترتب عليها البيئته) وكل ما يترتب عليه البيئته (يترتب) عليه (التحليف) بالاستقراء

(قوله وقيل المراد بالكتاب) أقول القائل هو الاتقاني (قوله لأن شمس الأئمة إلى قوله والأصح عندي) أقول تصحیح شمس الأئمة لا يكون حجة على غيره (قوله وهو المسدود كور في النوادر) أقول أي الاختلاف هو المذکور (قوله وقيل لا خلاف في هذه المسئلة الخ) أقول بل قوله كقولهما

ولأبي حنيفة على قول من
يقول لا تخلف على مذهبه
أن الخلف بترتب على
دعوى صحيحة ولا تصح
الدعوى الامن خصم ولا
يصير المدعى وهو المشتري
ههنا خصما الا بعد قيام
العيب بالجهة 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
مقتضيا سابقا لخصم وأن
يكون للمشتري هنا خصما
الابعد اثبات قيام العيب
في يده ولم يثبت كما تقدم
وأما البينة ههنا فشروعة
لا ثبات كونه خصما فلا
تستلزم كونه خصما (وإذا
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 البينات فإذا
كان لها حكم مخصوص
ههنا لم 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 وإذا نكل عن اليمين عندهما يخلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه

لا خلاف في هذه المسئلة وتخصيص قولها بما ذكر لا يدل على أن قول أبي حنيفة خلاف قولهما وإنما
يخلف على العلم لانه خالف على فعل الغير بخلاف حلفه على انه ما كان عنده فقيل لانه وان كان على فعل
الغير يمكن الخلف على فعل الغير انما يكون على العلم اذ لم يكن الخالف مدعيا للعلم به أما إذا كان مدعيا فلا
الترى أن المودع اذا رعى قبض المودع لها يكون القول له ويخلف على البتات مع أنه فعل الغير وقيل
ليس حاصله فعل الغير بل فعل نفسه وهو تسليمه سليما وهو قول الامام السرخسي والاول أوجه فان
معنى تسليمه سليما ليس المراد منه السلامة في حال التسليم بل بمعنى سلمته والحال أنه لم ينسب على السرقة
عندي فيرجع الى الخلف على فعل الغير وأورد على الاول مسئلان 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 علمه بذلك كما قلنا انتهى والوجه عندي أن يشك ما نحن فيه على هاتين المسئلتين لا عكسه لان
تخلفه في نصفه على العلم وفي نصفه الاخر على البتات وهو واحد أعني العيب في ذات واحدة هو المشكك
فالوجه ما ذكرنا والمسئلان مشككتان لانه ان علم بالعيب كان علمه بالنسبة الى النصفين أو جهه له كان
أيضا كذلك الا أن يكون معنى المسئلة أن العبد كان عند كل من الشريكين مدة فيخلف هذا الوارث على
البتات في مسدته ما أتى عندي وعلى العلم في مدة شريكه ما علم أنه أتى عند شريكه فليكن مجملها ذلك
وعلى هذا فلو لم تكن إقامة العبد الا عند هذا الشريك لا يخلف الاعلى البتات ويكتفى بذلك الا أن هذا غير
معلوم فيخاف كذا كروا ولولم تكن إقامته الا عند الذي مات لا يخلف الاعلى البتات لان العتدا اقتضى
وصف السلامة واعلم ان ما تطارحناه انه لو لم يأت عند البائع وأبق عند المشتري وكان أتى عند آخر
قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشتري ذلك وأثبتته برده به لانه معيب والعقد أوجب على هذا
البائع السلام ولولم يقدر على اثباته ان يخلفه على العلم وكذا في كل عيب يرد بشكره (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) وإذا نكل البائع عن اليمين على وجود العيب عند المشتري (يخلف ثانيا
للرد على الوجه الذي قدمناه) لانه ينسكه لانه لم يقر بوجود العيب عند المشتري فتوجهت الخصومة
فيه فيخلف على انه ما وجد عنده الى آخر ما ذكرنا وقوله الخلف يترتب على دعوى صحيحة فيدل به فبدأ
البينة لا يلزم ترتبها عليهم ابل تكون بلاد 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 لو حلف البائع يحدث بينهما خصومة أخرى ولا يخفى ضعف هذا الكلام فان توجه اليمين هو من
الخصومة فيها اتهمى 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 القاضي 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 حلف الى آخره أو اعترف بوجوده عنده
وأنكر وجوده عند المشتري وكل ذلك فرع لزامه بالجواب بأحد هذه غير أنهم لا يوجبون عليه اليمين على
عدمه عنده حتى تثبت المقدمة الاولى وهو وجوده لان تخلفه على ذلك لا يفيد مقصود المشتري من الرد

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

ان لم يثبت عوده عنده فلا يترتب عليه فائدته الابعده فوجب تقديمه وكذلك لو كان العيب مما يمكن الرد وجوده عند البائع فقط كولد الجارية وكونها ارلدنا حلف عليه ابتداء غير متوقف على غير ذلك وبهذا ظهر ان لافرق بين دعوى العيب ودعوى الدين في أن كلامهم ما يستدعي جوابا بما ياتي بالحال وان تكاف الفرق مع ضعفه بناء على أن الخصومة هناك تنجبه قبل اثبات الدين وهنالا تنجبه الابعدا ثبات العيب غلط وانما هذه خصومة الغرض منها رد المبيع وتلك خصومة الغرض منها رد الدين وكل منهما ما يستدعي الجواب فكما ان له أن يحجب هنا بانكار العيب عندها أساسا كذلك له أن يحجب بانكار الدين رأسا بمعنى أنه لم يثبت قط ثم كما أن عاينه أن يثبت دخول العيب في الوجود بالبينه أو النكول كذلك عليه ان يثبت دخول الدين في الوجود كذلك واذا ثبت دخوله في الوجود طال به برده اليه فكذلك في العيب يطالبه برد الثمن ورده فاذا تأملت لافرق والله اعلم فالوجه ما قاله من الزام اليمين على العلم ونفي الخلاف كما ذكر البعض لانه ادعى عليه معنى لو أقر بلزمه المال فعليه اليمين لرجاء النكول وكونه مجرد اليمين لا يثبت المال الابعدين 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 بلغ مبالغ الرجال) لانه عساه أتى عنده في الصغر فقط ثم أتى عند المشتري بعد البلوغ وذلك لا يوجب الرد لاختلاف السبب على ما تقدم فلوا لم يمتد الحلف ما أتى عنده قط اضمرنا به والزمنه ما 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 البول في الفراش والجنون والزنا وبق اصناف أخرى ذكرها فاضحان هي مع ما ذكرنا تامة أربعة أنواع الاول أن يكون عيبا ظاهرا لا يحدث مثله أصلا من وقت البيع الى وقت الخصومة كالاصبع الزائدة والعمر والناقصة والسن الشاعبة أى الزائدة فالقاضي فيها يقضى بالرد اذا طلب المشتري من غير تحليف للتيقن به في يد البائع والمشتري الآن يدعى البائع رضاه به أو العلم به عند الشراء أو الابعاد منه فاذا ادعاه سأل المشتري فان اعترف امتنع الرد وان أنكر أقام البينة عليه فان عجز يستحلف ما علم به وقت البيع أو ماضى ونحوه فان حلف رده وان نكل امتنع الرد الثاني أن يدعى عيبا باطنا لا يعرفه الا اطباء كوجع الكبد والطحال فان اعترف به عندهما رده وكذا اذا أنكره فأقام المشتري البينة أو حلف البائع فتمسك الا ان ادعى الرضا فيعمل ما ذكرنا وان أنكره عند المشتري يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يدعى والاثنان أحوط فاذا قال به ذلك يخاصمه في أنه كان عنده الثالث أن يكون عيبا لا اطلاع عليه الا النساء كدعوى الرق والقرن والعفل والثيابة 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 غيران القرن ونحوه ان كان مما يحدث ترد عند قول المرأتين هي قرناء بالخصومة 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 بؤمر بالرد وان كان مما يحدث واختلف في حدونه فالبينة للمشتري لانه يثبت الخيار والقول للبائع لانه ينكر الخيار وهذا يعرف مما قدمناه ولو اشترى جارية وادعى انها خنثى يحلف البائع لانه لا ينظر اليه الرجال ولا النساء ولو وجد به عيبا فقال له البائع أتبعه قال نعم بلزمه لانه عرض على البيع

قال المصنف (اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما أتى منه ذباغ 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 وتقاوضا) ومن اشترى جارية وتقاوض المتبايعان الثمن والمبيع (فوجد) المشتري (بها عيبا) فأراد البائع تخصيص الثمن على تقدير الرد (فقال البائع بعثك هذه وأخرى معها وقال المشتري بعثها واحدة فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض والقول في نفسه قول القابض) لأنه أعرف بما قبض (كفي الغصب) فله إذا اختلف الغاصب والمقبوض منه فقال المغبوب منه غصب مني غلامين (١٧٤) وقال الغاصب غلاما واحدا فالقول قول الغاصب لانه القابض (وكذا اذا اتفقا

قال ومن اشترى جارية وتقاوضا فوجد عيبا فقال البائع بعثك هذه وأخرى معها وقال المشتري بعثتها واحدة فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب (وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلاف في المقبوض) لما بينا قال (ومن اشترى عشرين صفقة واحدة فقبض أحدهما ووجد بالآخر عيبا فإنه يأخذها أو يدهمها) لأن الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفرقة قبلا لتمام العقد وكرناه وهذا لأن القبض له شبهة بالقد فالنفر يق فيه كالنفر يق في العقد ولو قال بعه فإن لم يشترده على فعرضه ولم يشتره سقط الرد ولو وجد البائع الثمن زوفا فقال المشتري البائع انفقته فإن لم يرج رده على فأنفق ولم يرج رده استحسنانا ولو كان ثوبا فقال هو قصير فقال البائع أراه الخياط فإن قطعه والارده ففعل فاذا هو قصير فله الرد اشترى لميت كفتنا ثم وجد به عيبا لا يرده ولا يرجع بالارش حتى يحدث به عيب مانع من الرد وفي القضية لو وجده مع عيبا خاصم بأبعه فيه ثم ترك الخصومة أياما ثم عاد إليها فقال له بأبعه لم تسكت عن الخصومة مدة فقال لا نظرائه يزول أولا فله رده كذا في المجتبى (قوله) ومن اشترى جارية أو غيرها من الاعيان (وتقاوضا) فقبض البائع الثمن والمشتري الجارية (فوجد بها) المشتري (عيبا) فجاء ليردها فاعترف البائع بما وجب الرد الا أنه (قال بعثك هذه وأخرى معها) وانما يستحق على رد حصة هذه فقط لا كل الثمن (وقال المشتري بعثتها واحدة) فأرد جميع الثمن ولاينة ل احد (فالقول قول المشتري لان هذا الاختلاف في مقدار المقبوض والقول) فيه (قول القابض) أمينا كان أو ضمينا لانه يترك زيادة يدعيها عليه البائع ولان المبيع انفسخ في المردود وبالرد وذلك مسقط للثمن عن المشتري والبائع يدعى لنفسه بعض الثمن عليه بعدما ظهر سبب السقوط والمشتري يشكر فالقول قوله وصار (كالغصب) اذا ادعى المغبوب منه انه غصبه هذا مع آخر أو حدث فيه زيادة فأنكر الغاصب فالقول قوله (وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع) بأن اتفقا على ان المبيع جاريتان ثم قال البائع قبضتني وانما تسحق حصة هذه وقال المشتري لم أقبض من المبيع سوى هذه يكون القول قول المشتري (لما بينا) من أن القول قول القابض (قوله) ومن اشترى عشرين (أو ثوبين) صفقة واحدة وقبض أحدهما ووجد بالآخر الذي لم يقبض (عيبا فإنه بالخيار) ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء ردها وليس له أن يأخذ السليم ويرد العيب بحصته من الثمن في هذه الصورة (لان الصفقة انما تتم بقبضهما) لان انما تتم بقبض المبيع ولم يوجد (فيكون) رد أحدهما وحده (تفرقة بالصفقة قبل التمام وهذا) أي كون رد أحدهما بعد قبض أحدهما فقط تفرقة بالصفقة قبل تمامها بناء على أن تفرقة قبلا قبل القبض كتفرقة بها في نفس العقد فيما اذا قال بعثكهما بألف فقال قبلت في هذا بخمس مائة وانما كان كذلك (لان القبض له شبهة بالعقد) لانه ثبت ملك التصرف كما ثبت العقد بملك الرقبة ولانه أعنى القبض مؤكدا لما أنبته 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 حكم المشبه به فان الصلاة للشارع وعلى النجاسة حرام ولو

على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض) في مقداره بأن كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البائع قبضتني وقال المشتري ما قبضت الا احدهما فالقول قول المشتري (لما بينا) 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 لقبضهما ومع ذلك كان القول قول القابض فههنا أولى قال (ومن اشترى عشرين صفقة واحدة) رجل قال لآخر بعثك هذين العبدين بألف درهم فقبل (وقبض أحدهما) وهو سليم (فوجد بالآخر عيبا) ليس له أن يرد العيب خاصة (بل يأخذها أو يدهمها) جميعا (لان الصفقة تتم بقبضهما) لما ان تصرف المشتري في المبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصفقة حيثئذ وما تتم بقبضه الصفقة لانتم بقبضه اتوقفه على قبض الكل

اذنالك فالتفرقة قبل قبضه (تفرقة قبل التمام) وهو لا يجوز (لما ذكرنا) يعني قبيل باب خيار العيب بقوله لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لانتم قبله (وهذا) أي التفرقة 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 (فالتفرقة في القبض كالنفر يق في العقد) ولو قال بعثك هذين العبدين فقال قبلت أحدهما لم يصح فكذا هذا

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

قال (ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه) اذا وجد المشتري بالمقبوض عيبا فالواقي تسروح الجامع الصغیر 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 تفریق الصفقة (والاصح انه ليس له ذلك) لأن تمام الصفقة (١٧٥) بقبض المبيع وهو اسم لكل فهو كبس 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 لا فرق بينه وبين ما تقدم لان فيه تفریق الصفقة (ولا يعرى عن ضرر اذا العادة جرت بضم الجيد الى الردى) فاشبهه ما قبله من خيار الرؤية والشرط ولنا انه تفریق الصفقة بعد التمام لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا يتم به على ما مر ولهذا الواضح أحدهما ليس له أن يرد بالآخر (قال ومن اشترى شيئا مما يكال

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 لكل فصارت كبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضه ما تم وجد) بأحدهما عيبا يردده خاصة خلافا لفرهوي يقول فيه تفریق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الردى فاشبهه ما قبله من قبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفریق الصفقة بعد التمام لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا يتم به على ما مر ولهذا الواضح أحدهما ليس له أن يرد بالآخر (قال ومن اشترى شيئا مما يكال

صلى وبين يديه نارو بقربه نجاسة كان مكرها وليس غنيا لصحيفا فان النابت 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 لكل) فتمام بقبض الكل لا يتم فيكون تفریق قبل التمام (وصار) تمام الصفقة (كبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول) الجبس (دون قبض جميعه) حتى لو بقي من الثمن درهم كان له أن يبيع المبيع عليه (ولو قال المشتري أنا أمسك المبيع وأخذ النقصان ليس له ذلك) (ولو) كان (قبضهما) أعنى العبدین (ثم وجد بأحدهما عيبا) فان له أن يردده خاصة خلافا لفرهوي يقول فيه) أي في رده وحده (تفریق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة ضم الجيد الى الردى) لترويج الردى وفي الزامه المبيع وحده الزام هذا الضرر فاستوى ما قبل قبضهما وما بعده في تحقق المانع من رده وحده (وأشبهه خيار الشرط والرؤية) في أن الصفقة لا تتم اذا كان فيها أحد الخيارات هكذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وقال القدوري في التفریب قال أصحابنا اذا اشترى عبدین صفقة فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض رده خاصة وان كان قبل القبض ردهما وقال زفر يرد العيب في الوجهين لان العقد صحيح فيهما والعيب وجد بأحدهما فصارت كبس المقبض وذ ك صاحب المختلف والمنظومة مثل ما ذكره القدوري على خلاف ما ذكر المصنف وشمس الأئمة وهو محمول على اختلاف الرواية عن زفر (ولنا انه تفریق الصفقة بعد التمام لان بالقبض يتم في خيار العيب بخلاف خيار الرؤية والشرط) والتفریق بعد التمام جائز شرعا بدليل انه (لو استحق أحدهما) بعد القبض (ليس له أن يرد بالآخر) بل يرجع بحصة المستحق على البائع مع انه تفریق الصفقة على المشتري والضرر الذي لم يباع جاء من تدليسه لما قدمنا من أن الظاهر ان البائع عالم بحال المبيع وصار كالموسى لكل واحد منهما أو شرط الخيار في أحدهما نفسه ثم هذا فيما يمكن افراد أحدهما دون الآخر في الانتفاع كالعبدین أما اذا لم يمكن في العادة كعبدین أو خفین أو مصرای باب فوجد بأحدهما عيبا فانه يرددهما أو يمسكهما بالاجماع لانهما في المعنى والمنفعة كنبی واحد والمعتبر هو المعنى وفي الايضاح والفوائد الظهريه ولهذا قال مشايخنا لو اشترى زوجي ثوبا فوجد بأحدهما عيبا وقد ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل دونه لا يعمل رد المبيع خاصة (قوله ومن اشترى شيئا مما يكال) كالحنطة والتمر قبضهما أيضا لوجود التدليس منه لانه يستلزم التفریق قبل التمام وان لا يجوز قيل هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد أحدهما بالانتفاع كالعبدین وأما اذا لم يمكن كزوجي الخلف ومصرای الباب فانه يرددهما أو يمسكهما حتى لو كان المبيع ثورين قد ألف أحدهما بالآخر بحيث لا يعمل دونه لا يمكن رد المبيع خاصة (قوله ولهذا) أي ولان الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم قبله (لو استحق أحد العبدین) بعد قبضهما (ليس للمشتري أن يرد بالآخر) بل العقد قد لزم فيه لانه تفریق بعد التمام (قال ومن اشترى شيئا مما يكال

صلى وبين يديه نارو بقربه نجاسة كان مكرها وليس غنيا لصحيفا فان النابت 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 لكل) فتمام بقبض الكل لا يتم فيكون تفریق قبل التمام (وصار) تمام الصفقة (كبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول) الجبس (دون قبض جميعه) حتى لو بقي من الثمن درهم كان له أن يبيع المبيع عليه (ولو قال المشتري أنا أمسك المبيع وأخذ النقصان ليس له ذلك) (ولو) كان (قبضهما) أعنى العبدین (ثم وجد بأحدهما عيبا) فان له أن يردده خاصة خلافا لفرهوي يقول فيه) أي في رده وحده (تفریق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة ضم الجيد الى الردى) لترويج الردى وفي الزامه المبيع وحده الزام هذا الضرر فاستوى ما قبل قبضهما وما بعده في تحقق المانع من رده وحده (وأشبهه خيار الشرط والرؤية) في أن الصفقة لا تتم اذا كان فيها أحد الخيارات هكذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وقال القدوري في التفریب قال أصحابنا اذا اشترى عبدین صفقة فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض رده خاصة وان كان قبل القبض ردهما وقال زفر يرد العيب في الوجهين لان العقد صحيح فيهما والعيب وجد بأحدهما فصارت كبس المقبض وذ ك صاحب المختلف والمنظومة مثل ما ذكره القدوري على خلاف ما ذكر المصنف وشمس الأئمة وهو محمول على اختلاف الرواية عن زفر (ولنا انه تفریق الصفقة بعد التمام لان بالقبض يتم في خيار العيب بخلاف خيار الرؤية والشرط) والتفریق بعد التمام جائز شرعا بدليل انه (لو استحق أحدهما) بعد القبض (ليس له أن يرد بالآخر) بل يرجع بحصة المستحق على البائع مع انه تفریق الصفقة على المشتري والضرر الذي لم يباع جاء من تدليسه لما قدمنا من أن الظاهر ان البائع عالم بحال المبيع وصار كالموسى لكل واحد منهما أو شرط الخيار في أحدهما نفسه ثم هذا فيما يمكن افراد أحدهما دون الآخر في الانتفاع كالعبدین أما اذا لم يمكن في العادة كعبدین أو خفین أو مصرای باب فوجد بأحدهما عيبا فانه يرددهما أو يمسكهما بالاجماع لانهما في المعنى والمنفعة كنبی واحد والمعتبر هو المعنى وفي الايضاح والفوائد الظهريه ولهذا قال مشايخنا لو اشترى زوجي ثوبا فوجد بأحدهما عيبا وقد ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل دونه لا يعمل رد المبيع خاصة (قوله ومن اشترى شيئا مما يكال) كالحنطة والتمر قبضهما أيضا لوجود التدليس منه لانه يستلزم التفریق قبل التمام وان لا يجوز قيل هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد أحدهما بالانتفاع كالعبدین وأما اذا لم يمكن كزوجي الخلف ومصرای الباب فانه يرددهما أو يمسكهما حتى لو كان المبيع ثورين قد ألف أحدهما بالآخر بحيث لا يعمل دونه لا يمكن رد المبيع خاصة (قوله ولهذا) أي ولان الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم قبله (لو استحق أحد العبدین) بعد قبضهما (ليس للمشتري أن يرد بالآخر) بل العقد قد لزم فيه لانه تفریق بعد التمام (قال ومن اشترى شيئا مما يكال

قبضهما أيضا لوجود التدليس منه لانه يستلزم التفریق قبل التمام وان لا يجوز قيل هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد أحدهما بالانتفاع كالعبدین وأما اذا لم يمكن كزوجي الخلف ومصرای الباب فانه يرددهما أو يمسكهما حتى لو كان المبيع ثورين قد ألف أحدهما بالآخر بحيث لا يعمل دونه لا يمكن رد المبيع خاصة (قوله ولهذا) أي ولان الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم قبله (لو استحق أحد العبدین) بعد قبضهما (ليس للمشتري أن يرد بالآخر) بل العقد قد لزم فيه لانه تفریق بعد التمام (قال ومن اشترى شيئا مما يكال

أو وزن) تقرىق الصفقة لا يجوز اذا كان قبل القبض في سائر الاعيان وبعده يجوز في غير المكيل والموزون وأما فيه ما فلا يجوز اذا كان الجنس واحد أو كان في وعاء واحد أو في وعاءين على اختيار المشايخ وقيل اذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين يجوز رد المعيب خاصة لانه رده على الوجه الذي خرج من ضمان البائع ووجه الاظهر انه اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد اسماء وحكما أما الأول فلائنه يسمى باسم واحد ككثر وقفيز (١٧٦) ونحوهما وأما الثاني فلأن المالمية والتقوم فيهما باعتبار الاجتماع لان الحبة

بانفرادها ليست لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعل رؤيتها بعضها كروية كلها كالثوب الواحد وفي الثوب الواحد اذا وجد بعضه معيبا ليس له الارد الكل أو ما سلكه لان رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشتري وغير 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 لزم العدة في الباقي ولم يبق له خيار الرديه لانه لا يضره التبعض لان استحقاق البعض لا يوجب عيبا في المستحق وغيره لانهم في المالمية سواء والانتفاع بالباقي ممكن وما لا يوجب عيبا في المالمية والانتفاع لا يوجب ضررا بخلاف ما لو وجد البعض عيبا وميزه

(أو وزن) فوجد بعضه عيبا رده كله أو أخذه كله) ومراده بعد القبض لأن المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد الأرى أنه يسمى باسم واحد وهو الكبر ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد فاذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر (ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي) لانه لا يضره التبعض

(أو وزن) كالسمن والزعفران وغير ذلك (فوجد ببعضه عيبا رده كله أو أخذه كله ومراده) اذا كان الاطلاع على العيب (بعد القبض) أما لو كان قبله فلا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما كالشباب والعبيد من أنه يرد الكل أو يحبس الكل بخلاف ما بعد القبض فانه يجوز رد المعيب خاصة في غير المكيل والموزون دونهما وانما قلنا بعد القبض يرد الكل (لان المكيل 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 كالكر) والوسق والصبرة فلا يتمكن من رده البعض خاصة كما لا يتمكن من رد بعض الثوب بخلاف الثوبين والعبدان فانه بعد قبضهما يرد المعيب خاصة لانهما شيان حقيقة وتقوموا وانتفاعا لا يوجب افراد أحدهما عن الآخر عيبا احدا فانه (قيل هذا) يعني كونه يرد الكل (اذا كان في وعاء واحد) أما (لو كان في وعاءين) كما اذا اشترى عدلى حنطة صفقة فوجد بأحد هاهما عيبا فانه يرد ذلك العدل خاصة كما ذكره نحر الاسلام قال لان تميز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب في المعيب فانه اذا كان مختلطاً بالجميد يكون أخف عيبا مما اذا انفرد فسأورد كان مع عيب حدث عند المشتري بخلاف ما اذا كان في وعاءين فرد أحدهما بعينه فانه لا يوجب زيادة عيب قال الفقيه أبو الوليد هذا التأويل يصح على قول محمد خاصة واحدى الروايتين عن أبي يوسف لا على قول أبي حنيفة فانه روى الحسن عن أبي حنيفة في الجرد أن رجلا لولوا شترى اعدال من تمر 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 وذلك الناطق رواية بشر بن الوليد لولوا شترى زقين من سمن أو سلتين من زعفران أو جلين من القطن أو الشعير وقبض الجميع له رد المعيب خاصة الا أن يكون هذا والاخر سواء فاما أن رده كله أو يتركه كله فقد رأيت كيف جعل التمر اجناسا مع أن الكل جنس التمر فعلى هذا يتقيد الاطلاق أيضا في نحو الحنطة فانها تكون صعيدية وبحرية وهما جنسان يتفاوتان في الثمن والعجين ويتقيد الاطلاق في نحر الاسلام ان في الاعدال يرد المعيب خاصة بأن ذلك اذا كان باقي الاعدال من غير ذلك الجنس مما هو مندرج تحت مطاق جنس؛ بأن يكون بعض الاعدال برنيا وبعضها بسانية فبذلك خاصة أما اذا كان الاعدال من جنس واحد بأن يكون كاهارنيا أو صبحانيا أو لبانة أو عراقية فبذلك والكل والصبرة كالعادل الواحد وان كثرت لجر بان ما ذكرنا من وجهه منع رد المعيب وحده فيها (قوله ولو استحق بعضه) أي بعض المكيل أو الموزون فلا خيار للمشتري في رد ما بقي بل يلزمه أن لا يرد روى عن أبي حنيفة أن له رده دفعا للضرر مؤنة القسمة (وجه الظاهر أنه لا يضره التبعض) لافي

القيمة
يرده لان تميز المعيب من غير المعيب يوجب زيادة عيب بخلاف الثوب الواحد فان التبعض يضره والشركة عيب فيه زائد فلم يبق الارد الكل أو اسمها

قال المصنف (ومراده بعد القبض) أقول أما قيل القبض فالحكم في غير المثلى والموزون أيضا كذلك قال المصنف (وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد) أقول اختاره هذا القول في فتاوى قاضيان ولم يذكريه (قوله لان رد الجزء المعيب) أقول فيه بحث

قوله والاستحقاق يجوز أن يكون جواب سؤال) تقريره انتفاء الخيار في رد ما بقي يستلزم تقرير الصفقة قبل التمام لان تمامها
 بالرضا والمستحق لم يكن راضيا وبوجهه ان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك لان العقد حق العاقد
 فتمامه يستدعي تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعدم ذلك ولهذا قلنا في الصرف والسلم اذا اجاز المستحق بعدما افتراق بقى العقد صحصا فعلم
 ان تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك (وهذا) أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرضا اذا كان بعد القبض وأما اذا كان
 قبله فله أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وهذا يرشدك الى أن تمام الصفقة يحتاج الى 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 التشفيق في
 الثوب عيب لانه يضر في
 ماليته والانتفاع به فان
 قيل حدث بالاستحقاق
 عيب جديد في يد المشتري
 ومثله يمنع الرد بالعيب
 أجاب المصنف بقوله (وقد
 كان وقت البيع) يعني انه
 ليس بجاد في يده بل كان
 في يد البائع حيث ظهر
 الاستحقاق فلا يكون مانعا
 بخلاف المكيل والموزون
 فان التشفيق ليس بعيب
 فيهما حيث لا يضر وتنبه
 لكلام المصنف تجد حكم
 العيب والاستحقاق سمي
 قبل 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 ذكر في

والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا 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
 التشفيق فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون (قال
 ومن اشترى جارية فوجد بها فرحاً فدأه أو كانت دابة فركبها في حاجة فهو راضيا) لأن ذلك دليل قصده
 الاستيقاء بخلاف خيار الشرط لأن الخيار هناك للاختبار وأنه بالاستعمال فلا يكون الر كوب

القيمة ولا في المنفعة أما في القيمة فان المدمن القمح يساع على وزان ما يباع به الارب والغرارة وأما في
 المنفعة فظاهر فلا يضر به بخلاف غيره فانه ان كان مما يفصل يصير معيبا بتبعيه فان الفضلة من
 الثوب كالذراع اذا نودي 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 ان شاء اقتسمها في الحال وانتفع
 كل بنصيبه كما يجب ومؤنة القسمة خفيفة وقد تكون بكيل عبدهما وغلامهما (وقوله والاستحقاق
 لا يمنع تمام الصفقة) جواب عن سؤال هو أنه ينبغي أن يكون له رد ما بقي في صورة الاستحقاق كي لا يلزم
 تقرير الصفقة على المشتري للمستحق عليه فأجاب بأن تقرير 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 برضا العاقد وقد تحقق (لارضا المالك) يعني المستحق ولذا قلنا اذا اجاز المستحق لبدل 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
 قبل 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 التشفيق في الثوب عيب) والشركة
 في العبد عيب فله الخيار بين رد الكل أو بقائه ثم يكال 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 فرغ سابقا لثبوت العيب في وقت البيع عند المشتري
 بل ظهر عنده فلم يمنع الرد بخلاف تميز الجيد من الردي في المكيل اذا كان في وعاء واحد أو كان صبرة فانه
 عيب حدث عنده فلا يملكه الرد الكل (قوله) ومن اشترى جارية فوجد بها فرحاً) ونحوه من مرض
 أو عرض فدأها (أو كانت دابة فركبها في حاجة نفسه) وفي بعض النسخ حاجته فهو راضيا لان ذلك دليل
 قصده الاستيقاء بخلاف خيار الشرط) اذا ركب فيه مرة لطاعة نفسه أو ابس الثوب مرة لا يكون
 مسقطا للخيار (لان ذلك) الخيار (للاختبار وهو بالاستعمال فلا يكون ركوبه) لطاعته مرة أو الاستخدام

(٣٣ - فتح القدير خامس) العبدين ولهذا لو استحق أحدهما ابس له أن يرد الآخر وقال في المكيل
 والموزون رده كله أو أخذه ومراده بعد القبض ثم قال ولو استحق البعض لاختياره في رد ما بقي قال (ومن اشترى جارية فوجد بها
 فرحاً فدأه المشتري) جرح الخيارية المشتراة وركوب الدابة في حاجته عذر رضا العيب لان ذلك دليل قصده الاستيقاء لان المداواة ازالة
 العيب وهي تمنع الرد لان نقيضه وهو قيام العيب شرط التمكن من الرد فكانت دليل قصده الامسالك ودليل الشئ في الامور الباطنة
 يقوم مقامه فلا يتمكن من الرد بذلك العيب وله ذلك بعيب آخر لان الرضا بعيب لا يستلزم رضاه بغيره وكذلك الركوب لطاعته بخلاف
 خيار الشرط لانه للاختار والاختيار بالركوب فلا يكون مسقطا

(وان ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو يشتري لها علفا فليس برضا) اما الركب للرد فلا نه سبب الرد والجواب في السقي واشترى العلف محمول على ما اذا كان لا يجذب دامت له اما الصعوبة بها أو ليجزءه أو لكون العلف في عدل واحد أو ما اذا كان يجذب دامت له لانعدام ما ذكرناه يكون رضا قال (ومن اشترى عبدا فقد 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 يشتري لها علفا فليس بذلك برضا اما 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 اذا لم يجذب منه بدأ لصعوبة الدابة لكونها شمة وسائر اجزءه عن المشي لضعف أو كبر أو لكون العلف في عدل واحد أو ما اذا وجد منه بدأ لانعدام الاولين أو لكون العلف في عدلين وركب كان الركب برضا 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 سارقا فيرجع بفضله ما بينهما من الثمن

مسقطا (وان ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو يشتري لها علفا فليس برضا) اما الركب للرد فلا نه سبب الرد والجواب في السقي واشترى العلف محمول على ما اذا كان لا يجذب دامت له اما الصعوبة بها أو ليجزءه أو لكون العلف في عدل واحد أو ما اذا كان يجذب دامت له لانعدام ما ذكرناه يكون رضا قال (ومن اشترى عبدا فقد 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)

مرة (مسقطا) له فصار جنس هذه المسائل ان كل تصرف من المشتري يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والارشاق ذلك العرض على البيع والاجارة والديس والركوب لحاحته والمداد والادوية والدهن والكتابة والاستخدام ولو مرة بعد العلم بالعيب بخلاف خيار الشرط فانه لا ينقطع الا بالمرة الثانية لان الاولى للاختيار الذي لا جرم له شرع الخبير فلم تكن الاولى دليل الرضا ما خيرا للعيب فشرعيته للرد ليصل المشتري الى رأس ماله اذا عجز عن وصول الجزء الفائت اليه فبالمرة الاولى فيه لا يصرفها عن كونها دليل الرضا صارف هذا بالاتفاق انما الخلاف فيما اذا اذخر الردمع القدرة عليه بالتراضي أو بالخصومة بان كان ذلكا كما لم يفعل ولم يفعل ما يدل على الرضا عندنا لا يبطل خيار الردمع وعند الشافعي يبطل والتقييد بما جرت له لانه (لور كهبها ليسقيها أو يردّها على بائعها أو يشتري لها علفا فليس برضا) وله الرد بعد ذلك (أما الركب للرد فانه سبب الرد) فانه لو لم يركبها احتاج الى سوقها فربما لا يتقاد أو تنلف مالا في الطريق للناس ولا يحفظها عن ذلك الا الركب (والجواب في السقي وشراء العلف محمول على حاجته) الى ذلك فيهما لانها قد تكون صعبة ففي قودها ليسقيها أو يردّها على بائعها ما اذا كان كونه قد يكون عاجزا عن المشي (أو لكون العلف في عدل واحد) فلا يتمكن من حملها عليها الا اذا كان راكبا وتقييده بعدل واحد لانه لو كان في عدلين فركبها يكون الركب برضا كره فاضحان وغيره ولا يخفى أن الاحتمالات التي ذكرنا في ركوبها للسقي انها لا تمنع الردمع تجري فيما اذا كان العلف في عدلين ثم ركبها فلا ينبغي أن يطبق امتناع الرد اذا كان العلف في عدلين ولو اختلفا فقال البائع ركبها بالحاجة بنفسك وقال المشتري لردّها عليك فالقول قول المشتري فأما لو قال البائع ركبها للسقي بلا حاجة لانها تتقاد وهي ذلول ينبغي أن يسمع قول المشتري لان الظاهر ان المسوق للركوب بلا ابطال حق الرد خوف المشتري من شيء مما ذكرنا لاحقيقة الجرح والصعوبة والناس يختلفون في تحيل أسباب الخوف فرب رجل لا يخطر بخاطر شيء من تلك الأسباب وآخر بخلافه نعم لو جعل عليها علفا غيرها كان رضار كهبها أو لم يركبها **فرع** وجد بالدابة عيبا في السفر وهو يخاف على حمله حمله عليها ويردّها انقضاء سفره وهو معدور (قوله) ومن اشترى عبدا قد سرق) عند البائع وعلى ما ذكرنا مما وقع في المطارحة لافرق بين أن يسرق عند البائع أو غيره (ولم يعلم) المشتري (به) أي بفعله السرقة لا وقت البيع ولا وقت القبض وستأتي فائدة هذا القيد (نقطع عند المشتري فله أن يردّه) على بائعه (وبأخذ الثمن) كله منه (عند أبي حنيفة) هكذا في عامة شروح الجامع الصغير وفي روايات المسوط يرجع بنصف الثمن ووفق بما ذكرنا في المسوط حيث قال وعند أبي حنيفة يرجع بنصف الثمن بأن القطع كان مستحقا بسبب كان عند البائع واليدين الا دعي نصفه فينتقض قبض المشتري في النصف فيثبت للمشتري الخيار ان شاء يرجع بنصف الثمن وان شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن كما لو قطعت يده عند البائع وما ثبت الخيار بين رده وامساكه كان قول من قال يأخذ الثمن كله منصرفا الى اختياره رد العيب المقطوع وقول من قال يرجع بنصف الثمن منصرفا الى اختياره امساكه وفي شرح الطحاوي للاستيعاب لو قطعت يده بعد القبض الى آخر الصورة ان شاء رضى بالعيب لا قطع بنصف الثمن وان شاء ترك وفي قول أبي يوسف ومحمد لا يردّه ولكنه يرجع بنقصان العيب بأن يقوم عبدا واجب عليه القطع وعبد لم يجب عليه القطع

وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان في يد البائع من القتل العذو والرذلة له مان (١٧٩) الموجود في يد البائع سبب القطع أو

القتل وهو لا ينافي المسألة إلا ترى أنه لو مات تقرر الثمن على المشتري وتصرفه فيه نافذ فتكون المسألة باقية فينفذ العقد فيه لأنه يعتمد حال كونه متعيب لأن مباح البدأ والدم لا يشتري كالمسالم لأنه أشد من المرض الذي هو عيب بالاجماع والمبيع المتعيب عند تعذر الرد يرجع فيه بنقصانه وهنفا قد 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 ومثله مانع من الرد بعيب سابق كما تقدم فيرجع بالنقصان كما إذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل وقت الشراء والقبض فماتت في يد المشتري بالولادة فإنه 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 لعدم منسافة العقد بحمله أو لانه باع مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن ان رده كالمستحق بهض العبد

وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما له مان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وأنه لا ينافي المسألة فننفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما إذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله أن سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضى الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما إذا قتل المعضوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب ويرجع بازاء النقصان من الثمن الا اذا رضى البائع أن يرد فبرده ويرجع بجميع الثمن وحينئذ فلا يخفى ما في نقل المختصر في جواب المسئلة كالمصنف أن له أن يرد ويرجع بالكل وما في نقل المؤلف والمختلف فيما إذا قطعت يده عند المشتري بسرعة عند البائع انه يرجع بنصف الثمن من الايقاع في الالباس واقر ب ما يظن انه حمار وايتان عنه لولا ما ظهر من الجواب المفصل ابتداء كما ذكرنا وعبارة الهداية أخف فانه قال له أن يرد ويأخذ الثمن فانها 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 الفرض ان الخلاف ثابت في الاخر وهو اذا مسكه فانه يأخذ النصف عنده وعندهما الا بل يرجع بالنقصان ويمسكه (وقوله وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد عند البائع) من قتل عدا أو رده ونحو ذلك يعني قتل عند المشتري يرجع بكل الثمن حتما وعند ما يقوم حلال الدم وحرامه فيرجع بمثل نسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن قال المصنف (فالحاصل انه) أى القطع والقتل أى ثبوته في العبد (بمنزلة الاستحقاق) ولو استحق كله يرجع بالكل أو نصفه كان بالخيار بين أن يرد الباقي ويرجع بالكل وبين أن يرجع بنصف الثمن ويمسك النصف فكذا هنا (وعندهما) ذلك (بمنزلة العيب) وفي المبسوط فان مات العبد من ذلك القطع قبل أن يرد لم يرجع الا بنصف الثمن لان النفس ما كانت مستحقة في يد البائع لئلا ينقض 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 لولى القصاص حق في ماليته ولذا لو كان لولى القصاص بأبى شراء المشتري اياه صح شراؤه ولو كان له حق في ماليته لم يصح كالأبى المرتهن يبيع عبد الرهن لم يصح له ان يبيع حق المرتهن بالمالية فعرف ان استحقاق العاقبة متعلق بأدميته لا بماليته والاستحقاق باعتبار المالية بالقتل وهو فعل أنشاء المستوفى باختياره في النفس بهد ما دخل في ضمان المشتري وبه لا ينقض قبض المشتري لانه يتعلق بالمال المبيع وينتقض بأخذ المستحق له لانه فيه من حيث هو مال فكان استيفاء العاقبة عيبا حادثا في يده فماتت في يده فماتت بالنقصان (وصار كما إذا اشترى حاملا) لا يعلم بحملها وقت الشراء ولا وقت القبض (فماتت) عنده (بالولادة) فإنه 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 وللقتل وهو سرقة الكائنة في يد البائع وقتله فصار موه مضافا اليه وقطعه وصار كأنه قطع أو قتل عند البائع الذي عنده السبب وصار كالعبد المعصوب اذا رده الغاصب على مالكه بعد ما جنى عند الغاصب فقتل عند المالك بها أو قطع فإنه يرجع على الغاصب بتمام قيمته أو نصفها كالمقتل عند الغاصب بجماع استناد الوجود الى سبب الوجوب الكائن عند الاول واذا كان كذلك فينتقض قبضه كفاي الاستحقاق وصار سبب السبب بمنزلة علة العلة لفوات المالية فكان المستحق به كأنه المالية الا أنه لا يظهر أثر ذلك الا بجهة فعل الاستيفاء وقبله لا يتم في حق ذلك فبقي المالية فيصح البيع ونحوه فأما اذا قتل فقد تم

فردده وصار كما إذا غصب عبا فقتل العبد عند الغاصب رجلا عدا فردده على المولى فانتص منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته كالمقتل في يد الغاصب

والجواب عن مسألة الحمل انها ممنوعة فان ذلك قولهما وأما على قول أبي حنيفة فالمشترى 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 المتألف وهو حصل عند المشتري

وعن قوله ما سبب القتل لا يتألف في المالية بأنه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متألف للمالية في هذا المحل لانه يستلزمه فكان معنى علة العلة وهي تقام مقام العلة في الحكم فن هذا الوجه صارت المالية كأنها هي المستحقة وأما اذا مات في يد المشتري فتقرر الثمن عليه لانه لم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا هلك في ضمان المشتري واذ 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 له الا برضا البائع بالعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثه عنده ثم الامر لا يخالون أن يقبله البائع كذلك وأن لا يقبل فان لم يقبله يرجع

وما ذكر من المسئلة ممنوعة ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرناه وعند لا يرد له بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله البائع فبثلاثة الارباع لان اليد من الأذى نصفه وقد نلت بالجنايتين

حينئذ الاستحقاق وبطلت المالية فظهر أثره في نقض القبض فيرجع كما ذكرنا (وما ذكر من المسئلة) موت الحمل (ممنوعة) على قول أبي حنيفة بل يرجع على قوله بكل الثمن قاله القاضيان أبو يزيد وفخر الدين قاضيخان رحمه الله تعالى وان لم يذكر الخلاف في كتاب السبع من الاصل استدلالا بما ذكر في الجامع الصغير في الامه المعصومة اذا حبلت عند الغاصب ثم ردت فولدت في يد المالك وماتت له أن يضمن الغاصب جميع قيمتها فكذلك هنا عنده واقتصر المصنف عليه وان سلمنا فنقول الموجود في يد البائع العلق وانما يوجب انفصال الولد لا الهلاك ولا يفضي اليه غالب الغالب السلامة فليس هنا وجوب يفضي الى الوجود فهو نظير موت الزاني من الجلد بخلاف مسئلة الغصب لان الرد لم يصح لان شرط صحته أن يرد كما أخذها ولم يوجد فصار كالمالك في يد الغاصب وهنا الحيل لا يمنع من التسليم الى المشتري ثم ان تلف به كذلك بسبب كان الهلاك به مستحقا عند البائع فينتقض قبض المشتري فيه وان لم يكن مستحقا لا يفتقر ونوقض مسائل الاولى اذا اشترى جارية محبوبة فلم يرد حتى ماتت عنده بالمحى لا يضاف الى السبب السابق حتى لا يرجع بكل الثمن بل بالنقصان مع ان موتها بسبب المحى التي كانت عند البائع وثانها اذا قطع البائع أو غيره يد العبد ثم باعه ولم يعلم به المشتري فمات العبد منه عند المشتري يرجع بالنقصان لابائين وثانها ما 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 لو زنى العبد عند البائع بخلاف في يد المشتري فمات منه لا يرجع على البائع بالثمن وان كان موته بسبب كان عند البائع وخامسها لو سرق عند البائع فقطعت يده عند المشتري فمات يفسر القطع فمات يرجع بنصف الثمن لا بكله وان كان موته بسبب كان عند البائع أحجب بأن الجارية لا تموت بمجرد المحى بل بزيادة الالم وذلك بسبب آخر عند المشتري لا في يد البائع فليس مما نحن فيه وأما الثانية فلأن البيع لما ورد على قطع البائع أو الاجنبي قطع سراية القطع لان السراية حق البائع فتنقطع ببيع من له السراية وبما نحن فيه السراية لغير من كان البيع منه فيمتنع انقطاع السراية بالبيع وأما الثالثة فان البكارة لا تستحق بالبيع حتى لو وجدها ثيبا لا يتمكن من الرد اذا لم يكن شرط البكارة فعدمها من باب عدم وصف مرغوب فيه لامن باب وجود العيب وعن الرابعة بأن المستحق هو الضرب المؤلم واستيفاء ذلك لا يتألف في المالية في المحل وموته بذلك الضرب انما هو لعارض عرض في يد المشتري وهو خرق الجلاد أو ضعف الجلود فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حتما مستحقا وأما الخامسة فقد تقدم جوابها من الميسوط (قوله ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما) أي بالسرقتين جميعا (فعددهما يرجع بالنقصان) أي نقصان عيب السرقة الموجودة عند البائع (وعند أبي حنيفة) رحمه الله (ليس له أن يرد به بل ارضا البائع للعيب الحادث) وهو السرقة عند المشتري والقطع بهما كقولهما ولو كان ان رضى البائع كذلك رده ويرجع بثلاثة ارباع الثمن وان لم يرض به أمسكه ويرجع بربع الثمن (لان اليد في الأذى نصفه) في حق الاتلاف وقد نلت بالسرقتين الكائنتين عندهما في توزع نصف الثمن بينهما انصفين فيسقط ما أصاب المشتري ويرجع بالباقي ان رده بأن رضيه البائع وذلك بثلاثة ارباع الثمن وربعه ان أمسكه بأن لم يرض البائع لان نصف النصف لزم المشتري فيسقط عن البائع وهذا لان البائع انما قبله اقطع

معيبا

المشتري على البائع بربع الثمن لانها قطعت بالسببين فيرجع بما يقابل نصف اليد وان قبل يرجع بثلاثة ارباع الثمن لان اليد نصف الأذى وتلفت بالجنايتين

وفي احدها مال الرجوع على البائع فيقسم النصف عليهما بنصفين والنصف الاخر يرجع فيه على البائع فبرده العبد عليه فان قيل اذا حدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب كان عند البائع فقبله البائع كذلك يرجع 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 المسكيل والموزون فما الذي اوجب الاختلاف ههنا بينهما قلنا يلى اسكن ليس كلامنا الا ان فيه ما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والمعيب وما ينزل منزلة الشيء لا يلزم ان يساويه في جميع الاحكام فعسى يكفي شبهاين ما نحن فيه والاستحقاق كون العقد غير منناول لمتنقض القبض من الاصل لما مر آنفا قال ولو تداواته الايدي يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد البائع اذا تداولته الايدي بالبياعات ثم قطع العبد في يد الاخير ترجع الباعة وهو جميع بائع كالحاكم بجمع حائل بعضهم على بعض عند أبي حنيفة كافي الاستحقاق لانه بمنزلة وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه كافي العيب لانه بمنزلة وهذا لان المشتري الاخير لم يصرحا ببايعه (١٨١) ولا كذلك الاخر فان البيع يمنع الرجوع

انقصان العيب لما تقدم
 (قوله وقوله في الكتاب)
 أي قول محمد في الجامع الصغير (ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبه ما 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 فله شبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشئ لانه انما جعل

وفي احدها مال الرجوع فيتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير يرجع الباعة بعضهم 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

معيبا لعم ان يتحمل ما لزم المشتري من النقصان بالسبب الكائن عنده بل يتوزع النقصان عليهم كما كافي الغاصب للعبد اذا سرق عنده ثم رده فسرق عند المالك فقطع بالسرقتين فأتى يرجع 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 لانك علمت ان حكم المسئلة عنده انه بالخيار 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) اما رجوع الاخير فلا نه لم يصرحا بالبيع مع امكان الرد بالعيب وعلمت ان بيع المشتري للعيب حيس للبيع سواء علم بالعيب أو لم يعلم فلا يمكنه الرد بعد ذلك وقوله (في الكتاب) أي الجامع الصغير (ولم يعلم به) أي وقت البيع ولا وقت القبض (يفيد على قولهما) لانه عيب (والعلم بالعيب) عند البيع أو القبض (مسقط للرد الارش) وأما عنده فعنه روايتان في رواية كقولهما ما فلا يرجع اذا علم بالاستحقاق يده أو نفسه قال المصنف (تبع الشمس الأئمة الصحيح انه يرجع وان علم بسرقة أو باحداه منه وقت البيع أو القبض لان هذا بمنزلة الاستحقاق من وجهه والعيب من وجهه فله شبهه 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 الأئمة اذا اشتراه وهو يعلم بحمل دمه في أصح الروايتين عن أبي حنيفة يرجع بالثمن أيضا اذا قتل عنده لان هذا بمنزلة الاستحقاق وقال فخر الاسلام الصحيح أن الجهل والعلم سواء لانه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قيل فيه نظر لاننا سلمنا أن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن لا نسلم أن 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 أن كونها أصح أو صحيحا يجوز أن يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال ويجوز أن 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 تجد حكم العيب والاستحقاق سمي (قوله لمتنقض القبض من الاصل لما مر آنفا) أقول يعني ما تقدم بصحيفة تخميننا وهو قوله فيتنقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد مجله (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 بطوايها الاول فليستامل

وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع لانهم صرحوا انه منزلة العيب او انه عيب من وجهه واذا كان كذلك فلا يلزم ان يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحسان بالدلائل المتقدمة فاجرى مجراءه قال (ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب) البيوع بشرط البراءة عن كل عيب صحيح سمي العيوب وعددها ولا يعلمه البائع اولم يعلمه وقف عليه المشتري اولم يقف أشار اليه اولام وجودا 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 الدوابني فقال له أبو حنيفة رأيت لو باع جارية في المأني منها عيب أ كان يجب على البائع أن يري المشتري ذلك الموضوع (١٨٢) منها رأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين باع عبدا برأس ذكره برص

(قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعددها) وقال الشافعي لا تصح البراءة بناء على مذهبه ان البراءة عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في البراءة معنى التملك حتى يرتد بالرد وتلك المجهول لا يصح ولنا أن الجهالة في الاسقاط لا تنفضي 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 فدان البيوع بشرط البراءة من كل عيب صحيح في الحيوان وغيره وبه البائع به من كل عيب قائم وقت البيوع معلوم له أو غير معلوم ومن كل عيب يحدث الى وقت القبض أيضا خلافا لمحمد في الحادث 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 وروى عن مالك يبرأ البائع في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه لما روى أن ابن عمر رضي الله عنهم ما باع عبدا من زيد بن ثابت بشرط البراءة فوجد في يده عيبا فأردده فلم يقبله ابن عمر فترافعا الى عثمان رضي الله عنه فقال عثمان لابن عمر اختلف انك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فردده عليه والفرق ان كتمان المعلوم تليس بخلاف غير المعلوم وأما في غير الحيوان فلا يبرأ من عيب ما فذكر المصنف خلافه مطلقا هو أحد أقواله قال وهذا (بناء على مذهبه ان البراءة عن الحقوق المجهولة لا يصح) فنصب الخلاف في المبني فقال (هو يقول في البراءة معنى التملك ولهذا يرتد بالرد) حتى لو أبرأ من له الدين مدونه فردده المديون لم يبرأ وكذا لا يصح تعليق البراءة لمساقيه من معنى التملك (وتملك المجهول لا يصح) ولائنه 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 الملاك ولنا ان البراءة اسقاط حتى يتم بلا قبول كالطلاق والعناق بأن طلق نسوته أو أعتق عبيده ولم يدركهم هم ولا أعتابهم كأن ورث عبيدا في غير بلده أو وزوجه وليه صغيرا فبلغ وهي في غير بلده ولذا لا يصح تملك الاعيان بلفظ البراءة ويصح البراءة بلفظ الاسقاط كان يقول اسقطت عنك ديني عليك والاسقاط لا يبطله جهالة الساقط لان جهالته (لا تنفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التملك) فاطهرنا أثره في حجة

أ كان يلزمه أن يري المشتري ذلك وما زال حتى أخفمه وضحك الخليفة مما صنع به الشافعي يقول اذا باع بشرط البراءة من كل عيب فالبيوع فاسد وفي قول آخره البيوع صحيح والشرط باطل بناء على مذهبه أن البراءة عن الحقوق المجهولة لا تصح لان في البراءة معنى التملك ولهذا لو أبرأ المديون عن دينه فرد الابرأ لم يصح البراءة وتملك المجهول لا يصح ولنا أن البراءة اسقاط لا تملك لانه لا يصح تملك العين بهذه اللفظة ويصح البراءة بأسقطت عنك ديني ولائنه يتم بلا قبول والتمليك لا يتم بدونه والاسقاط لا تنفضي الجهالة تقيده الى المنازعة لان الجهالة انما أبطلت التملكات اقوت التسليم

رده

الواجب بالعقد وهو لا يتصور في الاسقاط 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 وتقرر به أن ذلك لمساقيه من معنى

(قوله وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع) أقول أنت خير بان منع السند مما لا يجوز أحد فقوله ممنوع خارج عن الآداب وحوابه ان المنع متوجه الى ما جرحه المعترض مبنى لمنعه لا الى سنده ويتهم افرق بقى الكلام في حجة المنع بعد اقامة الدليل على المقدمة الممنوعة بدون التعرض لدليله فليتم تأمل ثم أقول بقى ههنا شئ آخر وهو أن كونه عيبا لا يمكن أن يباذع فيه لظهوره وصدق تعريفه عليه وايضا عادة الفقهاء اعتبار الشبهين ومراعاة الجهتين وليس في الدلائل المتقدمة ما يقتضي الغاء جهة العيب ولم يقل المعترض 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 والمكسبي 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 أولياءه في صغره 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 بالشرط فانتفى المانع ووجد المقتضى وهو تصرف العاقل البالغ باسقاط حقوقه بخلاف التعليك فإن جهالة المملك فيه تمتنع من التسليم فلا ترتب فائدة التصرف عليه أما الاسقاط فإن الساقط يتلشى فلا يحتاج الى تسليم قطهر ان المبطل لتعليك المجهول ليس الجهالة بل عدم القدرة على التسليم ولذا جاز بيع قهز من صبرة وانما تمتنع ببيع شاة من قطيع للنازعة في تعيين ما يسلمه للتفاوت وأما عدم الصحة في قوله أرت أحد كما في جهالة من له الحق كالم يصح قوله لرجل على ألف وصح له لأن على شيء ويلزم بالتعيين على أن من المشايخ من أجاز وألزمه بالتعيين كطلاق إحدى زوجتيه وجه المختار ان الطلاق بعد وقوعه لاجهالة قيمه وكذا العتاق لمن له الحق لأنه 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 أولا خالد بن الوليد فقتل منهم قتلى بعدما اعتمموا بالسيوف فدفن صلى الله عليه وسلم الى على ما لافوداهم حتى مبلغة الكلب وبقي في يده مال فقتل هذا الكرم مما لا تعلمون ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يفسر به وهو دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة وروى أن رجلا من اختمما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في موازيت درست فقها صلى الله عليه وسلم استم ما ونوا خبا الحق ولجمل كل واحد منكما صاحبه وفيه اجماع على للمسلمين لأن من حضره الموت في كافة الاعصار استحل من معاملته من غير تكبير والمعنى الفقهي ما ذكرنا والغرور والله أعلم ايهام خلاف الثابت ومنه ولد المغرور للغرور ورجح به امرأة ليتزوجها وليست حرة وحين شرط البراءة من العيوب فقد نهبه على ايهام العيوب وبقائه في يده فافلم يغره وقوله شرط ينافي مقتضى العقد وهو السلامة قلنا يوافق مقتضاه وهو اللزوم وكون السلامة مقتضاه ان اردت العقد المطلق سلمناه أو المقيد بشرط البراءة من العيوب ان كانت من معناه والالزام ان لا يصح شرط البراءة من العيوب المسماة ان ظهرت وجواز اتفاقا وقوله (ويدخل في هذه البراءة) يعني البراءة المذكورة في الكتاب فان الاشارة اليها هي البراءة من كل عيب واحترز بالاشارة المذكورة عن البراءة من كل عيب به وقد ذكرنا ان لا يبرأ عن العيب الحادث بالاجماع والمراد بقوله (في قول أبي يوسف) ظاهر الرواية عنه وهو قول أبي حنيفة (وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر) والحسن ابن زياد والشافعي ومالك ورواية عن أبي يوسف (لأن البراءة تتناول الثابت) فتتصرف الى الموجود عند العقد فقط (ولابي 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 يبطل البائع بحال (وذلك بالبراءة عن كل عيب) يوجب للمشتري الرد والحادث بعد العقد كذلك فاقضى الغرض المعلوم دخوله أو رده أن ذكر في شرح الطحاوي انه لو صرح بالبراءة من العيب الحادث لم يصح بالاجماع فكيف يصح من أبي يوسف ادخال الحادث بالانحصار وهو مع التنصيص عليه به بطله اجيب 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 وذكري في المبسوط في موضع آخر لرواية عن أبي يوسف فيما اذا نص على البراءة من كل عيب حادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عنده باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد ولئن سلمنا فالفرق ان الحادث يدخل فيه بالتقرير بغرضهما وكم من شيء لا يثبت مقصودا ويثبت تبعوا ولو اختلفا في عيب حادث بعد العقد أو كان عنده لا أثر لهذا عند أبي يوسف

بجهالة لانفوت التسليم كما اذا باع قهز 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 لأن ما يجس مجهول لا يعلم أيحدث أم لا وأي مقدر يحدث والثابت ليس كذلك فلا يتناوله وأبو يوسف يقول الغرض من البراءة الزام العقد باسقاط حق المشتري عن صفة السلامة ليقتدر 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 وليكن الفرق لان ظاهر لفظه ههنا يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعوا ولا 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 انه حدث لان بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهر بشرط البراءة وثبوت حق الفسخ بعيب حدث باطن فاذا ادعى باطننا بيزيل به ظاهر الايصه قد اوجبنا وعند زفر القول للمشتري لانه هو المسقط لحقه فالقول في بيان ما سقط قوله **﴿قروع﴾** جمعها في الدراية شرط البراءة من كل عيب به أو خص ضرر بامن 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 لامتناع الرد بالعيب الحادث اعتبر أبو يوسف نفع حصول البراءة للبائع فجعل الخيار في تعيين العيب الذي يرد به اليه وجعله للمشتري فيرد بأيم ما شاء ولا يخفى أن هذا اذا لم يعين الشجرة المتبرأ منها عند البيع بل أبرأه من شجرة أو عيب ولو أبرأه من كل غائلة فهي السرقة والابق والفجور وكذا روى عن أبي يوسف ولو أبرأه 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 التفاريق قطع الاصبع عيب والاصبع عيبان والاصابع مع الكف عيب واحد ولو قبل في الثوب بهيوبه يبرأ من الخروق وتدخل الرقع والرفو ولو تبرأ من كل سن سوداء تدخل الجراء والخضراء ومن كل قرح تدخل القروح الدامية وفي المحيط أبرأه من كل عيب بعينه فاذا هو عور لا يبرأ لانه عدمها لا عيب بها ولو قال أنا بري ممن كل عيب الا باقسه برئ من اباقه ولو قال الا باق فله الرد بالابق ولو قال أنت بري ممن كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرل 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 باو زوال العيب يبطل الصلح فيرد على البائع ما بذل أو حط اذا زال ولو زال بعد خروجه عن ملكه لا يرد ولو صلحه بعد الشراء من كل عيب بدرهم جاز وان لم يجده عيبا ولو قال اشتريت 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 الاجنبى بما وراء المخطوط ورضى الاجنبى بذلك جاز وجاز حط المشتري دون البائع ولو قصر المشتري الثوب فاذا هو مخترق وقال المشتري لا أدري مخترق عند القصار أو عند البائع فاصطلمها على أن يقبله المشتري ويرد عليه القصار درهمها والبائع درهمها جاز وكذا الوصلح على أن يقبله البائع ويدفع له القصار درهمها ويترك المشتري درهمها قبل هذا غلط ونأويله أن يضمن القصار أولا للمشتري ثم يدفع المشتري ذلك للبائع وفي المجتبى أدخل المشتري القدوم في النار وحدث المنشار وحلب الشاة أو البقرة لم يرد سواء كان في المصرة أو غيرها وفي المصرة يرد بقلة اللبن عند الشافعي ومالك وأحمد وزفر ورأيه عن أبي يوسف والمصرة شاة ونحوها سدد ضررها يجتمع ابنها ليطن المشتري انها كثيرة اللبن فاذا حلبها ليس لمردها عندنا وهل يرجع بالنقصان في رواية الكرخي لا وفي رواية شرح الطحاوي يرجع اقوات وصف مرغوب فيه بعد حدوث زيادة منفصلة وقيل لو اختيرت هذه للفتوى كان حسنا غير والمشتري بالتصريح ولو اغتر بقول البائع هي حلوب فتبين 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 فوجد هامعيبه ردها في الحال لانه ان جمع غلاتها فهو رضا وان تركها يزيدا العيب فيمتنع الرد

باب البيع الفاسد

البيع جائز وغير جائز والباطن ثلاثة أنواع بيع الدين بالعين وهو السلم وبيع العين بالعين وهو المقايضة وبيع

العين بالدين وهو البيع المطلق وغير الجائز ثلاثة أنواع باطل وفاسد وهو بيع مال غير المدبر والمعدوم كالسمن في اللبن وغير مقدور التسليم كالأبق وموقوف حصرة في الخلاصة في خمسة عشر بيع العبد والصبي المحجورين أي موقوف على اجازة المولى والاب أو الوصي وبيع غير الرشيد موقوف على اجازة القاضي وبيع المرهون والمستأجر وما في مزارعة الغير يتوقف على اجازة المرتهن والمستأجر والمزارع فلو تقاسمها الاجارة أو رد الرهن لو فاء أو ابراء لزمه أن يسلمه للمشتري وكذلك بيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري يتوقف على اجازة المشتري وقبل القبض في المنقول لا يعتقد أصلاً حتى لو تقاسمها لا ينفذ وفي العقار على الخلاف المعروف وبيع المرتد عند أبي حنيفة والبيع برقمه 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 وللغصوب منه بينة تم البيع وبيع مال الغير وانتم ما يتعلق بالمرهون والمستأجر والمغصوب ذكره انه اذا رجع الرهن والمستأجر الى الراهن والمؤجر بفسخ أو بغيره يتم البيع وكذا اذا أجاز المستأجر والمرتهن فان لم يجزها وطلب المشتري من الحاكم فسخ العقد فسححه وللمشتري الخيار اذا لم يعلم الرهن والاجارة وقت البيع وكذا ان علم عند محمد وعند أبي يوسف ان علم ليس له حق الفسخ فقبل ظاهراً الزاوية قول محمد وقيل بل قول أبي يوسف وليس للمستأجر حق فسخ البيع بالاختلاف وفي المرتهن خلاف المشايخ وليس للراهن والمؤجر حق الفسخ ولو هلك المغصوب قبل التسليم انتقض البيع وهو الاصح وقيل لانه أخلف بدلاً وروى بشر عن محمد وابن سماعة عن أبي يوسف انه يجوز ويقوم المشتري مقام المالك في الدعوى وعن أبي حنيفة روايتان وتقدم ان المزارعة والاجارة سواء أعنى سواء كان البذر منه أو لا فان أجاز فلا أجر له وفي النوازل فلو أجاز المزارع فكلا النصيبين للمشتري وكذا في الكرم وان كانت الارض فارغة في المزارعة ولم تظهر الثمار في الكرم جاز البيع وبه أخذ المرغيناني ذكره في المجتبى ثم وجه تقديم الصحيح عن الفاسد انه الموصل الى تمام المقصود فان المقصود سلامة الدين التي لها ثمرت العقود وان يدفع التغالب 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 ينقطع 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 أحد 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 أنه يصدق على غير المشروع بواحد منهما انه غير مشروع بوصفه وهذا يقتضي أن يقال حقيقة على الباطل لكن الذي يقتضيه كلام أهل الفقه والاصول انه يساينه فانهم قالوا إن حكم الفاسد افادة الملك بطريقه والباطل لا يفيد له أصلاً فقايلوه به وأعطوه حكماً يبين حكمه وهو دلائل تباينهما وأيضاً فانه ما خوذ في مفهومه أو لزم له انه مشروع بأصله لا بوصفه وفي الباطل غير مشروع بأصله فبينهما تباين فان المشروع بأصله وغير المشروع بأصله متباينان فكيف يتصادقان اللهم إلا أن يكون لفظ الفاسد مستتر كالباطل الاخص المشروع بأصله لا بوصفه في العرف لكن نجهل مجازاً عن رأيي في الاعم لانه خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوي ولذا وجه بعضهم الاعمية بأنه يقال للحم اذا صار بحيث لا ينتفع به للدود والسوس بطل اللحم واذا أنتن وهو بحيث ينتفع به فدل اللحم فاعتبر معنى اللغة ولذا أدخل بعضهم أيضاً في البيع الفاسد بشموله المكروه لانه فائت وصف الكمال بسبب وصف مجاور ثم الفاسد بالمعنى الذي يعم الباطل ثبتت بأسباب منها الجهالة المفضية الى المنازعة في المبيع أو الثمن فخرج نحو جهالة كمية ففران الصبرة وعدد الدراهم فيما اذا بيع صبرة طعام بصبرة دراهم وبعدم ملك

تأخير غير الصحيح عن الصحيح لعله غير محتاج الى تنبيهه ولقب الباب بالفساد وان كان مستملا عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد أسبابه والباطل هو ما لا يكون صحيحا اصلا ووصفا والفساد هو ما لا يصح وصفه او كل ما أورث خلافا في ركن البيع فهو مبطل وما أورثه في غيره كالتسليم والتسليم 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 لغسة وهو الذي مات حتف أنفه والدم والحجر باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لان هذه الاشياء لاتعد ما لا عند احد من له دين سماوى وانما قيدنا بقوله لغسة لئلا يخرج المخنوقة وأمثالها كالحجر وحة بالذبوحه في غير المذبح فان ذلك عندهم (١٨٦) بمنزلة الذبيحة عندنا ولهذا اذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره المصنف في التجنيس

(واذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والحجر وكذا اذا كان غير مملوك كالحر) قال رضى الله عنه هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحجر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لاتعد ما لا عند احد 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 العجز عن التسليم أو التسلم الا بضرر بخدع من سقف ومنها الغرر كضربة القانس والشرط الفاسد بخلاف الصحيح وتدخل فيه صفتان في صفقة كبيعه كذا على أن يبيعه كذا والاتباع مقصودا كحبل الحبله تدخل في عدم الملك وبيع الاوصاف كالية شاة حية يرجع الى ما في تسليمه ضررا لا يمكن شرعا الا بتبجحها اذ في قطعها حية عجز عن التسليم لانها تسمى ميتة يبطل بيعها وكون البيع من البائع عاها من جنس عن المبتاع به وهو أقل منه قبل نقد الثمن وعدم التعيين في بيع كبيع هذا بقفيز حنطة أو شعيرة مستردك لدخوله في جهالة الثمن (قوله اذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والحجر وكذا اذا كان أحدهما (غير مملوك كالحر) هذا لفظ القدرى وقد ذكرنا أنفا ان لفظ فاسد يراد به ما هو أعم من الباطل لان أحد العوضين يصدق على كل من المبيع والثمن لما حقيقة أو تغليباً كما قيل بناء على أن العوض خاص بالمبيع لانه يراد به العوض ولا شك أن المبيع اذا كان محرما لا يصح فان كان ما لا فالبيع باطل كالخمر وكذا الثمن اذا كان محرما ميتة فهو باطل فلذا قال المصنف رحمه الله (هذه فصول جمعها) أى في حكم واحد وهو الفساد (والواقع ان فيها تفصيلا) يعنى ليس كلها فاسدا فان منها ما هو باطل وهذا مما بين لك أن المعروف في عرف فقهاءنا التباين بين الباطل والفساد فان الاعم لا ينفي عن الاخص قال (فنقول البيع بالميتة والدم باطل) لافساد باجتماع علماء الامصار (وكذا بالحجر) بأن يجعل الميتة والحجر ثوبا مثلا وذلك لانعدام ركن البيع الذى هو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لاتعد ما لا عند احد) يعنى عن له دين سماوى فلذا كان البيع بالحجر باطلا وان كان ما لا عند بعض الناس (و) أما (البيع بالخمر والخنزير) فافساد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه أى كلام من الخمر والخنزير (مال عند البعض) وهم أهل الزمة كما سيصرح به في وجه الفرق حيث قال انه مال لاهل الزمة لطلها عندهم وهذا من المصنف يفيد انتفاء المالية عنها بالكيفية في شرعنا وهو كذلك غاية الامران الاصطلاح على تسمية البيع بثمن هو مال في بعض الاديان فاسد وما ليس ما لا في دين سماوى باطل وهذا سهل وانما الاشكال في جعل حكمه الملك فلنا فيه نظر نذكره ان شاء الله تعالى ثم

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 عومه في بيعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة وهي مبادلة المال بالمال فانه أى المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم عند بعض أهل الكفر وانما أولنا بذلك لانه مال عندنا بلا خلاف لكنه ليس بتقوم لان الشرع أبطل تقويمها في حق المسلمين لثلايم قولها كما بطل قيمة الجودة بانفرادها في حق المكيل والموزون ولو أراد بقوله عند بعض المسلمين لم يخرج الى تأويل لكنه خلاف الظاهر

(قوله ولقب الباب بالفساد الخ) أقول ولعل الاولى أن يقال في وجه التلقيب أراد

بالفساد المعنى الأعم للباطل لا المقابل له (قوله كالتسليم والتسليم الواجبين به) أقول ضمير به راجع الى البيع قال المصنف (كالبيع بالميتة) أقول الميتة في اللغة وهو الذى مات حتف أنفه فلا يراد المخنوقة وأمثالها التى هي كالذبيحة عندهم حيث جاز بيعها فيما بينهم فانها ليست ميتة لغة وان كانت ميتة عندنا (قوله وعلى هذا الى قوله والبيع بالخمر والخنزير فاسد) أقول فيه بحث فان البيع بالخمر والخنزير يقضى بصحته عند أهل الزمة فكيف تستقيم ارادة العموم وجوبه انه ليس محرما عندهم تأمل فان فيه ما لا يخفى (قوله أى المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم الخ) أقول وأنت خير بان قيدنا بقوله الحاجة اليه في اثبات المطلوب (قوله وانما أولنا بذلك) أقول أشار به الى قوله متقوم (قوله لانه مال عندنا بلا خلاف) أقول فلا وجه للتخصيص البعض

وقوله (والباطل لا يفيد ملك

التصرف) كأنه إشارة إلى
الفرق بين الباطل والقاسم)
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)
أبي أحمد الطواويسي وهو
رواية الحسن عن أبي حنيفة
نص على ذلك في السب
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 ههنا دون المقبوض
على سوم الشراء وفيه القيمة
فكذلك ههنا والمقبوض
على سوم الشراء هو أن
يسمى الثمن فيقول اذهب
بهذا فان رضيته اشتريته
بعشرة أما إذا لم يسم الثمن
فذهب به فهلك عنده
لا يضمن نص عليه الفقيه
أبو الليث في العيون قبل
وعليه الفتوى وقال محمد
ابن مسلمة البلخي (الاول
قول أبي حنيفة والثاني
قولهما كما في بيع أم الولد
والمدبر على ما سنه ان شاء الله تعالى

والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ لأن العقد غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الأول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كما في بيع أم الولد والمدبر على ما بينه ان شاء الله تعالى

قال (أما بيع الخمر والخنزير) يعني إذا جعل المبيعا (فإن كان بالدين كالدرهم والدينار فالباطل وان كان بعين) بيع المفاضة (ففساد والفرق أن الخمر مال) في الجملة في شرع ثم أمر باهانتها في شرع نسخ الأول وفي ذلك بالقدم مقصود اعزازه حيث اعتبر المقصود من تصرف العقلاء بخلاف جعله ثمنا وإذا بطل كون الخمر مبيعا فلان يبطل إذا جعل الميتة والخمر مبيعا أولى ومقتضى هذا أن يبطل في المفاضة بطريق أولى لأن كلاهما مبيع لكن لما كان كل منهما ثمنا أيضا كان كلاهما مبيع ثبت صحة اعتبار الثنية والمبيعية في كل منهما فاعتبر الخمر ثمنا والثوب مبيعا والعكس وان كان ممكنا لكن ترجح هذا الاعتبار لما فيه من الاحتياط للقرب من تصحيح تصرف العقلاء المكلفين باعتبار الاعزاز للثوب مثلا فيبقى ذكر الخمر معتبرا لاعزاز الثوب للاثوب للخمر فوجب قيمة الثوب لالخمر والفرق بين أن تدخل الباء على الثوب أو الخمر في جعل الثوب المبيع وجه البطلان في بيع هذه الأشياء 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 إلى أن قال وبأئعها في الصحيحين لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجعلوا هافبا عوها فأكلوا ثمنها وحديث ان الله تعالى إذا حرم شيئا حرم ثمنه وأما الاجماع فظاهر ثم المراد بالميتة التي يبطل العقد بها وعليها التي ماتت حنف أنفها أما المتخنة والموقوذة فهي وإن كانت في حكم الميتة شرعا فإنها تحكم بجوازها إذا وقعت بينهم لأنها مال عندهم كالخمر كذا ذكره المصنف في التجنيس مطلقا عن الخلاف وفي جامع الكرخي يجوز بينهم عند أبي يوسف خلافا لمحمد وجه قول محمد ان أحكامهم كاحكامنا شرعا إلا ما استثنى بعد الامان والذي استثنى الخمر والخنزير فيبيح ما سوى ذلك على الاصل وانفق الرواة عن أبي حنيفة ان بيع الاشربة المحرمة تجوز لان الخمر ومنعاجواز كل ما حرم شربه وثبت الضمان على القولين فرع الاختلاف في جواز البيع وقوله في الذخيرة في المتخنة ونحوها البيع فاسد لا باطل صحيح لانها وإن كانت ميتة عندنا فهي 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 الطواويسي وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة (لأن العقد غير معتبر فبقي 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 الأول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كما في الخلاف السكائين بينهم في (أم الولد والمدبر) إذا بيعا فمات عند المشتري لا يضمنهما عند أبي حنيفة ويضمنهما عندهما والمقبوض على سوم الشراء هو المأخوذ ليشترى مع تسمية الثمن بلا إبرام بيع كان يقول اذهب بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة فاذا هلك ضمن قيمته فاذا ضمن هذا مع أنه لم يوجد فيه صورة العلة فلان يضمن فيما نحن فيه مع أنه وجد ذلك أولى ولن ينصر المروى عنه من عدم الضمان ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء ان قلت انه عند صحة كون المسمى ثمنا كالدرهم على ما ذكرنا من قوله ان رضيته اشتريته بعشرة سلمناه وهو منصف في تسمية الحرم كالخمر وان قلت عند التسمية مطلقا منعاه فيجب تفصيله وهو انه ان كان البطلان لعدم مالبة الثمن أصلا لا يضمن وان كان لعدم المبيع كالمواضع على انه

والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به (أي إذا كان ذلك القبض باذن المالك باتفاق الروايات وأما إذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس
 غيره اذن البائع ذكر في المأذون انه لا يملك قالوا ذلك محمول على ما إذا كان الثمن شيئاً لا يملكه البائع بالقبض كالتجر والخزير وأما إذا كان
 شيئاً يملكه فقبح الثمن منه يكون اذناً بالقبض فان قيل لو أفاض ذلك الملك لجاز للمشتري وطع جارية اشتراها فاسداً وجاهز أخذ الشفعة
 للشفعة في الدار المشتراة بشره فاسد ويحل لكل طعام اشتراه كذلك لان الملك مطلق له لكن ليس له ذلك فالجواب ان ما لم يحل وطؤها
 وأكله لم تمت الشفعة فيمهد كرت لان في الاشتغال بالوطء والاكل اعراض عن الرد في القضاء بالشفعة تقسر بالفساد وانما كسبه فلا
 يجوز واعلم ان المشايخ اختلفوا في مبيئ جواز التصرف للمشتري في المشتري بشره فاسد فذهب العراقيون الى انه مبيئ على تسليط
 البائع على ذلك لا على ملك العين واستدلوا بالمسائل المذكورة قالوا لو ملك العين المالك الامور المذكورة ولم يملكها وذهب مشايخ بلخ الى
 ان جواز التصرف بناء على ملك العين واستدلوا بما اذا اشترى دارا بشره فاسد وقبضها فبيع بغيرها دارا أخرى فله المشتري أن يأخذها
 بالشفعة لنفسه ولو اشترى جارية بشره فاسد وقبضها ثم ردها على البائع وجب عليه الاستبراء ولو باع الاب والوصى عبد يتيم بغير فاسد
 وقبضه المشتري ثم اعنته جازعته ولو كان عنته على وجه التسليط لما جاز لان عنته ما أوتسليطها على العتق لا يجوز فعلم بهذه
 الاحكام انه يملك العين وأجابوا (١٨٨) عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قبل وهو الاصح واذا كان مفيدا

للك عند اتصال القبض به
 كان المبيع مضمونا في يد
 المشتري فيه أي في البيع
 الفاسد وفيه خلاف
 الشافعي وسنينه بعد هذا
 في أول الفصل الذي يلي
 هذا الباب (قوله وكذا
 بيع الميتة) يعني كان
 البيع بهذه الاشياء باطل
 فكذا يبيع هذه الاشياء
 لانها ليست أموالا فلا
 تكون محل للبيع وأما
 بيع التجر والخزير فلا
 يخلو إما أن يكون بالدين
 كالدراهم والدنانير أو
 بالعين فان كان الأول
 فالبيع باطل لا يفيد ملك

والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فبه وفيه خلاف
 الشافعي رحمه الله وسنينه بعد هذا وكذا يبيع الميتة والدم والحرباطل لانها ليست أموالا فلا تكون
 محل للبيع وأما بيع التجر والخزير ان كان قبول بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قبول
 بالعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك عين التجر والخزير ووجه الفرق ان التجر مال
 وكذا الخزير مال عند أهل الذمة الا أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر باهانتها وترك اعزازه وفي تلك
 بالعدم مقصود اعزازه وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انما
 تجب في الذمة وانما المقصود التجر ففسد التجر ففسد التجر ففسد التجر ففسد التجر ففسد التجر ففسد التجر
 للثوب انما يقصد تلك الثوب بالتجر وفيه اعزاز للثوب دون التجر فبقي ذكر التجر معتبرا في تلك الثوب لاني
 حتى نفس التجر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون التجر وكذا اذا باع التجر بالثوب لانه يعتبر
 شراء الثوب بالتجر لكونه مقايضة

ياقوت فاذا هوز جاج بمن صحيح دراهم مثلا فقبضه يصير مضمونا (والفاسد يفيد الملك عند اتصال
 القبض به) اذا كان القبض باذن المالك باتفاق الروايات فملكه ويصير مضمونا عليه بالمثل ان كان
 مثليا أو القيمة وكذا اذا قبضه في مجلس العقد بغير اذنه على الصحيح وفي غير مجلس العقد هل يملكه سيأتي
 تمام هذه المسائل في أحكام البيع الناسد وكذا الخلاف في أن المملوك التصرف أو العين ووجه لزوم
 القيمة وما عليه من الاشكال وقوله (وفيه) أي في ثبوت الملك بالقبض في البيع الفاسد (خلاف
 الشافعي) وكذا مالك وأجد باعتبار أن الفاسد هو عندهم الباطل وسينينه المصنف في فصل أحكام

التجر ولا يملكها بل هو ان كان الثاني فالبيع فاسدا لا يفيد ملك التجر
 ويفيد ملك ما يقابلها من البديل بالقبض ووجه الفرق بين الصورتين ان التجر مال وكذا الخزير عند أهل الذمة لانه غير متقوم أي غير
 معزز يقابله قيمة لان الشرع أمر باهانتها وترك اعزازه وما أمر الشرع بتلك اعزازه لا يكون معزوزا فلا يكون متعة وما وفي تلكه بالعدم
 مقصود أي يجعله مبيعا اعزازه وهو خلاف المأمور به ويانه ما ذكره بقوله وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم والدنانير فالدراهم غير مقصودة
 لكونها وسيلة لما انما تجب في الذمة وانما المقصود التجر وفي جعله كذلك خلاف المأمور به ففسد التجر ففسد التجر ففسد التجر ففسد التجر
 المأمور به وحينئذ يكون البيع باطلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالتجر ان المشتري الثوب بالتجر ان المشتري الثوب بالتجر ان المشتري الثوب بالتجر
 التجر وفيه اعزاز للثوب دون التجر فلم يكن ذلك كرها لنفسها بل غيرها وليس في ذلك اعزازها ولا خلاف ما أمر به فلا يكون باطلا وفسدت
 التسمية ووجبت قيمة الثوب دون التجر وكذا اذا باع التجر بالثوب يكون البيع فاسدا وان وقع التجر مبيعا والثوب ثمنه فدخل البائع لكونه
 مقايضة وفيها كل من العوضين يكون ثمنهما فلما كان في التجر جهة التسمية ربح جانب الفساد على جانب البطء لان حصوله بالتصرف
 عن البطء لا بقدر الامكان

(قوله فالجواب انما لم يحل وطؤها) أقول وسبب في فصل أحكام البيع الفاسد منع قوم حل تناول الطعام للمشتري بشره فاسدا وعدم
 حل وطع الجارية المشتراة كذلك (قوله الا أنه غير متقوم) أي غير معزوز أقول عزازها فالظاهر أن يقول غير معزز

قال (وبيع أم الولد والمذبر والمكاتب فاسد) أي باطل وانما قسره بذلك لئلا يشوهم أنه بغير الملك بائنا اتصال القبض والامر بمصلافة والدليل على ذلك ما ذكره بقوله لان استحقاق العتق قد ثبت الخ وتحقيقه ان بين استحقاق العتق ونبوت الملك بالبيع منافاة لان استحقاقه عبارة عن جهة حرية لا يدخل عايم الابطال ونبوت الملك يبطؤها وأحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت لقوله صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها فينتقي الآخر لا يقال هو متروك الظاهر لانه يوجب حقيقة العتق وأنتم تحملونه على حقه فلا يصلح دليلا لان المجازم ادا بالاجماع وكذلك المنافاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق المذبر في الحال وبين نبوت الملك بالبيع لتنافي الوازم لان الملك مع الحرية لا يجتمعان فكذلك سبب الحرية والبيع وأحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال لانه لو لم يكن ثابتا في الحال لكان إماما غير ثابت مطلقا أو ثابتا بعد الموت والاول باطل لانه يستلزم اهمال لفظ المتكلم العاقل البائع والاعمال أولى وكذلك الثاني لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية ففي قلنا انه ينعقد سببا بعد الموت احتضا الى بقاء الاهلية والموت (١٨٩) يتأقها فعدت الضرورة الى القول

بانه بعد التدبير سببا في الحال وتأخر الحكم الى ما بعد الموت وكذلك بين استحقاق المكاتب يداعى على نفسه لازمة في حق المولى وبين نبوت الملك منافاة لكن استحقاق اليد اللازمة في حق المولى ثابتة لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب فينتقي الآخر وانما قيد بقوله في حق المولى لانها غير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخها بتجهيزه نفسه فان قيل لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحر وحيث بطل بيع القن المضموم اليهم في البيع كالمضموم الى الحر والامر بخلافه فالجواب ان بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم محلية البيع أصلا بنبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء

قال (وبيع أم الولد والمذبر والمكاتب فاسد) ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في المذبر في الحال لبطان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحقى يداعى على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولورضى المكاتب بالبيع فقيه روايتان والظاهر الجواز والمراد المذبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي رحمه الله وقد ذكرناه في العتاق

البيع الفاسد أي بين الوجه من الجانبين (قوله وبيع أم الولد والمذبر 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) واصل ما يقتضيه هذا اللفظ نبوت استحقاقها العتق على وجه اللزوم وبتحصيل التدبير شرعا وتخصيصه بوجوب انعقاد التدبير سببا للعتق في الحال لان تضاف اهلية الاعتاق عن السيد بعد موته والاجماع على عتقه بعده بذلك اللفظ فكان ذلك اللفظ سببا في الحال (والمكاتب استحقى يداعى على نفسه لازمة في حق المولى) حتى لا يملك فسخ الكتابة (فلو ثبت الملك) للشترى (بالبيع بطل ذلك كله فلا يجوز) البيع وما لا يفيد الملك من البيع فهو باطل وذ كرفي الاصل حديث سعيد بن المسيب قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الاولاد من غير الثلث وقال لا يبعن في دين وحدث اعتقها ولدها تقدم في باب الاستيلاء واذا كان أقل ما يوجب هذا اللفظ نبوت استحقاق الحرية على وجه لازم فالجواز مراد منه بالاجماع (ولورضى المكاتب فقيه روايتان والظاهر جواز بيعه) وتنسخ الكتابة في ضمنه لان اللزوم كان لحقه وقد رضى باسقاطه (والمراد) بالمذبر (المذبر المطلق) وتقدم خلاف الشافعي رحمه الله في جواز بيعه في كتاب العتاق أما المقيد فجواز بيعه اتفاق واستشكل حكم المصنف بأن بيع المذبر وأخويه باطل فانه يوجب كونهم كالحر ولو كانوا كالحر لبطل بيع القن اذا جمع مع مذبراً أو مذبراً أو مذبراً كما اذا ضم الى حر وهو منتف بل يبع القن ويلزم مشترطه ما حصته من الثمن المسمى وأجيب بأن المراد من قوله باطل أنهم لا يملكون بالقبض كالمالك الحر فكانوا مثله فلوقال فاسد ظن أنهم يملكون وأما ملك القن المضموم

باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها والفرق بينهما وبين ولدها جاز بيع أم الولد والمذبر والمكاتب من أنفسهم ولو قضى القاضي بذلك نفذ قضاءه واذا كان كذلك دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلا له في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقه من الثمن والبيع بالحصه بقاء جائز بخلاف الحر فانه لما لم يدخل لعدم محلية لزم البيع بالحصه ابتداء وانه باطل على ما يجيىء قال (ولورضى المكاتب بالبيع فقيه روايتان والظاهر الجواز الخ) لان عدمه كان لحقه فلما أسقط حقه برضاه انفسخت الكتابة وجاز البيع وروى في النوادر انه لا يجوز والمراد من المذبر هو المطلق دون المقيد بالتفسير المراد في التدبير وفي المطلق خلاف الشافعي

قال المصنف (وبيع أم الولد والمذبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل) أقول قال الزبلي أي في حق نفسه لا فيما يقابلها انتهى فان ما يقابلها يملك بالقبض الا أنه سيجيىء في آخر هذا الباب ان البيع فيما ذكره موقوف (قوله لا يدخل عليها الابطال) أقول وللغصم أن يزار فيه

وقد تقدم فيه وان ماتت أم الولد والمدر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالوا يجب عليه قيمتها وهو رواية عن أبي حنيفة وهذا ليس على ظاهره بل

(١٩٠)

كما يضمن بالغصب وأما في حق أم الولد فانفتحت الروايات عن أبي حنيفة انما الاتضمن بالبيع والغصب لانها لا تقوم لما يمتها والفرق لابي حنيفة بين ضمان الغصب في المدر وضمن بيعه في غير رواية المعلى ان ضمان البيع وان أشبهه ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لان الملك انما يثبت به اذا الاعتبار فاذا لم يكن محلا للبيع انهدرت هذه الجهة فبقى قبضا باذن المالك فلا يجب الضمان له ما نه أي كل واحد منهما من المدر وأم الولد مقبوض بجهة البيع لان المدر وأم الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك بالضم 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 اجاب بقوله بخلاف المكاتب لانه في يدين نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه ان المدار هو القبض لا الدخول في العقد وتعلق المضموم

قال (وان ماتت أم الولد والمدر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالوا عليه قيمتها) وهو رواية عنه له ما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان المدر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يدين نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به

اليهم فلدخولهم في البيع اصلاحيتم لذلك بدليل جواز بيع المدر من نفسه ولذا الرقضى قاض بجواز بيعه نفذ وكذا أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف في أصح الروايتين وهذا الجواب عما يوهوم أنه بيع فاسد ولكنه خص حكم الفاسد بعدم الملك بالقبض والحق أن لاجابة الى الحكم بتخصيص فهو باطل وحكمه حكمه وجاز أن يختلف افراد نوع شرعى في الحكم الشرعى لخصوصية فان قيل التخصيص لازم على كل حال فانه ان كان فاسدا فلا يملك بالقبض فهو تخصيص وان كان باطلا فهو يدخل في البيع حتى ملك القن المضموم اليه وهذا تخصيص للباطل فلم يكن فاسدا مخصوصا من حكم الفاسد فلا حاجة الى تأويله بالبطل فلنا نحن لم نعط حكم الباطل انه لا يدخل في العقد بوجه التخصيصه ويتخذنا لازم على تقدير تأويل الفاسد بالبطل وعدمه انما قلنا حكمه ان لا يملك بالقبض غاية الامر أنه اتفق ان بعض ما هو مبيع باطل يدخل في العقد كالمدر وبعضه لا يدخل كالحر وأصل السؤال فاسد لانه مغالطة لان قوله في الكبرى لو كان كالحرق لم يملك القن المضموم اليه ممنوع وانما يلزم لو كان مثله من كل الوجوه وهو منتف فصار حاصل الصورة لو كان باطلا كان كالحرق في بعض الوجوه ولو كان مثله في بعض الوجوه لم يملك القن المضموم وحينئذ قدم الاستلزام ظاهر (قوله وان ماتت أم الولد والمدر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالوا عليه قيمتها للبايع وقولها) هذا (رواية عنه) وفي النهاية ان الروايتين عنه في المدر وأم أم الولد في اتفاق الروايات عنه لا يضمن المشتري ولا الغاصب قيمتها اذ لا تقوم لام الولد عنده وانما تضمن بما يضمن الصبي الحر 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 المدر فيضمن في البيع والغصب على روايتنا هذه (لهما) في ضمان المدر وأم الولد (انهما مقبوضان بجهة البيع فيكونان مضمونين عليه) بالقبض (كسائر الاموال) المقبوضة على سوم الشراء (وهذا) أي كونها مقبوضين بجهة البيع بسبب انهم يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما مما يصح تملكه وتعليكه واذا قبض بعد لفظ العقد عليه وهو فيما يصح ان يباع في الجملة على ما ذكرناه من قريب فهو مقبوض بجهة البيع (بخلاف المكاتب لانه في يدين نفسه) لانه حريدا فلا يضمن بقبضه على احدى الروايتين أعنى التي تبطل ببيعها وان دخل تحت البيع اذا ضم اليه القن فلا يتحقق في حقه القبض (وهذا الضمان بالقبض) وقد يجهل المشار اليه بقوله وهذا كونها مضمونين بالقبض وما صرنا اليه أحسن ان شاء الله تعالى لان المذكور بعده تعليل للمشار اليه وكونها مضمونين بالقبض يصح تعليقه بما قبله من كونها مقبوضين بجهة البيع فيمناسب كون التعليل لمام يعال اذا صلح له وهو صالح بل انصبا ليس الاعليه فانه دعوى انه مقبوض بجهة البيع بيمان أنه يدخل تحت البيع وأما كونه مقبوضا بفرض وقوعه حسا وأما تفسير المقبوض بجهة البيع بأنه المقبوض ليس يشرى بعد القبض ان واقفه فالوضوح لزم ان لا يضمن لانها لم يقبض اليها بعد القبض أن واقفها قبضا بعد الموافقة وانما البيع بزعمها فالذ كور تفسير المقبوض على سوم الشراء فلا يكونان مقبوضين بجهة البيع فلا يضمنان فالقن المقبوض أعمن ذلك وهو مما صدقات المقبوض بجهة البيع

قال المصنف (وقالوا عليه قيمتها وهو رواية عنه) أقول قوله وهو أي تضمين قيمة المدر دون أم الولد في كلامه فالقبوض تساهل وسبجي هي باب كتابة العبد المشتري من الاكل وغيره ان في تقويم أم الولد روايتين عن أبي حنيفة

ولاي حنيقة ان جهة البيع انما توجب الضمان في الاموال الخائفا بحقيقتها في محل يقبل الحقيقة وهما اى ام الولد والمدبر لا يقبلان حقيقة البيع فلا تلحق الجهة بهم افسارا كالمكاتب في كونه غير قابل للحقيقة (قوله وليس دخولهما) جواب عن قوله سيدخلان تحت البيع ومعناه ان فائدة الدخول لا تنصرف في نفس الداخل لجواز ان تكون (١٩١) عائدة الى غيره كنبوت حكم البيع فيما

ضم اليهما وليس ذلك مستبعد بل له نظير في الشرع وهو ما اذا باع عبد مع عبد المشتري من المشتري فانه يقسم الثمن على قيمتهما فيما خذا المشتري عبد البايع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد البائع فكذلك هذا قال (ولا يجوز بيع السمك في الماء قبل ان يسطاده) بيع السمك قبل الاصطياد يبيع ما لا يملكه البائع فلا يجوز واذا اصطاده ثم التفت في الحظيرة فلا يخجلو اما 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 سلها الى المشتري فله خيار الرؤية وان رآها في الماء لان السمك يتفاوت خارج الماء فصار كأنه اشترى ما لم يره (قوله الا اذا اجتمعت) استثناء من قوله جاز يعني الحظيرة اذا كانت صغيرة تؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل فانه لا يجوز لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه غير

وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقتها في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كالمشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا قال (ولا يجوز بيع السمك قبل ان يسطاد) لانه باع ما لا يملكه (ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد) لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذ ثم اقام فيه ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بأنفسهما 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 بحقيقتها فيما يقبل حقيقتها) اى حقيقة حكمه وهو الملك لان ضمان القيمة في البيع انما هو مقابل ملك المبيع فلا بد من اعتبار جهة البيع والملك متصورهنا مع اعتبار جهته فبقي مجرد قبض باذن المالك فلو اوجبتناها كان عدوانا محضا بخلاف ضمان الغصب في المدبر عنده فانه لا يستدعي ذلك الاعتبار فكان مجرد القبض بغير اذن المالك وهما الاذن موجود ودخوله ما في البيع ليس الا ليثبت حكمه فيما ضم اليه ما قطع 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 قبيل انه لا يصح أصلا في شئ واذا قسم الثمن على قيمتي المضموم وأم الولد والمدبر فاعلم ان قيمة أم الولد ثلث قيمته اقله وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا وقيل نصفها وبه ينشئ وتقدم ذلك في العتاق (قوله ولا يجوز بيع السمك في الماء) بيع السمك في البحر أو النهر لا يجوز فان كانت له حظيرة فدخلها السمك فاما ان يكون أعدها لذلك أولا فان كان أعدها لذلك فادخلها ملكه وليس لاحد ان يأخذها ثم ان كان يؤخذ بغير حيلة اصطياد جاز بيعه لانه ملكه مقدور التسليم مثل السمكة في حب وان لم يكن يؤخذ الا بحيلة لا يجوز بيعه لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع وان لم يكن أعدها لذلك لا يملك ما يدخل فيها فلا يجوز بيعه لعدم الملك الا ان يسد الحظيرة اذا دخل حينئذ يملكه ثم ينظر ان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه والا لا يجوز ولو لم يعددها لذلك ولكنه أخذها ثم أرسلها في الحظيرة ملكه فان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه لانه ملكه مقدور التسليم أو بوجهه لم يجر لانه وان كان ملكه كالفيل مقدور التسليم وقال أبو يوسف في كتاب الخراج رخص في بيع السمك في الاجام أقوام فكان الصواب عندنا في قول من كرهه حدثنا العلاء بن المسيب بن رافع عن الحرث العكلي عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال لا تبيعوا السمك في الماء فانه غرر وأخرج مثله عن ابن مسعود ومعلوم ان الاجرة قد يؤخذ منها السمك باليد والغرر الخطر وغير المملوك على خطر نبوت الملك وعدهم فلذا جعل من يبيع الخطر (فروع) من مسائل التبيحة حفر حفرة فوقها صيد فان كان اتخذها للصيد ملكه وليس لاحد أخذه وان لم يتخذها 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 سدد صاحب الحظيرة عليها ملكها ما مجرد الاجتماع في ملكه فلا كمالوا باض الطير في أرض انسان أو فرخت فانه لا يملك اعدم الاحرار لا يشكل عما اذا غسل النحل في أرضه فانه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير ان يحزره أو يهوى له موضعا لان العسل اذا ذك فأنه بأرضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها بخلاف بعض الطيور وفرخها والسمك المجتمع بنفسه فانها 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 أيضاً لا يجوز لأنه غير مقدور التسليم والثالث بيع طير يذهب ويجيء كالجمام وهو أيضاً لا يجوز في الظاهر وقد كره في فتاوى قاضيخان (١٩٣) وإن باع طير له يطير في الهواء إن كان داخلاً يعود إلى بيته ويقدر على أخذه من 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) لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الحمل وحبل الحبله ولأن فيه غرراً ولا الهين في الضرع الغرر) فعساه انتفاخ ولأنه يئازع في كيفية الحلب ويرجميزاد فيختلط المبيع بغيره قال (ولا الصوف على ظهر الغنم) لأنه من أوصاف الحيوان ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم

من بل فتعلق بها العلكة وهو إن يأخذها الآن يأتي فيجوزها ومثله إذا هيا حجرة لوقوع الشار فيه ملك ما يقع فيه ولو وقع في حجره ولو لم يكن هياً لذلك فلو أخذ ما لم يكف حجره عليه وكذا من هيا مكاناً للسرقين فله ما طرح فيه عند البعض وفي فتاوى الفضلي خلاف هذا قال أهل سكة ترمون في ساحة رجل الرماد والتراب والسرقين هولمن يسبق سواء هيا المكان له أولاً أما النخل إذا غسل في أرض إنسان فهو له بكل حال لأنه ليس صيد بل قائم بأصله بأرضه كالشجر والزرع والبيض كالصيد وكذا الفرخ لا يملك إلا بعد اد المسكان لذلك (قوله ولا يبيع 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 الطحاوي وكذا الحكم فيما إذا جعل الطير ثمناً لأن العين المعهولة تنسأ بمبيع في حق صاحبه وقد كره التمرناشي لو باع طيراً يذهب ويجيء كالجمام فالظاهر أنه لا يجوز وفي فتاوى قاضيخان وإن باع طيراً له يطير إن كان داخلاً يعود إلى بيته ويقدر على أخذه بلا تكلف جاز بيعه والافلا وقول المصنف فيما يأتي والجمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مقدور التسليم بواقفه (قوله ولا الحمل) بسكون الميم ما في البطن من الجنين (والانتاج) ما في الصمغين والسنن عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبله وكان يبيعها يتاعه أهل الجاهلية كان الرجل يتساع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم ينجز الذي في بطنها وفي الموطأ أن ابن شهاب عن سويد بن المسيب أنه قال لا ربا في الحيوان وإنما نهى عن الحيوان عن ثلاث عن المضامين والملاقيج وحبل الحبله وإنما بطل هذا البيع للغرر فعمى أن لا تلد تلك الناقة أو عوت قبل ذلك وأما اللفظ الذي ذكره المصنف عن بيع الحبل وحبل الحبله فغير معروف والملاقيج ما في الأرحام جمع ملقوح والمضامين ما في الأصلاب وقيل بالعكس جمع مضمون لعمت الناقة ولدها ملقوح به إلا أنهم استعملوه بلاياء يقال ضمن الشيء أي تضمنه قوله (ولا الهين) يجوز بالجر عطفاً على المضاف إليه وتقدير المضاف والرفع على أقامته مقام المضاف (لغير فعله انتفاخ) وبه قال الشافعي وأجد وأجاز مالك أي أمامه معلومة إذا عرف قدر حلالها ويكون تسليمه بالتخليصة كبيع التمر على رؤس النخل وهو مردود بالنهي عن بيع الغرر (لأنه يتنازع في كيفية الحلب) في الاستقصاء وعدمه وهو نزاع في التسليم والتسلم وما وضعت الأسباب الاقطة فيه بطل قول مالك لذلك ولجواز أن يحدث لبس قبل الحلب فيختلط مال البائع بمال المشتري على وجه يعجز عن التخليص (قوله ولا الصوف على ظهر الغنم لأنه من أوصاف الحيوان) لأنه يقوم به أو لأنه غير المقصود من الشاة فكان كالوصف من الذات وهو لا يفرد بالمبيع (ولأنه ينبت من أسفل) ساعة فساعة (فيختلط المبيع بغيره) بحيث يتعذر التمييز (بخلاف القوائم) أي قوائم

بيعه والافلا (ولا يجوز بيع) (الحمل) أي الجنين (والانتاج) (الحمل) وهو حبل الحبل وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحمل وحبل الحبل والنتاج في الأصل مصدر نتجت الناقة بالضم ولكن أريد به المنتوج ههنا والحبل مصدر حبلت المرأة حبلاً فهي حبل فسمي به المحمول كما سمي بالحمل وإنما دخلت عليه التاء اشعاراً بالمعنى الاثنية فيه قيل معناه أن يبيع ما سوف يحمله الجنين إن كان أنثى وكان في الجاهلية يعتادون ذلك فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن فيه غرراً وهو ما طوى عنك علمه قال المغرب في الحديث نهى عن بيع الغرر وهو لظن الذي لا يدري أي يكون أم لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء قال (ولا الهين في الضرع للغرر الخ) وبيع اللبن في الضرع لا يجوز لوجه ثلاثة للغرر ولجواز أن يكون الضرع منتفخاً يظن لبنا والغرر منهى عنه والنزاع في كيفية الحلب فإن المشتري يستقصي في الحلب والبائع يطالبه بأن يترك داعية اللبن ولأنه يزاد ساعة فساعة والمبيع لم يتناول الزيادة لعدمها

عنده فيختلط المبيع بغيره واختلط المبيع بمال يسبى ببيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للمبيع 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 متصل بالشجر فإنه عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل كما مر فإن قيل القوائم متصل بالشجر وجاز بيعها

(قوله لأن استحقاقه عبارة عن جهة لا يدخل عليها الابطال) أقول وللخصم فيه أن يئازع فيه قوله لأن استحقاقه الخ تنظر هذه القولة لأن لم تغير عليها اه صححه

أجاب بأنها تزيد من أعلاها فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خيطا في أعلاها وتركت أيا ما بقي الخيط أسفل مما في رأسها لأن والاعلى ملك المشتري وما وقع من الزيادة وقع في ملكه أما الصوف فان غنوه من أسفله (١٩٣) فان خضب الصوف على ظهر الشاة ثم ترك

حتى نمانا لمخضوب يبقى على رأسه لاني أصله فان قيل التصصيل كالصوف وجاز بيعه أجاب بأن التصصيل وان أمكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القطع فيقلع وأما القطع في الصوف فتعين اذ لم يهد فيه القلع أي التفت فبعد ذلك يقع التنازع في موضع القطع وقد صح 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 يروى عنه من جواز بيع الصوف على ظهر الغنم قال (وحدع في سقف) اذا باع جدعا في سقف أو ذراعا من ثوب يعني ثوبا يضره التبعض كالتبعض لا الكرباس فالبيع لا يجوز ذكرا القطع أولا لأنه لا يمكن التسليم الا بضر لم يوجب العقده ومثله لا يكون لازما فيمكن من الرجوع وتحقق المنازعة بخلاف ما لم يكن في التبعض مضره كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس فان بيعه جائز لانتفاء العلة

لأنها تزيد من أعلى وبخلاف القصصيل لأنه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح أنه 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 يجوز بيعه فيما يروى عنه قال (وحدع في سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع أولم يذكراه) لأنه لا يمكن التسليم الا بضر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لأنه لا ضرر في تبعضه

الخلاف (لأنها تزيد من أعلاها) ويعرف ذلك بأن يوضع 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 يتم من أعلاه فوضع القطع مجهول فهو كمن اشترى شجرة على أن يقطعها المشتري لا يجوز لها لانه وان كان يتم من أعلاه فوضع القطع مجهول ليس متفقا عليه بل هي خلافية منهم من منعها اذ لا بد في القطع من حفر الارض ومنهم من أجازها للتعامل (بخلاف القصصيل) لأنه يقطع فلا تنازع فجاز بيعه فأتم 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 عنهم ما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تباع غنمة حتى تطعم ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع وأخرجه الدارقطني والبيهقي عن عمر بن فروخ قال الدارقطني وأرسله وكيع عن عمر بن فروخ ولم يذكرا ابن عباس وهذا السند حجة وقول البيهقي تفرد برفعه 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 توثيق عمر بن فروخ عن أمية الشان كآبي 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 شعبة في مصنفه بسنده عن عكرمة عنه عليه الصلاة والسلام أنه 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 شعبة وروى مرة موقوفا على ابن عباس في مراسيل أبي داود وكذا رواه الشافعي رحمه الله قال أخذ بن ناسع 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 أن كل ما يبيع في غلافه لا يجوز كاللبن في الضرع واللحم في الشاة الحية أو شحمها أو ألبانها أو أكارعها أو وجهها أو دوقها في هذه الحنطة أو سمن في هذا اللبن ونحو ذلك من الأشياء التي في غلفها لا يمكن أخذها وتسليمها الا بافساد الخلقه والحبوب في قشرها مستثنى من ذلك بما أسلفناه والذهب والفضة في ترابها ما بخلاف جنسها والله الموفق (قوله وحدع من سقف) بالجرأى لا يجوز بيع جدع من سقف (وذراع من ثوب) أي ثوب يضره القطع كالعمامة والتبعض أما ما لا يضره القطع كالكرباس فيجوز وقول الطحاوي في أجر من حائط أو ذراع من كرباس أو ديباج لا يجوز ممنوع في الكرباس أو محمول على كرباس بتبعضه أما ما لا يتبعض به فيجوز كما يجوز بيع فضة من صبرة 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 العقده ولا ضرر فيه ولا يخفى ما فيه وقول نضر الاسلام ان رضي فله أن يرجع فيبطل البيع

(قوله فيمكن من الرجوع وتحقق المنازعة) أقول فيه بحيث فانه اذا كان متمكنا من الرجوع شرطا لا يعتبر بمنزلة اذا لوجهها والاولى عندى أن يقال بدله ولا يكون لازما والبيع اذا لم يكن مشروطا فيه الخيار يكون لازما فيبطل فليتامل (٢٥ - فتح القدير خامس)

(ولولم يكن الجذع معينا لا يجوز لزوم الضرر والجهالة أيضا ولو قطع البائع الذراع أو قطع الجذع قبل أن يفسخ المشتري عاد البيع صححا
 زوال المفسد) وهو الضرر (ولو باع النوى في التمر أو البزري البطيخ لم يصح وان شقه ما أخرج المبيع لأن في وجوده ما احتمالا أي هو شئ
 مغيب وهو في غلافه فلا يجوز بيعه فان قيل بيع الخنطة في سنبلها وأمثالها يبيع ما في وجوده احتمال فانه شئ مغيب في غلافه وهو
 جائز أوجب بأن جوازه باعتبار صحة (١٩٤) انطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به فان الخنطة اذا بيعت في سنبلها

ولولم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا والجهالة أيضا ولو قطع البائع الذراع أو قطع الجذع قبل أن يفسخ المشتري
 يعود صحح الزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر أو البزري البطيخ حيث لا يكون صححا وان
 شقه ما أخرج المبيع لأن في وجوده ما احتمالا أما الجذع فعين موجود قال (وضربة القانص) وهو
 الآن بقطعه أو يقلعه فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب صححا كذلك فان الرجوع لا يمكنه مع المزم
 وهو التزام العقد بما فيه من الضرر وأما إيراد الحجابة فمدفع بأنه ليس فيه استهلاك مال نم يربيع
 الحباب التي لا تخرج الا بفتح الابواب على قول من أجاز والبعض قدمه وأوجب 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 سماع حاكم يمنع هذا وما يلحق به هذا هو المعقول عليه وذلك هو
 الحديث السابق من نبيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللبن في الضرع والسمن في اللبن أفاد ان المنع اذا
 كان لا يسلم 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 وجهها وهو معلل بما يلزم في التسليم من
 الضرر على البائع في المبيع فخرج بيع الحباب التي يحتاج في تسليمها الى هدم أكتاف الابواب على من
 يبيع بيعها (قوله ولولم يكن معينا) يعني الجذع والذراع (لا يجوز ولما ذكرنا) من لزوم الضرر
 (والجهالة) ومعلوم ان هذا فيما يتعيب بالتبعض ويختلف بخلاف درهم من قطعة نقره (ولو قطع
 البائع الجذع وقطع الذراع يعود العقد صححا الزوال المفسد) قبل نقض البيع ولو فعل بعد الفسخ
 لا يجوز وقوله (بخلاف ما اذا باع النوى في التمر أو البزري البطيخ) وكسرها وسلم البزرو النوى قبل الفسخ
 (لا يعود صححا) لان الفساد للغرر (اذ في وجوده ما احتمالا) فكان كبيع بلا مبيع فوقع باطلا
 بخلاف الجذع فانه عين محسوسة قائمة وانما يفسد لزوم الضرر فاذا تحمل البائع وسلمه قبل الفسخ وقع
 التسليم في بيع صحح لان الغرض ان البيع قائم لكن بوصف الفساد فاذا زال المفسد قبل زوال البيع
 صار بالضرورة بيعا بلا فساد وهو معنى الصحح فهذه معنى قولهم انقلب صححا بخلاف الاول وقع باطلا
 وهو معنى المعدوم شرعا فليس هناك بيع قائم لتيزول المبطل فيبقى بيعا بلا بطلان بل اذا زال المبطل بقي
 ملك المبيع بلا مانع من إيراد العقد الصحح عليه وعدم المانع من إيراد العقد الصحح وبإجاده ليس هو
 وجود البيع الصحح ونفوض بعدم جواز البيع فيما اذا باع جلد شاة معينة أو كرشها أو سواد بطنها
 فذبحها أو أءطاه ذلك حيث لا يتقلب جائز مع أنه تحمل الضرر بالذبح أوجب بأن المنع هناك لهله أخرى
 غير لزوم الضرر في التسليم وهو كونه متصلا بمتضمنه خلقه والنص عنه 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 يتناوله بعد الفصل النبي عنه قبل الفصل وحين وقع وقع منها فلنا وكذا الجذع
 في السقف سواء (قوله وضربة القانص) بالرفع والجر على قياس ما تقدمه (وهو) الصائد يقول

انما يقال بعث هذه الخنطة
 فالمدكور ضرر يحاهو المعقود
 عليه فصح العقد لا عمالا
 لتصحح لفظه وأما بز
 البطيخ ونوى التمر وحب
 القطن فاسم المبيع وهو البزري
 والنوى والحب لا ينطلق
 عليه اذ لا يقال هذا بز
 ونوى وحب بل يقال هذا
 بطيخ وتمر وقطن فلم يكن
 المبيع مذكورا وما هو
 المذكور فليس يبيع وهذا
 على قول من يرى تخصيص
 العلة واضح وطريق من
 لا يرى ذلك عرف في أصول
 الفقه وقوله (أما الجذع
 فعين موجودة) اشارة الى
 اتمام الفرق بين البزرو النوى
 والجذع المعين في السقف
 بأن الجذع معين موجود اذ
 الفرض فيه والبزرو النوى
 ليس كذلك فان قيل اذا باع
 جلد الشاة المعينة قبل الذبح
 لا يجوز ولو ذبح الشاة وبيع
 جلدها وسلمه لا يتقلب
 البيع جائزا وان كان الجلد
 عين ما موجودا كالجذع في
 السقف وكذا يبيع كرشها
 وأكارها أوجب بأن المبيع

وان كان موجودا فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقه فكان تابعا له
 فكان العجز عن التسليم هناك معنى أصليا لانه اعتبر عاجزا حكما لما فيه 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 لما فيه من افساد بناء غير مستحق بالهقد فاذا قطع والتزم
 الضرر زال المانع فيجوز حينئذ يجب تخصيصه من العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم قال (وضربة القانص) القانص الصائد يقال قنص
 اذا صاد ووضربة القانص

بعثك

ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة يقال ضرب الشبكة على الطائر القاه ومنه نهى عن ضربته وفي تهذيب الأزهري عن ضرب الغائص وهو الغواص على اللائي وهو أن يقول للتاجر أغوص لك غوصة فما خرجت فهو لك بكذا والمعنى فيه ما واحد وهو أنه مجهول وان فيه غررا لأنه يجوز أن لا يدخل في الشبكة شيء من الصيد وان لا يخرج من الغوصة شيئا قال (وبيع المزابنة) الرفع فيه والجرو الرفع فيما تقدم جائز والمزابنة وهو بيع الثمر بالشاء المثلثة على النخل بتمر بالتاء المثناة مجذوزة مثل كيل ما على النخل من الثمر حرزا وظنا لا حقيقيا لأنه لو كان مثله كيلا حقيقيا يبق ما على الرأس غرابل تمر مجذوزا كالذي يقابله من المجذوز لا يجوز لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة والمخافلة والمخافلة بيع الحنطة في سنبلها بمنظرة مثل كيلها خرصا ولأنه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصا لانه فيه شبهة الر بالحقبة بالحقيقة في التصريح كالأومضوعين على الأرض 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 المزابنة ورخص في العرايا وفسرها بأن يباع الثمر الذي على (١٩٥) رأس النخل بخرصها تمر فيما دون خمسة أوسق وأنت

ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غررا قال (و بيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخل بتمر مجذوز مثل كيله خرصا) لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة والمخافلة فالمزابنة ما ذكرنا والمخافلة بيع الحنطة في سنبلها بمنظرة مثل كيلها خرصا ولأنه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما إذا كانا موضوعين على الأرض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رجه الله يجوز فيما دون خمسة أوسق لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو أن يباع بخرصها تمر فيما دون خمسة أوسق قلنا العربية العطيبة لغصة وتأويله أن يبيع المعري له ما على النخل من المعري بتمر مجذوز وهو بيع مجازا لأنه لم يملكه فيكون رابعا مبتدأ

بعتك (ما يخرج من) القاه هذه (الشبكة مرة) بكذا وقيل بالغين والياء الغائص قال في تهذيب الأزهري نهى عن ضرب الغائص وهو الغواص يقول أغوص غوصة فما خرج من اللائي فهو لأن بكذا فهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد فكان غررا وبلهالة ما يخرج (قوله وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخل بتمر مجذوز مثل كيله خرصا) لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة) في الصحيحين من حديث جابر بن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمخافلة وزاد مسلم في لفظ وزعم جابر أن المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا والمخافلة في الزرع على نحو ذلك بيع الزرع القائم بالحلب كسلا وأخرج البخاري عن أنس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخافلة والمخافلة والملاسة والمناذبة والمزابنة وقول المصنف (يمثل كيله خرصا) الخرص الحزر (وكذا العنب بالزبيب) لا يجوز ومعنى النهى أنه مال إلا فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل بتساويهما (كألو كانا موضوعين على الأرض وقال الشافعي رجه الله تجوز) المزابنة بالتفسير الذي ذكرنا (فيمادون 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 أن اتباع بخرصها وفي لفظ رخص في العربية أن تؤخذ بمثل خرصها تمرأيا كها رطبيا ووافق الشافعي أحمد

لوعده وبه نقول لأن الموهوب لم يصير ملكا للوهوب له ما دام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من الثمر لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة ويسمى بيعا مجازا لأنه 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 الأول 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 العرايا والأصل حل الاستثناء على الحقيقة والاستثناء من المبيع حقيقة بيع ليعيوب دخوله في المستثنى منه والجواب عن الأول أن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم وعن الثاني أنه على ذلك التقدير يناق قوله عليه الصلاة والسلام المشهور بالتمر بالتمر مثلا بمثل والمشهور قاض عليه

(قوله قال وبيع المزابنة إلى قوله من المجذوز لا يجوز) أقول قوله الرفع فيه أي وحده وقوله والجسر والرفع أي كلاهما وقوله والمزابنة مبتدأ وقوله لا تجوز خبره

قال (ولا يجوز البيع بالقاه
 الحجر) سام البائع السلمة
 أى عرضها وكرمتها
 وسامها المشتري بمعنى
 استئامها ببيع الملامسة
 هو أن يتساوم الرجلان
 في السلعة فيلصقها المشتري
 بيده فيكون ذلك ابتعا
 لها رضى مالكها بذلك أو لم
 يرض ويبيع المتنازعة هو
 أن يتراوض الرجلان على
 السلعة فيجب مالكة الزام
 المساوم له عليها أيها
 فيبذرها إليه فيلزمه بذلك
 ولا يكون له ردها عليه
 وبيع القاه الحجر هو أن
 يتساوم الرجلان على السلعة
 فاذا وضع الطالب اشراها
 حصة عليها تم البيع فيها
 على صاحبها ولم يكن لصاحبها
 ارتجاع فيها وهذه كانت
 بيوعا في الجاهلية فنهى
 عنها رسول الله صلى الله
 عليه وسلم وعيارة الكتاب
 تشير إلى أن المنهى عنه
 بيع الملامسة والمتنازعة
 وبيع القاه الحجر ملحق بهما
 لأنه في معناه ما ولا في
 تعليقا بالخط والتليكات
 لا تحتمله لادائه إلى معنى
 القمار لأنه بمنزلة أن يقول
 البائع للمشتري أى ثوب أقيم
 عليه الحجر فقد بعته وأى
 ثوب لمسته بيدك فقد بعته
 وأى ثوب نبذته إلى فقد
 اشترته

(قوله وأى ثوب نبذته)
 أقول فيه مسامحة لا تخفى

قال (ولا يجوز البيع بالقاه الحجر واللامسة والمتنازعة) وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو أن يتراوض
 الرجلان على سلعة أى يتساومان فاذا لمساها المشتري أو نبذها إليه البائع أو وضع المشتري عليه حصة
 لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني المتنازعة والثالث القاه الحجر وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن
 بيع الملامسة والمتنازعة ولأن فيه تعليقا بالخط

في ذلك لأنه لم يصحها الا للضرورة قال الطحاوي جاءت هذه الآثار وتواترت في الرخصة في بيع العرايا
 فقبلها أهل العلم جميعا ويرى مختلفوا في صحة حجيتها ولو كنهم تنازعوا في تأويلها فقال قوم العرايا أن يكون
 له الخلة أو الخلتان في وسط النخل الكثير لرجل آخر قالوا وكان أهل المدينة إذا كان وقت التمار
 خرجوا بأهلهم إلى حوائطهم فيجىء صاحب الخلة أو الخلتين فيمض ذلك بصاحب النخل الكثير
 فرخص صلى الله عليه وسلم لصاحب الكثير أن يعطيه خرص ماله من ذلك تمرا ليصرف هو وأهله عنه
 وروى هذا عن مالك قال الطحاوي وكان أبو حنيفة يقول فيما سمعت أجد بن أبي عمران يذكر أنه
 سمع من محمد بن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال معنى ذلك عندنا أن يعرى الرجل الرجل الخلة
 من نخله فلا يسل ذلك إليه حتى يبدوله فرخص له أن يجبس ذلك ويعطيه مكانه بخرصه تمرا قال الطحاوي
 وهذا التأويل أشبهه وأولى بما قال مالك لأن العربية انما هي العطية ألا ترى إلى الذي مدح الانصار كيف
 مدحهم اذ يقول

فليست بسنةاه ولا رجبية * ولكن عرايا في السنين الجوائح

أى انهم كانوا يعرفون في السنين الجوائح أى يهبون ولو كانت كما قال ما كانوا يمدحون بها إذ 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 الخلة
 ولا يعرف ذلك في اللغة وتخصيص مادون خمسة أوسق لانهم كانوا يعرفون هذا المقدار وما قرب منه
 ومعنى الرخصة هو رخصة أن يخرج من اخلاف الوعد الذى 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 منى شبه الوعد فلا أتى الله بثلث
 النفاق وجعله ثلثا لحديث عنه صلى الله عليه وسلم علامة النفاق ثلاث ان حدث كذب وان وعد
 أخلف وان أوتى خان وأما ما ذكر من تأويل العربية الامام موفق الدين روى محمود بن لبيد قال قلت
 لزيد بن ثابت ما عرايا كم هذه فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم
 أن الرطب أتى ولانقدها بأيديهم يتنازعون به رطبا فأكونه وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن
 يتناعوا العربية بخرصها من التمر فبدأ كلونه رطبا وقال متفق 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
 سندا بعد الفحص البالغ ولكن الشافعي ذكره في كتابه في باب العرايا من غير اسناد (قوله ولا يجوز البيع
 بالقاه الحجر واللامسة) إلى قوله (وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم إلى آخره) في الصحيحين من
 حديث أبي هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمتنازعة زاد مسلم
 أما الملامسة فان يلس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل فيلزم اللامسة البيع من غير خياره عند الرؤية
 وهذا بان يكون مثلا في ظامة أو يكون مطويا هرا ثم امتفقان على انه اذا لمسه فقد باعه وقساده لتعلق
 التماسك على أنه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس والمتنازعة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى
 الآخر ولم ينظر كل واحد منهما إلى ثوب صاحبه على جعل التنبذ بيعا وهذه كانت بيوعا بتعارفونها في
 الجاهلية وكذا القاه الحجر ان يلقى حصة وعة أو ثوب فأى ثوب وقع عليه كان المبيع بلا تأمل وروية ولا

(ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين بلهالة المبيع الآن يقول على أنك بالخيار أن تأخذ أيهما شئت فإنه يجوز استئسانا وقد تقدم الكلام فيه قال (ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها) والمراد به الكلا وهو ما ليس له (١٩٧) ساق من الحشيش كذا روى عن محمد

وقبل ما ليس له ساق وماله ساق فهو كلا وإنما فسر المرعي بذلك لأن لفظ المرعي يقع على موضع الرعي وهو الارض وعلى الكلا وعلى مصدر رعى ولو لم يفسر بذلك اتوههم أن بيع الارض واجارتها لا يجوز وهو غير صحيح لأن بيع الارضى واجارتها صحيح سواء كان فيها الكلا أو لم يكن اما عدم جواز بيع الكلا غير المحرز فلانه غير ملوك لا يشارك الناس فيه بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار وما هو غير ملوك لا يجوز بيعه ومعنى شركتهم فيها ان لهم الانتفاع بصونها والاصطلاحهم والشرب وسقى الدواب والاستقاء من الابار والحياض المملوكة والانهار 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 أن توصلى الى حقي أو تمنحه فتدفعه الى أو تدعى آخذه كئوب لرجل وقع في دار انسان هذا اذا ثبت ظاهرا وأما اذا ثبته صاحب الارض بالسقي فاختلاف

قال (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) بلهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استئسانا وقد ذكرناه بفرعه قال (ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها) المراد الكلا أما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لا يشارك الناس فيه بالحديث

خيار بعد ذلك ولا بد أن يسبق تراوضهما على الثمن ولا فرق بين كون المبيع معينا فاذا تراوضا فإلحاقه اليه البائع لزم المشتري فليس له أن يقبل أو غير معين كما ذكرناه ومعنى النهى ما في كل من الجهالة وتعليق التمليك بالخطر فانه في معنى اذا وقع مجرى على ثوب فقد بدعته منك أو بعثته بكذا أو اذا سلمته أو بذته والتساوم تفاعل من السوم سام البائع السلعة عرضها للبيع وذكرتمها وسامها المشتري بمعنى استامها سوما ومنه لا يسوم الرجل على سوم أخيه أى لا يطلب البيع ويروض فيه حال مراوضة أخيه فيه لأنه بمعنى لا يشتري كما قيل بل نهي عن السوم بثبت التزاما لأنه اذا نهي عن التكلم في الشراء فكيف بمقابلة الشراء (قوله ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) بلهالة المبيع الآن يكون على هذا الوجه وهو أن يقول بعثك واحد منهم ما على أنك بالخيار أن تأخذ أيهما شئت فإنه يجوز استئسانا وتقدم ذكرها بفرعها في خيار الشرط (قوله ولا يجوز بيع المراعي) ثم فسرها بالكلا دفعا لوهم أن يراد مكان الرعي فانه جائز (ولا اجارتها) أما البيع فانه ورد على ما لا يملكه لا يشارك الناس فيه) اشترك ابا حنيفة لا يملك ولانه لا يحصل به للمشتري فائدة فان المقصود من الملك يحصل بلبس أو يملكه بدونه (للحديث) الذي رواه أبو داود في سننه في البيوع عن حريز بن 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 فبكت أسنمته يقول المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والنار والكلا ورواه أحمد في مسنده وابن أبي شيبة وأسند ابن أبي عمير في الكامل عن أحمد وابن معين انهما قالوا في حريز بن عثمان وجهالة الصحابي لا تضر ومعنى الشركة في النار الاصل طلاءها وتجفيف الثياب يعنى اذا أوقد رجل ناراً فلكل أن يصطلي بها أما اذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك الا باذن صاحبه كذا ذكره القدروري ومعناه في الماء الشرب وسقى الدواب والاستقاء من الابار والحياض والانهار المملوكة وفي الكلا ان له احتشاشه وان كان في أرض مملوكة غير أن اصحاب الارض أن يمنع من الدخول في أرضه فاذا منع فليغيره أن يقول ان لى في أرضك حقا فاما أن توصلى اليه أو تمنحه أو تستقي وتدفعه لى وصار كئوب رجل وقع في دار رجل إما أن يأذن للمالك في دخوله ليأخذ منه وما أن يخرج به اليه أما اذا حرز الماء بالاستقاء في آنية والكلا بقطعه جاز حينئذ يبيعه لانه بذلك يملكه وظاهر أن هذا اذا ثبت بنفسه فأما لو كان سقى الارض واعد لها النباتات فنبتت ففي الذخيرة والحيط والنوازل يجوز بيعه لانه ملكه وهو مختار الصدور الشهيد وكذا ذكر في اختلاف أبي حنيفة وزفر نبت الكلا بانباته جاز بيعه وكذا لو حصد حول أرضه وهياها لالانبات حتى نبت القصب صار ملكا ولا يجوز بيع كساة في أرضه قبل أن يقطعها ولا ماء وقال القدروري لا يجوز بيع الكلا في أرضه وان ساق الماء الى أرضه وعلقته مؤنة لان الشركة فيه ثابتة وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بجميعة والاكثر على الاول الا أن على هذا القائل أن يقول ينبغي ان حافر البئر يملك بناءها ويكون بتكليف الحفر والطي لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلا بتكليفه سوق الماء الى الارض لينبت فله منع المستقي وان لم يكن في أرض مملوكة له ثم الكلا ذكر الخلواني عن محمد انه ما ليس له ساق وماله ساق ليس كلا وكان النضلي يقول هو أيضا كلا وفي المغرب هو كل ما رعته الدواب من رطب

الرواية وذكر في الحيط والذخيرة والنوازل ان صاحبها يملكه وليس لاحد أن يأخذ به بغير اذنه فجاز بيعه وذكر القدروري انه لا يجوز بيعه لان الشركة في الكلا ثابتة بالنص وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بجميعة الكلا فتح على الشركة فلا يجوز بيعه

وأما عدم حوز الاجارة فللعينين أحدهما وقوع الاجارة في عين غير ملوكة والثاني انعقادها على استهلاك عين مباح وان انعقادها على استهلاك عين مملوكة بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يصح فعلى استهلاك عين مباح أولى وذلك لان المستحق بعد الاجارة على اجر المنافع لا الاعيان الا اذا كانت الاعيان آلة لا فامة العمل المستحق بالاجارة كالصبيغ في استئجار الصباغ واللين في استئجار الظئر لكونه آلة للعضانة والظئرة ولم يذكر ان اجارة السكلا وقعت فاسدة أو باطلة وذكروا في الشرب انها فاسدة حتى يملك الاجارة بالقبض وينفذ عتقه فيها قال (ولا يجوز بيع النحل) قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يجوز بيع النحل وقال محمد بن جوزا اذا كان محرزاً أي مجموعاً وهو قول الشافعي لانه حيوان منتفع به (١٩٨) حقيقة باستيلاء ما يحدث منه وشرعا لعدم ما يمنع عنه شرعا وكل ما هو كذلك

وأما الاجارة فلانها اعتقدت على استهلاك عين مباح ولو اعتقدت على استهلاك عين ملوكة بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى قال (ولا يجوز بيع النحل) 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 والهمان من الهوام فلا يجوز بيعه كالتنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخرج حتى لو باع كواره فيها غسل بما فيها من النحل يجوز بيعه كذا ذكره الكرخي رحمه الله

ويابس وهو واحد الاكلاء (وأما الاجارة فلائها) لو صححت ملكها الاعيان وحكمها ليس الاملك المنافع نعم اذا كانت الاعيان آلة لا فامة العمل المستحق كالصبيغ واللين في استئجار الظئر فيملك بعد اقامة العمل تبعا أما ابتداء فلا (وكذا الواستأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز) مع انها اعتقدت على استهلاك عين ملوكة (فهذا أولى) لانها على استهلاك عين غير ملوكة وهل الاجارة فاسدة أو باطلة ذكروا 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 منتفعا والحيلة في ذلك أن يستأجر الارض لضرب فيها فساطه أو ليحمله حظيرة لغنمة ثم يستبيع المرعي فيحصل مقصودهما (قوله ولا يجوز بيع النحل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله ما قاله محمد بن جوزا 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 ما وان لم يؤكل لالانتفاع به ما والقدرة على تسليمهما (ولابي حنيفة وأبي يوسف انه من الهوام فلا يجوز بيعه) كما لا يجوز بيع الوزغ والعقرب والزنبور والحية وهذا هو شأنه في نفسه من الهوام لانه غير منتفع به (و) انما (الانتفاع بما يتولد منه لا بعينه) بخلاف الطحش فانه ينتفع به فاني الحال قبل حدوث ما يتولد منه فقبل حدوث ما يتولد منه لا ينتفع به بل هو في نفسه هامة من الهوام ولذا قال في الجامع الصغير ان وجد بها عيبا بكم يرداها اشارة الى أن النحل لا قيمة لها حتى لو باعها نعال الكواره فيها غسل وهو فيها جازذ كره الكرخي كالشرب والطريق وقال القديري انه حكى عن أبي الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع تبعا ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامع هذا التعليق بعينه عن أبي يوسف والتبعية لا تنحصر في الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل في الوجود والنحل تابع له في المقصود بالبيع والكواره بضم الكاف وتشديد الواو عسل النحل اذا سوى من طين وفي التهذيب كواره النحل مخففة وفي المغرب بالكسر من غير

يجوز بيعه وكونه غير ما كوال اللحم لا ينافيه كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام وهي المخوفة من الاحناس لا يجوز بيعها قال في الجامع الصغير رأيت ان وجد بها عيبا بكم يرداها وفيه اشارة الى أن النحل لا قيمة لها ولا رغبة في عينها (قوله والانتفاع بما يخرج منه) جواب عن قوله حيوان منتفع به يعني لانسلم انه منتفع به بعينه بل الانتفاع بما يحدث منه وذلك معدوم في الحال قيل قوله لا بعينه احتراز عن المهر والطحش فانهما وان كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما في المال باعيانهم ما وفيه بعد نزع وجههما بقوله يخرج منه واذا كان الانتفاع بما يخرج فقبل نزع وجهه لا يكون منتفعا به حتى لو كان ما يخرج منه بأن باع كواره بضم الكاف وكسرهما وهي

تشديد

معسل النحل اذا سوى من طين فيما غسل بما فيها من النحل يجوز تبعا

له كذا ذكر الكرخي في مختصره وقال القديري في شرحه لهذا المختصر وأما اذا باع العسل مع النحل فانه قد يقع على العسل ويدخل النحل 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 والنحل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامع هذا التعليق بعينه عن أبي يوسف

(قوله لعدم ما يمنع عنه) أقول أي عن الايقاع (قوله قيل قوله لا بعينه احتراز الخ) أقول القائل هو الاتقاني والخبازي (قوله وفيه بعد

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 وجاز عند محمد لكونه منتفعا به ولمكان الضرورة في بيعة قبل وعليه الفتوى وأجاز أبو يوسف بيع دود القز اذا ظهر فيه القز تبعاله كبيع النخل مع العسل وبيع بيضة مطلقا (١٩٩) لمكان الضرورة ونقل عنه أنه مع أبي حنيفة كافي دوده وهذه

(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 وعندهم يجوز) لمكان الضرورة وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله كافي دود القز والحمام اذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها 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 اشهد عند اخذها لانه أمانة عنده

تشديد وقيد 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 قبله يكون غير منتفع به والكلام في بيعه حينئذ والوجه قول محمد للعادة الضرورية وقد ضمن محمد متلف كل من النخل ودود القز وفي الخ لامة في بيعهما قال الفتوى على قول محمد ثم لا يخفى أن محمد اناسب أصله في مسألة بيع النخل في القول بجوازه وأبو حنيفة كذلك في قوله بعدمه وأما أبو يوسف فيجب أن يقول مثله في النخل وما قدمه المصنف في النخل عن الكرخي بجوازه اذا بيع تبعاله ككواره ظاهره 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 تبعاله للزقية ولان الجواز فيهما فلامعنى لافراد أبي حنيفة في هذه وقران أبي يوسف معه في تلك والاتفاق على عدم جواز بيع ماسواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والعظاية والقةنافذ والجعل والضب ولا يجوز بيع شئ من البحر الا السمك كالأضفدع والسرطان والسلفهارة وفرس البحر وغير ذلك وقال محمد اذا كان الدود ورق التوت من واحد والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما منصفين 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 البز لانه حدث من بزها ولها على صاحبة البز زقية الاوارق وأجر مثلها ومثله اذا دفع بقرة الى آخر بعلمها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحدث 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 جاز بيعها) أما اذا كانت في بروجها ومخارجها مسدودة فلا اشكال في جواز بيعها وأما اذا كانت في حال طيرانها ولموم بالعادة انها تجي فكذلك لان المعلوم عادة كلواضع فكان مملوكا مقدور التسليم وتجوز كونه لا يعود أو عروض عدم عوده لا يمنع جواز لبيع 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 برقانه يجوز وان جاز ان لا يهود (قوله) ولا يجوز بيع الآبق) الآبق اذا لم يكن عند المشتري لا يجوز بيعه باتفاق الأئمة الاربعة ويجوز عنقه غير انه اذا اعتقه

العبارة تشير الى أن أبا حنيفة انعام بجوز بيعه بانفسراده فاما اذا كان تبعا فيجوز والحمام اذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز البيع لانه مال مقدور التسليم وكان موضع ذكروه عند قوله ولا يبيع الطير في الهواء وانما ذكرها هنا تبعالما ذكره الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير لانه وضعه عنه كذلك قال (ولا يجوز بيع الآبق) يبيع الآبق المطلق لا يجوز لما ذكر محمد في الاصل بقوله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر وعن بيع العبد الآبق ولانه غير مقدور التسليم والآبق الذي لا يكون مطلقا وهو الذي لا يكون آبقا في حق أحد المتعاقدين جاز بيعه كن باعه من رجل يزعم انه عنده لان المنهي عنه بيع المطلق منه وهذا غير آبق في حق المشتري فيفتني العجز عن التسليم المانع من الجواز ثم هل يصير قابضا بمجرد العقد أو لان كان قبضه لنفسه يصير قابضا عقب الشراء بالاتفاق وان قبضه للرد

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 لي حنيفة من الفرق بين بيع النخل وبيع دود القز حيث جوز الاول تبعادون الثاني (قوله) وهذه العبارة تشير الى (أقول فيه تأمل) (قوله) والآبق الذي في قوله هل يصير (أقول فيه تأمل)

(وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع) لان قبض الضمان أقوى لنا كده بالزوم والملك أما الزوم فلان المشتري لو امتنع عن قبض البيع أجبر عليه وبعد القبض ليس للبائع فسخه بخلاف الامانة وأما الملك فلان الضمان يثبت 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

وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضاً لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه من قبضه لا يجوز لانه أتى في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الابن ثم عاد من الابن لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لعدم المحل كبيع الطير في الهواء وعن أبي حنيفة رحمه الله انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انما يقام بالمالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا أتى بعد البيع وهكذا يروى عن محمد رحمه الله

عن كندارة اشترط العلم بحياته وتجزؤته لانه الصغير أو ايتيم في حجره بخلاف البيع لابنه الصغير حيث لا يجوز لان شرطه القدرة على التسليم عتيم البيع وهو متف وماتى له من اليد يصلح لقبض الهبة ولا يصلح لقبض البيع لانه قبض باء مال مقبوض من مال الابن وهذا قبض ليس بائنه مال يخرج من مال الولد فكفت تلك اليد له نظر الصغير فانه لو عاد على ملك الصغير وله ذأ جزأ بيعة من ذكرانه في يده لتبوت التسليم والمقصود من القدرة على التسليم ثبوت التسليم فإذا كان بائنا حصل المقصود بخلاف ما لو جاء المشتري برجل معه وقال عبدك لا أتى عند هذا فعينه وانا قبضه منه واعترف ذلك الرجل لا يجوز بيعه لان تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز واذا جاز بيعه هل يصير قابضاً في الحال حتى لو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع يتم القبض والبيع ان كان حين قبضه أشهد انه قبض هذا البرده 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 هذا قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع ولو عاد من اباؤه وقد باعه من ليس عنده هل يعود البيع جائز اذا سلمه فعلى ظاهر الرواية لا يعود صحيحاً وهو مروي عن محمد كما اذا باع خيراً ففعلت قبل التسليم أو باع طيراً في الهواء ثم أخذه لا يعود صحيحاً وهذا يفسد أن البيع باطل وهو مختار من مشايخ بلج والتهلج لان وجود الشرط يجب كونه عند العقد وفي رواية أخرى عن محمد وهو رواية عن أبي حنيفة فيجوز اقيام المالية والملك في الأتق ولذا صح عتقه فكان كبيع المرهون اذا افتسكه قبل الخصومة وفسخ القاضي للبيع وبه أخذ الكرخي وجاعة من المشايخ حتى اذا امتنع البائع من تسليمه أو المشتري من قبوله أجبر على ذلك لان صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ بخلاف ما اذا رجع بعد ان فسخ القاضي البيع أو تخاصما فانه لا يعود صحيحاً اتفاقاً وهذا يقتضي أن البيع فاسد فالحق أن اختلاف الرواية والمشايخ فيه بناء على الاختلاف في أنه باطل أو فاسد فانك علمت ان ارتفاع الفساد في الفاسد يردده 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 اقيام المالية والملك والوجه عندى ان عدم القدرة على التسليم مفسد لا يبطل وهذا ما يخرج فيه الخلاف فانهم اختلفوا في بيع الطير في الهواء وان كان أخذه ثم أرسله فانه لا يخرج عن ملكه وقد اختلفوا فيما لو أخذه بعد بيعه وسلمه فطائفه مع الكرخي يعود جائزاً والبخيون لا يعود جائزاً فبضرورة ان من قال بالجواز قائل بأنه فاسد مع عدم القدرة على التسليم وقول من قال المحل كونه مالا يملكه كونه مقدوراً على التسليم ان عنى محله البيع الصحيح فتم والا فلا

وذكر الامام الترمذي انه لا يصير قابضاً عند أبي يوسف وقول المصنف يجب ان يصير قابضاً كأنه اشار الى أنه يلزم أبا يوسف القول بكونه قابضاً نظراً الى القاعدة ولو قال المشتري هو عند فلان فبعه من قبضه لا يجوز لانه أتى في حق المتعاقدين وغيره مقدوراً على التسليم اذا البائع لا يقدر على تسليم ما ليس في يده ولو باع الابن ثم عاد من الابن هل يتم ذلك العقد ويحتاج الى عقد جديد في ظاهر الرواية وبه أخذ مشايخ بلج أن ذلك العقد لا يتم ويحتاج الى عقد جديد لوقوعه باطلا فان جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فأنعدم المحل فصار كما اذا باع الطير في الهواء ثم أخذه وسلمه في المجلس وعرض بان الاعتاق يجوز ولو فات المحل لما جاز وأجيب بان الاعتاق باطل الملك وهو بلائ التوى بالابن بخلاف البيع فيه فانه ائبانه والتوى يتأفقه وروى عن أبي حنيفة أن العقد يتم اذا لم يفسخ والبائع ان امتنع عن تسليمه

المشتري عن قبضه أجبر على ذلك لان العقد انما يقام بالمالية لان مال المولى لا يزول بالابن وله ذأ جاز اعتاقه وتديبه والمانع وهو العجز عن التسليم قد ارتفع فحقق المقتضى وانتهى المانع فيجوز وصار كما اذا أتى العبد بعد البيع وهكذا يروى عن محمد وبه أخذ الكرخي وجاعة من مشايخنا وأما اذا رغب المشتري الى القاضي وطلب منه التسليم وعجز البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد

قال (والابن امرأ في قدح) قيد بقوله في قدح لدفع ما عسى أن يتوهم أن يتبعه في الضرع لا يجوز كسائر البان الحيوانات وفي القدح يجوز فقال انه لا يجوز في قدح وجوز الشافعي بيعه لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز كسائر الابان وعقب بقوله طاهر احتراز عن الخمر فانها ليست بطاهرة ولنا انه جزء الآدمي لان الشرع أثبت حرمة الرضاع لمعنى البغضية وجزء الآدمي ليس بمال الناس لا يتولونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه وعورض بأنه لو كان جزء الآدمي لكان مضمونا بالاتلاف كبقية أجزاء الآدمي أوجب بأننا نسلم ان الاجزاء تضمن بالاتلاف بل المضمون ما انتقص من الاصل الا ترى ان الجرح اذا اتصل به البره (٣٠١) يسقط الضمان وكذا السن اذا نبتت

(قوله وهو) أي الآدمي بجميع أجزائه مكرم يجوز أن يكون دليلاً آخر وتفسر به أن الآدمي بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال وما يرد عليه البيع ليس بمكرم ولا مصون عن الابتذال ولا فسق في ظاهر الرواية بين ابن الحر 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 وبانه ان الرق حل نفسها وما حل فيه الرق جاز بيعه وأما اللبن فلارق فيه لان الرق يختص بحمل القوة التي هي ضد الرق يعني العتق وهو أي المحل هو الحي ومعناه انهما صفتان يتعاقبان على موضع واحد فهما صفتان واذا لحياة 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 امرأ في قدح) وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين ابن الحر والامة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فأما اللبن فلارق فيه لانه يختص بحمل يحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن

بل محل البيع المال المملوك للبائع أو غيره فان كان له فنافذاً ولو تغيره فموقوف والتا فذا ما صحح ان كان مبيعه مقدوراً للتسليم ليس فيه شرط فاسد والافساد وأما حديث النهي عن بيع الآدمي فروى اسحق بن راهويه أخبرنا سويد بن عبد العزيز الدمشقي قال حدثنا جعفر بن الحرث أبو الأشهب 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 ضروعها 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 برفعه 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 أيضا وعلى كل حال فالاجماع على ثبوت حكمه دليل على أن هذا المضعف بحسب الظاهر صحح في نفس الامر (قوله ولا يبيع ابن امرأ في قدح) هذا القيد لبيان منع بيعه بعد انفصاله عن محله فانه لا يكون في قدح الابعاد انفصاله أما عين القدح فليس فيه دليل سائر الآواني سواء وانما هو قيد باعتبار لازمه وهو انفصاله عن مقره كي لا يظن أن امتناع بيعه مادام في الضرع كغيره بل على سائر أحواله لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه وهو مذهب مالك وأحمد (وعند الشافعي يجوز لانه مشروب طاهر) فيجوز بيعه ونحن نمنع انه مشروب مطلقا بل للضرورة حتى اذا استغنى عن الرضاع لا يجوز شربه والانتفاع به يحرم حتى يمنع بعضهم صبه في العين الرمداء وبعضهم أجازها اذا عرف انه دواء عند البره (و) نقول (هو جزء من الآدمي مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين ابن الحر والامة وعن أبي يوسف انه يجوز في لبن الامة لانه لا يجوز ايراد العقد على كلها فيجوز على جزئها قلنا) الجواز يتبع المالمية ولا مالمية للانسان الا ما كان محل الرق (وهو الحي ولا حياة في اللبن) ولان العتق قوة شرعية حاصلها اقدرة ثبتت له شرعا على تصرفات شرعية ترد على الرق فترفعه ولا بد من اتحاد محلها ما وليس اللبن محل تلك القدرة فان قيل أجزاء الآدمي مضمونة فيجب كون اللبن كذلك يضمن بالاتلاف أوجب يمنع ضمان أجزائه مطلقا بل المضمون ما انتقص من الاصل حتى لو نبت السن التي قلعت لا ضمان الا ما يستوفى بالوطء فانه مضمون وان لم ينتقص شيئا تغليظا لامر البضع فعمل ما يستوفى بالوطء في حكم النفس بخلاف من جرح صرف

(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 بالابن الجنس عادة ولكن لا يدل ذلك على كونه مالا كالهيئة تكون غذاء عند الضرورة وليست بمال يجوز بيعه

(قوله لدفع ما عسى أن يتوهم) أقول هذا التوهم بعد جده بعد ما سبق قوله ولا اللبن في الضرع (قوله لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز) أقول الماء مشروب طاهر ولا يجوز بيعه قبل الاحراز كالكلاء فلم أن مجرد ذلك لا يكفي (قوله وتقريره أن الآدمي بجميع أجزائه مكرم الخ) أقول قياسا 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 للضرورة لان غيره

لا يعمل عمله فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يجوز بيعه اجاب بانه يوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى بيعه وعلى هذا قيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع وقال أبو الليث ان كانت الاسا كفة 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 متوقفا وما المجرزوز فطاهر كذا في التمرناشي وقاضيخان قال (ولا يجوز بيع شعور الانسان الخ) بيع شعور الادميين والانتفاع بها لا يجوز ومن 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 لمافعه له اذا التحس لا يتبرك به وجه الظاهر أن الأدمي مكرم غير مبتذل وما هو كذلك لا يجوز أن يكون شي 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 للضرورة لان العمل لا يتأق 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 يبي يوسف رحمه الله ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغيرها (ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع بها) لان الأدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز ان يكون شي من اجزائه مهانا ومبتذلا
شاة فانه يضمن وان نبت غيره وباتلاف الدين لا ينتقص شي من الاصل ولان حرمة المصاهرة تثبت بشره في اشاعته يبيعه فتحليب فساد الانكحة فانه لا يقدر على ضبط المشتري والبائعين في شيع فساد الانكحة بين المسلمين وهذا وان كان يندفع اذا كانت حرمة شره شائعة بالدار فيعلم ان شراءه ليس الا لمنفعة أخرى كسراء الامة المحوسبة بعد اشتهار حرمة وطهها شرعا لكنهم يجيزون شره للكبير هذا وقد أسند الفقيه أبو الليث الى محمد بن ستم متصل قال سمعت الفقيه أبا جعفر يقول سمعت الفقيه أبا القاسم أحمد بن حنبل قال قال نصير بن يحيى سمعت الحسن بن سيبويه يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها لانه لما جازت الاجارة ثبت أن سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الاموال لانه لو كان مالا لم تجز الاجارة الا ترى أن رجلا لو استأجر بقرة على أن يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جازت اجارة الظئر ثبت أن لبنها ليس مالا هذا وأما المصنف فاعلم ان البيع لا يبيح الا الأدمي مكرم بجميع اجزائه فلا يتبدل بالبيع وسأق باقيه (قوله) ولا يبيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له) أورد عليه انه جعل البيع هنا في لبن المرأة اهانة مانعة من جواز البيع للزوم الاكرام والبيع بغيره وجعله في مسألة بيع 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 سائسي الدواب أن يلزم الوقوف بالحضرة مع الواقفين كان غاية الاكرام له ولو أمر القاضي بذلك كان غاية الاهانة له فالخمر والخنزير في غاية الاهانة شرعا فلو جعل مبيعا مقابلا يبدل معزز كالدرهم أو الثياب كان غاية اكرامه والا ادمي مكرم شرعا وان كان كافرا فإراد العقد عليه وابداله به والخافه بالمخادات اذلاله هذا وتعليل المصنف بالنجاسة لمنع البيع برده عليه بيع السرقة فالعمول عليه التعليل بالانتفاع والحاجة اليه مع امكان وجوده مباح الاصل فلا تناقض في (ثم يجوز الانتفاع به للضرورة) فان الخزازين لا يتأق بهم ذلك العمل بدونه (و) هو (يوجد مباح الاصل فلا حاجة الى بيعه) فلم يكن بيعه في محل الضرورة حتى يجوز وعلى هذا قال الفقيه أبو الليث فلو لم يوجد الا بالشراء جاز شراؤه لشمول الحاجة اليه وقد قيل أيضا ان الضرورة ليست ثابتة في الخمر 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 يتأق بدونه كما ذكرنا الا أن يقال ذلك فرد تحمل مشقة في خاصة نفسه فلا يجوز أن يلزم العموم حرامه 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 الخمر فتكون بالنسبة اليه فقط كذلك وما ذكر في بعض المواضع من جواز صلاة الخزازين مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم ينبغى أن يخرج 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 ويتجمع على ثيابهم هذا المقدار (قوله) ولا يجوز بيع شعر الانسان مع قولنا بطهارته (والانتفاع به لان الأدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان يكون شي من اجزائه مهانا ومبتذلا)

لا يعمل عمله فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يجوز بيعه اجاب بانه يوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى بيعه وعلى هذا قيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع وقال أبو الليث ان كانت الاسا كفة 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 متوقفا وما المجرزوز فطاهر كذا في التمرناشي وقاضيخان قال (ولا يجوز بيع شعور الانسان الخ) بيع شعور الادميين والانتفاع بها لا يجوز ومن 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 لمافعه له اذا التحس لا يتبرك به وجه الظاهر أن الأدمي مكرم غير مبتذل وما هو كذلك لا يجوز أن يكون شي من اجزائه مبتذلا مهانا وفي البيع والانتفاع ذلك

و يؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة والواصلة من تصل الشعر والمستوصلة من يفعل به اذ ذلك فان قيل جعل المصنف رحمه الله الله يبيع شعر الخنزير اعزازا فيما تقدم وجعل يبيع شعر الادمى اهانة له والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز ان يكون موجبا لاهرين متنافيين واجيب بأن البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع فان كان مما حقره الشرع فبيعه ومبادلته بمالم يحقره اعزاز له فلا يجوز لافضائه الى اعزاز ما حقره الشرع وان كان مما كرمه وعظمه فبيعه ومبادلته بمالم 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 غيره الانسان لا ينجس بالزائلة فشره وهو طاهر اولى ولان في تناثر الشعر ضرورة وهي تنافي النجاسة وقال الشافعي نجس لحرممة الانتفاع به وهو محجوج بالضرورة ولا بأس باتخاذ القراميل وهي ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون (٣٠٣) النساء أى في اصول شعرهن بالتكثير

وفي ذواتهن بالتطويل ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لانه غير منتفع بها نجاستها قال صلى الله عليه وسلم لاتنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ كذا روى عن الخليل وقد مر في كتاب الصلاة فان قيل نجاستها مجاورة باتصال الرسومات ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس اوجب بانها خلقية فالم يزال بالدباغ فهي كعين الجلد بخلاف نجاسة الثوب فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم (لاتنتفعوا من الميتة) يقتضى المشروعية فمن أين الا جواز الجواب انه منى عن الاعمال الحسية وهو يفيد طالع التقرير تطوع عليه (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت به) لان تأثيره في ازالة الرطوبات كالذكاة والجلد يطهر بها فيظهر بالدباغ ولا بأس ببيع

وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة والحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذواتهن قال (ولا يبيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) لانه غير منتفع به قال عليه الصلاة والسلام لاتنتفعوا 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 وعصبها ووصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله) لانها طاهرة لا يحلها 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 فالواصلة هي التي تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة المعمول بها بانها ورضاها وهذا لعن للانتفاع بما لا يحل الانتفاع به الا ترى أنه رخص في اتخاذ القراميل وهو ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء للتكثير فظهر ان لعن ليس للتكثير مع عدم الكثرة والامتنع القراميل ولا شك ان الزينة حلال قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده فلولا لزوم الاهانة بالاستعمال لخل وصلها بشعر النساء أيضا وفي الحديث لعن الله النامصة والمتمنصة أيضا والنامصة هي التي تنقش الحاجب اترقه والمتمنصة التي يفعل بها ذلك (قوله ولا يبيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) لانها غير منتفع بها قال صلى الله عليه وسلم لاتنتفعوا من الميتة باهاب) وتقدم في الصلاة تقريره وتخريجها ولا خلاف في هذا فان قيل نجاستها ليست الا لما يجاورها من الرطوبات النجسة فهي متمنصة فكان ينبغي أن يجوز بيعها كالثوب النجس اوجب بأن النجس منها باعتبار اصل الخلقة فمالم يزال به 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 فانه ما علل المنع الابعدم الانتفاع به وانما يرد على من علل بالنجاسة ولا ينبغي أن يعلل بها بطلان بيع أصلها فان بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهي عدم المالية فان بيع السرقة جائز وهو نجس العين للانتفاع به كما ذكرنا وأما جواز بيعها بعد الدباغ فلهل الانتفاع بها حينئذ شرعا والحكم بطهارتها زيادة تثبت شرعا على خلاف قول مالك وتقدم في الصلاة (ويجوز بيع عظام الميتة وعصبها ووصوفها وشعرها) ورينها ومنقارها وظلفها وحافرها

عظام الميتة وعصبها ووصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد تقدم في كتاب الصلاة

(قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الواصلة والمستوصلة الحديث) أقول قال الزيلعي انما العن لانتفاع به لما فيه من اهانة المكرم انتهى وفيه بحث (قوله واجيب بأن البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع الخ) أقول فيه بحث اذ لو تم ما ذكره لكان البيع مباحا نفي التحقير والتعظيم جائزا وليس كذلك الا أن يقال لانظير لذلك في الشرع وفيه تأمل أو يقال ما ذكرته كلام على السند ولعل الاولى أن يقال في جواب أصل السؤال ان بعض الاشياء خلق مالكا فجعله مملوكا اهانة له لكونه حطاعا عن درجته وبعض الاشياء أخرجه الله عن دائرة الانتفاع والمملوكية فجهله مملوكا رفع له عن مرتبته ولا بعد في ايجاب الشئ الواحد أمرين متنافيين في محلين مختلفين لا يرى أن الشمس تبيض الثوب وتسود وجهه القصار وتعد الملح وتذبب 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 للمماحى برى السؤال (قوله فالجواب انه منى الخ) أقول فيه بحث

(والقبيل كالحنز ينحس العين عند محمد) اعتبارا به في حرمة اللحم وغيرها حال لا تنفع عليه الزكاة واذا ذبح جلد لم يطهر وعندنا بمنزلة السباع يباع عظمه لانه ينفع به بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس العين بل كان كالكلب وسائر السباع فالوابيع عظمه انما يجوز اذا لم تكن عليه دسومة واما اذا كانت (٣٠٤) فهو نجس فلا يجوز بيعه قال (واذا كان السفلى لرجل وعلاؤه لا خرسقا

والقبيل كالحنز ينحس العين عند محمد رحمه الله وعندنا بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينفع به قال (واذا كان السفلى لرجل وعلاؤه لا خرسقا أو سقط العلو وحده فباع صاحبه العلو ولو لم يجز لان حق التعلية ليس بحال لان المال ما يمكن احراره والمال هو المحلل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومنفردا في روايه وهو اختيار مشايخ بلج رحيم الله لانه حفظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب

فان هذه الاشياء ظاهرة لا تحلها الحياة فلا يحلها الموت وتقدم في الصلاة (قوله) والقبيل كالحنز ينحس العين عند محمد) فيكون حكمه وعندنا حنيفية وأبي يوسف هو كسائر السباع نجس السور واللحم لا العين فيجوز بيع عظمه والاتفاقيات في الحمل والمقتاتة والر كوب فكان كالكلب يجوز الانتفاع به قيل وروى ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى لفاطمة سوارين من عاج وظهر واستعمال الناس له من غير تكبير ومنهم من حكى اجماع العلماء على جواز بيعه وفي البخاري قال الزهري في عظام الميتة نحو القبيل وغيره أدركت ناسا من سلف العلماء يمتشطون بها ويدهنون فيها الا يرون بأسا وقال ابن سيرين وابراهيم لابأس بتجارة العاج وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة منع بيع القرود وروى الحسن عنه أنه يجوز بيعه وهو المختار لانه مما ينفع به في بعض الاشياء (قوله) واذا كان السفلى لرجل وعلاؤه لا خرسقا أو سقط العلو وحده فباع صاحبه العلو ولو لم يجز) لان المبيع حينئذ ليس الاحق التعلية (وحق التعلية ليس بحال لان المال عين يمكن احرارها) واما كهبالا وحق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهواء وليس الهواء مالا يباع والمبيع لابد ان يكون أحدهما وقول المصنف (والمال هو المحلل للبيع) تساهل أو تنزىل لتعلق بالمال منزلة المال (بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات) فيما اذا كان الشرب شرب تلك الارض اما اذا باع أرضا مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يجوز مقصدا كبيع الشرب يوما أو يومين حتى تزداد بوته وحوزه مشايخ بلج كافي بكر الاسكافي ومحمد بن مسلمة لان أهل بلج تعاملوا ذلك لحاجتهم اليه والقياس يترك بالتعامل كما يجوز 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 الآخر عن الشرب بطلت شهادتهم لاختلافهما في مقدار ثمن الارض لان الذي زاد الشرب نقص من ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب فصار كاختلافهما 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 البرزدي وعلى رواية شيخ الاسلام لا يضمن وقيل يضمن اذا جع الماء ثم أذنه ولا يضمن قبل الجمع وحينئذ فالزام به من ردا المختلف فيه الى المختلف فيه فلا يلزم المخالف وعن الشيخ جلال الدين ابن المصنف انه قصر ضمانه بالاتلاف على ما اذا كان شهادته الآخر ثم رجع بعد القضاء وقال لاروجه للضمان بالاتلاف الالهة الصورة لانه لو ضمن بغيرها فأما بالسقي أو يمنع حق الشرب لاروجه الى الاول لان الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا الى الثاني لان منع حق الغير ليس سببا للضمان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد واما أنه حفظ من الماء فهو عين أو شيء يتعلق بالعين فأورد

أوسط العلو وحده فباع صاحبه العلو ولو لم يجز لان حق التعلية ليس بحال لعدم إمكان احراره والمال هو المحلل للبيع) فان قبيل الشرب حق الارض ولهذا قال في كتاب الشرب اذا اشترى أرضا لم يكن له شرب فينبغي أن لا يجوز أباب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومنفردا في روايه وهو اختيار مشايخ بلج 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 بشرها بمائة 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 بحال بخلاف بيعه معها تبعا لرواها باعتبار التبعية

النصيب في ملكه وقت البيع وان وجد في أرضه فالماء ليس بملك له فلا يجوز بيعه لاتبعه ولا منفردا قلت لأحاجة الى وجود العين في ملكه للبيع وقت البيع كافي الاستصناع والسلم فيجوز بيعه أما قوله والماء ليس بملك قلنا اذا وجد في أرضه وأنفله آخر يضمن علم أنه ملكه كذا في شرح شاهان الا أنه مخالف لما ذكره في شرح قول المصنف ولا يجوز بيع المراعي كما سبق قلنا مل وسببه في آخر كتاب الشرب أنه لا يضمن اذا سقى من شرب غيره

قال (وبيع الطريق وهبته جائزة) بيع رقبته الطريق وهبته جائزة لكونه معلوما بطوله وعرضه ان بين ذلك وهو ظاهر والا قدر بعرض باب الدار العظمى وهو شاهد محسوس لا يقبل النزاع وبيع رقبته المسيل من حيث هو مسيل وهبته اذالم بين الطول والعرض لا يجوز للجهالة حيث لا يدري قدر ما يشغله الماء والقيود الاول لاجراء بيع رقبته من حيث انه غير فانه ارض مما لو كان حاز بها ذلك كرهه شمس الائمة السرخسي والثاني لاجراء بيعه من حيث هو مسيل اذ بين حدوده وموضعه (٣٠٥) فانه جائز ايضا كرهه قاضيخان وهذا

أحد محتتملى المسئلة وبيع حق المرور وهو حق التطرق دون رقبته الارض جائز في رواية ابن سماعة وجعل في كتاب القسمة لحق المرور قسطا من الثمن حيث قال دار بين رجلين قيم الطريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة ويترك للطريق مقدار باب الدار العظمى لانه لاحق له في غير الطريق فان باعوا الدار والطريق برضاهم بضررب صاحب الاصل بثلاثي عن الطريق وصاحب الممر بثلاث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لأن صاحب القليل يساوى صاحب الكثير في الانتفاع فقد جعل لحق المرور قسطا من الثمن وهو مما يدل على جواز البيع وفي رواية الزيادات لا يجوز وصححه الفقيه أبو الليث لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز وبيع التسييل وهو حق المسيل لا يجوز وهذا محتتملها الآخر

قال (وبيع الطريق وهبته جائزة وبيع مسيل الماء وهبته باطل) والمسئلة تحتمل وجهين بيع رقبته الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولاً وعرضاً معلوماً وأما المسيل فجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور واثنان ووجه الفرق على احدهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بحمل معلوم وهو الطريق أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلو وعلى الارض مجهول للجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلو على احدى الروايتين أن حق التعلو يتعلق بعين لا بتبع عليه انه لو كان عينا ينبغي أن لا يجوز بيعه اذالم يكن فيه ماء واجب بانه انما يجوز للضرورة وهو بعرضية وجوده كالسلم والاستصناع ثم يتقدرا نه حظ من الماء فهو مجهول المقدار فلا يجوز بيعه وهذا وجه منع مشايخ بخارى بيعه مفردا قالوا وتعامل 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 فحاجة بعض الناس في بعض الاوقات وهذا القدر لا يخالف القياس (فرع) باع العاقيل سقوطه جائز فان سقط قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل القبض (قوله) وبيع الطريق وهبته جائزة وبيع مسيل الماء وهبته باطل) قال المصنف (المسئلة تحتمل وجهين) أن يكون المراد (بيع رقبته الطريق والمسيل) ان يكون المراد (بيع حق المرور) الذي هو التطرق (والتسييل فان كان الاول) وهو بيع رقبته الطريق والمسيل أى مع اعتبار حق التسييل (فوجه الفرق بينهما أن الطريق معلوم لان له طولاً وعرضاً معلوماً) فان بينه فلا اشكال في حق نفسه وان لم يبينه جازاً أيضاً 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 أن المراد بالمسئلة ما اذالم بين مقدار الطريق والمسيل أموالاً بين حد ما يسيل فيه الماء أو باع أرض المسيل من غير أو غيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جائز بعد أن يبين حدوده (وان كان) المراد (الثاني) وهو مجرد حق المرور والتسييل (ففي بيع حق المرور) مجردا (روايتان) على رواية الزيادات لا يجوز وبه أخذ الكرخي للجهالة وعلى رواية كتاب القسمة يجوز فانه قال دار بين رجلين قيم الطريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة ويترك للطريق مقدار باب الدار العظمى فانه لاحق له في غير الطريق فاذا بيعت الدار والطريق برضاهم بضررب صاحب الاصل بثلاثي عن الطريق وصاحب الممر بثلاث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوى صاحب الكثير في الانتفاع انتهى فقد جعل اصحاب حق المرور قسطا من الثمن فدل على جواز بيعه وهو قول عامة المشايخ واتفقت الروايات على أن بيع حق التسييل لا يجوز (فوجه الفرق على احدهما) أى وجه الفرق (بين حق المرور وحق التسييل) على الرواية الأخيرة لبيع حق المرور (أن حق المرور معلوم لتعلقه بحمل معلوم وهو الطريق أما التسييل) فان كان على السطح (فهو نظير حق التعلو) لا يجوز باتفاق الروايات ومزوجه فساده

وانا عرف هذا فان كان المراد المحتمل الاول فالفرق بينهما بالعلم والجهل كما مر آتفاوان كان المحتمل الثاني فعلى رواية الزيادات لا يحتاج الى التفرقة لشمول عدم الجواز وأما على رواية ابن سماعة فالفرق بينهما أن حق المرور معلوم لتعلقه بحمل معلوم اما بالبيان أو التقدير كما مر وهو الطريق وأما المسيل فاما أن يكون على السطح أو على الارض والا لحق التعلو وهو ليس بحال ولا متعاقبا به مع كونه مجهولا لاختلاف التسييل بقله الماء وكثرته والثاني مجهول فعاد الى الفرق في المحتمل الاول وهذه الرواية أعنى رواية ابن سماعة في جواز بيع حق المرور تعلقه الى الفرق بينه وبين التعلو والفرق بينهما ما ذكره بقوله ان حق التعلو يتعلق بعين لا بتبع

وهو البناء فأشبهه المنافع أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبهه الاعيان قال (ومن باع جارية فاذا هو غلام - لازم فلا يبيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشاً فاذا هو نجعة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق ينبنى على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد وجه الله وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمع ما في مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدى الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبداً على انه خباز فاذا هو كاتب وفي مستثنى الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعترف في هذا دون الاصل

وهو انه ليس حقا متعلقا به مال بل بالهواء وفي هذا نظر فان ذلك اذا باع حق التعلي بعد سقوط العلم فانما يكون نظير ما اذا باع حق التسييل على السطح ولا سطح وان كان على الأرض وهو ان يسيل الماء عن أرضه كي لا يفسدها فيمره على أرض غيره فهو ومجھول لجهالة المحل الذي يأخذ الماء بقيت حاجة الى الفرق بين حق التعلي حيث لا يجوز وبين حق المرور حيث يجوز على رواية. وانما احتج الى الفرق لانه علل المنع في حق التعلي بأنه ليس بمال فيرد عليه ان حق المرور كذلك وقد جاز بيعه في رواية وفي كل منهما بيع الحق لا يبيع العين وهو ان حق المرور وحق يتعلق برقبة الأرض وهي مال هو عين فما يتعلق به يكون له حكم العين أما حق التعلي فحق يتعلق بالهواء وهو ليس بعين مال وأما فرق المصنف بأن حق التعلي يتعلق بالبناء وهو عين لا يبقى فأشبهه المنافع بخلاف الأرض فليس بذلك لان البيع كإرد على ما يبقى من الاعيان كذلك يرد على ما لا يبقى وان أشبهه المنافع ولذا صحح الفقيه أبو الليث رواية الزيادة 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 وامثالها تنبئ على الاصل الذي تقدم في المهر انه اذا اجتمع تسمية وإشارة الى شيء كما ذكرنا من هذه الجارية حيث أشار الى ذات وسماها 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 المنسدرجة فماتلك الذات وغيرها من ذوات لا تخص معرفة عند العقل باشباهها لتلك الذات وغيرها ونحن في مقام التعريف فيتعلق بما تعرف به أبلغ وحينئذ يبطل العقد لعدم المبيع الذي هو المسمى ذكره المصنف وهو الظاهر من قول محمد فانه عبره بقوله فلا يبيع بينهما وقيل بل هو فاسد وان كانا من جنس واحد الا أن اختلافهما بالصفة فاحش كان أيضا كاختلاف الجنس فيكون البيع باطلا وان كان قليلا اعتبرت الاشارة فينعقد البيع لو رده على مبيع قائم الا أنه ذكر فيه وصف امر غو يافيه فلم يجده المشترى فيثبت له الخيار وقول المصنف (والفرق ينبنى على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد) لا يرد أن الاصل مختلف فيه بل هو متفق عليه وانما ذكره محمد في خلافته في المهر مستدلا به على قوله فيما اذا تزوج على هذا الدن من ائحل فاذا هو خرفن الجنس من كل ذكر مع انثى من بني آدم وان كان متحدى الجنس المنطقي وهو الذاتي المقول على كثيرين مختلفين - ميز داخل فقد الحقا بخلافهما بخلاف الذكر والانثى من سائر البهائم غير الادمي فان البيع ينعقد ويثبت الخيار ونقل القدرى عن زفرانه جعل الذكر والانثى من بني آدم كالكرد والانثى من غيرهما حكيم بجواز البيع وأجيب بالفرق بنفس اختلاف الاغراض منها ما فالحقا بالجنسين فالغلام يرد لخدمة الخارج كالزراعة والتجارة والحراثة والانثى لخدمة الداخل كالعجن والطبخ والاستفراش بخلاف الغلام فكان اختلافهما كاختلاف الجنس بل ليس الجنس في النقص الا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحش فالجنسان ما يتفاوت منها فاحش بالانظر الى الذاتي وهذا قول المصنف (وهو المعترف في هذا دون الاصل) يعنى المعترف في انهم ما جنسان أو جنس واحد تفاوت

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 اما الاعيان التي هي أموال أو حق يتعلق بها وفيه نظر لأن السكنى من الادمي لا حق يتعلق بعين تبقى هو مال ولا يجوز بيعه قال (ومن باع جارية فاذا هو غلام) اعلم أن الذكر والانثى قد يكونان جنسين لفسح التفاوت بينهما وقد يكونان جنسا واحد الفلته فالغلام والجارية جنسان لان الغلام يصلح لخدمة خارج البيت كالصجارة والزراعة وغيرها والجارية لخدمة داخل البيت كالاستفراش والاستملاذ الذين لم يصلح لهما الغلام بالكفاية والكبس والنجعة جنس واحد لان الغرض الكلى من الحيوانات الاكل والرکوب والحمل والذكر والانثى في ذلك سواء فالمعترف في اختلاف الجنس واتحاده تفاوت الاغراض دون الاصل

قوله ومن اشترى عبارة المصنف ومن باع الخ آفاده العلامة البصر اوى وسيأتي نظيرتها ومن اشترى جارية الخ كتبه رحمه

كانحل والديس فانما جنسان مع اتحاد أصلهما العظم التفاوت والوذاري بكسر الواو وقمها ثوب منسوب الى وذاري قرية بسمرقند
والزنديجي ثوب منسوب الى زندنة قرية بخاري جنسان مختلفان على ما قال المشايخ في شروح الجامع الصغير واذا عرف هذا فاذا وقعت
الاشارة على مبيع ذكر بتسمية فان كان ذلك مما يكون الذكر والانثى فيه جنسين كبنى آدم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل بانعدامه
واذا قال بعثك هذه الحاربية فاذا هي غلام بطل المبيع لفوات التسمية التي هي ابلغ في التعريف من الاشارة فان التسمية لبيان الماهية
يعنى موصوفا بصفة والاشارة لتعريف الذات يعنى مجردا عن بيان صفة (٣٠٧) والابلاغ في التعريف أقوى وان كان

مما يكونان جنسا واحدا
فالعقد يتعلق بالمشار اليه
وينعقد لوجوده لان العبرة
اذنك للاشارة للتسمية
لان مسمى وجد في المشار
اليه فصالح التسمية
مقتضا بالمشار اليه وقد
ذكرنا تمام ذلك في كتاب
النكاح في تعلييل محمد رحمه
الله اذ باع كبشا فاذا هو
نجمه صح المبيع لكنه يتخير
لفوات الوصف المرغوب
فانه اذا خرج عن كونه معرفا
جعل للترغيب حذرا عن
الانغاء 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
الحمط والعتابي كذلك
وقال فخر الاسلام وأخوه
صدرا لاسلام والصدور
الشهادان الموجودان
كان أنقص من المشروط

كانحل 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 يتقد الثمن الاول لا يجوز
المبيع الثاني)

الاغراض تفاوتا بعد ما يكون من اختلاف الجنس أو قريبا فيكون من الجنس الواحد دون اختلاف
الأصل يعنى الذاتي ولذا قالوا (الحل مع الديس جنسان) مع اتحاد أصلهما بفعل تفاوت الغرض
منهما (والوذاري والزنديجي كذلك والوذاري بفتح الواو وكسرها واو عمام الذال ثم راع مهملة نسبة الى
وذاري قرية من قري سمرقند والزنديجي بزاي ثم نون ثم دال مهملة ثم نون أخرى ثم باء ثم جيم نسبة الى زندنة
بفتح الزاي والنون الاخيرة والجمع زيدت على خلاف القياس (مع اتحاد أصلهما) هكذا ذكره المصنف
عن المشايخ وما ذكره لابي حنيفة في باب المهر يقتضى انه اعتبر الحل مع النحر جنسا واحدا ومقتضاه ان
يعتبر الحل مع الديس كذلك ومن المختلفين جنسا ما اذا باع فصاعا على انه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع
باطل ولو باعه ليسلا على انه ياقوت أحر فظهر أصفر صح ويحجر 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 عينت أولا في ثبوت الخيار كما أطلق
في المحيط ثبوت الخيار وذهب آخرون منهم صدرا لاسلام وظهير الدين الى انه انما ثبت اذا كان الموجود
انقص وصح الاول لفوات غرض المشتري فان الظاهر ان غرضه من يتوهم بحاجته التي عينها بالعمل
غرضه الآن وكان مستندا المفضلين ما تقدم فيمن اشترى عبدا على انه كافر فاذا هو مسلم لا خيار له لانه
خير مما عين وقد يفرق بأن الغرض وهو استخدام العبد بما يليق به لا يتفاوت بين مسلم وكافر من الزراعة
وأمورها أو التجارة وأمورها بخلاف تعيين الخبز والكتابة ونحوه فانه يفيد ان 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 جاز وان 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 كالأشترائه آخر وهو
يقول كل منهم بمنزلة الآخر ولذا لا تقبل شهادة أحدهما للآخر ولو اشترى وكيل البائع بأقل من الثمن
الاول جاز عنده خلافا له لان تصرف الوكيل عنده يقع لنفسه فلذا يجوز لاسلم أن يوكل ذميا بشراء
خبر ويبيعها عنده ولكن ينتقل الملك الى الموكل كما في كان كالأشترائه لنفسه ذات فورته البائع وعندهما
عقد الوكيل كعقده ولو اشترائه وارثه يجوز في ظاهر الرواية ثم وعن أبي يوسف لا يجوز ولو باعه
المشتري من رجل أو وجهه ثم اشترائه البائع من ذلك الرجل يجوز لاختلاف الأسباب بلا شبهة وبه تختلف
المسببات وبه ولنا قال مالك وأحمد وقد يبقوله قبل نقد الثمن لان ما بعده يجوز بالاجماع بأقل من الثمن

الفات كان له الخيار وان كان زائدا فهو للشترى ونص الكرخي على ذلك في مختصره واسكل واحد منهم ما وجه أما الاول فلان المشتري
قد يكون محتاجا الى خيار فبالزام الكاتب يتضرر فلا يتم منه الرضا وأما الثاني فلما تقدم ان المشتري اذا وجد ان ثوب المسمى عشرة تسعة
خير وان وجد أحد عشر فهو له بلا خيار 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 لا كمال اه صححه

قال المصنف (والوذاري والزنديجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما) أقول الوذاري بفتح الواو وكسرها والذال المجهمة ثوب منسوب
الى وذاري قرية بسمرقند والزنديجي ثوب منسوب الى زندنة قرية بخاري كذا في المغرب

فالببيع الثاني فاسد خلافاً للشافعي هو يقول المالك قد تم فيه بالقبض والتصرف فيه جائز مع غير البائع فكيف باعه بثلث الثمن الاول أو بالزيادة على الثمن الاول أو بالعرض وقيمته أقل من الألف وحاصل ذلك ان شراء ما باع لا يخلو من أوجه اما أن يكون من المشتري بلا واسطة أو بواسطة شخص آخر والثاني جائز بالاتفاق مطلقاً على سواه اشترى بالثمن الاول أو بانهض أو بأكثر أو بالعرض والاول اما أن يكون بأقل أو بغيره والثاني بأقسامه جائز بالاتفاق والاول هو المختلف فيه فالشافعي رحمه الله جوزه قياساً على الأقسام الباقية وبما اذا باع من غير البائع فإنه جائز أيضاً بالاتفاق ونحن لم نجوز به بالاثر والمعقول أما الاثر فما قال محمد حدثنا أبو حنيفة يرفعه الى عائشة رضي الله عنها أن امرأة سألتها فقالت اني اشتريت من زيد بن أرقم جارية بثمانمائة درهم الى العطاء ثم ذهبت منه بستمانته درهم قبل محلي الاجل فقالت عائشة رضي الله عنها بثمان مائتين وبثمان مائتين اشتريت ابلي من زيد بن أرقم ان الله أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يذب فأتاه زيد بن أرقم مع تذر افتلت عليه قوله تعالى من جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ووجه الاستدلال انها جعلت جزءاً مباشراً لهذا العقد بطلان الحج والجهاد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأجزبه الافعال لا تعلم بالرأى فكان مسموحاً من رسول الله صلى الله عليه وسلم والعقد الصحيح لا يجازي بذلك فكان فاسداً أو أن زيداً اعتذر اليها وهو دليل على كونه مسموحاً لأن في الجهتات كان بعضهم يخالف بعضاً وما كان أحدهما يعتذر الى صاحبه وفيه بحث لجواز أن يقال الحاق 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 بثمن ما شريت مع عرائنه عن هذا المعنى فلا يكون لذلك بل لأنهم ما نظرنا به الى الثاني فان قيل القبض غير مذكور في الحديث فيمكن أن يكون الوعيد للتصرف في المبيع قبل قبضه أحيب بأن تلاوتها آية الر بادليل على أنه للرب لا لعدم القبض فان قيل الوعيد قد لا يستلزم الفساد كافي نقر بقول الولد عن الوالد بالببيع فإنه جائز مع وجود الوعيد أحيب بأن الوعيد

وقال الشافعي رحمه الله يجوز لان المالك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كالباع بمثل الثمن الاول أو بالزيادة أو بالعرض ولنا قول عائشة رضي الله عنها تلك المرأة وقد باعت بستمانته بعد ما اشترت بثمانمائة بثمن ما شريت واشترت ابلي من زيد بن أرقم ان الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يذب فأتاه زيد بن أرقم مع تذر افتلت عليه قوله تعالى من جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ووجه الاستدلال انها جعلت جزءاً مباشراً لهذا العقد بطلان الحج والجهاد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأجزبه الافعال لا تعلم بالرأى فكان مسموحاً من رسول الله صلى الله عليه وسلم والعقد الصحيح لا يجازي بذلك فكان فاسداً أو أن زيداً اعتذر اليها وهو دليل على كونه مسموحاً لأن في الجهتات كان بعضهم يخالف بعضاً وما كان أحدهما يعتذر الى صاحبه وفيه بحث لجواز أن يقال الحاق 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

وكذا لو باعه بعرض قيمته أقل من الثمن (وقال الشافعي رحمه الله يجوز) كيفما كان كالباعه من غير البائع بأقل من الثمن أو منه بمثل الثمن الاول أو أكثر أو بعرض قيمته أقل من الثمن بجماع قيام المالك فيه لانه هو المطلق في الاصول التي عينها وتقييدها بالعرض دون أن يقول كالباعه بخلاف جنسه وقيمته أقل لانه لو باعه بذهب قيمته أقل من الدراهم الثمن لا يجوز عندنا استحصاناً بخلافه فزفره بقياسه على العرض بجماع انه خلاف جنسه فان الذهب جنس آخر بالنسبة الى الدراهم وجه الاستحصان انه ما جنس واحد من حيث كونه مائناً 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 بعين الآخر اجماع (ولنا قول عائشة) الى آخره ما نقله المصنف عن عائشة

ليس للببيع ثمة بل لنفسه التفريق يفرق بدون البيع كان الوعيد لاحقاً وأما الثاني فهو ما يقال ان الثمن لم يدخل في ضمان البائع لعدم القبض فاذا وصل اليه المبيع وقعت 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 اشتراه البائع بواسطة مشترأخر لانه لم يعد اليه المستفاد من جهته لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان وبخلاف ما اذا اشترى بالثمن الاول لعدم الربح وبخلاف ما اذا اشترى بأكثر فان الربح هنالك يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة وبخلاف ما اذا انعيب المبيع عند المشتري ثم اشتراه البائع بأقل من الثمن الاول لان النقصان يجعل في مقابلة الجزء الفائت الذي احتسب عند المشتري وبخلاف ما اذا اشترى بدينار قيمتها أقل من الثمن الاول قياساً وهو قول زفر لان رباً الفضل لا يتحقق بين الدراهم والدينار وفي الاستحصان لا يجوز لانهم ما من حيث الثمنية كالشيء الواحد فيثبت فيه شبهة الربح

(قوله والثاني بأقسامه جائز بالاتفاق مطلقاً) أقول الامن وارثه نص عليه الاتقاني وغيره (قوله فقالت عائشة بثمن ما شريت) أقول أي بعث فان الشراء من الاضداد قال المصنف (ان الله أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم) أقول هذا على سبيل التوبيخ والتهديد (قوله فلا يكون لذلك بل لأنها ما نظرنا به) أقول قوله فلا يكون أي الوعيد وقوله لذلك أي لكون البيع الى العطاء قوله تطرقاً به أي بالببيع الى العطاء (قوله دليل على أنه للربح بالعدم القبض) أقول فنه بحث

عائشة يفيد أن المرأة هي التي باعت زيدا بعد أن اشترت منه وحصل له الربح لأن شريته معناه باعت
قال تعالى وشروه بثمن بخس أي باعوه وهو رواية أبي حنيفة فإنه روى في مسنده عن أبي اسحق السبيعي
عن امرأة أبي السفران امرأة قالت لعائشة رضي الله عنها إن زيدا من أرقم باعني جارية بثمانمائة درهم ثم
اشتراها مني بستمانمائة فقالت أبلغيه عنى إن الله أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب
في هذا أن الذي باع زيد ثم اشتد وحصل له الربح ولكن رواية غير أبي حنيفة من أئمة 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 زيد بن أرقم فقالت أم ولد زيد لعائشة اني بعثت من زيد غلاما بثمانمائة
درهم نسيته واشتريته بستمانمائة فقد افقالت أبلغني زيد أن قد أبطلت جهادك مع رسول الله صلى الله عليه
وسلم الآن تتوب بثس ماش تريت وبئس ماش تريت وهذا فيه أن الذي حصل له الربح هي المرأة قال ابن
عبد الهادي في التمتع هذا اسناد 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 علما من رسول
الله صلى الله عليه وسلم أن هذا محرم لم نستهزأ بقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد وقال غيره هذا مما
لا يدرك بالرأى والمراد بالعالية امرأة أبي اسحق السبيعي التي ذكر أنها دخلت مع أم الولد على عائشة قال
ابن الجوزي قالوا ان العالية امرأة مجهولة لا يحتج بنقل خبرها قلنا هي امرأة جليدة القدر ذكرها ابن سعد
في الطبقات فقال العالية بنت انفع بن شراحيل امرأة أبي اسحق السبيعي سمعت من عائشة وقولها بئس
ماش تريت أي بعثت 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 أنها دخلت على عائشة في نسوة فسأتهن المرأة فقالت كانت لي جارية فبعتهن من
زيد بن أرقم بثمانمائة الى العطاء ثم ابتعتها منه بستمانمائة فنقدته الستمانمائة وكتب لي عليه ثمانمائة فقالت
عائشة الى قولها الآن تتوب وزاد فقالت المرأة لعائشة أريأت ان أخذت رأس مالي ورددت عليه
النضل فقالت فن جاءه وعظمة من ربه فانتهى فله ما سلف لا يقال إن قول عائشة ورددها 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 ربح ما لم يضمن
وهذا لان الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض فإذا عاد اليه الملك الذي زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن
فهو ربح حصل لاعلى ضمانه من جهة من باعه وهذا لا يوجد فيما اذا اشتراه بمثل الثمن أو أكثر فبطل
الحاق الشافعي بذلك بخلاف ما لو باعه المشتري من غير البائع فاشتراه البائع منه لان اختلاف الاسباب
يوجب اختلاف الاعيان حكما وكذا لو دخل في المبيع عيب فاشتراه البائع بأقل لان الملك لم يعد اليه
بالصفة التي خرج فلا يتحقق ربح ما لم يضمن بل يجعل النقصان بمقابلته 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 اشتراه 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 بلا تقويم 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 ظاهري كونها الاشتمالها على قبول التوبة جوابا لقول المرأة أريأت ان أخذت رأس مالي ورددت
عليه الفضل كان هذا مع التوبة فتلت آية ظاهرة في قبول التوبة وان كان سوقها في القرآن في

قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة) هذه من فروع المسئلة المتقدمة لانها مبنية على شراء مائة باء باقل مما باع قبل نقد الثمن ولهذا يجوز البيع في التي اشتراها من البائع وبيانه ما قال لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا بالآخرى باقل مما باع وقد تقدم فساد وفوق ما اذا باعها بالف وخمسمائة فان البيع فاسد ذكرها في جامعها والعلمان في الاثنان شمس الاثمة وفخر الاسلام ولو كان الفساد في المسئلة الموضوع في الكتاب كما ذكرتم لفساد البيع لان عند القسمة يصيب كل واحد منهما أكثر من خمسمائة فلا يجري فيه الاصل المذكور واجيب بان الفساد لا يذرح جهات الجواز وبيانه اننا لو جعلناه باءا ما باعها الفاجاز وان جعلنا الفاقوجه جاز وهلم جرا 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 ومائمائة أو أقل أو أكثر فتعد 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 والترجيح هنا للفسد ترجيحاً للمعروف ولا يسرى الفساد منها الى غير المشتراة لان الفساد ضعيف فيها لأمور ما لانه مجتهد فيه بخلاف الشافعي المتقدم وفيه نظر أما ولا فلان كونه مجتهدا فيه ان كان لخلاف الشافعي فلا يكاد يصح لان خلاف الشافعي كان بعد وضع المسئلة فكيف توضع المسئلة بناء على شيء لم يقع بعد ولان تأخيره رجحه الله أبطل اسلام القوهية في القوهية والمروية مع أن فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فانه لو أسلم قوهيا في قوهي جاز عند الشافعي ومع ذلك تعدى فساد (٢١٠) ذلك الى المقرور به وهو اسلام القوهي في المروي وأمالان الفساد في المشتراة باعتبار

قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى) لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا بالآخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبته ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه أو لانه باعتبار شبهة الربا لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة الربا وأورد عليه طلب الفرق بين النهي عن بيع الولد الكاش مع أمه مفردا لموجب الفساد لم أوجبه هذا النهي أجيب بأن النهي اذا كان لا مبرر يرجع الى نفس البيع أو جبهه وان كان لا مبرر خارج لا والنهي فيما ذكره لا يقتضي لالنفس البيع حتى لو فرق بينهما بغير البيع ثم فيكره البيع في نفسه كالبيع وقت الذداء وهما وشبهه الربا وهو مخصوص بالبيع وشبهه الربا بحكم حقيقته (قوله ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع) بخمسمائة (قبل نقد الثمن فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى) وهذا فرع المسئلة السابقة وهي ان شراء مائة باء من المشتري باقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز (و) وجهه (أنه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا بالآخرى) والتي باعها (باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبته)

شبهة الربا لو اعتبرناها في التي ضمت اليها كان ذلك اعتبارا للشبهة المشبهة وهي غير معتبرة وبيانه أن في المشتراة شبهة الربا أن في المسئلة الاولى انما لم يصح شراء مائة باء باقل مما باع قبل نقد الثمن لشبهة الربا لان الالف وان وجب للبائع بالنقد الاول لكنها على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها عيبا فبردها فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يقع الامن عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشتريا لثنا بخمسمائة من هذا الوجه والشبهة ملحقه بالحقيقة في باب وهي الربا وأمالان الفساد طارئ أو جهين أحدهما أنه قابل الثمن بالجاريتين وهي مقابلة صحيحة اذ لم يشترط فيها أن يكون باءا ما باعه أقل من الثمن الاول لكن به وذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض باءا ما باع والبعض باءا ما لم يبيع ففسد البيع فيما باع ولا شك في كونه طارئا فلا تعدى الى الاخرى ولا يشك كل ما اذا جمع بين عيب ومدير وباعها مضافة واحدة فان المفسد مقارن لان قبول كل منهما شرط لصحة العقد في الآخر والعقد جائز في العبد لان شمس الاثمة قد قال البيع في المدير غير فاسد ولهذا الواجوز القاضي ببيعه جاز وليكن غير نافذ حتى المدير وذلك لمعنى فيه لاقى العقد فلهذا لا يتعدى الى الآخر والثاني المقاصة فانه لما باعها بالف

(قوله وبيانه اننا لو جعلناه باءا ما باعها) أقول أنت الضمير الراجع الى الموضوع 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 تفضيحه راجع الى الفساد (قوله وفيه نظر أما ولا فلان كونه مجتهدا فيه الخ) أقول يجوز ان يقال المراد من قوله مجتهدا فيه أنه محل للاجتهاد قابل له وقوله بخلاف الشافعي دليل على ذلك فانه لو لم يكن محل للاجتهاد لم يخالف الشافعي فيه فليست بدتر (قوله ومع ذلك تعدى فساد ذلك الخ) أقول واجيب بان السلم مبتدأ على المضايقة فلذلك اعتبر فيه شرط ولم تعتبر في مطلق البيع فيمناسبه السراية بخلاف ما نحن فيه وأجاب في الكافي بجواب آخر فرجعه (قوله لان شمس الاثمة قد قال المسمى في المدر) أقول لتعليل اقوله ولا يشك الخ (قوله والثاني المقاصة) أقول معطوف على قوله أحدهما انه قابل للثمن

(قوله وبيانه اننا لو جعلناه باءا ما باعها) أقول أنت الضمير الراجع الى الموضوع 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 تفضيحه راجع الى الفساد (قوله وفيه نظر أما ولا فلان كونه مجتهدا فيه الخ) أقول يجوز ان يقال المراد من قوله مجتهدا فيه أنه محل للاجتهاد قابل له وقوله بخلاف الشافعي دليل على ذلك فانه لو لم يكن محل للاجتهاد لم يخالف الشافعي فيه فليست بدتر (قوله ومع ذلك تعدى فساد ذلك الخ) أقول واجيب بان السلم مبتدأ على المضايقة فلذلك اعتبر فيه شرط ولم تعتبر في مطلق البيع فيمناسبه السراية بخلاف ما نحن فيه وأجاب في الكافي بجواب آخر فرجعه (قوله لان شمس الاثمة قد قال المسمى في المدر) أقول لتعليل اقوله ولا يشك الخ (قوله والثاني المقاصة) أقول معطوف على قوله أحدهما انه قابل للثمن

وهي التي ضمت اليها وأورد عليه أن عدم الفساد في التي باعها ثم اشتراها لو كان أصابة حصتها أيها أقل
من خمسمائة المستلزم لشرائها بأقل مما باعها به لزم أن لا يفسد البيع في التي اشتراها بخمسمائة لو باعها
وأخرى معها بألف وخمسمائة لأن عند تقسيم الثمن عليهما يصيب كل منهما أكثر من خمسمائة فليس
فيه شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن لكن ذكروا أنه أيضا فاسد أحب بأن الفساد في هذه
لمعنى آخر وهو كثرة جهات الجواز وليس البعض في الحل عليه بأولى من البعض فامتنع الجواز بخلاف
الاکرار وأمثاله حيث يتجرى الجواز فيها لتعيين جهة الجواز على ما يجي في كتاب الصرف وهذا
لو صح لزم أن يمتنع ثبوت موجب له موجبات تثبت له دفعة فامتنع تعدد العلل لأنه يقال فيها مثل ذلك
ثم لا يسمع الفساد في الجارية بتسعين وما أشبه قول فائل إذا كثرت جهات الحل بلا معارض يحرم والحق
أن بينهما ما فرقا فان هناك الموجبات متحققة وهما الجواز موقوف على الاعتبار فاذا اعتبر واحد
أمكن اعتبار غيره ولكنه لا يزيد النظر الا وكادة فان الاخر قبل الاعتبار لا وجود له ومع ذلك لم يعمل
الجواز الذي وجد وتحقق بتحقيق الاعتبار فليتأمل وحين فهم بعض الشارحين ضعف هذا الوجه
عدل الى وجهه ذكر أنه الوجه وهو أن من الممكنات أن يعتبر في مقابلة الجارية الأولى من الألف
وخمسمائة أقل من خمسمائة واجتمع فيها محرم ومبيح فيفسد وليس هذا من المذهب في شيء بل إذا
اجتمعا فيه اعتبر وجه الصحة تصححا كما سيأتي في بيع قفيز حنطة وقفيز شعير بقفيز حنطة وشعير
حيث يصح ويتجرى للجواز اعتبارا تصحيج تصريف المسلم ولا اشكال فيه على قولهما بل على قوله لأن
مذهب أبي حنيفة أن البيع اذا فسد به فسد كله اذا كان الفساد مقارنا فدفعه المصنف بوجوه
أولها أن الفساد فيما بيعت أو لا ضعف لا اختلاف العلماء فيه كما ذكرنا من مذهب الشافعي فلم
يسر للآخرى كما اذا اشترى عبدين فاذا أحدهما مبدل يفسد في الآخر كذلك بخلاف الجمع بين
حرو عبدا واستشكل على أولئك قوهما في قوهي ومروى فإنه باطل في الكل عنده وعندهما يصح في
المروى كالأول حنطة في شعير وزيت عنده يبطل في الكل وعندهما يصح في حنطة الزيت مع ان فساد
العقد بسبب الجنسية محتمل وفيه فان اسلام هروى في هروى جائز عند الشافعي ولا مخلص منه
الابتغىر تعليل تعدى الفساد بقوة الفساد بالاجماع عليه الى تعليله بأنه يجعل الشرط الفاسد في
أحدهما وهو شرط قبول العقد في الهروى شرط القبول في المروى فيفسد في المروى بالشرط
الفاسد وفي الهروى بانحد الجنس وكذا اعترف به شمس الأئمة بعد أن علل هو به في شرح الجامع
ثانيها ان الفساد في الأولى لشبهة الربا وسلامة الفضل للبائع الأول 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 تقرير قاضيان اعتبار الشبهة بأن الألف وهو الثمن الأول على شرف السقوط
لاحتمال أن يجد المشتري بها عيبا فبرده فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يقع الامن عنه فيكون
البائع بالعقد الثاني مشتريا فالجزم خمسمائة ثالثها ان الفساد في الأول طارئ غير مقارن وله وجهان
أحدهما انهم ما يذكروا في العقد ما يوجب فسادا فإنه قابل الثمن بالجاريين وهذه المقابلة صحيحة ولكن
بعد ذلك بتقسيم الثمن على قيمتهما فيصير البعض بازا على ما يبيع فحينئذ يفسد البيع فيما باعه وهذا فساد
طرا الآن لان الانقسام بعد وجوب الثمن أي بعد وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فلا تعدى
الى الاخرى والاخر بسبب المقاصة فان المقاصة تقع بين الثمن الأول والثمن الثاني فيبقى من الثمن الأول
فضل بلا عوض وذلك لان البائع الأول لما باعها بألف ثم اشتراها بخمسمائة قبل النقد فتقاصا
الخمسمائة بخمسمائة مثلها فيبقى للبائع من الثمن الأول فضل خمسمائة أخرى مع الجارية والمقاصة

ثم اشتراها قبل نقد الثمن
بخمسمائة فتقاصا
خمسمائة بخمسمائة مثلها
بقي للبائع خمسمائة أخرى
مع الجارية والمقاصة تقع
عقب وجوب الثمن على
البائع بالعقد الثاني
فيفسد عنددها وذلك
لاشك في طرده

فلا يسرى الى غيرها قال (ومن اشترى زيتا على أن يزنه بنظره في الخ) اشترى زيتا على أن يزنه وي طرح عنه مكان كل ظرف خسين رطلا فهو فاسد فانه شرط ما لا يقتضيه (٢١٢) العقدان مقتضاه أن ي طرح عنه دون الطرف ما يوجد وعسى يكون

فلا يسرى الى غيرها قال (ومن اشترى زيتا على أن يزنه بنظره في طرح عنه مكان كل ظرف خسين رطلا فهو فاسد ولو اشترى على أن ي طرح عنه بوزن الطرف جاز) لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال (ومن اشترى سمنا في زق فردا الطرف وهو عشرة أرطال) فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلاف في تعيين الزق 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 بالعدد الثاني فيفسد عند هافه وطارئ فلا يظهر في الاخرى كمن باع عبدين صفقة وبين ثمن كل ثم الحقاقي عن أحدهما أجلا هو وقت الحصاد ففسد البيع فيه ولا يتعدى الى الآخر فكذلك ما نحن فيه وأورد ينبغي أن يفسد العقد في الآخر لعني آخر وهو انه جعل قبول العقد فيما لا يصح وهو ما باعه أولا بشرط القبوله في الآخر قلنا قبول العقد فيه ليس شرطا فاسدا الا يرى أنه لو كان ثمنه مثل الثمن الاول أو خلاف جنسه كان صحها وانما الفساد لاجل الربح الحاصل لا على ضمانه 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 كالمودع وانما عيب عند المشتري ثم اشترى منه بأقل وان لم تنقصها لا يجوز لانه يحصل به ربح لا على ضمانه (قوله ومن اشترى زيتا في ظرف) صورتهما في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو ألف رطل على أنه يزنه بنظره في طرح عنه مكان كل ظرف خسين رطلا قال هذا فاسد وان كان قال على أن ي طرح عنه وزن الطرف فهو جاز لانه شرط يقتضيه العقد وهو شرط أن يتعرف قدر البيع من غيره ليخص بالثمن بخلاف قوله على أن يزنه في طرح عنه لكل ظرف عشرة أرطال أو خسين فان البيع حينئذ فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين لان زنة الطرف قد تكون أقل من خسين فيكون البيع بشرط ترك المبيع وهو نفع للمشتري وقد تكون أكثر منها فيكون البيع بشرط اعطاء ثمن لافي مقابلة مبيع وفيه نفع للبائع والمسئلة بعد ما فرغ عليها وهو ما في الجامع رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الزق كل رطل بدرهم فوزنه له بترقه فبلغ مائة وقبضه المشتري فقال وجدت السمن تسعين رطلا والوزن هذا وزنه خمسة أرطال فالقول قول المشتري مع عينه الآن يقيم البائع البيعة (لان هذا) الاختلاف (ان اعتبر اختلافه ارجاعا الى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان) كالغاصب (أو أمينا) كالمودع ولان البائع يدعي عليه زقا آخر والمشتري ينكر الزيادة وان اختلفا في قدر السمن المقبوض فرجعه خلاف في قدر الثمن (فالقول قول المشتري لانه ينكر الزيادة) واستشكل بمسئلتين احدهما ما اذا باع عبدين وقبضهما المشتري ومات أحدهما عنده وجاء بالآخر يريده بعيب فاختلفا في قيمة الميت فالقول للبائع كما سيأتي في باب التحالف والثانية ان الاختلاف في الثمن يوجب التحالف وهذا جعل القول للمشتري على تقدير اعتباره اختلاف في الثمن أجيب عن الاول بأنهم مع هذه طرفان كون القول للمشتري لان تكرار الزيادة وهناك انما كان للبائع لان تكرار الزيادة وعن الثاني بأن التحالف على خلاف القياس فيها عند ورود الاختلاف في الثمن قصدا وهذا الاختلاف فيه تبع لاختلافه ما في الزق المقبوض أو هو هنا أو لا فلا

وزنه أقل من ذلك أو أكثر فشرط مقدار معين بخلاف مقتضاه وان اشترى على أن يزنه وي طرح عنه بوزن الطرف جاز لكونه موافقا لمقتضاه قال (ومن اشترى سمنا في زق الخ) ومن اشترى سمنا في زق وردا الطرف فوزن بخاء عشرة أرطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري لان هذا الاختلاف أما أن يعترف بتعيين الزق 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 عينه فان قيل الاختلاف في الثمن يوجب التحالف فما وجه العدول الى الحلف أجيب بانه يوجب اذا كان قصدا وهذا ضمنى لوقوعه في ضمن الاختلاف في الزق والفتنة فيه أن الاختلاف الابتدائي في الثمن انما يوجب التحالف ضرورة أن كل واحد منهما مدع عقدا آخر

يوجب

وأما الاختلاف بناء على اختلافهما في الزق فلا يوجب اختلافهما في العقد فلا يوجب

قال المصنف (ومن اشترى سمنا في زق فردا الطرف) أقول ذكره استطرادى فانه ليس من مسائل البيع الفاسد

قال (واذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خرا وشرا ثم افعله جاز عند أبي حنيفة خلافا لهما) وحكم التوكيل في الخنزير وتوكيل المحرم حالا لا يبيع صديقه على هذا الخلاف فالموكل لا يبلى هذا التصرف فلا يبلى غيره كتوكيل المسلم بجوسيا بتزويج 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 أهلية أهلية الوكيل وأهلية الموكل فالأولى أهلية العاقد وهي أهلية التصرف (٢١٣) في المأمور به والنصراني ذلك

والثانية أهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكما للعقد لا يلزم انفكاك الملزوم عن الأثرى الى صحة ثبوت ملك الخنزير للمسلم ارنا إذا أسلم مورثه النصراني ومات عن خنزير ولا يقال الورثة أمر جبري والتوكيل اختياري فأني يتشابهان لان ثبوت الحكم أعني الملك للموكل بعد تحقق العلة أعني مباشرة الوكيل جبري كذلك ثبت بدون اختياره كما في الموت الأثرى أن المأذون له النصراني اذا اشترى خرا ثبت الملك فيها لمولاه المسلم بالاتفاق واذا ثبتت الأهلية لم تنتع العقد بسبب الاسلام لانه جالب لاسالب ثم الموكل به ان كان خراخلها وان كان خنزيرا سببه لكن قالوا هذه الوكالة مكر وهه أشد كراهة وقولهما الموكل لا يبيع فلا يوايه غيره منقوض بالوكيل بشراء عبده بغيره اذا وكل آخر بشرا ثم لنفسه فانه يثبت الملك للوكيل الاول وهو بنفسه لا يبلى الشراء لنفسه وبالقاضي اذا

قال (واذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خرا وشرا ثم افعله جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجوز على المسلم) وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صديقه اهما ان الموكل لا يبيع فلا يوايه غيره ولان ما ثبت للتوكيل ينتقل الى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز ولا يحنيفة رحمه الله ان العاقد هو الوكيل بأهلية وولايته وانتقال الملك الى الآخر أمر حكمي فلا يتبع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خرا يتخللها وان كان خنزيرا بسببه

يوجب التحالف (قوله) واذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خرا وخنزيرا وشرا ثم افعله جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) حتى يدخل الخنزير في ملك المسلم الموكل فيجب أن يتخلل الخنزير أو يرقها أو يسبب الخنزير هذا في الشراء وفيما اذا كان التوكيل بالبيع بأن كان في ملك المسلم خرا وخنزير وصورته أن يكون كافرا فيسلم عليهما وموت قبل أن يزلهما وله وارث مسلم فبموتها فموت كل كافر ابيعهما فعليه أن يتصدق بهن ما تمكن الخليل فيه قال صلى الله عليه وسلم ان الذي حرّمها فموت كل كافر ابيعهما فعليه أن يتصدق بهن ما تمكن الخليل فيه وأجد رحمه 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 يبيع غيره لا يوايه) بنصب غيره لانه مفعول مقدم لا يوايه كما انه لم يملك تزويج الجوسية لا يملك توكيل غيره بتزويجه اياها (ولان ما ثبت للوكيل) من الملك (ينتقل الى الموكل فصار كأنه باشر) الشراء أو البيع (بنفسه فلا يجوز ولا يحنيفة 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 الخنزير وشرا ثم اشترى فلا مانع شرعا من توكله والمسلم الموكل أهل لان يثبت له ما ثبت للوكيل من ثبوت الملك كما ذكرنا من ضرورة ثبوت الملك الجبري له فيه ما فاتت في المانع الشرعي والملازمة الشرعية امتناع التوكيل لامتناع مباشرة ممنوعة بمساثل منها ان الوكيل بشراء عبده بغيره لا يملك شراءه لنفسه وملك التوكيل بشرا لنفسه ومنها ان القاضي لا يملك بيع خنزير أو خنزير خلفه ذي ورجع أمره الى القاضي وملك توكيله وكذا الوصي المسلم الذي لا يملك بيع خنزيره وملك التوكيل به والمريض مرض الموت لا يملك البيع بما يتغابن في مثله اذا كان عليه ديون مستغرقة ويجوز من وصيه بعبده وكذا لا يبيع الام عرض الولد ووصيه ابيعه اذ لم يكن من ميراثها فان قيل ان قلت ان تلك المسلم لها يثبت جبراً عن سبب جبري كالموت سلمناه أو عن سبب اختياري منعناه وهنا كذلك اذا توكيل اختياري والملك مترتب عليه اذ لا وجود له في الشرع قلنا نختار الثاني ونتمم ان التوكيل سبب الملك بل الشراء وانما هو اختياري للوكيل لا للموكل 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 ينتفع بالثمن وفي الشراء أن بسبب الخنزير ويريق الخنزير ويخللها بقي نصر فاعلم عقاب لفائده وكل ما هو كذلك ليس بشروع وقد روي عن أبي حنيفة

أمر ذمياً ببيع خرا وخنزير خلفه ذي آخر وهو لا يبلى التصرف بنفسه وبالذمى اذا وصى لمسلم وقد تر كهما فان الوصي بول ذمياً بالبيع والقسمه وهو لا يبلى ذلك بنفسه والقياس على تزويج الجوسية مدفوع فان حقوق العقد في النكاح ترجع الى الموكل والوكيل سفير لا غير

قال المصنف (كما اذا ورثهما) أقول وصورة ارثهما بان كانا ذمياً فاسلم فمات قبل التخليل والتسيب فورثهما الوارث (قوله لا يقال الوارث الخ قوله لان ثبوت الجديم) 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 وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط

أن هذه الوكالة تكرم 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 وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط 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 أبا حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بيماء وشرط شرطا فقال البيع باطل والشرط باطل ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال البيع جائز والشرط باطل ثم أتيت ابن شبرمة فسألته فقال البيع جائز والشرط جائز فقلت يا سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة فأنت أبا حنيفة فأخبرته فقال لا أدري ما قالوا حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشرط البيع باطل والشرط 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 أن اشتري بريرة فأعتقتها بالبيع جائز والشرط 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 بعثت من النبي صلى الله عليه وسلم ناقة وشرط لي حملها إلى المدينة بالبيع جائز والشرط جائز وكذا رواه الخالك في كتاب علوم الحديث ومن جهة الخالك كذره عبد الخالق في أحكامه وسكت عليه وقد ظهر من هذا أن في المسئلة ثلاثة مذاهب مستدل عليها فالأبد من النظر فيها فأما حديث عمرو بن شعيب فلا يحتمل الا التخصيص فحمله الشافعي رحمه الله عليه واستثنى من منع البيع مع الشرط البيع بشرط العتق بحديث بريرة فان النبي صلى الله عليه وسلم ما رد في حديثها الا الولاء وكره الا قطع انهار واية عن أبي حنيفة رضي الله عنه وحديثها في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت جاءني بريرة فقالت كتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينني فقلت ان أحب أهلك ان أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فماتت فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها فبعاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت اني عرضت عليهم ذلك فأبوا الا أن يكون الولاء لهم فأخبرت عائشة رضي الله عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خذها واشترط ليهم الولاء فان الولاء لمن أعتق فذمعت 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 ان أفضى عنك كتابتك وذلك لانه صلى الله عليه وسلم قال انما الولاء لمن أعتق وردت اشترطهم الولاء لانفسهم والعتق من عائشة رضي الله عنها وهذا الخلاف فيه ولو قال قائل ان الشرط اذا كان أمرا لا يحل 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 كر اذا كان خارجا عن طاقه من شرط عليه أمكن ويكون أصل هذا حديث بريرة وأما الحنفية فاعمالهم بخصوصه لان العام عندهم يعارض الخاص ويطلب معه أسباب الترجيح والمرجح هنا العام وهو نهى عن بيع وشرط وهو كونه مانعا وحديث بريرة مبيح فيحصل على ما قبل النهي لان القاعدة الاصلية ان ما فيه الاباحة منسوخ بما نهى النهي وأما حديث جابر الذي استدل به ابن شبرمة فالشرط وهو استثناء جلاله لم يقع في صلب العقد كذا قاله الشافعي رحمه الله ونحن كذلك نقول مع الوجه الذي ذكرناه من تقديم العام فان قلت كيف قال الشافعي 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 جامعا للفروع أصحابنا وتقريره أن الشرط ينقسم أولا إلى ما يقتضيه العقد وهو الذي يفسد ما ينبت بتعلق العقد كشرط الملك للمشتري وشرط تسليم الثمن أو المبيع وإلى ما لا يقتضيه وهو ما كان بخلاف ذلك وهذا ينقسم إلى ما كان متعارفا وإلى ما ليس كذلك وهذا ينقسم إلى ما فيه منفعة لاحد المتعاقدين وإلى ما ليس فيه ذلك وهذا ينقسم إلى ما فيه منفعة للعقد وعليه وهو من أهل الاستحسان وإلى ما هو بخلافه ففي القسم الاول جاز البيع والشرط يزيد وكادة لا يقال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط وهو باطلا فانه يقتضى عدم جوازه

لانه في الحقيقة ليس بشرط حيث آفاد ما افاده العقد المطلق وفي الاول من القسم الثاني وهو ما كان متعارفا كبيع النعل مع شرط التبريك كذلك لان الثابت بالعرف قاض على القياس لا يقال فساد (٢١٥) البيع شرط ثابت بالحديث والعرف

ليس بقاض عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف يبنى النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع الا القياس على ما لعرف فيه بجماع كونه شرطا والعرف قاض 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 الراجح لا يقال لانطلاق الزيادة الاعلى الجانسان للزبد عليه والمشرط منفعة فكيف يكون ربا لانه مال جازاخذ 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 اسباب الشرائع وفيما اذا كان فيه منفعة للعقد عليه

ثم حمله 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 الاستحسان يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربا اولانه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده الا أن يكون متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده

كثير من أهل الحديث قلت ذلك اذا لم يصرح فيه بمجرد آية عبد الله بن عمرو بن العاص وقد ورد عنه التصريح به فيما أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجل سلف ويبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم 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 نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أربع خصال في البيع عن سلف ويبيع وشرطين في بيع ويبيع ما ليس عندك وربح ما لم يضمن ومعنى السلف في البيع المبيع بشرط أن يقرضه دراهم وهو فرد من البيع الذي شرط فيه منفعة لاحد المتعاقدين وغير ذلك مما سياتى (قوله ثم حمله الامر فيه) أي في الشرط (انه ما أن يقتضيه العقد) كشرط أن يجلس المبيع الى قبض الثمن ونحوه فيجوز لانه مؤكد لموجب العقد ولا يقتضيه لكن ثبت تحريمه شرعا بالامر له كشرط الاجل في الثمن والمؤمن في السلم وشرط في الخيارات كذلك هو صحيح للإجماع على ثبوته شرعا رخصة أو لا يقتضيه وليس مما ثبت كذلك لكنه متعارف كشرائه نعل على أن يحدوها البائع أو بشر كهاهه جازا أيضا مما سياتى وكذا اذا لم يكن كذلك ولكن يتضمن التوثيق بالثمن كالمبيع بشرط كفييل بالثمن حاضر وقيل الكفالة أو بأن يرهنه به رهنا معلوما بالاشارة أو التسمية فهو جازا أيضا على الصحيح خلافا لفرقان حاصله التوثيق للثمن فيكون كاشتراط الجودة فيه فهو مقرر لمقتضى العقد ولو لم يكن الكفيل حاضرا فحضر وقيل قبل أن يتفرقا جازا فلو بعده أو كان حاضرا فلم يقبل لم يجز ولو لم يكن الرهن مسمى 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 ما لم يسلم للبائع لا يثبت فيه حكم الرهن وان انعقد عقد الرهن بذلك الكلام فان سلم مضى العقد على ما عقدوا وان امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا بل يؤمر بدفع الثمن فان لم يدفع الرهن والاثمن خيرا للبائع 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 الاستحسان كان اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو يتركها في داره شهر أو ثوبا على أن يخطيه فالبيع فاسد وكذا شرط أن لا يبيع المشتري العبد لانه يهجمه أن لا تتداوله الايدي وكذا على أن لا يخرجه من مكة مثلا وفي الخلاصة اشترى عبدا على ان يبيعه جازا على أن يبيعه من فلان لا يجوز أي لا يجوز للبائع أن يشترط عليه البيع من فلان لان للبيع منفعة ولها مطالب من جهة العباد وهو العبد لانه 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

(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 مفضيا الى الزيادة العارية عن العوض وفيه بحث (قوله لانه مال) أقول جواب لقوله لا يقال لانطلاق الخ وقوله مال أي في حكم المال

كشروط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع فان العبد يبعه ان لا تناوله الايدي وتعام العقد بالعقد عليه حتى لو زعم انه حر كان البيع باطلا فاشترط منفعته كاشترط منفعة أحد المتعاقدين فهو فاسد بالوجهين وفيما اذا لم يكن فيه منفعة لأحد فالبيع صحيح والشرط باطل كشرط ان لا يبيع الدابة المبيعة لانه لا مطالب لهم - هذا الشرط فلا يؤدي الى الربا ولا الى 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 انه يتعذر عليه التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين والجواب أن المعترض المطالبة وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر واذا ثبت هذا ظهر أن بيع العبد بشرط أن يعتقه المشتري أو يديره أو يكتبه أو أمته على أن يستولدها المشتري فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للعقد وعليه لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخير لا الاضرار والشرط يقتضي الاضرار حتما والمنازعة بينهما ماثرة وليس أحدهما من العقد والشرط أولى بالعمل من الآخر فمنازعة ما وقلنا انه فاسد والفساد ما يكون مشروعا أصله غير مشروع بوصفه قبل النظر (٢١٦) الى وجود ركن العقد كان مشروعا وبالنظر الى عرض الشرط كان غير

مشروع فكان فاسدا ولا خلاف في هذه الجملة بيننا وبين الشافعي الا في البيع بشرط العتق في قول قاته يجوز به ويقبضه على بيع العبد نسمة وفيه في الميسوط بالبيع بشرط العتق وفيه المصنف بأن يباع عن يعلم أنه يعتقه لان بشرط فيه فان كان تفسيره نداء الشافعي ما ذكره المصنف صح قوله يقبضه لانهم اغيران فيصح قياس أحدهما على الآخر ان ظهر جامع وان كان تفسيره عنده ما ذكره في الميسوط فلا بد أن يفسر قول المصنف يقبضه بملحقة بدلالة النص لتلازم قياس الشيء على نفسه وبيان الحاقه بالدلالة أن يبيع العبد نسمة على

وهو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول ان هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخير لا الاضرار حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للعقد وعنه والشافعي رحمه الله وان كان يخالفنا في العتق ويقبضه على بيع العبد نسمة فالجدة عليه ما ذكرناه وتفسير المبيع نسمة ان يباع عن يعلم انه يعتقه لان بشرط فيه العاملين فيه منفعة وكذا ذكر الحسن في الجرد قال المصنف (وهو الظاهر من المذهب) لانه اذا لم يكن من أهل الاستحقاق (انعدمت المطالبة) والمنازعة (فلا يؤدي الى الربا) وما أبطل الشرط الذي فيه المنفعة البيع الا لانه يؤدي اليه لانه زيادة عاربه عن العوض في عقد البيع وهو معنى الربا ومن مثل الباطل بيع العبد على أن يعتقه المشتري أو يكتبه أو يديره والشافعي يخالفنا في شرط العتق في أحد قوليه فيصحح ثم ان أعتقه المشتري فذلك والاخير البائع في فسخ العقد ولا يجبر عليه في قول بعض أصحابه وفي قول آخر ينجز قال المصنف (ويقبضه) الشافعي (على بيع العبد نسمة) ثم فسره (بأن يبيع عن يعلم أنه يعتقه لان بشرط فيه ذلك) وعلى تفسير المصنف هذا تتحقق صورة القياس وأما على تفسيره بأن يباع بشرط عتقه فلا يصح لانه نفس المقيس عليه الا أن قوله لان بشرط فيه يفهم من قوته أن تفسيره بما ذكرنا من تخالف لتفسير الشافعي بذلك فنفاه وحينئذ يقوى الاعتراض عليه بأنه حينئذ لا قياس قال (والجدة عليه ما ذكرناه) يعني من الحديث والمعنى وأنت علمت أنه يرجع الى 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 أصلا لقياس البيع بشرط عتقه لعدم الجامع ونسمة منصوب على الحال بمعنى معرضا للعتق وعبر بالنسمة عنه لكثرته ذكرها فيما اذا أعتقت في مثل قوله صلى الله عليه وسلم فك الرقبة وأعتق النسمة فصيرت كالاسم لمعارض للعتق

ذلك النفس - ثبت بحديث بريرة اذ جاءت الى عائشة رضی الله عنها تستعين في المكاتب فقالت إن شئت عدتها فعولت لاهلك واعتقتك فرضيت بذلك فاشترتها أو أعتقتها وانما اشترتها بشرط العتق وقد اجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرها في معناها في هذا الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لانها عند الشافعي قياس جلي على ما عرف في الاصول والجملة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول فالحديث نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشروطه ما 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 رضی الله عنها اشترت بريرة مطلقا ووعدت لها أن تعتقها الترضي بذلك فان بيع المكاتب لا يجوز بدون رضاها النسمة من نسيم الريح وسهيت بها النفس وانتصاب قوله نسمة على الحال على معنى معرضا للعتق وانما صح هذا لانها كثيرا 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 سخي البيع ويجب الثمن عند أبي حنيفة وقال يتي فاسدا كما كان فوجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع وكما اذا باع بشرط التدبير والاستيلاء والكتابة وقد وفي المشتري بما شرط (٢١٧) أولم يف فانه مضمون بالقيمة اعتبارا

لحقيقة الحرية بحق 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 الشئ مقترن له ألا

تري أن العتق لا يمنع الرجوع بنقصان العيب) فبالنظر الى الجهتين توقفت الحال بين بقائه فاسدا كما كان وبين أن ينقلب جائزا بوجود الشرط (فاذا وجد فقد تحققت الملاءمة في جميع جانب الجواز) إلا بالليلين وتأمل حق التأميل تخلص من ورطة شبيهة لانك اذا تخل وهي أن هذا الشرط في نفسه إما أن يكون فاسدا أو لافان كان الاول فتحقيقه يقرر الفساد لئلا يلزم فساد الوضع وان كان الثاني كان العقده 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 نعكس لاننا لم نجد جائزا ينقلب فاسدا او وجدنا فاسدا ينقلب

فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وقال يتي فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه بلائحه لانه منه للملك والشئ بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف من وجه آخر لم تحق الملاءمة فيتمت الفساد واذا وجد العتق تحققت الملاءمة في جميع جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا قال (وكذلك لو باع عبدا على 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 فلزمه قيمته واما لو اعتقه قبل القبض فلا يعتق بالاجماع لانه لا يملكه قبل القبض لفساد البيع وجه قولهما انه تلف بعد أن ملكه بالقبض في بيع فاسد (فلا ينقلب جائزا كما لو تلف بوجه آخر) من موت أو قتل أو بيع أو هبة أو قيسا على تدبيره واستيلائها فان هناك الضمان بالقيمة اتفاقا فهو أوفى بالشرط اعتبارا لحقيقة الحرية بحق 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 (والشئ بانتهائه يتقرر) وجوده والفساد لا يقرر له فكان صحيا (ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب) اذا طلع عليه بعد أن اعتقه بخلاف ما اذا تلف بوجه آخر لانه لا يصير به هذا الشرط ملائما فيبقى على مجرد جهته المفسدة ولذا لو مات لا ينقلب صحيا لان عوته لا يصير بشرط العتق ملائما وهو المنظور اليه في افساد العقد وتصحيحه وكون شئ آخر كالموت ونحوه ملائما لا يصير به هذا الشرط الذي وقع مفسدا ملائما واما شرط التدبير والاستيلاء فكذلك لا يصير العقد صحيا اذا دبره المشتري أو استولدها لانه لا يصير به شرط التدبير والاستيلاء ملائما لانه يتيق امتناع ورود الملك عليه ولم يوجد لجواز أن يحكم قاض بعهمة بيعهما فيتمت الفساد وأوردلما كان فعل هذا الشرط صحيا ينبغي أن يكون العقد صحيا في الابتداء عند اشتراطه أوجب بأنه من حيث هو مخالف لمقتضى العقد وانما بلائحه باعتبار حكمه فعملنا في الابتداء قبل تحقيقه بمقتضى ذاته وعند تحقق حكمه بنفسه بمقتضى حكمه ولو اشتري 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 فيهما الاول لما لابي يوسف والثاني ان لم يقضه العقد ولا يرجع نفعه لاحد فهو شرط لا طالب له (قوله وكذلك لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري دراهم أو على أن يهدي له هدية) أو لو باع على أن يقطعه المشتري قيصا أو قباه 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 ينقلب جائزا لعدم تحقق الشرط والكلام فيه فنقرر الفساد بخلاف التدبير والاستيلاء والكتابة فان الملك لا ينتهي بها يقين لاحتمال قضاء القاضي بجواز بيع المدبر وأم الولد والمكاتب مخير في الاجازة والانهاء انما يتحقق اذا وقع الامن عن الزوال من ملك المشتري الى ملك غيره كما في الاعناق والموت قال (وكذلك اذا باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهر الخ) البيع بهذه الشروط فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين

ولانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شي من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعادة في بيع وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن صفقتين في صفقة

ولم يستدل بالحديث لان المراد به هذا المذكور وانما قال على أن بقرضه المشتري درهما احترازا عما اذا قال بعثك هذه الدار على أن بقرضني فلان الاجنبي ألف درهم فقبله المشتري صح البيع لان الم لازم الاجنبي لاضمانا عن المشتري لان البست في ذمته فيتحملها الكفيل ولا زيادة في الثمن لانه لم يقل على أي ضامن 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 فرض ثم خص شرطى الاستخدام والسكنى بوجه معنوي فقال (ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شي من الثمن) بأن يعتبر المسمى نمنا بازاء المبيع وبازاء اجرة الخدمة والسكنى (يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعادة 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 سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة أما بثوته فقد رواه الزاري مسنده عن اسود بن عامر واعل بعض طرقه ورج وقفه وبالوقف رواه أبو نعيم وأبو عبيد القاسم بن سلام وأمامنا ففسره المصنف بما سمعت وفسره أبو عبيد القاسم بن سلام بأن يقول الرجل للرجل أبيعك هذا نقدا بكذا ونسيئة بكذا ويفترقان عليه انتهى ورواية ابن حبان للحديث موقوفا الصققة في الصفقتين ربا تؤيد تفسير المصنف مع انه أقرب تبادرا من تفسير أبي عبيد وأكثر فائدة فان كون الثمن على تقديرا التقدا ألفا وعلى تقدير النسيئة ألفين ليس في معنى الربا بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة واعلم أنه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه 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 الصنقات وهو البيع وفسره الشافعي بأن يقول أبيعك دارى هذه بكذا على أن تبني غلامك بكذا فاذا وجب لي غلامك وجبت لى دارى وهـ ذاهد حديث صحيح رواه الترمذى والنسائى وقال الترمذى حسن صحيح ورواه مالك بلاغا وفي فتاوى الولوالجى لوقال بعثك هذه الدار بألف على أن بقرضني فلان الاجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري ذلك البيع لا يفسد البيع لانه لا يلزم الأجنبي لانه لو لم يفسد فاما بطريق الضمان عن المشتري أو بطريق الزيادة في الثمن لا وجه الى الاول لانه ليس في ذمة المشتري فكيف يتحملها الكفيل والى الثاني لانه لم يقل على أي ضامن واذا لم يلزم الأجنبي لا يفسد البيع ولا خيار للبايع لانه لو ثبت انما ثبت ان المبيع له ما شرط في البيع على المشتري وقد سلم له ذلك وفي الفتاوى الصغرى قال بيع عبدك من فلان على أن الثمن على والعمد لفلان حكى عن أبي الحسن الكرخى أنه يجوز وهو خلاف ظاهر الرواية واستبعد أبو بكر الجصاص **فروع** باع أمة بشرط أن يراها المشتري أو أن لا يراها ففسد البيع عند أبي حنيفة فيهما المأذ كمن 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 كأن شرط أن بقرض أجنبيا لا يفسد العقد وذكر القدورى أنه يفسد ولو لم تكن فيه منفعة تلامضرة كان اشترى طعاما بشرط أن يأكله أو يوبى بشرط أن يابسه جاز وذكر الامام قاضيخان العقود التي تتعلق تمامها بالقبول أقسام ثلاثة قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البديل وهي مبادلة المال بالمال كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا جهالة البديل وهو معاوضة المال بمال غير المال كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد وقسم له شبهة بالبيع والنكاح وهو الكتابة يبطلها جهالة البديل 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 عن الدين وعزل الوكيل في رواية شرح الطحاوى وتعلق بإيجاب الاعتكاف بالشرط والمزارعة والمعاملة والاقرار

قال (ومن باع عيناه على أن لا يسلمهما إلى رأس الشهر الخ) الاجل في المبيع العين باطل (٣١٩) لافضائه الى تحصيل الحاصل فانه شرع

ترفيها في تحصيله باناسع
المدة فاذا كان المبيع أو
الثمن حاصلًا كان الاجل
لتحصيل الحاصل وانما
قيد بالعين احترازًا عن السلم
فان ترك الاجل فيه مفسد

قال (ومن باع عيناه على أن لا يسلمهما إلى رأس الشهر فالباع فاسد) لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون
شرطًا فاسدًا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيلحق بالديون دون الاعيان قال (ومن اشترى جارية
الاجلها فالباع فاسد) والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثنائه من العقد والاصل من هذا
القبيل وهذا لانه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقه وبيع 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 خذ الافلاقي يوسف والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة
والنسب والكتابة واذن العبد ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة التي فيها القصاص حالًا
ومؤجلًا وجناية الغصب والوديعة والعارية اذا ضمها رجل وشرط فيها حوالة أو كفالة وعقد
الذمة وتعليق الردي بالعيب وتعليق الرد بغير الشرط وعزل القاضى والسكاح 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 التمليكات أو التقييدات لا يصح تعليقه فن الاول
الاقرار والابراء ومن الثاني عزل الوكيل والحجر على العبد والرجعة والتحكيم عند أبي يوسف من قبيل
التمليكات فلا يتعلق وعند محمد يتعلق لأنه من اطلاق الولاية كالتقضاء والاذن والايضاء والوكالة
وان جعل الوكالة في شرح الطحاوى من قبيل التمليكات بل هي بالولايات أشبه (قوله ومن باع عيناه
على أن لا يسلمهما) اياها (الى رأس الشهر فالباع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطًا
فاسدًا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيلحق بالديون) لانها ليست معينة في البيع فيحصل بالاجل
الترفيه بخلاف المبيع العين فانه معين حاضر فلا فائدة في الزامه تأخير تسليمه اذ فائدته الاستحصال به
وهو حاصل فيكون اضرا بالبايع من غير نفع للشترى (قوله ومن اشترى جارية الاجلها فاسد 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 يصح وما لا يصح افراده بالعقد فلا يصح
استثنائه وهذا وهو كون الحمل لا يصح افراده بالعقد (لانه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقه)
كرجل الشاة واليتماحق انه يقرض بالمقراض وأطراف الحيوان لا تنفرد بالعقد اجامًا ومن فروعه
بعتك هذه الصبرة الاقفيزا منها بكذا يجوز لان افراد قفـ يزمنها بالبيع يجوز ولو قال بعتك هذا القطيع
من الغنم الاشاة بألف لا يجوز لانه لا يجوز شراء شاة من هذا القطيع بغير عينها بخلاف ما لو استثنى هذه
الشاة فانه يجوز لا نتقاء الجهالة حيث يجوز لجواز افرادها بالعقد وكذا الحال في كل عددى متفاوت
ومنه ما اذا باع حيوانًا واستثنى ما في بطنه لانه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحمل وأما أن ما لا يفرد
بالعقد لا يجوز استثنائه فلان الاستثناء انما يخرج بعض ما تناوله المصدر عن حكمه وما يدخل تبعًا ليس
بما 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 الاخراجا
من حكم المصدر وحكمه هو موجب فلو صح ذلك بطل الاستثناء واصلاحه أن يريد بالتناول فيها الحكم
بطريق التبعية والاستثناء يكون على خلاف الموجب أى طريق الاستثناء ومهيجه لاحقيقة موجبه

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 خذ الافلاقي يوسف والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة
والنسب والكتابة واذن العبد ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة التي فيها القصاص حالًا
ومؤجلًا وجناية الغصب والوديعة والعارية اذا ضمها رجل وشرط فيها حوالة أو كفالة وعقد
الذمة وتعليق الردي بالعيب وتعليق الرد بغير الشرط وعزل القاضى والسكاح 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 التمليكات أو التقييدات لا يصح تعليقه فن الاول
الاقرار والابراء ومن الثاني عزل الوكيل والحجر على العبد والرجعة والتحكيم عند أبي يوسف من قبيل
التمليكات فلا يتعلق وعند محمد يتعلق لأنه من اطلاق الولاية كالتقضاء والاذن والايضاء والوكالة
وان جعل الوكالة في شرح الطحاوى من قبيل التمليكات بل هي بالولايات أشبه (قوله ومن باع عيناه
على أن لا يسلمهما) اياها (الى رأس الشهر فالباع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطًا
فاسدًا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيلحق بالديون) لانها ليست معينة في البيع فيحصل بالاجل
الترفيه بخلاف المبيع العين فانه معين حاضر فلا فائدة في الزامه تأخير تسليمه اذ فائدته الاستحصال به
وهو حاصل فيكون اضرا بالبايع من غير نفع للشترى (قوله ومن اشترى جارية الاجلها فاسد 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 يصح وما لا يصح افراده بالعقد فلا يصح
استثنائه وهذا وهو كون الحمل لا يصح افراده بالعقد (لانه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقه)
كرجل الشاة واليتماحق انه يقرض بالمقراض وأطراف الحيوان لا تنفرد بالعقد اجامًا ومن فروعه
بعتك هذه الصبرة الاقفيزا منها بكذا يجوز لان افراد قفـ يزمنها بالبيع يجوز ولو قال بعتك هذا القطيع
من الغنم الاشاة بألف لا يجوز لانه لا يجوز شراء شاة من هذا القطيع بغير عينها بخلاف ما لو استثنى هذه
الشاة فانه يجوز لا نتقاء الجهالة حيث يجوز لجواز افرادها بالعقد وكذا الحال في كل عددى متفاوت
ومنه ما اذا باع حيوانًا واستثنى ما في بطنه لانه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحمل وأما أن ما لا يفرد
بالعقد لا يجوز استثنائه فلان الاستثناء انما يخرج بعض ما تناوله المصدر عن حكمه وما يدخل تبعًا ليس
بما 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 الاخراجا
من حكم المصدر وحكمه هو موجب فلو صح ذلك بطل الاستثناء واصلاحه أن يريد بالتناول فيها الحكم
بطريق التبعية والاستثناء يكون على خلاف الموجب أى طريق الاستثناء ومهيجه لاحقيقة موجبه

ويقرب قراره وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب لدالاته على أن المستثنى مقصود ودلالة العقد على أن الحمل تابع

قال المصنف (لان الاجل في المبيع العين باطل) أقول قيد المبيع به احترازًا عن السلم فيه فانه مبيع دين ويصح الاجل فيه بالنس

فيصير كره شرطافاسدا (قوله غير أن المفسد في الكتابة) استثناء من قوله لانها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه أن الشرط الفاسد في الكتابة انما يكون مفسدا لها اذا كان متمكنا في صلب العقد منها كالكتابة على الحجر والخزير أو على قيمته حيث دخل في البذل وأما اذا لم يكن في صلبه كما اذا شرط على المكاتب أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج والعقد صحيح لان الكتابة تشبه البيع انهاء لانه مال في حق المولى ولا تصح الا ببدل معلوم وتحتمل الفسخ ابتداءه وتشبهه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه ولا تحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد والنكاح فيما لم يتم. يكن فيه وأما الثاني فكالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الفساد باعتبار افضائه الى الربا وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات وهذه تبرعات واسقاطات والهبة وان كانت من (٢٢٠) قبيل التمليكات لكنها عرفنا بان نص أن الشرط الفاسد لا يبطلها فانها صلى الله عليه

فيصير شرطافاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير أن المفسد في الكتابة ما يمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا او اجارة وصية لان الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها

وذلك لا يجوز واذا لم يصح الاستثناء بقي (شرطافاسدا) وفيه نفع للبايع (والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة) والأحسن أن يقال تبطل بالشروط الفاسدة لانها عقود معاوضة فيجعل بطلانها بالشروط الفاسدة اثر المشابهة وتعلل المشابهة بأنها عقود معاوضات الا أن المفسد في الكتابة شرط فاسد تمكن في صلب العقد وهو ما يقوم به العقد مثل أن يكتب المسلم عبده على خرا أو خزير أو على قيمته فالكتابة فاسدة لتمكن الشرط المفسد في صلب العقد بخلاف البيع فانه 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 شهان شبهه بالبيع وشبهه بمال ليس بمعاوضة فيفسد بالمفسد القوي وهو ما يتحقق في صلب العقد باعتبار شبهه بالبيع ولم يفسد بمال ليس كذلك لشبهه بالعتق والنكاح وهما لا يفسدان مطلقا 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 أو تزوجت على هذه الجارية أو اخلعتي عليها الا جعلها أو اجعلها ببدل الصلح الا جعلها صححت هذه التصرفات وبطل الاستثناء ويدخل الحمل والهبة وان كانت من قبيل التمليكات لكن عرف بالنص أنها لا تبطل بالشرط الفاسد لانه صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى بشرط عود المجرم فتصير العمرى لورثة الموهوب له لورثة المجرم وأما الوصية فلا تبطل باستثناء الحمل بل تصح بالاستثناء (حتى يكون الحمل ميراثا او اجارة وصية لان الوصية أخت الميراث والميراث يجري في الحمل بخلاف ما اذا استثنى خدمتها) بأن أوصى بجارية الا خدمتها أو اخلتها حيث لا يصح الاستثناء (لان الميراث لا يجري في الخدمة) والغلة بانفرادها حتى لو

وسلم أجاز العمرى وأبطل شرطه للمجرم حتى يصير لورثة الموهوب له لورثة المجرم اذا شرط عودها فيصح العقد ويبطل الاستثناء وأما الثالث فكالوصية اذا أوصى بجارية بتدريج واستثنى حملها فانه يصح والجارية وصية والحمل ميراث أما عدم بطلان الوصية فلانها ليست من المعاوضات حتى تبطل بالشرط الفاسد وأما صحة الاستثناء فلماذا كرر ان الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لانه عين بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها لانها ليست بعين وذ كره 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 بان قال أوصيت بخدمته هذه الجارية فلان فوجب أن يصح استثناءه وأجيب بأن هذا العكس غير لازم وثبت سلم فلان سلم أن الوصية عقد الأثرى أنه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصى ويدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له بدون القبول بان مات الموصى له قبل القبول فلا يتناوله لفظ العقد مطلقا ولقائل أن يقول اعتبرتم الوصية عقدا 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 فما الفرق بينهما الجواب انما معنا العكس وجوب وانما منعنا لزومه والفرق بينهما أن تصحيح الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لو ارث الموصى فاصلح أن يكون موروثا كالحمل صححناه وما لم يصلح كالخدمة منعناه

(قوله والميراث يجري) أقول ان ارادته يجري فيه تبعه لانه لا يفسده وان اراد جريانه بطريق الاستقلال فظاهر انه ليس كذلك فلتأمل في دفعه

قال (ومن اشترى ثوبا على
 أن يقطعه البائع الخ) قد
 تقام وجه ذلك فلا نعيده
 قال ههنا صفة في صفة
 وقما تقدم صفتين في
 صفة وكانهما سواء بشر
 اليه قوله على ما مر وقيل
 قال هناك صفتين لان
 فيه احتمال الاجارة والعارية
 وههنا صفة اذ ليس فيه
 احتمال العارية قال (ومن
 اشترى نعلا) هذا النعل
 بالمثل قطعها به في تسمية
 الشيء باسم ما يؤول اليه اذ
 الصرم هو الذي يقطع
 بالمثل وشرك النعل وضع
 عليها الشرك وهو سيرها
 الذي على ظهر القدم فمن
 اشترى صرما واشترط أن
 يحدوه أو نعل على أن يشركها
 البائع فالبيع فاسد في القياس
 ووجهه ما بيناه أنه شرط
 لا يقتضيه العقد وفيه منفعة
 لاحد المتعاقدين وفي
 الاستحسان يجوز للتعامل
 والتعامل قاض على القياس
 لكونه اجابا فعليا كصبغ
 الثوب فان القياس لا يجوز
 استئجار الصباغ للصبغ
 الثوب لان الاجارة عقد
 على المنافع لا الاعيان وفيه
 عقد على العين وهو الصبغ
 لا الصبغ وحده

قال (ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخطه قيصا وقباهه فاسد) لانه شرط لا يقتضيه
 العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه بصير صفة في صفة على ما مر (ومن اشترى نعلا على أن
 يحدوها البائع قال أو بشر كهها فالبيع فاسد) قال رضى الله عنه ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بينا
 وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب

أوصى بخدمة الجارية أو غلتمها فلان بعد صحة الوصية لا ترث ورثته خدمتها ولا غلتمها بل يعود
 الى ورثة الموصى بخلاف مال الوصي بحمل جاريته لا يخرج بثبوعه ويكون حملها له وأورد على
 الاصل أن الخدمة يصح افرادها بالوصية فيجب أن يصح استئناؤها ما أجيب بمنع لزوم ذلك بدليل
 قوله لم كل ما جاز أن يكون ثمن في البيع جاز أن يكون أجره في الاجارة ولم يلزم كل ما لا يصح ثمنا لا يصح أجره
 وبأن الوصية ليست عقدا حتى صح قبول الموصى له بعدم موت الموصى والعقد بعد الموت لا يصح فلا يرد
 نقضا **فروع** باع صبرة مائة الا عشرها فله تسعة أعشارها بجميع الثمن ولو قال على أن عشرها
 لي فله تسعة أعشارها بتسعة أعشار الثمن خلا لما روي عن محمد أنه بجميع الثمن في مائة عن أبي يوسف
 لو قال أبيعك هذه المائة شاة بمائة على أن هذه لي أو ولي هذه فسد ولو قال الا هذه كان مائة ولو قال
 ولي نصفها كان النصف بخمسين ولو قال بعثك هذا العبد بألف الا نصفه بخمسة مائة عن محمد جاز في
 كاه بألف وخمسة مائة لان المعنى باع نصفه بألف لانه الباقي بعد الاستئناف النصف المستثنى عين يبعه
 بخمسة مائة ولو قال على أن لي نصفه بثلاثمائة أو مائة دينار فسد لادخال صفة في صفة ولو قال بعثك
 الدار الخارجة على أن تجعل لي طرفا الى داري هذه الداخلة فسد البيع ولو قال الا طرفا الى داري
 الداخلة لجاز وطرفه عرض باب الدار الخارجة ولو باع بيتا على أن لا طرفا لي للشري في الدار وعلى
 أن بابي في الدهليز يجوز ولو زعم أن له طرفا فظاهر أن لا يرد ولو باع به بألف دينار الا درهم ما أو لا
 ثوبا أو الا كتحنطة أو هذه الشياه الا واحدة لا يجوز ولو كانت بعينها جاز ولو باع دارا على أن لا بناء فيها
 فاذا فيها بناء البيع فاسد لانه يحتاج الى نقض البناء ولو باعها على أن يناءها من آخر فاذا هو لبن فهو
 فاسد بناء على أنه ما حنسان كلو باع ثوبا على أنه هروى فظهر بليا ولو باع الارض على أن فيها بناء
 فاذا لا بناء فيها وكذا اذا اشترى اشترى بها واوليس فيها اشترى جاز وله اختيار وكذا لو باع به لاهوا وسفلها فظهر
 أن لا عملها ومثلها لو اشترى باخذها **قوله** ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخطه قيصا
 أو قباهه فالبيع فاسد) باجماع الأئمة الاربعة (لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين
 ولانه بصير صفتين في صفة على ما مر) من امتناع الصفتين في صفة الا أن هنا على تقدير واحد
 وهو كون الخياطة يقابلها شيء من الثمن فهو شرط اجازة في بيع وما تقدم كان كذلك على ذلك التقدير
 وعلى تقدير عدم المقابلة يكون اعارة في بيع **قوله** ومن اشترى نعلا على أن يحدوها البائع المراد
 اشترى أديعا على أن يحدوها البائع فعلا فاطلق عليه اسم النعل باعتبار أوله ويمكن أن يراد حقيقة
 أي نعل رجل واحدة على أن يحدوها أي أن يجعل معها مثلا آخر ليم نعل للرجلين ومنه حدث النعل
 بالنعل أي قدرته شمال قطعه ويدل عليه قوله أو يشركه فجعله مقابلا لقوله نعل لانه معنى لان بشرى
 أديعا على أن يحدوها لشرائه كالأديعا براد حقيقة النعل (فالبيع فاسد قال) المصنف رحمه الله
 (ما ذكره) يعني القدرى (جواب القياس ووجهه ما بيناه) من أنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه
 نفع لاحد المتعاقدين (وفي الاستحسان يجوز) البيع ويلزم الشرط (للتعامل) كذلك ومثله في
 دينارنا شراء القيقاب على هذا الوجه أي على أن يسمره سيرا (وصار كصبغ الثوب) مقتضى القياس
 منعه لانه اجارة عقدت على استهلاك عين مع المنفعة وهو عين الصبغ ولكن يجوز للتعامل ومثله
 اجارة الظن مع لزوم استهلاك اللبن جاز للتعامل لكن في الفوائد المستحق بالاجارة فعل الصبغ والحضنة

قال المصنف (ومن اشترى
 نعلا على أن يحدوها البائع
 أو بشر كهها فالبيع فاسد)
 أقول أراد بالنعل الصرم

تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه كذا في شرح الكافي وضمير يشركها النعل بعناه الحقيقي على طريقة الاستخدام

وللتعامل يجوزنا الاستصناع قال (والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذالم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل) وهي مفضية الى المنازعة في البيع لا بتناها على المما كسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم معلومة بالايام فلاجهاالة فيه

في استخبار الصباغ والظفر واللبن آلة فعلهما (وللتعامل يجوزنا الاستصناع) مع انه بيع المعدوم ومن أنواعه شراء الصوف المنسوج على ان يجعله البائع قلنسوة بشرط ان يبطن لها البائع بطانة من عنده وهذافوع آخر من الشرط وهو البيع بشرط أن به كذا وما تقدم كان المشروط معدوما فيشترط أن يفعل من هذا ذكر هشام عن محمد اشترى شاة على أنها حامل بفسد البيع وعن الشافعي قولان واحصهما يصح وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال بعض أصحابه القولان في غير الأذى أما في الجوارى يصح قول واحد وهو قولنا ذكر هشام عن محمد اشترى جارية على أنها حامل بجوز البيع إلا أن يظهر أن المشتري يريد بالظوثة فيفسد ولا يخفى ما فيه بعد فرض أن المشتري علم ذلك بل شرطه وكونه اشترى خلاف ما يحصل غرضه لا يوجب فسادا بعد الرضا به وعن الهندواي شرط الحبل من البائع لا يفسد لأن البائع بذ كره على بيان العيب عادة ولو وجد من المشتري بفسد لانه ذ كره على وجه اشتراط الزيادة ولو اشترى سمسما أو زيتونا أو حنطة على أن فيها كذا ذهنا أو يخرج كذا ذقيما فالبيع فاسد وبه قال الشافعي ولو شرط في الشاة أنها احلوب أو لبون لم يذ كره محمد واختلف فيه فالكركخي بفسد والطحاوي لا يفسد وهو قول الشافعي لانه مرغوب فيه والوجه أن لا يجوز لوقوع المنازعة في أن معنى الحلوب ما يكون لبنها هذا المقدار أو أكثر من هذا الى غاية كذا ولو كان منفعة الشرط لغير العاقدين كالبيع على أن يقرض فلانا كذا ففيه اختلاف المشايخ وقال محمد كل شيء يشترط على البائع بفسد به البيع اذا شرط على أجنبي فهو باطل وكل شيء يشترط عليه لا يفسد به اذا شرط على أجنبي فهو جائز ويخير المشتري كالبيع بمائة على أن يحط فلان الاجنبي عشرة جاز البيع ويخير المشتري ان شاء أخذه بمائة وان شاء ترك وعن أبي يوسف لو اشترى على أن يهب البائع للمشتري أو فلان الاجنبي دينار من الثمن فالبيع فاسد وفي المنتقى خلافه فيما اذا كانت الهبة من المشتري قال لو اشترى على أن يهب له دينار من الثمن جاز وهو حسن لأن حاصله هذا حطيمة مشترطة وما لها الى الشراء بالثمن الاقتص ولو باع رقبة الطريق على أن له حق المرور أو السفل على أن له قرار العلو جاز ولو باع عبدان على أنه شريك المشتري في نصف هذا فسد ولو قال نصفهم ما 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 الانصافه بستائة فقهديع نصفه بأربعمائة (قوله والبيع الى النيروز) وهو يوم في طرف الربيع وأصله نوروز عرب وقد تكلم به عمر رضي الله عنه فقال كل يوم لنا نوروز حين كان الكفار ينتهجون به والمهرجان يوم في طرف الخريف معرب مهر كان وقيل هما عيدان للجوس (وصوم النصارى وفطر اليهود اذالم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل) وعرف بهذا التعليل أن المراد بالتأجيل هنا هو الثمن لا المبيع لان مجرد تأجيل المبيع مفسد ولو كان الى أجل معلوم فلا يناسب تعليل فساد تأجيل المبيع بجهالة الاجل وبقوله (اذالم 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 الفساد لجهالة فاذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الاوقات جاز ولذا قال (أو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام وهي معلومة) وهي خمسة وخمسون يوما واعلم أن كون التأجيل في

لكن يجوز للتعامل جواز الاستصناع (والبيع الى النيروز) معرب نوروز أول يوم من الربيع (والمهرجان) معرب مهر كان يوم في طرف الخريف (وصوم النصارى وفطر اليهود) ومعناه تأجيل الثمن الى هذه الايام فاسد اذالم يعرف المتبايعان مقدار ذلك الزمان (لجهالة الاجل) المفضية الى النزاع لا بتناء المبيعة على المما كسة أى الجمادة في النقصان والمما كسة موجودة في المبيعة الى هذا الاجل فتكون الجهالة فيه مفضية الى النزاع ومثلها يفسد البيع (وان كانا يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز (لان مدة صومهم بالايام معلومة) وهي خمسون يوما فلاجهاالة

قال (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج الخ) الحصاد بفتح الحاء وكسر هاء قطع الزروع (٢٣٣) والدياس أن يوطأ المحصود بقوائم الدواب

قال (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتاخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متعملة في الكفالة وهذه الجهالة اليسيرة مستدركة باختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم فيها ولانه معلوم الاصل الا يرى انها تحتتمل الجهالة في أصل الدين بأن تكفل بما ذاب على فلان في الوصف أولى بخلاف البيع فانه لا يمتثلها في أصل الثمن فكذا في وصفه

الثمن يصح اذا كان الاجل معلوما هو في الثمن الدين املو كان غمنا عينا فيفسد البيع بالاجل فيه للمعنى الذي ذكرناه منفسدا لتأجيل المبيع عند قوله ومن باع عينا على أن لا يسلمه الى رأس الشهر وقوله (لا يتناهما على المما كسة) المما كسة استنقاص الثمن والمكس والمكاس في معناه وهو موجود في البيع عادة وهو يوجب المنازعة فكانت المنازعة ثابتة في البيع لوجود موجهها في الجملة وعند جهالة وقت القبض يحصل أخرى على وجه يضر بالدين والنفس فلا يشرع العقد مع ذلك وحقبة هذا يصلح تعليلا لقولنا لا يمتثل البيع هذه الجهالة اليسيرة بخلاف الكفالة (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد) بفتح الحاء وكسرها (و) مثله (القطاف) وهو العنب (والدياس) وهو دوس الحب بالقدم لينقشر وأصله الدواس بالواو لانه من الدوس قلبت ياء للكسرة قبلها (والجزاز) أي جز صوف الغنم (لانها تتقدم وتتاخر) وذ كر شمس الأئمة أن المراد به جزاز النخل (ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متعملة في الكفالة وهذه الجهالة اليسيرة مستدركة) أي قريب تداركها وازالة جهالتها وتحليل الدليل هكذا هذه جهالة يسيرة وكل جهالة يسيرة متعملة في الكفالة لانها عقد تبرع مبني على المسامحة فهذه متعملة فيها وعلى هذا فالسؤال المورد من قبل شمس الأئمة وهو كون الجهالة اليسيرة متعملة في موضع لا يدل على أن يكون التأجيل الى هذه الاوقات المجهولة متعملا لا ترى أن الصداق يتحمل الجهالة حيث يمتثل جهالة وصفه ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الاجال سؤال أجنبي عن هذا المحل ثم أجاب بأن الاصح صحة هذه الاجال في الصداق خذ الافاقول البعض انها لا يصح تأجيل الصداق اليها وانما يرد هذا اذا قيل الجهالة اليسيرة متعملة في الصداق بجهالة الوصف فيورد عليه النقض بعدم تحمله جهالة هذه الاجال ويوجب بما ذكر وقوله (اختلاف الصحابة) أخرجه مخرج الاستدلال على انها جهالة يسيرة فان من الصحابة من أجازها كعائشة رضي الله عنها أجازت البيع الى العطاء وابن عباس منعه وبه أخذنا ولو كانت جهالة قوية لم يمتثلنوا في عدم الصحة معها وقد قالوا ان العطاء كان لا يتقدم ولا يتأخر فجاز كونه اجالا اذ ذال الصداق الخلفاء الراشدين في ميعادهم في صرفه وأما الآن فيتأخر عن مواعيدهم كثيرا فلا يصح التأجيل اليه الا ان فان صح هذا فكيف يتصور من ابن عباس خلافه والظاهر أنه كان يتقدم ويتأخر قليلا بنحو يوم أو يومين فأهدرته عائشة 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) أي ولان الدين معلوم فأعاد الضمير عليه لانه لا كفالة اذ يستلزم دينا يعني الاصل وهو الدين معلوم والجهالة في وصفه وهو كونه مؤجلا الى كذا الذي قد يتقدم ويتأخر وقوله (الأي الى آخره) ابتداء لتعليل لقوله لانه معلوم الاصل وحاصله أنه اثبت كون الجهالة يسيرة باختلاف الصحابة في مثلها وبأن الدين المكنون به معلوم الاصل فلم يبق جهالة الا في الوصف وجهالة الوصف يسيرة ثم ارتفع الى أولوية صحة هذه الاجال في الكفالة بأن بعض الكفالة تحتتمل جهالة الاصل كالكفالة بما ذاب على فلان والذوب غير معلوم الوجود فلان ينحصر جهالة الوصف فيه أولى (بخلاف البيع فانه لا يمتثلها في أصل الثمن فكذا في وصفه) فانجبه عليه أن يقال لا يلزم من عدم تحمّل أصل الثمن الجهالة عدم تحمّل وصفه وهو أخف لان الاصل أقوى أوجب أن الاشتراك في العلة يوجب في الحكم وعلة عدم تحمّلها في الاصل الاقضاء الى المنازعة

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 المفوضية الى النزاع بتقدم هذه الاوقات وتاخرها والكفالة الى هذه الاوقات جائزة (لان الجهالة اليسيرة متعملة في الكفالة الا ترى انها تحتتمل الجهالة في أصل الدين بأن يكفل بما ذاب على فلان في وصفه أولى) لكون الاصل أقوى من الوصف (وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها) فعائشة رضي الله عنها كانت تجيز البيع الى العطاء وان احتمل التقدم والتأخر لكونها يسيرة وابن عباس رضي الله عنهم امنعه 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 محتتملا للجهالة في أصل الثمن لم يكن محتتملا لالها في وصفه ورد بأنه لا يلزم من عدم تحمّل أصل الثمن عدم تحمّل وصفه لان الاصل أقوى اذ هو يوجد دون الوصف

الخاص دون عكسه وأوجب بان المانع من تحمّل أصل الثمن الجهالة هو افاضؤها الى النزاع وهو موجود في جهالة الوصف لم يمنع

وإذا باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات صح له بونه تأجيل الدين (وهذه الجهالة محمولة فيه بمنزلة الكفالة) لعدم إيقاعه على المما كسة ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لانه يفسد بالشرط الفاسد (ولو باع إلى هذه الأجل) أعني النيروز والمهر جانبا إلى آخر ما ذكرنا من القطاف والجزاز ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل تحقق هذه الاوقات انقلب البيع جائزا خلافاً لفرجه الله وهو يقول انه عقد فاسد فلا يتقلب جائزا كاسقاط الاجل 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 وقدنا الفساد

للمنازعة والمنازعة انما تحقق عند حلول الاجل فاذا أسقطه ارتفع المفسد قبل تفرره فيه وجائزاً فان قيل الجهالة تقرر في ابتداء العقد فلا يفيد سقوطها كما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد أحاب بأن هذه الجهالة في شرط زائد وهو الاجل لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد فان بخلاف ما ذكرت فان الفساد فيه في صلب العقد واعترض بأنه اذا نسخ بغير شهود ثم أشهد بعد النكاح فإنه لا يتقلب جائزاً وليس الفادى في صلب العقد واذا باع إلى أن يمب الرج ثم أسقط الاجل لا يتقلب جائزاً وأجيب عن الاول بأن الفساد فيه لعدم الشرط فهو قوى كولو كان في صلب العقد ألا ترى أن من صلبى بغير طهارة ثم طهر لم تنقلب صلته جائزة وعن الثاني بأن هبوب الرج ليس بأجل لان الاجل ما يكون منتظرا والهبوب قد يكون متصلا

بخلاف ما إذا باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الاوقات حيث جازلان هذا تأجيل في الدين وهذه الجهالة فيه محمولة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد (ولو باع إلى هذه الأجل ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز بالبيع أيضا وقال زفر فرجه الله لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا يتقلب جائزا وصار كاسقاط الاجل في النكاح إلى أجل) ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تفرره 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 متمعة وهو عقد غير عقد النكاح

وهو موجود في جهالة الوصف ثم أفاد أن ما ذكره من عدم تحمل البيع جهالة هذه الأجل هو اذا ذكرت في أصل العقد أما اذا عقد بلا أجل وهو قوله (بخلاف ما إذا باع مطلقاً) أى عن ذكر الاجل حتى انعقد صحيحا (ثم أجل الثمن إلى هذه الاوقات) فإنه يجوز فالتأجيل بعد الصحة كالصحة لا يتقلب لان جهالة التسمية لانه حينئذ تأجيل دين من الديون بخلافه في صلب العقد فإنه يبطل بالشرط الفاسد وقبول هذه الأجل شرط فاسد (قوله ولو باع إلى هذه الأجل ثم تراضيا على اسقاط الاجل) قيل أن يجبي بأن أسقطاه (قبل أن يأخذ الناس في الدياس والحصاد وقبل قدوم الحاج جاز بالبيع أيضا) كما جاز اذا عقد بلا أجل ثم ألحق هذه الأجل (وقال زفر لا يجوز) وتقييده به هذه الأجل لاخراج نحو التأجيل به بوجوب الرج ونزول المطر فإنه لو أجل بها ثم أسقطه لا يعود صحيحا اتفاقا ووجه قوله أن العقد فاسد (فلا يتقلب جائزا كاسقاط الاجل في النكاح إلى أجل) وكالاتهاد عليه بعد عقده بلا شهود لا يتقلب جائزا وبيع الدرهم بالدرهمين اذا اسقط الدرهم لا يعود صحيحا (ولنا) أن هذه الجهالة مانع من لزوم العقد وليس في صلب العقد بل في اعتبار أمر خارج هو الاجل وصب العقد البدلان مع وجود المقتضى للصحة وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي فاذا زال المانع قبل وجود ما يقتضى سبب الفساد وهو المنازعة عند المطالبة السائلة عند مجي الوقت ظهر عمل المقتضى وهو معنى انقلابه صحيحا بخلاف ما فاس عليه من الشهادة المتأخر فان عدم الشهادة عدم الشرط وبعد وقوع المشروع فاسد لعدم الشرط لا يعود ذلك بعينه صحيحا مثلا اذا صلى بلا وضوء ثم توضأ لا تصير تلك الصلاة صحيحة وانما 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 المنع وعقد من العقود لا يتقلب عقدا آخر فلا يصح اسقاط الدرهم (لان الفساد في صلب العقد) والذي يحتاج به هذا إلى الجواب ما اذا اسقط الرطل الخمر فيما إذا باع بألف ورطل خمر نص محمد على جواز البيع وانقلابه صحيحا في آخر الصرف اللهم إلا أن يقال هو تبع للالف الثمن في بيع المسلم بخلاف ما إذا باع بالخمر فإنه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن وبفسد ذلك لا مستتبع هناك هذا والحاق زفر بالنكاح إلى أجل بطريق الإلزام

بكلامه (قوله وبخلاف النكاح) جواب عن قياس زفر على النكاح وتقريره أن نقد قلنا ان العقد الفاسد قد يتقلب فإنه جائزاً قبل تقرر المفسد ولم نقل ان عقدا يتقلب عقدا آخر والتمسك على أجل متمعة وهي عقد غير عقد النكاح فلا يتقلب نكاحا

قال المصنف (وقبل قدوم الحاج جاز بالبيع أيضا) أقول لفظ أيضا من كلام صاحب الهداية قال المصنف (ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تفرره 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 مر في النكاح

(قوله في الكتاب) أي القسودى ثم تراضيًا يخرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال (ومن جمع بين حر وعبد
أوشاة ذكبة وميتة الخ) اذا جمع في البيع بين حر وعبد أوشاة ذكبة وميتة بطل البيع فيها مطلقا أعني سواء فصل الثمن أول يفصل عند أبي
حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد ان سمي لكل واحد منهما ما تجاز في العبد والشاة الذكبة (وان جمع بين عبد ومدبر أو بين
العقد في العبد والذكبة) (وان جمع بين عبد ومدبر أو بين عبد وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن عندهم خلافا لفرجه
الله فيهما) أي في العبد والمدبر أو في الجمع بينهما (ومتروك التسمية عامدا كالمتة والمكاتب وأم الولد كالمدر) فان قيل متروك التسمية
بجته فيه فصار كالمدر فيجب جواز بيعه مع المذكى كبيع القن مع المدر أجيب بأنه ليس بجته فيه بل خطأ بين مخالفة الدليل الظاهر
وهو قوله تعالى ولانا كلوا مما يذكر اسم الله عليه حتى ان القاضى اذا قضى (٢٢٥) بحله لا ينفذ القضاء فكان بمنزلة

من جمع بين الحر والعبد
في البيع (لنزول الاعتبار
بالفصل) الاول يعنى بين
الحر والعبد بجماع انتفاء
المحلية في حق الجمع ولا ي
يوسف ومحمد اذا سمي لكل
ثم ان الفساد بقدر الفساد
اذ الحكم يثبت بقدر دليله
والمفسد 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 والمدبر مع
القن ان الحر لا يدخل
تحت العقد أصلا لانه ليس
بمحل للبيع صفة واحدة
بدليل ان المشتري لا يملك
قبول العقد في أحدهما
دون الآخر واذا كان كذلك
كان قبول العقد فيما لا يصح
فيه العقد شرط الصحة العقد

وقوله في الكتاب ثم تراضيًا يخرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال (ومن جمع
بين حر وعبد أوشاة ذكبة وميتة بطل البيع فيهما) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف
ومحمد رحمه الله ان سمي لكل واحد منهما ما تجاز في العبد والشاة الذكبة (وان جمع بين عبد ومدبر أو بين
عبد وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن) عند علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله فسد
فيه ما ومتروك التسمية عامدا كالمتة والمكاتب وأم الولد كالمدر له الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية
البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد لا 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 للبيع صفة واحدة

فانه يجيز النكاح الموقت ثم قول المصنف رحمه الله (وقوله في الكتاب تراضيًا) أي قول القسودى في
مختصره (قوله ومن جمع بين حر وعبد أوشاة ذكبة وميتة بطل البيع فيهما) سواء فصل عن كل
واحد أو لم يفصل (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله ان سمي لكل
واحد منهما ما تجاز في العبد) بما سمي له وكذا في الذكبة واذا لم يسم بطل الاجماع وبقول أبي حنيفة
قال مالك وعن الشافعي وأحمد كل من القولين وعلى الخلاف ما اذا باع دينين خلا فاذا أحدهما آخر
(ولو جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره) ولم يفصل الثمن (صح البيع في العبد بحصته من الثمن
عند الثلاثة وقال زفر فسدت فيهما) ومتروك التسمية عامدا كالمتة والمكاتب وأم الولد كالمدر
وأجمعوا أنه لو باع عبدين فاستحق أحدهما لا يبطل البيع في الآخر (لنزول الاعتبار بالفصل الاول)
وهو ما اذا جمع بين عبدين ولم يفصل عن كل بجماع أنه باع ما لا يصح بيعه مع ما يصح مجموعا صفة وهو
يوجب انتفاء محلية 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 المفسد وهو
عدم المحلية على الحر ونحوه فلا يتعدى الى غيره لانه حينئذ بلا موجب لأن كلامهم ما قد انفصل عن
الآخر بتفصيل الثمن الا يرى أنه لو هلك أحدهما قبل القبض بقى العقد في الآخر لو كان كل منهما عبدا
وصار كالمدر جمع بين أخته واجنبية في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم عن كل منهما لأن الفساد
حينئذ في القن لجهالة ثمنه (ولا ي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين) أعني الجمع بين الحر والعبد والجمع
بين الاجنبية وأخته والمدبر والعبد (أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلا والبيع صفة واحدة)

(٢٢٩ - فتح القدير خامس) فيما يصح فيه فكان شرط فاسدا وفيه نظر أما أولا فلانه اذا بين عن كل واحد منهما كانت
الصفة متفرقة وحينئذ لا يكون قبول العقد في الحر شرط للبيع في العبد وأما ثانيا فلان الشرط الفاسد هو ما يكون فيه من منفعة
لا احد المتعاقدين أو للعقد وعليه حتى يكون في معنى الرابا وليس في قبول العقد في الحر منفعة لاحدهما ولا للعة ودعلمه فلا يكون شرطا
فاسدا وأما ثالثا فلان قبول العقد في الحر انما يكون شرطا لقبول العقد في العبد اذا صح الايجاب فيهما فلا يتضرر البائع بقبول العقد
في أحدهما دون الآخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالمدر والبيع بين العبد والمدبر وأجيب عن الاول بأن الصفة متحدة في مثل ما اذا يكرر
البيع أو الشراء وقد تقدم في أول البيوع وعن الثاني بأن في قبول العقد في الحر منفعة للبائع فانه اذا باعها بألف والحر ليس بمحل
يقابله بدل فكانت بعث هذا العبد بمائة على أن يسلم الى خمسمائة أخرى فينتفع بفضل حال عن العوض في البيع وهو الرابا

وعن الثالث بأن الإيجاب إذا صح فيه ما صح العقد والشرط جميعا فلا يكون فيما نحن فيه وإذا ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصلين وتم جواب
 زفر عن التسوية بينهما (قوله بخلاف النكاح) جواب عن قياسه ما 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 هؤلاء المدبر والمكاتب وأم الولد وعبد الغير فانهم دخلوا تحت
 العقد لقيام المالية فانهم باعتبار (٣٢٦) الرق والتقوم وهما موجودان (قوله ولهذا ينفذ) يجوز أن يكون توضيحا

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
 بجواز بيع أم الولد نفذ عند
 أبي حنيفة وأبي يوسف
 رحمه الله خلافا للمحمد بناء
 على ان الاجماع اللاحق
 يرفع الاختلاف السابق
 عنده فيكون القضاء على
 خلاف الاجماع فلا ينفذ
 وعندهما لا يرفع فيكون
 القضاء في فصل مجتهد فيه
 فينفذ فقد عرف ذلك في
 أصول النقح فان قيل كيف
 يصح قوله موقوف وقد قال
 في أول الباب وبيع أم الولد
 والمدبر والمكاتب باطل
 فالجواب أنه باطل إذ لم يجز
 المكاتب ولم يقض القاضي
 بجواز بيع المدبر وأم الولد
 يدل على ذلك تمام كلامه
 هناك ويجوز أن يكون
 توضيحا لقيام المالية فان
 الاجازة وقضاء القاضي
 لا ينفذ في غير محله وإذا نفذ
 ههنا عرفنا التحلية فيها ولا محل
 للبيع الا بقيام المالية فعرفنا
 انهم دخلوا في العقد فكان

فكان القبول في الحر شرط المبيع 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 الأصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة
 وأبي يوسف رحمه الله لأن المالك باستحقاقه المبيع هؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا
 إشارة الى البقاء كما إذا اشترى عبدين وهلاك أحدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في
 غير المبيع ولا يباع بالحصصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان عن كل واحد فيه

بدليل أنه ليس للقبول أن يقبل في أحدهما بعد جعل قبول العقد في كل شرطاني بعبه الآخر فقد شرط
 في قبول العقد بقوله في الحر وهو شرط فاسد فيبطل بيع العبد (بخلاف النكاح فإنه لا يبطل بالشرط
 الفاسد أما بيع هؤلاء موقوف) على القضاء في المدبر ورضا المكاتب في الأصح خلافا لما روى عن أبي
 حنيفة وأبي يوسف واجازة ذلك الغير (فقد دخلوا في العقد لقيام المالية) على قول بعض المجتهدين
 في أم الولد أيضا دخلت أيضا على قول أبي حنيفة وأبي يوسف (الأن المالك) أي مالك العبد
 المضموم الى عبد البائع (باستحقاقه المبيع وهو لا يستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع) بعد وجوده
 فيما يقبله وهذا في أم الولد بناء على صحة القضاء ببيعهما عندهما خلافا للمحمد وهو بناء على ان اجماع
 التابعين اللاحق هل يرفع خلاف الصحابة السابق عندهما لا يقوى لرفع خلاف الصحابة وعند
 محمد نعم فلذا صح القضاء ببيعهما عندهما انظرا الى الخلاف وعنده لا نظر الى الاجماع وارتفاع
 الخلاف مع ان قول عبيدة لعلي رضي الله عنه لما قال بدلى رأى انهم يبعن فقال رأيك في الجماعة أحب
 اليامن رأيك وحده ظاهري أن أكثر الصحابة كانوا على منع بيعها أو كراهة الاعلما وقد ذكر الكرخي
 رجوع أبي يوسف في مسألة الطوق والجارية إذا باعهما بثمن مؤجل كما سيجي في الصرف فاستدلوا
 به على رجوعه في هذه المسائل إذ الفرق بينهما لا يتضح كذا في المسوط قيل ينبغي أن يكون الجمع بين
 متروك التسمية عامسا وبين الذبيحة كالجمع بين القن والمدبر على قول أبي حنيفة لضعف الفساد في
 متروكها للاجتهاد أجيب 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
 الصفة 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 وسمى لكل ثمن على حدة واتحد الباقي كانت الصفة متحدة هو على قول أبي حنيفة وأورد من
 قبلهما أن قبول العقد فيما لا يصح شرط ليس فيه منفعة فلا يكون مفسداً أوجب بمنع اشتراط
 النفع في افساد الشرط أولاً وليس بشيء ثم لو سلم ففيه نفع لأن في قبوله قبول بدله وهو مال متقوم
 والحر ليس بمال فيكون بدله خاليا عن العوض فيكون ربا وقوله (وكان هذا) يعني رد البيع (إشارة
 الى البقاء) يعني دخولهم تحت البيع لأن رد البيع بدون انعقاده لا يصح وإذا خر جواب بعد دخولهم
 لا يكون فيه بيع بالحصصة ابتداء بل بقاء كما إذا باع عبدين وهلاك أحدهما قبل القبض يفسخ البيع فيه

الواجب ان لا يكون العقد فيهم فاسدا الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهو لا يستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع وهذا
 أي الرد بالاستحقاق لا يكون الا في البقاء فكان كما إذا اشترى عبدين وهلاك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الباقي بحصته من الثمن بقاء
 فلم يمنع من الصحة وهذا أي الجمع بين القن واحداً من كورين لا يكون شرطاً لقبول في غير المبيع ولا يباع بالحصصة ابتداء بعد ما ثبت دخولهم
 في المبيع ولهذا لا يشترط حالة العقد بيان عن كل واحد من العبد والمدبر فيه أي فيما إذا جمع بين القن والمدبر

وفصل في أحكامه وإذا قبض المشتري المبيع لما كان حكم الشيء لكونه أثرا ثابتا به يعقبه ذكر أحكام البيع الفاسد عقبيه والبيع عندنا ينقسم 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 بأذنه (وفي العقد عوضان مالان ملك المبيع ولزمته القيمة) ذكر القبض لترتب الأحكام عليه وذكر البيع الفاسد لدلان الباطل لا يفيد شيئا وان اتصل به القبض وأمر البائع يعني به الأذن في القبض أعم من كونه صريحا أو دلالة والمعنى بدلالة الأذن هو أن يقبضه عقب العقد بحضرة البائع فإن لم يكن بحضرة البائع لم يعلم بغيره بخلاف الصريح فإنه يفيد مطلقا وقد أن يكون في العقد عوضان مالان لفائدة سند كرها وقوله ملك المبيع هو قول عامة (٢٢٧) المشايخ سوى أهل العراق فانهم يقولون

المبيع في البيع الفاسد مما لو لم يتصرف لا يملك العين وقد تقدم الكلام فيه (وقال الشافعي رحمه الله القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك لأنه محظور) والمحظور (لانتقاله به نعمة الملك) لان المناسبة بين الأسباب والمسببات لا بد منها (ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد) بين النهي والمشروعية اذ النهي يقتضي القبح والمشروعية تقتضي الحسن وبينهما منافاة والمنسوخ المشروعية لا يفيد حكما شرعيا (ولهذا لا يفيد قبل القبض وصار كما اذا باع الخمر بالدرهم) أو الدنانير أو بالميته وقبض المشتري فإنه لا يفيد الملك وانما أن البيع الفاسد مشروع بأصله

وفصل 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 لأنه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيد قبل القبض وصار كما اذا باع بالميته أو باع الخمر بالدرهم ولان ان ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله فوجب القول بان عقده ولا خفاء في الاهلية والمحلية

وحده وتجب حصة الآخر من الثمن وإذا كان المدبر ومعه محلا 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 الحلواني يفسد فيه ما تم رجوع وقال جازي في الملك كافي العبد والمدبر ولو باع كرمافيه مسجد قديم ان كان عامرا يفسد البيع والا لا وكذا في المقبرة ولو اشترى دارا فيه طريق للعامة لا يفسد البيع والطريق عيب ولو اشترى دارا بطريقها تم استحق الطريق ان شاء أمسكها بجمعتها وان شاء ردها ان كان الطريق محتلطها وان كان متميزا لزمه الدار بجمعتها ومعنى اختلاطه كونه لم يذكر له الحدود وفي المنتقى اذ لم يكن الطريق محدودا يفسد 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 مهدوما أو راضا ساحة لا يفسد فيها بعد أن يكون أصله مسجد جامع كذا في المجتبى والظاهر أن هذا متفرع على قول أبي يوسف في المسجد الا ان كان من ريعه معلوم بعاديه ولو باع قرية وفيها مسجد واستثنى المسجد جازا للبيع

وفصل في أحكامه قال (وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع) صريحا أو دلالة كإسباني (وفي العقد عوضان كل منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته) ومعلوم أنه اذا لم يكن فيه خيار شرط لان ما فيه من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفاسد ولا يخفى ان لزوم القيمة عينها 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 ينال به نعمة الملك ولأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد) بين المشروعية والنهي والمراد ان النهي يتضمن انتفاء المشروعية (ولهذا) أي كونه غير مشروع (لا يفيد الملك قبل القبض) ولو كان مشروعاً ثبت قبله كافي البيع الصحيح (وصار كما اذا باع الخمر بالميته أو باع الخمر بالدرهم) فان الاتفاق على انه لا يفيد الملك في الوجهين وما ذاك الا لانتفاء مشروعية السبب (ولان ان ركن العقد صدر من أهله في محله ولا خفاء في الاهلية ولا في المحلية

وفصل في أحكامه (قوله والبيع عندنا الخ) أقول أي ما يطلق عليه لفظ البيع (قوله غير ما مر) أقول في أول البيع

(قوله بخلاف الصريح) أقول هنا نوع مسامحة (قوله وقد أن يكون في العقد عوضان مالان لفائدة سند كرها) 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 النهي نسخ للمشروعية) أقول جوابه وبالله العون ان أراد بالمشروعية ترتيب الثمرات المطلوب من النهي عنه عليه شرعا فلان تسليم ذلك ولان تسليم التضاد من النهي والمشروعية بهذا المعنى كيف وهو أول المسئلة وان أراد بها الأذونية شرعا فسلم ولا يلزم من انتفاء الأذونية شرعا انتفاء ترتيب الأحكام فليتأمل (قوله أو بالميته) أقول ظاهره عطف على الدرهم فلا يوافق المتن اذ لا تخصص فيه له الميته بجعله غنما للخمر بل عام (قوله ولان ان البيع الفاسد مشروع بأصله الخ) أقول لعل قوله مشروع مجاز عن مفيد الملك بقرينة آخر كلامه لئلا يؤول من كلامه في التلازم بين كلامه فليتأمل

لان ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالتراضي صدر من أهله اذ الكلام في ان لاخلال في العاقدين مضاهي الى محل
 كذلك وكل بيع كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيد لا يقال قد يكون النهي مانعا عن ذلك لان النهي بقرر المشروعية عندنا لا اقتضائه
 التصور ليكون النهي عما يتكون ليكون العبد مبتلي بين أن يترك باختياره في شباب وبين أن يأتي به في عاقب عليه فنفس البيع مشروع
 وبه تنال نعمة الملك لكن لا يفيد من قبح مقتضى النهي فبعلناه في وصفه مجاورا كافي البيع وقت النداء عملا بالوجهين وقد قررنا هذا
 في التقرير على وجه أتم واعتراض بان (٢٣٨) المحذور في البيع وقت النداء مجاور وأما في المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل به

وصفا فلا يكون قوله كافي
 البيع وقت النداء صححا
 وأيضا الحكم هناك الكراهة
 وفي المتنازع فيه الفساد
 وأجيب بأن غرض المصنف
 من ذكر المجاورة بيان ان
 المحذور ليس لمعنى في عين
 المنهى عنه كما زعمه الخصم
 والمجاور جمعوا المتصل وصفا
 بيان في ذلك وبان غرضه
 ان حكم المنهى عنه ليس
 البطلان كما يدعيه الخصم
 والكراهة والفساد يشتركان
 في عدم البطلان طالع
 التقرير تطوع على ذلك

قال المصنف (وركنه مبادلة
 المال بالمال) أقول يعني
 حقيقته والافروكته
 الايجاب والقبول أو ما دل
 على ذلك قال المصنف
 (وفيهِ الكلام) أقول
 أي الكلام مفروض فيما
 اذا كان في العقد عوضان
 هما ما لان قال المصنف
 (والنهي) أقول معارضة
 للدليل الثاني قال المصنف
 (بقرر المشروعية) أقول
 بمعنى ترتب الاحكام المطلوبة
 منه عليه شرعا لا بمعنى

وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي بقرر المشروعية عندنا لا اقتضائه التصور فنفس البيع
 مشروع وبه تنال نعمة الملك وإنما المحذور ما يجاوره كافي البيع وقت النداء

وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام) أي الكلام مفروض فيما اذا كان في العقد عوضان هما ما لان
 قوله (نعمه) الملك لا تنال بالمحذور قلنا 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 ان ثبوت حكم طلاق الحائض فأزال به العصمة حتى أمر
 ابن عمر بالمراجعة رفع المعصية بالقدر الممكن وأتم المطلق فصار هذا أصلا في كل سبب شرعي نهي عن
 مباشرته على الوجه الفلاني اذا بشر معه بثبت حكمه ويعصى به وقوله النهي نسيخ للشرعية يعني يفيد
 انتفاء هامع الوصف فنقول ما تريد بانتهامه مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف المذكور
 أو كونه لا يفيد حكمه ان أردت الاول سلمناه ومنعنا انه مع ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضى للنهي كما
 أريناك من الشرع وان أردت الثاني فهو محل النزاع وهو حينئذ صادرة حيث جعلت محل النزاع جزأ
 الدليل لا يقال فلا فائدة للنهي حينئذ لان فائدته التحريم والتأثير وهو موضع النهي فانه للتحريم أو لكراهة
 التحريم اذا كان ظني الثبوت وهذا بخلاف ما اذا لم يكن الثابت ركن العقد بأن لم يكن ما لا بان عقد على
 الخمر 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 ولاخفا في حسن هذا التقرير ان شاء الله تعالى وكفايته وأما قول
 المصنف رحمه الله وغيره من المشايخ (النهي بقرر المشروعية لا اقتضائه التصور) يريدون ان النهي
 عن الامر الشرعي بقرر مشروعيته لأن النهي عن الشيء يقتضي تصور المنهى عنه والام بكن للنهي فائدة
 فليس بذلك لان كونه يقتضي تصور المنهى عنه بمعنى إمكان فعله مع الوصف المثير للنهي لا يفيد فانه اذا
 فعل هذا التصور يقع غير مشروع وان أرادوا وتصوره شرعا أي ما دون ما فيه شرعا ممنوع وان قالوا
 تريد تصوره مشروعاً بأصله لا مع هذا الوصف الذي هو مثير للنهي فلنا سلمناه ولكن الثابت في صورة
 النهي هو المقرون بالوصف فهو غير مشروع مع الوصف وهو أصله بمعنى البيع مطلقا عن ذلك الوصف
 غير الثابت هنا فلا فائدة في هذا الكلام أصلا اذ نسلم انه مشروع بأصله أعني ما لم يقرب بالوصف وهو
 مفقود فلا يجدي شياً وأحياناً مذقوله (فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك) يقال عليه
 ما تريد بنفس البيع الذي ليس فيه الوصف الذي هو متعلق النهي أو ما فيه ان قلت الذي ليس فيه
 سلمناه وبه تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذي ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المثير للنهي فلا يقال به
 نعمة الملك فيحتاج لما قررناه من منع ان السبب اذا كان مع النهي لا يفيد الملك الى آخر ما ذكرنا وأما
 قوله وإنما المحذور ما يجاوره كافي البيع وقت النداء) فالمراد ان يجمع بين ما نحن فيه وبين البيع

المأذونية شرعا قال المصنف (لاقتضائه التصور الخ) أقول يعني تصوره موجود شرعا تصورا مطابقا وقت
 الواقع فاذا كان موجودا شرعا ترتب عليه الآثار والاحكام المطلوبة اذ هو معنى الوجود الخارجي على ما بين في موضعه قال المصنف
 (فنفس البيع) أقول مع قطع النظر عن وصفه قال المصنف (مشروع) أقول أي مأذون فيه فقوله فنفس البيع مناقضة وإشارة
 الى الجواب عن دليل الشافعي والغايب ليست التفريع بل عاطفة للتعقيب الذكري (قوله قد يكون النهي مانعا عن ذلك) أقول أي
 ع. المشروعية اذ له لا يفيد من قبح مقتضى الشرع / أقول قد لا يقتضيه الشرع حال

(قوله وانما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي الى تقرير الفساد) جواب عن قوله ولهذا لا يفيد قبل القبض وتقرير ذلك 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 تقريره واذ كان واجب الرفع بالاسترداد يعني اذا كان المبيع مقبوضا فلا ان يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبه أحد المتعاقدين أولى لكونه أسهل لسلامته عن المطالبة والاحضار والتسليم والتسلم 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 وأنه لو أفاد بعد القبض كان تقرير الفساد والجواب عن الاول انه ممنوع واللازم أن يكون الشيء مع غيره كالشيء المانع غيره وهو محال وخيار الشرط انما استوى فيه القبض وعدمه لان ثبوت الملك فيه معلق بسقوط الخيار معنى لانه يقول على ابي بالخيار والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود القبض وعدمه فلم يلزم أن يكون الشيء مع غيره كالشيء المانع غيره لان الشرط أهدر لا غير أعيى القبض وعن الثاني ان تقرير الفساد بعد (٣٣٩) القبض يثبت في ضمن الضمان فان القبض

بوجب الضمان فان لم ينتقل الملك من المضمون له الى الضامن لاجتماع البدلان في ملك شخص واحد وهو لا يجوز والضمنيات لا تعتبر بها (قوله ولان السبب دليل آخر على افادة البيع الفاسد الملك بعد القبض ووجه ان السبب يعني المبيع الفاسد قد ضعف لمكان اقترانه بالمبيع فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم) لان للقبض شها بالايجاب فصار كأنه يجب البيع الفاسد اذاد قوة في نفسه فهو كالهبة في احتياجه الى ما يعضده العقد من القبض (قوله والميته ليست بمال) جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على

وانما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي الى تقرير الفساد المجاوز وهو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالمبيع فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة والميته ليست بمال فان عدم الركن ولو كان الخمر ممتنا فقد خرب جنه وشئ آخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح غنما لامتنا وقت النداء في ثبوت الملك عند عدم كون الشيء لعين المتهنى عنه كما اذا كان مع عدم ثبوت الركن والافالتهى للجوار يفيد الكراهة لا الحظر والتهنى للوصف اللازم كما نحن فيه يفيد الحظر هذا الا اني أقول وبالله التوفيق مع ذلك ان الخمر والخنزير ليسا بمال في شرعنا فان الشارع أهانهما بكل وجه حتى لعن حاملهما ومعتصرهما مع انها مقصودة حال الاعتصار بل الموجود حينئذ نسبة ان يصير خرا او بائعها وآكل غنما وهي مال في شرع أهل الكتاب على زعمهم وحيث أمرنا ان نتركهم وما يدينون فقد أمرنا باعتبار بيعهم باهاو بيعهم بها فاذا كان أحد العوضين خرا أو خنزيرا في بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك في البدل الآخر وان كان في بيعهم فصححهم والله أعلم وقوله (وانما لا يثبت الملك قبل القبض الى آخره) جواب عن مقدره وانما اذا كان هذا البيع يفيد حكمه فما وجه تراخيه عنه الى وقت القبض فأجاب وحاصل الوجه فيه انما قد أرى نكاحه بسبب محذور وان ما هو بسبب محذور طلب الشرع رفعه بالقدر الممكن وان ترتب حكمه كما أمر براجعة الحائض فوجب ذلك في البيع وحيث أمرنا باعدامه بعد فعله صار فيه ضعف ورأينا حكم السبب قد يتأخر عنه في الشرع بسبب من الاسباب فأخبرناه الى القبض فانه بهيتا كذا العقد فيوجب حينئذ حكمه كالهبة لما ضعف السبب فلم يثبت الملك فيها بالقبض وقوله (كي لا يؤدي الى تقرير الفساد) أي الى زيادة تقريره فان المبادرة اليه تزيد وجوده انه واجب الرفع فلا يفعل ذلك وقوله (وان كان الخمر ممتنا فقد خرب جنه) يريد ما قدمه من بطلان البيع اذا كانت مبيعا لان جعلها المقصود بالعقد اعزازها وقوله (وشيء آخر) أي وجه

البيع بالمته وتقريره ان الميته ليست بمال وماليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه ولو كان الخمر ممتنا وهو ما اذا اشترى الخمر بالدرهم فقد خرب جنه يعني في أوائل البيع الفاسد وأراد به ما قاله وأما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين كالدرهم والدينانير فالبيع باطل ولا يلزم من بطلان البيع فيما اذا كان الخمر ممتنا بطلان البيع في المتنازع فيه وفي شيء آخر أي دليل آخر سوى ما ذكرنا هناك وهو ان العقد الواقع على الخمر بوجب القيمة لا عين الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسليمها فلو قلنا بان عقد البيع في الصورة المذكورة لجعلنا القيمة ممتنا لان كل عين يقابلها لدرهم أو الدينانير في البيع هو ممتن لتعين الدرهم والدينانير للتمية خلقه وشرعا ولا عهد لنا بذلك في صورة من صور البياعات

(قوله لانهم من مواجب العقد) أقول الظاهر أن يقول من مواجب الملك الا أنه أراد بالعقد الملك الثابت به مجازا كما في رعي غنما (قوله والجواب عن الاول أنه ممنوع الخ) أقول لا يرد عدم ثبوت الملك بالقبض في البيع الباطل لكونه كلاما على السند (قوله لان الشرط أهدر الغير) أقول وللخصم أن يقول ان الفساد أهدر لا غير أيضا (قوله فان القبض بوجب الضمان) أقول ان أراد بعد الهلاك فسلم وليس الكلام فيه وان أراد حين قيام المبيع أو أعم ممنوع بل الواجب رد عينه فلا يلزم اجتماع البدلين في ملك شخص ولو صح ما ذكره الملك المقصوب بالقبض لخريان ما ذكره فليست أمثل فان جواب النقص يظهر مما سبق في باب خيار الشرط من قوله حكما للعاوضة والمقام بعد محل كلام

قال قول به تغيير للشرع فكذلك بطلانه (قوله ثم شرط أن يكون القبض باذن البائع) إشارة 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 كالم قبض 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 بأن العقد اذا وقع فاسدا لم

يتضمن تسليطاً على القبض لان التسليط لو ثبت انما ثبت عقدتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على القبض بخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطاً على القبض استحسانا مادام في المجلس لان التصرف وقع صحيحا فجاز أن يكون تسليطاً بعقدتضاه وانما يتوقف على المجلس لان القبض ركن في باب الهبة وانه ينزل منزلة القبول في حق الحكم فكما ان 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 غنما أو مئنة لكن ذكره هبة الايمان ليعلم انها اذا كانت مبيعة كان البيع أولى بالبطلان

ثم شرط أن يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا أنه يكتفي بدلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد استحسانا 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 استحسانا 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

اخر لبطلان العقد اذا كانت مبيعة وهو الواجب حينئذ تسليم قبضة الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليمها وتسليمها والقيمة لا تكون الادراهم أو دنانير فتصير القيمة مبيعة لقيامها مقام مبيع وهو خلاف وضع الشرع في سائر البياعات من ان المقابل للسلع من النقود نفي لا يقال لا مانع من ذلك فان الدراهم والدنانير اذا قوبلت بثمنها صار كل منهما مبيعا وغمنا والخمر قد قوبلت بالدراهم فاذا انزلت القيمة مكانها صارت دراهاهم مقابلة بدراهم لاننا نقول الثابت هنا كون كل مبيعا وغمنا وهما يازم مبيعا ليس غير وقد يقال لما كان الواجب بقبض المبيع في الفاسد القيمة لا لثمن والمدفوع في بيع الخمر قيمتها آل الى الصرف فتكون القيمة مبيعا وغمنا كالقيمة التي يدفعها المشتري (ثم شرط) في الملك (أن يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر) من المذهب (الا أنه يكتفي بالاذن دلالة كما اذا) احتره (قبضه في مجلس العقد) ولم ينه البائع (استحسانا 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 عليك ولو كان القبض مع غيبة البائع ولو قيل لا تسلم أن هذا البيع تسليط ما تقدم من ضعفه عن افادة حكمه بنفسه وهذا وجه الرواية المقابلة للصحيح وتسمى الرواية المشهورة فالجواب ان ضعفه انما يؤثر منع ثبوت حكمه بمجرد عدم قبضه مطلقا وصار كالهبة في ضعف السبب مع أن القبض فيها (في مجلس العقد يصح استحسانا) وأثر الضعف يكتفي فيه كون التسليط الذي يثبت مقيدا بالمجلس حتى لو قبضه في غير ذلك المجلس بحضرة ولم ينه لا يصح قبضه قياسا واستحسانا وعن الهندي اني انه قال يجب أن يكون القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير اذنه اذا كان أدى الثمن بما عليك البائع بالقبض أخذ من اطلاق سيأتي وأماما ذكر في المأذون من اشتراط اذن البائع في صحة القبض بعد الافتراق فتأويله اذا لم ينقد الثمن أو كان الثمن خراما ملاحق لا عليك بالقبض فاما اذا ملك به فلا يحتاج الى الاذن ويكون قبض الثمن منه اذنا منه بالقبض وفي المجتبى في التخلية باختلاف الروايات والاصح أنها ليست بقبض وفي انخلاصة التخلية كلقبض في البيع الفاسد في بيع الجامع الكبير وفي المحيط باع عبد من ابنه الصغير فاسدا واشترى عبده لنفسه فاسدا لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله وفي جمع التفاريق لو كان وديعة عنده وهي حاضرة ملكها 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) إشارة الى صحة الاذن أقول في حصول الإشارة عما ذكره خفاء وعل مراده

هذا القول الخ (قوله كما اذا قبضه) أقول ينبغي أن تكون الكاف زائدة على ما يدل عليه تفسيره الاذن دلالة في أول الفصل (قوله والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى) أقول في التفريع كلام فان البيع الفاسد وجوده شرعا ولا يكتفي بذلك في ثبوت المقتضى ثم أقول له يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى بهي يجب اعدامه شرعا فلم يثبت المقتضى شرعا قال المصنف (ليحقق ركن البيع) أقول يعني لنظهر تحققه فان الفاسد قد يستعمل في معناه العام للماطا أيضا

وقوله أي قول القدرى لزمته قيمته معناه إذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعديدات المنفاوتة فأما في ذوات الامثال
كالسيارات والموزونات والعديدات المتقاربة فيجب المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض فشابد 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 فسخه رفع الفساد الخ)
لكل واحد من متعاقدي البيع الفاسد فسخ البيع رفع الفساد سواء كان قبل القبض (٢٣١) أو بعده أما اذا كان قبل القبض

فلما تقدم انه لم يقدر الحكم
فكان الفسخ امتناعا من
ان يقيد الحكم وأما اذا كان
بعده فلا يخلو إما أن يكون
الفساد في صلب العقد أي
لمعنى في أحد البديلين كبيع
درهم بدرهمين وبيع ثوب
بعضه رأو لشرط فاسد زائد
كاشتراط ما ينفع به أحد
المتعاقدين والبيع الى
النسروز والمهرجان ونحو
ذلك فان كان الاول كان
لكل منهما فسخه بحضرة
صاحبه عند أبي حنيفة
ومحمد رحمه الله لقوة
الفساد وعند أبي يوسف
بمحضرته وغيبته وان كان
الثاني فلكل منهما ذلك اذا
كان قبل القبض وأما اذا
كان بعده فللذي له الشرط
أن يفسخه بحضرة صاحبه
اذا كان المبيع في يد المشتري
على حاله لم يزد ولم ينقص وأما
اذا لم يكن كذلك ففيه
تفصيل يطلب في شرح
الطحاوي قيل المذكور في
الكتاب قول محمد ووجهه
ما ذكره أن العقد قوى
فكان الواجب أن لا يكون
لاحد المتعاقدين حق الفسخ

وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال فيلزمه المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض فشابد
الغصب وهذا ان المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى قال (ولكل واحد من المتعاقدين فسخه)
رفع الفساد وهذا قبل القبض ظاهر لأنه لم يقدر 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 المرادة في حق من له الشرط

المال في العوض وقيد بنفي الثمن لانهما لو سكتا عن الثمن فلم يذكرا بنفي ولا اثبات انعقد فاسد او ثبت
المالك بالقبض موجبا للقيمة لان مطاق البيع يقتضى المعاوضة فاذا سكت عن عوضه كان عوضه قيمته
وكانه باعه ب قيمته فيفسد البيع وقوله (لزمته قيمته) يعني يوم القبض ولو زادت قيمته في يده فألتفه
لأنه انما دخل في ضمانه بالقبض فلا يتغير كالغصب وقال محمد عليه قيمته يوم ألتفه لأنه بالاستتملاك
تقرر عليه الضمان فتعتبر قيمته حينئذ كذا في الكافي وهذا (في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال فيلزمه
المثل) ومنها العديدات المتقاربة (لأنه مضمون بنفسه) أي بالقيمة واحترز به عن البيع الصحيح
هذا والقول في القيمة والمثل قول المشتري لأنه الضامن فالقول له في القدر والبيضة فيه بينة البائع
(قوله ولكل واحد من المتبايعين فسخه رفع الفساد) أي للعصية فرفعه حق الله تعالى فان نفس العقد
مكروه والجرى على موجب بالتصرف في المبيع عليك أو انتفاع بوطء أو لبس أو كل كذلك أي يكره
لصاحبه من تقرر بالعصية وهي كراهة التحريم والوجه أن يكون حراما لان الاجماع على منعه شرعا قطعي
يوجب الحرمة وعرف من تعليل المصنف برفع العصية ان الواجب أن يقال وعلى كل واحد فسخه
غير انه أراد مجرد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوقع تعليله أخص من دعواه وحاصل المنقول في المسئلة
انه اذا كان الفساد في صلب العقد وهو ما يرجع الى الثمن أو الثمن كبيع درهم بدرهمين أو ثوب بخمسة
فيملك كل فسخه بحضرة الآخر عنده ما لانه وان كان حق الشرع ففيه الزام موجب الفسخ فلا
يلزمه الا بعهه وعند أبي يوسف بغير محضرته أيضا ولم يحك المصنف هذا الخلاف (وان كان الفساد
بشرط زائد) كالبيع على أن يقرضه ونحوه أو الى أجل مجهول فلكل واحد فسخه قبل القبض
وأما بعد القبض فيستقل (من له) منفعة (الشرط) والاجل بالفسخ كالبائع في صورة الاقراض
والمشتري في الاجل بحضرة الآخر (دون من عليه) عند محمد رحمه الله تعالى لان منفعة الشرط اذا
كانت عائدة عليه صح فسخه لانه يقدر أن يسقط الاجل فيصح العقد فاذا فسخه فقد أبطل حقه لقدرته
على تصحيح العقد وعندهما لكل منهما حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فان تقي الزوم عن العقد والعقد
اذا كان غير لازم تمكن كل من فسخه 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 ومنفصلة كذلك أو انتقص بأفة سماوية أو بفعل الغير بائعا أو مشتريا
أو اجنبيا فسند كره 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 رحمه 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 فسخه

(قوله فان كان الاول كان الخ) أقول كان الظاهر أن يقول فان كان الاول كذلك لانه عدل عنه الى ما يرى له بعد المسافة
عن قوله أما اذا كان بعده وليتعلق به قوله بحضرة 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 دليله في تقريره ركا كظاهره

كذافي الذخيرة والايضاح والكافي فان باع المشتري المقبوض بالشرء الفاسد نفذ بيعه لانه ملكه بالقبض وكل من ملك بالقبض شيأ
 عليك التصرف فيه سواء كان تصرفا لا يمتثل النقص كالاتاق والتدبير أو ويحتمله كالبيع والهبة ورد بان المبيع لو كان ما كولا لم يحل
 آكاه ولو كانت جارية لم يحل وطؤها ذكره في شرح الطحاوي فلم عليك التصرف مطلقا وأجيب بالمنع فان محمد انصر في كتاب الاستحسان
 على حل تناوله قال لأن البائع سلطه على ذلك وذكركرشمس الأئمة الخلواني بكره الوطء ولا يحرم فالمدكور في شرح الطحاوي يحمل على عدم
 الطيب ولئن سلم فالوطء مما لا يستباح بصريح التسليط فبدل لانه أولى وجواز التصرف باعتبار أصل الملك وهو ينفك عن صفة الحل وإذا
 كان البيع نافذا سقط حق ارتداد البائع لانه على حق العبد وهو المشتري الثاني بالبيع الثاني ونقض البيع الاول لحق الشرع وإذا اجتمع
 حق الشرع وحق العبد يقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع وفيه بحث لان التصرف ان كان اجارة أو تزويجا لم يسقط حق استرداده
 وكذا اذا مات المشتري وورثه المشتري وان تعلق بذلك حق العبد فكان ذلك تحكما وأجيب عن الاول بان الاجارة عقد ضعيف
 يفسخ بالاعذار وفساد الشراء عسدر في فسخها كما باني ولم يذكر محمد من يفسخها وذكركفي النوادر ان القاضي يفسخها والتزويج يشبه
 الاجارة لوروده على المنفعة والبيع (٢٣٢) يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على

قال (فان باعه المشتري نفذ بيعه) لانه ملكه تلك 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
 قويا ينبغي ان لا يكون لاحد ولاية الفسخ وان كان له منفعة الشرط فأجاب بأن القياس ذلك لأنه لما لم
 تحقق المرادة في حقه كان له الفسخ (قوله فان باعه) أي باع المشتري ما اشتراه شرعا فاسدا بعبارة
 صحيحا (نفذ بيعه لانه ملكه تلك التصرف فيه وسقط حق) البائع الاول في (الاسترداد لتعلق حق
 العبد) بالعقد (الثاني ونقض الاول) ما كان الا (لحق الشرع وحق العبد) عنده مراضة حق الله تعالى
 (يقدم) باذن الله اغناه سبحانه وتعالى وسعة عفوه وجوده ووفر العبد وضيقة ولا يتنقض بالصيد اذا حرم
 ملكه وهو في يده حيث يقدم حق الشرع على العبد لانه قول الواجب عليه اطلاقه لا اخراجه عن ملكه
 فيطلقه بحيث لا يضيع عليه وهذا جمع بين الحقيين ولا يتنقض باسترداد الوارث البائع اذا مات المشتري
 المشتري مع انه تعاقب به حق العبد وهو الوارث لان الحق المتعلق للوارث هو نفس الحق الذي كان للمشتري
 وكان مشغولا بحق البائع في الرديفة تنقل اليه كذلك أما الموصى له بالمبيع فملك المشتري الثاني فليس لورثة
 البائع استرداده منه لان له ملكا متجددا بسبب اختياري لا يتصرف من المشتري ولو قيل المشتري الثاني
 أيضا انما ينتقل اليه المبيع مشغولا بذلك الحق لان ذلك كان فيه للبائع الاول وليس في قدرته ان يبطل
 حقه فلا يصل ما باعه الى المشتري المشغولا بذلك احتاج الى الجواب (و) أيضا (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

الرقبة والنكاح على حاله
 قائم وعن الثاني بان 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 ان يسترد
 المبيع من المشتري بحكم
 الفساد وهذا بخلاف ما اذا
 أوصى المشتري بالمشتري
 لشخص ثم مات حيث لم يبق
 للبائع 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

فان قيل قولهم اذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض عما اذا كان في يد حلال صيد ثم أحرم فانه يجب
 عليه ارساله وفيه تقديم حق الشرع أجيب بأن الواجب فيه الجمع بين الحقيين لا مكانه بالارسال في موضع لا يضيع ملكه لا التبرجج
 فانه انما يصار 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 الفساد عندنا والبيع الثاني مشروع بأصله ووصفه اذا خلل فيه لانه في ركنه ولا في عوارضه فلا
 يعارضه مجرد الوصف وحاصله ان انفاسا 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 ماتم من جهته وذلك باطل ونقض باسرداده قبل
 وجود البيع الثاني فانه نقض ماتم من جهته والجواب اننا نسلم التمام فيه فان كلام المتعاقدين عليك النسخ فإين التمام فاذا باع المشتري
 فقد انتهى ملكه ولهذا لا يملك الفسخ والمنهي مقرر واذا تقرر فقد تم ولم يكن ذلك الامنة ابتداء فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته

(قوله كذافي الذخيرة والايضاح والكافي) أقول وهو ظاهر كلام القدوري أيضا ولا يخفى عليك ما في دليلها من القوة (قوله وكل من
 ملك بالقبض) أقول ليس في تقييده بقوله بالقبض كثير فائدة (قوله وجواز التصرف الخ) أقول لعلى المراد من جواز التصرف هو
 أن تترك علمه الاثر كسبوت النسب

(قوله بخلاف تصرف المشتري) جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعا عن نفض التصرف لم يتقضى تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه به لکن للشفيع أن يقضها وتوجيه الجواب ما قال ان كل واحد من حق المشتري والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية فيجوز نفض أحدهما بالأخر بدليل يقتضيه وحاصله أن تعلق حق الغير انما يمنع النفض اذا كان في مقابلته ما هو مروج عنه وما اذا كان ما هو راجح فلا يمنع وحق الشفيع راجح لأنه عند صحة الاخذ تتحول الصفة اليه فتبقى تصرفات المشتري بلا سند فينقض ولانه ما حصل التسليط من جهة الشفيع ليكون نقضه نفضا لما تم من جهته وهذا لان التسليط انما يثبت بالاذن أو باثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد (٣٣٣) من الشفيع شيء من ذلك قال (ومن اشترى عبدا بجزء من ثمنه ثم تصرفه في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع قال (ومن اشترى عبدا بجزء من ثمنه ثم تصرفه وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة) لمآذ كرنا أنه ملكه بالقبض فننقض تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فلتزيم القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لئلا يفسد مال الزمان الا انه يعود حق الاسترداد بجزء المكاتب وفك الرهن لزوال المانع

التصرف فلا يتمكن من الاسترداد من المشتري الثاني والا كان ساعيا في نفض ماتمه ويؤدي الى المناقضة قيل عليه فعدم تمكنه من الاسترداد في بيع نفسه حينئذ أولى والجواب انه قبل بيع المشتري وتصرفه لم يكن باسترداده ساعيا في نفض ماتمه لان السكائن من جهته تسليط على البيع وعنايه أن يفعل المسلط وهذا التسليط نفسه معصية فجعل له رجة عليه أن يتدارك بالتوبة وذلك يكون قبل الفوات بفعل المسلط فاذا لم يتدارك حتى فعل وتعلق به حق عبده فقد فوت على نفسه المسكنة بتقصيره وحقه حقيقة الحال أن حق كل من البائع والمشتري ليس الا لتدارك رفع المعصية بالتوبة ومتى أخر حتى تعاق حق عبده من المشتري والموهوب له والموصى له فقد فوته أما الوارث فإنه أمور بوجوبه من ماله من المعصية ما أمكن فشرع له ذلك الحق لذلك وهذا بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة) بالبيع والهبة فإنه لا يمنع حق الشفيع وله أن يقض هذه التصرفات ويأخذها بالشفعة وان تعلق بها حق الغير لان حق الشفيع وحق البائع حق العبد فيعارضه ويترجح الشفيع لانه أسبق ولانه لم يوجد من الشفيع تسليط على الشراء كإفاد البائع وأورد فينبغي أن يكون حق المشتري أحق من حق الشفيع لانه ثان فيكون ناسخا أجيب بأنه انما ينسخ اذا كان مثله في القوة والسبق من أسباب الترجيح فتترجح الشفعة (قوله ومن اشترى عبدا بجزء من ثمنه ثم تصرفه في الدار المشفوعة) المراد اشترى عبدا ثم اشترى فاسدا بجزء من ثمنه (فاعتقه أو باعه أو وهبه) وسلمه (فهو جائز وعليه القيمة لمآذ كرنا من أنه ملكه بالقبض فننقض تصرفاته) فيه (و) انما وجبت القيمة لانه (بالاعتاق قد هلك) فوقع الاياس عن الاسترداد فتعينت القيمة وبالبيع والهبة انقطع حق الاسترداد على ما مر في المسئلة قبله من أنه تعلق به حق العبد أعني المشتري الثاني والاسترداد لحق الشرع وحق العبد مقدم فقد فوت المسكنة بتأخير التوبة (والكتابة والرهن) بعد قبضه (نظير البيع) يعني اذا كاتب العبد المبيع بغير فاسد أو رهنه فهو نظير البيع (لانهم مال الزمان) لحق العبد فيمنع قطع حق الاسترداد فتزيم القيمة (الا أنه يعود بجزء المكاتب وفك الرهن) ولا فائدة في تخصصهما بذلك بل يعود حق الاسترداد في البيع والهبة اذا انتقضت هذه التصرفات كالرهن والعيب والرجوع

اشترى عبدا بجزء من ثمنه ثم تصرفه في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع قال (ومن اشترى عبدا بجزء من ثمنه ثم تصرفه وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة) لمآذ كرنا أنه ملكه بالقبض فننقض تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فلتزيم القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لئلا يفسد مال الزمان الا انه يعود حق الاسترداد بجزء المكاتب وفك الرهن لزوال المانع

رجسه الله لو تركه (أو وهبه وسلمه فهو) أي ما نزل من هذه التصرفات جائز وعليه القيمة) أمجاوزه (لمآذ كرنا انه ملكه بالقبض) والملك مطلق التصرف فينقض وأما وجوب القيمة فلما تقدم انه مضمون بنفسه بالقبض فشا به الغصب وبالاعتاق قد هلك) فصار كغصب هلك وفيه القيمة (وبالهبة) والتسليم (والبيع انقطع حق الاسترداد على ما مر) أنفا من قوله لتعلق حق العبد بالثاني (والكتابة والرهن) نظير البيع لانهم مال الزمان) فان الرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن كالكتابة في حق المولى (الا ان حق الاسترداد يعود بجزء المكاتب وفك الرهن لزوال

(٣٠ - فتح القدير خامس) المانع وهو تعلق حق العبد قبل وليس لتخصيصه ما في عود الاسترداد فائدة فانه ثابت في جميع الصور انقض التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء بالقيمة أو رجع الواهب في هبته عاد البائع ولاية 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 الموصوب الا أتى ثم عاد

(قوله لانه عند صحة الاخذ الخ) أقول الكلام في صحة الاخذ بعد ما تعلق بالدار حق الغير والاظهر أن يعلل الرجحان بسبق حق الشفيع كما سأتى في كتاب الشفعة (قوله على ما مر أنفا من قوله لتعلق حق العبد) أقول والاولى أن يجعل قوله على ما مر إشارة الى الأدلة الثلاثة التي ذكرها المصنف أنفا

(قوله وهذا) أي انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة (بمخلاف الاجارة) فان حق الاسترداد فيها لا ينقطع لمذاكرنا
(انها تفسخ بالا عذار ورفع الفساد (٢٣٤) من أقوى الاعذار ولا نهاتها تنعقد شيئاً فيكون الراد امتناعاً)

وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالا عذار ورفع الفساد عذر ولا نهاتها تنعقد شيئاً فيكون الرد امتناعاً قال (وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) لان المبيع مقابل به فيصير محبوساً به كالرهن (وان ما زاد البائع فالمشترى أحق به حتى يستوفي الثمن) لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالرهن

في الهبة ولو بغير قضاء لانه عاد الى قديم ملكه ثم حق الاسترداد انما يعود اذا لم يقض بالقيمة على المشتري فان قضى بها عليه ثم عاد الى ملكه ليس للبائع أن يسترده لتحويل حقه من العين الى القيمة كالعبد المصوب اذا أبق فقطى على الغاصب بقيمته ثم يرجع ليس لملكه أخذه لما قلنا وقوله (وهذا بخلاف الاجارة) فانه اذا أجر المشتري شراء فاسداً لا ينقطع به حق الاسترداد (لان الاجارة تفسخ بالا عذار ورفع الفساد عذر ولان الاجارة تنعقد شيئاً فيشأ فيكون) الاسترداد بالاضافة الى المنافع التي لم تحدث (امتناعاً) عن العقد عليها والشكاح كالاجارة لانه عقد على منفعة فاذا زوج المشتري الجارية المشتراة شراء فاسداً كان للبائع أن يستردها لان حق الزوج في المنفعة لا يمنع حق البائع في الرقبة ولانه لا يفوته ملك المنفعة فان مع الاسترداد النسكاح قائم كالأزواج البائع نعم تصير بحيث له منعها وعدم ثبوتها معه يتناغير أنه اذا ظفر به له وطؤها ولو قطعت يد العبد المشتري شراء فاسداً وأخذ المشتري الارض أو وولدت الجارية وأخذموهوا وأخذموهوا ذلك للبائع الفسخ ويرد الزيادة عليه ولو قطع الثوب وخاطه أو بطنه وحشاه انقطع الاسترداد كما في الغصب ولو صبغ فغن بمحدرجه الله يخير البائع بين أخذه وإعطاء ما زاد الصبغ فيه وتركه وتضمين قيمته كالغصب والحاصل أن كل تصرف لو فعله الغاصب انقطع به حق المالك اذا فعله المشتري انقطع به حق الاسترداد للبائع وذكركم الكرخي أن الصبغ بالصفرة يمنع الاسترداد وعن محمد أنه كالغصب ولا يمنع الاسترداد بموت المشتري فيسترد البائع من الوارث ولا بموت البائع فيسترد الوارث من المشتري وزيادة المشتري شراء فاسداً لا يمنع الاسترداد الا اذا كانت بفعل المشتري كالخياطة والصبغ ونقصانه بفعل المشتري أو بفعله في نفسه أو بأفاته 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 الجارية لا يمنع الرد منه ولا الاسترداد من البائع فلو رد أو استرد لزمه العسر للبائع أما ان تلفها ضمن قيمتها (قوله وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) قبل يعني القيمة التي أخذها من المشتري وليس بالزام بل قد يكون ذلك أو الثمن الذي تراضى به عليه كيف كان ليس له أخذه حتى يرد ما أخذه (لان المبيع مقابل به فيصير محبوساً به كالرهن) وعلى هذا الاجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد اعتباراً بالعقد الجائز اذا انفاسخا فللمستأجر أن يجبس ما استأجره حتى يأخذ الاجرة التي دفعها للمؤجر وكذا المرتهن حتى يقبض الدين لان هذه عقود معاوضة فتجب التسوية بين البديلين (ولومات البائع) بيعاً فاسداً أو المؤجر اجارة فاسدة أو الراهن أو المقرض كذا في الذي 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 المحبيل وعليه دين ولم يقبض المحتمل الدين أو الوديعة من الممال عليه فانه لا يختص المحتمل بدين الحوالة أو الوديعة مع أن دين المحبيل صار مشغولاً بحق المحتمل كما في الرهن لان الاختصاص انما يوجب ثبوت الحق مع اليد لا مجرد 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 عرضاً كان أو نقداً ثمناً كان أو قيمة وهذا الحكم بابت في الاجارة الفاسدة أيضاً وغيرها (فيصير المبيع محبوساً بالمقبوض) فكان له ولاية أن لا يدفع المبيع الى أن يأخذ الثمن من البائع كما في الرهن لكنه يفارقه من وجه آخر وهو ان الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وها هنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب (وان مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه حال حياته) لما تقدم من ان 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

ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة بأخذها بعينها (فيه) (تعيين) بالتعيين على رواية أبي سليمان (وهو الاصح) وعلى رواية أبي حفص لا تعين والقبض الفاسد وهو بيع دراهم بدراهم الى أجل في تعيين المقبوض للرد على الروايتين وجه رواية أبي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه رواية أبي سليمان ما ذكره المصنف أن الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب في كونهما مقبوضين لأعلى وجه مشروع وقيل في حكم النقض والاسترداد والدراهم المغصوبة تعين للرد يجب رد عينها اذا كانت قائمة (وان كانت مستهلكة أخذ مثلها المايينا) 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 بن قيس القضاء والبناء وترد

الدار) وكذا اذا اشترى أرضا وغرس فيها واذكر في الايضاح أن قول أبي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله آخر امع أبي حنيفة (لهم أن حق الشفيع أضعف من حق البائع لأنه يحتاج فيه 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 والضعف اذا لم يبطل بشيء فلا أقوى لا يبطل به وهو يدعي وحق الشفيع لا يبطل بالبناء والغرس لحق البائع كذلك (ولابي حنيفة أن البناء والغرس حصل للمشتري بتسليط من جهة البائع) وكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد كالبيع الحاصل من المشتري (بخلاف الشفيع اذا تسليط لم يخدم منه) ولهذا وهو المشتري لم يبطل حق الشفيع وكذا

ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة بأخذها بعينها لانها تعين في البيع الفاسد وهو الاصح لأنه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة أخذ مثلها المايينا 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 ابن قيس القضاء) وترد الدار) والغرس على هذا الاختلاف لهم ان حق الشفيع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم أضعف الحقيقين لا يبطل بالبناء فأقواهما أولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لأنه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل به من جهة المشتري ويبيع فكذا بينائهما ولا يدلل لاحتلال (ثم ان كانت دراهم الثمن) التي دفعها (قائمة بأخذها) المشتري (بعينها لانها تعين في البيع الفاسد وهو الاصح) خلاف ما ذكر أبو حفص أنها لا تعين كما في البيع الصحيح وهو رواية كتاب الصرف ورواية أبي سليمان تعين وهو الاصح لكن سيأتي ما يقوى رواية أبي حفص (لان المبيع 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 وغير الاسلام وجماعة من شروح الجامع الصغير أنه يباع المبيع لحق المشتري فان فضل شيء عمدا فعه يصرف الى الغرماء ولا شك أنه غير لازم لان الواجب له بعد الاستهلاك مثل حقه المستهلك 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 بن قيس القضاء) وترد الدار لهم أن حق الشفيع في الدار التي يستحق فيها الشفعة (أضعف من حق البائع) يباع فاسدا في الاسترداد يدل أنه (يحتاج) في ثبوت الملكة في الدار (الى القضاء ويبطل بالتأخير) بعد العلم ولا يورث وحق هذا البائع في الاسترداد لا يتوقف على قضاء ولا يبطل بالتأخير ويثبت لورثته (والا تناق على أن (حق الشفعة الاضعف لا يبطل بالبناء) والغرس (فأقواهما) وهو حق البائع (أولى) أن لا يبطل به ما ثبت بدلالة ثبوته (ولابي حنيفة أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط البائع فينقطع) به (حق الاسترداد كالبيع) والهبة (بخلاف حق الشفعة فإنه) وان كان أضعف (لم يوجد) ما يبطله وهو تسليطه على الفعل أعني البناء فيعمل بمقتضاه وهو النقض والقطع (ولهذا لا يبطل بالبيع والهبة) أيضا بل يأخذها من يد المشتري الثاني بالشفعة لان البيع ليس بتسليط منه وهذه المسئلة من المسائل التي أنكروا فيها أبو يوسف الرواية لمحمد على الوجه المذكور في

لرباعها من آخر فإنه يأخذ بالشفعة بالبيع الثاني بالثمن أو بالاولى بالقيمة وان كان لشفعة 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 ينبثق أن قوله مما يقصد به الدوام لا مدخل له في الحجة قيل وانما أدخله فيها إشارة الى الاحتراز عن الاجارة فان البناء والغرس بالاجارة لا يقصد به الدوام ولهذا ذكره لان يلحقه بالبيع في كونه منها مقرر الا لما يقصد به الدوام أشبه البيع فكان من باب الملك فينقطع به حق الاسترداد كالبيع واذا ثبت هذا كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لانقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء يصير ورثته حينئذ بمنزلة المبيع الصحيح فينقض الشفيع بناء المشتري واعترض بأنه اذاوجب نقض البناء لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بالطريق الاولى

(قوله والقبض الفاسد الى قوله على الروايتين) أقول قوله والغرض مبتدأ وقوله على الروايتين خبره

لان فيه اعدام الفاسد واذا توهم ما ذكر فليس يوراد اذا البائع مسلط دون الشفيع ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتفت
 الاولوية وطلت الملازمة واعترض ايضا بانه اذا نهض البناء لحق الشفيع وجب عود حق البائع في الاسترداد لوجود مقتضى وهو العقد
 الفاسد وانتفاء المانع وهو البناء كما اذا باع المشتري شراء فاسدا بغير علمه او رده عليه المبيع بما هو مفسوخ واجيب بوجود مانع آخر فان المانع
 من الاسترداد انما ينافي بعد ثبوت الملك للشفيع وانه مانع آخر من الاسترداد وهذا لان النقض انما وجب ضرورة ابقاء حق الشفيع
 فصار النقض مقتضى صحة التسليم الى الشفيع فلم يجز ان يثبت المقتضى على وجه يبطل به المقتضى وهو التسليم الى الشفيع
 روى وجوب القيمة في هذه المسئلة (٢٣٦) عن أبي حنيفة ويعقوب رحمه الله ثم شك بعد ذلك في حفظ الرواية عن

أبي حنيفة لافي مذهبه
 والدليل على ان مذهبه
 ذلك تنصيص محمد رحمه الله
 على الاختلاف في كتاب
 الشفعة أن عند أبي حنيفة
 للشفيع الشفعة في هذه
 الدار التي اشتراها المشتري
 شراء فاسدا وبني فيها أو غرس
 وعندهما لا شفعة للشفيع
 فيها وحق استحقاق الشفعة
 مبني على انقطاع حق البائع
 في الاسترداد بالبناء والغرس
 وثبوت مختلف فيه من قال
 بثبوتها قال بانقطاع حق
 البائع ومن قال بانتفاءه قال
 بعدم انقطاع حق البائع
 لان وجود الملزوم بدون لازمه
 محال وعلى هذا من حفظ
 مذهب أبي حنيفة في ثبوت
 الشفعة لا يشك في مذهبه
 في انقطاع حق البائع في
 الاسترداد فليبق الشك
 الا في روايته عنه لمحمد
 رحمه الله قال شمس الأئمة
 السرخسي هذه المسئلة هي
 المسئلة الثالثة التي جرت
 المحاوره فيها بين أبي يوسف

وشك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة
 فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوتها على الاختلاف
 الجامع فقول المصنف (وشك يعقوب رحمه الله في حفظ الرواية عن أبي حنيفة) بذلك قالوا انه شك
 في حفظ الرواية عنه لافي مذهبه يعني أن مذهبه معروف انه لا ينقض البناء ولكن تجب القيمة على
 المشتري (فان محمد انص على) هذا (الاختلاف في كتاب الشفعة) فانه قال اذا بنى في الدار المشتراة شراء
 فاسدا فلا شفعة للشفيع عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا شفعة فهذا دليل على أن الرواية عن أبي
 حنيفة ثابتة لان حق الشفعة في الدار المبيعة بغير فاسد مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد فلو
 قوله بانقطاع حق الاسترداد بالبناء لم يوجب الشفعة فيما غير أن حكاية شمس الأئمة قول أبي يوسف لمحمد
 مارويت لك عن أبي حنيفة انه يأخذ قيمتها وانما رويت لك أنه ينقض البناء يقال بل رويت لي أنه يأخذ
 قيمتها صريح في الإنكار لافي الشك وصرح في أنه ينقل عن أبي حنيفة ما وافق مذهبهما وعدم الخلاف
 وقول المصنف (فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوتها على الاختلاف) معناه
 أن حق الشفعة وجودا وعدمها مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وجودا وعدمها فوجوده مبني على عدمه
 وعدمه مبني على وجوده وعلى هذا فثبوتها على الاختلاف بالجر وجاعة من الشارحين قالوا وثبوتها
 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 يثبت حق الشفعة فهو قائل بانه ينقطع
 وعندهما لا يثبت حق الشفعة فيثبت حق الاسترداد والاقرب أن الوجوده 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 وعندنا ينقطع فلا يستردوا وتفقت 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 نقر بالفساد فأولى أن يجب نقضهما لحق البائع وهو أقوى
 وفيه اعدام الفساد أجيب بمنع الملازمة فان البائع جان ولا جنايه من الشفيع فلا يلزم من النقض
 لأجل من لا جنايه منه النقض لمن جنى فان قيل اذا نقض البناء والغرس لأجل الشفيع ينبغي أن
 يعود حق البائع في الاسترداد كما اذا فسخ البيع عن العبد أجيب بأن المانع من الاسترداد انما يزول
 بعدم ملك الشفيع فيثبت حق نقض البناء والغرس حكم الملك هذا وقوله ما أوجه لأن قول أبي حنيفة
 ان البناء مما يقصد به الدرهم يمنع للاتفاق في الاجارة على ايجاب القلع فظهر أنه قد يراد للبقاء وقد لا فان قال
 المستأجر يعلم أنه يكاف القلع فغله مع ذلك دليل على أنه لم يراد للبقاء قلنا المشتري شراء فاسدا أيضا يكلف

ومحمد قال أبو يوسف مارويت عن أبي حنيفة انه يأخذ قيمتها وانما رويت لك أنه ينقض البناء وقال محمد بل رويت لي عنه القلع
 انه يأخذ قيمتها وهذا كما ترى يشير الى أن الشك كان في الرواية حيث لم يقبل مذهب أبي حنيفة كذا وانما قال مارويت وفيه تأمل ولما
 كان هذا الموضوع محتاجا الى توكيد كمر المصنف قوله (شك يعقوب في الرواية) وفي كلامه نوع انغلاق لانه قال رواه يعقوب عنه في الجامع
 الصغير والراوى في الجامع الصغير عنه محمد لانه تصنيفه الا اذا اريد بالجامع الصغير المسائل التي رواها يعقوب عن أبي حنيفة لمحمد
 (قوله وفيه تأمل) أقول لانه انما قال مارويت لان النزاع كان في الرواية لافي المذهب فيجوز أن يكون الشك في المذهب أيضا بل لا يبعد
 أن يقال ذلك هو الظاهر ثم قوله (مارويت) صريح في نفي الرواية لافي الشك فيها الا أن راد بالشك خلاف اليقين مطلقا

قال (ومن اشترى جارية ببيعافاسداوتقايضا) اعلم ان الاموال على نوعين نوع لا يتعين في العقد كالدراهم والدنانير ونوع يتعين
كخلافهما والخبث أيضا على نوعين خبث لفساد الملك وخبث لعدم الملك فأما الاول (٣٣٧) فانه يؤثر فيما يتعين دون ما لا يتعين والثاني

يؤثر فيهما جميعا واذا ظهر
هذا فن اشترى جارية ببيعا
فاسدا وتقايبا فباعها وربح
فيها تصدق بالربح وان
اشترى البائع بالثمن شيئا
وربح فيه طاب له الربح لان
الجارية مما يتعين بالتعيين
فيمتلك العقد فيها ويؤثر
الخبث في الربح والدراهم
والدنانير لا يتعينان فلم يمتلك
العقد الثاني بعينها فلم يؤثر
الخبث فيه لانه لفساد الملك
لا لعدمه ومعنى عدم التعيين
فيها انه لو اشار اليها وقال
اشترت منك هذا العبد
بمئة الدراهم كان له ان
يتركه او يدفع الى البائع
غيرها لمان الثمن بحسب في
ذمة المشتري لا يتعلق بعين
تلك الدراهم المشار اليها في
البياعات وهذا انما يستقيم
على الرواية الصحيحة وهي
ان لا يتعين لاعلى الاصح
وهي التي تقدمت انما يتعين
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 الفصليين عند أبي
حنيفة ومحمد

قال (ومن اشترى جارية ببيعا فاسدا وتقايبا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب البائع ما ربح في
الثمن) والفرق أن الجارية مما يتعين فمتعلق العقد بها فيمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير
لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق

القاع عندنا وقولكم لا يلزم ذلك محل النزاع فأقل الامر أن يعلم الخلاف ويجوز أن يكلف النقص ففعله
مع ذلك دليل قصد عدم البقاء الامدة وأما تعديل بعضهم له بأنه اتصل به حق العبد فصار كالبيع فبعيد
عن الصواب لأن ذلك فيما اذا كان العبد عبدا آخر اشتراه من اشتراه فاسدا أو قبل الهبة فيه بطريق
صحيح وما نحن فيه نفس العاقدا الجاني بعقده هو الذي ينبغي فلا يستحق بجنايته وفعله المقر لعصيته أن
يقطع حق القاصد للتوبة وهو في الحقيقة حق الله تعالى بخلاف ما اذا اتصل به حق من لاجنابة منه فانه
حل وعلاذن في تقديم حقه (قوله ومن اشترى جارية ببيعا فاسدا وتقايبا فباعها) المشتري (وربح
فيها تصدق بالربح ويطيب البائع ما ربح في الثمن) الذي 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 البطل لعدم الملك في المبدل وخبث لفساد الملك فالخبث لعدم الملك يعمل في
النوعين حتى إن الغاصب أو المودع اذا تصرف في المغصوب والوديعة وهما عرض أو نقد وديان ما هما
وفضل ربح وجب التصديق به عند أبي حنيفة ومحمد لانه بدل مال الغير فيما يتعين فيمنبت فيه حقيقة الخبث
وفيما لا يتعين إن لم يكن ما اشتراه به بدل مال الغير لان العقد لا يتعلق به بل بعمله في الذمة لكنه انما توسل
الى الربح بالمغصوب أو الوديعة فتمكن فيه شبهة الربح بحال الغير من حيث إنه يتعلق به سلامة المبيع ان
نقد الدراهم المغصوبة أو نقد الثمن ان اشار الى الدراهم المغصوبة ونقد من غيرها فمتصدق به لان شبهة
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
لان اعتبار الشبهة خلاف الاصل بالنص وهو نهي عن الربا والريسة فلا يتعدى والاعتبار
مادونها كشبهة شبهة الشبهة وهم في سداب التجارة وهو مفتوح فلذا قال بتصديق المشتري
بالربح فيها ويطيب البائع ما ربح في الثمن ولا شك أن هذا انما هو على الرواية القائلة انه لا يتعين النقود في
البيع الفاسد أما على الرواية القائلة بتعيين حكم الربح في النوعين كان غصب لا يطيب وقد ذكر المصنف
أن رواية التعيين في البيع الفاسد هو الاصح فيمنه الاصح وجوب التصديق على البائع أيضا عارح في
الثمن 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 ببيعا فاسدا بألف وتقايبا وربح كل واحد منهما فيما
قبض قال بتصديق الذي قبض الجارية بالربح ويطيب الربح للذي قبض الدراهم وحينئذ فلا يصح أن
الدراهم لا يتعين في البيع الفاسد كما قال وقول المصنف (لا يتعين في العقود) أي عقود البياعات
بخلاف ما سواها من الشركة والوديعة والغصب وقول بعضهم احتراز به 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 يطيبه الربح مطلقا لأن عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد وعند
زفر والشافعي لا يطيب في الكل لأن الدراهم والدنانير يتعين حتى لو اشترى بمئة الدراهم فهلكت بطل
البيع عندهما كافي المبيع المعين وعندنا لا يبطل وليس له أن يحبسها ويعطى مثلها عندهما

(قوله وهذا انما يستقيم
على الرواية الصحيحة وهي

انما لا يتعين الخ) أقول فيه بحث فان عدم التعيين سواء كان في المغصوب أو في المبيع الفاسد انما هو في العقد الثاني ولا يضر تعيينه
في الاول فقوله انما يستقيم الخ فيه ما فيه (قوله لاعلى الاصح وهي التي تقدمت الخ) أقول يعني تقدم ذكرها بورقة تخميننا بقوله ثم
اذا كانت دراهم الثمن قائمة باخذها بعينها لانها فيه تتعين بالتعيين على رواية أبي سليمان وهو الاصح

لان الخبث لما كان لعدم الملك اثر فيما يتبعه وفيما لا يتبعه وقال أبو يوسف بطيب له الربح لان شرط الطيب الضمان والفرص وجوده ولهما ان العقد يتعلق بما يتبع حقيقة لعدم جواز الاستبدال (وفيما لا يتبعه شبهة من حيث سلامة المبيع أو تقدير الثمن) وبانه انه اذا اشترى به فلا يخلو اما ان أشار اليها ونقد منها وأشار اليها ونقد من غيرها فان كان الاول فقد تعلق به سلامة المبيع لانه هو الواقع غنا وان كان الثاني فقد تعلق به من حيث تقدير الثمن والربح في الاول حصل ملك 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 يتبعه الى شبهة لان حصول الربح لم يكن بماله وملك الغير من كل وجه بل بماله فيه شائبة ملك تنزل وشبهة الخبث وهي التي تكون فيما لا يتبعه الى شبهة الشبهة لان تعلق سلامة المبيع أو تقدير الثمن اللذين كانا شبهة خبث لحصوله بمال الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل بماله فيه شائبة ملك والشبهة هي المعبرة لا النازل عنها قيل بالحديث وهو ما روى أن النبي صلى (٢٣٨) الله عليه وسلم نهى عن الربا الربية والريبة هي الشبهة وهو دليل على أن الشبهة

وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك أما الخبث لعدم الملك فعند أبي حنيفة ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتبع حقيقة وفيما لا يتبع شبهة من حيث إنه يتعلق به سلامة 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 تصادقائه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعى في الدراهم بطيب له الربح) لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق بمالوك فلا يعمل فيما لا يتبعه

(قوله وكذلك الخ) قال في الجامع الصغير وكذلك لو ادعى على آخر ما لا يقضاه ثم تصادقائه لم يكن له عليه شيء وقد ربح المدعى في الدراهم التي قبضها على أنها دينه (يطيب له الربح لأن الخبث لفساد الملك هنا لأن الدين وجب بالتسمية) أي بالقرار عند دعواه المال (ثم استحق بالتصادق) فكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين (وبدل المستحق بمالوك) أي ملكا فاسد اسواء كان عيناً أو ديناً أما عيناً فبدليل أن من اشترى عبداً بجارية أو ثوباً ثم اعتق العبد واستحققت الجارية بصح عتق العبد فلولم يكن بدل المستحق بمالوك كالم يصح العتق اذا اعتق في غير الملك والعبد بدل الجارية المستحقة واذا ملكه فاسد فيما لا يتبعه لا يعمل فيه خبثاً فطاب له الربح وفي الجامع الكبير لقاضي حنيفة بدل المستحق بمالوك بدليل ما لو حلف لا يفارقه حتى يستوفى حقه فباعه المديون عبد الغريمه بذلك الدين وقبضه ثم استحق العبد لا يحنت لأن المديون ملك ما في ذمته بهذا البيع فيكون مستوفياً حقه فلم يحنت 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 مملوكة 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 بماله عايناً زعم أنه ملكه أمالو كان في أصل دعواه الدين متعمداً الكذب فدفع اليه لا يملكه اصلاً لانه متيقن أنه لا ملك له فيه والله أعلم

معتبرة وأما أن شبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة لا غير وأما اذا كان شبهة الشبهة أيضاً داخلة في الريبة فقد ثبتت به خلاف المدعى والمعنى في ذلك أن شبهة الشبهة لو اعتبرت لا تعتبر مادونها أيضاً دفعاً للتحكم لكن لا يصح اعتباره لثلا لا ينسد باب التجارة اذ قلما يخلو عن شبهة شبهة الشبهة فسادها قال (وكذلك اذا ادعى الخ) رجل قال لا تحرى عليك ألف درهم فاقضها فقصاها ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد تصرف فيها المدعى وربح طاب له الربح ولا يجب التصديق به لان الخبث فيه

لفساد الملك لان الدين ثبت بالتسمية بدعوى المدعى وأداء المدعى عليه وملك ما قبضه بدلا عنه فكان تصرفه مصادفاً لمالكه لكن لما تصادقائه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البدل عن الملك لان بدل المستحق بمالوك به اذا كان عيناً يتبعه كما اذا اشترى عبداً بجارية وأعتقه فاستحققت الجارية فان العتق نافذ ولو لم يكن بدل المستحق بمالوك كالمالقة لا تمتنع في غير الملك بالنص فاذا كان ما لا يتبعه أولى لكنه يفسد الملك اذا استحقاق قصداً في مقابله لافيه فلو كان فيه كان باطلا وخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتبعه

(قوله لأن الخبث لما كان لعدم الملك الخ) أقول كتب في هامش هذا البحث ما هو صورته وقد استشك كل قوله بعد ضمان قيمتها بأن الكلام في الخبث لعدم الملك وان أدى الضمان فقد ملك على أصله ثم اذار ربح به ذلك لم يكن الخبث لعدم الملك والجواب أن التقدير ليس من أسباب الملك وانما ثبت الملك مستنداً بالضمان وفي المستند شبهة عدم وشبهة عدم ملحقمة بحقيقة عدم فيما يتبني على الشبهات والصدقة تفنى عليها فكان الحكم فيه حكم عدم الملك بالنسبة الى الربح فالملك بعد الضمان يفيد طيب الغصوب لا طيب الربح الحاصل منه لأنه بالنسبة اليه كعدمه ونحن نقول فعلى هذا يكون في ربح المغصوب المضمون شبهة الخبث وفي ربح الدرهم المغصوب المضمون شبهة الشبهة اذ على مقتضى نظر ربه يكون فيها شبهة الملك ولا ينفعه المبالغه التي ادعاها في الكلام حيث لا يخفى حه الى الحقيقة فلبتأمل

فصل فيما يكره فيل 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 يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ولأن في ذلك إيحاءا واضرا وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ عن في المساومة فاما إذا لم يكن أحد هما إلى الآخر فهو يسع من يزيد ولا بأس به على ما ذكره وما ذكرناه يحمل النهي في النكاح أيضا قال (وعن ثلق الجلب) وهذا إذا كان بضر بأهل البلد في النكاح وغيره حيث قال عليه الصلاة والسلام (لا تتاحشوا) أي لا تفعلوا ذلك وسبب ذلك ابتعاد رجل فيه بازيد من الثمن وهو خداع والخداع قبيح جاور هذا البيع فكان مكروها وظاهر من هذان الراغب في السعة إذا طلبها من صاحبها بأنقص من ثمنها فزاد شخص لا يريد الشراء إلى ما بلغ تمام قيمتها لا يكون مكروها لانقله الخداع (ونهى عن السوم على سوم غيره قال عليه الصلاة والسلام لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه) وهو نهي في معنى النهي فيفيد المشروعية وصورته أن يتساوم الرجلان على السعة والبائع والمشتري رضيا بملك ولم يقدرا عقد البيع حتى دخل آخر على سومه فانه يجوز ولكنه يكره لاشتماله على الإيحاء والاضرار وهما قبيحان ينافيان عن البيع فكان مكروها إذا جح البائع إلى البيع مما يطلب به الأول من

فصل فيما يكره قال (ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجس) وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره وقال لا تتاحشوا قال (وعن السوم على سوم غيره) قال عليه الصلاة والسلام لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ولأن في ذلك إيحاءا واضرا وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ عن في المساومة فاما إذا لم يكن أحد هما إلى الآخر فهو يسع من يزيد ولا بأس به على ما ذكره وما ذكرناه يحمل النهي في النكاح أيضا قال (وعن ثلق الجلب) وهذا إذا كان بضر بأهل البلد

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 ثبت له الخيار وهذا لأن النهي مطلقه للتجريم الا لصارف وهذه المعاني المذكورة سببا للنهي تؤكده المنع لا تصرفه عنه فان في اعتراض الرجل على سوم الآخر بعد الركون وطيب نفس البائع بالمسمى لثارة للعداوة والبغضاء كالخمر 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 الأعلى تقدير كونه سعر البلد فيجب أن يكون غير منعقد لعدم الرضا به كقول مالك أو منعه قدا وثبت له خمار الفسخ كقول الشافعي وكون الوصف مجاورا ولازم لا يتنى ما ذكرنا إذا اصطلاحات لانتفى المعاني الحقيقية المقتضية للبطلان أو الفساد على أن معنى الفساد ليس الا كون العقد مطلوب التفاضل للعصية بمباشرة المنهى عنه وملك الجلب منه بالقبض وتأخر الملك إلى القبض ليس الا لوجوب ربح المعصية برفعه ويجب في هذه البياعات ذلك كله غير أنه لما كان المنع بأخبار الأحاد الظنمية سموه مكروها على اصطلاحنا ولما كان الركن وهو زيادة المال بالمال بالتراضى فابتاعه فاسدا (قوله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجس) وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره) بعد ما بلغت قيمتها فانه تغير بالسلم ظلما فاما إذا لم تكن بلغت قيمتها فزاد القيمة لا يريد الشراء فجاءت لأنه نفع مسلم من غير اضرار بغيره إذ كان شراء الغير بالقيمة (قال صلى الله عليه وسلم لا تتاحشوا) في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تتلقى الركبان للبيوع ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا تتاحشوا ولا يبيع حاضر لباد والنجس بفقتين 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 نهي عن تلقي الركب أن قال وأن يستام الرجل على سوم أخيه وعرفت مشيره وهو ما فيه من الإيحاء والاضرار بشرطه وهو أن يتراضيا بئمن ويقع الركون به فيجيء آخره دفع للمالك أكثر أو مثله غير أنه رجل وجيه فيدعه منه لوجهته وأما صورة البيع على بيع أخيه أن يتراضيا على ثمن سعة فيجيء آخره فيقول أنا أبيعك مثل هذه السعة بانهقص من هذا الثمن فيضرب صاحب السعة فظهر تصوير البيوع على بيع أخيه والسوم على سوم أخيه والوارد فيهما حديثان فلا حاجة إلى جعل البيوع في قوله صلى الله عليه وسلم لا يبيع أحدكم على بيع أخيه جامعاً للبيوع والشراء مجازا لئلا يحتاج إلى ذلك لولم يرد حديث الاستيلاء وكذا المحلة في الخطبة فان لم يتراضيا فهو بيع من يزيد ولا بأس به كما سئذ ذكر (قوله وعن ثلق الجلب) في الصحيحين عن عبد الله بن عباس

الثمن وكذلك في النكاح أما إذا لم يجح فلا بأس بذلك لانه بيع من يزيد وقد روى أنس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلما يبيع من يزيد قال وعن ثلق الجلب أي ونهى عليه الصلاة والسلام عن تلقي الجلب أي المجلوب

فصل فيما يكره

وصورته المصري أخبر عبي قافلة عميرة فتلقاهم واشترى الجميع وأدخله المصر ليبيعه على ما اراده فذلك لا يتخلوا ما أن يضرب أهل البلد أولا والثاني لا يتخلون أن يلبس السعير على الواردين أولافان كان الأول بان كان أهل المصر في حط وضيق فهو مكروه باعتبار قبح التصديق الجوار المنفك وان كان الثاني فقد لبس السعير على الواردين فقد غر وضر وهو قبيح فيكره والأفلا باس بذلك (قال ويبيع الحاضر للبادي) أي ونهى عليه الصلاة والسلام (٣٤٠) عن بيع الحاضر للبادي فقال عليه الصلاة والسلام لا يبيع حاضر للبادي وصورته

فان كان لا يضرب فلا بأس به الا اذا لبس السعير على الواردين فيمنه تذكيره 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 اذان الجمعة) قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعترفه 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 الركب ان يبيع حاضر لباد قال لا يكون له سمسارا وللتلقي صورتان احدهما أن يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة لبيعه من أهل البلد زيادة وثانيهما أن يشتري منهم بارخص من سعر البلد وهو لا يعلمون بالسعر ولا يخلاف عند الشافعية أنه اذا خرج اليهم لذلك أنه يعصى أمال لم يقص بذلك بل اتفق ان خرج فراهم فاشترى في معصيته قولنا أظهرهما عندهم يعصى والوجه لا يعصى اذا لم يلبس وعندنا تحمّل النهي اذا كان يضرب بأهل البلد وألبس أما اذا لم يضرب ولم يلبس فلا بأس (قوله وعن بيع الحاضر للبادي) تقدم النهي عنه وتحمّل 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 انا أعلم بذلك منذ فبتوكل 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 كذا 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 بيع الحاضر للبادي قال المقصود أن لا يكون له سمسار فنهى عنه للسمسار (قوله والبيع عند اذان الجمعة قال تعالى) اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة الى قوله تعالى (وذروا البيع) كأنه يجعل الوقت من حين الاذان مشغولا بصلاة الجمعة تعظيمها كما قالوا في النهي عن الصلاة بعد صلاة العصر قبل التغيير (وفيه) زيادة أنه قد يفضى الى (الاخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعترفه 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 المالك قبل القبض وهو قول الشافعي لكنه يثبت الخيار في تلقي الركب على ما قدمناه وقد مرنا قول مالك بالبطلان فيه وفي النجس وكذا يبيع الحاضر للبادي وبه قال أحمد وعمل الصحبة (بأن الفساد) فيه (في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة) واستشكله في الكافي لان البيع يفسد بالشرط وهو خارج عن العقد ليس في صلبه قال الأبن يؤول الخارج بالمجاور وأنت علمت ما

الرجل له طعام لا يبيعه لاهل المصر ويبيعه من أهل البادية بمن قال فلا يتخلوا اما 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 الام للبادي يعنى من وقيل في صورته نظرا الى الام أن يتولى المصرى البيع لاهل البادية ليغالي في الثمنه قال (والبيع عند اذان الجمعة) أي ونهى عليه الصلاة والسلام عن البيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع وتسميته منها باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة (قوله ثم فيه) بيان لتقبح المجاور فان البيع قد يحل بواجب السعي اذا تعدا أو وقفا يتبايعان وأما اذا يتبايعان في الاخلال فيصح بلا كراهة وقد تقدم في كتاب الصلاة أن المعترف 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 التقبح لامر خارج زائد

أي مجاور وليس في صلب العقد ولا في شرائط الصحة عندنا

قال المصنف (والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع) أقول قال الزيلعي وذكر في النهاية أنه ما اذا يتبايعا وهو ما عشيان فلا بأس به وعزا الى اصول الفقه لابي اليسر وهو ما مشكل فان الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا فمن أطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالرأى اه وفيه بحث

قال (ولباس يبيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صرح 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 بعث أحدهما فقال أدرك أدرك وروى ارددارد

عندنا في ذلك (قوله ولباس 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 يسأله فقال له أما في بيتك شيء قال بلى حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه وقعب نشرب فيه الماء قال اثنتي بهما فأتاها بهما فأخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من يشتري هذين فقال رجل أنا أخذتهما بدرهم فقال من يزيد على درهم مرتين أو ثلاثا فقال رجل أنا بدرهمين فأعطاهما أياه وأخذ الدرهمين فأعطاهما الانصارى وقال اشتر بأحدهما طعاما فانبذه إلى أهلك واشتر بالآخر فاسأفاني به فأتاها به فشد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال اذهب فاحتطب وبيع ولا أرينك 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 نسكتة في وجهك يوم القيامة ان المسئلة لا تصلح الا لثلاثة لذى فقر مدقع أو لذى غرم مقطوع أو لذى دم موبع وأخرجه الترمذي مختصرا أنه صلى الله عليه وسلم باع حلسا وقد حافين يزيد قال الترمذي حديث حسن لا نعرفه الا من حديث الاخضر بن عمران عن عبد الله الحنفي وقد رواه غير واحد عن الاخضر بن عمران وقال في عملة الكبرى سألت محمد بن اسمعيل عن هذا الحديث فقال الاخضر بن عمران ثقة (قوله نوع منه) أي من البيع المذكور الذي لا يحل على ما عرفت أن الكراهة تحريمية وانما فصله لان الكراهة فيه لمعنى يرجع الى غير المعقود عليه وفيما تقدم لما يرجع اليه ولا نهامسائل يجمعها معنى واحد وهو التفریق بخلاف الاول (ومن ملك مملوكين) بأى سبب فرض من أسباب الملك شراء أو هبة أو ميراثا (صغيرين) أو (أحدهما وبينهما محرم لم يفرق بينهما) سواء كان يبيع أو هبة أو وصية وذكروا صورة النبي مبالغة في المنع ولا يتظر في الوصية الى جواز أن يتأخر الموت الى انقضاء زمان التحريم لان ذلك موهوم (والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم) فيما رواه الترمذي عن أبي أيوب الانصارى رضي 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 حجب بن عبد الله لم يخرج له في الصحيح واختلف فيه ولا اختلاف فيه لم يصححه الترمذي 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 طليق بن محمد نارة يرويه عنه عن عمران بن حصين ونارة عنه عن أبي بردة ونارة عن طليق يعرف حاله يريد خصوصا ذلك والا فالحديث له طرق كثيرة وشهرة وقول ابن القطان لا يصح لان طليقا لا يعرف حاله يريد خصوصا ذلك والا فالحديث له طرق كثيرة وشهرة والفاظ وجب صحة المعنى المشترك فيه وهو منع التفریق الا أن في سوقها طولنا وأما حديث على رضي الله عنه فأخرجه الترمذي وابن ماجه من حديث الحاج بن ازطاة عن الحكم بن عيينة عن ميمون ابن أبي شبيب عن علي رضي الله عنه قال وهب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين فبعث أحدهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا علي ما فعل غلامك فأخبرته فقال رده رده قال الترمذي

وتفسير يبيع من يزيد وروى أنس رضي الله عنه قد مر أنفا (نوع منه) أي هذا الذي يشرع فيه نوع من البيع المكروه ومن ملك صغيرين أو صغيرا كبيرا 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 بعث أحدهما فقال أدرك أدرك وروى ارددارد

(قوله لقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والده وولدها فرق الله بينه الحديث) أقول قوله فرق الله يجوز أن يكون دعاه على من فرق بين والده وولدها ويجوز أن يكون خيرا (قوله والاصل فيه ما قال عليه الصلاة والسلام) أقول على أن تكون ما صدر به

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 محجور وينفك عنه لحوازان يقع ذلك بالهبة والمعنى المؤثر في ذلك
استثناس الصغير بالصغير وبالكبير وتعاهدا الكبير للصغير وفي بيع أحدهما قطع الاستثناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحلة 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
المرحلة تركها بالتفريق ويجوز أن يكون المراد في قطع الاستثناس والمنع من التعاهد ترك المرحلة 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 ذا رحم محرم
من الآخر كما ذكرنا في صدر الكلام بلا ضرر للولي أو الصغير قصد افلا يدخل محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا مالا محرمة بينهما
أصلا حتى لو كان أحدهما أختا رضاعيا (٣٤٣) للاخر أو كان أمة والاخر ابنها رضاعا أو كان أحدهما وادعم أو خال أو كان

ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير بتعاهد فمكان في بيع أحدهما قطع الاستثناس
والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحلة 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 مورد

حديث حسن غريب وتعبه أبو داود بان ميروان لم يدرك عليا وهو على طر يقتسم 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 سبي فأمرني ببيع أخوين فبعتهما
وفرت 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 والبراز وفيه انقطاع ولا يضر على أصلنا على ما عرف قال المصنف
(ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير بتعاهد) أي يصلح شأنه (فمكان في التفريق قطع
الاستثناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحلة على الصغار وقد أوعد عليه) قال عليه الصلاة
والسلام من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا ورواه ابن شيبه عن عمرو بن العاص وكذا
رواه البخاري في كتابه المنرد في الادب وروى الطحاوي في مشكل الآثار حدثنا يونس بن عبد الأعلى
حدثنا ابن وهب أنبأ مالك بن أبي الخير الزبدي عن أبي قنبل عن عبادة بن الصامت عنه صلى الله عليه
وسلم قال ليس منا من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا ورواه البخاري في كتابه المفرد في الادب
من حديث أبي هريرة وقد روي من حديث عدة من الصحابة فهو معنى مشهور ولا شك فيه عن النبي صلى
الله عليه وسلم قال المصنف (ثم المنع معلول بالقرب المحرمة للسكاح حتى لا يدخله محرم غير قريب)
كحرم الرضاع وامرأة الاب (ولا قريب غير محرم) كابن الم (ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز
التفريق بينهما لانه على خلاف القياس فيقتصر على مورد) ومورد كان في المحرمة كما في الوالدة وولدها
والاخوين فان قيل لو كان كذلك وجب أن لا يمنع التفريق بين الخال وابن أخته والخالة وبنت أختها

احدهما زوج الآخر
التفريق بينهما لان النص
النافي ورد بخلاف القياس
لان القياس يقتضي جواز
التفريق بوجود المالك
المطلق للتصرف من الجمع
والتفريق كما في الكبيرين
وكل ما ورد من النص بخلاف
القياس يقتصر على مورد
ومورد الوالدة وولدها
والاخوان فيل في كلام
المصنف تناقض لانه على
بقوله ولان الصغير يستأنس
بالصغير وقال ثم المنع معلول
بالقرابة 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

يحصل بالقرب المحرمة للسكاح بدون ضرر للولي أو الصغير قصد افه وبيان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالادلة اذا ساواه لان
لابيان الوصف الجامع بين المقدس والمقيس عليه فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس واذا ظهر
هذا تبين انه ليس في القرابة والمحرمية ولا مائة ضرر ما يساوي القرابة المحرمة للسكاح وما لا ضرر فيه حتى يلحق به فلا يرد ما قيل في الكتب
لو كان منع التفريق معلولا بالقرابة المحرمة للسكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلامة لكنه جاز في سبعة مواضع وان كان أحدهما
صغيرا فكانت العلامة منقوضة

(قوله ووجه الاستدلال بالاول) أقول لا حاجة في صحة الاستدلال بأدرك وردد 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 خالًا للمورد النص مشكلة
والإشارة الى ذلك قال عسي

ولزم التزام القول بتخصيص العلل الفاسدة عند عامة المشايخ والاول من المواضع السبعة ما اذا صار أحدهما في ملكه الى حال لا يمكنه بعه كما اذا بره أو استولده ان كانت أمة فانه لا بأس ببيع الآخر وان حصل التفريق والثاني اذا جنى أحدهما جناية نفس أو مال فان للوحي أن يدفع وفيه تفریق مع انه مخير بين الدفع والفداء وله ولاية المنع عن البيع بأداء القيمة والثالث اذا كان المالك حربيا جازا لاسلم شراء أحدهما وكما يكره التفریق ببيع بكرة بالبيع يكره بالشراء والرابع اذا ملك صغيرا وكبيرا جاز ببيع أحد الكبيرين استحسانا وان لزم التفریق والخامس اذا اشتراه ما ووجد بأحدهما عيبا كان له رد المعب في ظاهر الرواية ولزم التفریق والسادس جازا عما على أحدهما على مال أو غيره وهو تفریق والسابع اذا كان الصغير مرافقا جاز ببعه برضاه ورضاه أمه ولزم التفریق واذا تأملت ما ههنا ذلك آنفا ظهر لك عدم ورودها فان ما خلا الاخيرين يشتمل على الضرر أما الاول فلان بيع أحدهما للمامتنع لمعنى شرعى لومنع عن بيع الآخر تضرر المولى والمنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به لا يقال المنع عن تصرف التفریق مع وجود الملك المطلق له اضرار فكيف تحمل لانه لو لم يتحمل ذلك لزم اهمال الحديث وأما الثاني فلانه لو أزم المولى الفداء بدون اختياره تضرر وأما الثالث فلان منع التفریق لدفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم من شرائه تضرر الصغير قصدا وعاد على موضوعه بالنقض (٣٤٣) فان الحربى يدخله ما دار الحرب فينشأ ن

فيها وضرر ذلك ظاهر في الدنيا العرضية 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 للمولى وأما الخامس فخواز التفریق فيه ممنوع على ما روى عن أبي يوسف وعلى ظاهر الرواية انما جاز لان رد السلام عن العيب حرام من كل وجه وفي الزام العيب اضرار للشترى فيتمتع بزرده دفعا للاضرار عه وأما في السادس فلان الاعناق 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 التفریق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورد به بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به

لان النص ما ورد في الوالدة والاخوان فالجواب أن القرابة المحرمة تثبت معنى دلاليا وهو المفهوم الموافق في عرف الشافعية لا قطع بأن خصوص الوالدة غير معتبر لان الوالد ايضا مثلها ففهم منه قرابة الولاد ثم جاء نص الاخوان فيعلم أن لا قصر على الولاد بل القرابة المحرمة تثبت في الخال والحالة بالدلالة ومعلوم ان المحققين على عدم اشتراط الاولوية في الدلالة والمفهوم بقى ايراد نقض العلة ثمانية مسائل يجوز التفریق فيها مع وجود القرابة المحرمة منها الثلاثة التي ذكرها المصنف وهي ما اذا كان التفریق بحق مستحق كدفع أحدهما بجناية أو استيلاء دين لزم الصغير كاستملاكه مال الغير مع أنه في دفعه غير مجبور اذ له أن يدفع عنه الفداء والدين ويستبق به ورد به بعيب بمحضته فيرده وحده وان كان عند أبي يوسف أنه يرد بهما جميعا أو يسكنهما كما في مصر اعى الباب اذا وجد بأحدهما عيبا والرابعة أن يدير أحدهما أو يستولده امة وحينئذ جاز ببعه الآخر والخامسة أن يكون للحربى مستأنم فباع أحدهما فلمسلم ان يشتره مع أن المنع كما هو للبائع كذلك للشترى والسادسة لو كانوا ثلاثة في ملكه أحدهم صغير حصل بيع أحد الكبيرين مع انه يصدق التفریق بين الصغير والكبير والسابعة أنه يجوز أن يعتق أحدهما بمال وبلا مال ويكاتبه مع أنه حصول الفسقة بالاخراج عن ملكه والثامنة لو كان الولد مرافقا فرضى بالبيع واختاره ورضيته أمه جاز ببعه فالجواب عن الثلاثة الاول ما أشار اليه المصنف بقوله (لان المنظور اليه) في منع التفریق (دفع الضرر عن غيره) وهو الصغير (لا) الحاق (الضرر به) أى بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين فيما تقدم فلو منعنا

حينئذ اراخوه ويتعاهد أموره على ما أراد ولا اعتبار بخروج عن ملكه بعد ما حصل المعنى الموجب في ابقائهما جميعا مع زيادة وصف وهي استبداده بنفسه وأما في السابع فلان المنع عن التفریق للاحتراز عن الضرر بهما فالمرضى بالتفریق اندفع الضرر ففما عدا الاخيرين ضرر فلا يكون في معنى الاضرار فيه من كل وجه فيلحق به وأما السادس فلان التفریق 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 التفریق لا يتحقق فيه وذكر الغير مطلقا يتناول كل من كان غيره سواء كان الغريبنا صغيرا له أو كبيرا وهما في مؤنته أو لا سواء كان زوجته أو مكاتبته ولا يجوز بيع أحدهما من أحدهما لانه اذا كانا في ملكه لحصول التفریق بذلك (قوله ولو كان التفریق بحق مستحق) تقدم تقريره في أثناء الاسئلة وجوابها وروى عن أبي حنيفة رحمه الله انه قال اذا جنى أحدهما به يستحب الفداء لانه مخير بين أن يدفع أو يشترى فكان الفداء أولى

قال المصنف (لا الاضرار به) أقول قال ابن الهمام أى بالمالك المتهوم من قوله ومن ملك مملوكين اه وفيه بحث (قوله أو لزم التزام القول بتخصيص العلل) أقول فانه ظهر ان العلة هي الرحم المحرمة الغير المستلزم ضررا بالمالك وبالصغير قصدا (قوله وأما الثالث فلان منع التفریق الخ) أقول فيه بحث

قال (فان فرق كرهه ذلك وجاز العتد الخ) فان فرق كره 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 الأولاد لقوتها وضعف غيرها وعنه لا يجوز في جميع ذلك لما رويان من قوله عليه الصلاة والسلام لعلي أدرك أدرك ولزيد بن حارثة اردد اردد فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله والكرهية لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت النداء وهو مكروه لافساد الاستيتم 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 أنه محمول الخ) أقول في أدرك وأردد (قوله أو بيع الآخر الخ) أقول في أدرك ثم لفظ أو ههنا لمنع الخلو

قال (فان فرق كرهه ذلك وجاز العتد) وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما رويانا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من أهله في محله وانما الكراهية لمعنى مجاور فشا به كراهية الاستيتم

التفريق كان الزاماً للضرر بالمالك والعلة هي ما ذكرنا من الرحم المحرمية غير المستلزم ضرراً بالمالك فعند استلزامه تكون علة المنع منتفية عند من يمنع تخصيص العلة أو مخصوصة باستلزام ضرره عند من يخصها وبهذا يجاب عن الرابع اذ يلزم المالك الخرج عليه عنه من التصرف في ماله رأساً بخلاف ما قبل التدبير فانه يمكنه بيعهما والانتفاع بيدهما وعن الخامس بأن مفسدة التفريق عارضها هنا بتقدير عدمه مفسدة أعظم فانه ان لم يشتره أحد يذهب به الى دار الحرب ومفسدة كونه هناك يشب ويكتمل أعظم من ضرر التفريق على الصغير لانه ضرر الدين والدين فالدين ظاهر والدينات تعريضه على القتل والسبي والسبي هلاك ويجبى وما ذكرنا على المذهبين في تخصيص العلة وعدمه وعن السادس بأن العلة ما هو مظنة الضياع والاستيتماش وقد بقي له من يقوم مقام الثالث على أن في رواية عن أبي يوسف يمنع بيع الثالث في الكفاية قد اجتمع في الصغير عدد من أقاربه لا يفرق بينه وبين واحد اختلفت جهة القرابة كالم والخال أو التحدث 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 يشترع معه الحكم فالكل الى عدم العلة في الحقيقة ومن صور جواز التفريق ما في المبسوط اذا كان للذمي عبده امرأة أو ولد منه فأسلم العبد وولده صغير فانه يجبر الذمي على بيع العبد وابنه وان كان تفرق بقاءه وبين أمه لانه يصير مسلماً باسلام أبيه فهذا تفريق بجحى (قوله فان فرق كرهه ذلك وجاز العتد) اذا كان المالك مسلماً حراً أو مكاتباً أو مازناً أو أما اذا كان كافراً فلا لانهم غير مخاطبين بالشرائع والوجه انه ان كان التفريق في ملتهم حلالاً لا يتعرض لهم الا ان كان بيعهم من مسلم فيمتنع على المسلم وان كان ممنوعاً 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 رويان من حديث علي رضي الله عنه وقول النبي صلى الله عليه وسلم أدركهما واربعهما فان الامر بالادراك والارتجاع لا يكون الا في البيع الفاسد (ولهما ان ركن البيع صدر من أهله في محله والكرهية لمعنى مجاور) والتمهي للمجاورة لا يوجب الفساد بخلافه لو وصف لازم (فشا به كراهية الاستيتم) على سوم أخيه وحينئذ يجب تأويل الامر بالادراك والارتجاع على طلب الاقالة مع ظهور ان يقبله رغبة في نواب الاقالة أو أن يبيع الاخ لا خرمنه واعلم أن مدة منع التفريق انما تمتد الى بلوغ الصغير بالاحتلام أو بالحيض وذ كرفية حديثنا في المبسوط عنه صلى الله عليه وسلم لا تجمعا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام والجارية وعن عبادة بن الصامت عنه عليه الصلاة والسلام لا تفرقوا بين الام وولدها فقبل الى متى فقال الى أن يبلغ الغلام وتحيض الجارية رفعه في المبسوط وهو قول للشافعي وفي أظهر قوايه الى زمان التمييز سبع أو ثمان بالتقريب والى زمان سقوط الاسنان والحديث المذكور ذكره الهالك ومعه ونخطأه صاحب التنقيح وقال الاشبه انه موضوع وسببه ان في سنده عميد الله بن عمرو بن حسان قال الذهبي كذاب وقيل رماه ابن المديني بالكذب غير أن الحكم المذكور وهو التفسير بقوله بالبلوغ حكيم ثابت شرعاً وقال بعض مشايخنا اذا راهتا ورضيا بالتفريق فلا بأس به لانهم ممن أهل النظر لانفسهم ما ورد بما يري ان المصلحة في ذلك

(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 أميتين أختين

(قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ماورد به النص) لثبت فيه المنع الحاقا بالدلالة اذ كان أصلا على خلاف القياس (وقد صح انه صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين) بالسین المهملة ذكره ابن عبد البر في الاستيعاب قال البراز بعد ان غلظه للعديت طر يوذ كرها لکن روى هذا الحديث عن بشير بن المهاجر بن حاتم بن اسمعيل ودلهم بن دهثم انتهى وبشير عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال أهدى المقوقس القبطي لرسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين وبغلة كان يركبها فلما احدى الجاريتين فتسراها فولدت له ابراهيم عليه السلام وهي مارية أم ابراهيم وأما الاخرى فوهبها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحسان بن ثابت وهي أم عبد الرحمن بن حسان وذکر ان هذا الحديث في صحيح ابن خزيمة وأخرجه البيهقي بسند آخر في دلائل النبوة مرسل انه صلى الله عليه وسلم بعث حاطب ابن أبي بلتعنة الى المقوقس الى أن قال وأهدى له مع حاطب كسوة وبغلة مسروجة وجاريتين احدهما أم ابراهيم وأما الاخرى 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 الى حاطب قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المقوقس ملك الاسكندرية فحُتت بكتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فانزلني في منزله فأقت عنده ثم بعث الى وجمع بطارفته الى أن قال وهذه هدايا بعثت بها معك الى محمد فأهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث جوار منهن أم ابراهيم 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 الاكفء عن الواقدي باسناده ان المقوقس أرسل الى حاطب ليلة الى أن قال فأرجع الى صاحبك فقد أمرت له بهدايا وجاريتين أختين فارهتني وبغلة من مراكبي وألف متقال ذهبا وعشرين ثوباً من لين وغير ذلك وأمرت لك بمائة دينار وخمسة أبواب فأرجل من عندي ولا تسمع منك القبط حرقوا واحداً فهدم 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 خاتمة مناقب امهات المؤمنين فأنه أعلم بذلك وانما يوجب ابوداود بالتفريق بين المذكورات للحديث الذي في مسـلم عن سلمة بن الاكوع قال خرجنا مع أبي بكر فغزونا فإذنا الى ان قال فحُتت بهم الى أبي بكر وفيهم امرأة معها ابنة اها من أحسن العرب فنظفني أبو بكر ابنتها فقدمت المدينة فقال لي النبي صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لي المرأة فقلت هي لك فقدى بها أسارى مكة انتهى مختصراً فهذا التفريق وان كان من فعل أبي بكر لکن لا شك في أن النبي صلى الله عليه وسلم علمه واتهم الجارية ولم يردّها الى أمها بل أبعدها راحين فدى بها فهذا والله أعلم هو الدليل على التفريق بين الكبيرين والله اعلم ﴿فروع﴾ اذا كان مع الصغیر ابواه لا يبيع واحداً منهم ولو كان معه أم واخ أو أم وعمة أو خالة أو اخ جاز يبيع من سوى الام وروى هشام عن محمد أنهم لا يبايعون الامعا اعتبار الاختلاف الجهة والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لان شفقة الام تعني عن سواها ولذا كانت أحق بالحضانة من غيرها فهذه الصورة مستثناة من اختلاف الجهة والحدة كالام فلو كان معه جدة وعمة وخالة جاز يبيع العمه والخالة ولو كان معه عمه وخالة لم يبايعوا الامعا لاختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة ولو كان معه اخوان أو اخوة كبار في رواية الامالى لا يبايع واحداً منهم والصحيح انه يجوز بيع من سوى واحد منهم وهو الاستحسان لان الشفقة امر باطن لا يوقف عليه فيعتبر السب ولا يعتبر الابعاد مع الاقرب وعند الاتحاد في الدرجة والجهة

(قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لانه ليس في معنى ماورد به النص يشير الى ان مراده فيما تقدم الالحاق بدلالة النص كما قررناه وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين وكانتا أميتين أختين روى ان أمير القبط أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين وبغلة فوكان يركب البغلة بالمدينة واتخذ احدى الجاريتين سارية فولدت له ابراهيم وهي مارية ووهب الاخرى لحسان بن ثابت وكان اسمها سيرين بالسین المهملة ذكره ابن عبد البر في كتاب الاستيعاب وهذا كله اذا كان المالك مسلماً حراً كان أو مكاتباً أو مذنباً 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 بالفسخ كان للاقالة تعلق خاص بهما فاعقب ذكرها باهـ ما هو من القيل لامن القول والهمزة للسلب كما ذهب اليه بعض بدليل قلت البيع بكسر القاف وهي جائزة لقوله صلى الله عليه وسلم من اقال نادما بيعته اقال الله عشرته يوم القيامة (٣٤٦) نديب صلى الله عليه وسلم اليها بما يوجب التحرر رض عليها من الثواب اخبار اودعاها وكلاهما

باب الافالة

(الافالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول) لقوله عليه الصلاة والسلام من اقال نادما بيعته اقال الله عشرته يوم القيامة ولان العقد حقهما فمليكان رفعه دفعا لحاجتهما (فان شرطاً أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول) والاصل ان الافالة فسخ في حق المتعاقدين ببيع جديد في حق غيرهما

أحدهما يعني وكذا المالك ستة اخوة ثلاثة كبارا وثلاثة صغارا فباع مع كل واحد غير كبير اجاز استحسانا فلو كان معه أخت شقيقة وأخت لاب وأخت لام باع غير الشقيقة ولو ادعاها رجلان فصار أبو بن له ثم ملكوا بجلة القياس أن يباع أحدهما لاتحاد جهتهما وفي الاستحسان لا يباع لان الاب في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذي يبيع فيمتنع احتياطا فصار الاصل أنه اذا كان معه عدد أحدهم بعد اجاز بيعه وان كانوا في درجة فان كانوا من جنسين مختلفين كالاب والام والحالة والعمة لا يفرق ولكن يباع الكل أو يسكن الكل وان كانوا من جنس واحد كالاخوين والعين والحالين جاز أن يسكن مع الصغير أحدهما ويبيع ماسواه ومثل الحالة والعمة أخ لاب وأخ لام والله الموفق

باب الافالة

مناسبتها الخاصة بالبيع الفاسد والمكروه أنه اذا وقع البيع فاسداً ومكروها ووجب على كل من المتعاقدين الرجوع الى ما كان له من رأس المال صونا لها معن المظهور ولا يكون ذلك الا بالاقالة الى آخر ما ذكر في النهاية وتبعه غيره وهو مصرح بوجوب التفاسخ في العقود المكروهة السابقة وهو حق لان رفع المعصية واجب بقدر الامكان وأيضا الافالة بيان كيف يرفع العقد وهو يستدعي سابقة ثبوته وأبواب البياعات السابقة كلها مع البيع الفاسد والمكروه بيان كيف يثبت فاعقب الرفع معظم أبواب الاثبات ثم قيل الافالة من القول والهمزة للسلب فاقال 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 قبلا وافالة فسخته (قوله الافالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول) عليه اجماع المسلمين (قوله صلى الله عليه وسلم من اقال نادما بيعته اقال الله عشرته يوم القيامة) أخرجه أبو داود وابن ماجه عن الاعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اقال مسلما بيعته اقال الله عشرته 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 فمليكان رفعه دفعا لحاجتهما) التي لها شرع البيع وغيره ولا يخفى أن النص المذكور والمعنى انما يفيد مجرد جواز الافالة وأما لزوم كونه على الثمن الاول بعينه فلو جرحه 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 على مكان رفعه لحاجتهما وشرطهما 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 بطل ما نظقنا 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 بيبعا جديدا في حق غيرهما ولهذا تجب الشفعة للشفيع فيما اذا باع دارا فسلم الشفعة ثم تقابلا وعاد المبيع الى مالك البائع ولو كان فسحا في حق غيرهما لم يكن له ذلك وشرط التقابض اذا كان البيع صرفا فكانت في حق الشريعة بيبعا جديدا وهذا لان لفظها ينبي عن الفسخ كما سئذ كره ومعناها ينبي عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال بالتراضي وجعلها فسحا أو بعبارة اهمال لاحد الجانبين وإعمالهما ولو بوجه أولى

فان قيل ما الجواب عن انتقاض حد البيع بالاقالة قلنا المراد من المبادلة في تحديد البيع هو ما كان مبادلة ابتداء لاتراجعا بطريق الرفع بقربة مقابلة الافالة للبيع (قوله ويمنى من القيل لامن القول) أقول في مجموع اللغة قال البيع قبلا وافالة فسخته (قوله والهمزة للسلب) أقول فاقال بمعنى أزال القول أي القول الاول وهو البيع (قوله وشرطها أن تكون بالثمن الاول الخ) أقول لو كان شرطها لانتها بانتفائه وليس كذلك بل الظاهر ان من أحكامه

فجعلناهما من حيث اللفظ فسحنا في حق المتعاقدين لقيامه بهما فتعين أن تكون بيعا في حق غيرهما فان تعذر جعلها فسحنا بطلت كما اذا ولدت المبيعة بعد القبض ولذا فان الزيادة المنفصلة تمنع فسح العقد كما للشرع وهذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هي بيع الا ان يتعذر جعلها بيعا كما اذا تقابلا في المنقول قبل القبض فيجعل فسحنا الا ان تعذر جعلها فسحنا فبطلت كما اذا تقابلا في العروض المبيعة بالدرهم بعدها كما وعند محمد هو فسح الا اذا تعذر ذلك كما اذا تقابلا بأكثر من الثمن الاول فيجعل بيعا الا اذا تعذر ذلك فبطلت كما في صورة بيع العرض بالدرهم بعدها كما استدلل محمد بالمعنى اللغوي فقال ان اللفظ للفسح والدفع يعني ان حقيقة ذلك يقال في الدعاء اقلنى عثرتي واذا أمكن العمل بالحقيقة لا يصار الى المجاز فيعمل بها واذا تعذر يحمل على محتمله وهو (٣٤٧) البيع لانه يبيع في حق ثالث

واستدل أبو يوسف بعنايه فانه مبادلة المال بالمال بالتراضي وليس البيع الا ذلك واعتضد بثبوت أحكام البيع من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب وثبوت الشفعة وعروض بأنه لو كانت بيعا أو محتملة له لان عقد البيع يلفظ الاقالة وليس كذلك وأجيب بمنع بطلان الاذن على المروى عن بعض المشايخ وبالفارق بعد التسليم بأنه اذا قال ابتداء أفلتك العقد في هذا العبد بألف درهم ولم يكن بينهما عقد أصلا تعذر تصحيحها به لان الاقالة انما أضيفت الى ما لا وجود له فتبطل في مخرجها وما نحن فيه ليس كذلك لانها أضيفت الى ما له وجود أعني به سابقة العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ في موضع لوجود الدلالة على ما اراد من المجاز ارادة المجاز في سائر الصور عند عدم دالة الدليل على المجاز وفيه نظر من وجهين

الا ان لا يمكن جعله فسحا فبطل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسحنا الا ان لا يمكن فتبطل وعند محمد رحمه الله هو فسح الا اذا تعذر جعله فسحا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فتبطل لمحمد رحمه الله ان اللفظ للفسح والرفع ومنه يقال اقلنى عثرتي فتوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع الا ترى انه يبيع في حق الثالث ولا يبيع في حق الله انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وثبت به الشفعة كان لم يكن فيثبت الحال الاول وثبوت الحال الاول هو بروجوع عين الثمن الاول الى مالكه كان لم يدخل في الوجود غيره وهو يستلزم تعيين الاول ونفي غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس والاجل نعم لما لم يكن فعله ما ينفذ على غيره ما جعل بالنسبة الى غيرهما يباع فاعطى بالنسبة الى غيرهما حكم البيع كما سئذ كره (فان لم يمكن جعله فسحا) كان ولدت المبيعة بعد القبض وكما اذا كان المبيع عرضا بالدرهم فهلك (تبطل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف هي بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا بان وقعت الاقالة قبل القبض في مبيع منقول فيجعل فسحا فان تعذر كونها بيعا فسحنا كما لو كان المبيع عرضا بالدرهم فبقيا بالاربع هلاك العرض حينئذ تبطل وعند محمد قلب قول أبي يوسف فهي فسح الا ان يتعذر فيبيع الا ان تعذر فتبطل والمحجب أن قول أبي يوسف كقول أبي حنيفة رحمه الله في أن الاقالة تصح بلفظين أحدهما مستقبلا كقول اقلنى فقال أفلتك مع أنها يبيع عنده والبيع لا يتعقد بذلك على ما سلف ومحمد يقول انها فسح ويقول لا يتعقد الا بالمضى فيهما لانها كالمبيع فأعطى بسبب الشبهة حكم البيع وأبو يوسف مع حقيقة البيع لم يعط حكمه لان 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 لامه بل لو قال تركت البيع وقال الآخر رضيت أو اخترت تمت ويجوز قبول الاقالة دلالة بالفعل كما اذا قطعه قيصا في فورقول المشتري أفلتك وتنعقد بهما سختك وتاركت وجه قول محمد (أن اللفظ) أى لفظ الاقالة وضع (للفسح والرفع) بدليل الاستعمال فانه (يقال اقلنى عثرتي) بمعنى اسقط أثرها باعتبار عدم ما بعد وجودها وهو المراد بالفسح اذ حقيقة رفع الواقع عن أن يكون واقعا غير يمكن بعد الدخول في الوجود (فيوفر عليه قضيته واذا تعذر) الفسخ (يحمل على محتمله وهو البيع ولا يبيع) يوسف انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع (وخصوص اللفظ لا عبرة به غاية الامر أنه لم يسم فيه الثمن لانه معلوم كافي النولية وأخذ الدار بالشفعة (ولهذا تبطل) الاقالة (بهلاك المبيع)

أحدهما انه يفهم منه ان ابا يوسف يجعل الاقالة بيعا مجازا وذلك مصر الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة وهو لا يجوز (قوله واستدل أبو يوسف بعنايه الخ) أقول منقوض عما اذا كانت الاقالة بلفظ فسختك أو تاركتك فانها حينئذ فسح اجامع جريان الدليل فيه (قوله فلم يلزم من ارادة المجاز الخ) أقول أى المعنى المجازى (قوله وذلك مصر الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة) أقول الا ترى انه يجعله فسحا اذا لم يكن جعله له تبعاً وذلك أن تقول يجوز أن لنظ المجازية مجاز عن المنقول بعلاقة المسابهة فالمعنى لا يلزم من ازالة المعنى المنقول اليه في موضع لوجود الدلالة على ما اراد معنى النقل اليه ارادة المعنى المنقول اليه في سائر الصور عند عدم النقل وعليك بالتسدر فان قيل عماد ثبت النقل قلنا باستعماله في عرف الشرع في مبادلة تنفر على مبادلة سابقة وينتج عليه أحكام البيع على ما يفهم من كلام أبي يوسف فعنده مجاز شرعى في الفسخ

والثاني ان قوله اقلتك العدة في هذا العدم معناه على ذلك التقدير بعثك هذا العبد وذلك يقتضى نفي سابقة العقد واستدل أبو حنيفة
 رحمه الله أن اللفظ ينبي عن الفسخ والرفع كما قلنا فهو حقيقة فيه والاصل أعمال الالفاظ في حقايقها فان تعذر ذلك صير الى الجواز
 ان أمكن والابطال وهنالك يمكن أن يجعل مجازا عن ابتداء العقد لانه لا يحتمل له لكونه صاده واستعارة أحد الضدين للآخر لا تجوز
 عرف في موضعه فان قيل الاقالة بيع جديد في حق الثالث ولولم يحتمل البيع لم يكن ذلك أجاب المصنف بأن ذلك ليس بطريق الجواز
 اذا ثبت بالمجاز ثابت بقضية الصيغة وهذا ليس كذلك اذ لا ولاية لهما على غيرهما لكون لفظهما عاملا في حقه بل هو امر ضروري
 لانه لما ثبت مثل حكم البيع (٣٤٨) وهو الملك للبايع تبدل ظاهره موجبه في حق ثالث دونها الامتناع ثبوت الضدين في محل واحد

وهذه أحكام البيع ولا يحنيفة رحمه الله ان اللفظ ينبي عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل أعمال
 الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لانه ضده واللفظ لا يحتمل
 ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه ثبت به مثل حكم البيع وهو الملك
 لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا فنقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول
 بعد الاقالة قبل الرد ووجب للذي كان باع الرديب العيب الحادث عند المشتري (وهذه أحكام
 البيع) فاذا ترتبت على شيء كان بيعا غير أنه اذا تعذر جبهه له بيعا كما اذا وقعت في منقول قبل قبضه
 صرنا الى مجازه بجعله فسحا تصحى الكلام العاقل ما أمكن وكونه لا يبتدأ عقد البيع بانسانه به ممنوع
 على قول بعض المشايخ فانه قال يجوز أن يعقد البيع ابتداء بلفظ الاقالة وانقاؤه في الصحيح لعدم تقدم
 البيع وهذا بيع هو فرع بيع سابق فلا يتصور بدون سببه (ولا يحنيفة رحمه الله أن اللفظ ينبي
 عن الرفع على ما قلنا الحمد رحمه الله (والاصل أعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية) وكونه ثبت به
 لزوم البيع من الرديب العيب والهالك بالنسبة الى ثالث لا يستلزم كونه من حقيقته اذ للوازم قد تكون
 عامة ترتب على حقيقتين مختلفتين فلا تكون الاقالة بيعا لذلك فان قيل فتمكون بيعا لثبوت حقيقة
 معنى البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لالثبوت للوازم الخارجية قلنا انما ترتب بالبيع
 ما كان مفيدا لهذه المبادلة ابتداء لا تراجا عا 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 وبقيده
 أن لا يكون تراجا والاحكام الشرعية لا تختلف باختلاف الاصطلاح في الالفاظ في 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 تلجيس وليس
 ذلك في النقصه أو يكون لمشا كنهه للفظ وقع في صحبته كجزء سيئة سيئة وليس هنالك (فتعين البطلان
 وكونه بيعا 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 بل هو واجب
 البيع عنه فيقتصر عليهم وما يظهر بيعا في حق غيرهما اولئلا يفوت مقصود الشارع في بعض الصور
 كما شفعة شرعت لدفع ضرر الجوار أو الخلطة فاذا فرض ثبوت ذلك في عودها الى البايع ولم يثبت حق
 الشفعة تختلف متصوده (قوله اذا ثبت هذا) أي هذا الخلاف في هذا الاصل (فمنقول) تقر يعا عليه
 (اذا شرط) في الاقالة (الاكثر) كأن تقبلا على مائة والبيع بنحو مائة (فالاقالة على الثمن الاول) عند

وتفسيره بوجه البسط ان
 البيع وضع لاثبات الملك
 قصد اوزوال الملك من
 ضروراته والاقالة وضعت
 لازالة الملك وابطاله وثبوت
 الملك للبايع من ضروراته
 فيثبت الملك لكل واحد
 منهما فيما كان لصاحبه كما
 يثبت في المبيعة فاعتبر موجب
 الصيغة في حق المتعاقدين
 لان لهم اولاية على أنفسهم ما
 فتعين اعتبار الحكم في حق
 غيرهما لانه ليس لهما اولاية
 على غيرهما ووجه آخر ان
 المدعي ان كون الاقالة بيعا
 جديد في حق ثالث ليس
 مقتضى الصيغة لان كونها
 فسحا يقتضاه فان لو كان
 كونها بيعا كذلك لزم الجمع
 بين الحقيقة والمجاز وهو محال
 والجواب لا يحنيفة رحمه
 الله عما استدلل به أبو يوسف
 من ثبوت الاحكام ما قبل
 الشارع ببطل الاحكام فلا
 يغير الحقائق فانه أخرج دم
 الاستحاضة عن كونه
 حدثا وفساد الاقالة عند

هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام فياز أن يغرو يثبت في ضمن الاقالة وأما الاقالة فمن الحقائق فلا
 يخرجها عن حقيقتها التي هي الفسخ اذا ثبت هذا أي ما ذكر من الاصل فنقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول

(قوله معناه على ذلك التقدير بعثك هذا العبد الخ) أقول مستعينا بالله تعالى لانسلم أن معناه ذلك بل معناه بعثك هذا العبد الذي كنت
 بعته مني سابقا فانه ليس مجازا عن مطلق البيع بل عن بيع كإن بعد بيع بينهم في هذا المحل على ما ينادى عليه كلام الهيب وأيضاً المجاز
 خلف عن الحقيقة في حق الحكم عند أبي يوسف ومحمد كما حقق في علم الاصول (قوله وذلك يقتضى نفي سابقه العقد) أقول الاولى
 أن يقول لا يقتضى سابقة العقد (قوله لانه ليس لهما اولاية على غيرهما) أقول ايصراً فموجب 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 لا الاقالة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط يشبه الزبالان فيه نفعها لاحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خال عن العوض والاقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة 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 الحط يجعل بازاء مافات بالعيب وصورة هذه المسائل الثلاث ما اذا اشترى جارية بألف درهم وتقابلا بألف درهم صحمت الاقالة وان تقابلا بألف وخمسمائة صحمت بالالف ولغاذ كر الباقي وان تقابلا بألف الامانة فان لم يدخلها عيب صحمت بألف ولغاذ النقص ووجب على البائع رد الف على المشتري وان دخلها (٢٤٩) عيب صحمت الاقالة بما شرط وبصير المحطوط بازاء نقصان العيب

لانه لما احتسب عند المشتري جزء من المبيع جاز ان يحتسب عند البائع جزء من الثمن وجواب الكتاب مطلق عن أن يكون الحط بقدر حصة العيب أو أكثر بقدر 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 فيصير الى الجواز والكلام العقلاء عن الالتغاء والافرق في الزيادة والنقصان عند أبي يوسف لان الاصل عنده هو البيع وعند محمد

لتعذر 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 فيتحقق الربا مالا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بيننا الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء 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 فاصدا 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 سكنت عن الكل وأقال يكون فسحا فهذا أولى بخلاف ما اذا زاد وادخله 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 ترفع ما كان لا يرفع 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 يرفع أصلا الا أن أصل العقد له وجود وابه عن ابا الاقالة غير أنهم اذا زاده شرط فاسدا فثبت الرفع برفعه ما يبطل بالشرط الفاسد الذي زاده (بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها فيه ويتحقق 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 الحط بازاء 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 سكنت عن بعضه (ولو سكنت عن الكل) بأن قال أقلتك (يكون فسحا) عليه فاذا سكنت عن بعضه (أولى بخلاف ما اذا زاد ولو دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بيننا) من جعل الحط بازاء ناقص من العيب **فرفع** باع صابونا رطباً 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 ذنانير تبلغ قيمتها قدرها (فهو فسخ

(٣٣ - فتح القدير خامس) الفسخ يمكن في فصل النقصان لانه لو سكنت عن جميع الثمن وأقال كان فسحا فهذا أولى واعترض بأن كونه فسحا اذا سكنت عن كل الثمن إما ان يكون على مذهبه خاصة أو على الاتفاق والاول رد المختلف على المختلف والثاني غير ناهض لان أبي يوسف انما يجزم له فسحا لامتناع جعله بيعا لانتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فان فيها ما يصلح تمنا فاذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل بمعنى بالاتفاق لما بيننا ان الحط يجعل بازاء مافات بالعيب ولو أقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ

(قال المصنف اما لا يمكن اثباتها في الرفع) أقول لفظا ما هنا ليس في مقامه والظاهر أن يقول بده لكن (قوله والاول رد المختلف على المختلف) أقول رد المختلف على المختلف ليس محذورا عنده وله نظائر في هذا الكتاب مع أن المقصود من هذا الكلام اثبات أن ذلك مذهبه فلستأمل (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 اما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده وحاصله ما ذكره في الذخيرة ان الحاربية اذا ازدادت ثم تقابلا فان كان قبل القبض صححت 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 فامكن تصحيحها فسحا والاقالة في المنتسول قبل القبض فسخ بالاتفاق لا تمنع البيع وأما في غيره كالعقار فانه فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وأما عند أبي يوسف فيبيع ولو ازال البيع في العثار قبل القبض عنده قال (وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة الخ) هلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة

بالتن الاول عند أبي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغوا عندهما يبيع لما يينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقابلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما تكون يباعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله كذا عند أبي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون يباعا عنده لا مكان البيع فان يبيع العقار قبل القبض جائز عنده قال (وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها) لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن

بالتن الاول عند أبي حنيفة ويجعل التسمية لغوا وعندهما يبيع لما يينا) أنه عند أبي يوسف وعند محمد اذا تعذر جعله فسحا جعل يباعا (قوله ولو ولدت المبيعة ولدا) يعني بعد القبض (ثم تقابلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد) زيادة منفصلة والزيادة المنفصلة اذا كانت بعد القبض بتعذر 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 يباعا) ومن ثمرات الخلاف أنهم لو تباينوا في منقول فقبل أن يسترد المبيع من المشتري باعه من المشتري فانيا جاز البيع بخلاف أبي يوسف لان الممنوع المبيع قبل القبض في البيع لا يفسخ ولو باعه من غير المشتري لا يجوز اتفاقا لانه يبيع في حق الغير ولو كان غير منقول جاز بيعه من غير المشتري في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وغرة كونها يباعا في حق غيرهما في مواضع أيضا منها أن المبيع لو كان عقارا له شفيع فسلم الشفعة في أصل البيع ثم تقابلا وعاد إلى ملك البائع الشفيع أن يطلب الشفعة في الاقالة اتفاقا ومنها أن المبيع لو كان صرفا كان التقابض 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 وحكايه عين متعين بخلاف الثمن لانه إمالي يسال بل دين حقيقة وحكايه فيما إذا لم يشر إلى نقد وإما مال حكايه حقيقة فيما إذا أشار إليه لعدم تعلق العقد بما أشار إليه بل بثمنه والدين مال حكايه حقيقة ولذا كانت البراءة منه تصح بلا قبول لعدم المالية الحقيقية غير أنها ترتد بالرد للمالية الحكاية وهبة العين لا تصح بلا قبول بحال ولا تنادي زكاة العين بالدين لان الدين ناقص من العين في المالية ولا يتأدى الكامل بالناقص ولذا لم يحنث من حلف لا مال له وله ديون عظام واذا كان للبيع هذه الزية وجب اظهارها وقد تعذر ذلك في ابتداء البيع لان حاجته إلى المبيع والثمن سواء فأظهرناها في البقاء جعلنا بقاءه البيع حكما مضافا إلى قيام المبيع فاذا هلك ارتفع البيع وان كان الثمن الدراهم باقية فامتنعت الاقالة اذ رفعه الا بوجوده لا يتصور وانما جازت الاقالة فيما اذا كان رأس مال السلم عرضا معيناً وقبضه المسلم اليه ثم هلك باعتبار أن السلم في هذا كبيع المقايضة لان المسلم فيه مبيع شرعا معوق عليه فقد اعتبر العين ثمناً والدين عيناً مبيعاً ولذا لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه فجازت الاقالة ويضمن قيمة الهالك أو مثله في الاقالة كافي حقيقة المقايضة كما سئل كراما لتقايلا والبذلان فامتنعت ثم هلك أحدهما ايا كان فالاقالة صحيحة

وهلاك المبيع يمنع من الان رفع البيع يستدعي قيام البيع فان رفع المعدوم محال وقيام البيع بالمبيع دون الثمن لان الاصل وعليه هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن لانه منزلة الوصف ولهذا جاز العقد وان لم يكن موجودا كما عرف في الاصول

ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام المبيع فسه ولو تقايضا جازت الاقالة بعد هلاك أحدهما أي أحد العوضين ابتداء بان
 تباع عبدا بجزارة فهلك العبد في يد بائع الجارية ثم أقال البيع في الجارية وجب رد قيمة العبد ولا تبطل بهلاك أحدهما بعد وجودهما
 لأن كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائما أما إذا كان أحدهما هالكًا وقت الاقالة والآخر قائمًا وصحت الاقالة ثم هلك القائم
 قبل الرد فقد بطلت الاقالة ولا يشكل بالمقايضة قائمًا الا تبقى إذا هلك أحد العوضين (٢٥١) قبل القبض أو كان أحدهما

هالكًا وقت البيع فإنها
 لا تصح مع ان كل واحد
 منهما في معنى الاخر لان
 الاقالة وان كان لها حكم
 البيع لكنها ليست ببيع
 على الحقيقة فتجوز بعد
 هلاك العوضين بخلاف
 المقايضة فإنها ببيع على
 الحقيقة ولعل واحد من
 العوضين جهة كونه مبيعًا
 فالحق بالبيع من كل وجه
 وهلاك المبيع من كل وجه
 يبطل للعقد إذا كان قبل
 القبض وانما قيد بهلاك
 أحدهما لان هلاكهما
 جميعا يبطل للاقالة بخلاف
 التصارف فان هلاك
 البدلين جميعا فيه غير مانع
 عن الاقالة مع ان لكل
 واحد من العوضين فيه
 حكم المبيع والثمن كافي
 المقايضة لانهما للمالم يتعينا
 لم تتعلق الاقالة بأعيانها
 لو كانا قائمين بل رد المقبوض
 ورد مثله سميان فصار
 هلا كهما كقيامهما
 وفي المقايضة تعلقت
 بأعيانها قائمين حتى هلكا
 لم يبق شيء من المعقود عليه
 ترد الاقالة عليه واعلم
 ان الاقالة تصح بلفظين

(فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي) لقيام البيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك
 أحدهما ولا تبطل بهلاك أحدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا والله أعلم بالصواب
 وعليه قيمة الهالك أو مثله (ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه) قوله ولو
 تقايضا) بالياء المشناة من تحت أي تباع ببيع المقايضة فهلك أحد العوضين (جازت الاقالة لان كلا
 منهما مبيع) من وجه (فكان البيع باقيا) ببقاء العين القائمة منهما فأمكن الرفع فيه وعليه نرفع
 ما لو اشترى عبدا بأمه وتقايضا ثم ان مشترى العبد باع نصفه من رجل ثم أقال البيع في الأمة جازت
 الاقالة وعليه لبائع العبد قيمة العبد وكذا لو لم يبيع ولكنه قطعت يد العبد وأخذ الارش ثم أقال
 البيع في الأمة ولو هلك البدلان قبل الاقالة ارتفع البيع فامتنعت الاقالة أم لو تقايضا بعد 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 تتعلق الاقالة بعينهما فلا تبطل بهلاكهما بخلاف غيره من
 البياعات فإنه يتعلق بعين المبيع ولو تقايضا بالاسلم ورأس المال مما لا يتعين قائم في يد المسلم اليه رده وان
 كان هالكًا فاعا عليه رد مثله ولو تقايضا بعد ما قبض المسلم فيه وهو قائم في يد رب السلم وصحت وعلى رب
 السلم رد عين ما قبضه لان المقبوض بعقد السلم وان كان عقدا على دين كعين ورد عليها العقد ولهذا يجوز
 بيعه مرابحة على رأس المال ذكره الاسي جاني (فروع) ما يمنع الرد بالعيب يمنع الاقالة ولذا إذا
 هذكت الزيادة المنصولة أو المنفصلة أو استهلكها أجنبي تنوقف الاقالة على القبول في المجلس وتجوز
 الاقالة من الوكيل بالبيع والسلم في قول أبي حنيفة ومحمد كالأبراء خلافا لابي يوسف واقالة الوكيل
 بالشراء لا تجوز بالاجماع وفسخ الموكل مع المشتري جائز وفي جميع التفاريق الاقالة الوارث جائزة وأطبق
 في الجامع جواز اقالة الوصي وهو مقيد بما اذا لم يبيع بأكثر من القيمة فان باع بأكثر من الاتصح فإنته
 وكذا المتولي أيضا لو اشترى بأقل من القيمة ليس له الاقالة ولو كان الثمن عشرة دنانير ودفعت اليه الدراهم
 عوضا عن الدنانير ثم تقايضا ولو قدر خصت الدراهم بربع الدنانير التي وقع العقد عليها لاجادفع وكذا
 لو رد بالعيب وكذا في الاجارة لو فسخت ولو عتد ابدراهم ثم كسدت ثم تقايضا فإنه رد تلك الدراهم
 الكاسدة ولو عتد اثنان مؤجل ثم جدد اجمال أو على القلب انفسخ الاول وكذا الوعد ابدراهم ثم جدد
 بدنانيرا وعلى القلب أمال وجدد ابدراهم أكثر وأقل فلا وهو حط من الثمن أو زيادة فيه وقالوا لو
 باع باثنى عشر وحط عنه درهمين ثم عتد بعشرة لا يفسخ الاول لانه مثله اذا لخط يلتحق بأصل العقد
 الا في اليمين فيصحت لو كان حلف لا يشتره باثنى عشر درهما ولو قال المشتري بعد العقد قبل القبض للبائع
 بعه لنفسك فان باعه جاز وانفسخ الاول ولو قال بعه لي أو لم يزد على قوله بعه أو زاد قوله عن شئت لا يصح
 في الوجوه لانه توكيل ولو باع المبيع من البائع قبل القبض لا يفسخ البيع ولو وهبه قبل القبض
 انفسخ يعني اذا قبل ولو قال البائع قبل القبض اعطته فأعتقه جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع
 عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف العتق باطل وفي الفتاوى الصغرى يجوز ما عدا النكاح فسخ وعليه

أحدهما بغيره عن المستقبل فهو ان يقول أقلني فقبول الآخر أقلت عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا تصح الا بلفظين بغيرهما
 عن الماضي مثل أن يقول أقلت البيع فيقول الآخر قبضت اعتبارا بالبيع ولهما ان الاقالة لا تكون الا بعد نظر وتأمل فلا يكون قوله
 أقلني مساومة بل كان محققا للتصرف كافي النكاح وبه فارق البيع

(قوله لان الاقالة وان كان الخ) أقول تعليل لقوله ولا يشكل بالمقايضة

باب المراجعة والتولية

لمافرغ مما يتعلق بالاصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما رفعها مشرع في بيان الا انواع التي تتعلق بالثمن من المراجعة والتولية وغيرهما وقد ذكرنا في أول البيوع ووعداً تفصيلها وهذا موضعه وعرف المراجعة بنقل مامله بال عقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح واعترض عليه بأنه غير مطرد ولا متعكس أما الاول فلان من اشترى دنانير بالدرهم مراجعة لا يجوز بيع الدنانير مراجعة مع صدق التعريف عليه وأما الثاني فلان المصوب الا بقا اذا عا د به بد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز يبعه من الغاصب مراجعة والتعريف ليس بصادق عليه لانه لا عقديه وبانه مشتمل على ايهام يجب عنه خلوا التعريف وذلك لان قوله بالثمن الاول إيمان يراد به عين الثمن الاول أو مثله لاسبيل (٣٥٢) الى الاول لان عين الثمن الاول صار ملكا للبائع الاول فلا يكون عينه مراداً

باب المراجعة والتولية

قال (المراجعة نقل مامله بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح

ما فرغ في فتاوى قاضيخان وغيرها باع أمة فأنكر المشتري الشراء لا يحل للبائع وطؤها الا ان عزم على ترك الخصومة فيحبل له حينئذ وطؤها لان محمود المشتري فسح في حقه واذا عزم على ترك الخصومة فقد تم الفسخ منهما وكذا لو أنكر البائع البيع والمشتري يدعي 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 بتملك البائع الثانية بالاولى فاذا رضى البائع بذلك تم البيع بينهما بالتعاطى وكذا القصار والاسكاف وكذا لو اشترى شيئاً مما يتسارع اليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة وذهب المشتري الى بيته ليحجى بالثمن فطال مكثه وخاف البائع فساده كان له أن يبيعه من غيره استحساناً وللمشتري منه أن ينتفع به وان كان يعلم ذلك لان البائع رضى بانفساخ البيع الاول والمشتري كذلك ظاهر اثم يتظر ان كان الثمن الثاني أكثر من الاول فعليه أن يتصدق بالزيادة وان كان انقص فالتقصان على البائع لاعلى المشتري الاول ولو اختلف البائع والمشتري فقال المشتري بعتة من البائع بأقل من الثمن الاول قبل نقده وفسد البيع بذلك وقال البائع بل أقلنا به فالقول للمشتري مع عينه في انكار الاقالة فان كان البائع هو الذي يدعي انه اشتراه من المشتري بأقل مما باعه والمشتري يدعي الاقالة يحلف كل على دعوى صاحبه

باب المراجعة والتولية

(قوله المراجعة نقل مامله بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل مامله بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) أو رد عليه ما لو باع دنانير اشتراها بدرهم مراجعة لا يجوز مع صدق التعريف عليه وأجيب عنه في بعض المواضع بأنه يبيع مراجعة وكونه لا يجوز شيئاً آخر واعلم ان معنى السؤال المراجعة جائزة بلا استثناء شيء وهذا ما صدقناه فيجب ان يجوز لكنه لا يجوز والجواب عنه بأن المراد نقل مامله مما هو يبيع متعين بدلالة قوله بالثمن الاول فان كونه مغايله عن مامله مطلقاً فيسد أن مامله بالضرة مبيع مطلقاً ثم اعلم ان المراجعة في ذلك لان بدلى 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 اشتراه به له مثل جاز سوا جعل الربح من جنس رأس المال الدرهم من الدرهم أو من غير الدرهم من الدنانير أو على العكس اذا كان معلوماً يجوز به الشراء لان الكل ثمن والثاني يقتضى أن لا يضم الى رأس المال أجرة القصار والصباغ والطرار وغيرها لانها ليست بثمن في العقد الاول على ان الثمن ليس بشرط في المراجعة أصلاً فانه لو ملك ثوباً بهية أو وصية فقومه ثم باعه مراجعة على تلك القيمة جاز والمسئلة في المسبوط قيل فعلى هذا الاول أن يقال نقل مامله من السلع بما 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 المصوب) أقول المسئلة في قاضيخان (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 لاسبيل الى الاول اذ لا يتصور ذلك (قوله من جنس رأس المال الدرهم) أقول قوله الدرهم بدل من رأس المال (قوله من الدرهم) أقول بيان الجنس (قوله أو من غير الدرهم) أقول عطف على من جنس (قوله من الدنانير) أقول بيان لغير (قوله أو على العكس الخ) أقول بأن يكون رأس المال دنانير ولا يحقني عليك ان مانعه من دينك السكتين انما يدل على عدم اشتراط مماثلة الربح لرأس المال جنساً لا على عدم شرطية مماثلة الثمن الثاني للاول في الجنس

والجواب عن الاول اننا نسلم صدق التعريف عليه فانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل وعن الثاني بان المراد بالصدق اعم من ان يكون ابتداء او انتهاء واذا قضى القاضي بالقيمة عاد ذلك عقدا حتى لا يقدر المالك (٣٥٣) على رد القيمة واخذ المصنوب

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 فقد دخل فيه مسألة المتوسط وانما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المراجعات، فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة (قوله والتولية نقل ماملuke بالصدق الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) يرد عليه ما كان يرد على المراجعة من حيث لفظ العقد والثلث الاول والجواب الجواب (والبيعان جائزان)

(قوله والجواب عن الاول اننا نسلم صدق التعريف عليه الخ) أقول فيه بحث فانه لا يجوز البيع الفاسد ويصدق عليه مبادلة المال بالمال ويجوز ان يقال المعروف ههنا المراجعة الصحيحة والمراد بالنقل هو النقل الصحيح الشرعي لان المطلق ينصرف الى الكامل ثم أقول ويمكن أن يجاب عن أصل الاعتراض الاول بان يقال المراد بما ملكه هو المملوك المعهود الذي كان الكلام الى هنا فيه أعني السلع والمراد

والتولية نقل ماملuke بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) والبيعان جائزان

هذه الدنيا برمتي لتلزم مبيعا والذي يلزم وروده على التقدير الذي صح عنه انما اذا اشتراه بثلث نسبتة لا يجوز ان يربح عليه مع انه يصدق النقل بالثمن الاول الا ان يقال اذا كان فيه أجل فالثمن الاول بمقابله شئين فلم يصدق في أحدهما أنه يمثل الثمن الاول والحق انه وارد على الطرد وكون المراجعة غير صحيحة هو معنى عدم وجودها شرعا فريد السؤال وعلى عكسه مسائل الاولى ما اذا أتى العبد المصنوب فقضى بغيره على الغاصب ثم عاد للغاصب أن يبيعه مراجعة على القيمة التي أداها فهذا يبيع مراجعة ولا يصدق عليه نقل ماملuke بالثمن الاول وكذا اذا باعه مراجعة عما قام عليه وكذا لو ملكه بهبة أو وارث أو وصية وقومه قيمته ثم باعه مراجعة على تلك القيمة انه يجوز وصورة هذه المسئلة ان يقول قيمته كذا أو رقه كذا فأرأى بحتك على القيمة أو رقه ومعنى الرقم ان يكتب على الثوب المشتري مقدار اسواء كان قدر الثمن أو أزيد ثم يربحه عليه وهو اذا قال رقه كذا وهو صادق لم يكن خائنا والحق انه لا يدفع ما على عكس الحد وهو ان المراجعة نقل ماملuke بالثمن الاول مع زيادة ربح ولا ثمن سابق أصلا والله أعلم وبما يرد أيضا ما اذا كان رأس المال عبدا مملوكا فباع المبيع مراجعة على العبد ممن صار اليه العبد بربح مع بين فانه يجوز مراجعة ولا يصدق عليه انه يمثل الثمن الاول فانه بعينه لا يمثله ويجاب بان هذا العبد في حكم عبدا آخر لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف الاعيان (قوله والبيعان جائزان) استدل على جوازهما بالمعنى وعلى التولية بالنص فقال ان النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره وفي التولية أحاديث لاشبهة فيها منها ما أخرج عبد الرزاق أخرنا من ربيعة عن أبي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال التولية والاقالة والشركة سواء لأبأس به ولا خلاف في مرسل سعيد أخرنا بن جريج عن ربيعة عن النبي صلى الله عليه وسلم حديثا مستفصا بالمدينة قال من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه ويستوفيه الا أن يشركه فيه أو يوليه أو يقبله وحديث أبي بكر الذي ذكره المصنف في البخاري عن عائشة وفيه ان أبي بكر قال للنبي صلى الله عليه وسلم خذ بأبي أنت وأمي احدي را حلتى هاتين فقال صلى الله عليه وسلم بالثمن أخرجه في بدء 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 أحدها وهي القصواء فإرواه المصنف بصح بالمعنى وتفصيله قريب مما ذكر ابن اسحق في السيرة قال فيها فلما قرب أبو بكر الراحتين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم أفضلهما ثم قال له اركب فدأبى وأمى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أركب بعير ليس لي قال فهى لك يا رسول الله قال لا ولكن بالثمن الذي ابتعتها قال كذا وكذا قال قد أخذتم بذلك قال هي لك يا رسول الله فركبوا وانطلقا ذكر السهم لي عن بعض أهل العلم انه سئل لم يقبلها الا بالثمن وقد أتفق عليه أبو بكر أضعاف ذلك وقد دفع اليه حين بنى بعائشة ثنتي عشرة أوقية حين قال له أبو بكر ألا تبنى بأهلك يا رسول الله فقال لولا الصداق فدفع اليه ثنتي عشرة أوقية ونشأوا الفس هناعشرون درهما فقال انما فعل لتكون الهجرة منه صلى الله عليه وسلم بنفسه وماله رغبة 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 كنت تكلم فيه 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 ولمساس الحاجة لان الغبي الذي لا يهتدى في التجارة والصفة كاشفة يحتاج الى
 ان يعتمد على فعل الذكي المهتدى وتطيب نفسه بمثل ما اشتراه وزيادته 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 مبني المبيعين أي بناؤهما
 على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهها وكذب قوله والاحتراز عن الخيانة وأصاب لاقتضاء المقام ذلك وعن هذا لم تصح المراجعة
 والتولية فيما اذا كان الثمن الاول من ذوات القسيم لان المعادلة والمماثلة في ذوات القيم انما تعرف بالحزر والظن فكان فيه شبهة عدم
 المماثلة بشبهة الخيانة كالم تجز (٢٥٤) المجازفة في الاموال الربوية لذلك وكل ما حرم حرم ما يشبهه لان الحرمة بما

لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدى في التجارة
 يحتاج الى ان يعتمد على الذكي المهتدى وتطيب نفسه بمثل ما اشتري وزيادته ربح فوجب القول
 بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي صلى الله
 عليه وسلم لما اراد الهجرة ابتاع أبو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ولني أحدهما
 فقال هولك بغير شي فقال عليه الصلاة والسلام أما بغير عن فلأقال (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون
 العوض مما له مثل) لانه اذا لم يكن له مثل لولا ملكه بالقيمة وهي مجهولة (ولو كان المشتري باعه مراجعة
 ممن يملك ذلك البديل وقد باعه بربح درهم أو بشي من المكيل موصوف جاز) لانه يقدر على الوفاء بما
 التزم (وان باعه بربح ده يازده لا يجوز) لانه باعه برأس المال وبيعته قيمته لانه ليس من ذوات الامثال
 وأما المعنى فهو قوله (لاستجماع شرائط الجواز) ولما لم يكف ثبوت الشرائط في الشرعية أفاد علمها
 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 وزيادته ربح فوجب القول بجوازهما) ولا
 يخفى انه لا يحتاج الى دليل خاص لجوازهما بعد الدليل المثبت لجواز البيع مطلقا بما تراضيا عليه بهذان
 لا يخل بما علم شرط الصحة بل دليل شرعية البيع مطلقا بشرطه المعلومة هو دليل جوازهما اذ لا زيادة
 فيهما الا اقتراهما ما باخبار خاص اذا حاصله أنه يبيعه بثمن كذا بخبر ابا ان ذلك الثمن الذي اشترى به أو مع
 زيادة لا أرضى بدونها ومن معرفة شروط صحة البيع يعلم المذكور بقوله (ولا تصح المراجعة والتولية
 حتى يكون العوض) يعني الثمن (مما له مثل) كالنقدين والحنطة والشعير وما يكال ويوزن والعددي
 المنقارب بخلاف غير المنقارب كالبطيخ والرمان ونحوهما (لانه لو لم يكن له مثل) بان اشترى ثوبا بعد
 مقايضة مثلا لورايجه أو ولاء اياه كان يباع بقيمة عبد صفته كذا أو بقيمة عبد ابتداء وهي مجهولة وذلك
 معلوم أنه لا يجوز اذ مالو كان ما اشتراه به وصل الى من يبيعه منه فرايجه عليه بربح معين كان يقول أبيعك
 مراجعة على الثوب الذي يبيدك و ربح درهم أو كرش 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 يبيعه قيمته) فان معنى ده يازده كل عشرة أحد عشر وهذا فرع معرفة عدد العشرات وهو بتقويم
 العبد وهذا بناء على ان لفظ ده يازده ومعناه العشرة أحد عشر أي كل عشرة ربحها واحد يقتضى ان
 يكون الحادى عشر من جنس العشرة ولا شك انه غير لازم من مفهوم ذلك ولكن لزوم ذلك رفعا للجهالة ولا
 يثبت وحينئذ فالمرجحة على العبد بده يازده تقتضى انه باعه بالعبد و يبيعه أو بمثل بعضه وهو كل عشرة
 أجزاء من العبد بربحها 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 آنفا ان مبناهما
 على الاحتراز عن الخيانة
 وشبهها والاحتراز عن
 الخيانة في القيمات ان
 أمكن وقد لا يمكن ان
 شبهها لان المشتري
 لا يشتري المبيع الا بشبهة
 ما وقع فيه من الثمن اذ لا
 يمكن دفع عينه حيث لم
 يملكه ولا دفع مثله اذ
 الفرض عدمه فتعينت
 القيمة وهي مجهولة تعرف
 بالحزر والظن فيمكن فيه
 شبهة الخيانة الا اذا كان
 المشتري باعه مراجعة ممن
 يملك ذلك البديل من البائع
 الاول بسبب من الاسباب
 فانه يشترى به مراجعة بربح
 معلوم من دراهم أو شي
 من المكيل والموزون
 الموصوف لاقتداره على
 الوفاء بما التزم وأما اذا

اشتراه بربح ده يازده مثلا أي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشر بربح درهم
 كان الربح درهمين وان كان ثلاثين كان ثلاثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال وبيعته لانه ليس من ذوات الامثال فصار
 البائع بائعا للمبيع بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلا أو بجزء من احد عشر جزءا من الثوب والجزء الحادى عشر لا يعرف الا بالقيمة وهي
 مجهولة فلا يجوز ثمن الثمن الاول ان كان نقد البلد فالربح ينصرف اليه وان كان غيره فلا يخلو إما أن يطلق الربح أو ينسب الى رأس
 المال فان كان الاول كما اذا قال بعثك باعشرة و ربح درهم فالربح من نقد البلد وان كان الثاني كقوله بعثك بربح العشرة أو ده يازده
 فالربح من جنس الثمن الاول لانه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفة

ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والطرارز والصبغ والقتل وأجرة حمل الطعام) لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار والاصل وما عدناه بهذه الصفة لان الصبغ واخوانه يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذا القيمة تختلف باختلاف المكان (ويقول قام على بكذا ولا يقول اشترى به بكذا) كي لا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف أجرة الراعي وكرايت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف أجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لعنى فيه وهو حذاقته وهو انه باعه بالعبء وبيع قيمته ومن فروع ذلك **اشترى عبدا بعشرة خلاف نقد البلد** وباعه بربح درهم فالعشرة مثل ما نقد والربح من نقد البلد اذا اطلقه لان الثمن الاول يتعين في العقد الثاني والربح مطلق فينصرف الى نقد البلد فان نسب الربح الى رأس المال فقال بعته بكذا بربح العشرة أحد عشر أو بربحه بزيادة فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بنسبته اليه وفي المحيط اشترى بنقد نيسابور وقال ببيع قام على بكذا أو باعه بربح مائة أو بربحه بزيادة فالربح ورأس المال على نقد بيلج الان يصدقه المشتري انه قد نيسابور أو تقيم بينة 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 دينار أو ثوبين بعشرة أو أقل أو أكثر فان رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لان وجوب هذا بعد قد آخر وهو الاستبدال (قوله ويجوز أن يضيف الى رأس المال أجرة القصار والصبغ) أسود كان الصبغ أو غيره (والطرارز والقتل وأجرة حمل الطعام) بر أو بحرا (لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار والاصل ان كل ما يزيد في المبيع أو في القيمة يلحق به) أي برأس المال (وما عدناه بهذه الصفة لان الصبغ واخوانه) من الطرارز والقتل (يزيد في العين والحمل) من مكان الى مكان (يزيد في القيمة لاختلاف القيمة باختلاف الاماكن) قال في الايضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتشبه في بعض المواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها (و) اذا ضم ما ذكر (يقول قام على بكذا ولا يقول اشترى به بكذا تخترعا عن الكذب وسوق الغنم) والبقر (كالحمل) يضمه بخلاف أجرة الراعي والبيت للحفظ لانه 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 قرآنا أو علما أو شعرا (لان ثبوت الزيادة لعنى فيه) أي في المتعلم (وهو حذاقته) فلم يكن ما أنفق على المعلم موجبا لزيادة في المالية ولا يخفى 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 كالاتمخ نسبته الى الصبغ فانما هو شرط والتعليم علة عادية فكيف لا يضم وفي المبسوط اضاف 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 أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الابق لانه نادر فلا يلحق بالسائق لانه لا عرف في النادر والحجامة والختان لعدم العرف وتضم أجرة 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 أجرة الدلال تضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار ولا يضم عن الجلال ونحوها في الدواب وتضم الثياب في الرقيق وطعامهم الا ما كان سرفا وزيادة ويضم علف الدواب الا ان يعطى عليه شيء متسول منها كالبانها وصوفها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف ما اذا أجر الدابة والعبدا والدرا فأخذ

و يجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والطرارز والصبغ والقتل وأجرة حمل الطعام) لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار والاصل وما عدناه بهذه الصفة لان الصبغ واخوانه يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذا القيمة تختلف باختلاف المكان (ويقول قام على بكذا ولا يقول اشترى به بكذا) كي لا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف أجرة الراعي وكرايت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف أجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لعنى فيه وهو حذاقته

وهو انه باعه بالعبء وبيع قيمته ومن فروع ذلك **اشترى عبدا بعشرة خلاف نقد البلد** وباعه بربح درهم فالعشرة مثل ما نقد والربح من نقد البلد اذا اطلقه لان الثمن الاول يتعين في العقد الثاني والربح مطلق فينصرف الى نقد البلد فان نسب الربح الى رأس المال فقال بعته بكذا بربح العشرة أحد عشر أو بربحه بزيادة فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بنسبته اليه وفي المحيط اشترى بنقد نيسابور وقال ببيع قام على بكذا أو باعه بربح مائة أو بربحه بزيادة فالربح ورأس المال على نقد بيلج الان يصدقه المشتري انه قد نيسابور أو تقيم بينة 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 دينار أو ثوبين بعشرة أو أقل أو أكثر فان رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لان وجوب هذا بعد قد آخر وهو الاستبدال (قوله ويجوز أن يضيف الى رأس المال أجرة القصار والصبغ) أسود كان الصبغ أو غيره (والطرارز والقتل وأجرة حمل الطعام) بر أو بحرا (لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار والاصل ان كل ما يزيد في المبيع أو في القيمة يلحق به) أي برأس المال (وما عدناه بهذه الصفة لان الصبغ واخوانه) من الطرارز والقتل (يزيد في العين والحمل) من مكان الى مكان (يزيد في القيمة لاختلاف القيمة باختلاف الاماكن) قال في الايضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتشبه في بعض المواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها (و) اذا ضم ما ذكر (يقول قام على بكذا ولا يقول اشترى به بكذا تخترعا عن الكذب وسوق الغنم) والبقر (كالحمل) يضمه بخلاف أجرة الراعي والبيت للحفظ لانه 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 قرآنا أو علما أو شعرا (لان ثبوت الزيادة لعنى فيه) أي في المتعلم (وهو حذاقته) فلم يكن ما أنفق على المعلم موجبا لزيادة في المالية ولا يخفى 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 كالاتمخ نسبته الى الصبغ فانما هو شرط والتعليم علة عادية فكيف لا يضم وفي المبسوط اضاف 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 أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الابق لانه نادر فلا يلحق بالسائق لانه لا عرف في النادر والحجامة والختان لعدم العرف وتضم أجرة 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 أجرة الدلال تضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار ولا يضم عن الجلال ونحوها في الدواب وتضم الثياب في الرقيق وطعامهم الا ما كان سرفا وزيادة ويضم علف الدواب الا ان يعطى عليه شيء متسول منها كالبانها وصوفها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف ما اذا أجر الدابة والعبدا والدرا فأخذ

(فان اطلع المشتري على خيانه في المراجعة) إما بالبينة أو باقرار البائع أو بشكوله عن البين (فهو بالخيار عند أبي حنيفة ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانه في التولية أسقطها من الثمن وقال أبو يوسف يحط فيها) أي في المراجعة والتولية (وقال محمد يخير فيهما) لمحمدان الاعتبار (٢٥٦) للتسمية لان الثمن يجب أن يكون معلوما ولا يعلم إلا بالتسمية واذا كان الاعتبارها

فان اطلع المشتري على خيانه في المراجعة فهو بالخيار عند أبي حنيفة رجه الله ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه (وان اطلع على خيانه في التولية أسقطها من الثمن وقال أبو يوسف رجه الله يحط فيها وقال محمد رجه الله يخير فيهما) لمحمد رجه الله ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوماً والتولية للمراجعة ترويج وترغب فيكون وصفها مرغوباً فيه كوصف السلامة) وفواته يوجب التخير (ولابي يوسف ان الاصل في هذا العقد كونه مراجعة وتولية) لا التسمية ولهذا قال وليتلك بالثمن الاول أو بعثك مراجعة على الثمن الاول والحال انه معلوم واقتصر على التسمية كالتفسير فاذا ظهرت الخيانة بطلت صلاحيتها لذلك فبقي ذكر المراجعة والتولية فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول فيحط الخيانة في التصليح جميعاً غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وهو ظاهر وفي المراجعة من رأس المال والربح جميعاً كما اذا اشترى ثوباً بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر الثمن الاول ثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ويحط من الربح درهماً فبأخذ الثوب باثني عشر درهماً (ولابي حنيفة انه لو لم يحط في التولية لاتبقى تولية) لانها تكون بالثمن الاول وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز

أجرته فانه يباح مع ضم ما نفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين وكذا حاجة أصاب من بيضا يحسب بمائته وبما نفق ويضم الباقي وتضم أجرة التخصيص والتطين وحفر البئر في الدار والقناة في الارض ما بقيت هذه فان زالت لاتضم وكذا سقي الزرع والكرم وكسحه ولو قصر الثوب بنفسه أو طين أو عمل هذه الاعمال لا يضم شيأ منها وكذا لو تفرغ متطوع عم هذه الاعمال أو باعارة (قوله فان اطلع المشتري على خيانه في المراجعة) إما باقرار البائع أو بالبينة أو بشكوله عن البين وقد ادعاه المشتري هذا على المختار وقيل لا تثبت الا باقراره لانه في دعوى الخيانة منافض فلا يتصور بيينة ولا نكول والحق سماعها كدعوى العيب ودعوى الحط فانها تسمع (فهو بالخيار عند أبي حنيفة رجه الله ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه) وان اطلع عليها في التولية يحط قدرها (وقال أبو يوسف يحط فيهما) أي في المراجعة والتولية وهو قول الشافعي (وقال محمد يخير فيهما) وهو قول الشافعي رجه الله تعالى (لمحمدان الاعتبار فيهما ليس الا للتسمية) لان الثمن به يصير معلوماً وبه يتعقد البيع ولا خيار بانه الثمن الاول فيهما لا يتعلق بالعقد انما هو (ترويج وترغب فيكون وصفها مرغوباً فيه) كوصف الكتابة والخياطة (فبنواته) يظهر أن الثمن ليس ذلك (يخير ولابي 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 بالحط غير أنه يحط في التولية مقدار الخيانة من رأس المال وفي المراجعة يحطه منه ومن الربح) على نسبه حتى لو ربح في ثوب على عشرة بخمسة فقطهر أن الثوب بثمانية يحط ثلاثة دراهم من الثمن درهمين من رأس المال ومن الربح خمسة وهو درهم (ولابي حنيفة) في الفرق بينهما كما قال أبو يوسف في التولية وهو (أنه لو لم يحط فيها لاتبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول) والعقد انما يتعلق باعتبارها فيتمتع بالتصرف الى بيع آخر بين آخر ولو وجد ذلك البيع الآخر (و) أما (في المراجعة لو لم يحط) لا يخرج عن كونها مراجعة لتغير التصرف (وان كان يتفاوت الربح) فانه يظهر أن الربح أكثر مما طنه المشتري (فأمكن القول) ببقاء العقد ولكن يخير لما ذكر محمد من قوت الوصف المرغوب فيه (فلو هلك) المبيع (قبل أن يرد) أو استهلكه (أو حدث فيه ما يمنع الفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن

أن لاتبقى تولية لثلاثة تغير التصرف فيتمتع بالحط وفي المراجعة لو لم يحط تبقى مراجعة كما كانت من غير تغير المبيع لكن يتفاوت الربح فيخبر بذلك لفوات الرضا فلو هلك المبيع قبل أن يرد أو استهلكه أو حدث فيه ما يمنع الفسخ في بيع المراجعة فن قال بالحط كان له الحط (ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن

كخيار الرؤية والروية وقد تذر الردي بالهلاك أو غيره فيسقط خياره بخلاف خيار العيب حيث لا يجب كل الثمن بل يتقص منه مقدار العيب لاجل العيب لان المسحق للشئ ثمة المطالبة بتسليم الجزء الغائت (٣٥٧) فسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه

وقيد بالر وابات الظاهرة احترازاً عما روى عن محمد في غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت أقل من الثمن دفعاً للضرر عن المشتري قال (ومن اشترى ثوباً بقباعه

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 بالحاصل بالعقد الاول ثابتة) بالعقد الثاني لانه كان على شرف السقوط بأن يرد عليه بعيب فاذا اشتراه من المشتري تأكد ما كان على شرف السقوط ولتأكيده في بعض المواضع حكم الايجاب كالشهودا على رجول بالطلاق قبل الدخول ثم رجعوا ضمنوا نصف المهر لتأكيدهما كان على شرف السقوط واذا كانت شبهة الحصول ثابتة صار كأنه اشترى بالعقد الثاني ثوباً وخسة دراهم بعشرة فانخسة بازاء الخمسة والثوب بخمسة فيبيعه المراجعة على خمسة احترازاً عن شبهة الحياينة فانما الحقيقة احتياطاً في بيع المراجعة

كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه المطالبة بتسليم الغائت فيسقط ما يقابله عند عجزه قال (ومن اشترى ثوباً بقباعه 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 لا يبيعه من المراجعة على الثمن الاخير) صورته اذا اشترى ثوباً بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فإنه 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 فساو ذلك 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 مسئلة التحالف بعد هلاك السلعة أنه يفسخ بعد التحالف دفعاً للضرر عن المشتري ويرد القيمة ويسترد الثمن (قوله) ومن اشترى ثوباً بقباعه 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) إلا 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 التقابض فإنه 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) إلا أن يبين فيقول هذا كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم اشترته 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 خياراً 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 والالم 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 المشتري من المشتري منه بعشرين (ولا يبيعه من المراجعة أن شبهة حصول الرجوع بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد بعد ما كان على شرف السقوط) أي بالعقد الثاني (ما كان على شرف السقوط) من ذلك الرجوع (بأن يظهر) المشتري (على عيب) فيرده فيزول الرجوع عنه فاذا اشتراه منه تأكد أي يقرر ملكه لذلك الرجوع ولتأكيده في بعض المواضع حكم الايجاب كفي شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا ضمنوا نصف المهر لتأكيدهما كان على شرف السقوط بتقريب ابن الزوج أو بارتداد وعلى اعتبار التأكيده بصير البائع في مسئلة ما اشترى بالعقد الثاني ثوباً وخسة دراهم بعشرة دراهم فمكون الخمسة بازاء الخمسة ويبقى الثوب بخمسة وهذا الاعتبار واجب (لان الشبهة في المراجعة ملحقه 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 تطوره في كتاب الاكراه

ولهذا لو كان لرجل على آخر عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب من راحة على العشرة لأن الصلح منناه على التصوز والحطية ولو وجد الصلح حقيقة ما جاز البيع من راحة فكذلك إذا تكنت الشبهة وعورض بأنه لو كان كذلك ما جاز الشراء بعشرة فيما إذا باعه بعشرين لأنه بصير في الشراء (٣٥٨) الثاني كأنه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول

ولهذا لم تجز المراجعة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطية فيصير كأنه اشترى خمسة وثوباً بعشرة فيطرح عنه خمسة بخلاف ما إذا تخمّل ثالثاً لأن الثأ كيد حصل بغيره قال (وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه يبيعه من راحة على عشرة وكذلك إن كان المولى اشترى فباعه من العبد) لأن في هذا العقد شبهة العدم يجوز مع المنافي فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة وبقي الاعتبار للأول فيصير كأن العبد اشترى للمولى بعشرة في الفصل الأول وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني

ولذا لم تجز المراجعة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطية) لأن الغالب في الصلح ذلك فيجب أن يبيعه من راحة على خمسة فان قيل لو كان كذلك ينبغى أن لا يجوز الشراء بعشرة فيما لو باع بعشرين لأنه على هذا التفسير يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوباً وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول الثوب بلا عوض أوجب بأن الثأ كيد إنما حصل به شبهة الإيجاب احترازاً عن الحيانة وذلك يتحقق بالنسبة إلى العباد بالنسبة إلى الشرع وشرعية المراجعة المعنى راجع إلى العباد لا إلى الشرع ولهذا إذا رضى المشتري به وقد علم بجور ولو كان لحق الشرع لم يجوز تراضيهما كما في الربا برضايه وأورد على هذا ما لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشترى بعشرة فإنه يبيعه من راحة بعشرة وأوجب بأنه ممنوع في رواية وبتقدير التسليم فالبيع الثاني وإن كان ثأ كيد انقطاع حق الواهب في الرجوع ولكنه ليس بمال ولا تنبت هذه الوكالة إلا في عقد يجري فيه الربا وأيضاً ليس فيه معنى يزداد في الثمن بخلاف ما إذا باعه بمن حال من راحة بعدما اشترى بذلك الثمن مؤجلاً لأنه معنى يزداد في الثمن وبخلاف ما إذا باعه بوصيف أو دابة أو عرض آخر ثم اشترى بعشرة فإنه يبيعه من راحة على عشرة لأنه عاد إليه بما ليس من جنس الثمن الأول ولا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المراجعة ولذا قلنا لو اشترى أشياء صفقة واحدة بثمن واحد ليس له أن يبيع بعضها من راحة على حصتها من الثمن لأن ذلك لا يكون إلا باعتبار القيمة وتعيينها لا يتخلو عن شبهة الغلط خلافاً للشافعي في ذلك (وبخلاف ما لو تخمّل ثالثاً) لتأ كيد الربح بالبيع من الثالث ووقع الأمن من البطان به فلم يستفد المشتري الأول بالشراء الثاني تأ كيد الربح وهما بخلافه (قوله وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإن المولى يبيعه من راحة على عشرة وكذا إن كان المولى اشترى وباعه من العبد لأن في هذا العقد) أي يبيع العبد من المولى وعكسه شبهة العدم لجوازه مع المنافي وهو متعلق بحق المولى بمال العبد وقيل كون العبد

التوب بلا عوض وأوجب بأن الثأ كيد له شبهة الإيجاب في حق العباد احترازاً عن الحيانة على ما ذكرنا لافي حق الشرع وشرعيته جواز المراجعة المعنى راجع إلى العباد فيؤثر الثأ كيد في المراجعة وأما جواز البيع وعدمه في شبهة الربا ففي الشرع فلا يكون لأن كيد فيه شبهة الإيجاب كذا نقل من فوائد العلامة حميد الدين بخلاف ما إذا تخمّل ثالثاً لأن الثأ كيد حصل بغيره ولم يستفد ربح الأول بالشراء الثاني فانتفتت الشبهة قال (وإذا اشترى العبد المأذون) وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة) والحال أنه مديون بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإن المولى يبيعه من راحة على عشرة وكذا إن كان المولى اشترى وباعه من العبد لأن في هذا العقد) أي يبيع العبد من المولى وعكسه شبهة العدم لجوازه مع المنافي وهو متعلق بحق المولى بمال العبد وقيل كون العبد

ملكاً للمولى ولهذا كان له أن يقضى الدين ويتفرد بكسبه فصار كالبياع من نفسه فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الحيانة وإذا عدم البيع الثاني لا يبيعه من راحة على الثمن المذكور فيه

ما إذا

وانما يبيعه على الثمن المذكور في الاول وانما يقيد بالدين المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد من فباع من مولاه شيئا لم يصح لانه لا يبيد
 للولى شيئا لم يكن له قبيل البيع لاملالك الرقبة ولا مملكت التصرف هكذا قيد محمد رحمه الله في الاصل وكذا فخر الاسلام والصدر الشهيد
 وقاضيان ولم يقيمه الطحاوي والعتابي والحق قيده لما ذكرنا قال (وان كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف) اذا كان مع
 المضارب عشرة دراهم بالنصف (فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من رب المال (٣٥٩) بخمسة عشر فانه يبيعه من ارجحة

بائني عشر ونصف) لان
 مبيع هذا البيع على
 الاحتراز عن الحيانة وشبهها
 وفي بيعه من ارجحة على خمسة
 عشر شبهة خيانة (لان هذا
 البيع) أي بيع الثوب من
 رب المال وان حكم بجوازه
 عندنا عند عدم الرجح خلافا
 لرفرفيه شبهة العدم
 وجه قول زفر ان البيع
 مبادلة المال بالمال وهو
 انما يتحقق بعمال غيره لا بعمال
 نفسه فلا يكون البيع
 موجودا ووجه الجواز
 عندنا اشتماله على الفائدة
 فان فيه استفادة ولاية
 التصرف لان التسليم الى
 المضارب انقطعت ولا يقرب
 المال عن ماله في التصرف
 فيه فبالشراء من المضارب
 يحصل له ولاية التصرف
 وهو مقصود واذ كان
 مشتتلا على الفائدة ينقصد
 لان الانقضاء يتبع الفائدة
 الا ترى انه اذا جمع بين عبده
 وعبده فاشترى ما صفة
 واحدة جاز البيع فيما
 ودخل عبده في عبده
 لفائدة انفسام الثمن وامان
 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 ارجحة بائني عشر ونصف) لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند
 عدم الرجح خلافا لرفرفيه الله مع انه اشترى ماله بماله لم يفتيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود
 والانه قد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم الا ترى 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 موكب السيد بالاتفاق وقوله فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة يفيد انه انما اعتبر عدم المراجعة
 لانه لو كان معدوماً من وجه وسببه ان المراجعة بيع امانة تنفي عنه كل تهمة وخيانة والمساحة جارية بين
 السيد وعبده ومكاتبه فيتم بانه اشترى ماله من عبده بزيادة او باعه منه كذلك ولهذا قال ابو حنيفة اشترى
 شيئا من ابيه او امه او ولده واشترى هو لانه لا يبيع واحد منهم من ارجحة الاعلى الثمن الذي قام على
 البائع الا انهما خالفا في هذه فقالا يبيعه من ارجحة على ما اشترى من هؤلاء لتباين الاملاك والحقوق فكانا
 كالاخوين وابو حنيفة يقول ما يحصل لكل من هؤلاء كأنه لا آخر من وجه وله هذا لقبيل شهادة
 أحدهم للاخر ونجرت المساحة بينهم فكان الاحتياط فيما ذكرنا ثم القيد المذكور وهو كونه مديونا
 بما يحيط برقبته مصرح به في الجامع من رواية محمد بن يعقوب عن ابي حنيفة والمشايخ في تقرير هذه
 المسئلة منهم من ذكره كقاضيان ومنهم من لم يقيد بالمحيط كصدر الشهيد فقال عبداً ذون عليه
 دين محيط برقبته أو غير محيط ومنهم من لم يذكر الدين أصلاً كشمس الأعمى في المبسوط فقال اذا اشترى
 من ابيه أو امه 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 اولى لانه حينئذ لا ينفذ العقد الثاني أصلاً انما يبيع ماله من نفسه أو يشتريه وانما
 فائده ثبوت صحة العقد الثاني وعدمه والحكم المذكور على التقديرين لا يختلف ولو اشترى من
 شريكه سبعة ان كانت ليست 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 فخوان
 تكون السبعة اشترى بألف من شركتهما فاشترى أحدهما من صاحبه بألف ومائتين فانه يبيعهما
 من ارجحة على ألف ومائة لان نصيب شريكه من الثمن ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الاول خمسمائة
 فيبيعهما 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 ارجحة بائني عشر ونصف
 لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الرجح خلافا لرفرفيه الله مع انه اشترى ماله بماله
 وهو وجه المنع لرفرفيه لکننا أجزاه (لمانيه من) فائدة (استنادة ولاية التصرف وهو المقصود) بعد
 ما كانت منتفية لانقطاع ولاية التصرف عنه بالتسليم الى المضارب (والانقضاء يتبع الفائدة ففيه
 شبهة العدم الا ترى انه) أي المضارب (وكيل عنه) أي عن رب المال (في البيع الاول من وجه)
 وذلك ينعح صحة بيعه منه كما يصح بيع الوكيل من موكله ما واكله بشرائه لانه ماله وتصرفه فيه جائز

المصنف بقوله الا ترى انه يعني المضارب وكيل عن رب المال في البيع الاول من وجه

(قوله وانما يقيد بالدين المحيط برقبته الى قوله والحق قيده لما ذكرنا) أقول وانما لم يقيد اذا لم يدخل له في حق حكم المذكور وهو عدم
 جواز بيعه من ارجحة الاعلى الثمن الاول وانما فائده ثبوت صحة العقد الثاني وعدمه تأمل ثم في قوله والصدر الشهيد بحث وان شئت
 فليكن عطف 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 كالعدم 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 مرابحة على ذلك قال (ومن اشترى جارية سليمة فاعورت عند المشتري) بأفقه سماوية أو بفعل الجارية بنفسها (أو وطئها وهي ثيب) ولم ينقصها الوطء (جازله أن يبيع مرابحة ولا يجب عليه البيان) لعدم احتباس ما يقابله الثمن لما تقدم أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن (قوله ولهذا) توضيح لقوله لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله 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 وجدها (٣٦٠) عيباً لم يتمكن من الرد وإن كانت ثيباً وما ذلك إلا باعتبار أن المستوفى من الوطء

فاعتبر البيع الثاني عدم ما في حق نصف الربح قال (ومن اشترى جارية فاعورت أو وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين) لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا الوفاة قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا 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 فاق عينها بنفسه أو فقاها أجنبي فأخذ ارشها لم يبيعها مرابحة حتى يبين) لأنه صار مقصوداً بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا إذا وطئها وهي بكر لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ومن وجه آخر هو مال المضارب حتى إذا اشترى لا يجوز رجوب المال عليه في البيع ولو اشترى المضارب جارية لا يجوز لرب المال وطؤها وإن لم يكن في المال ربح (فاعتبر البيع الثاني عدم ما في نصف الربح) الذي هو حصة رب المال بمثل ما ذكرنا في التي قبلها فيبيع على أقل الثمن للاحتياط وعلى حصة المضارب من الربح لأن المضارب في ذلك المقدار بمنزلة الأجنبي فلا يتم فيه ولو اشترى بأسلعة فاقنسمها فأراد أحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على حصة من الثمن إن كانت القسمة استيفاءً محضاً كالكيلى والوزنى والعددي المتقارب جاز يبعه مرابحة وإن كانت مبادلة كالأشياء المتفاوتة لم يجز يبعه مرابحة لابتنائها على التقويم وهو ممنوع في المراجعة كما ذكرنا (قوله ومن اشترى جارية فاعورت) أي من غير صنع أحد بل بأفقه سماوية أو بصنعها بنفسها (يبيعها مرابحة ولا يبين) أنه اشترى بذلك الثمن وليس بها هذا العور (و) كذا (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 وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن وعن أبي يوسف في الفصل الأول (وهو ما إذا عورت الجارية) أنه لا يبيع مرابحة (من غير بيان كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي) وزفر والاحتباس بفعله محل الاتفاق كما ذكره بقوله (وأما إذا فاق عينها بنفسه أو فقاها أجنبي) بأمر المشتري أو بغير أمره (فأخذ ارشها لم يبيعها مرابحة حتى يبين) والتقديم يفتق المشتري والأجنبي احترازاً عما لو فقاها عينها بنفسها فإنه كما لا آفة السماوية لأنه هدر فلا يكون المشتري حاسباً وأخذ الأرض ليس بقيد بل إذا عورها الأجنبي لا يربح الإيذان لتحقيق وجوب الضمان والفرق لنا (أنه صار مقصوداً بالاتلاف) فخرج عن التبعية بالقصدية فوجب اعتباره (فيقابل ببعض الثمن) وكذا إذا وطئها وهي بكر لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها

بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري وأجيب بأن عدم جواز الرد باعتبار أنه إن ردها فإما أن يردّها مع العقر أو بدونه لا سبيل إلى الأول لأن الفسخ يرد على ما رده عليه العقد والعقد لم يرد على الزيادة فالفسخ لا يرد عليها ولا إلى الثاني لأنها تعود إلى قديم ملك البائع ويسلم الوطء للمشتري مجاناً 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 إن كان غير بيان) كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي بناء على مذهبه أن الأوصاف حصة من الثمن من غير فصل بين ما كان التعيب بأفقه سماوية أو بصنع العباد (وأما إذا فاق عينها) راجع إلى أول المسئلة وفي بعض

النسخ قلنا فيكون جواباً بقول أبي يوسف والشافعي رحمه الله يعني إذا فاق المشتري عينها (بنفسه أو فقاها أجنبي) سواء (و) من كان بأمر المشتري أو بغيره وجب البيان عند البيع مرابحة لأنه صار مقصوداً بالاتلاف أما إذا كان بأمر المشتري فلا يبيع كفعل المشتري بنفسه وأما إذا كان بغير أمره فلا يبيع لأنه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حاسباً بدل جزء من المعقود عليه فيمنع المراجعة بدون البيان وعبارة المصنف تدل بالتخصيص على أخذ ارشها وهو المذكور في لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقال في النهاية كأن ذكر الأرض وقع اتفاقاً لأنه لما فاق الأجنبي وجب عليه ضمان الأرض ووجوب ضمان الأرض سبب لاخذ الأرض فأخذ حقه ثم قال والدليل على هذا إطلاق ما ذكره في المبسوط من غير تعرض لاخذ الأرض وذكر نقل المبسوط كذلك (وكذا إن وطئها وهي بكر) لا يبيعها إلا بالبيان (لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها) فلا بد من البيان

(ولو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأرأه حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطبه لا يبيعه مرابحة حتى يبين) والمعنى ما بيناه

(و) من هذا (ولو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأرأه حرق نار) أو طعاما فتغير (يبيعه مرابحة من غير بيان) وقرض بالقاف وذكرا أبو اليسر بالفاء (ولو تكسر) الثوب (بطبه ونشره) لزمه البيان لأنه بفعله قال الفقيه أبو الليث وقول زفر أجود وبه نأخذ واختياره هذا حسن لأن مبنى المراجعة على عدم الحيانة وعدم ذكره أنها انتقصت إيهام للمشتري أن الثمن المذكور كان لها ناقصة والغالب أنه لو علم أن ذلك ثمنها صححة لم يأخذها معيبة إلا بحطية وقد ذكر أول الباب أن سبب شرعية المراجعة اعتماد الفقيه أن الثمن قيمتها حيث اشترى من له خبرة به فيطيب قلبه بشرائها به مع زيادة ربح لظنه 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 نقصه العيب شيئا سيرا فإن نقصه قدر الابتغاب فيه لا يبيعه مرابحة يعني بلا بيان لكن قولهم هو كالموتغير السعر بأمر الله تعالى فإنه لا يجب عليه أن يبين أنه اشتراه في حال غلائه وكذا الواصفة الثوب أطول منكته أو توسخ الزام قوى واستشكل على قوله الفائم وصف لا يقابله شيء من الثمن المشتري بأجل فإن الأجل وصف ومع ذلك لا يجوز بيعه مرابحة 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 جاسجا من المبيع عنده وأوجب بأن عدم الرد في هذا ليس لما ذكر بل لأنه لو ردها فاما مع العقر احتراز عن الوطء مجانا أو من غير عقر لا وجه له إلى الأول لعدم الجارية مع زيادة وزيادة تنفع القسح لأنه لا يرد على الزيادة ولا 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 صرورة البيع أن يفسخ البيع ويسلم للمشتري أو للبائع زيادة متولدة من العين أو شيء وجب بانلاف العين كولد والارث 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 بكذا 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 مرابحة لأنه لم يجبس شيئا من العقود عليه ولأن نقصان الولادة بغير فعل ثم الزيادة تجبره ولو استهلك المشتري الزيادة لم يبيع الأصل مرابحة حتى يبين ما أصاب منها لأنها متولدة من العين والمتولد كجزء المبيع وكذا إذا استهلك الابن والسمن فإنه لا يراجح الابن وفي المبسوط اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه بمائتين ثم باعاه مرابحة أو تولية أو وصية فالثمن بينهما اثلاثا 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 باعته المشتري مرابحة فإنه يحط بذلك من المشتري الآخر مع حصته من الربح ولو كان ولا يحط 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 لا تتم إلا بالتساميم وكذا الزيادة عندنا حتى يصير كأن العقد عقد جليقي 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 فأرأه حرق نار) بالالف من قرض الثوب بالمقراض إذا قطعه ونصر أبو اليسر على أنه بالفاء (أو حرق نار) جاز أن يبيعه مرابحة من غير بيان) لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن (ولو تكسر) الثوب (بنشره وطبه لا يبيعه مرابحة) بلا بيان لأنه صار مقصودا بالانلاف وقوله (والمعنى ما بيناه) إشارة إلى هذين الدليلين

بالمبيع) فإنه يراعى في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا الباب ملحقه بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مراجه بينهما والمراجحة توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة ونوفض بأن الغلام السليم الاعضاء يراعى ثمنه لأجل سلامة الاعضاء بالنسبة الى غير السليم واذا فانت سلامة الاعضاء لم يجب البيان على البائع كما مر في مسألة اعور رار العين وأجيب بأن الزيادة هناك ليست منصوفا عليها أنهم في مقابلة السلامة وما نحن فيه هو أن يقول ان أجلتني مدة كذا فثمنه يكون كذا بزيادة مقادير تثبت زيادة الثمن في الاجل بالشرط ولا يثبت ذلك في سلامة (٣٦٣) الاعضاء وسبب المصنف الى هذا بقوله ولو لم يكن الاجل مشروطا في

قال (ومن اشترى غلاما بألف درهم نسبة فباعه بربح مائة ولم يبين فعمل المشتري فان شاء رده وان شاء قبل) لان للاجل شها بالمبيع الا يرى انه يراعى في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقه بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مراجه بينهما والاقدم على المراجه توجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت بخير كما في العيب (وان استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة) لأن الاجل لا يقابله شيء من الثمن قال (فان كان ولاء اياه ولم يبين رده ان شاء) لان الخيانة في التولية مثلها في المراجه 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 الزيف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق وسيا تيك من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجّم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل لا يبيعه ولا يبيعه لان الثمن حال

كل الثمن وبوليته (قوله ومن اشترى غلاما) أو غيره (بألف نسبة فباعه بربح مائة ولم يبين) أنه اشترى نسبة بالالف (فعمل المشتري) بذلك (ذ) له الخيار (ان شاء رده وان شاء قبل) بالالف والمائة حالة وانما يثبت له الخيار (لان للاجل شها بالمبيع الا يرى انه يراعى في الثمن لاجله والشبهة ملحقه بالحقيقة فكان كأنه اشترى شيئين) بالالف (وباع أحدهما) بهما على وجه المراجه وهذا حياة فيما اذا كان مبيعا حقيقة فاذا كان أحد الشئين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة وشبهة الخيانة ملحقه بالحقيقة في المراجه (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 يراعى لأجل الأجل هذا اذا علم الخيانة قبل هلاك المبيع (فلو علم) بعد ما هلك أو استهلكه (لزمه بألف ومائة حالة لان الأجل لا يقابله شيء) حقيقة والذي كان ثابتا له مجرد رأى وقد تعذر بعد هلاكه وهكذا (لو كان ولاء اياه ولم يبين) أنه اشترى الى أجل فعمل المشتري قبل الهلاك يعني يثبت 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 شيء من الثمن حقيقة (وعن أبي يوسف أنه) بعد الهلاك (يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير) قوله في (مسألة الاستوفى) صاحب الدين من دائته (مكان) الدين (الجياد يوفى) وهو لا يعلم بزيفها حتى أنفقها فانه عند أبي يوسف يرد مثلها من الزيف ويسترد الجياد (وسيا تيك) ان شاء الله تعالى في مسائل منثورة (وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما) على البائع قاله الفقيه أبو جعفر الهذواني (ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه معتاد التجميع قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبيعه لان الثمن) ما كان الا (حالا) في العقد أو لفرضنا أنه باعه بلا شرط

العقد وان هلك المبيع أو استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن يعني في الحقيقة ولا يمكن فيه شبهة المقابلة فباعتبار شبهة الخيانة كان له الفسخ ان كان المبيع قائما فأما ان يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك فلا والاسكان ما فرضناه شبهة حقيقة وذلك خلاف باطل قال (وان كان ولاء اياه) يعني أن التولية كالمراجه فيما اذا علم المشتري انه كان اشترى بأجل وباعه اياه من غير بيان فكان للمشتري الخيار لان التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمراجه لتكونه بناء على الثمن الاول بلا زيادة ولا نقصان (وان كان) استهلكه ثم علم بالخيانة (لزمه بألف حالة لما ذكرنا) أن الاجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة (وعن أبي يوسف أنه يرد القيمة

ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق وسيا تيك من بعد في مسائل) منثورة اجل قبيل كتاب الصرف وقال الفقيه أبو الليث روى عن محمد انه قال للمشتري أن يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت مقامه وهذا على أصله في التحالف مستقيم فانه أقام القيمة مقامه وقيل هو قول أبي جعفر البخني (يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجّم) معتاد كعادة بعض البلاد يشتركون بنقد ويسلمون الثمن بعد شهر ما جعله أو منجّما قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل لا يجب بيانه لان الثمن حال

(قوله وسبب المصنف الى هذا بقوله ولو لم يكن الاجل الخ) أقول في الإشارة خفا

قال (ومن ولي رجلا شيا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد) بلهالة الثمن
 (فان عمله البائع يعني في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه) لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل
 العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كئاخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا
 يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير
 كافي خيار الرؤية

اجل فلم يتقدمه الى شهر مطلقا فلا شك انه يبيعه من ارجحة بالالف (قوله ومن ولي رجلا شيا بما قام عليه
 ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد بلهالة الثمن فان عمله 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 بغير المجلس وهذا بين ان هذا العقد ونحوه من البيع برقه قبل معرفة الرقم يتعقد فاسدا له
 عرضية العصة وهو الصحيح خلافا لما روي عن محمد انه صحيح له عرضية الفساد ولما كان المجلس جامعا
 لمتفرقات يعتبر الواقع في أطرافه كالواقع معا كان تأخير البيان أي بيان قدر الثمن (كئاخير القبول
 الى آخر المجلس) فانه يجوز ان يتصل بالايجاب السابق اول المجلس كذا هذا ليكون سكوته عن تعيين الثمن
 في تحقق الفساد موقوفا الى آخره فان تبين فيه اتصال بالايجاب الذي سكت فيه عنه وان اتقضى
 قبله تقرر الفساد فلا ينقلب بعده صحيحا (وانما يتخير) بعد العلم في المجلس (لان الرضا لم يتم قبله) فلم
 يتم البيع (كافي خيار الرؤية) لم يتم الرضا قبل الرؤية فعند وجودها يتخير (فروع) اشترى ثوبا
 ليس له أن يراج على ذراع منه لان الثمن لا يتقسم على ذراعانه ولورا ج على ماله نسبة معلومة منه كصفه
 ثلثه ثمنه جاز ولو اشترى نصف عبدة ثمانية ثم اشترى النصف الاخر بمائتين فله أن يبيع أي النصفين شاء
 من ارجحة على ما اشتراه به وان شاء باع كله من ارجحة على ثلثمائة ويقول قام على بكذا ولو وهب له البائع
 الثمن كله فله أن يراج على الثمن كله ولو وهب له أو حظ عنه بعضه ليس له أن يراج الا على ما بقى ولو باعه
 بالثمن عرضا أو أعطى به رهنا فهاك كان له أن يراج على الثمن لانه صار قابضا له بهذا الطريق ولو اشترى
 بعشرة جيات وتقدمه زيوفا فتجوز بها البائع فله أن يراج على عشرة جيات ولو وهب ما اشتراه بعشرة ثم رجع
 فيه له أن يبيعه من ارجحة على العشرة وكذا ان باعه ثم رد عليه بعيب أو فساد يبيع أو خيارا أو اقله له أن
 يراج على الثمن الذي كان اشترى به ولو اشترى ثوبا بفسا عه ثم رجع اليه بعير أو هبة لم يكن له أن يبيعه
 من ارجحة لانه ما عاد الى الملك المستناد بالشراء الاول ولو وجد بالبيع عيبا فرضى به له أن يبيعه من ارجحة
 على الثمن الذي اشتراه به لان الثابت له خيار فاسقاطه لا يمنع من البيع من ارجحة كالمالك فيه خيار شرط
 أو رؤية وكذا لو اشترى من ارجحة فاطلع على خيانة فرضى به كان له أن يبيعه من ارجحة على ما اخذ به
 لما ذكرنا أن الثابت له مجرد خيار ولو اشترى شيئا بعين فاحش أو بدين له على انسان وهو لا يشتري بذلك
 القدر بالعين فليس له أن يبيعه من ارجحة من غير بيان ولو اشترى بالدين ما يباع بثمنه جاز أن يراج عليه
 سواء اخذ به بلفظ الشراء أو بلفظ الصلح في رواية وفي ظاهر الرواية يفرق بين الصلح والشراء لما تقدم
 لكن الوجه انه اذا علم انه ثمنه وجب أن يراج عليه لان منع المراجعة ما كان الالتمة الخطيطة فاذا تيقن
 انتفاءها ارتفع المانع بينه وبين الله تعالى ولو اشترى رزمة ثياب فاقتسمها ليس لاحدهما أن يبيع
 ما خصه من ارجحة بخلاف ما لو اشترى ما يملكه لاجنسا واحدا فاقتسمها حيث يجوز ذلك ولو اشترى الرزمة
 واحدا فقومها ثوبا باليس له أن يبيع ثوبها من ارجحة على ما قوم الاما قدمنا من انه يقول قيمة هذا
 الف أو قوم هذا بكذا أو أنا أبيعك من ارجحة على هذه القيمة كما في الرقم بازيد من ثمنه أموالا سلم في
 ثوبين ووصفها بصفة واحدة ليس له أن يبيع أحدهما من ارجحة على نصف رأس مال السلم عند أبي
 حنيفة وعندهما يجوز ولو باعه نصف ما اشتراه من ارجحة على نصف ثمنه ان كان ثوبا واحدا ليس له

قال (ومن ولي رجلا شيا
 بما قام عليه الخ) اذا قال
 وليتك هذا بما قام على يريد
 به ما اشتراه به مع ما لحقه من
 المؤن كالصبيغ والقتل
 وغير ذلك ولم يعلم المشتري
 بكم قام عليه (فالبيع فاسد
 بلهالة الثمن فان عمله
 البائع في المجلس) صح البيع
 ويتخير المشتري (ان شاء
 اخذه وان شاء تركه) أما
 العصة فلان الفساد لم
 يتقرر بعد فلو كان فسادا
 يحتمل العصة فاذا حصل
 العلم في المجلس جعل
 كابتداء العقد لان ساعات
 المجلس كساعة واحدة
 وصار كئاخير القبول الى
 آخر المجلس وبهذا الافتراق
 تقرر والفساد المتقرر
 لا يقبل الاصلاح ونظيره
 البيع بالرقم في صحته
 بالبيان في المجلس وتقرر
 فساده بعدمه فيه وأما
 خيار المشتري فلان الخلل في
 الرضا لانه لا يتحقق قبل
 معرفة مقصد الرضا
 كالا يتحقق قبل الرؤية
 للجهل 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 الاستطراد باعتبار تقيدها بقيد زائد على البيع المجرد عن الاوصاف كالمراجعة والتولية قال (ومن اشترى شيئا مما ينقل) نقلا حسيا (و) هو المراد بقوله (يحول) فسر بذلك لثلاثيهم انه احتراز عن المدبر (لم يحزله أن يبيعه حتى يقبضه) لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع مالم يقبض) وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله في تخصيص ذلك بالطعام ولا تنسك له بما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه صلى الله عليه وسلم قال ان اشترى أحدكم طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه فان تخصص الطعام

فصل ومن اشترى شيئا مما ينقل **فصل** ويحول لم يحزله يبيعه حتى يقبضه لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض

ذلك وان كان مثليا وهو جنس واحد كطعام أو كل نصفه كان له ذلك لانقسام الثمن عليه بالاجزاء بخلاف الاول لان انقسامه عليه بالقيمة باعتبار الاوصاف أعني الذرعان ولا يتقسم الثمن باعتبارها وعلى هذا ينبغي أن لا يراجع في نصف العبد على نصف الثمن ولو اشترى ثيابا بصفة واحدة كل ثوب بكذا فله أن يبيع كل واحد مرابحة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يراجع حتى يبين انه اشتراه مع غيره ولو باعه بوضيعة دة يارده 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 يحزله يبيعه حتى يقبضه) انما اقتصر على البيع ولم يقل أن يتصرف فيه لتسكون اتفاقية فان محمد لا يحزله 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 بالنهاي 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 قلنا قدر رواه ابن عباس أيضا قال وأحسب كل شيء مثل الطعام أخرجه عنه أئمة الكتب الستة وعضد قوله ما روى أبو داود عن ابن اسحق الى ابن عمر قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوجبت له لقيت رجلا فأعطاني فيه رجحا حسنا فارتدت أن أضرب على يده فأخذ رجلا 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 سند 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 عصفرة عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله اني رجل ابتاع هذه البيوع وأبيعهما فما يحل لي منها وما يحرم قال لا تبعه من شيئا حتى يقبضه ورواه أحمد في مسنده وابن حبان وقال هذا الحديث مشهور عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام ايس بينهما ابن عصفرة والحاصل أن الخرجين منهم من يدخل ابن عصفرة بين ابن ماهك وحكيم ومنهم من لا وابن عصفرة ضعيف جدا في قول بعضهم قال صاحب التنقيح قال ابن حزم عبد الله بن عصفرة 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 عصفرة الجشمي حجازي ذكره ابن حبان في الثقات وقال عبد الحق انه ضعيف وتبعه ابن القطان وكلاهما مخطئ وقد استنبه عليه ما عبد الله بن عصفرة هذا بالنسبي أو غيره من يسمي عبد الله بن عصفرة

يدل على ان الحكم فيما عداه بخلافه لان ابن عباس قال وأحسب كل ثوب من ثوب الطعام وذلك دليل على ان التخصص لم يكن مرادا وكان ذلك معسرفا بين الصحابة حدث الطحاوي في شرح الآثار مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما انه قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوفيته لقيت رجلا فأعطاني به رجحا حسنا فارتدت أن أضرب على يده فأخذ رجلا 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 قيد بالبيع ولم يقل لم يحزله التصرف ليقع على الاتفاق فان الهبة والصدقة جائزة عند محمد وان كان قبل القبض قال كل تصرف لا يتم الا بالقبض فانه جائزة في البيع قبل القبض اذا سلطه على 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 غلبك العين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة أولى

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 غلبك العين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة أولى

فصل ومن اشترى مما ينقل **فصل** (قوله) احتراز عن المدبر (قوله) فانه لا ينقل نقلا شرعيا (قوله) فان تخصص الطعام يدل على أن الحكم الخ) أقول فيه أن الخصم ينازع في كون المفهوم حجة ولو سلم فلا يعارض المنطوق (قوله) معاير وفاين الصحابة) أقول فيه تأمل

قوله ولان فيه غرر انفساخ العقد استدلال بالمعقول 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 عانع ولا يدفع
بأن عدم ظهور الاستحقاق
أصل لان عدم الهلاك كذلك
فاستويا وأجيب بأن عدم
جواز قبيل 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
بالمعقول بجامع عدم القبض
فيهما وصار كالأجارة فانها
في العقار لا تجوز قبل القبض
والجامع اشتهاهما على
رجح مالم يضمن فان المقصود
من البيع الرجوع ورجح مالم
يضمن منهى عنه شرعا
والنهي يقتضى الفساد
فيكون البيع فاسدا قبل
القبض لانه لم يدخل في
ضمائه كافي 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 بالمعقول
وصار كالأجارة

انتهى كلامه فالحق أن الحديث حجة والذي قبله كذلك والحاجة بعد ذلك الى دليل التخصيص بغير
العقار لا يـ حنيفة يذكرونه والاحاديث كثيرة في هذا المعنى ثم عمل الحديث (لان فيه غرر انفساخ
العقد) الاول (على اعتبار هلاك المبيع) قبل القبض فيقتين 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 أرينا التصرف في ابدال العقود التي لا تنسخ بالهلاك جائزا فلا
يضرها غرر الانفساخ كالنصرف في المهر لها وبديل الخلع للزوج والعنق على مال وبديل الصلح عن دم
العقد قبل القبض جائز اذا كانت لا تنسخ بالهلاك فظهر أن السبب ما قلناه هذا وقد اختلفوا بالبيع
غيره فلا يجوز اجارته ولا هبته ولا التصديق به خلافا للحمد في الهبة والصدقة وكذا اقرضه ورهنه من
غير بائعه فلا يجوز شي من ذلك واذا أجاز محمد هذه التصرفات في المبيع قبل القبض ففي الاجرة قبل
قبضها اذا كانت عيناً أو في فصار الاصل أن كل عقد ينسخ بالهلاك العوض قبل القبض لم يجز التصرف
في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والاجرة اذا كانت عيناً في الاجارة وبديل الصلح عن الدين
اذا كان عيناً لا يجوز بيع شيء من ذلك ولان بشرط فيه غيره الى آخر ما ذكرنا وما لا ينسخ به الهلاك
العوض فالنصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر اذا كان عيناً وبديل الخلع والعنق على مال وبديل الصلح
عن دم العقد كل ذلك اذا كان عيناً 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 يتم الا بالقبض كالهبة
والصدقة والرهن والقرض فهو جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه ووجهه أن تمام
هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه وقاسه بهبه
الدين لغير من عليه الدين فانها تجوز اذا سلطه على قبضه اذا لم مانع فانه يكون نائباً عنه ثم يصير قابضاً لنفسه
كالوفاة اطعم عن كفارتي جازو يكون الفسقة نائباً عنه في القبض ثم قابضاً لنفسه بخلاف البيع
وأبو يوسف يقول البيع اسرع نفاذا من الهبة بدليل أن الشيوغ فيما يحتمل التسمية يمنع تمام الهبة
دون البيع وايضا هذه التصرفات تبني على الملك وغرر الانفساخ يمنع تمامه فكان فاصراً في حق اطلاق
التصرف وأما عتق عن كفارتي فانه طلب التملك لا تصرف مبنى على الملك القائم فان قيل لو اعتبر الغرر
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 مظهرا لقبول القبض ولان اعتباره بعده يستدباب
البيع ولو باعته المشتري من بائعه قبل قبضه لا يجوز ولو هبه يجوز على اعتباره مجازا عن الأقاله فان
فيل 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 التأخير ان بعد
تسليم أن البيع ينسخ بهلاك المبيع قبل القبض أي امتناع فيه فلم يكن كذلك وغاية الامر انه ظهر ان
البيع الثاني لم يصح فيترادان 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 عموميه وهو مافي

(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 عموميه

(وله ما نركن البيع صدر من أهله) لكونه بالغا عاقلا غير محجور عليه (في محله) لانه محل مملوك له وذلك يقتضى الجواز والمانع وهو الغرر معدوم فيه لانه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادريه فصح العقد لوجود المقتضى وانتفاء المانع بخلاف المنقول فان المانع فيه موجود ومنع انتفاء المانع في العقار فانه غرر الانفساخ وقد يوجد بالرد بالعيب وأجيب بأنه لا يصح لانه اذا اجاز البيع فيه قبل القبض صار ملكا للمشتري وحينئذ لا عليك المشتري الاول الرد وفيه نظر لانه ان رد عليه بقضاء القاضي عادله الرد والاولى أن يقال كلامنا في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر الضمخ واذا كان الهلاك في العقار نادرا كان غرر انفساخ العقد المنهي عنه متنفيا والحديث معلول به فلم يدخل فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض على دليل الجواز من الكتاب والسنة والاجماع واعتراض بأنه تعليل في موضع النص وهو ما روى 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 العنق والصدق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فنحمله على المنقول كذا في المبسوط وفيه بحث لان (٢٦٦) المراد بالحديث النهي عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام

وله ما نركن البيع صدر من أهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادرا بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به على دليل الجواز
 حديث حكيم بن حزام من قوله صلى الله عليه وسلم لا يبيعن شيئا حتى يقبضه بخلاف ما قبله من حديث ابن عمر فانه خاص بالمنقول أعني قوله نهى عن بيع السلع حتى يحوزها التجار الى رحالهم والنهي عن بيع مالم يقبض ولو باع العقار بربح يلزم بربح مالم يقبض وصار بيع العقار كاجارته واجارته قبل قبضه لا تجوز فكذا بيعه ولان السبب وهو البيع انما يتم بالقبض وله ما جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالحادث عند العقد والملك انما يتأكد ببدأ كذا السبب وفي هذا العقار والمنقول سواء (وله ما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف (ان ركن البيع صدر من أهله في محله) والمانع المثير للنهي وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف (فان هلاك العقار نادرا) والنادر لا عبرة به ولا يبدى الفقه باعتباره فلا يمنع الجواز وهذا لانه لا يتصوره 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 الهجوي وفي الاختيار حتى لو كان على شط البحر أو كان المبيع على لؤلؤ لا يجوز بيعه قبل القبض والحديث الذي استدل به (معلول به) أي 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 مائة تام فوق البيع ويجوز في المبيع قبل القبض العتق (واما فلنا) التزوج لا يبطل بالغرر لانه لو هلك المهر المعين لم يزوج قيمته ولم ينسخ النكاح وأوردناه لتعليل في مقابلة النص فانه تخصيص عمومه فيؤدي 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 الرب الدين في الدين اذا ملكه غيره وسلطه على قبضه جاز وكذا أخذ

اذا ابتعت شيئا فلا تبعه حتى تقبض سلمنا انه نهى عن بيع مالم يقبض من ملكه الذي ثبت بسبب من الاسباب لكن الاجماع لا يصلح فخصه ما صا لنا 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 ينافيه تناولا فرديا واعلم اني اذكر لك ما نسخ في هذا الموضوع بشوفيق 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 روى أنه نهى عن بيع مالم يقبض ثم لا يتخلو إما أن يكون معلولا بغير الانفساخ أو لافان كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار وان لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روى في السنن مسندا الى الاعرج عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وبينه وبين أدلة الجواز وذلك يستلزم الترك وجعله معلولا بذلك اعمال الثبوت التوفيق حينئذ والاعمال متعين لا محالة وكالم يتناول العقار لم يتناول الصداق وبدل الخلع ويكون مختصا به قد ينسخ به ملك المعوض قبل القبض هذا والله أعلم بالصواب

قال المصنف (وله ما نركن البيع الخ) أقول اذا استدل محمد بأنه اذا باع العقار الغير المقبوض بربح يلزم بربح مالم يقبض وهو منهي فما جوابهم ما عنه (قوله) ومنع انتفاء المانع في العقار فانه الى قوله وأجيب بأنه) أقول الجيب هو الانتقائي 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 العقار أيضا والقياس تخصيصه بالمنقول (قوله وان لم يكن وقع التعارض) أقول فيه تأمل اذا لظهر التعارض بينه وبين ما روى مسندا الى الاعرج (قوله وبينه وبين أدلة الجواز) أقول اذا كان مخصصا لأدلة الجواز فكيف وجد التعارض

(قوله والاجارة) جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الاجارة وتقرر به انما الاصل مقبض عليها لانها على 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 منزلة المنقول والاجارة تملك المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول قال (ومن اشترى مكبلا
 مكبلة أو موز وناموازنة الخ) اذا اشترى المكبل والموزون كالحنطة والشعير والسمين والحديد وأراد التصرف فذلك على أربعة أقسام
 اشترى مكبلة وباع مكبلة أو اشترى مجازفة وباع كذلك أو اشترى مكبلة وباع (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 يحتمل أن
 يزيد على المشروط وذلك
 للبائع والتصرف في مال
 الغير حرام فيجب التصرّف عنه
 وهو بترك التصرف وهذه
 العلامة موجودة في الموزون
 فكان مثله وفي الثاني لا يحتج
 الى كيل لعدم الافتقار
 الى تعين 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 قبيل على هذا الخلاف ولو سلم فالعقد عليه في الاجارة المنافع وهلا كما غير نادى قال (ومن
 اشترى مكبلا مكبلة أو موز وناموازنة فاكثاله أو اتزته ثم باعه مكبلة أو موازنة لم يجز للشترى منه
 أن يبيعه ولأن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن) لان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام
 حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتتمل أن يزيد على المشروط وذلك
 للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التصرّف عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة

الشفيع قبيل قبض المشتري ولا شك ان تملكه حينئذ شرع قبيل القبض فلو كان العقار قبل القبض
 لا يحتمل التملك ببدل لم يثبت للشفيع حتى لاخذ قبيل القبض وهذا يخرج الى الاستدلال بدلالة الاجماع
 على جواز بيع العقار قبيل القبض وأما الالتحاق بالاجارة في 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 الآن
 المنافع منزلة المنقول والاجارة تملك المنافع فيمتنع 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 ابدأ وذوات القيم مبيعة ابدأ والمثلثات
 من المكبلات والموزونات والمعدودات المتقاربة اذا قوبلت بالثمن مبيعة أو بالاعيان وهي معينة ثمن
 أو غير معينة فبيعة كمن قال اشترت كرا 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 فالاثمان يجوز
 التصرف فيها قبل القبض استبدالها في غير الصرف والسلم واختلف في القرض والاصح جوازه
 والمبيعات تقدم حالها عند ذكرا الالتحاق ولو باع عبدا وسلمه ثم اقال فبيعه من المشتري قبل القبض يجوز
 ومن الاجنبي لا يجوز وللشافعي 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 الاجنبي (قوله ومن اشترى مكبلا مكبلة أو موز وناموازنة) أي اشترى على كذا كيلا
 أو رطلا (فاكثاله أو اتزته) لنفسه (ثم باعه مكبلة أو موازنة) 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 معرفا أسنده عنه
 ابن ماجه واسحق وابن أبي شيبة وأعل بحمد بن عبد الرحمن بن أبي لبيلى وبلغظه من حديث أبي هريرة
 وزاد فيه فيكون اصحابه الزيادة وعليه نقصان رواه البزار 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 الا من 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 التمرو ويجعلانه في غرائر

قال المصنف (والاجارة
 قبيل 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
 منزلة المنقول والاجارة تملك المنافع فيمتنع جوازها لذلك وفي الكافي وعليه الفتوى انتهى (قوله لان المنافع منزلة المنقول) في الفصل
 التاسع عشر من الفصول العمادية والشيخ الامام أبو الفضل الكرماني وأورد عليه اشكالا لانه اذا أجزأ المستأجر قبيل القبض لا تجوز ولو صح
 ما قال لا يجوز انتهى قال ابن البرزالي وأنت خير بأن العين قائم مقام المنفعة في حق ارتباط الاثمن فنسظر أيضا الى ما قام به المنفعة انتهى
 وما ذكره ناسد الاشكال لا جواب عنه كما هو ظاهرا

قال المصنف (لان الزيادة) واعترض بأن الزيادة لا تصور في المجازفة وأجيب بأن من الخائز انه اشترى مكبلا مكابله فاكتابه على انه عشرة أفضرة مثلا ثم باعه مجازفة فاذا هو اثناعشر في الواقع فيكون زيادة على المكبل الذي اشتراه المشتري الاول وفيه من التعمل ما ترى وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البائع وذلك بان باع مجازفة وفي ذهنه انه مائة فبغير فاذا هو واخذ على ما ظنه فالزائد لا يشتري ويجوز ان يجعل من باب الغرض ومعناه (٢٦٨) ان المانع من التصرف هو احتمال الزيادة ولو فرض في المجازفة زيادة كانت

لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة اذا الذرع ووصف في الثوب بخلاف القدر

ثم يبعائه بذلك الكيل فنهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبيعه حتى يكبل لمن ابتاعه منهما فهذا الحديث حجة لكثرة تعدد طرقه وقبول الأئمة اياه فانه قد قال بقولنا هذا مالك والشافعي وأحمد رضي الله عنهم وحين علله النقهاء يجعله من تمام القبض اذ بالكيل يتمزحه عن حق البائع اذ عسى ان يكون أنقص أو أزيد فيضيع ماله عند البائع أو مال البائع عنده فالخوارج يمنع البيع منع الا كل قبل الكيل والوزن وكل تصرف يبي على الملك كالهبة والوصية وما أشبههما والحقوا بالمكبل الموزون وينبغي الحاق المعدود الذي لا يتفاوت كالجوز والبعض اذا اشترى معاددة به قال أبو حنيفة في أظهر الروايتين عنه فافسد البيع قبل العدنانيا لا تخاد الجامع وهو وجوب تعرف المقدار ووزن احتمال اختلاط المالبين فان الزيادة فيه للبائع خلافا لما روي عنهم من جواز البيع الثاني قبل العدنانيا ولما كان في المذروعات الزيادة عند الحنيفة لا يشتري لم يطبقوها فلما اشترى ثوبا على انه عشرة أذرع جاز ان يبيعه قبل الذرع لانه لو زاد كان للمشتري ولو نقص كان له الخيار فاذا باعه بلا ذرع كان مسقطا خياره على تقدير النقص وله ذلك ولما كان النهي عن بيع الطعام اقتصر على ما اذا كان المكبل أو الموزون مبيعاً ولو كان ثمناً بان اشترى بهذا البر على انه كرقبضه جاز 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 يخفى ان ظاهر النص منع بيع الطعام الا مكابله فيقتضى منع بيعه مجازفة ولا نعلم خلافا في ان ظاهره متروك وانه محمول على ما اذا وقع البيع مكابله أما اذا اشترى مجازفة ببيع صبرة فله ان يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لان كل المشار اليه فلا يتصور اختلاط الملكين وقول المصنف فيه (لان الزيادة) قيل معناه الزيادة على ما كان يظنه بان ابتاع صبرة على ظن انها عشرة فظهرت خمسة عشر وتكاف غيره وكذا ما يفيد ظاهره من التزام جريان الصاعين محمول على ما اذا اشترى البائع مكابله وباعه كذلك أما اذا اشترى مجازفة فانه لا يحتاج اذا باعه مكابله الى كيل واحد للمشتري وقول الراوي حتى يجري فيه صاعان صاع البائع معناه صاع البائع لنفسه وهو محمول على ما اذا كان البائع اشتراه مكابله أو مالاً كان ملكه بالارث أو الزراعة أو اشترى مجازفة أو استقرض حنطة على انها كرقبضه فباعها فالحاجة الى صاع واحد وهو صاع هذا المشتري وان كان الاستقراض تخليكا بعوض كالشراء لكنه شره صورة عاربه حكما لان ما يردده عين المقبوض حكما ولهذا لم يجب قبض بدله في مال الصرف فكان تخليكا بلا عوض حكما ولو اشترى مكابله ثم باعها مجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه وفي نوادر ابن سماعة يجوز واذا عرف ان سبب النهي أمر يرجع الى المبيع كان البيع فاسداً 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 ثم تركه كما أمر به من الكيل فكان هذا الكلام أصلا في سائر المبيعات ببيع فاسداً اذا قبضها فملكها ثم أكلها وتقدم انه لا يحل كل ما اشتراه شراء فاسداً وهذا يعني ان ليس كل ما لا يحل أكله اذا أكله ان يقال فيه

للمشتري حيث لم يقع العقد مكابله فهذه المانع على تقدير وجوده لم يمنع التصرف على تقدير عدمه أولى ويجوز فرض المحال اذا تعلق به غرض كقوله تعالى ان تدعوهم لا يسعوا دعاءكم ولو سعىوا ما استجابوا لكم وفي الرابع يحتاج الى كيل واحد إما كيل المشتري أو كيل البائع بحضرته لان الكيل شرط لجواز التصرف فيما يبيع مكابله لمكان الحاجة الى تعيين المقدار الواقع مبيعاً وأما المجازفة فلا يحتاج اليه لما ذكرنا فان قيل النهي عن بيع الطعام الى الغاية المذكورة يتناول الاقسام الاربعة فما وجه تخصيصه بما في الكتاب فالجواب انه معلول باحتمال الزيادة على المشروط وذلك بما يتصور اذا بيع مكابله فلم يتناول ما عداه ورد بأنه دعوى مجردة وأجيب بأن التفصي عن عهده ذلك بان يقال قوله تعالى وأحل الله البيع يقتضى جوازه مطلقاً وهو مخصوص بآية الربا فجاز تخصيصه بخبر الواحد وفيه

ذكر جريان الصاعين وليس ذلك الاتعمين المقدار وتعيين المقدار انما يحتاج اليه عند توهم زيادة أو نقصان فكان في النص ما يدل على انه معلول بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان جائزاً بلا كيل ثم في قوله اشترى مكبلا اشارة الى انه لو ملكه كسببة لوارث أو وصية جاز ان تصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره وكذا لو وقع ثمناً كما سيأتي وحكم ببيع الثوب مذارعة حكم المجازفة في المكبل لان الزيادة اذا الذرع ووصف في الثوب فلم يكن هنالك احتمال الزيادة فلم تكن في معنى ما ورد به النص لتطابقه بخلاف القدر فانه مبيع لا ووصف

ولامعتبر بكيل البائع وهو المشتري الاول قبل البيع وان كان بحضرة المشتري الثاني لان الشرط صاع البائع والمشتري وهذا ليس كذلك ولا يكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم اذ المبيع بصيره معلوما ولا تسليم الاجحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم وانتم احتمال الزيادة ومحمل الحديث اجتماع الصفتين على ماسياتي في باب السلم ان من أسلم في كرفه لاسحل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا أو امر رب المال بقبضه لم يكن قبضاً وان امره أن يقبضه ثم يقبضه لنفسه فأكاله ثم أكاله لنفسه جازلانه اجتمعت الصفتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين واعلم ان في كلام المصنف رحمه الله ايها المتناقض 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 يكتفى بالكيل الواحد وهو يقتضى أن يكون وضع المسئلة فيما يكون عقداً واحداً (٢٦٩) بشرط الكيل لما ان الاكتفاء

بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية اتمها وفي العقد الواحد بشرط الكيل وأما اذا وجد العقد بشرط الكيل فلا اكتفاء بالكيل الواحد فيه ما 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 وبالمشتري هو الثاني وبالبيع هو البيع الثاني ومعناه ان المشتري اذا باع مكايله وكاله بحضرة مشتريه يكتفى بذلك لما ذكرنا من الدليل ويدل على ذلك قوله ومحمل الحديث اجتماع الصفتين فانه يدل على ان في هذه الصورة اجتماع الصفتين غير منظور اليه فكأنه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين

ولامعتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لان الكيل من باب التسليم لان بصير المبيع معلوما ولا تسليم الاجحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفتين 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 يخل 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 يكيله بعد البيع) الثاني (بغيبة المشتري) وغيبة 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 كفاه ذلك حتى يحل للمشتري التصرف فيه قبل كيله ووزنه اذا قبضه وعند البعض لا بد من الكيل أو الوزن مرتين احتجاجاً بظاهر الحديث والصحيح قول العامة لان الغرض من الكيل والوزن صيرورة المبيع معلوماً وقد حصل بذلك الكيل واتصل به القبض ومحمل ظاهر الحديث اذا وجد عقدان بشرط الكيل بأن يشتري المسلم اليه من رجل كرا لاجل رب السلم وامر رب السلم بقبضه اقتضاء عن ساه فان في ذلك بشرط صاعان صاعاً للسلم اليه وصاعاً لرب السلم فيكيله للسلم اليه ثم يكيله لنفسه بخلاف كيله بغيبته لانه فاه التسليم من الغائب فيثبت احتمال الاختلاط فلا يجوزو يصرح بنفيه ما في الجامع في بيع قفيز من صبرة اذا كان البائع قفيزاً من غير حضرة المشتري فهلك أن البيع قائم في قفيز مما بقي ولا يقع به الافراز من هنا ينشأ فرع وهو مالو كيل الطعام بحضرة رجل ثم اشتراه في المجلس ثم باعه مكايله قبل ان يكتبه بعد شرائه لا يجوز هذا البيع سواء كاله للمشتري منه أولاً لانه لم يكتمل بعد شرائه هو لم يكن قابضاً فيه به بيع ما لم يقبض فلا يجوز (قوله) والتصرف في الثمن قبل القبض جائز) بالبيع والهبة والاجارة والوصية سواء كان مما يتعين أو لا يتعين

فما اذا اجتمعت الصفتان كما في أول المسئلة وماسياتي في باب السلم وأما فيما نحن فيه فلا هذا اذا نظرنا الى التعديل وهو قوله ولانه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع يقتضى أن يكتفى بالكيل الواحد في أول المسئلة أيضاً كما ذكرنا ولو ثبت ان وجوب الكيلين عزيمة والاكتفاء بالكيل الواحد رخصة أو قياس أو استحصان لكان ذلك مدفوعاً جازياً على القوانين لكن لم أنظر بذلك ولو اشترى المعدود عدافه كالمذروع فيما روى عن أبي يوسف ومحمد وهو رواية عن أبي حنيفة لانه ليس بمال الربا وهذا جازي بيع الواحد بالاثنتين فكان كالمذروع وحكمه قد مر أنه لا يحتاج الى إعادة الذرع اذا باع من اربعة وكالموزون فيما روى عن أبي حنيفة وعه وقول الكرخي لانه لا يخل الزيادة الا ترى ان من اشترى جوزاً على انها ألف فوجدها أكثر لم تسلم له الزيادة ولو وجدها أقل بستر حصة النقصان كالموزون فلا بد لجواز التصرف من العد كالموزون قال (والتصرف في الثمن قبل القبض جائز) سواء كان مما لا يتعين كالتفود

أو مما يتعين

كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلًا بدراهم أو بكر من الخنطة جاز أن يأخذ به شيئاً آخر قال ابن عمر رضي الله عنهما كنا نبيع الابل في المبيع فما أخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم وكان يجوز رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الانفساخ (٢٧٠) بالهلاك منتف لعدم تعينها بالتعيين أي في النقود بخلاف المبيع قال

أقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع قال (ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري 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 ثمانية إلا بصير ملكه عوض ملكه فلا يلحق بأصل العقد وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلاً بكل المبيع فلا يمكن أخراجه فصار برامبتداً

عندنا سوى بدل الصرف والسلم لان الملك مطاق وكان القياس ذلك أضيف المبيع لانه منع بالنص لغير الانفساخ وليس في الثمن ذلك لانه اذا هلك الثمن المعين لا ينفسخ البيع وتلزمه قيمته وسائر الديون كالثمن لعدم الغرر بعدم الانفساخ بالهلاك كالمهر والاحرة وضمنان المتلفات وغيرها واستثناء السلم لان للقبوض حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز وكذا في الصرف وأيداه السمع وهو ما في السنن الاربعة عن سماعة عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر قال كنت أبيع الابل بالمبيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير فأنبت النبي صلى الله عليه وسلم وهو يريد أن يدخل حجرته فأخذت بنو به فأسأله فقال اذا أخذت واحدا منها بالآخر فلا يفارقك وبينك وبينه بيع فان هذا بيع الثمن الذي في الذمة قبل قبضه بالنقد المخالف له وقد صححه الحاكم والدارقطني وقول الترمذي لان عرفه مرفوعا الامن حديث سمك لا يضره وان كان شعبية 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 لان المختار في تعارض الرفع والوقف تقديم الرفع لانه زيادة والزيادة من الثقة مقبولة ولان الظاهر من حال ابن عمر وشدة انبعاثه لانه لم يكن يقتضى أحد النكدين عن الآخر مستمران غير ان يكون عرفه عنه صلى الله عليه وسلم وأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا يفارقه وبينهما بيع معناه دين من ذلك البيع لانه صرف قنع النسبته فيه وأما الميراث فالصرف فيه جائز قبل القبض لان الوارث يخلف المورث في الملك وكان الميت ذلك التصرف فكذا للوارث وكذا الموصى له لان الوصية أخت الميراث (قوله ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع ويجوز أن يحط من الثمن) وسند كشرط كل منهما (ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) من المزد عليه والزيادة حتى كان للبائع حبس المبيع الى ان يستوفي الزيادة اذ اكان الثمن حالا وليس للمشتري أن يمنع الزيادة ولا مطالبة البائع بتسليم المبيع قبل اعطائها ولولها تم استحقاق المبيع بجمع بهامع أصل الثمن وفي صورة الحط للمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع اذا سلم الباقي بعد الحط (وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يصحان) أي الزيادة والحط (على اعتبار الاتحاق) بأصل العقد (بل) الزيادة برامبتداً من البائع والمشتري والحط ابراهم من بعض الثمن متى رده يرتد وجهه قولهما ان المبيع يدخل في ملك المشتري بالقدر الاول فلولا تحقق بالعقد صار ملكه وهو ما زاده بدلا عن ملكه وهو المبيع وكذا الثمن دخل في ملك البائع فلوجازت الزيادة في المبيع كان للمزيد عوضا عن ملكه أعني الثمن قلنا انما يكون ما ذكرتم لو تحقق بالعقد مع عدم تغييره لكننا انما قلنا انهما

(ويجوز للمشتري أن يزيد البائع في الثمن) اذا اشترى عينا بمائة ثم زاد عشرة مثلاً أو باع عينا بمائة ثم زاد على المبيع شيئاً أو حط بعض الثمن جاز والاستحقاق بتعلق بكل ذلك فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفي الاصل والزيادة ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من البائع حتى يدفعها اليه ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك يعني الاصل والزيادة فاذا استحق المبيع بجمع المشتري على البائع بهما واذا جاز ذلك فالزيادة والحط يتحققان بأصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الاتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة أي الهبة ابتداء لانتم الابل لتسليم لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمانية الا بالتصحيح بصير ملكه عوض ملكه لان المشتري ملك المبيع بال عقد المسمى ثمانية فالزيادة في الثمن تكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز وفي الحط الثمن كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن أخراجه عن ذلك فصار برامبتداً

بالزيادة (قوله لعدم تعينها بالتعيين أي في النقود) أقول فيكون الدليل أخصر من المدعى قال المصنف (وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلاً بكل المبيع فلا يمكن أخراجه فصار برامبتداً) أقول قوله وكذا الحط أي لا يلحق بأصل العقد (قوله فلا يمكن أخراجه أي أخراج كل الثمن عن المقابلة بكل المبيع)

ولنا ان البائع والمشتري بالخط والزيادة غير العقد بتراضيهما 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 كما اذا كان لاحد العاقلين 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 لانفسه فالزيادة تقوم بالثمن لانفسها فان قيل لو كان حط البعض صحيحا لكان حط الكل كذلك اعتبارا للكل بالبعض أحاب المصنف بالفرق بقوله بخلاف حط الكل لانه تبديل بأصله لا تغيير بوصفه لأن عمل الحط في اخراج القدر المحطوط من أن يكون ثمنًا فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض لوجود ما يصلح ثمنًا وأما حط الجميع فتبديل للعقد لانه إما أن يبقى بيعا باطلا لعدم الثمن حينئذ وقد علمت انه مالم يقصد ذلك أو بصيرته وقد كان قصدهما التجارة في المبيع دون الهبة فلا يلتحق بأصل العقد لوجود (٢٧١) المانع ولا يلزم من عدم الاتحاق

المانع عدمه لا المانع فيلحق حط البعض بأصل العقد وعلى اعتبار الاتحاق لانكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الاتحاق في التولية والمرابحة حتى تجوز على الكل في الزيادة وعلى الباقي في الحط فان البائع اذا حط بعض الثمن عن المشتري والمشتري قال لاخر ولينك هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد الحط فكان الحط بعد العقد ملتحقا بأصل العقد كان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة ويظهر حكمه ايضا في الشفعة حتى يأخذ الشفيع بما بقي في الحط

ولنا انهما بالخط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه راجحا أو خاسرا أو عدلا ولهما ولاية الرفع فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا أسقطا الخيار أو شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق بأصل العقد لان وصف الشيء يقوم به لانفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لأصله لا تغيير بوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الاتحاق لانكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الاتحاق في التولية والمرابحة حتى تجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط بالزيادة والحط غير العقد عن وجهه الاول وهو كونه بذلك المقدار الى كونه بمقدار ورأينا ان الشرع أثبت لهما ولاية تجوز بل العقد من صفة الى صفة ومن وجوده بعد تحققه في الوجود الى اعدامه بلا سبب سوى اختيارهما أما الاول فنحوه من عدم الزوم الى الزوم باسقاط الخيار وعكسه بالخاق الخيار وكذا من كونه حالا الى مؤجل بالخاق الاجل كما سنذكر في تأجيل الثمن الحال عندنا وأما الثاني فبالاقالة وهي تعبدية الى قدوم الملك فأولى أن يثبت لهما تغييره من وصف كونه راجحا الى خاسر أو خاسرا الى راجح والى كونه عدلا ويثبت 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 واذا ثبت صحح ذلك لزم الاتحاق بأصل العقد ضرورة اذ تغييره يوجب كونه عقدا بهذا القدر فبالضرورة يلتحق ذلك به اذ وصف الشيء يقوم به بخلاف حط الكل لانه تبديل لأصله اذ يصير البديل الاخر هبة فيخرج عن كونه عقدا معاوضة الى عقد تبرع فلا يلتحق به واذا ثبت الاتحاق اتفق قولهم الزيادة عوض عن ملكه الى آخر ما ذكرنا (ويظهر حكم الاتحاق في التولية والمرابحة فتجوز) (على الكل) من الاصل والرائدو يجب ان يراجح على المبيع الاول ومازاده البائع مبيعا لا الاول فقط وكذا التولية (وببإشتر) العقد في المرابحة والتولية (على الباقي) بعد الحط (و) كذا (في الشفعة حتى يأخذها) الشفيع (بالباقي) فقط فان قيل لو اتفق لزم أن يأخذها الشفيع في صورة الزيادة بالمجموع من

(قوله فصار) أي كل واحد من الزيادة والحط قال في الذخيرة وفي المحيط البرهاني في النصل الحادي عشر من كتاب البيع اذا وهب بعض الثمن قبل القبض أو أبراه عن بعض الثمن قبل القبض فهو حط ايضا 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 الكنايين المذكورين فراجعهم ما فانه مهم في الغاية (قوله واذا صح يلتحق بأصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له) أقول الزيادة في المكملات والموزونات والمعدودات ليست بوصف فكيف يصح الاتحاق فيها 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 ولوصح ما ذكره بلني الحاق الحط بلا دليل ولا يخفى ما فيه (قوله فان قيل لو كان حط البعض صحيحا لكان حط الكل كذلك الخ) أقول يعني بطريق الاتحاق والخط الكل صحيح بطريق البر والصلة بالاتفاق (قوله فالشرط فيه قيام الثمن) أقول واللا يمكن بيعا (قوله لانه إما أن يبقى بيعا باطلا) أقول كما سبق في أحكام البيع الفاسد (قوله فيلحق حط البعض) أقول لا يكفي لتبوت الاتحاق عدم المانع منه بل لا بد من مقتضى أيضا ولم يتبين فلا يستقيم التفرغ

(قوله وانما كان للشفيع) جواب سؤال مقدر تقديره لو كانت الزيادة منصفة بأصل العقد لاخذ الشفيع بالزيادة كالمو كانت في ابتداء العقد وتقرير الجواب انما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطال له وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير بتراضيهما (٢٧٣) وهذا كله اذا كان المبيع قائماً وما بعده هلاكه فلا تصح الزيادة في الثمن على ظاهر

الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه اذا الاعتياض انما يكون في موجود والشيء ثبت ثم يستند ولم تثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا تستند بخلاف الحط لانه مجال يمكن اخراج البديل عما يقابله لكونه اسقاطاً والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فثبت الحط في الحال ويلحق بأصل العقد استناداً روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة انه تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع ووجهه أن يجعل المعقود عليه قائماً تقديراً ويجعل الزيادة تغييراً كما جعل قائماً اذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقضان العيب وهذا لان قيام العقد بالعاقدين لا بالمحل واشتراط المحل لا ثبات الملك أو ابقائه بطريق التجدد فلم يكن لبقاء العقد في حقه فائدة فأما فيما وراء ذلك ففيه فائدة فتبقى الزيادة في المبيع جائزة لانها تثبت في مقابلة الثمن وهو قائم ويكون لها حصة من الثمن حتى لو هلك قبل القبض سقط بحصتها من الثمن

وانما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكه ثم الزيادة لانصحه بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء ثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه مجال يمكن اخراج البديل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استناداً قال (ومن باع بثمن حال ثم أجله أجل معلوم صار مؤجلاً) لان الثمن حقه فله أن يؤخره تبسيراً على من عليه الاصل والرائد وهو منتف بل لا يأخذ الا بدون الزيادة أو يقال فلم يفرق بين الحط والزيادة بالنسبة الى الشفيع أجب بقوله (وانما كان للشفيع أن يأخذها) في صورة الزيادة (بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت) قبلها فان عجز رد العقد الاول تعلق حقه بأخذها ما وقع عليه التراضي الاول وعقد به الزيادة بعد ذلك في الثمن تصرف حدث منها ما يبطل حقه فلا يشذ تصرفهما ذلك عليه ثم شرع يذ كر شرط الزيادة والحط فقال (ثم الزيادة) الى آخره يعني ان شرطها قيام المبيع في ظاهر الرواية فلوهلاك حقيقة بان مات العبد أو الدابة أو حكاياً أو اعتقه أو دبره أو كاتبه أو استولدها أو باع أو وهب وسلم أو أجر أو رهن ثم باعها من المستأجر والمرتهن أو وطبخ اللحم أو طعن الخنطة أو ونسج الغزول أو تخمر العصير أو أسلم مشتري الخمر ذمياً 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 فلوزاد بعد موتها لا تصح بخلاف مال زوج الشاة المبيعة ثم زاد حيث تثبت الزيادة وكذا اذا أجر أو رهن أو حاط الثوب أو اتخذ الحديد سيفاً وقطع يد المبيع فاخذ المشتري ارشه حيث تثبت الزيادة في كل هذه وانما لم تثبت فيما ذكرنا من صور الهلاك (لانه لم يبق على حال يصح الاعتياض عنه) والالتحاق وان كان يقع مستنداً فالمتخذ لا بد أن يثبت أو لا في الحال ثم يستند وثبوتها متعذر لان نفاء المحل فتعذر استناده فلا يثبت كالمبيع الموقوف لا ينهزم بالاجازة اذا كان المبيع هالكا وقتها (وقوله على ظاهر الرواية) احتراز عما روى الحسن في غير رواية الاصول عن أبي حنيفة ان الزيادة تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الحط بعده هلاكه وفي المبسوط وكذا اذا كانت الزيادة من الاجنبي وضمنها لانه التزمها عوضاً وهذا الالتزام صحيح منه وان لم يملك شيئاً عقابله كالمو خال امرأته مع اجنبي أو صالح مع الاجنبي من الدين على مال وضمنه صح وان لم يملك الاجنبي شيئاً بعقابه وهذا في زيادة الثمن فاما الزيادة في المبيع ففي جمع التفاريق تجوز الزيادة في المبيع بعد هلاك المبيع وهكذا ذكر في المنتقى وتكون لها حصة من الثمن حتى لو هلك قبل القبض سقطت حصتها من الثمن (بخلاف الحط) فانه يصح بعد 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 قيسام الثمن دون المبيع والثمن باق فيثبت الحط ملتحقاً بأصل العقد الا ترى انه يصح الحط بسبب العيب بعد الهلاك فانه يرجع بالنقصان وبه يكون الثمن ماسوي ما يرجع به فاسقاط عوض المعدوم يصح والاعتياض عنه لا يصح (قوله ومن باع بثمن حال ثم أجله أجل معلوم صار مؤجلاً) وهو قول مالك خلافاً للشافعي وكذا قوله في كل دين حال لا يصير مؤجلاً بالتأجيل وهو قول زفر لانه بعد أن كان حالاً ليس الاوعداً بالتأخير قلنا (الثمن حقه فله ان يؤخره تبسيراً على من عليه)

قال (ومن باع بثمن حال) ثم أجله بأجل معلوم اذا باع شيئاً بثمن حال ثم أجله لا يتكلمون أن يكون الاجل معلوماً وبمجهولاً 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 بخلاف أن يتصرف فيه بالتأجيل رفقا بمن عليه

(قوله والزيادة في المبيع جائزة) أقول بعد الهلاك

ولان التأجيل اثبات برافه مؤقته الى حلول الاجل وهو يملك البراءة المطلقة بالابراء عن الثمن فلان يملك البراءة المؤقته أولى وان كان الثاني فلا يخلو إما أن تكون الجهالة قاحشة أو بسيرة فان كان الاول كما إذا أجهل الى هبوب الريح ونزول المطر لا يجوز ان كان الثاني كالحصاد والدياس جاز كالكفالة لان الاجل لم يشترط في عقد المعاوضة فصح مع (٢٧٣) الجهالة البسيرة بخلاف البيع

(وقد ذكرناه من قبل) يعني في وأخر البيع الفاسد قال (وكل دين حال اذا أجهله صاحبه صار مؤجلاً) كل دين حال بتأجيل صاحبه يصير مؤجلاً (لما ذكرنا) انه حقه لكن القرض لا يصح تأجيله وهذا لان القرض في الابتداء صلة واعارة فهو

الأثرى أنه يملك ابراهه مطلقاً كما ذكرنا مؤقته ولو أجهل 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 أجهله صاحبه صار مؤجلاً) لما ذكرنا (الا القرض) فان تأجيله لا يصح لانه اعارة وصلته في الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصى والصبي ومعاوضة في الانتفاء فعلى 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 أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلان الى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقاً للوصى والله تعالى أعلم

وهذا لا يستلزم الدعوى وهو لزوم الاجل بالتأجيل فانه يقول لاشك ان له ان يؤخر انما الكلام في انه يلزم التأخير شرعاً اذا أخر وقوله (الأثرى) الى آخره يستدل به مستقلاً في المطالب وهو أن الشرع أثبت عند اسقاطه السقوط والتأجيل التزام الاسقاط الى وقت معين فثبت شرعاً السقوط الى ذلك الوقت كما ثبت شرعاً سقوطه مطلقاً باسقاطه مطلقاً (ولو أجهل الى أجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح) ومجى المطر (لا يجوز) ولا يجوز التأجيل به ابتداء (وان كانت) بسيرة (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 لفسده بل فيما هو دين (وكل دين اذا أجهله صاحبه صار مؤجلاً) لما ذكرنا (الا القرض فان تأجيله لا يصح) ولو شرط الاجل في ابتداء القرض صح القرض وبطل الاجل وعند مالك يصح أيضاً لان القرض صار في ذمته كسائر الديون ولومات المقرض فأجل ورثته صرح فاضيحاً بأنه لا يصح كالأجل المقرض وقول صاحب البسوط ينبغى 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 لا تصير قرصاً والحيلة في لزوم تأجيل القرض ان يجمل المستقرض المقرض على آخر بدنيه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم حينئذ وجه المسئلة ان القرض تبرع (لانه صلة في الابتداء واعارة حتى يصح) القرض (بلفظ أعرتك) هذه الاف بدل أقرضتك ونحوه (ولهذا) لا يملكه من لا يملك الصلات والتبرعات كالوصى والصبي والعبد والمكاتب (ومعاوضة في الانتفاء) لانه اعطاء ليا أخذ 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 لا تأجيل في التبرع (وعلى اعتبار الانتفاء لا يصح) أيضاً (لانه يصير) بهذه المعاوضة (بيع دراهم بثلاثين درهماً وهو ربا) ولانه لو لم كان التبرع ملزماً على المتبرع شيئاً كالكف عن المطالبة فيما نحن فيه وهو ينافى موضوع التبرعات قال تعالى ماعلى المحسنين من سبيل نبي السبيل عنهم على وجه نصوصية الاستغراق فلو لم تحقق سبيل عليه ثم لئل المرود حكم العين كما ته رد العين ولو لاهذا الاعتبار كان عليك دارهم بدراهم بلا قبض في المجلس فلزم اعتبارها شرعاً كالعين واذا جعلت كالعين فالتأجيل في الاعيان لا يصح (بخلاف ما اذا أوصى أن يقرض من ماله ألف فلان الى سنة حيث يلزم) ذلك (من ثلثه لانه وصية بالتبرع) فيلزم كما يلزم الوصية بخدمة عبده وسكنى داره

وهذا لا يستلزم الدعوى وهو لزوم الاجل بالتأجيل فانه يقول لاشك ان له ان يؤخر انما الكلام في انه يلزم التأخير شرعاً اذا أخر وقوله (الأثرى) الى آخره يستدل به مستقلاً في المطالب وهو أن الشرع أثبت عند اسقاطه السقوط والتأجيل التزام الاسقاط الى وقت معين فثبت شرعاً السقوط الى ذلك الوقت كما ثبت شرعاً سقوطه مطلقاً باسقاطه مطلقاً (ولو أجهل الى أجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح) ومجى المطر (لا يجوز) ولا يجوز التأجيل به ابتداء (وان كانت) بسيرة (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 لفسده بل فيما هو دين (وكل دين اذا أجهله صاحبه صار مؤجلاً) لما ذكرنا (الا القرض فان تأجيله لا يصح) ولو شرط الاجل في ابتداء القرض صح القرض وبطل الاجل وعند مالك يصح أيضاً لان القرض صار في ذمته كسائر الديون ولومات المقرض فأجل ورثته صرح فاضيحاً بأنه لا يصح كالأجل المقرض وقول صاحب البسوط ينبغى 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 لا تصير قرصاً والحيلة في لزوم تأجيل القرض ان يجمل المستقرض المقرض على آخر بدنيه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم حينئذ وجه المسئلة ان القرض تبرع (لانه صلة في الابتداء واعارة حتى يصح) القرض (بلفظ أعرتك) هذه الاف بدل أقرضتك ونحوه (ولهذا) لا يملكه من لا يملك الصلات والتبرعات كالوصى والصبي والعبد والمكاتب (ومعاوضة في الانتفاء) لانه اعطاء ليا أخذ 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 لا تأجيل في التبرع (وعلى اعتبار الانتفاء لا يصح) أيضاً (لانه يصير) بهذه المعاوضة (بيع دراهم بثلاثين درهماً وهو ربا) ولانه لو لم كان التبرع ملزماً على المتبرع شيئاً كالكف عن المطالبة فيما نحن فيه وهو ينافى موضوع التبرعات قال تعالى ماعلى المحسنين من سبيل نبي السبيل عنهم على وجه نصوصية الاستغراق فلو لم تحقق سبيل عليه ثم لئل المرود حكم العين كما ته رد العين ولو لاهذا الاعتبار كان عليك دارهم بدراهم بلا قبض في المجلس فلزم اعتبارها شرعاً كالعين واذا جعلت كالعين فالتأجيل في الاعيان لا يصح (بخلاف ما اذا أوصى أن يقرض من ماله ألف فلان 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 ان يقرضوه) أقول العبارة الصحيحة ان يقرضوه من ثلثه لئلا يلزم تقديم معمول ما في حيز ان عليه وتصح ما في الكتاب بجعل المذكور تفسيراً للمقدر قبل ان والله اعلم

ألا ترى 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 وابتعوا من فضل الله شرع في بيان أنواع بيعه من الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا بأضعاف مضاعفة فإن النهي يعقب الأمر وهذا لأن المقصود من كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعاً (٢٧٤) والحرام الذي هو الربا ولهذا لما قبل محمد ألا تصنف شيئاً في الزهد قال قد صنفت

باب الربا

قال (الربا محرم في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلاً) فاعلم أنه عندنا الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل

سنة مع أنه لو أعمار عدده أو داره سنة كان له أن يسترده في الحال وهذا لأن باب الوصية أوسع من سائر التصرفات ألا ترى أنه لو أوصى بثمره بستانه جاز وإن كانت الثمرة معدومة في الحال رعاية لخلق الموصى ونظره فضلاً من الله ورحمة والرجعة عليه أجازها الشرع وكان القياس أن لا تصح لانها تملك مضاف إلى حال زوال مال يكتبه والله تعالى أعلم

باب الربا

هو من البيوع المنهية قطعاً بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا بسبب زيادة فيه فتناسبته بالمراعاة أن في كل منهما زيادة إلا أن تلك حلال وهذه منهية والحل هو الأصل في الأشياء فقد قدم 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 إلى آخره وفي كثير منها زيادة متفاضلاً الربا يقال لنفس الزائد ومنه ظاهراً قوله تعالى لا تأكلوا الربا إلى الزائد في القرض والسلف على المدفوع والزائد في بيع الأموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه وسنذكر تفصيلها ويقال لنفس الزيادة أعنى بالمعنى المصدرى ومنه وأحل الله البيع وحرم الربا أي حرم أن يزداد في القرض والسلف على القدر المدفوع وأن يزداد في بيع تلك الأموال بجنسها قدر اليس مثله في الآخر لأنه حينئذ فعل والحكم يتعلق به ولا شك أن في قوله الربا في كل مكيل الأول بغير لفظ محرم لا يراد كل منه إلا أنه كذب على إسقاط لفظ متفاضلاً أو لافائدة فيه بتقدير اثباتها فكان المراد حكم الربا وهو الحرمة أما على استعمال الربا في حرمة فيكون لفظ الربا مجازاً أو على حذفه وإرادته فيكون من مجاز الحذف والربا مراد به الزيادة مبتدأ والمجرور خبره أي حرمة الزيادة ثابتة في كل مكيل ثم قوله (فالعلة الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) مرادها بالفاع لما عرف أن الحكم المرتب على مشتق يوجب كون مبدأ الاشتقاق علة ومساواة 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 إذ يشمل العتد والذرع وليس من أموال الربا أي

كتاب البيوع ومراده بينت فيه ما يحل ويحرم وليس الزهد إلا الاجتناب من الحرام والرغبة في الحلال والربا في اللغة هو الزيادة من ربا المال أي زاد وينسب فيقال ربوي بكسر الراء ومنه الأشياء 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) أي حكم الربا وهو حرمة الفضل والنسيئة جاز في كل ما يكال أو يوزن إذا بيع بمكيل أو موزون من جنسه (فالعلة) أي لوجوب المماثلة هو (الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) قال المصنف (ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل) لأنه 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 جهة تلك الأبواب وليس مما أمر الشارع بمباشرته لأن كون أكثر الأبواب مأموراً بالمباشرة يعني لغرضه (قوله عن العوض المشروط) أقول صفة العوض تدل على تعريف السعناقي في المكاتب بقوله الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه تدبر وذلك عرف المصنف في هذه الصحفة قال المصنف (الربا محرم في كل مكيل) أقول في أكثر النسخ الربا في كل مكيل أو موزون بيع 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 أن يقال الألف 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
وعدا 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 المضاف
وأقيم المضاف اليه مقامه
وأعرب باعرابه ومثله
خبره ومعنى الثاني بيعوا
التمر مثلاً بمثل والمراد
بالمماثلة المماثلة من حيث
الكيل يدل ماروي كدلا
بكيل وكذلك في الموزون
وزنا بوزن فيكون المراد به
ما يدخل تحت الكيل
والوزن لا ما يطلق عليه اسم
الخنطة فان بيع حبة من
خنطة بحبة منها لا يجوز
لعدم التقوم مع صدق
الاسم عليه ويخرج منه
المماثلة من حيث الجودة
والرداة بدليل حديث عبادة
ابن الصامت جيدها وردتها
سواء وكلام رسول الله صلى
الله عليه وسلم ينسب بعضه
بعضا فان قيل تقدير
بيعوا بوجب البيع وهو
مباح آجيب بان الوجوب
مصرف الى الصفة كقولك
مت وانت شهيد وليس المراد
الامر بالموت ولكن بالكون
على صفة الشهداء اذ مات
وكذلك المراد الامر بكون
البيع على صفة المماثلة
(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 وعدا الاشياء الستة الخنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروي
بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلاً ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول
باجماع القاسمين لكن العلة عندنا ما ذكرناه

علة محريم الزيادة كونه مكيا لامع اتحاد البدلين في الجنس فهي علة مركبة (والاصل فيه
الحديث المشهور) أخرج الستة الا 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
بيد ايديا 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 زاد بعد قوله يدا بيد في زاد
أو استزاد فقد أربى وأخرج مسلم أيضاً من حديث أبي سعيد مثله وزاد بعد قوله فقد أربى الا ما اختلفت
الترانه وليس فيه ذكر الذهب والفضة والتقدير في هذه الروايات بيعوا مثلاً بمثل وأما رواية بمثل بالرفع
فهي رواية محمد بن الحسن حدثنا أبو حنيفة عن عطيبة العوفي عن أبي سعيد الخدري
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد والفضة
بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا وهكذا قال الى آخر الستة وكذا ما روي 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 أكثر مما يدا بيد وأمانئمة فلا ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثر مما يدا بيد وأما
النسيئة فلا انتهى ومعلوم أن الجواز في بيع الذهب بالفضة والبر بالشعير لا يقتصر على زيادة الفضة
والشعير بل لو كان الزيد الذهب والبرجاز ولكن ذلك محمول على ما هو المعتاد من تنضيل 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 يقتصر على الاشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها أما الظاهرية فلا تنهون القياس وأما
عثمان البتي فلا يشترط في القياس أن يقوم دليل في كل أصل أنه معلول ولم يظهر له هنا ولا أنه يبطل
العدد ولا يجوز كما في قوله خمس من الفواسق قلنا تعليق الحكم بالمشقة كالطعام في قوله لا يبيعوا
الصاع بالصاعين كما سألني عند الشافعي دليل وستقيم عليه الدليل وأما إبطال العدد فهو بناء على
اعتبار مفهوم المخالفة وهو ممنوع ولو سلم فالقياس مقدم عليه باتفاق القائلين به والابطال الممنوع هو
الابطال بالنقص أما بالزيادة بالعلة فلا وتخصيص هذه الستة بالذكر لان عامة المعاملات الكائنة
يومئذ بين المسلمين كان فيها ومن نقل عنه قصر حكم الربا على الستة ابن عقيل من الحنابلة وهو أيضا
مأثور عن قتادة وطاوس قيل فلنحرم قوله باجماع القاسمين (قوله لكن العلة عندنا ما ذكرناه) يعني
التدر 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 والنص 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 بالمماثلة في
الموزون المماثلة من حيث الوزن بدليل وزنا بوزن حذف قوله بدليل لدلالة سياق الكلام على تقديره

(وعند الشافعي الطم في المطعومات والتمنية في الايمان والجنسية شرط) لعل العلة عملها حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده الا عند وجود الجنسية وحيداً لا يكون لها اثر في تحريم النساء ولو سلم هرويا في هروى جاز عنده وعندنا لم يجوز لوجود أحد وصفي العلة وسيأتي (والمساواة مخلص) يتخلص بها عن الحرمة لانه أى الشارع نص على شرطين التقابض والمماثلة لانه قال بدأ بعد مثلاً على منصوص بان على الحال والاحوال شروط هذا في رواية النصب وفي رواية الرفع يقال معناه على النصب لانه عدل الى الرفع للدلالة على الثبوت (وكل ذلك) أى كل من الشرطين (يشعر بالعزة (٢٧٦) والخطر كالشهادة في النكاح) فإذا كان عزيزاً خطيراً (يعمل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة

وعند الشافعي رحمه الله الطم في المطعومات والتمنية في الايمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعمل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطم لبقاء الانسان به والتمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك) أى في اظهار الخطر والعزة (فجعلناه شرطاً) والاصل ان العلة انما تعرف بالتأثير وللطم والتمنية أثر كذا ذكرناه وليس للجنسية أثر لكن العلة لان لكل الا عند وجود الجنس فكان شرطاً لان الحكم يدور مع الشرط ووجوده عنده لا وجوداً بله (ولنا ان الحديث أوجب المماثلة شرطاً في البيع) بقوله مثلاً على ما هو انه حال بمعنى مماثلاً والاحوال شروط (و) وجوب المماثلة (هو المقصود بسوق الحديث) لاحد معان ثلاثة (لتحقيق معنى البيع فانه ينبي عن التقابل) وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتماثل لانه لو كان أحدهما أنقص من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه (أوصيانة لاموال الناس عن التوى) لان أحد البدلين اذا كان أنقص من الآخر كان

وعند الشافعي رحمه الله الطم في المطعومات والتمنية في الايمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعمل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطم لبقاء الانسان به والتمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك) أى في اظهار الخطر والعزة (فجعلناه شرطاً) والاصل ان العلة انما تعرف بالتأثير وللطم والتمنية أثر كذا ذكرناه وليس للجنسية أثر لكن العلة لان لكل الا عند وجود الجنس فكان شرطاً لان الحكم يدور مع الشرط ووجوده عنده لا وجوداً بله (ولنا ان الحديث أوجب المماثلة شرطاً في البيع) بقوله مثلاً على ما هو انه حال بمعنى مماثلاً والاحوال شروط (و) وجوب المماثلة (هو المقصود بسوق الحديث) لاحد معان ثلاثة (لتحقيق معنى البيع فانه ينبي عن التقابل) وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتماثل لانه لو كان أحدهما أنقص من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه (أوصيانة لاموال الناس عن التوى) لان أحد البدلين اذا كان أنقص من الآخر كان

التبادل مضياً للفضل ما فيه الفضل (أو تميماً للقائدة باتصال التسليم به) أى بالمماثل يعنى ان في التقدين لكونهما الاشياء لا يتعينان بالتعيين بشرط المماثلة فيضاً بعد مماناة كل منهما الا تخلفتم فائدة العقد وهو ثبوت الملك وفيه نظر لانه خارج عن المقصود اذا المقصود بيان وجوب المماناة بين العوضين قدر الابان المماناة من حيث القبض والاولى أن يقال لو لم يكن أحد العوضين مماثلاً لآخر لم تتم الفائدة بالقبض لانه اذا كان أحدهما أنقص يكون نفعاً في حق أحد المتعاقدين وضراً في حق الآخر واذا كان مثلاً

(قوله وحيداً لا يكون لها اثر في تحريم النساء) أقول ضميرها راجع الى قوله والجنسية شرط الخ

لا تخفى يكون نفعاً في حقها فمكون الفائدة ثم بعد القبض لكونه نفعاً في حقهما جميعاً ولقائل أن يقول هذه الواجهة الثلاثة المذكورة لا تتوفر في التماثل مما يجب تحققه في سائر البياعات لأنها لا تنفك عن التقابل وصيانة أموال الناس عن التوى وتيمم الفائدة مما يجب فيجب التماثل في الجميع لثلاثه العلة عن المعول والجواب ان موجبه في الراه والنص والوجوه المذكورة حكيمه لاعلمته ليتصور الخلف واذا ثبت اشتراط المماثلة لم عند فوات حرمة الر بالان المشروط ينتفي عند انتفاء شرطه ولقائل أن يقول انما تنزيم حرمة الر باعند فوات شرط الحل ان لم توجد الواسطة بين الحل والحرمة وهو ممنوع لان الكراهة واسطة بين الحل والحرمة ويمكن أن يجاب عنه بان المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة فعند انتفاء الحل يثبت الحرام لغيره وقد قررناه في التقرير على وجه أتم فليطلب عنه (قوله والمماثلة بين الشيتين) بيان عليية القدر والجنس لوجوب المماثلة بين الشيتين وذلك لان المماثلة بين الشيتين (باعتبار الصورة والمعنى) وهو واضح (والمعيار يسوي الذات) أي الصورة (والجنسية تسوي المعنى) فان كلام من يرساوى كيداً من درمن حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى وكذلك قفيز حنطة بقفيز شعير يتساوى بان صورة لا معنى ولقائل أن يقول (٢٧٧) قد تبين ان المماثلة شرط لجواز

البيع في الربويات وعلتها وما بالقدر والجنس فكان ذلك تعليلاً لاثبات الشرط وذلك باطل والجواب أن التعليل للشرط لا يجوز لاثباته ابتداءً وأما بطريق التعديدية من أصل فيجوز عند جمهور الأصوليين وهو اختصار الامام المحقق فخر الاسلام وصاحب الميزان وما نحن فيه كذلك لان النص اوجب المماثلة في الاشياء السبعة شرطاً فانتمناه في غيرها تعديدية فكان جائزاً فاذا ثبت وجوب المماثلة شرطاً وهي بالكيل والجنس (يظهر الفضل على ذلك فيتحقق الر بالان الراه والفضل المستحق لاحد المتعاقدين

والمماثلة بين الشيتين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الر بالان الراه والفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتاً واعرفاً ولان في اعتباره سبب البياعات الاشياء متلاجهل وبهذا تبين أن الاباحة في بيع الاموال الربويه بعضها ببعض هي الاصل وقوله لا يتبعوا الطعام الحديث انما ينصرف النهي الى ما بعد الاخذ وما جاز يذالرا بكا وحاصله الامر بالتسوية عند بيعها ولا شك أن في ايجاب المماثلة تحقق المعنى البيع المنبئ عن التقابل اذ كان عقد معاوضة فاسم تدعى شيتين كما ان المماثلة تستدعي شيتين وكذلك تحقيق معناه بالتماثل فان كلامهما مساو للاخر في كونه مستدعي العقد فسوي بينهما في المماثلة عند اتحاد الجنس في القدر ليمعنى البيع (أو) اوجب المماثلة (صيانة لاموال الناس عن التوى) فانه اذا قوبل بجنسه قابل كل جزء كل جزء فاذا كان فضل في أحدهما صار ذلك الفضل تاوياً على مال الكه فله صيانة أموال الناس عن التوى اوجب المماثلة بخلاف ما اذا قوبل بالمال بغير جنسه فانه لا يتحقق فيه جزءه بل يجزء من الآخر فلا يتحقق التوى الا عند المقابلة بالجنس مع تحقق الفضل في احدي الجهتين ثم من تتسيم التماثل المساواة في التقابض فان الحال مزينة على المؤخر في ايجاب التقابض أيضاً لذلك وبه ظهر قصد المدغمه في الصيانة عن التفاوت حفظاً عليهم أموالهم (والمماثلة بين الشيتين) تمامها (باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات) أي الصورة (والجنسية تسوي المعنى فيظهر بذلك الفضل فيتحقق الر بالان الراه والفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه) أي في العقد وعلمت أن الخلو في المعاوضة لا يتحقق الا عند المقابلة بالجنس فلزم ما قلنا من الكيل أو الوزن مع الجنس (ولم يعتبر) في اثبات المماثلة عدم تفاوت (الوصف) اما (لانه لا يعد تفاوتاً واعرفاً) وفيه نظر (أولان في اعتباره سبب البياعات) وهو الوجه لانه قليلاً يخلو عوضان من جنس عن تفاوت تاماً يعتبر وقوله

في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه) أي في العقد قال (ولا يعتبر الوصف) بجوز ان يكون جواب سؤال تقريره ان المماثلة كما تكون بالقدر والجنس تكون بالوصف وتقرير الجواب ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتاً واعرفاً فان استوت الذاتان صورة ومعنى تساوى في المالية والفضل من حيث الجودة ساقت العبرة في المكيالات لان الناس لا يعدون ذلك الامن باب اليسير وفيه نظر لانه لو كان كذلك لما تناضلا في القيمة في العرف (أولان في اعتباره سبب البياعات لان الحنطة لا تكون مثلاً للحنطة من كل وجه والمراد البياعات الربويات لا مطلق البياعات لان في اعتبار الجودة في الربويات ليس سبباً مطلق البياعات

(قوله ولقائل أن يقول الى قوله لانها لا تنفك عن التقابل) أقول فيه بحث فانه اذا لم يتحد الجنس لا يظهر انتفاء التقابل والتوى وانتفاء تيمم الفائدة (قوله ولقائل أن يقول انما تنزيم حرمة الر باعند فوات شرط الحل) أقول اذا كان مراعاة شرط الحل واجبا على ما يدل عليه الحديث فترك الواجب حرام لا مكره (قوله ويمكن أن يجاب عنه بان المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة) أقول فيه بحث فان الحرام ما ثبت بدليل قطعي والمكروه هو الثابت بنظني كالفرض والواجب الا يرى الى مقابلة البيع المكروه بالفاسد فيما سبق (قوله ولقائل ان يقول قد تبين ان المماثلة الى قوله بالقدر والجنس الخ) أقول فيه بحث فان المعلل هو وجوب المماثلة لانفسها

أو لقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديتها سواء والطعم والثمنية 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 المكمل أو الموزون بجنسه مثلًا بمثل جازا ببيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار ألا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلًا بمثل كيلًا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن (وان تفاضلا لم يجز) التحقق الربا (ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربا المثلًا بمثل) لاهدار التفاوت في الوصف

صلى الله عليه وسلم جيدها ورديتها سواء ان صح ببقائه والافه وهو مفاد من حديث بيع التمر بالجنيب والاجماع عليه وعلة اهداره ما ذكرنا وعندنا مثل هذا الكلام يتبادر ان المتناظرين لم يتوارد على محل واحد فان الشافعي وكذا مالك عينو العلة بمعنى الباعث على شرع الحكم وهو لاء عينوا العلة بمعنى المعرف للحكم فان الكيل يعرف المماثلة فيعرف الجواز وعدمها فيعرف الحرمة فالوجه ان يتحد المحل وذلك بجعلها الطعم والاقنيات الى آخر ما ذكرنا وعندنا هي قصد صيانة أموال الناس وحفظها عليهم وظهور هذا القصد من ايجاب المماثلة في المقدار والتفاضل أظهر من أن يخفى على من له أدنى اب فضل عن فقيهه 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 والكل 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 يسمىونه طعاما ولا يفهمونه من انفظ الطعام ألا ترى أن ما كلفا فيما قدمنا أجاز لتصرف في كل مبيع قبل القبض سوى الطعام قال لانه صلى الله عليه وسلم خصه بالذ كرو لم يرد كل ما يؤكل أو يشرب من البقل والماء والطين الارمني وهو صحيح لولا دليل آخر معه والحاقه بالبيع فيه خلل لان البضع مصون شرعا وعرفا وعادة عن الابتدال والاباحة فكان الاشتراط من تحقيق غرض الصيانة بخلاف باقي الاموال فان أصلها الاباحة ويوجد كثير منها ما باح حق الذهب والفضة وانما يلزم فيها العقد بعد تعلق حق انسان به دفعا لمفسدة التغالب فوضعها على ضد وضع البضع من الابتدال والامتنان دفعا للحوادث الاصلية فالخافه با غير صحيح الا أنهم لما حصروا المعرف في الكيل والوزن أجازوا ببيع ما لا يدخل تحت الكيل مجازفة فأجازوا ببيع التفاحة بالتفاحتين والحفنة من البر بحتنتين لعدم وجود المعيار المعرف للمساواة فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف لا بالمثل وهذا في غير الجوز من العددي المتقارب أما فيه فكلام غير الاسلام أن الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان وكذا التمرة بالتمر لاني حكم الربا لان الجوزة ليست مثلا للجوزة لعدم دليل المماثلة ولو وجود التفاوت الا أن الناس أهذروا التفاوت فقبل في حقهم وهو ضمان العدوان فأما في حق الشرع وهو وجوب التسوية فلا ومن فروغ ضمان ما دون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن قيمتها فان أبي الآن يأخذ عينها أخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها وعند الشافعي لما كانت الطعم حرم الحفنة والتفاحة بشنتين وقالوا ما دون نصف صاع في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه فعرف أنه لو وضعت مكابيل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل به وهذا اذا لم يبلغ أحد البدلين نصف صاع فان بلغ أحدهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعدا بحفنة وفي جمع التفاريق قبل لارواية في الحفنة بقتير واللب بالجوزة والصحيح ثبوت الربا ولا يسكن الخاطر الى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد الى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفتين أما ان كانت مكابيل أصغر منها كما في دينارنا من وضع ربع القدرح وعن القدرح المصري فلا شك

(أو لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديتها سواء) قال (والطعم والثمنية) جواب عن جعله الطعم والثمنية علة للحرمة وتقريره ان ذلك فاسد لانهم ما يقتضيان خلاف ما أضيف اليهما لانهم ما كانا من أعظم وجوه المنافع كان السبيل فيه الاطلاق لشدة الحاجة دون التضييق الا ترى ان الحاجة اذا اشتدت أثرت في اباحة الحرام حالة الاضطرار فتكيف 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 المنفعة فلا تكون المساواة مخلصا عن الحرمة (واذا ثبت ما ذكرنا من تقرير الاصل من الجنائين نقول اذا بيع المكمل أو الموزون بجنسه مثلًا بمثل) أي كيلًا بكيل أو وزنا بوزن (جاز البيع) لوجود مقتضى وهو المبادلة المعهودة في العقود مع وجود شرطه وهو المماثلة في المعيار كما ورد في المروي وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربا بانتفاء الشرط والجوزة ساقطة فلا يجوز بيع الجيد بالردي الامتثال

قال (ويجوز بيع الحفنة بالحفتين) أى وعمما يرتب على الاصل 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 فتنتفى المماثلة فينتفى تحقق الفضل واستوضح ذلك بقوله (ولهذا) أى ولان الحفنة والحفتين لم تدخل تحت الميعار الشرعى ولهذا (كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف) لامتثالها لوقبيت مكيلة أو موزونة لوجب مثلها فان المكيلات (٢٧٩) والموزونات كلها من ذوات

الامتثال دون القيم وعند الشافعى رضى الله عنه لا يجوز لان علة الحرمة وهو الطعم وقد رجحت والمخلص المساواة ولم توجد وعلى هذا لا يجوز عنده بيع حفنة بحفنة وتفاحة بتفاحة لوجود الطعم وعدم المساوى وما دون نصف صاع فهو فى حكم الحفنة فالوباع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عنده لانه لا تقدر فى الشرع بمدونه وأما اذا كان أحد البديلين بلغ حد نصف الصاع والاخر لم يبلغه فلا يجوز كذا فى المسوط ومن ذلك ما اذا تبايعا مكىلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالخض والخض والحديد فإنه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والتمنية قال فاذا عدم الوصفان اذا ثبت ان علة الحرمة (عدم العلة) فانها تؤثر لعدم 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) حرم التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم (هرويا فى ثوب هروى) فى صورة اتحاد الجنس مع عدم المضموم اليه من الكيل أو الوزن لا يجوز وكذا اذا باع عبد عبد 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 المسوى وكذا حديد فى رصاص ومقتضاه أن لا يجوز فلوس فى خبز وخضوه فى زماننا لانهما وزنية (حرمه ربا الفضل بالوصفين) جميعا (وحرمة النساء بأحدهما)

(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 الطعم والمخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف الصاع فهو فى حكم الحفنة لانه لا تقدر فى الشرع بمدونه ولتبايعا مكىلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالخض والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والتمنية قال (واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء) لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجد حرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم هرويا فى هروى أو حنطة فى شعير حرمة ربا الفضل 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 حرم فى الكثير فالقليل منه حرام (و) يتفرع على الخلاف ما لو تبايعا مكىلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالخض والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر (والجنس) مع التفاضل على ما قررناه للصيانة (وعنده يجوز لعدم الطعم والتمنية) هذا ولكن يلزم على التعليل بالصيانة أن لا يجوز بيع عبد بعبدين وبغير بيعين وجوازه مجمع عليه اذا كان حالا فان قيل الصيانة حكمة فتناط بالمعرف لها وهو الكيل والوزن فلما التماثل عند خفاء الحكمة وعدم انضباطها ووصون الممالظاها منضبط فان المماثلة وعدمها محسوس وبذلك تعلم الصيانة وعدمها غير أن المذهب ضبط هذه الحكمة بالكيل والوزن تفاديا عن نقصه بالعبد بعبدين وثوب هروى بهروى وفى الاسرار ما دون الحبة من الذهب والفضة لاقية له (قوله) واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه (وهو القدر (حل التفاضل والنساء) كبيع الحنطة بالدرهم أو الثوب الهروى بهروى بين إلى أجل والجوز بالبيض إلى أجل (عدم العلة المحرمة) وعدم العلة وان كان لا يوجب عدم الحكم لكن اذا تحدث العلة لزم من عدمها العدم لا بمعنى 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) حرم التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم (هرويا فى ثوب هروى) فى صورة اتحاد الجنس مع عدم المضموم اليه من الكيل أو الوزن لا يجوز وكذا اذا باع عبد عبد 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 المسوى وكذا حديد فى رصاص ومقتضاه أن لا يجوز فلوس فى خبز وخضوه فى زماننا لانهما وزنية (حرمه ربا الفضل بالوصفين) جميعا (وحرمة النساء بأحدهما)

فالاول ما تقدم والثانى يظهر عنده حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة وتحقيقه ما أشار اليه بقوله (والاصل فيه الاباحة) يعنى اذا كانت أصلا وقد تركزت لوجود العلة التى هى القدر والجنس يظهر عندهما العدم يثبت شيئا فاذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء (مثل أن يسلم هروى بهروى أو حنطة فى شعير حرمة الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما) حتى لو باع عبد عبد 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 الهروري بالهر وبين والعبد بالعبدين (فالشبهة أولى) قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكري في عدم تحريم النساء زيادة فائدة فان القدر عنده كذلك فانه يجوز اسلام الموزونات في الموزونات كالخدي والرصاص ويمكن أن يقال انما خصه بالذكري لان الحكم وهو حرمة النساء انما لم يوجد عنده في صورة الجنس وأما في صورة القدر فقد وجد فانه لا يجوز بيع الذهب بالفضة نسبة وكذا بيع الخنطة بالشعير وان كان علة ذلك عند غير القدر وهو أن التقابض شرط في الصرف وبيع الطعام عنده ولنا ما قال المصنف رحمه الله من انه مال الربا من وجه وتحقيقه ما ثبت ان في باب الربا حقيقة وشبهة لا نزاع في ذلك والشبهة اذا انفردت عن الحقيقة يحتاج الى محل وعلة كالحقيقة ولا يجوز أن يكون محلها وعلمها محل الحقيقة وعلتها او الالكات حقيقة أو مقارنة لها وهو خلاف الفرض فلا بد من شبهة محل وشبهة علة وما يجري فيه الربا بالنسبة مال الربا من وجه نظر الى ان القدر يحجمهما كما في الخنطة مع الشعير أو الجنس كالهروري مع الهروري اذا كان أحدهما نقدا والآخر نسبة وكل علة ذات وصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة الا بهما فكل منهما شبهة العلية وشبهة العلة تثبت بها شبهة الحكم والنقدية أوجبت فضلا في المالية فتتحقق شبهة الربا في محل صالح بعلة صالحة لها وشبهة الربا مانعة كالحقيقة وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قيل ان كونه من مال الربا من وجه شبهة وكون النقدية أوجبت فضلا شبهة فصارت شبهة الشبهة والشبهة (٢٨٠) هي المعتبرة دون النازل عنها والثاني أن كون شبهة الربا كالحقيقة اما أن يكون

مطابقا أو في 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 وعلة شبهة أخرى وهي التي في العلة وشبهة العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم لاشبهة الشبهة وعن الثاني ان القسمة 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 وجه نظر الى القدر أو الجنس والنقدية أوجبت فضلا في المالية فتتحقق شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة والنساء بالمسديس غير (وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم نساء) لانه دليل عليه وأيضال الدليل على نفيه وهو ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهم ما أنه صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فأمرني أن اشتري بعيرا ببعيرين الى أجل وهوذا يكون سلما وعن ابن عمر أنه باع بعيرا بأربعة الى أجل وعن علي رضي الله عنه انه باع بعيرا يقال له عصفور بعشرين بعيرا الى أجل والمعنى أن التأجيل في أحد البلدين يظهر التفاوت فيه حكما والتفاوت حقيقة أكثر تأثيرا منه حكما فاذا كان التفاوت حقيقة في هذه الاموال بأن باع الواحد بالاثنتين لا يؤثر في منع الجواز بالاتفاق حتى جاز هذا البيع اذا كان حال اتفاقا فالشبهة التفاوت حكما أولى وهذا معنى قول المصنف لان بالنقدية الى آخره (ولنا انه مال الربا نظر الى القدر والجنس) وعرف أن (النقدية أوجبت فضلا في المالية) حتى تعورف البيع بالحال بأنقص منه بالموجب (فتحقق) بوجوده (شبهة) علة (الربا) فتثبت شبهة الربا (وشبهة الربا مانعة كالحقيقة الربا) بالاجماع على منع بيع الاموال الربوية بمجازفة وان ظن التساوي وعائلت الصبرتان في الربوية وليس

مهما اذا وجدت العلة بكما لها فان قيل ما بال المصنف رحمه الله يستدل للجانبين بالحديث التي تدل على كل واحد فبه منهما كما استدلل بعض الشارحين بما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فأمرني أن اشتري بعيرا 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 منعنا 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 لا في شبهتها

(قوله وان كان علة ذلك غير القدر الخ) أقول اذا كان علة ذلك عند 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 بالخ) 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 الهروري بالهر وبين والعبد بالعبدين فما ذكره الشارح مغالطة لا يجدي شيئا الا ترى الى قول المصنف بعد سطوره في هذا الوباغ الخنطة بجنسها الى ان قال لتوهم الفضل فليستأمل (قوله وهو ما ذكرنا) أقول يعني قوله قبل تسعة أسطر تخميننا وهو قوله ما يجري فيه الربا بالنسبة مال الربا من وجه الخ (قوله فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق احتمال التأويلات منعنا عن ذلك) أقول اذا تعارض المحرم والمبيح فالترجيح للمحرم احتياطاً على ما فصل في كتب الاصول وهذا يكفي في الاستدلال لنا والشافعية يستدلون بما روى عن عبد الله كما لا يخفى على من نظرت 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 النساء فان ذلك يقتضي عدم اسلام النقود في الزعفران لو جود الوزن كاسلام الحديد في الصفر فاستثنى الزعفران ونحوه كالفطن والحديد لانه وان جمعها الوزن لكنهما مختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه أما الاول فلا تان الزعفران يوزن بالامناه والنقود بالصنجات وهي معربة ٣ سنك تزون ونقل عن الفراء أن السين افصح ونقل عن ابن السكيت الصنجات ولا يقال بالسين وأما الثاني فلان الزعفران مثنى يتعين بالتعيين والنقود مثنى لا يتعين بالتعيين وأما الثالث فلا تان لو باع بالنقود موازنة بأن يقول اشترت هذا الزعفران (٢٨١) بهذا التقدا 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 ليجمعهما القدر من
كل وجه فتنزل 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 كونها موزونين فقد
جمعها الوزن لان انطلاق
الوزن عليهما ما حينئذ
لاشتراك 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
نقول انفاقهما في الوزن
صورة لا معنى وحكم الا اذا
حمل قوله صورة على أن
معناه صفة كما قال في أول
التعليل في صفة الوزن

الا انه اذا سلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعها الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان
الزعفران يوزن بالامناه وهو مثنى يتعين بالتعيين والنقود يوزن بالصنجات وهو عن لا يتعين بالتعيين
ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا
فيه صورة ومعنى وحكم ليجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة
فيه الاشبهة ثبوت الفضل بل قالوا لو تباعا بمجازفة ثم كيل بعد ذلك فظهر امتساويين لم يجز عندنا أيضا
خلاف الزنزان العلم بالمساواة عند العقد بشرط الجواز لثبوتها صلى الله عليه وسلم عن الربا والريبة وكذا
الاتفاق على أنه لا يجوز بيع الخنطبة بالشبهية 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
تحرير النسبية وكذا ما تقدم من رواية أبي داود لقوله صلى الله عليه وسلم ولا بأس ببيع البر بالشبهية
والشعير أكثرهما يدا بيد وأما النسبية 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 نسبة
فقام دليله على أن وجود أحد جزأى علة الر باعلة لتحرير النساء ثم عللنا بأن فيه شبهة الربا أعني الفضل
وانما قلنا هذا لان مقتضى ما ذكر من أن للشبهة حكم الحقيقة أن يحرم بأحد الوصفين التفاضل أيضا لان
لشبهة 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 ما بأن ذلك كان
قبل تحرير الربا ولما كان مقتضى ما ذكر أن لا يجوز اسلام النقود من الدراهم والدنانير في الزعفران
وفي سائر الموزونات كالفطن والحديد والتمحاس وهو جائز بالاجماع أجاب بالفرق بأن الوزن في النقود
وفي تلك الاموال مختلف فانه في النقود بالمثاقيل والدراهم بالصنجات وفي الزعفران بالامناه والقبان وهذا
اختلاف في الصورة بينهما وبينها ما اختلاف آخر معنوي وهو أن النقود لا يتعين بالتعيين والزعفران
وغيره يتعين وآخر حكمي وهو انه لو باع النقود موازنة وقبضها كان له أن يبيعها قبل الوزن وتفسيره لو
اشترى دراهم أو دنانير موازنة فوزن البائع بغيبة المشتري وسلمها فقبضها جاز له أن يتصرف فيها قبل
وزنها ثانيا وفي الزعفران ونحوه يشترط إعادة الوزن في مثله (فاذا اختلفا) أي النقود والزعفران ونحوه
(فيه) أي في الوزن (صورة ومعنى وحكم ليجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة
وهي غير معتبرة) وقوله صورة ومعنى وحكم ليجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة
وعدمه لا يتعلق بالوزن وليس الاختلاف باعتبارها اختلافا في معنى الوزن وكذا الاول فان الزعفران
والمسك والزباد يوزن بالصنجات أيضا وكذلك الاخير بل لا فرق بين النقود وغيره في ذلك
وقوله وفي الزعفران واشباهه لا يجوز ان اراد أنه بعد ما تزنه من بئسه وقبضه ليس له أن يبيعه حتى

(٣٦ - فتح القدير خامس) فذلك اعتبارا زائد على ما ذكره شمس الأئمة وقال العراقيون في وجه ذلك انما جاز لان
الشرع رخص في السلم والاصل في رأس المال هو النقود فلم يجوز لوجود أحد الوصفين لانسداد باب السلم في الموزونات على ما هو الاصل
والغالب فأثر شرع الرخصة في التصور وهذا ظاهر من الفرق قال شمس الأئمة ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص العمل وللسان نقول به
(قوله وأما الثاني فلان الزعفران مثنى الخ) أقول لا يظهر كون هذا الاختلاف في معنى الوزن بل ذلك اختلاف معنوي بين الموزونين (قوله
لان انطلاق الوزن عليهما حينئذ بالاشتراك اللفظي) أقول لا يخفى عليك ان نقي اشتراك معنى الوزن مما يتبناه البدئية

قال (وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيبال فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الخنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبدا وان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة) لان النص أقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى

(قال وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيبال) 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 والاقوى لا يترك بالادنى

يعيد الوزن ممنوع بل له أن يبيعه موازنة من آخر ثم يلزم بعده هذا البيع أن يرتبه الاخر يسلمه اليه ليصح تصرف الاخر فيه وكذا نقول في الدراهم اذا قبضها او اما أن يقال اذا باع بالدراهم حتى كانت ثمتا أو باعها له أن يتصرف فيها قبل قبضها بخلاف الزعفران لانه مبيع وذلك ثمن ويجوز التصرف في الثمن قبل قبضه بخلاف المبيع وعلى تقدير هذا الاختلاف الحكيم وحده لا يوجب اعتباره غير مشارك له في أصل الوزن واذا ضيف هذا فالوجه في هذا أن يضاف تحريم الجنس بانفراده الى السمع كما ذكرنا ويلحق به تأثير الكيل والوزن بانفراده ثم يستثنى اسلام النقود في الموزونات بالاجماع كي لا ينسد أكثر أبواب السلم وسائر الموزونات بخلاف النقل لا يجوز أن تسلم في الموزونات وان اختلفت اجناسها كاسلام حديد في قطن أو زيت في حين 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 اتحاد الجنس وكذا يجوز بيع انا من غير النقود من جنسه يدا بيده فحاشا كان أو حديد او ان كان أحدهما أثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فالذي يجري فيه بالفضل وان كانت لا تباع وزنا لان صورة الوزن منصوص عليها فيهما 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 امتناع كون النقود مسلمة لان المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمنية وهل يجوز بيعها قيل ان كان بلفظ البيع يجوز بيعها بمن مؤجل وان كان بلانظ السلم فقد قيل لا يجوز وقال الطحاوي ينبغي أن ينعقد بيعها بمن مؤجل وهذا واختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود فالخنطة والشعير جنسان عندنا وعند الشافعي وقال مالك جنس واحد حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لان اسم الطعام يقع عليهما فلنا بل جنسان لانهما مختلفان اسما ومعنى وافراد كل عن الآخر في قوله صلى الله عليه وسلم الخنطة بالخنطة والشعير بالشعير يدل على أنهم ما جنسان والاقال الطعام بالطعام وكون اسم الاعم يصح الطلاقة على الاخص لا يوجب أن جميع ما يصدق عليه يكون متماثلا كالحيوان يطلق على أمور متباينة بلا شك كالانسان والفرس ولم يلزم من ذلك أن يكون جنسا واحدا بالمعنى الفقهي والثوب الهروي والمروى وهو بسكون الراء جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثوب بها وكذا المروى المنسوج ببغداد وخراسان واللبد الارمني والطالقاني جنسان والتمر كله جنس واحد والحديد والرصاص والشبهه اجناس وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضأن والمعز والالسة والاعم وشحم البطن اجناس ودهن البنفسج والخيري جنسان والادهان المختلفة اصنافا ولها اجناس ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لان الطيب زيادة (قوله وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيبال فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه) حتى لا يجوز بيعه وزنا وان تماثلا في الوزن الا ان علم أنهم ما 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 كتعارف أهل زماننا في اخراج الشموع والسرغ الى المقابر الى العيد والنص بعد ثبوته لا يحتمل 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

رواه يونس عليه وهو محمول على عادات الناس (ص ٣٨٣) وعن أبي يوسف رحمه الله اعتبار (٣٨٣) العرف على خلاف المنصوص عليه
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
تبديت فيجب أن يثبت
الحكم على وفاق ذلك (وعلى
ذلك لو باع حنطة بنفسها
متساويا وزنا أو ذهباً بنفسه
متماثلاً كيلاً) حاز عنده
اذا تعارفوا ذلك ولا يجوز
عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما
الله وأن تعارفوا ولو توهم
الفضل على ما هو المعيار
فيه كما اذا باع مجازفة لكن
يجوز الاسلام في الحنطة
وتحوها وزنا على ما اختاره
الطحاوي لوجود الاسلام
في معلوم فان المماثلة ليست
باعتبارية فيها انما الاعتبار هو
الاعلام على وجه يتق
المنازعة في التسليم وذلك
كما يحصل بالكيل يحصل
بذ كر الوزن وذ كر في التمتة
انه ذ كر 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 تبديت
أقول استقرض الدراهم
عددا وبيع الدقيق وزنا

(ومالم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس) لانها دلالة وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف
المنصوص عليه ما أيضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبديت فعلى هذا
لو باع الحنطة بنفسها متساويا وزنا أو الذهب بنفسه متماثلاً كيلاً لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك
لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجب وزنا لاسلام في الحنطة وتحوها 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 موز ونامساو بالاجوز (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 أو الوزن فيه ما كان في ذلك الوقت الا لان العادة اذ ذلك بذلك
(وقد تبديت) فتبدل الحكم وأجيب بأن تقريره صلى الله عليه وسلم اياهما على ما تعارفوا من ذلك
بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف لان العرف لا يعارض النص كما ذكرناه آنفا كذا وجهه ولا
يجزى ان هذا لا يلزم بأبي يوسف لان تصاراه 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 حيا لنص عليه على وزن
ما ذكرناه في سنية التراب مع أنه صلى الله عليه وسلم لم يواظب عليه بل فعله مرة ثم تركه لكن لما بين عذر
خشية الافتراض على معنى لولاه لو اظبح حكم بالسنية مع عدم المواظبة لانا أمنان من بعده النسخ في كتماننا
بالسنية فكذا هو تغيرت تلك العادة التي كان النص باعتبارها الى عادة أخرى تغير النص والله أعلم
(فعلى هذا لو باع الحنطة بنفسها متساويا وزنا أو الذهب بنفسه متماثلاً كيلاً لا يجوز عندهما) أي
عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل في أحدهما) وقوله (الا أنه
الى آخره) استثناء على قوله ما من قوله فهو مكمل أي يلزم أن يتصرف فيه بالكيل أبدأ فهو
بعمومه يمنع السرف في الحنطة وتحوها وزنا فاستثناءه وقال يجوز ذلك لان المصحح فيه كون المسلم فيه معلوما
على وجه لا يكون بينهما فيه نزاع وذلك يتحقق بانفاقهما على الوزن بخلاف بيعها بنفسها فان
المصحح هناك التماثل بالمسوى الشرعي المعين فالم يكن ذلك المسوى التحق بالخزاف فلا يجوز وهذا
مختار الطحاوي وروى الحسن عن أصحابنا رحمهم الله أنه لا يجوز لانهم مكيل بالنص والحاصل أن
فيه روايتين والفتوى على الاول وقد عرفت الفرق وقوله في السكافي الفتوى على عادة الناس يقتضى
أنهم لو اعتادوا أن يسلموا فيها كيلا فلا بأس ولم يزلوا لا يجوز ولا ينبغي ذلك بل اذا اتفقا على معرف كبل أو
وزن ينبغي أن يجوز لوجود المصحح وانتفاء المانع وفي جمع التفاريق روى عنهم ما جواز السلم وزنا في
المكيلات وكذا عن أبي يوسف في الموزونات كيلا انه يجوز وكذا أطلقه الطحاوي فقال لا بأس بالسلم
في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا هذا الذي ذكره فرق بين الكيل في اتصال الوزن عادة وقلبه فأما الوزن
نصا وعادة كالأنايين من جنس واحد حديد أو ذهب أو فضة أحدهما أكثر وزنا من الآخر
ففي الأنايين من غير النقدين يجوز بيع أحدهما بالآخر اذا كانت العادة أن لا يساعان وزنا لانه
عددي متقارب وفي أواني الذهب والفضة لا يجوز فانه يجري فيهما بالفضل وان كانت لا تباع وزنا
في العادة فان الوزن في الذهب والفضة منصوص عليه فلا يتغير بالصنعة بالعادة وأما في الحديد وتحوه

على ما هو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبنيا على هذه الرواية

قال المصنف (وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه الخ) أقول استقرض الدراهم عددا وبيع الدقيق وزنا على
ما هو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبنيا على هذه الرواية

هي وزن سبعة مثاقيل
وذكر في الصحاح أنه أربعون
درهما والظاهر أنها تختلف
بالزمان والمكان وكل ما يباع
بالاواقي فهو وزني لانها
قد تدرت بطريق الوزن
اذ تعدلها انما يكون بالوزن
ولهذا ينسب ما يباع
بالاواقي وزنا بخلاف
سائر المكاييل متصل بقوله
لانها قد تدرت يعني أن سائر
المكاييل لو تعدت بالوزن
فلا يكون للوزن فيه اعتبار
وعلى هذا اذا بيع الموزون
بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال
مثله لا يجوز اتوهم الفضل
في الوزن بمنزلة المجازفة ولو
كان المبيع مكيلا جازوا انما
قيد بقوله بمكيال لا يعرف
وزنه لانه اذا عرف وزنه جاز
قال في المبسوط وكل شيء
وقع عليه كيل الرطل فهو
موزون ثم قال يريده الادهان
ونحوها لان الرطل انما يعدل
بالوزن الا أنه يشق عليهم وزن
الدهن بالامناء والسنجات
في كل وقت لانه لا يستمسك
الاقاق وعام في وزن كل وعاء
خرج فانخذ الرطل في ذلك
ينسب اعرافنا أن كل الرطل
يباع موزون بخارج يبيع
الموزون به والاسلام فيه
بذكر الوزن قال (وعقد
الصف ما وقع على جنس
الاثمان الخ) عقد الصف
ما وقع على جنس الاثمان
وهي النقود يعتبر فيه

قال (وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني) معناه ما يباع بالاواقي لانها قدرت بطريق الوزن حتى
يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو يبيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال
مثله لا يجوز اتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال (وعقد الصف ما وقع على جنس الاثمان
يعتبر فيه قبض عوضه في المجلس)

فالوزن فيه ثابت بالعرف فيخرج بالصنعة أياضاً من أن يكون موزوناً بالعرف (قوله وكل ما ينسب
الى الرطل فهو وزني) هذا في التحقيق تفسير لبعض ألفاظ ربما ينسب اليها المبيع بلفظ بقدر ولم يشتر
فيها انما السير جمع الى الوزن كما اشترى في المن والقنطار أو الى الكيل في الصاع والمد فلا يدري أهذه
الاسماء من قبيل الوزن فيجوز حكم الوزن على المبيع أو المكمل فيجوز عليه حكم الكيل وذلك كاسم
الرطل وهو بفتح الراء وكسرها والاوقية فأفاد أن المنسوب اليها من المبيعات وزني فيجوز عليه ذلك فلو
يباع ما ينسب الى الرطل والاوقية كميلا بكيل متساو بين يعرف قدرهما كميلا ولا يعرف وزنا ما يحلها
لا يجوز لاحتمال عدم تساويهما في الوزن فيكون يبيع الخراف ولو تبايعا كميلا متفاضلا وهما متساويا
الوزن صح وليس قولنا لاحتمال عدم تساويهما وزنا لأفادته لظاهر تساويهما وزنا يجوز فانما قد منا
ان أموال الربا لو بيعت مجازفة ثم ظهرت تساويهما لا يجوز خلافا لفر وقول الشافعي كقولنا بل لأفادته
انه لو علم تساويهما فيما يجب نسبتها اليه من الكيل والوزن كان جائزا ثم الرطل والاوقية مختلف فيها
عرف الامصار ويختلف في المصر الواحد أمر المبيعات فالرطل الا بالاسكندرية ووزن ثلثمائة
درهم واثنا عشر درهما بوزن كل عشرة سبعة مثاقيل وفي مصر مائة وأربعة وأربعون درهما وفي الشام
أكثر من ذلك فهو أربعة أمثاله وفي حلب أكثر من ذلك ونفسه يرى عبيد الرطل بأنه مائة وثمانية
وعشرون نفس الرطل 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 أوقية وربما كان في غيرها عشرين أوقية وحينئذ لا يشك
اختلاف كمية الاوقية باختلاف الرطل وفي زمنه صلى الله عليه وسلم كانت أربعين درهما ثم الاوقية
مثلا اثنا عشر كما ذكرنا 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 الصف ما وقع على جنس الاثمان) ذهب اوقية
بجنسه أو بغير جنسه فان كان بجنسه اشترط فيه التساوي والتفاضل قبل افتراق الابدان
وان اختلف المجلس حتى لو عقدا عقد الصف ومشيافر سخا ثم تقابضا واقتراضا وان لا يكون به خیار
وكذا السلم ولا أجل كذا ذكر وهو مستدرك لان اشتراط التقابض يفيد ولو أسقط الخیار والأجل
في المجلس عاد صححنا خلافا لفر وان كان بخلاف جنسه كالذهب بالفضة اشترط ما سوى التساوي
واستدل على اشتراط التقابض بقوله صلى الله عليه وسلم بالفضة بالفضة وبالاهامهاه وروى ابن أبي
شيبه من حديث ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يذهب بالذهب بالاهامهاهم بالورق بالورق
ربا الااهاهاهم والبر بالبر ربا الااهامهاهم والشعير بالشعير ربا الااهاهاهم والتمر بالتمر ربا الااهاهاهم
ورواه أصحاب الكتب الستة الذهب بالورق ربا الااهاهاهم والبر بالبر ربا الى آخره وهاهم مدر من هاهم
والف وهمة بوزن هاهم مبنية على الفتح ومعناه خذوها يعني هو ربا الا فيما يقول كل من مال صاحبه
خذ ومنه هاهم اقر وا كتابيه وفسره بأنه يعني يدايد في الحديث المتقدم ثم قال (ومساواه) أي ما سوى
عقد الصف (بما فيه الربا) من بيع الاموال الربوية بجنسها أو بخلاف الجنس يعتبر فيه التعيين ولا
يعتبر فيه التقابض فلو افترا قبا بعد تعيين البدين عن غير قبض جاز عندنا (خلافا لشافعي في بيع الطعام)

(القول صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة هاهو هاه) معناه يدايد وقد تقدم دلالة على الوجوب وهاه معدود على وزن هاع ومعناه خذ أي كل واحد من المتعاقدين بقول لصاحبه هاه فية ابتضا وفسره بقوله يدايد جرحا الى افادة معنى التعيين كالتبيين (وماسوى جنس الاثمان) من الربوات (يعتبر فيه التعيين دون القبض خلافا للشافعي في بيع الطعام) أي في كل مطعم موم سواه بيع بحسنه كبيع كرخطة بكر خبطة أو بغير جنسه ككرخطة بشعير أو عرفانه اذا افترا فالاعتن قبض فسد العقد عنده استدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف يدايد والمراد به القبض لان القبض يستلزمها لكونها آلة له فهي كتابة وبأنه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللتقدم مزية فتثبت شبهة الربا كالحال والموجب (ولنا أنه مبيع متعين) لانه يتعين بالتعيين وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض كالثوب والعبء والذابة وغيرها وهذا أي عدم اشتراط القبض فيما يتعين لان الفائدة المطلوبة بالعبء انما هي التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا يحتاج الى القبض فان قيل لو كان كذلك لماوجب القبض في الصرف أجا ببقوله بخلاف الصرف فان القبض فيه يتعين به فان النقود لا تتعين في العدة وقوله (ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام) جواب عن استدلال الخصم بالحديث فانه اذا كان معناه عينا بعين لم يبق دليله على القبض والدليل على ذلك ما رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه عينا بعين ووجه الدلالة ان اشتراط التعيين والقبض جميعا المدلول عليهما بالروايتين مختلف بالاجماع المركب أما عندنا فإن الشرط هو التعيين دون القبض وأما عندنا بالعكس فلا بد من حل أحدهما على الآخر وقوله (يدايد) 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 فيعمل المحتمل على المحكم ولا يقال لكم (٣٨٥) العمل بعموم المشترك أو الجمع بين الحقيقة

والجواز لانكم جعلتم يدايد 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 كما هل يكن تعيين كل شيء بحسبه ونوقض بأنه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض في إنا ذهب ببيع باناع مثله لا يلزم تعيين المعين فان الاناء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط

أقوله عليه الصلاة والسلام الفضة بالفضة هاهو هاه ومعناه يدايد وسنبين الفقه في الصرف ان شاء الله تعالى قال (وماسواه مما فيه الربا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التفاضل خلافا للشافعي في بيع الطعام) له قوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المعروف يدايد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللتقدم مزية فتثبت شبهة الربا ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف و يترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه يتعين به ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام يدايد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه أي كل مطعم حنطة أو شعير أو لحم أو فاكهة فانه يشترط فيه التقاض بقوله صلى الله عليه وسلم يدايد ولانه حدة تدبغ التعاقب في القبض وللتقدم مزية فيكون كالموجب اذا حصل التفاوت في البدلين (ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط في صحة بيعه) القبض كالثوب والثوب والعبء بخلاف ذلك وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا حاجة الى اشتراط شرط آخر وهو القبض بخلاف الصرف لان التعيين لا يحصل فيه الا بالقبض فان الدراهم والدنانير لا تتعين بملاكمة بالعقد الا بالقبض قال ومعنى (قوله يدايد عينا بعين) وكذا رواه عبادة بن الصامت تقدم رواه

قال المصنف (لقوله عليه الصلاة والسلام الفضة بالفضة هاهو هاه) أقول قال الانقائي قال المطرزي هاهو وزن هاع بمعنى خذ منه قوله تعالى هاهو اقرؤا كتابه أي كل واحد من المتعاقدين بقول لصاحبه هاه فية ابتضا والقصر خطأ انتهى وفي شرح مسلم للنووي فيه اغثنان المدد والقصر والمد أفصح وأشهر وأصله هاه فابلدت الهزة من الكاف ثم قال وغط الخطائي وغيره من الحديثين في رواية القصر وقالوا الصواب المد والفتح وليست بغلط بل هي صحيحة كما ذكرنا وان كانت قليلة (قوله وقد تقدم دلالة على الوجوب) أقول في أوائل هذا الباب وهو قوله فان قيل تقدير بيعوا بوجوب البيع وهو مباح أوجب بأن الوجوب مصر وف الى الصفة (قوله وهاه معدود على وزن هاع ومعناه خذ) أقول بمعنى الحديث والله تعالى أعلم بيعوا الفضة بالفضة فأنلا كل منكم لصاحبه هاهو هاه وفيه بحث بل المعنى متقائلين هاهو هاه (قوله أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه الخ) أقول لوضح هذا التفسير يلزم ان يكون القبض شرط في غير الاثمان أيضا اذا فظ هاهو هاه مذكور في الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير فليتأمل (قوله المدلول عليهما) أقول يعني ظاهرا (قوله وأما عنده فبالعكس) أقول فيه بحث فان القبض اذا كان شرطا عنده يكون التعيين أيضا كذلك اذا لا يوجد القبض الا وان يوجد التعيين فان قيل مراده اشتراط التعيين من حيث دلالة الحديث قلنا انتفاؤه أيضا ممنوع عنده (قوله ولا يقال لكم العمل بعموم المشترك الخ) أقول لا يقال فيه بحث فان عموم المشترك ارادة كلامه مني المشترك من لفظ واحد وما نحن فيه ليس كذلك وكذا الكلام في الجمع بين الحقيقة والجواز لانا لانسلم ان ما نحن فيه ليس كذلك الا يرى الى قوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتر

نالم والمد بالمد مثلا عينا بداد الحديث عما ذكر في الكتب المسوقة

وأجيب بأنه وان تعين لکنه لما كان (٣٨٦) ثمنا خلقه كان فيه شبهة عدم التعيين والشبهة في الربا كالحقيقة فاشترط القبض دفعها

واعترض بأن ما ذكرتم انما هو على طريقة تتكلم في ان الاثمان لا تتعين وأما الشافعي فليس بقائل به فلا يكون ملزما والجواب انه ذكره بطريق المبادئ ههنا لثبوته باللائل الملزومة على ما عرف في موضعه (قوله وتعاقب القبض) جواب عن قوله ولانه اذا لم يقبض في المجلس ووجهه المانع تعاقب بعد تنافوتا في المصلحة عرفا كما في النقد والمؤجل وما ذكرتم ليس كذلك لان التجار لا يفصلون في المصلحة بين المقبوض في المجلس وغيره بعد ان يكون حالا معينا قال (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين الخ) بيع العددي المتقارب بحسنه متفاضلا جائزان كانا موجودين لانعدام المعيار وان كان أحدهما نسبية لا يجوز لان الجنس بانفراده يحرم النساء فان قيل الجوز والبيض والتمر جعلت أمثالا في ضمان المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنتين أجيب بأن التماثل 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

وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمر بالتمرين والجوزة بالجوزتين) لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا والشافعي يخالفنا فيه لوجود الطم على ما مر

عبادة بن الصامت يدا بيد وله رواية أخرى عند مسلم عينا بعين ولفظه 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 فن زاد او ازيد فقد اربى وفيه قصة وقوله يقع التعاقب فيحصل التفاوت ممنوع بل هذا القدر مهدر لا يعذر بزيادة ما لم يذ كر الاجل وقد استشكل بانه استدلال بيد على اشتراط التقابض قبل الاقتراق في الصرف ثم استدلال به هنا على ان الشرط التعيين لا يتقاض فيكون تعميما للمشترط وللحقيقة في المجاز والجواب انه فسر هاء وهاء يدا بيد وفسر يدا بيد بالتعيين لرواية عينا بعين واستدلاله به على التقابض في الصرف لا ينفيه لان الاستدلال به هناك انما هو على التعيين أيضا لکن لما كان التعيين هناك بالتقابض يكون لا بغيره لما قلنا ان الاتيين الا بالقبض كان الاستدلال بها عليه استدلالا عليه لکن ينبغي ان يقال حمل يدا بيد على معنى عينا بعين ليس أولى من قلبه وأجيب عنه بان رواية عينا بعين تفسير للعامل 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 ليديدا وقائل ان يدفعه يمنع الاحتمال بل هو ظاهر في التقابض ويجب ان يحمل عينا بعين عليه لان القبض أخص من التعيين وكل قبض يتضمن تعيينا وليس كل تعيين قبضا و باب الربا باب احتياط فيجب ان تحمل العينية على القبض ويؤيده فهم عمر رضي الله عنه كذلك في الصحیحين ان مالك بن أوس اصطف من طلحة بن عبيد الله صرافا بمائة دينار فأخذ طلحة الذهب بقلها في يده ثم قال حتى يأتي خازني من الغابة وعمر يسمع ذلك فقال والله لانفارقه حتى تأخذ منه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاه وهاء والبر بالبر بالاهاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاه وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاه وهاء وهذا استدلال ابن الجوزي على اشتراط التقابض على أبي حنيفة رضي الله عنه وكيف ومعنى هاه أخذ وهو من أسماء الافعال ومنه هاهم اقرؤا كتابه وقال قائل

نزع لي من بغضها السقاء * ثم تقول من بعيد هاه

وأما ما نقل من قياس الشافعي على الصرف في اشتراط التقابض قد دفع بان الاسم يني هناك عن صرف كل الى الآخر ملق يده والمعاني الفقهية تعطف على الاسماء الشرعية وليس في الفرع ذلك الا لانه لاحاجة له اليه لان الدليل السمي على الوجه الذي قرناه يستقل بطولبه (قول) 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 صورتهما في محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في بيع بيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين وفسل بفسلسين وتمر بتمرين يدا بيد جازا اذا كان بعينه وليس كلاهما ولا أحدهما دينا وصوره أربع ان يبيع فلسا بغير عينه بفسلسين بغير أعينهما الا يجوز لان الفلاس الرجحة أمثال متساوية قطعاً لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجوزة منها فيكون أحدهما فضلا خاليا مشروطا في العقد وهو الربا وان يبيع فلسا بعينه بفسلسين بغير عينهما لا يجوز والاولى مسك البائع الفلاس المعين وطالبه بفلس آخر أو سلم الفلاس المعين وقبضه بعينه منه مع فلس آخر لا صحة فله في ذمته فيرجع اليه عين ماله ويبقى الفلاس الآخر خاليا عن العوض وكذا لو باع فلسين باعينهما بفلس بغير عينه لانه لو جاز لقبض المشتري الفلاسين ودفع اليه أحدهما مكان ما استوجب عليه فيبقى الآخر فضلا بلا عوض استحق بعقد البيع وهذا على تقدير ان رضي بتسليم المبيع قبل قبض الثمن والرابع ان يبيع

قال (ويجوز بيع الفلاس بالفلسين بأعيانهم الخ) يبيع الفلاس بحسنه متفاضلا على أوجه أربعة يبيع فلس بغير عينه بفلسين بغير
أعيانها ويبيع فلس بعينه بفلسين بغير أعيانها ويبيع فلس بغير عينه بفلسين بأعيانها وما بالكل
فأسدسوى الوجه الرابع أما الاول فلان الفلاس رائحة أمثال متساوية قطعاً الاصطلاح الناس على اهدار قيمة الجوده منها فيكون أحد
الفلسين فضلاً عن العوض مشروطاً بالعقد وهو الربا وأما الثاني فلانه لو جاز أمسك البائع الفلاس المعين وطلب الآخر وهو فضل
خال عن العوض وأما الثالث فلانه لو جاز قبض البائع للفلسين ورد إليه أحدهما مكان ما استوجبه في ذمته فيبقى الآخر له بالعوض
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 باصطلاحها مالم يمتدح ولا يتم على غيرهما فثبت ثماناً وهي لاتعين بالاتفاق فلا فرق بينه وبين ما اذا
كانا بغير أعيانها ما وصار كبيع الدرهم بالدرهمين وبهذا يتبين ان الفلاس الرائحة مادامت رائحة لاتعين بالتعيين حتى لو قربت بخلاف
جنسها كما اذا اشترى ثوباً بفلاس معينة فهذا كالتسليم 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 باتفاق الكل
لا تكون ثمنياً باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا تكون عروضاً أيضاً باصطلاحهما ما اذا كان الكل متفقاً على ثمنيتها سواهما وأجيب بأن
لاصل في الفلاس ان تكون عروضاً فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الاصل فلا يجوز ان تكون ثمنياً باصطلاحهما ما لا يوقعه
على خلاف الاصل وما اذا اصطالحا على كونهما 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
أو بشرط أن يكون من
سواهما متفقين على
الثمنية واذا بطلت الثمنية
فالعقد عرضاً وتعيين
بالتعيين فان قيل اذا عادت
عرضاً عادت وزنية فكان

قال (ويجوز بيع الفلاس بالفلسين بأعيانهم ما) عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز لان
الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحها ما اذا بقيت ثماناً لاتعين 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 تعين بالتعيين ولا يعود وزناً بالمقاء الاصطلاح على
العقد اذ في نقضه في حق العقد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لان الثمنية خلقه
وبخلاف ما اذا كانا بغير أعيانهم ما كالي بالكالي وقد نهى عنه وبخلاف ما اذا كان أحدهما بغير عينه
لان الجنس باذنه يجرم النساء

يبيع فلس بفلسين ومن يبيع
قطعة مشر بقطعتين وذلك
لا يجوز اذ المصنف
رحمه الله بقوله ولا يعود

فلساً بعينه بفلسين بعينهما فيجوز خلافاً لمحمد وأصله ان الفلاس لاتعين بالتعيين مادام رائجاً عند محمد
وعندهما يتعين حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد وجه قول محمد ان الثمنية تثبت باصطلاح
الكل فلا تبطل باصطلاحها ما واذا بقيت ثماناً لاتعين فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لان الثمنية خلقه

وزنيا لانها ما بالاقدم على هذا العقد ومقابلة الواحد بالاثنتين أعرض عن اعتبار الثمنية دون العقد حيث لم يرجع الى الوزن ولم يكن العد
ملزوم الثمنية حتى ينتفي بانتمائها بقيت معدوداً واستدل على بقاء الاصطلاح في حق العقد بقوله اذ في نقضه يعنى الاصطلاح في حق العقد
فساد العقد وفيه نظر لانه مدعى الخصم ولو ضم الى ذلك والاصل حله على الصحة كان له ان يقول الاصل حمل العقد عليها مطلقاً وفي غير
الرويات والاول ممنوع والثاني لا يفيد (قوله فصار كالجوزة بالجوزتين) بيان لان كمال العددي عن الثمنية وقوله (بخلاف النقود) جواب
عن قوله كبيع الدرهم بالدرهمين لان الثمنية خلقه لا اصطلاحاً فلا تبطل باصطلاحها (قوله وبخلاف) جواب عما قال كما اذا كان
بغير أعيانها ما فان ذلك لم يجر لكونه كالي كالي أي نسبة بنسبة وهو منهي عنه (قوله وبخلاف ما اذا كان أحدهما بغير عينه) جواب
عن القسمين الباقيين لان عدم الجواز ثمة باعتبار ان الجنس باذنه يجرم النساء

قال المصنف (ويجوز بيع الفلاس بالفلس بأعيانهم ما) نقول الضمير راجع الى البدلين (قوله اما الاول فلان الفلاس) أقول ولانه كالي
بكالي (قوله واستدل على بقاء الاصطلاح الخ) أقول لك أن نقول ليس قصد المصنف بذلك الاستدلال بل المبالغة في السند (قوله والاول
ممنوع الخ) أقول الظاهر انه لا مجال للتعذر فان الاصل في جميع العقود هو الحمل على الصحة ما أمكن الحمل عليها لاجل امور المسلمين على
الصالح وتحسين الظن بهم ولا يخفى عليك امكان حله عليهم اهاناً فان الوزن ليس منصوصاً عليه في النحاس والتمعارف في المسكوك مشترك
تارة يكون بالعدد وتارة بالوزن فليست أملاً 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 النسبة بالنسبة وقال صاحب الفائق كلا الدين كالأفوه وكالي اذا تأخر ومنه كلا الله بك
أكل العرأى اطوله وأشد تأخر أكلته أي انسانته وكلات في الطعام أي أسلفت

الربا لانها مكيلة والمجانسة باقية من وجه لانها من أجزاء الذقيق والسويق من أجزاء الخنطة لان الطعن لم يؤثر الا في تفریق الاجزاء والمجتمع لا يصير بالتفریق شيئا آخر اذ انما من وجه لان اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين الخنطة والشعير وقد زال الاسم وهو ظاهر وتبدلت الصورة واختلفت المعاني فان ما يتبع من الخنطة لا يتبع من الذقيق فانها تصلح لا تخاذ الكشك والهريسة وغيرهما دون الذقيق والسويق وربا النضل بين الخنطة والخنطة كان ثابتا قبل الطعن وبصيرورته دقيقا زالت المجانسة من وجه دون وجه فوقع الشك في زواله واليقين لا يزال بالشك فان قيل لا يجوز اما ان يكون الذقيق خنطة أولا والثاني يوجب الجواز متساويا ومتفاضلا لا محالة والاو يوجب الجواز اذا كان متساويا كذلك اجاب بان المساواة انما تكون بالكيل والكيل غير متساويين بينهما وبين الخنطة لاكتنازهما فيه وتخلل حبات الخنطة فصار كالمجازفة في احتمال الزيادة

قال المصنف (لانها من اجزاء الخنطة) اقول وانما لم يقل اجزائها لان من اجزائها ايضا

قال (ولا يجوز بيع الخنطة بالذقيق ولا بالسويق) لان المجانسة باقية من وجه لانها من أجزاء الخنطة والمعياري ما الكيل لكن الكيل غير متساويين ما بين الخنطة لاكتنازهما فيه وتخلل حبات الخنطة

بالدرهمين ولهما ان ثمنها في حقهما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فقبل باصطلاحهما واذا ثبتت الثمنية تعينت بالتعيين لصيرورتها عروضا اعترض عليه بان الفلوس اذا كسدت باصطلاح السكك لا تكون ثمنها باصطلاح المتعاقدين فيجب ان لا يصير عروضا باصطلاح المتعاقدين مع اتفاق من سواهما على ثمنها اجيب بان الفلوس في الاصل عروضا باصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد كان على خلاف الاصل فلا يجوز ان تصير عروضا باصطلاحهما لوقوع اصطلاحهما على خلاف الاصل وخلاف الناس واما اذا اصطالحا على كونها عروضا فهو على الاصل فيجوز ان كان من سواهما على الثمنية وقوله ولا يعودو زنيا وان صار عروضا جواب عما يقال يلزم ان لا يجوز بيع فلان يفسر بالثمنية لانه حينئذ يبيع قطعة نحاس بقطعتين بغير وزن فاجاب بان الاصطلاح كان على امرين الثمنية والعددية واصطلاحهما على اهدار ثمنها لا يستلزم اهدار العددية فانه لا تلازم بين عدم الثمنية وعدم العددية بعد ثبوت الثمنية مع عدم العددية كالنقدية والعددية مع عدم الثمنية كالجوز والبيض بخلاف الدرهم بالدرهمين لان النقود للثمنية خالقة وبخلاف ما اذا كانا غير عينهما لانه يبيع الكالي بالكالي وقد نهي عنه ولا يخفى في ضعف قوله لان الجنس بانفراده يحرم النساء وانما يتم لو كان كون المبيع او الثمن بغير عينه يستلزم النسبية وليس كذلك الا ترى ان البيع بالنقود يبيع بما ليس بعين ويكون مع ذلك حلالا لانه بغير عينه ليس معناه نيئة وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء والكالي بالكالي قال ابو عبيدة هو النسبية بالنسبية وفي الفائق كالا الدين بالرفع كالا فهو كالي اذا تكرر قال الشاعر * وعينه كالكالي الضمار * بهجور حلا يريد بعينه عطية الخائفة كالتأخر الذي لا يرجي ومنه كالا الله بك كالا العمرى أى كثره تأخيرا وتكلا كالا أى استنساخا نسبة وحديث النهي عن الكالي بالكالي رواه ابن ابي شيبه واسحق بن راهويه والبراق في 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 كالي بكالي وضعفه أحمد بن موسى بن عبيدة فقبل له ان شعبة يروى عنه فقال لو رأى شعبة ما رأى شيئا منه لم ير وعنه ورواه عبد الرزاق عن ابراهيم بن ابي يحيى الاسلمى عن عبد الله بن دينار وضعف بالاسلمى ورواه الحاكم والدارقطني عن موسى بن عبيدة عن نافع عن ابن عمر وصححه الحاكم على شرط مسلم وغلطهما البيهقي وقال انما هو موسى بن عبيدة الزبيدي ورواه الطبراني من حديث رافع بن خديج في حديث طويل وعن كالي بكالي والحديث لا ينزل عن الحسن بلا شك (قوله ولا يجوز بيع الخنطة بالذقيق) أى دقيقتها بوجه من الوجوه (ولا بالسويق) أى سويق الخنطة اما سويق الشعير فيجوز لان غاية ما يستلزم شبهة التفاضل وحقيقته جائزة لا اختلاف الجنس فضلا عن شبهته وانما امتنع لان المجانسة بين الخنطة ودقيقتها وان انتفت اسماء صورة ومعنى موجودة فان المقصود من الخنطة من نحو الهريسة والمقلوة واخراج النشامنتف في الذقيق فهي باقية من وجه لانها من اجزاء الخنطة وانما يقل اجزائها لان من اجزائها ايضا فالخنطة كسرت على اجزاء صغار وذلك لا ينفي المجانسة والمعياري كل من الخنطة والذقيق والسويق الكيل والكيل لا يوجب النسوية بينهما لان بعارض ذلك التسكير صارت اجزأها مكثرة (فيه) أى في الكيل أى منضمة انضماما شديدا والقبح في الكيل ليس كذلك فلا تحقق المساواة بينهما كيلا بل هو محتمل فصار

(فلا يجوز وان كان كيلا بديل) قبل حرمة الربا حرمة تنهاى بالمساواة في الاصل وعلى ما ذكرتم في هذا الفرع تثبت حرمة لاتنهاى
فصار مثل ظهار الذمي على ما عرف وأجيب بان حرمة الربا تنهاى بالمساواة في الحنطة أوفى الشبهة والثاني ممنوع فان حرمة النساء
لاتنهاى بالمساواة والاول مسلم لكن ما نحن فيه من الثاني ويجوز ان يقال الحرمة تنهاى بالمساواة فلا بد من تحققها وفيما نحن فيه
لاتتحقق ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا بكيلا لتحقق الشرط وهو وجود المستوى ومتساويا كيلا بكيلا في كل حالان
متداخلان لان العامل في الاول بيع وفي الثاني متساويا ويجوز ان يكونا مترادفين وفائدة ذكر الثانية نفي بوجه جواز المساواة وزنا
حكى عن الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله ان بيع الدقيق بالدقيق اذا تساوا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين ولا يجوز بيع
الدقيق بالسويق عند أبي حنيفة متساويا ولا متفاضلا لان الدقيق اجزاء (٢٨٩) حنطة غير مقلية والسويق

اجزائها مقلية فكالا
يجوز بيع اجزاء بعض
بالاخر اقيام المجانسة من
وجهه فكذا لا يجوز بيع
اجزاء بعض باجزاء بعض
آخر

فلا يجوز وان كان كيلا بكيلا (ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا) لتحقق الشرط (وبيع
الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع
السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائها اقيام المجانسة من وجه

بيع أحدهما بالآخر كيلا كبيع الجزاف لذلك الاحتمال وحرمة الربا انما كانت منتفية بالعلم بالمساواة
الا في الا اعتبار به مثل أن يتفق كبس في كيل هذه الحنطة لم يتفق قدره سواء في الاخرى فاذا لم يتحقق
العلم بها صارت منتفية بالضرورة (فلا يجوز وان كانت كيلا بكيلا) مساووقولنا قول الشافعي في
الظاهر عنه وسفيان الثوري وأحمد في رواية خلافا للمالك وأحمد في أظهر قوليه لان الدقيق نفس الحنطة
فرقت اجزائها فاشبهه ببيع حنطة صغيرة جدا بكبيرة جدا وما ذكرناه من عروض الجهل بالمساواة
بعروض الطحن يدفعه وبيع النخالة بالدقيق على هذا الخلاف الآن الشافعي أجازة لان النخالة ليست
من أموال الرابا لانها لا تطعم وقولنا للمعيار في الحنطة والدقيق الكيل لا يراد به الا فيما اذا بيع بجنسه أما
بالدراهم فيجوز بيع الحنطة وزنا بالدراهم وكذا الدقيق وغير ذلك (قوله ويجوز بيع الدقيق بالدقيق
متساويا كيلا) وهو قول أحمد وكذا استقرضه كيلا والسلم فيه كيلا ومنع الشافعي بيع الدقيق
بالدقيق لانه لا يعدل في الكيل لانه يتكسب بالكسب فلا يتحقق التساوي في الكيل ونحن نمنع كونه
لا يعلم بل يعلم وما يتوهم من التفاوت بالكسب يتوهم مثله في كيل القمح وقد سقط اعتباره وفي الذخيرة
عن الامام الفضلي انما يجوز اذا تساوا كيلا لانا كانا مكبوسين وهو حسن ولفظ متساويا نصب على
الحال ونصب كيلا على التمييز وهو تمييز نسبة مثل تصبب عرفا والاصل متساويا كيله وفي بيع الدقيق
بالدقيق وزنا ورايتان وفي الخلاصة لم يذكر غير رواية المنع فقال في جنس آخر في الزرع والثمار وكذا بيع
الدقيق بالدقيق وزنا لا يجوز وفيها ايضا سواء كان أحد الدقيقين أخشن أو أدق وكذا بيع النخالة بالنخالة
وفي شرح أبي نصر يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كان على صفة واحدة من النعومة والذي في الخلاصة
أحسن لانه اذا ذلك القدر من زيادة النعومة وبيع الدقيق المنحول بغير المنحول لا يجوز الا مما تلا وبيع
النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند أبي يوسف بأن كانت النخالة الخالصة أكثر من النخالة التي في
الدقيق ثم قال المصنف (وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز) أي لا يجوز بيع دقيق نوع من الحنطة أو الشعير
بسويق ذلك النوع عند أبي حنيفة متفاضلا ولا متساويا مادقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا

قال المصنف (فكذا
بيع اجزائها) أقول
كان الظاهر أن يقول
فكذا بأجزائها - ما الا أنه
عدل الى هذا اشارة الى
أنها مبيعة أيضا في
أمثال هذا البيع (قوله
وأجيب بأن حرمة
الربا تنهاى بالمساواة في
الحنطة أوفى الشبهة)
أقول قوله في الحنطة أو
في الشبهة يحتمل أن
يكون قيد المساواة فعني
قوله فان حرمة النساء
لاتنهاى بالمساواة أي
بشبهة المساواة التي في
النساء لاستلزام شبهة
الفضل شبهة المساواة

(٣٧ - فتح القدر خامس)
فان حرمة النساء الخ والاول أقرب فليتامل وأنت خبير بأن قوله ويجوز ان يقال الخ يعني الاحتمال الثاني والالزم التكرار
(قوله ويجوز ان يقال الحرمة تنهاى بالمساواة فلا بد من تحققها الخ) أقول بان يكون كلا البدين نسبية فانه لا يجوز زلزوم الكائ
بالكائ (قوله ومتساويا كيلا بكيلا حالان متداخلان) أقول فكيف لا ينبغي ان يكون بمعنى مكيلين لكن الظاهر عندى ان انتصاب
كيلا على التمييز أي متساويا كيله كامل وسيجي من الشارح تفسير كيلا بقوله أي من حيث الكيل في شرح قوله والرطب بالرطب
يجوز متماثلا كيلا فذلك كالتصريح بكون كيلا تمييزا (قوله اقيام المجانسة من وجه) أقول مع انتفاء المستوى (قوله بأجزاء بعض
آخر) أقول لذلك أيضا

وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصود وهو بالذقيق اتحاد الخبز والعصا تد ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق بل المقصود به ان يلبت بالسمن أو العسل أو يشرب بالماء وكذلك الاسم واذا اختلف الجنس ان فبيعوا كيف سئتم بعد ان يكون يدا بيد والجواب أن معظم المقصود وهو التغذي يشمله ما وفوات البعض لا يضر كالمقلية بغير المقلية (والعلكة بالمسوسة) التي أكلها السوس والمقلية هي المشوية من قلى بقلى اذا شوى (٣٩٠) ويجوز مقالوة من قلايتلو والعلكة هي الجيدة التي تكون كالعلك من صلابتها

وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود فلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما فلا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة فان (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفزراً أكثر ليكون اللحم عقابله ما فيه من اللحم والباقي

شذ في جوارزه (وعندهما يجوز) بيع الذقيق بالسويق متساويا ومتفاضلا (لانهما) أي ذقيق الخنطة وسويقهما مثلا (جنسان) وان رجعا الى أصل واحد (لاختلاف المقصود) اختلافا كثيرا بعد القلى والطحن فان المقاصد من الذقيق مثل أن يصنع خبزا أو عصيدا أو طرية وهو شبه الرشتا لا يتأني من السويق كما ان ما يقصد بالسويق وهو أن يذاب مع عسل ويشرب أو يلبت بسمن وعسل وبؤ كل لا يتأني من الذقيق واذا كانا جنسين جاز بيع أحدهما بالآخر متساويا ومتفاضلا أو بخنيفة يمنع انهما جنسان وله طريقان أحدهما أن يبيع الخنطة المقلية بالخنطة غير المقلية لا يجوز اتفاقا وذلك ليس للاعتبار اتحاد الجنس وعدم العلم بالنسوية مع مساواة الكيل لاكتناز أحدهما فيه دون الآخر والذقيق أجزاء غير المقلية والسويق أجزاء المقلية ولم يزد الذقيق على الخنطة الا بتكسيه بالطحن وكذا الآخر وذلك لا يوجب اختلاف الجنس بعد اتحاده والثاني وعليه اقتصر المصنف أن يبيع الخنطة غير المقلية بالسويق لا يجوز وكذا يبيع الخنطة المقلية بالذقيق وليس ذلك الا لاستلزامه بالفضل وبالفضل لا يثبت الامع المجانسة فكانت المجانسة نابتة بين السويق والخنطة والذقيق أجزاء الخنطة فثبتت المجانسة بين الذقيق والسويق ثم يمنع العلم بالمساواة فيمتنع البيع مطلقا قواهم اختلفت المقاصد وذلك اختلاف الجنس (فلنا أعظم المقاصد) هي متحدة فيه (وهو التغذي فلا يبالى بفوات بعضها) الذي هو دون المقصد الاعظم بدليل الحكم باتحاد الجنس في الخنطة المقلية وغير المقلية حتى امتنع بيع أحدهما بالآخر كما ذكرناه بسبب اتحادهما في ذلك المقصود الاعظم مع فوات مادونه من المقاصد فان المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا تطحن فيتمخذهما خبز (و) كذا (العلكة) أي الجيدة السائلة من السوس (مع المسوسة) ومع ذلك جعل احدهما جنسا واحدا غير ان المسوسة يجوز بيعها بالعلكة كعلا متساويا والمقلية مع غير المقلية لا يجوز لما ذكرنا من أن الكيل لا يسوي بينهما فاما يبيع الخنطة المقلية بالمقلية فاختلافها قليل ويجوز اذا تساوا وازداد كبره في الذخيرة وقيل لا وعليه عقول في المبسوط ووجهه أن النار قد تأخذ في أحدهما أكثر من الآخر الا في الأولى ومسوسة بكسر الواو كأنها هي سوست أي أدخلت السوس فيها (قوله) ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف) سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان أو لا مساويا لما في الحيوان أو لا بشرط التعمين أما بالنسبية فلا لامتناع السلم في الحيوان واللحم وفصل محمد رحمه الله فقال إن باعه بلحم غير جنسه كعظم البقرة بالشاة الحية ولحم الجزور بالبقرة الحية يجوز كيغما كان وان كان من جنسه كعظم شاة بشاة حية فشرطه أن يكون اللحم المفزراً أكثر من اللحم الذي في الشاة لا يكون لحم الشاة بعقابله مثله من اللحم وباقي اللحم

تند من غير انقطاع والسوسة العنسة وهي دودة تقع في الصوف والثيراب والطعام ومنه حنطة مسوسة بكسر الواو المشددة قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) يبيع اللحم بالحيوان على وجوه منها ما اذا باعه بحيوان من غير جنسه كما اذا باع لحم البقر بالشاة مثلا وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كافي للجمان المختلفة على ما تبين ومنها ما اذا باعه الحيوان من جنسه كما اذا باع لحم الشاة بالشاة لكنهما مذبوحة مفصولة عن السقط وهو جائز بالاتفاق ان كانا متساويين في الوزن والاقلا 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 مسئلة الكتاب وهو جائز عند محمد (الا اذا كان اللحم المفزراً أكثر لكون اللحم عقابله ما فيه من اللحم والباقي

(قوله لانهما جنسان لاختلاف المقصود) أقول

لا يقال اختلاف المقاصد حاصل في الخنطة مع الذقيق مع انهما جعلهما متحدى الجنس من وجه اذا المسئلة (عقابلة) اتفاقية فيا بالهما هاتم يجمع الا الذقيق والسويق كذلك لان الخنطة اذا قليت صارت بالقلى كأنها جنس آخر لاختلاف المقاصد واذا فرقت الاجزاء يصير المتفرق غير المجتمع أيضا من وجهه في الخنطة مع الذقيق سبب الاختلاف من وجه حاصل مرة وفي الذقيق مع السويق مرة فافترا تلبتأمل

بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك لتحقق الربا (من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم) والقياس معه لوجود الجنسية باعتبار ما في الضمن (فصار كالحل) أي الشيرج (بالسمسم ولهما أنه باع الموزون بماليس عوزون) لان اللحم موزون لا بحالته والحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن لانه يخفف نفسه مرة وينقل أخرى يضرب قوة فيه فلا يدري أن الشاة خفت نفسها أو ثقلت بخلاف مسألة الحل بالسمسم لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الشيرج يوزن (٢٩١) الشيرج وهو ثقله وهذا في الحقيقة

اجواب عما يقال إن السمسم لا يوزن عادة كالحیوان فقال لكن يمكن معرفة بالوزن ولا كذلك الحيوان والذي يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الحل والسمسم عند التمييز بين الدهن والشيرج ولا يشمل اللحم والحيوان بحال وهذا لان الحل والسمسم يوزنان ثم عير الشيرج ويوزن فيعرف قدر الحل من السمسم والحيوان لا يوزن في الابتداء حتى اذا ذبح ووزن السقط وهو لا يطلق عليه اسم اللحم كالجند والكركش والامعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم فتكان بيع اللحم به بيع موزون بماليس عوزون وفي ذلك اختلاف الجنس ايضا فان اللحم غير حساس والحيوان حساس متحرك بالارادة والبيع فيه جائز متفاضلا بعد أن يكون يدا بيد فان قيل اذا اختلف الجنس ان لم يشملهما الوزن جاز البيع نسيئة وليس كذلك أجيب بأن النسيئة ان كانت في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان وان كانت في البديل الآخر فهو سلم في اللحم وكلاهما لا يجوز

بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم فصار كالحل بالسمسم 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 ويوزن الشيرج

(بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا) اما لان زيادة السقط ان كان اللحم المفروض مثل ما في الحيوان من اللحم أو لزيادة اللحم ان كان اللحم أقل مما في الشاة فصار كبيع الحل بالمهملة وهو دهن السمسم لا يجوز الاعلى ذلك الاعتبار والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلق والجند والكارع ولو كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز اذا تساوى باوزن بالاجماع والمراد بالسلاخنة المفصلة من السقط وان كانت بسقطها لا يجوز الاعلى الاعتبار ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكل أماعندهما فظاهر لانه لو اشتراها باللحم جاز كيفما كان فكذلك اذا اشتراها بشاة مذبوحة وأما على قول محمد فانما يجوز لانه لحم اللحم وزيادة اللحم في احدهما مع سقطها بازاء السقط وعلى هذا شأن مذبوحتان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لم تسلم يجوز لان اللحم مثله وزيادة لحم الشاة بازاء الجند ونحوه فالمراد هنا من المسلوخة وغيرها باعتبار الجند وعدمه وقال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله لا يجوز بيع اللحم بالحيوان أصلا لا بطريق الاعتبار ولا غيره خلافا للزني من أصحاب الشافعي فانه قال كقول أبي حنيفة وأبي يوسف ولو باعه بلحم غير جنسه كلعن البقرة بشاة فقال مالك وأحمد يجوز وللشافعي قولان والاصح لا يصح لعموم نهي صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله في الاطلاق (انه باع موزونا بماليس عوزون) فغايته اتحاد الجنس كما قال محمد باعتبار ما في الضمن كالعصير مع العنب واللبن مع السمن يمكن اتحاده مع اختلاف المتدبره وانما 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 والسمسم (لان الوزن يعرف قدر الدهن اذا ميز من الشيرج ثم يوزن الشيرج) هذا على التنزل والافهم على ما قال غير المصنف يعتبر ان لحم الشاة مع الشاة الحية جنسين أخذ من قوله تعالى فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خافقا آخرى بعد نفخ الروح فعلم أن الحي مع الجند جنسان فيجوز بيع أحدهما بالآخر من غير اعتبار وانما يمنع النساء لانه حينئذ سلم وهو لا يجوز كما قدمناه واعلم أن السمع ظاهر في منع بيع اللحم بالحيوان ومنه ضعف وقوى فنس القوي مارواه 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 ابراهيم بن طهمان عن الحجاج بن حجاج عن قتادة عن الحسن عن سمرة نحوه قال البيهقي اسناده صحيح ومن أثبت سماع الحسن من سمرة عدمه موصولا ومن لم

(قوله والذي يظهر من ذلك ان الوزن يشمل الحل الخ) أقول أي وزن السمسم في الحال عند المبيعة يشمل أي يظهر شموله اباها عند التمييز (قوله وهذا لان الحل والسمسم يوزنان الخ) أقول يعني وزن الحل الذي جعل مبيعا فمعلم مقداره ووزن السمسم الذي جعل في مقابله ويعلم قدره أيضا حينئذ يستخرج الدهن من السمسم فيوزن الشيرج بعد العلم بمقدار الشيرج يعرف قدر الحل المستخرج من غير احتياج الى وزنه ثانيا بل يكفي الوزن الاول للسمسم لتلك المعرفة فعلم المراد من تعريف الوزن اياه في الحال هو هذا (قوله وفي ذلك اختلاف الجنس ايضا الخ) أقول هذا طريق آخر لهما لا ثبات مدعاها

(قال ويجوز بيع الرطب بالتمر متلاعثل) بيع الرطب بالتمر متفاضلا ويجوز بالاجماع ومتلاعثل حوزة او 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 فقيل نعم قال لا اذا) أى لا يجوز على تقدير النقصان بالحفاف (٢٩٣) وفيه اشارة الى اشتراط المماثلة فى اعدل الاحوال وهو ما بعد الحفاف وبالكيل فى الحال

لا يعلم ذلك (قوله فقال عليه الصلاة والسلام) هو الدليل ولا يى حنيفة المنقول والمعقول أما الاول فلانه صلى الله عليه وسلم سمي الرطب تمرا حين اهدى رطبا فقال أوكل تمر خبير هكذا وبيع التمرة جازلما وينا من الحديث المشهور وأما المعقول فما روى أن أبا حنيفة رحمه الله لما دخل بغداد سئل عن هذه المسئلة وكانوا شديدا عليه لمخالفته الخبر فاحتج بأن الرطب لا يخلوا ما أن يكون تمرا أو لافان كان تمرا جاز العقدة بأول الحديث يعنى 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 فى النقلة واستحسن أهل الحديث مته هذا الطعن سلنا قوته فى الحديث ولكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور واعتراض بأن التريد اند كور يقتضى جواز بيع المقلية بغير المتلبة لان المقلية اما أن تكون حنطة فنجوز بأول الحديث أو لافنجوز بأخره فتم من قال ذلك كلام

قال (ويجوز بيع الرطب بالتمر متلاعثل عند أبي حنيفة) وقال لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عنه أو ينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه الصلاة والسلام لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عليه الصلاة والسلام حين أهدى اليه رطب أو كل تمر خبير هكذا سماه تمر أو بيع التمرة جازلما وينا ولانه لو كان تمرا

ثمنه فهو مرسل جيد وأنت تعلم ان المرسل عندنا حجة مطلقة وأسند الشافعى الى رجل مجهول من أهل المدينة أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حتى يميت وأسند أيضا عن أبي بكر الصديق رضى الله عنه أنه نهى عن بيع اللحم بالحیوان وبسندته الى القاسم بن محمد وعروة بن الزبير وأبي بكر بن عبد الرحمن انهم كرهوا ذلك وهو لامة تابعون وحديث أبي بكر رضى الله عنه لعنه بالمعنى فان مشايخنا ذكروه عن ابن عباس رضى الله عنهم أن جزورا تمر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فباعوا عرابى بعناقه فقال اعطوني فى هذا العناق لجماعة قال أبو بكر رضى الله عنه لا يصح هذا وتاولوه على أنه كان من ابل الصدقة فخر ليمصدق به (قوله ويجوز بيع الرطب بالتمر متلاعثل عند أبي حنيفة) وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعى وأحمد ردهم الله لا يجوز فقد تفرأ أبو حنيفة بالقول بالجواز وأما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلا متمائلا للجماعة قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى مالك فى الموطأ عن عبد الله بن يزيد مولى الاسود بن سفيان عن زيد بن عياش عن سعد بن أبي وقاص انه سئل عن البيضاء بالسات فقال سعد أيهم 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 فى أحد البديلين فى ثانى الحال عن المساواة ومن طريق مالك رواه أصحاب السنن الاربعة وقال الترمذى حديث حسن صحيح (ولا يى حنيفة رضى الله عنه ان الرطب تمر لقوله صلى الله عليه وسلم حين أهدى له رطب أو كل تمر خبير هكذا قسماه) أى سمي الرطب (تمرا) وهذا لما يتم اذا كان المهدي رطبا وليس كذلك بل كان تمرا أخرج الشيخان فى الصحيحين عن أبي سعيد الخدرى وأبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أبا بنى عدى الانصارى رضى الله عنه فاستعمله على خبير فقدم بتمر جنب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل 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 مثلا بمثل أو يبعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا وكذلك الميزان ولفظ آخر انالنا أخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بيع الجمع بالدراهم ثم ابيع بالدراهم جنبا او الجمع أصناف مجموعة من التمر وما ادعاه بعض الخلفاء فىمن حلف لا يأكل تمرا فأكل رطبا انه يحنث فليس كذلك بل المذهب انه لا يحنث لان مبنائها على العرف وسند كرمامة ثم قال المصنف (ولانه ان كان تمرا) هذا اللفظ يحكى عن أبي حنيفة انه دخل بغداد وكانوا أشداء عليه لمخالفته الخبر فسأله عن التمر فقال الرطب اما أن يكون تمرا أو لم يكن فان كان تمرا جاز العقدة 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 دائر على زيد بن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه وأبدله

حسن فى المناظرة لدفع شعب الخصم والحجة لا تتم به بل بما ينما من اطلاق اسم التمر عليه فثبت أن التمر اسم لثمره خارجة من النخل من حيث تمه قد صورتها الى أن تدرك والرطب اسم لنوع منه كالبرنى 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 أى اسم التمر

جازا يبيع بأول الحديث وإن كان غير عرفيا آخره وهو قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما روياه على زيد بن عباس وهو ضعيف عند النقلة قال (وكذا العنب بالزبيب) يعني على الخلاف والوجه ما بيناه

(قوله فيجوز بأول الحديث) قلنا إنما جاز أن لو ثبتت المسامحة بينهما ما كيد لا ولا ثبتت لما قيل أن القلي صنعة يفرم عليها الاعواض فصار كمن باع فضيزا بفضيز ودرهم لا يقال ذلك راجع إلى التفاوت في الصفة وهو ساقط كالجودة لأن التفاوت الراجع إلى صنع الله ساقط بالحديث وأما الراجع إلى صنع العباد فمعتبر بدليل اعتباره بين الندة والنسيئة فكل تفاوت ينبئ على صنع العباد فهو مفسد كما في المندي بغيرها والخنطة بالدقيق وكل تفاوت خلقي فهو ساقط العبرة كما في الرطب والتمر والجيد والردى والعنب بالزبيب على هذا الخلاف بالوجه المذكور ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف إشارة إلى قوة دليل أبي حنيفة رحمه الله

(قوله وله عبر بالخلاف دون الاختلاف) أقول الفرق بين الخلاف والاختلاف سبق في باب الوطاء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب

المصنف بقوله (ضعيف عند النقلة) وغلط بعض الشارحين المصنف في قوله زيد بن عباس فإن المذكور في كتب الحديث زيد أبو عياش وتبع في ذلك الشيخ علاء الدين مغلطاي قال الامام الزيلعي المخرج رحمه الله ليس ذلك بصحيح قال صاحب التنقيح زيد بن عباس أبو عياش الدورقي ويقال الخرزومي ويقال مولى بن زهرة للمدني ليس به بأس وغير مشايخنا ذكره وأن أباحنيفة إنما قال هو مجهول وقد رددت بين كونه تروا ولا بأن هنا قسمائنا وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه بالأخر كالخنطة المقلية بغير المقلية لعدم تسوية الكيل بينهما فكذلك الرطب بالتمر لا يسويهما الكيل وإنما يسوي في حال اعتدال البديلين وهو أن يجف الآخر وأبو حنيفة عنده ويعتبر التساوي حال العقد وعروض النقص بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال إذا كان موجبه أمر اخلقيا وهو زيادة الرطوبة بخلاف المقلية بغيرها فإنا في الحال نحكم بعدم التساوي لا كنازأ أحدهما في الكيل بخلاف الآخر لتخلل كثير ورد طعمه في أبي عياش أيضا بأنه ثقة كما قلنا آنفا من قول صاحب التنقيح وأيضا روى عنه مالك في الموطأ وهو لا يروي عن رجل مجهول وقال المنذري كيف يكون مجهولا وقد روى عنه اثنتان ثقتان عبد الله ابن زيد مولى الاسود بن سفيان وعمران بن أبي أنس وهما من احتج بهما مسلم في صحيحه وقد عرفه أئمة هذا الشأن وقد أخرج حديثه مالك في الموطأ مع شدة تحريه في الرجال وقال ابن الجوزي في التحقيق قال الامام أبو حنيفة زيد أبو عياش مجهول فإن كان هو لم يعرفه فقد عرفه أئمة النقل ثم ذكر ما ذكرنا وقد أجيب أيضا بأنه بتقدير صحة السند فالمراد النهي عنه نسيئة فإنه ثبت في حديث أبي عياش هذا زيادة نسيئة أخرجه أبو داود في سننه عن يحيى بن أبي كثير عن عبد الله بن يزيد أن أبا عياش أخبره أنه سمع سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه يقول نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالرطب نسيئة وبهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه وكذا رواه الطحاوي في شرح الآثار ورواه الدارقطني وقال اجتماع هؤلاء الأربعة على خلاف ما رواه ابن أبي كثير يدل على ضبطهم للحديث يريد بالاربعة مالكا واسمه عيل بن أبي أمية والضحاك بن عثمان وآخر وأنت تعلم أن بعد صحة هذه الزيادة يجب قبولها لأن المذهب المخار عند المحدثين قبول الزيادة وإن كان لا أكثر لم يوردها إلا في زيادة تفرد بها بعض الرواة الحاضر من في مجلس واحد ومثلهم لا يغفل عن مثلها فإنها مردودة على ما كتبناه في تحرير الأصول وما نحن فيه لم يثبت أنه زيادة لما في مجلس واحد اجتماع فيه فسمع هذا ما لم يسمع المشاركون له في ذلك المجلس بالسمع فإلم يظهم رأن الحال كذلك فالأصل أنه قاله في مجالس ذكره في بعضها ما تركه في آخر والله الموفق لكن يبقى قوله في تلك الرواية الصحيحة أن ينقص الرطب إذا جف عراب عن الفائدة إذا كان النهي عنه نسيئة وما ذكرنا أن فائدة أن الرطب ينقص إلى أن يحل الأجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفاف فنعمه على طريق الأشفاق مبني على أن السائل كان ولي يتيم ولا دليل عليه (قوله) وكذا العنب بالزبيب يعني على الخلاف) عند أبي حنيفة يجوز مع التساوي كيدلا وعندهما لا يجوز وقوله (والوجه ما بيناه) لهما يعني في منع بيع الرطب بالتمر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أينقص إذا جف باعتبار اشتماله على العلة المنبئة عليها ولا يبي حنيفة أن الزبيب أمان جنس العنب فيجوز زمتساويا ولا فيجوز مطلقا ونقل القدوري في التقريب عن أبي جعفر أن جواز بيع الزبيب بالعنب قوله هو جميعا وذكر أبو الحسن أن عندهما لا يجوز الأعلى الاعتبار فقال المصنف

(وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبار الخنطة المقلية بغيرها) وهذه الرواية تقوى قول من قال الخنطة انما تم باطلاق اسم التم عليه فان النص لما ورد باطلاق اسم التم على

(٢٩٤)

الرطب جعل انواعا واحدا جاز البيع مثلا يشتمل ولم يرد باطلاق اسم الغنم

على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنع المنسك في المقلية بغيرها والرطب بالرطب يجوز ممتثلا كما لا عندنا كقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبار الخنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز ممتثلا كما لا عندنا لانه يبيع التم بالتمر وكذا يبيع الخنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة أو التمر أو الزبيب المنقع بالمنقع منها ممتثلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المال وأبو حنيفة رحمه الله يعتبره في الحال وكذا أبو يوسف رحمه الله عملا باطلاق الحديث الا أنه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا لهما ووجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول

رحمه الله لانه روى يتفاوت في اعدل الاحوال أعنى عند الحفاف فلا يجوز كخنطة بالدقيق ولنا أنه يبيع التم بالتمر متساويا فكان جائزا وكذلك يبيع الخنطة الرطبة بالخنطة الرطبة أو الخنطة المبلولة بالمبلولة أو الخنطة الرطبة بالبلولة أو اليابسة أو التمر المنقع بالمنقع أو الزبيب المنقع بالمنقع من أنقع اذا التقي في الخابية ليبتل ويخرج منه الخلاوة جائز عن أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز في جميع ذلك هو يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو حال الحفاف ومفرعه حديث سعد وأبو حنيفة يعتبرها في الحال عملا باطلاق المشهور وكذلك أبو يوسف الا أنه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد رضي الله عنه واحتج محمد الى

وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبار الخنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز ممتثلا كما لا عندنا لانه يبيع التم بالتمر وكذا يبيع الخنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة أو التمر أو الزبيب المنقع بالمنقع منها ممتثلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المال وأبو حنيفة رحمه الله يعتبره في الحال وكذا أبو يوسف رحمه الله عملا باطلاق الحديث الا أنه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا لهما ووجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول

(وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبار الخنطة المقلية بغير المقلية) فانه لا يجوز البيع لان القلي كائن بصنع العباد فتعدم اللطافة التي كانت الخنطة بها مثلية بخلاف التفاوت الحاصل بأصل الخنطة كالرطب مع التم والغنم مع الزبيب لا يعتبر فهذه الاصل فصارت في بيع الغنم بالزبيب أربع روايات لا يجوز اتفاقا يجوز اتفاقا وهي رواية أبي جعفر على الخلاف وهي رواية الكناز يجوز عنده وعندهما لا يجوز الا على الاعتبار لان الزبيب موجود في الغنم فصارت كالزيتون والفرق لا يحنفة على رواية المنع بين الغنم بالزبيب وجواز الرطب بالتمر ان الاستعمال ورد باطلاق اسم التم على الرطب ولم يرد مثل هذا في الزبيب فاستترقا (وأما الرطب بالرطب فيجوز ممتثلا كقيل) وكذا الغنم بالغنم يجوز (عندنا) وبه قال مالك وأحمد والشافعي وكذا الخلاف في كل مرة لها حال حفاف كالتين والمنمش والجوز والكثيري والمان والاحاص لا يجوز بيع رطبه برطبه كما لا يجوز بيع رطبه بيابسه لانه لا يعرف قدر النقصان اذ قد يكون نقصان أحدهما أكثر من الآخر وكذا الخلاف في الباقلاء الاخضر بمثله لان بين الباقلاء تين فضاء يتفاوت فيمنع تعديل 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 أنتعع الزبيب في الخابية فهو منقع وأصله ان محمد يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المال عند الحفاف كما اشار اليه حديث سعد وذلك منتف في المبلولة والرطبة مع مثلها أو اليابسة أو مع اليابسة فظاهر وأما المبلولة مع المبلولة فالتفاوت يقع في قدر الببل قال الحلواني الرواية محفوظة عن محمد ان يبيع الخنطة المبلولة باليابسة انما لا يجوز اذا انتفتحت أما اذا بليت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة اذا تساوى كقيل أو أبو حنيفة وأبو يوسف يعتبران المساواة بتأويل التساوي في الحال (عملا باطلاق الحديث) أي حديث عبادة بن الصامت وغيره (الأن أبا يوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا له) 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 البسوط 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 الخنطة لا بالخنطة المبلولة فان الرطوبة الحاصلة فيها بصنع العباد وبها يحصل التفاوت مع انه جاز العقد أجيب بأن الخنطة في أصل الخنطة رطبة وهي مال الربا ذاك والبل بالماء يعيدها الى ما هو أصل الخنطة فيها فلم يعتبر بخلاف القلي (ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول) من

الفرق بين هذه الفصول يعني يبيع الخنطة الرطبة والمبلولة الى آخرها

بيع

(قوله وهذه الرواية تقوى قول من قال الخ) أقول فيه بحث فان تقويتها انما هي لاعتبار التفاوت الصنعي اذ بذلك لا يمكن الوقوف على المساواة سواء أطلق الاسم أو لا بعد أن يكون من جنسه

وبين بيع الرطب بالرطب حيث اعتبر المساواة فيما 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 لكونه في المعقود عليه واذا ظهر بعد زوال الاسم الذي عقد عليه العقد عن البدلين فليس منفسداً لم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يكون معتبراً (ولقائل أن يقول هذا انما يستقيم اذا كان العقد و اراد اعلى البدلين بالنسبة وأما اذا كان بالإشارة الى المعقود عليه فلا لان المعقود عليه هو الذات المشار اليها وهي لا تبدل قال (ولو باع البسر بالتمر الخ) بيع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لانه غير لما يننا (٢٩٥) أن التمر اسم لثمره الخ من أول ما تنعقد صورته وبيعه به

متساوياً من حيث التكيل يدا بيد جائز بالاجماع وبيع الكفري بضم الكاف وفتح الذاء وتشديد الراء وهو كم الخمل سمى به لانه يستمر في جوفه بالتمر جائز متساوياً ومتفاضلاً يدا بيد لان 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 وتقرير الجواب أنه عددي متفاوت بالصغر والكبر وتفاوت آحاده في المسألة فلا يجوز الاسلام فيه للجهالة قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت الخ) الزيتون ما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن الابيض ويقال للعصير قبل أن يتغير شيرج وهو تعرب بشيره والمراد به ههنا ما يتخذ من السمسم واعلم أن المجانسة بين الشيتين تكون تارة باعتبار العين وأخرى باعتبار

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 لو احمداً 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 والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثرهما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمنزلة الزيادة بالخبير)

بيع الخنطة الرطبة الى هنا حيث منعه (وبين الرطب بالرطب) حيث أجازته وكذلك بين العنب بالعنب فإنه يجيزه وحاصله (ان التفاوت) ان ظهر مع بقاء الاسم على البدلين أو أحدهما فسد العقد وان ظهر بعد زوال الاسم عنهم ما لا يفسد ففي الرطب بالرطب والعنب بالعنب يظهر التفاوت بعد خروج البدلين عن الاسم الذي عقد عليه العقد فان الاسم حينئذ التمر والزيت فلا يكون تفاوتاً في المعقود عليه وفي الخنطة المببولة وما في معناها لا يتغير 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 الخمل وهو أول ما ينشئ (حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر) أي كما من التمر بكيلين من الكفري وقلبه لانه ليس بتمر (لان) الكفري لم يتعقد 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 لأيا كل تمر فأكل رطباً لا يحنت فكان غيره فأجاب بالمنع بل يحنت وليس يصحح بل المسئلة مسطورية في الكتب المذهبية المشهورة بأنه لا يحنت وكذا ادعى أنه يحنت فيما اذا حلف لأياً كل تمر فأكل بسراً ولم يكن به حاجة الى هذا الذي يكفي في الإيمان مبنية على العرف وكلامنا فيه لغة وهم بعد ذلك مطالبون بتصحيح أن اسم التمر يلزم الخارج من حين ينعقد الى أن يطيب ثم يحفف من اللغنة ولا ينكر صحة الاطلاق باعتبار مجاز الاول وقوله (والكفري عددي متفاوت الى آخره) جواب سؤال هو أنه اذا لم يكن الكفري تمر ينبغي أن يجوز اسلام التمريه وشراء التمر به نسبة فقال الكفري عددي متفاوت بالكبر والصغر تفاوتاً غير مهم في الجوز اسلامه فيه ولأن يشتري به نسبة للجهالة فتدفع المنازعة (قوله) ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج معلوماً أنه (أكثرهما في الزيتون والسمسم) 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 رحمه الله انما يشترط أن يكون الخالص

ما في الضمن ولا يعتبر الثاني مع وجود الاول وله اذا جاز بيع قفيز خنطة علكة بقبز مسموسة من غير اعتبار ما في الضمن واذا لم يوجد الاول يعتبر الثاني ولهذا لم يجز بيع الخنطة بالذقيق والزيت مع الزيتون من هذا النوع فاذا بيع أحدهما بالآخر فلا يخلو إيمان تعلم كمية ما يستخرج من الزيتون وأول والثاني لا يجوز لانه هو الفضل الذي هو كالحق في هذا الباب

(قوله ولقائل أن يقول هذا انما يستقيم الخ) أقول ولأن نقول المراد بالضمير الرجوع الى الاسم في قوله عقد عليه هو معنى المسمى بطريق الاستخدام أو يقال المضاف مقدر أي مسماه بقية جعله معقوداً عليه لظهور أن ما عقد عليه العقد هو المسمى حقيقة لا الاسم فأنه في الأصل

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 ذاقمة وأما إذا لم يكن كافي الزبد بعد استخراج السمن إذا كان السمن الخالص مثل ما في الزيت من السمن فإنه يجوز (٣٩٦) وهو المروي عن أبي حنيفة والاول جائز لوجود المقضى وانتفاء المانع والشريح

بالسهم والجوز بدنه
والسمن بسمنه والغب
ببصيره والتمر بدسه 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 لأن الشريح
وزن والسهم كيلي أو من
حيث الأفراس فيجوز بيع
السهم بالسهم متفاضلا
صرفا لكل واحد من الدهن
والجوز إلى خلاف جنسه
كما إذا باع كزحطة وكز
شعير بثلاثة أكرار حنطة
وكز شعير 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
الأفراد ولا يلزم جواز
بيع السهم بالسهم
متفاضلا قوله صرفا
لكل واحد من الدهن
والتجيرة إلى خلاف جنسه
قلنا ذلك إذا كانا منفصلين
خلقة كافي مسألة الأكرار

لأن عند ذلك يعرى عن الربا إذ ما فيه من الدهن موزون وهذا إن ما فيه ولو 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 بدنه واللبن بسمنه والغب ببصيره والتمر بدسه على هذا الاعتبار واختلفوا في
القطن بغزله والكر باس بالقطن يجوز كيفما كان بالاجماع

أكثر إذا كان الثقل في البديل الآخر - ياله قيمة أما إذا كان لا قيمة له كافي الزبد بعد استخراج السمن
منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المفرد ويرى ذلك عن أبي حنيفة وقال زفر يجوز جمع عدم العلم
لأنه متردد بين الفساد والصحة فلا يثبت الفساد بالشك والاصل الصحة وقتلنا الفساد غالب لأنه على
تقديرى 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 فتجمع النسبته كافي المجانسة العمينة وذلك كالزيت مع الزيتون والشريح
مع السهم وتنتفي 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 إلى اختلاف المقصود والفرض ولم يبال باتحاد الاصل وعلى
هذا دهن الزهر في ديارنا ودهن البان أصلهما اللوز يطبق بالزهر وبالاخلاف مدة ثم بعصر اللوز فيخرج
منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع أحد الدهنين بالأخر متفاضلا وعلى هذا قالوا الوضوء إلى الاصل
ما يطيبه دون الآخر جاز متفاضلا حتى أجازوا بيع قفيز سمس مطيب بقفيز بن غير مطيب وعلى
هذا يجوز بيع رطل لو زمطيق برطل لو زغير مطبق وكذا يجوز بيع رطل دهن لوز مطبق بزهر النارج
برطل دهن اللوز الخالص وكذا رطل زيت مطيب برطل زيت لم يطيب فجمع لهما الرائحة التي فيها بازاء
الزيادة على الرطل خلافا للشافعي فإنه لا يجيز الدهن المطيب وغيره لامتلائه وأورد أنه ينبغي أن يجوز
بيع السهم بدنه بأي وجهه كان لأن 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 من دهنه وتجييره إلى خلاف جنسه أوجب بأن الصرف يكون عند الانفصال صورة
مسئلة الأكرار ولا صورة هنا منفصلة وقوله (والجوز بدنه واللبن بسمنه والغب ببصيره والتمر بدسه
على هذا الاعتبار) يعني ان كان الدهن المفرد والسمن والدبس أكثر مما يخرج من الجوز واللبن والتمر
جاز وقد علمت تقييده بما إذا كان الثقل له قيمة وأطن ان لا قيمة له لثقل الجوز لأن يكون بيع بقشره
فيؤقد وكذا الغب لا قيمة له فلا تشتت زيادة العصير على ما يخرج والله أعلم (واختلفوا في القطن
بغزله) فبعضهم لا يجوز زمتساويا لأن القطن ينقص بالغزل فهو كالحنطة مع الدقيق وقال بعضهم
يجوز زوني فتاوى فاضحان لا يجوز الامتساويا لأن أصلها واحد وما واحد وكلاهما موزون وإن خر جاد
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

أظهر كمال الجنسية حينئذ والدهن والتجيرة يسا كذلك واختلفوا في جواز بيع القطن بغزله متساويا فيقبل لا يجوز
لأن القطن ينقص بالغزل فهو نظير الحنطة بالدقيق وقيل يجوز لأن أصلهما واحد فكلاهما موزون وإن خر عان الوزن أو خر أحدهما
من الوزن لا بأس ببيع واحد باثنين كذا في فتاوى فاضحان وبيع الغزل بالثوب جائز والكر باس بالقطن جائز كيفما كان بالاجماع وهذا
بخالف ما روى عن محمد ان بيع القطن بالثوب لا يجوز مطلقا

(قال ويجوز بيع اللحم الخ) كل ما يكمل به نصاب الاخر من الحيوان في الزكاة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقرة والجواميس متفاضلا وعنه أنه لا يجوز والعرب والبخاري والعز والضأن فلا يجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا وكل ما لا يكمل به نصاب الاخر فهو يوصف بالاختلاف كالبقرة والغنم فيجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا وكذلك الابلان وعن الشافعي رحمه الله أن المقصود من اللحم شيء واحد وهو التغذي والتقوى فكان الجنس متحدا ولنا أنهم افرغوا أصول مختلفة لما ذكرنا واختلاف الاصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة كالدهان وما ذكر من الاتحاد في التغذي فذلك اعتبار المعنى العام كالطعم في الطعومات والتفكيك في الفواكه والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص ولا يشكل بالطيور فان بيع لحم بعضها ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لان ذلك باعتبار انه لا يوزن عادة فليس يوزن ولا كيل في لم يتناول القدر الثمري (٣٩٧) وفي مثله يجوز بيع بعضها ببعض

متفاضلا (قوله اذا لم تبدل بالصنعة) قيل مراده ان اتحاد الاصول يوجب 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 لافي اتحادها فكذا يقول اختلاف الاصول يوجب اختلاف الاجزاء اذا لم تبدل بالصنعة واما اذا تبدلت فلا يوجبه وانما يوجب الاتحاد فان الصنعة كما تؤثر في تغير الاجناس مع اتحاد الاصل كالهروى مع المروى مع اتحادهما في الاصل وهو والغنم كذلك تؤثر في اتحادهما مع اختلاف الاصل كالدرهم المغشوشة المختلفة الغش

قال (ويجوز بيع اللحم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) ومراده لحم الابل والبقرة والغنم فأما البقرة والجواميس جنس واحد وكذا المعز والضأن وكذا العرب مع البخاري قال (وكذلك ذلك الابلان والبقرة والغنم) وعن الشافعي رحمه الله لا يجوز زلاتها جنس واحد للاتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة فكذلك اجزاؤها اذا لم تبدل بالصنعة قال (وكذا دخل الدقل بمخل العنب) للاختلاف بين اصليهما فكذلك بين ما بينهما ولهذا كان عصيرهما جنسين
 أنه لا بأس ببيع المخلوج بالقطن والغزل بالقطن اذا كان يعلم أن الخالص أكثر مما في الآخر وهذا في المخلوج مع القطن ظاهر لان الفاضل بازاء حب القطن وهو مما ينتفع به وقد يعالج بعض الدواب وأما في الغزل فكأنه ليس يكون الفاضل من القطن المترد بازاء صنعة الغزل فنقل الاجماع انها باعتبار الاقوال المعقول عليها دون الروايات (قوله ويجوز بيع اللحم) جمع لحم (المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) ومراده لحم الابل والبقرة والغنم (فجنس واحد) لا يجوز بيع لحم الجنس الواحد منها زيادة تصيره جنسين (فأما البقرة والجواميس) (فجنس واحد) لا يجوز بيع لحم البقرة بلحم الجاموس متفاضلا (وكذا المعز والضأن والعرب مع البخاري) لا يجوز بيع شيء مع الآخر متفاضلا للاتحاد 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 بعظمه وقوله ومراده الى آخره يحترز به عن قول مالك فان عنده اللحوم كلها ثلاثة اجناس الطيور جنس والدواب اهلها وحشيشها جنس واحد والبحريات (وكذا الابلان والبقرة 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 (فكذلك اجزاؤها اذا لم تبدل بالصنعة) فانها حينئذ تعد اجناسا ولهذا جاز بيع الخبز بالدقيق والسويق متفاضلا (وكذا دخل الدقل بمخل العنب) متفاضلا وكذا عصيرهما (لاختلاف اصلهما) 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 دخل الدقل بمخل العنب الخ) الدقل هو اورد التبرو يبيع خله بمخل العنب متفاضلا جاز يدا بيد وكذا سائر التمور ولما كانوا يجعلون الخ من الدقل غالباً اخرج الكلام على مجرى العادة وانما جاز التفاضل للاختلاف بين اصليهما ولهذا كان عصيرهما يعني الدقل والعنب جنسين بالاجماع

(قوله لان ذلك باعتبار انه لا يوزن عادة) أقول وينبغي ان يستثنى منه لحم الدجاجة فانه يوزن في أكثر البلاد قال المصنف (فكذلك اجزاؤها اذا لم تبدل بالصنعة) أقول ولعل المعنى وكذا تختلف اجزاء تلك الاصول بحسب اختلاف الاصول للاتحادها معها اذا لم تبدل بالصنعة فان تلك الاجزاء اذا تبدلت بالصنعة زال الاتحاد مع اصلها فلا يكون اختلافها لاختلاف اصولها بل الصنعة كالخبز والاناة والقرفة على ما تبين فليتدبر (قوله قيل مراده) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله فكانه يقول اختلاف الاصول الخ) أقول ما خوذ من الخبرية

(وشعر المعز وصف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد) فجاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا وهذا يشير إلى ان اختلاف المقصود كالتبديل بالصنعة في تغيير الأجزاء مع اتحاد الأصل فان المقصود هو المقصود فاختلفه بوجوب التغيير واختلاف المقصود فيهما ظاهر فان الشعر يتخذ منه الحبال الصلبة والمسوح والوصوف يتخذ منه البود والفاضة لا يقال لو اختلف الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لان المقصود منهما ما يتحدف فكان الجنس متحدانا لاننا لا نسلم ذلك فان ابن البقر قد يضر حين لا يضر لبن الغنم فلا يتحدف قصدا إليهما والاولى أن يقال قلنا ان اختلاف المقصود قد يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد الاصول ولم نقل اتحاد المقصود بوجوب الاتحاد الاصول اتحاد (٣٩٨) الفروع الا عند التبديل بالصنعة أو اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر عليه

وشعر المعز وصف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد قال (وكذا شحم البطن بالالية أو باللحم) لانها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا قال (ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا) لان الخبز صار عدديا وموزونا فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا خريفه والقنوي على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف رحمه الله

(و) أما (شعر المعز وصف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد) بخلاف لحمها ولبنها ما جعل جنسا واحدا كما ذكرنا لان اتحاد الجنس مع عدم الاختلاف فان ما يقصد بالشعر من الآلات غير ما يقصد بالوصوف فصار ما يوجب اختلاف الامور المتفرعة ثلاثة أشياء اختلاف الاصول واختلاف المقاصد وزيادة الصنعة فان قيل بالنظر الى اتحاد الاصل في الصوف والشعر لا يجوز بيعهما متفاضلا وزنا وبالنظر الى المقاصد اختلف فيجوز متفاضلا فينبغي أن لا يجوز متفاضلا تغليب الحرمة فالجواب أن ذلك عند تعارض دليلهما وتساويهما في مرجح المحرم وهذا ليس كذلك فانه لا يقاوم الصورة المعنى والزم على تغليب جانب المعنى كون ألبان البقر والغنم جنسا واحدا لاتحاد المقصود وأجيب بجمع اتحادهما فان ابن البقر يقصد للسم والابن لا يتأتى منه ذلك وكذا أغراض الأكل تتفاوت فان بعض الناس لا يطيب له البقر ويتضرر به دون الضأن وكذا في الابل ومن الاختلاف بالصنعة ما قدمنا من جواز بيع اناهي صفر أو حديد أحدهما نقل من الآخر وكذا القمعة بقمة ميتين وبرة بارتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين ما لم يكن شيء من ذلك من أحد النقيدين فيمتنع التفاضل وان اصطلحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العدد والصورة (ويجوز بيع شحم البطن بالالية أو باللحم) والجمع بالالية متفاضلا (لانها أجناس لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا) واما شحم الخنزير ونحوه فتابع اللحم وهو مع شحم البطن والالية جنسان وكل ذلك لا يجوز نسيئة لان الوزن يجمعهما واما الرأس والاكارع والجلود فيجوز زيادتها كيفما كان لان نسيئة لانه لم يضبط بالوصف حتى إن السلم فيه لا يجوز (قوله) ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا) يدا بيد قيل وهو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة (لان الخبز صار) اما (عسديا) في عرف (أوموزونا) في عرف آخر (فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة) فبفرض كون الجنس نسيئة جعتم ما اختلف القدر فجاز التفاضل والدقيق اما كربي فكذلك أو وزني على ما عليه عرف بلادنا ومن جعله وزنيا لم يثبت الجنسية بينه وبين

نقض ومن هذا يتبين أنه مانع راجع فلا يعارضه اتحاد الاصل ويسقط ما قيل شعر المعز وصف الغنم بالنظر الى الاصل جنس واحد وبالنظر الى المقصود جنسان فينبغي أن لا يجوز التفاضل بينهما في البيع ترجيحاً لجانب الحرمة لان المقصود راجع قال (وكذا شحم البطن بالالية أو باللحم) جاز لانها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا أما اختلاف الصور فلا يجوز الصورة ما يحصل منه في الذهن عند تصوره ولا شك في ذلك عند تصور هذه الاشياء وأما اختلاف المعاني فلا أنه ما يفهم منه عند اطلاق اللفظ وهما مختلفان لا محالة وأما اختلاف المنافع فكافة الطب قال (ويجوز بيع الخبز بالحنطة)

الخبز بالحنطة) بيع الخبز بالحنطة والدقيق اما أن يكون حال كونهما نقدين أو حال كون أحدهما نقدا والآخر نسيئة فان كان الاول جاز لانه صار عدديا أو موزونا فخرج عن كونه مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة فاختلف الجنس وجاز التفاضل

(قوله لا يقال لو اختلف الجنس الخ) أقول يعني اذا غلب جانب المقصود على جانب الاصل حتى غدا المتخلفان مقصودا مع اتحاد أصلهما جنسين مختلفين فينبغي ان يعدا مختلفان فيه متحدان في الجنس اذا اتحد المقصود منهما بناء على ذلك التغليب فلا يجوز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا واذا كان مراد القائل ما سمعت فلا يندفع ذلك بما ذكره الشارح في خبره والاولى كما لا يخفى بل لا بد من بيان الفرق (قوله فلان الصورة ما يحصل منه في الذهن الخ) أقول فعلى هذا يكون ذكر المعاني مستغنى عنه لعدم الصور لها والاطهر ان المراد بالصورة الاشكال

(وعليه الفتوى) وروى عن أبي حنيفة انه لاخير فيه أى لايجوز والتركيب للمباغلة في النهى لانه منكره في سياق النفي فتعم نفي جميع جهات الخبز وان كان الثاني فلايجوز إما ان تكون الحنطة والدقيق نسيئة أو الخبز فان كان الاول جاز لانه أسلم موزوناً في مكمل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره وان كان الثاني جاز عند أبي يوسف رحمه الله لانه أسلم في موزون ولايجوز عندهما المأذ كقول المصنف (والفتوى على قول أبي يوسف) وهذا يغنى عن قوله وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح يعني قول أبي يوسف وانما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي لئلا يصير استبدالاً بالمسلم فيه قبل القبض ولاخيراً في استقراضه عند أبي حنيفة عدداً أو وزناً لانه يتفاوت بالخبز من حيث الطول والعرض والغلظ والرفق وبالخبز باعتبار حذفه وعدمه وبالتنوير في كونه جديداً فيجيء عن خبز جديد أو عتيقاً فيكون بخلافه وبالتقدم والتأخر فانه في أول التنوير (٣٩٩) لايجب مثل ما في آخره وهذا هو المانع

عن جواز السلم عندهما وعند محمد يجوز استقراضه عدداً ووزناً ترك قياس السلم فيه للتعامل وعند أبي يوسف يجوز وزناً ولايجوز عدداً للتفاوت في آحاده

وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولاخيراً في استقراضه عدداً أو وزناً عند أبي حنيفة رحمه الله لانه يتفاوت بالخبز والخبز والخبز والتقدم والتأخر وعند محمد درجة الله يجوزهما للتعامل وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز وزناً ولايجوز عدداً للتفاوت في آحاده قال (ولاربا بين المولى وعنده) لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا وهذا اذا كان مأذولاً ولم يكن عليه دين

بين الخبز فيجوز التفاضل أيضاً وروى عن أبي حنيفة انه لاخير فيه وهذه العبارة لنفي الجواز بطريق التأكيد للمكره في النفي وبهذا القول قال الشافعي وأحمد وشبهه المجانسة اذ في الخبز 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 اصطالحوا عليه (وهذا اذا كانا من مدين) فاما بيعهما نسيئة (فان كانت الحنطة نسيئة) أو الدقيق بان أسلم الخبز فيه ما دفعه 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 بمناوخيزا وكذا عند محمد لانه عددي عند ويكون منه الثقل والخفيف (ويجوز عند أبي يوسف لانه وزني) أو يجوز بشرط الوزن ان كان العرف فيه العدد والنضج وحسن العجن وصفات مضبوط نوعها وخصوص ذلك القدر بعينه من العجن والنار مهدر واختاره المشايخ للفتوى اذا أتى بشرايطه لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي حتى لا يصير استبدالاً بالمسلم فيه قبل قبضه اذ قبض متجاوزاً ما هو دون ما سمي صنعة واذا كان كذلك فالاحتياط في منه لانه قبل أن يقع الاخذ من النوع المسمى خصوصاً فيمن يقبض المسلم فيه في أيام متعددة كل يوم كذا كذا رقيقاً قبل ان لا يصير مستقبلاً (ولاخيراً في استقراض الخبز عند أبي حنيفة عدداً أو وزناً لانه يتفاوت بالخبز والخبز 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 ولايجوز استقراضها فهو ولاستقراضه أمتع (وعند محمد رحمه الله يجوزهما) أى عدداً أو وزناً (للتعامل) بين الجيران بذلك والحاجة قد تدعو الى ذلك بين الجيران (وعند أبي يوسف يجوز وزناً لاعدداً للتفاوت في آحاده) ومحمد يقول قد أهدر الجيران تفاوته وبينهم يكون اقتراضه غالباً والقياس يترك بالتعامل وحمل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف وأنا أرى أن قول محمد أحسن (قوله ولاربا بين المولى وعنده) أى المأذون غير المديون (لانه وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربا)

بين الخبز فيجوز التفاضل أيضاً وروى عن أبي حنيفة انه لاخير فيه وهذه العبارة لنفي الجواز بطريق التأكيد للمكره في النفي وبهذا القول قال الشافعي وأحمد وشبهه المجانسة اذ في الخبز 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 اصطالحوا عليه (وهذا اذا كانا من مدين) فاما بيعهما نسيئة (فان كانت الحنطة نسيئة) أو الدقيق بان أسلم الخبز فيه ما دفعه 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 بمناوخيزا وكذا عند محمد لانه عددي عند ويكون منه الثقل والخفيف (ويجوز عند أبي يوسف لانه وزني) أو يجوز بشرط الوزن ان كان العرف فيه العدد والنضج وحسن العجن وصفات مضبوط نوعها وخصوص ذلك القدر بعينه من العجن والنار مهدر واختاره المشايخ للفتوى اذا أتى بشرايطه لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي حتى لا يصير استبدالاً بالمسلم فيه قبل قبضه اذ قبض متجاوزاً ما هو دون ما سمي صنعة واذا كان كذلك فالاحتياط في منه لانه قبل أن يقع الاخذ من النوع المسمى خصوصاً فيمن يقبض المسلم فيه في أيام متعددة كل يوم كذا كذا رقيقاً قبل ان لا يصير مستقبلاً (ولاخيراً في استقراض الخبز عند أبي حنيفة عدداً أو وزناً لانه يتفاوت بالخبز والخبز 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 ولايجوز استقراضها فهو ولاستقراضه أمتع (وعند محمد رحمه الله يجوزهما) أى عدداً أو وزناً (للتعامل) بين الجيران بذلك والحاجة قد تدعو الى ذلك بين الجيران (وعند أبي يوسف يجوز وزناً لاعدداً للتفاوت في آحاده) ومحمد يقول قد أهدر الجيران تفاوته وبينهم يكون اقتراضه غالباً والقياس يترك بالتعامل وحمل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف وأنا أرى أن قول محمد أحسن (قوله ولاربا بين المولى وعنده) أى المأذون غير المديون (لانه وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربا)

قال المصنف (ولاربا بين المولى وعنده الخ) أقول قال العلامة السكاكي وفي المسوط فلو كان على العبد دين فليس بينهما ربا أيضاً ولكن على المولى ان يرد ما أخذه على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه

فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو أخذه لا بجهة العقد سواء اشترى منه درهما بدره من أولان ما أعطى ليس بعوض سواء قبل أو كثر فعليه رد ما قبض لحق الغرماء وكذا أم الولد والمدبر لان كسبه مال بخلاف المكاتب لان المكاتب صار كالحر يد أو تصرف في كسبه فيجوز الربا بينه وبين مولاه كما يجزى بينه وبين غيره انتهى وفيه إشارة الى انه لا ربا بين المولى وعنده اذا كان على العبد دين وما ذكره في الكتاب يدل على جريان الربا بينهما اذا كان عليه دين ولعل ما في المسوط على مذهب الأمامين فان المولى مالك كسب المديون عندهما كما يجزى في المأذون فراجعه (قوله لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع) أقول أى مع عدم تعلق أحديه وانما قيدنا بذلك لئلا يرد على التفريع اشكال بان مجرد الملكية لا يبيح البيع الأيرى الى ما استدلل به أبو يوسف ومحمد على تحقق الربا بينهما اذا كان العبد مديوناً فليتأمل (قوله فعدم تحقق الربا) أقول تأمل في صحة هذا التفريع فانه يلزم منه المصادرة (قوله بعد وجود البيع بحقيقته الخ) أقول أى صورة وظاهرهما

(فإذا كان عليه دين يتحقق الربا لان ما في يده ليس ملكا مولودا عنه - دأبى حنيفة رحمه الله وعندهما) وان كان ملكه لكن لما (تعلق به حق الغرماء صار كالأجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) لاربا بين المسلم والحربي في دار الحرب عند (٣٠٠) أبا حنيفة ومحمد رحمه الله خلافا لابي يوسف والشافعي رجما الله لهما الاعتبار

فان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملكا مولودا عنه - دأبى حنيفة رحمه الله وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالأجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال (ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) خلافا لابي يوسف والشافعي رجما الله لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لاربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان ما لهم مباح في دارهم فبأى طريق أخذ المسلم أخذ ما لا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لان ما له صار محظورا بعقد الامان لعدم تحقق البيع وكذا المدبر وأما الولد (فان كان عليه دين لا يجوز) أى البيع بطريق الربا (أما عند أبي حنيفة) فله عدم ملكه لما في يده عبده المأذون المدنون فهو أجنبي عنه فيتحقق الربا بينهما (وعندهما) ان لم يزل ملكه عما في يده لكن (تعلق بما) في يده (حق الغرماء نصار) المولى (كالأجنبي) عنه (فيتحقق الربا) بينهما (كما يتحقق بينه وبين مكاتبه) وفي المبسوط ذكرناه لا يتحقق الربا بينهما مطلقا ولكن على المولى أن يرد ما أخذته على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما أخذته لوجه البيع سواء كان اشترى منه درهما بدرهمين أو لاجناب المكاتب لانه صار كالحري اذا تصرف في كسبه فيجوز 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 فباع مسلم دخل اليهم مستأمن اذ درهما بدرهمين حل وكذا اذا باع منهم ميمته أو خنزيرا أو قارهم وأخذ المال بحل كل ذلك عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف ومن ذكرنا (لهم) اطلاق النصوص فان لم تقيد المنع بمكان دون مكان والقياس على المستأمن منهم في دارنا فان الربا يجزى بين المسلم وبينه فكذا الداخل منا اليهم 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 أبا بكر قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى الم غلبت الروم الآية قالت له قريش تزون أن الروم تغلب قال نعم فقال هل لك أن تخاطرنا بخاطرهم فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهب اليهم فزد في الخطر ففعل وغلبت الروم فأسأفا أخذ أبو بكر خطره فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم وهو القمار بعينه بين أبي بكر ومشرى مكة وكانت مكة دار شرك (ولان ما لهم مباح) واطلاق النصوص في مال محظور وانما يحرم على المسلم اذا كان بطريق الغدر (فأذا لم يأخذ غدر فأبى طريق يأخذ حل) بعد كونه برضا (بخلاف المستأمن منهم) عندنا (لان ما له صار محظورا بالامان) فإذا أخذته بغير الطريق المشروعة يكون غدرا وبخلاف الزنانا قيس عليه الربا لان البضع لا يستباح بالاباحة بل بالطريق الخاص أما المال فيباح بطيب النفس به وابطاحته وهذا لا يفيد لعارضة اطلاق النصوص الابعة بثبوت حجة حديث مكحول وقد يقال لو سلم حجته فالزيادة بخبر الواحد لا تجوز واثبات قيد رائد على المطلق من نحو

بالمستأمن من أهل الحرب في دارنا فانه اذا دخل الحربى دارنا بأمان وباع درهمين بدرهم فانه لا يجوز فكذا اذا دخل المسلم دار الحرب وفعول ذلك لا يجوز بجامع تحتق 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 ذكره 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

(قوله صار كالأجنبي فيتحقق الربا) أقول أى شبهته از الشبهة كافية في الحرمات قال المصنف (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لاربا بين

المسلم والحربي في دار الحرب) أقول قال ابن العز قال في المعنى هذا خبر مجهول يروى في صحيح ولا مستند ولا كتاب لا نأكلوا 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 رجحته لا يصلح مقيدا للمطلقات مثل لانا كل الربا ان لا يزد بخبر الواحد على الكتاب قيل المراد من النصوص الربا فى مال محظور وما ل أهل الحرب غير محظور الا لعرض من الغدر فليتنا مل

﴿ باب الحقوق ﴾

فيل كان من حق مسائل هذا الباب ان تذكر في الفصل المتصل بأول كتاب البيع الآن المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير المرتب بما هو من مسائله وهناك هكذا وقع وكذا ههنا ولان الحقوق توابع فليق ذلك رها بعد ذلك مسائل المتبوع قال (ومن اشترى منزلاً فوقه منزل) ذكر ثلاثة أسماء المنزل والبيت والدار فسره ليبين ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج الى تصریح 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 قصوره عدم اشماله على منزل الدواب واذا عرف هذا فمن اشترى منزلاً فوقه منزل لا يدخل الاعلى في العقد الا ان يشترى به ويصرح بذلك كراحدى هذه العبارات الثلاث بان يقول بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه (ومن اشترى بيتاً فوقه بيت) وذكر كراحدى العبارات الثلاث (لم يدخل الاعلى ومن اشترى (٣٠١) داراً محدودها) ولم يذكر شيئاً من ذلك (دخل فيه العلو والكنيف)

وهذا لان الدار لما كان

اسماً لما ادبر عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وانما هو من توابع الاصل واجزائه يدخل فيه والبيت اسم لما يات فيه والعلو مثله فلا يدخل فيه الا بالنقص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأني فيه مرافق السكنى مع ضرب قصوره اذ لا يكون في منزله الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلوفيه تبعاً عند ذكر التوابع وشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه

﴿ باب الحقوق ﴾

(ومن اشترى منزلاً فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشترى به بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه ومن اشترى بيتاً فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى داراً محدودها فله العلو والكنيف) جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما ادبر عليه الحدود والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يات فيه والعلو مثله والشئ لا يكون تبعاً مثله فلا يدخل فيه الا بالنقص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأني فيه مرافق السكنى مع ضرب قصوره اذ لا يكون في منزله الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلوفيه تبعاً عند ذكر التوابع وشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه

لانما كوا الر باونحوه هو الزيادة فلا يجوز زوي دفع بالقطع بان المطلقات مراد بعملها المال المحظور بحق المالكه ومال الحربى ليس محظور الا لتوقى العسر وهذا التقرير في التحقيق يقتضى أنه لو لم يرد خبر مكحول أجازته النظر المذكور أعني كون ماله مباحاً للعارض لزوم العسر الا انه لا يخفى أنه انما يقتضى حل مباشرة العقد اذا كانت الزيادة ينالها المسلم والر بأعم من ذلك اذ يشمل ما اذا كان الدرهمان من جهة المسلم ومن جهة الكافر وجواب المسئلة بالخ حل عام في الوجهين وكذلك القمار قد يفضى الى أن يكون مالاً الخطر للكافر بأن يكون الغلب له فالظاهر أن الاباحة تفيد نيل المسلم الزيادة وقد انتمز الاصحاب في الدرر أن مرادهم من حل الر باو القمار ما اذا حصلت الزيادة للمسلم نظر الى العلة وان كان اطلاق الجواب بخلافه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ باب الحقوق ﴾

محل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار (قوله ومن اشترى منزلاً فوقه منزل) حاصل ما هنا أن

اذ فرض المسئلة في معلوم ولا من لوازمه وليس في الاعارة والكتابة ذلك فان لفظ المعبر اعرتك لم يتناول عاربه المستعبر أصلاً تبعاً ولا أصالة وانما ملك الاعارة لانها عملك المنافع ومن ملك شيئاً جازاً أن يملكه غيره وانما لا يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل حذر من وقوع التغير به والمكاتب لما اختص بمكاتبه كان أحق بتصرف ما وصله الى مقصوده وفي كتابه عبده تسبب الى ما وصله الى ذلك فكانت جائزة وأما المنزل فلما كان شبيهاً بكل منهما أخذ حظاً من الجانبين فلشبهه بالدار يدخل العلوفيه تبعاً عند ذكر التوابع وشبهه بالبيت لا يدخل بدونه

﴿ باب الحقوق ﴾

(قوله فسره) أقول أى فسر كل واحد (قوله بكل حق هو له) أقول الباء للمصاحبة (قوله لان المراد بالتبعية ههنا) أقول تعليل لقوله ولا يشك الخ والحق ان يعم لدخول المثل اذا ذكر ما يدل على توابع الشئ بحسب التوابع (قوله لانه ليس بلفظ عام الخ) أقول تعليل لعدم جواز التبعية بالمعنى المذكور (قوله ولا من لوازمه) أقول أى من لوازم المعنى الموضوع له (قوله يدخل العلوفيه تبعاً) أقول فيه بحث فانه يدخل في اللفظ الدال على التوابع أصلاً في المنزل تبعاً

وفيه نظر لان الخلو وعدمه لم يكن له مدخل في الدليل ويقال معناه أن البيت في عرفنا لا يخلو عن علوه انه يدخل في عرفنا فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم اندخول متروكا 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 كذا في الجامع الصغير لقاضخان وفي المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي فوق الباب الابذكر ما ذكرنا وهو قوله بكل حق هو له عند أبي حنيفة لانه مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير كرتي مما ذكرنا يعني من العبارات المذكورة لانه من توابعه فشاب الكنيف وقوله ان كان مفتحه في الدار يضعف قول قاضخان في تعريف الظلة لانه جعل المنتخ في الدار قال (ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق إلا أن يشتره بكل حق هو له أو بقرافته أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسئيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع

وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علوه كما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا تدخل الظلة الابذكر ما ذكرنا عند أبي حنيفة رحمه الله لانه مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير كرتي مما ذكرنا لانه من توابعه فشاب الكنيف قال ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق إلا أن يشتره بكل حق هو له أو بقرافته أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسئيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع

الاسماء ثلاثة البيت والمنزل والدار فالبيت أصغرهما وهو اسم لسقف واحد جعل لبيات فيه فتم من يتصر على هذا ومنهم من يزيد له ميزا 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 صريحا لان العلو مثل خانه مسقف بيات فيه والشي لا يستتبع مثله بل ما هو أدنى منه وأورد المستعير انه لا يعير ما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب يكاتب عبده فأجيب بأن ذلك ليس بطريق الاستتباع بل لمالك المستعير المنفعة بغير بدل كان له أن يملك ما ملك كذلك والمكاتب بعقد الكتابة لما صار أحق بحكاسبه كان له ذلك لان كتابته عبده من أكسابه والمنزل فوق البيت دون الدار وهو اسم لمكان يشتمل على بيتين أو ثلاثة ينزل فيه اليلا ونهارا وله مطبخ وموضع قضاء الحاجة فيأتي فيه السكنى بالعيال مع ضرب قصور وان ليس له محن غير مسقف ولا اصطبل الدواب فلكون البيت دونه صالح أن يستتبعه فليشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع غير متوقف على التنصيص عليه باسمه الخاص وهو أن يشتره بكل قليل وكثير هو له أو منزه أو بكل حق له أو بقرافته ولشبهه بالبيت لا يدخل بلاذ كرتي زيادة والدار اسم اساحة أدبر علم الحدود وتشتمل على بيوت واصطبل وصحن غير مسقف وعلو فيجمع فها بين الصحن للاسترواح ومنافع الابنية للاسكان ولا فرق بين كون الابنية بالتراب والماء أو بالخيام والقباب والعلو من توابع الاصل وأجزائه فيدخل فيه بلاذ كرتي زيادة على شراء الدار وكذا يدخل الكنيف الشارع والكنيف هو المستراح أما الظلة وهو الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار والآخر على دار أخرى أو على اسطوانات في السكة ومفتحه في الدار المبيعة فعند أبي حنيفة لا يدخل في بيع الدار ما لم يقل ما ذكرنا من قوله بكل حق هو لها أو مرافقها أو بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها (لانه أي الظلة بتأويل الساباط (مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل بلاذ كرتي زيادة ولان مفتحه اذا كان في الدار كانت تبعا للدار كالكنيف الشارع قالوا هذاني عرفهم أي عرف أهل الكوفة (أما في عرفنا يدخل العلو) من غير كرتي في الصور كما هساوا كان المبيع بيتا فوفه علواً ومنزلا كذلك لان كل مسكن يسمى خانه في بلاد العجم وله علو سواء كان صغيرا كالبيت أو غيره الادار السلطان تسمى سراي (قوله ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا فيها (أو مسكنا) فيها لم يكن له الطريق في هذه الدار الى ذلك المشتري (الآن يشتره) بكل حق أو بقرافته أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسئيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكرها) وفي المحيط المراد الطريق الخاص في ملك انسان فاما طريقه 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 مسئيل مائتها في دار أخرى لا يدخل من غير كرتي لانه ليس من هذه الدار فلا يدخل الابذكر الحقوق إلا أن تعليله بقوله لانه ليس من هذه الدار يقتضي ان الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب فالحق

لانه خارج الحدود لكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظر الى الاول ودخل بذكر التوابع أي بقوله كل حق نظر الى الثاني ان

(قوله الابذكر ما ذكرنا وهو قوله بكل حق الخ) أقول الاستثناء ناظر الى قوله ولا تدخل الظلة وقوله وهو راجع الى ما في قوله ما ذكرنا

(بمخلاف الاجارة) فان الطريق تدخل استجار الدور والمسيل والشرب في استجار الاراضى وان لم يذ كر الحقوق والمرافق لان الاجارة
 تنهقد لتملك المنافع ولهذا التصح فيما لا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهر الصغير وبالانتفاع بالدار بدون الطريق
 وبالارض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق اذا المستأجر لا يشترى (٣٠٣) الطريق عادة ولا يستأجره فلا بد من

الدخول تحصيلاً للفائدة
 المطلوبة منه وأما البيع
 فلتملك العين بالمنفعة
 ولهذا يجوز بيع مالا
 ينتفع به في الحال كالارض
 السبخة والمهر والانتفاع
 بالمبيع ممكن بدون لان
 المشتري يشترى الطريق
 والشرب والمسيل عادة
 ووحده الضمير لكل واحد
 أو بتأويل المذكور وقد
 يستأجرها أيضاً وقد تكون
 مقصودة التجارة فيبيعها
 من غير فحصول الفائدة
 المطلوبة

بمخلاف الاجارة لانها تنهقد للانتفاع فلا يتحقق الا به اذا المستأجر لا يشترى الطريق عادة ولا يستأجره
 فيدخل تحصيلاً للفائدة المطلوبة منه أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدون لان المشتري عادة يشترى وقد
 يجز فيه فيبيعه من غير فحصول الفائدة والله تعالى أعلم

أن كلامهم 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 لانه ان يرد بها العيب وكذا لو كانت جذوع دار أخرى على الدار
 المبيعة فان كانت للبائع يؤمى 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 بقوله لم يكن له الطريق يعنى في الاجارة يدخل الطريق والشرب والمسيل لان المقصود
 منها الانتفاع والانتفاع بغير دخول هذه الاشياء والمبيع ليس كذلك فان المقصود منه في الاصل ملك
 الرقبة لا الانتفاع بعينها عيناً بل اما كذلك أو ليتجر فيها أو يأخذ من ثمنها فلم تتعين فائدة البيع فلا يلزم
 ولهذا جاز بيع الخش كالأردوان لم ينتفع به في الحال وكذا الارض السبخة ولا تصح اجارة ذلك وفي السكافي
 ولهذا لو استأجر علواً واستثنى الطريق فسدت الاجارة بمخلاف ما لو اشترى علواً واستثنى الطريق يصح
 ولو استثنى العلو ثم أجبر بالبيع صح لان القضاء بالاستحقاق لا يوجب انفساخ البيوع الماضية في
 ظاهر الرواية ولا شيء لصاحب ساحة الهلومن الثمن لانه بقابلية المبيع والمبيع البناء لا الساحة لانه حق
 في الهواء فان قيل ما ذكرتم يشكل بالقسمة في دار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وبابه في الصفة ومسيل
 ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فانقسمت فأصاب الصفة أحدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا
 طريقاً ولا مسيلاً وصاحب البيت لا يستطيع ان يفتح باباً فيما أصابه من الساحة ولا يقدر ان يسيل
 ماءه في ذلك فالقسمة فاسدة فعلى قياس ما ذكرتم في الاجارة ينبغي ان يدخل الطريق والمسيل وان
 لم يذكروا الحقوق فحرج بالجواز القسمة كما أدخلتموها فحرج بالجواز الاجارة أحجب بأن الفرق بينهما لان
 موضع الشرب ليس مما تناولته الاجارة وانما يتوسل به الى الانتفاع والاجارة تستوجب الاجارة
 اذا تمكن المستأجر من الانتفاع ففي ادخال الشرب توفير المنفعة عليهم ما هذا بالاجارة وهذا بالانتفاع
 أما هنا فوضع الطريق والمسيل داخل في القسمة لانهما كانا داخلين في الملك المشترك فوجب القسمة
 اختصاص كل منهما بما هو نصيبه فلو أنبتنا لحددهما حقاً في نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز
 الاضرار دون رضاه وانما دليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق واعلم أنه اذا ذكروا الحقوق في البيع
 وهو بحيث يمكنه احداث طريق فيما اشتراه وتسيل مائه فيه لم يلزمه ذلك الطريق والمسيل وفي القسمة
 اذا ذكروا 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 بالقسمة تميز الملك الثابت لهما لكل منهما ما ينتفع به على الخصوص بحيث لا يشركه
 فيه أحد اذ لو لم يرد ذلك الخصوص لم يكن حاجة الى القسمة وانما يتم هذا اذا لم يدخل الطريق والمسيل
 فلا يدخلان الا برضا صريح ولا يكتفى فيه ذكروا الحقوق والمرافق

(قوله وأما البيع فلتملك
 العين الخ) أقول
 مقتضى كلام المصنف ان
 كليهما يعقد الانتفاع
 لكن الانتفاع في الاجارة
 لا يمكن بدون بخلاف
 البيع فشرحه لا يطابق
 ظاهر المشروح وأيضا
 ان أراد بقوله لا المنفعة 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 ذكره ويدفع
 بان يراد بالمنفعة في الحال

فليتأمل فان البيع من غيره ليس منفعة في الحال (قوله لا المنفعة) أقول يعنى في الحال (قوله ووحده الضمير الخ) أقول أى وحده الضمير في
 قوله يشترى أو في قوله بدون ونحن نقول فيه بحث فان توحيد الضمير لا يكونه للطريق بشهد بذلك قوله لا يشترى الطريق وحكم الشرب
 والمسيل يعنى بالمقابلة كما لا يخفى

﴿ باب الاستحقاق ﴾

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظا ومعنى قال (ومن اشترى جارية فولدت عنده لانا سته لاداه) فاستحقها رجل بينة فانه يأخذها وولدها وان أقر المشتري 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 بهاملك من الاصل والولد كان متصلا بها ويتفرع عنها وهي ملوكة 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 مخبر به والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي ترفع باثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق (٣٠٤) من الاصل ولهذا يرجع المشتري على البائع بالثمن والالباعة بعضهم على

﴿ باب الاستحقاق ﴾

(ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بينة فانه يأخذها وولدها وان أقر بها رجل لم يتبعها ولدها) ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها بينة فيظهر بهاملك 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 يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رحمه الله لا تدخل الزوائد في الحكم فكذلك الولد اذا كان في يد غيره 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 عقيبها (قوله ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل) فان كان بينة) استحق ولدها معها وارثها ان كان (وان) كان (ب) مجرد (اقرار) المشتري (لهما) لا يستحق الولد بذلك (ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة) اي ثابتة في حق جميع الناس غير مقصورة على المقضى عليه (فانها كاسمها بينة) لما كان ثابتاً في نفس الامر قبل الشهادة به لان الشهود لا يتكفون من اثبات ملك في الحال لم يكن ثابتاً في الاصل ولا القاضي وانما تظهر البينة ما كان ثابتاً قبله قبلية لا تقف عندهم معين ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض فيما اذا اشترى واحد من آخر واشترى من الاخر وهو كذلك ظهر الاستحقاق بقضاء البينة فانه يثبت انه قضاء على الكل ولا تسمع دعوى أحدهم انه مملوك لان الكل صاروا مقضياً عليهم بالقضاء على المشتري الاخير كالأولادعت في يد الاخير انما حرة الاصل حيث يرجعون فالولد كان متصلاً بها في الزمان الذي ينسحب عنه انظار البينة الملك فيكون له (أما الاقرار فحجة قاصرة) على المقرح لا يتعدى الى غيره لانه لا ولاية له على غيره ولهذا 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 يقتضي انه لو ادعاه المقرح لا يكون له وذكرا التمراتني انه انما يمكن للمقرح ان يدعه فلو ادعاه كان له لان الظاهر انه لو ادعاه ان الولد لا يستحق بالبينة فقضى القاضي بالام هل يدخل في القضاء فيصير هو أيضاً مقضياً به قيل نعم تبعاً كما أن ثبوت استحقاقه تبعاً (وقيل) لا بل (يشترط القضاء بالولد أيضاً) لانه أصل 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 المقرح الولد أما اذا ادعى الولد كان له لان الظاهر انه له كذا في النهاية نقلاً عن التمراتني ثم اذا قضى بالام للمستحق بالبينة هل يدخل الولد في القضاء بالام تبعاً أم لا قيل يدخل لتبعيته لها وقيل يشترط القضاء بالولد على حدة لانه يوم القضاء منفصل عن الأم فكان مستقداً فلا بد من الحكم به قيل وهو الاصح لان المسائل تشير الى ذلك قال محمد رحمه الله اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا الولد اذا كان في يد رجل غائب فاقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد

﴿ باب الاستحقاق ﴾

قال المصنف (وقيل يشترط القضاء بالولد) أقول في النهاية ومعراج الدراية ثم القضاء باستحقاق المبيع 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 للتمراتني 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 المقول 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 قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصبح انتهى كلام ابن الهمام (قوله وهي ملوكة فيكون له) أقول الواو في قوله وهي حالية (قوله والاخبار لا بدله) أقول أي لصدقه (قوله من مخبر به) أقول يعني محقق (قوله أما اذا ادعى الولد كان له لأن الظاهر أنه 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 في قبض 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 توفقه 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 يفسخ العقد واثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا يعني الموقوف المفسوخ لان حقه الاجازة واستوضح بما في الفتاوى الصغرى اشترى شيئا ثم استحق من يده ثم وصل الى المشتري يوما لا يؤمر بالتسليم الى البائع لانه وان جعل مقر بالملك للبائع لم يكن مقتضى الشراء وقد انسخ الشراء بالاستحقاق فيفسخ الاقرار ثم قال لاجرم لو اشترى عبدا قد اقرضا انه ملك البائع ثم استحق من يد المشتري ورجع بالثمن على البائع ثم وصل اليه يوما يؤمر بالتسليم الى البائع لأن اقراره بالملك له 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 مجانا وذلك لانه لو لم يدع الاستحقاق ويثبت استمر في يد المشتري من غير ان يحصل له عينه ولا بدله فائبا له ليحصل أحدهما اما العين أو البديل بأن يجيز ذلك المبيع 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 مفيدا 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 والالم يأخذوا اجازة فإين هذا من مجرد اثبات الاستحقاق والقضاء به حتى ظهر ملكه فيه والله سبحانه هو الفتح الجواد لاله غيره ولا مرجوا لآخره وفي الذخيرة مما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق أن استحقاق المبيع يوجب توقف استحقاق العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب تفضله في ظاهر الرواية انتهى واعلم أن المنقول في أن البيع متى ينسخ أقوال قيل اذا قبض المستحق وقيل بنفس القضاء والصحيح أنه لا يفسخ 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 يصح وقال شمس الأئمة الحلواني الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء وفي الزيادات روى عن أبي حنيفة أنه لا ينفذ ما لم يأخذ العين بحكم القضاء وفي ظاهر الرواية لا يفسخ ما لم يفسخ وهو الاصح انتهى ومعنى هذا أن يتراضى 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 البينة على التمايز من البائع أو على تملك الملك من المستحق ثابت اذا قضى القاضي فيلزم العجز فيفسخ انتهى يعني يلزم العجز عن اثبات ذلك والمراد أن يفسخ المستحق فانه هو المالك نعم لاشتباه في أنه لو فرض اتفاق عدم رجوع المشتري بعد ان قضى للمستحق وأخذ المبيع واستمر غير مجيزانه يفسخ 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 ببينة أقامها (فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة) أي يدري مكانه (لا يرجع على العبد بشي) من الثمن الذي قبضه بائعه لانه يمكن من الرجوع على القابض (واذا كان البائع لا يدري

قال (ومن اشترى عبدا فاذا هو حر الخ) رجل قال لا اشترى فاني عبدا فاشترى فاذا هو حر فلا يخلو إيمان أن يكون البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة واما أن يكون غائبا غيبة منقطعة لا يدري

(أين هو) فان كان الاول فليس له على العبد شئ وان كان الثاني دمج المشتري على العبد والعبد على البائع وان لم يقل اني عبد ليس على العبد شئ في قولهم وان قال ارتني فاني عبد فوجد حرم الرجوع المرتن على العبد بجمال أي سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا أية غيبة كانت وعن أبي يوسف أنه لا يرجع على العبد في البيع والرهن لان الرجوع في هذا العقد اما أن يكون بالمعاوضة أو بالكفالة وليس شئ منهما بوجوده وانما الموجود هو الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك أو قال ارتني فاني عبد وهو المسئلة الثانية ولهما ان المشتري اعتمد في شرائه على أمره بقوله اشتري واقراره بالعبودية بقوله فاني عبد اذا القول قوله في الحرية فحين أقر بالعبودية غلب ظن المشتري بذلك والمعتمد على الشئ بأمر الغير (٣٠٦) واقراره مغرور من جهته والغرور في المعاوضات التي تقتضى سلامة العوض

يجعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الامكان كما في المولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدى وقد أدنت له في التجارة فبايعوه فبايعوه وطبقته ديون ثم ظهر انه حر فانهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر قيمته بحكم الغرور وهو اذا غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد بظهور حرية أهل للضمان فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه (قوله والبيع عقد معاوضة) انما صرح به مع كونه معلوما من قوله ان المشتري شرع في الشراء تهيئدا للجواب عن الرهن واهتماما ببيان اختصاص موجبة الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا ان الرجل اذا سأل غيره عن امن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فاذا فيه اصول

أين هو رجوع المشتري على العبد ورجوعه على البائع وان ارتن عبدا مقر بالعبودية فوجد حرم الرجوع عليه على كل حال) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يرجع فيه ما لان الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك أو قال العبد ارتني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على أمره واقراره اني عبد اذا القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فأمكن ان يجعل الأمر به ضامنا للسلامة كما هو موجب بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عينه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الأمر به ضامنا للسلامة

أين هو رجوع المشتري على العبد بما دفع الى البائع من الثمن (ورجع) العبد (على بائعه) بما رجح المشتري به عليه ان قدر وانما يرجع العبد على البائع مع أنه لم يأمره بالضمان عنه لانه أدى دينه وهو مضطر في أدائه بخلاف من أدى عن آخر دين أو حقا عليه بغير أمره فليس مضطرا فيه فانه لا يرجع به والتمقييد بالقيدين لانه لو قال أنا عبد وقت البيع ولم يأمره بشرائه أو قال اشتري ولم يقل فاني عبد لا يرجع عليه بشئ (ولو ارتن عبدا مقر بالرق فظهر حرا) وقد كان قال ارتني فاني 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 فيه ما (أي في البيع والرهن) لأن الرجوع بالمعاوضة (وهي المبيعة هنا) أو بالكفالة (وليس واحدا منهما ثابتا بل) الثابت (ليس الا) مجرد (الاخبار كاذبا فصار كما لو قال اجنبي) لشخص (ذلك) وكقول العبد (ارتني فاني عبد وهو المسئلة المذكورة ثانية اولها) ما أن المشتري شرع في الشراء معتمدا على أمره واقراره فكان مغرورا من جهته والتعذر في المعاوضات التي تقتضى سلامة العوض تجعل سببا للضمان دفعا للضرر بقدر الامكان فكان يتغير ربه (ضامنا) ادرك (الثن له عند تعذر رجوعه على البائع ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه كالمولى اذا قال لاهل السوق (يا عبدى فاني قد أدنت له) ففعلوا (ثم ظهر استحقاق العبد) فانهم (يرجعون على المولى بقيمة العبد) ويجعل المولى بذلك ضامنا لدرك ما ذاب عليه دفعا للضرر وعن الناس (بخلاف الرهن فانه ليس بعقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عينه حتى جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه) فلو هلك يقع استيفاء للدين ولو كان معاوضة كان استبدالها بالمسلم فيه قبل قبضه وهو حرام واذا لم يكن عقدا معاوضة لا يجعل الأمر به ضامنا لانه ليس تعريفا في عقد معاوضة

سلبوا أمواله لم يضمن الخبز شيئا لانه غرور فيما ليس بمعاوضة وكذلك لو قال كل هذا الطعام فانه غير مسموم فأكل ولهذا فات فظهر بخلافه لكونه تعريفا في غير المعاوضة واذا عرف هذا ظهر بالفرق بين البيع والرهن فانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عينه وله اذا جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه واذا هلك يقع فيه الاستيفاء ولو كان معاوضة لكان استبدالها بأرأس مال السلم أو بالمسلم فيه وهو حرام واذا لم يكن معاوضة لم يجعل الأمر به ضامنا للسلامة

قال المصنف (وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيما) أقول قوله فيهما أي البيع والرهن ولا يخفى عليك ما في قوله أو قال ارتني من جعل الشئ ممتبا عليه لنفسه فليتا مل فانه يجوز ان يقال تقرر بالكلام ما في الرهن فبالاجماع وما في البيع فلا ان الرجوع الخ وترك التفصيل للاعتماد على الفهم (قال المصنف بل هو وثيقة لاستيفاء عينه حتى جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه وهو حرام واذا لم يكن معاوضة لم يجعل الأمر به ضامنا للسلامة

وبخلاف الاجنبي فانه لا يعتبر بقوله فلا يتحقق الغرور ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رحمه الله وهو ان الدعوى شرط في حربة العبد عنده والتناقض بفساد الدعوى والعبد بعد ما قال اشترى فاني عبد إما أن يدعى الحربة أولاً والاول تناقض والثاني يفتي به شرط الحربة والجواب أن قول محمد فاذا العبد حر يحتمل حربة الاصل الحربة بعناق عارض فان أراد الاول فله وجهان أحدهما ما قاله عامة المشايخ ان الدعوى ليست بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الام لان الشهود في شهادتهم محتاجون الى تعيين الام وفي ذلك تحريمها وتحريم اخواتها وبناتها فانه 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 يمكن التناقض مانعا (٣٠٧) والثاني ما قاله بعض المشايخ ان

الدعوى وان كانت شرطا في حربة الاصل أيضا عنده لكن يعذر في التناقض لخفاء حال العلوق وكل ما كان مبنيا على الخفاء فالتناقض فيه معفو كما نذكر وان أراد الثاني فله الوجه الثاني وهو أن يقال التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لبنائه على الخفاء اذا المولى يستند به فسر بما لا يعلم العبد اعتناقه ثم يعلم بعد ذلك كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع فان تقبل منها لان الزوج ينفرد بالطلاق فرما لم تكن عامة عند الخلع ثم علمت وانما قيد بالثلاث لانه فمادونه أمكن أن يقيم الزوج بينة 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 يعبا بقوله فلا يتحقق الغرور وتظير مسئلة قول المولى يا بعوا عبدى هذا فاني قد أدت له ثم ظهر الاستحقات فانهم يرجعون عليه بقتيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رحمه الله لان الدعوى شرط في حربة العبد عنده والتناقض بفساد الدعوى وقيل اذا كان الوضع في حربة الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتراف فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتراف قبل الكتابة

ولهذا قالوا وقال رجل لآخر وقد سأله عن أمن هذا الطريق فقال اسلكه فانه آمن فسدك فذهب ماله لم يضمن وكذا وقال كل هذا الطعام فانه ليس مسموم فأكله فمات لا قصاص عليه غير أنه استحق عند الله عذبا بالاطلاق (وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبا بقوله) فالرجل هو الذي اغترق المصنف (ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة لأن الدعوى) أى دعوى الحربة (شرط) في القضاء بينتها والدعوى لا تصح من هذا العبد للتناقض فان دعوى الحربة تناقض تصريحه برفقه فأوجب من جهة بعض المشايخ أن هذه الدعوى ان كانت بحربة الاصل (فالدعوى ليست بشرط عنده) كقولها ما في دعوى الحربة مطلقا (لتضمنه تحريم فرج أمه) على السيد وتحريم اخواتها وبناتها وحرمة الفرع حقة تعالى والدعوى ليست بشرط في حق الله تعالى كما في عتق الامة حتى إن الشهود يحتاجون في شهادتهم الى تعيين الام والحرمات لا تحتاج في القضاءهم الى الدعوى واذا لم تحتاج الى الدعوى لا يضر التناقض فيها (وقيل هو) أى الدعوى (شرط مطلقا في حربة الاصل ودعوى الاعتراف في المكاتب والصحيح أنه دعوى العبد شرط عند ابي حنيفة في حربة الاصل والعتق العارض (لكن التناقض) في دعوى الحربة لا يمنع صحة الدعوى بها أما في حربة الاصل (لخفاء) حال (العلوق) فانه يسمى مع أمه وأبوهن ولا يعلم بحربتها ورقها حال العلوق به فيفسر بالرق ثم تظهر له حربة أمه فيدعى الحربة وفي الاعتراف العارض فلان المولى ينفرد به ولا يعلم العبد فيفسر بالرق ثم يعلمه فيدعيه والتناقض في دعوى ما فيه خفاء يعذره فيه (وصار كالمختلعة تقيم البينة على تطلق) الزوج اياها (ثلاثا قبل اختلاعهما) تقبل (وكذا المكاتب يقيمها على الاعتراف قبل الكتابة) تقبل مع أن اتفاقهما على سؤال الخلع والكتابة اقرار بقيام العصمة والرق ولم يضرهما التناقض للخفاء فترجع المرأة والمكاتب يسدل الخلع ومال الكتابة وذكر هنا مسئلة الجامع الكبير وهي أصل في الاستحقات وهي رجل اشترى من آخر ثوبا فقطعه قيصا وخطاه ثم جاء مستحق فقال هذا القيص لي واثبته بالبينة فالمشترى لا يرجع بالثمن على البائع لأن الاستحقات ما ورد

الكتابة ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد اقامة البينة على ما ادعياه

(قوله لتضمنه تحريم الى قوله الى تعيين الأم) أقول أنت خبير بأن التضمن المذكور حاصل بدون التعيين أيضا 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 مانعا) أقول اذا ادعى الحربة ولا يفتي شرط الحربة اذا لم تدع قال المصنف (وقيل هو شرط) أقول تذكيرا للضمير الرجوع الى الدعوى لكونها في تأويل ان يدعى وهذا مطرد في المصادر المؤثمة أو في تأويل الادعاء وباعتبار الخبر (قوله قبل يوم أو يومين) أقول من وقت الخلع (قوله وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك) أقول ان فرض المسئلة فيما اذا لم يمكن انقضاء العدة والتحليل بعد الطلاق لانه آفامت السنة عليه

قال (ومن ادعى حقا في دار) قال (ومن ادعى حقا في دار) من ادعى حقا في دار ولا في دار بيد رجل فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحق الدار الاذراع منها لم يرجع بشئ لان المدعى ان يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعى كلها فصالحه على مائة فاستحق منها شئ يرجع بحسابه اذا التوفيق غير ممكن والمائة كانت بدلا عن كل الدار ولم تسلم فتقسم المائة لان البديل يقسم على اجزاء البديل (ودات المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تنفي الى المنازعة) قالوا ودلت ايضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار لا تصح للجهالة ولهذا لا تقبل البيئنة على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فيئخذ تصح وتقبل البيئنة

قال المصنف (ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز) اقول وسيجيء ايضا في مسائل شتى من كتاب ادب القاضي

قال (ومن ادعى حقا في دار) معناه حقا مجهولا (فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحق الدار الاذراع منها لم يرجع بشئ) لان المدعى ان يقول دعواي في هذا الباقي قال (وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شئ يرجع بحسابه) لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببديله عند فوات سلامة البديل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تنفي الى المنازعة والله تعالى اعلم بالصواب

على ملك البايع لانه لو كان ملكا في الاصل انقطع بالتقطع والباطلة كمن غصب ثوبا فقطععه وخطاه ينتقل ملك المعصوب منه الثوب الى الضامن فالاصل ان الاستحقاق اذا ورد على ملك البايع السكائن من الاصل يرجع عليه وان ورد على ملك المشتري بعد ما صار الى حال لو كان غصبا ملكه به لا يرجع على البايع لانه متيقن الكذب ولهذا الواشتر اهما منذ شهرين فأقام رجل بيئته انه له منذ شهر يقضى به اليه ولا يرجع على بايعه وعرف ان المعنى ان يستحقه باسم التقيص 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 وسلخها فأقام البيئته رجل آخر ان الرأس والأطراف واللحم والجلد له فاقضى به يرجع المشتري على البايع لأن هذا استحقاق عين الشاة (قوله حقا في دار) أي مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحققت (الدار الاذراع عالم يرجع) على الذي صالحه (بشئ) لئلا يمكنه من أن يقول مرادى من الحق الذي ادعيته أو الحق الذي ادعيه هذا الباقي (ولو) كان ادعاها كلها فصالحه فاستحق منها شئ يرجع بحسابه لأن التوفيق هنا غير ممكن فوجب الرجوع ببديله عند فوات سلامته ودلت المسئلة على (أن الصلح عن المجهول على المعلوم جائز) لان البراءة عن المجهول جائز عندنا (لان الجهالة فيما يسقط لا تنفي الى المنازعة) والاخر أن صحة الدعوى ليست شرطا في صحة الصلح لأن دعوى الحق غير صحيحة للجهالة المدعى به ولذا لو أقام به بيئته لا تقبل أما اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق قبلت البيئنة (فروع) اشترى شيئا ثم قال هو ملك فلان وصدقه أو ادعاه فلان وصدقه هو أو أنكركم خلاف فنسلك ليس له في شئ من ذلك الرجوع على البايع بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب فخلف فنسلك يلزم الموكل لان النكول من المضطر كالبيئنة وهو مضطر في النكول اذ لم يعلم عيبه ولا سلامته ولو أقام المشتري بيئته على أنه ملك فلان لا يقبل لمتناقضه فان اقدمه على الشراء اقرار منه بملك البايع فاذا ادعاه لغيره تناقض بخلاف ما لو برهن على اقرار البايع انه ملك فلان يقبل لعدم تناقضه وبخلاف ما لو برهن على أنها حرة الاصل وهي تدعى ذلك أو أنهم ملك فلان وهو أعتقها أو دبرها أو استولدها قبل شرائها حيث يقبل ويرجع بالثمن على البايع لأن التناقض في دعوى الحرية وفروعها لا يمنع صحة الدعوى ببيع عقارا ثم 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 السكك الامن كان قبل فلان * اشترى شيئا ولم يقبضه حتى ادعى آخر انه لا تسع دعوا حتى يحضر المشتري والبايع لان الملك للمشتري والبيئنة للبايع والمدعى يدعيه ما فشرط القضاء عليهم ما حضروهما ولو قضى له بها بحضورهما ثم برهن البايع أو المشتري على أن المستحق باعها من البايع ثم هو باعها من المشتري قبل ولزم البيع لانه يقرر القضاء الاول ولا يتنقض ولو فسح القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البايع أن المستحق باعها منه بأخذها وتبقي له ولا يعود البيع المنتقض ولو قضى للمستحق بعد اثباته بالمستحق ثم برهن البايع على بيع المستحق منه بعد الفسخ تبقي الامة للبايع 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 بايع بايعه 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 فانما باعك بغير ادنى فهو عين بيع الفضولي والفضولي بضم الفاء لا غير والفضل الزيادة وقد غلب جمعه على ما لا يخبر 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 ادنه فالملك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسح وهو مذهب مالك واحمد في رواية وقال الشافعي في الجديد وهو رواية عن احمد لم ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك أو باذن المالك وقد فقدت وما لم يصدر عن ولاية شرعية لا ينعقد لان ولاية 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 فسح) وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك أو باذن المالك وقد فقدت ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية

ولو برهن البائع الاول ان المستحق امره ببيعها وهلك الثمن في يده يقبل ولو استهلكه أو رده لا يقبل ولو أقر عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك أقام المستحق البينة وأثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له أن يرجع على بائعه لان القضاء وقع بالبينة لا بالقرار لانه محتاج الى أن يثبت به يمكنه الرجوع على بائعه هكذا ذكر رشيد الدين في باب دعوى الدين بسبب وبغير سبب من فتاواه وذكر في باب ما يكون اقرارا من المدعى عليه من فتاواه المدعى لو أقام بينة على دعواه ثم أقر المدعى عليه بالملك له فالقاضي يقضى بالقرار لا بالبينة لان البينة انما تقبل على المنكر لا المقر وقد ذكر في آخر كتاب الدعوى ادعى عيناً في يد رجل وأنكر المدعى عليه فأقام بينة على ما ادعاه فقبل أن يقضى القاضي للمدعى ببينته أقر المدعى عليه بالعين للمدعى يقضى بالبينة أو بالقرار اختلف فيه المشايخ بعضهم قالوا بالقرار وبعضهم قالوا بالبينة لان المدعى حين أقام البينة كان المدعى عليه منكرها واستحق المدعى القضاء بالبينة فلا يبطل هذا الاستحقاق باقراره قال والاول أظهر وأقرب الى الصواب وهو يناقض ما ذكره في باب دعوى الدين الآن تخص تلك بعراض الحاجة الى الرجوع وقد صد القاضي الى القضاء باحدى الجانبين بعينها فيحصل أنه اذا ثبت الحق بالبينة والقرار ينبغي على ما جعله الاظهر أن يقضى بالقرار وان سبقته اقامة البينة غير أن القاضي يتمكن من اعتباره قضاء بالبينة فعند تحقق حاجة الخصم الى ذلك ينبغي أن يعتبر قضاء به ليندفع الضرر عنه بالرجوع ولو قضى بالاستحقاق فطلب المشتري الثمن من البائع فرده اليه ثم ظهر فساد القضاء فليس للمشتري أن يسترد المستحق من البائع لثبوت التعاقب ولو لم يترادوا ولكن القاضي قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ ولو أحب البائع أن يأمن غائلة الرد بالاستحقاق فأبرأه المشتري من ضمان الاستحقاق قائلاً لا أراجع بالثمن ان ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل ما قاله لان البراء لا يصح تعليقه بالشرط قالوا والحيلة فيه أن يقر المشتري أن بائعي قبل أن يبيعه مني اشتراه مني فاذا أقر على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لانه لو رجع على بائعه فهو أيضا يرجع عليه باقراره أنه باعه منه والله أعلم

فصل في بيع الفضولي مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة لان دعوى الاستحقاق تتضمن دعوى الفضولي على أحسن الوجوه لانه يتضمن إمام دعواه أن بائعك باع ملكي بغير امره اغصبه أو فضوله وأحسن الخارج الملتص به فضوله والفضول جمع فضل غلب في الاشتغال بما لا يعنيه وما لا ولاية فيه فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف أنت فضولي يخشى عليه الكفر (قوله ومن باع ملك غيره بغير ادنه فالملك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسح) وهو قول مالك واحمد وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك أو باذن المالك وقد فقدت ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية) وصار كبيع الآبق والطير في الهواء في عدم القدرة على التسليم وطلاق الصبي العاقل في عدم الولاية وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك قلنا المراد البيع الذي تجرى فيه المطالبة من الطرفين وهو النافذ والمراد أن يبيعه ثم يشتريه فيسلبه بحكم ذلك العقد وذلك غير ممكن لان الحادث يثبت مقصورا على الحال وحكم ذلك السبب ليس ههنا بل أن يثبت بالاجازة من حين ذلك العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة وسبب ذلك التمسك به وهذا هو قول حكيم يارسول الله ان الرجل يأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعهامنه ثم أدخل السوق فأشترىها فأسلمها فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك وقال الكرخي حدثنا ابراهيم بن موسى الجوزي

فصل في بيع الفضولي قوله لأن بيع الفضولي صورة الخ أقول لأن الاستحقاق قد يكون بالهبة (قوله لأن المستحق انما يستحق الخ) أقول كلمة انما لاتلائم قوله صورة من صور

الاستحقاق (قوله لانها بالملك أو باذن المالك) أقول ونحن نمنع انحصار طريق ثبوت الولاية الشرعية في ذنك

ولنا انه تصرف تملك وقد صدر من أهله ووقع في محله فوجب القول بان عقده أمانه تصرف تملك من قبيل اضافة العام الى الخاص
كعلم الفقه فلا نزاع في ذلك وانما قال تصرف تملك ولم يقل تملك لان التملك من غير المالك لا يتصور فان قبيل تصرف التملك شرع
لاجل التملك فان المراد بالاسباب (٣١٠) الشرعية أحكامها فاذا لم يفد التصرف التملك كان لغوا فالجواب ان الحكم يثبت بقدر دليله

وهذا التصرف لما كان
موقوفاً لما نذكر أفراد حكمها
موقوفاً كما ان السبب البات
أفراد حكمها بانها وان السبب
انما يكون لغوا اذا خلا عن
الحكم فاما اذا تأخر فلا كما
في البيع بشرط الخيار واما
صدوره من الاهداء فلا ان
أهلية التصرف بالعقل
والبلوغ واما المحل فان محل
البيع هو المال المتقوم
وبناء على ذلك للمالك للعاقدي
المحل لا لعدم المالمية والتقوم
الآتري انه اذا باعه باذن
المالك جاز والاذن لا يجعل
غير المحل محلاً واما وجوب
القول بان عقده فلا ان
الحكم عند تحقق مقتضى
لا يمنع الامناع والمناع
منتهى لان المناع هو الضرر
ولا ضرر في ذلك لاحد من
المالك والعاقدين واما المالك
فلا انه مخير بين الاجازة
والفسخ وله فيه منفعة حيث
يكفي مؤنة طلب المشتري
وقرار الثمن واما الفضولي
فلا ان فيه صوت كلامه
عن الالغاء واما المشتري
فظاهر فثبت القدرة
الشرعية تحصيلها لهذه
المنافع فان قبيل القدرة
بالمالك أو بالاذن ولم يوجد

ولنا انه تصرف تملك وقد صدر من أهله في محله فوجب القول بان عقده امانه تصرف تملك من قبيل اضافة العام الى الخاص
فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء
وفي نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيلها لهذه الوجوه

قال حدثنا الحسن بن القزاز قال حدثنا سفيان عن شيبان بن غرقدة سمعته من قومه عن عروة البارقي
وحدثنا ابراهيم قال حدثنا ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شيبان بن غرقدة حدثنا الحنفى عن
عروة البارقي ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه ديناراً يشتري به أختيه فاشترى شاتين فباع احدهما
بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى تباريح فيه وروى
انه صلى الله عليه وسلم دفع ديناراً الى حكيم بن حزام ليشتري به أختيه فاشترى شاة ثم باعها بدينارين
ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال صلى الله عليه
وسلم بارك الله لك في صفقةك فأما الشاة فضع بها وأما الدينار فصدق به وقولك لا انعقاد بالقدرة
الشرعية ان أردت لا انعقاد على وجه النفاذ سلمناه ولا يضر وان أردت لا انعقاد 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 تحقيق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر ولا مانع شرعى فيدخل
ثبوته في العمومات أما تحقيق ما ذكرنا فان المالك يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن ونفاق
سلعته وراحته منها ووصوله الى البديل المطلوب له المحبوب والمشتري ووصوله الى حاجة نفسه ودفعها
بالمبيع وارتفاع ألم فقدتها اذا كان مهماله والعاقد بصون كلامه عن الالغاء والاهداء بل وحصول
الثواب له اذا نوى الخير لله تعالى من الاعانة على حصول الرفق لآخيه المسلم ولما كان هذا التصرف
خير لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر كان الاذن في هذا العقد ثابتاً لدلالة اذ كل عاقل يأذن في
التصرف النافع له بلا ضرر يشينه أصلاً وبالعمومات فوجب اعتباره وصار كوصية من المديون
المستغرقين بأكثر من الثلث اذا كان المعقود عليه باقياً حيث يتوقف على اجازة المستحق بالاجماع
فهذا أصل القياس صحيح لا يقال فاذا ثبت الاذن لدلالة يفتي أن ينفذ العقد لانه قول الثابت لدلالة مالا
ضرر فيه وذلك هو الالغاء مقدم على رأى المالك فثبت بهذا القدر فاما نفاذه بل رأيه ففيه اضرار به
اذ قد لا يريد بيعه فيثبت بخلاف بيع الطير في الهواء والسماك في الماء لا يجوز زعدهم المحل فان الطير ليس
بمملوك أصلاً قبله وما ليس بمملوك لاحد لا يكون محلاً للبيع وبيع الا بقى ينعقد فاسداً وهو عندنا مفيد
للمالك اذا اتصل به القبض وعدم توقف طلاق الصبي ولو بعمال لحق الشرع فانه انزله كالمجنون فيما نحن
فيه وان كان عاقلاً اذ صح توكيله بذلك عن غيره وطلاق المرأة ضررها فان عقد النكاح شرع
للتراحم والتعاون وانتظام المصالح فلذا لم يتوقف ذلك منه لاعلى اجازة وليه ولا على اجازته بعد البلوغ
بخلاف مالواشترى أو زوج أمته فان هذه التصرفات تتوقف على اجازة وليه أو اجازته بعد البلوغ فان
قيل يجب أن يبلغ لعدم المقصود منه وهو الملك فلنا لا يلزم من عدم ترتيبه في الحال عدمه مطلقاً هو
مرجوف لا يلزم عدمه وكون متعاقب العقد مرجواً كاف في صحة التصرف وعن هذا صح تعليق
الطلاق والعتاق بالشرط والافلاوقوع في الحال ولا يقطع بوقوعه فكان ينبغي أن يبلغى لكن لما كان
بحيث يرجى صح وانه قد سببنا في الحال مضافاً وعند الشرط كقولنا هذا وقول المصنف (تصرف تملك)

المالك لا يتصور) أقول فيه منع فان وصى اليتم من لائس بمالك لئال اليتيم وملكه بالبيع بالاتفاق وأيضاً اذا كان
اضافته من قبيل اضافة العلم الى الفقه يكون قولنا تصرف تملك في معنى تملك اذ معناه حيث تصرف هو تملك (قوله فلا ان أهلية
التصرف بالعقل والبلوغ) أقول الاول هو القصر على العقل على ما سيجى في المأذون ويشمل بيع الصبي العاقل الفضولي

أجاب عن ذلك منكر بقوله كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن في التصرف النافع فان قيل سلمنا وجود المقتضى لكن المانع ليس بمقتضى الضرر بل عدم الملك مانع شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام لا تبسع ما ليس عندك وكذلك العجز عن التسليم ألا ترى أن بيع الآبق والطير في الهواء لا يجوز مع وجود الملك فيهما فالجواب ان قوله لا تبسع منى عن البيع المطلق والمطلق يتصرف الى الكامل والكامل هو البيع البات فلا اتصال له بموضع النزاع والقدرة على التسليم بعد الاجازة ثابتة والدليل على ذلك ما روى التكرخي في أول كتاب الوكالة قال حدثنا ابراهيم قال حدثنا محمد بن ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة قال أخبرنا الحسن عن عروة البارقي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا يشتري أخصية فاشترى شاتين فباع احداهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى تباريح فيه لا يقال عروة البارقي كان وكيلًا مطلقًا بالبيع والشراء لانه دعوى بلا دليل اذ لا يمكن اثباته بتغير نقل والنقل أنه عليه الصلاة والسلام أمره أن (٣١١) يشتري له أخصية ولو كان لنقل على

سبيل المدح له فان قيل هل يجوز شراء الفضولي كبيعته أولا أجيب بأن فيه تفصيلا وهو ان الفضولي ان قال بع هذا العين فلان فقال المالك بع فقال الفضولي اشترت لاجله أو قال المالك ابتداء بع هذا العين فلان وقال الفضولي قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف وان قال اشترت منك هذا العين لاجل فلان فقال المالك بع أو قال المالك بع منك هذا العين لاجل فلان فقال المالك بع منك هذا العين لاجل فلان لانه وجد نفاذا على المشتري حيث أضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى الايقاف على رضا الغير وقوله لاجل فلان يشتمل لاجل رضاه وشناعته وغير ذلك بخلاف

كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن في التصرف النافع قال (وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما) لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه من اضافة العام الى الخاص كحركة الاعراب والاضافة في مثله بيانية أى تصرف هو عليك وحركة هي اعراب ولا حاجة الى هذا القيد هنا لان تصرفات الفضولي تتوقف عندنا اذا صدرت وللتصرف مجزأى من يقدر على الاجازة سواء كان تملكيا كالبيع والاجارة والهبة والتزويج والتزوج أو اسقاطا حتى لو طلق الرجل امرأة غيره أو أعتق عبده فأجاز طلقته وانعقد وكذا اسائر الاسقاطات للديون وغيرها وكان الاحسن أن يقول تصرف شرعى وأما القياس على الفضولي بالشراء ففي شراء الفضولي تفصيل ذكره في شرح الطحاوى وطرقه الخلاف وهو أنه لو قال بع هذا فلان فقال المالك بع فقال الفضولي قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس أما اذا قال الفضولي اشترت هذا لاجل فلان فقال بع أو قال المالك ابتداء بع منك هذا العبد لاجل فلان فقال اشترت نفذ على الفضولي غير متوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشتري فلا يتوقف لانه أضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى ايقافه الى رضا الغير وقوله لاجل فلان يشتمل لاجل شفاعته أو رضاه بخلاف البيع لم يجد نفاذا (قوله وله الاجازة) أى للمالك (اذا كان المعقود عليه باقيا) وهو المبيع (و) كذا (المتعاقدان) وهما الفضولي والذى خاطبه فلا بد من بقاء أربعة الثلاثة المذكورة والمالك حتى لو مات لانصح اجازة الوارث كما سئذ كر هذا فيما اذا كان الثمن دينيا أى مما لا يتعين وهذا (لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيام العقد) الذى هو مورد هذا التصرف وقيامه (بقيام العاقدين والمعقود عليه) وانما لم يذكر المالك لانه ذكر أن الاجازة منه وهو فرع وجوده وفي الايضاح عقد الفضولي في حق وصف الجواز موقوف على الاجازة فأخذت الاجازة حكم الانشاء ولا بد في الانشاء من قيام الاربعه وبالتفصيل شرط بقاء المعقود عليه لان الملك لم ينتقل فيه وانما ينتقل بعد الاجازة ولا يمكن أن ينتقل بعد الهلاك والمشتري يلزمه الثمن وبعد الموت لا يلزمه ما لم يكن لزمه حال أهليته والبائع لانه يلزمه حقوق العقد

البيع فانه لم يجد نفاذا على غير المالك ولم ينفذ على المالك فاتجه الى الايقاف على رضا الغير والى هذا الوجه أشار المصنف بعد بقوله والشراء لا يتوقف على الاجازة (قوله وله) أى للمالك الاجازة اعلم ان الفضولي إما أن يبيع العين بثمن دين كالدراهم والدينار والفسوس والكبلى والوزنى الموصوف بغير عينته وإما أن يبيع بثمن عين فان كان الاول فللمالك الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما فان أجاز حال قيام الاربعه جاز البيع لما ذكر أن الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه

(قوله فالجواب أن قوله لا تبسع منى عن البيع الخ) أقول وانما يجب لان النهى يقتضى المشروعية كما سبق لانه تجر الى فساد البيع فليست امل (قوله والقدرة على التسليم الخ) أقول فيه بحيث فانه ذكر في مسألة بيع الآبق اذا عا من الآبق حيث لا يتم العقد في ظاهر الرواية ويحتاج الى عقد جديدانه وقع باطلا فان جزء الحمل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فاعدم المحل فما قرره هنا بخلاف ذلك لأن يكون هذا منبينا على غير ظاهر الرواية وهو غير ظاهر

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 يفيد الملك وقوله (وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب) يعني ان المشتري من الغاصب اذا باع من الغير ثم أجاز للمالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذا اذا اعتق ينبغي أن يكون كذلك مع ان البيع أسرع نفاذا من العتق الا ترى ان الغاصب اذا باع ثم ضمن نفذ بيعه ولو أعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه واذا لم ينفذ ما هو أسرع نفوذا فلان لا ينفذ غيره أولى (قوله وكذا لا يصح اعتناق المشتري من الغاصب اذا أدى الضمان ولهما ان الملك) فيه (ثبت موقوفا) والاعتناق يجوز أن يثبت موقوفا (٣١٤) على الملك الموقوف وينفذ بنفاذه أما انه ثبت فلو وجود المقتضى وهو

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 انه أسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا أدى الضمان وكذا لا يصح اعتناق المشتري من الغاصب اذا أدى الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما هو قوقوف الاعتناق مرتب عليه وينفذ بنفاذه فصار كاعتناق المشتري من الراهن وكاعتناق الوارث عبيدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذ قضى الديون 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 اعتناق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان) ولا الطلاق في النكاح الموقوف حتى اذا أجزى لا يقع على المرأة وكل من الطلاق والعتق في الحاجة الى الملك على السواء وكذا اذا جعل فصولي أمر امرأة رجل بيدها فطلقت نفسها ثم أجاز الزوج لا تطلق بل يثبت التفويض فان طلقت نفسها الا أن طلقت حينئذ والا (ولهما أن الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما هو) أول الباب (فيثبت الاعتناق موقوفا مرتب 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 عن ثبوته في حق الحكم لا باتا 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 يعتق سببا لانه وضع سببا فيقتصر على ذلك ولذا لا يمتد الى الزوائد المنفصلة بخلاف البيع اذا أجزى يثبت الملك في المنفصلة والمنفصلة وأما بيع المشتري من الغاصب فاعمالا لا يصح منه لبطان عقده بالاجاز فان بها يثبت الملك للمشتري باتا والملك البات اذا ورد على الموقوف أبطله وكذا لو وهبه مولا للغاصب أو تصدق به عليه أو مان فورثه فكذا كله يبطل الملك الموقوف لانه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات والافقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف (وصار كاعتناق المشتري من الراهن) فانه يتوقف بالاتفاق على اجازة المرتهن أو فك الرهن والجامع انه اعتناق في بيع موقوف (وكاعتناق الوارث عبيدا من التركة المستغرقة بالدين يصح ثم ينفذ اذ قضى الدين

التصرف المطلق الموضوع لافادة الملك ولان قضاء المانع وهو والضرر وأمان موقوف فلما تقدم وأمان الاعتناق يجوز أن يتوقف على ذلك في القياس على اعتناق المشتري من الراهن يجامع كونه اعتناق في بيع موقوف وبالقياس على اعتناق الوارث عبيدا من التركة وهي مستغرقة بالديون فانه يصح وينفذ اذ قضى الديون بعد ذلك يجامع كونه اعتناق موقوفا في ملك موقوف وهذا بعد من الاول ذكره المصنف رحمه الله للاستظهار به واحترز بقوله المطلق عن البيع بشرط الخيار بقوله موضوع لافادة الملك عن الغصب فانه ليس بموضوع لافادة الملك وعلى هذا يخرج جواب محمد عن المسائل المذكورة فان اعتناق الغاصب اعمال ينفذ بعد ضمان القيمة لان الغصب غير موضوع لافادة

الملك قال في النهاية وبهذا التعليل لا يتم مادعا فانه برده عليه أن يقال لما كان غير موضوع لافادة الملك وجب (واما) أن لا ينفذ بهه أيضا عند اجازة المالك كما لا ينفذ عتقه عند اجازة المالك لمان جواز البيع وجواز العتق محتاج الى الملك والمالك هنا بالاجازة ولكن وجه تمام التعليل فيما ذكره في الميسر

لا يصح ان يعتق الخ) أقول وعندى معنى قوله ولهذا أى ويكون المصحح للاعتناق هو الملك الكامل لا الملك المستند قال المصنف (ولهما ان الملك ثبت موقوفا الخ) أقول لعلمها 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 يعجم الملك ايضا بالفرق فليستأمل (قوله وهذا أبعد من الاول الخ) أقول لان الاول البائع مالك لرقبة المسموع والوقف لحق المرتهن

قال (فان قطعت يد العبد الخ) اذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب وأخذ المشتري ارشها ثم أجاز المالك البيع فالأرض للمشتري لان الملك بالاجازة 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 بالاجازة ثبت الملك من وقت السبب لكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء فتبين ان القطع حصل على ملكه فيكون الارش له وعلى هذا كل ما حدث للجار به عند المشتري من ولد وكسب فان لم يسلم المالك المبيع أخذ جميع ذلك معها لان ملكه بقي متفرقا فيها والكسب والارش والولد لا عكس الاصل واعترض بما اذا غصب عمدا فقطعت يده وضمنه الغاصب فانه لا يملك الارش وان ملك المضمون وبالفضولي اذا قال لامرأة امرأك بيديك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فأجاز صح التفويض دون التطبيق وان ثبتت المالكية (٣١٦) لها من حين التفويض حكلا لاجازة وأجيب عن الاول بأن الملك في المغصوب

قال (فان قطعت يد العبد فأخذ ارشها ثم أجاز المولى البيع فالأرض للمشتري) لان الملك قد تم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعدوله ان الملك من وجه يكتفي لاستحقاق الارش كالمكاتب 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 فالأرض للمشتري بخلاف الاعناق على ما مر (و يتصدق بما زاد على نصف الثمن) لانه

وهو منتف هنا لو ثبت لكان ليس الاصحه وقوع الطلاق بخلاف ملك العين فانه يجوز ان ينعدم مقصودا لصحة العتاق والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم لا عتق الا حديث النافذ في الحال وغاية ما يفيد لزوم الملك للعتق وهو ثابت هنا فانما توقعه قبل الملك فحصل الخلاف كما قال الامام القاسمي يرجع الى أن بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم عند محمد وهو الملك لانعدام الولاية فكان الاعناق لافي ملك فيبطل كالمواضع باعته المشتري من الغاصب وعندهما بوجه موقوف لان الاصل اتصال الحكم بالسبب والتأخير لدفع الضرر عن المالك والضرر في نفاذ الملك لا في توقيفه وبعد المقدمة القائمة في كلام محمد ان المصحح للاعتاق الملك الكامل لم يصرح فيها بدفع 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 فباعه فاما ان يعتقه المشتري من الغاصب ثم يجيز المالك بيع الغاصب وإما ان لا يكون أحدهما ولكن باعته المشتري من الغاصب ثم أجاز المالك بيع الغاصب وهو الذي يلي هذا النزع وإما ان لا يكون شيء من ذلك ولكن مات في يده أو قتل ثم أجاز فلهي أربعة فروع تنفرع على اجازة بيع الغاصب أولها ما اذا أجاز بيع الغاصب بعد عتق المشتري منه وهي التي فرغ منها والثاني ما اذا أجاز بيع الغاصب بعد ان جنى على العبد جنابة فأخذ ارشها فان الارش يستحقه المشتري من الغاصب لان قطع يده لا يمنع صحة الاجازة اذا لم يفت المقعد وعليه بقطعها بخلاف موته فاذا لحقته الاجازة ظهر انه قطع في ملكه فيستحق ارش يده لما ذكرنا من ان البيع موضوع سببا للمالك بخلاف ما لو قطعت في يد الغاصب ثم أدى الضمان فملك العبد فانه لا يكون له الزواجر لان الغصب لم يوضع سببا للملك وانما يثبت الملك مستندا لوقت الغصب بطريق الضرورة فيظهر في المتصل لا المنفصل ثم (يتصدق) هذا المشتري (بما زاد) من ارش اليد (على نصف الثمن لانه) أي ما زاد على نصف الثمن

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 يوقف حكمه على شيء يجب أن يجعل معلقا بالشرط لاسباب من وقت وجوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب الا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فانه يعتبر سببا من وقت وجوده متأخر احكامه الى وقت الاجازة فعندهما يثبت الملك من وقت العقد والتفويض مما يحتمله فيجعل الموجود من التصولي معلقا بالاجازة فعندها يصير كأنه وجد الآن فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وهذه أي كون الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجبوا للاعتاق في الملك الموقوف لمانه لو لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الارش عند الاجازة كما في الغصب

حيث لا يكون له ذلك عند أداء الضمان والعدوى الجواب له عن هذه الحجة ان الملك من وجه كاف لاستحقاق الارش كالمكاتب (لم) اذا قطعت يده وأخذ الارش ثم رد رقية فان الارش للمولى وكما اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البيع فان الارش للمشتري لثبوت الملك من وجه بخلاف الاعناق يعني لا ينفذ اعناق المشتري فيما اذا كان الخيار للبائع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده كذا في النهاية وقيل بخلاف الاعناق - تعلق بقوله ان الملك من وجه يكتفي لاستحقاق الارش يعني ان اعناق 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 الاعناق) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وهذا أقرب) أقول أي معنى وان كان أبعد لفظا

لم يدخل في ضمانه لأن ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد 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 يثبت يوم قطع اليد مستندا الى وقت البيع وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يطيب الربح الحاصل به وفي الكافي ان لم يكن المبيع مقبوضا وأخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح مالم يضمن لأن العبد 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 وجه دون وجه وهذا كما ترى (٣١٧) توزيع الوجهين في الكتاب على

الاعتبارين قال (فان باعه المشتري من آخر الخ) يعني ان باع المشتري من الغاصب من شخص آخر ثم أجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ان الاجازة تثبت للبائع ملك بات والمالك البات اذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله ولان فيه غرر الانساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به قبل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي أيضا لانه 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 للمالك المذكور فيما تقدم فبالنظر الى الغرر يفسد وبالنظر الى النفع وعدم الضرر يجوز قفلنا بالجواز الموقوف عملهما لا يقال الغرر محرم فترجح لان الصحة في العقود أصل

لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك قال فان باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر

(لم يدخل في ضمانه) لما ذكرنا ان اليد من الآدمي نصفه والذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح مالم يضمن وهذا لان ارش يد العبد نصف قيمته والحر نصف ديته وعسى أن يكون نصف القيمة أكثر من نصف الثمن فلا يطيب له الفضل لانه انما دخل في ضمانه بالثمن لا بالقيمة وذلك المصنف وجهها آخر وهو ان (فيه شبهة عدم الملك) لان الملك في الارش يثبت يوم القطع مستندا الى يوم البيع وهو ثابت من وجه دون وجه وهو شبهة عدم الملك وأورد عليه لو وجب التصديق لشبهة عدم الملك في الزوائد ينبغي أن يتصدق بالكل لان 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 الى زيادة شبهة عدم الملك اذ لا تفيد شيئا ووزع في الكافي الوجهين فقال ان لم يكن العبد مقبوضا وأخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح مالم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان أخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود أي الملك حقيقة وقت القطع وإنما ثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه ولو كان المشتري من الغاصب أعق العبد ثم قطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الارش للعبد 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 فانه اعتاق في ملك موقوف وهذا استحقاق ارش المولى ملك موقوف (والعذر له) أي جوابه بالفرق (بأن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمالك اذا قطعت يده فأخذ ارشها ثم عجز (رد في الرق فان (الارش للمولى) مع ان ملكه فيه حال الكتابة من وجه لا من كل وجه (وكذا اذا قطعت يد العبد في المشتري والتغير للبائع ثم أجاز) البائع (البيع) يكون (الارش للمشتري بخلاف الاعتاق على مامر) حيث لا يكفي فيه الا الملك من كل وجه والثالث من الفروع ما ذكره بقوله (فان 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 لان الاجازة تثبت للبائع ملكا باتا الى آخره (ولان فيه غرر الانساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول) أي بيع الغاصب بخلاف الاعتاق عندهما) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف (فانه) أي الاعتاق (لا يؤثر فيه غرر) الانساخ بدليل أن المشتري لو أعق العبد 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 الفسخ بعد الانعقاد به لانه المبيع قبل القبض وأما غرر الانساخ فيما نحن فيه فسال عما يعارضه اذا المشتري الاول لم يملك حتى يطلب مشتريا آخر فترجح البيع الثاني عرضة غرر الانساخ فلم ينعقد بخلاف الاعتاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لانه 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 مشتريا 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 لوتساخنت المغصوب العقود نقدا ما جازة خاصة ولو لم ينعقد لم تنفذ

قال (فان قطعت يد العبد الخ) اذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب واخذ المشتري ارشها ثم اجاز المالك البيع فالارض للمشتري لان الملك بالا اجازه 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 اجازه ثبت الملك من وقت السبب لكون الاجازة في الانتهاء كاللاذن 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 اخذ جميع ذلك معها لان ملكه بقي متقرا فيها والكسب والارش والولد اعلى الاصل واعترض بما اذا غصب عيدا فقطعت يده وضمنه الغاصب فانه لا يملك الارش وان ملك المضمون وبالفضولي اذا قال لامرأة امرئ بيديك فطلعت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فأجاز صرح التفويض دون التعلق وان ثبتت المالكية (٣١٦) لها من حين التفويض حكما للا اجازه وأجيب عن الاول بان الملك في المغصوب

قال (فان قطعت يد العبد فأخذ ارشها ثم اجاز للمولى البيع فالارض للمشتري) لان الملك قد تم له من وقت الشراء فبين ان انقطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعدول 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 أجزى البيع فالارض للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر (ويتصدق بما زاد على نصف الثمن) لانه

وهو منتف هنا فلو ثبت لكان ليس الاصح وقوع الطلاق بخلاف ملك اليمين فانه يجوز ان ينعدم مقصودا لصحة العتاق 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 فحصل الخلاف كما قال الامام القاضى يرجع الى أن بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحاكم عند محمد وهو الملك لانعدام الولاية فكان الاعتاق لافي ملك فيسطل كما لو باعه المشتري من الغاصب وعندهما بوجه موقوف لان الاصل اتصال الحكم بالسبب والتأخير دفع الضرر عن المالك والضرر في نفاذ الملك لافي توقيفه وبعد المقدمة القائلة في كلام محمد ان المصحح للاعتاق الملك الكامل لم يصرح فيها بدفع 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 فباعه فأما ان يعتقه المشتري من الغاصب ثم يجيز المالك بيع الغاصب وإما أن لا يعتقه ولكن قطعت يده ونحوه من الجراحات الموجبة للارض فأخذ ارشها ثم اجاز المالك بيع الغاصب وإما أن لا يكون أحدهذين ولكن باعه المشتري من الغاصب ثم اجاز المالك بيع الغاصب وهو الذي يلي هذا النوع وإما أن لا يكون شيء من ذلك ولكن مات في يده أو قتل ثم اجاز فلهي أربعة فروع تنفرع على اجازة بيع الغاصب أولها ما اذا اجاز بيع الغاصب بعد عتق المشتري منه وهي التي فرغ منها والثاني ما اذا اجاز بيع الغاصب بعد ان جنى على العبد جنابة 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 يده لما ذكرنا من ان البيع موضوع سببا للملك بخلاف ما لو قطعت في يد الغاصب ثم أدى الضمان فملك العبد فانه لا يكون له الزوائد لان الغصب لم يوضع سببا للملك وانما يثبت 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

ثبت ضرورة على ما عرف وهي تندفع بثبوته من وقت الادعاء فلا يملك الارش لعدم حصوله في ملكه وعن الثاني بأن الاصل ان كل تصرف يوقف حكمه على شيء يجب أن يجعل معلقا بالشرط لاسباب من وقت وجوده لثلا يتخلف الحكم عن السبب الا فيما لا يحتمل التعلق بالشرط كالبيع ونحوه فانه يعتبر سببا من وقت وجوده متأخر احكامه الى وقت الاجازة فعندما ثبتت الملك من وقت العقد والتفويض مما يحتمل فيجعل الموجود من التصولي معلقا بالا اجازه فعندما يصير كأنه وجد الا أن فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وهذه أي كون الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجوز الاعتاق في الملك الموقوف لما انفرد لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الارش عند الاجازة كما في الغصب

حيث لا يكون له ذلك عند أداء الضمان والعدول الى الجواب له عن هذه الحجة ان الملك من وجه كاف لاستحقاق الارش كما يكتب (لم) اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد رقيقا فان الارش للمولى وكما اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجاز 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 بمتعلق وقران الشرط به يمنع انعقاده كذا في النهاية وقيل بخلاف الاعتاق بتعلق 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 رقيقه (على ما مر) اشارة الى قوله والمصحح للاعتاق هو الملك الكامل وهذا أقرب ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه

لم يدخل في ضمانه لان ارش اليد الواحدة في الحرف نصف الدية وفي العبد 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 لان الملك يثبت يوم قطع اليد مستندا الى وقت البيع وهو ثابت من وجهه دون وجهه فلا يطيب الربح الحاصل به وفي الكافي ان لم يكن المبيع مقبوضا وأخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح مالم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان أخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما ثبت فيه الملك بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجهه دون وجهه وهذا كما ترى (٣١٧) توزع الوجهين في الكتاب على

الاعتبارين قال (فان باعه المشتري من آخر الخ) يعني ان باع المشتري من الغاصب من شخص آخر ثم أجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا من الاجازة ثبت للمائع ملك بات والمالك البات اذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به قبل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي أيضا لانه يحتمل أن يجيز المالك بيعهما وان لا يجيز ومع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولي موقوفا وأجيب بأن غرر الانفساخ في بيعهما عارضه النفع الذي يحصل للمالك المذكور فيما تقدم فبالنظر الى الغرر يفسد وبالنظر الى النفع وعدم الضرر يجوز نقلنا بالجواز الموقوف عملا بهما لا يقال الغرر محرم فترجح لان الصحة في العقود أصل

لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك قال فان باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر

(لم يدخل في ضمانه) لما ذكرنا ان اليد من الآدمي نصفه والذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح مالم يضمن وهذا لان ارش يد العبد نصف قيمته والحرف نصف ديته وعسى أن يكون نصف القيمة أكثر من نصف الثمن فلا يطيب له الفضل لانه انما دخل في ضمانه بالثمن لا بالقيمة وذكر المصنف وجهها آخر وهو ان (فيه شبهة عدم الملك) لان الملك في الارش يثبت يوم القطع مستندا الى يوم البيع وهو ثابت من وجهه دون وجهه وهو شبهة عدم الملك وأورد عليه لو وجب التصديق لشبهة عدم الملك في الزوائد ينبغي أن يتصدق بالكل لان 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 الى زيادة شبهة عدم الملك اذ لا تفسد شيئا وزع في الكافي الوجهين فقال ان لم يكن العبد مقبوضا وأخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح مالم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان أخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود اى الملك حقيقة وقت التطلع وانما ثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجهه دون وجهه ولو كان المشتري من الغاصب أعنتق العبد ثم قطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الارش للعبد قال المصنف وهذه اى 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 فانه لا يعتاق في ملك موقوف وهذا استحقاق ارش المالك موقوف (والعذر له) أى جوابه بالفرق (بأن الملك من وجهه يكفي لاستحقاق الارش كالمالك اذا قطعت يده فأخذ ارشها ثم) عجز (رد في الرقفا) ن الارش للمولى مع ان ملكه فيه حال الكتابة من وجهه لامن كل وجهه (وكذا اذا قطعت يد العبد في المشتري والخيار للمائع ثم أجاز) البائع (البيع) يكون (الارش للمشتري بخلاف الاعتاق على مامر) حيث لا يكفي فيه الملك من كل وجهه والثالث من الفروع ما ذكره بقوله (فان باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الاول) أى بيع الغاصب (لم يجز البيع) أى بيع المشتري من الغاصب من الآخر (لما ذكرنا) يعني قوله لان الاجازة تثبت للمائع ملكا باتا الى آخره (ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول) أى بيع الغاصب بخلاف الاعتاق عندهما) أى عند أبي حنيفة وأبي يوسف (فانه) أى الاعتاق (لا يؤثر فيه غرر) الانفساخ بدليل أن المشتري لو أعنتق العبد قبل قبضه يجوز ولو باعه لا يجوز وقد روي عن أبي حنيفة أنه

فعارضته على ان اعتبار الغرر مطلقا يستلزم اعتبار التروك اجماعا وهو ان لا يصح بيع أصلا لاسيما في المنقولات لاحتمال الفسخ بعد الانعقاد بل المبيع قبل القبض وأما غرر الانفساخ فيما نحن فيه فسامعنا بما عارضه اذا المشتري الاول لم يملك حتى يطلب مشتريا آخر فتردد البيع الثاني عارضه لغرر الانفساخ فلم ينعقد بخلاف الاعتاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجحما الله لانه لا يؤثر فيه الغرر الا ترى ان البيع قبل القبض في المنقولات لا يصح لغرر الانفساخ والاعتاق قبل القبض يصح

(قوله اذا المشتري الاول لم يملك حتى يطلب مشتريا آخر) أقول فيه تأمل (قوله لغرر الانفساخ فلم ينعقد) أقول منظور فيه فان الشراح صرحوا في كتاب الاكراه ان المقصوب منه اذا أجاز بيعا من البيوع لو ناسخت المقصوب العقود نفذ ما أجاز خاصة ولو لم ينعقد لم تنفذ

قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده أو قتل أي فان لم يبعه المشتري من الغاصب فمات 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 لامتناع إيجاب البديل للمشتري بالقتل فلا يعد باقيا بقا البديل (٣١٨) لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبديل لان ملكه ملاك موقوف

وهو لا يصلح أن يكون مقابلا بالبديل بخلاف البيع الصحيح فانه اذا قتل المبيع قبل القبض لا ينفسخ لان ملكا للمشتري ثابت بات فامكن إيجاب البديل فيكون المبيع قائما بقيام خاتمه وهو القيمة والمشتري بالخيار فان اختار البديل كان البديل للمشتري (ومن باع عبد غيره بغير أمره) رجل باع عبد غيره بغير أمره فقال المشتري أرد البيع انك بعته بغير أمر صاحبه وبجد البائع ذلك فاقام المشتري البينة (أن رب العبد أو البائع أو زانه لم يهر البائع يبيعه) لا تقبل بينته) لانها تبني على صحة الدعوى فان صححت الدعوى صححت البينة والا فلا وههنا بطلت الدعوى (للتناقض) لان إقدام المشتري دليل على صحة الشراء وان البائع يملك البيع ثم دعواه يعد ذلك انه باع بغير أمر صاحبه دليل على عدم صحة الشراء وان البائع لم يملك البيع فحصل التناقض المبطل للدعوى المستلزمة صحتهما اقبول البينة

قال المصنف (فان لم يبعه

قال (فان لم يبعه المشتري فمات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز) لما ذكرنا ان الاجازة من شروطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن إيجاب البديل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا بقا البديل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبديل فتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن إيجاب البديل له فيكون المبيع قائما بقيام خاتمه قال (ومن باع عبد غيره بغير أمره وأقام المشتري البينة على اقرار البائع أو رب العبد انه لم يهره بالمبيع وأراد رد المبيع لم تقبل بينته) للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى

يتوقف البيع كما يتوقف الاعتراف واستنساخ هذا التعليل بأنه شامل لبيع الفصولي مطلقا غاصبا أو غير غاصب اذ فيه غرر الانفساخ على تقدير عدم الاجازة ومع ذلك لا ينعقد موقوفا وتلقته الاجازة أوجب بأن هناك معارضا للغرر الانفساخ مرجحا عليه وهو ما تقدم من تحقق المصالح المتعدية والقاسم من غير شائبة ضرر وليس مثله ثابتا في البيع الثاني لانه لم يملكه للمشتري الاول حتى يطلب مشتريا آخر فجرد البيع الثاني عرضة لانه انفساخ فلم ينعقد أصلا وانما وجب تقديم ذلك المعارض لانه لو اعتبر مجرد غرر الانفساخ بلا اعتبار النفع لم يصح بيع أصل لان كل بيع فيه غرر الانفساخ خصوصا في المنقولات لجواز هلاك البيع قبل القبض فيمنسوخ فالمعتبر مانعا للغرر الانفساخ الذي لم يشبهه تنوع و فرق العتبي بغيره هذا بين إعتاق المشتري من الغاصب حيث ينفذ بالاجازة وبين بيع المشتري من الغاصب حيث لا ينفذ بالاجازة بان العتق منه للملك فهو مقرر للملك حكما والمقرر للشيء من حقوقه فجاز أن يتوقف بتوقفه والبيع ازالة بلائها فكان ضدا محضا للحكمة فلا يتوقف بتوقفه ولا ينفذ بغيره فانه والدليل على الفرق بينهما ان المشتري اذا أعتق ثم اطاع على عيب يرجع بالنقصان ولو باع ثم اطاع على عيب لا يرجع والرابع ما ذكره بتوله (فان لم يبعه المشتري) لكن (مات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز) لما ذكرنا ان الاجازة من شروطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت ظاهر، وأماني القتل فلم لم يعتبر إيجاب البديل للمشتري بالقتل فيكون المعقود عليه باقيا بقا بده فتصح الاجازة كما في البيع الصحيح اذا قتل فيه العبد قبل القبض فان البيع لا ينفسخ كما ينفسخ بالموت بل يجعل قيام بده كقيامه فيختيار المشتري بين أن يختار البيع فيدفع الثمن ويرجع ببديل العبد على قاتله وبين أن يفسخه فيصير إلى البائع فمدار الفرق بأنه لا ملك للمشتري من الغاصب حال القتل ملكا يقابل بالبديل لانه ملك موقوف والمالك الموقوف لا يقابل بالبديل 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 بينة على اقرار البائع انه لم يهره مالكة يبيعه أو أقام على قول رب العبد ذلك وأراد بذلك رد العبد فان هذه البينة لا تقبل للتناقض على الدعوى اذ الاقدام على الشراء دليل دعواه صحته وان يملك يبيعه ودعواه اقراره بعدم الامر يناقضه اذ هو دليل انه لم يصرح ولم يملك البائع البيع وقبول البينة يدعي على صحة الدعوى حيث لم تصح لم تقبل ولو لم تكن بينة بل ادعى البائع بعد البيع ان صاحبه لم يهره يبيعه وقال المشتري أمره أو ادعى المشتري عدم الامر فالقول لمن يدعي الامر لان الآخر مناقض اذ اقدامه على البيع أو الشراء دليل اعترافه بالصحة وقد ناقض بدعواه عدم الامر بخلاف الآخر ولذا ليس له أن يستلطفه لان الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة ذكره في شرح

المشتري فمات في يده) أقول قال الاتقاني لم يذكر محمد هذه المسئلة في الجامع الصغير ولكن ذكره وهاتي الزيادة شرحه وصاحب الهداية أيضا ذكرها تنقير بها انتهى فلا يكون قوله قال محمد في محله لما ذكره الاتقاني نفسه في أول باب الوطء الذي يوجب الحدان كل موضع يذكر فيه لفظه قال يريد به محمد أو القدوري

(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 الا أن الاقرار حجة قاصرة لا ينفذ في حق الغير فاذا ساعده المشتري على ذلك تحقق الاتفاق بينهما فجاز ان ينقض و ذكر المصنف رحمه الله مسألة الزيادة نقضت على مسألة الجامع الصغير ونصوا برها ما قبل رجل ادعى على المشتري بأن ذلك العبد له وصدقه المشتري في ذلك ثم أقام البينة على البائع انه أقر بأن المبيع لهذا المستحق تقبل البينة وان تناقض في دعواه قال (وفرقوا) أي المشايخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادات (بأن العبد في هذه المسئلة) أي في مسألة الجامع الصغير (في يد المشتري) فيكون المبيع سالماً فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له لان شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع (وفي تلك) أي مسألة الزيادات العبد المبيع في يد المستحق فلا يكون المبيع سالماً للمشتري فيميت له حق الرجوع (319) لو وجد ان شرطه قبل في هذا الفرق

نظر لان وضع المسئلة في الزيادات أيضاً في أن العبد في يد المشتري ولئن سلمنا انه في يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض المبطل للدعوى والأولى أن يقال ان المشتري أقام البينة على اقرار البائع قبل البيع في مسألة الجامع الصغير فلم تقبل التناقض وفي مسألة الزيادات أقام البينة على الاقرار بعد البيع فلا يلزم التناقض فقبلت البينة قال صاحب النهاية ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذا بعد ان تأملت فيه برهنة 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 وللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري قال رحمه الله و ذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم أقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المستحق و شرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالماً للمشتري

الزيادات بخلاف ما لو أقر البائع عند القاضي بذلك حيث يحكم بالبطلان والرد ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار ولذا صح اقراره بالشيء بعد المنكاره اياه الا أن الاقرار حجة قاصرة يعنى انما ينفذ في حق المقر خاصة فاذا وافقه المشتري نفذ عليهم فلذا شرط طلب المشتري حتى يكون نقضا بانفاقهما لا يجرد اقرار البائع والمراد بفسخ القاضي أنه يرضى اقراره ما لأن الفسخ يتوقف على القضاء وفر وعها ان صاحب العبد اذا حضر وصدقهما نفذ الفسخ في حقه وتقرر وان كذبهما وقال كنت أمرته كان القول قوله لما ذكرنا ان اقدامهم ما اقرار منهم بالامر فلا يعمل رجوعهما في حقه ويغرم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لاله ويبطل عن المشتري الثمن للدلالة في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يبقى في ذمة المشتري لا أمر ويرجع المشتري على البائع ثم البناء على أن الوكيل بالبيع يملك ابراهة المشتري عن الثمن عند أبي حنيفة ومحمد ويملك الاقالة بغير رضا الأمر وعلى قول أبي يوسف لا يملك (قوله و ذكر في الزيادات) الى آخره صورة مسألة الزيادات اشترى جارية وبضها ونقد الثمن ثم ادعاها مستحق كان المشتري خصماً لانه يدعيها لنفسه فان أقر به المادعى أمر بتسليمها ولا يرجع بالثمن على بائعه لان اقراره به لانه لا يكون حجة على البائع وكذا لو جحد دعواه خلاف فنكحل فقضى عليه بالنكول لان نكوله ليس حجة على غيره لانه كقاره فرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب يحدث مثله باقراره لا يلزم الموكل وان رد عليه بنكوله يلزمه كرده بالبينة لان المشتري محتار في النكول لانه امتنع عن المين مع وجود ما يطلق له الخلف وهو البيع الذي هو ظاهر في الملك ولو كان مضطراً فلا يضطر اذ الخلفه بعلمه باشره بنفسه فلا يظهر حكم نكوله في حق الغير أما الوكيل فبعض طرفي النكول اذ لم يوجد ما يطلق له الخلف فان غير المالك يخفى عليه عيب ملك المالك ولو قال المشتري أنا أقيم البينة انها للمستحق لارجع على البائع لا يثبت اليه

ويشهدون به ومثل ذلك ليس عيبان كما تقدم والواضح في الفرق ما ذكره المصنف على ما قررناه وما قبل ان التناقض المبطل للدعوى باق يجاب عنه بأن المشتري غير متناقض من كل وجه لانه لا ينكر العتد أصلاً ولا ملك الثمن للبائع فان بيع مال الغير منعقد ويبدل المستحق مملوكاً وانما ينكر وصف العقد وهو الصحة وال لزوم بعد الاقرار به من حيث الظاهر فكان متناقضاً من وجه دون وجه فبجعلناه متناقضاً في مسألة الجامع الصغير لانه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له اذ هو في يده ولم يجعله متناقضاً في الفصل الثاني لانه يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه في يد غيره وكان ذلك عملاً بالشبهين بقدر الامكان فصرنا اليه

(قوله قبل في هذا الفرق نظر) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وما قبل الى قوله يجاب عنه بأن المشتري الخ) أقول هذا الجواب مذكور في الجبازية وزيادات قاضخان ثم قوله يجاب عنه خبر لقوله وما قبل ان التناقض الخ (قوله متناقضاً من وجه) أقول أي من حيث اللفظ (قوله دون وجه) أقول أي من حيث الحقيقة والله أعلم

لانه مناقض في دعواه لان اقدمه على الشراء اقرار منه بملك البائع وبصححة البيع وبهذه البيينة ناقض
فرق بين هذا وبين ما ذكر في المأذون رجل اشترى عبدا و قبضه وتقد الثمن ثم أقام البيينة ان البائع باع
العبد قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبيلت بينته مع انه مناقض ساع في نقض ماتم به والثانية ماروى
ابن سماعة عن محمد اذا وهب لرجل جارية فاستولدها الموهوب له ثم أقام الواهب بيينة انه كان دبرها
أو استولدها قبيلت بينته فيرجع على الموهوب له بالجارية والاعقر وقيمة الولد مع انه مناقض ساع
في نقض ماتم به وفرق أما في مسألة الواهب فالفرق ان تناقضه فيما هو من حقوق الحرية كالتدبير
والاستيلاء والتناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى وعندي ان هذا غير صحيح لان التناقض انما قبل في دعوى
الحرية لانهم ما ساقدي يخفى على المتناقض المدعى به بعد اقراره بالرق والتعاقل بنفسه للتدبير مثلا
والاستيلاء لا يخفى عليه فعل نفسه من استيلاءه ووطئه فيجب ان لا يقبل تناقضه ولا يحكم بينته وأما في
مسئلة المأذون فبانه لو أقام البيينة 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 انهم الله مستحق قبلت لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على البائع باقراره وهو خصم في ذلك
ويثبت ماليس بثابت وهو اقرار البائع ولو كان مناقضا فالتناقض يرتفع بتصديق الخصم وهو يثبت بهذا
تصديق الخصم ويجوز ان تقبل البيينة على اقرار الخصم ولا تقبل على نفس الحق كما قال علماءنا فممن في
يده عبد فادعاه رجل فأقام صاحب اليد البيينة انه افلان 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 وفرق في شرح الزيادات
بين هذا وبين مسألة الجامع المذكورة في الهداية وهو انه لا تقبل بينة المشتري على اقرار البائع انه لم
يأمره كالاتقبل 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 تنع الرجوع بالثمن فلا يكون مدعي الحق
الرجوع وفي الزيادات 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 الزيادات 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 البيينة على اقرار البائع قبل البيع أما اذا أقامها على اقراره بعد البيع ان رب العبد
لم يأمره بالمبيع فتقبل لان اقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه اقرار البائع بعدم الامر قبل البيع
ولا يناقض دعواه اقراره بعدم الامر بعد البيع قال ومسئلة الزيادات 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 والزيادات على الاقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض فقبلت وما يناسب المسئلة باع عبد
غيره بلا أمره ثم اشتراه من مولاه ثم أقام البائع البيينة انه اشترى العبد من مولاه بعد بيعه أو ورثه بعد
البيع قال محمد تقبل بينته ويبطل البيع الاول ومن فروع مسألة الاستحقاق على ما في شرح الزيادات
ما لو قال المشتري للقاضي سل البائع ان الامه للمستحق أو وليست له اجابه القاضي الى ذلك لانه يدعى انه
مظالم وله حق الرجوع عليه بالثمن باقراره فبأنه القاضى فان أقرب بذلك الزمه الثمن وان أنكر وطلب
المشتري تخليفه أجابه القاضي الى ذلك فمنهم من قال انما يحلفه لانه ادعى عليه معنى لو أقرب به يلزمه فاذا
محمد يستلف كما في سائر الدعاوى فانه قيل نعم هو كذلك لكنه مناقض لان شراءه اقرار منه بصحته ودعواه
انه ملك المستحق انكار ذلك واهذا لا تقبل بينته وكالاتقبل البيينة الابعة دعوى صححة لا يستحلف

الابعد دعوى صحة دل عليه ما في المأذون اشترى عبد شياً ثم قال أنا محجور وقال البائع مأذون فاراد
 العبدان يقيم البيئنة على ما ادعى لاتقبل ولا يستخلف خصمه وان اقربه البائع يلزمه وذ كر في الجامع
 ان المشتري لو اراد استخلاف البائع انك ما بعته من فلان قبل أن تبيعه منى لم يكن له ذلك وان اقربه
 البائع يلزمه والجواب أن في مسئلتنا المشتري غير مناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد أصلاً ولا الثمن
 فان بيع مال الغير منع قد وبدل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو الزوم بعد الاقرار من
 حيث الظاهر فكان متناقضاً من وجهه دون وجهه فجعلناه مناقضاً في حق البيئنة ولم نجعله مناقضاً في حق
 اليمين ليكون عملاً ما والعمل على هذا الوجه أولى لان البيئنة حجة متعددة فلو لم نجعله مناقضاً في حثها
 يلزمنا 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 نعمة المبيع في يد المشتري فلا يكون له حق الخصومة وهذا على طريق الموافقة للمصنف في النرق قال ولو
 لم تستحق الجارية ولكن ادعت أنها حره الاصل فان أقر المشتري بذلك أو استخلف فنكحل وقضى القاضي
 بحريته الم 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 فنكحل غلط من
 الكتاب لان الاستخلاف لا يجري في دعوى الرق في قول أبي حنيفة وعندنا ما يجري الا أن اليمين
 تكون على الامة فلا معنى لقوله فأبى المشتري اليمين ومنهم من قال بل هو صحيح لان موضوع المسئلة فيما
 اذا بيعت الامة وسلبت فانتقادت لذلك فانتقادت لها كقرارها بالرق فدعواها الحرية كدعوى العتق
 العارض فيكون الثمن على المشتري لان الظاهر شاهد له فلو أن المشتري أقام البيئنة على البائع أمها
 حرة قبلت بيئته ويرجع عليه بالثمن فرق بين هذا وبين الاستحقاق من وجهين أحدهما أنه ليس بمناقض
 في فصل الحرية لانه فيها يظهر بيئته انه أخذ الثمن بغير حق وذلك دين عليه لان الحرية تنفي اذ عقاد
 العقد وملك اليمين للبائع فكانت البيئنة مظهرة أن اقدمه على الشراء لم يكن اقراراً بان عقاد العقد فلا
 يتحقق التناقض أما الاستحقاق فلا يمنع انعقاد العقد ولا ملك الثمن للبائع فلو قبلنا بيئنة المشتري انها
 للمستحق لا يظهم ربيئته أم المستحق لان اقدمه على الشراء اقرار بملك اليمين للبائع ومع بقاء ذلك
 الاقرار يتحقق التناقض ويصير مكذباً بشهوده ساعياً في نقض ما تم به والوجه الثاني انه مناقض في
 الفصلين الا أن هذا تناقض لا يحتمل النقص فلا يمنع صحة الدعوى كالوتر زوج امرأته أقامت البيئنة
 انها أخته من الرضاع أو أقامت البيئنة انه طلقها ثلاثاً ثم تزوجها قبل أن تنكح غيره وكذا لو أعتق
 عبده على مال ثم أقام العبد البيئنة انه اعتمته قبل ذلك قبلت واختلف أصحابنا رجحهم الله فيمن باع
 رضاً ثم أقام بيئنة 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 التدبير ونحوه وذ كر أبو بكر الرازي رحمه الله انما تقبل
 بيئنة المشتري انها حره لانها شهادة قامت على حرمة الفرج فتقبل من غير دعوى حتى لو كان من الامة
 عبس على قول أبي حنيفة لاتقبل وعلى قوله ما تقبل لانها شهادة على عتق العبد فلا تقبل من غير
 دعوى والتناقض يمنع الدعوى ولو ادعى المستحق انها امته أعتقها أو دبرها أو ولدت منه فأقر المشتري
 بذلك أو أبى اليمين وقضى عليه لا يرجع على البائع بالثمن لما قلنا فان أقام المشتري البيئنة على البائع
 بذلك ان شهد الشهود على ان ذلك كان قبل الشراء قبلت بيئته ويرجع عليه بالثمن لانه ثبتت بيئته
 أنهم لم تدخل في العقد فكان مدعي الدين فلا يكون مناقضاً فاشهدوا على ان ذلك كان بعد الشراء
 بينهما لاتقبل بيئته لانها وقت العقد كانت مملوكة محلاً للعقد والاعتاق 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 أيضا وكان يقول أولا يضمن البائع وهو قول محمد رحمه الله وهي مسألة غصب العقار وسنبيته 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 المشتري (لم يضمن البائع عند أبي حنيفة) لمن أقر بالغصب منه (وهو قول أبي يوسف أيضا) 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 لازوجه ولو زوجها من رجل فأجزا بطلا ولو باعها من رجل فأجزا نصف بينهما وما يخبر كل منهما بين أخذ النصف أو الترك ولو باعه فضولي وأجره آخر أو رهنه أو زوجته فأجزا معا ثبت الاقوى فيجوز البيع ويبطل غيره لان البيع أقوى وكذا ثبت الهبة اذا وهبه فضولي وأجره آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها لان الازمة بخلاف غيرها والاجارة أحق من الرهن لافادتها ملك المنفعة بخلاف الرهن والبيع أحق من الهبة لان الهبة تبطل بالشيوع فقبلا يبطل بالشيوع كهبة فضولي عبدا وبيع آخر اياه يستويان لان الهبة مع القبض تساوي البيع في افادة الملك وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فيما أخذ كل النصف ولو باع غاصبا عن رجل واحد فأجاز لم يجز لان فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا العقد فلم يقع ولم تلحقه الاجارة ولو غصبا من رجلين وتبايعا وأجاز للمالك جاز ولو غصبا للثقة من واحد وعقد الصرف وتفاضلها جاز لان النقود لا تعين في المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب وتقدم ان المختار في بيع المرهون والمستأجرانه موقوف على اجازة المستأجر والمرتهن فلا وصل الى المالك بوفاء الدين أو البراء أو قسح الاجارة أو تمام المدة تم البيع ولو لم يجز فالللمشتري خيار الفسخ اذا لم يعلم وقت البيع بهما وان علم فكذلك عند محمد وقيل هو ظاهر الرواية وعند أبي يوسف ليس له الفسخ اذا علم وقيل هو ظاهر الرواية وليس للمستأجر قسح البيع بخلاف ولا للرهن والمؤجر وفي المرتن اختلاف المشايخ وفي شجوع النوازل بيع المفضوب موقوف ان أقر به الغاصب أو كان للغصوب منه بيعة عادلة ولو أجاز بيع والا فلا ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع وقيل لانه خلف بدلا والاول أصح وروى ابن سماعة عن أبي يوسف وبشر عن محمد أن شراء الغصوب من غاصب جاحد يجوز ويقوم بالمشتري مقام البائع في الدعوى وعن أبي حنيفة روايتان رجل غصب عبدا وبعاه ودفعه الى المشتري ثم ان الغاصب صالح المولى من العبد على شيء قال محمد ان صالحه على الدراهم والدنانير كان كأخذ القيمة من الغاصب فينقذ بيع الغاصب وان صالحه على عرض كان كالبيع من الغاصب فيبطل بيع الغاصب ومن البيع الموقوف ببيع الصبي المحجور الذي يعقل البيع ويقصده وكذا شرأوه على اجازة وليه والده أو وصيه أو جده أو القاضى وكذا الذي باع سفيها 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 ببيع صحته اجازتهم وبهلك الثمن على الغرماء وان أجاز بعضهم البيع ونقضه بعضهم بحضرة العبد والمشتري لا تصح الاجازة ويبطل البيع ومنه بيع المريض عينان وارثه يتوقف على اجازة الورثة أو صحة المريض فان صح من مرضه نفد 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 أيضا 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 ليكون الشرط فيه قبض أحد العوضين فهو بمنزلة المفرد من الركب وهو في اللغة عبارة عن نوع يبيع بمجل فيه الثمن وفي اصطلاح الفقهاء هو أخذ عاجل بأجل قيل فهو بالمعنى اللغوي إلا أن في الشرع اقتربت به زيادة شرائط ورد بأن السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس يسلم ولو قيل يبيع بأجل بعاجل لا يدفع ذلك ولكنه الإيجاب والقبول بأن يقول رب السلم لا خير أسلمت اليك عشرة دراهم في كرتحنة أو أسلمت فيقول لا خير قبلت ويسمى هذا رب السلم والأخر المسلم اليه والحنطة المسلم فيه ولو صدر الإيجاب من المسلم اليه والقبول من رب السلم صح وشرط جوازها سيد كوفي أثناء كلامه (٣٣٣) ان شاء الله تعالى قال (السلم عقد مشروع بالكتاب الخ) السلم عقد

مشروع على ذلك الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه معناها إذا تعاملتم بدين مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله مسمى الإعلام بأن من حق الأجل أن يكون معلوما ووجه الاستدلال (ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما) أشهد أن الله أحل السلف المضمون وأنزل فيها) أى فى السلف على تأويل المدائنة (أطول آية فى كتاب الله وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم الآية) فان قيل هذا استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به فلنا عموم اللفظ بتناوله فكان الاستدلال به (قوله المضمون) صفة مقدره لسلف كفى قوله تعالى يحكمهم بها النبيون الذين أساءوا ومعناه الواجب فى الذمة

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المدائنة فقد قال ابن عباس رضى الله عنهما أشهد أن الله تعالى أحل السلف المضمون وأنزل فيها أطول آية فى كتابه وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه الآية

باب السلم

تقدم أن البيع يتقسم إلى بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم لأنه ما يبيع عين بثمن وهو المطلق أو قبله وهو السلم أو ثمن فالثمن فالتقايضة ولم يشترط فى المطلق والمقايضة قبض فقد ما وشرط فى الآخرى وفى الصرف قبضها ما وفى السلم قبض أحدهما فقدم انتقالا لتدريج وخص باسم السلم لتحقق إيجاب التسليم شرعا فيصدق عليه أى تسليم رأس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم الباقى لكن لما كان وجود السلم فى زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام فى الناس سبق الاسم له ويعرف مما ذكر أن معناه الشرعى بيع أجل بعاجل وما قيل أخذ عاجل بأجل غير صحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل وعرف أيضا أنه يصدق على عقده بلفظ البيع بأن قال المسلم اليه بعثك كذا حنطة بكذا إلى كذا ويذكر باقى الشروط أو يقول المسلم اشترى منك إلى آخره وفيه خلاف زفر وعيسى بن أبان وصحة المذهب عنه غير الوجه لأن العبرة للعين ومعنى أسلمت اليك إلى كذا وبعثك إلى كذا فى البيع مع باقى الشروط واحد وان كان على خلاف القياس فذلك باعتبار أمر آخر لا بأمر يرجع إلى مجرد اللفظ وعرف أن ركنه ركن البيع وسبب شرعيته شدة الحاجة اليه وسيد كرم المصنف شرائطه وأما حكمة فقبول المالك للمسلم اليه فى الثمن ولرب السلم فى المسلم فيه الدين السالك فى الذمة أما فى العين فلا يثبت الا قبضه على انعقاد مبادلة أخرى على ما سيذكر والمؤجل المطالبة بما فى الذمة ومعناه لغة السلف فاعتبر فى الشرع كأن الثمن يسلفه المشتري للبائع ليقضيه إياه وجعل إعطاء العوض للسلم اليه فيه قضاء كأنه هو إذ لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض وجعل الهزمة فى أسلمت اليك للسلب بمعنى أزلت سلامة رأس المال حيث سلمته إلى مفسد ونحو ذلك بعيد ولا وجه له إلا باعتبار المدفوع هالك وصحة هذا الاعتبار تتوقف على غلبته نواته عليه وليس الواقع أن السلم كذلك بل الغالب الاستيفاء (قوله وهو) يعنى السلم (عقد مشروع بالكتاب وهو آية المدائنة) أخرج الحاكم فى المستدرک بسنده وصححه على

باب السلم

(قوله أخذ عاجل بأجل) أقول يجوز أن يقال المراد أخذ ثمن عاجل بأجل بقرينة المعنى اللغوي إذا الأصل هو عدم التغيير إلا أن يثبت بدليل (قوله قيل فهو الخ) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله ورد بأن السلعة) أقول الرد لا تقانى (قوله ولو قيل يبيع بأجل بعاجل الخ) أقول قوله ولو قيل الخ أيضا من كلام الاتقانى (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 فى نفي تناوله لما عد ذلك السبب فسلم ولا يفنده إذ لا ينازع أحد فى تناوله للسبب وان نوزع فى تناوله فغيره كالمخفى فلا حاجة إلى اعتبار عموم اللفظ مع أن وجوده فيما نحن فيه محتمل تأمل وأيضا لو كان الاستدلال به لم يكن وجه الاستدلال ماروى عن ابن عباس فناقض آخر كلامه أوله

أنه نهي عن بيع ماليس عند الانسان وخصص في السلم والقياس وان كان بأباه واكثر كناه عمار وبناه ووجه القياس انه يبيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه قال (وهو جائز في المكيلاات والموزونات) لانه يبيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه اكثر كناه بالنص قال (وهو جائز في المكيلاات والموزونات) السلم جائز في المكيلاات والموزونات (لقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم والمراد بالموزونات شرطها عن قتادة عن أبي حسان الاعرج عن ابن عباس رضى الله عنهم قال أشهد أن السلف المضمون الى أجل مسمى قد أحله الله في الكتاب وأذن فيه قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تدابرتهم يدين الى أجل مسمى فاكتبوه الآية وعنه رواه الشافعي في مسنده والطبراني وابن أبي شيبة وعزاه بعض متأخري المصنفين الى البخارى وهو غلط فانه لم يخرج في صحيحه لابي حسان الاعرج واسمه مسلم والمصنف قد ذكر لفظ الحديث أحل السلف المضمون فقال بعض المشايخ المراد بالمضمون المؤجل بديل انه في بعض رواياته السلف المؤجل وعلى هذا فهي صفة مقررة لا مؤسسة ويكون ماروى المخرجون الذين ذكرناهم من قوله المضمون الى أجل جمعاً بين مقررين وقوله مسمى أى معين (و) كذا (بالسنة) الآن لفظ الحديث كذا كره المصنف فيه غرابة (وهو انه صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع ماليس عند الانسان وخصص في السلم) وان كان في شرح مسلم لا قرطبي ما يدل على أنه عثر عليه بهذا اللفظ قيل والذي يظهر أنه حديث مر كى من حديث النهى عن بيع ماليس عند الانسان رواه أصحاب السنن الاربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه صلى الله عليه وسلم لا يحل سفوف وبيع الى أن قال ولا تبع ماليس عندك قال الترمذى حسن صحيح وتقدم والرخصة في السلم رواه الستة عن أبي المنهال عن ابن عباس قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون في الثمر السنة والستين والثلاث فقال من أسلف في ثنى فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم وفي البخارى عن عبد الله بن أبي أوفى قال ان كنا نسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضى الله عنهم في الخنطة والشعير والتمر والزبيب ولا يخفى أن جوازه على خلاف القياس اذ هو يبيع المعدوم وحب المصير اليه بالنص والاجماع للعاجزة من كل من البائع والمشتري فان المشتري يحتاج الى الاستباح لنفقة عياله وهو بالسلم أسهل اذ لا بد من كون المبيع نازلاً عن القيمة فيرجمه المشتري والبائع قد يكون له حاجة في الحال الى السلم وقدرة في المال على المبيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية الى قدرته المأبئة فلهذه المصالح شرع ومنع بعض من نقد الهداية قوله سلم على خلاف القياس لانه يبيع المعدوم قال بل هو على وفقه فانه كالاتباع بمن مؤجل وأى فرق بين كون أحد العوضين مؤجلاً في الذمة وبين الآخر بل هو على وفق القياس ومصلحة الناس قال وهذا المعنى هو الذى فهمه ترجمان 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 الذى لا يقدر على تسليمه عادة مع الحلول كسائر الديون المؤجلة وأطال كلاماً وحاصله مبنى على اعتقاد أن القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم فيكون على خلاف القياس وان قياسه على الثمن المؤجل أولى به وليس كلامهم هذا بل انه هو نفسه يبيع المعدوم فهو على خلاف القياس الاصلى فيه وكونه معدوماً لا يقدر على تحصيله عادة ليس هو معتبر في مفهوم السلم عندهم بل هو زيادة من عنده وقوله أى فرق الى آخره يتمدانه على وفق القياس وكلامه يفيد الاعتراف بكون بيع المعدوم على خلاف القياس ثم الفرق ظاهر وهو أن المبيع هو المقصود من البيع والحل لوروده فانه عدمه يوجب انعدام البيع بخلاف الثمن فانه وصف يثبت في الذمة مع صحة البيع فقد تحقق البيع شرعاً مع عدم وجود الثمن لان الموجود في الذمة وصف يطابقه الثمن لاعتين الثمن وليس في كلام ابن عباس ما يفهم انه رآه على خلاف القياس وكونه فيه مصلحة الناس لا يفتى أنه على خلاف القياس بل لأجل هذه المصلحة شرع

(قوله وهو يتضمن الجواز) أقول فان وجوب الوصف شرعاً يتضمن جواز موصوفه شرعاً هذا هو مراده ظاهراً (قوله فالجواب أن الدليل قد دل الخ) أقول وأيضاً من الحديث الشريف تعلم طريق السلم وظاهر أن ذلك لا يكون ذلك الا بعد الجواز ولا شبهة في الآية الكريمة

وبالسنة وهو ماروى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ماليس عند الانسان وخصص في السلم والقياس وان كان بأباه واكثر كناه عمار وبناه ووجه القياس انه يبيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه قال (وهو جائز في المكيلاات والموزونات) لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم والمراد بالموزونات

شرطها عن قتادة عن أبي حسان الاعرج عن ابن عباس رضى الله عنهم قال أشهد أن السلف المضمون الى أجل مسمى قد أحله الله في الكتاب وأذن فيه قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تدابرتهم يدين الى أجل مسمى فاكتبوه الآية وعنه رواه الشافعي في مسنده والطبراني وابن أبي شيبة وعزاه بعض متأخري المصنفين الى البخارى وهو غلط فانه لم يخرج في صحيحه لابي حسان الاعرج واسمه مسلم والمصنف قد ذكر لفظ الحديث أحل السلف المضمون فقال بعض المشايخ المراد بالمضمون المؤجل بديل انه في بعض رواياته السلف المؤجل وعلى هذا فهي صفة مقررة لا مؤسسة ويكون ماروى المخرجون الذين ذكرناهم من قوله المضمون الى أجل جمعاً بين مقررين وقوله مسمى أى معين (و) كذا (بالسنة) الآن لفظ الحديث كذا كره المصنف فيه غرابة (وهو انه صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع ماليس عند الانسان وخصص في السلم) وان كان في شرح مسلم لا قرطبي ما يدل على أنه عثر عليه بهذا اللفظ قيل والذي يظهر أنه حديث مر كى من حديث النهى عن بيع ماليس عند الانسان رواه أصحاب السنن الاربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه صلى الله عليه وسلم لا يحل سفوف وبيع الى أن قال ولا تبع ماليس عندك قال الترمذى حسن صحيح وتقدم والرخصة في السلم رواه الستة عن أبي المنهال عن ابن عباس قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون في الثمر السنة والستين والثلاث فقال من أسلف في ثنى فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم وفي البخارى عن عبد الله بن أبي أوفى قال ان كنا نسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضى الله عنهم في الخنطة والشعير والتمر والزبيب ولا يخفى أن جوازه على خلاف القياس اذ هو يبيع المعدوم وحب المصير اليه بالنص والاجماع للعاجزة من كل من البائع والمشتري فان المشتري يحتاج الى الاستباح لنفقة عياله وهو بالسلم أسهل اذ لا بد من كون المبيع نازلاً عن القيمة فيرجمه المشتري والبائع قد يكون له حاجة في الحال الى السلم وقدرة في المال على المبيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية الى قدرته المأبئة فلهذه المصالح شرع ومنع بعض من نقد الهداية قوله سلم على خلاف القياس لانه يبيع المعدوم قال بل هو على وفقه فانه كالاتباع بمن مؤجل وأى فرق بين كون أحد العوضين مؤجلاً في الذمة وبين الآخر بل هو على وفق القياس ومصلحة الناس قال وهذا المعنى هو الذى فهمه ترجمان 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 الذى لا يقدر على تسليمه عادة مع الحلول كسائر الديون المؤجلة وأطال كلاماً وحاصله مبنى على اعتقاد أن القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم فيكون على خلاف القياس وان قياسه على الثمن المؤجل أولى به وليس كلامهم هذا بل انه هو نفسه يبيع المعدوم فهو على خلاف القياس الاصلى فيه وكونه معدوماً لا يقدر على تحصيله عادة ليس هو معتبر في مفهوم السلم عندهم بل هو زيادة من عنده وقوله أى فرق الى آخره يتمدانه على وفق القياس وكلامه يفيد الاعتراف بكون بيع المعدوم على خلاف القياس ثم الفرق ظاهر وهو أن المبيع هو المقصود من البيع والحل لوروده فانه عدمه يوجب انعدام البيع بخلاف الثمن فانه وصف يثبت في الذمة مع صحة البيع فقد تحقق البيع شرعاً مع عدم وجود الثمن لان الموجود في الذمة وصف يطابقه الثمن لاعتين الثمن وليس في كلام ابن عباس ما يفهم انه رآه على خلاف القياس وكونه فيه مصلحة الناس لا يفتى أنه على خلاف القياس بل لأجل هذه المصلحة شرع

غير الدراهم والدنانير لانهم ما ائتمنوا المسلم فيه لا يكون ثمنه بل يكون ممتنفا فلا يصح السلم فيه ما ثم قيل بكون باطلا وقيل يتعقد ببيع اثنين مؤجل
 تحصيله لا قصد المنة ما قد ينقدرا لا يمكن والاعتبار في العقود للعائني (والاول قول عيسى بن ابيان والثاني قول ابي بكر الاعمش رحمهما الله
 وهذا الاختلاف فيما اذا سلم حنطة أو غيرهما من العروض في الدراهم (٣٣٥) والدنانير لم يمكن أن يجعل بيع حنطة

بدراهم مؤجلة بناء على
 أنهم ما قصدوا مبادلة الحنطة
 بالدراهم وأما اذا كان
 كلاهما من الاغنام بأن سلم
 عشرة في عشرة دراهم أو في
 دنانير فانه لا يجوز بالاجماع
 وما ذكره عيسى أصح لان
 التصحيح انما يجب في محل
 أو جبا العدة ففيه وهما
 أو جباه في المسلم فيه وهو
 اذا كان من الاغنام لا يبيع
 تصحيحه لانها لا تكون
 ممتنا وتصحيحه في الحنطة
 تصحيح في غير ما أو جباه
 فيه فلا يكون صحيحا قال
 (وكذا في المذروعات لانه
 يمكن ضبطها) أي وكجواز
 السلم في المكيات
 والموزونات جواز في
 المذروعات لكونها
 كالمكيات والموزونات
 في مناط الحكم وهو ما كان
 ضبط الصفة ومعرفة الترتيب
 لارتفاع الجهالة بخلاف الحاقها
 بهما وعلى هذا الترتيب
 سقط ما قبل الشيء انما يلحق
 بغيره دلالة اذا تساوى
 جميع الوجوه وليس المذروع
 مع المكيل أو الموزون
 كذلك لتفاوتهما فيما هو
 أعظم وجوه التفاوت وهو
 كون المذروع قيميا وهما
 متلمان لان المناط هو ما ذكرنا

غير الدراهم والدنانير لانهم ما ائتمنوا المسلم فيه لا بد أن يكون ممتنفا فلا يصح السلم فيه ما ثم قيل بكون
 باطلا وقيل يتعقد ببيع اثنين مؤجل تحصيله لا قصد المنة ما قد ينقدرا لا يمكن والاعتبار في العقود للعائني
 والاول أصح لان التصحيح انما يجب في محل أو جبا العدة ففيه ولا يمكن ذلك قال (وكذا في المذروعات)
 لانه يمكن ضبطها بذكر الدرع والصنة والصنعة ولا بد منها لترفع 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 ككثرة حنطة أو ثوب في عشرة دراهم أو دنانير فلا يصح سلمها بالاتفاق لان المسلم فيه لا بد
 أن يكون ممتنا والنقود ائتمن فلا تكون مسلما فيها واذالم يصح فهل يبيع بعتق في الكرو الثوب بئتم
 مؤجل أو يبطل رأسا حتى المصنف فيه خلافا (قيل يبطل) وهو قول عيسى بن ابيان (وقيل يتعقد
 ببيع اثنين مؤجل) ولا يبطل وهو قول أبي بكر الاعمش وجعل المصنف وغيره قول عيسى بن ابيان أصح
 لان تصحيح العقد انما يكون في المحل الذي أوجب المتعاقدان البيع فيه لافي غيره وهما لم يوجبا الا في
 الدراهم ولا يمكن تصحيح العدة باعتبارها بل باعتبار الثوب ولم يوجبا فيه فكأن في غير محلها الا أن الاول
 عندي أدخل في الفقه لان حاصل المعنى الصادر بينهما اعطاء صاحب الثوب برضاه ثوبه الى الآخر بدراهم
 مؤجلة وهذا من افراد البيع بل تاويل اذ هو مبادلة المال بالمال بالتراضي وكونه أدخل الباء على الثوب
 لا يقدح في أن الواقع بينهما هو هذا المعنى وفيه تصحيح تصرفهما وادخال الباء على الثوب كادخالها
 على الثوب المقابل بالخرف فيما اذا اشترى خرا ثوب فانه لا يبطل بل يفسد وان كان يقتضى ان المبيع
 هو الخمر وهو مبطل اعتبار التحصيل غرضها ما أمكن (قوله) وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها
 بذكر الدرع والصفة والصنعة ولا بد منها) أي من هذه الثلاثة للضبط الذي هو شرط الصحة وعرف
 من تعليقه هذا ان شرط الصحة السلم كون المسلم فيه مضبوطا على وجه يمكن تسليمه من غير افضاء الى
 المنازعة فلهذا أجمع الفقهاء على جواز السلم في المذروعات من الثياب والبسط والحصر والبوارى اذا
 بين الطول والعرض وفي الابضاح يحتاج الى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباج لبقاء التفاوت بعد
 ذكر الطول والعرض لانهم يختلف باختلاف الوزن فان الديباج كلما ثقل ازدادت قيمته والحرير كلما
 خف زادت انتهى وهذا في عرفهم وفي عرفنا ثياب الحرير أيضا وهي المسماة بالسكمان كل ما ثقل ازدادت
 القيمة فالخصل 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 شرعيته
 الا الكيل والوزن فلا يقاس عليهم ما غيرهما الا يقال السلم مخصوص من عموم لا يتبع ما ليس عندك
 ودليل التخصيص جاز أن يعمل ويلحق بالخروج غيره به لانا نقول ذلك مقيد بما اذا لم يخالف حكم دليل
 التخصيص القياس لاتفاق 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 النهي
 وهو لا يتبع مطلق بالنسبة الى ذكر الاجل فيما ليس عندك وعدمه وشرعية السلم تقيده بما اذا لم
 يذكر الاجل في المبيع أما اذا ذكر الاجل فيجوز بيع كل ما ليس عندك لا بعضه ليكون تخصيصا باليس

اذ الجهالة المنضمة الى النزاع ترتفع بذلك دون كونه قيميا ومثلهما فان قيل الدلالة لا تعمل اذا عارضها عبارة وقد عارضها قوله لا يتبع ما ليس
 عندك فانه عبارة اختصت منه المكيات والموزونات بقوله من سلم منكم الحديث فبقي ما وراءها تحت قوله لا يتبع فالجواب أنا لان السلم
 صلاحية ما ذكرنا للتخصيص لان القرآن شرطه وهو ليس بوجوده لمنه لكنه عام مخصوص وهو دون القياس فلا يكون معارضا للدلالة

(قوله فالجواب أنا لان السلم صلاحية ما ذكرنا الخ) أقول هذا منع لا يضر

وكذا في المعدودات التي لا تتفاوتت 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 ماليس عنده بلاذ كر أجل على عمومه في منع البيع وكله مع ذكره يخرج من ذلك الحكم
 لكن بشرط ضبطه ومعرفة كانه ما عنده أيضا لا يجوز بيعه عن غير سلم مع جهالته وعدم ضبطه
 فالخاص بل أن كاه مع شرطه من الضبط يجوز بيعه بأجل ولا يجوز بيعه بأجل وكون المذكور في
 الحديث الكيل والوزن ليس تعينها ما ولا أمر بخصوصهما على تقدير السلم بل حاصله أمر بتعيين
 الأجل والكيل على تقدير السلم في المكيل بياننا لشرط الصحة وهو عدم الجهالة يدل عليه سياق الحديث
 وهو انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلمون 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 ماليس عنده الحاجة الى الاسترباح والتوسعة
 على المقل الرابح فأنيط عظيمة ذلك من الاقدام على أخذ العاجل بالأجل واعطائه وشرط الضبط
 لدفع المنازعة والقدرة على التسليم ولذا أجمعوا على عدم الاقتصار على المكيل والموزن للقطع بأن
 سبب شرعيته لا يختلف وهو الحاجة الماسة الى أخذ العاجل بالأجل وهي ثابتة من التوازن في
 المذروع كما في 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 من سمعها فان قيل في المذروعات مانع وهو أن الضبط بالذرع دونه
 بالكيل والوزن فلا يلحق بهما فالجواب حينئذ ان قلت الذرع لا يضبط القدر كما يضبط الكيل والوزن
 فليس يصح بيل الذراع المعين يضبط كمية البيع بلا شبهة فيه والاختلاف فيه ليس في الصنعة ونحن
 ما قلنا ان مجرد ذكر عدد الذرعان مع صلح السلم 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 من ذكر الاوصاف معه فتأمل
 هذا التقرير فان في غير خطا والله أعلم (قوله) وكذا في المعدودات التي لا تتفاوتت كالجوز والبيض
 أي يجوز السلم فيها عددا (لان العددي المتقارب مضبوط بالعدد مقدور التسليم فيجوز السلم فيه) عددا
 (والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت) بعد أن يكون من جنس واحد لان
 التفاوت حينئذ ليس يراد 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 ماتفاوتت مالهته متفاوت
 كالبطيخ والقرع والمان والرؤس والاكراع والسفرجل فلا يجوز السلم في شيء منها عددا للتفاوت في
 المسألة الا اذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول وغلظ ونحو ذلك ومن المعدودات المتفاوتة الجوالقات
 والقراء فلا يجوز فيها الا بد كرميزات وأجازوه في الباذنجان والكاغد عددا لاهدار التفاوت وفيه
 نظر ظاهر أو يحمل على كاغد بقال خاص والالايجوز وكون الباذنجان مهدر التفاوت اعلم 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 ويستترط مع العدد
 بيان الصفة أيضا فلما سلم في بيض النعام أو جوز الهند جاز كما جاز في الآخريين وعن أبي حنيفة انه
 منعه في بيض النعام ادعاءه لتفاوت آحاده في المسألة 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 ليتخذ
 في سلاسل القناديل كما في دياره صر وغيرهما من الامصار يجب أن يعمل بهذه 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
 كما في المذروعات (بخاز السلم
 فيه الحاقا بالكيل والموزن
 والكبير والصغير سواء
 لاصطلاح الناس على
 اهدار التفاوت) فانه قلما
 يباع جوز بفلس وآخر
 بفلسين وكذلك البيض

(بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً) فصار الضابط في معرفة العددي المتقارب عن المتفاوت تفاوتاً الآحادي المالية دون الأنواع وهذا هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله و يؤيد ذلك ما روى عن أبي حنيفة رحمه الله أن السلم لا يجوز في بيع النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كايحوز السلم فيها أي في المعدودات (٣٣٧) المتقاربة بعدد ايجوز كيلاً وقال زفر لا يجوز لانه عددي لا كيلاً وعنه

أنه لا يجوز زعدداً أيضاً لوجود التفاوت في الآحاد وإنما أن المقدار مرة يعرف بالعدو وأخرى بالكيل فأمكن الضبط بهما فيكون جائزاً وكونه معدوداً باصطلاحهما فجازاً هداره والاصطلاح على كونه كيلياً (قوله وكذا في الفلوس عدداً) ذكره في الجامع الصغير مطلقاً من غير ذكر خلاف لأحد وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وأما عند محمد فلا يجوز أي لا يجوز السلم في الفلوس لانها أثمان والسلم في الأثمان لا يجوز وله ما ان التمنية في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما لعدم ولاية الغير عليهما فلهما بطلانها باصطلاحهما ما إذا بطلت التمنية صارت متممة تعين بالتعيين فجاز السلم وقد ذكرناه في باب الربا في مسألة بيع الفلوس بالفلسين ومن المشايخ من قال جواز السلم في الفلوس قول الكل وهذا القائل يحتاج الى الفرق لمحمد بن البيع والسلم وهو أن كون المسلم فيه متمماً من ضرورة

بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً ويتفاوت الآحادي المالية يعرف العددي المتقارب وعن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في بيع النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كايحوز السلم فيها عدد ايجوز كيلاً وقال زفر رحمه الله لا يجوز كيلاً لانه عددي وليس بكيل وعنه انه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت ولان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدوداً بالاصطلاح فيصير مكيلاً باصطلاحهما وكذا في الفلوس عدداً وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانها أثمان ولهما ان التمنية في حقهما باصطلاحهما باطل بطلانها لا يعود وزنياً وقد ذكرناه من قبل (ولا يجوز السلم في الحيوان) وقال الشافعي رحمه الله يجوز لانه يصير معلوماً ببيان الجنس والسن

بعد ذكر العدد الا مع تعيين المقدار واللون من نقاء البياض أو اهداره قال المصنف (وكايحوز عدداً في العددي المتقارب ايجوز كيلاً) وقال زفر لا يجوز لانه ليس بكيل بل معدود وعنه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت) بين آحاده قلنا أما التفاوت فقد أهدر فلا تفاوت اذ لا تفاوت في ماليته وأما كونه معدوداً فسلم لكن لم لا يجوز كيله مع أن اعتبار المقدار ليس الا بالضبط والضمط لم ينحصر في العددي يتعرف بطريق آخر فان قيل الكيل غير معدول فيه لما بقي بين كل حوزتين وبيعتين من التخليل قلنا قد علمناه ورضي رب السلم فأما وقوع السلم على مقدار ما عدا هذا الكيل مع تخليله وانما يمنع ذلك في أموال الربا اذا قبلت بجنسها والمعدود ليس منها وكيله انما كان باصطلاحهما فلا يصير بذلك مكيلاً مطلقاً لكونه ربا واذ أجزناه كمالاً فوزناً أو (قوله وكذا في الفلوس عدداً) أي يجوز السلم في الفلوس عدداً هكذا ذكره محمد رحمه الله في الجامع من غير ذكر خلاف فكان هذا ظاهر الرواية عنه وقيل بل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف أما عند محمد فلا يجوز بدليل منعه ببيع الفلوس بالفلسين في باب الربا لانها أثمان وهذا ما أراد المصنف من قوله ذكرناه من قبل وإذا كانت أثماناً لم يجوز السلم فيها على ما ذكرناه وروى عنه أبو الليث الخوارزمي أن السلم في الفلوس لا يجوز على وفق هذا التخرج لكن ظاهر الرواية عنه الجواز والفرق له بين البيع والسلم من ضرورة السلم كون المسلم فيه متمماً فاذا أقدم على السلم فقد تضمن ابطالها باصطلاحهما على التمنية ويصح السلم فيها على الوجه الذي يتعامل فيها به وهو العدم بخلاف البيع فانه يجوز وروده على الثمن فلا موجب لخروجهما فيه عن التمنية فلا يجوز التفاضل فامتنع بيع الفلوس بالفلسين وقد تضمن الفرق المذكور جواب المصنف المذكور على تقدير تخريج الرواية عنه وقولنا يصح السلم فيها على الوجه الذي الى آخره هو تقرير قول المصنف ولا يعود وزنياً يعني اذا بطلت تمنيتها لا يلزم خروجهما عن العددي الى الوزنية اذ ليس من ضرورة عدم التمنية عدم العددي كالجوز والبيض بل يبقى على الوجه الذي تعورف التعامل به فيها وهو العدد الا أن يهدره أهل العرف كما هو في زماننا فان الفلوس أثمان في زماننا ولا تقبل الاوزان فلا يجوز السلم فيها الاوزان في زماننا وقد كانت قبل هذه الاعصار عددياً في زماننا أيضاً (قوله ولا يجوز السلم في الحيوان) دابة كان أوزانها وهو قول الثوري والاوزاعي (وقال الشافعي) ومالك وأحمد (يجوز) للمعنى والنص أما المعنى (فلا أنه يصير معلوماً) أي منضبطاً (ببيان الجنس كالابل والسن كالخنع والسن)

جواز السلم فاذا علم على السلم تضمن ابطال الاصطلاح في حقهما ما فاعاد متمماً وليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع متمماً فان بيع الأثمان بعضها ببعض جائز فالأقدام على البيع لا يتضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فبقي متمماً كما كان وقد سبغ الواحد بالانثني (قوله ولا يجوز السلم في الحيوان) وهو لا يخلو ما أن يكون مطلقاً وموصوفاً والاول لا يجوز بخلاف الثاني لا يجوز عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالابل والسن كالخنع والسن

والنوع كالنخت والعرب
 ان النبي صلى الله عليه وسلم
 أمر عمرو بن العاص ان
 يشتري بعير بعبير ين في
 تجهيز الجيش الى أجل وأنه
 عليه الصلاة والسلام
 استقرض بكر او قضاة
 ربا عيا والسلم أقرب الى
 الجواز من الاستقرض
 ولنا ان بعد ذكر الاوصاف
 التي اشترطه الخصم يعني
 تفاوت فاحش في المبالغة
 باعتبار المعاني الباطنة فقد
 يكون فرسان متساويان في
 الاوصاف المدكورة ويزيد
 عن احدهما ما يادة فاحشة
 للمعاني الباطنة فينضى الى
 المنازعة المماثلة لوضع
 الاسباب بخلاف الثياب
 لانه مصنوع العباد فقلما
 يتفاوت تفاوتاً فاحشاً بعد
 ذكر الاوصاف وشراء البعير
 بعبيرين كان قبل نزول
 اية الربا وكان في دار الحرب
 ولا ربا بين الحربى والمسلم
 فيها وتجهيز الجيش وان
 كان في دار الاسلام فنقل
 الآلات كان من دار
 الحرب لعزمتها في دار الاسلام
 يومئذ ولم يكن القرض
 ثابتاً في ذمة رسول الله صلى
 الله عليه وسلم بدليل أنه
 قضاة من اهل الصدقة
 والصدقة حرام عليه فكيف
 يجوز أن يفعل ذلك
 (قوله فنقل الآلات كان
 من دار الحرب الخ) أقول
 يعنى الآلات المهمة في
 تجهيز جيش الاسلام من الخيل والجمال وغيرهما فكان الامر لعرضها منهم

والنوع والصفة والتفاوت بهذا ذلك يسير فأشبهه الثياب ولنا انه بعد ذكر ما ذكره في نفسه تفاوت
 فاحش في المبالغة باعتبار المعاني الباطنة فيفضى الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما
 يتفاوت الثوبان اذا نسج على منوال واحد

كان مخاض أو عشار (والنوع) كعربي ويختي وحبشي (والصفة) كأجر وأسمر وطويل أو ربيعة
 (والتفاوت به ذلك يسير) وهو معتفر بالاجاع والالم يصبح سلم أصلاً فان الغائب لو بلغ في تعريفه
 النهاية لا بد من تفاوت بينه وبين المرئي فان بين جسد وجسد من الخنطة تفاوتاً لا يخفى وان صدق اسم
 الجودة على كل منهما وما وكذا بين ثوب ديباج أحر وثوب ديباج أحر فعلم أن التفاوت اليسير معتفر شرعاً
 فصار الحيوان كالثياب والمكيل وأما النضر فملوى أبوداود عن محمد بن اسحق عن يزيد بن أبي حبيب
 عن مسلم بن حبيب عن أبي سفيان عن عمرو بن حريش عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى
 عليه وسلم أمره أن يجهز جيشاً فنفت الابل فأمره أن يأخذ على قلائص الصدقة وكان يأخذ البعير
 بالبعير بن الى ابل الصدقة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم وأخرج الطحاوى بسنده الى
 أبي رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استساف من رجل بكر افقدت عليه ابل من ابل الصدقة
 فأمره أن يرفع ان يقضى الرجل بكره فرجع اليه أبو رافع فقال لم أجد فيها الا جلا خياراً رابعياً فقال أعطه
 اياه ان من خيار الناس أحسنهم قضاء فدل على ثبوت الحيوان في الذمة وعن ابن عمر أنه اشترى راحلة
 بأربعة أبعرة فوفىها صاحبها بالربعة وفي رواية بأربعة أبعرة مضمونة واستوصف بنو اسرائيل البقرة
 فوصفها الله تعالى لهم فعملوها بالوصف وقال صلى الله عليه وسلم الا لا يصف الرجل الرجل بين يدي
 امرأته حتى كأنها تنظر اليه ولا تصف المرأة المرأة بين يدي زوجها حتى كأنها ينظر اليها فاجعل
 الموصوف كالمرئي وقد أثبت الشرع الغرة ومائة من الابل دية في الذمة وأثبت مهر افي الذمة وصحة
 الدعوى بالحيوان الموصوف والشهادة به مع أن شرط الدعوى والشهادة كون المدعى والمشهد وتب
 معلوماً قلنا اما المعنى فيمنع ان بعد الوصف في الحيوان يصير التفاوت يسيراً بل هو بعد ذلك مما يصير معه
 تفاوت فاحش فان العبد من المتساويين سناولونا وجنساً يكون بينهما من التفاوت في حسن الشيمة
 والاخلاق والادب وفهم المقاصد ما يصير به باضعاف قيمة الآخر وكذا بين الفرسين والجلين (بخلاف
 الثياب) فانها مصنوعة العبد بالة خاصة فاذا اتحدت لم تتفاوت الا يسيراً وكذا بين الجملين من الخنطة
 مثلاً باتفاق خلق الله تعالى في غير الحيوان ذلك ولم يخلق الله تعالى الحيوان كذلك وقول المصنف رحمه
 الله (قلما يتفاوت الثوبان اذا نسج على منوال واحد) يريد أنهم ما يتفاوتان قليلاً لعدم التفاوت
 أصلاً كما هو استعمال فلما كان هذا الله عمل أعنى قل اذا كف بما استعمل للنفي كقوله وقلما وصال على
 طول الصدود يدوم وحين علمنا انه أراد قلة التفاوت وجب أن يجعل ما مصدرية والمعنى قل التفاوت ولا
 يخفى ما في قول غير واحد من الشارحين اذا اتحد الصانع والآلة اتحد المصنوع من التساهل وأما
 النص المذكور فقال ابن القطان هذا حديث ضعيف مضطرب الاسناد فرواه جاد بن سلمة هكذا ورواه
 جرير بن حازم عن ابن اسحق فأسقط يزيد بن أبي حبيب وقدم أباسفيان على مسلم بن حبيب ذكر هذه
 الرواية الدارقطي ورواه عفا عن جاد بن سلمة فقال فيه عن ابن اسحق عن يزيد بن أبي حبيب عن أبي
 حبيب عن مسلم عن أبي سفيان عن عمرو بن حريش ورواه عبد الاعلى عن ابن اسحق عن أبي سفيان
 عن مسلم بن كثير عن عمرو بن حريش ورواه عن عبد الاعلى أبو بكر بن أبي شيمية فأسقط يزيد بن أبي حبيب
 وقدم أباسفيان كما فعل جرير بن حازم الا أنه قال في مسلم بن حبيب عن كثير ومع هذا الاضطراب فعمر
 ابن حريش مجهول الحال ومسلم بن حبيب لم أجده ذكره ولا أعلمه في غير هذا الاسناد وأبوسفيان فيه نظر
 انتهى كلامه فلا حجة فيه مع انه معارض بما هو أقوى منه وهو ما أخرجه ابن حبان في صحيحه عن

العصافير

وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع أجناسه حتى
 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 ورواه عبد الرزاق حدثنا معمر به وكذا رواه الدارقطني والبخاري قال البزار
 ليس في الباب أجل اسناد من هذا وقول البيهقي أنه عن عكرمة من رسل بسبب أن منهم من رواه عن معمر
 كذلك كأنه هو مبنى قول الشافعي رحمه الله أن حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة غير ثابت
 لكن هذا غير مقبول بعد تصريح الثقات بابن عباس كما ذكرنا وكذا رواه الطبراني في معجمه عن داود بن
 عبد الرحمن العطار عن معمر به مسنداً وافية ما فيه تعارض الوصل والارسال من الثقات والحكم فيه الوصل
 كما عرف وقد تأيد بعد تصحيحه بأحاديث من طرق منها ما أخرجه أصحاب السنن الأربعة 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 فإنه فرغ القول بسماعه منه مع أن الارسال
 عندنا وعند أكثر السلف لا يقدح مع أنه قد يكون شاهداً مقبولاً بغيره الارسال وأيضاً اعتضد
 بالوصول السابق أو المرسل الذي يرويه من ليس يروي عن رجال الآخر وحديث آخر أخرجه الترمذي
 عن الحاج بن ارطاة عن أبي الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيوان اثنين بواحد
 لا يصلح نساء ولا بأس به يبدأ به قال الترمذي حديث حسن كأنه للخلاف في الحاج بن ارطاة وحديث آخر
 أخرجه الطبراني عن ابن عمر نحوه سواء وقول البخاري من رسل وجوابه على نحو ما ذكرناه آنفاً وتضعيف
 ابن معين لمحمد بن دينار لا يضر لذلك أيضاً مع أنه ليس كذلك وأخرج الامام أحمد حديثاً عن ابن 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 رأيت الرجل يبيع الفرس
 بالافراس والنجيبة بالابل قال لا بأس اذا كان يبدأ به وجل هذه الاحاديث على كون النهي فيما اذا
 كان النساء من الجانبين حتى يكون بيع الكالي بالكالي تقييداً لا عم فإنه أعم من ذلك فلا يجوز المصير
 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 الذمالي 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 نظير بعد تعدد
 ما ذكر من الطرق الصحيحة والحسان مما هو معناه يرفعه إلى الحجية بمعناه لما عرف في فن الحديث وكذا
 يجب أن يرجح على حديث أبي رافع أصح لأنه أقوى سنداً أعنى حديث ابن جبان ولأن المانع يرجح
 على المبيح وفي الباب أثر أبي حنيفة عن جناد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي قال دفع عبد الله بن
 مسعود إلى زيد بن خويلد البكري ما لمضاربة فأسهم زيد إلى عتريس بن عرقوب الشيباني في قلائص
 فلما حلت أخذ بعضا بقي بعض فأعسر عتريس وبلغه أن المال لعبد الله فأناه بستر فقه فقال عبد الله
 أفعل زيد فقال نعم فأرسل اليه فسأله فقال عبد الله اردد ما أخذت وخذ رأس مالك ولا تسلم ما لنا في شيء
 من الحيوان قال صاحب التنقيح فيه انقطاع يريدين ابراهيم وعبد الله فإنه انما يروي عنه بواسطة علقمة
 أو الاسود لأن هذا غير قاض عندنا خصوصاً 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 فلتأخذ كراتهم أو صافها ظاهراً لم يطبقوها على معين موجود ولا شك في أن هذا ما تحصل به

في المعاني السلطنة لا يوجد
 في العصافير والحمامات التي
 تؤكل وأن السلم فيها لا يجوز
 أن يكون عندكم وتقريره
 أن عدم جواز السلم في
 الحيوان ليس لكونه غير
 مضبوط فإنه 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 لأن محمد بن
 الحسن ذكر في أول كتاب
 المضاربة أن ابن مسعود
 رضى الله عنه دفع ما لا
 مضاربة إلى زيد بن خليفة
 فأسلمها زيد إلى عتريس
 ابن عرقوب في قلائص
 معلومة فقال ابن مسعود
 اردد ما لنا لا تسلم أموالنا وهو
 دليل على أن المبيع لم يكن
 لكونه مطلقاً لا القلائص
 كانت معلومة فكان لكونه
 حياً وان لا يقال في كلام
 المصنف تساع 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

(قوله لا يقال في كلام المصنف تساع) أقول بعسنى في

قال (ولافي أطرافه كالرؤس والا كارع) 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 فللمقوق الفتنة على السامع وهي لا تتوقف على انتفاء التفاوت الفاحش بين الوصف
والشخص وأما ثبوته في الذمة في المهر والدية ونحوهما فلا لأن الحيوان فيه ليس مقابلا لعمال وهو ظاهر
فتجري فيه المساهلة بخلاف ما قول بل عمال فإنه تجرى فيه المشاحة بغيره على موجب ذلك وقلنا ما وقع
من الحيوان بدل مال كالمبيع منه لا يجوز أن يثبت في الذمة لما يجري فيه من المشاحة عادة بخلاف غيره
كالهرو وماعه فإنه ليس عوضا عن مال خرج من يدا الأخر فيجوز فعلنا بالآثار فيها والقائل أن يقول كون
التفاوت بعد الأوصاف يبقى فاحشا لا يضر لأن ذلك باعتبار الباطن ولا يلزم المسلم اليه سوى ما تضمن
ما ذكر من الأوصاف الظاهرة فإذا انطبق المذكور منها على ما يؤديه المسلم اليه حكم عليه بقوله سواء
كان التفاوت قليلا بحسب الباطن أو كثيرا لأن المعقود عليه ليس الا الموصوف فقط ثم لو عين من
الأوصاف الذكاه وجودة الفهم والاخلاق الحسنة ينبغي أنه لا يجوز لأن ذلك لا يعرف الا بعد زمان
الاختبار وبعد تجرى المنازعة في أن اخلاقه ماهي وفي تحريها فالفرع في ابطال السلم في الحيوان ليس
الا السنة وهكذا قال محمد بن الحسن لما سأله عمرو بن أبي عمرو قال قلت له ان لا يجوز في الحيوان لأنه غير
مضبوط بالوصف قال لا لأننا نجوز السلم في الدبابيح ولا يجوز في العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف
أهون من ضبط الدبابيح ولكنه بالسنة وفي مبسوط شيخ الاسلام والعصافير وان كانت من العدييات
المتقاربة لكنه في معنى المنتطح لأنه مما لا يقتنى ولا يحبس للتداول لا يتيسر أخذه ولا رجحان أخذه بيقام
مقام الموجود بخلاف السمك الطرى لرجحان امكان أخذه وهذا يقتضى جواز السلم فيما يقتنى منها
كالجمام والقمرى وهو خلاف المنصوص عن محمد وقدرى عن أبي يوسف أن ما لا تتفاوت أحاده
كالعصافير يجوز السلم فيها وفي لحومها وهو مشكل على الدليل لأننا علمناه بعدم الضبط فالعبرة لعين
النهر للمعنى النص وان اعتبرنا عمومها وجب أن لا يجوز فإن قيل فالسمك الطرى مخصوص من عموم
الحيوان فجاز في العصافير قياسا على الثياب بقوله التفاوت قلنا انما يتم لشرط حياة السمك الطرى في
المسلم فيه وليس كذلك بل كيفما كان حتى لو شرط ذلك كان لنا أن نمنع صحة السلم فيه (قوله ولافي
اطرافه) أى لا يجوز السلم في أطراف الحيوان (كالرؤس والا كارع) وهو جمع كراع وهو مادون
الركبة في الدواب قيل المانع مبنى على منع السلم في الحيوان وهذه ابعاضه وليس بشئ لأنها لا يصدق
عليها الحيوان ان كان النهى تعبدا ولا المعنى ان كان معلولا بالتفاوت الناحش لأن ذلك انما يكون في
حالة الحياة وكان يلزم ان لا يجوز في الجلود لكنه جائز بد كطول والعرض والنوع والجودة ولذا يجوز
السلم في الجلود وزنا والمصنف انما ذكر في منعه انما عددي متفاوتة ولا مقدر لها فامتنع السلم عددا وغير
عددا لانتفاء المقدر وعندى لأبس بالسلم في الرؤس والا كارع وزنا بعد ذلك النوع وباقي الشروط فان
الا كارع والرؤس من جنس واحد حينئذ لا تتفاوت تفاوتا فاحشا وقول مالك يجوز بعد ذلك
النوع خلفه التفاوت جيد لكن يزاد انما رؤس بجاحيل أو بقار كبير ونحوه في الغنم فان التفاوت بعد ذلك
يسير (لا في الجلود عددا) وكذا الاخشاب والحوالق والفراء والسياب الخيطة والخفاف والقلائس الآن
يذكر العدد لقصد التعداد في المسلم فيه ضبطا الكمية ثم يذ كر ما يقع به الضبط كان يذ كر في الجلود مقدارا
من الطول والعرض بعد النوع كجلود البقر والغنم وكذا في الاديهم بأن يقول طائفي أو برغالي وفي الخشب
طوله وغلظه ونوعه كسنت أو حور ونحوه وقول بعضهم يجوز في الكاغد عددا محمول على ما بعد تسمية
طوله وعرضه ونحوه ورقته ونوعه الآن يغنى ذكر نسبه عن قدره كورق حموى وفي الجواليق طوله

قال (ولافي اطرافه كالرؤس
والا كارع) والكرع مادون
الركبة من الدواب
والا كارع جعه لانه عددي
متفاوت لا مقدر له ولافي
جلوده لانها اتباع عددا
وهي عددي فيها الصغير
والكبير فيفضى السلم
فيها الى المنازعة ولا يتوهم
أنه يجوز وزنا لقيده عددا
لان معناه انه عددي فحيث
لم يجز عددا لم يجز وزنا
بطريق الاولى لانه لا يوزن
عادة وذك كر في الذخيرة أنه
ان بين للجلود ضربا معلوما
يجوز وذلك لانتفاء المنازعة
حيث

(ولافي الخطب حرمنا) لكونه مجهولاً من حيث طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك جاز كذا في المسوط ولا في الرطبة جزاً يضم الجيم بعدها راء مفتوحة وزاى وهى القبضة من الفت ونحوه للفتاوت الا اذا عرف ذلك ببيان طول ما تشد به الحزمة أنه شبر أو ذراع فإنه يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً) وجود المسلم فيه من حين العقد الى حلول الاجل شرط جواز السلم عندنا وهذا ينقسم الى ستة اقسام قسمه عقلية حاصرة وذلك لانه اما أن يكون موجوداً من حين العقد الى المحل أو ليس بموجود أصلاً أو موجوداً عند العقد دون المحل أو بالعكس أو موجوداً فيما بينهما أو معدوماً فيما بينهما والاول جائز بالاتفاق والثاني فاسد بالاتفاق والثالث كذلك والرابع فاسد عندنا خلافاً للشافعي والخامس فاسد (٣٣١) بالاتفاق والسادس فاسد عندنا

خلافاً للمالك 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 فإنه عليه
الصلاة والسلام شرط لصحة
وجود المسلم فيه حال العقد
ولان القدرة على التسليم
انما تكون بالتحصيل فلا
يبدى من استمرار الوجود في
مدة الاجل لئلا يمكن من
التحصيل والمنقطع وهو
مالا يوجد في سوقه الذي
يباع فيه وان وجد في
البوت غير مقدور عليه
بالاكتساب وهذا حجة عليهم
واعترض بأنه اذا كان عند
العقد موجوداً كفى مؤنة
الحديث واذا وجد عند
المحل كان مقدور التسليم
فلا مانع عن الجواز وأجيب
بأن القدرة انما تكون
موجودة اذا كان العاقد
باقياً الى ذلك الوقت حتى

ولافي الخطب حرمنا ولا في الرطبة جزاً) للفتاوت فيها الا اذا عرف ذلك بان بين له طول ما يشد به الحزمة انه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو على العكس أو منقطعاً فيما بين ذلك لا يجوز) وقال الشافعي رحمه الله يجوز اذا كان موجوداً وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدوا صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل لئلا يمكن من التحصيل

ووسعه وكذا كل ما كان ممزلاً عن غيره فاطعاً للاشتراك (و) كذا (لا) يجوز (في) الخطب حرمنا ولا في الرطبة جزاً للفتاوت الا اذا عرف ذلك) بان بين طول ما يشد به الحزمة أنه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز اذا كان لا يتفاوت وليس المهيأ أن لا يجوز السلم فيها أصلاً بل لا يجوز به هذا العقد ولو قدر بالوزن في الشكل جاز وفي ديارنا تعارفوا في نوع من الخطب الوزن فيجوز الاسلام فيه وزنا وهو أضيظ وأطيب وكون العرف في شئ من بعض المقدرات لا يمنع ان يتعامل فيه بمقدار آخر يصطلحان عليه الا أن يمنع منه مانع شرعي كما قلنا في البيض كالأوغه كان ظاهر المذهب جواز السلم في الحنطة وزنا بخلاف ما اذا قبل نحو الحنطة بنفسها وزنا وهو كيلي للماعرف في باب الرأبأما السلم فليس يلزم فيه ذلك لان رأس مال السلم في الحنطة لا يكون حنطة وقد رضى بضبطه وزنا كي لا يصير تفاوت الحنطتين المتعدتي الوزن كيلا يوهبها ذاتضعف رواه الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في الحنطة وزنا وذكر قاضيخان أن الفتوى على الجواز لتعامل الناس ويجوز السلم في الفت وزنا والرطبة القضب والجزر يضم الجيم وفتح الراء المهملة جمع جزه وهى الحزمة من الرطبة حزمة الريحان ونحوه وأما الجزر بكسر الجيم وزاى من أولهما مفتوحة فجمع جزه وهى الصوف الجزوز (قوله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد الى حين المحل) بكسر الهمزة مصدري من الحلول (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 الأوزاعي (وقال الشافعي) ومالك وأحمد وأصحابهم (اذا كان موجوداً عند المحل جاز) وان كان منقطعاً وقت العقد أو بينهما لان اشتراط الوجود للقدرة على التسليم وهو بالوجود وقت المحل فاشتراطه في غير ذلك بلا موجب بل دليل نفيه عدم دليل وجوده لان نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي وله من أيضاً 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 بسكونه عنه بعد شروعه في

لومات كان وقت وجوب التسليم عقيبه وفي ذلك شك ورد بان الحياة ثابتة فتبقى وأجيب بأن عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فيبقى فان قيل بقاء الكيل في النصاب ليس بشرط في أثناء الحلول فليكن وجود المسلم فيه كذلك أجيب بأن وجوده كالنصاب وجوده لا ككيله ووجوده شرط فوجود المسلم فيه كذلك

(قوله وهذا ينقسم الى ستة اقسام الخ) أقول بل الى ثمانية اقسام والقسمان الاخيران أن يكون موجوداً عند العقد وما بعده دون المحل وان يكون موجوداً عند المحل وما قبله دون وقت العقد الا أنهم مندرجان في قوله عند العقد دون المحل أو بالعكس (قوله فليكن وجود المسلم فيه) أقول فيه تأمل

(ولو انقطع بعد المحل فرب 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 مدركة شرعية وهو ما رواه أبو داود وابن ماجه واللفظه عن أبي اسحق عن رجل نجراي 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 إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للبائع أخذ من نخلك شيئا قال لا قال بم تستحل ماله اردد عليه ما أخذت منه ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه ووجه الدلالة انه اولا 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 أخرجه البخاري عن أبي بصير قال سألت ابن عمر عن السلم في النخل قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح وعن بيع الورق نساء بنا جزوا سألت 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 فهمان نهيه عن بيع النخل حتى يصلح بيع 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 فاما لعدم القائل بالفصل لان الثابت قائلان فائلا باشتراطه عند المحل فقط وقائل عندهما وقيل 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 للقدرة على التسليم ظاهر لان الظاهر استمرار الوجود والاستمرار 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 يحصل دفعة عند حلول الاجل كالذراع وأهل النخل فان ما يسلم فيه لا يحصى وأكثرهم يحصل المسلم فيه بدفعات أرأيت المسلم اليه في الجلود أيدى عند حلول الاجل الف رأس ليعطي جلودها رب السلم وكذا الاسماك المألحة والطياب والاشباب والاحطاب والاعسال والمشاهد في بعض من له فضل أو زيتون أن يأخذ أكثر مما يتحصل له ليعطي ما يخرج له ويشترى الباقي وكثير يأخذون يستريحوا في رأس المال وينفقوا من فضل الكسب على عيالهم ويحصلوا المسلم فيه قليلا قليلا لان وضع السلم شرعا لاعتبار 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 ونواردها عليه وفي مسوط أبي الليث ولو انقطع في اقليم دون اقليم لا يصح السلم في الاقليم الذي لا يوجد له لانه لا يتحصل الا بمسقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو أسلم في الرطب ببخاري 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 كالموهل المبيع قبل القبض في المبيع المعين فان الشيء كالأبنة في غير محلها لا يبقى عند فواته كالمواشيتى بفلس ثم كسدت قبل القبض يبطل العقد فكذا هنا ولنا (أن السلم قد صح) ثم تعذر التسليم بعراض (عن شرف الزوال) فيخبر المشتري (كالمواشيتى المبيع قبل القبض) وهذا لان المعقود عليه هنا دين ومحل الدين النعمة وهي باقية فيبقى الدين ببقاء محله وانما تأخر التسليم اذا كان وجوده مرجوا بخلاف المبيع العين فان لم يبق له كفوت محل العقد وكذا الفلاس اذا كسدت فانها وان كانت في الذمة 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 الابن وفي 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 فصح ان القياس فاسد

وهو باقية فيبقى الدين ببقاء محله وانما تأخر التسليم اذا كان وجوده مرجوا بخلاف المبيع العين فان لم يبق له كفوت محل العقد وكذا الفلاس اذا كسدت فانها وان كانت في الذمة لكن الثمن السكائن

قال (ويجوز السلم في السمك المالح ووزنهما معلوما وضربا معلوما) لانه معلوم القدر مضبوط أو وصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع (ولا يجوز السلم فيه عددا) للتفاوت قال (ولا خيري في السلم في السمك الطري الا في حينه ووزنهما 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 خيري في السلم في اللحم عند أبي حنيفة رحمه الله وقال اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز) لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقرضه ووزنا ويجري فيه ربا الفضل

فيها فلاس هي آثمان ولا وجود لها بعد الكساد فيفوت الحمل ثم هو ليس 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 ووزنهما معلوما وضربا معلوما) بأن يقول يوري أو راي وفي أسماك الاسكندرية الشفش والدونيس وغيرها (لانه) حينئذ (معلوم القدر مضبوط الصفة مقدور التسليم ولا يجوز السلم فيه عدد التفاوت) في الخفة وأما الصغار فيجوز فيه كيلا ووزنا سواء فيه الطري والمالح وفي المغرب سمك ملبج وملاح وهو المقدد الذي فيه الملح ولا يقال مالح الا في لغة رديثة قال بعض الشارحين لكن قال الشاعر

بصرية تزوجت بصريا * أطعمها المالح والطريا

ثم نقل عن بعض المشايخ وكفى بذلك حجة للفقهاء وظاهر هذا الاستدراك أنه ليس بردي ولم يجسد سوى هذا البيت وهو لا ينافي قول المغرب الا في لغة رديثة وليس لهذا الاستدراك فائدة بل قال ابن دريد ملح وملج ولا يلتفت الى قول الرازي * أطعمها المالح والطريا * ذلك مولدا 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 خيري في السلم في السمك الطري الا في حينه يعني أن يكون السلم مع شروطه في حينه كي لا يتقطع بين العدة والحلول وان كان في بلد لا يتقطع جاز مطلقا ووزنا لا عددا لما ذكرنا من التفاوت في آحاده 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 ووزنهما جازته في اللحم فان هناك يمكن اعلام موضع القطع الجنب أو الظهر أو الفخذ ولا يأتى في السمك ذلك وطعن بعضهم على محمد في قوله في حينه لان الاصطيد يتحقق في كل حين مدفوع فان الانقطاع عدم الوجود في بعض البلاد وفي بعض السنة وهو لا يستلزم عدم الاصطيد ليرتد ما ذكره (قوله ولا خيري في السلم في اللحم) وهذه العبارة تأكيدي في نبي الجواز كقوله لا خيري في استقرض الخبز وقول من قال ان المجتهد يقول فيما يستخرج من الحكم بالرأي ثم راعى القطع في حكم الله تعالى بالرأي بعيد فكل الاحكام القياسية المظنونة معبر عنها في الفقه بلا يجوز كذا أو يجوز كذا وكلها من هذا القبيل لانه قد استقر عند أهل العلم انها مظنونات لا مقطوعات وأيضا المجتهد قاطع بأن حكم الله في حقه ذلك (وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة) ككونه ذكرا أو خبيا وسمينا بعدان 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 لا خلاف فنع أبو حنيفة فيما اذا أطلق السلم في اللحم وقوله ما ذابينا 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 جائزا للاستقرض وما ذكرنا من العادة المستمرة فيه في

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 وروي عن أبي حنيفة انه لا يجوز في لحم الكبار التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم في الاختلاف بالسمن والهزال ووجه الرواية الاخرى ان السمن والهزال ليس بظاهر فيه فصار كالمغارقيل يقال سمك ملح وملاح ولا يتال مالح الا في لغة رديثة وهو المقدد الذي فيه ملح ولا معتبر بقول الرازي بصرية تزوجت بصريا * يطعمها المالح والطريا لانه مولدا لا يؤخذ بلغته قال الامام الزرغوني كفى بذلك حجة للفقهاء قال (ولا خيري في السلم في اللحم) خير نكرة وقعت في سياق النفي 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

يجوز ضمانه بالمثل واستقرضه ووزنا ويجري فيه ربا الفضل

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 وسننه ومقداره ومن المشايخ مع جل المذكور من لحم الطيور (٣٣٤) على طيور لا تنقش ولا تحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب انه أسلم في المنقطع

بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته وفي 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 أعديل 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 الخلقه كالنوى في التمر ولذا جاز السلم في الالبه 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 ما لا يصاد من الطيور لا يجوز السلم فيه ولا في لحمه وما صيد قيل هو على الخلاف عندهما يجوز وعنده لا يجوز وقيل يجوز عند الكل لان ما فيه من العظم لا يعتبره الناس وهو الصحيح فيجب أن يكون محملا ما في الكتاب من المنع مطلقا في مخلوع العظم فان العلة حينئذ ثابتة ثم يجب أنه اذا أسلم في مائة رطل من لحم الدجاج مثلا أن يعين الموضوع بعد كونه بعظم فان من الناس من لا يجب الصد منها فيقول أورا كأو غير الصدر أو ينص على صدرها أو أورا كلها فان أطلق فقال من لحم الدجاج السمين يجب أن لا يجوز للمنازعة بسبب ما ذكرنا لاختلاف اغراض الناس والابى حنيفة رضى الله عنه وجهان أحدهما أنه يقع سلبا 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 جلابعظمه جريان المما كسبة بين البائع والمشتري في العظم حتى ان المشتري يستكثره فبأمره ينزع بعضه والجزر ايدسه عليه فكيف في المؤجل المستأخر التسليم وعلى هذا الوجه يجوز السلم في مخلوع العظم وهو رواية الحسن عنه فانهم ما أنه يختلف بحسب الفصول سمنا وهزالا فلو سمى السمين فديكون انتهاء الاجل في فصل الهزال وحاصل هذا الوجه أنه 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 غصب لحما فشواه ثم استحقه رجل لا يسقط ضمان الغصب والمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم قيل ولا تو جرد رواية بأنه من ذوات القيم الا هان من الجامع الكبير لكن ذكر صاحب الفتاوى الصغرى انه رأى وسط غصب المنتقى ان أبا يوسف روى عن أبي حنيفة اذا استهلك لحما قال عليه قيمته وحل عبارة المصنف (أن 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 الاسبيجاني أنه يضمن بالمثل الا أن يتقطع من أيدي الناس وهو الوجه لان جريان بالفضل فيه قاطع بأنه منقضي فيفرق بين الضمان والسلم بان المعادلة في الضمان منصوص عليها وتتمام المعادلة بالمثل لأنه مثل صورة ومعنى أما القيمة فمثل معنى فقط لان الموجب الاصلى رد العين والمثل أقرب الى العين بخلاف القيمة وكذا بتقدير تسليم استقراضه فالفرق بين

والسلم في منته غير جائز عندهم اتفاقا وان ذكر الوزن فاما فيما يقتضى ويحسب للتوالد 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 والابى حنيفة طر يقان أحدهما ان اللحم يشتمل على ماهو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ماهو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود الا ترى انه تجرى اما كسبة بين البائع والمشتري في ذلك بالتدليس والنزاع فكان المقصود مجهولا جهالة تنفضى الى المنازعة ولا ترتفع ببيان الموضوع 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 الا موجبا ولا يدري انه عند المحل على أى صفة يكون وهذه الجهالة مفضية الى النزاع ولا ترتفع بالوصف وهذا يقتضى عدم جوازه في مخلوع العظم وهذا هو الاصح (قوله والتضمن بالمثل) السلم جواب عن قولهما ولهذا يضمن بالمثل بالمنع وبعد التسليم فالمثل أعديل من القيمة لان فيه رعاية الصورة والمعنى والقبض يعاين يعني أن الاستقراض حال فيعرف حال مثل المقبوض ولا تنفضى الجهالة الى المنازعة والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع به الجهالة فلا يكتفى به

الى النزاع ولا ترتفع بالوصف وهذا يقتضى عدم جوازه في مخلوع العظم وهذا هو الاصح (قوله والتضمن بالمثل) السلم جواب عن قولهما ولهذا يضمن بالمثل بالمنع وبعد التسليم فالمثل أعديل من القيمة لان فيه رعاية الصورة والمعنى والقبض يعاين يعني أن الاستقراض حال فيعرف حال مثل المقبوض ولا تنفضى الجهالة الى المنازعة والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع به الجهالة فلا يكتفى به

قال (ولا يجوز السلم الامو جلا) السلم الحلال لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى استدلالا بطلاق رخص في السلم لا يقال مطلق فيجعل على المقيد وهو قوله عليه الصلاة والسلام الى اجل معلوم لما نذر كره ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فان قيل معناه من اراد السلم امو جلا فليسلم الى اجل معلوم وبه نقول والحصر ممنوع وحينئذ لم يبق مقيد اذ 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 كيليا ووزن معلوم ان كان

وزن مقيدا الى اجل معلوم ان كان مؤجلا فالجواب ان قضية العقل كفت مؤنة التمييز فلا حاجة الى التقدير لانه خلاف الاصل سلمناه ولكن لا يلزم من تحمل الحدو لضرورة تحمله لالضرورة والضرورة في التقدير في الاجل لا يقال العمل بالذليل من ضرورة فيجعل التقدير لاجله لان قوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي انما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحلال على ان سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الاجل فليتأمل ولان السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس اذا القياس عدم جواز بيع ماليس عند الانسان وما شرع لذلك لا بدوان يثبت على وجه يندفع به حاجة المفاليس والالم يكن مقيدا لما شرع له والسلم الحلال ليس كذلك لان دفع الحاجة يعتمد الحاجة والمسلم اليه فيه اما ان يكون قادرا على التسليم في الحال اولافان كان

قال (ولا يجوز السلم الامو جلا) وقال الشافعي رحمه الله يجوز زحالا لطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الى اجل معلوم فيما روينا ولا نه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقى على النافي السلم والقرض أن القبض في القرض معين محسوس فامكن اعتبار المقبوض ثانيا بالاول اما السلم فانما يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا تعرف مطابقتها للوجود عند القبض كعرفة مطابقتها بعد رؤية المقبوض الموجب للثقل وهذا معنى قوله اما الوصف فلا يكتفى به أي لا يكتفى بالوصف في معرفة الموافقة بين الموصوف والمقبوض كما هو بين المقبوض اولا والمقبوض ثانيا ولما اهدر الشارع في باب الربا كون الجوده فارق ثابتا ربا بين الحمي نوع متفاضلا وان اختلف موضعهما كالحم فخذ مع لحم ضلع (قوله ولا يجوز السلم الامو جلا) وهو مذهب مالك وأحدرجهما الله (وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم الحلال) بان يقول مثلا سلمت هذه العشرة في كتر حنطة صفتها كذا وكذا الى آخر الشروط وبه قال عطاء وأبو ثور وابن المنذر (لا طلاق النص) وهو قوله (ورخص في السلم) والظاهر انهم لا يستدلون به لانهم اهل حديث وهذا لا يثبت الامن كلام الفقهاء وانما الوجه عندهم أنه لا دليل في اشتراط الاجل فوجب نفيه وربما استدلوا على نفيه بأنه لو شرط الاجل لكان لتحصيل القدرة على التسليم التي هي شرط جواز العقد وهي ثابتة والظاهر من حال العقاد أنه لا يلزم تسليم ما لا يقدر عليه والقرض وجود المسلم فيه فيقدر عليه ولو لم يكن قادرا حقيقة فقد ثبت قدرته بما دخل في يده من رأس المال ولهذا أو جبتا تسليم رأس المال بخلاف الكتابة الحاله فان العبد يخرج بالكتابة من يده مولا من غير أن يدخل في ملكه شيء فلا يصير قادرا على تسليم بدل الكتابة وأما استدلالكم بقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل 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 اجل فليكن الى اجل معلوم لانه لو لم يكن كذلك لكان أيضا امرأ بان يكون السلم في مكيل أو موزون فلم يجوز في المعدود والمذروع لان النسق في الفصول الثلاثة واحد ونحن نقول لاشك ان أهل الاجماع قاطبة في اخراجهم من ذلك الحكم العام لترخيص للمفاليس المحتاجين الى نفقة عاجلة قادرين على البدل بقدرة آجلة فلا يتحقق محل الرخصة الامع ذكر الاجل فلا يجوز في غيره وكونه قادرا حال العقد لم يتحقق المبيع في حقه ولما كان جوازه للحاجة وهي باطنة أي يط باهر ظاهر كما هو المستمر في قواعد الشرع كالسفر للشقة ونحوه وهو ذكر الاجل فلم يلتفت بعد ذلك الى كون المبيع معدوما من عند المسلم اليه حقيقة أو موجودا قادرا عليه فقول المصنف (ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص) معناه لو لم يذ كر الاجل والله تعالى أعلم وقولهم الغرر في

الاول فلا حاجة فلا يدفع فلا مرخص فبقى على النافي وان كان النافي فلا بد من الاجل ليحصل فيسلم والا لادى الى النزاع المخرج للفلس وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل لو كان شرعية السلم كما ذكرتم لما جاز من عندها كرا حنطة أجيب بأن السلم لا يكون الا بادي الثمين وهو دليل على عدم حقيقة امر باطن لانطلع عليه فأقيم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبني عليه هذه الرخصة كافي رخصة المسافر

(قوله فيجعل على المقيد الخ) أقول على ما هو مذهب الشافعي (قوله لما نذر كره) أقول اشارة الى ما نذر كره في حيز فان قيل وجواب لقوله لا يقال مطلق فيجعل على المقيد (قوله لان قوله رخص في السلم الخ) أقول وأيضا العمل بالدليلين يوجد بمحمل المطلق على المقيد على ما هو أصل الخصيم ثم قوله لان قوله رخص الخ جواب لقوله لا يقال العمل بالدليلين

قال (ولا يجوز الأجل معلوم) إذا ثبت اشتراط الأجل في السلم لا بد من كونه معلوما بما روي بنا والمعقول وهو أن الجهالة مفضية إلى المنازعة كما في البيع فهذا يطالبه بمدة قريبة وذلك يؤدي به في بيعها واختلف في أدنى الأجل فقيل أدناه شهر استدلالا بمسئلة كتاب الأيمان حلف يقضين دينه عاجلا ففضاه قبل تمام الشهر بر في عينه فإذا كان مادون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الأجل وقيل ثلاثة أيام (٣٣٦) وهو ما ذكره أحمد بن أبي عمران البغدادي استاذ الطحاوي عن أصحابنا اعتبارا

قال (ولا يجوز الأجل معلوم) لما روي بنا ولأن الجهالة فيه مفضية إلى المنازعة كما في البيع والأجل أدناه شهر وقيل ثلاثة أيام وقيل أكثر من نصف يوم والاول أصح (ولا يجوز السلم بمكالم رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه) معناه إذا لم يعرف مقداره لأنه تأخر فيه التسليم فربما يضع فيؤدي إلى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد أن يكون المكالم مما لا ينقبض ولا ينسبط كالقصاع مثلا فان كان مما ينسكب بالسكس كالزبيب والجراب لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روي عن أبي يوسف رحمه الله قال (ولا في طعام قرية بعينها) أو غمرة نخلة بعينها لأنه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم

السلم الحال أقل منه في المؤجل بعد ما ذكرنا لا يفيد شيئا أعني بعد ما بينا من أن شرعيته لدفع حاجة المحتاج إلى المال العاجز عن العوض في الحال فان الغرر قد يحمل فيه لتلك الحاجة وهي منتفية في السلم الحال (قوله والأجل أدناه شهر إلى آخره) في النخلة لا روية عن أصحابنا رضوان الله عليهم في المبسوط في مقدار الأجل واختلفت الروايات عنهم والأصح ما روي عن محمد أنه مقدر بالشهر لأنه أدنى الأجل وأقصى العاجل وقال الصدر الشهيد الصحيح ما روي عن الكرخي أنه مقدر بما يمكن تحصيل المسلم فيه وهو حديث أن لا يصح لأنه لا ضابط محقق فيه وكذا ما عن الكرخي من رويته أخرى أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في تأجيل مثله كل هذا تفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار العيني من الزمان وفي الأيضاح فان قدر انصف يوم جاز به بعض أصحابنا قدروا بثلاثة أيام استدلالا بعدة خييار 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 وصحيح المصنف الاول لأنه مروى عن محمد ولأنه مأخوذ من مسئلة العيين وهي ما إذا حلف يقضين دينه عاجلا ففضاه 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 إذا كان لا يعرف مقداره) أما إذا عرف فيجوز لضبط المقدار ولو تلف ذلك المكالم والذراع وانما لا يجوز لما ذكرنا من احتمال هلاك ما قدره فيتعذر الإيفاء قال (وقدم من قبل) يريد أول كتاب البيوع وهو قوله ويجوز البيع بانه بعينه لا يعرف مقداره ووزن حجر بعينه إلى أن قال بخلاف السلم إلى آخره وقد روي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز الأيضاح في بيع العين بالعين لأنه لا يبيع ليس بمكالم ولا بمجازفة وبيع الخنطة انما يجوز على أحدهما والصحيح الاول والحصر ممنوع وبتقدير التسليم فهذا يبيع بمجازفة ثم لا بد (أن يكون المكالم مما لا ينقبض وينسبط كالقصاع) والحديد والخزف (فان كان مما ينسكب بالسكس كالزبيب) والغرارة (لا يجوز للمنازعة) عند التسليم (إلا في قرب الماء فيما روي عن أبي يوسف للتعامل فيه) فانه أجازوه وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قربة من ماء النيل أو غيره ذلك مثلا ثم هذه القرية وعينها جاز البيع ومقتضى القاعدة المذكورة أنه لا يجوز إذا عين هذه القرية والله أعلم ولكن بمقدارها والزبيب بالفتح بلا تشديد وبالسكر مشددا والباء ويقال زبيب أيضا (قوله ولا في طعام قرية بعينها) كخطة بلدة الفهميين والحلزة ببلاد مصر (أو غمرة نخلة بعينها) أو بوستان بعينه (لأنه قد يعتريه آفة فتنتفي 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 يبقى المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف يوم وبه قال أبو بكر الرازي والاول أصح اكونه مدة يمكن تحصيل المسلم فيه فيها وما ذكرنا من كتاب الأيمان قال (ولا يجوز السلم بمكالم رجل بعينه) لا يصح السلم بمكالم رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه إذا لم يعلم مقداره لان التسليم في السلم متأخر فربما يضع المكالم أو الذراع فيفضي إلى المنازعة ويعلم من هذا أن المكالم إذا كان معلوم القدر والذراع كذلك أو باع بذلك الأناة المجهول القدر يدايد لا بأس بذلك للحصول الامن من المنازعة وقد مر يعنى في أول البيوع ان البيع يدايد بمكالم لا يعرف مقداره يجوز لان القبض يتحمل فيه فيقدر الهلاك لكن لا بد أن يكون المكالم

مما لا ينقبض ولا ينسبط كما إذا كان من حديد أو خزف أو خشب أو نحوها أما إذا كان مما ينسكب بالسكس كالزبيب قال بكر الرازي لان فعلا يفتح الماء ليس من أبنيتهم والجراب والغرارة والجوالق فانه لا يجوز لاقضائه إلى المنازعة إلا أن أبو يوسف رحمه الله استحسن في قرب الماء وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قرية بهذه القرية من ماء للتعامل قال (ولا في طعام قرية بعينها أو غمرة نخلة بعينها) لان انقطاعه أدناه

أشار إلى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عن السلم في ثمر فلان أو ما من ثمر حائط فلان فلا رأيت لو أذهب الله الثمر لم يستحل أحدكم مال أخيه ولا خفاء في كونه منه عليه الصلاة والسلام بياناً بطريق التعليل لعدم (٣٣٧) الجواز في ثمرة قريبة بعينها وقوله مال أخيه

أراد به رأس المال أي لولم تحصل الثمرة فبأي طريق يحل رأس المال للسلم إليه ولو كان النسبة إلى قرينة بعينها البيان الصفة أي لبيان ان صفة تلك الحنطة التي هي المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرينة المعينة كالخشمراني بخاري والبخاري بفرغانة جاز العقد فان تعيين الخشمراني ليس باعتبار أن تكون الحنطة منه ليس الأبل باعتبار ان صفة الحنطة مثلاً مثل صفة حنطة الخشمراني وعلى هذا ظهر الفرق بين ما إذا أسلم في حنطة من حنطة هراة وبين ما إذا أسلم في ثوب هروي في جواز الثاني دون الأول فان نسبة الثوب إلى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب الهروي ما يفسح على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة هراة أو غيرها 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 والنبات في غيرها لا ينسب إليها وان كان بتلك الصفة

والله أشار عليه الصلاة والسلام حيث قال رأيت لو أذهب الله تعالى الثمر لم يستحل أحدكم مال أخيه ولو كانت النسبة إلى قرينة لبيان الصفة لأبأس به على ما قالوا كالخشمراني بخاري والبخاري بفرغانة قال (ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رحمه الله إلا بسبع شرائط جنس معلوم) كقولنا حنطة أو شعير (ونوع معلوم)

قال المصنف (والله أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله رأيت لو ذهب ثمرة هذا البستان لم يستحل أحدكم مال أخيه) فان معنى هذا أنه لا يستحق بهذا البيع ثمنه ان لم يخرج هذا البستان شيئاً فكان في بيع ثمر هذا البستان غرراً لا يفسخ فلا يصح بخلاف ما إذا أسلم في حنطة صعدية أو شامية فان احتمال أن لا ينبت في الاقليم ريمه 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 ورود 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 ينعمه الثمن الذي كان أخذه وقال انما النخل هذه السنة حيث قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ من نخلك شيئاً قال لا قال لم تستحل ماله اردد عليه ما أخذت منه الحديث وأما ما في مسلم عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو بعث من أخيك ثمره أفا صابته 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 الصحيحين عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان لم يثمرها الله فبم يستحل أحدكم مال أخيه هذا (فلو كانت نسبة الثمرة إلى قرينة معينة لبيان الصفة) لا لتعيين الخارج من أرضها بعينه (كالخشمراني والبخاري) وهي قرينة حنطتها جيدة (بفرغانة لأبأس به) ولانه لا يراد خصوص النبات هناك بل الاقليم ولا يتوهم انقطاع الحنطة هناك لانه اقليم وكذا اذا قال من حنطة هراة يريد هراة خراسان ولا يتوهم انقطاع طعام اقليم بكمله فالسلم فيه وفي طعام العراق والشام سواء وكذا في ديار مصر في قم الصعيد والذي في الخلاصة وذكر معناه في الجهتي وفي غيره لو أسلم في حنطة بخاري أو حنطة سمرقند أو اسيجاب لا يجوز اتوهم انقطاعه ولو أسلم في حنطة هراة لا يجوز وفي ثوب هراة أو كرشروط السلم يجوز لان حنطتها يتوهم انقطاعها اذا اضافة لتخصيص البقعة فيحصل السلم في موهوم 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 ومؤنثه يجبر رب السلم على قبوله فظهر ان المانع والمقتضى العرف فان تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جازاً ولا فلا يمينه ما في الخلاصة قال لو كان ذلك النسبة لا لتعيين المكان كالخشمراني فانه يذ كر لبيان الجودة لا يفسد السلم وان كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع مثل الثوب جازاً السلم والا لا ما السلم في الحنطة الصعدية والعراقية والشامية فلا شك في جوازه وفي شرح الطحاوى لو أسلم في حنطة حديثة قبل حدوثها فالسلم باطل لانها منقطعة في الحال وكونها موجودة في وقت العقد الى وقت المحل شرط صحة السلم (قوله ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رضي الله عنه إلا بسبع شرائط) تذكروني العقد وأما عندهما فهي الجنس الأولى ولا شك أن السلم شرطاً غير هراة ولكن لا يشترط لصحة السلم ذكرها في العقد بل وجودها وشرائط جمع شرطية فقول بعضهم في بعض التسخيس وهو الاصح ليس كذلك بل سبعة على تقدير كون المعدود شرطاً وسبعة على تقديرها شرطية وكل وارد على اعتبار خاص والمعروف من التسخيس ليس الا المشهور بسبع شرائط (جنس معلوم حنطة شعير ونوع معلوم

(٤٣ - فتح القدير خامس) فكان تعيين المكان وهو موهوم الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة عاد كالأول 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 بحسية وبخسية بخلاف السقي منسوب إلى الخس وهي الأرض التي تسقى السماء لانها مفضضة الحظ من الماء وصفة معلومة جيدة أو رديئة ومقدار معلوم عشرين كراي كمال معروف أو عشرين رطلا وأجل معلوم والاصل في ذلك من المنقول ماروي بنان قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم (٣٣٨) منكم الخ ومن المعنى الفقهي ما يبين ان الجهالة فيه مفضضة إلى النزاع فأما المختلف

فيه (فعرفة مقدار رأس المال ان كان مما يتوقف على مقداره كالكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حل ومؤنة) وقالا لا يحتاج الى تسمية رأس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مستثنان ولهما في الاولى أن المقصود يحصل بالاشارة فأشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب ولا يحنيفة انه ربما يوجد بعضهما زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلويلم يعلم قدره لا يدري في كم بقي أو ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كالتحقق

كسقية) وهي ما يسقى سحبا (أو بخسية) وهي ما يسقى بالمطر ونسبت إلى الخس لانها مفضضة الحظ من الماء بالنسبة إلى السحبا (وصفة معلومة كجيدردي) وسط مشعر سالم من الشعير (ومقدار معلوم كذا كيل كمال معلوم) فهذه أربعة تشتت في كل من رأس المال والمسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل فان ما يجوز كونه مسلما فيه يجوز كونه رأس السلم ولا ينعكس فان التقود تكون رأس مال ولا سلم فيه (و) الخامس (أجل معلوم) والاصل فيه أى في اشتراط هذه الخمسة ماروينا يعني قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم الحديث نص على شرطى القدر معلوم والأجل معلوم وثبت باقي الخمسة بالدلالة ظهورا رادة الضبط المناق للنازعة وقوله (والفقه فيه ما يبين) يعني قوله ولان الجهالة مفضضة إلى المنازعة (و) السادس (ذكر مقدار رأس المال اذا كان رأس المال يتعلق العقد على قدره) يعني تنقسم أجزاء المسلم فيه على أجزائه وهو أن يكون الثمن من الكيلات 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 الاشارة ليس بشرط ولهذا واشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر تسلم له الزيادة ولو وجدته تسعة لا يحط عنه شئ من الثمن والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذراعان لا بشرط اعلامه لان الاوصاف لا يتبادلها شئ في جهالة قدر الذراعان لا تؤدي إلى جهالة المسلم فيه وهذا المسلم فيه مقابلة المقدرات فيؤدي إلى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد وهذا شرط في المسلم فيه اتفاقا فاصارت أحد عشر شرطا والثاني عشر تسمية مكان الابناء وهو يخص المسلم فيه والثالث عشر أن لا يشتمل البدين 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 والديناير وتقدم في التبر روايتان والخامس عشر انعقاد الثمن على قول أبي حنيفة كذا ذكر بسبب اشتراطه لأجل اعلام قدره (و) السابع (تسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان للمسلم فيه حل ومؤنة) أى اذا كان نقله يحتاج إلى اجرة ونحوه لثقله (وقالا لا يحتاج الى تسمية رأس المال اذا كان معينا) يقبضه دفعة (ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مستثنان) خلافتان بينهما وبينهما (لها في الاولى) وبقولهما قال مالك وأحمد والشافعي في قول أن المقصود من اعلام قدر رأس المال وهو التسليم بالامنازعة (يحصل بالاشارة) إلى العين الثمن المجل فأغنى عن اعلام قدره وصار كمن المبيع المجل والاجرة المجلية في الاجارة المضاربة اذا دفع إلى آخذ دراهم معينة غير معلومة المقدم مضاربة بالنصف فانه جائز كرأس المال الذي لا ينقسم المسلم فيه عليه

فيه (فعرفة مقدار رأس المال ان كان مما يتوقف على مقداره كالكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حل) (ومؤنة) ومعناه ماله نقل يحتاج في حمله إلى ظهر أو اجرة جمال فهذا ان شرطان لصحته عند أبي حنيفة وهو المروي عن ابن عمر رضى الله عنهما خلافا لهما قال في المسئلة الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فأشبه الثمن والاجرة يعني اذا جعل الكيل أو الموزون أو الثمن المبيع أو اجرة في الاجارة واشترى اليها اجاز وان لم يعرف مقدارهما فكذا ينبغي ان يكتبني بالاشارة في رأس المال بجماع كسونه بدلا وصار كما اذا كان رأس المال ثوبا فان الاشارة فيه تكفي اتفاقا وان لم يعرف ذرعانه ولا يحنيفة رحمه الله أنه ربما يوجد بعضهما زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلويلم 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

وربما يجد بعض ذلك زيوفا ولا يستبدل في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ماره فاذا لم يكن مقدار رأس المال معلوما كالثوب لا يعلم في كم انتقص السلم أو في كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق فكذا ما يستلزمها وقوله (أوربما) وجه آخر لفساده وهو ان المسلم اليه (فد ينجز عن تحصيل المسلم فيه وليس لرب السلم حينئذ الارأس ماله) واذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك فان قيل ذلك أمر موهوم لا معتبر بد في بابي على الرخص أجاب المصنف رحمه الله بأن (الموهوم في هذا العقد كالتحقق)

(الشرع مع المناق) اذا القياس يتألفه الا ترى انه لو اسلم عيالك رجل بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك المكيال وعوده الى الجهالة لا سيما على قول من اعتبر ادنى الاجل أكثر من نصف يوم فان قيل في هذا اعتبار للنازل عن الشبهة لأن وجود بعض رأس المال زوفا فيه شبهة لاحتمال أن لا يكون كذلك وبعد الوجود الرد محتمل فقد لا يرد وبعد الرد ترك (٢٣٩) الاستبدال في مجلس الرد أيضا محتمل

والمعتبر هي دون النازل عنها فالجواب ما تقدم أن المعنى من الموهوم هو ذلك وقيل بل هذه شبهة واحدة لان كلا منهما مبنى على وجوده زيفاً والاول أظهر (قوله بخلاف الثوب) جواب عما ساء عليه من الثوب وتقرر بردان الثوب لا يتعلق العقد على مقداره (لان الذرع) في الثوب المعين (صفة) ولهذا لو وجدته زائدا على المسمى سلم له الزيادة مجاناً ولو وجدته ناقصاً لم يحط شيئاً من الثمن وقد تقدم وليس كلامنا في ذلك وانما هو فيما يتعلق العقد على مقداره فكان قياساً مع الفارق ولم يجب عن الثمن والاجرة لان دليله تضمن ذلك فان البيع والاجرة لا ينقضان برد الثمن والاجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد ومن فروغ الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال ما اذا سلم مائة في كرحنطة وكرشعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فانه لا يجوز عند أي حنفة رجعه الله لان المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته

لشرعه مع المناق بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوباً لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا سلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما أو سلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما وله ما في الثانية أن مكان العقد يتعين

كالثوب والعبد فانه لا يشترط فيه اعلام كمية ذرعانه بالاتفاق وله ما روى عن ابن عمر أنه قال به وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس والقياس على المسلم فيه مجامع أنه عوض تناوله عقد السلم ولان جهالة قدر المسلم فيه مانع اتفاقاً وجهالة رأس المال مؤدياً الى الممتنع شرعاً تمتنع شرعاً بيان تأديته اليه أنه ربحاً يتفق رأس المال كما ينفقه المحتاجون فر بما يظفر فيه زوفاً فيختار الاستبدال به وورده وقد يكون أكثر رأس المال زوفاً فانه اذا رده واستبدل بها في المجلس بقصد السلم عند أي حنيفة لانه لا يجز الاستبدال في أكثر من النصف خلافاً لهما وقد لا يتفق الاستبدال به في مجلس الرد فيمنع العقد في مقدار ذلك فاذا لم يكن قدر المكيال معلوماً لم يدري كم انتقص وفي كم بقي فيصير المسلم فيه مجهول المقدار وكذا لو استحق بعضه يلزم هذا أيضاً وهذا وان كان موهوماً فالموهوم في هذا العقد له حكم المعلوم (الشرع مع المناق) وهو كون المبيع معدوماً فان ما بشرع لذلك يكون ضعيفاً في الشرعية فيؤثر فيه توهم الغرر المذكور وهذا في الحقيقة تعليل قوله صلى الله عليه وسلم رأيت لو أذهب الله ثمرة هذا الحائط لم يستحل أحدكم مال أخيه (بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوباً لان الذرع وصف فيه) وكذا الواشتره على أنه عشرة فاذا هو خمسة عشر كان كله والمبيع لا يقابل الاوصاف فلا يتعلق العقد على قدره ولهذا لو ظهر الثوب أو الحيوان المجهول رأس مال مخزقاً يسمى عدداً من الذرعان فيه فوجده المسلم اليه أنقص أو بعض أعضائه الحيوان تالفاً لا ينتقص من المسلم فيه شيء بل المسلم اليه بالخيار ان شاء رضى به بكل المسلم فيه وان شاء فسخ القوات الوصف المرغوب فيه واستشكل بأن هذا الاعتبار لشبهة الشبهة أو أنزل منها فان في وجود الزيف احتمالاً ثم اختيار الرد كذلك ثم عدم الاستبدال به في مجلس الرد فيه أيضاً ذلك والمعتبر الشبهة لا النازل كما أفاده الحديث فان المعتبر فيه الشبهة لا غير وهو احتمال أن لا يخرج الثمرة أوجب تارة بأنها شبهة واحدة فان الكل مبنى على وجود الزيف وتارة بأن السؤال فاسد لان الشبهة ما يشبهه الثابت وليس بثابت كالنقد مع النسبة وليس هذا كذلك وانما اعتبر الموهوم بالنص المذكور على أن طريق المنع المانحصر في وجود الزيف بل ظهور راسخفاق رأس المال كما ذكرنا أنه طريق ومما يدل على صحة اعتبار الموهوم في هذا العقد اجتماعنا على أنه لا يصح السلم عيالك رجل بعينه لا يعرف مقداره لاحتمال هلاك هذا الكيل قبل الحلول قال المصنف (ومن فروعه) أي من فروغ الخلاف في معرفة قدر رأس المال (اذا سلم في جنسين) ككرحنطة وكرشعير عشرة مثلاً (ولم يبين رأس مال كل منهما) من العشرة (أو سلم جنسين) كدنانير ودرهم في جنس واحد كبر أو سلم مائة حنطة معنيين في كذا من الثمن الزعفران (ولم يبين مقدار أحدهما) يعني عرف مقدار أحدهما دون الآخر لا يصح السلم لبطلان العقد في حصة مالم يعلم قدره فيبطل في الآخر أيضاً لان اتحاد الصفة أو (لجهالة حصة الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولاً ولهما في) المسئلة (الثانية) وهي اشتراط مكان التسليم فيما له مؤنة (ان مكان العقد يتعين) للابفاء

الحزب فلا يكون مقدار رأس مال كل واحد منهما معلوماً وعندهما يجوز لان الاشارة الى العين تكفي لجواز العقد وقد وجدت أو سلم دراهم ودنانير في كرحنطة وقد علم وزن أحدهما دون الآخر فانه لا يجوز عنده لان مقدار أحدهما اذا كان مجهولاً يبطل العقد في حصة لعدم شرط الجواز في حصة فيبطل في حصة الآخر أيضاً لان اتحاد الصفة أو (لجهالة حصة الآخر) وعندهما يجوز لوجود الاشارة وقال في المسئلة الثانية ان مكان العقد يتعين للابفاء

لان العقد الموجب للتسليم وجد فيه وما كان كذلك يتعين كما في بيع خنطة بعينها فان التسليم يجب في موضع العقد ولانه لا يراجه
مكان آخر لعدم ما يوجبها 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 تعين مكانه ما لا يتسلم 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 وورس بان مكان العقد
لوتعين لبطل العقد ببيان مكان (٣٤٠) آخر كما في بيع العين فان من اشترى كرخنطة وشرط على البائع الحمل الى منزله يفسد عقده اشتراها

في المصر أو خارج مجتسه
أو بخلاف جنسه والجواب
عن النقض ان مكان البيع
يتعين للتسليم اذا كان المبيع
حاضرا والمبيع في السلم
حاضرا لانه في ذمة المسلم اليه
وهو حاضر في مكان العقد
ليكون المبيع حاضر بحضوره
وفيه نظر لان فيه قيد الم
يد كفي التعديل ومثله بعد
انقطاعا وعن المعارضة بان
التعيين بالدلالة فاذا جاء
بصريح بخالفها يبطلها
وانما سدى في بيع العين لانه
قابل الثمن بالمبيع والحمل
فتصير صفقة في صفقة ولا ي
حنيفة رجه 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
بسبب يستحق فيه التسليم
بنفس الالتزام ليكون الحكم
تابعا على طبق سببه والسلم
لا يستحق تسليمه بنفس
الالتزام الكونه 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 اول أوقات الامكان في الاوامر
فصار كالقرض والغصب ولا يحنيفة رجه 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 الصفقة

(لوجود العقد) فيه (الموجب للتسليم) ما لم يصرفه باشتراط مكان غيره وحاصله أنه مقتضى عقد مطلق
فلا يرد أنه لو كان مقتضى العقد لما صح اشتراط غيره فان تغيير مقتضى العقد مردود وهو مفسد على
ما هو روي عن أحمد رحمه الله وصار كالمصرافه الى غالب نقد البلد ما لم يسميا نقدا غيره فيمنصرف
اليه ويلحق بالثمن فان العقد يقتضيه ما معا فلما اقتضى وجوب تسليم الثمن في مكان العقد وجب
في الآخر كذلك وصار المكان كل زمان الذي هو أول أوقات الامكان حيث يتعين للوجوب لعدم
المزاحم أو للاداء على قول الكرخي في الامر المطلق وتقريره أن التسليم يحتاج الى مكان وهذا المكان
لا يراحم فيه غيره فيتعين كأول أوقات الامكان والحاقا أيضا بالقرض والغصب والاستهلاك حيث
يجب التسليم في مكان الغصب والقرض والاستهلاك ويرد أن كون تعين غير مكان العقد غير مفسد
ينقض بما اذا اشترى كرا وشرط على البائع حمله الى منزله ففسدوا اشتراؤه في المصر أو خارجا يجب
بالفرق بأن المشتري يملك العين بمجرد شرائها فاذا شرط حمله فقد شرط عملا في ملكه مع الشراء ثم سمي الثمن
في مقابلة ذلك كله فصار بائعا أجرا ومشتريا مستأجرا معا فهو صفقة في صفقة ففسد أمانا عقد السلم فلا
يملك المشتري به العين لان المعقود عليه دين لا عين فأنما يملك العين بالقبض بالنقل من مكان الى آخر عمل
من البائع في ملكه نفسه فلا يكون بائعا وأجرا ورديا أيضا في الفوائد الظهيرة عن محمد رحمه الله
ما يدل على عدم تعيينه فانه قال في رجل باع طعاما والطعام في السواد ان كان المشتري يعلم مكانه فلا
خيار له وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع مكانا للتسليم لم يكن له الخيار ثم قيل انما يجوز البيع
اذا كانت خواهي الخنطة في بيت واحد فان كانت في مصر وسواد فالبيع فاسد لان ضائته الى المنازعة
لان المشتري يطالبه بالتسليم في اقرب الاماكن والبائع يسلم اليه في الابد وهذا كله دليل ان مكان
البيع لا يتعين أجاب بأنه انما يتعين اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضر لانه في ذمة
البائع وهو حاضر في مكان العقد فالبيع 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 فيهما واجب في الحال فيتعين مكان سبب الوجوب في الحال وكذا اندفع قياسه على رأس
مال السلم فانه يجب تسليمه في الحال وتضمن منع ما فالامن أن وجود العقد الموجب للتسليم بوجوب
تعيين مكانه بل العقد بوجوب التسليم فقط الا ان اقتضى أمر آخر تعين مكانه (فان 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 عملا ليقوله المسلم
عاقل واذا ثبت ان مكان العقد لم يتعين للايقاض في مكان الايقاض مجه ولا جهالة 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 الصفقة في اختلاف القيم باختلافها فلا بد من البيان

(قوله لان العقد الموجب الى قوله ولانه لا يراجه) أقول والظاهر عندي أن المهموع دليل واحد للدعي اذ لا يتم أحدهما الا بالآخر
فلتدر (قوله قال رأيت لوعقد السلم الخ) (قول ناظر الى قوله ولا يحنيفة يعني قال أبو حنيفة رأيت الخ)

(وعن هذا) أي عما ذكرنا ان جهالة المكان بجهالة الوصف (قال من قال من المشايخ ان الاختلاف في المكان يوجب التحالف) عنده
 كالاختلاف في الجودة والرداءة في أحد البديلين (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

لمالم يكن من مقتضياته صار
 بتزلة 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
 اقتسم دارا وأخذ أحدهما
 أكثر من نصيبه والتزم في
 مقابلة الزائد بمكيلا 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 رحمهم 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
 وصورته اذا اقتسم دارا 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 تختلف 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 للمال فافتقارها للحاقه 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 تعينه مع تأخر التسليم حتى اذا حل الاجل وجب تسليمه في ذلك المكان فالاولى أن
 يقتصر على منع تعين العقد المكان والحاقهما بالاسهتلاك والقرض ظهر الفارق بينهما وبين السلم
 وبالثمن في العين محل النزاع لان أبا حنيفة في الصحيح عنه يرى أنه لا يتعين أيضا اذا كان مؤجلا
 وأنه يجب تعينه 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 انفي الكائي بالكائي فلو عقدا السلم ومشيئا
 فربما سلم 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 لا تثبت هذه الملازمة الا معها (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 ورداءته وقيل على عكسه أي لا يوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم اليه لان تعين
 المكان ليس قضية العقد عنده وعندهما يتحققان 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 بحمل ومؤنة وهو مؤجل عنده يشترط بيان مكان تسليمها
 وعندهما لا (والقسمة) فيما اذا اقتسم دارا 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 والافتد
 يسلم في امان من الزعفران كثيرة تبلغ أجمالا 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 يتأقى 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 انسا بجمعه 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 تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه) أقول هذا لا يلائم لما ذكره أبو حنيفة في تعديل المسئلة الثانية فتأمل

روايتان في (رواية الجامع الصغير ويوع الاصل) يتعين لانه موضع الالتزام فيرجع على غيره وذكر في الاجارات (بوفيه في أي مكان شاء وهو الاصح لان الاما كن كلاهما سواء ولا يختلف باختلاف الاما كن فيه) (قوله ولا وجوب في الحال) جواب عما يقال يجوز ان يتعين مؤن العقد ضرورة وجوب التسليم فقال التسليم في الحال لمن ووجب لتعيين باعتباره فلو عين مكانا قبل لا يتعين لانه لا يفيد حيث لا يلزم بنقله مؤن ولا يختلف (٣٤٣) ماله باختلاف الامكنة وقيل يتعين وهو الاصح لانه يفيد رب السلم سقوط

خطر الطريق ولو عين المصر فيما له اجل ومؤنة يكتب في به لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا من انه لا يختلف قيمته باختلاف المحلة وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثلث والاجرة والقسمة وقيل هذا اذ لم يكن المصر عظيما فلو كان بين نواحيه مثل فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يجوز ان فيه جهالة مفضية الى المنازعة قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال) معناه ان السلم لا يبقى صحيحا بعد وقوعه على الصحة اذ لم يقبض رأس المال في مكان العقد قبل أن يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا لامكانا حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض لم 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 الكالي بالكالي أي النسبة بالنسبة وان كان عينا فلان السلم أخذ

قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات انه بوفيه في أي مكان شاء وهو الاصح لان الاما كن كلاهما سواء ولا وجوب في الحال ولو عيننا مكانا قبل لا يتعين لانه لا يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له اجل ومؤنة يكتب في به لانه مع تباين اطرافه 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 الكالي بالكالي وان كان عينا فلان السلم أخذ عاجل بأجل اذا لاسلام والاسلاف ينبتان عن التجميل فلا بد من قبض أحسد العوضين ليحقق معنى الاسم

يجب في أقرب الاما كن التي يمكن فهمانه قال المصنف (وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع) يعني من أصل المبسوط وذكر في الاجارات من أصل المبسوط (بوفيه في أي مكان شاء وهو الاصح) والاصح من قول الشافعي أيضا (لان الاما كن كلاهما سواء) اذا المالية لا تختلف باختلاف الاما كن فيما لاجل له ولا مؤنة بل بعزلة الوجود وقتله وكثرة رغبات الناس وقتلها بخلاف ماله مؤنة فان الحنطة والخطب يوجد في المصر والسواد ثم يشتري في المصر بأكثر مما يشتري في السواد (ولو عيننا 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 ذكره في التحفة (ثم لو عيننا المصر فيما له اجل ومؤنة يكتب في به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا) يعني أن القيمة لا تختلف باختلاف المصر الواحد عادة قبل هذا اذ لم يكن المصر عظيما فلو كان بين جوانبه نحو فرسخ لا يجوز الا أن يبين لانه مفض الى المنازعة ذكره في المحيط ولو شرط أن بوفيه في مكان يحمله الى منزله لا خيره ولو شرط الحمل الى منزله ابتداء قبل يجوز استحسانا وروى البلخي عن أصحابنا أنه لا يجوز السلم وقيل انما لا يجوز قياسا اذا شرط الايقاع في موضع ثم الحمل الى منزله أما لو شرط الايقاع في منزله فيجوز قياسا واستحسانا وفي بيع العين ولو شرط على البائع في المصر أن بوفيه الى منزله والعقد في مصر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحسانا وعند محمد لا يجوز هذا اذ لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة فان كان لا يجوز البيع ولو اشتري طعاما بطعام من جنسه وشرط أحدهما التوفية الى منزله لم يجوز بالاجماع كيفما كان ولو شرط أن بوفيه في مكان كذا فسلمه في غيره ودفع الكراء الى الموضع المشروط صار قابضا ولا يجوز أخذ الكراء وان شاء رده اليه ليسلمه 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 لا تتعين فلا يقع العقد الا على دين في الذمة فيقع بدفع العين المقاصة عنه (وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي) أي النسبة بالنسبة الا أن مال الكارجه الله يجيز التأخير ويقول اذ لم بشرط التأجيل لا يخرجه الى الدين عرفا وبقولنا قال الشافعي وأحمد (وان كان عينا) ففي القياس

عاجل بأجل اذا لاسلام والاسلاف ينبتان عن التجميل والمسلم فيه أجل فوجب ان يكون رأس المال عاجلا ليكون الحكم ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والكفالة والحوالة فانها مائة وقد ثبتت أحكامها بقتضيات أسماها لغة وهذا

(قوله وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثلث والاجرة والقسمة) أقول لا يخفى 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 التجبيل لم يؤدي الى بيع الدين بالدين بخلاف الدراهم ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب اليه فالمسلم 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 فائده الفسخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم الدين وما أخذه عين فلورث المأخوذ عاد الى ما في ذمته فيثبت الخيار فيما أخذه ثانياً وثالثا الى ما لا يثبتها في فائدته لا يجوز اثباته وفي بيع العين يفيد فائده لان العقد (٣٤٣) ينسخ عند الرؤية اذا ارد المبيع لانه رد 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 اشتراط قبض رأس المال قبل الافتراق وثبوت الخيار في السلم فيه وعدمه لا مدخل له في ذلك فكان اجنبيا والثاني أن المبيع في الاستصناع دين ومع ذلك للاستصناع خيار الرؤية والجواب عن الاول انه يعود للمسلم فيه وذكره استطرادا ويجوز ان يعود الى رأس المال وهو ان كان ديناً في الذمة يتسلسل ولا يفيد وان كان عيناً واجب ان لا يثبت لافضائه الى التهمة وعن الثاني ان الاستصناع دين بل هو عين على ما سيجيء في الاستصناع بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام

ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب 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 فعياله لان عدم تسليمه لا يؤدي الى بيع دين بدين بل ببيع عين بدين وفي الاستحسان يشترط اعمالا لقتضى الاسم الشرعي لان الاسلام والسلاف في كذا ينهي عن تجبيل المسلم دون الآخر لان وضعها في الاصل لاخذ عاجل بأجل والشرع قرره كذلك فيجب أن يثبت على اعتبار المعنى الذي اعتبر فيها لفرضه نافرذاً صارت اعلاماً فأصل الوضع كاف باعتبار ما اعتبر في معناها من الاحكام فلزم التجبيل (ولانه لا بد من تسليمه ليتقلب فيه المسلم) اليه اذا الفرض افلاسه وحاجته الى العقد لافلاسه فيقلب فيه ليقدر على تحصيل السلم فيه الى الاجل (و) لهذا أي لاشترط 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 أي 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 مستحقاً لم يمنع استحقاقه من تمام قبضه لجواز اجازة المالك حتى لو أجاز قبضه صح العقد وان كان الاستحقاق يمنع الملك لان منه الملك ليس بقضية السبب بل السبب وجد مطلقاً لا مانع فيه سوى تعلق حق الغير وجاز أن يجيز ذلك الغير فاذا أجاز التحقت الاجازة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط فان عدم الملك قضية السبب نفسه ويجعله في حق الحكم كالتعلق بشرط سقوط الخيار وكان تأثيراً أكثر من تأثير عدم القبض فكان أولى بالابطال من عدم القبض وهذا ان التعلق بشرط معدوم قبله فلا حكم أصلاً وهو الملك فلا قبض ولذا قلنا ان اعتراف المشتري لا يصح ولا يتوقف اذا كان في البيع خيار للبائع واعتراف المشتري من الفضولي يتوقف (وكذا لا يثبت فيه) أي في السلم (خيار رؤية) بالاجماع (لانه غير مفيد) اذ فائدة خيار الرؤية رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة فاذا ارد المقبوض عاد ديناً كما كان لانه لم يرد عين ما تناوله العقد فلا ينسخ 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 بمعنى اذا رد ما أتى به ينسخ لاننا نسلم 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 عيناً مثلاً أو قيمياً (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 اشار بقوله هذا الى قوله فلان السلم أخذ عاجل بأجل (قوله والقياس جوازها الخ) أقول اذا كان رأس المال عيناً قال المصنف (ولانه لا بد من تسليم رأس المال) أقول في دلالة هذا على وجوب القبض قبل المفارقة كلام كما لا يخفى ثم اعلم ان قوله ولانه لا يدخل 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 مانعاً عن القبض نفسه لان تمامه (قوله أحدهما ان الضمير في قوله فيه) أقول حيث قال لا يثبت فيه خيار الرؤية (قوله ويجوز ان يعود الى قوله التهمة) أقول فيه بحث

(ولو أسقط) رب السلم (خيار الشرط قبل الافتراق) فلا يخول ما أن يكون رأس المال قائماً ولو ان كان الثاني لم يصح العقد بالاسقاط لان ابتداءه رأس مال هودين لا يجوز فكذلك اتصافه باسقاط الخمار وفيه نظر فان البقاء سهل من الابتداء والحجاب أنه اتفان في التمسك فيه غير مسموع وان كان الاول جاز (٣٤٤) خلافاً لزر و قد مر نظيره وهو ما اذا باع الى أجل مجهول ثم أسقط الاجل قبل الخزل

فانه يتقلب جائزاً عندنا خلافاً لزر قال (وجلة الشروط جمعها) جمع المشايخ جلة شروط السلم في اعلام رأس المال وهو مشتق 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 مقدارها وفي بيان مكان الايفاء كالمس وفي القدرة على تحصيله وهو أن لا يتقطع كباينا (فان أسلم مائتي درهم في كرخنة مائة منهادين على المسلم اليه ومائة تقدم فاسلم في حصة الدين باطل) سواء أطلق المائتين ابتداء أو أضاف العقد في احدهما الى الدين لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذا سلم وقع صحيحاً أما اذا أطلق ثم جعل المائة من رأس المال قصاصاً بالدين فلا اشكال في طوره كالمواضع عبددين ثم مات أحدهما قبل القبض كان الباقي

ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافاً لزر وقد مر نظيره (وجلة الشروط جمعها) قولهم اعلام رأس المال وتجييله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبين مكان الايفاء والقدرة على تحصيله فان أسلم مائتي درهم في كرخنة مائة منهادين على المسلم اليه ومائة تقدم فاسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذا سلم وقع صحيحاً ولهذا لو تقدم رأس المال قبل الافتراق صح الأنة يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع ألا ترى انهما لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل البيع فينبعده صحيحاً

(قوله ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس مال السلم قائم جاز) السلم (خلافاً لزر) وانما قيد بقيام رأس المال لان السلم لو أسقطاه بعد انفاقه أو استملاكه لا يعود صحيحاً اتفاناً لانه بالاهلاك صار ديناً في ذمة المسلم اليه فلو صح كان رأس مال هودين 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 زفر (وقدمر نظيره) في باب البيع الفاسد وهو ما اذا باع الى أجل مجهول ثم أسقط الاجل قبل حلوله يتقلب جائزاً عندنا خلافاً لهم قال المصنف رحمه الله (وجلة 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 نقد ومختلفة المالية متساوية في الرواج كقولنا عدلية أو غطرية فان لم تختلف وتساوت رواجاً يعطيه من أي اشاء ولو تفاوتت رواجاً انصرف الى غالب نقد البلد كما في البيع وينبغي في ديارنا ان اسمى مؤيدية يعطيه الاشرافية والحقمية لتعارف تسمية الكل مؤيدية والاستواء في المالية والرواج واعلام المسلم فيه يشتمل على مثلها خلافاً لتجليل وتأجيله وبين مكان الايفاء يتم أحد عشر وأما القدرة على تحصيله فالتظاهر أن المراد منه عدم الانقطاع فان القدرة بالفعل في الحال ليس هو شرطاً عندنا ومعلوم أنه لو اتفق بجزءه عند الخلول واقبلاسه لا يبطل السلم وقد بقي ما قدمناه من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وان لا يكون حيواناً وانقاد رأس المال اذا كان نقداً عند أبي حنيفة خلافاً لهما وان لا يشمل البدين احدي على الزباو عدم الخيار فظهر أن قوله وجلة الشروط لم يتم ثم فرع على اشتراط القبض في السلم أنه لو أسلم مائتين في كرخنة (من مائة دين على المسلم اليه ونقد مائة أن السلم في حصة الدين باطل لفوات قبضه ولا يشيع الفساد) في الكل خلافاً لزر رحمه الله وجه قوله أنه فساد قوي لتمكنه في صلب العقد وأيضاً فقد 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 قظاهر وأما ان أضاف الى الدين والعين جميعاً بان قال أسلمت مائة الدين وهذه المائة في كذا فكذلك وان قيل بفسد في الكل عند أبي حنيفة لما ذكرنا من اشتراط القبول في حصة الدين والصحيح أن الجواب فيهما 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 هازلان بالبيع حيث عقدا ببيعاً بلا عن بخلاف ما لو كانت المائة على ثابت فانه يشيع الفساد ولذا قيد المصنف

مبيعا بالخصه طارئاً وأما اذا أضاف الى الدين ابتداءً فكذلك ولهذا لو تقدم رأس المال قبل الافتراق صح وهذا لان النقود كون لاتعيين في العقود اذا كانت عيناً فكذلك اذا كانت ديناً فصار الاطلاق والتقييد سواء ألا ترى انه لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا ان لادين لا يبطل البيع حيث لم يتعين الدين فينبعده السلم صحيحاً فيبطل بالافتراق لما بينا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئى بالكالئى 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 لانه شرط صحة السلم احتراز عن الكالي بالكالي فلا يجوز التصرف بالبيع والهبة والوصية ونحوها فالتصريف (٣٤٥) وهو معنى قوله فلما فيه من

تفويت القبض المستحق بالعقد ولا في السلم فيه كذلك لانه 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 ان يشترك شخص آخر في المسلم فيه (و لا التولية) وصورتها ظاهرة وانما خصهما بالذكر 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 لرب السلم ان يشتري من المسلم اليه رأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك) يعني حالة البقاء وعند الفسخ وهذا نص في ذلك (ولانه أخذ شها 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 المسلم 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 سلمك أو رأس مالك أي عند الفسخ ولانه أخذ شها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه

كون المائة ديناً على المسلم اليه لان المائة على الاجنبي 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 الفاسد شرطاً الى آخره اذ لم يلزم الفساد بالاضافة لفظاً الى الدين وكان الفساد طارئاً بلا شبهة * وقال في المنظومة

ان كان رأس المال نوعين نقد * هذا ودين ذلك فالكل فسد ان لم يبين قسطاً وقسطاً ذا * والبرقي الشعيير والزيت كذا

فاستشككت على مسألة الكتاب فقيل انما قيد بالتوعين لانه اذا كان من جنس واحد لا يتعدى الفساد كاذكر في الهداية واستشكله صاحب الحواشي على قول أبي حنيفة لان عنده اذا ورد العقد على شيئين وفسد في أحدهما يفسد في الآخر لانه يصير قبول الفاسد شرطاً الى آخره قال الأنا في الفساد المقارن الذي تمكن 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 المصني بأن هذا يقتضي أن لا يفسد في التقيد اذا كان رأس المال نوعين أيضاً قال يحنث أن الفساد باعتبار أن معرفة رأس المال شرط عنده ولم يبين حصة كل منهما من المسلم فيه فهي المسئلة التي قدمها المصنف نفر يعا على اشتراط معرفة مقدار رأس المال اذا كان مما يتعلق العقد على قدره فاذا قوبل بشيئين كان الانقسام بطريق القيمة وذلك يعرف بالحزور والظن وهو مجهول انتهى وهو جيد ما فرعه المصنف على اشتراط معرفة مقدار رأس المال الأنا على هذا الحاجة الى تقيد المنظومة بكون أحدهما ديناً فانه لو كان عينين فسد فيهما ذلك أيضاً (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 شرعاً 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 جود فانه يجوز ولا يكون له حكم الاستبدال فانه جنس حقه فهو كترك بعض حقه واسقاطه في حق رب السلم ومن جنس القضاء في حق المسلم اليه وقول القدوري بعد ذلك (ولا يجوز الشركة و لا التولية) مع دخولها في عموم التصرف في المسلم فيه اقرب وقوعهما في المسلم فيه بخلاف المراجعة والوضعية فانه غير معتاد ولانه دين وفي الوضعية اضرار رب السلم فيباعد وجودهما بخلاف أخذ بمثل ما اشتراه به فانه قسرب 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 لرب السلم (أن يشتري من المسلم اليه رأس المال شيئاً حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك) أخرجه 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 يقتضي أن لا يأخذ الا هو ورواه الترمذي وحسنه وقال لا أعرفه

(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

(٤٤ - فتح القدير خامس) الا سلمك أو رأس مالك يعني حالة البقاء وعند الفسخ) أقول قوله عند الفسخ ناظر الى قوله أو رأس مالك

(لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث) وهو الشرع والبيع يقضى وجود العقود عليه والمسلم فيه لا يصح لثالث (السقوطه) بالاقالة (ف) لا بد من (جعل رأس المال مبيعاً) ليرد عليه العقد والالكان ما فرضناه بيعاً يمكن بيعه هذا خلف باطل وهو صالح لذلك لكونه ديناً مذكراً للمسلم فيه واذا أمكن أن يكون الدين معقوداً عليه ابتداء فيما هو بيع من كل وجه وهو عقداً السلم فلان يمكن ذلك انتهائه فيما هو بيع من وجهه دون وجهه كان أولى واذا ثبت شبهه بالمبيع والمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض فكذا ما أشبهه فان قيل اذا كان كذلك وجب قبض رأس المال في المجلس اعتباراً لانتهائه بالابتداء أوجب بقوله (لانه) أى لان عقداً 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 بالضرورة فان ثبت بالتنبيه وهو ان اشتراط القبض في الابتداء كان الاحتراز عن الكالتي بالكالتي والمسلم فيه سقط بالاقالة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض والتأمل يعني عن هذا السؤال لان رأس المال اذا صار معقوداً عليه سقط اشتراط قبضه فالسؤال بوجوب قبضه لا يرد لكن المصنف دفع وهم من عسى يتوهم نظراً الى كونه رأس المال وجوب قبضه ولو أبرز ذلك في مبرز الدليل على انقلابه معقوداً عليه حيث لا يجوز قبضه ولو بقي رأس المال لوجب كان أدق على طريقة قوله في اول الكتاب ويجوز باى لسان 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

وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً لسقوطه فجعل رأس المال مبيعاً 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 وأمر رب السلم بقبضه فضاء لم يكن قضاء

مرفوعاً الا من هذا الوجه وأخرجه 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 ضعفه أحد وغيره والترمذي يحسن حديثه فهو مختلف فيه فحديث حسن ورواه عبد الرزاق موقوفاً على ابن عمر أخبرنا عمر بن قنادة عن ابن عمر قال اذا أسلنت في شئ فلا تأخذ الا رأس مالك أو الذي أسلنت فيه وأسند عن أبي الشعثاء نحوه من قوله فقوله لا تأخذ الا السلمك 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 شبهها بالمبيع (ب) سبب (أن الاقالة بيع جديد في حق ثالث) غير المتعاقدين والشرع ثالث وعرف أن صحتها تتوقف على قيام المبيع الى القبض الا 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 لكتبتها فقد صححت فيلزم أنه اعتبر رأس المال بمنزلة المبيع ضرورة لانه دين مثله المسلم فيه وجهه ل الدين مبيعاً ليس محالاً وأورد عليه لو كانت يبيعاً جديد الكانت يبيع سلم لانها اقالة يبيع سلم فكان يلزم قبض رأس المال عند الاقالة في المجلس ولم يلزم بالاجماع فأجاب عنه المصنف (بأنه) يعني عقد الاقالة (ليس في حكم الابتداء من كل وجه) وأجاب غيره بأن لزوم قبضه قبل الافتراق لئلا 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 بتكليف يسير وحاصل جواب صاحب الايضاح أن رأس المال جعل كالمسلم فيه والقبض ليس شرطاً فيه فليس شرطاً له (وفيه خلاف زفر) أى في منع الاستبدال برأس مال السلم لم من المسلم اليه بعد اقالة السلم فعنده يجوز أن يشتري به ماشاء وهو القياس لانه بالاقالة بطل السلم وصار رأس المال ديناً عند المسلم اليه فيستبدل به كسائر الديون قال (والحجة عليه ما ذكرناه) من الاثر والمعنى فهو استحسان بالاثم مقدم على القياس (قوله) ومن أسلم في كرا وهو ستون قفيزاً أو أربعون على خلاف فيه والقفيز ثمانية مكايك والمكوك صاع ونصف (فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم أن يقبضه فضاء) عن المسلم فيه فاقتضاه رب السلم بحقه بأن

مبيعاً (خلاف زفر) هو يقول رأس المال بعد الاقالة صار ديناً في ذمة المسلم اليه فكما جاز الاستبدال بسائر الديون كالماله جاز بهذا الدين (والحجة عليه ما ذكرناه) من الحديث والمعقول قال (ومن أسلم في كرا فلما حل الاجل الخ) رجل أسلم في كرا من الخنطة وهو ستون قفيزاً (فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه فضاء لحقه لم يكن قضاء) حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم كان من مال المسلم اليه

(قوله فيما هو يبيع من وجهه دون وجهه) أقول وهو الاقالة (قوله لأن عقد الاقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه لانه يبيع 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 فاكاله
 له ثم اكاله لنفسه جازلانه
 اجتمعت صفة فقتان بشرط
 الكيل) الاولى صفة المسلم
 اليه مع بائعه والثانية
 صفته مع رب السلم (فلا بد
 من الكيل مرتين لنهي
 النبي صلى الله عليه وسلم عن
 بيع الطعام حتى يجرى
 فيه صاعان وهذا هو محل
 الحديث على ما مر) في الفصل
 المتصل بباب المراجعة
 والتوايه قال فيه ومحل
 الحديث اجتماع الصفتين
 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 تتحقق
 الصفة الثانية لتدخل
 تحت النهي وتقريره القول
 بموجب العلة لما ذكرك (لكن
 قبض المسلم فيه لاحق)
 وقبض المسلم فيه (عنزلة
 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 الصفتان فلا بد
 من تكرار الكيل

وان أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكاله ثم اكله له ثم اكله لنفسه فاجتمعت الصفتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان وهذا هو محل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا لكان قبض المسلم فيه لاحقاً وأنه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء

اكتاله مرة وحازره اليه لم يكن مقتضيا حقه حتى لو هلك بعد ذلك هلك من مال المسلم اليه ويطلبه رب السلم بحقه (وان أمره أن يقبضه له) أي للسلم اليه (ثم يقبضه لنفسه فاكاله) أي رب السلم للمسلم اليه (ثم اكله) مرة أخرى (لنفسه) صار مقتضيا مستوفيا حقه وهذا (لانه اجتمعت صفتان 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 محل الحديث على ما مر) في الفصل الذي يلي باب المراجعة حيث قال المصنف ومحل الحديث اجتماع الصفتين والفقهاء فيه أن المستحق بالعدو ما سمى فيه وهو الكثر وهو انما يتحقق بالكيل فلو كان الكيل معينا للتحقق بالعدو وهو ذان 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 له اقامة لحق العدو الثاني والصفقتان شراء المسلم اليه من بائعه الكروا والفقهاء التقديرية التي اعتبرت بين المسلم اليه ورب السلم عند قبضه لان المسلم اليه يصير بائعا من رب السلم ما اشتراه لان المأخوذ ليس عين حقه فانه دين وهذا عين فاصصه به وقد أخذوا في صحة الامر أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه وعندى ليس هذا بشرط بل الشرط أن يكيه مرتين حتى لو قال له اقبض الكرا الذي اشتريته من فلان عن حقلك فذهب فاكاله ثم أعاد كياله صار قابض الان الفرض أنه لا يصير قابضاً لنفسه بالكيل الاول بل الثاني فلما قال له اقبضه عن حقلك والمخاطب يعلم طريق صيرورته قابضاً لنفسه أن يكيه مرة للقبض عن الآخر وثانياً ليصير هو قابضاً لنفسه ففعل ذلك صار قابضاً حقه كأنه قال له اذهب فافعل ما تصير به قابضاً ولفظ الجامع يفيد ما قلنا فان لم يزد فيه على قول فاكاله ثم اكله لنفسه جاز وقوله (والسلم وان كان سابقاً الى آخره) جواب سؤال مقدر وهو أن يقال ببيع رب السلم مع المسلم اليه كان سابقاً على شراء المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشراء ما اشتراه فلم تجتمع الصفتان فلا يدخل تحت النهي فاجاب بقوله السلم وان كان سابقاً على شراء المسلم اليه من بائعه (لكن قبض) رب السلم (المسلم فيه لاحق) لشراؤه من بائعه (وانه) أي قبض المسلم فيه (عنزلة 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 مطلقاً أخذ العين عنه في حكم عقد جديد فيتحقق ببيع المسلم اليه بعد شرائه من بائعه والدليل على هذا الاعتبار ما قال في الزيادات لو سلم مائة في كرا ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كرا حنطة بمائتي درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكرا لم يجز لانه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن يريد أن رب السلم اشترى ما باعه وهو الكرا قبل نقد الثمن بأقل مما باعه وانما يلزم ذلك اذا جعل عند القبض كأنه ما جدد العقد او مثل هذا فيما لو سلم في موزون معين واشترى المسلم اليه موزونا كذلك الى آخره لا يجوز قبض رب السلم بخلاف ما لو اشترى المسلم اليه حنطة بمائة أو ملكها بآرث أو هبة أو وصية أو وفاة رب السلم فأكاله مرة وتجاوز به يكتب بالكيل واحد لانه لم يوجد العقد واحد بشرط الكيل وهو السلم ولو اشترى المعدود عدداً أو السلم في معدود فعلى الروايتين في وجوب إعادة العدة في بيع المعدود

(و) ان (كان) الكر (قرضاً فأمراً) المستقرض المقرض (بقبض الكر) تفعل (جازلان القرض اعارة ولهذا يتعقد بلفظ الاعارة) ولو لم يكن اعارة لم يلزم تأجيل الشيء بحجسه نسبيته وهو باول هذا (٣٤٨) لا يلزم التأجيل في القرض لان التأجيل في العواري غير لازم فيكون المردود

وان لم يكن سلماً وكان قرضاً فأمراً بقبض الكر جازلان القرض اعارة ولهذا يتعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقاً حكماً فلا يجتمع الصفقتان قال (ومن أسلم في كرفاً مررب السلم أن يكيه المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء) لان الامر بالكييل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيراً للقرض منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيساً ليزنهما المديون فيه لم يصح قابضاً ولو كانت الخنطة مشتركة والمسئلة بجها صار قابضاً لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الاتري أنه لو أمره بالطعن كان الطعن في السلم للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري صحة الامر وكذا اذا أمره أن يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري وينقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفي بذلك الكييل في الشراء في الصحيح

بعد شرائه عد هذا (فلو لم يكن سلماً) ولكن أقرضه (فأمره بقبض الكر) ولم يقل اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك فقبضه بأن اكتاله مرة (جازلان القرض اعارة ولهذا يتعقد بلفظ الاعارة وكان المردود عين المأخوذ مطلقاً فلم تجتمع صفقتان) فلم يجب الكييلان لان هذا الاعتبار في القرض لو لم يكن ثابتاً لم يملك الشيء بحجسه نسبيته أو تفرق بلاقبض فيه وهو باول هذا ولا يلزم التأجيل في القرض لانه يبيع بحجسه نسبيته وكذا لو كان الدين الاول سلماً لم يحل اقتراض المسلم اليه من رجل كرواً مررب السلم بقبضه من المقرض ففعل جازلاناً كرنا وهذا لان عقد القرض عقد مساهلة لا يوجب الكييل بخلاف البيع مكايلة أو موازنة ولهذا الواستقرض من آخر حنطة على أنها عشرة أقرضه جازله أن يتصرف فيها قبل الكييل (قوله) ومن أسلم في كرفاً مررب السلم المسلم اليه أن يكيه له في غرائر رب السلم) والموضع موضع الاضمار فيها ما لکنه أظهره لدفع الالتباس (ففعل وهو) أي رب السلم (غائب لم يكن قضاء) حتى لو هلك هلك من مال المسلم اليه والتقيد بغيته لانه لو كان فيها ورب السلم حاضر يصير قابضاً بالتناق سواء كانت الغرائر له أو للبائع (لان الامر بالكييل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين لا العين فصار المسلم اليه مستعيراً للقرض منه جاعلاً ملك نفسه فيها فصار كولو كان عليه دراهم فدفع الدائن اليه كيساً ليزنهما المديون فيه لم يصح قابضاً) هذا اذا لم يكن في غرائر رب السلم طعام بل ترد فان كان قبل لا يصير قابضاً لقرضه ان أمره غير معتبر في ملك الغير قال في المبسوط والاصح عندى أنه يصير قابضاً لان أمره بخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يميز معتبر في صيربه قابضاً وهو نظير ما سيذكر في كتاب الصرف فيمن دفع نصف درهم الى صائغ وقال زد من عندك نصف درهم وضع لي به ما ختمت ففعل جاز وصار بالخلط قابضاً (ولو كانت مشتراً) غير مسلم فيها (والمسئلة بمجالها) أي دفع المشتري غرائره للبائع وأمره أن يكيه لها فيها ففعل بغيته (صار قابضاً لان الامر قد صح) هنا لانه ملك عين الخنطة بمجرد البيع فصادف أمره ملكه) ونظيره مالو أمره بطحن الخنطة المسلم فيها فطحنها المسلم اليه كان الدقيق للمسلم اليه فلوا خذرب السلم الدقيق كان حراماً لانه استبدل بالمسلم فيه قبل قبضه ولو كانت مشتراً 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 ونقرر الثمن عليه ومنله (اذا أمر) رب السلم المسلم اليه (أن يصبه في البحر ففعل كان من مال المسلم اليه) ولو أمر المشتري البائع به كان قابضاً فملك (من مال المشتري لما قلنا ولهذا يكتفي بذلك الكييل) الواحد (في الشراء في الصحيح

عين المقبوض (مطلقاً حكماً) فلا تجتمع الصفقتان) وكذا لو استقرض المسلم اليه من رجل وأمر رب السلم بقبضه يكتفي فيه بكييل واحد قال (ومن أسلم في كرفاً مررب السلم الخرج رجل أسلم في كرفاً مررب السلم أن يكيه المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو) أي رب السلم (غائب لم يكن) له في غرائره طعام فانه لا يكون (قضاء) فلو هلك هلك من مال المسلم اليه (لان الامر بالكييل لم يصادف ملك الامر إذ حقه في الدين لا في العين فلا يبيع) (الامر) وصار المسلم اليه مستعيراً للقرض من رب السلم وقد جعل ملكه فيها فصار كولو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيساً ليزنهما المديون فيه حيث لم يصح قابضاً) ولو اشترى من رجل حنطة بعيينها ودفع غرائره الى البائع وقال له اجعلها فيها ففعل والمشتري غائب صار قابضاً لانه ملكه بالشراء لا بحالة فصح الامر لمصادفته الملك واذا صح صار البائع وكبلا عنه في امسالك الغرائر فبقيت الغرائر في يد المشتري حكماً فما وقع فيها صار في يد المشتري (قوله الاتري) توضيح ان ملكه

بالبيع (انه اذا أمره بالطحن في السلم كان الطحن 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 توضيحاً لقوله لان الامر قد صح (ولهذا) أي ولان الامر قد صح يكتفي بذلك الكييل في الشراء في الصحيح

لان البائع نائب عنه في الكيل) فان قيل البائع مسلم فكيف يكون متسلماً اُجاب بقوله (والقبض بالوقوع) أي وحققق القبض بالوقوع (في غرار 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 وقد مر قبل باب الربا (ولو أمر المشتري البائع أن يكيه في غرار البائع ففعل لم يصر) المشتري (قابضاً لانه استعار غراراً ولم يقبضها فلم تصر الغرائر في يده) لان الاستعارة تبرع فلا تتم بدون القبض فكذلك ما وقع فيها وصار كالأمره أن يكيه له ويعزله 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 كرحنطة فلما حل الاجل اشترى

من المسلم اليه كرا آخر بعينه وودفع غراراً اليه ليجعل الدين) أي المسلم فيه والعين وهو المشتري فيما افلا يخلف البائع من أن يجعل فيها أو الدين أو العين فان كان الثاني (صار) المشتري قابضاً لهما جميعاً أما العين فلاصة الامر فيه لمصادفته الملك فكان فعل المأمور كفعل الامر وورد بأنه لا يصلح نائباً عن المشتري في القبض كالأمر وانه نصاً واجب بأنه ثبت ضمناً وان لم يثبت قصداً وأما الدين فلا تصاله عليه برضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت القبض (كن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه وكن دفع الى صانع خاتماً وأمره أن يزيد من عنده نصف دينار) ولا يشك بالصبيغ فان الصبيغ والبيع اتصالاً ملك المستأجر ولم يصر قابضاً لان المعقود عليه في الاجارة الفعل لا العين والفعل

لانه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرار المشتري ولو أمره في الشراء أن يكيه في غرار البائع ففعل لم يصر قابضاً لانه استعار غراراً ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده فكذلك ما يقع فيها وصار كالأمره أن يكيه له ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضاً ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضاً أما العين فلاصة الامر فيه وأما الدين فلا تصاله بملكه وبمثله يصر قابضاً كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه وكن دفع الى صانع خاتماً وأمره أن يزيد من عنده نصف دينار وان بدأ بالدين لم يصر قابضاً أما الدين فلعدم صحة الامر وأما العين فلا تصاله بملكه قبل التسليم فصار مستهلكاً عند أبي حنيفة رحمه الله فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز أن يكون مراده البداة بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في الخلو لان الخلط ليس باستهلاكاً عندهما

لانه نائب عنه في الكيل والوقوع في غرار المشتري) وقوله في الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفي الا بكيلين على ما مر قبل باب الربا ولو كان في البيع أمر المشتري البائع أن يكيه في غرار البائع ففعل بعينه لم يصر قابضاً (لانه استعار غراراً ولم يقبضها) فلم تتم الاعارة لانها كانت عقد تبرع لم تتم الا بالقبض (فلم تصر الغرائر في يده فكذلك ما يقع فيه) على تأويل الظرف ونحوه (وصار كالأمر المشتري) البائع (أن يكيه ويعزله في مكان من بيت البائع) ففعل بعينه لم يصر قابضاً (ولو اجتمع الدين والعين) بأن اشترى رب السلم من المسلم اليه كرا معيناً بعد حلول السلم فأمره أن يكيه في غرار المشتري كليهما ففعل بعينه إن بدأ بالكر العين ثم بالمسلم فيه صار المشتري قابضاً لهما (أما العين فلاصة الامر فيه) لانه لا يملكه (وأما الدين فلا تصاله بملكه وبمثله يصر قابضاً كمن استقرض حنطة) ولم يقبضها (ثم أمر) المقرض (أن يزرعها في أرض المستقرض وكن دفع الى صانع خاتماً وأمره أن يزيد من عنده نصف دينار) ففعل بعينه لزمته الزيادة وتقرر بدلها عليه لاتصال ملكه فيهما (وان بدأ بالدين) فكذلك في الغرائر (لم يصر قابضاً) أما في الدين فلعدم صحة الامر (لما قلنا) (وأما في) العين فلا تصاله بخلط مال المشتري) بجنسه من مال نفسه (يصر مستهلكاً عند أبي حنيفة فينتقض البيع) بهلاك المبيع قبل القبض لا يقال هذا الخلط ليس بتعدليكون به مستهلكاً لانه بأمره أجب المصنف بمنع اذنه فيه على هذا الوجه لجواز كون مراده أن يفعل ذلك على وجه يصح وهو أن يبدأ بالعين (وعندهما) لما لم يكن استهلاكاً كايصير المشتري (بالخيار ان شاء نقض البيع) لعيب الشركة وان شاء شاركه في الخلو) وأورد أن صبغ الصباغ يتصل بالثوب ولا يصر مالكة قابضاً به أوجب بأن المعقود عليه ثمة

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 الغرائر متصرفاً في ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الامر (وأما العين فلا تصاله بملكه قبل التسليم وهو استهلاك عند أبي حنيفة فينتقض العقد) فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فلا ينتقض البيع أجب بأن الخلط على هذا الوجه ما حصل باذن المشتري بل الخلط على وجه يصير به الامر قابضاً والذي كان مأذوناً به وفي عبارة المصنف تسامح لانه حكيم بكون الخلط غير مرضي به جزماً واستدل بقوله (لجواز أن يكون مراده البداة بالعين) فيكون الدليل أعم من المدعى ولا دلالة للاعم 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 ففسخ البيع وان شاء شاركه في الخلو لان الخلط ليس باستهلاكاً عندهما)

قال (ومن أسلم جارية في كرحنطة الخ) رجل أسلم جارية في كرحنطة ودفع الجارية إلى المسلم إليه ثم تقايلا فماتت الجارية في يد المسلم إليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولم تبطل الأقالة بهلاكها كما لا تبطل الأقالة بهلاك الجارية كانت الأقالة صحيحة لأنها تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه وهو المسلم فيه فصحت الأقالة حال بقائه وإذا صح ابتداءه أصح انتهاءه لأن البقاء أسهل من الابتداء وإذا انسخ العقد في السلم فيه انسخ في الجارية تبعاً فيجب عليه ردّها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها وقامت مقام الجارية فكان أحد العوضين كأنما فلا (٣٥٠) رد ما قبل أن الجارية قد هلكت والمسلم فيه سقطت الأقالة فصارت كهلاك العوضين في

قال (ومن أسلم جارية في كرحنطة وقبضها المسلم إليه ثم تقايلا فماتت 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 ابتداءه فأولى أن يبقى انتهاءه لأن البقاء أسهل وإذا انسخ العقد في السلم فيه انسخ في الجارية تبعاً فيجب عليه ردّها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها ولو اشترى جارية بألف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الأقالة ولو تقايلا بعد موتها فالأقالة باطلة) لأن المعقود عليه في البيع إنما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الأقالة ابتداءً ولا تبقى انتهاءه لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الأقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين لأن كل واحد منهما مبيع فيه قال (ومن أسلم إلى رجل دراهم في كرحنطة فقال المسلم إليه شرطت ردّها وقال رب السلم لم تشترط شيئاً فالقول قول المسلم إليه) لأن رب السلم متعنت في إنكاره الصحة لأن المسلم فيه ير بوعلى رأس المال في العادة

الفعل لا العين والفعل لا يجاوز الفاعل لأنه 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 وبهذه الأقالة تعتمد قيام العقد وهو بقاء المبيع إلى أن يقبض في السلم المبيع قصداً هو المسلم فيه فهلاك الجارية وعدمه لا يعدم الدين المسلم فيه فماتت الأقالة إذا ماتت قبل الأقالة أو بعدها قبل القبض لقيام المعقود عليه وهو المسلم فيه وإذا جازت انسخ في الجارية تبعاً فوجب ردّها وقد عجز فبرد قيمتها يوم القبض لأن السبب الموجب للضمان كان فيه فصار كالغصب وفيما لو كان اشترى جارية بألف درهم مثلاً لا تجوز الأقالة بعد موتها وتبطل لو ماتت بعد الأقالة قبل القبض لأن الجارية هي المعقود عليه في البيع فلا تصح الأقالة بعد موتها ولا تبقى على الصحة إذا هلكت بعدها ولو كان البيع مقايضة بأن دفع الجارية في ثوب تبقى الأقالة بعد هلاكها إذا كان العرض الآخر باقياً لأن كلا منهما مبيع من وجه (قوله) ومن أسلم إلى رجل إلى آخره) الأصل في هذه المسائل أنها إذا اختلفا في الصحة فإن خرج كلام أحدهما مخرج التعنت وهو أن ينكر ما ينفعه كان باطلاً اتفاقاً والقول قول من يدعي الصحة وإن خرج مخرج الخصومة وهو أن ينكر ما يضره قال أبو حنيفة القول قول من يدعي الصحة أيضاً إذا اتفقا على عقد واحد وإن كان خصمه هو المنكر وقال القول قول المنكر وإن أنكر الصحة إذا عرف هذا جئنا إلى المسائل (أسلم إلى رجل في كرحنطة فقال المسلم إليه شرطت للردّها) وقال رب السلم لم تشترط شيئاً فالقول قول المسلم إليه) بالاتفاق وهو قول الشافعي (لأن رب السلم متعنت) لأنه بانكاره الصحة منكر ما ينفعه وهو المسلم فيه (لأنه) على كل حال (ير بوعلى رأس المال في العادة) وإن كان رأس المال نفداً والمسلم فيه نسيئة لأن العقلاء قاطبة على إعطاء هذا العاجل

المقايضة وهو يمنع الأقالة وقد تقدم في الأقالة ما يفرق بين المقايضة وبين بيع الجارية بالدرهم حيث بطلت الأقالة في البيع عندها كما بقاءه وابتداءه وما في الكتاب ظاهر لا يحتاج إلى شرح قال (ومن أسلم إلى رجل دراهم في كرحنطة الخ) إذا اختلف المتعاقدان في صحة السلم فمن 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 وإن 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 ردّها وقال رب السلم لم تشترط شيئاً فالقول قول المسلم إليه لأن رب السلم متعنت في إنكاره صحة

السلم لأن المسلم فيه ير بوعلى رأس المال عادة فكان القول لمن يشهد له الظاهر فانهما اتفقا على عقد واحد بذلك واختلفا فيما لا يصبح العقد دونه وهو بيان الوصف والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهداً للمسلم إليه وقول من شهد له الظاهر أقرب إلى الصدق وفيه بحث لأننا نسلم أن المسلم فيه ير بوعلى 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 لأن المسلم فيه إلى قوله فانهما اتفقا على عقد واحد الخ) أقول فعلى هذا التقرير يكون التعرض لتعنت رب السلم ضائعاً بتم المقصود بدونه

بل الامر بالعكس فان النقد القابل خير من النسبته وان كانت كثيرة سلمناه لكن يربو عليه اذا كان جيدا واما اذا كان رديا فمضنوع سلمناه
 لكنه مخالف للعديد المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر وهو باطلا لأنه يقتضي أن يكون
 القول قول المنكر وان أنكر الصحة والجواب أن الناس مع وفور عقولهم وشدة تحميرهم عن الغبن في البياعات وكثرة رغبتهم في التجارة
 الرجحة يقدمون على السلم مع استغنائهم عن المسلم فيه في الحالة الراغبة وذلك أقوى دليل على رب المسلم فيه وان كان رديا والاعتبار
 للمعاني دون الصورة فنسكح 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 يذكره محمد (٣٥١) في الجامع الصغير والمتأخرون من

الشايع (قوالا يجب أن يكون
 القول لرب السلم عند أبي
 حنيفة لأنه يدعى الصحة وان
 كان صاحبه منكرا وعندهما
 القول للمسلم اليه لأنه منكرا
 وان أنكر الصحة) قوله
 وسنقره من بعد) يريده
 ما يذكره به سده بخطوط
 القول لرب السلم عندهما
 وفي عبارته تسامح لانها
 تستعمل للبعيد والمطابق
 ونقره 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 لأنه
 ينكر ما ينفعه وهو الاجل
 فان قيل لان السلم أنه متعنت
 لأنه بانكاره يدعى فساد العقد
 وسلامة المسلم فيه وهو
 يربو على رأس المال في
 العادة فيكون القول للمسلم
 اليه وهو القياس أجب
 المصنف (بأن الفساد بعدم
 الاجل غير متيقن لمكان
 الاجتهاد) فان السلم الخال

وفي عكسه قوالا يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يدعى الصحة وان كان صاحبه
 منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لأنه منكرا 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 حقالة وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتد به النفع في رد رأس
 المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقالة عليه فيكون القول قوله
 وان أنكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لابل شرطت
 لي نصف الربح فالقول لرب المال لأنه ينكر

بذال الاجل ولولائه يربو عليه وان كان اجلام تطبق آراؤهم عليه وكلام المتعنت مردود فيبقى قول
 الآخر بلا معارض وأما التوجيه بأن انظار الصحة الى آخره فيخص بأب حنيفة تشبته في غيره هذا
 المحل والمراد هنا توجيه الاتفاق على أن القول للآخر هو ما لا يقولون ان القول للمدعي الصحة دائما
 ليعلاها بنظهورها في مباشرة العاقد (وفي عكسه) بأن ادعى رب السلم شرط الردى وأنكر المسلم
 اليه الشرط أصلا لم يذكره محمد في الكتاب (وقالوا) أي المشايخ يجب (أن يكون القول لرب السلم عند
 أبي حنيفة) وهو قول الشافعي (لأنه يدعى الصحة وان كان صاحبه منكرا) وكلامه خصومة
 (وعندهما القول للمسلم اليه لأنه منكرا 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 مقادير وهو قول الشافعي لان كلام المسلم اليه هنا تعنت لأنه ينكر ما ينفعه وما
 هو حقه (وهو الاجل) لان الاجل اترقيه المسلم اليه وهذا استحسان وأورد عليه ينبغي أن يكون
 القول لمن يدعى الفساد لان المسلم فيه لما كان في العادة يربو على رأس المال كان انكار المسلم اليه
 الصحة خصومة فلا يكون متعنتا وهذا لا يراد هو وجه القياس فأجاب عنه المصنف بقوله (والفساد
 لعدم الاجل ليس متيقنا) حتى يكون انكاره انكارا للصحة دافعا لزيادة المسلم فيه لان السلم الخال جائز
 عند بعض المجتهدين (فلا يعتبر النفع في رد رأس المال) لأنه ليس بلازم قطعا (بخلاف عدم
 الوصف) كالرأفة ومحوها على ما تقدم فانه ملزوم قطعا للفساد (وفي عكسه) وهو أن يدعى المسلم
 اليه الاجل ورب السلم ينكره (القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقالة عليه) وهو زيادة الربح
 التكاثر 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 لأنه ينكر

جائز عند الشافعي واذا لم يكن متيقنا بعدمه لم يلزم من انكاره رد رأس المال فلا يكون النفع رد رأس المال معتبرا بخلاف عدم الوصف
 وهو المسئلة الاولى فان الفساد بعدمه متيقن وفيه نظار لان بناء المسئلة على خلاف مخالف يوجد عند وضعها غير صحيح فالاولى أن
 يقال ان الاختلاف كان ثابتا بين الصحابة ان ثبت ذلك وايس مطابق لما ذكره صاحب النهاية وغيره وفي عكسه وهو أن يدعى المسلم اليه
 الاجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقالة وكل من هو كذلك فالقول قوله وان أنكر الصحة كرب المال اذا
 قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لابل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لأنه ينكر

(قوله وان كان رديا) أقول مسلم اذا علم اشتراط العاقدين رداء السلم فيه (قوله فنسكح الصورة الخ) أقول لا صواب أن يقال فالمدعي
 صورة منكرا في المعنى لطابق السؤال والاستشهاد (قوله لكنه يدعى) أقول ان له حتى الضيق

استحقاق الربح وان أنكر الصحة وعند أبي حنيفة القول قول المسلم اليه لانه يدعى الصحة وقد انفق على عقد واحد لان السلم عقد واحد اذا السلم الحال فاسد ليس به قد آخر واختلفا في جوارزه وفساده وكانا متفقين على الصحة ظاهرا لوجهين أحدهما أن الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة والثاني ان الاقدام على العقد التزام بشرائطه والاجل من شرائط السلم فكان اتفقا على العقد اقرارا بالصحة فالمنكر بدمه ساع في نقض ما تم به وانكاره انكار بعد الاقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فانها اذا اختلفا فيها تنوع محل الاختلاف فانها اذا فسدت كانت اجارة واذا صحمت كانت شركة فاذا اختلفا للمدعى للصحة مدع له وقد المدعى للفساد مدع لعقد آخر خلافة ووحدة العقد عند (٣٥٣) الاختلاف في الجواز والفساد تستلزم اعتبار الاختلاف للموجب للتفاضل

المردود لو حدة المحل وعدم وحدته تستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل وما كان السلم عقدا واحدا كان الاختلاف فيه انكارا بعد الاقرار وهو تناقض فلم يعتبر الانكار وأما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفا ولا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبرا فكان المضارب يدعى استحقاق شيء في مال رب المال وهو منكر والقول قول المنكر وعبر المصنف رحمه الله عن الوحدة بالزوم لانه بالفساد لا يتقلب عقدا آخر وعن غيرها بغير الزوم لانقلابه عقدا آخر عند الاختلاف فان قيل هذا العذر الذي ذكرتم في المضاربة يشكك بمالو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فان القول للمضارب وكان الواجب أن لا يعتبر الاختلاف ويكون القول لرب المال لانكاره ما يدعيه المضارب في ماله فالجواب أن العذر المذكور كان مبنيا على انتقام ورود النفي والاثبات على محل واحد وهو هنا قد ورد عليه لان رب المال قد أثبت له بقوله شرطت لك نصف الربح ما يدعيه ويدعي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك انكار بعد الاقرار لان المعطوف يقر بالمعطوف عليه كما اذا شهد أحد الشاهدين بألف والاخر بألف وخمسة مائة على ما سأنت في الاثبات وردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول للمدعى الصحة وهو المضارب كافي السلم وهذا المحل مختص بهذا الكتاب وجهه القل دمومه

الواجب أن لا يعتبر الاختلاف ويكون القول لرب المال لانكاره ما يدعيه المضارب في ماله فالجواب أن العذر المذكور كان مبنيا على انتقام ورود النفي والاثبات على محل واحد وهو هنا قد ورد عليه لان رب المال قد أثبت له بقوله شرطت لك نصف الربح ما يدعيه ويدعي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك انكار بعد الاقرار لان المعطوف يقر بالمعطوف عليه كما اذا شهد أحد الشاهدين بألف والاخر بألف وخمسة مائة على ما سأنت في الاثبات وردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول للمدعى الصحة وهو المضارب كافي السلم وهذا المحل مختص بهذا الكتاب وجهه القل دمومه

(قوله والثاني ان الاقدام على العقد التزام بشرائطه) أقول لشرائط العقد أو لشرائط صحته الاول مسلم وليس الاجل من شرائط العقد بل من شرائط صحته والثاني غير مسلم

قال (ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولها وعرضها ورقعة) لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حر بلا بدن بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه

بلوغك فالقول للزوج مع انه يدعي فساد العقد اوجب 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 مسألة الكتاب والثاني في مقدار الاجل والقول فيه قول من يدعي الأقل مع عينه فان قامت بينة لم يدعي الا كتر قضي بها وان قامت لكل منهما فالبينة بينة مثبتة 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 التحاصف عندنا خلافا لفرلان ليس في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف الاختلاف في الصفة يعني انه ما هو فانما يتحالفان لان الوصف جار مجرى الاصل وفي الخلاصة اذا شرط في السلم الثوب الجديد فجاء بثوب وادعى انه جديد وأنكر الطالب فالقاضي يرى اثنين من أهل تلك الصنعة وهذا أحوط والواحد يكفي فان فالاجيد أجبر على القبول واذا اختلفا في السلم يتحالفان استحسانا ويبدأ بين المطالب عند أبي يوسف ثم يرجع وقال بين الطالب وهو قول محمد وان قامت لاحدهما بينة قضى بها وان قامت له ما بينة قضى بينة رب السلم بسلم واحد عند أبي يوسف والمسئلة على ثلاثة أوجه لان رأس المال اما عين أو دين وكل وجه على ثلاثة أوجه اتفق على رأس المال واختلفا في السلم فيه أو على القلب أو اختلفا فيهما فان كان رأس المال عينا واختلفا في السلم فيه لا غير فتال 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 واتفق على السلم فيه انه الحنطة أو قال أحدهما هذا الثوب في كرحنطة وقال الآخري في كرشعير وأقاما البينة قضى بالسلمين لعدم مر على أصله وأبو يوسف يقول كل يدعي عقدا غير ما يدعيه الآخرون كان رأس المال دراهم أو دنانير ان اتفق على رأس المال واختلفا في السلم فيه وأقاما البينة فالبينة لرب 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 عند أبي يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كرين ولا يقضى بسلمين وعند محمد يقضى بسلمين عقد بخمسة عشر في كرا وعقد بعشرة في كرين ولو ادعى أحدهما أن رأس المال دراهم والآخري دنانير لم يذكر هذا وينبغي أن يقضى بسلمين كما في الثوبين وفيها أسلم في ثوب وشرط الوسط فجاء بجيد وقال خذ هذا وزني دراهم فعلى وجوه اما ان كان كيليا أو وزنيا أو ذريا ففي الكيل فان أسلم في عشرة أقفرة فجاء بأحد عشر وقال زني درهما جزلانه باع قفيزا بمن معلوم ولو جاء بتسعة وقال خذ وأرد عليك درهما فقبل جاز أيضا فانه اقالة في البعض فيجوز كما في الكل ولو جاء بحنطة أجود أو أرد فأعطى درهما لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز وقد منانته في الاردا والاجود يجوز بالاجماع اذا لم يكن معه شيء كعقرو في الثوب ان جاء بأزيد ذراع وقال زني درهما جاز وهو يسع ذراع بدرهم يمكن تسليمه بخلاف بيعه مفردا وكذا اذا أتى بالزيادة من حيث الوصف فانه يجوز عندهم وان جاء بنقص فردعه درهما لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد لانه اقالة فيما لا يعلم حصته لان الذراع وصف وحصته مجهولة هذا اذا لم يبين لكل ذراع حصة فان بين جاز بلا خلاف وكذا لو جاء بنقص وصف لا يجوز ولو بأزيد وصف جاز الكل في الاصل (قوله) ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولها وعرضها ورقعة لانه أسلم في معلوم) والرقعة يراد بها قدر ولا خلاف في هذا بل في اشتراط وزنه اذا كان حر برافان عند 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 وثخانتها لانه أسلم في معلوم مقدور التسليم وان كان ثوب حر ير وهو المتخذ من الابريسم المطبوخ لا بد من بيان وزنه أيضا لان قيمة الحرير يختلف باختلاف الوزن فذكر الطول والعرض ليس بكاف ولا ذكرا الوزن وحده لان المسلم اليه ربما يأتي وقت حلول الاجل بقطع حرير بذلك الوزن وليس ذلك بمراد لا محالة وأما في الثياب فالوزن ليس بشرط وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله اشتراط الوزن في الوذاري وما يختلف بالنقل والخفة

قال (ولا يجوز السلم في الجواهر الخ) العمدى الذي تنفاوت أحاده في المالمية كالجواهر واللاكي والرمان والبطيخ لا يجوز السلم فيه لافضائه الى النزاع وفي الذي لا تنفاوت 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 والآجر) اذا اشترط فيه ملبنا معروفا لانه اذا سمي اللبن صار التنفاوت بين لبن ولبن يسيرا فيكون ساقط الاعتبار فيلحق (٣٥٤) بالعددي المتقارب قال (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره

(ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز) لان أحادها متفاوتة وتفاوتها فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن (ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمي ملبنا معلوما) لانه عددي متقارب لاسما اذا سمي اللبن قال (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه) لانه لا يفضى الى المنازعة (وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه) لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضى 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 والجواقي والبوارى اذا بين الطول والعرض والصفة وكل ما اختلفت قيمته بالخفة والنقل من الثياب عرفا كلو ذاري يشترط بيان وزنه ولو كان البيع ناجزا في المنتقى اذا باع ثوبين حريرين يدا بيد لا يجوز الا بالوزن وهذا هو الصحيح في السلم بخلاف البيع لان الاشارة يكتبني بتعريفها في البيع غاية الامر عدم معرفة ثمنه وهو كعدم معرفة عدد قفزان الصبرة وهو غير مانع وفي الطول يذ كر عدد الدرغان يجب أن يتوسط عند الذرع بين ارضاء الثوب ومداه ان كان الذراع مختلف الطول فلا بد من تعيينه الا ان يكون أحدهما هو المتعارف واذا دخل ثياب الحرير بالوزن لم أن لا يجوز بيعها بجنسها باجزا فلذا ذ كر القدرى أن يبيع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لا يجوز الا بالوزن كما وانى الصفر (قوله ولا يجوز السلم في الجواهر) بخلاف الامالك (ولا في الخرز لان أحادها تنفاوت تفاوتها فاحشا) في المالمية فان الجواهر ثمين قد يتعدان وزنا ويختلفان قيمة باعتبار حسن الهيئة اللهم الا في الصغار التي تدق للكحل والتداوى فيجوز وزنا (ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمي ملبنا معلوما) لانه عددي متفاوت اذا سمي اللبن وقوله (لا سيما اذا سمي الى آخره) يعطى أنه متقارب فلا تشترط تسمية اللبن بل اذا سمي يكون أحسن وليس كذلك بل تنفاوت تفاوتها فاحشا وذ كر بعضهم انه لا يجوز بيع مائة آجر من أيون وفي عرف بلادنا يسمونه قينا أو قيرا وهو الذي يبنى المشوى فيه الا آجر والحجارة تعمل حبر لانه تنفاوت في المنضج تفاوتها فاحشا فلا يجوز بيعه وألحقناه في السلم بالتنفاوت المتقارب (قوله وكل ما أمكن ضبط صفته الى آخره) لاختلاف فيه كالقطن والكتان والابر يسمن والنحاس والتمبر والحديد والرصاص والصفر والحناء والوسمة والر يا حين اليابسة والجذوع اذا بين طولها وعرضها وغلظها والقصب وصفوف الاخشاب ويجوز السلم في التبن كيل بالغرائر وقيل هو موزون وقيل يعتبر التعارف وفي عرفنا كيلة في شبالك اليف يسمونه أهل العرف شديفا (قوله ولا بأس بالسلم في طست أو قفص أو خفين أو نحو ذلك) كالكوز والالآنية من النحاس والزجاج والحديد والقلنسوة والطواجن اذا ضبط واستقصى في صفته من الغلظ والسعة والضيق بحيث يخصص فلا يتفاوت الا يسيرا (قوله وان استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا) الاستصناع طلب الصنعة وهو ان يقول لصانع خف أو مكعب أو أواني الصفر اصنع لي خفاطوله كذا أو سعته كذا أو دستا أي برمة تسع كذا وزنها كذا اعلى هيئة

جاز السلم فيه الخ) هذه قاعدة كلية تشمل جميع جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز فيه بحيث 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 مالميس بانسان ليس بحيوان والثاني أنه ذ كر القاعدة بعد ذ كر الفروع والاصل ذ كر القاعدة أولا ثم تفريع الفروع عليها والجواب عن الاول أن جواز السلم يستلزم امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم فليسلم في كسبل معلوم الحديث وحينئذ كان مثل قولنا كل انسان ناطق وهو يعكس الى قولنا كل مالميس بانسان ليس بناطق وعن الثاني أن تقديم القاعدة على الفروع يلدق بوضع أصول الفقه وأما في الفقه فالمقصود معرفة المسائل الجزئية فتقدم الفروع ثم يذ كر ما هو الاصل الجامع للفروع

المتقدمة (ولا بأس بالسلم في طست أو قفص أو خفين أو نحو ذلك اذا اجتمع فيها شرائط السلم والافلا خير فيه) أي لا يجوز كذا لان الجواز خير فينتفى قال (وان استصنع شيئا من ذلك بغير ذ كر الاجل جاز الخ) الاستصناع هو ان يجي انسان الى صانع فيقول اصنع لي شيئا صورته كذا وقدره كذا انكذادره ماو يسلم اليه جميع الدراهم أو بعضها أو لا يسلم وهو لا يتخلو اما أن يكون فيما فيه تعامل واليه أشار بقوله شيئا من ذلك أي مما تقدم من طست وقفص وخفين أولا والثاني لا يجوز قياسا واستحسانا كما سيجي والاول يجوز استحسانا (قوله أحدهما انه عكسها الخ) أقول فيه انه ليس عكس الاول بل الحكم الكلي في الثاني لاتنفاه الشرط فتأمل

والقياس يقتضي عدم جواز لانه بيع المعدوم وقتئذ صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهذا ليس بسلم لانه لم يضر به أجل اليه أشار قوله بغير أجل ووجه الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل فان الناس في سائر الاعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير تكبير والقياس يترك عمله كدخول الحمام ولا يشكل بالمزارة فان قيم الناس 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 عدة والصحيح أنه بيع لأعدة وهو مذهب عامة مشايخنا وكان الحاكم الشهيد يقول هو مواعدة ينقد العقد بالتعاطى اذا جاء به مفروغا ولهذا ثبت لكل واحد منهما الخيار ووجه العامة أنه سماه في الكتاب بعا وأثبت فيه خيار الرؤية وذكر القياس والاستحسان ولا يبيح بيعه فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه كما اذا طلب من الحائك أن ينسج ثوبا ينزل من عنده (٣٥٥) أو الخياط أن يخطه ليه قديما بكرة باس

من عنده والمواعدة تجوز في الشكل وثبوت الخيار لكل منهما لا يدل على المواعدة الأثرى أنهم اذا تبايعا عرضا بعرض ولم ير كل واحد منهما ما اشتراه فان لكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة فان قيل كيف يجوز أن يكون بيعا والمعدوم لا يصلح أن يكون مبيعا أجاب (بأن المعدوم قد يعتبر موجودا حكما) كالناسي للتسمية عند الذبح فان التسمية جعلت موجودا لعدو النسيان والظاهرة للستحاضة جعلت موجودة بعد 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 أجاب (بأن المعقود عليه

وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز ببيع الأعدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذ جاز كذا بكذا ويعطى الثمن المسمى أو لا يعطى شيئا فيعقد الاخر معه جاز استحسانا بعبارة العين والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي ان لا يمكن اجارة لانه استجار على العمل في ملك الاجير وذلك لا يجوز كالموالات طعامك من هذا المكان الى مكان كذا بكذا أو اصبح ثوبك أجر بكذا لا يصح ولا يبيعا لانه بيع معدوم ولو كان موجودا لم يلو كالغير العاقل لم يجز فاذا كان معدوما فهو أولى بعدم الجواز ولكنه جازناه استحسانا للتعامل الرجوع الى الاجماع العملي من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليوم بلا 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 واختمهم صلى الله عليه وسلم وأعطى الخيام مع أن مقدار عمل الخاتمة وعدد كرات وضع المحاجم ومصها غير لازم عند أحد ومنه شرب الماء من السقاء وسمع صلى الله عليه وسلم بوجود الحمام فأباحه عزرو ولم يبين له شرطا وتعامل الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه الآن وهو أن لا يذ كر عدما يصيبه من ملء الطاسة ونحوها فان قصرناه على ما فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه رجعنا فيه الى القياس كأن يستصنع حائكا أو خياطا لينسج له أو يخط قديما ينزل نفسه ثم اختلف المشايخ أنه مواعدة أو معاقدة فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المشور مواعدة وانما ينقد عند الفراغ بعبارة بالتعاطى ولهذا كان للصانع أن لا يعمل ولا يبيح عليه بخلاف السلم والمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه ولا يلزم المعاملة وكذا المزارة على قول أبي حنيفة لفسادها مع التعامل اثبت الخلاف فيهما في الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق والصحيح من المذهب جواز بيعه لان محمدا ذكر فيه القياس والاستحسان وهو الايجريان في المواعدة ولانه جوزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه ولو كان مواعدة جاز في الشكل وسماه شراء فقال اذا رآه المستصنع فهو بالخيار لانه اشترى ما لم يره ولان الصانع يملك الدراهم بقضائها ولو كانت مواعدة لم يملكها واثبت أبي اليسر الخيار لكل منهما لا يدل على أنه غير بيع الأثرى أن في بيع المقايضة لو لم ير كل منهما عين الأخر كان لكل منهما الخيار وحين لزم جواز علمنا أن الشارع اعتبر فيها المعدوم موجودا وفي الشرع كثير كذلك كظاهرة المستحاضة وتسمية الذابح اذا نسبها والرهن بالدين الموعود وقراءة المأموم وقوله (والمعقود عليه العين دون العمل) نفي لقول أبي سعيد البردي

هو العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذ جاز) وفيه نفي لقول أبي سعيد البردي فانه يقول المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع طلب الصنع وهو العمل وعرض بأنه لو كان بيعا لم يطل بعت أحد المتعاقدين لكنه يبطل بعت أحدهما ذكره في جامع قاضيان وأجيب بأن الاستصناع شبه بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبه بالبيع

(قوله ولهذا ثبت لكل واحد منهما الخيار) أقول أي في رواية عن أبي حنيفة (قوله الأثرى أنهم اذا تبايعا الخ) أقول والله اعلم الشهيد أن يقول فيما ذكرتم كل واحد مشتري لم يره فخير ذلك وفيما نحن فيه لا يمكن أن يجعل الصانع مشتريا لم يره فلا وجه نظيره 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 اعتباره موجودا

من حيث ان المقصود منه العين المستضع فمشمبه بالاجارة فلنا يبطل بموت أحد هما 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 - أجب بأن الصبغ أصل والصبغ آتية فكان المقصود فيه العمل وذلك اجارة وردت على العمل في عين المستأجر وهما الأصل هو العين المستضع المملوك للصانع فيكون بينهما وتم لم يكن له وجود من حيث وصفه الا بالعمل أشبه الاجارة في حكم واحد لا غير (ولاية عين) المستضع (الاختيار) المستضع (حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستضع جاز وهذا كله) أي كونه بيعا لعدة وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم تعينه الاختياره (هو الصحيح) وهو احتراز عما قيل في كل منها على خلاف ذلك قال (وهو بالخيار ان شاء أخذته وان شاء تركه الخ) أي المستضع بعد الرؤية بالخيار ان شاء أخذته وان شاء تركه لانه اشترى ما لم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط فيجبر على العمل لانه بائع باع ما لم يره ومن هو كذلك لا خيار له وهو الأصل صحيح بناء على جعله بيعا لعدة وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضا ان شاء فعل وان شاء تركه دفع الضرر عنه لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وانسلاف الخيط وعن أبي يوسف أنه لا خيار له - أما الصانع فلما ذكرنا أولا وأما المستضع فلان الصانع أتلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل الى بذله - فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لان غيره لا يشترى به عمله ألا ترى أن الواظ اذا استضع منبر اولم يأخذه فالعالم لا يشترى به أصلا فان قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا أجب بجواز ان يكون الرضا (٣٥٦) على ظن أن المستضع مجبور على القبول فلما علم اختياره عدم رضاه فان قيل ذلك

لجهل منه وهو لا يصلح عذرا في دار الاسلام أجب بأن خيار المستضع 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 في حيازة اجتهاد جميع المجتهدين وفيه نظر لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة بمهر ثم بلغت فان لها خيار البلوغ فان سكنت لجهلها بان لها

ولاية عين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستضع جاز وهذا كله هو الصحيح قال (وهو بالخيار اذا رآه ان شاء أخذته وان شاء تركه) لانه اشترى ما لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الأصح لانه باع 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 انه لا خيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا وأما المستضع فلان في إثبات الخيار له اضطرار بالصانع لانه يعمل بالشيء به غيره بمثله ولا يجوز فيما لاتعامل فيه للناس كالتياب لعدم الجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا أمكن اعلامه بالوصف ليتمكن التسليم وانما قال بغير أجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلبا عند أبي حنيفة بخلاف ما لو ضرب به فيما لاتعامل فيه يصير سلبا بالاتفاق لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لاتعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح

المعقود عليه العمل لان الاستصناع ينبت عنه كما قلنا والاديم والصرم بمنزلة الصبغ والدليل عليه ما ذكرناه من قول محمد - لانه اشترى ما لم يره ولذا الوجه به مفر وغالما من صنعته أو من صنعتته قبل العقد فأخذه جاز وانما يبطل بموت الصانع لمشمبه بالاجارة وفي الذخيرة هو اجارة ابتداء ببيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل أنهم قالوا اذا مات الصانع يبطل ولا يستوفى المصنوع من تركه ذكره محمد في كتاب البيوع فان قيل لو انعقد اجارة اجبر الصانع على العمل والمستضع 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 لاتعامل فيه كما ذكرنا من الثواب والتمسك ابقائه 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 سلبا عند أبي حنيفة رحمه الله بخلافهما وأما اذا ضرب الاجل فيما لاتعامل فيه فانه يصير سلبا بالاتفاق والمراد بضرر الاجل ما ذكره على سبيل الاستمهال أما المذكور على سبيل الاستمهال بان قال على أن يفرغ غدا أو بعد غدا لا يصير سلبا لان ذكره حينئذ للفرغ لالتأخير المطالبة بالتسليم ويحكي عن الهندواني أن ذكر المدة ان كان من قبل المستضع فهو للاستمهال فلا يصير سلبا وان كان من قبل الصانع فهو سلم لانه يذ كره على سبيل الاستمهال وفيما اذا صار سلبا يعتبر شرائط السلم المذكورة لهما في الخلافية ان اللفظ حقيقة في الاستصناع وتقريره ان ذكر الاستصناع يقتضي أن لا يكون سلبا لان اللفظ حقيقة فيه وهو ممكن العمل وذكر الاجل يقتضي أن يكون سلبا لكنه ليس محتم في بل محتمل أن يكون للتعجيل واذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحمول فيحمل الثاني على الاول (بخلاف ما لاتعامل فيه فانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح

(قوله وعن أبي يوسف أنه لا خيار له - أما الصانع فلما ذكرنا) أقول ذكره قبل أسطر وهو قوله لانه بائع باع ما لم يره (قوله اختيار بعض المتأخرين الخ) أقول بل هو ظاهر الرواية عن أئمتنا لانه لا منافاة بينهما فاقبل (قوله وفيه نظر لأن غير الاب الخ) أقول لا يخفى عليك ان مالك هذا النظر السالك على السند الاخير وان لا يجدي نفعا (قوله يعتبر شرائط السلم) أقول من تعجيل راس المال واستقصاء الوصف

ولابى حنيفة رحمه الله انه دين يحتمل السلم (ونقر به لان سلم ان اللفظ محكم في الاستصناع فان ذكر الاجل أدخله في حيز الاحتمال واذا كان محتملا للمرين كان حمله على السلم أولى لان جوازه بالاجماع بلا شبهة فيه (وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة) يريد به أن في فعل الصعابة في تعاملهم الاستصناع شبهة ولان السلم ثابت بآية المداينة والسنة دون الاستصناع

(٣٥٧)

مسائل منشورة

أى هذه مسائل من كتاب البيوع نشرت عن أبوابها ولم تذكر غنة فاستدركت بذكرها ههنا قال (ويجوز بيع الكلب والنهد والسباع) بيع الكلب وكل ذى رب من السباع جائز معلما كان أو غير معلم في رواية الاصل أما الكلب المعلم فلا شذ في جوازه به لانه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محل البيع لانه ممنوع به حقيقة وشرعا فيكون مالا أو ما غير المعلم فلا يمكن أن ينتفع به بغير الاصطياد فان كل كلب يحفظ بيت صاحبه وينع الاجانب عن الدخول في بيته ويحجز عن الخلق بنباحه فساوى المعلم في الانتفاع به (وعن أبي يوسف أن بيع الكلب العقور) أى الجراح (لا يجوز لانه غير منتفع به) ولانه صلى الله عليه وسلم نهى عن امساكه وأمر بقتله فلما كان قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد والمناشاة أو للزرع

وعدم جواز خيار الرؤية (قوله يريد به أن في فعسل

ولابى حنيفة انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لاشبهه فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى والله أعلم

مسائل منشورة

قال (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) وعن أبي يوسف أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به

اعطاه المسمى أجيب بأنه انما يجب للصانع لانه لا يمكنه الا بالتسلف عين له من قطع الاديم ونحوه والاجارة تفسخ بهذا العذر الا ترى أن المزارع له أن لا يعمل اذا كان البذر من جهته وكذا رب الارض لانه لا يمكنه المضي بهذه الاجارة الا بذلك والمستصنع ولو شرط تعجيله لان هذه الاجارة في الآخرة كشر اعماله يره ولان جواز الاستصناع للحاجة وهى في الجواز لا للزوم ولذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لان العقد غير لازم وأما بعد ما رآه فالاصح أنه لا خيار للصانع بل اذا قبله المستصنع أجبر على دفعه لانه بالآخرة بائع والله أعلم

مسائل منشورة

المسائل التي تشد عن الابواب المتقدمة فلم تذكر فيها اذا استدركت سميت مسائل منشورة أى متفرقة عن أبوابها (قوله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) هكذا أطلق في الاصل فنبى بعضهم على اطلاقه كالتقديري وفي نوادر هشام عن محمد بن نصر على جواز بيع الكلب العقور وتضمن من قتله قيمته وروى الفضل بن غانم عن أبي يوسف نصه على منع بيع العقور وعلى هذا مشى في المبسوط 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 الاسدا اذا كان يقبل التعليم ويصطاد به يجوز بيعه وان كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز قال والفهد والبازي يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز بيع الثمر بحال لانه لشربه لا يقبل تعليما وفي بيع القرد وروايتان عن أبي حنيفة رواية الحسن الجوزى رواية أبي يوسف بالمنع وقال أبو يوسف أكره بيعه لانه لا منفعة له انما هو لله وهذه جهة محترمة وجه رواية الجوزى أنه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه رواية اطلاق بيع الكلب والسباع فانه مبنى على أن كل ما يمكن الانتفاع بجلده أو عظمه يجوز بيعه ويجوز بيع الهرة لانها تصطاد الفأر والهوام المؤذية فهى منتفع بها ولا يجوز بيع هوام الارض كالخنائس والعقارب والفأرة والفمل والوزغ والقنفس والضب والهوام 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

الصعابة في تعاملهم الاستصناع شبهة) أقول ظاهره مخالف لما أسلفه في رأس الحقيقة السابقة من الفرق بين الاستصناع والمزارعة ثم أقول قال الاتقاني في تعليل الشبهة لأن الساقى يذكر الاستصناع انتهى وأنت خير برأى قول الشارح أقرب من قول الاتقاني

مسائل منشورة

(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 الحاتما بفعال بمعنى مفعول كقولهم ملحفه جديد (ولانه نجس العين) بدلالة نجاسة سوره فانه متولد من اللحم
 وما كان كذلك لا يجوز بيعه (٣٥٨) لان النجاسة تشعربهم وان اخل وجواز البيع باعزازه فكانا متنافيين والنجاسة

نايثة فكان البيع منتفيا
 (وانما ان النبي صلى الله عليه
 وسلم نهى عن بيع الكلب
 الاكلب صيدا وماشية)
 وهي التي تحرس المواشي
 واعترض بأن الدليل
 أخص من المدعى فان
 المدعى جواز بيع الكلاب
 مطلقا والدليل يدل على
 جواز بيع كلب الصيد
 والماشية لا غير وأجيب
 بأن ذكره لا يبطال شمول
 العدم الذي هو مدعى الخصم
 وأما اثبات المدعى فثبت
 بحديث ذكره في الاسرار
 برواية عبد الله بن عمرو بن
 العاص رضى 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 كما 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 تشعربهم وان اخل وجواز البيع يشعربهم باعزازه فكان منتفيا ولنا أنه
 عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الكلب الاكلب صيدا وماشية

المخلوط بخلاف الدم يمتنع 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 للعديد الصحيح من اقتنى كلبا الاكلب صيدا وماشية نقص من
 أجره كل يوم فبطان وجه قوله ماروي ابن حبان في صحيحه عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء بن
 أبي رباح عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان مهر البغي وخن الكلب وكسب الحجام 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 وحلوان الكاهن وفي صحيح مسلم عن جابر أن
 النبي صلى الله عليه وسلم زجر عن خن الكلب (ولانه نجس العين والنجاسة تشعربهم وان اخل والبيع
 برفعه) فلا يجتمعان وعارضه المصنف بوجهين أحدهما (أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
 الكلب الاكلب صيدا وماشية) وهو غير بهذا اللفظ نعم أخرجه الترمذي عن أبي هريرة قال نهى
 النبي صلى الله عليه وسلم عن خن الكلب الاكلب صيدا وضعفه الترمذي قال وقد روي أيضا عن جابر
 مرفوعا ولا يصح اسناده والاحاديث الصحيحة ليس فيها هذا الاستثناء لكن روي أبو حنيفة في مسنده
 عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهم 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 لمخصصا والمخصص بيان للامر 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 يعلل ويخرج
 من العام مرة أخرى وتعليل اخراج كلب الصيد ساطع أنه لكونه منتفعا به وخصوص الاصطياد ملغى
 اذ لا يظهر موجب لذلك فصار الكلب المنتفع به حارسا وانما انتفع به في صيد أو حراسة ماشية وخرج
 العقور ومن مشى من أهل المذهب على التعميم في جواز بيع الكلب يقول كل كلب تنأى منه الحراسة
 فيجوز بيع الكل ورد عليه أنه حينئذ نسخ ولو جب العام بالتعليل ولا نسخ بقياس فالوجه أن يعلل
 دليل التخصيص بنفع لآثره عليه مفسدة ويدعى في العقور أن مفسدته تربو على منفعة حراسته لان
 منفعة خاصة يقترن بها شرور 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 وليس الوجه الثاني وعلى تقريرنا يتم الاول أيضا وقد استدلل 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 أو لا يعرف
 الا موقوفا حدثت به الطحاوي عن يونس وهو ابن عبد الاعلى عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو
 ابن 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 الحاتما الخ) أقول ويجوز أن يكون ترك التاء فيه كترك التاء في حامل وحائض (قوله كقولهم ملحفه جديد) أقول
 ويجوز أن يكون ترك التاء فيه على تأويل الملحفه بالاعاف (قوله قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب بأربعين درهما الخ) أقول
 ولو سلم فهذا حكاية حال فلا عموم

(ولانه منتفع به حراسة واصطيادا) لف وانشر (فكان مالا فيجوز بيعه) واعترض بوجهين أحدهما أن الانتفاع بمنافع الكلب لا بعينه وذلك لا يدل على مالبة عينه كالأدعي ينتفع بمنافعه بالاجارة وهو ليس بمال والثاني أن شعر الخنزير ينتفع به الا سا كفة وليس بمال وأجيب عن الاول بأن الانتفاع بمنفعة الكلب يقع بتملك العين لا بقصد ادق المنفعة ألا ترى أنه تورث والمنفعة وحدها لا تورث فجزى مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة وجميع مالا يؤكل لحمه وعن الثاني بأن الخنزير محرّم العين شرعا فنبتت الحرمة في كل جزء وسقط التقويم والاباحة لضرورة الخنزير لا تدل على رفع الحرمة فيما عداها كما باحة لحمه (٣٥٩) حالة المحمصة واذا ثبت أن مناط

الحكم الانتفاع ثبت في الفهد والنمر والذئب بخلاف الهوام المؤذبة كالحيات والعقارب والزناجير 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 تقديمه في التسخين فأنهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب وكانت تؤذى الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فأمروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص لهم بعد ذلك في عن ما يكون منتفعا به من الكلاب فالحديث الذي رواه هو الذي كان في الابتداء ويجوز أن يقال الحديث مشترك الالزام لانه قال تمن الكلب والنمن في الحقيقة لا يكون الا في المباحة (قوله ولا نسلم نجاسة العين)

ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء فلعلهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم تناول دون البيع في كلب ماشية بكيش وانما هو واقعة حال لا توجب العموم في أنواع الكلاب فعملها دايب لا على العموم خطأ ظاهر ثانياً ما هو قوله (ولانه ينتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا) يعني مالا معلوما متقوماً أما كونه مالا فلائ المال اسم لغير الأدي خلق لمنفعة المطلقة شرعا وهذا كذلك فكان مالا وأمانه معلوم متقوم فلانه محرّم ما دون شرعا في الانتفاع به والمالك يثبت بالأحرار بدار الاسلام والتقويم بالتمول وكلاهما ما دون فيه شرعا اذ قد أذن الشرع في اقتناء كلب المشية والصيد واذا كان كذلك جاز بيعه ولا يخفى أن هذا المعنى لا يترجم على النص الصريح الصحيح غاية ما في الباب أن يسلم أنه مال محرّم متقوم لكن ثبت منع الشرع من بيع هذا النوع من المال فأجاب المصنف بادعاء نسخ المنع من ذلك وذلك لما قلنا أول الكتاب من أن الأمر بقتل الكلاب كان أمراً محققاً في الاول من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم علم نسخ ذلك برواية ترك قتلها على ما حدثت الطحاوي عن أبي بكره قال حدثنا سعيد بن عامر قال حدثنا شعبة عن أبي التياح عن مطرف عن عبد الله بن المغنل قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب ثم قال مالي وللكلاب ثم رخص في كلب الصيد وفي كلب آخر نسيه سعيد ولهذا المعنى طرق كثيرة وجب حمل ماروي من التشديد في سورها وانتهى عن عنها وبيعها ثم الترخيص في بيع النوع الذي أذن في اقتنائه الاول على الحالة الاولى والثاني على الثانية فكان منع البيع على العموم منسوخاً 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 أجزأ بيع السرقين والبعير مع نجاسة عينها الاطلاق الانتفاع به ما عندنا بخلاف العذر لم يطلق الانتفاع بها فممنوع بيعها فان ثبت شرعا اطلاق الانتفاع بمخروطة بالتراب ولو بالاستهلاك كالاستصباح بالزيت التجسس كما قيل جاز بيع ذلك الشراب التي هي في ضمنه وبه قال مشايخنا وانما امتنع ببيع الخمر لخص خاص في منع بيعها وهو قوله صلى الله عليه وسلم فيما أخرجه مسلم عن عبد الرحمن بن وعلة قال سألت ابن عباس عما يعصر من العنب فقال ابن عباس رضي الله عنه ما ان رجلاً لأهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم راوية خمر فقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم هل علمت أن الله حرم شرابها قال لا قال فسأرت اناسا فقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم هم ساررتة قال أمرته ببيعها فقال ان الذي حرم شرابها حرم بيعها قال ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها وأخرج البخاري عن جابر انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول وهو بمكة ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يا رسول الله رأيت شعور الميتة فانه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس قال لا هو حرام ثم قال فانسأل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوه فباعوه وأكلوا ثمنه وهذا يتم به شرح المسئلة المذكورة بعد هذه المسئلة

جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع فان عليك 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 والخنزير بالحقيقة لا يكون الخ) أقول له أن يقول اطلاق الثمن مجاز لكونه مصورا بصورته وقرينة الجواز قوله عليه الصلاة والسلام ان من السحت كفاي مهر البغي وفي حرم بيعها وكل منها

قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير) ببيع الخمر والخنزير بالسلم غير جائز يعني أنه باطل وتقدم وقوعهما مبيعا ونحو ما يترتب على ذلك في البيوع واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم إن الذي حرم شره با حرم بيعها وأكل غنما قال محمد في كتاب الآثار أخبارنا أوجه خيفة قال حدثنا محمد بن قيس أن رجلا من ثقيف يكنى أبا عامر كان يهودى رسول الله صلى الله عليه وسلم كل عام رواه من خرف أهدي إليه في العام الذي حرمت رواه كما كان يهودى فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا أبا عامر إن الله تعالى قد حرم الخمر فلا حاجة لنا بخمرك قال فخذها يا رسول الله فبعها واستغن بئها على حاجتك فقال له النبي صلى الله عليه وسلم يا أبا عامر إن الذي حرم شره با حرم بيعها وأكل غنما قال (وأهل الذمة في البيعات كالمسلمين) قال محمد في الأصل لا يجوز بين أهل الذمة الربا ولا بيع الحيوان

قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير) لقوله عليه الصلاة والسلام إن الذي حرم شره با حرم بيعها وأكل غنما ولأنه ليس بمال في حقهنا وقد ذكرناه قال (وأهل الذمة في البيعات كالمسلمين) لقوله عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولا أنهم مكفون محتاجون كالمسلمين قال (الافى الخمر والخنزير خاصة) فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لأنها أموال في اعتقادهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها قال (ومن قال لغيره ببيع عبدك من فلان بألف درهم على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ففعل فهو جائز وبأخذ الألف من المشتري أو الخمسمائة من الضامن وإن 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 السرقين اللهم إلا أن يقال لا شك أنه لا بد من تقدير في نحو حرمت الخمر فأنينا في الأصول أن التحريم المضاف إلى الأعيان تقدير اضافته إلى ما هو المقصود من ذلك العين كالشرب من الخمر والأكل من الميتة واللبس من الحرير فقوله صلى الله عليه وسلم في حديث أن الله إذا حرم شيئا يعني إذا حرم ما هو المقصود من الشيء حرم بيعه وأكله كالمقصود من الخمر والمقصود من الميتة والخنزير وهو الأكل والشرب وليس هذا الحديث في السرقين فلم يثبت فيه تحريم البيع فان قال التجاسة سبب قلنا ممنوع فيحتاج إلى دليل آخر أما هذا الحديث فأنما يفيد أن 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 لأنهم مكفون بوجوب البيعات والتصرفات محتاجون إلى مباشرتها وقد التزموا الأحكامنا بالأقامة في دارنا و إعطاء الجزية فلا يجوز منهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولا سلم في حيوان ولا نسبته في صرف وكذا كل ما يباع وبوزنهم في البيوع كالمسلمين (الافى الخمر والخنزير) فأنما يجزى ببيع به ضمهم ببعض الخصوص فيه من قول عمر أخرجه أبو يوسف في كتاب الخراج عن إسرائيل بن إبراهيم عن عبد الأعلى قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر عمر بن الخطاب واجتمع إليه عماله فقال يا هؤلاء إنه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال أجل أنهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ولكن ولو أربابهم يبيعها ثم خذوا الثمن منهم ولا تجزى فيما بينهم ببيع 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 ببيع عبدك من فلان بألف درهم على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فقال بعت فهو جائز) وهو جواب للكل سواء كان

بالحيوان نسبته ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهمين يدا بيد ولا نسبته ولا الاصراف نسبته ولا الذهب بالذهب الا مثلا غسل يدا بيد وكذا كل ما يباع أو يوزن إذا كان صنفا واحدا هم في البيوع بمنزلة 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 ولا أنهم مكفون يعني بالمعاملات بالاتفاق محتاجون إلى ما تسبق به نفوسهم كالمسلمين ولا تنبى النفس بالاطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا تحصل هذه الأشياء الا مباشرة الاسباب المشروعة ومنها البيع فيكون مشروعا في حقهم كما في حق المسلمين الا الخمر والخنزير فان عقدهم عليهما كالعقد على العصير والشاة في كونهما أموالا متقومة في اعتقادهم ونحن

أمرنا أن نتركهم وما يعتقدون دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لعامله حين حضره واليه وقال لهم يا هؤلاء إنه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال أجل أنهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ذلك ولكن ولو أربابهم يبيعها ثم خذوا الثمن منهم (قوله ومن قال لغيره ببيع عبدك من فلان) صورته أن يطلب انسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لا يبيع الألف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه الألف فيجىء آخره ويقول لصاحب العبد ببيع عبدك هذا من هذا الرجل بألف على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فهو جائز وبأخذ الألف من المشتري والخمسمائة من الضامن وإن لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على الضامن (قوله دل على ذلك قول عمر الخ) أقول وسيجى وهذا الحديث في كتاب الغصب أيضا (قوله فلا تفعلوا ذلك ولكن ولو أربابهم يبيعها ثم خذوا الثمن منهم) أقول مقول قول عمر رضي الله تعالى عنه

والفرق بينهما ما ذكره بناء على الأصل المشار (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 بخلاف شرطه على الاجنبي كهو لكن لا بد من تسمية الزيادة لتحقق المقابلة بصورة وان فانت معنى يخرج 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 (٣٦٩) حرام لان التزام بالضمان واعتراض

بأوجه الاول كيف يجب شيء من الثمن عليه ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه الثاني لو كان خمسمائة ثمن التوجه المطالبة بها على المشتري ويقبل عنه الضامن ولم تتوجه 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 للتحقيق فان ورود السؤال اذا كان لغرض فهم أصل الكلام فخوابه تكراره وذلك انقاد بيننا أن فضول الثمن قد تستغنى عن أن تقابل بالمال جزأ جزأ فبما كان يكون بعض الثمن خالياً عما يقابله من البدل كالزيادة في الثمن اذا كان المبيع يساوي الثمن بلا زيادة فتسكون الزيادة على المشتري ثابتة بلا بدل ومثل ذلك يجب وز أن ثبت على الاجنبي كبدل الخلع وإذا جاز ذلك بطل من التزمه لا غير والملتزم فيما نحن فيه الاجنبي

وأصله أن الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافاً لفرق والشافعي لانه تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلاً أو خاسراً أو رابحاً ثم قد لا يستفيد المشتري به 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 لم يصح قول الضامن ذلك بعدم فإوضة بين فلان وسيد العبد بألف وابعاء أو ابتداء قال في بعض الشروح ويكون البيع بعده دلالة على القبول لانه امتثال بذلك كقول الرجل لامرأته طلق نفسك ان شئت فقالت طلقت يجعل قبولاً استحساناً فكذلك هذا وفي بعضها ما يفيد أنه يجب فانه قال ولو لم يكن ابعاء ولا مساومة وحصل الجواب العقد عقيب ضمان الرجل كان كذلك وهذا هو الصواب لأن قوله بيع عبدك أمر ولنظرة الأمر لا تكون في البيع ايجاباً على ما مر من انه لو قال بعني هذا بكذا فقال بعني لا ينعقد حتى يقبل الآخر بعده بخلاف طلق نفسك في التفويض في الخلع فلا بد أن المشتري يقول بعد بعني من البائع اشتريت أو معناه على ما سلف هناك ولو لم 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 والضمان جائز الاضافة فقد وجد مقتضى لزوم بلا مانع وإذا لم يقل من الثمن لم يلتزم الخمسمائة من الثمن بل التزم ما لا يعطيه اياه ان باعه بألف وهذه رشوة اذ لم تقابل بالمبيع حيث لم يتل من الثمن فينعتق 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 أخذاً 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 للمائع يحبس المبيع على الخمسمائة ويراجع على ألف وبأخذها الشفع بألف ولو تقابلاً أو ردت بعيب أو تقابلاً بالبائع فلا جني أن يسترد الخمسمائة فان قيل ينبغي أن لا يصح هذا لأن الشرع على أن الثمن على الاجنبي لا يجوز فكذلك على أن يكون بعضه عليه أجاب الكرخي يمنع كون الثمن على الاجنبي لا يجوز لانه اذ لا رواية فيه عن أصحابنا وبقية الرازي بأن محمد انص على أنه 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 كثر كراهه معنى حديث أبي قتادة في الذي امتنع النبي صلى الله عليه وسلم من الملاءة عليه للدين الذي عليه فالتمه أبو قتادة رضي الله عنه فملى 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

(٤٦ - فتح القدير خامس) فلا يتوجه الطلب على المشتري وظهر الفرق بينه وبين أصل الثمن فان أصل الثمن لا بد وأن يقابلته شيء من المال فلا يكون كالزبادية حيث لا يلتزم من عدم جواز وجوده على الغير عدم جواز ما يلتزم وجوب شيء في مقابلته وقع في الكتاب والخمسمائة بالالف واللام في المضاف دون المضاف اليه وقيل لاختلاف في امتناعه وقال ابن عصفور رده بعض الكتاب يجوزون ذلك وهو قليل جداً وقيل اذا ورد مثل هذا ينبغي أن لا يعتد بزيادة المضافة الخمسة بل الجري في المضاف اليه على حذف مضاف أي الخمس خمسمائة (قوله بناء على الأصل المشار) أقول في فصل بعد باب المراجعة

قال (ومن اشترى جارية ولم
 الزوج جازا النكاح) (الوجود
 سبب الولاية) (النكاح) (وهو
 الملك في الرقبة على الكمال)
 ومائة مانع عن الجواز
 لان المنع عن التصرف في
 المبيع قبل القبض انما
 يكون عن تصرف ينفذ
 به لانه 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) (لزوج) (فابى)
 أى مجرد التزويج (قبضاً)
 استحساناً وفي القياس هو
 قبض وهو رواية عن أبي
 يوسف حتى ان هلكت بعد
 ذلك هلكت من مال المشتري
 لان التزويج يوجب عيب حكى
 حتى لو وجدها المشتري
 ذات زوج كان له أن يردّها
 والمشتري اذا عيب المعقود
 عليه صار قابضاً فصار
 كالاتفاق والتدبير والتعيب
 الحقيقي كقطع اليد وفوق
 العين وجه الاستحسان
 أن في التعيب الحقيقي
 استيلاء على المحل باتصال
 فعل منه اليه وبه يصير قابضاً
 وابتس ذلك في الحكمي فلا
 يصير قابضاً والاتفاق
 والتدبير والاتلاف للمالكية
 وانها للمالك ولهذا ثبت له
 الولاء ومن ضرورته أن يصير
 قابضاً

قال (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى تزوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز) لوجود سبب الولاية
 وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر (وهذا قبض) لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته نصار
 فعله كفعله (وان لم يطأها فليس بقبض) والقياس أن يصير قابضاً لانه تعيب حكى فاعتبر بالتعيب
 الحقيقي وجه الاستحسان أن في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضاً ولا كذلك الحكمي فافترقا
 يجوز اشتراطه على الاجنبي وقد يقال هذا التعليل قاصر فان الزيادة كالاتي تكون في مقابلة شيء تكون في
 مقابلة شيء ووجودها في مقابلة شيء أكثر احوال العتد فان احواله ثلاثة كونه خاسراً وواجباً وعدلاً
 وكونه الا في مقابلة شيء في وجه من الثلاثة وهو كونه راجحاً فلا يجوز اعتبار الاقل بل الواجب اعتبار الحال
 الاغلبية في المشابهة خصوصاً اذا كان بيني عليها حكم شرعي فالاولى ما يسهل ان الزيادة ثبتت تبعاً لجاز ان
 ثبتت على الغير بخلاف أصل الثمن الثابت مقصوداً فان قيل لو ثبتت الزيادة ثمتنا والاجنبي ضامن لها لزم
 جواز مطالبة المشتري بها كالكفيل فلنا 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 تزوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز) ووطء الزوج قبض من المشتري خلافاً
 للائحة الثلاثة أما الاول فله وجود سبب ولاية الانكاح على الامسة (وهو ملك الرقبة على الكمال)
 بخلاف مالوكها الا على الكمال كما في ملك نصفها الا على التزويج به وانما جاز انكاحها قبل القبض
 ولم يجز به ما قبله لان البيع يفسد بانقر دون النكاح وفي البيع قبل القبض احتمال الانفساخ
 بالهلاك قبل القبض والنكاح لا يفسخ به الاك المعقود عليه أعنى المرأة قبل القبض ولان القدرة على
 التسليم شرط في البيع وذلك انما يكون بعد القبض وليست بشرط صحة النكاح الا ترى أن بيع الاتي
 لا يصح وتزويج الابقة يجوز وحاصل هذا أنه تعليل النهي عن البيع قبل القبض واذا كان كذلك لم يكن
 الوارد في منع البيع قبل القبض واردة في النكاح قبل القبض لينتج بدلالته وأما الثاني فلان وطء
 الزوج حصل بتسليط من المشتري فصار فعله كفعل المشتري ولو وطئ المشتري كان قابضاً كذلك الزوج
 ولو لم يطأها الزوج لا يكون المشتري قابضاً استحساناً 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 يوجب تعيب منه للمبيع وكذا ثبتت خسارة الراد اذا اشترى جارية
 فوجدها ذات زوج والمشتري اذا عيب المبيع يصير قابضاً وجه الاستحسان أنه لم يتصل به فعل حكى
 من المشتري والتزويج تعيب حكى بمعنى تقبل الرغبات فيهما فكان كالتصان السهرله وكالقرار منه عليها
 بدين والمشتري اذا قر بدين على العبد المبيع لا يصير بذلك قابضاً كذا مجرد التزويج بخلاف الفعل
 الحسي كان ففأ عينها مثلاً وقطع يدها فانه انما يصير به قابضاً لما فيه من الاستيلاء على المحل واستشكل على
 هذا الاعتاق والتدبير فانه يصير به قابضاً وليس باستيلاء على المحل بفعل حسي والجواب انما قلنا ذلك
 فيما يكون نفس الفعل قبضاً والمعنى أن الفعل الذي يكون قبضاً هو الفعل الحسي الذي يحصل الاستيلاء
 والقبض الحاصل بالعتق ضروري ليس مما نحن فيه وذلك أنه انما للمالك ومن ضرورته انهاء الملك كونه
 قابضاً والتدبير من واديه لان به يثبت حق الحرية للتدبير ويثبت الولاء هذا واذا صح النكاح قبل
 القبض فلو انتقض المبيع بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافاً للحمد قال الصدرا الشهيد والخيار
 قول أبي يوسف لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كأن لم يكن فكان
 النكاح باطلاً وقد افاض القاضي الامام أبو بكر بطولان النكاح بطلان البيع قبل القبض بما اذا لم يكن

قال (ومن اشترى عبدا فغاب المشتري الخ) جعل اشترى معنقولا فغاب المشتري قبل قبض المبيع ولم يتقد الثمن وطلب البائع من القاضى بيع العبد بثمنه لم يملك ذلك حتى يقيم البيعة دعوا للتمه فاذا اقامها فلا يخلو اما ان تكون الغيبة معروفة او لا فان كان الاول لم يبعه في الدين لان وصول البائع الى حقه بدون البيع ممكن وفي البيع ابطال حق المشتري وان كان الثاني باع العبد وادى الثمن لان ملك المشتري ظهر باقرار البائع فيظهر على الوجه الذي اقر به وقد اقر به مشغولا بحقه فيعتبر كذلك وهذا لان العبد في يده واقول قول الانسان فيما في يده فلا يدعى الملك كان مسدوعا ولو اقر به غيره كما لا يصح بحكم اليد فكذا اذا اقر به ناقصا مشغولا بحقه ويثبت الملك له ناقصا على وجه يقتضي الاستيفاء وقد تم ذم فبيعه القاضى فيه كالراهن اذا مات فان المرءن احق بالرهون يباع في دينه ان تعدر الاستيفاء والمشتري اذا مات قبل قبض المبيع مفسا فان (٣٦٣) المبيع يباع في غنمه بخلاف ما اذا قبض

المشتري المبيع فان بينة البائع لم تقبل لان حقه لم يسبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشتري فتكون البيعة لاثبات الدين والاثبات على الغائب متمتع عندنا وفيه بحث من اوجه الاول ان اقامة البيعة على الغائب لا تجوز لانها تعتمد انكار الخصم وذلك من الغائب مجهول الثاني ان القول بجواز البيع قول يجوز التصرف في المبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه الثالث ان ذلك يفضى الى القضاء على الغائب بزوال الملك وهو لا يجوز وفي ذلك لافرق بين كونه مقبوضا وغير مقبوض فالنفرقة بينهما متحكم والجواب عن الاول ان اقامة البيعة كما ذكرنا لثبتي التهمة للقضاء وانما القاضى يفضى بموجب اقرار المفسر بما في يده وفي ذلك لا يحتاج الى انكار الخصم

قال (ومن اشترى عبدا فغاب فأقام البائع البيعة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبيع في دين البائع) لانه يمكن ابطال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري (وان لم يدراين هو بيع العبد وادى الثمن) لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه واذا تعدر استيفاءه من المشتري يبيعه القاضى فيه كالراهن 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 ايضا

بالموت حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع (قوله ومن اشترى عبدا فغاب) قبل القبض وتقد الثمن (فأقام البائع البيعة انه باعه اياه) ولم يقبض الثمن (فان كانت غيبته) المشتري غيبته (معروفة لم يبعه) القاضى (في دين البائع لانه يمكن ابطال البائع الى حقه بدون البيع) فيكون ابطال الحق المشتري في العين المبيعة من غير ضرورة (وان لم يدراين هو بيع العبد وادى الثمن) بنصب الثمن مفعولا ثانيا للمبيع (١) وقوله وان لم يدراين هو بين ان الغيبة المعروفة ان يعلم اين هو وقول المصنف في تلميح بيع القاضى (لان ملك المشتري ظهر باقراره) يعني باقرار البائع (فيظهر على الوجه الذي اقر به) وهو كونه (مشغولا بحقه) بين ان البيع من القاضى ليس بهذه البيعة لانها لا تقام لاثبات الدين على الغائب فهاهي الا لكشف الحال ليجيبه القاضى الى البيع نظر الغائب لاثبات الدين عليه فانه لو لم يقمها لم يجبه الى ذلك (واذا تعدر استيفاءه) والقرض انه احق بما ليه هذا العبد لانه كالراهن في يده الى استيفاء الثمن حتى لو مات المشتري مفسا كان البائع احق بما ليه من سائر الغرماء كالمترين اذا مات الراهن فانه احق من سائر الغرماء فيعينه القاضى على بيعه (بخلاف ما بعد قبض المبيع لان حقه) أي البائع (لم يبق متعلقا به) بل هو دين في ذمة المشتري والبيعة حينئذ لاثبات الدين ولا يثبت دين على غائب فلا يتمك القاضى من البيع وقضاء الدين وهذا طريق الامام السرخسي رحمه الله وقرر برشيخ الاسلام يشعر بخلافه حيث قال القياس ان لا تقبل هذه البيعة لانها على اثبات حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لا قصدى ولا حكمي فهو كمن اقامها على غائب لا يعرف مكانه لا تقبل وان كان لا يصل الى حقه وفي الاستحسان تقبل لان البائع عجز عن الوصول الى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج الى ان يتفق عليه الى ان يحضر المشتري ويرجمتروا النفقة عن الثمن والقاضى ناظر لاحياء حقوق الناس فكان للقاضى ان يقبلها الدفع البلدية بخلاف ما لو اقامها لاثبت حقا

وعن الثاني من وجهين أحدهما قول بعض المشايخ ان القاضى ينصب من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضى كبيع المشتري فلا يجوز قبل القبض ورد بان المشتري ليس له ان يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيل عنه واجيب بان ذلك حق البائع وقد يتسامح تأخيره والثاني ان البيع ههنا غير مقصود وانما المقصود النظر للبائع احيا حقه والبيع يحصل ضمنا ويجوز ان يثبت ضمنا ما لا يثبت قرضا وعن الثالث ما ذكرنا ان هذا ليس قضاء على الغائب وانما هو قضاء على الحاضر بالاقرار بما في يده وذلك لانه يكون اذ لم يقبضه المشتري فاما اذا قبضه فلا يكون ذلك وحينئذ يظهر الفرق وان دفع الحكم (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 فته تأدل (١) قول الفتح مفعولا ثانيا لبيع صوابه لا وفي كاهوظاهر كنهه صححه

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 أبي 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 مما باء لا غير فاذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغائب

اذا حضر عاقد لاجله وليس له حق الجبس على ذلك (وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه) لانه قضى دينه بغير امره ولا رجوع في ذلك (وهو اجنبي عن نصيب صاحبه) فليس له القبض (وله ما انه مضطرف فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا بأداء جميع الثمن لا تحاد الصفقة ولكون المايتم له حق الجبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كغير الرهن) فان من أعار شيئا ربحلا ليرهنه فرهنه ثم أفلس الرهن وهو المستعير أو غاب فافتك المعير فانه يرجع على الرهن بما أدى وان كان ذلك قضاء دين الغير بغير امره لا مضطراه في القضاء وهذا مما لا ينكر فان للضرورات أحكاما فان قبل لو كان التعليل بالاضطرار صححها ما اختلف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته فانه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه الا بعد تقص صاحبه فالجواب أن الاضطرار في حالة حضوره مفقود لا يمكن أن يخاصمه الى الحاكم لينقد نصيبه

قال (فان كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فللعاصر أن يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى يتقد شريكه الثمن كله وهو قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه) لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه (وله ما انه مضطرف فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا بأداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الجبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كغير الرهن واذا كان له أن يرجع عليه كان له حق الجبس عنه الى أن يستوفي حقه كولو كيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه

على الغائب لينزع شيئا من يده لا يقبلها والاجماع في مثله لدفع البلية عن البائع وليس فيه ازالة اليد الغائب عما في يده لان البائع يستوفي حقه مما في يده وأورد عليه أنه يستلزم بيع المتقول قبل القبض أجيب بأن من المشايخ من قال ينصب القاضي من يقبضه ثم يبيعه وقال آخرون لا يحتاج الى ذلك لان هذا البيع يثبت ضمنا 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 احتلفوا في مواضع الاول هل يجبر البائع على قبول حصة الغائب عند أبي يوسف لا وعند أبي حنيفة ومحمد يجبر والثاني لانه 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 وللعاشر حبس نصيب الغائب اذا حضر حتى يعطيه ما انقده عنه وجه أبي يوسف أن الحاضر قضى دين الغائب بغير امره فكان متبرعا فلا يرجع واذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته لانه اجنبي عنها (وله ما انه مضطرف فيه) أي في دفع حصة الغائب لانه لا يمكنه الانتفاع بملكه الا بأداء الجميع لان البيع الصادر اليهم مامن البائع صفقة واحدة والمضطر يرجع وله حق الجبس وصار كغير الرهن اذا أفلس الرهن وهو المستعير أو غاب فان المعير اذا افتك به دفع الدين يرجع على الرهن لانه مضطرف فيه وصار كصاحب العلو اذا سقط بسقوط السفل كان له أن يبي السفل اذ لم يبيته مال كغيره امره ليتوصل به الى بناء عهده ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله ما لم يعطه ما صرفه غير أن في مسألة السفل لا يفتقر الحمال بين كون صاحبه غائبا أو حاضرا وفي مسألة التايب لانه حق الرجوع الا اذا كان غائبا لانه اذا كان حاضر الا يكون مضطرا في ايفاء الكل اذ يمكنه أن يخاصمه الى القاضي في أن يتقد حصته ليقبض نصيبه بخلاف مسألة السفل فان صاحب العلو لو خاصمه في أن يبي السفل لا يقضى عليه بينائه فكان مضطرا حال حضوره كغيبته (وله) أي للعاصر ومثل صورة حضورهما في عدم الاضطرار 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 التمر تاشي واذا ثبت حق الجبس في مسألة الحاضر فله حبسه الى أن يستوفي الكل ولو بقى درهمه كولو كيل بالشراء اذا انقذ الثمن من مال نفسه له أن يجبس

من الثمن فيمكن هو من قبض نصيبه من العبد بخلاف حال غيبته وعلى هذا ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين المبيع ما اذا استأجر دارا 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 الجبس حتى يستوفي حقه كولو كيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه) على ما سيجيء ان شاء الله تعالى

قال (ومن اشترى جارية بألف منقال ذهب وفضة الخ) رجل اشترى جارية فقال اشترى بها ألف منقال ذهب وفضة صح ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة منقال (لانه أضاف المنقال 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 يقيد المصنف بالجودة أو الرذاعة أو الوسيط لان الناس لا يتبايعون بالنبر ولا بد من بيان الصفة قطعاً للمنازعة ولهذا قيد بمحمد رحمه الله به في الجامع الصغير ويوع الاصل ويجوز ان يقال تركه لكونه مهملوماً من أول كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه ولو قال اشترت منك هذه الجارية بألف من الذهب والفضة وجب المشاركة كما في الاول للعطف الا أنه يجب من الذهب مثاقيل خمسمائة منقال ومن الفضة درهم خمسمائة درهم كل عشرة وزن سبعة لانه هو المتعارف في وزن الدراهم وقائل 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 (ففضاه ز يوفاه والقابض لم يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله

قال (ومن اشترى جارية بألف منقال ذهب وفضة فهم انصفان) لانه أضاف المنقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة منقال لعدم الاولوية وبطلانها واشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه أضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جيات ففضاه ز يوفاه هو لا يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف يرد مثل 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

المبيع عن الموكل الى أن يعطيه جميع الثمن (قوله ومن اشترى جارية الخ) صورتهما أن يقول اشترت هذه الجارية بألف دينار ذهب وفضة أو يقول البائع بعثك هذه الجارية الخ واظف الجامع في رجل يقول لرجل أبيعك هذه الجارية بألف منقال ذهب جيد وفضة قال هما انصفان خمسمائة منقال ذهب وخمسمائة منقال فضة ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها بخلاف ما لو قال بألف من الدراهم والدانير لا يحتاج الى بيان الصفة وينصرف الى الجيات وعرف من هذه العبارة أن البيع ينعقد بانقضاء المضارع وان احتمل العدة اذا أراد به الحال وقيل بل هذه العبارة مساومة والمعنى أنه اذا قال له ذلك ثم باعه على هذا الوجه ثبت الانقسام وفيه أن اضافة المنقال الى الذهب ثم عطف الفضة عليه مرسل لا يوجب كون الفضة أيضاً مضافاً اليها المتقال وينبغي وهم أن يفسد بها الفضة لان المنقال غالب في الذهب فنصير الفضة مرسله عن قيد الوزن بل ينصرف اليهما وكذا صفة الجودة لان العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المتعاطفين فالمنقال المتقدم فسر بالذهب والفضة ألا ترى أنه لو قال عبده حر غدا وامر أنه طالق وقعا جميعا غدا فانه مامضافان ذكره في كشف الغوامض وفي المبسوط لو قال ألف من الدراهم والدانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لانه المتعارف في الدراهم فينصرف اليه وكذلك قال ألف من الذهب والفضة وجب خمسمائة منقال 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 وقيراط من ذلك الدرهم وأما في عرف مصر لفظ الدرهم ينصرف الآن الى زنة أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الآن يقيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن سبعة فان مادونه تقل أو خف بسمونه نصف فضة وكذا هذا الانقسام في كل ما يقربه من المكيل والموزون من الثياب وغيرها قرض أو سلباً أو غصباً أو ودعة أو بيعاً أو شراءً أو مهر أو وصية أو كفالة أو حلقه في خلع ومنه ما لو قال على كرحنطة وشعير وسهم كان عليه الثلث من كل جنس (قوله) ومن له على آخر عشرة دراهم جيات ففضاه عشرة ز يوفاه هو) أي رب الدين (لا يعلم) أن ز يوف (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 يرد مثل الزئوف ويرجع بالجيات) وذلك نفي للاسلام وغيره أن قوله ما قيس وقول أبي يوسف هو الاستحسان له أن حقه في الجودة مرعى لحقه في المقدار وقد تعذر ضمان الوصف بانفراده (لانه لا قيمة له عند المقابلة بحسنه فوجب المصير الى ما قلنا)

وقال أبو يوسف يرد مثل ز يوفه ويرجع عليه بالجيات لان حقه في الوصف مرعى من حيث الجودة كما أن حقه مرعى في الاصل من حيث القدر فلونقص عن كيسة حقه يرجع عليه بقدره فكذا اذا نقص في كفيته ولا يعكس رعايته بايجاب ضمان الوصف منفردا لعدم انفكاكه وهدره عند المقابلة بحسنه فوجب المصير الى ما قلنا

ولابى حنيفة ومحمد أن المقبوض من جنس حقه بدليل أنه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم جاز فكان الاستيفاء من حيث الأصل بالمقبوض حاصلًا فلم يبق حقه الا في الجودة وتداركها بما يجاب ضماها غير ممكن شرعا لما ذكرنا أنها عند المقابلة بالجنس هدروا لعقلاء - دم تصور الانفكاك ولا بايجاب ضمان الاصل لان المضمون حينئذ هو الاصل والفرض أنه من حيث الاصل مستوف فبايجاب الضمان باعتبار (٣٦٦) ايجاب عليه ولا نظيره في الشرع واعترض بوجهين أحدهما ان ايجاب

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 بايجاب ضماها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له قال (واذا فرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه) وكذا اذا باض فيها (وكذا اذا تنكس 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 للبعفان

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 نفس الحق (فيقع به الاستيفاء وانما يبق حقه في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضماها) بعدها لك الدراهم (لما ذكرنا) من أنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها (ولا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه) يعني هو ايجاب للقباض على نفسه (ولا نظيره) في الشرع الا أن أبو يوسف ينفصل بمنع أنه لا يمكن تداركها بل تداركها بما ذكرنا من ايجاب المثل يمكن وهذا كالموجوده استوفقة أو نهر حرة فهل كنت أليس رد مثلها فان قال المستوفقة ليست من جنس البيا حتى يصير مقتضيا حقه بها قلنا وكذا لا يصير مقتضيا حقه بالزيف لان علم فرضي باعتبارانه حينئذ تارك لبعض حقه وهو وصفة 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 شأ قلنا يجوز ذلك اذا أفاد كالمولى اذا أنف بعض أ كسب عبده المأذون وقد أفادها تدارك حقه فصار كشرها الانسان مال نفسه الا اذا أفاد ويجوز أن يشتري مال المضاربة أو كسب عبده المأذون المدون وبما ذكرنا يبطل قولهم لا نظيره في الشرع ويوجب بمنع الاتحاد في المستشهد به بل الضمان في المأذون للغرماء وهما المقبوض كانه ملك ومن له الحق ومن عبده واحد وهرب الدين ولا نظيره وفي النوازل اشترى بالحياد ونقد الزئوف أخذها الشفيع بالحياد لانه انما يأخذ بما اشترى ولو باعها من اجهة فان رأس المال الحياد وفي الاحتاس اشترى بالحياد ونقد الزئوف ثم حلف أنه اشترى بالحياد قال أبو جعفر لا يمنح وقال أبو يوسف يمنح والله الموفق (قوله ولو فرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه) وكذا اذا باض فيها (وكذا اذا تنكس فيها طي) أي دخل كناسه والكناس بيت الطي وفي بعض النسخ تنكس رأى وقع فيها فتكسرو ويحترقه عمالو كسره رجل فيها فانه لذلك الرجل لا لا أخذ ولا يمنح بصاحب الارض (لانه) أي لان كلالا من الطير والبيض والفرخ وقد أصلح في نسخة لانها (مباح سبقت يده) أي يدا لا أخذ اليه (ولانه صيد وان كان يؤخذ بلا حيلة والصيد لمن أخذه والبيض أصل الصيد) فيلقوه به (ولهذا يجب عنه الجزاء على المحرم بكسره أو شيه) لانه المفقود بقوله تعالى تاله أيديكم في قوله تعالى ايبا لولكم الله بشي من الصيد تاله أيديكم ورماحكم كذا ذكره وقوله (وصاحب الارض لم يعد أرضه لذلك) جملة حاله هي قيد لقوله فهو لمن أخذه أي انما يكون لا لا أخذ الا لمن يكن صاحب الارض أعد هذا ذلك بأن حفر فيها بئر السقط فيها أو أعد مكانا للفرخ لياخذها فان كان أعد هذا ذلك لا يملكها الا أخذ بل رب الارض يصير بذلك قابض احكاما كن نصب شبكة ليحفرها فتمت قبل بها

الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز اذا لم يقدها بنافيد فصار كمن سب المأذون له المديون فانه مضمون على المولى وان كان ملكه 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 للغرماء 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) وكذا اذا باض فيها أو تنكس فيها طي) وفي بعض النسخ تنكس فيها طي) لانه مباح سبقت يده اليه (فيملكه) ولانه حينئذ صيد والصيد لمن أخذه (بالحيلة) وكونه يؤخذ بغير حيلة لا يخرجه عن الصيدية كصيدا تنكس رجله بأرض انسان فانه لا لا خددون صاحب الارض والتكس التنس وعناه في الاصل دخل في

الكناس وهو موضع الطي ومعنى تنكس 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 أعد هذا لذلك بان حفره ليقع فيها أو بغير ذلك مما يصاد به كان له فاما اذا لم يعدها فهي كشبكة نصبت للجناف فتمت قبل 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 ماثر من السمك والدرهم في ثيابه ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا غسل النخل في أرضه لانه عديم من أنزله فملكه تبع الارضه كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع في أرضه بجزر بان الماء واقه أعلم

كتاب الصرف

(وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع ماثر من السكر والدرهم في ثيابه ما لم يكفه) أي يضمه الى نفسه (او كان مستعدا له بخلاف ما اذا غسل النخل في أرضه) فان غسل لصاحبها (لانه عد من أنزله) أي من انزال الارض بناو بل المكان جمع نزل وهو الزيادة والفضل منه والفرق بينهما ان غسل صار قائما بأرضه على وجه القرار فصارتا معا لها (كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع بجزر بان الماء بخلاف الصيد والله سبحانه وتعالى أعلم

صيد فهو لمن أخذه لا لصاحب الشبكة لانه لم يعد لها الآن لا لاخذ وكذا اذا دخل الصيد داره ولم يعلم فأغلق بابه فهو لمن أخذه وان علم به وأغلق الباب عليه أو سد الكوة كان لصاحب الدار وكذا اذا وقع في ثيابه النثار من السكر أو الدرهم فهو لمن أخذه ما لم يكف ثوبه على الساقط فيه وما هذه صمدية نائبة عن ظرف الزمان أي لا أخذ في زمان عدم كفه الثوب وقوله او كان مستعدا له أي للثمن بان بسط ثوبه لذلك عطف على مقدر تقديره فاذا كفه أو كان مستعدا فهو له أما اذا غسل النخل في أرضه فهو لصاحب الارض لانه عديم من أنزله أي من زيادات الارض أي ما نبت فيها فملكه تبع الارض كالشجر النابت فيها وكالتراب والطين المجتمع فيها بجزر بان الماء عليها والآن لا جمع نزل وهو الزيادة (١) وذكره لانه وهو عائد على الارض وهي مؤنثة على تاويل المسكان ومثله وقع في شعر العرب قال فلا منة ودقة ودقها * ولا أرض اقبل ابقالها

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 فابتدأ المطر فعصره رجل فان كان وضعه للساقي فهو لصاحبه والا للماء لا أخذ ولو باض صيد في أرض رجل أو تكسر فيها فخاه رجل لياخذ منه صاحب الارض فان كان في موضع بقدر صاحب الارض على أخذه قرر بياضه بان كان بحضوره كان الصيد للارض كأنه أخذه عنده وان لم يكن بحضوره لا يملك

كتاب الصرف

لما كان قيوده أكثر كان وجوده أقل فقدم ما هو أكثر وجودا وأيضا لما كان عقد على الائتمان والثمن في الجملة تبع ما هو المقصود من البيع أخر عن البيوع المتضمنة للقاصد الاصلية أعني المبيعات ومفهومه لغة وشرا عايد كره المصنف وشروطه التقابض للبدلين قبل الافتراق وان اختلف الجنس وله هذا ليصح فيه أجل ولا خيار شرط لان خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه على الرايين منهم وذلك يخجل بالقبض المشروط وهو القبض الذي يحتمل به التعمين بخلاف خيار الرؤية والعيب لا يمنع الملك في المبيع فلا يمنع تمام القبض فلو افترقا 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 باعه هذا الدينار بهذه الدراهم لصاحب الدينار أن يدفع غيره وكذا صاحب الدراهم بخلاف الاواني والحلى ولو أسقط في المجلس خيار الشرط والاجل عادا الصرف صح ما خلا فالنظر وأورد عليه كيف جاز ان يقال التقابض شرط الجواز وهو متأخر عن العقد فانما هو حكمه والجواب أن المختار انه ليس بالشرط بقائه على الصحة فلا إشكال على قول البعض القائلين انه شرط الجواز وأجابوا بان تأخره ضرورة نفي أيجاب قبض ملك الغير فهو معتبر مقارنا أو متقدما شرعا وان كان متأخرا صورة ولا يخفى في أنه ينبغي أن يستغنى عن هذا التكلف بارتكاب القول الآخر وأما مفهومه ثم عاقب مع ما من جنس الائتمان بعضها ببعض وهذا قول

كتاب الصرف

(١) قول الفتح وذ كر ضمير لانه الخ هكذا في الاصل واهل في العبارة تحر يفا والصواب وذ كر ضمير أنزله وهو عائد الخ كتبه صححه

الصرف يبيع خاص وهو الذي يكون كل واحد من العوضين من جنس الامان وقد تقدم ما يدل على تأخيره عن السلم في اول السلم وسمى هذا العقد صرفا لاحد المعنيين اما الحاجة الى النقل في بديله من يد الى يد والصرف هو النقل والرذغة واما لانه لا يطلب به الا الزيادة يعني لا يطلب بهذا العقد الا زيادة تحصل فيما يقابلها من الجودة والصياغة اذ النقود لا ينتفع بعينها كما ينتفع بغيرها ما يقابلها من المطعوم والمبوس والمركوب فلولا يطلب به (٣٦٨) الزيادة والعوضين حاصله في يدهما كان فيه فائدة أصلا فلا يكون مشروعا وقد

قال (الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأمان) سمي به الحاجة الى النقل في بديله من يد الى يد والصرف هو النقل والرذغة ولانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا

القدرى (الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأمان) واما قال من جنس الأمان ولم يقتصر على قوله يبيع عن ثمن لم يدخل ببيع المصوغ بالمصوغ أو بالتقديفان المصوغ بسبب ما اتصل من الصنعة به لم يبق ثمن صريحا وهذا يتبع في العقد ومع ذلك يبيعه صرفا وانما سمي اصطلاحا به لان مفهومه اللغوي هو النقل ومنه في دعاء الاستخارة فأصرفه عنى واصرفني عنه ونقل كل من البلدين عن مالك الى الآخر بالفعل شرط جوازها فكان في المسمى معنى اللغة فسمى باسم ذلك المعنى المشروط فيه (أو هو) أى معناه اللغوي الزيادة وهذا العقد لا يقصد به الا الزيادة دون الانتفاع بعين البديل الآخر في الغالب لانه لا ينتفع بعينه بخلاف نحو الطعام والثوب والحار والمراد أن قصد كل من المتعاقدين التجارة والربح فيه بالنقل والاختلاف العقد عن الفائدة والزيادة تسمى صرفا وبه سميت العبادة النافلة صرفا في قوله صلى الله عليه وسلم لم من اتى الى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا فذكر المصنف أن المراد بالصرف النافلة التي هي الزيادة والعدل الفرض الذي هو حق مستحق عليه ولا شك في مناسبة تسمية الفرض عدلا لاقيل عليه قد فسر الرخصتمرى بغير هذا قال في الفائق في ذكره صلى الله عليه وسلم امر المدينة من أحدث فيها حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله الى يوم القيامة لا يقبل منه صرف ولا عدل الصرف التوبة لانه صرف النفس عن الفجور الى البر والعدل الفدية من المعادلة والفداء يعادل نفسه والمراد من إحداث الحدث فعل ما يوجب الحد والجواب أن أهل اللغة اختلفوا في ذلك فقد ذكر في الجهرة عن بعض أهل اللغة انصرف الفريضة والعدل النافلة وفي الغربيين عن بعضهم الصرف النافلة والعدل الفريضة كاذ كروا المصنف ولا اعتراض مع أنه الانسب * واعلم أن الاموال تنقسم الى ثمن على كل حال وهي الدراهم والدينار يصح بحرف الباء أو لا وسواء كان ما يقابلها من جنسها أو من غيره والى ما هو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات الامثال من العروض كالثياب والحيوان والى ما هو ثمن من وجهه مبيع من وجهه وهو المكيل والموزون فانها اذا عرفت في العقد كانت مبيعة وان لم تعين فان صح بحرف الباء أو قابلها مبيع فهي ثمن وان لم يصح بحرف الباء ولم يقابلها ثمن فهي مبيعة وهذا لان الثمن ما يثبت في الذمة دينارا عند المقابلة قال الفراء في قوله تعالى وشروه بثمن بخس الثمن ما يثبت في الذمة دينارا عند المقابلة والنقود لا تستحق بالعقد الا دينارا خلافا للائمة الثلاثة فعندهم تعين الذهب والفضة اذا عرفت حتى لو هلكت الدراهم المعينة في البيع قبل القبض بطل البيع ولا يجوز استبدالها هذا تنقسم المال باعتبارها في نفسه وينقسم باعتبار الاصل - طلاح على الثمنية وهو في الاصل سلعة فان كانت رائجة فهي ثمن لاتعين بالتعيين وان كانت كاسدة فهي سلعة كالفلوس

دل على مشروعيته قوله تعالى وأحل الله البيع الاية وقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب الحديث واذا كان المطلوب به الزيادة (والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل) ناسب أن يسمى صرفا (ومنه) أى من كون الصرف هو الزيادة لغة (سميت العبادة النافلة صرفا) قال صلى الله عليه وسلم من اتى الى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا والعادل هو الفرض سمي به لكونه أداء الحق الى المستحق وشروطه على الاجمال التقابض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل وأقسامه ثلاثة يبيع الذهب بالذهب ويبيع الفضة بالفضة ويبيع أحدهما بالآخر

كتاب الصرف

(قوله وقد تقدم ما يدل على تأخيره عن السلم) أقول الذي يهيمه هو بيان سبب التأخير عن كتاب البيوع كالا يخفى لكن ذلك يعلم منه أيضا كما كتبه (قوله ما كان

فيه فائدة أصلا فلا يكون مشروعا) أقول الاظهر أن يقول فلا يصح 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 انما يمكن فانحن فيه كذلك أيضا عليك بالتأمل الصادق (قوله وشروطه على الاجمال التقابض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل) أقول والشروط الاول لا يخفى عن الثالث اذا المراد بشرط الصحة بحيث لا يكون فيه فساد أصلا فاذا كان فيه تأجيل ثم أسقط ووقع التقابض يزول الفساد فتأمل

قال (فان باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز الا المتلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة) لقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب مثل لا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل بالحديث وقال عليه الصلاة والسلام جيدها ورد بثم اسواه وقد ذكرناه في البيوع قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق)

قال (فان باع فضة بفضة الخ) فان باع رجل فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز الا المتلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة بأن يكون أحدهما أجود من الآخر أو أحسن صياغة لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثل لا بمثل الحديث والمراد به المعاملة في التقدير لا في الصفة لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورد بثم اسواه وقد ذكر ذلك في كتاب البيوع في باب الرباحث محمد رحمه الله في أول كتاب الصرف في الاصل عن أبي حنيفة عن الوليد بن سريبع عن أنس بن مالك قال أتى عمر بن الخطاب رضى الله عنه باناء كسر واتى قد أحكمت صياغته فبعثني به لايبعه فأعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال أما الزيادة فلا قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) قبض عوض الصرف قبل الافتراق بالابدان واجب بالنقول وهو

(قوله فان باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز الا المتلا بمثل) يعنى في العلم لا بحسب نفس الامر فقط (وان اختلفا في الجودة والصياغة) فيدخل الاناء بالاناء ولو باعاه ما تجاوزة ولم يعلم ما قيمته ما وكان في نفس الامر متساو بين لم يجز ولو زنا في المجلس فظهر امتساو بين يجوز وعند أبي حنيفة لا يجوز ولو زنا بعد الافتراق لا يجوز وان كانا متساو بين خلافا لفرهو يقول الشرط التساوى وقد ثبت واشترط العلم بزيادة بلا دليل فلنابل هو شرط بدليل وهو أن الموهوم في هذا العقد جعل كالمعلم شرعا ومالم تعلم المساواة توهم الزيادة حاصل فيكون كسبوت حقيقة الزيادة ومقتضى هذا أن لا يجوز اذا وزن في المجلس فظهر متساوياً أيضاً لكن جاز في الاستحسان عند اتحاد المجلس كأن العقد أنشئ الا أن لان ساعته كساعة واحدة وأما عدم جواز بيع الخنطة بالخنطة وزنا مع لوما فلعدم العلم بالمساواة كيلا اذا المساواة وزنا لتستلزمه بالنسبة الى الكيل والمعتبر فيما كان مكبلا في عهد النبي صلى الله عليه وسلم التقدير بالكيل على ما سلف وعن هذا اذا اقتسم ما كيلا موازنة لا يجوز لان القسمة كالبيع واستدل المصنف على وجوب المساواة (بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثل لا بمثل الحديث) وقد تقدم وتقدم وجه انتصابه أنه بالعامل المقدر أى بيعوا والاولى حيث كان الذهب مرفوعا في الحديث أن يجعل عامله متعلق بالجزور أى الذهب يباع بالذهب مثل لا بمثل نعم حديث الخدرى في البخارى عنه صلى الله عليه وسلم لا يتبعوا الذهب بالذهب الا المتلا بمثل ظاهر في أنه مفرغ للحال بقيمة الحديث ولا تشفوا بعضها على بعض ولا يتبعوا الورق بالورق الا المتلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا يتبعوا منها غائباً بباجز والشف بالكسر من الاضداد يقال للنقصان والزيادة والمراد هنا لا تريدوا بعضها على بعض ولا يتضح في معنى النقص والالقال ولا تشفوا بعضها عن بعض وقوله وزنا بوزن بعد ذلك ولا تشفوا في حديث البخارى المذكور تفسيره مثل لا بمثل فان المتلبة أعم ففسرها بانهم امن حيث المقدر وتقدم حديث جيدها ورد بثم اسواه أيضاً وتخريجها وهو دليل سقوط اعتبار الجودة وسقوط زيادة الصياغة بما روى محمد عن أبي حنيفة عن الوليد بن سريبع عن أنس بن مالك قال أتى عمر بن الخطاب رضى الله عنه باناء كسر واتى قد أحكمت صياغته فبعثني به لايبعه فأعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال أما الزيادة فلا هذا ويدخل في اطلاق المساواة المصوغ بالمصوغ والتبر بالآنية حتى لو باع انا فضة أو ذهب باناء فضة أو ذهب وأحدهما أنقل من الآخر لا يجوز بخلاف انا من غيرهما نحاس أو شبيهه حيث يجوز بيع أحدهما بالآخر وان تفاضلا وزنا مع أن النحاس وغيره مما يوزن من الاموال الربوية أيضاً وذلك لان صفة الوزن في التقدير منصوص عليها فلا يتغير بالصناعة ولا يتخرج عن كونه موزوناً بتعارف جعله عددياً لتعريف ذلك بخلاف غيرهما فان الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزوناً بتعارف عدديته اذا صيغ وصنع (قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) باجماع الفقهاء وفي فوائد القدرى المراد بالقبض هنا القبض بالبراحم لا بالتخليه يدا بيد دون كرنا أنفساً أن المختار ان هذا القبض شرط البقاء على الصحة لا شرط ابتداء الصحة لظاهر قوله فاذا افتراقا بطل العقد وانما يبطل به وجوده وهو الاصح وثمرة الخلاف فيما اذا ظهر الفساد فيهما هو صرف بنسب فيما ليس صرفاً

(ماروينا من قوله يدا بيد وقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك أن يدخل بيته فلا تنتظره) وهو في الدلالة على وجوب القبض كما ترى وبالمعقول وهو (انه لا بد من قبض أحدهما ان خراج العقد عن الكائي بالكائي وذلك يستلزم قبض الآخر تحقيقا للساواة نصيا لتحقيق الربا) (قوله في الكتاب فلا يتحقق الربا) قيل هو منصوب بجواب النبي وهو قوله ثم لا بد (قوله ولان أحدهما) دليل آخر وتقريره ان 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 ولانه ان كان يتعين الخ) جواب عما يقال ببيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لانه كائي بكائي وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعيينه بالتعيين وتقريره ان المصوغ وان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه مما خلقه فليس شرط قبضه اعتبارا للشبهة في الربا فان قيل فعلى هذا التقرير (٣٧٠) يلزم في بيع المضروب بالمصوغ نسبة شبهة الشبهة لان في بيع المضروب

لماروينا ولقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك أن يدخل بيته فلا تنتظره ولانه لا بد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكائي بالكائي ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للساواة فلا يتحقق الربا ولان أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ماروينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه مما خلقه فليس شرط قبضه اعتبارا للشبهة في الربا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهب عن المجلس عشرين معاني جهة واحدة أو ناما في المجلس أو أغشى عليهم ما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنه عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يفسد على القول الاصح وقوله (لماروينا) يعني قوله يدا بيد وكذا ماروينا من حديث البخاري قوله صلى الله عليه وسلم ولا يبيع عوامها غائبان اجز وقول عمر وان استنظرك الى آخره وراه مالك في الموطأ عنه قال لا يبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا يبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز وان استنظرك أن يبل بيته فلا تنتظره الا يدا بيد هاتان أخشى عليكم الربا وفي رواية قال الربا بالملم وهو الرابا ورواه عبد الرزاق وقال أن يدخل بيته ولما ثبت نص الشرع بالزام التقابض علله الفقهاء بما ذكره المصنف وحده ان للتقدم منزلة على النسبة فيتحقق الفضل في أحد العوضين وهو الرابا ولما كان مظنة أن يقال هذا غير لازم في قبض العوضين لجواز أن يجعل معان نسبة قال لا يبيع عوام قبض أحدهما العوضين كى لا يلزم الكائي بالكائي أي الدين بالدين فالويلم يقبض الآخر لزم الرابا بما قلنا وأيضا يلزم الترجيح بلا مرجح لانهما متساويان في معنى الثمنية فاذا وجب قبض أحدهما فكذلك الآخر لعدم الاولوية فان قيل تعذيل الكتاب يخص الثمين المحضين الذين لا يتعينان والحكم وهو لزوم التقابض ثابت وان كان أحدهما يتعين بالتعيين كالمصوغ فأجاب بأن ذلك لا يطلاق ماروينا من قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة وعلل الاطلاق المذكور بأن المتعين أيضا كالمصوغ فيه شبهة عدم التعيين اذ فيه شبهة الثمنية اذ قد خلق عتقا 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 الربا بشبهة الربا في هذا الحكم وقوله في جهة واحدة لانهم الومشيا كل في

بالمضروب نسبة شبهة الفضل فاذا بيع مضروب بمصوغ نسبة 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 أغشى عليهم ما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنهما قال المصنف تحقيقا للساواة فلا يتحقق الربا)

أقول سيجي بيان لزوم الربا من الشيخ أكمل الدين في شرح قول المصنف ومن كان له على آخر عشرة دراهم فراجعه جهة (قوله قيل هو منصوب الخ) أقول صاحب القيل هو الاتقاني والاطهر ان يكون معطوفا على قوله تحقيقا للساواة بحسب المعنى (قوله فان قيل الى قوله بالمصوغ نسبة الخ) أقول المراد بقوله نسبة انتفاء القبض لا التأجيل كالمالخي على التامل في السياق (قوله فاذا يبيع مضروب بمصوغ نسبة) أقول أي بلا قبض (قوله كان بالنظر الى كونه الخ) أقول فاذا يبيع بدون القبض لزم شبهة النسبة وتعمام تحقيق الكلام وتوضيح 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 فراجعه (قوله أوجب بأن عدم الجواز في المضروب نسبة الخ) أقول أي بدون القبض (قوله بقوله يدا بيد) أقول اذ معناه عيناه عن علي ما سلف في باب الربا والتعيين في المضروب لا يتحقق الا بالقبض كما بينت فثبت 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 خلقه فعدم جواز بيعه بلا قبض جامع من هذه الشبهة فليتم

وان وثب من سطح فئب معه) وقصته ماروى عن ابي جيلة قال سألت عبد الله بن عمر رضى الله عنهم فقلت انا أتقدم أرض الشام ومعنا لورق الثقال الناقصة وعندهم الورق الكاسدة فنبتاع وورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع 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 لا بأس أن بين أسائل الطريق المحصل المقصود مع التحرز عن الحرام ولا يكون ذلك مما هو مذموم من تعليم الحيل وقيد مشيهما بجهة واحدة لانه لو مشيا لى جهتين يوجب تفرق الايدان 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) خياره لانه يبطل بالاعراض

(وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق وبالاهاه وهاه) على وزن هاع بمعنى خذ ومنه قوله تعالى هاؤم افرؤا كتابيه (قوله فان افتراقى الصرف) متعلق بقوله ولا بد من قبض العوضين يعنى لبقاء العقد فان افتراق 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 مقارنًا لحالة العقد الآن اشتراط القبض مقارنًا لحالة العقد من حيث الحقيقة غير ممكن من غير تراخى لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه ففعلنا الجواز بقبض

وان وثب من سطح فئب معه وكذا المعترف بما ذكرناه في قبض رأس مال السلم بخلاف خيار الخيرة لانه يبطل بالاعراض فيه (وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة) ووجب التقابض لقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالورق وبالاهاه وهاه (فان افتراقى الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما يبطل العقد) لفوات الشرط وهو القبض

جهة كان افتراقا مبطلا وقول ابن عمر وان وثب من سطح فئب يفيد عدم بطلان العقد بمجرد اختلاف المكان بل اذا لم يوافقه الاخر فيه وهذا لان مجرد وثب أحدهما مختلف مكانه لم يعتبر مانعا الا اذا لم يثب معه وحديث ابن عمر هذا غير جيد من كتب الحديث وذكره في المسوط فقال وعن ابي جيلة قال سألت عبد الله بن عمر فقلت انا أتقدم أرض الشام ومعنا الورق الناقصة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة فنبتاع وورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع 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 لا بأس أن بين أسائل طريق تحصيل مطلوبه كما فعل صلى الله عليه وسلم حيث قال لبلال بع التمر ببيع آخر ثم اشتره انما المحظور 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 اعراضهما عما كانت فيه لان المعترفى الابطال هنالك دليل الاعراض والقيام ونحوه دايما له فلزم فيه المجلس ولتعلق الصحة بعدم الافتراق لا يبطل لو ناما في المجلس قبل الافتراق أو أغشى عليهم ما 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 وللآخر عليه مائة دينار فأرسل رسولا يقول له بعنك الدرهم التى لى عليك بالدينار 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 اشهدوا أنى اشتريت هذا الدينار من ابى الصغير بعشرة وقام قبل نقده يبطل هذا ويجوز الرهن ببدل الصرف والحوالة به كفى 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 وبالاهاه وهاه بالبر بالاهاه وهاه بالشعير بالشعير وبالاهاه وهاه والتمر بالتمر

يوجد فى المجلس لان المجلس العقد حكم حالة العقد كفى الايجاب والقبول فصار القبض الموجود بعد العقد فى مجلسه كما لو وجد وقت العقد حكما ولو كان موجودا وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز فكذا اذا كان موجودا حكما فعلى ما ترى فيه من التمهّل مع حصول المقصود يجعله شرط البقاء

قوله يرجع الى قوله لم يبطل الصرف) أقول بل يرجع الى قوله المراد منه الافتراق بالايديان فتأمل تدبر ثم قوله بالايديان 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 يجرى بعد أسطر وهو قوله فعلى ما ترى فيه من التمهّل (قوله ففعلنا الجواز) أقول فى التفرّج يعنى تأمل الجواز ان يشترط القبض بالتراخي قبل العقد وأما لو قال لمانه 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 اشتريت هذا الدينار بهذه الدراهم على أن بالخيار ثلاثة أيام أو قال إلى شهر (لان بالخيار لا يبقى القبض مستحقا) لمنعه المالك (وبالاجل يفوت القبض المستحق) والفرق بين العاريتين أن في الخيار يتأخر القبض إلى زمان سقوطه فلم يكن في الحال مستحقا وفي الاجل ذكر في العقد ما ينافي القبض وذكر منافي الشيء مفوت له كذا قيل وكانه راجع إلى أن في الاول (٣٧٣) استحقات القبض فائت وفي الثاني القبض المستحق شرعا فائت (قوله الا اذا أسقط في المجلس)

يعني منه ما ان كان الخيار لهما أو ممن له ذلك (فيعود إلى الجواز لان ارتفاعه قبل تفرره) استحسانا بخلافه فالتفرره رجه 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 يرني صاحبه والفرق يعرف في شرح القدوري لمختصر العكرخي وقيد بشرط الخيار لان خيار العيب والرؤية يثبتان في الصرف كما في سائر العقود الا ان خيار الرؤية لا يثبت الا في العيين لا الدين فانه لا فائدة في رده بالخيار اذا العقد لا يفسخ برده وانما يرجع بمثله ويجوز أن يكون المقبوض مثل المردود أو دونه فلا يفيد الرذائفة قال (ولا يجوز التصرف في عين الصرف قبل قبضه الخ) التصرف في عين الصرف قبل قبضه في عين القبض لا يجوز فاذا باع دينار بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها أو بافسد البيع في الثوب لفوات القبض المستحق بالعقد

ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان بأحدهما لا يبقى القبض مستحقا واذا أسقط الخيار في المجلس فيعود إلى الجواز لان ارتفاعه قبل تفرره وفيه خلاف زفر رحمه الله قال (ولا يجوز التصرف في عين الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينار بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها أو بافسد البيع في الثوب فاسد) لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد إلى مطلقها رب الاهاء وهاء قسمل ومعنى قوله رب أي حرام باطلاق اسم الملزوم على اللازم ولا مانع من جعله في حقيقة شرعا وان اسم الربا ضمن الزيادة من الاموال الخاصة في أحد العوضين في قرض أو بيع ووجه الاستدلال انه استثنى حالة التقايب من الحرام بمحصر الحيل فيها فينتفي الحل في كل حال غيرها فيدخل في عموم المستثنى حالة النفاض 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 إلى الجواز وقد من ان نقل خلاف زفر فيه هذا وبين الفساد بتلك القبض والفساد بالاجل فرق على قول أبي حنيفة في مسألة وهي ما اذا باع جارية في عتقها طوق فضة زنته مائة بألف درهم حتى انصرف للطوق مائة من الالف فيصير صرفا فيه وتسعمائة للجارية ببيعها فانه لو فسد بتلك القبض بطل في الطوق وبيع الجارية بتسعمائة صحيح ولو فسد بالاجل فسد فيه ما عنده خلافا لهما وفرق بأن في الاول انعقد صحيحا ثم طرأ الفساد فيحصل وهو الصرف وفي الثاني انعقد أو لا على الفساد ففساد وبذلك على الصحيح من أن القبض شرط البقاء على الصحة وفي الكامل لو أسقط الاجل من له الاجل دون الآخر صح في المشهور وليس في الدراهم والدينار خيار رؤية لان العقد لا يفسخ بردها لانه انما وقع على مثلها بخلاف التبر والحلي والاواني من الذهب والفضة لانه ينتقض العقد برده لتعيينه فيه ولو وجد أحدهما وكلاهما دون الافتراق زبها أو ستوقا فحكمه في جميع أبواب الاستبدال والبطلان كراس مال السلم (قوله ولا يجوز التصرف في عين الصرف قبل قبضه) وكل منهما ممن الصرف فالخاص 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 أبرأ منه فان قبل بطل الصرف لتعذر وجوب القبض واذا تعذر الشرط ينتفي المشروط وان لم يقبل لا ينتقض لان البراءة وما معها سبب الفسخ فلا ينفرد به أحدهما بعد صحة العقد وفرع عليه (مالو باع دينار 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 فلجواز البيع في الثوب يسقط فلا يجوز بيع الثوب والصرف على حاله بقبض بدله من عاقده معه وأورد عليه ان فساد الصرف حقه مستحق حق الله وصحة بيع الثوب حق العبد فمعارضا فيقدم حق العبد لتفضل الله سبحانه بذلك أجيب بأن ذلك بعد ثبوت الحقين ولم يثبت حق العبد بعد لانه يفوت حق الله بعد تحققه فيمتنع لانه يرتفع والتقديم فيما اذا ثبتا فبررفع أحدهما فضلا وقد

حق الله تعالى اذا ربحا حرام حقا لله والقياس يقتضي جوازها كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين عيننا كانت أو دينارا فينصرف العقد إلى مطلق الدراهم اذا اطلاق والاضافة إلى بدل الصرف اذ لا يسقط سواها وانما قال عن زفر لان الظاهر من مذهبه كذهب العلماء الثلاثة

(قوله وكانه راجع إلى أن في الأول استحقات القبض فائت وفي الثاني القبض المستحق شرعا فائت) أقول قوله استحقات القبض فائت أي لعدم المالك وقوله القبض المستحق أي لكونه مالكا وقوله شرعا فائت أي للتأجيل (قوله حقا لله تعالى) أقول اذ القبض واجب بالسنة (قوله اذ الربحا حرام) أقول يعني القسيئة

ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان الصرف بيع ولا يدفعه من مبيع وماعة سوى الثمن وليس أحدهما أولى بكونه مبيعا
 فيجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه وعن ثمن وجه وان كانا ثمنين خلفه وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز كما فعلنا في المقايضة واعتبرنا
 كل واحد منهما ثمنين من وجه مبيعا من وجه ضرورة انعقاد البيع وان كان كل واحد مبيعا حقيقة قبل لان عدم الاولوية فان مادخله
 الباء أولى بالتمسك وأجيب بأن ذلك في الأثمان العملية كالمكيات والموزونات التي هي غير الدراهم والذات إذا 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 بتعيين وعورض بأن
 كل واحد منهما لو كان مبيعا
 لا يشترط قيام الملك بينهما
 وقت العقد وليس كذلك فانه
 لو باع دينار بدينار وليس في
 ملكه ما فاستقرض في
 المجلس واقتراضا عن قبض
 صح وأجيب بأن الدراهم
 والذات غير حالة العقد عن من
 كل وجه وانما اعتبر من مباد
 العقد لضرورة العقد فيجعل
 متعينا بعدة مما 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 ربا الا هاهو هاه
 وهو والمعقول المتقدم
 مراد بقوله لما ذكرنا بخلاف
 بيعه بجنسه مجازفة فانه
 لا يجوز اذا لم يعرف المتعاقدان
 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 له منه ولا شيء سوى الثمن فيجعل كل واحد
 منه 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 زفر رحمه الله صحة بيع الثوب لان الثمن في بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف لان التقدير لا يتعين
 فاضافة اليه قد ادى بدل الصرف كعدم اضافته فيجوز كما يجوز شراء ثوب بدراهم بصفة هو هذا 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 بقوته فكان شرط انقضاء ثمن الثوب
 من بدل الصرف شرطا فاسد فمتمتع الجواز لا سقط الثمن به كذا ذكر غير واحد ولا يخفى كثرة ما ذكرنا
 في عدم تعيين النقد في البيع من انه لو أشار الى دراهم وعينها كان له أن يبيعها ويدفع غيرها وحاصل
 شراء الثوب ببديل الصرف ليس الاتعيين الثمن الدراهم فلو كان ذلك شرطا فاسد ما منع الجواز بطل
 ما ذكرنا في عدم تعيين الدراهم في البيع وكان كلما تعينت الدراهم فسد البيع لانه لا يتعين لاجرم
 أن المصنف انما أجاب بأن الثمن في باب الصرف مبيع لاستدعاء المبيع مبيعا ولا مبيع فيه سوى الثمن
 فكان كل ثمن من مبيع مبيعا وثمان وجهه به بدل الثوب وعنه يبيع 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 تعيين
 بدل الصرف مما جاز أن يعطى من غيره ولا شك أنه يقول بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض فاذا قال
 بصحة بيع هذا الثوب لعدم تعيين فقد بطل الصرف في عهده كان بالضرورة فان لا بان البيع انعقد موجبا
 دفع مثله ويكون تسمية بدل الصرف تقدير الثمن الثوب سواء مبيعا أو متعينا لانه انما يلزم بيع
 المبيع قبل القبض اذا لم تسلمه بعينه وليس هنا هكذا فان كان هذا واقعا لم ينتهض ما دفع به المصنف من
 ذلك بل يجب صحة بيع الثوب واعطاء ثمن يملكه البائع ولما لم يمكن تعليق بائع الثوب بدل الصرف لزم
 بالضرورة اعطاء غيره وهكذا نقل القدوري عنه أعني أن البيع الثاني جائز يكون ثمن المبيع مثل الذي
 في ذمة 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 وتظير النهاية بغاصب
 الدراهم اذا اشترى وأشار اليها ودفع منها حيث يحرم الانتفاع بذلك المبيع حينئذ غير مطابق لان اجازة
 بيع الثوب على ما قررنا بأن يدفع مثل بدل الصرف لانفسه (قوله ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة)
 وكذا سائر الاموال الربوية بخلاف جنسها كالحنطة بالشعير 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 ربا الا هاهو هاه

موهوم والموهوم في هذا الباب كالمحقق والنبى صلى الله عليه وسلم لم يرد المماثلة في علم الله لانه لا سبيل الى ذلك وانما اراد المماثلة في علم
 العاقدين ولم توجد وان لم توجد فان كانا وزنا في المجلس وعلم في المجلس تساويهما كان القياس أن لا يجوز لوقوع العقد فاسدا فلا ينتاب
 جائز انكسبهم استحسنوا جوازها لان ساعات المجلس كساعة واحدة

قال المصنف (ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع) أقول ما ثبت بالضرورة بتقدير الضرورة فلا يعتبر في كونه مبيعا فيما اذا
 جعل في مقابلة الثوب كما لا يخفى ويؤيد ذلك ما سجد في بيع الدراهم الغالبة الغش عليه ما متفاضلا حيث شرط القبض في المجلس (قوله
 اذا كانت دينيا) أقول وقابلها مبيع

وقال زفر رحمه الله اذا غلب التساوي بالوزن جاز سواء كان في المجلس أو بعده لان الشرط هو المائنة والغرض وجودها في الواقع والجواب ما قلنا ان المراد بها ما هو في قولهما قال (ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة الخ) الجمع بين النقود وغيرها في البيع لا يخرج النقود عن كونها صرفا بما يقابلها من الثمن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقه اطوق فضة فيه ألف مثقال بالثمن متقال ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذي نقد من الفضة لأن قبض حصصه الطوق في المجلس واجب حقا للشرع لكونه بدل الصرْف وقبض ثمن الجارية ليس بواجب ولا معارضة (٣٧٤) بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم الاتيان بالواجب تفريفا للذمة

كما اذا ترك سجدة صلاتية وسها أيضا ثم أتى بسجدة في السهو وسلم تصرف إحدى سجدة في السهو إلى الصلواتية وان لم ينو هاليكون الاتيان بها على وجه العجبة وكذا لو اشتراها بالثمن متقال ألف نسيئة وألف نقد فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز وكذا الوباغ سيفا محلى بمائة درهم وحليته خسون ودفع من الثمن خمسين فان دفع ساكنا عنهما ما جاز البيع وكان المقبوض حصصه الحلية لما ينو ان الظاهر الاتيان بالواجب وان صرح بذكرهما فكذلك لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرج من أحدهما فعمل عليه وانما يخرج من الحلية خاصة فلا كلام

قال (ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقه اطوق فضة قيمته ألف مثقال بالثمن متقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذي نقد من الفضة) لان قبض حصصه الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرْف والظاهر منه الاتيان بالواجب (وكذا لو اشتراها بالثمن متقال ألف نسيئة وألف نقد فالنقد ثمن الطوق) لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز وهو الظاهر منهما (وكذلك ان باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خسون فدفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصصه الفضة وان لم يبين ذلك لساينا وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنها لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما فيصل عليه اظاهر حاله (فان لم يتقاضا حتى افترقا

لكن العادة في مثله أن يقول المارو بنما المراد بالمجلس ما قبل الافتراق فغير بالمجلس عنه (قوله ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقه اطوق فضة فيه ألف مثقال بالثمن متقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا) صرف المنقود إلى الطوق وان لم ينص الدافع عليه وكذا لو قال خذ هذه مني ما صرف أيضا إلى الطوق وضح البيع فيهما تحكيم ظاهر حالهما اذا الظاهر قصدهما إلى الوجه المصحح لان العقد لا يفيد تمام مقصودهما الا بالصحة فكان هذا الاعتبار عملا بالظاهر والظاهر يجب العمل به بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذه الف الف من ثمن الجارية فان الظاهر حينئذ عارضه التصريح بخلافه فاذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق كما اذا لم يقبضه فان قلت ففي قوله خذ هذه مني ما عارضه أيضا قلنا لان المثنى قد استعمل في الواحد أيضا (قال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد من أحدهما) وهو البحر الملح وبمعشر الجن والانس ألم يأتكم رسل منكم وانما الرسل من الانس في مذهب أهل الحق وقال تعالى نسيأحوثهم ما وانما نسيأه فتي موسى (وقال صلى الله عليه وسلم في) قصة (مالئ بن الحويرث وابن عم له اذا سافر عما أذنا وأقيما وانما أراد ان يؤذن أحدهما) وقال تعالى قد أحييت دعوتكما والمراد دعوة موسى الأنة قد قيل ان هرون كان يؤمن على دعائه فاذا صح الاستعمال وكثر وجب العمل عليه لما قلنا واذكرنا من قريب أنه لو كان الفساد بسبب الاجل في العقد وشاع الفساد في الجارية أيضا على قول أبي حنيفة رحمه الله لان الفساد في ابتداء العقد بخلافه عن الافتراق هذا وقد وقع الافراط في تصوير المسئلة حيث جعل طوقها ألف مثقال فضة فانه عشرة أرطال بالمصري ووضع هذا المقدر في العنق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب وعرف من هذا الوجه أن كون قيمتهما مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل الاصل أنه اذا بيع نقد مع غيره بنقد من جنسه لا بد أن يزيد الثمن على النقد المضوم اليه ومثل هذا فيما اذا باع سيفا محلى بمائة وحليته خسون بمائة وخمسين أو بمائة وعشرة فدفع من الثمن خمسين فانه يجب فيه هذه الاعتبارات ولو لم يتقاضا في صورتين حتى افترقا

بطل

فيه وان قال عن ثمن السيف خاصة وقال الاخر نعم أو لا وتفرقا على ذلك انتقض

البيع في الحلية لان الترجيح بالاستهفاف عند المساواة في العقد والاضافة ولا مساواة بعد نصريح من القول قوله ان المدفوع عن السيف فان لم يتقاضا شيئا حتى افترقا

(قوله اذا عرف التساوي بالوزن الخ) أقول فيه بحث فانه اذا لم يوزن أصلا فالعقد محكوم فيه بالجواز كما صرح به الشارح وغيره في المسئلة السيف والحلية فلا وجه لتعليق الجواز بمعرفة الوزن فليتام في جوابه (قوله وان قال عن ثمن السيف الى قوله لان الترجيح الخ) أقول فيه بحث

بطل العقد في الحلية لانه تصرف فيها واما في السيف فان كان لا يتخلص الا بضر فكذلك لعدم امكان التسليم بدونه ولهدا 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 ولكنه 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 يفضي الى الربا والثاني أن يكون وزن المفردة مثل 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 وتوهم الفضل خلافا لغيره فان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فان لم يعلم بحكم مجوازه 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 ما علة للفساد فلا يصلح للترجيح وأجاب شمس الأئمة الكردي رحمه الله بأن مراده أنه اذا كان أحدهما يكفي للحكم فباطنكهما لا الترجيح الحقيقي اذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة قال (ومن باع اناة فضة ثم افتراق الخ) ومن باع اناة فضة أو بذهب وقبض بعض الثمن دون بعض واقترا

بطل العقد في الحلية) لانه تصرف فيها (وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضر) لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر وله- 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 أو لاحتماله وجهة الصحة من وجهه وجهة الفساد من وجهين فترجحت قال (ومن باع اناة فضة ثم افتراقا وقد قبض بعض عنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما) لانه تصرف كله 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 تصرف فيها او يصح في الجارية واما السيف فان كانت الحلية لم يتخلص منه الا بضر ففيه فسد في السيف أيضا لانه لا يمكن تسليمه الا بضر ففيه وله- هذا 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 فأنه من وجهين وهو تجوز الأقلية والمساواة بخلاف الصحة فأنه 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 عما يصلح بنفسه علة للفساد ويحتاج الى الجواب بأن المعنى ان احتمال أحدهما فقط مفيد فكيف اذا احتملا وعلى هذا كل ما اشترى بالفضة فضة مع غيرها أو بالذهب ذهبا مع غيره (قوله) ومن باع اناة فضة بفضة ثم افتراقا وقد قبض بعض عنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما ما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يقبض (لا يشيع) (الفساد) في الكل لانه (طارئ) بعد صحة العقد في الكل بناء على ما هو المختار من أن القبض قبيل 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 عنه وصح فيما قبض واشترى كافي الاناء لانه تصرف فيه وقد وجد شرط بقاء العقد في بعض دون بعض فصح أي بقي صحه في بعض وبطل في آخر وهذا بناء على أن القبض في الجاس شرط البقاء على الجواز فيكون الفساد طارئا فلا يشيع لا يقال على هذا يلزم تفريق الصفقة وذلك فاسدان تفريق الصفقة قبل تمامها لا يجوز وههنا 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 عيب الشركة اذا الشركة في الاعيان المجتمعة تعد عيبا لان تقاضها بالشيء وحده وكان ذلك بغير صنعه فيختار بخلاف صورة الافتراق فان العيب حدث بصنع منه وهو الافتراق لا عن قبض

قال (وان باع قطعة نقره الخ) المراد بالنقره قطعة فضة مذابة فاضافة القطعة الى النقره من باب اضافة العام الى الخاص واذ باع قطعة نقره بذهب أو فضة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لان الشركة فيها ليست ببيع لان التبعض لا يضره بخلاف الاناء قال (ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي رحمه الله (٣٧٦) لا يجوز وعلى هذا اذا باع كرشعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة

والاصل أن الاموال الربوية المختلفة الجنس اذا اشتمل عليها الصنفة وكان في صرف الجنس الى الجنس فسداد المبادلة يصرف كل جنس منها الى خلاف جنسها عند العلماء الثلاثة تصحح الله عقد خلافهما فالان في الصرف الى خلاف الجنس تغير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضية التقابل الانقسام على الشيوع لاعلى التعيين ومعنى الشيوع هو أن يكون لكل واحد من البدلين حظ من جملة الآخر والدليل على ذلك الوقوع فانه اذا اشترى قلبا في سوارا بعشرة وثوب باع عشرة 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 وثوب باع درهم وثوب واقترا من غير قبض فسداد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا

(ومن باع قطعة نقره ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له) لانه لا يضره التبعض قال (ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه) وقال زفر والشافعي رحمه الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كرشعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة ولهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لاعلى التعيين والتغير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوب باع عشرة ثم باعهما مائة لا يجوز 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 وثوب باع درهم وثوب واقترا من غير قبض فسداد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا

نقره ثم استحق بعضها حياث بأخذ الباقي بحصتها (ولا خيار له لانه لا يضره التبعض) فلم يلزم العيب وهو الشركة لا يمكن أن يقطع حصته منها (قوله ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع) (وجعل كل واحد من الجنسين بخلافه) فيعتبر الدرهمان بالدينارين والدرهم بالدينار (وقال زفر والشافعي رحمه الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كرشعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة) أو باع السيف المحلى بفضة بسيف محلى بفضة ولا يدرى مقدار الحلين وكذا درهم ودينار بدرهمين ودينارين (لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغير تصرفه) أي تصرف العاقد (لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لاعلى التعيين) وهو أن يكون كل جزء على الشيوع مقابل لكل جزء على الشيوع فيندرج فيه جنس ذلك الجزء وخلاف جنسه وجزءه جنسه أكثر اذا جزأ دينارين أكثر من أجزاء دينار بالضرورة وليس المعنى أن كل جزء معين مقابل بكل جزء على العموم والا كانت الذرة من الدينار مقابلة لجميع الدينارين والدرهم فلم يبق للذرة ما يقابلها أو يقابل الكل بنفسه أشياء كثيرة وهو اعتبار يمكن لكنه مستنكر وهو أن يقابل الذرة بألف ذرة ثم تكون هذه الالف بنفسها مقابلة للذرة أخرى وأخرى ولانه حينئذ ينتفي الانقسام يادنى تأمل والدليل على أن الانقسام كذا كرنا ما لو اشترى عبدا وجاهية ثوب وقرس ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد في الثوب والقرس جميعا ولو لا أن الانقسام على الشيوع 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 وثوب باع عشرة ثم باعهما مائة صفقة واحدة لا يجوز وان أمكن صرف الربح الى الثوب وحده ليحلوا القلب عن التفاضل وكذا اذا اشترى عبدا بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسة مائة لا يجوز ويفسد 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 وثوب باع درهم وثوب واقترا من غير قبض فسداد الدرهمين ولا يصرف الى الثوب لما ذكرنا فهذه أحكام اجماعية كعادلة على أن تغير الانصرف

ثوب بدرهم وثوب واقترا من غير قبض فسداد البيع في الدرهم ولا يصرف الى الثوب وليس ذلك كله الاما لا يجوز
 ذكرنا أن قضية هذه المقابلة الانقسام على الشيوع دون التعيين فالتعيين والتغير لا يجوز

قوله والدليل على ذلك الوقوع الخ) أقول لا يطابق المشروح (قوله لما ذكرنا ان قضية هذه المقابلة الخ) أقول ذلك في الثالث غير ظاهر
 ذلكس فيه مقابلة الجملة بالجملة فلتماسل

ولنا ان المقابلة المطلقة تحتل مقابلة الفرد بالفرد فكان جازرا لارادته ليعنى ان يكون مرادها انه جازرا لارادته فلان كل مطلق يمتثل
 المقيد للمخالفة ولهذا اذا باع كرحضة بكره فاسد لان الكرك قابل الكرك وفضل الآخر واما وجوب أن يكون مراد افلا نه طر بق متعين
 لتصحح العقد فيجب سلوكه ولئن منع تعيينه لذلك بامكان أن يكون درهم من الدرهم من مقابلة درهم والدرهم الآخر بمقابلة دينار من
 الدينارين والدينار بمقابلة الدينار الآخر فلنا هذا غلط لاننا ما أردنا من الطريق الا الصرف الى خلاف الجنس على أى وجه كان على ان
 فيما ذكرتم تغيرات كثيرة وما هو أقل تغيرا متعين والجواب عن قولهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه أن يقال فيه تغيير
 وصف التصرف أو أصله والاول مسلم ولاننا لم نمنع 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 عي
 مشترك بينه وبين غيره
 ينصرف الى نصيبه تعديما
 لتصرفه وان كان في ذلك
 تغيير وصف التصرف من
 الشيوع الى معين لما كان
 أصل التصرف وهو ثبوت
 الملك في النصف باقيا ثم
 أجاب عن المسائل المستشهد
 بها أما الاولى اعني مسألة
 المراجعة في قوله 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 فلم يبينه
 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 ولعله يجوز
 ان يقال ان ذلك في المساومة
 أما اذا مر حاذ كالمراجعة
 فالتغيير الى التولية في أصل

ولنا ان المقابلة المطلقة تحتل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وان طر بق متعين لتصححه
 فيجمل عليه تعديما لتصرفه وفيه تغيير وصفه لأصله لانه يبقى موجبه الاصل وهو ثبوت الملك في
 الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره بصرف الى نصيبه تعديما
 لتصرفه بخلاف ما عدت من المسائل أما 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 بحل للبيع والمعين ضده وفي الاخرة العقد انعقد صححا
 والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء

لا يجوز وان كان يتوصل به الى تصحيحه قال امام الحرمين والمعتمد عندي في التعليل اننا بعدنا بالمعاملة
 تحقيقا وهنالم تحقيق فيفسد العقد قال صاحب الوجيز وللخصم أن يقول تعبدنا بتحقيق المعاملة
 فيما اذا تمحضت مقابلة الجنس بالجنس أم على الأطلاق فان قلت الثاني ممنوع وان قلت الاول
 مسلم وليس صورة ان الالف انتهت ببعض تغيير وحاصله انه أن على تقدير مقابلة الجملة بالجملة
 والجزء الشائع بالشائع لا يقتضى الربا والفساد وانما يقتضيه لو كان التفاضل لازما حقيقة وذلك
 لا يكون الا اذا قبل معين معين وتفاضلا وحينئذ لا حاجة في التصحيح الى التوزيع وصرف كل
 الى خلاف جنسه عينالكن الاصحاب اقتضوه بناء على أصلي اجامعي وهو أن مهما أمكن تصحيح تصرف
 المسلم العاقل يرتكب وله نظائر كثيرة ولهذا يحمل كلامه على الجواز وترك حقيقة اذا كان لا يصح
 على تقديره ويدرج في كلامه زيادة لم يتلفظ به اذا كان لا يصح الا بذلك كأنهم نظر والى أن المقابلة على
 وجه الشيوع ان لم تقتض حقيقة الربا استلزم شبهة وشبهة الربا معتبرة كحقيقته فقالوا العقد كذلك انما
 ينتضى مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل ولا الفرد بالفرد من جنسه أو من خلاف جنسه لان اللفظ
 مطلق غير متعرض لو احدهم من الكن مع عدم الاقتضاء يمتثل مقابلة الفرد بالفرد وهو الجنس المعين هنا
 بجنس معين بدليل أنه يصح تغييره فانه لو قال بعث هذين الدرهمين والدينارين ودرهم على معنى
 أن الدرهمين بالدينارين والدينارين بالدرهم صح وهو طريق متعين للتصحيح فوجب حله عليه وعلى هذا
 التقدير لا حاجة الى قول المصنف وفيه تغيير وصف العقد كما نه نظر الى أن الظاهر هو مقابلة الجملة بالجملة
 شأنها لأصله لانه يبقى موجبه وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار كما انفقنا عليه فيما اذا باع
 نصف عبد مشترك بينه وبين غيره بصرف الى نصيبه تعديما لتصرفه بخلاف المسائل المذكورة فان
 عدم الصرف فيها لعدم الامكان والتعيين أما مسألة المراجعة فعدم الصرف لانه يتغير أصل العقد اذا
 يصير تولية في القلب واعتراض بأن مقتضى ما تقدم من وجوب حمل المنقضي على الواحد في مسألة الطوق

(٤٨ - فتح القدير خامس) العقد لافي وصفه وأما الثانية فبقوله 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 بحل للبيع والمعين ضده والشئ لا يتناول ضده وأما في الاخرة فان العقد قد انعقد صححا وفسد حاله البقاء بالافتراق
 بلا قبض وكلامنا في الابتداء يعني ان الصرف الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء وهو في الابتداء صحح

(قوله فلان كل مطلق يمتثل المقيد الخ) أقول فيه بحث (قوله فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن) أقول لعل مراده هو المنع
 القوي فلا يرد انه بول الى مقابلة المنع بالمنع

والجارية أن يحمل قوله بعتم ما بعثتم من مائة مائة عشرة أن يحمل فيهما على أحدهما يعني الثوب
 كما حل قوله خذ هذه الألف من ثمنهما على ثمن أحدهما وهو الطوق وكون الطوق لم يصرف مائة لا يضر
 إذ يصدق أن العقد مائة بنسبة الربح في بعض مبيعات الصفقة الواحدة وفي المسئلة الثانية وهو
 ما إذا باع عبد اشتراه 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 للثوب من اشتراه منه بأقل مما اشتراه منه ونقض بأن طريق الصحة 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 أجيب بأن التغيير ما يمكن تقليده متعين وتصحيح التصرف مع قلة
 التغيير لا يكون إلا بما قلنا متعينا بخلاف ما فرض فيه ثلاث تغييرات وأيضا فان الذي
 ادعيناها طريقها متعينا هو صرف الجنس إلى خلاف الجنس كيف كان لا بخصوص ذلك الطريق وما
 ذكرتم من ذلك ومن أن أن يصرّف 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 التام عدد انما يمنع الجواز إذ لم يكن لاحد الوجوه ترجيح بل تساوت لأنه حينئذ يلزم الترجيح
 بلا مرجح فتتساوى الوجوه فيمتنع أما إذا كان فلا وفيما اعتبرناه ذلك لان العقد ورد على اسم الدرهم
 والدرهمين فلا يغير عنه ونحن أسلفنا في أصل هذا الأصل نظرنا في جواز ثبوت الشيء بعمل
 مستقلة اجتمعت دفعة وأما في المسئلة الثالثة وهي ما إذا جاع بين عبده وعبده غيره وقال بعثك أحدهما
 فلان البيع أصيب إلى المنكر وهو ليس بعمل للبيع لجهالتيه ولأن المبيع ضده فلا يحمل الشيء على
 ضده فليس بشيء لان المعرفة مما صدقات النكرة فان زيدا يصدق عليه رجل ولا شك انه يحتمل
 فيجب حله عليه وقد قال أبو حنيفة في قوله عبدى أو جارى حرانه يفتق العبد ويجعل استعارة المنكر
 للمعرفة وكذا ما قيل ان تصحيح العقد يجب في محل العقد وهو لم يضاف إلى المعين واعلم أن ما أورد على
 دفع النقوض المذكورة ان لحظه جواب فذلك والألف لا يضرك النقض في اثبات المطلوب انفايته
 أنه 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 درهم ما وثوب بدرهم وثوب واقتربا لاقبض 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 فيصرف الجنس إلى خلاف جنسه ليقى صححا كما يصرّف لبنه قد
 صححا والمقتضى واحد فيه ما هو الاحتمال للصحة قلنا الفساد هناك ليس طريقه متعينا ولا مطلقا
 ليجب اعتبار الصرف من أول الامر بل يتوهّم لان الظاهر أنه ما يتقايضان بعد ما عقد قبل الافتراق
 فلا يحتاج إلى ذلك الاعتبار وأما المسئلة المستشهد بها أولاهي الرجوع في ثمن الثوب والفرس فانما
 تشهد على أن المقابلة للجملة بالجملة على الشيعون ونحن نقول هو الأصل وانما قلنا إذا كان تصحيح
 العقد يحصل 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 البدين
 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 مثاله باع
 عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد فان الخمسة بالخمسة والخمسة الاخرى بازا ما لدينار وكذا

قال (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار الخ) المسئلة المتقدمة كان البدلان فيها جنسين من الاموال الربوية وفي هذه
 أحدهما وهي صححة كالأولى وتكون العشرة بمنئها 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 الجائز دون الفاسد قال (ولو
 تباعافضة بفضة الخ) ولو باع عشرة دراهم وشيا معه بخمسة عشر درهما فاما (٣٧٩) أن يكون بماله قيمة أو لا والأول اما أن

تبلغ قيمته الفضة أو لافان
 كان مما لا قيمة له كاتراب
 مثلا لا يجوز البيع لان الزيادة
 لم يقابلها عوض فتحقق الربا
 وان كانت قيمته تبلغ الفضة
 كسوق بساوي خمسة جاز
 بلا كراهة وان لم تبلغ فهو
 جائز مع الكراهة ككف
 من زبيب أو جوزة أو بيضة
 والكراهة احواله احتمال
 اسقوط الربا فيصير كبيع
 العينة في أخذ الزيادة بالحيلة
 واما لانه يقضى الى أن يألف
 الناس فيستعملوا ذلك فيما
 لا يجوز فان قيل فالمسئلة
 المتقدمة مشتملة على
 ما ذكرت ولم تذكر فيها
 الكراهة أحيب 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 أن
 السؤال ساقط لان الكراهة
 انما هي للاحتيال اسقوط
 ربا الفضل وهو لا يتحقق في
 المسئلة المتقدمة لان فيها
 الظاهر من حاله ارادة

قال (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة بمنئها 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 فيما (ولو تباعافضة بفضة أو ذهباً بفضة أو ذهبا بذهب) ومع أقلهما
 شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كاتراب
 لا يجوز البيع) لتحقق الربا بالزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا قال (ومن كان له على آخر عشرة
 دراهم فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بعشرة دراهم ودفع الدينار وبقاها العشرة بالعشرة فهو جائز)

لو قابل جنسين يجنسين كما في مسئلة الكتاب انتهى ونظير المسئلة المذكورة المسئلة التي تلي هذه وهي
 (قوله ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع) وتكون العشرة بمنئها والدينار
 بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل وهو بذلك فيبقى الدرهم بالدينار وهو ما جنسان ولا يعتبر
 التساوي بينهما ما تم فرغ المصنف فرعا بين فيه أن بعض هذه البياعات وان كانت جائزة في الحكم فهي
 مكروهة فقال (ولو تباعافضة 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 أو أقل بقدر يتغابن فيه فالبيع جائز
 من غير كراهة وان لم يكن فهو جائز مع الكراهة كأن يوضع معه كف من زبيب أو فلسين وقيل لمحمد
 كيف تجده في قلبك قال مثل الجبل ولم تروا 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 ألفت الناس التفاضل واستعملوه
 فيما لا يجوز وهكذا كفي المحيط أيضا وقيل انما كرهه لانها بانها الحيلة لسقوط الربا كبيع
 العينة فانه مكروه لهذا وأورد لو كان مكروها كان البيع في مسئلة الدرهمين والدينار بدرهم
 ودينارين وهي المسئلة الخلافية مكروها ولم يذكره أحيب بأنه انما يذكر الكراهة هناك لانه وضع
 المسئلة فيما اذا كان الزائد ديناراً 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 قيمته قيمة الدينار
 ولا تنقص بقدر يتغابن فيه فالعقد مكروه بالنظر الى الطرف الآخر والذي يقتضيه النظر أن يكون
 مكروها اذا لفرق بينه 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 ما لا قيمة له ككف من تراب لا يصح لانه
 لم يقابل الزيادة مال (فرغ) اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لانه ان لم يظهر في التراب شيء فظاهر
 وان ظهر فهو بيع الفضة بالفضة مجازفة ولهذا لو اشترى تراب فضة لا يجوز لان البدلين هما الفضة
 لا التراب ولو اشترى تراب ذهب أو نذهب حازل عدم لزوم العلم بالمائل لاختلاف الجنس فلو ظهر أن
 لا شيء في التراب لا يجوز وكل ما جاز فاشترى التراب بالخير اذا رأى لانه اشترى ما لم يره (قوله) ومن له على آخر
 عشرة فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بعشرة وقبض الدينار) فان كان أصناف الى العشرة الدين جاز

المباداة بخلاف هذه المسئلة فان ارادة المباداة بين حقنة من زبيب والفضة الزائدة ليست نظاهرة (قوله) ومن كان له على آخر عشرة دراهم الخ
 مسئلة يبين بها بيع النقد بالدين وهو على ثلاثة أقسام لانه اما أن يكون سابقاً ومقارناً ولاحقاً فان كان سابقاً وقد أضاف اليه العقد كما اذا
 كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة ديناراً 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 أضاف اليه العقد
 فالأقسام اثنان سابق ومقارن وان اعتبر ما وقع به المقاصة فكذلك سابق ولاحق فلا وجه لجعله ثلاثة

لانه مله بائدا عن الدينار عا به ما في الباب ان هذا عقد صرف وفي الصرف يستلزم قبض احد العوضين احتراز عن الكالتي بالكالتي ويستلزم قبض الاخر احتراز عن الربا وذلك لان قبض احد البديلين حصل الامن عن خطر الهلاك فلولا قبض الاخر كان فيه خطر الهلاك لان الدين في معنى التأدي فيلزم الربا وهذا معدوم فيما نحن فيه لان الدينار نقد وبده وهو العشرة سقط عن بائع الدينار حيث سلم له فلم يبق له خطر الهلاك وحاصله ان تعين احد البديلين بعد قبض الاخر للاحتراز عن الربا ولا ينافي دين بسقط وانما هو في دين يقع الخطر في عاقبته وان كان مقارنا بان اطلق العقد ولم يضاف الى العشرة التي عليه ودفع الدينار فاما ان يتقاضا ولا فان كان الثاني لم تقع المقاصة ما لم يتقاضا بالاجماع وان كان الاول جاز ووقعت المقاصة استحسانا والقياس ينقيه وبه قال زفر رحمه الله لانه استبدل بمبدل الصرف وهو لا يجوز كمالواخذ بمبدل الصرف عرضا ووجه الاستحسان انه يجب بهذا العقد عن واجب التعيين بالقض لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق بقوله عليه الصلاة والسلام يبدأ بدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة بين العين والدين لان بذل الصرف واجب التعيين بالقض والدين قد سبق وجوبه لكم ما اذا قدما على المقاصة بتراضيهما لا بدعته من تصحيح ولا صحة لهامع بقاء عقد الصرف فتجعل المقاصة متضمنة لفسخ الاول والاضافة الى الدين الذي كان عليه ضرورة اذ لو لا ذلك كان استبدال الابدل الصرف وهو لا يجوز وعلى هذا كان الفسخ تابعا بالاقضاء ولهما ذلك لانهما فسخ اصل العقد فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء أصله بالطريق الاولى وهو نظير ما اذا تباعا بألف ثم بألف وخمسمائة وفيه بحث من أوجه الاول ان عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصة لما وقعت اذا أضف العقد الى الدين السابق الثاني ان الثابت بالاقضاء يجب ان يثبت على وجه لا يبطل به المقتضى واذا ثبت الفسخ المقتضى بطل المقتضى وهو المقاصة لانه يقتضى (٣٨٠) قيام العشرة الثابتة بالعقد وقدفات بالفسخ الثالث ان العدة لو فسخ للمقاصة وجب قبض

الدينار على البائع بحكم الافالة لان الافالة 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 بان المقاصة تقتضى قيام العقد وهو موجود لانها لما ابطال عقد الصرف صار كأنها عقدا جديدا فتصح المقاصة به وعن الثالث بان الافالة ضمنية ثبتت في

ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد عن يجب عليه تعيينه بالقض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس المبيع لعدم المجانسة فاذا تقاضا 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 الاقضاء كما اذا تباعا بألف ثم بألف وخمسمائة وبخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقضاء اتفاقا ويجب بهذا العقد عشرة ثم لا يجب تعيينه بالقض لان تعين أحد البديلين في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الاخر لدفع الربا بالتساوي وقد اندفع الدين بالدين في هذه الصورة بقبض أحد العوضين وهو الدينار والقض الذي يقع منه التعيين في البديل الاخر قد تحقق سابقا فعند الاضافة الى ذلك المقبوض يحصل به المقصود من المماثلة بين البديلين وهو كون كل منهما مقبوضا قبضا يحصل به التعيين بخلاف ما اذا لم يضاف اليه لان موجب العقد حينئذ عشرة مطلقة لا يلزم أن تكون هذه العشرة الدين ولذا قال زفر رحمه الله فيما اذا باعه المديون بالعشرة دينار بعشرة وهي مسئلة

ضمن المقاصة جاز ان لا يثبت لمثل هذه الافالة حكم البيع وزفر رحمه الله حيث لم يقل بالاقضاء 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 انه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اني أكرى ابلا بالمبيع الى مكة بالدرهم فأخدمكها ذنابا وقال بالعكس فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس بذلك اذا افرقتما وليس بينكما عمل فالجواب انه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة على انها كانا بضيفان العقد الى الدين الاول او الى مطلقة فلم يكن فاطعا حتى يلتزمه زفر

(قوله ويستلزم قبض الاخر احتراز عن الربا وذلك الخ) أقول أشار بقوله ذلك الى الربا (قوله بان اطلق العدة الخ) أقول فانه اذا اطلق يكون بدل الدينار وهو العشرة دينار في ذمة المشتري مقارنا للعقد فان الفرض انه لم يتقبل تقاضا (قوله ما لم يتقاضا) أقول هذا زائد (قوله بقوله عليه الصلاة والسلام يبدأ بدين) أقول الاولى أن يقول لقوله عليه الصلاة والسلام هامع وهما فان لفظ الحديث الدال على وجوب قبض العوضين في المجلس في بيع الذهب بالفضة وعكسه على ما رواه المصنف هذا الا أن 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 الثالث في صحة المقاصة في هذه الصورة فاعلم أن في الاضافة الى الدين لا يتعين الدين ولهذا اذا تصادقا أن لا يبطل العقد كما يجبي وفي كتاب الوكالة فيمكن الاطلاق والتقييد سواء لم يتأمل قال المصنف (على ما بينه) أقول قال الاتقاني اشارة الى قوله فكفى ذلك للعبور انتهى وفيه بحث (قوله فالجواب انه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة الخ) أقول الاطلاق وترك التفصيل في موضع يحتاج اليه يكن لهجة الاستدلال

وان كان لاحقا بان اشترى دينار بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم ان اشترى الدينار باع تو با من باع الدينار بعشرة دراهم ثم اراد ان يتقاصا نفسه روايتان في رواية ابي سليمان وهي التي اختارها فخر الاسلام وقال المصنف في اصح الروايتين تقع المقاصة وفي رواية ابي حفص واختارها شمس الائمة وقاصصان لاتقع المقاصة لان الدين لاحق والنبي صلى الله عليه وسلم جوز المقاصة في دين سابق بحديث ابن عمر رضي الله عنهما ووجه الاصح ان قصدهما المقاصة يتضمن الانقاسخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فيكون الدين حينئذ سابقا على المقاصة هذا هو الموعود من الجواب عن السؤال الاول وهو ليس بدافع (٣٨١) كما ترى الا اذا اضيف ان القياس يقتضى أن لاتقع المقاصة

بين الدين والعين أصلا لعدم المجانسة الا انه استحسن ذلك بالاثر ويقوى هذا الوجه ان الدين لاتعين بالتعيين كما تقدم فالملكي والمقيد منه سواء وقد وقعت المقاصة اذا اضيف الى الدين السابق بالاتفاق فكذا باللاحق بعد نسخ العقد الاول والا لكان الدين يتعين بالتعيين وذلك خاف أو يقال المراد بعدم المجانسة عدم كونها موجبي عقد واحد فاذا اضيف الى الدين السابق تجانسا واذا اضيف الى دين مقارن عدم المجانسة بين العين والدين السابق وانما المجانسة حينئذ بينهما وبين الدين المقارن وهذا أوضح قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهم غلة الخ) الغلة من الدراهم هي المقطعة التي في القطعة منها قيراط أو طوبج أو حبة فدها بيت المال لازيافتها بل لا يكونوا قطعوا يأخذها التجار وبيع درهم صحيح ودرهم غلة بدرهمين

وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك في اصح الروايتين لتضمنه انقاسخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فكيف ذلك للجواز قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهم غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) والغلة ما يرد بيت المال ويأخذها التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجوده قال (واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياذ حتى لا يجوز بيع الخالص منها ولا يبيع بعضها ببعض المتساوي في الوزن وكذلك لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا) لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لاتنطبع الامع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي منه الكتاب ثم تقاصا لا يجوز لان موجب ذلك العقد عشرة مطلقة فلا تصير تلك العشرة المعينة ونحن نقول موجب العقد عشرة مطلقة تصير معينة بالقبض وبالاضافة بعد العقد الى العشرة الدين صارت كذلك غير انه بقبض سابق كما ذكرنا ولا يبالي به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة وعلى هذا التقرير لا حاجة الى اعتبار نسخ العقد الاول بالاضافة الى العشرة الدين بعد انعقد على الاطلاق بخلاف ما لو باع بألف ثم بألف وخمسمائة فان الفسخ لازم لان أحدهما لم يصدق على الآخر بخلاف العشرة مطلقا مع هذه العشرة للصدق لان الاطلاق ليس قيما في العقدية والالم يكن قضاؤها أصلا لا لا وجود للمطلق بقيد الاطلاق وعلى ذلك مشاوتنقر به أنهم لما تغيرا موجب العقد فقد قضاه الى عقد آخر اقتضاه ولم يبق زفر بالاقتضاء ولذا لم يبق في أعتق عبدك عنى بألف أنه يقع عن الامرا اذا أعتقه المالك لم ينسخ فلا يتحول حكمه (وهذا اذا كان الدين سابقا) على بيع الدينار (فان كان لاحقا) قبل الانقراض والمسئلة بحالها بان عقد على الدينار بعشرة ثم باع مشتري الدينار من بائعه تو با بعشرة ثم قاصصه بمن الدينار عنهما في رواية لا يصح والاصح أنه يصح ما ذكرنا من حصول المقصود وعلى ما ذكر المصنف من حصول الانقاسخ والاضافة الى الدين بعد تحققه وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشتري أو غضب منه فقه صدق قاصصا ولا يحتاج الى التراضي لانه قد وجد منه القبض (قوله ويجوز بيع درهمين صحيحين ودرهم غلة بدرهم غلة ودرهم صحيح والغلة ما يرد بيت المال) لان الزيادة بل لانها دراهم مقطعة مكسرة تكون في القطعة ربع وغن وأقل وبيت المال لا يأخذ الا العالي وانما جازل للمساواة في الوزن والجوده فالصحة ساقطة الاعتبار لان الجوده في الاموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة (قوله واذا كان الغالب الخ) الدراهم والدنانير اما ان يكون الغالب عليها الذهب والفضة والغش أقل أو الغالب الغش والذهب والفضة أقل أو متساويين فان كان الغالب الذهب في الدنانير والفضة في الدراهم فهما كالذهب الخالص والفضة الخالصة اعتبارا للغالب لانهم اعلى ما قيل فلما تنطبع الا بقليل غش (وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي منه)

صحيحين ودرهم غلة جائز لوجود المقضى وانتفاء المانع أما الاول فله صدوره عن أهله في محله مع وجود شرطه وهو المساواة وأما الثاني فلا ن المانع ان تصورهما في الجوده وهي ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس قال (وان كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم الخ) الاصل ان النقود لا تخلو عن قليل غش خلفه أو عادة فالاول كما في الردي هو الثاني ما يخلط للانطباع فانها بدونها تنفت فاذا كان كذلك يعتبر الغالب لأر المغلوب في مقابلة الغالب كالمثل فاذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب كانا في حكم الفضة والذهب يعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياذ لا يجوز بيع الخالص منها ولا يبيع بعضها ببعض المتساوي في الوزن

(قوله ويقوى هذا الوجه) أقول أي وجهه الاصح

(وان كان الغالب عليه ما الغش فليس في حكم الدراهم والدنانير) فان اشترى بها انسان فضة خالصة فان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المشوشة أو أقل أو لا يدري فالبيع فاسد وان كانت أكثر من ذلك وهي الوجوه المذكورة في حلية السيف (وان بيعت بجنسهما متفاضلا جاز صر فالجنس (٣٨٣) الى خلاف الجنس وهي في حكم فضة وصفر) (قوله ولكنه صرف) جواب عما يقال

اذ صرف الجنس الى خلاف
الجنس فلا يكون صرفا فلا
يبقى التفاضل شرطا ووجه
ذلك ان صرف الجنس الى
خلاف جنسه ضرورة صحة
العقد والثابت بالضرورة
لا يتعدى بقية العقد فيما
وراء ذلك صرفا (واشترط
القبض في المجلس لوجود
الفضة من الجانبين واذا
شترط القبض في الفضة
يشترط في الصفر لانه لا يتميز
عنه الا بصغر) وهذا يشير
الى أن الاستهلاك انما
يحقق عند عدم التمييز
قال المصنف رحمه الله
(ومشايخنا) يريد به علماء
ما وراء النهر (لم يفتوا بجواز
ذلك) يعني التفاضل (في
العدي والغطارفة) أي
الدراهم الغطارية وهي
المنسوبة الى غطريف بن
عطاء الكندي أمير خراسان
أيام الرشيد وقيل هو
خاله رون الرشيد (لانها
أعز الاموال في ديارنا فلو
أبيع التفاضل فيه) أي لو
أفتى باباحتها (تدرجوا الى
الفضة والذهب بالقياس) ثم
المعتبر في المعاملات به المعتاد
(فان كانت تروج بالوزن
كان التبايع والاستقرار

فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فهم فيها بالعد وان كانت تروج به ما قبل واحد منهما حيث لم يكن (وان
منصوصا عليها ثم هي مادامت تروج تكون أثمانا لاتعين بالتعين) فان هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله
(قوله وهذا يشير الى أن الاستهلاك انما يحقق عند عدم التمييز) أقول تحقيقه في النهاية ثم أقول وجه الاشارة لا يحصل عن خلفه ثم قوله
اليان الاستهلاك أي استهلاك المغلوب من الفضة والصفر

(وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين) كل صاخر واستوفى ويطل العقد بلا كها قبل التسليم إذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم وان لم يعلم أو لم يعلم أحدهما أو علما ولكن لم يعلم كل منهما أن صاحبه يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرابحة في ذلك البلد الذي عليها معاملات الناس دون المشار اليه (وان كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زوفان علم البائع خاصة لانه رضى بجنس الزوف وان لم يعلم لم يتعلق العقد بجنسها من الجياد لعدم الرضا منه بالزوف وإذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل النقد فترك الناس المعاملة (٣٨٣) به ابطال العقد عند أبي حنيفة

وقال أبو يوسف ومحمد لم يبطل وعليه قيمتها لكن عند أبي يوسف قيمته يوم البيع وعند محمد آخر ما تعاضل الناس به والمصنف فسر الكساد بترك الناس المعاملة به ولم يذكر انه في كل البلاد أوفى البلد الذي وقع فيه العقد ونقل عن عيون المسائل أن عدم الرواج انما يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج في جميع البلدان لانه حينئذ يصيرها كالكا ويبقى البيع بلائعن وأما اذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك لكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء قال أعط مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء أخذ قيمة ذلك دينارين قالوا وماذا كرفى العيون يستقيم على قول محمد وأما على قولهما فلا يستقيم وينبغي أن يكتبى بالكساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلاس بالفلسين

وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وإذا كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زوفان كان البائع يعلم بجمالها التحقق الرضا منه و بجنسها من الجياد ان كان لا يعلم الرضا منه (وإذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف رجحهما الله عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رجح الله قيمتها آخر ما تعاضل الناس بها) اهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع وأنه اذا بقي العقد وجبت 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 يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقى

(وان كانت غير رابحة فهي سلعة تتعين بالتعيين) ويطل العقد بلا كها قبل التسليم وهذا اذا كانا يعلمان بجمالها ويعلم كل من المتعاقدين أن الآخر يعلم فان كانا لا يعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرابحة في ذلك البلد لا بالمشار اليه من هذه الدراهم التي لا تروج وان كان يقبلها البعض ويردها البعض فهي في حكم الزوف والنهر جرة فيتعلق البيع بجنسها لا بعينها كما هو في الرابحة لكن يشترط أن يعلم البائع خاصة ذلك من أمرها لانه رضى بذلك وأدرج نفسه في البعض الذي يقبلونها به وان كان البائع لا يعلم يتعلق العقد على الاروج فان استوت في الرواج جرى التفصيل الذي أسلفناه في أول كتاب البيع وتعيين المصنف الجياد تساهل (و) من أحكام هذه الدراهم التي غلب غشها انه (لو اشترى سلعة بها فكسدت) أي قبل قبضها (بطل البيع عند أبي حنيفة) فان كان المبيع قائما مقبوضا رده وان كان مستهلكا أو هالكا رجح البائع عليه بقيمته ان كان قيما مثله ان كان مثليا وان لم يكن مقبوضا فلا حكم له هذا البيع أصلا 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 المغصوب اذا هلك ان عليه قيمته يوم الغصب لانه يوم تحقق السبب (وقال محمد عليه آخر ما تعاضل الناس بها) وهو يوم الانقطاع (لانه وان الانتقال الى القيمة) وفي المحيط والتمهة والحقايق به يبقى رقبا 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) شيئا (فانقطع) في (أوانه) بأن لا يوجد في الاسواق لا يبطل اتفاقا ويجب القيمة أو ينتظر زمان الرطب في السنة الثانية فكذا هنا (ولا يوجب حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد) لان مالسة الفلوس والدراهم الغالبة الغش (بالاصطلاح) لا يابطلقة (وما بقى) الاصطلاح بل انتفى فانتهت الثمنية

عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بهض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكل فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضا (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 يهلك بالكساد لان الدراهم التي غلب غشها ما جعلت ثمنيا 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 فلنأمل

بقي بعا بلائع وهو باطل) لا يقال العقد تناول عنها وهو باق بعد الكساد وهو مقدور التسليم لاننا نقول ان العقد تناولها بصفة التمنية
 لانها مادامت رائجة فهي تثبت ديننا في الذمة وبالكساد ينهدم منها صفة التمنية وصفة الثمنية في الفلوس والدرهم المغشوشة التي غلب
 غشها كصفة المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية بملاك المبيع قبل القبض أو بتخمر العصور فسد البيع فكذا هذا والجواب عن
 الرطب أن الرطب مرجو الحصول (٣٨٤) في العام الثاني غالباً لم يكن حال الكامن كل وجه فلم يبطل ولكنه يتغير بين الفسخ

والصبر الى أن يحصل أما
 الكساد في الدرهم المغشوشة
 التي غاب عليها غشها فهلاذ
 التمنية على وجه لا يرجي
 الوصول الى غنيتها في ثاني
 الحال لان الكساد أصلى
 والشئ اذا رجع الى أصله
 فلما ينتقل عنه واذا بطل
 المبيع فان لم يكن المبيع
 مقبوضاً لا حكم لهذا البيع
 أصلاً وان كان مقبوضاً فان
 كان قائماً وجب رده بعينه
 وان كان هالكا أو مستهلكا
 فان كان مثليا وجب رد مثله
 وان كان قيمياً وجب رد قيمته
 كما في البيع الفاسد هذا
 حكم الكساد وحكم
 الانقطاع عن أيدي الناس
 كذلك واليه أشار المصنف
 رحمه الله بقوله وعند محمد
 يوم الانقطاع وان كان صدر
 البحث بالكساد وأما اذا
 غلبت بأزيد القيمة أو
 نقصت القيمة بالرخص فلا
 معتبر بذلك فالبيع على حاله
 ويبطل به بالدرهم بذلك
 العيار الذي كان وقت البيع
 قال (ويجوز البيع بالفلوس
 الخ) البيع بالفلوس جائز لانه
 مال معلوم أي معلوم قدره

فبقي بعا بلائع فيبطل واذا بطل المبيع يجب رد المبيع ان كان قائماً وقيمتها ان كان هالكا كما في البيع
 الفاسد قال (ويجوز البيع بالفلوس) لانها مال معلوم فان كانت نافقة جازا لبيعها وان لم تتعين
 لانها أثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لئلا تسالغ فلا بد من تعيينها
 (فبقي بعا بلائع) بخلاف النقدين فان ماليتها ما بالخالقة لا بالاصطلاح كالية العبد لما كانت بالحياة ذهبت
 بذهاب الحياة لا يقال فلتنصر مبيعة اذا انتفت غنيتها لاننا نقول تصير مبيعة في الذمة والمبيع في الذمة
 لا يجوز لافي السلم واعترض في بعض الحواشي بأن انتفاء غنيتها واجب أنه يصير بيع مع 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 بدراهم كذا وكذا غلب غشها
 وهذا لا يجب أنه يصير بيع مع مقايضة اذا كسدت قبل القبض وليس في صورة المسئلة أحضر الدرهم
 وأشار اليه بعينها بل باعها على غط ما يباع بالائمان وهذا لان الفرض أن البيع وقع حال رواجها أثماناً
 وانما كسدت بعده قبل القبض فلم ينهه هذا المعترض لصورة المسئلة فلم يثبت لزوم كونه بيعاً بلائع ثم
 شرط في العميون أن يكون الكساد في سائر البلاد ولو كسد في بعض البلاد دون البعض لا يبطل عند أبي
 حنيفة لانها لم تهم لذلك يصير البيع بلائع ولكن تعينت فيكون البائع بالخيار ان شاء أخذ مثل النقد الذي
 وقع عليه البيع وان شاء أخذ قيمته دنائراً قالوا وما ذكر في العميون على قول محمد وأما على قوله ما فلا وينبغي
 أن يفتى في البيع بالكساد في تلك البلاد التي وقع فيها البيع بناء على اختلافهم في بيع الفلاس بالفلسين
 عندهما ويجوز اعتبار الاصطلاح لبعض الناس وعده محمد لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكل فالكساد يجب أن
 يكون على هذا القياس أيضاً وما ذكرناه في الكساد مثل في الانقطاع والفلوس النافقة اذا كسدت كذلك
 هذا اذا كسدت أو انقطعت فلولا كساد لم تنقطع ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله
 بالاجماع ولا يتخير البائع وعكسه لو غلت قيمتها وازدادت فالبيع على حاله ولا يتخير المشتري ويطلب بالنقد
 بذلك العيار الذي كان وقت البيع والجواب عن البيع بالرطب ان الرطب مرجو الوصول في العام الثاني
 غالباً فكان له مظنة يغلب ظن وجوده عندها بخلاف الكساد فانه ليس له مظنة محققة الوجود في زمن
 خاص يرجى فيها بل الظاهر عدم العود لان الأصل في غالبية الغش الكساد وعدم التمنية والشئ اذا رجع
 الى أصله فلما ينتقل عنه وفي الخلاصة عن المحيط دلالة باع متاع الغير بغير اذنه بدراهم معلومة واستوفاهما
 فكسدت قبل أن يذمها الى صاحب المتاع لا يفسد البيع لان حق القبض له (قوله) ويجوز البيع
 بالفلوس) لانها نوع من أنواع المال (فان كانت نافقة جازا لبيعها وان لم تتعين) بل لو عينت لاتعين
 وللعاقدين يدفع غير ما عين (لانها) حينئذ (أثمان) كالدرهم حتى لو هلك قبل القبض
 لا يفسخ العقد ويجوز ولو استبدل بها جاز ولو باع فلان يفسخين يجوز على ما سلف في باب الربا ولو باع فلان
 بغير عينه بقلدين باع ما يفسخه الا يجوز لان الفلوس الرائجة أمثال متساوية وضعها لاصطلاح الناس
 على سقوط قيمة الجودة فيكون ربا وان كانت كاسدة فهي مبيعة لا يصح العقد عليها لم تتعين

ووصفه وانما قال كذلك اشارة الى وجوب بيان المقدار والوصف والاشارة اليه ثم انما ما أن تكون نافقة أو كاسدة (واذا
 حالة العقد فان كان الاول جازا لبيع وان لم تتعين لانها أثمان 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 تسالغ

(قوله) لاننا نقول الى قوله فكذا هذا) أقول ولا بد من التأمل في الفرق بين تخمير العصور وانقطاع الرطب حيث يفسد البيع في الاول
 دون الثاني مع ان كليهما مرجو الوصول الى العام الثاني

وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت فهو على الخلف الذي يبيناه في كساد الدراهم المغشوشة قبل نقدها عند أبي حنيفة بطل البيع خلافاً لما قال الشارحون هذا الذي ذكره القدوري من الاختلاف مخالف لما في المسوط 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 إلا ما نقل عن الاسرار وهو ما قيل فيه (٣٨٥) إذا اشترى شيئاً بفلوس في الذمة فكسدت

قبل القبض بطل الشراء عندنا وقال زفر لا يبطل لأنه ليس تحت الكساد إلا العجز عن تسليمه والعقد

لا يبطل بالعجز عن تسليم البديل كما لو أبقى العبد وكالوا سلم في الرطب فانقطع أو أنه وهذا بظاهر قوله عندنا وإن دل على الاتفاق لكن الدليل المذكور لزر رجح الله تعالى لان دليلهما في كساد الدراهم المغشوشة حيث قال الكساد لا يوجب الفساد فجعله مفسداً ههنا يفضي الى التحكم الا اذا ظهر معنى فقهي يعمد عليه في الفرق بينهما ولم أظفر بذلك قال رجح الله (ولو استقرض فلوساً فكسدت) اذا استقرض فلوساً فكسدت يجب عليه رد مثلها عند أبي حنيفة رجح الله (لأنه) أي استقرض المثل (إعارة) كما إن اعارته قرض (وموجب استقرض المثل)

قال المصنف (لأنه إعارة) أقول الظاهر أن يقال لأنه استعارة (قوله لأنه أي استقرض المثل) أقول والاولى عندى ارجاع

(وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة رجح الله خلافاً لهما) وهو نظير الاختلاف الذي يبيناه (ولو استقرض فلوساً نافقة فكسدت عند أبي حنيفة رجح الله يجب عليه مثلها) لأنه إعارة وموجبه

(وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت قبل القبض بطل البيع عند أبي حنيفة خلافاً لهما) وهو نظير الاختلاف الذي يبيناه (أي في الدراهم الغالبة الغش يبطل البيع عنده لأنه ثم يجب قيمتها يوم البيع عند أبي يوسف وعند محمد يوم الانقطاع هكذا ذكر القدوري الاختلاف والذي في الاصل وشرح الطحاوي والاسرار البطلان من غير ذلك خلاف سوى خلاف زفر رجح الله استبدال ما تقدم من انقطاع الرطب المشتري به وابق العبد المبيع قبل التسليم وتخمين العصور المشتري قبل التسليم لا يبطل العقد فيه أو واجب بما تقدم في الرطب وأما العبد فغالبته لم يبطل بالباقي بل هو مال باق حيث هو وانما عرض العجز عن التسليم وكذا بالتخمر لم يزل عن ملك المالك بل عجز عن تسليمه شرعاً بخلاف الكساد ههنا لا كسدت به إلا أن الذي يقتضيه النظر ثبوت الخلاف كما ذكر القدوري إذا لفرق بين كساد المغشوشة وكساد الفلوس إذ كل منهما مسلبة بحسب الاصل عن الاصطلاح فان غالبية الغش الحكم فيها للغالب وهو النحاس مثلاً فلو لم ينص على الخلاف في الفلوس وجب الحكم به وفي شرح الطحاوي لو اشترى مائة فلس بدرهم وقبض الفلوس أو الدرهم ثم افترقا جازا بالبيع لأنهما افترقا عن عين يدين وقد قدمناه فان كسدت الفلوس به وذلك فإنه يتظر أن كان الفلوس هو المقبوض لا يبطل البيع لأن كسادها كهلاكها وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع وإن كان الفلوس غير مقبوض بطل البيع استصحاباً لأن كساد الفلوس كهلاكها وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد والقياس أن لا يبطل لأنه قادر على أداء ما وقع العقد عليه وقال بعض مشايخنا إنما يبطل العقد إذا اختار المشتري ابطاله فسخاً لأن كسادها كعب فيها والمعقود عليه إذا حدث به عيب قبل القبض ثبت للمشتري 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 لو اشترى فاكهة أو شيئاً بعينه بفلوس ثم كسدت وقد قبض المبيع فسد البيع وعليه أن يرد المبيع إن كان قائماً والقيمة أو مثله وهذا معلوم مما ذكرنا لأن أبان يوسف قال في هذا إن عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع وفرق بين هذا وبين المسئلة الاولى وهي ما إذا باع الفلوس بدرهم لأن ههنا لو أوجبنا رد قيمة الفلوس يتمكن فيه الربا وههنا لا يتمكن وفي المسئلةين جميعاً إذا لم تكسدا الفلوس غير أن قيمتها غلت أو رخصت لا يبطل البيع وعليه أن يدفع العدد الذي عينه منها (قوله ولو استقرض فلوساً فكسدت عند أبي حنيفة رجح الله رد مثلها) عدداً انفقته الروايات عنه بذلك وأما إذا استقرض دراهم غالبية الغش فقال أبو يوسف في قياس قول أبي حنيفة عليه مثلها ولست أروى ذلك عنه ولكن لرواية في الفلوس إذا أقرضها ثم كسدت وقال أبو يوسف عليه قيمتها من الذهب يوم القرض في الفلوس والدرهم وقال محمد عليه قيمتها في آخر وقت نفاقها وجه قوله (أنه) أي القرض (إعارة وموجبه) أي موجب

(٤٩ - فتح القدير خامس)

الضمير الى الاستقرض مطلقاً فإنه إعارة على ما سبق قبيل باب الربا والى استقرض الفلوس (قوله إعارة كما إن اعارته قرض) أقول قوله إعارة يعني ابتداءً كما سيحى وتفصيل هذا البحث في العارية (قوله وموجب استقرض المثل الخ) أقول وعندى أن 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 لأنه لم يصرح به في القيد في الصغرى اعتماداً 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 قرضاً والانتفاع به انما يكون باتلاف عينه فاترد عينه حقيقة فيجب رد عينه معنى وهو المثل ويجعل معنى العين حقيقة لانه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بنفسه نسيته وهو لا يجوز فان قيل كيف يكون المثلي بمعنى العين وقد فات وصف الثمنية وانما كان بمعنى العين ان لورد مثله حال كونه ناقصاً اجاب المصنف رحمه الله (بان الثمنية فضل فيه) أى فى القرض اذا القرض لا يختص به أى بمعنى الثمنية ومعناه ان الثمنية ليست عن القرض وهو ظاهر ولا لزاماً لوازمه فإذن ينفك القرض عن الثمنية ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الامثال الأتري أن الاستقراض جائز في كل مكمل وموزون أو عددي متقارب وبالكساد لم يخرج عن كونه من ذوات الامثال بخلاف البيع لان دخولها فى العقد فيه بصفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد وتحقيقة ان المثل المجرى عن الثمنية أقرب الى العين من القيمة فلا يصار اليها مادام ممكنة (وعندهما يجب قيمتهما لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردّها كما قبض) وليس المثل المجرى عنها فى معناها (فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثلياً (٣٨٦)

رد العين معنى والثمنية فضل فيه اذا القرض لا يختص به وعندهما يجب قيمتهما لانه لما بطل وصف الثمنية 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 فيمن 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 بدانق فلوس أو بقراط فلوس جاز

عقد الاعارة (رد العين) اذ لو كان استبد الا حقيقة موجبا رد المثل استلزم الرب بالنسيئة فكان موجبا رد العين الآن ما تضمنه هذا العقد لما كان تملك المنفعة بالاستهلاك لامع بقاء العين لزم تضمه لتملك العين فبالضرورة اكنى برد العين معنى وذلك برد المثل ولذا يجبر المصوب منه على قبول المثل اذا أتى به الغاصب فى غصب المثلي بالانقطاع مع أن موجب الغصب رد العين وذلك حاصل بالكساد (والثمنية فضل فى القرض) غير لازم فيه ولذا يجوز استقراضها بعد الكساد وكذا يجوز استقراض كل مثلي وعددي متقارب ولا ثمنية (ولهما انه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردّها كما قبضها فيجب رد قيمتها) وهذا لان القرض وان لم يقتض وصف الثمنية لا يقتضى سقوط اعتبارها اذا كان المقبوض قرضاً وصوفاً به لان الاوصاف معتبرة فى الدين لانها تعرف بها بخلاف الاعيان المشار اليها وصفها الغولانها تعرف بذواتها وتاخير دليلها ما بحسب عادة المصنف ظاهر فى اختياره قولها (ثم أصل الاختلاف) فى وقت الضمان اختلافهما (فيمن غصب مثلياً فانقطع وجبت القيمة عند أبي يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم القضاء) وقولها انظر للقرض من قول أى حنيفة لان رد المثل اضار اياه ثم قول أى يوسف انظر له أيضاً من قول محمد لان قيمته يوم القرض أكثر من قيمته يوم الانقطاع (فكان قول محمد انظر) للاستقرض من قول أبي يوسف (وقول أبي يوسف أيسر) لان القيمة يوم القبض معلومة ظاهرة لا يختلف فيها بخلاف ضبط وقت الانقطاع فانه عسرة فكان قول أبي يوسف أيسر فى ذلك (قوله) ومن اشترى شيئاً بنصف درهم) فاكهة أو غيرها بان قال مثلاً ما يباع سلعة اشترى بتمانك بنصف درهم فلوس فقال بعثك (انعمد موجب الدفع ما يباع من الفلوس بنصف درهم فضة وكذا اذا قال بدانق من الفلوس) وهو

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 (فيمن غصب مثلياً فانقطع) فعند أبي يوسف يجب القيمة يوم الغصب وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع وسيجب (وقول محمد رحمه الله أنظر) للقرض والمستقرض لان على قول أبي حنيفة رحمه الله يجب رد المثل وهو كساد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول أبي يوسف يجب القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمة يوم القبض أكثر من قيمة يوم الانقطاع وهو — وضرر بالمستقرض فكان قول محمد أنظر للجانبين (وقول أبي يوسف أيسر) لان قيمته يوم القبض معلومة للقرض

والمستقرض وسائر الناس وقيمة يوم الانقطاع تشبهه على الناس ويختلفون فيها فكان قوله أيسر قال (ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز الخ) وجعل 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 بدانق فلوس وهو سدس الدرهم جاز أو بقراط فلوس

قال المصنف (وقول محمد انظر) أقول قال الكافي وفى بعض النسخ أنظر للجانبين اه والظاهر أن كونه انظر للجانب المقرض 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 رأى وجوب القيمة يوم القبض ضرر (قوله بنصف درهم فلوس) أقول قوله فلوس صفة نصف درهم أو بدل (قوله أو بقراط فلوس) أقول وهو نصف السدس

وقال زفر لا يجوز لانه اشترى بالفلوس وهي معدودة ونصف درهم ودائق وفيراط منه موزونة وذكرا لا يغنى عن بيان العدد فبقى الثمن مجهولا وهو مانع عن الجواز ولما 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 فجوز فيما دون الدرهم خاصة لان في العادة المبايع بالفلوس فيما دون الدرهم فكان (٣٨٧) معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم

قالوا والصح قول أبي يوسف لاسميا في دينارنا على عدم المنازعة لكونه معلوما ولا اشتراك العرف قال رحمه الله (ومن أعطى صير في درهم الخ) هذه ثلاث مسائل * الاولى أن يعطى درهما كبيرا ويقول أعطني بنصفه فلوسا بنصفه نصفها صغرا وزنه نصف درهم كبيرا الأجابة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لانه قابل نصف الدرهم بالفلوس ولا مانع فيه عن الجواز وقابل النصف بنصف الأجابة وهو بافلا يجوز وعلى هذا قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل لا اتحاد الصفة وقوة الفساد لكونه مجمعا عليه فيشيع كماذا جمع بين حر وعبد وباعه ما صفة واحدة وعبارة الكتاب تدل على انه لانس 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 كالأ

وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدائق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نتول ما يباع بالدائق 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 المبايع بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبي يوسف رحمه الله أصح لاسميا في دينارنا قال (ومن أعطى صير في درهما وقال أعطني بنصفه فلوسا بنصفه نصفها الأجابة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما) لان البيع نصف درهم بالفلوس جائز ويبيع النصف بنصف الأجابة ربا فلا يجوز (وعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل) لان الصفة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر 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 بالدائق والدرهم فلا بد من بيان عددها) والا فالثمن مجهول ولان العقد وقع على الدائق والدرهم ثم شرط ايقاعه من الفلوس وهو صفة في صفة فان المعنى انه شرط أن يعطى بنصف الدرهم الذي هو الثمن فلوسا وهو أن يبيعه بالدائق فلوسا ونحن نقول ان ما يباع بالدائق وما ذكرنا من الفلوس معلوم وهو المراد بقوله بنصف درهم فلوس لانه ما 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 المبايع في الفلوس فيما دون الدرهم فيصير معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبي يوسف أصح ولا سميا في دينارنا) أي المصدق التي وراء النهر فانهم يشترى الفلوس بالدرهم ولان المداير 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 يذكروا في المصنف خلاف محمد والمذكور من خلافه خلاف ظاهر الرواية عنه وفي بعض النسخ سميا بغير لا وهو استعمال لم يثبت في كلام من يحتج بكلامه في اللغة وفي بعضها على الصواب (قوله) ومن أعطى صير في درهم ما فقال أعطني بنصفه (أو ربعه أو قيراط منه) فلوسا بنصفه نصفها الأجابة) وعلى وزانه أن يقول وبثلاثة أرباع درهم الأجابة وقس الباقي (جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي) من النصف الآخر أو الثلاثة الأرباع وباقي الصور (لان بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز ويبيع نصف درهم بنصف) درهم الأجابة ربا فلا يجوز وعلى قياس قول أبي حنيفة بطل في الكل لان الصفة متحدة والفساد قوي (مقارن للعقد فيشيع وقد مر نظيره) يعني في باب البيع الفاسد في مسئلة الجمع بين العبد والحر اذا لم يفصل الثمن بشيع الفساد اتفاقا واذا فصل لا يشيع عندهما وعند يشيع (فلو كرر لفظ الاعطاء) بأن قال

قال يعني بنصف هذه الفلوس عبد أو بئنه نادنا من الخمر فان البيع في العبد صحيح وفي الخمر فاسد ولم يشع الفساد لفرقة الصفة وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني 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) كالأقال يعني بنصف هذه الفلوس عبد أو بئنه نادنا من الخمر (أقول الظاهر أن يقال يعني بنصف هذه الفلوس عبد أو يعني بنصفها نادنا من الخمر) شكركم رلفظ يعني

لا اتحاد الصفة فان قوله
 أعطني مساومة وبتكرارها
 لا يتكرر البيع وهذا لان
 بذكر المساومة لا ينعقد
 البيع فان من قال بعني
 فقال بعتك لا ينعقد البيع
 ما لم يقل الاخر اشتريت
 واذا كان لا ينعقد بذكر
 المساومة فكيف يتكرر
 بتكرارها قيل والاول هو
 الصحيح وهو اختيار المصنف
 رحمه الله والثالثة أن يقول
 أعطني نصف درهم فلوس
 وفي بعض النسخ فلوسا بلا
 عن نصف ونصف الا حبة
 جازا والفرق بينها وبين
 الاولى انه لم يكرر لفظ نصفه
 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
 أعطني نصف درهم فلوس
 ونصفها الاحبة وهي
 الثالثة فيما ذكرنا من ذلك
 ان المسئلة الاولى ايسر
 من كورة في أكثر نسخ
 المختصر قال أبو نصر الاقطع
 في شرحه للمختصر وهو
 غلط من الناسخ والله سبحانه
 وتعالى أعلم

كان جوابه بجواب ما هو الصحيح لانها مبيعان (ولو قال أعطني نصف درهم فلوسا ونصفها 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

أعطني بنصفه فلوسا وأعطني بنصفه نصفها الاحبة (كان جوابه بجواب ما) في أن الفاسد يخص النصف
 الآخر (لانها مبيعان) اتعد الصفة وهذا هو المختار خلاف لما حكى عن الشيخ أبي جعفر وشيخ
 الاسلام والمظفر انه لا يجوز ان يكرر لفظ الاعطاء لان تعدد الصفة عنه بتعدد البيع وهو الايجاب
 ولفظ أعطني مساومة واذا كان قوله بعني بكذا ليس ايجابا حتى لو قال بعت لا ينعقد ما لم يقل الاول قبلت
 فأعطني وليس من مادة البيع أولى وحديثه ذلك بتعدد البيع في شيع الفساد على قوله كالصورة الاولى
 وجه المختار ان ذلك صار معلوم المراد انه ايجاب وعلى هذا فلو تعورف في مثله صح ايضا لانهم لم يذكروه
 أو ان الكلام فيما اذا دفع اليه الخاطب قبل الاقتران فانه يجعل يباع في النصفين بالمعاطة فيهما والله أعلم
 (ولو قال) حين دفع اليه الدرهم الكبير (أعطني نصف درهم فلوس ونصفها 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 أعطني بهذا الدرهم ما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة
 وما يباع بنصف درهم معلوم انه يخص بنصف الدرهم فصار كالاول كأنه قال أعطني بنصفه نصف
 درهم فلوس وبنصفه نصف درهم الاحبة وجوابه أن موجب التحري للتصحيح أن المعنى على ذلك التقدير
 أعطني بهذا الدرهم نصف درهم الاحبة وما يباع بنصف درهم فلوس وهذا يفيد أنه إنما اشترى ما يباع
 من الفلوس بنصف درهم وحبته وما يباع من الفلوس بنصف درهم الاحبة بمثله قال المصنف رحمه الله
 (وفي أكثر نسخ المختصر) يعنى القدرى (ذكر المسئلة الثانية) ولم يذكروا الاول ولذا قال شارحه وهو
 غلط من الناسخ ويجوز في فلوس الجر صفة لدرهم والنصب صفة للنصف (فروع) تقدم بعضها في
 ضمن التعديل فربما يغفل عنها تصارفا جنسا بجنس منساو يافزاد أحدهما أو حط شيئا وقبل الآخر
 التحق بأصل العقد وبطل العقد وقال أبو يوسف لا يلتحق فيهما 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 ثمن الصرف وعند من لا يلحق الزيادة بأصل العقد كالشافعي وأحمد رحمه الله
 لا يشترط لانها هبة ابتدائية ولو افرقا لاعتن قبضها بطل حصتها من البذل الآخر كأنه باع الكل ثم
 فسدى البعض لعدم القبض والحط جائز سواء كان قبل التفرق أو بعده ويراد الذي حط ما حط وان كان الحط
 قيراط ذهب فهو شرك في الدينار مثلا لان في تبعيضه ضرر اوكل مال ربوي لم يجز بيعه مرابحة ولا
 مواضعة اذا اشتراه 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 بقضاه لا بأس به وان لم يقبض الثمن من
 البائع في مجلس الرد لانه فسوخ وبفسوخ قضاء يشترط القبض في مجلس الرد فان قبض صح الرد ولا يبطل
 وعاد البيع الاول لانه يبيع في حق الشرع فان تعذر الرد بأن هلك في يده أو حدث عيب آخر رجوع بأرض
 العيب ان كان الثمن ذمعا للتعذر الفسخ وان كان فضة لا يرجع لانه يؤدي الى الربا فان قبله البائع
 بعينه له ذلك والخيار للمشتري بعد ولو اشترى دينار بدينار ولا يبار له هذا ولا درهم لا آخر ثم اقترضا
 وتقابضا قبل التفرق جاز وفي المكمل لا يجوز وعن أبي حنيفة رحمه الله اشترى فلوسا بدينارهم ولا فلوس
 ولا درهم لهم ما تم نقدا أحدهما وتفرقا جاز ولو كان مكان الفلوس دينار لم يجز وتقدم معناه في تقسيم

فلوس الجر صفة لدرهم والنصب صفة للنصف انتهى ويجوز على رواية الجر أن يكون صفة للنصف والجر على الجواز الطحاوى

عقب البيوع بذكر الكفالة لانها تكون في البياعات غالباً ولائها اذا كانت بأمر كان فيها معنى المعاوضة انما تناسب ذكرها عقب البيوع التي هي معاوضة (والكفالة في اللغة هي الضم قال الله تعالى (389) وكفلها زكريا)

بتشديد الفاء ونصب زكريا أي جعله كافلاً لها وضامناً لها حلها (وفي الشريعة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول أصح) لان الكفالة كما يصح بالمال تصح بالنفس ولادين غنة وكما تصح بالدين تصح بالاعيان المضرونة لنفسها كما سيجيء 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 ولولم يصر الدين عليه لماملك كما قيل الكفالة لان تقليد الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وأجيب بأن رب الدين لما وهبه للكفيل صح فجعلنا الدين عليه حينئذ لضرورة تصحج التصرف وجعلناه في حكم دينين وأما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجزى في حكم دينين

كتاب الكفالة

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول أصح

الطحاوي اشترى سبعمائة درهم فمضى بمائة درهم ثم علم ان حليته مائة درهم فقبل التفرق فان شاء زاد في الثمن مائة أخرى وان شاء فسخ والمائة ليست بشرط بل يزيد شيئاً يتمم مع المائتان للحليمة ولو علم بعد التقاض والتفرق بطل العقد في الكل ولو كان ذلك في ابريق فمضى بطل العقد في نصف الابريق والله تعالى أعلم

(بسم الله الرحمن الرحيم) كتاب الكفالة

أورد الكفالة عقب البيوع لانها غالباً يكون محققها في الوجود عقب البيوع فانه قد لا يظمن البائع الى المشتري فيحتاج الى من يكفله بالنن أو لا يظمن المشتري الى البائع فيحتاج الى من يكفله في المبيع وذلك في السلم فلما كان تحققها في الوجود غالباً بعد ما أوردها في التعليم بعد ما اولها مناسبة خاصة بالصرف وهي انها تصير بالاخيرة معاوضة عما ثبت في الذمة من الاثمان وذلك عند الرجوع على المكفول عنه ثم لزم تقديم الصرف لانه من أبواب البيع 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 وقرحاشه ما وذلك نعمة كبيرة عليهم ما ولذا كانت الكفالة من الافعال العالية حتى امن الله تعالى بها حيث قال وكفلها زكريا في قراءة التشديد يتضمن الامتنان على مريم اذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بان أتاح لها ذلك وسمى نبياً بذى الكفل لما كفل جماعة من الانبياء للملك اذ اذقتهم وسبب وجودها تضيق الطالب على المطلوب مع قصده الخارج رفعه عنه اما تقرنا الى الله تعالى أو ازاله للاذنى عن نفسه اذا كان المطلوب ممن يهمله ما أهمه وسبب شرعية تدفع هذه الحاجة والضرر الذي كرهناه آنفاً ودليل وقوع شرعية قوله تعالى وان جاءه حمل بعير وأنا بديع وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم رواه ابوداود والترمذي وقال حديث حسن والاجماع وشرطها في الكفيل كونه من أهل التبرع فلا كفالة من صبي ولا عبد محجور ولا مكاتب ولا تصح من المريض الامن الثلث وفي الدين أن يكون صحيحاً فلا كفالة في بدل الكتابة لانه ليس ديناً صحيحاً اذ لا يلزم دين للولي على عبده ولزوم دين الكتابة بخلاف القياس ليصل العبد الى العتق وان يكون مقدر التمسلم وأما مفهومها لغة فقال المصنف الضم سواء كان متعلقه عيناً أو معنى قال في المغرب تركيبه ذال على الضم والتضمين ومنه كفل البعير كما عايد ارحول سنامه كالحوية 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 يثبت الدين في ذمة الكفيل خلافاً للشافعي ومالك وأحمد في رواية فثبت الدين في ذمة الكفيل ولا يسقط عن الاصيل ولم يرجع في المبسوط أحد القولين على الآخر وما يخالف من لزوم صيرورة الاف الدين الواحد دالين كما ذكره بعض الشارحين قال في المبسوط وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لان الدين وان ثبت في ذمة الكفيل

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

بين في كتابه انه كفل بأمره فانه لا يؤخذ به ذلك منزلة ما لو أقر أنه كفل بغير أمره وهذا لانه لو كفل عنه بما لغير أمره لم يكن عليه أن يخلصه من ذلك لانه التزم باختاره فكذلك اذا كفل بنفسه بغير أمره انتهى

فلاستيفاء لا يكون الا من أحدهما كالتغاصب مع غاصب الغاصب فان كلا ضامن للقيمة وليس حق
 المالك الا في قيمة واحدة لانه لا يستوفى الا من أحدهما واختياره تضمين أحدهما بوجوب براءة الآخر
 فكذا دنار بداختياره التضمين القبض منه لا بمجرد حقيقة اختياره لانه يتحقق عرفاً أحدهما بمجرد
 ذلك لا بغير الآخر ويميل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل لانه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع
 الكفيل به على الاصيل مع أنه هبة الدين من غير من عليه الدين لا تجوز وكذا واشترى من الكفيل بالدين
 شيئاً يصح مع ان الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح والحاصل أن ثبوت الدين في الذمة اعتبار من
 الاعتبارات الشرعية فجاز أن يعتبر الذي الراد في ذمة من انما يتبع في عين ثبت في وزن واحد في
 ظرفين حقيقيين ولكن المختار ما ذكرنا أنه في مجرد المطالبة لا الدين لان اعتباره في الذمتين وان أمكن
 شرعاً لا يجب الحكم بوقوع كل يمكن الا بوجوب ولا موجب لان التوثيق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم
 ولا بد من ثبوت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بان شراء يطالب بالثمن وهو في ذمة الموكل وأما الجواب
 عن تسليم الهبة والدين فانا جعلناه في حكم الدينين تصحيحاً لتصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه
 بالنقل وقبله لا ضرورة فلا داعي الى ذلك ولا يخفى أن ما نقل من قول أبي حنيفة ان الدين فعل يقتضي
 أن الدين في ذمة الكفيل أيضاً 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 تسليمه بعينه فان هلك ضمن مثله ان كان له مثل وبقيمته ان لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيع
 بيعاً فاسداً والمقبوض 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 فائمة وعند هلاكها
 لا يجب تسليم مثله ولا قيمتها وهو المبيع قبيل القبض يضمن بالثمن وكل من يضمن بالدين ولو هلكت
 لا يجب على الكفيل قيمتها وأما الاعيان الواجبة التسليم وهي أمانة كالعارية والمستأجر في يد المستأجر
 تصح الكفالة بهم اومتى هلكت لا تجب على الكفيل قيمتها بخلاف الاعيان الغير الواجبة التسليم كالوديعة
 ومال المضاربة والشركة لا تصح الكفالة بها أصلاً وأما ركنها فلا يجب والقبول بالانفاذ الآتية ولم
 يجعل أبو يوسف في قوله الاخير القبول ركناً فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده في الكفالة بالمال والنفس
 وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعي واختلفوا على قول أبي يوسف فقيل ان الكفالة تصح من الواحد
 وحده موقوفاً على اجازة الطالب أو تصح نافذاً ولطالب حق الرد وفائدة الخلاف انما تظهر فيما اذا مات
 المكفول له قبل القبول من بقول بالتوقف بقول لا يؤخذ 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 عكس مطالبة الاصيل أصلاً كما في
 الحوالة وما ذكر في المنظومة من نسبة ذلك الى مالك خلاف ما في مشاهير كتب أصحابه احتجوا بما روى
 أبو يوسف عن الخدرى رضى الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم حضر جنازة فقال هل على صاحبكم دين
 فقالوا نعم درهمان فقال صلوا على صاحبكم فقل على رضى الله عنه أنها لها ضامن فقام صلى الله عليه وسلم
 وصلى عليه ثم أقبل على رضى الله عنه فقال جزاء الله خير او فلك رهانك كما فسكت رهان أخيك
 فقيل يا رسول الله أله خاصة أم للناس كافة فقال للناس كافة فدل أن المضمون عنه برئ من الضمان
 وللإمامة قوله صلى الله عليه وسلم نفس المؤمن معاقبة بدبته حتى يقضى عنه وقوله في خبر أبي قتادة الا أن
 بردت جلده وصلاته صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه لانه بالضمان من ضره وفاء وانما امتنع عن الصلاة
 على مديون لم يخلف وفاء وقوله فلك الله رهانك لانه كان بحال لا يصلى عليه فلما ضمن عنه فكف عن ذلك
 ولا يخفى انه لم يقع الجواب بعد فان الداميل يتم بصلاته عقيب ضمان على اذ يدل على أن الضمان تم بذلك

(قوله)

قال (الكفالة ضربان الخ) الكفالة ضربان كة الة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي لا يجوز لانه كذل بما لا يقدر على تسليمه لانه رقباني مثله لا يتقاده ليسله ولانه لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا اما اذا كان بغير امره فظاهر واما اذا كان بأمره فلا ث امره بالكفالة لا يثبت له (٣٩١) عليه ولاية في نفسه ليسله كما أن أمره

بالكفالة بالمسال لا يثبت له عليه ولاية ليؤدي المال من المكفول عنه بخلاف الكفالة بالمسال لانه لا ولاية على مال نفسه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم) أي التكفيل ضامن ووجه الاستدلال انه باطلاقة يفيد مشروعية الكفالة بنوعها لا يقال هو مشترك الالزام لانه فيه بصحة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على التكفيل والتكفيل بالنفس لا يغرّم شيأ لأن الغرم نبي عن لزوم ما بضر وهو موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم التكفيل بالاحضار وهو يتضرر به (قوله ولانه يقدر على تسليمه) جواب عما قال الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه وتقريره انا لانسلم أنه لا يقدر على تسليمه (قوله اذا قدرته على نفس المكفول به) ممنوع فان قدرة كل شيء بحسبه وهو يقدر أن يعلم الطالب مكانه ويخلى 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 اذا لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمسال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولانه يقدر على تسليمه بطر يقه بأن يعلم الطالب مكانه فيخلى بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضى في ذلك والحاجة ماسة اليه وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه

(قوله قال) أي القدوري (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 الالتزام ما لا يقدر على تسليمه اذا لا قدرة له على نفس المكفول به) فكان كبير الطير في الهواء وهذا لانه حر لا يتقاده ولا ولاية له عليه خصوصا اذا كفل بغير أمره وكذا بأمره لان أمره بكفالاته لا يثبت له ولاية عليه وصار كالكفالة بيدن الشاهدين (و) استدلال للذهب بما أخرج من قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم) باعتبار عمومه وقوله (بنوعيه) أي نوعي عقد الكفالة واعتراض بأنه مخصص بالزعيم في المال من نفس الحديث حيث قال غارم والتكفيل بالنفس لا غرم عليه للمال وأجيب بأن الغرم لا يختص بالمال بل الغرم أداء ما يلزمه مما يضره والغرام الا لازم ذكره في الجملة والتكفيل بالنفس يلزمه الاحضار وقد ثبتت بالقياس على كفالة المال وهو ما أشار اليه المصنف بقوله (والحاجة اليه ماسة وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة) وحاصله الحاجة بجماع عموم الحاجة اليها احياء للحقوق مع الايجاب والقبول والشرايط وما طرأ من انتفاء الشرط بانتفاء القدرة على تسليمه ممنوع لان الظاهر أنه يتقاده اذا كان بأمره وان كان بلا أمره يمكنه احضاره بالاستعانة بأعوان الحاكم وأبطل بعضهم قوله لا يقدر على نفس المكفول بأنه مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليلا ولا يخفى أن ليس المراد بالقدرة المنفية القدرة الشرعية ليكون مبنيا على عدم جواز الكفالة فيلزم الدور بتكفيل تأمل وروى أنه صلى الله عليه وسلم كفل رجلا في تهمه وكان بين علي وعمر رضي الله عنهما خصومة فكفلات أم كاتوم بنفس على رضي الله عنه واعترض بالنساقضة في الحدود والقصاص فان الكفالة بالنفس فيهما لا تصح وان كان تسليم النفس واجبا كتسليمها للجواب والجواب منع عدم صحته 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 فعند صحة الكفالة للزوم التنا في فان الحد يمتثل في درته وصحة الكفالة للاستيثاق والاحتياط لاستيفائه فقام المانع فيهما وأما الجبر على اعطاء التكفيل فيها في الحدود لا يجبر بالاجماع وفي القصاص كذلك عند أبي حنيفة خلافا لهما وأما عدم صحة الكفالة بنفس الشاهد ليؤدي فلا ث الكفالة لتفسيده لان الشاهد عند مطالبة الطالب له بالاداء ما أن يجيب ويحضر أولا في الاول لاحاجة الى الكفالة وفي الثاني يلزم فسقه

مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصلح دليلا له (قوله والحاجة ماسة) استظهار به عدم 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 لا تعنتا وعندنا

(قوله مبني على عدم جواز الكفالة) أقول فمه أن البناء على ذلك ممنوع فان الخصم أنفته بالقصاص على الكفالة بالمسال بالامر كما أمرنا

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 بيده وقسم يعبر عنه عرفا كقوله تكفلت بوجهه ورأسه وربقته فان كلامها مخصوص (٣٩٢) بعضا خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمل بطريق العرف وكذا اذا

قال (وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه وكذا بيده ووجهه) لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة أو عرفا على ما عرف في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تجزأ فكان ذكر بعضها شائعا كذا في غيرها كما مر في ما اذا قال تكفلت بيده فلان أو برجله لانه لا يعبر بها عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليها وما فيها تقدم تصح (وكذا اذا قال ضمنته) لانه تصريح بموجبه (أو قال) هو (على) لانه صيغة الالتزام (أو قال في) لانه في معنى على في هذا المقام قال عليه الصلاة والسلام ومن ترك ما لا فلورثته ومن ترك كلاً أو عيالا فإلى (وكذا اذا قال أنا زعيم به أو قبيل به) لان الزعامة هي الكفالة وقد روينا في القليل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال أنا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة

فلا تقبل شهادته لو أحضره 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 وحميل وعلى والى والى عندى هذا الرجل وعلى أن أوفيك به وعلى أن ألقاك به أو دعه الى وحميل بالعام المهمة بمعنى كفيل به يقال حمل به جملة بفتح العين في الماضي وكسرهما في المضارع وروى في الفائق الحميل ضامن وأما القبيل فهو أيضا بمعنى 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 حميل أو زعيم بنفسه أو رقبته أو روحه أو جسده أو رأسه أو يده أو وجهه لان هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن وعرفا ولغة مجازا كهو رأس وتحرر برقبته وتقدم في الطلاق ولم يذكر محمد رحمه الله ما اذا كفل بعينه قال البلخي رحمه الله لا يصح كافي الطلاق الا أن ينوي به البدن والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق اذا عين ما يعبر به عن الكل يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفا في زمانهم أما في زماننا فلا شك في ذلك بخلاف ما لو قال بيده أو برجله ويتأتى 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 تجزأ فذكر بعضها شائعا كذا في غيرها) ووجه ضمنته (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 كلاً أي يتيما (فإلى) لان العطف يقتضى المغايرة وقوله (وقد روينا في) 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 ما لا فلورثته ومن ترك كلاً فالينا وأخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن المقدم بن معديكرب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك كلاً فإلى ومن ترك ما لا فلورثته وأنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه والحال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه ورواه ابن حبان في صححه وفي لفظ لاى داود وأنا أولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك ديناً أو ضيعة فإلى (بخلاف ما لو قال أنا ضامن لمعرفته) لا تثبت به الكفالة (لانه التزم المعرفة دون المطالبة) وكذا اعرفته وكذا أنا ضامن لك على أن أوقفك عليه أو على أن أدلك عليه أو على منزله ولو قال أنا ضامن لعريفه أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ والوجه أن يلزمه لانه مصدر متعد الى اثنين فقد التزم أن يعرفه الغريم بخلاف معرفته فانه

عبر بجزء شائع كنصف أو ثلث لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تجزأ فكان ذكر بعضها شائعا كذا في غيرها كما مر في الطلاق من صحة اضافته اليه بخلاف ما اذا قال تكفلت بيده فلان أو برجله لانه لا يعبر بها عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليها وما وكذا تنعقد اذا قال ضمنته لانه صريح بموجبه عقده 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 كلاً فلا فلورثته ومن ترك كلاً أو عيالا فإلى والى الكل يتيم والعيال من يعول أي ينفق عليه ويجوز أن يكون عطف تفسير فيكون المراد بهما العيال وكذا اذا قال أنا زعيم به لان الزعامة هي الكفالة وقد روينا في القليل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال أنا ضامن لك لمعرفة فلان لانه التزم المعرفة دون المطالبة وذكروا في المنتقى انه اذا قال أنا ضامن لك لمعرفة فلان

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 بها عن البدن) أقول لاحقيقة ولا عطف النقص بمثل قوله تعالى تثبت يد الأبى لهب

برئ الكفيل لان المقصود بالكفالة بالنفس هو الحامكة عند القاضي فاذا سلمه في مثل ذلك المكان حصل المقصود فبرئ الكفيل لانه
ما التزم التسليم الامر واحد وقد حصل ذلك بما قلنا وان كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وهو
القدرة على الحامكة 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 اغلبة أهل الفسق والفساد لا على

برئ الكفيل من الكفالة) لانه أتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لان ما التزم التسليم الامر (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 مفيداً (وان سلمه في ربه لم يبرأ) لانه
لا يقدر على المخاصمة 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 المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه
قد تكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيه
(برئ الكفيل من الكفالة) سواء قبله الطالب أولاً كالمدينون 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 المخاصمة في الجملة وهما بقولان المقصود من التكفيل بنفسه
تحصيله في وقت يقدر فيه على مخاصمته وهذا لا يكون ظاهر الا في مصره لان شهوده ظاهر فيه لا في
غيره من الامصار ولا يفيد التكفيل فائدتها المقصودة به وقوله ما أوجه وفي الفتاوى القاضي اذا أخذ
كفيلاً 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 فالحجوب 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 المخاصمة وحين اختلف الزمان رأى المشايخ انه لا يبرأ بذلك لان البراءة كانت باعتبار أنه
يقدر على ايصاله الى حضرة القاضي بمعاونة الناس وعبار الطريق الا أن لا يقدر ان لا يفعلون ان قدروا
فكان التقييد مفيداً وقد روى عن أبي يوسف نصاً وقال لان الناس لا يمينونه للاحضار قيل ويجب
أن يفتى بهذا ولو شرط تسليمه عند الامر فسلمه عند القاضي أو عزل ذلك القاضي وولى غيره فدفعه عند
الثاني جاز ذكره في الخلاصة (ولو سلمه في ربه أو سواد لا يبرأ) اتفاقاً (ولو سلمه في السجن وقد حبسه
غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على الحامكة فيه) وفي المنتقى رجل كفل بنفسه محبوس ينبغي للقاضي أن
يخرجه حتى يدفعه الكفيل الى المكفول له ثم يعيده الى السجن ومفهوم قوله وقد حبسه غير الطالب
يدل عليه وفي العمون لو ضمن بنفسه رجل وحبس المطلوب في السجن فأقربه 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 ثانية 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 التقدم في قول المصنف وقد حبسه
غير الطالب ولو قال المطلوب في السجن دفعت نفسي اليك عن كفالته كان جائزاً أيضاً برئ الكفيل
وفي الواقعات رجل كفل بنفسه رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه يجوز

الاحضار والتقييد بمجلس
القاضي مفيد وان سلمه في
ربه لم يبرأ لعدم المقصود وهو
القدرة على الحامكة وكذا
اذا سلم في سواد لعدم قاض
يفصل الحكم وان سلمه في
مصر غير المصر الذي كفل
فيه برئ عند أبي حنيفة
رحم الله للقدرة على المخاصمة
فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد
تكون شهوده فيما عينه
فالتسليم لا يفيد المقصود
والجواب ان شهوده كما تنوهم
أن يكون فيما عينه يتوهم
أن يكون فيما سلمه فيه فتعارض
الموهومان وبقى التسليم
متحماً من الكفيل على
الوجه الذي التزمه فبرأ وهذا
لان المعتبر بركته من أن
يحضره بمجلس القاضي اما
ليثبت الحق عليه أو يأخذ
منه كفيلاً وقد حصل وقيل
هذا الاختلاف عصر وأوان
فان أبا حنيفة رحمه الله كان
في القرن الثاني وقد شهد
رسول الله صلى الله عليه
وسلم لاهله بالصدق فكانت
الغلبة لاهل الصلاح والقضاة
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 رحمه الله فظهر الفساد والميل من
القضاة الى أخذ الرشوة فقيد التسليم بالمصر الذي كفل له فيه دفعا للضرر عن الطالب ولو سلمه في السجن فان كان الحابس هو الطالب
برئ وان كان غيره لم يبرأ لانه لم يقدر على الحامكة فيه وذكر في الواقعات رجل كفل بنفسه رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل
لا يحبس الكفيل لانه يجوز 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) اقول 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 سقط لها أما اذا مات المكفول به فلا ن الكفيل بجزع عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل
وأما اذا مات الكفيل فلا ن بجزع عن تسليم المكفول بنفسه لاحتحالة فان قيل فليؤد الدين من ماله أجاب بأن ماله لا يصلح لايفاء هذا
الواجب وهو احضار المكفول به وتسليمه الى المكفول له لاصالة وهو ظاهر لأنه لم يلتزم المال ولا نيابة لانه لا ينوب عن النفس بخلاف
الكفيل بالمال فان الكفالة لا تبطل بعونه 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 بجزع 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 لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فلا وصى أن يطالب
الكفيل فان لم يكن فلوارثه لقيامه بمقام الميت قال (ومن كفل بنفسه آخر ولم يقل اذا دفعت اليك
فأنا برى فدفعه اليه فهو برى) لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط
قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول بنفسه من كفالاته صح لانه

عن احضاره (قوله) واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه بجزع عن احضاره ولانه
سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل) يعني ببراء (لانه لم
يبقى قادر على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب) الذي هو احضار النفس
(بخلاف الكفيل بالمال) اذا مات فانه يطالب بأداء ما كفل به لان ماله يصلح للوفاء بذلك فيطالب به
الوصى فان لم يكن فلوارثه لقيامه بمقام 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 يموت الكفيل لانه مؤجل على الكفيل أيضا أمالومات المكفول له فلا
تسقط الكفالة بالنفس كالاتسقط بالمال لان الكفيل موجود على قدرته والوصى أو الوارث يقوم مقام
الميت في المطالبة فيطالب بذلك (قوله) ومن كفل بنفسه آخر ولم يقل اذا دفعته اليك فأنا برى فدفعه
اليه فهو برى لانه) أي دفع المطلوب هو (موجب التصرف) يعني الكفالة فلا يحتاج في ثبوته الى
التنصيص عليه كالمالك موجب البيع فيثبت عنده من غير أن يشترط والتحقق أن موجب الكفالة
وجوب الدفع عند المطالبة وجواز دفعه عند مهابرة موجب الدفع فكانت حكم متعلق موجب
الكفالة فاذا وجد وجدته وقد وجد دفعه فرض الدفع تثبتت من غير حاجة الى اشتراطها وقوله (كما في
قضاء الدين) يعني اذا سلم المدينون الدين للدائن ولا مانع من القبض برئ وان لم يقبضه كان غاصب اذا رد
المغصوب على المالك ببراءة مع أنه جان فهنا أولى والبائع اذا سلم المبيع الى المشتري قال الفقيه أبو الليث
انما ذكره هذا الدفع توهم انه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة الى أن يستوفي حقه لان الكفالة
ما أريدت الا التوثيق 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 في برئ الكفيل بذلك قال شمس الأئمة لانه لم يعلم فيه خلافا قال المصنف (لانه) أي المكفول

فيؤخذ من تركه ثم ترجع
ورثته بذلك على المكفول
عنه اذا كانت الكفالة
بأمره كما في حالة الحياة وإذا
مات المكفول له فلا وصى أن
يطالب الكفيل ان كان له
وصى وان لم يكن فلوارثه
أن يفعل ذلك لقيامه كل
منه مام مقام الميت قال
(ومن كفل بنفسه آخر الخ)
ومن كفل بنفسه آخر
بالإضافة ولم يقل فاذا دفعت
اليك فأنا برى فدفعه اليه
برئ لانه يعني البراءة وذكره
لتذ كبير الظاهر وهو الموجب
ومعناه الكفالة بالنفس
موجبها البراءة عند التسليم
وقد وجد والتنصيص على
الموجب عند حصول الموجب
ليس بشرط كنبوت المالك
بالشراء فانه يثبت بالشرط
لانه موجب التصرف وكل
الاستمتاع 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 البراءة تحصل بدون التنصيص لا دفع
المكفول به الى المكفول له قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغیر 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 بايفاء عين ما التزم فلا يتوقف
على قبول صاحبه فلو وقف لربما امتنع عن ذلك ابقاء لخلق نفسه فيمضربه الكفيل والضرر مدفوع بقدر الامكان ولو سلم الاصيل نفسه
عن كفالاته أي كفالة الكفيل وقال دفعت اليك نفسي من كفالة فلان برئ الكفيل وصار كالتسليم الكفيل لان المكفول به

مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل اذا طوّل به فهو يبرئ نفسه عن ذلك بهذا التسليم لكن اذا قال دفع
 نفسى من كفالة فلان لان تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين من جهة نفسه ومن جهة الكفيل فلم يصح بقوله من
 كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ وعلى هذا فخذ كرفى النهاية من قوله لانه مطالب بالخصومة أى لان المكفول به مطالب
 بالحضور فلا يكون تسليم نفسه الى الطالب متبرعاً فيه نظراً لانه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه عن الكفيل ليبرأ به لان ثمة جهة أخرى
 كما بينا ولا يلزم ان يبرأ الكفيل وان لم يقل عن كفالة فلان وهو خلاف ما في المبسوط والشامل وغيرهما وتسليم وكيل الكفيل
 ورسوله اقيامهما مقامه كتسليمه قال (وان تكفل بنفسه على انه ان لم يوف به الى وقت كذا الخ) رجل قال ان لم أوف بفلان الى شهر
 فهو ضامن لماعليه وهو ألف فلم يحضره في الوقت المذكور ضمن المال وافاه أى آناه من الوفاء وقيد بقوله لماعليه وهو مفيد لانه ان لم يقبله
 لم يلزم الكفيل شئ عند عدم الموافقة على قول محمد خلافاً لهما وبقوله وهو ألف وهو غير مفيد لانه اذا قال فعلى مالك عليه ولم يسم الكفيلة
 جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لا بتناهم اعلى التوسع ولهذا الوفاة كفلت لك بما أدر لك في هذه الجارية التي اشتريتها من
 ذلك صحت وكذلك الكفالة بالشعبة (٣٩٦) صحيحة مع انها لم تعلم هل تبلغ النفس أو لا ثم الحكم في هذه المسئلة شيئاً أحدهما

مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه قال
 (فان تكفل بنفسه على انه ان لم يوف به الى وقت كذا فهو ضامن لماعليه وهو ألف فلم يحضره الى ذلك
 الوقت لزمه ضمان المال) لان الكفالة بالمال معلومة 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 بالتوثق وقال الشافعي لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر
 فأشبهه البيع

(مطالب بالخصومة) وفي بعض النسخ مطالب بالحضور يعنى اذا طالب الكفيل في مكان بتسليمه نفسه
 على هذا الوجه مسقطاً لذلك عن نفسه اذا طوّل به بمجمل الدين الذي عليه فلا يكون متبرعاً بالكفيل اذا قضى
 الدين بنفسه يصح قبل الطالب أو لم يقبله (وكذا اذا سلمه رسول الكفيل أو وكيله لقيامهما مقامه) يعنى
 اذا قال سلمت اليك نفسه عن الكفيل بخلاف ما اذا لم يقبل ذلك بل سلم نفسه ولم يرد على ذلك أو سلمه
 الوكيل ولم يقل ما ذكرنا ليرأ الكفيل ولو سلمه أجنبي لا يبرأ الكفيل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل بذلك
 الا ان يقبله الطالب فيبرأ الكفيل حينئذ بخلاف ما لو سلمت الطالب فلم يقل شيئاً ليرأ (قوله فان
 تكفل بنفسه على انه ان لم يوف به الى وقت كذا فهو ضامن لماعليه وهو ألف فلم يحضره الى ذلك الوقت فهو
 ضامن) للآلاف (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) المعلقة (لا ينافي
 الكفالة بنفسه اذ كل منهما بالتوثق) وله بطالبه بحق آخر فهذا ان مطلبان أما الاول فخالف فيه
 الشافعي فقال لا تصح هذه الكفالة (لانه) أى لان تعليق الكفالة (تعلق سبب وجوب المال بالخطر
 فأشبهه البيع) فتجوز تعليق البيع كأن يقول اذا دخلت الدار فقد بعته لك كذا بمائة فقبيل

صحة الكفالة وفيه خلاف
 الشافعي رحمه الله والثاني
 عدم بطلان الكفالة
 بالنفس عند أداء ما تكفل
 به من المال بعد وجود الشرط
 والدليل على الاول قوله لان
 الكفالة بالمال يعنى في هذه
 الصورة معلقة بشرط عدم
 الموافقة وهو ظاهر لتصريحه
 بذكر كلمة الشرط وهذا
 التعليق يريد به تعليق
 الكفالة بالمال بعدم الموافقة
 صحيح لانه شرط متعارف
 وسند كران تعليق الكفالة
 بشرط متعارف صحيح فاذا
 صح التعليق ووجد الشرط
 لزمه المال وعلى الثاني
 قوله لان وجوب المال عليه
 بالكفالة لا ينافي الكفالة

بنفسه وتقريره ان الكفالة بالنفس لما تحققت حقاً للكفول له لا تبطل الاجماليات فيها
 من التسليم أو ابراء أو موت وليت الكفالة بالمال منافية له - ما لاجتماعهما ولان كلامهم - ما للتوثق فلا تبطلها وكيف تبطلها وقد
 يكون له عليه مطالبات أخرى وابطالها يقضى الى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع وعورض بأن الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة
 بالنفس ووجوب البديل ينافي وجوب المبدل منه كما في خصال الكفارة وأجيب بأن بدليتها ممنوعة فان كلا واحد منهما ما مشروع
 للتوثق كما مر ككفالة بالنفس بعد مثلها وان اجتماعهما صحيح والوفاء بهما اذ ذلك واجب بخلاف خصال الكفارة على الصحيح وقال
 الشافعي هذه الكفالة أى المعلقة بالشرط لا تصح لانه أى تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبهه البيع في لزوم المال
 بالعرض بالرجوع على الاصيل اذا كان بأمره وتعلق سبب وجوب المال بالخطر في البيع لا يجوز فكذا ههنا والجواب اننا لانسلم ان
 فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لان الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال سلمناه ولكن أشبه البيع مطلقاً ومن وجهه الاول
 ممنوع والثاني يفيد المطلوب

(قوله فيه نظراً لانه لا يلزم من انتفاء التبرع الخ) أقول فيه تأمل ثم ان الضمير في قوله فيه نظراً راجع الى ما في قوله فخذ كرفى النهاية

ولنا أنه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث أنه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بطلاق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف إلا بالشبهين والتعليق بعدم الموافقة متعارف قال (ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يوف به غدا فعليه

لانه يشبه البيع من وجه كاهرو ويشبه النذر من حيث الالتزام فشبّه البيع يقتضى أن لا يجوز التعليق بالشرط كلها وشبه النذر يقتضى جواز ذلك وأعمال الشبهين أولى فقلنا لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بهما والتعليق بعدم الموافقة متعارف فان الناس تعارفوا بتعليق الكفالة بالمال بعدم الموافقة بالنفس ورغبتم في ذلك أكثر من رغبتهم في مجرد الكفالة بالنفس قال (ومن كفل بنفس رجل الخ) ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يوف به غدا فعليه

الأخر لا يثبت البيع عند الدخول كذلك هذا (ولنا أنه) أي عقد الكفالة (يشبه البيع) في الانتفاء من حيث ان الكفيل بالامر يرجع على المدكول عنه بما أدى فصار كالمعاوضة (ويشبه النذر) ابتداء (من حيث أنه) تبرع في الابتداء (التزام) المال فبالنظر الى الشبه الاول فقط لا يصح تعليقه وبالنظر الى الثاني فقط يجوز مطلقا فان النذر يصح تعليقه مطلقا فلما بالشبهين (فقلنا ان كلف) التعليق (بشرط متعارف) بين الناس أي تعارفوا وتعاينها به (صح) عملا بشبه النذر وان كان بغير متعارف (ك) دخول الدار و (هبوب الريح) ونحوه لا يجوز عملا بشبه البيع والتعليق بعدم الموافقة متعارف) ثم ذكر خصوص الحكمة في صورة المسئلة وهي الالف اتفاقا في التصوير فان الكفالة لا تتوقف صحتها على معلومية القدر المكفول به بل لا تضره جهالة المكفول به لوقال كذا لك بمالك عليه صح ومهما ثبت بالبينه انه عليه لزمه وأما الثاني فقد نقل عن الشافعي عدم صحة الكفالتين وهو على خلاف الصحيح عنه بل الكفالة بالنفس جائزة فانما لا تصح الكفالة الثانية للتعليق وأما ثبت صحتها ما فالله مقتضى وهو الكفالة بالنفس أو لاثم الكفالة بالمال ثانيا معلقة وقد وجد الشرط فصحت كفالتان متعددتا الموجب لان موجب تلك تسليم النفس وموجب الأخرى تسليم المال وليس اسقاط أحدهما مسقطا للأخر بل جواز ان يكون له مال آخر يدعى به غير المال الذي كفل به معلوما وليس في اللفظ ما يوجب أن التزام الكفالتين على البديل الأول كانت العبارة كفلت بنفسه على أنى ان لم يوف به الى كذا كنت كذبا لعماعليه بدل نفسه ولم يذكر كذلك بل اللفظ على ثبوت الكفالة بالنفس فجزأ بقوله كفلت بنفسه وعلى تعليق كفالة أخرى بالمال بعدم الموافقة به وقد وجد الشرط فتثبت الكفالتان ولا يخفى حينئذ انه لو كانت المعلقة بماله عليه بأن كذل بنفسه على أنه ان لم يوف به الى كذا فهو وكفيل بكل مال عليه ينبغي أنه اذا ثبت له عليه مال فدفعه ثم اعترف بأنه لم يبق له قبله حتى أن تبطل الكفالة بالنفس حينئذ ولو توارى المكفول له عند مجيء الوقت فلم يجده الكفيل ليدفعه اليه وحاف لزوم المال عليه يرفع أمره الى القاضي لينصب وكفيل فيسلمه اليه وعلى هذا لو باع على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام فتوارى حتى كادت تمضي يرفع المشتري الى القاضي لينصب وكفيل عن الغائب ويرد عليه قال الفقيه أبو الليث هذا خلاف قول أصحابنا وإنما روى في بعض الروايات عن أبي يوسف ولو فعله القاضي فهو حسن ذكره في الخلاصة وفيها كفيل بنفس رجل على أنه ان لم يوف به غدا فالمال الذي للطالب على فلان رجل آخر وهو كذا على الكفيل جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف الاول وهنالك مسائل أحدها أن يكون الطالب والمطلوب واحدا في الكفالتين وأنه جائز استحسانا والثانية أن يكون الطالب مختلفا فيهما فبطل الكفالة بالمال سواء كان المطلوب واحدا أو اثنين وان كان الطالب واحدا والمطلوب اثنين فهو المختلّف فيه ولو كفل بنفسه الى غدا فان لم يوف به غدا في المجلس مثلا فعليه المال الذي عليه واشترط الكفيل على الطالب ان لم يوف به غدا فقبضه متى فأنابرى عنه فالتعبا بعد الغد فقال الكفيل قد وافيت وقال الطالب قد وافيت ولم يوف أنت لم يصدق واحدا منهم فلو أقام المطلوب بينة على الموافقة برئ من الكفالتين وكما كفل على انه ان لم يوف به فعليه المال فادعى الكفيل أنه وافى به لا يصدق ولو كفل بنفسه وقال فان ظنبت فلم أوافق به فأناض من لى عليه فهذا على أن يوافيه بعد الغيبة (قوله) ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يوف به غدا فعليه

قال المصنف (ولنا أنه يشبه البيع ويشبه النذر الخ) أقول تعليق النذر بالشرط صحيح قال في البدائع اذا قال ان كلف فلانا فعلى أن تصدق بهذه اللوازم فكلم فلانا واجب عليه أن يتصدق بها انتهى

المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة وهذه مسألة الجامع الصغير فهي وان وافقت مسألة الغدوري المذكورة في اني في كل منهما وجب المال بعدم الموافاة بالشرط لكنها عدمها ههنا بالموت وفيما تقدمت بغيره فذكرها بياناً 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 ليكونها كالتأ كيد لها ليست مقصودة ولهذا اذا وافى 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 والالزم أن يكون ما فرضناه تأ كيدا لغير مقصود وبالذات وذلك خلاف باطل وأجاب الامام طهير الدين رحمه الله في فوائدنا 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 بعدد 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 التأ كيد مقصودا لان المؤكد لم يستطع بالنسبة اليه فهو تأ كيد كما كان فان قيل اذن يتضرر الكفيل وهو مدفوع فلما الاتراخي منه غير مدفوع وقد التزم حيث يتيقن باحتمال الموت ولم يستثن فان قيل ترك الاستثناء ظناً منه ان بالموت تنفسخ الكفالة بالنفس فكذلك ما يترتب عليها قلنا دعوى منه على خلاف اطلاق لفظه في ان لم يوافق فلا يفيد في اضرار غيره قال (ومن ادعى

المال فان مات المكفول عنه ضمن المال) لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة قال (ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها أول وبينها 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 ما لا مطلقاً 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 كالأول أو المكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت أوجب بالفرق بأن البراء وضع لفسخ الكفالة فتنسخ من كل وجه بخلاف الانفساخ بالموت انما هو ضرورة العجز عن التسليم المقتصر اذا ضرورة الى تقديم الى الكفالة بالمال وأما جواب المحبوبي والمبسوط بأن تعصيها بطريق التقديم والتأخير بأن يجعل كأنه كفل بالمال للحال ثم علق ابراءه بعدم الموافاة فخرج عن الظاهر احتياطاً لا يجب المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ولم يذكر في أكثر نسخ الجامع الصغير لفظ الغد ولهذا لم يذكره في الاسلام والصدرا الشهيد وقاضيان فثبت الفرق بين مسألة الجامع والغدوري بأن هذه مطلقة وتلك مقيدة بالوقت فلذا ذكرها المصنف والوجه أن هذه تفيد 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 تقصير 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 فلومات الكفيل قبل مجيء الوقت هل يجب المال دينياً في تركه اذ مضى الوقت قال طهير الدين في الاصل اشارة الى أنه يجب فانه قال ان وافى ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل المال وان أبي القبول يجب عليه لانهم حقا في ذلك وهو ان لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة (قوله ومن ادعى على آخر الخ) صورتها في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل لزم رجلاً لا وادى عليه مائة دينار فبينها أول وبينها أو لزمه ولم يدع مائة دينار فقال له رجل دعوه وأنا كفيل بنفسه الى غدا فان لم أوافقك به غدا فعلى

على آخر مائة دينار الخ) ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها بأنها جيدة أو رديئة هندية أو مصرية أو لم يبينها مائة حتى تكفل بنفسه رجل على أنه ان لم يوافق به غدا فعليه المائة فطلبه ولم يوافق به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف آخره قال 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 ما لا مطلقاً عن النسبة حيث لم ينسبه الى ما عليه بأمر متردد قد يكون وقد لا يكون وهو عدم الموافاة بالمدعي عليه غدا ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها الاحتمال انه لم يلزم المال الذي هو على المدعي عليه بل التزم ما لزمه على وجه الرشوة ليرتك المدعي عليه في الحال وهذا الوجه منسوب الى الشيخ الامام أبي منصور الماتريدي وهو كما ترى يقتضي أن لا تصح الكفالة وان بين المال وبصرح المصنف

والثاني ان الدعوى بلا بيان غير صحيحة فلم يجب احضار النفس وحينئذ لا تصح الكفالة بالنفس فلا يصح ما يبنى عليها وهذا منسوب الى الشيخ الامام أبي الحسن الكرخي وهو يقتضي الصحة اذا كان المال معلوما عند الدعوى (٣٩٩) ولهما ان المال ذكره معرفة 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 معرفة فنصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال 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 الحد ودود القصاص عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه لا يجبر عليها عنده وقال يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد فيلحق به الاستيثاق كما في التعزير

مائة دينار فرضي بذلك فلم يوافق به عند اقال عليه المائة دينار في الوجهين جميعا اذا ادعى ذلك صاحب الحق انه له وهذا قول أبي يوسف وقال محمد ان ادعى ولم يبينه حتى كفل له بالمائة دينار او ادعاها به كذلك لم يلتفت الى دعواه وأراد بالوجهين ما اذا بينه أي ذكر أنها جيدة أو رديئة أو وسط أو نحو ذلك أو لم يذكر كذا قيل والأفود ان يراد بالوجهين ما اذا ادعى المائة عينا أو لا وما اذا لم يدع شيئا حتى كفل له ثم ادعى المقدار الذي سماه الكفيل لهما وجهان أحدهما أنه علق التزام مال مطلق بخطره وعدم الموافقة اذ لم ينسب المائة الى ما عليه وهو رشوة على أن يترك المطالب في الحسب فلا يصح التزام هذا المال أو كلامه يحتمل ذلك كما يحتمل ما يدعيه فلا يثبت ذلك بالشك وعلى هذا الوجه عول أبو منصور المتردي وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس الثاني أن الكفالة بالنفس باطلة لان صحتها 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 معرفة فنصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في دعاوى) قبل الحضور الى مجلس القاضي احتراز عن حيل الخصوم ثم يقع البيان فيه (فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فيتنبى بين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها) صحة (الثانية) ونحن قد أسهمناك عبارة الجامع الصغير والمال منكرفيه 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 سببها احكامها بان الكفيل كان يدرى خصوص دعواه تصح بحال الكلام العاقل ما أمكن فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر وحاصل هذا اننا لم نحكم حال صدورهما بالفساد بل الامر موقوف على ظهور الدعوى بذلك القدر فاذا ظهرت ظهر أنه انما كفل بالالف المدعي به وفي الخلاصة قال اذا كدل بنفس رجل على انه ان لم يوافق به عند اقله ألف درهم ولم يقل التي عليه فغضى عنه ولم يوافق به ونلان بقول لائثي على والطالب يدعى ألفا والكفيل ينكر وجوبه على الاصيل فعلى الكفيل ألف درهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد لائثي عليه وهذا يقتضي أن الحاصل ان أنا حنيفة وحده ويستفاد من ألفا يجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وان كان الكفيل ينكر وجوبه على الاصيل وسند كرمنا يظهر 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) ولهذا يشترط الدعوى (وفي القصاص لانه خالص حق العبد) ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك وفيه حق الله لانه لاهل الارض عن الفساد

فعلى المائة فنصرف الى ما عليه وتكون النسبة موجودة فخرج عن كونه رشوة فكان المال معلوما والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لتكونها منسبة على الاولى وهذه التكنة في مقابلة التكنة الاولى للحد وقوله والعادة جرت في مقابلة الثانية وتقرر به ان المال اذا لم يكن معلوما لأس بذلك لأن العادة جرت بالاجمال 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 فكانت أراء المائة التي بدعيها وبين في 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 لانبات 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 بحذف المضاف واسناد الجواز الى الكفالة مجاز وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد فيصبر عليها كما في سائر حقوقهم وفي القصاص لانه خالص حق العبد أي لان

(قوله وفي القصاص لانه خالص حق العبد) أقول معطوف على قوله يجبر في حد القذف

المغلب فيه حق العبد على الخلوص لما عرف أن القصاص مشتمل على الحقين وحق العبد غالب وليس تفسير الجبر ههنا الحبس بل الامر بالملازمة بأن يدور الطالب مع المطلوب أينما دار كي لا يتغيب فاذا انتهى الى باب داره وأراد الدخول يستأنذنه الطالب في الدخول فان أذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وان لم يأذن له بالدخول يجلسه على باب داره ويمنع من الدخول بخلاف الحدود والحالصة لله كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا تجوز الكفالة بهما وان طابت نفس الكفيل به سواء اعطاه قبيل اقامة البينة أو بعدها أما قبل اقامتها فلأن أحد الم يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا تسمع دعوى احد في الزنا وشرب الخمر فهذا الم يكفل بحق واجب على الاصل وبعدها اقامة البينة قبل التعديل (٤٠٠) يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا حاجة الى أخذ الكفيل (ولابي حنيفة رحمه الله

بخلاف الحدود والحالصة لله تعالى ولاي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة في حدم من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تستدرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير (ولو سمعت نفسه به يصح بالاجماع) لانه أمكن ترتيب موجه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم ومعنى الجبر ليس أنه يحبس حتى يعطى بل يلزمه ولا يدعه يدخل بيته الا وهو معه أو يجلس معه خارج البيت أو يعطى كفيلا (بخلاف الحدود والحالصة حقا لله) كحد الزنا والشرب لا تجوز الكفالة وان طابت نفس المدعى عليه باعطاء الكفيل بعد الشهادة أو قبلها لان 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 وبعدها اقامة 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 والقتل حتى يجبره القاضي على الحضور ويحول بينه وبين أشغاله فتصح الكفالة باحضاره وأورد عليه بيقى أن لا يحبس بذلك لان معنى الاستيثاق فيه أكثر أوجب بأن الحبس في هذا ليس للاحتياط لاثبات الحد بل لثمة الاعارة والفساد تعزيراً واذا 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 يجتمع الخمر ويشربه ويترك الصلاة قال أحبسه وأؤدبه ثم أخرجه ومن يتم بالقتل 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 عمير الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وهو من مشايخ بقرية الجهوليين ورواه ابن عدى في الكامل عن عمر الكلاعي وأعله به قال مجهول لأعلم روى عنه غير بقرية كما روى عن سائر الجهوليين (ولان مبنى الكل) يعني الحدود والحالصة حقا لله تعالى والتي فيها حق العبد كالفصاص (على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تستدرئ 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) يعني في حد القذف والقصاص (جاز لانه أمكن ترتيب موجه عليه) وهو تسليم النفس (لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم) ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة اذا سمع بها في الحدود والحالصة حقا لله لان تسليم النفس واجب فيها لکن نص في الفوائد الخبازية والشاهية على أن ذلك في الحدود التي فيها العباد حق كحد القذف لا غير كما ذكرناه من قريب ولانه معارض بوجوب الدرء

قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حدم من غير فصل) يعني بين ما هو حق 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 مبنى الحدود والقصاص على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بالتكفيل) فان قيل حبس باقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس أتم من أخذ الكفيل لاجب بأن الحبس للثمة على ما ذكره للاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تستدرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير) فانه محض حق العبد

يسقط باسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة ويحلف فيه فيجبر الطالب 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 موجه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل ويحقق معنى الكفالة وهو الضم) وألحق الامام المحبوبي حد السرقة بحد القذف على المذهبيين

قال المصنف (قوله قيل هذا الى قوله مرفوعا) أقول القائل هو الاتقاني وقال في شرحه ولنا في دفعه نظر (قوله بخلاف سائر الحقوق لانها لا تستدرئ 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 ما أي في حد القذف والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه أي يعرف الحاكم كونه عدلاً لأن الجبس ههنا التهمة أي التهمة الفساد لا لاثبات المدعى لأنه يحتاج إلى حجة كاملة والتهمة تثبت بأحد شرطى الشهادة أما العدد والعدالة لأن الجبس للتهمة من باب دفع الفساد وهو من باب الديانات والديانات تثبت بأحد شرطى ما وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جبس رجلاً بالتهمة بخلاف الجبس في باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا تثبت إلا بحجة كاملة وحاصل الفرق أن ما كان الجبس فيه أقصى عقوبة كفى الأموال إذا ثبتت وعدم موجبات السقوط وامتنع عن الإفهام لا يجبس فيه إلا بحجة كاملة وما كان أقصى العقوبة فيه غير الجبس كالحودود والقصاص فإن أقصى فيما القتل أو القطع أو الجلد جاز الجبس قبل ثبوت التهمة ولقائل أن يقول الجبس للتهمة قبل ثبوت المدعى بالحجة يتأني الدرء بالشبهات والدرء ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم ادروا الحدود بالشبهات وبالاجماع على ذلك فينتفى الجبس للتهمة ويمكن أن يجاب عنه بأن يحمل قولهم للتهمة على أن المراد به اتهام الحاكم أيضاً بالتهمة وببأنه (٤٠١) الدرء مأوربه والترنح والتهاون حرام

لأفضائه إلى فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه فإذا وجد أحد شرطى الشهادة ولم يجبس الحاكم اتهم بأنه متهاون في ذلك وهو قاذح في عدالته والإيقاع من أمثاله مأوربه فيجبس بأحد شرطى الشهادة إذا اتهم المدعى عليه بالفساد دفعاً للتهمة عن الحاكم والجبس 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 للدرء 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 الجبس للتهمة ههنا التهمة تثبت بأحد شرطى الشهادة أما العدد والعدالة بخلاف الجبس في باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا تثبت إلا بحجة كاملة وذكري في كتاب أدب القاضي أن على قوله لا يجبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد حصول الاستيناق بالكفالة قال (والرهن والكفالة جازان في الخراج) لأنه دين مطالب به يمكن الاستيناق

(ولا يجبس في الحدود حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) أنه عدل لتبني المجهول (لأن الجبس ههنا التهمة) للاستيناف الحد (والتهمة تثبت بأحد شرطى الشهادة أما العدد والعدالة) فإذا وقعت التهمة جبس بالنص وهو ماروي به من حكيم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جبس رجلاً بالتهمة وقد منّا تخريجاً والكلام فيه في الحدود (بخلاف الأموال لأن الجبس أقصى عقوبة فيه) أي في المال فإنه لو ثبت المال بالبينه العادلة وامتنع من الإيقاع يجبس فيكون أقصى عقوبة فيها أما الحدود والقصاص فأقصى العقوبة فيها القتل والجبس نوع عقوبة فجاز أن يعاقب بالجبس قبل ثبوت الحدود والقصاص وفي الصحاح والمغرب التهمة بالتحريك وأصل التاء فيه واو من وهمت الشيء أهمه وهما من باب ضرب أي وقع في خلدي والوهم ما يقع في القلب من الخاطر واتهمت فلانا بكذا والاهم التهمة بالتحريك أصله اوتهممت كما في اتكلت أصله اوتكلت بمعنى اعتمدت فلبت الواو بياء لتكسار ما قبلها ثم أبدلت منها واو غمت في تاء الافعال قال المصنف (وذكري في أدب القاضي أن على قوله لا يجبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد حصول الاستيناق بالكفالة) إذ هما بقولان بجواز الكفالة فيحصل بهما المقصود فكان عنهما روايتان في رواية يجبس ولا يكفل وفي أخرى يكفل ولا يجبس لحصول المقصود بأحدهما ويجمع بينهما ما بأن المراد بالاولى يجبس إن لم يقدر على كفيل وبالثانية يكفل بلا جبس إن قدر على الكفيل ولا يخفى أن المراد بالحدود حد القذف والقصاص (قوله والرهن والكفالة جازان في الخراج) لأن الكفالة ضم في المطالبة بالدين والخراج دين مطالب به من جهة العباد

(٥١ - فتح القدير خامس) يستوثق به فيستغنى عن الجبس وقيل معنى كلامه أن في الجبس في الحدود والقصاص عنهما روايتين في رواية يجبس ولا يكفل وفي رواية أخرى عكسه لحصول الاستيناق بأحدهما وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء لا محالة قال (والرهن والكفالة جازان في الخراج الخ) أو رده هذه المسئلة ههنا دفعاً للمساءسة يتوهم أن أخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلوات دون الديون المطلقة فان صحته الكفالة تقضى ديناً مطالباً به مطلقاً والخراج كذلك

(قوله أي لتهمة الفساد لا لاثبات المدعى) أقول الاظهر لا لثبوت (قوله يتأني الدرء) أقول لا نسلم ذلك وإنما يتأني فيه لو كان وضع الجبس للاستيناق كفى التكفيل وليس كذلك بل الجبس يكون للترنح وما نحن بصدد ذلك وقد صرحوا في الرصا وغيرها بأن الاعتبار للموضوعات الأصلية فلا حاجة إلى ما ذكره في معرض الجواب مع اشتغاله على ما لا يخفى فليتأمل (قوله ثم إذا سمع الحجة الكاملة تحمّل الدرء) أقول فيه نكح الاتهام أكثر فليتأمل (قوله وقيل معنى كلامه) أقول القائل هو الكافي (قوله وأورد هذه المسئلة ههنا الخ) أقول أنت خير بأنه لا بد على وجه إيرادها في أثناء مسائل الكفالة بالنفس وهل المهم بيانه الا ذلك ولكن الظاهر أن المراد أن الكفالة بالنفس حائز في الخراج وإن كان المفهوم من الشرح الكفالة بالخراج والأمر هين

الآثرى أنه يحبس به ويمنع وجوب الزكاة ويلازم من عليه لاجله فصحت الكفالة عنه وانما قبل مطلقا يعنى في الحياة والمات احترازا عن الزكاة فانها يطالب بها ما فى الاموال الظاهرة فالمطالب هو الامام واما فى الباطنة فلا كمال كونهم نواب الامام والكفالة بها لا يجوز لانها غير مطالب بها بعد الموت ولما كان الرهن ثوبقا كالكفالة استطرديذ كره فى باب الكفالة فقوله (لانه دين مطالب به) اشارة الى صحة الكفالة فان كل دين صحيح تصح المطالبة به فى الحياة والمات تصح الكفالة به بالاستتراء ولو وجود ما شرع الكفالة لاجله فيه وقوله (يمكن الاستيناء) اشارة الى صحة الرهن فانها تعتمد امكان الاستيفاء لكونه ثوبقا بجانب الاستيفاء فيترتب موجب العقد فى الرهن والكفالة عليه قبل فى كلام المصنف اف ونشر مشوش ولا بعد فى قصده ذلك قال (ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه الخ) تعدد الكفلاء عن شخص واحد صحيح كفلوا جملة أو على التعاقب (٤٠٣) لان موجب عقد الكفالة التزام المطالبة أى أن يلتزم الكفيل ضم ذمته الى ذمة

الاصيل فى المطالبة بأن يكون مطالبوا باحضار المكفول عنه كانه مطلوب بالحضور بنفسه وله هذا قلنا ان ابراء المكفيل لا يترد برده لرجوعه الى الزام من له الطلب على الطلب وهو خلف باطل والمقصود بشرع الكفالة التوثيق وبالنسبة يزداد التوثيق وما يزداد به الشيء لا ينافيه البتة فكان المتضمنى لجواز وجود الامناع منتفيا قال قول بامتناعه قول بلا دليل واذا صححت الثانية لم يبرأ الاول لانا انما صححناها ليزداد التوثيق فلو برى الاول ما زاد الامانقص فما فرضناه زيادة لم يكن زيادة هذا خلف باطل وقال ابن ابي ليلى يبرأ الكفيل الاول لان التسليم للواجب على الثانى فلو بقى واجبا على الاول كان واجبا فى موضعين

فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال (ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان) لان موجه التزام المطالبة هو متعددة والمتصور التوثيق وبالنسبة يزداد التوثيق ولا يتنافيان (وأما الكفالة بالمال فحائزة معلوما كان المكفول به أو مجهولا اذا كان دينيا صحيحا مثل أن يقول تكفلت عنه بألف أو بمالك عليه أو بما يدركك فى هذا البيع) لان معنى الكفالة على التوسع فيتمعمل فيها الجهالة حتى يحبس به ويلازم 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 مطالب به 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 فى المطالبة ترجع الى الكفالة والاستيفاء يرجع الى الرهن وانما نص على خصوص هذا الدين لدفع توهم أنه لا يجوز الكفالة به لان الخراج فى حكم الصلوات ووجوبه على الشرع كانه لكان ملزوما للوازم الدين كانه كرتا نص العقدان المذكوران بخلاف دين الزكاة فانه وان كان له مطالب من العباد وهو الامام فى الاموال الظاهرة والمالك فى الباطنة لا تصح الكفالة به فانه ليس حقيقة الدين لان حاصله ايجاب تملك طائفة من المال شكرا لله على نعمة الغنى ولذا لا يؤخذ من تركه جبر اللورثة عندنا ولم يخص كونه له مطالب من العباد عن شبهة عدم ذلك فان المالك للعين يتحقق مطالبان جهة العباد حقيقة بل حقيقة ذلك أن يكون غير المالك مطالب بالمالك فالمالك مطالب بفتح الام ليس غير ومطالبة الامام ليس لا يصل المستحقين الى املا كهم بل الى ما يتحققون لا بطريق المالك بخلاف سائر الدين فانها معلوكات (قوله) ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر) بنفسه جاز (وهما كفيلان) بالنفس (لان موجه التزام المطالبة) وجاز تعدد الملتزمين به لزيادة التوثيق ثم اذا أسلم أحدهم انفس المكفول به لا يبرأ الآخر بالاجماع بخلاف الكفالة بالمال ان كدلوا مع اطواب كل بما يخصه أو على التعاقب جازت مطالبته كل واحد بالكل مثلا كذل ثلاثة مع ائلاف لا يطالب أحدهم الا بثلاثها ولو كدلوا بها على التعاقب طوب كل واحد بالالف وأيمهم قضى سقطت عن الباقي (قوله) وأما الكفالة بالمال) هو عدل قوله أول الباب الكفالة ضم بان كفالة بالنفس وكفالة بالمال من حيث المعنى فان المعادلة

وهو بناء على أصله ان الكفيل اذا كفل بالدين برى المطلوب فكذلك ههنا والجواب ان ذلك يخالف الحقيقة اللغوية الصريحة والاصل موافقتها وبفضى الى عدم التفرقة بين الكفالة والحوالة فان فيها يبرأ المحيل وذلك باطل ثم اذا أسلم أحد الكفيلين نفس الاصيل الى الطالب برى ونصاحبه قال (وأما الكفالة بالمال فحائزة الخ) لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع فى بيان الكفالة بالمال وهى جائزة سواء كان معلوما كونه تكفلت عنه بألف أو مجهولا كقوله تكفلت عنه بمالك عليه أو بما يدركك فى هذا البيع يعنى من الضمان بعد ان كان دينيا صحيحا لان معنى الكفالة على التوسع فانما تبرزع ابتداء فيتمعمل فيها جهالة المكفول به بسيرة وغيرها بعد أن كانت متعارفة

قال المصنف (فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما) أقول قال الاتقانى الضمير فى عليه راجع الى الخراج وفى فيما راجع الى الكفالة والرهن انتهى والاطهر أن ضمير عليه للعقد وضمير فيهما الكفالة والرهن بالخراج (قوله قيل فى كلام المصنف اف ونشر مشوش) أقول القائل هو الاتقانى (قوله لرجوعه الى الزام من له الطلب الخ) أقول فيه تأمل

وقوله (وعلى الكفالة بالدرك) بفتح الراء وسكونها وهو الشبهة دايمل على جوازها بالجهول وفيه اشارة الى نفي قول من يقول ان
الضمان بالجهول لا يصح لانه التزام مال فلا يصح مجهولا كاشن في البيع وقلنا الضمان بالدرك صحيح بالاجماع وهو ضمان بالجهول وصار
الكفالة بمال مجهول كالكفالة بشعبة أى شعبة كانت اذا كانت خطأ فأنم الصحيحة وان كانت بمجهول (ع . ٣) لاحتمال السراية والاقتصار

وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل لشعبة صحمت الكفالة وان احتملت السراية
والاقتصار وشروط أن يكون ديناً صحيحاً ومراوده أن لا يكون بدل الكتابة وسياً نيك في موضعه ان شاء
الله تعالى قال (والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي علمه الاصل وان شاء طالب كفيله) لان الكفالة
ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضى قيام الاول لبراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ
تتعد حوالة اعتبار المعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل فتكون كفالة (ولو طالب أحدهما
له أن يطالب الآخر له أن يطالبهما) لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار تضمين أحده
الغاصبين لان اختياره أحدهما

الصريح لوقال أما المالك فالة بالنفس وهو انما قال فان الكفالة بالنفس الخ والكفالة بالمال عندنا
جائزة وان كان المالك المكفول به مجهول المقدار وبه قال مالك وأحمد والشافعي في القديم وقال في
الجديد هو ابن أبي ليلى والليث وابن المنذر لا يجوز بالجهول لانه التزام مال مجهول فلا يجوز في القديم
تعيينه لوقوع المما كسات في مبادلة المال بالمال والكفالة عقد تبرع كالندرا يقصد به سوى ثواب
الله ورفع الضيق عن الحبيب فلا يبالي بما التزم في ذلك ويدل على ذلك اقدمه بلا تعيينه للمقدار حين قال
ما كان عليه فعلى فكان مبنياً بالتوسع فتحملت فيها الجهالة ومن آثار التوسع فيها جواز الكفالة
بشروط الخيار عشرة أيام بخلاف البيع وما توفض به من انه لو قال أنا ضامن لك ببعض مالك على فلان فانه
لا يصح ممنوع بل يصح عندنا والخيار للضامن وبسائر ما بين أي مقدر شاء (وعلى ضمان الدرك
اجماع) وضمن الدرك أن يقول للشترى أنا ضامن لك 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 ولن جاءه من عمل غير رأيه زعيم على أن شرع من قبلنا شرع لنا اذا قصه الله تعالى ولم يعقبه بانكار
فيمكن أن يدعى أن عمل البعير كان مقدراً معيناً كما يتعارف في زماننا أن الحمل الصادر خمسة أشهر رطل فلا
يتم الاستدلال به (وصار كالمالك كفل بشعبة) أى خطأ فان المعد على تقدير السراية يجب القصاص اذا
كانت بالآلة جارحة ولا كفالة بالقصاص واذا كانت خطأ في الكفالة بها جازها الله المكفول به فانما ان
سرت الى النفس وجب دية النفس والادأرش الشعبة ومع ذلك صح وقد ضمننا المراد من الدين الصحيح
مالا يكون بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح لان العبد ممتك من اسقاط هذا الدين بنفسه بأن يعجز نفسه
ولانه لا يسيد على عبده ولا دين يثبت للسيد على عبده وكذا يجتزبه عن دين الزكاة فانه دين حتى يمنع
وجوب الزكاة لكلمة ليس حقيقة الدين من كل وجه لانه كونا 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 فحينئذ لا يطالب الاصيل
بناء على أنها حينئذ حوالة عقدت بلفظ الكفالة فتجوز فيها فتح الراء وسكونها (ثم
الحوالة بشرط أن لا يبرأ الاصيل) تتعد كفالة اعتبار المعنى فيهما (بخلاف المالك) المغصوب منه
(اذا اختار تضمين أحده الغاصبين) يعنى الغاصب وغاصب الغاصب اذا قضى القاضى عليه
بذلك ليس له أن يضم الآخر (لان اختياره) تضمين (أحدهما) أى ان قضى القاضى عليه

وانما قيل خطأ لانها اذا
كانت عمداً وقد سرت
وكانت الشعبة بالآلة جارحة
فانها توجب القصاص
والكفالة به لا تصح ولما
ذلك في كلامه لم يتجسس
التقييده (وشروط أن يكون
المكفول به ديناً صحيحاً)
وفسره بأن لا يكون بدل
الكتابة لانه ليس بدين صحيح
اذا الدين الصحيح هو الذى له
مطالب من جهة العباد
حقاً لنفسه والمطلوب
لا يقدر على اسقاطه من
ذمته الا بالايفاء وبدل
الكتابة ليس كذلك
لاقتدار المالك أن يسقط
البديل بتجزئه نفسه وقيل
لان المولى لا يجب له على
عبده شئ فيطالبه به
قال (والمكفول له بالخيار
الخ) المكفول له مخير بين
أن يطالب الذى عليه
الاصل أى الدين ويسمى
الدين أصلاً لان المطالبة
مبنية عليه فان مطالبة
الدين بغير دين غير متصور
فكانت المطالبة فرعاً
وهذا التفسير بناء على
ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة
الى ذمة في المطالبة وذلك
يقضى قيام الاول لبراءة
عنها الا اذا شرطت البراءة

فتصير حوالة اعتبار المعنى كما ان الحوالة بشرط أن لا يبرأ المحيل تكون كفالة فعلى هذا له أن يطالبهما جميعاً جملة ومثاقبا بخلاف المالك
اذا اختار أحده الغاصبين أى الغاصب وغاصب الغاصب فانه اذا اختار تضمين أحدهما لا يقدر على تضمين الآخر لان اختياره أحدهما

(قوله ولم يصح ذلك) أقول فيه بحيث (قوله وقيل لان المولى الخ) أقول فيه شئ ويندفع بقولنا قياساً تأمل

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 بايعت فلانا فعلى أو ما ذاب لك عليه فعلى أو ما غصبك فعلى والاصل فيه قوله تعالى ولن جاءه جندل بعير وأنا بزعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقهها بشرط ملائم لها مثل

(يتضمن التملك منه) فيبرأ الاخر بالضرورة بخلاف المطالبة عن الكفالة لا تقتضي التملك ولو قضى عليه ما لم توجد حقيقة الاستيفاء (قوله) ويجوز تعليق الكفالة بالشروط) مثل أن يقول ما بايعت فلانا فعلى وما ذاب لك عليه أي ماوجب وثبت فعلى من ذوب الشحم لان المعنى ان بايعته فعلى ذلك البيع وان ذاب لك عليه شيء فعلى وكذا ما غصبك فعلى واذا صحت فعليه ما يجب بالمبايعه الاولى فلا يبايعه مره بعد مره لا يلزمه ثمن المبايعه الثانيه ذكره في المجرى عن أبي حنيفه نصا وفي نوادر أبي يوسف بروايه ابن سماعه يلزمه كله ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهى عن المبايعه صح حتى لو بايع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء وقيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه مع لوما فان جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة بجهالة المكفول في الاضافة ولو قال ما بايعت من الناس فعلى ضمانه فهو باطل لتفاحش الجهالة بجهالة المكفول عنه وببخلاف انفراد جهالة المكفول به فانما حينئذ قبله لتحمل والحاصل ان جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقا و جهالة المكفول به لانتمها مطلقا و جهالة المكفول عنه في التعليق والاضافة تمنع صحة الكفالة وفي التخصيص لا تمنع مثال ذلك لو قال ما ذاب لك على أحد من الناس أو ما بايعت أحد فاهو على لا تصح لجهالة المضمون عنه في الاضافة وكذلك لو قال ما ذاب لاحد عليك فهو على لا تصح لجهالة المكفول له ولو قال ما غصبك فلان أو سرقك فعلى جاز لانتمها ما ومن المثل ما غصبك أهل هذه الدار فأنا له ضامن لا تصح الكفالة كأنه قال ما يجب لك على واحد من الناس فعلى وفيه لا تصح لجهالة المكفول عنه ومن بايع فلانا اليوم من بيع فعلى لا يلزم الكفيل شيء لجهالة المكفول له لانه ضمن لواحد من الناس بخلاف ما لو قال لجماعة حاضر من ما بايعتموه فعلى يصح فأبهم بايعه لزم الكفيل لانه ضمن لمعينين وحينئذ يجب كون أهل الدار في المسئله التي قبلها اليسوا معينين مع لومين عنه والمتخاطبين والافلا فرق ومنه ما لو قال لرجلين كذات لهما مال على فلان وهو ألف أو له ذاب مال عليه فهو باطل لجهالة المكفول له ولو قال لرجل كفلت بمالك على فلان أو مالك على فلان رجلا أخرج لانه جهالة للمكفول عنه في غير تعليق ويكون الخيار للكفيل فيحتاج الى فرقين فرق بين المكفول له وعنه في التخصيص والاضافة حيث يصح مع جهالة المكفول عنه دون المكفول له وفرق بين المكفول عنه في التخصيص والاضافة حيث يصح في التخصيص دون الاضافة أما الاول فياذا 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 المشترى وقبول المشترى وقبوله يستلزم تعيينه فكانت جهالة الطالب مانعة جوازها بجهالة المشترى 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 أي جواز اضافة الكفالة لانها تملك في حق الطالب وانما يجوز استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه مع لوما فاذا كان مجهولا يبقى على القياس وحاصل هذا ان الماطل هو الاضافة لجهالة المكفول عنه اذا عرف هذا جئنا الى مسئله الكتاب فاستبدل المصنف وأكثر الاصحاب بقوله تعالى ولن جاءه جندل بعير وأنا بزعيم ونقل عن أبي بكر الجصاص تضعيف الاستدلال بهل جواز ان يكون لبيان العمالة لا الكفالة وكذلك قال أصحاب الشافعي لان هذا القائل ضامن عن نفسه وهذا حال المستأجر لانه ضامن للاجرة عن نفسه بحكم الاجارة لا الكفالة

يتضمن التملك اذا قضى
القاضي بذلك فلا يمكن
من التملك من الثاني أما
المطالبة بالكفالة فلا تتضمن
التملك قال (ويجوز
تعليق الكفالة بالشروط
الح) ويجوز تعليق الكفالة
بشرط ملائم مثل

أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع أو لا مكان الاستثناء 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 وقد يكون زيدا كقولاً عنه لأنه إذا كان أجنبياً كان التعليق به كافي هيوب الريح واستدل بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأتابه زعيم فإن منادى يوسف عليه السلام علق الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو الجهي بصواع الملك وكان نداهه بأمر يوسف عليه السلام وشريعة من قبلنا ثم ربعة لنا إذا قصصنا الله ورسوله من غير انكار وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قال بعض الشافعية أن هذه الآية محمولة على بيان العمالة بان أتى به للبيان الكفالة فهو كقول من أتى عبده من جاءه 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 بهما ممكن واجب فكان معناه والله أعلم أن يقول المنادى للغير ان الملك يقول ان جاءه حل بعير وأتابه زعيم بذلك فيكون ضامنا (٤٠٥) عن الملك ان نفسه فتتحقق

حقيقة الكفالة وعن الثاني بان في الآية أمرين ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له وضافته الى سبب الوجوب وعدم جواز أحدهما ما يدل لا يتلزم 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 حل بعير وهو غير مع لوم لانه يختلف باختلاف البعير فلم تمنع

أن يكون شرطاً لوجوب 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

وضمنان العمالة على هذا الوجه جائز كن أتى عبده فقال من جاءه 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 ستأتي وعمامة المشايخ قالوا الاستدلال به صحيح فان الزعيم حقيقة الكفيل والمؤذن انما نادى العبر عن غيره وهو الملك فان المعنى الملك يقول لكم ان جاءه حل بعير لانه انما نادى بأمره ثم كف عن الملك بالجعل المذكور لانه ان 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 لم يثبت أي فتادة في قصة الميت المدون بدهم من فقال على ههنا على فصول عليه الصلاة والسلام عليه فدل على جواز الامرين ثم قام الدليل على انتساخ أحدهما وهو جوازها مع غيبة المكفول له ولم يبق على الآخر وهو الكفالة عن الميت المفلس ولولم يتم هذا كفي ما تقدم من المعنى فيها ومن الاجماع على صحة ضمنان الدرك 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 ملاماً وملازمة الشرط بأحد ثلاثة أمور أحدها أن يكون سبباً للزوم الحق وهو الذي عبر عنه المصنف بأن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع) فان استحقاقه سبب لوجوب الثمن على البائع للشترى ومن هذا القبيل ما في الآية فان الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو الجهي بصاع الملك فانه سبب وجوب الجعل الثاني (أن يكون شرطاً لا مكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم فلان وهو مكفول عنه) فان قدمه سبب موصول للاستيفاء منه الثالث (أن يكون سبباً لتعذر الاستيفاء مثل ان غاب عن البلد) أو هرب أو مات ولم يدع شيئاً ومن

مطلقاً والثانية انما تمنعه لاجل الاضافة لا لجهالة فان الكفالة المضافة الى المستقبل بأبي القياس جوازها على ما أتى وانما جوزت استحساناً للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول منه معلوماً فالجهدول 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 والعنان حتى تصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعنان من غير قبول أصلاً واذا كان بمنزلة البيع في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كان جهالة المشتري مانعة من البيع بخلاف جانب المطلوب فان جهالته لا تمنع كان جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق وهذا هو الموعود بتولنا على ما يأتي

قال المصنف (وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه) أقول أي في معنى الذي ذكرناه وهو أن كل شرطاً لم يعقد الكفالة يصح تعليقها به قال المصنف (فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط) أقول ولا تصح الكفالة بأضاهنا كما ذكره الشارحون (قوله وجهالة المكفول له الخ) أقول كما إذا قيل من غصبته أنت وقتلته فأنا كفيل له عنك (قوله وهذا هو الموعود) أقول الاشارة الى كون الكفالة بيعاً في حق الطالب فانه اذا كانت الكفالة تملك في حقه وضافة التملك الى المستقبل لا تصح إضافة الكفالة الى المستقبل في القياس فلستأمل

(قوله وكذا اذا جعل كل واحد منهما اجلا) اي كمالا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح وحجى المطر كذا لا يصح جعلهما اجلا لكفالة
 وفي كلامه نظر من أوجه الاول ان قوله لا يصح التعليق يقتضى نفي جواز التعليق لاني جواز الكفالة مع ان الكفالة لا يجوز الثاني ان
 قوله وكذا اذا جعل معطوف على قوله فأما لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح اذا جعل كل واحد منهما اجلا والثاني كذلك لقوله بعده
 أو الكفالة ان لم يذكر بالثا والاول لا يجوز اذا لمعنى لقوله وكذا لا يصح التعليق اذا جعل كل واحد منهما اجلا والثاني كذلك لقوله بعده
 الا أنه تصح الكفالة والثالث ان الدليل لا يطابق المدلول لان المدلول بطلان الاجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقهما بالشرط
 وعدم بطلانهما بالشرط الفاسدة (٦٠٦) ومع ذلك فليس يستقيم لانها تبطل بالشرط المحض وهو اول المسئلة ويمكن أن يجاب

عن الاول بأن حاصل الكلام
 نفي جواز الكفالة المتعلقة
 بهما والمجموع ينتفي بانتفاء
 جزئه لا يقال نفي الكفالة
 المؤجلة كنفى المتعلقة ولا تنتفي
 الكفالة بانتفاء الاجل
 لان الاجاب المعلق نوع
 اذا التعليق يخرج العلة
 عن العلية كما عرف في
 موضعه والاجل عارض
 بعد العقد فلا يلزم من
 انتفائه انتفاء موضعه
 وقد تقدم في الصرف
 ما يقاربه ان كان على ذكر
 منك وعن الثاني بأن
 فاعل يصح المقدر هو
 الاجل وتقديره وكذا لا يصح
 التعليق لا يصح الاجل اذا
 جعل كل واحد منهما
 اجلا وعن الثالث بان
 المراد بالتعليق بالشرط
 الاجل مجازا بقريضة قوله
 (ويجب المال حالا) وتقديره
 لان الكفالة لما صح
 تأجيلها بأجل متعارف
 لم تبطل بالأجل الفاسدة
 كالطلاق والعقاق ويجوز
 الجواز عدم الثبوت في

وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا الا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالان الكفالة لما صح تعليقها
 بالشرط لا تبطل بالشرط الفاسدة كالطلاق والعقاق (فان قال تكفلت بمالك عليه فقامت البينة
 بألف عليه ضمنه الكفيل) لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به
 (وان لم تقم البينة

الصور المروية عن محمد رحمه الله تعالى ضمن مالك على فلان ان توى وان حل مالك عليه ولم يوافق به
 وفي الخلاصة نقل عن الاصل قال للودع ان انف المودع وديعتك أو بحدك فأنا ضمن لك صح وكذا اذا
 قال ان قتلا ابنك فلان خطأ فأنا ضمن للديعة صح بخلاف ان اكل سبع ونحوه فليس ملائما كان دخلت
 الدار أو قدم فلان وهو غير مكفول عنه أو هبت الريح أو جاء المطر لا يصح هذا التعليق (وكذا اذا جعل
 واحد منهما اجلا) يعني من هبوب الريح وحجى المطر كأن يقول كفلت به وأمالك عليه الى ان تهب الريح
 أو الى أن يجي المطر لا يصح الآن الكفالة تثبت حالة ويبطل الاجل بخلاف ما لو علمتها به ما نحو اذا هبت
 الريح فقد كفلت بمالك عليه فان الكفالة باطلة أصلا ولو جعل الاجل الحصاد أو الدباس أو
 المهرجان أو العطاء أو صوم النصارى جزت الكفالة والتأجيل فالخصل ان الشرط الغير الملائم لا تصح
 معه الكفالة أصلا ومع الاجل الغير الملائم تصح حالة ويبطل الاجل لكن تعديل المصنف لهذا بقوله
 (لان الكفالة لما صح تعليقهما بالشرط لا تبطل بالشرط الفاسدة كالطلاق والعقاق) يقتضى أن في
 التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالة وانما يبطل الشرط والمصرح به في المدسوط وفتاوى قاضين
 أن الكفالة باطلة فتصحيحه أن يحمل لفظ تعليقهما على معنى تأجيلهما بجماع أن في كل منهما عدم ثبوت
 الحكم في الحال وقد المصنف في هذا الاستعمال لفظ المدسوط فانه ذكر التعليق وأراد التأجيل هذا
 وظاهر شرح الاتقاني المشي على ظاهر اللفظ فانه قال فيه الشرط اذا كان ملائما جاز تعليقه الكفالة به
 ومثل بقوله اذا استحق المبيع فأنا ضمن الى أن قال وان كان بخلاف ذلك كهبوب الريح وحجى المطر
 لا يصح التعليق ويبطل الشرط ولكن تنعقد الكفالة ويجب المال لان كل ما جاز تعليقه بالشرط
 لا يفسد بالشرط الفاسدة أصله الطلاق والعقاق وفي الخلاصة كفل عمال على أن يجعل له الطالب
 جعلا فان لم يكن مشروطا في الكفالة فالشرط باطل وان كان مشروطا فيها فالكفالة باطلة انتهى
 وهذا يفيد ان 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 الالفاظ التي تقع بها الكفالة
 فن ذلك ما ذكر من قوله تكفلت بمالك عليه فلا يجب على الكفيل شي الا أن تقوم البينة بمقدار ألف
 أو غيرها (لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه) فوجب عليه (ولولم تقم بينة

الحال في كل واحد منهما (فان قال تكفلت بمالك عليه فقامت البينة بألف ضمنه الكفيل
 لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة) ولو عاين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه فكذلك اذا ثبت بالبينة فصح الضمان به (وان لم تقم البينة

قال المصنف (وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا) أقول أي وكذا لا يصح التعليق على أن يكون المراد به التأجيل على
 طريقة الاستخدام قال المصنف (لان الكفالة لما صح تعليقهما بالشرط) أقول أراد بالتعليق بالشرط التأجيل مجازا أي بأجل
 متعارف (قوله فاعل يصح والتعليق) أقول يجوز أن يقال فاعله ضمير التعليق مراد به التأجيل على طريقة الاستخدام

فالقول قول الدقيق مع عينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر الزيادة) وانما كان القول قوله لانه مال مجهول لزمه بقوله فصار كما اذا اقر بشي مجهول وانما كان مع عينه لان من جعل القول قوله فيما كان هو خصه ما فيه والشيء (٧٠ ع) مما يصح بذله كان القول قوله مع

عينه كما لدعى عليه بالمال واليه اشار بقوله لانه منكر الزيادة) فان اعترف المكفول عنه بأكثر مما اقر به لم يصدق على كفيله لانه اقر على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها) كالريض اذا اقر في مرض الموت يصح اقراره في حق نفسه ولا يصح في حق غيره من ديون الصحة حيث يقدمون على المقر له في حالة المرض قال (وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره الخ) الكفالة بأمر المكفول عنه وهو ان يقول ضمن عني أو تكفل عني وبغير أمره سيان في الجواز لان الدليل الدال على جوازها وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وأمثاله لا ينصل بين كونها بأمره أو بغيره ولان الكفالة التزام أن يطالب بما على الغير وذلك تصرف في حق نفسه وكل ما هو وتصرف في النفس فهو لازم اذا لم يتضرر به غيره وغير المتصرف هنا هو الطالب والمطلوب فقط والطالب غير متضرر

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 (ويصدق في حق نفسه) لولايته عليها قال (وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره) لاطلاق ما روينا لانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه

فالتقول 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 اقر به على نفسه (لولايته عليها) بخلاف قوله ما ذاب لك على فلان فهو على أو ما نبت فأقر المطالب بما لزم الكفيل لان الثبوت حصل بقوله وكذلك ذاب فانه بمعنى حصل وقد حصل باقراره بخلاف الكفالة بما لك عليه فانها بالدين القاسم في الحال وما ذاب ونحوه الكفالة بما سيجب والوجوب نبت باقراره بخلاف ما قضى عليه لك لا يلزم الا أن يقضى القاضي ومثل مالك ما اقر لك به أمس فلوقال المطالب اقررت له بأف 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 اقر به فأقر في الحال يلزمه ولو قامت بينة أنه اقر له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لانه لم يقل ما كان اقر لك ولو أبقى المطالب العيين فالزمه القاضي لم يلزم الكفيل لان التوكول ليس باقرار بل بذل وفي الخلاصة رجل قال ما اقر فلان به فهو على فمات الكفيل ثم اقر فلان بالمال لانه في تركه الضامن وكذا ضمان الدرك وفيه رجل قال لاخر بايع فلانا بما باعته من شي فهو على صح فان قال الطالب بعته متاعا بألف وقضه مني وأقر به المطالب ووجد الكفيل يؤخذ الكفيل به استحضانا بالبينه ولو وجد الكفيل والمكفول عنه البيع وأقام الطالب البينة على أحدهما أنه باعه وسلمه لزمه ما ولو قال ان لم يعطك فلان مالك عليه فأنا ضمن بذلك لا سبيل فيه عليه حتى يتفاضه فيقول لأعطيتك ولومات المطالب قبل أن يتفاضه لزم الضمان أيضا ولو لم يمت لكنه قال أنا أعطيتك ان أعطاه مكانه أو ذهب الى السوق فأعطاه أو قال اذهب الى المنزل حتى أعطيتك 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 ضمن فمات المطالب قبل أن يتفاضه بطول الضمان ولو قال ان عجزت عنك عن الاداء فهو على فالعجز يظهر بالحس ان حبسه ولم يؤد لزم الكفيل وفي فتاوى النسفي رجل كفل لرجل عن رجل بمال على أن يكفل عنه فلان يكفل من المال فلم يكفل فلان الكفالة لازمة وليس له خيار في ترك الكفالة وفي مجموع النوازل جماعة طمع الوالي أن يأخذ منهم شيأ بغير حق فاخته في بعضهم وظفر الوالي ببعضهم فقال المختفون للذين وجدهم الوالي لا تطلعوهم علينا وما أصابكم فهو علينا بالخصص فلواخذ الوالي منهم شيأ فلهم الرجوع قال هذا مستقيم على قول من يقول بجواز ضمان الجباية وعلى قول عامة المشايخ لا يصح ولو كفل بماله على أن يعطيه من وديعة المكفول عنه التي عنده جازا إذا أمره بذلك وليس له أن يسترد الوديعة منه فان هلكت برئ لكفيل والقول قول الكفيل انها هلكت فلو عصبها رب الوديعة أو غيره أو استهلكها برئ الكفيل والحال على هذا ولو ضمن بألف على أن يعطيه ايامه من هذه الدار فلم يعطها لم يكن على الكفيل ضمان ولا يلزمه بيع الدار (قوله وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لاطلاق ما روينا) وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه أعم 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

فهو على فأقر فلان على نفسه بأف فأنكر الكفيل ما اقر به حيث يلزمه ما اقر به المطالب استحضانا والقياس لا يلزمه شي لماننا وجه الاستحسان أنه تكفل بغير استصحاب له عليه فيشترط الوجوب عليه فيما يتأني بأي طريق كان في مسألة الكتاب تكفل بما عليه في الحال فاذا أخطر الطالب أو المطالب ما عليه كان متم ما فلا يصدق ما لم يقم البينة اه وفيه بحث

بل منتفع لاحتمال المطلوب ان تضرر فاعما يتضرر بالرجوع عليه وذلك لا يكون الا عند الامر فبالامر لم يتضرر وان امر فقد رضى
والضرر للمرضى غير ضار فبين (٤٠٨) ان الكفالة بنوعها بما يقتضيها المقتضى مع انتفاء المانع وكل ما هو

على المطلوب بنبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضى به (فان كفل بأمره يرجع عما أدى عليه) لانه
قضى دينه بأمره (وان كفل بغير أمره لم يرجع عما يؤديه)

على المطلوب) لان ضرره (بنبوت الرجوع) ولا رجوع عليه (لانه) أى الرجوع (عند امره) وعند امره
يكون (قد رضى به فان كفل بأمره يرجع عما أدى لانه قضى دينه بأمره) مقيد بأمرين أحدهما
أن يكون المطلوب ممن يصح منه الامر ولو كان صبياً أو محجوراً أو امرأ من يكفل فلا رجوع له عليه ولو كان
عبداً محجوراً فاعاير جمع عليه بعد دعائه فلو كان الصبي ما ذونا صح أمره ويرجع الكفيل عليه
لحكمة أمره بسبب الاذن فانهم ما أن يشتمل كلامه على لفظة عني كأن يقول كفل عني اضمن عني
افلان أو على قوله وأنا ضامن ونحوه فلو قال اضمن الاف التي لفلان على لم يرجع عليه عند الاداء
لان الكائن مجرد الامر بالضمن والاعطاء بخلافه فان يكون انقضاء يرجع وان يكون القصد طلب تبرعه
بذلك فلم يلزم المسال وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بن دليل ما في اشارات الاسرار اذا قال الرجل اضمن لفلان
ألف درهم أو افضه ألف درهم فعمل لم يرجع على الآخر 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 كالموكل افض عني ويتضمن ذلك استقرضاه مني وقتلنا لا يقع عن الذي أمر
لغا الامر لانه يصير قاضياً عن نفسه فيصير وجود الامر وعدمه سواء أما الخليط في يرجع فيه
بالاجماع والخليط هو الذي يمتاد الرجل مدانته والاخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستحجار منه
وأورد مطالبه بالفرق بين الامر في الكفالة وبين ما اذا قال آذني زكاة مالي أو أطم عني عشرة مساكين
فأدى عنه لا يرجع على الآخر ما لم يشترط الضمان فيقول على أي ضامن فلم يكن يفجر رد الامر في الرجوع
وان ذكر فيه لفظة عني بل حتى يشترط الضمان وفي الكفالة اكنني به وأجاب في الذخيرة وبسوط
شيخ الاسلام بان الامر طلب التمسك من المأمور في الفصول كلها لانه أمره أن يؤدي عنه ويقضى
عنه وأن يكون قاضياً عنه الابد أن يصير المقضى به ملكاً لا أمره أن الملك لا أمره انما يثبت في
ضمن ملك القابض فيثبت على وفقه متى ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل يثبت لا أمره مثل ذلك
والافلاو في قضاء الدين انما يثبت للناض ملك مضمون بالمثل لانه انما يملكه بالمثل وهو الدين السابق له
حتى لو ظهر أن لادين عليه يسترد منه المقبوض فيثبت لا أمره ملك مضمون بالمثل وليس ذلك الا القرض
وفي باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل حتى لو ظهر أن لازكاة عليه لا يسترد من
الفقير ما قبض فيثبت لا أمره ملك مثل ذلك فلا ضمان عليه الا بالشرط والحاصل ان الامر في الكفالة
تضمن طلب القرض اذا ذكر لفظة عني وفي قضا الزكاة والكفارة طلب اتمام ولو ذكر لفظة عني
لما ذكرنا أن الملك انما يثبت 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 كلوكيل
بأمره لان الطالب بالاستيفاء منه كلمة لا للماعلى المطلوب من الكفيل أو الكفيل له مقام نفسه في
استيفاء المال من الاصيل وقتلنا عليه الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وحيث تساهلنا في شيء
من ذلك فاعما معناه التشبيه أى هو كالمالك وفي الكفالة بالامر يجب المسال للكفيل على الاصيل
حكما لكفالة كما وجب للطالب بها على الكفيل لكن يتأخر الى أدائه وهذا لا يكون في كفالته بلا أمره

كذلك فالقول بجوازه
واجب ثم ان كفل بأمره
رجع عما أدى عليه لانه
قضى دين غيره بأمره ومن
قضى دين غيره بأمره يرجع
عليه ولا يفتقض بما اذا كان
المكفول عنه صبياً محجوراً
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
ولا بما اذا قال لغيره آذني
زكاة مالي أو أطم عني
عشرة مساكين ففعل
فقد أدى دين غيره بأمره
ولا يرجع عليه ما لم يقل
الآخر على أي ضامن
لان المراد بالدين هو
الدين الصحيح وما ذكرتم
ليس كذلك على ما تقدم
وان كفل بغير أمره لم
يرجع

قال المصنف (لانه قضى
دينه بأمره) أقول المراد
أمره المهود (قوله) لان
المراد بالامر ما هو معتبر
شرعاً وما ذكرتم ليس
كذلك) أقول فيه تأمل
فانه لو لم يكن معتبراً لم
يرجع على العبد به

ما عني ثم قوله لان المراد جواب لقوله ولا يفتقض 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 كفل بأمره أو بغير أمره لان الطالب بالاستيفاء ملك المال من الكفيل أو قامه مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل والجواب أن عليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وإذا كفل بأمره فبمنفس الكفالة كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب لا الكفيل على الاصيل ولكنه يؤخر الى أدائه وهذا لا يكون عند كفالته بغير أمره (قوله رجع بما أدى) اعلم أن الكفيل يملك المكفول به في فصول منها الاداء الى صاحب الدين ومنها هبته اياه ومنها ارثه له ومنها صلحه اياه على جنس آخر فاما الفصل الاول فعلى نوعين أحدهما أن يكون أدى ماضين وفيه الرجوع بما أدى لانه أدى مثل ماضين والثاني أن يكون أدى خلاف ماضين كما إذا أدى ز يوفاديل ماضين من الجياد ويجوز له ذلك أو بالعكس من ذلك وفيه الرجوع بماضين 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 بماضين وعلى فصل الميراث وهو أن يموت المكفول له ويرثه الكفيل فانه يملك الدين ويرجع بماضين لقيامه (٩٠٤) مقام الطالب وفيه بحث من وجهين

أحدهما أن هبة الدين للكفيل تملك الدين من غير من عليه الدين اذ الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لافي الدين والثاني ان الهبة والميراث المملوك واحد لا تعدد فيه وهو ماضين وأما في الاداء بخلاف ماضين فقد تعدد الامر ولا يلزم من الرجوع بماضين فيما تعين الرجوع به فيما تعدد اعنى ما أدى وماضين والجواب عن الاول بوجهين أحدهما أن تملك الدين من غير من عليه الدين يصح استحسانا اذا وهبه وأذن له في القبض فقبضه وهذا لان ذلك انما لا يصح لانه تملك ما لا يقدر على تسليمه واذا أذن له بالقبض صار كأنه أخرجه من الكفالة ووكله بالقبض فقبضه ثم وهبه اياه وحينئذ يكون

لانه متبرع بأدائه وقوله رجع بما أدى معناه اذا أدى ماضيه أما اذا أدى خلافه رجع بماضين 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 بل الرضاء ولذلك لا يرجع وقوله (رجع بما أدى معناه اذا أدى ماضيه أما اذا أدى خلافه) فانما (يرجع بماضين) حتى لو كان الدين ز يوفادى عنها جيادا فانما يرجع بالز يوف أو كان الدين جيادا فأدى عنها ز يوف وتجوز الطالب به فيرجع بالجياد بخلاف المأمور بأداء الدين فانه يرجع بما أدى فلو كان الدين جيادا فأدى ز يوف يرجع بالز يوف ولو كان ز يوف فأدى جيادا يرجع بالز يوف أيضا لان رجوعه بحكم الامر ولم تدخل صفة الجودة فيما اذا كان الدين ز يوف فتحتمل الامر أما الكفيل فانما يرجع بحكم الكفالة وحكمها أنه يملك الدين بالاداء فيصير كالتطالب بنفسه ف يرجع 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 من عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار وبهذه المسئلة استدلل من قال ان الكفالة تضم في الدين أحجب بأن هبة الدين من غير من عليه الدين انما لا تجوز اذا لم يأذن للغير في قبضه فاما اذا وهب الدين من آخر وأذن له في قبضه جاز استحسانا وهنا المأدى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب كذا قيل والوجه أن يقال بعد قد 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 ملكه شرعا جبراً من غير اختيار من الطالب فلا يملك التسليط على ما ليس في ملكه والوجه اما اعتبار الدين في ذمة الكفيل كما هو في ذمة الاصيل ويسقط عنهم ما اداء أحدهما كما هو أحد القولين أو اعتباره كذلك عند الهبة فصححنا التصرف واذا وهب الكفيل الدين لا بد من قبوله بخلاف ما إذا أبرأه لان الواجب عليه المطالبة وبالابراء فقط فلا يحتاج الى القبول ولا يرتد بالرد وقوله (وكذا اذا ملك المحتمل عليه الدين) بالاداء الى المختار بأن أحال

(٥٢ - فتح القدير خامس) تملك الدين من عليه الدين وهو جائز والثاني أن الكفالة تضم ذمة الى ذمة في المطالبة اذا لم يكن هناك ضرورة وأما اذا كانت فيجوز أن يجعل في الدين وههنا 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 لان له ولاية نقل الدين اليه باحالة الدين عليه فأمكن أن يجعل ذلك مقتضى تصرفهما وهذا يرشدك الى الفرق بين ابراء الدين وهبته له في أن ابراء لا يرتد بالرد والهبة ترتد به فان ابراء اسقاط محض كالعتاق والطلاق يكفي مؤنثه بوجوب المطالبة وذلك موجود فلا يرتد بالرد والهبة لما كانت تملكها اقتضت ملكا مقدورا للتسليم وذلك في غير من عليه الدين غير متصور فست الحاجة الى نقل الدين ليصح التملك والتملك يرتد بالرد فيكفيل وهو الدين من الاصيل صح الرد فكذا من الكفيل وعن الثاني بأن التشبيه انما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود في الجميع ثم اذا نزل منزلته والطالب ليس له أن يطلب الا ماضين له فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على صورة الحوالة وهو أن يمسك المديون طالبا له على رجل ليس له عليه دين وأدى الحال عليه ذلك بخلاف ماضين فان الحال عليه يرجع على المحيل بماضين لا بما أدى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب

قوله كما يجب المال للطالب على الكفيل) أقول فيه شيء قانه لادين على الكفيل في الاصح

(قوله بما ذكرنا في الحوالة) قيل يريد به حوالة كفاية المنتهي (قوله بخلاف المأمور بقضاء الدين) جواب دخل تقريره التكفيل لا يرجع الا اذا أدى بأمر المكفول عنه وحينئذ لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الدين والمأمور بجمع بما أدى فكذلك التكفيل وتوجهه ان يقال المأمور بقضاء الدين لم يجب له على الا حترق حيث لم يلزم بالكفالة فلا يملك الدين بالاداء حتى ينزل منزلة الطالب فيرجع بما ضمن وانما الرجوع بحكم الامر بالاداء فلا بد من اعتباره ما قلنا في الزوف على الحياد ويجوز له ذلك يرجع به بدون الحياد لان اداء المأمور به لم يوجد وان عكس فكذلك لان الامر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعا بها وعلى هذا فقوله يرجع بما أدى باطلا فقهه فيه تسامح واما اذا صالح التكفيل رب الدين فهو (٤١٠) على نوعين أحدهما ان يصلحه على أقل من الدين كما اذا صالح عن الالف على

خمس مائة وفيه يرجع بما أدى لا بما ضمن لانه اسقاط فيمكن ابراه فيما وراء بدل الصلح وفيه لا يرجع التكفيل على المكفول عنه على ما ذكره والثاني ان يصلحه على جنس آخر وفيه تملك الدين فيرجع بما ضمن وسأتي قال (وليس للتكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال) التكفيل بالمال ليس له ان يطالب المكفول به عنه قبل ان يؤدي عنه لان الموجب للطالبة هو التملك وهو لا يملكه قبل الاداء فاتفق في 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 التعالف اذا اختلفا في مقدار الثمن والوكيل ولا به حيس المشتري عن الموكل لاجل الثمن كالبائع والمبايعه توجب الملك الموجب لجواز المطالبة

بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء ويخلف ما اذا صالح التكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا أبرأ التكفيل قال (وليس للتكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه) لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكيمه قال (فان لوزم بالمال كان له ان يلزم المكفول عنه حتى يخلصه) وكذا اذا حيس كان له ان يجسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمنزلة (واذا أبرأ الطالب المكفول عنه واستوفى منه برئ التكفيل) لان براءة الاصيل توجب براءة التكفيل لان الدين عليه

المدينون رجلا على رجل ليس له عليه دين فقبل الحوالة وأدى فانه يملك الدين الذي على المحيل فيرجع به لاجبما أدى حتى لو أدى عروضا ودراهم عن الدين لا يرجع الا بالدين كالتكفيل وكذا لو وهب المحتال الدين للمحال عليه أو تصدق به عليه أو ورثه المحتال عليه من المحتال وقوله (كما ذكرنا في الحوالة) أي حوالة كفاية المنتهي (بخلاف المأمور بأداء الدين فانه يرجع بما أدى لانه لم يملك الدين بالاداء) فانما يرجع بما أدى كما ذكرناه قريبا (وبخلاف ما اذا صالح التكفيل الطالب عن الالف) المكفول به (على خمسمائة) حيث يرجع بما أدى وهو الخمسمائة لا بما ضمن وهو الالف (لانه اسقاط) أو هو ابراه عن بعض الدين فيسقط البعض ولا ينتقل الى التكفيل وقوله (فصار كما لو أبرأ التكفيل) يعني عن خمسمائة وأخذ منه خمسمائة لا يرجع التكفيل على المكفول عنه الا بخمسمائة فكذلك اذا صالح على خمسمائة عن الالف لا يرجع الا بخمسمائة أو المعنى اذا أبرأ التكفيل عن كل الدين لا يرجع بشيء فكذلك عن بعضه لا يرجع بخلاف ذلك البعض اعتبارا للبعض بالكل (قوله وليس للتكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه) أي التكفيل (لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث له ان يرجع) على الموكل بالثمن (قبل ان يؤديه لانه انعقد بينهما مبادلة حكيمه) فان الموكل لا يستفيد الملك الا من قبل الوكيل فكان الوكيل كالبائع ولذا كان له حيس المشتري قبل قبض الثمن وللبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فكذلك الوكيل (فان لوزم) التكفيل (بالمال) فله ان يلزم المكفول عنه) اذا كانت الكفالة توجب الرجوع (حتى يخلصه) وكذا اذا حيس كان له ان يجسه (يخسسه) خسلا فالشافعي في الاظهر قال لانه لا دين له عليه اذا الدين لا ينتقل اليه بالاداء ولم يؤدي بعد وقلنا لازمته وجسه معه كما جاز ان يكون للدين جاز ان يكون لانه الذي أدخله في ذلك فعليه خلاصه والافيعامله بمثل ما عامله به (قوله) واذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه حقه برئ التكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة التكفيل) بالاجماع (لان الدين عليه) أي على الاصيل

قال (فان لوزم بالمال الخ) اذا لوزم التكفيل له ان يلزم المكفول عنه اذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة التكفيل لانه هو (في) الذي أوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه وكذا اذا حيسه كان له ان يجسه اذا كانت الكفالة بأمره وقال الشافعي رحمه الله ليس له ذلك لانه لا يتعلق له حق على الاصيل قبل الاداء وقلنا هو مورط فعليه الخلاص فانما أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى دينه برئ التكفيل لانه أبرأ الاصيل وبراء الاصيل يستلزم ابراء التكفيل لان المطالبة بوجود الدين وقد سقطت بالبراءة لم تبق المطالبة على الاصيل وهو ظاهر ولا على التكفيل لان الدين لم يكن عليه في الصحيح ولم يكن عليه الا المطالبة وقد انتمت بانتهاء علمها

(قوله فلا بد من اعتبارهما) أقول فيه تأمل

وقوله في الصحيح احترأ عن قول بعض المشايخ بوجوب أصل الدين في ذمة الكفيل أيضا على ما تقدم ولا يتوهم أن على ذلك القول براءة
 الاصيل لا توجب براءة الكفيل فان ذلك بالاجماع ويعمل بأن الكفالة لا تكون الا فيما هو مضمون على الاصيل وقد سقط الضمان عن
 الاصيل بالاداء أو الابرأ فبسقط عن الكفيل أيضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوبه على الاصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا
 فان قيل قولهم براءة الاصيل توجب براءة الكفيل منقوض عما اذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة فان براءة الاصيل فيه موجودة
 ولم توجب براءة الكفيل فلنا لا نقض في ذلك فاننا قلنا ان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل واذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة لم
 يبق هناك كفيل بل الباقي اذ ذلك محال عليه ولم نقل بان براءة الاصيل توجب براءة محال عليه (١١٤) وان أبرأ الطالب الكفيل لم يبرأ

الاصيل) لان على الكفيل
 المطالبة دون أصل الدين
 وسقوط المطالبة عنه لا يوجب
 سقوط أصل الدين لان بقاء
 الدين على الاصيل بدون
 الطلب أو بدون الكفيل جائز
 ألا ترى انه لو مات الكفيل
 ماسقط الدين عن الاصيل
 (وان أخر الطالب عن الاصيل
 فهو تأخير عن كفيله وان أخر
 عن كفيله لا يكون تأخيرا
 عن الاصيل لأن التأخير
 ابراء موقت) لاسقاط المطالبة
 الى غاية (فيعتبر بالابراء المؤبد)
 ورد بان هذا اعتبار مع عدم
 التساوي وهو باطل ألا ترى
 ان الكفيل لو رد الابرأ المؤبد
 لم يرتد بالرد بل يثبت الابرأ
 وتسقط عنه المطالبة ولو
 رد الابرأ الموقت ارتد بالرد
 ووجب عليه اداء ما ضمنه
 حالا والجواب ان اعتبار
 شيء بغيره لا يستلزم
 التساوي بينهما من كل وجه
 والا لا يسقط الاعتبار نسيم
 يحتاج الى ذكر فارق عند

في الصحيح (وان أبرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل عنه) لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدون
 جائز (وكذا اذا أخر الطالب عن الاصيل فهو تأخير عن الكفيل ولو أخر 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 داخل فيه أما 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 بأنه ليس الا في ذمة الاصيل قائل بأن براءة الاصيل توجب براءة الكفيل
 لان ضمان الكفيل بشرط بقاء ضمان الاصيل ويشترط قبول الاصيل أو مونه 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 أبرأ صح قبل أو لم يقبل ولا يرجع
 على الاصيل لما ذكرنا قريبا ولو كان ابراء الاصيل أو هيبته أو التصديق عليه بعدم مونه فعند أبي
 يوسف القبول والرد للورثة فان قبلوا صح وان ردوا ارتد وقال محمد لا يرتد بدهم كالأبرأهم في حال حياته
 ثم مات وهذا يختص بالابراء (وان أبرأ 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 ببراءه (وكذا اذا أخر عن الاصيل فهو تأخير عن
 كفيله ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الاصيل لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد)
 فان قيل الابرأ المؤبد لا يرتد بدين الكفيل والموقت يرتد بدينه وبرد 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 الابرأ المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه تسليم مال لما
 ذكرنا ان الواجب بالكفالة محض رد المطالبة والاسقاط المحض لا يحتمل الرد لتلاشي الساقط كاسقاط
 الخيار وأما الابرأ الموقت فهو تأخير مطالبة وليس باسقاط ألا ترى ان المطالبة تعود بعد الاجل
 والتأخير قابل للإبطال بخلاف الاسقاط فاذا عرف هذا فاعلم يقبل الكفيل التأخير أو الاصيل
 فالحال حال يطالبان به للعالم وهذا (بخلاف ما لو كفل بالمال) أي بالدين (الحال مؤجلا الى شهر)
 مثلا (فانه يتأجل عن الاصيل) الى شهر (لانه) أي المكفول له (لاحق له حال الكفالة الا في الدين)
 فليس اذ ذلك حتى يقبل التأجيل سواء (في حال الاجل) الذي يشترطه الكفيل (داخلافه)
 في الضرورة يتأجل عن الاصيل (أما ههنا) وهو ما اذا كانت الكفالة بانه قبل التأجيل (فبخلافه)

من يقول بجواز بين قبول أحدهما الرد دون الآخر وهو ما ذكره ان الابرأ المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل لا عليك فيه حيث لم يكن
 عليه الا مجرد مطالبة والاسقاط المحض لا يقبل الرد كاسقاط الخيار وأما الابرأ الموقت فهو تأخير مطالبة ليس فيه استنطاق ولهذا يعود
 بعد الاجل والتأخير قابل للرد (قوله بخلاف ما اذا كفل) يجوز أن يكون جواب دخل تقريره لأنه لا نسلم 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 تعيين تأخيرها واذا كان تأخيرا لا يصل الدين وهو في ذمة الاصيل تأخر عنه وعن الكفيل جميعا (أما ههنا) أي فيما اذا حل
 بعد الكفالة فانما كان لتأخير المطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تأخير أصل الدين

قال (فان صالح الكفيل رب المال الخ) مصالحة الكفيل رب المال على اقل من قدر الدين بحسنه على اربعة اوجه هو ان يشترط براءتهما جميعا وبراءة المطلوب خاصة أو براءة الكفيل خاصة أو لم يشترط شي من ذلك ففي الأول والثاني برئان جميعا وفي الثالث برئ الكفيل عن خمسمائة لا غير والالف بمحاله على الاصيل والطالب بالخيار ان شاء أخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء أخذ خمسمائة من الكفيل وخمسمائة من الاصيل ويرجع الكفيل (٤١٣) على الاصيل بما أدى ان كان الصلح والكفالة بأمره وفي الرابع وهو مسألة الكتاب

فان قال الكفيل للطالب صالحتك عن الالف على خمسمائة ولم يزد على ذلك برئان 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 برئان جميعا عن خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما أدى لانه أوفى هذا القدر بأمره وان قال صالحتك عما استوجب بالكفالة كان فسبحنا الكفالة لاسقاط الاصل الدين فيأخذ الطالب خمسمائة من الكفيل ان شاء والباقي من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما أدى ومصالحته اياه بخلاف الجنس عليك لاصل الدين

لانها تقرر رحمة الله لالتأجيل 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 برئان جميعا وان شرط براءة الكفيل وحده برئ الكفيل عن خمسمائة والالف بتمامها على الاصيل فيرجع الكفيل بخمسمائة ان كان بأمره والطالب بخمسمائة بخلاف ما لو صلحه على خمسمائة على ان يهب له الباقي حيث يرجع الكفيل بألف وان لم يشترط براءة واحد منهما بأن لم يزد على قوله صالحتك عن الالف على خمسمائة وهي مسألة الكتاب (برئان 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 صلح بجنس آخر لانه) أي الصلح بجنس آخر (مبادلة فيملكه) أي الدين (فيرجع بجميع الالف) وعند الأئمة الثلاثة يرجع بالأقل من الدين ومن قيمة السلعة التي صلح بها لانه أوفى هذا القدر ولا يجعل الصلح بحسنه مبادلة لان الخمسمائة لا تجعل عوضا عن الالف ما فيه من الربا ولا يمكن تملكها من الكفيل لان تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ولا يمكن أن تجعل واجبة في ذمة الكفيل تصحح الصلح مع الكفيل حتى تصير البراءة عن خمسمائة مشروطة بالكفيل كما لو صلح 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 الربا بل هو اسقاط الخمسمائة فكانت البراءة عن خمسمائة مشروطة للاصيل فتسقط عنهم ثم يرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كان كفل بأمره (ولو كان صلحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل) لان الواجب بالكفالة المطالبة والبراءة منهما من الكفالة فيبقى حال المطالبة على ما كان قبل الكفالة وجعل في النهاية صورة هذه المسئلة ما في المنسوط لو صلحه على مائة على ابراء الكفيل خاصة من الباقي يرجع الكفيل على الاصيل بمائة ويرجع الطالب على الاصيل بتسمائة لان ابراء الكفيل فسخ للكفالة (قوله ومن قال الكفيل ضمن له مالا) بأمر المكنول عنه (قد برئت الى من المالك يرجع الكفيل على المكنول عنه) بجميع الدين لان لفظه الى لانتهاء الغاية والمنكح وهو رب الدين هو المنتهي في هذا التركيب فلا بد ان يكون ثم مبتدأ وليس الا الكفيل المخاطب فأفاد التركيب براءة من المالك مبتدأ ومن الكفيل ومنتهاها صاحب الدين وهذا معنى الاقرار من رب الدين وبالتبض من الكفيل كانه قال

براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل بخلاف ما اذا صلح 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 للكفيل ضمن له مالا الخ) ذكره هنا ثلاث مسائل تتعلق بالبراءة احدها ما ذكره ابتداء البراءة من المطلوب وانتهى الى الطالب والثانية أن يذكر ابتداءها من الطالب والثالثة بالعكس

(قوله ان كان الصلح والكفالة بأمره) أقول لوجب كون الصلح بأمره تأمل

فلاولى ان يقول الكفيل ضمن له بأمره ما لا قد برئت الى من المال وفيها يرجع الكفيل على الاصيل لما ذكر ان البراءة التي يكون ابتداءها من المطلوب أى الكفيل وانتهأؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء 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 تنتهى الى غيره وذلك بالاسقاط فلا يكون اقرارا بالايفاء وان بالانفاق والثالثة أن يقول برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه قال محمد رحمه الله هو مثل أن يقول أبرأتك لانه يحتمل البراءة بالاداء والبراءة بالبراءة والثانية أدناها مثبتة (قوله ولا يرجع الكفيل بالشك) يجوز أن يكون دليلا آخر وتوجيهه أن يقال تقبض حصول البراءة بأى الامرين كان وشككنا فى الرجوع لان البراءة ان كانت بالاداء يرجع الكفيل وان كانت بالبراءة يرجع فلا يرجع بالشك وقال أبو يوسف هو مثل أن يقول برئت الى لانه أقر ببراءة ابتداءها من المطلوب فانه ذكر حرف الخطاب وهو التاء وذلك انما يكون بفعل يضاف اليه على الخصوص كما اذا قيل قت وقعدت (٤١٣) مثلا وهو فيما نحن فيه الايفاء لانه يضع

المال بين يدي الطالب ويختل بينه وبين المال فتمنع البراءة وان لم يوجد من الطالب صانع فأما البراءة بالبراءة فما لا يوجد بفعل الكفيل لا تحالفة وقيل أبو حنيفة مع أى يوسف رحمه الله في هذه المسئلة وكان المصنف اختاره فأخره وهو أقرب الاحتمالين فالمصير اليه أولى وقيل فى جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضر ارجع فى البيان اليه لانه هو المحمل فلا استدلال على الوجوه المذكورة واعترض بوجهين أحدهما وان العمل بالايء يمكن العمل به الايدان المحمل وقد ظهر مما ذكر ان العمل به يمكن

معناه بما ضمن له بأمره لان البراءة التي ابتداءها عن المطلوب وانتهأؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء فيكون هذا اقرارا بالاداء فيرجع (وان قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه) لانه براءة لا تنتهى الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثانى لانه يحتمل البراءة بالاداء اليه والبراءة فيثبت الادنى اذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال أبو يوسف رحمه الله هو مثل الاول لانه أقر ببراءة ابتداءها من المطلوب واليه الايفاء دون البراءة وقيل فى جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضر ارجع فى البيان اليه لانه هو المحمل

دفعت الى فلا يرجع على واحد منهما ويرجع الكفيل على الاصيل ان كان كفل بأمره والحوالة كالكفالة فى هذا وهنالك مسائل أحدها هذه والثانية قال أبرأتك من المال ليس اقرارا بالقبض حتى كان للطالب ان يأخذ الاصيل به والثالثة برئت من المال ولم يقل الى فهذا اقرار بالقبض عند أى يوسف كقوله برئت الى وعند محمد كقوله أبرأتك اثباتا 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 كفل بها فانه اقرار بالقبض عندهم جميعا كقوله برئت الى بقضية العرف فان العرف بين الناس ان الصك يكتب على الطالب بالبراءة اذا حصلت بالايفاء وان حصلت بالبراءة لا يكتب الصك عليه فجعلت الكتابة اقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند البراءة وأبو يوسف يقول هو مثل برئت الى لانه اقرار ببراءة ابتداءها من المطلوب وهو الكفيل المخاطب وحاصله اثبات البراءة منه على الخصوص مثل قت وقعدت والبراءة الكائنة منه خاصة كالايفاء بخلاف البراءة بالبراءة فانه لا يتحقق 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 كما قال أبرأتى من هذا المال الذي ادعاه ومنهم من قال لا يكون اقرارا لان الدعوى تكون بحق وبباطل ولو قال الكفيل أنت فى حل من المال فهو كقوله أبرأتك لان لنظرة الحل تستعمل فى البراءة

والثانى ان حكم المحمل التوقف قبل البيان وهنالك اتفقوا على العمل فى الوجه الاول والثانى بالاثبات والنفي فكيف يكون محملا مع انتفاء لازمه وأجيب بأن قوله برئت الى وان كان بمنزلة الصريح فى حق ايفاء للكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بأن يقال برئت الى لاني أبرأتك وان كان بعد ادعاء الاستعمال وما ذكره فى تعلييل الاوجه الثلاثة استدلالا لصريح فى الايفاء وغير الايفاء فكان العمل به عند العجز عن العمل بالنص فلما أمكن العمل بصريح البيان من الطالب فى ذلك سقط العمل بالاستدلال وان كان واضحاً فى دلالة على المراد وكونه غير صريح فى الايفاء والبراءة الذى سوغ استعمال لفظ المحمل والرجوع الى بيان الطالب صريحاً وقت حضوره ليكون العمل به عملاً بدليلاً لاشبهه فيه وهذا تطويل لا طائل تحته ان كان المراد بالمحمل المحمل الاصطلاحى وان كان المراد به المحمل اللغوى وهو ما كان فيه ايها فالتطويل اذا همون هو

قال المصنف (لانه براءة لا تنتهى الى غيره) أقول الضمير فى قوله لانه راجع الى ما فى ضمن أبرأتك من البراءة والمعنى لان البراءة والحاصلة بأبرأتك براءة لا تنتهى

قال (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط الخ) نعلق البراءة من الكفالة بالشرط مثل أن يقول إذا جاء غدا فانت بري عن الكفالة لا يجوز لانها ليست باسقاط محض لمافيه من معنى التملك كما في سائر البراءات والتعليق انما يصح في الاسقاط المحض وردت بالوكف بالمال والنفس وقال ان وافيتك به غدا فأنا بري من المال فوافاه من الغد فهو بري عن المال فقد جوز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال ووافاه المذكور به والمسئلة في الايضاح و يروى أنه يصح لانهم اسقاط محض كالطلاق لان على التكفيل المطالبة دون الدين على الصحيح ولهذا لا يرتد البراءة عن التكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل والاسقاط المحض يصح تعليقه وقيل في وجه اختلاف الروايتين ان عدم الجواز انما هو اذا كان الشرط شرطا محض لا منفعة للطالب فيه أصلا كقوله اذا جاء غدا ونحوه لانه غير متعارف فيما بين الناس كما لا يجوز تعليق الكفالة بشرط ليس للناس فيه تعامل فأما اذا كان بشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعلق البراءة به صحيح للمسئلة المنقولة من الايضاح فان المطالبة فيه نفع لمافيه من ابراء به وض استيفاء به وض ومثله متعامل الأتري ان صاحب الدين اذا قال عمل خسمائة على أنى أبرأتك من الباقي كان صحيحا وان علق البراءة على البعض بتجمل البعض فرواية عدم الجواز محمولة على ما اذا كان الشرط شرطا محضا غير متعامل ورواية (٤١٤) الجواز على ما يقابله قال (وكل حق لا يمكن استيفاؤه من التكفيل لا تصح

الكفالة به الخ) ذكر ضابطا لما لا تصح الكفالة به ومعنى قوله لا يمكن لا يصح لان إمكان الضرب أو حرق الرقبة ليس بمنتهى الاحتمال لكنه لا يصح شرعا وعبر عنه بعدم الامكان مبالغة في نفي الصحة فاذا كف رجل عن آخر بما عليه من الحد والقصاص لم تصح كفالته حيث لا يصح الاستيفاء منه لان الاستيفاء يعتمد الاجاب عليه وهو متعذر ان الوجوب عليه اما أن يكون اصالة والفرض 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

قال (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) لمافيه من معنى التملك كما في سائر البراءات ويروى أنه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الإبراء عن التكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل قال (وكل حق لا يمكن استيفاؤه من التكفيل لا تصح الكفالة به كالحدد والقصاص) معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجرى فيها النيابة قال (واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز) لانه دين كسائر الديون كالأبراء دون البراءة بالقبض قالوا في شروح الجامع الصغير هذا اذا كان الطالب غائبا فاما اذا كان حاضرا يرجع اليه في البيان انه قبض أو لم يقبض لان الاصل في الاجمال ان يرجع فيه الى المجهل في البيان والمراد من المجهل هنا ما يحتاج الى تأمل ويحتمل المجاز وان كان بعيدا كما يحتمل قوله برئت الى معنى لاني أبرأتك لا حقيقة المجهل يعني يرجع اليه اذا كان حاضرا لزالة الاحتمالات خصوصا ان كان العرف من ذلك اللفظ مشتركا منهم من يتكلم به ويقصد ما ذكر من القبض ومنهم من يقصد الإبراء (قوله ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) أي بالشرط المتعارف مثل ان عملت لي البعض أو دفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة أما غير المتعارف فلا يجوز كما لا يجوز تعليق الكفالة به فسقط السؤال القائل بشكل بما اذا قال التكفيل بالمال على أنى ان وافيتك به غدا فأنا بري من المال فوافاه بري من المال لان هذا شرط ملائم على انه لا وروده لان الفرض ان فيه روايتين فهذا الفرع شاهدا أحدهما (ويروى أنه يجوز) وهو أوجه لان المنع لمعنى التملك وذلك يتحقق بالنسبة الى المطلوب أما التكفيل فالمتحقق عليه المطالبة (فسكان) ابرأوه اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد بالرد من التكفيل بخلاف الاصيل لا يصح تعليقه لان فيه معنى تملك المال وقوله (وكل حق لا يمكن استيفاؤه من التكفيل لا تصح الكفالة به ك) نفس (الحدود) نفس (القصاص) اذ لا يقتل

الكفيل

للجاني بأن لا يعود الى مثل ما فعل أو غيره فان كان الاول فقد لا يحصل المقصود كما ترى بعض المتشككين

يعودون الى الجنابة وان كان الثاني فقد يحصل المقصود بالاقامة على النائب هذا في الحدود وما في القصاص فالاول منتهى قطع العدم تصوره بعد الموت أصلا لا محالة والثاني كما في الحدود ولعل الاستدلال على ذلك بالاجماع أولى فانه لم يرو عن أحد من أهله خلاف في جريانها في العقوبات فيكون التشكيك حينئذ تشكيكا 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 تمهيدا لذكر الكفالة بالمبيع والاعيان المذكورة بعده واعلم ان الاعيان بالنسبة الى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمة الاولية الى ما هو أمانة لا يضمن كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة والى ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم الى ما هو مضمون بغيره كالبيع والمهون والى ما هو مضمون بنفسه كالبيع ببيع فاسد والمقبوض على سوم الشراء والمقبوض والكفالة بها كلها اما أن تكون بذواتها أو بتسليمها

(قوله فان كان الاول) أقول ويجوز أن يعكس فيتبين 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 ونصح فيما يكون مضمونا بنفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فعلى هذا لا تجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بأن يقول الكفيل لشترى ان هلك المبيع فعلى بدله لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن ولا بالمرهون لانه مضمون بالدين ولا بالوديعة والمستعار والمستأجر لانها امانة وتجوز في المبيع بعبء فاسد او المقبوض على سوم الشراء والمقبوض ويجب على الكفيل تسليم العين مادام قائما وتسليم قيمته عند الهلاك لانها اعيان مضمونة بعينها ومعنى ذلك أن يجب قيمتها عند الهلاك وما لم يجب قيمتها 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 الدين دون الاعيان وان شرط صحتها قدرة الكفيل على الايفاء من عنده وذلك بتصوري في الدين دون الاعيان وقتلنا بناء على أصلنا ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة والمطالبة تقتضي أن يكون المطلوب مضمونا على الاصيل لا تحالفا والامانات ليست كذلك والمضمون بغيره كالبيع المضمون بالثمن والمرهون 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 مستوفيا للدينه ولا يلزمه

مطالبته فلا تصور الكفالة وان كان الثاني أعنى الكفالة بتسليم الاعيان المذكورة فما كان مضمونا بغيره كالبيع اذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن والمرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الراهن بعد استيفاء المرتهن من الدين جاز و ذكر 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 كالبيع بعبء فاسد او المقبوض على سوم الشراء والمقبوض لا بما كان مضمونا بغيره كالبيع والمرهون 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 امانة على الاصيل أو غير مضمونة بغير المضمونة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية عندنا والمستأجر في يد المستأجر والمضمونة امانة بغيرها كالبيع 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 وقا لو ارد 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 ذكرناوه تي هلك فلا شيء على الكفيل وفائدة حيث ذكرنا ان احضار العين وتسليمها ولو عجز بأن مات العبد المبيع أو الرهن أو المستأجر انفسخت الكفالة على وزان الكفالة بالنفس سواء وما ذكره شمس الأئمة السرخسي ان الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل فقد نص في الجامع الصغير أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة وكذا في المبسوط ونص القدوري انها بتسليم المبيع جائزة ونص في التحفة على جميع ما أوردناه ان الكفالة بالتسليم صحيحة والوجه

الرهن عند المرتهن فكذلك لان عين الرهن ان كان مقدار 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 له عدم وجوبه كالتجوز بعينها وان كان واجب التسليم كالمستأجر بفتح الجيم اذا ضمن رجل تسليمه الى المستأجر كن استأجر دابة وعجل الاجر ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صححت الكفالة والكفيل مؤاخذ بتسليمها مادامت حية فان هلكت فليس على الكفيل شيء لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل عن كونه مطابا بتسليمها وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل به وترك المصنف رحمه الله ذكر المستعار كترك ذكر الوديعة اشارة الى عدم جوازها وأظنه تابع شمس الأئمة السرخسي في ذلك فانه قال الكفالة بتسليم العارية باطلة تبيل 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 وما لم يجب قيمته عند الهلاك) أقول الموصول عبارة عن الاعيان المضمونة (قوله فان الواجب فيها عدم المنع الخ) أقول هو أيضا بعد تسليمي فينبغي أن تجوز الكفالة به على ما ذكره بعض مشايخنا (قوله قبل وهذا ليس بصواب) أقول القائل هو البكاكي

(قوله لانه التزم فعلا واجبا) دليل لما ذكره وفيه اشارة الى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون كما فصلنا (قوله ومن استأجر دابة للعمل) اعلم ان من استأجر دابة (٤١٦) معينة للعمل فكفل بتسليمها رجل صححت لما تقدم انفا وان استأجر غير معينة للعمل فكفل

لانه التزم فعلا واجبا قال (ومن استأجر دابة للعمل عليها فان كادت بعينها لتصح الكفالة بالجل) لانه عاجز عنه (وان كانت بغير عينها حازت الكفالة) لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والجل هو المستحق (وكذا من استأجر عبد الخدمة فكفل له رجل بخدمة فمته فهو باطل) لما بينا

عندى أن لا فرق بين الثلاثة الاول من الوديعة ومال المضاربة والشركة وبين العارية ومما هما من الامانات اذ لا شك في وجوب الرد عند الطلب فان قال الواجب التخليه بينه وبينه الاردها اليه فنقول فليكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو ان يحصلها او يخلى بينه وبينها بعد احضارها اليها ونحن نعلم في وجوب الرد ما هو اعلم من هذا ومن حمل المردود اليه قال في الذخيرة الكفالة يتمكين المودع من الاخذ بصحبة واما مضمونة بنفسها كالمغصوب والمبيع بعافاسا وادوا المقبوض على سوم الشراء فصح الكفالة بها ويجب على الكفيل ما يجب على الاصيل وهو دفع العين فان عجز وجب قيمته او مثله على الكفيل وفي المبسوط ادعى عبد ادعى بدينه فلم يقدمه الى القاضي واخذ منه كفيلا بنفسه وبالعبد ثقات العبد في يد المظلوب واقام المدعى البينة ان العبد عبده بقضى القاضي بقبضته على المطلوب وان شاء على الكفيل لان البينة ظهرت ان العبد كان مغصوبا او الكفالة بالعين المغصوبة توجب على الكفيل اداء القيمة عند تعذر العين كما ان الواجب على الاصيل كذلك والقول قول الكفيل في قيمته لانه كاره الزيادة كالاصيل اعنى الغاصب فان اقر الغاصب باكثر لزمه الفضل ولا يصدق على الكفيل وفي المبسوط كفل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند المرتهن ليس على الكفيل شيء لان عين الرهن والزيادة على مقدار الدين من الرهن امانة 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 دينها مضمونا في ذمة الاصيل ولو استعار الرهن المرهون من المرتهن على ان اعطاه كفيلا به ففعل عند الرهن لم يلزم الكفيل شيء لانه لا ضمان للمرتهن على الاصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل ايضا ولو كان الرهن اخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل واخذه لان الرهن ضامن مالية العين هنا الا ترى انه لو هلك في يده ضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب ولفظ المستأجر في كلام المصنف بالفتح في الموضوعين وقد مرنا انه متى هلك كل من المبيع والرهن والمستأجر بعد الكفالة بتسليمه لاشي على الكفيل في المبيع والرهن تقدم ما يفيد وجهه وفي المستأجر لان الاجارة تنفسح به وخرج الاصيل من ان يكون مطابا بتسليم العين وانما وجب رد الاجرة والكفيل ما كفل الاجر (قوله ومن استأجر دابة للعمل فان كانت بعينها) أي أجره أن يحمله على هذه الدابة (لا تصح الكفالة لانه عاجز عن الفعل) الواجب على الاصيل وهو حمله على هذه الدابة لانه لا مالك 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 عبد للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا) من انه عاجز عنه اذ لا يملك العبد اموال كفل بنفسه العبد المستأجر فهو صحيح على ما عرف ولو هلك لاشي على الكفيل وقال شارح في الفرق بين الحمل على العين وغير العين بأن الدابة اذا كانت بعينها فالواجب على المؤجر تسليم الدابة لا الحمل فالكفالة بالجل كفالته بما يجب على الاصيل فلا تصح بخلاف ما اذا كانت غير معينة لان الواجب هو الحمل ويمكن اتيها مؤدوم الكفيل فصحت الكفالة انتهى واعترض الاصحاب بأن الواجب ان كان ليس الاتسليم الدابة المعينة بسبب ان تحمله الذي هو فعله غير معقود عليه وانما المعقود عليه حمل الدابة فكذلك اجارة حمله على دابة الى مكان كذا ليس عليه سوى تسليم أي

رجل بالجل فكذلك لان المستحق هو الحمل وهو قادر عليه بالجل على دابة نفسه وان استأجرها معينة للعمل فكفل بالجل لم يصح قال المصنف (لانه) أي الكفيل (عاجز عنه) أي عن الحمل على الدابة المعينة لان الدابة المعينة ليست في ملكه والحمل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة وفيه نظر لان عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير لو منع صحته الماصح بالاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله واستدل به على عدم جوازها في الاعيان مطلقا وما ذكر في الايضاح جوابا بالشافعي رحمه الله وهو قوله تسامح 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

(قوله وما ذكر في الايضاح) أقول قوله وما ذكره مستأخره يجب 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 بما باعتبار عينه أو باعتبار قيمته ولا يستقيم ذلك في الحمل على دابة معينة فليتامل

قال (ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس الخ) لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد إذ رجهما الله وهو قول أبي يوسف وأبو القاسم وأبو حنيفة لم يتعدوا وانما هي نسخة واحدة فالوجود في بعضها دون بعض يدل على تركه في بعض أو زيادته في آخره وكذا في الايضاح وقال أبو يوسف يجوز ثم قال وذكر قوله في الاصل في موضعين فشرط الاجازة في أحدهما دون الآخر وعلى هذا يجوز أن يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ الميسوط وهذا الخلاف ثابت بينهم في الكفالة بالنفس والمال جميعا لأبي يوسف رجه الله في وجه الرواية التي لم تشترط الاجازة فيها أنه تصرف (٤١٧) التزام وهو ظاهر وكل ما عو كذلك

يستتبعه المستتر كالقرار والندب فهذا يستتبعه المتزام ومنع كونه التزاما فقط وبأن الاقرار اخبار عن واجب سابق والاخبار يتم بالخبر والندب من العبادات ومن له العبادات لا يشترط قبوله لعدم العلم به وله في وجه رواية التوقف على الاجازة ما ذكرنا في الفصولي في النكاح وهو وان يجعل كلام الواحد كالعقد التام فبئذ وقف على ما رواه 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 يستتم 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 ايجوز اذا بلغه فأجاز ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه تصرف التزام فيستتبعه المتزام وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في الفصولي في النكاح ولهما أن فيه معنى التملك وهو تملك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والوجود شرطه فلا يتوقف على ما رواه 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 تسليها فينبغي ان تصح الكفالة فيه ما لان الكفالة بتسليم المستأجر صحيحة ولم يمنع منه كون المستأجر ما سكا غير الكفيل وان كان التحميل ينفى ان لا تصح فيه ما لان التملك غير واجب على الاصيل والحق الواجب في الحمل على الدابة معينة أو غير معينة ليس مجرد تسليها بل المجموع من تسليها والاذن في تحميلها وهو ما ذكر في النهاية من التركيب وما ذكرنا من الحمل عليها في معينة لا يقدر على الاذن في تحميلها اذ ليست له ولاية عليها يصح اذنه الذي هو مع في الحمل وفي غير معينة يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه أو دابة استأجرها (قوله) لا 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 المتزام) ولا يتعدى له ضرر في المكفول له لان حكمه لا يوجب عليه شيئا لانه مختار في المطالبة لا ملزم فان رأى مطالبتة طالبه والا وأحال المصنف وجه التوقف على ما ذكره في الفصولي في النكاح 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 والوجود) من الموجب وحده (شرط العقد فلا يتوقف على ما رواه المجلس) وهذا يقتضي انه لو تم عقدا بقبول فصولي آخر يتوقف وقد صرح بذلك عندهما قالوا اذا قبل عنه قابل يتوقف بالاجماع وحينئذ قوله في وضع المسئلة لا تصح 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 تنتهتوقف الى اجازته أورده (الا في مسألة واحدة) استثناء من قوله لا تصح الا بقبول المكفول له في المجلس فان هذه

(٥٣ - فتح القدير خامس)

والموجود شرط العقد فلا يتوقف على ما رواه المجلس وعلى هذا رقبه عن الطالب فصولي توقف على اجازته لوجود شرطه قال (الا في مسألة واحدة الخ) استثناء من قوله لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فكانه قال لا يصح ذلك عندهما الا في مسألة واحدة استثناءنا

(قوله لان نسخ كفالة الميسوط لم تتعدد) أقول أي من محمد فلا يرده في تأمل (قوله فالوجود في بعضها الخ) أقول فيه بحث (قوله) في بعض مواضع نسخ الميسوط (أقول فينبغي أن يطرح لفظ النسخ من البين والامر حين (قوله ومنع كونه التزاما فقط) أقول مستندا بأنه عقد تبرع كالهبه والصدقة فلا بد من القبول (قوله وبأن الاقرار الخ) أقول في العطف تأمل

والقياس عدمها الماهر أن الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله ولان الصحيح لو قال ذلك لورثته أو لاجنبي لم يصح فكذا المريض ولا استحسان وجهان أحدهما أن يقال اذا قال المريض لورثته تكفل عني بما على من الدين فكأنه قال أو ف عني ديني وذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وان لم يسم المكفول لهم وقد تقدم أن جهالة المكفول له تفسد الكفالة ولهذا قال المشايخ انما تصح هذه الكفالة اذا كان له مال عند الموت تصح بالمعنى الوصية واذا كان في معناها لا يكون القبول في المجلس شرطاً 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) لان ذلك وصية في الحقيقة ومثل هذه العبارة تستعمل عند المحصلين فيما

أدال لفظ بظاهره على معنى واذا نظر في معناه يؤل الى معنى آخر وحينئذ لا فرق بين أن يقول في معنى الوصية أو وصية في الحقيقة والثاني أن يقال ان المريض قائم مقام الطالب لحاجته اليه أي الى قيامه مقامه 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 بكذا فان قيل قيامه مقام الطالب وحضوره بنفسه ليس محل النزاع وانما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرط ههنا أجاز المصنف بقوله (وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق) أي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقيق الكفالة للمساومة نظراً الى ظاهر حالته التي هو

وهي أن يقول المريض لورثته تكفل عني بما على من الدين فكأنه قال ذلك لورثته أو لاجنبي لم يصح فكذا المريض ولا استحسان وجهان أحدهما أن يقال اذا قال المريض لورثته تكفل عني بما على من الدين فكأنه قال أو ف عني ديني وذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال أو يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغاً لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهر 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 (لورثته تكفل عني بما على من الدين فكفل) عنه (به مع غيبة الغرماء) فانه يصح استحساناً فلا غرماء مطالبته وذكر للاستحسان وجهين أحدهما ان قوله تكفل عني وصية أي فيه معنى الوصية اذ لو كانت حقيقة الوصية لم يفترق الحال بين حال الصحة والمرض في ذلك وقد ذكر في المبسوط ان ذلك لا يصح منه في حال الصحة واذا كان معنى الوصية فكأنه انما قال لهم اقضوا ديني فقالوا نعم اذا قالوا تكفلنا بما فلذا قال المشايخ انما يتم ذلك اذا كان له مال فان لم يكن له مال لا تؤخذ الورثة بدونه ولو كان حقيقة الكفالة لا تؤخذوا بها حيث تكفلوا فانهم اما ذكر في المبسوط والايضاح ان 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 عاملاً لهم لما في ذلك من المصلحة له بتفريغ ذمته وفيه نفع للطالب المكفول له كما اذا حضر بنفسه فان قيل غاية الامر أن يكون كالتطالب حضر بنفسه فلا بد من قبوله فان الصادر منه حينئذ بقوله تكفل ولو قال تكفل لي بما على فلان فقال كفلت لا يتم لأن يقول بعد ذلك قبلت أو تخوه كالبيع اذا قال بعني بكذا فقال بعث لا ينعقد حتى يقول الا امر قبلت أجاز المصنف بقوله (انما لا يشترط القبول) بعد قول الوارث تكفلت (لأنه) أي لان قوله تكفلت (لا يراد به المساومة) وانما احتج في البيع كذلك لأنه يراد به المساومة وهذا لا يراد به الا التحقيق بدلالة هذه الحالة فان حالة الموت ظاهرة في الدلالة على قصده الى تحقيق الكفالة تخليص نفسه لاعلى المساومة بها (فصار) الامر هنا (كالامر بالنكاح) فيما لو قال زوجي بنتك فقال زوجته كما انعقد وان لم يقل قبلت حيث كان النكاح لا تجرى فيه المساومة (ولو قال المريض ذلك لاجنبي) فضمن (اختلف المشايخ) منهم من قال لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بقضائه بل التزام فكان المريض في حق الاجنبي والصحيح سواء ولو قال ذلك لاجنبي أو لورثته لا يصح الا أن يقبل الطالب ومنهم من قال يصح من الاجنبي وينزل المريض منزلة الطالب لحاجته لتضييق الحال عليه كما ذكرنا في الوارث وهو أوجه وما في المبسوط

عليها فصار كالامر بالنكاح كقول الرجل لامرأة زوجيني نفسك فقالت زوجته فان ذلك بمنزلة قولها من زوجت وقيل وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب للاستئناء وتمثله بالامر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما ويجوز أن يكونا مسلمكين في هذه المسئلة قال (ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ) اذا 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 ان مراده بذلك أنه لا يشترط صريح القبول بعدما كفل الوارث بل يكفي أمره قبل ذلك بقوله تكفل عني ولا أدري كيف يذهب الى 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 أو لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له فكذلك المريض ومنهم من صحه لان المريض قصده النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بأمره يرجع في تركه فيصح هـ هذا من المريض على أن يجعل قائماً مقام الطالب لتضييق 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 المدينون 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 الأئمة الثلاثة لهما ان الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الاصيل وكل كفاله هـ هذا شأنه افهى صححة بالاتفاق فهذه صححة وانما قلنا كفل بدين صحيح ثابت لأن كونه ديننا صححا هو المفروض وثبوته اما 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 وجب (٤١٩) لحق الطالب بالاخلاف وما وجب لاجنبي في

الابار من له الحق أو بأداء من عليه أو بفسخ سبب الوجوب والمفروض عدم ذلك كانه فدعوى سقوطه دعوى مجردة عن الدليل وما يدل على ثبوته في حق أحكام الدنيا أنه لو تبرع به انسان صح ولو برئ المفلس بالموت عن الدين لماسحل اصاحبه الاخذ من المتبرع واذا كان به كفيل أو له مال فان الدين باق بالاتفاق فسدل على ان الموت لا يغير وصف الثبوت وما يدل على ذلك ان المشتري لو مات مفلسا قبل أداء الثمن لم يبطل العقد ولو هلك الثمن الذي هو دين عليه يموت مفلسا لبطل العقد لمن اشترى بفلس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل

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 وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا سبق في حق أحكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا سبق اذا كان به كفيل أو مال وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفاعل 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 مبني على غير الوجه الاربع وهو انما كفاله ولا حاجة الى ذلك بل هي كفالة وجهالة المكفول به وهو الدين لا تصرف 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 (فتكفل رجل للغرماء بما عليه لا تصح عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد) والأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم (تصح لانه كفل بدين ثابت) اعموم 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 كقيام أبو قنادة وقال هما على فصرى صلى الله عليه وسلم عليه فلولم تصح الكفالة عن الميت المفلس لماصلى عليه بعد الكفالة ولانه كفل بدين ثابت (لانه) أي الدين (وجب) في حياته (لحق الطالب) وهو باق (ولم يوجد المسقط) وهو الاداء أو الأبراء وانقضاء سبب وجوبه ولم يتحقق بالموت شيء من ذلك. ويدل على بقاءه كونه مطالب 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 لياخذ هذه فيها الا في الآخرة فلا تصح ولها وجب ودل الدين كذلك (لان الدين فعل حقيقة ولذا يوصف بالوجوب)

العقد قبل ذلك الثمن ولمالم يبطل ههنا علم ان الدين باق عليه في أحكام الدنيا ولا يي حنيفة رحمه الله ان الدين ساقط لان الدين هو الفاعل حقيقة وكل فعل يقتضى القدرة والقدرة انما تكون بنفسه أو بخلفه وقد انتفت بانتفائهم ما انتفت في الدين ضرورة ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة ان المقصود الفائدة الحاصلة منه وهو 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 بدموت المكفول عنه لانتقال ما يملكه اليه وتعلق حق الطالب بتركنه الحاصل أن الوارث اذا كان مطالبًا بقضاء دين المورث باعتبار تعلق الدين بتركنه 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 فافترقا ولقائل أن يقول اذا كان الوارث مطالبًا بدينه في الجملة كان فيه شبهة الكفالة عن نفسه فكان ينبغي أن لا يجوز كفالته فاذا جاز كفاله 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 منكم على أهل السنة فعليك بما ذكرنا من الجواب في التقرير في باب صفة الحسن للأمر به وان قلت فقد يقال المال واجب لأجابه المصنف بقوله (لكنه) أي الدين (في الحكم مال) لأن تحقق ذلك الفعل في الخارج ليس بالابتليط طائفة من المال فوصف المال بالوجوب لأن الاداء الموصوف به يؤل إليه في المال فكان وصفا مجازيا فان قلت العجز بنفسه وبخلفه يدل على تعذر المطالبة منه وذلك لا يثبت لزم 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 اضمنت بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم تبقى أهلا للوجوب عليها وهذا التقرير كما ترى يشير إلى أن المصنف ذكر دليل أي حنيفة بطريق المعارضة ولو أخرجه إلى سبيل الممانعة بأن يقول لا نسلم ان الدين ثابت بل هو ساقط وسيد ذكر السند بقوله فان الذين (٤٢٠) هو الفاعل كان أحذق في وجوه النظر على ما لا يخفى على المحصلين وتنبه

لكنه في الحكم مال لأنه يؤل إليه في المال وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كتميل أوله مال فخلفه أو الافضاء إلى الاداء باق والموصوف بالاحكام الافعال (وقد عجز عنه بنفسه وبخلفه) وهو الكفيل السكائر قبل سقوطه فسقط في احكام الدنيا ضرورة (والتبرع لا يعتمد قيام الدين) ولو كان بقصد الاضافة أي التبرع بالدين وهو الحق فانما يعتمد قيامه بالنسبة إلى من عليه دون من له والكفالة نسبة بين كل من المكنون له والاصل له لأنه التزام ما على الاصيل للمكنون له ولو كان به كفيل لم يعجز بخلفه فلم يسقط الدين بموته بخلاف الكفالة بعدموته فانها كفالة بعد السقوط (ولو كان له مال فالافضاء إلى الاداء باق) فلم يسقط الدين فصحت كفالته عن الميت الملىء وأما حديث أبي قتادة فليس فيه صريح انشاء الكفالة بل يحتمل قوله هما على كلام من انشأها والاخبار بها على حد سواء ولا عموم لواقعة الحال فلا يستدل به في خصوص محل النزاع ويحتمل الوجود بها وان كان مرجوحا وامتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه ليظهر طريق ابقائه ما لا يقيد طريق الكفالة فلما ظهر بوعدها وبالافراز بالكفالة به ما حصل المقصود فصلى عليه وفوض اثبات سقوط الدين بمسائل أحدها ولو مات المشتري مفسدا 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 إلى الدنيا لا يبطل الدين فانها لو كان بالدين كفيل يبقى على حاله اذا مات مفسدا ولو سقط في احكام الدنيا لم تبقى الكفالة فانها لو كان بالدين رهن بقى الدين عليه بعدموته مفسدا وبقاء الرهن انما يكون ببقاء الدين ولان تعذر المطالبة بمعنى لا يوجد 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 التبرع والكفالة تعتمد قيام الدين في حق الاصيل كما ذكرنا وقد سقط به هذا الاعتبار لضرورة بطلان المحل فيقدر 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

لهذه اللمحة واستغن عن اعادة ما فيها ونظيره فيما سأتى (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 صحت الكفالة وعليه أداءه وان لم يوجد الدين أصلا ولان بطلان الدين انما هو في حق الميت لا المستحق لان الموت يخرج من قام به عن المحلية واذا كان باقيا في حق المستحق حل له أن يأخذ بدينه ما تبرع به الغير وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشتري مفسدا ببقائه في حق البايع فان السقوط في حق الميت لضرورة فوت المحل فلا يتعدى إلى غيره بخلاف الفلوس اذا كسدت فان الملك قد يبطل في حق المشتري فلذلك انتقض

العقد (قوله واذا كان به كفيل) جواب عن قولهما وكذا يبقى اذا كان به كفيل أوله مال وبيانه ان القدر شرط لحق الفعل اما بنفس القادر أو بخلفه واذا كان به كفيل أوله مال فان اتنى القادر خلفه وهو الوكيل أو المال في حق بقاء الدين باق (قوله أو الافضاء) على ما هو السماع وعليه أكثر النسخ تنزل وكأنه قال الكفيل والمال ان لم يكونا خلفين فالافضاء (إلى الاداء) بوجودهما (باق) بخلاف ما اذا عدم ما يجوز أن يكون في الكلام لف ونشر وتقسيمه بخلفه وهو الوكيل أو الافضاء إلى ما يفضى إلى الاداء وهو المال باق (قوله فعليك بما ذكرنا من الجواب في التقرير الخ) أقول من انه صفة اضافية اعتبارية لا معنى قائم بالذات وصفت الذات بها على الحقيقة حتى يلزم ما ذكرتمه - ذاماد كره في التقرير في قبيل باب صفة الحسن للأمر به في كلامه مساهلة (قوله ولو أخرجه إلى سبيل الممانعة الخ) أقول أنت خبير بأن منع المقدسة التي أقيم الدليل عليها خارج عن الآداب وفيما نحن بصدد ذلك فان قوله وجب لحق الطالب الخ اشارة إلى دليل الثبوت فليتامل (قوله وسيد ذكر السند بقوله الخ) أقول ذلك القول دليل السند كما لا يخفى

فان تصرف الكفيل فيما قبضه على وجه الاقتضاء ويربح فيه فالربح له لا يجب عليه التصديق به لانه ملكه حين قبضه والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة وانما قلنا 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 ومجلا وان كان الثاني فلا نه ووجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل قال في النهاية وذلك لان الكفالة توجب دينين ديناً للطالب على الكفيل وديناً للكفيل على المكفول عنه امكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل الى وقت الاداء من حيث تأخير مطالبته بما وجب له على المكفول عنه الى ما بعد الاداء ولهذا لو أخذ الكفيل من الاصيل رهناً بهذا المال صح غزله ماله وأخذ رهناً بدين مؤجل ولو أبرأ الكفيل الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين أو وهبه منه يجوز حتى لو أداء الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الاصيل وقال كذا ذكره الامام فاضيلان والامام المحبوى وهذا موافق لبعض عبارات الكتاب ظاهراً والمسائل المستشهد بها ولم يكن لا يوافق ما تقدم من ان الصحیح 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 الا ان مطالبة الطالب حالة ومطالبة الكفيل أخرت الى وقت الاداء فنزل ما وجب للكفيل على الاصيل من المطالبة منزلة الدين المؤجل ولهذا رأى لكونه نازلاً من تزاته لو أبرأ الكفيل (٤٢٢) المطلوب قبل أدائه صح وكذا اذا أخذ رهناً أو وهبه منه والى هذا ذهب

(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 يبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين الربح للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله (لانه ملكه حين قبضه أما اذا قضى الدين فظاهر وكذا الوقضى المطلوب بنفسه) الدين ولم يقض الكفيل (وثبت) للمطوب (الاسترداد) بما دفع للكفيل وانما حكمنا بنسبته لملكه اذا قضى الاصيل بنفسه (لانه) أى الكفيل (وجوبه) بمجرد الكفالة (على الاصيل مثل ما وجب للطالب) على الكفيل وهو المطالبة (الا) أى لكن (أخرت) مطالبة الكفيل الى أدائه فنزل) ماله الكفيل على الاصيل (بمنزلة الدين المؤجل) ولو عمل المديون الدين المؤجل ملكه الدائن بقبضه فكذا هذا (ولهذا) أى والدليل أن الكفيل حق المطالبة متأخراً أنه (لو أبرأ الكفيل الاصيل قبل أدائه) أى 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) يعنى اذا كان بحيث يصح البراءة منه كان بحيث يملكه اذا قبضه واذما ملكه كان الربح له (الا) أى لكن استثناء منقطع (فيه نوع خبث) على قول أبي حنيفة (بنيته) عن قريب (فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين) وهو الالف التى قضاءها باها لان

بعض الشارحين وجعل ضميره عليه للمكفول عنه ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله أى الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب على الكفيل من المطالبة وفيه من التعمل ما ترى من تنزيل المطالبة منزلة الدين المؤجل وتماكه ما قبض بمجرد ماله من المطالبة من ان المطالبة لا تستلزم الملك كالمكفول بالخصومة أو القبض فان له المطالبة ولا يملك ما قبض والعمل الصواب أن يكون توجيهه

الدرهم

كلامه لانه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب

للتطالب 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 ان يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب فلا ينافى ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلاث مطالبات دين ومطالبة حالين للتطالب على الاصيل ومطالبة فقط له على الكفيل بناء على ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة ودين ومطالبة لا الكفيل على الاصيل الا ان 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 معجلاً ملكه فكذا هنا هذا ما سخرى والله أعلم بالصواب الا ان فيه أى فى الربح الحاصل للكفيل بتصرفه فى المقبوض على وجه الاقتضاء وقد أدى الاصيل الدين نوع خبث على مذهب أبي حنيفة بينه فى مسألة الكفالة بالسكر والخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يتعين

(قوله والربح الحاصل من ملكه طيب له) أقول اذا لم يكن مانع كافى مسألة السكر (قوله ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله الخ) أقول كفاي شرح الاتقانى

وقد قررناه في البيوع في آخر فصل أحكام البيع الفاسد وأما إذا قضاه الكفيل فلا خيب فيه أصلا في قولهم جميعا وإذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له في قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله لأنه ربح من أصل خيب وفي قول أبي يوسف يطيب لان الخراج بالضمان أصله المودع إذا تصرف في الوديعة وربح فانه على الاختلاف قال (ولو كانت الكفالة بكر حنطة الخ) ما مر كان في حكم الربح فيما لا يتعين أما إذا كانت الكفالة فيما يتعين ككبر من حنطة قبضها الكفيل من الاصيل قبل أن يؤدي إلى الطاب وقصر في فها وربح فالربح له في القضاء لما بيناه من ذلك قال أبو حنيفة وأحب إلى أن يرد على الذي قضاه يعني المكفول عنه ولا يجب ذلك في الحكم وهذا رواية الجامع الصغير عن أبي حنيفة رحمه الله وفي رواية كتاب البيوع عنه الربح 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 دليله - ما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه ومن ربح في ملكه يسلم له الربح ووجه رواية كتاب الكفالة أنه يمكن الخيب مع الملك لا أحد الوجهين أما لان الاصيل يسبيل من الاسترداد على تقدير أن يقضى الكبر بنفسه وإن كان كذلك كان الربح حاصلا في ملك متردد بين أن يقتر وأن لا يقتر ومثل ذلك ملك قاصر ولو عدم الملك أصلا كان خيبا فإذا كان قاصرا تمكن فيه شبهة الخيب وأما لأنه رضى به أن يكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار رضائه فإذا قضاه 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 وربح فيها فالربح له في الحكم) لما بيناه من ملكه (قال وأحب إلى أن يرد على الذي قضاه الكبر ولا يجب عليه في الحكم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله في رواية الجامع الصغير وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله هو له ولا يرد على الذي قضاه وهو رواية عنه أنه يتصدق به لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه في سلم له وله أنه تمكن الخيب مع الملك أما لأنه يسبيل من الاسترداد بأن يقضه بنفسه أو لأنه رضى به على اعتبار قضاء الكفيل فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخيب يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصديق في رواية ويرد عليه في رواية لان الخيب لحقه وهذا أصح لكنه استحب لاجبر 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 (فالربح له) أي الكفيل (لما بيناه من ملكه) أي ملك الكبر وانما بينه في ضمن بيان انه ملك المقبوض (قال وأحب إلى أن يرد على الذي قضاه الكبر ولا يجب عليه وهذا عند أبي حنيفة في لفظ الجامع الصغير) ولا شك ان ضمير قال لابي حنيفة فقوله وهذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير عما ذكره لم يهد لتصب الخلاف بذلك قوله لهما حيث لم يصرح بفاعل قال (وقال هو له 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 (لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه) في ثبوت ملكه من أنه وجب له على الاصيل الخ (فيسلم له ولا ي حنيفة انه تمكن الخيب مع الملك اما) لقصور ملكه بسبب أن الاصيل (يسبيل من استرداده بأن يقضى) هو الطالب فينتقض ملك الكفيل فيما قبض (أولاه) انما (رضى به) أي بملك الكفيل فيه (على اعتبار قضاء الكفيل) فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به (والوجه أن يعطف بالواو فانما وجهان لأن الوجه أحدهما بل كل منهما ثابت وهو قصور الملك بسبب ثبوت تلك الخيبية وعدم رضا الاصيل بملك الكفيل بما دفعه اليه الأعلى ذلك التقدير وهو منتف (وهذا الخيب يعمل فيما يتعين) وهو الكبر لا فيما لا يتعين كالالف مثلا (فيكون سبيله التصديق في رواية ويرد عليه في رواية) أخرى (وهي الاصح لان الخيب لحق الاصيل) لالحق الشرع فيرده اليه ليصل إلى حقه (لان الحق له) وهذا يفيد انه يطيب له فقيرا كان أو غنيا وفيه روايتان والأوجه طيبه له وان كان غنيا المأذ كزامن أن الحق له (الا انه استحباب لاجبر) 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 الكبر لأنه مما يتعين والخيب سبيله التصديق فيتصدق به ووجه رواية الجامع الصغير ان الخيب لحقه أي الحق الذي قضاه فإذا ارد اليه وصل الحق إلى مستحقه وهذا أصح لان الحق لا يكفول عنه لكنه استحباب لاجبر فإذا ارد عليه فان كان فقيرا طاب له وان كان غنيا فحقه روايتان قال الامام فخر الاسلام والاشبه أن يطيب له لأنه انما ارد عليه باعتبار أنه حقه هذا إذا قبضه على وجه الاقضاء وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد لا يطيب الربح للكفيل وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب

(قوله وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف الخ) أقول يعني ما تقدم بنصف صحيفه وهو قوله وإذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له (قوله وعند أبي يوسف يطيب) أقول مخالف لما في شرح الكنز للزبلي من انه إذا دفع اليه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق فيطلب التفصيل ثم الآن يكون عن أبي يوسف فيه روايتان

قال (ومن كفل عن رجل بأف عليه بأمره فأمره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه) ومعناه الامر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويحمل عليه خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض المطاوعة للفضل الذي هو مذموم وكان الكره حصل من المجموع فان الاعراض عن الاقراض ليس بمكروه والفضل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك والالكاف المراجعة مكروهة والالزام الربح للكفيل دون الاصيل لانه اما كفاية فاسدة على ما قيل نظرا الى قوله على فانه كلمة ضمان لكنه فاسد لان الكفاية والضمان انما يصح بما هو مضمون على الاصيل والخسران ليس بمضمون على أحد فلا يصح ضمانه كرجل قال لا تبرع متاعك في هذا السوق على ان كل وضيعه وخسران يصيبك فأنا ضامن به لك فانه غير صحيح

قال (ومن كفل عن رجل بأف عليه بأمره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه) ومعناه الامر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويحمل عليه خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض المطاوعة للفضل الذي هو مذموم البطل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله على وهو فاسد وليس بتوكيل

أولاً أحب الى أن يرد ولا يجب في الحكم أي في القضاء وتأنيباً لكنه استحباب لا جبر يعني 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 إذ قد عرف ان المراد بالاستحباب عدم جبر القاضى عليه بخلاف أن يكون واجباً فيما بينه وبين الله تعالى وهو مستحب في القضاء غير مجبور عليه والعبارة المنقولة عن فخر الاسلام في وجه قول أبي حنيفة وهو الاستحسان قال ووجه الاستحسان أن ما قبضه الكفيل مما لو كان له ملكاً فاسداً من وجهه فان للاصيل استرداده حال قيام الكفاية بقضائه بنفسه واسترداد المقبوض حال قيام العقد حكم ملك فاسد كما في البيع الفاسد وانما قلنا حال قيام الكفاية لان الكفاية لا تبطل باء الاصيل ولكن تنتهي كما لو أدى الكفيل بنفسه فكان المقبوض ملكاً فاسداً من وجهه صحيحاً من وجهه ولو كان فاسداً من كل وجه بأن اشترى مكيداً وموزوناً ملكاً فاسداً ورجح فيه يجب التصديق بالربح أو الرد على المالك لان الخبيث كان لحقه فيزول بالرد عليه كالغاصب اذا أجز المغصوب ثم رده فان الاجر له يتصدق به أو يرد على المغصوب منه فكذلك في الملك الفاسد من كل وجه ولو كان الملك صحيحاً من كل وجه لا يجب التصديق بالربح ولا رده فاذا فسد من وجهه وصح من وجهه يجب التصديق أو الرد على الاصيل عملاً بالشبهين بقدر الامكان ظاهرة في وجوب رده فيما بينه وبين الله تعالى أو التصديق به غير أنه ترجح الرد هذا كله اذا أعطاه على وجه القضاء فلأعطاه على وجه الرسالة الى الطالب فمصرف ورجح صار محمداً مع أبي حنيفة في انه لا يطيب له الربح وطاب له عند أبي يوسف لما عرف فبين غضب من انسان ما لا يرجح فيه يتصدق بالفضل في قواه لانه استفاد من أصل خبيث ويطيب له في قول أبي يوسف مستدلاً بحديث الخراج بالضممان (قوله) ومن كفل عن رجل بأف عليه فأمره) أي فأمر الكفيل (الاصيل أن يتعين عليه حريراً) أي أن يشتري له حريراً بطريق العينة وهو أن يشتري له حريراً بثمن هو أكثر من قيمته ليبيعه بأقل من ذلك الثمن لغسب البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بأقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الاقل الى بائعه فيدفعه بائعه الى المشتري المدين فيسلم الثوب للبائع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الاقل وانما وسطا الثاني تحرز عن شراء باع بأقل مما باع قبيل نقد الثمن وأما نفسه بأن يستقرض فيما المقرض الا أن يبيعه عينا تساوي عشرة مثلاً في السوق بائني عشر فيفعل فيبيع البائع درهمين رغبة عن القرض المندوب الى الفضل وتحصيل غرضه من الرباط بطريق المواضعة في البيع فلا يصح هنا ذلك المراد من قوله تعين على حريراً ذهب فاستقرض فان لم يرض المسؤل أن يقرضك فاشتر منه الحريراً بأكثر من قيمته بل المقصود اذ ذهب فاشترى على هذا الوجه فاذا فعل الكفيل ذلك كان مشترياً بنفسه والمالك في الحريرو الزيادة التي يخسرها عليه لان هذه العبارة حاصلها (ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله على) كأنه أمره بالشراء لنفسه فاشترى فعلى وضمن الخسران باطل لان الضمان لا يكون الا بمضمون والخسران غير مضمون على أحد حتى لو قال بايع في السوق على أن كل خسران يلحقك فعلى أو قال لمشتري العبدان أتى عبدك هذا فعلى لا يصح

وأما وكالة فاسنة تنظر الى قوله تعين يعني اشترى حر رابعينه ثم بعه بالنقد بأقل منه واقض ديني وفسادها باعتبار ان الحر ير غير متعين
أي غير معلوم المقدار والثلث كذلك فان قيل الدين معلوم والمأمور به هو مقداره (٤٣٥) فكيف يكون الثلث مجهولا أجاب بقوله الجهالة

ما زاد على الدين فانه داخل في الثلث واذا قدمت الكفالة أو الوكالة كان المشتري للمشتري وهو الكفيل والربح أي الزيادة على الدين عليه لأنه هو العاقد ومن الناس من صور العينين صورة أخرى وهو أن يجعل المقرض والمستقرض بينهما ناشأ في الصورة التي ذكرها في الكتاب فيبيع صاحب الثوب الثوب باني عشر من المستقرض ثمان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعه الى المستقرض فتدفع حاجته وانما توسطنا بالاحترار عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثلث ومنهم من صور بعرض ذلك وهو مذموم اخترعه أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال اذا تبايعت بالعين واتبعتم أذناب البقر ذلكم وظهر عليكم عدوكم وقيل اياك والعينة فانها العينة ثم ذموا البياعات الكائنات الآن أشدهن 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 مظهرة ثم اسقاط مقدار معين على الطرف وبه يصير البيع فاسدا ولا شك أن البيع الفاسد يحكم الغصب المحرم فأين هو من يبيع العينة الصحيح المختلف في كراهته ثم الذي يقع في قلبي أن ما يجرحه الدافع ان فعلت صورة يعود فيها اليه هو أو بعضه كعود الثوب أو الحرير في الصورة الاولى وكعود العشرة في صورة اقراض الخمسة عشر فكبره والافلا كراهة الاخلاف الاولى على بعض الاحتمالات كأن يحتاج المدينون في أبي المسؤول أن يقرض بل أن يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر الى أجل فيشتره المدينون ويبيعه في السوق بعشرة حالة ولا بأس في هذا فان الاجل قابل قسط من الثلث والقرض غير واجب عليه دائم بل هو مندوب فان تركه لمجرد رغبة عنه الى زيادة الدنيا فكروه أو لعارض يعذر به فلا وانما يعرف ذلك في خصوصيات المواد وما لم يرجع اليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة لانه من العين المسترجعة لا العين مطلقا والافضل يبيع يبيع العينة (قوله ومن كفيل عن رجل عاذا ب 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 توكيل فاسدان الحر ير غير متعين وكذا الثلث غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيفما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح أي الزيادة عليه لانه العاقد قال (ومن كفيل عن رجل عاذا ب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعي البيعة على الكفيل بأن له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل بينته)

(وقيل هو توكيل فاسد) ومعنى على منصرف الى الثلث فاذا كان الثلث عليه يكون المبيع له فأغنى عن قوله لي فهو توكيل لكنه فاسد لانه غير معين مقداره ولا ثمنه فلا تصح الوكالة كقولنا اشترى حنطة ولم يبين مقدارها ولا ثمنها ولو فرضنا أن الثلث معلوم بتمه ما هو وقد مر ما يقع به الايقاع كان الحاصل اشترى حريرا يكون ثمنه الذي تبعه في السوق قدر الدين الذي علمناه وهو لا يبيع قدر ثمن الحرير الموكل بشراثة بل ما يباع به بعد شراثة لان الزائد على القدر الذي يقع به الايقاع غير معلوم (وكيفما كان) توكيل فاسدا أو ضما نا باطلا (يكون الشراء للمشتري وهو الكفيل والربح أي الزيادة التي يخسرها) عليه لانه العاقد ومن صور العينين أن يقرضه مثلا خمسة عشر ثم يبيعه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر ويأخذ الخمسة عشر المقرض منه فلم يخرج منه الا عشرة وثبت له خمسة عشر ومنها أن يبيع متاعه بألفين من المستقرض الى أجل ثم يبعث متوسطا يشتره لنفسه بألف حالة ويقبضه ثم يبيعه من البائع الاول بألف ثم يحيل المتوسط بائعه على البائع الاول بالثلث الذي عليه وهو ألف حالة فيدفعها الى المستقرض ويأخذ منه ألفين عند الحلول قالوا وهذا البيع مكره لقوله صلى الله عليه وسلم اذا تبايعت بالعين واتبعتم أذناب البقر ذلكم وظهر عليكم عدوكم والمراد باتباع أذناب البقر الحارث للزراعة لأنهم حينئذ يتكون الجهاد ونألف النفس الجين وقال أبو يوسف لا يكره هذا البيع لانه فعلة كثير من الصحابة وجدوا على ذلك ولم يعدوه من الربا حتى لو باع كغدة بألف يجوز ولا يكره وقال محمد درجة الله هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذا تبايعت بالعين واتبعتم أذناب البقر ذلكم 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 الآن أشدهن 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 مظهرة ثم اسقاط مقدار معين على الطرف وبه يصير البيع فاسدا ولا شك أن البيع الفاسد يحكم الغصب المحرم فأين هو من يبيع العينة الصحيح المختلف في كراهته ثم الذي يقع في قلبي أن ما يجرحه الدافع ان فعلت صورة يعود فيها اليه هو أو بعضه كعود الثوب أو الحرير في الصورة الاولى وكعود العشرة في صورة اقراض الخمسة عشر فكبره والافلا كراهة الاخلاف الاولى على بعض الاحتمالات كأن يحتاج المدينون في أبي المسؤول أن يقرض بل أن يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر الى أجل فيشتره المدينون ويبيعه في السوق بعشرة حالة ولا بأس في هذا فان الاجل قابل قسط من الثلث والقرض غير واجب عليه دائم بل هو مندوب فان تركه لمجرد رغبة عنه الى زيادة الدنيا فكروه أو لعارض يعذر به فلا وانما يعرف ذلك في خصوصيات المواد وما لم يرجع اليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة لانه من العين المسترجعة لا العين مطلقا والافضل يبيع يبيع العينة (قوله ومن كفيل عن رجل عاذا ب 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 البيعة على الكفيل ان له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل البيعة حتى

يخسر المكفول عنه لان قبولها يعتمد صحة الدعوى ودعواه هذه غير صحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به

(قوله وهو مذموم الخ) أقوله هو ذلك تكون الزراعة مذمومة أيضا (قوله لعدم مطابقتها بالمكفول به) أقوله فيه شبهة

وذلك لأن المال المكفول به إما مال مقضى به على الاصيل لدلالة ما قضى بصراحة عبارته ودلالة ما ذاب باستلزامه على ذلك فان معنى ذاب
تقرر والتقرر انما هو بالعضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما واما مال يقضى به بجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل كقوله أطال
الله بقاءك فهو وان كان ضعيفا لان ارادة معنى المستقبل من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لسبب تتعلق بعلم البلاغة غير
مطابق لدعوى لا طلاقا وتفيد المكفول به حتى قيل ان ادعى على الكفيل ان قاضي بلد كذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بألف
درهم وأقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة حينئذ والشارحون ذهبوا في تعليل هذه المسئلة الى أن المكفول به مال قضي أو
يقضى به بعد الكفالة والمدعى يدعى ألفا يصبح أن يكون قبل عقد الكفالة وبعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك وليس في لفظ المصنف
ما يدل على ذلك أصلا كما ترى والتعليل بدون ذلك صحيح لان المكفول به إما مال مقضى ولم يدعه أو مال يقضى به ومع غيبة الاصيل لا يصح
لكونه قضاء على الغائب فلا تكون الدعوى صحيحة فلا تقبل البينة ومن أقام البينة له على فلان ألف درهم وان هذا كفيل عنه
بأمره قضى به على الحاضر والغائب (٤٣٦) جميعا وان ادعى الكفالة بغير أمره قضى به على الحاضر خاصة وههنا يحتاج الى ثلاثة فروق
ذكر المصنف منها اثنين

لان المكفول به مال مقضى به وهو ذاب لفظه القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو
بالقضاء أو مال يقضى به وهذا ما مضى أو يديه المستأنف كقوله أطال الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك
فلا تصح (ومن أقام البينة له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بأمره فانه يقضى به على الكفيل
وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير أمره يقضى على الكفيل خاصة)
هذه البينة ولا يقضى بها لانه قضاء على غائب لم ينتصب عنه خصم اذ الكفيل في هذه الصورة لا يكون
خصم اعنه لانه انما كفل عنه بمال مقضى بعد الكفالة لانه وان كان ماضيا فالمراد به المستقبل كقولهم
أطال 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 قاضي كذا وأقت عليه بينة بكذا بعد الكفالة وقضى لي
عليه بذلك وأقام البينة على ذلك صار كفيلا وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصما
عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمره أو بغير أمره لانه اذا كانت بغير أمره يكون القضاء على الكفيل
خاصة وقد مر من مسائل الذوب ونحوه عند مسئلة تعليق الكفالة بالشرط ولو ضمن عن ما بعاه أو
دائنه أو أقرضه فعاب المطلوب بغيره الطالب على الكفيل انه كفل به وقد دابنه أو أقرضه بعده ووجد
الكفيل ذلك قضى على الكفيل والغائب بالاختلاف لان الضمان مقيد بصفة ولا يمكن القضاء به الا بعد
القضاء على الغائب فينتصب الكفيل خصم اعنه فيقع القضاء عليهما (قوله ومن أقام البينة) صورتهما
في الجامع وقال يعقوب ومحمد درجهما الله اذا كفل عن رجل بمال مؤجل بأمر المكفول عنه فعاب
المكفول عنه فعاب الطالب بالكفيل فأقام عليه بينة ان له على فلان كذا وان هذا كفل له بأمر فلان
عن فلان فاني أقضى 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
التعريض اشارة الى ذلك
(قوله فلا يدخل تحت
الكفالة بالشك) أقول لو
صح هذا لم يتم الجواب في
المسئلة التي مررت أنفا
لمكان الشك (قوله وليس
في لفظ المصنف ما يدل على
ذلك) أقول وليس فيه
ما يابى عنه (قوله أو 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

قضاء على الغائب الخ) أقول قال المحشى الشهير يعقوب باشا فيه ان القضاء على الغائب صحيح في مثل
هذه المسئلة قال في الفصول العمادية اذا ادعى رجل انه كفل من فلان بما يذوب له عايه فأقر المدعى عليه الكفالة وأنكر الحق وأقام
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 وبؤيد هذا الجواب
ما ذكره العلامة الكاكي في شرحه حيث قال لأنه كفل بما قضى له على الاصيل بعد الكفالة فإلما يصير 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 فيئشذ يلزم الكفيل الخ

أحدهما ان البيئة قبلت ههنا دون ما تقدم لان المكفول به ههنا مال مطلق عن التوصيف لكونه مفضيا به أو يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للدعى به فصحت وقبلت البيئة لابتنائها على دعوى صحيحة بخلاف ما تقدم كما مر ومن الفرق بينهما ان هناك لو صدق فقال قد كفلت لك بما ذاب لك عليه أى بما قضى لك عليه ولكن ليس لك عليه شئ لم يلزمه شئ من المال وههنا لو قال كفلت لك عنه بأف درهم لكن ليس لك شئ لم يلتفت اليه والثانى الفرق بين الكفالة بأمر والكفالة بغير أمر مع ان القضاء على الغائب لا يجوز فكان الواجب عدم التفرقة فى أن لا يكون الكفيل خصما عن الاصيل بين أن يكون بأمر وبين أن يكون بغيره ووجه ذلك ما ذكره بقوله لانها يتغيران لان الكفالة بأمره تبرع ابتداء ومعوضة انتهاء بغير أمره تبرع ابتداء وانتهاء وكل ما كانا كذلك فهو ما غيران لا محالة واذا ثبت ذلك فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالأخر لأن الحكم انما يقضى بالسبب الذى يدعيه المدعى ألا ترى أنه لو ادعى المالك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان حكمهما واحدا وهو المالك فاذا ادعى المدعى الكفالة بالأمر (٤٣٧) وقضى بالكفالة بالأمر بينة ثبت أمره

بحجة كاملة والأمر بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه فلو حضر الغائب به وذلك لا يحتاج الى اقامة البيئة عليه واذا ادعاها بغير أمره فانها لاتمس جانب الغائب اذ ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الاصيل لانه أى الشأن ان صحة الكفالة بغير أمر تعتمد قسام الدين في زعم الكفيل حتى لو قال فلان على فلان ألف درهم وأتابه كفيل وجب المال عليه وان لم يجب على الاصيل شئ 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

وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالأمر وعدمه لانها يتغيران لان الكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعوضة انتهاء بغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالأخر واذا قضى بها بالأمر ثبت أمره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير أمره لاتمس جانبه لانه تعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفى 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 مكذبا شرعا

الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل يخضع عن الغائب انتهى يعنى فلا يقع القضاء على الاصيل وانما خص قوله بما لا ذكر لانه لم يحفظ عن أبي حنيفة نصا لان فى المسئلة اختلاف (وانما قبلت) هذه البيئة ولم تقبل فيما قبلها (لان المكفول به) هنا (مال مطلق) ودعوى المدعى مطلقة أيضا فصحت فقبلت البيئة 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 للدعى ولا البيئة (وانما اختلف) القضاء (بالأمر وعدمه) حتى يقع القضاء عليهما فى الأمر فيرجع الكفيل ولو حضر الغائب لا يحتاج الى اقامة البيئة عليه بالمال لانه قد قضى عليه به وعلى الكفيل وحده اذ لم يكن أمره فلا يرجع (لانها) أى الكفالة بالأمر وبغير الأمر (يتغيران لان الكفالة بالأمر تبرع ابتداء ومعوضة انتهاء وبغير الأمر تبرع ابتداء وانتهاء فدعواه أحدهما) وهو مجرد التبرع ابتداء وانتهاء (لا يقضى له بالأخر) وهو المعوضة لثبت له الرجوع ويكون الغائب مقضيا عليه (واذا قضى بها) أى بالبيئة (بالأمر ثبت أمره) أى أمر المكفول عنه (وأمره يتضمن اقرار الاصيل بالمال) اذ لا يأمر غيره بقضاء ما عليه الا وهو معترف بأن عليه للامضى له ديننا (فيصير مقضيا عليه بخلاف الكفالة بغير أمره) فانها (لاتمس جانبه) أى 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 فى 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 فى انكاره الدين على الاصيل (مكذبا شرعا) بقيام

ذلك بينة 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 يمكن اثبات ما يدعى على الحاضر الابانبات 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 فانا كفيل فأثبتته المدعى وسيأتى تمام ذلك (قوله وفى الكفالة بأمر) يجوز ان يكون فرقا آخر بين ما اذا أقام البيئة على الكفالة بأمر وبين ما اذا أقام عليها بغيره فان الشاىء بالبيئة كالانبات عيانا ولو ثبتت الكفالة بالأمر عيانا يرجع الكفيل بما أدى على الاصيل فكذلك اذا ثبتت بالبيئة وقال زفر لما أنكر الكفيل الكفالة فقد زعمه ان الطالب ظلمه والمظلوم لا يظلم غيره وقتلنا قضى للقاضى عليه صار مكذبا شرعا

في بطل ما زعمه من اشترى شيئا واقر بأن البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحققه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالبينة على البائع بالثمن لان الشرع كذبه في زعمه ونوقض بما قال محمد فبين اشترى عبدا فباعه وورد عليه به يعيب بالبينة بعد ما اشترى العيب به ثم اراد ان يرد على بائعه لم يكن له ذلك عند محمد ودرجه الله (٤٣٨) خلافا لابي يوسف حيث لم يبطل زعمه مع ان القاضي الما قاضي عليه

في بطل ما زعمه قال (ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم) لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتماسه بقبوله ثم بالدعوى يسمى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع
 البينة بخلافه (في بطل زعمه) فيثبت حكم الكفالة بالامر وهذا يمكن ان 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 اجيب بانه انما لا يرد لان قوله لا يعيب فيه نفي للعيب في الحال والماضى والقاضى انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس بشرط للرد على الثاني فاسترقا قال (ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك الخ) ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك وهو التبعة على مامر والمراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم أى تصديق من الكفيل بأن الدار ملك البائع فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا تسمع دعواه لان الكفالة اما أن تكون مشروطة في البيع أولا فان كان الاول وهو شرط ملائم للعقد اذ الدرك يثبت بالاشروط كفالة والشرط يزيده وكادة فتمام البيع انما يكون بقبول الكفيل فكأنه هو الموجب للعقد فالدعوى بعد ذلك منه سعى في نقض ما تم من

بالدرك وهو التبعة على مامر والمراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم أى تصديق من الكفيل بأن الدار ملك البائع فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا تسمع دعواه لان الكفالة اما أن تكون مشروطة في البيع أولا فان كان الاول وهو شرط ملائم للعقد اذ الدرك يثبت بالاشروط كفالة والشرط يزيده وكادة فتمام البيع انما يكون بقبول الكفيل فكأنه هو الموجب للعقد فالدعوى بعد ذلك منه سعى في نقض ما تم من

جهته وهو باطل ولهذا لو كان الكفيل شفيعا بطلت شفيعته وبطلان السعي في نقض ما تم من جهته من مسلمات هذا الفرض لا يقبل التشكيك بالاقالة ونحوها فانها صحيحة وان كان طلبها سعي في نقض ما تم من جهة الطالب على ان المراد بالنقض ما يكون بغير رضا الخصم والاقالة ليست كذلك فهي فسح لانقض وان كان الثاني فالمراد بالكفالة احكام البيع

(قوله وبطلان السعي في نقض ما تم الخ) أقول فيه تأمل

وترغب المشتري لاحتمال أن لا يرغب المشتري في شراء المبيع مخافة الاستحقاق فتكفل تسكيننا القلبيه فصار كأنه قال اشتره هذه الدار ولتأكل فأنتم المالك البائع فان أدركت دركاً فأنما ضمن وذلك اقرار بملك البائع ومن أقر بملك البائع لا تصح دعواه بعد ذلك وإنما قال فزول منزلة الاقرار لانه يؤل اليه في المعنى قال (ولو شهد وختم الخ) ولو شهد الشاهد على بيع الدار وختم شهادته بأن كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوباً ووضع عليه نقش خاتمته حتى لا يجري عليه التزوير والتبديل كذا ذكره شمس الأئمة الحلواني ولم يكفل لم يكن ذلك تسليمياً وهو على دعواه قبل قوله وختم وقع اتفاقاً 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 أيضاً لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع لعدم الملازمة ولا هي باقرار بالملك لان البيع نارة يوجد من المالك وأخرى من غيره فالشهادة على انه باع لا تكون اقراراً بأنه باع ملكه ولعله إنما كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فإنه اقرار (٤٣٩) بالملك لما تقدم قال مشايخنا ما ذكر ان

الشهادة على البيع لا تكون تسليمياً 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 فنزلة الاقرار بملك البائع قال (ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليمياً 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 ملكه أو يباعاً تاناً فذاهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

فصل في الضمان قال (ومن باع لرجل ثوباً وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل) لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهم ما يقصرون واحدهم ما ضامن لنفسه

البيع أو جرى البيع بمشهورى وأما اذا كتب فيه ما يوجب صحته ونفاذه مثل أن يقول باع فلان كذا وهو ملكه وكتب الشاهد شهد بذلك فإنه تسليم فلا تصح دعواه الآن يشهد على اقرار المتعاقدين فإنه ليس بتسليم وان كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ

وترغب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه الا بالكفالة تسكيننا القلبيه (فيئزل) عقد الكفالة (منزلة الاقرار بملك البائع) والا كان تغريباً فلا تصح دعواه اياه أصلاً بعد ذلك هذا اذا كفل فاما اذا لم يكفل ولكن شهد على البيع ثم ادعاها بعد شهادته ان كان رسم مكتوباً على الصك وفي الصك ما يفيد الاعتراف بملك البائع مثل باع فلان بن فلان جميع الدار الخارية في ملكه يباعاً تاناً فذاهم كتب بذلك أو كتب جرى ذلك فكذلك لا تسمع دعواه لها وان لم يند ذلك مثل ان يكتب في الصك باع فلان من فلان جميع الدار أو اقر بالبيع بحضورى والشراء ثم كتب شهد بذلك أو كتب جرى ذلك لا تمنع دعواه فيها فاعلمه كتب الشهادة ليحفظ الحادثة ليسعى بعد ذلك في تثبيت البينة وقوله (وختم) هو أمر كان في زمانهم اذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوباً ووضع نقش خاتمته كي لا يطرسه 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 ثوباً) اللام في لرجل لام الملك أى باع ثوباً هور لرجل بطريق الوكالة عنه في بيعه (وضمن) الوكيل (له) أى لرجل المالك (الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع لرب المال فالضمان باطل لان الكفالة) وهي الضمان (التزام المطالبة والمطالبة اليهما) أى الى الوكيل والمضارب (فيصير كل منهما ضامن لنفسه) فيصير مطالباً بالمطالبة وهذا ان حقوق العقد ترجع اليهما حتى لو حلف المشتري ما لو وكل عليه دين بر ولو حلف ما لو وكيل عليه شئ حنت

فصل في الضمان (ومن باع لرجل ثوباً بالخ) الضمان والكفالة في هذا الباب بمعنى واحد ولما كان

مسائل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها تغاريفي اللفظ واعلم أن كل من رجع اليه حقوق العقد لا يصح منه التزام مطالبه ما يوجب به فن وكل رجل لا يبيع ثوباً ففصل وضمن له الثمن فالضمان باطل وكذا المضارب اذا باع من المتاع شيئاً وضمن لرب المال لان الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة اليه ما أى الى الوكيل والمضارب لان حق القبض للوكيل بجهة الاصاله في البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع الى الوكيل حتى لو حلف المشتري ما لو وكل عليه شئ كان باراً في عينه ولو حلف ما لو وكيل عليه شئ كان حائثاً وكذا المضارب واذا كان كذلك فالصحة الضمان لزم أن يكون الشخص ضامن لنفسه وفساده لا يخفى ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فإنه امر اعتبارى لا يظهر عندنا لمصومه

ولان المال امانة في أيدي الوكيل والمضارب وهو ظاهر فلا يصح ضمانهما الكا ضامينين ثم افرضا ما أمينا يمكن أميننا وذلك خلف باطل فيكون الضمان تغييرا للحكم الشرع وليس للعبد ذلك لزمه الى الشركة في الربوية وقد قرنا بطلان ذلك في النقر برنقر برانا ما فيرد عليه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير فأنما لو ضمننا الوديعه والعارية للمودع والمعير لم يجز لذلك ولغاثل أن يقول الو كالة بانفرادها مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز أن يكون المال امانة بأيديهم ما اذا لم يضمننا فاما اذا ضمننا فيكون ذلك رفعنا للامانة الى الضمان وتحولا من حكم شرعي الى حكم شرعي فصار كما اذا باع بألف ثم باع بألف وخمسائة والحواب أن رفع الامانة عما يكون يبطلان الو كالة ثلاثا يتخلف المعلول عن علته وبطلانها حينئذ انما يكون ضرورة صحة الكفالة والكفالة ههنا بمنزلة الفرع للوكالة لانه كفل عما 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 لم يصح لانه ان صح فان كان بحصته من الثمن شائعا صار ضمانا لنفسه وقد تقدم فساده 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 وذكري في الفوائد الظهيرية في تعليقه لان ما يستحق بنصيب أحدهما فلا تخران بشاركه فيه اذا كان مالا بدليل ان أحدهما لو اشترى 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 وبصير 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 بطلان انتهاء فقلنا يبطلانه ابتداء ولا معنى لما قيل في تعليل هذه المسائل لو صح الضمان اما أن يصح بنصف شائع أو بنصف هو نصيب شريكه لان الضمان يضاف الى

ولان المال امانة في أيديهم ما والضممان تغييرا للحكم 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 بالنيابة عن المرأة حيث يصح ضمانه المهر لها عن الزوج لانه سفر لا ترجع اليه حقوق العقد فليس له المطالبة بالمهر على ما سلف فلا يصح ضمانا لنفسه (ولان المال في يد كل من الوكيل والمضارب امانة) فلا يصح مضمونا عليهم 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 تخران بشاركه 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 وبصير كأنه ما أدى الا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى أن لا يبقى شيء أو يبقى الجزء الذي لا يتجزأ فظهر ولزم بطلان الضمان من حيث صح (ولو كان ضمن نصيب شريكه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه وهو لا يجوز) لانه في الذمة لا يقبل القسمة لانه افراز ولا يمكن الا في عين خارجية والدين وصف اعتباري ويرد عليه اختيار الثاني ونقل الاجماع على ان أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين

وبين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع وبصير 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 بطلان انتهاء فقلنا يبطلانه ابتداء ولا معنى لما قيل في تعليل هذه المسائل لو صح الضمان اما أن يصح بنصف شائع أو بنصف هو نصيب شريكه لان الضمان يضاف الى

نصيب شريكه فكيف يصح شائعا وقوله ولا وجه الى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لانه هذا أيضا يجوز لانه فاد الاجماع على ان أحدهما لو اشترى 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 شريكه فكيف يصح شائعا يجب عليه بأن نصيب الشريك وهو النصف مثاله اعتبار ان اعتبار نصف شائع في كل جزء من أجزاء الثمن واعتبار نصف مفرز في بعض افراده لا تعلق له بالباقي من الافراد ولا خفاء في اختلافهما وتغييرهما فترك ذلك نقص في التعقل وقوله لا معنى لهذا أيضا لانه فاد الاجماع الخ يجب عنه بأنه انما لزم القسمة فيه

(قوله كان للاخر ولاية المشاركة) أقول غير مسلم قال صاحب الهداية في فصل في الدين المشترك من كتاب الصلح ولا سيما للشريك على الشوب لانه ملوكه بعد (قوله ولو صح الضمان فيما يؤديه الضامن) أقول للظاهر أن يقال فيما يؤديه (قوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه) 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 بأن نصيب الشريك الخ) أقول فانه تأمل

ان ما اشترى أحدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان لا يختر أن يشاركه بخلاف ما اذا باعاه ففقتن بأن سمي كل واحد منهما بالنفسه ثم ضمن أحدهما الآخر بنصيبه فان الضمان صحيح لامتياز نصيب كل منهما عن نصيب الآخر لانه لا شركة ثمة لانها تكون بائنا الصفقة والفرص خلافه واستوضح بقوله الأتري أن للشري أن يقبل نصيب أحدهما ويرد الآخر وله أن يقبض نصيب أحدهما اذا فقدت من حصته وان كان قبل الكل ولو انحدرت الصفقة لم يكن له ذلك قال (ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائمه وقسمته فهو جائز الخ) الضمان عن الخراج والنوائب والقسمه جائز أما الخراج فقد تقدم في قوله من قبل والرهن والكفالة جائزان في الخراج قبل والمراد به الموظف وهو الواجب في الذمة بأن يوظف الامام في كل سنة على مال على ما راه دون المقاسمة وهي التي يقسم لامام ما يخرج من الارض لانه ليس في معنى الدين لعدم وجوده (٤٣١) في الذمة وقد تقدم في هذا الشرح

ما يفرق به بين الخراج والزكاة وذكر المصنف رحمه الله فرقا آخر بقوله وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل اذا الواجب فيها تملك مال من غير أن يكون بدلا عن شيء والمال آتية ولهذا لا تؤدى بعد موته الا بالوصية

بخلاف ما اذا باعاه بنصفتين لانه لا شركة الا ترى أن للشري أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض اذا تقدمت حصته وان قبل الكل قال (ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائمه وقسمته فهو جائز) أما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الا بالوصية

يجوز كما أنه لو باع نصيبه من العين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين قبل قبضه فعلى الوجه الذي صح هذا يكون نصيب شريكه المضمون له قال في الفوائد الظهيرية بعد ان أو ردها ذوا لکن التعويل على ما ذكرنا من يد ما قررناه من بطلان الضمان حيث صح لكن بعد ما صار الوجه مرددين كون الضمان بنصف شائع أو بنصف شرى يكون بطول الأول بما ذكر لنا من ان يختار الثاني ويدفع لازمه الباطل بما ذكرنا لان يفرق بين شرائه بخصته وبين ضمانها أو يخص البطلان بما اذا أريد ضمان النصف شائعا وما يحكم بأنه المراد وقوله (بخلاف ما اذا باعاه ففقتن) يعني بخلاف ما لو باع الشريكان العبد صفقة فقتن بأن باع هذا نصيبه على حدته وهذا كذلك من ذلك المشتري ثم ضمن أحدهما الآخر بنصيبه أو باعاه ما سمي بالكل نصيبا فقتن ضمن أحدهما ما صح الضمان (لانه لا شركة) بينهما بحكم الشرع بذلك ولذا لو قبل المشتري في نصيب أحدهما فيما اذا باعاه معادون الآخر صح ولو قبل الكل ثم نقد حصته أحدهما ملك قبض نصيبه على الخصوص ولا يخفى ان هذا في الثاني محمول على ما اذا أعاد مع تفصيل الثمن لفظه البيع عند أبي حنيفة والافهوعلى قولهما في تعدد الصفقة على ما سلف في البيع قال الامام قاضيان ولو تبرع بعني الشريكة بالاداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز تبرعه لان التبرع لا يتم الا بالاداء وعند الاداء يصيرمقطا حقه في المشاركة فيصع وجواز التسرع لا يدل على جواز الكفالة لان التبرع أسرع جواز من الكفالة الا ترى انه يجوز التبرع ببديل الكتابة ولا يجوز الكفالة به (قوله) ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائمه وقسمته فهو جائز أما الخراج فقد ذكرناه قبل هذا الفصل بقوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج (وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل) هو تملك طائفة من ماله مقدرة لادين ثابت في الذمة لان الدين اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلا عن مال أنفاه أو قرض اقترضه أو مبيع عقديعه أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة وهو المهور واستتجار عين والزكاة ليست كذلك بل يجب اخراج مال ابتداء بدلا عن مال نفسه فليس بدين حقيقي ولو وجبت في نصاب مستهلك وانما الهاشبه الدين في بعض الاحكام على ما قدمناه بخلاف الخراج لانه مال يجب في مقابلة الذب عن حوزة الدين وحفظه فكان كالأجرة وقد قدمت الكفالة بما اذا كان خراجا موظفا لخراج مقاسمة

(قوله لان ما اشترى أحدهما بنصيبه الخ) أقول قال بعض الفضلاء هذا غير مطابق للواقع فان ما اشترى أحدهما بنصيبه يقع الملك له خاصة وان كان لا يخرج حق المشاركة الا ترى ان له أن لا يشاركه ولو كان واقعا على الشركة كما كان له ذلك وبالجملة فوقع الملك له خاصة منصوص عليه وسيجي ان شاء الله تعالى فلا وجه لما ذكره والاولى أن يقال ان البيع أمر حكى وبإضافة البيع الى نصيبه مشاعا لانهم محذور بخلاف

إضافة الكفالة فان اعتبار الشروع فيه يؤدي الى أن يصير ضمانا لنفسه من وجه وهو غير مشروع فوضع الفرق واندفع الاشكال ثم في صورة البيع اذا اعتبرنا إضافة الى نصيبه شائعا بقوله لما كان هو العاقد ووقع الملك له خاصة ولا ينافيه أن يكون فيه اعتبار إضافة الى حق صاحبه من وجه بناء على الشروع فان الملك للعاقد وان أضاف الى تعدد غيره على ما عرف وأما ثبوت حق المشاركة له فيسجي انتهى ونحن نقول قوله وان كان لا يخرج حق المشاركة غير صحيح أيضا بل لانه فيما اذا صالحه عن نصيبه بثوب والتفصيل في الصلح في الدين المشترك ثم قوله وسيجي يعني في الصلح في الدين المشترك ثم قوله فوضع الفرق واندفع الاشكال كلام خال عن الفائدة اذ ليس في كلامه ما يدفع الاشكال

وأما النوائب فقد يراد بها ما يكون بحق وقد يراد بها ما ليس بحق والاول ككبرى الانهار المشتركة وأجر الحارس للجملة وما وظف الامام
 لجهز الجيش وفداء الاسارى بأن احتاج الى تجهيز الجيش لقتال المشركين او الى فداء أسرى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف
 ما على الناس لذلك والضمنان فيه جائز بالاتفاق لو جوب أداءه على كل مسلم أو جبه الامام عليه لو جوب طاعته فيما يجب النظر
 للمسلمين والثاني كالجبايات في زماننا وهي التي يأخذها الظلمة في زماننا ظلماً كالقصور ففقهه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يصح
 الضمان بها لان الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعاً ولا شئ عليه ههنا شرعاً وقال بعضهم يصح ومن عمل اليه الامام
 البرزوي يري بدفع الاسلام رحمه الله لان صدر الاسلام عن مال الى عدم صحتها قال فخر الاسلام وأما النوائب فهي ما يلحقه من جهة
 السطان من حق أو باطل أو غير ذلك مما ينوب به صحت الكفالة بها الانهادون في حكم توجه المطالبة بها والعبارة في الكفالة للطالبة لانها
 شرعت لالتزامها ولهـ مذاقنا ان (٣٣٣) من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقط والعدالة كان مأجوراً

وأما النوائب فان أريد بها ما يكون بحق ككبرى النهر المشتركة وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش
 وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان أريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا وفيه
 اختلاف المشايخ رحمه الله ومن عمل الى الصحة الامام على البرزوي وأما القسمة فقد قيل هي النوائب
 بعينها أو حصة منها والرواية بأو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبية والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب
 والحكم ما بيناه

وهو ما يجب فيما يخرج فانه غير واجب في الذمة (وأما النوائب فان أريد بها ما يكون بحق ككبرى النهر
 المشتركة) للامة (وأجر الحارس) للجملة الذي يسمى في ديار مصر الخفير (والموظف لتجهيز الجيش) في
 حق (وفداء الاسارى) اذا لم يكن في بيت المال شئ (وغيرها) مما هو بحق (فالكفالة به جائزة بالاتفاق)
 لانها واجبة على كل مسلم مؤسس بايجاب طاعة ولى الامر فيما فيه مصلحة للمسلمين ولم يلزم بيت المال
 اول زمة 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 فها ظلم فاختلف المشايخ في
 صحة الكفالة بها فتقبل نصح اذا العبارة في صحة الكفالة وجود المطالبة اما بحق أو باطل ولهذا قلنا ان من
 يولى 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 أو يمكن أن يمنعها بناء على أنها في المطالبة بالدين أو معناه
 أو مطلقاً (ومن عمل الى الصحة الامام البرزوي) يري بدفع الاسلام أما أخوه صدر الاسلام فابى صحة
 الكفالة بها (وأما القسمة فقيل هي النوائب بعينها أو حصة منها) اذا قسمها الامام ولا حاجة الى كون
 الرواية قسم بلاهاء لان قسمة في القرآن بمعنى قسم قال تعالى وينبئهم ان الماء قسمة بينهم اذ لا معنى
 لضمنان 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 الراتبية والمراد بالنوائب) ما هو
 منها غير راتب) فتغايروا (والحكم) يعنى في القسمين (ما بيناه) من الصحة في أحدهما والخلاف في الاخرى
 فمن أحسبنا من قال الافضل للانسان ان يساوى أهل محله في اعطاء النائبة قال شمس الائمة

وان كان من جهة الذى
 يأخذ باطلا ولهـ مذاقنا ان
 من قضى نائبة غيره باذنه
 يرجع به عليه من غير
 شرط الرجوع استصحاباً
 بمنزلة من المبيع قال شمس
 الائمة هذا اذا أمر به
 لا عن اكرامه اما اذا كان
 مكرهاً في الامر فلا يعتبر
 أمره في الرجوع وأما قوله
 وقسمته فقد ذكر عن
 أبي بكر بن سعيد أنه قال
 وينع هذا الحرف غلطان
 القسمة مصدر والمصدر
 فعل وهذا الفعل
 غير مضمون وأجيب بأن
 القسمة قد تعني بمعنى
 النصيب قال الله تعالى
 وينبئهم أن الماء قسمة بينهم
 والمراد النصيب وكان
 الفقيه أبو جعفر الهندوانى
 يقول معناه ان أحد

الشريكين اذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الاخر عن ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه في القسمة جاز
 ذلك لان القسمة واجبة عليه وقال بعضهم معناه اذا اقسما منع أحد الشريكين قسم صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمه بالضمير
 لا بالتاء وقد علمت ان القسمة بالتاء تعني بمعنى القسم بلانها وقال بعضهم هي النوائب بعينها وقد ذكر تفسير النوائب بحق وبغيره وعلى
 هذا فذكره بالواو والبيان من باب العطف للتفسير أو حصة منها أى من النوائب يعنى اذا قسم الامام ما ينوب العامة نحو مؤنة كبرى النهر
 المشتركة فأصاب واحد شئ من ذلك فيجب أداءه فكيف به رجل صحت الكفالة بالاجماع قيل ولكن كان ينبغي أن يذ كر الرواية
 على هذا التقدير وقسمته بالواو وليكون عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى من كان عدواً لله وملائكته ورسوله وجبريل وميكال
 فأشار المصنف رحمه الله الى أن الرواية بأو على تقدير أن تكون القسمة حصة من النوائب لان القسمة اذا كانت حصة منها فهو محل أو وأما
 اذا كانت هي النوائب بعينها فهو محل الواو الامر وقيل هي النائبة الموظفة الراتبية والمراد من النوائب ما ينوبه غير راتب قيل
 ومن قال بهذا القول الامام فخر الاسلام والحكم ما بيناه يعنى جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق واختلاف 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 المدعى لكونه حاله وان قال ضمننت لك عن فسلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن وروى عن أبي يوسف ابراهيم بن يوسف ان القول فيه ما للمقر له وقال الشافعي القول فيه ما للمقر له ان الدين نوعان حال ومؤجل فاذا أقر بالموجل فقد أقر بأحد النوعين فالقول قوله ائتمارا بالكفالة وأجيب بفساد الاعتبار لان الاجل في الدين عارض كما سمي في ولاي يوسف انهم ما تصادق على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الا بجهة اعتبار اقرار بالدين وأجيب بما أجيب به الشافعي ووجه الفرق بينهما ان المقر أقر بالدين مدعيًا حقًا 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 للمسكر وفي الكفالة ما أقر بالدين لانه ليس عليه دين في الصحيح كما تقدم وانما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر فوضح الفرق بينهما واقائل أن يقول هب انه لادين عليه فيقر به أليس انه قد أقر بالمطالبة فللخصم (٤٣٣) أن يقول أقر بالمطالبة مدعيًا حقًا لنفسه وهو تأخيرها الى أجل فكان

ثمة اقرار على نفسه الى آخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق وعلى تقدير عمامه 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 انتفاض ما لا يخفى والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول اتماما جديا 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 أن ما لا يثبت بشئ الا بشرط

(ومن قال لا آخر لك على مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعى ومن قال ضمننت لك عن فسلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن) ووجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقًا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى أجل وفي الكفالة ما أقر بالدين لانه لادين عليه في الصحيح وانما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الدين عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كافي الخيار أما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل هذا كان في ذلك الزمان لانه اعانة على الجائحة والجهاد أما في زماننا فكثر الثواب تؤخذ ظلما 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 يناله يعني ما ذكره من ان الكفالة فيما كان بحق جائز وبغير حق فيه اختلاف (قول ومن قال لا آخر) المراد الفرق بين المسئلتين احدهما من أقر بدين مؤجل لرجل فاعترف بالدين المقر له وأنكر الاجل القول للمقر له ولو أقر بكفالة لرجل بدين مؤجل فاعترف المقر له وأذكر الاجل القول للكفيل في ظاهر الرواية خلاف الشافعي حيث ألقى الاول بالثاني فجعل القول في المسئلتين للمقر ولاي يوسف على رواية ابراهيم بن رستم حيث ألقى الثاني بالاول فجعل القول فيه ما للمقر له وما وقع في أكثر نسخ الهدي من عكس ذلك وهو ان الشافعي ألقى الثاني بالاول وأبو يوسف قلبه سهو من الكتاب وجه قول الشافعي رحمه الله ان الدين نوعان حال ومؤجل فاعترف بالموجل كالاقرار بنوع الاعتراف بمحنة رديئة أو جارية فلا يلزم النوع الا آخر فالقول للمقر لا كالكفيل وجه قول أبي يوسف انهم ما تصادق على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه وهو ينكر فلا يصدق الا بجهة كافي الاول وصار الاجل كافي للخيار فيما لو أقر بالكفالة على أنه بالخيار أو تنكر 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 بدلا عن فرض أو اتلاف أو بيع ونحوه والظاهر أن العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال الا يبدل في الحال فكان الحلل الاصل والاجل عارض فكان الدين المؤجل معروضه ارض لانوعا (ثم ادعى لنفسه حقا وهو تأخيرها) والاخر ينكره (وفي الكفالة ما أقر بالدين) على ما هو الاصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها في

(٥٥ - فتح القدير خامس) كان من عوارضه وما يثبت له بدونه كان ذاتيا له وهو حسن لاننا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت لذلك فكان عارضا والاجل في الدين بهذه المثابة لان عن البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فانه يثبت مؤجلا من غير شرط اذا كان مؤجلا على الاصيل فكان الاجل ذاتيا لبعض الكفالة منوعا كالتالي المنوع لبعض الحيوان وهذا أقصى ما يتصور في الفقه من الدقة في اظهار المأخذ واذا كان الاجل في الدين عارضا لا يثبت الا بشرط كان القول قول من أنكره مع الميمين كافي شرط الخيار واذا كان في الكفالة ذاتيا كان اقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله ووقع في المتن

(قوله وأجيب بما أجيب به الشافعي) أقول يعني بفساد الاعتبار وفيه شئ (قوله والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول الخ) أقول وعندى ان الفرق الاول أيضا 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 اجمالي كتبه نذكرة

والشافعي ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف فيما روى عنه ألحق الاول بالثاني والعكس هو المشهور من مذهبهما فن الشارحين من حمله على الروايتين عن كل واحد منهما أو منهم 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 القاضى بثبوت الاستحقاق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية ما لم يقض له برد الثمن عليه فلو كان الثمن عبدا فاعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضى للمستحق نفذا فاعتاقه 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 بينهما ما بين الاستحقاق وأجاب المصنف بقوله بخلاف القضاء بالحريه لان البيع يبطل به لعدم الحليمة فيرجع المشتري على البائع وكفى له ان شاء وموضع أوائل الزيادات في ترتيب الاصل أراد بترتيب الاصل

والشافعي رحمه الله ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف رحمه الله فيما روى عنه ألحق الاول بالثاني والفرق قد أوضحناه قال (ومن اشترى جارية وكفل 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 فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحريه لان البيع يبطل به لعدم الحليمة 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 منهنه ما لا يلزم بالنوع الآخر بخلاف الكفالة على أنه بالخيار فانها ضعيفة لقله وجودها فنزلت منزلة العدم وهذا مخلص من 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 للدعي هذا المال الذي تدعيه مؤجل أم مجهل فان قال مؤجلا حصل المقصود وان قال مجهلا فينكر وهو صادق وفي العمود من عليه دين مؤجل اذا حلف ماله اليوم قبله شيء أرجو أن لا يكون به بأس ان كان لا يقصد به أو اعاقه (قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل) وفاعل يأخذ ضمير من والكفيل مفعول يعني لم يطالبه (حتى يقضى له بالثمن على البائع لان مجرد الاستحقاق) أو القضاء به وبالبيع (لا ينتقض البيع) أي لا يفسخ (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 يفسخ 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 نفسذعتقه وكذا لو كان المشتري باعها من غيره فاستحقت من يد الثاني ليس للمشتري الاول أن يرجع على بائعه ما لم 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 الحليمة لبيع فليكون استحقاقه مبطلا للملك رأسا وما نحن فيه استحقاق ناقل للملك فحليمة الملك باقية واحتمال اجازة المستحق للبيع القائم ثابت فيما بقي هذا الاحتمال يبقى المالك بخلاف ما اذا قضى على البائع رد الثمن لارتقائه حينئذ وصحح في فصول الاستدراش أن للمستحق أن يجيز بعد قضاء القاضى وبعد قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه بالثمن والرجوع بالقضاء يكون فسحاحا من الاستحقاق المبطل دعوى النسب ودعوى المرأة الحرمة الغليظة ودعوى الوقف في الارض المشتراة أو انما كانت مسجدا أو يشارك الاستحقاق الدافل في أن كلامهما يجعل المستحق عليه ومن تلك ذلك الشيء من جهته مستحقا عليهم حتى انه لو أقام واحد منهم البيعة على المستحق بالملك المطلق لا تقبل بينته ويختلفان في أن كل واحد من الباعة في الناقل لا يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه ولا يرجع على كفيل الدرك ما لم يقض على المكفول عنه وأسلفنا من مسائل الاستحقاق جملة وقوله (وموضعه) أي الاستحقاق (أوائل الزيادات في ترتيب الاصل) يريد ترتيب مسجد فانه بدأ باب المأذون واحتراز بالاصل عن ترتيب الكاشن الا ان فانه ترتيب

ترتيب مسجد فانه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون مخالفا لترتيب سائر الكتب تبركيا كما لم يلبه أبو يوسف فان محمد أخذ الى ما أملى وبين أبو يوسف بابا بابا وجه له أصله وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب فكان أصل الكتاب من تصنيف أبي يوسف (قوله ووجب للمشتري الخ) اقول فيه شيء الا أن يكون واجب معنى ثبت

وزيادته من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتداء ملاءم أبي يوسف في هذا الكتاب من باب المأذون ولم يغيره محمد تبركاً به
 ثم رتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم (ومن اشترى عبداً فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل) ذكره هنا ثلاث
 مسائل الاولى ضمان العهدة وقال انه باطل ولم يحك خلافاً والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص وقد
 اختلفوا فيه فاما باطل لان الاولى فلان هذه اللفظة مشتبهة لا شترت في استعمالها فانها تقع على الصك القديم الذي عند البائع وهو
 ملك البائع غير مضمون عليه وما ليس بمضمون على الاصـبـل لا تصح الكفالة به وقد تقع على العقد لانها مأخوذة من العهد والعهد
 والعقد واحد وقد تقع على حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق وعلى
 خيار الشرط كما جاء في الحديث عهد رقيق ثلاثة أيام أي خيار (٤٣٥) الشرط فيه ولكل ذلك وجه يجوز الحل به

عليه فصار مبهماً تعذر
 العمل به وأما جواب الثاني
 أي ضمان الدرك فان العرف
 فيه استعماله في ضمان
 الاستحقاق فصار مبهماً
 فوجب العمل به وأما الثالث
 فأبو حنيفة رحمه الله قال
 هو عبارة عن تخليص
 المبيع وتسليمه لاحالة أي
 على كل حال وتقدير وهو
 التزام ما لا يقدر على الوفاء به
 لانه ان ظهر مستحقاً فربما
 لا يساعده المستحق أو حراً
 فلا يقدر مطلقاً والتزام
 ما لا يقدر على الوفاء به باطل
 وهما جعلاه بمنزلة الدرك
 تصححاً 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 زيد في شرطه

(ومن اشترى عبداً فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل) لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك
 القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل
 ذلك وجه فتعذر العمل به بخلاف الدرك لانه استعماله في ضمان الاستحقاق عرفاً ولو ضمن الخلاص
 لا يصح عند أي حنيفة رحمه الله لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لاحالة 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 أصول أبوابه من أمالي أبي يوسف فكان محمد يجعل ذلك الباب من كلام أبي يوسف أصلاً ثم
 يزيد عليه تفرعاته كما قاله (قوله) ومن اشترى عبداً 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 لرجل ملكه وفي بلادنا يقال لخا من هو مكتوب
 شراء الجوارى وتقال لنفس العقد لان العهد من العهد كالعقد من العقد والعهد والعقد واحد
 وتقال على حقوق العقد لانها من ثمراته وعلى خيار الشرط وهي في الحديث عهد رقيق ثلاثة أيام أي خيار
 الشرط فيه ولكل ذلك وجه قد ينهوا واذ تعددت المناهيم تعذر العمل به اقبل البيان (بخلاف) ضمان
 (الدرك) فانه استعماله في ضمان الاستحقاق عرفاً) فلا تعذر وذكر بعض المشايخ ان عند أبي حنيفة
 ضمان العهدة هو ضمان الدرك (ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أي حنيفة لانه عبارة عن تخليص
 المبيع وتسليمه وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع) ان قدر عليه
 (أو) تسليم (قيمته) وذكر الصدر الشهيدي في أدب القاضي للخصاف أن تفسير الخلاص والدرك
 والعهدة واحد عند أبي يوسف ومحمد يعني فيكون صحيحاً لانه ضمان الدرك عندهما تصححاً لكلام
 فتمت الالفاظ ثلاثة ضمان الدرك جائز بالاتفاق وضمن العهدة لا يجوز باتفاق ظاهر الرواية وضمن
 الخلاص مختلف فيه في ظاهر الرواية وقد ذكر أبو زيد في شرطه أن أبا حنيفة وأبا يوسف كانا يكتبان
 في الشروط فما أدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو رد الثمن وان لم يرد الثمن يفسد لانه بقي
 الضمان بتخليص المبيع وعلم من هذا أن الخلاف فيما اذا ذكر ضمان الخلاص مطلقاً ما اذا قال
 خلاص المبيع أو رد الثمن أو أراد ذلك واتفقا على ارادته فيجوز بالاجماع

ان أبا حنيفة وأبا 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 منفرداً 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 مجازاً شهرة أمره معذرة وبلاغة التركيب باستعمال المجاز
 فيما لا يتبس فضيلة هذا ما يدل عليه كلام المصنف وذكر الصدر الشهيدي في أدب القاضي للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك
 والعهدة واحد عند أبي يوسف ومحمد وهو تفسير الدرك وهذا يدل على ان الخلاف في العهدة أيضاً ثابت وذكر في الفوائد الظهيرية
 وأما ضمان العهدة فقد ذكره هنا أي في الجامع الصغير انه باطل ولم يحك خلافاً 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 ذكر خلاف
 والله أعلم بالصواب

﴿ باب كفالة الرجلين ﴾

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لسان الاثنين بعد الواحد طبعاً آخر وضعه التمام الوضوح الطبع قال (وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه الخ) إذا اشترى الرجلان عبداً بألف فالتمن دين عليهم ما لا يحتمل فان كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد من الشريكين في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل وكل من كان في النصف أصيلاً وفي النصف الآخر كفيل فأدى الى تمام النصف كان عما عليه بحق الاصله تصرفاً أقوى ما عليه كما واشترى ثوباً وعشرة دراهم بعشرين درهما فنقد في المجلس عشرة جعل المنقود عن الصرف لان الواجب بدأقوى حاجته الى القبض (٤٣٦) في المجلس وما عليه بحق الاصله أقوى لانه دين وما عليه بحق الكفالة مطالبة لادين

وهي تابعة للدين لا بتناهما على الدين فان المطالبة بالدين بدون الدين غير متصورة فلا يعارضه بل يرجع الدين عليه او ينصرف المصروف اليه الى تمام النصف وفي الزيادة عليه لا معارضة ان لم يكن عليه فبالحق الاصله شئ فانتفى المعارضة بانتفاء أحدهما المتعارضين وفي النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما ما راجحاً لا لتناهما (نزهة ولانه) دليل آخر على ذلك أورده 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 لانه يؤدي الى الدور فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه وقوله (لان أداءه

﴿ باب كفالة الرجلين ﴾

(وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما ما كفيل عن صاحبه كما اذا اشترى بعبداً بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة) لان كل واحد منهما ما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصله وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع لان أداءه نائبه كأدائه

﴿ باب كفالة الرجلين ﴾

لما نزل هذا مما قبله منزلة المركب من المفرد ذكره عقبيه (قوله وإذا كان الدين على اثنين بأن اشترى بعبداً بألف) أو افتراضاً معاً (وكفل كل منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة) وجهين أحدهما (ان كلامه ما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصله) وما عليه (بحق الكفالة) لقوة الاول وضعف الثاني (لان الاول دين) عليه (والثاني مطالبة) بلادين (ثم هو تابع) فوجب صرف المؤدى عن الأقوى تقديماً على الأضعف على ما هو مقتضى العقل والعادة لا يقال ان هذا يقتضي 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 ان يصرفه بنيته أو بلفظه الى أحدهما لان قول الحكم عنه - دنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا فان الدين الشابت عليه بطريق الكفالة ليس بقوة الكائن عليه بطريق الامالة الا ترى 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 لتعيينه في الجنس الواحد لغو وهذا دين واحد حتى لو كان نصف الدين بقرض مثلاً ونصفه ببيع وعين صح اذ في الجنسين به تبرعاً منه لانه حينئذ مفيد ثابتهما (انه لو وقع في النصف عن صاحبه) للكفالة كان له أن يرجع عليه به (فله صاحبه أن يرجع) بعين ما يرجع عليه به المؤدى (لان أداءه نائبه) بعني كفيله بأمره (كأدائه) بنفسه ولأدى بنفسه يرجع فكذلك نائبه لكن اذا جعله كاه

نائبه كادائه) بيان للملازمة وتقريره ان صاحب المؤدى بقوله انت أديته عني بأمرى فيكون ذلك كأدائي ولو أدت عن بنفسى كان لي ان أجعل المؤدى عنك فان رجعت على وأنا كفيل عنك فأنا أجعله عنك وأرجع عليك لان ذلك الذي أديته عني

﴿ باب كفالة الرجلين ﴾

(قوله وفي النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجحاً لا لتناهما) أقول ضميراً انتفاؤها راجع الى المعارضة وضمير لا لتناهما راجع الى أحدهما (قوله مستلزماً للمحال وهو الرجوع صاحبه عليه) أقول قوله وهو راجع الى محال قال المصنف (لان أداءه نائبه كأدائه فيؤدي الى الدور) أقول في الملازمة ما لا يخفى قوله لان أداءه نائبه كأدائه ان أريد كأدائه عن نفسه بحق الاصله أو ما يعنه فليس ولا يفيد وان أريد كأدائه بحق الكفالة فممنوع وكيف يكون أداءه كفيله عنه كأدائه عن كفيله فليست

فهو أدنى في التقدير فلوا دبت حقيقة رجعت عليك ففي تقدير أدنى كذلك والشريك الآخر يقول مثل ما قال فأدى الى الدور ولم يكن في الرجوع فائدة فعملنا المؤدى عن نصيبه خاصة الى تمام النصف ليقطع 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

فيؤدى الى الدور) واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداء أحدهما رجع على شريكه بنصفه فليلا كان أو كثيرا) ومعنى المسئلة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الاصيل وكان تصح الحوالة من المحتمل عليه واذا عرف هذا فأداء أحدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل الرجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض الرجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم

عن صاحبه فنقول بذلك يرجع بجميع ما رجع به صاحبه والالم يكن له أن يرجع الا بنصف ما رجع به صاحبه بيانه أدى الاول ماتنين يرجع بنصفها لانه في احدي الماتنين أصيل فاذا رجع به على صاحبه لم يقدر صاحبه أن يرجع بكتاتهما الا اذا اعتبرت بنفسه مؤديا كاهما عن صاحبه المؤدى حقيقة والالم يرجع الا بنصفها لانه لو أها حقيقة بنفسه انصرف منها اخسرون الى ما عليه كماله وخسرون الى ما عليه كفالة وانما يرجع بما عليه من الكفالة (فيؤدى الى الدور) وما يؤدي اليه فمتنع فمتنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه والا تغير حكم الشرع اذا الوقوع عن صاحبه حكمه جواز الرجوع وقد علمت أنه امتنع للدور واعلم ان ليس المراد حقيقة الدور فانه توفى الشئ على ما يتوقف عليه ورجوع المؤدى ليس متوقفا على رجوع صاحبه بل اذا رجع للآخر ان يرجع ولا يلزم كونه في مال واحد بل ان شاء أعطاه ما أخذ منه فاذا رجع الآخر استفاده أو أعطاه غيره وكذا الاول فاللازم في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما فمتنع الرجوع المؤدى اليه والحق ان هذا الوجه باطل لان رجوع المؤدى عنه لا يمكن أن يسوغه شرعا اعتبارا للمؤدى 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 نقض ما يتطوع به من الشرع ان المؤدى هو الذي يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى وكيف يكون أداء الانسان عن غيره سبب لان رجوع عليه ذلك الغير بمثل آخر هذا مجازفة عظيمة (قوله) واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداء أحدهما رجع على شريكه بنصفه فليلا أو كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة) من غير نظر الى أنهم الدين أو لا (فتجتمع الكفالتان وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل) لانه التزام ما على الكفيل من المطالبة بما كفل به (كما تصح عن الاصيل) بالتزام المطالبة بما عليه (وكان تصح الحوالة من المحتمل عليه) للمحال بما أحيل به عليه على آخر (واذا عرف هذا فأداء أحدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة) ما عن نفسه وما عن الكفيل الآخر (فلا ترجع للبعض على البعض) ليقع النصف الاول عن نفسه خاصة (بخلاف ما تقدم) واذالم ترجع ما عليه من جهة المدون وما عليه من جهة الكفيل الآخر (فيرجع على شريكه بنصف جميع ما أدى ولا يؤدي الى الدور لان قضيته هذا الاستواء) للاستواء في العلة وهي الكفالة (وقد حصل الرجوع أحدهما) وهو المؤدى (بنصف ما أدى فتنقضه رجوع غير المؤدى بلا موجب بخلاف ما تقدم) للاستواء فيه في العلة فان أحدهما علمته أقوى من الآخر فلم يستويا فلم يستويا فافذا لا يرجع الا بما زاد على

رجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض الرجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم

برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض الرجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم

قال المصنف (وبالكل عن الشريك) أقول فيه بحث قال المهنف (فتجتمع الكفالتان على ما مر) أقول قبل ورقتين في تعليل قوله ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان

لان كل واحد منهما يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشراثة بنفسه ونصفه بكفالاته عن شريكه وجعل المؤدى عن الكفالة يؤدي الى الدور كما تقدم وانما قال في الصحيح ليتأني الفروع المبنية 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 وقال (وان شاء) يعني من أدى منهما شيئا (رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه بجميع المال بأمره) ولو كان أحدهما كفيلا عن التكفيل فقط لم يكن له رجوع على الاصيل وقال (واذا أبرأ الرب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لان ابراء التكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والاخر كفيلا عنه بلكه (٤٣٨) على ما بيناه من قوله أن تكون الكفالة بالكل عن الاصيل ولهذا أخذناه وهو ظاهر

قال (واذا افترق المتفاوضان فلا صحاب الدين أن يأخذوا أيم - ماشاؤا بجمع الدين الخ) إذا افترق المتفاوضان وعلم ما دين فلا صحابه أن يأخذوا أيم ماشاؤا بجمع ذلك فان أدى أحدهما شيئا لم يرجع على شريكه بشئ حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لانها تنقد على الكفالة بما كان من ضمان التجارة وحينئذ كان للغير ما أن يطالبوا أيم - ماشاؤا بجمع الدين لان الكفالة تثبت بعقد المتفاوضة 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) وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة الخ) وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة بان قال المولى كاتبك على ألف الى كذا

النصف وهذا الفرق باعتبار الوجه الاول في المسئلة الاولى ولو كان الوجه الثاني صحبا لم يقع فرق باعتباره لان مسوغ رجوع المؤدى عنه اعتبار نفسه أدى ما أداه عنه المؤدى واحتمابه به عن المؤدى وهذا يمكن حسابه عنه بان يقول هذا الذي ترجع على به بسبب انك أدبته عنى هو كادانى بنفسى فكافى أنا الذى أدبته واحتمبته عنك فأنأرجع عليك به ولا شك في بطلان هذا فلا يقع الفرق الا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الاول (ثم يرجعان) يعنى الكفيلين المتكافلين (على الاصيل لانهما أدبا عنه أحدهما بنفسه والاخر بنائبه وان شارجع الكفيل المؤدى بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه بجميع المال بأمره) ثم أداه (ولو أبرأ الرب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والاخر كفيلا عنه بلكه) (قوله) وإذا افترق المتفاوضان فلا صحاب الدين أن يأخذوا أيم ماشاؤا بجمع الدين لان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه على ما عرف في كتاب (الشركة) من ان شركة المتفاوضة تنه - قد 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) وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة) بأن قال مثلا كاتبك على ألف الى عام (وكل واحد منهما كفيلا عن صاحبه فكل شئ أداه أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه ووجهه ان هذا العقد) وهو عقد الكفالة (جائز استحصانا) خلافا لائمة الثلاثة كالمالك والكفالة واحدة فقط ولانه كفالة يبدل الكتابة وهو باطل وأيضا شرط فيه كفالة المكاتب وهو باطل والكتابة تبطل بالشرط الفاسدة وجه الاستحصان

وكل واحد منهما كفيلا عن صاحبه صح ذلك استحصانا والقياس بخلافه لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة يبدل 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 يبدل الكتابة فلما مر من أنها تقتضى ديناً صحياً او بديل الكتابة ليس كذلك ووجه الاستحصان أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في حق وجوب الألف عليه ويكون عتقهما معلقا بادائه أى باده كل واحد منهما كأنه قال لكل واحد منهما ان أدبت الألف فانت حر وهذا وإن يجعل كل واحد منهما كفيلا بالألف عن صاحبه

قال المصنف (واذا أبرأ الرب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) أقول ليس هذا موضع مال (قوله أى باده كل واحد منهما) أقول الاولى أن يطرح كلمة كل فانها مائة تقان باده واحد منهما

كاستدكره في المكاتب وهذا انما يستقيم اذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قد ينهوا ما اذا اختلفت الكتابتان فان عتق كل واحد منهما تعلق على حدة فتعذر تصحيحه به هذا الطريق واذا عرف ذلك عرف استواءه في الوجوب عليهم بالاستواء في العلة اعم الكفالة فكان كل البديل مضمونا على كل واحد منهما ولو اذ لا يتفق واحد منهما ما لم يؤد جميع البديل فما اداه احدى ارجع بنصفه على صاحبه لاستواءهما ولو ارجع بالكل او لم يرجع بشئ لا تنفذ المساواة ولو لم يؤديا شئ احتى اعنتق المولى احدى صاحبه العتق لمصادفة العتق ملكه وبرئ المعتق عن النصف لانه ماضى بالمال الا ليكون وسبيلة الى العتق ولم يبق وسبيلة فيسقط النصف ويبقى النصف على الاخر لان المال في الحقيقة مقابل برقيتهما حتى يكون موزنا منقمة ما عليهما وانما جعل على كل واحد منهما احتمالا لتصحيح الضمان فكان ضرور بالابتعادى غير موضعها واذا اعنتق استغنى عنه (٤٣٩) وانفى الضرورة فاعتبره مقابل برقيتهما

ولهذا يتنصف وعورض بأنه اذا كان مقابلا لهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب أن لا يصح الرجوع ما لم يزد المؤدى على النصف لئلا يلزم الدور كما هو واجب بأن الرجوع بنصف ما أدى انما هو للجزء عن تقربى الصفة على المولى لان المؤدى لو وقع عن المؤدى على الخصوص برئ باداؤه عن نصيبه وعتق لان المكاتب اذا أدى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهم ان يؤدبا جميعا ويعتقبا جميعا فكان في التخصص بعض اضرار للمولى بتفريق الصفة فأوقعنا المؤدى عنهم جميعا واذا بقي النصف على الاخر فلا مولى أن يأخذ به أي ما شاء أما المعتق فبالتكفالة وأما صاحبه فبالاصالة قيل أخذ المعتق بالتكفالة لتصحيح الكفالة ببديل الكتابة

وستدكره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك فما اداه احدى ارجع بنصفه على صاحبه لاستواءهما ولو ارجع بالكل لا تنفذ المساواة قال (ولو لم يؤديا شئ احتى اعنتق المولى احدى صاحبه العتق لمصادفة ملكه وبرئ عن النصف لانه ماضى بالمال الا ليكون وسبيلة الى العتق وما يبق وسبيلة فيسقط ويبقى النصف على الاخر لان المال في الحقيقة مقابل برقيتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتمالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبره مقابل برقيتهما فلهذا يتنصف للمولى أن يأخذ بمحصصة الذي لم يهتق أي ما شاء المعتق بالتكفالة وصاحبه بالاصالة فان أخذ الذي اعنتق يرجع على صاحبه بما يؤدى لانه مؤد عنه بأمره وان أخذ الاخر لم يرجع على المعتق بشئ لانه أدى عن نفسه والله أعلم

باب كفالة العبد وعنه

انه يمكن أن يعتبر به وجه يصح به فيحمل عليه وهو أن يجعل المال على احدى ما عتق الاخر معلقا بأدائه كافي الولد المولود في الكتابة فيجعل كل منهما في حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الاخر معلقا بأدائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الاصل الا الكفالة وفي الحقيقة المال مقابل به ما فينقسم عليهم ما بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما لان عتق كل منهما معلق على حدة فتعذر تصحيحه وفيما وراء ذلك الاعتبار المصحح الحقيقية هي المعتبرة حتى ان ما اداه احدى ارجع بنصفه على صاحبه لاستواءهما (ولو لم يؤديا شئ احتى ان المولى اعنتق احدى ارجع لصادفة ملكه وبرئ عن النصف لانه ماضى بالتزام المال الا ليكون وسبيلة الى عتقه ولم يبق وسبيلة) للحصول عتقه بطريق آخر (فيسقط ويبقى النصف على الاخر لان المال في الحقيقة مقابل برقيتهما وانما جعل على كل منهما احتمالا لتصحيح الضمان) والحامل عليه نشوف الشارع الى العتق (فاذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبره مقابل برقيتهما فوجب أن يتنصف للمولى أن يأخذ بمحصصة الذي لم يهتق أي ما شاء المعتق بالتكفالة وصاحبه بالاصالة) وأورد عليه انه يستلزم كون الرقيق ضامنا لبديل الكتابة وهو لا يجوز أوجب بأن هذا في حالة البقاء لاني ابتداء كلومات شهود النكاح (فان أخذ الذي عتق يرجع على صاحبه بما أدى وان أخذ الاخر به لم يرجع) على الذي عتق (لانه) ربما (أدى عن نفسه)

باب كفالة العبد وعنه

وهي باطلة وأجابوا بان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقي بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت فان أخذ الذي اعنتقه يرجع على صاحبه بما أدى لانه اداه عنه بأمره وان أخذ صاحبه لم يرجع عليه بشئ لانه أدى عن نفسه

باب كفالة العبد وعنه

حق هذا الباب التاخير لان العبد من آخر عن الحر المانثرفه واما لان الاصل في بني آدم هو الحرية ووضع ترتيبه يقتضى تقديم كفالة العبد في البحث ولو كان اعتبر كون الواو للجمع المطلق وفيه ما فيه

باب كفالة العبد وعنه

(قوله ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق) أقول وبدا بالكفالة عن العبد للقراب (قوله وفيه ما فيه) أقول فان عادة المصنفين ذكر الابل على وفق التفصيل وفيه منع

قال (ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه الخ) قوله لا يجب عليه صفة لمالا 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 حال ولا غير حال الى عبارته في الكتاب لان عبارة محمد تحتاج الى تاويل فان العبد اذا استهلك المال عيانا يؤخذ به في الحال قال فخر الاسلام مراده اذا أقر بالاستهلاك وكذبه المولى وقال بعضهم مراده العبد المحجور وعليه 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 حال ولا غيره (٤٠٤) فلا يحتاج الى شيء لتاويلها ما اذا أقر العبد باستهلاك المال وكذبه المولى أو أقرضه

(ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حال ولا غيره فهو حال) لان المال حال عليه لو جود السب وقبول الذمة الا أنه لا يطالب بعسرتة 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 بمؤخر 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) موصوفا 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 شيئا فاستهلكه أو وطئ امرأة شبهة بغير اذن المولى أو أودعه انسان فاستهلكه فانه لا يؤخذ بذلك كدلالة الحال أما صحة الكفالة في هذه الوجوه فلا نه كفل بمال مضمون على الاصيل متسديرا لتسليم الكفيل فتصح كما في سائر الديون سواء كانت في ذمة المولى أو المفلس وأما كونها حالا فلان المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السب وقبول الذمة لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة 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 بتسديد اللام فانها تصح ويؤخذ به الكفيل في

انسان أو باعه وهو محجور أو وطئ امرأة شبهة بغير اذن المولى أو أودعه انسان فاستهلكه فانه لا يؤخذ بذلك كدلالة الحال أما صحة الكفالة في هذه الوجوه فلا نه كفل بمال مضمون على الاصيل متسديرا لتسليم الكفيل فتصح كما في سائر الديون سواء كانت في ذمة المولى أو المفلس وأما كونها حالا فلان المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السب وقبول الذمة لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة 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 بتسديد اللام فانها تصح ويؤخذ به الكفيل في

الحال وان كان في حق الاصيل متأخرا الى المدسرة فان قيل اذا لم يؤخذ من العبد الا بعد العتق فلم يجعل هذا الكفيل بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل ايضا الا بعد الاجل أجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر يعني ان الدين متأخر عن الاصيل بمؤخر أى بامر يوجب التأخير وهو التأجيل لا بما منع عن المطالبة بعد وجوبه حالاً وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه مؤجلا 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 لانتفاوت بين ما اذا كان المكفول بنفسه حراً أو عبداً فانه بموته 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 تهمد التي بعدها وليان العرق بينهما (فان ادعى رقبة العبد على ذى اليد فكفل به رجل
 فمات العبد فاقام المدعى البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد الرقبة على وجهه 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 رضى
 اليد او بشكواه عن اليدين
 حيث تقضى بقيمة العبد
 الميت على المدعى عليه
 ولا يلزم الكفيل لان
 الاقرار حجة قاصرة الا اذا
 اقر الكفيل بما اقره
 الاصيل قال (واذا
 كفل العبد عن مولاه
 بامر الخ) اذا كفل
 العبد عن مولاه بامر
 فالحال لا يخلو اما ان
 يكون عليه دين مستغرق
 أولا فان كان الاول لم يصح
 كفالته لطفى الغرماء وان
 كان باذن المولى وان كان
 الثانى صححت ان كانت بامر
 لان ماليتها لمولاه فله ان
 يجعلها بالدين بالرهن
 والاقرار بالدين واذا كفل
 المولى عن عبده فهى
 صحيحة سواء كانت بالنفس
 او المال مدبونا كان العبد

الكفيل) لبرائة الاصيل كما اذا كان المكفول عنه بنفسه حرا قال (فان ادعى رقبة العبد فكفل به
 رجل فمات العبد فاقام المدعى البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته) لان على المولى ردها على وجهه يخلفها
 قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف
 الاول قال (واذا كفل العبد عن مولاه بامر فاعتق فأداه او كان المولى كفل عنه فأداه بعد العتق
 لم يرجع واحدمنهما على صاحبه) وقال زفر يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى
 تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بامر اما كفالته عن العبد فتصح على كل حال لانه تحقق
 الموجب للرجوع وهو الكفالة بامر والمانع وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع
 لان المولى لا يستوجب على عبده ديننا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة أبدا لكن كفل عن غيره
 الكفيل لبرائة الاصيل) وهو ظاهر لا فرق في ذلك بين كون المكفول به حرا او عبدا وانما فرضها في العبد
 ليرتب عليها مثله دعوى الرقبة وهى قوله (فلو كان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فاقام
 المدعى البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد رقبة العبد على وجهه يخلفها قيمتها وقد
 التزم الكفيل ذلك وبعد الموت القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل) فهو كالمو كفل بالمعصوب
 حيث يؤخذ برده عن غيره فان عجز بقيمته فاصله انه كفل بماله هو رقبة العبد والمكفول عنه المولى بخلاف
 ما لو كفل بالمال الذى على العبد فمات يجب ضمانه والمكفول عنه فيه هو العبد وكذا عن الحر فمات
 الحر مفلس الا يبرأ الكفيل في قولهم جميعا بخلاف من كفل عن النفس بعد موته على ما تقدم من
 الخلاف فيه (قوله) واذا كفل العبد عن مولاه بامر فاعتق فأدى او كان المولى كفل عن عبده وأدى
 بعد عتق عبده لم يرجع واحدمنهما على الآخر) بشى (و) نقل (عن زفر رحمه الله) في شرح الجامع
 (انه يرجع) قال المصنف (ومعنى الوجه الاول) يعنى ضمان العبد عن سيده (ان لا يكون على
 العبد دين حتى تصح كفالته عن سيده) وهذا لان الاصل ان كفالة العبد لا تصح مطلقا لان الكفالة
 انما تصح من يصح منه التبرع على ما قدمناه اول الباب فلذا لا تصح من الصبي غير المأذون غير ان امر
 السيد له بما فكل للعجز عنه فيه فتصح حتى تباع رقبته في دين الكفالة اذا كفل لغير السيد باذن السيد فاذا
 كان على العبد دين لا يملك السيد ماله لتعلق حق الغرماء بما فاعمل امره اياه بالكفالة بخلاف
 ما اذا لم يكن عليه دين فان لمولاه الحق في ماله فيعمل اذنه له في أن يكفل عنه وفي بعض نسخ الهداية
 ومعنى المسئلة أن يكون عليه دين وليست صحيحة لسنا بنا ما كفالة السيد عن العبد فصحة على كل حال
 سواء كان على العبد دين أولا فان قيل دين العبد الذى يظهر في حق المولى يقضى من ماله وهى ملك
 المولى فأى فائدة في هذه الكفالة أحيب بأن الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين أو لانه ليقضى
 من جميع أمواله بخلاف ما اذا لم يكفل فانه لا يلزمه عين الا أن يسلمه لبيع وقد لا يفي ثمنه بالدين فلا يصل
 الغرماء الى تمام الدين وبالكفالة يصلون (لزر رحمه الله انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة
 بامر والمانع وهو كونه عبده) ولا يستوجب واحدمن السيد والعبد دين على الآخر (قد زال)
 بالعتق فان الاداء منهما بعده فيجب الرجوع (ولنا انها وقعت) من كل منهما (غير موجبة للرجوع) بما
 قلنا وان واحدا منهما لا يستوجب دين على الآخر (فلا تنقلب موجبة أبدا 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 واحدمنهما على صاحبه وقال زفر يرجع لان الموجب للرجوع وهو الكفالة بالامر تحقق والمانع وهو الرق قد زال
 وقلنا هذه الكفالة قد انعقدت غير موجبة للرجوع لان العبد لا يستوجب على مولاه ديننا اذ لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى
 لا يستوجب على عبده ديننا بحال وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة أبدا لكن كفل عن غيره

بغير أمره فبلغه فأجاز فان الكفيل بعد الاداء لا يرجع على الاصيل بشئ لذلك وفوقه بأن الراهن اذا اعتق العبد الموهون 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 وقياماً 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 إيجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا أن المولى لا يستوجب على عبده شيئاً من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى فكانت عليهم ان علمت فيهم خيراً وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقر أي ثابتاً من وجهه دون وجهه فلا يظهر في حق صحة الكفالة لاقتضائها ديناً مستقر الا انها توثيق المطالبة وإذا كان غير مستقر جاز أن يسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة فائدة بل قد تكون هزواً وولعاً (قوله ولانه) دليل آخر على عدم استقراره فانه اذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين ما لا يسقط الا بالاداء أو البراءة وقوله (ولا يمكن اثباته) دليل (٤٤٣) آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببديل الكتابة وتقريره أن الكفالة ان صحته به فلا

يحتاج ما أن يكون ثبوته 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 بنا في معنى الضم لان من شرطه الاتحاد بغير أمره) فبلغه (فأجاز فأدى الكفيل لا يرجع) لان معنى الامر وان تحقق في حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع لان الاصل ان ما يقع م لازماً لا يكون لبقائه حكم الابتداء وهذه الكفالة حين وقعت وقعت غير موجبة الرجوع لما قلنا من أن كل واحد من السيد والعبد لا يستوجب على الآخر ديناً الا أن يكون العبد مديوناً حينئذ ثبت له الدين على السيد وإذا وقعت غير موجبة فلا انقلبت موجبة كان في حال البقاء وليس لبقائها حكم الابتداء لانهما تقع لازمة وقد طوبى بالفرق بين هذه وبين الراهن اذا اعتق العبد الراهن وهو معسر فان العبد يسمى في ذلك الدين ثم يرجع به على سيده فلم لا يرجع هنا أوجب بأن استيجاب الدين على مولاه وقع بعد العتق فلم يكن فيه تناف وقت استيجاب الدين لحر يتهماً اذ ذلك فجاز أن يرجع على المولى اما هنا فرمان استيجاب الدين وهو زمان الكفالة كان عبداً فيه (قوله ولا تجوز الكفالة ببديل الكتابة حر تكفل به أو عبد) وكذا لا تجوز بمال آخر السيد على المكاتب (لانه) أي عقد الكتابة (ثبت مع المنافي) وهو عبديته للسيد المكاتب لانه عبد ما بقي عليه درهم وذلك يقتضي نفي الدين للسيد على عبده وان ثبت فثابت على خلاف القياس بالنص لتحقيق العتق لتشرف الشارع اليه فيقتصر عليه (فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولان المكاتب لو عجز نفسه سقط) وهذا 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 (بنا في معنى الضم لان من شرطه الاتحاد) ولو أثبتناه على الاطلاق على الكفيل وعلى

بتميز الكفيل نفسه كما يسقط بتميز الاصيل نفسه أو مطلقاً ولا يسبيل الى كل واحد منهما أما الاول فظاهر لان الاصيل بتميز نفسه يرد رقيقاً ومولاه 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 ونفياً للزيادة على المترجم الا ترى ان الدين لو كان على الاصيل مؤجلاً كان على الكفيل كذلك في الكفالة المطلقة ولو كان جيداً أو زبناً على

الاصيل كان على الكفيل كذلك والمطلق غير مقدم المقيد فلو ائزمناه مطلقاً لم الزام الزيادة على ما التزم وهو غير جائز وأما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز نفسه يسقط عنه بنفسه الكتابة سقوط بدلها لا بتناؤها عليها اذ لو اهلها 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 لا تجوز الكفالة بمال الكتابة عن المكاتب للمولى لا تجوز بدين آخر للمولى سوى بدل الكتابة على المكاتب ذكره في المسوط انتهى الآن في تعليل مال الكتابة لما سوى بدل الكتابة تأملاً (قوله وأما في بدل الكتابة الى قوله وتقريره أن الكفالة ان صحته 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 فيها فليتامل ثم أقول قوله ولانه دليل آخر على عدم استقراره محل بحث ادلايحي نبيوكلام المصنف عماد كره بل الظاهر أن قوله ولانه دليل آخر على المدعى وقوله ولا يمكن اثباته تنبيه للدليل والله الهادي 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 وأما في بدل الكتابة فلانه دين غير مستقر (٢) قوله ان ما نقرر في نسخة العلامة الصراوى أن ما لا يقع وكتب عليها بالهامش أصل النسخة محذوف لانه في نسخة فلنأمل مع ما يأتي ٨٤

(وبدل السعاية كمال الكتابة) في عدم جواز الكفالة به للولي (على قول أبي حنيفة رحمه الله ان يكونه دينا غير مستقر بثبوته مع الثانی) لسان
 أحكام المستدعي أحكام العبد عندهم من عدم قبول الشهادة وتزويج المرأتين وتمصيف الحدود وغيرهما وعلى قوله ما تصح لان بدل
 الكتابة لم يكن مستقرا سقوطه بالتهجير وهو في السعاية لا يتحقق فكان كالحرام 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. اللان خرا اذا اشترط موجب
 احدهما للاخرى عند ذكر الاخرى لكه آخر الحوالة لانها تتضمن براءة (٤٤٣) الاصيل والبراءة تفقوا الكفالة

فكذا ما يتضح منها والحوالة
 في اللغة هي النقل
 وحروفها كيف ما تركبت
 دارت على معنى النقل
 والزوال وفي اصطلاح
 الفقهاء تحويل الدين
 من ذمة الاصيل الى ذمة
 المحتمل عليه على سبيل
 التوثيق به وأما شرطها
 فنذكره في أثناء
 الكلام وكذا حكمها
 وأنواعها

وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة لانه كالكاتب عنده

﴿ كتاب الحوالة ﴾

تمكينه من اسقاطه على الاصيل لم يتعد الدين عليهما (وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي
 حنيفة رحمه الله لانه كالكاتب عنده) للعلة الاولى لان له أحكام العبد عنده حتى لا تقبل شهادته ولا
 يتزوج أكثر من اثنتين وينصف حده وقسمه بدون العلة الثانية اذ لا يقدر على أن يقطع عنه دين السعاية
 بتهجير نفسه وعنددهما تصح الكفالة به لانه حر مديون عندهما وأما الكفالة للكاتب بدين له على السيد
 ليس من جنس بدل الكتابة بخاتمة وأما العبد الناجر اذا كان مولاه دينا فان لم يكن على العبد دين وأخذ
 منه كفيلة فالكفالة باطلة لان العبد لا يستوجب على مولاه دينا 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 كلا منهما عقد التزام ما على الاصيل للتوثيق الا أن الحوالة تتضمن براءة الاصيل
 براءة مقيدة على ما ستعلم بخلاف الكفالة لا تتضمنه فكانت كالتركيب مع المتردد والمفرد مقدم فأخر الحوالة
 عنها وأيضاً 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 فأحتمل أي قبل فأنما يحيل وزيد محال ويقال محتمل والمحال
 محتمل به والرجل محال عليه ويقال محتمل عليه فتقدير الاصل في محتمل الواقع فاعلام محتمل بكسر الواو
 وفي الواقع مفعول محتمل بالفتح كما يقدر في محتمل الفاعل مختير بكسر الهمزة ويضمهما في محتمل المفعول وأما
 صفة له مع المحتمل الفاعل فلا حاجة اليها بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهو محتمل ومحتمل عليه
 فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه وفي المغرب تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل
 وهو نقل الشيء من محل الى محل ويقال للمحال حويل أيضاً فالمحيل هو المديون والمحال والمحتمل رب الدين
 والمحال عليه والمحتمل عليه هو الذي التزم ذلك الدين للمحتمل والمحتمل به نفس الدين وهي في الشرع نقل
 المطالبة من ذمة المديون الى ذمة الملتزم بخلاف الكفالة فأنما ضم في المطالبة لان نقل فلا يطالب المديون
 بالاتفاق وإنما اختلف المشايخ ان الدين أيضاً ينتقل أو لا وسند كره من قريب فلأريد التعريف على

﴿ كتاب الحوالة ﴾

قال في البدائع الاصل أن
 كل ما لا تصح الكفالة به
 لا تصح الحوالة به انتهى
 وفي التتارخانية انه يجوز
 احالة المكاتب سيده على
 رجل مقيد بدين أو
 غصب أو ودعية وإذا
 صححت الحوالة برئ
 المكاتب وعتق وقال فيه
 وان أحال سيده غيره
 على مكانه ولم يقيد به
 الكتابة لا تصح وان قيد
 بدل الكتابة صححت وصار

المكاتب وكيلاً عن السيد باداء بدل الكتابة الى غيره ولا يعتق مالم يؤد فان مات سيده قبل الاداء الى آخر ما ذكر في التتارخانية قال
 الاتقاني يحتاج ههنا الى معرفة أربعة أشياء المحيل وهو الذي عليه الدين والمحتمل له وهو الدائن والمحتمل عليه وهو الذي قبل الحوالة والمحتمل
 به وهو المحال انتهى وفي معراج الدراية يقال أحلت زيداً عمله على رجل فأحتمل أي قبل فأنما يحيل وزيد محال ومحتمل والمحال محتمل
 به والرجل محتمل عليه ومحتمل عليه فتقدير المحتمل في الفاعل على محتمل بكسر الواو وفي المفعول بالفتح وقولهم للمحتمل المحتمل له ولانه
 لا حاجة الى هذه الصلة ويقال للمحال حويل (قوله والبراءة تفقوا الكفالة) أقول اذا لم يكن بأمر (قوله وفي اصطلاح الفقهاء تحويل
 الدين الخ) أقول هذا التعريف بناء على الصحيح مما اختلف فيه المشايخ على ما سيحكي

قال (وهي جائزة بالدين الخ) الحوالة جائزة بالدين دون الايمان أما الجواز فيدل عليه النقل والعقل أما الاول فما روى أبو داود في السنن وقال حدثنا القعني عن مالك عن أبي الزناد عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطلق 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 فليحتل أمره بالتباعد والاتباع بسبب ليس بمشروع ولا يكون ما موراه من الشارع فدل على جوازها وأما الثاني فدل عليه إيفاء ما التزمه وهو ظاهر وذلك بوجوب الجواز كالكفالة وأما اختصاصها بالدين فلا نهايتها عن التحويل بل ما ذكرنا والتحويل في الدين لافي (٤٤٤) العين وتقرير الحوالة تحويل شرعي والتحويل الشرعي انما يتصور في محمول شرعي

قال (وهي جائزة بالدين) قال عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملي فليتبسح ولانه التزم ما بقدر على تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختلفت بالدين لانها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لافي العين قال (وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه) أما المحتال فلا ان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذم متفاوتة فلا بد من رضاه وأما المحتال عليه فلا أنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال 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 فجارواه أبو هريرة رضي الله عنه مطلق الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبسح متفق عليه وأما باللفظ أحيل مع لفظ يتبع كما ذكره المصنف فرواه الطبراني عن أبي هريرة في الوسط قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مطلق الغني ظلم ومن أحيل على ملي فليتبسح ورواه أحمد وابن أبي شيبة ومن أحيل على ملي فليحتل قيل وقدر يروي فإذا أحيل بإفاءه فيفيد أن الأمر بالتباعد للملاءة على معنى انه إذا كان مطلق الغني ظلما فإذا أحيل على ملي فليتبسح لانه لا يقع في الظلم والله أعلم ثم أكثر أهل العلم على أن الأمر المذكور أمر استحباب وعن أحمد لا وجوب والحق الظاهر انه أمر بإباحة وهو دليل جواز نقل الدين شرعا أو المطالبة فان بعض الاملاء عنده من اللد في الخصومة والتعسير ما تنكبه الخصومة والمضارفة فن علم من حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه بل عدمه لمنا فيه من تنكسر الخصومات والظلم وأما من علم منه الملاءة وحسن القضاء فلا شك في أن اتباعه مستحب لمنا فيه من التخفيف على المديون والتيسير عليه ومن لا يعلم حاله فباح لكن لا يمكن إضافة هذا التفصيل الى النص لانه جمع بين معنيين مجازين للفظ الأمر في اطلاق واحد فان جعل للاقرب أضر مرعه القيد والا فهو دليل الجواز للاجتماع على جوازها دفع الحاجة وانما خصت بالدين لان 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 والمحتال والمحتال عليه) أما المحتال فلان الدين حقه وهو (الذي ينتقل بها) أي بالحوالة (والذم متفاوتة) في حسن القضاء والمطل (فلا بد من رضاه) والالزام الضمري بالامه اتباع من لا يوفيه (وأما المحتال عليه فلانه) الذي (يلزمه الدين ولا لزوم الا بالتزامه) ولو كان مديونا للمحيل لان الناس يتفاوتون في الاقتضاء من بين سهل ميسر ومعب معسر (وأما المحيل فالحوالة تصح بلا رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو) أي المحيل (لا يتضرر به بل فيه نفعه)

وهو الدين لانه وصف شرعي في الذمة يظهر أثره عند المطالبة فجارأ ان يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه وأما العين اذا كان في محل محسوسا فلا يمكن أن يعتبر في محل آخر ليس هو فيه لان الحس يكذبه فلا يتحقق فيه الا النقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه قال (وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه الخ) شرط صحة الحوالة رضا المحتال لان الدين حقه وهو أي الدين ينتقل بالحوالة والذم متفاوتة فلا بد من رضاه ولا خلاف في ذلك لاحد من أهل العلم وأما رضا المحتال عليه فهو شرط عندنا وقال الشافعي ان كان للمحيل دين عليه فلا يشترط وبه قال مالك وأحمد لانه محل التصرف فلا يشترط رضاه كالباع عبدا فانه لا يشترط رضاه لان الحق للمحيل عليه فله أن

يستوفيه بنفسه وبغيره كالموكل في الاستيفاء وأما اذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه بالاجماع وقلنا انه الزام الدين ولا لزوم بدون الالتزام لا يقال الزام الحاكم بالبيئته على المنكر الزام بدون الالتزام لان الحكم اظهره للالتزام بالزام وأما رضا المحيل فقد شرطه القدرى وعسى يعمل بأن ذوى المرآت قديان فون يتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم وذكر في الزيادات أن الحوالة تصح بدون رضاه لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه

(قوله وقلنا انه الزام الدين الخ) أقول فيه بحث فان الدين كان ثابتا في ذمته فليست أم قال صاحب البدائع ولنا أن الحوالة تصرف على المحتال عليه بنقل الحق الى ذمته فلا يتم الا بقوله ورضاه بخلاف التوكيل بقبض الدين لانه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب اليه ابتداء بل هو تصرف باءا الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه انتهى فيه تأمل

لان المحال عليه لا يرجع عليه اذ لم يكن بأمره قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراط 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 اسقاط المطالبة للحيل عن المحال عليه فلا تصح الا برضاه والتظاهر أن الحوالة قد يكون ابتداء أو هاهنا من المحتمل وقد يكون من المحتمل عليه والاول احالة وهو فعل اختياري لا يتصور بدون الارادة والرضا وهو وجه رواية القدوري والثاني احتمال يتم بدون ارادة المحيل بارادة المحتمل عليه ورضاه وهو وجه رواية الزيادات وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه الاثمة الثلاثة بناء على أن ايقاه 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 الزيادات ليس على ما ينبغي قال (واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول الخ) اذا تمت الحوالة بركتها وشرطها 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 اختياره من لهما هو الصحيح مما اختلف فيه مشايخنا فان منهم من ذهب الى أنها توجب براءة ذمة المحيل عن المطالبة والدين جميعا ومنهم من ذهب الى أنها توجب براءة عن المطالبة ومنها ذلك كرمحمد ربه الله أحكاما تدل على القولين فما 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 وهب الدين منه صح وهذا يقتضى تحول الدين الى ذمة المحال عليه وبراءة المحيل عنه وما يدل على الثاني أن المحتمل اذا أبرأ المحال عليه صح ولا يرتد بالرد كما براه التكفيل (ع ع ع) ولو انتقل أصل الدين الى المحال عليه وجب

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

أن يرتد بده كالأبرأ المحيل
قيل الحوالة والأصيل في
الكفالة فان ابراء حينئذ
يكون فذلك الدين من عليه
الدين والتمسك يرتد بالرد
ومنها ان المحيل اذا تقدم
مال المحتمل يجبر المحتمل على
القبول ولو انتقل الدين
بالحوالة يكون المحيل متبرعا
في نقد المال كالاجنبي والاجنبي
اذا تبرع بنقضاء الدين لا يجبر
رب المال لا تصح ابراءه
بالحوالة وعند محمد على قوله
قالوا والاول هو الصحيح لانه
تصرف في تحويل الدين فيجب

عاجلا بان دفاع المطالبة عنه في الحال وأحلا بعدم الرجوع عليه (لانه لا يرجع الا بأمره) وحيث ثبت الحوالة بغير رضاه كان بغير أمره وأول في الاوضح المذكور في القدوري بما اذا كان للحيل على المحتمل عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فان قبول الحوالة حينئذ من المحتمل عليه يكون اسقاط المطالبة المحيل عن نفسه أعنى نفس المحتمل عليه فلا تصح الا برضاه كذا في الخبرية واشترط رضا المحيل قول الاثمة الثلاثة قالوا لان للحيل ايقاه ما عليه من أى جهة شاء فلا يتعين عليه بعض الجهات فهرا ونزل ابن قدامة ان رضا المحيل لا خلاف فيه ليس بصحيح وصورته أن يقول رجل لصاحب الدين لل على فلان بن فلان ألف فاحتمل بها على فرضي الطالب وأجازت الحوالة حتى لا يكون له أن يرجع بعد ذلك وسندين الحق فيه عندها هذا ولا تصح الحوالة في غيبة المحتمل في قول أبي حنيفة ومحمد كما قلنا في الكفالة الا أن يقبل رجل الحوالة للغائب فتتوقف على اجازته اذا بلغه وكذا لا يشترط حضرة المحتمل عليه حتى لو حال على غائب فبلغه فأجازت (قوله) واذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل من الدين) هذا قول طائفة من المشايخ وهو المصحيح من المذهب وقول طائفة أخرى لا يبرأ الا من المطالبة فقط (وقال زفر لا يبرأ) من المطالبة أيضا

تحويله وقيل الاول قول أبي يوسف والثاني قول محمد والثالثة تطهر فالرهن اذا حال المرتهن بالدين هل يسترد الرهن فعند أبي يوسف يسترده كالأبرأ عن الدين وعند محمد لا يسترده كالأبرأ عن الدين بعد الرهن وقيل اذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة عند أبي يوسف تصح لبقائه الدين في ذمته اذا تحول بها هو المطالبة لا غير لا يقال ما ذكره المصنف يدل على وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لذلك كرها لان انتقال الدين بلا مطالبة يستلزم وجود الملزوم بلا لازم وهو ممنوع فاكتفى بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها بالاء وقال زفر رحمه الله لا يبرأ لان الحوالة كالكفالة لان كل واحد منهما اعقد توثيق 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 الاخر لثلاثة

(قوله قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراط الرجوع عليه) أقول ضمير اشتراطه راجع الى الرضا ثم ان القائل هو السكاكي (قوله وقيل لعل الخ) أقول القائل هو الخبازي نقل من الاوضح (قوله وعلى هذا اشتراط الخ) أقول قوله اشتراطه مبتدأ وقوله ليس على ما ينبغي خبره (قوله لان انتقال الدين بلا مطالبة اين) 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 لانقاله اذا فائدة في انتقاله بدونها بخلاف وجود أصل الدين بدونها فان فائدتها الرجوع على نفسه والتوى فليتمل فان للكلام محلا بعد قال المصنف (اذ كل واحد منهما اعقد توثيق) أقول وليس من الوثيقة براءة الاول بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الاول من غير تعيين كفاي الكفالة فيها كما تقدم

وهو يقتضى بناء ما ضم اليه
والاصل موافقة الاحكام
الشرعية للمعاني الغوية
واعترض بالحوالة بغير امر
المحيل فانها حوالة صحيحة
كأمر ولا نقل فيها ولا تحويل
وهو ننقض اجابى والحواب
أنا لانسلم أن لا نقل فيها فانها
بعد أداء الدين ظاهر التحقيق
ولهذا لا يبقى على المحيل شيء
(قوله والتوثيق باختيار
الاملا) جواب زفر وتقريره
سلمان كل واحد منهما
عقد توثيق لكن براءة المحيل
لان تافيه لان التوثيق يتحقق
معها باختيار الاملا أى
الا قدر على الايفاء لبسوطه
سعة ذات اليد والاحسن
قضاء بان يوفيه بالاجود
بلا مبالغة وهو في الحقيقة
تنزل في الجواب بالقول
بالموجب وقوله (وانما
يجبر على القبول) جواب
نقض يرد على قوله والاحكام
الشرعية على وفاق المعاني
الغوية وتقريره لوضوح
ذلك لا تنتقل الدين من المحيل
وصار اجنبيا منه فاذا انقده
كان الواجب أن لا يجبر
المحتمل على القبول أى لا ينزل
منزلة القاض اذا ارتفعت
الموانع بين المحتمل والمنقود
لتكون المحيل اذ ذلك متبرعا
كالاجنبى وباداء الاجنبى
المتبرع لا يجبر الطالب على
القبول وتقرير الجواب
لان سلم أن المحيل متبرع في
النقد وانما يكون متبرعا كلاجنبى ان لو لم يتحمل عودا المطالبة اليه بالتوى وهو يتحمل فلا يكون متبرعا

عقد توثيق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها الكفالة
فلا ضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني الغوية والتوثيق باختيار الاملا والا حسن في القضاء
وانما يجبر على القبول اذ انقده المحيل لانه يتحمل عودا المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا
فالنظر في خلاف المشايخ أو لا حتى يثبت المذهب ثم ينظر في خلاف زفر فالقائلون ان المذهب لا يبرأ عن
الدين استدلو بمائل ذكرها محمد تقتضى ذلك فمنها ان المحتمل اذا برأ المحتمل عليه يصح ولا يرتد بده
كأبراه الكفيل ولو انتقل أصل الدين الى ذمة المحتمل عليه وجب أن يرتد بده كالأبرأ المحتمل المحيل قبل
الحوالة لتافيه من معنى التمسك ومنها ان المحيل اذ انقده المحتمل ماله بعد الحوالة يجبر على القبول ولو
انتقل أصل الدين بالحوالة كان متبرعا بمال المحتمل فلا يجبر على قبوله لغيره ومنها ان المحتمل اذا وكل المحيل
بقبض مال الحوالة من المحتمل عليه لا يصح ولو انتقل الدين صار المحيل اجنبيا عنه وتوكيل الاجنبى
بقبض الدين صحيح ومنها ان المحتمل اذا برأ المحتمل عليه لا يرجع المحتمل عليه بذلك على المحيل
ولو كانت الحوالة بأمر المحيل ولو وهب من المحتمل عليه يرجع به على المحيل كافي الكفيل الا ان لم يكن
للمحيل عليه دين والا التقيافا صا ولو كان الدين يتحول الى ذمته كان الأبرأ والهبة في حقه سواء فلا
يرجع والقائلون ان المذهب ينتقل الدين استدلو بأن المحتمل اذا وهب الدين من المحيل أو برأه 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 مستثنين احدهما ان الراهن اذا أحال المرتهن بالدين فله ان يسترد الراهن عند
أبي يوسف كالأبرأ عنه وعند محمد لا يسترده كالأبرأ من الدين بعد الرهن. والثانية اذا برأ الطالب
المحيل بعد الحوالة لا يصح عند أبي يوسف لانه برئ بالحوالة وعند محمد يصح وبرئ المحيل لان أصل الدين
باق في ذمته وانما تحوالت المطالبة ليس غير وقد أنكر هذا الخلاف بينهما بعض المحققين وقال لم ينقل
عن محمد نص بنقل 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 فصل
هكذا لان اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين اذ الحوالة منبثثة عن النقل وقد أضيف الى
الدين واعتبار المعنى يوجب تحويل المطالبة لان الحوالة تأجيل معنى الاترى انه اذا مات المحتمل عليه
مفسلا يعود الدين الى ذمة المحيل وهذا هو معنى التأجيل فاعتبر المعنى في بعض الاحكام واعتبر الحقيقة
في بعضها فان يحتاج الى بيان كيفية خصوص الاعتبار في كل مكان وبسبب المصنف عن بعضها في
خلافه زفر هذه اذ اعرف المذهب حينئذ نحننا الى خلاف زفر له الاعتبار بالكفالة بجامع 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 للنقل لغة ومنه حوالة
الغراس) فوجب نقل الدين (والدين اذ انتقل عن الذمة لا يبقى فيها الكفالة فلا ضم) لغة لانهم ان
الكفل وهو الضم فوجب فيها اعتبار ضم الذمة الى الذمة (لان الاحكام) يعنى العقود (الشرعية)
المسماة باسم اعتبارها معاني تلك الاسماء وهو فائدة اختصاصها بالذمة (قوله عقد توثيق) والتوثيق
ان يطالب كلا منهما اقلنا بل التوثيق لم يخص في ذلك بل يصح باختيار الاملا واليسر في القضاء
فيكتفى به في تحقيق معنى التوثيق في معنى لفظ الحوالة فتبرع متوقف على خصوص ما ذكره من التوثيق
وهذا الدليل ينتهز على زفر فانه قال ببقاء الدين والمطالبة على الاميل لما الطائفة من المشايخ القائلون
بنتهيل المطالبة دون الدين فلا فائدة اذا قال الحوالة تنبى عن النقل فيعتبر فيها ذلك قالوا سلمنا واعتبار نقل
المطالبة كاف في تحقيق معنى النقل غير متوقف على نقل الدين كقالت زفر ان تحقيق التوثيق يحصل

قال (ولم يرجع المحتمل على المحيل الآن بتوى حقه الخ) عطف على قوله برئ المحيل أي اذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل ولم يرجع المحتمل 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 من شرط الرجوع على المحيل عند التوى وهو ظاهر حيث لم يكن غم ما يدل على التمسيد وكل ما كان كذلك لا يعود الا بسبب جديد كما في الابراء ونأيد بما روي عن ابن المسيب أنه كان له على علي رضي الله عنه دين فأحاله به على آخر فأتى المحتمل عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال أبعده الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يجزله الرجوع قلنا البراءة حصلت مطلقة انظرا (٤٤٧) أو مطلقا والثاني ممنوع والاول

مسلم لكن لا يبيدكم لجواز أن تكون مقيدة بدلالة الحال أو العرف أو العادة فنقول انها حصلت مقيدة بسلامة حقه له وان كانت مطلقة لفظا بدلالة الحال لان المقصود من شرع الحوالة التوصل الى استيفاء الحق من المحيل الثاني لانفس الوجوب لان الذم لا يختلف في الوجوب وانما يختلف بالنسبة الى الايفاء فصارت سلامة الحق من المحيل الثاني كالمشروط في العقد الاول لكونه هو المطلوب فاذا فات الشرط عاد الحق الى المحيل الاول فصار وصف السلامة في حق المحال به كوصف السلامة في المبيع بان اشترى شيئا فهلك قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق للشترى وهذا يشير الى أن الحوالة تنفسخ ويعود الدين وهو عبارة بعض المشايخ وقوله أو تنفسخ الحوالة اقواله

قال (ولا يرجع المحتمل على المحيل الآن بتوى حقه) وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى لان البراءة حصلت مطلقة فلا يعود الا بسبب جديد وانما المقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود أو تنفسخ الحوالة لقوله انه قابل للفسخ

باختيار الام لا الخ 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 اذا قد المحتمل الدين المحال به قبل نقد المحال عليه أجبر المحتمل على القبول فولم يكن الدين باقيا على المحيل لم يجبر لانه حينئذ متبرع بشئ من ماله فلا يجبره على قبوله أجاب بأنه لا يلزم على تقدير النقل أن يكون متبرعا محضا وانما يكون ذلك لولم يكن عود الدين المتقبل اليه بعينه ممكنا نحو فاقد يتوقع فأما ان كان فلا لانه على ذلك التقدير دافع 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 نقض في أصلا عما اذا وقعت بغير اذن المحيل وأجيب بأن معنى النقل يتحقق فيه بعد أداء المحتمل عليه حتى لا يبقى اذ ذلك على المحيل شئ الا انه قد يقال لوصح هذا الصح أن يقال الكفالة بغير أمر المكفول عنه فيها نقل الدين أيضا بهذا الوجه لانه اذا أدى الكفيل لا يبقى على المكفول عنه شئ والحق ان أصل الجواب ساقط فان انتفاء الدين عن المحيل بأداء المحال عليه ليس هو نقل الدين بل انتفاءه من الوجود بالكلية وليس هذا نقله بل نقله تحوله من محل الى محل هو ذمة المحال عليه وعندنا ان الجواب هو ان الحوالة بغير اذن المحيل ليست حوالة من كل وجه لان حقيقة الحوالة ان كان فعل المحيل الاحالة أو الحاصل من فعله فهو منتف من انتفاء الفعل منه والنقل انما هو في حقيقتها وله هذا اجازة المالكية هذا المعنى وأخرجه من الحوالة وهو جملة وحكمها شطر حكم الحوالة وهو الا لزوم على المتحمل دون الشطر الاخر وهو انما قال الدين عن المديون فلم تكن حوالة والاستعقت تمام حكمها وهذا ما وعدناه (قوله ولم يرجع المحتمل على المحيل الآن بتوى حقه) وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى) بموت أو افلاس أو غيره وهو قول أحمد والليث وأبي عبيد وعن أحمد اذا كان المحال عليه منسلا ولم يعلم الطالب بذلك فله الرجوع الا أن يرضى بعقد العلم وهو قول مالك لان الافلاس عيب في المحال عليه فله أن يرجع بسببه كالمبيع ولان المحيل غره فهو كالولد المبيع يرجع به (لان البراءة) الحاصلة بالانتقال (حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد) ولا سبب فلا يعود ويؤيده ما روي عن ابن المسيب أنه كان له على علي رضي الله تعالى عنه دين فأحاله به على آخر فأتى المحتمل عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال له أبعده الله فغضب رجوعه ولمن غنم كون البراءة مطلقة بل هي مقيدة بمعنى بشرط السلامة وان كانت مطلقة وهذا القيد ثبت بدلالة الحال وهو ان المقصود من شرع الحوالة ليس مجرد الوجوب على الثاني لان الذم باعتبار هذا القدر متساوية وانما تفاوت في احسان التضاء وعدمه فالمقصود التوصل الى الاستيفاء من المحيل

أن لفوات المقصود وهو السلامة لانه قابل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة اذ فسخت وكل ما هو قابل له اذا فات المقصود منه بنفسه كالمشترى اذا وجد المبيع معييبا واخترت رده فانه ينفسخ المبيع ويعاد الثمن وان لم يشترط ذلك في العقد لما سراسر اشارة الى عبارة آخرين منهم وهو يشير الى أن الحوالة تنفسخ ويعاد الدين على المحيل فالمصنف رحمه الله جمع بين طريقتي المشايخ رحمه الله

(قوله كان له على علي رضي الله تعالى عنه الخ) أقول ليس في حديث علي كرم الله وجهه ما ينافي ما قلنا لعدم دلالة على موت المحال عليه مفسلا كما لا يخفى

واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فهما عني مختلفين ويؤيد ما ذهبنا اليه ما روى 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 تخيير بين أن يقبل الحوالة فينتقل حقه الى ذمة المحال عليه وبين أن يأبأها بقاء حقه في ذمة المحيل وكل غير بين شيئين اذا اختار أحدهما (٤٤٨) تعين عليه ولا يعود الى الآخر كالمقصوب منه اذا اختار تضمنين

فصار كوصف السلامة في المبيع قال (والتوى عند أبي حنيفة - ترجمه الله أحد الامرين اما ان يجعد الحوالة ويحلف ولا يئنه له عليه أو يموت مقلسا)
 الثاني على الوجه الاحسن واللام ينتقل عن الاول فصارت السلامة من المحل الثاني كالمشروط في العقد الاول فاذا لم يحصل المشروط عاده على الاصيل فصار كالمصالح على عين فهل يكت قبل التسليم يعود الدين لان البراءة ما ثبتت مطلقة بل بعوض فاذا لم يسلم يعود يؤيده ما روى عن عثمان رضي الله عنه مرفوعا وموقوفا في المحتمل عليه اذا مات مقلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولقظ الاسرار قال اذا توى المال على المحتمل عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم وذلك في الاصل عن شريح بمثل ذلك وهذا الحديثان متعارضان فان كانا صحيحين أو لم يشكنا فقد تكافأ هذا واختلقت عباراتهم في كيفية العود فقبل بفسخ الحوالة أي بفسخها المحتمل ويعاد الدين كالمشترى اذا وجد بالمبيع عيبا وقبل تنفخ ويعود الدين كالمبيع اذا هلك قبل القبض وقيل في الموت عن افلاس تنفخ ويعود في الخوارج ويغاد وفي طريقه - فلهذا لا نسلم بل له الرجوع الا أنه سقطت المطالبة بالاعسار وله - هذا كما ظهر لاحد هما مال أخذه كافي الكفيل والمنكفول عنه اذا ماتا مقلسين تبطل الكفالة ثم لا يدل على ان المطالبة لا تثبت حاله حياة المنكفول عنه قالوا مال الحوالة جعل كالمقبوض لانه لو لم يكن كالمقبوض لأدى الى الافتراق عن دين بدين ولانه تجوز الحوالة برأس مال السلم والصرف ولولائه كالمقبوض لم تجز الحوالة واذا مات المحيل مقلسا لا يكون المحتمل اسوة للغرماء واذا كان كالمقبوض لا يرجع فلنا ليس كالمقبوض والاحواز للمحتمل أن يشتري شيئا من غير المحتمل عليه كما يجوز أن يشتري به من المحتمل عليه وقواهم لو لم يكن كالمقبوض صار ديننا بدين انما يلزم لو كان الفصد منه المعاوضة وليس كذلك كالمقبوض وأما الصرف والسلم فحجة لنا لانه لو كان كالمقبوض لجاز أن يتفرقا عن المجلس من غير قبض وليس كذلك فانه اذا أحالهم ما فلو افتراق من غير قبض يفسد ما قد ولو كانت الحوالة قبضا لكان هذا افتراقا بعد القبض فلا يفسد العقد وأما كون المحتمل لا يصير اسوة للغرماء اذا مات المحيل ولا مال له سوى ما على المحتمل 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 بالخصص لان هذا مال المحيل ولم يصير بالحوالة ملكا للمحال لان تملك الدين من غير من عليه الدين لا يتصور ان يعلق به حق المحال وبهذا لا يصير المحال أخص به ما لم تثبت اليد بدليل ان العبد المأذون اذا كان عليه دين يعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو وجب بعد ذلك دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالخصص انتهى واذا عرف أنه يرجع بالتوى بين التوى بقوله (والتوى عند أبي حنيفة - ترجمه الله بكل من امرين اما أن يجعد الحوالة ويحلف ولا يئنه له عليه) للمحتمل ولا للمحيل فقوله (له) يعني كلام المحيل والمحال (أو يموت مقلسا) لامال له معينا ولا دينا ولا كفيل عنه بهين

أحد الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الآخر بشئ وكالمولى اذا اعتق عبده المديون فاختار الغرماء استسعاء العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشئ والجواب أن قوله اذا اختار أحدهما تعين عليه اما أن يريد بشيئين 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 به بل اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع الى الاصل لان اختيار الخلف وترك الاصل لم يكن للتوثق فاضافة نواه الحق الى وصف يقتضى ثبوته فاسدة في الوضع قال (والتوى عند أبي حنيفة - ترجمه الله أحد الامرين الخ) توى المال اذا تلف وهو عند أبي حنيفة يتحقق بأحد الامرين اما أن يجعد الحوالة عليه الحوالة فيحلف ولا يئنه للعالم ولا للمحيل على المحال عليه لانه حينئذ لا يقدر على مطالبته واما أن يموت مقلسا

المحال

لا يقدر على مطالبته واما أن يموت مقلسا

قال المصنف (فصار كوصف السلامة في المبيع) اقول بأن اشتري شيئا فلهك قبل القبض فانه يفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق للشترى وهذا التقرر يناظر الى الكلام الاول فالمصنف جمع بين طريقين المشايخ واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فهما عني مختلفين

لان العجز عن الوصول الى الحق وهو التوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما أما في الاول فلماذا كرنا وأما في الثاني فلانه لم يتحقق
 يتعلق بها الحق فسقط عن المحال عليه ثم ثبت للعتال الرجوع على المحيل لان براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لبراءة اسقاط فلما
 تعذر الاستيفاء وجب الرجوع وقالاه - اذ ان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحماكم بافلاسه بالشهود وحال حياته وهذا الاختلاف بناء على أن
 الافلاس بتفليس الحماكم عنده لا يتحقق بخلافهما قالوا التوى هو العجز عن الوصول الى الحق وقد حصل ههنا لانه عجز عن استيفاء حقه
 فصارت كوت المحال عليه وقال عجز عن ذلك عجزا يتوهم ارتفاعه بحدوث المال لان مال الله غادورائح وقد تقدم منه في الكفاة فلم يكن
 كالموت ولومات المحال عليه فقال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ذكر في المبسوط وعن الشافعي أن القول قول الطالب مع عيونه على
 علم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة يقال أفلس الرجل اذا صار ذافلس بعد (٤٤٩) أن كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان

افتقر وفلسه القاضي أي
 قضى بافلاسه حين ظهر له
 حاله كذا في الطلبة قال
 (واذا طالب المحتال عليه
 المحيل الخ) اذا طالب المحتال
 عليه بمثل مال الحوالة مدعيا
 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 الأبدى
 عليه ديناً وهو ينكر والقول
 قول المنكر والبينة للمحيل
 فان أقامها بطل حق المحتال
 عليه في الرجوع فان قبل
 لم لا يجوز أن تكون الحوالة
 اقراراً منه بالدين عليه
 أوجب بقوله لانه قد تكون
 بدون الدين المحال عليه فيجوز
 انفكاكه عنه وحينئذ
 يكون التقييم بالدين
 تقييداً بلا دليل (واذا طالب
 المحيل المحتال بما حاله به فقال

لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة (وقالاه اذ ان الوجوهان ووجه
 ثالث وهو أن يحكم الحماكم بافلاسه حال حياته) وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده
 خلافاً 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 لأن 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 حاله به فقال انما أحلتك
 لتقبضه لي وقال المحتال لابل أحلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل) لان المحتال يدعى عليه
 الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع عيونه

المحتال وعندهما بهذين ووجه آخر وهو أن يحكم الحماكم بافلاسه وهذا بناء على ان تفليس القاضي يصح
 عندهما وعند غيره 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 والمبسوط القول للطالب مع المدين على العلم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة ولو كان حيا فزعم
 انه مفلس فالقول له فكذلك بعد موته وفي شرح الناصحي القول للمحيل مع المدين 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 لانا 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 حاله به
 وقال اني أحلتك لتقبضه لي فقال المحتال بل أحلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعى
 عليه) أي على المحيل (دينا وهو ينكر) فالقول له لان فراق الذمة هو الاصل ووجه قال الشافعي في وجه
 وفي وجه آخر القول للطالب لان الحوالة بالدين ظاهر اقراراً قاله المحيل تو كبل فهو خلاف الظاهر وهو
 قول أحد وقول المصنف (ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع عيونه) جواب
 عنه وهو بناء على تساويهما في الاستعمال ومنع كونهما بالدين أن تظهر الحوالة المتواطىء فيهما والافادعائه
 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 أوجب بقوله ولفظ الحوالة ومعناه أن
 دعواه تلك دعوى ما هو من محتملات لفظه وهو الوكالة فان لفظ الحوالة يستعمل فيها مجازاً لمسا في الوكالة من نقل التصرف من الموكل الى
 الوكيل فيجوز أن يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق له لكنه مع عيونه لان في ذلك نوع مخالفة للظاهر

(قوله فان لفظ الحوالة الخ) أقول كما ينبغي في كتاب المضاربة أحل بمعنى وكل فراجعه قال العلامة الكاكي قبل الجواز لا يعارض الحقيقة
 فاحتمال الجواز لا يخرج عن ارادة الحقيقة أوجب هذا مجازاً متعارفاً فيمكن أن يخرج عن ارادة الحقيقة ولو لم يخرج عن ارادة الحقيقة
 بل على الإقرار انتهى وفيه تأمل (قوله لمسا في الوكالة من نقل التصرف الخ) أقول فيه شو:

قال (ومن أودع رجلا ألف درهم الخ) اعلم أن الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة على نوعين أحدهما أن يقيدها المحال على الحوالة بالعين الذي له في المحال عليه بالوديعة أو القصب والثاني أن يقيدها بالدين الذي له على المحال عليه والمطلقة وهي أن يرسلها الراسل بالوديعة بالدين له على المحال عليه ولا يعين له في يده وأن كان له ذلك عليه أو في يده أو أن يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا في يده عين أيضا على نوعين حاله ومؤجلة فالحال هي أن يحيل المدينون الطالب على رجل بألف حالة فإنها تكون على المحال عليه كذلك لأنها التحويل الدين من الأصيل فيتحول على الصفة التي على الأصيل والفرض أنها كانت على الأصيل حالة فيكذاعلى المحال عليه وليس للعالم عليه أن يرجع على الأصيل قبل الاداء لكنه يفعل به ما فعل به كما تقدم في الكفالة والمؤجلة هو أن يكون الدين على الأصيل مؤجلا فيصير مؤجلا على المحال عليه بذلك الاجل (٤٥٠) فان المال يكون على المحال عليه الى ذلك الاجل لانه قبلها كذلك اذا عرف

هذا فقوله ومن أودع رجلا ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لانه أقدر على القضاء فان هلكت برئ) لتقيدها بما فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كالفوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضا وحكم المقيدة في هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه

هذا فقوله ومن أودع رجلا ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لبيان جواز الحوالة المقيدة بالعين الذي في المحال عليه بالوديعة وقوله لانه أقدر على القضاء دليل جوازه وذلك لوجهين أحدهما أن الاداء منها يتحقق من عين حق الهيمل وحينئذ لا يصعب عليه الاداء فكان أقدر والثاني أن الوديعة حاصلة بعينها لا تحتاج الى كسب والدين قد يحتاج اليه واذا كان أقدر على القضاء كان أولى بالجواز فكانت جائزة بالدين فلأن تكون جائزة بالعين أجدر فان هلكت الوديعة برئ المودع وهو المحال عليه وليس للمحال شيء عليه لتقيدها بما أي لتقيدها بالحوالة بالوديعة لانه ما التزم الاداء الا منها فيتعلق بها ويبطل

قال (ومن أودع رجلا ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لانه أقدر على القضاء فان هلكت برئ) لتقيدها بما فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كالفوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضا وحكم المقيدة في هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه

الاثمة حين استبدت الواطو وتقدم الجواز المتعارف فعملها على ما اذا استوفى المحتال الالف المحال بها وقد كان المحيل باع متاعا من المحتال عليه به هذه الالف فيقول المحتال كان المتاع ملكي وكنت وكيل في بيعه عنى والمقبوض مالي ويقول المحيل كان المتاع ملكي وانما بعته لنفسى فانقول للمحيل لان أصل المنازعة وقع بينهما في ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل فالظاهر انه انتهى ونظيره تخصيص المسئلة بنحو هذه الصورة وليس كذلك بل جواب المسئلة مطلق في سائر الامهات والحق انه لا حاجة الى ذلك بعد تجويز 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 دلالة مثل له على أوفى ذمتي لان فراغ الذمة كان ثابتا بيقين فلا يلزم فيه ضرر شغل ذمته الاعماله من اللفظ ومنه نحو قوله اتزنت في جواب لي عليك ألف للتيقن بعود الضمير في اتزنت على الالف المدعاة بخلاف مجرد قوله أحلتك (قوله) ومن أودع رجلا ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لانه أقدر على القضاء) لتيسر ما يفتى به وحضوره بخلاف الدين عليه (فان هلكت برئ) المحال عليه وهو المودع (لتقيدها بما) أي لتقيدها بالحوالة بالوديعة التي هلكت (فانه) أي الرجل (ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت الحوالة مقيدة) بعين (مغصوب) عرض أو ألف درهم مثلا فانه اذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لان الواجب على الغاصب رد العين فان عجز رد المثل أو القيمة فاذا هلك في يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ (لان) له خلتا (الفوات الى خلف كالفوات) فبقيت متعلقة بخلافه فيرد خلفه على المحتال (وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضا) بأن يحيله دينه الذي له على فلان المحال عليه فصار المقيدة بالتفصيل ثلاثة أقسام مقيدة بعين أمانة وبعين مضمونة وبعين خاص (وحكم المقيدة في هذه الجملة) أعنى الاقسام الثلاثة (أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه) بذلك العين ولا بذلك الدين (لان الحوالة) لما قيدت بها

بها كلها كل ما كاه المتعلقه بنصاب معين وقوله بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب بأن كان الالف نعلق مغصوبا عند المحال عليه وقيدها بالحوالة بها بيان لجوازه بالعين المغصوبة وانما اذا هلك لا يبرأ الغاصب لان المغصوب اذا هلك وجب على الغاصب مثله ان كان مثليا وقيمه ان كان قيميا فكان الفوات بها كماه فواتا الى خلف وذلك كالفوات فكان باقيا حكما وقوله وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضا بيان لجوازه مقيدة بالدين كما اذا كان لرجل على آخر الف درهم وللدون على آخر كذلك وأحال المدينون الطالب دينه على مدينونه بألف على أن يؤد به من الالف التي لأطوب 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 حاله ومؤجلة) أقول قوله والمطلقة مبتدأ وقوله على نوعين خبره (قوله وقوله بخلاف الخ) أقول قوله وقوله مبتدأ وقوله بيان لجوازه خبره

لانه تعلق به حق المحتال فانه انما رضى بنقل حقه الى المحال عليه بشرط أن يوفى حقه مما له الجمل عليه أو يبدئه فتعلق به حق استيفائه وأخذ
الجمل ذلك يبطل هذا الحق فلا يتم كمن من أخذها ولودفعها المودع أو غيره الى المحيل ضمن لانه استهلك محلا مشغولا بحق الغير على مثال
الرهن فان الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق الاخذ من يد المرتهن لتلاي بطل حق (٤٥١) المرتهن وقوله وان كان اسوة للغرماء

اشارة الى حكم آخر يخاف
حكم الحوالة حكم الرهن
بعد ما انقضى في عدم بقاء
حكم الاخذ للجمل
والراهن وهو أن الحوالة اذا
كانت مقيدة بالعين أو
الدين وعلى المحيل ديون
كثيرة ومات ولم يترك شيئا
سوى العين الذي له يسد
المحال عليه أو الدين الذي
عليه فأحال اسوة للغرماء
بعد موته خلافا لفرجه
الله وهو القياس لان دين
غرماء المحيل تعلق بحال
المحيل وهو صار اجنبيا
من هذا المال ولهذا
لا يكون له أن يأخذه 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 كمرتهن فلنا العين
الذي بدأ المحال عليه للمحيل
والدين الذي له عليه لم يصير
مما لو كالمحال بعقد الحوالة
لا بد او هو ظاهر ولا رغبة
لان الحوالة ما وضعت
للمتلذذ وانما وضعت للنقل
فتكون بين الغرماء وأما
المرتهن فانه ملك المرهون
يدا وحسب فثبت له نوع

لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقي له
مطالبته فبأخذ منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال 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 المحيل يبطل هذا الحق
فلا يجوز فلو دفع المحال عليه العين أو الدين الى المحيل ضمنه للطالب فانه استهلك ما تعلق به
حق المحتال كما اذا استهلك الرهن أحد يضمه للمرتهن لانه يستحقه ولما كان تشبيه المصنف
بالرهن يتبادر انه لو هلك المحيل وعليه دين آخر غير دين المحتال ينبغي أن يختص المحتال بذلك الدين الذي
أحيل به أو العين وليس كذلك منه المصنف فقال (وان كان) أى المحتال (أسوة للغرماء) فيه (بعد
موت المحيل وهذا لانه لو بقي) للمحيل (حق المطالبة) بما أحال به من الامر المعين (فبأخذ منه بطلت
الحوالة) الواقع (انها حق المحتال) فليس له أن يبطل حقه وترك الفرق بين الرهن والمحال به ديننا
أو عيننا والفرق ما قدمناه انه وان كان حق المحتال متعلقا بالعين المخصوصة أو الدين كما تعلق حق الدائن
بالرهن المعين لكن ليس له يد ولا ملك والمرتهن له يد ثابتة مع الاستحقاق فكان له زيادة اختصاص واذا
كان المحتال اسوة للغرماء فلو قسم ذلك الدين أو العين بين غرماء المحيل وأخذ المحتال حصته لا يكون له
أن يرجع على المحال عليه بقيمة دينه وهو ظاهر لتقيد الحوالة بذلك المقسم هذا ومن أحكام الحوالة
المقيدة بالدين أو العين انه لو أبرأ المحتال المحتال عليه صح البراءة وكان للمحيل أن يرجع على المحال عليه
بدينه ولو وهب المحتال دينه من المحتال عليه أو مات المحتال له وورثه المحتال عليه لا يكون للمحيل أن يرجع
على المحتال عليه والفرق أن الهبة من أسباب الملك وكذا الارث فلكل المحتال عليه ما في ذمته بالهبة فهو كما
لو ملكه بالاداء ولو أدى لا يرجع المحيل عليه فكذا اذا ملكه بالهبة بخلاف البراءة فانه في الاصل موضوع
للاسقاط فلا يعلق به المحتال عليه ما في ذمته وانما خرج به عن ضمانه لانه محتال دينه وهو الشاغل لدين المحيل
فبقي دين المحيل على المحتال عليه بلا شاغل فيرجع به عليه (وقوله بخلاف المطلقة) يتصل بقوله لا يعلق
المحيل مطالبة المحتال عليه بالعين المحال به والدين والحاصل أن الحوالة قسمان مقيدة كما ذكرنا ومطلقة
وهي أن يقول المحيل للطالب أحلتك بالالف التي لك على هذا الرجل ولم يقل ليؤديها من المال الذي لي
عليه فاذا حال كذلك وله عند ذلك الرجل ودبعة أو موصوبة أو دين كان له أن يطالب به (لانه) أى الشأن
(لا تعلق لحق المحتال به) أى بذلك العين أو الدين لو وقعها مطلقة عنه (بل بذمة المحتال عليه) وفي
الذمة سعة (فبأخذ دينه أو عينه من المحتال عليه لا تبطل الحوالة) وما عليه يرجع الى الدين أو الغصب أو
عنده يرجع الى الوديعة ومن المطلقة أن يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شيء وتنتقم المطلقة الى
حالة ومؤجلة فالخالف أن يحيل الطالب بألف وهي على المحيل حالة فتكون على المحتال عليه حالة لان
الحوالة تتحول بالدين فيتحول بالصفة التي هي على الاصيل وليس للمحتال عليه أن يرجع على الاصيل
قبل أن يؤدي ولكن له اذا لزم أن يلزمه واذا حبس أن يحبس والمطلقة المؤجلة له على رجل ألف الى
سنة فأحال الطالب عليه الى سنة كانت عليه الى سنة ولو حصلت الحوالة مبهمة لم يذكره محمد وقالوا ينبغي
أن تثبت مؤجلة كما في الكفالة لانه تحمل ما على الاصيل بأى صفة كان فلو مات المحيل لم يحمل المال على

اختصاص بالرهون شرعاً لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشارك فيه (قوله وهذا) اشارة الى قوله لا يملك المحيل وتقريره ما ذكرناه آنفاً
وقوله بخلاف المطلقة لبيان الحوالة المطلقة وانما لا تبطل بأخذ المحيل ماله عند المحال عليه من العين أو عليه من الدين لان الضمير للشأن
لا تعلق لحق المحال به أى بما عند المحال عليه أو عليه بل بتعلق 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 والمحيل أن يأخذ ما مع بقاء الحوالة كما كانت

قال (وتكره السفايح الخ) السفايح جمع سفحة بضم السين وفتح التاء فارسي معرب أصله سفحة يقال للشيء المحكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وصورته أن يدفع الى تاجر ما لقرضه يدفعه الى صديقه وقيل هو أن يقرض انسانا ما لا يقضيه المستقرض في بلده بقرض المقرض وانما يدفعه على (٤٥٢) سبيل القرض لاعلى سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وهو نوع نفع

قال (ويكره السفايح) هي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق) وهذا نوع نفع استفاد به وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جز

﴿ 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 والتحق بالاجانب ولومات المحال عليه قبل الاجل والحيل حتى حل المال على المحتمل عليه لاستغنائه عن الاجل بموته فان لم يتركه فامر جمع الطالب على المحيل الى أجله لان الاجل سقط حكم العوالة وقد انتقضت الحوالة بموت المحتمل عليه مفلسا فينتقض ما في ضمانها وهو سقوط الاجل كالموابع المديون بدين مؤجل عبد من الطالب ثم استحق العبد عاد الاجل لان سقوط الاجل كان بمحكم البيع وقد انتقض كذا هنا (قوله ويكره السفايح) جمع سفحة بضم السين وفتح التاء وهو تعريب سفته وهو الشيء المحكم سمي هذا القرض به لاحكام امره وصورته أن يدفع في بلدة الى مسافر قرضه يدفعه الى صديقه أو وكيله مثلا في بلدة أخرى ليستفيد به امر خطر الطريق لانه صلى الله عليه وسلم نهي عن قرض جز نفعه راء والمرث بن أبي أسامة في مسنده عن حفص بن حزمة أنبأ ناسوار بن مصعب عن عمارة الهمداني قال سمعت عليا رضي الله عنه يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل قرض جز نفعه فهو ربا وهو مضعف بسوار بن مصعب قال عبد الحق متروك وكذا قال غيره ورواه أبو الجهم في جزئه المعروف عن سوار أيضا وأخرج ابن عدي في الكامل عن جابر بن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم السفايح حرام وأعماله به - مروى عن موسى بن وحيه - ضعفه البخاري والنسائي وابن معين وذكروه ابن الجوزي في الموضوعات وأحسن ما هنا ما عن الصحابة والسلف ما رواه ابن أبي شيبه في مصنفه حدثنا خالد الجرجاني عن عطاء قال كانوا يكرهون كل قرض جز نفعه وفي الفتاوى الصغرى وغيرها ان كان السفايح مشروطا في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد ولو لم يكن مشروطا جاز وصورته الشرط ما في الواجهات رجل أقرض رجلا ما لا على أن يكتب له به الى بلد كذا فانه لا يجوز ان أقرضه بغير شرط وكتب جازوكذا لوقال كتب لي سفحة الى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا خيره وفي كفاية البيهقي سفايح التجار مكرهة ثم قال الا أن يقرض مطلقا يكتب السفحة فلا بأس به كذا روى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما الا ترى أنه لو فاضه بأحسن محاله عليه لا يكره اذا لم يكن مشروطا قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر فان كان يعرف ان ذلك يفعل لذلك فلا والذي يحكى عن أبي حنيفة انه لم يقعد في ظل جدار غريمه فلا أصل له لان ذلك لا يكون انتفاعا بملكه كيف ولم يكن مشروطا ولا متعارفا وانما ورد القدر في هذه المسئلة هنا لانهم تعاملوا في الديون كالكفالة والحوالة والله أعلم

﴿ كتاب أدب القاضي ﴾

الارحام ولا ينبغي له أن يردهما أكثر من مرة أو مرتين ان طمع في الصلح لان في الزيادة على ذلك اضرار 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 نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جز نفعه وقيل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة وأما اذا لم تكن فلا بأس بذلك ثم قيل انما أورد هذه المسئلة في هذا الموضع لانهم تعاملوا في الديون كالكفالة والحوالة فانهم تعاملوا أيضا 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 الكافي القاضي بتأخير الحكم آثم وعزل وعزرائته قال الامام السرخسي في مبسوطه وان طمع القاضي أن يصطلح الخصمان فلا بأس بان يردهما ويؤخر تنفيذ الحكم بينهما لعلهما أن يصطلحا الحديث ٤ - رضي الله تعالى عنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء بورت بين القوم الضعفاء وفي رواية ردوا الخصوم ومن ذوى

لما كان أكثر المنازعات تقع في البياعات والديون عقبها بآية طعنها وهو قضاء القاضي والقاضي يحتاج الى خصال جيدة يصلح بها القضاء
وهذا الكتاب ايمان ذلك والادب اسم يقع على كل باضة محمودة لذلك يخرج بها الانسان في فضيلة من الفضائل فله أوز يدوي يجوز
أن يعرف بأنه ملكة تعصم من قلمت به عيبه ولأنه أن القضاء بالحق من أقوى الفرائض وأشرف العبادات بعد الايمان بالله
عالي أمر الله به كل امرئ حتى خاتم الرسل محمد صلوات الله عليهم أجمعين (٤٥٣) قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة فيها

هدى ونور يحكمهم النبيون
وقال وأن احكم بينهم بما
أنزل الله ولا تتبع أهواءهم
قال (ولا تصح ولاية القاضي
الح) لا تصح ولاية القاضي
حتى يجتمع في المولى بلفظ
اسم المفعول واختاره على
المتولى بلفظ اسم الفاعل
اشارة الى أن القاضي ينبغي
أن يكون قاضيا بتولية
غيره لا بطلبه التولية شرائط
الشهادة من الاسلام
والحرية والعقل والبلوغ
ويكون أي المولى من أهل
الاجتهاد أما الاول بمعنى
اشتراط شرائط الشهادة
فلان حكم القضاء يستق
أي يستفاد من حكم
الشهادة

قال (ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) أما
الاول فلان حكم القضاء يستق من حكم الشهادة

لما كان أكثر المنازعات في الديون والبياعات والمنازعات محتاجة الى قطعها أعقبها بما هو القاطع لها
وهو القضاء والادب الخصال الجيدة والقاضي محتاج اليها فأفادها وهو أن ذكر ما ينبغي للقاضي أن
يفعله ويكون عليه وسهيت الخصال الجيدة أدب لانها تدعو الى الخير والادب في الاصل من الادب بسكون
الدال هو الجمع والدعا وهو أن تجمع الناس وتدعوهم الى طعمها يقال منه أدب زيد أدب أدب بوزن
ضرب يضرب ضربا اذا دعاك الى طعمه فهو أدب والمادبة الطعام المصنوع المدعو اليه ومنه قول
طرفة بن العبد يدع قوم بني بكر بن وائل

وروا السؤدد عن آبائهم * ثم سادوا سؤودا غير زمي
نحن في المشتاة ندعو الجفلي * لا ترى الآداب فينا ينتقر

ومنه ما ذكر أبو عبيد في قول ابن مسعود ان هذا القرآن ما دبه الله فن دخل فيه فهو آمن وروى عنه
أيضا ما دبه الله فعملوا من ما دبه الله بقبح الدال أي تأديبه وكان الاجر يجملها العتق قال أبو عبيد لم أسمع
أحدا يقول هذا غيره وأما القضاء فقال ابن قتيبة يستعمل ما كان كها ترجع الى الختم والقرع
من الامر يعني با كماله وفي الشرع يراد به الالزام ويقال له الحكم كما فيه من منع الظالم عن الظلم من
الحكمة التي تجعل في رأس النرس وأما وصف القضاء ففرض كفاية فلا تمتنع الكل أتموا هذا اذا
كان السلطان لا يفصل بنفسه فان فعل لم يأتموا كما في البرازية وللسلطان 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
نبيه 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 الجن ومعاذوا وقال له بم
تقضى فقال بكتاب الله قال فان لم تجد قال بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لم قال فان لم تجد قال اجتهد
برأي فأقره وعليه اجماع المسلمين (قوله لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة
ويكون من أهل الاجتهاد) هذا اللفظ القدوري وذ كر المولى على لفظ المفعول للاشعار بأنه التي عليه
الفعل من غير طلب منه كما هو الاولى (أما الاول) وهو أنه لا بد أن يكون من أهل الشهادة (فلان حكم
القضاء يستق من حكم الشهادة) يعني كل من القضاء والشهادة يسند من أمر واحد وشروط الشهادة
من الاسلام والبلوغ والعقل والحرية وكونه غير أعمى ولا محدودا في فذف والكمال فيه أن يكون عدلا
عفيفا عالما بالسنة وبطريق من كان قبله من القضاء **وقرعه** فله عبد فعتق جاز أن يقضى بذلك
الولاية من غير حاجة الى تجديد كالموت يحمل الشهادة حال الرق ثم عتق كذا في الخلاصة في أول كتاب
القضاء وذ كر بعدو رقة لو قلد قضاء مصر اصبي فأدر لك 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 الولاية
وبه مانع وبالعتق والاسلام يرتفع أما الصبي فلا ولاية له أصلا وما في الفصول لو قال لصبي أو كافر اذا

(قوله لما كان أكثر المنازعات
الح) أقول ما ذكره يقضى
ايراده عقيب كتاب الدعوى
وأيضا كان ينبغي أن يبين وجه
التأخير عن الكتاب الذي
قبله على ما هو دأبهم (قوله
قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة
الح) أقول ليس في الآية
دلالة على أمر الله تعالى
كل امرئ حتى يجتمع في المولى
أقول قال في الكفاية المولى

على صيغة اسم المفعول ليكون فيه دلالة على تولية الغير اياه بدون طلبه وهو الاولى للقاضي على ما يجب ان شاء الله تعالى انتهى وفي
وجه الدلالة نوع خفاء فانه يطلق عليه المولى وان طلبه (قوله لا بطلبه التولية) أقول كما يدل عليه صيغة التفعّل فانها التكليف الذي
يستلزم الطلب (قوله شرائط الشهادة) أقول أي شرائط أداء الشهادة على المسلمين وقوله شرائط فاعل لقوله يجتمع الذي تقدم في قوله
حتى يجتمع في المولى

لان كل واحد من القضاء والشهادة من باب الولاية وهي تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى وكل ما استفاد 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 بأشراطها ووربما لو ح المصنف بقوله فيستقي استعارة للاستفادة الى ذلك وعلى هذا كل من كان أهلا للشهادة كان أهلا للقضاء والعكس فالفاسق أهل للقضاء لاهلية الشهادة حتى لو قلد جازالاً أنه لا ينبغي أن يقلد لانه لا يؤمن في أمر الدين لقلة مبالاة فيه كافي حكم الشهادة فانه 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 نظائر حال المسلم في غيرهم ولو كان عدلاً ففسق بأخذ الرشوة بضم الراء وكسرها وهي معرفة أو غيرهما مثل الزنا وشرب الخمر لا ينزل اذالم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم ويستحق العزل فيعزله من له الامر وهذا يقتضى نفوذ أحكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يعزل واليه أشار الامام البرزوي وقوله وهذا إشارة الى أن استحقاق العزل دون العزل وهو ظاهر المذهب وروى عن الكرخي أنه ينزل بالفسق وهو اختيار (ع ٥٤) الطحاوى وعلى الرازي صاحب أبي يوسف ويجوز أن يكون إشارة الى ذلك والى ما تقدم

من جواز تقليد الفاسق
القضاء فان اختيار الطحاوى
أن الفاسق اذا قلد القضاء
لا يصير قاضياً
قوله لان كل واحد الخ) أقول
في دلالة على الصغرى كلام
يندفع بما في النهاية من اعتبار
الشهيرة قال في النهاية هذا
من قبيل بيان حكم المرجع
أى مرجعهما الى أصل واحد
وهو أن يكون القاضي حراً
مسلباً عما فاعلا عدلاً كافي
الشهادة لأن يكون حكم
القضاء مبنياً على حكم الشهادة
لكن أوصاف الشهادة أشهر
عند الناس يعرف أوصاف
القضاء بأوصاف الشهادة
بهذا الطريق لذلك ولان أصل
الولاية ثبت بأهلية الشهادة
كحال الولاية بالقضاء وكال شئ

لان كل واحد من باب الولاية فكل من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا أنه لا ينبغي أن يقلد كافي حكم الشهادة فانه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلاً ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله أدركت فصل بالناس أو اقض بينهم جاز لا يخالف ما ذكر في الصبي لان هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط وما تقدم تجبيز واذالم تصح ولاية الصبي قاضياً لا يصح سلطاناً كما في زماننا من تولية ابن صغير للسلطان اذ مات فقد سئل في فتاوى النسفي وصرح بعدم ولايته وقال ينبغي أن يكون الاتفاق على والٍ عظيم يصير سلطاناً وتقليد القضاء منه غير انه يعد نفسه تبعاً لابن السلطان تعظيماً وهو السلطان في الحقيقة انتهى ومقتضى هذا أنه يحتاج الى تجديد بعد بلوغه وهذا لا يكون الا ان عزل ذلك الوالى العظيم نفسه من السلطنة وذلك أن السلطان لا يعزل الابعزله نفسه وهذا غير واقع وأما المذكورة فليست بشرط الا للقضاء في الحدود والدماء فتقضى المرأ في كل شئ الا فيهما وقد اختلف في قضاء الفاسق فأكثر الأئمة على انه لا تصح ولايته كالفاسق وغيره كالناقبيل شهادته وعن علمائنا الثلاثة في النوادر مثله لكن الغزالي 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 وان كان جاهلاً فاسقاً وهو ظاهر المذهب عندنا فلوقلد الجاهل الفاسق صح ويحكم بفتوى غيره ولو كان لا ينبغي أن يقلد والحاصل انه ان كان في الرعية عدلاً عالم لا يحل تولية من ليس كذلك ولو لولى صح على مثال شهادة الفاسق لا يحل قبولها وان قبل نفذ الحكم بها وفي غير موضع ذكر الاولوية يعنى الاولى أن لا تقبل شهادته وان قبل جاز ومقتضى الدليل أن لا يحل أن يقضى بها فان قضى جاز ونفذ (ولو كان عدلاً) قبل الولاية فقولى (فسق) وجاز (بأخذ الرشوة وغيرها) من أسباب الفسق (لا ينزل ويستحق العزل هذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا)

لا يكون بدون أصله فيصلح أن يكون أهلية الشهادة أصلاً لاهلية القضاء هذا 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 اذبه يقطع النزاع (قوله أو مرتبة عليها كانت أولى الخ) أقول في نبوت الاولوية في صورة الترتيب بحث كالأبجتي لا يقال ان القضاء بالشهادة لما كان مشروطاً بها يكون شرط الشهادة شرطاً لها بالطريق الاولى لكونه مشروطاً بذلك الشرط لانه مغالطة كالأبجتي (قوله ولو قبل جاز الى قوله في غيرهم) أقول فانه 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 فانه لا يصح أن يكون ما ذكره مبنى لجواز قبول شهادة الفاسق (قوله وهذا يقتضى نفوذ أحكامه الخ) أقول مسلم كالأبجتي فان قضاء فيما ارتشى عمل لنفسه والقضاء عمل لله فلا يكون ما فعله قضاء (قوله وهذا إشارة 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 عدلاً ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينزل ويستحق العزل في ظاهر الرواية انتهى (قوله ويجوز أن يكون إشارة الى ذلك) أقول بتأويلي ملخص

والاول أظهر لقوله (وعن علمائنا الثلاثة رجعهم الله في النوادر أنه لا يجوز قضاؤه وهو قول الشافعي فإنه لا يجوز قضاؤه عنده كما لا تقبل
شهادته عنده) وقيل هذا بناء على أن الإيمان يزيد وينقص فإن الأعمال من الإيمان عنده فإذا فسق فقد انتقص إيمانه (وقال بعض
المشايخ إنه إذا قلنا فسق يصح ولو قلده وهو عدل ففسق ينزل به لان المقلدا اعتماد الله في تقليده فلا يكون راضيا بتقليده دونها) فكان
التقليد مشروطا بإيلاء العدالة فينتفي بانتقامها واعتراض بان قول الفقهاء البقاء (٤٥٥) أسهل من الابتداء في جواز

التقليد مع النسق ابتداء
والعزل بالفسق الطارئ
والاول ثابت لانه من مسلمات
هذا الفن بنى عليه أحكام
كثيرة كبقاء النكاح بلا
شهود وامتناعه ابتداء
بدونها وجواز الشروع في
الهبية 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 روى أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم بعث جيشا
وأمر عليهم زيد بن حارثة ثم
قال ان قتل زيد فجعفر
أميركم وان قتل جعفر
فعبدة الله بن رواحة أميركم
وكذلك تعليق عزل القاضي
بالشرط جائز كره في باب
موت الخليفة من شرح
أدب القاضي والمعلق بالشرط
ينتفي بانتقامه والفرق بين
القضاء والامارة والامارة
في أن الامام أو الامير اذا
كان عدلا وقت التقليد

وقال الشافعي رجع الله الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة رجعهم الله
في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ رجعهم الله اذا قلنا الفاسق ابتداء يصح ولو قلده وهو عدل
ينزل بالفسق لان المقلدا اعتماد الله فلم يكن راضيا بتقليده دونها

البخاريون والسهريون ومعنى يستحق العزل أنه يجب على السلطان عزله ذكره في الفصول وقيل اذا
ولى عدلا ثم فسق انزل لان عدالتهم في معنى المشروطة في ولايته لانه حين ولاه عدلا اعتمادا على الله
فكانت ولايته مقيدة بعدالته فنزول بزوالها ولا شك انه لو لم ذلك انزل 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 أولا تنظر في قضية كذا لكن لا يلزم ذلك اذ لا يلزم من اختيار ولايته لصالحه تقييدها
به على وجه نزول بزواله فلا ينزل وبهذا التقرر يرد دفع المورد من أن البقاء أسهل من الابتداء وفي
الابتداء يجوز ولاية الفاسق في البقاء لا ينزل وانفقوا في الامرة والسلطنة على عدم الانزال بالفسق
لانها مبنية على القهر والغلبة ثم الدليل على جواز تعليق الامارة واصنافها قوله صلى الله عليه وسلم حين
بعث البعث الى موته وأمر عليهم زيد بن حارثة ان قتل زيد فجعفر أميركم وان قتل جعفر فعبدة 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 ليصكهم وهو كذلك حرام من الجانبين ثم لا ينفذ قضاؤه في تلك الواقعة التي ارتشى فيها سواء كان
يحق أو يبطل أما في الحق فلانه واجب علمه فلا يحل أخذ المال علمه وأما في الباطل فأظهر
وحكي في الفصول في نفاذ قضاء القاضي فيما ارتشى فيه ثلاثه أقوال لا ينفذ فيما ارتشى فيه وينفذ فيما
سواه وهو اختيار شمس الأئمة لا ينفذ فيهما ينفذ فيهما وهو ما ذكره البرزوي وهو حسن لان حاصل أمر
الرشوة فيما اذا قضى بحق ايجابها فسقه وقد فرض أن الفسق لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه
يحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر وغاية ما وجه به انه اذا ارتشى عامل لنفسه أو ولده يعني
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 يقضى ثم يرتشى وفيه لو أخذ الرشوة ثم بعث الى شافعي ليحضى
لا ينفذ قضاء الثاني لان الاول عمل في هذه النفس حين أخذ الرشوة وان كان كتب الى الثاني ليسمع
الخصومة وأخذ مثل أجر الكتاب صح المكتوب اليه والذي قلده بواسطة الشفعاء كالذي قلده احتسابا في
أنه ينفذ قضاؤه وان كان لا يحل طلب الولاية بالشفعاء الثالث أخذ المال ليسوى أمره عند السلطان
دفع الضرر أو جلب النفع وهو حرام على الآخذ والدافع وحيلة حلها لا أخذ أن يستأجره يوما الى الليل
أو يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمل في الذهاب الى السلطان للامر الفلاني وفي القضية قسم
الهدية وجعل هدايا من أقسامها فقال حلال من الجانبين كالهدايا للودود وحرام من الجانبين

ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة أن مبني الامارة على السلطنة والقهر والغلبة ألا ترى ان من الامراء من قد غلب وجار وأجازوا
أحكامه والعصاة تقلدوا الاعمال منه وصلا خلفه وأمامه في القضاء فانه على العدالة والامانة واذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة

(قوله والاول أظهر لقوله الخ) أقول وفيه تأمل لطفاء دلالة ما ذكره على الاظهرية (قوله وقيل هذا بناء الخ) أقول فيه بحث (قوله
والاول ثابت) أقول يعني قوله البقاء أسهل (قوله وامتناع الخ) أقول يعني امتناع النكاح بلا شهود (قوله وجواز الشروع في الهبة الخ)
أقول كما ذكره الزاهد في البعض الشائع واستحق البعض الشائع (قوله وامامه في القضاء الخ) أقول اذا كان عدلا وقت التقليد

(والفاسق هل يصلح مفتيا قيل لالانه من أمور الدين والفاسق لا يؤمن 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 فاضيا لكن (الصحيح أن أهلية الاجتهاد بشرط الاولوية) قال الخصاص القاضي يقضى باجتهاد نفسه اذا كان له
 رأى فان لم يكن له رأى وسأل فقيها أخذ بقوله (قوله فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا) بمحتمل أن يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكره
 في مقابل له الجهم - وسمما (٤٥٦) جاهل بالانسبة الى المجتهد وهو المناسب لسباق الكلام ويحتمل أن يكون المراد به

وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لالانه من أمور الدين وخبره غير مقبول في البيانات وقيل يصلح لانه يجتهد
 كل الجهد في اصابة الحق حذار النسبة الى الخطا وأما الثاني فالصحيح أن أهلية الاجتهاد بشرط الاولوية فأما
 تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا لثانوي رحمه الله وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه
 ولا قدرة دون العلم وانما أنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصه - لي به وهو اوصول الحق
 الى مستحقه

كالاهداء ليعينه على الظلم حلال من جانب المهدي حرام على الآخر وهو أن يهدي ليكيف عنه الظلم
 والحيلة أن يستأجره الخ فال هذا اذا كان فيه شرط أما اذا كان الاهداء بلا شرط ولكن يعلم يقينا انه
 انما يهدي اليه ليعينه عند السلطان فشا يخضع على انه 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 فروع 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 لالانه من أمور الدين) وقد
 ظهرت خيانتة للدين (وقيل يستفتى لانه يجتهد كل الجهد حذار 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 لثانوي) وما لك وأجد وقولهم رواية عن علمائنا من
 محمد في الاصل أن المقلد لا يجوز أن يكون فاضيا ولكن المختار خلافه قالوا القضاء يستدعي القدرة عليه
 ولا قدرة دون العلم قلنا يمكنه القضاء بفتوى غيره (ومقصود القضاء وهو اوصول الحق الى مستحقه)
 ورفع الظلم (يحصل به) فاشترطه ضائع والمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه بل ما يظنه الجهم - دفاته
 لا قطع في مسائل الفقه واذ افضى بقول مجتهد - دفعه فقد قضى بذلك العلم وهو المطلوب وكون معاذ قال
 اجتهد برأي لا يلزمه اشتراطه واعلم ان ذلك كرمع اذا اجاع لانه لم يكن حجة في زمنه صلى الله عليه وسلم
 وقد قدمنا أيضا عن الغزالي توجيه خلافه فيقدر في هذا الزمان وفي بعض نسخ الهداية الاستدلال على
 تقليد المقلد بتقليد النبي صلى الله عليه وسلم علمائنا ولم يكن مجتهدا فليس بشئ فإنه عليه الصلاة
 والسلام دعا له بأن يهدي الله قلبه ويثبت لسانه فان كان به - هذا الدعاء رزق أهلية الاجتهاد فلا إشكال
 والافقد حصل له المقصود من الاجتهاد وهو العلم والسداد وهذا غير ثابت في غيره وسند كرسد حديث
 على رضى الله عنه واعلم أن ما ذكر في القاضي ذكر في المفتي - فلا يفتى الا المجتهد وقد استقر رأى
 الاصوليين على أن المفتي هو المجتهد - دوأما غير المجتهد - ممن يحفظ أقوال المجتهد - فليس بمفتي والواجب
 عليه اذا سئل أن يذ كر قول المجتهد - كما في حنيقة على جهة الحكاية فعرى أن ما يكون في زماننا من
 فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي لباخذ به المستفتي وطريق نقله كذلك عن
 المجتهد - أحد امرين اما أن يكون له فيه سند اليه أو يأخذ من كتاب معروف تداولته الايدي نحو كتب

من لا يحفظ شيأ من أقوال
 الفقهاء وهو المناسب
 لسباق الكلام وهو قوله
 (خلافا لثانوي) فإنه علل له
 بقوله (ان الامر بالقضاء
 يستدعي القدرة عليه ولا
 قدرة دون العلم) ولم يقل
 دون الاجتهاد وشبهه بالتحري
 فان الانسان لا يصل الى
 المقصود بتحري غيره
 بالاتفاق فلو صلى 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
 على رضى 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
 وينبت قلبك فما شككت

في قضاء بين اثنين به ذلك فإنه يدل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجواز لان علمائنا حينئذ لم يكن من أهل الاجتهاد محمد

(قوله ويحتمل أن يكون المراد به من لا يحفظ شيأ بالحق) أقول فيه بحث فان مقتضى التشبيه بالتحري أن يراد بالجاهل غير المجتهد لان
 لا يحفظ شيأ من أقوال الفقهاء (قوله ولا قدرة دون العلم ولم يفصل دون الاجتهاد) أقول لعل المراد بالعلم هو العلم المعهود أعنى 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 فإنه لا يصل بتحري غيره (قوله فإنه يدل على أن الاجتهاد الخ) أقول الكلام في صحة ولاية المستتر على الجهل

وينبغي للقلد أن يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلدا انسانا عملا وفي
رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين

محمد بن الحسين ونحوها من التصانيف المشهورة للجهتدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم او المشهور هكذا
ذكر الرازي فعلى هذا لو وجدنا بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحتمل عزوما فيها الى محمد والى الى ابي
يوسف لانهم تشتهر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول نعم اذا وجد النقل عن النوادر مثلا في كتاب مشهور
معروف كالمدايه والمبسوط كان ذلك تعويلا على ذلك الكتاب فلو كان حافظا لا قايلا المختلفة
للجهتدين ولا يعرف الحجة ولا قدرته على الاجتهاد للترجيح لا يقطع بقول منها بفتى به بل يحكمها المستفتي
فيختار المستفتي ما يقع في قلبه انه الا صوب ذكره في بعض الجوامع وعندى انه لا يجب عليه حكاية كلها بل
يكفيه أن يحكى قولها منها فان المقلد ان يقلد أى مجتهد شاء فاذا ذكر أحد ما نقله حصل المصود نعم
لا يقطع عليه فيقول جواب مسئلتك كذا بل يقول قال أبو حنيفة حكم هذا كذا نعم لو حكي الكل
فالاخذ بما يقع في قلبه انه الا صوب اولى والعامى لا عبرة بما يقع في قلبه من صواب الحكم وخطئه وعلى
هذا اذا استفتى فقيهين أعنى مجتهدين فاخترنا عليه الاولى أن يأخذ بما يميل اليه قلبه منها وعندى
أنه لو أخذ بقول الذى لا يميل اليه قلبه جلا لان ميله وعدمه سواء الواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل
أصاب ذلك المجتهد أو أخطأ وقلنا المنتقل من مذهب الى مذهب آخر باجتهاد وبرهان أن يستوجب
التعزير قبل اجتهاد وبرهان اولى ولا بد أن يراد بهذا الاجتهاد معنى التحرى وتحكيم القلب لان العامى
ليس له اجتهاد ثم حقيقة الانتقال انما تتحقق في حكم مسألة خاصة قلده به وعمله والاقوله قلدت أنا
حنيفة فيما أفتى من المسائل مثلا والتمت العمل به على الاجمال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة
التقليد بل هذا حقيقة تعليق التقليد أو وعده به لانه التزم أن يعمل بقول أبى حنيفة فيما يقع له من
المسائل التى تتعين في الوقائع فان أرادوا هذا الالتزام فلا دليل على وجوب اتباع المجتهد المعين بالزامة
نفسه ذلك قولاً أو نية شرعاً بل الدليل اقتضى العمل بقول المجتهد فيما احتاج اليه لقوله تعالى فاستأخوا أهل
الذكر ان كنتم لا تعملون والسؤال انما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعنية وحينئذ اذا ثبت عنده
قول المجتهد وجب عليه عمله وبالغالب أن مثل هذه الزامات منهم لكف الناس عن تتبع الرخص والا
أخذ العامى 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) لبيانته وعفته وقوته دون غيره ويزقه
من بيت المال ولا بأس للقاضي أن يأخذوا ان غنيا مئرا وان احتسب فهو أفضل والاصل فيه
قوله تعالى في مال اليتيم اذا عمل فيه الوصى ومن كان غنيا فليس يستعفف ومن كان فقيرا فليأكل
بالمعروف وذكر عن عمر رضى الله عنه انه كان يرزق سليمان بن ربيعة الباهلى على القضاء كل شهر
خمس مائة درهم لانه فرغ نفسه للعمل للمسلمين فكانت كفايته وعياله عليهم قالوا وكان عمر رضى الله عنه
يرزق شريحا كل شهر مائة درهم ورزقه على خمسمائة وذلك لانه عماله في زمن عمر رضى الله عنه أو رخص
السعر وكثرة عياله في زمن على رضى الله عنه أو غلاء السعر فرزق القباضى لا يقدر شئ لانه ليس
بأجر لانه لا يحتمل على القضاء وانما يختار الاولى لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الحاكم في المستدرک
عن ابن عباس رضى 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 وتعب
محمد بن قيس فانه ضعيف وضعفه العقبى وقال انما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رضى الله

(نعم ينبغي للقلد أن يختار
الاقدر والاولى لقوله
صلى الله عليه وسلم من قلدا
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 المسدونات 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 لثلايشغل 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 لثلايشغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل أن يكون مع ذلك صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لأن من الاحكام ما يتقن عليها قال (ولابأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه) لان الصحابة رضی الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه أمرا 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 قيمهم من هو أولى بذلك وأعلم منه بكتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد خان الله ورسوله 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 والذية ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذي نصبه الخليفة وأطلق له التصرف وكذا الذي ولاه السلطان ناحية وجعل له خارجها وأطلق له التصرف فان له ان يولي ويعزل كذا قالوا ولا بد من أن لا يصرح له بالمنع أو يعلم ذلك يعرفهم فان نائب الشام وحلب في ديارنا يطلق لهم التصرف في الرعية والخراج ولا يولون القضاء ولا يعزلون ولو ولي لحكم المولى ثم جاء بكتاب للسلطان لا يكون ذلك امضاء للقضاء والحرية شرط في السلطان وفي التقليد بالا صالة لا بطريق النيابة فان السلطان اذا أمر 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 لثلايشغل بالقياس في المنصوص عليه) والفرق بين القولين ان على الاول نسبه 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 بأنهم اقولان ولاشك 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 لئلا يتمكن من القياس فالوجه أن يقال صاحب حديث وفقه ليعرف معاني الآثار ويمنع عن القياس بخلاف النص والحاصل أن يعلم الكتاب والسنة بأقسامها من عبارتها وما أشارت لها وما دلتها واقتضاها مما وباقى الاقسام ناسخها ومنسوخها ومناطاة أحكامها ومسروط القياس والمسائل المجمع عليها لثلا يقع في القياس في مقابلة الاجماع وأقوال الصحابة لانه قد يقدمه على القياس فلا يقبس في معارضة قول الصحابي ويعلم عرف الناس وهذا قوله (وقيل أن يكون صاحب قريحة الخ) فهذا القيل لا بد منه في المجتهد فن أنقن هذه الجملة فهو أهمل للاجتهاد فيجب عليه أن يعمل باجتهاده وهو أن يبذل جهده في طلب الظن بحكم شرعي عن هذه الدلة ولا يقلد أحدا (قوله ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه لان الصحابة رضوان الله عليهم تقلدوا ولانه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف)

طبيعة جيدة خالصة من التشكيكات المكدره ينتقل من المطالب الى المبادئ ومنها الى المطالب بسرعة يترتب المطالب على ما يصلح أن يكون سببها من عرف أو عاده فان من الاحكام ما يتقن عليها مخالف القياس كدخول الحمام وتعاطي العجين وغير ذلك قال (ولا بأس بالدخول في القضاء الخ) ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أنه اذا ولاه قام بما هو فريضة وهو الحق لان القضاء بالحق فرض أمر به الانبياء قال الله تعالى يا داود 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 ولانه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف ونهيا عن المنكر واعترض بأن الدخول في فرض الكفاية ان لم يكن واجبا فلا أقل من الندب كما في صلاة الجنائز وغيرها

اما

وأوجب بانه كذلك الآن فيه خطر الوقوع في المحذور

(قوله وحاصل ذلك أن يكون الخ) أقول قوله له خبر ويجوز أن يكون حالا وان يكون صفة بل هو أولى (قوله من عرف أو عاده) أقول للتصريح في التعبير (قوله وتعاطي العجين) أقول أي استقرضه فان القياس يأتي جوازه لعدم إمكان معرفة المساواة فله عدم إمكان معرفة ما دخل في كل منهما من الماء (قوله وقال لنسنا عليه الصلاة والسلام الخ) أقول فنه 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 شرطاً أي وسيلة إلى مباشرة القبيح وهو الحيف في القضاء وإنما عبر بلفظ الشرط لأن أكثر ما يقع من الحيف إنما هو بالميل إلى حطام الدنيا بأخذ الرشاً وفي الغالب يكون ذلك مشروطاً بمقدار معين مثل أن يقول لي على فلان أوله على مطالبته بكذا فإن قضيت لي ذلك كذا وكرهه بعض العلماء وبعض السلف الدخول فيه مختاراً سواء وثقوا بأنفسهم أو خافوا عليها وفسر الكراهة ههنا بعدم الجواز قال الصدر الشهيد في أدب القاضي ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه إلا مكرهاً ألا ترى أن أبا حنيفة رحمه الله دعى إلى القضاء ثلاث مرات فأبى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطة فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشر أصحابي فاستشار أبا يوسف رحمه الله فقال أبو يوسف لو تقلدت لانتفعت 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 واستدل المصنف على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين رواه أبو هريرة رضي الله عنه وذكر للصدر الشهيد في أدب القاضي وجه تشبيهه القضاء بالذبح بغير سكين قال لأن السكين تؤثر في الظاهر والباطن جميعاً والذبح بغير سكين يؤثر في الباطن بازهاق الروح ولا يؤثر في الظاهر وبالقضاء لا يؤثر في الظاهر فإن ظاهره جاء وعظمه لكن في باطنه هلاك وكان شمس الأئمة الحلواني رحمه الله يقول لا ينبغي لأحد أن يرذرى هذا اللفظ كي لا يصيبه (٤٥٩) ما أصاب ذلك القاضي فقد حكى أن

قاضي روى له هذا الحديث فإذ رواه وقال كيف يكون هذا ثم دعا في مجلسه عن يسوى شعره فعمل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه إذ عطس فأصابه المومي وأتى رأسه بين يديه ثم قال المصنف (والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا في إقامة العدل) روى الحسن عن أبي يوسف ومحمد أنه إذا قلد من غير مسألة لا بأس به وقال (الترك عزيمته لأنه قد يخطئ ظنه)

قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه) كي لا يصير شرطاً لمباشرة القبيح وكرهه بعضهم الدخول فيه مختاراً لقوله عليه الصلاة والسلام من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا في إقامة العدل والترك عزيمته لأنه قد يخطئ ظنه ولا يوفق له أولاً ويعينه عليه غيره ولا بد من الإعانة إلا إذا كان هو أهلاً للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقليد صيانة لحقوق العباد وإخلاء للعالم عن الفساد

أما إن الصحابة تقلدوا فحديث معاذ معروف وكذا على رضي الله عنهم الرواية أبي داود عن علي قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن فاضياً فقلت يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السنن ولا علم لي بالقضاء فقال إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء قال فازلت قاضياً وما شككت في قضاء بعد ورواه أحمد وأصحق بن راهويه والطبرسي والحاكم وقال صحيح الإسناد وأخرجه ابن ماجه وفيه فضر بصدري وقال اللهم اهد قلبه وثبت لسانه قال فما شككت الحديث ووجهه أيضاً الحاكم في المستدرک عن ابن عباس قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم علياً رضي الله عنه إلى اليمن فقال عليهم الشرائع واقض بينهم الحديث وصححه ثم قلد على شريحاً الامام وأما انه فرض كفاية

فما اجتهد (ولا يوفق له) إذا كان مجتهداً (أو لا يعينه عليه غيره ولا بد من الإعانة) إن 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 لدينه لأنه يلتزم أن يقضى بحق ولا يدرى أي قدر على الوفاء به أولاً وفي ترك الدخول صيانة لنفسه وهذا إذا كان في البلد غير ممن يصلح للقضاء (فأما إذا كان هو الأهل دون غيره فحينئذ يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد) في حقهم (وإخلاء للعالم عن الفساد) في الحدود والقصاص فإذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه أتموا إن كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم والأفلا ولو امتنع الكل حتى قلدهم لاشتركوا في الأثم لادائه إلى تضييع أحكام الله تعالى

(قوله فكان به بأس) أقول سبق من الشارح في أول فصل التنزيل أن قول من قال كلمة لا بأس تستعمل فيما يكون تركه أولى لبس مجرى على عومه (قوله كي لا يصير الدخول فيه شرطاً 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 شرطاً لصدق تعريفه عليه فتأمل (قوله ألا ترى أن أبا حنيفة الخ) أقول فيه أن قصة أبي حنيفة لا تدل على جواز الدخول فيه ولو مكرهاً ألا ترى أنه أكرهه عليه ولم يدخل قال المصنف (والصحيح الخ) أقول فالحديث محمول على القاضي الجائر أو الطالب (قوله لأنه قد يخطئ ظنه فيما اجتهد الخ) أقول فيه بحث فان المجتهد إذا أخطأ يتأب وعندي الأصوب أن يقال فلعله يخطئ ظنه أي ظنه قبل الدخول في القضاء بأنه يقضى بالحق فلعله يخطئ إذ ربما يظهر الطمع للكامن الذي كان غافلاً وغير ذلك من الغضب والتعصب والميل إلى بعض الأشياء والخوف (قوله إن 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

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 يمتد الى الصواب لان النفس أمانة بالسوء لان من طلب القضاء فقد اعتمد فقهه وورعه وذكاه وأعجب فيحرم التوفيق وينبغي أن لا يشتغل المرء بطلب ما لو نال يحرم به وإذا أكره عليه فقد اعتمم بحبل الله مكسور القلب بالاكره على ما لا يجبهه ورضاه وتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق

فقد قدمناه غير أن مقتضاه أن يكون الدخول فيه مستحبا وبعبارة لا بأس أكثر استعمالها في المباح وما تركه أولى وحاصل ما هنا أنه ان لم يأمن على نفسه الحيف أى الجور أو عدم إقامة العدل كرهه الدخول كراهة تحريم لان الغالب الوقوع في محظوره حينئذ وان أمن أبيع رخصة وترك 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 يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك وحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين حسنه الترمذى وأخرجه ابن عدى في الكامل من حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من استفضى فقد ذبح بغير سكين وحكى أن بعض القضاة استخف بهذا الحديث ثم دعا من يسوى له لحينه فيمنها هو بحلق له تحت لحينه في حلقومه اذ عطس القاضي فألقى الموسى رأسه وقد دعا في التحذير من القضاء آثا وقد احتبه أبو حنيفة وصبر على الضرب والسجن حتى مات في السجن وقال البحر عميق فكيف أعبره بالسباحة فقال أبو يوسف البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم فقال أبو حنيفة كأتى بك فاضيا وقول أبي حنيفة كقول أبي قلابة ما وجدت القاضي الا كسايح في بحر فكيف يسبح حتى يغرق وكان دعى للقضاء فهرب حتى أتى الشام فوافق موت فاضيا فهرب حتى أتى اليمامة واجتنبه كثير من السلف وقيد محمد بن الحسن نيفا وثلاثين يوما ونيفا وأربعين يوما ما يتقلده 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 التيمم وأخرج أبو داود عن أبي بريدة عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاء ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة رجل عرف الحق ففضى به فهو في الجنة ورجل عرف الحق فلم يقض وجار في الحكم فهو في النار ورجل لم يعرف الحق ففضى للناس على جهل فهو في النار وفي 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 في عمره وأخرج الحاكم عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ولي عشرة فكم بينهم بما أحبوا أو كرهوا جى به يوم القيامة مغلوله يده الى عنقه فان حكم بما أنزل الله ولم يرتش في حكمه ولم يحف فك الله عنه غله وان حكم بغير ما أنزل الله وارتنشى في حكمه وحاف فيه شدت يساره الى يمينه ثم رمى به في جهنم وروى النسائي عن مكحول لو خيرت بين ضرب عني وبين القضاء لا اخترت ضرب عني وأخرج ابن سعد في الطبقات قال استعمل أبو الدرداء على القضاء فأصبح الناس يم نونه بالقضاء فمال أنهم نوتني بالقضاء وقد جعلت على رأس مهواة منزلتها بعد من عدن آيين وأما ما في البخارى سبعة يظلمهم الله في ظله يوم لا نال الا ظله امام عادل فلا ينافى مجيئه أو لا مغلوله يده الى عنقه الى أن يفكها عدله فيظلمه الله تعالى في 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 شفعا وكل الى نفسه ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكا يسدده وقال حسن غريب وهو أصح من حديث اسراييل يردسندا الاول وأصح من الكل

(قوله ثم يجوز التقليد)
 تفرغ على مسألة القدوري
 يتبين أنه لا فرق في جواز
 التقليد لاهل بين أن يكون
 المولى عادلاً أو جائراً فجاز
 من السلطان العادل جاز
 من الجائر وهذا لان الصعابة
 رضى الله عنهم تقلدوا القضاء
 من معاوية وكان الحق مع
 على رضى الله عنهم ما في نوبته
 دل على ذلك حديث عمار
 ابن ياسر وانما قيد بقوله (في
 نوبته) احترازاً عما يقوله
 الروافض ان الحق مع على
 رضى الله عنه في نوبته أى
 بكر وعمر وعثمان رضى
 الله عنهم أجمعين وليس
 الامر كما قالوا بل أجمع الامة
 من أهل الحل والعقد على
 صحة خلافة خلفاء قبله
 وموضع باب الامامة في
 أصول الكلام وعلماء
 السلف والتابعين تقلدوه
 من الجحاح 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 للتقليد (بخلاف
 ما اذا كان يمكنه)

(قوله احترازاً عما يقوله
 الروافض) أقول ويحتمل
 أن يكون احترازاً عن
 خلافة معاوية استقلالاً

(ثم يجوز التقليد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل) لان الصعابة رضى الله عنهم تقلدوه من معاوية
 رضى الله عنه والحق كان بيد على رضى الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الجحاح وكان جائراً
 الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقليد بخلاف ما اذا كان يمكنه

حديث البضارى 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 الصعابة رضى الله عنهم تقلدوه من معاوية رضى الله عنه والحق كان بيد
 على رضى الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الجحاح) هذا تصريح بجور معاوية والمراد في خروجه
 لاقى أقصيته ثم اغيبت اذ ثبت انه ولي القضاء قبل تسليم الحسن له وأما بعد تسليمه فلا ويسمى ذلك العام
 عام المحاجة واستتضى معاوية بأبالدرء بالشام وبهامات وكان معاوية رضى الله عنه استشاره فبين
 يولى بعده فأشار عليه بفضالة بن عبيد الانصارى فولاه الشام بعده وقوله في نوبته نوبته على التي ذكرها
 المصنف هي كونه رابعاً بعد عثمان وقيد بنوبته احترازاً عن قول الروافض انه كان أحق بها في سائر النوب
 حتى من أبى بكر رضى الله عنه وانما كان الحق معه في تلك النوبة لهجة بيعة وانه قادها فكان على
 الحق في قتال أهل الجبل وقتال معاوية بصفين وقوله عليه الصلاة والسلام لعمر استقتلك الفئة الباغية
 وقد قتله أصحاب معاوية بصريح بأنهم بغاة ولقد أظهرت عائشة رضى الله عنها الدم كما أخرجه ابن عبد
 البرقي الاستيعاب قال قالت رضى الله عنها لابن عمر يا أبا عبد الرحمن ما منعك أن تنهاني عن مسيرى قال
 رأيت رجلاً غلب عليك يعنى ابن الزبير فقالت أما والله لو نمتى ما خرجت وأما الجحاح فعاله معروف
 في تاريخ البضارى بسنده عن أبى اسحق قال كان أبو بردة بن أبى موسى على قضاء الكوفة فعزله الجحاح
 وجعل أخاه مكانه وأسند في موضع آخر عن ضمرة قال استتضى الجحاح أبا بردة بن أبى موسى وأجلس
 معه سعيد بن جبير ثم قتل سعيد بن جبير ومات الجحاح بعده بستة أشهر وفي ناوحي أصحابنا للعافظ أى
 نعيم عبد الله بن أبى مریم الاموى ولى القضاء بأصحاب الجحاح ثم عزله الجحاح وأقام محبوساً واسط فلما
 هلك الجحاح رجع الى أصحابنا ووثق بها وقال ابن القطن في كتابه في باب الاستسقاء طلمحة بن عبد الله
 ابن عوف أبو محمد الذى يقال له طلحة الندى ابن أخى عبد الرحمن بن عوف تقلد القضاء من يزيد بن معاوية
 على المدينة وهو تابعى يروى عن ابن عباس وأبى هريرة وأبى بكر رضى 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 وانما يمكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه كما هو في بعض بلاد
 المسلمين غلب عليهم الكفار كفرطبة في بلاد المغرب الا أن وبلنسية وبلاد الحبشة وأقروا المسلمين عندهم
 على مال يؤخذ منهم يجب عليهم أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولى قاضياً أو يكون هو الذى
 يقضى بينهم وكذا ينصبوا لهم اماماً يلى بهم الجمعة (فروع في العزل) للسلطان عزل القاضى بريبة
 وبلارية ولا يعزل حتى يبلغه العزل وينعزل نائبه بعزله بخلاف ما اذا مات القاضى ينعزل نائبه وكثير
 من المشايخ على أن النائب لا يعزل بعزل القاضى لانه نائب السلطان وينعزل القاضى بعزله نفسه اذا
 بلغ السلطان ومالم يبلغه لا يعزل كعزل الوكيل نفسه لا يعزل حتى يبلغ الموكل وقيل لا يعزل القاضى
 بعزل نفسه لان قضاءه صار حلالاً للعلمة فلا يملك أسناله وعن أبى يوسف لا يعزل بعزل السلطان حتى يأتى
 قاض آخر صيانة لحقوق الناس ومثله وصى القاضى اذا عزل نفسه بشرط علم القاضى ويجوز تعليقه
 العزل بالشروط ومن صورده اذا كتب الخليفة اليه اذا وصل كتابي هذا فأنت معزول لا يعزل حتى يصل
 اليه الكتاب ولم يجز ظهير الدين تعليق العزل وليس بشئ وينعزل خلفاء القاضى بموته ولا يعزل امرأه

قال (ومن قلد القضاة يسلم اليه ديوان القاضى الذى كان قبله الخ) من تولى القضاة بعد عزل آخر تسلم ديوان القاضى الذى كان قبله والديوان هو الخرائط التى فيها السجلات وغيرها من المحاضر والصلوك وكتب نصب الاوصياء وتقدير النفقات لانها أى السجلات وغيرها انما وضعت فى الخرائط لتكون حجة عند الحاجة فتجعل فى يدهن له ولاية القضاة والا لتنفيد وسماها حجة وان لم يكن الكتاب منفردا عن التذكير والبينة حجة لانها تؤخذ اليها بالتذكير ثم البياض أى الذى كتب فيه الحادثة ورقا كان أو رقلا لا يخلو عن أمور ثلاثة اما أن يكون من بيت المال أو من مال الخصوم أو من مال القاضى الاول فان كان الاول فوجه تسليم القاضى اياه ظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم فى الصحيح لانهم وضعوها فى يده لعله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضى هو الصحيح لانه اتخذته تدينا لا تمولا وقوله فى الصحيح فى صورتين (٤٦٢) احتراز عما قاله بعض المشايخ ان البياض اذا كان من مال الخصوم

قال (ومن قلد القضاة يسلم اليه ديوان القاضى الذى كان قبله) وهو الخرائط التى فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل فى يدهن له ولاية القضاة ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم فى الصحيح لانهم وضعوها فى يده لعله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضى هو الصحيح لانه اتخذته تدينا لا تمولا ولا يبيع أمينين ليقبضها بحضرة المعزول أو أمينه وبسألانه شيئا فشيئا ويجعل ان كل نوع منها فى خريطة كى لا يشتهه على المولى الخليفة ولو قلدر رجل قضاء بداره فاقض هل يعززل الاول عن أبى يوسف لا يعززل قال فى الخلاصة وهو الاشبه ولو شرط فى القضاء شرطان أن لا يعتل أمر أحد فخالف اعزل وعن أبى حنيفة لا يترك القاضى على القضاء أكثر من سنة ثم يعزله ويقول أشغلناك اذهب فاشتغل بالعلم ثم ائتنا (قوله ومن قلد القضاة يسأل) أى أول ما يبدأ به من الاعمال هذا وهو أن يسأل أى يطلب من القاضى المنعزل ديوانه ثم يفسر ديوانه بأنه (الخرائط التى فيها السجلات وغيرها) من كتب الاوقاف وكتب نصب الاوصياء والمحاضر والصلوك وتقدير النفقات للايتام وغيرهم مما اقتضاه الحال وانما يطلبه (لانها انما وضعت) عند القاضى (لتكون حجة) ووثيقة مخفوظة (عند) القاضى اذا وقعت (الحاجة) الى الحجة ومعرفة الاحوال (فتجعل عندهن له ولاية النظر) فى أمورهم وما كانت عند الاول الالانه كذلك (ثم ان كان البياض) الذى كتب فيه القاضى ورقا أو رقلا (من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال أرباب القضاة فى الصحيح لانه رضى به) لانه للقاضى لانه ملك الذات (وقد انتقل) القضاء (الى) القاضى (المولى وان كان ملك القاضى فكذلك فى الصحيح لانه اتخذته تدينا) ليحفظ به أمور الناس وحاجاتهم (لا تمولا ولا يبيع) المولى (اثنين) أو واحد اما مونا (ليقبضها بحضرة المعزول أو) من (أمينه وبسألان) أعنى الامينين (المعزول شيئا فشيئا ويجعل ان كل نوع فى خريطة) مثلا الصكوك فى خريطة والنفقات فى خريطة وكتب الاوقاف فى خريطة ليكون أسهل للتناول بخلاف ما اذا خلط الكل فان فى الكشف عنه حينئذ عسر اشديدا وفى عرف ديارنا ليس عند القاضى صكوك الناس ولا

أومال القاضى لا يجبر المعزول على دفعه لانه ملكه أو وهبه ولكن الصحيح فيها ما ذكر (قوله ولا يبيع أمينين) بيان لكيفية التسليم وهو أن يبيع المولى رجلين من ثقافته وهو أحوط والواحد يكتب (ليقبضها بحضرة المعزول أو أمينه وبسألانه شيئا فشيئا ويجعل ان كل نوع فى خريطة على حدة كى لا يشتهه على المولى) وهذا لان السجلات وغيرها المماكات موضوعة فى الخرائط بيد المعزول ربما لا يشتهه عليه ما يحتاج اليه وقت الطلب وأما المولى فلم يتقدم له عهد بذلك فان ترك مجتمعته تشتهه على

كتب

المولى فلا يتصل الى المقصود وقت الحاجة أو يتعسر عليه ذلك

(قوله والا لتنفيد) أقول يعنى فائدتها المطلوبة منها (قوله لانها تؤخذ اليها بالتذكير) أقول لم يذكر البينة لان الحجة عند قيام البينة هى البينة لا الكتاب الشرعى بخلاف صورة التذكير فانه لما كان سبب التذكير الذى هو الحجة حقيقة جعل حجة فتأمل فان فى عبارة تؤخذ اليها فروع سهو عما قلنا ولكن الامر سهل بقى ههنا بحث لان الحجة بالتذكير انما تكون بالنسبة الى القاضى الذى وضعها فيها ووقعت الحادثة بين يديه فلا فائدة فى تسليم القاضى الجديد اياها (قوله لانه ملكه أو وهبه له) أقول لو اقتصر على قوله لانه ملكه لانظم صورتين وانما ذكر قوله أو وهبه له تنبيها على طريق تملكه ان ذر بما يخفى على بعض الافهام فتأمل ثم قوله لانه ملكه أى فى الثانى وقوله أو وهبه له أى فى الاول

(وهذا السؤال) أي سؤال المعزول (لكشف الحال لا للالزام) فإنه بالعزل التحقق واحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة ومتى قبض ذلك بختمان على ذلك احتراز عن الزيادة قبل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى إلى المفعول الثاني به وهو ما ليس كذلك وأجيب بأن المفعول الثاني محذوف وتقديره ويسأل أن المعزول عن أحوال السجلات وغيرها وقوله شيئاً فصيلاً منصوب بعامل مضمير يدل عليه قوله ويسأل لأنه أي يسأل شيئاً فصيلاً عنهما وليس بشئ لأن الكلام في الثاني كالقلام في الأول والأولى أن يجعل حالاً بمعنى مفصلاً كما في قوله تبينت له حسابه بابا بابا قال (ويتظر المولى في حال المحبوسين) بأن يبعث إلى الحبس من يحصيهم ويأتيه بأسمائهم ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم (لأنه نصب ناظراً) لامور المسلمين وقول المعزول ليس بحجة لما تقدم فلا بد من التفحص عن أحوالهم فيجمع بينهم وبين خصوصهم (فن اعترف بحق ألزمه إياه) وحسبه إذا طلب الخصم ذلك لأن الإقرار روي الواجد يجعل عرضه وعقوبته أي حبسه (ومن أنكركم) ما يوجب الحبس (لم يقبل قول المعزول إلا بالبيينة لما تقدم أنه صار كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة إلا سيما إذا كانت على فعل نفسه) فإن قامت البيينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود ردهم إلى الحبس لقيام الحجة وإن لم يعرفهم يسأل عن الشهود فإن عدلوا فكذلك (وإن لم تقم بيينة) أو لم يحضر خصم وادعى المحبوس (٤٦٣) أن لا خصم له وهو محبوس بغير حق (لم يجعل بتخليته حتى ينادى عليه)

وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام قال (ويتظر في حال المحبوسين) لأنه نصب ناظر (فن اعترف بحق ألزمه إياه) لأن الإقرار ملزم (ومن أنكركم يقبل قول المعزول عليه إلا بيينة) لأنه بالعزل التحقق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة إلا سيما إذا كانت على فعل نفسه (فإن لم تقم بيينة لم يجعل بتخليته حتى ينادى عليه ويتظر في أمره) لأن فعل القاضي المعزول حق ظاهر فلا يجعل كمن لا يؤدي إلى إبطال حق الغير

أما إذا جلس بقول المنادى أن القاضي يقول من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني خصمه فليحضر فإن حضر والأقرب رأى القاضي أن يطلقه فإن لم يحضر حل منه خصم أخذ منه كفيلاً بيئته وأطلقه لأن فعل المعزول حق ظاهر فلا يجعل بالتخليته ويستظهر أمره كمن لا يؤدي إلى إبطال حق الغير بل حوار أن يكون له خصم غائب يدعى عليه إذا حضر والفرق لا يحنيفه رجاء الله في أخذ الكفيل منه وبين مسألة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هناك كفيلاً على ما سيجي

كتب أو فافهم بل إذا كان القاضي هو ناظر الوقف (وهذا السؤال لكشف الحال) لا يلزم العمل بمقتضى الجواب من القاضي فإنه التحقق بسائر الرعايا بالعزل ثم إذا قبضه ختماء عليه خوفاً من طرفه والتغيير وأما ما قيل بكتبان عدد ضياع الوقوف ومواضعها فليس إلى ذلك حاجة فإن كتب الأوقاف مشتملة على عدد الضياع الموقوفة والدور والموانيت محدودة (قوله ويتظر في حال المحبوسين) فيبعث إلى السجن من يحصيهم ويأتيه بأسمائهم وأخبارهم ويسأل المحبوس عن سبب حبسه لأن القاضي ناظر في أمور المسلمين وهو لا يهملون محبوسون ولا بد أن ثبت عنده سبب حبسهم وثبوتهم عند الأول ليس حجة بعمدها الثاني في حبس هؤلاء لأن قول الأول لم يبق حجة (فن اعترف بحق ألزمه إياه) ورده إلى السجن الآن يبلغ المقدار الذي يخرج به من السجن عنده إذا لم يثبت له مال وكذا من أنكركم وشهدتهم عليه والقاضي يعرف هؤلاء الشهود بالعدالة فإن لم يعرف عدالتهم أخذ منهم كفيلاً وأطاعتهم حتى يتطرق في حالهم فإن ظهرت عدالة الشهود رده إلى السجن إذا طلبه الخصم (ولو أخبر القاضي المعزول بسبب حبسهم لا يقبل لأنه التحقيق) واحد من (الرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة) موجهة للعمل (لا سيما) وهي (على فعل نفسه) وبهذا قال الشافعي ومالك وقال أحد قبيل قوله بعد العزل كما قبل العزل لأنه أمين الشرع وعند مالك لا يقبل قوله قبل العزل أيضاً لا بحجة (وإذا لم يقبل قول المعزول عليه ولم تقم بيينة) بماوجب حبسه (لا يجعل) بإطلاقه (لأن فعل القاضي ظاهراً) ما كان (الاجح) فيحتمل لخصمه الغائب

أن في مسألة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين وفي ثبوتها لغيره شك فلا يجوز تأخير المحقق لآخر وهو

(قوله وهذا السؤال أي سؤال المعزول) أقول أو سؤال أمينة فالسؤال ههنا مضاف إلى مفعوله (قوله قبل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام) أقول ولا بعد أن يكون السؤال بمعنى الاستعطاء أي يستعطيان القاضي المعزول فوعاير الخرافات فنوماً آخر بعده منسلاية تعطينان أو لاخرية السجلات ثم خريطة الصكوك وعلى هذا هذا السؤال لكشف الحال أي الاستعطاء على هذا الوجه ويؤيد كونه بمعنى الاستعطاء قوله ومن قلدا القضاء يسأل ديوان القاضي فانهم (قوله شيئاً فصيلاً منصوب) أقول بمعنى منصوب على المفعولية (قوله لأن الإقرار روي الواجد يجعل عرضه الخ) أقول قال صاحب البدائع قال النبي عليه الصلاة والسلام لي الواجد يجعل عرضه وعقوبته انتهى فان قيل من أين علم أنه واحد قلنا من حبس القاضي المعزول فإن الظاهر أنه لو لم يعلم يسأل لم يحسبه قال المصنف (لم يقبل قول المعزول عليه إلا بيينة) أقول فيه تسامح لظهور أن الحجة هي البيينة لا قول المعزول (قوله فإن محضد حاشي خصم ذلك) أقول بغيره بعد الإلزام ما صدر في أقواله أيضاً فضلاً عن هذا الكتاب

وأما ههنا فان الحق للغائب ثابت بيقين نظرا الى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا تكون الكفالة لامر موهوم وقيل أخذ الكفيل ههنا بضاع على الخلاف فلا يحتاج الى فرق وذلك في المحيط الصحيح ان أخذ الكفيل ههنا بالاتفاق فالفرق المذكور يكون محتاجا اليه وان قال لا كتميل لي أولا أعطى كفيلا فانه لم يجب على شئ نادى عليه شهر اثم خلاه لان طلب الكفيل كان احتياطا فاذا امتنع احتياط بوجه آخر وهو يحصل بالنداء عليه شهرا (وينظر المولى في الودائع وارتفاع الوقوف) لانه نصب ناظر في أمور الناس (فيعمل في المذكور على) حسب ما تقوم به البيئته أو باعتراف من هو بيده) لانه لا بد له من حجة (وكل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة الآن يعترف ذو اليدان المعزول سلما اليه فيقبل فيها قول المعزول لانه باقرار ذي اليد ثبت ان اليد كانت للمعزول فيصبح اقرار المعزول به كأنه بيده للحال) ولو كان بيده عيانا صح اقراره به فكذا اذا كان بيده مودع كيد المودع (الاذا بدأ بالقرار لغير من أقره القاضي فانه يسلم الى المقر له الاول (٤٦٤) لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي) والحاصل ان

(وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البيئته أو يعترف به من هو في يده) لان كل ذلك حجة (ولا يقبل قول المعزول) لما بيناه (الأ أن يعترف الذي هو في يده ان المعزول سلما اليه فيقبل قوله فيها) لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصبح اقرار القاضي كأنه في يده في الحال الا اذا بدأ بالقرار لغيره ثم أقر بتسليم القاضي فيسلم ما في يده الى المقر له الاول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي

فينادى عليه وصفته أن يأمر كل يوم اذا جلس مناديا ينادي في محله من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فإيات الى القاضي يفعل ذلك أياما فاذا حضر وادعى وهو على جحوده ابتداء الحكم بينهما وان لم يحضر أخذ منه كفيلا بنفسه اذ لعله محبوس بحق اغائب وأما رنه انه في حبس قاض والظاهر انه بحق فان قال لا كتميل لي وأبي أن يعطى كفيلا وجب أن يحتاط نوعا آخر من الاحتياط فينادى شهر اثم لم يحضر أحد أطلقه وقيل أخذ الكفيل هنا قوله ما أعلم على قول أبي حنيفة فلا كما قال في أصحاب الميراث اذا قسموا على ماسياتي والمختار أن أخذ الكفيل هنا اتفاق والفرق لابي حنيفة ان المال ظاهر احق لهذا الوارث وفي ثبوت وارث آخره ذلك فلا يجوز تأخير حقه الى زمان حصول الكفيل لامر موهوم وهنا الظاهر أن حبه بحق انظروا أن فعل القاضي بحق وآتكنه مجهول فليس أخذ الكفيل لموهوم ولو قيل فيما نظر الى هذا الظاهر يجب أن لا يطلقه بقوله اني مظلوم حتى ترضى مدة يطلق فيها مدعى الاعسار كان جيدا (قوله وينظر في الودائع وارتفاع الاوقاف) السكينة تحت أيدي أمناء القاضي والذي في ديارنا من هذا أن أموال الاوقاف تحت أيدي جماعة يوليهم القاضي النظر أو المباشرة فيها وودائع اليتامى تحت يد الذي يسمى أمين الحكم (فيعمل) فيها (على) حسب (ما تقوم به البيئته) انه لفلان أو غير ذلك (أو يعترف) الذي هو في يده (ولا يقبل قول المعزول) على من هي في يده اذا أنكروا وقال هي لي البيئته (لما بينا) انه الحق بواحد من الرعايا بخلاف القاضي لانه هو المخصوص بان يكتب في بقوله في الازام حتى ان الخليفة الذي قلد القاضي لو أخبر القاضي انه شهد عنده الشهود بكذا الا يقضى به حتى يشهد عنده الخليفة مع آخر والواحد لا يقبل قوله (الأ أن يعترف الذي في يده أن) القاضي (المعزول سلما اليه)

القاضي) والحاصل ان هذه المسئلة على خمسة أوجه وذلك لان من بيده المال اما أن يقر بشئ مما أقر به المعزول أو ويجحد كله فان كان الثاني فالقول قوله ولا يجب بقول المعزول عليه تى وان كان الاول فاما أن يقول دفعه القاضي الى وهو لفلان بن فلان من أقر له القاضي وهو المذكور في الكتاب أو لا بتعليه واما أن يقول دفعه القاضي الى ولا أدري لمن هو وحكمه كحكم المذكور في الكتاب والتعليل التعليل واما أن يقول دفعه الى القاضي المعزول وهو لفلان غير من أقره القاضي وحكمه ما تقدم لانه لما بدأ بالدفع من القاضي فقد أقر باليد له فصار كأن المال في يده لما مر ثم أقر انه

لفلان وهو لا يصح واما أن يقول هو لفلان غير من أقره القاضي ودفعه الى القاضي وهو المذكور في الكتاب آخر خيفة وحكمه ان المال يسلم الى المقر له أولا لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي ان كان مثليا وقيمة ان كان قيميا وهذا لان اقراره الاول لما صح وجب تسليم المال الى المقر له واذا قال بعد ذلك دفعه الى القاضي وهو يقول لفلان آخر فقد أقر ان اليد كانت للقاضي وبقاؤه لغير من أقره القاضي أنف المال على من أقره القاضي فكان ضامنا للمثل أو القيمة كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر الشهد وغيره وفيه نظر لان الاقرار الاول اما أن يبطل ما بعده أولا وعلى كل واحد من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدأه اليد بالدفع من القاضي وبين ما بدأه بالقرار للغير لشمول الضمان أو لشمول العدم ولم أر أحدا ذكر الضمان للمقر له

قوله فان الحق للغائب ثابت بيقين) أقول اطلاق اليقين على ما ثبت نظرا الى الظاهر ليس على الحقيقة كما لا يخفى (قوله ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له) أقول يعني ويسلم القيمة (قوله وهو المذكور في الكتاب أولا الخ) أقول فيه تأمل فان المذكور في الكتاب أولا الاختصاص له بما ذكره بل بم الصورتين الاخيرتين أيضا

فأما في الوجه الرابع ويمكن أن يجاب عنه بأن الإقرار الأول ان كان باليد يختار ابطال ما بعده والا فلا وذلك لان الإقرار من لابتدأ لصدوره عن الاجنبى عن المقر به فاسد فإذا أقر باليد لشخص ثم أقر بعده بالملك لغيره بطل إقراره الثاني لصدوره عن لا يملكه وإذا أقر بالملك لغيره بما في يده صح إقراره ثم بالإقرار باليد لغيره يريد أن يبطل (٤٦٥) الاول وليس له ذلك لكونه إقرارا في حق غيره وليكنه يسمع في حق

قال (ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد) كى لا يشبهه مكانه على الغر باه وبعض المقيمين والمسجد الجامع أولى لانه أشهر وقال الشافعى رحمه الله يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والخائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اغتابت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفضل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلاة

فحينئذ ما أن يقول سلها الى ولا أدري لمن هي أو يقول سلها لي وقال هي لفلان بن فلان وهو الذى أقره القاضى المعزول فى هذين يقبل قول المعزول فيما لانه ثبت باقرار من في يده أن الديقها كانت للقاضى فيقبل اقرار القاضى فيها كالأول كانت في يده حال اقراره أو بقول دفعه الى القاضى المعزول وهو فلان وقال المعزول بل فلان رجل آخر فالقول ما قال المعزول ويدفع لمن أقر به لانه أقر باليد للقاضى فصار كأن المال في يده فأقر به لواحد وأقر به لهذا الرجل لا آخر وفيه يكون القول قول القاضى فكذا هذا أوبداً بالأقرار لفلان فقال هو فلان بن فلان ثم قال دفعه الى القاضى فى هذا يؤمر بالتسليم الى من أقره الامين ويضمن مثله ان كان مثلباً أو قيمته للمعزول في دفعه المعزول الى من أقره به لانه لما بدأ بالأقرار صح اقراره ولزم لانه أقر بما هو في يده فلما قال دفعه الى القاضى فقد أقر ان اليد كانت للقاضى والقاضى يقر به لغير من أقره وبه فيه يبره هو متلف لذلك على من أقره القاضى باقراره لغيره فيضمنه هذا وأما لو شهد قوم أنهم سمعوا القاضى الاول يقول استودعت فلانا مال فلان اليتيم ويحمد من في يده أو شهد واعلى بيعة مال فلان اليتيم فانه يقبل ويؤخذ ذالمال لمن ذكره وكذا الوصيات الاول واستقضى غيره فشهد بذلك ففرع يناسب هذا لو شهد شاهدان أن القاضى قضى فلان على فلان بكذا وقال القاضى لم أقض بشئ لا تجوز شهادتهم ما عندهما ويعتبر قول القاضى وعند محمد تقبل وينفذ ذلك (قوله ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا كى لا يشبهه مكانه على الغر باه وبعض المقيمين) وفي الخلاصة ولا يتبع نفسه في طول الجلوس ولكن يجلس في طرفى النهار وكذا المفتى والفقهاء (والمسجد الجامع أولى لانه أشهر) ثم الذى تقام فيه الجماعات وان لم تصل فيه الجمعة قال فغير الاسلام هذا اذا كان الجامع في وسط البلد أما اذا كان في طرف منها فلا لزوم زيادة المشقة على أهل الشقة المقابلة له فالأولى أن يختار مسجداً في وسط البلد وفى السوق ويجوز أن يحكم في بيته وحيث كان الآن الأولى ما ذكرنا وبقولنا قال أحمد ومالك فى الصحيح عنه (وقال الشافعى يكره الجلوس فى المسجد للقضاء لانه) أى القضاء (يحضره المشرك وهو نجس بالنص) قال تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد (والخائض وهي ممنوعة عن دخوله) ولان المساجد بنيت للصلاة والذكر والخصومات تفترق بالمعاصى كثير من اليمين الغموس والكذب فى الدعاوى (ولنا) ما فى الصحيحين من حديث اللعان من حديث سهل بن سعد وفيه فنعانا فى المسجد وأنشأه ولا بد من كون أحدهما كاذبا حاشا فى يمين غموس وفى الصحيحين أيضا عن كعب بن مالك انه تقاضى ابن أبى حردرد دينا كان له عليه فى المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى بيته فخرج اليهما حتى كشف سحفتهم فنادى يا كعب فقال ليسك يا رسول الله فأشار بيده أن ضع الشطر

غيره وليكنه يسمع في حق المودع لكونه أقر راع على نفسه بانلاف حقه باقراره لغيره فى وقت يسمع منه ذلك والله أعلم قال (ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا فى المسجد الخ) الخ كما يجلس للقضاء جلوسا ظاهرا فى المسجد كى لا يشبهه مكانه عن الغر باه وبعض المقيمين وروى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه قال والمسجد الجامع أولى لانه أشهر وأرفق بالناس قال الامام على السبزوئى هذا اذا كان الجامع فى وسط البلدة وأما اذا كان فى طرف منها يختار مسجداً فى وسطها كى لا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب اليها وقال الشافعى رحمه الله يكره الجلوس فى المسجد لفصل الخصومة لأنه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى انما المشركون نجس ويحضره الخائض وهي 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 ولنا ما روى

(٥٩ - فتح القدير خامس) أنه صلى الله عليه وسلم قال اغتابت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفضل 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 اليها
أوالى باب المسجد أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت المحصورة في الدابة ولو جلس في
داره لا بأس به وبأذن للناس بالدخول فيها

من دينك قال كعب قد فعلت يا رسول الله قال قم فاقضه وأخرج الطبراني مسنداً الى ابن عباس قال
بينما رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطفنا يوم الجمعة اذا أتى رجل فخطبى الناس حتى قرب اليه فقال
يا رسول الله أقم على المسجد 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 حراماً فقال صلى الله
عليه وسلم لعليّ وابن عباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضى الله عنهم انطلقوا به فاجلدوه ولم يكن
تزوج فقبيل يا رسول الله ألا تجد التي خبثت بها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم من صاحبك قال
فلا تفتد عاهاتهن ما هنا فقال يا رسول الله كذب على والله انى لأعترفه فقال صلى الله عليه وسلم من
شاهدك فقال يا رسول الله ما لي شاهد فأمر به فجلد الحد الفرية ثمانين جلدة وأما ان الخلفاء الراشدين
كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات فنقل بالمعنى يعنى وقع منهم هذا ولا يكاد يشك في أن عمر
وعثمان رضى الله عنهم ما وقع لهما ذلك ومن تتبع السير رأى من ذلك شياً كثيراً في البخارى لا عن عمر عند
منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأسند الامام أبو بكر الرازى الى الحسن أنه رأى عثمان قضى في المسجد
وذكر القصة في ذلك فما قيل انه غريب مبنى على أن المراد رواية هذا اللفظ وليس كذلك وفي الطبقات
لابن سعد بنده الى 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 الى سعيد بن مسلم بن بابك قال
رأيت سعد بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يقضى في المسجد وكان قدولى قضاء المدينة والى محمد
ابن عمر قال لماولى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم امرأة المدينة لعمر بن عبد العزيز والى ابا طوالة
القضاء بها فكان يقضى في المسجد قال أبو طوالة ثقة يروى عن أنس بن مالك والى اسمعيل بن أي خالد
قال رأيت شريحا يقضى في المسجد والى الاسود بن شيبان قال رأيت الشعبي وهو يومئذ قاضى الكوفة
يقضى في المسجد وكل قضاء صدر من هؤلاء كان بين السلف مشهوراً وفيهم الصحابة والتابعون ولم يرو
انكاره عن أحد وأما الحديث الذى ذكره المصنف انما حديث المساجد لكر الله والحدكم فلم يعرف وانما
أخرج مسلم حديث الاعرابى الذى قام بيول في المسجد فقال أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم مه
فقال صلى الله عليه وسلم لا تزرموه دعوه فتر كوه حتى بال ثم دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان
هذه المساجد لاتصلح لشيء من هذا البول والقذر وانما هي لذكر الله تعالى والصلاة وقرائة القرآن قال
وأمر رجلا من القوم فدعا بلول من ماء فشبهه عليه وأما نجاسة المشرك في الاعتقاد على معنى التشبيه
(والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها القاضي) أو يرسل نائبه (كالمالك) كانت الدعوى في دابة ولو جلس
في داره فحسن به بشرط (أن يأذن للناس) على العموم ولا يمنع أحد من الناس لان لكل أحد حقاً
في مجلسه وعلى قياس ما ذكرنا في المساجد الاولى أن يكون في وسط البلد وفي المتوسط ولا يقضى
وهو عشي أو يسير على دابته لانه اذا ذلك غير معتدل الحال ولما فيه من الاستغناء بالقضاء لانه مشغول
بما هو فيه ولا بأس بأن يتكئ لانه نوع جلسة كالترديد وغيره وطباع الناس في الجلوس مختلفة وينبغي
أن لا يقضى وهو غضبان أو فرحان أو جائع أو عطشان أو مهوم 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 وأصله حديث لا يقضى
القاضى وهو غضبان معلول به ولا ينبغي أن يتطوع بالصوم في اليوم الذى يريد الجلوس ولا يسمع من رجل
يخين فأكثر الا أن يكون الناس قيسلا ولا يقدر رجلا جاء الاخر قبله ولا يضرب في المسجد حدا ولا

(قوله ونجاسة المشرك)
جواب عن دليل الشافعى
وتقرر به نجاسة المشرك في
اعتقاده لافي ظاهره فانه
ثبت أن النبي صلى الله عليه
وسلم كان ينزل الرفوف في
المسجد (فلا يمنع من دخوله)
اذ لا يصيب الارض منه
شيء (والحائض تخبر بحالها
فيخرج القاضي اليها أوالى
باب المسجد أو يبعث القاضي
من يفصل بينها وبين خصمها
كما اذا كانت المحصورة في
الدابة) فان قيل يجوز أن
تكون الحائض غير مسلمة
لا تعتقد حرمة الدخول في
المسجد فتخبر عن حالها فلما
الكفار 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 كما تقدم
في المسجد فاذا جلس فيها
يأذن للناس في الدخول
اليها لان لكل أحد حقاً في
مجلسه

(ويجلس معه من كان يجلس معه لو كان في المسجد) حتى يكون أبعده من التهمة (اذ في الجلاس وحده تهمة) الظلم وأخذ الرشوة قال (ولا يقبل هدية الامن ذى رحم محرم منه الخ) الحاكم لا يقبل الهدية الامن ذى رحم محرم له أو ممن جرت عادته بالمهاداة قبل القضاء أمانه لا يقبل الهدية فلائنه من جواب القضاء اذ لم يكن على صفة المستثنى وهو حرام والاصل في ذلك ما روى البخارى باسناده الى عروة بن الزبير عن ابي جيمد الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا من الازديقال له ابن الانبية على الصدقة فلما قدم قال هذا الكم وهذا أهدي لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه (٤٦٧) فينظر أهدي له أم لا واستعمل

عمر رضى الله عنه أباه ريرة رضى الله عنه فقدم بحال فقال من أين لك هذا فقال نتاجت الخيول وتلاحقت الهدايا فقال أى عدو الله هلاقت في بيتك فتتظر أهدي اليك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال فعرنا ان قبول الهدية من الرشوة اذا كان بهذه الصفة وأما القبول من ذى رحم محرم ولا خصومة له فانه من جواب القرابة وهو مندوب الى صلة الرحم وفي الرد معنى القطيعة وهو حرام ولفظ الكتاب أعم من أن يكون بين 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 بهاداته ولم يزد فانه ليس بأكل على القضاء بل هو جري 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 محرم أو ممن جرت عادته قبل القضاء بهاداته) لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك بصيرا كلابضائه حتى لو كانت للقرىب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد وكانت له خصومة لانه لا جمل القضاء في تمامه
تعزير (و) ينبغى 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 عمرو وعثمان وعليهما حتى قال أجد يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكك عليه وفي المبسوط فان دخله حصر في قعودهم عنده أو شغله عن شئ من أمور المسلمين جلس وحده فان طباع الناس تختلف فتنهم 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 ينبغى للقاضي أن يعتذر للقضى عليه وبين له وجه قضائه وبين له انه فهم حجته وليكن الحكم في الشرع كذا يقتضى القضاء عليه فلم يكن غيره ليكون ذلك أدفع لشكاية للناس ونسبته الى انه جار عليه ومن يسمع يخل فرعا تفسد العامة غرضه وهو يرى عواذ ما يمكن اقامة الحق مع عدم ايقار الصدور كان أولى (قوله ولا يقبل الهدية) الحاصل ان المهدي امانه خصومة أولا فان كانت لا يقبل منه وان كان له عادة بهاداته أو ذار رحم محرم وان لم يكن خصومة فان لم يكن له عادة بذلك قبل القضاء بسبب قرابة أو صدقة لا ينبغى أن يقبل وان كان له عادة بذلك جاز بشرط أن لا يزيد على المقدار المعتاد قبل القضاء فان زاد لا يقبل الزيادة وذكر فخر الاسلام إلا أن يكون مال المهدي قد زاد بقدر ما زاد ماله اذا زاد في الهدية لا بأس بقبولها وهذا يقتضى أن لا يقبل الهدية من القرىب الا اذا كان له عادة بالمهاداة كغيره فان لم يكن للقرىب قبل القضاء عادة فأهدى بعد القضاء لا يقبل وعبارة الهدية مع القدورى حيث قال ولا يقبل الهدية الامن ذى رحم محرم أو ممن له عادة قبل القضاء تقيدهم قبولها من القرىب الذى 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 القرىب والبعيد في أنه لا يقبل هديته الا اذا كان له عادة نعم يمكن أن يقال في القرىب الذى ليس له عادة بهاداة قبل القضاء ان كان ذلك الفقير ثم أيسر بعد ذلك بعد ولا يقر بيه فصار يهدى اليه جاز لان الظاهر ان المانع ما كان الا الفقير وهذا على شبه قول فخر الاسلام في الزيادة اذا أكثر ماله ثم اذا أخذ الهدية في موضع لا يباح أخذها قبل بضعها في بيت المال لانها بسبب عدم له لهم وعامتهم على أنه يرد على أربابها ان عرفهم واليه أشار في السير الكبير وان لم يعرفهم أو كانوا بعيدا حتى تذر الردي في بيت المال ويكون حكمها حكم اللقطة فان جاء المالك يوما يدهاها وكل من عمل للمسلمين عملا حكمه في الهدية حكم القاضي وفي شرح الاقطع الفرق بين الرشوة والهدية ان الرشوة يعطيه بشرط

أى سواء كان قرىبا أو مهديا قبل القضاء أو لم يكن والثاني اما أن يكون قرىبا أو ممن جرت له العادة بذلك أولا والثاني كذلك لانه أكل بالقضاء في تمامه والاو لا يجوز قبوله ان لم يزد من له العادة على المعتاد وقال الامام فخر الاسلام ان زاد على المعتاد عند ما زاد مالا لا يقدر ما زاد في المال لا بأس بقبوله ثم ان أخذ القاضي ما ليس له أخذه ماذا يصنع به اختلف المشايخ فبعضهم قالوا يضع في بيت المال وعامتهم قالوا يرد على أربابها ان عرفهم واليه أشار في السير الكبير وان لم يعرفهم او يعرفهم الا ان الردي تذر له يهدى في بيت المال وحكمه حكم اللقطة وانما يضعها في بيت المال لانه انما أهدي اليه لعله وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم

(ولا يحضر القاضى دعوة إلا أن تكون عامة) قيل وهى ما تكون فوق العشرة وما دونه خاصة وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة وذكر المصنف (٤٦٨) ان الدعوة الخاصة هى ما لو علم المضيف ان القاضى لا يحضرها لا يتخذها وهو اختيار

ولا يحضر دعوة إلا أن تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء فيتهم بالايجابه بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قوله ما وعن محمد رحمه الله أنه يجيبه وان كانت خاصة كالهديه والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضى لا يحضرها لا يتخذها قال (ويشهد الجنائز ويعدو المريض) لان ذلك من حقوق المسلمين قال عليه الصلاة والسلام للمسلم على المسلم سنة حقوق وعدها من

أن يعينه والهديه لا شرط معها انتهى والاصل في ذلك ما في البخارى عن أبي حميد الساعدي قال استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الازدي قال له ابن اللثيمة على الصدقة فلما قدم قال هذا الكم وهذا لي قال عليه الصلاة والسلام لا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهم يدى له أم لا قال عمر بن عبد العزيز كانت الهديه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هديه واليوم رشوة ذكره البخارى واستعمل عمر رضي الله عنه أباه مرة فقدم على فقال له من أين لك هذا قال تلاحقت الهدايا فقال له عمر رضي الله عنه أي عدو لله الاقعدت في بيتك وتنتظر أيهم يدى لك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهديه التي سبها الولاية ولهذا لو زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة كره عندنا وعند الشافعي هو محرم كالرشوة هذا ويجب أن يكون هديه المستقرض للمقرض كالهديه للقاضى ان كان المستقرض له عادة قبل استقرضه فأهدى الى المقرض فلما قرض أن يقبل منه قدر ما كان يهد به بلا زيادة (قوله) ولا يحضر دعوة إلا اذا كانت عامة) يعنى ولا خصومة لصاحب الولاية العامة (ويدخل في هذا الجواب قريبه) فلا يجيب دعوته إلا اذا كانت عامة ولا خصومة له (وعن محمد يجيب قريبه وان كانت خاصة) هكذا حكى الخلف الطحاوى وقال الخفاف يجيب الخاصة لقريبه بخلاف اصله الرحم وعلى تقدير الخلاف طولب بالفرق في القريب بين الهديه قال يقبل منه مطلقا ولم يفصل بين جرى العادة وغيره وفي الدعوة فصل بين العامة والخاصة كما ذكر في المتن قال شيخ الاسلام قال وما ذكر في الضيافة محمول على ما اذا كان المحرم لم يحجر بينهما الدعوة والمهاداة واصله القرابة وأحدث بعد القضاء ذلك فاذا كانت الحالة هذه فهو والاجنبى سواء وما في الهديه محمول على انه كان جرى بينهم المهاداة واصله القرابة قبل القضاء فاذا أهدى بعد القضاء لأبأس بقوله انتهى فقد آل الحال الى أنه لا فرق بين القريب والغريب في الهديه والضيافة سوى ذلك الامكان الذي قدمناه واختلف في الخاصة والعامة فقيل مادون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة وقال المصنف (الخاصة) هى (التي لو علم المضيف أن القاضى لا يحضرها لا يتخذها) والعامة هى التي يتخذها حضرها القاضى أولا وعندى أن ما حكى عن القاضى أبى على النسبى وهو ان العامة دعوة العرس والختان وما سواها خاصة حسن فان الغالب هو كون الدعوة العامة هاتين وربما مضى عمرو لم يعرف من اصطنع طعاما ما ابتداء لعامة الناس بل ليس الالهاتين الخصلتين أو مخصوص من الناس ولانه أضبط فان معرفة كون الرجل لولم يحضر القاضى لم يصنع أو يصنع غير محقق فانه أمر مبطن وان كان عليه لوائح ليس كضبط هذنا ويكنى عادة الناس في ذلك وعادة الناس هى ما ذكر النسبى والله أعلم وعند الشافعي وأجد محضر الولايم مطلقا لانه صلى الله عليه وسلم كان يحضر وهو الذى كان يقضى قلنا كان صلى الله عليه وسلم معلوم العصمة عند الكل لا يحضره حضور ولا قبول هديه فلقد أتت (قوله) ويشهد الجنائز ويعدو المريض) المراد مريض لا خصومة له والاياعوده وانما جرب ذلك لما روى مسلم عن أبى 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 استنصحت فانصحه فهذه هى السادسة ورواه ابن حبان وقال فيه واذا

شمس الائمة السرخسى رحمه الله واطلاق لفظ التدورى لا يفصل بين القريب وغيره وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله انه يجيب دعوة القريب وان كانت خاصة كالهديه وقيل في الفرق لهما بين الضيافة والهديه حيث يجوز قبول هديه ذى الرحم المحرم ولم يجوز احضور دعوته ان ما قالوا في الضيافة محمول على قريب لم يكن بينهم مهاداة ولا مهادة قبل القضاء وانما أحدث بعده وما ذكر وافي الهديه محمول على ما اذا كان بينهم مهاداة قبل القضاء صلا للرحم وذكر صدر الاسلام أبو اليسر اذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغى أن لا يجيب القاضى دعوته وان كانت عامة لانه يؤدى الى ابداء الخصم الآخر أو الى التهمة قال (ويشهد الجنائز ويعدو المريض الخ) الحاكم يشهد الجنائز ويعدو 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 خصم واجبة

ان ترك شيئا منها فقد ترك حقا واجبا عليه اذا دعاه أن يجيبه واذا مرض أن يعود واذا مات أن يحضره واذا القبه عطس أن يسلم عليه واذا استنصحه أن ينصحه واذا عطس أن يشتمه كذا في تنبيه الغافلين

(ولا يضيف أحد الخصمين لانه عليه الصلاة والسلام منى عن ذلك) روى عن علي رضي الله عنه أنه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نضيف الخصم إلا أن يكون خصمه معه (ولأن الضيافة والملازمة تورث التهمة) قال (وإذا حضر أسوي بينهم الخ) إذا حضر الخصمان بين يدي القاضي فإن كان أحدهما من ولده والأخر فقيرا أو كانا أبوابنا (٤٦٩) يسوي بينهم في المجلس فيجلسان بين يديه على الأرض لانه لو أحلسهما في جانب واحد كان أحدهما أقرب إلى القاضي فتفوت التسوية ولو أحلس أحدهما عن يمينه والأخر عن يساره فكذلك

(ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) لأن النبي صلى الله عليه وسلم منى عن ذلك ولأن 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 يسأزأ أحدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة) للتهمة ولأن فيه مكسرة لقلب الأخر فيترك حقه (ولا يضحك في وجه أحدهما) لانه يجترى على خصمه (ولا يمازحهم ولا واحد منهم) لانه يذهب بهما بالقضاء

لفضل العين 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 بينهم ما كى لا يكون مفضلا لأحد الخصمين على الأخر وفيه دليل على أن القاضي يجوز له أن يحكم على من ولده وكذلك يسوي بينهم ما في الاقبال وهو التوجه والنظر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر قال (ولا يسأزأ أحدهما ولا يشير اليه) لا يكلم القاضي أحد الخصمين سرا ولا يشير اليه لا بيده ولا برأسه ولا بهاجبه (ولا يلقنه حجة ولا يضحك في وجهه) لأن في ذلك كاهة (ولأن فيه كسر القلب الأخر فيخصه عن طلب

عطس فحمد الله يشتمه وروى البخارى في كتابه المفرد في الادب من حديث عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الأفرنجي قال كنا غزاة في البحر زمن معاوية فأنضم مركبنا إلى مركب أبي أوب الأنصاري فلما حضر غداؤنا أرسلنا إليه فأتانا وقال دعوتوني وأنا ضائم فلم يكن لي بد من أن أجيبكم لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان للمسلم على أخيه ست خصال واجبة ان ترك شيأ منها فقد ترك حقا واجبا عليه لاخيه يسلم عليه اذا لقيه ويحجبه اذا دعاه ويشتمه اذا عطس ويعوده اذا مرض ويحضره اذا مات ويتحصه اذا استنصحه ولا يمد من حبل الوجوب فيه على الأعم من الوجوب في اصطلاح الفقه الحادث فان ظاهره وجوب الأبتداء بالسلام وكون الوجوب وجوب عين في الجزاء فالمراد به أمر ثابت عليه أعم من كونه ندبا أو وجوبا بالاصطلاح (قوله ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) الأخر 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 فإن النبي صلى الله عليه وسلم نهانا أن نضيف الخصم الا ومعه خصمه وكذا رواه عبد الرزاق ثم الدارقطني (ولأن فيه تهمة) المبل (قوله) وإذا حضر أسوي بينهم ما في الجلوس والاقبال) لما روى اسحق بن راهويه في مسنده أخيرا باقية بن الوليد عن اسمعيل بن عياش 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 الأخر وأخرجه الدارقطني في سننه عن عباد بن كثير 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 ومقعدته وروى عن عمر رضي الله عنه انه كتب إلى أبي موسى عبد الله بن قيس الأشعري أن أس بين الناس في وجهك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يياس ضعيف من عدلك (ولا يسأزأ أحدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة) للتهمة ولأن فيه مكسرة لقلب الأخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه أحدهما لانه يجترى بذلك على خصمه ولا يمازحهم ولا واحد منهم لانه يذهب بهما بالقضاء) والمستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه ولا يجلس أحدا عن يمينه والأخر عن يساره لأن لليمين فضلا ولذا كان صلى الله عليه وسلم يخص به أبابكر دون عمر وفي أبي داود أن عبد الله بن الزبير خصمه عمر وبن الزبير إلى سعيد بن العاص وهو على السرير قد أحلس عمر وبن الزبير على السرير فلما جاء عبد الله بن الزبير وسع له سعيد من شقة الأخر فقال هنا فقال عبد الله الأرض الأرض قضاه 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 اجتراف من فعل به ذلك على خصمه (ولا يمازحهم ولا واحد منهم لانه يذهب بهما بالقضاء) وينبغي أن يقم بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه في غير وقته ويمنعهم عن اساعة الادب ويقال له صاحب المجلس والشرط والعريف والجلوا من الجلوزة 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 أقسم بكذا وكذا وهذا لأنه اعانة لاحد الخصمين فيكره
كتلقين الخصم واستحسنه أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لأن الشاهد قد يحصر له باب المجلس
فكان تلقينه احياء للعق بمنزلة الأشخاص والتكفيل

قال (ويكره تلقين الشاهد الخ) تلقين الشاهد وهو أن
يقول القاضي ما يستفيد
به الشاهد علماء يتعاقى
بالشهادة مثل أن يقول
أقسم بكذا وكذا مكره
لأنه اعانة لاحد الخصمين
فيكره كتلقين الخصم وهو
قول أبي يوسف الاول ثم
رجع واستحسن التلقين
رخصة في غير موضع التهمة
لان التضاه مشرع ولاحياء
حقوق الناس وقد يحصر
الشاهد عن البيان له باب
مجلس القاضي فكان في
التلقين احياء للعق بمنزلة
الأشخاص والتكفيل وأما
في موضع التهمة مثل ان
ادعى المدعى ألفا وخمسمائة
والمدعى عليه ينكر خمسمائة
وشهد الشاهدان بالالف
فالقاضي ان قال يحتمل
أنه أبراه من الخمسمائة
واستفاد الشاهد علما بذلك
ووفق في شهادته كما وفق
القاضي فهذا لا يجوز
بالاتفاق وتأخير قول أبي
يوسف يشير الى اختيار
صنف رحمه الله والأشخاص
هو ارسال الرجل لاحضار
الخصم

(قوله تلقين الشاهد الى
وله مكره لأنه اعانة الخ) أقول
تلقين الشاهد مبتدأ وقوله
مكره خبره

بينهما وهذه المسئلة يظهر أن القاضي يصلح قاضيا على السلطان الذي ولاه والدليل عليه قصة شرح
مع علي فانه قام فأجلس عليا رضي الله عنه بمجلسه وبنبني للخصمين أن يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا
يقعبان ولو فعل ذلك منعهما القاضي تعظيما للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له فيكون
بعدهما عنه قدر ذراعتين أو نحو ذلك من غير أن يرفع أصواتهما أو يسند القاضي ظهره الى المحراب وهذا
رسم زماننا قالوا وهو أحسن لأنه موافق لفعلة صلى الله عليه وسلم أما في زمن الخصاص وغيره فكان
القاضي يجلس مستقبل القبلة وهو مستحب عند الأئمة الثلاثة ويقف أعوان القاضي بين يديه ليكون
أهيب وإذا حضر القاضي بالخيار ان شاء ابتداء فقال مالك والكران شاهتر كهما حتى يتدثا هما بالنطق
وبعض القضاة يختار السكوت ولا يكلمهما بشيء غير ما بينهم ما فإذا تكلم المدعى أسكت الآخر حتى
يفهم محنته لان في تكلمهما معاشغا وقلة حشمة لمجلس القضاء ثم يستنطق الآخر وان لم يسأل المدعى
ذلك وقيل لا الأبعد سؤال المدعى بأن يقول أسأله لكي يتفكر في الدعوى لتظهر له جهتها والاقال قم فصيح
دعواك وإذا همت الدعوى يقول فإذا تريد أن أصنع فان قال أريد جوابه سأله والاصح عندنا أنه
يستنطقه ابتداء للعلم بالتصود واذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلا بد من تقدمهن معهم واختار
محمد أن يقدم الدعوى الاول فالاول ويضع على ذلك أمينا لا يرثي يعترفه السابق وليبكر على باب
القاضي ولا يكون عنده طمع ولو أشكل السابق يقرع بينهم ولا يستعمل على الخصوم بل يتهم بل معهم فان
بالجملة تنقطع الخجة ويذهل عنها وهذا لا يخوفهم فيكون مهيبا لا تخافه الناس وأنكر الأئمة مارا وأمن
أخذ أبواب القاضي شيئا يمكنه من الدخول وهو يعلم قالوا 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 ققيب القاضي قيل وينبغي أن يقوم بين يديه اذا جلس للحكم رجل يمنع الناس من التقدم اليه
معه سوط يقال له الجلاوز 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 الحاحه اليه وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان اذا سافر استحب رجلا سي
الادب فقيل له في ذلك فقال أما علمت ان الشر بالشر يدفع والمقصود ان الناس مختلفوا الاحوال والادب
وقد حدث في هذا الزمان أمور وسفهاه فيعمل بمقتضى الحال مراد به الخيل لاحشمة النفس المؤدى الى
الاجباب والاحول ولا قوة الا بالله 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 السبيل فاسدا بالاخلال ببعض الشروط كما هو مذكور في كتاب السجلات والمحاضر وبه تعدد
حيث يرى ما يكتب ويكتب خصومة كل منهما وشهادة شهودهما في صحيفة وهي المحضر في عرف الفقهاء
بمخلاف 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 وجهه لا شافعي لا بأس به لمن استولته الخيرة
أو الهيبة فترك شيئا من شرائط الشهادة فيعينه بقوله أقسم بكذا وكذا بشرط كونه (في غير موضع
التهمة) أما فيها بأن ادعى المدعى ألفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بالف
فيقول القاضي يحتمل أنه أبراه من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علما فوفق به في شهادته كما وفق
القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق كما في تلقين أحد الخصمين وفي المبسوط ما قاله عزيمة لان القاضي

فصل في الحبس

منهى عن اكتساب ما يجزئ به تهمة الميل وثاقين الشاهد لا يتخلونه وقول أبي يوسف رخصة فانه لما ابتلى بالقضاء شاهداً لخصمه عند أداء الشهادة لان مجلس القضاء مهيب فيضيق الحق اذالم بعنه - 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 يحى بهم الحقوق وهذا التلقين اعانة و اكرام حيث لا ينسب اليه القصور وقوله بمنزلة الاشخاص هو ارسال شخص لباقي بجمعه يقال شخص من بلد الى بلد اذا ذهب من حدمنع قيل وتأخير قول أبي يوسف وتسميته بالاستحسان دليل على انه مختار المصنف وهذا بناء على أن قوله استحسنه معناه له دليل الاستحسان الاصطلاحى وقد لا يلزم ويكفى كونه أخر دليله في ذلك وفي فتاوى قاضيان لا ينبغي للقاضى أن يبيع ويشترى بنفسه بل يفوض ذلك الى غيره وبه قاتل الأئمة الثلاثة وعن أحمد بن حنبل ولا يعرف انه وكيل القاضى فحرز عن المحاباة بشرط شريح على عر حين ولاه لا أبيع ولا اشتري ولا ارتشى وقال بعض أشياخ المالكية ينبغي للقاضى أن يرتنع عن طلب العوارى من الماعون والدابة وما أشبه ذلك وعن محمد لا بأس أن يبيع ويشترى في غير مجلس القضاء وينبغي للمعصوم اذا وصوا أن لا يسلموا على القاضى فاذا سلموا لا يجب على القاضى رد سلامهم فان رد بقصر 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 فأفردته بفصل على حدة والحبس مشروع بالكتاب لانه المراد بالنفي المذكور بقوله تعالى أو ينفوا من الارض وبالسنه على ما سلف أنه صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً في تهمة وذكر الخصال ان ناساً من أهل الحجاز اختلفوا فقتلوا بينهم قتيلاً فبعث اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حبسهم ولم يكن في عهده صلى الله عليه وسلم وأبي بكر سجيناً انما كان يحبس في المسجد أو الدهليز حتى اشتريه رضي الله عنه داراً بمكة بأربعة آلاف درهم واتخذ محبساً وقيل بل لم يكن في زمن عمر ولا عثمان أيضاً الى زمن علي رضي الله عنه فبناه وهو أول سجين في الاسلام قال في الفائق ان علياً بنى سجيناً من قصب فسماه نافعا فنقبه اللصوص وتسبب الناس منه ثم بنى سجيناً من مدر فسماه محبساً وفي ذلك يقول علي رضي الله عنه الأتراني كيساً مكيساً * بنيت بعد نافع محبساً * بابا حصينا وأميناً كيساً

والمحبس موضع التقييس وهو التذليل والكيس حسن التاني في الامور والمكيس المنسوب الى الكيس وأراد بالاميين السجنان الذي نصبه فيه والمحبوس في الدين لا يخرج لصوم رمضان ولا اعياد ولا الجمعة ولا الصلاة جماعة ولا الحج فريضة ولا لخصور جنازة بعض أهله ولو أعطى كفيلاً بنفسه لانه شرع ليضجر قلبه فيسارع للقضاء ولهذا قالوا ينبغي أن يكون موضة ما خشنا ولا يبسط له فرش ولا وطاء ولا يدخل له أحديتاً سر به وقيل يخرج بكفيل بالمارة الوالدين والاجداد والجدات والاولاد وفي غيرهم لا وعليه الفتوى وفيه نظر لانه ابطال حق آدمي بلا موجب وموت الاب ونحوه وغيره مبطل بنفسه نعم اذالم يكن لمن يقوم بحقوق دفنه فعلم ذلك وسئل محمد عما اذا مات والده أيجزج فقال لا ولو مرض في السجن فأضناه ان كان له خادم لا يجزج حتى يموت وان لم يكن له خادم يجزج لانه قد يموت بسبب عدم المرض ولا يجوز أن يكون الدين مفضياً للتسبب في هلاكه ولو احتاج الى الجماع تدخل زوجته أو جاريتها فيطؤها حيث لا يطلع عليه وقبل يمنع منه لان الجماع ليس من الحوائج الاصلية ولا يمنع من دخول أهله وحيارته لاسلام عليه لانه قد يفضى الى المقصود من الايقاع مشورتهم ورأيهم ويمنعون من طول المكث والمال غير مقدر في الحبس فيحبس في الدرهم وما دونه 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 خلا أنه لم يكن في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم سجين وكان يحبس في المسجد أو الدهليز حيث أمكن ولما كان زمن علي رضي الله عنه أحدث السجين بناء من قصب وسماه نافعا فنقبه اللصوص فبنى سجيناً من مدر فسماه محبساً ولان القاضى نصب لايصال الحقوق الى متحقيها فان امتنع المطلوب من أداء حق الطالب لم يكن للقاضى بدم أن يجبره على الاداء ولا خلاف ان لا يجبر 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 محبساً) أقول حبس محبساً لله فقيس بالخاء المعجمة قال في القاموس محبس كعظم انتهى قال في النهاية محبس بالكسر أى المسدال من التقييس وهو التذليل

وروى بفتح الباء وهو موضع التقييس وهو الذي اختاره في المغرب

قال (واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غيره الخ) اذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غيره فلا يجزى اما ان يثبت بالاقرار او بالبينة فان كان الاول لم يجزى بالحبس وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واذا ثبت الحق باقراره لم يظهر كونه مما طلاق في اول الامر لان من حجته ان يقول ظنت انك تعلمني فلم يستعجب المال فان ابيت او فيك حقل فان امتنع بعد ذلك فقد ظهر مظهره فيحبس وان كان الثاني حبسه كما سبق اظهر المماطلة بانكاره وروى عن شمس الائمة السرخسي رحمه الله عكس ذلك ووجهه ان الدين اذا ثبت بالبينة كان له ان يعتد بغيره ويقول ما علمت له ديناً على فاذا علمت الا ان لا أتواني في فضائه ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الاقرار والمال غير مقدور في حق الحبس يحبس في الدرهم ومادونه لان مانع ذلك ظالم فيجازى به والمحجوس في الدين لا يخرج لحي رمضان والفطر والاضحى والجمعة وصلاة مكتوبة ووجهة فريضة وحضور جنازة بعض أهله وموت والده وولده اذا كان غنة من يكفنه ويغسله لان حقوق الميت تصير مقامة بغيره وفي الخروج تفويت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن ذلك لانه لزم القيام بحق الوالدين (٤٧٣) وليس في هذا القدر من الخروج كغيره يضرر الطالب وان مرض وله

خادم لا يخرج لانه شرع
ايضجر قلبه فيتسارع
الى قضاء الدين وبالمرض
يزداد الضجر وان لم يكن
له خادم أخرجه لانه اذا
لم يكن له من عرضه ربما
يسوت بسببه وهو ليس
بمستحق عليه ولو احتاج
الى الجماع دخلت عليه
زوجته أو جارتته
فيطوؤه ما حيث لا يطلع
عليه أحد لانه غير ممنوع
عن قضاء شهوة البطن
فكذا شهوة الفرج
وقبل الزوط ليس من
أصول الحوائج فيجوز ان
يمنع بخلاف الطعام ولا
يمنع من دخول أهله
وجيرانه عليه لبشاورهم
في قضاء الدين ويمنعون من
طول المكث عنده قال

قال (واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غيره لم يجزى بحبسه وامره بدفع ما عليه) لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مما طلاق في اول الوهلة فله على 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 كمن المبيع أو التزيمه بعقد كالمهر والكفالة) لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناؤه واقدمه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدري على أدائه والمراد بالمهر محمله دون مؤجله

(قوله واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب حبه حبس غيره لم يجزى بحبسه حتى بأمره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة) بقوله صلى الله عليه وسلم الى الواجد يحل عرضه وعقوبته رواه أبو داود وفسر عبد الله بن المبارك احلال عرضه باغلاظ القول له وعقوبته بالحبس (فلا بد من ظهور المماطلة) ولم تظهر بمجرد ثبوت الحق بالاقرار (اذ لعله طمع في الامهال فلم يستعجب المال) وانما يظهر اذا امره بعد اقراره فامتنع (اما اذا ظهر بالبينة فيحبسه كما ظهر لظهور المماطلة بانكاره) وفي التوائد الظهيرة وعن شمس الائمة السرخسي عكس هذا وهو انه اذا ثبت بالبينة لا يحبس لاول وهلة لانه يعتد بغيره بانى ما كنت أعلم ان على دينه بخلافه بالاقرار لانه كان عالما بالدين ولم يقضه حتى أحوج به الى شكواه وعلى قول الخصاف لا يحبس حتى بأمره في الاقرار والبينة (قوله فان امتنع) أى بعد أمره بقضائه (حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده) القرض و (عن المبيع أو التزيمه بعقد كالمهر والكفالة) لانه اذا ثبت المال في يده ثبت غناؤه والمراد بالغنى القدرة على الايفاء والا فالدين قديكون دون النصاب ويحبس به يعنى اذا دخل المال في يده ثبت قدرته على ايفائه وما لم يكن يدل مال لكنه لزمه عن عقد التزيمه كالمهر والكفالة لان اقدامه على مباشرة ما يلزم ذلك المال دليل القدرة عليه فيحبسه ولا يسمع قوله انى

(فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا الخ) فان امتنع الغريم عن أداء ما عليه حبسه اذا طالب 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 كالمهر والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعى وقد ذكر القدرى هذا القول بقوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كمن المبيع أو التزيمه بعقد كالمهر والكفالة واستدل المصنف على ذلك بقوله لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناؤه وزواله عن المالك محتمل والثابت لا يترك بالحتمل بقوله واقدمه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا بما يقدري على أدائه وهذا واجب النسوية بين ما كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن ويخرج عنه ما لم يكن ديناً مطلقاً كالنفقة وغيرها كما سئذ كره والمراد بالمهر محمله دون مؤجله لان العادة جرت بتسليم المجهل فكان اقدامه على الشكاح دليلاً على قدرته

(قوله فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد الخ) أقول العقد قول يكون له حكم المستقبل فلا عقد في صورة التعاطي فلها هذا قابل القدرى ما التزمه بعقد ما لزمه بدلا عن مال فتأمل

قال القدوري (ولا يحبس فيما سوى ذلك) يعني ضمان الغصب وأرض الجنائيات (إذا قال أنى فقير) لأنه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول المدعى عليه (الأن ثبت المدعى أن له مالا بينة فيحسبه وروى الخصاص عن أصحابنا رحمهم الله أن القول قول المدعى عليه في جميع ذلك) أي فيما كان بدلا عن مال ومأم يكن (لان الأصل هو العسرة) إذا ادعى بولد ولا مال له والمدعى يدعي عارضا والقول قول من تمسك بالأصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المديون مع عيونه (ويروى أن القول قوله لا فيما بدله مال) وهو مروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لانه عرف دخوله شيء في ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعى ومالم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه لانه لم يدخل في ملكه شيء ولم يعرف قدرته على القضاء فبقي متمسكا بالأصل وهو العسرة فذلك ثلاثة أقوال وفي المسئلة قولان آخران أحدهما ان كل ما كان سبيله سبيل البر (٤٧٣) والصله فالقول فيه قول المدعى عليه

كافي نفقة المحارم والآخر ان يحكم الزى ان كان زى الفقراء كان القول له وان كان زى الاغنياء كان القول للمدعى الا في أهل العلم والاشراف كالعالمية والعباسية فانهم يتكفون في الزى مع حاجتهم حتى لا يذهب ماء وجههم فسلا يكون الزى فيهم دليل اليسار وقوله (وفي النفقة) بيان لما هو المحفوظ من الرواية ذكر في كتاب النكاح ان المرأة اذا ادعت على زوجها انه موسر وادعت نفقة الموسرين وادعى الزوج انه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج وفي كتاب العتاق ان أحد الشريكين اذا أعتق نصيبه من العبد وزعم انه معسر كان القول قوله وهاتان مسئلتان محفوظتان تؤيدان القولين الاخيرين أما ما أتيدهما

قال (ولا يحبس فيما سوى ذلك إذا قال أنى فقير إلا أن ثبت غريمه ان له مالا فيحسبه) لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعى اثبات غناؤه ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لان الأصل هو العسرة ويروى أن القول له لا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للعتق والمسئلتان تؤيدان القولين الاخيرين

فقير لانه كالمناقض لوجود دلالة اليسار (ولا يحبس فيما سوى هذين) النوعين (إذا قال أنى فقير إلا أن ثبت غريمه ان له مالا فيحسبه) حينئذ (لانه وجد دلالة اليسار) أي قدرته على الدين المدعى به هكذا ذكر في الكتاب (ويروى أن القول لمن عليه في جميع ذلك) أي فيما كان بدل مال أولزمه بعد أداء وحكما لفعله لا للعقد كالاتلاف وضمن الغصب وهو قول الخصاص (لان الأصل هو العسرة) في حق كل أحد لانه خلق عديم المال ولهذا قال اذا ثبت الحق فلا يحبس حتى يسأله ألك مال أولا فان قال لا استخلفه فان نكل حبسه وان حلف أطلقه إلا أن يقيم المدعى البينة على قدرته وعندنا يحبس ولا يسأله فان قال أنا فقير حينئذ ينظر (ويروى أن القول له) أي للمديون (لا فيما بدله مال) كالقرض وعن المبيع بخلاف المهر والكفالة فان القول فيه ما قول المدعى ونسب الخصاص هذا القول لابي حنيفة وأبي يوسف ومن العلماء من قال يحكم الزى ان كان بزى الفقراء فالقول قوله في الفقر إلا أن يثبت المدعى قدرته وان كان بزى الاغنياء فالقول للمدعى الا في الفقهاء والعلوية والعباسية لا يحكم الزى فيهم لانهم يتكفون في لباسهم مع فقرهم وحاجتهم وعلى هذا القول لو كان على المطلوب زى الفقراء فدعى المدعى أنه غير زيه وقد كان عليه زى الاغنياء قبل أن يحضر مجلس الحكم فان القاضى يسأل المدعى البينة على ذلك فان أقام البينة انه كان عليه زى الاغنياء جعل القول قول المدعى فان لم يتدر على البيان حكم زيه في الحال فيجعل القول قول المديون وكلمات عارضت بينة اليسار والاعسار قدمت بينة اليسار لان معها زيادة علم اللهم إلا أن يدعى المدعى أنه موسر وهو يقول أعسرت بعد ذلك وأقام بينة بذلك فانها تقدم لان معها علم بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال ثم ذكر المصنف مسئلتين محفظتين نصاعن أصحابنا بخلاف احدهما ان المرأة اذا ادعت انه موسر لتأخذ نفقة اليسار وقال انه معسر ليعطى نفقة الأعسار ان القول للزوج والثانية أحد الشريكين اذا أعتق نصيبه وزعم انه معسر فلا يضمن لساكت شيا ولكن يستدعى العبد وقال شريكه 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) للذى 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 المدعى كما صرح به في البدائع وجوابه أن وضع المسئلة فيما اذا ثبت هلاك المصوب أو غصبه منه عند القاضى وما في البدائع فيما اذا باعه لاخر منسلا (قوله والمدعى يدعي عارضا الخ) أقول ولا يخفى أن العارض ثبت بدليه الذي ذكره المصنف أنفا والأصل ابقاؤه حتى يظهر خلافه (قوله ولم يعرف قدرته على القضاء) أقول بل علم باقدمه 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 واقدمه ع: التزامه باختياره دلما يساره وهو القدرة على الانقاء ولا كذلك في النفقة

مع أنهم باسرا عقد النكاح والاعتناق فلو كان الصحيح ما ذكر أولا كان القول قول المرأة والشريك الساكت في دعوى البسار وأما تأييدها لما الذي كان القول لمن عليه الا فيما بدله مال فلانه لما لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الاعتناق ما لا جعل القول قول من عليه فعمل أن الصحيح هو القولان الاخيران وقوله (والخراج على ما قال في الكتاب) يعني القدوري جواب عن المسئلتين نصرته للذ كورفيه وتقريره انه أى النفقة على تأويل الانفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا تسقط بالموت بالاتفاق وقد تقدم ان الدين الصحيح هو ما لا يسقط الا ببراءة من له أو ببراءة من عليه (ع ٤٧) وكذا ضمان الاعتناق عند أبي حنيفة رحمه الله وحينئذ لا يرد نقضه على ما في الكتاب وهو قوله

حسبه في كل دين لزمه بدلا عن مال أو التزمته بعقد لان المراد بالدين هو المطلق منه اذ به يحصل الاستدلال على القدرة لانه اذا علم أنه لا يحصل الخلاص منه في حياته وعمانه من جهته الا بالاباء وأقدم عليه دل على أنه قادر عليه ثم فيما كان القول فيه قول المدعي ان له مالا أو ثبت ذلك عليه بالبينة فيما اذا كان القول قول من عليه يحسبه الحاكم شهرين أو ثلاثة ثم يسأل بجيرانه وأهل خبرته عن بساره واعساره أما الحسب فلظهور ظلمه بالمطل في الحال وأما توفيته فلانه لا يظهر ماله ان كان يخفيه فلا بد من مدة ليفيد هذه الفائدة فقد رعا ذكره ويروى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر وهو واختيار الطحاوي لان مادونه عاجل والشهر آجل قال شمس الأئمة الحلواني وهو أرفق الا فاول في هذا الباب وروى الحسن عن أبي حنيفة أربعة أشهر الى ستة أشهر (قوله مع أنهم باسرا عقد النكاح والاعتناق) أقول أنت خبير بان الالتزام في

والخراج 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 الاعتناق ثم فيما كان القول قول المدعي أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحسبه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحسب لظهور ظلمه في الحال وانما يحسبه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقد رعا ذكره ويروى 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 أولا كان القول للمرأة والشريك الساكت في دعوى البسار وأما تأييدهما الثاني فلانه لما لم يكن بدل المهر وبدل العتق ما لا جعل القول قول من عليه فعمل بهذا أن الصحيح هو القولان الاخيران كذا في النهاية ومنهم من استروح في الاول فقال اما تأييدهما القول من قال القول له في جميع ذلك فظاهر وذكر في الثاني ما ذكر في النهاية ولا يخفى انهم ما يبطلان القول المفصل في الكتاب بين كون الدين متزما بمال أو بغيره فلا يكون القول للطلب ولطلب وكونه بخلافهما فالقول للطلب فان البدل فيه مما لم يزم بغيره وهو الضلع الحسن الموضوع بسبب اعنى 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 بمال يكون القول فيه للطلب وان التزمته بعقد ثم هذه الثانية باعتبار صدقها مع جزء كل من القولين بطابقه كل منهما بوجهه أنه يفيد الشمول والافتم يلزم من كون القول للطلب فيما اذا التزم بغيره والبدل ليس بمال كون القول له في جميع الديون في غاية النهاية والدراية وغيرهما من قوله بعد توجيه التأييد فكان الصحيح هو ما القولان تساهل ظاهر وكيف يمكن أن يجمع بينهما في الصحة وهو ما امتبنا بان فان كون القول للطلب في الكل اذا كان هو الصحيح لا يكون الفصل بين كون بدل الدين مالا فالقول للمدعي أو غير مال فالقول للطلب صحيحا فالذي لا شبهة فيه انما يبطلان القول المذكور في الكتاب ليس غير وأجاب المصنف عن الابطال المذكور بان دين النفقة وضمنان العتق ليس بدين مطلق بل هو صلة واجبة ولا سقطت النفقة بالموت بالاتفاق وكذا ضمان الاعتناق عند أبي حنيفة وهو ذامعنى قوله (والخراج على ما قال في الكتاب الخ) فلم يرد انقضاء الرجوع قول الكتاب المفصل على قوته وثبوته (ثم فيما) اذا (كان القول قول المدعي أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة يحسب) المديون (شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحسب لظهور الماطلة ثم انما يحسب مدة ليظهر ماله) فيؤدى ما عليه (فلا بد ان تمتد تلك المدة ليفيد هذه الفائدة فقد رعا ذكره) وهو شهران أو ثلاثة وهو رواية محمد بن أبي حنيفة في كتاب الحوالة والكفالة (ويروى غير ذلك من التقدير بشهر) وهو اختيار الطحاوي لان ما زاد على الشهر في حكم الاجل وما دون الشهر في حكم العاجل فصار أدنى الاجل شهرا والاقصى لا غاية له في شهر وروى (أو أربعة أشهر الى ستة أشهر) وهو رواية الحسن

صورة الاعتناق موقوف على ثبوت بسار المعتق فلا يدل الاعتناق مجردا على الالتزام فلان نقض (قوله بدل المهر) أقول الظاهر عن أن يقول بدل النفقة (قوله فعمل أن الصحيح هو القولان الاخيران) أقول كيف يجتمعان على الصحة وهما متنافيان الآن يقال المراد أن الصحيح لا يعدوهم لان كلامهم ما صح (قوله أى النفقة على تأويل الانفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة) أقول الاتفاق لا يكون دينا فلا وجه لهذا التأويل والاصوب أن يقال على تأويل الدين وان يرجع الضمير الى كل من النفقة وضمنان الاعتناق (قوله وقد تقدم أن الدين الصحيح الخ) أقول في الكفالة (قوله ويروى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر) أقول قوله بشهر متعلق بعقد

والصحيح ان شيئا من ذلك ليس بمتقدرا بل هو مفوض الى رأى القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص فيسهل في الناس من يصحبر في السجن في مدة قليلة ومنهم من لا يصحبر كثير حتى يتقاربت تلك المدة التي صحبر الآخر فان وقع في رأيه ان هذا الرجل يصحبر بهذه المدة ويظهر المال ان كان له ولم يظهر سأل عن حاله بعد ذلك فان سأل عنه فقامت بيعة على عسرة أخرجه القاضى من الحبس ولا يحتاج في البيعة الى افضة الشهادة والعدول اذا أخبر بذلك ثقة على 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 على سبيله وليس هذا شهادة على النبي لان الاعسار بعد اليسار أمر حادث فتكون الشهادة بأمر حادث لا بالنبي وان استخاف المطلوب الطالب على أنه لا يعرف أنه معسر حاشية القاضى فان نكل أطلقه وان حلف أبدأ الحبس وقال شيخ الاسلام هذا السؤال من القاضى عن حال المدينين بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنبي وهي ليست بحجة فلا قاضى أن يعمل برأيه ولكن لو سأل كان أحوط قبل محمد رجه الله قبل البيعة على اليسار وهو لا يثبت الا بالملك وتعذر التضاعب لان الشهود لم يشهدوا بعباده ولم يقبل فيما اذا أنكر المشتري جوار الشئع وأنكر ملكه في الدار التي بيده في جنب الدار المشتركة فأقام الشفيع بيعة ان له نصيبا في هذه الدار ولم يبيسوا مقدار نصيبه فان القاضى لا يقضى بهذه البيعة فما الفرق بين ما أوجب أن الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين والقدرة عليه انما تكون ملك مقدار الدين فيثبت بهذه الشهادة قدر الملك لتكون قدر الدين معلوما في نفسه اما الشاهد على النصيب فليس بشاهد على شئ معلوم لان القليل والكثير في استحقاق الشفعة سواء فوضح الفرق بينهما قال (فان لم يظهر له مال خلى سبيله الخ) فان لم (٤٧٥) يظهر للعبوس مال بعد مضي المدة التي

رأها القاضى برأيه أو بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشايخ كشمس وأوشهرين أو أربعة أشهر على ما تقدم خلى سبيله لانه استحق النظره الى الميسرة لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فكان الحبس بعده ظلما وفي بعض الشروح جعل قوله يعني بعد مضي المدة متعلقا بقوله خلى سبيله فقال المفهوم من كلامه أنه لا يخليه مالم

والصحيح ان التقدير مفوض الى رأى القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص فيه قال (فان لم يظهر له مال خلى سبيله) يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظره الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البيعة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ رجهم 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 الصدراة الشهيرة فالتقدير في هذا غير معتبر بل هو مفوض الى رأى القاضى اذا تصدق بالحبس أن يصحبر قلبه فيقضيه 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 به فان شهد شاهدان عنده انه قادر على قضاء الدين أبدأ حبسه وان قالوا انضيق الحال أطلقه ولو رأى أن يسأل قبل انقضاء مدة الحبس كان له ذلك وأما السؤال قبل الحبس وقبول البيعة الاعسار ففيه اختلاف الرواية عن محمد بن رواية تقبل قبل الحبس وبه أفتى محمد بن الفضل واسماعيل بن جاد بن أبي حنيفة ونصير بن يحيى

تمض المدة وليس كذلك فان أصحابنا ذكروا في نسخ أدب القاضى وقالوا اذا ثبت اعساره أخرجه من الحبس وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شئ من ذلك (ولو قامت البيعة على افلاسه قبل مضي المدة) بأن أخبر واحد ثقة أو اثنان أو شهد بذلك شاهدان أنه مفلس معدم لان علمه لا يملك سوى كسونه التي عليه وثياب ليله وقد اخترنا أمره سرا وعلائية ففيه روايتان (تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعليها عامة المشايخ) وان كان ذلك قبل الحبس فعن محمد بن فيه روايتان في رواية لا يحبس به وبه كان يقضى الشيخ الجليل أبو بكر محمد بن الفضل وهو قول اسمعيل بن جاد بن أبي حنيفة رجهم الله وفي أخرى وعليها عامة مشايخ ما وراء النهر أنه يحبس ولا يلتفت الى هذه البيعة لانها على النبي 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 القدوري (خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام) يعني المنع عن ملازمة المدينين بعد أخرجه من الحبس (في الملازمة) هل للطالب ذلك أو لا (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 شئ من ذلك) أقول المراد من البعض هو الاثنان وسيظهر جواب آخر انما بأن ما في الكتاب على رواية الاصل فاندفع الاشكال على أن ثبوت الاعسار يكون بالنية وعدم الظهور لا يلزم أن يكون بم فالمراد خلى سبيله بمجرد عدم ظهور المال على ما يفهم من الشرطية فافهم (قوله فان أصحابنا ذكروا الى قوله أخرجه من الحبس) أقول ممنوع فانه يفهم مما ذكره أيضا انه اذا لم يظهر له قبل مضي المدة لا يخليه قال المصنف (ولا تقبل في رواية) أقول وهذا اذا كان أمره مشكلا وافلاسه غير ظاهر بين الناس والا فلا يحبس (قوله وهذا الكلام يعني المنع عن ملازمة المدينين) أقول لعل الصواب يعني عدم المنع كما لا يخفى

(وذ كرفي الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فانه يحبس ثم يسأل عنه فان كان موسرا أبدحبه وان كان معسرا خلى سبيله) وهذا ظاهره يناقض ما ذكر في أول الفصل ان الحق اذا ثبت بالاقرار لا يحبس أول وهلة فيحتاج الى تأويل فلهذا ذكر المصنف تأويله بقوله (ومراده) أي مراد محمد (٤٧٦) اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة قبل ذلك فظهرت مماطلته) وهذه الرواية تصلح

أن تكون معتمد شمس الأئمة وفي الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فانه يحبس ثم يسأل عنه فان كان موسرا أبدحبه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس أولاً ومدته قد بيناه فلا نعبد. 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 الاتفاق عليه) لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضى الزمان والله أعلم

وهو قول الشافعي وأحمد والاكثري انه لا تقبل قبل الحبس وهو قول مالك قيل وهو الاصح فان بينة الاعسار بينة على النفي فلا تقبل حتى تتأيد بمؤيد وبعد مضي المدة تأيدت اذا الظاهر انه لو كان له مال لم يعمل ضيق السجن ومرارته واعلم ان سؤال القاضي بعد المدة للاحتياط والابقع 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 والده يشير قوله فان لم ينكشف له مال خلى سبيله ولو طلب المدون عين المدعي انه ما به لم انه معسر حلف فان نكل أطلقه ولو قبل الحبس وان حلف أبدحبه ولا شك أن معناه ما لم تقم بينة على حدوث عسرته قال أبو القاسم في كيفية تهادة الاعسار ان يقول أشهد انه مفلس لانه لم يملك ما لا سوى كسوته التي عليه وثياب ابيه وقد اخترنا أمره سرا وعلاية بخلاف ما اذا مضت المدة فسأل فانه يكفي الواحد العدل في اخباره بالعسرة والاثنان أحوط ولا يشترط فيها لفظة الشهادة ذكره في باب الحبس من كفالة شيخ الاسلام (قوله وفي الجامع الصغير رجل أقر بدين عند القاضي فانه يحبس ثم يسأل عن حاله) انما ذكره لافي ظاهره من المخالفة لما قدمه من قوله اذا ثبت الدين بالاقرار لا يحبس في أول الوهلة فان هذا ظاهره في وصل الحبس باقراره فذكره ليوهله بقوله (ومراده اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مماطلته فترافعا) الى القاضي فانه يحبس بمجرد جوابه انه لم يعطه الى الآن شيئا (قوله ويحبس الرجل في نفقة زوجته) لانه نظام بالامتناع) ويحقق ذلك بأن تقدمه في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وان كان مقدار النفقة قليلا كالدنانق اذا رأى القاضي ذلك فأما مجرد فرضها ولو طلبت حبسه لم يحبس لان العقوبة تستحق بالظلم والظلم بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق وهذا يقتضي انه اذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي اذا قدمته في اليوم الثاني أن يأمره بالاتفاق فان رجح فلم ينفق أو وجهه عقوبة وان كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو نظام لها وهو قياس ما أسلفناه في باب القسم من قولهم اذا لم يقسم لها فرفعه الى القاضي يأمره بالقسم وعدم الجور فان ذهب ولم يقسم فرفعه أو وجهه عقوبة وان كان ما ذهب لها من الحق لا يقضى ويحصل بذلك ضرر كبير (قوله ولا يحبس والدي دين ولده فانه عقوبة) ولا يستحق الوالد عقوبة لاجل الولدان التأنيف لما حرم كان الحبس حراما لانه فوقه وكذا لا يحده اذا قذفه ولا يقتص منه اذا قتله أما اذا امتنع من الاتفاق عليه فانه يحبس وكذا كل من وجبت عليه النفقة فأبى عن الاتفاق) أبا كان أو أم أو جد لان في ترك الاتفاق سعيافي هلاكهم ويجوز أن يحبس الوالد لانه قد اهلك الولد (ولانه لا يتدارك لسقوطها) أي سقوط النفقة (بعضي الزمان) بخلاف الدين فانه لا يسقط وفي الذخيرة والعبد لا يحبس لمولاه لان المولى لا يستوجب عليه ديناً ولا المولى لعبد 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 يحمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر هو التأويل (قوله والحبس أولاً) يعني ان المذكور في الجامع الصغير من الحبس أولاً ومدته على ما بيننا ليس فيه مخالفة لما بيناه فيحتاج الى ذكرها لانه لا نعبد (ويحبس الرجل في نفقة زوجته) لانه اذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته أو اصطالحا على مقدار ولم ينفق عليها ورفعت الى الحاكم حبسه لظهور ظلمه بالامتناع (ولا يحبس والدي دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده والقصاص) قال الله تعالى ولا تقل لهما أف واخفض لهما جناح الذل من الرحمة (الا اذا امتنع من الاتفاق عليه لان فيه احياء ولده) وفي ترك سعي في هلاكه ويجوز أن يحبس الوالد لانه قد اهلك الولد (ولان النفقة تسقط بمضى الزمان فلا يمكن تداركها) وسائر الديون لم تسقط به فافترا وكذا لا يحبس المولى لعبده اذا لم يكن عليه دين فان كان حبس لان ذلك الحق الغرماء وكذا العبد لمولاه لانه لا يستوجب عليه ديناً وكذا الدين عليه مكاتبه اذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة واذا كان من غير جنسه لان تقع المقاصة والمكاتب في حق كسابه بمنزلة الحر فيحبس المولى لاجله وكذا المكاتب لدين الكتابة لانه من اسقاطه فلا يكون بالمنع طالما لا يحبس في غيره لانه لا يتمكن من الفسخ بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وقيل تجب التسوية بينه لانه متمكن من تمييز نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة والله أعلم

عبداه اذا لم يكن عليه دين فان كان حبس لان ذلك الحق الغرماء وكذا العبد لمولاه لانه لا يستوجب عليه ديناً وكذا الدين عليه مكاتبه اذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة واذا كان من غير جنسه لان تقع المقاصة والمكاتب في حق كسابه بمنزلة الحر فيحبس المولى لاجله وكذا المكاتب لدين الكتابة لانه من اسقاطه فلا يكون بالمنع طالما لا يحبس في غيره لانه لا يتمكن من الفسخ بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وقيل تجب التسوية بينه لانه متمكن من تمييز نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة والله أعلم

باب كتاب القاضي الى القاضي

أورد هذا الباب بعد فصل الحبس لان هذا من عمل القضاء أيضا الآن السجن 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 (٧٧ ع) وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به

باب كتاب القاضي الى القاضي

قال (ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده) للعاجزة على ما بين (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) لوجود الحجية (وكتب بحكمه) وهو المدعو ومجلا (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 حبس لانه للغرماء في التعديق ويحبس مولى المكتوب للمكاتب اذا لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة لان في الجنس له حق أخذه فاذا أخذ بكتابة قضا صافي في غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب في كسابه كالحرف له حق المطالبة فيحبس له اما المكاتب فلا يحبس دين الكتابة لمولاه لانه بالامتناع لا يصير ظالم الماولو كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس فيه لانه لا يتمكن من فسخ ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وعن بعض مشايخنا هاهنا لانه يتمكن من اسقاطه بتعجز نفسه فيسقط الدين عنه لان المولى لا يستوجب على عبده دينه وفي ظاهر الرواية أن بدل الكتابة صالحة من وجه بخلاف سائر الديون

باب كتاب القاضي الى القاضي

هذا ايضا من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق في الوجود الا بقاضين فهو كالمركب بالنسبة الى الحبس والعمل بكتاب القاضي الى القاضي على خلاف القياس لانه لا يزيد على اخباره بنفسه والقاضي لو أخبر قاضي البلدا الاخرى بأنه ثبت عنده بيينة قبلها حق فلان على فلان السكان في بلد القاضي الاخر لم يجوز العمل به لان اخبار القاضي لا يثبت حجة في غير محل ولا يثبت فكاكه أو لى أن لا يعمل به لكنه جاز باجماع الصحابة والتابعين لحاجة الناس الى ذلك فان الانسان قد لا يقدر على أن يجمع بين شهوده والمدعى عليه بان كان في بلدين فجوز اعانة على اصال الحقوق لمستحقها وما وجه القياس به لسابقه من شبهة التزوير فان الخط والخطم يشبه الخط والخطم فليس بذلك لان هذه الشبهة منتفية باسئراط شهادة الشهود على نسبة ما فيه الى القاضي المرسل وأنه ختمه وقيل أصله ما روى الفصحاحين سفيان أنه عليه الصلاة والسلام كتب أن ورث امرأه أشيم الضبابي من دينه زوجها رواه أبو داود والترمذي وأجمع الفقهاء عليه لا يثقال لان تسليم مساس الحاجة الى كتاب القاضي لان الشاهدين على الكتاب يجوز أن يشهدا على شهادة الاصول ويؤدون عند القاضي الثاني فلم يحتج اليه لانا نقول في الشهادة على الشهادة يحتاج القاضي الثاني الى تعديل الاصول وقد تبين ذلك في بلده وبالكتاب يستغنى عن ذلك لانه يكتب بعدالة الذين شهدوا عنده (قوله) ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق) أي التي تثبت مع الشهادت بخلاف الحدود والقصاص (اذا شهد به) أي بالكتاب (عند القاضي) المكتوب اليه على ما بين من أن المشهود فيه ماهو عن قريب ثم فصل فقال (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) يريد بالخصم الحاضر من كان وكيلان جهة المدعى عليه أو مسخر أو هو من ينصبه القاضي وكيلان الغائب ليسمع الدعوى عليه والاولاد 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 البلدا التي فيها الموكل ليقضى منه الحق (و) هذا الكتاب المتضمن للحكم (هو المدعو ومجلا) في عرفهم (واذا شهدوا بلا خصم حاضر لم يحكم) لانه حينئذ قضاء على غائب (و) انما (يكتب بالشهادة الى القاضي الاخر ليحكم) هو (بها وهذا هو الكتاب الحكمي) في عرفهم نسبه الى الحكم باعتبار

القاضي فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير اذا الخط يشبه الخط والخاتم الخاتم الا انه يجوز لحاجة الناس لما روى ان عليا رضی الله عنه جوزه كذلك وعليه أجمع الفقهاء قال (ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق الخ) يقبل كتاب القاضي الى القاضي في حقوق تثبت بالشهادت دون ما يندرى بها اذا شهد به بضم الشين عند المكتوب اليه للعاجزة وهو نوعان المسمى سجلا والمسمى الكتاب الحكمي وذلك لان الشهود اما أن يشهدوا على خصم أو لا وتمكيره بشير الى أنه ليس المدعى عليه اذ لو كان اياه لما احتج الى الكتاب والكتاب لا يدمنه لثلا يقع القضاء على الغائب فالمراد به كل ما يمكن أن يكون خصما فان كان الاول حكم بالشهادة لوجود الحجية وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا لان العمل 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 نفذه

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 لم يفعل مستندهم فيه ما سيجي في هذا الكتاب والنهاية وغيرها في شرح قوله ولا يقضى القاضي على غائب

والا فلا لعدم اتصال الحكم به وقد يشير الى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة وتختص بشرائط منها العلو المسمو وهي أن تكون من معلوم الى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم وسنذكر ما عداها ان شاء الله (قوله وجوازه) هو الموعود بقوله على ما بين وهو يشير الى أن جوازه ثابت بمشابهته للشهادة على الشهادة لاتحاد المنطوق وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم فكما جواز الشهادة على الشهادة لاجتماع حقوق العباد فكذلك جواز الكتاب لذلك ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم أنه مخالف للقياس في رادبه الاتحاد في منطوق الاستحسان وقوله (يعني القدوري) في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجرودة (والمضاربة المجرودة لان كل ذلك بمنزلة الدين) والدين يجوز فيه الكتاب فكذلك فيما كان في منزلته (قوله وهو يعرف) أي 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 تحتاج الى الاشارة واعتراض بأن ماسوى الدين يحتاج اليها فان الشاهد يحتاج الى الاشارة الى الرجل والمرأة في دعوى (٤٧٨) النكاح من الجانبين وكذلك في الباقي فكانت بمنزلة الثياب والحيوان وكتاب

وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط تدكرها ان شاء الله تعالى وجوازه لما سألنا الحاجة لان المدعى قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فأشبهه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجرودة والمضاربة المجرودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتصديق ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يقبل في العبد دون الامة لغلظة الابقا فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها

ما يؤل (وهو في الحقيقة نقل الشهادة) الى ذلك القاضي وسنذكر شروط الحكم من القاضي الثاني به والفرق بين الكتابين أن السجل يلزم العمل به وان كان المكتوب اليه لا يرى ذلك الحكم لصدر الحكم في محل مجتهد فيه والكتاب الحكمي لا يلزم اذا كان مخالفا لانه لم يقع حكم في محل اجتهاد فله أن لا يقبله ولا يعمل به (ويندرج في الحقوق الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجرودة والمضاربة المجرودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف غير محتج الى الاشارة) واستشكل بأن في دعوى النكاح لا بد من الاشارة الى الرجل والى المرأة 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 الزمته بأي طريق كان ضمنا أو قصدا تتعذر على شهود القاضي الكاتب 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 سنذكر ان شاء الله تعالى فيكتب فيها كما يكتب في الدين والعيبد (ويقبل في العقار أيضا) اذ بين حدودها الاربع (لان التعريف يحصل به ولا يقبل في الاعيان المنقولة) كالجوار والنوب والعيبد (للحاجة الى الاشارة) فيها (وعن أبي يوسف أنه يقبل في العبد دون الامة لغلظة الابقا في العبيد) لانه يتخدم خارج البيت فابقاه

القاضي الى القاضي لا يجوز فيها في ظاهر الرواية وأجيب بأن الاشارة الى الخصم شرط فيما ذكرت وهو ليس بمدعى به انما هو نفس النكاح والامانة وغير ذلك مما هو من الافعال ألا ترى ان الاشارة الى الدائن والمديون لا بد منها عند دعوى الدين وليس ذلك بما نابع الاجماع (ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتصديق) وذلك لا يحتاج الى الاشارة (ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة اليها) عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله ولهذا لم يجوزاه في العبيد والجواري واستحسن أبو يوسف في العبيد دون الامة لغلظة الابقا في

العبد دون الامة) فان العبيد يتخدم خارج البيت غالباً فيقدر على الابقا فتمس الحاجة الى الكتاب بخلاف الامة فانها متيسر تخدم داخل البيت غالباً (وعنه) أي عن أبي يوسف (أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها) يعني الكتب المبسوطة كاللبسوط وشروح أدب القاضي وصحة ذلك بخاري أبق عبد الله الى سمرقند مثلاً فاخذ سمرقندي وشهود المولى بخاري فطلب من قاضي بخاري أن يكتب بشهادة شهوده عنده فيجيب الى ذلك ويكتب شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الذي من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعى وهو اليوم سمرقندي بفلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين ويعلمهما ما فيه ويرسلهما الى سمرقند فاذا انتهت الى المكتوب اليه يحضر العبيد مع من هو بيده يشهد عنده عليه بالكتاب وبما فيه فتقبل شهادتهم او يفتح الكتاب ويدفع العبد الى المدعى ولا يقضى له به لان شهادة شاهدي الملك لم تكن بحضرة العبد وياخذ كفيلاً من المدعى بنفس العبيد ويجعل في عنق العبد خاتماً من رصاص

(قوله والافسلا) أقول بان كان مما اختلف فيه الفقهاء (قوله وأجيب بأن الاشارة الى الخصم شرط) أقول فان قيل اذا كان شرطاً نفعي لا يجوز بدونه قلنا حوازا الاستحسان على خلاف القياس

وعن محمد رحمه الله انه يقبل فى جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون

متيسر فلما سأل الحاجه فيه جوزة بنحو لاف الامه لانها داخل البيت فلا يتيسر لها تيسره (وعن محمد أنه يقبل فى جميع ما ينقل) من الدواب والشياب والاماه (وعليه المتأخرون) ونص الاسيبي على أن الفتوى عليه وبه قال مالك وأحمد والشافعى فى قول فان المانع منه ما كان الا الحاجه الى الاشارة فى الاعيان وهى غائبة فى بلد المكتوب اليه ولا شك ان فى الدين ايضا لا بد من الاشارة الى المديون ليقضى عليه ومع ذلك اكتبى باسمه وشهرته فى الاثبات عليه وقبول القاضى الكتاب الشهادة عليه وما ذلك الا لان عند القضاء من الثانى يتحقق معنى الاشارة والتعيين ويثبت ذلك بايراد الصور فصوره 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 فانى أحمد اليك الله الذى لا اله الا هو أما بعد فان رجلا نانى يقال له فلان بن فلان وذكر 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 سئذ ذكر وسألتنى ان اسمع بينته وأكتب اليك بما يستقر عندى من ذلك فسألته البينة فأتانى بعدة منهم فلان وفلان وفلان ويحلمهم وينسبهم فشهدوا عندى ان فلان بن فلان الفلانى على فلان بن فلان الفلانى كذا وكذا درهما ما يتاحالا وسألتنى ان أحلنه بالله ما قبض منها شيئا ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتمال بشئ منها وحلفته خلف بالله الذى لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذى قامت به البينة عندى ولا قبضه له وكيل ولا حاله ولا قبضه له قابض وأناله عليه فسألتنى أن أكتب له كتابا اليك بما استقر عندى من ذلك فكتب اليك هذا الكتاب وأشهدت عليه شهودا أنه كذا وكذا وختمت على الشهود قال ثم طوى الكتاب ويختم عليه فان ختم عليه شهوده فهو وثوق ثم يكتب عليه عنوان الكتاب من فلان قاضى كورة كذا الى فلان قاضى كورة كذا ثم يدفعه الى المدعى فاذا أتى به المدعى الى القاضى الذى بالكورة فذكر ان هذا كتاب القاضى اليه سأله البينة على كتاب القاضى ولا ينبغي أن يسمع بينة المدعى حتى يحضر الخصم فاذا حضره وأقر أنه فلان ابن فلان الفلانى قبل بيئته وسمع منه فان أنكرك قال له جئت بالبينة ان هذا فلان بن فلان الفلانى فان جاءه واعدلوا سمع بينة المدعى حينئذ على ان هذا كتاب القاضى الذى ذكر فيقول لهم اقرأ عليكم ما فيه فاذا قالوا اقرأه علينا وأشهدنا ان هذا كتابه وختمه فاذا سمع منهم لا يفك الخاتم حتى يسأل عنهم فاذا عدلوا لا يفكك ايضا حتى يحضر الخصم فاذا حضر فكك وقرأ عليهم وعليه فان أقر أزمه اياه وان أنكرك قال لك حجة والاقضيت عليك فان لم يكن له حجة قضى عليه وان كانت له حجة قبلها وان قال لست أنا فلان بن فلان الذى شهدوا عليه بهذا المال لزيد بل هو آخر قال له هات بينة ان فى هذه الصناعة أو القبيلة رجلا ينتسب بمنزل ما ينتسب اليه والا الزمتك ما شهد به الشهود فان جاء بيئته على أن فى تلك القبيلة أو الصناعة من ينتسب بمنزل ما ينتسب اليه ابطال 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 لكتب وأقام شهودا عدولا عرفتهم بالعدالة أو سألت عنهم فعدلوا كنى عن تسميتهم ونسبهم وعندى لا بد أن يقول أحرار عدول اذا لم يسمهم والذي يظهر من كلام محمد وعرفه انه لا بد من تسميتهم ونسبهم كل منهم ومصلحه سرفته ان تاجر افتحرا ومزارع غزارع والمقصود تميم تعريف الشهود ثم يذكر ان عرفهم بالعدالة أو عدلوا

فأذا 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 ثبت عنده ليقرأ كفيله وفى رواية عن أبي يوسف ان قاضى بخارى لا يقضى للمدعى بالعبد لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى قاضى سمرقند فيه ماجرى 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 لشلايطاها قبل القضاء بالملك زاعما أنها ملكه ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمه الله قالوا 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 الخلية والصفة تشبهان فان المختلفين قد يتفقان فى الخلق والصفات

فلاخذ بالقياس أولى (وعن محمد رحمه الله أنه يقبل فى جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون) وهو مذهب مالك وأحمد والشافعى فى قول

لان الخصم اذا حضره الشاق قد يكون له مطعن فيهم أو في أحدهم فلا بد من تعيينهم له ليمكن 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 المدعى بقاله فلان بن فلان
 يتم التعريف في قوله ما وعنده لا بد من ذكر الجرد 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 المدعى انه
 غائب من هذا البلد مسيرة سفر لان بين العلماء اختلاف في المسافة التي يجب وزنها كتاب القاضي الى
 القاضي في 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 الشهود ليس بالزام بل هو أوثق كما قال ومنها قوله وععدوا ظاهر في انه لا يفك الختم حتى
 يعدل شهود الكتاب وفيه خلاف سيدكر وان كانت دارا قال وادعى ان له دارا في بلد كذا في محلة
 كذا وكذا حدوده في يد رجل يقال له فلان بن فلان يعرفه على وجه التمام ولو ذكر أو ثلاثة حدود كفي
 استحصانا خلافا لفر ولوغلطوا في بعض الحدود وبطل الكتاب وصورة كتاب العبد الأبق من مصر
 بعد العنوان والسلام أن يكتب شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الهندي الذي يقال له فلان حلينته
 كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعى وقد أتى الى الاسكندرية وهو اليوم في يد فلان
 بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين مسافرين الى الاسكندرية على ما فيه وعلى ختمه كما سيذكر فاذا
 وصل وفعل القاضي ما تقدم وفتح الكتاب دفع العبد الى المدعى من غير أن يقضى له به لان الشهود
 الذين شهدوا بعلت العبد للمدعى لم يشهدوا بحضور العبد و يأخذ كفيلا بنفس العبد من المدعى
 ويجعل خاتما من القاضي في كتف العبد ولا حاجة الى هذا الادفع من يتعرض له ويتمه بسرقة
 فاذا لم يكن لاحاجة ويكتب كتابا الى قاضي مصر ويشهدان على كتابه على ما عرف فاذا وصل
 الكتاب اليه فعل ما يفعل المكتوب اليه ثم يأمر المدعى أن يحضر شهوده ليشهدوا بالاشارة
 الى العبد أنه ملكه فاذا شهد واقضى له به وكتب الى قاضي الاسكندرية بما ثبت عنده اميرئ كفيله
 وفي بعض الروايات ان قاضي مصر لا يقضى بالعبد للمدعى لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر
 الى قاضي الاسكندرية ويذكر فيه ما جرى عنده ويشهد على كتابه وختمه ويرد العبد معه اليه
 ليقضى به بحضور المدعى عليه فيفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصورته في الجوارى كافي العبد
 الا ان القاضي المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعى بل يعثها على يد أمين لاحتمال انه اذا
 أرسلها مع المدعى يطؤها لاعتماده انما ملكه قال في المبسوط ولكن أبو حنيفة ومحمد قالاهذا فيه
 بعض القبح فانه اذا دفع العبد يستخدمه فهورا يستغله فبا كل من غلته قبل أن يثبت ملكه فيه
 بالقضاء وربما يظهر العبد لغيره ولا يخفى ان ضم محمد مع أبي حنيفة بناء على ظاهر الرواية عنه
 وكلامنا على الرواية عن محمد المختارة للفتوى الموافقة لوجه والائمة الثلاثة واذا عرفت هذا
 فالزوجة المدعى باستحقاقها في بلد القاضي المكتوب اليه لا بد أن تجعل من قبيل الامة فيجرب فيها
 ما يجرب فيها لانه يبعد أن تجرب مجرى الديون لانها اذا قالت استأنافلانة المشهود على انها زوجة
 المدعى المذكور ولم تقدر على بينة ان في قبيلتها من هو على اسمها ونسبها أن تدفع الى المدعى يطؤها

قال (ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين الخ) لا يقبل كتاب القاضى الى القاضى الا بشهادة تامة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أما اشتراط الحجية فلانه ملزم ولا الزام بدونها وأما قبول رجل وامرأتين فلانه حق لا يسقط بالشبهات وهو مما يطلع عليه فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق وكان الشعبي يقول يجوز كتاب القاضى الى القاضى بغير بينة قياسا على كتاب أهل الحرب وأجاب المصنف بقوله بخلاف كتاب الاستثمان يعنى اذا جاء من ملك أهل الحرب (٤٨١) في طلب الأمان فانه مقبول بغير بينة حتى لو

أمنه الامام صح لانه ليس بملزم فان لامام رأيا في الامان وتركه وبخلاف رسول القاضى الى المزكى وعكسه فانه يقبل بغير بينة لان الالزام على الحيا كالمسئ بالتركية بل هو بالشهادة الأترى أنه لو قضى بالشهادة بلتركية صح وقوله وبخلاف رسول القاضى الى المزكى قبل قديش برالى أن رسول القاضى الى القاضى غير معتبر أصلا في حق لزوم القضاء عليه بينة وبغيرها والقياس يقتضى اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فانه كما ينعتد بكتابه ينعتد برسوله أو اتحادهما في عدمه لان القياس بأبي جوازهما وفرق بينهما بوجهين أحدهما ورود الأثر في جواز الكتاب واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فبقى على القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب والكتاب واحد من موضع القضاء فكان كالمطلب من موضع القضاء فيكون حجة واما الرسول فقائم مقام المرسل والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض

قال (ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) لان الكتاب يشبهه الكتاب بنية الا بجملة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجية بخلاف كتاب الاستثمان من أهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضى الى المزكى ورسوله الى القاضى لان الالزام بالشهادة لا بالتركية

(قوله ولا يقبل الكتاب) أى لا يقبل المكتوب اليه الكتاب (الابتهادة رجلين أو رجل وامرأتين) على أنه كتاب القاضى فلان الكتاب وانتهى وان فيه كذا وكذا ولا بد من اسلامهما فلا تقبل شهادة الذميين على كتاب قاضى المسلمين ولو كان الكتاب لذي على ذمى لانهم يشهدون على فعل المسلم وهذا لان قبول شهادة بعضهم على بعض كان للحاجة والضرورة اذ قلما يحضر المسلمون معاملة بينهم خصوصا الانكحة والوصايا وهذا لا يتحقق في كتاب القاضى وختمه ولم يشرط الشعبي الشهادة عليه وكذا الحسن أسند الخفاف الى عمر بن أبي زائدة أو غيره قال حدثت بكتاب من قاضى الكوفة الى اناس بن معاوية فبعت وقد عزل واستقضى الحسن فدفعته كتابا اليه فقبله ولم يسألني البينة عليه فقبحه ثم نشره فوجدتني 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 و به قال أبو ثور والاصطخري من الشافعية وأبو يوسف في رواية فالشرط عندهم ان يكون المكتوب اليه يعرف خط القاضى الكتاب وختمه قياسا على كتاب الاستثمان وعلى رسول القاضى الى المزكى ورسول المزكى الى القاضى قلنا الفرق ان هذا نقل ملزم اذ يجب على القاضى المكتوب اليه ان ينظر فيه ويعمل به ولا بد للملزم من الحجية وهى البينة بخلاف كتاب أهل الحرب فانه ليس ملزما اذ لا امام أن يعطيهم ما طلبوه وله ان لا وأما الرسول فلان التركية ليست ملزمة وانما الملزم هو البينة وأما الفرق بين رسول القاضى وبين كتابه حيث يقبل كتابه ولا يقبل رسوله فلان غاية رسوله أن يكون بنفسه وقد منأ أنه لو ذر كتابه لذلك القاضى بنفسه لا يقبله وكان القياس في كتابه كذلك الا أنه أجزى باجماع التابعين على خلاف القياس فان قصر عليه فان قلت فكيف عمل الحسن بالكتاب وهو لم يكتب الا الى قاض آخر غيره فالجواب يجوز أن يكون قال الى اناس القاضى بالبصرة والى كل قاض رآه من قضاء المسلمين فانه اذا كتب كذلك كان لكل قاض رفع اليه أن يعمل به بخلاف ما لو كتب من الاول الى من يبلغه كتابي هذا من قضاء المسلمين فانه لا يجوز العمل به لاحد من القضاء وأجازة أبو يوسف أيضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم ﴿ فرغ ﴾ يجوز على كتاب القاضى الشهادة على الشهادة كما جاز فيه شهادة النساء لانه ثبت مع الشبهات ولو كتب القاضى الى الامير الذى ولاه أصلح الله الامير ثم قص القصة وهو معه في المصر فجاءه ثقة يعرفه الامير ففى الفتاوى لا يقبل لان اجاب العمل بالبينة ولأنه لم يذكر اسمه واسم أبيه وفى الاستحسان يجوز للامير أن يمضيه لانه متعارف ولا يلتقى بالقاضى أن يأتي فى كل حادثة الى الامير ليخبره ولانه لو أرسل اليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كعبارة فى جواز العمل به فكذا اذا أرسل كتابه ولم يجر الرسم فى مثله من مصر الى مصر فشرطنا هناك شرط كتاب

وقول القاضى فى غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا قال المصنف (ولا يقبل الكتاب) أقول أى لا يعمل به لانه لا يأخذه ليجتأف ماسيحي من قوله فاذا سلمه (قوله الأترى انه لو قضى بالشهادة الخ) أقول فى هذا التنوير بحث فان حصة القضاء أمر والالزام أمر آخر لثمة فى الاول بدون الثانى وجوابه ان حصة الحاكم قبل التركية اذا كانت بالشهادة والالزام بعد ما فيكون بهم أيضا (قوله قبل قديش برالخ) أقول فى وجه الاشارة خفاء لا يخفى (قوله فى حق لزوم القضاء عليه سنة) أقول على كونه رسول القاضى

قال (ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه الخ) شرط ابو حنيفة وعمر بن عبد الله علم ما في الكتاب وحفظه وانتم بمحضرة
 الشهود ولهذا يجب ان 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 وهم يعلمون ويحتمه بمحضرتهم ويشمله الى الشهود كي لا يتوهم التغيير اذا كان (٤٨٢)

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 ابتلى بالقضاء وانما قال
 آخر الان قوله الاول مثل
 قول أبي حنيفة ومحمد
 رجحما الله واختار شمس
 الأئمة السرخسي قول
 أبي يوسف تيسيرا على
 الناس

قال المصنف (ويسلمه
 اليهم) أقول قال في النهاية
 أي الى الشهود وعمل القضاة
 اليوم أنهم يسلمون المكتوب
 الى المدعى وهو قول أبي
 يوسف وهو اختيار الفتوى
 على قول شمس الأئمة وعلى

قول أبي حنيفة يسلم المكتوب الى
 الشهود كذا وجدت بخط شيخنا انتهى ثم قال وأجمعوا في الصلح ان الشهادة لا تصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب فاحفظ هذه المسئلة
 فان الناس اعادوا بخلاف ذلك اه

قال (ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به) لانه لا شهادة بدون العلم (ثم يختمه
 بمحضرتهم ويسلمه اليهم) كي لا يتوهم التغيير وهذا عند أبي حنيفة ومحمد لان علم ما في الكتاب وانتم
 بمحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما وهذا يدفع اليهم كتاب آخر غير محتوم ليكون
 معهم معاونة على حفظهم وقال أبو يوسف رجح الله آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم
 ان هذا كتابه وختمه وعن أبي يوسف ان الختم ليس بشرط أيضا سهل في ذلك لما ابتلى بالقضاء وليس
 الخبر كالمعاينة واختار شمس الأئمة السرخسي رجح الله قول أبي يوسف رجح الله

القاضي الى القاضي (قولهم ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم) شروع في بيان الشروط الموعود بذكرها
 في قوله ويختص بشرائط ذكرها والحاصل ان شهد الشهود على ما في الكتاب فلا بد حينئذ من ان
 يقرأ عليهم أو يعلمهم ما فيه أي باخباره لانه لا شهادة بلا علم بالمشهود به كما لو شهدوا بان هذا
 الصلح مكتوب على فلان لا يفيد ما لم يشهدوا بما تضمنه من الدين واشترط عليهم عناية في كتاب القاضي
 قول أبي حنيفة ومحمد والشافعي وأحمد ومالك في رواية ومن أن يشهدوا به وان ختمه وذلك بان يختمه
 بمحضرتهم ويسلمه اليهم وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ولا بد ان يكون الكتاب معنونا أي مكتوبا فيه
 العنوان الذي قد مناه وهو اسم الكتاب واسم المكتوب اليه ونسبهما والشرط العنوان الباطن فان
 لم يوجد وكان معنونا في الظاهر لا يتقبله لثمة التغيير وعن هذا ما قبل ينبغي أن يكون معه نسخة أخرى
 مقسومة ليستعينوا بها على حفظ ما في الكتاب فانه لا بد من التسديد زمن وقت الشهادة الى وقت
 الاداء عندهما (وقال أبو يوسف رجح الله آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا
 كتابه وختمه) بعدما كان أولا يقول كقول أبي حنيفة (وعن أبي يوسف أيضا ان الختم ليس بشرط
 أيضا رخص في ذلك لما ابتلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة وهذا اختيار شمس الأئمة السرخسي)
 ولا شك عندي في صحته فان الفرض اذا كان عدالة الشهود وهم حلة الكتاب فلا يضره كونه غير محتوم
 مع شهادتهم انه كتابه نعم اذا كان الكتاب مع المدعى ينبغي أن يشترط الختم لاحتمال التغيير الآن
 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 أن يكتب فيه
 التاريخ فلولا يكتب لا يقبل وذلك ليعتبر هل هو كان قاضيا في ذلك الوقت أولا وكذا ان شهدوا على أصل
 الحادثة ولم يكن مكتوبا لا يقبل وفي خزانه 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 أن 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 أن تكون الكنية مشهورة مثل أبي حنيفة وابن أبي
 ليلى وكذلك النسبة الى أبيه فقط مثل عرين الخطاب وعلى بن أبي طالب وقيل تقبل الكنية المشهورة
 كأبي حنيفة على رواية أبي سليمان ولا تجوز في سائر الروايات لان الناس يشتركون في الكنية غير أن
 بعضهم يشتهر بها فلا يعلم المكتوب اليه أن المكتوب 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

العنوان
 هذه المسئلة

قال (واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم الخ) لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضي الكاتب شرع في بيان الاحكام المتعلقة بجانب المكتوب اليه فاذا وصل الكتاب اليه لم يقبله الا بحضرة الخصم لان ذلك بمنزلة أداء الشهادة وذلك لا يكون الا بحضرة الخصم فكذلك هذا بخلاف سماع القاضي الكاتب فانه جاز بغيبة الخصم لان سماعه ليس للعكم بل للنقل فكان جائزا وان كان بغيته 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 بما علمه 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 فتمه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه بما فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف اذا شهدوا أنه كتاب فلان وختمه قبله وفتحه لما مره لم يشترط شيئا من ذلك ولم يشترط في القدوري ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف والصحيح أنه يفرض الكتاب أي بفتح بعد العدالة كذا ذكره الخصاص لانه اذا لم تظهر العدالة ربما احتاج (٤٨٣) المدعى الى أن يزيد في شهوده

واذا علمكم أداء الشهادة بعد قيام الختم ايشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي وختمه فأما اذا فك الخاتم فلا يمكنكم ذلك وهذا يرى أنه دور ظاهر فان المدعى انما يحتاج الى زيادة الشهود اذا كانت العدالة شرطا ولم تظهر فأما اذا لم تكن شرطا فكذا والشهادة جاز فضا فلا يحتاج الى زيادة شهود والجواب أننا انسلم 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 بحضرة الخصم) لانه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه لا نقل لالاعكم قال (فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتمه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله اذا شهدوا انه كتابه وختمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفرض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاص رحمه الله لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنكم أداء الشهادة بعد قيام الختم

العنوان أيضا بل اذا لم يكن معنونا وكان محتوما وشهدوا بالختم كنى (قوله) واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة من الخصم) وفي بعض النسخ لم يفتك الا بحضرة من الخصم كذا كرنا بما تقدم والمراد انه لا يقروا الا بحضوره لا بمجرد قبوله فانه لا يتعلق به حكم وترتيب الحال انه اذا وصل المدعى الى القاضي جمع بينه وبين خصمه فان اعترف استغنى عن الكتاب وان أنكر قال هل لك حجة فان قال معي كتاب القاضي اليك طال به بالبينة عليه فاذا حضروا أحضر خصمه ان لم يكن حاضر ايشهدون بحضوره انه كتاب القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا فحينئذ افتحه وقرأه عليه وانما لم يقرأه الا بحضوره (لانه) أي الكتاب في المعنى (بمنزلة الشهادة) على الشهادة لان القاضي يتقبل ألفاظ الشهود ويكاتبه الى المكتوب اليه كان شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الاصل بعبارته (بخلاف القاضي الكاتب) فانه يسمع من الاصول الشهادة وان كان الخصم المدعى عليه غائبا (لان سماعه ليس للعكم بل للنقل) فكان سماعه بمنزلة تحمل الفرع لشهادة الاصل وفي العمل 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 فتمه ولم يقل فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف (والصحيح انه يفرض الكتاب بعد ثبوت العدالة ذكره الخصاص) واحترز به عما ذكر في المعنى فانه قال فيه وذكره 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 بحضرة 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 بحضور 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 الخ من الاحكام المتعلقة بالمكتوب اليه وجوابه ان قوله لا يقبل على بناء المفعول والمقبولية وعدمها من أحكام الكاتب (قوله) فأما اذا لم يكن شرطا) أقول كما هو مذهب أبي حنيفة على ما سجي في الشهادة (قوله) وقد استدل على ذلك) أقول قوله وقد استدل أي بوجه آخر وقوله على ذلك أي على اشترط العدالة (قوله) بأن فك الخاتم نوع عمل بالكتاب الخ) أقول لا يخفى عليك عدم تكرار الحد الاوسط فان الباع في الصغرى للابسة وفي الكبرى للسبية وأيضا لا فائلا بعدم الاشتراط منع الكبرى فلنأمل (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 بمجنون أو اغمناه أو فسق إذا تولى وهو عمل ثم فسق على ما مر من قول بعض المشايخ قبل وصول الكتاب أو بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب وقال أبو يوسف في الاماني يعمل به وهو قول الشافعي رحمه الله لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة فلا يكتبه ينقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق الى المكتوب اليه والنقل (٤٨٤) قد تم 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 عمله أو في غير علمهما 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 ارناب في هؤلاء فيقول زدي شهودا ولا يمكن أداء الشهادة من المزيدين الاحال قيام الختم و 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 جاوزنا الاول الكتابة بنحو الشان والثالث وهم جرح اللجاجة ولو كتب فلم يخرج من يده حتى يرجع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود الكتاب بل يعيد المدعى شهادتهم لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء وانما يستفيد هالو كان الخصم حاضرا وقت شهادتهم (وانما يقبله المكتوب اليه) هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به وهو أن يكون القاضي الكتاب على قضائه الى أن يمضي أمر الكتاب فلواته مات أو عزل قبل أن يصل الى المكتوب اليه أو يخرج عن أهلية القضاء بمجنون أو فسق أو اغمنا يخرج على القول بالعزل بالفسق بطل الكتاب وقال أبو يوسف والشافعي يعمل به وبه قال أحمد لان كتاب القاضي الى القاضي كالشهادة على الشهادة لانه ينقل به شهادة الذين شهدوا عنده الى المكتوب اليه والنقل قد تم 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 وهذا 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 شيئا فقول المصنف (التحق بواحد من الرعايا) يعني قبل تمام القضاء (ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا 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 عندها (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 حملوه ومن يحمل شهد ووجب على كل قاض الحكم بشهادته وصار كالمكتوب اليه ووجب على كل قاض وصل اليه وأوجب بأن الكاتب لما خص الاول بالكتابة فتداعى عدلته وأمانته والقضاة متفاوتون في أداء الامانة فصح التعيين بخلاف ما اذا أرفده بقوله والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان هناك اعتمد على علم الكل وأمانتهم فكان الكل مكتوب اليهم معينين أمالو كتب ابتداء الى كل من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فقد منأته

القضاء وانه لا يمنع القضاء ولنا القول بالموجب وهو ان الكتاب وان كان ناقلا الا أن هذا النقل له حكم القضاء بدليل أنه لا يصح الا من القاضي ولم يشترط فيه العدد وواقعة الشهادة ووجب على الكتاب هذا النقل لسماع البيضة وما وجب على القاضي بسماع البيضة قضاء لكنه غير تام لان تمامه بوجوب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء عليه قبل وصوله اليه وقبل قراءته عليه فبطل كافي 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 يتحققان بواحد من الرعايا ويمكن أن يقال يعلم ذلك بالاولي وذلك لانه اذا كان حيا وعلى أهلية القضاء لم يبق كلامه حجة فلا ن لا يبقى بعد الموت أو الخروج عن الاهلية أولى وكذا لو مات المكتوب اليه بطل كتابه

وقال الشافعي يعمل به من كان قائما مقامه في القضاء كما قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا أن اجازة القاضي الكتاب اعتمد على علم الاول وأمانته والقضاة متفاوتون 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

بمخلاف ما إذا كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلدة كذا إلى كل من يصل إليه من قضاء المسلمين فإنه لا يصح عند أبي حنيفة وقبل الظاهر أن محمدا معه لأنه من معلوم إلى مجهول والعلم فيه شرط كما هو وهو رد لقول أبي يوسف في جوارزه فإنه حين ابتلى بالقضاء وسع كثيرا تسهيلا للأمر على الناس (ولومات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم مقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده (ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص) وقال الشافعي في قول (٤٨٥) يقبل لأن الاعتماد على الشهود

(ولنا أن فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة) وهي غير مقبولة فيها (ولأن مبناها على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتها)

فصل آخر (ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص) اعتبارا بشهادتها

أجاز أبو يوسف وهو مذهب الشافعي وأحمد ومنعه أبو حنيفة والظاهر أن محمدا مع أبي حنيفة والوجه قول أبي يوسف لأن اعلام المكتوب إليه وان كان شرطاً فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الأجل والتجهيل فصار قصديته وتبعيته سواء (ولومات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامه مقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده ولا خلاف فيه (قوله ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص) وهو قول للشافعي وفي قول آخر يقبل وهو قول مالك وأحمد لأن الاعتماد على الشهود وقد شهدوا فلنا (لأن فيه) أي في كتاب القاضي (شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة) لا يقيمها الحد لأن مبنى الحدود والقصاص على الاسقاط بالشبهات (وفي قبول الكتاب سعي) واحتياط (في اثباتها) وعرف من تقريرنا أن المعنى على عدم الواو في قوله ولأن مبناها الخ والله أعلم واعلم أن ذلك ما تطلع على فروع كثيرة في الكتب فيها تصرح بمنع الكتاب فيما تمسك ما ذكر في الخلاصة وغيره في رجل وامرأة ادعى ولدا وقال هو معروف بالنسب منا هو في يد فلان استترقه في بلدة كذا وطلبنا الكتاب لا يكتب في قول أبي حنيفة ومحمد وان ادعى النسب ولم يذكرا الاسترقاق يكتب بالاتفاق لأنه دعوى النسب مجرد فكان كدعوى الدين بخلاف المسئلة الأولى لأنه 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 إلى قاض آخر فعل فإنه قد يكون له شاهد في محل المكتوب إليه ويكتب في الدين المؤجل وبين الأجل ليطالبه إذا حل هناك ولو قال استوفى غريمي دينه أو أبرأني 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 الأبراء مرة يكتب وكذا إذا ادعى أن الشفيع الغائب سلم الشفعة وأقام بينة وطلب أن يكتب له 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 بآخر وأخاف أن ينكر الطلاق فأحضرت وقالت للقاضي سلمه حتى إذا أنكرت عليه البينة فالقاضي يسأله بلا خلاف والقياس في الكل سواء وهذا احتياط

(فصل آخر) (قوله ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص) وقال الأئمة الثلاثة لا يجوز لأن المرأة ناقصة العقل ليست أهلا للخصومة مع الرجال في محافل الخصوم قال صلى الله عليه وسلم

الخ) قضاء المرأة جائز عندنا في كل شيء إلا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها قال المصنف (بمخلاف ما إذا كتب ابتداء الخ) أقول قال ابن الهمام في شرح قوله ولا يقبل الكتاب الخ وأجاز أبو يوسف أيضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم اه

فصل آخر (قوله والأولى أن يجعل هذا فصلا آخر إلى قوله وهذا فصل آخر) أقول نعم هذا فصل آخر في أدب القاضي لكن الفصل بين الفصلين باب كتاب القاضي إلى القاضي بدون أن يورده عقب الفصل الأول يحتاج إلى سبب وذلك ما قاله صاحب النهاية

وقدم الوجه أي في أول أدب القاضى أن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لأن كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان من أهل الشهادة يكون أهلاً للقضاء وهى أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص فهى أهل للقضاء في غيرهما وقيل أراد به ما مر قبله بملفوظ من قوله لأن فيه شبهة البدلية فإنه يدل على أن ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيه ما وشهادتها كذلك كما سيجى موقفاً وهما مستفاد من شهادتها وليس للقاضى أن يختلف على القضاء (٤٨٦) بعد ذلك بغيره (الأن يفرض اليه ذلك لأنه قد القضاة دون التقليديه) أى

القضاء (فصار كالو كبل) ويجوز له التوكيل الا اذا يوض اليه ذلك (بمخلاف للمأمور بأقامة الجمعة حيث يجوز له أن يستخلف لأن داها الجمعة على شرف لفوات لتوقته) بوقت يفوت لاداء بانقضائه (فكان الامر بمن الخليفة اذناه الاستخلاف دلالة) لكن انما يجوز اذا كان ذلك الغير مع الخطبة لانهم من شرائط افتتاح الجمعة فلو افتتح الأول الصلاة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهدا جاز لان المستخلف بان لا يفتتح واعترض عن أفد سلانه ثم افتتح بهم الجمعة فإنه جائز وهو مفتتح في هذه الحالة لم يشهد الخطبة وأجيب بأنه لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة للاول التحق عن شهدا الخطبة أرى ان الحاقه بالباقي لتقدم شروعه في تلك الصلاة أولى أمل (قوله ولا كذلك القضاء) أى ليس القضاء كالجمعة لأنه غير موقت بوقت يفوت بالتأخير عند العذر فن أذن لجمعة مع علمه أنه قد يعرض له عارض يمنع من أدائها في وقت فقد رضى بالاستخلاف

وقدم الوجه (وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء الا أن يفوض اليه ذلك) لأنه قد القضاة دون التقليديه فصار كوكيل الوكيل بمخلاف الأمور بأقامة الجمعة حيث يستخلف لأنه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثاني بمحض من الاول أو قضى الثاني فأجاز الاول جاز كافي الوكالة

لن يفعل قوم ولو أمرهم امرأة رواه البزارى قال المصنف (وقدم الوجه) يعنى وجه جواز قضائها 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 إنما يخص 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 تستخلف على عدم حمله والكلام فيما لو وليت وأتم المفلد بذلك أو حكمها خصمان فقضت قضاء موافقاً للدين الله أ كان ينفذ أم لا لم ينتهض الدليل على نفيه بعد موافقته ما أنزل الله الا أن يثبت شرعاً سلب أهليتها وليس في الشرع سوى نقصان عقده او مع لوم أنه لم يصل الى حد سلب ولايتها بالكيفية الا ترى أنها تصلح شاهدة وناظرة في الاوقاف ووصية على اليتامى وذلك النقصان بالنسبة والاضافة ثم هو منسوب الى الجنس فجاز في الفرد خلافه الا ترى الى تصریحهم بصدق قولنا الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض أفراد النساء خيراً من بعض أفراد الرجال ولذلك النقص الغير بزى نسب صلى الله عليه وسلم لمن يوايهن عدم الفلاح فكان الحديث متعرضاً للمولين ولهن بنقص الحال وهذا حق لكن الكلام فيما لو وليت فقضت بالحق لماذا يبطل ذلك الحق (قوله وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء) في صحة ولا مرض (الا أن يفوض ذلك اليه) فيملكه كأنه اذا صرح فيه بالمنع بمنع منه وهذا (لأنه قد القضاة دون التقليديه فصار كالو كبل) ليس له أن يوكل (بمخلاف الأمور بأقامة الجمعة حيث) جاز له أن (يستخلف) لأنه لتوقته بحيث لو عرض في وقته ما يمنعه كان لا الى تخلف ومعلوم أن الانسان عرض للاعراض فكان المولى له آذنا في استخلافه دلالة بشرط أن يكون المستخلف سمع الخطبة أما اذا لم يكن سمعها فلا لانهم من شرائط افتتاح الجمعة بخلاف ما لو سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة حيث يجوز لان الأمور هناك بان وليس بمفتتح وخطبة شرط الافتتاح وقد وجد في حق الاصل ولذا لو أفدها هذا الخليفة واستفتح يجوز وان لم يشهد الخطبة لان شروعه فيها صحيح وبهذا الشرع والتحقق عن شهدا الخطبة حكماً وبمخلاف المستعير فان له أن يعير بشرطه لأنه يملك المنافع لنفسه فكان له تملكها بمخلاف ولاية القضاء فانما هي اذن في أن يعمل لغيره وهذا ما قالوا من قام مقام غيره لغيره لا يكون له اقامة غيره مقام نفسه ومن قام مقام غيره لنفسه كان له وبمخلاف الوصى يملك الايضاء والتوكيل بطريق الدلالة أيضاً لان ثبوتها بعد الموت ورجعها الى الوصى عن اليباشرة بنفسه والموصى قد مات فلا يمكن رجعه الى رأيه فتضمن الايضاء الاذن بالاستخلاف وقوله (ولو قضى الثاني بمحض من الاول أو قضى من الاول أو قضى) بتعيينه قبله (فأجاز جاز كافي الوكالة) اذا واكل الوكيل غيره فنصرف بمحضه

بمخلاف القضاء (فلو) فرضنا أنه استخلف و (قضى الثاني بمحض من الاول أو قضى الثاني) عند غيبة الاول (فأجاز الاول او جاز) اذا كان من أهل القضاء (كافي الوكالة) فان الوكيل اذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بمحضه الاول أو أجاز الاول جاز

(قوله وقيل أراد به الخ) أقول القائل صاحب النهاية وفيه تأمل قال المصنف (بمخلاف الأمور بأقامة الجمعة) أقول قال في الكافي مطلقاً ٥١ أى مطلقاً عن الاذن بالاستخلاف

وقوله (لانه حضره رأى الاول) يصلح دليلا للثنتين أما في هذه المسئلة فلان الخليفة رضى بقضاء حضره رأى القاضى وقت نفوذه لاعتماده على علمه وعمه والحكم الذى حضره القاضى أو أجاز قضاءه حضره رأى القاضى فيكون راضيا به وأما فى الو كالة فسيجى فى كتاب الو كالة قيل الاذن فى الابتداء كالأجازة فى الانتهاء فم اختلافهما فى الجواز وعدمه وأجيب بالمنع فان البقاء أسهل من الابتداء وأن الحكم الذى أذن له القاضى به فى الابتداء قضاءه لم يحضره رأى القاضى وكان رضا الخليفة بتولية القاضى مقديابه (قوله وإذا فوض اليه يملكه) أى إذا قال الخليفة للقاضى ول من شئت كان له أن يولى غيره (فيعصير الثانى نائباعن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله) لانه صار قاضيا من جهة الخليفة فلا يملك الاول عزله إلا أن 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 ما فهمنا قاله فاذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضى القضاة كان اذنا بالاستخلاف والعزل دلالة لان قاضى القضاة هو الذى يتصرف فى القضاة تقليدا وعزلا كذا فى الذخيرة قيل ما الفرق بين الوصى والقاضى فان كلا منهما مفوض اليه من جهة الغير والوصى يملك التفويض الى غيره تو كيلا وايضاء وأجيب بأن أو ان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يعجز الوصى عن الجرى على موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع الى الموصى فيكون الموصى له راضيا باستعانتة بغيره ولا كذلك القضاء وقيل الناضى يملك التوكيل والايضاء ولا يملك التقليد والتعليل المذكور فى التقليد يجرى فيه ما وأجيب بأن المقلد (٤٨٧) يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصى

فيكون يتوقع الفساد فى القضاء أكثر قال (وإذا رفع الى القاضى حكم ما حكم أمضاء الخ) إذا تقدم رجل الى قاض وقال حكم على فلان القاضى بكذا وكذا نفذه ان لم يكن مخالفا لا يكتب كالحكم يحصل متروك التسمية عند افاته مخالفة لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه أو السنة أى المشهورة كالحكم بحل المطلقة ثلاثا للزوج الاول بمجرد النكاح

وهذا لانه حضره رأى الاول وهو الشرط وإذا فوض اليه يملكه فيصير الثانى نائباعن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله الا إذا فوض اليه العزل هو الصحيح قال (وإذا رفع الى القاضى حكم ما حكم أمضاء الأنا يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع بأن يكون قول لا دليل عليه وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء ففضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاء) أو بعبئته فأجازة نفذ (لانه حضره رأى الاول وهو الشرط) فانه المقصود بتوكيله وتحقيق حاله أنه فوض الى ابتداء وكيلا وانتهى ولا يتمتع اذ قد يجوز فى الانتهاء والبقاء ما لا يجوز فى الابتداء خصوصا وقد فرض زوال المانع من الصحة فى الابتداء أو هو كونه ايس مما حضره رأيه (وإذا فوض اليه) الاستخلاف (بملكه فيصير الثانى نائباعن الاصيل) يعنى السلطان (حتى لا يملك الاول عزله) الا اذا كان المقلد قال له ول من شئت واستبدل من شئت فحينئذ يملك عزله أو قال جعلتك قاضى القضاة فان قاضى القضاة هو الذى يتصرف فيهم مطلقا تقليدا وعزلا وفيه خلاف الشافعى وأحمد (قوله وإذا رفع الى القاضى حكم ما حكم أمضاء الأنا يخالف الكتاب أو السنة المشهورة) أو الاجماع بأن يكون قول لا دليل عليه) وفى بعض نسخ القدورى أو يكون قول الخ (وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء ففضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاء) قالوا انما أعاده لان فى عبارة الجامع فائدتين

بدون اصابه الزوج الثانى فان اشترط الدخول ثابت بحديث العسلة وقد ذكرناهما فى التتقرير على ما ينبغي أو الاجماع كالحكم بطلان قضاء القاضى فى المجهتد فيه أو يكون قول لا دليل عليه قيل كما إذا مضى على الدين سنون فحكمهم بقروط الدين عن عليه لتأخير المطالبة فانه لا دليل شرعى يدل على ذلك وفى بعض النسخ بأن يكون وهو تعليل للاستثناء كما أنه يقول عدم تقيده اذا كان مخالفا للدلالة المذكورة بسبب أن يكون قول لا دليل وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء ففضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاء وفيه فائدتان احدهما أنه قد يدلفقهاء اشارة الى أن القاضى اذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فانفق قضاؤه بموضع الاجتهاد لا يتقدمه 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 المذكور فى الفتاوى ان الناضى لا يملك نصب الوصى اذ لم يكن ذلك مكتوبا فى منشوره فلا يحتاج الى الفرق (قوله والتعليل المذكور الخ) أقول يرمى قوله لأنه قد لدا 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 السكا فى بأن يكون قول لا دليل عليه أى لا دليل يعتمد عليه اه فتأمل (قوله اذ لم يعلم الخ) أقول أنت خبير بأنه لا دلالة فى عبارة الجامع على كونه عالما بالخلاف انما مفاده ان ما اختلف الفقهاء فيه فى نفس الامر ففضى القاضى بذلك الذى اختلف فيه عالما بأنه مختلف فيه أو لافاته أعم من كونه عالما بربما يفيد كون الثانى عالما بالخلاف وليس الكلام فيه بل فى القاضى الاول فتأمل

ليستافي القدوري احداها تقييدهم 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
 فيجتمهل أن يكون مراده انه اذا كان رأيه في ذلك موافقا لحكم الاول أمضاه وان كان مخالفا له لا يعضيه
 فأبانت رواية الجامع أن الامضاء عام فيما سوى المستثنيات سواء كان ذلك مخالفا لرأيه أو موافقا بعني
 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 فإنه أعم
 من كونه عالما ثم جاء قاض آخر يرى خلاف ذلك الذي حكم به هذا أمضاه فربما 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 التخصيص على أنه ينفذه
 وان كان خلاف رأيه وكلام القدوري يفيد أيضا انه قال اذ ارفع اليه حكم حاكم أمضاه وهو أعم
 ينظم ما اذا كان موافقا لرأيه أو مخالفا وانما في الجامع النص صراحة عليه اذا كان مخالفا وقوله الآن
 يخالف الخ حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد ومنه يعلم كون المحل مجتهدا فيه حتى تجوز مخالفته أولا
 فشرط حل الاجتهاد أن لا يكون مخالفا للكتاب أو السنة يعني المشهورة مثل البيضة على المدعي
 واليهن على من أنكر فلو قضى بشاهد معين لا ينفذ ويتوقف على امضاء قاض آخر ذكره
 في أقضية الجامع وفي بعض المواضع ينفذ مطلقا ثم ارباب الكتاب المجمع على مراده أو ما يكون مدلول
 لفظه ولم يثبت نسخه ولا تأويله بدليل مجمع عليه فالاول مثل حرمت عليكم أمهاتكم الآية لو قضى قاض
 بحل أم امرأته كان باطلا لا ينفذ والثاني مثل ولاتأكلوا مما لا يذكر اسم الله عليه ولا ينفذ الحكم بحل
 متروك التسمية عمدا وهذا لا يضبط فان النص قد يكون مؤولا فيخرج عن ظاهره فاذا منعناه بحجاب
 بأنه مؤول بالمذبح للانصاب أيام الجاهلية فيقع الخلاف في أنه مؤول أو ليس بمؤول فلا يكون حكم أحد
 المتناظرين بأنه غير مؤول قاضيا على غيره مع الاجتهاد فيه نعم قد يترجح أحد القولين على الآخر بثبوت
 دليل التأويل فيقع الاجتهاد في بعض أفراد هذا القسم انه مما يسوغ فيه الاجتهاد أولا ولذا منع نحن
 نفاذ القضاء في بعض الاشياء ويجزونه بالعكس ولقد نقل الخلاف في الحل عندنا أيضا وان كان كثير لم
 يحكموا بالخلاف فبني الخلاصة في رابع جنس من الفصل الرابع من أدب القاضي قال وأما القضاء
 بحل متروك التسمية عمدا فجازر عندهما وعند أبي يوسف لا يجوز انتهى وأما عدم تسويغ الاجتهاد بكونه
 مخالفا للاجماع وسواء كان ذلك على الحكم أو على تأويل السمي أو بنقل عدم تسويغ 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 روى انه رجع عنه وهذا هو مراد المصنف بقوله وفيما اجمع عليه الجمهور
 لا يعتبر مخالفة البعض ولا يعني انه لا يعتبر في انعقاد الاجماع بل لا يعتبر في جواز الاجتهاد ولم يرد
 البعض مادون النصف أو مادون الكل بل الواحد والاثني واللام بتسوية قضاء في محل مجتهد فيه أصلا
 انما من محل اجتهاد الا واحد الفريقين أقل من الفريق الآخر لا يضبط تساوي الفريقين ولذا لم يخلوه
 قط الاجماع لابن عباس وشيوخه وهو خلاف رجل واحد فالمراد اذا اتفق أهل الاجماع على حكم
 نفيانهم واحد لا يصير المحل بذلك محل اجتهاد حتى لا ينفذ القضاء بقول 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 للاختلاف ثم قال المصنف المعتبر الاختلاف في الصدر
 الاول يعني أن يكون المحل محل اجتهاد يتحقق الخلاف فيه بين الصحابة وقد يشمل 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
 فإنه 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
 التخصيص على ما اذا كان
 مخالفا ويعلم حال الموافقة
 بالاولوية كما ذكره لانه
 لا يثبت بهذا القدر اولوية
 عبارة الجامع من عبارة
 القدوري فتدبر

التابعين وعليه فرع الخصاص ان للقاضي أن ينقض القضاء ببيع أم الولد لانه مخالف لاجماع التابعين وقد حكى في هذا الخلاف عندنا فقل هذا قول محمد أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فيجوز قضاؤه ولا يفسخ وفي النوازل عن أبي يوسف لا ينقض القضاء به فاختلفت الرواية عن أبي يوسف وقال شمس الأئمة السرخسي هذه المسئلة تنبئ على أن الاجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند محمد وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يرفع بمعنى اختلفت الصحابة في جواز بيعهن فعن علي الجواز وغيره على منعه ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيعهن فكان قضاء القاضي به على خلاف الاجماع عند محمد فيبطله الثاني وعندهما لم 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 المصدر الاول في كون المحل اجتهاديا قال بعضهم ان للقاضي أن يبطل ما قضى به القاضي المالكي والشافعي برأيه يعني انما يلزم اذا كان قول مالك أو الشافعي وافق قول بعض الصحابة أو التابعين المختلفين فلا ينقض باعتباره أنه مختلف بين المصدر الاول لا باعتبار أنه قول مالك والشافعي فلزم يكن فيما قول المصدر الاول بل الخلاف مقتضب فيها بين الامامين للقاضي أن يبطله اذا خالف رأيه وعندى أن هذا لا يعقل عليه فان صح ان مالك أو ابا حنيفة والشافعي مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهاديا والاول لا ولا شك أنهم أهل اجتهاد ورفعة ولقد نرى في أثناء المسائل جعل المسئلة اجتهادية بخلاف بين المشايخ حتى ينقض القضاء بأحد القولين فكيف لا يكون كذلك اذ لم يعرف الخلاف الا بين هؤلاء الأئمة يؤيده ما في النخبة عن الحلواني أن الاب اذا خلع الصغيرة على صداقها ورآه خيرا هابا أن كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فان على قول مالك يصح ويزول الصداق عن ملكها ويبرأ الزوج عنه فاذا قضى به قاض نفذ وفي حيز من ساج الشريعة عن مالك فيمن طلقها فمضى عليها ستة أشهر لم ترد ما فأنها تعتد بعده بثلاثة أشهر فاذا قضى بذلك قاض ينبغي أن ينقض لانه مجتهد فيه الا أنه نقل مثله عن ابن عمر قال وهذه المسئلة يجب حفظها لانها كثيرة الوقوع ثم ذكر في المنتقى أن العبرة بكون المحل مجتهدا فيه اشتباه الدليل لاحقيقة الخلاف قال ألا ترى أن القاضي اذا قضى بابطال طلاق المكروه نفذ لانه مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل اذا اعتبار الطلاق بغير تصرفاته يتحقق حكمه وكذا الوقضى في حد أو قصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع الى قاض آخر يرى خلاف ذلك فينفذه 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 فرجل وامرأتان يدل على جواز شهادتهما مع الرجال مطلقا وان وردت في المداينة لان العبرة لعموم اللفظ ولم يرد نص قاطع في ابطال شهادة النساء في هذه الصورة ولو قضى بجواز ذلك بلا شهود نفذ لان المسئلة مختلف فيها مالك وعثمان النبي يشترطان الاعلان لا الشهود 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 ينقض القضاء فيه فكل خلاف بين الشافعي ومالك أو بيننا وبينهم أو أحدهم محل اشتباه الدليل حينئذ اذا لا يخلو عن مثل ذلك فلا يجوز نقضه من غير توقف على كونه بين المصدر الاول ولا بأس بذكر مواضع نص فيها أهل المذهب بعينها اذا قضى القاضي بالقصاص بخلف المدعى أن فلانا قتله وهناك لوث من عداوة ظاهرة كقول مالك لا ينقض لخالفه السنة المشهورة البينة على المدعى والمبين على من أنكرمع أن معه ظاهرا في حديث محبصة وحويلة نذكره في القسامة ان شاء الله تعالى رب العالمين ولو قضى بحل المطاقة ثلاثا بعد عقد الثاني بلا دخول كقول سعيد بن المسيب لا ينقض لذلك أيضا وهو

(والاصل) في تنفيذ القاضى ما يرفع اليه اذ لم يكن مخالفا للادلة المذكورة (ان القضاء متى لاقى فملا مجتهدا فيه ينفذ ولا يردده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول) في ان كلامهما يمتثل للخطا (وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا يتقض بما دونه) درجة وهو ما لم يتصل القضاء به ولقائل ان يقول القضاء (٤٩٠) في المجتهد فيه متفرع على رأى المجتهد فيكيف يصلح الفرع مرجعا لاصله

ويمكن أن يجاب عنه بأن الفرع لا يصلح مرجحا لاصله من حيث هو ومنه أو مطلقا والثاني ممنوع فانه يجوز أن يكون مرجحا لاصله من حيث بقاء الاصل عند وجود ما يرفعه من أصل بلا فرع اذ الشئ المساوى للشئ في القوة لا يرفع ما يساويه فيها مع شئ آخر والاو لم يسلم وليس الكلام فيه ويؤيده ما روى عن عمر رضي الله عنه انه لما شغله أشغال المسلمين استعان بزيد ابن ثابت رضي الله عنه فقضى زيد بين رجلين ثم لقي عمر رضي الله عنه أحدا الخصمين فقال ان زيدا قضى على يأ أمير المؤمنين فقال له عمر لو كنت لقضيت لك فقال ما يمنعك يا أمير المؤمنين الساعة فأض لي فقال عمر لو كان هناك آخر لقضيت لك ولكن ههنا رأى والرأى مشترك (ولو قضى القاضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه

(قوله لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول الخ) أقول وفيه ان اعتقادنا للذهب

والاصل ان القضاء متى لاقى فملا مجتهدا فيه ينفذ ولا يردده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا يتقض بما دونه (ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه

حديث العسيلة وفي السير من الجامع الكبير اذا قضى ان الكفار لا يعملون ما استولوا عليه لا ينفذ لانه لم يثبت في ذلك اختلاف الصحابة ولو قضى بشهادة الزوج لزوجته نفذ وفي الفصول نقل عن فتاوى رشيد الدين الزوج الثاني اذا طلقتها بعد الدخول ثم تزوجها ثانيا وهي في العدة ثم طلقها قبل الدخول فنزوحها الاول قبل انقضائه وحق الحكم الحاكم بصحة هذا النكاح ينفذ لان الاجتهاد فيه مساغا وهو صريح ثم طلقتموه من قبل ان تمسوهن فالحكم عليهن من عدة تعدونهن وهو أيضا مذهب زفر ولو قضى في المأذون في نوع أنه مأذون فيه فقط كذهب الشافعي بصيرته فقط ولو قضى بنصف الجهاز فبين طلقت قبل الدخول وقد قبضت المهر فتجهزت لا ينفذ لانه خلاف الجمهور وينفذ القضاء بجواز بيع المدبر ولو قضى بعدم جواز عقور الزوجة عن دم العمد بناء على قول البعض انه لاحق لها في القصاص لا ينفذ ولو زنى بأمر امرأته فقضى باقرار البنت معه نفذ وحكي في الفصول فيما اذا زنى بامرأة ثم تزوج بنتها فقضى بجوازه خلافا عند أبي يوسف لا ينفذ لانه عليه وعند محمد يجوز وبصحة السلم في الحيوان ينفذ وينفذ بالقرعة في رقيق أعتق الميت واحدا منهم وبالشهادة لابييه وعكسه ينفذ عند أبي يوسف ولا ينفذ عند محمد وبالشهادة على الشهادة فيما دون مدة السفر نفذ وبشهادة شهود على وصية مختومة من غير أن يقرأها عليهم الميت أمضاه الآخر وبصحة النكاح الموقت بأيام نفذ ولو عقد اموقا بالمنظ المتعة لموتعيني بنفسك عشرة أيام لا ينفذ ولو قضى برذو زوجته بالعيوب من العمى والجنون نفذ لان عمر رضي الله عنه يقول بردها بالعيوب الخمسة وكذا بصحة رد الزوجة له ولو قضى بسقوط المهر بالتقدم بلا اقرار ولا ينفذ ينفذ وكذا اذا قضى أن لا يؤجل العنين هذا في القضاء بالمجتهد فيه أما اذا كان نفس القضاء مجتهدا فيه فهذه فرعات منه وأصله ان الخلاف اذا كان في نفس القضاء الواقع توقف على امضاء قاض آخر فان أمضاه ليس للثالث نقضه لان قضاء الثاني هو الذي وقع في مجتهد فيه أعنى قضاء الاول وعليه فرع اذا قضى بالجرع على المفسد للفساد لا ينفذ لانه لا ينفذ في القضاء فيتوقف على امضاء قاض آخر وقبل أن يرضيه الثاني نقضه لانه ليس قضاء في مجتهد فيه وكذا لو قضى لامرأة بشهادة رجلين فالقاضي الثاني مخير بين أن يجيزه أو يردده لان الخلاف وقع في نفس القضاء ومنه ما لو قضى المحدود والاعمى وأما قضاء الساطان 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 القاضي الثاني ينفذ خلاف رأيه في المرفوع اليه وهو أن اجتهاد الثاني في البطلان كاجتهاد الاول في الصحة مثلا فتعارض اجتهاداهما وترجع الاول باتصال القضاء به فلا يتقضه الثاني باجتهاد دونه (قوله ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه

الغير انه خطأ يمتثل الصواب ومذهبنا صواب
 يمتثل 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 أبا الدرداء وساق القصة

ناسيا

ناسيا المذبه نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان عامدا ففيه روايتان (ووجه النفاذ أنه ليس بخطا
بيقين وعندهما لا يتنفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى

ناسيا المذبه نفذ عند أبي حنيفة (رواية واحدة (وان كان عامدا ففيه روايتان) عنه (ووجه
النفاذ أنه ليس بخطا 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 قضاءه في محل مجتهد فيه
فينفذ ووجه عدم النفاذ ان قضاءه مع اعتقاده انه غير حق عيب فلا يعتبر كمن اشتبهت عليه القبلة فوقع
تحريره الى جهة فصلى الى غيرها لا يصح لاعتقاده خطأ نفسه فكذا هذا وبه أخذ شمس الأئمة الاوزجندى
وبالاول أخذ الصدر الشهيد وفرع بعضهم عليه أن ما يفعله القضاة من الارسال الى شافعي ليحكم بطلان
اليمين المضافة لا يجوز الا بشرط كون القاضي المرسل يرى بطلانه كالشافعي والا كان مقلدا للغير لم يفعل
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 لرأى الخلفاء انتهى وأوكدا الامور في هذا حكم شريح
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 أبا الدرء القضاة فأختصم اليه رجلا ن فقضى لاحدهما ثم لقي المقضى عليه عمر
فسأله عن حاله فقال قضى على فقال لو كنت مكانه قضيت لك قال فما يمنعك فقال عمر ليس هنا نص والرأى
مشترك وغير ذلك وتحقيقه أن القاضي المرسل يقطع بأن ما يفعله المرسل اليه ما مور به من عند
الله فظنه بطلانه معناه ظنه عدم مطابقتها لحكم الله الثابت في نفس الامر لكن القطع بأن المكلف به
منه تعالى ليس اصابة ذلك بل العمل بظنونه وان خالف حكمه تعالى فقد أوجب عليه أن يعمل بخلاف
حكمه تعالى فكان ارسال الحنفي اليه ارسالا لأن يحكم بما أمره الله تعالى ولا جناح عليه في ذلك مع علمه
ان الله حوزله أن يقول هذا القول وأن يعمل به من افتاء به وأحكم به عليه واقتصار المصنف على وجه
النفاذ دليل انه المرجح عنده هذا عند أبي حنيفة (وعندهما لا يتنفذ في الوجهين) يعني وجه النسيان
والعمد (لانه قضى بما هو خطأ عنده) وقد تضمن وجه أبي حنيفة جوابه بيسير تأمل ومع ذلك ذكر المصنف
كصاحب المحيط الفتوى على قولهما وذكر في الفتاوى الصغرى أن الفتوى على قول أبي حنيفة فقد
اختلف النتموى والوجه في هذا الزمان أن يفتى بقوله ما لان التارك للمذبه عمدا لا يفعله الا الهوى باطل
لان قصد جميل وأما الناسي فلان المقلد ما قلده الا ليحكم بمذبه لا بذهب غيره وهذا كله في القاضي
المجتهد فأما المقلد فاعماله لا ليحكم بمذبه 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 ما مور 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 ما مور بالعمل
بعقضى ظنه اجاعا وهذا بخلاف مقتضى ظنه وعمه هنا ليس الاقضاؤه بخلاف المرسل الى من يرى
خلاف رأيه ليحكم هو فانه لم يحكم فيه بشيء هذا ومن نتمه اليمين المضافة انه اذا فسح اليمين المضافة
بعد الزوج لا يحتاج الى تجديد العقد ولو وطئ الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسح حكمي عن برهان
الأئمة يكون الوطء حلالا ولو كانت اليمين كل امرأة أتزوجها فتزوج امرأه وفسخت اليمين ثم تزوج
بأخرى هل يحتاج الى النسخ في كل امرأة أذ كرفيه 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 امرأة ببطلان اليمين الواقعة مطلقا من
غير قيد فسحها في حق تلك المرأة وسند كرفي أمر الفتوى فيها كلاما آخر في باب التحكيم

أيضا بطريق الاولى (أنه
ليس بخطا بيقين) لكونه
مجتهدا فيه وما هو كذلك
فالحكم به نافذ كعمامة
المجتهدات ووجه عدمه
أنه زعم فساد قضائه
وهو مؤاخذ بزعمه (وقال
أبو يوسف ومحمد رجما
انه لا يتنفذ في الوجهين
لانه قضى بما هو خطأ
عنده) فيعمل به زعمه
قال المصنف (وعليه
الفتوى)

قال المصنف (وان كان
عامدا ففيه روايتان)
أقول قال النسفي في
الكافي وفي الصغرى اذا
قضى في محل الاجتهاد
وهو لا يرى ذلك بل يرى
خلافه ينفذ عند أبي
حنيفة وعليه الفتوى
اه قال ابن الهمام الوجه
في هذا الزمان أن يفتى
بقوله ما لان التارك
لمذبه عمدا لا يفعله
الا الهوى باطل لان قصد
جميل ثم قال وأما الناسي
فلان المقلد ما قلده
الا ليحكم بمذبه لا بذهب
غيره وهذا كله في القاضي
المجتهد وأما المقلد فاعماله
ولا ليحكم بمذبه أبي
حنيفة مثلا فلا يملك
المخالفة فيكون معزولا
بالنسبة الى ذلك الحكم
اه (قوله بطريق

قال (ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفا لما ذكرنا) لما ذكرنا أن حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض أراد أن بين المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيه ما لا يكون مخالفا لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والاجماع فإذا حكم ما كم بخلاف ذلك ورفع إلى آخر لم ينفذه بل يبطله حتى لو نفذ ثم رفع إلى قاض ثالث نقض لانه باطل وضلال وبالطال لا يجوز عليه الاعتماد بخلاف المجتهد فيه فإنه إذا رفع إلى الثاني نفذه كما مر فان نقضه فرفع إلى ثالث فإنه ينفذ والقضاء الاول وبطل 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 تتكفروا ما تكفح أبأؤكم من النساء فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأ الأب وجارية التي وطئها الأب فلو حكم ما كم بجواز ذلك نقضه من رفع اليه (والمراد بالسنة المشهورة منها) كما ذكرنا والمراد بالجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور (أي جل الناس وأكثريهم) 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 رب الفضل فإنه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه أحد وانكره واعلمه فاذا حكم ما كم بجواز ذلك وجب نقضه لان الاجماع منعقد على الحرمة بدونه فأما إذا سوغ له ذلك لم ينعقد الاجماع بدونه كقول ابن عباس رضي الله عنهما في اشتراط حجب الام من الثلث الى السدس بالجمع من الاخوة وفي اعطائهم الثلث الجميع بعد فرض أحد الزوجين فان حكم به ما كم لم يكن مخالفا للاجماع وهذا هو المختار عند شمس الامة ولعله اختيار المصنف ولا يحمل على قول من يرى ان خلاف الاقل غير مانع لان عقاده لانه ليس يصح عند عامة العلماء (قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول) معناه ان الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه هو الاختلاف الذي كان بين العصاة والتابعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا إذا حكم الشافعي أو المالكي برأيه بما يخالف (٩٣) رأى من تقدم عليه من الصدر الاول ورفع ذلك إلى ما كم لم يرد ذلك كان له أن ينفذه

قال (وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحرير الخ) كل ما قضى به القاضي بتحريره في الظاهر أي فيما بيننا فهو في الباطن أي عند الله حرام وكذا إذا قضى باحلال لكن بشرط أن تكون الدعوى بسبب معين كسكاح أو بيع أو طلاق أو عتاق لافي الاملاك المرسلة وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر في النكاح

ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفا 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 بتحرير فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله) وكذا إذا قضى باحلال 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 بتحريره فهو في الباطن كذلك) أي هو عند الله حرام وان كان الشهود الذين قضى بهم كذبة والقاضي لا يعلم ذلك (وكذا إذا قضى باحلال) يكون حلالا عند الله تعالى وان كان بشهادة الزور (وهذا) عند أبي حنيفة وهو مشروط بما (إذا كانت الدعوى بسبب معين)

العقود والفسوخ بشهادة الزور فن العقود ما إذا ادعى على امرأ نكاحا أو أنكرت فأقام عليها شهادتي زور وقضى القاضي للعل بالنكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل للمرأة التمكن منه على قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الاول خلافا للمحمد وزفر والشافعي وهو قول أبي يوسف الآخر وكذا إذا ادعت على رجل وأنكر ومنه ما إذا قضى بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل أن قال بعني هذه الجارية أو من جهة البائع مثل أن يقول اشترت مني هذه الجارية فإنه يحل للمشتري وطؤها في الوجهين جمعاً سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شهادته وبالبيع بمن قيمة الجارية أو بأقل مما يتغابن فيه الناس أو لا عند بعض المشايخ لان الشهادة شرط لانشاء النكاح فصدوا الانشاء ههنا ثبت اقتضاء فلا تشترط الشهادة وأن البيع يغيب فاحش مبادلة وهذا يملكه العبد المأذون له والمكاتب وان لم يملك التبرع فكان كسائر المبادلات وقال بعضهم انما ثبت النكاح والبيع اذا كان القضاء بحضور من الشهود لانها شرط صحة العقد ولم يكن البيع يغيب فاحش لان القاضي يصير منثما وانما يصير منثما فيما له ولا به الانشاء وليس له ولا به البيع يغيب فاحش لانه تبرع ومن الفسوخ ما إذا ادعى أحد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية وأقام شهادتي زور ففسخ القاضي حل للبائع وطؤها ومنها ما إذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثا وأقامت شهادتي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطؤها ظاهر او باطن اعلم أن الزوج الاول لم يطلقها بان كان أحد الشاهدين أو لم يعلم بذلك وقالان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له ذلك الوطء لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بها حل له ذلك وأما الزوج الاول فلا يحل له الوطء عند أبي يوسف آخرها وان كانت الفرقة لم تقع باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيصونه وذو كرشح 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 لسواهما علم الثاني بحقيقة الحال أو لم يعلم

(قوله لأن القاضي يصير منثما) أقول الظاهر أن يقال منثي (قوله لأنه تبرع) أقول أي من وجهه (قوله فاذا دخل بها لا يحل) أقول لوجوب العدة كالنكوحه 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 واستتر في البلد جاز ولا يصح في الأصح لأن في الاستتار تضيقاً للعقود وغيره واستدل بأن ثبوت القضاء بوجود الحجية وهي البينة فإذا وجد ظهر الحق فيعمل للقاضي العمل بعقضاها ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة لأن الشهادة خير بمحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل إلا أن الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة ولهذا إذا كان الخصم حاضراً وأقر بالحق لا حاجة إليها ولا منازعة إلا بعد الانكار ولم يوجد (٤٩٣) فان قال قد علمتم بالشهادة بدون

الانكار إذا حضر الخصم وسكت أوجب بأن الشرع أنزله منكراً جلالاً له على الإصلاح إذا تظاهر من حال المسلم أن لا يسكت إن كان عليه دين أو رفاها لظلمه إن أراد بسكوته توقيف حال المدعى عن سماع الحجية فكان الانكار موجوداً حكماً وإن قال سلمنا أن المنازعة إلا بالانكار لكنه موجود ظاهراً فيما نحن فيه فان الأصل عدم الاقرار إذ الأصل في اليد الملك فلنا ممنوع فان الظاهر من حاله الاقرار لأن المدعى صادق ظاهر الوجود ما بصره عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك الاقرار لعقابه ودينه أيضاً وإن قال لو أنكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجية وليس كذلك فلنا إذا كانت شرطاً فاللازمة ممنوعة لأن وجود الشرط لا يستلزم وجود الشرط وسيأتي له جواب آخر وإن قال وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد تظهور الحق

قال (ولا يقضى القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه) وقال الشافعي رحمه الله يجوز لوجود الحجية وهي البينة فظهر الحق ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد للحل والحرمية كالبيع والنكاح والطلاق وهذه المسئلة هي التي تقدمت في النكاح المعنونة بأن القضاء بالعقود والفسوخ شهادة الزور بغير علم القاضي نافذة عند أبي حنيفة باطنا خلافاً لصاحبه وباقي الأئمة ومن المنسل ادعى رجل على امرأته نكاحاً وهي جاحدة وأقام بينة زور فقضى بالنكاح بينهما حل للمدعى وطؤها ولها التمكن خلافاً لهم وكذا إذا ادعت نكاحاً على رجل وهو يجده ومنها قضى ببيع أمة بشهادة زور بأن ادعى على رجل أنه باعها منه أو أنكأ اشتريتها حل للنكاح وطؤها إذا قامت البينة الزور وقضى بها وكذا في النسخ بالبيع والاقالة وفي الهبة روايتان ومنها ادعت ان الزوج طلقها ثلاثاً وهو ينكر فأقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر حل له وطؤها عند الله تعالى وإن علم بحقيقة الحال ولا يعمل عند الأئمة إذا كان عالماً بالكذب الشهود ومن صور التحريم صبي وصبية سيافكبراً أو اعتقاً ثم تزوج أحدهما بالآخر فجاء حربي مسلماً وأقام بينة أنهم أولاد قضى القاضي بينهما بالفرقة فان رجع الشهود أو تبين أنهم مشهودون ولا يعمل للزوج وطؤها عنده لأن القضاء بالحرمية نفذ باطناً وظاهراً ومحمد في هذا الفرع مع أبي حنيفة لأنه لا يعلم حقيقة كذب الشهود وأجمعوا في الاملاء المرسلات عن تعيين سبب أنه لا يعمل باطناً والوجه في الأصل والفرق تقدم قبيل باب الاولياء والا كفاء ومن الأوجه لابي حنيفة أنه لو فرق بينهما بأمر الزوج نفذ ظاهراً وباطناً فأمر الله أولى والقاضي مأمور بذلك منه جل وعلا وأما الاستشهاد بتفريق المتلاعنين ينفذ باطناً وإن كان أحدهما كاذباً فليس بشيء وفي الخلاصة وأجمعوا على أنه لو أقر بالطلاق الثلاث ثم أنكر وحلف فقضى له به لا يعمل وطؤها وإن الشهود لو تظاهروا بعيداً أو كفاراً أو محدودين لا ينفذ باطناً وفيها رجل قال لامرأته أنت طالق البتة ونوى واحدة بائة أو رجعية فقضى القاضي بأنها ثلاثاً أخذها بقول على نفذ القضاء ظاهراً وباطناً ثم بعد ذلك إن كان الزوج محجماً 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 فان استفتى فيما أفتاه به المنقضي 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 والاخذ بالراجح متعين وكونه لا يراه حلالاً إنما ينعه من القربان قبل القضاء أما بعده وبعد نفاذه باطناً 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 مستتر 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 المستتر تضيقاً للحقوق لولم يحكم وفي غيره لا احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من أنكر فاشتراط حضور الخصم زيادة عليه بالدليل ولنا

بالبينة لأنه إن حضره أقر لزمت الدعوى وإن أنكر فسلك ذلك فالجواب بأن النزاع في ظهور الحق بالبينة فإنه عندنا لا يظهر به إلا بالنزاع وبأنه مفيد لاحتمال أن يطعن في الشهود ويثبت أو يسلم الدعوى ويدعى الاداء ويثبت أو يقربل القضاء بالبينة فيطل الحكم بالبينة ووقوع ذلك بعد الحكم يمكن وفيه إبطاله وصون الحكم عن البطلان من أجل الفوائد

(قوله فلنا إذا كانت شرطاً الخ) أقول فيه تأمل ثم الظاهر أن يقال إذا كان بدل قوله إذا كانت (قوله وبأنه مفيد الخ) أقول ومن هذا يعلم وجه ما سئلنا من أن يسلو المدعى عليه مع المدعى إلى القاضي الكاتب إذا طلب ذلك منهم

(قوله ولانه يحتمل الاقرار الخ) دليل آخر على المطلوب والضمير للشأن ويجوز ان يتنازع أن ويشبهه في وجه القضاء وأعمل الثاني ومعناه أن الشأن يحتمل الاقرار والانكار وأوجه القضاء يحتملها من الخصم فيشبهه على الحاكم وجه القضاء لان أحكامهما مختلفة فان حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود وعند الرجوع وينظرفي الزوائد المتصلة والمنفصلة وقد تقدم في أول باب الاستحقاق من البيوع أن الرجل اذا اشترى جارية فقلت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه يأخذها وولدها وان أقر بها الرجل لم يأخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبينة فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا عن جارية مملوكة للستحق ولهذا ترجع الباعثة بعضهم على بعض بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة فاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعثة بعضهم على بعض فان استدلت الخصم بقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى فانه لا يثبت بين كون الخصم حاضرا أو غائبا أو بحديث هند حيث قالت يا رسول الله ان أبسفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدي بالمعروف فقد قضى عليه بالنفقة وهو غائب (٤٩٤) أحبناه عن الحديث الاول بأنه يدل على أن من ادعى شيئا فعليه اقامة

البينة وهو مع كونه متروك الظاهر لان الخصم اذا أقر ليس على المدعى اقامة البينة ليس بعمل للنزاع وانما النزاع في أن القاضي هل يجوز له أن يحكم على الغائب أولا وليس فيه ما يدل على نفي أو اثبات وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين استقضاه على اليمن لا تقض لاحدنا لخصمه من بشئ حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضى رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن وعن حديث هند بأنه عليه الصلاة والسلام كان عالما باستحقاق النفقة على أبي سفيان الأثرى

ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشبهه وجه القضاء لان أحكامهما مختلفة ولو أنكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله ومن يقوم مقامه قد يكون نائبا بانابته كالأول أو بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعى على الغائب سبب ما يدعى عليه على الحاضر

قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين استقضاه على اليمن لا تقض لاحدنا لخصمه بشئ حتى تسمع كلام الآخر وقدمناه من رواية أبي داود وغيره وتعليقه ونحوه فعمل ان جهالة كلامه مانعة من القضاء وذلك ثابت مع غيبته وغيبته من يقوم مقامه ولان حجة البينة على وجهه بوجوب العمل به موقوف على عجز المنكر عن الدفع والطعن فيها والعجز عنه لا يعلم الا مع حضوره أو نائبه ولان شرط العمل بها الانكار حتى لا تسمع على مقر ولا يقضى بها اذا اعترض الاقرار قبل القضاء وبغيبته يفوت العمل بوجود شرط العمل بها وهو الانكار ومالم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بثبوت المشروط وهو صحة الحكم ولا يكفي في الحكم بثبوت كونه الاصل لانه يترتب عليه وجود أمر فلا بد من ثبوت وجوده ولذا قلنا جميعا فمين قال لعبدان ان تدخل الدار اليوم فأنت 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 أمر آخر فلا يحكم بوجوده بناء على الاصل فان قيل الخلاف ثابت فيما لو حضر وأنكر ثم غاب قلنا لان بقاء الانكار شرط القضاء بالبينة وهو محتمل لجواز الرجوع عنه الا بالنظر الى الاصل ولا عبرة به وانما يقضى عليه بالبينة اذا حضر وسكت لانزال الشرع اياه منسكرا الا لانه غير منسكرو ما قيل وقف البينة على حضوره غير مفيد لانه اما أن يقر أو ينكر وعلى الوجهين الدعوى لازمة عليه فليس بشئ لان مع حضوره يحتمل أن يقر فيه بطل حكم البينة أولا فيقطع في البينة ويثبتة أولا يطعن فيقضى عليه بالبينة ومع غيبته يشبه وجه القضاء فلا يجوز وهذا لان حكم الحاكم بالبينة أن ينفذ في حق سائر الناس وبالاقرار يقتصر على المقر ويظهر

أنه لم تقم البينة (قوله لو أنكر ثم غاب فكذلك) يعني لا يقضى القاضي في غيبته وان وحده منه الانكار وكذا اذا أنكر ذلك وسمعت البينة ثم غاب قبل القضاء (لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء) لان البينة انما تصير حجة بالقضاء وهو الجواب الموعود بقولنا سياتي (وفيه خلاف أبي يوسف) فانه يقول الشرط الاصرار على الانكار الى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب وأجيب بأن الاستصحاب يصلح للرفع للاثبات قال (ومن يقوم مقامه الخ) لما ذكر أن القضاء على الغائب لا يجوز الا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك واعلم أن قيام الحاضر مقام الغائب اما أن يكونه بفعل فاعل أو يكون حكما شرعيا والاول اما أن يكون الفاعل هو الغائب كما اذا وكل شخصا هو ظاهر أو القاضي كما اذا قام وصي من جهته والثاني اما أن يكون ما يدعى به على الغائب سبب ما يدعى به على الحاضر

(قوله والضمير للشأن) أقول فيه بحث فان الجملة بعده تحتمل ضميره الا أن يراد بضمير الشأن ما هو المصطلح (قوله ويجوز أن يتنازع أن ويشبهه الخ) أقول وأنى 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 هند 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 لازما سواء كان المدعى واحدا كما اذا ادعى دارا في بدر جل أنهما ملكه وأنكر ذواليد فأقام المدعى بينة أن الدار داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فان المدعى وهو الدار شيء واحد وما ادعى على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب للمالك لا محالة أو شيئين مختلفين (٤٩٥) كما اذا شهد شاهدان لرجل على رجل

بحق من الحثوق فقال المشهود عليه هـ ما عمدا فلان الغائب فأقام المشهود له بينة أن فلانا الغائب أعتقه ما وهو يملكهما تقبل هذه الشهادة والمدعى شيئا من المال على الحاضر والعتق على الغائب والمدعى على الغائب سبب المدعى على الحاضر لا محالة لان ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال فالقضاء فيهما على الحاضر قضاء على الغائب والحاضر ينتصب خصما عن الغائب لان المدعى شيء 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 نظائر في الكتب الوسطية والمصنف لم يتعرض الاللسببية وأما ان يكون المدعى شيئا واحدا أو شيئين مختلفين فلم يتعرض له للحصول المقصود بالسبب اللازم فان الشيء اذا ثبت ثبت بلوازمه وقد بنا السبب بقولنا لا ذما احترازنا عما اذا كان سببيا في وقت

وهذا في غير صورة في الكتب أما اذا كان شرط الحقة

ذلك فيمن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة يأخذها وولدها ولو أقر به الرجل لم يأخذ ولدها ولا يرجع بالنكاح على بائعها وبالبينة ترجع الباعثة 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 نفا فوجد شرط حجتها 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 ليس له حق الطعن في اقراره فالقضاء عليه حال غيبته ثم لا يبطل حقه وكان أبو يوسف يقول ألا لا يقضى بالبينة والاقرار على الغائب جميعا ثم رجع لما تبسلى بالقضاء وقال يقضى فمما جعنا واستحسنه حفظ الاموال الناس فاذا علمنا انه لا بد من حضوره أو حضور من يقوم مقامه فن يقوم مقامه أحد ثلاث نأب بانابته كوكيله أو بانابة الشرع كالوصى من جهة القاضى وقد يكون حكما يعنى شخصا يقوم مقامه حكما أى يكون قيامه عنه حكما لا مرام له واقتصر المصنف عليها نفي المسخر من جهة القاضى فان فيه اختلاف الروايتين وهو الذى ينصبه القاضى لسمع عليه الدعوى وكذا لو حضر المدعى رجلا لا غير خصمه لسمع القاضى الخصومة والقاضى يعلم أنه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ولا على المسخر من جهته وانما يجوز نصب القاضى الوكيل عن خصم اختلف في بيته ولا يحضر مجلس الحكم ولكن بعد ان يبعث أمناءه الى باب داره فينادى على باب داره ويقول احضر مجلس الحكم والايحكم عليكم أما في غير ذلك الموضوع فلا و ذكر محمد في الجامع رجل غاب وجاء رجل فادعى على رجل ذكر انه غريم الغائب والغائب وكله يطلب كل حق له على غرمانه بالكوفة وبالخصومة والمدعى عليه ينكر وكالته فأقام بينة على وكالته قضى عليه بالوكالة يعنى على الغائب قال شيخ الاسلام فيه دليل على جواز الحكم على المسخر فانه قال ذكر انه غريم الغائب ولم يقل هو غريم الغائب قال انه مدر الشهد هذا محمول على ما اذا لم يعلم القاضى أنه مسخر والوجه أن يعمل على احدى الروايتين كما ذكر ظهير الدين في فتاواه أن في نفاذ قضاء القاضى على الغائب روايتين ذكر شمس الأئمة السرخسى وشيخ الاسلام أنه ينفذ وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينفذ وفي مفتود خواهر زاده لا ينبغي للقاضى أن يقضى للغائب من غير خصم كما لا ينبغي للقاضى أن يقضى على الغائب إلا أن مع هذا لو وكل وكيل أو نفاذ الخصومة بينهم فهو جائز وعليه الفتوى انتهى والذى يقتضيه النظر أن يقال ان نفاذ القضاء على الغائب موقوف على امضاء قاض لان نفس القضاء هو المحتمد فيه فهو قضاء المحمود في فذف ونحوه وحيث قضى على غائب فلا يكون عن اقرار عليه ومن فروعه مسئلة عجيبة في الفصل الاول من الفتاوى الصغرى عين في بدر رجل ادعى آخر انه مملكه اشتراه من فلان الغائب وصدقه ذوالسيد القاضى لا يأمر اذا البدان يسلمها الى المدعى حتى لا يكون قضاء على الغائب بالشراء باقراره وهي عجيبة لانه اعترف بالملك للمدعى ولا يقضى عليه بالتسليم قال وأحال الصدر الشهيد هذه المسئلة الى باب العين من أدب القاضى ولم أجد هاتئة وأما الثالث فاذا كان ما يدعى عليه على الغائب سببا لا محالة لا يدعى على الحاضر بحيث لا ينفك عنه (وهو في غير صورة في الكتب بخلاف ما اذا كان ما يدعى على الغائب (شرط الحقة)

دون وقت فان الحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب كما اذا قال رجل لامرأة رجل غائب ان زوجه فلانا الغائب وكلنى أن أحلك اليه فقالت انه كان قد طلقنى ثلاثا وأقامت على ذلك بينة قبلت بينها في حق قصر يد الوكيل عنها الا 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 براء فان كان في قوله فان كان سببا لازما الخ المتقدم عليه بسبعة أسطر فحسبنا

وهو قصر يده فان الطلاق متى تحقق قدا لا يوجب قصر يده الوكيل بان لم يكن وكيل بالجل قبل الطلاق وقد يوجب بان كان وكيل بالجل قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سبب الثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه فقلنا يقضى بقصر اليد دون الطلاق فلا يههما فان قيل كلام المصنف (٤٩٦) ساكت عن هذا القيد قلنا كتنفي بالاطلاق لصرف المطلق الى الكامل عن

التقديم يدوان كان أعنى ما يدعى به على الغائب شرطا ذقه أى لحق المدعى على الحاضر كمن قال لا امرأه ان طلق فلان امرأته فأنت طالق فادعت امرأة الخائف عليه ان فلانا طلق امرأته وأقامت على ذلك بينة قال المصنف فلا يعتبر به في جعله خصما عن الغائب وهو قول عامة المشايخ لأن بينتها على فلان الغائب لا تصح لان ذلك ابتداء القضاء على الغائب وقال الامام فخر الاسلام وشمس الأئمة الاو زجندي ان البينة تقبل ويجعل الحاضر خصما عن الغائب كما في السبب لان دعوى المدعى كما تتوقف على السبب وتتوقف على الشرط لا يقال المعتبر هو السبب اللازم 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 القاضى وهو من نصبه وكلا عن الغائب ليسمع الخصومة عليه بقوله كالوصى من جهة الذاتية لان كلامه فيمن يقوم مقام الغائب والمسخر لا يقوم مقامه ذكره في الذخيرة وهو واحد الروايتين فيه فكانه اختاره

فلا يعتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع

لا سيما لا محالة أو قد يكون سببا وقد لا يكون (فانه لا يعتبر به في جعل الحاضر خصما عن الغائب) قال المصنف (وقد عرف تمامه في الجامع) مثال السبب المزوم لا محالة في ست مسائل ثلاث فيما يكون المقضى شيئين وثلاث فيما يكون واحدا أما ثلاث الواحد ادها ادعى دارا في يد رجل انهما ملكه وأنكر ذوال اليد فأقام البينة انهما اداره اشتراهما من فلان الغائب وهو يملكها فانه يقضى بها في حق الحاضر والغائب لان الشراء سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر لان الشراء من المالك سبب لا محالة للملكه والثانية ادعى على آخره كقول عن فلان الغائب بما يدوب له عليه فأقر المدعى عليه بالملكه فأنكر الذوب فأقام المدعى البينة أنه ذاب له على فلان ألف يقضى بها على الكفيل والغائب حتى لو حضر وأنكر لا يلتفت الى انكاره الثالثة ادعى شفعة في دار في يد انسان فقال ذوال يد الدار ذرى ما اشتريتها من أحد فأقام المدعى البينة ان ذال اليد اشتراها من فلان الغائب بألف وهو يملكها وأنا شفيعها يقضى بالشراء في حق ذى اليد والغائب ومثال ثلاث الشئين احدها قذف محصنا فادعى عليه الحد فقال القاذف أنا عبد وعلى حد العبيد وقال المدعى القذوف بل أعتقك مولاك فعليك حد الا حرار والمولى غائب فأقام البينة على ذلك تقبل هذه البينة ويقضى بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعا حتى لو حضر وأنكر العتق لا يلتفت الى انكاره فالعتق سبب لكل الحد وهو المدعى على الحاضر فهما شيان الثانية شاهدان شهدا على رجل عمال فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغائب فأقام المشهود له البينة ان مولاهما أعتقهما 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 وله وليان غائب أحدهما وادعى الحاضر على القاتل ان الغائب عفا عن نصيبه وانقلب نصيبى المالا وأنكر القاتل فأقام المدعى البينة على ذلك تقبل ويقضى بها على الحاضر والغائب جميعا فان قيل هذا منقضى عما اذا كان العبد بين غائب وحاضر فادعى العبد على الحاضر منهم ان الغائب أعتق نصيبه وهو موسر وادعى قصر يد الحاضر عن نفسه لصيرورته مكاتباً عند أبي حنيفة وأقام البينة على الحاضر بذلك لا تقبل هذه البينة أصلا مع ان اعناق الغائب نصيبه سبب لقصر يد الحاضر عنه لا محالة أوجب بأن عدم القبول عنده هنا لعدم الخصم عن الغائب بل لجهالة المقضى عليه بالكاتب لان الساكت اذا اختار تعيين المعتق بصير العبد مكاتباً من جهة المعتق وان اختار الاستعانة بصير مكاتباً من جهة الساكت فكان المقضى عليه بالكاتب مجهولاً لا يقبل وأما ما لا يكون فيه ما يدعى به على الغائب سبباً لا محالة لما يدعيه على الحاضر بل قد يكون وقد لا يكون فقد يكون أيضاً شيئين وقد يكون واحداً ويانه في مسئلتين احدهما قال لعبد رجل مولاك وكفى بملكك اليه فأقام العبد البينة ان مولاه أعتقه تقبل في حق قصر يد الحاضر ولا تقبل في حق العتق على الغائب حتى لو حضر الغائب وأنكر العتق يحتاج العبد الى إعادة البينة به والثانية رجل قال لا امرأته غائب وكفى زوجك بملكك اليه فأقامت بينة انه طلقها ثلاثاً يقضى بقصر يد الوكيل عنهما دون الطلاق ولو حضر وأنكر الطلاق يحتاج الى اعادة أو بينة أخرى فالمدعى العتق وقصر اليد والطلاق وقصر اليد لان العتق والطلاق قد يتحقق ولا يوجب انزعال الوكيل بان لا يكون هناك وكالة وقد يتحقق موجبا لان انزعال بان وجد بعد الوكيل فليس انزعال الوكيل حكماً أصلياً للطلاق

والعتاق

(قوله والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين) أقول فيه تأمل (قوله وأخرج المصنف الى قوله كالوصى) أقول فيه شئ فان كاف التسمية تدل على خلاف ما ذكر

قال (ويقرض القاضي أموال اليتامى الخ) للقاضي أن يقرض أموال اليتامى ويكتب الصك لاجل (٤٩٧) تذكره الحق وهو الاقراض لان

في اقراض أموالهم مصطلحهم
لبقائها محفوظة فان القاضي
لكثرة أشغاله قد يعجز
عن الحفظ بنفسه وبالودعة
ان حصل الحفظ لم تكن
مضمونة بالهلاك فلم تكن
مضمونة وبالقرض
تصير محفوظة مضمونة
فيقرضها فان قيل نعم هو
كذلك لكن لم يؤمن الثوى
لخود المستقرض أوجب
بقوله والقاضي بقدر على
الاستخراج لكونه معلوما له
وبالكفاية يحصل الحفظ
وينتفى الذمان بخلاف
الوصى فانه ليس له أن يقرض
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 بيعة تعدل والاب كالوصى
في أصح الروايتين لانه
عاجز عن الاستخراج وهو
اختيار الامام فخر الاسلام
والصدر الشهيد والعتابي
وفي رواية يجوز له ذلك
لان ولاية الاب تسم المال
والنفس كولاية القاضي
وشفقته تمنع من ترك النظر
له والظاهر أنه يقرضه ممن
يأمن بحوده وان أخذه
الاب قرضاً لنفسه فالقرض
يجوز وروى الحسن عن
أبي حنيفة أنه ليس له ذلك

قال (ويقرض القاضي أموال اليتامى ويكتب الصك لاجل) لان في الاقراض مصطلحهم لبقاء الاموال
محافظة مضمونة والقاضي بقدر على الاستخراج والكتابة يحفظه (وان أقرض الوصى ضمن) لانه
لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصى في أصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

والعتاق فمن حيث انه ليس سبب الحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر فيه خصمه من الغائب ومن حيث
انه قد يكون سبب قبلنا البيعة فيما يرجع الى حق الحاضر في قصر يده وانعزاله عن الو كالة لانه ليس من
ضرورة انعزال الوكيل بتحقيق الطلاق والعتاق ولا من ضرورة تحقق الطلاق والعتاق انعزال الوكيل
فلا يقضى بالطلاق والعتاق ومن هذا القسم وهو دعوى شيتين الآن ما دعاه على الغائب ليس
سبباً ما يدعيه على الحاضر الا باعتبار البقاء في مسائل احداهما فالواقين اشترى جارية قاضي
المشتري على البائع انه كان زوجهما من فلان الغائب ولم يعلم المشتري ويريد ان يرد هاهنا العيب وانكر
البائع فاقام المشتري على ذلك بيعة فانه لا يقضى بها لاني حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعى
شيئاً ن الرد بالعيب على الحاضر والنكاح على الغائب والنكاح المدعى به على الغائب ليس سبباً لما
يدعى على الحاضر الا باعتبار البقاء لجواز أن يكون تزوجها ثم طلقها فان اقام البيعة على البقاء بأن شهدوا
على انها امرأته للعمال لا تقبل أيضاً لان البقاء تبع للابتداء والثانية المشتري شراء فاسدا اذا اراد
البائع الاسترداد فاقام البيعة انه باع من فلان الغائب لا تقبل لابطال حق الاسترداد لاني حق الحاضر
ولا في حق الغائب لان نفس البيع ليس سبباً لبطال حق البائع في الاسترداد لجواز انه باع ثم انفسخ
البيع بينهما فيعود حق البائع في الاسترداد واذ لم يكن خصماً في اثبات نفس البيع لم يكن خصماً
في اثبات البقاء لان البقاء تبع للابتداء كما ذكرنا الثالثة رجل في يده دار بيعت بجنه دار فأراد واليد
أن يأخذ المشتراة بالشفعة فقال المشتري له الدار التي بيديك ليست لك انما هي لفلان فاقام الشفيع
البيعة انما اداره اشتراها من فلان الغائب لا يقضى بالشراء لاني حق الحاضر ولا في حق الغائب لان
المدعى شيئاً والمدعى على الغائب من شراء الدار ليس سبباً لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت البقاء لانه لو
فسخ بعد الشراء أو زالها عن ملكه بسبب من الاسباب لا يكون له شفعة وانما تكون الشفعة باعتبار البقاء
ولا بيعة عليه ولو اقام على البقاء تقبل أيضاً كما ذكرنا وأما ما يكون شرطاً فعامه المشايخ فيه على أنه
لا ينصب الحاضر خصماً عن الغائب فيما يدعيه وصورته حال لمرأته ان طلق فلان امرأته فأنت طالق
فادعت أن فلاناً طلق زوجته وأقامت البيعة على ذلك لا يقضى بوقوع الطلاق به لانه ابتداء القضاء
على الغائب وقد أفتى بعض المتأخرين كفخر الاسلام والاوزجندى فيه بانتصاب الحاضر خصماً عن
الغائب ويقضى بوقوع الطلاق كالقول ان دخل فلان الدار فأنت طالق فبرهنت على دخول فلان
حيث يصح وان كان فلان غائباً والجواب انه ليس في هذا قضاء على الغائب بشي اذ ليس فيه ابطال حق
له فصار الاصل ان ما كان شرطاً لثبوت الحق للحاضر من غير ابطال حق الغائب قبلت البيعة فيه اذ ليس
فيه قضاء على الغائب وما تضمن اطلاقاً عليه لا يقبل (قوله) ويقرض القاضي أموال اليتامى 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 المكابرو في القرض بقاؤها محفوظة
عن ذلك مضمونة (والقاضي بقدر على الاستخراج) فكان النظر في الاقراض بخلاف الوصى فانه
لا يقدر على الاستخراج اذ ربما لا يوفقه الشهود ولا يجدهم ولو وجدتهم فليس كل بيعة تعدل ولا
كل قاض يعدل وفي الجثوث بين يدي القضاة ذل وصغار فكان اضراراً بالصغار على الاعتبار (والاب
كالوصى في أصح الروايتين) لانه لا يقدر على الاستخراج ووجه الاخرى أنه أعم ولا يه من الوصى

(٦٣ - فتح القدير خامس) (قوله ويكتب الصك لاجل تذكره الحق الخ) أقول فيه إشارة الى ان انتصاب ذكر

الحق لكونه مفعولاً ليكتب وعندي ان قوله ذكر الحق علم للصك كما يفهم من قول المصنف في اواخر مسائل شتى

باب التحكيم

باب التحكيم

هذا باب من فروع القضاء وتأخيره من حيث ان المحكم اذنى مرتبة من القاضي لاقتصار حكمه على من رضى بحكمه وعموم ولاية القاضي وهو مشروع بالكتاب والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكيمان من اهله وحكيمان اهلها والصلابة رضى الله عنهم كانوا مجتمعين على جواز التحكيم

باب التحكيم

قوله وعموم ولاية القاضي أقول المراد عموم ولاية القاضي هو تعدى المحكم الصادر عنه الى غير المتخاصمين كما في صورة القتل خطأ وامثاله لانه يجب أن يكون مولى على آحاد كثيرة من الناس فانه قد يرضى 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

لانها في المال والنفس كولاية القاضي ويزيد عليها بزيادة الشفقة الساكنة من ترك النظر والظاهر انه يقرض من يأمن بحجوده وعلى هذا قالوا لو أخذ هذه الابقرض لنفسه يجوز وان روى الحسن عن أبي حنيفة انه لا يجوز والجواب ان الاعتبار في جواز القرض وعدمه ليس اقرب القرابة ولا لزيادة الولاية بل لتسام القدر على الاسترجاع بعد وجود أصل الولاية ولا قدرته هذه انما تنفي عدم وجود الملافة اليهود موت أو غيبة قضى بعلمه واستخرج ولا يخفى أن قدرته هذه انما تنفي عدم وجود الملافة أموال أعسر المستقرض صار القاضي كغيره في عدم القدرة وعن هذا قال الخصاصي ينبغي للقاضي أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم المال حتى لو اخذ حل أحد منهم بأخذ منهم المال قبل أن يهسر فلا يقدر وكذلك لو كان المستقرض معسرا في الابتداء لا يجوز للقاضي اقرضه وقد انتظم ما ذكرنا حكم القاضي بعلمه ولتفصلها فعندنا في قول للشافعي أنه يجوز وطاهر من ذهب مالك وأحمد لا يجوز وعن كل منهم ما رواه الجواز كقولنا لانه صلى الله عليه وسلم قال له نذبت عتبة خذني من ماله ما يكفيك وذلك بالمعروف فهذا قضاء بعلمه وشرطه عند أبي حنيفة أن يعلم في حال قضائه في المصر الذي هو قاضيه بحق غير حدث خالص لله من قرض أو بيع أو غصب أو تطبيق رجل امرأته أو قتل عمداً أو حدث ذنفاً وأما اذا علم قبل القضاء في حق العباد ثم ولى 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 أبي حنيفة ولو علم في رستاق مصره عندهما يقضى واختلاف المشايخ على قول أبي حنيفة وسواء كان مقلدا للرستاق أو لم يكن وأصل هذا أن قضاء القاضي في القرية والمفازة لا ينفذ عند أبي حنيفة ومحمد ونص أصحاب الامالي عن أبي يوسف أنه ينفذ قضاؤه في السواد وهكذا في النوادر عن محمد ولو علم بحادثة وهو قاض في مصره ثم عزل ثم أعيد الى القضاء فعند أبي حنيفة لا يقضى وعندهما يقضى وأما في حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقا والله الموفق

باب التحكيم

هذا أيضا من فروع القضاء والمحكم أحقر رتبة من القاضي فان القاضي يقضى فيما لا يقضى المحكم فأخبر عنه ولهذا قال أبو يوسف انه لا يجوز تعليق التحكيم بالشرط واضافه 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 اهل الآيه وفيه نظر وأما السنة فما قال أبو بشر يبررسول الله ان قومى اذا اختلفوا في شئ فأوتى حكمت 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 بنى قريظة لما تفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى انه كان بين عمر وأبي بن كعب منازعة في نخل فعسكرا بينهما زيد بن ثابت فأتياهم فخرج زيد وقال امهره لابعنت الى فأتيتك يا أمير المؤمنين فقال عمر في بيته بوقت الحكم فدخل بيته فأتى لعمر وسادة فقال عمر هذا أول جورك فكانت البيه على عمر فقال زيد لابي لو أعفبت أمير المؤمنين فقال عمر بين زميتني فقال أبي نعمي أمير المؤمنين ونصده وابعلم أنه لا يظن بأحد منهما في هذه الخصومة التمهيس وانما هي لاشتباه الحادثة عليهم ما تقدم الى الحكم للبيهين لا للتدليس وفي الحديث جواز التحكيم وان زيدا كان معروفا بالفقهاء وقد روى ان ابن عباس رضى الله عنهما كان يختلف اليه ويأخذ بر كاه عنده ركبوه وقال هكذا أمرنا ان نضع بنقها شئنا فقبل زيد يدوه وقال هكذا أمرنا ان نضع بأشرفنا وفيه ان الامام لا يكون قاضيا في حق نفسه وانه ينبغي أن من احتاج الى العلم بأى

(واذا حكم رجلان رجلا بيمينهم او رضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على أنفسهما فيصح تحكيمهما واذا حكم لهما) اصدور حكمه عن ولاية عليهما (وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لانه بمنزلة فيما بينهما) واعترض بأنه لو كان كذلك لما وقع الفرقة بينهما في حق التعليق والاضافة الى المستعمل على قول أبي يوسف لكنهما وقعت فانهما جازان في القضاء دون التحكيم عنده وأوجب بأن التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت الا بتراضى الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يعلق ولا يضاف بخلاف القضاء والامارة لانه نفويض (واذا كان المحكم بمنزلة 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 فن ليس فيه ذلك لا يقدح كما ولا يحكم كافر ولا 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 صحیح دون الاسلام فكذا تحكيمه والمحدود في القذف وان تاب لانه ليس من أهل الشهادة عندنا كما سياتي والفاسق والصبي لعدم أهلية الشهادة فيهما لكن اذا حكم الفاسق يجب أن يجوز عندنا كما امر في أول أدب الفاسق أن يقد القضاة ولو قلد جاز

(واذا حكم رجلان رجلا فيكم بينهما او رضيا بحكمه جاز) لان لهما ولاية على أنفسهما فيصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فاشترط أهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانه عدم أهلية القضاء اعتبارا بأهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما امر في المولى

الى العالم في بيته ولا يبعث اليه لياتيه وان كان أوجه الناس وأما القاء زيد الوارادة فاجتهاد من قوله صلى الله عليه وسلم اذا اتاكم كرمي قوم فأكرموه وبسط النبي صلى الله عليه وسلم رداه لعدي بن حاتم وان الخليفة ليس كغيره واجتهاد عمر على تخصيص هذه الحالة من عموم الاول وانه لا بأس بالحلف صادقاً وامتناع عثمان عن اليمين حين لزمته كان لا امر آخر وان اليمين حق المدعى له أن يستوفيا وتسقط باسقاطه (قوله واذا حكم رجلان رجلا) أو امرأة (فحكم بينهما او رضيا بحكمه) الى أن حكم (جاز لان لهما ولاية على أنفسهما فيصح تحكيمهما) وسند كره لهذا تخصيصات اولها قوله (وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم) بأن يكون أهلا للشهادة (فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي) الا أن يحكمه ذميا لانه من أهل الشهادة عليهم فهو من أهل الحكم عليهم (و) كذلك (المحدود في القذف والفاسق) لا يجوز تحكيم أحد من هؤلاء (لعدم أهلية القضاء لعدم أهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما امر في المولى) الفاسق ينفذ حكمه وقوله (وينفذ حكمه عليهم) عطف على جواب المسئلة أعني قوله جاز وهو هذه شروط التحكيم فقدمنا على الجواب ولو قدم المجرور فقال وعليهما ينفذ حكمه كان مفيدا للمعصر فيفيد انه لا ينفذ على غيرهما ولو حكم 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 اختصم الوكيل بالبائع مع المشتري منه في العيب فعلم يرد على الوكيل لم يلزم الموكل 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 للوكيل روايتان وانما اقتصر حكمه ولم يتعد لانه كالمصالح ثم تشترط هذه وقت التحكيم ووقت القضاء جميعا حتى لو حكم عبا فاعتق أو صبيا أو ذميا فبلغ وأسلم ثم حكم لا ينفذ كافي المقلد وكذا لو كان مسلما وقت التحكيم ثم ارتد لا ينفذ حكمه ثم الاضاحات في قوله ولا يجوز تحكيم العبد الخ من اضافة المصدر الى المفعول ولو اعتبرت الى الفاعل جاز في بعضها دون بعض وفي المعنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحرة وتحكيم الذي ذميا يحكم بينه وبين ذمي يجوز لما ذكرنا

قال المصنف (فيشترط أهلية القضاء) أقول وفي المحيط يشترط أن يكون المحكم أهلا للشهادة وقت التحكيم ووقت الحكم جميعا حتى انه اذا لم يكن أهلا للشهادة وقت التحكيم وصار أهلا للشهادة وقت الحكم بان كان الحكم عبدا فاعتق وكم 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 فصول التقليد هو انه اذا استقضى الصبي ثم أدرك ليس له أن يقضى بذلك الاثر في باب الجمعة من صلاة المنتقى رواه ابراهيم عن محمد والعبد اذا استقضى ثم عتق كان له أن يقضى بذلك الاثر انتهى واشترط أهلية الشهادة وقت التحكيم والحكم مذكور في النهاية ومعراج الداربية أيضا (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 مخالفة كما لوهم ثم قوله فتحكيم الكافر من قبيل اضافة المصدر الى المفعول يقال حكمه أي فوض الحكم اليه (قوله فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي الخ) أقول المراد بالكافر ما عدا الذي يعسر منه المقابلة

(ولكل واحد من المحكمين أن يرجع قبل أن يحكم عليهما لأنه مقلد من جهتهما) لا اتفاقهما على ذلك (فلا يحكم الا برضاهما جميعا) لان ما كان وجوده من شئين لا بد له من وجودهما أو ما عدمه فلا يحتاج الى عدمهما بل بعدم واحد منهما وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الاخراج بالاتفاقهما أيضا فان قيل اخرج أحدهما سعي في نقض ماتم من جهته فلنا ماتم الامر وانما التمام بعد الحكم ولا نقض حينئذ فانه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم بصدوره عن ولاية عليهما كما للقاضي اذا قضى ثم عزله السلطان فانه لازم (واذا رفع حكمه الى الحاكم فوافق مذهب امضاه لانه) اذا نقضه لم يحكم الا بذلك (للا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه) وفائدة ابرامه أنه لو رفع الى الحاكم بخالف مذهب لم يتمكن من نقضه ولو لم يرض لتمكن لان امضاه الاول بعزله حكم نفسه (وان خالفه أبطله لان حكم المحكم لا يلزم الحاكم لعدم التحكيم منه) (٥٠٠) بخلاف حكم الحاكم كانه قدم فلانه لا يبطله الثاني وان خالف مذهب لمعوم ولايته فكان

فصاؤه بحجة 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 بانفاق الروايات لان الامام هو المتعين لاستيفائها وأما في حد القذف والقصاص فتد اختلفت المشايخ قال شمس الأئمة من أصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز وذكروا في الذخيرة عن صلح الاصل أن التحكيم في القصاص جائز لان الاستيفاء اليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كافي الاموال وذكروا انحصاف 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 يذ كر 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 يلزمه لعدم التحكيم منه (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يمكن الاباحة فلا يستباح رضاهما قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرها وهو صحيح لانه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام (قوله ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما) لانه مقلد من جهتهما اذ هما المولى ان له فلهما عزله قبل أن يحكم كما أن السلطان أن يعزل القاضي قبل أن يحكم ولو حكم قبل عزله نذ وعزله بعد ذلك لا يبطله فكذا هذا (واذا نفذ حكمه لزمهما الصلح بصدور حكمه عن ولاية كاملة عليهما) فقط لانه لا يكون دون الصلح وبعد ماتم الصلح لو احدى 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 فلا يبطله الا أن يكون جورا بينا لم يختلف فيه أهل العلم ونحن فرقنا بأن ولاية القاضي عامة على الناس لمعوم ولاية الخليفة المقلد بخلاف المولى لانه انما لهم ولاية على أنفسهم فقط لا على القاضي فلا يلزم حكمه القاضي لانه لم يحكمه ولان تقليد دمهما اياه بعزله اصطلاحهما على شيء 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 الملبسوط 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 والخالصه 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 انحصاف أطلق وقال لا يجوز وهو الصحيح لان حكم المحكم بعزله الصلح ولا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف بالصلح ولا نهما يندران بالشبهات وفي حكمه شبهة لانه حكم في حقهما لا في حق غيرهما وأي شبهة أعظم من هذا قال المصنف (قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو صحيح) وفي

الحدود وقاوا في ذلك لان حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص الخلاصة لا تستوفى بالشبهات وهذا كما ترى أشمل من تعليل المصنف (قوله وقالوا) أي قال المتأخرون من مشايخنا (وتخصيص القاصد وري الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات) كالكتابات في جعلها راجعة والطلاق المضاف وهو الظاهر عن أصحابنا (وهو صحيح) لكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك قال شمس الأئمة الخلواني مسألة حكم المحكم تعلم ولا يفتى بها وكان يقول نظاهر المذهب أنه يجوز الآن الامام الاستاذ أباعلى السفي كان يقول يكتم هذا الفصل ولا يفتى به كي لا يتطرق الجهال الى ذلك فيؤدى الى هدم مذهبنا (قوله وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الاخراج بالاتفاقهما ما الخ) أقول كالمصنف فانه لا يصح الا بالاتفاق 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 يعضيه الحاكم الختفي بهذا الدليل بعينه اذ الفتوى على قولهما والمأخوذ على القضاة الحكم بالاصح

وان حكمهم دم خطا لا يتعد الا في صورته لانه اما ان يحكمم بالدية على العاقلة او في مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم 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) استثناء من قوله رده القاضي أي رد قضاءه بالدية في ماله الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله (٥٠١) وأما أروش الجراحات فان كانت

بحيث لا تتحملها العاقلة ونجب في مال الجاني بأن كانت دون أرش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار والنكول كان عمدا وقضى على الجاني

وان حكمه في دم خطا نقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم 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 أن يسمع البيعة ويقضى بالنكول وكذا بالاقرار) لانه حكم موافق للشرع ولو أخبر باقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة

حاز لانه لا يخالف حكم الشرع وقد رضى الجاني بحكمه عليه فيجوز وان كانت بحيث تتحملها العاقلة بأن كانت خمسمائة تصاعدا وقد ثبتت الجناية بالبيعة 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 أن يسمع البيعة) يعني أنه لما صار حكمهم ما يتسلبه لهما جاز أن يسمع البيعة (ويقضى بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع واذا أخبر المحكم باقرار أحد الخصمين) بأن يقول لاحدهما اعترفت عندي لهذا بهذا (أو بعدالة الشهود) مثل أن يقول قامت عندي عليك بيعة لهذا بهذا فعدلوا عندي وقد أزمتمك ذلك وحكمت به لهذا عليك فأنكر المقضى عليه أن يكون أقر عنده بشيء

انحصار لاصلة قضاء الحكم في الطلاق والعتاق والنكاح والكفالة بالمال والنفس والديون والبيع والكفارات والقصاص وأرض الجنائيات وقطع يد عمدا بيعة عادية جائزا واذا فرأى القاضي وعن أبي حنيفة لا يجوز في القصاص ونقل الناصحي عن أبي بكر الرازي في القصاص ينبغي أن يجوز لان ولي القصاص لو استوفى القصاص من غير أن يرفع الى السلطان جاز فكذا اذا حكم فيه لانه من حقوق بني آدم وتوجيه المصنف بأن مال الولاية له ما على دمه ولذا لا يمكن الاباحة يعني لو قال لشخص اقتلني لا يصح أمره ولا يجوز لانه لا يذنبه وهذا لان المقضى عليه هو الاصل في التحكيم والاخر أعنى الطالب تبع فكون أحد دمه وهو الذي تحكيمه ليس الاقوى بذلك أن يستوفيه لا يقتضى صحة التحكيم فيه بل حتى يرضى الآخر والاخر لا يملك ما حكم فيه فلا يصح التحكيم فيه وفي الفتاوى الصغرى حكم المحكم في الطلاق المضاف بنفسه لکن لا يفتى به وفيها روي عن أصحابنا ما هو أوسع من هذا وهو أن صاحب الحدادة لو استفتى فقيها عمدا فلافتاه يبطلان اليمين المضافة وسعه اتباع فتواه وامسالك المرأة الخلوفا بطلاقها وروي عنهم ما هو أوسع من هذا وهو أنه اذا استفتى أو لا فقيها فافتاه يبطلان اليمين وسعه امسالك المرأة فان تزوج أخرى وكان حلف بطلان كل امرأة تزوجها فاستفتى فقيها آخر فافتاه بعتة اليمين فانه يفارق الاخرى ويمسك الاولى عمدا لا يفتواهما وفي الذخيرة فبين تزوج امرأة بغير ولي فطلقها ثلاثا فبعث القاضي الى شافعي ليحكم بينهما يبطلان ذلك النكاح ويبطلان الثلاث ويجوز وكذا لو حكم بذلك حكما يجوز ولا يفتى به لما مر يعني ما قدمه من خشية تجاسر العوام يعني على هدم المذهب قال وكذا من غاب عن امرأته غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة فبعث الى شافعي ليحكم بفسخ النكاح لعجز النفقة يجوز ثم قال المصنف (ولو حكمه في دم خطا نقضى بالدية على العاقلة لا ينفذ لانه لا ولاية له على العاقلة اذ لم يحكموه 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 كما لا تعقل العمدا والصلح على الدية لان اقراره لا ينفذ في حقهم اذ لا ولاية له عليهم فاقتصر على نفسه فوجبت الدية في ماله وعلى هذا التفصيل أروش الجراحات ان كانت بحيث لا تعقلها العاقلة بل نجب في مال الجاني بان كانت دون أرش 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 بحيث

أقامت عليه بيعة بشيء لم يلفظ الى قوله وقضى القاضي ونفذ لان الحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك (اذا كانا على تحكيمهما) فبملاك الاخبار كلقاضي المولى اذا قال في قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك أو بيعة قامت عندي على ذلك (فانه يصدق في ذلك) قوله وثبت ذلك بالاقرار والنكول) أقول فيه انه اذا ثبت بالبيعة يكون في مال الجاني أيضا فلا وجه للتعيب بالاقرار والنكول (قوله وقد أزمتمك ذلك الخ) أقول انشاء الالزام والحكم أيضا

ولا يلتفت الى انكار المقتضى عليه فكذا ههنا (وان اخبر بالحكم مثل ان يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا (لم يصدق) لانه اذا حكم صامره عزولا ولا يقبل قوله في حكمته بكذا كالفاضي المولى اذا قال بعد عزله حكمت بكذا (وحكم الحاكم لابو به وولده وزوجته باطل) لان اهلية الشهادة شرط (٥٠٣) للقضاء والشهادة لهؤلاء غير مقبولة كذا الحكم (ولافرق في ذلك بين المولى

والمحكم بخلاف ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك القضاء واذا حكر جليلين جاز ولا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج الى الراى) الحكم أحدهما لا يجوز لانهم ما انما رضيا برأيهما ورأى الواحد ليس كراى المنسى ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكم حتى يشهد على ذلك غيرهما لانهم ما بعد القيام ان عزلا فصارا كسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشره

مسائل شتى من كتاب القضاء

مسائل شتى أى متفرقة من شئت تشبها اذا فرق ذكر في آخر كتاب أدب القاضى مسائل منه كما هو دأب المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها المتدرا كما للمفاتيح من الكتاب وترجمته بمسائل شتى أو منثورة أو متفرقة قيل وعلى هذا كان القياس أن يسوئرها 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 يقبل شهادته لهؤلاء لانه كان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لان قضاء التهمة فكذلك القضاء ولو حكر جليلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الراى والله أعلم بالصواب

مسائل شتى من كتاب القضاء

قال (واذا كان علول رجل وسئل لا تخرف ليس لصاحب السفلى أن يتدفيه وتداوله لا يقب فيه كوة تعلمه العاقلة لا يجوز قضاؤه به أصلا لانه ان قضى على الجاني خالف الشرع وعلى العاقلة لا يجوز لانهم لم يحكموه (قوله ولو اخبر) يعنى المحكم لو قال لاحدهما أقررت عندى أو قامت عندى بينة عليك بهذا فعندى وقد أقررتك ذلك وحكمت به هذا فانكر المقتضى عليه أن يكون أقر 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 المقتضى عليه فكذا الحكم الا أن يخرج من المحاط عن الحكم ويعزله قبل أن يقول حكمت عليه ثم قال المحكم ذلك أو قاله بعد ان قام من المجلس لانه بالقيام من المجلس يعزل كما يعزل بعزل أحدهما قبل الحكم فصار كالفاضي اذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق كذا هذا (قوله وحكم الحاكم) سواء كان قاضيا أو محكما (لابو به وولده وزوجته) وكل من لا تقبل شهادته له باطل لمكان التهمة) بخلاف ما اذا حكم عليهم يجوز لا تتقاهم (قوله ولو حكر جليلين لا بد من اجتماعهما لان الحكم امر يحتاج فيه الى الراى) وانما رضى الخصمان برأيهما فلا ينفرد أحدهما ثم لا يصدق الحكمان في اخبارهما عن الحكم اذا قاما بالماذ كراى من انعزما فالتمس باسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشره حتى يشهد على ذلك غيرهما ولو شهد عند الحكمين شاهدان ثم مات الشاهدان أو غابا فسأل المدعى الحكمين أن يشهدا له على شهادتهما لم يجوز لانهم ما ما جلاهما فلا يجوز أن يشهدا على شهادتهما واذا عرف أن أحدا الحكمين لا ينفرد فلو حكر عبد أو حرام يجوز ولو حكر مسلم ومشرقا فحكم بينهما ثم قتل المرتد أو لحق بدار الحرب لم يجوز حكمه عليهما ولو أمر الامام رجلا بأن يحكم بين الناس وهو ممن تجوز شهادته جازو يصير كالفاضي ولو أمر القاضى رجلا لم يجوز الا بأذن الامام الا أن يجيزه بعد الحكم أو يترضى به الرجلان بعد الحكم ولو حكر رجلا فأخرجه القاضى من الحكومة فمك بعدة بينهما فأجازاه جاز وليس للحكم أن يفوض الى غيره ولو فوض وحكم الثاني بلا رضاهما فأجاز القاضى لم يجوز الا أن يجيزه بعد الحكم وقيل ينبغى أن يكون كالوكيل الاول اذا أجاز فعل الوكيل الثاني ولو حكر واحد الحكمين لاحدهما ثم حكر الآخر ينفذ حكم الاول ان كان جائزا عنده وان كان جورا بطله وكتاب الحكم الى القاضى وقيل لا يجوز فان كتب اليه فاض فرضى به الخصمان حكم حينئذ يعقضى الكتاب

مسائل منثورة من كتاب القضاء

(قوله واذا كان علول رجل وسئل لا تخرف ليس لصاحب السفلى أن يتدفيه وتداوله لا يقب فيه كوة

بعدها القضاء بالمواريث والرحم وانه لا يحد بالتحريم (واذا كان علول رجل وسئل لا تخرف ليس لصاحب السفلى عند أن يتدفيه وتداوله لا يقب فيه كوة

مسائل شتى من كتاب القاضى

(قوله مسائل شتى أى متفرقة من شئت تشبها) أقول بل من شئت يشئت شتا وشئت ما وشئت ما اذا فرقت وافتقت

بغير رضا صاحب العلو) وليس لصاحب العلو أن يبنى على علوه ولأن يضع عليه جذعاً لم يكن له ولا يحدث كنية فالإرضاء صاحب السفلى
 (عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالوا لكل واحد منهما أن يصنع ما لا يضر به وقيل هذا تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله) يعني أن بأحنية أفا
 منع عما منع إذا كان مضراً وأما إذا لم يكن مضراً فلا يمنع كما هو قولهما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر
 فصلاً بجمعه أعليه لأن التصرف حصل في ملكه فيكون المنع بعلة الضرر (٥٠٣) اصحابه (وقيل) ليس ذلك بتفسيره

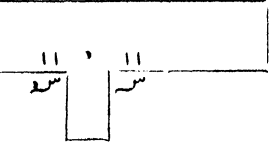
وإنما (الأصل عندهما
 الإباحة لأنه تصرف في
 ملكه والمالك يقتضى
 الإطلاق) فلا يمنع عنه إلا
 بعارض الضرر فإذا لم يكن
 ضرراً لم يمنع بالحق (تفأوا) إنما
 تظهر عمرة الخلاف (إذا
 أشكل) فغندهما (لم يجوز المنع)
 لأن الإطلاق بينهما
 واليقين لا يزال بالشك
 (والأصل عنده الحظر لأنه
 تصرف في محل تعلق به
 حق محترم للغير) وهو
 صاحب العلو لأن قراره
 عليه ولهذا يمنع من الهدم
 اتفاقاً وتعلق حق الغير بملكه
 يمنع المالك من التصرف
 كما يمنع حق المرتبة
 والمستأجر المالك عن
 التصرف في المهرهون
 والمستأجر (والإطلاق
 بعارض) وهو الرضا بدون
 عدم الضرر فتأمل (فإذا أشكل)
 لا يزال المنع) إذا كرنا
 (قوله على أنه لا يعرى عن
 فوع ضرر بالعلوم توهين
 بناء أو نقضه فجمع عنه)
 استظهار على المنع لفائدة
 ما قبله ذلك

عند أبي حنيفة رضي الله عنه أي بغير رضا صاحب العلو) وكذا ليس له أن يدخل فيه جذعاً والاتفاق
 الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبنى على علوه قبل ما حكي عنهم ما تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله فلا
 خلاف وقيل الأصل عندهما الإباحة لأنه تصرف في ملكه والمالك يقتضى الإطلاق والحرمه بعارض
 الضرر فإذا أشكل لم يجوز المنع والأصل عنده الحظر لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق
 المرتبة والمستأجر والإطلاق بعارض فإذا أشكل لا يزال المنع على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلوم
 توهين بناء أو نقضه فجمع 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 مسجده لما فيه من إبطال حق صاحب العلو في سكناه العلو) وقالوا يصنع ما لا يضر
 بالعلو وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبنى على علوه) أو يضع عليه جذعاً أو يشرع كنيفاً
 والكوة بفتح الكاف ويقال وتد وتد يتدمن باب ضربه (قيل ما حكي 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 فغندهما لا يمنع لأن
 (الأصل) فيه (الإباحة لأنه تصرف في ملكه والحظر بعارض الضرر فإذا أشكل لم يجوز المنع) لأن اليقين
 لا يزال بالشك كولو باع نصيبه من العبد المشترك يجوز ولو كاتب نصيبه لا يجوز وللشريك حق فسحبه
 (وعنده الأصل الحظر لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير) ولهذا يمنع من هدمه اتفاقاً وتعلق
 حق الغير بملكه يمنع تصرفه كالمهرهون والمستأجر تعلق به حق المرتبة فنعى الراهن من التصرف فيه
 وذ كر شيخ 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 بئر أو ما أشبه ذلك عند أبي حنيفة له ذلك وإن تضرر به صاحب العلو
 وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر وعلمت أن ليس لصاحب السفلى هدمه فلو هدمه يجبر على
 بنائه لأنه تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو كالراهن إذا قتل المهرهون والمولى إذا قتل عبده
 المديون وهذا أصل كل من أحسب على أن يفعل مع شر بكمه فإذا فعل أحدهما بغير أمر شر بكمه فهو
 متطوع لأنه طر يق وهو المطالبة بالمشاركة في الفعل كنهري بينهما المتبع أحدهما عن كره وكري
 الآخر أو سفينة تقف الغرق أو بيت أو دار أو حمام أو طاحونة فأصله أحدهما أو عبد مشترك جنى
 ففداه أحدهما فهو متطوع لأن الآخر يجبر وإن كان لا يجبر لم يكن متطوعاً كما لو جرح وسفل الآخر
 وسقط السفل فبناه الآخر لا يكون متطوعاً لأنه لا يجبر صاحب السفلى على بنائه فكان في بنائه أيامه مضطراً

(قوله وإنما تظهر عمرة الخلاف) أقول فيه بحث (قوله إذا أشكل) أقول كهذه الأشياء الماد كورة (قوله وهو الرضا بدون عدم الضرر)
 أقول وفيه بحث يظهر من الملاحظة السابق الأثرى أن المراد أشكال الضرر وعدمه قال الزبيدي وهو عدم الضرر ببيتين انتهى البناء
 متعلق بالعدم لا بالضرر (قوله فتأمل) أقول كتب في هامش الكتاب نقلاً عن خط الشارح ما هو صورته أمر بالتأمل تنبيه 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
 إطلاق العارض عليه من باب المشاكلة

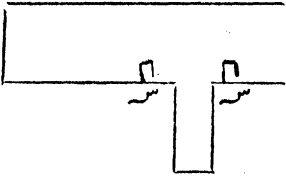
قال (واذا كانت زائغة مستطيلة تشعب منها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائغة الاولى أن يفتحوا بابا في الزائغة القصوى) لأن قصه للردور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما يبيع فيها حق الشفعة

قال (واذا كانت زائغة مستطيلة الخ) سكة طويلة غير نافذة تشعب عن بيتها أو يسارها مثلها على هذه الصورة



ليس لاهل الزائغة الاولى أن يفتحوا بابا في الزائغة القصوى لأن فتح الباب للردور ولا حق لهم في المرور لان المرور فيها لاهلها خاصة لكونها غير نافذة بمنزلة دار بين قوم ليس لاحد أن يفتح بابا بغير اذنهم فكذا هذا ألا ترى أنه لو بيعت دار في تلك السكة القصوى ليس لاهل السكة العظمى أن يأخذوا بالشفعة لان تلك السكة لهم خاصة

يلصل الى حقه واذا بناه وبنى عليه علوه له منع صاحب السفل من الانتفاع به والسكنى حتى يؤدي قيمته واختلاف في ان القيمة هل تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع والصحيح وقت البناء وانما قلنا في الدار والبيت والطاحونة والجوامع ما ذكرنا اذا كان يمكنه قسمة الساحة ليعتد في نصيبه وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحائط وعمارة قال وز كالحصاف أنه يرجع عما أتفق وهما عندى في غاية الحسن اذا كان بقضاهو يجب أن لا يضمن لواء البناء السفل على قدر ما كان عليه ذلك القدر أما اذا كانت الساحة صغيرة لا يمكن بناء ذلك فيها بعد القسمة فانه اذا بنى لا يكون متطوعا وكذا اذا انهدم بعضه لانه لا يمكن الانتفاع بنصيبه الا ببنائه فلا يكون متطوعا وفي فتاوى النسفي دار الجارين سطح احدهما أعلى ومسيل ماء الى أعلى الاخرى فأراد صاحب السفل أن يرفع سطحه أو يبني عليه له ذلك وليس للجار منعه ولكن يطالبه بتسجيل مائه الى طرف الميزاب واذا انهدم السفل أو هدمه المالك ليس الاخر أن يكلفه العمارة لاجل اسالة الماء لكن بيتي هو ومنع صاحبه من الانتفاع انتهى فرق بين حق التعلو وبين حق التسجيل 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 اقتضه وأبى الشريك ان كان بحال 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 عريضا 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 لم يوافق الشريك وأنفق على العمارة رجوع على الشريك بنصف ما أنفق ان كان الحائط لا يقبل القسمة وفي شهادات فتاوى الفضلي لو هدمه وامتنع أحدهما يجبر ولو انهدم لا يجبر ولكن يمنع من الانتفاع به ما لم يستوف نصف ما أنفق فيه ان فعل ذلك بقضاء القاضي وان كان بلا قضاء فنصف قيمة البناء انتهى فلو حل ما تقدم من كون الرجوع بقيمة البناء على ما اذا كان بلا قضاء وقول الحصاف مع قول ابن الفضل عما أنفق على ما اذا كان بتضاء ارتفع الخلاف الظاهري فليكن هو المحمل وهذا لانه لا كان مضطرا في البناء كان له نصيبين ما صرف لذلك غير أنه ليس مضطرا في ترك مراجعة من له الولاية على الشريك وهو القاضي فيرجع بالقيمة ولو كان الحائط صحيفا هدم أحدهما باذن الشريك لا شك انه يجبر الهادم على البناء ان أراد الآخر كولو هدمه وان هدمه بغير اذن الشريك وفي كتاب الحيطان رجل أراد أن يهدم داره ولاهل السكة ضرر لانه يخرّب السكة المختار انه يمنع فلو هدم مع هذا وانه يضر بالخيران ان كان قادرا على البناء يجبر على البناء قيل والاصح أنه لا يجبر وفي كتاب الغصب من الخلاصة رجل هدم داره فانهدم دار جاره لا يضمن (قوله وان كانت زائغة مستطيلة تشعب منها زائغة أخرى مستطيلة وهي غير نافذة) يعني المنشعبة (فليس) أحدهم (أهل الزائغة الاولى) اذا كان له جدار في الزائغة المنشعبة ان يفتح في جداره ذلك بابا في الزائغة المنشعبة وهذه صورتها



بـخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة ثم قيل المنع من المرور لان فتح الباب لان الفتح رفع بعض حداره وله ان يرفع جميع حداره بالهدم فرفع بعضه اولى ولهذا الفتح كوة او بابا بالاستضاءة دون المرور لا يمنع والاصح (٥٠٥) انه يمنع من الفتح لان بعد الفتح

لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه اذا فعل ذلك وتقدم العهد ربما يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على ان الزائفة الاولى غير نافذة وقد صرح بذلك الامام الترمذى والفقيه ابوالليث الا اذا جعلت الضهير وموضوعا موضع اسم الاشارة حتى يكون تقديره وذلك غير نافذة فيجوز ان يكون حالا من الزائفتين جميعا لان الاشارة بذلك الى المنفى والجمع صحفة فيكون من قبيل قوله تعالى قل ارايتم ان اخذ الله سمعكم وابصاركم وختم على قلوبكم من الله غير الله ياتيكم به اى بذلك على احد الوجهين وان كانت الزائفة القصوى مستديرة قدر لرق طرفها ياعنى سكة فيها اعوجاج حتى يبلغ اعوجاجها رأس السكة والسكة غير نافذة فلعل واحد منهم ان يفتح بابه في اى موضع شاء لانه سكة واحدة اذهى ساحة مشتركة

بـخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لان فتح الباب لانه رفع بعض حداره والاصح ان 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 قدر لرق طرفها فاهلهم ان يفتحوا) بابا لكل واحد منهم حق المرور في كلها اذهى ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها

والذي يمكنه ان يفتح بابا في الزائفة القصوى هو صاحب الدار التي في ركن الزائفة الثانية وانما قلنا ليس له ذلك لان فتحه للمرور 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 بخلاف اهل القصوى فان لاحد منهم ان يفتح بابا في الاولى لان له حق المرور فيها و (بخلاف النافذة فان المرور فيها حق العامة) ولا خلاف ان له ان يفتح قال بعض المشايخ لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لان فتح الباب رفع بعض حداره وله ان يرفعه كماهذاه ان يرفع بعضه والاصح ان يمنع من الفتح لانه منصوص عليه في الرواية بنص محمد في الجامع ولان المنع بعد الفتح لا يمكن اذ لا يمكن مراقبته ليلا ونهارا في الخروج فيخرج ولانه عساه يدعى بتركيب الباب وطول الزمان حتى في المرور ويستدل عليه بتركيب الباب فيكون بتركيب الباب مهذاه نفسه دعوى حق المرور يكون القول قوله للظاهر الذي معه وهو فتح الباب (ولو كانت) المنشعبة (مستديرة فلهم ان يفتحوا لان لكل منهم حق المرور في كلها اذهى ساحة مشتركة) غايه الامر ان فيها اعوجاجا (ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها) وهذه صورتها

باب في

وفي الحيطان زقاق غير نافذ اراد انسان يعنى من أهله ان يتخذ مذمينا ان ترك من الطريق قد در الممر للناس ويرفعه سر يعاوى يفعل في الاحايين مرة لا يمنع منه وكذلك اراد ان يبنى آريا او دكانا وهو الذى تسميه في عرفنا مصطبة ولو استأذن رجلا في وضع جذوع على حائطه أو حفرة سرداب تحت داره ففعل ثم باع الاذن داره للمشتري ان يأخذ به رفعها الا اذا شرط بقاءها عند البيع وكذلك لو كان نصب اعمدة ملاصقة لجدار الرجل مقابلة لبابه ونصب عليها وعلى وجه داره سقيفة للمشتري ان يطالبه بازالتها الا اذا شرطها ولو ان رجل حائط ووجهه في دار رجل فأراد ان يطين حائطه ولا يسبل اليه الا بدخول دار الرجل أو انهدم الحائط فوقع نقضه في داره فأراد ان يدخل ليميل الطين وغيره فنعه صاحب الدار اوله مجرى ماء في داره فأراد حفرة واصلاحه ولا يمكن الا بدخول دار الرجل وهو يمنع به يقال له اما ان تتركه يدخل ويصلح ويفعل بما له أو تفعل بما لك كذا روى عن محمد بن ابي عبد الله الفقيه ابوالليث وفي وقف النوازل دار مشتركة بين قوم لبعضهم ان يربطوا الدابة فيها وأن يضعوا الخشب على وجهه لا يضر بصاحبه وان يتوضوا بجيئ لا تضيق عليهم الطريق لمرورهم ولو عطب بها أحد لا يضمن ولو حفرت الارض يؤمر ان يسويها فان نقص الحفرة يضمن النقصان وكذلك لو كان الطريق بين قوم وهو غير نافذ غير ان 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 ان يكون حال الخ) أقول الجواز لا يستلزم الدلالة في اتصال الاستثناء تأمل (قوله لان الاشارة بذلك الى المنفى والجمع صحفة) أقول يعنى ان الاشارة بلفظ ذلك الى المنفى والجمع صحفة تتأويل ما ذكر

الحفر وفي أول قسمة الاصل قبيل باب قسمة الدار رجل أصاب ساحة في القسمة فأراد أن يبنها ويرفع
بناها وأراد الآخر منعه وقال تعد على الريح والشمس له أن يرفع بناه وله أن يتخذ فيها جاما أو تنورا
وان كف عما يؤذى جاره فهو حسن ولا يجبر على ذلك ولو فتح صاحب البناء في علو بناه بابا أو كوة لم يكن
لصاحب الساحة منعه ولصاحب الساحة أن يبنى في ملكه ما يسترهم به ولو اتخذ بئرا في ملكه
أو كرى ساء أو بالوعة فنزمتها حائط جاره وطلب جاره منه نحويله لم يجبر عليه فإن سقط الحائط من ذلك
لا يضمن هذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية وحكي عن أبي حنيفة أن رجلا شكك اليه من
بئر حفرها جاره في داره فقال احفر في دارك بقرب تلك البئر بالوعة ففعل فسحبت البئر فكسبها صاحبها
ولم يفتنه بجمع الحافر بل هداه الى هذه الحيلة وبذلك كان يفق الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني وفي
مضاربة النوازل لو اتخذ داره حظيرة للغنم والخيول يتأذون من نتن السرفين ولا يأمنون على الرعاة ليس
اهم في الحكم منعه وبه قال الشافعي وأحمد ولو حفرت في داره بئرا فنزمتها حائط جاره ليس له منعه قال في
فصول العمادى نقل عن النخيرية بعد ان نقل عن نصير بن يحيى أن للقاضي منع الجار من ذلك وذكر
غيره تسكهم بقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار والوجه لظاهر الرواية لان صاحب البناء
كان ينتفع به وملك صاحب الساحة قبل البناء فصاحب الساحة اذا سد الهواء بالبناء فاعلم منعه
عن الانتفاع بملكه ولم ينف عليه ملكا ولا منفعة فصار كالمالك لو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره فأراد
قطعها لا يمنع من ذلك وان تضرر به الجار بمنعه من ذلك الانتفاع وتصور هذه المسئلة رواية في مسئلة
لارواية لها في الكتب ومورثها بالفارسية في الذخيرة وغيرها وحاصلها بالعربية بيتان لرجلين لكل
منهما سقف واحد فأراد أحدهما أن يرفع البناء ويجمع له ذاسقفين قال في الفتاوى الصغرى ان كانا في
القديم بسقف واحد لا آخر ان يمنعه وان كانا بسقفين فليس له منعه قال وحده القديم أن لا تحفظ أقرانه
وراع هذا الوقت كيف كان قال في الخلاصة فلما أقام أحدهما البينة على انه قديم والآخر على انه حديث
فبينته 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 الآخر يجعل بيته ذاسقفين ويمنعه من الانتفاع به واهو ملك نفسه
انتهى وعلى تقدير الفرق فالفرق ان في هذه المسئلة وهي مسئلة البيتين يريد أن يمنعه من الضوء والضوء
من الحوائج الاصلية وفي مسئلة الاصل يمنعه 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 وطبقة يطبخ ينتشر به دخان قد ينحس في خصوص أما كن فيتضرر به
جيران لا يطبخون لقرهم وحاجتهم خصوصاً اذا كان فيهم من يرض يتضرر به وكأثر ينك 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 للخبز الدائم أو رحي للطحن أو مدقة للقصارين
يمنع منه لانه يتضرر به جيرانه ضررا فاحشا قيل وأجمعوا على منع الدق الذي يهدم المحيطان ويوهنها
ودوران الرحي من ذلك والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل صاحب الملك ما بداله
مطلقا لانه يتصرف في خالص ملكه وان كان يلحق الضرر بغيره لكن يترك القياس في موضع يتعدى
ضرره الى غيره ضررا فاحشا كما تقدم وهو المراد بالبين فيما ذكر الصدر الشهيد وهو ما يكون سببا لهدم
وما يوهن البناء سببه أو يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع من الحوائج الاصلية كسد الضوء
بالكلية على ما ذكر في الفرق المتقدم واختاروا الفتوى عليه وأما التوسع الى منع كل ضرر مما يسد
باب الانتفاع بملك الانسان كما ذكرنا قريبا ومنه ما ذكر أبو الليث في فتاواه بحجرة سطعها ووسطح جاره

قال (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده الخ) دار بيد رجل ادعى عليه آخر ان له فيها حق أو أنكر ذواليدتم صالح منها جاز الصلح وهي مسألة الصلح على الإنكار وسبأ في الكلام فيه في الصلح أن شاء الله تعالى فان قيل كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى ومعلومية مقدره شرط صحة الدعوى ألا ترى أنه لو ادعى على إنسان شيئاً لم تصح دعواه أجاب بأن المدعى وان كان مجهولاً فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لأنه جهالة في الساقط والجهالة فيه لا تنفي اليمين المانعة منها ما أفضى إليها ولقائل أن يقول جهالة المدعى إما أن تكون مانعة صحة الدعوى أولاً فان كان الثاني صح (٥٠٧) دعوى من ادعى على إنسان شيئاً

لكنها لم تصح ذكره في النهاية ناقلاً عن الفوائد الظهيرية وان كان الأول لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعى ولكنه صحيح والجواب باختيار الشق الأول ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه لان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لانه لقطع الشغب والخصام وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غاية ما في الباب ان الحاكم يقول للمدعى دعواك فاسد لا يترتب عليها شيء ويمكنه ازالة الفساد باعلام مقدار مما ادعى فلا يكون رده مفيداً قال (ومن ادعى داراً في يد رجل الخ) اذا ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له منذ شهرين مثلاً وسلمها اليه وانما ملكه بطريق الهبة والتسليم ومحمد دعواه ذواليد فمسئل اليمينه فقلد لي يينة تشهد على الشراء لاني طلبت منه فبعدني

قال (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهو مسألة الصلح على الإنكار) وسند كرها في الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان مجهولاً فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لأنه جهالة في الساقط فلا تنفي اليمين المانعة على ما مر قال (ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت كذا فسئل اليمينه فقال بحمدني الهبة فاشترى بها منه

متساويان فأخذ جاره حتى يتخذ حائطاً بينه وبين جاره ليس له ذلك فلو أراد أن يمنع من الصعود حتى يتخذ ستره ان كان اذا صعد يقع بصره في دار جاره له المنع وان كان لا يقع لكن يقع اذا كانوا 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 ألا ترى أن محمد رحمه الله لم يجعل لصاحب الساحة حق منع صاحب البناء عن فتح الكوة في عهده مع أن بصره يقع في الساحة والمراد من قوله يأخذ جاره بيناه السترة أن يشاركه في بنائها لأن يستقل هو بذلك ويدل عليه بعض العبارات في كتاب الحيطان دار بين رجلين قسمها وقال أحد هما بنى حائزاً بينهما ليس على الآخر اجابته وان كان أحدهما يؤذى الآخر بالاطلاع عليه كان للقاضي أن يأمرهما ببنائه يتخارجان نفقته بقدر حصة كل منهما يفعل القاضى للصحة ونظيرها في فتاوى أبي الليث رجل في داره شجرة فصرصا فإذا ارتقاها يطلع على عورات الجار يمنع القاضى منه اذا رآه قال في الذخيرة وعلى قياس مسألة فتح الكوة ليس للجار ولاية المرافعة ولا للقاضي 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 وهي مسألة الصلح على الإنكار 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 لافتداء اليمين واليمين انما تتوجه اذا صححت الدعوى قال وهذا يشكل على قول أبي حنيفة فإنه لو ادعى رجل على امرأته نكاحاً فصالحته على مال دفعته اليه صح مع أن اليمين لا تتصور في النكاح عنده فالحق 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 لأنه جهالة في الساقط فلا تنفي اليمين المانعة) يعني وهو المانع (قوله) ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت كذا فسئل اليمينه كقوله منذ شهر وسلمها اليه فلكتها وهي الآن في يده وأطالبه بدفعها اليه فطالبه القاضى باليمين فقال ليس لي يينة على الهبة بل على الشراء لانه بعد الهبة والتسليم ظفر بها فبسطها 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 الأول هكذا كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى جهالة مفسدة لسائر العقود فيفسد الصلح أيضاً ويحجب بأن المفسدة هي الجهالة المفضية الى النزاع وهذه ليست كذلك لانها جهالة في الساقط وأما على تقريره فلا يرتبط الجواب الأول بل الجواب حينئذ هو ما أجيب به عن السؤال الثاني كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله لجهالة المدعى) أقول فلا تصح الدعوى فلا يتوجه اليمين على المدعى عليه حتى يفقدى بالصلح على ما سيجي (قوله لانه لقطع الشغب) أقول ولا يلزم أن يكون لافتداء اليمين على ما كتبناه من النهاية ومعراج الدراية في الهامش

وأقام البيئته على الشراء فان شهدت على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل اظهورا تناقض من وجهين احدهما من حيث ان المدعى ادعى الشراء بعد الهبة حيث قال بحدني الهبة فاشترى بها منه والقضاء للتعقيب والشهود وشهدوا بشراء قبلها فكانت الشهادة مخالفة للدعوى والثاني من حيث الدعوى نفسها ان ثبت بموجب الشهادة بهو 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 أى قبل عقد

الهبة أو وقتها وفي بعضها قبلها أى قبل الهبة وكذا في قوله ولو شهدوا به بعده ولو كان المدعى ادعى الهبة ثم أقام البيئته على الشراء قبلها ولم يقل بحدني الهبة فاشترى بها منه فاشترى بها ثم أقام البيئته على الشراء قبل عقد الهبة أو وقتها ولم يقل بحدني الهبة فاشترى بها منه لم تقبل أيضا لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عند الهبة ودعوى الشراء قبلها رجوع عنه فعند مناقضا وأما اذا ادعى الشراء بعد الهبة قبلت لانه يقرر ملك الواهب عندها فليس مناقض قبل ينبغي أن لا تقبل في هذه الصورة أيضا لانه ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء مملوك بالهبة وأجيب بأنه لما وجد الهبة فقد فسختها من الاصل ووقف الفسخ في حق المدعى على رضاه فاذا أقدم على الشراء منه فقد رضى بذلك الفسخ فيما بينهما فانفسخت الهبة بتراضيهما واشترى ما لا يملكه فكان صحيحا قال (ومن قال لا اشترى منى هذه الجارية الخ) رجل قال لا اشترى منى هذه الجارية فانكره ان أجمع على ترك الخصومة أى عزم بقلبه وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب

وأقام المدعى البيئته على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل بيئته) اظهورا تناقض اذ هو يدعى الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم أقام البيئته على الشراء قبلها ولم يقل بحدني الهبة فاشترى بها ثم تقبل أيضا كره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعند مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه يقرر ملكه عندها (ومن قال لا اشترى منى هذه الجارية فانكره الاخران أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها لان المشتري لما جده كان فسحان من جهته اذ الفسخ ثبت به كما اذا تجاحدا

وأقام بيئته فشهدوا واخرها وقتا قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل اظهورا تناقض) بين الدعوى والبيئته لان الدعوى ان الشراء في تاريخ بعد تاريخ الهبة وهم يشهدون بانه قبل الهبة وبين نفس اجزاء الدعوى لانه بقتضى البيئته وقوله كأنه 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 وقفه (ولو ادعى الهبة) يعنى وأرخ فطوبى بالبيئته (فقامت على الشراء قبله ولم يقل بحدني الهبة فاشترى بها) توفيقا لم تقبل أيضا كره في بعض النسخ) كأنه يريد نسخ الاصل (لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعند مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه يقرر ملك الواهب عندها) أى عند الهبة ولو لم يؤثر الشراء تقبل البيئته كالوذكر تار يخابعد الهبة لا مكان الحل على ما ينتق 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 اشترى منه من أبيه في صحته وهو ينكر وأقام المدعى على ذلك بيئته ولم ترك أولم تقم بيئته وحلف المدعى عليه ثم أقام بيئته انهداره ورثها من أبيه قبل القاضي بيئته ولا يكون دعواه الارث تناقضا ولو ادعى الارث من الاب أو لأم ادعى الشراء منه بعد ذلك وأقام عليه بيئته 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 بيئته الا أن يوفق المدعى فكان التوفيق من المدعى شرط في رواية وليس شرط في أخرى وفي المحيطة قيل ما قالوا يوفق بغير دعوى المدعى قياس وما قالوا لا يوفق بدون دعواه استحسان فان قيل ينبغي أن لا تقبل هذه البيئته لانه يدعى شراء مملوك بالهبة والتسليم أجيب بأن سائر العقود تنفسخ بالتجاحد الا النكاح وهنا كذلك فان الفسخ يتحقق من جهة الواهب بمجرده وحين أقدم الآخر على الشراء منه فقد رضى بذلك فانفسخت الهبة بتراضيهما فاذا اشترى هو ذلك فقد اشترى ما لا يملكه (قوله) ومن قال لا اشترى منى هذه الجارية فانكره ان أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها) وجهين احدهما (أن المشتري لما جده كان فسحان من جهته اذ الفسخ ثبت بالتجاحد كما اذا تجاحدا)

منى هذه الجارية فانكره ان أجمع على ترك الخصومة أى عزم بقلبه وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب

أن لا يتجاحد معه وسعه أى حل له أن يطأ الجارية لان المشتري لما جده العقد كان ذلك فسحان من جهته اذ الفسخ ثبت به لان الجحود انكار للعقد من الاصل والفسخ رفع له من الاصل فيتلاقيان بقاء فجاز ان يقوم أحدهما مقام الآخر كولو تجاحدا فانه يجعل فسحا لا محالة (قوله ان ثبت بموجب الشهادة) أقول وجعلناه مدعىا على وفقها قال المصنف (بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة) أقول المراد هو الدعا الثابت بموجب الشهادة تأمل

فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين قبل لو جاز قيام الخوارج والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لا مرة بعد زوجهما النكاح وعزمت على ترك الخصومة أن تزوج بزوجه آخر أقامة لهما مقام الفسخ لكن ليس له ذلك وأوجب بأن الشيء يقوم مقام غيره إذا 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 الخيار 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 مسالك الجارية ونقلها من موضع الخصومة الى بيته وما يضاهاه كالاستخدام لان ذلك لا يحل بدون الفسخ فتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منه ما دلالة وبه يتدفع 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 وجد العقد تعذر استيفاء الثمن منه ولما تعذر فوات رضا البائع وفواته يوجب الفسخ لفوات ركن البيع فيستقل بفسخه فيجعل عزمه فسخا على ما هو والفرق بين الدليلين أن الانفساخ كان في الاول مترتبا على الفسخ من الجانبين وجعل (٥٩) بحجوده فسخا من جانبه والعزم

على ترك الخصومة من جانب البائع وفي الثاني يستترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده قال (ومن أقرانه قبض من فلان عشرة دراهم الخ) ومن أقرانه قبض من فلان عشرة دراهم قرضا أو عن ساعة له عنده أو غير ذلك ثم قال انه يوف 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 الزوف من جنس الدراهم الا انها معيبة بدليل أنه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستدلال في بدله كالصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنسها كان التجوز

فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو مسالك الجارية ونقلها وما يضاهاه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فان رضا البائع فيسبب تبديله فسخه قال (ومن أقرانه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زوف صدق) وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض أيضا

مع بحيث 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 أو نقلها الى بيته فان امساكها لا يحل بالفسخ فكان الفسخ بابتها بدلالة كمن قال لاخر اجرتك هذه الدابة يوما بكذا التركها الى مكان كذا فاحد الممتاجر ليركها كان ذلك قبولا دلالة لان الاخذ والاستعمال لا يحل بلا قبول وفي المحيط نفس العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكتفي بمجرد النية وبني في الفوائد الظهيرية عليه فرعا ذكره في الجامع اشترى عبدا ثم باعه من آخر فجدد المشتري الثاني البيع فخاصمه المشتري الاول الى القاضي ولا يبيته له فعزم المشتري الاول على ترك الخصومة ثم اطلع على عيب كان عند البائع الاول وأراد رده فاحتج البائع الاول عليه بدعواه البيع على الثاني فان كان عزم المشتري على ترك الخصومة بعد تحليف الثاني يرد أو قبله فلا يبيته له غير مضطر في فسخ البيع الثاني وهذا بخلاف ما لو جحد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك الخصومة لم يكن لها أن تزوج والنكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الاسباب الوجه الثاني التزام ان الفسخ يحصل بواحد وهو قوله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فان رضا البائع فيستبد بفسخه لفوات شرط البيع وهو التراضي وسند كرتن صاحب الكافي في تدافع الوجهين قريبا (قوله ومن أقر) ههنا مسائل الاقرار بالقبض ومسائل الاقرار بالدين أمام مسائل القبض ما اذا أقر (انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو أيضا القبض) يعني أقرانه قبض من مدينونه بدين قرض

استبد الا وهو فيما لا يجوز كما تقدم فان قيل الاقرار بالقبض يستلزم الاقرار بقبض الحق وهو الجهاد حلالا له على ما له حق قبضه لا مال له ذلك ولو أقره بقبض حقه ثم ادعى أنه زوف لم يسمع منه فكذا ههنا ايجاب المصنف بقوله والقبض لا يختص بالجهاد وهو منع للضرورة وقوله حلالا له على ما له حق قبضه مسلم والزوف له حق قبضه لانه دون حقه وانما الممنوع من القبض ما يزيد على حقه واذا لم يكن القبض مختصا بالجهاد فالقرار به لا يستلزم الاقرار بقبض الجهاد فيدعواه الزوف لم يكن متناقضا بل هو منكر قبض حقه والقول قول المنكر باليمين والنهر حجة كالزوف 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 والله هو من السياق هو التاخر وتوجيهه غير خفي (قوله لفوات ركن البيع) أقول فيه بحث لان الرضا شرط الا أن يجعله ركنا مجازا (قوله أو عن ساعة) أقول فيه بحث (قوله ثم قال انه زوف) أقول أي المقبوض زوف (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 انه لو اقر بالحياد وهو حقه او بحقه او بالتمن او بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زيوفاً ونهر حقه لم يصدق لافراده بقبض الحياد صريحاً في الاول ودلالة في الباقي لان حقه في الحياد والتمن جياذ والاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزئوف متناقضاً ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما اذا ادعى عيباً في المبيع على البائع وأنكره فان القول قول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لان المشتري أقر بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى نفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول قوله فكان من القمبل الثاني أعنى المقر بقبض الحق فلا يرد نقضاً على القمبل الاول قال صاحب النهاية جمع بين هذه المسائل الاربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا أقر أنه قبض الدراهم بالحياد ثم ادعى انها زئوف فانه لا يصدق لامفصولة ولا موصولة وفيما بقي لا يصدق مفصولة ولكن يصدق موصولة والفرق هو ان في قوله قبضت مالي عليه أو حتى عليه جعل مقراً بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استنتج الجودة فقد استنتج البعض من الجملة فصح كقولنا فلان على ألف الامانة فاما اذا قال قبضت عشرة جياذ فقد أقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الانها زئوف فقد استنتج الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كمن قال فلان على مائة درهم ودينار الا ديناراً كان الاستثناء باطلاً وان ذكره موصولة كذا ههنا (قوله وفي الستوفة لا يصدق) يعني لو ادعاها بعد الاقرار بقبض العشرة لم يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجاوزه في الصرف والسلم لم يجوز فكان متناقضاً في دعواه قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقاً وليس كذلك ونقل عن المسبوط في آخر كتاب الاقرار ما يدل على انه ان ادعى الرصاص بعد الاقرار بقبض الدراهم ان كان مفصولة لم يسمع وان كان موصولة لم يسمع والستوفة أقرب الى الدراهم من الرصاص فاذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوفة أولى وكان الاعتراضين وقعا للذهول عن التدقيق (٥١٠) في كلام المصنف فان كلامه فيما اذا قال مفصولة بدلالة قوله ثم ادعى

فانه للتراخي ولا تراخي في غير الزئوف والنهر حقه انه اذا ادعاها لا تقبل موصولة وأما انه هل يقبل موصولة أو لا لم يصرح بذلك اعتماداً على انه لما كان بيان تغيير وهو لا يقبل مفصولة ويقبل موصولة وذكر أحد الجانبين فهم الجانب الآخر في الكلام فيما اذا أقر بالدراهم

فوجه ان الزئوف من جنس الدراهم لانها مبيعة ولهذا لو تجاوزه في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالحياد فيصدق لانه أنكر قبض حقه بخلاف ما اذا أقر انه قبض الحياد أو حقه أو التمّن أو استوفى لاقراءه بقبض الحياد صريحاً أو دلالة فلا يصدق والنهر حقه كالزئوف وفي الستوفة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجاوزه فيما ذكرنا لا يجوز والزئوف ما زيفه بيت المال والنهر حقه ما رده التجار والستوفة ما يغلب عليه الغش

افترضه أو غن مبيع أو بدل اجارة أو قال غصبت منه أو ادعى ألف درهم ثم قال الانها زئوف أو نهر حقه أو قال بعدتم هو زئوف أو نهر حقه يصدق في الوصل والفصل وفي المسبوط أقر الطالب انه قبض عماله على فلان مائة درهم ثم قال وجدتم زيوفاً فالقول قوله وصل أم فصل واطلاق المصنف قوله صدق يفيد وهو بخلاف ما اذا أقر بالدين في المسبوط في باب الاقرار بالدين لو قال فلان على ألف الجياذ وادعى انها زئوف فانه لا يقبل مفصولة ولا موصولة كما تقدم ويجب عن ذلك بأن المنع هناك درهم عن قبول الموصول انما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر من حيث انه بيان تغيير ان صح ذلك عن الاصحاب أو عن المشايخ وقد اختاره المصنف

(قوله لو اقر 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 الزئوف متناقضاً) أقول لو صح هذا ينبغي أن لا يصدق اذا وصل أيضاً والجواب هو المنع (قوله ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما اذا ادعى عيباً في المبيع على البائع وأنكره فان القول قول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لان المشتري أقر بقبض حقه الخ) أقول قوله أنكر أي في زعم السائل وقوله أقر أي دلالة ثم أقول قال العلامة الزيلعي وبخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البائع لان المبيع متعين في البيع فاذا قبضه فقد أقر أنه استوفى قبض عين حقه دلالة ثم يدعواه العيب بعد ذلك صار متناقضاً فلا يقبل كلامه بخلاف ما نحن فيه فان الدراهم لاتعين وحقه ثابت في الذمة ولم يقرب قبض حقه وانما أقرب قبض الدراهم وهي متنوعة فبالاقرار بقبضها لم يكن مقراً بقبض حقه انتهى توضيح ما ذكره في دعوى العيب وفيه بحث لانه لو صح يلزم أن لا يسمع شهوده لانه فرع صحة الدعوى ولا صحة مع تناقض (قوله وليس الحكم فيها على السواء) أقول لان قوله جياذ مفسر لا يقبل التأويل بخلاف غيره لانه ظاهر أو نص فيصمّل التأويل هكذا قيل (قوله والفرق هو ان في قوله قبضت مالي عليه الخ) أقول ولا يخفى عليك ان 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 عن مبيع أو قرض أو اجارة إلا أنها زوف أو نهر جة لم يصدق في دعوى الزيادة وصل أم فصل
 في قول أبي حنيفة وعندهما يصدق أن وصل لان فصل ولو قال للفلان 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 اللاتق بحال المسلم وقيل يصدق هنا اذا وصل بالاتفاق لان صفة الجوده تصير
 مستحقة بعد التجارة فاذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجوده مستحقة وتأتي الحجج 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 أقرب فقلنا في مسئلتنا انما أقر بقبض الدراهم وقبض
 الدراهم لا يختص بالجياد لان اسم الدراهم لا يختص بالجياد بل يقع على الزوف والنهر جة
 فاذا قال هي زوف أو نهر جة كان حاصله انه اعترف بقبض عدته من الدراهم منسكرا انه
 قبض حقه أعني الجياد فيصدق مع عينه اذا كان الاخر يكذبه ولم يكن رجوعا عن شيء لان
 الاعم يصدق على كل أخص فاذا نفي أنه بعد ما صدق عليه بعينه وأنه مما صدقانه الاخرى لا يكون
 مناقضا بخلاف ما لو قال هي ستوقه 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 جة
 لانه في هذا مقرر بقبض الجياد صريحا في الاول ودلالة فيما بعده لان حقه والتميز وكذا بدل الاجارة 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 لاموصولا ولا مفصلا وفيما بقي
 يصدق موصولا ولا مفصلا والنزق ان قوله قبضت مالي عليه أو حني 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 بالتدريج 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 الا دينارا
 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 انما لا يصح استثناء البناء لانه دخل تحت اسم الدار تبعه انما يجوز
 اخرجه 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 لا تبعه فيجوز 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 مهوعن قوله دخلت تحت اللفظ مقصودا فحاصل رده على السائل ان ما يكون تبعاً
 في الوجود قد يكون مقصودا للمتكلم باللفظ وصحة الاستثناء باعتبار كونه مقصودا من اللفظ كقصد
 الباقي سواء كان تبعاً في الوجود له أو أصلا مثله وانما كانت الستوقه 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 والاوسط
 نحاس وهي شبه المموه وتمت في النهاية اطلاق قوله في الستوقه لا يصدق بل ذلك اذا قال مفصلا أما
 في الموصول يجب أن يصدق لانه قال في اقرار المبسوط لو أقر أنه قبض خمسة دراهم مما له 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 صورة وان لم يكن منها معنى فكان بياناً مغيباً للتظاهر كلامه الى

فانه ما عزا الى شيء من
 النسخ وعينه له باستثناء
 الدينار قد لا ينهض لان
 الجوده وصف لا يصح
 استثناءه فكأنه لم يستثن
 ثم فسر الزوف بما يفه
 بيت المال أي رده والنهر جة
 بما يزده التجار ولعله أردأ
 من الزيف والستوقه
 ما يغلب عليه الغش فيل
 هو معرب ستو وهي أردأ
 من النهر جة حتى خرج
 من جنس الدراهم

(قوله لا يصح استثناءه)
 أقول مطلقا وأذا كان
 دخوله في المستثنى منه
 تبعاً لا مقصودا والثاني مسلم
 ولا كذلك فيما نحن فيه
 والاول ممنوع

قال (ومن قال لا خير لك على ألف درهم الخ) اعلم أن الاقرار ما أن يكون بما يحتمل الابطال أو بما لا يحتملها فان كان الاول فلما أن يستقل المقر باثباته أو لا والاول يرتد برد المقر له مستقلاً بذلك كما أن المقر يستقل باثباته والثاني يحتاج الى تصديق خصمه فعلى هذا اذا قال لا خير لك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء لان المقر أقر بما يحتمل الابطال وهو مستقل باثبات ما أقر به (٥١٣) لاحالة وقد رد المقر له فترد وقوله بل لي عليك ألف درهم غير مفيد لانه دعوى

قال (ومن قال لا خير لك 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 برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجج أو تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال لغیره واشترت وأنكر الآخر له ان يصدقه لان أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد والمعنى أنه حقه ما بقي العقد فعمل التصديق أمالمقر له يتفرد برد الاقرار فاقترقا

ما هو محتمل فيصير موصولا في المستوفى أولى لان الرصاص أبعد منها الى الدراهم وذكروا الهوي في جامعهم مصر حاققال فأما اذا قال وجدته استوفى أو رصاصا قال شيخ الاسلام خواهر زاده ذكر محمد انه يصح اذا كان موصولا وقد مننا أن القول قول الغائب مع عيینه فلا يعين على الطالب انها كانت حيا اذا في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أحلفه اذا اتهمته (قوله ومن قال لا خير لك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء) أو قال هي لك أو قال هي لفلان فقد رد اقراره فلو عاد الى تصديقه وادعى الالف لم يسمع منه الا ان عاد المقر الى الاقرار به بعد رد المقر له فقد صدقه بعد الاقرار الثاني فانه ثبت استحسانا لاقباص بخلاف ما لو أقر سيد العبد بنسبه لانسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند أبي حنيفة رجاء الله لان الاقرار بالنسب لا يرتد بالرد حتى كان للراد أن يعود ويدينه فلما لم يبطل بالرد بقي مقر انسبه لغيره فلا يمكن أن يدينه لنفسه (ولو كان الاقرار بسبب المال مثل أن يقول اشترت مني وأنكره أن) يعود في (يصدق له أن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ) فانكاره ان كان فسحا من جهته لا يحصل به الانفساخ وكان العقد قائما بعد انكاره فله أن يصدقه بعد ذلك (أما المقر له) بالمال (فينفرد بالرد فاقترا) وناقضه في الكافي بأنه ذكره ان أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ وفيما تقدم يعنى من مسألة التجاحد قال ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فأتى رضا البائع فيستبد بالفسخ والتوفيق بين كلاميه صعب انتهى وهو صحيح ويقضى انه لو تعذر الاستيفاء مع الاقرار بأن مات ولا يئنه أن له أن يفسخ ويستمتع بالجارية فالوجه ما قدمه أولا (وهذه فروع) ذكرها في النهاية لوصدقه ثم رد اقراره لا يرتد لو وهبت المرأة صدقها الزوجها وقبل ثم رده فرده باطل وكذا الوكيل المديون الارباء ثم رده وكذا لو قال لعبد وهبت لك رقبتك فرده لا يرتد بالرد لانه اعتاق هذا كما في رد المقر له اقرارا فاما لورد المقر اقراره نفسه كأن أقر بقبض المبيع أو الثمن ثم قال لم أقبض وأراد تحليف الآخر انه 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 كاذبا وأراد تحليف الدائن انه أقبضه لا يحلف في المسائل كلها عند أبي حنيفة ومحمد لانه متناقض فهو كالمو 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 تجرت على هذه الاشياء قبل تحققها تحرز من امتناع القابض عن الاثهاد بعد أن يسلمه فيجب أن يراعى العادة وصار كالمو أقر بالمبيع وقال كان تجسبه وطلب بين الآخر حلف عليه كذا هذا وقال الصمدرا الشهيد الرأى في التحليف الى القاضي يريد أنه يجتهد في

فلا بد لها من حجة أى بينة أو تصديق الخصم حتى لو صدقه المقر بانبايرمه المال استحسانا واذا قال اشترت مني هذا العبد فأنكره أن يصدقه بعد ذلك لان اقراره وان كان بما يحتمل الابطال لكن المقر لم يستقل باثباته فلا يتفرد أحد العاقدين بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد يعنى المقر له لا يتفرد بالرد كما أن المقر لا يتفرد باثباته 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 يفهمه التصديق بعد الانكار فان الفسخ قد تم وله ذلك كانت جارية حل وطؤها كما تقدم ويجوز أن يقال ان قوله ثم قال في مكانه اشارة الى الجواب عن ذلك فان العزم والنقل كانا دليل الفسخ وبه سقط ما قال في الكافي ذكر في الهداية ان أحد العاقدين لا يتفرد بالفسخ وذكروا لانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فأتى رضا البائع فيستبد بالفسخ والتوفيق بين كلاميه صعب وذلك لانه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد وهنما أقر المشتري في خصوص مكانه بالشراء لم يتعدرا 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 رجاء الله لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد وان وافقه المقر على ذلك

قال المصنف (فلا بد من الحجج) أقول كيف تقبل حجته وهو مناقض في دعواه أمل في جوابه (قوله فان العزم والنقل الخ) أقول النقل قد يكون بالامر للغلام نفسه او لغیره والآخر في مكانه

قال المصنف (فلا بد من الحجج) أقول كيف تقبل حجته وهو مناقض في دعواه أمل في جوابه (قوله فان العزم والنقل الخ) أقول النقل قد يكون بالامر للغلام نفسه او لغیره والآخر في مكانه

قال (ومن ادعى على آخر مال الخ) اذا ادعى على آخر مال فقال ما كان لك على شيء قط ومعهنا نفي الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستغراق فأقام المدعى البينة على ما ادعاه وأقام المدعى عليه البينة انه قضاء أو على الإبراء قبلت بينته وقال زفر وهو قول ابن أبي ليلى انها لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فمكون مناقضا ولنا أن التوفيق ممكن لان 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 اذا 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 أصلا فالوادع المسئلة على قبول البينة عند ما كان التوفيق من غير دعواه واستدل الخصاص المسئلة الكتاب بفصل دعوى القصاص والرق فقال الأترى انه لو ادعى على رجل دم عد فثبت عليه أقام المدعى عليه بينة على الإبراء والعفو أو الصلح معه على مال قبلت وكذا الوادع رقيمة جارية فأنكرت وأقام البينة على رقيمته 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 بينته على القضاء وكذا على الإبراء تعذر التوفيق اذا لا يكون بين اثنين أخذوا إعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بلا خلطة ومعرفة وذكر القدرى عن أصحابنا انه أيضا تقبل لان المحجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على

قال (ومن ادعى على آخر مال فقال ما كان لك على شيء قط فأقام المدعى البينة على ألف وأقام هو البينة على القضاء قبلت بينته) وكذلك على الإبراء وقال زفر رحمه الله لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فمكون مناقضا ولنا أن التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب ألا ترى أنه يقال قضي بباطل وقد يصلح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك على شيء قط لان التوفيق أظهر (ولو قال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك لم تقبل بينته على القضاء) وكذا على الإبراء تعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين أخذوا إعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بدون المعرفة وذكر القدرى رحمه الله انه تقبل أيضا لان المحجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على باه فبما مر بعض وكلاؤه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق

خصوص الوقائع فان غلب على ظنه انه لم يقبض حين أقروا وشهد بحلف له خصمه وان لم يغلب على ظنه فيه ذلك لا يحلفه وهذا انما هو بالتفرش في الاخصام والله الهادي (قوله ومن ادعى على آخر مال) معلوم القدر وما نصحه الدعوى (فقال) المدعى عليه (ما كان لك على شيء قط فأقام المدعى البينة على ألف وأقام هو بينة على القضاء قبلت بينته وكذلك) لو أقامها (على الإبراء وقال زفر لا تقبل) ونقل عن ابن أبي ليلى (لان القضاء يتلو الوجوب وقد أنكر الوجوب) حيث قال ما كان لك على شيء قط فاذا أقام بينة على انه قضاء ناقض (ولنا أن التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى دفعا للشغب) وان لم يكن عليه حق (ويبرأ منه) لذا (يقال قضي بباطل) أيضا (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 مطلقا بل هو القضاء أو الإبراء بعد اللزوم فينتفي في الحال بعد وجوده وهذا الاطلاق يقتضى قبول البينة اذا احتاج الى التوفيق من غير دعوى التوفيق وفي بعض المواضع شرط محمد دعوى التوفيق ولم يذكر في بعض المواضع فمفيل يشترط الدعوى في الكل ويحمل ما سكنت فيه على ما ذكر فيه حتى قال في الافضية لا ينبغي للقاضي أن يوفق لانه نصب لفصل الخصومات لان الشاؤون والقاضي لا يدرى ما يوفق به المدعى وفي الفوائد الظهيرية كان والذي يفتى بأن التوفيق اذا كان مكنا يجب على الحاكم التوفيق كي لا تعطل حجج الشرع والتوسط في هذا أن وجه التوفيق اذا كان ظاهرا متبادرا يجب أن يسمع البينة بالتوفيق المدعى كقوله ليس لك على شيء ثم أقامها على انه قضاء ونحوه وان كان متكافلا باعتباره القاضي واقعاما لم يذكره المدعى والله سبحانه أعلم وذلك مثل قوله وهما الى ثم أنكر فاشترتها وكذا فيما أتى في الجارية لم أبعها له ولا يمكن أقام بينة كاذبة بالبيع فسألته أن يبرئني من العيوب فان مثل هذا في الحقيقة تلقين للحجة هذا (فلو) زاد على ذلك (قال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك) أو قال ولا رأيتك أو قال ولا جرى بيني وبينك مخالطة ولا أخذوا إعطاء أو ما اجتمعت معك في مكان وما أشبه ذلك ثم أقام بينة على القضاء أو الإبراء (لم تقبل) لتعذر التوفيق (وذكر القدرى) عن أصحابنا (انها تقبل أيضا لان المحجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على باه فبما مر بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق) فعلى هذا قالوا

(٦٥ - فتح القدير خامس) باه فبما مر بعض وكلاؤه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق مكنا فالواو على هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته وقيل تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لانه يتحقق بالمعرفة قال المصنف (ولنا أن التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ) أقول مخالفا لما سألني في الاقرار في تعليل كون قوله قضيتكمها اقرارا قال المصنف (وكذا اذا قال ليس لك الخ) أقول لان ليس لنفي الحال في وضع الغنة فلا يكون مناقضا في دعوى القضاء لاظهاره ولا حقيقة بخلاف قوله ما كان لانه لنفي الماضي فمكون مناقضا من حيث الظاهر

قال (ومن ادعى على آخره باعه جاريته هذه الخ) ومن ادعى على آخره باعه جاريته هذه فقال المدعى عليه لم ابعها منك قط فأقام المدعى البينة على الشراء (٥١٤) فوجد بها عيبا لم يحدث منه في مثل تلك المدة كالأصبع الزائدة وأرادردها

قال (ومن ادعى على آخره باعه جاريته فقال لم ابعها منك قط فأقام المشتري البينة على الشراء فوجد بها اصبعاً زائداً فأقام البائع البينة أنه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع) وعن أبي يوسف رحمه الله إنهم تقبل اعتباراً بما ذكرنا ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعى وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضاً بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلاً على ما مر قال (ذكر حرق كتب في أسفله ومن قام بهذا الذكراً الحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى أو كتب في شراء فعلي فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكراً وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال إن شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بهذا كالحق وقولهما استحسان ذكره في الأقرار) لان الاستثناء ينصرف

يجب التفصيل فإن كان المدعى عليه من يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل بينته والاقبلت وفي الشافعي لو قال لم أدفع اليه شيئاً ثم ادعى الدفع لم يسمع لأنه يستحيل أن يقول لم أدفع اليه شيئاً وقد دفعته أمالوا دعى اقراره بالدفع اليه أو القضاء ينبغي أن يسمع لان المناقض هو الذي يجمع بين كلامين وهما لم يجمع ولهذا الصدقة المدعى عياناً لا يكون مناقضاً ذكره التمرناشي وقيل تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لان الإبراء يتحقق بالاعتراف (قوله) ومن ادعى على آخره باعه جاريته فقال لم ابعها منك قط فأقام المدعى البينة على شرائها (إياها منه فتبعضها) (فوجد بها اصبعاً زائداً) أو نحوه من عيب لا يحدث مثله في تلك المدة ليعلم أنه كان في يد البائع وأرادردها (فأقام البائع بينة أنه برئ اليه من كل عيب لم تقبل وعن أبي يوسف أنها تقبل اعتباراً بما ذكرنا) يعني التوفيق في الدين وقوله وعن أبي يوسف يشير إلى أنه ليست ظاهر الرواية عنه ولذا لم يذكر محمد فيه خلافاً بين أصحابنا في الجامع الصغير وإنما حكاه الخصاص عن أبي يوسف رحمه الله ووجه التوفيق هنا أن يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سألته أن يبرئني من العيب فأبرأني قال شارح ولان البيع غير البراءة من العيب فجعوداً أحدهما لا يمنع دعوى الآخر ولا يخفى ما فيه وذكروا وجه التوفيق أيضاً أن يكون البائع وكيلاً عن المالك في البيع فكان قوله للمالك ما بعته لك قط صدقاً فإقامة البينة على البراءة من العيوب ليس مناقضاً والوجه أعم لأنه لو كانت هذه الدعوى على الوكيل نفسه لا يوفق بذلك ونظيره ما ذكر التمرناشي أقام بينة على الشراء وذكروا المدينكر ثم أقام المنكر بينة على أن المدعى قد رد البيع قبلت ولا يبطل إنكاره البيع بينته لأنه يقول أخذها مني بينة كاذبة ثم استقلت فأقالي (ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعى وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضاً بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلاً على ما مر قال (ذكر حرق كتب في أسفله الخ) إذا أقر على نفسه وكتب صكاً وكتب في آخره ومن قام بهذا كالحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى بطل الذكراً وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال الاستثناء ينصرف إلى قوله على فلان خلاصه والى من قام بهذا كالحق والشراء صحيح والمال المقربه لازم لانه استثناء والاستثناء ينصرف

على البائع فأقام البينة على أنه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينته ذكره في الجامع الصغير ولم يحك خلافاً والخصاص أنبته عن أبي يوسف وأشار إليه المصنف بقوله وعن أبي يوسف أنها تقبل اعتباراً بما ذكرنا من صورة الدين فإنه لو أنكره أصلاً ثم أقام البينة على القضاء أو الإبراء قبلت لان غير الحق قد يقضى فأمكن التوفيق فكذلك يجوز بينهما أن يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سألته أن يبرئني من العيب فأبرأني وجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره وذلك يقضى وجود أصل العقد لان الصفة بدون الموصوف غير متصورة وهو قد أنكره فكان مناقضاً بخلاف مسألة الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلاً على ما مر قال (ذكر حرق كتب في أسفله الخ) إذا أقر على نفسه وكتب صكاً وكتب في آخره ومن قام بهذا كالحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى بطل الذكراً وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال الاستثناء ينصرف إلى قوله على فلان خلاصه والى من قام بهذا كالحق والشراء صحيح والمال المقربه لازم لانه استثناء والاستثناء ينصرف

كتب في كتاب شراء ما أدرك فيه فلان من درك فعلي فلان خلاصه وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكراً وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال الاستثناء ينصرف إلى قوله على فلان خلاصه والى من قام بهذا كالحق والشراء صحيح والمال المقربه لازم لانه استثناء والاستثناء ينصرف

الى ما يليه لانه الاستيناق والتوكيد وصرفه الى الجميع مبطل فما فرض بالاستيناق لم يكن له هذا خلف باطل ولان الاصل في الكلام الاستبداد فلا يكون ما في الصك بعضه من تبطاب بعض فينصرف الاستثناء الى ما يليه وهذا استحسان والجواب ان الذي كره الاستيناق مطلقاً واذ لم يكتب في آخره ان شاء الله تعالى والثاني مسلم ولا كلام فيه والاول عين النزاع والاصل في الكلام الاستبداد اذ لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف ولا يي حنيضة رجه الله ان الكل فيما نحن فيه كشيء واحد يحكم العطف فنصرف الى الكل كما لو قال عبده حروا امرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله تعالى فانه ينصرف الى الجميع هذا اذا كتب الاستثناء متصلاً من غير فرجة بياض ليصير بمنزلة الاتصال في الكلام واما اذا ترك فرجة قبيل قوله (٥١٥) ومن قام بهذا الذي كره فقد قالوا لا يلتحق

به ويصير كفاصل السكوت وفائدة كتبه وسن قام بهذا الذي كره 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 توكيلاً مجهولاً ليس بضار لانه في الاسقاط فان للقرآن لا يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم معه ما يلي حقه 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 يوكله ويكيل مجهولاً عن مذهب أبي حنيفة فان الرضا بالوكالة المجهولة عنده لا يثبت فوجوده كعدمه

الى ما يليه لان الذي كره الاستيناق وكذا الاصل في الكلام الاستبداد وله أن الكل كشيء واحد يحكم العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حروا امرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله تعالى ان شاء الله تعالى ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت والله أعلم بالصواب **فصل في القضاء بالمواريث** قال (واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته

الى ما يليه لان الذي كره الاستيناق وكذا الاصل في الكلام الاستبداد) فقام العلم بالمقصود من كتب الصك دلالة على قصر انصرافه الى الاخير هذا هو العادة وعلمه يحتمل الحادث لا على انه قد يكتب للإبطال لغرض قديتفق وظاهر الوجه من الجانبين أن ان شاء الله أجرى بالاتفاق جري الاستثناء غير أن أبا حنيفة خالف فقضاه وهو انصراف الاستثناء الى ما يليه خاصة بسبب العطف وهما سلباً لذلك لولا عروض فهم الغرض من كتبه وهو بعيد ان ذلك لم يتصور وجود جعل متعدد قبيعتها استثناء فيصرف الى الاخيرة لان وجود الجمل المتعددة انما يكون بالعطف فاذا كان العطف يصيرها كواحد لزمت في كل استثناء متصل بجمل منسوق بعضها على بعض أن ينصرف الى الكل ولذا لم يزلنم النذر فيما ذكرنا فاشي أبو حنيفة على حكمه وهما أخرجا صور كتب الصك من عمومه بعارض اقضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جلاً متعاطفة وهو ما ذكرناه ولذا كان قولهم ما استحسانا راجعاً على قوله هذا اذا كان ان شاء الله مكتوباً متصلاً بالكتابة فلو فصل بياض وهو الفرجة صار كفاصل السكوت فلا يعمل شيئاً اتفاقاً وقد ورد أن هذا الكلام يقتضي انه لو لم يكتب ان شاء الله لم يبطل شيء ويلزمه حجة الوكالة للجهول بالخصومة في قوله ومن قام بهذا الذي كره فهو ولي ما فيه ويوكل الجاهول لا يصح أجيب بأن الغرض من الكتابة اثبات رضا المدعى عليه بتوكيل من يوكله المدعى فلا يمتنع المديون عن سماع خصومة الوكيل بالخصومة عند أبي حنيفة فان التوكيل بالخصومة لا يصح الا برضا الخصم عنده ودفع بانه لا يفيد على قوله لان هذا يثبت الرضا بتوكيل وكيل مجهول والرضا بتوكيل وكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله أيضاً وقيل بل فائدته التحرز عن قول ابن أبي ليلى فانه لا يصح التوكيل بالخصومة بلا رضا الخصم الا اذا وجد الرضا بتوكيل وكيل مجهول فحينئذ يجوز ذلك كره في كتب المذاهب الاربعة ان عند ابن أبي ليلى يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم مطلقاً

فصل في القضاء بالمواريث (واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته) وأنا

قد تقدم لنا الكلام فيما يجب تأخير هذا الفصل الى هذا الموضع قال (واذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة الخ) ذكره مئتين مما يتعلق اثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت امر في وقت سناء على ثبوتها في وقت آخر وهو على نوعين أحدهما أن يقال كان ثابتاً في الماضي فيكون ثابتاً في الحال كحياة المفقود والثاني أن يقال هو ثابت في الحال فيحكم بثبوتها في الماضي كجريان ماء الطاحونة كما سئذ كره وهو حجة دافعة لا مثبته 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 الاخيرة 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 أقرب الاوقات لذلك ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال لاختلاف الدينين وكل ما هو ثابت في الحال يكون ثابتاً فيما مضى تحكيماً للحال أي باستصحاب الحال كما في جريان ماء الطاحونة اذا اختلف فيه المتعاقدان بعد مضي مدة فانه يحكم بالحال فان كان الماء جارياً في الحال كان القول للآجر وهو صاحب الطاحونة وان كان منقطعاً كان القول للمستأجر (قوله وهذا) يعني تحكيم الحال أو الحال (ظاهر نعمت به لدفع استحقاقها الميراث) وهو صحيح (وهو) أعني زفر (يعتبره للاستحقاق) وهو ليس بصحيح عندنا وفيه نظر لان زفر لم يجعل استحقاقها للميراث بالحال بل بان الاصل في الحادث الاضافة الى أقرب الاوقات ويجوز أن يجاب بأن ذلك أيضاً ظاهر والظاهر استصحاباً كان أو غيره لا يعتبر للاستحقاق على أنه يتنزه بالعمل بالاستصحاب كما سيظهر

(قوله كان القول للآجر وهو صاحب الطاحونة) أقول أنك رددت الشرية في شرح الوقاية صحة اطلاق لفظ الآجر على المؤجر فراجعه قال في النهاية ومعراج الدراية فان قيل الماء اذا كان جارياً في مسألة الطاحونة يجعل حجة لصاحب الطاحونة فيستحق الآجر فقد تمسكتم بالحال لا ثبت استحقاقه الآجر قلنا اتفاقاً على سبب الوحوب 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 وترك ابين فقال أحدهما مات أبي مسلماً وقد كنت مسلماً حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضاً أسلمت حال حياته وكذب الابن المتفق على اسلامه فالقول قول الابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حجة على اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال (٥١٦) وهو البنية قلنا ما ذكرنا من الطريق انما يراه اربابنا اذا اختلفا في الماضي في ثبوت ما هو

وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة (وقال زفر رحمه الله القول قولها لان الاسلام حادث فيمضاف الى أقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيمضى تحكيماً للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبه للدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق

أستحق في ميراثه (وقالت الورثة) بل (أسلمت قبل موته) فللميراث لك (فالقول قول الورثة) وكان الاولى أن يقال بدل قوله فالقول قول الورثة لاتصدق الابينة لأن العادة ان من كان القول له يكون مع يمينه ولا حلف عليهم الا ان ادعت أنهم يعلمون كفرها بعد موته فلها أن تحلفهم على العلم (وقال زفر القول لها لان الاسلام حادث في الظاهر (اضافته الى أقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان) من الميراث (ثابت في الحال فيمضى تحكيماً للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر) هو استصحاب أعني استصحاب الماضي للحال (نعتبه للدفع وما ذكره) استصحاب هو عكس ذلك لان الاستصحاب

ثابت في الحال أما اذا اتفقا في الماضي على خلاف ما هو ثابت في الحال غير أنهم اختلفا في مقداره فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان السبب قائماً ألا يرى ان في مسألة الطاحونة اذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعاً

شهرين وقال الآخر بل انقطع شهر اقال القول للمستأجر مع يمينه منقطعاً كان أو جارياً في الحال لانهما اختلفا في جريان مقدروا انقطاع مقدور ذلك غير ثابت للحال وفي مسألة الابنين ومسئلة الكتاب حاصل الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لافي نفس الاسلام والثابت في الحال نفس الاسلام مقدور فهذا هو المأخذ في المسئلة وذكر الامام الترمذي مسألة وهي ترد أيضاً شبهة على الاصل وهو ان الاستحقاق لا يثبت بالظاهر فقال لو ادعت المرأة أنه أبانها في المرض بعين صار هو فارابه وقالت الورثة في الصحة فالقول قول المرأة لانها 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 البنية بمحض ظاهر اذ يجوز أن يقال السبب هنا البنية مع الاتفاق في الدين عند الموت كما في الزوجية لا البنية 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

(قول المحشي الى تحكيم الحال الى آخر القولة) كذا في نسخة وفي أخرى بدله الى الاشهدا بل يجوز للشاهد أن يشهد بخلاف الشهادة على الشهادة اه قال الفاضل الشهير بخضر شاه عليه رجة الله كذا في النهاية وليس كما ينبغي بل معنى اثبات الحكم بنفسه أنه يثبت ما وضعه الشارع وحكم يترتب عليه من غير أن يحتاج الى غيره من قضاء فاض كالبيع فانه يثبت حكمه أعني الملك بنفسه وكذا الاقرار يفيد ظهور المقر به بنفسه وعلى هذا الخلاف الشهادة اذا حملها الشاهد فانها لا يثبت الحكم بنفسه بل اذا نقله الى مجلس القاضي وحكم القاضي بها ولم ير ان هذا من الظهور وفيه بحث لا يخفى على من له أدنى مسكة فاضلا عن هادي الاعلام اه وقيل معناه ان حكم البيع لثبوت الملك للمشتري في البيع وفي الثمن للبايع يثبت بنفس العقد وكذا في نظائره أما الشهادة فما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي هذا والظاهر ما في النهاية لما ان الذي يحمله الشاهد هو الشهادة ببناء على الكلام النفسي لا المشهود به ولان تقدير الكلام يشهد به كما لا يخفى

(ولومات المسلم وله امرأة نصرانية فجهات مسلمة بعدمونه وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعدمونه فالقول قول الورثة أيضا ولا يحكم الحال) لان تحكيمه يؤدي الى جعله حجة للاستحقاق الذي هي محتاجة اليه وهو لا يصلح لذلك وبهذا القدر يتم الدليل وقوله (أما الورثة فهم الدافعون) اشارة الى معنى آخر وهو ان في كل مسألة منها اجتمع نوعا الاستصحاب أما في الاولى فلان نصرانية امرأه النصراني كانت ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت اسلاما حادنا بالنظر الى ما كانت (٥١٧) فيما مضى والاصل فيه أن يبنى هو

من النوع الاول والنظر الى ماهو موجود في الحال والاصل فيه أن يكون موجودا فيما مضى هو من النوع الثاني فلما اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مثبتا وهو باطل فاعتبرنا الثاني ليكون دافعا فكان القول قوله وأما في الثانية فلان نصرانيتها كانت ثابتة والاسلام حادث فالنظر الى النصرانية يقتضي بقاها الى ما بعد الموت والنظر الى الاسلام يقتضي أن يكون ثابتا قبل موته فلما اعتبرنا ان يكون الحال مثبتا ولا يصلح فاعتبرنا الاول ليكون دافعا والورثة هم الدافعون فينبغيهم 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 الدنع

ولومات المسلم وله امرأة نصرانية فجهات مسلمة بعدمونه وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعدمونه 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 يد رجل 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 بجريان ماء الطاحونة ما اذا اختلف مالهما مع المستأجر اذا طال به مدة فقال كان الماء منقطعاً حكم جريانه في الحال فاذا كان منقطعاً في الحال فمعطف على الماضي لدفع استحقاق أجره الماضي فكذلك هذا والتعبير بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر فان ما يثبت به الاستحقاق كثيراً ما يكون ظاهراً كخبر الآحاد قد أثبت ما يوجب استحقاقاً (ولومات المسلم وله امرأة نصرانية فجهات مسلمة بعدمونه وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعدمونه 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 بعدمونه فالمستلزمان مبنيتان على أصل واحد وهو أن الاستصحاب اعتبر فيهم ما للدفع للاستحقاق فان قيل اعتبار الحال في ماء الطاحونة شاهد للماضي عمل باثبات الاستحقاق بالاستصحاب فان به يستحق مالها أجر الماضي اذا كان جارياً أوجب أن هنالك اتفاقاً على وجود سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلف في التأكيده والظاهر يصلح حجة للتأكد وفي مسألة الميراث نفس السبب مختلف فيه وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين في الدين عند الموت واستشكل بما ذكر محمد في الاصل اذا مات وترك ابين فقال أحدهم مات أبي مسلماً وقد كنت مسلماً حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضاً أسلمت حال حياته وكذب الابن المتفق على اسلامه وقال بل أسلمت بعد موته فالقول لابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكماً على اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البينة أوجب بأنه انما يصار لما ذكر من الطريق اذا اختلف في تمام الماضي في ثبوت ماهو ثابت للحال وأما اذا اختلف في مقدار منه فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان السبب قائماً حتى ان في مسألة الطاحونة اذا انفق على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعاً شهرين وقال الآخر شهر فالقول للمستأجر مع عيونه منقطعاً كان الماء أوجارياً في الحال لانها اختلفا في جريان مقدروه وغير ثابت للحال وفي مسألة الابنين ومسئلة الكتاب الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لافي نفس الاسلام انه كان أولم يكن والثابت في الحال نفس الاسلام لاسلامه مقدر فهذا هو المأخذ في المسئلة وذكر الامام الترمذي في مسألة وهي ترد أيضاً شبهة على الاصل أعني كون الاستحقاق لا يثبت بالظاهر وهو لو ادعت المرأة أنها أبانها في المرض فصار فاراً فانارت وقالت الورثة بسل في الصحة فالقول قولها لانها أنكرت المانع من الارث وهو الطلاق في الصحة يعني والاصل عدم المانع (قوله) ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم) مثلاً (وديعة فأقر المستودع انه ابن الميت لا وارث له غيره)

لا في الاثبات وزفر يعتبره للاثبات ونفوض بنقض اجمالي وهو أن ما ذكرتم على أن الاستصحاب لا يصلح للاثبات لو كان صحيحاً بجميع مقدماته لما قضى بالاجر على المستأجر اذا كان ماء الطاحونة جارياً 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 لالموجباً واعتبر هذا واستغن عما في النهاية من التطويل قال (ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة الخ) رجل مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فأقر المودع لرجل أنه ابن الميت لا وارث له غيره يقضى الحاكم عليه يدفعه الى المقر له

لانه اقران ما في يده حق الوارث وملكه بخلافه ومن اقر بملك شخص عنده وجب دفعه اليه كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر رجل 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 وجب قيامه فيه لحاجته اليه كالدين (٥١٨) وغيره فان خلافة الوارث متأخرة عن ذلك والجواب ان استحقاق الوارث ثبت باقراره بيقين

وما وجب قيام حق الميت في المال متوهم فلا يؤخر اليه بين به فاذا امتنع في الوديعة حتى هلكت هل يضمن أولا قبل يضمن وقيل لا يضمن وكان ينبغي أن يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع وفي المنع عنه يضمن فكذلك من وكيله وان سلمها هل له أن يستردها قيل لا علك ذلك لانه يصير ساعيا في نقض ماتم من جهته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لانه ليس فيه اقرار على الغير بل الاقرار فيه على نفسه لان المديون تقضي بامثالها ولو اقر المودع بعد الاقرار الاول لرجل آخر بأنه أيضا ابن الميت وأتكره الاول بأن قال ليس له ابن غيري قضى بالمال للاول لانه لم يصح اقراره للاول في وقت لامر احم 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 اقران ما في يده حق الوارث بخلافه فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر رجل 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 المديون تقضي بامثالها فيكون اقراره على نفسه فيؤمر بالدفع اليه (فلو قال المودع لا خرف هذا اسمه 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 لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب فلم يصح

فان القاضي يقضى عليه بالدفع اليه (لانه اقران ما في يده حق الوارث) ملكه (بخلافه 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 الآن (اذ هو حي فيكون اقراره على مال الغير ولا كذلك بعدمونه) لزوال ملكه فانه اقر له بملكه لما في يده من غير ثبوت ملك مالك معين فيه للعالم وفي فصل الشراء وان كان قد اقر بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ في حق غيره أعني المالك لانه لا يملك ابطال ملكه باقراره فصار كالأقرار بالوكالة بقبض الوديعة ثم لو دفع الى الذي اعترف له بالوكالة بقبض الوديعة هل له أن يستردها قيل لانه يصير ساعيا في نقض ماتم به وقال ظهير الدين كان والذي يتردد في جواب هذه المسئلة ولو لم يدفع الوديعة للذي اقر له بالوكالة حتى هلكت قبل قبضها لانه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كالموعها من نفس المودع وقيل لانه لم يجب عليه الدفع (بخلاف المديون اذا اقر لرجل انه وكيل الدائن بقبض ماله عليه) فانه يؤمر بالدفع اليه لانه غير مقرر على مال غيره (اذ المديون تقضى بامثالها) والمثل ملك المقر (فانما اقر على نفسه) حتى يرجع عليه الدائن اذ لم يعترف بالوكالة اذا قدم (فيؤمر بالدفع ولو قال المودع لا خرف هذا اسمه 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) كالموع كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب (وهو الاول) (فلا يصح) وهل يضمن لابن الثاني شيئا حال في غاية البيان انه لا يغرم المودع لابن الثاني شيئا باقراره لان استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف وهذا لانه لا يلزم من مجرد ثبوت البتة ثبوت الارث فلا يكون الاقرار بالبتة اقرارا بالمال وفي الدرابة والنهاية وغيره ما يضمن المودع نصف ما أدى لابن الثاني الذي اقر له اذا دفع الوديعة بغير قضاء القاضي وبه قال الشافعي في قول واحد في قول لا يضمن لان اقراره للثاني صادق ملك الغير فلا يلزم منه شيء وقال في النهاية فان قيل كان ينبغي أن يضمن المودع لابن الثاني الذي اقر له انه ابن الميت كما لو بدأ المودع بالاقرار لغير القاضي المعزول بالوديعة ثم اقر بتسليم القاضي اليه وقد ذكر في أدب القاضي من الكتاب انه يضمن للقاضي قيمته فلما 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 بان التزام 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 لا منافاة بين تسلمتها منه وكونه من اقره فانهم

قال (وإذا قسم الميراث بين الغرماء الخ) إذا حضر رجل وادعى داراً في يد آخر أنها كانت لابيه مات وتركها ميراثاً له فاما أن يقربه ذوالبدن ولا فان كان الثاني وأقام على ذلك بينة فهو على ثلاثة أوجه أحدها أنهم قالوا تركها ميراثاً لورثته ولم يقربوهم ولا عددهم وفيه لا تقبل الشهادة ولا يدفع اليه شيء حتى يقيم بينة على عدد الورثة لأنهم ما لم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم والقضاء بالمجهول متعذر والثاني أنهم شهدوا أنه ابنه ووارثه لا يعرف له وارثاً غيره وفيه يقضى الحماكم بحججهم مع 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 تعرف له وارثاً غيره فان القاضي

يتلوم زماناً على قدر ما يرى وقدرا الطحاوي مدة التلوم بالحول فان حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ان كان الحاضر من لا يجب حرمانا كالأب والابن فان كان بمن يجب بغيره كالجد والابن فانه لا يدفع اليه وان كان بمن يجب نقصانا كالأب والزوج فانه لا يدفع اليه أو فر النصبين وهو النصف والرابع عند محمد رحمه الله وأقلهما وهو الربع والثلث عند أبي يوسف رحمه الله وقول أبي حنيفة مضطرب فاذا كان بمن لا يجب ودفع الدار اليه هل يؤخذ منه كفيلاً 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 الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق ليكون الاقرار حجة قاصرة

قال (وإذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فانه لا يؤخذ منهم كفيلاً ولا من وارث وهذا شيء احتياط به بعض القضاة وهو ظلم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يؤخذ الكفيل والمسئلة فيما إذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقبل الشهود لانعلم له وارثاً غيره

بغير قضاء القاضي نصف ما أدى الى الاول انتهى وهذا هو الصواب واختلف في اللقطة إذا أقر الملتقط بها لرجل هل يؤمر بالدفع اليه مذكور في اللقطة وفي الجامع الص غير لو ادعى الوصية وصدقه مودع الميت أو الغاصب منه لا يؤمر بالدفع هذا كله في الابن فلأقر المودع لرجل انه أخو الميت شقيقه وانه لا وارث له غيره وهو يدعيه أو لمن ادعى وصية بألف من لانه 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 وإذا أتى 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 كفيلاً أعطاه المال وضمنه ان كان ثقة حتى لا يهلك أمانة وان كان غير ثقة تلوم القاضي حتى يظهر انه لا وارث للميت أو كبراً به ذلك ثم يعطيه المال ويضمنه ولم يقدر مدة التلوم شيء بل موكول الى رأى القاضي وهذا أشبهه 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 لا يدفع الى أحد منهم شيئاً لا قبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعي بينة تقول لانعلم له وارثاً 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 أو عتقه أو كانت امرأه وادعت أنها عمة الميت 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 وصدقه ما ذوالبدن وقال لا أدري للميت وارثاً غيرهما أو لا لم يكن للمدعي 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 يترجم مدعي البنوة مدعي الاخوة لكن مدعي هذه الاشياء اذا زاحمه مدعي الزوجة أو الوصية بالكل أو الثلث مستدلاً باقرار ذي اليد مدعي الاخوة أو البنوة أو بغير ما يستدل 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 أو عتقه أو أوصى له بالكل أو ثلثه أو ان هذه زوجته فالمال للابن والمولى كالأول عايناه أقر بخلاف النكاح وولاء المولاة والوصية لان ذوالبدن أقرب بسبب منتقض (قوله) وإذا قسم الميراث بين الغرماء أو بين الورثة (لا يؤخذ منهم كفيل) عند أبي حنيفة (و) قال (هذا شيء احتياط فيه بعض القضاة وهو ظلم) كانه عنى به ان أبي ليلى فانه كان يفعله بالكوفة (وقال لا يؤخذ الكفيل) أي لا يدفع اليهم حتى يكفوا (والمسئلة فيما إذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقبل الشهود لانعلم له وارثاً غيره) أما اذا ثبت بالاقرار فيؤخذ الكفيل

أقول أو غير ما غيره كما يعلم من الوقاية وشرحه (قوله هل يؤخذ منه كفيل الخ) أقول وفي الدرر بالنفس (قوله وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق ليكون الاقرار حجة قاصرة) أقول قال في النهاية قال الامام الترمذي لو قال المودع لرجل هو ابن الميت ولم يرد عليه فالقاضي يتأني في ذلك زماناً على حسب ما يرى وذكر بكران كل موضع ذكر يتلوم القاضي يكون ذلك مفوضاً الى القاضي وقدرا الطحاوي مدة التلوم بالحول وان لم يظهر له وارثاً آخر أمر يدفع المال ويأخذ كفيلاً لاحتمال أن يظهر وارثاً آخر هذا قولهما وعند أبي حنيفة لا يأخذ وقيل يأخذ عند الكمال لأن الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينة اه

قال المصنف (وإذا قسم الميراث) أقول فيه تسامح (قوله ولم يقولوا في شهادتهم لانعرف له وارثاً غيره)

لهما أن القاضي ناظر للغيب والظاهر ان في التركة وارثا غائبا أو غريبا غائبا لان الموت قد يقع بغتة
 فيحتمل بالكفالة كما اذا دفع الأبق واللقطة الى صاحبه وأعلمى امرأه الغائب النفقة من ماله ولا يبي
 حنيفه رحمه الله ان حق الحاضر ثابت قطعا أو ظاهرا فليس يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كن
 أثبت الشراء من في يده أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه لا يكفل
 بالاتفاق واذا قال الشهود لا نعلم له وارثا غيره لا يكفل بالاتفاق ولا يتأني القاضي سواء كان ذلك الوارث
 من يوجب أو لا يوجب ولو قالوا لا وارث له غيره فكذلك استحسننا ثم ما ذكر من نفي الدفع اذ لم يقبل
 الشهود لا نعلم له وارثا آخره وفيما اذا كان وارثا لا يوجب بغيره وتفصيل المسئلة في أدب القاضي للصدر
 الشهيد قال واذا حضر الرجل وادعى دارا في يد رجل انها كانت لابيه مات وتر كهاميرائه وأقام
 على ذلك بينة ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوه بل قالوا وتر كه الورثة لا تقبل ولا يدفع اليه شيئا
 حتى يقيم بينة على عدد الورثة ليصير نصيب هذا الواحد معلوما والقضاء بغير المعلوم متعذر وهنا ثلاثة
 فصول الاول هذا وهو ما اذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوه والثاني أن يشهدوا أنه ابنه
 ووارثه لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يقضى بجميع التركة بلاتلوم الثالث أن يشهدوا انه ابن فلان
 ماله هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر
 ما يرى فان حضر وارث آخر قسم المال بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه وبأخذ كفيلا عندهما
 ولا يأخذ عنده أبي حنيفه رضى الله عنه ثم انما يدفع الى الوارث الذي حضر جميع المال اذا كان ممن
 لا يوجب كالاب والابن فان كان يوجب بغيره كالجدة والاخ والعلم لا يدفع اليه وان كان ممن يوجب
 حجب نقصان كالزوج والزوجة يدفع اليه أقل النصيبين عند أبي يوسف وعند محمد وأقرهما وهو النصف
 للزوج والرابع للزوجة وقول أبي حنيفه مضطرب هذا اذا ثبت الدين والارث بالشهادة فأما اذا
 ثبت بالاقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق ومن صورته ما اذا أقر المودع لرجل انه ابن الميت ولم يزد عليه
 فالقاضي يتأني على حسب ما يرى ولا تقدير فيه وهو اليتيم بقول أبي حنيفه رحمه الله وهو أن ينتظر زمانا
 يغلب على ظنه انه لو كان له ابن آخر لظهر وقدره الطحاوي يعام فان لم يظهر وارث آخر دفع المال
 وأخذ كفيلا لاحتمال أن يظهر وارث آخر قيل هذا قولهما وعند أبي حنيفه لا يأخذ وقيل بأخذ
 عند الكل لان الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينة (لهما أن القاضي ناظر للغيب) أي مأمور بالنظر
 لهم (والظاهر ان في التركة وارثا غائبا أو غريبا غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتمل بالكفالة كما اذا
 دفع) القاضي (الأبق واللقطة الى) الذي أثبت عنده انه (صاحبه) أخذ كفيلا للبعي الذي ذكرنا
 وهو ان القاضي مأمور بالنظر لكل من يعز عن النظر لنفسه (و) كذا اذا (أعطى امرأه الغائب) يعني
 اذا كانت تستنفق أي تطلب (النفقة) وزوجها غائب وله في يد رجل وديعه وهو مقر بالزوجة
 والوديعة فالقاضي يعطيها (من ماله) وبأخذ كفيلا (ولابي حنيفه رحمه الله ان الحق ثابت قطعا)
 أي فيما اذا كان الوارث الآخر معدوما (أو ظاهرا) فيما اذا كان موجودا والقاضي لم يكلف باظهاره
 على وجه يوجب حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده (فلا يؤخر) الى زمان التكفيل
 (لحق موهوم) أرأيت لو لم يجد كفيلا كان منع حقه هذا ظلموا صار (كن أثبت الشراء من في يده)
 لا يؤخذ كفيل من المشتري بعدما أثبت شراؤه بالبحجة (و) لا يؤخذ الكفيل من رب الدين (الذي أثبت
 دينه على العبد) بالبينة (حق يبيع) العبد (لأجل دينه) وان كان يتوهم حضور مشترا آخر

لهما أن القاضي ناظر للغيب والظاهر ان في التركة وارثا غائبا أو غريبا غائبا لان الموت قد يقع بغتة
 فيحتمل بالكفالة كما اذا دفع الأبق واللقطة الى صاحبه وأعلمى امرأه الغائب النفقة من ماله ولا يبي
 حنيفه رحمه الله ان حق الحاضر ثابت قطعا أو ظاهرا فليس يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كن
 أثبت الشراء من في يده أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه لا يكفل

بالاتفاق واذا قال الشهود لا نعلم له وارثا غيره لا يكفل بالاتفاق ولا يتأني القاضي سواء كان ذلك الوارث
 من يوجب أو لا يوجب ولو قالوا لا وارث له غيره فكذلك استحسننا ثم ما ذكر من نفي الدفع اذ لم يقبل
 الشهود لا نعلم له وارثا آخره وفيما اذا كان وارثا لا يوجب بغيره وتفصيل المسئلة في أدب القاضي للصدر
 الشهيد قال واذا حضر الرجل وادعى دارا في يد رجل انها كانت لابيه مات وتر كهاميرائه وأقام
 على ذلك بينة ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوه بل قالوا وتر كه الورثة لا تقبل ولا يدفع اليه شيئا
 حتى يقيم بينة على عدد الورثة ليصير نصيب هذا الواحد معلوما والقضاء بغير المعلوم متعذر وهنا ثلاثة
 فصول الاول هذا وهو ما اذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوه والثاني أن يشهدوا أنه ابنه
 ووارثه لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يقضى بجميع التركة بلاتلوم الثالث أن يشهدوا انه ابن فلان
 ماله هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر
 ما يرى فان حضر وارث آخر قسم المال بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه وبأخذ كفيلا عندهما
 ولا يأخذ عنده أبي حنيفه رضى الله عنه ثم انما يدفع الى الوارث الذي حضر جميع المال اذا كان ممن
 لا يوجب كالاب والابن فان كان يوجب بغيره كالجدة والاخ والعلم لا يدفع اليه وان كان ممن يوجب
 حجب نقصان كالزوج والزوجة يدفع اليه أقل النصيبين عند أبي يوسف وعند محمد وأقرهما وهو النصف
 للزوج والرابع للزوجة وقول أبي حنيفه مضطرب هذا اذا ثبت الدين والارث بالشهادة فأما اذا
 ثبت بالاقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق ومن صورته ما اذا أقر المودع لرجل انه ابن الميت ولم يزد عليه
 فالقاضي يتأني على حسب ما يرى ولا تقدير فيه وهو اليتيم بقول أبي حنيفه رحمه الله وهو أن ينتظر زمانا
 يغلب على ظنه انه لو كان له ابن آخر لظهر وقدره الطحاوي يعام فان لم يظهر وارث آخر دفع المال
 وأخذ كفيلا لاحتمال أن يظهر وارث آخر قيل هذا قولهما وعند أبي حنيفه لا يأخذ وقيل بأخذ
 عند الكل لان الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينة (لهما أن القاضي ناظر للغيب) أي مأمور بالنظر
 لهم (والظاهر ان في التركة وارثا غائبا أو غريبا غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتمل بالكفالة كما اذا
 دفع) القاضي (الأبق واللقطة الى) الذي أثبت عنده انه (صاحبه) أخذ كفيلا للبعي الذي ذكرنا
 وهو ان القاضي مأمور بالنظر لكل من يعز عن النظر لنفسه (و) كذا اذا (أعطى امرأه الغائب) يعني
 اذا كانت تستنفق أي تطلب (النفقة) وزوجها غائب وله في يد رجل وديعه وهو مقر بالزوجة
 والوديعة فالقاضي يعطيها (من ماله) وبأخذ كفيلا (ولابي حنيفه رحمه الله ان الحق ثابت قطعا)
 أي فيما اذا كان الوارث الآخر معدوما (أو ظاهرا) فيما اذا كان موجودا والقاضي لم يكلف باظهاره
 على وجه يوجب حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده (فلا يؤخر) الى زمان التكفيل
 (لحق موهوم) أرأيت لو لم يجد كفيلا كان منع حقه هذا ظلموا صار (كن أثبت الشراء من في يده)
 لا يؤخذ كفيل من المشتري بعدما أثبت شراؤه بالبحجة (و) لا يؤخذ الكفيل من رب الدين (الذي أثبت
 دينه على العبد) بالبينة (حق يبيع) العبد (لأجل دينه) وان كان يتوهم حضور مشترا آخر

(قوله وان المكفول له) دليل آخر على عدم جواز أخذ التكفيل وذلك لما تقدم أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وههنا المكفول له مجهول فلا يصح كإلحاقه كمثل لأحد الغرماء فان قيل اذا أقر به ذواليد يؤخذ منه كفيل بالاتفاق كما تقدم وذلك كفالة بمجهول أحيب بأنه اذا أقر به لم يبق له فقه ملك ولم يثبت لتقر له بجهة كاملة فكان مظنة ان غنة مالك لا محالة وأقل ذلك يثبت المال وهو معلوم فكان التكفيل له ونقل الترتاشي فيه خلافاً فان ثبت فلا إشكال لا يقال الحاكم بأخذ التكفيل لنفسه لانه ليس بمخصم ولا لبيت لان الكفالة لتوثيق المطالبة كما مروى من الميت غير متصورة وعورض بأن القاضى يتلوم في هذه الصورة بالاجماع على ما رواه وفي ذلك تأخير لحق ثابت قطعاً أو ظاهراً كما ذكرتم لحق موهوم فدل على أن التأخير جائز وأجيب بأن التلوم ليس لحق الموهوم بل انما هو أمر بفعله القاضى لنفسه احتياطاً في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للعاشر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود ولا وارث له غيره في الدلالة على ذلك فان هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة لان الشهادة (٥٢١) على النفي باطله بل خبر يستأنس به على

نفي الشريك والتلوم من القاضى يقوم مقامه في افادة ذلك في حقه وليس غنة طلب شئ زائداً من المستحق بخلاف طلب الكفالة وقوله (بخلاف النفقة) جواب عما استشهد به من المسائل امام مسألة النفقة فلان التكفيل فيها لحق ثابت وهو ما يأخذ الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج معلوم أيضاً فصحت الكفالة (وأما الأبقى والقطعة ففي كل واحد منهما روايتان) قال في رواية لأحب أن يأخذ منه كفيلاً وقال في رواية لأحب أن يأخذ منه كفيلاً قالوا في شروح الجامع الصغير والصحيح أن الرواية الاولى قول أبي حنيفة فلا يصح القياس حينئذ وقال

ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لأحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم وأما الأبقى والقطعة ففيه روايتان والأصح انه على الخلاق وقيل ان دفع بعلمة اللقطة أو اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع وقوله ظلم أى ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله أن المجهت يدخطى ويصيب لا كما ظنه البعض قبله وغيره من آخره لعبد (ولان المكفول له مجهول فهو كإلحاقه كمثل لأحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت والزوج معلوم فأما الأبقى والقطعة ففي) أخذ (الكفيل روايتان عنه والأصح انه على الخلاق وقيل ان دفع اللقطة بعلمة أو باقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع) مع العلامة واقرار العبد بالابق لا يقال بأخذ الكفيل لنفسه صيانة لفضائه عن النقض لانه ليس بمخصم ولا يقال بأخذ لبيت لان حقه في تسليم ماله الى وارثه وقد أثبت وراثته فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل فان قيل القاضى يتلوم في هذه الصورة بالاجماع ذكره في الاسرار وكذا ذكر الصدر الشهيد والتلوم انما هو وتوهم وارث أو غيرهم آخره وبعد التلوم انقطعتم الشبهة فينبغى أن يأخذ الكفيل لبقاء الشبهة ويدفع الى الحاضر لقيام الحجة لان الحجة راجحة على الشبهة فأظهرنا رجحانها في الدفع اليه فيجب أن يظهر قيام الشبهة في حق الكفيل عملاً بالجهتين أحيب بأن العمل يجب بالحجة بعد قيامها لا بالشبهة وليس التكفيل كالتلوم لان التلوم اطلب علم زائداً ليمتعه بالقدرة 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 زائداً من المستحق فلا يجوز الا بتوجه حق عليه ولا يتوجه بالموهوم قال المصنف (وقوله ظلم) أى قول أبي حنيفة (يكشف عن مذهبه أن المجهت يدخطى ويصيب لا كما ظنه البعض) انه قائل بأن كل مجتهد مصيب كقول المعتزلة جزهم الى هذا القول بوجوب الاصلح فكان صيانة المجهت دين عن الخطا وتقريرهم على الصواب واجبا وسبب نسبة هذا القول الى أبي حنيفة ما روى عنه انه قال ليوسف بن خالد السهمي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد ولو جعل على ظاهره لكان متناقضاذوقه والحق عند الله واحد يشهد أنه ليس كل مجتهد أصاب الحق والالكان الحق منه ددا فلزم ان معنى قوله كل مجتهد مصيب أى يصيب حكم الله تعالى بالاجتهاد فإنه تعالى أوجب الاجتهاد على

(٦٦ - فتح القدير خامس) العتاي (ان دفع العبد باقراره الى المدعى والقطعة باخبار المدعى عن علامة فيه يكفل بالاجماع) قال المصنف (لان الحق غير ثابت) ولهذا كان له أن يمنع (قوله وقوله) أى قول أبي حنيفة (ظلم أى ميل عن سواء السبيل) انما ذكره تهمة المأذ كره بقوله (وهذا) أى اطلاق الظلم على المجهت فيه (يكشف عن مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن المجهت يدخطى ويصيب) ويقرر أن مذهب أصحابنا المتقدمين براء عن مذهب أهل الاعتزال في أن كل مجتهد مصيب وادعائهم ان ذلك مذهب أبي حنيفة وأصحابه رحمه الله وقد قررنا ذلك في التقرير بعون الله تعالى مستوفى

(قوله أجيب بأنه اذا أقر به الخ) أقول فما الجواب في مسألة الأبقى والقطعة ثم الكفالة فتكون بالدين الصحيح (قوله وعورض بأن القاضى الخ) أقول ويمكن توجيهه تنظيراً كما لا يخفى (قوله وأجيب بأن التلوم ليس لحق الموهوم) أقول ألا ترى أن الوههم موجود وان قال الشهود لانعلمه وارثاً آخر

وإذا كانت الدار في يد رجل الخ (وإذا كانت الدار في يد رجل الخ) دار في يد رجل أ قام آخر البيعة ان أباه مات وتر كها ميرا ثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى به بالنصف وترك النصف الآخر في يد ذي اليد ولا يؤخذ من ذي اليد كقبيل وهذا أي ترك النصف الآخر في يد من في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وأما عدم الاستيناق بالكفيل ههنا فبالاجماع وقالوا من في يده الدار ان سكنها جاحدا أخذ منه النصف الآخر وجعل في يد أمين والترك في يد لان الجاحد خائن والخائن لا يترك مال الغير في يده والمقر أمين فيجوز ان يترك المال بيده ولا ي حنيفة أن القضاء وقع للبت مقصودا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ومن وقع له القضاء يعتبر فيمن المقضى بيده كونه مختارا له وهو ثابت فيما نحن فيه فلا تمتد قض يد بيد من هو غير مختاره وانما قالوا واحتمال كونه لان كون المال بيد من هو بيده باختيار المبت ليس بقطعي واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتفى (٥٢٢) به كما اذا كان من بيده مقرافانه انما يترك الباقي بيده كذلك (قوله ووجوده)

جواب عما ذكره ووجهه أن الغيبانة بالوجود اما أن تكون باعتبار ما مضى أو ما سياتي والاول قد ارتفع بقضاء القاضي فكذلك لازمه والثاني ظاهر العدم لأن الحادثة لما صارت معلومة للقاضي ولم يبيده ذلك وكتبت في الخبر بطله الظاهر أن لا يجحد في المستقبل لعلمه بعدم الفائدة لا يقال موت القاضي والشهود ونسبهم ما بين العادة واحتمال الخربة أمور محتملة فكان الجحد محتملا لأن ذلك نادر والناذر لا حكم له ولو كانت الدعوى في منقول والمسئلة بجهاها (فقد قيل بنزع من يده) النصف الآخر (بالاتفاق) والفرق بينه وبين العتار أن المنقول يحتاج فيه الى الحفظ وما يحتاج فيه الى الحفظ فالنزع أبلغ فيه أما أنه يحتاج فيه الى الحفظ

قال (وانا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البيعة ان أباه مات وتر كها ميرا ثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند أبي حنيفة وقالوا ان كان الذي هي في يده جاحدا أخذ منه وجعل في يد أمين وان لم يجحد ترك في يده) لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه أمين وله أن القضاء وقع للبت مقصودا واحتمال كونه مختارا المبت ثابت فلا تمتد قض يده كما اذا كان مقرا ووجوده فدارت رفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحد في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له والقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع أبلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها وله اذ يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصى الام والاخ

المنأهل له فاذا جحد فقد أصاب بسبب قيامه بالواجب وقال محمد لو تلعنا ثا لا نافرقت القاضي بينهما نفذ وقد أخطأ السنة (قوله) وانا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البيعة ان أباه مات وتر كها ميرا ثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده) الى أن يحضر الغائب (ولا يستوثق منه بكفيل) وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقالوا ان كان الذي هي في يده (جحد) فأقيمت عليه البيعة (أخذ منه) النصف (فوضع على يد أمين وان لم يكن بجحد ترك في يده) لهما ان الجاحد خائن) ظهرت خيانتة بالجحد (فلا يترك في يده) لقرب أن يتصرف فيه ا ما لا اعتقاده أنهم املكه وان البيعة كذبة أو للغيبانة (بخلاف مالواقر) أنهم مال المبت مودع عنده فانه لم تظهر منه خيانة وقد رضيه المبت فكان أولى بحفظها (ولا ي حنيفة أن القضاء) انما يقع (أولا) للبت مقصودا) لانه بعد ثبوت أنه ماله حينئذ تقضى ديونه ويقسم المال (وكونه مختارا المبت ثابت) مع جرده (فلا تمتد قض يده كالمقرو ووجوده فدارت رفع بقضاء القاضي) به المبت (والظاهر عدم جحوده بعد ذلك) لصيرورة الحادثة معلومة له (والقاضي) وموت القاضي وعزله قبل أن يصل الغائب وكذا احتراق المحضر والتلف نادرا لوجب اختلاف الحكم لندرته (فلو كانت الدعوى في منقول) وأنكر والباقي بحاله (فقد قيل يؤخذ منه) النصف (بالاتفاق لانه يحتاج الى الحفظ والنزع أبلغ في الحفظ) من تركه في يده اذ ربما تصرف فيه مة أولا كما ذكرنا أو خيانتة (بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها وله اذ) أي ولا جحد أن المنقول يحتاج الى الحفظ دون العقار والنزع أبلغ في حفظه من تركه (يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصى الام والاخ

فلانه ليس يحصن بنفسه لقبول الانتقال من محل الى محل أو ما أن النزع أبلغ فيه فلان النزع أبلغ في الحفظ والتمس الجحد من بيده بما يتصرف غيبانته أولزعه أنه ملكه واذ نزع الحاكم ووضعه في يد أمين كان هو عدلا ظاهرا فكان المسألة محفو ظا (بخلاف العقار فانها محصنة بنفسها وله اذ يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا وصى الام والاخ

قال المصنف (والظاهر عدم الجحد في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له الخ) أقول قال في الكافي أي لذى اليد ووجوده باعتبار اشتباه الامر عليه وقد زال اه يعني ان الظاهر ذلك وأنت خبير بأنه يفهم من ذلك إمكان منع قولهما ان الجاحد خائن قال المصنف (والنزع أبلغ فيه) أقول أي في المنقول كذا في معراج الدراية والنهاية الظاهر أن يقال أي في الحفظ كما يدل عليه تقرير الكافي (قوله) أولزعه أنه ملكه) أقول أي ان كان عدلا

والعم على الصغير) وانما خصهم بالكر 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 الترك أبلغ في الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لان ما قيل أنه لما سجد من في يده ربما تصرف لخياسته أو لزعجه أنه ملكه ساقط العبرة نظر الى ما تقدم من علم القاضي وطائفة من الناس وكتابته في الخبر بطله وذلك ثابت مقتضى ثبوت الخلاف في العقار فسهل 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 لانشاءه بل لقطعه 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 فإما فرضناه رافعا لشيء كان منشأه هذا خلاف (قوله واذا حضر الغائب) اختلاف 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 عمدا ثم حضر الغائب فإنه يحتاج الى اعادة الوصية منهم 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 سيحكيه (٥٣٣) دينا كان أو عينا لأن المقتضى له وعليه في

الحقيقة انما هو الميت (لما ذكرنا (وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك) كالو كيلين بالخصوصه اذا غاب أحدهما كان للآخر أن يخاصم ولهذا قلنا اذا ادعى رجل على أحد من دين على الميت وأقام عليه البيعة ثبتت في حق الكل وكذا اذا ادعى أحد من دين للميت على رجل وأقام عليه البيعة ثبتت في حق الكل فان قيل لو صلح أحد من الخلفاء لكان كالميت وجاهله 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 لقطعه 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 عينا لان المقتضى له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائب عن غيره ولهذا لا يستوفى في الانصبة وصار كما اذا قامت البيعة بين الميت

والعم على الصغير) يملك بيع المنقول مع أن هؤلاء ليس لهم ولاية في المال (وقيل المنقول على الخلاف أيضا) عنده ترك في يده الذي سجد وعندهما يؤخذ منه (وانما لا يؤخذ الكفيل) على قول أبي حنيفة من الذي هي في يده (لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعه) وهذا انه ربما لا يجحد كفيلا ولا يصح باعطائه والاخ الحاضر يطالبه به فتشور بالخصومة (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 عينا) فقد قامت على خصم حاضر بالنسبة الى كل الورثة وهذا منهم وقوله (لان المقتضى له وعليه انما هو الميت في الحقيقة) على ما ذكرنا من قريب (وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء) أي استيفاء نصيبه (لانه عامل فيه لنفسه) لا للميت (فلا يصلح نائب عن غيره فلهذا لا يستوفى في الانصبة 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 السائل قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يقبل التشكيك وقوله (وصار كما اذا قامت البيعة بين الميت) أي بين الميت أو عليه كما ذكرناه بيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه ونقر به ما مر

(قوله فاذا ترك في يده كان مضمونا عليه) أقول يعني لمخوده السابق وفيه بحث فانه قد ارتفع مع لازمه الذي هو الخيانة بقضاء القاضي كما صرح به آغا 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 يخصم عن الغائب في استيفاء ملكه فليس له المطالبة بالكفيل (قوله وهو مشروع لقطع الخ) أقول لقطع الخصومة المتقدمة ثم أقول فيه بحث لانه ان أراد كيا فيمنوع ألا يرى الى ضمان الدرك وان أراد جري ثياب لم ولا يفيد الهم الأمان يخص بحيث يشمل محل النزاع ثم لان سلم انه ليس ههنا خصومة متقدمة الآن يقال ارتفع ذلك بقضاء القاضي فليتامل (قوله اذا أقام الحاضر البيعة الخ) أقول التفصيل في باب الشهادة في القتل (قوله وجوابه أن السائل الخ) أقول اعتراف بورود السؤال على كلام المصنف والتصا الى جواب آخر وأنت تعلم ان كونه نائب عن غيره فرع التوكيل من الغير ولم يوجد فليتامل ولا مجال لقيامه مقام الميت لانه الاستيفاء ليس له بخلاف الاثبات فليتامل

وقوله (الا انه) استثناء من قوله لان أحد الورثة ينتصب خصما الى قوله وعليه يعني أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة ديناً على الميت يكون خصماً عن جميع الدين ان كان جميع التركة بيده ذكره في الجامع والا كان خصماً عما في يده لانه لا يكون خصماً بدون اليد فيقتصر 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 ما يملكه من أجناس الاموال التي تجب فيها الزكاة كالنقدين والسوائم وأموال التجارة بلغ النصاب أو لا لأن المعتبر هو جنس مال الزكاة والقيل منه ولهذا قالوا اذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصديق به فان قضى به دينه لزمه التصديق بقدره عند ملكه لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة وان لم تجب الزكاة ولا يجب التصديق بالاموال التي لا تجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقبي وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك (وان أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس) في الاول أيضاً (أن يقع على كل شيء كما قال به زفر) لان اسم المال عام يتناول الجميع (وجه الاستحسان أن

الا انه انما ثبت استحقاق الكل على أحد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصماً بدون اليد فيقتصر 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 لعموم اسم المال كافي الوصية وجه الاستحسان ان يجب العبد معتبراً بإيجاب الله تعالى فيمنصرف بإيجابه الى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال

فانه يقضى بالكل ولا يأخذ الا نصيب نفسه وقوله (الا انه انما ثبت استحقاق الكل على أحد الورثة) استثناء من قوله لان أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقي فيما يستحق له وعليه ويكون قضاء على جميع الورثة (اذا كانت) التركة كلها (في يده) أي في يده الحاضر حتى لو كان البعض في يده ينفذ بقدره لانه لا خصومة بدون اليد ذكره في الجامع الكبير قال في شهادات الموارث ولومات وترك دارا وثلاثة بنين وابنان غائبين والدار في يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقص عليه القصة وقال مات والدنا وأخوأي فلان وفلان فبنا نصيبهما وأودعاني وغابا وقال للمدعي كنت داري في يد أبيكم وأعلم أن الغائبين قبضا لثمنها ما شاء وأودعها عندك وأنا أقيم البيعة أنها داري تقبل وذو اليد خصم لان أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت فيما يدعى عليه فان حضر الغائبان وصدق في الارث وجد احق المدعي فاقضاه ماض وان كذبه وقال لا ترثها من أين نابل ثلثها هالنا لا بالارث يقال للمدعي أعد بيتك عليهم ما في ثلثي الدار لان ذلك على غير خصم لان اقرار الحاضر يعمل في حقه لا في حق الغائبين قال العتابي قال مشايخنا هذا اذا لم تكن الدار مقسومة أما اذا اقتسموها وأودع اثنان نصيبهما الحاضر وغابا لا تقبل بيعة المدعي في نصيبهما على الحاضر والتحق هذابنا برأموالهما فلا يكون الحاضر خصماً ما فيه بخلاف ما قبل القسمة لانه مبيح على حكم ملك الميت على ما عرف ولو كان ثلثا الدار في يد رجل مقسوم أو غير مقسوم أو دعه عند الغائبين وهو مقر بانه ودبعة لها ميراث من أبيهما لم يكن خصماً للمدعي وكذلك الابن الحاضر لا يكون خصماً في ذلك لان الوارث انما يكون خصماً للمدعي على الميت فيما في يده لا فيما في يد غيره قال الاستروشي فالخاصل أن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في عين هو في يده لا في عين ليس في يده حتى ان من ادعى عينا من التركة وأحضر وارثا ليس في يده ذاك العين لا تسمع دعواه وفي دعوى الدين ينتصب خصماً عن الميت وان لم يكن في يده شيء (قوله ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة) فيلزمه التصديق بجميع ما يملكه من النقدين والسوائم وأموال التجارة ويمسك قوته فاذا أصاب شيئاً تصدق بقدر ما أمسك واذا وجب التصديق بلكه فلا فرق بين أن يبلغ ما عنده نصاباً أو لا لان المعتبر جنس ما فيه الزكاة دون قدره ولذا قالوا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بكل ماله لزمه أن يتصدق به فان قضى به ديناً لزمه أن يتصدق بما يملكه به بعد الى أن يوفى (ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل مال ولو لقياس أن يلزمه التصديق بالكل) فيهما (وبه قال زفر) والبيعي والنخعي والسافعي وقال مالك وأحمد يتصدق بثلث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لا يلبس لابساً حتى قال ان من توبى أن أخلع من مالي صدقة يجزئك الثلث (لعموم اسم المال كالوصية) وقال عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه (وجه الاستحسان ان يجب العبد معتبراً بإيجاب الله تعالى فيمنصرف الى ما أوجب الشارع فيه الصدقة)

ما يملكه من أجناس الاموال التي تجب فيها الزكاة كالنقدين والسوائم وأموال التجارة بلغ النصاب أو لا لأن المعتبر هو جنس مال الزكاة والقيل منه ولهذا قالوا اذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصديق به فان قضى به دينه لزمه التصديق بقدره عند ملكه لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة وان لم تجب الزكاة ولا يجب التصديق بالاموال التي لا تجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقبي وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك (وان أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس) في الاول أيضاً (أن يقع على كل شيء كما قال به زفر) لان اسم المال عام يتناول الجميع (وجه الاستحسان أن يجب العبد معتبراً بإيجاب الله اذ ليس للعبد ولاية الايجاب مستتداً به لئلا ينزع الى 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 فليتامل قال المصنف (ومن قال مالي في المساكين الخ) أقول وفي اراد مسئلة النذر في فصل القضاء بالموارث نظروا وعلموا ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي أخت الميراث (قوله وجه الاستحسان أن يجب العبد معتبراً الخ) أقول ليس معناه أن يجب العبد معتبراً من كل الوجوه بإيجاب الله تعالى والا لم يجب له التصديق بكل ماله وهو ظاهر

وإيجاب الشرع في المال من الصدقة بمصاف إلى أموال خاصة عند إيجاب العبد ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شيء وهو معتبر لأنه لبث في مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات أولاته في معنى الصلاة لأنه لا تنظار أو وقت الصلاة ولهذا اختص عبادة جماعة والمنظر للصلاة كأثر في الصلاة (أما الوصية فهي أخت الميراث لأنها خلافة كالورثة) من حيث أنهم ما بينت المالك بعد الموت (ولا يختص الميراث بمال دون مال) في الشرع فكذلك الوصية (قوله ولأن الظاهر) دليل آخر يعني أن الظاهر من حال الناذر (التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة) لأن الحياة مظنة الحاجة إلى ما تقوم به خواججه الأصلية فيخص النذر بمال الزكاة (أما الوصية فإنها تقع في حال الاستغناء عن الأموال فتصرف إلى الكل والأرض العشرية تدخل (٥٣٥) في النذر عند أبي يوسف رحمه الله لأنها

سبب الصدقة أذ جهة
الصدقة عنده راجحة) في
العشر فصارت الأرض
العشرية كأموال التجارة
لأنها من جنس الأموال التي
يجب فيها الصدقة (ولا تدخل
عند محمد) وذلك الامام
التمر ناشى قول أبي حنيفة
مع محمد رحمه الله (لأنه) أي
الأرض العشرية والتذ كبير
لتذ كبر الخبر (سبب المؤنة
أذ جهة المؤنة راجحة عنده)
فصارت مثل عبد الخدمة
(وأما الأرض الخراجية فلا
تدخل بالاجماع لأنه يتعمد
مؤنة) لأن مسرفه المقاتلة
وفيهم الإغنياء (ولو قال
ما أملاك صدقة في المساكين
فقد قيل يتناول كل مال)
زكوايا وغيره وهو رواية
أبي يوسف عن أبي حنيفة
ذكرها في الامالي لأن ما أملاك
أعم من مالي لأن الملاك
يطلق على المال وغيره يقال
ملك النكاح وملك الفصاص
وملك النفقة والمال لا يطلق

أما الوصية فأخت الميراث لأنها خلافة كهي فلا تختص بمال دون مال ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة (أما الوصية تقع في حال الاستغناء فتصرف إلى الكل وتدخل فيه الأرض العشرية عند أبي يوسف رحمه الله لأنها سبب الصدقة أذ جهة المؤنة راجحة عنده وعند محمد رحمه الله لا تدخل لأنها سبب المؤنة أذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا تدخل أرض الخراج بالاجماع لأنه يخص مؤنة ولو قال ما أملاك صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لأنه أعم من لفظ المال والمقيد بإيجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا يختص في لفظ الملك فبقي على العموم

وما أوجب به التصدق ذكره بلفظ العموم وعلق الإيجاب ببعضه قال تعالى خذ من أموالهم صدقة ولم يعم كل مال وهذا بناء على أن مقتضى اللفظ إنما يصدق بالأخص ذم كل مال وذلك في الأصول أن بالأخذ من جنس الأموال يصدق بأنه أخذ من أموالهم حقيقة وإنما ذلك قول الشافعي والأحسن أن حمله على العموم مخالف للشرع إذ منع منه قوله تعالى ولا تبسطها كل البسط فوجب تقيدها ببعضها ثم عينا ذلك البعض بتعيين الله تعالى إياها بإيجاب التصدق منها وأما قوله عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه لا ينأيه لأن إخراج ما ذكرنا من أجناس المال طاعة وإنما يلزم لو تقيدها بجميع ما تلفظ به وهو منتف بلزوم المعصية وحديث أبي لبابة ليس فيه تصريح بأنه نذر ذلك فهو على أنه نوى ذلك وقصده (أما الوصية فجر بنا فيها على نحو ذلك أيضا فقلنا لو أوصى بجميع ماله وله ورثة لا يتنذر لأن في تنفيذه ارتكاب المعصية فيقتصر على الثلث المفسوح له فيه مع وجود الورثة وأما نفاذه في الكل إذا لم يكن له ورثة فلا تنهاها إنما تجب ذلك في حال استغنائه بما توفرت في المانع الشرعي وهذا لأن النبي ما كان في حالة الحياة إلا لقيام حاجته الناجزة في الحياة وعدم البداءة بنفسه الأمور بها في قوله صلى الله عليه وسلم أبدأ بنفسك ثم بمن تعول فيؤدى إلى ضيق نفسه وحر جهوا وهو قد يكون سبب المعصية وهذا المعنى منتف بعد الموت وقول المصنف (ولأن الظاهر أنه إنما يلزم الصدقة الخ) يصلح تقرير الإبداء المختص يعني أن العموم وإن كان ثابتا لكن هنا معنى يخصه وهو أن الظاهر من إرسال لفظ عام بالخروج عن كل ماله مع قيام حاجته المستمرة لنفسه وعياله عدم كونه على وجه يدخل الضرر عليه وعليهم فكان ظاهرا في إرادة الخصاص وما ذكرناه من لزوم المعصية بتقدير اعتبار عمومها هو بضامن إبداء المختص وهذا من أفراد ترك الحقيقة بدلالة وهل تدخل الأرض العشرية فيجب التصديق عند أبي يوسف نعم لأن جهة الصدقة غالبية في العشر وروى ذلك عن أبي حنيفة وعند محمد لأن جهة المؤنة غالبية عنده ولا تدخل الخراجية اتفاقا لغير الخراج مؤنة ولذا وجب في أرض الصبي والوقف (ولو) كان (قال ما أملاك صدقة قيل يجب الكل)

على ما ليس بمال وإذا كان أعم تصرف إلى غير أموال الزكاة أيضا ظاهر الزيادة وعمومه فإن قيل الصدقة بالأموال مقيدة في الشرع بأموال الزكاة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية أجاب (بأن المقيد بإيجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال ولا يختص في لفظه الملك فيبقى على العموم) وفيه نظر لأنه حينئذ لا يكون إيجاب العبد معتبرا بإيجاب الشرع

(قوله وإيجاب الشرع في المال الخ) أقول إذا عبر عنه بلفظ المال كقوله تعالى خذ من أموالهم صدقة (قوله فكذلك إيجاب العبد) أقول إذا أضاف الإيجاب إلى لفظ المال (قوله وفيه نظر لأنه حينئذ لا يكون إيجاب العبد معتبرا بإيجاب الشرع) أقول ممنوع فإن إيجاب الله تعالى الصدقة في جنس الاملاك يكفي لاعتبار إيجاب العبد به كافي لإيجاب الاعتكاف على ما صرح آتفاً يرى أنه لو قال كل مال أملاك مما يتصدق به فهو صدقة تصرف إلى مال الزكاة والبذلة والمهنة كما صرح به في النهاية مع أنه ليس من الله تعالى إيجاب على هذا الوجه فليتأمل

(والصحيح أنهما) أي لفظ مالي وما أمك (سواء) فيما نحن فيه فيختمه ان بالاموال الزكوية وهو اختيار الامام تميم الاثمة السرخسي (لان المتزيم باللفظين الفاضل عن الحاجة) قال في النهاية إن قوله (على ما مر) اشارة الى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله ان يجب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وليس بواضح لانه أبطل ذلك الوجه بقوله والمفيد ايجاب الشرع وهو لفظ المال ولعله اشارة الى قوله ولان الظاهر التزام الصدقة من (٥٢٦) فاضل ماله وقد فرقناه من قبل فارجع اليه (ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل

تحت الايجاب بمسك من ذلك فسونه لان حاجته هذه مقدمة) اذ لو لم بمسك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه وقيمه أن يتصدق عمله ويسأل الناس من يومه (ثم اذا أصاب شيئاً تصدق بما أمسك ولم يبين محمد) في المبسوط (مقدار ما بمسك لاختلاف أحوال الناس فيه) بكثرة العيال وقتها (وقيل المحترف بمسك قوت يومه) لأن يده تصل الى ما ينفق يوماً فيوما (وصاحب الغلة) وهو صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يؤجرها الانسان (لشهر) لأن يده تصل الى ما ينفق شهراً فشهراً (وصاحب الضياع لسنة) لان يد الدهقان تصل الى ما ينفق سنة فسنه (وصاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع اليه ماله) وفي ايراد مسألة التذرع فيما نحن فيه من فصل القضاء في المواريث نظراً ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي أخت الميراث قال (ومن أوصى اليه ولم يعلم الخ) وجه ايراد مسألة الوكالة في فصل

والصحيح أنهم مساواة لان المتزيم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب بمسك من ذلك قوته ثم اذا أصاب شيئاً تصدق بمثل ما أمسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر محمد بشئ لاختلاف أحوال الناس فيه وقيل المحترف بمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع اليه ماله قال (ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئاً من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم) وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في الفصل الاول أيضاً ان الوصاية انا بة بعد الموت فتعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة

لان المقيد في الشرع المذكور بلفظ المال قال المصنف (والصحيح أنهم مساواة لان المتزيم باللفظين الفاضل عن الحاجة) وهذا يؤيد ذلك بقصد هم الى التخصيص بذلك المعنى بقابل تأمل وكان مقتضى ما ذكر في اللفظين أن يثبت مثله في قوله الله على أن أهدي جميع مالي أو جميع ملكي الآن الطعوى ذكر انه يجب الكل بخلاف ما لو حلف به فقال ان فعلت كذا فله على أن أهدي جميع مالي حيث يجب الكل بلا اشكال لان عقد العين لمنع النفس عن المذكور بالتزام ما يكرهه على تقديره فانفتح باب ارادة العموم الآن هذا على جعل التخصيص 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 اذا لم يكن له مال الا ما دخل تحت الايجاب) يعني مال الزكاة على بعد ذلك (بمسك من ماله قوته) ويتصدق بما سواه (واذا استفاد شيئاً تصدق بقدر ما أمسك ولم يقدر محمد) مقداراً في أصل المبسوط (لاختلاف أحوال الناس) من قوت العيال وكثرتهم والرخاء والغلاء فيختلف الاعتبار (وقيل المحترف بمسك ليوم) لانه يكتسب يوماً فيوما (وصاحب الغلة) وهو من له حوانيت أو دور يبيعها بمسك (شهراً) لان يده تصل الى نفقته بعد شهر (وصاحب الضياع لسنة) لان غلتها كذلك وأما في عرف ديارنا فبعضهم كذلك وبعضهم يؤجرها بدارهم على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فينبغي أن بمسك الى تمام أربعة أشهر (وعلى هذا فصاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع اليه ماله) (قوله) ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئاً من التركة فالبيع جائز وهو وصي (بخلاف الوكيل اذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ لانه لا يصير وكيله حتى يعلم) (وعن أبي يوسف لا يجوز في الوصية أيضاً ان الوصاية انا بة) أي استنابة والمعروف من اللغة في الانابة انما هو معنى الرجوع والاقلاع من أناب الى الله واستدل في النهاية انها بمعنى الاستنابة باستعمال الرخصى لها كذلك في تفسير سورة الروم والرخصى نفسه يفعل كذلك فينزل علم المتكلم بمنزلة روايته فربما يشهد ببين لا يتمام وأبي الطيب (ووجه الفرق على ظاهر الرواية) بين الوصاية والتوكيل (أن الوصاية خلافة) في التصرف عن الميت كالورثة فلا تتوقف على العلم كالوكالة (لاضافتها) الى ما بعد الموت فيتصرف كتصرف الوارث ولذا الوكيل باع شيئاً ثم ظهر موت المورث ظهر نفاذه حين صدر والوصاية استتلاف مضاف (الى) ما بعد الموت أيضاً وهو (زمان بطلان الانابة

القضاء في المواريث ما ذكرنا أنفاً ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئاً من التركة فهو وصي ويبيعه جائز واذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه وعن أبي يوسف انه اعتبر الاول والثاني لان وصف الانابة أي النيابة جامع فان الوصاية انا بة بعد الموت والوكالة انا بة قبله وكالم يجز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية أن الوصاية خلافة لا نيابة لانها مضافة الى زمان بطلان النيابة

والخلاف لا يتوقف على العلم في التصرف كما إذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث فإنه صحيح بخلاف الوكالة فانها تقيام ولاية المستنيب والابانة تتوقف على العلم لانها تتوقف عليه لم يثبت النظر لقدره الموكل وفي الاول لو توقفت على علمه فالتصرف للموصى فان قيل اذا قال لرجل اشترع بدي من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده صح من غير توقف على علمه احيب بأنه على الروايتين ووجه الفرق على رواية الجواز أنه ثبت ضمنا والكلام في الوكالة يثبت قصد او هذا كما اذا قال باعوا بدي ولم يعلم به العبد فان فيه روايتين في احدهما صح تصرفه وان لم يعلم بالاذن لشبوهته ضمنا فاذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة بشرط صحة التصرف فلا بد من اعلام من اعلمه من الناس بذلك سواء كان بالعلم مسما عدلا وعلى اضداد ذلك بعدما كان (٥٣٧) مما جاز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام

أم رأى اطلاق محض لا يستعمل على شيء من الالزام وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف وأما النهي عن الوكالة فلا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل عند أبي حنيفة رحمه الله وقال هو والاول سواء لانه من جنس المعاملات وحسنها يثبت بخبر الواحد الفاسق كالأول واذا نكح العبد في التجارة ولا يبيعه أنه خبر ملزم أما أنه خبر فلانه كلام يحتمل الكذب يحصل به الاعلام وأما أنه ملزم فلانه ينفى جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو معنى الشهادة من وجه لانه بالنظر الى كونه خبرا كالتحريم بالتوكيل والاذن وغيرهما ليس في معناها والنظر الى ما فيه من نوع الزام كان في معناها فيشترط أحد شرطى الشهادة وهو العدد والعدالة عملا بالوجهين بخلاف الاول فإنه لم يكن

فلا يتوقف على العلم كافي تصرف الوارث أما الوكالة فانها تقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقفت لا يفوت النظر لقدره الموكل وفي الاول يفوت ليجوز الموصى (ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه) لانه اثبات حق لا الزام أمر قال (ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال هو والاول سواء لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجهه فيشترط أحد شرطيه وهو العدد أو العدل بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للمعاينة الى الارسال

فلا يتوقف على العلم) كالورثة (اقيام ولاية المنوب عنه) ولهذا يعزل الوكيل بالموت بخلاف الميت فيتوقف على العلم (وهذا لانه) اذا وقفنا على العلم (لا يفوت النظر) لقيام ولاية الموكل وقدرته (وفي الاول يفوت ليجوز الموصى) بالموت وهذا اذا ثبتت الوكالة قصد اما اذا ثبتت في ضمن الامر بالفعل ففيه روايتان وذلك مثل أن يقول لعبد اذهب الى فلان ببيعك أو لامر أنه اذهب الى فلان بطلاقك أو اذهب بعبدى الى فلان فيبيعه منك فذهب كما أخبره ففعل ذلك كحج في كتاب الوكالة انه جائز وذكروا في الزيادات انه لا يجوز فكان فيه روايتان في احدهما لا يتوقف على العلم وفي أخرى لا بد من العلم وذكروا في المأذون ماوافق الاول وهو انه اذا قال للناس باعوا بدي فاني أذنت له في التجارة فباعوه جازع انه لا علم للعبد بالاذن واذا توقفت الوكالة على العلم فلذلك كرماء يحصل العلم الميث للوكالة يقال (كل من اعلمه بالوكالة جازبه تصرفه) بشرط كونه مميزا رجلا كان أو امرأة فاسقا كان أو عدلا مسلما كان أو ذميا وقال الشافعي وأحمد لا تثبت الوكالة بخبر الواحد أصلا لانه تتضمن عقدا كغيره من العقود (لانه) تسليط على مال الغير قلنا (انه اثبات حق) هو حق أن يتصرف (الالزام أمر) فانه مختار في القبول وعدمه وكان كقبول الهدية ممن ذكرنا على يده وهو محمول الاجماع والنص فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والتقي وبشئ من الكافر (وأما العزل عن الوكالة فعندهما هو والاخبار بها سواء وعند أبي حنيفة لا يثبت حتى يشهد عنده شاهد عدل أو شاهدان) أي بخبران لان لفظة الشهادة ليست بشرط عدل أو لم يرد (وجه قولهما انه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية) وروى الحسن عنه أنه لا بد من عدل المخبر واحدا كان أو أكثر وبه أخذ الفقيه أبو جعفر الهندواني وزعم انه مذهب أبي حنيفة وقال معني اطلاق الكتاب أن لا يعلم حالهما الآن يعلمهما بالفسق وقيل بل هو على اطلاقه لان تأثير العدد فوق تأثير العدالة الاتري ان القضاء بواحد عدل لا ينفذ وبفاسقين ينفذ بطريق أولى يثبت به وهو الصحيح (وهذا لانه خبر ملزم) أي من كل وجه فإنه يمنع الوكيل من التصرف من كل وجهه وما قيل ملزم من وجهه دون وجهه بناء على مجرد اصطلاح أن يراد بالملزم من

فيه الزام أصلا لم يكن في معناها أصلا فلم يشترط فيه شيء من ذلك وبخلاف رسول الموكل فإنه لا يشترط فيه أيضا شيء من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل للمعاينة الى الارسال اذ ربما لا يتفق لكل أحد في كل وقت بالغ عدل يرسله الى وكيله

(قوله انه ثبت ضمنا) أقول أي في ضمن أمر الحاضر بالتصرف (قوله والكلام في الوكالة يثبت قصدا) أقول قوله يثبت حال قال المصنف (فيشترط الى قوله أو العدالة) أقول فيه اشارة الى أن العدالة لا تشترط في العدد وان قوله عدل صفة رجل قال في التلويح وهو الاصح (قوله كعبارة المرسل للمعاينة) أقول فكذلك لا تشترط العدالة في المرسل لا تشترط في الرسول أيضا (قوله اذ ربما لا يتفق الخ) أقول عليه لتكون عبارته كعبارة المرسل للمعاينة الى الارسال

(ذره وعلى هذا الخلاف) يعني الذي كره بين أبي حنيفة وصاحبيه في اشتراط أحد شرطيهما بما فيه الزام المسائل المذكورة قال في النهاية انهاست مسائل ثلاث منها ذكرها محمد في المسبوط واثنان ذكرهما في النوادر والسادسة فاسماها المشايخ عليها والمصنف ترك منها مسألة أما الأولى فهي التي ذكرناها من عزل الوكيل والثانية على ترتيب المسبوط العبد المأذون إذا أخبره واحدا بالخبر من تلقاء نفسه وهو عدل أو اثنان ثبت بالخبر صدق العبد أو كذب وإن كان فاسقا وكذبه ثبت عندهما اخلاقه وقد يتلقاه نفسه لأن حكم الرسول حكم مرسله كما مر وهذه المسئلة لم يذكرها المصنف ههنا والثالثة العبد الجاني إذا أخبر المولى بجنابته اثنان أو واحد عدل فتصرف فيه بعده بعق أو يسع كان اختيارا منه (٥٣٨) للفداء وان أخبره فاسق وصدقه فكذلك والافعل 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 وإن أخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف وشمس الأئمة السرخسي جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فالزومه وثانها الشفييع إذا أخبره اثنان أو عدل بالبيع فسكت سقطت وإن أخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف والسادسة إذا بلغ البكر تزويج الولى فسكت فإن أخبره اثنان أو عدل كان رضا بالخلاف وإن أخبرها فاسق فعلى الاختلاف قال (وإذا باع القاضى أو أمينه عبد الغرماء) إذا باع القاضى أو أمينه عبد الميت لأجل أصحاب الدين (وقبض الثمن منع الثمن واستحق العبد لم يضمن) العاقده هو القاضى أو أمينه (لأن أمين القاضى قائم مقام القاضى والقاضى قائم مقام الامام

وعلى هذا الخلاف إذا أخبر المولى بجنابته عبده والشفييع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر البينا قال (وإذا باع القاضى أو أمينه عبد الغرماء وأخذ المال فضاغ واستحق العبد لم يضمن) لأن أمين القاضى قائم مقام القاضى والقاضى مقام الامام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كى لا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع 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 وجهه ثم يكتفى لاشتراط العدد والعدالة كونه ملزما من وجه بالمعنى الذي ذكرنا بخلاف الاعلام بالو كاله فانه للمسلم يكتفى فيه الزام أصلا لم يلزم أحد شرطى الشهادة وأجمعوا على ان الخبر بالعزل لو كان فاسقا وصدقه ينعزل (قوله وعلى هذا إذا أخبر المولى بجنابته عبده الخ) هذه ست مسائل ذكر محمد منها ثلاثة في الاصل واثنين في النوادر والسادسة فاسماها مشايخنا على هذه أمثال الثلاث فأحدها عزل الوكيل والثانية العبد المأذون إذا أخبره واحد بالخبر ان كان رسولاً يتحجر فاسقا كان أو عدلا وان كان فصوليا يشترط أحد شرطى الشهادة فيتحجر صدقه العبد أو كذبه وان كان فاسقا ان صدقه انفجر والافالمسئلة على الخلاف والثالثة العبد إذا حنى جنابته ولم يعلمه المولى حتى أعتقه أو باعه يلزمه الاقل من قيمته ومن الدية فان أخبره واحد بالجنابته 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 اللتان في النوادر فأحدهما الحربى 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 قضاءه اجماعا وان كان فاسقا فان صدقه فكذلك وان كذبه فعلى الخلاف قال شمس الأئمة السرخسي الاصح عندي أنه يلزمه القضاء ههنا اتفاقا لأن الخبر له رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه نظرد كرهنا في كتابنا المسمى بخبرير الاصول والثانية الشفييع إذا أخبر بالشراء فسكت فعلى ما قلنا ان أخبره فاسق فصدقه ثبت الشراء في حقه وان كذبه فهي على الخلاف فاذا سكت لا تبطل شفعته عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تبطل والسادسة البكر اذا زوجت بلا استئذان فأخبرت فسكت فهو على ما ذكرنا من الوجوه (قوله وإذا باع القاضى أو أمينه عبد الغرماء) أى لا جملهم ليوفى ديونهم التي كانت على الميت (وأخذ المال) أى الثمن (فضاع) عنده (ثم استحق العبد) أو مات قبل قبض المشتري (لم يضمن) القاضى ولا أمينه للمشتري شيئا (لأن أمين القاضى بمنزلة القاضى والقاضى كالامام وكل من هو لاه لا يلحقه ضمان كى لا يتقاعد الناس عن قبول هذه الامانة) اذا يرجع المشتري على البائع من هو لاه (يرجع) بالثمن

(على)

والامام لا يضمن كى لا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري

وقوله والثالثة العبد الجاني إذا أخبر المولى بجنابته اثنان أو واحد عدل الخ) أقول قوله اثنان أى فضوليان وقوله أو واحد أى فضولى (قوله اذا أخبر المولى اثنان أو واحد عدل الخ) أقول وفي كشف البرزوى قال عليه الصلاة والسلام نضر الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم آداها إلى من لم يسمعهما وفي حديث آخر ألا يبلغ الشاهد الغائب أه والأولى الاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام بلغوا عنى ولو آية فليأتا مني (قوله وشمس الأئمة السرخسي جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فالزومه) أقول لعدم اشتراط العدة في الرسول

على الغرماء لان البيع واقع لهم ولهذا يباع بطلبهم) ومن وقع له البيع يرجع عليه المشتري اذا تعذر الرجوع على العاقد (كأذا كان العاقد صبيا محجورا أو عبداً محجوراً 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 لانه عاقد نيابة) فان

أوصى اليه الميت فظاهر وان قامه القاضي فكذلك لأن القاضي انما قائم نائباً عن الميت لاعن نفسه وعقد النائب كعقد المتوب عنه (فصار كما اذا

باعه) الميت (بنفسه) في حياته وفي ذلك كان يرجع المشتري

عليه فههنا يرجع على من قام مقامه (ثم يرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع

الغريم فيه يدينه) أي يأخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم للوصي في ذلك المال

ففيه اختلاف (قالوا يجوز أن يرجع بذلك أيضا لأن هذا الضمان لحقه في أمر

الميت) وقيل ليس له ذلك لأنه انما ضمن من حيث إن العقد وقع له فلم يكن له أن

يرجع على غيره (والوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغريم

لأنه اذا لم يكن في الشركة دين كان العاقد عاملاً له)

فصل آخر (جمع في هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعها أصل واحد

يتعلق بكتاب القضاة وهو أن قول القاضي بانفساره قبل العزل وبعدمه قبول أولاً قال (واذا قال القاضي

على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجوراً عليه ولهذا يباع بطلبهم) وان أمر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع المال يرجع المشتري على الوصي) لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي عنه فصار كما اذا باعه بنفسه قال (ورجع الوصي على الغرماء) لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه يدينه قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضا لانه لحقه في أمر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في الشركة دين كان العاقد عاملاً له

فصل آخر (واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرحم فارجعه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فأضربه وسعدك أن تفعل) وعن محمد رحمه الله انه يرجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعين الحجة

(على الغرماء) أو الغريم (لان البيع) والتصرف (واقع لاجلهم) فترجع الهبة عليهم وصار (كأذا كان العاقد محجوراً عليه) عبداً أو صبياً يعقل البيع وكله رجل يبيع ماله جاز العقد بما شرتم ما ولا تتعلق الحقوق بهم ما بل بملكوها لان التزام الهبة لا يصح منها القصور الا الهبة في العبيد وحق السيد في العبد والاصل انه اذا تعذر تعلق الحقوق بالعاقد تعلق بأقرب الناس الى العقد وأقرب الناس في مسئلتنا من ينفع بهذا العقد وهو الغريم لا يرى ان 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 لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي اياه عنه ثم الوصي يرجع به على الغريم) وكذا لو باع الوصي العبد لنفقة الوارث فان المشتري يرجع على الوصي والوصي يرجع على الوارث لما قلنا ان البيع لاجله وهو الذي ينتفع به فلو كان الوارث صغيراً نصب القاضي عنه من يقضى دينه (فلما ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه يدينه) بلا شك وهل يرجع بما ضمن للمشتري قال المصنف (قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً) يريد بالمائة ما ضمن للمشتري فرضها مائة (لانه 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 مجد الأئمة السرخسي لا يأخذ في التصحيح من الجواب لان الغريم انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره في الكافي الاصح الرجوع لانه قضى ذلك وهو مضطرب فلهذا اختلف في التصحيح كما سمعت

فصل آخر (لما كانت مسائل هذا الفصل ترجع الى أصل واحد وهو أن قول القاضي بانفساره هل يقبل مولى ومعز ولا أخره) قوله (واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرحم فارجعه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فأضربه وسعدك أن تفعل) بمجرد اخباره هذا (وعن محمد رحمه الله انه يرجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعين الحجة) التي عنها حكم فيه بذلك قال الفقيه أبو الليث روى عن محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن أنه قال لا يسعه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضوره و زاد جماعة على هذا فقالوا أو يشهد مع القاضي شاهد عدل على ذلك وهذا يشهد أن القاضي يشهد وليس معناه إلا أن يشهد القاضي والعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد لا على حكم القاضي والا كان القاضي شاهداً على فعل نفسه وليس ههنا من يشهد عنده الامور باقامة الحد وهذا بعيد في العادة أعني أن يشهد القاضي

(٦٧ - فتح القدير خامس)

أوبالقطع فاقطعه أو بالضرب فأضربه وسعدك أن تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وعن محمد أنه يرجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله ما لم تكن الشهادة بحضورتك وهو رواية ابن سماعة عنه

فصل آخر (قوله ما لم تكن الشهادة بحضورتك) أقول أو الاقرار بحضورتك

لأن قوله يحتمل الغلط والتدراك غير ممكن واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاء زماننا وهي تقتضي ان لا يقبل كتابه ايضا
 الأهم تركوهافية للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية أن القاضي أخبر عما عدا انشاءه لان المتولى يمكن من انشاء القضاء ومن يتمكن
 من الانشاء عما أخبر به لم يتهم في خبره وفيه بحث وهو أنه متمكن من ذلك بجهة أو بدونها والثاني ممنوع والاول يجرى الى غير ظاهر الرواية من
 معانة الخجة ولان القاضي من أولى الامر وطاعة أولى الامر واجبة وفي تصديقه طاعته فيجب تصديقه وظاهر الرواية يدل على جواز
 الاعتماد على قوله من غير استفسار وقالوا به (٥٣٠) اذا كان القاضي عدلا فتهما وعلى هذا تنافي الاقسام العقلية كما قال الامام أبو منصور

لان قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدراك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ
 هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية انه أخبر
 عن أمر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة أولى الامر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام
 أبو منصور رحمه الله ان كان عدلا عالميا يقبل قوله لان عدم تهمة الخطأ والخيانة وان كان عدلا جاهلا
 يستفسر فان أحسن التفسير وجب تصديقه والافلا وان كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لا يقبل الا أن
 يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة قال (واذ اعزل القاضي فقال لرجل
 عند الجلال بأنه شهد على فلان وفلان و يؤدي الأمر عنده ولذا اقتصر محمد على معانة حضور الشهادة
 من الأمور 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 لنسداد حال أكثر القضاة الا في كتاب القاضي الى القاضي)
 لان فيه ضرورة احياء الحقوق ولما كان عدم الاعتماد معللا بالفساد والغلط اقتضى الحال التفصيل
 في التوقف لا اطلاقه (فقال الامام أبو منصور ان كان القاضي عدلا عالميا يقبل قوله لانتفاء التهمة)
 في الدين بالعدالة والخطأ في الحكم بالعلم (وان كان عدلا جاهلا استفسر فان أحسن) في بيان سبب حكمه
 وشروطه (وجب تصديقه) للعدالة ٢ وترك المصنف قسمين آخرين وهو ما اذا كان فاسقا عالما
 أو جاهلا فان الفسق مانع من الركون لاخباره بالاستفسار وحكمه بقصد الخاتفة فلا يؤخذ بقوله ولا
 بتفسيره (وجه الظاهر أنه أخبر عن أمر يملك انشاءه) في الحال فيقبل لخلوه عن التهمة (لان التهمة انما
 تحقق في اخبارها من لا يمكن انشاءه في الحال فيحتمل عدم المطابقة أما اذا كان مما يقدر على انشاءه
 في الحال فيجعل كأنه أنشأه في الحال معانة الحاضرين 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
 ما لم تكن الشهادة بحضوره ولم يقل الحكم فلا يفيد هذا الوجه شيئا وما زاد من زاد على ما ذكر محمد قولهم
 أو يشهد مع القاضي عدل على ذلك احتاجوا أن يزيدوا وجهها آخر وهو أن العادة أن ينصب في كل بلدة
 قاض 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 يزل الابد بالعلم بسبب القضاء وهذا لا يتحقق عند الأمور
 الا أن يحضر وقوع السبب أو يشهد عنده عدلان أنه شهد عن القاضي الأمر فلان وفلان على الوجه
 الفلاني ويشهدوا بوقوع الشروط وهذا يتوقف على تكثير القضاة بل على وجود الشهود وقضاة كانوا
 أولا فلا يلزم لذلك تكثيرهم فاللازمة بين عدم قبول خبره بانفراده وتكثير القضاة ممنوعة (قوله) واذا اعزل
 القاضي فقال لرجل الخ) صورتها اعزل القاضي فادعى عليه رجل أنه أخذ منه الغابغريق أو قطع

فان كان عدلا عالميا يقبل
 قوله لعدم تهمة الخطأ عليه
 والخيانة لعدالته وهذا
 القسم لا يحتاج الى الاستفسار
 بالاتفاق وان كان عدلا
 جاهلا يستفسر عن قضائه
 لبقاء تهمة الخطأ فان
 أحسن تفسير القضاء بأن
 فسر على وجه اقتضاه
 الشرع منسأل أن يقول
 مثلا استفسرت المقر بالزنا
 كما هو المعروف فيه وحكمت
 عليه بالرحم وثبت عندى
 بالحجة أنه أخذ نصابا من حرز
 لا شبهة فيه وأنه قتل عددا
 بلا شبهة وجب تصديقه
 وقبول قوله والافلا لانه
 ربما يظن بسبب جهله غير
 الدليل دليلا أو الشبهة غير
 دارة وان كان جاهلا فاسقا
 أو عالما فاسقا لا يقبل الا أن
 يعاين سبب الحكم لتهمة
 الخطأ في الجهل والخيانة في
 الفسق قال (واذا اعزل
 القاضي فقال لرجل الخ) لما
 فرغ من بيان ما يجزى به
 القاضي من قضائه في زمن
 ولايته شرع في بيان ذلك
 بعد عزله فاذا أخبر

القاضي المضي عليه بعد العزل بما قضى وأسند الى حال ولايته فلا يخلو إما أن يصدقه فيما قال فلا كلام فيه يده

(قوله لان قوله يحتمل الغلط) أقول لعل المراد بالغلط ما يعم الكذب (قوله وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه أيضا) أقول يعنى مطلقا
 (قوله ومن يتمكن من الانشاء الخ) أقول فيه ركائة

١ كتبها مش نسخة العلامة البحر راوى قوله في التوقف كذا في النسخ ولعله في القبول لا اطلاقه أى القبول فقوله لا اطلاقه نبي لمافي
 الجاهع الصغير من عدم تقييده بالعالم العدل فتدبر
 قوله وترك المصنف الخ لعل النسخة التي كتب عليها الشارح لم يكن فيها القسمان المذكوران اه

او يدبده في حقيقته ويصدق في كونه في زمن الولاية او يكذبه فيه فان كان الاول فالقول للقاضي بلاخلاف وان كان الثاني فكذلك في الصحيح فعلى هذا اذا قال الرجل اخذت منك الفاء ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك وقال لا خرضيت بقطع يدك في حق فقال المأخوذ منه المال والمقطوع يده فعلت ذلك في حال هضائك طلبا فالقول قول القاضي لان ما التوافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا او القبول لمن يشهد له الظاهر لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يعين على القاضي لانه لا يجابها عليه بفضي الى تعطيل أمور الناس بامتناع الدخول في القضاء وفي هذه الصور قولا أقر القاطع أو لا أخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضا لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان دفعه المال الى الأخذ معايناتي في حال القضاء فانه لا يضمن الا أخذ حينئذ فكذلك ههنا وكذا اذا كان أمره بالقطع معايناتي في حال القضاء وان قال المأخوذ مال والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد

(قوله أو يكذبه في حقيقته) أقول ظاهره لا يقابل الاحتمال الاول (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 يعين على القاضي) أقول قال في الكافي لانه لو لم يميز لصار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ اه وفيه بحث والاولى

أخذت منك الفاء ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل اخذتها طلبا فالقول قول القاضي وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق هذا اذا كان الذي قطعت يده والذي أخذ منه المال مقسرين انه فعل ذلك وهو قاض (ووجهه انه ما التوافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا (ولا يعين عليه) لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يعين على القاضي (ولو أقر القاطع والا أخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضا) لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معاينا (ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ مال انه فعل قبل التقليد

أن يقال اننا لو وجدنا الميمن والضممان عليه في مواضع الميمن والضممان لا تمتنع الناس عن الدخول في القضاء فتستعمل 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 أوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق

يده بغير حق فقال قضيت بها عليك لانه ودفعتها اليه وقضيت بقطعك في حق فالقول قول القاضي ولم يحك في هذا جريان تلك الرواية 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 خصوص مات في أنفوس وأمور لا تنحصر حينئذ فلا بد من كون القول له في هذا بخلاف ما قبله لان القتل والقطع بعد علم يقع فكان أعمال ذلك الاحتمال مفيد انهم كون القول له على الاتفاق مقيدا كما اذا كان المدعي مقرا بأنه فعل ذلك وهو قاض لانهم ما التوافقا على ذلك صار كأن هذه الدعوى جرت وهو قاض والقول قوله في ذلك لما قلنا (و لان الظاهر أنه لا يقضي بالجور ثم لا يعين) على المعزول لانه ثبت فعله) وهو (في حال) قضائه بالتصادق (ولو ادعى عليه في حال قضائه بذلك (لا يعين عليه) فكذا بعده (ولو أقر القاطع) المأمور (أو الأخذ) للمال بأمر القاضي (بما أقر به القاضي) وهو أن القطع منه والاخذ كان بقضاء القاضي بالأخذ وأمره بالدفع (لا يضمن أيضا) كالقاضي لانه أقر أنه فعله في حال قضائه وهو كما لو كان دفع القاضي المال الى الأخذ معاينا للمأخوذ منه في حال قضائه ويصير القطع باقرار المقطوع أنه قطعه في حال قضائه كما عين للعالمكم الذي رفع اليه المقطوع واقعه (ه) أما (ولو زعم المقطوع والمأخوذ مال انه فعله قبل التقليد)

الابحجة 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 الابحجة بخلاف المسئلة الأولى لانه ثبت الاسناد بصادقتهما والصحيح هو الاول وهو اختيار فخر الاسلام على البرزوي والصدر الشهيد وتظيره اذا قال العبد لغيره قطعت يدك وأنا عبد وقال المقر له بل قطعها وأنت حر كان القول قول العبد وكذا اذا قال المولى لعبد قد أعتقه أخذت منك غلة كل شهر خمسة دواهم وأنت عبد وقال المعتق أخذتها بعد العتق كان القول قول المولى وكذا لو كيل بالبيع اذا قال بعث وسلمت قبل العزل وقال المولى كل بعد العزل كان القول للمولى ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما فالقول قول المولى كل لانه أخبر عمالائك الانشاء فيصير مدعيها وكذا في مسئلة الغلة لا يصدق في الغلة القائمة لانه أقر بالأخذ وبالاضافة يدعى عليه التملك كذا في شرح الزيلعي والنهاية ومعراج الدرابة والعبارة للزيلعي وقال الزيلعي أورد في النهاية على المسائل المتقدمة ما اذا أعتق المولى أمته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمي فقالت هي قطعها وأنا حرة كان القول قولها وكذا في كل شيء أخذه منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع انه منكر للضمان باسناده الفعل الى حالة منافية له وأجاب بالفرق بينهما من حيث ان المولى أقر بأخذ

أو بعد العزل فالقول أيضا للقاضي (٥٣٣) في الصحيح لأن القاضي أسند فعله الى حالة منافية للضمان لما أمر أن حالة القضاء تنافي

أو بعد العزل فالقول للقاضي أيضا هو الصحيح لأنه أسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت أو عتقت وأنا مجنون والجنون منه كان معهودا (ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي

أو بعده والقاضي يقول بل فعلته في حال قضائي فبني عليه خلاف (والصحيح أن القول أيضا للقاضي لأنه) أي القاضي (أضافه الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا) انفتحا على الطلاق والعتاق 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 برسام وهو معلوم أنه كان به واحترز بقوله هو الصحيح عما قال شمس الأئمة في شرحه للجامع الصغير أن القول للمدعي لأن هذا الفعل حادث فيضاد الى أقرب الاوقات وهذا يخص ما اذا كانت الدعوى بعد العزل خاصة وكذا أقرضه شمس الأئمة فإنه قال فاما اذا زعم أي المدعي أنه فعل ذلك بعد العزل فان القول قول له لان هذا الفعل حادث الخ قال ومن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق الا بينة فالصحيح يخص ما اذا كانت دعواه انه فعله بعد العزل وليكنه ذكر في تعليقه ما يعم كون القول للقاضي فإنه قال لأن 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 تصادق أنه فعله وهو قاض الى آخر ما ذكره ولكن المذكور في عامة نسخ شروح الجامع أن القول للقاضي وهو اختيار غير الاسلام والصدور الشهيد لأنه بالاسناد الى الحالة المعهودة المنافية للضمان منكر للضمان فالقول قوله كالأقول الوكيل بالبيع بعد العزل يعتق وسلمت قبل العزل فقال الموكل بعده فالقول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما بعينه لم يصدق لأنه أخبر عن أمر لا يملك انشاءه فيصير مدعيه وكذا لو قال العبد بعد العتق رجل قطع يديك 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 هالكة وان كانت قائمة فالقول للعبد وبأخذه من المولى لأنه أقر بالاخذ ثم بالاضافة يريد التملك عليه فكان مدعيه وكذا الوصي لو ادعى به بدلوغ اليتيم انه أنفق عليه كذا وهو في يده وادعى اليتيم أنه استهلكه فالقول قول الوصي ذكره المحبوبي واستشكل بما ذكره في باب جناب المملوك فبين أعتق جاريته ثم قال لها قطع يديك وأنت أمي فقالت بل وأنا حرة فالقول لها وكذا كل ما أخذ منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع انه منكر باسناده الى الحالة المعهودة المنافية للضمان ولو قلت أقر هنالك بسبب الضمان وهو القاطع ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع فههنا أيضا أقر بسبب الضمان وهو اقراره للمقر له بشئ ثم ادعى ما يبرئه بذهب 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 فيصدق في الاقرار لافي جهة التملك كالأقول أخذت منك الفاهي ديني عليك أو الهبة التي وهبتها وأنكر الآخر كان القول للآخر وكذا لو قال أكلت طعاما منك باذنك وقال بغير إذني فالقول لصاحب الطعام بخلاف القاضي والوكيل والوصي لانهم مادعوا جهة التملك لانفسهم وكذا في دعوى الطلاق والعتاق مادعوا التملك لانفسهم لما هو ملك الغير فكان القول قولهم في اضافة ثم الى الحالة المعهودة المنافية (قوله ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل) وهو فصل زعم المأخوذ منه والمقطوع ان القاضي فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل فأقر القاطع والقباض أي فعلت ذلك بأمر القاضي وهو دعوى قضائه والمأخوذ منه والمقطوع يدعيه يقول بل قبله أو بعده

الضمان فالقاضي بذلك الاسناد منكر والقول للمنكر فصار اسناد القاضي ههنا كاسناد من عهد من الجنون اذا قال طلقت أو عتقت وأنا مجنون اذا كان ذلك منهم معلوما بين الناس فان القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعتاق لاضافته الى حالة منافية للإيقاع 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 تصادق أنه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهرا لأن الاصل أن يكون قضاؤه حقا ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا أن القول للقاضي (ولو أقر القاطع أو الآخذ 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 طعاما منك باذنك فأنكر الاذن يضمن المقر وهذا الفرق ليس بمتخلص والله أعلم اه

لعدم جريانه في صورة النزاع في أخذ غلة العبد وقطع يد الامامة كالأبختي (قوله كاسناد من عهد من الجنون الخ) أقول في التسمية لطائفه لا تخفى (قوله في هذه الصورة) أقول في الاطلاق تأمل

(بضمنا)

أقول في

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 بالآخذ والقاطع في الصورة الثانية أسندا (٥٣٣) الفعل الى حالة منافية للضمان

فكان الواجب أن لا يضمننا

كالقاضي لان جهة الضمان

راجمة لان اقرار الرجل

على نفسه بسبب الضمان

بجهة قطعية وقضاء القاضي

بجهة ظاهرة والظاهر

لا يعارض القطعي وهذا

يقضى وجوب الضمان

على القاضي أيضا. لكن ذلك

يؤدى الى تضييع الحقوق

بالامتناع عن الدخول في

القضاء مخافة الضمان

(ولو كان المال باقيا في يد

الآخذ وأقر بما أقر به

القاضي أخذ منه المال)

سواء صدقه الآخوذ منه

المال في أنه فعله في قضائه

أودعى أنه فعله في غير

قضائه (لان الآخذ أقر أن

اليد كانت للآخوذ منه فلا

يصدق في دعوى تملكه الا

بجهة وقول المعزول ليس

بجهة) فيه لكونه شهادة فرد

والله أعلم

(قوله لان اقرار الرجل

الى قوله لا يعارض القطعي)

أقول الاقرار دليل ظاهر كما

في أول كتاب الحدود الآن

يراد بالقطعية كونه أقوى

من قضاء القاضي (قوله

لكن ذلك يؤدى الى تضييع

الحقوق الخ) أقول هذا

جواب عن النقض بتغيير

الدليل والاولى أن يجب كما

في النهاية يمنع قوله الآخذ

بضمنا 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 (ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد أقر بما أقر به القاضى والآخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أودعى انه فعله في غير قضائه يؤخذ منه) لانه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الابحجة وقول المعزول فيه ليس بجهة

(بضمنا) ولا يضمن القاضي (لانهما أقر بسبب الضمان) وهو مباشرتهما الآخذ والقاطع (وقبول قول القاضي) في ذلك (لدفع الضمان عن نفسه) بسبب يخصه وهو كى لا يمنع الناس عن قبوله فتضيع الحقوق وهى مفسدة عظيمة فلا يوجب بطلانه عن غيره لعدم الاشتراك في ذلك السبب وقوله (ولو كان المال في يد الآخذ قائما) هذا قيد فيما يلزم جواب المسئلة المذكورة في صورتين بحسب الظاهر فان لازم كون القول للقاضي وللناطع والآخذ في صورة التصديق على أن الفعل كان في حالة القضاء أنه لا رجوع بالمال الآخوذ للآخوذ منه مطلقا فانه قد حكم بنفاذ قوله فأدان ذلك أعنى عدم الرجوع فيما اذا كان الآخوذ هالكا أما اذا كان قائما يؤخذ من القابض سواء صدق القابض في أنه آخذ في حال قضائه أو كذبه وقال بل قبل التقليد أو بعد العزل عليه محمد في الزادات فقال لان الشئ قائم بعينه فلا يصدق أنه آخذ على وجه الحكم فالوا معناه أن القاضي لما أقر بالآخذ بصير شاهد الغيرة بالكلام الثاني واقرار بالآخذ صحيح وشهادته بالملك لغيره باطله ولان القابض أقر بسبب الضمان حيث أقر أن اليد كانت للآخوذ منه فلا تسمع دعواه التملك عليه الايبينة وقول المعزول ليس بينة عليه لانه ليس شاهدا بالدين بل بفعل نفسه المنافي للضمان

تم الجزء الخامس ويليها الجزء السادس أوله كتاب الشهادات

والقاطع أسند الفعل الى حالة منافية للضمان فان حالة القضاء لا تنافي للضمان في حق غير القاضي لانه كم من غاصب يغصب مال غيره والقاضي في منصب القضاء قائم وأخذه بأمر القاضي لم يثبت لعدم الحجية اذا الكلام فيه وكذا حال القطع فليست أم والله أعلم

فهرست الجزء الخامس من فتح القدير

صفحة	صفحة
٢٦٤ فصل ومن اشترى شيئاً ما يتقبل 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 منثورة	٦١ فصل اختص المسجد باحكام
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 الجواراة)	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 منثورة من كتاب القضاء	٢٤٦ باب الافالة
٥١٥ فصل في القضاء بالوارث	٢٥٢ باب المراجعة والتولية
٥٢٩ فصل آخر	

﴿ غت ﴾

ROSI Graduate Library
College of Arts & Commerce, O. S.

